

ROČENKA VEŘEJNÉHO OCHRÁNCE PRÁV

2018

Ročenka
uprchlického
a cizineckého
práva



ombudsman
veřejný ochránce práv

Ročenka
uprchlického
a cizineckého
práva

2018

Ročenka 2018 uprchlického a cizineckého práva

Ročenku tvoří příspěvky, které zazněly na vědeckém semináři konaném ve dnech 20. a 21. září 2018 v Kanceláři veřejného ochránce práv – Současné otázky a odpovědi uprchlického a cizineckého práva, a další odborné příspěvky, které souvisí s tématem uprchlického a cizineckého práva

Editoři: Dalibor Jílek, Pavel Pořízek



ombudsman

veřejný ochránce práv

ROČENKA UPRCHLICKÉHO A CIZINECKÉHO PRÁVA 2018

Editoři: Dalibor Jílek, Pavel Pořízek

Ročenku tvoří příspěvky, které zazněly na vědeckém semináři konaném ve dnech 20. a 21. září 2018 v Kanceláři veřejného ochránce práv - Migrace v souvislostech střední a jihovýchodní Evropy, a další odborné příspěvky, které souvisí s tématem uprchlického a cizineckého práva

© Kancelář veřejného ochránce práv, 2019

Adresa:

Kancelář veřejného ochránce práv, Brno, Údolní 39, PSČ 602 00

Tel.: 542 542 888

Fax: 542 542 112

E-mail: podatelna@ochrance.cz

www.ochrance.cz

Recenzenti: JUDr. Věra Honusková, Ph.D., Mgr. Hana Lupačová, Ph.D

Tisk a redakční zpracování zajišťuje Wolters Kluwer ČR, a. s., U Nákladového nádraží 6, 130 00 Praha 3. Odpovědná redaktorka Marie Novotná. Tel.: 246 040 417, 603 826 881, e-mail: marie.novotna@wolterskluwer.com, sazba Cadis, tisk Tisk: Sowa Sp. z o. o., Poland.

ISBN 978-80-7631-037-7 (brož., Kancelář veřejného ochránce práv)

ISBN 978-80-7631-036-0 (pdf., Kancelář veřejného ochránce práv)

ISBN 978-80-7598-675-7 (brož., Wolters Kluwer ČR)

ISBN 978-80-7598-676-4 (pdf., Wolters Kluwer ČR)

I.	Úvodní slovo Anny Šabatové, veřejné ochránkyně práv	13
II.	Poznámka editorů	15
A.	VÍZA A POBYTY	17
III.	Když je v sázce národní bezpečnost Ohrožení bezpečnosti státu jako důvod pro neudělení pobytového oprávnění cizinci, se zaměřením na krátkodobá víza (Stanislava Sládeková).	19
	1. Úvod	19
	2. Judikatura soudního dvora – rozsudek velkého senátu ve věci C-300/11 ZZ.	21
	3. Judikatura Evropského soudu pro lidská práva	24
	4. Judikatura českých soudů	28
	5. Zákon o pobytu cizinců vs. právo cizince na spravedlivý proces a účinný prostředek nápravy	32
	6. Krátkodobá víza.	36
	7. Závěr	42
IV.	Z tajů slučování cizinců z třetích zemí aneb co s rozvedenými manžely a těmi, kteří si vzali azylanta až po vstupu na území ČR (a něco navíc k dopadům čl. 6 odst. 2 a 17 směrnice 2003/86/ES) (Pavel Pořízek).	44
	1. Úvod	44
	2. Vztah odst. 4 a 2 § 45 zákona o pobytu cizinců v návaznosti na čl. 15 odst. 1 a 3 směrnice	45
	3. Dopady využití čl. 9 odst. 2 směrnice na slučování uprchlíků a vnitrostátní praxe [§ 42a odst. 1 písm. e) zákona o pobytu cizinců].	73
	4. Dopady čl. 6 odst. 2 a 17 směrnice na § 46a odst. 1 zákona o pobytu cizinců.	80
	5. Závěr	92

V.	Předek občana EU jako rodinný příslušník dle § 15a odst. 1 písm. d) a § 15a odst. 2 písm. a) bod 3 zákona o pobytu cizinců ve světle judikatury (Tereza Domanská)	94
	1. Úvod	94
	2. Předek, který je z důvodu uspokojování svých základních potřeb závislý na výživě nebo jiné nutné péči poskytované občanem Evropské unie	95
	3. Cizinec, který prokáže, že se o sebe z vážných zdravotních důvodů nedokáže sám postarat bez osobní péče občana EU	99
	4. Závěr	104
B.	AZYL A UPRCHLICTVÍ	105
VI.	Omezení sociální podpory pro osoby požívající mezinárodní ochranu ve světle mezinárodních a unijních závazků (Harald Christian Scheu)	107
	1. Úvod	107
	2. Zákaz diskriminace v mezinárodním a unijním právu	109
	3. K otázce minimální výše sociálních dávek	111
	4. Omezení sociálních dávek a azylové právo EU	115
	5. Omezení sociálních dávek pro osoby požívající mezinárodní ochranu. Příklad Rakousko	119
	6. Závěr a výhled	123
VII.	Právo azylu v socialistickém Rumunsku (Daniel Buzu a David Kryška)	125
	1. Úvod	125
	2. Právo azylu v ústavách socialistického Rumunska	126
	3. Právo azylu v prováděcí úpravě	132
	4. Právo azylu v praxi socialistického Rumunska	136
	5. Závěr	137
VIII.	Vybrané problémy zajišťování žadatelů o mezinárodní ochranu v EU (Lenka Horáková).	139
	1. Úvod	139
	2. Řízení na hranicích a tranzitní zóny	140
	3. Zajištění na hranicích	142
	4. <i>De facto</i> zajištění na hranicích	142
	5. Systematické zajišťování	143
	6. Systematické zajišťování ve vyhošťovacích detencích	145
	7. <i>De facto</i> zajištění v přijímacích centrech	146

8. Alternativy k zajištění.	147
9. Závěr	148
C. STÁTNÍ OBČANSTVÍ A APATRISMUS	151
IX. Občanství vdaných žen a Nansenův pas (československá zkušenost v normativních souvislostech) (Dalibor Jílek)	153
1. Empirický rozbor	153
2. Závislé občanství.	154
3. Nezávislé občanství.	162
4. Sporná kodifikační odezva	164
5. Československá anomálie.	172
6. Nerozumný výsledek	179
X. Právní ochrana osob bez státní příslušnosti v České republice: 15 let po ratifikaci Úmluvy o právním postavení osob bez státní příslušnosti stále popelkou? (Linda Janků).	181
1. Úvod	181
2. Východiska mezinárodněprávní úpravy – Úmluva z roku 1954.	184
3. Východiska vnitrostátní právní úpravy – § 8 písm. d) zákona o azylu a nutnost uplatnění analogie	192
4. Právní postavení žadatelů o přiznání právního postavení osob bez státní příslušnosti	196
5. Právní postavení uznávaných osob bez státní příslušnosti.	200
6. Vyhoštění osob bez státní příslušnosti	213
7. Zajištění osob bez státní příslušnosti	218
D. RŮZNÉ	227
XI. Právní moc a její odklad – sporné aspekty v kontextu cizineckého zákona (Alžbeta Králová).	229
1. Úvod	229
2. Právní moc rozhodnutí jako nástroj pro vyloučení opravného prostředku?	231
3. Omezení odkladného účinku na vykonatelnost rozhodnutí	235
4. Odklad právní moci a existence fikce trvání pobytu	237
5. Závěry	240

XII.	Vykořisťování migrujících pracovníků v zemích Evropské unie (<i>Barbora Mazalová</i>)	241
	1. Úvod	241
	2. Vykořisťování migrujících pracovníků v EU	242
	3. Závěr	253
XIII.	Schengen – prostor bez vnitřních hranic? (<i>Věra Pazderová</i>)	255
	1. Úvodní poznámky – cesta ke zrušení vnitřních hranic	255
	2. Hraniční kontroly a opatření s rovnocenným účinkem.	259
	3. Prostor bez vnitřních hranic, vzájemná důvěra a společná odpovědnost členských států	270
XIV.	Určování věku nezletilých cizinců bez doprovodu – právní rámec, současné a budoucí výzvy (<i>Veronika Votočková, Tomáš Novotný, Nataša Chmelíčková</i>)	279
	1. Úvodem	279
	2. Právní rámec	280
	3. Pohled do současnosti	285
	4. Pilotní projekt určování věku u nezletilých cizinců bez doprovodu nelékařskou metodou	287
	5. Závěrem	291
E.	ZAHRANIČNÍ PŘÍSPĚVKY	293
XV.	Human Rights of Asylum Seekers in Jurisprudence of the European Court of Human Rights (<i>Enis Omerović, Lejla Zilić, Amina Hasanović and Almir Jarić</i>)	295
	1. Introduction	295
	2. Prohibition of torture, inhuman or degrading treatment and the right to life (Article 3 and 2).	302
	3. Asylum seekers in detention (Article 5 of ECHR)	312
	4. Right to a private and family life (Article 8)	321
	5. The right to an effective remedy (Article 13)	327
	6. Conclusion.	329
XVI.	Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection - Considerations Based on a Judgment of the Court of Justice of the European Union (Third Chamber) of 25 January 2018, F v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal (case C-473/16) (<i>Marcin Princ</i>)	332
	1. Introduction	332

2. Explanatory proceedings regarding granting refugee status	333
3. Case summary	335
4. Commentary in the context of Polish perspective	339
5. Conclusions	342
XVII. Procedural Guarantees in European Visa Regime. <i>Discretion v. Fundamental Rights</i> <i>(Barbara Kowalczyk, Łukasz Prus)</i>	344
1. Introduction	344
2. The <i>El Hassani</i> case	344
3. Legal problems and consequences	349
4. Conclusion	352
XVIII. Foreign Students in Poland: Between Receptiveness and Distrust. <i>Some Remarks on the Transposition of Directive (EU) 2016/801 (Agnieszka Narożniak)</i>	354
1. Introduction	354
2. Overview of foreign students' situation before the directive's transposition	355
3. The results of the directive's transposition	361
4. Conclusion	368
F. PŘÍSPĚVKY ODBORU SPRÁVNÍHO MINISTERSTVA VNITRA	369
XIX. Několik poznámek k soudnímu přezkumu sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza (<i>Ivan Tobek</i>)	371
1. Úvod	371
2. Právní úprava	371
3. Vybraná judikatura	374
4. Nezodpovězené otázky	379
5. Závěr	382
XX. Nespolehlivý zaměstnavatel (<i>Lukáš Horňák</i>)	383
1. Úvod	383
2. Proces přijetí institutu nespolehlivého zaměstnavatele	383
3. Věcný dopad právní úpravy nespolehlivého zaměstnavatele	384
4. Absence bezdlužnosti podle § 178e zákona č. 326/1999 Sb.	389
5. Umožnění výkonu nelegální práce	388
6. Nevyvíjení ekonomické činnosti	389
7. Nesplnění přihlašovací povinnosti zaměstnanců	391

8. Zaměstnavatel v likvidaci	392
9. Sídlo zaměstnavatele, které není skutečné.	393
10. Závěr	394
XXI. Otázka relevance zvyšování počtu odchylek od správního řádu v zákoně o pobytu cizinců (posouzení vybraných institutů) (Ondřej Moudrý).	396
1. Úvod	396
2. Doručování na území v zákoně o pobytu cizinců	398
3. Nepřijatelnost vs. nepřípustnost žádosti a dopady do správního řízení.	401
4. Závěr	405
XXII. Vybrané aspekty rušení povolení k trvalému pobytu ve světle aktuální judikatury správních soudů (Tomáš Bezděk).	407
1. Úvod	407
2. Rozsudky Nejvyššího správního soudu ve věci jazyková škola Kolín	408
3. K otázce nutnosti provedení výslechu v řízení o zrušení povolení k trvalému pobytu	413
4. Závěr	420
XXIII. Aktuální judikatura Nejvyššího správního soudu v návaznosti na problematiku udělování a rušení trvalých pobytů II (Karel Hruška).	421
1. Úvod	421
2. Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Azs 153/2018-57.	421
3. Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Azs 306/2017-24.	424
4. Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 10 Azs 370/2017-40.	426
5. Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 10 Azs 281/2017-39.	429
6. Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Azs 540/2018-35.	431
7. Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Azs 152/2018-43.	434
8. Závěr	439
XXIV. Utajovaná informace jako podklad pro vydání rozhodnutí v cizineckém správním řízení (Jaroslava Pohořelá)	440
1. Úvod	440
2. Utajovaná informace jako důkazní prostředek	445
3. Závěr	448

XXV. Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců – úspěšný a nezávislý model odvolacího řízení v pobytových agendách ověřený dlouholetou praxí (Petr Voříšek)	449
1. Úvod	449
2. Vývoj z hlediska vyřizování podaných odvolání v zákonných lhůtách	450
3. Statistické přehledy	452
4. Omezení působnosti Komise.	454
5. Závěr	459
XXVI. Problematika posuzování žádostí cizinců o vydání zaměstnanecké karty s odkazem na § 42g odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců (Zuzana Dvořáková)	463
1. Úvod	463
2. Základní pojmy	464
3. Případy z praxe	465
4. Závěr	473
XXVII. Institut zastavení řízení a jeho aplikace v některých řízeních podle zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů (Josef Šmejdíř)	475
1. Úvod	475
2. Vývoj právní úpravy v oblasti trvalých a přechodných pobytů.	476
3. Zvláštní důvody zastavení řízení a vývoj v této oblasti	481
4. Závěr	487
Rejstřík	490

Úvodní slovo Anny Šabatové, veřejné ochránkyně práv

Nastal čas loučení s něčím, co je mi blízké, co mám ráda.

Je mou milou povinností uvést třetí vydání ročenky uprchlického a cizineckého práva. Navazuje na předchozí sborníky z vědeckých seminářů věnovaných těmto tématům, které se každoročně konají na půdě Kanceláře veřejného ochránce práv. Jde tak vlastně již o jubilejní, desátou publikaci v řadě, která udržuje kontinuitu vědeckého bádání v těchto stále aktuálních a důležitých sférách práva.

Mám radost z toho, že jsem mohla pokračovat v tradici, kterou založil již první ombudsman Otakar Motejl a která následně pokračovala i za jeho následovníka Pavla Varvařovského. Pevně věřím, že bude pokračovat i po mém odchodu.

Z původně malé, uzavřené akce, určené pro několik odborníků, se časem stala respektovanou konferencí hojně navštěvovanou právními soudci, akademiky, advokáty, právníky nevládních organizací a zástupci ministerstev. V posledních letech navíc i s účastí zahraničních přednášejících. Svoji více než desetiletou kontinuitou představuje událost svého druhu, která představuje jedinečnou platformu pro sdílení a výměnu odborných názorů na tuto nesmírně složitou, značně nepřehlednou, ale svým způsobem fascinující oblast práva. Výklad a uplatňování pravidel cizineckého a uprchlického práva vyžaduje totiž nezřídka práci s unijním, mezinárodním i vnitrostátním správním právem, znalost judikatury Soudního dvora, Evropského soudu pro lidská práva, domácích správních soudů a v neposlední řadě i Ústavního soudu. Dobrat se správného výkladu některých pravidel tak vyžaduje nejen hlubokou znalost práva a různých interpretačních metod, ale začasť jde o vskutku dobrodružnou cestu, v jejímž rámci může i několikrát dojít ke změně právního závěru. Co činí tuto oblast práva jedinečnou, je skutečnost, že za každým řízením stojí konkrétní lidský příběh, osud člověka, někdy je to „jen“ lepší budoucnost, možnost studovat, pracovat či žít se svými blízkými,

ale v řadě případů jsou ve hře ty nejzákladnější lidská práva, svoboda, důstojnost a někdy i lidský život.

Již jsem opakovaně připomněla, že nejde o nic samoučelného. Ročenky a jejich předchůdci – sborníky představují při nedostatku jiné česko-jazyčné odborné literatury (ve srovnání se svými mnohem staršími, tradičními a etablovanými „bratry a sestrami“ – např. trestním či občanským právem) základní informační zdroj, z něhož čerpají znalost cizineckého a uprchlického práva všichni ti, kdo se v této agendě pohybují. Od studentů právnických fakult při psaní diplomových/disertačních prací přes právníky nevládních organizací či advokáty zastupující cizince v rozličných správních řízení až po správní soudce. Nelze než kvitovat s povděkem a ocenit odvahu krajského soudu, který odmítne s odkazem na přesvědčivou a propracovanou argumentaci obsaženou ve sborníku dosavadní, nesprávnou judikaturu Nejvyššího správního soudu (viz rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 17. 12. 2019, č. j. 48 A 131/2017-37). Dlouholetá práce editorů ročenek a dřívějších sborníků a všech jejich přispěvatelů nebyla marná.

Přeji editorům sborníku hodně zdaru do další práce při vydávání ročenky. Migrace, ať už ta svobodná, dobrovolná, či nucená, často v obavě o holý život, je výzvou budoucnosti. Podle střední varianty projekce obyvatelstva Českého statistického úřadu bude k 1. 1. 2066 žít na našem území 1,49 milionu cizinců a budou tvořit 18,1 % populace. O cizineckém a azylovém právu je tak třeba vést seriózní, věcné debaty, oproštěné od emocí a zkratkovitých, šablonovitých soudů. Těší mě pocit, že i přispěním ombudsmana se tento segment práva postupně stává respektovanou součástí širokého právního diskurzu.

1. O NÁPRAVĚ

První sborníky zaměřené k otázkám mezinárodního a unijního uprchlického práva byly akademické povahy. Jejich obsah i dosah byl především badatelský. Sborníky směřovaly k poznání uprchlického práva jako málo prozkoumaného předmětu poznání, a to zejména v hranicích národní právní nauky. Tehdy nebylo omylné – v českých poměrech – považovat uprchlické právo za *terra incognita*. Důsledný, ustavičný a pravidelný zájem užšího společenství právníků (k)rok za (k)rokem zvrátil výchozí stav. Dosud neznámé a nedopovězené v oblasti uprchlického práva se stávalo jasnějším, světelnějším; bylo uváděno do struktur právního vědění.

Ke zkoumání uprchlického práva později přibýlo právo cizinecké. Zkoumání se zaostřilo na dva odvětvové póly uchopené skrze systémy mezinárodního, unijního a vnitrostátního práva. Nezůstalo jen u českého vnitrostátního práva. Vědecké poznání se obohatilo o akademické pohledy právníků pocházejících z jiných zemí.

Původně byly sborníky tematizovány. Avšak jejich obsah nikdy nenabyl vlastnost harmonické soudržnosti. Jejich rozsah byl též rozkolísán. Od roku 2017 byly sborníky nahrazeny pevnější formou: ročenkami. Ročenka dovoluje udržet obapolnou jednotu v různorodosti. Ročenkám začíná být vlastní rudimentární jev. Z ročenek postupně mizí ryze vědecké příspěvky. Namísto nich se šíří příspěvky sledující praktický dosah. Směřují k nápravě zákonodárné, výkladové i aplikační činnosti v obou právních segmentech. Tato nápravná důsažnost je adresována správním úřadům i soudům. Není to soustředěné úsilí společenství právníků o *panorthosii*, nýbrž o prosté *remedium*.

Jak Jan Ámos Komenský píše v listě z 27. února 1646 svému dobrodinci Lovisu de Geerovi:

„*My tvoříme teprve při tvorbě a vykonáme mnoho, jestliže s Augustinem psaním zrajeme a zráním píšeme (obzvláště v díle, jako je naše, jež je nutné hodnotit ne podle rozsahu, ale podle dosahu).*“

2. O VDĚČNOSTI

Veřejný ochránce práv je ze zákona zavázán působit k ochraně práv osob, včetně práv žadatelů o udělení mezinárodní ochrany, azylantů, osob požívajících doplňkové ochrany, občanů Evropské unie a cizinců. K tomu je vybaven řadou oprávnění. Sborníky i ročenky jsou zcela jinou složkou instrumentaria, které veřejný ochránce práv může využít, aby věci mohly dospět k nápravě a byl zlepšen stav. Jmenované knižní soubory jsou pouhou intelektuální složkou a mohou vypovídat o síle i slabosti jejich normativních analýz i o hledání a nalézání nápravy.

Mgr. Anna Šabatová, Ph.D. nikdy nevynechala během svého působení coby veřejná ochránkyně práv pravidelný seminář uprchlického a cizineckého práva. Nebyla v jeho blízkosti, nýbrž vždy uprostřed jeho dějiště. Za její *sapere, agere, loqui* a vytrvalou podporu ji náleží vděčnost, uznání a poděkování.

Dalibor Jilek a Pavel Pořízek

Zima 2019

A. Víza a pobyty

Když je v sázce národní bezpečnost

*Ohrožení bezpečnosti státu jako důvod
pro neudělení pobytového oprávnění
cizinci, se zaměřením na krátkodobá
víza*

STANISLAVA SLÁDEKOVÁ*

1. ÚVOD

Ochrana národní bezpečnosti je jednou ze základních povinností státu.¹ Proto je zcela legitimní, pokud stát neumožní na svém území pobyt cizinci, který národní bezpečnost ohrožuje, resp. by ji potenciálně ohrozit mohl. Z toho důvodu vede skutečnost, že cizinec představuje hrozbu pro bezpečnost státu, k negativnímu rozhodnutí² ve vztahu k jakémukoliv pobytovému oprávnění. Jedná se zároveň o jeden z důvodů pro vyhoštění cizince, jeho zajištění, neudělení mezinárodní ochrany nebo státního občanství.

Rozhodnutí správních orgánů jsou v těchto případech obvykle přijímána na základě informací policie nebo zpravodajských služeb, které podléhají utajení a seznámení cizince s jejich obsahem nemusí být v zájmu ochrany bezpečnosti státu žádoucí. V takové situaci však dochází ke konfliktu mezi ochranou procesních práv cizince vyplývajících z práva na spravedlivý proces a účinný prostředek nápravy (jako je především právo znát důvody rozhodnutí anebo právo vyjádřit se ke všem prováděným důkazům) na jedné straně a zájmem státu na utajení informací potřebných k ochraně veřejné bezpečnosti na straně druhé.

Zákon o pobytu cizinců³ tento konflikt řeší především prostřednictvím ustanovení § 169m a § 172 odst. 9. Oproti obecné úpravě nakládání

* Kancelář veřejného ochránce práv, Brno.

¹ Čl. 1 ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky.

² Negativním rozhodnutím tento příspěvek rozumí rozhodnutí o neudělení, neprodloužení nebo zrušení pobytového oprávnění.

³ Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

s utajovanými informacemi obsažené ve správním řádu a soudním řádu správním obsahují tato ustanovení určité odchylky.

Podle § 169m odst. 1 zákona o pobytu cizinců se písemnosti nebo záznamy, které obsahují utajované informace, uchovávají odděleně mimo spis a nestávají se jeho součástí. V odůvodnění rozhodnutí se v souladu s § 169m odst. 2 v takovém případě uvede pouze odkaz na podklady pro vydání rozhodnutí a stupeň jejich utajení. Úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení, a důvody vydání rozhodnutí se uvedou pouze v rozsahu, ve kterém nejsou utajovanými informacemi.

Odstavec 3 ustanovení § 169m odkazuje speciálně na ty utajované informace, které má rozhodující správní orgán k dispozici od policie nebo zpravodajské služby. V případě, že z těchto informací vyplývá, že „*cizinec ohrožuje bezpečnost státu, jeho srchovanost, územní celistvost, demokratické základy, životy nebo zdraví osob, nebo vede-li tato informace nebo toto stanovisko k důvodnému podezření, že by cizinec mohl při svém pobytu na území tyto hodnoty ohrozit, v informaci o důvodech neudělení dlouhodobého víza nebo v odůvodnění rozhodnutí podle tohoto zákona se pouze uvede, že důvodem neudělení víza nebo rozhodnutí je ohrožení bezpečnosti státu. Pokud je správní orgán v řízení podle tohoto zákona povinen posoudit přiměřenost dopadů rozhodnutí, v odůvodnění rozhodnutí podle věty první navíc uvede úvahy, kterými se při hodnocení přiměřenosti dopadů rozhodnutí, zejména ve vztahu k obsahu stanoviska, řídil; obsah stanoviska však v odůvodnění neuvádí*“.

Ve vztahu k soudnímu přezkumu § 172 odst. 9 zákona o pobytu cizinců výslovně vylučuje použití § 45 odst. 4 soudního řádu správního,⁴ a tedy neumožňuje soudci rozhodnout o zpřístupnění utajované informace žalobci.

V tomto příspěvku budu hodnotit, do jaké míry tato právní úprava zajišťuje rovnováhu mezi zájmem na ochraně národní bezpečnosti prostřednictvím utajovaných informací a ochranou procesních práv cizince. Cesta k dosažení vytyčeného cíle povede především přes analýzu judikatury Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“) a Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“ nebo „Soudní dvůr“). Nevynechám ovšem ani judikaturu Nejvyššího

⁴ Podle § 45 odst. 4 soudního řádu správního platí: „Z nahlížení nelze vyloučit části spisu uvedené v odstavci 3, jimiž byl nebo bude prováděn důkaz soudem. Z nahlížení nelze dále vyloučit ani ty části spisu, do nichž měl účastník právo nahlížet v řízení před správním orgánem. Písemnosti nebo záznamy, které byly v řízení před správním orgánem uchovávány odděleně mimo spis a na něž se nevztahovala ustanovení o nahlížení do spisu, lze poskytnout k nahlížení jen tehdy, pokud předseda senátu rozhodne, že tím nemůže dojít k ohrožení nebo vážnému narušení činnosti zpravodajských služeb nebo policie. Před rozhodnutím si předseda senátu vyžádá vyjádření orgánu, který informace obsažené v těchto písemnostech nebo záznamech poskytl.“

správní soudu a okrajově zmíním i relevantní judikaturu Ústavního soudu České republiky.

V další části příspěvku se pak zaměřím speciálně na krátkodobá víza. Důvody, proč jsem zvolila právě tento pobytový titul, jsou dva. Prvním z nich je to, že poslední novela zákona o pobytu cizinců⁵ nově zavádí soudní přezkum rozhodnutí o neudělení krátkodobého víza, který však zároveň významně limituje právě v situaci, kdy vízum nebylo uděleno z bezpečnostních důvodů. Druhým důvodem je specifikum vízového řízení spočívající v tom, že na rozdíl od řízení o jiných pobytových titulech rozhodující správní orgány (tj. zastupitelské úřady a Ministerstvo zahraničních věcí, dále jen „MZV“) nemají vůbec k dispozici příslušné stanovisko bezpečnostních složek, z něhož má vyplývat, že cizinec je bezpečnostní hrozbou. Příspěvek hodnotí soulad této zákonné úpravy a praxe s právem Evropské unie.⁶

2. JUDIKATURA SOUDNÍHO DVORA – ROZSUDEK VELKÉHO SENÁTU VE VĚCI C-300/11 ZZ

Mnohé z jednotlivých typů pobytových titulů upravených zákonem o pobytu cizinců mají svůj původ v právu Evropské unie, jehož součástí je rovněž základní právo na spravedlivý proces a účinný prostředek nápravy zakotvené v čl. 47 Listiny základních práv Evropské unie. Výkladem tohoto článku v návaznosti na čl. 30 odst. 2 a čl. 31 směrnice 2004/38/ES⁷ se zabýval Soudní dvůr v rozsudku velkého senátu ve věci C-300/11 ZZ ze dne 4. června 2013.

⁵ Zákon č. 176/2019 Sb., kterým se mění zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

⁶ Poznátky obsažené v této druhé části čerpám částečně ze šetření zahájeného veřejnou ochránkyní práv týkajícího se neudělení krátkodobého víza rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie.

⁷ Směrnice 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 nařízení (EHS) č. 1612/68 a o zrušení směrnic 64/221/EHS, 68/360/EHS, 72/194/EHS, 73/148/EHS, 75/34/EHS, 75/35/EHS, 90/364/EHS, 90/365/EHS a 93/96/EHS.

Podle čl. 30 odst. 1 směrnice platí, že rozhodnutí, jehož důsledkem dochází k omezení práva na volný pohyb a pobyt občana EU nebo jeho rodinného příslušníka, se dotýčné osobě oznamuje písemně a takovým způsobem, aby mohla porozumět jeho obsahu a důsledkům pro svou osobu. Odstavec 2 čl. 30 dále stanoví, že není-li to v rozporu se zájmy bezpečnosti státu, dotyčná osoba musí být přesně a úplně informována o důvodech veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví, na nichž jsou založena rozhodnutí přijatá v jejím případě.

V daném případě šlo o odepření vstupu občana členského státu EU (Francie) na území Spojeného království, kde měl dotýčný povolen trvalý pobyt, a to z důvodu, že jeho přítomnost odporovala veřejné bezpečnosti. V rámci řízení o opravném prostředku nebyly ZZ zpřístupněny veškeré důkazy, na nichž bylo rozhodnutí o odepření vstupu založeno. Ty byly v souladu s vnitrostátním právem poskytnuty pouze speciálním advokátům ZZ, kteří však obsah utajovaných informací rovněž nesměli ZZ zpřístupnit. Ve veřejném rozsudku vydaném v dané věci⁸ bylo uvedeno, že SIAC (dovolací orgán soudního typu) byla přesvědčena o zapojení ZZ do činnosti sítě Islámské ozbrojené skupiny a do jejích teroristických činností v roce 1995 a 1996. Z rozsudku dále vyplývalo, že předměty, k jejichž vlastnictví se přiznal, byly nalezeny v Belgii v prostorách najatých známým extremistou, kde bylo mimo jiné nalezeno určité množství zbraní a střeliva.⁹

SDEU ve svém rozsudku nejdříve poukázal na svou ustálenou judikaturu, podle které „účinnost soudního přezkumu zaručeného článkem 47 Listiny předpokládá, že dotýčný bude mít možnost seznámit se s důvody přijatého rozhodnutí, které se ho týká, [...] aby mu tak bylo umožněno hájit svá práva za co nejpríznivějších podmínek a rozhodnout se s plnou znalostí věci, zda je účelné obrátit se na příslušný soud, jakož i k tomu, aby byl tento soud plně schopen provést přezkum legality dotčeného vnitrostátního aktu [...]“.¹⁰ Ve vztahu k soudnímu řízení SDEU připomněl, že součástí článku 47 Listiny je i zásada kontradiktornosti, podle které musí mít účastníci řízení právo seznámit se se všemi důkazy nebo vyjádřeními předloženými soudem, aby se k nim mohli vyjádřit a aby mohli ovlivnit jeho rozhodnutí.

Na druhou stranu SDEU uznal, že v některých případech mohou existovat důvody založené na národní bezpečnosti odůvodňující nesdělení určitých informací dotýčnému jednotlivci, jakož i nezpřístupnění určité části důkazů. Zdůraznil však, že takový postup je přípustný pouze tehdy, je-li to nezbytně nutné a pouze ve výjimečných případech a za předpokladu, že bude existovat

Článek 31 směrnice ukládá členským státům povinnost stanovit ve vnitrostátním právním řádu opatření nezbytná k tomu, aby občané EU a jejich rodinní příslušníci měli přístup k soudním a případně správním opravným řízením za účelem přezkumu rozhodnutí přijatých vůči nim z důvodů veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví a omezujících jejich svobodu volného pohybu a pobytu v členských státech. V souladu s odstavcem 3 téhož článku musí opravná řízení umožňovat posouzení zákonnosti rozhodnutí, skutečností a okolností, na kterých je založeno.

⁸ Ve věci proběhlo jednání, které bylo zčásti veřejné a zčásti neveřejné (pouze za účasti speciálních advokátů, bez přítomnosti ZZ), a následně byly vydány dva rozsudky – jeden důvěrný a jeden veřejný.

⁹ Rozsudek SDEU ve věci C-300/11 ZZ, bod 31.

¹⁰ Tamtéž, bod 53.

účinná soudní kontrola, v rámci které bude vnitrostátní soud oprávněn přezkoumat jak důvody pro nezpřístupnění důkazů, tak zákonnost samotného rozhodnutí správního orgánu.

V rámci tohoto soudního přezkumu bude na příslušném vnitrostátním orgánu, aby soudu předložil důkaz o tom, že by bezpečnost státu byla skutečně ohrožena, kdyby byly dotčené osobě sděleny přesně a úplně důvody, na nichž je založeno rozhodnutí, jakož i s ním související důkazy. Soudní dvůr dovodil, že neplatí domněnka o existenci či podloženosti důvodů uváděných vnitrostátním orgánem a je vždy úkolem soudu posoudit, zda bezpečnost státu skutečně brání sdělení přesných a úplných důvodů rozhodnutí a zpřístupnění utajovaných důkazů.¹¹

Soudní dvůr nicméně odlišil přístup ke sdělení důvodů rozhodnutí a ke zpřístupnění utajovaných důkazů. Ve vztahu k důvodům rozhodnutí uvedl, že pokud soud v rámci soudního přezkumu rozhodne, že bezpečnost státu nebrání tomu, aby byly dotčené osobě přesně a úplně sděleny důvody, z nichž vychází předmětné rozhodnutí, umožní příslušnému vnitrostátnímu orgánu sdělit tyto chybějící důvody a důkazy. Pokud tento orgán jejich poskytnutí nepovolí, přezkoumá soud legalitu takového rozhodnutí pouze na základě důvodů a důkazů, které byly poskytnuty. V případě, že naopak bezpečnost státu skutečně brání tomu, aby byly dotčené osobě tyto důvody sděleny, musí soudní přezkum zajistit respektování zásady kontradiktornosti v co největší míře, aby dotčená osoba mohla zpochybnit důvody, na nichž je založeno dotčené rozhodnutí, a vyjádřit se k důkazům s ním souvisejícím, a tedy mohla užitečně uplatnit prostředky obhajoby.¹² Za tímto účelem musí být dle Soudního dvora dotčená osoba v každém případě seznámena s podstatou důvodů, z nichž vychází rozhodnutí.

Na druhou stranu ve vztahu k zpřístupnění utajovaných důkazů se obdobný postup neuplatní. SDEU totiž uznal, že zpřístupnění informací podléhajících utajení by mohlo „přímo a konkrétně ohrozit bezpečnost státu, jelikož může mj. ohrozit život, zdraví či svobodu osob či odhalit metody vyšetřování vnitrostátních bezpečnostních orgánů, a vážně tak narušit plnění budoucích úkolů těchto orgánů, resp. jim v tom zabránit“.¹³

SDEU proto judikoval, že „[č]lánek 30 odst. 2 a článek 31 směrnice 2004/38/ES [...] musí být s ohledem na článek 47 Listiny vykládány v tom smyslu, že vyžadují, aby příslušný vnitrostátní soud zajistil, aby příslušný vnitrostátní orgán nesdělil dotčené osobě přesné a úplné důvody, z nichž vychází rozhodnutí

¹¹ Tamtéž, bod 61.

¹² Tamtéž, body 64 a 65.

¹³ Tamtéž, bod 66.

přijaté na základě článku 27 této směrnice, jakož i informace o příslušných důkazech pouze v nezbytně nutném rozsahu, a aby dotčený byl o podstatě uvedených důvodů v každém případě informován způsobem, který náležitě zohlední nutnost zachovat důvěrnost důkazů“.

Soudní dvůr se ve svém rozsudku odklonil od stanoviska generálního advokáta, který uváděl, že státům by tedy měla být ponechána možnost, aby se podle okolností případu rozhodly zcela nezpřístupnit důvody veřejné bezpečnosti občanovi Unie, kterému neumožní vstup nebo pobyt na svém území.¹⁴ Soudní dvůr se s názorem generálního advokáta neztotožnil a přiznal dotčeným osobám v každém případě minimálně právo znát podstatu důvodů veřejné bezpečnosti, které vůči nim stát uplatňuje.

Právě rozsudek SDEU ve věci ZZ považují za klíčový, pokud jde o otázku míry zpřístupnění obsahu utajovaných informací v rámci rozhodování v cizineckých věcech. Minimálně ve vztahu k těm řízením, která spadají do působnosti práva Evropské unie. Přestože se tento rozsudek věnuje výkladu příslušných ustanovení směrnice o volném pohybu, závěry SDEU mají obecnější význam z hlediska výkladu a uplatňování práva na obhajobu a zásady kontradiktornosti řízení. Procesní garance, které Soudní dvůr ve vztahu k využívání utajovaných informací dovodil z článku 47 Listiny základních práv EU, totiž dopadají na všechny osoby, jejichž práva jsou zaručené právem Evropské unie.

3. JUDIKATURA EVROPSKÉHO SOUDU PRO LIDSKÁ PRÁVA

Stejně jako SDEU, i ESLP ve své judikatuře připouští, aby v případě existence zřejmého zájmu státu na ochraně své bezpečnosti došlo k omezení procesních záruk vyplývajících z práva na spravedlivý proces a účinný prostředek nápravy. Přestože podle judikatury ESLP cizinecké věci nespádají do působnosti článku 6 Evropské úmluvy o lidských právech (dále jen „Úmluva“), soud několikrát zdůraznil, že v případech, kdy přijaté opatření zasahuje do lidských práv, měla by být vždy zachována určitá forma kontradiktorního řízení. Judikatura ESLP, která se věnuje využívání utajovaných informací, se v této oblasti rozvinula zejména na poli čl. 8 (právo na soukromý a rodinný život), obvykle ve spojení s čl. 13 (právo na účinný prostředek nápravy), případně k čl. 5 (právo na osobní svobodu) ve vztahu k zajištění cizinců.¹⁵

¹⁴ Stanovisko generálního advokáta Y. Bota přednesené dne 12. 9. 2019 ve věci C-300/11 ZZ, body 101 a 102.

¹⁵ Viz zejména rozsudek ESLP (velký senát) ve věci *Chahal proti Spojenému království*, stížnost č. 22414/93, rozsudek z 15. 11. 1995; nebo rozsudek ESLP (velký senát) ve věci *A a další*

ESLP ve své judikatuře klade největší důraz na nutnost zajištění efektivního soudního přezkumu. Právě vyloučení soudního přezkumu u rozhodnutí o vyhoštění, které neobsahovalo žádné odůvodnění (kromě odkazu na příslušné zákonné ustanovení umožňující vyhostit cizince, jehož přítomnost v zemi představuje vážnou hrozbu pro národní bezpečnost nebo veřejný pořádek), vedlo ESLP k výroku o porušení čl. 8 v případě *Al-Nashif proti Bulharsku*¹⁶. Soud zde zdůraznil, že jednotlivec musí být schopen zpochybnit tvrzení orgánu výkonné moci, že jsou dány důvody národní bezpečnosti a zároveň nezávislý orgán musí být schopen reagovat na případy, kdy dovolávání se tohoto konceptu nemá žádný rozumný základ ve skutkovém stavu anebo kdy je výklad pojmu „národní bezpečnost“ nezákonný či odporující zdravému rozumu a svévolný.¹⁷

Soudní přezkum nesmí být jen formální a vnitrostátní soud musí mít možnost ověřit skutkový základ, z něhož vychází závěr správního orgánu, že jednotlivec představuje ohrožení národní bezpečnosti. Toho je dle ESLP třeba dosáhnout tím, že soud bude mít k dispozici veškeré zdroje informací, o které se rozhodnutí opírá, včetně utajovaných informací. Ve věci *C. G. a další proti Bulharsku*¹⁸ posuzoval ESLP případ vyhoštění poté, co se bulharská judikatura změnila a soudy začaly přezkoumávat rozhodnutí založená na bezpečnostních důvodech. ESLP však tento přezkum nepovažoval za efektivní, a to zejména z toho důvodu, že bulharské soudy, které přezkoumávaly rozhodnutí o vyhoštění stěžovatele, řádně neposoudily, zda důvody národní bezpečnosti, kterých se správní orgány dovolávaly, byly skutečně dány, a omezily se pouze na formální přezkum rozhodnutí o vyhoštění. Vnitrostátní soudy totiž vycházely výlučně ze zprávy ministerstva vnitra založené na utajených informacích získaných tajným sledováním stěžovatele, podle kterých byl stěžovatel zapojen do drogové trestné činnosti, aniž by posoudily další důkazy, které by potvrdily nebo vyvrátily tato obvinění.¹⁹ Navíc, obdobně jako v případě *Al-Nashif*, shledal ESLP problém v tom, že rozhodnutí o vyhoštění stěžovatele neobsahovalo žádné skutkové důvody, na základě nichž bylo vydáno a obsahovalo pouze citaci právní úpravy a závěr, že stěžovatel představuje vážnou hrozbu pro národní

proti Spojenému království, stížnost č. 3455/05, rozsudek ze dne 19. 2. 2009.

¹⁶ Rozsudek ESLP ve věci *Al Nashif proti Bulharsku*, stížnost č. 50963/99, rozsudek ze dne 20. 6. 2002.

¹⁷ *Al-Nashif proti Bulharsku*, bod 124.

¹⁸ Rozsudek ESLP ve věci *C. G. a ostatní proti Bulharsku*, stížnost č. 1365/07, rozsudek ze dne 24. 4. 2008.

¹⁹ *C. G. a další proti Bulharsku*, bod 47.

bezpečnost. V důsledku toho mu nebylo umožněno efektivně využít dostupné opravné prostředky a vyvrátit tato obvinění.²⁰

V případě *Liu proti Rusku (II)*²¹ považoval ESLP za nedostatečné, pokud bylo stěžovateli poskytnuto obvinění pouze obecné povahy (konkrétně, že stěžovatel pomáhal čínským bezpečnostním službám shromažďovat informace o politické, sociální a ekonomické situaci v Chabarovské oblasti, jakož i informace o vojenských zařízeních v této oblasti a cestách, které k nim vedou). ESLP Rusku vyčítal, že stěžovateli nebyla sdělena žádná konkrétní tvrzení, která by uváděla místa a data činů, jichž se stěžovatel údajně dopustil, což mu znemožnilo účinně zpochybnit tvrzení bezpečnostních služeb poskytnutím ospravedlňujících důkazů, jako např. alibi nebo alternativní vysvětlení činů stěžovatele.²² Soudní přezkum navíc v této věci nebyl efektivní, neboť vnitrostátní soudy omezily rozsah svého posouzení pouze na zjištění, že zpráva bezpečnostních služeb byla vydána v rámci jejich pravomoci, aniž by provedly nezávislý přezkum, zda závěr, že stěžovatel představoval nebezpečí pro národní bezpečnost, měl reálný skutkový základ.²³

Porušení článku 8 Úmluvy shledal ESLP i v nedávném případě *Gaspar proti Rusku*.²⁴ V této věci šlo o zrušení pobytu stěžovatelky na základě utajované informace ruské FSB, dle níž stěžovatelka ohrožuje národní bezpečnost. ESLP viděl problém v tom, že obsah této informace nebyl stěžovatelce zpřístupněn a následně ani vnitrostátní rozsudky neposkytovaly žádné ani jen obecné údaje o tom, proč byla stěžovatelka považována za ohrožení národní bezpečnosti. Stejně jako v případě *Liu proti Rusku (II)*, i zde byl rozsah soudního přezkumu omezen toliko na zjištění, že zpráva FSB byla vydána v rámci její pravomoci a soudy neprovedly nezávislý přezkum, zda závěry této zprávy mají dostatečný skutkový základ. Soudy tedy dle ESLP neposoudily, zda byla FSB schopna prokázat existenci skutečností, které sloužily jako základ pro vyhodnocení, že stěžovatelka představovala bezpečnostní riziko.²⁵

Přímo ve vztahu k České republice se otázce míry zpřístupnění utajovaných informací ESLP věnoval v rozsudku velkého senátu ve věci *Regner proti České republice*.²⁶ Tento rozsudek se sice netýká pobytu cizinců, ale zato

²⁰ Tamtéž, body 46 a 60.

²¹ Rozsudek ESLP ve věci *Liu proti Rusku (II)*, stížnost č. 29157/09, rozsudek ze dne 26. 7. 2011.

²² *Liu proti Rusku (II)*, bod 90.

²³ Tamtéž, bod 89.

²⁴ Rozsudek ESLP ve věci *Gaspar proti Rusku*, stížnost č. 23038/15, rozsudek ze dne 12. 6. 2018.

²⁵ *Gaspar proti Rusku*, body 46–48.

²⁶ Rozsudek ESLP (velký senát) ve věci *Regner proti České republice*, stížnost č. 35289/11, rozsudek ze dne 19. 9. 2017.

se na pozadí rozhodnutí o zrušení bezpečnostní prověrky věnuje zárukám spravedlivého řízení, existujícím v rámci systému českého správního soudnictví. Velký senát ESLP v této věci rozhodl, že nedošlo k porušení práva stěžovatele na spravedlivý proces, a to přesto, že stěžovateli nebyly zpřístupněny žádné důkazy ani sděleny skutkové důvody, které k odnětí prověrky vedly. Přestože soud poznamenal, že by bylo žádoucí, aby vnitrostátní orgány nebo alespoň Nejvyšší správní soud stěžovateli minimálně ve stručnosti objasnily obvinění vznesená proti němu, porušení práva stěžovatele na spravedlivý proces ESLP neshledal s ohledem na to, že právní úprava a rozhodovací praxe soudů poskytují dostatečně účinné procesní záruky bránící svévoli, které vykompenzovaly obtíže způsobené obhajobě. Konkrétně soud poukazyval na to, že (i) soudci mají přístup k utajovaným informacím ve všech stupních utajení, že (ii) nejsou vázáni žalobním návrhem, (iii) přezkoumávají rozhodnutí správních orgánů v plné jurisdikci.

Velký senát ovšem zdaleka nebyl ve svém rozhodnutí jednotný a rozhodnutí, že nedošlo k porušení článku 6 Úmluvy, bylo přijato deseti hlasy proti sedmi. Rozhodnutí bylo kritizováno za to, že se odklonilo od závěrů SDEU, pokud jde o zajištění přístupu jednotlivce alespoň k podstatě důvodů správního rozhodnutí²⁷ a do jisté míry i od své vlastní rozhodovací praxe.²⁸

Z judikatury ESLP i SDEU shodně plyne, že ve výjimečných případech, když je v sázce národní bezpečnost, se záruky vyplývající z práva na spravedlivý proces a účinný prostředek nápravy neuplatní v plné míře. Soudy akceptují možnost omezení přístupu účastníka řízení k dokumentům podléhajícím utajení, které byly použity jako podklady pro vydání rozhodnutí, a rovněž akceptují omezení rozsahu odůvodnění rozhodnutí. Vždy pouze za předpokladu, že procesní omezení účastníka řízení budou určitým způsobem vyvážena tak, aby byla ve výsledku přiměřená sledovaným účelům, tj. ochraně bezpečnosti státu. Současně musí být zajištěn přístup dotyčné osoby k účinnému oprávněnému prostředku a musí být zachována spravedlnost řízení. Velký důraz je v takových případech kladen především na zajištění efektivního soudního přezkumu, v rámci něhož bude soud oprávněn posoudit jednak nezbytnost utajení informací v konkrétním případě, jakož i opodstatněnost závěrů správních orgánů o ohrožení bezpečnosti státu cizincem.

Přístup ESLP a SDEU se liší v otázce, zda jednotlivec musí být v každém případě informován alespoň o podstatě důvodů národní bezpečnosti, na

²⁷ Viz např. odlišné stanovisko soudce A. Sajó, obdobně viz CHLEBNÝ, J. Public Order, National Security and the Rights of Third-Country Nationals in Immigration Cases. *European Journal of Migration and Law*. Vol 20, 2018, s. 131.

²⁸ PYSK, V. Z aktuální judikatury Evropského soudu pro lidská práva – ochrana utajovaných informací. *Správní právo (legislativní příloha)*. Ročník XX. 2018, č. 2, s. 67.

kterých je založeno předmětné rozhodnutí. Zatímco SDEU toto právo jednoznačně dovodil z článku 47 Listiny základních práv EU, ESLP v rozsudku ve věci *Regner* uznal, že za určitých podmínek je akceptovatelné, aby dotyčné osobě nebyly zpřístupněny žádné utajované důkazy a současně aby nebyla ani rámcově informována o důvodech rozhodnutí na těchto důkazech založeného. V některých rozsudcích v cizineckých věcech sice ESLP kritizoval rozhodnutí, která neobsahovala žádné skutkové důvody, a konstatoval, že jednotlivec musí být schopen zpochybnit tvrzení státu, že představuje bezpečnostní hrozbu. Pokud však shledal porušení čl. 8, případně ve spojení s čl. 13 Úmluvy, měl zároveň výhrady i vůči soudnímu přezkumu, který v daných věcech nebyl účinný, neboť soudy buď neměly k dispozici veškeré zdroje informací, o které se opíralo předmětné rozhodnutí, anebo přestože těmito informacemi disponovaly, neprovedly jejich nezávislý přezkum. Porušení práva na účinný prostředek nápravy bylo v těchto věcech spíše výsledkem toho, že neoznámení skutkových důvodů rozhodnutí nebylo dostatečným způsobem vyváženo v rámci následného soudního přezkumu.

Je tedy otázkou, zda by ESLP dospěl k závěru o porušení Úmluvy v situaci, pokud by jediná výhrada cizince směřovala toliko proti tomu, že v rámci řízení nebyl informován ani jen rámcově o důvodech pobytového rozhodnutí, majícího za následek zásah do jeho rodinného a soukromého života, anebo zda by naopak zachoval nízký standard ochrany nastavený rozsudkem ve věci *Regner*. Vidím totiž určitý materiální rozdíl mezi řízením o odebrání bezpečnostní prověrky a řízením pobytovým, kdy negativní rozhodnutí může zasáhnout do práva cizince na respektování soukromého a rodinného života.

4. JUDIKATURA ČESKÝCH SOUDŮ

Řešení konfliktu mezi ochranou utajovaných informací a ochranou procesních práv cizince se Nejvyšší správní soud ve své judikatuře věnuje zejména ve vztahu k podobě utajovaných informací a způsobu jejich hodnocení krajskými soudy a správními orgány. Při vydávání negativního pobytového rozhodnutí z důvodu ohrožení bezpečnosti státu je stanovisko policie nebo zpravodajské služby často jediným podkladem pro vydání rozhodnutí. Správní orgány se pak snaží dovolávat toho, že jelikož se jedná o utajovanou informaci, jsou povinny ji bez dalšího plně respektovat a nejsou kompetentní jakkoliv hodnotit její obsah.

Takový přístup k práci s utajovanými informacemi však NSS konstantně odmítá. Ve své judikatuře vychází především z rozsudku rozšířeného senátu ze dne 1. 3. 2016, č. j. 4 As 1/2015-40, který se týkal nakládání s utajovanými

informacemi v bezpečnostním řízení před Národním bezpečnostním úřadem. NSS však již opakovaně dovedl, že stejné závěry ohledně dokazování a hodnocení utajovaných skutečností platí i pro soudním přezkum rozhodnutí vydaných podle zákona o pobytu cizinců.²⁹

Rozšířený senát v předmětném rozsudku poukázal na specifický způsob nakládání s utajovanými informacemi, plynoucími ze zjištění zpravodajských služeb, kdy tyto informace nejsou správními orgány ani následně soudy přezkoumávány v takovém rozsahu a takovým způsobem, který je ve správním soudnictví obvyklý. Nejvyšší správní soud zdůraznil, že „*byť jde o podkladové akty, nemohou být zprávy zpravodajských služeb pouze vyjádřením názoru jejich zpracovatele, bez patřičného skutkového podkladu zachyceného ve spise a soudem ověřitelného. Žalovaný i správní soudy musí mít možnost zhodnotit věrohodnost a přesvědčivost zpravodajské informace a její relevanci ve vztahu k bezpečnostnímu řízení*“. To podle NSS znamená, že samotná klasifikace informace jako utajované nebo skutečnost, že jejím autorem je zpravodajská služba nebo policie, automaticky neznamená, že tuto informaci lze považovat za věrohodnou, přesvědčivou a relevantní.³⁰ Z informací zpravodajské služby musí být dle NSS patrné, jakým způsobem byly získány a o jaká konkrétní skutková zjištění se opírají.³¹

Správní orgány jsou tedy samy povinny před vydáním rozhodnutí zhodnotit, zda příslušná informace zpravodajské služby splňuje výše uvedené atributy. Pokud informace takovým požadavkům nedostojí, může správní orgán vyžadovat od příslušné zpravodajské služby jejich doplnění. V opačném případě taková informace neobstojí jako podklad pro správní rozhodnutí, zvláště za situace, je-li podkladem jediným.³²

Podle NSS existují pouze dvě možnosti, kdy utajovaná informace sama o sobě bude dostatečným a spolehlivým podkladem pro vydání rozhodnutí: „*(a) buď je informace dostatečně podrobná a podložená konkrétními důkazy a skutkovými okolnostmi, které umožní účinně ověřit relevanci zjištění policie [...], anebo (b) správní orgán provede výslech účastníka řízení tak, aby ověřil informaci a dal možnost zpracovateli informace reagovat na tvrzení účastníka řízení a informaci doplnit tak, aby se stala dostatečným podkladem pro správní rozhodnutí*“.³³

²⁹ Srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 6. 2016, č. j. 4 Azs 255/2015-49, nebo rozsudek téhož soudu ze dne 30. 3. 2017, č. j. 1 Azs 49/2017-44.

³⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 6. 2016, č. j. 4 Azs 255/2015-49, body 21 a 22.

³¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2012, č. j. 7 As 117/2012-28.

³² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 3. 2019, č. j. 9 Azs 81/2019-33, bod 22.

³³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2017, č. j. 1 Azs 49/2017-44.

V rámci následného soudního přezkumu „je zcela nezbytné, aby se soud s utajovanou informací přímo seznámil, a je povinen ověřit výše uvedené hlediska věrohodnosti, přesvědčivosti a relevance takové informace ve vztahu k závěrům, které z nich správní orgán vyvodil; úkolem správního soudu však není přezkoumávat pravdivost takových informací“.³⁴

Vedle nezbytnosti správního orgánu a poté soudu seznámit se s obsahem utajované informace a řádně posoudit její věrohodnost, přesvědčivost a relevanci, nevyplyývají z judikatury NSS speciální požadavky, pokud jde o otázku rozsahu informování cizince o konkrétních skutkových důvodech rozhodnutí.

V některých případech, kdy k vydání negativního rozhodnutí došlo z důvodu ohrožení bezpečnosti státu (případně z důvodu, že pobyt není v zájmu České republiky), měl dokonce dotýčný cizinec nebo jeho právní zástupce možnost se seznámit alespoň s částí utajované informace.³⁵ Jednalo se však o starší případy, kdy správní orgány rozhodovaly ve věci dříve, než byl zákon o pobytu cizinců obohacen o ustanovení § 169m. Předmětem soudního přezkumu rozhodnutí vydaného po nabytí účinnosti předmětné novely zákona o pobytu cizinců se stalo například rozhodnutí o správním vyhoštění cizince. NSS v rozsudku sp. zn. 9 Azs 81/2019 sice rozhodnutí policie i rozsudek krajského soudu zrušil, nevyjádřil se však k tomu, zda bylo rozhodnutí dostatečně odůvodněno ve vztahu k důvodům ohrožení bezpečnosti státu (z rozsudku ovšem nevyplyvá, že by žalobce tuto námitku v kasační stížnosti vznesl). Důvodem zrušení rozhodnutí o vyhoštění i rozsudku krajského soudu bylo to, že správní orgán i soud zcela rezignovaly na bližší zkoumání věrohodnosti, přesvědčivosti a relevance utajované informace poskytnuté zpravodajskou službou.

Starší judikatura se k otázce rozsahu informování cizince o důvodech bezpečnosti státu, které proti němu svědčí, vyjadřuje pouze v kontextu rozhodnutí ve věci mezinárodní ochrany. Jednalo se o případ, kdy utajovaná informace byla určujícím podkladem pro aplikaci vylučující klauzule, a odůvodnění rozhodnutí neobsahovalo žádné skutkové důvody. NSS v rozsudku sp. zn. 6 Azs 142/2006 judikoval, že v takové situaci nelze žadateli o azyl odeprít možnost seznámit se s obsahem utajované informace, protože jiný přístup neumožňuje realizaci procesních práv v řízení správním i v přezkumném řízení soudním. NSS odkázal na potřebu dosažení proporcionality mezi ochranou procesních práv účastníka řízení vyplývajících z čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod na straně jedné a účelu utajování skutečností podle zákona o utajovaných skutečnostech na straně druhé. V tomto duchu pak konstatoval, že

³⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Azs 81/2019-33. bod 23, který odkazuje na rozsudek rozšířeného senátu téhož soudu ze dne 1. 3. 2016, č. j. 4 As 1/2015-40.

³⁵ Srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 2. 2016, č. j. 1 Azs 213/2015-54 nebo rozsudek téhož soudu ze dne 25. 8. 2016, č. j. 3 Azs 246/2015-25.

*„[p]okud by seznámení účastníka s plným zněním utajované skutečnosti v řízení mělo znamenat popření tohoto základního účelu zákona o utajovaných skutečnostech, lze podle názoru Nejvyššího správního soudu akceptovat, že správní orgán rozhodující o veřejných subjektivních právech účastníku řízení sdělí pouze pro řízení relevantní obsah takové skutečnosti, a to v přiměřené formě“.*³⁶

Ačkoliv se v tomto příspěvku nevěnuji problematice udělování státního občanství, nelze alespoň ve stručnosti nezmínit, jakým způsobem nalezl spravedlivou rovnováhu mezi ochranou utajovaných informací a ochranou procesních práv cizince Ústavní soud ve své aktuální judikatuře, kdy se zabýval ústavností dvou ustanovení zákona o státním občanství.³⁷ V prvním ze dvou nálezů posuzoval Ústavní soud ústavnost ustanovení § 22 odst. 3, podle kterého v případě, že v řízení vyjde na základě stanoviska Policie České republiky nebo zpravodajské služby, které obsahuje utajované informace, najevo, že žadatel ohrožuje bezpečnost státu, jeho svrchovanost a územní celistvost, demokratické základy, životy, zdraví nebo majetkové hodnoty, v odůvodnění rozhodnutí se pouze uvede, že k zamítnutí žádosti došlo z důvodu ohrožení bezpečnosti státu, přičemž tato stanoviska se nestávají součástí spisu. Právě toto ustanovení se patrně stalo vzorem pro § 169m zákona o pobytu cizinců.³⁸

Ústavní soud dospěl k závěru, že nesdělení konkrétních skutkových důvodů nevyhovění žádosti o udělení státního občanství nepředstavuje porušení práva cizince na spravedlivý proces. Napadená právní úprava podle Ústavního soudu sleduje legitimní cíl, kterým jsou bezpečnostní zájmy státu, přičemž k dosažení tohoto cíle zvolila racionální, a nikoliv svévolné prostředky. Proto představuje ústavně konformní kompromis *„mezi zájmem jednotlivce na sdělení důvodů zamítavého rozhodnutí na straně jedné a mezi bezpečnostními zájmy státu na straně druhé“*.³⁹

Později Ústavní soud posuzoval i ústavní konformitu § 26 zákona o státním občanství, které vylučuje soudní přezkum rozhodnutí přijatého podle § 22 odst. 3. Ani ustanovení § 26 neshledal Ústavní soud protiústavním. Rozhodujícím argumentem pro Ústavní soud bylo jednak to, že neexistuje žádné základní právo, které by suverénní stát mohl porušit tím, že cizinci svým rozhodnutím neudělí státní občanství, a dále také to, že napadená právní úprava sleduje legitimní cíl, kterým jsou bezpečnostní zájmy státu, a tato úprava tedy není projevem svévole zákonodárce ani rozporná s principy demokratického právního státu.⁴⁰

³⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2007, č. j. 6 Azs 142/2006-58.

³⁷ Zákon č. 186/2013 Sb., o státním občanství České republiky a o změně některých zákonů.

³⁸ Srov. důvodovou zprávu k zákonu č. 222/2017 Sb.

³⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 11. 10. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 5/16, bod 61.

⁴⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 2. 7. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 39/17.

Závěry Ústavního soudu však nepovažují ve vztahu k pobytovým věcem za určující, jelikož mezi řízením o žádosti cizince o státní občanství a žádostí cizince o pobytové oprávnění existuje několik významných rozdílů. Za prvé, na rozdíl od úpravy udělování státního občanství, která je plně v kompetenci státu, jenž může stanovit, za jakých podmínek lze občanství získat, úprava pobytu cizinců ve velké míře vychází z práva Evropské unie. Jak jsem již uvedla výše, mnohé z jednotlivých pobytových titulů jsou výsledkem transpozice příslušných evropských směrnic, a tím se na ně vztahují garance článku 47 Listiny základních práv EU. Kromě toho zatímco na udělení státního občanství neexistuje právní nárok, na udělení (případně prodloužení) některých pobytových oprávnění při splnění zákonných podmínek právní nárok cizinci vzniká. A v neposlední řadě, podle judikatury Ústavního soudu neexistuje žádné základní právo, které by stát mohl porušit tím, že cizinci svým rozhodnutím státní občanství neudělí. To však neplatí v pobytových věcech, kdy rozhodnutí správního orgánu může v určitých případech představovat porušení práva na respektování soukromého a rodinného práva cizince. Z těchto důvodů jsou možnosti státu při omezování procesních práv cizinců mnohem limitovanější, než je tomu ve vztahu ke státnímu občanství.

5. ZÁKON O POBYTU CIZINCŮ VS. PRÁVO CIZINCE NA SPRÁVEDLIVÝ PROCES A ÚČINNÝ PROSTŘEDEK NÁPRAVY

Pokud je cizinec na základě utajovaných informací považován za bezpečnostní hrozbu, zákon o pobytu cizinců umožňuje vydat negativní pobytové rozhodnutí, které neobsahuje žádné skutkové důvody a cizinec zároveň nemá možnost seznámit se s obsahem těchto utajovaných informací, protože nejsou obsaženy ve správním spisu. Z rozhodnutí se tedy dotyčný dozví jenom to, že existuje nějaká utajovaná informace, jejímž autorem je zpravodajská služba nebo policie, z které vyplývá, že cizinec ohrožuje, resp. by potenciálně mohl ohrozit bezpečnost státu. Chce-li cizinec následně využít dostupné opravné prostředky,⁴¹ musí tak činit takřka „naslepo“, aniž by věděl, proti jakým skutkovým okolnostem má směřovat jeho obrana.

⁴¹ Po nabytí účinnosti novely č. 176/2019 Sb. je opravným prostředkem pouze správní žaloba, jelikož v případech, kdy dojde k negativnímu pobytového rozhodnutí s odkazem na ohrožení bezpečnosti státu, v souladu s § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců nabývá rozhodnutí právní moci oznámením. A nelze tedy proti němu podat odvolání ke Komisi pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců.

Právo být slyšen (resp. právo účastníka seznámit se s podklady a důvody rozhodnutí a možnost vyjádřit se k nim) představuje jádro práva na spravedlivý proces. Právní úprava, která cizinci neumožňuje seznámit se s podklady rozhodnutí a současně s alespoň podstatou důvodů přijatého rozhodnutí zneumožňuje, aby se proti takovému rozhodnutí efektivně bránil.

Proto se domnívám, že minimálním standardem, který by měl být v pobytovém řízení respektován za situace, kdy je cizinec označen za bezpečnostní hrozbu a kdy okolnosti případu vedou k nemožnosti zpřístupnit mu jakékoliv důkazy obsahující utajované informace, je povinnost seznámit dotyčného cizince alespoň rámcově s podstatou důvodů předmětného rozhodnutí, tak jak judikoval SDEU ve věci ZZ.

Je sice pravdou, že judikatura ESLP a SDEU se ve vztahu k povinnosti seznámit účastníka řízení s podstatou důvodů národní bezpečnosti rozchází. Oba soudy však zdůrazňují zásadu, podle které lze omezení přístupu cizince k důkazům či omezení rozsahu odůvodnění rozhodnutí akceptovat pouze ve výjimečných případech a pouze v nezbytně nutném rozsahu. Obdobně i Ústavní soud České republiky v nálezu Pl. ÚS 5/16 (odůvodňování rozhodnutí o neudělení státního občanství z bezpečnostních důvodů) akcentoval potřebu v každém individuálním případě při posuzování míry bezpečnostních hrozeb zachovat princip proporcionality, přičemž „[v]ýlukou z odůvodnění pak může podle napadeného ustanovení [rozhodující správní orgán] uplatnit toliko v případě, kdy se jedná o relevantní, a nikoliv zcela marginální bezpečnostní riziko“.⁴²

To znamená, že míra zpřístupnění utajovaných informací a míra sdělení konkrétních skutkových důvodů negativního rozhodnutí by se měla lišit v závislosti na konkrétních skutkových okolnostech každého případu a v závislosti na důvodech, pro které je cizinec považován za nebezpečného. Lze totiž předpokládat, že v každém jednotlivém případě se bude intenzita hrozby, kterou cizinec představuje pro bezpečnost státu, lišit a zároveň zpřístupnění důvodů rozhodnutí či podkladů pro jeho vydání nemusí v každém případě nutně vést k ohrožení národní bezpečnosti. Zákon o pobytu cizinců však v § 169m automaticky vylučuje zpřístupnění důkazů a informování cizince o konkrétních skutkových důvodech rozhodnutí vždy, je-li zpravodajskou službou nebo policií označen za bezpečnostní hrozbu, bez ohledu na to, do jaké míry je tato hrozba intenzivní a bez dalšího hodnocení proporcionality omezení procesních práv účastníka řízení. Již z tohoto důvodu považují právní úpravu obsaženou v § 169m odst. 3 zákona o pobytu cizinců za odporující judikatuře obou nadnárodních soudů.

Problém vidím i v pravidlech soudního přezkumu podle § 172 odst. 9 zákona o pobytu cizinců. Změnu tohoto ustanovení přinesla poslední novela

⁴² Nález Ústavního soudu ze dne 11. 10. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 5/16, bod 60.

zákona o pobytu cizinců účinná od 31. července 2019.⁴³ Před touto novelou dával § 172 odst. 9 zákona o pobytu cizinců předsedovi senátu možnost za určitých podmínek rozhodnout o tom, že účastníku řízení (případně jeho zástupci) zpřístupní nezbytnou část obsahu utajované informace, obdobně jako soudní řád správní. Důvodová zpráva k tomuto ustanovení⁴⁴ tehdy poukazovala na to, že možnost, daná předsedovi senátu rozhodnout o zpřístupnění nezbytné části utajované informace cizinci, vychází zejména z rozsudku SDEU ve věci ZZ. Dle něho musí mít soud možnost přezkoumat nejen otázku zákonnosti rozhodnutí zakládajícího se na informaci, která účastníku řízení nebyla zpřístupněna, ale taky samotnou otázku zpřístupnění či nezpřístupnění takové informace

Bohužel, život tohoto ustanovení skončil dříve, než pořádně začal a než by nám bylo umožněno sledovat, zda a případně do jaké míry budou předsedové soudních senátů v praxi využívat oprávnění zpřístupňovat utajované informace účastníkům řízení. Tato možnost byla totiž soudcům záhy odebrána v rámci zmíněné poslední novelizace předmětného ustanovení. K jejímu provedení došlo na základě pozměňovacího návrhu předloženého ministrem vnitra J. Hamáčkem. Tento legislativní návrh přitom nebyl obsažen v původním návrhu novely, a neprošel tak standardním připomínkovým řízením. Nebyla tedy ani posuzována kompatibilita návrhu s evropským právem. Odůvodnění pozměňovacího návrhu k předmětnému ustanovení zcela mlčí a nevysvětluje, proč zůstaly závěry rozsudku Soudního dvora ve věci ZZ najednou ignorovány.

Nyní tedy soud nemá výslovně upravenou možnost rozhodnout o zpřístupnění utajované informace žalobci, dojde-li k závěru, že její nezpřístupnění není důvodné. Domnívám se však, že soudy přesto mohou najít cestu k případnému umožnění účastníkovi řízení nahlédnout do dokumentů obsahujících utajované informace, a to přes neaplikovatelnost tohoto ustanovení pro rozpor s právem Evropské unie.

Pro úplnost dodávám, že i pokud by soud měl možnost zpřístupnit účastníkovi řízení část utajované informace v případě, že dojde k závěru, že utajení v tomto případě není nezbytně nutné, k seznámení cizince s podstatou důvodů rozhodnutí by dle mého názoru mělo dojít již v rámci správního řízení. Žaloba proti rozhodnutí podle zákona o pobytu cizinců totiž nemá odkladný

⁴³ Zákon č. 176/2019 Sb., kterým se mění zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

⁴⁴ Důvodová zpráva k zákonu č. 222/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

účinek⁴⁵ a k jeho přiznání v souladu s konstantní judikaturou NSS obecně nepostačuje tvrdit újmu spočívající v dotčení práva na spravedlivý proces.⁴⁶ Navíc pokud je cizinec označen za bezpečnostní hrozbu, lze si snadno představit, že soud shledá přiznání odkladného účinku v rozporu s důležitým veřejným zájmem. Proto by k seznámení účastníka s podstatou důvodů rozhodnutí měl přistoupit již správní orgán, aby měl dotčený cizinec v rámci podané žaloby možnost účinně se bránit a aby byl schopen zpochybnit tvrzení orgánu výkoné moci, že v jeho případě jsou dány důvody národní bezpečnosti.

Bude-li cizinec nucen opustit území České republiky (což je faktickým důsledkem nepřiznání odkladného účinku) dříve, než se dozví alespoň onu podstatu důvodů rozhodnutí, podle kterého je považován za bezpečnostní hrozbu, bude mu znemožněno efektivně využít svého práva na účinný prostředek nápravy. Zároveň lze předpokládat, že návrat na území České republiky mu nebude umožněn ani tehdy, pokud soud následně rozhodnutí správního orgánu zruší a vrátí mu věc k dalšímu řízení. Existence stanoviska zpravodajské služby obsahujícího informace o tom, že cizinec by při svém pobytu mohl ohrozit národní bezpečnost, zaručeně zabrání vydání jakéhokoli jiného pobytového oprávnění, včetně krátkodobého víza, na základě kterého by se dotčený následně mohl do České republiky vrátit a bránit se proti rozhodnutí. Z toho důvodu považují za důležité, aby měli cizinci efektivní možnost účinné obrany proti rozhodnutí, které je označuje za bezpečnostní hrozbu, již při podání žaloby.

Obdobná úprava jako v § 169m byla donedávna obsažena i v slovenském zákoně o pobytu cizinců.⁴⁷ Policie (která je na Slovensku příslušná k rozhodování v cizineckých věcech) podle ní mohla vydávat rozhodnutí, jejichž odůvodnění obsahovalo pouze konstatování, že jde o bezpečnostní zájem Slovenské republiky. S utajovanými skutečnostmi se dle slovenské úpravy mohl seznámit jednak soud v rámci soudního přezkumu a kromě toho existuje možnost advokáta požádat o jednorázové nahlédnutí do utajované části spisu. Slovenský Ústavní soud však tuto úpravu zrušil.⁴⁸ Konstatoval, že tyto

⁴⁵ I v případě rozhodnutí o správním vyhoštění z důvodu veřejné bezpečnosti je odkladný účinek žaloby v souladu s § 172 odst. 3 zákona o pobytu cizinců vyloučen.

⁴⁶ Viz např. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 1. 2016, č. j. 2 Azs 271/2015-32, podle kterého „návrhu na přiznání odkladného účinku kasační stížnosti dle § 107 odst. 1 s. ř. s. ve věci zrušení povolení k trvalému pobytu nelze vyhovět, opírá-li se pouze o obecnou argumentaci právem na spravedlivý proces (právo osobně se účastnit řízení a být v úzkém kontaktu se svým zástupcem), aniž by zde byly další, individualizované a závažné okolnosti, které mimořádně vyloučení účinků pravomocného správního rozhodnutí odůvodňují“.

⁴⁷ § 120 odst. 2 zákona č. 404/2011 Z. z., o pobyte cudzincov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

⁴⁸ Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky z 12. 12. 2018, sp. zn. PL. ÚS 8/2016, dostupný z: <http://merit.slv.cz/PL.US8/2016>

možnosti nepředstavují dostatečnou procesní záruku efektivního uplatňování a ochrany procesních práv dotčených osob. Ústavní soud ve velké míře vycházel právě z rozsudku SDEU ve věci ZZ. Dospěl k závěru, že pokud se dotýká osoba nedozví ani podstatu důvodů týkajících se veřejné bezpečnosti, tvořící základ rozhodnutí, soudní přezkum nemůže být efektivní. Nemůže být ani dostatečnou zárukou proti svévoli příslušného státního orgánu a nemůže ani reálně naplňovat základní právo cizince na soudní ochranu, spravedlivý proces či právo na účinný prostředek nápravy. Napadenou právní úpravu Ústavní soud zrušil nejen pro rozpor s Ústavou Slovenské republiky,⁴⁹ ale i pro rozpor s článkem 47 Listiny základních práv EU.

6. KRÁTKODOBÁ VÍZA

Skutečnost, že cizinec je považován za hrozbu pro bezpečnost státu, je rovněž důvodem pro neudělení krátkodobého víza.⁵⁰ To platí i ve vztahu k cizincům žádajícím o vízum z pozice rodinného příslušníka občana EU.⁵¹

Ke každé žádosti o udělení krátkodobého víza, bez ohledu na to, zda se jedná o žádost podanou rodinným příslušníkem občana EU nebo nikoliv, zastupitelský úřad vyžaduje od policie stanovisko. Je-li toto stanovisko negativní, vede to automaticky k neudělení víza z důvodu, že cizinec je považován za hrozbu pro veřejný pořádek nebo vnitřní bezpečnost.⁵² MZV má v souladu s § 180e odst. 6

⁴⁹ Ústavní soud konstatoval rozpor napadené právní úpravy s čl. 46 odst. 1 a 2 (právo na spravedlivý proces, odpovídá čl. 36 odst. 1 a 2 české Listiny základních práv a svobod), čl. 47 odst. 3 (rovnost účastníků řízení, odpovídá čl. 37 odst. 3 české Listiny), čl. 48 odst. 2 (právo vyjádřit se ke všem prováděným důkazům, odpovídá čl. 38 odst. 2 české Listiny) ve spojení s čl. 1 odst. 1 (principy právního státu), čl. 12 odst. 1 a 2 (princip rovnosti, odpovídá čl. 1 české Listiny) a s čl. 13 odst. 4 (princip šetření podstaty a smyslu omezení základních práv, odpovídá čl. 4 odst. 4 české Listiny) Ústavy Slovenské republiky.

⁵⁰ Podle čl. 32 odst. 1 písm. a) bod vi) nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 810/2009 ze dne 13. července 2009 o kodexu Společenství o vízech (vízový kodex) se žádost o udělení víza se zamítne, pokud je žadatel považován za hrozbu pro veřejný pořádek, vnitřní bezpečnost, veřejné zdraví ve smyslu čl. 2 bodu 19 Schengenského hraničního kodexu nebo pro mezinárodní vztahy kteréhokoliv z členských států, zejména pokud je na něj ve vnitrostátních databázích členských států veden záznam pro účely odepření vstupu ze stejných důvodů.

⁵¹ Podle § 20 odst. 5 písm. c) zákona o pobytu cizinců se cizinci, který žádá o krátkodobé vízum jako rodinný příslušník občana Evropské unie a sám není občanem Evropské unie a hodlá doprovázet občana Evropské unie na území nebo následovat občana Evropské unie, který na území pobývá, krátkodobé vízum neudělí, jestliže je důvodné nebezpečí, že by při pobytu na území mohl ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek.

⁵² Podle článku 32 odst. 1 písm. a) bod vi) vízového kodexu.

zákona o pobytu cizinců povinnost vyžádat si závazné stanovisko v případech, kdy důvodem neudělení víza bylo nesouhlasné stanovisko policie.

Toto stanovisko policie se však nestává součástí spisu (resp. ani jeho utajované části) vedeného k žádosti o vízum a konkrétní informace, na jejichž základě bylo stanovisko přijato, navíc nejsou známé ani správním orgánům rozhodujícím o udělení víza.⁵³ Policie zastupitelskému úřadu, případně poté MZV, pouze sdělí, zda s udělením víza souhlasí nebo nesouhlasí. V případě negativního stanoviska však již nesdělí, proč s udělením víza nesouhlasí.

Tento postup však s sebou přináší několik problémů. První z nich souvisí s tím, že pokud zastupitelský úřad nezná konkrétní důvody negativního stanoviska policie, nemůže o věcných důvodech neudělení víza informovat ani samotného žadatele. Ve vztahu k třetizemcům, kteří nejsou rodinnými příslušníky občana EU, to nutně problém být nemusí, jelikož vízový kodex výslovně počítá s tím, že rozhodnutí o neudělení víza se žadateli oznamuje prostřednictvím standardního formuláře,⁵⁴ na kterém zastupitelský úřad pouze zaškrtnutím vyznačí příslušný právní důvod neudělení víza. Žádné bližší skutečnosti, z nichž dovodil, že označený důvod zamítnutí víza je skutečně naplněn, se žadateli neoznamují. To však neplatí ve vztahu k rodinným příslušníkům občanů EU, kdy zastupitelský úřad kromě zaškrtnutí příslušného právního důvodu neudělení víza připojí i věcné odůvodnění.⁵⁵ Rozsudek SDEU ve věci ZZ navíc jednoznačně stanovil, že rodinný příslušník občana EU musí být v každém případě informován o podstatě důvodů rozhodnutí vedoucího k omezení jeho svobody pohybu a pobytu, kterým je i rozhodnutí o neudělení krátkodobého víza.

V situaci, kdy dojde k neudělení víza výhradně na základě negativního stanoviska policie, o tom, zda vízum bude či nebude uděleno, ve výsledku nerozhoduje zastupitelský úřad, ale policie, která k tomu však nemá pravomoc.

⁵³ Tyto informace vyplynuly ze šetření vedeného veřejnou ochránkyní práv ve věci neudělení krátkodobého víza rodinnému příslušníkovi občana České republiky.

⁵⁴ Čl. 32 odst. 2 vízového kodexu.

⁵⁵ Tato povinnost vychází z čl. 30 směrnice 2004/38/ES a potvrzuje ji i rozhodnutí Komise ze dne 19. března 2010 K(2010) 1620, tj. Příručka pro zpracování žádostí o víza a provádění změn v udělených vízech, s odkazem na judikaturu Soudního dvora: „Bez ohledu na povinnost oznámit žadateli rozhodnutí o zamítnutí a důvody, na nichž se zamítnutí zakládá, jak je stanoveno vízovým kodexem [...], musí být zamítnutí víza rodinnému příslušníkovi občana EU 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.“ Příručka (s. 93) zde odkazuje na rozsudky Soudního dvora ve věci 36/75 *Rutili* a T-47/03 *Sison*.

Z žádného právního předpisu přitom nevyplývá, že by stanovisko policie mělo být pro zastupitelský úřad závazné ve smyslu § 149 správního řádu.

Z judikatury Nejvyššího správního soudu, které jsem se věnovala výše, navíc jednoznačně vyplývá, že ze samotné povahy stanoviska policie nebo zpravodajské služby (tj. z jeho formální klasifikace jakožto utajované informace), resp. z postavení orgánu, který stanovisko vydal, nelze automaticky presumovat věrohodnost, přesvědčivost a relevanci informací obsažených ve stanovisku. Tyto atributy utajovaného dokumentu musí posoudit příslušný správní orgán v jím vedeném řízení (případně pak soud, je-li rozhodnutí správního orgánu následně napadené žalobou).⁵⁶ Podle NSS je primárně úkolem správního orgánu, aby na základě poskytnutých utajovaných podkladů sám zhodnotil, zda z nich lze dovodit splnění podmínek pro neudělení pobytového oprávnění v tom smyslu, že cizinec představuje důvodné nebezpečí z hlediska možného narušení veřejného pořádku, případně bezpečnosti státu.⁵⁷ Nutno dodat, že v pobytových věcech příslušné správní orgány alespoň mají k dispozici předmětná stanoviska obsahující utajované informace.

Mám za to, že závěry této judikatury je potřeba vztáhnout i na řízení o žádosti o krátkodobé vízum. Minimálně ve vztahu k rodinným příslušníkům občanů EU, kdy se v řízení o udělení krátkodobého víza rozhoduje o nárokovém právu, totiž není materiálně rozdíl mezi vízovým řízením a řízením o povolení k přechodnému či trvalému pobytu.⁵⁸

Proto se domnívám, že nelze akceptovat stav, kdy zastupitelský úřad o neudělení víza rodinnému příslušníkovi rozhodne zcela automaticky pouze na základě existence negativního stanoviska policie, aniž by mu byl znám jeho obsah.

Pokud jde o řízení o žádosti o nové posouzení důvodů neudělení víza, zákon o pobytu cizinců v § 180e odst. 6 výslovně mluví o závazném stanovisku. Lze přitom předpokládat, že pokud policie vydala nesouhlasné stanovisko zastupitelskému úřadu, stejné nesouhlasné stanovisko poté vydá i ve vztahu k MZV. V takové situaci pak MZV nemá jinou možnost než žádost o nové posouzení zamítnout. Tato právní úprava však podle mého názoru odporuje směrnicí 2004/38/ES a z žádosti o nové posouzení dělá opravný prostředek, který nelze považovat za účinný.

⁵⁶ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. června 2016, č. j. 4 Azs 255/2015-49, body 21 a 22 nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. září 2016, č. j. 3 Azs 239/2015-35.

⁵⁷ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. srpna 2016, č. j. 3 Azs 246/2015-25.

⁵⁸ POŘÍZEK, P., GABRIŠOVÁ, V., NAGY, P. Rozhodování o vydávání víz - opravné mechanismy. *Migraceonline.cz* [online]. Poslední změna 3. 6. 2013. Dostupné z: <https://migraceonline.cz/cz/e-knihovna/rozhodovani-o-vydavani-viz-opravne-mechanismy> [cit. 11. 8. 2019].

V souladu s čl. 31 odst. 3 této směrnice totiž platí, že řízení o opravném prostředku proti rozhodnutí, jehož výsledkem je omezení svobody pohybu a pobytu občanů Unie nebo jejich rodinných příslušníků musí umožňovat posouzení zákonnosti rozhodnutí, skutečností a okolností, na kterých je založeno. Toto řízení zároveň zajišťuje, že rozhodnutí není nepřiměřené.

Pokud však MZV v řízení o žádosti o nové posouzení nemá k dispozici stanovisko policie či konkrétní informace, na základě kterých bylo přijato, nemůže pak jakkoliv přezkoumat zákonnost rozhodnutí zastupitelského úřadu o neudělení víza, ani jeho přiměřenost. Žádost o nové posouzení důvodů neudělení víza se tak stává pouze formálním opravným prostředkem, který cizinec musí vyčerpat, chce-li se následně obrátit na soud. MZV může v rámci řízení o novém posouzení maximálně ověřit, zda policie skutečně vydala negativní stanovisko velvyslanectví. Nemá však jakoukoliv faktickou možnost posoudit jeho obsah a samo vyhodnotit, zda cizinec může představovat potenciální hrozbu pro bezpečnost státu či veřejný pořádek. Žádost o nové posouzení proto při současné existenci negativního stanoviska policie nepředstavuje účinný opravný prostředek, neboť cizinec jejím podáním prakticky nemůže dosáhnout jiného výsledku vízového řízení, než je neudělení víza.

Dalším problémem souvisejícím s tím, že MZV ani velvyslanectví nejsou známy informace, na jejichž základě policie vydala negativní stanovisko, je nemožnost posoudit přiměřenost rozhodnutí o neudělení víza. V souladu s čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES platí, že „[o]patření přijatá z důvodu veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti musí být v souladu se zásadou přiměřenosti a musí být založena výlučně na osobním chování dotyčné osoby“. Při posuzování přiměřenosti rozhodnutí je vždy potřeba poměřovat něco k něčemu. Podle Sdělení Komise⁵⁹ musí vnitrostátní orgány nejprve určit chráněné zájmy a v jejich světle následně musí provést analýzu povahy hrozby. Jedním z faktorů, které by správní orgány měly vzít v úvahu, je stupeň nebezpečí pro společnost vyplývající z přítomnosti dotyčné osoby na území členského státu.⁶⁰

Kromě toho je podle Sdělení Komise zásadní, „aby členské státy jasně definovaly chráněné zájmy společnosti a jasně rozlišovaly mezi veřejným pořádkem a veřejnou bezpečností. Posledně uvedená kategorie nemůže být rozšířena na opatření, na která se může vztahovat první kategorie“.⁶¹

⁵⁹ Sdělení Komise Evropskému parlamentu a Radě o pokynech pro lepší provádění a uplatňování směrnice 2004/38/ES o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, KOM(2009) 313 (dále jen „Sdělení Komise“).

⁶⁰ Sdělení Komise, podkapitola 3.3, s. 12.

⁶¹ Sdělení Komise, podkapitola 3.1, s. 10.

Pokud ovšem správní orgány neví, jaké konkrétní chování cizince vedlo policii k vydání nesouhlasného stanoviska, je pro ně zcela nemožné vyhodnotit zaprvé to, zda toto jednání představuje ohrožení veřejného pořádku anebo zda představuje ohrožení bezpečnosti státu, a zadruhé, zda se jedná o natolik intenzivní hrozbu, že omezení práva pobytu bude v daném případě přiměřené.

V neposlední řadě tento postup správních orgánů brání i efektivnímu soudnímu přezkumu rozhodnutí o neudělení víza. Pokud stanovisko policie, z něhož velvyslanectví a poté MZV vychází při rozhodování o žádosti o vízum, není součástí správního spisu, resp. jeho utajované části, nebude mít toto stanovisko k dispozici ani soud v případě podání žaloby proti rozhodnutí MZV. Přitom je to právě soudní přezkum, v rámci něhož dochází k vyvážení procesních omezení souvisejících se specifickou povahou informací vedoucích k označení cizince za bezpečnostní hrozbu. Z rozsudku SDEU ve věci ZZ jednoznačně vyplývá, že soud musí mít přístup ke všem podkladům, na základě kterých bylo předmětné rozhodnutí přijato, a to včetně těch utajovaných. Tuto základní zásadu ve své judikatuře opakovaně zdůrazňuje i NSS.⁶²

Efektivitu soudního přezkumu rozhodnutí o neudělení krátkodobého navíc výrazně podkopala i poslední novela zákona o pobytu cizinců. Ta sice v návaznosti na rozsudek SDEU ve věci *El Hassani*⁶³ zavedla soudní přezkum rozhodnutí o neudělení krátkodobého víza, počítá však zároveň s určitými výjimkami mimo jiné v situaci, kdy je cizinec považován za bezpečnostní hrozbu. Podle § 171 odst. 2 totiž platí, že „[p]okud rozhodnutí o neudělení krátkodobého víza bylo vydáno na základě stanoviska policie, které obsahuje informace, že by žadatel mohl být považován za hrozbu pro veřejný pořádek, vnitřní bezpečnost nebo veřejné zdraví podle přímo použitelného předpisu Evropské unie nebo pro mezinárodní vztahy jednoho nebo více členských států, jsou tyto důvody z přezkoumání soudem vyloučeny“. Stejně pravidlo se pak uplatní i v případě, že cizinec je veden v Schengenském informačním systému.

Podle důvodové zprávy jsou účelem takového postupu „bezpečnostní a migrační rizika spojená s tím, že bez výslovně upravené výjimky by měli neúspěšní žadatelé možnost seznamovat s uvedenými skutečnostmi v rámci přístupu

⁶² Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 4. 2018, č. j. 1 Azs 439/2017-57, bod 27 nebo usnesení rozšířeného senátu ze dne 1. 3. 2016, č. j. 4 As 1/2015-40.

⁶³ Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 12. 2017 ve věci C-403/16 *El Hassani*. SDEU zde judikoval (bod 42), že „čl. 32 odst. 3 vizového kodexu, ve spojení s čl. 47 Listiny základních práv Evropské unie, je třeba vykládat v tom smyslu, že ukládá členským státům povinnost upravit řízení o opravném prostředku proti rozhodnutím o zamítnutí žádosti o udělení víza, jehož podmínky se řídí právním řádem každého členského státu, při dodržení zásad rovnocennosti a efektivity. Toto řízení musí v určitém stadiu řízení zaručit možnost podání opravného prostředku k soudu“.

*k soudnímu spisu, resp. by takové skutečnosti musely být neúspěšným žadatelem sdělovány v rámci odůvodnění rozhodnutí o neudělení víza, aby byla splněna podmínka jeho přezkoumatelnosti“.*⁶⁴

Nová zákonná úprava však s sebou přináší několik problémů. Prvním z nich je to, že tato úprava má zřejmě dopadat nejenom na soudní přezkum rozhodnutí o neudělení „klasických“ schengenských víz, ale rovněž na případy, kdy žádost podal rodinný příslušník občana EU. Z pohledu MZV se navržené takové úpravy jeví jako zcela pochopitelné. Vzhledem k tomu, že zastupitelské úřady a následně ani samotné MZV nemá k dispozici rozhodující poklad, na základě kterého je cizinec považován za bezpečnostní hrozbu (tj. stanovisko policie), jen stěží pak bude MZV schopné obhajovat rozhodnutí o neudělení víza v rámci soudního přezkumu. Tím, že stanovisko policie není ani součástí spisu, není prakticky ani co přezkoumávat.

S ohledem na závěry plynoucí z rozsudku SDEU ve věci ZZ je však vyloučení soudního přezkumu vůči rodinným příslušníkům neakceptovatelné. SDEU totiž judikoval, že správní orgány sice mohou omezovat rozsah odůvodnění svých rozhodnutí, jakož i přístup žadatele k důkazům, musí však být zajištěn účinný soudní přezkum, v rámci něhož bude mít soud možnost ověřit, zda důvody národní bezpečnosti skutečně brání tomu, aby byly žadateli poskytnuty přesné a úplné důvody, na nichž je dotčené rozhodnutí založeno, jakož i s ním související důkazy.⁶⁵

V případě vyloučení důvodů veřejného pořádku a veřejné bezpečnosti z přezkoumání soudem by však požadavek účinného soudního přezkumu nebyl naplněn a rodinný příslušník by neměl k dispozici žádný účinný prostředek nápravy proti rozhodnutí o neudělení víza, což odporuje článku 47 Listiny základních práv EU.

Ze stejného důvodu podle mého názoru neobstojí vyluka ze soudního přezkumu důvodů rozhodnutí o neudělení víza ve vztahu k třetizemcům, kteří nejsou rodinnými příslušníky občanů EU. I na toto řízení totiž podle SDEU dopadají záruky vyplývající z práva na spravedlivý proces a účinný prostředek nápravy.

V rozsudku věci *El Hassani* SDEU připomenul, že dodržení práva každého na projednání věci nezávislým a nestranným soudem, jak je zakotveno v čl. 47 odst. 2 Listiny základních práva EU, „*předpokládá možnost následně podrobit rozhodnutí správního orgánu, který sám nesplňuje podmínky nezávislosti a nestrannosti, přezkumu soudem, který musí mít mimo jiné pravomoc rozhodovat o všech relevantních otázkách*“.⁶⁶ V situaci, kdy soud nebude mít

⁶⁴ Srov. důvodovou zprávu k bodu 167 a 168 zákona č. 176/2019 Sb.

⁶⁵ Rozsudek ve věci ZZ, bod 60.

⁶⁶ Rozsudek ve věci *El Hassani*, bod 39.

možnost přezkoumat, jaké konkrétní skutkové důvody vedly správní orgány k závěru, že cizinec by při pobytu na území České republiky mohl potenciálně ohrozit bezpečnost státu, veřejný pořádek či veřejné zdraví, požadavek na soudní přezkum v plné jurisdikci nebude naplněn.

Umožnění soudního přezkumu důvodů národní bezpečnosti vedoucích k rozhodnutí o neudělení víza cizinci automaticky neznamená, že tím dotčený získá neomezený přístup k soudnímu spisu, a tím i ke všem utajovaným informacím, resp. důkazům, na kterých je rozhodnutí založeno. Ani SDEU nepřiznává cizinci právo na neomezený přístup ke všem důkazům. Na rozdíl od důvodů rozhodnutí, o jejichž podstatě musí být žadatel informován v každém případě, přístup k důkazům SDEU umožňuje v odůvodněných případech omezit úplně. S těmito důkazy však bezpodmínečně musí být seznámen soud. Odůvodnění nové zákonné úpravy obsažené v důvodové zprávě z tohoto pohledu působí poněkud alibisticky.

Až budou soudy v budoucnu rozhodovat o žalobách proti rozhodnutí o neudělení krátkodobého víza z bezpečnostních důvodů, měly by dle mého názoru zvážit možnost neaplikovat předmětné ustanovení zákona o pobytu cizinců pro rozpor s čl. 47 Listiny základních práv EU. Nabízí se zde i možnost obrátit se na SDEU s žádostí o předběžnou otázku, zda čl. 47 Listiny základních práv EU brání takové vnitrostátní úpravě, která z přezkoumání soudem vylučuje důvody neudělení krátkodobého víza spočívající v tom, že žadatel by mohl být považován za hrozbu pro veřejný pořádek, vnitřní bezpečnost nebo veřejné zdraví.

7. ZÁVĚR

Snaha státu o ochranu vlastní bezpečnosti je zcela legitimní a také žádoucí. Metody, které k tomu stát využívá, však nesmějí být zcela nekontrolovatelné a nesmějí nepřiměřeným způsobem zasahovat do práv jednotlivců. V situaci, kdy se tyto dvě hodnoty dostanou do vzájemného střetu, je nezbytné nalézt řešení, které v co největší míře umožní, aby negativní důsledky upřednostnění jedné nebo druhé z těchto hodnot byly limitovány na nezbytné minimum. Uvědomuji si, že nalézt takové řešení není jednoduchým úkolem. Musí se s ním vypořádat jak zákonodárce při vytváření právních předpisů, tak správní orgány při jejich aplikaci a nakonec soudy v rámci přezkumu rozhodnutí správních orgánů.

Praxe bohužel ukazuje, že ochrana utajovaných informací má v současné době nad právy cizinců výraznou převahu a při přijímání novelizací zákona o pobytu cizinců se projevují tendence zákonodárce stále víc omezovat

procesní práva účastníků řízení. Přednost zájmu na ochraně utajovaných informací před posílením procesní ochrany cizinců dal i Ústavní soud ve svém nedávném nálezu ve věci soudního přezkumu rozhodnutí o neudělení státního občanství. Na druhou stranu Nejvyšší správní soud klade při soudním přezkumu poměrně náročné požadavky na podobu utajovaných informací, které jsou základem negativního pobytového rozhodnutí označujícího cizince za bezpečnostní hrozbu. Oslabení procesních práv cizince ve správním řízení je tak v rámci soudního přezkumu do značné míry kompenzováno. Přesto se domnívám, že aby cizinec měl reálnou možnost zpochybnit tvrzení státu, že představuje bezpečnostní hrozbu, a účinně tak využít dostupné opravné prostředky, je nezbytné, aby vždy alespoň rámcově znal důvody, o které se rozhodnutí opírá. To mu však současné znění zákona o pobytu cizinců neumožňuje.

V obecné rovině souhlasím s tvrzením generálního advokáta Y. Bota, že *„v demokratické společnosti je využívání záruk právního státu i těmi, kdo proti němu brojí, zcela nezbytné pro zajištění naprosté přednosti demokratických hodnot, nemůže však vést prakticky k sebevraždě samotné demokracie“*.⁶⁷ Zároveň však věřím, že poskytnutí minimálního procesního standardu v podobě sdělení podstaty důvodů rozhodnutí o neudělení nebo zrušení pobytového oprávnění cizinci v podmínkách České republiky k sebevraždě demokracie nepovede.

⁶⁷ Stanovisko generálního advokáta Y. Bota ze dne 12. 9. 2012 ve věci ZZ, bod 43.

Z tajů slučování cizinců z třetích zemí aneb co s rozvedenými manžely a těmi, kteří si vzali azylanta až po vstupu na území ČR (a něco navíc k dopadům čl. 6 odst. 2 a 17 směrnice 2003/86/ES)

PAVEL POŘÍZEK*

1. ÚVOD

Ve svém příspěvku se zaměřím na dva výkladové problémy¹ související s transpozicí směrnice 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny (dále jen „směrnice“) do zákona o pobytu cizinců.² V prvním případě se jedná o promítnutí čl. 15 odst. 1 a 3 do ustanovení § 45 odst. 2 a 4 zákona. Podstata sporu spočívá v tom, zda rozvedený manžel, který nespĺňuje podmínky pro umožnění podání žádosti o vydání povolení k dlouhodobému pobytu za jiným účelem podle odst. 4 posledně citovaného ustanovení, může při splnění předvídaných podmínek požádat o změnu účelu pobytu podle odstavce 2. Ve druhém případě jde o to, zda je manžel azylanta, který uzavřel manželství až po svém vstupu na území ČR [a nespĺňuje tak podmínku uvedenou v ustanovení § 42a odst. 1 písm. e) zákona o pobytu cizinců] vyloučen z možnosti žádat o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny podle ustanovení § 42a odst. 7 písm. a) téhož zákona. Jinými slovy, využila-li Česká republika možnosti dané čl. 9 odst. 2 směrnice a vyloučila manžela azylanta, jehož manželství vzniklo až po vstupu na území,

* Kancelář veřejného ochránce práv, Brno.

¹ Autor se s níže popsány případy setkal v rámci svého působení v Komisi pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců.

² Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“ či „zákon“).

z možnosti využít výhodnějšího režimu pro slučování rodinných příslušníků stanoveného kapitolou V směrnice (vnitrostátně promítnutého do § 42b odst. 3 zákona o pobytu cizinců), znamená to, že je tato kategorie vyloučena z práva na sloučení podle obecného režimu zakotveného směrnicí?

Na obou situacích lze demonstrovat, jak náročné a obtížné je často správně vykládat a v rozhodovací praxi uplatňovat jednotlivá ustanovení zákona o pobytu cizinců, který v sobě obsahuje transpozici mnoha předpisů unijního práva. Uvidíme, že v prvně popsaném případě si nevystačíme ani s prostou znalostí českého jazykového znění čl. 15 odst. 1 směrnice (zejména jeho druhého pododstavce), které se rozchází s jinými jazykovými verzemi. Pro pochopení smyslu vztahu odst. 1 a 3 čl. 15 směrnice si musíme vypomoci systematickým a teleologickým výkladem. Pokud jde o slučování s azylanty, je zapotřebí porozumět úmyslu unijního zákonodárce, který obecně zakotvil v kapitole V směrnice pro slučování uprchlíků (slovy směrnice) významné úlevy oproti obecně nastavenému režimu slučování. Tím, že umožnil členským státům tento výhodnější režim omezit na situace, kdy ke sňatku s azylantem došlo až po vstupu na území členského státu, rozhodně nezamýšlel posledně uvedenou kategorii osob z rozsahu směrnice vyloučit.

A na závěr se pokusím zodpovědět na otázku, zda lze při zrušení (neprodloužení) dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny podle věty druhé § 46a odst. 1 zákona o pobytu cizinců, tedy pokud došlo k pravomocnému odsouzení cizince za spáchání trestného činu, vyloučit použití čl. 6 odst. 2 a 17 směrnice. Jinými slovy, zda lze u tohoto důvodu pro zrušení (neprodloužení) pobytu pominout zohlednění zásahu do soukromého a rodinného života a zásadu přiměřenosti, jak by mohlo nasvědčovat ustanovení § 174a odst. 3 zákona.

2. VZTAH ODST. 4 A 2 § 45 ZÁKONA O POBYTU CIZINCŮ V NÁVAZNOSTI NA ČL. 15 ODST. 1 A 3 SMĚRNICE

2.1 Skutkové okolnosti a průběh řízení

Paní B. T. H., státní příslušnice Vietnamu, pobývala na území České republiky na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny s platností od 10. 5. 2011 do 9. 5. 2013, které bylo následně prodlouženo od 10. 5. 2013 do 9. 5. 2018. Nositelem oprávnění ke sloučení rodiny byl její manžel, který pobýval na území ČR na základě uděleného povolení k trvalému pobytu od roku 2005. Sňatek uzavřeli ve Vietnamu dne 5. 9. 2010 a manželství bylo v ČR pravomocně rozvedeno k 11. 3. 2015.

Dne 5. 5. 2015 podala žádost o vydání povolení k dlouhodobému pobytu za jiným účelem podle § 45 odst. 1 zákona o pobytu cizinců, konkrétně za účelem podnikání. Řízení o žádosti Odbor azylové a migrační politiky Ministerstva vnitra (dále jen „OAMP“) zastavil usnesením ze dne 1. 9. 2015 podle tehdy účinného znění § 169 odst. 8 písm. d) zákona o pobytu cizinců³. Dospěl k závěru, že paní B. T. H. podala žádost o změnu účelu povolení k dlouhodobému pobytu v době, kdy k tomu nebyla oprávněna, neboť nesplňuje podmínku stanovenou v § 45 odst. 4 zákona o pobytu cizinců, tj. trvání manželství po dobu 5 let. Na základě podaného odvolání Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců (dále jen „Komise“) dne 6. 10. 2016 rozhodnutí OAMP zrušila a vrátila věc k novému projednání s odůvodněním, že nesplnění příznivějších podmínek stanovených v odst. 4 § 45 dotyčnou nevyklučuje z možnosti získat jiný účel povolení k dlouhodobému pobytu na základě ustanovení § 45 odst. 2 zákona o pobytu cizinců. OAMP řízení dne 31. 10. 2017 podle § 169 odst. 8 písm. d) zákona o pobytu cizinců opět zastavil a i toto usnesení Komise dne 14. 12. 2017 zrušila a vrátila OAMP zpět. A do třetice OAMP usnesením ze dne 17. 4. 2018 řízení podle stejného ustanovení zastavil a i toto usnesení bylo Komisí dne 22. 8. 2018 zrušeno a vráceno. Poté OAMP dne 24. 2. 2019 žádost paní B. T. H. věcně zamítl podle § 46 odst. 1 ve spojení s § 56 odst. 1 písm. j) zákona o pobytu cizinců, neboť byla zjištěna jiná závažná překážka jejího pobytu na území. Tu spatřoval OAMP v neoprávněnosti pobytu paní B. T. H. na území ČR poté, co jí bylo k 29. 5. 2017 zrušeno povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny. I toto rozhodnutí OAMP bylo Komisí zrušeno a vráceno k novému projednání.⁴

2.2 Výklad čl. 15 odst. 1 a 3 směrnice

2.2.1 První pododstavec článku 15 odst. 1 směrnice

Dle českého jazykového znění prvního pododstavce čl. 15 odst. 1 směrnice: *„Nejpozději po pěti letech pobytu a za předpokladu, že rodinnému příslušníkovi nebylo uděleno povolení k pobytu z jiných důvodů, než je sloučení rodiny, mají manžel nebo nesezdaný partner a dítě, které dosáhlo plnoletosti, právo na*

³ „Usnesením se také zastaví řízení o žádosti, jestliže cizinec [...] d) podal žádost o prodloužení doby pobytu na vízum k pobytu nad 90 dnů, žádost o povolení k dlouhodobému pobytu nebo žádost o prodloužení platnosti povolení k dlouhodobému pobytu v době, kdy k tomu není oprávněn;“ Po novele provedené zákonem č. 222/2017 Sb. je s účinností od 15. 8. 2017 obdobné ustanovení obsaženo v § 169r odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců.

⁴ V mezidobí bylo s paní B. T. H. dvakrát zahájeno řízení o udělení správního vyhoštění, které bylo v obou případech Ředitelstvím služby cizinecké policie zastaveno.

samostatné povolení k pobytu, nezávislé na povolení k pobytu osoby usilující o sloučení rodiny, na základě podání žádosti, pokud se vyžaduje.“

Dle odstavce 4 „[p]odmínky týkající se udělení a doby trvání samostatných povolení k pobytu stanoví vnitrostátní právo“.

Článek 15 odst. 1 v prvním pododstavci založil manželovi, nesezdanému partnerovi a dítěti, které dosáhlo plnoletosti (s výhradou druhého pododstavce, viz dále), při splnění dvou podmínek, kterými jsou pět let pobytu a neudělení povolení k pobytu z jiných důvodů, právo na samostatné povolení k pobytu, nezávislé na povolení k pobytu osoby usilující o sloučení rodiny (dále i jen „nositel oprávnění ke sloučení“).⁵ To potvrdil ve své judikatuře i Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „SDEU“), byť přiznal členským státům v návaznosti na čl. 15 odst. 4 směrnice určitý manévrovací prostor s odkazem na možnost podrobit žádost vnitrostátně stanoveným podmínkám.⁶ Zároveň však dodal: „[V]zhledem k tomu, že udělení samostatného povolení k pobytu po uplynutí doby zmíněné v čl. 15 odst. 1 této směrnice je obecným pravidlem, nesmí být rozhodovací prostor přiznaný členským státům článkem 15 odst. 4 uvedené směrnice těmito státy užíván takovým způsobem, který by ohrožoval cíl tohoto článku, jímž je – jak zdůrazňuje bod 15 odůvodnění téže směrnice – umožnit rodinným příslušníkům osoby usilující o sloučení rodiny získání právního postavení nezávislého na osobě usilující o sloučení rodiny, jakož i jeho užitečný účinek [...]“.

⁵ HAILBRONER, K., KLARMANN, T. Family Reunification Directive 2003/86/EC. In: HAILBRONER, K., THYM, D. (eds.) *EU Immigration and Asylum Law*. Second edition. München: C. H. Beck, 2016, s. 407. BOELES, P., HEIJER, M. D., LODDER, G., WOUTERS, K. *European Migration Law*. 2nd edition. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2014, s. 150. PEERS, S., GUILD, E., ARCARAZO, D. A., GROENENDIJK, K., MORENO-LAX, V. *EU Immigration and Asylum Law. Volume 2: EU Immigration Law*. Second Revised Edition. London – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, s. 264.

⁶ Viz rozsudek SDEU ve věci C-257/17 C a A: „48 Ze vzájemného spojení obou těchto ustanovení [čl. 15 odst. 1 a 4, pozn. P. P.] vyplývá, že po uplynutí pěti let pobytu na území členského státu v rámci sloučení rodiny sice v zásadě vzniká právo na vydání samostatného povolení k pobytu, nicméně unijní normotvůrce členským státům umožnil, aby udělení takového povolení podrobily určitým podmínkám, jejichž vymezení přísluší těmto členským státům. 49 Unijní normotvůrce tudíž tím, že v čl. 15 odst. 4 směrnice 2003/86 učinil odkaz na vnitrostátní právo, dal najevo, že si přál ponechat na uvážení každého členského státu, za jakých podmínek má být vydáno samostatné povolení k pobytu státnímu příslušníkovi třetí země, který na jeho území pobýval po dobu pěti let v rámci sloučení rodiny (obdobně viz rozsudek ze dne 12. dubna 2018, A a S, C-550/16, EU:C:2018:248, bod 42). 50 V tomto ohledu tedy platí, že se pravidla upravující udělování samostatného povolení k pobytu liší od pravidel, za jakých je povolováno sloučení rodiny, která obsahují přesně vymezené pozitivní povinnosti a jež v případech určených směrnicí 2003/86 ukládají členským státům povinnost povolit toto sloučení rodiny, aniž tyto státy mohou uplatnit prostor pro uvážení (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 9. července 2015, K a A, C-153/14, EU:C:2015:453, bod 46).“

⁷ Bod 51 rozsudku. Tuto úvahu SDEU doplnil ještě v následujícím bodě (52): „Dodatečně podmínky, jímž členský stát podrobuje udělení samostatného povolení k pobytu, tudíž

Podmínit získání samostatného povolení k pobytu podáním žádosti není obligatorní („pokud se vyžaduje“). Jinými slovy, členské státy pouze nejsou povinny udělit povolení k pobytu *ex officio*.⁸

Požadavek pěti let pobytu ke vzniku práva na udělení samostatného povolení k pobytu je nejzazší, členské státy mohou stanovit lhůtu kratší⁹ (což, jak uvidíme dále, je i případ České republiky). Pojem „pobyt“ není ve směrnici blíže specifikován. Rozumí se jím oprávněný pobyt¹⁰ a lze ho vykládat analogicky s tímž pojmem obsaženým v čl. 6 odst. 1 směrnice¹¹. Měl by tak zahrnovat i dobu pobytu na vízum, pokud předcházela vydání povolení k pobytu.¹² Zde by šel navíc uplatnit i systematický argument. První pododstavec hovoří o „prostém“ pobytu na rozdíl od odstavce 3 čl. 15, který vyžaduje vstup na území z důvodu sloučení rodiny (tento požadavek v prvním pododstavci čl. 15 odst. 1 chybí).

Směrnice neuvádí, jak zohlednit při výpočtu pětileté doby pobytu případnou nepřítomnost na území.¹³ S ohledem na zásadu přiměřenosti by měla být

nemohou být natolik přísné, že by představovaly těžko překonatelnou překážku, která by státním příslušníkům třetích zemí zmíněným v čl. 15 odst. 1 směrnice 2003/86 prakticky znemožnila získat obvyklou cestou takové povolení k pobytu po uplynutí doby uvedené v tomto ustanovení (obdobně viz rozsudek ze dne 9. července 2015, K a A, C-153/14, EU:C:2015:453, bod 59).“

⁸ HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 407. Viz rovněž stanovisko generálního advokáta P. Mengozziho ve věci C-257/17 C a A, bod 63: „[N]a jedné straně při neexistenci zvláštního řízení mohou stanovit, že samostatné povolení k pobytu se získává *ex lege* po pěti letech pobytu, nebo mohou na druhé straně stanovit, že samostatné povolení k pobytu se získává na základě žádosti a řídí se procesními podmínkami.“ A na jiném místě (bod 81) uvádí: „Znění čl. 15 odst. 1 směrnice 2003/86 užitím výrazu ‚na základě podání žádosti, pokud se vyžaduje‘, činí podání žádosti o samostatné povolení k pobytu nepovinným.“

⁹ Viz BOELES, P., HEIJER, M. D., LODDER, G., WOUTERS, K. *European Migration Law*. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2009, s. 201. Obdobně viz Sdělení Komise Radě a Evropskému parlamentu ze dne 3. dubna 2014, KOM(2014) 210 final. Pokyny pro používání směrnice 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny, s. 19 (dále jen „Sdělení Komise 2014“).

¹⁰ Sdělení Komise 2014, s. 19. Obdobně viz Zpráva Komise Radě a Evropskému parlamentu o používání směrnice Rady 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny ze dne 8. 10. 2008, KOM(2008) 610 v konečném znění (dále jen „Zpráva Komise 2008“), s. 13.

¹¹ HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 407.

¹² Viz HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 407 a PEERS, S. *EU Justice and Home Affairs Law*. Third edition. Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 469. Poukazují na Zprávu Komise 2008 (s. 13), která kritizuje maďarskou praxi, kdy „se pět let počítá od prvního vydání povolení k pobytu, což může být problematické, pokud rodinný příslušník obdržel vízum před získáním povolení k pobytu“.

¹³ Na rozdíl například od čl. 16 odst. 3 směrnice 2004/38/ES (definuje, jaké doby nepřítomnosti občana EU a jeho rodinného příslušníka na území členského státu se započítávají do pěti let nepřetržitého legálního pobytu nutného pro nabytí práva trvalého pobytu) či směrnice 2003/109/ES (stanoví, jaká období nepřítomnosti nepřerušují běh doby nezbytné pro získání postavení dlouhodobě pobývacího rezidenta).

krátká období nepřítomnosti na území, která se odehrávají v běžném životě (např. každoroční dovolená), do doby pěti let plně započitatelná.¹⁴ Případná delší období nepřítomnosti, které jsou ze své podstaty nevyhnutelná (např. výkon povinné vojenské služby či péče o vážně nemocného rodiče v zemi původu), by alespoň neměla vést k tomu, že dotyčný bude muset získat nových pět let pobytu od začátku.¹⁵

Pokud jde o podmínku „neudělení pobytu z jiných důvodů“, z legislativního procesu přijímání směrnice nelze zjistit okolnosti, které vedly při projednávání v Radě k jejímu vložení do textu odst. 1 čl. 15.¹⁶ Smysl této podmínky lze spatřovat v tom, že není nezbytně nutné poskytnout rodinnému příslušníkovi samostatné povolení k pobytu, pokud již může pobývat na území členského státu na základě jiného pobytového titulu poskytujícího bezpečný status.¹⁷

Pojem „samostatné povolení k pobytu“ musí být vykládán ve smyslu čl. 2 písm. e) směrnice¹⁸ a nevyžaduje udělení trvalého pobytu.¹⁹

A nyní se dostáváme k tomu klíčovému. Vyžaduje právo rodinného příslušníka na samostatné povolení k pobytu podle prvního pododstavce čl. 15

¹⁴ PEERS, S., op. cit. 12, s. 470.

¹⁵ Tamtéž.

¹⁶ V původním návrhu Komise [Proposal for a Council directive on the right to family reunification, 1. 12. 1999 COM(1999) 638 final] a po celou dobu legislativního procesu obsahoval čl. 15 odst. 1 (původně čl. 13) podmínku trvajících existence rodinného vztahu (provided the family relationship still exists). Až v závěrečné fázi přijímání směrnice byla posledně uvedená podmínka nahrazena požadavkem neudělení povolení k pobytu z jiných důvodů, než je sloučení rodiny (poprvé se tato formulace objevuje v dokumentu Rady č. 5508/03 ze dne 23. ledna 2003). Viz rovněž HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 407.

¹⁷ Viz HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 407.

¹⁸ Dle tohoto ustanovení se povolením k pobytu rozumí „povolení vydané orgány členského státu, které státního příslušníka třetí země opravňuje k pobytu na jeho území státu v souladu s čl. 1 odst. 2 písm. a) nařízení Rady (ES) č. 1030/2002 ze dne 13. června 2002, kterým se stanoví jednotný vzor povolení k pobytu pro státní příslušníky třetích zemí“. Za povolení k pobytu tak nelze považovat např. vízum či povolení kratší než 6 měsíců.

¹⁹ Původní [COM(1999) 638 final] i druhý [COM(2000) 624 final] návrh Komise počítaly s tím, že nejpozději po čtyřech letech pobytu budou mít manžel, nesezdaný partner a dítě, které dosáhlo plnoletosti, právo na samostatné povolení k pobytu. Tyto návrhy ještě nepočítaly s možností podmínit udělení samostatného povolení k pobytu podáním žádosti a neobsahovaly tak ani zmocnění pro členské státy stanovit podmínky jeho získání (které je obsaženo ve stávajícím odst. 4 čl. 15 směrnice). Až třetí návrh Komise [COM(2002) 225 final] prodloužil čtyřletou lhůtu na pětiletou s vysvětlením, že navržená změna rozlišuje mezi povolením k trvalému pobytu a samostatným povolením. Právní úprava většiny členských států mezi těmito dvěma aspekty nerozlišuje, ale spojuje je do jednoho statutu: držitel povolení k trvalému pobytu je držitelem povolení k pobytu, které je nezávislé na nositeli oprávnění ke sloučení (samostatné). Navržená změna tento problém řeší tím, že harmonizuje horní limit, s jehož uplynutím je spojeno právo na samostatné povolení, s dobou pobytu, která je vyžadována pro získání statutu dlouhodobě pobývacího rezidenta (s. 4 a 10). Viz rovněž HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 407.

odst. 1 směrnice, aby poté, co mu toto oprávnění po pěti letech pobytu vznikne, musel i nadále alespoň formálně existovat vztah k nositeli oprávnění ke sloučení, bez kterého nelze podáním žádosti toto právo realizovat? OAMP se domnívá, že ano.²⁰ To ovšem popírá samotný smysl institutu práva na samostatné povolení k pobytu. Jeho smyslem je naopak umožnit získat samostatné povolení k pobytu primárně těm rodinným příslušníkům, jejichž vztah (manželství či partnerství) se po uplynutí pěti let rozpadl, resp. bez ohledu na skutečnost, zda tento vztah trvá či nikoli. Jen takový závěr lze dovodit z čl. 16 odst. 3 směrnice, dle něhož „[č]lenské státy mohou odejmout povolení k pobytu rodinnému příslušníkovi nebo zamítnout prodloužení jeho doby platnosti, pokud pobyt osoby usilující o sloučení rodiny končí a rodinný příslušník ještě nepoživá samostatného **práva k pobytu podle článku 15**“ (důraz doplněn). Všimněme si, posledně uvedené ustanovení hovoří o právu k pobytu, nikoli o povolení k pobytu. Pro vznik ochrany před odejmutím povolení k pobytu či jeho neprodloužením tak postačí, pokud rodinnému příslušníkovi po uplynutí pěti let pobytu vázaného na nositele oprávnění ke sloučení vzniklo právo na samostatné povolení k pobytu, nemusí být jeho držitelem.²¹

Důraz na ochranu rodinných příslušníků pro případ rozpadu rodinných vztahů lze dovodit i z bodu 15 odůvodnění směrnice, podle něhož „*l*je třeba podporovat integraci členů rodiny. Za tím účelem by jim mělo být uděleno právní postavení nezávislé na právním postavení osoby usilující o sjednocení rodiny, zejména v případě rozpadu manželství a partnerství“.²² Ostatně již Komise v důvodové zprávě k prvotnímu návrhu směrnice připomíná, že samostatný status umožní rodinným příslušníkům ukončit závislost na povolení k pobytu nositele oprávnění ke sloučení a požívat jistoty, pokud jde o jejich

²⁰ V jednom ze zmiňovaných usnesení ze dne 17. dubna 2018 dospěl OAMP na základě analýzy jednotlivých odstavců čl. 15 k závěru, „že směrnice pro účely samostatného povolení k pobytu rozlišuje dvě skupiny držitelů povolení k pobytu vydaného za účelem soužití s osobou usilující o sloučení rodiny (nositelem oprávnění ke sloučení rodiny), a to osoby, u nichž stále alespoň formálně existuje vztah k nositeli oprávnění ke sloučení rodiny (čl. 15 odst. 1) a pak osoby, kde již vztah k nositeli oprávnění ke sloučení rodiny zanikl např. rozvodem či smrtí nositele (čl. 15 odst. 3). U první skupiny osob tedy vztah k nositeli oprávnění ke sloučení rodiny nadále trvá, jen tyto mají možnost se od něj ‚osamostatnit‘, tedy získat samostatné povolení k pobytu na nositeli nezávislé. Kdežto v případě druhé skupiny osob jde o situace, kdy vztah k nositeli oprávnění ke sloučení zanikl, ať již jeho smrtí nebo právní vztah k němu byl formálně ukončen, například rozvodem“.

²¹ PEERS, S., op. cit. 12, s. 469, pozn. č. 640. Shodně viz HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 415 a PEERS, S., GUILD, E., ARCARAZO, D. A., GROENENDIJK, K., MORENO-LAX, V., op. cit. 5, s. 265, pozn. č. 113.

²² Viz rovněž BOELES, P., HEIJER, M. D., LODDER, G., WOUTERS, K., op. cit. 5, s. 150. Uvádí, že po určité době by rodinní příslušníci měli být považováni za osoby, které si vytvořily své vlastní vazby na hostitelskou zemi, a měly by tak mít právo na pobyt bez ohledu na vztah s nositelem oprávnění ke sloučení.

právní postavení. Pokud nositel oprávnění ke sloučení opustí členský stát EU či dojde k rozpadu rodinných vztahů, členský stát nesmí odejmout povolení k pobytu vydané členovi nukleární rodiny.²³ Obdobně lze poukázat na body 56 a 62 stanoviska generálního advokáta P. Mengozziho ve věci C-257/17 C a A. Z bodu 15 odůvodnění směrnice, důvodové zprávy Komise k prvnímu návrhu směrnice [COM(1999) 638 final] a z dokumentu Rady č. 10857/02 ze dne 2. srpna 2003 dovozuje, „že samostatné povolení k pobytu zavedené článkem 15 směrnice 2003/86 má ten účinek, že rodinní příslušníci osoby usilující o sloučení již nejsou závislí na povolení k pobytu osoby usilující o sloučení rodiny, například pokud tato osoba opustí členský stát, v němž má bydliště s rodinným příslušníkem, pokud zemře nebo v případě rozpadu manželství nebo partnerství mezi osobou usilující o sloučení rodiny a rodinným příslušníkem. Účelem samostatného povolení k pobytu je upevnit právní postavení rodinného příslušníka osoby usilující o sloučení rodiny a poskytnout mu větší právní jistotu“.²⁴ Lze se rovněž ptát, jakou logiku má trvat na existenci rodinného vztahu i po uplynutí pěti let, aby mohl rodinný příslušník požádat o změnu účelu dlouhodobého pobytu, když je ze směrnice 2003/109/ES oprávněn po uplynutí téže doby požádat o status dlouhodobě pobývacího rezidenta, tedy o status nepochybně silnější než dlouhodobý pobyt, a toto jeho oprávnění není závislé na existenci vztahu se sponzorem? Žádnou.

Níže uvidíme, že dalším silným argumentem je vztah mezi druhým pododstavcem čl. 15 odst. 1 k prvnímu pododstavci.

2.2.2 Druhý pododstavec čl. 15 odst. 1 směrnice

Dle českého jazykového znění druhého pododstavce čl. 15 odst. 1 směrnice: „Členské státy mohou omezit udělení povolení k pobytu uведенé v prvním pododstavci manželovi nebo nesezdanému partnerovi v případech rozpadu rodinného vztahu.“ Ke vložení druhého pododstavce došlo až v závěrečné fázi

²³ COM(1999) 638 final, s. 19. Komise dále zdůrazňuje zranitelnost postavení rodinných příslušníků, kteří jsou občany třetích zemí (nikoli rodinnými příslušníky občanů EU). Pokud tak dojde k vyhoštění nositele oprávnění ke sloučení či k rozpadu rodinných vztahů, existuje vysoká pravděpodobnost, že se jejich postavení oslabí. I proto bylo považováno za nutné navrhnout opatření, které bude šito na míru jejich potřebám (tamtéž, s. 20).

²⁴ Bod 62. Viz rovněž bod 56 stanoviska: „V systému směrnice 2003/86 odpovídá autonomní postavení rodinných příslušníků osoby usilující o sloučení rodiny jejich zvláštnímu postavení, které ukončí závislost ve vztahu k poslední uvedené osobě. V případě obtížné situace, nebo pokud bylo osobě usilující o sloučení rodiny odňato povolení k pobytu či má-li skončit jeho platnost, nebude rodinný příslušník, kterému bylo uděleno samostatné povolení k pobytu, penalizován.“

projednávání návrhu směrnice, aniž by šel z dokumentů Rady dohledat důvod pro jeho přijetí.²⁵

České znění druhého pododstavce lze skutečně vyložit tak, že pokud dojde k rozpadu rodinného vztahu, mohou členské státy omezit udělení samostatného povolení k pobytu manželovi a nesezdanému partnerovi, tedy je z tohoto práva vyloučit.²⁶ Zároveň z něho lze ovšem dovodit, že rozpad rodinného vztahu nemá vliv na právo na samostatné povolení k pobytu u dítěte, které dosáhlo plnoletosti. To by podle znění druhého pododstavce mělo po pěti letech pobytu nabýt právo na samostatné povolení k pobytu bez ohledu na to, zda došlo k rozpadu rodinného vztahu či nikoli.

To ovšem popírá smysl prvního pododstavce a je v rozporu s jinými jazykovými verzemi téhož ustanovení, výkladem Komise i odbornou literaturou.

Anglické znění druhého pododstavce lze přeložit následovně: „*Členské státy mohou omezit udělení povolení k pobytu uvedené v prvním pododstavci na manžela a nesezdaného partnera v případech rozpadu rodinného vztahu*“²⁷ (důraz doplněn). Oproti českému jazykovému znění tedy drobná jazyková nuance, která ovšem naprosto mění smysl a význam tohoto ustanovení. Dává členským státům možnost (mohou, may) omezit přiznání práva na samostatné povolení k pobytu v situaci, kdy dojde k rozpadu rodinného vztahu, pouze na manžela a nesezdaného partnera. Jinými slovy, členské státy mohou vyloučit, pokud dojde k rozpadu rodinného vztahu, z práva na přiznání samostatného povolení k pobytu dítě, které dosáhlo plnoletosti. Podobný význam najdeme v holandské, francouzské, italské a španělské jazykové verzi.²⁸ Rovněž tak v polské, slovinšské, rumunské a bulharské. Další významový posun nalezneme v německé jazykové verzi, kterou by šlo přeložit následovně: „*Členské státy mohou u manželů nebo u nesezdaných partnerů omezit udělení povolení k pobytu uvedené v prvním pododstavci na případy, kdy dojde k rozpadu rodinných vztahů*.“²⁹ Jak poznamenávají s odkazem na další zdroje K. Hailbronner a T. Klarmann, v německé a rakouské literatuře je toto ustanovení

²⁵ Dokument Rady č. 5508/03 ze dne 23. ledna 2003. Viz rovněž HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 408.

²⁶ Shodně lze interpretovat slovenské jazykové znění: „Členské štáty môžu obmedziť udeľenie povolenia na pobyt uvedeného v prvom pododseku manželskému partnerovi alebo nezobášanému partnerovi v prípade rozpadu rodinného vzťahu.“ Obdobnou formulaci najdeme i v chorvatské verzi.

²⁷ „Member States may **limit** the granting of the residence permit referred to in the first subparagraph to the spouse or unmarried partner in cases of breakdown of the family relationship“ (důraz doplněn).

²⁸ HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 408.

²⁹ „Die Mitgliedstaaten können bei Ehegatten oder nicht ehelichen Lebenspartnern die Erteilung des in Unterabsatz 1 genannten Aufenthaltstitels auf Fälle, in denen die familiären Bindungen zerbrechen, beschränken.“

vykládáno tak, že umožňuje členským státům omezit udělení samostatného povolení k pobytu u manželů a nesezdaných partnerů na případy rozpadu rodinného vztahu, ale nikoli u zletilých dětí, které toto ustanovení nezmaňuje. Podle tohoto výkladu by děti, které dosáhly zletilosti, nejpozději po pěti letech pobytu nabyly na základě čl. 15 odst. 1 směrnice samostatné povolení k pobytu.³⁰ Autoři považují německé znění za nezamýšlenou editorskou chybu.³¹

S ohledem na rovnost jednotlivých autentických jazykových verzí směrnice³² se tak musíme pokusit překlenout rozpor mezi jazykovými verzemi v souladu s požadavky formulovanými SDEU, tedy zejména prostřednictvím systematického a teleologického výkladu.³³ Na základě konstantní judikatury SDEU „*ustanovení unijního práva musí být vykládána a používána jednotně na základě znění vypracovaných ve všech unijních jazycích. V případě rozdílů mezi různými jazykovými verzemi textu unijního práva musí být dotčené ustanovení vykládáno podle celkové systematiky a účelu právní úpravy, jejíž je součástí*“³⁴.

Z bodu 15 odůvodnění směrnice jednoznačně vyplývá, že směrnice zohledňuje aspekt plynutí času a prohlubující se integraci rodinného příslušníka v členském státě. Unijní zákonodárce je si vědom toho, že po uplynutí určité doby oprávněného pobytu, kterou stanovil maximálně na pět let (tato nejzazší mez koresponduje s dobou pobytu nezbytnou k získání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta podle směrnice 2003/109/ES), by bylo nespravedlivé právě pro případy rozpadu manželství či partnerství neumožnit těmto rodinným příslušníkům setrvat na území členského státu. V tomto ohledu je vypovídající stanovisko Komise, které vyjádřila při projednávání návrhu čl. 15 směrnice v Radě. Zdůraznila důležitost poskytnutí samostatného povolení k pobytu rodinným příslušníkům, aby se rodina nestala „vězením“, ale také z praktických důvodů (nositel oprávnění ke sloučení může opustit rodinu, vrátit se do země původu apod.).³⁵ Proto požadavek na trvání existence rodinného vztahu při uplatnění čl. 15 odst. 1 směrnice neobstojí. Neobstojí ani ve světle čl. 16 odst. 3 směrnice. Ten výslovně počítá s tím, že poté, co dojde na straně rodinného příslušníka ke vzniku samostatného práva (nikoli jeho udělení)

³⁰ HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 408.

³¹ Tamtéž.

³² KŘEPELKA, F. *Mnohojazyčnost Evropské unie a její důsledky pro českou právní praxi*. Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 77.

³³ Viz BOBEK, M., BRÍZA, P., KOMÁREK, J. *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 530 a násl. Autoři rozebírají principy srovnávacího jazykového výkladu formulované SDEU (kromě systematického a teleologického výkladu zákaz izolace a majorizace), včetně příkladů z judikatury SDEU a českých soudů.

³⁴ Viz jeden z novějších rozsudků SDEU ve věci C-627/17 *ZSE Energia, a. s. proti RG*, bod 25.

³⁵ Dokument Rady č. 10857/07 ze dne 9. srpna 2002, s. 19, pozn. č. 2.

k pobytu (tedy po uplynutí maximálně 5 let) a pobyt nositele oprávnění ke sloučení na území končí, nelze z tohoto důvodu rodinnému příslušníkovi odejmout povolení k pobytu nebo mu zamítnout prodloužení doby jeho platnosti.

Podívejme se dále na argument odst. 3 článku 15, ten má přece (dle názoru OAMP) počítat se situacemi ovdovění, rozvodu, rozluky nebo úmrtí, tedy s případy rozpadu rodinného vztahu. Smysl první věty odst. 3 spočívá v tom, že členské státy mají možnost (nikoli povinnost) udělit samostatné povolení k pobytu „[v] případě ovdovění, rozvodu, rozluky nebo úmrtí nejbližších příbuzných v přímé vzestupné nebo sestupné linii [...] na základě žádosti, pokud se vyžaduje, osobám, které na území vstoupily z důvodu sloučení rodiny“, a **to ještě předtím, než uplyne maximálně pětiletá doba pobytu nezbytná ke vzniku práva na samostatné povolení k pobytu podle prvního pododstavce čl. 15 odst. 1.** Tento výklad potvrzuje jak odborná literatura,³⁶ tak ho lze dovodit i z důvodové zprávy Komise k prvnímu návrhu směrnice.³⁷

Navíc, pokud bychom působnost čl. 15 odst. 1 omezili pouze na situace trvající existence rodinného vztahu, popřeme tím čl. 15 odůvodnění směrnice, který zdůrazňuje právo na udělení samostatného povolení k pobytu **zejména v případě rozpadu manželství a partnerství.** Jde o to, že odst. 3 čl. 15 nezakládá v popsanych případech rozpadu (ovdovění, rozvodu, rozluky nebo úmrtí nejbližších příbuzných v přímé vzestupné nebo sestupné linii) rodinného vztahu povinnost³⁸ členského státu vydat samostatné povolení k pobytu

³⁶ Viz HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 409. Shodně PEERS, S., GUILD, E., ARCA-RAZO, D. A., GROENENDIJK, K., MORENO-LAX, V., op. cit. 5, s. 264, PEERS, S., op. cit. 12, s. 469 a GROENENDIJK, K., FERNHOUT, R., DAM, D., V., OERS, R. V., STRIK, T. *The Family Reunification Directive in EU Member States; the First Year of Implementation*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007, s. 38. Dostupné z: <https://cmr.jur.ru.nl/cmr/docs/family.rd.eu.pdf>. PUTTICK, K., CARLITZ, C. Inequalities of family members of EEA and non-EEA nationals: 'integration' and barriers to family reunification in post-Lisbon era. In: MORANO-FOADI, S., MALENA, M. (eds.) *Integration for Third-Country Nationals in the European Union. The Equality Challenge*. Cheltenham – Northampton: Edward Elgar, 2012, s. 275.

³⁷ COM(1999) 638 final. Původní návrh počítal s tím, že v případě ovdovění, rozvodu, rozluky nebo úmrtí nejbližších příbuzných v přímé vzestupné nebo sestupné linii si osoby, které na území vstoupily z důvodu sloučení rodiny a za podmínky, že na něm pobývaly alespoň rok, budou moci požádat o samostatné povolení k pobytu. Členský stát v případě obzvláště obtížných situací těmto žádostem vyhoví. V důvodové zprávě (s. 20) k tehdejšímu čl. 13 odst. 3 Komise uvádí, že změna rodinné situace (smrt, rozluka, rozvod) opravňuje rodinné příslušníky k podání samostatné žádosti **před uplynutím čtyř let.** A po jednom roce pobytu, pokud se žadatel nachází v obzvláště obtížné situaci, členský stát má povinnost mu vydat samostatné povolení k pobytu.

³⁸ Výjimku představuje poslední věta uvedeného článku, který ukládá členským státům povinnost zajistit udělení samostatného práva k pobytu „v případě obzvláště obtížných okolností“. Viz PEERS, S., op. cit. 12, s. 469 či BOELES, P., HEIJER, M. D., LODDER, G., WOUTERS, K., op. cit. 5, s. 151. Shodně i Sdělení Komise 2014, s. 19.

(„může být samostatné povolení k pobytu vydáno“, nikoli musí) před uplynutím pětileté doby pobytu stanovené v prvním pododstavci čl. 15 odst. 1 směrnice. Pokud by tak členský stát této možnosti nevyužil a pokud bychom trvali na tom, že pro vznik práva na samostatné povolení k pobytu podle čl. 15 odst. 1 směrnice musí rodinný vztah existovat, pak se rodinní příslušníci v případě rozpadu manželství a partnerství ocitají bez jakékoli ochrany, neboť jim je právo na samostatné povolení k pobytu odepřeno. Nedomůžou se ho ani podle odstavce 3 ani podle odstavce 1 článku 15. To popírá účel čl. 15 směrnice v samotné jeho podstatě. Smysl ovšem nedává ani výklad, který by umožnil členským státům s využitím druhého pododstavce omezit působnost prvního pododstavce pouze a výlučně na situace rozpadu manželství a partnerství, nikoli pro případ trvající existence rodinného vztahu. Pak by o samostatné povolení k pobytu nemohli po uplynutí pěti let pobytu požádat ti manželé a partneři, kteří i nadále setrvávají v manželském či partnerském svazku. Byli by tak nuceni (účelově a absurdně při popření samotného smyslu směrnice, kterým je realizace práva na rodinný život nositele oprávnění ke sloučení³⁹) rodinný svazek ukončit, aby dosáhli na právo na samostatné povolení k pobytu.

Jediný smysluplný výklad druhého pododstavce čl. 15 odst. 1 směrnice je tak ten, že členské státy mohou omezit přístup k udělení samostatného povolení k pobytu podle prvního pododstavce čl. 15, pokud dojde po uplynutí pěti let pobytu vázaného na pobyt nositele oprávnění ke sloučení k rozpadu⁴⁰ rodinného vztahu, pouze na manžela a nesezdaného partnera a vyloučit z něho dítě, které dosáhlo plnoletosti. Toto je výklad, který zastává i Komise: „V případě rozpadu rodinného vztahu má právo na samostatné povolení k pobytu v každém případě manžel nebo nesezdaný partner, avšak členské státy mohou vyloučit dospělé děti.“⁴¹ A ke shodnému závěru dospěla i odborná literatura.⁴²

³⁹ Viz body 2, 4 a 5 odůvodnění a čl. 1 směrnice. Viz rovněž bod 26 rozsudku SDEU ve věci C-558/14 *Khachab* a obdobně celá řada dalších rozsudků SDEU ke směrnici.

⁴⁰ Tento pojem, obsažený v druhém pododstavci čl. 15 odst. 1, směrnice nedefinuje. Komise z čl. 15 odst. 3 dovozuje, že rozpad rodinného vztahu může zahrnovat i ovdovění, rozluky, rozvod, úmrtí atd. (Sdělení Komise 2014, s. 19).

⁴¹ Zpráva Komise 2008, s. 13, obdobně i Sdělení Komise 2014, s. 19. O relevanci posledně uvedeného dokumentu pro výklad směrnice svědčí fakt, že na něho dokazuje ve své judikatuře SDEU (viz body 59, 63, 66 a 69 rozsudku ve věci C-635/17 *E*).

⁴² HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 408, 409. PEERS, S., GUILD, E., ARCARAZO, D. A., GROENENDIJK, K., MORENO-LAX, V., op. cit. 5, s. 264, pozn. č. 109. PEERS, S., op. cit. 12, s. 469, pozn. č. 636. Guèvremont, S. R. M. C. *Vers un traitement équitable des étrangers extracommunautaires en séjour régulier. Examen des directives sur le regroupement familial et sur les résidents de longue durée*. Zutphen: Wöhrmann Print Service, 2009, s. 221. Dostupné z: <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/15092/000-diss0-guevremont-01-10-2009.pdf?sequence=2>. STALFORD, H. *Children and the European Union. Rights, Welfare and Accountability*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2012, s. 66, 67.

Tomuto výkladu svědčí i geneze bodu 15 odůvodnění směrnice. Všechny tři návrhy Komise⁴³ obsahovaly následující znění bodu 13, resp. 16 (konečného bodu 15) odůvodnění: „*Je třeba podporovat integraci členů rodiny. Za tím účelem by jim mělo být po určité době pobytu v členském státě uděleno nezávislé postavení na žadateli* [mysleno nositeli oprávnění ke sloučení, pozn. P. P.]“ Teprve poté, co došlo při projednávání v Radě⁴⁴ k vložení druhého pododstavce čl. 15 odst. 1, dochází v další fázi projednávání návrhu⁴⁵ k úpravě bodu 15 odůvodnění, která odpovídá konečnému, schválenému znění. A to klade důraz (*zejména*) na rozpad manželství a partnerství, nikoli na rozpad rodinného vztahu nositele oprávnění ke sloučení a dítěte (lze si představit např. situaci úmrtí nositele oprávnění ke sloučení), které dosáhlo plnoletosti. S tím koresponduje druhý pododstavec čl. 15 odst. 1, který členským státům umožňuje v případech rozpadu rodinného vztahu vyloučit z práva na samostatné povolení k pobytu dítě, které dosáhlo plnoletosti. Již bylo řečeno, že z dokumentů Rady nelze zjistit důvody, které vedly k vyloučení posledně uvedené kategorie osob. Odborná literatura se kloní k tomu, že tímto důvodem byly obavy před rizikem zneužití a členské státy usilovaly omezit svoji povinnost udělit samostatné povolení k pobytu na minimum.⁴⁶ Někteří autoři se k vyloučení dětí, které dosáhly plnoletosti, vyjadřují kriticky.⁴⁷ Tato kategorie osob tak může eventuálně spoléhat pouze na čl. 15 odst. 2⁴⁸ a 3⁴⁹ směrnice. Vydání samostatného povolení k pobytu v těchto případech (s výjimkou obzvláště obtížných

Ojedinelý názor reprezentuje A. Weisbrock (WEISBROCK, A. *Legal Migration to the European Union*. Leiden – Boston. Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s. 358). Uvádí, že směrnice zavádí právo na získání samostatného pobytového postavení po pěti letech pobytu na území hostitelského členského státu pro rodinné příslušníky, kteří na území vstoupili podle čl. 4 odst. 1 a 3 (tj. pro manžela a nesezdaného partnera nositele oprávnění ke sloučení a pro nezletilého poté, co dosáhl plnoletosti). Udělení samostatného povolení k pobytu je v těchto případech povinné, pouze pokud vztah s nositelem oprávnění ke sloučení trvá. Manželům a nesezdaným partnerům, kteří již nadále nejsou ve vztahu k nositeli oprávnění ke sloučení, může být uděleno (*may be granted*) samostatné povolení k pobytu na uvážení členských států. Tento výklad, jak bylo shora popsáno, odporuje teleologickému a systematickému výkladu směrnice (viz zejména bod 15 odůvodnění směrnice a vztah čl. 15 odst. 1 k odstavci 3 a čl. 16 odst. 3 směrnice).

⁴³ COM(1999) 638 final. COM(2000) 624 final a COM(2002) 225 final.

⁴⁴ Dokument Rady č. 5508/03 ze dne 23. ledna 2003.

⁴⁵ Dokument Rady č. 10502/03 ze dne 7. července 2003.

⁴⁶ Viz HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 408 či GUÈVREMONT, S. R. M. C., op. cit. 42, s. 221.

⁴⁷ Viz GUÈVREMONT, S. R. M. C., op. cit. 42, s. 221. Obdobně i STALFORD, H., op. cit. 42, s. 66, 67.

⁴⁸ „Členské státy mohou vydat samostatné povolení k pobytu zletilým dětem a příbuzným v přímé vzestupné linii, na které se vztahuje čl. 4 odst. 2.“

⁴⁹ „V případě odověti, rozvodu, rozluky nebo úmrtí nejbližších příbuzných v přímé vzestupné nebo sestupné linii může být samostatné povolení k pobytu vydáno na základě žádosti, pokud se vyžaduje, osobám, které na území vstoupily z důvodu sloučení rodiny. Členské

okolností ve smyslu druhé věty čl. 15 odst. 3 směrnice) je však ponecháno na uvážení členských států. Není zároveň vyloučeno, že tyto osoby budou po pěti letech pobytu splňovat podmínky pro přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta ve smyslu směrnice 2003/109/ES.

2.3 Vnitrostátní transpozice čl. 15 odst. 1 a 3 směrnice (§ 45 odst. 2 a 4 zákona o pobytu cizinců)

Článek 15 odst. 1 byl transponován do § 45 odst. 2 zákona o pobytu cizinců. Tento odstavec se poprvé dostal do zákona o pobytu cizinců zákonem č. 428/2005 Sb. a zněl následovně: „*Cizinec starší 18 let s povoleným dlouhodobým pobytem za účelem společného soužití rodiny je oprávněn po 5 letech pobytu na území požádat policii o vydání povolení k dlouhodobému pobytu za jiným účelem.*“⁵⁰ Novelou č. 379/2007 Sb. došlo k jeho úpravě: „*Cizinec s povoleným dlouhodobým pobytem za účelem společného soužití rodiny je oprávněn po 3 letech pobytu na území nebo po dosažení věku 18 let požádat policii o vydání povolení k dlouhodobému pobytu za jiným účelem.*“⁵¹ Prozatím poslední změnu přinesla novela č. 222/2017 Sb., která upravila odst. 2 do současné podoby: „*Cizinec, který vstoupil na území za účelem společného soužití rodiny podle § 42a a je držitelem povolení k dlouhodobému pobytu za tímto účelem, je oprávněn po 3 letech pobytu na území nebo po dosažení věku 18 let požádat ministerstvo o vydání povolení k dlouhodobému pobytu za jiným účelem.*“⁵²

státy stanoví předpisy zajišťující udělení samostatného povolení k pobytu v případě obzvláště obtížných okolností.“

⁵⁰ Důvodová zpráva (bod 53 k § 45 odst. 2 až 6) k tomu uváděla: „V souladu se Směrnicí Rady 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny je stanoven okruh případů, kdy držitel povolení k pobytu za účelem společného soužití rodiny může za pobytu na území požádat o vydání povolení k pobytu, které nebude vázáno na nositele oprávnění ke sloučení rodiny, tj. o povolení k dlouhodobému pobytu za jiným účelem.“

⁵¹ Dle důvodové zprávy (bod 5, k § 45 odst. 2): „V souladu se Směrnicí Rady 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny je návrhem sledována možnost, aby cizinec mohl o samostatné povolení k dlouhodobému pobytu požádat již po 3 letech pobytu nebo vedle toho i v případě dosažení věkové hranice 18 let (bez ohledu na předchozí dobu pobytu na území) [k tomu viz rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 8 A 48/2010-45-47 ze dne 6. května 2014, pozn. P. P.]. Snížení doby pobytu pro možnost požádat za pobytu na území České republiky o změnu účelu pobytu je odůvodňována tím, že po 5 letech nepřetržitého pobytu na území může cizinec podle § 68 cizineckého zákona požádat o vydání povolení k trvalému pobytu.“

⁵² Podle důvodové zprávy (body 53 a 54, k § 45 odst. 2 až 4) byly pohnutky k úpravě odstavce 2 následující: „Navrhovaná úprava odstraňuje výkladové nejasnosti ohledně toho, na koho se vztahují omezení stanovená v § 45 odst. 2–4 ve vztahu k možnosti požádat si o změnu účelu pobytu. Podle současného znění těchto ustanovení je cizinec s povoleným dlouhodobým pobytem za účelem společného soužití rodiny oprávněn požádat o vydání povolení k dlouhodobému pobytu za jiným účelem v zásadě po 3 letech pobytu na území nebo po dosažení 18

Pokud jde o fakultativní čl. 15 odst. 3 směrnice, promítl se, pokud jde o případ rozvodu⁵³, do § 45 odst. 4 zákona o pobytu cizinců: „*Cizinec, který vstoupil na území za účelem společného soužití rodiny podle § 42a a je držitelem povolení k dlouhodobému pobytu za tímto účelem, je oprávněn požádat o vydání povolení k dlouhodobému pobytu za jiným účelem v případě rozvodu s nositelem oprávnění ke sloučení rodiny, pobýval-li ke dni rozvodu na území nepřetržitě po dobu nejméně 2 let a manželství trvalo nejméně 5 let; podmínka nepřetržitého pobytu a doby trvání manželství neplatí, pokud tento cizinec v důsledku uzavření sňatku s nositelem oprávnění ke sloučení rodiny pozbyl státní občanství České republiky.*“⁵⁴ Již bylo řečeno, že čl. 15 odst. 3 směrnice dává členským

let, přičemž v odst. 3 a 4 se stanoví obdobné podmínky pro případ, kdy je cizinec pozůstalým po nositeli oprávnění ke sloučení rodiny nebo pro případ, že došlo k rozvodu. Podmínka pro změnu účelu spočívající v nutnosti pobývat na území po stanovenou dobu by se však neměla vztahovat i na cizince, který na území vstoupil za jiným účelem, než je společné soužití rodiny a až poté na území pobýval na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny. Sloučením rodiny podle směrnice 2003/86/ES [...] se totiž rozumí vstup rodinných příslušníků státního příslušníka třetí země oprávněně pobývajících v členském státě na území tohoto státu a jejich pobyt v tomto členském státě (viz čl. 2 písm. d) směrnice). Podle čl. 15 odst. 3 přitom může být samostatné povolení k pobytu vydáno v případě ovdovění, rozvodu, rozluky nebo úmrtí osobám, které na území vstoupily z důvodu sloučení rodiny.

Článek 15 směrnice 2003/86/ES tedy upravuje možnost rodinného příslušníka pobývat na území v rámci samostatného povolení, resp. v zákoně o pobytu cizinců se jedná o podmínky změny účelu pobytu na území, a to tak, že stanoví lhůtu až 5 let (v ČR 3 let), po jejímž uplynutí již má tento rodinný příslušník právo na samostatné povolení k pobytu. Článek 15 tak má na jednu stranu zajistit možnost, aby cizinec, který vstoupí na území z důvodu sloučení rodiny, po určité době, příp. na základě určitých okolností (smrt manžela, rozvod), získal samostatné povolení k pobytu, a zároveň tím, že umožňuje odložit získání samostatného povolení k pobytu po uplynutí určité doby, zamezuje případnému využití tohoto účelu pobytu pro vstup na území, kdy účelem pobytu na území jsou od počátku jiné důvody. Stanovit obdobná časová omezení i pro případy, kdy naopak cizinec vstoupil na území za jiným účelem, než je společné soužití rodiny podle § 42a zákona o pobytu cizinců a pobýval zde za tímto jiným účelem a teprve později zde získal povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny, by neodpovídalo zmíněnému účelu článku 15 směrnice.

Omezení ve vztahu k možnosti žádat o změnu účelu v odst. 2-4 se tedy vztahují jen na ty cizince, kteří splňují kumulativně zákonem stanovené podmínky, tj. že na území vstoupili za účelem společného soužití podle § 42a a že jsou držiteli povolení k dlouhodobému pobytu za tímto účelem (a v případě odst. 3 a 4 i za předpokladu splnění dalších podmínek), jedná se tedy o cizince, kteří požádali na zastupitelském úřadě o povolení k dlouhodobému pobytu podle § 42a, přicestovali na území na základě víza za účelem převzetí tohoto povolení a následně na území pobývají na základě povolení za tímto účelem. Tato omezení se tedy nevztahují na cizince, kteří na území přicestovali za jiným účelem, než je společné soužití rodiny podle § 42a a teprve následně zde pobývali na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny.“

⁵³ Umožnění požádat o změnu účelu pobytu pro případ ovdovění, resp. úmrtí nositele oprávnění ke sloučení upravuje § 45 odst. 3 zákona o pobytu cizinců.

⁵⁴ Tento odstavec byl od svého přijetí zákonem č. 428/2005 Sb. pozměněn novelou č. 222/2017 Sb., která formulaci (obdobně jako odst. 2), „který vstoupil na území za účelem

státům na uvážení, aby pro případy ovdovění, rozvodu, rozluky či úmrtí nejbližších příbuzných v přímé vzestupné či sestupné linii umožnily osobám, které na území vstoupily z důvodu sloučení rodiny, získat samostatné povolení k pobytu ještě před uplynutím nejzazší pětileté (vnitrostátně tříleté) lhůty dle čl. 15 odst. 1 směrnice. Česká republika této možnosti využila a požaduje pouze dva roky pobytu za podmínky alespoň pětiletého trvání manželství.⁵⁵

Vnitrostátní transpozice čl. 15 jde v mnoha ohledech nad rámec závazků vyplývajících ze směrnice. Česká republika využila možnosti, kterou jí dává čl. 15 odst. 1 (*nejpozději*) a nejzazší možnou pětiletou lhůtu oprávněného pobytu nutnou ke vniku práva na samostatné povolení k pobytu zkrátila na tři roky.⁵⁶ U zletilých dětí (za podmínky, že na území vstoupily za účelem společného soužití rodiny) prakticky nevyžaduje ani tři roky pobytu.⁵⁷ Ustanovení § 45 odst. 2 nerozlišuje mezi jednotlivými kategoriemi rodinných příslušníků (první pododstavec čl. 15 odst. 1 hovoří pouze o manželovi, nesezdaném partnerovi a dítěti, které dosáhlo plnoletosti) a umožňuje využít změnu účelu pobytu všem kategoriím cizinců uvedených v § 42a odst. 1 zákona o pobytu cizinců.⁵⁸ Velkorysě je (viz ovšem dále) i zúžení dopadu odst. 2 pouze na osoby, které na území vstoupily za účelem společného soužití rodiny. Viděli jsme, že směrnice pouze požaduje, aby byl do pěti let pobytu započítán i předchozí pobyt za jiným účelem. Domácí úprava jde mnohem dále. Pokud rodinný příslušník dle § 42a odst. 1 pobýval na území před získáním dlouhodobého

společného soužití rodiny podle § 42a a je držitelem povolení k dlouhodobému pobytu za tímto účelem“ nahradila tehdejší znění „s povoleným dlouhodobým pobytem za účelem společného soužití rodiny“. Situace obzvláště obtížných okolností (poslední věta čl. 15 odst. 3 směrnice) je ošetřena ustanovením 46a odst. 3 zákona o pobytu cizinců.

⁵⁵ Zároveň dle § 45 odst. 6 zákona o pobytu cizinců oprávnění sloučeného rodinného příslušníka požádat o změnu účelu pobytu podle odst. 4 téhož ustanovení zaniká uplynutím jednoho roku poté, co došlo k rozvodu s nositelem oprávnění ke sloučení. Česká republika využila možnosti dané čl. 15 odst. 4 směrnice stanovit pro tyto případy podmínky pro udělení samostatného povolení k pobytu a roční lhůtu nelze v tomto ohledu považovat za excesivní.

⁵⁶ Kromě České republiky tak učinily ještě Belgie, Nizozemí a Francie. Viz Zpráva Komise 2008, s. 13.

⁵⁷ Požádat o změnu účelu pobytu tak může např. osoba, které bylo v 17 a půl letech uděleno povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny ve smyslu § 42a zákona o pobytu cizinců. Oprávnění změnit účel pobytu a osamostatnit se pobytové na nositeli oprávnění ke sloučení je tak dotyčným umožněno již po půl roce pobytu (dosažením zletilosti).

⁵⁸ Česká republika nevyžila možnosti (nikoli povinnosti) poskytnout sloučení rodiny i s nesezdaným partnerem ve smyslu čl. 4 odst. 3 směrnice. Naopak umožňuje sloučení rodiny i rodinným příslušníkům vymezeným čl. 4 odst. 2 směrnice, kde bylo ponecháno na uvážení členským státům, zda sloučení povolí či nikoli [viz § 42a odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců, pokud jde o zletilé nezaopatřené děti a písm. d) téhož ustanovení, které pokrývá osamělé cizince starší 65 let nebo bez ohledu na věk cizince, kteří se o sebe nedokážou ze zdravotních důvodů sami postarat].

pobytu za účelem sloučení rodiny na základě jiného pobytového titulu (jiného účelu dlouhodobého pobytu a zřejmě i dlouhodobého víza), může změnit účel pobytu kdykoli.⁵⁹

Na první pohled by se tak mohlo zdát, že transpozice čl. 15 do vnitrostátního práva nevyvolává žádné sporné otázky. Problém však může nastat (jako dokazuje případ paní B. T. H.), pokud omezujeme rozsah čl. 15 odst. 1 (byť by tomu nasvědčovalo české znění druhého pododstavce), provedeného ustanovením § 45 odst. 2 zákona o pobytu cizinců, pouze na situace, kdy alespoň formálně existuje vztah k nositeli oprávnění ke sloučení. To ovšem není správný výklad. Druhý pododstavec čl. 15 odst. 1 směrnice požaduje, aby v případě rozpadu rodinného vztahu (kam lze zařadit i rozvod manželství) měl rozvedený manžel právo na samostatné povolení k pobytu. Ochrana (formou garantování práva na samostatné povolení k pobytu) rozvedených manželů⁶⁰ představuje pomyslné minimum, které je povinen členský stát zajistit. Ve své podstatě jde o jednu z pouhých dvou⁶¹ „tvrdých“ povinností členských států dle čl. 15 směrnice. Navíc do určité míry rozmělněnou čl. 15 odst. 4, které zrcadlově odpovídá právo dotyčného rozvedeného manžela. Tímto způsobem musíme vykládat ustanovení § 45 odst. 2 zákona o pobytu cizinců.

Pokud tak nastane situace, kdy dotyčný rozvedený manžel nespĺňuje podmínky pro umožnění změny účelu pobytu podle ustanovení § 45 odst. 4⁶², které představuje promítnutí fakultativního čl. 15 odst. 3 směrnice, ale bude splňovat podmínky podle § 45 odst. 2⁶³ (obligatorního promítnutí čl. 15

⁵⁹ Viz výše důvodová zpráva k novele č. 222/2017 Sb. (body 53 a 54, k § 45 odst. 2 až 4). Lze si tak představit situaci, kdy dotyčná osoba pobývá jeden rok na území na základě dlouhodobého pobytu za účelem studia. Následně je jí udělen na území (viz § 42a odst. 6 zákona o pobytu cizinců) z důvodu sňatku s cizincem pobývajícím v ČR na základě povolení k trvalému pobytu dlouhodobý pobyt za účelem sloučení rodiny. Ihned následující den po jeho udělení může opět požádat o změnu účelu dlouhodobého pobytu dle § 45 odst. 1 zákona o pobytu cizinců (s výjimkou účelu podnikání, který vyžaduje 5 let pobytu na území).

⁶⁰ Pokud jde o nesezdané partnery, již bylo řečeno, že umožnění sloučení je v těchto případech v souladu s čl. 4 odst. 3 směrnice (na rozdíl od manželů) dáno na uvážení členských států. Pokud členský stát (jako je tomu v případě České republiky) sloučení nesezdaných partnerů neumožňuje, nelze hovořit ani o vzniku práva na samostatné povolení k pobytu (které je podmíněno předchozím povolením sloučení).

⁶¹ Druhou představuje povinnost členského státu zajistit udělení samostatného povolení k pobytu v případě obzvláště obtížných okolností dle druhé věty čl. 15 odst. 3.

⁶² Prakticky půjde pouze o podmínku trvání manželství nejméně 5 let, neboť požadavek minimálního pobytu 2 let je příznivější než tři roky požadované § 42 odst. 2 zákona o pobytu cizinců.

⁶³ Viz případ paní B. T. H., která v době podání žádosti o změnu účelu pobývala na území na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny necelé čtyři roky a vdaná s nositelem oprávnění ke sloučení rodiny byla čtyři a půl roku. Nespĺňovala tak

odst. 1), musí mu být umožněno požádat o změnu účelu pobytu. Ustanovení § 45 odst. 2 a 4 zákona o pobytu cizinců je zapotřebí interpretovat s ohledem na princip nepřímého účinku (eurokonformní výklad), dle něhož „[u]platnění principu nepřímého účinku (povinnost eurokonformního výkladu) znamená povinnost vyložit vnitrostátní právo v co nejširší možné míře tak, aby bylo dosaženo cílů a užitečného účinku práva EU (v tomto případě směrnice)“⁶⁴. Jestliže smyslem čl. 15 odst. 1 směrnice je umožnit cizinci s dlouhodobým pobytem za účelem sloučení rodiny získat nejpozději po pěti letech (vnitrostátně po třech⁶⁵ letech) samostatné povolení k pobytu a jestliže toto ustanovení dopadá (v souladu s bodem 15 odůvodnění směrnice zejména) na rozvedeného manžela, nelze ustanovení § 45 odst. 4 zákona o pobytu cizinců vyložit tak, že představuje pro rozvedeného manžela jedinou (výlučnou) cestu k získání samostatného povolení k pobytu, přestože by k tomu znění odst. 2 a 4 mohlo svádět. Odstavec 2 situaci rozvodu nezmiňuje a navíc odst. 6 zakotvuje roční lhůtu pro podání žádosti jen pro případ rozvodu a úmrtí nositele oprávnění ke sloučení. Pro případ odst. 2 žádná lhůta stanovena není a toto ustanovení tak, zdá se, skutečně počítá s tím, že v době podání žádosti o změnu účelu pobytu rodinný vztah k nositeli oprávnění ke sloučení i nadále trvá (k tomuto aspektu viz níže v kapitole 2.4). Bez zohlednění eurokonformního výkladu by tak odst. 4 mohl být skutečně vnímán jako *lex specialis* k odst. 2⁶⁶, který pro

podmínku pěti let trvání manželství podle § 45 odst. 4, splňovala však požadavek tří let pobytu podle § 45 odst. 2 zákona o pobytu cizinců.

⁶⁴ Rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 14. listopadu 2016, č. j. 46 A 58/2015-51.

⁶⁵ V tomto ohledu je nutné zdůraznit, že snížení maximálně pětileté délky pobytu na území (první pododstavec čl. 15 odst. 1 směrnice) na tři roky vnitrostátním zákonodárcem, bylo plně v jeho diskreci.

⁶⁶ V tomto ohledu je zajímavý i vztah odst. 1 k odst. 2 § 45 zákona o pobytu cizinců, zejména před novelou provedenou zákonem č. 222/2017. Odst. 1 totiž umožňoval u podnikání změnit účel pobytu již po dvou letech (novela č. 222/2017 Sb. prodloužila tuto lhůtu s určitými výjimkami až na 5 let), naproti tomu odst. 2 umožňoval cizincům s dlouhodobým pobytem za účelem sloučení rodiny změnit účel pobytu až po třech letech. Existuje judikatura, která považovala odst. 2 za *lex specialis* k odst. 1 (viz rozsudek Krajského soudu v Praze č. j. 46 A 2/2016-45 ze dne 20. prosince 2017). Naproti tomu lze dohledat rozsudky, které umožňovaly změnit účel dlouhodobého pobytu z účelu společného soužití rodiny na účel podnikání dle odst. 1 již po dvou letech. Viz např. rozsudek Krajského soudu Ústí nad Labem č. j. 15 A 124/2015-45 ze dne 7. února 2017. Tento soud, ač si byl vědom, že odst. 2 představuje transpozici čl. 15 odst. 1 směrnice, uvedl (bod 23): „Uvedený čl. 15 směrnice č. 2003/86/ES nebrání tomu, aby osoba, které byl udělen dlouhodobý pobyt za účelem sloučení rodiny, nabyla oprávnění k dlouhodobému pobytu z jiného důvodu i dříve, nastanoví tak lhůtu nejméně tři nebo pět let oprávněného pobytu, ale pouze uvádí maximální možnou dobu, po které již má příslušník rodiny právo na samostatné povolení k pobytu. Soud tedy setrvává na svém shora uvedeném výkladu, který umožňoval před dnem 15. 8. 2017 požádat o změnu účelu dlouhodobého pobytu z účelu společného soužití rodiny na účel podnikání již po dvou letech, nikoliv po třech letech oprávněného pobytu.“ Tento

případ rozvodu vylučuje použití odstavce 2. Tím by ovšem došlo k popření čl. 15 odst. 1 směrnice. Stejnou logiku by šlo uplatnit i na ovdovělého manžela (tedy na vztah § 45 odst. 2 a 3 zákona o pobytu cizinců), neboť pod rozpad rodinného vztahu ve smyslu druhého pododstavce čl. 15 odst. 1 směrnice lze podřadit i ovdovění v důsledku smrti nositele oprávnění ke sloučení. S ohledem na vstřícnost ustanovení § 42 odst. 3 zákona o pobytu cizinců se však v praxi stěžejní role § 42 odst. 2 (čl. 15 odst. 1 směrnice) v těchto případech neuplatní.⁶⁷

výklad podle mého názoru není správný. Z důvodové zprávy k zákonu č. 222/2017 Sb. (citované v bodu 21 rozsudku), resp. k novele č. 379/2007 Sb. (shora citované) jasně plyne, že úmyslem zákonodárce bylo provést čl. 15 odst. 1 směrnice tak, aby bylo cizincům s dlouhodobým pobytem za účelem sloučení rodiny umožněno změnit účel pobytu (jinými slovy získat právo na samostatné povolení k pobytu) po třech letech pobytu. Z těchto dokumentů nelze nikterak dovodit, že by u účelu podnikání byl benevolentnější a zamýšlel posledně uvedené kategorii cizinců umožnit změnit účel pobytu (jinými slovy získat právo na samostatné povolení k pobytu) na podnikání již po dvou letech. Krajský soud v bodu 16 rozsudku v návaznosti na novelu č. 427/2010 Sb., která pro podnikání zavedla dvouletou čekací lhůtu, uvádí: „Pokud by se na tyto žadatele primárně aplikovalo ustanovení § 45 odst. 2 zákona o pobytu, kde je stanovena podmínka 3 roky pobytu, nikoliv jen 2 roky, jako je tomu v ustanovení § 45 odst. 1, byla by tato skupina žadatelů znevýhodněna, k čemuž není zjevný racionální důvod a nebylo to zřejmě ani úmyslem zákonodárce.“ Tato úvaha pomíjí fakt, že zmíněné ‚znevýhodnění‘ je odůvodněno zvláštní povahou dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny, které je do doby nabytí práva na samostatné povolení k pobytu vázáno na pobyt nositele oprávnění ke sloučení (viz bod 47 rozsudku SDEU ve věci C-557/17 Y.Z. a další). U jiných dlouhodobých pobytů tato podmíněnost není přítomna. Dovedeno *ad absurdum*, pokud by bylo cizincům s dlouhodobým pobytem za účelem sloučení rodiny umožněno změnit účel pobytu na podnikání již po dvou letech a této možnosti by všichni využili, došlo by k vyprázdnění odst. 2. Je však zapotřebí uznat, že aplikační praxe není v tomto ohledu důsledná. Z rozsudku Krajského soudu v Plzni č. j. 57 A 49/2016-43 ze dne 6. června 2017 (potvrzeného rozhodnutím Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Azs 256/2017-57 ze dne 14. prosince 2017) vyplývá, že již správní orgány posuzovaly žádost cizince o změnu účelu pobytu ze sloučení na podnikání místo odst. 2 § 45 zákona o pobytu cizinců podle odstavce 1 téhož ustanovení. Po novele 222/2017 Sb. by mělo být cizincům uvedeným v § 45 odst. 2 zákona o pobytu cizinců (nikoli tedy těm, kteří před získáním dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny pobývali na území na základě jiného pobytového titulu, na ty bude dopadat obecná pětiletá lhůta) umožněno požádat o změnu účelu pobytu na podnikání již po třech letech.

⁶⁷ Pozůstala osoba po nositeli oprávnění ke sloučení (tedy nejen manžel, ale v podstatě všechny kategorie osob uvedených v § 42a odst. 1 zákona o pobytu cizinců, pokud na území vstoupily za účelem společného sloučení rodiny) může požádat o změnu účelu nejpozději po dvou letech nepřetržitého pobytu [pokud nastane některá z okolností předvídaná ustanovením § 45 odst. 3 písm. b), tak dokonce bez podmínky uvedeného dvouletého pobytu]. Ustanovení § 45 odst. 2 (požadavek tříletého pobytu) se tak vůbec neuplatní.

2.4 Vnitrostátní transpozice čl. 16 odst. 3 směrnice

Dle čl. 16 mohou členské státy odejmout povolení k pobytu sloučenému rodinnému příslušníkovi nebo zamítnout prodloužení jeho platnosti, pokud pobyt nositele oprávnění ke sloučení končí. Toto oprávnění členského státu ovšem končí v okamžiku, kdy rodinný příslušník nabude samostatné právo k pobytu podle čl. 15. Již bylo výše vzpomenuáno, že čl. 16 odst. 3 hovoří o právu k pobytu, nikoli o povolení k pobytu. Z uvedeného lze dovodit, že poté, co sloučenému rodinnému příslušníkovi vznikne právo na samostatné povolení k pobytu, měl by mu členský stát umožnit prodloužit pobyt, aniž by musel z podstaty věci (pobyt nositele oprávnění ke sloučení na území končí) prokazovat rodinnou vazbu na nositele. Obdobně by nemělo dojít ke zrušení povolení k pobytu rodinného příslušníka z důvodu, že již neexistuje rodinná vazba na nositele oprávnění ke sloučení. Podstata spočívá v tom, že nejpozději po pěti letech oprávněného pobytu přestává být pobyt rodinného příslušníka závislým na pobytu nositele oprávnění ke sloučení. Jinými slovy, osamostatňuje se.

Pokud bychom použili čistě jazykový výklad, omezuje se dopad čl. 16 odst. 3 pouze na situace, kdy pobyt sponzora „končí“⁶⁸. Mohlo by se tak zdát, že toto ustanovení dopadá pouze na situace, kdy nositel oprávnění opouští (ať už nuceně, či dobrovolně) členský stát. Zároveň nezmiňuje, zda ukončení pobytu souvisí s rozpadem rodinného vztahu či nikoli, a bude tak možné pod něj zahrnout obě situace. S využitím systematického a teleologického výkladu musíme tento pojem vykládat širěji⁶⁹ a podřadit pod něj i situace, kdy dojde k rozpadu rodinného vztahu, aniž by (bývalý) nositel oprávnění ke sloučení musel opustit dotčený členský stát.

Článek 16 odst. 3 odkazuje na čl. 15. A ten poskytnutím samostatného práva k pobytu rodinnému příslušníkovi ve druhém pododstavci čl. 15 odst. 1 nikterak nerozlišuje mezi tím, zda v důsledku rozpadu manželství či nesezdaného partnerství pobyt nositele oprávnění ke sloučení rodiny na území členského státu končí či nikoli. Ochranu poskytuje v obou případech. Rovněž tak diskreční ustanovení čl. 15 odst. 3 pro případ rozvodu či rozluky mezi uvedenými situacemi nerozlišuje. Situace ovdovění či úmrtí nositele oprávnění

⁶⁸ V anglickém znění „comes to an end“, v německém „endet“ či ve slovenském „končí“.

⁶⁹ První [COM(1999) 638 final] ani druhý [COM(2000) 624 final] návrh Komise čl. 16 odst. 3 neobsahovaly. K jeho vložení došlo až při projednávání návrhu směrnice v Radě (dokument č. 10922/01 ze dne 20. července 2001) a objevuje se ve třetím návrhu Komise [COM(2002) 225 final]. Dle důvodové zprávy Komise odst. 3 stanoví, že pokud právo pobytu nositele oprávnění ke sloučení končí, členové jeho rodiny musí opustit členský stát s ním, neboť jejich právo pobytu závisí na jeho právu. Toto ustanovení se nadále neuplatní, pokud členové rodiny získaly samostatné právo k pobytu, a tím pádem právo zůstat v členském státě bez ohledu na právo pobytu nositele oprávnění ke sloučení.

ke sloučení by zřejmě šlo podřadit pod končící pobyt ve smyslu čl. 16 odst. 3 směrnice i čistě gramatickým výkladem, úmrtím nositele jeho pobyt na území fakticky končí. Důležité je, že čl. 15 předvídá vznik samostatného práva pobytu i v situacích, které nemusí vést k zániku pobytu nositele oprávnění ke sloučení na území členského státu. Bod 15 odůvodnění směrnice zdůrazňuje integraci členů rodiny. Pokud jde o přiznání právního postavení nezávislého na nositeli oprávnění ke sloučení, míří zejména na případy rozpadu manželství a partnerství. Nikterak nerozlišuje mezi tím, zda po rozpadu manželství či partnerství bude (bývalý) nositel oprávnění ke sloučení pobývat na území členského státu či nikoli.

Pokud bychom omezili v případech rozpadu rodinného vztahu ochranu čl. 16 odst. 3 směrnice pouze na situace, kdy pobyt nositele oprávnění ke sloučení na území končí, dojdeme k absurdním závěrům. Představme si následující situaci. Po pěti letech pobytu dojde k rozvodu manželství (rozpadu rodinného vztahu), původně sloučenému manželovi vzniklo právo na samostatné povolení k pobytu podle čl. 15 odst. 1 směrnice a (bývalý) nositel oprávnění ke sloučení rodiny se rozhodl svůj pobyt na území členského státu ukončit. V takovém případě je bývalý manžel nepochybně čl. 16 odst. 3 pokryt. Co ovšem v situaci, pokud by se za stejných okolností rozhodl (bývalý) nositel oprávnění ke sloučení zůstat i nadále na území členského státu? Pokud bychom dosah čl. 16 odst. 3 omezili pouze na situace, kdy uvedený nositel svůj pobyt končí, dostal by se bývalý manžel do neřešitelné situace. Na jedné straně mu vzniklo právo na samostatné povolení k pobytu dle čl. 15 odst. 1, na straně druhé není chráněn čl. 16 odst. 3 a pobyt by bylo možné mu neprodloužit, či dokonce zrušit. To je popření účelu institutu samostatného povolení k pobytu, resp. čl. 16 odst. 3 by popřel čl. 15 odst. 1. Takový výklad musím odmítnout. Aby dával čl. 16 odst. 3 v návaznosti na čl. 15 směrnice smysl, musí se vztahovat i na situace, kdy dojde (maximálně po pěti letech pobytu) k rozpadu rodinného vztahu bez ohledu na to, zda (bývalému) nositeli oprávnění ke sloučení pobyt na území členského státu končí či nikoli, resp. musí zahrnovat i případy, kdy bude na tomto území i nadále pobývat. Uvedené závěry samozřejmě nebrání tomu, aby členský stát další pobyt rodinného příslušníka v souladu s čl. 15 odst. 4 podmínil splněním určitých přiměřených podmínek obvykle vyžadovaných pro pobyt cizinců na území (dostatečný příjem, zajištění ubytování apod.).

Garantuje vnitrostátní právní úprava v situacích, kdy po vzniku samostatného práva k pobytu pobyt (bývalého) nositele oprávnění ke sloučení rodiny na území České republiky končí (resp. pokud dojde k rozpadu rodinného vztahu bez ohledu na to, zda pobyt zmíněného nositele na území končí či nikoli), že pobyt sloučeného rodinného příslušníka bude prodloužen, resp. nebude z uvedeného důvodu zrušen?

Požadavky na prodloužení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny jsou uvedeny v § 44a odst. 4 zákona o pobytu cizinců. Doklad potvrzující příbuzenský vztah mezi povinnými náležitostmi není.⁷⁰ Ovšem jen zdánlivě. Poslední věta uvedeného ustanovení totiž uvádí, že platnost povolení k dlouhodobému pobytu vydaného za účelem společného soužití rodiny nelze prodloužit, je-li důvod pro zahájení řízení o zrušení platnosti tohoto povolení podle § 46a zákona o pobytu cizinců. A v tomto ustanovení najdeme přinejmenším dva důvody zrušení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny, které souvisí (mohou souviset) s ukončením pobytu nositele oprávnění ke sloučení rodiny, popř. s rozpadem rodinného vztahu.

Dle § 46a odst. 2 písm. h) ministerstvo vnitra zruší platnost povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny, jestliže cizinec neplní účel, pro který bylo toto povolení vydáno. Pod neplnění účelu bude možné nepochybně podřadit i případy, kdy došlo k rozpadu rodinného vztahu (typicky v důsledku rozvodu manželství, či pokud nezletilec dosáhne zletilosti a nebude splňovat požadavek nezaopatřenosti). Dle písm. j) téhož ustanovení ministerstvo vnitra povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny zruší, pokud „*nositel oprávnění ke sloučení rodiny požádal o zrušení platnosti povolení k dlouhodobému pobytu nebo mu byla platnost tohoto povolení zrušena, nebyla prodloužena nebo skončila, anebo nositel oprávnění ke sloučení rodiny požádal o zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu nebo mu byla platnost tohoto povolení zrušena*“. V tomto případě jde z pohledu čl. 16 odst. 3 o typické situace, kdy pobyt nositele oprávnění ke sloučení končí a kdy by měla nastoupit ochrana posledně uvedeného článku směrnice. Ustanovení § 46a u důvodů pro zrušení nerozlišuje, zda dotyčná osoba již nabyla práva na samostatné povolení k pobytu či nikoli. Pouze u důvodů uvedených v odst. 2 § 46a podmiňuje zrušení dlouhodobého pobytu tím, „*že důsledky tohoto rozhodnutí budou přiměřené důvodu pro zrušení platnosti. Při posuzování přiměřenosti ministerstvo přihlíží zejména k dopadům tohoto rozhodnutí do soukromého a rodinného života cizince*“. Obstojí tato právní úprava z pohledu směrnice?

Článek 16 odst. 3 hovoří o odejmutí nebo zamítnutí prodloužení doby platnosti povolení k pobytu. Jeden z možných výkladů je vztáhnout tento článek výlučně na vnitrostátní povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny, resp. na jeho zachování.⁷¹ Pak je třeba vnitrostátní právní úpravu vy-

⁷⁰ Na rozdíl od prvotní žádosti o vydání povolení k dlouhodobému pobytu viz § 42b odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců.

⁷¹ Ostatně toto je logika, kterou zákonodárce uplatnil u cizinců, u nichž nastaly obzvláště obtížné okolnosti (zejména u obětí domácího násilí). Přestože existuje důvod pro zrušení dlouhodobého pobytu dle § 46a odst. 2 písm. h), j) nebo k), ministerstvo vnitra povolení

ložit tak, že přestože dojde k okolnostem předvídaným § 46a odst. 2 písm. h) nebo j), musí být rodinnému příslušníkovi umožněno dosáhnout prodloužení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny, pokud i nadále splňuje všechny další požadavky na prodloužení tohoto pobytu (§ 44a zákona o pobytu cizinců) a není dán jiný důvod pro jeho neprodloužení (§ 46a odst. 2 téhož zákona). Jediná cesta, jak zajistit účinnost čl. 16 odst. 3 směrnice bude taková, že požadavek přiměřenosti, zejména ve vztahu k dopadům do soukromého a rodinného života, vyložíme eurokonformně tak, že by uplatnění důvodů pro neprodloužení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny dle § 46a odst. 2 písm. h) a j) (prostřednictvím § 44a odst. 4) bylo vždy nepřiměřené důvodu pro zrušení platnosti pobytu, resp. vedlo by vždy k nepřiměřeným dopadům do soukromého a rodinného života dotčeného cizince. Posledně uvedená ustanovení by se tak při rozhodování o prodloužení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny neuplatnila. Stejnou logiku lze uplatnit i na zrušení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny.

Již bylo opakovaně vzpomenuáno, že čl. 15 odst. 4 směrnice dává členským státům prostor, aby vnitrostátně stanovily podmínky pro udělení samostatného povolení k pobytu.⁷² Ty nesmí ohrožovat cíl a užitečný účinek čl. 15, kterým je umožnit získat rodinnému příslušníkovi právní postavení nezávislé na nositeli oprávnění ke sloučení. Dodatečné podmínky nemohou být natolik přísné, aby představovaly těžko překonatelnou překážku, která by dotčeným osobám znemožnila získat obvyklou cestou takové povolení k pobytu.⁷³ Česká republika provedla požadavek čl. 15 směrnice na samostatné povolení k pobytu cestou umožnění požádat o změnu účelu pobytu (§ 45 odst. 2 až 4 zákona o pobytu cizinců) a s ohledem na prostor daný čl. 15 odst. 4 směrnice⁷⁴ nelze

k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny nezruší a dotyčné osobě zůstane zachováno, přestože došlo k rozpadu rodinného vztahu, popř. k ukončení pobytu nositele oprávnění ke sloučení na území. Jak bylo již vzpomenuáno, jedná se o promítnutí čl. 15 odst. 2 věty druhé směrnice.

⁷² Udělení samostatného povolení k pobytu není prostým deklaratorním úkonem (viz bod 67 shora citovaného rozsudku SDEU ve věci C-257/17 C a A).

⁷³ Tamtéž, body 51 a 52. Ve vztahu ke složení zkoušky občanské integrace jako podmínky pro získání samostatného povolení k pobytu SDEU uvedl: „60 Avšak za účelem zachování cíle tohoto ustanovení [čl. 15] a v souladu se zásadou proporcionality, která patří k obecným zásadám unijního práva, musí být konkrétní podmínky takového požadavku s to uskutečnit cíle sledované vnitrostátní právní úpravou a nesmějí překročit meze toho, co je nezbytné k jejich dosažení (obdobně viz rozsudek ze dne 9. července 2015, K a A, C-153/14, EU:C:2015:453, bod 51). [...] 62 Tato povinnost však nemůže platně překročit meze toho, co je nezbytné k dosažení cíle spočívajícího v usnadnění integrace uvedených státních příslušníků třetích zemí.“ Obdobně viz rozsudek SDEU ve věci C-484/17 K.

⁷⁴ A kdy zároveň požadavky na získání dlouhodobého pobytu za jiným účelem obecně odpovídají požadavkům kladeným na ostatní cizince [viz § 45 odst. 5 ve vztahu ke změně účelu pobytu dle odst. 3 a 4 téhož ustanovení, a pokud jde o změnu účelu dlouhodobého

tuto cestu obecně považovat za rozpornou s cílem a užitečným účinkem čl. 15. Osobě, které vzniklo právo na samostatné povolení k pobytu, je umožněno požádat o změnu účelu pobytu. Totéž platí i pro okolnosti definované § 46a odst. 2 písm. h) a j) zákona o pobytu cizinců (tedy pokud dojde k rozpadu rodinného vztahu, popř. k ukončení pobytu nositele oprávnění ke sloučení na území), byť není vyloučeno (s ohledem na test přiměřenosti dle § 46a odst. 2 zákona o pobytu cizinců) pro tyto případy ani zachování (prodloužení) dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny. Mohlo by se tak zdát, že je z pohledu čl. 16 odst. 3 vše v pořádku.

Problém ovšem nastane (a lze to demonstrovat na případě paní B. T. H.), pokud dojde k rozvodu, rozvedený manžel si požádá o změnu účelu pobytu (ať už podle odstavce 2, či 4 § 45) a v mezidobí dojde ke zrušení původního dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny podle § 46a odst. 2 písm. h) zákona o pobytu cizinců s tím, že není plněn účel pobytu. K tomu může přistoupit argumentace (jako u paní B. T. H.), že se na dotyčného rozvedeného manžela nevztahuje po dobu řízení fikce pobytu podle § 47 odst. 4 zákona o pobytu cizinců. Ta nastává pouze tehdy, pokud doba platnosti povolení k dlouhodobému pobytu „uplyne“ před rozhodnutím o žádosti o vydání povolení k dlouhodobému pobytu. V daném případě však doba platnosti povolení k dlouhodobému pobytu neuplynula, ale byla zrušena.

Dotčený cizinec se ocitá v pasti, je nucen po dobu řízení o změně účelu pobytu opustit území a celá situace vede k popření čl. 16 odst. 3 směrnice, který zakotvuje ochranu rodinného příslušníka po vzniku práva na samostatné povolení k pobytu pro případ ukončení pobytu nositele oprávnění ke sloučení, resp. rozpadu rodinného vztahu obecně. Pokud Česká republika provedla požadavek na realizaci samostatného povolení k pobytu prostřednictvím žádosti o změnu účelu pobytu, nesmí, aby byl zachován užitečný účinek čl. 16 odst. 3, dojít po dobu řízení (resp. do jeho pravomocného skončení) o novém účelu pobytu ke zrušení stávajícího dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny jen z toho důvodu, že neplní jeho účel, protože se rozvedl. Pokud by už došlo (v rozporu s čl. 16 odst. 3 směrnice) ke zrušení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny, musí fikce pobytu dle § 47 odst. 4 pro tyto případy dopadat i na zrušení pobytu. Uvedené závěry musí pokrývat (za předpokladu, že rodinnému příslušníkovi vzniklo právo na samostatné povolení k pobytu,

pobytu podle § 45 odst. 2, viz § 46 zákona o pobytu cizinců). V tomto ohledu nelze považovat za rozporné se směrnicí, pokud je následně žádost o nový účel pobytu zamítnuta, neboť dotčený cizinec nesplnil obecně vyžadované podmínky pro jeho udělení (viz v tomto ohledu např. rozsudek Krajského soudu v Plzni č. j. 30 A 108/2017-71 ze dne 9. května 2018, potvrzený Nejvyšším správním soudem v rozsudku č. j. 3 Azs 49/2018-42 ze dne 15. listopadu 2018).

a tím i právo požádat si o změnu účelu pobytu) i situaci předvídanou ustanovením § 46a odst. 2 písm. j) zákona o pobytu cizinců.⁷⁵

O tom, že výše uvedené závěry nejsou pouze teoretického charakteru, svědčí např. rozsudek Krajského soudu v Plzni č. j. 30 A 141/2015-49 ze dne 27. července 2016. Ze skutkových okolností případů vyplývá, že žalobkyně splňovala podmínku pro podání žádosti o změnu účelu pobytu podle § 45 odst. 2 zákona o pobytu cizinců.⁷⁶ V době podání žádosti pobývala na území déle než tři roky na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny (první manželství trvalo do rozvodu déle než čtyři roky). Vzniklo jí tedy právo na samostatné povolení k pobytu dle čl. 15 odst. 1 směrnice (vnitrostátně dle § 45 odst. 2 zákona o pobytu cizinců právo podat žádost o nový účel dlouhodobého pobytu) a nacházela se pod ochranou čl. 16 odst. 3 téže směrnice. Přesto jí byl dlouhodobý pobyt za účelem sloučení rodiny zrušen podle § 46a odst. 2 písm. i) zákona o pobytu cizinců, neboť neplnila jeho účel (první manželství s nositelem oprávnění ke sloučení bylo rozvedeno).⁷⁷ To je postup, který popírá smysl a účel samostatného povolení k pobytu a je v rozporu s čl. 16 odst. 3 směrnice. Krajský soud žalobu zamítl s tím, že „pokud zanikne rodinná vazba žalobkyně k prvnímu manželovi (tj. k nositeli oprávnění ke sloučení rodiny), zanikne i původní účel dlouhodobého pobytu“.⁷⁸ A právní věta z tohoto rozsudku zní: „Pobyt cizince, který na území České republiky pobývá na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití s určitou osobou jakožto nositelem oprávnění ke sloučení rodiny (§42 a odst. 1 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky), je nerozlučně spjatý s existencí rodinné vazby k této osobě. Zanikne-li rodinná vazba takového cizince k dosavadnímu nositeli oprávnění ke sloučení rodiny,

⁷⁵ Viz např. situace, kdy po třech letech pobytu sloučeného rodinného příslušníka, který je oprávněn požádat si o změnu účelu pobytu podle § 45 odst. 2 zákona o pobytu cizinců, dojde ke zrušení pobytu nositele oprávnění ke sloučení a ministerstvo vnitřní by mohlo přistoupit ke zrušení povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny podle § 46a odst. 2 písm. j) zákona o pobytu cizinců.

⁷⁶ V ČR pobývala od 21. 7. 2011 na základě dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny, který jí byl následně prodloužen až do 11. 9. 2015. Sňatek s nositelem oprávnění ke sloučení uzavřela dne 29. 7. 2010. Manželství bylo rozvedeno dne 22. 7. 2014 (toto rozhodnutí nabylo zřejmě právní moci dne 16. 9. 2014). Dne 22. 7. 2014 podala žádost o vydání nového povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny a následně uzavřela dne 18. 10. 2014 nový sňatek s dalším nositelem oprávnění ke sloučení rodiny (tento druhý sňatek – z rozhodnutí soudu není patrné, zda i první – byl považován za účelový).

⁷⁷ Z rozsudku soudu není patrné, kdy OAMP řízení o zrušení dlouhodobého pobytu zahájil, resp. kdy vydal rozhodnutí. Každopádně rozhodnutí odvolacího orgánu – Komise, která rozhodnutí OAMP o zrušení pobytu potvrdila, bylo vydáno dne 21. 9. 2015.

⁷⁸ A dále doplnil, že „[o]kamžikem uzavření nového manželství vzniká cizince (žalobkyni) oprávnění opětovně požádat o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem soužití s novým manželem, který by spadal pod ust. § 42a odst. zákona o pobytu cizinců“.

*přestává cizinec plnit účel pobytu, pro který mu bylo povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny uděleno.*⁷⁹ Tento závěr může platit pouze do okamžiku, než dotyčnému rodinnému příslušníkovi vznikne právo na samostatné povolení k pobytu. Poté již nikoli. Naopak, dotyčné osobě musí být umožněno požádat o změnu účelu pobytu a neměla by být s ohledem na čl. 16 odst. 3 směrnice po dobu tohoto řízení penalizována tím, že jí bude do-
savadní povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny výlučně z důvodu neplnění účelu (rozvodu) zrušeno.⁸⁰

Uvedené rozsudky demonstrují ještě jeden důležitý aspekt, na který jsem již výše poukázal. Ustanovení § 45 odstavce 6 stanoví pro případ rozvodu (§ 45 odst. 4) a úmrtí (§ 45 odst. 3) nositele oprávnění ke sloučení roční

⁷⁹ Obdobně lze poukázat na rozsudek Krajského soudu v Plzni č. j. 20 A 71/2014-47 ze dne 14. října 2015, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Azs 262/2015-35 ze dne 19. května 2016. Z rozsudků není zřejmé, zda žalobkyně pobývala na území na základě dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny (sňatek s nositelem oprávnění ke sloučení uzavřela dne 25. 2. 2009) již k 1. 6. 2009 či až k 1. 3. 2010. Manželství bylo soudem rozvedeno 27. 3. 2013 (nabytí právní moci rozsudku o rozvodu k 8. 4. 2013). Dne 18. 11. 2013 bylo s žalobkyní zahájeno řízení o zrušení dlouhodobého pobytu z důvodu neplnění účelu pobytu a rozhodnutí o zrušení bylo vydáno OAMP dne 16. 12. 2013. Toto rozhodnutí potvrdila Komise dne 23. 5. 2014. Dne 25. 11. 2013 žalobkyně oznámila OAMP, že požádala o změnu účelu pobytu na podnikání. Zároveň dne 19. 2. 2014 uzavřela nové manželství (z rozsudků není zřejmé, zda manžel byl možným novým nositelem oprávnění ke sloučení). Tuto skutečnost doložila OAMP (nikoli Komisi) až 21. 5. 2014, odvolací orgán tak nemohl k této skutečnosti přihlídnout. Zároveň je z rozsudků zřejmé, že k oddělenému soužití manželů došlo již v roce 2012. Z uvedených okolností je patrné, že žalobkyně formálně vzato pobývala na území na základě dlouhodobého pobytu do jeho zrušení déle než tři roky (i pokud by pobyt zahájila až k 1. 3. 2010), a byla tak oprávněna (formálně) požádat o změnu účelu pobytu podle § 45 odst. 2 zákona o pobytu cizinců, což i učinila (z rozsudků není patrné, jak toto řízení dopadlo). Fakticky trvalo manželské soužití zřejmě méně než tři roky (pokud by žalobkyně zahájila pobyt v ČR již k 1. 6. 2009, záleželo by, kdy přesně v průběhu roku 2012 k faktickému rozpadu vztahu došlo). Na straně jedné nelze poskytovat rodinným příslušníkům ochranu formou samostatného povolení k pobytu (vnitrostátně umožněným požádat o změnu účelu pobytu, resp. pokračovat v prodlužování dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny), pokud po tři roky není fakticky (a nikoli jen formálně) plněn účel pobytu sloučení. V takovém případě ke vzniku práva na samostatné povolení k pobytu nedojde. Čl. 16 odst. 1 písm. b) a c) směrnice umožňují odejmut povolení k pobytu či jeho platnost neprodloužit, pokud rodinní příslušníci (již) nežijí ve skutečném manželském nebo rodinném vztahu, resp. pokud nositel oprávnění ke sloučení udržuje trvalý vztah s jinou osobou. Na straně druhé v rozsudcích není jakkoli reflektován tento klíčový aspekt (tedy zda toto právo vzniklo či nikoli) a jeho případné dopady do řízení o zrušení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny (s ohledem na čl. 16 odst. 3 směrnice).

⁸⁰ Jiná by byla situace, pokud by již první manželství bylo uzavřeno účelově, v takovém případě by bylo možné ke zrušení pobytu přistoupit. Uvedené nelze z rozsudku zjistit najisto, nicméně s ohledem na okolnosti, kdy původní dlouhodobý pobyt jí byl v roce 2012 prodloužen, spíše předpokládám, že v daném případě měl OAMP pochybnosti až o druhém manželství. Případnou účelovost druhého manželství je možné zohlednit při žádosti o změnu účelu pobytu.

ochrannou lhůtu, v níž je uvedenými situacemi dotčený rodinný příslušník oprávněn požádat o dlouhodobý pobyt za jiným účelem. Odstavce 3 a 4 představují promítnutí fakultativního čl. 15 odst. 3 směrnice. Na straně druhé pro případ odst. 2, který představuje promítnutí pro členský stát „tvrdé“ povinnosti garantovat vznik práva na samostatné povolení k pobytu, žádná podobná lhůta stanovena není. Bez zohlednění eurokonformního výkladu odst. 2 nelze z tohoto ustanovení dovodit oprávnění k podání žádosti o nový účel pobytu pro případ rozvodu či úmrtí nositele oprávnění ke sloučení. Rodinní příslušníci, kterým vzniklo právo na samostatné povolení k pobytu podle odst. 2 (podle čl. 15 odst. 1), se v případě rozvodu či úmrtí nositele oprávnění ke sloučení dostávají do slabšího postavení oproti rodinným příslušníkům, kterým vzniklo právo na samostatné povolení k pobytu podle odst. 3 a 4 § 45 zákona o pobytu cizinců (tedy transpozicí fakultativního čl. 15 odst. 3 směrnice). Posledně uvedená kategorie rodinných příslušníků, u níž došlo k rozpadu rodinné vazby s nositelem oprávnění ke sloučení, je až jeden rok chráněna před zrušením dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny z důvodu neplnění účelu. Naproti tomu kategorie rodinných příslušníků ve smyslu čl. 15 odst. 1 nikoli. To je ovšem stav, který je z pohledu směrnice jen stěží akceptovatelný.

Pokud už připustíme, že v důsledku čl. 15 odst. 4 směrnice realizují dotčení rodinní příslušníci dle čl. 15 odst. 1 směrnice svoje právo vnitrostátně nikoli prostřednictvím zachování svého původního dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny, musíme zohlednit čl. 16 odst. 3 směrnice. Nelze jim tedy zrušit povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny jen z toho důvodu, že se rodinný vztah v důsledku rozvodu či úmrtí nositele oprávnění ke sloučení rozpadl. Měli by být minimálně chráněni roční ochrannou lhůtou stejně jako kategorie rodinných příslušníků uvedené v odst. 3 a 4 § 45.

Nabízí se však ještě jiný výklad. Dovodil jsem, že § 45 odst. 2, který má garantovat právo na samostatné povolení k pobytu podle čl. 15 odst. 1 směrnice, dopadá i na rodinné příslušníky, kteří se po třech letech pobytu s nositelem oprávnění ke sloučení rozvedli či pokud uvedený nositel zemřel. Toto ustanovení zakládá právo („je oprávněn“), a nikoli povinnost požádat o změnu účelu pobytu. Na kategorii rodinných příslušníků ve smyslu odst. 2 nedopadá roční ochranná lhůta stanovená pro kategorie cizinců dle odst. 3 a 4 § 45. A zároveň tu máme čl. 16 odst. 3 směrnice, který chrání rodinné příslušníky spadající pod čl. 15 odst. 1 (vnitrostátně pod § 45 odst. 2) před odejmutím (zrušením) či neprodloužením dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny jen z toho důvodu, že se rozpadl jejich rodinný vztah s nositelem oprávnění ke sloučení. V takovém případě (znovu připomínám, rodinní příslušníci dle odst. 2 § 45 nemají povinnost požádat o změnu účelu pobytu, ani pokud se rozvedli či došlo k úmrtí nositele oprávnění ke sloučení) se nabízí interpretace, zda by jejich

právo na samostatné povolení k pobytu nemělo být s ohledem na čl. 16 odst. 3 směrnice realizováno spíše prodlužováním dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny.⁸¹ A toho lze dosáhnout tím, že jim bude umožněno prodlužovat uvedený pobyt, aniž by OAMP uplatnil důvod uvedený v § 46a odst. 2 písm. h) [popř. j)]. To OAMP umožňuje požadavek na zohlednění přiměřenosti vztahující se na všechny skutkové podstaty obsažené v odst. 2 posledně citovaného ustanovení, interpretovaný v souladu s čl. 16 odst. 3 směrnice. To samozřejmě nebrání tomu, aby OAMP vyžadoval splnění podmínek dle § 44a odst. 4 zákona o pobytu cizinců a byl oprávněn žádost zamítnout, pokud by byl naplněn některý z jiných důvodů pro zamítnutí žádosti [vyjma neplnění účelu, resp. okolností uvedených v § 46a odst. 2 písm. j)].

Příkláním se k tomuto výkladu. Stěžejní je, zda lze za pomoci nepřímého účinku (eurokonformního výkladu) vyložit ustanovení § 45 odst. 2 tak, že ukládá rodinným příslušníkům, kterým vzniklo právo na samostatné povolení k pobytu ve smyslu čl. 15 odst. 1 směrnice, povinnost požádat si v případě rozvodu či úmrtí nositele oprávnění ke sloučení o změnu účelu dlouhodobého pobytu.⁸² Obecně totiž platí, že judikatura SDEU s určitými výjimkami připouští, že nepřímý účinek může vést ke zhoršení právního postavení jednotlivce, či dokonce k uložení povinnosti.⁸³ Nesmí však být a) *contra legem*,

⁸¹ Již bylo opakovaně připomenuto, že nejde pro zákon o pobytu cizinců o konstrukci neznámou, viz § 46a odst. 3.

⁸² Případné použití přímého účinku směrnice nepřipadá s ohledem na zákaz tzv. obráceného vertikálního přímého účinku směrnice do úvahy (viz např. bod 23 rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Azs 216/2016-41 ze dne 9. února 2017 a judikatura SDEU tam citovaná). Navíc směrnice výslovně povinnost realizovat právo na samostatné povolení k pobytu formou podání žádosti o nový účel pobytu neupravuje, naopak ponechává členským státům v tomto ohledu určitou volnost stanovením podmínek (čl. 15 odst. 4 směrnice).

⁸³ BOBEK, M., BRÍZA, P., KOMÁREK, J., op. cit. 33, s. 175 (s výjimkami pro trestní a daňové řízení). Z judikatury NSS viz např. rozsudek č. j. 5 Afs 75/2011-57 ze dne 12. prosince 2012, v němž tento soud uvedl (bod 31), že „požadavek konformního výkladu sice nejde tak daleko, aby směrnice sama o sobě a nezávisle na vnitrostátním prováděcím aktu ukládala povinnosti jednotlivcům, avšak členský stát může v zásadě namítat vůči jednotlivcům výklad vnitrostátního práva konformní s unijním právem (viz v tomto smyslu rozsudky Soudního dvora ze dne 8. 10. 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Recueil, s. 3969 a ze dne 26. 9. 1996, Arcaro, C-168/95, Recueil, s. I-4705)“. V jiném svém rozhodnutí NSS (č. j. 8 Afs 25/2012-351 ze dne 29. ledna 2015) uvedl (bod 31): „V rozsudku ze dne 5. 7. 2007, Kofoed, C-321/05, totiž Soudní dvůr uvedl, že oblast trestního práva je jedinou právní oblastí, v níž eurokonformní výklad vnitrostátního práva s odvoláním na právo EU nesmí jít k tíži jednotlivce (viz také rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 6. 2010, čj. 7 As 16/2010 - 64, č. 2123/2010 Sb. NSS).“ Pro opačný názor, který dovozuje, že „v řízení mezi jednotlivci a státem nemůže nepřímý účinek nenáležitě transponované směrnice vyústit v uložení povinnosti, kterou jednotlivci stanoví směrnice a která by mu bez (nápravného) eurokonformního výkladu vnitrostátního práva nevznikla“, srov. KRÁL, R. *Směrnice EU z pohledu jejich transpozice a vnitrostátních účinků*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 208.

b) porušovat obecné právní zásady, zejména zásadu právní jistoty, a c) musí se pohybovat v mezích výkladových metod stanovených vnitrostátním právem.⁸⁴ Zároveň platí, že „[u]možňují-li vnitrostátní interpretační techniky vyložit dané vnitrostátní ustanovení několika způsoby, má správní orgán, jakož i soud, povinnost použít ten výklad, který je nejbližší smyslu a cíli odpovídajícího ustanovení směrnice. Povinnost vykládat vnitrostátní právo v souladu se směrnicí je tedy podmíněno tím, že existuje vnitrostátní předpis, který je nejednoznačný, umožňuje několik výkladů, přitom alespoň jeden z možných výkladů práva je v souladu se směrnicí“⁸⁵. Obávám se, že za použití vnitrostátních výkladových metod nelze z pojmu „je oprávněn“ (mající oprávnění k něčemu) dovodit význam „je povinen“ (mající povinnost, závazek). Pokud si vypomůžeme systematickým výkladem, ustanovení § 45 odst. 6 výslovně zmiňuje odst. 3 a 4, nikoli odst. 2. A pokud odst. 2 zahrnuje i situace, kdy k rozpadu rodinného vztahu nedojde, jaký smysl dává nutit dotyčného rodinného příslušníka, aby přerušil vazbu svého pobytového titulu na nositele oprávnění ke sloučení a byl povinen žádat o změnu účelu dlouhodobého pobytu? Jak se uvedené slučuje s právní jistotou uvedené kategorie rodinných příslušníků, která by si nadále nemohla prodlužovat dlouhodobý pobyt za účelem sloučení rodiny (byla by povinna žádat o změnu účelu pobytu), přestože by splňovala podmínky pro jeho prodloužení, a na straně druhé, případná žádost o prodloužení by nemohla být zamítnuta z důvodu neplnění účelu pobytu, jinými slovy při splnění dalších podmínek by jí muselo být vyhověno? Pokud tento výklad odmítneme a připustíme, že povinnost změnit účel pobytu se vztahuje pouze na ty rodinné příslušníky, jejichž vztah se rozpadl a jen ti mají povinnost podat žádost o změnu účelu (což je paradoxně opačný výklad, než zastává OAMP), kde je právní jistota v situaci, kdy odst. 2 § 45 mezi těmito kategoriemi jakkoli nerozlišuje?

Jestliže cesta prostřednictvím prodlužování dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny vcelku bez výkladových problémů (v rámci zohlednění přiměřenosti v návaznosti na čl. 16 odst. 3 směrnice) umožňuje touto formou realizaci práva na samostatné povolení k pobytu (aniž by brala OAMP nástroje zohledňující splnění všech ostatních podmínek pro pobyt na území, vyjma doložení rodinného vztahu), nepovažuji za šťastné pouštět se do krkolomného (a podle mého názoru fakticky nemožného) výkladu, dle něhož mají rodinní příslušníci spadající pod odst. 2 § 45, jejichž vztah se rozpadl, na základě odst. 6 téhož ustanovení analogicky s cizinci spadajícími pod odst. 3 a 4 roční lhůtu k realizaci svého práva změnit účel pobytu. Navíc se ukazuje, jak

⁸⁴ Viz bod 31 rozsudku NSS č. j. 8 Afs 69/2011-164 ze dne 26. dubna 2012.

⁸⁵ Viz rozsudek NSS č. j. 8 Aos 3/2013-118 ze dne 18. prosince 2014 (odkazuje na rozsudek téhož soudu č. j. 5 Afs 68/2009-113 ze dne 1. 2. 2010, publ. pod č. 2036/2010 Sb. NSS).

dokládá správní praxe, že Česká republika není schopna efektivně zajistit prostřednictvím § 45 odst. 2 ochranu rodinným příslušníkům chráněným čl. 15 odst. 1 a 16 odst. 3 směrnice. Zároveň by však nemělo být této kategorii rozvedených rodinných příslušníků bráněno v tom („je oprávněn“), aby si mohli požádat i o změnu účelu pobytu podle § 45 odst. 2 zákona o pobytu cizinců, stejně jako u rodinných příslušníků, u nichž k rozpadu rodinného vztahu nedošlo.

3. DOPADY VYUŽITÍ ČL. 9 ODST. 2 SMĚRNICE NA SLUČOVÁNÍ UPRCHLÍKŮ A VNITROSTÁTNÍ PRAXE [§ 42A ODST. 1 PÍSM. E) ZÁKONA O POBYTU CIZINCŮ]

3.1 Skutkové okolnosti a průběh řízení

Paní K. E. pobývala na území České republiky na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem strpění pobytu na území uděleného s platností od 24. 10. 2014 do 23. 10. 2015. Dne 14. 9. 2015 podala u OAMP žádost o vydání povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny na území podle § 42a zákona o pobytu cizinců. Manželovi paní K. E. byl udělen v ČR azyl již v roce 2005 a na území ČR mají povolen trvalý pobyt z humanitárních důvodů i jejich tři děti (narozené 2014, 2015 a 2017).

OAMP žádost v březnu 2016 zamítl s tím, že paní K. E. nesplnila podmínky pro podání žádosti uvedené v § 42a odst. 6 písm. c) zákona o pobytu cizinců⁸⁶, neboť uzavřela manželství s azylantem až po jeho vstupu na území České republiky. Na základě podaného odvolání Komise v listopadu 2017 rozhodnutí OAMP zrušila a věc vrátil k novému projednání s tím, že žádost paní K. E. o vydání povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny na území je třeba posuzovat podle obecné právní úpravy zakotvené v ustanovení § 42a odst. 6 písm. a) zákona o pobytu cizinců⁸⁷. OAMP následně žádost v dubnu 2018 s odkazem na ustanovení § 42a odst. 6 písm. c) znovu zamítl a i toto rozhodnutí bylo Komisí zrušeno a vráceno OAMP.

⁸⁶ Dle tehdejšího znění tohoto ustanovení: „Povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny se cizinci udělí, jestliže [...] manželů, se kterým má být umožněno společné soužití rodiny, byl udělen azyl podle zvláštního právního předpisu, **pokud manželství vzniklo před jeho vstupem na území**“ (důraz doplněn).

⁸⁷ Dle tehdejšího znění tohoto ustanovení [po novele č. 176/2019 Sb. odst. 7 písm. a)]: „Povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny se cizinci udělí, jestliže [...] cizinec, se kterým má být umožněno společné soužití rodiny, je držitelem povolení k dlouhodobému pobytu nebo povolení k trvalému pobytu a pobývá na území po dobu nejméně 15 měsíců; jde-li o sloučení manželů, současně musí každý z nich dosáhnout věku 20 let.“

Podstata sporu tak spočívá v tom, zda lze vyloučit z práva na sloučení rodiny podle směrnice azyllanta, který uzavřel manželství až po svém vstupu na území členského státu.

3.2 Dopady uplatnění fakultativního čl. 9 odst. 2 směrnice na režim slučování uprchlíků

Pravidla pro slučování rodin uprchlíků jsou upravena v kapitole V směrnice (čl. 9 až 12). Dle bodu 8 odůvodnění směrnice je třeba zvláštní pozornost „*věnovat situaci uprchlíků, které různé důvody přinutily uprchnout z jejich země a které jim brání vést v jejich zemi normální rodinný život. Proto je třeba jim stanovit příznivější podmínky pro uplatňování jejich práva na sloučení rodiny*“. Kapitola V tak zakotvuje řadu odchylek od čl. 4, 5, 7 a 8 směrnice. Na děti uprchlíků se neuplatní třetí pododstavec čl. 4 odst. 1 směrnice (čl. 10 odst. 1). Členské státy mohou povolit sloučení rodinných příslušníků neuvedených v čl. 4 směrnice, pokud jsou na něm závislí.⁸⁸ Nezletilým bez doprovodu musí být garantováno sloučení rodiny s nejbližším příbuzným v přímé vzestupné linii, aniž by se vyžadovalo splnění podmínek dle čl. 4 odst. 2 písm. a).⁸⁹ Odchylně od čl. 5, „*[p]okud uprchlík nemůže předložit úřední doklady o rodinných vztazích, bere členský stát v úvahu jiné důkazy o existenci těchto vztahů, které posoudí v souladu s vnitrostátním právem. Zamítnutí žádosti se nemůže zakládat pouze na skutečnosti, že tyto doklady chybějí*“.⁹⁰ Velmi důležitý je první pododstavec čl. 12 odst. 1, dle něhož nemohou členské státy (s dvěma výjimkami uvedenými v druhém a třetím⁹¹ pododstavci odstavce 1) „*po uprchlíkovi nebo jeho rodinných příslušnících požadovat, aby ohledně žádostí týkajících*

⁸⁸ Viz čl. 10 odst. 2 směrnice. K jeho výkladu se bude vyjadřovat SDEU ve věci C-519/18 TB (ke dni zpracování tohoto příspěvku je dostupné pouze stanovisko generálního advokáta G. Pitruzzely přednesené dne 5. září 2019).

⁸⁹ Čl. 10 odst. 3 písm. a) v návaznosti na čl. 2 písm. f), který definuje nezletilou osobu bez doprovodu. V rozsudku ve věci C-550/16 A a S se SDEU vyjádřil v tom smyslu, že za nezletilého uprchlíka bez doprovodu musí být považována osoba, která byla mladší 18 let v okamžiku vstupu a podání žádosti o mezinárodní ochranu, přestože v průběhu azylového řízení nabyla zletilosti.

⁹⁰ Čl. 11 odst. 2. K výkladu tohoto ustanovení se vyjádřil SDEU v rozsudku ve věci C-635/17 E.

⁹¹ Toto ustanovení umožňuje členským státům požadovat splnění podmínek dle čl. 7 odst. 1, pokud nebyla žádost o sloučení podána do tří měsíců po přiznání právního postavení uprchlíka. K limitům uplatnění této výjimky se vyjádřil SDEU v rozsudku ve věci C-380/17 K a B. Toto ustanovení se vnitrostátně promítlo do § 42b odst. 3 zákona o pobytu cizinců. A lhůtu tří měsíců uvedenou v tomto ustanovení musíme vykládat s přihlédnutím k uvedenému rozsudku SDEU. Tedy že zmeškání lhůty tří měsíců, a tím pádem i ztráta výhody poskytnuté prvním pododstavcem čl. 12 odst. 1, nemůže být uplatněno v situacích, v nichž je opožděné podání žádosti objektivně omluvitelné zvláštními okolnostmi (výrok 2 rozsudku).

se rodinných příslušníků uvedených v čl. 4 odst. 1 předložil důkaz, že uprchlík splňuje požadavky stanovené v článku 7“.⁹² Jinými slovy, uprchlík jako nositel oprávnění ke sloučení není povinen dokládat ubytování, zdravotní pojištění a stále a pravidelné příjmy, integrační opatření mohou být uplatněna až po sloučení. Dle čl. 12 odst. 3 směrnice „[o]dchylně od článku 8 členské státy nepožadují po uprchlíkovi, aby pobýval na jejich území po určitou dobu před spojením se svými rodinnými příslušníky“.

Dle čl. 9 odst. 2 mohou členské státy omezit použití kapitoly V (tedy výhodnější režim oproti obecné právní úpravě slučování cizinců z třetích zemí) pouze na ty „uprchlíky, jejichž rodinné vztahy existovaly již před jejich vstupem“.⁹³ Znamená to snad, že pokud rodinné vztahy uznaného uprchlíka vznikly po vstupu na území členského státu, je z práva na sloučení rodiny⁹⁴ vyloučen? Nikoli. Dle čl. 2 písm. d) směrnice se sloučením rodiny rozumí „**vstup rodinných příslušníků státního příslušníka třetí země oprávněně pobývajících v členském státě na území tohoto státu a jejich pobyt v tomto členském státě za účelem zachování celistvosti rodin nezávisle na tom, zda rodinné vztahy existovaly před vstupem osoby usilující o sloučení rodiny nebo po jejím vstupu;**“ (důraz doplněn). Nositel oprávnění ke sloučení tak má ve vztahu k rodinným příslušníkům uvedeným v čl. 4 odst. 1 směrnice právo na sloučení bez ohledu na to, zda došlo k vytvoření rodinného vztahu před či po vstupu na území členského státu. To potvrdil SDEU v rozsudku ve věci C578/08 *Chakroun*, v němž uvedl:

⁹² Viz bod 53 rozsudku SDEU ve věci C-380/17 *K a B*.

⁹³ Prvotní [COM(1999) 638 final] ani druhý [COM(2000) 624 final] návrh Komise podobné omezení neobsahovaly, právní úprava týkající se slučování uprchlíků navíc nebyla upravena v samostatné kapitole. Až třetí návrh Komise [COM(2002) 225 final] přišel s fakultativní možností omezit použití kapitoly V na uprchlíky, jejichž rodinné vztahy existovaly před [přiznáním] postavením uprchlíka („predate their refugee status“). V důvodové zprávě Komise objasnila, že situace slučování těchto rodin vyžaduje uplatnění příznivějšího zacházení přednostně (s. 9). Při následném projednávání v Radě (dokument č. 13053/02 ze dne 23. října 2002) došlo k nahrazení pojmu „postavení uprchlíka“ „vstupem“. Důvody pro tuto změnu nelze v dokumentech Rady dohledat. V tomto ohledu upozorňují na rozsudek Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“) ze dne 6. února 2013 ve věci *Hode a Abdi proti Spojenému království*, stížnost č. 22341/09. V něm tento soud označil za rozpornou s čl. 14 (zákaz diskriminace) Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „EÚLP“) praxi, která při slučování rozlišovala mezi tím, zda došlo ke sňatku uprchlíka před jeho útekem či po něm ze země původu, a odmítl argument vlády odkazující na mezinárodní závazky (v podrobnostech body 42 až 56 rozsudku).

⁹⁴ SDEU ve svých rozsudcích opakovaně připomněl, že čl. 4 odst. 1 směrnice ukládá členským státům přesně vymezené pozitivní povinnosti, kterým odpovídají jasně definovaná subjektivní práva, jelikož jim v případech určených směrnicí ukládá sloučení některým rodinným příslušníkům osoby usilující o sloučení rodiny povolit, aniž by mohly uplatnit svůj prostor pro uvážení (viz rozsudky ve věcech C-540/03 *Parlament proti Radě*, bod 60, C-578/08 *Chakroun*, bod 41, C-153/14 *K a A*, body 45, 46, C-635/17 *E*, bod 46 a další).

„59 Článek 2 návěti a písm. d) směrnice definuje sloučení rodiny, aniž by činil rozdíly podle okamžiku sňatku manželů, jelikož upřesňuje, že toto sloučení má být chápáno jako případ vstupu nebo pobytu rodinného příslušníka na území hostitelského členského státu za účelem zachování celistvosti rodin, nezávisle na tom, zda rodinné vztahy existovaly před vstupem osoby usilující o sloučení rodiny nebo po jejím vstupu“. 60 Pouze čl. 9 odst. 2 směrnice, který se uplatní ohledně uprchlíků, stanoví, že „[č]lenské státy mohou omezit použití [ustanovení obsažených v kapitole V směrnice] na uprchlíky, jejichž rodinné vztahy existovaly již před jejich vstupem“. Toto ustanovení lze vysvětlit příznivějším zacházením, jehož se uprchlíkům dostává při jejich přicestování. 61 Z toho plyne, že ustanovení směrnice, s výjimkou jejího čl. 9 odst. 2, se uplatní jak na případy, které nizozemská právní úprava označuje za sloučení rodiny, tak i na případy, které definuje jako založení [rodinné vztahy vznikly v době, kdy měl nositel oprávnění ke sloučení pobyt v Nizozemsku, pozn. P. P.] rodiny.“

Uplatnění diskrečního ustanovení čl. 9 odst. 2 členským státem tak vede pouze k tomu, že uznaný uprchlík (azylant) nemůže při sloučení s manželem využít výhodnější režim dle kapitoly V směrnice. Nevylučuje ho to však z práva na sloučení rodiny podle obecného režimu dle čl. 3 odst. 1 a 4 až 8 směrnice.⁹⁵ Lze dovést, že tento výklad zastává i Evropská komise, která v jednom z dokumentů dochází k závěru, že druhý pododstavec čl. 7 odst. 2 směrnice se uplatní i na případy založení rodiny uprchlíka až po jeho vstupu na území členského státu.⁹⁶ Obdobně lze odkázat i na tzv. Zelenou knihu o právu na sloučení rodiny státních příslušníků třetích zemí, kteří pobývají v Evropské

⁹⁵ Analogicky lze odkázat na argumentaci SDEU z rozsudku ve věci C-380/17 K a B k uplatnění třetího pododstavce čl. 12 odst. 1 směrnice, který umožňuje členským státům požadovat po uprchlíkovi splnění podmínek podle čl. 7 odst. 1, pokud není žádost podána do tří měsíců po přiznání právního postavení uprchlíka. Dle SDEU (bod 47): „Členské státy jsou tedy oprávněny, považují-li to za účelné, nevyřizovat žádosti o sloučení rodiny podané uprchlíky v příznivějším režimu upraveném v čl. 12 odst. 1 směrnice 2003/86, nýbrž v obecném režimu, který se použije na žádosti o sloučení rodiny, jsou-li tyto žádosti podány po uplynutí lhůty uvedené v čl. 12 odst. 1 třetím pododstavci této směrnice.“ Viz dále body 53 až 66 rozsudku.

⁹⁶ Sdělení Komise 2014, s. 20: „Podle čl. 12 odst. 1 nemohou členské státy po uprchlíkovi nebo jeho rodinných příslušnících požadovat, aby předložili důkaz, že uprchlík splňuje požadavky stanovené v článku 7, tj. požadavky týkající se ubytování, zdravotního pojištění, dostatečných příjmů a integračních opatření. Integrační opatření však mohou být uplatněna poté, co bylo dotyčným osobám umožněno sloučení rodiny (viz čl. 7 odst. 2 druhý pododstavec). Jelikož toto pravidlo tvoří součást obecných ustanovení a nikoli kapitoly V, má přednost před ustanovením čl. 9 odst. 2, podle něhož mohou členské státy omezit použití příznivějších ustanovení na uprchlíky, jejichž rodinné vztahy existovaly již před jejich vstupem. Proto v případě nejužší rodiny založené po vstupu uprchlíka usilujícího o sloučení rodiny, kdy se nepoužije kapitola V, mohou být integrační opatření uplatněna rovněž pouze poté, co bylo umožněno sloučení rodiny“ (důraz doplněn).

unii.⁹⁷ Shodně se vyjadřuje i odborná literatura. Tak například K. Hailbronner a T. Klarmann uvádí: „*Pokud členské státy využijí této možnosti [tedy čl. 9 odst. 2, pozn. P. P.], sloučení rodiny podléhá obecným podmínkám a řízením jako pro jiné občany třetích zemí.*“⁹⁸ Obdobně píší další autoři: „*Avšak vzhledem k tomu, že uprchlíci, jejichž rodinné vztahy vznikly až po vstupu na území, nejsou vyloučeni z působnosti směrnice, ale pouze (dle uvážení) ze zvláštní kapitoly týkající se uprchlíků, musí z toho vyplývat, že na osobu usilující o sloučení rodiny, která je uprchlíkem, se uplatní obecná pravidla směrnice, pokud se členský stát rozhodne tuto kategorii vyloučit z použití zvláštních pravidel [stanovených kapitolou V].*“⁹⁹

3.3 Vnitrostátní promítnutí čl. 9 odst. 2 směrnice

Česká republika využila možnosti dané čl. 9 odst. 2 směrnice ve vztahu k manželovi azylanta.¹⁰⁰ Dle stávajícího ustanovení § 42a odst. 1 písm. e) je žádost o povolení k dlouhodobému pobytu oprávněn podat manžel azylanta, „*pokud manželství vzniklo před vstupem azylanta na území; podmínka doby vzniku manželství neplatí, jde-li o žádost podanou cizincem, který je držitelem povolení k dlouhodobému pobytu a pobývá na území po dobu nejméně 2 let.*“¹⁰¹

Vnitrostátní právní úprava je v rozporu se směrnicí. Nereflektuje fakt, že čl. 9 odst. 2 směrnice umožňuje členským státům vyloučit azylanta, jehož manželství bylo uzavřeno až po vstupu na území, pouze ze zvýhodněného režimu stanoveného kapitolou V směrnice, nikoli z práva na sloučení rodiny zakotveného směrnicí jako takového.¹⁰² Zákon o pobytu cizinců nepočítá

⁹⁷ KOM(2011) 735 v konečném znění, viz kapitola 4. 2 (Další otázky týkající se azylu).

⁹⁸ HAILBRONNER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 393.

⁹⁹ PEERS, S., GUILD, E., ARCARAZO, D. A., GROENENDIJK, K., MORENO-LAX, V., op. cit. 5, s. 269.

¹⁰⁰ Na děti azylanta Česká republika čl. 9 odst. 2 nevztáhla [viz § 42a odst. 1 písm. f) a g) zákona o pobytu cizinců].

¹⁰¹ K transpozici směrnice došlo novelou č. 428/2005 Sb. Čl. 9 odst. 2 se ve vztahu k manželům promítl do tehdejšího § 42a odst. 5 písm. c) a až do přijetí novely 222/2017 Sb. neobsahoval zvýhodněný režim pro manžela, který dva roky pobývá v ČR na základě povolení k dlouhodobému pobytu [nynější část věty za středníkem v § 42a odst. 1 písm. e)].

¹⁰² Toto nepochopení je patrné z důvodové zprávy k novele č. 222/2017 Sb. (body 24 a 28 k § 42a odst. 1 a 6), citují: „**Jednou z osob oprávněných žádat o povolení k dlouhodobému pobytu podle § 42a je i manžel/manželka azylanta (resp. azylantky), pokud manželství vzniklo před vstupem azylanta na území. Podle směrnice 2003/86/ES je totiž v případě sloučení rodiny s azylanty možné omezit žadatele pouze na ty, jejichž vztahy existovaly již před vstupem na území.** V praxi však může nastat i situace, kdy se azylant/azylantka ožení/vdá na území a jeho/její manžel/manželka, který zde do té doby pobýval/a s povoleným pobytém, si nemůže další pobyt upravit na základě sloučení rodiny

v rozporu se směrnicí s tím, že by umožnil sloučení rodiny azylantovi, který uzavřel manželství až po vstupu na území, v rámci obecného režimu zavedeného směrnicí pro slučování cizinců z třetích zemí. Ustanovení zákona o pobytu cizinců pamatují pouze na zvýhodněný režim zavedený kapitolou V směrnice na uprchlíky, na které se nevztahuje čl. 9 odst. 2 směrnice.¹⁰³ Kategorie manželů azylanta, pokud manželství vzniklo až po vstupu azylanta na území, není uvedena ve výčtu oprávněných osob k podání žádosti o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny v § 42a odst. 1 zákona o pobytu cizinců [s výjimkou kategorie rodinných příslušníků uvedených v § 42a odst. 1 písm. e) věta za středníkem].

Lze tento nedostatek vnitrostátní úpravy výkladově překlenout tak, aby byl zachován užitečný účinek směrnice ve vztahu k poslední uvedené kategorii manželů azylanta? Domnívám se, že ano, a to dokonce s využitím (jen) nepřímého účinku (eurokonformního výkladu). Za klíčové ustanovení v tomto ohledu považují § 76 zákona č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů, dle něhož má azylant „*trvalý pobyt ve smyslu zákona o pobytu cizinců na území České republiky na území po dobu platnosti rozhodnutí o udělení azylu*“. Toto ustanovení umožňuje považovat azylanta za osobu s povoleným (trvalým) pobytem a podřadit ho pod § 42a odst. 7 písm. a) zákona o pobytu cizinců.¹⁰⁴ Posledně uvedené ustanovení odkazuje na § 42a odst. 1 písm. a), které zase umožňuje pro účely oprávnění podat žádost o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny považovat „*manžela cizince s povoleným pobytem na území*“ za manžela azylanta. A dle § 42a odst. 4 se „*[c]izinec podle odstavce 1, kterému byl na území povolen pobyt nebo udělen azyl, [...] pro účely tohoto zákona považuje za nositele oprávnění ke sloučení rodiny*“.

s azylantem (vzhledem k tomu, že ke sňatku došlo až po vstupu azylanta na území). Nově se tedy umožňuje, aby žádost o povolení k dlouhodobému pobytu podle § 42a podal i manžel/manželka azylanta (resp. azylantky), i přestože manželství bylo uzavřeno až po vstupu azylanta/azylantky na území, pokud je žadatel zároveň držitelem povolení k dlouhodobému pobytu na území a pobývá na území po dobu nejméně 2 let. Mělo by tak být zamezeno možnému zneužití tohoto ustanovení formou uzavírání účelových sňatků“ (důraz doplněn).

¹⁰³ Viz např. § 42b odst. 1 písm. b) věta za středníkem (v návaznosti na čl. 11 odst. 2 směrnice), § 42b odst. 3 (promítnutí čl. 12 odst. 1 směrnice) či § 42a odst. 7 písm. c) v návaznosti na 42a odst. 1 písm. e) (zohlednění čl. 12 odst. 2 směrnice vylučujícího použití čl. 8). Zvýhodněný režim se neuplatní pro rodinné příslušníky azylanta, kteří podali žádost o dlouhodobý pobyt za účelem sloučení rodiny po uplynutí tří měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí o udělení azylu (§ 42b odst. 3 v návaznosti na třetí pododstavec čl. 12 odst. 1 směrnice).

¹⁰⁴ „Povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny se cizinci vydá, jestliže a) jde o cizince podle odstavce 1 písm. a) nebo b) a cizinec, se kterým má být umožněno společné soužití rodiny, je **držitelem** povolení k dlouhodobému pobytu nebo **povolení k trvalému pobytu** a pobývá na území po dobu nejméně 15 měsíců; jde-li o sloučení manželů, současně musí každý z nich dosáhnout věku 20 let“ (důraz doplněn).

Uvedený výklad zaručuje, že bude azylantům, kteří uzavřeli sňatek po vstupu na území, garantováno právo na sloučení v obecném režimu stanoveném směrnicí pro slučování cizinců z třetích zemí. Lze tedy vyžadovat splnění požadavků stanovených v § 42b odst. 1 zákona o pobytu cizinců. V tomto ohledu se nabízí otázka, zda i na tuto kategorii rodinných příslušníků azylanta dopadá příznivější úprava obsažená v ustanovení § 42b odst. 1 písm. b) část věty za středníkem a § 42b odst. 3 (pokud by žádost o sloučení s manželem byla podána do tří měsíců od udělení azylu). Tato ustanovení totiž nerozlišují ve vztahu k azylantům, zda byl jejich sňatek uzavřen před vstupem na území či po něm. Obecně ze směrnice vyplývá možnost vyloučit zvýhodněný režim pro předkládání úředních dokladů (první pododstavec čl. 12 odst. 1) a pro splnění podmínek dle čl. 7 směrnice (ubytování, zdravotní pojištění a stálé a pravidelné příjmy) pro uprchlíky (azylyanty), jejichž manželství bylo uzavřeno až po vstupu na území. Zřejmě by tak bylo možné, pokud výkladově považujeme posledně uvedenou kategorii azylantů pro účely umožnění realizovat právo na sloučení rodiny v rámci stávající právní úpravy zákona o pobytu cizinců za cizince s povoleným (trvalým) pobytem, použití § 42b odst. 1 písm. b) část věty za středníkem a § 42b odst. 3 na tuto kategorii osob vyloučit (tedy požadovat splnění obecných náležitostí jako ve vztahu ke slučování s cizinci s povoleným trvalým pobytem).

V souladu se směrnicí bude i požadavek splnění podmínky předchozího pobytu na území nejméně 15 měsíců ve smyslu § 42a odst. 7 písm. a) zákona o pobytu cizinců. Toto ustanovení představuje promítnutí prvního pododstavce čl. 8 směrnice, jehož použití je na případy slučování uprchlíků vyloučených ze zvýhodněného režimu kapitoly V směrnice přípustné. Nabízí se však otázka, jak vyložit podmínku „*pobývá na území po dobu nejméně 15 měsíců*“. Odkdy má započít běh této lhůty? Až od okamžiku udělení azylu či již ode dne podání žádosti o mezinárodní ochranu, popř. dokonce ode dne vstupu na území ČR? Z mezinárodního¹⁰⁵ i unijního¹⁰⁶ práva vyplývá, že přiznání postavení uprchlíka je deklaratorním aktem. Platí tak, že „[p]o podání žádosti o mezinárodní ochranu v souladu s kapitolou II směrnice 2011/95 má tak každý státní příslušník třetí země nebo každá osoba bez státní příslušnosti, která splňuje hmotněprávní podmínky stanovené v kapitole III této směrnice, subjektivní právo na to, aby jim bylo přiznáno postavení uprchlíka, a to ještě před tím, než bylo přijato formální rozhodnutí v tomto ohledu“.¹⁰⁷ Analogicky s argumenty, které

¹⁰⁵ Viz např. HATHAWAY, J. C., FOSTER, M. *The Law of Refugee Status*. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 25.

¹⁰⁶ Viz bod 21 odůvodnění tzv. kvalifikační směrnice (přepřacované znění) 2011/95/EU. Viz rovněž bod 53 rozsudku SDEU ve věci C-550/2016 A a S či bod 85 rozsudku téhož soudu ve spojených věcech C-391/16, C-77/17 a C-78/17 M a další.

¹⁰⁷ Viz rozsudek SDEU ve věci C-550/2016 A a S, bod 54.

SDEU uplatnil v rozsudku ve věci C-550/2016 A a S ve vztahu k posuzování okamžiku, ke kterému je třeba považovat nezletilého uprchlíka za nezletilou osobu bez doprovodu ve smyslu čl. 2 písm. f) směrnice, se domnívám, že pobyt azylanta dle § 42a odst. 7 písm. a) by měl být počítán již od okamžiku podání žádosti o mezinárodní ochranu. Jen tento výklad zajistí, že nebude s azylanty zacházeno rozdílně v závislosti na délce vyřízení těchto žádostí, na kterou zpravidla nemají žádný vliv.¹⁰⁸

4. DOPADY ČL. 6 ODS. 2 A 17 SMĚRNICE NA § 46A ODS. 1 ZÁKONA O POBYTU CIZINCŮ

Dle věty druhé § 46a odst. 1 zákona o pobytu cizinců OAMP „*platnost povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny zruší rovněž, jestliže cizinec byl pravomocně odsouzen za spáchání úmyslného trestného činu*“.¹⁰⁹ Podle § 174a odst. 3 téhož zákona „*[p]řiměřenost dopadů rozhodnutí podle tohoto zákona správní orgán posuzuje pouze v případech, kdy to tento zákon výslovně stanoví*“. Z této konstrukce vyplývá, že pokud bude držitel povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny pravomocně odsouzen za spáchání úmyslného trestného činu, bude mu pobyt automaticky zrušen, popř. mu nebude tento pobyt prodloužen¹¹⁰, aniž by se zkoumala přiměřenost dopadů takového rozhodnutí. Je tato úprava v souladu se směrnicí? Nikoli.

Dle prvního pododstavce čl. 6 odst. 2 směrnice, „*[č]lenské státy mohou odejmout povolení k pobytu nebo zamítnout prodloužení jeho doby platnosti*

¹⁰⁸ Viz analogicky body 55 až 64 rozsudku. K samotné realizaci práva na sloučení by však mohlo s ohledem na čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice dojít nejdříve okamžikem udělení azylu.

¹⁰⁹ Tento důvod pro zrušení byl až do novely č. 314/2015 Sb. obsažen v odst. 2 písm. a), který požadoval (a požaduje) zohlednění přiměřenosti při rušení pobytu. K jeho převedení do odstavce 1 došlo při projednávání uvedené novely (sněmovní tisk č. 463) v Poslanecké sněmovně na základě pozměňovacího návrhu (předneseného ve druhém čtení dne 15. září 2015, č. 2813) poslance a tehdejšího předsedy bezpečnostního výboru R. Váni. Z poměrně sofistikovaného odůvodnění pozměňovacího návrhu lze usuzovat (naznačuje to i ocenění návrhu ze strany tehdejšího ministra vnitra M. Chovance v rozpravě), že byl fakticky zpracován ministerstvem vnitra. Je otevřeně motivován snahou vyhnout se možnému zrušení rozhodnutí ministerstva vnitra v rámci soudního přezkumu z důvodu nedostatečného posouzení dopadů do soukromého a rodinného života (v podrobnostech viz <http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=121604>).

¹¹⁰ S ohledem na poslední větu § 44a odst. 4 zákona o pobytu cizinců se § 46a odst. 1 použije i na prodloužování dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny. Paradoxně, při podání prvotní žádosti o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny musí být při zamítnutí žádosti z důvodu pravomocného odsouzení za trestný čin požadavek přiměřenosti zohledněn [viz § 46 odst. 3 v návaznosti na § 56 odst. 2 písm. a) a 174 zákona o pobytu cizinců].

rodinnému příslušníku z důvodů veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví“ (důraz doplněn). Dle klíčového druhého pododstavce článku 6 odst. 2: „**Při přijímání takového rozhodnutí berou členské státy v úvahu kromě článku 17 také závažnost nebo druh protiprávního jednání proti veřejnému pořádku nebo veřejné bezpečnosti, jehož se dopustil rodinný příslušník, nebo nebezpečí, které od takové osoby hrozí**“¹¹¹ (důraz doplněn). Bod 14 odůvodnění směrnice stanoví, že „[p]ojem veřejného pořádku může zahrnovat odsouzení za spáchání závažného trestného činu“, resp. „že pojem veřejný pořádek a veřejná bezpečnost se vztahují rovněž na případy, ve kterých státní příslušník třetí země náleží k uskupení podporujícímu terorismus, podporuje uskupení takového druhu nebo má extremistické postoje“. A podle čl. 17 směrnice: „Členské státy berou náležitě v úvahu povahu a pevnost rodinných vztahů dotyčné osoby a dobu trvání jejího pobytu v členském státě, jakož i existenci rodinných, kulturních a sociálních vazeb se zemí původu v případě, že žádost zamítnou, **odejmou povolení k pobytu či zamítnou prodloužení jeho doby platnosti** nebo rozhodnou o navrácení osoby usilující o sloučení rodiny nebo jejích rodinných příslušníků“¹¹² (důraz doplněn). A v neposlední řadě, dle článku 16 odst. 1 písm. a) směrnice mohou členské státy „zamítnout žádost o vstup a pobyt za účelem sloučení rodiny nebo popřípadě odejmout povolení k pobytu rodinným příslušníkům či zamítnout prodloužení jeho doby platnosti [...] pokud podmínky stanovené touto směrnicí nejsou nebo již nejsou splněny“. A mezi tyto podmínky v souladu s kapitolou IV, která obsahuje čl. 6, patří i to, že rodinný příslušník nepředstavuje hrozbu pro veřejný pořádek, veřejnou bezpečnost či veřejné zdraví.

Z uvedeného exkurzu do příslušných článků směrnice je zjevné, že nelze automaticky přistoupit ke zrušení či neprodloužení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny pouze na základě pravomocného odsouzení za spáchání úmyslného trestného činu. I při uplatnění tohoto důvodu musí být zohledněna závažnost a druh takového protiprávního jednání a kritéria obsažená v čl. 17 směrnice. Jinými slovy, i v těchto případech musí být zohledněna

¹¹¹ Někteří autoři poukazují na to, že druhý pododstavec čl. 6 odst. 2 se vztahuje pouze na rozhodnutí uvedená v prvním pododstavci čl. 6 odst. 2 (tedy odejmutí povolení k pobytu či jeho neprodloužení), nikoli na čl. 6 odst. 1 směrnice (žádost o vstup a pobyt). Zároveň připouští, že toto rozlišování ztrácí na síle s ohledem na obecnou zásadu přiměřenosti a výslovný požadavek na zohlednění kritérií obsažených v čl. 17 v obou typech rozhodnutí (HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 361, 362). Generální advokát G. Pitruzzella ve svém stanovisku ve spojených věcech C-381/18 a C-382/18 G. S. a V. G. takové rozlišování s odkazem na čl. 8 EÚLP a judikaturu ESLP k němu odmítl (bod 56).

¹¹² Tato kritéria byla převzata z judikatury ESLP k čl. 8 EÚLP (GROENENDIJK, K. Family Reunification as a Right under Community Law. *European Journal of Migration and Law*. Vol. 8, Issue 2, 2006, s. 218, 219).

zásada přiměřenosti a zaručeno individuální posouzení. Tento očividný výklad zastává jak Evropská komise¹¹³, tak i nauka.¹¹⁴

Požadavek na individuální posouzení a respekt k zásadě přiměřenosti při uplatňování směrnice nacházíme i v judikatuře SDEU. V rozsudku ve spojených věcech C-356/11 a C-357/11 *O. a S.* tento soud uvedl, že „[p]říslušné vnitrostátní orgány musí při provádění směrnice 2003/86 a přezkumu žádostí o sloučení rodiny vyváženým a odpovídajícím způsobem posoudit všechny zájmy, jež jsou ve hře, přičemž musí zejména přihlédnout k zájmům dotyčných dětí“.¹¹⁵ Klíčovým z našeho pohledu je rozsudek SDEU ve věci C-557/17 *Y. Z. a další*. Soud se v něm vyjádřil k výkladu čl. 16 odst. 2 písm. a) směrnice, který umožňuje členským státům zamítnout žádost, odejmout povolení či zamítnout prodloužení doby platnosti povolení k pobytu, pokud se zjistí, že „byly použity nepravdivé nebo zavádějící informace nebo padělané či pozměněné doklady nebo že byl spáchán podvod nebo byly použity jiné nezákonné prostředky“. Dle SDEU, „k odnětí povolení k pobytu na základě čl. 16 odst. 2 písm. a) směrnice 2003/86 nemůže dojít automaticky. Z použití výrazu ‚mohou [...] odejmout‘, který je uveden v tomto ustanovení, totiž vyplývá, že členské státy, pokud jde o toto odejmutí, mají prostor pro uvážení. V této souvislosti musí dotyčný členský stát podle článku 17 této směrnice nejprve provést individuální přezkum situace dotyčného rodinného příslušníka, při němž vyváženým a odpovídajícím způsobem posoudí všechny dotčené zájmy“.¹¹⁶ SDEU dále pokračoval: „52. Podle tohoto

¹¹³ Viz Sdělení Komise 2014, s. 10, 26, Zpráva Komise 2008, s. 8, 9 a nejnověji Sdělení Komise Evropskému parlamentu a Radě o provádění směrnice 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny, COM(2019) 162 final, ze dne 29. 3. 2019, s. 9, 12.

¹¹⁴ BOELES, P., HEIJER, M. D., LODDER, G., WOUTERS, K., op. cit. 5, s. 141, 146. HAILBRONER, K., KLARMANN, T., op. cit. 5, s. 361, 362, 417, 418. LAMBERT, H. Family unity in migration law: the evolution of a more unified approach in Europe. In: CHETAIL, V., BAULOZ, C. (eds.) *Research Handbook on International Law and Migration*. Cheltenham – Northampton: Edward Elgar, 2014, s. 208.

¹¹⁵ Bod 81 rozsudku. Viz obdobně rozsudek SDEU ve věci C-558/14 *Khachab*, bod 43 a odkazy na další judikaturu. Pokud jde o důraz na ochranu zájmů nezletilých dětí, viz rozsudek SDEU ve věci C-635/17 *E*, body 53 až 59 rozsudku.

¹¹⁶ Bod 51 rozsudku. SDEU zde odkazuje na body 27 a 28 stanoviska generálního advokáta P. Mengozziho: „27. Nicméně připomínám, že i v případě, že byl prokázán podvod ve smyslu čl. 16 odst. 2 písm. a) směrnice 2003/86, jsou příslušné orgány členských států povinny před tím, než odejmou povolení k pobytu či rozhodnou o navrácení osoby usilující o sloučení rodiny nebo jejich rodinných příslušníků, provést posouzení podle článku 17 této směrnice. Uvedené ustanovení zejména ukládá členským státům povinnost vzít ‚náležitě v úvahu povahu a pevnost rodinných vztahů dotyčné osoby a dobu trvání jejího pobytu v členském státě, jakož i existenci rodinných, kulturních a sociálních vazeb se zemí původu [...]‘ 28. Je třeba připomenout, že z judikatury Soudního dvora vyplývá, že článek 17 směrnice 2003/86 ukládá individualizaci přezkumu žádostí o sloučení rodiny, a že příslušné vnitrostátní orgány musí při provádění směrnice 2003/86, a tedy i při rozhodování o odnětí povolení k pobytu na základě práva na sloučení rodiny vyváženým a odpovídajícím

posledně uvedeného článku musí uvedený členský vzít náležitě v úvahu povahu a pevnost rodinných vztahů této osoby, dobu trvání jejího pobytu na jeho území, jakož i, vzhledem k tomu, že se jedná o opatření odnětí povolení k pobytu, existenci rodinných, kulturních a sociálních vazeb uvedené osoby se zemí jejího původu. 53. Kromě toho, jak vyplývá z bodu 2 odůvodnění směrnice 2003/86, opatření týkající se sloučení rodiny, jako jsou opatření odnětí povolení k pobytu, která byla udělena rodinným příslušníkům, musí být přijímána v souladu se základními právy, zejména s právem na respektování soukromého a rodinného života, jenž je zakotveno v článku 7 Listiny, který obsahuje práva odpovídající právům zaručeným článkem 8 odst. 1 EÚLP (v tomto smyslu viz rozsudky ze dne 4. března 2010, Chakroun, C-578/08, EU:C:2010:117, bod 44, jakož i ze dne 6. prosince 2012, O a další C-356/11 a C-357/11, EU:C:2012:776, body 75 a 76). Dotyčný členský stát proto sice disponuje určitým prostorem pro uvážení, pokud jde o přezkum stanovený v článku 17 směrnice 2003/86, tento přezkum nicméně musí provést v souladu s článkem 7 Listiny.“

Konstrukce čl. 16 odst. 2 písm. a) je shodná s čl. 16 odst. 1 písm. a) směrnice. Posledně uvedené ustanovení odkazuje na „podmínky stanovené touto směrnicí“, tedy na kapitulu IV (čl. 6 až 8). Pod čl. 16 odst. 1 písm. a) tedy spadá i čl. 6 odst. 2 směrnice, tzn. i případy zamítnutí žádosti, odejmutí povolení či zamítnutí prodloužení doby platnosti povolení k pobytu z důvodu výhrady veřejného pořádku. Argumentací SDEU ve vztahu k čl. 16 odst. 2 písm. a) lze tak plně vztáhnout i na čl. 16 odst. 1 písm. a). Promítnuto na vnitrostátní úpravu, zrušit (§ 46a odst. 1 zákona o pobytu cizinců) či neprodloužit (§ 44a odst. 4 v návaznosti na § 46a odst. 1) povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny z důvodu odsouzení za spáchání úmyslného trestného činu nelze automaticky (jak domácí úprava činí), bez zohlednění závažnosti a druhu trestného činu (druhý pododstavec čl. 6 odst. 2 směrnice) a kritérií obsažených v čl. 17 směrnice (vnitrostátně v ustanovení § 174a odst. 1 zákona o pobytu cizinců).

SDEU se doposud k výkladu čl. 6 odst. 1 a 2 směrnice nevyjádřil. Takovou příležitost dostane až v probíhajícím řízení ve spojených věcech C-381/18 a C-382/18 G. S. a V. G., v němž byl o výklad posledně uvedených ustanovení výslovně požádán nizozemskou Státní radou. Prozatím je dostupné pouze stanovisko generálního advokáta G. Pitruzzelly ze dne 11. července 2019. Generální advokát dospěl ve svém stanovisku na základě podrobné analýzy judikatury SDEU k výhradě veřejného pořádku a s využitím doslovného, historického a teleologického výkladu směrnice 2003/86/ES k závěru, že při uplatnění

způsobem posoudit všechny zájmy, které jsou ve hře. K takovému odnětí nemůže proto dojít automaticky.“

výhrady veřejného pořádku dle čl. 6 odst. 1 a 2 směrnice se neuplatní požadavek prokázání existence skutečného, aktuálního a dostatečně závažného ohrožení některého základního zájmu společnosti (jako v případě občanů EU a jejich rodinných příslušníků, popř. v jiných situacích, v nichž SDEU vztáhl uvedený požadavek na uplatnění výhrady veřejného pořádku i mimo rámec volného pohybu osob).¹¹⁷ Našel však jiný způsob, jak prostor pro uvážení vnitrostátních orgánů ohraničit tak, „aby byla vyloučena jakákoli svévole a bylo zaručeno užívání základních práv, která jsou přiznána státním příslušníkům třetích zemí“.¹¹⁸ Připomněl cíle směrnice (usnadnit sloučení rodiny), čl. 8 EÚLP (čl. 7 Listiny základních práv EU) a požadavky judikatury ESLP (nalezení spravedlivé rovnováhy mezi dotčenými zájmy, individuální posouzení každého případu) a znění čl. 6 odst. 2 a 17 směrnice.¹¹⁹ A svoje úvahy ukončil následujícím závěrem: „Článek 6 odst. 2 směrnice 2003/86 ve spojení s článkem 17 téže směrnice nebrání takové vnitrostátní praxi, podle které může být ve vztahu ke státnímu příslušníku třetí země, který je držitelem povolení k pobytu za účelem sloučení rodiny s jiným státním příslušníkem třetí země, pobývajícím na území Unie, a byl odsouzen k trestu odnětí svobody, vydáno rozhodnutí o odnětí povolení k pobytu nebo o zamítnutí prodloužení jeho doby platnosti z důvodů veřejného pořádku, pokud je individuální posouzení prováděné vnitrostátními orgány založeno nejen na závažnosti protiprávního jednání spáchaného dotyčnou osobou a výši trestu, který jí byl uložen, která musí být porovnána s dobou trvání pobytu na území daného členského státu, ale rovněž na vyvážení dotčených zájmů. Za tímto účelem musejí uvedené orgány vzít řádně v úvahu veškeré relevantní skutečnosti, a zejména povahu a pevnost rodinných vztahů, jakož i existenci rodinných, kulturních a sociálních vazeb se zemí původu státního příslušníka třetí země, kterému zamýšlejí odejmout povolení k pobytu nebo zamítnout prodloužení doby platnosti jeho povolení k pobytu. Předkládajícímu soudu přísluší ověřit, že praxe vnitrostátních orgánů splňuje tyto požadavky.“¹²⁰ Ať už bude výklad SDEU v dané věci jakýkoli, je s ohledem na čl. 6 odst. 2 a 17 směrnice neoddiskutovatelné, že praxe automatického zrušování či neprodlužování dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny z důvodu pravomocného odsouzení za spáchání úmyslného trestného činu je v rozporu se směrnicí.

Překlenout napětí mezi § 174a odst. 1 a 3 zákona o pobytu umožňuje využití teleologické redukce, kdy se odst. 3 na situaci popsanou ve druhé větě § 46a odst. 1 nepoužije. Naopak, za pomoci eurokonformního výkladu § 174a odst. 1 se toto ustanovení uplatní i v řízení o zrušení a neprodloužení dlouhodobého

¹¹⁷ V podrobnostech viz body 29 až 52 rozsudku.

¹¹⁸ Bod 52 stanoviska.

¹¹⁹ Body 53 až 58 stanoviska.

¹²⁰ Bod 63 stanoviska, závěr 2.

pobytu za účelem sloučení rodiny podle § 46a odst. 1 věta druhá, resp. 44a odst. 4 poslední věta.¹²¹ Tento výklad § 46a odst. 1 (po přijetí odst. 3 § 174a novelou č. 222/2017) potvrdil i Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 4 Azs 391/2018-30 ze dne 12. března 2019 a nutno dodat, mnohem jednodušší a přímočařejší cestou. Poukazuje totiž na přímou aplikovatelnost čl. 8 EÚLP a jeho přednost před zákonem. Dle NSS lze v případě uplatnění druhé věty § 46a odst. 1, tedy zrušení pobytového povolení za účelem sloučení rodiny na základě pravomocného odsouzení za úmyslný trestný čin, „[z]ásah do soukromého a rodinného života cizince [...] s ohledem na účel tohoto pobytového oprávnění očekávat **pravidelně**“¹²² (důraz doplněn).

Lze ovšem dohledat i rozsudky, které jsou z pohledu čl. 6 odst. 2 a 17 směrnice sporné. V tomto ohledu lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem č. j. 59 A 29/2017-41 ze dne 22. února 2018, který byl následně potvrzen Nejvyšším správním soudem v rozsudku č. j. 5 Azs 88/2018-32 ze dne 21. března 2019.¹²³ Krajský soud nejdříve s odkazem na judikaturu NSS

¹²¹ Viz analogicky POŘÍZEK, P. Výklad výhrady veřejného pořádku v jednotlivých ustanoveních zákona o pobytu cizinců (část I. Občané EU a jejich rodinní příslušníci). In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Ročenka uprchlického a cizineckého práva 2016*. 2., rozšířené vydání. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2017, s. 137–145.

¹²² Bod 23 rozsudku. NSS v dané věci zrušil rozsudek Krajského soudu v Plzni č. j. 30 A 9/2018-83 ze dne 31. října 2018, neboť považoval za nesprávný závěr, že se ministerstvo vnitra posouzením dopadů do soukromého a rodinného život vůbec nezabývalo. S jeho závěrem, že ministerstvo vnitra mělo navzdory znění § 46a odst. 1 a 174a odst. 3 zákona o pobytu cizinců s ohledem na čl. 8 EÚLP uvedený zásah zkoumat, se však ztotožnil. Oba soudy vyšly kromě dalších rozhodnutí z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Azs 46/2016-53 ze dne 31. 5. 2018. V něm tento soud dospěl k závěru (s odkazem na dřívější judikaturu NSS) o použití čl. 8 EÚLP v řízení o zrušení trvalého pobytu podle § 77 odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců, bez ohledu na to, že odst. 1 uvedeného ustanovení (na rozdíl od skutkových podstat obsažených v odstavci 2) posouzení přiměřenosti ve smyslu § 174a nevyžaduje. A doplnil, že na tom nic nemění ani nový odstavec 3 § 174 zákona o pobytu cizinců (v dané věci soud aplikoval právní úpravu ještě před přijetím novely č. 222/2017 Sb.).

¹²³ Skutkově se jednalo o cizince, který dle svého tvrzení (bod 11 rozsudku krajského soudu) pobýval na území ČR od roku 2007 (naposledy na základě dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny) společně s manželkou a dvěma nezletilými dětmi. Z rozsudků nelze zjistit, zda tomu tak skutečně bylo, popř. jak dlouho a na základě jakých pobytových titulů pobývali na území jeho rodinní příslušníci (z pohledu vyhodnocení přiměřenosti zásahu do soukromého a rodinného života tak chybí zásadní informace). V roce 2016 (okresní soud vydal v trestní věci rozsudek dne 1. 4. 2016 a odvolání bylo usnesením krajského soudu zmínuto dne 30. 8. 2016) byl cizinec shledán vinný za spáchání přečinu ohrožení pod vlivem návykové látky podle § 274 odst. 1 trestního zákoníku. Byl odsouzen k peněžitému trestu v celkové výši 30 000 Kč a současně mu byl stanoven náhradní trest odnětí svobody na dobu 4 měsíců. Dále byl žalobci uložen trest zákazu činnosti spočívající v zákazu řízení motorových vozidel všech skupin v trvání 18 měsíců. Při určování výše trestu vzal soud za přitěžující okolnost, že žalobce se k činu nedoznal, snažil se své jednání svést na jinou osobu, když uvedl cizí totožnost a neprojevil nad svým jednáním žádnou lítost. Také

uvedl, že povinnost zhodnotit přiměřenost dopadů rozhodnutí podle zákona o pobytu cizinců vyplývá z jiných částí právního řádu než z § 174a a tato povinnost se nevztahuje na všechna rozhodnutí učiněná dle zákona o pobytu cizinců. Typicky se posoudí v těch případech, kdy to zákon o pobytu cizinců výslovně stanoví.¹²⁴ A dále pokračoval: „24. Podle § 46a odst. 1 zákona o pobytu cizinců zruší ministerstvo platnost povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny, jestliže cizinec byl pravomocně odsouzen za spáchání úmyslného trestného činu. Ustanovení, jak je koncipováno, nedává správnímu orgánu možnost jakéhokoliv správního uvážení, například s ohledem na závažnost trestného činu či okolnosti jeho spáchání či výši uložených trestů. Není tedy důvodná námitka, že uvedené ustanovení lze vztáhnout pouze na spáchání zvlášť závažného trestného činu. Správní orgány rovněž nemohly zohlednit, jaký druhý sankcí a v jakém rozsahu byly žalobci uloženy“ (důraz doplněn). Tato úvaha soudu je v rozporu s čl. 6 odst. 2 směrnice. Následně krajský soud odkázal na judikaturu NSS, z níž vyplývá, že „při střetu práva na ochranu rodinného života cizince a veřejného zájmu na ochraně společnosti provedl v případě spáchání úmyslné trestné činnosti test proporcionality již zákonodárce“.¹²⁵ Dále odcitoval rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 As 21/2008-101 ze dne 18. 12. 2008, který [ve vztahu k § 37 odst. 1 písm. a)] „shledal, že zájem státu a společnosti na tom, aby se na území České republiky nezdržovali cizinci, kteří spáchali úmyslný trestný čin, za nějž byli odsouzeni, a mohli tedy představovat byť jen potencionální hrozbu pro společnost, je mnohem důležitější a závažnější, než individuální právo tohoto cizince na ochranu jeho rodinného života“.¹²⁶ Nejvyšší správní soud v tomto rozsudku dále dovodil,

zohlednil, že byl žalobci naměřen alkohol v poměrně vysoké výši (1, 59 g/kg alkoholu) (bod 9 rozsudku krajské soudu). OAMP zrušil cizinci platnost povolení k dlouhodobému pobytu dne 20. 12. 2016 a toto rozhodnutí bylo potvrzeno Komisí dne 8. 3. 2017. Po skutkové stránce jde o obdobný případ, který projednával NSS ve zmíněném rozsudku č. j. 4 Azs 391/2018-30 ze dne 12. března 2019. V něm se jednalo o cizince, který na území pobýval na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny s platností od 26. 11. 2015 do 25. 11. 2017 (z rozsudků není patrné, zda pobýval na území již před touto dobou) společně s manželkou. Ta na území dle tvrzení dotyčného pobývá na základě povolení k trvalému pobytu již od roku 2003. Dne 9. 9. 2017 se cizinci a jeho manželce narodila dcera. Trestním příkazem ze dne 27. 3. 2017 byl odsouzen za spáchání přečinu ohrožení pod vlivem návykové látky dle § 274 odst. 1 a odst. 2 písm. a) trestního zákoníku k trestu odnětí svobody v trvání 7 měsíců (s podmíněným odkladem na zkušební dobu v trvání 18 měsíců). Současně mu byl uložen trest zákazu činnosti spočívající v zákazu řízení motorových vozidel v délce 18 měsíců. Na základě uvedených skutečností rozhodl OAMP dne 17. 8. 2017 o zrušení platnosti povolení k pobytu a Komise dne 6. 12. 2017 toto rozhodnutí potvrdila.

¹²⁴ Bod 23 rozsudku.

¹²⁵ Tamtéž, bod 25.

¹²⁶ Tamtéž, bod 26.

„že **výjimkou** z výše uvedených závěrů by byla situace, kdy by zásah do života cizince dosahoval takové intenzity, u které by bylo třeba zvažovat zmírňující správní uvážení či neaplikaci konkrétního právního předpisu“¹²⁷ (důraz doplněn). Krajský soud připomněl obdobné rozsudky NSS ve vztahu k § 46 odst. 1 a 77 odst. 1 zákona o pobytu cizinců¹²⁸ a shrnul s odkazem na rozsudek NSS č. j. 6 Azs 348/2017-26 ze dne 22. 11. 2017: „27. Tedy i přesto, že zákon o pobytu cizinců nestanoví povinnost zabývat se přiměřeností dopadů podle § 174a zákona o pobytu cizinců, nezbavuje to podle judikatury Nejvyššího správního soudu správní orgány povinnosti respektovat čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.“ Dále odkázal na čl. 8 odst. 2 EÚLP a čl. 17 směrnice. A v samém závěru posvětil jako dostatečné hodnocení ministerstva vnitra, resp. Komise stran přiměřenosti: „29. Žalovaný se v napadeném rozhodnutí zabýval článkem 8 odst. 2 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a dále intenzitou zásahu zrušení dlouhodobého pobytu do života žalobce. Konstatoval, že žalobce má na území České republiky sice nejbližší rodinu, avšak byl to právě on, kdo spáchal úmyslný trestný čin na území České republiky a je bezesporu v zájmu národní bezpečnosti, aby na území České republiky nepobývali cizinci páchající trestnou činností. Dále žalovaný uvedl, že žalobce může požádat o povolení k dlouhodobému pobytu opětovně v případě splnění všech podmínek a nic mu nebrání, aby se s rodinnými příslušníky stýkal v rámci bezvívzového styku mezi Českou republikou a Moldávií. Podle žalovaného představuje zásah rozhodnutí do osobní sféry žalobce zásah nezbytný a přiměřený, s čímž soud zcela souhlasí. Jak již zaznělo shora, **jsou-li naplněny zákonné podmínky pro postup podle § 46a odst. 1 zákona o pobytu cizinců, povede to zpravidla k vydání rozhodnutí o zrušení povolení k dlouhodobému pobytu cizince za účelem společného soužití rodiny.** Je nutné zdůraznit, že existence rodinných vazeb cizince na území České republiky bez dalšího neznamena, že by nebylo možné cizinci z důvodu pravomocného odsouzení za úmyslné spáchání trestného činu povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny zrušit. V případě opačného přístupu by se totiž stalo ustanovení § 46a odst. 1 zákona o pobytu cizinců prakticky neaplikovatelný. V projednávaném případě ze správního spisu nevyplývají takové výjimečné okolnosti, které by opravňovaly správní orgány ke zmírnění dopadů zákonné úpravy na žalobcův případ. Po vydání rozhodnutí může žalobce nadále realizovat svůj rodinný a soukromý život v rámci bezvívzového styku s Moldávií¹²⁹, nadto je u něj předpoklad, že si bude

¹²⁷ Tamtéž.

¹²⁸ Tamtéž.

¹²⁹ K efektivnímu využití této cesty ke vstupu na území ČR jsem poněkud skeptický. Právo-
mocný trestní rozsudek může vést k označení cizince za nežádoucí osobu a k jeho vložení
do evidence nežádoucích osob (ENO), popř. dokonce k jeho zařazení do Schengenského

moci v dohledné době (s ohledem na podmínky § 74 odst. 2 trestního zákoníku, který stanoví, že pokud byl trest zákazu činnosti vykonán, hledí se na pachatele, jako by nebyl odsouzen, a na § 105 trestního zákoníku, který se týká zahlazení odsouzení mj. u peněžitého trestu, ve spojení s § 174 zákona o pobytu cizinců) znovu požádat o vydání pobytového povolení“ (důraz doplněn).

Nejvyšší správní soud následně argumentaci krajského soudu aproboval, když uvedl: „[8] Již krajský soud v napadeném rozsudku přiléhavě a podrobně konstatoval, že zájem státu a společnosti na tom, aby se na území ČR nezdržovali cizinci, kteří spáchali úmyslný trestný čin, za nějž byli odsouzeni, a mohli by tedy představovat byť jen potenciální hrozbu pro společnost, je mnohem důležitější a závažnější než individuální právo tohoto cizince na ochranu jeho osobního a rodinného života¹³⁰ (srov. rozsudky NSS ze dne 18. 12. 2008, čj. 7 As 21/2008-101, ze dne 27. 1. 2012, čj. 8 As 34/2011-85). Správní orgány však nejsou zbaveny povinností respektovat čl. 8 Úmluvy (srov. např. rozsudek NSS ze dne 22. 11. 2017, čj. 6 Azs 348/2017-26). Ustanovení § 46a odst. 1 zákona o pobytu cizinců neposkytuje správnímu orgánu v **obvyklých případech** prostor pro vlastní úvahu o různých aspektech spáchaného úmyslného trestného činu, např. jeho povahy či závažnosti. [9] V případě stěžovatele zákon neumožňuje aplikovat **žádné intenzivní a mimořádné okolnosti**, u nichž by bylo třeba uvažovat o jakémkoliv ‚zmírňujícím správním uvážení‘. Stěžovatel může nadále realizovat svůj rodinný a osobní život v rámci bezvízového styku s Moldavskem [viz Nařízení Rady (ES) č. 539/2001], a tedy může být v běžném kontaktu se svou manželkou, dcerami i přáteli. [...]“ (důraz doplněn).

Úvahy správních soudů z uvedených rozsudků představují negaci čl. 6 odst. 2 a 17 směrnice. V rozporu s čl. 6 odst. 2 směrnice popírají povinnost správního orgánu vzít v úvahu „závažnost nebo druh protiprávního jednání

informačního systému (SIS II) jako osoby, které má být odepřen vstup. A vložení do ENO či SIS II je důvodem pro odepření vstupu podle čl. 6 odst. 1 písm. d) a e) Schengenského hraničního kodexu [nařízení 2016/399]. Čl. 6 odst. 1 písm. e) umožňuje odepřít vstup i na základě výhrady veřejného pořádku, aniž by dotyčná osoba musela být vedena v ENO.

¹³⁰ Naproti tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 As 6/2012-29 ze dne 19. dubna 2012: „Právě rodinný život je základní hodnotou, na které je celá směrnice o právu na sloučení rodiny postavena a jejíž ochrana je celé směrnicí imanentní. Respekt k právu na rodinný život byl účelem zakotvení podrobnějších pravidel pro přiznávání dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny. V již zmíněném bodu 2 preambule směrnice také uvádí, že cíl základní práva a řídí se zásadami uznanými zejména v článku 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a v Listině základních práv Evropské unie. Podle čl. 5 odst. 5 směrnice při posuzování žádosti členské státy dbají na to, aby byl brán náležitý ohled na nejlepší zájmy nezletilých dětí. A nakonec podle čl. 17 směrnice členské státy berou náležitě v úvahu povahu a pevnost rodinných vztahů dotyčné osoby a dobu trvání jejího pobytu v členském státě, jakož i existenci rodinných, kulturních a sociálních vazeb se zemí původu v případě, že žádost zamítnou.“

proti veřejnému pořádku“. Omezení hodnocení povahy či závažnosti trestného činu na „neobvyklé případy“ je v protikladu s čl. 6 odst. 2 směrnice. Z rozsudku krajského soudu je patrné (bod 29), že správní orgán (a jeho postup soudy potvrdily) fakticky žádné hodnocení přiměřenosti neprovedl. Kromě vyhodnocení povahy spáchání trestného činu chybí posouzení kritérií uvedených v čl. 17 směrnice, zejména délky trvání pobytu dotyčného cizince v ČR, povahy a pevnosti jeho rodinných vztahů a existence rodinných, kulturních a sociálních vazeb na zemi původu (a nikoli v neposlední řadě je zapotřebí zohlednit zájmy nezletilých dětí¹³¹). Uplatnění čl. 6 odst. 2 a 17 směrnice není omezeno na „intenzivní a mimořádné okolnosti“. Znovu v tomto ohledu připomínám, že „článek 6 směrnice 2003/86 ukládá vnitrostátním orgánům, aby každou situaci posuzovaly individuálně podle okolností, kterými se vyznačuje. Vzhledem k dopadu rozhodnutí přijatého na tomto základě na právo na sloučení rodiny, a za účelem zachování užitečného účinku této směrnice, by byla jakákoli rozhodovací praxe, která by ve skutečnosti vedla k systematickému zamítání na základě obecných úvah – tedy nehledě na individuální situaci, již je třeba posoudit – nebo na základě domněnek v rozporu s tímto ustanovením“.¹³² Argumentace soudů v uvedené věci se prakticky (s výjimkou oněch intenzivních a mimořádných okolností) blíží systematickému uplatňování § 46a odst. 1 věty druhé na základě obecných úvah a domněnek, bez zohlednění individuální situace. Z faktu odsouzení za úmyslný trestný čin, aniž by byly zohledněny jeho závažnost a další okolnosti související s konkrétní situací dotčeného cizince (úvahy správního orgánu, resp. soudů se omezují na konstatování, že „žalobce má sice na území České republiky nejbližší rodinu“), je dovozována automatická, „byť jen potenciální“ hrozba pro společnost.¹³³

¹³¹ V podrobnostech viz např. rozsudek SDEU ve věci C-635/17 E, body 53 až 59.

¹³² Bod 59 stanoviska generálního advokáta G. Pitruzzelly ve spojených věcech C-381/18 a C-382/18 G. S. a V. G.

¹³³ V tomto ohledu lze odkázat na nizozemskou praxi odnímání a neprodlužování povolení k pobytu za účelem sloučení rodiny z důvodu ohrožení veřejného pořádku popsanou ve stanovisku generálního advokáta G. Pitruzzelly ve spojených věcech C-381/18 a C-382/18 G. S. a V. G. Povolení k pobytu může být odejmuto či neprodlouženo, pokud je trest uložený státnímu příslušníku třetí země dostatečně vysoký s ohledem na dobu trvání jeho řádného pobytu v Nizozemsku. Tento vztah mezi výškou trestu a dobou trvání pobytu se označuje jako „pohyblivá stupnice“ (bod 6 stanoviska). Jinými slovy, čím déle již dotyčný státní příslušník třetí země řádně pobývá v Nizozemsku, tím více je chráněn proti rozhodnutí o odnětí povolení k pobytu. Existují tři různé pohyblivé stupnice, a to pro méně závažné trestné činy (trest odnětí svobody na dobu kratší než šest let), pro závažné trestné činy (trest odnětí svobody na dobu delší než šest let) a konečně pro opakované trestné činy. Pokud doba trvání pobytu přesáhla deset let, lze povolení k pobytu odejmout pouze v případě zvlášť závažného trestného činu. Generální advokát obecně nevyloučil soulad takové praxe se směrnicí a čl. 8 ESLP (v podrobnostech viz bod 61 stanoviska). Argumentace Krajského soudu v Ústí nad Labem v rozsudku č. j. 59 A 29/2017-41 ze dne 22. února 2018 (potvrzená

Popsané zúžení hodnocení zásahu do soukromého a rodinného života je v rozporu i s čl. 8 EÚLP, resp. judikaturou ESLP k němu. Jak uvedl s odkazem na judikaturu ESLP k čl. 8 generální advokát G. Pitruzzella ve stanovisku ve spojených věcech C-381/18 a C-382/18 G. S. a V. G.: „[S]měrnice 2003/86 zapadá do kontextu článku 8 EÚLP, kterému odpovídá článek 7 Listiny. ESLP rozhodl, že pokud mají být rozhodnutí států, které jsou smluvními stranami EÚLP, v souladu s jejím článkem 8, musejí ,se ukázat jako nezbytná v demokratické společnosti, tedy odůvodněná naléhavou sociální potřebou, a zejména přiměřená sledovanému legitimnímu cíli‘. ESLP tak zajišťuje, aby dotčená rozhodnutí respektovala ,spravedlivou rovnováhu mezi dotčenými zájmy, tedy právem dotčené osoby na respektování jejího rodinného života na jedné straně a ochranou veřejného pořádku a předcházením trestné činnosti na straně druhé‘. Za tímto účelem definoval ESLP ,základní zásady pro posouzení, zda je určité opatření v demokratické společnosti nezbytné‘. ESLP tedy bere v úvahu konkrétní situaci jednotlivce, ve vztahu k němuž bylo vydáno napadené rozhodnutí, a zejména ,závažnost nebo druh protiprávního jednání, kterého se dopustil [...], dobu trvání jeho pobytu v zemi, z níž má být vyhoštěn, dobu, která uplynula od spáchání protiprávního jednání a chování dotčené osoby během této doby, státní příslušnost různých dotčených osob, rodinnou situaci [...], například dobu trvání manželství a další skutečnosti dokládající skutečný rodinný život manželů, otázku, zda druhý z manželů v době vzniku manželství věděl o spáchaném protiprávním jednání, narození manželských dětí a případně jejich věk‘. Vedle toho je třeba posoudit ,závažnost obtíží, kterým by mohla dotčená osoba čelit v zemi původu svého manžela nebo své manželky‘.¹³⁴

I na zrušení (neprodlení) dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny na základě § 46a odst. 1 věta druhá, je tak zapotřebí uplatnit kritéria vyjudikovaná ESLP pro posuzování souladu zásahu do soukromého a rodinného života ve smyslu čl. 8 EÚLP (§ 174a odst. 1 zákona o pobytu cizinců), stejně jako tak činí Nejvyšší správní soud ve vztahu ke skutkovým podstatám uvedeným v § 46a odst. 2 zákona o pobytu cizinců.¹³⁵ Tento požadavek se

Nejvyšším správním soudem v rozsudku č. j. 5 Azs 88/2018-32 ze dne 21. března 2019) ani těmto požadavkům nevyhovuje. Kritéria závažnosti trestného činu v návaznosti na délku pobytu cizince nejsou zohledněna.

¹³⁴ Bod 55 stanoviska.

¹³⁵ Viz v tomto ohledu rozsudek NSS č. j. 5 Azs 262/2015-35 ze dne 19. května 2016. Posuzoval v něm zrušení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny na základě § 46a odst. 2 písm. i) (obdobně viz rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 11 A 220/2015-42 ze dne 11. dubna 2017). Povinnost posuzovat intenzitu porušení veřejného pořádku ve světle a s respektem k možným dopadům do soukromého a rodinného života potvrdil Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 30 A 75/2017-35 ze dne 25. dubna 2019 při zrušení dlouhodobého pobytu na základě § 46a odst. 2 písm. d) zákona o pobytu cizinců.

uplatní i při zamítnutí žádosti o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny dle použitelných skutkových podstat obsažených v odstavci 1 § 56¹³⁶, včetně uplatnění výhrady veřejného pořádku¹³⁷ a vedení v evidenci nežádoucích osob. Nikoli tedy pouze při použití § 56 odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců¹³⁸, kdy je posouzení přiměřenosti zákonem přímo vyžadováno.¹³⁹ Jak uvedl generální advokát G. Pitruzzella ve stanovisku ve spojených věcech C-381/18 a C-382/18 G. S. a V. G., „[z]e struktury čl. 6 odst. 2 [...] směrnice by bylo možné dovozovat, že povinnost dodržet druhý pododstavec daného ustanovení platí pouze v případě rozhodnutí týkajících se rodinných příslušníků, kteří již pobývají na území Unie. Vzhledem k tomu, že směrnici 2003/86 je nutné uplatňovat v souladu s článkem 8 EÚLP, jak jej vykládá ESLP, a jelikož posledně uvedený soud vyžaduje, aby bylo přihlédnuto právě k takovým kritériím, aniž by tuto povinnost omezoval pouze na odnětí povolení k pobytu nebo zamítnutí prodloužení doby jeho platnosti, se však jeví, že tato kritéria jsou relevantní i při rozhodování o žádosti o povolení k pobytu směřující k umožnění vstupu na území Unie za účelem sloučení rodiny“.¹⁴⁰ Uvedený závěr je možné dovodit i z rozsudku Městského soudu v Praze č. j. 8 A 17/2016-39-42 ze dne 15. května 2019 a rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 7 As 6/2012-29 ze dne 19. dubna 2012.

Posledně uvedený rozsudek je zajímavý ještě z jiného důvodu. Soud se v něm vyjadřoval k výkladu výhrady veřejného pořádku při zamítnutí žádosti o vydání povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny. A šel při jejím výkladu ještě dále než generální advokát G. Pitruzzella ve stanovisku ve spojených věcech C-381/18 a C-382/18 G. S. a V. G. Na její uplatnění vztahuje stejné požadavky jako na použití výhrady veřejného pořádku při omezení práva občana Evropské unie na volný pohyb: „Ustanovení zákona o pobytu cizinců upravující dlouhodobý pobyt za účelem společného soužití rodiny [§ 46a, § 46b, § 46 odst. 3 ve spojení s § 56 odst. 1 písm. h) a § 9 odst. 1 písm. h) zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky] je nutno interpretovat ve světle směrnice Rady 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny, jejímiž ústředními prvky jsou respekt k rodinnému životu a nejlepší zájmy nezletilých dětí. V důsledku akcentace těchto hodnot musejí být důvody

¹³⁶ Viz § 46 odst. 3 zákona o pobytu cizinců, který odkazuje pro účely zamítnutí žádosti o povolení k dlouhodobému pobytu na § 56 odst. 1 písm. a) až c), e), g), h), l) a m) a § 56 odst. 2 písm. a).

¹³⁷ Viz § 46 odst. 3 v návaznosti na § 56 odst. 1 písm. g), odkazující na § 9 odst. 1) písm. h).

¹³⁸ Dle tohoto ustanovení lze žádost zamítnout, jestliže cizinec „nesplňuje podmínku trestní zachovalosti (174)“.

¹³⁹ Viz ustanovení § 46 odst. 3.

¹⁴⁰ Bod 56 stanoviska.

veřejného pořádku, pro které lze žádost o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny zamítnout, srovnatelně závažné jako důvody veřejného pořádku dle čl. 45 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie. K zamítnutí žádosti z důvodů veřejného pořádku proto může být přistoupeno výhradně v situacích, kdy se cizinec dopustil jednání (nebo alespoň existuje jasná hrozba takového jednání), které představuje dostatečně závažné ohrožení základního zájmu společnosti, typicky v podobě nejzávažnější trestné činnosti.¹⁴¹ Jde o zcela odlišný přístup, než který zvolil tentýž soud v rozsudku č. j. 5 Azs 88/2018-32 ze dne 21. března 2019.

5. ZÁVĚR

Z popsanych tří případů transpozice směrnice lze vyvodit hned několik závěrů. Správně vyložit transponované vnitrostátní ustanovení může být někdy nadmíru složité. Kámen úrazu může spočívat již v českém jazykovém znění příslušného ustanovení, což lze demonstrovat na druhém pododstavci čl. 15 odst. 1 směrnice. A k tomu, abychom příslušné ustanovení směrnice řádně vyložili, musíme využít porovnání různých jazykových verzí a následně i historický, teleologický a systematický výklad, popř. si vypomoci judikaturou SDEU. Nesprávná transpozice může vyvolat řadu nezamýšlených důsledků a je potom velmi obtížné vyložit eurokonformně vnitrostátní ustanovení tak, aby byl zachován smysl a účel příslušného ustanovení směrnice. Jako příklad může sloužit ustanovení 45 odst. 2 zákona o pobytu cizinců, které musí, jak bylo výše doloženo, pokrývat i situace rozvedeného manžela. Zároveň však nepočítá se lhůtou pro podání žádosti o změnu účelu pobytu a dochází k ohrožení realizace samostatného práva k pobytu ve smyslu čl. 16 odst. 3 směrnice.

Pokud jde o slučování uprchlíků, opět se ukazuje, jak záluďná může být transpozice směrnice. Stačí nepochopení dopadu fakultativního čl. 9 odst. 2 směrnice a rázem může dojít k vyloučení celé jedné skupiny azylantů z realizace práva na sloučení s nejbližšími rodinnými příslušníky. Důsledkem je opět nezbytný krkolomný eurokonformní výklad dotčených ustanovení zákona o pobytu cizinců tak, aby mohlo být toto právo zachováno. Ukazuje se, jaké fatální důsledky může mít vytržení jednoho konkrétního ustanovení bez zhlédnutí celkového smyslu a účelu směrnice.

V obou případech by stačilo důsledně číst v článku citované dokumenty Komise, aby bylo zřejmé, že s vnitrostátní úpravou není něco v pořádku. Poskytují srozumitelný a přehledný výklad směrnice, doplněný o příslušnou

¹⁴¹ Právní věta.

judikaturu SDEU. Potvrzení významu těchto dokumentů nachází odraz i v judikatuře uvedeného soudu, který z ní čerpá. Nesprávná transpozice druhého pododstavce čl. 15 odst. 1 a čl. 9 odst. 2 směrnice by si zasloužila legislativní nápravu. Stávající právní úprava, která k tomu, aby byla náležitě eurokonformně vyložena tak, aby zajistila užitečný účinek směrnice, vyžaduje složité myšlenkové pochody, neposkytuje žádnému z dotčených subjektů dostatečnou právní jistotu. Ustanovení § 45 odst. 2 musí reagovat i na situaci rozvodu a § 42a musí umožnit podání žádosti o dlouhodobý pobyt za účelem sloučení rodiny i azylantům, jejichž manželství vzniklo až po vstupu na území (byť nikoli ve zvýhodněném režimu stanoveném kapitolou V směrnice).

A co ukazuje novelizace § 46a odst. 1 zákonem č. 314/2015 Sb. a § 174a odst. 3 novelou č. 222/2017 Sb.? Ani obcházení řádného legislativního procesu (kde by podobné návrhy neměli naději „projít“) a využívání poslaneckých pozměňovacích návrhů (nejlépe na poslední chvíli) nevymaní Českou republiku (ministerstvo vnitra) ze závazků vyplývajících z unijního a mezinárodního práva. Prostě a jednoduše, nepřímého, popř. přímého účinku směrnic a čl. 8 EÚLP, resp. ochrany soukromého a rodinného života a principu přiměřenosti, se nezbavíme, ať se o to na úrovni jednoduchého práva pokoušíme jakkoli. Pouze zbytečně znejistujeme adresáty právních norem i správní orgány. A jak dokládají rozsudky správních soudů k § 46a odst. 1 zákona o pobytu cizinců, může tato snaha vést i k neblahému rozkolísání soudní judikatury.

Předek občana EU jako rodinný příslušník dle § 15a odst. 1 písm. d) a § 15a odst. 2 písm. a) bod 3 zákona o pobytu cizinců ve světle judikatury

Tereza Domanská*

1. ÚVOD

Tento příspěvek se zabývá kategorií rodinných příslušníků občanů EU (ČR)¹, kteří jsou jejich předky a jsou na nich určitým způsobem odkázáni, a to z materiálních či zdravotních důvodů.

Zákon o pobytu cizinců obsahuje dvě ustanovení, pod která mohou takoví předci občanů EU spadat. V případě předků závislých na svých potomcích – občanech EU materiálně přichází do úvahy naplnění definice rodinného příslušníka obsažené v § 15a odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců. Pokud jsou předci na své potomky – občany EU odkázáni ze zdravotních důvodů, posuzují správní orgány naplnění stejného ustanovení, popř. § 15a odst. 2 písm. a) bod 3 tohoto zákona.

V příspěvku rozeberu tato ustanovení za použití judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) a vnitrostátních správních soudů. Zaměřím se především na sporná místa právní úpravy a související nedostatky při hodnocení žádostí o pobytová oprávnění předků – rodinných příslušníků občanů EU², vytýkané správním orgánům soudy.

* Nejvyšší správní soud, asistentka soudce.

¹ § 15 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“) vztahuje právní úpravu týkající se rodinných příslušníků migrujících občanů EU na rodinné příslušníky nemigrujících občanů ČR. Pro lepší orientaci v textu bude autorka nadále používat pouze zkratku „rodinný příslušník občana EU“, kterou však míní i rodinné příslušníky českých občanů.

² Jsou jimi řízení o žádosti o vydání povolení k přechodnému a k trvalému pobytu.

2. PŘEDEK, KTERÝ JE Z DŮVODU USPOKOJOVÁNÍ SVÝCH ZÁKLADNÍCH POTŘEB ZÁVISLÝ NA VÝŽIVĚ NEBO JINÉ NUTNÉ PÉČI POSKYTOVANÉ OBČANEM EVROPSKÉ UNIE

2.1 Vymezení pojmu

Relevantní část § 15 odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců zní: „*Rodinným příslušníkem občana Evropské unie se pro účely tohoto zákona rozumí jeho [...] předek anebo [...] předek manžela občana Evropské unie, pokud je z důvodu uspokojování svých základních potřeb závislý na výživě nebo jiné nutné péči poskytované občanem Evropské unie nebo jeho manželem, nebo byl na této výživě nebo jiné nutné péči závislý bezprostředně před vstupem na území ve státě, jehož je občanem, nebo ve státě, ve kterém měl povolen pobyt*“ (důraz doplněn). Toto ustanovení je transpozicí čl. 2 odst. 2 písm. d) směrnice 2004/38/ES³, který za rodinného příslušníka občana EU označuje jeho předka v přímé linii, který je vyživovanou osobou, popřípadě předka manžela nebo partnera tohoto občana EU. Při výkladu předmětného ustanovení zákona o pobytu cizinců je tedy nutné zohlednit výklad pojmu „vyživovaná osoba“ učiněný SDEU.

Definicí pojmu vyživovaného rodinného příslušníka se SDEU zabýval ve svém rozsudku ve věci C-423/12 *Reyes*⁴. V něm uvedl, že má-li být možné na příbuzného občana EU v přímé vzestupné linii nahlížet jako na osobu vyživovanou, musí být prokázána existence skutečné závislosti. Tato závislost je výsledkem faktické situace, která se vyznačuje okolností, že materiální podpora rodinného příslušníka je zajištěna občanem EU, který využil svobody pohybu. Aby bylo možné konstatovat, že je rodinný příslušník na občani EU skutečně závislý, je nutné posoudit, zda nemůže s ohledem na svou hospodářskou a sociální situaci uspokojovat své základní potřeby.⁵

Z této kategorie rodinných příslušníků nevylučuje zkoumané ustanovení osoby, které určitým příjmem disponují. Je pak na správních orgánech, aby osvětlily, na základě jakých úvah dovozují, že příjem rodinného příslušníka plně pokrývá jeho základní životní potřeby.⁶

³ Směrnice 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 nařízení (EHS) č. 1612/68 a o zrušení směrnic 64/221/EHS, 68/360/EHS, 72/194/EHS, 73/148/EHS, 75/34/EHS, 75/35/EHS, 90/364/EHS, 90/365/EHS a 93/96/EHS (dále jen „směrnice 2004/38/ES“).

⁴ Rozsudek SDEU ze dne 16. ledna 2014 ve věci C-423/12 *Flora May Reyes v. Migrationsverket*. V tomto rozsudku vyložil SDEU pojem „potomek v přímé linii, který je starší 21 let a je vyživovanou osobou“, obsažený v čl. 2 odst. 2 písm. c) směrnice 2004/38/ES.

⁵ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-423/12 *Reyes*, body 20–22.

⁶ Rozsudek Krajského soudu v Praze č. j. 48 A 64/2017-36 ze dne 25. 9. 2018.

Rovněž skutečnost, že předek občana EU pobírá důchod, jej nemůže vyloučit z této kategorie rodinného příslušníka, jak uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 5 Azs 224/2016-47 ze dne 26. 1. 2017. Podle soudu se nelze omezit pouze na zkoumání, zjištění a konstatování existence určitého příjmu předka. I pokud předek pobírá starobní důchod, správní orgány jsou povinny zkoumat a zohlednit jeho skutečné sociální a finanční podmínky.⁷

Naopak závislým na jiné nutné péči se předek stane typicky ze zdravotních důvodů. Jak uvádí důvodová zpráva k zákonu č. 314/2015 Sb., který novelizoval předmětné ustanovení zákona o pobytu cizinců na aktuálně účinné znění, „*pokud jde o jinou nutnou péči občana EU o rodinného příslušníka, její nezbytnost je stejně jako v případě nutnosti materiální podpory třeba posuzovat ve vztahu k účelu této faktické péče, kterým má být uspokojování základních potřeb rodinného příslušníka občana EU*“.⁸ Výkladem tohoto ustanovení se zabýval i Městský soud v Praze, který zdůraznil, že pro prokázání stavu závislosti ve smyslu § 15a odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců není nezbytné, aby byl žadatel odkázán na péči ve všech oblastech svého života. Rozhodující v tomto směru totiž není počet jeho omezení, ale zejména to, zda tato omezení žadateli reálně brání v obstarání jeho základních potřeb.⁹ Těmito základními potřebami mohou být například oblékání, obouvání, stravování, nákup potravin, péče o domácnost, příprava jídla či osobní hygiena.¹⁰

2.2 Časové určení vzniku závislosti

SDEU ve věci C-423/12 *Reyes* konstatoval, že nezbytnost materiální podpory musí existovat ve státě původu nebo státě posledního pobytu rodinného příslušníka v okamžiku, kdy žádá, aby mohl občana EU následovat.¹¹ Ke stejným závěrům došel SDEU ve věci C-83/11 *Rahman*. Zabýval se v ní otázkou, zda je nezbytné, aby vyživovaný rodinný příslušník pobýval ve stejném státě

⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Azs 224/2016-47 ze dne 26. 1. 2017.

⁸ Vláda České republiky. Vládní návrh zákona, kterým se mění zákon č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 221/2003 Sb., o dočasné ochraně cizinců, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony. Praha: Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky, 7. volební období, 2014-2017, Sněmovní tisk 463/0, s. 162. Dostupné z: http://www.psp.cz/sqw/historie_sqw?o=7&T=463 (dále jen „důvodová zpráva“).

⁹ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 9. 10. 2019, č. j. 14 A 52/2018-49.

¹⁰ Srov. rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 3 A 39/2017-51 ze dne 19. 3. 2019.

¹¹ Rozsudek SDEU ve věci C-423/12 *Reyes*, bod 22.

jako občan EU a byl na něj odkázán výživou v době, kdy se tento občan usadil v hostitelském členském státě či krátce před tím.¹²

Na tomto místě je třeba upozornit na skutečnost, že česká právní úprava nevyžaduje, aby stav závislosti existoval již v zemi posledního pobytu rodinného příslušníka (tedy v zemi původu či ve státě, ve kterém měl povolen pobyt) bezprostředně před vstupem na území ČR. Za rodinného příslušníka označuje také takového předka, jehož závislost vznikla až na území ČR. Stav závislosti nemusí nutně nastat a trvat v zemi původu či posledního pobytu rodinného příslušníka, ale postačí samotná existence takového stavu. Je to patrné z jazykového výkladu předmětného ustanovení. Také důvodová zpráva k zákonu č. 314/2015 Sb. uvádí, že se rodinný příslušník může stát závislým na občanu EU až na území.¹³

Nezákonnost rozhodnutí správních orgánů spatřoval Městský soud v Praze¹⁴ v požadavku správních orgánů, aby matka občanky EU doložila, že stav závislosti existoval již před vstupem na území ČR.¹⁵ Správní orgány v této věci odkázaly právě na výklad SDEU ve věci C-83/11 *Rahman*.

Městský soud konstatoval, že zákon č. 314/2015 Sb. předmětné ustanovení novelizoval v tom směru, že „*pobytové oprávnění cizince váže na stav závislosti na občanu EU, a to bez bližšího časového určení jeho vzniku, nebo na stav závislosti, který trval bezprostředně před vstupem na území v jeho domovském státě či jiném státě, kde měl povolen pobyt*“. Za použití jazykového výkladu potom dospěl k závěru, že „*s ohledem na užití spojky „nebo“ je možné zařadit žadatele do kategorie rodinného příslušníka občana EU při splnění jedné z následujících hypotéz této právní normy: buďto hypotézy závislosti na výživě/péči poskytované občanem EU, nebo závislosti na výživě/péči poskytované občanem EU ve svém domovském státě bezprostředně před vstupem na území*“.¹⁶

¹² Rozsudek SDEU ze dne 5. září 2012 ve věci C-83/11 *Secretary of State for the Home Department v. Muhammad Sazzadur Rahman a další*, bod 33.

¹³ Důvodová zpráva, s. 163. V ní se uvádí: „S ohledem na výše citovanou judikaturu musí nezbytnost materiální podpory existovat v členském státě původu nebo státě posledního pobytu těchto příbuzných v okamžiku, kdy žádají o připojení se k občanu Evropské unie, tedy bezprostředně před vstupem na území České republiky, a je na rodinném příslušníkově, aby tuto závislost prokázal. **Současně není vyloučeno, aby se rodinný příslušník stal závislým na občanu Evropské unie až na území**“ (důraz doplněn).

¹⁴ Rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 14 A 52/2018-49 ze dne 9. 10. 2019.

¹⁵ Před vydáním rozsudku městského soudu se tímto případem zabývala veřejná ochránkyně práv. Případ podle § 12 odst. 2 písm. d) zákona č. 349/1999 Sb., o veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů odložila z toho důvodu, že se jím již zabýval soud. V odpovědi stěžovatelce však došla ke stejným závěrům jako později Městský soud v Praze. Odložení je dostupné zde: <https://eso.ochrance.cz/Nalezene/Edit/6750>

¹⁶ Rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 14 A 52/2018-49 ze dne 9. 10. 2019.

Dále se městský soud vyjádřil k otázce odchylky českého zákonodárce od konstantního výkladu SDEU, který neshledal rozporným s principy práva EU. Členské státy mají totiž povinnost při transpozici směrnic dbát cílů, které jsou jimi vytyčeny, ale mohou provést užší či širší transpozici, či se od znění směrnice odchýlit, pokud to sama směrnice umožňuje. Členský stát tedy může přijmout opatření nad rámec vyžadovaný směrnicí, pokud tímto opatřením sleduje vytyčený cíl a pokud směrnice obsahuje ustanovení, kterým takový postup povolí.¹⁷ Městský soud za takové ustanovení označil bod 29 odůvodnění směrnice 2004/38/ES, podle něhož „*touto směrnicí by neměly být dotčeny příznivější vnitrostátní předpisy*“.¹⁸

To však nic nemění na dalším závěru plynoucím z věci C-83/11 *Rahman*, dle něhož naplnění nezbytnosti podpory musí existovat již v okamžiku, kdy předek podal žádost o pobytové oprávnění rodinného příslušníka.¹⁹ Správní orgány jsou tedy povinny závislost předka na výživě či jiné nutné péči posuzovat ve stavu, jaký byl v době probíhajícího řízení o žádosti o pobytové oprávnění rodinného příslušníka EU.²⁰

2.3 Dokazování skutečné závislosti na občanu EU z materiálních důvodů

Vzhledem k odlišné povaze důvodů vzniku závislosti na poskytování výživy (finanční, materiální, sociální důvody) a závislosti na poskytování jiné nutné péče (zdravotní důvody), bude na tomto místě rozebráno pouze dokazování závislosti na poskytování výživy.

Předek občana EU musí správním orgánům předně předložit doklad o tom, že je na něm závislý z důvodu poskytování výživy. K důkazním prostředkům Evropská komise ve svém Sdělení k provádění směrnice 2004/38/ES uvedla, že důkaz může být předložen jakýmkoli vhodnými prostředky. Naopak dle Sdělení není dostatečným důkazem pouhé prohlášení občana EU o tom, že podporuje dotčeného rodinného příslušníka.²¹

Za dostatečné prokázání skutečné závislosti považoval SDEU ve věci C-423/12 *Reyes* doložení skutečnosti, že občan EU vyplácí pravidelně během

¹⁷ SVOBODA, P. *Úvod do evropského práva*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 92. In: Rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 14 A 52/2018-49 ze dne 9. 10. 2019.

¹⁸ Rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 14 A 52/2018-49 ze dne 9. 10. 2019.

¹⁹ Rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 3 A 39/2017-51 ze dne 19. 3. 2019.

²⁰ Srov. rozsudek Krajského soudu v Praze č. j. 48 A 64/2017- 36 ze dne 25. 9. 2018.

²¹ Sdělení Komise Evropskému parlamentu a Radě o pokynech pro lepší provádění a uplatňování směrnice 2004/38/ES o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, KOM 2009(313), bod 2.1.4.

značně dlouhého období rodinnému příslušníkovi peněžní částku, která je pro něj nezbytná, aby uspokojil své základní potřeby ve státě původu.²²

Městský soud v Praze ve svém rozsudku č. j. 3 A 39/2017-51 ze dne 19. 3. 2019 předestřel, jakými vhodnými důkazními prostředky by předek mohl svou závislost na výživě prokázat – například měsíčním výpisem o výši starobního důchodu z ukrajinské správy sociálního zabezpečení a doklady o převodu finančních prostředků od občana EU, který výživu poskytuje.²³

Ve svém dalším rozsudku č. j. 14 A 52/2018-49 ze dne 9. 10. 2019 dospěl městský soud k závěru, že k prokázání toho, že finanční podporu poskytuje předkovi jeho potomek – občan EU, postačí, pokud předek tvrdí nízký starobní důchod, pokud nemá žádnou další blízkou osobu, která by mu poskytla peněžní prostředky, v řízení nebyl prokázán žádný majetek ani další příjmy, a pokud doložil faktury vystavené nemocnicí znějící na částky v desetitisících, které měl hradit občan EU.

3. CIZINEC, KTERÝ PROKÁŽE, ŽE SE O SEBE Z VÁŽNÝCH ZDRAVOTNÍCH DŮVODŮ NEDOKÁŽE SÁM POSTARAT BEZ OSOBNÍ PÉČE OBČANA EU

3.1 Vymezení pojmu

Ustanovení § 15a odst. 2 písm. a) bod 3 zákona o pobytu cizinců zní: „*Za rodinného příslušníka občana Evropské unie se považuje též cizinec, který prokáže, že je příbuzným občana Evropské unie neuvedeným v odstavci 1, pokud [...] se o sebe z vážných zdravotních důvodů nedokáže sám postarat bez osobní péče občana Evropské unie.*“ Jedná se o transpozici čl. 3 bodu 2 písm. a) směrnice 2004/38/ES, který zní: „*Aniž je dotčeno právo volného pohybu a pobytu dotyčných osob, které tyto osoby již případně mají, usnadňuje hostitelský členský stát v souladu se svými vnitrostátními předpisy vstup a pobyt [...] všech ostatních rodinných příslušníků bez ohledu na jejich státní příslušnost, kteří nejsou zahrnuti v definici rodinného příslušníka ve smyslu čl. 2 bodu 2 a [...] u kterých vážné zdravotní důvody naléhavě vyžadují osobní péči tohoto občana Unie o ně;*“ (důraz doplněn). Vnitrostátní zákonodárce tedy postavil osoby vymezené v tomto ustanovení na roveň rodinným příslušníkům.

Podle rozsudku Městského soudu v Praze č. j. 11 A 129/2017-34 ze dne 17. 9. 2019 je z úvodní části ustanovení § 15 odst. 2 zákona o pobytu cizinců

²² Rozsudek SDEU ve věci C-423/12 *Reyes*, bod 24.

²³ Rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 3 A 39/2017-51 ze dne 19. 3. 2019.

patrně, že se vztahuje na ty příbuzné občana EU, kteří nejsou uvedeni v odst. 1 tohoto ustanovení. Městský soud proto dovedl, že pouze v případě, že cizinec není v příbuzenském vztahu vůči občanu EU dle prvního odstavce daného ustanovení, připadá v úvahu aplikace odst. 2. Podle tohoto závěru městského soudu by se tedy ustanovení § 15a odst. 2 písm. a) bod 3 zákona o pobytu cizinců na předka občana EU vůbec nevztahovalo. S tímto konstatováním se nemohu ztotožnit.

Je zřejmé, že toto ustanovení dopadá na širší skupinu příbuzných než ustanovení § 15a odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců, dle kterého může být rodinným příslušníkem pouze přímý příbuzný. Je tedy logické, že správní orgány primárně posuzují, zda předek splňuje podmínky vymezené v ustanovení § 15a odst. 1 písm. d) tohoto zákona. Pokud správní orgány dojdou k závěru, že předek podmínky stanovené tímto ustanovením nespĺňuje (tedy nedojdou k závěru o závislosti tohoto předka na výživě nebo jiné nutné péči), nevylučuje to podle mne možnost naplnění podmínek ustanovení § 15a odst. 2 písm. a) bod 3. Správní orgány tedy mohou hodnotit, zda je předek rodinným příslušníkem z toho titulu, že se o sebe z vážných zdravotních důvodů nedokáže sám postarat bez osobní péče občana EU. Z rozhodnutí správních orgánů²⁴ o pobytové oprávnění předků občanů EU je zřejmé, že takto postupují. Při posuzování splnění podmínek stanovených ustanovením § 15a odst. 2 písm. a) bod 3 možnost jeho naplnění nevylučují pouze proto, že žadatelem je předek občana EU, ale zabývají se tím, zda je či není tato osoba schopna se o sebe sama postarat bez osobní péče občana EU. Ostatně i ve výše vymezené věci projednávané městským soudem se prvostupňový správní orgán zabýval posouzením, zda je možno předka považovat za rodinného příslušníka občana EU ve smyslu § 15a odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců nebo § 15a odst. 2 písm. a) tohoto zákona.

Takový postup je v souladu se zněním čl. 3 směrnice 2004/38/ES. Skupinu osob podle čl. 3 bodu 2 písm. a) směrnice vymezuje mimo jiné negativně. Stanoví, že se jedná o všechny ostatní rodinné příslušníky, kteří nejsou zahrnuti v definici obsažené v čl. 2 bodu 2 směrnice (v anglickém znění „*any other family members [...] not falling under the definition in point 2 of Article 2*“). Předek, který je vyživovanou osobou, do definice obsažené v čl. 2 bodu 2

²⁴ Např. rozhodnutí Ministerstva vnitra, odboru azylové a migrační politiky (dále jen „OAMP“) č. j. OAM-2123-39/PP-2016 ze dne 18. 1. 2017 a na něj navazující rozhodnutí Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců (dále jen „Komise“) č. j. MV-32694-5/SO-2017 ze dne 27. 4. 2017, rozhodnutí OAMP č. j. OAM-12916-21/TP-2014 ze dne 25. 7. 2016 a na něj navazující rozhodnutí Komise č. j. MV-132265-4/SO-2016 ze dne 5. 1. 2017, rozhodnutí OAMP č. j. OAM-13477-40/PP-2016 ze dne 15. 5. 2017 a na něj navazující rozhodnutí Komise č. j. MV-90574-4/SO-2017 ze dne 5. 9. 2017.

směrnice zahrnut je. Naproti tomu předek, u kterého se neprokáže, že by byl vyživovanou osobou, do této definice nespadá, a není tak vyloučeno, aby naplnil definici čl. 3 bodu 2 směrnice (při splnění jejích dalších podmínek). S ohledem na nutnost eurokonformního výkladu předmětného ustanovení lze shrnout, že rodinným příslušníkem občana EU ve smyslu § 15a odst. 2 písm. a) bod 3 zákona o pobytu cizinců může být i předek občana EU.

Jak uvádí důvodová zpráva, vážné zdravotní důvody, jejichž existence musí být prokázána, nejsou definovány. Tyto důvody jsou správní orgány povinny posuzovat v souvislosti s podmínkou neschopnosti postarat se o sebe. Mělo by se tedy jednat o natolik závažné zdravotní důvody, které znemožňují rodinnému příslušníkovi občana EU vlastní soběstačnost, tedy základní péči o sebe sama.²⁵

Podmínku „osobní péče“, která naznačuje, že občan EU musí být jedinou osobou, která je schopna zajistit péči o svého předka, není možné chápat restriktivně. Je možné, aby se na péči podílel i jiný člen rodiny či externí služba, například z důvodu nutnosti unijního občana vydělat si na živobytí či péče o jiné rodinné příslušníky.²⁶ Důvodová zpráva k tomu uvádí, že je třeba „odlišně vnímat situaci rodinného příslušníka, kterého postihnou vážné zdravotní problémy činící jej neschopným se o sebe postarat, který však zároveň má jiné bližší příbuzné (manžela, děti, rodiče), se kterými v zemi svého původu sdílí společnou domácnost a kteří jsou s ohledem na jejich dosavadní společný způsob života schopni mu potřebnou péči poskytnout, od situací, kdy takoví příbuzní neexistují. Zároveň však nelze existenci takových osob považovat za zcela určující, neboť si samozřejmě lze představit i situaci, kdy variantou zvolenou rodinným příslušníkem je právě osobní péče občana Evropské unie, a to vzhledem k povaze závažnosti zdravotních důvodů a skutečné možnosti péče jiných bližších příbuzných v zemi původu. Vždy je tedy třeba vycházet z individuálních okolností případu“.²⁷

Městský soud v Praze ve svém rozsudku č. j. 3 A 39/2017-51 ze dne 19. 3. 2019 rovněž zdůraznil, že nelze trvat na požadavku, aby předek byl povinen prokázat, že pouze občan EU mu může poskytnout nezbytnou péči. Podle soudu by takový požadavek znemožňoval splnění zákonných podmínek v takových situacích jako poskytnutí institucionální léčby či najmutí osoby, která by se o předka soustavně starala.

V tomto rozsudku se soud zabýval také frekvencí poskytované péče. V daném případě neshledal existenci nutné péče poskytované občankou EU její

²⁵ Důvodová zpráva, s. 163.

²⁶ GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J. *The EU Citizenship Directive. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 78.

²⁷ Důvodová zpráva, s. 163.

matce. Péči o ni zajišťovala známá, pečovatelka, která matku navštěvovala v jejím bytě dvakrát až třikrát týdně, a dcera se pouze podílela na úhradě za tuto péči. Soud tak shledal, že za daných okolností matka nepotřebuje soustavnou péči druhé osoby.²⁸

3.2 Autonomní pojmy nezávislé na vnitrostátních předpisech

Správní orgány žádosti o pobytová oprávnění rodinných příslušníků zamítají také s odkazem na skutečnost, že předek nedoložil doklady odpovídající těm vydávaným podle českých vnitrostátních předpisů, konkrétně dle zákona č. 108/2006 Sb., o sociálních službách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o sociálních službách“), kterými by žadatel doložil stupeň závislosti na péči jiné osoby analogicky podle § 8 tohoto zákona.²⁹

Takový postup je dle mého názoru nesprávný. Vzhledem k tomu, že se jedná o transpozici ustanovení směrnice 2004/38/ES, je třeba pojmy „vážené zdravotní důvody“ a „závislost na výživě a jiné nutné péči“ vykládat autonomně. To znamená, že nesmí záviset na vnitrostátních předpisech, které se liší stát od státu. Jak SDEU zdůraznil v rozsudku ve věci C-316/85 *Lebon*, to, kdo je rodinným příslušníkem, nesmí záviset na vnitrostátních předpisech právě proto, že se liší stát od státu, a to by vedlo k nejednotné aplikaci práva Společenství.³⁰

Také Městský soud v Praze ve svém rozsudku č. j. 3 A 39/2017-51 ze dne 19. 3. 2019 shledal, že se správní orgán dopustil pochybení, když požadoval předložení dokladu dle § 8 zákona o sociálních službách. Přesto došel k závěru, že v daném případě se nejednalo o vadu, jež by zakládala nezákonnost rozhodnutí, neboť předek občana EU nedostal i dalším povinností, pro něž byla žádost v konečném důsledku zamítnuta.

Před účinností zákona č. 314/2015 Sb. dle předmětného ustanovení³¹ platilo, že se ustanovení zákona o pobytu cizinců, „*týkající se rodinného příslušníka občana EU, obdobně použijí i na cizince, který hodnověrným způsobem doloží, že je příbuzným občana EU neuvedeným v odstavci 1, pokud se o sebe z důvodu dlouhodobě nepříznivého zdravotního stavu nedokáže sám postarat bez osobní péče občana EU*“ (důraz doplněn). Při výkladu pojmu dlouhodobě nepříznivý zdravotní stav správní orgány analogicky postupovaly podle zákona

²⁸ Rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 3 A 39/2017-51 ze dne 19. 3. 2019.

²⁹ Např. rozhodnutí OAMP č. j. OAM-13583-43/PP-2016 ze dne 17. 10. 2017.

³⁰ Rozsudek SDEU ze dne 18. června 1987 ve věci C-316/85 *Centre public d'aide sociale de Courcelles proti Marie-Christine Lebon*, bod 21.

³¹ § 15a odst. 3 písm. a) bod 3 zákona o pobytu cizinců ve znění před účinností zákona č. 314/2015 Sb.

o sociálních službách. Podle tohoto zákona se jedná o nepříznivý zdravotní stav tehdy, pokud trvá déle než jeden rok a omezuje funkční schopnosti nutné pro zvládnání základních životních potřeb. Optikou tohoto výkladu tedy k prokázání nepříznivého zdravotního stavu nestačilo pouze odkazovat na určité onemocnění, ale byla třeba konkrétně prokázat jeho dopady na funkční schopnosti nutné pro zvládnání základních životních potřeb.³²

Nejvyšší správní soud tento požadavek zmírnil ve svém rozsudku č. j. 10 Azs 86/2018-34 ze dne 8. 8. 2018. V něm rozhodl, že správní orgán měl na nedostatky dokladů, které žadatelka doložila k prokázání dlouhodobě nepříznivého zdravotního stavu, upozornit. Nestačilo tedy, pokud ji správní orgán pouze obecně vyzval k prokázání postavení rodinného příslušníka. V daném případě správní orgány označily konzultativní stanovisko lékařské univerzity za neprokazující tvrzené skutečnosti, neboť nemělo relevanci odborného posudku stanovujícího, do jaké míry a zda vůbec jsou omezeny funkční schopnosti nutné pro zvládnání základních životních potřeb a v jaké míře je žadatelka závislá na péči druhých. Povinnost žadatelky zajistit podklady pro rozhodnutí správního orgánu byla dle Nejvyššího správního soudu v daném případě splněna doložením konzultativního stanoviska lékařské univerzity, a rodinné příslušníci tak nelze klást k tíži, pokud z takového důkazu nebylo zřejmé, že jsou omezeny funkční schopnosti nutné pro zvládnání základních životních potřeb. Argumentoval, že „základním předpokladem efektivního správního řízení, byť zahájeného na žádost, je vzájemná součinnost a spolupráce správních orgánů a účastníků řízení. [...] Se zásadou spolupráce s dotčenými orgány úzce souvisí zásada materiální pravdy, zakotvená v § 3 správního řádu. [...] Tato zásada je rozvedena v § 50 odst. 2 a 3 správního řádu, podle něž správní orgán zásadně opatřuje potřebné podklady pro vydání rozhodnutí a je povinen zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu. [...] V souladu s touto zásadou je povinností správního orgánu z vlastní iniciativy a vlastními prostředky objasňovat sporné, pochybné nebo zpochybněné skutečnosti“.

Rovněž Městský soud v Praze ve svém rozsudku č. j. 14 A 52/2018-49 ze dne 9. 10. 2019 konstatoval, že správní orgány nemohou označit za nedostačující důkazy, které neobsahují podrobný chorobopis, ani věrohodně formulované a zdůvodněné závěry o tom, že předek potřebuje každodenní péči druhé osoby, pokud má výzva k doplnění pouze formulářový charakter a dále obsahuje pouze poučení, že může být doložena i lékařská zpráva. Za této situace je dle soudu nepřijatelné, aby správní orgány následně zamítly žádost žalobkyně s tím, že jí předložené lékařské zprávy nejsou koncipovány

³² Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 10 Azs 86/2018-34 ze dne 8. 8. 2018.

dle zákona o sociálních službách či neobsahují podrobný chorobopis. Pokud správní orgány všechna tato potvrzení odborníků považovaly za nedostatečná, měly podle soudu žalobkyni konkrétně a srozumitelně poučit, v čem spatřují vady navržených důkazů.

Ve vztahu k novelizovanému ustanovení, které již neobsahuje totožný pojem jako zákon o sociálních službách, bylo zatím soudy rozhodováno poskrovnu. Proto je příliš brzy na to hodnotit, zda i po novelizaci budou po žadatelích vyžadovány doklady dle zákona o sociálních službách.

4. ZÁVĚR

Tento příspěvek představil dvě ustanovení zákona o pobytu cizinců, jejichž naplnění připadá do úvahy v případě, když o pobytové oprávnění žádá předek občana EU, který je na něm z materiálních (finančních) či zdravotních důvodů odkázán. Tato ustanovení byla rozebrána převážně optikou rozsudků Soudního dvora Evropské unie a vnitrostátních krajských soudů.

Příspěvek nejprve odlišil závislost na poskytování výživy a závislost na poskytování jiné nutné péče podle ustanovení § 15a odst. 1 písm. d) tohoto zákona. Upozornil na skutečnost, že do první kategorie mohou spadat i předci, kteří mají určitý příjem, a stejně tak do druhé skupiny nenáleží pouze osoby, které jsou na své potomky – občany EU odkázáni ve všech oblastech života. Nezbytnost materiální podpory i jiné nutné péče je třeba posuzovat ve vztahu k účelu této faktické péče, kterým má být uspokojování základních potřeb rodinného příslušníka občana EU. Nejspornější aspekt tohoto ustanovení příspěvek spatřuje v časovém určení vzniku závislosti. Jak bylo vysvětleno, vnitrostátní právní úprava nevyžaduje, aby stav závislosti existoval již v zemi posledního pobytu rodinného příslušníka bezprostředně před vstupem na území ČR, ale za rodinného příslušníka označuje také takového předka, jehož závislost vznikla až na území ČR. Závěrem k této části jsem předestřela, jakými důkazními prostředky mohou předci svou závislost na výživě či jiné nutné péči prokazovat.

Ve vztahu k ustanovení § 15a odst. 2 písm. a) bod 3 zákona o pobytu cizinců [týká se rovněž ustanovení § 15a odst. 1 písm. d) tohoto zákona] příspěvek za problematický aspekt označil postup správních orgánů, které po předcích – rodinných příslušnících požadují doložení dokladů odpovídajících těm vydávaným podle vnitrostátních předpisů (konkrétně zákona o sociálních službách). Takový požadavek se s ohledem na judikaturu Soudního dvora Evropské unie i vnitrostátních soudů jeví jako nesprávný.

B. Azyl a uprchlictví

Omezení sociální podpory pro osoby požívající mezinárodní ochranu ve světle mezinárodních a unijních závazků

Harald Christian Scheu*

1. ÚVOD

Následky migrační či azylové krize, která naplno vypukla v létě roku 2015, nadále určují politické dění na úrovni EU a většiny členských států. Unijní legislativní orgány dodnes výrazně nepokročily v procesu reformy společného azylového systému, kterou Evropská komise v dubnu a červenci 2016 navrhla v podobě dvou komplexních balíků právních aktů.¹ Předmětem reformy přitom mělo být zajištění sociálních standardů žadatelů o mezinárodní ochranu a osob požívajících mezinárodní ochranu. Návrh kvalifikačního nařízení, které mělo nahradit kvalifikační směrnici, a návrh nové přijímací směrnice vycházely z potřeby určitého sladování národních standardů v této oblasti.²

Migrační či azylová krize problém odlišných standardů výrazně zdramatizovala. Když totiž během několika měsíců přijely do Evropy statisíce cizinců, mířily především do několika málo vybraných zemí. Důvody jejich volby mohly být jistě velmi různé, od perspektivy integrace do pracovního trhu přes přítomnost rodinných příslušníků nebo příbuzných kulturních komunit až k selfies, na kterých německá kancléřka pózovala s uprchlíky či migranty z Blízkého východu.³ Avšak nezanedbatelný faktor při volbě cílové země před-

* Katedra evropského práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy.

¹ KOM(2016) 197 v konečném znění a KOM(2016) 465 v konečném znění.

² K unijní úpravě sociální ochrany žadatelů o mezinárodní ochranu a osob požívajících mezinárodní ochranu viz podrobněji SCHEU, H. CH., NOVÁČKOVÁ, E. Sociální status uprchlíků a žadatelů o mezinárodní ochranu z pohledu práva Evropské unie. In: KOLDINSKÁ, K., SCHEU, H. CH., ŠTEFKO, M. (eds.) *Sociální integrace cizinců*. Praha: Auditorium, 2017, s. 52–83.

³ Šíření zmanipulované verze selfie se stalo předmětem soudního sporu mezi žadatelem o azyl a společností Facebook. Příslušný soud ve městě Würzburg rozhodl, že společnost Facebook nebyla povinna aktivně vyhledat a smazat příspěvky obsahující nepravdivé

stavuje v praxi štedrost jejího sociálního systému. Je nesporné, že konkrétní podoba a výše sociálních dávek poskytovaných v hostitelských státech patří ke klíčovým faktorům, které motivují řadu žadatelů o mezinárodní ochranu a osob požívajících mezinárodní ochranu (tzv. *pull factor*).⁴

Vzhledem k tomu, že právo EU dosud neupravuje společný přístup a europeizace standardů je v nedohlednu, není příliš překvapivé, že se cílové země migrační vlny začaly zamýšlet nad omezením přístupu k sociálním dávkám, resp. nad snížením výše sociální podpory. Cílem tohoto příspěvku je nastínit, v čem spočívají mezinárodněprávní a unijní limity pro takovou restriktivní politiku. Ačkoliv výrazné rozdíly mezi jednotlivými národními modely jsou zajímavým předmětem zkoumání, nejde nám o srovnání sociálních systémů vybraných cílových zemí. Místo toho se zaměříme na otázku, jak mohou případné zásahy do stávajících systémů s cílem snížit jejich atraktivitu pro různé kategorie migrantů obstát ve světle mezinárodních a unijních závazků.

Jako hlavní referenční bod našich úvah přitom slouží zásada rovnosti, resp. zákaz diskriminace, který se prolíná celým systémem ochrany lidských práv jako červená nit, a proto výrazně ovlivňuje také současnou podobu uprchlického a migračního práva. Ve světle relevantních právních závazků je třeba zkoumat, v jaké míře a v jaké formě je v oblasti sociálního práva přípustné rozlišování mezi občany a cizinci, resp. v unijní terminologii mezi unijními občany a občany třetích zemí. Pro účely tohoto příspěvku se hodláme zaměřit na tři kategorie občanů třetích zemí, a to osoby požívající azyl, osoby požívající subsidiární ochranu a žadatele o mezinárodní ochranu.

V první části příspěvku vymezíme relevantní právní rámec zákazu diskriminace a jeho dopad na přístup cizinců k sociálním systémům. V druhé části budeme zkoumat, zda z mezinárodních a unijních norem lze vyvodit minimální standard sociálních dávek pro občany i cizince. Třetí část bude věnována otázce, jaké možnosti omezování přístupu cizinců k sociálním dávkám přicházejí v úvahu, přičemž se budeme věnovat jednak aktuálním legislativním návrhům Evropské komise a jednak konkrétním plánům na omezení sociálních dávek pro migranty a uprchlíky v Rakousku.

informace. Viz stručný komentář na stránkách beck-aktuell (<https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/lg-wuerzburg-facebook-muss-hetz-beitraege-nicht-suchen-und-loeschen>).

⁴ Pro důkladnou analýzu souvislosti mezi nastavením sociálního systému a mírou migrace viz RAZIN, A., WAHBA, J. Welfare Magnet Hypothesis, Fiscal Burden, and Immigration Skill Selectivity. *Scandinavian Journal of Economics*. 2015, 117 (2), s. 369–402.

2. ZÁKAZ DISKRIMINACE V MEZINÁRODNÍM A UNIJNÍM PRÁVU

Zákaz diskriminace má své pevné místo v systému mezinárodní ochrany lidských práv i uprchlického práva. Podle Výboru OSN pro lidská práva jde o základní a obecný princip související s ochranou lidských práv.⁵ Mezinárodní dokumenty vyjmenovávají řadu zakázaných důvodů rozlišování, přičemž v kontextu migrace jsou zvláště relevantní důvody jako rasa, etnický původ, barva pleti a náboženství.⁶ Prakticky všechny lidskoprávní úmluvy na univerzální a regionální úrovni obsahují obecný zákaz diskriminace.⁷

Pro účely tohoto příspěvku je relevantní lidskoprávní rámec, který vyplývá především z Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech (dále jen „MPHŠKP“) a z Evropské sociální charty. Podle čl. 2 odst. 2 MPHŠKP mají být práva uskutečňována „*bez jakéhokoli rozlišování podle rasy, barvy, pohlaví, jazyka, náboženství, politického nebo jiného smýšlení, národnostního a sociálního původu, majetku, rodu nebo jiného postavení*“. Z tohoto ustanovení Výbor OSN pro hospodářská, sociální a kulturní práva odvozuje, že práva podle MPHŠKP mají platit pro všechny cizince, tzn. také pro uprchlíky, žadatele o azyl, osoby bez občanství, migrující pracovníky, oběti mezinárodního obchodování s lidmi, a to bez ohledu na jejich právní status nebo doklady.⁸ V obecném doporučení z roku 2004⁹ Výbor pro odstranění rasové diskriminace vyzval smluvní strany Mezinárodní úmluvy o odstranění všech forem rasové diskriminace, aby zrovnoprávnily všechny cizince, zejména v oblastech vzdělání, ubytování, zaměstnání a zdraví. Na druhé straně je ale třeba připomenout, že mezinárodní úmluvy nezakazují nerovné zacházení, které sleduje cíl, který je ve světle mezinárodních závazků legitimní, a zasahuje do práv jednotlivců přiměřeným způsobem.¹⁰

⁵ Human Rights Committee. General Comment No. 18 – Non-discrimination, 1989.

⁶ Podrobněji k otázce diskriminace uprchlíků viz CHOLEWINSKI, R. Economic and social rights of refugees and asylum seekers in Europe. *Georgetown Immigration Law Journal*, 1999, 14(3), s. 709–756.

⁷ Pro podrobnější rozbor viz SCHEU, H. CH. Sociální status uprchlíků a žadatelů o mezinárodní ochranu z pohledu mezinárodní ochrany lidských práv. In: KOLDINSKÁ, K., SCHEU, H. C., ŠTEFKO, M. (eds.) *Sociální integrace cizinců*. Praha: Auditorium, 2017, 36–51.

⁸ CESCR, General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/20.

⁹ CERD, General recommendation XXX on discrimination against non-citizens, CERD/C/64/Misc.11/ rev. 3 (2004).

¹⁰ Srov. CESCR, General Comment No. 20, čl. 13.

Co se týče mezinárodního uprchlického práva a úpravy statusu uprchlíků *de iure*, je primárním referenčním dokumentem Ženevská úmluva o právním postavení uprchlíků z roku 1951 ve znění podle Newyorského protokolu z roku 1967 (dále jen „ŽÚ“). Upravuje definici uprchlíka (čl. 1), zákaz stíhání uprchlíků za nelegální překročení hranic či nelegální pobyt na území smluvního státu (čl. 31) a zákaz vyhoštění a navrácení uprchlíka do státu, kde by jeho život nebo osobní svoboda mohly být ohroženy (čl. 33). Kromě toho kodifikuje ŽÚ i některé obecné lidskoprávní standardy, např. v oblasti náboženské svobody, nabývání majetku nebo sdružovacího práva. V této souvislosti byla do čl. 7 odst. 1 ŽÚ začleněna také zásada rovnosti. Podle citované normy budou smluvní státy ŽÚ jednat s uprchlíky stejným způsobem jako s ostatními cizinci s výjimkou případů, kdy ŽÚ obsahuje ustanovení pro uprchlíky výhodnější.

Z hlediska koncepce ŽÚ je tedy nutné rozlišovat mezi případy, ve kterých je uprchlíkům zaručeno stejné zacházení jako ostatním cizincům, a případy, ve kterých uprchlíkům přísluší vyšší standard ochrany v podobě zrovnoprávnění s občany hostitelského státu. Toto základní rozlišování se promítá také do oblasti sociálních práv uprchlíků, která jsou upravena ve čtvrté kapitole ŽÚ. V otázkách, které jsou z hlediska tohoto příspěvku nejvýznamnější, je upraveno zrovnoprávnění uprchlíků s občany hostitelského státu. To se týká jak úpravy tzv. „veřejné podpory“ v čl. 23 ŽÚ, tak i sociálního zabezpečení podle čl. 24 ŽÚ.¹¹

Standardy stanovené v ŽÚ byly postupně implementovány do unijního práva.¹² Z pohledu osob požívajících mezinárodní ochranu jsou relevantní pravidla obsažena v tzv. kvalifikační směrnici.¹³ Sociální práva žadatelů o mezinárodní ochranu upravuje tzv. přijímací směrnice.¹⁴

Podle čl. 29 odst. 1 kvalifikační směrnice přísluší osobám požívajícím mezinárodní ochranu stejná nezbytná sociální péče, jaká je poskytována státním příslušníkům hostitelského státu. Pro osoby, kterým byla přiznána doplňková ochrana, čl. 29 odst. 2 kvalifikační směrnice ovšem připouští výjimku potud, že členské státy mohou omezit sociální péči o tyto osoby na základní dávky,

¹¹ Pro přidělové zásobování nedostatkovým zbožím a veřejné vzdělání platí podle čl. 20 ŽÚ, resp. čl. 22 ŽÚ nárok na stejné zacházení, jako mají občané. V oblasti bydlení je zaručeno stejné zacházení s ostatními cizinci.

¹² K historickému vývoji unijního azylového práva viz PEERS, S., ROGERS, N. *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 19–46.

¹³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/95/EU ze dne 13. prosince 2011 o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochrany, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany.

¹⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/33/EU ze dne 26. června 2013, kterou se stanoví normy pro přijímání žadatelů o mezinárodní ochranu.

a to ve stejném rozsahu a za stejných podmínek, jaké jsou poskytovány vlastním občanům.

Přijímací směrnice používá poněkud jinou terminologii než kvalifikační směrnice a hovoří ve svém čl. 17 o materiálních podmínkách přijetí, které mají žadatelům umožňovat odpovídající životní úroveň. Cílem úpravy je zajistit žadatelům stejnou životní úroveň jako státním příslušníkům hostitelského státu. Nicméně čl. 17 odst. 5 přijímací směrnice připouští pro žadatele o azyl zejména u materiální podpory, která je částečně poskytovaná formou věcných dávek, méně příznivé zacházení než pro občany přijímajícího státu.

Lze shrnout, že ve světle mezinárodních a unijních závazků je při jakémkoli zásahu do systému sociálních dávek pro cizince obecně a uprchlíky zvlášť nutné posoudit jeho legitimitu a proporcionalitu. Legislativní nastavení podmínek má příslušným orgánům umožnit hodnocení konkrétních okolností jednotlivých případů. Pokud je politickým cílem snížit atraktivitu sociálního systému, nabízí se z koncepčního hlediska dvě možnosti. Zaprvé může členský stát EU snížit sociální dávky plošně pro občany i cizince. V této souvislosti postačí plošné nastavení na základě legislativního aktu. Zadruhé může stát snížit sociální dávky jen cizincům. Taková úprava ovšem nemůže mít plošný charakter, ale musí umožňovat zohlednění okolností konkrétních individuálních případů, a to v plném souladu s principy legitimacy a proporcionality. Rozhodující slovo má v těchto případech nikoli legislativa, ale příslušné soudy, jejichž úkolem je vybalancovat jednotlivé dotčené zájmy.

3. K OTÁZCE MINIMÁLNÍ VÝŠE SOCIÁLNÍCH DÁVEK

Pokud stát chystá plošné snížení sociálních dávek pro všechny, vyvstává otázka, zda existuje určitý minimální standard podpory, který je třeba v každém případě respektovat. Zmíněné azylové směrnice EU nedávají na tuto otázku jednoznačnou odpověď.

Na první pohled je jasné, že EU nemá pravomoc harmonizovat sociální systémy členských států, ve kterých panují velmi odlišné životní podmínky. Podle čl. 153 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“) má EU v souvislosti s úpravou sociální politiky jen podpůrnou a doplňující pravomoc.¹⁵ Evropský parlament a Rada sice mohou přijmout opatření určená k podpoře spolupráce mezi členskými státy, ale vyloučena je harmonizace právních

¹⁵ Výjimku představuje minimální harmonizace v oblastech souvisejících s postavením pracovníků na vnitřním trhu EU. Viz SYLLOVÁ, J., PÍTROVÁ, L., PALDUSOVÁ, H. a kol. *Lisabonská smlouva. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 577–595.

předpisů členských států. Hlavní roli v legislativě EU hraje proto koordinace sociálních systémů ve prospěch unijních občanů a občanů třetích zemí, kteří mezi členskými státy migrují.¹⁶

Z pohledu migrujících osob panuje mezi sociálními systémy členských států EU určitá konkurence. Štědřejší sociální systémy přitahují nejen více občanů třetích zemí, ale také více unijních občanů, kteří uplatňují právo na volný pohyb osob.¹⁷ Čím štědřejší sociální standard členský stát stanoví ve prospěch vlastních občanů, tím více benefitů musí poskytnout i určitým skupinám cizinců. Z pohledu zákazu diskriminace by bylo možné vyvozovat, že stát neposkytující vlastním občanům žádné sociální dávky nemusí takové benefity zajistit ani přistěhovalcům.

Úprava unijního práva je ale poněkud složitější. Výše zmíněné přijímací směrnice a kvalifikační směrnice používají totiž různé pojmy. Podle čl. 17 odst. 2 přijímací směrnice mají členské státy zajistit materiální podmínky umožňující „*odpovídající životní úroveň*“ žadatelů o mezinárodní ochranu. Citované ustanovení upřesňuje, že odpovídající životní úroveň má zaručit žadatelům živobytí a ochranu jejich tělesného a duševního zdraví.¹⁸ Bez ohledu na to, že přesné uchopení citovaných pojmů nemusí být v praxi vůbec jednoduché, je zcela jasné, že členský stát nemůže tuto povinnost odmítnout s tím, že ani svým vlastním občanům žádnou sociální podporu neposkytuje.

Článek 20 přijímací směrnice připouští, že minimální standard ve smyslu čl. 17 odst. 2 může být v určitých výjimečných a řádně odůvodněných případech snižován. Přitom rozhodnutí o omezení nebo odnětí výhod musí být přijato „*vždy v jednotlivém případě, objektivně a nestranně*“ s ohledem na princip proporcionality.¹⁹ Citované ustanovení tudíž vychází z toho, že životní úroveň nemusí být v takových výjimečných případech „*odpovídající*“, ale zajištěny musí být (jen) „*důstojné životní podmínky*“. Na základě čl. 17 a 20

¹⁶ Pravda ovšem je, že interpretace zásady volného pohybu unijních občanů byla ve spojení s úpravou koordinace sociálních systémů natolik nejasná, že umožňovala fenomén tzv. sociální turistiky, kterým jsme se zabývali na jiném místě. Viz SCHEU, H. CH. „Sociální turistika“ unijních občanů ve světle práva EU. In: JÍLEK, D., PORÍZEK, P. (eds.) *Pobyt cizinců: vybrané právní problémy II*. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2015, s. 114–138.

¹⁷ Na tento efekt příslušné unijní úpravy upozornil velmi brzy po jejím přijetí HAILBRONNER, K. The EU Directive on Free Movement and Access to Social Benefits. *CESifo DICE Report*. 2006, 4(4), s. 8–13.

¹⁸ Čl. 17 odst. 2 přijímací směrnice navíc naznačuje, že odpovídající životní úroveň nebude pro všechny žadatele jednotná, jelikož stát musí přitom brát v potaz i zvláštní potřeby zranitelných osob ve smyslu čl. 21 směrnice (tzn. např. nezletilých osob s doprovodem i bez doprovodu, zdravotně postižených osob, starších osob, těhotných žen, obětí obchodování s lidmi či obětí jiných závažných zásahů do lidské důstojnosti).

¹⁹ Také v této souvislosti musí členský stát zohlednit případnou zranitelnost žadatele ve smyslu čl. 21 přijímací směrnice.

přijímací směrnice lze tedy rozlišovat mezi dvěma minimálními standardy. Prvním standardem je „odpovídající životní úroveň“, druhým standardem jsou „důstojné životní podmínky“.

Ve vztahu k osobám požívajícím mezinárodní ochranu používá kvalifikační směrnice jinou terminologii. Článek 29 odst. 1 kvalifikační směrnice hovoří o zajištění „*stejn[é] nezbytn[é] sociální péče*“, jaká je poskytována občanům hostitelského členského státu. Jak bylo uvedeno výše, čl. 29 odst. 2 kvalifikační směrnice připouští rozdílné standardy pro osoby, kterým byl uznán status uprchlíka, a osoby požívající doplňkovou ochranu. Pro druhou skupinu může být sociální péče omezena na „*základní dávky*“, a to ve stejném rozsahu jako státním příslušníkům.

Zatímco z textu přijímací směrnice vyplývá, který ze dvou uvedených standardů je vyšší a který nižší, není zdaleka jasný vztah mezi standardy podle přijímací směrnice a podle kvalifikační směrnice. V tomto směru je tedy nutné přihlížet k jiným normám unijního práva, přičemž za stěžejní referenční rámec můžeme považovat čl. 1 Listiny základních práv EU (dále jen „LZPEU“), podle něhož je lidská důstojnost nedotknutelná a musí být respektována a chráněna.

Jak přijímací směrnice, tak i kvalifikační směrnice ve svých preambulích odkazují na zajištění plného respektování lidské důstojnosti,²⁰ resp. dodržování lidské důstojnosti²¹ ve smyslu čl. 1 LZPEU. V souvislosti s lidskou důstojností zmiňuje bod 18 preambule přijímací směrnice specifické potřeby žadatelů o mezinárodní ochranu. Je zcela zřejmé, že směrnice standardy je třeba vykládat ve světle čl. 1 LZPEU.

Ve studii z roku 2016 dospěl R. Rebhahn z univerzity ve Vídni k závěru, že čl. 1 LZPEU nevyžaduje zajištění „odpovídající životní úroveň“ podle čl. 17 odst. 2 přijímací směrnice, ale že postačí „důstojné životní podmínky“ ve smyslu čl. 20 přijímací směrnice. R. Rebhahn přitom rozlišoval mezi fyzickým existenčním minimem, které je třeba zaručit vždy, a jakýmsi „sociokulturním minimem“, které jde nad rámec minimálního standardu obsaženého v čl. 1 LZPEU. Co se týče poskytování služeb a zboží, je podle R. Rebhahna třeba vycházet z jednotného standardu pro všechny členské státy. Výše peněžitých dávek se ovšem může lišit podle životní úrovně v hostitelském státě.²²

²⁰ Bod 35 preambule přijímací směrnice.

²¹ Bod 16 preambule kvalifikační směrnice.

²² REBHAHN, R. *Sozialleistungen an „internationale Schutzberechtigte und Schutzsuchende“ – Möglichkeiten zur Differenzierung gegenüber Staatsangehörigen (Gutachten für die Österreichische Bundesregierung)*. Wien: Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Universität Wien, 2016, s. 37–43. Dokument je dostupný na stránkách rakouského ministerstva práce a sociálních věcí: (https://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/5/0/0/CH3434/CMS1459340430592/gutachten_sozialleistungen_schutzberechtigte.pdf).

Rozlišování mezi existenčním minimem, které je zaměřeno na zajištění fyzického, resp. fyziologického přežití, a tzv. „sociokulturním minimem“ je předmětem zkoumání německé právní doktríny. Již v roce 2005 J. Martínez Soria z univerzity v Göttingenu komentoval judikaturu německého ústavního soudu v tom smyslu, že zatímco fyziologické minimum lze opřít o princip lidské důstojnosti (ve smyslu německé ústavy),²³ sociokulturní minimum vyplývá z principu sociálního státu.²⁴ V souvislosti s přezkumem zákonné úpravy sociální pomoci Spolkový ústavní soud v roce 2010 upřesnil, že zajištění fyzické existence zahrnuje potraviny, oblečení, předměty pro domácnost, ubytování, vytápění, hygienu a zdraví. Za součást sociokulturního minima německý ústavní soud označil pěstování mezilidských vztahů a minimální míru participace na společenském, kulturním a politickém životě.²⁵

Závěry judikatury byly následně kodifikovány do ustanovení § 27a dvanácté knihy německého sociálního zákoníku (*Sozialgesetzbuch*), podle něhož sociokulturní minimum má být zajištěno „v přijatelném rozsahu“ (*in vertretbarem Umfang*). O negativní vymezení existenčního a sociokulturního minima se pokusil Spolkový ústavní soud v roce 2014, když z tohoto pojetí vyňal výdaje na motorová vozidla, alkoholické a tabákové výrobky, řezané květiny a rostliny ve vnitřních prostorách, jídlo v jídelnách, chemické čištění, pracovní pohovory a poplatky za zkoušky.²⁶ Na rozdíl od fyziologického existenčního minima lze povahu a rozsah podpory na zajištění sociokulturního minima vymezit jen stěží.²⁷

Pokud abstrahujeme od specifické debaty, která navazuje na složitý výklad ústavní koncepce lidské důstojnosti, můžeme dovodit, že z výkladu azylových směrnic ve světle čl. 1 LZPEU vyplývá povinnost hostitelského státu zajistit určitou minimální úroveň dávek. Taková ochrana je imanentní koncepci lidské důstojnosti podle čl. 1 LZPEU, a to bez ohledu na to, že členské státy při určení konkrétního standardu disponují značným prostorem pro uvážení.

Takový závěr se překrývá s výkladem závazků podle Evropské úmluvy o lidských právech (dále jen „EÚLP“) v podání Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“). V kauze *M.S.S.*²⁸ ESLP připustil, že z čl. 3 EÚLP nevyplývá pozitivní povinnost smluvních stran poskytovat každému bydlení či

²³ Srov. čl. 1 odst. 1 základního zákona (Grundgesetz), podle něhož je důstojnost člověka nedotknutelná.

²⁴ MARTÍNEZ SORIA, J. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. *Juristenzeitung*, 13/2005, s. 644–652.

²⁵ BVerfG, rozsudek ze dne 9. února 2010 (1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09).

²⁶ BVerfG, rozhodnutí ze dne 23. července 2014 (BVerfGE 137, 34–103).

²⁷ Viz v tom smyslu též MARTÍNEZ SORIA, J., op. cit. 24, s. 648–649.

²⁸ Rozsudek ESLP (velký senát) ze dne 21. ledna 2011 ve věci *M.S.S. proti Belgii a Řecku* (stížnost č. 30696/09).

finanční podporu pro účely zachování určité životní úrovně. S ohledem na velmi zranitelnou pozici žadatelů o mezinárodní ochranu ale dodal, že „*situace extrémní hmotné chudoby*“²⁹ může vyvolat pochybnosti ve světle čl. 3 EÚLP, který zakazuje mimo jiné nelidské a ponižující zacházení. Vzhledem k tomu, že stěžovatel byl v konkrétním případě zcela závislý na pomoci ze strany státu a trávil v Řecku měsíce ve stavu extrémní chudoby, a to tak, že si nemohl obstarat ani základní životní potřeby, shledal ESLP porušení čl. 3 EÚLP ze strany Řecka.

ESLP v řadě dalších případů potvrdil, že se komplexní situace materiálního strádání mohou dotknout života jednotlivce, jeho důstojnosti i rodinného života ve smyslu EÚLP. Štrasburské judikatuře se však dodnes nepodařilo vymezit jasná a předvídatelná kritéria, podle nichž by měly smluvní státy koncipovat své sociální systémy. Dokonce v případech velmi akutního a vážného utrpení jednotlivce v důsledku nemoci či bezdomovectví mají smluvní státy EÚLP široký prostor pro uvážení.³⁰

Tento závěr není na první pohled zcela uspokojivý. Lidská důstojnost ve smyslu čl. 1 LZPEU a podle judikatury ESLP k článkům 2, 3 a 8 EÚLP je nedělitelná. Určité jádro lidské důstojnosti (zejména podle čl. 2 a 3 EÚLP) má tedy absolutní povahu, což znamená, že do něho nelze zasáhnout ani odkazem na kritéria legitimity a proporcionality.³¹ Ve světle absolutního charakteru ochrany lidské důstojnosti se jeví existence různých národních standardů existenčního minima jako problematická. Na straně druhé je ale vymezení lidské důstojnosti v konkrétních případech materiální nouze velmi složité, zejména pokud doktrína bere v potaz sociokulturní aspekty života dotčené osoby. Judikatura evropských soudů proto zřejmě rezignovala na veškeré snahy o sjednocení odlišných životních podmínek a sociálněprávních koncepcí do jednotného celoevropského standardu existenčního minima. Členským státům EU proto zbývá určitý prostor pro případné snížení stávajících standardů sociální pomoci.

4. OMEZENÍ SOCIÁLNÍCH DÁVEK A AZYLOVÉ PRÁVO EU

Lze tedy shrnout, že konkrétní koncepce sociálních systémů členských států musí být v souladu s mezinárodními i národními lidskoprávními závazky a že harmonizace odlišných národních standardů sociálních dávek nemá být

²⁹ „A situation of extreme material poverty“.

³⁰ FROHWERK, A. *Soziale Notlage in der Rechtsprechung des EGMR*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, s. 135–137 a 148–150.

³¹ Srov. MARTÍNEZ SORIA, J., op. cit. 24, s. 645.

předmětem práva EU. Určitá vazba mezi azylovou politikou EU a sociálními standardy v členských státech však má za následek, že se Evropská komise začala podrobněji zabývat povahou a výší sociálních dávek poskytovaných žadatelům o mezinárodní ochranu a osobám požívajícím mezinárodní ochranu v členských státech.

Podle čl. 78 SFEU má totiž společný evropský azylový systém zahrnovat i jednotný azylový status pro státní příslušníky třetích zemí platný v celé Unii a také normy týkající se podmínek pro přijímání žadatelů o azyl nebo doplňkovou ochranu. Na rozdíl od obecné koncepce sociální politiky, která je z velké části vyňata z procesu harmonizace a staví naopak na metodě koordinace,³² je harmonizace sociálních standardů povolena ve vztahu k úpravě sociální ochrany žadatelů o mezinárodní ochranu a osob požívajících mezinárodní ochranu.

Hmatatelnou podobu získaly úvahy Komise v rámci plánu komplexní reformy společného evropského azylového systému, který Komise předložila v roce 2016. Vedle opatření zahrnujících např. určité zásahy do tzv. dublinského systému, budování harmonizovaných standardů v oblasti azylového řízení a transformaci stávajícího Evropského podpůrného úřadu pro otázky azylu (EASO) do podoby nové Agentury EU pro azyl Komise představila také návrh nového kvalifikačního nařízení upravujícího jednotné normy pro uznávání osob pod mezinárodní ochranou a návrh nové přijímací směrnice, jehož cílem má být harmonizace podmínek přijetí žadatelů o mezinárodní ochranu. Jedním z deklarovaných cílů navržených norem je zredukovat sekundární migraci uprchlíků mezi členskými státy EU.

Pokud jde o návrh nové přijímací směrnice, Evropská komise zmiňuje jako první cíl harmonizaci podmínek v tom smyslu, že na jedné straně má zacházení s žadateli v celé EU probíhat důstojně a v souladu s jejich základními právy a na straně druhé se má omezovat motivace žadatelů k přestěhování do těch států, v nichž jsou podmínky přijetí na vysoké úrovni. Návrh přijímací směrnice proto zavádí operativní standardy a ukazatele pro podmínky přijetí, které mají členské státy brát v úvahu. Dále Evropská komise hovoří o vypracování plánů pro nepředvídané události, aby přijímání žadatelů bylo na odpovídající úrovni zajištěno také „*v situacích, kdy se členské státy potýkají s jejich neúměrným množstvím*“.³³

Avizovaná harmonizace podmínek přijetí může mít jen dvě podoby, a to buď snížení, či navýšení stávajících standardů. V rámci konzultace s Komisí proto některé nevládní organizace a poslanci Evropského parlamentu

³² Viz nařízení EP a Rady č. 883/2004 ze dne 29. dubna 2004 o koordinaci systémů sociálního zabezpečení.

³³ KOM(2016) 465 v konečném znění.

vyjádřili obavu z toho, že by v důsledku harmonizace mohlo dojít k nežádoucímu poklesu úrovně přijímání. Další hlasy upozornily na dosavadní problémy s nejasným významem pojmu „důstojné životní podmínky“ podle přijímací směrnice. Jako společná referenční kritéria byla v této souvislosti zvažována hranice ohrožení chudobou, hranice vážné materiální deprivace či výše minimálního příjmu. Převážná část účastníků konzultace s Evropskou komisí však namítla, že společné kritérium nelze zavést, jelikož většina členských států neposkytuje materiální podmínky přijetí pouze ve formě finanční podpory, ale kombinuje různé formy finanční podpory a věcného plnění. V důsledku aplikace společné referenční hodnoty by se úroveň podpory v nejchudších členských státech musela výrazně zvednout, a to nezřídka až o tolik, že by zacházení s žadateli bylo příznivější než s vlastními občany.³⁴

Oproti ambiciózním cílům zformulovaným Evropskou komisí se jeví konkrétní úprava, obsažená v návrhu nové přijímací směrnice, jako poměrně strohá. O jednotných sociálních standardech pro žadatele o mezinárodní ochranu nemůže být řeč. V důvodové zprávě k návrhu Komise avizovala, že materiální podmínky přijetí mají být poskytovány pouze ve formě věcného plnění, aby se *„žadatelé nacházeli v předvídatelnější situaci a aby pro ně platila stejná pravidla bez ohledu na to, ve kterém členském státě se nacházejí“*. Podle čl. 2 odst. 7 návrhu má být rozšířeno pojetí materiálních podmínek přijetí, aby vedle ubytování, stravy a ošacení zahrnovalo *„další základní nepotravinové potřeby podle zvláštních potřeb žadatelů při přijetí, jako jsou hygienické potřeby“*. Tato podpora by mohla být jistě poskytována v podobě věcného plnění. Z čl. 19 odst. 1 návrhu ovšem vyplývá, že členské státy mohou za určitých podmínek nahradit podporu poskytovanou ve formě peněžitých dávek nebo poukázek materiálními podmínkami přijetí poskytovanými ve formě věcného plnění. Jinými slovy, s peněžitými dávkami se nadále počítá, a to dokonce na prvním místě. Z výše uvedených důvodů nelze předpokládat, že by peněžité dávky dosáhly ve všech členských státech stejné výše.

Pokud jde o otázku omezení či odnětí výhod materiálních podmínek přijetí, čl. 19 odst. 2 návrhu částečně přebírá stávající důvody (např. opuštění místa pobytu určeného příslušným orgánem, nesplnění ohlašovací povinnosti, neposkytnutí vyžádaných informací, zatajení peněžitých prostředků) a doplňuje některé nové důvody (např. závažné porušení pravidel ubytovacího střediska, páčání hrubého násilí, neúčast na integračních opatřeních, neodůvodněné vycestování do jiného členského státu). Přijetí či nepřijetí omezujících opatření je přitom zcela v režii členských států. O skutečnou harmonizaci materiálních podmínek přijetí v tomto případě nejde.

³⁴ Ibidem.

Současně s návrhem nové přijímací směrnice předložila Komise v červenci 2016 také návrh nového kvalifikačního nařízení nahrazujícího stávající kvalifikační směrnici.³⁵ Cílem návrhu je především sjednotit kritéria pro uznávání žadatelů o mezinárodní ochranu v členských státech a sjednotit azylová rozhodnutí pomocí společných analýz a pokynů vydaných Agenturou EU pro azyl. Co se týče otázky sociálních standardů, je podle Komise nutné vyjasnit rozsah práv a povinností osob požívajících mezinárodní ochrany.

Za klíčové ustanovení lze v tomto kontextu považovat čl. 34 návrhu kvalifikačního nařízení, který upravuje přístup k sociální pomoci. Pojem „sociální pomoc“ je novým pojmem, který má být definován v čl. 2 odst. 18 kvalifikačního nařízení jako „*dávky udělované společně s dávkami sociálního zabezpečení [...] nebo nad rámec těchto dávek s cílem pokrýt základní potřeby osob, které nemají dostatek prostředků*“. Platná úprava, tj. čl. 29 kvalifikační směrnice, stanoví, že členské státy mají zajistit „nezbytnou sociální péči“, ovšem aniž by tento pojem definovala.

Stejně jako aktuální čl. 29 odst. 1 kvalifikační směrnice vychází také čl. 34 odst. 1 návrhu kvalifikačního nařízení pro poskytování sociální pomoci z principu rovného zacházení se žadateli o mezinárodní ochranu a občany přijímajícího státu. Článek 34 odst. 2 návrhu kopíruje také ustanovení čl. 29 odst. 2 kvalifikační směrnice, podle něhož mohou členské státy osobám požívajícím doplňkové ochrany omezit sociální pomoc na základní dávky. Jako novinku zavádí čl. 34 odst. 1 návrhu možnost podmínit přístup k určitým formám sociální pomoci aktivní účastí beneficenta na tzv. integračních opatřeních. Komise navrhla tuto úpravu s cílem motivovat žadatele k integraci do hostitelských společností.

Ačkoli nová úprava má mít formu nařízení, je na první pohled zřejmé, že rozsah sociální pomoci nebude v členských státech ani stejný, ani srovnatelný. Prohlášení Komise o tom, že „*se bude s žadateli o azyl v celé EU zacházet stejným a odpovídajícím způsobem*“, tedy určitě neplatí pro oblast sociálních dávek.

Z analýzy aktuálních legislativních návrhů vyplývá, že si Komise na jedné straně plně uvědomuje problematiku druhotné migrace žadatelů o azyl do členských států, ve kterých jsou poskytovány vyšší sociální dávky, ale na straně druhé návrhy nové přijímací směrnice a nového kvalifikačního nařízení

³⁵ KOM(2016) 466 v konečném znění: návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochrany, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany a o změně směrnice Rady 2003/109/ES ze dne 25. listopadu 2003 o právním postavení státních příslušníků třetích zemí, kteří jsou dlouhodobě pobývajícími rezidenty.

neobsahují žádné efektivní nástroje, jak jednotlivé národní standardy sladovat. V takové situaci je výhoda na straně těch členských států, které uvažují o zavedení restrikcí do národních úprav sociální podpory, protože nemusí brát ohled na unijní limity.

5. OMEZENÍ SOCIÁLNÍCH DÁVEK PRO OSOBY POŽÍVAJÍCÍ MEZINÁRODNÍ OCHRANU. PŘÍPAD RAKOUSKO

Jako příklad členského státu, ve kterém probíhá intenzivní politická i odborná debata o snížení sociálních dávek uprchlíkům, lze uvést Rakousko, které v Evropě patří tradičně k zemím s proporcionálně největším počtem žadatelů a osob požívajících mezinárodní ochranu.

Rakouský sociální systém upravuje dva právní režimy, které jsou z hlediska této studie klíčové. Během trvání azylového řízení mají žadatelé nárok na tzv. základní zajištění (*Grundversorgung*). Tato sociální dávka je koncipována zvláště pro žadatele o mezinárodní ochranu. Po skončení azylového řízení přichází pro úspěšné žadatele v úvahu režim tzv. minimálního zajištění (*Minderstsicherung*),³⁶ jenž je koncipován pro všechny obyvatele nedosahující určitého minimálního příjmu. Poskytnutí minimálního zajištění je podmíněno ochotou přijmout nabídnuté zaměstnání. Základní zajištění je z 60 % financováno ze strany spolkové republiky, za 40 % odpovídají jednotlivé spolkové země. Oproti tomu je minimální zajištění v podstatě zcela v rukou spolkových zemí, přičemž některé náklady v souvislosti se zdravotní péčí hradí spolková republika.³⁷

Již na podzim 2016 představila tehdejší menší koaliční strana ÖVP (*Österreichische Volkspartei*) koncepci, podle níž mělo být minimální zajištění rozděleno na dva standardy. Osoby požívající mezinárodní ochrany by pobíraly nižší sociální dávku (podle tehdejších plánů 560 EUR měsíčně), a to také jen pro případ, že by splňovaly integrační podmínky. Pouze osoby s pobytem delším než šest let na rakouském území by získaly nárok na vyšší standard minimálního zajištění. Navržená koncepce také předpokládala horní hranici tzv. minimálního zajištění ve výši 1 500 EUR měsíčně, tedy nezávisle na počtu dětí.

K možným omezením sociální podpory pro osoby požívající mezinárodní ochrany se od té doby vyjádřila řada právních odborníků, kteří se na

³⁶ Plný název sociální dávky je „bedarfsorientierte Minderheitssicherung“, tzn. „minimální zajištění, které se orientuje podle potřeby“.

³⁷ Konkrétní rozdělení a minimální standard jsou předmětem dohody mezi spolkovou republikou a spolkovými zeměmi na základě čl. 15a rakouské ústavy.

slučitelnosti plánu s ústavním právem a unijním právem neshodli.³⁸ Světlo do celé záležitosti vnesl rakouský ústavní soud, který se v nálezu ze dne 7. března 2018³⁹ zabýval dolnorakouskou úpravou minimálního zajištění. Dolnorakouský parlament totiž přijal v prosinci 2016 novelu dolnorakouského zákona o minimálním zajištění,⁴⁰ která stanovila snížení sociální dávky pro osoby pobývající v Rakousku kratší dobu než 5 let (§ 11a) a strop pro vyplácení minimálního zajištění (§ 11b). Maximální výše nové sociální dávky, která byla podle § 11a dolnorakouského zákona poněkud kostrbatě pojmenována „minimální zajištění – integrace“ (*Mindestsicherung – Integration*), měla činit 522,50 EUR měsíčně.⁴¹ Strop pro celou domácnost byl v § 11b zákona stanoven na 1 500 EUR měsíčně.

V řízení před ústavním soudem dolnorakouská vláda vysvětlila, že cílem snížení minimálního zajištění bylo motivovat beneficienty k začlenění na trhu práce. Dále argumentovala snahou o udržitelnost sociálního systému. Ústavní soud tuto argumentaci nepřijal a připomenul, že podle § 5 dolnorakouského zákona o minimálním zajištění jsou oprávněnými osobami rakouští občané, unijní občané i občané třetích zemí mající dlouhodobý pobyt v Dolních Rakousích. Do kategorie oprávněných osob tedy spadaly v každém případě i osoby požívající azyl. Osoby s doplňkovou ochranou byly na základě § 5 odst. 3 dolnorakouského zákona z pobírání dávky vyloučeny.⁴² Podle ústavního soudu nebylo zřejmé, proč by měly mít osoby, které pobývaly v Rakousku kratší dobu než 5 let, vždy nižší potřebu podpory než osoby s delším pobytem. Ústavní soud také odmítl představu, že by osoby s kratším pobytem měly automaticky nižší motivaci k začlenění na trhu práce. Z těchto důvodů ústavní soud shledal rozpor § 11a zákona o minimálním zajištění s ústavní zásadou rovnosti.

Dále se ústavní soud zabýval specifickou situací osob požívajících azyl. Ustanovení § 11a, které vyžaduje pět let řádného pobytu na území Rakouska, podle ústavního soudu znevýhodňuje uprchlíky, jelikož se doba trvání azylového řízení do této lhůty nezapočítá. Přitom jsou osoby požívající azyl v jiné situaci než ostatní občané třetích zemí. Na rozdíl od ostatních občanů třetích zemí se nemohou uprchlíci z důvodů uvedených v čl. 1 ŽÚ vrátit do země původu.

³⁸ FRITZL, M. Mindestsicherung: Kürzungen rechtlich umstritten. *Die Presse*. 29. 5. 2018 (https://diepresse.com/home/innenpolitik/5437838/Mindestsicherung_Kuerzungen-rechtlich-umstritten).

³⁹ G 136/2017-19.

⁴⁰ LGBl. Nr. 103/2016.

⁴¹ Do této částky se nezapočítá příspěvek na bydlení, který může činit až 300 EUR. Standardní výše minimálního zajištění podle § 11 činila v roce 2017 přibližně 850 EUR. I tato částka může být navýšena v případě, že osoba potřebuje příspěvek na bydlení.

⁴² Osoby s doplňkovou ochranou mají nárok pouze na základní zajištění ve výši cca 375 EUR. Ústavní soud hodnotil toto rozlišení v minulosti za slučitelné s ústavou. Viz nálezy ústavního soudu ze dne 28. června 2017 (E3297/2016).

Ústavní soud proto dovodil, že stanovení kritéria pětiletého pobytu porušuje nejen ústavní zásadu rovnosti, ale také zákaz rasové diskriminace ve smyslu čl. 1 Mezinárodní úmluvy o odstranění všech forem rasové diskriminace.

Co se týče otázky stropu sociálních dávek podle § 11b dolnorakouského zákona o minimálním zajištění, ústavní soud dospěl k závěru, že tato plošná úprava brání zohlednění konkrétních potřeb osob žijících ve společné domácnosti. Ačkoli některé náklady mohou být skutečně nižší ve společné domácnosti, jiné náklady zpravidla rostou s každým dalším členem. Proto podle ústavního soudu není namístě snížit sociální dávky náhle a skokově po dosažení celkové částky 1 500 EUR na jednu domácnost. Ústavní soud neuznal argument dolnorakouské vlády, podle níž u rodin s mnoha dětmi sociální dávky zpravidla převyšují běžný výdělek. Proto ústavní soud shledal také § 11b zákona protiústavním. Obě sporná ustanovení, tzn. § 11a a 11b dolnorakouského zákona o minimálním zajištění, byla ústavním soudem zrušena s okamžitou platností.

Nález ústavního soudu, který ve své rigidnosti překvapil řadu odborníků, byl vnímán jako silné varování spolkové vládě, která delší dobu uvažovala o podobném řešení, jaké bylo promítnuto do dolnorakouské úpravy.⁴³ Projekt reformy systému minimálního zajištění, který spolková vláda představila koncem května 2018, lze proto vnímat jako určitou odpověď na argumenty ústavního soudu.⁴⁴

V květnu 2018 rakouská vláda upozornila na dva hlavní problémy. První spočívá v roztržiténosti právní úpravy mezi spolkovou legislativou a různými zákonnými úpravami v devíti spolkových zemích. V roce 2007 uzavřela spolková vláda se spolkovými zeměmi tzv. základní dohodu (*Grundsatzvereinbarung*) ve smyslu čl. 15a rakouské ústavy, jejímž předmětem byla určitá harmonizace systémů sociální pomoci v jednotlivých spolkových zemích. Dohoda však vypršela koncem roku 2016 a snahy o její prodloužení ztroskotaly. Jako druhý problém vláda vytipovala stálý nárůst počtu beneficentů sociálního zajištění, který souvisí jednak se statistikou nezaměstnanosti a jednak s migrací do sociálního systému. Podle rakouské vlády mají osoby, které dlouhá léta přispívaly do systému, čerpat z něho více finančních výhod než ti, kdo nepřispívali. Nová úprava má dále odradit potenciální migranty, kteří by chtěli čerpat především výhody rakouského sociálního státu.

⁴³ HINTERBERGER, K. F. Der österreichische Verfassungsgerichtshof und die Mindestsicherung. *Verfassungsblog*. 18. 3. 2018 (<https://verfassungsblog.de/der-oesterreichische-verfassungsgerichtshof-und-die-mindestsicherung>).

⁴⁴ Viz dokument „Vortrag an den Ministerrat – Mindestsicherung neu“ ze dne 28. května 2018 (dokument je dostupný z: https://www.bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/849801/20_16_mrv.pdf/80a64186-147f-4b30-84d5-f69703b98cc2).

Rakouské ministerstvo práce a sociálních věcí (*Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz*) následně zpracovalo návrh zákona, který byl koncem listopadu 2018 poslán do připomínkového řízení, které trvalo do 10. ledna 2019. Dne 13. března 2019 postoupila vláda upravený návrh zákona do parlamentu.⁴⁵

Ve světle judikatury ústavního soudu není nijak překvapivé, jakým směrem se reforma vydala. Aby nové úpravě nebylo možné vytknout diskriminaci a neodůvodněné rozlišování mezi unijními občany a občany třetích zemí, bylo nutné snížit dávky minimálního zajištění pro všechny a současně vzít v potaz specifika týkající se osob požívajících azyl.

Symbolickou hodnotu má chystané přejmenování „minimálního zajištění“ na „sociální pomoc“. Legislativní návrh počítá s maximální výší 863 EUR za měsíc, přičemž ovšem vyplácení 300 EUR z této měsíční dávky je vázáno na kritéria jako ukončení rakouské školy, znalosti němčiny (na stupni B1) nebo znalosti angličtiny (na stupni C1). Jednotlivé spolkové země mohou tuto částku, která je zákonem stanovena jen rámcově, v rámci svých jurisdikcí dále snižovat, např. pokud náklady na ubytování budou v Burgenlandu nižší než v hlavním městě Vídeň nebo pokud spolková země poskytuje vyšší věcné plnění. V tomto směru ostatně neexistuje pro spolkové země žádná minimální hranice.

Návrh zákona nakonec nepočítá se stropem pro minimální zajištění na jednu domácnost, ale zatímco pro první a druhé dítě má být vypláceno 25 %, resp. 15% základní sazby, u všech dalších dětí to má být jen 5%.⁴⁶ Jinými slovy, v důsledku reformy se ve stejné míře snižuje podpora pro všechny rodiny s více dětmi, tzn. jak u rakouských občanů, tak i u osob požívajících azyl.

Podle § 4 návrhu zákona má být nová sociální pomoc vyplácena pouze rakouským občanům a osobám požívajícím azyl. Ostatním cizincům, tzn. unijním občanům, resp. občanům Evropského hospodářského prostoru, a občanům třetích zemí, vzniká nárok pouze v případě, že měli v Rakousku skutečný a legální pobyt delší než pět let. Z podmínky pětiletého pobytu však mohou příslušné orgány učinit výjimky v souladu s mezinárodními a unijními závazky.⁴⁷ Osoby požívající subsidiární ochranu mají podle § 4 návrhu

⁴⁵ Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz betreffend Grundsätze für die Sozialhilfe (Sozialhilfe-Grundsatzgesetz) und ein Bundesgesetz über die bundesweite Gesamtstatistik über Leistungen der Sozialhilfe (Sozialhilfe-Statistikgesetz) erlassen und das Bundesgesetz zur Integration rechtmäßig in Österreich aufhältiger Personen ohne österreichische Staatsbürgerschaft (Integrationsgesetz-IntG) geändert werden. Návrh je dostupný na stránkách rakouského parlamentu (https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I_00514/fname_740750.pdf).

⁴⁶ Viz § 5 odst. 2 návrhu zákona.

⁴⁷ Důvodová zpráva v této souvislosti výslovně odkazuje na judikaturu Soudního dvora Evropské unie.

nárok pouze na základní plnění sociální pomoci (ve smyslu výše zmíněného čl. 29 odst. 2 kvalifikační směrnice), které nesmí jít nad rámec tzv. základního zajištění určeného žadatelům o mezinárodní ochranu.

6. ZÁVĚR A VÝHLED

V tomto příspěvku jsme se zaměřili na otázku přístupu žadatelů o mezinárodní ochranu a osob požívajících mezinárodní ochranu k sociálním dávkám v přijímajících státech, protože štedrost sociálních systémů členských států považujeme za jeden z klíčových motivačních faktorů příchozích žadatelů. V první části článku jsme nastínili, jak se princip rovnosti, resp. zákaz diskriminace prolíná mezinárodní ochranou lidských práv a mezinárodním uprchlickým právem. Ve světle zákazu diskriminace disponují členské státy EU jen poměrně omezeným prostorem pro rozlišování mezi občany a uprchlíky.

Tyto zásady se přirozeně promítají do relevantní směrnice úpravy, která na základě poměrně vágních pojmů a pro jednotlivé skupiny příchozích nejednotně stanoví nárok na sociální pomoc. V tomto příspěvku jsme se podrobněji věnovali snahám Evropské komise o harmonizaci standardů sociální pomoci poskytované žadatelům o mezinárodní ochranu a osobám požívajícím mezinárodní ochranu. Zjistili jsme, že aktuální legislativní návrhy nejsou koncipovány příliš ambiciózně. Vzhledem k rozdílným pojetím sociálních systémů v členských státech a k omezeným pravomocem EU v této oblasti nesou hlavní odpovědnost nadále členské státy.

V závěrečné části příspěvku jsme se proto podrobněji věnovali aktuálním diskusím o omezení sociálních dávek pro uprchlíky v Rakousku. Z vývoje legislativy a judikatury v Rakousku lze podle našeho názoru odvozovat řadu poznatků, které jsou relevantní pro všechny členské státy, zejména pro ty, které se staly oblíbenými cílovými zeměmi přistěhovalců.

Provázání vyplácení sociálních dávek s požadavkem minimálně pětiletého řádného pobytu v Rakousku bylo rakouským ústavním soudem s odkazem na zákaz diskriminace hodnoceno jako protiústavní. Ani zastropování sociální dávky bez ohledu na počet členů žijících v jedné domácnosti neobstálo ve světle judikatury ústavního soudu. Jelikož ústavní soud neopíral svůj výrok jen o principy rakouské ústavy, ale také o mezinárodní ochranu lidských práv v podobě Mezinárodní úmluvy o odstranění všech forem rasové diskriminace, jsou zmíněné závěry do určité míry zajímavé také pro jiné členské státy.

S unijněprávními standardy je slučitelné poskytování sociálních dávek v podobě věcného plnění. O právo EU se může opřít také provázání vyplácení dávek se splněním integračních kritérií. Dále je ve světle práva EU v zásadě

přípustné rozlišování mezi osobami požívajícími azyl a osobami s doplňkovou ochranou. Judikatura rakouského ústavního soudu ukázala, že restriktivní opatření namířená na uprchlíky jako specifickou skupinu příjemců sociálních dávek jsou problematická.

Rakouský případ ukázal, že boj proti údajnému či skutečnému zneužití sociálních dávek ze strany uprchlíků nakonec dopadá na všechny, tzn. i na občany. Podle údajů spolkového statistického úřadu *Statistik Austria* by omezení dopadla mimo jiné na osoby se zdravotním postižením a chronicky nemocné osoby, které tvoří celkem 58 % všech beneficentů minimálního zajištění. V roce 2017 měla cca polovina osob pobírajících minimální zajištění rakouské občanství, 27 % oprávněných požívalo azyl, 4 % subsidiární ochranu.⁴⁸

Nevládní organizace upozornily na to, že mezi beneficenty, na které dopadalo dočasné stropování sociální dávky v Dolních Rakousech, tvořily osoby požívající azyl jen jednu sedminu. Podle odhadů evangelické diakonie by byli chystanými škrty dotčeni z převážné části (70 až 80 %) rakouští občané. Třetinu dotčených osob by tvořily děti.⁴⁹ Ve světle těchto údajů se ukazuje, že jakékoli omezení sociální podpory dopadá ve světle zákazu diskriminace na celý sociální systém a nemůže být cíleně koncipováno jako opatření proti přílivu žadatelů o azyl. V každém případě lze očekávat, že nový zákon o sociální pomoci bude v případě jeho přijetí předmětem přezkumu ze strany rakouského ústavního soudu.

⁴⁸ Pro celou studii viz stránky rakouského ministerstva práce a sociálních věcí: https://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/7/7/1/CH3434/CMS1536151893778/mindestsicherungsstatistik_2017.pdf

⁴⁹ SCHLIESSELBERGER, H. Neue Mindestsicherung trifft die Österreicher. *Salzburger Nachrichten*. 14. 6. 2018 (<https://www.sn.at/politik/innenpolitik/neue-mindestsicherung-trifft-die-oesterreicher-29178898>).

Právo azylu v socialistickém Rumunsku

Daniel Buzu* a David Kryška**

1. ÚVOD

Nárůst počtu migrantů z oblastí Blízkého a Středního východu a afrických států do Evropy a s tím související vyšší počet žádostí o mezinárodní ochranu ve státech Evropské unie v posledních letech způsobily krizi, která bývá označovaná jako tzv. (evropská) migrační krize či (evropská) uprchlická krize. Ta mnohdy v plném světle ukázala některé nedostatky společného evropského azylového systému. V politickém a odborném diskursu se stále častěji začaly ozývat hlasy po reformě systému jako takového, ale i azylového systému jednotlivých států. Azylová a migrační politika a migrační (cizinecké, azylové a uprchlické) právo se staly předmětem zvýšeného zájmu právní vědy, ale rovněž sociologie, politologie, historie a dalších společenských věd, jakož i masových médií a společnosti celkově.

Své místo v rámci debaty v právní vědě má bezpochyby právní historie a historická perspektiva migračního práva. Platí, že historie práva může pro právo platné v té které konkrétní době představovat nejen možný inspirační zdroj pro legislativu, ale pomocí znalosti prapůvodu právní úpravy může aplikační praxe či právní věda nalézt řešení současných problémů.

Cílem tohoto příspěvku je představit azylové právo v Rumunsku v období od druhé poloviny 40. let 20. století do roku 1990. Tedy ve státě, který patřil do skupiny tzv. lidově demokratických, resp. socialistických států. Na tomto místě se jako vhodné jeví alespoň ve stručnosti uvést důvody, pro které by se uvedenému tématu měla věnovat rovněž česká právní věda, popřípadě historické vědy.

Této oblasti, stejně jako azylovému právu v tzv. socialistických státech prozatím nevěnovala česká právní věda takřka žádnou pozornost, což kupodivu platí i pro období před rokem 1990. Azylové právo evropských socialistických států přitom patří do právního vývoje několika členských států EU. Zároveň jeho znalost může pomoci objasnit některé právní, společenské a politické

* Advokacie, Praha.

** Katedra správního práva a správní vědy, Právnická fakulta UK, Praha.

souvislosti. Dokonce má v určitých případech vliv na současnou podobu jejich vnitrostátního azylového práva. Kromě toho, byť se to může jevit jako překvapující, má právo azylu ostatních evropských socialistických zemí společné historické kořeny s českým a slovenským (československým) azylovým právem. Společným vzorem, zejména pro ústavní úpravu práva azylu v tzv. socialistických státech, totiž byla Ústava SSSR z roku 1936.¹ Tato skutečnost nás může zajímat zejména ze dvou úhlů pohledu. Jednak právo azylu v tzv. socialistických státech mělo tomuto institutu dát zcela nový obsah² a můžeme tak vidět snahu o vytvoření jakéhosi „socialistického společného azylového systému“. Zkoumání práva azylu v jednotlivých státech, které jej tvořily, nám pak umožňuje tuto snahu hodnotit. Vedle toho nám zkoumání azylového práva tzv. socialistických států může více podhalit obsah práva azylu podle čl. 43 české Listiny základních práv a svobod nebo čl. 53 Ústavy Slovenské republiky.

2. PRÁVO AZYLU V ÚSTAVÁCH SOCIALISTICKÉHO RUMUNSKA

Poté co po setkání britského premiéra W. S. Churchilla s J. V. Stalinem v Moskvě z října 1944 bylo potvrzeno, že Rumunsko³ bude ve sféře vlivu Sovětského svazu, byla zahájena postupná sovětizace rumunského státu ve všech sférách života včetně sféry politicko-právní.⁴ Komunistická strana Rumunska se stala stranou masovou a její představitelé násilím donutili krále Michala I.

¹ Srov. např. GALENSKAJA, L. N. *Právo ubežišča. Meždunarodno-pravovyyje voprosy*. Moskva: Meždunarodnyje otnošenija, 1968, s. 59–60.

² MORAWIECKI, W. *Zagadnienie prawa azylu w świetle projektu Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Państwo i Prawo*. 1952, č. 4, s. 589.

³ Rumunsko jako monarchie vyhlásilo nezávislost na Turecko 9. května 1877. Mezinárodní uznání se mu dostalo o rok později (čl. 43 a násl. Berlínské smlouvy ze dne 13. 7. 1878). První ústava z roku 1866 byla inspirována belgickou ústavou z roku 1830. V období do roku 1989 následovaly ústavy z let 1923, 1938, 1948, 1952 a 1965. Ústavy z let 1866 a 1923 byly ústavami demokratickými, kdy zejména vzhledem k době svého vzniku neoliberální ústava z roku 1923 obsahovala řadu moderních principů parlamentní demokracie. Naopak ústava z roku 1938 reagovala na geopolitický vývoj a změnu poměrů v Evropě, posílila tak roli státu oproti roli občana, jakož i roli krále. Srov. KUBÁT, M. a kol. *Politické a ústavní systémy zemí středovýchodní Evropy*, 1. vyd. Praha: Eurolex Bohemia, 2004, s. 302; DUCULESCU, V. La réforme constitutionnelle en Roumanie et les exigences de l'intégration européenne. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 56 N°1, 2004, s. 193-202. DOI: <https://doi.org/10.3406/ridc.2004.19262>; TANCHEV, E. a kol. *Constitutional law of 2 EU member states: Bulgaria and Romania : the 2007 enlargement*. Deventer: Kluwer, 2008, s. II-7 a násl.

⁴ TREPTOW, K. W. *Dějiny Rumunska*. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 2000. Dějiny států, s. 341 a násl.

dne 30. 12. 1947 k abdikaci.⁵ V návaznosti na ni byl téhož dne přijat zákon č. 363/1947, který zřídil Rumunskou lidovou republiku.^{6,7} Na úvod rovněž nelze opomenout národnostní složení Rumunska, které po druhé světové válce disponovalo mezi obdobně velkými evropskými státy nejpestřejším národnostním složením, přičemž nejpočetnější národnostní menšinu tvořili Maďaři s počtem 1,5 milionu obyvatel.⁸

Stejně jako ve většině dalších evropských socialistických zemích⁹ i v Rumunsku bylo právo azylu v posuzovaném období výslovně zakotveno v jeho ústavách. Všechny tři ústavy, které byly v Rumunsku vydány v období let 1948–1989, patří mezi přibližně 150 tzv. socialistických ústav přijatých zejména v zemích Evropy, Asie a Latinské Ameriky od roku 1918 do 80. let 20. století.¹⁰ Ústava tzv. socialistického státu zakotvuje zejména základní rysy politického systému, třídní strukturu socialistické společnosti, vedoucí roli dělnické třídy a komunistické strany, vztah občana ke státu a poměr jedince ke kolektivu.¹¹ Zkoumané rumunské ústavy stejně jako jiné socialistické ústavy obsahují katalog občanských práv a svobod. V tomto se vedle tradičních práv a svobod nacházejí sociálně-ekonomická a národnostní práva.¹² Socialistické ústavy po vzoru tzv. Stalinské ústavy¹³ vycházejí z internacionální myšlenky proklamované rovností všech národů a ras.¹⁴ Rumunské ústavy

⁵ Ibidem, s. 346.

⁶ Lege nr. 363 din 30 decembrie 1947 pentru constituirea Statului Roman în Republica Populara Română, Monitorul Oficial nr. 300.

⁷ Tento zákon je podle jednoho ze spoluautorů (D. Buzu) dodnes právní normou neplatnou a právně-teoreticky by správně neměl vyvolat zamýšlené účinky. Je tomu z důvodu, že Národní shromáždění (rum. *Adunarea Deputatilor*), právně zakotvené nařízením krále č. 2218 ze dne 13. července 1946, jako legislativní orgán, který zákon přijal, nebylo dle čl. 17 uvedeného nařízení krále nadáno pravomocí přijímat právní předpisy, které by, byť jen částečně, měly za následek změnu ústavy. K tomu dále např. DUMITRAȘCU-ANTONIU, C. *Cel Imun. Cel Înalt.Cel Grav-Eseu despre răspunderea constituțională a șefului de stat român*. 1. vyd. Bukurešť: Cristian Dumitrașcu-Antoniou, 2019, s. 217.

⁸ HÜBL, M. *Vytvoření lidové demokratického státu a výstavba socialismu v Rumunsku: (1939–1957)*. 1. vyd. Praha: Státní nakladatelství politické literatury, 1958, s. 36.

⁹ Netýkalo se to pouze prozatímních (malých) ústav Maďarska a Polska a československé Ústavy 9. května z roku 1948 (srov. SMOLIŃSKI, T. Prawo azylu i ekstradycja w konstytucjach europejskich państw socjalistycznych. *Ruch Prawniczy*. 1973, č. 1, s. 16).

¹⁰ PEŠKA, P. Úloha socialistické ústavy. IN: ZDOBINSKÝ, S. a kol. *Ústavní systémy socialistických zemí*. 1. vyd. Praha: Panorama, 1988, s. 57.

¹¹ FILIP, J. *Podstata, obsah a forma ústavy socialistického typu*. 1. vyd. Brno: Univerzita Jana Evangelisty Purkyně, 1987, s. 67.

¹² GRÓNSKÝ, J. *Ústavné právo socialistických krajín: (též prednášok)*. Praha: Univerzita Karlova, 1970, s. 7.

¹³ Ústava (základní zákon) Svazu sovětských socialistických republik ze dne 5. prosince 1936.

¹⁴ RAIS, Š. *Mezinárodní význam Stalinské ústavy*. 1. vyd. Praha: Československo-sovětský institut ČSAV, Malá knižnice Československo-sovětského institutu, 1952, s. 17.

z období socialismu znamenaly podstatný odklon od tradičních ústavních principů vlivem marxismu-leninismu, neboť veškerý politický a sociální život byl podřízen jedné vůdčí straně.^{15,16} Mezi některé zvláštnosti rumunských socialistických ústav patří absence preambule. Rumunská ústava z roku 1952 však obsahuje úvodní, číselně neoznačenou, kapitolu (rum. *Capitol introductiv*).¹⁷

Vzorem pro první dvě rumunské ústavy v uvedeném období byla Ústava SSSR z roku 1936.¹⁸ První socialistická rumunská ústava z roku 1948¹⁹ byla již od počátku koncipována pouze jako ústava provizorní, jejímž hlavním cílem bylo vytvořit dojem legálního základu pro převedení hospodářství do rukou státu.²⁰ Zároveň byly zkoumané rumunské ústavy bezprostředně aplikovatelné a nebylo pro použití v nich psaných právních norem potřeba prováděcího předpisu, nebylo-li výslovně stanoveno něco jiného.

Proces sovětizace²¹ znamenal rovněž zahrnutí azylového článku již v Ústavě z roku 1948, která v čl. 35 uváděla, že Rumunská lidová republika poskytuje právo azylu cizincům, pronásledovaným za demokratickou činnost, za boj o národní osvobození nebo za činnost v oboru vědy či kultury.²² Nutno dodat, že rumunský text užívá pro slovní spojení *právo azylu* pojem *drept de refugiu*, který, alespoň co se týče gramatického vyjádření, je spojením patrně obecnějšího významu než *drept de azil*.²³ Posledně uvedené spojení je

¹⁵ DUCULESCU, V., op. cit. 3, s. 194.

¹⁶ Zajímavostí rusifikace rumunského veřejného života je i minimalizace latinských prvků v rumunském jazyce, pravopise a historii, kdy i zkrácené dosavadní označení státu Románie se změnilo na Romínia.

¹⁷ Srov. PEŠKA, P. op. cit. 10, s. 63–64.

¹⁸ TREPTOW, K. W., op. cit. 4, s. 351.

¹⁹ Ústava Rumunské lidové republiky z roku 1948 byla jednohlasně přijata 401 hlasy a vyhlášena v rumunské Sbírce zákonů dne 13. dubna 1948.

²⁰ FOCSENEANU, E. *Istoria Constituționala a României (1859–2003)*. 3. vyd. Bukurešť: Eleodor Focseneanu, 2009. s. 185.

²¹ Srov. KRYSKA, D. Sovětizace azylového práva jako druh jeho globalizace. In: ČAMDŽIČOVÁ, S. (ed.) *Právo v globalizované společnosti. Sborník odborných příspěvků z mezinárodní konference Olomoucké debaty mladých právníků 2018*. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2018, s. 105–112.

²² GRÓNSKÝ, J. *Dokumenty ke státnímu právu lidově demokratických republik*. 1. vyd. Praha: Vysoká škola polit. a hospodář. věd v Praze, 1952, s. 81.

²³ Pojem *azil*, z fr. *asile*, lat. *asylum*, výkladový slovník rumunského jazyka vykládá jako místo, kde osoba nachází ochranu, úkryt, útočiště a zároveň tento pojem spojuje s právem azylu (*drept de azil*). *Dicționarul explicativ al limbii române*. Bukurešť: Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan“, Editura Univers Enciclopedic Gold, 2009. Dostupné z: <https://dexonline.ro/definitie/azil>. Pojem *refugiu* se do českého jazyka překládá jako útočiště, útěcha, zatímco pojem *azil* jako azyl, útulek. IONESCU, A. I. *Rumunsko-český slovník. Dicționar Român-Ceh*. Voznice: Leda, 2002, s. 41, 229. Může zde jít o výraz zmíněné rusifikace (rus. *право убежища – pravo ubežišča*).

vnímáno jako právo azylu v pravém slova smyslu jako výsada jednotlivých států.²⁴ Ostatně spojení *drept de refugiu* v dalších dvou zkoumaných rumunských ústavách absentuje, neboť je nahrazeno uvedeným *drept de azil*. Text čl. 35 Ústavy z roku 1948 obsahově víceméně odpovídá textu čl. 129 Ústavy SSSR z roku 1936,²⁵ což lze považovat za jeden z projevů sovětizace azylového práva.²⁶

Z gramatického vyjádření „poskytuje právo azylu“ lze dovodit, že podle čl. 35 Ústavy z roku 1948 právo azylu poskytuje stát jako neomezený suverén. Možnými beneficienty azylového článku rumunské ústavy jsou *cizinci*. Tento pojem Ústava z roku 1948 nedefinovala. Lze mít za to, že rumunská úprava umožnila poskytnout azyl širšímu okruhu osob než pouze občanům jiného státu, neboť cizincem se obecně rozumí fyzická osoba, která není státním občanem konkrétního státu. V této souvislosti lze konstatovat, že rumunské právní předpisy z roku 1948 také pracovaly s uvedenou obecnou interpretací pojmu *cizinec*, přičemž například čl. 2 nařízení ministerstva vnitra č. 238/1948 definoval cizince jako všechny, kteří nejsou rumunskými státními občany.²⁷

Rumunské socialistické ústavy zakotvily jako základní podmínku udělení práva azylu pronásledování osoby z taxativně vymezených důvodů. Zatímco účelem Ústavy z roku 1948 byla především transformace ekonomiky, Ústava z roku 1952 směřovala zejména k posílení zájmů vládnoucí strany a pevnému spojení státu se Sovětským svazem.²⁸ Text Ústavy z roku 1952 tak v podstatných bodech věrně kopíruje Ústavu SSSR z roku 1936 s dominantní rolí vládnoucí komunistické strany.²⁹

Oproti první rumunské socialistické ústavě, která výslovně Sovětský svaz ve svém textu nezmiňuje, znění Ústavy z roku 1952 výslovnou zmínku obsahuje pětkrát.³⁰ Vznik Rumunské lidové republiky je popisován jako ná-

²⁴ PARASCHIV, R. G. Protecția refugiaților potrivit reglementărilor internaționale. *Acta Universitatis George Bacovia. Juridica* [online]. Volume 4. Issue 1/2015 [cit. 2019-05-22]. Dostupné z: http://www.ugb.ro/Juridica/Issue7RO/3._Protectia_refugiaților_potrivit_reglementarilor_internationale.Ramona_Paraschiv.RO.pdf

²⁵ Blíže srov. např. KRYSKA, D. Právo azylu v Sovětském svazu. In: KOŠIČIAROVÁ, S. (ed.) *Aktuálne otázky azylového práva I. Zborník príspevkov z česko-slovenskej vedeckej konferencie*. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave. 2019, s. 277–290.

²⁶ Srov. KRYSKA, D. Právo azylu v Listině základních práv a svobod v historické perspektivě. K počtu docenta Vladimíra Mikule. *Správní právo*. 2015, č. 3, s. 140–144.

²⁷ Decret nr. 238 din 16 septembrie 1948 privind regimul străinilor în Republica Populară Română, Monitorul Oficial nr. 215.

²⁸ Srov. FOCSENEANU, E., op. cit. 20, s. 191.

²⁹ SIMONS, W. B. *The Constitutions of the Communist world*. Germantown, Md.: Sijthoff & Noordhoff, 1980, s. 312.

³⁰ Úvodní kapitola a čl. 3.

sledek historického vítězství SSSR nad německým fašismem a osvobození Rumunska vítěznou sovětskou armádou. Zahraniční politika Rumunské lidové republiky dle textu ústavy je politikou směřující k obraně míru, přátelství a spojenectví se SSSR a k přátelství se všemi národy milujícími mír.

Přestože čl. 89 Ústavy z roku 1952 obsahující azylový článek na první pohled vypadá obdobně jako čl. 35 Ústavy z roku 1948, jsou mezi těmito úpravami patrné rozdíly. Jak již bylo výše uvedeno, pro *právo azylu* je užito v Ústavě z roku 1952 spojení *drept de azil*. Článek 89 Ústavy z roku 1952 stanovil, že Rumunská lidová republika poskytuje právo azylu cizím občanům pronásledovaným za obranu zájmů pracujících, vědeckou činnost, účast na národněosvobozeneckém boji nebo obranu míru. Je patrné, že jako adresáti práva azylu jsou uvedeni cizí občané, nikoliv cizinci jako v předchozí právní úpravě. Demokratická činnost a činnost v oboru kultury v textu základního zákona byly nahrazeny obranou zájmů pracujícího lidu a účastí v boji za mír. Terminologicky nová úprava spojuje právo azylu s účastí na národněosvobozeneckém boji, nikoliv přímo s bojem za národní osvobození.

Poslední socialistickou ústavou v Rumunsku je Ústava Rumunské socialistické republiky, jednohlasně přijatá Velkým národním shromážděním zákonem č. 1 ze dne 21. srpna 1965.³¹ Ústava z roku 1965 vešla v účinnost v den jejího vyhlášení a byla po dobu její účinnosti do 8. prosince 1991 celkem desetkrát novelizována.³² Za zmínku v souvislosti s národnostní otázkou a ústavními změnami stojí skutečnost, že první novelizace se zčásti týkaly územně správního členění státu.³³ K přijetí této nové ústavy došlo s ohledem na vyvrcholení sovětizace rumunského veřejného života v průběhu první poloviny 50. let 20. století, načež následně postupně docházelo ke změnám politické orientace. Zejména počátkem 60. let byl patrný odklon Rumunska od Sovětského svazu. Změn dostaly i názvy institucí, ulic, měst, jakož i rumunský pravopis, což lze nalézt nejen v textaci právních předpisů, ale opět i v navrácení k původnímu obecnému označení státu *România*.³⁴ Vůdce rumunské

³¹ Constituția Republicii Socialiste România din 1965, Buletinul Oficial al Republicii Socialiste România nr. 65/29.

³² V letech 1968 (2x), 1969, 1971, 1972, 1974 (2x), 1975, 1979, 1986.

³³ První publikované znění Ústavy z roku 1965 zakotvilo Maďarský autonomní kraj jako formu státoprávního postavení maďarské národnosti, přičemž již v čl. 19 Ústavy z roku 1952 byla vytvořena Maďarská autonomní oblast. Tento však byl již při první novele Ústavy z roku 1965 v roce 1968 zrušen s odůvodněním rovnoměrného a rychlého ekonomického a sociálně kulturního rozvoje měst a obcí všech občanů bez rozdílu národnosti (srov. BAUDYŠOVÁ, V. a kol. *Ústava Rumunské socialistické republiky*. 1. vyd. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1986, s. 12).

³⁴ TREPTOW, K. W., op. cit. 4, s. 357.

komunistické strany G. Gherghiu-Dej zemřel na jaře roku 1965 a jen několik dní po jeho smrti jeho podobizny z veřejných budov, jméno z oficiálního tisku, jakož i jeho publikace zmizely. Na následném IX. sjezdu strany bylo potvrzeno jmenování generálním tajemníkem ústředního výboru strany N. Ceausesca. Vzhledem k tématu tohoto článku je však podstatné, že sjezd zároveň doporučil návrh nové ústavy.³⁵

Ve světle odvrácení se od Sovětského svazu Ústava z roku 1965 v článku 1 změnila název země na Rumunská socialistická republika (rum. *Republica Socialistă România*) a zejména již nikterak nebyl Sovětský svaz v jejím textu zmíněn.³⁶ Stejně jako v předchozích případech i tento základní právní předpis obsahoval azylový článek. Článek 38 Ústavy z roku 1965 zakotvil právo azylu, přičemž stanovil, že Rumunská socialistická republika poskytuje právo azylu cizím státním občanům pronásledovaným za hájení zájmů pracujících, za účast v národně osvobozovacím boji nebo za účast v boji za mír.³⁷ Pravomoc poskytnout azyl náležela Státní radě Rumunské socialistické republiky jako nejvyššímu nepřetržitě činnému orgánu státní moci, podřízenému Velkému národnímu shromáždění. Dle čl. 63 odst. 7 Ústavy z roku 1965 Státní rada trvale vykonávala pravomoc poskytování azylu. V rámci novelizace v roce 1974 byl v Rumunské socialistické republice zřízen nový orgán, a to funkce prezidenta republiky.³⁸ A právě mj. pravomoc poskytování azylu přešla ze Státní rady na prezidenta republiky. Tomu odpovídalo i novelizované znění čl. 75 odst. 9 Ústavy z roku 1965, podle kterého prezident Rumunské socialistické republiky v souladu s Ústavou a zákony poskytoval právo azylu a k plnění této pravomoci vydával prezidentské dekrety a rozhodnutí.³⁹ Článek 75 Ústavy z roku 1965 byl následně ještě jednou novelizován, nicméně poskytnutí práva azylu touto změnou nebylo dotčeno.⁴⁰

Úprava azylu v ústavách socialistického Rumunska se svými formulacemi a obsahem nevymykala rámci ústav evropských socialistických států.⁴¹ Ve všech třech zkoumaných ústavách *právo azylu poskytuje* Rumunská (lidová/socialistická) republika. Z jazykového hlediska je kladen důraz na stát, nikoliv na žadatele o azyl (politického emigranta). Jinými slovy, právo azylu bylo formulováno jako právo na straně státu, komu azyl udělí, a nikoliv jako

³⁵ Ibidem, s. 358.

³⁶ Srov. FOCSENEANU, E., op. cit. 20, s. 196.

³⁷ Srov. ibidem, s. 29.

³⁸ Legea nr. 1/1974 privind modificarea Constituției Republicii Socialiste România, Buletinul Oficial al Republicii Socialiste Romania nr. 45.

³⁹ Čl. 75 ve znění zákona č. 1 ze dne 28. 3. 1974 a ve znění zákona č. 66 ze dne 20. 12. 1974.

⁴⁰ Legea nr. 19/1986 pentru modificarea unor prevederi din Constituția Republicii Socialiste Romania, Buletinul Oficial al Republicii Socialiste Romania nr. 64/27.

⁴¹ Srov. KRYSKA, D. op. cit. 26, s. 140–144.

jeho povinnost azyl poskytnout. Právo azylu se stávalo právem až poté, co bylo politickému emigrantovi uděleno.⁴² Co do důvodů, pro které bylo možné azyl udělit, se zde nesetkáme s žádným „speciálním“ důvodem, který by se v ostatních ústavách evropských socialistických států nenacházel. Lze říci, že pojmy použité pro formulaci azylových důvodů poskytovaly rozhodujícím orgánům poměrně velkou interpretační volnost.⁴³ Týká se to rovněž pojmu *pronásledování*. O azyl se mohl ucházet pouze „aktivní běželec“,⁴⁴ který buďto musel *vykonávat* nějakou činnost, nebo *hájit* či *bránit* určité hodnoty, nebo se *účastnit* blíže charakterizovaného *boje*. Veškerá tato činnost musela být „politická“, a tedy nikoliv „eticky neutrální“.⁴⁵ Žádná z uvedených ústav přímo neomezovala pronásledování jako důvod udělení (práva) azylu pouze na území státu původu, respektive stát, jehož občanství pronásledování cizinci měli. Beneficienty azylových článků pak mohli být všichni, *kteří nebyli rumunskými státními občany*.

3. PRÁVO AZYLU V PROVÁDĚCÍ ÚPRAVĚ

V obecné rovině lze říci, že práva a svobody zakotvené v ústavách socialistických zemí konkretizaci v běžném zákonodárství vyžadovaly.⁴⁶ Přístup v otázce konkretizace azylového článku byl však v jednotlivých zemích různý. Některé státy přijaly relativně podrobnou zákonnou úpravu, některé naopak na zákonné úrovni právo azylu v podstatě ignorovaly a příslušný azylový článek nekonkretizovaly. Ve vztahu k základním právům v socialistických státech se uvádí, že „[p]roblematika základních práv se teoreticky přesunula (resp. mohla přesunout) do oblasti správního práva“⁴⁷, což pro azylové právo jednoznačně platilo, a to i prakticky.

V Rumunsku dne 16. září 1948 ministerstvo vnitra vydalo nařízení č. 238, o režimu cizinců v Rumunské lidové republice, kterým derogovalo právní

⁴² Srov. obdobně ZDOBINSKÝ, S. a kol. *Československá ústava. Komentář*. Praha: Panorama, 1988, s. 139.

⁴³ Srov. DIMITRIJEVIĆ, V. *Utočište na teritoriji strane države. Teritorijalni azil*. Beograd: Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, 1969, reprint Beograd: Beogradski centar za ljudska prava, 2015, s. 87.

⁴⁴ Srov. tamtéž, s. 86.

⁴⁵ Srov. WIERZBICKI, B. *O azylach i ekstradycji przestępców*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1982, s. 79–88.

⁴⁶ Srov. WAGNEROVÁ, E. Základní práva. In: BOBEK, M., MOLEK, P., ŠIMÍČEK, V. (eds.) *Komunistické právo v Československu. Kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Mezinárodní politologický ústav, Masarykova univerzita, 2009, s. 343, a literaturu tam uvedenou.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 345.

předpisy z let 1915 až 1946 týkající se právního postavení cizinců a migrantů.⁴⁸ Konkrétně se jednalo o zrušení zákona č. 281 o kontrole cizinců z roku 1915,⁴⁹ zákona o regulaci migrací z roku 1925⁵⁰ a jeho prováděcí vyhlášky z roku 1925,⁵¹ zákona pro ochranu tuzemské práce z roku 1930,⁵² nařízení o právní síle zákona k provedení zákona o kontrole cizinců,⁵³ nařízení o právní síle zákona o úpravě stavu osob odstraněných z rejstříků týkajících se rumunského občanství z roku 1938⁵⁴ a zákona o sčítání cizích státních příslušníků v Rumunsku z roku 1946⁵⁵.

Poskytnutí azylu neznamenalo přiznání státního občanství. Právě státní občanství bylo jednou ze základních podmínek úplného právního statusu fyzické osoby v socialistickém Rumunsku.⁵⁶ V této souvislosti lze zmínit ustanovení čl. 11 odst. 3 a 4 nařízení č. 125/1948 o rumunském občanství,⁵⁷ zakotvující podmínky pro získání rumunského občanství cizím státním občanem. Jak je shora uvedeno, cizincem se pro účely tohoto nařízení chápou všichni, kteří nejsou rumunskými státními občany.⁵⁸ Podle ustanovení čl. 11 uvedeného nařízení byl občan jiného státu oprávněn žádat o rumunské občanství, pokud nepřetržitě bydlel na rumunském území po dobu 5 let a dále po doložení zřeknutí se cizího občanství. Současně tento občan musel mít dobré chování a nadto u něj musela být splněna podmínka absence nedemokratických postojů či postojů ve střetu se zájmy Rumunské lidové republiky. Uvedená pětiletá doba se omezila na dobu jednoho roku mj. u osob, které Rumunská lidová republika poskytly významnou službu, anebo poživatelům práva azylu podle čl. 35 Ústavy z roku 1948. Nařízení však závěrem uvádí, že ve všech případech uvedená jednorozční doba může být zkrácena či prodloužena ministrem spravedlnosti. Zajímavostí dále je, že jedno ustanovení posuzovaného právního předpisu zmiňuje apatridy, a to v souvislosti s držiteli Nansenových pasů (držitelé průkazu Dr. Nansena

⁴⁸ Srov. Decret 238, op. cit. 27.

⁴⁹ Lege nr. 281/1915 pentru Controlulul străinilor, controlul unora din stabilimentele publice și pentru înființarea unui birou de populații.

⁵⁰ Legea pentru reglementarea migrațiilor nr. 1.2016.

⁵¹ Regulamentul pentru aplicarea legii migrațiilor Nr. 2.078.

⁵² Legea pentru protegirea muncii indigene Nr. 1.118.

⁵³ Decretul-lege Nr. 4.072 din 3 Decembrie 1938 pentru completarea legii pentru controlul străinilor și înființarea unui timbru fix.

⁵⁴ Decretul-lege Nr. 3.253 din 1938, privitor la reglementarea situațiilor persoanelor șterse din registrele de naționalitate română.

⁵⁵ Legea Nr. 411/1.581 din 1946 pentru recensământul străinilor din România.

⁵⁶ JIRÁSKOVÁ, V. Rumunská socialistická republika. In: ZDOBINSKÝ, S. a kol. *Ústavní systémy socialistických zemí*. 1. vyd. Praha: Panorama, 1988, s. 340.

⁵⁷ Decretul nr. 125/1948 pentru cetățenia română, Monitorul Oficial al României.

⁵⁸ Decret nr. 238 din 16 septembrie 1948, op. cit. 27.

vydaného rumunským státem; rum. *Posesorii de certificat Dr. Nansen, eliberate de Statul Roman*).⁵⁹

Uvedené nařízení bylo zrušeno nařízením č. 33/1952 o občanství Rumunské lidové republiky ze dne 24. ledna 1952.⁶⁰ Tento předpis již v čl. 8 presumoval a upravoval právní postavení apatridů. S účinností od ledna roku 1972 byl institut rumunského občanství upraven zákonem o rumunském občanství č. 24/1971, který pozbyl účinnosti až v roce 1991.⁶¹ Tento předpis poměrně komplexně upravoval pozbytí státního občanství, ať už dobrovolně, či proti vůli jeho držitele.

Nastalé společenské změny v 60. letech 20. století přinesly potřebu revidovat přístup k příslušníkům cizích států a nastavit nová kritéria pro status cizinců nacházejících se na území Rumunské socialistické republiky. V této souvislosti byl přijat zákon č. 25/1969, o postavení cizinců v Rumunské socialistické republice,⁶² který nahradil dosavadní nařízení č. 260/1957 upravující vstup, pobyt a opuštění Rumunské lidové republiky.⁶³ Na první pohled může zaujmout nejen rozsah odůvodnění („preambule“), které je součástí tohoto zákona a čítá přes 950 slov, ale zároveň i jeho obsah. Zákonodárce v preambuli odkazuje na pokračující rozvoj zahraničních záležitostí státu v různých oblastech (politická, ekonomická, kulturně-vědecká, sportovní, oblast cestovního ruchu), vedoucí ke zvýšení zájmu o Rumunsko a následně ke zvýšenému počtu cizinců přicházejících do Rumunska. Text preambule dále zmiňuje, že předchozí právní předpis, tj. vyhláška č. 260/1957 Sb., o úpravě vstupu cizinců, jejich pobytu a opuštění země, obsahovala některá omezující ustanovení včetně úpravy vyhoštění cizinců, která byla již překonána. Zákon zavedl princip, podle kterého měli na území Rumunska cizinci v rámci zákona stejná práva jako státní občané Rumunska, jakož i práva jim přiznaná jinými právními předpisy či mezinárodními smlouvami, k nimž Rumunská socialistická republika přistoupila. Zároveň však opakovaně stanoví výjimky, a to zejména s ohledem na veřejný pořádek, obranu státu či blíže neurčené nejvyšší zájmy státu.

Na osoby, kterým byl poskytnut azyl, pamatoval čl. 36 zákona o postavení cizinců v Rumunské socialistické republice, který dával ministru vnitra pravomoc osvobodit azylanty od příslušných povinností stanovených tímto

⁵⁹ Decretul nr. 125/1948, op. cit. 57, čl. 39.

⁶⁰ Decretul nr. 33/1952 privind la cetățenia Republicii Populare Române, Monitorul Oficial al României.

⁶¹ Legea nr. 24/1971 a cetățeniei române, Buletinul Oficial al Republicii Socialiste Romania.

⁶² Lege nr. 25 din 17 decembrie 1969 privind regimul străinilor în Republica Socialistă România, Buletinul Oficial al Republicii Socialiste Romania nr. 146.

⁶³ Decretul nr. 260/1957 privind reglementarea intrării, șederii și ieșirii străinilor din Republica Populară Română, Monitorul Oficial al României.

zákonem. Uvedené ustanovení podrobnější podmínky pro osvobození od zákonných povinností pro osobu, které byl poskytnut azyl, nestanovilo. Zajímavostí je, že tento zákon s určitými úpravami byl v účinnosti až do roku 2001, přičemž ke změně zákona došlo mimo jiné z důvodu, že některé jeho části, např. části ustanovení upravujících omezení pobytu cizince rozhodnutím ministra vnitra či ustanovení upravující opuštění země cizinci, byly Ústavním soudem prohlášeny za protiústavní.^{64,65}

Na osoby, kterým byl poskytnut azyl, pamatoval rovněž zákon o extradici.⁶⁶ Ustanovení čl. 4 uvedeného předpisu stanovilo zákaz extradice rumunských občanů, osob bez občanství s domicilem v Rumunské socialistické republice a dále osob, kterým byl poskytnut v Rumunské socialistické republice azyl. Vztahu rumunských státních příslušníků či zaměstnanců k cizincům se podrobně věnoval rovněž zákon č. 23 ze dne 17. prosince 1971 o ochraně státního tajemství v Rumunské lidové republice.⁶⁷ Tento například prostřednictvím zákazů a příkazů stanovil podmínky, za kterých občan Rumunska mohl komunikovat se zástupci médií ze zahraničí či jinými zahraničními subjekty. Tresty za porušení tohoto zákona byly v rovině trestněprávní. Na všechny cizince dopadalo i nařízení Státní rady č. 225/1974,⁶⁸ potvrzené zákonem č. 89/1974,⁶⁹ kterým bylo upraveno zajištění bydlení pro dočasně pobývajících cizince v Rumunsku. Fyzickým osobám s domicilem v Rumunsku nařízení zakázalo ubytovat či poskytnout pronájem a podnájem dočasně pobývajícím cizincům. Předpis zakotvil z tohoto pravidla výjimku pro příbuzné ubytovatelů, a to pro jejich děti, rodiče, sourozence, manžele a jejich děti.

⁶⁴ Legea nr. 123/2001 privind regimul străinilor în România, Monitorul Oficial al României nr. 276.

⁶⁵ Např. rozhodnutí Ústavního soudu Rumunské republiky č. 225 ze dne 16. listopadu 2000, Monitorul Oficial nr. 40; rozhodnutí Ústavního soudu Rumunské republiky č. 105 ze dne 11. dubna 2001, Monitorul Oficial al României nr. 344; rozhodnutí Ústavního soudu Rumunské republiky č. 106, Monitorul Oficial al României nr. 416.

⁶⁶ Lege nr. 4 din 18 martie 1971 privind extrădarea. Buletinul Oficial al Republicii Socialiste Romania nr. 35/18.

⁶⁷ Legea nr. 23/1971 privind apărarea secretului de stat în Republica Socialistă România, Buletinul Oficial al Republicii Socialiste Romania.

⁶⁸ Decret nr. 225 din 6 decembrie 1974 privind asigurarea suprafetelor locative necesare străinilor care se afla temporar în România, Buletinul Oficial al Republicii Socialiste Romania nr. 154.

⁶⁹ Lege nr. 89 din 20 decembrie 1974 pentru aprobarea Decretului Consiliului de Stat nr. 225/1974 privind asigurarea suprafetelor locative necesare strainilor care se afla temporar în Romania, Buletinul Oficial al Republicii Socialiste Romania nr. 164.

4. PRÁVO AZYLU V PRAXI SOCIALISTICKÉHO RUMUNSKA

Imigrační politika socialistického Rumunska byla tématem, které prakticky nebylo veřejně za dobu vlády komunistické strany otevřeno. Jakýkoliv pohyb cizinců na území Rumunska byl pod nepřetržitým dohledem vládnoucí strany, kdy tento dohled postupem času nabýval na intenzitě se strachem vládnoucí garnitury z příchodu agentů, kteří by pomohli rozvrátit režim zevnitř. Výjimku z výše uvedeného představovaly studijní pobyty Afričanů a příslušníků zemí Středního východu, o kterých rumunský tisk bohatě informoval.⁷⁰

Rumunský socialistický režim trvale vykazoval nesoulad mezi psaným právem a realizovanou praxí. Mnohá ústavou garantovaná práva byla právně nevyzpytatelná a byla interpretována podle aktuálních potřeb režimu.⁷¹ Nejinak tomu bylo u azylového článku ústav. Jak uvádí mnohá porevoluční literatura, článek 89 Ústavy z roku 1952 byl fakticky pouhou politickou proklamací, kdy skutečnost byla zcela opačná.⁷² Jako jeden zcela příléhavý a smutný příklad za všechny lze zmínit dění po sovětské invazi v sousedním Maďarsku v roce 1956. Maďarští reformisté v čele s premiérem I. Nagyem, kteří vyhlásili neutralitu Maďarska, byli i přes žádost o azyl rumunským státem vydáni zpět do Maďarska, kde byli následně popraveni.⁷³

Existují však rovněž příklady „dobré praxe“. Socialistické Rumunsko se vedle ostatních socialistických států podílelo na hromadném přijetí politických emigrantů. Jednalo se⁷⁴ o řecké, makedonské, popřípadě arumunské „uprchlíky“ řecké občanské války na přelomu 40. a 50. let 20. století, kterými byly zpočátku hlavně děti z komunisty ovládaných území v rámci řecké občanské

⁷⁰ LAZAROIU, S. *Migration Trends in Selected Applicant Countries*. Vídeň: International Organization for Migration, 2004, s. 6–7.

⁷¹ STAAR, R. F. *Communist regimes in Eastern Europe*. 4. vyd. Stanford, Calif.: Hoover Institution Press, 1982, s. 191–193.

⁷² Srov. FOCSENEANU, E., op. cit. 20, s. 194.

⁷³ Nelze v tomto případě pominout politický aspekt věci. Jak již bylo uvedeno, 50. léta 20. století symbolizovala sovětizaci Rumunska. Při intervenci sovětských vojsk v Maďarsku se Rumunsko stalo hlavním partnerem Sovětského svazu. Rumunští političtí představitelé v čele s G. Gheorghiu-Dejem se obávali překlenutí reformní nálady přes hranice a zároveň chtěli předejít tomu, aby si potenciálně nový maďarský režim činil nároky na rumunská území s početnou maďarskou populací (FILIPESCU, I.-M. *Atitudinea României fata de Revoluția din Ungaria* (1956). In: MACAVEI, A.; POP, R. D. *Consemnări despre trecut. Societate și imagine de-a lungul timpului. Sociologie, științe politice*. Cluj-Napoca: Presa Universitară Clujeană, 2015). Právě regiony s maďarskou menšinou, zejména Transylvánie, byly nejen v období socialismu oblastmi s největší pravděpodobností vzniku konfliktu v Rumunsku (STAAR, R. F., op. cit. 71, s. 336).

⁷⁴ Srov. PADUREAN, C. *Cum a rezolvat România problema refugiaților chileni, coreeni și armeni. România Liberă* [online], 12. 9. 2015. Dostupné z: <https://romanalibera.ro/special/documentare/cum-a-rezolvat-romania-problema-refugiaților-chileni-coreeni-si-armeni-392460>

války, dále o dětské „uprchlíky“ korejské války (1950 až 1953) a na počátku 70. let 20. století o politické emigranty z Chile.⁷⁵ Poskytnutí azylu chilským emigrantům ze strany Rumunska, jakož i dalších tzv. socialistických států je zajímavé rovněž z pohledu mezinárodního práva. Tyto osoby měly totiž postavení uprchlíků ve smyslu Ženevské úmluvy,⁷⁶ která však těmito státy uplatňována nebyla.⁷⁷

5. ZÁVĚR

Socialistické Rumunsko patřilo vedle ostatních tzv. socialistických zemí mezi totalitní a nedemokratické státy. Právo azylu v něm proto bylo pouze formální právní možností, nadto velmi nejistou, určité kategorie cizinců získat ochranu. Systém vykazoval absenci podrobné právní úpravy, která by byla pod reálnou a efektivní soudní ochranou. Stranické a státní orgány měly absolutní volnou úvahu (v podstatě libovůli) v tom, komu bude právo azylu uděleno. Toto bylo chápáno jako právo státu, nikoliv jako právo politického emigranta. Právo azylu bylo politickým nástrojem provádění vnitrostátní a zahraniční politiky. Je však třeba také říci, že socialistické Rumunsko poskytlo útočiště rovněž nemalému počtu skutečně potřebných.

Právo azylu socialistického Rumunska zaniklo společně s komunistickým režimem. Rumunská republika však ponechala azylový článek ve své ústavě přijaté v procesu transformace ústavního a politického systému v 90. letech minulého století.⁷⁸ Ustanovení čl. 18 odst. 2 Ústavy Rumunské republiky z roku 1991 stanoví: „Právo azylu se uděluje a odmítá za podmínek

⁷⁵ V roce 1970 se prezidentem Chile stal kandidát socialisticko-komunistické koalice Lidová jednota (španělsky *Unidad Popular*) marxista S. Allende. Jeho „chilská cesta k socialismu“ (španělsky *vía chilena al socialismo*) však již během prvních let vedla k závažným ekonomickým a hospodářským problémům obyvatelstva a státu, polarizaci a radikalizaci společnosti, krizi ústavního a právního řádu a Chile se ocitlo v podstatě na pokraji občanské války. To vedlo k vojenskému puči pod vedením A. Pinocheta dne 11. září 1973, který skončil Allendeho smrtí. Nový režim politické odpůrce, včetně členů *Unidad Popular*, pronásledoval, což doprovázelo jejich zatýkání, mučení, popravu, vraždu či prostě „zmmizení“. Z Chile emigrovalo přibližně 200 000 osob. Srov. CHALUPA, Jiří. *Dějiny Argentiny, Uruguaye, Chile*. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 1999, s. 428–445.

⁷⁶ Srov. UNHCR. Chile: When we're no longer needed. *Refugees Magazine*. 1996, č. 4.

⁷⁷ Jediným z tzv. socialistických států, který tuto mezinárodní smlouvu ratifikoval, byla Jugoslávie (Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General. Status as at 31 December 2004, Volume I. New York: United Nations, 2015).

⁷⁸ K transformaci zemí střední a východní Evropy srov. např. JIRÁSKOVÁ, V. Přechodné období a přijetí nových ústav v zemích střední a východní Evropy. In: PAVLÍČEK, V. a kol. *Transformace ústavních systémů zemí střední a východní Evropy, I. část*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 1999, s. 18–36.

*stanovených zákonem, při respektování mezinárodních smluv a konvencí, jejichž je Rumunsko účastníkem.*⁷⁹ Právo azylu socialistického Rumunska tak představuje historickou kapitolu ve vývoji státu a práva tohoto státu, která si však z důvodů představených v úvodu tohoto příspěvku zasluhuje pozornost.

⁷⁹ Srov. PAVLÍČEK, V., JIRÁSKOVÁ, V. a kol. *Transformace ústavních systémů zemí střední a východní Evropy. Texty ústav zemí střední a východní Evropy a stati. III. část.* Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2001.

Vybrané problémy zajišťování žadatelů o mezinárodní ochranu v EU

Lenka Horáková*

1. ÚVOD

Zajišťování žadatelů o mezinárodní ochranu spadá pod společnou evropskou azylovou politiku a úpravu tohoto institutu lze nalézt primárně v přijímací směrnici¹ a nařízení Dublin III². Je tak namístě očekávat shodu postupů většiny členských zemí EU³, a to u pravidel přímo aplikovatelných na základě přímé použitelnosti nařízení⁴ a dále v případě standardů, ke kterým zavazuje směrnice. Pokud je konkrétní způsob realizace požadovaného výsledku přenechán členským zemím, nelze jim vytýkat odlišnosti v národní úpravě, pokud umožňují naplňovat standardy stanovené směrnicí. V příspěvku se proto zaměřím na otázky, které je třeba vykládat a aplikovat shodně. Po porovnání zpráv z databáze AIDA⁵ a dalších zdrojů identifikuje klíčové problémy v přístupech členských zemí k institutu zajištění žadatele o mezinárodní

* Asistentka soudce, Nejvyšší správní soud.

¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/33/EU ze dne 26. června 2013, kterou se stanoví normy pro přijímání žadatelů o mezinárodní ochranu.

² Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 604/2013 ze dne 26. června 2013, kterým se stanoví kritéria a postupy pro určení členského státu příslušného k posuzování žádosti o mezinárodní ochranu podané státním příslušníkem třetí země nebo osobou bez státní příslušnosti v některém z členských států.

³ Dánsko není vázáno přijímací směrnicí ani nařízením Dublin III, Spojené království (které bylo v době sepsání příspěvku stále členem EU) není vázáno přijímací směrnicí a Irsko přistoupi k přijímací směrnici teprve 6. července 2018. Srov. body 33 a 34 přijímací směrnice a *Ireland: New reception rules following opt-in to EU Directive* [online]. Dostupné z: <https://www.asylumineurope.org/news/08-07-2018/ireland-new-reception-rules-following-opt-eu-directive> [cit. 14. 9. 2019].

⁴ S výjimkou ustanovení předpokládajících přijetí doprovodné národní legislativy. TOMÁŠEK, M., TÝČ, V. a kol. *Právo Evropské unie*. 1. vydání. Praha: Leges, 2013, s. 70.

⁵ The Asylum Information Database (AIDA), databáze spravována ECRE (Evropská rada pro uprchlíky a exulanty). Databáze obsahuje zprávy z 19 zemí z celkového počtu 28 členských států EU a dále zprávy zemí, které nejsou členskými státy EU.

ochranu (dále jen „žadatel“). Z praxe členských zemí lze poukázat zejména na systematickost zajišťování žadatelů na hranicích a v tranzitních zónách a dále zejména na problém faktického zajištění, kdy členský stát neuznává, že se o zajištění jedná.

2. ŘÍZENÍ NA HRANICÍCH A TRANZITNÍ ZÓNY

Podle Schengenského hraničního kodexu⁶ lze v EU najít jak hranice vnitřní, tak vnější. Vnější hranice mohou být překračovány pouze na hraničních přechodech, vnitřní v jakémkoliv místě, státy však mohou dočasně znovu zavést ochranu vnitřních hranic.⁷ Tranzitní prostory jsou zóny vyhrazené státu nejčastěji na mezinárodních letištích, nicméně jejich existence není v tomto ohledu omezena, jak lze vidět např. na tranzitní zóně vytvořené Maďarskem na hranicích se Srbskem. Problém s tranzitními prostory spočívá v tom, že i když fyzicky je lze přiřadit k území státu, státy se v některých případech k těmto zónám staví tak, jako by to bylo území nikoho.⁸ Evropské azylové právo naštěstí na existenci tranzitních zón reaguje, a to tak, že rozsah působnosti směrnice pokrývá nejen území státu, ale i hranice, teritoriální vody a tranzitní prostory.⁹ Evropský soud pro lidská práva (dále jen „ESLP“) opakovaně potvrdil, že záruky dle Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“) se aplikují i v tranzitních zónách.¹⁰

G. Cornelisse definuje řízení na hranicích jako „řízení, ve kterém žadatelé o mezinárodní ochranu není povolen vstup na území v průběhu doby, po kterou státní orgány posuzují jeho žádost“. Neumožnění vstupu je pouze právní fikcí, osoby jsou i v průběhu řízení na hranicích na území státu, který nad

⁶ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2016/399 ze dne 9. března 2016, kterým se stanoví kodex Unie o pravidlech upravujících přeshraniční pohyb osob (Schengenský hraniční kodex).

⁷ Čl. 2, 5, 22 a 25 Schengenského hraničního kodexu.

⁸ Hungarian Helsinki Committee. *Access to the territory and push backs, Hungary* [online]. Dostupné z: <https://www.asylumineurope.org/reports/country/hungary/asylum-procedure/access-procedure-and-registration/access-territory-and-push> [cit. 14. 9. 2019].

⁹ Čl. 3 procedurální směrnice [směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/32/EU ze dne 26. června 2013 o společných řízeních pro přiznávání a odmítání statusu mezinárodní ochrany (přepracované znění)], nebo čl. 3 přijímací směrnice. Nařízení Dublin III počítá s podáním žádosti o mezinárodní ochranu jak na území, tak na hranicích, nebo v tranzitním prostoru (čl. 3).

¹⁰ Např. ve věci *Amuur proti Francii* nebo *Shamsa proti Polsku. Migrants in detention*. Factsheet, ECtHR, June 2019 [online]. Dostupné z: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Migrants_detention_ENG.pdf [cit. 14. 9. 2019].

nimi vykonává pravomoc.¹¹ Procedurální směrnice umožňuje státům stanovit řízení, kterým se na hranicích nebo v tranzitních prostorách rozhoduje o přípustnosti žádosti (čl. 33) a/nebo o věcné stránce žádosti (čl. 31 odst. 8).¹² Článek 31 odst. 8 procedurální směrnice však přesně vymezuje, v jakých případech je možné posuzovat žádost v řízení na hranicích,¹³ a čl. 33 stanoví, kdy lze považovat žádost za nepřipustnou. Podle čl. 43 odst. 2 platí, že není-li rozhodnutí vydáno do čtyř týdnů, povolí se žadateli vstup na území členského státu, aby mohla být jeho žádost zpracována v souladu s ostatními ustanoveními této směrnice.¹⁴ Řízení na hranici jsou tedy závislá nejen od geografického umístění země, ale i od toho, zda se státy vůbec rozhodnou toto řízení aplikovat.¹⁵ Mezinárodní letiště s lety mimo schengenský prostor obvykle představuje vnější hranici, a proto se lze s řízením na hranici běžně setkat i u států, které nemají vnější hranici na zemi (Francie, Belgie, Nizozemí, Německo, Itálie).¹⁶

Lze tak uzavřít, že národní úprava musí tento typ řízení umožňovat, lze jej však aplikovat pouze za stanovených podmínek. V opačném případě musí být žadateli o mezinárodní ochranu umožněn vstup na území.¹⁷ Na tomto mís-

¹¹ CORNELISSE, G. Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law. *Refugee Survey Quarterly*. Vol. 35, 2016, s. 74.

¹² Tzv. *border procedures*.

¹³ Mimo jiné, pokud např. „žadatel podává žádost pouze proto, aby pozdržel nebo zmařil výkon dřívějšího anebo bližšího se rozhodnutí, které by vedlo k jeho vyhoštění“ [písm. g)]. Podle čl. 31 odst. 8 písm. c) procedurální směrnice lze řízení na hranicích nebo v tranzitním prostoru vést, pokud „žadatel uvedl orgány v omyl tím, že předložil nepravdivé údaje nebo doklady nebo neposkytl důležité údaje nebo doklady ohledně své totožnosti nebo státní příslušnosti, které by mohly mít negativní dopad na rozhodnutí“. Na druhou stranu již bod 21 preambule procedurální směrnice říká, že „po dobu, kdy žadatel může prokázat, že má pádné důvody, by neexistence dokladů umožňujících vstup nebo použití padělaných dokladů neměly samy o sobě vést k automatickému zahájení řízení na hranicích nebo zrychleného řízení“.

¹⁴ Čl. 43 procedurální směrnice. Podle čl. 46 odst. 3 procedurální směrnice lze v případě příjezdu velkého počtu státních příslušníků třetí země nebo osob bez státní příslušnosti, které podávají žádost o mezinárodní ochranu na hranici nebo v tranzitním prostoru, kdy není v praxi možné použít ustanovení odstavce 1, tato řízení uplatnit také v případech a po dobu, kdy jsou tyto státní příslušníci třetí země nebo osoby bez státní příslušnosti běžně ubytováni v blízkosti hranice nebo tranzitního prostoru.

¹⁵ Bulharsko, Slovinsko, Chorvatsko, a Švédsko neaplikují řízení na hranicích. AIDA, ECRE. *Boundaries of Liberty: Asylum and de facto detention in Europe*. Naposledy aktualizováno 6. dubna 2018 [online]. Dostupné z: <https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/shadow-reports/boundariesliberty.pdf> [cit. 14. 9. 2019], s. 18.

¹⁶ ECRE. *Access to protection in Europe, Borders and entry into the territory* [online]. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/shadow-reports/aida_accessi_territory.pdf [cit. 14. 9. 2019] s. 8.

¹⁷ CORNELISSE, G., op. cit., s. 80.

tě je nutné zmínit, že státy by za určitých okolností neměly aplikovat řízení na hranicích na osoby, které potřebují zvláštní procesní záruky, a pouze za stanovených podmínek mohou takové řízení uplatnit u nezletilých osob bez doprovodu.¹⁸

3. ZAJIŠTĚNÍ NA HRANICÍCH

Důvody zajištění podle přijímací směrnice jsou taxativní, a nelze je národní úpravou rozšiřovat.¹⁹ Přijímací směrnice neobsahuje jako důvod zajištění samo o sobě to, že žádost o mezinárodní ochranu byla podána na hranici. Podle čl. 8 odst. 3 písm. c) přijímací směrnice lze žadatele zajistit „během příslušného řízení za účelem rozhodnutí o právu žadatele na vstup na dané území“, což je důvod, který se uplatňuje právě v řízeních na hranicích a v tranzitních zónách. Záleží tedy na přesném znění a výkladu národního práva, zda se nejedná o nedovolené rozšiřování důvodů zajištění nad rámec přijímací směrnice.²⁰ Pokud se tedy stát rozhodne řízení na hranicích aplikovat a v souladu s procedurální směrnicí jsou splněny i podmínky pro vedení takového řízení, může také zajistit žadatele dle příslušné národní úpravy. Zajištění by však nemělo být automatické, jak bude dále uvedeno.

4. DE FACTO ZAJIŠTĚNÍ NA HRANICÍCH

V praxi lze zajištění na hranicích a v tranzitních zónách rozdělit na státem uznané a na *de facto* zajištění. Od formálního zajištění lze *de facto* zajištění odlišit tak, že se sice materiálně jedná o stejné opatření – zbavení svobody, neboť osoba nemůže opustit dané místo, není však přitom vydáváno žádné formalizované rozhodnutí, které by bylo možné napadnout opravnými prostředky, a to především z důvodu, že stát dané opatření za zajištění nepovažuje.²¹ V některých zemích dochází k zajišťování na hranicích nebo v tranzitních zónách bez vydávání formálního rozhodnutí.²²

¹⁸ Čl. 24 odst. 3 a 25 odst. 6 procedurální směrnice; CORNELISSE, G., op. cit., s. 81.

¹⁹ EASO. *Detention of applicants for international protection in the context of the Common European Asylum System. Judicial Analysis* [online]. Dostupné z: <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/Detention-JA-EN.pdf> [cit. 14. 9. 2019], s. 24.

²⁰ Z komparace 19 zemí EU, které dodávají zprávy pro AIDA, bylo u devíti z nich uvedeno, že nejčastěji jsou žadatelé zajištěni na hranici.

²¹ AIDA, ECRE. *Boundaries of Liberty: Asylum and de facto detention in Europe*, op. cit., s. 8.

²² AIDA, ECRE. *Boundaries of Liberty: Asylum and de facto detention in Europe*, op. cit., s. 21. Mělo by se jednat např. o Francii, Řecko, Rumunsko a další. Informace o *de facto* zajištění

De facto zajištění bez vydání rozhodnutí a bez uznání, že se o zajištění jedná, lze považovat za nejhorší variantu přístupu k žadatelům o mezinárodní ochranu. Žadatel je tímto postupem ze strany státu zbaven možnosti uplatnit jeho práva, která zajištěným žadatelům garantuje přijímací směrnice. Práva mu sice materiálně nadále náleží, ale je velmi těžké se jich domct, pokud stát primárně neuzná, že se o zajištění jedná. K takovému zajištění docházelo např. v Maďarsku, kde byla většina žadatelů zajištěna v tranzitních zónách. ESLP ve věci *Ilias a Ahmed proti Maďarsku*²³, vztahující se k období září 2015, vyslovil, že zadržení v tranzitních zónách v Maďarsku představovalo *de facto* zajištění, a dospěl k závěru o porušení čl. 5 odst. 4 Úmluvy. Věc je však nyní projednávána před velkým senátem ESLP. V březnu roku 2017 nabyl v Maďarsku účinnosti zákon, který zavedl povinný požadavek, že všichni žadatelé s výjimkou dětí bez doprovodu budou muset v průběhu celého řízení o azylu zůstat v tranzitních zónách. Státní autority přitom neuznávaly, že by se o zajištění jednalo.²⁴ Evropská komise zahájila s Maďarskem řízení mimo jiné i z důvodu systematického držení žadatelů v uzavřených zařízeních v tranzitních zónách. V prosinci 2018 podala k Soudnímu dvoru Evropské unie žalobu proti Maďarsku pro nesoulad maďarské národní úpravy a evropského azylového práva.²⁵

5. SYSTEMATICKÉ ZAJIŠŤOVÁNÍ

Souvisejícím problémem na hranicích je systematická zajišťování. Pokud jsou zajištěny všechny přicházející osoby bez výjimky, nejedná se o využití institutu zajištění jako poslední možnosti (tzv. *last resort*), tedy pokud je to

se objevují i ve vztahu k žádostem podaných na hranici nebo na letišti ve Španělsku. Viz AIDA. ECRE. *Country reports on asylum in 23 countries* [online]. Dostupné z: <https://www.asylumineurope.org/reports> [cit. 14. 9. 2019].

²³ Rozsudek ESLP ze dne 14. 3. 2017, stížnost č. 47287/15.

²⁴ AIDA. *Country Report: Hungary* [online]. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_hu_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019], s. 79, 80.

²⁵ AIDA. *Country Report: Hungary*, op. cit. s. 86. *Evropská komise proti Maďarsku*, věc C-808/18. Žalobou proti Maďarsku podanou dne 21. 12. 2018 se Evropská komise obrátila na Soudní dvůr, aby určil, že Maďarsko nespĺnilo povinnosti plynoucí z přijímací, procedurální a návratové směrnice (směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/115/ES ze dne 16. prosince 2008 o společných normách a postupech v členských státech při navracení neoprávněně pobývajících státních příslušníků třetích zemí) ve spojení s Listinou základních práv EU. Důvodem k tomuto kroku bylo mimo jiné i to, že Maďarsko svojí vnitrostátní úpravou nařídilo, aby se na všechny žadatele o azyl (s výjimkou osob mladších 14 let) vztahovalo řízení, v jehož důsledku jsou žadatelé povinně zajištěni v čekacích zónách po celou dobu azylového řízení, a to v zařízeních, které lze opustit jen směrem do Srbska, aniž se při tomto zajištění uplatňují záruky stanovené v přijímací směrnici. Podle Komise Maďarsko systematicky zajišťuje všechny žadatele o azyl, což je v rozporu s přijímací směrnicí.

skutečně nezbytné. V Belgii, Maďarsku, Nizozemí a Portugalsku je zajištění ze zákona přímým následkem podání žádosti o mezinárodní ochranu na letišti.²⁶ Jak poukazuje G. Cornelisse, řízení na hranicích bude odmítnutím vstupu na území státu ve většině případů zahrnovat také zajištění. Avšak i zajištění v kontextu řízení na hranicích podléhá požadavkům proporcionality a nezbytnosti, a tedy zvážení alternativ k zajištění a zejména požadavku individuálního vyhodnocení situace žadatele. Zajištění by tedy nemělo být automatickým následkem řízení na hranicích.²⁷

Při pohledu na praxi některých členských zemí lze polemizovat o tom, zda skutečně k vyhodnocení výše uvedených požadavků dochází. V Portugalsku je jedním z důvodů zajištění v národní legislativě právě podání žádosti o mezinárodní ochranu na hranicích a zajišťování žadatelů je v této zemi prakticky omezeno na žadatele na hranicích.²⁸ Pokud v Nizozemí přicestuje žadatel lodí nebo letadlem, musí požádat o azyl v zajišťovacím zařízení a celé azylové řízení probíhá v zajištění. Současně však v Nizozemí platí, že rozhodnutí by mělo obsahovat individuální vyhodnocení, zda je zajištění nezbytné, např. zda v jednotlivé věci převáží bezpečnostní zájmy na hranicích nad osobní svobodou žadatele.²⁹ Maďarsko v roce 2018 neaplikovalo zrychlená řízení na hranicích.³⁰ Pokud členský stát neaplikuje řízení na hranicích, ale současně osoby na hranicích nebo v tranzitních zónách zajišťuje, je otázkou, zda je zajištění možné považovat za zákonné, a pokud je uplatněn jiný důvod zajištění, zda by neměly být zajištěné osoby umístěny v běžném zajišťovacím zařízení na území.

V roce 2018 vydala ECRE několik doporučení, které vznikly na základě komparativní analýzy 23 evropských zemí. Bylo mezi nimi doporučení eliminovat označování tranzitních zón nebo jiných zařízení na hranici jako něčeho, co není součástí území státu, a dále doporučení, že pokud žadatelům není umožněno opustit tato zařízení a tranzitní zóny, je nezbytné tato opatření právně kvalifikovat jako zbavení osobní svobody. ECRE dále zdůraznila nezbytnost individuálního hodnocení každého případu, zvažování alternativ nebo oznámení odůvodněného rozhodnutí jednotlivci.³¹ Pokud státy aplikují zajištění na hranici systematicky, je nezbytné konfrontovat je se základními principy zajištění jako poslední možností a nutností individuálního

²⁶ AIDA, ECRE. *Boundaries of Liberty: Asylum and de facto detention in Europe*, op. cit., s. 20.

²⁷ CORNELISSE, G., op. cit., s. 84, 85.

²⁸ AIDA. *Country Report: Portugal* [online]. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_pt_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019], s. 92–93.

²⁹ AIDA. *Country Report: Netherlands* [online]. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_nl_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019], s. 72 a 76.

³⁰ AIDA. *Country Report: Hungary*, op. cit., s. 43.

³¹ AIDA, ECRE. *Boundaries of Liberty: Asylum and de facto detention in Europe*, op. cit. Navažující doporučení zde: <https://www.asylumineurope.org/2018> [cit. 14. 9. 2019].

vyhodnocování případů, které by mělo zabránit tomu, aby se v zajištění nacházely osoby, pro které není vhodné ať už kvůli zdravotnímu stavu, nebo jiným potřebám.

6. SYSTEMATICKÉ ZAJIŠŤOVÁNÍ VE VYHOŠŤOVACÍCH DETENCÍCH

K systematickému zajištění v některých zemích dochází ještě předtím, než mají žadatelé možnost projevit úmysl požádat o mezinárodní ochranu. Lze zde vypočítat zajímavý koloběh: nově příchozí žadatelé jsou nejprve zajištěni za účelem navrácení, neboť jim nebylo zatím umožněno podat žádost o mezinárodní ochranu, a nahlíží se na ně jako na neoprávněně pobývající na území, a tedy teoreticky spadající pod působnost návratové směrnice.³² Pokud však poté požádají o mezinárodní ochranu, některé státy neposuzují tyto případy individuálně a automaticky předpokládají jejich snahu mařit výkon rozhodnutí o navrácení, neboť podali žádost ze zajištění a z tohoto důvodu následně žadatele ponechávají v zajištění i nadále.³³ Praxe některých zemí tak dostává žadatele do nevýhodné pozice a nerespektuje znění důvodu zajištění dle čl. 8 odst. 1 písm. d) přijímací směrnice.

Většina zajištěných žadatelů na Kypru jsou ti, kteří již byli před podáním žádosti zajištěni, a to na základě předpokladu, že všechny takové žádosti jsou podány pouze s cílem pozdržení nebo zmaření výkonu rozhodnutí o navrácení. Nedochozí tak k individuálnímu posouzení případů.³⁴

V Bulharsku dochází z důvodu nedostatku tlumočnických služeb na hranicích k tomu, že žádosti o mezinárodní ochranu jsou podány často až tehdy, když už je osoba zajištěna ve vyhošťovací detenci. Většina žadatelů tak žádá o mezinárodní ochranu až poté, co jim bylo vydáno rozhodnutí o vyhoštění (*removal order*).³⁵

K podobné situaci docházelo v Řecku. Ze zákona nesměl být v Řecku zajištěn žadatel, který požádal o mezinárodní ochranu v době, kdy byl „na svobodě“. Naopak, mohl být ponechán v zajištění, pokud podal žádost v době, kdy již byl zajištěn za účelem vyhoštění. Samozřejmě až po vyhodnocení individuálních okolností a také toho, zda jsou dány důvody zajištění žadatele o mezinárodní

³² Viz čl. 2.

³³ Srov. důvod dle čl. 8 odst. 1 písm. d) přijímací směrnice.

³⁴ AIDA. *Country Report: Cyprus* [online]. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_cy_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019], s. 81 a 80.

³⁵ AIDA. *Country Report: Bulgaria* [online]. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_bg_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019], s. 63, 57.

ochranu.³⁶ Dohoda mezi EU a Tureckem měla však neblahý vliv na zajišťování žadatelů o mezinárodní ochranu, neboť docházelo k tomu, že osoby z vybraných zemí původu³⁷ byly automaticky zajištěny a zůstaly v zajištění po celou dobu řízení. Tyto osoby tedy vůbec neměly šanci požádat o mezinárodní ochranu na svobodě tak, jak to vyžadoval zákon.³⁸ V praxi jsou zajišťováni i žadatelé, kteří by dle geografického omezení měli zůstat na ostrovech jejich příchodu, ale uloženou povinnost nerespektují.³⁹ K zabezpečení souladnosti takového postupu s evropským právem mělo zřejmě sloužit zahrnutí nového důvodu zajištění v rámci návrhů reformy evropského azylového systému. Konkrétně se jednalo o zajištění za účelem dodržování právních povinností uložených žadateli v individuálním rozhodnutí v souladu s čl. 7 odst. 2 přijímací směrnice (stanovení určitého místa pobytu žadatele) v případech, kdy žadatel nedodržel tyto povinnosti a hrozí riziko jeho útěku.⁴⁰

7. DE FACTO ZAJIŠTĚNÍ V PŘIJÍMACÍCH CENTRECH

K *de facto* zajištění dochází nejen na hranicích a v tranzitních zónách, ale někdy i v přijímacích centrech, resp. v průběhu přijímacích procedur na začátku azylového řízení. V době, kdy se zvyšují počty žadatelů o mezinárodní ochranu, může docházet k prodlevám u prvotních úkonů, jako je odebrání otisků, lékařské vyšetření atd. Přijímací procedury lze podstupovat i za současného umožnění opouštět přijímací středisko, tudíž pohybovat se svobodně po území. Pokud je však žadatelům uložena povinnost setrvat v přijímacím středisku a trvání této povinnosti se prodlužuje, stává se z ní *de facto* zajištění. K tomu docházelo např. v tzv. hotspotech.

Zřízení hotspotů bylo navrženo Evropskou komisí jako součást asistence zemím na vnější hranici EU, která má pomáhat státům čelícím disproportionálním migračním tlakům s naplňováním povinností plynoucích z práva EU

³⁶ V Řecku se jednalo o 18 204 žadatelů v roce 2018 ve vyhošťovacích detencích (pre-removal detention). AIDA. *Country Report: Greece* [online]. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_gr_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019], s. 145.

³⁷ Země původu se statisticky nízkým procentem uznaných statusů uprchlíků (*recognition rates*).

³⁸ AIDA. *Country Report: Greece*, op. cit., s. 151.

³⁹ Tamtéž, s. 151.

⁴⁰ European Commission. Proposal for a Directive of the European parliament and of the Council laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast). COM/2016/0465 final – 2016/0222 (COD). 13. 7. 2016, [online]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2016%3A0465%3AFIN> [cit. 14. 9. 2019].

(identifikace, registrace, otisky prstů atd.). První země, kde byl tento přístup implementován, byly Řecko a Itálie.⁴¹ V Itálii mělo řízení v hotspotech ideálně trvat pouze několik dnů po příchodu a končilo poté, co byly ukončeny identifikační procedury. Mohlo se však prakticky prodloužit i na několik týdnů, a docházelo tím k *de facto* zajištění. Poté byla změněna právní úprava, která formálně umožnila zajištění v hotspotech za účelem určení totožnosti anebo státní příslušnosti.⁴² Pozitivní na tom je alespoň uznání ze strany státu, že i v případě přijímacích procedur se v určitý moment může omezení svobody přeměnit ve zbavení svobody.

V Řecku na rozdíl od Itálie zůstává žadatel často umístěn v hotspotu i v průběhu řízení o mezinárodní ochraně. Žadatelé tak v hotspotech zůstávají delší dobu než v Itálii.⁴³ ESLP již rozhodl několik případů týkajících se zajištění v hotspotech v Řecku. Případy *J. R. a další*⁴⁴, *Kaak a další*⁴⁵ a *O. S. A. a další*⁴⁶ proti Řecku se týkaly zajištění v hotspotu Vial na řeckém ostrově Chios v dubnu 2016, tedy v době, kdy se jednalo o uzavřené zařízení. ESLP sice neshledal porušení čl. 5 odst. 1 ani porušení čl. 3 Úmluvy, na druhou stranu shledal porušení čl. 5 odst. 2 Úmluvy ve věci *J. R. a další* a porušení čl. 5 odst. 4 Úmluvy ve věcech *Kaak a další* a *O. S. A. a další*.

8. ALTERNATIVY K ZAJIŠTĚNÍ

Co se alternativ k zajištění týče, členské země jejich užití obvykle právně zakotvují,⁴⁷ v praxi je však častá nedostatečnost individuálního vyhodnocení,

⁴¹ Hotspot approach, definition [online]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/glossary_search/hotspot-approach_en [cit. 14. 9. 2019]. V Itálii se jedná o přibližně 13 tisíc osob v roce 2018, v hotspotech bylo umístěno i přibližně 2 700 dětí (AIDA. *Country Report: Italy* [online]. February 2019. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_it_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019], s. 120, 115.

⁴² AIDA. *Country Report: Italy*, op. cit., s. 121.

⁴³ FRA. *Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the 'hotspots' set up in Greece and Italy* [online]. February 2019. Dostupné z: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-opinion-hotspots-update-03-2019_en.pdf [cit. 14. 9. 2019], s. 16.

⁴⁴ Rozsudek ze dne 25. 1. 2018, stížnost č. 22696/16.

⁴⁵ Rozsudek ze dne 3. 10. 2019, stížnost č. 34215/16.

⁴⁶ Rozsudek ze dne 21. 3. 2019, stížnost č. 39065/16.

⁴⁷ I když např. v případě Slovinska není užívání alternativ zakotveno v zákoně (AIDA. *Country Report: Slovenia* [online]. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_sl_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019] s. 62) a ve Francii není v zákoně zakotvena povinnost před zajištěním prokázat nemožnost užití alternativ (AIDA. *Country Report: France* [online]. Dostupné z: <https://www.asylumineurope.org/sites/default/files>

zda je možné tyto alternativy účinně využít. Podle zpráv v databázi AIDA u deseti zemí nejsou alternativy k zajištění v praxi používány. U některých zemí byly vysloveny obavy, že alternativy jsou ukládány, i když není dán důvod pro zajištění.⁴⁸ Přestože právo EU přímo nestanovuje takový požadavek, zvažovat alternativu k zajištění je relevantní pouze tehdy, pokud jsou dány důvody zajištění, v opačném případě by se jednalo o alternativu ke svobodě.⁴⁹ Určité problémy lze vnímat i v otázce, co konkrétně státy za alternativy považují. Za *de facto* zajištění tak lze považovat i případy, kdy mají státy za to, že ukládají alternativu, ale ve skutečnosti se jedná o opatření dosahující úrovně zajištění.

9. ZÁVĚR

V příspěvku jsem se úmyslně nezabývala problémy s materiálními podmínkami v zařízeních, nedostatkem faktické právní pomoci, případně nefunkčností opravných prostředků. Většina těchto problémů totiž v praxi členských zemí pramení z nedostatků zdrojů všeho druhu – kapacit zařízení, kvalifikované právní pomoci, tlumočnicků atd. Důsledkem nedostatku efektivní právní pomoci je neinformovanost o opravných prostředcích nebo nemožnost je reálně využít. Národní úprava členských států povětšinou v teoretické rovině garantuje práva zajištěných osob tak, jak to vyžaduje evropské právo. Faktické nedostatky v realizaci těchto práv tedy nelze posuzovat jako otázky chybného výkladu nebo rozporu národní úpravy s právem EU.

Na rozdíl od toho by měla existovat shoda v posouzení, kdy se již jedná o zajištění, nebo za jakých okolností lze zajistit osoby na hranicích. V posledních letech k největším deficitům v této oblasti docházelo zejména u zajišťování na hranicích a v tranzitních zónách, případně u zajištění v uzavřených přijímacích centrech. Jak systematické, tak *de facto* zajištění má společný

/report-download/aida_fr_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019], s. 98). Jako atypický příklad toho, co bylo považováno za alternativu, lze uvést zajištění v azylovém domě ve Slovinsku. Kompetentní autority to považovaly za alternativu zřejmě z důvodu, že pokud byl žadatel zajištěn v azylovém domě, který je za normálních okolností otevřeným centrem strážným soukromou bezpečnostní službou, žadatel nemohlo být fyzicky zabráněno, aby opustil azylový dům. Slovinský ústavní soud nicméně potvrdil, že se jedná o zbavení svobody a ne o alternativu (AIDA. *Country Report: Slovenia*, op. cit., s. 192).

⁴⁸ AIDA. *Country Report: Malta* [online]. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_mt_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019] s. 59, AIDA. *Country Report: Austria* [online]. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_at_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019], s. 97.

⁴⁹ EASO. *Detention of applicants for international protection in the context of the Common European Asylum System. Judicial Analysis*, op. cit., s. 32 a 33.

negativní důsledek – v zajištění se může ocitnout osoba, která by s ohledem na svou situaci, nebo přímo na základě národní právní úpravy vůbec neměla být zajištěna.⁵⁰ V případě systematického zajištění k tomu může dojít proto, že nedochází k individuálnímu posouzení případu. Z praxe členských zemí je zřejmé, že např. zranitelné osoby končí v zajištění zejména kvůli tomu, že státy nemají žádné konkrétní procedury k jejich identifikaci.⁵¹ U *de facto* zajištění může nastat problém s právní obranou a možností nechat svůj případ individuálně přezkoumat. Na závěr je proto vhodné připomenout základní princip, a to, že osoba nemá být držena v zajištění pouze proto, že je žadatelem o mezinárodní ochranu.⁵²

⁵⁰ AIDA. *Country Report: Germany* [online]. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_de_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019], s. 95, 96. AIDA. *Country Report: Malta*, op. cit., s. 60.

⁵¹ AIDA. *Country Report: Spain* [online]. Dostupné z: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_es_2018update.pdf [cit. 14. 9. 2019], s. 70.

⁵² Čl. 8 odst. 1 přijímací směrnice.

C. Státní občanství a apatrimus

Občanství vdaných žen a Nansenův pas (československá zkušenost v normativních souvislostech)

Dalibor Jílek*

1. EMPIRICKÝ ROZBOR

Empirický rozbor závislého občanství vdaných žen vůči tzv. Nansenovu pasu opisuje dynamickou spirálu. Rozbor se vyvíjí od vnitrostátního právního systému směrem k mezinárodnímu právu a souběžně od starší k novější právní regulaci. Prvním analytickým objektem je sňatek coby podmínka (skutečnost) rozvazující státoobčanský vztah mezi ženou, která se provdala za cizince, a domovským státem.

Pozbytí státního občanství předepsalo civilistické pravidlo, v souladu s nímž manželka následuje stav manžela coby hlavu rodiny. Pramen pravidla byl starověký; pocházel z římského práva. Článek 19 občanského zákoníku Francouzů z roku 1804 přejal antickou zkušenost. § 19 rakouského vystěhovaleckého patentu č. 2557/1832 JGS stvrdil závislé občanství ženy, která se provdala za cizince. Manželé, původně rozdílného státního občanství, museli sdílet stejné právní postavení. Přitom zájmy manželky nebyly záměrně vzaty v legislativní úvahu. Uzákonění zásady jednoty rodiny se stalo podstatným normativním konstruktem osudu manželského páru.

Sňatek jako nezbytná a dostačující podmínka pro rozvázání státního občanství vdané ženy se nikdy neustálil v tradičním mezinárodním právu. Podmínka platila pouze ve vnitrostátní formě práva evropských i mimoevropských států. Avšak po I. světové válce zesílilo úsilí o odstranění zásady, že žena následuje stav manžela, kvůli jejímu rozporu se zásadou rovnosti pohlaví. Právo jakéhokoli jedince na naturalizaci mělo být rovné pro muže i ženy. Federální předpis o naturalizaci a občanství vdaných žen schválený americkým

* Autor je profesorem mezinárodního práva veřejného na Právnické fakultě Univerzity Palackého v Olomouci a na Fakultě práva Panevropské vysoké školy v Bratislavě.

Kongresem v roce 1922 uzákonil stejný proces naturalizace pro obě pohlaví. Závislé občanství vdáných žen tam bylo partikulárně odstraněno.

Československo po svém vzniku okamžitě převzalo rakousko-uherské právo včetně vystěhovaleckých předpisů, které zachovaly závislé občanství vdáných žen. Československá vláda přistoupila k souboru politických ujednání o ruských a arménských uprchlících z let 1922 až 1928 diplomatickou nótou zaslouanou v roce 1929 Společnosti národů. O rok později byly na základě zákona č. 55/1928 Sb. z. a n., o cestovních pasech, vydávány Nansenovy průkazy totožnosti ruským uprchlíkům.

Posléze byly vystavovány pasy rovněž ženám, které měly československé státní občanství, protože uzavřely manželství s ruským (ukrajinským) anebo arménským uprchlíkem. Ztrátu jejich státoobčanského svazku vyvolal sňatek. Příslušné úřady postupovaly formálně v souladu se zásadou, že manželka následuje stav manžela. Ženy mohly nárokovat vydání Nansenova pasu. Aplikace vystěhovaleckého pravidla, aniž by provdané ženy minily opustit československý stát, byla anomální i nerozumná. Aplikací praxe opomenula rekonstrukci smyslu pravidla.

V příspěvku jsou úmyslně používány výrazy „státní příslušnost“ a „státní občanství“ v závislosti na textu vnitrostátního nebo mezinárodněprávního instrumentu. To může narušovat celost a soudržnost empirického rozboru. Avšak normativní či konceptuální jednota uvnitř dané formy práva musí mít přednost.

2. ZÁVISLÉ OBČANSTVÍ

Členství ženy v římské rodině (*familia iure proprio*) charakterizovala relační jedinečnost. Provdaná žena nesměla příslušet ke dvěma rodinám současně, a tak podléhat dvojí moci. Žádná z takových mocí by již nebyla výlučná. Napak by vznikla mezi nimi nežádoucí konkurence.

Jakmile nevěsta (*uxor in manu*) vstoupila do manželovy rodiny, podrobila se moci *patris familias*. Manželka zrušila agnátský svazek s bývalou rodinou a na základě sňatku se spojila s rodinou novou. Manželka nabyla v manželově rodině místo dcery (*filiae loco*).¹ Antická rodina se srovnávala se státem; vykonávala přibližně stejné funkce a měla obdobnou strukturu. Členství manželky v manželově rodině bylo výlučné.

¹ BONFANTE, P. *Institute římského práva*. Brno: Knihovna českého akademického spolku „Právnick“ v Brně, 1932, 9. vydání, s. 161.

2.1 Francouzský vzor

Výlučnost charakterizoval státoobčanský stav vdané ženy i podle občanského zákoníku Francouzů z roku 1804.² Žena nesměla být současně státní občankou a cizinkou vůči témuž státu. Zákoník upravil dvě rozdílné situace vdané ženy ekvivalentním způsobem.³ První situace se vázala k nabytí občanství cizinkou, která se provdala za francouzského občana.⁴ Zatímco druhá se týkala Francouzky, která pozbyla státní občanství sňatkem s cizincem.⁵ Obě rozdílné situace vyznačovala jediná právní skutečnost – sňatek. Uzavření manželství bylo podmínkou s dvojným právním účinkem. Vzhledem k situaci cizinky a Francouzky plnil zákoník rozdílné funkce: slučující a vylučující.

V první situaci je sňatek (manželství) podmínkou spojující. Manželství spojuje cizinku, aniž by k tomu dala jakýkoli souhlas, automaticky s francouzským státem. V situaci druhé je sňatek podmínkou rozvazovací. Francouzka, která se provdala za cizince, ztratila státní občanství, aniž by měla na změnu statusu jakýkoli rozhodný vliv. Její státoobčanský vztah byl podle francouzského občanského zákoníku okamžikem řádného uzavření manželstvím zrušen. V obou případech byl sňatek nejen nezbytnou, ale i dostatečnou podmínkou pro změnu státního občanství.

Právní následek obou zákonných pravidel je vyjádřen totožnou větou: „*suiura la condition de son mari*“. Věta jako jeden významový celek znamená, že manželka následuje stav manžela. Je to zákonem uložená povinnost. Výraz „stav“ není v kontextu francouzské věty bezvýznamný. Osobní stav může vysvětlovat, co v obecnosti znamená státní občanství. Výraz „stav“ v právním jazyku předpokládá subjektivní práva a povinnosti.⁶ Anebo stav (jinak skutková podstata) může být pouhou skutečností. Nebo může označit podmínku pro dosažení jiných právních stavů.⁷

Věta „*suiura la condition de son mari*“ postuluje nahrazení jednoho státního občanství druhým. Pravidlo má založit novou výlučnost občanství neboli jeho

² *Code civil des Français*. Paris: L'Imprimerie de la république, an XII, 1804.

³ LLEVELLYN-JONES, F. The Nationality of Married Woman. *Transactions of the Grotius Society. Problems of Peace and War, Papers Read before the Society in the Year 1929*, 1929, Vol. 15, s. 122.

⁴ Srov. čl. 12 francouzského občanského zákoníku: „L'étrangère qui aura épousé un Français, *suiura la condition de son mari*.“

⁵ Srov. čl. 19 francouzského občanského zákoníku: „Une femme française qui épousera un étranger, *suiura la condition de son mari*.“

⁶ KUČERA, B. *Mezinárodní základy cizineckého práva*. Brno: Nakladatelství Barvič & Novotný: 1929, Sběrka spisů právnických a národohospodářských, sv. XXXIX, s. 23.

⁷ WEYR, F. *Soustava československého práva státního*. 2. vyd. Praha: Fr. Borový, nakladatelství, 1924, Sběrka spisů právnických a národohospodářských, sv. XXIII, s. 421, 434.

jedinost. Francouzka právní spojení k domovskému státu ztrácí, kdežto cizinka občanství nabyvá. Věta neskrývá určitou nejistotu vzhledem k zachování výlučnosti občanství. Manželka nemusí podle právního řádu státu, k němuž přísluší její manžel, nabýt jeho občanství. Může nastat stav apatridy, kdy vdaná žena žádné občanství nenabyde. Očekávaný stav v důsledku provdání za cizince nenastane. Anebo v opačném případě cizinka zůstane nadále občankou původního státu a nadto uzavřením sňatku získá státní občanství manžela. Systémový střet dvou právních řádů může vyvolat nežádoucí, avšak myslitelný následek, který zruší výlučnost právního vztahu.

Obě ustanovení občanského zákoníku udržují římskoprávní tradici závislosti stavu manželky.⁸ Státní občanství vdané ženy se odvozovalo od jejího manžela. Během trvání manželství nemohla manželka svobodně změnit státní občanství.⁹ V tomto smyslu občanství vdané ženy bylo občanstvím závislým. Právní způsobilost ženy byla pohlcena právní způsobilostí jejího muže.¹⁰ Francouzský občanský zákoník, jenž vycházel z hodnoty formální (nikterak substantivní) rovnosti, se nevztahoval na rovnost pohlaví.

Zákonná úprava státního občanství vdaných žen sledovala jeden přesvědčivý důvod. Pravidlo chránilo odůvodněný zájem rodiny, základní sociální (v římském právu zejména politické) jednotky. Individuální zájem vdané ženy na sebeurčení a autonomii byl popřen. Kolektivní zájem rodiny souběžný se zájmem státu převážil nad jejím individuálním zájmem. Manželství a rodina tvořily sociální základ každého národa. Soukromoprávní, ale též veřejnoprávní vztahy manželů se musely regulovat jednotně a spravovat jednoznačně: jediným právním řádem. Společný právní řád byl určen manželovým stavem. Jinak by rodinné poměry nemohly být uniformním způsobem ovládnány, a to singulárním právním řádem. Jakmile by si manželka uchovala původní občanství, její osobní postavení by se mohlo řídit *lex patriae*.

Státy vedle státního občanství používaly pro správu osobních (právní způsobilosti), manželských a rodinných záležitostí též místní určovatele jako *lex domicilii*, faktický domicil, současný domicil, trvalé bydliště či obvyklé bydliště. Právní antinomie mohly vznikat ohledně majetkových poměrů manželů, kde platily určovatele odkazující na polohu věci. Výlučnost státního občanství manželky, podmíněná jejím závislým postavením, se jevila být plodem přirozené racionality. Východiskem byla ochrana a jednota rodiny.

⁸ REEVES, J. S. Nationality of Married Women. *The American Journal of International Law*, 1923, Vol. 17, No. 1, s. 98.

⁹ BICKNELL, B. The Nationality of Married Women. *Transactions of the Grotius Society. Problems of Peace and War. Papers Read before the Society in the Year 1934*. 1934, Vol. 20, s. 106.

¹⁰ MACMILLAN, CH. Nationality of Married Women: Present Tendencies. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1925, Vol. 7, No. 4, Third Series, s. 142.

2.2 Rakouská obdoba

Všeobecný zákoník občanský z roku 1811¹¹ upravil po francouzském vzoru státoobčanské vztahy vdaných žen.¹² Ustanovení § 92¹³ obsahuje odkaz na stav, a to podobně jako francouzský občanský zákoník.¹⁴ Francouzský výraz „*condition*“ nemusel znamenat v kontextu normativní věty totéž co německý výraz „*der Stand*“ nebo český výraz „stav“. Význam výrazu jako jiné společenskovešední výrazy se ovšem proměnil v čase. Výraz na začátku 19. století odkazoval na stavovskou příslušnost.¹⁵ Podle § 92 obecného občanského zákoníku manželčin stav závisel na manželovi coby hlavě rodiny.¹⁶ Manželka manželovu stavu podléhala.

Pravidlo vtělené do § 32 pouze odkázalo na vystěhovalecké předpisy, které upravily zánik státního občanství provdáním státní občanky za cizince.¹⁷ Účelem předpisu bylo stanovení substantivních podmínek pro povolení vystěhování. Vystěhovalecký patent č. 2557/1832 JGS¹⁸ ze dne 24. března 1832 požadoval výlučnost občanství vdané ženy, a sice v závislosti na stavu jejího muže.

§ 19 upravil výhradně situaci provdané ženy, tj. poddané příslušející k monarchovi. V tomto smyslu bylo ustanovení osobně i věcně parciální. § 19 stanovil, že ženy, které zemské měšťanství požívají a které se za cizozemce provdají,

¹¹ Srov. VERNER, V. Občanství státní. In: HÁCHA, E., HOETZEL, J., WEYR, F., LAŠTOVKA, K. *Slovník veřejného práva československého. Svazek II (I až O)*. Brno: Nakladatelství: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1932, s. 976.

¹² Zákoník byl platný pro dědičné německé země rakouské monarchie, a nikoli pro země Koruny uherské (srov. č. 945/1811 Sbírky zákonů soudních).

¹³ Český překlad § 92 zní: „Manželka obdrží jméno mužovo a požívá práv jeho stavu. Jest povinna následovati muže do jeho bydliště, pomáhati, seč jest, v domácnosti a ve výdělku a, pokud toho vyžaduje domácí pořádek, sama plniti i dáti plniti opatření mužem učiněná.“

¹⁴ Úřední text § 92 zní: „Die Gattin erhält den Namen des Mannes und genießt die Rechte seines Standes. Sie ist verbunden, dem Manne ist seine Wohnsitz zu folgen, in der Haushaltung und Erwerbung nach Kräften beizustehen, und so weit es die häusliche Ordnung erfordert, die von ihm getroffenen Maßregeln sowohl selbst zu befolgen, als befolgen zu machen.“

¹⁵ ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. a kruh spolupracovníků. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl první (§§ 1 až 284)*. Praha: Nákladem právníckého knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1935, s. 489.

¹⁶ ZEILER, F. E. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Erster Band*. Wien und Triest: Geislingers Verlagshandlung, 1811, s. 253–254.

¹⁷ Český překlad § 32 zní: „O ztrátě státního občanství vystěhováním nebo provdáním státní občanky za cizozemce ustanovuje se v zákonech vystěhovaleckých.“

¹⁸ *Justizgesetzsammlung* (JGS), 1832, s. 55.

následují stav manželův, ztratí tímto vlastnost rakouských poddaných.¹⁹ Pravidlo přísně požadovalo, aby manželka, která se provdala za cizince, následovala stav manžela (*indem sie dem Stande des Mannes folgen*).²⁰ Sňatkem žena pozbyla rakouské občanství. Akt uzavření manželství rozvázal státoobčanský svazek manželky cizince s rakouskou monarchií. § 20 upravil situaci, kdy manžel bývalé rakouské občanky zemřel. Smrt manžela coby podmínka (právní skutečnost) otevřela příležitost k znovunabytí bývalého státního občanství. Vdova mohla jako jiná cizinka státní občanství zase získat.

Vystěhovalecký patent se nevztahoval na sňatek cizinky s rakouským občanem. Dekret dvorské kanceláře č. 2595/1833 JGS ze dne 23. února 1833 dílčí řešení doplnil. Dekret předepsal sňatek jako jedinou podmínku nabytí rakouského občanství cizinkou.²¹ Oba předpisy se shodovaly v právním následku, podle něhož manželka následuje stav manžela. Totéž pravidlo se uplatnilo pro uherské země v zákonném článku L/1879 o nabývání a ztrátě státního občanství vdanou ženou.²² Pravidlu mohla být někdy připisována systémová vlastnost obecnosti, tj. zásady civilizovaných národů.

2.3 Anglosaské proměny

V anglickém *common law* se vytvořily odlišné zásady upravující státní příslušnost mužů i žen. Podle první zásady se státní příslušnost výlučně nabývala narozením v souladu se zásadou *ius soli*. Na základě druhé zásady se muž nebo žena nemohli vzdát již nabyté příslušnosti. Jejich státoobčanské (poddanské) spojení s Korunou bylo trvalé. Příslušník navěky zůstával příslušníkem britského státu a zachovával vůči němu věrnost a oddanost. Britská poddaná provdaná za cizince si rovněž udržela státní příslušnost.

Ani cizí státní příslušnice, která si vzala za manžela britského poddaného, nezískala *ipso facto* britskou státní příslušnost. Obě zásady zohlednily svrchaný zájem státu a nepřihlížely k zájmům jednotlivce a jeho autonomii či sebeurčení. Byl založen řetěz rozporů mezi zájmy. Zájem rodiny zůstal rovněž

¹⁹ Dobový český překlad § 19 vystěhovaleckého patentu zní: „Ženské, kteréž zemského měšťanství požívají, a kteréž za cizozemce se provdají, a stav manželův následují, ztratí tím vlastnost rakouských poddaných.“

²⁰ Úřední text § 19 (*Justizgesetzsammlung*, 1933, s. 79) zní: „Die Frauenpersonen, welche das Staatsbürgerrecht genießen, und welche sich mit einem Ausländer verheiraten, verlieren, indem sie dem Stande des Mannes folgen, hierdurch die Eigenschaft von Österreichischen Untertaninnen.“

²¹ Část ustanovení dekretu č. 2595 v úředním jazyku zní: „[...] dass die Österreichische Staatsbürgerschaft auch von einer Ausländerin durch ihre Verhehlung mit einem Österreichischen Staatsbürger erworben werde.“

²² ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. a kruh spolupracovníků, op. cit. 15, s. 282–285.

nenaplněn, když byla manželce po sňatku zachována její státní příslušnost. Manželé nesdíleli jedno společné a výlučné spojení s tímž státem. Do úpravy manželských a rodinných poměrů pronikl mezinárodní prvek (*ius inter gentium leges*).²³

Zákon Spojeného království o naturalizaci z roku 1844 učinil první změnu. Jeho § 16 stanovil, že žena provdaná za britského poddaného (*natural-born subject*) by měla být považována za britskou příslušnici. Požívala tak veškerá práva jako jiný britský poddaný. Cizinka změnila státní příslušnost, aby manželé sdíleli jediné a jednotné právní postavení. Zákonodárce se úmyslně vyhnul úpravě postavení britské poddané.²⁴

Na podkladě zprávy královské komise pro státní příslušnost²⁵ předložené v roce 1869 bylo vypracováno nové znění textu. § 10 odst. 1 zákona o naturalizaci z roku 1870 stanovil, že vdaná žena bude považována (*shall be deemed*) za poddanou státu, jehož byl v tom čase poddaným její manžel.²⁶ Oba naturalizační předpisy přijaly obecné pravidlo, že manželka během manželství následuje manželovu státní příslušnost.²⁷ Pravidlo tehdy dominantní v kontinentálním právním systému bylo odsouhlaseno.

Řešení problému vdaných žen ve vztahu k státní příslušnosti bylo v roce 1901 na programu jednání Oborového výboru (*Departmental Committee*) i Koloniální konference (*Colonial Conference*) konané v roce 1907. Odtud vzešla doporučení na přijetí změn v zákonné úpravě. Obecné pravidlo, že manželka následuje manžela, bylo doplněno výjimkami v zákoně o britské příslušnosti a postavení cizinců z roku 1914.²⁸ Výjimky byly provázány s právními skutečnostmi jako smrt manžela, rozvod či rozluka, ale i válečný stav. Změna státní příslušnosti nebyla podmíněna jedinou a výlučnou skutečností: sňatkem. Mezi právními skutečnostmi se objevila dosud neznámá podmínka: volba učiněná ve formě prohlášení vdané ženy. Prohlášení, bylo-li provedeno řádně, vyvolalo konstitutivní právní účinky. Prohlášení jako volní akt bylo podmíněno procesem emancipace vdané ženy.

Podle § 10 zákona manželka britského poddaného, který přestal být poddaným během manželství, směla učinit prohlášení, že žádá o zachování státní příslušnosti. Učinila-li žena takové prohlášení, musela být považována za

²³ BICKNELL, B., op. cit. 9, s. 108.

²⁴ Rakouské předpisy upravily obě situace v opačném pořadí.

²⁵ The Report of the Royal Commission on Nationality of 1869.

²⁶ Část ustanovení v úředním jazyku zní: „a married woman shall be deemed to be a subject of the State of which her husband is for the time being a subject.“

²⁷ Srov. PHILLIMORE, G. G. Nationality of Married Women. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 1917, Vol. 17, No. 1/2, s. 165–166.

²⁸ The British Nationality and Status Aliens Act of 1914.

britskou poddanou. § 2 odst. 5 stanovil, že bývalá britská příslušnice mohla obdržet osvědčení o naturalizaci v případě smrti manžela nebo rozvodu s ním, aniž by musela splnit podmínku pobytu. Pokud byl cizinec v souladu s § 10 zákona příslušníkem státu, s nímž byla Jeho Výsost ve válečném stavu, směla manželka cizince učinit prohlášení, že si přeje obnovit britskou státní příslušnost. Splnila-li požadavky, bylo jí dovoleno učinit prohlášení o obnově právního svazku se Spojeným královstvím. Následně obdržela osvědčení o naturalizaci.²⁹

Přistěhovalecká politika Spojených států amerických pokládala expatriaci (propuštění ze státoobčanského svazku) za základní a přirozené právo každého člověka. Podle zákona o naturalizaci schváleného Kongresem USA dne 18. června 1798 se jedinec mohl expatriací absolutně a úplně zřeknout i vzdát veškeré věrnosti a oddanosti ke každému cizímu vládci, mocnáři, státu nebo svrchovanosti, jehož byl občanem nebo poddaným.³⁰ Právo na expatriaci kvalifikoval zákonodárce USA ve společném usnesení Senátu a Sněmovny reprezentantů v roce 1868 jako právo všeho lidu (*all people*), jež je nepostradatelné pro požívání práva na život, svobodu a práva hledat štěstí.³¹

Kongres pojmá státní občanství jinak než většina evropských států. Vtiskl občanství novou povahu, jednoznačnou povahu subjektivního práva. Byla to zcela odlišná právní konstrukce. Kongres tehdy nespatořoval v občanství stav (skutkovou podstatu) či pouhý právní vztah. Zákon z 10. února 1855 upravil dvě situace.³² První situace se týkala osob narozených mimo hranice a jurisdikci Spojených států. Pokud se děti narodily mimo území či jurisdikci federace, přičemž jejich otcové byli občany USA, byly považovány a prohlášeny za občany federace. Práv občanství však nesměly požívat osoby, pokud jejich otcové nikdy nepobývali v USA.

Předpis uzákonil v § 2 též situaci žen. Jakákoli žena, která mohla být právoplatně naturalizována v souladu s platnými zákony, byla na základě sňatku s občanem Spojených států považována a brána za občanku tohoto federálního subjektu (*shall be deemed and taken to be a citizen*).³³

²⁹ BICKNELL, B., op. cit. 9, s. 109, PHILLIMORE, G. G., op. cit. 27, s. 166.

³⁰ MILLER, H. The Hague Codification Conference. *The American Journal of International Law*, 1930, Vol. 24, No. 4, s. 679.

³¹ Joint Resolution of 1868.

³² Chap. LXXI. – An Act to secure the Right of Citizenship to Children of Citizens of the United States born out of the Limits thereof. Thirty-third Congress, sess. II, ch. 70, 71, 73, 1855, s. 604.

³³ § 2 v úředním jazyku zní: „That any woman who might law Citizenship of fully be naturalized under the existing laws, married, or who shall be married to a citizen of the United States, shall be deemed and taken to be a citizen.“

Před přijetím zákona nebyl sňatek právní skutečností zakládající státoobčanský status. Občanství manželky se podle federálního zákona z roku 1855 stalo závislým na občanství manžela. Zákonná úprava nepodchytila situaci, kdy manželka, občanka Spojených států, nadále pobývala v domovině a nepřestěhovala se do Spojených států. Jinou podmínkou, jež nebyla vzata do legislativní úvahy, byla smrt manžela.

Zákon opomenul upravit situaci občanky Spojených států provdané za cizince. Podle *common law* se Američanky dovolávaly zachování státního občanství Spojených států. Soudní praxe nebyla dostatečně konsolidována, protože v některých situacích se rozhodovalo podle zásady, že manželka následuje občanství manžela. V případě smrti manžela se obnovilo její původní občanství, pakliže se vrátila do Spojených států.

Účelem zákona z 2. března 1907 o expatriaci občanů a jejich ochraně v cizině bylo sjednocení úpravy a odstranění normativní neúplnosti.³⁴ V souladu s § 3 jakákoli Američanka, která se provdala za cizince, nabyla státní příslušnost manžela. Když manželský vztah zanikl, mohla žena obnovit občanství Spojených států, pokud se v cizině přihlásila jako státní občanka u konzula Spojených států, nebo se vrátila k pobytu v USA, nebo v době zániku manželského vztahu pobývala v USA.³⁵ Zákon přiznal sňatku coby spojující podmínce účinky změny státní příslušnosti. Zákonodárce hodlal chránit jednotu rodiny. Dokonal převzetí zásady, že manželka následuje manžela, do anglosaského právního systému.

Následující § 4 upravil situaci, kdy cizinka nabyla na základě sňatku americké státní občanství, avšak její manželský vztah byl ukončen. Ustanovení předpokládalo, že si zachovala nabyté občanství, pokud pokračovala v pobytu v USA. Jestliže se před americkým soudem příslušným pro záležitost naturalizace cizinců vzdala občanství, její spojení se Spojenými státy bylo tímto prohlášením zrušeno. Když žena pobývala v cizině, mohla se přihlásit u konzula USA jako státní občanka do jednoho roku po zániku manželství.

V obou ustanoveních se objevuje roku nový symetrický prvek: volba ženy. Zákon poskytoval ženě příležitost rozhodovat o státoobčanském postavení až po zániku manželského společenství. Žena si mohla udržet občanství

³⁴ Chap. 2534. – An Act In reference to the expatriation of citizens and their protection abroad. Fifty-ninth Congress, sess. II, ch. 2533, 2534, 1907, s. 1228–1229.

³⁵ § 3 v úředním jazyku zní: „That any American woman who marries a foreigner shall take the nationality of her husband. At the termination of the marital relation she may resume her American citizenship, if abroad, by registering as an American citizen within one year with a consul of the United States, or by returning to reside in the United States, or, if residing in the United States at the termination of the marital relation, by continuing to reside therein.“

Spojených států či se ho vzdát. Její občanství nebylo již po zániku manželství závislé na státní příslušnosti manžela. Závislé státní občanství coby nevyhnutelný následek dominance muže byla výlučně vázána na trvání manželského vztahu. Jednota občanství manželů pramenila ze shody zájmů rodiny a státu.

3. NEZÁVISLÉ OBČANSTVÍ

Politické názory Demokratické a Republikánské strany se ve věci naturalizace v roce 1920 sblížily. Republikánská platforma obhajovala nezávislou naturalizaci vdaných žen. Američanka s pobytem v USA neměla ztratit občanství provdáním za cizince. Demokratická platforma tvrdila totéž: žena s americkým občanstvím si měla udržet občanství a svůj stav (*citizenship and condition*). Proces naturalizace měl být stejný pro muže i ženy.³⁶ V pozadí se rýsoval souběh zásadních okolností: ženské hnutí a ratifikace XIX. dodatku o volebním právu žen ze dne 18. srpna 1920.

Zákon o naturalizaci a občanství vdaných žen (*Cable Act*)³⁷ z 22. září 1922 zrušil zásadu, že manželka následuje stav manžela. Zásada převažovala v zákonodárství členů tehdejší mezinárodní pospolitosti, aniž by získala postavení obecné zásady právní uznané civilizovanými národy. První ustanovení uznalo právo jakékoli ženy stát se naturalizovanou občankou Spojených států. Takové právo nesmělo být odepřeno ani zkráceno kvůli jejímu pohlaví nebo proto, že je vdaná žena.³⁸ Takové právo žena požívala a vykonávala samostatně, bez závislosti na postavení svého muže. Připsáním subjektivního práva byla žena uvolněna ze závislého stavu na manželovi. Její právo na naturalizaci mělo v tomto smyslu povahu nároku.

Zákon předpokládal v zájmu rovnosti pohlaví ve věci naturalizace rozpolcenost státního občanství v rodině.³⁹ V souladu s § 2 jakákoli žena, která se po přijetí zákona provdala za amerického občana, nebo žena, jejíž manžel byl naturalizován, se nestala občankou USA na základě sňatku nebo naturalizace. Pokud byla oprávněna k občanství (*if eligible to citizenship*), směla být naturalizována, když úplně a zcela splnila všechny požadavky zákonů o naturalizaci se

³⁶ REEVES, J. S., op. cit. 8, s. 99.

³⁷ Chap. 411. – An Act Relative to the naturalization and citizenship of married women. Sixty-seventh Congress, sess. II, chs. 409-411, 1922, s. 1021–1022.

³⁸ Úvodní ustanovení v úředním jazyku zní: „That the right of any woman to become a naturalized citizen of the United States shall not be denied to become a naturalized citizen of the United States shall not be denied or abridged because of her sex or because she is a married woman.“

³⁹ CRANE, L. F. The Nationality of Married Women. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1925, Vol. 7, No. 1, s. 54.

dvěma výjimkami z obecného pravidla. Zákon nepožadoval prohlášení o záměru (*declaration of intention*). A na místo pětiletého pobytu ve Spojených státech a jednoročního pobytu v konkrétním státě nebo na území, kde jednal soud pro naturalizaci, musela žadatelka nepřetržitě pobývat, a to přinejmenším po dobu jednoho roku v USA, Aljašce, Havaji či Portoriku.⁴⁰

Podle zákona nebyl sňatek cizinky s občanem Spojených států podmínkou spojující. Sňatek ztratil vlastnost skutečnosti, která je nutnou a dostatečnou podmínkou pro vznik právního vztahu mezi jednotlivcem a státem. Uzavřením manželství cizinka nenabyla americké občanství. Disponovala však právem na naturalizaci, přičemž musela splnit veškeré požadavky až na dva, jež představovaly výjimku.

Výkon práva na naturalizaci byl samostatný. Aplikace zákonného pravidla mohla přivodit nežádoucí výsledek. Sdílení výlučného občanství mezi manželi nemuselo nastat. Úprava mohla zapříčinit dvojí státní občanství manželky a výlučný státoobčanský svazek manžela. Souběžná či konsekutivní aplikace kolidujících státoobčanských předpisů mohla připravit cizinku o státní občanství. Pokud se například nizozemská státní příslušnice po právní účinnosti zákona o naturalizaci a občanství vdaných žen provdala za Američana, stala se osobou bez občanství.⁴¹

Sňatek nepůsobil ani jako rozvazovací podmínka vůči americké státní občance, která se provdala do zahraničí. Manželka si podle § 2 zachovala občanství po přijetí zákona. Vdaná žena mohla zrušit státoobčanský svazek se Spojenými státy formálním prohlášením. Takové jednání bylo volným aktem. Žena se vzdala občanství před soudem, který byl věcně příslušným orgánem (*having jurisdiction over naturalization of aliens*), který rozhodoval o naturalizačních záležitostech cizinců.⁴²

⁴⁰ § 2 v úředním jazyku zní: „That any woman who marries a citizen of the United States after the passage of this Act or any woman whose husband is naturalized after the passage of this Act, shall not become a citizen of the United States by reason of such marriage or naturalization; but, if eligible to citizenship, she may be naturalized upon full and complete compliance with all requirements of the naturalization laws, with the following exceptions: (a) No declaration of intention shall be required;

(b) In lieu of the five-year period of residence within the United States and the one-year period of residence within the State or Territory where the naturalization court is held, she shall have resided continuously in the United States, Hawaii, Alaska, or Porto Rico for at least one year immediately preceding the filing of the citizenship not to petition.“

⁴¹ International Law Association (ILA), 33 Reports of Conferences, 9 September 1924, second day, Riksdaghuset, s. 27.

⁴² § 3 v úředním jazyku zní: „That a woman citizen of the United States shall not unless by formal re- cease to be a citizen of the United States by reason of her marriage after the passage of this Act, unless she makes a formal renunciation of her citizenship before a court

4. SPORNÁ KODIFIKAČNÍ ODEZVA

Rozmach feministického hnutí v některých státech podnítil snahu nevládních i mezivládních organizací prosadit změny v úpravě státního občanství vdaných žen. Společnost pro mezinárodní právo (ILA) se podjala spolu s kruhem mezinárodních sdruženích žen⁴³ zkoumání otázky dvojí státní příslušnosti a stavu bez státní příslušnosti v roce 1922.⁴⁴ Výbor pro státní příslušnost ILA připravil návrhy a usnesení dne 9. září 1924.⁴⁵

4.1 Návrhy ILA

První usnesení výboru ILA se dovolalo aktu Kongresu Spojených států, že právo na expatriaci je základním a přirozeným právem člověka. Závěrečná usnesení se vztahovala na státní příslušnost vdaných žen. Dvě usnesení vycházela z výlučného státoobčanského vztahu mezi jednotlivcem a státem. Předposlední usnesení požadovalo, aby ztráta státní příslušnosti nastala pouze za podmínky nabytí jiné státní příslušnosti.⁴⁶ Podle posledního usnesení nabytí nové státní příslušnosti mělo *ipso facto* zrušit předešlou státní příslušnost, která dříve existovala.⁴⁷

Společnost rozvinula normotvornou činnost zaměřenou na dva objekty. ILA připravila vzorový zákon pro vnitrostátní právo a některá smluvní ustanovení pro kodifikační úmluvu.⁴⁸ Předloha vnitrostátní předpisu určovala právní účinky manželství (*effect of marriage*). Sňatek nesměl mít za následek dvojí státní příslušnost anebo vyvolat stav bez státní příslušnosti. Návrh vycházel ze zásady svrchovanosti státu.

Podle návrhu měl primární subjekt mezinárodního práva výlučnou kompetenci kvalifikovat fyzické osoby podle státní příslušnosti. Stát určoval, kdo

having jurisdiction over naturalization of aliens: *Provided*, That any woman citizen who marries an alien ineligible to citizenship shall cease to be a citizen of the United States. If at the termination of the marital status she is a citizen of the United States she shall retain her citizenship regardless her residence [...].”

⁴³ Některá nevládní sdružení nastolila program reformy již v roce 1905. Takovou organizací byla například Mezinárodní rada žen (*International, Council of Women*). Rada měla národní pobočky ve 30 státech. Jinou organizací, která podporovala reformu, byla Mezinárodní liga žen za mír a svobodu (*Women 's International League for Peace and Freedom*).

⁴⁴ International Law Association.

⁴⁵ International Law Association (ILA), 33 Reports of Conferences, 9 September 1924, second day, Riksdagshuset, s. 26.

⁴⁶ Tamtéž, s. 32: „Nationality should only be lost as the effect of the acquisition of another nationality.“

⁴⁷ Tamtéž: „The acquisition of a new nationality should *ipso facto* cancel any former nationality theretofore existing.“

⁴⁸ Tamtéž, s. 28.

jsou jeho příslušníci. Předloha rozlišovala mezi dvěma druhy států. Rozdělila státy na ty, které včlenily vzorový zákon (*a conforming State*) do vnitrostátního práva, a těmi, co tak neučinily (*a non-conforming State*).⁴⁹

Podle kodifikačního pravidla příslušnice konformního státu neztratila sňatkem s příslušníkem nonkonformního státu původní státní příslušnost, ledaže (nebo než) se stala tato žena příslušnicí jiného státu, a to buď automaticky, nebo naturalizací.⁵⁰ Návrh byl v rozpravě označen za „francouzské“ pravidlo. Důvodem přivlastku bylo, že manželka mohla nabýt státní příslušnost manžela automaticky. Předloha zachovala závislé občanství, aniž by přihlížela k rovnosti pohlaví i sebeurčení či autonomii ženy. Změny uvedené do amerického zákonodárství o státním občanství (*Cable Act*) návrh přehlížel, a proto nepřevzal.⁵¹

Volbu předpokládala druhá předloha upravující státní příslušnost vdané ženy ve vztazích dvou konformních států. Příslušnice jednoho státu provdaná za příslušníka druhého státu nabyla manželovu státní příslušnost podle zásady, že žena následuje muže. I této zásadě mohl být nepřiléhavě připsán těsný přivlastek: francouzská zásada. Z obecného pravidla platila jedna výjimka. Manželka mohla podle vnitrostátního práva, k němuž příslušela před uzavřením manželství, učinit formální prohlášení, které mělo být zapsáno v matrice manželství, že si přeje udržet dřívější státní příslušnost.⁵²

ILA rovněž připravila jedno ustanovení kodifikační mezinárodní smlouvy. V předloze se soustředila na řešení střetů mezi rozdílnými vnitrostátními zákony o státní příslušnosti.⁵³ ILA se opatrně pokusila o pokrokovou soukromou kodifikaci. Státní příslušnost vdané ženy pojala jako subjektivní právo, jako její autonomní volbu. V návrhu uznala, že vdaná žena by měla mít právo

⁴⁹ Tamtéž, s. 29.

⁵⁰ Tamtéž, s. 30: „A woman national of a conforming State shall not by reason of her marriage with a national of a non-conforming State lose her original nationality, unless or until by reason of such marriage she becomes a national of such other State, either automatically or by naturalisation.“

⁵¹ Tamtéž, s. 34: „I am sorry to say, were not adopted in my own country under the recent Cable Act of 1922, allowing separate nationality for married women, namely, to provide that the loss of nationality shall only occur upon acquiring a new nationality. It is plain that such a provision - and I understand it to be the French rule - avoids the difficulty of statelessness in most cases, especially in regard to granting a separate nationality for women.“

⁵² Tamtéž, s. 30: „A woman national of a conforming State marrying a national of another conforming State shall acquire her husband's nationality, unless she does, under the law of the State to which she belonged before marriage, retain the nationality of such State, or unless she makes a formal declaration (to be recorded on the register of marriages) to the effect that she wishes to retain her former nationality.“

⁵³ HOBZA, A. *Úvod do mezinárodního práva mírového. Část II*. Praha: Knihitiskárna „Typus“, 1935, s. 355.

změnit státní příslušnost, pokud byla soudně odloučena od manžela.⁵⁴ Právo ženy bylo vázáno na rozvod anebo rozlukou. Předloha nezmínila jinou skutečnost, třeba smrt manžela. Právo volby nebylo spojeno s uzavřením manželství, a to před vyjádřením manželského slibu.

4.2 Haagská úmluva o určitých otázkách střetu zákonů o státní příslušnosti z roku 1930

V roce 1924 Společnost národů coby mezivládní organizace ustavila výbor odborníků pro pokrokovou kodifikaci mezinárodního práva. Úkolem výboru bylo vybrat a navrhnout témata pro první poválečnou kodifikační konferenci. Zadání konference nemohlo být výlučně noetické. To by konference pouze sledovala objasnění obyčejových pravidel mezinárodního práva a jejich převod do psané formy.

Za zralý kodifikační námět byla vybrána státní příslušnost, a sice vedle problému pobřežních vod a odpovědnosti státu. Téma státní příslušnosti pospolně charakterizovaly vysoký stupeň citlivosti i normativní rozpornost. Námět ohledně vztahu jednotlivce a státu zasahoval do životních zájmů přistěhovaleckých a vystěhovaleckých zemí, které se křížily a střetávaly.⁵⁵ Normový konflikt vyvěral z nabývání státní příslušnosti buď podle *ius soli*, nebo *ius sanguinis*. Mimoto se začal prosazovat nový směr úpravy státní příslušnosti vdaných žen, jež částečně či úplně vycházel z rovnosti pohlaví. Zásada rovnosti pohlaví v doméně státní příslušnosti kolidovala se zásadou jednoty rodiny. Přitom státní příslušnost byla vnitřní věcí. V zásadě podléhala autonomii a výlučné jurisdikci každého státu.⁵⁶

Cíl kodifikační konference konané v roce 1930 v Haagu byl vůči institutu státní příslušnosti jednoznačný. Úkolem států bylo připravit pokrokovou kodifikaci, jejíž forma⁵⁷ měla účinně předcházet nebo napravovat následky střetu

⁵⁴ International Law Association (ILA), 33 Reports of Conferences, 9 September 1924, second day, Riksdaghuset, s. 31: „The rights to change nationality should be possessed by a married woman who is judicially separated from her husband.“

⁵⁵ League of Nations. Acts of the Conference for the Codification of International Law Held at The Hague from March 13th to April 12th, 1930, Vol. I, Plenary Meetings, Official No.: C 351.M.145, 1930, V., s. 69.

⁵⁶ Permanent Court of International Justice. Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco. Advisory Opinion of 7 February 1923, Series B: Collection of Advisory Opinions, s. 24: „The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends upon the development of international relations. Thus, in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within this reserved domain.“

⁵⁷ Haagská úmluva o určitých otázkách střetu zákonů o státní příslušnosti z 12. dubna 1930 (Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws).

vnitrostátních předpisů o státní příslušnosti. Přijetí kodifikačního díla mělo napomoci snížit dvojí státní příslušnosti nebo stav bez státní příslušnosti. Obě situace byly vnímány jako závažné a narušující mezinárodněprávní vztahy mezi státy. Většina států zásadně trvala na výlučném vztahu jednotlivce a státu.

Přípravný výbor předložil pro jednání o osnově úmluvy tzv. východiska (*Basis*) pro vyjednávání. Výbor pro státní příslušnost (první výbor) rozvíjel negociační proces podle těchto východisek.⁵⁸ První a druhé východisko shrnovalo některé zásady spojené s přiznáním státní příslušnosti. Podle zásady svrchovanosti měl každý stát výlučnou kompetenci určit podle vlastních zákonů, kdo jsou jeho příslušníci. Stát podle čl. 1 úmluvy si zachoval monopol posledního rozhodnutí o nabytí nebo ztrátě státního občanství. Úmluva nepotlačila pojem svrchovanosti. *Vice versa* poskytla napadanému pojmu exponované postavení. Platilo pravidlo, že má-li každý stát formálně rovné postavení v mezinárodním právu, tak všechny státy disponují stejnou kompetencí. Výkon takové kompetence různými státy vůči témuž jednotlivci mohl mít za následek pozitivní nebo negativní střet zákonů o státní příslušnosti.

Článek 1 současně požadoval, aby smluvní strany vzájemně uznaly vnitrostátní zákony o státní příslušnosti, pokud byly v souladu s mezinárodními úmluvami, mezinárodním obyčejem a obecnými zásadami právními.⁵⁹ Stát coby normotvůrce byl jak nadřazen vlastnímu právu, tak mu podřízen.⁶⁰ *De iure* uznání státu bylo s uznáním jeho právního řádu sloučeno. Vnitrostátní právo každého státu nemohlo být posuzováno jako prostá skutečnost, jež musí být prokázána. Kodifikační požadavek uznání byl předpokladem pro splnění účelu kodifikační úmluvy. Pokud osoba měla dvojí státní příslušnost, tak ji směl stát, jehož příslušnost nabyta, považovat výlučně za vlastního příslušníka, a tak s ní taktéž zacházet. Na druhé straně stát nesměl této osobě poskytnout diplomatickou ochranu proti státu, jehož byla současně příslušníkem.

Kontradiktorní otázka státní příslušnosti vdaných žen byla zahrnuta do šestnáctého východiska. Před kodifikační rozpravou Shromáždění Společnosti národů doporučilo členským státům v rezoluci ze dne 24. září 1928,

⁵⁸ Výboru pro státní příslušnost (*Committee on Nationality*) předsedal M. Politis.

⁵⁹ Čl. 1 v anglickém autoritativním jazyku zní: „It is for each State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognised by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality.“

⁶⁰ PROCHÁZKA, A. *Czechoslovak Philosophy of Law*. BENEŠ, V., DRUCKER, A., TÁBORSKÝ, E. (eds.) *Czechoslovak Yearbook of International Law (Hlídkva mezinárodního práva)*, London: Witherby & Co. Ltd., Published under auspices of the Czechoslovak Branch of the International Law Association, 1942, s. 100.

aby v jejich delegacích byly zastoupeny ženy.⁶¹ Do jednání se rovněž zapojily ženské nevládní organizace. První výbor vyslechl během jednoho zasedání stanoviska a názory zástupkyň, které byly tehdy přítomny v Haagu.

Ženská sdružení hájila zásadu všeobecné a úplné rovnosti pohlaví. Delegace Chile předložila návrh, jenž přejal text předlohy Národní strany žen.⁶² Postoje ženských organizací podpořily státy anglosaského i kontinentálního právního systému. Velká Británie navrhovala přijetí zásady rovnosti pohlaví a doufala, že valná většina států je schopna překonat značnou normativní vzdálenost. Britská delegace prosazovala právní stanovisko, podle něhož žena nepozbývá sňatkem státní příslušnost a nenabývá novou státní příslušnost bez vlastního souhlasu.⁶³ Rumunská delegace se domnívala, že úmluva poskytne ženě právo svobodně zvolit v okamžiku uzavření manželství státní příslušnost.⁶⁴ Žena si buď měla zachovat státní příslušnost, nebo se rozhodnout pro státní příslušnost manžela.

Tyto návrhy byly pro drtivou většinu delegací nepřijatelné. Oponentní stanovisko vyjádřil italský delegát, který použil argumenty sociálního původu na obhajobu právní zásady jednoty rodiny. Argumentace sledovala sestupnou linii: od sociální struktury státu a základů společnosti k rodině a manželství. Italský zástupce obhajoval postoj vyvěrající z minulosti i částečně z římsko-právní tradice. Manželství označil za sociální povinnost. Manželství nesmělo být osobním požítkem ani zálibou, jíž se lze vzdát.⁶⁵

První výbor se nepokoušel stranit jedné tezi, jedné zákonodárné tendenci a jednomu systémovému řešení státní příslušnosti vdaných žen. Výbor vyšel z účelu a předmětu úmluvy, který spočíval v omezení případů osob bez státní příslušnosti i dvojí státní příslušnosti. Výbor našel řešení v pragmatickém kompromisu mezi protichůdnými právními režimy, nikterak mezi tendencemi. Z kodifikačního ustanovení měl vyplývat závazek adresovaný zákonodárným sborům smluvních stran, aby odstranily legislativní nedostatky, jež byly příčinou bezprávního postavení osob bez státní příslušnosti anebo dvojí státní příslušnosti.⁶⁶

⁶¹ Pouze dvě delegace doporučení vyslyšely, a to Německo a Spojené státy. Srov. HUDSON, M. O. The First Conference for the Codification of International Law. *The American Journal of International Law*, 1930, Vol. 24, No. 3, s. 451.

⁶² MILLER, H., op. cit. 30, s. 681.

⁶³ League of Nations. Acts of the Conference for the Codification of International Law Held at The Hague from March 13th to April 12th, 1930, Vol. I, Plenary Meetings, Official No.: C 351.M.145, 1930, V., s. 40.

⁶⁴ Tamtéž, s. 41.

⁶⁵ Tamtéž, s. 39.

⁶⁶ Tamtéž, s. 76.

Výbor přijal konečné znění čl. 8 a nepřihlédl k doplňujícím návrhům. Žena pozbyla státní příslušnost sňatkem s cizincem za podmínky, že nabyla jeho státní příslušnost.⁶⁷ Ztráta předchozí příslušnosti závisela na nabytí státní příslušnosti muže. Souvislost byla kauzální povahy. Anglické autentické znění vyjádřilo tuto skutečnost (podmínku) anglickou jazykovou vazbou „*shall be conditional*“.⁶⁸ Tak byl zachován požadavek výlučnosti státoobčanského svazku ženy. Nezávislá státní příslušnost muže a ženy byla odmítnuta.

Článek 8 úmluvy mohl zabránit případům, kdy negativní výkon kompetencí vyústil ve ztrátu státní příslušnosti ženy. Ustanovení neumožnilo ženě zachovat si vlastní státní příslušnost poté, co se provdala za cizince. Pravidlo neregulovalo volbu ženy. Nesměla se rozhodnout mezi vlastní státní příslušností nebo sdílením státoobčanského svazku s manželem. Souhlas manželky byl nutný, jen když se během manželství změnila státní příslušnost manžela na základě naturalizace.⁶⁹ Tehdy manželka nemusela následovat státní příslušnost muže. Ani jedno smluvní pravidlo upravující státní příslušnost žen se neshodovalo se zásadou rovné a souběžné aplikace zákona o státním občanství vůči mužům a ženám.⁷⁰

Zásada rovnosti pohlaví se v kodifikační úmluvě neprosadila. Vliv emancipačního hnutí se ale projevil v nezávazném Doporučení VI (*Recommendation VI*).⁷¹ První výbor přijal návrh, aby se hlasovalo o přijetí doporučení (*voeu*), jež by vyjádřilo tuto zásadu. Návrh doporučení samostatně předložily dva státy: Belgie a Spojené státy. Oba návrhy byly přijaty a začleněny do jednoho souborného textu. Zástupkyně USA navázala na návrh chilské delegace. Předloha uplatnila myšlenku zákazu rozlišování na základě pohlaví ve věci státní příslušnosti,⁷² kdežto belgický návrh protežoval souhlas ženy ve vztahu

⁶⁷ Čl. 8 v autoritativním anglickém jazyku zní: „If the national law of the wife causes her to lose her nationality on marriage with a foreigner, this consequence shall be conditional on her acquiring the nationality of the husband.“

⁶⁸ Čl. 8 v autoritativním francouzském jazyku zní: „Si la loi nationale de la femme lui fait perdre sa nationalité par suite de mariage avec un étranger, cet effet sera subordonné à l'acquisition par elle de la nationalité de son mari.“

⁶⁹ Čl. 10 v autoritativním anglickém jazyku zní: „Naturalisation of the husband during marriage shall not involve a change in the nationality of the wife except with her consent.“

⁷⁰ HUDSON, M. O. The Hague Convention of 1930 and the Nationality of Woman. *The American Journal of International Law*, 1933, Vol. 27, No. 1, s. 121.

⁷¹ League of Nations. Acts of the Conference for the Codification of International Law Held at The Hague from March 13th to April 12th, 1930, Vol. I, Plenary Meetings, Official No.: C 351.M.145, 1930, V., s. 76–77.

⁷² R. B. Shipleyová navrhla: „The conference recommends to the study of the Government the principle that in their law and practice relating to nationality there shall be no distinction based on sex, with particular consideration of interests of children involved in the application of the principle.“

k uzavření manželství či jakékoli změně státní příslušnosti jejího muže během manželství.

Kodifikační konference doporučila státům studovat otázku, pokud nebylo možné vycházet ze zásady rovnosti pohlaví. Státy měly zejména uvážit zájmy dětí a jejich právní postavení. Státy měly dále přijmout rozhodnutí, že pouhá skutečnost sňatku (*the mere fact of marriage*) nebo změna státní příslušnosti muže za trvání manželství nebude mít za následek změnu státní příslušnosti jeho ženy, aniž by projevila souhlas.⁷³ Doporučení se vztahovalo též k situaci, kdy žena uzavřením manželství přestala příslušet k původnímu státu.

Dne 24. ledna 1931 Rada Společnosti národů rozhodla zařadit na program jednání Shromáždění bod týkající se pokračujícího studia problému státní příslušnosti žen. Rada uložila generálnímu tajemníkovi předložit Shromáždění zprávu o otázce, a to po konzultacích s některými mezinárodními organizacemi žen.⁷⁴ Generální tajemník požádal organizace žen, aby si zřídily výbor, který by předložil společné návrhy. Návrhy se posléze staly součástí přílohy zprávy generálního tajemníka. Nevládní sdružení napadala pojetí smluvních pravidel Haagské úmluvy o určitých otázkách střetu zákonů o státní příslušnosti z důvodu rozlišování mužů a žen. Výbor požadoval přípravu nové světové smlouvy o státní příslušnosti, která by nerozlišovala na základě pohlaví.⁷⁵

Řada signatářů zastávala opačné mínění. Podle jejich názoru konference dosáhla nejvyšší míry shody v otázce státní příslušnosti žen. Kodifikační výsledky tak mohly prospět mezinárodním vztahům a předcházet jejich poruchám. Státy se neztotožnily s požadavkem, aby se přistoupilo k brzké rekodifikaci. Nová úprava měla být závislá na budoucím vývoji vnitrostátního práva.⁷⁶

Pouze norská vláda podpořila znovuotevření otázky. I následující zasedání Shromáždění se zabývalo podněty mezinárodních nevládních organizací. Zástupkyně Mezinárodní ligy žen za mír a svobodu, Meziamerická komise žen

⁷³ Doporučení VI v autoritativním anglickém jazyku zní: „The Conference recommends to the States the study of the question whether it would not be possible

(1) to introduce into their law the principle of the equality of the sexes in matters of nationality, taking particularly into consideration the interests of the children,

(2) and especially to decide that in principle the nationality of the wife shall henceforth not be affected without her consent either by the mere fact of marriage or by any change in the nationality of her husband.”

⁷⁴ League of Nations Official Journal, 1931, s. 232.

⁷⁵ HUDSON, M. O., op. cit. 69, s. 118.

⁷⁶ O závislosti mezinárodního práva na vnitrostátním právu psal E. Beneš. BENEŠ, E. The Rights of Man and International Law. BENEŠ, V., DRUCKER, A., TÁBORSKÝ, E. (eds.) *Czechoslovak Yearbook of International Law (Hlídky mezinárodního práva)*. London: Witherby & Co. Ltd., Published under auspices of the Czechoslovak Branch of the International Law Association, 1942, s. 1–6.

spolu s dalšími ženskými sdruženími doporučily derogaci čl. 8, 9, 10 a 11 a uzavření nové úmluvy založené na zásadě rovnosti pohlaví. Jiné nevládní organizace jako například Mezinárodní rada žen či Světová unie žen pro mezinárodní shodu (*World Union of Women for International Concord*) zastávaly názor, že kodifikační výsledky Haagské konference by neměly být ztraceny. Avšak podle jejich stanoviska se mělo pokračovat ve zkoumání státní příslušnosti žen.⁷⁷

10. schůze Shromáždění konaná dne 12. října 1932 schválila rezoluci o státní příslušnosti, která neomezila volnost států v právní kvalifikaci státní příslušnosti.⁷⁸ Rezoluce zaznamenala, že otázka příslušnosti žen prodělává evoluci, jež je spojena se změnou postavení ženy v sociálním, ekonomickém a politickém životě. Akt vyjadřoval naději, že signatáři úmluvy zavedou zákonodárná opatření, jež uvedou v účinnost tyto změny.

V tom čase státy většinou nevycházely vstříc požadavkům mezinárodních ženských organizací. Zásada rovnosti pohlaví obsažená v Doporučení VI se nestala univerzální směrnicí pro členy mezinárodního společenství. Zásada získala kontinentální podporu. Dne 26. prosince 1933 byla na Mezinárodní konferenci amerických států přijata Úmluva o státní příslušnosti žen.⁷⁹ Jediné věcné ustanovení stipulovalo zákaz rozlišování na základě pohlaví vzhledem ke státní příslušnosti v zákonodárství nebo praxi smluvních států.⁸⁰ To byl závazek přikázaný zejména legislativním orgánům smluvních stran.

Haagská úmluva o střetu zákonů o státní příslušnosti vstoupila v účinnost až v roce 1937.⁸¹ Její závaznost, jakož i dvou dalších smluv o státní příslušnosti byla označena za událost neobvyklého významu ve vývoji mezinárodního práva.⁸² Haagská kodifikační úmluva byla ratifikována menším počtem států. Československý stát se nestal stranou kodifikační úmluvy. Smluvní ustanovení tak neovlivnila československou úpravu státní příslušnosti.

⁷⁷ HUDSON, M. O., op. cit. 70, s. 119.

⁷⁸ Verbatim Record of the Thirteenth Assembly, Tenth Meeting, s. 9.

⁷⁹ Convention on the Nationality of Woman. *The American Journal of International Law*. 1934, Vol. 28, No. 2, s. 61–62.

⁸⁰ Čl. 10 v autoritativním anglickém jazyku zní: „There will be no distinction based on sex as regards nationality, in their legislation or in their practice.“

⁸¹ League of Nations, A 6 (a), 1937, Annex 1, s. 71–72.

⁸² BORCHARD, E. Three Hague Conventions on Nationality. *The American Journal of International Law*. 1938, Vol. 32, No. 1, s. 126.

5. ČESKOSLOVENSKÁ ANOMÁLIE

Do účinnosti zákona č. 55/1928 Sb. z. a n., o cestovních pasech,⁸³ byly ruským a ukrajinským uprchlíkům vydávány osobní průkazy a prozatímní cestovní pasy na základě ministerských oběžníků. Oběžníky byly vnitřními instrukcemi. Ministerstvo zahraničních věcí vystavovalo osobní průkazy coby úřední listy, které neměly mezinárodní platnost. Jejich legitimační i permisivní funkce (povolení k pobytu) byla teritoriálně omezena. Vztahovala se výlučně k československému území.

5.1 Nansenovy pasy

Zákon z roku 1928 založil konsolidovaný pasový režim. § 5 pasového zákona svěřil politickým úřadům pravomoc vydávat průkazy na způsob cestovních pasů osobám bez státní příslušnosti a rovněž osobám, jejichž státní příslušnost nešlo zjistit.⁸⁴ Zákon takto dovolil vystavovat průkazy totožnosti (Nansenovy pasy), jejichž původ byl mezinárodně politické povahy.⁸⁵ Tyto průkazy nahradily jak osobní průkazy, tak jednorázové prozatímní pasy, jež byly dříve vydávány ruským a ukrajinským uprchlíkům. Na vystavení Nansenova pasu nebyl ani úplný ani částečný právní nárok.

Bezprostředním podnětem k vydávání Nansenových pasů byla politická ujednání přijatá na mezinárodních konferencích o ruských a arménských uprchlících. Vysoký komisař Společnosti národů pro uprchlíky svolával konference do Ženevy.⁸⁶ Ujednání byla uzavřena vždy v sudých rocích dvacátých let minulého století.⁸⁷ Členské státy Společnosti národů, jakož i nečlenské

⁸³ Zákon ze dne 29. března 1928 nabyl účinnost 24. dubna 1928.

⁸⁴ § 5 pasového zákona zní: „(1) Politické úřady II. stolice mohou vydávat průkazy na způsob cestovních pasů osobám bez státní příslušnosti a těm osobám, jichž státní příslušnost nelze zjistit. Taktéž mohou vydávat prozatímní cestovní pasy cizincům, kteří nemají pasů nebo je ztratili, není-li zastupitelského úřadu, který by jejich domovský stát zastupoval v republice Československé.

(2) Politické úřady II. stolice mohou zmocnití politické úřady I. stolice, aby opatření tato činily samy jich jménem.“

⁸⁵ Věstník ministerstva vnitra republiky Československé pojmenoval tyto mezinárodní doklady jako Nansenovské průkazy.

⁸⁶ Fridtjof Nansen zastával místo vysokého komisaře.

⁸⁷ Srov. Ujednání o vydávání průkazů totožnosti ruským uprchlíkům podepsané dne 5. července 1922, Plán o vydávání průkazů totožnosti arménským uprchlíkům ze dne 31. května 1924, Ujednání o vydávání průkazů totožnosti ruským a arménským uprchlíkům, doplňující, pozměňující dřívější ujednání z 5. července 1922 a 31. května 1924, ze dne 12. května 1926, Ujednání o právním postavení ruských a arménských uprchlíků ze dne 30. června 1928.

státy se shodly na formě průkazu totožnosti, jehož přijetí doporučily pro mezinárodní používání.

Průkazy zpočátku neopravňovaly uprchlíky k návratu do státu, který vystavil průkaz. Konference konaná v roce 1926 schválila zásadu, aby Nansenův pas byl opatřen zpátečním vízem pro usnadnění volnosti pohybu uprchlíků. K prodlužování průkazu byl oprávněn stát, který ho vydal, a sice za podmínky, že žadatel bydlil na jeho území.

Československá vláda přistoupila k souboru ženevských ujednání o ruských a arménských uprchlících z 5. července 1922, 31. května 1924, 12. května 1926 a 30. června 1928.⁸⁸ Diplomatičká nůta podepsaná československým stálým delegátem při Společnosti národů byla určena dnem (16. květen 1929) a místem (Ženeva). Jiné státy, které se účastnily konferencí, přistupovaly k ujednáním jednotlivě.

Československý diplomatický akt, jenž se vázal k okruhu mezinárodních ujednání, byl pozoruhodný. Vláda v přistoupení vyjádřila souborné výhrady, jež se týkaly ujednání i plánu. Vláda se rozhodla aplikovat odsouhlasené zásady jen na osoby, jež měly efektivní ruské nebo turecké (u Arménů) státní občanství a pozbyly je před 1. lednem 1923 (*le premier janvier 1923*), aniž by nabyly jinou státní příslušnost (*nationalité*).

Před tímto datem Všeruský ústřední výkonný výbor sovětu dělnických, vojenských, rolnických a kozáckých zástupců a Rada lidových komisařů společně schválily dekret o kolektivním zbavení státního občanství všech osob, které byly v zahraničí po dobu více než 5 let a neobdržely pasy od sovětských úřadů do 1. června 1922, dále všech osob, které opustily Rusko bez povolení sovětských úřadů po 7. listopadu 1917, také všech osob, které sloužily v armádách bojujících proti sovětské vládě, rovněž všech osob, které měly právo optovat pro sovětské občanství, a souběžně všech osob, které byly v zahraničí a nepřihlásily se sovětským úřadům do 1. června 1922.

Dekret byl schválen 15. prosince 1922. Časová hranice určená v diplomatické nótě měla restriktivní následek. Vyloučila z mezinárodní ochrany uprchlíky, kteří pozbyli ruskou nebo tureckou příslušnost po tomto datu. Individuální a kolektivní rozhodnutí o zbavení státní příslušnosti byla sovětskými i tureckými úřady vydávána i po tomto datu.

Konference o ruských a arménských uprchlících přijala definici ruského a arménského uprchlíka, kterou vtělila do politického ujednání z 12. května 1926. Deskriptivní definice poskytla etnickému výrazu „Rus“ a „Armén“ zvláštní právní význam. Definiční konstituenty jsou ve druhém usnesení ujednání přizpůsobeny uprchlictví. Definice odkazuje na ruský původ, ztrátu

⁸⁸ *Société des Nations*. Registry No. 1A/12086/11812. Réfugiés, Adhésion de la Tchécoslovaquie.

právní ochrany ze strany Sovětského svazu a nenabytí žádné jiné státní příslušnosti.⁸⁹ Národnostní sounáležitost, ale hlavně absence státní příslušnosti charakterizují totožnost a právní postavení uprchlíka. Mezi pozbytím státní příslušnosti a ztrátou *de iure* ochrany přitom existuje kauzální nexus. Definice výrazu Armén je obdobná prvnímu výrazu. Definicí doplňuje jiná konstitutivní složka týkající se původního statusu osoby. Arménský uprchlík musel být dříve poddaným Otomanské říše.⁹⁰

Závazky vyplývající z ujednání a plánu byly výslovně určeny vládám a nikterak zákonodárným sborům, nebo dokonce vnitrostátním soudům. Československá vláda coby adresát nehodlala přijmout jakýkoli závazek, který by nemohla provést v rámci platných právních předpisů. Vláda odmítala splnit závazky, jež by přikazovaly změnit platné zákonodárství. Změny byly uzákoněny apriorně, předcházely soubornému přístupu k ženevským ujednáním. Československé prohlášení jakékoli aposteriorní změny nepřipouštělo.

Nansenovy pasy neměly jen legitimační a permissivní funkci. Tyto doklady byly mnohofunkčního charakteru: představovaly mj. mezinárodní cestovní průkazy. Průkazy opravňovaly držitele k cestám do států, které se zavázaly k jejich uznání. Jejich platnost však nebyla univerzální v externím smyslu. Nadto mohl vydávající správní úřad omezit jejich platnost na jednotlivý stát nebo skupinu států. Územní platnost se výslovně nevztahovala na Sovětský svaz a Turecko. Když uprchlík využil mezinárodní průkaz k návratu do státu původu, pozbyl doklad následně platnost. Uprchlík se vrátil pod ochranu tohoto státu. Platnost průkazu nebyla neomezená. Průkaz byl pouze vystaven na jeden rok.

Vláda se zavázala podle ujednání z 12. května 1926 udílet ruským a arménským uprchlíkům návratová víza do ČSR. To však učinila jen na základě pozitivní, materiální reciprocity. To znamenalo výhradně vůči státům, jež se zavázely k přijetí uprchlíků. Tak byla povolena svoboda pohybu takových jednotlivců.

Jak pasový zákon, tak zejména oběžníky stanovily podmínky pro vydávání zvláštních průkazů. Vydáváním průkazů byly pověřeny vnitrostátní politické úřady, a nikoli mezinárodní orgány – zástupci vysokého komisaře Společnosti

⁸⁹ Usnesení 2 v autoritativním anglickém jazyku zní: „The Conference adopts the following definitions of the term “refugees”: “Russian”: Any person of Russian origin who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the Government of the Union of Socialist Soviet Republics and who has not acquired another nationality.“

⁹⁰ Usnesení 2 v autoritativním anglickém jazyku zní: „Any person of Armenian origin formerly a subject of the Ottoman Empire who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the Government of the Turkish Republic and who has not acquired another nationality.“

národů pro uprchlíky. Tyto průkazy začaly být vystavovány od 1. ledna 1930, jenom sedm měsíců po zaslání diplomatické nóty.⁹¹ Všichni ruští, včetně všech příslušníků ukrajinské národnosti, a arménští uprchlíci se museli zaregistrovat. Byla to povinná registrace prováděná opakovaně kompetentními orgány. Ministerstvo vnitra poprvé registrovalo uprchlíky už v roce 1921.⁹²

Vystavení pasů bylo řízením *sui generis*. Řízení bylo zahájeno na žádost uprchlíka. Žádost musela být sepsána na zvláštním formuláři u okresních úřadů, aby mohla být přezkoumána správnost žadatelových údajů. Vnitrostátní úřady směly navázat styk s organizacemi uprchlíků uznanými československými orgány, a to především se Zemgor, Československým červeným křížem, Zemědělskou jednotou a dalšími organizacemi.

Do řízení bylo zapojeno ministerstvo zahraničních věcí, které předtím provádělo registraci ruských a ukrajinských uprchlíků. Tento ústřední úřad předtím vydával osobní průkazy s vnitrostátní účinností. Ministerstvo ověřovalo zejména správnost českého a ruského psaní žadatelova příjmení. O vyřízení žádosti rozhodovaly příslušné orgány: politické úřady II. stolice.⁹³ Tyto vnitrostátní orgány byly rovněž pověřeny prodlužovat průkazy vždy o jeden rok. Tuto pravomoc na rozdíl od jiných států neměli konzulové coby zahraniční orgány československého státu. Při prodloužení už nemusel být vyplněný dotazník zasilán ministerstvu zahraničních věcí. Pokud měl úřad pochybnosti o osobních údajích, mohl se obrátit na ministerstvo zahraničí, aby mohlo ne-srovnalost napravit.

5.2 Nansenovy pasy československých žen

V roce 1931 nevedlo ministerstvo vnitra přesný statistický přehled, kolik uprchlíků pobývalo na československém území bez Nansenových pasů. Ministerstvo zahraničních věcí odhadovalo, že v Československu žilo 4 000 až 5 000 emigrantů, kteří neměli tyto průkazy. Oběžník ministerstva vnitra ze dne 3. dubna 1931 kladl důraz na urychlené vyřízení této záležitosti.⁹⁴ K nárůstu emigrantů nedocházelo přistěhováním, nýbrž i anomálním způsobem:

⁹¹ Uprchlíci ruští a arménští – nová úprava osobních průkazů. Oběžník ministerstva vnitra ze dne 11. prosince 1929, čís. 66.540/1929-5. *Věstník ministerstva vnitra republiky Československé*. Praha: „Novina“ tiskařské a vydavatelské podniky, 1930, roč. XII, s. 2.

⁹² Registrace Rusů a Ukrajinců v Československé republice. Oběžník ministerstva vnitra ze dne 30. prosince 1921, čís. 99:81.1-5. *Věstník ministerstva vnitra republiky Československé*. Praha: Rolnické tiskárny, 1922, roč. IV, s. 9.

⁹³ K vyřizování mohly být všeobecně zmocněny okresní úřady.

⁹⁴ Uprchlíci ruští a arménští – úprava osobních průkazů. Oběžník ministerstva vnitra ze dne 3. dubna 1931, čís. 19.842/1931-5. *Věstník ministerstva vnitra republiky Československé*. Praha: „Novina“ tiskařské a vydavatelské podniky, 1931, roč. XIII, s. 72.

sňatkem. Jak sdělilo ministerstvo zahraničních věcí, mnoho československých státních příslušnic se provdalo za ruské emigranty.⁹⁵ Oběžník ministerstva neuváděl žádná čísla.

Ministerstvo vnitra upozornilo v oběžníku zemské úřady, že československé příslušnice ztrácejí sňatkem s ruským emigrantem zdejší státní příslušnost.⁹⁶ Výraz obsažený v oběžníku je výmluvný: československá státní příslušnice nabývá charakteru emigranta. Použitý mužský rod namísto ženského sděluje, že manželka následuje právní postavení manžela. Tedy, že její občanství je závislé, nesamostatné. Vdané ženy mohly nárokovat vydání jen takového průkazu, který náležel manželovi. Ministerstvo vydalo pokyn, aby manželky ruských emigrantů byly opatřeny Nansenovými průkazy totožnosti.⁹⁷

Československý stát podle čl. 2 zákona č. 11/1918 Sb. z. a n. okamžikem svého vzniku recipoval rakousko-uherské právo, a to včetně vystěhovaleckého patentu ze dne 24. března 1832.⁹⁸ Patent nedovoloval rakouské poddané provdané za cizince nadále požívat původní státní občanství. Žena povinně následovala stav muže. Obdobně upravoval situaci § 34 zákonného článku L z roku 1879 účinného na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Podle tohoto ustanovení státní občanství ztratila žena, která se vdala za cizince.⁹⁹ Pravidlo se použilo taktéž na případy, kdy manžel nepříslušel k žádnému státu. Účinky ustanovení byly některými teoretiky kritizovány jako velmi kruté, protože československá příslušnice ztratila všechny státoobčanské prerogativy. Úprava proto postrádala smysl v tehdejší československé společnosti.¹⁰⁰

Manžel mohl pozbyt státní příslušnost různým způsobem. Ruští uprchlíci byli ve většině případů kolektivně zbaveni státoobčanského svazku dekretem z 12. prosince 1922. Emigranti někdy pozbyli státní občanství individuálním způsobem na základě správního či jiného rozhodnutí.

⁹⁵ Tamtéž, s. 73: „Ministerstvo zahraničních věcí upozornilo zde, že mnoho československých příslušnic provdalo se za emigranty, mající emigrantské průkazy, a že těmto manželkám nebyly dosud vydány průkazy emigrantské.“

⁹⁶ Tamtéž.

⁹⁷ Tamtéž: „Ministerstvo vnitra upozorňuje, že zdejší státní příslušnice provdáním za ruského emigranta ztrácí zdejší příslušnost, nabývá rovněž charakteru emigranta a má tudíž nárok jen na takový průkaz, jaký přísluší jejímu manželovi. Manželky ruských emigrantů, opatřené Nansenovskými průkazy totožnosti, musí tudíž býti rovněž opatřeny Nansenovskými průkazy.“

⁹⁸ Úřední text čl. 2 zní: „Veškeré dosavadní zemské a říšské zákony a nařízení zůstávají prozatím v platnosti.“

⁹⁹ Po přijetí recepčního zákona zákonný článek ve slovenském úředním jazyku zní: „Štátne občianstvo československé stráca žena, ktorá sa vydá za iného štátneho občana než československého.“

¹⁰⁰ SEDLÁČEK, J. *Rodinné právo*. Brno: nákladem československého akademického spolku „Právník“, 1934, knihovna československého akademického spolku „Právník“ v Brně, s. 34.

Komentář k § 92 obecného občanského zákoníku shledal, že manželka nabývá pouhým sňatkem manželovu příslušnost.¹⁰¹ Přídavné jméno „pouhý“ bylo nejméně jednou používáno v souvislosti s nabýváním a pozbyváním státní příslušnosti v legislativní i soudní vrstvě právního jazyka.¹⁰² Výraz v komentáři naznačuje, že není nic více nutného než uzavření manželství. Sňatek byl jedinou skutečností pro změnu či ztrátu státní příslušnosti vdané ženy.

Komentář se opíral o kontextuální, systematický výklad, poněvadž odkazoval na souvislost s relevantními pravidly recipovaných rakouských a uherkých právních předpisů. Komentář dovodil, že manželka se stala cizinkou, i když sňatek byl uzavřen na československém území. I jiné skutečnosti byly pokládány za bezvýznamné, jako trvalé bydliště manžela na československém území anebo to, že by manželka nikdy neopustila domovský stát. Manželka nepozbyla cizí státní občanství ani smrtí manžela, ale ani rozvodem či rozlukou.¹⁰³

Komentář podotkl, že § 92 výslovně neupravuje změnu manželčina státoobčanského postavení, provdává-li se za cizince. Autor použil argument účelu. Účelem a ani předmětem zákonného pravidla nebyla úprava státoobčanských záležitostí. Podle ustanovení manželka požívala práv mužova stavu a měla za povinnost ho následovat do společného bydliště. Souběžně autor komentáře použil v diskurzivním postupu argument *a contrario*. Dovodil, že manželka sňatkem s mužem bez vlasti nepozbývá československé státní občanství.¹⁰⁴ Komentář utřídil dvě skupiny osob podle statusového hlediska. Důsledně rozlišoval mezi manželi se státním občanstvím a manželi bez státního občanství.

Pokud si československá občanka vzala za manžela osobu bez státního občanství, nevztahovala se k ní povinnost následovat manželův stav. Manželka si udržela československé občanství, zatímco manžel nepřislušel k žádnému státu. Manželé nesdíleli stejné právní postavení. Jestliže by byl použit argument *lex posterior specialis derogat legi priori generali*, tak se řešení vrací k vystěhovaleckému patentu, jehož normativní věta obsahuje výraz „cizinec“. Výraz tak mohl být ve vnitrostátním právním kontextu vysvětlen následovně: jednotlivec nepřisluší k československému státu: je vůči němu a jeho právnímu řádu cizincem. Takové jednostranné vysvětlení přehlíží skutečnost, se

¹⁰¹ ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. a kruh spolupracovníků, op. cit. 15, s. 489.

¹⁰² Nález Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 10. 1940, č. 119/39-4 Boh A 515/40: „Pouhá skutečnost, že určitá osoba (nalezenec) byla nalezena na zdejším území, neodůvodňuje právní domněnku, že tato osoba je zdejším státním občanem.“

¹⁰³ ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. a kruh spolupracovníků, op. cit. 15, s. 489.

¹⁰⁴ Tamtéž: „Z toho tedy plyne, že sňatkem s manželem bez vlasti zdejší státní občanka státního občanství nepozbývá.“

kterým státem je osoba vlastně spojena. V tomto případě s žádným. Proto osoba postrádá *de iure* ochranu.

Komentář poskytl právní řešení zachovávající vdané ženě československou státní příslušnost. Řešení odmítlo sdílení jednoho a téhož právního postavení manželi. Manželé byli svorní jak ve sdílení stejného občanství, tak v postavení bez občanství. Bývalé československé občanky provdané za ruské uprchlíky, které charakterizovala ztráta občanství a *de iure* ochrany, upadly do stavu bez jakékoli občanství. Tyto manželky pozbyly plnou účast na právech a povinnostech vyplývajících z československého práva.¹⁰⁵ Tento nepříznivý skutkový stav překazil požívání jiných stavů. Vdané ženy nemohly ani destinovat faktické výhody pramenící pro ně z práva mezinárodního, jako například diplomatickou či konzulární ochranu.

Československým vdaným ženám zůstal jedině nárok na vydání Nanse-
nova průkazu totožnosti, ačkoli nesplňovaly žádný z konstituentů definice ujednání z 12. května 1926. Tyto ženy neměly ruský (ukrajinský) ani arménský původ a nepožívaly dříve ochranu Sovětského svazu či Turecké republiky. Žádnou jinou státní příslušnost československé ženy sňatkem s uprchlíky nenabývaly ani nemohly nabýt. Ten jediný a jedinečný (československý) státní svazek, co měly, ztratily uzavřením manželství.

Ještě před rozesláním oběžníku ministerstva vnitra z 3. dubna 1931 členové Poslanecké sněmovny Národního shromáždění navrhli jednotnou úpravu státního občanství, aby se stvrdil ústavněprávní požadavek jednotnosti a jednoty československého státního občanství na celém československém území.¹⁰⁶ Aby v jednotném státě bylo jen jediné občanství.¹⁰⁷

Kromě toho bylo ideálním účelem osnovy odstranit stav apatridy a několikrát státní příslušnosti.¹⁰⁸ V tomto smyslu se předloha inspirovala Haagskou kodifikační konferencí. Předloha přijala zásadu, že ženám má být přiznáno nezávislé občanství pouze za podmínky, že to dovoluje právní řád druhého státu.¹⁰⁹ Vdaným ženám měla být poskytnuta omezená volba mezi vlastní státní

¹⁰⁵ VERNER, V. Občanství státní. In: HÁCHA, E., HOETZEL, J., WEYR, F., LAŠTOVKA, K., op. cit. 11, s. 977.

¹⁰⁶ § 4 zákona č. 121/1920 Sb. z. a n., kterým se uvozuje Ústavní listina Československé republiky, ze dne 29. února 1920 zní: „1) Státní občanství v Československé republice je jediné a jednotné. (1) Podmínky nabývání, účinků a zániku státního občanství Československé republiky určuje zákon.

(2) Příslušník cizího státu nemůže býti zároveň příslušníkem Československé republiky.“

¹⁰⁷ WEYR, F., op. cit. 7, s. 421.

¹⁰⁸ Srov. 960. návrh poslanců dra I. Markoviče, dra L. Wintra a soudruhů ve věci jednotné úpravy státního občanství a odstranění případu nedostatku nebo několikrát státní příslušnosti. Poslanecká sněmovna N. S. R. Č. 1931, III. volební období, 3. zasedání, 10. února 1931.

¹⁰⁹ Tamtéž: „Cizinky provdané za naše občany bud'těž považovány za naše příslušnice a naše občanky, provdané za cizince, bud'těž považovány za zbaveny naší příslušnosti jen tenkráté,

příslušností, nabytou před sňatkem, a státní příslušností manžela. Návrh znamenal nežádoucí stav, kdy československá občanka sňatkem s ruským emigrantem se stala osobou bez státní příslušnosti.¹¹⁰

Předlohu charakterizovala legislativní opatrnost a upřímná snaha vstřícná k Haagské úmluvě. Tento návrh nepřijal obecnou zásadu rovnosti pohlaví. Ani se nepřiklonil k speciální zásadě rovné a souběžné aplikace zákona o státním občanství vůči mužům a ženám. § 18 návrhu je toho jednoznačným důkazem. Ustanovení obsahovalo obecné pravidlo, že československá občanka ztrácí státní příslušnost sňatkem s cizincem, když podle zákonů jeho vlasti nabývá jeho státní příslušnost. Navržené pravidlo se podobalo čl. 8 Haagské úmluvy z roku 1930, avšak bylo rozdílně napsáno. Jeho účel byl stejný; zabránit pozitivnímu nebo negativnímu střetu zákonů o státním občanství.

Předloha § 18 se však odlišila od čl. 8 úmluvy následnou výjimkou, jež představuje samostatné pravidlo chování. Žena si měla právo ponechat československou státní příslušnost na základě prohlášení učiněného před politickým úřadem, a to do šesti měsíců po dni sňatku.¹¹¹ Navržené pravidlo by umožnilo manželce cizince si uchovat československou státní příslušnost. Tak by se československá státní občanka, která uzavřela manželství s ruským uprchlíkem, mohla vyhnout nežádoucímu stavu apatridy.¹¹² Návrh nebyl nikdy schválen.

6. NEROZUMNÝ VÝSLEDEK

Sňatek *per se* nebyl v tradičním mezinárodním právu upraven jako nezbytná a současně dostatečná podmínka pro nabytí anebo ztrátu státního občanství. Určení sňatku coby jediné skutečnosti, jež *ipso facto* založí nebo zruší právní

uzná-li i zákonodárství druhého státu tuto změnu.“

¹¹⁰ Tamtéž: „Státní občanka československá pozbývá občanství sňatkem s neobčanem (viz býv. rak. vystěhovalecký patent, již citov.; v býv. uher. cit. zák. § 34), aniž se zkoumá, nabyla-li jiného občanství. Takže nenabývá-li sňatkem s cizincem státního občanství podle zákonů vlasti svého manžela (např. ve Spojených státech amerických), nebo je-li manželem osoba bez státního občanství (např. ruský nebo italský emigrant), ocitá se žena (popř. i dítky z tohoto manželství) bez státního příslušenství, což mívá zejména nepříznivé následky hospodářské, nemožnost získati určitá zaměstnání apod.“

¹¹¹ Tamtéž, § 18 návrhu zní: „Československá občanka ztrácí státní příslušnost sňatkem s cizincem, když podle zákonů jeho vlasti nabývá jeho státní příslušnosti. Ohlásí-li politickému úřadu první stolice místa své domovské příslušnosti nejdéle do šesti měsíců po dni sňatku, že hodlá podržeti československou státní příslušnost, zůstává československou občankou.“

¹¹² Návrh poslanců dra I. Markoviče, dra L. Wintra a soudruhů ve věci jednotné úpravy státního občanství a odstranění případu nedostatku nebo několikeré státní příslušnosti nebyl schválen.

spojení vdané ženy se státem, bylo vnitřní věcí svrchovaných subjektů. Státy měly podle obecného mezinárodního práva výlučnou kompetenci kvalifikovat fyzické osoby podle státního občanství. Stát určoval, kdo k němu smí příslušet. Takový stav měl za následek střety ve výkonu kompetencí, jenž mohl vyústit ve dvojí státní občanství i apatridu.

Předlitavské i zalitavské předpisy se shodovaly v úpravě vystěhovalectví. Vycházely ze zásady, že ženy provdané za cizince následují stav manžela. Žena uzavřením manželství s cizincem automaticky ztratila právní spojení s domovským státem. Československo udrželo právní kontinuitu s právním řádem subjektu, jenž nebyl jeho předchůdcem. Nový stát převzal rakousko-uherské předpisy o vystěhovalectví, které později uplatnily vůči ženám, které se provdaly za ruské (ukrajinské) či arménské uprchlíky. Úřady kvalifikovaly státní občanství jako právní vztah či stav, aniž by v něm spatřily subjektivní modus normativnosti: subjektivní právo. Recipované předpisy to nedovolovaly.

Úřady ani nepřihlédly k rozhodné skutečnosti, že uprchlíci byli zbavení státního občanství a *de iure* ochrany. Československé ženy uzavřením manželství s uprchlíky upadly do bezdomovectví. Zásada, že manželka následuje stav manžela, nechránila jejich samostatné zájmy. Zásada neposkytovala ženám žádnou volbu. V československém právu se ani neprosadila speciální zásada rovné a souběžné aplikace zákona o státním občanství vůči mužům a ženám. Vdané ženy sdílely s manželi (někdy s dětmi) jejich právní osud. Po pozbytí československého občanství vyjádřily jejich společné právní postavení Nansenovy pasy. Vydání těchto mezinárodních dokladů mohly vdané ženy nárokovat, avšak v rozporu s mezinárodními politickými závazky.

Právní ochrana osob bez státní příslušnosti v České republice: 15 let po ratifikaci Úmluvy o právním postavení osob bez státní příslušnosti stále popelkou?

Linda Janků*

1. ÚVOD

V příspěvku věnovaném problematice osob bez státní příslušnosti, který jsem publikovala v této ročence před pěti lety,¹ jsem Úmluvu o právním postavení osob bez státní příslušnosti (dále jen „Úmluva z roku 1954“)² označila za popelku mezi mezinárodními lidskoprávními smlouvami. Bohužel i nyní, po více než 15 letech od přistoupení České republiky k Úmluvě z roku 1954,³ je toto označení více než přiléhavé.

Na mezinárodní úrovni se během uplynulých pěti let ve vztahu k problematice osob bez státní příslušnosti stalo mnohé. Kampaň UNHCR s názvem *I Belong*,⁴ která byla zahájena v roce 2014 s cílem vymýtit problém apatristumů⁵

* Kancelář veřejného ochránce práv; Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně.

¹ JANKŮ, L. Postavení a ochrana osob bez státního občanství v České republice. In: JÍLEK, D., PORÍZEK, P. (eds.) *Pobyt cizinců: vybrané právní problémy II*. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2015, s. 256–290.

² Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 108/2004 Sb. m. s., o sjednání Úmluvy o právním postavení osob bez státní příslušnosti.

³ Česká republika přistoupla k Úmluvě z roku 1954 dne 19. května 2004.

⁴ Blíže viz UNHCR. *#IBelong Campaign to End Statelessness* [online]. Dostupné z: <https://www.unhcr.org/ibelong-campaign-to-end-statelessness.html>

⁵ V českém překladu bývá pojem „apatristmus“ poněkud nešťastně označován jako „bezdomovectví“. S ohledem na zjevnou nepřesnost tohoto překladu (v angličtině odpovídající pojmu *homeless*, a nikoli *stateless*), stejně jako na poněkud zavádějící konotace spojené s pojmem bezdomovectví oproti problematice osob bez státní příslušnosti, preferuji používání pojmu apatristmus.

ve světě do roku 2024, je v době publikace tohoto příspěvku čerstvě za svou polovinou. Během prvních pěti let kampaně se UNHCR podařilo toto téma zviditelnit ve veřejném prostoru i odborných kruzích a dokázalo ovlivnit praxi států v mnoha ohledech. Zvýšil se počet ratifikací Úmluvy z roku 1954 i Úmluvy o omezení případů bezdomovectví z roku 1961, mnohé další státy zavedly specifické řízení o určení osob bez státní příslušnosti (*statelessness determination procedure*, SDP) a s ním spojenou úpravu právního postavení osob bez státní příslušnosti na jejich území. V říjnu 2019 se pak v rámci bilančního jednání představitelů členských států OSN a dalších aktérů, které UNHCR uspořádalo u příležitosti poloviny běhu kampaně, desítky dalších států přihlásily v rámci svých příslibů (*pledges*) k tomu, že některé či všechny z těchto kroků v blízké budoucnosti učiní.⁶

Vývoje doznala rovněž pozornost věnovaná problematice osob bez státní příslušnosti ze strany expertů, ať už v rámci aktivit na akademické půdě, či ze strany občanské společnosti a odborných organizací. V Evropě je patrná zejména aktivita odborné sítě *European Network on Statelessness* zahrnující více než 130 odborníků z řad akademiků, nezávislých odborníků z praxe a nevládních organizací věnujících se dané problematice.⁷ V rámci akademických aktivit lze kromě vzrůstajícího počtu publikací a odborných studií věnovaných problematice osob bez státní příslušnosti⁸ zmínit rovněž vznik časopisu *Statelessness and Citizenship Review*, který je prvním odborným periodikem specificky věnovaným problematice apatristu.⁹ Kromě rozvoje aktivit univerzitního centra *Institute on Statelessness and Inclusion*¹⁰ působícího v nizozemském Tilburgu vzniklo další specializované univerzitní centrum pro výzkum problematiky osob bez státní příslušnosti, kterým je *Peter McMullin Centre on Statelessness* v rámci australské Melbourne University.¹¹

Před mezinárodním společenstvím dosud v této oblasti leží množství zásadních úkolů a výzev. Situace osob bez státní příslušnosti na mnoha místech

⁶ Setkání se uskutečnilo 7. října 2019 v Ženevě v rámci zasedání Výkonného výboru UNHCR. Celkem přes 300 konkrétních příslibů na setkání učinilo více než 85 představitelů vlád, mezinárodních a občanských organizací. Česká republika mezi nimi nebyla. Blíže srov. UNHCR. *Watershed moment as countries step forward to tackle global statelessness*. 11 October 2019. Dostupné z: <https://www.unhcr.org/news/press/2019/10/5da04b1d4/watershed-moment-countries-step-forward-tackle-global-statelessness.html>

⁷ Pro více informací o činnosti a publikacích této sítě srov. <https://www.statelessness.eu/>.

⁸ Srov. např. BIANCHINI, K. *Protecting Stateless Persons*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2018, či FOSTER M., LAMBERT, H. *International Refugee Law and the Protection of Stateless Persons*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

⁹ Blíže k informacím o časopisu srov. <https://statelessnessandcitizenshipreview.com/index.php/journal>

¹⁰ Blíže k informacím o aktivitách institutu srov. <https://www.institutesi.org/>.

¹¹ Blíže k informacím o činnosti centra srov. <https://law.unimelb.edu.au/centres/statelessness>

světa, stejně jako jejich vysoký počet jsou i nadále značně znepokojivé. Přesto lze za posledních několik let zaznamenat jednoznačný posun, který dává důvod k opatrnému optimismu. Zvýšila se pozornost věnovaná prevenci a snahám o vymýcení apatristu do budoucna, jakož i úsilí vynaložené k zajištění ochrany a práv stávajících osob bez státní příslušnosti a k nalezení trvalého řešení jejich situace, které spočívá v získání státního občanství.

Oproti tomu vývoj, který během uplynulých pěti let zaznamenala problematika osob bez státní příslušnosti v České republice, nabízí o poznání bezútěšnější pohled. Na konci roku 2015 vstoupila v účinnost zcela minimalistická právní úprava § 8 písm. d) zákona o azylu, která vymezuje kompetenci ministerstva vnitra rozhodovat „o žádostech podaných podle Úmluvy o právním postavení osob bez státní příslušnosti“.¹² Následující období bylo poznamenáno výkladovými a aplikačními problémy spojenými s uvedením této právní úpravy v život. Problémy způsobovala jak chybějící podrobnější legislativní úprava dané problematiky, tak i dlouhodobá nečinnost a pasivita ministerstva vnitra, které zcela rezignovalo na snahu kompenzovat nedostatky přijaté právní úpravy alespoň v praxi a plnit v dobré víře závazky vyplývající České republice z Úmluvy z roku 1954. Důsledkem je setrvalé nerespektování závazků vyplývajících z uvedené úmluvy.

Ve vztahu k dosavadnímu postupu ministerstva vnitra v této oblasti bylo vydáno několik rozhodnutí správních soudů, které konstatovaly pochybení správního orgánu. Ta zahrnují jak porušení procesních práv žadatelů o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti v rámci řízení o jejich žádostech,¹³ tak rovněž porušení jejich materiálních práv vyplývajících z analogického použití zákona o azylu, ze závazků plynoucích z Úmluvy z roku 1954 i z Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Evropská úmluva o lidských právech“ či „EÚLP“).¹⁴ Právní hodnocení soudů a povinnosti uložené ministerstvu vnitra touto judikaturou však v praxi nejsou z jeho strany ani nadále respektovány.¹⁵ Stávající situace se stala předmětem opakované kritiky rovněž mezinárodních lidskoprávních monitorovacích orgánů (konkrétně Výboru OSN proti mučení a Výboru OSN pro odstranění všech forem rasové diskriminace).

¹² Srov. § 8 písm. d) zákona č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů. Jeho úpravu přinesla s účinností od 15. prosince 2015 novelizace provedená zákonem č. 314/2015 Sb.

¹³ Srov. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 29. listopadu 2017, sp. zn. 10 A 155/2017.

¹⁴ Srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 12. března 2019, sp. zn. 4 Azs 365/2018, a ze dne 9. dubna 2019, sp. zn. 7 Azs 488/2018. Dále srov. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 19. června 2019, sp. zn. 5 A 154/2018.

¹⁵ Srov. mj. šetření veřejné ochránčyně práv vedené pod sp. zn. 6925/2019/VOP.

Cílem tohoto příspěvku je zachytit některé z hlavních otázek a právních problémů, s nimiž se praxe v uplynulých několika letech ve vztahu k problematice osob bez státní příslušnosti a aplikaci § 8 písm. d) zákona o azylu potýkala. V příspěvku před pěti lety jsem se věnovala zejména procesním otázkám a parametrům řízení o určení osob bez státní příslušnosti (SDP). Nyní se proto zaměřím především na hmotněprávní otázky právního postavení osob bez státní příslušnosti. Jednotlivá témata a jejich právní hodnocení jsou přitom úzce spojeny s činností veřejné ochránčyně práv, na kterou se osoby bez státní příslušnosti dlouhodobě obracejí se svými podněty. Ochránčyně se proto problematice osob bez státní příslušnosti dlouhodobě aktivně věnuje. Níže uvedené závěry tak vycházejí ze zjištění, ke kterým ochránčyně dospěla v rámci svých šetření týkajících se právního postavení žadatelů o přiznání statusu osoby bez státní příslušnosti¹⁶ i osob, které již byly osobami bez státní příslušnosti rozhodnutím ministerstva vnitra uznány.¹⁷

2. VÝCHODISKA MEZINÁRODNĚPRÁVNÍ ÚPRAVY – ÚMLUVA Z ROKU 1954

Mezinárodněprávní úprava právního postavení osob bez státní příslušnosti se řídí Úmluvou z roku 1954. Jedná se o „sesterskou“ úmluvu k Úmluvě o právním postavení uprchlíků (dále jen „Ženevská úmluva“)¹⁸, která byla přijata o tři roky dříve v roce 1951. Znění naprosté většiny jejich ustanovení je shodné, stejně jako historie přípravných prací na textu obou úmluv. Cílem Úmluvy z roku 1954 je zakotvit mezinárodní ochranu pro osoby bez státní příslušnosti, které nejsou zároveň uprchlíky.¹⁹

Původně se počítalo s přijetím úpravy ve vztahu k uprchlíkům i osobám bez státní příslušnosti v rámci jedné společné úmluvy. Panovala shoda na tom, že uprchlíci i osoby bez státní příslušnosti sdílejí obdobnou potřebu ochrany.²⁰ Později se zástupci států rozhodli, že úpravu rozdělí do dvou sa-

¹⁶ V této otázce srov. zejména šetření vedené pod sp. zn. 2959/2018/VOP.

¹⁷ V této otázce srov. zejména šetření vedená pod sp. zn. 3450/2019/VOP, 2451/2019/VOP, 491/2019/VOP a 5637/2019/VOP.

¹⁸ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 208/1993 Sb., o Úmluvě o právním postavení uprchlíků a Protokolu týkajícím se právního postavení uprchlíků.

¹⁹ Srov. preambuli Úmluvy z roku 1954: „[...] majíce na zřeteli, že Úmluva o právním postavení uprchlíků z 28. července 1951 se vztahuje pouze na osoby bez státní příslušnosti, které jsou zároveň uprchlíky, a že existuje mnoho osob bez státní příslušnosti, na které se tato Úmluva nevztahuje. [...]“

²⁰ Blíže srov. FOSTER M., LAMBERT, H. *International Refugee Law and the Protection of Stateless Persons*. Oxford: Oxford University Press, 2019, s. 41, 43–46.

mostatných smluv, přičemž dřívější finalizace se dočkala úmluva týkající se uprchlíků.²¹ Obsah těch ustanovení, která jsou pro obě úmluvy společná (týkají se především vymezení jednotlivých práv osob spadajících pod rozsah úmluvy), přitom již při pozdějším dokončování textu Úmluvy z roku 1954 znovu věcně debatován nebyl a zástupci států rozhodli o převzetí obsahu úpravy dohodnuté ve vztahu k Ženevské úmluvě.²²

Společná historie přípravných prací, totožná struktura obou úmluv a shodné znění většiny jejich textu jsou významné pro výklad Úmluvy z roku 1954. Znamenají totiž, že je při něm možné vycházet z výkladu, jenž byl rozvinut k ekvivalentním ustanovením Ženevské úmluvy. Tento závěr potvrdil rovněž Nejvyšší správní soud, když uvedl, že přestože se jedná o dva samostatné mezinárodní dokumenty, „je jejich úzký vzájemný vztah nepochybný a je zřejmé, že při interpretaci Úmluvy o právním postavení osob bez státní příslušnosti lze zcela jednoznačně vycházet z výkladu vztahujícího se právě k Úmluvě o právním postavení uprchlíků, která tvořila základ pro její zpracování“.²³ To má praktický význam, neboť historicky byla Úmluvě z roku 1954 věnována v praxi států menší pozornost než Ženevské úmluvě (změna v tomto ohledu nastává až v posledních letech), takže množství odborných textů, výkladových stanovisek UNHCR a příkladů praxe států vztahujících se k Úmluvě z roku 1954 je oproti Ženevské úmluvě dosud menší.

Obecně platí, že při výkladu Úmluvy z roku 1954 je třeba postupovat v souladu s pravidly výkladu mezinárodních smluv, jež jsou zakotveny ve Vídeňské úmluvě o smluvním právu z roku 1980.²⁴ Východiskem je princip *pacta sunt servanda*, tedy že platné smlouvy zavazují smluvní strany, které smlouvu musejí vykládat a plnit v dobré víře.²⁵ Článek 31 Vídeňské úmluvy vymezuje

²¹ Blíže k historii přijetí textu Úmluvy z roku 1954 viz GOODWIN GILL, G. S. *Introductory Note on the Convention relating to the Status of Stateless Persons*. *Audiovisual Library of International Law* [online]. Dostupné z: <http://legal.un.org/avl/ha/refugees.html>

²² Jedinou výjimku představují čl. 15 (sdružovací právo) a čl. 17 (právo vykonávat placené zaměstnání), které mají v Úmluvě z roku 1954 oproti Ženevské úmluvě odlišný, o něco nižší standard vymezení jejich rozsahu. Blíže srov. FOSTER, M., LAMBERT, H. *International Refugee Law and the Protection of Stateless Persons*. Oxford: Oxford University Press, 2019, s. 43.

²³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. listopadu 2012, sp. zn. 6 Ads 67/2012, odst. 29.

²⁴ Vyhláška ministra zahraničních věcí ze dne 4. září 1987 č. 5/1988 Sb., o Vídeňské úmluvě o smluvním právu.

²⁵ Srov. čl. 26 a čl. 31 odst. 1 Vídeňské úmluvy o smluvním právu. Zásada *pacta sunt servanda* je na ústavní úrovni zakotvena v čl. 1 odst. 2 Ústavy České republiky, podle něhož „Česká republika dodržuje závazky, které pro ni vyplývají z mezinárodního práva“. Zároveň platí, že státy se nemohou dovolávat ustanovení svého vnitrostátního práva jako důvodu pro neplnění smlouvy, což je stanoveno v čl. 27 Vídeňské úmluvy o smluvním právu.

základní obecné pravidlo výkladu, podle něhož musí být mezinárodní smlouva a její jednotlivá ustanovení vykládána: 1. v souladu s obvyklým významem, který je dáván výrazům ve smlouvě, 2. v jejich celkové souvislosti, a 3. s přihlédnutím k předmětu a účelu smlouvy.²⁶

V rámci výkladu zohledňujícího předmět a účel smlouvy je do interpretace jednotlivých ustanovení Úmluvy z roku 1954 nezbytné promítnout její celkový převládající humanitární účel a záměr zajištění určitého standardu zacházení osobám bez státní příslušnosti.²⁷ Tento účel úmluvy vyplývá jednoznačně z textu její preambule, podle kterého smluvní strany „[...] stvrzují zásadu, že všichni lidé mají požívat základních práv a svobod bez diskriminace, [...] že Organizace spojených národů při různých příležitostech projevila svůj hluboký zájem o osoby bez státní příslušnosti a snažila se zajistit, aby osoby bez státní příslušnosti tato základní práva a svobody v co nejširší míře užívaly, [...] že je žádoucí upravit a zlepšit postavení osob bez státní příslušnosti mezinárodní smlouvou [...]“.

Úmluva z roku 1954 vymezuje minimální standard rozsahu práv, který jsou smluvní státy povinny osobám bez státní příslušnosti poskytnout. Vychází ze skutečnosti, že tyto osoby se vlivem absence státní příslušnosti, a tudíž i ochrany jakéhokoli státu, nacházejí ve zranitelném postavení, které vyžaduje, aby jim byla poskytnuta náhradní ochrana ze strany státu, na jehož území se nacházejí.

Příznání postavení osoby bez státní příslušnosti je – obdobně jako příznání postavení uprchlíka – deklaratorním aktem. Jednotlivec se stává osobou bez státní příslušnosti již okamžikem naplnění podmínek definice osoby bez státní příslušnosti vymezené v čl. 1 odst. 1 Úmluvy z roku 1954.²⁸

Do doby, než je právní postavení osoby bez státní příslušnosti ověřeno, je tak žadatel oprávněn požívat alespoň určitý rozsah práv přiznaných osobám

²⁶ Srov. čl. 31 odst. 1 Vídeňské úmluvy. Spolu s celkovou souvislostí výrazů uvedených ve smlouvě (čl. 31 odst. 2) má být zohledněna rovněž pozdější dohoda nebo praxe stran zakládající dohodu ohledně výkladu smlouvy, stejně jako jakákoli relevantní pravidla mezinárodního práva použitelná mezi stranami (čl. 31 odst. 3). Čl. 32 Vídeňské úmluvy vymezuje doplňkové prostředky výkladu (například záznamy z přípravných prací na smlouvě či okolnosti, za nichž byla smlouva uzavřena), které lze využít buď pro potvrzení významu vyplývajícího z použití pravidel dle čl. 31, nebo v případě, že výklad podle čl. 31 je nejednoznačný nebo nesmyslný.

²⁷ Převládající humanitární předmět a účel je obecně akceptován rovněž v rámci výkladu Ženevské úmluvy. Srov. např. HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 53, dále GOODWIN-GILL, G., MCADAM, J. *The Refugee in International Law*. 3. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 7, 8 či FOSTER, M. *International Refugee Law and Socio-Economic Rights: Refuge from Deprivation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 43–47, 58.

²⁸ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 16. Dostupné z: <https://www.refworld.org/docid/53b676aa4.html>

bez státní příslušnosti.²⁹ Tomu odpovídá skutečnost, že práva vymezená v Úmluvě z roku 1954 nejsou omezena na osoby, které byly státem formálně uznány jako osoby bez státní příslušnosti. Rozsah práv náležejících osobám bez státní příslušnosti je namísto toho Úmluvou z roku 1954 vymezen v závislosti na povaze přítomnosti osoby na území státu a charakteru její vazby na tento stát.³⁰ Úmluva z roku 1954 je tak (stejně jako Ženevská úmluva) založena na postupné gradaci práv osob bez státní příslušnosti, která narůstají s plynutím času a stupněm vazby dotyčné osoby na hostitelský stát.³¹

Úmluva z roku 1954 rozlišuje celkem pět základních kategorií vymezených vztah dotyčné osoby k území hostitelského státu. V návaznosti na ně přiznává jednotlivá práva

- 1) všem osobám bez státní příslušnosti nacházejícím se v jurisdikci příslušného státu,³²
- 2) osobám bez státní příslušnosti nacházejícím se fyzicky na území příslušného státu (*within their territories*),³³
- 3) osobám bez státní příslušnosti zákonně se zdržujícím na území příslušného státu (*lawfully in their territories*),³⁴
- 4) osobám bez státní příslušnosti zákonně pobývajícím na území daného státu (*lawfully staying in their territories*),³⁵ a
- 5) osobám bez státní příslušnosti schopným prokázat obvyklý pobyt (*habitual residence*).³⁶

²⁹ V tomto ohledu platí analogie s postavením žadatelů o přiznání postavení uprchlíka, jimž svědčí tzv. předpokládaný uprchlický status (*presumptive refugee status*). Srov. např. GOODWIN-GILL, G., MCADAM, J. *The Refugee in International Law*. 3. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 232, 233. Dále též HATHAWAY, J. C., FOSTER, M. *The Law of Refugee Status*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 546.

³⁰ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 126.

³¹ Tamtéž, odst. 132. UNHCR tento koncept označuje jako „gradaci zacházení“ (*gradations in treatment*) a ve vztahu k Ženevské úmluvě jej označuje za užitečný výchozí bod pro vymezení přijímacích standardů pro žadatele o mezinárodní ochranu. Srov. UNHCR. *Reception Standards For Asylum Seekers In the European Union*. UNHCR, Geneva, 2000, s. 5, 6. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/protection/operations/43662ddb2/reception-standards-asylum-seekers-european-union.html>

³² Do této kategorie náleží čl. 12 (osobní status), čl. 13 (movitý a nemovitý majetek), čl. 16 odst. 1 (přístup k soudům), čl. 20 (přídělový systém), čl. 22 (vzdělání), čl. 25 (správní pomoc) a čl. 32 (naturalizace).

³³ Do této kategorie náleží čl. 4 (svoboda vyznání) a čl. 27 (doklad totožnosti).

³⁴ Do této kategorie náleží čl. 18 (samostatná výdělečná činnost), čl. 26 (svoboda pohybu) a čl. 31 (ochrana před vyhoštěním).

³⁵ Do této kategorie náleží čl. 15 (sdružovací právo), čl. 17 (zaměstnání), čl. 19 (svobodná povolání), čl. 21 (bydlení), čl. 23 (veřejná podpora), čl. 24 (pracovněprávní předpisy a sociální zabezpečení) a čl. 28 (cestovní doklady).

³⁶ Do této kategorie náleží čl. 14 (autorská práva a duševní vlastnictví) a čl. 16 odst. 2 (právo na právní pomoc v souvislosti s přístupem k soudu).

V této souvislosti je třeba upozornit na chybu v českém překladu Úmluvy z roku 1954, který je zveřejněn ve Sbírce mezinárodních smluv.³⁷ Zatímco Úmluva rozlišuje postavení osob bez státní příslušnosti zákonně se zdržujících (*lawfully in*) a zákonně pobývajících (*lawfully staying*) na území státu, český překlad Úmluvy mezi těmito dvěma kategoriemi nerozlišuje a oba pojmy překládá shodně jako osoby bez státní příslušnosti „oprávněně se zdržující“ na území. To může vést ke zcela zavádějícímu výkladu personálního dosahu příslušných práv garantovaných úmluvou. Pro správnou interpretaci dotyčných ustanovení je proto nezbytné vycházet výhradně z autentických jazykových verzí Úmluvy z roku 1954.³⁸

Pro posouzení konkrétního vymezení obsahu práv osob bez státní příslušnosti podle Úmluvy z roku 1954 je relevantní nejen jejich výčet, ale rovněž standard zacházení, který jednotlivé články úmluvy ve vztahu k těmto právům stanoví. Ve svém čl. 7 stanoví Úmluva z roku 1954 vynětí osob bez státní příslušnosti z reciprocity a v čl. 7 odst. 1 vymezuje obecně „zbytkové“ pravidlo, podle něhož „*stát poskytne osobám bez státní příslušnosti stejné zacházení, jaké se poskytuje cizincům obecně, neobsahuje-li Úmluva ustanovení příznivější*“. Jak však upozorňuje J. Hathaway, vymezení standardu práv prostřednictvím odkazu na zacházení s cizinci obecně může ke smysluplné ochraně práv uprchlíků, resp. osob bez státní příslušnosti, přispět pouze omezeně, a to s ohledem na jejich specifickou situaci, kdy nemohou využít ochrany své domovské země.³⁹ Ve vztahu ke konkrétním právům proto Úmluva z roku 1954 stanoví několik režimů zacházení, resp. forem vymezení rozsahu požívání dotyčných práv:

- 1) národní režim zacházení, podle něhož má být osobám bez státní příslušnosti ve vztahu k požívání dotyčných práv poskytnuto přinejmenším stejné zacházení jako občanům příslušného státu (*the same treatment as nationals*, popř. *at least as favourable as that accorded to their nationals*). Tento standard zacházení Úmluva garantuje ve vztahu k čl. 4 (svoboda vyznání), čl. 20 (přídělový systém), čl. 22 odst. 1 (přístup k základnímu vzdělání), čl. 23 (veřejná podpora), čl. 24 odst. 1 (pracovněprávní práva a přístup k sociálnímu zabezpečení) a kromě toho jej v čl. 17 odst. 2 doporučuje rovněž ve vztahu k právu na zaměstnání;

³⁷ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 108/2004 Sb. m. s., o sjednání Úmluvy o právním postavení osob bez státní příslušnosti.

³⁸ Autentická jazyková znění Úmluvy z roku 1954 jsou tři: anglické, francouzské a španělské. V tomto ohledu je dán rozdíl oproti Ženevské úmluvě, jejíž autentická jazyková znění jsou pouze v angličtině a francouzštině.

³⁹ HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 193.

- 2) režim vymezený jako zacházení „*co nejpriznivěji, rozhodně ne méně příznivě, než jak za stejných okolností zacházejí s cizinci obecně*“ (*as favourable as possible and, in any event, not less favourable than that accorded to aliens generally in the same circumstances*).⁴⁰ Tento standard rozsahu přiznaných práv Úmluva zakotvuje v čl. 13 (movitý a nemovitý majetek), čl. 15 (sdružovací právo), čl. 17 (právo na zaměstnání), čl. 18 (samostatná výdělečná činnost), čl. 19 (svobodná povolání), čl. 21 (bydlení) a čl. 22 odst. 2 (přístup k vyšším stupňům vzdělání);
- 3) absolutní požívání vymezených práv, aniž by pro vymezení daného standardu byl použit nějaký komparátor. Tímto způsobem Úmluva z roku 1954 garantuje požívání práv vymezených v čl. 12 (osobní status), čl. 25 (správní pomoc), čl. 26 (svoboda pohybu), čl. 27 (doklad totožnosti), čl. 28 (cestovní doklad), čl. 30 (převody majetku), čl. 31 (vyhoštění) a čl. 32 (naturalizace). Považuji za potřebné blíže osvětlit zejména výklad druhého z výše vyjmenovaných standardů, tedy zacházení „*co nejpriznivěji, rozhodně ne méně příznivě, než jak za stejných okolností zacházejí s cizinci obecně*“.

Z historie přípravných prací vyplývá, že úmyslem tvůrců Úmluvy z roku 1954 (resp. Ženevské úmluvy) bylo tímto standardem vymezit příznivější režim zacházení s uprchlíky a osobami bez státní příslušnosti, než je tomu u cizinců obecně. Uvedený standard státům umožňuje vyjmout osoby bez státní příslušnosti z preferenčního zacházení, které je specificky poskytováno pouze určité vymezené skupině cizinců na základě mezistátních dohod (například takových, které zakládají ekonomickou či politickou unii).⁴¹ Úmyslem tvůrců Úmluvy nicméně bylo omezit toto vynětí z příznivějšího zacházení pouze na situace týkající se těchto speciálních preferenčních režimů zavedených pro určité kategorie cizinců. Proto je dotýčný standard zacházení ve své úvodní části formulován zněním „*co nejpriznivěji*“, které vyžaduje osobám bez státní příslušnosti poskytnout více než pouhou nediskriminaci ve vztahu k ostatním cizincům. Uvedený standard zacházení by tak měl osobám bez státní příslušnosti zaručit přinejmenším takový rozsah práv, který je v daném státě přiznáván většině cizinců, s výjimkou těch spadajících pod již zmíněné specifické

⁴⁰ Ve francouzském jazykovém znění úmluvy „*aussi favorable que possible et de tout façon, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qui est accordé, dans les mêmes circonstances, aux étrangers en general*“, ve španělském jazykovém znění úmluvy „*más favorable possible, en ningún caso, menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general*“.

⁴¹ Srov. HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 197: „The adoption of the ‘aliens generally’ baseline standard was intended to avoid any assertion that the general duty includes the obligation to grant refugees **special rights reserved for preferred aliens**, for example the citizens of countries affiliated in an economic or political union“ (důraz doplněn).

preferenční režimy.⁴² V obecnější rovině pak pojem „co nejpříznivěji“ pro státy nadto znamená v dobré víře zvážit neuplatnění některých limitů a omezení, které jsou vůči cizincům obecně použitelné.⁴³

Vedle toho je třeba věnovat pozornost rovněž další části formulace dotyčného standardu, která hovoří o obecném zacházení s cizinci za stejných okolností. Výraz „za stejných okolností“ má v kontextu Úmluvy z roku 1954 specifický význam, který je vymezen čl. 6 Úmluvy z roku 1954. Ten jej definuje tak, že „osoba bez státní příslušnosti musí vyhovět všem požadavkům (včetně požadavků na délku a podmínky přechodného nebo trvalého pobytu), kterým by, aby určitého práva požíval, musel daný jednotlivec vyhovět, kdyby osobou bez státní příslušnosti nebyl, s výjimkou požadavků, kterým vzhledem k jejich povaze osoba bez státní příslušnosti vyhovět nemůže“. Toto vymezení se snaží nalézt rovnováhu mezi obecným pravidlem stejného zacházení jako s ostatními cizinci na straně jedné a nezbytností odlišit postavení osob bez státní příslušnosti s ohledem na specifické okolnosti jejich situace na straně druhé.⁴⁴

Článek 6 Úmluvy z roku 1954 tak zavazuje státy zohlednit skutečnost, že osoby bez státní příslušnosti (stejně jako uprchlíci) obecně nemohou naplnit některé požadavky pro uplatnění svých práv,⁴⁵ případně jsou při jejich plnění znevýhodněni (přínejmenším po nějakou dobu).⁴⁶ Přístup k osobám bez státní příslušnosti a k ostatním cizincům nemůže být shodný, a to z důvodu specifického postavení a situace osob bez státní příslušnosti.⁴⁷ Ty jsou spoje-

⁴² Srov. HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 198, 199. Dále srov. UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons. Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Second Session: Summary Record of the Thirty-Sixth Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on Tuesday, 15 August 1950, at 3 p. m., 25 September 1950. E/AC.32/SR.36 [online]. Dostupné z: <https://www.refworld.org/docid/3ae68c184.html>

⁴³ Srov. HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 200.

⁴⁴ Tamtéž, s. 208. Dále MARX, R., MACHTS, F. Article 6 1951 Convention. In: ZIMMERMANN, A. (ed.) *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. New York: Oxford University Press, 2011, s. 708.

⁴⁵ Srov. MARX, R., MACHTS, F. Article 6 1951 Convention. In: ZIMMERMANN, A. (ed.) *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. New York: Oxford University Press, 2011, s. 711, 712.

⁴⁶ Příkladem situace, kdy může být osoba znevýhodněna ve srovnání s cizinci obecně, je např. délka pobytu na určitém místě, požadavek na přezkoušení kvalifikace apod. Příkladem požadavků, jejichž splnění může být pro osoby bez státní příslušnosti nebo uprchlíky fakticky nemožné, je např. doložení dosaženého vzdělání, certifikace či rodného listu.

⁴⁷ MARX, R., MACHTS, F. Article 6 1951 Convention. In: ZIMMERMANN, A. (ed.) *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. New York: Oxford University Press, 2011, s. 713.

ny se samotnou podstatou apatristu (tedy situace, kdy osoba není státním příslušníkem žádného státu).

Možnost států asimilovat standard zacházení s osobami bez státní příslušnosti se standardem, který je uplatňován vůči cizincům obecně, je tak kromě výše popsaných mantinelů omezena rovněž použitím pojmu „za stejných okolností“. V rámci zajištění přístupu osob bez státní příslušnosti k příslušným právům vymezeným tímto standardem zacházení (typicky zaměstnání nebo samostatná výdělečná činnost) je tak stát zavázán upustit od podmínek, které jsou pro tyto osoby obtížně splnitelné, resp. fakticky nedosažitelné. Příkladem může být upuštění od mechanické aplikace pravidel týkajících se délky předchozího pobytu⁴⁸ nebo upuštění od požadavku na doložení rodného listu či jiného osvědčení ze země původu.

S ohledem na předmět a účel Úmluvy z roku 1954 je zároveň obecně třeba rozsah a standard přiznaných práv nevykládat restriktivně, ale usilovat o výklad odpovídající cílům vymezeným v preambuli. Těmito cíli je zlepšit postavení osob bez státní příslušnosti a zajistit, aby osoby bez státní příslušnosti užívaly základních práv a svobod „v co nejširší míře“.

Zároveň je namístě zdůraznit, že Úmluva z roku 1954 (stejně jako Ženevská úmluva) zakotvuje pouze minimální standard zacházení a rozsah práv, jež jsou smluvní státy zavázány osobám bez státní příslušnosti poskytnout. Státy jej však mohou libovolně rozšířit, přičemž je třeba zohlednit rovněž následný vývoj mezinárodních (lidskoprávních) závazků, které mají dopad na ochranu a rozsah práv osob bez státní příslušnosti, které je stát povinen těmto osobám poskytnout.⁴⁹ Naprostá většina těchto práv přitom není svým personálním rozsahem omezena a náleží každému, kdo se nachází na území a v jurisdikci daného státu.⁵⁰

V této souvislosti jsou zvláště podstatné závazky vyplývající z čl. 8 Evropské úmluvy o lidských právech. Evropský soud pro lidská práva (dále i jen „ESLP“) ve věci *Hoti proti Chorvatsku*⁵¹ konstatoval porušení práv chráněných

⁴⁸ HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 208.

⁴⁹ Blíže srov. např. MOLNÁR, T. *Stateless Persons under International Law and EU Law: a Comparative Analysis Concerning their Legal Status, with Particular Attention to the Added Value of the EU Legal Order*. *Acta Juridica Hungarica*, 2010, Vol. 51, No. 4, s. 295 a násled. Autor upozorňuje mj. na závazky ve vztahu ke konzulární ochraně či sociálním právům.

⁵⁰ Blíže k výkladovému a aplikačnímu významu mezinárodního práva lidských práv pro ochranu práv uprchlíků, resp. osob bez státní příslušnosti, srov. např. HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 120–123.

⁵¹ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 26. dubna 2018 ve věci *Hoti proti Chorvatsku*, stížnost č. 63311/14.

čl. 8 EÚLP v situaci, kdy stát neumožnil osobě bez státní příslušnosti ani po mnoha letech života na území regularizovat pobyt, aby mohla vést soukromý život. ESLP dovedil, že státy mají pozitivní povinnost vyplývající z čl. 8 EÚLP mít k dispozici „účinné a dostupné procedury“, které stěžovateli umožní, aby byl určen jeho pobyt a status s náležitým zohledněním práv plynoucích z ochrany soukromého života podle čl. 8 EÚLP.⁵² V českém prostředí porušení závazků plynoucích z čl. 8 EÚLP ve vztahu k osobě bez státní příslušnosti shledal Nejvyšší správní soud v důsledku postupu ministerstva vnitra, které osobě žádající o přiznání postavení osoby bez státní příslušnosti po zahájení řízení o žádosti nevydal průkaz žadatele, a znemožnil jí tak fakticky účinné požívání jejích práv.⁵³

3. VÝCHODISKA VNITROSTÁTNÍ PRÁVNÍ ÚPRAVY – § 8 PÍSM. D) ZÁKONA O AZYLU A NUTNOST UPLATNĚNÍ ANALOGIE

Podle § 8 písm. d) zákona o azylu ministerstvo vnitra „rozhoduje o žádostech podaných podle Úmluvy o právním postavení osob bez státní příslušnosti“. Procesní úprava, kterou se toto rozhodování má řídit, ani právní postavení těchto osob během řízení a po jeho skončení však již v zákoně o azylu (ani jinde) upraveny nejsou.

Důvodová zpráva k § 8 písm. d) zákona o azylu předpokládá, že „pro tato řízení se použijí mechanismy řízení ve věci mezinárodní ochrany, a to včetně vyloučení některých ustanovení správního řádu, jak předpokládá § 9, základem je nicméně použití správního řádu jakožto obecného předpisu“.⁵⁴ Důvodová zpráva zároveň bez bližšího zdůvodnění uvádí, že „[p]ro takto vzácné žádosti není vhodné vytvářet speciální řízení“.

Jedná se o nedokonalou právní úpravu, která je důsledkem pouze minimalistického a nedostatečného provedení závazků plynoucích z Úmluvy z roku 1954. Mezeru v zákoně lze hodnotit jako obzvláště nešťastnou s ohledem na zranitelnost osob bez státní příslušnosti a dosavadní minimální zkušenost s ochranou práv těchto osob v českém právním prostředí.⁵⁵ Absen-

⁵² Srov. tamtéž, odst. 141. Skutečnost, že stěžovatel byl osobou bez státní příslušnosti, přitom hrála v hodnocení ESLP významnou roli.

⁵³ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. března 2019, sp. zn. 4 Azs 365/2018, odst. 12.

⁵⁴ Důvodová zpráva k zákonu č. 314/2015 Sb.

⁵⁵ Srov. JANKŮ, L. Postavení a ochrana osob bez státního občanství v České republice. In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Pobyt cizinců: vybrané právní problémy II*. Brno: Kancelář

ce jasné právní úpravy vymezující dopad podání žádosti podle § 8 písm. d) zákona o azylu na právní postavení žadatele, díky které by dotyčný mohl s odpovídající mírou právní jistoty předjímat další postup správních orgánů vůči své osobě v průběhu řízení o žádosti, přitom může mít negativní dopad i na samotný přístup osob bez státní příslušnosti k tomuto řízení a následně k ochraně plynoucí z Úmluvy z roku 1954, neboť tato nejistota může dotyčné osoby odrazovat od toho, aby žádost vůbec podaly.⁵⁶

Absence výslovné právní úpravy vymezení právního postavení osob, které jsou žadateli o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti podle § 8 písm. d) zákona o azylu, představuje tzv. pravou (logickou, normativní) mezeru v zákoně.⁵⁷ Tento typ mezery je třeba překlenout výkladem, a to s použitím analogie.⁵⁸ V daném případě se jedná o *analogii legis*, která vychází z použití dané právní úpravy i na případy, které její dikce výslovně nezahrnuje, jestliže oba případy mají „alespoň v podstatných bodech stejný (tj. podobný) teleologický základ“.⁵⁹

V daném případě je otázku právního postavení osob, které jsou žadateli podle § 8 d) zákona o azylu, třeba řešit analogickým uplatněním právního postavení žadatelů o mezinárodní ochranu vymezeným v zákoně o azylu. Shodný teleologický základ je dán jednak blízkou provázaností mezinárodních právních režimů upravujících právní postavení těchto skupin osob (srov. kapitulu 2) a zároveň tomu odpovídající systematikou vnitrostátní právní úpravy, kdy je řízení o žádostech podle Úmluvy z roku 1954 zařazeno do úpravy zákona o azylu, stejně jako řízení o žádostech podle Ženevské úmluvy. Sama

veřejného ochránce práv, 2015, s. 256, 257, 281 a násl.

⁵⁶ Situaci, kdy existují okolnosti způsobující právní či faktické bariéry v přístupu k řízení o určení osoby bez státní příslušnosti, je třeba pokládat za rozpornou s principem plnění závazků z mezinárodních smluv v dobré víře. Příručka UNHCR zdůrazňuje význam přístupu osob k řízení o určení osoby bez státní příslušnosti a doporučuje aktivní šíření informací o existenci tohoto řízení a jeho podmínkách ze strany států implementujících Úmluvu z roku 1954 tak, aby osoby potenciálně spadající pod rozsah Úmluvy mohly tohoto řízení využít. Srov. UNHCR, *Handbook on Protection of Stateless Persons*, 2014, odst. 68.

⁵⁷ Ta nastává tehdy, pokud jedna norma (v tomto případě Úmluva z roku 1954) předpokládá existenci jiné normy, která však chybí (zde úprava právního postavení žadatelů po dobu řízení tak, aby jim byla zaručena práva plynoucí z Úmluvy). MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 224, 225.

⁵⁸ Analogie je nástrojem pro uzavření tzv. právních mezer. Znamená „nalézání práva v oblasti mimo rozsah pojmu, a to tím, že spojuje právní následky (dispozice) norem s případy, které nejsou zahrnuty do jejich jazykového vyjádření v právních předpisech“. Tamtéž, s. 430, 431. Dále srov. VEČEŘA, M. *Soudcovské dotváření práva*. In: GERLOCH, A., TRYZNA, J., WINTR, J. (eds.) *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 221 a násl.

⁵⁹ Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 245 a násl.

důvodová zpráva k § 8 písm. d) zákona o azylu přitom předpokládá, že pro řízení o žádostech podle § 8 písm. d) zákona o azylu „se použijí mechanismy řízení ve věci mezinárodní ochrany“.⁶⁰

Výše uvedený závěr potvrdil rovněž Nejvyšší správní soud, který o této otázce dvakrát rozhodoval v březnu a v dubnu 2019.⁶¹ V obou případech dal za pravdu stěžovatelům – žadatelům o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti. Nejvyšší správní soud konstatoval nezákonnost postupu ministerstva vnitra, které těmto osobám odmítalo přiznat během řízení o jejich žádostech podle § 8 písm. d) zákona o azylu jakékoli právní postavení a nereagovalo na jejich žádosti o vydání průkazu žadatele.

Nejvyšší správní soud dovedil povinnost ministerstva vnitra uplatnit analogii s úpravou zákona o azylu týkající se mezinárodní ochrany nejen ve vztahu k procesním aspektům řízení o žádostech o určení osoby bez státní příslušnosti podle § 8 d) zákona o azylu, ale rovněž ve vztahu k právům žadatelů. Uvedl, že „by bylo nespravedlivé, aby si žalovaný mohl vybrat pro aplikaci pouze ta ustanovení zákona o azylu, která mu vyhovují, [...] jinými slovy volit si procesní i hmotněprávní pravidla ad hoc, a tím pádem netransparentně“.⁶² Svůj závěr podpořil odkazem na důvodovou zprávu, podle níž se v řízení o žádostech podle § 8 písm. d) zákona o azylu použijí mechanismy řízení o mezinárodní ochraně. Odkázal rovněž na čl. 25 Úmluvy z roku 1954 a Příručku UNHCR, „podle které jsou práva podle Úmluvy o právním postavení osob bez státní příslušnosti formulována téměř totožně s Úmluvou o právním postavení uprchlíků, a proto se doporučuje, aby se jednotlivcům, kteří čekají na určení statusu osoby bez státní příslušnosti, dostalo stejných standardů zacházení jako žadatelům o azyl“.⁶³

Ministerstvo vnitra tak mělo dle Nejvyššího správního soudu v řízení o přiznání statusu osoby bez státní příslušnosti postupovat podle zákona o azylu a analogicky ve smyslu jeho § 57⁶⁴ vydat stěžovatelům průkaz žadatele: „Navzdory tomu, že Úmluva výslovně nezakotvuje povinnost smluvního státu vydat průkaz žadatele v řízení o přiznání statusu osoby bez státní příslušnosti, lze

⁶⁰ Důvodová zpráva k zákonu č. 314/2015 Sb., kterým bylo do § 8 zákona o azylu doplněno písm. d).

⁶¹ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. března 2019, sp. zn. 4 Azs 365/2018, a rozsudek ze dne 9. dubna 2019, sp. zn. 7 Azs 488/2018.

⁶² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. března 2019, sp. zn. 4 Azs 365/2018, odst. 9, a rozsudek ze dne 9. dubna 2019, sp. zn. 7 Azs 488/2018, odst. 11.

⁶³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. března 2019, sp. zn. 4 Azs 365/2018, odst. 9, a rozsudek ze dne 9. dubna 2019, sp. zn. 7 Azs 488/2018, odst. 11.

⁶⁴ Srov. § 57 odst. 1 zákona o azylu: „Ministerstvo vydá žadateli o udělení mezinárodní ochrany průkaz žadatele o udělení mezinárodní ochrany nejpozději do 3 dnů od poskytnutí údajů k žádosti o udělení mezinárodní ochrany.“

nepochybně dovozovat povinnost státu identifikovat žadatele takovým způsobem, aby jim mohla být zajištěna nezbytná ochrana podle Úmluvy. Lze přisvědčit stěžovateli, že bez dokladu totožnosti není schopen prokázat svou identitu, nemůže tudíž komunikovat se státními orgány a velmi obtížně může získat např. zdravotní pojištění či bydlení.⁶⁵ Nejvyšší správní soud následně dovodil, že v důsledku odepření právního postavení žadatele a nevydání příslušného průkazu došlo k porušení práv dotyčných stěžovatelů chráněných čl. 8 EÚLP. Stěžovatelé se bez faktického přístupu k právnímu postavení žadatele a možnosti toto postavení prokázat ocitli v tak nepříznivé životní situaci, že práh intenzity požadovaný pro porušení práva na soukromý a rodinný život byl dle soudu dosažen.⁶⁶

Nejvyšší správní soud se ve svých závěrech o uplatnění analogie neomezil pouze na § 57 zákona o azylu, který upravuje vydání průkazu žadatele. Výslovně k tomu uvedl: „*Za situace, kdy Nejvyšší správní soud dovodil, že v případě žádosti o přiznání statusu osoby bez státní příslušnosti je namíste postupovat podle zákona o azylu, lze konstatovat, že se na stěžovatele vztahují přiměřeně i další ustanovení zákona o azylu.*“⁶⁷ Mimo jiné tak konstatoval nutnost uplatnění analogie rovněž ve vztahu k § 3d zákona o azylu, který v odst. 1 stanoví, že „[ž]adatel o udělení mezinárodní ochrany je oprávněn setrvat na území“. Nejvyšší správní soud na základě tohoto ustanovení dovodil, že rovněž pobyt žadatele o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti je třeba po dobu řízení pokládat za oprávněný.⁶⁸

Z výše uvedených rozhodnutí Nejvyššího správního soudu lze logicky dovodit, že rovněž osoby, které již byly uznány osobami bez státní příslušnosti, mají mít s ohledem na absenci výslovné právní úpravy jejich právního postavení na základě uplatnění *analogie legis* v rámci zákona o azylu stejné právní postavení a rozsah práv jako osoby, kterým byl udělen azyl. Není přípustné, aby si správní orgán vybíral *ad hoc* pouze ta ustanovení, která mu vyhovují, a tedy na řízení a postavení žadatele uplatňoval ustanovení zákona o azylu, avšak ohledně právního postavení osob, které byly uznány osobami bez státní příslušnosti, tuto úpravu neaplikoval.

⁶⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. března 2019, sp. zn. 4 Azs 365/2018, odst. 10.

⁶⁶ Soud uvedl, že „souhlasí se stěžovatelem, že nevydání průkazu mu způsobuje závažné komplikace v každodenním životě a lze v tomto postupu shledat i zásah do jeho práva na rodinný a soukromý život. Jak bylo naznačeno výše, bez průkazu osvědčujícího jeho totožnost stěžovatel může jen velmi obtížně získat bydlení, popř. bezproblémově komunikovat s jinými správními orgány“. Tamtéž, odst. 12.

⁶⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. března 2019, sp. zn. 4 Azs 365/2018, odst. 10.

⁶⁸ Tamtéž.

Odlišný výklad by zároveň vedl k absurdnímu důsledku, kdy po dobu řízení o žádosti o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti má žadatel právní postavení analogické s žadatelem o mezinárodní ochranu, včetně příslušného rozsahu práv a vydání průkazu žadatele ve smyslu § 57 zákona o azylu. Okamžikem, kdy by mu bylo v řízení o jeho žádosti vyhověno a ministerstvo vnitra rozhodlo, že se jedná o osobu bez státní příslušnosti, by však žadatel o již dosažený standard práv, který během řízení požíval, stejně jako o platný průkaz totožnosti (průkaz žadatele) přišel a jeho právní postavení by se v důsledku vydaného pozitivního rozhodnutí paradoxně zásadně zhoršilo a nebylo nijak upraveno.

V případě uznání cizince jako osoby bez státní příslušnosti je tedy třeba analogicky použít § 76 zákona o azylu, ze kterého plyne, že azylant má trvalý pobyt ve smyslu zákona o pobytu cizinců na území České republiky na území po dobu platnosti rozhodnutí o udělení azylu. Analogicky tak rovněž osoba bez státní příslušnosti má trvalý pobyt ve smyslu zákona o pobytu cizinců na území České republiky po dobu platnosti rozhodnutí o uznání osobou bez státní příslušnosti. Toto právo jí náleží přímo ze zákona, aniž by o jeho přiznání musela zvlášť žádat. Uznané osobě bez státní příslušnosti by tak mělo ministerstvo vnitra v souladu s § 59 zákona o azylu vydat průkaz o povolení k pobytu a na žádost též cestovní doklad podle § 61 zákona o azylu. Mělo by se přitom jednat o doklad vydaný v souladu s přílohou k Úmluvě z roku 1954 (tedy mj. obsahující informaci, že držitel je osobou bez státní příslušnosti ve smyslu Úmluvy z roku 1954).⁶⁹

4. PRÁVNÍ POSTAVENÍ ŽADATELŮ O PŘIZNÁNÍ PRÁVNÍHO POSTAVENÍ OSOB BEZ STÁTNÍ PŘÍSLUŠNOSTI

4.1 Mezinárodněprávní východiska

Žadatelé o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti spadají do třetí z výše uvedených pěti kategorií vymezujících vztah dotyčné osoby

⁶⁹ K čl. 28 Úmluvy z roku 1954, který stanoví povinnost států vydat osobě bez státní příslušnosti zákonně pobývající na území cestovní doklady, uplatnila Česká republika výhradu, podle které tento cestovní doklad „bude vydáván osobám bez státní příslušnosti, jimž byl povolen trvalý pobyt na území České republiky v souladu s jejími vnitrostátními právními předpisy“. Podmínky této výhrady však jsou naplněny s ohledem na § 76 zákona o azylu, který analogicky stanoví požívání práva trvalého pobytu uznaným osobám bez státní příslušnosti po dobu platnosti příslušného rozhodnutí ve věci státní příslušnosti. Česká republika je proto povinna vůči těmto osobám aplikovat rovněž čl. 28 Úmluvy z roku 1954 a vydat jim cestovní doklad ve smyslu tohoto ustanovení.

k území hostitelského státu (srov. kapitulu 2). Z pohledu Úmluvy z roku 1954 se proto jedná o osoby „zákonně se zdržující“ (*lawfully in*, ve francouzském jazykovém znění *se trouvant régulièrement*, ve španělském jazykovém znění *que se encuentre legalmente en el territorio*) na území státu. Náleží jim proto přinejmenším ta práva, která jsou garantována v následujících ustanoveních Úmluvy z roku 1954: čl. 4 (svoboda vyznání), čl. 12 (osobní status), čl. 13 (movitý a nemovitý majetek), čl. 16 odst. 1 (přístup k soudům), čl. 18 (samostatná výdělečná činnost), čl. 20 (přídělový systém), čl. 22 (vzdělání), čl. 25 (správní pomoc), čl. 26 (svoboda pohybu), čl. 27 (doklad totožnosti), čl. 31 (ochrana před vyhoštěním) a čl. 32 (naturalizace).

K závěru o příslušnosti žadatelů o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti do kategorie zákonně se zdržujících osob ve smyslu Úmluvy z roku 1954 dospívá UNHCR v Příručce pro ochranu osob bez státní příslušnosti.⁷⁰ UNHCR upozorňuje, že tento výklad odpovídá úmyslu tvůrců textu úmluvy, jenž je zachycen v záznamech z přípravných prací.⁷¹ Pobyt osob žádajících o přiznání postavení osoby bez státní příslušnosti by tak měl být po dobu řízení o této žádosti považován za oprávněný ve smyslu úmluvy.⁷² Tento výklad nachází podporu i mezi experty⁷³ a promítá se rovněž do nedávné praxe některých států.⁷⁴

⁷⁰ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 135.

⁷¹ Diskuze zástupců smluvních stran vymezila shodu na tom, že za osoby nezdržující se zákoně na území státu mají být z hlediska úmluvy považovány pouze osoby, které nepožádaly o přiznání postavení osoby bez státní příslušnosti, anebo osoby, jimž byla žádost o přiznání tohoto postavení zamítnuta. Naopak osoba, která o přiznání tohoto postavení požádala a o jejíž žádosti ještě nebylo rozhodnuto, má být pokládána za osobu zákoně se zdržující. V podrobnostech srov. UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, poznámka pod čarou č. 81.

⁷² Oproti tomu v případě osoby, která se na území nachází bez oprávnění k pobytu a odmítne vstoupit do řízení o určení osoby bez státní příslušnosti, tento závěr neplatí. UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 135.

⁷³ Srov. např. *Expert Meeting: Statelessness Determination Procedures and the Status of Stateless Persons. Summary Conclusions*. Expert meeting convened by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees and the Open Society Justice Initiative, Geneva, Switzerland, 6-7 December, 2010 in the context of the 50th anniversary of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, odst. 11 a 23; dostupné z: <https://www.refworld.org/pdfid/4d9022762.pdf>. Dále BATCHELOR, C. The 1954 Convention Relating to the Status of Stateless Persons: Implementation within the European Union Member States and Recommendations for Harmonization. *Refuge*. 2005, Vol. 22, No. 2, s. 42. Dále GYULAI, G. The determination of statelessness and the establishment of a statelessness-specific protection régime. In: EDWARDS, A. a VAN WAAS, L. (eds.) *Nationality and Statelessness under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 133–135.

⁷⁴ Výslovně tento princip inkorporuje právní úprava řízení o určení osob bez státní příslušnosti přijatá v posledních letech například v Moldávii, Gruzii či na Filipínách. Srov. European Network on Statelessness. *Statelessness Determination and the Protection Status*

Zmíněný standard je běžně uplatňován ve vztahu k postavení žadatelů dle Ženevské úmluvy, z jejíž interpretace lze pro účel Úmluvy z roku 1954 vycházet. Odborná literatura se shoduje na tom, že osoby žádající o přiznání postavení uprchlíka jsou rovněž pokládány za osoby náležející do kategorie zákonně se zdržujících (*lawfully in*) na území státu ve smyslu Ženevské úmluvy. J. Hathaway vymezuje celkem tři situace, za nichž uprchlík spadá do kategorie „zákonně se zdržujícího“ v hostitelské zemi, přičemž jednou z nich je doba, po kterou je rozhodováno o jeho žádosti o přiznání postavení uprchlíka.⁷⁵ Dle A. Grahl-Madsena zahrnuje kategorie „zákonně se zdržujících“ osob ve smyslu Ženevské úmluvy všechny uprchlíky fyzicky přítomné na území za předpokladu, že jejich přítomnost není nezákonná (*unlawful*).⁷⁶ Upozorňuje přitom, že uprchlíci se mohou „zákonně“ nacházet na území pro určité účely a zároveň na něm mohou být „nezákonně“ pro jiné účely – mohou se tak nacházet na území nezákonně z pohledu cizineckého práva dané země, ale jejich pobyt je zákonný z pohledu mezinárodního uprchlického práva a Ženevské úmluvy.⁷⁷ Dle autora je tak při výkladu pojmu třeba vycházet ze samotné Ženevské úmluvy a jejího předmětu a účelu, a nikoli z vnitrostátních imigračních pravidel kategorizujících zákonný a nezákonný vstup či pobyt. K obdobnému závěru dochází také A. Edwardsová, podle níž je navíc z kontextu vymezení standardu zákonně se zdržující osoby (*lawfully in*) v Ženevské úmluvě zřejmý imperativ nevykládat tento standard restriktivně. I tato autorka dovozuje, že uvedená kategorie zahrnuje také žadatele o přiznání postavení uprchlíka.⁷⁸

of *Stateless Persons*. 2013, s. 17-18; dostupné z: <https://www.statelessness.eu/sites/www.statelessness.eu/files/attachments/resources/Statelessness%20determination%20and%20the%20protection%20status%20of%20stateless%20persons%20ENG.pdf>

⁷⁵ Dalšími dvěma situacemi jsou případy, kdy je osobě povolen vstup na území (i kdyby se mělo jednat pouze o několik hodin), a dále situace, kdy se příslušný smluvní stát rozhodne neprovést formální uznání osoby za uprchlíka dle úmluvy, včetně případů, kdy jsou formální řízení o určení právního postavení uprchlíka suspendována ve prospěch poskytnutí režimu dočasné ochrany. Srov. HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 657.

⁷⁶ Zahrnuje krátkodobě pobývající osoby i osoby, které zemí pouze projíždějí. Srov. GRAHL-MADSEN, A. *Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2–11, 13–37)*. UNHCR, 1997, komentář k čl. 18; dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/4785ee9d2.html>

⁷⁷ GRAHL-MADSEN, A. *The Status of Refugees in International Law. Vol. I. Refugee Character*. Leyden: A. W. Stijthoff, 1972, s. 359, 360. Citováno v EDWARDS, A. Article 18 1951 Convention. In: ZIMMERMANN, A. (ed.) *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. New York: Oxford University Press, 2011, s. 977. Dle autora není přípustné, aby státy mohly dle libosti ukončit či nepřiznat zákonný pobyt uprchlíka na území a odeprít mu výhody plynoucí z článků Ženevské úmluvy, které tento standard používají. Tamtéž, s. 361. Citováno tamtéž.

⁷⁸ EDWARDS, A. Article 18 1951 Convention. In: ZIMMERMANN, A. (ed.) *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. New York: Oxford

UNHCR doporučuje, aby byl osobám žádajícím o právní postavení osoby bez státní příslušnosti s ohledem na prakticky shodný obsah a historii obou úmluv poskytnut stejný standard zacházení, jaký se v daném státě přiznává žadatelům o mezinárodní ochranu.⁷⁹

4.2 Vnitrostátní praxe v České republice

Z hlediska vnitrostátní právní úpravy platí, že s ohledem na nezbytnost výkladově zaplnit existující mezeru v zákoně, mají mít osoby žádající o přiznání postavení osoby bez státní příslušnosti podle § 8 písm. d) zákona o azylu na základě uplatnění *analogie legis* stejné právní postavení a rozsah práv jako žadatelé o mezinárodní ochranu dle úpravy v zákoně o azylu (srov. výše kapitoly 3). Jedná se mimo jiné o právo být pojištěn v rámci veřejného zdravotního pojištění, být ubytován v pobytových střediscích provozovaných Správou uprchlických zařízení či vykonávat zaměstnání po 6 měsících od podání žádosti.

S ohledem na stávající podobu praxe ministerstva vnitra vůči osobám, které jsou žadatelé o přiznání postavení osoby bez státní příslušnosti podle § 8 písm. d) zákona o azylu, lze však mít za to, že povinnosti uložené judikaturou Nejvyššího správního soudu v praxi nejsou naplňovány. Ministerstvo vnitra začalo žadatelům o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti vydávat dokument, který však svou povahou a formátem neodpovídá dokladu, který je jako průkaz žadatele vydáván žadatelům o mezinárodní ochranu. Právě k vydání obdobného typu dokladu však směřuje povinnost analogické aplikace § 57 zákona o azylu.⁸⁰ Vydávaný dokument nemá ani podobu odpovídající formátu jiných průkazů vydávaných cizincům dle zákona o pobytu cizinců. Svou povahou a obsahem sdělení, které je na něm uvedeno, naopak odpovídá spíše pouze potvrzení o podání žádosti o některý z typů pobytových oprávnění, která vydává odbor azylové a migrační politiky ministerstva vnitra, případně potvrzení o vedení správního vyhoštění, které vydává cizinecká policie.⁸¹

University Press, 2011, s. 978.

⁷⁹ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 145.

⁸⁰ Srov. přílohu 1 vyhlášky č. 328/2015 Sb., ze dne 3. prosince 2015, kterou se provádí zákon o azylu a zákon o dočasné ochraně cizinců, ve znění pozdějších předpisů, v níž je uveden vzor průkazu žadatele o mezinárodní ochranu.

⁸¹ Jedná se o list papíru formátu A4, který je nazván jako „průkaz žadatele o určení statusu osoby bez státní příslušnosti“, na němž je uvedeno: „Tímto se potvrzuje, že výše jmenovaný podal na území České republiky žádost podle Úmluvy o právním postavení osob bez státní příslušnosti, o níž se podle § 8 písm. d) zákona č. 325/1999 Sb., o azylu, v platném znění, vede řízení.“

Vydání tohoto dokumentu není doprovázeno ani předáním poučení pro žadatele, které by vysvětlilo jejich právní postavení a rozsah práv, tak jako je tomu v případě žadatelů o mezinárodní ochranu. Text takového poučení není zveřejněn ani na internetových stránkách ministerstva vnitra, kde jsou dostupná ostatní poučení a materiály pro žadatele o mezinárodní ochranu. Ministerstvo vnitra svým postupem žadatele podle § 8 písm. d) zákona o azylu vystavuje situaci, kdy i nadále čelí praktickým obtížím při snaze o přístup k právům zaručeným v rámci postavení analogického s postavením žadatele o mezinárodní ochranu. S ohledem na podobu vydávaného průkazu a absenci jednoznačné zákonné úpravy vymezující právní postavení žadatelů o určení právního postavení osoby bez státní příslušnosti lze očekávat, že státní orgány a další subjekty, s nimiž žadatelé vstoupí v kontakt, budou uvedený dokument považovat pouze za osvědčení o podání žádosti, nikoli za průkaz žadatele, jenž by prokazoval analogické právní postavení a rozsah práv, jaké náleží dle zákona o azylu žadatelům o mezinárodní ochranu. Dosavadní poznatky z praxe, kdy tyto osoby mají například problém při zajištění potvrzení o účasti ve veřejném zdravotním pojištění, tuto obavu potvrzují.⁸²

Odpovídajícím postupem v rámci naplnění požadavků výše uvedené judikatury by bylo, aby ministerstvo vnitra vydalo všem osobám, s nimiž vede řízení podle § 8 písm. d) zákona o azylu, z úřední povinnosti průkaz žadatele o přiznání postavení osoby bez státní příslušnosti, který bude svou podobou a formátem analogický k průkazu žadatele o mezinárodní ochranu, jenž je vymezen v prováděcí vyhlášce k zákonu o azylu. Zároveň by mělo těmto žadatelům vydávat poučení vysvětlující jejich právní postavení a rozsah práv, tak jako je tomu v případě žadatelů o mezinárodní ochranu. Text tohoto poučení by měl být rovněž zveřejněn na internetových stránkách ministerstva vnitra, kde jsou dostupná ostatní poučení a další materiály pro žadatele o mezinárodní ochranu.

5. PRÁVNÍ POSTAVENÍ UZNANÝCH OSOB BEZ STÁTNÍ PŘÍSLUŠNOSTI

5.1 Mezinárodněprávní východiska

Osoby, kterým byl přiznán status osoby bez státní příslušnosti, obecně spadají do čtvrté z výše uvedených pěti kategorií vymezujících vztah dotyčné

⁸² Srov. šetření veřejné ochránčyně práv vedené pod sp. zn. 5637/2019/VOP.

osoby k území hostitelského státu (srov. kapitolu 2).⁸³ Z pohledu Úmluvy z roku 1954 se proto jedná o osoby „zákonně pobývající“ (*lawfully staying*, ve francouzském jazykovém znění *se résident régulièrement*, ve španělském jazykovém znění *residan legalmente*) na území státu. Těto kategorii osob bez státní příslušnosti Úmluva z roku 1954 přiznává široký okruh práv (jedná se v zásadě o všechna práva garantovaná úmluvou s výjimkou dvou specifických oprávnění, která jsou vyhrazena až pro poslední, pátou kategorii tvořenou osobami, které mohou prokázat obvyklý pobyt na území⁸⁴).

Konkrétně Úmluva z roku 1954 garantuje zákonně pobývajícím (*lawfully staying*) osobám bez státní příslušnosti sdružovací právo (čl. 15), právo na zaměstnání (čl. 17), právo na výkon svobodného povolání (čl. 18), bydlení (čl. 21), veřejnou podporu (čl. 23), pracovníprávní práva a přístup k sociálnímu zabezpečení (čl. 24) a právo na cestovní doklady (čl. 28). Vedle toho těmto osobám logicky náleží rovněž všechna další práva, která úmluva přiznává osobám bez státní příslušnosti v rámci prvních tří (nižších) kategorií vymezených výše v kapitole 3, tedy obecně osobám, které (ještě) nebyly formálně uznány osobami bez státní příslušnosti v rámci příslušného řízení. Konkrétně se jedná o svobodu vyznání (čl. 4), osobní status (čl. 12), movitý a nemovitý majetek (čl. 13), přístup k soudům (čl. 16 odst. 1), samostatnou výdělečnou činnost (čl. 18), přidělový systém (čl. 20), vzdělání (čl. 22), správní pomoc (čl. 25), svobodu pohybu (čl. 26), doklad totožnosti (čl. 27), převod majetku (čl. 30), ochranu před vyhoštěním (čl. 31) a usnadnění naturalizace (čl. 32).

Na závěr o zařazení do kategorie „zákonně pobývajících osob“ ve smyslu Úmluvy z roku 1954 nemá vliv skutečnost, že příslušná osoba není držitelem pobytového oprávnění. Příručka UNHCR pro ochranu osob bez státní příslušnosti stanoví, že jednotlivec uznaný jako osoba bez státní příslušnosti v návaznosti na určovací řízení, který však nemá pobytové oprávnění, bude obecně osobou zákonně pobývajícím na území státu ve smyslu Úmluvy z roku 1954, a to již pouze s ohledem na dobu, kterou v zemi strávil v rámci trvání řízení o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti.⁸⁵ Pojem „zákonně pobývajícím“ musí být vykládán jako autonomní pojem použitý Úmluvou z roku 1954 (a Ženevskou úmluvou), v souladu s výše popsány výchozími pro výklad mezinárodních smluv. Je třeba jej vykládat spíše široce, jak

⁸³ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 137.

⁸⁴ Jedná se o práva vymezená v čl. 14 (autorská práva a duševní vlastnictví) a čl. 16 odst. 2 (právo na právní pomoc v souvislosti s přístupem k soudu) Úmluvy z roku 1954.

⁸⁵ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 137: „Individuals recognised as stateless following a determination procedure but to whom no residence permit has been issued will generally be ‘lawfully staying’ in a State party by virtue of the length of time already spent in the country awaiting a determination“ (důraz doplněn).

odpovídá významu francouzského pojmu „*résidant régulièrement*“, přičemž určující je faktický, dlouhodobější a státem určitým způsobem aprobovaný (či s vědomím státních orgánů tolerovaný) pobyt.⁸⁶ Jak přitom upozorňuje UNHCR, výklad, který by státům umožnil vyhnout se poskytnutí práv a výhod spojených se standardem „zákonně pobývajících“ osoby tím, že se rozhodnou uprchlíkovi pobývajícím na jejich území neregularizovat pobyt, a tím mu tato práva trvale odeprít, není v souladu s úmyslem tvůrců Ženevské úmluvy.⁸⁷ Totéž platí ve vztahu k Úmluvě z roku 1954.

Výkladem Úmluvy z roku 1954 je třeba dospět k závěru, že pokud stát uzná jednotlivce jako osobu bez státní příslušnosti, měl by mu zároveň poskytnout zákonný pobytový status, který je spojen s příslušným standardem zacházení plynoucím z Úmluvy z roku 1954. To potvrzují expertní názory⁸⁸ a jednoznačně to vyplývá i z doporučení UNHCR. Přestože totiž Úmluva z roku 1954 výslovně nestanoví povinnost přiznat osobám bez státní příslušnosti právo pobytu, tuto povinnost lze dovodit implicitně s ohledem na předmět a účel smlouvy.⁸⁹ Dle UNHCR „*získání postavení osoby bez státní příslušnosti hraje významnou roli pro zvýšení garance dodržení lidských práv osob bez státní příslušnosti, zejména prostřednictvím přístupu k bezpečnému právnímu postavení [secure legal status] a požívání práv zakotvených pro osoby bez státní příslušnosti v Úmluvě z roku 1954*“.⁹⁰ „*Bez přiznání práva pobytu čelí oso-*

⁸⁶ Blíže k výkladu tohoto pojmu v kontextu Ženevské úmluvy srov. JANKŮ, L. Článek 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice: rozpor s Úmluvou o právním postavení uprchlíků? In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Ročenka uprchlického a cizineckého práva 2016*. 2., rozšířené vydání. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2017, s. 336 a násl.

⁸⁷ UNHCR. „*Lawfully Staying*” - *A Note on Interpretation*, 3. 5. 1988, odst. 16. Dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/42ad93304.html>. UNHCR proto v této souvislosti vyměňuje koncept tzv. implicitní zákonnosti pobytu uprchlíka (*implicit lawfulness*) a dovozuje, že nepovolený (*unauthorized*) pobyt může v závislosti na okolnostech představovat zákonný (*lawful*) pobyt. Odkazuje přitom rovněž na výklad A. Grahl-Madsena, který dovozuje, že přestože „zákonnost“ (*lawfulness*) pobytu uprchlíka musí být za normálních okolností explicitní, existují rovněž situace, kdy může být pouze implicitní. V tomto kontextu se tak pobyt uprchlíka může z hlediska určitých právních ustanovení jevit na první pohled jako nezákonný, avšak ve světle širšího právního rámce může být zákonným. GRAHL-MADSEN, A. *The Status of Refugees in International Law*. Vol. II. Leyden: A. W. Sijthoff, 1966, s. 350, citováno z UNHCR. „*Lawfully Staying*” - *A Note on Interpretation*, op. cit., odst. 16.

⁸⁸ Srov. *Expert Meeting: Statelessness Determination Procedures and the Status of Stateless Persons. Summary Conclusions*. Expert meeting convened by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees and the Open Society Justice Initiative, Geneva, Switzerland, 6-7 December, 2010 in the context of the 50th anniversary of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, odst. 25 a 26. Dostupné z: <https://www.refworld.org/pdfile/4d9022762.pdf>

⁸⁹ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 147. Srov. též BIANCHINI, K. *Protecting Stateless Persons*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2018, s. 239.

⁹⁰ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 9.

ba i nadále riziku nejistoty a odepření práv zaručených Úmluvou z roku 1954 a mezinárodním právem lidských práv.“⁹¹ Důvodem je praktická provázanost možnosti účinného požívání většiny těchto práv s tím, že osoba má zároveň upraven pobytový status na území.

K témuž závěru dospěl i Nejvyšší správní soud, který konstatoval, že „[ú]čelem Úmluvy je především upravit a zlepšit právní postavení osob bez státní příslušnosti a zajistit jim co nejširší výkon jejich základních práv a svobod. Toho se mělo dosáhnout právě tím, že osobám bez státní příslušnosti bude přiznán ‚status osoby bez státní příslušnosti‘, který jim umožní získat stabilní právní postavení, doklady totožnosti a další základní prostředky jejich ochrany [...]“.⁹²

V zásadě všechny státy, které upravují řízení o přiznání právního postavení osob bez státní příslušnosti, výše uvedená východiska respektují a s přiznáním právního postavení osoby bez státní příslušnosti zároveň udělují těmto osobám status zahrnující pobytové oprávnění umožňující účinný přístup k požívání práv podle Úmluvy z roku 1954.⁹³ Obdobný postup je ostatně v praxi států běžně spojen též s přiznáním právního postavení uprchlíka ve smyslu Ženevské úmluvy. Ani ta výslovně nestanoví povinnost přiznat uprchlíkům právo pobytu. Přesto jej však státy uznaným uprchlíkům standardně přiznávají, a to rovněž s ohledem na výše uvedenou implicitní povinnost tak učinit, kterou lze z Ženevské úmluvy dovodit výkladem.⁹⁴

Příručka UNHCR se zároveň vyjadřuje k povaze a parametrům pobytového oprávnění, které by státy uznaným osobám bez státní příslušnosti měly udělit. UNHCR doporučuje udělit uznaným osobám bez státní příslušnosti pobytové oprávnění s minimální dobou platnosti pobytu v délce dvou let, preferovaná doba platnosti je však pět let. Pobytové oprávnění musí být v každém případě

⁹¹ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 147.

⁹² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. listopadu 2012, č. j. 6 Ads 67/2012-37.

⁹³ Srov. např. European Network on Statelessness. *Amicus curiae submitted by the European Network on Statelessness to the Borgating Court of Appeal in Norway, in case number 17-073503ASD-BORG/01*, 25. 5. 2018. Dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/5b361e374.html>. Srov. též *Expert Meeting: Statelessness Determination Procedures and the Status of Stateless Persons. Summary Conclusions*. Expert meeting convened by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees and the Open Society Justice Initiative, Geneva, Switzerland, 6-7 December, 2010 in the context of the 50th anniversary of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, odst. 26. Dostupné z: <https://www.refworld.org/pdfid/4d9022762.pdf>. Dále též GYULAI, G. The determination of statelessness and the establishment of a statelessness-specific protection régime. In: EDWARDS, A., VAN WAAS, L. (eds.) *Nationality and Statelessness under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 126.

⁹⁴ Srov. např. GOODWIN-GILL, G., MCADAM, J. *The Refugee in International Law*. 3. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 528, 529.

prodloužitelné a umožňovat zjednodušenou naturalizaci, jak požaduje čl. 32 Úmluvy z roku 1954.⁹⁵

Obdobně se vyjadřuje rovněž odborná literatura. Například K. Bianchiniová uvádí, že za smysluplný ochranný status, který má být osobě bez státní příslušnosti ve smyslu Úmluvy z roku 1954 poskytnut, je třeba považovat pouze trvalý pobyt, který obvykle umožňuje pracovat, mít přístup k sociálnímu systému a žít v zemi bez časových limitací.⁹⁶ G. Gyulai v této souvislosti pokládá za neúčinnější cestu vytvoření zvláštního ochranného právního statusu pro osoby uznané jako osoby bez státní příslušnosti, obdobně jako je tomu v případě uprchlíků.⁹⁷

Tomu v zásadě odpovídá i praxe smluvních stran Úmluvy z roku 1954. Valná většina států, které vnitrostátně upravují řízení o určení osob bez státní příslušnosti ve smyslu Úmluvy z roku 1954, přiznává uznaným osobám bez státní příslušnosti trvalý pobyt či jeho ekvivalent v podobě dlouhodobého pobytu, k jehož obnovování dochází po několika letech.⁹⁸ Pro ilustraci lze odkázat kupříkladu na slovenskou právní úpravu, podle níž je skutečnost, že je žadatel osobou bez státní příslušnosti, svébytným důvodem pro udělení trvalého pobytu.⁹⁹

5.2 Vnitrostátní praxe – vízum za účelem strpění a jeho (ne)soulad s Úmluvou z roku 1954

Jak jsem již uvedla v kapitole 2, rozhodnutí o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti je rozhodnutím deklaratorním. Pouze osvědčuje naplnění podmínek definice vymezené v čl. 1 Úmluvy z roku 1954, ke

⁹⁵ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*, odst. 148: „It is therefore recommended that States grant persons recognised as stateless a residence permit valid for at least two years, although permits for a longer duration, such as five years, are preferable in the interests of stability. Such permits are to be renewable, providing the possibility of facilitated naturalization as prescribed by Article 32 of the 1954 Convention.“

⁹⁶ Srov. BIANCHINI, K. *Protecting Stateless Persons*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2018, s. 246.

⁹⁷ GYULAI, G. The determination of statelessness and the establishment of a statelessness-specific protection régime. In: EDWARDS, A., VAN WAAS, L. (eds.) *Nationality and Statelessness under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 126.

⁹⁸ Pro přehled praxe jiných států srov. např. BIANCHINI, K. *Protecting Stateless Persons*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2018, s. 240 a násl. Dále též European Network on Statelessness. *Amicus curiae submitted by the European Network on Statelessness to the Borgating Court of Appeal in Norway, in case number 17-073503ASD-BORG/01*, 25. 5. 2018. Dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/5b361e374.html>

⁹⁹ Srov. § 45a odst. 1 písm. a) zákona č. 404/2011 Z. z., o pobyte cudzincov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

kterému již došlo v minulosti. Z deklaratorní povahy rozhodnutí vyplývá, že nejpozději v momentě přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti (tedy vydáním rozhodnutí osvědčujícího apatristum) by dotyčná osoba měla získat plný přístup k právům, které Úmluva z roku 1954 zaručuje osobám bez státní příslušnosti zákonně pobývajícím na území státu. Rovněž Nejvyšší správní soud konstatoval, že práva plynoucí z Úmluvy z roku 1954 je namísto garantovat od okamžiku, kdy je potvrzeno, že je žadatel osobou bez státní příslušnosti.¹⁰⁰

Stávající praxe ministerstva vnitra ale okamžitý přístup k těmto právům neumožňuje, a to dokonce ani po řadu týdnů ode dne přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti. Osobám, které byly v řízení o žádosti podané v souladu s § 8 písm. d) zákona o azylu uznány jako osoby bez státní příslušnosti, ministerstvo vnitra pouze předává rozhodnutí osvědčující naplnění definice dle čl. 1 Úmluvy z roku 1954. Spolu s tím jim však nepřiznává žádná další práva ani nevymezuje jejich právní postavení. Naopak je informuje, že s vydaným rozhodnutím jim žádné právní postavení nevzniká a pro případné řešení svého pobytu na území mají využít obecných institutů zákona o pobytu cizinců.

V praxi ministerstvo vnitra tyto osoby odkazuje na cizineckou policii, která jim vydá rozhodnutí o správním vyhoštění. V rámci něj pak ministerstvo vnitra v závazném stanovisku¹⁰¹ konstatuje překážky vycestování z důvodu rozporu s mezinárodními závazky České republiky.¹⁰² Poté má osoba požádat o vydání dlouhodobého víza za účelem strpění podle § 33 odst. 3 zákona o pobytu cizinců, které ministerstvo vnitra těmto osobám nakonec udělí. Mezi vydáním rozhodnutí ve věci státní příslušnosti a převzetím víza za účelem strpění však dotyčná osoba zůstává po dobu přinejmenším několika týdnů (což je v praxi doba, jakou v průměru celý proces trvá) v právním vakuu, bez faktického přístupu k právům, která jí plynou z Úmluvy z roku 1954, popřípadě dalších mezinárodních lidskoprávních závazků.

V kapitole 3 již bylo vzpomenuto, že z judikatury Nejvyššího správního soudu, vztahující se k vymezení právního postavení žadatelů podle § 8 písm. d) zákona o azylu, logicky vyplývá nutnost analogické aplikace odpovídajících ustanovení zákona o azylu rovněž vůči osobám, o jejichž žádosti bylo kladně rozhodnuto a které ministerstvo vnitra uznalo osobami bez státní

¹⁰⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. dubna 2019, č. j. 7 Azs 488/2018-58, odst. 14.

¹⁰¹ Viz § 120a zákona o pobytu cizinců.

¹⁰² Viz § 179 zákona o pobytu cizinců. Po novele č. 176/2019 Sb., která tento důvod [doposud uvedený v § 179 odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců] znemožňující vycestování odstranila, mají být tyto překážky pravděpodobně dovozovány přímo z Úmluvy z roku 1954.

příslušnosti ve smyslu Úmluvy z roku 1954. Stávající (výše popsaná) praxe ministerstva vnitra tomuto závěru neodpovídá.¹⁰³

Závazkům vyplývajícím z Úmluvy z roku 1954 však neodpovídá ani povaha a rozsah práv dlouhodobého víza za účelem strpění, které představuje jediný pobytový titul, na který mohou při dosavadním přístupu ministerstva vnitra uznané osoby bez státní příslušnosti dosáhnout.

Dlouhodobé vízum za účelem strpění představuje nejnižší a nejméně stabilní pobytový institut, který zákon o pobytu cizinců zná. Pobytová oprávnění za účelem strpění jsou specifickými pobytovými tituly, kterými zákonodárci řeší mimořádné situace – například nemožnost vycestovat pro překážku na vůli nezávislou nebo nutnost účasti na trestním řízení.¹⁰⁴ Vízum za účelem strpění se cizinci uděluje v konkrétních zákonem vymezených případech, kdy mu nesvědčí žádné jiné oprávnění k pobytu, ovšem nelze po něm spravedlivě požadovat, aby opustil území. Výjimečnost strpěcího pobytového oprávnění je mimo jiné vyjádřena velmi omezenou možností změnit účel pobytu oproti obecnému nastavení tohoto oprávnění v zákoně o pobytu cizinců. Cizinec, který pobývá na území ČR na dlouhodobé vízum (nebo následně dlouhodobý pobyt) za účelem strpění, potřebuje ke vzniku práva požádat o jiné pobytové oprávnění splnit velmi přísnou podmínku nejméně 3 let nepřetržitého pobytu na území (jedná se přitom o pobyt absolutně nepřetržitý).¹⁰⁵

Parametry víza za účelem strpění neodpovídají doporučení UNHCR ohledně pobytového statusu, který by měly státy uznaným osobám bez státní příslušnosti na svém území přiznávat. Zatímco UNHCR doporučuje minimální dobu platnosti pobytového oprávnění v délce dvou let (preferovaná doba je pět a více let)¹⁰⁶, vízum za účelem strpění je podle zákona možné udělit pouze na dobu nezbytně nutnou, nejdéle však na jeden rok.¹⁰⁷ Osoba bez státní

¹⁰³ Podle dostupných informací je tato praxe ministerstva vnitra rovněž předmětem přezkumu ve správním soudnictví. O podaných žalobách dosud nebylo rozhodnuto.

¹⁰⁴ Viz § 33 zákona o pobytu cizinců.

¹⁰⁵ Viz § 42 odst. 2, § 42d odst. 1, § 42f odst. 2, § 42g odst. 5, § 42i odst. 3 a § 42n odst. 7 zákona o pobytu cizinců. Výjimkou jsou pobytová oprávnění, která představují implementaci ujednání právních předpisů. Cizinec pobývající na území na základě strpění tak může bez omezení požádat o přechodný pobyt rodinného příslušníka v návaznosti na směrnici 2004/38/ES (viz § 87b zákona o pobytu cizinců). Již po šesti měsících pobytu na základě víza za účelem strpění může cizinec žádat též o dlouhodobý pobyt za účelem sloučení rodiny, pokud naplňuje podmínky směrnice 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny státních příslušníků třetích zemí, kteří pobývají v Evropské unii (viz § 42a odst. 5 zákona o pobytu cizinců).

¹⁰⁶ UNHCR doporučuje minimální dobu platnosti pobytu v délce dvou let, preferovaná doba platnosti je však pět a více let, přičemž s uděleným povolením by měla být rovněž spojena zrychlená možnost naturalizace v souladu s čl. 32 Úmluvy. UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 148.

¹⁰⁷ Ustanovení § 33 odst. 5 zákona o pobytu cizinců.

příslušnosti tak zůstává ve značné nejistotě ohledně své budoucí situace po uplynutí doby platnosti víza.

Jedná se zároveň o výrazně nižší standard, než jaký je přiznáván uznaným uprchlíkům. To lze považovat za obecně problematické jak z hlediska doporučení UNHCR, tak i z hlediska analogického vymezení ochranného statusu uprchlíka a osoby bez státní příslušnosti v Úmluvě z roku 1954 a v Ženevské úmluvě.¹⁰⁸ Na nedostačující povahu strpěcího režimu pro osoby bez státní příslušnosti upozorňují rovněž odborníci. Jak zdůrazňuje K. Bianchiniová ve své studii o implementaci závazků plynoucích z Úmluvy z roku 1954, pobyt za účelem strpění nepředstavuje odpovídající formu ochrany, kterou je osobám bez státní příslušnosti třeba udělit, a nelze jej považovat za výraz skutečné snahy státu dostat v dobré víře svým závazkům z Úmluvy z roku 1954.¹⁰⁹

Vízum za účelem strpění je problematické i proto, že fakticky zásadním způsobem omezuje svobodu pohybu osob bez státní příslušnosti. V souladu s § 62 odst. 4 zákona o pobytu cizinců platí, že „[p]o vycestování cizince z území zanikne platnost víza k pobytu nad 90 dnů za účelem strpění pobytu na území“. To zásadně snižuje právní jistotu a použitelnost tohoto pobytového titulu pro dlouhodobé řešení situace osob bez státní příslušnosti. Z Úmluvy z roku 1954 neplynou žádná povolená omezení týkající se svobody pohybu a cestování uznaných osob bez státní příslušnosti. Naopak, účelem stanovení povinnosti vydávat osobám bez státní příslušnosti cestovní doklady podle Úmluvy z roku 1954 bylo umožnit (vy)cestování osob bez státní příslušnosti za hranice.¹¹⁰ Úmluva z roku 1954 tak reflektuje praktické obtíže, kterým osoby bez státní příslušnosti při snaze o cestování čelí. Vízum za účelem strpění oproti tomu namísto zmírnění těchto obtíží klade osobám bez státní příslušnosti další zásadní překážku. Jestliže platnost víza za účelem strpění zaniká s vycestováním z území, dotyčná osoba v případě podniknutí jakékoli (byť jednoduché) cesty do zahraničí ztratí jakýkoli právní status, a tím i přístup k právům, která jí náleží a která jí vízum za účelem strpění alespoň částečně

¹⁰⁸ V této souvislosti odkazují na rozhodnutí belgického ústavního soudu. Ten na základě analogie obsahu a cíle úpravy úmluvy z roku 1954 a Ženevské úmluvy dospěl k závěru o diskriminační povaze vnitrostátní úpravy, která osobám bez státní příslušnosti nepřiznávala automaticky spolu s přiznáním statusu podle Úmluvy z roku 1954 stejné právo pobytu jako uprchlíkům. Srov. rozhodnutí Ústavního soudu Belgie ze dne 17. 12. 2009, č. 198/2009. Dostupné ve francouzštině z: <http://www.const-court.be/public/f/2009/2009-198f.pdf>

¹⁰⁹ Srov. BIANCHINI, K. *Protecting Stateless Persons*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2018, s. 246: „[T]olerated stay [...] does not represent an adequate form of protection. It is not a genuine effort to comply with the obligations of the 1954 Convention.“

¹¹⁰ Srov. např. VESTED-HANSEN, J. Article 28/Schedule. In: ZIMMERMANN, A. (ed.) *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. New York: Oxford University Press, 2011, s. 1182, 1183.

(k tomu srov. dále) zprostředkovává.¹¹¹ Podobný následek je třeba z hlediska Úmluvy z roku 1954 pokládat za nepřijatelný a rozporný se samotným předmětem a účelem této smlouvy.

Kromě toho platí, že vízum za účelem strpění nenaplnuje v konkrétních aspektech rozsah práv, která uznaným osobám bez státní příslušnosti náležejí podle Úmluvy z roku 1954. Niže jsou krátce rozebrána alespoň některá z nich.

V případě veřejné podpory, tedy sociální pomoci garantované čl. 23 Úmluvy z roku 1954, se uplatňuje národní režim zacházení. Osobám bez státní příslušnosti zákonně pobývajícím na území musí být poskytnuto stejné zacházení a přístup k materiální podpoře jako občanům České republiky.¹¹² V unijním azylovém *acquis* odpovídá povinnosti plynoucí z čl. 23 Úmluvy z roku 1954 ustanovení čl. 29 odst. 1 kvalifikační směrnice¹¹³, který zaručuje osobám požívajícím mezinárodní ochranu poskytování stejné sociální péče, jaká je poskytována státním občanům daného členského státu.¹¹⁴

Stejný režim zacházení jako s vlastními občany Úmluva z roku 1954 vymezuje rovněž v čl. 24, který upravuje přístup k ochraně plynoucí z pracovněprávních předpisů a k sociálnímu zabezpečení.¹¹⁵ Oba pojmy je přitom z hlediska

¹¹¹ Ustanovení § 62 odst. 4 zákona o pobytu cizinců.

¹¹² HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 807, 808.

¹¹³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/95/EU ze dne 13. prosince 2011 o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochrany, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany (přepřacované znění).

¹¹⁴ Srov. HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 806.

¹¹⁵ Článek 24 odst. 1 Úmluvy z roku 1954 stanoví: „Smluvní státy budou s osobami bez státní příslušnosti zákonně pobývajícími na jejich území zacházet stejně jako se svými občany ve věcech, které se týkají:

- (a) Odměňování včetně rodinných přídatků, pokud jsou součástí odměňování, pracovní doby, úpravy práce přesčas, placené dovolené, omezení domácí práce, minimální věkové hranice pro zaměstnání, učební poměru a odborné přípravy, práce žen a mladistvých a využívání výhod plynoucích z kolektivního vyjednávání, v rozsahu, v jakém jsou tyto otázky upraveny zákony nebo nařízeními nebo spadají pod kontrolu správních orgánů;
- (b) Sociálního zabezpečení (právní předpisy týkající se pracovních úrazů, nemocí z povolání, mateřství, nemoci, invalidity, stáří, úmrtí, nezaměstnanosti, rodinných závazků a jakékoli další nepředvídané události, na kterou se podle zákonů a nařízení vztahuje sociální zabezpečení) s těmito omezeními:
 - (i) mohou existovat přiměřené úpravy týkající se zachování nabytých práv nebo práv právě nabývaných;
 - (ii) vnitrostátní právní předpisy země trvalého pobytu mohou stanovit zvláštní úpravy týkající se sociálních dávek nebo jejich částí plně hrazených z veřejných fondů a dávek vyplácených osobám, které nesplňují příspěvků se týkající podmínky příznání rádného důchodu.“

Úmluvy z roku 1954 třeba vykládat v širokém slova smyslu.¹¹⁶ Ustanovení čl. 24 a čl. 23 Úmluvy z roku 1954 se doplňují, jelikož v zemích s fungujícím systémem sociálního zabezpečení vyplňuje systém veřejné podpory (sociální pomoci) pouze případné mezery systému sociálního zabezpečení.¹¹⁷

Česká republika uplatnila k čl. 23 a k čl. 24 odst. 1 písm. b) Úmluvy z roku 1954, tedy k ustanovením týkajícím se veřejné podpory a přístupu k sociálnímu zabezpečení, výkladové prohlášení, podle kterého každý z těchto článků „bude aplikován v rozsahu, v jakém to umožňují vnitrostátní právní předpisy České republiky“. Je otázkou, zda dotyčné prohlášení není ve skutečnosti skrytou výhradou. Rozdíl mezi oběma instituty tkví v tom, že výkladové prohlášení „zamýšlí specifikovat či vyjasnit význam či dopad smlouvy nebo jejích určitých ustanovení“¹¹⁸, aniž by mělo za cíl pozměnit účinky příslušného ustanovení ve vztahu k danému státu. Pokud však toto „vyjasnění“ významu či dopadu ustanovení úmluvy může ovlivnit právní účinek těchto ustanovení, je třeba takové výkladové prohlášení kvalifikovat jako skrytou výhradou.¹¹⁹ Pokud by tedy uvedené prohlášení mělo být interpretováno tak, že mění účinky dotyčných ustanovení, jednalo by se o výhradou.

K čl. 23 i čl. 24 Úmluvy z roku 1954 je v souladu s jejím čl. 38 obecně dovoleno činit výhrady. Volnost států ve formulaci výhrad k mezinárodním smlouvám, kterých jsou smluvními stranami, však z hlediska mezinárodního práva není neomezená. Vídeňská úmluva o smluvním právu ve svém čl. 19 písm. c) státům zapovídá učinit výhradou, jestliže je „*taková výhrada neslučitelná s předmětem a účelem smlouvy*“. Posouzení platnosti a slučitelnosti konkrétní výhrady ve světle tohoto pravidla závisí na výkladu a individuálních okolnostech jednotlivých případů. Obecně však platí, že jedním z východisek pro takové posouzení je skutečnost, že výhrady nesmějí být formulovány obecně. Výhrady musejí být „konkrétní a transparentní“ a přesně vymezovat svůj rozsah a vztah

¹¹⁶ LESTER, E. Article 24 1951 Convention. In ZIMMERMANN, A. (ed.) *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. New York: Oxford University Press, 2011, s. 1070.

¹¹⁷ Tamtéž, s. 1046.

¹¹⁸ Srov. bod 1.2. Příručky k praxi výhrad k mezinárodním smlouvám. *Guide to Practice on Reservations to Treaties*. Doc. A/66/10/Add.1, United Nations, Report of the International Law Commission, Sixty-third session, (26 April – 3 June and 4 July-12 August 2011), General Assembly Official Records, New York, 2011.

¹¹⁹ Blíže viz AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 126–131. Dále též např. De FROUVILLE, O. Practice by States in regard to reservations and declarations. In: *Ratification and Implementation of the ICCPR, and Right to Health: Dialogue Seminar*. The Hague, 8-9 November 2004, s. 1, 2. Dostupné z: <http://www.nuigalway.ie/sites/eu-china-humanrights/seminars/ds0411.php>. Dále též rozsudek ESLP ze dne 29. dubna 1988 ve věci *Belilos proti Švýcarsku*, stížnost č. 10328/83.

k dotyčným ustanovením smlouvy.¹²⁰ Rovněž ESLP opakovaně dovedl neplatnost konkrétních výhrad učiněných smluvními stranami EÚLP z důvodu, že byly „příliš vágní či široké na to, aby bylo možné určit jejich přesný význam a rozsah“.¹²¹ Výhrady by zároveň neměly usilovat o popření autonomního významu pojmů užitých ve smlouvě tím, že je prohlásí za „identické či proveditelné pouze do té míry, jak to odpovídá existujícím předpisům vnitrostátního práva“, ani by „neměly snižovat závazky plynoucí ze smlouvy až na úroveň, která existovala již dříve v souladu s vnitrostátním právem“.¹²² Je patrné, že uvedená výkladová prohlášení, resp. výhrady České republiky k čl. 23 a čl. 24 odst. 1 písm. b) Úmluvy z roku 1954, naplňují všechny výše uvedené indikátory svědčící o její nepřipustnosti z hlediska pravidel mezinárodního smluvního práva. K jejich obsahu by tedy při výkladu závazků vyplývajících pro Českou republiku z daných ustanovení Úmluvy z roku 1954 nemělo být přihlédnuto.¹²³

Držitelé víza za účelem strpění nemají obecně přístup k sociálním službám a k dávkám v hmotné nouzi.¹²⁴ Na rozdíl od osob, které získaly azyly nebo

¹²⁰ Srov. UN Human Rights Committee. *CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*. 4 November 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, odst. 19. Dostupné z: <https://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>

¹²¹ Srov. např. rozsudek ESLP ze dne 29. dubna 1988 ve věci *Belilos proti Švýcarsku* (stížnost č. 10328/83), odst. 55. Blíže k judikatuře ESLP a dalšímu rozboru neslučitelnosti výhrad k lidskoprávním smlouvám srov. např. MÉGRET, F. *Nature of Obligations*. In: MOECKLI, D., SHAH, S., SIVAKUMARAN, S. (eds.) *International Human Rights Law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, s. 93–97.

¹²² UN Human Rights Committee. *CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*. 4 November 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, odst. 19. Dostupné z: <https://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>

¹²³ Ve vztahu k lidskoprávním (normativním) smlouvám tento závěr (tzv. *severability doctrine*) dovozuje mj. Výbor OSN pro lidská práva. Srov. UN Human Rights Committee. *CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*. 4 November 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, odst. 18. Dostupné z: <https://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>. Obecně srov. též SWAINE, E. T. *Treaty Reservations*. In: HOLLIS, D. B. (ed.) *The Oxford Guide to Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 294 a násl.

¹²⁴ Viz okruh oprávněných osob, jak je upravuje § 4 odst. 1 zákona č. 108/2006 Sb., o sociálních službách, ve znění pozdějších předpisů a § 5 odst. 1 zákona č. 111/2006 Sb., o pomoci v hmotné nouzi, ve znění pozdějších předpisů. V souladu s § 4 odst. 3 zákona o sociálních službách mají přístup pouze k omezenému výčtu sociálních služeb, upravených konkrétně v § 57 (azylové domy), § 59 až § 63 (kontaktní centra, krizová pomoc, intervenční centra, nízkoprahová centra, noclehárny) a § 69 (terénní programy). Z dávek v hmotné nouzi za určitých okolností připadá do úvahy pouze mimořádná okamžitá pomoc, která za určitých podmínek není navázána na trvalý pobyt nebo zjišťování bydliště (viz § 5 odst. 2 až 5 zákona o pomoci v hmotné nouzi).

doplňkovou ochranu, které příslušné zákony výslovně zmiňují, nejsou osoby bez státní příslušnosti uvedeny v okruhu oprávněných osob pro přístup k sociálním službám a k dávkám v hmotné nouzi.¹²⁵

Problematický je i přístup ke zdravotnímu pojištění. Osoby s uděleným vízem za účelem strpění jsou obecně odkázány na systém komerčního zdravotního pojištění cizinců, který je fakticky nedostupný, pokud osoba nedisponuje finančními prostředky k zakoupení pojistky nebo trpí zdravotními problémy, které mohou pojišťovnu vést k odmítnutí uzavřít pojistnou smlouvu.¹²⁶ Účastníky veřejného zdravotního pojištění se mohou stát pouze výjimečně na základě § 48 zákona o pobytu cizinců v případě, že ministerstvo vnitra v jejich případě shledá naplnění podmínky, že úhradu poskytovaných zdravotních služeb „nelze zajistit jiným způsobem“.¹²⁷

Obdobně problematický je přístup k zaměstnání. Držitel víza za účelem strpění má přístup k zaměstnání pouze s platným povolením k zaměstnání.¹²⁸ Přístup osob bez státní příslušnosti k zaměstnání je tak zaručen na nejnižší možné úrovni a neodpovídá standardu co nejpříznivějšího zacházení, který je z hlediska Úmluvy roku 1954 doporučen. Co nejpříznivější zacházení by v tomto případě znamenalo upuštění od nezbytnosti získat povolení k zaměstnání, a to ať již samotným udělením trvalého pobytu, nebo explicitním vynětím z této povinnosti, jak je tomu u osob, kterým byl udělen azyl nebo doplňková ochrana.¹²⁹ Přístup k zaměstnání v rámci víza za účelem strpění však plně neodpovídá dokonce ani standardu obecně uplatňovanému vůči většině cizinců. Cizinci s vízem za účelem strpění jsou zahrnuti do kategorie cizinců, u nichž zákon o zaměstnanosti upravuje mírnější podmínky pro vydání povolení k zaměstnání a upouští od splnění podmínky, že volné pracovní místo nelze s ohledem na požadovanou kvalifikaci nebo nedostatek

¹²⁵ Viz § 4 odst. 1 zákona o sociálních službách a § 5 odst. 1 zákona o pomoci v hmotné nouzi.

¹²⁶ K deficitům stávajícího nastavení systému komerčního zdravotního pojištění cizinců srov. mj. *Stanovisko veřejné ochránčyně práv k návrhu zákona o soukromém zdravotním pojištění cizinců při pobytu na území České republiky a o změně zákona o pobytu cizinců* (č. j. předkladaatele 24300/14). 11. 7. 2014. Dostupné z: http://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/Zvlastni_opravneni/Pripominky/2014/PDCJ1968-2014_MLP_cizinci-zdrav-pojisteni.pdf. Viz rovněž legislativní doporučení ochránčyně Poslanecké sněmovně za rok 2014. *Souhrnná zpráva o činnosti veřejné ochránčyně práv za rok 2014*. Kancelář veřejného ochránce práv, 2015, s. 13. Dostupné z: http://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/zpravy_pro_poslaneckou_snemovnu/Souhrnnazprava_VOP_2014.pdf

¹²⁷ Restriktivním přístupem ministerstva vnitra k výkladu této podmínky v praxi se veřejná ochránčyně práv zabývala v šetření vedeném pod sp. zn. 6569/2016/VOP.

¹²⁸ Srov. § 89 odst. 2 a § 97 písm. d) zákona č. 435/2004 Sb., zákon o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů.

¹²⁹ Viz § 98 písm. c) zákona o zaměstnanosti.

volných pracovních sil obsadit jinak.¹³⁰ Na rozdíl od cizinců obecně však držitelé víza za účelem strpění mají fakticky zhoršený přístup k zaměstnání s ohledem na nestabilitu a omezenou dobu platnosti tohoto pobytového institutu, ve spojení s nemožností žádat (až na výjimky) o jiné typy pobytu na území.¹³¹

Vízum za účelem strpění zároveň nepředstavuje ani naplnění závazku co nejvíce usnadňovat asimilaci a naturalizaci osob bez státní příslušnosti ve smyslu čl. 32 Úmluvy z roku 1954. Pokud je totiž osobě bez státní příslušnosti uděleno vízum za účelem strpění, naplní standardní podmínky pro udělení státního občanství nejdříve za 10 let od získání víza za účelem strpění, a to za předpokladu, že bude pobývat na území na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem strpění¹³² a následně získá povolení k trvalému pobytu.¹³³ Ve vztahu k uznaným uprchlíkům je oproti tomu ekvivalentní ustanovení Ženevské úmluvy do právního řádu promítnuto prostřednictvím § 76 zákona o azylu, kdy s okamžikem udělení azylu se azylant stává držitelem trvalého pobytu. Tím je jeho cesta k naplnění zákonných podmínek pro získání státního občanství o pět let kratší, než je tomu v případě uznaných osob bez státní příslušnosti.¹³⁴

Z uvedeného plyne, že vízum za účelem strpění představuje pro osoby bez státní příslušnosti obecně velmi nízký standard práv, který je spojen s jejich „strpěním“ na území. Rozsah práv spojených s vízem za účelem strpění nepředstavuje adekvátní formu ochrany a není výrazem skutečné snahy dostat v dobré víře závazkům plynoucím z Úmluvy z roku 1954.¹³⁵ V řadě výše uvede-

¹³⁰ Viz § 92 odst. 1 písm. b) zákona o zaměstnanosti, který uvedenou výjimku stanoví pro cizince uvedené v § 95 a 97 příslušného zákona.

¹³¹ Nemohou tak mimo jiné požádat o zaměstnaneckou kartu na území. Srov. § 42g odst. 5 věta druhá zákona o pobytu cizinců.

¹³² Viz § 68 odst. 3 písm. e) zákona o pobytu cizinců, podle kterého se doba pobytu na území na vízum za účelem strpění pobytu na území do doby nezbytné pro získání trvalého pobytu započítává, pouze pokud cizinec následně na území pobýval na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem strpění pobytu vydaného podle § 43 zákona o pobytu cizinců.

¹³³ O státní občanství může cizinec standardně požádat po pěti letech od získání trvalého pobytu na území. Viz § 14 odst. 1 písm. a) zákona č. 186/2013 Sb., o státním občanství České republiky a o změně některých zákonů (zákon o státním občanství České republiky), ve znění pozdějších předpisů.

¹³⁴ Azylanti i osoby bez státní příslušnosti mohou vedle toho využít možnosti žádat o promínutí podmínky pěti let trvalého pobytu ve smyslu čl. 15 odst. 1 písm. h) zákona o státním občanství České republiky. Na vyhovění této žádosti však není právní nárok. Nadále však platí, že zatímco azylant může díky § 76 zákona o azylu tuto žádost podat již fakticky ihned po získání azylu (neboť s jeho udělením je spojen trvalý pobyt), osoba bez státní příslušnosti se o to může pokusit teprve po pěti letech, kdy nejdříve může z víza za účelem strpění dosáhnout na získání trvalého pobytu podle zákona o pobytu cizinců.

¹³⁵ Viz i BIANCHINI, K. *Protecting Stateless Persons*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2018, s. 246.

ných ohledů nenaplníuje ani minimální standard práv požadovaný konkrétními ustanoveními Úmluvy z roku 1954. Ve svém důsledku tak má za následek porušení práv osob bez státní příslušnosti plynoucích z Úmluvy z roku 1954.

6. VYHOŠTĚNÍ OSOB BEZ STÁTNÍ PŘISLUŠNOSTI

Úmluva z roku 1954 upravuje otázku vyhoštění osob bez státní příslušnosti v čl. 31, který stanoví, že smluvní státy osobu bez státní příslušnosti „*nevychostí, s výjimkou důvodů národní bezpečnosti nebo veřejného pořádku*“. Tyto důvody je přitom třeba vykládat autonomně v kontextu Úmluvy z roku 1954, s využitím pravidel výkladu mezinárodních smluv.

Z Úmluvy z roku 1954 tak sice nevyplývá absolutní zákaz vyhoštění osoby bez státní příslušnosti, avšak osobu bez státní příslušnosti lze vyhostit pouze z důvodů stanovených touto Úmluvou,¹³⁶ pokud bude zároveň toto vyhoštění možné i z hlediska dalších mezinárodních závazků. Obsah čl. 31 Úmluvy z roku 1954 reprodukuje čl. 32 Ženevské úmluvy. Při jeho výkladu lze proto vycházet z výkladu uplatňovaného ve vztahu k ekvivalentnímu ustanovení Ženevské úmluvy. Článek 31 Úmluvy z roku 1954 je vymezen standardem „*zákonně se zdržující*“ (*lawfully in*) osoby bez státní příslušnosti a kromě osob, kterým byl přiznán status osoby bez státní příslušnosti, tak dopadá i na osoby, které žádají o přiznání osoby bez státní příslušnosti (srov. výše).

Stávající právní úprava správního vyhoštění v zákoně o pobytu cizinců nicméně nepromítá závazky plynoucí z Úmluvy z roku 1954. Ustanovení § 119 a násl. nijak nereflektuje zvláštní úpravu důvodů a podmínek vyhoštění osob bez státní příslušnosti vyplývající z čl. 31 Úmluvy z roku 1954. Podle zákona o pobytu cizinců by tak na osoby bez státní příslušnosti měla dopadat stejná právní úprava důvodů a podmínek správního vyhoštění, jaká platí pro ostatní cizince. Důvody pro uložení správního vyhoštění podle těchto ustanovení zákona o pobytu cizinců však svým obsahem plně nekorespondují s autonomními pojmy hrozby pro národní bezpečnost či ohrožení veřejného pořádku, jak o nich hovoří čl. 31 Úmluvy z roku 1954.

Nejvyšší správní soud v rozsudku z dubna 2018¹³⁷ na tento nesoulad poukázal a dovedl nutnost přímé aplikace podmínek čl. 31 Úmluvy z roku 1954 při rozhodování o vyhoštění osoby bez státní příslušnosti. Právní věta rozsudku zní: „*Před rozhodnutím o správním vyhoštění osoby bez státní příslušnosti*

¹³⁶ Srov. i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. června 2011, č. j. 1 As 72/2011-75.

¹³⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. dubna 2018, č. j. 9 Azs 361/2017-33, publikován pod č. 3750/2018 Sb. NSS.

musí správní orgán posoudit soulad tohoto opatření s Úmluvou o právním postavení osob bez státní příslušnosti, především s článkem 31 Úmluvy.“

Nejvyšší správní soud výslovně uvedl, že cizinecká policie v případě vyhoštění osoby bez státní příslušnosti „nemůže vycházet pouze ze zákonné úpravy, ale musí aplikovat přímo ustanovení Úmluvy. Pokud dospěje k závěru, že vyhoštění osoby bez státní příslušnosti je s Úmluvou v souladu, musí tento závěr řádně zdůvodnit. Výroková část rozhodnutí o vyhoštění musí obsahovat výslovný odkaz na Úmluvu z roku 1954 a objasnění úvah správního orgánu o její aplikaci“. ¹³⁸ To logicky zahrnuje rovněž zdůvodnění naplnění důvodů národní bezpečnosti nebo veřejného pořádku při respektování autonomního významu těchto pojmů a celkově restriktivního výkladu příslušného ustanovení Úmluvy z roku 1954.

Nejvyšší správní soud se rovněž vyjádřil k § 121 zákona o pobytu cizinců, podle něhož „[v]ysloví-li jiný stát souhlas s přijetím osoby bez státního občanství, může být vyhoštěna na základě správního vyhoštění do tohoto státu“. Konstatoval, že úprava obsažená v § 121 zákona historicky předcházela ratifikaci Úmluvy z roku 1954 Českou republikou, přičemž poté nedoznala žádných změn. Neodráží tak závazky plynoucí z čl. 31 Úmluvy z roku 1954, která má před zákonem aplikační přednost. ¹³⁹ Nejvyšší správní soud v této souvislosti uvedl: „Je nepochybné, že osobám bez státní příslušnosti je nutno v souladu s Úmluvou poskytnout zvýšenou ochranu, neboť mají zvláštní postavení.“ ¹⁴⁰

Ve vztahu k důvodům národní bezpečnosti ve smyslu čl. 31 Úmluvy z roku 1954 lze uvést, že se jedná o situaci, kdy přítomnost osoby nebo její aktivity vedou (přímo nebo nepřímo) k objektivně důvodné, reálné možnosti podstatné újmy základních zájmů hostitelského státu, včetně rizika ozbrojeného útoku na území nebo vůči občanům či ohrožení demokratického zřízení. ¹⁴¹ Výjimka umožňující vyhoštění musí být objektivně odůvodněná, Úmluva z roku 1954 ale nevyžaduje trestní odsouzení příslušné osoby. ¹⁴²

Důvody veřejného pořádku směřují primárně na možnost vyhostit osobu, která představuje zásadní riziko pro bezpečnost a ochranu zájmů jeho obyvatel. Zatímco důvody národní bezpečnosti tak směřují primárně na hrozby z vně státu, veřejný pořádek je obecnou kategorií se zaměřením na

¹³⁸ Tamtéž, odst. 30.

¹³⁹ Tamtéž, odst. 49.

¹⁴⁰ Tamtéž, odst. 48.

¹⁴¹ Srov. HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 679. Dále BIANCHINI, K. *Protecting Stateless Persons*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2018, s. 104.

¹⁴² Tamtéž.

význam vnitřní bezpečnosti státu.¹⁴³ Důvody veřejného pořádku tak mohou být naplněny, pokud osoba bez státní příslušnosti spáchala závažný trestný čin, vážně narušila společenské normy nebo se zatvrzele odmítá podrobit zákonům.¹⁴⁴

Na výkladu termínu „veřejný pořádek“ nepanuje od počátku jednoznačná shoda. Široká shoda byla na tom, že tento pojem jednoznačně nezahrnuje osoby potřebující sociální pomoc, naopak se každopádně vztahuje na závažnou trestnou činnost.¹⁴⁵ Obdobně byla shoda na tom, že pojem veřejného pořádku by měl být vykládán restriktivně a měl by se vztahovat pouze na závažnou trestnou činnost, nikoli na jakýkoli trestný čin. Jiné případy, jakými jsou porušení veřejné morálky nebo společenských norem příslušné země, mohou být důvodem k vyhoštění pouze ve skutečně velmi závažných případech.¹⁴⁶ Výkladové stanovisko UNHCR z roku 1977 k čl. 32 Ženevské úmluvy zdůrazňuje nezbytnost restriktivního výkladu tohoto článku a uvádí, že k vyhoštění by stát měl přistoupit pouze za výjimečných okolností.¹⁴⁷

V této souvislosti je vhodné upozornit, že některé případy osob bez státní příslušnosti jsou v praxi poznamenány opakovaným ukládáním správního vyhoštění a následně trestu vyhoštění z důvodu maření dříve uložených správních vyhoštění, aniž by v rámci tohoto postupu státní orgány dostatečně zohlednily otázku absence státní příslušnosti dotyčné osoby. Možnost domoci se toho, aby ministerstvo vnitra stanovilo, že se jedná o osobu bez státní příslušnosti, je otevřená teprve s účinností od prosince 2015, kdy byl do zákona o azylu doplněn § 8 písm. d). Reálně začalo ministerstvo vnitra vydávat první rozhodnutí o přiznání postavení osoby bez státní příslušnosti až v roce 2019.¹⁴⁸ S ohledem na nejednoznačnou (a tudíž nepředvídatelnou) právní úpravu a do značné míry chaotickou a živelně se utvářející praxi ve vztahu k řízení o těchto žádostech lze očekávat, že řada osob, které mohou být bez státní příslušnosti a naplňovat definici dle čl. 1 Úmluvy z roku 1954, tuto žádost dosud nepodala,

¹⁴³ HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 680.

¹⁴⁴ Tamtéž.

¹⁴⁵ NOLL, G. Article 32. In: ZIMMERMANN, A. (ed.) *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. New York: Oxford University Press, 2011, s. 1312.

¹⁴⁶ HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 686, 687.

¹⁴⁷ UNHCR. *Note on Expulsion of Refugees EC/SCP/3*. 24. srpna 1977. Dostupné z: <https://www.unhcr.org/excom/scip/3ae68cbf14/note-expulsion-refugees.html>

¹⁴⁸ Srov. závěry veřejné ochránčiny práv v šetřeních týkajících se průtahů ministerstva vnitra v řízení o žádostech prvních žadatelů, která byla vedena pod sp. zn. 5508/2017/VOP, 5454/2017/VOP, 7233/2018/VOP, 2235/2018/VOP a 56/2019/VOP.

případně o této možnosti ani neví.¹⁴⁹ Osoby bez státní příslušnosti tedy dosud měly (a stále mají) pouze velmi omezenou možnost formálního uznání jejich faktické situace a vyřešení jejich pobytu na území.

Zároveň platí, že porušení právních předpisů (nevycestování ve stanovené době, příp. nevykonání uloženého vyhoštění) osobou bez státní příslušnosti, u níž je z tohoto důvodu dána faktická nemožnost návratu do země původu, tak za těchto okolností nemůže naplnit práh závažnosti, který by bylo možné definovat jako důvody národní bezpečnosti nebo veřejného pořádku ve smyslu Úmluvy z roku 1954. Totéž platí i pro tresty ukládané z důvodu marnění dříve uložených správních vyhoštění osob bez státní příslušnosti. Tato trestná činnost je úzce navázána na skutečnost, že právní řád těmto osobám dlouhodobě neumožňoval formální přiznání statusu osoby bez státní příslušnosti a s tím související regularizaci pobytu. Zároveň nebylo možné fakticky realizovat jejich návrat do země původu (jejíž občanství cizinec pozbyl, nebo jejíž občanství nikdy nenabyl). V takovém případě nelze podobnou trestnou činnost označit za závažnou trestnou činnost představující zásadní riziko pro bezpečnost a ochranu zájmů občanů České republiky. Důvody veřejného pořádku ve smyslu Úmluvy z roku 1954 je nezbytné vykládat restriktivně, přičemž zahrnují zejména závažnou trestnou činnost (nikoli jakékoli trestné činy).

Je zároveň nutno dodat, že stávající trestněprávní úprava nereflektuje situaci osob bez státní příslušnosti. Ani právní úprava trestu vyhoštění nepromítá podmínky vyhoštění osob bez státní příslušnosti vymezené v čl. 31 Úmluvy z roku 1954.

Trest vyhoštění je upraven v § 80 trestního zákoníku,¹⁵⁰ který v odst. 3 písm. a) stanoví, že trest vyhoštění se neudělí, jestliže se nepodařilo zjistit státní příslušnost pachatele. Přestože by se mohlo zdát, že toto ustanovení upravuje situaci osob bez státní příslušnosti, v praxi tomu tak není. Jak totiž konstatoval Nejvyšší soud, „[z]jištění, že pachatel nemá žádnou státní příslušnost, nebrání uložení trestu vyhoštění. V takovém případě není dána překážka bránící uložení tohoto trestu uvedená v § 80 odst. 3 písm. a) trestního zákoníku, podle něhož soud trest vyhoštění neuloží, jestliže se nepodařilo zjistit státní příslušnost pachatele, avšak je nutno zvážit vhodnost uložení tohoto druhu trestu“.¹⁵¹

¹⁴⁹ V praxi nedochází k tomu, že by cizinecká policie osoby, u nichž vyvstane podezření, že by mohly být osobami bez státní příslušnosti, odkazovala na uvedené řízení podle § 8 písm. d) zákona o azylu a prokazatelně je informovala o této možnosti, jak svou situaci řešit.

¹⁵⁰ Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁵¹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 16. 12. 2010, sp. zn. 6 Tdo 1457/2010, publ. pod č. 30/2011 Sb. NS.

Trestní řád¹⁵² v § 350h odst. 4 stanoví, že „[o]d výkonu trestu vyhoštění nebo jeho zbytku soud upustí, jestliže po vyhlášení rozsudku, kterým byl tento trest uložen, nastaly skutečnosti, pro které trest vyhoštění nelze uložit“. Tím by mohla být upravena situace, kdy se osoba stane (resp. je státními orgány uznána) osobou bez státní příslušnosti až poté, co jí byl trest vyhoštění uložen. S ohledem na uvedený výklad Nejvyššího soudu však tato skutečnost ani poté nebude relevantní.

Situace osob bez státní příslušnosti ve vztahu k trestu vyhoštění tak v zákonné úpravě není nijak specificky zohledněna, přestože v souladu s mezinárodními závazky České republiky (které mají aplikační přednost před zákonem) vyhoštění osoby bez státní příslušnosti podléhá podmínkám vymezeným v čl. 31 Úmluvy z roku 1954. Soulad s čl. 31 úmluvy není zajištěn prostřednictvím pojmů „bezpečnost lidí nebo majetku, anebo jiný obecný zájem“ použitých ve stávajícím § 80 odst. 1 trestního zákoníku. Nejedná se o ekvivalentní pojmy k pojmům „důvody národní bezpečnosti nebo veřejného pořádku“ použitým v čl. 31 úmluvy. Pojmy použité v úmluvě jsou svým významem již z hlediska jazykového výkladu podstatně užší. Zároveň, jak bylo naznačeno výše, příslušné pojmy národní bezpečnosti a veřejného pořádku jsou zakotveny v Úmluvě z roku 1954, kde představují výjimku z obecného pravidla nevyhošťování osob bez státní příslušnosti. A tu je z povahy věci třeba vykládat restriktivně a v souladu s pravidly uplatňovanými pro výklad mezinárodních smluv, s přihlédnutím k celkové systematice a humanitárnímu předmětu a účelu Úmluvy z roku 1954.

Je třeba rovněž upozornit, že ve vztahu k osobám bez státní příslušnosti není upraven ani ekvivalentní postup jako u osob žádajících o mezinárodní ochranu dle § 350b odst. 4 trestního řádu. Podle něho, jestliže osoba požádá o mezinárodní ochranu a nejde-li o žádost zcela zjevně nedůvodnou, předseda senátu odloží výkon trestu vyhoštění. To může být potenciálně problematické. Posouzení toho, zda je dotyčný cizinec osobou bez státní příslušnosti, je totiž zásadní otázkou pro výkon trestu vyhoštění. Tato skutečnost má dopad na určení státu, do kterého dotyčná osoba má být vyhoštěna, i na posouzení možnosti praktické realizace trestu vyhoštění.

Je otázkou, zda rovněž na tuto situaci nebude vůči žadatelům podle § 8 písm. d) zákona o azylu dopadat analogické uplatnění právního postavení žadatele o mezinárodní ochranu. Rozhodovací praxe ve vztahu k této otázce zatím chybí.

Pokud by však tato analogie uplatněna nebyla a dotyčná osoba podá žádost o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti až poté, co jí byl

¹⁵² Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů.

trest vyhoštění uložen, a nachází se ve vyhošťovací vazbě (ať už proto, že teprve tehdy vyjde tato skutečnost najevo, nebo proto, že se teprve poté osobou bez státní příslušnosti stala),¹⁵³ je přinejmenším vhodné alespoň přezkoumat okolnosti trvání důvodů vyhošťovací vazby v souladu s § 71 odst. 1 trestního řádu, resp. důvody pro přerušení výkonu trestu vyhoštění v souladu s § 350h odst. 1 trestního řádu. Je tomu tak s ohledem na zmíněnou velmi nízkou pravděpodobnost možnosti faktické realizace trestu vyhoštění vůči osobě bez státní příslušnosti.

7. ZAJIŠTĚNÍ OSOB BEZ STÁTNÍ PŘÍSLUŠNOSTI

7.1 Zákonnost zbavení svobody – reálný předpoklad naplnění účelu zajištění

Zbavení svobody představuje závažný zásah do práv jednotlivce. Zákonnost takového zásahu je třeba posuzovat mimo jiné ve světle požadavků vyplývajících z čl. 5 EÚLP,¹⁵⁴ který poskytuje ochranu před svévolnými zásahy do práva na osobní svobodu. Evropská úmluva o lidských právech stanoví podmínky, za nichž může k tomuto zásahu dojít, a v čl. 5 odst. 1 zároveň taxativně upravuje, z jakých důvodů mohou být osoby zbaveny svobody.¹⁵⁵

Aby nebylo zbavení svobody svévolné, musí být těsně spjato se svým cílem. Pokud je osoba zbavena svobody za účelem vykonání rozhodnutí o vyhoštění, EŠLP zkoumá, zda státní orgány provádějí řízení o vyhoštění s náležitou péčí (*due diligence*).¹⁵⁶ Příslušné orgány tedy musejí činit potřebné kroky, aby za-

¹⁵³ V praxi existují rozličné situace a důvody, z jakých se člověk stane osobou bez státní příslušnosti, přičemž k těmto okolnostem (například změna právní úpravy občanství v zemi původu, rozpad většího státního celku, jehož občanství původně osoba měla) může dojít kdykoli za života dotyčné osoby, tedy i po uložení trestu vyhoštění. Stejně tak může až po jeho uložení vyjít najevo, že osoba ve skutečnosti (již) není občanem dotyčné země svého původu (k tomuto zjištění může dojít právě v rámci snah policie o realizaci vyhoštění při komunikaci s dotyčným státem, který vydá negativní stanovisko k existenci státního občanství vyhošťované osoby).

¹⁵⁴ Kromě vázanosti České republiky samotnou Evropskou úmluvou o lidských právech vyplývá tato povinnost rovněž z čl. 6 Listiny základních práv EU ve spojení s jejím čl. 52 odst. 3, který stanoví, že „[p]okud tato listina obsahuje práva odpovídající právům zaručeným Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod, jsou smysl a rozsah těchto práv stejné jako ty, které jim příkládá uvedená úmluva. Toto ustanovení nebrání tomu, aby právo Unie poskytovalo širší ochranu“.

¹⁵⁵ Viz znění čl. 5 odst. 1 EÚLP: „Nikdo nesmí být zbaven svobody **kromě** následujících případů, pokud se tak stane v souladu s řízením stanoveným zákonem: [...]“ (důraz doplněn).

¹⁵⁶ Srov. rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 15. 11. 1996, *Chahal proti Spojenému království*, Reports 1996-V, nebo rozsudek velkého senátu ze dne 9. 10. 2003, *Slivenko*

jistily realizaci účelu zbavení svobody, tedy vyhoštění nebo vydání (případně předání do jiného členského státu v rámci dublinského řízení). Pokud je však vyhoštění prakticky nerealizovatelné, například z důvodu neochoty cizího státu dotčenou osobu přijmout na své území, zbavení svobody může ztratit své ospravedlnění i přesto, že příslušné orgány vyvíjejí v řízení určitou aktivitu.¹⁵⁷ Tento závěr potvrdil velký senát ESLP v rozsudku ve věci *A. a ostatní proti Velké Británii*,¹⁵⁸ kdy shledal nezákonným zbavení svobody cizince za účelem vyhoštění, neboť „[n]ic nenasvědčovalo tomu, že by v průběhu doby, po kterou byli stěžovatelé zajištěni, [...] existoval jakýkoliv reálný předpoklad [realistic prospect, perspective réaliste], že budou moci být vyhoštěni [...]“.¹⁵⁹

Aplikaci kritéria reálného předpokladu naplnění účelu zajištění jako součásti hodnocení zákonnosti zajištění ve smyslu čl. 5 EÚLP potvrdil ve své judikatuře rovněž Nejvyšší správní soud. Ten dovodil, že správní orgán (cizinecká policie) musí při zbavení svobody posuzovat, nakolik je pravděpodobné, že se uskuteční zákonný účel tohoto zbavení svobody.¹⁶⁰ Dospěl přitom k závěru, že „[o] zajištění cizince nelze rozhodnout, pokud zákonný účel omezení osobní svobody cizince nebude pravděpodobně možné uskutečnit. Správní orgán je naopak povinen v takovém případě cizince neprodleně propustit na svobodu“.¹⁶¹

Obsah pojmu reálný předpoklad vyhoštění je v judikatuře vymezen pomocí neurčitých pojmů. Obecně však lze říci, že tento požadavek soudy považují za naplněný tehdy, pokud naplnění účelu zajištění bude moci být pravděpodobně realizováno. Dle Soudního dvora EU reálný předpoklad pro vyhoštění „neexistuje, jestliže se zdá nepravděpodobné [it appears unlikely], že dotyčný bude [...] přijat ve třetí zemi“.¹⁶² Podobně ESLP hovoří o porušení čl. 5 EÚLP

proti Lotyšsku, stížnost č. 48321/99, odst. 146.

¹⁵⁷ Tamtéž, s odkazem na rozsudek ze dne 8. 10. 2009, *Mikolenko proti Estonsku*, stížnost č. 10664/05, odst. 64–68, nebo rozhodnutí ze dne 4. 10. 2001, *Agnissan proti Dánsku*, stížnost č. 39964/98, oddíl 2. Příkladem situace, kdy zbavení svobody cizince ztratilo opodstatnění, je například případ stěžovatelky Efremidze, která byla zadržována v Řecku s cílem vyhoštění do Gruzie. Úřady zpočátku činily kroky směřující k jejímu vyhoštění a požádaly o cestovní doklad gruzínskou ambasádou. Poté, co ambasáda na žádost o vydání dokladu pro stěžovatelku nereagovala, nepodnikaly žádné další kroky a stěžovatelku pustily na svobodu po uplynutí více než dvou měsíců, kdy uplynula maximální doba pro zbavení svobody ze zákona. Viz rozsudek ze dne 21. 6. 2011, *Efremidze proti Řecku*, stížnost č. 33225/08, odst. 55–57.

¹⁵⁸ Rozsudek velkého senátu Evropského soudu pro lidská práva ze dne 19. 2. 2009, *A. a ostatní proti Velké Británii*, stížnost č. 3455/05.

¹⁵⁹ Tamtéž, odst. 167.

¹⁶⁰ Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 11. 2011, č. j. 7 As 79/2010-150, publ. pod č. 2524/2012 Sb. NSS.

¹⁶¹ Tamtéž.

¹⁶² Viz rozsudek Soudního dvora EU ze dne 30. 11. 2009, *Kadzoev*, C-357/09, bod 67. Pojem „reálný“ (reasonable, realistic) pak Soudní dvůr EU vymezil rovněž jen neurčitě, když uvedl,

z důvodu „pravděpodobné absence reálného předpokladu pro jeho vyhoštění“.¹⁶³ S kritériem pravděpodobnosti pracuje také Nejvyšší správní soud, podle něhož bude zajištění nezákonné „v případech, kdy bude již v době rozhodování správního orgánu o zajištění cizince zřejmé či pravděpodobné, že účel zajištění, tj. správní vyhoštění, vycestování nebo předání cizince, nebude moci být realitizován“.¹⁶⁴

O míře pravděpodobnosti ukazující na existenci reálného předpokladu soudy vždy rozhodují s ohledem na konkrétní okolnosti případu. Například britský Odvolací soud požadovanou míru pravděpodobnosti vymezil jako existenci alespoň „určité vyhlídky“ (*some prospect*), že bude osoba vyhoštěna během rozumné doby, přičemž musí existovat více než pouhá „naděje“ (*hope*), že prováděné kroky za účelem vyhoštění přinesou požadovaný výsledek.¹⁶⁵

V případě osob bez státní příslušnosti je naplnění požadavku existence reálného předpokladu vyhoštění velmi silně zpochybněno. Důvodem je, že zpravidla neexistuje stát, který by byl ochoten (či dokonce povinen) dotyčnou osobu přijmout na své území.¹⁶⁶ V této souvislosti se zároveň projevuje význam zavedení účinného a fungujícího řízení o určení osob bez státní příslušnosti.¹⁶⁷ Jedná se o neúčinnější prevenci porušení čl. 5 EÚLP v důsledku zajištění osob, u nichž ve skutečnosti neexistuje reálný předpoklad vyhoštění s ohledem na jejich status osoby bez státní příslušnosti. Odhlédneme-li od hlediska ochrany práv dotčených osob bez státní příslušnosti, existence

že „pouze skutečný předpoklad, že může dojít k úspěšnému vyhoštění [...], odpovídá reálnému předpokladu pro vyhoštění a [...] tento neexistuje, jestliže se zdá nepravděpodobné, že dotyčný bude [...] přijat ve třetí zemi“. Tamtéž, výrok č. 5 (zdůraznění doplněno).

¹⁶³ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 27. 7. 2010, *Louled Massoud proti Maltě*, stížnost č. 24340/08, odst. 66.

¹⁶⁴ Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 11. 2011, č. j. 7 As 79/2010-150, odst. 24.

¹⁶⁵ Viz Fundamental Rights Agency. *Detention of third country nationals in return procedures*, s. 24, 25 [citováno 28. 11. 2019]; dostupné z: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1054-detention-third-country-nationals-report-092010_en.pdf, odkazující na rozsudek UK Court of Appeal, *R (on the application of I) v. SSHD* [2002] EWCA Civ 888, odst. 37, 38.

¹⁶⁶ Na skutečnost, že osoby bez státní příslušnosti – pokud nejsou včas identifikovány a není jim poskytnut odpovídající ochranný status v souladu s Úmluvou z roku 1954 – v praxi čelí značnému riziku opakovaného zajištění, jehož účel nemůže být naplněn, neboť zpravidla neexistuje stát, který by takovou osobu měl přijmout, upozorňuje řada odborných stanovisek. Srov. např. Fundamental Rights Agency (FRA). *Detention of third-country nationals in return procedures*. 2010, s. 25; dostupné z https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1306-FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf. Dále např. European Network on Statelessness. *Protecting Stateless Persons from Arbitrary Detention: An Agenda for Change*. 2017; dostupné z: https://www.statelessness.eu/sites/www.statelessness.eu/files/attachments/resources/ENS_LockeInLimbo_Detention_Agenda_online.pdf

¹⁶⁷ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 115.

funkčního řízení o určení osob bez státní příslušnosti je pak jednoznačně výhodná rovněž pro stát. Stát se totiž díky možnosti včasné identifikace osob bez státní příslušnosti může vyhnout vynaložení značných finančních nákladů spojených s vedením opakovaných správních (a často i trestních) řízení o vyhoštění, neúspěšným snahám o realizaci těchto rozhodnutí a mnohaměsíčním zajištěním takové osoby.

ESLP se již opakovaně zabýval otázkou zajištění osob bez státní příslušnosti za účelem vyhoštění ve světle požadavku existence reálného předpokladu naplnění účelu zajištění dle čl. 5 EÚLP. Zásadním je v tomto ohledu rozsudek ve věci *Kim proti Rusku*,¹⁶⁸ ve kterém ESLP konstatoval porušení čl. 5 odst. 1 písm. f) EÚLP ze strany Ruské federace vůči stěžovateli původem z Uzbekistánu. Ten byl zajištěn za účelem správního vyhoštění, a v průběhu komunikace s uzbekým zastupitelským úřadem vyplynulo, že je osobou bez státní příslušnosti. ESLP konstatoval, že od okamžiku, kdy uzbeká ambasáda sdělila ruským orgánům, že stěžovatel není občanem Uzbekistánu, a odmítla jeho převzetí, již zajištění stěžovatele nenaplnovalo požadavky čl. 5 odst. 1 písm. f) EÚLP. Ruské orgány totiž již tehdy získaly informaci o tom, že neexistoval reálný předpoklad vyhoštění stěžovatele do Uzbekistánu, protože nebyl jeho občanem. Zajištění stěžovatele však neukončily a nezačaly ani případně usilovat o přijetí stěžovatele ze strany nějaké třetí země.¹⁶⁹

ESLP v rozsudku zdůraznil obzvlášť zranitelnou situaci stěžovatele coby osoby bez státní příslušnosti.¹⁷⁰ Zároveň uvedl, že kromě toho, že stěžovatel je osobou bez státní příslušnosti, nedisponuje ani žádným oprávněním k pobytu dle ruského vnitrostátního práva. Po svém propuštění ze zajištění tak stěžovatel nadále zůstane v neregulérním postavení a hrozí, že bude opakovaně čelit dalšímu postihu za spáchání pobytového přestupku, jenž dle ruského práva zahrnuje finanční sankci a uložení správního vyhoštění.¹⁷¹ ESLP proto dovedl, že je nezbytné, aby Ruská federace stěžovateli umožnila využít postup, který jej ochrání před opakovaným zajištěním v souvislosti se sankcí uloženou za spáchání pobytového přestupku, který bude spjat se skutečností, že stěžovatel je osobou bez státní příslušnosti.¹⁷²

¹⁶⁸ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 17. července 2014 ve věci *Kim proti Rusku*, stížnost č. 44260/13.

¹⁶⁹ Tamtéž, odst. 52.

¹⁷⁰ Uvedl, že s ohledem na tento status nemohl využít konzulární pomoci žádného státu a nedisponoval ani zázemím v Rusku, takže čelil obtížím při vyhledání a zajištění právní pomoci. Státní orgány zároveň nepodnikly žádnou snahu o urychlení postupu snah o vyhoštění stěžovatele a neposupovaly s náležitou péčí za účelem ochrany jeho práv chráněných čl. 5 EÚLP. Tamtéž, odst. 54.

¹⁷¹ Tamtéž, odst. 73.

¹⁷² Tamtéž, odst. 74.

Z uvedeného vyplývá, že stát je v takové situaci povinen ukončit zajištění osoby bez státní příslušnosti s ohledem na absenci reálného předpokladu vyhoštění. Zároveň je povinen následně podniknout aktivní kroky k prevenci toho, že takové osobě bude v budoucnu uloženo opakované správní vyhoštění nebo zajištění za účelem jeho realizace. Namísto toho je třeba umožnit jí nějakým způsobem její neregulární postavení na území státu řešit.

7.2 Zajištění žadatelů o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti

Odhlédneme-li od výše uvedených obecných východisek, která významně zužují okruh situací, kdy by zajištění osoby bez státní příslušnosti mohlo vůbec připadat v úvahu z hlediska naplnění požadavků čl. 5 Evropské úmluvy o lidských právech, platí, že za stávající vnitrostátní právní úpravy je zajištění těchto osob problematické i z dalších důvodů.

Osobám, které žádají o přiznání postavení osoby bez státní příslušnosti, svědčí ochrana před vyhoštěním podle čl. 31 Úmluvy. Jedná se o ustanovení, které je vymezeno standardem zákonně se zdržující osoby (*lawfully in*), a dopadá tedy rovněž na žadatele o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti (srov. kapitolu 2). Příručka UNHCR v této souvislosti uvádí, že je třeba se vyvarovat pokračování v případném řízení o vyhoštění nebo činění kroků za účelem realizace dříve uloženého vyhoštění po dobu řízení o určení osoby bez státní příslušnosti.¹⁷³ UNHCR tak upozorňuje, že řízení o určení osoby bez státní příslušnosti má mít suspenzivní efekt vůči řízení o vyhoštění do doby, než je řízení o určení osoby bez státní příslušnosti ukončeno.¹⁷⁴

Na úrovni unijního práva je oblast vyhoštění upravena v návratové směrnici, která je transponována (mimo jiné) v úpravě správního vyhoštění v zákoně o pobytu cizinců. Návratová příručka Evropské komise uvádí, že osoby, které mají v souladu s vnitrostátním právem právo pobývat na území po dobu řízení o určení osoby bez státní příslušnosti, nejsou osobami s „neoprávněným pobytem“ ve smyslu čl. 3 odst. 2 návratové směrnice.¹⁷⁵ Na tyto osoby se tak

¹⁷³ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 72.

¹⁷⁴ UNHCR. *Handbook on Protection of Stateless Persons*. 2014, odst. 135, poznámka pod čarou č. 82.

¹⁷⁵ „Níže uvedené kategorie osob se nepovažují za neoprávněně pobývající osoby, jelikož v dotčeném členském státě mají oprávnění k pobytu (jež může být pouze dočasné); [...] osoby bez státní příslušnosti pobývající v členském státě, v němž podle vnitrostátního práva požívají práva pobytu během identifikace osob bez státní příslušnosti.“ Doporučení Komise (EU) 2017/2338, ze dne 16. listopadu 2017, o zavedení společné „příručky k navracení osob“, kterou mají příslušné orgány členských států používat při plnění úkolů souvisejících s navracením osob, s. 89.

nevztahuje návratová směrnice, a po dobu řízení o určení osoby bez státní příslušnosti tudíž vůči dotyčné osobě nelze činit kroky v rámci řízení o navrácení.

V podmínkách České republiky dopadají výše uvedená východiska na osoby, které jsou žadateli o přiznání právního postavení osob bez státní příslušnosti ve smyslu § 8 písm. d) zákona o azylu. Po dobu řízení o žádosti mají analogické postavení s žadateli o mezinárodní ochranu, což mimo jiné zahrnuje rovněž právo setrvat na území po dobu řízení, včetně navazujícího soudního přezkumu.¹⁷⁶ Výslovně to potvrdil rovněž Nejvyšší správní soud, když uvedl, že „[...] po dobu vedení řízení stěžovatel na území České republiky pobýval oprávněně, a to na základě § 3d odst. 1 zákona o azylu“.¹⁷⁷

Žadatelé o přiznání postavení osoby bez státní příslušnosti podle § 8 písm. d) zákona o azylu tak nespádají pod kategorii „neoprávněně pobývajících“ cizinců ve smyslu návratové směrnice. Nevztahuje se na ně zároveň ani zákon o pobytu cizinců, který sám žadatele o mezinárodní ochranu (a analogicky tedy i žadatele o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti) ze své působnosti v § 2 písm. a) vyjímá (až na několik výjimek).¹⁷⁸ Po dobu řízení o žádosti podle § 8 písm. d) zákona o azylu proto policie vůči těmto osobám nemůže činit kroky ve věci řízení o správním vyhoštění, ani takovou osobu zajistit dle zákona o pobytu cizinců za účelem realizace dříve uloženého správního vyhoštění – jednalo by se o nezákonný postup.

S ohledem na analogické postavení žadatelů podle § 8 písm. d) zákona o azylu s žadateli o mezinárodní ochranu se v této souvislosti nabízí rovněž otázka, zda lze vůči žadatelům o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti uvažovat o analogickém uplatnění právní úpravy zajištění žadatelů o mezinárodní ochranu podle zákona o azylu. Na základě níže uvedených důvodů je však třeba dovodit, že analogické uplatnění právní úpravy zajištění žadatelů o mezinárodní ochranu není ve vztahu k žadatelům o přiznání postavení osoby bez státní příslušnosti za stávající právní úpravy možné. Znamenalo by totiž porušení závazků plynoucích z čl. 5 EÚLP.

Dle návěti čl. 5 odst. 1 EÚLP musí ke každému zbavení svobody dojít „v souladu s řízením stanoveným zákonem“. Jinými slovy, musí jít o „zákonné“ zbavení svobody. Při posouzení požadavku řízení stanoveného zákonem ESLP zkoumá, zda má zbavení svobody podklad ve vnitrostátních procesních a hmotněprávních předpisech, zda vnitrostátní orgány postupovaly podle

¹⁷⁶ Srov. § 3d odst. 1 ve spojení s § 2 odst. 1 písm. b) zákona o azylu.

¹⁷⁷ Viz rozsudek č. j. 4 Azs 365/2018-74 ze dne 29. března 2019, odst. 10.

¹⁷⁸ Srov. § 2 zákona o pobytu cizinců: „Tento zákon se nevztahuje na cizince, který: a) je žadatelem o udělení mezinárodní ochrany, [...] nestanovi-li tento zákon nebo zvláštní právní předpis jinak, [...]“

těchto předpisů a zda řízení zaručovalo ochranu před svévolí.¹⁷⁹ Svévoli přitom ESLP vnímá šířeji než jen jako souladnost s vnitrostátními zákony.

V rámci kritéria „zákonnosti“ ESLP mimo jiné zkoumá též kvalitu právní úpravy, tedy zda je dostatečně dostupná a přesná, resp. předvídatelná.¹⁸⁰ Uvedená kritéria mají zaručit právní jistotu zadržovaných osob a zabránit nebezpečí svévole. ESLP zdůrazňuje, že v případech týkajících se zbavení svobody je „obzvlášť podstatné, aby byla dodržena obecná zásada právní jistoty. Je proto zásadní, aby byly jasně definovány podmínky, za kterých dle vnitrostátního práva může dojít ke zbavení svobody, a aby samotná tato právní úprava byla předvídatelná z hlediska své aplikace, a tím naplňovala požadavek ‚zákonnosti‘ stanovený Úmluvou, jenž požaduje, aby byla právní úprava dostatečně určitá tak, aby se předešlo jakémukoli riziku svévole“.¹⁸¹

V různých případech ESLP konstatoval neexistenci právního podkladu pro zbavení svobody,¹⁸² nebo sice existenci právního podkladu, ale nedostatečnou kvalitu takové právní úpravy.¹⁸³ ESLP se již zabýval i situací, kdy důvod pro zbavení svobody nebyl pro určitou situaci právní úpravou výslovně stanoven, ale státní orgány jej v kontextu vnitrostátního práva dovodily na základě uplatnění analogie. ESLP takové zbavení svobody označil za porušující závazky plynoucí z EÚLP, neboť takový právní základ zbavení svobody nenaplňuje požadavek kritéria „zákonnosti“, jak vyplývá z čl. 5 EÚLP.¹⁸⁴

V případě analogické aplikace právní úpravy zbavení svobody vztahující se na žadatele o mezinárodní ochranu vůči žadatelům dle § 8 písm. d) zákona o azylu by tak nebyl naplněn požadavek zákonitosti takového zbavení svobody ve smyslu čl. 5 EÚLP z hlediska kvality právní úpravy, na jejímž základě by ke zbavení svobody došlo. Za stávající právní úpravy – resp. její absence – proto není možné žadatele o přiznání postavení osoby bez státní příslušnosti během řízení o jeho žádosti podle § 8 písm. d) zákona o azylu zajistit na základě § 46a zákona o azylu. Stejně tak pokud by dotýčný podal žádost podle

¹⁷⁹ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 23. července 2013, *Suso Musa proti Maltě*, stížnost č. 42337/12, odst. 92.

¹⁸⁰ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 25. června 1996, *Amuur proti Francii*, stížnost č. 19776/92, odst. 50. Někdy se kritérium „přesnosti“ objevuje také pod označením „předvídatelnost“, případně se objevují všechna tři kritéria: „sufficiently accessible, clear, previsible“.

¹⁸¹ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 24. ledna 2008, *Riad a Idiab proti Belgii*, stížnosti č. 29787/03 a 29810/03, odst. 72.

¹⁸² Srov. *Riad a Idiab proti Belgii*, odst. 72 a 77. Srov. též rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 27. 11. 2003, *Shamsa proti Polsku*, stížnosti č. 45355/99 a 45357/99.

¹⁸³ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 31. července 2000, *Ječius proti Litvě*, stížnost č. 34578/97, odst. 59.

¹⁸⁴ Srov. rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 6. 3. 2001, *Dougoz proti Řecku*, stížnost č. 40907/98, odst. 57.

§ 8 písm. d) zákona o azylu v době svého zajištění dle zákona o pobytu cizinců, není možné v zajištění takového žadatele pokračovat (ať už v rámci jeho „přezajištění“ podle § 46a zákona o azylu, nebo nového rozhodnutí o zajištění podle § 124 odst. 4 zákona o pobytu cizinců),¹⁸⁵

Tento stav je důsledkem absence právní úpravy právního postavení žadatelů o přiznání postavení osoby bez státní příslušnosti ve smyslu § 8 písm. d) zákona o azylu. Ve vztahu k vymezení právního statusu těchto žadatelů je třeba tento nedostatek napravit uplatněním analogie, jak je vysvětleno výše v kapitole 3. Nejvyšší správní soud tím přistoupil ke zhojení existující mezery v zákoně a k nápravě situace, jež měla dle jeho hodnocení mimo jiné za následek porušení čl. 8 EÚLP vůči těmto žadatelům. Ve vztahu k rozhodování o zbavení svobody však možnost použití analogie naráží na uvedené limity dané ochranou práva na osobní svobodu v souladu s čl. 5 EÚLP. Do doby, než bude přijata právní úprava vymezující právní postavení žadatelů podle § 8 písm. d) zákona o azylu, která jednoznačně upraví i případnou otázku zákonných důvodů a podmínek jejich zajištění, tak zajištění těchto žadatelů není z hlediska zákona možné.

¹⁸⁵ Úprava § 46a zákona o azylu, která vymezuje důvody a podmínky zajištění žadatelů o mezinárodní ochranu, se vztahuje jednak na žadatele, který dříve zajištěn nebyl, tak i na žadatele, který podá žádost o mezinárodní ochranu v době, kdy je zajištěn dle zákona o pobytu cizinců. V tomto případě samotné podání takové žádosti není podle § 127 odst. 2 zákona o pobytu cizinců důvodem pro ukončení zajištění. Do pěti dnů od podání žádosti o mezinárodní ochranu může ministerstvo vnitřní záležitosti rozhodnout o zajištění (tzv. „přezajištění“) dotyčného žadatele na základě § 46a zákona o azylu. Pokud tak neučiní, policie může do dalších tří dnů vydat nové rozhodnutí o zajištění, pokud jsou naplněny důvody podle § 124 odst. 4 zákona o pobytu cizinců. Pokud ani jedno z těchto rozhodnutí není vydáno, musí být žadatel ze zajištění propuštěn.

D. Různé

Právní moc a její odklad – sporné aspekty v kontextu cizineckého zákona

ALŽBETA KRÁLOVÁ*

1. ÚVOD

Právní moc rozhodnutí je jednou z jeho základních vlastností. Ve formálním slova smyslu představuje právní moc konečnost rozhodnutí. To znamená, že správní rozhodnutí již nelze napadnout řádným opravným prostředkem. Předpokladem „konečnosti“ rozhodnutí je samozřejmě jeho oznámení. V materiálním slova smyslu se právní moc projevuje nezměnitelností a závazností. Jak formální, tak materiální právní moc vymezuje poměrně stručně (a jednoznačně) § 73 správního řádu¹. Jedná se o základní institut procesualistiky, jehož definice je notorií a na první pohled se stanovení okamžiku právní moci nejeví jako problematické. Právní moc je současně institutem, který je binární kategorií. Jak uvádí F. Zoulík (i když v kontextu civilního procesu), „[p]rávní moc je jediná a jednotná; rozhodnutí buď pravomocné je, nebo není, neexistují žádné stupně nebo druhy právní moci“². Odlišení formální a právní moci podle F. Zoulíka představuje pouze určitou terminologickou zkratku a nesmí vyvolávat představy, jako by šlo o „dvě různé“ právní moci.³ Tento závěr je samozřejmě logický, v praxi ale narážíme v souvislosti s právní mocí na řadu problémů. Ty se objevují především při uplatňování opravných prostředků, zvláště u správních žalob, které mají v kontextu cizineckého práva v řadě případů automatický odkladný účinek, případně o přiznání odkladného účinku rozhodují soudy.

* Kancelář veřejného ochránce práv, Brno; Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno. Oddíly 2 a 3 tohoto příspěvku částečně vychází z oddílů 5.2.1 a 6.3.3 disertační práce autorky: KRÁLOVÁ, A. Opravné prostředky v cizineckém právu [online]. Brno, 2018/2019. Disertační práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Dostupné z: https://is.muni.cz/auth/th/xlem8/Disertace_Kralova_Alzbeta.pdf. Kapitoly 2 a 3 předmětného příspěvku konkrétně částečně vycházejí i z oddílů 5.2.1 a 6.3.3.

¹ Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

² ZOULÍK, F. In: WINTEROVÁ, A. a kol. *Civilní právo procesní. Část první: řízení nalézací*. 7. aktualizované vydání. Praha: Linde Praha, 2014, s. 279–280.

³ Tamtéž, s. 279.

Odkladný účinek je standardně spojen s pozastavením (odkladem) veškerých právních účinků správního rozhodnutí, včetně právní moci.⁴ Co přesně to ale znamená pro účastníka řízení, není vždy jednoznačné. Zásadní problémy pramení z toho, zda formální a materiální právní moc ztotožňujeme, nebo formální právní moci přiznáváme samostatný účinek. V civilní procesualistice bývá formální právní moci povaha účinku většinou odpírána⁵ a formální právní moc je vnímána jako pouhý předpoklad materiální právní moci.⁶ V kontextu správního soudnictví se však setkáváme s odlišováním formální a materiální právní moci, přičemž na formální právní moc je za určitých podmínek nahlíženo jako na samostatný účinek rozhodnutí.⁷ Odlišení formální a materiální právní moc aprobuje i Ústavní soud, jedním dechem ale dodává, že „*zdůrazňování formálního zachování právní moci sistovaného rozhodnutí je výrazem přepjatého formalismu*“⁸. Za standardní situace formální zachování právní moci nebude činit zásadnější problémy, protože účinky daného rozhodnutí jsou spojeny primárně s materiální právní mocí. Formální zachování právní moci ale může ovlivňovat účinky úzce související s daným rozhodnutím.

Tento stručný teoretický úvod demonstruje, že s právní mocí rozhodnutí je spojena řada problematických aspektů. Následující příspěvek nicméně nebude analýzou teoretických konceptů spojených s právní mocí a její formální a materiální stránkou. Bude se věnovat několika problémům souvisejícím s právní mocí rozhodnutí v kontextu zákona o pobytu cizinců.⁹ Konkrétně se zaměří na nedávnou novelu zákona o pobytu cizinců, kterou mělo dojít k vyloučení odvolání u vybraných typů správních rozhodnutí, na specifickou úpravu odkladného účinku u žalob proti rozhodnutí o správním vyhoštění a na otázku působení odkladného účinku u fikcí pobytu.

⁴ Srov. např. JEMELKA, L. et al. *Soudní řád správní*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2013, s. 591.

⁵ DVOŘÁK, B. *Právní moc civilních soudních rozhodnutí*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2008, s. 69.

⁶ Tamtéž.

⁷ Nález sp. zn. II. ÚS 1260/07 ze dne 30. září 2008, odst. 23.

⁸ Srov. judikaturu k § 48 odst. 2 správního řádu, podle které negativní rozhodnutí nabývá pouze formální právní moci, viz např. rozsudek Krajského soudu v Ostravě č. j. 22 Ca 58/2000-31 ze dne 20. prosince 2000, rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 112/2013-30 ze dne 27. listopadu 2015 nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 65/2016-43 ze dne 30. listopadu 2016.

⁹ Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

2. PRÁVNÍ MOC ROZHODNUTÍ JAKO NÁSTROJ PRO VYLOUČENÍ OPRAVNÉHO PROSTŘEDKU?

2.1 Změny provedené novelou č. 176/2019 Sb.

První spornou otázkou, která se objevila v souvislosti s doposud poslední novelizací zákona o pobytu cizinců provedenou zákonem č. 176/2019 Sb., je to, zda lze zafixováním okamžiku nabytí právní moci k okamžiku oznámení rozhodnutí vyloučit přístup k řádnému oprávněnému prostředku.

Novelizací provedenou zákonem č. 176/2019 Sb., účinnou od léta 2019, byl do § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců vložen taxativní výčet rozhodnutí, u kterých dochází k nabytí právní moci okamžikem oznámení rozhodnutí. V souladu s § 73 odst. 1 správního řádu je v právní moci standardně rozhodnutí, které bylo oznámeno. Vázání okamžiku nabytí právní moci na splnění podmínky oznámení tudíž samo o sobě problematické není. Správní řád ale současně zakotvuje pro nabytí právní moci další podmínku, a to nemožnost podat odvolání. V případě rozhodnutí uvedených v § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců tedy zákonodárce zakotvil okamžik právní moci k okamžiku oznámení, bez ohledu na splnění druhé podmínky, a to nemožnosti podat odvolání.

Předmětné ustanovení se do novely zákona o pobytu cizinců dostalo prostřednictvím pozměňovacího návrhu poslance J. Hamáčka, který svůj úmysl při změně právní úpravy formuloval jasně. V odůvodnění pozměňovacího návrhu uvedl, že *„[c]ílem navrhovaných změn je zrychlit celý proces zrušení pobytu cizince v případech, kdy spáchal na území České republiky úmyslný trestný čin tím, že rozhodnutí o zrušení pobytu z důvodů veřejného pořádku, nebo bezpečnosti nepůjdou přes Komisi pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců, ale budou napadnutelná žalobou rovnou u soudu, který bude mít lhůtu na rozhodnutí 90 dnů“*¹⁰. Ustanovení § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců totiž vyjmenovává zejména ta rozhodnutí, kterými dochází ke zrušení nebo neudělení pobytového oprávnění v důsledku úmyslné trestné činnosti, z důvodu veřejného pořádku nebo z důvodu ohrožení bezpečnosti státu.¹¹ Cíle uvedené

¹⁰ Pozměňovací návrh poslance J. Hamáčka k vládnímu návrhu zákona, kterým se mění č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony. Sněmovní tisk č. 203 [online]. 28. ledna 2019 [cit. 6. 12. 2019]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=8&t=203>, bod 4 odůvodnění pozměňovacího návrhu.

¹¹ Předmětné ustanovení odkazuje na různé typy rozhodnutí vydávaná podle zákona o pobytu cizinců: zrušení platnosti dlouhodobého víza za účelem sezónního zaměstnání, zrušení platnosti povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny, zrušení platnosti povolení k dlouhodobému pobytu rezidenta jiného členského státu EU, zrušení platnosti povolení k dlouhodobému pobytu za účelem vědeckého výzkumu, zrušení

změny právní úpravy byly tedy formulovány zcela jednoznačně – vyloučit další přezkum ze strany Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců (dále jen „Komise“), tedy vyloučit možnost odvolacího řízení a související urychlení ukončení pobytu cizince na území.

2.2 Možnost vyloučit přístup k řádnému opravnému prostředku

Vyloučení správního přezkumu a přímý přístup k soudnímu přezkumu je cílem, který by mohl být v obecné rovině vyhodnocen jako legitimní. Skutečnost, že se zákonodárce rozhodne vyloučit odvolání, není problematická z ústavně-právního hlediska a počítá s ní i správní řád. Z čl. 36 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) plyne právo na přístup k přezkumu nezávislým a nestranným soudem (případně jiným orgánem), nikoli právo na přezkum ve dvou stupních. Dokonce ani toto právo není bezvýjimečné, a pokud se rozhodnutí netýká základních práv, může být soudní přezkum zákonem vyloučen.¹² Ústavní soud výslovně konstatoval, že „absence dvojinstančního řízení bez dalšího nemá za následek protiústavnost v případě explicitní úpravy správního řízení“¹³. Je samozřejmě otázkou, zda je takový odklon od obecné právní úpravy v daném případě nezbytný, jedná se však o krok, který bez dalšího nepředstavuje rozpor s ústavním pořádkem.

Správní řád možnost zákonodárce vyloučit přístup k řádnému opravnému prostředku výslovně předpokládá. Podle § 81 odst. 1 správního řádu se lze totiž odvolat proti každému rozhodnutí, pokud zákon nestanoví jinak. Obdobně s možností vyloučení řádného opravného prostředku ve zvláštních předpisech počítá i soudní řád správní.¹⁴ Rozhodování ve dvou stupních

platnosti modré karty, karty vnitropodnikově převedeného zaměstnance, rozhodnutí o neudělení dlouhodobého víza, zrušení povolení k trvalému pobytu, zamítnutí žádosti o vydání potvrzení k přechodnému pobytu, ukončení přechodného pobytu rodinnému příslušníkovi občana EU, zamítnutí žádosti k trvalému pobytu občana EU nebo zrušení platnosti trvalého pobytu.

¹² Viz čl. 36 odst. 2 Listiny, podle kterého nemůže být z pravomoci soudu vyloučeno pouze přezkoumávání rozhodnutí týkajících se základních práv a svobod podle Listiny. Ústavní soud se danou otázkou zabýval např. v nedávném nálezu sp. zn. Pl. ÚS 39/17, v rámci kterého shledal jako ústavně-konformní soudní výlukou obsaženou v § 26 zákona č. 186/2013 Sb., o státním občanství České republiky a o změně některých zákonů. Z dissentu soudců L. Davida, K. Šimáčkové, V. Šimíčka a D. Uhlíře je zřejmé, že názory na to, zda rozhodnutí ve věci státního občanství zasahuje do základních práv, se různí. Vyloučení soudního přezkumu může být předmětem kritiky i z řady dalších důvodů, Listina nicméně s touto možností výslovně počítá.

¹³ Nález sp. zn. Pl. ÚS 21/04 ze dne 26. dubna 2005.

¹⁴ Podle § 68 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „soudní řád správní“) platí, že žaloba je nepřipustná, pokud žalobce nevyčerpal

nepatří ani mezi základní zásady rozhodování o právech a povinnostech správními orgány.¹⁵ I když je tedy správní řízení standardně postaveno na principu dvojinstančnosti a na principu subsidiarity soudního přezkumu, „*dvojinstančnost správního řízení nepředstavuje imperativ, který by musel být ve všech typech správního řízení splněn*“¹⁶.

Můžeme tedy shrnout, že vyloučení řádného opravného prostředku je možné. Z výše citované judikatury Ústavního soudu i ze znění § 81 odst. 1 správního řádu ale plyne, že se musí jednat o explicitní zákonné vyloučení možnosti uplatnit opravný prostředek. Nejvyšší správní soud sice dovedl i možnost implicitního vyloučení přístupu k opravnému prostředku, když konstatoval, že „*s ohledem na znění ustanovení § 81 odst. 1 správního řádu by musela nemožnost podat odvolání plynout přímo ze zákona, případně by byla tato vyluka dána pouze implicitně povahou dané věci*“¹⁷. K závěru o implicitním vyloučení odvolání ale dospěl ve vztahu k přezkumu certifikátu autorizovaného inspektora, a to s přihlédnutím k velice specifickým okolnostem: ke specifickému postavení autorizovaného inspektora (soukromá osoba), nezařaditelnosti do hierarchicky koncipovaného systému veřejné správy, s přihlédnutím ke zvláštnímu charakteru certifikátu a smyslu příslušného zkráceného řízení.¹⁸ Tyto okolnosti byly natolik specifické, až nakonec vedly zvláštní senát o rozhodování některých kompetenčních sporů k závěru, že certifikát nepředstavuje rozhodnutí způsobilé přezkumu ve správním soudnictví.¹⁹ Závěr o možnosti implicitního vyloučení odvolání sice nebyl výslovně překonán, výrazně však ztratil na přesvědčivosti. Jak totiž poukázal zvláštní senát, implicitnost závěru o vyloučení odvolání je spíše argument pro to, že samotný certifikát vůbec nepředstavuje rozhodnutí.²⁰ Závěry o implicitním vyloučení odvolání jsou skutečně problematické, zejména s ohledem na právní jistotu účastníků řízení a na skutečnost, že se implicitně dovozuje derogace práv v jejich neprospěch. Byť Nejvyšší správní soud jednal o možnosti vyloučení odvolání povahou věci, bylo zřejmé, že míří na velice specifické situace, které v konečném důsledku

řádné opravné prostředky v řízení před správním orgánem, připouští-li je zvláštní zákon, ledaže rozhodnutí správního orgánu bylo na újmu jeho práv změněno k opravnému prostředku jiného.

¹⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 47/2004-61 ze dne 27. října 2005.

¹⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 92/2011-182 ze dne 24. srpna 2011, odst. 35.

¹⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 92/2011-182 ze dne 24. srpna 2011, odst. 33

¹⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 92/2011-182 ze dne 24. srpna 2011, odst. 36.

¹⁹ Usnesení zvláštního senátu zřízeného podle zákona č. 131/2002 Sb., o rozhodování některých kompetenčních sporů, č. j. Konf 25/2012-9 ze dne 6. září 2012.

²⁰ Tamtéž, odst. 47.

postrádaly charakter správního rozhodnutí. Za standardní formu vyloučení možnosti uplatnit řádný opravný prostředek je proto nutné považovat explicitní vyloučení této možnosti.

2.3 Právní moc rozhodnutí jako nástroj pro vyloučení přístupu k opravnému prostředku?

V případě výše popisované novely zákona o pobytu cizinců se dostáváme do situace, kdy navzdory jasně formulovanému úmyslu zákonodárce můžeme dovést závěry o odepření přístupu k řádnému opravnému prostředku pouze prostřednictvím výkladu, který je sám o sobě poměrně sporný. Ustanovení § 168 odst. 3 explicitně neupravuje výlukou odvolání. Výslovně v něm nacházíme pouze fixaci okamžiku právní moci k okamžiku oznámení správního rozhodnutí. S ohledem na tuto skutečnost měl být patrně řádný opravný prostředek vyloučen, jelikož jak plyne z § 73 odst. 1 správního řádu, v právní moci je rozhodnutí, které bylo oznámeno a proti kterému nelze podat odvolání. Zákonodárce chtěl patrně zafixováním právní moci „předběhnout“ okamžik ukončení odvolacího řízení nebo uplynutí lhůty pro podání odvolání a učinit případný přezkum formálně nadbytečným.

V zákoně však chybí výslovná zmínka (např. v § 170 zákona o pobytu cizinců upravujícím odvolací řízení) o vyloučení odvolání. Ustanovení § 170b odst. 1 naopak stanoví, že „[p]roti rozhodnutí ministerstva lze podat odvolání ke komisi“, bez upřesnění, že se musí jednat pouze o nepravomocné rozhodnutí. Odvolání je z povahy věci samozřejmě opravným prostředkem, který směřuje proti nepravomocnému rozhodnutí. Právě v tomto ohledu je ale úmysl zákonodárce vyloučit přístup k odvolání prostřednictvím stanovení okamžiku právní moci k okamžiku oznámení rozhodnutí postaven na nesprávné kauzalitě. Tzv. nenapadnutelnost rozhodnutí je předpokladem právní moci, nikoli naopak. V případě, že je odvolání vyloučeno, nastává nenapadnutelnost rozhodnutí okamžikem oznámení. Dovožovat nenapadnutelnost rozhodnutí ze ztotožnění okamžiku oznámení a nabytí právní moci je nejenom v rozporu s požadavkem na explicitní vyloučení dvojinstančnosti, ale i v rozporu s konstrukcí právní moci jakožto účinku nastupujícího při splnění určitých předpokladů, zahrnujících nenapadnutelnost rozhodnutí.

Z těchto důvodů jsem přesvědčena, že aktuální znění zákona o pobytu cizinců nevyklučuje v rozhodnutí uvedených v § 168 odst. 3 možnost podat odvolání. Uvedená formulace zákona je tudíž problematická nejenom z hlediska její nejednoznačnosti. Z odvolání činí v podstatě mimořádný opravný prostředek, protože pokud přistoupíme k závěru o přípustnosti odvolání, dochází jím fakticky k prolomení pravomocného rozhodnutí. Klíčové samozřejmě bude,

jak k zákonné úpravě přistoupí samotná Komise (zda bude řízení zastavovat, nebo rozhodovat meritorně), potažmo soudy. Již nyní je ale zřejmé, že legislativní řešení, které zákonodárce zvolil, vykazuje z hlediska procesní teorie i z hlediska praktických dopadů řadu problémů: závěr o vyloučení přístupu k odvolání postrádá explicitní vymezení v zákoně, závěr o jeho přípustnosti pak činí z odvolání zcela nesystémově mimořádný opravný prostředek.

3. OMEZENÍ ODKLADNÉHO ÚČINKU NA VYKONATELNOST ROZHODNUTÍ

Další specifikum, které se objevuje v zákoně o pobytu cizinců v souvislosti s právní mocí, je omezení odkladného účinku žaloby proti rozhodnutí o správním vyhoštění na vykonatelnost rozhodnutí. Obecně se s odkladným účinkem žaloby spojuje pozastavení veškerých účinků napadeného rozhodnutí.²¹ Záměrně je užitá co nejširší kategorie, aby tím byly pokryty všechny možné účinky rozhodnutí, které přichází do úvahy.²² O jaké účinky jde, určuje povaha rozhodnutí, standardně ale správní soudy přezkoumávají rozhodnutí, která vyvolávají účinky již na základě právní moci.²³

S žalobou proti rozhodnutí o správním vyhoštění spojuje zákon automatický odkladný účinek. Specifikem však je, že zákon o pobytu cizinců zužuje odkladný účinek a vylučuje odklad právní moci rozhodnutí, když stanoví, že „[ž]aloba proti rozhodnutí o vyhoštění cizince má odkladný účinek na vykonatelnost rozhodnutí; to neplatí, pokud byl cizinec vyhoštěn z důvodu ohrožení bezpečnosti státu“²⁴. V případě rozhodnutí o správním vyhoštění je právě výkon rozhodnutí tím, co může stěžejním způsobem zasáhnout do práv cizince. Odklad vykonatelnosti je proto z hlediska naplnění účinnosti prostředku nápravy a dodržení principu *non-refoulement* v zásadě dostatečným krokem. Jak zdůraznil i Nejvyšší správní soud, odkladný účinek neznamená, že nejsou činěny žádné aktivní kroky k samotnému vyhoštění nebo že vyhoštění reálně nepřichází v úvahu. Odkladný účinek pouze „zmrazuje“ stav, který je dán v momentě udělení odkladného účinku, a tedy vyhoštěný cizinec nemůže být fyzicky vyhoštěn z České republiky. Neznamená to však, že by samotný proces

²¹ Viz § 73 odst. 3 soudního řádu správního: „Přiznáním odkladného účinku se pozastavují do skončení řízení před soudem účinky napadeného rozhodnutí.“

²² KÜHN, Z., KOCOUREK, T. a kol. *Soudní řád správní. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 580.

²³ JEMELKA, L. et al. *Soudní řád správní*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2013, s. 591.

²⁴ Ustanovení § 172 odst. 3 zákona o pobytu cizinců.

vyhoštění udělením odkladného účinku skončil.²⁵ Tento přístup je relevantní např. z hlediska pokračování zajištění cizince.²⁶

Je otázkou, proč zákonodárce přistoupil ke zvláštní právní úpravě a jaké jsou praktické důsledky situace, kdy nedochází k odkladu právní moci. Omezení odkladného účinku na odklad vykonatelnosti důvodová zpráva nijak nevysvětluje a je možné, že tato právní úprava pouze kopírovala obecnou právní úpravu účinnou v době přijímání zákona o pobytu cizinců.²⁷ Nejvyšší správní soud však ve svém nedávném rozhodnutí konstatoval, že zákonodárce zvolenou dikcí říká, že odkladný účinek se vztahuje (jen) na vykonatelnost rozhodnutí, tedy na tu jeho část, jež podle svého obsahu a povahy může být prováděna donucením vyhošťovaného. Ty části rozhodnutí, které nejsou „fatální“, naplněny být mohou a mají. Z uvedeného Nejvyšší správní soud dovozuje, že *a contrario* platí, že ostatní účinky má rozhodnutí nadále, a proto může být podkladem pro zařazení stěžovatele do evidence nežádoucích osob a zdrojem negativních důsledků v oblasti právní úpravy trvalého pobytu.²⁸ Již ve své dřívější judikatuře rozšířený senát Nejvyššího správního soudu konstatoval, že právní účinek v podobě počátku doby zákazu vstupu na území nastává, nebylo-li v samotném rozhodnutí stanoveno jinak, již s právní mocí rozhodnutí o správním vyhoštění.²⁹

Stěžejní část následků rozhodnutí o správním vyhoštění je tak samozřejmě spojena s jeho výkonem. Jak ale ukazují výše zmiňované příklady, v určitých situacích spojuje praxe účinky již s právní mocí rozhodnutí. Rozlišení působení odkladného účinku na právní moc a na vykonatelnost je nicméně sporné z hlediska unijní úpravy, tak jak ji vložil Soudní dvůr Evropské unie. Soudní dvůr totiž v rozsudku *Gnandi* dospěl k závěru o nezbytnosti „*pozastavení všech účinků rozhodnutí o navrácení během lhůty pro podání tohoto opravného prostředku, a pokud je takový opravný prostředek podán, až do rozhodnutí o něm*“³⁰. Výklad provedený Nejvyšším správním soudem se opírá pouze o jazykový výklad předmětného ustanovení zákona o pobytu cizinců, který

²⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 77/2010-82 ze dne 16. září 2010, odst. 26.

²⁶ Tamtéž.

²⁷ Podle § 250c občanského soudního řádu ve znění účinném do 31. prosince 2002 platilo, že „[ž]aloba nemá odkladný účinek na vykonatelnost rozhodnutí správního orgánu, pokud zvláštní zákon nestanoví něco jiného. Na žádost účastníka může předseda senátu usnesením vykonatelnost rozhodnutí odložit, jestliže by neprodleným výkonem napadeného rozhodnutí hrozila závažná újma“.

²⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. sp. zn. 2 Azs 394/2017-18 ze dne 24. června 2019, odst. 15.

²⁹ Rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze č. j. 1 As 106/2010-83 ze dne 24. ledna 2012, odst. 26.

³⁰ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 19. června 2018 ve věci C-181/16 *Gnandi*, bod 61.

vykazuje nedostatky z hlediska slučitelnosti s unijním právem. Je rovněž otázkou, zda je omezení odkladného účinku na vykonatelnost rozhodnutí nadále zamýšleným krokem, nebo se jedná o relikt starší právní úpravy.

4. ODKLAD PRÁVNÍ MOCI A EXISTENCE FIKCE TRVÁNÍ POBYTU

Posledním problémem souvisejícím s právní mocí je otázka, jaké konkrétní účinky jsou spojeny s odkladem právní moci, a to s důrazem na otázku fikce trvání pobytu. Již úvod příspěvku zmiňuje, že v kontextu správního soudnictví se setkáváme s odlišováním formální a materiální právní moci, byť toto může být z hlediska teorie procesního práva sporné.

4.1 Účinky odkladu právní moci

Ustanovení § 73 odst. 3 soudního řádu správního stanoví, že „[p]řiznáním odkladného účinku se pozastavují do skončení řízení před soudem účinky napadeného rozhodnutí“. Co přesně ale toto pozastavení účinků znamená? Znamená simulaci návratu do doby před vydáním rozhodnutí, nebo na rozhodnutí můžeme nahlížet jako na formálně pravomocné a odkladný účinek znamená pouze sistaci materiálních účinků rozhodnutí? Může se zdát, že odpověď na tuto otázku je ryze teoretická. Ve skutečnosti je odpověď na tuto otázku v praxi zásadní např. v situacích, kdy je trvání pobytového oprávnění navázáno na získání jiného pobytového oprávnění, což je v zákoně o pobytu cizinců zcela běžný jev.³¹ Ještě složitější je situace, pokud je pobytový status navázán na fikci trvání pobytu. Zpravidla se jedná o situaci upravenou v § 47 odst. 4 zákona o pobytu cizinců, podle kterého platí, že pokud doba platnosti víza nebo povolení k dlouhodobému pobytu uplyne před rozhodnutím o žádosti o vydání povolení nebo prodloužení jeho platnosti, považuje se vízum nebo povolení k dlouhodobému pobytu za platné do doby nabytí právní moci rozhodnutí o podané žádosti.

V obecné rovině jsou závěry v komentářové literatuře poměrně jednoznačné: „Pozastavení účinků napadeného rozhodnutí znamená, že právní poměry jsou po přiznání odkladného účinku upraveny tak, jako by napadené rozhodnutí vůbec nebylo vydáno.“³² Obdobné závěry formuluje i T. Kocourek, kte-

³¹ Viz např. § 42a nebo § 68 zákona o pobytu cizinců.

³² POTĚŠIL, L., ŠIMÍČEK, V. a kol. *Soudní řád správní: Komentář* [Systém ASPI]. Praha: Nakladatelství Leges, 2014.

rý uvádí, že „[v] důsledku přiznání odkladného účinku žalobě mají být osoby dotčené napadeným rozhodnutím postaveny do stejné právní situace, jako by rozhodnutí žádné právní účinky nemělo“.³³ Z těchto závěrů můžeme dovodit, že v případě přiznání odkladného účinku jsou právní poměry po přiznání odkladného účinku upraveny tak, jako by napadené rozhodnutí vůbec nebylo vydáno.

V judikatuře nicméně dochází k jistým rozporům. Nejvyšší správní soud na jednom místě uvádí, že „[p]odstatou odkladného účinku je právě navození stavu, jako by řízení pravomocně ukončeno nebylo“³⁴. V jiné věci nicméně dovozuje, že „[n]ásledkem přiznání odkladného účinku však není prodloužení pobytového statusu stěžovatelky, neboť rozhodnutí [...] zůstává i nadále v právní moci a je třeba na něj hledět do doby pravomocného rozhodnutí soudu jako na zákonné a věcně správné. Není tedy možné, aby stěžovatelka byla stále ve fázi před vydáním (odvolacího) rozhodnutí [...] a disponovala tak pobytovým oprávněním nutným k podání žádosti o povolení k trvalému pobytu na území České republiky podle § 68 zákona o pobytu cizinců“³⁵. V tomto případě se jednalo o situaci, kdy se cizinka bránila proti rozhodnutí o neprodloužení povolení k dlouhodobému pobytu. Její žalobě byl přiznán odkladný účinek, cizinka proto byla přesvědčena, že přiznáním odkladného účinku se vrátila do fikce trvání povolení k dlouhodobému pobytu a byla oprávněna požádat o trvalý pobyt. Soudy však její přesvědčení nesdílely. Na první pohled se může zdát, že zdrojem problémů je odlišné nakládání s odkladným účinkem a jeho působením na právní moc rozhodnutí. Nabízí se však i další řešení, a to, že Nejvyšší správní soud se snaží jedním řešením překlenout dva rozdílné problémy.

4.2 Diferenciace účinků, nebo diferenciace problémů?

Výše popsaná situace se ve skutečnosti rozpadá do dvou rozdílných právních otázek: první je otázka účinků odkladu právní moci a toho, do jakého okamžiku nás ve skutečnosti odkladný účinek vrací; druhou je pak otázka možnosti požádat o pobytové oprávnění z fikce trvání pobytového oprávnění. Pokud tyto problémy odlišíme, jsou závěry Nejvyššího správního soudu z druhého citovaného rozsudku problematické. S přihlédnutím k tomu, jak je obecně formulováno působení odkladného účinku na právní moc, se cizinka po přiznání

³³ KÚHN, Z., KOCOUREK, T. a kol. *Soudní řád správní. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 580.

³⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Azs 113/2017-20 ze dne 14. září 2017, odst. 17.

³⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Azs 46/2017-28 ze dne 3. května 2017, odst. 22.

odkladného účinku fakticky nacházela ve fázi před vydáním odvolacího rozhodnutí, tedy zpátky v režimu fikce. To potvrzuje i komentářová literatura, ze které plyne, že „[s]vévýbitný účinek vyvolává též přiznání odkladného účinku žalobě proti rozhodnutí o zamítnutí žádosti o povolení k pobytu dle zákona o pobytu cizinců nebo rozhodnutí o zastavení takového řízení. Zákon o pobytu cizinců totiž konstruuje fikci, že žadatel je oprávněn na území České republiky pobývat na základě předchozího povolení k pobytu, které se považuje za platné, dokud nenabude právní moci rozhodnutí o jeho nové žádosti [...]. Důsledkem přiznání odkladného účinku žalobě je, že se na rozhodnutí žalovaného nehledí jako na pravomocné, tudíž fikce [...] se obnovuje, neboť o žádosti dosud nebylo pravomocně rozhodnuto“³⁶. To, zda byla z této fikce oprávněna požádat o jiné pobytové oprávnění, je nicméně jinou otázkou, která nevyhnutelně nesouvisí s problematikou právní moci.

Výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu byl bezpochyby snahou eliminovat nežádoucí jev řetězení fikcí³⁷. Nejvyšší správní soud již ale dovodil³⁸ a nedávno opět potvrdil³⁹, že fikci pobytu nelze stavět na roveň povolení k dlouhodobému pobytu (ať již pro účely podání žádosti o povolení k trvalému pobytu na území České republiky, podání další žádosti o povolení k dlouhodobému pobytu, pro účely podání víza za účelem strpění, či při posuzování oprávněnosti pobytu v řízení o správním vyhoštění). Tento závěr může být samozřejmě předmětem dalších diskuzí, protože se jedná o zužující výklad povolení k pobytu s řadou negativních dopadů. Fikce pobytu se stává tímto výkladem pouze dílčí fikcí, což je závěr, který není ze zákona zcela zřejmý. Tato otázka nicméně přesahuje zaměření příspěvku.

Na základě výše uvedeného můžeme shrnout, že u fikce trvání pobytu nemusí být stěžejním problémem působení odkladného účinku, které je v zásadě shodné jako u jiných institutů a vytváří fikci stavu před vydáním rozhodnutí. Klíčovým problémem je to, jaké účinky spojíme s fikcí pobytu a zda jí přiznáme rovnocenné postavení jako „standardnímu“ pobytovému oprávnění.

³⁶ KÜHN, Z., KOCOUREK, T. a kol. *Soudní řád správní. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 581.

³⁷ Podrobněji k fikcím viz např. i MORAVEC, K. Fikce platnosti dlouhodobého víza nebo povolení k dlouhodobému pobytu po uplynutí doby platnosti tohoto pobytového oprávnění. In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Pobyt cizinců: vybrané právní problémy. Sborník z vědeckého semináře uskutečněného dne 28. března 2013 v Kanceláři veřejného ochránce práv*. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2014, s. 168 a násl.

³⁸ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 Azs 96/2015-44 ze dne 19. dubna 2016.

³⁹ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 Azs 36/2019-19 ze dne 24. dubna 2019.

5. ZÁVĚRY

Můžeme tedy shrnout, že otázka právní moci a odkladného účinku se na první pohled jeví jako doktrinálně vyřešená a možná až příliš teoretická. V řadě případů však v praxi narážíme na problémy spojené s tím, že není vždy jednoduché stanovit, jaké konkrétní účinky má právní moc a k čemu fakticky dojde, pokud v rámci řízení o opravném prostředku tyto účinky pozastavíme. Příspěvek nastínil jenom vybrané problémy související s právní mocí rozhodnutí v kontextu cizineckého zákona. Každý z výše popisovaných problémů má zcela odlišnou povahu. Všechny ale vznikají v momentě, kdy se právní úprava nebo její výklad odchyluje od obecné povahy daného institutu a jeho účinků. To, jakým způsobem konkrétně právní moc působí, se samozřejmě liší, stejně jako se v závislosti na konkrétních účincích rozhodnutí bude lišit způsob jejich pozastavení (v rámci přiznání odkladného účinku). Základní rysy působení právní moci by však měly být nepochybně stejné napříč různými právními instituty.

Vykořisťování migrujících pracovníků v zemích Evropské unie

Barbora Mazalová*

1. ÚVOD

Agentura Evropské unie pro základní práva (FRA) vydala v roce 2019 zprávu *Protecting migrant workers from exploitation in the EU: workers' perspectives*¹, mapující závažné pracovní vykořisťování pracujících migrantů v zemích Evropské unie. Tato zpráva byla vydána na základě rozhovorů s 237 migrujícími pracovníky. Šlo jak o občany jiných členských států EU, tak i o státní příslušníky třetích zemí, kteří v rámci výkonu práce čelili vysokému riziku závažného pracovního vykořisťování. Zpráva navazuje na předcházející zprávu FRA *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union*² z roku 2015.

Dne 25. června 2019 se v Bruselu konala konference *From wrongs to rights – ending severe labour exploitation*, při které autoři zprávy z roku 2019 představili svá východiska a závěry. Proběhlo několik panelových diskuzí, v rámci nichž zástupci jednotlivých členských států diskutovali o problematice pracovního vykořisťování migrujících pracovníků a o možnostech řešení.

Následující příspěvek shrnuje klíčová zjištění FRA obsažená ve zprávě *Protecting migrant workers from exploitation in the EU: workers' perspectives* a rovněž poznatky, které zazněly na konferenci k této publikaci. Dále je v něm vymezen základní právní rámec vztahující se k problematice pracovního vykořisťování. V závěru příspěvku jsou nastíněna doporučení FRA určená členskými státy za účelem zlepšení situace pracovního vykořisťování na jejich území.

* Kancelář veřejného ochránce práv, Brno.

¹ FRA (European Union Agency for Fundamental Rights). *Protecting migrant workers from exploitation in the EU: workers' perspectives* [online]. Luxembourg, 2019. [cit. 30. 9. 2019]. Dostupné z: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-severe-labour-exploitation-workers-perspectives_en.pdf

² FRA (European Union Agency for Fundamental Rights). *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union* [online]. Luxembourg, 2015. [cit. 30. 9. 2019]. Dostupné z: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-severe-labour-exploitation_en.pdf

2. VYKOŘIŠTĚVÁNÍ MIGRUJÍCÍCH PRACOVNÍKŮ V EU

2.1 Východiska FRA

FRA se ve své zprávě z roku 2019 podrobně zaměřila na zkušenosti migrantů zaměstnaných v členských státech Evropské unie. Rozhovory byly vedeny konkrétně v osmi státech: v Belgii, Francii, Německu, Itálii, Nizozemsku, Polsku, Portugalsku a ve Velké Británii. Dotazováno bylo celkem 237 dospělých pracujících migrantů, kteří vypověděli, že byli v letech 2013 až 2017 v rámci své práce vystaveni těžkému vykořisťování nebo kteří v tomto období pracovali v odvětvích s vysokým rizikem vykořisťování.³

Z hlediska země původu těchto pracovníků šlo jak o občany členských států EU, kteří se za účelem výkonu práce přesunuli do jiného členského státu (celkem 62 osob, nejčastěji z Polska, Bulharska a Rumunska), tak i o státní příslušníky třetích zemí (celkem 175 osob, nejčastěji z Maroka, Filipín, Ukrajiny a Bangladéše). Tito pracovníci působili zejména v následujících odvětvích: zemědělství (14 %), práce v domácnosti (21 %), stavebnictví (15 %), pohostinství (16 %), úklidové služby (7 %), maloobchod a další služby (7 %), výroba včetně zpracování jídla a textilu (5 %), doprava, logistika a skladování (3 %). Celkem 25 % z dotazovaných bylo uznáno obětmi obchodování s lidmi.⁴

Úmyslem autorů zprávy bylo doplnit prostřednictvím rozhovorů se samotnými vykořisťovanými pracovníky předcházející zprávu FRA z roku 2015. Ta se rovněž zaměřovala na problematiku pracovního vykořisťování, avšak výzkum byl prováděn prostřednictvím 616 rozhovorů vedených ve 21 členských státech EU s experty na tuto oblast, například s pracovníky inspektorátů práce, se zaměstnanci neziskových organizací poskytujících pomoc vykořisťovaným pracovníkům, s policisty, právníky atd.⁵

Pojmem „závažné pracovní vykořisťování“ byly ve zprávě z roku 2015 označovány všechny formy pracovního vykořisťování, které byly podle legislativy členského státu, v němž byly zaznamenány, trestné.⁶ Vzhledem k tomu, že je trestněprávní úprava napříč členskými státy rozdílná, pro účely zprávy z roku 2019 její autoři vymezili pojem „závažné pracovní vykořisťování“, resp. „obzvláště vykořisťující pracovní podmínky“, stejně jako je vymezuje čl. 2 písm. i) směrnice o sankcích pro zaměstnavatele⁷, tedy jako „pracovní podmínky, včet-

³ FRA. *Protecting migrant workers from exploitation in the EU: workers' perspectives*, op. cit., s. 24.

⁴ Tamtéž, s. 24.

⁵ FRA. *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union*, op. cit., s. 13.

⁶ Tamtéž, s. 3.

⁷ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/52/ES ze dne 18. června 2009 o minimálních normách pro sankce a opatření vůči zaměstnavatelům neoprávněně pobývajících státních příslušníků třetích zemí.

ně podmínek vyplývajících z diskriminace na základě pohlaví nebo jiné diskriminace, které jsou ve výrazném nepoměru k podmínkám oprávněně zaměstnaných pracovníků a které například ohrožují zdraví a bezpečnost pracovníků a které jsou v rozporu s lidskou důstojností⁸.

2.2 Právní rámec

Neexistuje žádná nadnárodní právní úprava regulující výhradně problematiku pracovního vykořisťování. Řady jejích aspektů se však dotýkají některé dokumenty Evropské unie, Rady Evropy či jiné mezinárodní nástroje.⁹

Na základě čl. 151 Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU): „Unie a členské státy [...] mají za cíl podporu zaměstnanosti, zlepšování životních a pracovních podmínek tak, aby bylo možno tyto podmínky vyrovnat a přitom udržet jejich zvýšenou úroveň.“ V souladu s čl. 153 SFEU potom EU podporuje a doplňuje činnost členských států mimo jiné v těchto oblastech: „a) zlepšování především pracovního prostředí tak, aby bylo chráněno zdraví a bezpečnost pracovníků, b) pracovní podmínky, c) sociální zabezpečení a sociální ochrana pracovníků, d) ochrana pracovníků při skončení pracovního poměru, e) informování pracovníků a konzultace s nimi, f) zastupování a kolektivní obrana zájmů pracovníků a zaměstnavatelů včetně spolurozhodování, s výhradou odstavce 5, g) podmínky zaměstnávání státních příslušníků třetích zemí oprávněně pobývajících na území Unie.“

V souladu s čl. 79 SFEU přijímá EU opatření mimo jiné k posílení boje proti obchodování s lidmi. Obchodování s lidmi zároveň SFEU v čl. 83 zařazuje mezi oblasti trestné činnosti, v rámci nichž může EU stanovovat minimální pravidla pro všechny členské státy.

Listina základních práv EU poté v čl. 5 zakazuje otroctví. Zároveň v čl. 31 zakotvuje právo každého pracovníka „na pracovní podmínky respektující jeho zdraví, bezpečnost a důstojnost“ a také na „stanovení maximální přípustné pracovní doby, na denní a týdenní odpočinek a na každoroční placenou dovolenou“. Tyto dva články ve spojení s čl. 1 Listiny základních práv EU, který garantuje nedotknutelnost lidské důstojnosti, označila FRA za východiska svého výzkumu.¹⁰

Pracovních podmínek migrujících pracovníků a zákazu jejich vykořisťování se dotýkají také některé instrumenty sekundárního práva EU. Jde zejména

⁸ FRA. *Protecting migrant workers from exploitation in the EU: workers' perspectives*, op. cit., s. 11.

⁹ FRA. *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union*, op. cit., s. 27.

¹⁰ Tamtéž, s. 27.

o směrnici o pracovní době¹¹, která stanoví minimální doby denního odpočinku, odpočinku v týdnu a dovolenou za kalendářní rok, přestávky a maximální týdenní pracovní dobu, některé aspekty noční práce, práce na směny a rozvržení práce a pracovní doby. Dále jde o směrnici o agenturním zaměstnávání¹², která má za cíl zabezpečit ochranu zaměstnanců agentur práce a zlepšit kvalitu agenturního zaměstnávání tím, že se zajistí uplatňování zásady rovného zacházení. Pracovních podmínek se týká také směrnice o vysílání pracovníků¹³, která se vztahuje na situace, kdy pracovníci po určitou časově omezenou dobu vykonávají práci na území jiného členského státu, než kde pracují obvykle. Tato směrnice rovněž zdůrazňuje princip rovného zacházení – vyslaným pracovníkům garantuje na území členského státu, kde vykonávají práci, stejné podmínky jako mají lokální pracovníci. Částečnou úpravu některých aspektů závažného pracovního vykořisťování obsahuje řada dalších směrnic.¹⁴

V březnu 2018 navrhla Evropská komise vytvoření Evropského orgánu pro pracovní záležitosti (ELA). V červnu 2019 bylo vydáno nařízení, jímž byl tento orgán zřízen.¹⁵ ELA by měl členskými státy a Komisi pomáhat při účinném uplatňování a vymáhání právních předpisů EU v oblasti mobility pracovních sil. Cílem ELA je usnadňovat přístup k informacím o právech a povinnostech v oblasti mobility pracovních sil v EU, posilovat spolupráci mezi členskými státy při vymáhání příslušných právních předpisů, plnit úlohu mediátora v případě přeshraničních sporů mezi členskými státy a podporovat spolupráci mezi členskými státy při řešení problematiky nelegální migrace.¹⁶ Mimo jiné by měl koordinovat a podporovat pracovní inspekce.¹⁷

2.3 Cesty k pracovnímu vykořisťování

Agentura FRA z rozhovorů zjistila, že jednotliví pracovníci našli práci, ve které byli následně vykořisťováni, několika způsoby. Nejčastější způsob získání

¹¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/88/ES ze dne 4. listopadu 2003 o některých aspektech úpravy pracovní doby.

¹² Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/104/ES ze dne 19. listopadu 2008 o agenturním zaměstnávání.

¹³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2018/957 ze dne 28. června 2018, kterou se mění směrnice 96/71/ES o vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb.

¹⁴ Srov. nákr. č. 2, FRA. *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union*, op. cit., s. 29.

¹⁵ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2019/1149 ze dne 20. června 2019, kterým se zřizuje Evropský orgán pro pracovní záležitosti, mění nařízení (ES) č. 883/2004, (EU) č. 492/2011 a (EU) 2016/589 a zrušuje rozhodnutí (EU) 2016/344.

¹⁶ Viz čl. 2 nařízení č. 2019/1149.

¹⁷ Viz čl. 8 nařízení č. 2019/1149.

práce (uvedlo jej 52 % respondentů) vedl skrze osobní kontakty dotazovaných, tedy přes přátele, příbuzné, bývalé zaměstnavatele nebo jiné pracovníky.¹⁸

Agentury jako zprostředkovatele práce, v níž byli následně závažným způsobem vykořisťováni, využilo 17 % dotazovaných.¹⁹ Ve většině případů působily tyto agentury ve třetích zemích (zejm. na Filipínách, Sri Lance a v Indonésii), v několika případech se agentura nacházela ve státě EU, v němž byl dotazovaný následně vykořisťován. Pracovníci často jako negativní faktor zdůrazňovali vysoký stupeň závislosti na agentuře. Ta jim totiž obvykle zprostředkovávala nejen práci, ale i víza či jiná oprávnění k pobytu, dopravu, ubytování, informace o práci a další služby, zpravidla výměnou za velmi vysoké poplatky.²⁰ FRA zjistila, že se riziko pracovního vykořisťování zvyšuje přímo úměrně této závislosti pracovníka na agentuře.²¹

Celkem 16 % dotazovaných uvedlo, že si práci našli sami, např. prostřednictvím distribuce životopisů či vyhledáváním na internetu.²²

Dalším častěji uváděným (4 % dotazovaných) způsobem získání práce byla tzv. „místa vyzvednutí“. Jde o všeobecně známá místa např. na okraji silnice, na kterých si zaměstnavatelé každý den vybírají pracovníky a odváží je na místo výkonu práce. Pracovníci v tomto případě nevědí, kam jsou odváženi a jak (či zda vůbec) budou za odvedenou práci zaplacení. Všichni respondenti, kteří měli zkušenost s tímto způsobem získání práce, byli muži pracující v oblasti stavebnictví a zemědělství.²³

2.4 Pracovní a životní podmínky vykořisťovaných pracovníků

2.4.1 Problémy s výplatou mzdy

Většina dotazovaných pracovníků se ve své práci setkala s problémy souvisejícími se mzdou.²⁴ Nejčastěji se jednalo o nedoplatky ze strany zaměstnavatele²⁵

¹⁸ FRA. *Protecting migrant workers from exploitation in the EU: workers' perspectives*, op. cit., s. 32.

¹⁹ Tamtéž, s. 32.

²⁰ Tamtéž, s. 35.

²¹ Tamtéž, s. 31.

²² Tamtéž, s. 38.

²³ Tamtéž, s. 37.

²⁴ Tento problém uvedlo celkem 157 respondentů. Tamtéž, s. 43.

²⁵ Např. v Polsku pracovníci v zemědělství uváděli, že dostávali 250 PLN (tedy cca 1 500 Kč) za měsíc sběru rajčat, pracovníci v restauracích dostávali za 6 týdnů práce, při kterých pracovali 11–17 hodin denně bez jediného dne volna, 400 PLN (tedy cca 2 400 Kč). Účastníci výzkumu pracující v Belgii běžně uváděli mzdu 5 EUR (tedy cca 130 Kč) za den. Tamtéž, s. 43.

(včetně předem nedohodnutého snižování mzdy, zadržování části mzdy či její výplaty pod hranici minimální mzdy). Stávalo se také, že zaměstnavatel migrantům za odvedenou práci nezaplatil vůbec, případně s velkým zpožděním. Pracovníci také často nebyli placeni v případě nemoci a zaměstnavatelé jim ani neumožňovali čerpat dovolenou za kalendářní rok či odpracované dny, na kterou měli ze zákona nárok.²⁶ Mnohdy jim byly také ze mzdy strhávány náklady na jídlo, ubytování či další náklady spojené s prací, aniž by věděli, jak vysoká částka je jim vlastně strhávána.²⁷

2.4.2 Pracovní doba a doba odpočinku

Dalším velice častým porušením pracovního práva, na které dotazovaní při rozhovorech poukazovali, byla nadměrná a nepravidelná pracovní doba.²⁸ Extrémně dlouhá pracovní doba (od časných ranních hodin do pozdního večera) byla častá ve všech zkoumaných sektorech, nejvýznamněji se však projevovala u pracovníků, kteří pracovali i žili v konkrétní domácnosti – jejich pracovní doba v podstatě nekončila.²⁹ S tímto problémem souvisí také další aspekt vykořisťování, na který dotazovaní pracovníci poukazovali – nedostatek nebo úplná absence volných dnů. Například více než třetina dotazovaných ve Francii a více než polovina v Polsku pracovala nepřetržitě sedm dní v týdnu.³⁰ Mnoho pracovníků si zároveň v průběhu pracovní doby nemohlo brát přestávky, a to ani k využití toalety.³¹ Vzít si den volna nebylo ve většině případů umožněno ani nemocným pracovníkům – v takovém případě buď nebyli za svou absenci zaplacení, nebo jim bylo vyhrožováno propuštěním z práce. Často však z důvodu obavy ze ztráty práce zaměstnanci požadavek na volno ani nevznесли a navzdory nemoci pracovali.³²

2.4.3 Náplň práce

Dotazovaní pracovníci ve všech zahrnutých státech také uváděli, že jim zaměstnavatelé zadávali úkoly, na kterých se předem nedohodli. Tak tomu bylo často u pracovníků v domácnostech, kteří měli např. pomáhat s úklidem, ale

²⁶ Tamtéž, s. 42.

²⁷ Tamtéž, s. 44.

²⁸ S tímto problémem se přímo setkalo 80 % dotazovaných. Tamtéž, s. 45.

²⁹ Tamtéž, s. 45.

³⁰ Tamtéž, s. 46.

³¹ Tento problém byl identifikován zejména v Belgii, Německu, Nizozemsku a Polsku. Tamtéž, s. 46.

³² Tamtéž, s. 46.

kromě toho jim následně byla svěřena celá řada dalších úkolů jako péče o děti, nákupy atp. V jiných případech šlo o vyžadování nelegálních činností jako např. vyvážení odpadního materiálu v průběhu noci nebo pěstování či výroba a distribuce drog.³³

2.4.4 Bezpečnost a ochrana zdraví při práci

Dalším často zmiňovaným projevem pracovního vykořisťování bylo porušování zdravotních a bezpečnostních předpisů ze strany zaměstnavatelů. Tento problém uváděli respondenti ve všech zahrnutých zemích. Nedodržování bezpečnostních standardů často vedlo ke vzniku vážných úrazů, v jednom případě dokonce ke smrti pracovníka.³⁴ Pracovníci na stavbách v Belgii, Německu, Itálii, Polsku a Portugalsku zmiňovali nedostatek ochranných prostředků (včetně helem či vhodné obuvi) a absenci informací a instrukcí o bezpečnosti a ochraně zdraví na pracovišti.³⁵ Pracovníci v zemědělství v Polsku a Nizozemsku uváděli, že byli vystaveni toxickým chemikáliím a pesticidům.³⁶

2.4.5 Bydlení a životní podmínky

Většina pracovníků zmínila v souvislosti se svým vykořisťováním také problémy s bydlením. Ty vznikaly především v případech, kdy bylo bydlení zajištěno přímo na pracovišti či v domě zaměstnavatele. Takto ubytovaná byla více než polovina respondentů.³⁷ Zemědělní pracovníci ve Francii, Nizozemsku a Portugalsku žili na místech bez elektřiny, s omezeným či vůbec žádným přístupem k tekoucí vodě a sociálním zařízením. Často se jednalo o ubytování v přeplněných místnostech či v kontejnerech s nevyhovující pokojovou teplotou.³⁸

V souvislosti s nevhodným ubytováním zmiňovala část pracovníků také nedostatek soukromí. Tento problém zároveň uváděli všichni respondenti pracující v domácnostech, jejichž zaměstnavatelé často předpokládali, že jim budou nepřetržitě k dispozici.³⁹

³³ Tamtéž, s. 49.

³⁴ Tamtéž, s. 47.

³⁵ Tamtéž, s. 47.

³⁶ Tamtéž, s. 47.

³⁷ Tamtéž, s. 52.

³⁸ Tamtéž, s. 52.

³⁹ Tamtéž, s. 53.

2.5 Strategie zaměstnavatelů k udržení pracovníků ve stavu vykořisťování

Dalším aspektem, na který se FRA ve svém výzkumu zaměřila, jsou strategie a postupy zaměstnavatelů, a v některých případech i pracovních agentur, vedoucí k uvěznění pracovníků v situaci pracovního vykořisťování a zabránění jim ve vyhledání pomoci. V tomto ohledu se setkala s různými formami násilí, se zadržováním cestovních pasů či jiných důležitých dokumentů, s izolací pracovníků a omezováním jejich společenských kontaktů, s uplatňováním finanční kontroly nad zaměstnanci a se strategiemi vztahujícími se k inspekci.⁴⁰

2.5.1 Násilí a hrozby

Celkem 59 % dotazovaných se osobně setkalo s nějakou formou násilí či vyhrožování násilím ze strany zaměstnavatele.⁴¹ Z výzkumu vyplynulo, že se použití těchto metod do určité míry odvíjí od národnosti pracovníků: státní příslušníci třetích zemí s nimi měli zkušenost častěji než státní příslušníci některé ze zemí EU.⁴² Fyzické násilí bylo často používáno k potrestání pracovníků, kteří neporozuměli pokynům, udělali chybu nebo neodvedli z hlediska zaměstnavatele dobrou práci. Násilí bylo použito také proto, aby zaměstnavatelé pracovníkovi zabránili v hlášení na policii.⁴³ Zmiňované formy násilí zahrnovaly bití, výprasky, kopání, pálení, bodání či sexuální násilí.⁴⁴ Více než polovina pracovníků, kteří uváděli, že se setkali s násilím, čelila tomuto násilí ve chvíli, kdy zaměstnavatele nějakým způsobem konfrontovala.⁴⁵

Co se týče výhrůžek, dotazovaným pracovníkům zaměstnavatelé nejčastěji hrozili jejich propuštěním, nahlášením na policii či migračním úřadům a odesláním do země původu. Objevily se také výhrůžky fyzickým násilím.⁴⁶ Nejčastěji se s výhrůžkami setkali pracovníci, kteří svého zaměstnavatele nahlásili příslušným úřadům.⁴⁷

Specifické postavení v tomto ohledu zaujímají pracovníci v domácnostech. Ti čelili násilí a hrozbám nejčastěji – mnoho z nich zažilo různé formy porušování lidské důstojnosti. Téměř všichni dotazovaní pracovníci v domácnostech

⁴⁰ Tamtéž, s. 56.

⁴¹ Tamtéž, s. 56.

⁴² Tamtéž, s. 53.

⁴³ Tamtéž, s. 57.

⁴⁴ Tamtéž, s. 57.

⁴⁵ Tamtéž, s. 58.

⁴⁶ Tamtéž, s. 58.

⁴⁷ Tamtéž, s. 59.

zažili ze strany zaměstnavatele nebo jeho rodinných příslušníků především různé formy šikany a emoční či fyzické zneužívání.⁴⁸

2.5.2 Izolace pracovníků

Třetina dotazovaných pracovníků se během svého vykořisťování cítila izolovaná. Pocit izolace nejčastěji uváděli pracovníci v domácnostech, v zemědělství a na stavbách. Tento pocit pramenil nejčastěji z podmínek nastavených zaměstnavateli, kteří se snažili sociální kontakty pracovníků co nejvíce omezit zejména neustálým kontrolováním a monitorováním jejich pohybu. V některých případech zaměstnavatelé omezovali možnost používat mobilní telefony, mluvit během pracovní doby nebo záměrně vytvářeli prostředí nedůvěry mezi pracovníky navzájem. Již dříve zmíněná nadměrná pracovní doba vedla rovněž ve většině případů k sociální izolaci, protože pracovníkům již nezbyval čas a energie na mimopracovní aktivity.⁴⁹

2.5.3 Zabavení pasu a další strategie týkající se dokumentů

Ve Francii, Nizozemsku, Portugalsku a Velké Británii zaměstnavatelé v některých případech pracovníkům zabavili pasy a další doklady totožnosti, aby jim zabránili k návratu do země původu či obecně v úniku ze situace pracovního vykořisťování.⁵⁰ Kromě toho zabavení pasu a dalších dokumentů zvyšovalo riziko, že se pracovníci dostanou do nelegálního postavení – bez dokladů nemohli totiž přijít na úřady a své povolení k pobytu prodloužit. Tím poté vzrůstala jejich zranitelnost z hlediska možného vykořisťování.⁵¹

2.5.4 Falešné sliby a finanční kontrola

V některých případech zaměstnavatelé dotazovaným pracovníkům slibovali, že jim pomohou s legalizací jejich pobytu. Pracovníci proto s důvěrou setrvali ve vykořisťujících podmínkách, zaměstnavatelé však ve skutečnosti žádné kroky k legalizaci pobytu nečinili. V některých případech zaměstnavatelé pracovníkům tvrdili, že jejich pobyt byl legalizován, ačkoliv tomu tak nebylo.⁵² Pracovníci zůstávali v práci, ve které byli vykořisťováni, rovněž proto, že jim

⁴⁸ Tamtéž, s. 59.

⁴⁹ Tamtéž, s. 61.

⁵⁰ Tamtéž, s. 61.

⁵¹ Tamtéž, s. 61.

⁵² Tamtéž, s. 62.

zaměstnavatel dlužil mzdu za již odvedenou práci. Obávali se, že pokud z práce odejdou, tyto peníze již nezískají.⁵³

2.5.5 Strategie související s inspekcemi

Nejčastější strategie zaměstnavatelů související s inspekcemi na pracovišti vyplývaly z toho, že jim tyto inspekce byly ohlášeny předem. To jim umožnilo přijmout taková opatření, aby vykořisťování nebylo odhaleno. S tímto chováním zaměstnavatelů se setkali pracovníci ve všech zemích, ve kterých byl výzkum prováděn.⁵⁴ Zaměstnavatelé nejčastěji uložili některým pracovníkům, zejména těm pobývajícím v zemi nelegálně, aby v den inspekce nechodili do práce, případně aby se před inspekcí skryli.⁵⁵ Další strategie spočívala v tom, že zaměstnavatelé po pracovnících požadovali, aby při rozhovoru s pracovníky vykonávajícími inspekci o pracovních podmínkách lhalo a předstírali, že jsou o mnoho lepší než ve skutečnosti. Během výzkumu pracovníci konkrétně uváděli, že byli nuceni se při inspekcích usmívat a říkat, že jsou spokojeni, museli se také napaměť učit, co mají během inspekce říkat, případně museli lhát o své identitě.⁵⁶

2.6 Vnímání rizikových faktorů pracovního vykořisťování samotnými pracovníky

FRA se v rámci výzkumu jednotlivých pracovníků dotazovala také na to, jaké faktory zvyšují z jejich hlediska riziko závažného pracovního vykořisťování. Respondenti považovali za klíčový faktor vedoucí k pracovnímu vykořisťování právní status v zemi výkonu práce, a to zejména pokud byl vázaný na konkrétního zaměstnavatele nebo zcela nelegální.⁵⁷ Takto dané zranitelné postavení totiž z jejich hlediska posilovalo postavení zaměstnavatele vůči nim. Byli tak ochotni snést horší pracovní podmínky, protože měli obavy, že budou navráćeni do země původu.⁵⁸ Z výzkumu rovněž vyplynulo, že jsou pracovníci ochotni akceptovat vykořisťující pracovní podmínky, pokud doufají, že jim zaměstnavatel v budoucnu legalizuje právní status.⁵⁹

⁵³ Tamtéž, s. 62.

⁵⁴ Tamtéž, s. 62.

⁵⁵ Pracovníci v Belgii, Francii, Itálii, Polsku a Portugalsku uváděli, že byli nuceni se skrývat na ulicích, toaletách, ve skladech atp. Tamtéž, s. 62.

⁵⁶ Tamtéž, s. 63.

⁵⁷ Tento faktor označilo jako klíčový z hlediska pracovního vykořisťování 48 dotazovaných pracovníků. Tamtéž, s. 67.

⁵⁸ Tamtéž, s. 67.

⁵⁹ Tamtéž, s. 68.

Jako další faktory označili pracovníci ekonomickou závislost (vyplývající z ekonomických potřeb v zemi původu nebo v zemi výkonu práce), nedostačnou znalost vlastních práv⁶⁰ či právních povinností⁶¹, neznalost místního jazyka⁶² a nedostatek inspekci, dohledu či sankcí ze strany úřadů.⁶³

2.7 Přístup vykořisťovaných pracovníků ke spravedlnosti

Poslední okruh otázek, na který se FRA ve svém výzkumu zaměřila, se týkal přístupu dotazovaných pracovníků k právní pomoci a celkově k vymanění se ze situace vykořisťování. Nejčastější motivací, díky které vykořisťovaní pracovníci vyhledali pomoc, byla jejich touha získat peníze, které jim zaměstnavatel dlužil, a rozhodnutí, že už se nadále nebudou smiřovat s vykořisťujícími podmínkami.⁶⁴ Další uváděnou motivací byla touha po spravedlnosti a snaha ochránit ostatní pracovníky před stejnou zkušeností vykořisťování. Podstatným faktorem byla také důvěra pracovníků v to, že jim orgány, na které se obrátí, skutečně pomohou.⁶⁵

Naopak nejčastěji uváděnou překážkou bránící vykořisťovaným pracovníkům ve vyhledání pomoci bylo to, že nevěděli, na koho se mají obrátit.⁶⁶ Respondenti, kteří byli v době vykořisťování v postavení nelegálních migrantů, se také často obávali, že pokud začnou svoji situaci řešit, budou nahlášeni migračním úřadům a navráceni do země původu.⁶⁷ Pro některé z dotazovaných byly klíčovými bariérami neznalost jazyka, sociální izolace či nedostatek času a energie.⁶⁸ Někteří z respondentů nepovažovali za nutné vyhledat pomoc, protože si neuvědomovali, že jsou vykořisťováni. Další poté měli za to, že na začátku podepsali pracovní smlouvu a s vykořisťujícími podmínkami souhlasili, takže nejsou oprávněni si na ně stěžovat.⁶⁹

⁶⁰ Mnoho respondentů se domnívalo, že v postavení nelegálního migranta mají z hlediska pracovního vykořisťování méně práv než legálně pobývající cizinci. Tamtéž, s. 71.

⁶¹ Pracovníci, kteří do země výkonu práce přicestovali díky zákonným schématům či kvótám, velmi často pozbyli svůj právní status, protože nevěděli, že se musí dostavit na policii či migrační úřad a požádat o prodloužení svého pobytového oprávnění. Tamtéž, s. 72.

⁶² Téměř všichni respondenti uvedli, že v době, kdy čelili vykořisťování, neovládali jazyk země, v níž vykonávali práci. Tamtéž, s. 70.

⁶³ Otázka inspekci respondenty rozdělovala. Část z nich považovala nedostatek efektivních inspekci za jeden z klíčových faktorů vykořisťování, část však vnímala inspekce velmi negativně a obávala se negativních důsledků pro ně samotné, např. vyhoštění. Tamtéž, s. 74.

⁶⁴ Tamtéž, s. 77.

⁶⁵ Tamtéž, s. 78.

⁶⁶ Přibližně 15 % dotazovaných pracovníků takto odůvodnilo své setrvání ve vykořisťující práci a nevyhledání pomoci. Tamtéž, s. 78.

⁶⁷ Tamtéž, s. 78.

⁶⁸ Tamtéž, s. 79.

⁶⁹ Tamtéž, s. 79.

Dotazovaným pracovníkům nejčastěji pomohly právní rady, které získali od organizací na podporu obětí, dalších neziskových organizací, právníků, odborů, konzulátů a inspektorátů.⁷⁰ Organizace na podporu obětí je také doprovázely k soudům. Různé neziskové organizace a odbory poté hrály důležitou roli při vyjednávání se zaměstnavateli a podpoře pracovníků směřující k ukončení vykořisťujícího pracovního vztahu.⁷¹

Někteří pracovníci se v rámci své snahy vyhledat pomoc setkali také s negativními reakcemi. V některých případech např. vyhledali organizaci, které svou situaci popsali, ale pracovníci jim sdělili, že jim nemohou pomoci.⁷² Negativní zkušenost měli někteří pracovníci i v případě nahlášení situace úřadům, které se o případ vůbec nezajímaly, chovaly se ponižujícím způsobem a poskytly pracovníkům špatné informace o jejich právech.⁷³

2.7.1 Role policie

Více než polovina dotazovaných (56 %) nenahlásila svůj případ policii. Jednou z nejdůležitějších překážek byla jejich obava, že se policie soustředí spíše na imigrační status cizince než na fakt, že jde o oběť závažného pracovního vykořisťování. Tuto obavu měli nejčastěji migranti v nelegálním postavení.⁷⁴ Na druhou stranu ti, kteří se na policii obrátili, tento krok označovali buď jako neutrální (21 %), nebo pozitivní (19 %) zkušenost, pouze 4 % dotazovaných vyjádřila negativní zkušenost s policií.⁷⁵

2.7.2 Role soudů

Téměř polovina dotazovaných uvedla, že jejich případ skončil u soudu.⁷⁶ Nejčastěji je v tomto kroku podpořily organizace pomáhající obětem, které jim poskytly právní poradenství a doprovodily je k soudům. Naopak ti pracovníci, kteří se na soud neobrátili, tak učinili zejména z důvodu vysokých soudních poplatků, které pro ně představovaly nepřekročitelnou bariéru.⁷⁷ Obtížné pro ně bylo také shromáždit důkazy o pracovním vykořisťování – pracovníkům

⁷⁰ Poskytnuté právní rady považovalo za užitečné 80 % dotazovaných pracovníků. Tamtéž, s. 80.

⁷¹ Tamtéž, s. 80.

⁷² Tamtéž, s. 82.

⁷³ Tamtéž, s. 82.

⁷⁴ Tamtéž, s. 82.

⁷⁵ Tamtéž, s. 84.

⁷⁶ Tamtéž, s. 84.

⁷⁷ Tamtéž, s. 85.

často chyběly pracovní smlouvy či výkazy práce, případně nebyli schopni prokázat, že nebyli placeni, protože neměli žádný bankovní účet, platby za práci probíhaly v hotovosti.⁷⁸

3. ZÁVĚR

Výzkum FRA ukazuje, že problematika pracovního vykořisťování migrantů je problém, který se vyskytuje napříč členskými státy i pracovními odvětvími. Bezesporu nejde o žádoucí jev, negativní důsledky nesou nejen samotní vykořisťovaní pracovníci, ale i jednotlivé členské státy, na jejichž území k vykořisťování dochází. Z toho důvodu FRA v návaznosti na výzkum zformulovala několik základních doporučení pro členské státy.

Především je dle FRA důležité předcházet samotnému vzniku vykořisťujících pracovních vztahů. Je proto nutné intenzivněji bojovat proti podvodným a klamavým náborovým praktikám zaměstnavatelů a agentur. Jednotlivé členské státy by dle FRA měly nastavit minimální standardy pro pracovní a náborové agentury. Současně by měly také zvyšovat informovanost pracovníků, kteří hledají zaměstnání v zahraničí, o podvodných metodách náboru pracovníků.⁷⁹

Zároveň by měly členské státy prosazovat existující právní normy na ochranu práv pracovníků na slušné a spravedlivé pracovní podmínky a dbát na jejich dodržování. Především by měly posílit inspekce na pracovištích a upřednostňovat v tomto ohledu sektory, ve kterých častěji dochází k závažnému pracovnímu vykořisťování (včetně opomíjené práce v domácnosti, která bývá často vyňata z monitorování pracovních podmínek a dodržování pracovního práva). Z tohoto hlediska by mohl hrát zásadní roli nově vzniklý orgán ELA.⁸⁰

Dále by měly členské státy informovat pracovníky o jejich právech a o tom, jak rozpoznat pracovní vykořisťování.⁸¹ Zároveň by měly členské státy za účelem snížení počtu nelegálně pobývajících migrantů rozšířit možnosti získání legálního právního statusu, a to zvláště pro ty, kteří pracují v odvětvích se zvýšeným rizikem pracovního vykořisťování.⁸²

Jednotlivá opatření, která členské státy přijmou, by zároveň neměla vytvářet vysokou závislost pracovníků na konkrétním zaměstnavateli. Povolení k pobytu a víza vztahující se pouze k jedinému zaměstnavateli by měla být

⁷⁸ Tamtéž, s. 86.

⁷⁹ Tamtéž, s. 91.

⁸⁰ Tamtéž, s. 91.

⁸¹ Tamtéž, s. 91.

⁸² Tamtéž, s. 92.

vyřazena a nahrazena povoleními k pobytu a vízy, která umožní snadnou změnu zaměstnavatele.⁸³

Bylo by také vhodné podporovat oběti pracovního vykořisťování, aby svou situaci nahlásili inspekcím či policii. V tomto ohledu by bylo vhodné upřednostnit boj proti pracovnímu vykořisťování před případným nelegálním statutem pracovníka. Zcela klíčové je, aby pracovníci dokázali rozpoznat situaci pracovního vykořisťování a aby věděli, na koho se v takovém případě obrátit.⁸⁴

⁸³ Tamtéž, s. 92.

⁸⁴ Tamtéž, s. 92.

Věra Pazderová*

1. ÚVODNÍ POZNÁMKY – CESTA KE ZRUŠENÍ VNITŘNÍCH HRANIC

Jednotný evropský akt, podepsaný v roce 1986 a pozměňující Smlouvu o založení Evropského společenství, deklaroval ambiciózní plán – do 31. prosince 1992 měl být postupně vytvořen vnitřní trh, který měl zahrnovat prostor bez vnitřních hranic, v němž jsou zaručeny svoboda pohybu zboží, osob, služeb a kapitálu.¹ Maastrichtská smlouva, která zavedla koncept občanství Evropské unie, přiznala právo volného pohybu všem občanům.² Přestože vstoupila v platnost již po uplynutí dříve deklarovaného termínu pro vytvoření prostoru bez vnitřních hranic,³ právo volného pohybu občanů nadále podléhalo omezením a podmínkám stanoveným touto smlouvou a opatřením přijatým k jejich provedení. O tom se přesvědčil nizozemský občan F. A. Wijsenbeek, který v prosinci roku 1993 při návratu ze Štrasburku do Rotterdamu odmítl na letišti předložit cestovní pas s tím, že takový požadavek je v rozporu s právem na volný pohyb občanů EU. Soudní dvůr mu však nepřisvědčil. Upozornil, že s ohledem na v té době chybějící prováděcí předpisy,⁴ které by vyžadovaly zrušení kontrol osob na vnitřních hranicích a harmonizovaly pravidla pro překračování vnější hranice, přistěhovalectví, azyl, udělování víz a výměnu informací o těchto otázkách, nebylo možné z pouhého uplynutí termínu 31. prosince 1992 dovozovat automatickou povinnost zrušení kontrol na vnitřních

* Nejvyšší správní soud, asistentka soudce. Za cenné připomínky a konzultaci děkuji Janu M. Passerovi, soudci Tribunálu Soudního dvora EU. Veškeré názory vyjádřené v tomto příspěvku či případné nesrovnalosti jsou mé osobní.

¹ Čl. 7a Smlouvy o založení Evropského společenství ve znění Jednotného evropského aktu.

² Čl. 8a odst. 1 Smlouvy o Evropské unii, podepsané v Maastrichtu 7. 2. 1992.

³ Maastrichtská smlouva vstoupila v platnost 1. 11. 1993.

⁴ V době, k níž se vázaly rozhodné skutkové okolnosti, byla v účinnosti Schengenská dohoda (podepsaná dne 14. června 1985 v Schengenu mezi vládami států Hospodářské unie Beneluxu, Spolkové republiky Německo a Francouzské republiky o postupném odstraňování kontrol na společných hranicích), která sice měla za cíl postupně zrušení kontrol a harmonizaci dalších politik, k úplnému zrušení hraničních kontrol však neposkytovala dostatečný podklad.

hranicích.⁵ Pokud chtěl občan Unie za této situace uplatnit své právo volného pohybu, musel být schopen doložit státní příslušnost některého členského státu.⁶ Jinými slovy, i když zřizovací Smlouva přiznávala občanům Unie bezpodmínečné právo volného pohybu v rámci členských států, členskými státy zůstalo současně právo provádět kontroly totožnosti na vnitřních hranicích a vyžadovat předložení platného dokladu totožnosti nebo cestovního pasu.⁷

Citovaný rozsudek tak odhalil, že ke skutečnému vytvoření prostoru bez vnitřních hranic zbýval ještě pořádný kus cesty. Zároveň poukázal na skutečnost, že má-li právo volného pohybu občanů zahrnovat právo překračovat vnitřní hranice bez kontroly totožnosti, nelze tento jeho dílčí aspekt prakticky realizovat bez toho, aby byl rozšířen na všechny osoby pohybující se v rámci schengenského prostoru. Na vnitřních hranicích totiž nelze provádět kontrolu pouze státních příslušníků třetích zemí, neboť není možné je odlišit od státních příslušníků členských států jinak než kontrolou totožnosti a doklady všech procházejících či projíždějících osob.

Prvním krokem ke zrušení hraničních kontrol všech osob, nejenom státních příslušníků členských států, byla Schengenská prováděcí úmluva,⁸ která nabyla účinnosti v roce 1995. Podle jejího čl. 2 bylo možné překračovat vnitřní hranice na jakémkoli místě, aniž by se prováděla kontrola osob. Tato možnost přitom nebyla podmíněna občanstvím Unie. Úmluva zároveň stanovila jednotné zásady pro kontrolu vnější hranice, která zůstala v rámci pravomocí každého smluvního státu.⁹ Skutečný milník v této oblasti pak představovala Amsterodamská smlouva, která s účinností od 1. května 1999 začlenila schengenské *acquis* do právního rámce Evropské unie.¹⁰ Současně také změnila Smlouvu o založení Evropského společenství tak, že do ní včlenila novou

⁵ Rozsudek Soudního dvora ze dne 11. 9. 1999, *Wijzenbeek*, C-378/97, bod 40.

⁶ Tamtéž, bod 42.

⁷ Tamtéž, bod 43.

⁸ Dohoda podepsaná dne 19. června 1990 v Schengenu mezi Belgickým královstvím, Spolkovou republikou Německo, Francouzskou republikou, Lucemburským velkovévodstvím a Nizozemským královstvím k provedení dohody podepsané dne 14. června 1985 o postupném odstraňování kontrol na společných hranicích.

⁹ Čl. 6 Schengenské prováděcí úmluvy: „Přeshraniční pohyb na vnějších hranicích podléhá kontrole příslušných orgánů. Kontrola se provádí podle jednotných zásad v rámci pravomocí každého státu a vnitrostátních právních předpisů s ohledem na zájmy všech smluvních stran a pro území smluvních stran.“ Jednotné zásady byly definovány v následujícím odstavci téhož článku.

¹⁰ Protokol o začlenění schengenského *acquis* do rámce Evropské unie připojený Amsterodamskou smlouvou ke Smlouvě o Evropské unii a ke Smlouvě o založení Evropského společenství. Schengenského *acquis* v té době tvořily především Schengenská dohoda a Schengenská prováděcí úmluva, dále protokoly a dohody o přistoupení k těmto dohodám a rozhodnutí a prohlášení výkonného výboru.

hlavu nazvanou „Vízová, azylová a přistěhovalecká politika a jiné politiky týkající se volného pohybu osob“. Podle této nové právní úpravy měla Rada přijmout k postupnému vytvoření prostoru svobody, bezpečnosti a práva mimo jiné „do pěti let po vstupu Amsterodamské smlouvy v platnost opatření k zajištění volného pohybu osob podle článku 14 [bývalý čl. 7a] a doprovodná opatření, která jsou s ním bezprostředně spjata a která se týkají kontrol na vnějších hranicích, azylu a přistěhovalectví [...]“.¹¹ Za tímto účelem měla Rada v uvedené pětileté lhůtě přijmout „1. opatření, která podle článku 14 [bývalý čl. 7a] zajistí, aby osoby, ať již jsou občany Unie nebo státními příslušníky třetích zemí, nebyly kontrolovány při překračování vnitřních hranic; 2. opatření o překračování vnějších hranic členských států [...]; 3. opatření, jimiž se stanoví podmínky, za kterých požívají státní příslušníci třetích zemí po dobu nejvýše tři měsíců na území členských států svobody cestování“.¹² Tím byl položen základ v primárním právu pro právní i faktické zrušení kontrol na vnitřních hranicích.

Prováděcím předpisem k uskutečnění tohoto cíle se stal především Schengenský hraniční kodex z roku 2006,¹³ podle jehož čl. 20 lze vnitřní hranice „překročit v jakémkoliv místě, aniž by se prováděla hraniční kontrola osob bez ohledu na jejich státní příslušnost“. Podle důvodové zprávy by překročení hranice mezi dvěma členskými státy uplatňujícími schengenské *acquis* nemělo být odlišné od pohybu mezi regiony, provinciemi nebo jinak administrativně vymezenými územními celky.¹⁴ Uvedený kodex byl následně nahrazen s účinností od 12. dubna 2016 Schengenským hraničním kodexem z roku 2016,¹⁵ který stanoví totéž pravidlo v čl. 22. Oba kodexy obsahují také pravidla pro omezené kontroly na území, možnost dočasného znovuzavedení ochrany vnitřních hranic v případě závažné hrozby pro veřejný pořádek nebo vnitřní bezpečnost a dále společná unijní pravidla týkající se ochrany vnějších hranic a podmínky vstupu do schengenského prostoru.

Cíle schengenské spolupráce v současnosti vycházejí z čl. 67 odst. 2 Smlouvy o FEU¹⁶ a jsou upřesněny v čl. 77 téže Smlouvy. Podle odstavce 1 písm. a) posled-

¹¹ Čl. 61 Smlouvy o založení Evropského společenství v konsolidovaném znění; čl. 73i podle číslování v Amsterodamské smlouvě.

¹² Čl. 62 Smlouvy o založení Evropského společenství v konsolidovaném znění (zdůraznění doplněno); čl. 73j podle číslování v Amsterodamské smlouvě.

¹³ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 562/2006 ze dne 15. března 2006, kterým se stanoví kodex Společenství o pravidlech upravujících přeshraniční pohyb osob (Schengenský hraniční kodex), dále též „Schengenský hraniční kodex z roku 2006“.

¹⁴ COM(2004) 391 final.

¹⁵ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2016/399 ze dne 9. března 2016, kterým se stanoví kodex Unie o pravidlech upravujících přeshraniční pohyb osob (Schengenský hraniční kodex), dále též „Schengenský hraniční kodex z roku 2016“.

¹⁶ Čl. 67 odst. 2 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „Smlouva o FEU“): „Unie zajišťuje, že na vnitřních hranicích neprobíhá kontrola osob, a rozvíjí společnou politiku v oblasti

ně citovaného ustanovení Unie rozvíjí politiku s cílem „zajistit, aby osoby bez ohledu na svou státní příslušnost nebyly kontrolovány při překračování vnitřních hranic“. Za tímto účelem přijímají Evropský parlament a Rada řádným legislativním postupem „opatření týkající se: [...] c) podmínek, za kterých požívají státní příslušníci třetích zemí v Unii po krátkou dobu svobody pohybu; [...] e) neprovádě- ní kontrol osob bez ohledu na jejich státní příslušnost při překračování vnitřních hranic“ (čl. 77 odst. 2). Tato opatření tak umožňují praktickou realizaci práva občanů Unie svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států,¹⁷ a to i v dílčím aspektu spočívajícím ve volném překračování hranic bez hraničních kontrol. Zároveň naplňují cíl, který si Unie (resp. tehdejší Společenství) vytyčila již ve výše zmiňovaném Jednotném evropském aktu, tedy vytvořit prostor bez vnitřních hranic, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu.¹⁸

Smyslem tohoto příspěvku není podrobně a komplexně analyzovat pravidla stanovená Schengenským hraničním kodexem, natož celým schengenským *acquis* spolu se všemi doprovodnými opatřeními.¹⁹ Cíl je skromnější a zaměřuje se na dvě témata, která jsou se zrušením vnitřních hranic v rámci schengenského prostoru neodmyslitelně spjata. První, jemuž se věnuje 2. kapitola nazvaná „Hraniční kontroly a opatření s rovnocenným účinkem“, zkoumá nastavení pravidel pro kontroly na území, které členské státy mohou v souladu se Schengenským hraničním kodexem i nadále provádět, jež však nesmí mít fakticky rovnocenný účinek jako hraniční kontroly. Bylo by totiž jednoduché a pro mnohé státy možná i lákavé obejít zákaz provádět kontroly na vnitřních

azylu, přistěhovalectví a ochrany vnějších hranic, která je založena na solidaritě mezi členskými státy a je spravedlivá vůči státním příslušníkům třetích zemí.“

¹⁷ Podle čl. 21 odst. 1 Smlouvy o FEU má každý občan Unie právo svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států s výhradou omezení a podmínek stanovených ve Smlouvách a v opatřeních přijatých k jejich provedení. Podle čl. 20 odst. 2 Smlouvy o FEU mají občané Unie „práva a povinnosti stanovené Smlouvami. Mají mimo jiné: a) právo svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států“. Právo volného pohybu osob je zakotveno také v Listině základních práv EU, podle jejího čl. 45 má každý občan Unie právo volně se pohybovat a pobývat na území členských států. Volný pohyb a pobyt může být podle téhož ustanovení přiznán v souladu se smlouvami státním příslušníkům třetích zemí oprávněně pobývajícím na území členského státu.

¹⁸ V současnosti je tento cíl zakotven v čl. 26 odst. 2 Smlouvy o FEU, podle kterého „[v]nitřní trh zahrnuje prostor bez vnitřních hranic, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu v souladu s ustanoveními Smluv“ a v čl. 3 odst. 2 Smlouvy o Evropské unii, podle kterého „Unie poskytuje svým občanům prostor svobody, bezpečnosti a práva bez vnitřních hranic, ve kterém je zaručen volný pohyb osob ve spojení s vhodnými opatřeními týkajícími se ochrany vnějších hranic, azylu, přistěhovalectví a předcházení a potírání zločinnosti“.

¹⁹ K vývoji schengenského *acquis* viz např. BERTOZZI, S. Schengen: Achievements and challenges in managing an area encompassing 3.6 million km². *CEPS Working Document No. 284*. Brusel: CEPS, 7. února 2008 nebo DE CAPITANI, E. The Schengen system after Lisbon: from cooperation to integration. *ERA Forum*. 2014, č. 15, s. 101–118.

hranicích tím, že se policejní hlídky pouze přesunou dál od skutečné hranice, aby budily zdání možnosti volného průchodu, fakticky by však svou intenzitou a četností vedly ke shodnému účinku, jako mají hraniční kontroly prováděné na vnějších hranicích. Druhé téma, které je rozpracováno ve 3. kapitole nazvané „*Prostor bez vnitřních hranic, vzájemná důvěra a společná odpovědnost členských států*“, se dotýká otázek, které fungování schengenského prostoru podmiňují. A to především vzájemné důvěry mezi členskými státy, která v posledních letech prochází zatěžkávací zkouškou způsobenou do značné míry dvojitým synergickým tlakem, jenž je na státy na vnější hranici vyvíjen v důsledku odpovědnosti za ochranu vnější schengenské hranice a současně odpovědnosti za posouzení žádostí žadatelů o mezinárodní ochranu, kteří neoprávněně vstoupili do schengenského prostoru přes vnější hranici. Tato část příspěvku pak končí úvahou nad společnou odpovědností členských států za problémy, s nimiž se schengenský prostor a dublinský systém v současnosti potýkají.

2. HRANIČNÍ KONTROLY A OPATŘENÍ S ROVNOCENNÝM ÚČINKEM

Výše citovaná ustanovení Smlouvy o FEU vztahující se k volnému pohybu osob přes vnitřní hranice jsou promítnuta do čl. 22 Schengenského hraničního kodexu z roku 2016, podle kterého lze vnitřní hranice překročit v jakémkoliv místě, aniž by se prováděla hraniční kontrola osob bez ohledu na jejich státní příslušnost.²⁰ Tento článek tedy napomáhá vytvoření prostoru bez vnitřních hranic mezi členskými státy zapojenými do schengenského *acquis*.

Vnitřní hranice Schengenský hraniční kodex definuje jako „a) *společné pozemní hranice členských států, včetně říčních a jezerních hranic; b) letiště členských států pro vnitřní lety; c) námořní, říční a jezerní přístavy členských států pro pravidelná vnitřní trajektová spojení*“²¹. Ochranu hranic pak vymezuje jako činnost vykonávanou „na hranici“ a „*výhradně jako reakc[i] na záměr překročit tuto hranici nebo na úkon překročení této hranice, a to bez ohledu na jakékoli jiné důvody*“²². Ochrana hranic přitom zahrnuje hraniční kontroly²³

²⁰ Shodně čl. 20 Schengenského hraničního kodexu z roku 2006.

²¹ Čl. 2 bod 1 Schengenského hraničního kodexu z roku 2016. Bod 2 téhož článku pak vymezuje vnější hranice, jimiž se rozumí „*pozemní hranice členských států, včetně říčních a jezerních hranic, a jejich námořní hranice a letiště, říční přístavy, námořní přístavy a jezerní přístavy, pokud nejsou vnitřními hranicemi*“.

²² Čl. 2 bod 10 Schengenského hraničního kodexu z roku 2016.

²³ Čl. 2 bod 11 Schengenského hraničního kodexu z roku 2016 definuje hraniční kontroly jako „*kontroly prováděné na hraničních přechodech, aby se zajistilo, že osobám, včetně jejich*

a ostrahu hranic²⁴. Hraniční kontroly mají za cíl jednak zajistit, aby osobám mohl být povolen vstup na území členských států nebo jeho opuštění, a jednak zabránit osobám ve vyhýbání se hraničním kontrolám.²⁵ Zároveň se jedná o kontroly, které mohou být prováděny systematicky.²⁶

Úzké vymezení pojmu hraniční kontrola potvrzuje také judikatura Soudního dvora,²⁷ která pod něj zahrnuje pouze kontroly probíhající „na hranicích“ nebo v okamžiku překročení hranice. Pro ilustraci lze zmínit několik případů, které byly Soudnímu dvoru předloženy v rámci řízení o předběžných otázkách. Za hraniční kontrolu nebylo možné považovat například situaci, kdy alžírští státní příslušníci neoprávněně pobývající ve Francii byli kontrolováni policií v pásmu mezi pozemní hranicí Francie s Belgií a linií vzdálenou 20 km od této hranice směrem do vnitrozemí.²⁸ Taková kontrola nebyla prováděna „na hranicích“, ale na území daného státu, nezávisela na překročení hranice kontrolovanou osobou a především nebyla prováděna v okamžiku překročení hranice.²⁹ Obdobně nebyla hraniční kontrolou ani situace, kdy byl afghánský státní příslušník legitimován v rámci kontroly provedené nizozemským královským četnictvem, když cestoval v autobuse po dálnici ve směru z Německa na území obce Venlo v Nizozemsku, tedy v rámci pásma do 20 kilometrů od společné pozemní hranice.³⁰

O hraniční kontrolu se nejednalo dokonce ani v případě, kdy byl německý státní příslušník kontrolován poté, kdy přešel jako chodec Pont de l'Europe ze Štrasburku ve Francii do Kehlu v Německu a ihned poté se vydal k přibližně 500 m vzdálenému nádraží Deutsche Bahn AG. Přitom jej z prostoru před nádražím sledovali dva příslušníci hlídky německé spolkové policie a podrobili jej kontrole totožnosti.³¹ I tato kontrola, byť se uskutečnila pouhých 500 me-

dopravních prostředků a předmětů, které mají v držení, může být povolen vstup na území členských států nebo jeho opuštění“.

²⁴ Čl. 2 bod 12 Schengenského hraničního kodexu z roku 2016 definuje ostrahu hranic jako „ostrah[u] hranic mezi hraničními přechody a ostrah[u] hraničních přechodů mimo stanovenou provozní dobu, aby se zabránilo osobám vyhýbat se hraničním kontrolám“.

²⁵ Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 22. 6. 2010, *Melki a Abdeli*, ve spojených věcech C-188/10 a C-189/10, bod 71.

²⁶ Rozsudky Soudního dvora ze dne 19. 7. 2012, *Adil*, C-278/12 PPU, bod 61, a ze dne 13. 12. 2018, *Touring Tours*, ve spojených věcech C-412/17 a C-474/17, bod 55.

²⁷ Dále citované rozsudky se týkaly Schengenského hraničního kodexu z roku 2006, s ohledem na shodnost relevantních ustanovení jsou však závěry Soudního dvora nadále použitelné.

²⁸ Rozsudek *Melki a Abdeli*, op. cit. 25, bod 16, relevantní vnitrostátní úprava je citována v bodu 15 daného rozsudku.

²⁹ Tamtéž, bod 68.

³⁰ Rozsudek *Adil*, op. cit. 26, body 21–22 a 55–56.

³¹ Rozsudek Soudního dvora ze dne 21. 6. 2017, A., C-9/16, body 18 a 19.

trů od vnitřní hranice mezi Německem a Francií, byla podle Soudního dvora kontrolou uvnitř vnitrostátního území.³² V posledně citované věci se navíc cíl sledovaný německou právní úpravou lišil v některých podstatných bodech od cílů sledovaných hraničními kontrolami ve smyslu Schengenského hraničního kodexu.³³

Ke shodnému závěru Soudní dvůr dospěl také v případě kontrol dokladů prováděných na území členského státu ještě před překročením vnitřní hranice do jiného členského státu vázaného schengenským *acquis*. Ve věci *Touring Tours* německé státní orgány uložily dopravcům³⁴ provozujícím pravidelné autobusové spoje překračující německo-nizozemskou a německo-belgickou hranici povinnost kontrolovat cestovní doklady při nástupu cestujících do autobusu a povinnost odmítnout nástup těch státních příslušníků třetích zemí, kteří takovými doklady nedisponovali.³⁵ Ani tyto kontroly nebyly prováděny na „hranicích“ nebo „v okamžiku překročení hranice“.³⁶

Ve všech citovaných případech se nejednalo o hraniční kontroly, a tedy ani o porušení čl. 20 Schengenského hraničního kodexu z roku 2006 (nyní čl. 22 Schengenského hraničního kodexu z roku 2016). Lze shrnout, že určitá kontrola nespadá do působnosti uvedeného ustanovení, „*není-li splněn některý ze znaků definice hraniční kontroly, tj. předmětný úkon, místo kontroly, okamžik kontroly a její cíl*“³⁷. To však neznamená, že jsou takové kontroly bez dalšího povoleny a že by členské státy mohly obcházet zákaz kontrol na vnitřních hranicích přemístěním kontrol o několik kilometrů před hranici.³⁸

Zdánlivě restriktivní přístup Soudního dvora k výkladu pojmu „hraniční kontrola“ má své opodstatnění, neboť na popsané situace dopadá jiné ustanovení Schengenského hraničního kodexu z roku 2016, konkrétně čl. 23 upravující podmínky pro „kontroly na území“. Články 22 a 23 je třeba vnímat

³² Tamtéž, body 42 a 43.

³³ Kontroly totožnosti a dokladů měly totiž za cíl nejen zabránění nebo ukončení nezákonného vstupu na německé území, ale také zabránění trestným činům, které narušují bezpečnost hranice, a trestným činům, o nichž se má za to, že byly spáchány překročením hranice a v rozporu s ustanoveními zákona týkajícího se cestovních pasů, zákona o pobytu nebo zákona o azylu. Rozsudek A., op. cit. 31, body 44–46.

³⁴ Přestože títo dopravci nebyli oprávněni k výkonu veřejné moci, prováděli kontroly na příkaz a pod dohledem státních orgánů. Takové kontroly bylo třeba posoudit v rámci kritérií stanovených čl. 21 Schengenského hraničního kodexu z roku 2006 (nyní čl. 23 Schengenského hraničního kodexu z roku 2016), v opačném případě by totiž hrozilo obcházení dotčeného nařízení a ohrožení jeho užitečného účinku, rozsudek *Touring Tours*, op. cit. 26, body 49 a 50.

³⁵ Tamtéž, body 25–28.

³⁶ Tamtéž, bod 45.

³⁷ Názor generální advokátky E. Sharpston ze dne 9. 7. 2012 ve věci *Adil*, C-278/12 PPU, bod 48.

³⁸ Tamtéž, bod 51.

jako komplementární a vzájemně se nepřekrývající. Pokud by tomu tak nebylo a čl. 22 by byl vnímán šířeji, tedy jako dopadající i na kontroly v pohraničních oblastech, znamenalo by to, že členské státy by nemohly v této části svého území provádět policejní opatření v rámci boje proti neoprávněnému pobytu, přičemž taková opatření mohou být právě v pohraničních oblastech nezbytná i účinná.³⁹

Překročení vnitřní hranice samo o sobě nezaručuje, že by se každá osoba, která vnitřní hranici překročila, mohla napříště pohybovat na území členského státu a pobývat tam, aniž by vůči ní byla přijímána policejní opatření.⁴⁰ Článek 23 Schengenského hraničního kodexu z roku 2016 upravující kontroly na území vychází z čl. 72 Smlouvy o FEU, podle kterého se hlava V této Smlouvy nedotýká výkonu odpovědnosti členských států za udržování veřejného pořádku a ochranu vnitřní bezpečnosti, a potvrzuje, že členské státy mají i nadále (za podmínek upřesněných v tomto ustanovení a navazující judikatuře) pravomoc vykonávat určité typy policejních a bezpečnostních kontrol.

Podle písmene a) čl. 23, jenž se zdá být výkladově nespornějším (soudě alespoň podle předběžných otázek položených Soudnímu dvoru), se zrušení ochrany vnitřních hranic nedotýká „výkonu policejních pravomocí příslušnými orgány členských států podle jejich vnitrostátních právních předpisů, pokud výkon těchto pravomocí nemá účinek rovnocenný hraničním kontrolám; to se vztahuje i na pohraniční oblasti“. Citované ustanovení dále upřesňuje, že výkon policejních pravomocí ve smyslu předcházející věty nesmí být považován za rovnocenný hraničním kontrolám „zejména tehdy, pokud policejní opatření: i) nemají za cíl ochranu hranic, ii) vycházejí z všeobecných policejních informací a zkušeností týkajících se možných hrozeb pro veřejnou bezpečnost a mají především za cíl bojovat proti přeshraniční trestné činnosti, iii) jsou plánována a prováděna tak, že se zřetelně odlišují od systematických kontrol osob na vnějších hranicích, iv) provádějí se na základě namátkových kontrol“.⁴¹

Krom toho, podle čl. 23 písm. b) až d) se zrušení ochrany vnitřních hranic nedotýká také možnosti členského státu stanovit svými právními předpisy povinnost vlastnit nebo mít u sebe průkazy a doklady, dále bezpečnostních kontrol osob prováděných v přístavech a na letištích a možnosti stanovit povinnost státních příslušníků třetích zemí hlásit svou přítomnost na území členského státu.⁴²

³⁹ Tamtéž, bod 52.

⁴⁰ Tamtéž, bod 45

⁴¹ Čl. 23 písm. a) Schengenského hraničního kodexu z roku 2016.

⁴² Čl. 23 písm. b) až d) Schengenského hraničního kodexu 2016: „b) bezpečnostních kontrol osob prováděných v přístavech a na letištích příslušnými orgány podle právních předpisů jednotlivých členských států, odpovědnými pracovníky přístavů nebo letišť nebo dopravci,

Vrátíme-li se k výše citovanému písmenu a), již ze samotného znění je zřejmé, že klíčovou a v praxi nejspornější otázkou bude, zda má určitá kontrola fakticky rovnocenný účinek jako hraniční kontrola. Generální advokátka E. Sharpstonová věci *Adil* přirovnala tuto otázku k posuzování v rámci volného pohybu zboží, zda určité opatření představuje množstevní omezení dovozu, nebo opatření s rovnocenným účinkem, přičemž se v každém jednotlivém případě přihlíží k účinkům dané právní úpravy v praxi.⁴³

Z judikatury Soudního dvora lze dovodit následující obecná výkladová pravidla.⁴⁴ Podmínky, které musí splňovat policejní opatření, aby nebyla považována za opatření s účinkem rovnocenným hraničním kontrolám, ani cíle, jež mohou tato policejní opatření sledovat, nejsou v čl. 23 stanoveny taxativním výčtem.⁴⁵ Vztah upřesňujících kritérií stanovených v bodech i) až iv) je třeba vnímat tak, že výkon policejních pravomocí nesmí být považován za rovnocenný hraničním kontrolám zejména tehdy, pokud je splněna alespoň jedna z podmínek tam stanovených.⁴⁶ Pokud nastane několik skutečností uvedených v bodech i) až iv), jedná se o indicie o existenci účinku rovnocenného hraničním kontrolám a je třeba posoudit jejich relativní váhu.⁴⁷ Obdobně vyložila tato upřesňující kritéria také generální advokátka E. Sharpstonová, podle níž je třeba uzavřít, že policejní opatření splňující všechny podmínky stanovené v bodech i) až iv) pravděpodobně nemůže mít účinek rovnocenný hraničním kontrolám, naopak skutečnost, že nejsou splněny všechny tyto podmínky, ještě sama o sobě nutně neznamená, že výkon policejní pravomoci není v souladu se Schengenským hraničním kodexem.⁴⁸

pokud se takové kontroly provádějí i u osob, které cestují v rámci členského státu; c) možnosti členského státu stanovit svými právními předpisy povinnost vlastnit nebo mít u sebe průkazy a doklady; d) možnosti členského státu stanovit svými právními předpisy povinnost státních příslušníků třetích zemí hlásit svou přítomnost na jeho území podle článku 22 [Schengenské úmluvy]". Viz také bod 20 odůvodnění Schengenského hraničního kodexu 2016, podle kterého nejsou tímto nařízením dotčeny vnitrostátní právní předpisy o nošení cestovních dokladů nebo průkazů totožnosti nebo požadavek, aby osoby oznamovaly úřadům svou přítomnost na území daného členského státu.

⁴³ Názor generální advokátky E. Sharpstonové ve věci *Adil*, op. cit. 37, bod 34.

⁴⁴ Článek 21 Schengenského hraničního kodexu z roku 2006 měl shodné znění [určitá odlišnost se objevuje pouze mezi písmeny d) daných článků, pro účely tohoto příspěvku však není podstatná], judikaturu k tomuto ustanovení lze proto plně vztáhnout i na výklad čl. 23 Schengenského hraničního kodexu 2016.

⁴⁵ Rozsudek *Adil*, op. cit. 26, bod 65, rozsudek *A.*, op. cit. 31, bod 48. V této souvislosti Soudní dvůr opřel svůj závěr o slovo „zejména“ ve větě druhé písmene a) citovaného článku a slovo „především“ v tomtéž písmenu v bodě ii).

⁴⁶ Rozsudek *Adil*, op. cit. 26, bod 59.

⁴⁷ Rozsudek *Touring Tours*, op. cit. 26, body 54 a 71. K následnému postupu v případě existence takových indicií viz dále.

⁴⁸ Názor generální advokátky E. Sharpstonové ve věci *Adil*, op. cit. 37, bod 44.

Na jednotlivá kritéria uvedená v bodech i) až iv) je tak třeba nahlížet komplexně. Absence nebo pochybnost o splnění některého z nich, a tedy náznak existence rovnocenného účinku, může být vykompenzována splněním jiného kritéria, zejména namátkovostí a zřetelnou odlišností od systematických kontrol.

Podle kritéria stanoveného v bodu i) nesmí být policejní opatření považováno za rovnocenné hraničním kontrolám, pokud nemá za cíl ochranu hranic. Jak již bylo výše uvedeno, hraniční kontroly mají za cíl jednak zajistit, aby osobám mohl být povolen vstup na území členských států nebo jeho opuštění, a jednak zabránit osobám ve vyhýbání se hraničním kontrolám.⁴⁹ Ve vztahu k takto definovanému cíli je třeba porovnávat cíle jednotlivých sporných policejních opatření. Bod ii) řadí mezi povolená policejní opatření ta, která mají za cíl bojovat proti přeshraniční trestné činnosti. Tento cíl je ovšem uvozen slovem „především“, proto jiné cíle nevylučují, že policejní opatření z hlediska čl. 23 obstojí.

Předně je třeba mít na paměti, že Smlouva o FEU⁵⁰ ani Schengenský hraniční kodex nevylučují pravomoc členských států v oblasti boje proti nedovolenému přistěhovalectví a neoprávněnému pobytu. Pokud tedy mají policejní kontroly za cíl boj proti nelegálnímu pobytu, neznamená to bez dalšího, že by měly účinek rovnocenný hraničním kontrolám.⁵¹ Tak tomu bylo např. ve věci *Adil*, v níž byly policejní kontroly zaměřeny na ověření totožnosti, státní příslušnosti nebo oprávnění k pobytu kontrolované osoby za účelem boje proti nelegálnímu pobytu. Jednalo se o kontroly selektivní, které sloužily k odhalování neoprávněně pobývajících osob a k odrazování od nedovoleného přistěhovalectví.⁵² Tyto kontroly vycházely ze všeobecných policejních informací a zkušeností, což svědčilo ve prospěch naplnění kritéria uvedeného v bodu ii).⁵³ Dále byly prováděny pouze v omezeném rozsahu hodin za měsíc a za den a mohly se týkat pouze části dopravních prostředků pohybujících se na určitých silnicích a vodních cestách, byly tedy vykonávány způsobem zřetelně odlišným od systematických kontrol [srov. kritérium uvedené v bodu iii)].⁵⁴ Tato upřesnění a omezení zavedená vnitrostátní právní úpravou,

⁴⁹ Rozsudek *Melki a Abdeli*, op. cit. 25, bod 71.

⁵⁰ Viz čl. 79 odst. 1 a 2 písm. c) Smlouvy o FEU.

⁵¹ Rozsudek *Adil*, op. cit. 26, bod 67.

⁵² Tamtéž, bod 62.

⁵³ Tamtéž, bod 78.

⁵⁴ Tamtéž, body 79 a 80. Podle nizozemské právní úpravy citované v bodu 19 rozsudku se kontroly na letištích po přiletu letadel ze schengenského prostoru mohly provádět maximálně sedmkrát týdně na letech téže linky a maximálně na třetině z celkového počtu letů měsíčně plánovaných na této lince; při těchto kontrolách mohla být legitimována pouze část přepravovaných cestujících daného letu. Kontroly ve vlcích maximálně do 30 minut

jimiž byla podmíněna intenzita a četnost a zaručena selektivnost kontrol, byla podle Soudního dvora způsobilá zamezit účinku, který by byl rovnocenný hraničním kontrolám.⁵⁵ Soudní dvůr nevyloučil pouze na základě cíle přípustnost ani druhého typu kontrol, o jehož posouzení byl žádán, a to kontrol prováděných za účelem získání informací o nelegálním pobytu po překročení hranice. Uložil však vnitrostátnímu soudu, aby ověřil, zda také tyto kontroly musí podle nizozemského práva respektovat omezení co do jejich intenzity a četnosti, k nimž se již vyjádřil u prvního typu kontrol.⁵⁶

Hranice mezi cílem spočívajícím v zabránění nelegálnímu pobytu a cílem spočívajícím v zabránění nelegálnímu vstupu (který sledují hraniční kontroly⁵⁷) se však zdá být tenká, neboť tyto dva cíle se do určité míry prolínají. Důsledkem nelegálního vstupu je nelegální pobyt, ovšem ne každý nelegální pobyt je důsledkem nelegálního vstupu, ale např. může být důsledkem uplynutí lhůty platnosti pobytového oprávnění.

V rozsudku A. Soudní dvůr připustil, že cíl zabránění nebo ukončení nezákonného vstupu na území Německa nebo prevence určitých trestných činů, které ohrožují bezpečnost hranice nebo provádění úkolů spolkové policie, neznamená sám o sobě, že kontroly mají účinek rovnocenný účinku hraničních kontrol.⁵⁸ Avšak cíl zabránění nebo ukončení nezákonného vstupu na území členského státu, který se neliší od cílů sledovaných hraničními kontrolami, může představovat náznak toho, že policejní kontroly mají účinek rovnocenný s hraniční kontrolou.⁵⁹ Naopak, je-li pohraniční policie na základě znalosti situace nebo zkušeností oprávněna předpokládat, že určitá zařízení (v daném případě vlaky a železniční zařízení) budou použita za účelem nezákonného vstupu, jedná se s ohledem na kritérium uvedené v bodu ii)⁶⁰ o náznak, že uvedené ustanovení nemá účinek rovnocenný hraničním kontrolám.⁶¹

po překročení společné hranice s Belgií nebo Německem nebo do druhé stanice po překročení hranice, pokud vlak za tuto dobu do této stanice ještě nedorazil, se mohly provádět maximálně ve dvou vlacích na trase za den a celkově maximálně v osmi vlacích, jakož i maximálně ve dvou kupé na vlak. Kontroly na silnicích a vodních cestách v pásmu 20 kilometrů od společné hranice s Belgií nebo Německem se mohly provádět na téže silnici nebo vodní cestě maximálně 90 hodin za měsíc a šest hodin za den. V rámci této kontroly se zastaví pouze část projíždějících dopravních prostředků.

⁵⁵ Tamtéž, body 82 a 87.

⁵⁶ Tamtéž, body 84 a 85.

⁵⁷ Viz čl. 2 bod 11 Schengenského hraničního kodexu z roku 2016.

⁵⁸ Rozsudek A., op. cit. 31, bod 51.

⁵⁹ Tamtéž, body 68 a 72.

⁶⁰ Tento bod se vztahuje na kontroly, které „vycházejí z všeobecných policejních informací a zkušeností týkajících se možných hrozeb pro veřejnou bezpečnost“.

⁶¹ Rozsudek A., op. cit. 31, bod 70.

Pokud je shledán náznak rovnocenného účinku (ve věci A. byl tento náznak dán u jednoho z typů posuzovaných kontrol shodným cílem, jako sledují hraniční kontroly), je třeba, aby vnitrostátní právní úprava dostatečně přesným a podrobným vymezením intenzity, četnosti nebo selektivnosti kontrol zaručovala, že praktické provádění policejních pravomocí nepovede k účinku rovnocennému s hraničními kontrolami.⁶² Jinými slovy, zaručuje-li právní úprava splnění bodů iii) a iv), tedy namátkovost a zřetelné odlišnosti od systematických kontrol prováděných na vnějších hranicích, je možné připustit, že policejní kontrola sleduje stejný či obdobný cíl jako hraniční kontrola.⁶³ Čím jsou četnější náznaky možného rovnocenného účinku vyplývající z cíle kontrol prováděných v pohraniční oblasti, z územního rozsahu těchto kontrol nebo z rozlišování mezi důvodem uvedených kontrol a důvodem kontrol prováděných na zbytku území daného členského státu, tím musí být upřesnění a omezení, jež podmiňují výkon policejní pravomoci členským státem v pohraniční oblasti, přísnější a přísněji dodržována.⁶⁴ Právní rámec by přitom měl být dostatečně přesný a podrobný, aby mohla být kontrolována jak samotná potřeba provádění kontrol, tak i konkrétně povolená kontrolní opatření.⁶⁵

Právní úprava posuzovaná ve věci A., týkající se kontrol totožnosti jakékoliv osoby v pásmu širokém 30 km podél vnitřní hranice za účelem zabránění nebo ukončení nedovoleného vstupu na území nebo pobytu v něm nebo za účelem prevence určitých trestných činů, však neobsahovala žádné upřesnění ani omezení týkající se intenzity a četnosti kontrol. Kontroly byly vykonávány bez ohledu na chování dotyčné osoby a bez ohledu na existenci okolností vytvářejících nebezpečí zásahu do veřejného pořádku. Zároveň nebylo zřejmé, že by byly prováděny způsobem zřetelně odlišným od systematických kontrol osob prováděných na vnějších hranicích Unie.⁶⁶ Takové kontroly se tedy jevily jako rozporné s požadavky Schengenského hraničního kodexu. Naopak v případě druhého typu kontrol ve věci A., kontrol totožnosti osob nebo dokumentů umožňujících překročit hranici ve vlacích a v areálu železničních zařízení, které byly založeny na znalosti situace

⁶² Tamtéž, bod 73.

⁶³ V tomto ohledu Soudní dvůr v rozsudku A. zaujal jiné stanovisko než generální advokátka E. Sharpstonová ve věci *Adil*, podle níž je kritérium cíle klíčové a lze si jen stěží představit, že by se zákaz upravený v čl. 20 a 21 Schengenského hraničního kodexu z roku 2006 nevztahoval na policejní opatření, které sleduje stejný cíl jako hraniční kontrola (názor generální advokátky ve věci *Adil*, op. cit. 37, bod 44).

⁶⁴ Rozsudek A., op. cit. 31, body 40 a 72, rozsudek *Adil*, op. cit. 26, bod 75, a rozsudek *Touring Tours*, op. cit. 26, bod 54.

⁶⁵ Rozsudek *Adil*, op. cit. 26, bod 76.

⁶⁶ Rozsudek A., op. cit. 31, body 55–57.

nebo zkušenostech pohraniční policie [a tedy existovala indicie o naplnění kritéria podle bodu iii)], Soudní dvůr dospěl k závěru, že jim Schengenský hraniční kodex nebrání za předpokladu, že jejich výkon podléhá ve vnitrostátním právu upřesněním a omezením určujícím jejich intenzitu, četnost a selektivnost.⁶⁷

Ve věci *Melki a Abdeli* nebyl cíl policejních kontrol problematický. Velký senát Soudního dvora považoval z hlediska posouzení cíle za podstatné, že dotčené kontroly nesledovaly stejný cíl jako ochrana hranic, ale byly zavedeny za účelem kontroly, zda jsou dodržovány povinnosti týkající se držení, nošení a předkládání dokladů a potvrzení stanovené zákonem.⁶⁸ Posuzovaná právní úprava přesto v rámci celkového posouzení rovnocennosti účinku, jako mají hraniční kontroly, neobstála. Kontroly byly totiž prováděny bez ohledu na chování dotčené osoby a bez nutnosti existence zvláštních okolností zakládajících riziko narušení veřejného pořádku. Zároveň právní úprava neobsahovala žádná upřesnění ani omezení takto přiznané pravomoci.⁶⁹

Kontrola totožnosti a průkazů či dokladů byla cílem také ve věci *Touring Tours*. Německé státní orgány uložily dopravcům, u nichž byl v minulosti zjištěn vysoký počet státních příslušníků třetích zemí bez požadovaných cestovních dokladů, povinnost provádět kontrolu cestovních dokladů před nástupem cestujících do autobusu a zajistit, že dotčený státní příslušník třetí země splňuje podmínky pro překročení hranic. Takové kontroly měly podle Soudního dvora za cíl „ochranu hranic“ ve smyslu výše citovaného kritéria i).⁷⁰ Přesto však Soudní dvůr v tomto okamžiku neustal při analýze, zda mělo policejní opatření rovnocenný účinek,⁷¹ a posuzoval dále intenzitu, četnost a selektivnost (namátkovost) kontrol.⁷² Za zásadní a odlišné od situací v rozsudcích *Melki a Abdeli*, *Adil a A.* považoval, že skutkovou okolností spouštějící kontroly byl právě přechod vnitřní hranice.⁷³ Z této úzké vazby na překračování vnitřní hranice pak byl účinek rovnocenný hraničním kontrolám „obzvláště patrný“.⁷⁴ Navíc, při neexistenci dostatečných upřesnění

⁶⁷ Tamtéž, výrok 2.

⁶⁸ Rozsudek *Melki a Abdeli*, op. cit. 25, bod 71. Možnost členského státu stanovit takové povinnosti svými právními předpisy nebyla zrušením ochrany vnitřních hranic dotčena [viz čl. 21 písm. c) Schengenského hraničního kodexu z roku 2006, resp. čl. 23 písm. c) Schengenského hraničního kodexu z roku 2016].

⁶⁹ Rozsudek *Melki a Abdeli*, op. cit. 25, bod 73.

⁷⁰ Rozsudek *Touring Tours*, op. cit. 26, bod 58.

⁷¹ Srov. výše rozsudek *A.*, op. cit. 31, v němž Soudní dvůr také nepovažoval existenci shodného cíle, jako mají hraniční kontroly, za automaticky vedoucí k závěru o existenci rovnocenného účinku.

⁷² Rozsudek *Touring Tours*, op. cit. 26, body 63 a 64.

⁷³ Tamtéž, body 66 a 67.

⁷⁴ Tamtéž, bod 68.

a omezení ve vnitrostátních právních předpisech, pokud jde o intenzitu, četnost a selektivnost kontrol, nebylo možné dospět k jinému závěru, než že se jednalo o opatření s účinkem rovnocenným účinku hraničních kontrol, a tedy o kontroly zakázané.⁷⁵

Na základě srovnání věci *Touring Tours* s věcmi *Melki a Abdeli*, *Adil* a *A.* se lze domnívat, že je-li kontrola cestovních dokladů či dokladů totožnosti prováděna ještě před překročením hranice, přičemž kontrolovaná osoba má v úmyslu překročit hranice, bude vazba na přechod přes vnitřní hranice zřetelnější a účinek rovnocenný hraničním kontrolám pravděpodobnější, než bude-li kontrola dokladů prováděna *ex post*, byť v blízké časové a místní souvislosti s překročením hranice. Tento rozdíl je patrný především v porovnání s věcí *A.*, kdy se kontrola totožnosti uskutečnila krátce po pěším přechodu přes hranici (přes most Pont de l'Europe spojující Francii s Německem) na vlakovém nádraží, které leží pouze 500 metrů od vnitřní hranice. Uvedené okolnosti nečinily z dané kontroly bez dalšího kontrolu s rovnocenným účinkem jako hraniční kontrola, ani nepředstavovaly významnou indicii pro takový závěr.

Z judikatury Soudního dvora lze dále dovodit, že omezení územního rozsahu kontrolních pravomocí na pohraniční oblast samo o sobě nestačí k tomu, aby bylo možné konstatovat rovnocenný účinek jako hraniční kontroly.⁷⁶ Tento záměr unijního normotvůrce lze ostatně dovodit i z legislativního vývoje. Původní návrh předchozího Schengenského hraničního kodexu z roku 2006 obsahoval podmínku, podle níž policejní kontroly na vnitřní hranici nebo v pohraničí byly povolené, pokud byly vykonávány za podmínek a s totožnými cíli, jako byly podmínky a cíle kontrol vykonávaných na celém území, a to zejména co se týče jejich četnosti a intenzity.⁷⁷ Členské státy neměly být podle tohoto návrhu oprávněny stanovit pohraniční pásmo o určitém perimetru, v němž by se prováděly kontroly totožnosti, které by se neprováděly na zbytku území.⁷⁸ Citovaný návrh však byl Evropským parlamentem a Radou odmítnut a nebyl do čl. 21 písm. a) Schengenského hraničního kodexu z roku 2006 zakotven.⁷⁹ Podmínka, aby kontroly prováděné v pohraničí byly totožné s kontrolami prováděnými na celém státním území, se neobjevuje ani v čl. 23

⁷⁵ Tamtéž, bod 71.

⁷⁶ Rozsudek *Adil*, op. cit. 26, bod 69, rozsudek *Melki a Abdeli*, op. cit. 25, bod 72, rozsudek *A.*, op. cit. 31, bod 52.

⁷⁷ Navrhovaný čl. 19 písm. a), viz návrh Schengenského hraničního kodexu, COM(2004) 391 final.

⁷⁸ Důvodová zpráva k návrhu Schengenského hraničního kodexu, COM(2004) 391 final.

⁷⁹ Názor generální advokátky E. Sharpstonové ve věci *Adil*, op. cit. 37, bod 74 a tam uvedená pozn. pod čarou 28.

písm. a) Schengenského hraničního kodexu z roku 2016. Naproti tomu je výslovně uvedena v písmenu b) téhož ustanovení, které se týká bezpečnostních kontrol prováděných v přístavech a na letištích. Toto rozlišení podporuje závěr, že uvedenou podmínku nelze výkladem „přidat“ jako další kritérium pro posouzení přípustnosti provádění policejních kontrol ve smyslu písmene a).⁸⁰ Podle generální advokátky E. Sharpstonové je zcela legitimní, aby byly podmínky výkonu policejní pravomoci přizpůsobeny charakteristice případné hrozby nebo rizika, které tuto pravomoc odůvodňují, např. v případech zvýšené pravděpodobnosti, že neoprávněně pobývající osoby budou identifikovány v pohraničních oblastech.⁸¹

Je třeba doplnit, že byť omezení územního rozsahu policejních kontrol na pohraniční oblast samo o sobě nepostačuje pro konstatování rovnocenného účinku, zvláštní pravidla týkající se územní působnosti pro kontroly ve vlacích nebo na dálnicích zajišťujících mezinárodní spojení by mohla ukazovat na existenci rovnocenného účinku.⁸² Je-li takový náznak dán, měl by být soulad kontrol s čl. 23 zajištěn pomocí právního rámce, kterým se upřesní a omezí výkon policejních pravomocí v praxi tak, aby byl schopen takovému rovnocennému účinku zamezit.⁸³

Lze shrnout, že důsledkem odstranění vnitřních hranic není absolutní nekontrolovatelnost osob pohybujících se po schengenském prostoru. Schengenský hraniční kodex dovoluje určitý typ kontrol na území v blízkosti vnitřních hranic, je však třeba dbát na to, aby fakticky nepopíraly zrušení vnitřních hranic a neměly rovnocenný účinek jako hraniční kontroly. Existence skutečností svědčících o nenaplnění některého z kritérií uvedených v čl. 23 písm. a) bodech i) až iv) může být indicií účinku rovnocenného hraničním kontrolám. Soudní dvůr se staví relativně vstřícně k posuzování cíle policejních opatření a nepovažuje bez dalšího za zakázaný cíl spočívající v ověřování totožnosti nebo dokladů, ani cíl spočívající v zabránění nelegálnímu pobytu, či dokonce zabránění nelegálnímu vstupu. Důraz naopak klade na to, aby byly policejní kontroly omezeny vnitrostátní právní úpravou co do intenzity, rozsahu a četnosti natolik, že poskytují záruku vyloučení účinku rovnocenného hraničním kontrolám v praxi.

Judikatura Soudního dvora odhaluje, že tyto požadavky nejsou vždy členskými státy dodržovány a objevují se snahy o kontrolu migračních toků způsobem, který je fakticky rovnocenný kontrolám na vnitřních hranicích. S ohledem na nízký počet rozsudků Soudního dvora, v nichž se dosud touto

⁸⁰ Rozsudek *Adil*, op. cit. 26, bod 73.

⁸¹ Názor generální advokátky E. Sharpstonové ve věci *Adil*, op. cit. 37, bod 75.

⁸² Rozsudek *Melki a Abdeli*, op. cit. 25, bod 72, rozsudek *A.*, op. cit. 31, bod 53.

⁸³ Rozsudek *Adil*, op. cit. 26, bod 70.

problematikou zabýval, však nelze dovozovat obecný trend nebo rozšířený jev. Podrobná analýza právních úprav a praxe jednotlivých členských států by přesahovala rámec a možnosti tohoto příspěvku. V této souvislosti lze však odkázat alespoň na nedávno publikovanou případovou studii I. Barbera,⁸⁴ která přináší zajímavá data o policejních kontrolách a počtech zadržených cizinců v pohraniční oblasti při vnitřní hranici mezi Španělskem a Francií, zejména v Baskicku.

3. PROSTOR BEZ VNITŘNÍCH HRANIC, VZÁJEMNÁ DŮVĚRA A SPOLEČNÁ ODPOVĚDNOST ČLENSKÝCH STÁTŮ

Zrušení vnitřních hranic v rámci schengenského prostoru je výrazem vzájemné důvěry, kterou si členské státy takto vzájemně projevují. Současně, vzájemná důvěra je nezbytnou podmínkou, aby prostor bez vnitřních hranic mohl existovat. Soudní dvůr opakovaně zdůraznil, že „zásada vzájemné důvěry členských států má v unijním právu zásadní význam vzhledem k tomu, že umožňuje vytvoření a zachování prostoru bez vnitřních hranic“⁸⁵. V souvislosti s prostorem svobody, bezpečnosti a práva tato zásada ukládá každému z těchto států, „aby až na výjimečné okolnosti vycházel z toho, že všechny ostatní členské státy dodrží unijní právo, a zejména základní práva, která unijní právo uznává [...]“. Při uplatňování unijního práva tak mohou být členské státy povinny na základě unijního práva předpokládat dodržování základních práv ze strany ostatních členských států, takže nejen že nemohou od jiného členského státu požadovat vyšší vnitrostátní úroveň ochrany základních práv, než jakou zaručuje unijní právo, ale nemohou ani – až na výjimečné případy – ověřovat, zda tento jiný členský stát skutečně v konkrétním případě dodržel základní práva zaručená Uníí⁸⁶.

Podle předsedy Soudního dvora K. Lenaertse Soudní dvůr v rozsudku *N. S. a další*⁸⁷ nezasadil zásadu vzájemné důvěry pouze do kontextu tehdejšího

⁸⁴ BARBERO, I. The European Union Never Got Rid of Its Internal Control. *European Journal of Migration and Law*. 2018, č. 20, s. 1–27.

⁸⁵ Posudek č. 2/13 ze dne 18. 12. 2014, jímž se Soudní dvůr vyjádřil k možnému přistoupení EU k Evropské úmluvě o ochraně lidských práva a základních svobod, bod 191, rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 5. 4. 2016, *Aranyosi a Căldăraru*, spojené věci C-404/15 a C-659/15 PPU, bod 78 (dále jen „*Aranyosi*“), nebo rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 19. 3. 2019, *Jawo*, C-163/17, bod 81.

⁸⁶ Posudek č. 2/13, op. cit. 85, body 191 a 192.

⁸⁷ Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 21. 12. 2011, *N. S. a další*, spojené věci C-411/10 a C-493/10.

nařízení Dublin II,⁸⁸ ale kvalifikoval ji jako ústavní princip.⁸⁹ Tento ústavní princip definuje právní strukturu EU jako Unii hodnot, které jsou společně sdíleny členskými státy.⁹⁰ Jako strukturální princip unijního ústavního práva vnímá vzájemnou důvěru také například S. Prechalová.⁹¹

V posledních letech prochází ovšem zásada vzájemné důvěry značnou zatěžkávací zkouškou, a to zejména v oblastech, které jsou s existencí prostoru bez vnitřních hranic nerozlučně propojeny – v oblasti mezinárodní ochrany a evropského zatýkácího rozkazu.

Společný evropský azylový systém je založen na principu, podle kterého by každá žádost měla být posouzena vždy alespoň jedním státem a zároveň právě jedním státem. Za tímto účelem bylo přijato nařízení Dublin III,⁹² které obsahuje právní mechanismus (hierarchii kritérií) pro určení státu, který má být za posouzení žádosti odpovědný. Tím by měl dublinský systém bránit podávání opakovaných žádostí a vybírání státu, který má pro posouzení žádosti nejprůběžnější podmínky (tzv. *forum shopping*), k čemuž by jinak prostor bez vnitřních hranic mohl svádět. S ohledem na zásadu vzájemné důvěry Soudní dvůr v rozsudku *N. S. a další* zavedl koncept „systémových nedostatků“ jakožto podmínku pro odklon od pravidel pro určení příslušného státu stanovených dublinským nařízením. A byl za to mnohými kritizován. Bylo mu zejména vytýkáno, že nastavil přísnější podmínky než Evropský soud pro lidská práva, a snížil tak standard ochrany.⁹³

⁸⁸ Nařízení Rady (ES) č. 343/2003 ze dne 18. února 2003, kterým se stanoví kritéria a postupy pro určení členského státu příslušného k posuzování žádosti o azyl podané státním příslušníkem třetí země v některém z členských států.

⁸⁹ LENAERTS, K. *The Principle of Mutual Recognition in the area of Freedom Security and Justice*. Přednáška na All Souls College, University of Oxford, dne 30. 1. 2015. Dostupné z: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/the_principle_of_mutual_recognition_in_the_area_of_freedom_judge_lenaerts.pdf [cit. 11. 8. 2019].

⁹⁰ LENAERTS, K. *La vie après l'aviens: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*. *Common Market Law Review*. 2017, č. 54, s. 806 a 808.

⁹¹ PRECHAL, S. *Mutual trust before the Court of Justice of the European Union*. *European Papers*. 2017, č. 1, s. 76. Pro podrobnou analýzu principu vzájemné důvěry viz také např. ANAGNOSTARAS, G. *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru*. *Common Market Law Review*. 2016, č. 53, s. 1675–1704.

⁹² Nařízení (EU) č. 604/2013 ze dne 26. června 2013, kterým se stanoví kritéria a postupy pro určení členského státu příslušného k posuzování žádosti o mezinárodní ochranu podané státním příslušníkem třetí země nebo osobou bez státní příslušnosti v některém z členských států. Na shodném principu bylo postaveno také předchozí nařízení Dublin II.

⁹³ Viz např. MORGADES-GIL, S. *The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses After the Interpretations of the ECtHR and the CJEU?* *Journal of Refugee Law*. 2015, řada 27, č. 3, s. 433–456.

Soudní dvůr přesto i ve svých nedávných rozhodnutích potvrzuje, že zásadu vzájemné důvěry staví hodně vysoko v hierarchii hodnot, které tvoří referenční rámec jeho rozhodování. Obdobný, ba dokonce ještě přísnější přístup než v rozsudku *N. S. a další* zaujal v oblasti předávání podle evropského zatýkacího rozkazu.⁹⁴ V rozsudku *Aranyosi* zavedl (opět s odkazem na zásadu vzájemné důvěry) pro posouzení překážek předání dvoustupňový test: 1. Musí existovat systémové nebo celoplošné/obecné nedostatky nebo nedostatky týkající se určitých skupin osob nebo určitých vězeňských zařízení. 2. Současně musí existovat vážné a prokazatelné důvody, že dotčená osoba bude takovému nebezpečí vystavena. V případě posuzování překážek předání podle nařízení Dublin III tento druhý krok chybí. Práh nastavený Soudním dvorem pro vyvrácení vzájemné důvěry v případech předávání podle evropského zatýkacího rozkazu je tedy vyšší než v dublinských případech.

Tento přístup pak Soudní dvůr potvrdil také v nedávném rozsudku *L. M.* (známém také jako *Celmer*).⁹⁵ Přestože předběžná otázka zpochybňovala právě potřebu provedení druhého kroku, existují-li systémové nedostatky, Soudní dvůr tento krok potvrdil. A nutno podotknout, že byl tím zachoval práh pro vyvrácení vzájemné důvěry hodně vysoko, zároveň rozšířil okruh práv, jejichž porušení lze namítat. Vedle výjimky vztahující se k právu nebýt podroben mučení, nelidskému a ponižujícímu zacházení, jehož se týkaly rozsudky *N. S. a další* a *Aranyosi*, připustil výjimku ze zásady vzájemné důvěry i v případě skutečného nebezpečí, že „dojde k porušení základního práva na nezávislý soud, a tudíž k porušení podstaty základního práva na spravedlivý proces“.

Přísnější práh pro vyvrácení vzájemné důvěry v případech předávání podle evropského zatýkacího rozkazu může souviset právě s důsledkem, který je v této oblasti způsoben možností volného pohybu osob v rámci schengenského prostoru. Jak bylo výše uvedeno, právo na překročení vnitřní hranice bez kontroly náleží každému a není vázáno na žádné doplňující podmínky. Po schengenském prostoru se tak mohou volně pohybovat nejen turisté, poskytovatelé služeb či obchodníci, ale také zločinci či odsouzení, kteří se vyhýbají nástupu výkonu trestu právě útekem do jiného členského státu. S ohledem na skutečnost, že trestní právo většiny členských států je založeno na zásadě teritoriality,⁹⁶ mohlo by dojít k situaci, kdy vykonávající justiční orgány

⁹⁴ Podle rámcového rozhodnutí Rady 2002/584/SVV ze dne 13. června 2002 o evropském zatýkacím rozkazu a postupech předávání mezi členskými státy, ve znění rámcového rozhodnutí Rady 2009/299/SVV ze dne 26. února 2009.

⁹⁵ Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 25. 7. 2018, *L. M.*, C-216/18 PPU.

⁹⁶ Viz § 4 odst. 1 trestního zákoníku (zákon č. 40/2009 Sb.). ČR může stíhat trestný čin cizího státního příslušníka spáchaný v cizině jen u vybraných trestných činů – § 7 (zásada

by nemohly vyžádanou osobu za účelem trestního stíhání předat, ale neměly by v zásadě ani pravomoc dotčenou osobu namísto vystavujících justičních orgánů trestně stíhat. Na tuto skutečnost upozornil generální advokát Y. Bot ve svém stanovisku k věci *Aranyosi*,⁹⁷ v němž varoval před existencí jasněho a zřejmého rizika, že protiprávní jednání zůstane nepotrestáno a jeho pachatel se může dopustit protiprávního jednání znovu. Pokud by neexistoval druhý krok testu zavedeného rozsudkem *Aranyosi*, ale předání k trestnímu stíhání by bránila již pouhá existence systémových nedostatků ve vězeňství (např. přeplněnost věznic) bez posouzení, zda existují vážné a prokazatelné důvody se domnívat, že dotčená osoba bude takovému nebezpečí vystavena, vedl by takový přístup k plošnému zastavení předávání trestně stíhaných osob do určitého státu. A tedy (s ohledem na výše zmíněnou zásadu teritoriality trestního práva) k faktické beztrestnosti. Taková skutečnost by mohla být významným faktorem ovlivňujícím množství spáchaných trestných činů v daném státě,⁹⁸ neboť v trestním právu obecně platí, že míra kriminality závisí (více než např. na výši trestů) na míře pravděpodobnosti, s jakou se podaří pachateli uniknout trestu.

Částečně odlišná situace může nastat, pokud je evropský zatýkácí rozkaz vydán nikoliv za účelem trestního stíhání, ale za účelem výkonu trestu již odsouzeného pachatele. V takovém případě nenastává problém s teritorialitou trestního práva, ale možnosti vykonat trest v dožádaném státě jsou také omezené. Justiční orgány dožádaného státu by se mohly zavázat k provedení výkonu trestu na základě čl. 4 odst. 6 rámcového rozhodnutí o evropském zatýkáčím rozkazu, pokud by vyžádaná osoba měla na jejich území bydliště.⁹⁹ Přinejmenším některé členské státy by ale pravděpodobně nebyly ochotny na své náklady odsouzené z jiného státu plošně (tj. v případě neexistence 2. kroku testu stanoveného rozsudkem *Aranyosi*) umístit do svých věznic. Takové státy by se staly vítanými útočišti uprchlých odsouzených. Pokud by naopak odsouzené z problematických členských států do svých věznic umísťovaly, mohly by se členské státy s dosud fungujícím vězeňským systémem brzy dostat na seznam těch, které se potýkají s přeplněností věznic. Posledně uvedené riziko existuje zejména v případě překážky předání z důvodu přeplněnosti

ochrany a zásada univerzality). Další možnosti, kdy by mohla ČR mít trestněprávní jurisdikci, stanoví § 8 (subsidiární zásada univerzality). Jednou z nezbytných podmínek by však v takovém případě byla žádost cizího státu nebo jiného oprávněného subjektu, který žádal o vydání nebo předání pachatele k trestnímu stíhání nebo výkonu trestu, o provedení trestního stíhání pachatele v České republice.

⁹⁷ Stanovisko generálního advokáta ze dne 3. 3. 2016.

⁹⁸ Srov. tamtéž, bod 63.

⁹⁹ Tamtéž, bod 61.

věznic, a tedy rizika porušení čl. 4 Listiny základních práv EU, neboť s přeplněností věznic se potýká řada členských států.¹⁰⁰

Přestože Soudní dvůr v rozsudku *Aranyosi* nešel cestou, kterou generální advokát navrhoval (odmítl posuzování přiměřenosti s ohledem na absolutní povahu čl. 4 Listiny základních práv EU), v podstatě přijal návrh, že na rozdíl od překážky pro předání v rámci dublinského systému je třeba ještě individualizované posouzení, které pak promítl do výsledného druhého kroku výše citovaného testu. Přestože se rozsudek nezmiňuje o riziku beztrestnosti (v individuální ani obecné rovině), je pravděpodobné, že druhý krok testu v rozsudku *Aranyosi* byl zaveden s vědomím důsledků, na které generální advokát upozorňoval a které byly popsány výše.

V případě předávání podle nařízení Dublin III nemůže problém s teritorialitou nastat. Obecně může být státem příslušným pro posouzení žádosti o mezinárodní ochranu kterýkoliv členský stát. Nařízení Dublin III jen stanoví hierarchická kritéria tak, aby příslušným státem byl pro konkrétní osobu vždy jeden stát. Pokud tedy nemohou být osoby předávány do určitého členského státu z důvodu systémových nedostatků, byť i plošně, pořád existují jiné členské státy, které mohou být pro posouzení žádostí příslušné. Současné nastavení kritérií pro určení příslušného státu ovšem způsobuje jiný problém. Dublinský systém vychází ze zásady, že k posouzení žádosti je příslušný především členský stát, který hrál největší úlohu při vstupu a pobytu žadatele na území členských států, s určitými výjimkami, jež mají chránit celistvost rodiny.¹⁰¹ S ohledem na tento výchozí předpoklad jsou řazena i jednotlivá kritéria. Články 8 až 11 se týkají nezletilých a žadatelů, kteří mají na území EU rodinné příslušníky nebo příbuzné. Následující články 12 až 14 (udělení víza nebo povolení k pobytu; nedovolené překročení vnější hranice; vstup s osvobozením od vízové povinnosti) mají zpravidla umožnit, aby příslušnost k posuzování žádosti o mezinárodní ochranu připadla členskému státu, který primárně umožnil vstup nebo pobyt žadatele na území členských států EU.¹⁰² Jedním z nejčastěji využívaných kritérií tak bude překročení vnější hranice EU ze třetího státu nedovoleným způsobem podle čl. 13 odst. 1.¹⁰³ Z logiky věci pak plyne, že zemí prvního nelegálního vstupu budou nejčastěji státy při vnější hranici.

¹⁰⁰ Tamtéž, body 32–35 a 126.

¹⁰¹ Důvodová zpráva k nařízení Dublin III, COM(2001) 447 final.

¹⁰² Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 26. 7. 2017, *Jafari*, C-646/16, body 87 až 91.

¹⁰³ Čl. 13 odst. 1 nařízení Dublin III: „Pokud je na základě přímých nebo nepřímých důkazů [...] zjištěno, že žadatel překročil nedovoleným způsobem pozemní, námořní nebo vzdušnou cestou hranice některého členského státu ze třetí země, je k posouzení žádosti o mezinárodní ochranu příslušný tento členský stát.“ Byť se nejedná v rámci dublinských kritérií o kritérium, které by bylo hierarchicky první v pořadí, jedná se o kritérium klíčové, neboť

Současně tytéž hraniční státy, které budou v praxi nejčastěji odpovědné za posouzení žádosti o mezinárodní ochranu na základě skutečnosti, že umožní ly neoprávněné překročení vnější hranice, budou čelit také největším výzvám z hlediska zabezpečení ochrany vnější hranice s ohledem na povinnosti, které pro ně plynou mimo jiné ze schengenského *acquis*.¹⁰⁴ Bod 6 odůvodnění Schengenského hraničního kodexu z roku 2016 upozorňuje, že ochrana hranic je věcí zájmu nejen členského státu, na jehož vnějších hranicích se provádí, ale všech členských států, které zrušily ochranu vnitřních hranic. Obdobně se vyjadřuje také důvodová zpráva k původnímu Schengenskému hraničnímu kodexu z roku 2006,¹⁰⁵ podle níž musí být při vstupu státního příslušníka třetí země přes vnější hranici posouzeno nebezpečí hrozby pro veřejný pořádek nebo veřejnou bezpečnost s ohledem na zájmy všech schengenských států.

I v tomto případě přichází do hry vzájemná důvěra jako předpoklad pro zrušení vnitřních hranic. Bude-li členský stát pochybovat o tom, zda státy na vnější hranici plní své povinnosti dostatečně a zda nechávají vstoupit do schengenského prostoru jen ty osoby, které k tomu mají oprávnění, může být v pokušení zavádět kontroly na území s rovnocenným účinkem, jako mají hraniční kontroly, jimž se věnovala předchozí část tohoto příspěvku. V této souvislosti je třeba doplnit, že migrace a překročení vnějších hranic velkým počtem státních příslušníků třetích zemí by samo o sobě nemělo být považováno za hrozbu pro veřejný pořádek nebo vnitřní bezpečnost.¹⁰⁶ V případě mimořádných situací ohrožujících celkové fungování prostoru bez kontrol na vnitřních hranicích z důvodu přetrvávajících závažných nedostatků týkajících se ochrany vnějších hranic, by však mohlo dojít (za podmínek upřesněných Schengenským hraničním kodexem) k dočasnému znovuzavedení ochrany určitých vnitřních hranic.¹⁰⁷

předcházející kritéria (která lze zjednodušeně charakterizovat jako kritérium rodinných vazeb a kritérium vydání pobytového oprávnění) nebudou příliš častá.

¹⁰⁴ Viz zejm. čl. 7 a násl. Schengenského hraničního kodexu z roku 2016.

¹⁰⁵ COM(2004) 391 final.

¹⁰⁶ Bod 26 odůvodnění Schengenskému hraničnímu kodexu z roku 2016.

¹⁰⁷ Schengenský hraniční kodex z roku 2016 připouští, že „[d]očasně znovuzavedení ochrany určitých vnitřních hranic zvláštním postupem na úrovni Unie by rovněž mohlo být odůvodněno v případě mimořádných situací **ohrožujících celkové fungování prostoru bez kontrol na vnitřních hranicích z důvodu přetrvávajících závažných nedostatků týkajících se ochrany vnějších hranic** zjištěných v rámci procesu důsledného hodnocení podle článků 14 a 15 nařízení (EU) č. 1053/2013, pokud by daná situace představovala závažnou hrozbu pro veřejný pořádek nebo vnitřní bezpečnost v tomto prostoru nebo v jeho částech. Tento zvláštní postup pro dočasné znovuzavedení ochrany určitých vnitřních hranic může být rovněž zahájen za stejných podmínek v důsledku vážného zanedbání povinností hodnoceným členským státem“ (bod 30 odůvodnění, zdůraznění doplněno). K této možnosti

Jinými slovy, hraniční státy čelí dvěma výzvám – jsou to ony, kdo je odpovědný za ostrahu hranic schengenského prostoru, a jsou to ony, kdo nese odpovědnost za to, když v této úloze selžou a umožní nelegální vstup. Mimo jiné budou v takovém případě „potrestány“ tím, že ponесou odpovědnost za vyřízení žádostí o mezinárodní ochranu všech osob, které se skrze jejich děravé hranice neoprávněně dostaly na území schengenského prostoru (s výjimkou případů, kdy se uplatní některé z předchozích kritérií). Tento synergický efekt dvojí odpovědnosti v rámci dublinského systému a schengenského prostoru vytváří na státy nacházející se na vnější hranici nepochybně mimořádný a dlouhodobý tlak.

Takové nastavení pravidel vede k určitému pnutí mezi odpovědností států na vnější hranici a solidaritou. Některé státy prosazují silnou odpovědnost státu prvního vstupu před aktivací solidarity. Jiné naopak po větší solidaritě volají. Také v akademické literatuře se objevují názory, že důraz na odpovědnost států sleduje zastaralou logiku a je upřednostňován na úkor solidarity, jejíž současná nízká úroveň je prý v rozporu s čl. 80 Smlouvy o FEU.¹⁰⁸ Tento názor nesdílím.

Podle čl. 80 Smlouvy o FEU se politiky týkající se kontrol na hranicích, azylu a přistěhovalectví a jejich provádění „řídí zásadou solidarity a spravedlivého rozdělení odpovědnosti mezi členskými státy“. Zásadu solidarity zmiňuje také čl. 67 odst. 2 téže Smlouvy, podle něhož Unie „rozvíjí společnou politiku v oblasti azylu, přistěhovalectví a ochrany vnějších hranic, která je založena na solidaritě mezi členskými státy [...]“.

Aniž bych chtěla přepisovat Smlouvu o FEU nebo zatracovat koncept solidarity, myslím, že v současném diskurzu týkajícím se dublinského systému a podoby schengenského prostoru budí zbytečné vášně, a to na obou stranách stále více se polarizující politické reprezentace i společnosti jako takové. U někoho slovo solidarita zarezonuje a padne takřikajíc na úrodnou půdu, na jiného však působí jako „červený hadr“. V obou případech vyvolává emočně nabitě reakce, které často zatracují všechny, kdo patří do opačného tábora. Navrhovala bych proto klást důraz spíše na druhou část čl. 80 Smlouvy o FEU – „spravedlivé rozdělení odpovědnosti mezi členskými státy“ než na princip solidarity jako takový. Krom toho, že budí zbytečné vášně, vyvolává také dojem neodpovědnosti. Solidarita totiž předpokládá dualitu – solidaritu s někým. Pokud říkáme, že bychom měli být solidární „s nimi“, tedy se státy, které se nacházejí na vnějších hranicích, ať již jde např. o Řecko, nebo Itálii, dáváme

dočasněho znovuzavedení ochrany určitých vnitřních hranic viz také čl. 21 a 29 Schengenského hraničního kodexu z roku 2016.

¹⁰⁸ DE BRUYCKER, P. The European Border and Coast Guard: A New Model Built on an Old Logic. *European Papers*. 2016, č. 1, s. 559–569.

tím najevo, že je to v zásadě jejich problém a my jim prokazujeme jakési dobrodiní tím, že s nimi budeme solidární. Pak se budeme hádat, jak moc máme být solidární a zda má být solidarita dobrovolná, nebo povinná, a proč máme být solidární, když si Řekové nedokážou hlídat „svou“ hranici? A to podle mého názoru není nejšťastnější výchozí pozice pro zasednutí k jednacímu stolu.

Je zřejmé, že v současné době zřizovací Smlouvy neposkytují právní základ pro pohraniční stráž federálního typu, tedy orgán disponující v zásadě federálními pravomocemi. Článek 77 odst. 2 písm. d) Smlouvy o FEU, podle kterého Evropský parlament a Rada přijímají řádným legislativním postupem opatření týkající se „*veškerých opatření nezbytných pro postupné zavedení integrovaného systému řízení vnějších hranic*“, představuje poklad pro vytvoření Evropské agentury pro pohraniční a pobřežní stráž, známé pod zkratkou Frontex, která může fungovat na bázi posílené spolupráce mezi členskými státy. Nejedná se však o krok k vytvoření unijní pohraniční stráže s federálními pravomocemi, takový krok by vyžadoval změnu primárního práva.¹⁰⁹

Výše uvedené úvahy ovšem nespočívají v návrhu na změnu právní úpravy, ale spíše v návrhu na změnu mentálního nastavení, s nímž k problémům schengenského prostoru a dublinského systému přistupujeme. Na změnu od emočního nastavení, které s sebou (třebas nezáměrně) koncept solidarity přináší, v nastavení spíše pragmatické. Neměli bychom opomíjet, že jen díky existenci vnější schengenské hranice si můžeme dovolit nehlídat své vlastní hranice. Díky ní si můžeme užívat všech výhod, které prostor bez vnitřních hranic přináší, ať již jde o zdánlivou banalitu jako nerušený průjezd hranic při cestě na dovolenou (nezkazí-li nám ji zácpa na dálnici), nebo mnohamiliónové úspory v rámci obchodu na vnitřním trhu díky neexistenci prodlev na hranicích. Česká republika tedy profituje z toho, že schengenský systém umožnil přenést hranice s vnějším světem až ke Středomoří a někdo je střeží za nás. Obdobně dublinský systém je od počátku nastaven tak, že největší zátěž nesou státy při vnější hranici. A mimo jiné i díky tomuto pravidlu, které je již ze své podstaty nastaveno pro některé jiné státy nevýhodně, máme nízký počet žádostí o mezinárodní ochranu na našem území. Z těchto důvodů je to i náš problém, pokud Schengen a Dublin v praxi selhávají.

Nejsem zastáncem povinných kvót na přerozdělování žadatelů o mezinárodní ochranu a nemám ani jiné jednoduché a účinné řešení, ale myslím, že pokud by si současnou situaci členské státy více „zvnitřnily“ a vnímaly ji z pragmatických důvodů jako náš společný problém, který musíme nějak vyřešit, pokud si chceme zachovat schengenské benefity, mohlo by to pomoci

¹⁰⁹ THYM, D. Entry and Border Controls. In: HAILBRONER, K., THYM, D. (eds.) *EU Immigration and Asylum Law*. Second edition. München: C. H. Beck, 2016, s. 42.

ukončit jakési přešlapávání na místě, jehož jsme nyní v této oblasti svědky. Dokud se budeme přetahovat o to, kdo je solidární příliš mnoho a kdo příliš málo, nepohneme se z místa. Teprve až budeme vnímat odpovědnost za celek, jehož jsme součástí, pak má smysl se bavit o výběru a přijímání konkrétních opatření.

Určování věku nezletilých cizinců bez doprovodu – právní rámec, současné a budoucí výzvy

**Veronika Votočková, Tomáš Novotný,
Nataša Chmelíčková***

1. ÚVODEM

Určení alespoň přibližného věku u cizince, který na území České republiky, resp. do schengenského prostoru či celé Evropské unie, přichází bez doprovodu svých rodičů, jiných dospělých příbuzných nebo dalších zákonných zástupců a tvrdí o sobě, že je nezletilý (tj. je mu méně než 18 let), může mít poměrně rozsáhlé důsledky jednak pro řízení, které je zpravidla s takovýmto nezletilým cizincem bez doprovodu vedeno, a samozřejmě rovněž pro jeho další pobyt. Právní postavení nezletilého bez doprovodu přináší své nepochybné výhody co do procesních standardů a poskytování materiálních a jiných benefitů. V neposlední řadě se na nezletilé cizince bez doprovodu vztahují přísnější požadavky a podmínky pro možnost omezení jejich svobody zejména v souvislosti s řízením o návratu. Počet nezletilých bez doprovodu přicházejících do Evropské unie je stále poměrně vysoký, a proto jsou jednotlivé metody určování věku u nezletilých cizinců bez doprovodu, jejich výsledky a zacházení s těmito nezletilými rozsáhle diskutovány zejména v mezinárodním a unijním kontextu již poměrně dlouhou dobu.

V České republice tyto diskuze probíhaly do roku 2017 pouze v omezené míře, a pokud ano, nemají o nich autoři tohoto příspěvku bližší informace. Je však pravdou, že kritika relevantních státních orgánů zejména ze strany nevládního sektoru, že v České republice prakticky jediná a rozsáhle používaná

* Odbor azylové a migrační politiky Ministerstva vnitra České republiky (OAMP MV ČR). Autorský tým působí v oddělení azylové legislativy OAMP MV ČR a podílí se na projednávání unijních azylových návrhů za Českou republiku v Radě EU, věnuje se národní azylové legislativě a přímo za MV realizuje pilotní projekt určování věku nezletilých cizinců bez doprovodu nelékařskou metodou. Předkládaný příspěvek je osobním názorem autorů příspěvku a nepředstavuje oficiální pozici Ministerstva vnitra České republiky.

metoda pro určení věku, kterou je rentgenování zápěstních kůstek, je nedostatečná, nepřesná a nesplňuje mezinárodní standardy, zaznívala i v letech dřívějších.

Nutno podotknout, že počty nezletilých cizinců bez doprovodu ze třetích zemí jsou v České republice velice nízké, a to kontinuálně. Počty jsou malé jak relativně v porovnání s jinými členskými státy Evropské unie, tak absolutně. Nezletilých cizinců bez doprovodu, kteří na území České republiky přicházejí, jsou jednotky, až maximálně nízké desítky ročně. Vzhledem k uvedenému počtu dotčených osob nebyla tato oblast pro státní orgány dosud prioritní.

Předkládaný příspěvek se snaží shrnout dosavadní vývoj této problematiky v kontextu práva Evropské unie a národních právních předpisů, představuje v současnosti realizovaný projekt týkající se testování posuzování věku jinou než lékařskou metodou a zamýšlí se nad budoucím směřováním postupů pro určování věku nelékařskými metodami. Příspěvek se záměrně nevěnuje obecně platným a uznávaným východiskům, jako je respektování principu nejlepšího zájmu dítěte. Nevěnuje se ani dalším dopadům, jak procesním, tak materiálním, které má status nezletilého cizince bez doprovodu.

2. PRÁVNÍ RÁMEC

2.1 Právo Evropské unie

Právo Evropské unie a zejména unijní azylové směrnice se problematice charakteru metody určování věku věnují od samotného počátku unijní regulace azylových politik členských států. Již tzv. procedurální směrnice „první generace“ z roku 2005¹ definovala v čl. 2 písm. h), kdo je nezletilým bez doprovodu, a následně v článku 17 odstavcích 5 a 6 stanovovala, že členské státy mohou („may“) při určení věku nezletilého bez doprovodu použít lékařské vyšetření. Nezletilou osobou bez doprovodu je *„osoba mladší 18 let, jež vstupuje na území členských států bez doprovodu zletilé osoby, která za ni podle práva nebo podle zvyklostí odpovídá, a to po dobu, po kterou se skutečně nenachází v péči takové osoby; tato definice zahrnuje i nezletilou osobu, jež je ponechána bez doprovodu po vstupu na území členských států“*. Tato úprava dále stanovovala čtyři podmínky, které musí být splněny, pokud členský stát k lékařskému vyšetření přistoupí. První a základní podmínkou zdůrazněnou v samostatném

¹ Směrnice Rady 2005/85/ES ze dne 1. prosince 2005 o minimálních normách pro řízení v členských státech o přiznávání a odmítání postavení uprchlíka.

odstavci 6 je provedení vyšetření v souladu s nejlepším zájmem dítěte. Nezletilá osoba musí být informována o způsobu takového vyšetření a možných důsledcích, které provedené vyšetření bude mít, pokud jde o výsledek azylového řízení. Nezletilec musí být informován i o důsledcích, které by mělo vyjádření nesouhlasu s lékařským vyšetřením. Nezletilý nebo jeho zástupce tedy musí s provedením vyšetření souhlasit. Nakonec směrnice stanoví, že zamítnutí žádosti o azyl nesmí být založeno pouze na odmítnutí podrobení se lékařskému vyšetření. Implicitně lze však dovodit, že v případě odmítnutí podrobit se vyšetření, nejsou-li k dispozici jiné věrohodné údaje o věku dané osoby, bude na osobu pohlíženo jako na zletilou. Poněkud nadbytečně směrnice uvádí, že odmítnutí podrobit se lékařskému vyšetření nebrání správnému orgánu o azylové žádosti rozhodnout.

Azylová procedurální směrnice „druhé generace“², v současné době stále platná, se úpravě metod určování věku rovněž věnuje a navazuje na úpravu v původní směrnici 2005/85/ES. Jedná se o nástroj druhé fáze budování společného evropského azylového systému, jejímž cílem bylo posílit dosažené minimální standardy v první generaci právních nástrojů. Nezletilý bez doprovodu je vymezen odkazem na definici obsaženou v tzv. kvalifikační směrnici 2011/95/EU³ (obsahově shodnou se směrnicí 2005/85/ES) a umožňuje („may“) členským státům provést lékařské vyšetření za účelem určení věku nezletilých bez doprovodu, a to při splnění v předešlém odstavci popsaných podmínek. V čl. 25 jsou však doplněny další požadavky. K lékařskému vyšetření může být přistoupeno až poté, co i po prohlášení žadatele o mezinárodní ochranu nebo po prozkoumání dalších vhodných dokumentů či skutečností stále existují pochybnosti o tvrzeném věku nezletilého. Klade se tak důraz na zjištění věku z jiných zdrojů než z výsledku lékařského vyšetření.

Unijní normotvůrce dále doplňuje nutnost respektovat důstojnost každého jedince, stanovuje povinnost provádění příslušného vyšetření pouze kvalifikovanými osobami a nařizuje upřednostňovat co nejméně invazivní vyšetření. Tyto požadavky mají zajistit dosažení co nejspolehlivějších výsledků. Nicméně pokud i pro provedení lékařského vyšetření stále panují pochybnosti o věku osoby, je nutno ji považovat za nezletilou.

² Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/32/EU ze dne 26. června 2013 o společných řízeních pro přiznávání a odnímání statusu mezinárodní ochrany (přepřacované znění).

³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/95/EU ze dne 13. prosince 2011 o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochrany, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany (přepřacované znění).

Jak původní, tak i platná procedurální směrnice počítají s postupy k určení věku jako s tzv. „*may clause*“ – tedy neukládají povinnost zkoušky věku provádět, ale pro případ, že je státy provádějí, jim k tomu stanovují podmínky.

Návrh nového azylového procedurálního nařízení⁴ z roku 2016, tedy nástroje zatím nedokončené třetí fáze budování společného evropského azylového systému, která má za cíl další harmonizaci nebo spíše až unifikaci společných pravidel, se metodám určování věku věnuje také, s podobným obsahem jako nynější procedurální směrnice. Posuzování věku je věnován samostatný čl. 24. Je však nutno zdůraznit, co mohlo méně pozornému čtenáři uniknout, že nový nástroj bude mít podobu nařízení, a nikoli směrnice, jako tomu je doposud. Rozdílům mezi nařízením a směrnicí se článek nevěnuje, protože je předpokládána znalost těchto unijních právních nástrojů. Oproti stávající směrnici návrh explicitně uvádí nelékařské metody určování věku. V prvotním návrhu Evropské komise tedy nejde pouze o prioritizaci nelékařského vyšetření, ale přímo se například uvádí „psychosociální posouzení“ jako druh této nelékařské metody určování věku. Návrh dále výslovně potvrzuje stávající výklad, že odmítnutí lékařské prohlídky nezletilou osobou bez doprovodu nebo jejím opatrovníkem lze považovat pouze za vyvratitelnou domněnku, že žadatel není nezletilá osoba, a nebrání rozhodujícímu orgánu, aby rozhodl o žádosti o mezinárodní ochranu.

Velmi progresivní částí původního návrhu Evropské komise je povinnost členského státu uznat výsledek posouzení věku, který byl proveden v jiném členském státě i pro řízení probíhající v členském státě, kde se dotčený cizinec nachází. Tento návrh, který byl na pracovní úrovni členskými státy striktně odmítnut, se již v dalších pracovních verzích návrhu neobjevuje. Evropská komise tuto dílčí část návrhu nijak zvlášť aktivně neobhajovala. Důvodová zpráva k návrhu nového azylového procedurálního nařízení k tomuto ustanovení mlčí, nelze tedy uvést pohnutky Evropské komise pro předložení takového návrhu. Nicméně pokud známe celkový obraz reformy společného evropského azylového systému, zapadá vzájemné uznávání provedených zkoušek věku do mozaiky postupujícího vzájemného propojování národních azylových systémů, které se projevuje i v ostatních částech návrhu procedurálního nařízení a v dalších verzích. Není sporu o tom, že cílem Komise bylo upřednostnit určení věku jakoukoliv nelékařskou metodou před vyšetřením lékařským, které je i Evropským podpůrným úřadem pro otázky azylu (dále jen „EASO“) považováno až za poslední řešení v řadě (viz dále).

Rozborem dalších pracovních verzí návrhu nového azylového procedurálního nařízení, které byly projednávány v pracovních orgánech Rady Evropské

⁴ Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o zavedení společného postupu pro mezinárodní ochranu v Unii a o zrušení směrnice 2013/32/EU, ref. č. 11317/16.

unie, se ukázalo, že kromě vzájemného uznávání zkoušek věku byla pro větší část delegací členských států problematická i výslovná silná akcentace nelékařských metod určování věku, a to zejména uvedení psychosociálního vyšetření. Poslední pracovní text návrhu nařízení (z března 2019) počítá s možností použití lékařského vyšetření pro určení věku jako s možností krajní, a to za situace, kdy i po všech vyjádřeních či po posouzení dalších dostupných informací, a to jak od samotného nezletilého, tak dalších příbuzných nebo opatrovníků, či dalších osob, nebo z jiných zdrojů (např. informace od jiných členských států či jimi prováděné zkoušky apod.), stále existují důvody se domnívat, že daná osoba není nezletilá. Možnost uznat zkoušky věku provedené v jiném členském státě zůstala v návrhu pouze jako „may“, tedy volitelný postup.

Co však postupem projednávání nezůstalo „may“, ale změnilo se prozatím na „shall clause“, tedy na povinně aplikovatelné ustanovení, je samotné provádění určení věku. Odstavec 1, původně navržen jako „may“ ustanovení, figuruje v poslední verzi návrhu v podobě „shall assess“ – tedy členské státy budou povinny určení věku za podmínek stanovených čl. 24 provádět. Za povšimnutí stojí rovněž změna názvu článku 24 z původního „*Medical examination of unaccompanied minors*“ na „*Age assessment of minors*“.

V tomto ohledu stojí za zmínku skutečnost, že návrh azylového procedurálního nařízení předpokládá provádění lékařského vyšetření k určení věku i v případech doprovázených nezletilých. Na jednu stranu je tento návrh pochopitelný a z expertního pohledu akceptovatelný, protože si lze představit situace, kdy ani u doprovázeného dítěte nebude jeho věk zřejmý. Na druhou stranu lze uvést, že u doprovázených nezletilých budou k dispozici častěji vyjádření zákonných zástupců nebo jiných dospělých příbuzných, a tedy bude snadnější věk cizince zjistit bez použití ať už lékařských, nebo nelékařských metod určování věku. U doprovázených nezletilých panují pochybnosti i o tom, že by určování věku bylo účelné, doporučení a efektivní, a to zejména ve srovnání s tím, že některé členské státy neprovádějí zkoušky věku prozatím ani u nezletilých cizinců bez doprovodu.

Návrh azylového procedurálního nařízení se k 31. 7. 2019 projednával stále v rámci Rady Evropské unie, nezapočala tedy prozatím oficiální jednání nad podobou návrhu s Evropským parlamentem (za účasti Evropské komise). Výsledný text se proto od představených pravidel pro určování věku může lišit.

2.2 Národní právo

Do českého práva, tj. do zákona o azylu⁵, bylo lékařské vyšetření věku v případě důvodných pochybností včleněno zákonem č. 379/2007 Sb., kterým byla do národního právního řádu transponována azylová procedurální směrnice první generace. Dikce tehdejšího ustanovení § 89 odst. 3 uváděla, že v případě pochybností o uváděném věku *se provede* (sic!), nikoliv např. může se provést, lékařské vyšetření za účelem zjištění věku. Důvodová zpráva odkazuje na využití možností předpokládaných unijním azylovým právem. Uvedené znění ustanovení § 89 odst. 3 zákona o azylu zůstalo účinné do dnešních dnů. Je možné si položit otázku, zda je transpozice unijního práva provedena v tomto ohledu řádně s ohledem na fenomén tzv. *gold-platingu*. Procedurální směrnice – jak současná, tak i předchozí z roku 2005 – dává v tomto ohledu členským státům volnost prostřednictvím již uváděné „*may clause*“, která jednoznačně indikuje volnost členských států si národní úpravu a praxi přizpůsobit k obrazu svému při dodržení směrnici daných podmínek.

V zákoně o pobytu cizinců⁶ se úprava metod posouzení věku u nezletilých bez doprovodu, tedy přesněji řečeno slovy zákona „úkonů ke zjištění věku cizince“, objevuje až novelou č. 427/2010 Sb., kterou byla do národního práva provedena tzv. návratová směrnice 2008/155/ES⁷. Novelou č. 176/2019 Sb. účinnou od 31. 7. 2019 se do zákona o pobytu cizinců doplňují ustanovení, která rozšiřují stávající dikci § 124 zákona o pobytu cizinců, a to o informační povinnost Policie ČR vůči nezletilému bez doprovodu o všech aspektech a možných důsledcích úkonů směřujících ke zjištění věku. Explicitně se dále doplňuje stejný princip, který je již zakotven v zákoně o azylu, tedy že pokud se cizinec odmítne podrobit úkonům směřujícím k určení jeho věku, může být považován za zletilého. Pokud však není určení věku průkazné, je potřeba na cizince hledět jako na nezletilého. Totožná úprava se doplňuje i do ustanovení § 129, které upravuje zajištění za účelem předání podle mezinárodní smlouvy (readmisní dohody) nebo předání podle tzv. dublinského nařízení 604/2013⁸. Jde o provedení dohody s veřejnou ochránkyní práv učiněné v rámci vypořádání připomínek v legislativním procesu v roce 2017.

⁵ Zákon č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů.

⁶ Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých předpisů, ve znění pozdějších předpisů.

⁷ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/115/ES ze dne 16. prosince 2008 o společných normách a postupech v členských státech při navracení neoprávněně pobývajících státních příslušníků třetích zemí.

⁸ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 604/2013 ze dne 26. června 2013, kterým se stanoví kritéria a postupy pro určení členského státu příslušného k posuzování žádosti

3. POHLED DO SOUČASNOSTI

Ministerstvo vnitra a Policie ČR, které vedou správní řízení o pobytovém statusu, mezinárodní ochraně nebo řízení, jehož předmětem je neoprávněný pobyt v České republice, se v případech nezletilých bez doprovodu nespolehají pouze na rentgenové vyšetření zápěstních kůstek, jak je kritiky současného postupu namítáno. Důležitou součástí celého procesu určení věku nezletilého bez doprovodu je, ve větší či menší míře, také uvážení samotného správního orgánu o tom, zda panují pochybnosti o udávaném věku a zhodnocení veškerých dostupných informací tak, aby šlo o co nejvíce holistický přístup k určení věku cizince, který uvádí, že je nezletilý.

S ohledem na aktuální migrační situaci, kdy uvnitř schengenského prostoru probíhají čilé sekundární pohyby cizinců, ať už těch bez platného pobytového oprávnění, tedy v nelegálním postavení, nebo žadatelů o udělení mezinárodní ochrany (kteří rovněž nejsou oprávněni v rámci schengenského prostoru cestovat), mohla by být vhodným zdrojem informací o věku konkrétního cizince i informace z jiného členského státu, kde osoba v minulosti např. požádala o mezinárodní ochranu. Příkladem může být „dublínský případ“ z minulých let, kdy Česká republika řešila případ cizinců, kteří o sobě tvrdili, že jsou nezletilí. Bez dokladů totožnosti se objevili na území České republiky s tvrzením, že jejich rodiče pobývají na území Spolkové republiky Německo. V tomto konkrétním případě nebylo sloučení těchto domnělých nezletilých s rodiči v Německu německými kompetentními orgány akceptováno. Německo disponovalo výsledkem lékařského vyšetření zaměřeného na věk těchto osob a výsledek tohoto zkoumání prokázal, že osoby jsou zletilé.

V současné době, jak už bylo zmíněno v úvodu, je v případě potřeby určení věku používáno rentgenové vyšetření zápěstních kůstek osoby, která o sobě tvrdí, že je nezletilá. Stanovení tzv. biologického věku, který určuje stupeň biologické vyzrálosti dětského organismu, je důležitou pomůckou pro diagnostiku v řadě pediatrických oborů. Prozatím jednou z nejspolehlivějších forem tohoto stanovení je právě odhad kostního věku pomocí rentgenování oblasti zápěstí ruky pomocí metody TW3 (Tanner-Whitehouse 3). Výhodou této metody je, že vykazuje vysokou korelační závislost s lineárním růstem, v pubertě i se sexuální zráním a přímo odráží regulační aktivitu hlavních hormonálních os na celkový růst dítěte. Má rovněž malou interindividuální variabilitu (dobře totiž zohledňuje rozdíly mezi pohlavími a reflektuje rovněž

o mezinárodní ochranu podané státním příslušníkem třetí země nebo osobou bez státní příslušnosti v některém z členských států (přepřacované znění).

trend urychlení kostního zrání u současné populace dětí) a jasně definovaná stadia kontinuálně pokrývající růstové období.⁹

Metoda rentgenového vyšetření zápěstních kůstek TW3 je převažující metodou v České republice, dostupnou ve větší míře a bez problémů administrativního charakteru právě pro účely určování věku nezletilých cizinců bez doprovodu. Metoda rentgenového vyšetření samotná má své výhody, ale samozřejmě také nevýhody. Jako nespornou výhodu lze označit zejména to, že je to metoda relativně levná a zároveň rychlá. Metoda samozřejmě není úplně přesná z hlediska určení konkrétního věku, může pouze zodpovědět otázku, zda jsou štěrbiny v zápěstních kůstkách již naplno uzavřené, a jde tedy o dospělého, či tento vývoj ještě dokončen není. Výsledkem posouzení tak není stanovení konkrétního věku jedince. Ač metoda pracuje s řadou interindividuálních odlišností, je kritizována mnohými odborníky, a to z rozličných důvodů. Nejčastěji proto, že nezohledňuje dostatečně interrasové či interkontinentální rozdíly, což jsou v kontextu migrace objektivní ukazatele. Proto bylo v minulých letech voláno, a to s různou intenzitou, po zavedení nové metody pro určování věku.

Určování věku u nezletilých bez doprovodu je tématem také pro EASO. V roce 2018 vydalo rozsáhlou publikaci o určování věku *EASO practical guide on age assessment*¹⁰, která se tématem zabývá velmi široce. Jde o aktualizované vydání publikace se stejným tématem z roku 2013. Publikace není nijak právně závazná, jedná se pouze o doporučení, ale je cenná zejména kvůli své ucelenosti. Obsahuje jak právní aspekty celého procesu, tak rovněž praktické návody, jak pracovat s nezletilým a určit jeho věk. V podrobnostech odkazujeme na zmíněnou publikaci. Nelze nezmínit, že příručka upřednostňuje určení věku u cizince prioritně bez jakéhokoliv použití metod k určení věku, a to ať už lékařských, nebo dokonce i nelékařských – hodnocení je tak primárně svěřeno pracovníkům rozhodujícího orgánu. Pokud jde o lékařské metody určování věku, EASO uvádí i jiné metody s vyloučením rentgenových paprsků. Striktně je vyloučeno jakékoliv vyšetření, které by se dotýkalo lidské důstojnosti. Metody, kdy je používáno rentgenové záření, jsou označovány jako „*measures of last resort*“, protože jde o metody invazivní. Nicméně zakázány nejsou (viz výše), což připouští rovněž EASO a doporučuje tzv. kaskádový přístup k určení věku, což odráží i trend v unijním právu. Publikace rovněž zmiňuje, že

⁹ DANIŠ, R. *Kvantifikace rozdílů v osifikaci pásem ruky metodou TW3 u pacientů s hypotyreórou – možnost diagnostického využití*. Praha, 2013. Diplomová práce UK Praha, Přírodovědecká fakulta, Katedra antropologie a genetiky člověka, s. 9, 12, 13.

¹⁰ *EASO practical guide on age assessment*, second edition, EASO Practical Guides Series, 2018. Dostupné z: <https://easo.europa.eu/publications/easo-practical-guide-age-assessment-second-edition>

žádnou z metod nemůžeme považovat za naprosto přesnou a odchylka 1 až 2 roky je přípustná.

V případech, kdy cizinci budou na hranici zletilosti, nebude možné s jistotou věk posoudit žádnou z dostupných metod.

4. PILOTNÍ PROJEKT URČOVÁNÍ VĚKU U NEZLETILÝCH CIZINCŮ BEZ DOPROVODU NELÉKAŘSKOU METODOU

Problematika metod určování věku byla naposledy oficiálně vznesena v průběhu roku 2017 veřejnou ochránkyní práv v rámci mezirezortního připomínkového řízení k nedávné novele zákona o pobytu cizinců a zákona o azylu. Závěr vypořádání připomínky směřující k povinnému zakotvení preference jiných než lékařských metod byl, že se ministerstvo vnitra bude dané věci věnovat nejprve nelegislativně a pokusí se ve spolupráci jak s pracovníky Kanceláře veřejné ochránkyně práv (dále jen „Kancelář“), tak s dalšími odborníky nalézt v rámci pilotního projektu vhodný nástroj, kterým by bylo možné určit věk nezletilého cizince bez doprovodu primárně nelékařskou neinvazivní metodou.

Nová metoda, která byla nakonec vybrána, a to po několika konzultacích a seminářích (viz dále), je založena na strukturovaném rozhovoru, který s nezletilým provádějí společně dva speciálně vyškolení psychologové za přítomnosti tlumočnicka. Oba psychologové posléze vypracují zprávu, která slouží jako podklad pro vydání rozhodnutí v konkrétním správním řízení, které je vedeno s nezletilým bez doprovodu. Prvotně jde o řízení ve věci mezinárodní ochrany nebo řízení o předání do odpovědného členského státu podle tzv. dublinského nařízení, anebo se může jednat o řízení o správním vyhoštění či řízení o povinnosti opustit území členských států.

Cílem pilotní fáze projektu by tedy mělo být otestovat možnost zavedení alternativní metody určování věku nezletilých bez doprovodu a tuto nelékařskou metodu případně vhodně kombinovat se zavedenou metodou rentgenu zejména zápěstních kůstek (s ohledem na konkrétní situaci posuzovaného jedince, který o sobě tvrdí, že je nezletilý). V pilotní fázi projektu by mělo být prováděno jak psychologické, tak lékařské vyšetření pro účely vyhodnocení a porovnání výsledků obou metod. Ministr vnitra realizaci projektu schválil v říjnu 2018.

4.1 Přípravné semináře, metodická příručka

Před vlastním spuštěním projektu proběhlo několik konzultací s pracovníky Kanceláře a pražské pobočky UNHCR (Úřadu vysokého komisaře OSN

pro uprchlíky). Jejich smyslem bylo nalézt základní obrysy budoucí metody. Nejprve bylo dohodnuto vypracování metodiky, která by shrnovala potřebné informace a postupy, zejména pokud jde o vedení psychologů při přípravě na rozhovor, během samotného rozhovoru a při vypracování konečné zprávy. V této souvislosti byly organizovány dva semináře mimo jiné i s participujícími psychology, jejichž vytipování provedli pracovníci Kanceláře. První ze seminářů proběhl v prosinci 2018 v sídle ministerstva vnitra v Praze. Cílem tohoto setkání bylo získání zkušeností od zahraničních expertů a nalezení nejvhodnějšího nastavení jak procesních stránek celého projektu, tak především samotného posouzení věku. Ze zkušeností zahraničních odborníků vyplynulo, že existuje více modelů, jež se aktuálně v zahraničí používají – například v Irsku se jedná o pohovor se sociálními pracovníky. Byť jde o poměrně propracovaný systém, je třeba říci, že nejde o odborné posouzení ve smyslu psychologickém/lékařském.

Velmi diskutovanou otázkou na tomto prvním semináři bylo složení týmu odborníků, kteří by provedli zhodnocení věku v podmínkách ČR. Finální varianty se jevily dvě: a) tým složený z psychologa a tlumočnicka/kulturního mediátora, b) tým složený ze dvou psychologů a tlumočnicka. Po zvážení všech relevantních argumentů bylo přikročeno k variantě druhé, tedy tým dvou proškolených psychologů a tlumočnicka bez konkrétního proškolení v této vysoce odborné a zároveň citlivé oblasti. Tato varianta byla silně preferována zejména ze strany některých psychologů, kteří se do diskuzí zapojili od samého začátku úvah o projektu. Hlavním argumentem byla možnost vzájemné konzultace, tj. jistý *double-check*, umožňující, v rámci možností, co nejobektivnější posouzení.

Na základě podrobných diskuzí s participujícími psychology, pracovníky Kanceláře a rovněž po vyslechnutí zkušeností kolegů ze zahraničí, byla oslovenou nezávislou externí expertkou vypracována *Metodická příručka pro určování věku nezletilých bez doprovodu pomocí psychologického posouzení*. Tato příručka obsahuje řadu stěžejních okruhů pro provedení posouzení, zejména pak tyto:

- a) kdo je nezletilým bez doprovodu,
- b) kdy je potřeba nechat věk odborně posoudit,
- c) jak provádět posouzení věku v tomto pilotním projektu,
- d) co má být výstupem posouzení,
- e) procesní aspekty (místo provedení posouzení, lhůty, předání výsledků posouzení).

Důležitou součástí příručky je též formulář s *Poučením nezletilého cizince bez doprovodu o posouzení věku*. Toto poučení, které předpokládá zákon, je zcela nezbytné, neboť posuzovaná osoba má právo odmítnout provedení

psychologického vyšetření. V současné době existuje již několik jazykových mutací tohoto poučení v jazycích, které jsou nejvíce používány nezletilými bez doprovodu přicházejícími na území České republiky. Pokud by poučení nebylo v konkrétní jazykové mutaci k dispozici, v rámci správního řízení a případně i mimo něj tlumočnick poučení osobě přetlumočí.

Druhý seminář byl organizován v prostorách Kanceláře v Brně v březnu 2019. Na semináři byla představena v tu dobu již téměř hotová příručka všem osloveným participujícím psychologům a dalším přítomným odborníkům (pracovníci specializovaného školského zařízení pro děti cizince, zástupci nevládního sektoru, pracovníci UNHCR apod.). V rámci setkání proběhla velmi konkrétní a konstruktivní diskuze, a to i s pozvaným odborníkem z Irska, který navrženou příručku rovněž okomentoval. Účastníci semináře se zejména vyjadřovali ke lhůtám uvedeným v příručce pro provedení posouzení věku, které musí být díky dopadům na postavení osoby velmi krátké. Diskutována byla rovněž předpokládaná náročnost celého procesu přípravy na vedení pohovoru. Panovala shoda na tom, že jde o pilotní projekt a postupy je nutné vyzkoušet v praxi.

4.2 Praktické zkušenosti, problematické body

Ministerstvo vnitra nastavilo mechanismus interní spolupráce. Projektu se věnují mimo své běžné činnosti dva plně zastupitelní pracovníci, byla navázána i spolupráce s Ředitelstvím služby cizinecké policie, zařízeními pro zajištění cizinců a rovněž se zařízeními pro děti-cizince. První dvě psychologická posouzení věku dítěte se uskutečnila v květnu roku 2019. V obou případech šlo o chlapce, státní příslušníky Guineje, kteří toho času pobývali v zařízení pro děti-cizince v Praze. V prvním případě byl výsledkem komplexního posouzení a obsáhlé zprávy závěr, že nelze vyloučit, že posuzovaná osoba je nezletilá a kvalifikovaný psychologický odhad věku cizince se pohyboval v rozpětí 17–19 let. I v druhém případě byl výsledkem posouzení výrok, že nelze vyloučit, že posuzovaná osoba je nezletilá a kvalifikovaný psychologický odhad věku cizince se pohyboval v rozpětí 16–18 let. Ani v jednom případě tedy posouzení nevedlo k jednoznačnému závěru, že jde či nejde o nezletilou osobu. Obdobně nejednoznačné byly i výsledky vyšetření lékařkou metodou. Na oba chlapce proto bylo i nadále pohlíženo jako na nezletilé. Psychologové, kteří prováděli posouzení, uváděli, že chlapci s nimi sice spolupracovali, ale bylo zřejmé, že je rozhovor pro ně traumatizující, neboť byli nuceni se vracet k událostem ze svého života, o kterých již mluvili několikrát při jiných příležitostech.

I v měsících následujících se objevilo několik případů, kdy by bylo vhodné přikročit k psychologickému posouzení věku cizince. Ministerstvo vnitra vždy

postupovalo dle příručky a oslovilo psychology s požadavkem na urychlené provedení posouzení s ohledem na to, že většina potencionálně vhodných cizinců se nacházela v zařízení pro zajištění cizinců. V takové situaci předpokládá příručka provedení posouzení v řádu dnů. Ani v jednom případě se nepodařilo psychology zajistit, a to z důvodu jejich zaneprázdněnosti s ohledem na blížící se konec školního roku, který je z hlediska dětského psychologa problematickým obdobím. Psychology se však nedařilo zajistit ani v průběhu července, protože léto je obecně ve znamení dovolených. Je nutno konstatovat, že někteří psychologové na žádost nereagovali vůbec, u jiných byla komunikace sice rychlá, nicméně bez nalezení časového okna pro provedení vyšetření.

Největším úskalím pilotního projektu je prozatím časová dostupnost, resp. nedostupnost psychologů. Z povahy věci a v souladu s metodickou příručkou je v případě indikace existence osoby bez doprovodu, u které je pochybnost o věku, nutný rychlý a bezodkladný postup. Bohužel se v praxi ukazuje, že sladit v napjatém termínu dva psychology a tlumočnicka je velmi náročné, spíše až nemožné. Vzhledem k tomu, že pro pilotní fázi projektu byli vytipováni dětští psychologové s vysokou specializací, je jejich zaneprázdněnost pochopitelná. Ukazuje se však, že prvotní preference psychologů, aby při posouzení byli přítomni dva z nich, je hlavním faktorem znemožňujícím efektivní realizaci projektu.

Další komplikací kromě časové nedostupnosti je fakt, že dotčení cizinci se zpravidla nachází v zařízeních, která jsou z místa bydliště/pracoviště psychologů špatně dostupná. Rovněž nutnost dlouhé cesty do zařízení komplikuje časovou dostupnost psychologů. V současné době je spolu s Ředitelstvím služby cizinecké policie hledáno řešení spočívající například v možnosti uskutečnění posouzení i mimo zařízení pro zajištění cizinců.

Nelze nezmínit i dvě další nevýhody. První z nich je časová náročnost pro pracovníky ministerstva vnitra, kteří musí vždy kontaktovat všechny psychology, v některých případech i telefonicky. Následně se pokoušejí nalézt termíny vyhovující alespoň dvěma psychologům, což mnohdy připomíná „hru lodě“. Druhou nevýhodou je velká finanční nákladnost provedení posouzení.

4.3 Východiska do budoucna

Již nyní je zřejmé, že případná další realizace projektu musí být modifikována. Případné úpravy, o kterých se ale ještě nevedou ani interní diskuze, by se měly zaměřit zejména na zajištění větší flexibility, dostupnosti a snížení nákladovosti posuzování věku nelékařskou metodou. V úvahu přicházejí různé varianty a kombinace, vyžadující pečlivé prozkoumání a zodpovězení rozličných otázek, které se nabízejí již dnes. Například, zda je zapotřebí při

nelékařském posuzování věku nezletilých cizinců bez doprovodu trvat na nezávislosti posuzovatelů věku vůči správním orgánům, který si posouzení zadal (viz příručka EASO). Do jaké míry a v jakých situacích bychom mluvili o střetu zájmů? Bylo by možné například využít služeb policejních psychologů? Jako další z možných variant modifikace projektu do budoucna se nabízí obměna seznamu spolupracujících psychologů, a to zejména s důrazem na jejich větší časovou flexibilitu a vhodnější geografické rozložení v rámci ČR (s ohledem na rozmístění zařízení, ve kterých cizinci pobývají). Případně je zvažována též změna složení týmu tak, že by jej tvořil pouze jeden psycholog a jeden tlumočník. Další možností je vytipovat pro provedení posouzení i jiné profese, například sociální pracovníky, kteří mají s prací s mládeží zkušenost. Vzhledem k tomu, že výstupem posouzení není znalecký posudek, jsou tyto úvahy relevantní.

Prozatím je pokračováno v realizaci pilotního projektu, k jeho vyhodnocení by mělo dojít na konci roku 2019.

5. ZÁVĚREM

Lze kvitovat, že vedení ministerstva vnitra dalo výše popsanému pilotnímu projektu zelenou. Uvědomujeme si, že je nutné najít metodu (či se o to alespoň pokusit), která by dosud používané lékařské vyšetření doplnila. Bylo by vhodné diskutovat o možných dalších krocích i s odbornou veřejností a dalšími zainteresovanými rezorty. Budoucí metoda posouzení věku nezletilého cizince bez doprovodu nelékařskou metodou však musí být ve své podstatě jednoduchá, levná, flexibilní a s co nejprůkaznějšími výsledky. Zda bude v silách státních orgánů České republiky takovou metodu najít, to ukáže až čas.

E. Zahraniční příspěvky

Human Rights of Asylum Seekers in Jurisprudence of the European Court of Human Rights

Enis Omerović, Lejla Zilić, Amina Hasanović
and Almir Jarić*

1. INTRODUCTION

1.1 What is asylum?

*“The institute of asylum has existed for as long as human community existed as an individual has always sought for a safe sanctuary.”*¹ It derives from natural law. In international law, there is no definition of the term “asylum”² nor is there an international treaty on the subject matter³. However, legal doctrine (as well as domestic laws) provides certain definitions and understanding of this term, though it is still sometimes quite a vague notion. *“It is a right of a State to give sanctuary to an alien⁴ who is under its control and who is considered to be endangered.”*⁵ *“Asylum is protection that one State gives to an individual upon his request on its territory⁶ or within certain objects that are not part of its territory⁷ but are within the jurisdiction of its institutions.”*⁸ Due to exercising its sovereignty, each State

* University of Zenica, School of Law.

¹ KONAKOVIĆ, S. Pojam i suština azila. *Pravna misao* (Sarajevo). 2012, br. 5-6, p. 47. On history of asylum see: *Ibid.*, pp. 48–50.

² JASTRAM, K., AHIRON, M. *Zaštita izbeglica – Vodič kroz međunarodno izbegličko pravo*, Priručnik za parlamentarce No. 2, Visoki komesarijat za izbeglice Ujedinjenih nacija i Interparlamentarna unija, 2001, p. 20.

³ The 1951 Convention relating to the Status of Refugees does not contain specific provisions on the treatment of asylum-seekers. It remains, nevertheless, an important point of departure for considering standards of treatment for the reception of asylum-seekers.

⁴ Or a stateless person.

⁵ See DIMITRIJEVIĆ, V., PAUNOVIĆ, M. (in collaboration with ĐERIĆ, V.) *Ljudska prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava, Dosije, 1997, p. 263.

⁶ Refers to as a territorial asylum.

⁷ It is to be considered as an extraterritorial (diplomatic) asylum which is granted in the premises of diplomatic representation, military vessel, military base and military aircraft.

⁸ KREĆA, M. *Međunarodno javno pravo*. 10th ed. Beograd: Pravni fakultet, 2018, p. 584.

has the right to accept an alien on its territory with no duty upon its side to give any kind of explanation to any State.⁹ Therefore, giving asylum to an individual represents the right of a State which is in its essentials a peaceful and humane act.¹⁰ It is “[p]roviding sanctuary to persons who have fled from their own country due to political persecution or a fear of prosecution as a response to principles of humanity.”¹¹ “Political asylum is refuge granted to a person on political grounds.”¹² It might be stated that the term asylum is applied when a human being finds himself in “serious danger”¹³ and when that individual seeks international protection then it is stated this person is seeking “asylum”.¹⁴ The Declaration of the United Nations General Assembly (UNGA), which represents a non-binding instrument, declares that asylum “is a peaceful and humanitarian act and that, as such, it cannot be regarded as unfriendly by any other State.”¹⁵

This leads us to a statement that “international law does not guarantee to individuals the right to asylum” – for them to receive the protection of another State once they must make a request¹⁶, perhaps following the view that “international law does not require a State to admit asylum seekers”¹⁷. According to Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) from 1948:¹⁸ “(1) Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution. (2) This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes¹⁹ or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.”²⁰ One could state that a decision of

⁹ DEGAN, V. Đ. *Međunarodno pravo*. Zagreb: Školska knjiga, 2011, p. 476.

¹⁰ Ibid.

¹¹ ANDRASSY, J. et al. *Međunarodno pravo 1*. Zagreb: Školska knjiga, 2010, p. 361.

¹² MARTIN, E. A. (ed.) *A Dictionary of Law*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 370.

¹³ JASTRAM, K., AHIRON, M., op. cit. 2, 2001, p. 141.

¹⁴ *Evropsko pravo o azilu kroz sudsku praksu – Vodič za sudije, donosiocce odluka i praktičare*, 2016, the AIRE Centre, p. 17.

¹⁵ UNGA Declaration on Territorial Asylum, Resolution A/RES/2312(XXII), 14 December 1967; Article II(2) of the Organization of African Unity Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa from 1969.

¹⁶ DEGAN, V. Đ., op. cit. 9, p. 477. See also: ANDRASSY, J., BAKOTIĆ, B., VUKAS, B. *Međunarodno pravo 1*. Zagreb: Školska knjiga, 1998, p. 290.

¹⁷ WALLACE, R. M. M., MARTIN-ORTEGA, O. *International Law*. 8th ed. London: Sweet & Maxwell, 2016, p. 216.

¹⁸ UNGA Resolution 217 A of 10 December 1948.

¹⁹ “The right to seek and to enjoy asylum may not be invoked by any person with respect to whom there are serious reasons for considering that he has committed a crime against peace, a war crime or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes.” [Article 1(2) of the UNGA Declaration on Territorial Asylum].

²⁰ Article 18 (right to asylum) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union [Official Journal of the European Communities (2000/C 364/01)] stipulates that “[t]he right

a State to allow or to refuse the asylum belongs solely to its discretionary power. *“It shall rest with the State granting asylum to evaluate the grounds for the grant of asylum.”*²¹ The only limitation of its discretionary power could be found in international law, particularly in those rules that provide in what situations the asylum cannot be granted.²² General limitation is that asylum is to be connected to political offence for which, it seems, there is no generally accepted definition.²³ Individual restrictions, from the other side, are principally found in treaties on extradition, treaties on non-political criminal acts (ordinary crimes)²⁴, and treaties on establishing military base(s) on a foreign territory.²⁵

From the international human rights law perspective, *“[t]he institution of asylum is the essence and foundation of international protection for victims of persecution and violence.”*²⁶ Therefore, *“asylum is vital not only for ensuring the right to life and security but also for hindering other human rights violations.”*²⁷ *“The right to asylum substitutes for national protection to meet the basic needs of the individuals which are not met in their home countries.”*²⁸ That is to state that *“the protection of an individual’s rights from the danger has become a matter of all humanity”*²⁹. This is obvious from the standpoint of universal human rights approach where this is to be considered as an obligation *erga omnes* as all States have a common interest in the protection of human rights.³⁰ This thinking reflects the thesis that the right of asylum is an individual right, the right that the international legal order gave to an

to asylum shall be guaranteed with due respect for the rules of the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and in accordance with the Treaty establishing the European Community.”

²¹ Article 1(3) of the UNGA Declaration on Territorial Asylum.

²² KREĆA, M., op. cit. 8, p. 584.

²³ “An offence committed for a political purpose or inspired by a political motive, for which the alleged offender cannot be extradited [...] or surrendered as a fugitive offender. The act could be a combination of a politically motivated but criminally implemented act, or it may be more narrowly political, or it may be criminal activity that resulted from an attempt to escape a political system or discriminatory persecution.” MARTIN, E. A., op. cit. 12, p. 370.

²⁴ Such as the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters from 1959.

²⁵ KREĆA, M., op. cit. 8, p. 586.

²⁶ See: CHOWDURY, S. R. A Response to the Refugee Problems in Post Cold War Era: Some Existing and Emerging Norms of International Law. *International Journal of Refugee Law*, 1995, Vol. 7, p. 102; ÖZTÜRK, M. I. The Relationship Between International Human Rights Law and International Refugee Law. *Human Rights Review*, 2017, Year 8, issue 14, p. 119.

²⁷ ÖZTÜRK, M. I., op. cit. 26, p. 119.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid, p. 120. See: CHOWDURY, S. R., op. cit. 26, p. 110.

individual as a subject of international law.³¹ It could be noted the presented approach in certain aspects contradicts state territorial sovereignty as well as the state practice – as we could have seen there are two premises the asylum is based: the state sovereignty and the humane principle and peacefulness. With this respect, “[s]tates granting asylum shall not permit persons who have received asylum to engage in activities contrary to the purposes and principles of the United Nations.”³²

The asylum could be seen through the eyes of a contemporary human rights protection where a State has an international obligation to protect not just its own citizens but “everyone who comes within the jurisdiction of the instrument concerned.”³³ In this sense Article 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) is to be understood as providing that the parties “shall secure to everyone within their jurisdiction” the rights enshrined in the Convention. “Customary international rules on respect for human rights impose upon any State the obligation to respect the fundamental human rights of its own nationals, of foreigners residing or passing through its territory, as well as stateless persons.”³⁴

The abovementioned is a description of a territorial asylum.³⁵ Diplomatic asylum is not an institute of general international law as it is mostly practiced in the countries of Latin America which, consequently, is to be understood as an expression of regional international law³⁶ and represents derogation from sovereignty of the territorial State.³⁷

In the European Union (EU) regional European law has been developed in the sense of the European Union *acquis* related to asylum³⁸. The European Union has adopted a package of measures under the name Common European

³¹ KREČA, M., op. cit. 8, p. 584. Although it is debatable in science, contemporary practice shows a more pronounced tendency of a recognition of international legal personality to an individual (KRIVOKAPIC, B. *Aktuelni problemi međunarodnog prava*. Beograd: Službeni glasnik, 2011, p. 143 et seq). Compare with: SHAW, M. N. *International Law*. 6th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 257–259.

³² Article 4, 1967 Declaration.

³³ KLABBERS, J. *International Law*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 132.

³⁴ CASSESE, A. *International Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 123.

³⁵ For more, see: GRAHL-MADSEN, A. Asylum, Territorial. In: Bernhardt, R. (ed.) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Instalment 8. Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland, 1985, pp. 42–46.

³⁶ Whether this type of asylum is a regional customary international law, see: ICJ, Haya de la Torre Case, Judgment of June 13th, 1951: I. C. J. Reports 1951, p. 71.

³⁷ More on diplomatic asylum: BARBERIS, J. A. Asylum, Diplomatic. In: Bernhardt, R., op. cit. 35, pp. 40–42.

³⁸ Compare with the status of persons under subsidiary and temporary protection – an institute known in the EU.

Asylum System (CEAS)³⁹ which together with the jurisprudence of the EU Court of Justice make the EU *acquis* in regards to asylum and is applicable in all EU member states.⁴⁰

1.2 Who is a refugee?

It is to be emphasized that asylum has become a general term for all aspects of protection that one State grants to refugees⁴¹ on its territory.⁴² However, not all refugees ask for the asylum to be granted. Specifically, a political refugee would seek international protection through “host State”⁴³ and thus will become an asylum seeker⁴⁴. Asylum means the basic protection – the prohibition of a forced return of refugees on the territory where their lives or freedom would be endangered, the right to residence permit on the territory of a State granting an asylum and humane standards of treatment.⁴⁵ UNGA Declaration on Territorial Asylum provides in Article 3 that no person “shall be subjected to measures such as rejection at the frontier or, if he has already entered the territory in which he seeks asylum, expulsion or compulsory return to any State where he may be subjected to persecution.” This is the principle of general customary international law (principle “*non-refoulement*”) that has its legal basis in hard international law, particularly in Article 33 of the Convention relating to the Status of Refugees from 1951 (Refugee Convention)⁴⁶ as well as in Article 3 of the Convention against

³⁹ Details on the developments of this system are to be found in: CLAYTON, G. *Textbook on Immigration and Asylum Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

⁴⁰ *Evropsko pravo o azilu kroz sudsku praksu – Vodič za sudije, donosiocje odluka i praktičare*, 2016, pp. 25 et seq. For several EU legal instruments in this regards see: *Ibid*, pp. 25–28.

⁴¹ For more on refugees, see: JAHN, E. Refugees. In: BERNHARDT, R., op. cit. 35, pp. 452–456.

⁴² JASTRAM, K., AHIRON, M., op. cit. 2, p. 20.

⁴³ A State where he or she applies for the status.

⁴⁴ “An asylum-seeker is an individual who is seeking international protection. In countries with individualized procedures, an asylum-seeker is someone whose claim has not yet been finally decided on by the country in which he or she has submitted it.” UNHCR. *UNHCR Master Glossary of Terms*. June 2006, Rev.1, available at: <https://www.refworld.org/docid/42ce7d444.html> [accessed 21 July 2019].

⁴⁵ JASTRAM, K., AHIRON, M., op. cit. 2, p. 141. The 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa stipulates in its Article II(5): “Where a refugee has not received the right to reside in any country of asylum, he may be granted temporary residence in any country of asylum in which he first presented himself as a refugee pending arrangement for his resettlement in accordance with the preceding paragraph.”

⁴⁶ See also the principle of the prohibition on punishment for illegal entry prescribed in Article 31 of the Refugee Convention, and that is applicable to asylum seekers before a formal recognition of their status in a host State.

Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 1984.⁴⁷

Furthermore, the abovementioned standpoint is closely related to Article 13 of the International Covenant on Civil and Political Rights from 1966⁴⁸ where it is provided that “[a]n alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority.” Following this line, the 1967 Declaration also prescribes that an “[e]xception may be made to the foregoing principle only for overriding reasons of national security or in order to safeguard the population, as in the case of a mass influx of persons.”⁴⁹

In accordance with the 1951 Refugee Convention (grounded in Article 14 of the UDHR)⁵⁰ it defines a refugee as a person who is outside his or her country of nationality or habitual residence; has a well-founded fear of being persecuted because of his or her race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion; and is unable or unwilling to avail him – or herself of the protection of that country, or to return there, for fear of persecution.⁵¹ People who fulfil this definition are entitled to the rights and bound by the duties contained in the 1951 Convention.⁵² According to this definition, an individual becomes a refugee when the conditions are met, which means even before the competent authorities of a host State formally recognize that

⁴⁷ UNGA Resolution 39/46 of 10 December 1984. Compare with Article 7 of the ICCPR: “No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment [...]” as well as with Article 3 of the ECHR from 1950: “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.” For detailed study in this regards, see three landmark cases of the Committee against Torture: *Mutombo v. Switzerland* (1993), *Khan v. Canada* (1995) and *Ismail Alan v. Switzerland* (1997).

⁴⁸ UNGA Resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.

⁴⁹ Article 3(2), 1967 Declaration.

⁵⁰ Adopted on 28 July 1951 by the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons convened under General Assembly resolution 429 (V) of 14 December 1950. See also the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees which broadens the applicability of the 1951 Refugee Convention.

⁵¹ See Article 1A(2), 1951 Refugee Convention; Article I(1) of the 1969 OAU Convention. For further study, see the Cartagena Declaration on Refugees (as for the Latin American states) from 1984.

⁵² UNHCR (2011) The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol, 3.

status.⁵³ Under certain conditions, the refugee status equals the nationality status of an individual in a State where a refugee seeks protection.⁵⁴ As being a refugee is a harsh position, without protection, they would be left to themselves.⁵⁵ Moreover, not all persons are entitled for the Convention protection. Individuals who cannot possess a refugee status are the persons for whom there are serious reasons to suspect that they have committed a crime against peace, a war crime, a crime against humanity or a serious non-political crime outside their country of refuge prior to his admission to that country as a refugee; or they are guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.⁵⁶

Hence, the right to asylum is of a key significance for the protection of refugees. The UNHCR⁵⁷ Executive Committee stressed that the institution of asylum is among the most fundamental mechanisms of international protection of refugees⁵⁸ when states apply and implement the abovementioned rules with no discrimination whatsoever.⁵⁹ Asylum therefore gives a framework for the protection and ensures the implementation of the solution of main challenges refugees face with as well as difficulties on the side of host states.⁶⁰ The latter ones are mainly affected in situations of influxes on large scales where there are mixed migration flows which consist of complex population movements including refugees, asylum seekers, economic migrants and other migrants, as well as unaccompanied minors, environmental migrants, smuggled persons, victims of trafficking and stranded migrants.⁶¹ In such mass influxes there is a real risk that among mixed migration flows would be false asylum seekers – that is to say individuals who do not run away from persecution but who truly migrate for better standard of living and other related reasons with their ultimate aim to be settled in developed

⁵³ PAUNOVIĆ, M., KRIVOKAPIC, B., KRSTIĆ I. *Medunarodna ljudska prava*. 7th ed. Beograd: Pravni fakultet, 2018, p. 259.

⁵⁴ SIMOVIĆ, D., STANKOVIĆ, M., PETROV, V. *Ljudska prava*. Beograd: Pravni fakultet, 2018, p. 276.

⁵⁵ PAUNOVIĆ, M., KRIVOKAPIC, B., KRSTIĆ I., op. cit. 53, pp. 259–260.

⁵⁶ Article 1F(a), (b), (c), 1951 Refugee Convention; UNHCR (2011) 3.

⁵⁷ United Nations High Commissioner for Refugees is the UN agency, created in 1950, during the aftermath of the Second World War, to help millions of Europeans who had fled or lost their homes. Categories of people of concern to UNHCR are refugees, internally displaced persons, stateless persons, returnees, asylum seekers.

⁵⁸ UNHCR (1992) Conclusion, No. 28(c).

⁵⁹ SIMOVIĆ, D., STANKOVIĆ, M., PETROV, V., op. cit. 54, p. 276.

⁶⁰ JASTRAM K., AHIRON M., op. cit. 2, p. 55.

⁶¹ See <https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/Country/docs/Mixed-Migration-HOA.pdf> (accessed: 21 July 2019). “International Refugee Law is not static and continues to evolve to address issues such as gender-related persecution, unaccompanied minors and the scope and meaning of the term “particular social group”” (WALLACE, R. M. M., MARTIN-ORTEGA, O., op. cit. 17, p. 217).

countries. In cases of large-scale influx, it is recommended that persons seeking asylum should always receive at least temporary refuge. Moreover, one of the major issues in practice is how to ensure international solidarity and burden-sharing among countries. This is particularly a problem of those states that traditionally have been open to accept a large number of asylum seekers.⁶²

States which, because of their geographical situation, or otherwise, are faced with a large-scale influx should receive immediate assistance from other states in accordance with the principle of equitable burden-sharing⁶³, which often is not a highly accepted principle in state practice.

2. PROHIBITION OF TORTURE, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT AND THE RIGHT TO LIFE (ARTICLE 3 AND 2)

2.1 Article 3 – nature and scope

The prohibition of torture and inhuman or degrading treatment expressed in Article 3 of the ECHR is one of the fundamental human rights norms and it is considered to be absolute. Article 3 is the only article in the ECHR that does not include any qualifications, exceptions or restrictions to the rights guaranteed.⁶⁴ As the European Court of Human Rights (ECtHR) in Strasbourg has emphasized, “*even in the most difficult circumstances, such as the fight against organized terrorism and crime, the ECHR prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment.*”⁶⁵

In the *refoulement* cases, the ECtHR still reaffirmed this position, regardless of applicants association with terrorist activities.⁶⁶ This provision is formulated in only fifteen words, which makes it the shortest norm in the whole ECHR. Also, it is stipulated as second right, following the right to life. There is no formal hierarchy in the list of the fundamental rights and freedoms, but it can be said that the second place in the ECHR can be

⁶² For details, consult: UNHCR, *Global Consultations on International Protection/Third Track: Reception of Asylum-Seekers, Including Standards of Treatment, in the Context of Individual Asylum Systems*, 4 September 2001, EC/GC/01/17.

⁶³ See Article II(4) of the 1969 OAU Convention.

⁶⁴ *Ireland v. the United Kingdom*, Application no. 5310/71, Judgment of 13 December 1977, Separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, § 33.

⁶⁵ *Aksoy v. Turkey*, Application no. 100/1995/606/694, Judgment of 18 December 1996, § 62.

⁶⁶ *Saadi v. Italy*, Application no. 37201/06, Judgment of 28 February 2008, § 140.

considered as privileged position.⁶⁷ Article 3 of the ECHR is derived from Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights⁶⁸ and the two provisions resemble each other. The only difference between these two articles is that Article 3 is missing the word “cruel”, however there is no any legal consequence because of that.⁶⁹

2.2 Applicability of Article 3 in the *refoulement* cases

Since there is no right to asylum under the ECHR, the question that rises is why the ECtHR applies the ECHR to expulsion or extradition cases in the first place. The first case where the ECtHR found that extradition would lead to violation of Article 3 was *Soering v. United Kingdom*.⁷⁰ The ECtHR stated that the ECHR does indeed set a territorial limit to the applicability of the ECHR, but that does not mean that contracting state can never be responsible for the consequences of the extradition.⁷¹ To support this conclusion, the ECtHR also noted that the ECHR guarantees practical and effective protection, rather than illusory and theoretical rights.⁷² Using these arguments, the ECtHR considered extradition to be within the scope of Article 3, and through its jurisprudence also extended the protection under Article 3 to expulsion cases.⁷³ Surrendering a person to another state where there were substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment would be contrary to values that the preamble of the ECHR refers to, such as: freedom, rule of law, common heritage of political traditions, ideals.⁷⁴

When the ECtHR has recognized the applicability of the ECHR to asylum cases through interpretation of Article 3, the ECtHR has actually at the same time recognized and established the principle of *non-refoulement* under the ECHR. This principle has also emerged in complementary areas of

⁶⁷ SCHABAS, W. A. *The European Convention on Human Rights. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 166.

⁶⁸ UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, 217 A (III), available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html> (accessed: 03 August 2018).

⁶⁹ SCHABAS, W. A. op. cit. 67, p. 166.

⁷⁰ *Soering v. the United Kingdom*, Application no. 14038/88, Judgment of 7 July 1989.

⁷¹ *Soering v. the United Kingdom*, § 86.

⁷² See for example *Artico v. Italy*, Application no. 6694/74, Judgment of 13 May 1980, § 33.

⁷³ *Cruz Varas and Others v. Sweden*, Application no. 15576/89, Judgment of 20 March 1991, § 70.

⁷⁴ *Soering v. the United Kingdom*, § 88.

international law, in human rights treaties and in international customary law.⁷⁵ One of the most relevant treaties of international law, related to this principle is definitely the Refugee Convention,⁷⁶ which has established *non-refoulement* principle in its Article 33(1).⁷⁷

The Refugee Convention is still effective, however many individuals who are in need of international protection due to being at risk of expulsion to situations where they would face serious harm such as torture or inhuman and degrading treatment or punishment, or whose expulsion would in itself constitute such treatment, fall outside its scope, mainly because it is hard to establish a connection between the persecution feared and one of the five grounds that the Refugee Convention foresees.⁷⁸ The ECtHR has stated in several occasions that the right to asylum, does not exist in the ECHR or its Protocols,⁷⁹ but when it comes to expulsion of individuals to a country where they may be subjected to treatment contrary to Article 3, this kind of expulsion is prohibited under the ECHR.⁸⁰

2.3 The standard of “real risk”

Article 3 prohibits torture, inhuman or degrading treatment. Definition of mentioned terms has been established through jurisprudence. For example, in the case *Ireland v. the United Kingdom*, ECtHR defines torture as “*deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering*.”⁸¹ In literature, some authors such as Alleweldt consider that there is no need to define torture because, according to him, torture is easily recognizable no matter what

⁷⁵ For the nature of the *non-refoulement* principle see: DUFFY, A. Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law. *International Journal of Refugee Law*. 2008, Vol. 20, Issue 3, pp. 373–390.

⁷⁶ UN General Assembly, *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, Vol. 189, p. 137, available at: <http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html> (accessed: 06 July 2018).

⁷⁷ “No Contracting State shall expel or return (‘refouler’) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.”

⁷⁸ RISTIK, J. The Right to Asylum and the Principle of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights. *European Scientific Journal*. Vol. 13, No. 28, (2017), p. 111.

⁷⁹ For example, see cases *Vilvarajh and Others v. the United Kingdom*, Application no. 45/1990/236/302-306, Judgment of 26 September 1991, §102; *Salah Sheekh v. Netherlands*, Application no. 1948/04, Judgment of 11 January 2007, § 135.

⁸⁰ *Lilia, Julia and Eleonora Alimzhanova and Alexjs Lisikov v. Sweden*, Application no. 38821/97, Judgment of 24 August 1999.

⁸¹ *Ireland v. the United Kingdom*, Application no. 5310/71, Judgment of 18 January 1978, § 167.

method it is performed.⁸² Additionally, prohibition of torture has been described as a peremptory norm, or *jus cogens*.⁸³

According to case law, premeditated treatment, applied for hours, and when it causes if not actual body injury, at least intense physical and mental suffering is inhuman.⁸⁴ If the treatment is such as to arouse in its victims “feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance” than the ECtHR considers it as degrading.⁸⁵ Nevertheless, the absence of intention to humiliate or debase the person, does not mean that there is no violation of Article 3 *per se*.⁸⁶ However, distinction between torture and inhuman or degrading treatment leads to no particular consequence, because in either case, the violation of Article 3 exists.⁸⁷ But it is important to state that all circumstances of each case have to be taken in account, such as the nature and context of the treatment or punishment, the methods, mental and physical effects, age, health, and so on.⁸⁸ The ECtHR has generally avoided pronouncing itself on the distinction between torture and ill treatment.⁸⁹ The reason behind this is that in the extra-territorial context, a prospective assessment is required and it is not always possible to determine whether the ill-treatment which may occur in the host State will be sufficiently severe as to qualify as torture.⁹⁰ The principle that has been constantly reiterated is that the ill treatment must

⁸² For this debate read ALLEWELDT, R. Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights. *European Journal of International Law*. 1993, Vol. 4, No. 1, pp. 360–376.

⁸³ *Ould Dah v. France*, Application no. 13113/03, Judgment of 17 March 2009; *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Application no. 35763/97, Judgment of 21 November 2001, § 60; *Aksoy v. Turkey*, Application no. 100/1995/606/694, Judgment of 18 December 1996, § 62; *Assenov and Others v. Bulgaria*, Application no. 24760/94, Judgment of 28 October 1998, § 93.

⁸⁴ Among others, see cases *Labita v. Italy*, Application no. 26772/95, Judgment of 6 April 2000, § 120; *A. and Others v. the United Kingdom*, Application no. 3455/05, Judgment of 19 February 2009, § 127; *Kudła v. Poland*, Application no. 30210/96, Judgment of 26 October 2000, § 92.

⁸⁵ *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 52; *Price v. the United Kingdom*, Application no. 33394/96, § 24–30.

⁸⁶ *Branduse v. Romania*, Application no. 6586/03, Judgment of 7 April 2009, § 50; *Peers v. Greece*, Application no. 28524/95, Judgment of 19 April 2001, § 67; *Kalashnikov v. Russia*, Application no. 47095/99, Judgment of 15 July 2002, § 95.

⁸⁷ SCHABAS, W. A. op. cit. 67, p. 169.

⁸⁸ *Ireland v. United Kingdom*, § 162.

⁸⁹ *Chahal v. the United Kingdom*, Application no. 70/1995/576/662, Judgment of 15 November 1996, § 79; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Applications nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment of 4 February 2005, § 67; *Saadi v. Italy*, § 125.

⁹⁰ *Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom*, Applications nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09, Judgment of 10 April 2012, § 170.

attain a minimum level of severity in order to fall within the scope of Article 3. This rigorous approach is necessarily in the view of the absolute character of this provision and the fact that enshrines one of the fundamental values of democratic societies making up the Council of Europe.⁹¹

In expulsion cases, ill treatment is a future event. Consequently, it is hard to prove, because only prognosis can be made. However, the ECtHR does not require the certainty of ill treatment, but only "*substantial grounds to believe that the person concerned faces a real risk of ill treatment.*"⁹² Thus, with the standard of real risk, two questions arise. First of all, what does it mean real risk? Is it a medium or a high probability? Second, what kind of facts can be used as a proof for real risk of being subjected to ill treatment?

The ECtHR uses real risk standard whereas the Commission in its decision uses sometimes substantial risk or serious risk. Mentioned standard that the Commission applies seems to be stricter than the ECtHR's, since there could be a small risk that does not meet the criteria to be considered as substantial or serious risk. There is no need for high possibility of being subjected to any of the prohibited treatments under Article 3, in order to fall under the protection guaranteed by the Article 3. In the previously mentioned case *Soering v. the United Kingdom*, the ECtHR stated that "*it was not even probable that the applicant would be sentenced to death*" and yet the ECtHR considered it to be a real risk.⁹³ When determining whether a person faces a real risk of ill treatment, the ECtHR takes into consideration whether or not the individual concerned has been granted a refugee status, either by national authorities or UNHCR.⁹⁴ In order to conclude that there is real risk of violation of Article 3 indeed, the individual has to prove that its personal position is worse than the rest of the population. Regarding to that, ECtHR insists on the existence of documents which can be taken as a proof for such allegations. Therefore, it is for the applicant to cite evidence capable of proving that there are substantial grounds for believing that there is a risk of breaching the Article 3. Thus, where such evidence is cited, it is for the government to dispel any doubts about it.⁹⁵ Asylum seekers are usually in a specific situation and conditions which require giving them the benefit of the doubt when assessing the credibility of their statements and documents

⁹¹ *Vilvarajh and Others v. United Kingdom*, § 108.

⁹² This standard ECtHR has used in the above mentioned cases *Chahal v. the United Kingdom*, § 74; *Soering v. the United Kingdom*, § 91; *Vilvarajh and Others v. the United Kingdom*, § 107.

⁹³ See *Soering v. the United Kingdom*, § 93–94.

⁹⁴ *Ahmed v. Austria*, Application no. 25964/94, Judgment of 17 December 2006, § 42; *Jabari v. Turkey*, Application no. 40035/98, Judgment of 11 July 2000, § 41.

⁹⁵ *Saadi v. Italy*, § 129.

which they provide as evidence.⁹⁶ However, the explanation must be provided if the information is lacking or if strong reasons exist to question the validity of the statements.⁹⁷

In the case *S.H.H. v. the United Kingdom*, reports of UNHCR, UNAMA, AIHRC have been considered as relevant by the ECtHR.⁹⁸ Also, in expulsion cases, reports of other independent international organization for protection of human rights, such as Amnesty International or Human Rights Watch have been taken into consideration.⁹⁹ From other side, if the sources of information are unknown or if the conclusion is inconsistent with other credible reporting, the ECtHR finds such report as unreliable.¹⁰⁰ The existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to be known to the contracting State at the time of expulsion.¹⁰¹ This position has been adopted and re-affirmed in the case law,¹⁰² but it is important to mention that the ECtHR has noted that “*the present conditions are decisive, but the historical position is of interest in so far as it may shed light on the current situation.*”¹⁰³ The assessment of risk mainly focuses on the consequences of the removal, in the light of general situation in the contracting State.¹⁰⁴ Despite this kind of approach, a general situation of violence in host State does not always prove that applicant would be in a real risk of being subjected to treatment contrary to the Article 3.¹⁰⁵ This approach would be adopted by the ECtHR only in the most extreme cases of general violence, when there is a real risk just by individual being exposed to such violence on return.¹⁰⁶ Even though all circumstances of each case have

⁹⁶ *Salah Sheekh v. the Netherlands*, § 148; *R.C. v. Sweden*, Application no. 41827/07, Judgment of 9 March 2010, § 50.

⁹⁷ *Matsiukhina and Matsiukhin v. Sweden*, Application no. 31260/04, Judgment of 21 June 2005; *Collins and Akaziebie v. Sweden*, Application no. 23944/05, Judgment of 8 March 2007.

⁹⁸ *S. H. H. v. the United Kingdom*, Application no. 60367/10, Judgment of 29 January 2013.

⁹⁹ *Müslim v. Turkey*, Application no. 53566/99, Judgment of 26/04/2005, § 67; *Said v. the Netherlands*, Application no. 2345/02, Judgment of 05/07/2005, § 54; *Al-Moayad v. Germany*, Application no. 35865/03, Judgment of 20/02/2007, § 65–66.

¹⁰⁰ *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, Applications nos. 8319/07 and 11449/07, Judgment of 28 June 2011, § 230–234.

¹⁰¹ *Cruz Varas and Others v. Sweden*, § 81.

¹⁰² *Chahal v. United Kingdom*, § 86; *Ahmed v. Austria*, 71/1995/577/663, Judgment of 17 December 1996.

¹⁰³ *Chahal v. United Kingdom*, § 86.

¹⁰⁴ *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, § 122–126.

¹⁰⁵ *Sultani v. France*, Application no. 45223/05, Judgment of 26 September 2007, § 67; *Müslim v. Turkey*, Application no. 53566/99, Judgment of 26 April 2005, § 70; *H.L.R. v. France*, Application no. 24573/94, Judgment of 29 April 1997, § 41.

¹⁰⁶ *N.A. v. the United Kingdom*, Application no. 25904/07, Judgment of 17 July 2008, § 115.

to be taken into consideration, such as general conditions in the country as well as the personal circumstances of individual, it may not be necessary to provide evidence of personal risk factors, where an individual is a member of a group subjected to systematic ill treatment.¹⁰⁷ So, if applicant belongs to, for example, minority group and it is specifically targeted because of it, without any means for protection, it is not required to establish the existence of further special distinguishing features concerning him personally in order to show that he was and still is at risk.¹⁰⁸ In the most cases, a general situation in host State would not lead to violation of Article 3, therefore the applicant would have to show a combination of both personal risk factors and the risk of general violence.¹⁰⁹

2.4 The source of risk

Despite the fact that state responsibility for the feared persecution is an inherent part of the definition contained in Article 1 of the Refugee Convention, the ECtHR noted on several occasions that because of the absolute character of the right guaranteed, it cannot be ruled out that Article 3 may also apply where the danger comes from not public officials.¹¹⁰ Also, the absence of state authorities as to the ECtHR, is immaterial to the risk which the applicant would be exposed.¹¹¹ In many cases, governments argued that the risk has to emanate from agents of the state, especially since the United Nations Convention against Torture¹¹² explicitly stipulates that ill treatment must involve the responsibility of state authorities.¹¹³ Despite this, the ECtHR rejected these arguments in several cases.¹¹⁴ The position of the ECtHR on this matter was made clear in the above mentioned judgment *Salah Sheekh v. the Netherlands*. The ECtHR noted that the existence of the obligation not to expel is not dependent on whether the source of the risk of the treatment stems from

¹⁰⁷ *H. and B. v. the United Kingdom*, Applications nos. 70073/10 and 44539/11, Judgment of 9 April 2013, § 91.

¹⁰⁸ *Salah Sheekh v. the Netherlands*, § 148.

¹⁰⁹ *N.A. v. the United Kingdom*, § 114–117, § 147; *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, § 241–250, § 293.

¹¹⁰ *Ammari v. Sweden*, Application no. 60959/00, Judgment of 22 October 2002.

¹¹¹ *Ahmed v. Austria*, § 44.

¹¹² UN General Assembly, *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 December 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, p. 85, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a94.html> (accessed: 03 August 2018).

¹¹³ *Tatete v. Switzerland*, Application no. 41874/98, Judgment of 24 June 1998.

¹¹⁴ *H.L.R. v. France*, § 32.

factors which involve the responsibility, direct or indirect, of the authorities of the host country. Therefore, Article 3 may also apply in situations where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials.¹¹⁵

2.5 Diplomatic assurances

Sometimes, respondent State gives diplomatic assurances in response to allegations that expulsion will lead to violation of Article 3. So, some states choose to rely on recourse to diplomatic assurances either when the standards of real risk is not met, or it is met that it can somehow be displaced by reliance on such assurances. Unfortunately, recourse to diplomatic assurances is increasingly being had in cases where the state cannot be described both willing and able to assure that these assurances are valid.¹¹⁶

In the case *Chahal v. the United Kingdom* the ECtHR found that the assurances were not sufficient enough to displace the risk, despite they were given in good faith by the Indian government, since the situation of violation of human rights was still an enduring problem. It is important to mention here that diplomatic assurances have been highly criticized by the other organs of Council of Europe and have been described as not credible and ineffective, and simply cowardly and hypocritical.¹¹⁷ However, if the state has provided assurances, they are not sufficient to guarantee adequate level of protection. There is an obligation to examine if practical application of those assurances gives protection to individual against the risk of ill treatment.¹¹⁸

The power to rule on whether the diplomatic assurances offered in particular case are sufficiently reliable to ensure the protection to individual facing with the real risk of being subjected to ill treatment, has only the ECtHR.¹¹⁹ The preliminary question in assessing the practical application of assurances and determining what weight is to be given to them is whether the general human rights situation in the receiving State excludes accepting any assurances whatsoever; however, it will only be in rare cases that the general situation in

¹¹⁵ *Salah Sheekh v. the Netherlands*, § 137.

¹¹⁶ MOLE, N., MEREDITH, C. *Asylum and the European Convention on Human Rights*. Council of Europe, 2010, p. 41.

¹¹⁷ Parliamentary Assembly Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfer involving Council of Europe member states, Draft report - Part II (Explanatory memorandum)*, 7 June 2006, 57.

¹¹⁸ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe. *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, 2015, pp. 79–80.

¹¹⁹ FOSTER, M. Asylum and the European Convention on Human Rights. *International Journal of Refugee Law*. 2009, Vol. 21, Issue 3, pp. 645–649.

a country will mean that no weight at all can be given to assurances.¹²⁰ More often, the ECtHR firstly examines the quality of the assurances and then if they are reliable, in the light of the host state practices. The ECtHR outlined in recent case law various factors relevant when examining the assurances. Thus, the ECtHR will regard to: whether the terms of assurances have been disclosed to the ECtHR,¹²¹ who has given the assurances and whether that person can bind the host State,¹²² if the assurances have been issued by the central government of the host State and whether local authorities can be expected to abide them¹²³ or whether compliance with the assurances can be objectively verified through diplomatic or other mechanisms.¹²⁴

2.6 Article 2 – The right to life

2.6.1 Nature and scope of the right to life

The right to life has been described as the supreme right, one of the most important rights, and as one of the rights which constitute the irreducible core of human rights.¹²⁵ The first paragraph sets out general principle which is that everyone's right to life shall be protected by the law. So the first sentence contains both positive and negative dimension. State must refrain from intentionally depriving a person of life, as well as protect lives of those within its jurisdiction.¹²⁶ However, paragraph 2 lists out three exceptions to the first sentence and those exceptions are not primarily related to permissible

¹²⁰ *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, Application no. 8139/09, Judgment of 17 January 2012, § 188.

¹²¹ *Ryabikin v. Russia*, Application no. 8320/04, Judgment of 19 June 2008, § 119; *Muminov v. Russia*, Application no. 42502/06, Judgment of 11 December 2008, § 97.

¹²² *Shamayev and Others v. Russia*, Application no. 36378/02, Judgment of 12 October 2005, § 344; *Kordian v. Turkey*, Application no. 6575/06, Judgment of 4 July 2006; *Abu Georgia and Salem v. Portugal*, Application no. 26844/04, Judgment of 9 May 2006; *Ben Khemais v. Italy*, Application no. 246/07, Judgment of 24 February 2009, § 59; *Garayev v. Azerbaijan*, Application no. 53688/08, Judgment of 10 June 2010, § 74; *Baysakov and Others v. Ukraine*, Application no. 54131/08, Judgment of 18 February 2010, § 51; *Soldatenko v. Ukraine*, Application no. 2440/07, Judgment of 23 October 2008, § 73.

¹²³ *Chahal v. United Kingdom*, § 101–105.

¹²⁴ *Chentiev and Ibragimov and Gasayev v. Slovakia*, Applications nos. 21022/08 and 51964/08, Judgment of 14 September 2010; *Ben Khemais*, § 61 and *Ryabikin*, § 119, both cited above; *Kolesnik v. Russia*, Application no. 26876/08, Judgment of 17 June 2010, § 73.

¹²⁵ *Stewart v. the United Kingdom*, Application no. 10044/82, Judgment of 10 July 1984.

¹²⁶ *L.C.B. v. The United Kingdom*, Application no. 23413/94, Judgment of 9 June 1998, § 36.

intentional killing, but rather to use of force which is necessary for legitimate ends, but deprivation of life may occur as a result of such use of force.¹²⁷

Article 2 is often linked with the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment, set out in Article 3. However, Article 3 is an absolute prohibition, whereas, when State takes someone's life away, it can be justified if it related to military actions, law enforcements and execution of death penalty.¹²⁸ Article 2 of the ECHR has not been raised generally in expulsion cases. On several occasions, the ECtHR decided to examine the merits under Article 3, despite the fact that the applicant alleged that their life would be at risk.¹²⁹

Since Article 2 did not outlaw the capital punishment, in one of the fundamental cases in the context of the asylum, *Soering v. the United Kingdom*, the ECtHR concluded that expulsion of the applicant to face the death penalty would not breach Article 2. However, since adopting Protocol No. 6¹³⁰ and Protocol No. 13,¹³¹ for those states which are parties to the protocols, such expulsion of an individual, to another state where they would be at risk of the the death penalty, would constitute violation of Protocols.¹³² In its case law, the ECtHR has emphasized that deprivation of life pursuant to an execution of a sentence of a court has to comply with the standards under the Article 6.¹³³ Relying on this position, the ECtHR in its later judgments expressed the view that an issue may arise under Articles 2 and 3 of the ECHR if a contracting State “deports an alien who has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the receiving state, the outcome of which was or is likely to be the death penalty.”¹³⁴

The major difference between Article 2 and 3 is that in cases related to the Article 2, there has to be a virtual certainty of death, whereas in the cases

¹²⁷ *Giuliani and Gaggio v. Italy*, Application no. 23458/02, Judgment of 24 March 2011, § 175.

¹²⁸ SCHABAS, W. A., op. cit. 67, p. 118.

¹²⁹ *H.L.R. v. France; D. v. the United Kingdom*, Application no. 30240/96, Judgment of 2 May 1997; *Bahaddar v. the Netherlands*, Application no. 25894/94, Judgment of 22 May 1995; *M.A.R. v. the United Kingdom*, Application no. 28038/95, Judgment of 16 January 1997.

¹³⁰ Council of Europe, *Protocol 6 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of Death Penalty*, 28 April 1983, ETS 114, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3661c.html> (accessed: 02 August 2018).

¹³¹ Council of Europe, *Protocol 13 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms on the Abolition of the Death Penalty in All Circumstances*, 3 May 2002, ETS 187, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ddd0e4c4.html> (accessed: 02 August 2018).

¹³² *Alla Raidl v. Austria*, Application no. 253492/94, Judgment of 4 September 1995.

¹³³ See for example, *Öcalan v. Turkey*, Application no. 46221/99, Judgment of 12 May 2005, § 166.

¹³⁴ *Bader v Sweden*, Application no. 13284/04, Judgment of 8 November 2005, § 42.

related to the Article 3 there has to be substantial grounds for believing that the individual would face a real risk of ill treatment. In the most death penalty cases, important issues were diplomatic assurances that capital punishment would not take place.¹³⁵ When determining if the diplomatic assurances can be qualified as credible, in its case law, the ECtHR takes a number of factors, such as verdicts of constitutional court declaring the death penalty unconstitutional,¹³⁶ or non-existence of reported examples when the state failed to respect similar assurances.¹³⁷

3. ASYLUM SEEKERS IN DETENTION (ARTICLE 5 OF THE ECHR)

3.1 The right to liberty and security – nature and scope

The rights to liberty and security of person are fundamental human rights,¹³⁸ reflected in the international prohibition on arbitrary detention, and supported by the right to freedom of movement; while states have the right to control the entry and stay of non-nationals¹³⁹ on their territory¹⁴⁰ – including those relating to administrative detention,¹⁴¹ this right needs to be exercised

¹³⁵ *Ismaili v. Germany*, Application no. 58128/00, Judgment of 15 March 2001; *Al-Shari and Others v. Italy*, Application no. 57/03, Judgment of 5 July 2005, § 2; *Hakizimana v. Sweden*, Application no. 37913/05, Judgment of 27 March 2008.

¹³⁶ *Chentiev and Ibragimov and Gasayev v. Slovakia*.

¹³⁷ *Rrapo v. Albania*, Application no. 58555/10, Judgment of 25 September 2012.

¹³⁸ These rights are guaranteed by numerous international documents: “The Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the African Charter on Human and Peoples’ Rights, the American Convention on Human Rights “Pact of San Jose”, and the Cairo Declaration on Human Rights in Islam all specify, in more or less similar terms, that no one should be arbitrarily deprived of his or her liberty. This includes, of course, both refugees and asylum-seekers.” Cited according to *Detention of Asylum-Seekers and Refugees: The Framework, The Problem and Recommended Practice*, Executive Committee of the High Commissioner’s Programme, Standing Committee, 15th meeting, 1999, available at: <http://www.unhcr.org/3cc413ae4.pdf> (accessed: 19 April 2018).

¹³⁹ “Non-nationals are not a unified group; it ranges from permanently or less permanently settled migrant workers to refugees, tourists, students and diplomats.” Quoted according to NIINIMÄKI, T. *The European Court of Human Rights and non-citizens’ right to migrate*. Turku: Institute of Migration, 2011, p. 4.

¹⁴⁰ *H.L.R. v. France*.

¹⁴¹ “Administrative detention is distinguished from criminal detention in that its objective is not to punish or deter, but rather to guarantee that another measure, such as deportation or expulsion, can be carried out.” Quoted according to ACER E., GOODMAN, J. *Reaffirming Rights: Human Rights Protections of Migrants, Asylum Seekers, and Refugees in*

while respecting refugee and human rights law standards.¹⁴² Like all human rights, right to liberty and security of a person, guaranteed, *inter alia*, by Article 5 of the ECHR, applies in principle to all human beings, regardless of immigration or other status,¹⁴³ including migrants, refugees and asylum seekers.¹⁴⁴ Also, detention can take place in a range of locations, including at land and sea borders, in the “international zones” at airports,¹⁴⁵ on islands,¹⁴⁶ on boats,¹⁴⁷ as well as in closed refugee camps, in one’s own home and even extraterritorially.¹⁴⁸ Lastly, any limitations on the rights to liberty¹⁴⁹ and

Immigration Detention. *Georgetown Immigration Law Journal*. 2010, Vol. 24, p. 508, fn. 3. See also the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Migrant Discussion Papers: Administrative Detention of Migrants 1*, available at: <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/administrativedetentionrev5.pdf> (accessed: 19 April 2018). More about administrative detention could be found at <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/administrativedetentionrev5.pdf> (accessed: 02 June 2018).

¹⁴² United Nations Human Rights Committee (HRC), *General Comment No. 15: The Position of Aliens under the Covenant*, 11 April 1986, § 5, available at: <http://goo.gl/oiMW1M> (accessed: 19 April 2018). See also *Moustaquim v. Belgium*, Application no. 26/1989/186/246, Judgment of 18 February 1991, § 43; *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, § 103.

¹⁴³ HRC, *General Comment No. 18: Non-discrimination*, 11 October 1989, para. 1; HRC, General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant, para. 1, cited according to EDWARDS, A. Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and ‘Alternatives to Detention’ of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants. 2011, UNHCR, p. 17.

¹⁴⁴ HRC, *General Comment No. 8: Right to Liberty and Security of Persons*, 1 June 30, 1982, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 (2003).

¹⁴⁵ *Ammur v. France*, Application no. 19776/92, Judgment of 25 June 1996.

¹⁴⁶ *Guzzardi v. Italy*, Application no. 7367/76, Judgment of 2 October 1980.

¹⁴⁷ *Medvedyev v. France*, Application no. 3394/03, Judgment of 29 March 2010.

¹⁴⁸ “Extraterritorial” detention refers to, *inter alia*, the transfer and detention of asylum seekers in another country’s territory, including under agreement with that State. The responsibility of the sending State for the human rights standards in that place of detention will depend on a range of factors. See for example UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 January 2007, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/45f17a1a4.pdf> (accessed: 1 June 2018). Cited according to *Detention Guidelines – Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2014, 9, fn. 12, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html> (accessed: 1 June 2018).

¹⁴⁹ The right to liberty is closely related to right to freedom of movement, prescribed by the Article 2 of Protocol No. 4. Which of these right is applicable in particular case, depends whether the person is deprived of liberty, or whether his movement is limited; this is assessed by the Court in each particular case. See for example *Amuur v. France*, Application no. 19776/92, Judgment of 25 June 1996; *Nolan and K. v. Russia*, Application no. 2512/04, Judgment of 12 February 2009; *Ashingdane v. the United Kingdom*, Application no. 8225/78, Judgment of 28 March 1985.

security of an individual must be tightly controlled.¹⁵⁰ Derogations in times of emergency are permitted; yet any measures introduced under derogation are still subject to proportionality and necessity tests, and must last only as long as the emergency exists.¹⁵¹

3.2 When detention is justified?

Article 5 of the ECHR does not prohibit detention¹⁵² as such, but it includes an exhaustive list of situations in which detention can be resorted to, as well as procedural guarantees of a detainee.¹⁵³ In accordance with the standards of international law, deprivation of liberty is justified if it is in accordance with law and if it is not arbitrary.¹⁵⁴

In the first place, the right to detain must be prescribed in national law;¹⁵⁵ detention is only lawful under guarantees provided by Article 5(1) when it is both in accordance with a “procedure prescribed by law” and where the deprivation of liberty is in keeping with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness.¹⁵⁶ The ECtHR has consistently held that a “procedure prescribed by law” refers not only to the narrow meaning that the detention must have a legal basis in domestic law but also that the quality of the law must be “*sufficiently accessible and precise in order to avoid*

¹⁵⁰ EDWARDS, A., op. cit. 143, p. 30.

¹⁵¹ Article 15, ECHR.

¹⁵² Detention in the asylum context refers to the deprivation of liberty or confinement in a closed place that an asylum-seeker is not permitted to leave at will. This includes, but is not limited to, prisons or purpose-built detention facilities and closed reception or holding centres. Like mentioned previously, detention can take place in a range of locations, including at land and sea borders, “international zones” at airports, on islands, and on boats. Regardless of the location or name given to a particular place of detention, or whether it is administered by public authorities or private contractors, the important questions are whether an asylum-seeker is being deprived of his or her liberty and whether this deprivation is lawful according to international law. Cited according to NICHOLSON, F., KUMIN, J. *A guide to international refugee protection and building state asylum systems*. Handbook for Parliamentarians. 2017, No. 27, p. 104.

¹⁵³ UNHCR, *Manual on Refugee Protection on ECHR – Fact Sheet on Article 5*, 2003, p. 2, available at <http://www.unhcr.org/3ead2d262.pdf> (accessed: 31 May 2018).

¹⁵⁴ The existence of adequate legislation and prohibition of arbitrary deprivation of liberty, require guarantees prescribed by both rights to security and freedom of a person. See for example *Zamir v. France*. Application no. 9174/80, Judgment of 13 July 1982.

¹⁵⁵ *Shamsa v. Poland*, Applications nos. 4535/99 and 45357/99, Judgment of 27 November 2003.

¹⁵⁶ *Ammur v. France*.

all risk of arbitrariness.”¹⁵⁷ Furthermore, the standard of “in accordance with law” requires that all law be “sufficiently precise to allow the citizen – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences that a given action might entail”.¹⁵⁸ In concreto, if the detention cannot be based on any of the grounds listed by Article 5 (1)¹⁵⁹ it is automatically unlawful.¹⁶⁰ According to the ECtHR, these grounds are exhaustive in nature and must be interpreted restrictively.¹⁶¹ Furthermore, the detention must “genuinely conform” to these grounds for it to remain lawful.¹⁶² The next factor to provide detention is not unlawful under the ECHR is that there must also be a connection between the ground of permitted deprivation of liberty and the place and conditions of detention.¹⁶³ Third, detention under the ECHR will also be unlawful if there has been an element of bad faith or deception on the part of the authorities.¹⁶⁴ Fourth, the ECtHR has made a few, though not many, statements regarding alternatives to detention; nevertheless, it has stated that each state must present sufficient and adequate safeguards in law to protect against arbitrary detention, which would necessarily include alternatives to detention.¹⁶⁵

Further, according to the ECHR, compliance with national law is not sufficient; Article 5 of the ECHR requires that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness.¹⁶⁶ The concept of “arbitrariness” extends beyond lack of conformity with national

¹⁵⁷ *Dougoz v. Greece*, Application no. 40907/98, Judgment of 6 March 2001; *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, Application no. 13178/03, Judgment of 12 October 2006.

¹⁵⁸ *H. L. v. the United Kingdom*, Application no. 45508/99, Judgment of 5 October 2004.

¹⁵⁹ No one shall be deprived of his liberty, except in any of the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: • after conviction by a competent court; • for failure to comply with a court order or a specific obligation prescribed by law; • pending trial; • in specific situations concerning minors; • on public health grounds or due to vagrancy; • to prevent an unauthorised entry or to facilitate removal of an alien. Grounds listed by Article 5(1).

¹⁶⁰ *Al - Jedda v. the United Kingdom*, Application no. 27021/08, Judgment of 7 July 2011, § 99.

¹⁶¹ *Vasileva v. Denmark*, Application no. 52792/99, Judgment of 25 September 2003, § 32–36;

Ciulla v. Italy, Application no. 11152/84, Judgment of 22 February 1989, § 41; *Wloch v. Poland*, Application no. 27785/95, Judgment of 19 October 2000, § 108.

¹⁶² *Winterwerp v. the Netherlands*, Judgment of 24 October 1979, Ser. A. No. 33, § 39; *Bouamar v. Belgium*, Judgment of 29 February 1988, Ser. A. No. 129, § 50.

¹⁶³ *Aerts v. Belgium*, Reports 1998-V, 30 July 1998, § 46; *Erhorn v. Sweden*, Application no. 56529/00, Judgment of 10 December 2002, § 42.

¹⁶⁴ *Bozano v. France*, Application no. 9990/82, Judgment of 18 December 1986; *Conka v. Belgium*, Application no. 51564/99, Judgment of 5 February 2002.

¹⁶⁵ See for example *Louled Massoud v. Malta*, § 68.

¹⁶⁶ Council of Europe. *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, 2014, p. 157.

law; a deprivation of liberty may be lawful in terms of domestic law but still arbitrary and thus contrary to the ECHR.¹⁶⁷ To avoid being considered arbitrary, detention under Article 5 must be carried out in good faith: - it must be closely connected to the detention ground identified and relied on by the government, - the location and conditions of detention should be appropriate; and - the length of the detention should not exceed a duration that is reasonably required for the desired purpose; proceedings have to be carried out with due diligence and there must be a realistic prospect of removal.¹⁶⁸ What is considered arbitrary depends on the facts of the case.¹⁶⁹

In the end, detention can only be resorted to when it is determined to be necessary, reasonable in all the circumstances and proportionate¹⁷⁰ to a legitimate purpose; also, alternatives to detention¹⁷¹ need to be considered and detention must not be discriminatory.¹⁷²

¹⁶⁷ *Saadi v. the United Kingdom*, § 67; *A. and Others v. the United Kingdom*, Application no. 3455/05, Judgment of 19 February 2009, § 164.

¹⁶⁸ *Ibid.*, fn. 29.

¹⁶⁹ See for example following judgments of ECHR: *Gebremedhin v. France*, Application no. 25389/05, Judgment of 26 April 2007; *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*; *Muskhadzhiyeva and others v. Belgium*; *John v. Greece*, Application no. 199/05, Judgment of 10 May 2007; *Garabayev v. Russia*, Application no. 38411/02, Judgment of 7 June 2007; *Al-Agha v. Romania*, Application no. 40933/02, Judgment of 12 January 2010.

¹⁷⁰ The general principle of proportionality requires that a balance be struck between the importance of respecting the rights to liberty and security of person and freedom of movement, and the public policy objectives of limiting or denying these rights. *Vasileva v. Denmark*, § 37; *Lokpo and Touré v. Hungary*, Application no. 10816/10, Judgment of 20 September 2011, § 21.

¹⁷¹ More about alternatives to detention, see, FIELD, O., with the assistance of EDWARDS A. *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees. Legal and Protection Policy Research Series*, 2006, pp. 22–50, available at <http://www.unhcr.org/protect> (accessed: 01 June 2018); DE BRUYCKER, P., BLOOMFIELD, A. et al. *Alternatives to immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, available at <http://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf> (accessed: 02 June 2018); *Detention Guidelines*, op. cit. 148, pp. 41–46, fn. 11.

¹⁷² *Detention Guidelines*, op. cit. 148, p. 25, fn. 11. International law prohibits detention or restrictions on the movement of a person on the basis of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, such as asylum-seeker or refugee status; this is applied even when derogations in states of emergency are in place.

3.3 Procedural guarantees of a detainee

Once it has been established that they have lawfully been deprived of their liberty, the detainees must be afforded by procedural rights prescribed by Article 5 (2) to (5).¹⁷³

First, there must be dependable communications between the individual and the authorities¹⁷⁴ and under Article 5(2) the individual must be informed promptly of the reasons for his or her detention,¹⁷⁵ in his or her own language¹⁷⁶ and the quality of those information must be such as to enable the detainee to induce the lawfulness of the decision which refers to detention.¹⁷⁷ Immigration detainees are entitled to the remedy of *habeas corpus* under Article 5(4); the right to judicial review must not be “*theoretical [...] but practical and effective*”¹⁷⁸ and must be “*wide enough to bear on those conditions which are essential for the ‘lawful’ detention of a person according to Article 5(1)(f).*”¹⁷⁹

Therefore, Article 5(4) requires access to effective judicial control of the decision by which the person was detained, which must be promptly considered,¹⁸⁰ along monitoring its lawfulness.¹⁸¹ Thus, a blanket policy of detaining all asylum seekers would be unlawful¹⁸² and security concerns cannot justify a lack of judicial control.¹⁸³ Also, Article 5 (5) provides the obligation to compensate everyone who has been the victim of arrest or detention contrary to guarantees provided by Article 5.¹⁸⁴

¹⁷³ MOLE, N., MEREDITH, C., op. cit. 116, p. 163.

¹⁷⁴ *Conka v. Belgium*.

¹⁷⁵ *Louled Massoud v. Malta*. For example in *Saadi v. UK* (§ 84) 76 hours was not considered prompt.

¹⁷⁶ *Rusu v. Austria*, Application no. 348/02/02, Judgment of 2 October 2008. See also *Nowak v. Ukraine*, Application no. 60846/10, Judgment of 31 March 2011; *Dhouba v. Turkey*, Application no. 15916/09, Judgment of 13 July 2010.

¹⁷⁷ *Conka v. Belgium*.

¹⁷⁸ *Conka v. Belgium*, § 46.

¹⁷⁹ *Dougou v. Greece*, Reports 2001-II, 6 March 2001, § 61. See also *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, Application no. 30471/08, Judgment of 22 September 2009; *Z. N. S. v. Turkey*, Application no. 21896/08, Judgment of 19 January 2010; *S. D. v. Greece*, Application no. 53541/07, Judgment of 11 July 2009.

¹⁸⁰ *Stawomir Musiat v. Poland*, Application no. 28300/06, Judgment of 20 January 2009.

¹⁸¹ *Nikolova v. Bulgaria*, Application no. 31195/96, Judgment of 25 March 1999.

¹⁸² LAMBERT, H. *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*. Council of Europe Publishing, 2006, p. 22, cited according to WOLFE, T. *The Detention of Asylum Seekers in Europe*, p. 15, available at http://www.guildhallchambers.co.uk/files/Tara_Wolfe_The_Detention_of_AsylumSeekers_in_Europe_Dissertation.pdf (accessed: 30 May 2018).

¹⁸³ *Chahal v. United Kingdom*.

¹⁸⁴ See for example *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, Applications nos. 12244/86, 12245/86 and 12383/86, Judgment of 26 June 1990; *Wassink v. the Netherlands*, Application no. 12535/86, Judgment of 27 August 1990.

3.4 Conditions of detention

Although, Article 5 of the ECHR does not deal with conditions of detention and does not give any indications as to the facilities where deprivation of liberty can lawfully be carried out,¹⁸⁵ general principle is that conditions of detention must be humane and dignified.¹⁸⁶

The cumulative effect of numerous bad conditions could violate guarantees provided by Article 3 of the ECHR.¹⁸⁷ The prohibition of torture or inhuman or degrading treatment or punishment means that authorities have obligation to ensure that individuals deprived of liberty, must be treated in humane conditions; it cannot be expected from detainees to initiate request for humane conditions of detention.¹⁸⁸

For example, the extreme lack of space in a prison cell weighs heavily as an aspect to be taken into account for the purpose of establishing whether the impugned detention conditions were “degrading” from the point of view of Article 3 of the ECHR.¹⁸⁹ In deciding whether or not there has been a violation of Article 3 on account of the lack of personal space, the ECtHR has to have regard to the following three elements: (1) Each detainee must have an individual sleeping place in the cell; (2) Each detainee must dispose of at least three square meters of floor space; and (3) The overall surface area of the cell must be such as to allow the detainees to move freely between the furniture items.

The absence of any of the above elements creates in itself a strong presumption that the conditions of detention amounted to degrading treatment and were in breach of Article 3.¹⁹⁰ Also, the ECtHR has to consider other aspects as well.¹⁹¹

¹⁸⁵ *Fact Sheet on Article 5*, op. cit. 153, fn. 16.

¹⁸⁶ See for example, *S. D. v. Greece*, Application no. 53541/07, Judgment of 11 June 2007, § 45; *M. S. S. v. Belgium and Greece*, Application no. 30696/09, Judgment of 21 January 2011, § 221.

¹⁸⁷ See for example *Dougoz v. Greece*; *Z. N. S. v. Turkey*; *Charahili v. Turkey*, Application no. 46605/07, Judgment of 13 April 2010.

¹⁸⁸ *Riad and Idiab v. Belgium*, Application no. 29787/03 and 29810/03, Judgment of 24 January 2008, § 107.

¹⁸⁹ See for example *Karalevičius v. Lithuania*, Application no. 53254/99, Judgment of 7 April 2005, § 36.

¹⁹⁰ *Aden Ahmed v. Malta*, Application no. 55352/12, Judgment of 23 July 2013, § 87.

¹⁹¹ *Ananyev and Others v. Russia*, Applications nos. 42525/07 and 60800/08, Judgment of 10 January 2012, § 148.

Even in cases where a larger prison cell was at issue, the ECtHR found a violation of Article 3 since the space factor was coupled with the established lack of ventilation and lighting¹⁹², or the lack of basic privacy in his or her everyday life.¹⁹³

Adequate medical treatment must be provided where needed, including psychological counselling. Detainees needing medical attention should be transferred to appropriate facilities or treated. A medical and mental health examination should be offered to detainees as promptly as possible after arrival, and conducted by competent medical professionals. While in detention, detainees should receive periodic assessments of their physical and mental health. Where medical or mental health concerns are presented or develop in detention, those affected need to be provided with appropriate care and treatment, including consideration for release.¹⁹⁴

Besides mentioned, if detained, asylum seekers are entitled to the following minimum conditions of detention:

- detention can only lawfully be in places officially recognized as places of detention,¹⁹⁵
- detainees' names and the location of their detention, as well as the names of persons responsible for their detention, need to be kept in registers readily available and accessible to those concerned, including relatives and legal counsel,¹⁹⁶
- men and women should be segregated unless they are within the same family unit; children should also be separated from adults unless these are relatives, but, where possible, accommodation for families ought to be provided,

¹⁹² See for example, *Babushkin v. Russia*, Application no. 67253/01, Judgment of 18 October 2007, § 44; *Ostrovar v. Moldova*, Application no. 35207/03, Judgment of 13 September 2005, § 89; *Peers v. Greece*, Application no. 28524/95, § 70–72, ECHR 2001-III.

¹⁹³ *Belevitskiy v. Russia*, Application no. 72967/01, Judgment of 1 March 2007, § 73–79; *Novoselov v. Russia*, Application no. 66460/01, Judgment of 2 June 2005, § 32, 40–43.

¹⁹⁴ *Detention Guidelines*, op. cit. 148, fn. 11. Regarding the medical treatment of detainees see for example *Hurtado v. Switzerland*, Application no. 17549/90, Judgment of 28 January 1994; *Muisel v. France*, Application no. 67263/01, Judgment of 14 November 2002; *Keenan v. the United Kingdom*, Application no. 27229/95, Judgment of 3 April 2001; *Aleksanyan v. Russia*, Application no. 46468/06, Judgment of 22 December 2008; *Kaprikovski v. Poland*, Application no. 23052/05, Judgment of 3 February 2009; *Kocafitis v. Greece*, Application no. 39780/06, Judgment of 12 June 2008; *Henaf v. France*, Application no. 65436/01, Judgment of 27 November 2003.

¹⁹⁵ For example detention in police cells is not suitable. Also, the use of prisons, jails, and facilities designed or operated as prisons or jails should be avoided; if asylum seekers are held in such facilities, they should be separated from the general prison population.

¹⁹⁶ However, access to this information needs to be balanced with issues of confidentiality.

- asylum seekers in detention should be able to make regular contact (including through telephone or internet, where possible) and receive visits from relatives, friends, as well as religious, international and/ or non-governmental organization, if they so desire,¹⁹⁷
- the opportunity to conduct some form of physical exercise through daily indoor and outdoor recreational activities needs to be available; as well as access to suitable outside space, including fresh air and natural light,
- the right to practice one's religion needs to be observed,
- basic necessities such as beds, climate-appropriate bedding, shower facilities, basic toiletries, and clean clothing, are to be provided to asylum seekers in detention,¹⁹⁸
- food of nutritional value suitable to age, health, and cultural/religious background, is to be provided,¹⁹⁹
- asylum seekers should have access to reading materials and timely information where possible (for example through newspapers, the internet, and television),
- asylum seekers should have access to education and/or vocational training, as appropriate to the length of their stay,²⁰⁰
- the frequent transfer of asylum-seekers from one detention facility to another should be avoided,
- all staff working with detainees should receive proper training, including in relation to asylum, sexual and gender-based violence, the identification of the symptoms of trauma and/or stress, and refugee and human rights standards relating to detention,
- children born in detention need to be registered immediately after birth in line with international standards and issued with birth certificates.²⁰¹

¹⁹⁷ Access to and by the UNHCR must be assured. Also, detention facilities should be made available to enable such visits.

¹⁹⁸ They should have the right to wear their own clothes, and to enjoy privacy in showers and toilets, consistent with safe management of the facility.

¹⁹⁹ Special diets for pregnant or breastfeeding women should be available. Facilities in which the food is prepared and eaten need to respect basic rules on sanitation and cleanliness.

²⁰⁰ Children, regardless of their status or length of stay, have a right to access at least primary education.

²⁰¹ *Detention Guidelines*, op. cit. 148, fn. 11.

4. RIGHT TO A PRIVATE AND FAMILY LIFE (ARTICLE 8)

4.1 Nature and scope of the right to a private and family life

The right to private and family life is a substantive limited right which protects four aspects of man's life - private, family life, home and correspondence. The basic aims of these rights is - to provide the individual with a certain sphere of life within which they can live their own life as they choose and to "protect that sphere against unlawfully measures taken by the public authorities."²⁰² Article 8 as "one of the most open-ended provisions of the ECHR"²⁰³ covers a large number of different cases and life situations. However, „right to be left alone“, as some authors call it,²⁰⁴ is not absolutely right. Other words, provisions from Article 8 can be derogated by the states authorities. The practice of the ECHR clearly states that public authority can lawfully interfere with right to private and family life only if interference is in accordance with the law,²⁰⁵ pursues a legitimate aim and if it is necessary in a democratic society.²⁰⁶ Furthermore, the provisions of Article 8 create two different types of State's obligations - positive obligations for states to protect individuals from breaches of their private and family life, home or correspondence and negative obligations to abstinence from unlawfully infiltration of an individual's rights form Article 8.²⁰⁷

The ECHR uses autonomous concepts of private and family life which means that the ECtHR in its practice has provided definitions of these terms

²⁰² See *P. and S. v. Poland*, Application no. 5737508, Judgment of 30 January 2013, § 94; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, Applications nos. 9214/80, 9473/81 and 9474/81, Judgment of 28 May 1985, § 67; *Johnston and Others v. Ireland*, Application no. 9697/82, Judgment of 18 December 1986, § 55.

²⁰³ ROAGNA, I. *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*. Council of Europe Human Rights Handbook. Strasbourg: Council of Europe, 2012, p. 9.

²⁰⁴ SCHABAS, W. A., op. cit. 67, p. 366.

²⁰⁵ In the jurisprudence of the ECtHR the word "law" covers not only statute but also unwritten law. See more at *Sunday Times v. The United Kingdom*, Application no. 6538/74, Judgment of 26 April 79, § 47 and *Leyla S ahin v. Turkey*, Application no. 44774/98, Judgment of 10 November 2005, § 88.

²⁰⁶ The ECtHR has exhaustively explained the phrase "necessity in a democratic society" in the cases *Handyside v. the United Kingdom*, Application no. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, § 48; *Klass and Others v. Germany*, Application no. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, § 54; *Silver and Others v. the United Kingdom*, Applications nos. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 and 7136/75, Judgment of 25 March 1983, § 97.

²⁰⁷ See *Gulver v. the United Kingdom*, Application no. 32346/96, Judgment of 13 December 2000, § 63.

regardless of its meaning on a national level. In creating the definition of family life, the practice of the ECtHR "maintains a flexible approach, having in mind the diversity of modern family arrangements, the implications of divorce and medical advance".²⁰⁸ According to jurisprudence family life includes relationships between parents and children, relationships between single mother and her child²⁰⁹ or between parents and adopted child,²¹⁰ relations between siblings,²¹¹ relationships between close relatives such as grandparents and grandchildren.²¹² In determining whether a particular relationship falls within family life, the ECtHR takes into account factors such as whether partners are living together or the nature of their relationship. Thus, the ECtHR has determined that family life is much broader than the relationship between a couple with or without children.²¹³

On the other hand, the practice of the ECtHR has not given a definition of private life, stressing that private life is "a broad term not susceptible to exhaustive definition".²¹⁴ Thus, the practice has given only certain determinants of the concept of private life, so craftily avoided defining the concept of private life. On that way the ECtHR left the possibility for individuals to argue that different aspects of human life fall into the sphere of private life. Generally, the concept of private life is wider than the concept of the right to privacy and covers the physical, psychological²¹⁵ and moral integrity of a person.²¹⁶ According to the practice, the private life includes the right to establish relationships with other human beings and the outside world,²¹⁷ personal autonomy,²¹⁸ health,²¹⁹

²⁰⁸ KILKELLY, U. *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. Human Rights Handbook No.1, Council of Europe, 2001, p. 16.

²⁰⁹ See *Marckx v. Belgium*, Application no. 6833/74, Judgment of 13 June 1978, § 28–32.

²¹⁰ *Negrepontis-Giannisis v. Greece*, Application no. 56759/08, Judgment of 28 November 2011, § 47–67.

²¹¹ *Olsson v. Sweden*, Application no. 10465/83, Judgment of 24 March 1988, § 58.

²¹² *Bronda v. Italy*, Application no. 40/1997/824/1030, Judgment of 9 June 1988, § 51.

²¹³ SCHABAS, W. A., op. cit. 67, p. 389.

²¹⁴ *Peck v. the United Kingdom*, Application no. 44647/05, Judgment of 28 January 2003, § 57.

²¹⁵ See *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Application no. 4158/05, Judgment of 28 June 2010, § 61.

²¹⁶ *E.S. v. Sweden*, Application no. 5786/08, Judgment of 21 June 2012, § 40.

²¹⁷ *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, § 61.

²¹⁸ See *Goodwin v. the United Kingdom*, Application no. 28957/95, Judgment of 11 July 2002, § 90; *Pretty v. the United Kingdom*, Application no. 2346/02, Judgment of 29 April 2002, § 62; *Mikulic v. Croatia*, Application no. 53176/99, Judgment of 7 February 2002, § 53.

²¹⁹ *Nada v. Switzerland*, Application no. 10593/08, Judgment of 12 September 2012, § 151.

professional activities,²²⁰ sexual activities,²²¹ death,²²² personal information,²²³ honour, dignity and reputation,²²⁴ environment.²²⁵

In previous chapters we have seen that asylum seekers can face different life situations that fall under the domain of right to life, prohibition of torture or right to liberty and security. In addition, there are many situations in which asylum seekers establish their family, integrate into a new environment or establish strong and close ties with other people while waiting for a decision on asylum in the host state. However, what if the host state do not grant them with asylum or if the domestic law in the host state does not give them right to a family reunion with a family member who stayed in the country of origin?

4.2 Family reunion

States have the right to control the entry of non-nationals into its territory.²²⁶ In addition, states have a wide margin of appreciation in prescribing the conditions for asylum and family reunion.²²⁷ In this regard, the State regulates in its domestic law the types of residence permits and conditions under which the asylum seeker is entitled to family reunion with member of family who stayed in the country of origin.

The issue of the family reunion can be analyzed from the point of view of the case *Gül v. Switzerland*²²⁸ in which public authorities did not allow parents²²⁹ family reunion with a third child who lived in Turkey. In this case, parents and their two children had asylum in the Switzerland and wanted to bring their third child from Turkey to Switzerland. The respondent State firstly had

²²⁰ *Turan v. Hungary*, Application no. 33068/05, Judgment of 6 October 2010, § 18–21.

²²¹ *Peck v. the United Kingdom*, Application no. 44647/98, Judgment of 28 April 2003, § 57.

²²² *Haas v. Switzerland*, Application no. 31322/07, Judgment of 20 June 2011, § 50.

²²³ *Leander v. Sweden*, Application no. 9248/81, Judgment of 26 March 1987, § 47–49.

²²⁴ *Mikolajova v. Slovakia*, Application no. 4479/03, Judgment of 18 January 2011, § 55.

²²⁵ *Moreno Gomez v. Spain*, Application no. 4143/02, Judgment of 16 February 2005; *Oluic v. Croatia*, Application no. 61260/08, Judgment of 20 May 2010; *Borysiewicz v. Poland*, Application no. 71146/01, Judgment of 1 October 2008; *Dees .v Hungary*, Application no. 2345/06, Judgment of 9 November 2010.

²²⁶ See *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, § 67; *Boujlifa v. France*, Application no. 122/1996/741/940, Judgment of 21 October 1997, § 42; *Darren Omoregie and Others v. Norway*, Application no. 265/07, Judgment of 31 October 2008, § 54; *Vilvarajah and Others v. United Kingdom*, § 102; *Beldjoudi v. France*, Application no. 12083/86, Judgment of 26 March 1992.

²²⁷ For this debate see *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, Application no. 50435/99, Judgment of 31 January 2006, § 43; *Mitchell v. the United Kingdom*, Application no. 4047/98, Judgment of 24 November 1998.

²²⁸ *Gül v. Switzerland*, Application no. 23218/94, Judgment of 19 February 1996.

²²⁹ Mr. and Mrs. Gul were Turkish nationals granted asylum in Switzerland.

negated the existence of a family life between the asylum seekers and their third child, arguing that their son was raised in Turkey and that the parents did not maintain family ties or obligations to the son. In addition, the public authorities considered they were not obligated to ensure family reunion in Switzerland because the asylum seekers had only a resident permit which, according to Swiss domestic regulations, did not produce a right to family reunion.²³⁰

Here the ECtHR firstly emphasized that Article 8 *"cannot be considered as a general obligation to respect the choice of married couples of the country of their matrimonial residence and to authorize family reunion on its territory"*.²³¹ In the context of the issue of family reunion, the ECtHR in this, and in every other similar case, has examined whether the movement of family members from the country of origin would be the only way for them to develop a family life.²³² Other words, provisions from Article 8 do not guarantee *"the right to choose the most appropriate place to develop family life"*.²³³ Accordingly, the practice determines whether there is anything to prevent the family from returning to live in the country of origin.

In order to determine this possibility, the practice takes into account factors such as the possibility of returning to the country of origin,²³⁴ the age of family member who remained in the country of origin, the cultural and linguistic attachment of that family member, his/her length of stay in the country of origin and level child's independence.²³⁵ In the context of minors the ECtHR always highlights the importance of the principles such as the best interest for the child and well-being of the child.²³⁶ Thus, the ECtHR uses an approach called *"returnability test"* – if the family can indeed reunite in the country of origin, the ECtHR will not find a violation of Article 8.²³⁷

²³⁰ See § 20–23 of the case *Gül v. Switzerland*.

²³¹ *Gül v. Switzerland*, § 38.

²³² Here we would like to point out that the ECtHR almost in every case related to immigrants (regardless whether they are asylum seekers or refugees or some other kind of migrants) use this approach when immigrants seek family reunion with member of family who stayed in the country of origin. For example see cases *Boutiff v. Switzerland*, Application no. 54273/00, Judgment of 2 November 2001 and *Sen v. Netherlands*, Application no. 31465/96, Judgment of 21 December 2001.

²³³ *Kwakye-Nti and Defie v. Netherlands*, Application no. 31519/96, Judgment of 7 November 2000.

²³⁴ See case *Darren Omoregie v. Norway*, § 61.

²³⁵ See for example case *Tuquabo-Tekle and Others v. Netherlands*, Application no. 60665/00, Judgment of 1 March 2003, § 45–50.

²³⁶ See *Bulus v. Sweden*, Application no. 9330/81, Judgment of 19 January 1984.

²³⁷ This test is applied in every case related to family reunion regardless whether asylum seeker or some other kind of immigrant wants family reunion. See the abovementioned case *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*.

Turning to the present case, the ECtHR concluded that the family could move to Turkey without any risk to their safety, and there are no obstacles preventing them from developing a family life in Turkey.²³⁸

In the context of adult persons seeking family reunion with their parents or siblings who have asylum in the host state, the practice has stricter approach. In these cases, in order to raise an issue under Article 8 there need to be *“further elements of dependency involving more than the normal emotional ties between adult relatives”*.²³⁹ Accordingly, in the case when an adult is seeking a family reunion, the ECtHR will examine whether adults have families of their own or whether they are living separately from their parents and siblings.²⁴⁰ Conclusion that can be drawn is that the ECtHR would consider the states measures as unjustified in cases where there is no other way of family reunion except the one who asylum seekers want.

4.3 Expulsion

Another type of problematic situation is the expulsion of asylum seekers who based the family on the host state. In almost all cases of expulsion, applicants complain that their family life has been violated because their family could not follow them in the country of origin. In the case *Amrollahi v. Denmark*²⁴¹ the ECtHR has established the criteria to be taken into account when assessing whether or not the expulsion of asylum seeker is necessary in a democratic society: *„[...] the Court will consider the nature and seriousness of the offence committed by the applicant; the length of the applicant’s stay in the country from which he is going to be expelled; the time elapsed since the offence was committed and the applicant’s conduct during that period; the nationalities of the various persons concerned; the applicant’s family situation, such as the length of the marriage; and other factors expressing the effectiveness of a couple’s family life; whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship; and whether there are children in the marriage, and if so, their age. Not least, the Court will also consider the seriousness of the difficulties which the spouse is likely to encounter in the country of origin, though the mere fact that a person might face certain difficulties in accompanying her or his spouse can not in itself exclude an expulsion.”*²⁴²

²³⁸ See § 42, *Gül v. Switzerland*.

²³⁹ *Z. and T. v. the United Kingdom*, Application no. 27034/05, Decision on admissibility, 28 February 2006.

²⁴⁰ See *Ahmut v. the Netherlands*, Application no. 21702/93, Judgment of 28 November 1996.

²⁴¹ *Amrollahi v. Denmark*, Application no. 56811/00, Judgment of 11 July 2002.

²⁴² *Ibid.*, § 35.

4.4 Physical and moral integrity

As we said before, according to the ECtHR case law, physical and moral integrity is an aspect of private life.²⁴³ The decision to refuse asylum, or a decision to return asylum seeker to a country of origin, may sometimes cause a variety of mental difficulties, especially when asylum seekers are persons with physical or mental disabilities who need help and protection. The violation of psychological and moral integrity usually falls into the scope of Article 3, but if the violation does not reach the level required under Article 3, then the ECtHR may consider a violation within the scope of Article 8.²⁴⁴

The difference is that a violation of Article 8 may be justified by public interest prescribed by paragraph 2 of Article 8,²⁴⁵ while the violation of Article 3 cannot be justified because the right to the prohibition of torture is absolute.²⁴⁶ In regard to Article 8, the State measures would be unjustified if individual prove that his / her "*moral or physical integrity would be substantially affected to a degree falling within the scope of Article 8*".²⁴⁷ In each particular case, the ECtHR will analyze and decide whether the applicant's psychological or moral integrity would be significantly affected because it depends on various factors such as his/her health, situation in the state of origin, health care in the state of origin.²⁴⁸

In addition, the practice of the ECtHR points out that the state authorities have a duty to examine the individuals asylum request promptly,²⁴⁹ other words the asylum seeker should not long live in the instability and uncertainty situation. Further, state has positive obligation to ensure an effective and accessible procedure for asylum which means that individual's asylum request must be examined within a reasonable time.²⁵⁰

²⁴³ *Friedl v. Austria*, Judgment of 31 January 1995, Series A no. 305-B, p. 20, § 45.

²⁴⁴ See *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, Judgment of 25 March 1993, Series A no. 247-C, pp. 60–61, § 36.

²⁴⁵ National security, public safety or the economic well-being of the country, prevention of disorder or crime, protection of health or morals, protection of the rights and freedoms of others.

²⁴⁶ For this debate further read ADDO, M. K., GRIEF, N. Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights? *European Journal of International Law*. 1998 (9), pp. 510–524.

²⁴⁷ See case *Bensaid v. the United Kingdom*, Application no. 44599/98, Judgment of 6 May 2001, § 48.

²⁴⁸ For example see cases *F. v. the United Kingdom*, Application no. 17341/03, Decision on admissibility, 22 June 2004 and above mentioned case *Bensaid v. the United Kingdom*.

²⁴⁹ See *M. S. S v. Belgium*.

²⁵⁰ See *B. A. C. v. Greece*, Application no. 11981/15, Judgment of 13 October 2016.

5. THE RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY (ARTICLE 13)

5.1 Nature and scope of the right to an effective remedy

Article 13 of the ECHR requires the national authorities to ensure that there is a domestic remedy that permits the competent national authority to address the substance of a complaint under the ECHR and to provide appropriate relief;²⁵¹ it is “*giving direct expression to the States obligation to protect human rights first and foremost within their own legal system, establishes an additional guarantee for an individual in order to ensure that he or she effectively enjoys those rights*”.²⁵² However, states have some discretion in the manner in which they comply by this obligation, whose scope will vary depending upon the nature of the complaint of a violation of the ECHR.²⁵³ Ultimately, the remedy must be effective in practice as well as in law,²⁵⁴ with the purpose to strengthen the essence of human rights and freedoms guaranteed in internal law system.²⁵⁵

In the end, the ECtHR concluded that Article 6 of the ECHR, which guarantees the right to a fair trial, was not applicable to immigration and asylum issues; thus, Article 13 is the only provision which can be used to strengthen the safeguards of refugee status determination procedures,²⁵⁶ because Article 13 of the ECHR is not an autonomous provision - it should therefore be used in conjunction with another provision of the ECHR.²⁵⁷

²⁵¹ SCHABAS W. A., op. cit. 67, p. 550. See also, *exempli causa*, *Klass and Others v. Germany*.

²⁵² *Kudla v. Poland*, § 152.

²⁵³ *Church of Jesus Christ of Latter – Day Saints v. the United Kingdom*, Application no. 7552/09, Judgment of 4 March 2014, § 41.

²⁵⁴ *Husayn v. Poland*, Application no. 7511/13, Judgment of 24 July 2014, § 540; *Mahmut Kaya v. Turkey*, Application no. 22535/93, Judgment of 28 March 2000, § 124; *Artico v. Italy*, Application no. 6694/74, Judgment of 13 May 1980; *M. S. S. v. Belgium*, Application no. 30696/09, Judgment of 21 January 2011; *Keenan v. the United Kingdom*, Application no. 27229/95, 3 April 2001.

²⁵⁵ *Al – Nashif v. Bulgaria*, Application no. 50963/99, Judgment of 20 June 2002, § 132.

²⁵⁶ *Maaouia v. France*, Application no. 39652/98, Judgment of 12 January 1999; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Applications nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment of 4 February 2005.

²⁵⁷ UNHCR, *Manual on Refugee Protection on ECHR – Fact Sheet on Article 13*, 2003, p. 2, available at <http://www.unhcr.org/3ead2d262.pdf> (accessed: 05 June 2018).

5.2 The requirements of Article 13 of the ECHR regarding asylum procedure

Individuals must have access to a practical and effective remedy against a refusal of asylum or for any other complaint alleging a breach of their human rights.²⁵⁸ Legal remedy needs to be effective, objective and independent and needs to provide consideration and repeal of expulsion decision.²⁵⁹

In the first place, the ECtHR concluded that individuals must have adequate information regarding the upcoming asylum procedure;²⁶⁰ it requires the existence of reliable communication between authorities and the asylum seeker,²⁶¹ which, in some cases, means that legal aid needs to be available to an individual.²⁶² The authorities are also required to avoid excessively long delays in deciding asylum claims.²⁶³ Also, in terms of risk examination, Article 13 requires independent and rigorous scrutiny by a national authority²⁶⁴ of any claim where there exist substantial grounds for fearing a real risk of being treated in a manner contrary to Article 3 or Article 2 in the event of an applicant's expulsion.²⁶⁵ Besides mentioned, the ECtHR has held that when individual appeals against a refusal of his or her asylum claim, the appeal must have an automatic suspense effect when the implementation of a return measure against him or her might have potentially irreversible effects contrary to Article 3.²⁶⁶

²⁵⁸ Council of Europe. *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, 2014, p. 99.

²⁵⁹ See for example *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, Application no. 36378/02, Judgment of 12 April 2005; *C. G. and Others v. Bulgaria*, Application no. 1365/07, Judgment of 24 July 2008.

²⁶⁰ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*.

²⁶¹ *M. S. S. v. Belgium*, § 301.

²⁶² See for example *Richard Lee Goldstein v. Sweden*, Application no. 46636/99, Judgment of 12 September 2000.

²⁶³ *M. S. S. v. Belgium; Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*.

²⁶⁴ "As the *Golder (Golder v. the United Kingdom)*, Application no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975) and *Klass* cases have shown, the right set out in Article 13 of the European Convention on Human Rights to "an effective remedy before a national authority" for those "whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated" does not necessarily have in all instances to be a judicial authority in the strict sense. However, the Court established in *Conka* that for a non-judicial "national authority" to satisfy the requirements of Article 13, the extent of its powers and guarantees will first be relevant in determining whether it is capable of providing an effective remedy." Cited according to MOLE, N. *Asylum and the European Convention on Human Rights*. Council of Europe, 2007, pp. 70–71.

²⁶⁵ *M. S. S. v. Belgium*, § 293; *Jabari v. Turkey*, § 39.

²⁶⁶ See for instance *Gaberamadhien v. France*, Application no. 25389/05, Judgment of 26 April 2007.

Also, the ECtHR has held that there was a need for independent and rigorous scrutiny of every asylum claim – where this was not the case, the ECtHR has found breaches of Article 13 of the ECHR taken in conjunction with Article 3.²⁶⁷

Further, The ECtHR has held that, in order to comply with the right to a remedy, a person threatened with an expulsion which arguably violates another ECHR right must have: access to relevant documents and accessible information on the legal procedures to be followed in his or her case; where necessary, translated material and interpretation; effective access to legal advice, if necessary by provision of legal aid²⁶⁸; the right to participate in adversarial proceedings; reasons for the decision to expel and a fair and reasonable opportunity to dispute the factual basis for the expulsion.²⁶⁹

In the end, the right to an effective remedy also requires review of a decision to expel, by an independent and impartial appeals authority, which has competence to assess the substantive human rights issues raised by the case, to review the decision to expel on both substantive and procedural grounds, and to quash the decision if appropriate; the ECtHR has held that judicial review constitutes, in principle, an effective remedy, provided that it fulfils these criteria.²⁷⁰

6. CONCLUSION

The jurisprudence that we have analyzed in this paper draws several conclusions. Firstly, regarding the *refoulement* cases, we can conclude that in the most cases, the ECtHR has to examine if there is a violation of Articles 2 and 3. However, it has to be pointed out that mostly if the applicant alleges that there is a violation of both articles, the ECtHR decides to examine the merits under the Article 3, which makes it the most important for protection of asylum seekers. The principle of *non-refoulement* was adopted by the ECtHR in the *Soering* case, and in comparison with the Refugee Convention and its

²⁶⁷ See *exempli causa I. M. v. France*, Application no. 9152/09, Judgment of 2 February 2012, § 130–160.

²⁶⁸ *M. S. S. v. Belgium and Greece*, § 301.

²⁶⁹ *M. S. S. v. Belgium and Greece*, § 302; *C. G. and Others v. Bulgaria*, § 56–65; see also *Hirsi Jamma and Others v. Italy*, Application no. 27765/09, Judgment of 23 February 2012.

²⁷⁰ *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, § 99; *Isakov v. Russia*, Application no. 14049/08, Judgment of 8 July 2010, § 137; *Yuldashev v. Russia*, Application no. 1248/09, Judgment of 8 July 2010, § 110–111; *Garayev v. Azerbaijan*, Application no. 53688/08, Judgment of 10 June 2010, § 82 and 84.

Article 33 which also stipulates this principle, it can be noticed that Article 3 provides much better protection.

Article 3 is a *non-derogable* norm, which means, in asylum cases, that the individual cannot be subjected to expulsion or extradition, if there are substantial grounds for believing that he or she would face treatment contrary to guarantees under Article 3, without any exceptions to this; whereas the Refugee Convention stipulates exceptions to the principle of *non-refoulement* such as: conviction for a serious crime, danger to host country or community in it. Furthermore, responsibility of state authorities is required by the Refugee Convention, but, the ECtHR in its verdicts expanded the protection to the cases when the source of the danger is not only the state. However, in its judgments the ECtHR always reiterates the right of every state to control the entry and the expulsion of aliens, which is the right well-established in international law. Also, when deciding on existence of real risk in, the ECtHR requires evidence from the applicants, but evidence from the credible sources that the risk does indeed exist. Reports of international organizations such as Human Rights Watch, Amnesty International, and particularly reports of the UNHCR are usually being provided as evidence in asylum cases and the ECtHR considers them as credible sources. Furthermore, if there is a mechanism for protection of an individual in the country where he or she would be returned, the ECtHR finds that fact sufficient to rule that there is no violation of Article 3. All this shows that the ECtHR still respects the sovereignty of every country on its territory, since the burden of proof is on the applicant to prove that he or she is in the risk, and the state has to only make it doubtful. In many of its judgments, the ECtHR concluded that there is no violation of Article 3, because the evidence was not credible. When it comes to the Article 2, in the cases where the applicant would face the death penalty, the ECtHR mostly examined if the individual would be provided with fair trial in the country of origin, which also shows that the most important norm from the ECHR for the protection of asylum seekers is Article 3.

As to the Article 5 of the ECHR, it should be stated once again that guarantees provided by the right to liberty and personal security are equally applied to all subjects, including asylum seekers. Therefore, we can conclude that there are no major difference in safeguards provided for asylum seekers and other categories of subjects. When it comes to detention, it has to be based on law, which basically means that all conditions stipulated by Article 5(1) must be fulfilled and that it should be in accordance with the procedure prescribed by law; subject must be protected from arbitrariness, and these two guarantees are fundamental when individual is being detained. Therefore, it can be noticed that all procedural rights under this article have to be respected in

asylum cases as in any others. The only difference worth mentioning is that state authorities do not have the right to detain all asylum seekers and such detention could not be justified with, for example, national security or others legitimate aims. Furthermore, state authorities are obliged to provide human conditions in detention, regardless of the fact that conditions were not *explicite* prescribed in Article 5. Besides that, not long after entering host state, asylum seekers should undergo a medical examination before their detention. When it comes to the Article 13, it has to be pointed out that this article is only procedural right that can be used to ensure protection of asylum seekers, since the ECtHR ruled out that Article 6, which is right to fair trial, cannot be applicable in asylum cases. Each individual has the right to an effective domestic remedy against either refusal of asylum or any other complaint related to alleged breach of human rights. Also, beside obligation of state authorities to avoid excessive delays when deciding about asylum, one of the most important safeguards under Article 13 is that appeal must have an automatic suspense effect when the implementation of return measure could potentially lead to individual facing treatment contrary to Article 3 of the ECHR.

In the context of the right to a family life, the ECtHR had mostly examined whether state has fulfilled its positive obligation regarding to family reunion. In that cases practice uses *returnability test* – in other words, the ECtHR examines whether asylum seekers can return to their country of origin freely and safely. The conclusion that can be drawn from these judgments is that ECtHR would rule out that contracting state has violated the right to a family life of asylum seekers only if there is something which prevents asylum seekers to return to their homeland. What can prevent asylum seekers to return to their country of origin is a question that ECtHR examines in every particular case. Regarding to the right to a private life, the practice has mostly examined the physical and moral integrity of asylum seekers as one of the aspects of private life. Practice shows that ECtHR has a very strict approach when it comes to right to a physical and moral integrity - as we have seen in the *Bensaid* case, the ECtHR did not find a violence even when the asylum seeker had some serious health problems. Here we would like to point out that the ECtHR in almost every case notes that contracting states have right to control entry of non-nationals in its territory; in this regard practice respects domestic law which prescribes the conditions for residence.

Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection – Considerations Based on a Judgment of the Court of Justice of the European Union (Third Chamber) of 25 January 2018, *F v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal* (case C-473/16)

Marcin Princ*

1. INTRODUCTION

The Universal Declaration of Human Rights proclaims that everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution. The right to obtain protection against persecution should be considered in the context of first-generation human rights, and it is a fundamental right in the EU as well. In countries where the constitution is the highest in the hierarchy of sources of law, this law is often included in its provisions. Hence, many issues in mentioned area will be of great importance both from the individual and state perspective.

The issue described in the article is significant for countries associated in the Visegrad Group countries. The subject of the analysis strives to clarify the circumstances reported by an applicant to administrative proceedings regarding the granting of international protection to foreigners on Polish territory, in particular aimed to clarify the relevant circumstances reported by an applicant. This article is referring to considerations about the principles of

* Adam Mickiewicz University in Poznań, Faculty of Law and Administration.

assessing the credibility of the sexual orientation of asylum seekers on grounds of persecution due to belonging to a particular social group.¹ A direct inspiration to write this article was a case that was settled before the Court of Justice of the European Union². It is interesting how the court's verdict corresponds with Polish experiences and what will be its impact on the practice of applying the law.

The judgment constitutes the boundaries of conducting explanatory proceedings. The main point was to determine the credibility of the testimony of the applicant. Several questions arise in this regard. How to conduct proceedings regarding granting international protection? What advice comes from the Tribunal's ruling? What kind of evidence can constitute the legal basis of an administrative decision? Are the practices compliant with the standards of good administration? The matter under consideration belongs to the group of difficult issues, because it is associated with several scientific disciplines like the administrative law science, the administrative science and psychology.

2. EXPLANATORY PROCEEDINGS REGARDING GRANTING REFUGEE STATUS

In Poland, administrative proceedings in the area of granting international protection are based on two legal acts: Act of 13 June 2003 on granting protection to foreigners on the territory of the Republic of Poland³ and Act of 14 June 1960 Code of Administrative Procedure⁴. The legal framework in this regard is obviously linked to the Geneva Refugee Convention and New York Protocol relating to Refugee Status, and is also the result of the implementation of numerous EU directives. Consequently, the definition of a refugee directly refers to the content of the convention.

Granting refugee status and subsidiary protection is complex and multifaceted. It is expressed above all in the extremely wide scope of the explanatory

¹ GÓRSKI, M. Prawo osób LGBT do ochrony międzynarodowej – praktyka polska na tle orzecznictwa TSUE. In: D. PUDZIANOWSKA (ed.) *Status cudzoziemca w Polsce wobec współczesnych wyzwań międzynarodowych*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2016, pp. 247–265. See the literature cited there.

² Judgment of the Court (Third Chamber) of 25 January 2018. *F v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*. In case C-473/16 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=198766&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=req&pageIndex=1&cid=1351883>).

³ Journal of Laws of 2019, item 1666 as amended.

⁴ Journal of Laws of 2018, item 2096 as amended.

proceedings.⁵ It is worth mentioning that the evidentiary proceedings constitute an element of the explanatory proceedings, which involve taking various actions to clarify the case.⁶

The procedure on granting an international protection starts before the Border Guard, afterwards the application is forwarded to the Head of the Office for Foreigners. The proceedings before the Head of the Office for Foreigners contains such elements as: status interview, determination of the situation in the applicant's country of origin and assessment of the risk of violation of the rights of foreigners in the event of their return to their country of origin.⁷ In the procedure on granting international protection, the Head of the Office for Foreigners examines whether there are reasons to transfer a foreigner to the Member State of the European Union responsible for examining his application for international protection.

In the course of the procedure for granting international protection, the applicant is required to provide information necessary to determine the facts of the case, disclose evidence and appear himself or herself at the request of the authority conducting the proceedings (Article 41). The literature emphasizes that the applicant is jointly responsible for explaining the facts of the case for refugee status⁸, regarding duty of loyal cooperation⁹. The authority conducting the administrative procedure is solely responsible for establishing exclusion clauses.¹⁰

The core part of the explanatory procedure is status interview. Following the A. Kosowicz and A. Marek this is the most important moment of the procedure.¹¹ In accordance with Article 44 par. 1 the authority conducting the proceedings in the matter of granting international protection listens to the applicant in order to clarify the factual circumstances relevant to the resolution of the case, including allowing him or her to submit additional explanations regarding inconsistencies or contradictions in his or her statements. This is the stage that every foreigner applying for protection has to go through.¹²

⁵ CHLEBNY, J. *Postępowanie w sprawie nadania statusu uchodźcy*. Warszawa: C. H. Beck, 2011, p. 173.

⁶ JANOWICZ, Z. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa, Poznań: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1992, p. 190.

⁷ Chlebny, J., op. cit. 5, pp. 237–266.

⁸ Ibid., p. 264.; KOWALCZYK, B. *Polski system azylowy*. Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, 2014, p. 287.

⁹ CHLEBNY, J., op. cit. 5, p. 263.

¹⁰ KOWALCZYK, B., op. cit. 8, p. 291.

¹¹ KOSOWICZ, A., MAREK, A. *Procedura o nadanie statusu uchodźcy*. In: *Życie w Polsce – poradnik dla uchodźców*. Warszawa: Stowarzyszenie Vox Humana, 2012, p. 4.

¹² CHRZANOWSKA, A., GRACZ, K. *Uchodźcy w Polsce. Kulturowo-prawne bariery w procesie adaptacji*. GUTKOWSKA, A. (ed.) Warszawa: Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, 2007, p. 140.

However, the act provides for two exceptions to the obligation of interview. The authority conducting the proceedings on granting international protection shall be removed from the hearing if: 1) issuing the decision on granting the refugee status is possible on the basis of the collected evidence or 2) the applicant's state of health or psychological reasons prevent him or her from being interviewed within the time limit referred to in art. 34 par. 1 of statute. In addition, there is no status interview obligation when the application is examined in an accelerated procedure due to the fact the applicant cites reasons other than the ones listed in the definition of a refugee.¹³ Proof of interrogation is a mandatory and not ancillary evidence in the case.¹⁴ The Head of The Office for Foreigners must assess whether the applicant has provided credible and consistent information necessary to establish the facts. In the scope of explanatory proceedings, in particular status interview, further considerations will take place.

3. CASE SUMMARY

The case, which has provoked discussion¹⁵ was Case C-473/16 and Judgment of the Court of Justice of the European Union (Third Chamber) of 25 January 2018, *F v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*. It started in 2015. The case involves the verification of statements made during the administrative procedure, in particular as part of status interview. An application for international protection has been submitted by a Nigerian national. The applicant has declared that he feels the fear of persecution in the country of origin. The basis of concern were related to belonging to a social group. It follows from the content of the application that the applicant is a homosexual. The applicant's statements were assessed as consistent and reliable. In addition, however, the administrative authorities commissioned personal tests to assess whether the applicant is a homosexual. During the proceedings, the applicant was additionally subjected to psychological tests: Draw-a-Person-in-the-Rain test, Rorschach test and Szondi test. All of them belong to the group of projective tests. These tests are a method of psychological examination in which the subject gives meaning to ambiguous material

¹³ CHLEBNY, J., op. cit. 5, p. 246.

¹⁴ KOWALCZYK, B., op. cit. 8, p. 285–286.

¹⁵ See also: KOWALSKI, M. Głosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 25 stycznia 2018 r. W sprawie C-473/16, F przeciwko Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal. *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*. Vol. XVI. A.D. MMXVIII, pp.197–208.

(e.g. colored spots), which is supposed to reveal his mental state and personality traits.¹⁶ For example, the Rorschach test – is considered the oldest and best known projection test (created in 1921) used to diagnose personality. It consists of 10 tables containing chromatic and achromatic ink spots. The examined person is expected to say what he or she sees on the boards presented to him or her.¹⁷

The psychologist concluded that the results of the study did not support the applicant's assertion regarding his homosexual orientation. In result the authorities rejected the application based on the fact, that the psychologist's expert report commissioned for the purpose of exploring the personality of the asylum seeker had not confirmed his alleged sexual orientation.¹⁸ The asylum application was dismissed by decision of 1 October 2015.

The asylum seeker brought an action against that decision before the Hungarian courts. He contended that *"the psychological tests used for the expert's report at issue seriously prejudiced his fundamental rights without making it possible to assess the plausibility of his sexual orientation"*. The Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Administrative and Labour Court, Szeged, Hungary), which was hearing the case, asked the Court of Justice. One reason for the doubt was that the contested tests are similar to those found by the Court to be incompatible with EU law in the judgment¹⁹. Two questions were raised before the court:

"(1) In the light of Article 1 of the [Charter], must Article 4 of Directive [2011/95] be interpreted as not precluding a forensic psychologist's expert opinion based on projective personality tests from being sought and evaluated, in relation to [Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual and Intersexed ("LGBTI")] applicants for asylum, when, in order to formulate that opinion, no questions are asked about the sexual habits of the applicant for asylum and that applicant is not subject to a physical examination?"

(2) If the expert opinion referred to in question 1 may not be used as proof, must Article 4 of Directive [2011/95] be interpreted, in the light of Article 1 of the [Charter], as meaning that when the asylum application is based on persecution

¹⁶ DEPKO, A. R., EICHSTAEDT, K. Z., GAŁECKI, P. *Metodyka pracy biegłego psychiatry, psychologa oraz seksuologa w sprawach karnych, nieletnich oraz wykroczeń*. Warszawa: Lexis Nexis, 2014.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Court of Justice of the European Union, Press Release No 08/18, Luxembourg, 25 January 2018, *An asylum seeker may not be subjected to a psychological test in order to determine his sexual orientation*; <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-01/cp180008en.pdf>

¹⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber), 2 December 2014 *A and Others v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Joined Cases C-148/13 to C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406.

on grounds of sexual orientation, neither the national administrative authorities nor the courts have any possibility of examining, by expert methods, the truthfulness of the claims of the applicant for asylum, irrespective of the particular characteristics of those methods?”²⁰

In short how to verify the credibility of the statements made by an asylum seeker and does EU law preclude reliance by those authorities on psychologists' expert opinions?

The Advocate General made a statement on this matter.²¹ In his opinion “Article 4 of Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted, read in the light of Article 1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, does not preclude the use by the authorities of a psychologist's expert opinion, especially to evaluate the general credibility of an applicant for international protection, provided that: (i) the examination of the applicant takes place with the consent of the applicant and is carried out in a manner that respects the applicant's dignity and private and family life; (ii) the opinion is based on methods, principles and notions that are sufficiently reliable and relevant in the circumstances of the case, and may produce sufficiently reliable results; and (iii) the expert's findings are not binding for the national courts reviewing the decision on the application”.

On January 25, 2018, the verdict was delivered in the Case C-473/16²². On all grounds, the Court hereby ruled “that authority and those courts or tribunals do not base their decision solely on the conclusions of the expert's report and that they are not bound by those conclusions when assessing the applicant's statements relating to his sexual orientation”. Secondly, “Article 4 of Directive 2011/95, read in the light of Article 7 of the Charter of Fundamental Rights, must be interpreted as precluding the preparation and use, in order to assess the veracity of a claim made by an applicant for international protection concerning his sexual orientation, of a psychologist's expert report, such as

²⁰ Judgment of the Court (Third Chamber) of 25 January 2018 *F v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*. Request for a preliminary ruling from the Szegedi Közigazgatási és Munkügyi Bíróság, Case C-473/16, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198766&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10312094>

²¹ Opinion of Advocate General N. Wahl delivered on 5 October 2017 Case C-473/16 *F v Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal* (formerly *Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*); <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CC0473&from=PL>

²² <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=198766&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=req&pageIndex=1&cid=1351883>

that at issue in the main proceedings, the purpose of which is, on the basis of projective personality tests, to provide an indication of the sexual orientation of that applicant". In short, national authorities are enabled to commission an expert's report in the context of the assessment of an application for asylum, but an expert's report must be consistent with the fundamental rights.²³

The justification of the judgment contained several arguments. First of all, it was noted that the applicant was obliged to indicate the reason for persecution and sexual orientation. At the same time, "*when the Member States assess whether an applicant has a well-founded fear of being persecuted, it is immaterial whether he actually possesses the characteristic linked to the membership of a particular social group which attracts the persecution, provided that such a characteristic is attributed to him by the actor of persecution*". Secondly, the provisions of the directive "*do not restrict the means available to those authorities and, in particular, do not exclude the use of expert reports in the context of the process of assessment of the facts and circumstances in order to determine more accurately the applicant's actual need for international protection*". However, they must not violate other provisions, including fundamental rights. Thus, some opinions may be allowed. Thirdly, and importantly, the "*determining authority cannot base its decision solely on the conclusions of an expert's report and that that authority cannot, a fortiori, be bound by those conclusions when assessing the statements made by an applicant relating to his sexual orientation*". Fourth, "*even if the performance of the psychological tests on which an expert's report, such as that at issue in the main proceedings is based is formally conditional upon the consent of the person concerned, it must be considered that that consent is not necessarily given freely, being de facto imposed under the pressure of the circumstances in which applicants for international protection find themselves*". Fifth, this kind of examination constitutes an interference with that person's right to respect for his private life and is disproportionate in relation to that objective.

In the Court's assessment "*in a situation in which the asylum seeker's sexual orientation is not substantiated by documentary evidence, the national authorities, which must have personnel with the appropriate skills, may rely, inter alia, on the consistency and plausibility of the statements of the person concerned*".

²³ Court of Justice of the European Union. Press Release No 08/18, Luxembourg, 25 January 2018. *An asylum seeker may not be subjected to a psychological test in order to determine his sexual orientation*; <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-01/cp180008en.pdf>

4. COMMENTARY IN THE CONTEXT OF POLISH PERSPECTIVE

What is the significance of the above judgment for Polish science of administrative law and from the point of granting protection to foreigners on Polish territory? The experience of this judgment relates to two aspects: granting international protection to foreigners and the issue of admissibility of evidence in administrative proceedings generally.

The first group of guidelines refers to the refugee decision-making process. It is worth recalling that the Geneva Convention defines a refugee as a person who owns a well founded fear of being persecuted for listed reasons (e.g. belonging to a social group). In accordance with Article 14(1) of the Act on granting protection to foreigners *“a group is recognized as a specific social group, in particular if it has a distinct identity in the country of origin by perceiving it as separate from the surrounding society, and its members have common innate traits that cannot be changed, or a common past, or have common traits or beliefs about such meaning for their identity or awareness that a member of the group cannot be forced to change them”*. However depending on the conditions in the country of origin, a specific social group may be a group whose members have a common sexual orientation, but sexual orientation may not include acts which under Polish law are crimes [Article 14(2)]. This is also the opinion of the EU Court of Justice²⁴.

In the light of the case, the question arises whether there is a sense of personality assessment of the applicant? Is such knowledge needed for the authority? The main task of the authority is to assess whether, for the reasons listed in the refugee definition, there has been persecution or fear of persecution. It is worth quoting that the Head of the Office for Foreigners should determine the objective and real risks of persecution.²⁵ Hence, one should agree with the Court that this manner of conducting the proceedings is inadmissible. As in other matters concerning foreigners, this minimum trust is expressed in the fact that the proceedings are conducted to verify the existence of premises for issuing a specific decision, and not to verify a priori suspected dishonesty of a foreigner.²⁶

²⁴ Judgment of the Court of 7 November 2013, Joined Cases from C-199/12 to C-201/12; KOWALCZYK, B., op. cit. 8, p. 133.

²⁵ CHLEBNY, J. Ustalenie okoliczności faktycznych w sprawie o udzielenie cudzoziemcowi ochrony. *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*. 2006, No. 6, p. 53; GÓRSKI, M., op. cit. 1, p. 249.

²⁶ NAROŻNIAK, A., PRINC, M. Zasada wzbudzania zaufania do władzy publicznej – uwagi na tle wybranych regulacji prawnych dotyczących cudzoziemców. In: PUDZIANOWSKA, D. (ed.)

The second group of guidelines useful to the Polish practice refers to explanatory proceedings in all cases. The subject of the dispute is the usage of psychological projective tests in administrative proceedings. In accordance with the Polish Code of Administrative Procedure: *"Anything which is not contrary to law and which is of assistance in clarifying a case shall be admissible as evidence. Evidence includes: documents, the evidence of witnesses, the opinions of experts and inspections"* (Article 75). The public administration body is required to comprehensively collect and examine all evidential material [Article 77(1)]. The Code accepts the principle of equal force of evidence.²⁷ Prohibitions of evidence are examples of what is against the law.²⁸ In addition, this catalog may contain evidence inadmissible from the perspective of the principles of community life, good customs, violating privacy and other basic values.²⁹ Also means of proof whose substantive value raises doubts will not be useful. What is the value of projective tests? Psychology science can provide the answer in this regard.

According to the definition proposed by E. Hornowska, the psychological test is called a tool allowing to obtain such a representative sample of behaviors that can be assumed (e.g. based on theoretical assumptions or empirical relationships) that they are indicators of the psychological feature of interest to us.³⁰ This tool should be objective, standardized, accurate, reliable and normalized, measurable, should clearly define the scope and type of acceptable behavior of the diagnostician.³¹ In addition, the participant takes part in the test voluntarily, aware of the purpose, which is the assessment.³² Non-professionals expect tests to be fair and professionals to be accurate and reliable.³³ In the case of tests used by public administration bodies, it is postulated that their results could be defended, if the decisions taken on their basis went up to the courts.³⁴ A research tool can be considered a psychological test only in the context of a specific psychological theory.³⁵

Status cudzoziemca w Polsce wobec współczesnych wyzwań międzynarodowych. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016, p. 56.

²⁷ ADAMIAK, B., BORKOWSKI, J. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz.* Warszawa: C. H. Beck, 2005, p. 393.

²⁸ WEGNER, J. In: CHRÓŚCIELEWSKI, W., KMIĘCIAK, Z., KRAWCZYK, A., WEGNER, J. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz.* Warszawa: Wolters Kluwer, 2019, p. 446.

²⁹ *Ibid.*, pp. 446–447.

³⁰ HORNOWSKA, E. *Testy psychologiczne. Teoria i praktyka.* Warszawa: Scholar, 2001, p. 22.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, p. 217.

³⁴ *Ibid.*, p. 223.

³⁵ BRZEZIŃSKI, J. *Metodologia badań psychologicznych.* Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2002, p. 167.

How is the credibility of projective tests assessed, including the best-known Rorschach test, in the professional literature? Opinions in this regard are very divided and extreme. On the one hand, this form of research is approved. It is emphasized that the test is not an easy-to-use tool, but the richness and depth of the obtained result is valuable in terms of the accuracy of clinical diagnosis.³⁶ However, it is not considered as perfect tool. According to A. Czerederecka, Rorschach test meets the criteria of assessment of evidence in court³⁷. However, “*in each case the results obtained on the Rorschach Test need to be compared with results of examinations obtained from other sources*”³⁸. Furthermore “*its scientific value is comparable with the value of well-established psychological methods, and dynamically developing research is creating possibilities of “filling in the gaps” in unexplained areas and improving the method itself and ways of assessing it*”³⁹.

On the other hand, there is a group of scientists criticizing the use of projection tests in courts, some of them urge to ban the use of certain projection tests in court proceedings.⁴⁰ The authors of the cited article claim that such tests are easily falsified and their results are not measurable.⁴¹ In addition, it is assessed that their use is unethical, is inconsistent with the most basic human values, because it restricts the right of defense.⁴²

One can agree with the statement that: psychological examinations to be carried out by the experts appointed by the authorities ought to be based on methods, principles and notions generally accepted by the scientific community, or that are in any event sufficiently reliable. Projection tests strive to determine what is unconscious. There is no point in examining the unconscious features in the refugee procedure.

In the administrative procedure, as in the courts, assistance in qualifying the admissibility of evidence in the form of a psychological test can be one ordinance on establishing standards for the methodology of giving opinions in expert judicial teams.⁴³ In accordance with the mentioned legal act a test

³⁶ WASZKIEWICZ, E., ZAKRZEWSKA-WIRKUS, K. Test Rorschacha w diagnostyce klinicznej i badaniach międzykulturowych. *Psychiatria i Psychoterapia*. 2012, Vol. 8, No. 1–2, p. 34.

³⁷ CZEREDECKA, A. The Rorschach test according to the Exner system as a diagnostic tool in psychological expert opinions. *Problems of Forensic Sciences*. 2013, Vol. 93, p. 359.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ ŚLIWERSKI, A., GARSTKA, T. Ocena wartości psychometrycznej wybranych technik projekcyjnych stosowanych w orzecznictwie psychologiczno-sądowym w sprawach o przestępstwa seksualne. *Acta Universitatis Lodzianensis Folia Psychologica*. 2017, No. 21, pp. 31, 36.

⁴¹ Ibid., pp. 31–48.

⁴² Ibid., p. 43.

⁴³ Ordinance of the Minister of Justice of 1 February 2016 regarding the establishment of standards for methodology for giving opinions in advisory teams of judicial specialists (Official Journal of the Minister of Justice of 2016, item 76 as amended).

is a standardized and objectified measurement of a behavioral sample that is an indicator of a feature or property. Basic research methods should be supplemented as far as possible with other research methods that should meet the methodological standards of research tools. The research methods should meet the following criteria:

- a) accuracy – indicating that the test is measuring, which is supposed to be measured;
- b) reliability – the specific correctness with which the test measures what it is supposed to measure;
- c) objectivity – independence of results from the examiner;
- d) standardization – a standardized way of using the test;
- e) normalization – the process of developing standards that makes it possible to relate an individual result to the results of a specific group of people;
- f) cultural adaptation – adapting the test developed in other cultural conditions to the conditions of the culture in which the study is conducted.

The fulfillment of these features allows admission of evidence in the case in administrative proceedings as well. According the verdict “*cannot base their decision solely on the conclusions of an expert’s report and must not be bound by them*”⁴⁴.

Summing up the presented area, the result of court and administrative bodies proceedings is in line with the principles of good administration. Primarily, according principle of lawfulness public authorities shall act in accordance with the law. They shall not take arbitrary measures, even when exercising their discretion [Article 2(1)], in particular they shall exercise their powers only if the established facts and the applicable law entitle them to do so and solely for the purpose for which they have been conferred [Article 2(1)].⁴⁵ Relying on inaccurate evidence would be contrary to principle mentioned above. It must be remembered that the basis of public administration activities are legal norms with proven circumstances at the same time.

5. CONCLUSIONS

Once again the court’s judgment set the limit for what may be evidence in the proceedings. The judgment restricts the behavior of administrative bodies not only in Hungary but also in other EU Member States. The verdict of the

⁴⁴ An asylum seeker may not be subjected to a psychological test in order to determine his sexual orientation, Press release No 08/18, Luxembourg, 25 January 2018, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-01/cp180008en.pdf>

⁴⁵ Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration.

Court should be accepted with satisfaction. In the opinion of this article author the assessment of the credibility of testimonies in this regard should be sufficient. There is no need to examine whether the applicant belongs to a sexual minority. As in the previous judgment *“Article 4 of Directive 2004/83, read in the light of Article 1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, must be interpreted as precluding, in the context of that assessment, the acceptance by those authorities of evidence such as the performance by the applicant for asylum concerned of homosexual acts, his submission to ‘tests’ with a view to establishing his homosexuality or, yet, the production by him of films of such acts”*⁴⁶. The verdict, like earlier judgments, emphasizes the obligation to respect dignity.⁴⁷ At the same time, it is permissible to investigate this circumstance during the proceedings, as an explanation for the existence of a legitimate concern.

The result of the proceedings cannot be based on doubtful or unreliable evidence. Thus, administrative authorities must refrain from taking actions that unduly encroach on human life. Using solely projection tests to examine personality is contrary to the principle of lawfulness and objective truth. Doubts about the credibility of these tests are reported in psychological sciences. Unconditionally, these projection tests cannot constitute an independent basis for administrative decisions.

According to the verdict: *“More generally, it is apparent from Article 4(1) of Directive 2013/32 that the Member States are under an obligation to ensure that the determining authority is provided with the appropriate means, including sufficient competent personnel, to carry out its tasks. It follows that the personnel of that authority must in particular have appropriate skills to assess applications for international protection which are based on a fear of persecution on grounds of sexual orientation”*. The author of this contribution expresses the view that relying on a sufficient competent personnel is too general. On the other hand our government officials cannot be left themselves, alone with riddle and without clear directions how to conduct the proceedings. The judgment only opens the way to establishing this course of action. It is a space to develop good practices that could be used in the asylum procedure.

⁴⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 December 2014, Joined Cases C-148/13 to C-150/13.

⁴⁷ GÓRSKI, M., *op. cit.* 1, p. 265.

Procedural Guarantees in European Visa Regime

(Discretion v. Fundamental Rights)

Barbara Kowalczyk, Łukasz Prus*

1. INTRODUCTION

Migration law is a complex area that attempts to introduce a balance between the legitimate interests of the state and its citizens and the protection of fundamental rights of foreigners. The crucial question is: what rights does have the person who wants to obtain a visa? Does EU law guarantee a subjective and substantive right to a visa? If there is no such a right, do we need procedural guarantees for visa applicants? What is the scope of discretionary administrative decisions on entry given country? Answers to these questions can be found in the case of *El Hassani v. Minister Spraw Zagranicznych*. Therefore, the circumstances of the case, the legal context and the judgment issued by the Court of Justice of the EU will be presented and explained in the first place. Then, the consequences for Polish legal order and for all Member States of the EU will be discussed.

2. THE *EL HASSANI* CASE

2.1 The circumstances of the *El Hassani* case and the question referred for a preliminary ruling

Mr El Hassani submitted an application for a Schengen visa to the Consul of the Republic of Poland in Rabat (Morocco) in order to visit his wife and son who are Polish nationals and living in Poland¹. Polish Consul refused the visa, both upon the initial request and also application to reconsider the case lodged by the applicant before the same authority. Mr El Hassani filed legal

* Wrocław University, Poland.

¹ Judgment of the CJEU of 13 December 2017 in case C-403/16 *Soufiane El Hassani*, ECLI:EU:C:2017:960, paragraph 10.

action against the second negative decision before the Regional Administrative Court in Warsaw (court of first instance). He claimed, *inter alia*, that the refusal to his application violated fundamental right to respect for family life, which is enshrined in Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In the response to the application, the Minister of Foreign Affairs claimed that the appeal should be dismissed as being inadmissible under Article 5(4) of the Law on proceedings before the administrative courts. This rule prohibits judicial actions against the consul decisions. Therefore, Mr El Hassani requested the Regional Administrative Court in Warsaw to submit to the Court of Justice of European Union ('CJEU') for a preliminary ruling on the interpretation of Article 32(3) of the Visa Code in order to determine whether that provision also includes within its scope the right to bring a judicial appeal against a decision refusing to issue a visa. However, by judicial order of 24 November 2015, the Regional Administrative Court in Warsaw refused the appeal on the basis of Article 5(4) of the Law on proceedings before the administrative courts, holding that actions brought against a decision to refuse a Schengen visa adopted by the consul does not fall within the jurisdiction of the administrative court². Thus on 28 April 2016, Mr El Hassani brought an judicial appeal in cassation before the Supreme Administrative Court arguing that as a national of a non-member State who is not a family member of a citizen of a Member State of the European Union within the meaning of the Law on entry he has been denied the right to an effective judicial remedy before a national court, contrary to the Article 13 of the European Convention on Human Rights and Article 32(3) of the Visa Code, read together with Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter'), which guarantees the right to an effective judicial remedy (before a court).

In these circumstances, Supreme Administrative Court decided to refer the following question to the CJEU for a preliminary ruling: "*Must Article 32(3) of Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code), having regard to recital 29 of the Visa Code and the first paragraph of Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, be interpreted as requiring the Member States to guarantee an effective remedy (appeal) before a court of law?*"³.

² Opinion of Advocate General M. Bobek in case C-403/16 *Soufiane El Hassani*, ECLI:EU:C:2017:659, paragraphs 15–20.

³ Judgment of the CJEU of 13 December 2017 in case C-403/16 *Soufiane El Hassani*, ECLI:EU:C:2017:960, paragraphs 11–21.

2.2 Arguments of the Polish Minister of Foreign Affairs

The referring court in this question asked essentially whether Article 32(3) of the Visa Code, read in the light of Article 47 of the Charter, must be interpreted as meaning that it requires Member States to provide for a judicial appeal⁴.

In these circumstances, according to Polish government's opinion, an administrative appeal before the same body is sufficient. Polish law meets the requirement of an Article 32 (3) of the Visa Code. This provision does not require judicial protection. Therefore, it is sufficient that the applicant may bring of the administrative appeal to the same administrative body. Therefore, judicial protection is not required because there is no substantive right to obtain visa. In other words, no subjective and substantive right to obtain a visa means no need for judicial protection.

2.3 Legal context

The legal framework for this issue is defined in the Visa Code. According to the Article 1(1) of the Visa Code: *“This Regulation establishes the procedures and conditions for issuing visas for transit through or intended stays on the territory of the Member States not exceeding 90 days in any 180-day period”*. Article 32(1) of the Regulation provides: *“1. Without prejudice to Article 25(1), a visa shall be refused: [...] if there are reasonable doubts as to the authenticity of the supporting documents submitted by the applicant or the veracity of their contents, the reliability of the statements made by the applicant or his intention to leave the territory of the Member States before the expiry of the visa applied for”*. Article 32 (3) of the Visa Code states: *“Applicants who have been refused a visa shall have the right to appeal. Appeals shall be introduced against the Member State that has taken the final decision on the application for an extension and in accordance with the national law of that Member State [...]”*. In accordance with recital 29 of the Visa Code: *“This Regulation respects fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Council of Europe’s [European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed at Rome on 4 November 1950 (‘the ECHR’)] and by the Charter of Fundamental Rights of the European Union”*. Finally, Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of EU states that: *“Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article”*.

⁴ Ibidem, paragraph 22.

As regards the Polish law, the second subparagraph of Article 60(1) of the Law of 12 December 2013 on Foreign Nationals states: “A Schengen visa or national visa shall be issued for the purpose of: [...] visiting family or friends”. Article 76(1) of that act provides that: “Refusal of a Schengen visa ... by: (1) a consul – may be challenged by a request for a review of the case by that authority; (2) a commander of a Border Guard point – may be challenged by an appeal to the Commander-in-Chief of the Border Guard”.

Article 5 (4) of the law on proceedings before the administrative courts states: “The administrative courts shall not have jurisdiction in cases concerning: visas issued by consuls, other than visas issued to a foreign national who is a member of the family of a national of a Member State of the European Union, a Member State of the European Free Trade Association party to the European Economic Area [(EEA)] Agreement, or the Swiss Confederation, within the meaning of Article 2(4) of the law on the entry into, residence in and departure from the Republic of Poland of nationals of the Member States of the European Union and the members of their families) of 14 July 2006 (the Law on entry)”. In other words, according to the Polish law, the possibility to bring an appeal (complaint) before an administrative court against a decision on a visa application depends both:

- 1) on the authority which adopted the contested decision,
- 2) and the status of the person bringing the appeal.

If the decisions of the national authorities refusing to issue a visa are taken by the Commander-in-Chief of the Border Guard, or the Minister of Foreign Affairs, or the voivodeship administration, this decision may be the subject of an appeal before the administrative courts.

This is not a rule for a decision refusing a visa, including a Schengen visa, taken by a consul. Such an appeal may be brought before an administrative court against a decision only if foreigner is a family member of a national of a Member State of the European Union (except family members of Polish citizens), a Member State of the European Free Trade Association, a State party to the EEA Agreement or the Swiss Confederation within the meaning of Article 2(4) of the Law on entry. Other persons don't have a right to bring this action to the administrative court. Mr El Hassani was such a person.

2.3 The judgement

According to the judgment issued by the CJEU in the case of a final refusal to issue a visa, Article 32 (3) of the Visa Code expressly gives visa applicants the opportunity to bring an action in accordance with the domestic law. Thus, the EU law left to the Member States a wide scope of discretion and task of

deciding the nature and specific conditions of the remedies available to visa applicants⁵. However, in such a situation, in accordance with the principle of procedural autonomy, domestic rules framing legal measures aimed at protecting the rights of the person concerned must comply with the principle of equivalence and the principle of effectiveness of EU law⁶. The national court should assess these issues, especially to determine whether and to what extent the review system at issue in the main proceedings satisfies those requirements⁷.

However, the CJEU noted that the interpretation of Visa Code requires taking account of recital 29 of this code. In other words, the provision of the Visa Code requires respect for fundamental rights and the principles recognized in the Charter of Fundamental Rights. According to settled case-law, the fundamental rights guaranteed within the EU legal order are designed to be applied in all situations regulated by EU law⁸. In this context, the Court has already held that the EU law, e.i. the Visa Code governs the conditions for issuing, annulling and revoking uniform visas⁹. The Court said also that it is true that in assessing a visa application the national authorities have a broad discretion as regards the conditions for applying the grounds of refusal laid down by the Visa Code and the evaluation of the relevant facts, the fact remains that such discretion has no influence on the fact that the authorities directly apply a provision of EU law¹⁰. In the other words, the national body applies EU law in this area. Thus we have a connection that allows us to assess the lawfulness of the national procedure with the Charter of Fundamental Rights of EU. In other words, the Charter is applicable where a Member State adopts a decision refusing to issue a visa under Article 32(1) of the Visa Code¹¹.

Article 47 of the Charter requires that any person whose rights and freedoms guaranteed by EU law are violated should have the right to an effective remedy before a court. Moreover, Article 47 of the Charter guarantees that everyone is entitled to be heard by an independent and impartial court. Thereby it means that Article 47 of the Charter requires the Member States

⁵ Ibidem, paragraphs 24–25.

⁶ Ibidem, paragraphs 26–29.

⁷ Ibidem, paragraph 31.

⁸ Ibidem, paragraphs 31–32.

⁹ Judgment of the CJEU of 13 December 2017 in case C-403/16 *Soufiane El Hassani*, paragraph 35. See also judgment of the CJEU of 19 December 2013, *Koushkaki*, C-84/12, EU:C:2013:862, paragraphs 47 and 51.

¹⁰ Judgment of the CJEU of 13 December 2017 in case C-403/16 *Soufiane El Hassani*, paragraph 36.

¹¹ Ibidem, paragraph 37.

to guarantee, at a certain stage of the proceedings, the possibility to bring the case concerning a final decision refusing a visa before a court¹².

In conclusion, the CJEU stated that “[...] Article 32(3) of the Visa Code, read in the light of Article 47 of the Charter, must be interpreted as meaning that it requires Member States to provide for an appeal procedure against decisions refusing visas, the procedural rules for which are a matter for the legal order of each Member State in accordance with the principles of equivalence and effectiveness. Those proceedings must, at a certain stage of the proceedings, guarantee a judicial appeal”¹³.

3. LEGAL PROBLEMS AND CONSEQUENCES

3.1 Consequences for Polish legal order

As a result of the interpretation done by the CJEU, the Supreme Administrative Court resumed the proceedings and quashed the appealed decision, stating in the grounds, inter alia, that Article 5 (4) of the Polish Act on proceedings before administrative courts does not comply with Article 32 (3) of the Visa Code in connection with Article 47 (1) of the Charter. The Supreme Administrative Court stated that according to the principle of primacy and the principle of direct effect of EU law, examined Article 5 (4) was to be rejected as a basis for court’s decision. Consequently, it must be concluded that there were no grounds to reject the foreigner’s complaint against the consul’s decision.

The Regional Administrative Court in Warsaw revoked the consul’s decision. In its decision Court underlined the necessity to substantiate the decision on refusal a visa. According to the Visa Code the first decision on refusal a visa should be based on one of the grounds mentioned in Article 32(1) of that Code and should be issued on the standard form set out in Annex VI of the Code. However, the decision issued after reconsideration of the case, should contain justification. The lack of justification means that the specific reasons for the refusal remain unknown, and therefore effective judicial review of the decision is not possible. The Court based its position on the principles on good administration resulting from the Charter of Fundamental Rights, namely from provision of Article 41 of the Charter.

Polish courts proceeded in line with the principles of primacy and direct effect of the EU, however refusal to apply provisions of Polish law that are in

¹² Ibidem, paragraph 41.

¹³ Ibidem, paragraph 32.

conflict with EU law does not satisfy requirements as to the principle of legal certainty. It was necessary to change the law in order to remove the existing conflict. On 4 March 2019 the amendment to the Law on the proceedings before administrative courts entered into force¹⁴. It has extended the jurisdiction of administrative courts to decisions on Schengen visas issued by consuls. Generally, the regular rules of proceedings before administrative courts apply to the visa cases with two exemptions. Firstly, a foreigner - the party to the proceedings is obligated to apply for reconsideration the case to the consul before he submits a complaint to the court¹⁵. The second exemptions deals with deadline for transmitting files from the Minister of the Foreign Affairs to the court. Article 54 (2) second sentence prolongs this term to sixty days from receiving a complaint by a consul.

The administrative review procedure has not changed. It is worth underlying that Article 32 (3) of the Visa Code left to the Member States the task of deciding the nature and specific conditions of the remedies available to visa applicants. “[...] According to settled case-law, in the absence of EU rules on the matter, it is for the national legal order of each Member State to establish procedural rules for actions intended to safeguard the rights of individuals, in accordance with the principle of procedural autonomy, on condition, however, that those rules are not less favourable than those governing similar domestic situations (principle of equivalence) and that they do not make it excessively difficult or impossible in practice to exercise the rights conferred by EU law (principle of effectiveness)”¹⁶. The full examination the issue of a place of a request for a review of the case by the same authority (a reconsideration the case) within the system of administrative appeal means is outside of the scope of this contribution. It is enough to say that it is doubtful whether it guarantees full implementation of the two-instance principle. In this context the availability of judicial remedy seems to be even more crucial. The right to submit a complaint to the administrative court creates an important preventive guarantee against the unlawful settlement of the case as a result of a reconsideration of the case.

¹⁴ The Act of 9 November 2019 changing the Law on the proceedings before administrative courts, Journal of Laws 2019, item 11.

¹⁵ Article 52 (3) of the Law on the proceedings before administrative courts.

¹⁶ Judgment of the CJEU of 13 December 2017 in case C-403/16 *Soufiane El Hassani*, paragraph 26.

3.2 Consequences for all Member States of EU

The judgment of CJEU reveals several legal problems of a universal nature. The Courts hold that it is clear that the Charter of Fundamental Rights (as a whole) is applicable where a Member State adopts a decision refusing to issue a visa under Article 32(1) of the Visa Code.¹⁷ In addition, in order to apply Article 47 of the Charter the applicant must have a concrete ‘right or freedom’ guaranteed by EU law that can trigger the specific provision of the first paragraph of Article 47¹⁸. It is widely accepted that there is no subjective and substantive right to be granted a visa¹⁹ (nor to enter the territory of a given state²⁰). One can repeat after Advocate General P. Mengozzi “*if there is a principle of international law deemed to be one of the characteristic manifestations of State sovereignty, it is that States have the right to control the entry of non-nationals to their territory*”²¹. It is also confirmed that there is a ‘wide discretion’ of Member States when examining visa applications. In case C84/12 *Rahmanian Koushkaki v. Bundesrepublik Deutschland*, the Court stated that “*Articles 23(4), 32(1) and 35(6) of [...] (Visa Code) must be interpreted as meaning that the competent authorities of a Member State cannot refuse, following the examination of an application for a uniform visa, to issue such a visa to an applicant unless one of the grounds for refusal of a visa listed in those provisions can be applied to that applicant. Those authorities have a wide discretion in the examination of that application so far as concerns the conditions for the application of those provisions and the assessment of the relevant facts, with a view to ascertaining whether one of those grounds for refusal can be applied to the applicant*”.

Despite the absence of a substantive right to a visa the application of Article 47 para 1 of the Charter is fully justified. As Advocate General M. Bobek says: “*If there is an obligation on the part of the administration to apply the Visa Code and its provisions in a certain way, there must be a correlating right, corresponding to that legality obligation. That right is not a substantive right to be issued a visa, rather, it is of a procedural nature. It is not a right to a visa, but the right to have one’s application treated and processed in a fair and proper manner*”. That means that the foreigner enjoys a procedural right that is

¹⁷ Ibidem, paragraph 37.

¹⁸ See opinion of Advocate General M. Bobek in case C-403/16 *Soufiane El Hassani*, paragraphs 74, 80.

¹⁹ See judgment of the CJEU of 19 December 2013 in case C-84/12 *Rahmanian Koushkaki*.

²⁰ With some exception in international refugee law as a respect for *non-refoulement* principle and issues of family reunification under Article 8 of the ECHR.

²¹ Opinion of Advocate General P. Mengozzi in case C-84/12 *Rahmanian Koushkaki*, paragraph 47. See also opinion of Advocate General M. Szpunar in case C-544/15 *Sahar Fahimian*, ECLI:EU:C:2016:908, paragraphs 27–28.

protected under EU law, namely the right to have his visa application lawfully examined.²²

To protect this right judicial review has to be available. Although it is hard to deny that the wide margin of discretion of national administrative authorities implies limited judicial review (otherwise the margin of discretion would be frustrated and the judiciary would be doing the job of the executive²³, discretion of administrative authorities is not out of control. In such a situation, judicial review is limited to checking whether the boundaries of such discretion have been respected. Even where the competent authorities have discretion, judicial review must address whether the decision is based on a sufficiently solid factual basis and whether it complies with the procedural guarantees. It is important that the court should examine whether the discretionary power was not exercised arbitrarily or unlawfully. It is worth reminding that Member States are bound by the requirement to observe the fundamental rights of the visa applicant, first and foremost of which is his dignity, and the principles of proportionality and non-discrimination.²⁴

4. CONCLUSION

The judgment in the *El Hassani* case is a clear picture of strengthening of procedural rights of the individual and their significant impact on limiting procedural autonomy of Member States.

Lack of subjective and substantive right under EU law together with a wide margin of discretion exercised by administrative authorities do not preclude

²² See also opinion of Advocate General M. Bobek in case C-89/17 *Secretary of State for the Home Department v Rozanne Banger*, ECLI:EU:C:2018:225, where he underlined that 'there is no right to be granted a visa. However, the fact that the law does not provide for any substantive right to a certain outcome does not mean that the applicant does not have the right to have his application fairly and properly processed, and, if need be, in that regard, a right to judicial protection' (paragraph 92). In the judgment of the CJEU of 12 July 2018 C-89/17 *Secretary of State for the Home Department v Rozanne Banger*, ECLI:EU:C:2018:570, the Court stated i.a. that "Article 3(2) of Directive 2004/38 must be interpreted as meaning that the third-country nationals envisaged in that provision must have available to them a redress procedure in order to challenge a decision to refuse a residence authorisation taken against them, following which the national court must be able to ascertain whether the refusal decision is based on a sufficiently solid factual basis and whether the procedural safeguards were complied with. Those safeguards include the obligation for the competent national authorities to undertake an extensive examination of the applicant's personal circumstances and to justify any denial of entry or residence".

²³ Opinion of Advocate General M. Szpunar in case C-544/15 *Sahar Fahimian*, paragraph 72.

²⁴ Opinion of Advocate General P. Mengozzi in case C-84/12 *Rahmanian Koushkaki*, paragraph 65.

judicial review. Contrary to this a judicial procedure provided for at the national level protects procedural rights of the individual, rights guaranteed under EU law. In this manner it realises the most important aim of administrative and judicial proceedings, namely protection of an individual against arbitrary public administration and unlimited discretionary power.

Foreign Students in Poland: Between Receptiveness and Distrust

Some Remarks on the Transposition of Directive (EU) 2016/801

Agnieszka Narożniak*

1. INTRODUCTION

Statistics clearly show that in the second decade of the 21st century Poland is becoming a more and more attractive destination for foreign students. While the overall number of students steadily decreases (which is connected to demographic tendencies), the number of foreign students is on the rise. For example, in the academic year 2017/18 more than 72,000 foreigners studied in Poland while the total number of students exceeded 1,290,000. There has been an increase in the number of foreign students by more than 10% in comparison to the previous year. At the same time, the total number of students in Poland has decreased by more than 4%.¹ Earlier, between 2001 and 2014 the number of foreigners in Polish universities multiplied by six.²

This phenomenon is considered as positively the authorities.³ The Government declares support for all forms of internationalisation of higher

* Wyższa Szkoła Bankowa w Poznaniu, Instytut Prawa i Administracji (WSB University in Poznan, Institute of Law and Administration).

¹ Data provided by National Agency for Academic Mobility (*Narodowa Agencja Wymiany Akademickiej*), <https://nawa.gov.pl/nawa/aktualnosci/514-coraz-wiecej-studentow-zagranicznych-w-polsce-najnowsze-dane-gus> [last access 15. 6. 2019].

² MAIN, I., SYDOW, K. Migranci edukacyjni. Źródło dochodu czy pełnoprawni mieszkańcy miasta? In: BLOCH, N., MAIN, I., SYDOW, K. (eds.) *Nie dość użyteczni. Zmagania imigrantów na lokalnym rynku pracy*. Poznań: Centrum Badań Migracyjnych, 2015, p. 104.

³ See for example: Jarosław Gowin's, the Minister of Science and Higher Education, speech given on 29th January 2018, <http://naukawpolsce.pap.pl/aktualnosci/news%2C28066%2Cgowin-umiedzynarodowienie-polskiej-nauki-jednym-z-najwiekszych-wyzwan.html> [last access 15. 6. 2019].

education and science and the presence of foreign students in Poland is a part of this process. In the field of higher education, a number of initiatives related to foreign students have been taken recently.⁴ Among them there are legislative measures introduced in 2019. The latter are mostly connected with the necessity to transpose Directive (EU) 2016/801 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing.⁵ A cursory reading of the laws raises, however, some confusion. One can easily find solutions that facilitate the internationalisation with particular reference to the presence of foreigners in Polish universities; on the other hand, there are some arrangements that seem to discourage the development in this direction. It is thus worth to carry out a balance of “profit and loss” in this context.

The internationalisation of higher education and science is a very broad subject and it would be difficult to include all its aspects in a single, relatively short text. This paper will therefore focus on the presence of foreign students in Poland. It will nonetheless not discuss the problem of mobility within European programmes, such as Erasmus, and will stick to the entry and stay of foreigners who decide to complete their studies in Poland. The focus will be on third-country nationals as the status of the European Union (EU) citizens and members of their families is governed by different rules and hardly any restrictions are applicable in their cases. The terms „foreigner” and „alien” will therefore be used to define anybody who is not a Polish citizen, except for EU citizens and their family members.⁶ In the first place, the legal status of a foreigner residing in Poland in connection with studies will be roughly described as it was established before the transposition of the directive. Further, recent developments and new legal solutions in this area will be presented.

2. OVERVIEW OF FOREIGN STUDENTS’ SITUATION BEFORE THE DIRECTIVE’S TRANSPOSITION

As a well-established rule, foreigners can take up and continue their studies in Poland for a tuition fee. The law on higher education has changed recently

⁴ See for example: National Agency for Academic Mobility, Outline Strategy for years 2018-25, <https://nawa.gov.pl/images/Strategia-NAWA.pdf> [last access 15. 6. 2019].

⁵ Official Journal L 2016 No. 132, 21. 5. 2016, pp. 21–57; hereinafter referred to as „the directive”.

⁶ In the Polish law governing the entry and stay of EU citizens, the term is used also to define the citizens of Norway, Island, Liechtenstein and Switzerland. So it is in the present paper.

but the basic principles concerning remuneration remained unaffected. Foreigners are required to pay tuition fees of 2,000-3,000 EUR on average⁷ (the total height of the fee depends on many different aspects such as the level of studies, discipline, university, language, etc.). There are two types of exemptions from fees. One is optional and may be provided for in an agreement between universities, an international agreement, a decision of a minister or a rector (a university principal), etc. The other one is obligatory and is provided for in the Law on Higher Education and Science (*Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce*) of 20 July 2018.⁸ In particular, the exemption extends to: the EU citizens; aliens who have been granted permanent residence permits or a long-term EU resident's status; foreigners granted residence permits for family reunification reason; refugee and subsidiary protection status' beneficiaries; Polish citizens' spouses or descendants. The exemption is also valid for individuals whose Polish origin has been confirmed in a specific procedure (first of all Pole's Card holders) as well as those whose proficiency in Polish language is confirmed by official certificates.⁹ To sum up, exemptions concern mainly foreigners who have lived in Poland for a relatively long time or those somehow related to Poland, esp. by family ties.

In a typical case, a foreign student has not, however, such a special status and not only is he/she obliged to pay the tuition fee, but also they have to meet different requirements to enter the country. They most important legal instrument in this field is the Act on Foreigners (*Ustawa o cudzoziemcach*) of 12 December 2013.¹⁰

First of all, the law requires a foreigner willing to enter and stay to indicate the purpose of the entry and stay. When the purpose is taking up or

⁷ As indicated by the National Agency for Academic Mobility (<http://www.go-poland.pl/tuition-fees>). In comparison to some other European countries, it is relatively low. For example, tuition fees in Sweden for master degree programmes mount up to 13,000 EUR on average (<https://studyinsweden.se/plan-your-studies/fees-and-costs/>); in France: 2,770 EUR at bachelor's level and 3,770 EUR at master's level (<https://www.campusfrance.org/en/tuition-fees-France>); in the Netherlands average tuition fee for bachelor's programmes is between 6,000 and 15,000 EUR and for a master's programme between 8,000 and 20,000 EUR (<https://www.studyinholland.nl/study/tuition-fees-and-cost-of-living>); in Croatia tuition fees for undergraduate degree programmes in the humanities and social sciences range from 800 EUR to 2,200 EUR, in technical sciences 3,000 EUR, for medical studies around 3,600 EUR (<http://www.studyincroatia.hr/studying-in-croatia/tuition-fees>); in Denmark: 6,000-16,000 EUR for full-degree studies (<https://studyindenmark.dk/study-options/tuition-fees-scholarships/tuition-fees-and-scholarships>) [in all cases last access 21. 6. 2019].

⁸ Journal of Laws 2018 item 1668, as amended.

⁹ See Article 324 of the Law on Higher Education and Science.

¹⁰ Consolidated text, Journal of Laws 2018 item 2094, as amended; hereinafter referred to as "the Act on Foreigners".

continuing one's studies, to enter the country, the foreigner has to apply for a student visa. The choice is between a Schengen visa (or visa-free movement, if applicable) and a national visa. As a rule, students use national visas with an annual period of stay. Schengen visas are not adequate to the needs related to the studies, as the period of stay mounts up to 90 days.

Until recently, the conditions for obtaining a national student visa formally did not differ substantially from those concerning national visa issued due to other reasons. In practice it was even easier to obtain a student visa, because of a relatively simple way to provide documents concerning the purpose of the stay (a proof of enrolment in a university). This constituted however a cause for abuses by foreigners. Some immigrants who actually did not intend to study in Poland, declared arrival for this purpose and after receiving their student visas, they virtually disappeared in Poland or other EU countries. Some would stay where they had arrived but not in order to continue their studies. Such situations were recorded by the authorities and discussed for a long time; there were some ideas to resolve the problem, but none of them have been good enough to eliminate the counterfeit.¹¹ Recent developments in the wake of the directive's transposition seem to offer such a solution and they will be discussed further in the paper.

According to the law, it is possible for a foreigner to complete studies without applying for a residence permit at all. A student may come back to the country of origin after each academic year and apply for a new national visa in order to return in September or October. To avoid the recourse to such a solution, the Act on Foreigners provides for a special type of temporary residence permit.¹² It has to be underlined that it applies only in case of full-time students. Students attending to extramural or evening courses might be granted temporary residence permits but only on general terms.

The temporary residence permit for the purpose of studies is granted to an alien when the purpose of his/her stay in the territory of Poland is to take

¹¹ See for example: *Imigracja studentów zagranicznych do Polski. Raport przygotowany przez Krajowy Punkt Kontaktowy Europejskiej Sieci Migracyjnej w Polsce*. Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji: Warszawa, 2013, pp. 96-100; https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/immigration-students/20b.poland_immigration_of_international_students_pl_october_2013_final.pdf [last access 22. 6. 2019]; Record of session of the Sejm's Foreign Affairs Commission on 7 May 2014, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/biuletyn.xsp?documentId=4294F34913E51DD7C1257CDD004B5B6F> [last access 20. 6. 2019]; BIELAKOWSKI C., GRABEK A. Wiza kupiona za czesne. „*Tygodnik Wprost*”. 43/2015 (1702), <https://www.wprost.pl/tygodnik/523213/Wiza-kupiona-za-czesne.html> [last access 22. 6. 2019].

¹² Articles 144–150.

up or continue their studies and when the following conditions are met. First of all, the alien has to submit a certificate of acceptance from a university or a document proving that he/she continues the studies and the proof of payment of the tuition fee (if required). Secondly, the alien is obliged to have appropriate health insurance and sufficient financial resources to cover the cost of living and return travel to the country of origin or residence, or the cost of transit to a third country, and the costs of study. Monthly financial resources must be higher than the height of the income qualifying for social assistance, in respect of the alien himself/herself and each family member dependent on him/her. Presently it is 528 PLN (approximately 125 EUR) in case of a person in family and 701 PLN (approximately 165 EUR) in case of a single person. It must be underlined that the presented solution differs from that provided for most other foreigners applying for temporary residence permits. The general principle is such that an alien must demonstrate that he/she has got a stable and regular source of income sufficient to maintain them and their family members. What a student needs is just a sufficient sum of money, in most cases accumulated in a bank account.

The reasons for rejecting a student's application for a temporary resident permit were until now generally the same as in most other cases but there were introduced two solutions aiming at elimination of abuses. It was observed that in relatively numerous cases students would start their studies without obtaining a passing grade and next year they would start new studies in another faculty or university. In some cases it was caused by students' difficulties but in some other it seemed that students had actually arrived to Poland to do something else (esp. work) and not study.¹³ Because of that, there was introduced a provision that the authorities may refuse to grant another residence permit due to studies, if the foreigner failed to pass. Anyway, they were not obliged to do so. Secondly, a provision was introduced to oblige the authorities to refuse a temporary residence permit in case when a student applied for it for the first time and in the same moment he/she was performing work in Poland. Students were allowed to work but they would not be granted their first

¹³ There were also more complex cases, see for example: Voivodship Administrative Court in Warsaw (*Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie*) judgement of 11 January 2017 (IV SA/Wa 1739/16); Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, orzeczenia.nsa.gov.pl [last access 28. 6. 2019]. In this particular case a foreigner had taken up the studies in 2010 and after six years she was still a second-year-student. Meanwhile, she had been disenrolled for three times from universities. The student claimed that it had been caused by some health problems but the administrative authorities of two instances and the administrative court agreed that the refusal of a residence permit was justified. The court explained that otherwise, it would be necessary to admit that foreigners could legalize and extend "artificially" their stay without restrictions, regardless of the reasons.

residence permits for the purpose of studies if they actually had taken jobs. The two aforementioned reasons for refusal have been replaced by some by the latest amendment to the Act on Foreigners (which will be discussed further).

Foreign students, like their Polish counterparts, eagerly take jobs. Students do it both for financial reasons and in order to gain experience needed in their future careers. Therefore, some legal instruments have been introduced to facilitate foreign students' work. The key provision in this respect is Article 87(2)(1) of the Act on the Promotion of Employment and the Labour Market Institutions of 20 April 2004 (*Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy*)¹⁴. It stipulates that a student with a temporary residence permit for the purpose of studies is released from the obligation to have a work permit. In 2015 taking a job by a student was facilitated even more: all full-time students were released from that obligation, no matter if he/she had visas or a residence permits. The latter is provided for in a regulation implementing the Act on Promotion of Employment and Labour Market Institutions (which holds a lower position in the normative acts hierarchy in Poland)¹⁵.

Although it is less popular among students, it is also possible for a foreigner to start their own businesses. Most foreigners who decide to do it have a restricted choice of legal forms of such activity. Generally, they can choose between four types of companies. To encourage foreign students to get involved in the economic activity, Polish legislators lifted the restrictions in cases where students possess residence permits issued for the purpose of studies. As a result, such foreign students are allowed to start their businesses on the same conditions as Polish citizens¹⁶.

Research shows that, from the point of view of the person making the decision to study abroad, a significant element is the ability to stay and work in

¹⁴ Consolidated text, Journal of Laws 2018 item 1265, as amended.

¹⁵ Regulation of Minister of Employment and Social Policy of 21 April 2015 on cases where it is permissible to employ a foreigner on the territory of the Republic of Poland without a work permit (*Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie przypadków, w których powierzenie wykonywania pracy cudzoziemcowi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest dopuszczalne bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę*), Journal of Laws 2015 item 588, as amended.

¹⁶ Article 4(2)(1)(c) of the Act on the Rules Governing the Involvement of Foreign Entrepreneurs and other Foreign Persons in Economic Activity on the Territory of the Republic of Poland (*Ustawa o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*) of 6 March 2018, consolidated text: Journal of Laws 2019 item 1079. Before the entry into force of the above mentioned act, there existed a similar provision in Article 13(2)(1)(c) of the now repealed Act on the Freedom of Economic Activity (*Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej*) of 2 July 2004, consolidated text, Journal of Laws 2017 item 2168, as amended.

the country after graduation¹⁷. In order to facilitate the functioning of such a foreigner in Poland, the Minister of Employment and Social Policy decided that graduates are allowed to work without permits by introducing an appropriate provision in the regulation of 2015 mentioned before¹⁸. There are no adequate provisions in reference to economic activity of foreign graduates. It is an inconsistency because if a foreigner made use of his/her privilege and commenced a one-man activity as a student, after graduation he/she is obliged to transform it into a company. The Act on Foreigners that entered into force in 2014 introduced a special temporary residence permit for graduates of Polish universities searching for jobs. It could be issued optionally for a period of 1 year. The alien was supposed to present proofs of having health insurance and a source of stable and regular income sufficient to cover maintenance costs for himself/herself and the family members, and a place of residence in Poland. Such a solution was criticised for its inconsistency: a question was asked how a person searching for a job could prove a stable and regular source of income. The latter solution is not in force at the moment as it has been reformulated in the process of the transposition of the directive (the details will be discussed further in the paper).

To conclude the brief overview of foreign students' legal status before Directive (EU) 2016/801 transposition, it is worth to mention what kind of problems faced foreign students in practice. For example, research conducted in Poznań (which is one of the greatest higher education centres in Poland) in 2013-2015 showed that students indicated in the first place everyday difficulties connected with flats renting, municipal transport, medical insurance etc. Secondly, they would complain about difficulties connected with the residence permit proceedings (for example, to apply for a residence permit it is necessary to fill in a relatively complicated form; the questions are in a few different languages but the answers have to be in Polish). The third type of problems was connected with financial difficulties. Finally, they indicated poor knowledge of foreign languages in the Polish society.¹⁹

Apart from that, nowadays foreigners face many problems due to the length of proceedings.²⁰ Since the beginning of the second decade of the 21st century

¹⁷ MAIN, I., SYDOW, K., op. cit. 2, pp. 107-109.

¹⁸ See footnote 15.

¹⁹ MAIN, I., SYDOW, K., op. cit. 2, pp. 111-116.

²⁰ See more: NAROŻNIAK, A. Prawne implikacje opieszałości organu w sprawach legalizacji pobytu cudzoziemców w Polsce na przykładzie spraw zgłaszanych w Migrant Info Point w Poznaniu. In: CZERNIEJEWSKA, I. (ed.) *Nie dość mile widziani. Zmagania imigrantów z legalizacją pobytu w Poznaniu*. Poznań: Centrum Badań Migracyjnych UAM, 2016, pp. 15-28, online access: http://www.migrant.poznan.pl/images/publikacja/Nie_dosc_mile_widziani.pdf

voivodship offices have had more and more difficulties to issue decisions in foreigners' cases on time, even in relatively simple cases such as students'. In 2016-2017 it took on average 47 to 183 days to issue a decision on the residence permit for the purpose of studies (depending on the voivodship).²¹ To compare, the Code of Administrative Procedure (*Kodeks postępowania administracyjnego*) of 14 June 1960 provides for 2 months at the most to resolve a case.²² Despite some efforts to improve the service in this field, generally the length of proceedings has not been reduced; on the contrary, the problem is growing together with the number of foreigners in Poland.

3. THE RESULTS OF THE DIRECTIVE'S TRANSPOSITION

In 2019, the Law on Foreigners was amended in respect to foreign students.²³ The amendment was aimed at introducing to the Polish legal order the solutions of Directive (EU) 2016/801. The changes, however, have also affected some fields of regulation not covered by the directive.

First of all, there has been a revolutionary change concerning students in an indirect way. Before the directive's transposition, it was possible to attract foreign students for any university. It was however observed that there were cases of abuses by some foreigners and some universities.²⁴ As the directive allows the member states to establish approval procedures (as an optional measure)²⁵, Polish legislators have chosen to introduce such a procedure “*in order to prevent negative migratory phenomena*”²⁶.

²¹ Data provided by the Ministry of Internal Affairs and Administration (*Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji*) on request made by the Commissioner for Human Rights (*Rzecznik Praw Obywatelskich*); <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/jak-wladze-usprawniaja-rejestracje-i-rozpatrywanie-wnioskow-cudzoziemcow-na-pobyt-w-polsce-odpowiedz-MSWiA> [last access 25. 6. 2019]. The voivodships most affected by the aforementioned difficulties were: Pomorskie with Gdańsk (Pomerania), Wielkopolskie with Poznań (Great Poland), Lubuskie with Zielona Góra and Gorzów Wielkopolski, Łódzkie with Łódź, Dolnośląskie with Wrocław (Lower Silesia).

²² Article 35; consolidated text, Journal of Laws 2018 item 2096, as amended.

²³ Act on the Amendment of the Act on Foreigners and Some Other Acts (*Ustawa o zmianie ustawy o cudzoziemcach i niektórych innych ustaw*) of 22 February 2019; Journal of Laws 2019 item 577; the main part of the Act entered into force on 27 April 2019.

²⁴ *Imigracja studentów zagranicznych do Polski*, op. cit. 11.

²⁵ Article 15.

²⁶ Explanatory Memorandum for the Draft Act on the Amendment of the Act on Foreigners and Some Other Acts (*Uzasadnienie do Projektu ustawy o zmianie ustawy o cudzoziemcach i niektórych innych ustaw*), Druk no. 3072, p. 32; <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3072> [last access 25. 6. 2019].

After the amendment, as a general rule, a university thus requires a special approval. Otherwise students will not be granted visas nor residence permits for the purpose of studies. The approval is granted by the internal affairs minister in a decision issued after receiving opinion of the minister of higher education. Conditions for issuing such a decision are both of positive and negative nature. A university has to conduct studies for at least five years before the application. The obstacles to issue the approval are: reasons of defence or national security; protection of public order and public safety; the interests of the Republic of Poland. The minister may refuse to issue the approval also for many other reasons. Some of them are connected to a failure to fulfil different legal obligations (such as tax obligations). What is particularly important from the point of view discussed in this paper, the refusal might be caused by the lack of real activity or activity aimed mainly at facilitating illegal entry and stay of foreign students in Poland. As a rule, the approval is valid for five years.

There are, however, five groups of universities that are not subject to approval for admission of foreign nationals to take up or continue their studies. These are: universities that have acquired the highest categories in the field of arts and sciences; public vocational higher schools; military higher schools; state service higher school; universities run by some churches. Nevertheless, it is possible that the minister of internal affairs imposes a ban of foreign students' admittance on any of these universities. The reasons are similar to those justifying the refusal of approval. It means that the refusal of approval and the foreign students' admittance ban are considered as administrative sanctions that can be imposed both for infringements connected to foreign students' admittance as well as those that have nothing to do with this field of activity. A question arises about the situation of students who continue their studies in a university while it is being deprived of the right to admit foreign students. To secure the acquired rights, the law provides that this is not an obstacle to grant visas or residence permits to students who continue their studies. Only new foreign students will not be granted legal title to arrive and stay in order to be admitted into a particular university.

The approval/ban procedure might be criticised for some reasons (such as the discretionary power of the minister to refuse the approval or impose the ban for the reason of „the Republic of Poland's interest“; if there really exists a state's interest to do so, the minister shall be obliged rather than allowed to act). Notwithstanding that, it is an instrument invented to fight abuses and if it will be implemented in a reasonable way, it has the potential to play a positive role.²⁷

²⁷ Similar solutions were discussed long ago by experts and practitioners: see for example: Imigranci w Polsce. *Biuletyn Migracyjny*. No. 26, July 2010, p. 9; <http://biuletynmigracyjny>

On the contrary, it is difficult to present rational arguments for introducing control of the same issues exercised by a consul in visa proceedings. In the amendment, there is a requirement that a student has to prove enrolment to an approved university or a university without the ban imposed when he/she applies for a visa. Apart from that, there exists a provision that a consul is obliged to refuse a national visa if a university's activity is focused mainly on facilitating foreign students the entry and stay.²⁸ While it is understandable that a minister controls universities' activities in the field of foreign students admittance, it is difficult to justify the same control exercised by consuls. Moreover, once the new law enters into force, each university will fall under one of three categories: 1) approved by the minister 2) exempted from the approval and without a ban imposed 3) not approved by the minister or with a ban imposed. If a student wants to study in a category 3) university, the consul will in all cases be obliged to reject a visa. In cases 1) or 2) the consul's decision on visa refusal will either undermine the minister's decision or will get ahead of it. This view was shared by the Conference of the Rectors of Polish Academies (*Konferencja Rektorów Akademickich Szkół Polskich*) in their opinion on the draft amendment. The rectors asked how the legislators understand the presumption that a university focuses mainly on facilitating foreign students' illegal entry and stay in case when the university in question has been approved by the minister and the approval is not withdrawn.²⁹ It might be feared that the discussed consul's competence will cause persistent uncertainty for foreign students because even if a cautious candidate checks the chosen university's status on the governmental list, he/she will never clearly envisage consul's assessment. Apart from the aforementioned inconsistency, a question arises: what instruments do consuls have, residing abroad, to assess the nature of a particular university's activity? If they possessed such knowledge from some sources, it would be rational to inform the minister who would issue an appropriate decision after examining the case in a special procedure. The discussed solutions allow to circumvent these rules by allowing consul to decide on the situation of universities in proceedings that concern their students. Universities are not parties to such proceedings,

.uw.edu.pl/pliki/pdf/biuletynmigracyjny26.pdf [last access 28. 6. 2019]. It discusses the results of the activity of a working group trying to resolve the problem. Between its members there were functionaries of the Border Guards and Internal Security Agency as well as representatives of the Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of Higher Education and Science.

²⁸ Article 65(1a)(1) of the Act of Foreigners.

²⁹ KRASP/270/2018; https://www.krasp.org.pl/resources/upload/dokumenty/dokumenty_opinie_16-20/Inne/odpowiedz_ustawa_cudzoziemcy.pdf [last access 27. 6. 2019].

so they are not able to defend their rights and students are practically defenceless, too. The argument that the directive does not exclude such a provision cannot change this assessment.

The consul will also refuse a visa when circumstances indicate that a foreigner used his/her previous student visa contrary to its purpose and may do so if a student was disenrolled from the university.³⁰ As far as the latter is concerned, there is significant inconsistency because if a student is disenrolled, he/she cannot provide the crucial document from a university. To produce a reasonable interpretation, it could be understood in the following way: after a student had been dismissed from university/faculty X, he/she enrolled in university/faculty Y and is now applying for a visa to start studies again. When it comes to the refusal because of inappropriate use of the previous visa, a question must be asked, how a consul can examine the circumstances.

What is even more problematic in the discussed field, is that there is no judiciary control over consuls' decisions concerning national visas. Generally, as far as visa decisions control is concerned, there has been important change in the Polish law. Until recently, administrative courts were not competent to examine any visa decisions except for those issued for EU citizens' family members. It changed after the Supreme Administrative Court (*Naczelny Sąd Administracyjny*) asked the Court of Justice of the European Union a preliminary question on the compliance of such a solution with the EU law.³¹ The verdict was clear: the EU law "requires Member States to provide for an appeal procedure against decisions refusing visas, the procedural rules for which are a matter for the legal order of each Member State in accordance with the principles of equivalence and effectiveness. Those proceedings must, at a certain stage of the proceedings, guarantee a judicial appeal"³². The Law on the Proceedings of Administrative Courts (*Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*) of 30 August 2002 was thus amended in 2018 but as *Soufiane El Hassani's* case concerned a Schengen visa, the amendment affected only Schengen visa procedure.³³ As a consequence, administrative courts' control is still not applicable to national visas.

³⁰ Article 65(1a)(2) and para. 1b of the Act of Foreigners.

³¹ Supreme Administrative Court decision of 28 June 2016 (II OSK 1346/16); Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, orzeczenia.nsa.gov.pl [last access 28. 6. 2019]

³² Judgment of the Court (First Chamber) of 13 December 2017 *Soufiane El Hassani v Minister Spraw Zagranicznych* (C-403/16); <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=197721&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1069331> [last access 29 June 2019].

³³ See Art. 5 point 4); consolidated text, Journal of Laws 2018 item 1302 as amended.

Surprisingly enough, solutions criticised above are provided for also in the regulations concerning temporary resident permits.³⁴ The voivod (the authority of the first instance) is obliged to refuse the permit if a university's focus is on facilitating illegal entry and stay of foreigners.³⁵ The voivod will also refuse a residence permit if circumstances show that a foreigner used the previous one contrary to its purpose and may refuse it in case of the student's disenrollment from the university. All the remarks made earlier in relation to consuls are applicable. What is different, is the control over voivod's decisions. While in case of consuls' decisions on national visas it is possible to make a sole appeal to the same consul and there is no administrative courts' control, a foreigner can make an appeal from the voivod's decision to the Head of the Office for Foreigners and then lodge a complaint to the Voivodship Administrative Court in Warsaw. Ultimately it is possible to lodge a further complaint to the Supreme Administrative Court.

When it comes to changes in the Law on Foreigners that directly affect foreign students' situation, visa and residence permit procedures have to be discussed.

In both cases there is the requirement of appropriate financial resources. The legislators claim that in order to *fully implement* Article 7(1e) of the directive, it is necessary to change the way how they shall be determined.³⁶ It is difficult to understand in what way the aforementioned provision requires that, but after the directive's transposition the height of financial resources shall be determined after deduction of the cost of residence (that covers at least the rent and fees for energy, gas, water, waste collection, etc.).³⁷

This means that there has been a significant increase in the required resources' height. In fact it is now 528/701 PLN + the cost of residence. Not only does it apply to temporary residence permits for the purpose of studies

³⁴ Article 147 of the Act on Foreigners.

³⁵ *Nota bene*, the wording is not precise because universities do not invite students to enter and stay illegally (without a visa or a residence permit) but they sometimes help foreigners to circumvent some conditions and receive legal titles to enter and stay.

³⁶ Explanatory Memorandum for the Draft Act on the Amendment of the Act on Foreigners and Some Other Acts, op. cit. 26, p. 36.

³⁷ The relevant directive's provision stipulates as follows: "As regards the admission of a third-country national under this Directive, the applicant shall provide the evidence requested by the Member State concerned that during the planned stay the third-country national will have sufficient resources to cover subsistence costs without having recourse to the Member State's social assistance system, and return travel costs. The assessment of the sufficient resources shall be based on an individual examination of the case and shall take into account resources that derive, inter alia, from a grant, a scholarship or a fellowship, a valid work contract or a binding job offer or a financial undertaking by a pupil exchange scheme organisation, an entity hosting trainees, a voluntary service scheme organisation, a host family or an organisation mediating au pairs."

but also to national student visas. It is a revolutionary development of the latter. Traditionally, granting visa is considered a sovereign right of states and usually the law provides for the reasons of visa refusal and not conditions for issuing it. This is the way student visa procedures were until now regulated. After the discussed amendment, there is a set of conditions that have to be fulfilled by a student to be granted a visa as well as a set of conditions of visa refusal. A question may arise, how a student can prove the actual height of the residence costs as it depends on multiple factors. Currently, in practice, a student is thus expected to make a statement on the cost of residence. In case of his/her dishonesty, the authorities are obliged to refuse to grant a visa or a residence permit. It causes uncertainty among some students as it is often difficult for foreigners to calculate the accurate cost, especially if they are abroad and they are applying for a visa for the first time. Moreover, it has to be mentioned, that there is some inconsistency in this field as the obligation to deduct the cost of living is not applicable for most foreigners applying for residence permits for other reasons such as work, business or family reunification. To make it even more complex, the legislators decided to leave a possibility for the government to introduce exemptions in a regulation by indicating some countries whose citizens are not required to deduct the cost of residence. According to the explanatory memorandum for the Draft Act, such a possibility is provided for the sake of migratory policy and it might be used to encourage foreign students from particular countries.³⁸ That poses questions, (expressed also by the rectors in their opinion) of discrimination rather than encouraging students' arrival.³⁹ In the same time, arguments concerning the presumed requirements of the directive's implementation become voided.

The aforementioned novelties in the act have their advantages and disadvantages. Apart from them, there is a new provision in the Law on Foreigners, which cannot be assessed positively in any respect. It is Article 147(1)(2) of the Act on Foreigners, which stipulates that the voivod has to refuse a residence permit for the purpose of studies, when *“justified doubts arise as to the validity of the foreigner's statement concerning the purpose of his/her stay in the territory of Poland with regard to evidence accessible for the authority or objective circumstances indicating that the purpose of his/her stay may be different from the declared one.”* It is probably an attempt to transpose Article 20(2f) of the directive, which provides that *“a member state may reject the application where it has evidence or serious and objective grounds to establish*

³⁸ Explanatory Memorandum for the Draft Act on the Amendment of the Act on Foreigners and Some Other Acts, op. cit. 26, pp. 23–24.

³⁹ KRASP/270/2018, op. cit. 29.

that the third-country national would reside for purposes other than those for which he or she applies to be admitted.” It must be underlined that the directive do not requires obligatory rejection in such a case, while in the Polish law on foreigners rejection is obligatory. The wording of the provision is awkward: if there is „evidence” or there are „objective grounds” to establish a fact, there are no „justified doubts”. If there are doubts, it means that the evidence and objective grounds are not strong enough to establish a fact.

Apart from that, a question arises about compatibility of this solution with general rules governing the administrative procedure in Poland. According to the Code of Administrative Procedure, all authorities are obliged to “take all steps to thoroughly explain the facts”⁴⁰. They are not allowed to make decisions on the basis of „doubts” but established facts. The *ratio legis* of the idea of rejecting application in case of incompatibility of the real and declared purposes of stay is clear but the wording of the provision is not. It is also obvious that situations of particular students may be different and complicated. Apart from their studies they often undertake jobs or economic activity, they might get married and have children, etc. The lawmakers noticed these circumstances and they wrote in the explanatory memorandum for the Draft Act: “The law allows [students], in addition to the main objective of taking or continuing full-time studies [...], to accomplish accompanying goals. The use of these rights by a foreigner cannot therefore be subject to automatic presumption that a reason [of refusal] occurred [...]. [I]n the proceedings on granting another temporary residence permit, it will be necessary to consider comprehensively all the circumstances disclosed in the given administrative case, taking into account in particular how the main purpose of stay in the Republic of Poland was realised in the form of taking up or continuing studies”⁴¹. Nevertheless, there exist grounds for serious concerns as to how the rule will be applied in practice.

The directive’s transposition resulted also in an advantageous amendment to the rules governing the status of graduates. An obligatory grant of a temporary residence permit is now provided for a graduate of a Polish university looking for a job or planning to start a business.⁴² In the previous version of the Act on Foreigners, only searching for a job was taken into account, and permits were granted optionally. Apart from that, the provision was inoperative due to the requirement of a stable and regular source of income. At present, this requirement has been replaced with the requirement to have sufficient financial resources for the stay and possible return to the country

⁴⁰ Art. 7.

⁴¹ Explanatory Memorandum for the Draft Act on the Amendment of the Act on Foreigners and Some Other Acts, op. cit. 26, p. 38.

⁴² Art. 186 para. 1 point 6) of the Act on Foreigners.

of origin. What is more, unlike students, graduates do not need to deduct the cost of residence.

It has been mentioned that one the greatest practical problems that foreign students have to face is the length of proceedings. In the amended Act on Foreigners, in the wake of the directive's provisions, there is a new time limit of 60 days to take decisions in the discussed matters. The question is whether responsible administrative bodies will be able to follow the rule. Without that, attracting foreign students might become more difficult. As far as other reported students' difficulties are concerned, the directive's transposition has not changed anything. In fact, like the length of proceedings, it is in many fields subject to measures other than legislative.

4. CONCLUSION

The short overview of foreign students' status shows that the rules governing their entry and stay in Poland elaborated in the beginning of 21st century were generally built on the grounds of receptiveness. Foreign students were welcome and thus somehow privileged among most other foreigners. They faced some difficulties in practice but they were connected rather to the lack of experience of the Polish society with foreigners than to legislative obstacles. The authorities noticed cases where foreigners abused the law and there were some legislative measures taken but their scope was not extensive. Nowadays, on the eve of the third decade of the century, the way the Directive (EU) 2016/801 is transposed shows growing distrust towards foreign students. It is not expressed openly in the legal provisions, but it seems somehow hidden between the lines. The authorities declare hospitality and receptiveness but in the same time they leave the door open for themselves to reject the entry and stay of foreigners for more reasons than before.

It should, however, be remembered that the Code of Administrative Procedure requires the administrative bodies to proceed in such a way that provokes trust towards the authorities.⁴³ Trust, as well as distrust, is a mutual relationship, though. It is not possible to fulfil this obligation without elementary trust towards the parties to the proceedings, no matter if they are citizens or foreigners.⁴⁴

⁴³ Art. 8.

⁴⁴ NAROŻNIAK, A., PRINC, M. Zasada wzbudzania zaufania do władzy publicznej – uwagi na tle wybranych regulacji prawnych dotyczących cudzoziemców. In: PUDZIANOWSKA, D. *Status cudzoziemca w Polsce wobec współczesnych wyzwań międzynarodowych*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016, pp. 56–78.

**F. Příspěvky
odboru správního
ministerstva vnitra**

Několik poznámek k soudnímu přezkumu sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza

Ivan Tobek*

1. ÚVOD

Přístup k soudu, respektive právo na soudní ochranu, patří k základním lidským právům a jako takové je tedy opakujícím se tématem i v oblasti dlouhodobých víz. V poslední době lze však zaznamenat vývoj této problematiky, který má nesporně potenciál změnit nejen správní praxi, ale také právní úpravu dlouhodobých víz. Záměrem tohoto příspěvku je nejen nastínit tento vývoj pomocí odkazu na vybraná soudní rozhodnutí, ale pomocí poznámek k nim také naznačit další dosud nevyřešené otázky a problémy.

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA

Vnitrostátní právní úprava se k tématu soudního přezkumu sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza vyjadřuje poměrně jasně. Podle § 168 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 326/1999 Sb.“) se část druhá a třetí zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) nevztahuje na řízení o udělení dlouhodobého víza. Výsledkem posuzování žádosti o udělení dlouhodobého víza tak není formálně rozhodnutí ve smyslu § 67 a následující správního řádu, nýbrž sdělení podle části čtvrté správního řádu. To však samo o sobě pro vyloučení soudního přezkumu nestačí.

* Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců.

Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 150/2002 Sb.“) v § 65 odst. 1 obsahuje vlastní definici rozhodnutí, které může být předmětem žaloby. Podle tohoto ustanovení ten „[k]do tvrdí, že byl na svých právech zkrácen přímo nebo v důsledku porušení svých práv v předcházejícím řízení úkonem správního orgánu, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují jeho práva nebo povinnosti, (dále jen „rozhodnutí“), může se žalobou domáhat zrušení takového rozhodnutí, popřípadě vyslovení jeho nicotnosti, nestanoví-li tento nebo zvláštní zákon jinak“. Z toho vyplývá, jak ostatně potvrzuje i judikatura správních soudů, že i úkony, které formálně nejsou rozhodnutím podle části druhé nebo třetí správního řádu, mohou být předmětem soudního přezkumu. To platí i v případě sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza, které by tedy z materiálního hlediska mohlo být předmětem soudního přezkumu (viz níže).

Podle § 68 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb. je žaloba nepřípustná také tehdy, „nevýčerpali-li žalobce řádné opravné prostředky v řízení před správním orgánem, připouští-li je zvláštní zákon, ledaže rozhodnutí správního orgánu bylo na újmu jeho práv změněno k opravnému prostředku jiného“. Sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza z formálního hlediska není rozhodnutím, a proto proti němu nelze podat odvolání podle § 81 a násl. správního řádu. Podle § 180e zákona č. 326/1999 Sb. lze však v případě neudělení dlouhodobého víza podat žádost o nové posouzení důvodů neudělení dlouhodobého víza. Tato žádost je tedy specifickým opravným prostředkem proti sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza. Z toho lze dovodit, že pokud bychom měli uvažovat o soudním přezkumu sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza, musel by cizinec v souladu s § 68 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb. před podáním žaloby neúspěšně vyčerpat možnost spočívající v podání žádosti o nové posouzení důvodů neudělení dlouhodobého víza podle § 180e zákona č. 326/1999 Sb. Bez toho by bylo nutné považovat žalobu za nepřípustnou.

Podle § 171 písm. a) zákona č. 326/1999 Sb. (ve znění před nabytím účinnosti novely č. 176/2019 Sb.) jsou z přezkoumání soudem vyloučena „rozhodnutí o neudělení víza a rozhodnutí o žádosti o nové posouzení důvodů neudělení víza; to neplatí, jde-li o neudělení víza rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie“. Ponechme stranou, že zákon č. 326/1999 Sb. hovoří o rozhodnutí o neudělení víza (tedy i dlouhodobého), ačkoliv se formálně jedná pouze o sdělení podle části čtvrté správního řádu. Prvně je nutné zdůraznit, že se soudní výlučka netýká rodinných příslušníků občanů Evropské unie. Tato výjimka navozuje otázku, která, respektive odpověď na ni, je stěžejní pro řešení problému soudního přezkumu sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza. Pokud se totiž budeme zabývat pobytem občana jiného státu Evropské unie nebo jeho rodinného příslušníka na území, musíme vycházet ze směrnice

Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států. Jak už název směrnice napovídá, rodinní příslušníci občana Evropské unie mají právo na pobyt na území za podmínek stanovených směrnicí.¹ Jeli posuzována žádost o dlouhodobé vízum podaná rodinným příslušníkem občana Evropské unie, je současně rozhodováno o jeho právu pobývat na území ve smyslu § 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb. V takovém případě není možné i s ohledem na čl. 36 odst. 1 a 2 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“)² vyloučit přístup k soudu.

Jaká je však situace v případě tzv. třetizemců, tedy občanů třetích států, kteří nejsou rodinnými příslušníky občana Evropské unie?³ Zde je namístě připomenout, že podle § 51 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb. na udělení dlouhodobého víza není právní nárok. Cizinec tedy nemá veřejné subjektivní právo na udělení dlouhodobého víza. Na výše popsanou vyluku soudního přezkumu navazuje obecná úprava v § 70 písm. f) zákona č. 150/2002 Sb., podle kterého jsou ze soudního přezkumu vyloučeny úkony správního orgánu, jejichž přezkum vylučuje zvláštní zákon.

¹ Podle bodu 1 preambule směrnice „[o]bčanství unie přiznává každému občanovi Unie základní a osobní právo svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států s výhradou omezení a podmínek stanovených ve Smlouvě a v opatřeních přijatých k jejímu provedení“. Podle bodu 5 preambule „[m]á-li být právo občanů unie svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států vykonáváno v objektivně existujících podmínkách svobody a důstojnosti, je třeba je zaručit také jejich rodinným příslušníkům bez hledu na jejich státní příslušnost“. Podle čl. 6 odst. 1 směrnice „[o]bčané unie mají právo pobytu na území jiného členského státu po dobu až tří měsíců, aniž by podléhali jakýmkoli podmínkám či formalitám s výjimkou povinnosti být držitelem platného průkazu totožnosti nebo cestovního pasu“. Podle odstavce 2 téhož ustanovení se „[o]dstavec 1 použije také na rodinné příslušníky, kteří nejsou státními příslušníky žádného členského státu a tohoto občana Unie doprovázejí nebo následují a kteří jsou držiteli platného cestovního pasu“. V článku 7 se rovněž hovoří o právu na pobyt delší než tři měsíce, stanoví však řadu podmínek.

² Podle odstavce 1 se každý může domáhat svého práva (má-li takové právo) stanoveným postupem u nezávislého a nestranného soudu a v zákonem stanovených případech u jiného zákonem stanoveného orgánu. Podle odstavce 2 „[k]do tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, může se obrátit na soud, aby přezkoumal zákonost takového rozhodnutí, nestanovi-li zákon jinak. Z pravomoci soudu však nesmí být vyloučeno přezkoumávání rozhodnutí týkajících se základních práv a svobod podle Listiny“.

³ Pro doplnění, směrnice definuje rodinného příslušníka občana Evropské unie tak, že se jedná o manžela nebo manželku; partnera, se kterým občan Evropské unie uzavřel registrované partnerství na základě právních předpisů členského státu, zachází-li právní řád hostitelského členského státu s registrovaným partnerstvím jako s manželstvím, v souladu s podmínkami stanovenými souvisejícími právními předpisy hostitelského členského státu; potomci v přímé linii, kteří jsou mladší 21 let nebo jsou vyživovanými osobami, a takoví potomci manžela či manželky nebo partnera či partnerky; předci v přímé linii, kteří jsou vyživovanými osobami, a takoví předci manžela či manželky nebo partnera či partnerky. Toto vymezení je transponováno v § 15a zákona č. 326/1999 Sb.

3. VYBRANÁ JUDIKATURA

Ustanovení § 171 písm. a) zákona č. 326/1999 Sb. opakovaně prošlo testem ústavnosti u Ústavního soudu, který se k němu vyjádřil z mnoha hledisek. Pro účely tohoto textu postačí dvě. A to, zda s ohledem na znění čl. 36 odst. 1 a 2 Listiny je při posuzování žádosti o dlouhodobé vízum rozhodováno o právu cizince a zda se rozhodnutí o žádosti o udělení dlouhodobého víza týká základních práv a svobod podle Listiny. Základ argumentace Ústavního soudu lze nalézt v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 23/11 ze dne 24. 4. 2012, publikovaném pod č. 234/2012 Sb. V něm Ústavní soud uvedl, že „[v]eškerá jeho dosavadní rozhodnutí stojí na tezi, že na udělení víza (a rovněž tak prodloužení doby platnosti víza) není právní nárok. Proto ani není důvod tato rozhodnutí vyjímát z dosahu pravidla vylučujícího jejich soudní přezkoum. Tímto způsobem postupně judikovaly všechny senáty Ústavního soudu.

[...] Všechny stížnosti odmítl s tím, že neexistuje subjektivní ústavně zaručené právo cizinců na pobyt na území České republiky. Každý stát si může sám rozhodnout, za jakých podmínek připustí pobyt cizinců na svém území. Žádné z práv zakotvených v Listině nezakládá nárok cizinců na pobyt na území České republiky. Ustanovení čl. 14 odst. 4 Listiny takové právo garantuje pouze občanům České republiky (a nyní též unijním občanům), zatímco ostatní cizinci mají pouze právo svobodně území České republiky opustit (čl. 14 odst. 4 Listiny). Týž závěr vyslovil Ústavní soud i v dalších obdobných řízeních dotýkajících se cizineckého práva, v nichž přezkoumával další kategorie rozhodnutí.

[...] Ústavní soud se v minulosti jednoznačně vyjádřil k tomu, že Listina poskytuje soudní ochranu pouze tomu právu, které právní řád garantuje [nálezu sp. zn. Pl. ÚS 36/93 ze dne 17. 5. 1994 (N 24/1 SbNU 175; 132/1994 Sb.), usnesení sp. zn. IV. ÚS 85/04 ze dne 13. 5. 2004].

[...] Ve vztahu k soudnímu přezkoumání rozhodnutí o neudělení víza Ústavní soud konstatoval (viz zejména výše již zmíněná usnesení sp. zn. II. ÚS 33/11, sp. zn. III. ÚS 2909/09 či sp. zn. I. ÚS 394/06), že „... ochrana veřejných subjektivních práv se uskutečňuje za podmínek stanovených zákonem, přičemž však platí, že některým veřejným subjektivním právům soudní ochrana poskytnuta není; jak soudní řád správní formou kompetenčních výluk (§ 70 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní) tak i zvláštní zákony identifikují některé úkony správního orgánu, jež jsou z přezkoumání ve správním soudnictví vyloučeny, a tak tomu je i v případě správního rozhodnutí, jímž bylo rozhodnuto o neudělení víza [§ 171 odst. 1 písm. a) zákona o pobytu cizinců]. Podle čl. 36 odst. 2 Listiny nesmí sice být z pravomoci soudu vyloučeno přezkoumávání rozhodnutí týkajících se základních práv a svobod podle Listiny, avšak o takové právo v dané věci nejde“.

[...] Podle čl. 36 odst. 1 Listiny se každý může domáhat stanoveným postupem svého práva u nezávislého a nestranného soudu a ve stanovených případech u jiného orgánu. Podle čl. 36 odst. 2 Listiny se může ten, kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, obrátit na soud, aby přezkoumal zákonnost takového rozhodnutí, nestanoví-li zákon jinak. Z pravomoci soudu však nesmí být vyloučeno přezkoumávání rozhodnutí týkajících se základních práv a svobod podle Listiny. Podle čl. 4 Ústavy jsou základní práva a svobody pod ochranou soudní moci. Do stejné oblasti směřuje i čl. 6 odst. 1 Úmluvy zaručující právo každého, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným tribunálem zřízeným zákonem, který rozhodne o jeho občanských právech nebo závazcích nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu. Ústavní soud v první řadě konstatuje, že citovaný článek 36 odst. 2 Listiny (a obdobně rovněž čl. 6 odst. 1 Úmluvy) představuje obecnou garanci práva na spravedlivý proces, a tedy i soudního přezkumu rozhodnutí orgánů veřejné správy, leč zároveň poskytuje zákonodárci prostor, aby soudní přezkum zákonnosti rozhodnutí orgánu veřejné správy zákonem vyloučil. Ani formou zákona však není možno vyloučit přezkoumávání rozhodnutí týkajících se základních práv a svobod podle Listiny.

[...] Podstatná pro rozhodnutí o návrhu tedy je odpověď na otázku, zda může rozhodnutí o neudělení víza zasáhnout do některého základního práva či svobody garantované Listinou, resp. ústavním pořádkem. Pro výklad kompetenční výluky představující meze subjektivního veřejného práva na soudní přezkum rozhodnutí orgánu veřejné správy ve smyslu citovaného článku Listiny a při jejich používání musí být šetřeno jeho podstaty a smyslu a nesmějí být zneužívány k jiným účelům, než pro které byly stanoveny. Nelze je interpretovat extenzivně, ale restriktivně, přičemž v pochybnostech o tom, zda určitý úkon může být předmětem přezkumu, či nikoliv, je vždy zapotřebí se přiklonit k závěru, že jej přezkoumat lze. Procesní právo ostatně nemá klást účastníkům řízení překážky, ale má poskytovat spravedlivou ochranu jejich subjektivním právům [viz nálezný sp. zn. III. ÚS 2556/07 ze dne 22. 7. 2009 (N 164/54 SbNU 93)].

[...] Pokud jde o argument, že rozhodnutí o neudělení víza může vést k porušení práv zaručených čl. 10 odst. 2 Listiny, neboť pobývali cizinec na území delší dobu, může si zde vytvořit rodinné pouto, lze též navázat na výše uvedené. Do soukromého a rodinného života může fakticky zasáhnout až rozhodnutí bezprostředně vedoucí k nucenému opuštění země, které teprve vytvořené vazby přetne. Samotné neudělení víza tento efekt nemá. Dokladem toho je i podkladový případ paní R., která přicestovala na území České republiky začátkem roku 2007, a od té doby bylo k jejím žádostem opakovaně rozhodnuto o neudělení víza. Přesto zde stále pobývá, a negativní rozhodnutí tudíž na její soukromé vazby zde vytvořené neměla vliv.

[...] Taktéž nebylo možno zcela odhlédnout od skutečnosti, že vyslovení neústavnosti napadeného ustanovení by dopadlo i na víza neudělená cizincům žádajícím o ně v zahraničí, kterážto rozhodnutí ovšem nejsou způsobila zasáhnout základní práva cizinců ani dle mínění navrhovatele“.

Ústavní soud se tak k oběma stěžejním otázkám vyjádřil negativně. Sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza nemůže představovat negativní zásah do ústavně zaručených práv cizince (právo na udělení dlouhodobého víza neexistuje a negativním rozhodnutím nemohou být zasažena ani jiná ústavně garantovaná práva cizince, například právo na ochranu rodinného života a soukromí). Vyluka ze soudního přezkumu je tak v souladu s čl. 36 odst. 1 a 2 Listiny. Tento právní názor se stal součástí rozhodovací praxe nejen Ústavního soudu (viz například z poslední doby usnesení Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 76/17 ze dne 25. 4. 2017 nebo sp. zn. I. ÚS 829/18 ze dne 20. 3. 2018), ale také správních soudů a správní praxe.

Odišný pohled však přinesla judikatura Soudního dvora Evropské unie. Nutno předeslat, že se týká problematiky krátkodobých tzv. schengenských víz a vychází z evropského práva. Přesto je významná i pro posuzování otázky soudního přezkumu sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza, neboť pomineme-li prozatím otázku možné ingerence evropského práva do této agendy, nesporně má svůj význam i argument, že pokud soudnímu přezkumu podléhá sdělení o důvodech neudělení krátkodobého víza, není důvod soudní přezkum vylučovat ve vztahu ke sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza.

Z judikatury Soudního dvora Evropské unie k dané problematice lze odkázat například na rozsudek ve věci C-403/16 *Soufiane El Hassani* ze dne 13. 12. 2017. K otázce, zda čl. 32 odst. 3 vízového kodexu⁴, s ohledem na bod 29 jeho odůvodnění a čl. 47 Listiny základních práv Evropské unie⁵ (dále jen „Listina EU“), musí být vykládán tak, že ukládá členským státům, aby zajistily možnost podání opravného prostředku k soudu, v odstavci 35 a následujících uvádí: „V tomto ohledu již Soudní dvůr rozhodl, že vízový kodex upravuje podmínky udělení jednotných víz, jejich prohlášení za neplatné nebo zrušení,

⁴ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 810/2009, ze dne 13. 7. 2009 o kodexu Společenství o vízech.

⁵ Článek 47 Listiny základních práv Evropské unie upravuje právo na účinnou soudní ochranu. Uvádí, že „[k]aždý, jehož práva a svobody zaručené právem Unie byly porušeny, má za podmínek stanovených tímto článkem právo na účinné prostředky nápravy před soudem. Každý má právo, aby jeho věc byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem, předem zřízeným zákonem. Každému musí být umožněno poradit se, být obhajován a být zastupován. Bezplatná právní pomoc je poskytnuta všem, kdo nemají dostatečné prostředky, pokud je to nezbytné k zajištění účinného přístupu ke spravedlnosti“.

a v důsledku toho příslušné orgány členských států nemohou zamítnout žádost o udělení jednotného víza na základě jiných důvodů, než které jsou upraveny ve vízovém kodexu [...].

Ačkoliv je pravda, že vnitrostátní orgány mají při zkoumání žádostí o víza široký prostor pro uvážení, pokud jde o podmínky uplatňování důvodů zamítnutí stanovených vízovým kodexem a hodnocení relevantních okolností, nic to nemění na tom, že takový prostor pro uvážení nemá žádný vliv na skutečnost, že tyto orgány přímo uplatňují ustanovení unijního práva.

Z toho vyplývá, že se Listina uplatní, pokud členský stát přijímá rozhodnutí o zamítnutí žádosti o udělení víza podle čl. 32 odst. 1 vízového kodexu.“

Ve výše uvedeném rozsudku Soudní dvůr Evropské unie dospěl k závěru o nutnosti zajištění přístupu k soudu v určité fázi postupu při vyřizování žádosti o vízum podle vízového kodexu, a to na základě čl. 47 Listiny EU. Přitom se však například v kontrastu se stanoviskem generálního advokáta M. Bobka k rozhodované věci⁶ nevypořádal s otázkou, zda má cizince právo na vydání víza, jestliže splňuje vízovým kodexem stanovené podmínky a není dán důvod pro neudělení víza. Soudní dvůr Evropské unie svou úvahu opírá o to, že při zamítnutí žádosti o udělení víza je aplikováno unijní právo. Článek 47 Listiny EU však hovoří o právu na účinný prostředek nápravy před soudem v případě, že je porušeno právo nebo svoboda osoby zaručené právem Unie. Nejde tedy o soudní ochranu v případě aplikace unijního práva, nýbrž o soudní ochranu práv a svobod zaručených unijním právem. Úvaha o právu na udělení víza tedy má nezanedbatelný význam.

Generální advokát M. Bobek se ve svém stanovisku touto otázkou obsáhle zabývá (odstavce 74 až 106). Mimo jiné uvádí, že „[k] tomu, aby byl čl. 47 odst. 1 Listiny použitelný, musí být splněny současně dvě podmínky. Zaprvé Listina je použitelná jako celek tehdy, pokud dotčená situace spadá do oblasti působnosti unijního práva (čl. 51 odst. 1 Listiny, jak jej vyložil Soudní dvůr v rozsudku Åkerberg Fransson (20)). Zadruhé, jak výslovně vyplývá ze znění čl. 47 odst. 1, žadatel musí mít konkrétní ‚právo či svobodu‘ zaručenou unijním právem, na jejímž základě se použije zvláštní ustanovení čl. 47 odst. 1.

[...] V tomto ohledu se ztotožňuji s pochybnostmi, jež vyjádřil generální advokát P. Mengozzi ve svém stanovisku ve věci Koushkaki ohledně přijetí vízového kodexu ve formě nařízení a z toho vyplývající skutečnosti, že ‚členské státy de facto souhlasily s natolik zásadní, kvalitativním skokem, jakým je přechod od povinnosti členských států zamítnout žádost o udělení víza [...] ke stanovení subjektivního práva na udělení víza, kterého by se mohli dovolávat státní příslušníci třetích zemí‘.

⁶ Předneseném dne 7. 9. 2017.

Shrnuto, neexistuje žádné subjektivní právo na vízum, na jehož základě by byl použitelný čl. 47 odst. 1 Listiny“.

Koneckonců jednoznačnou odpověď na otázku, zda má cizinec právo na udělení víza, nedal Soudní dvůr EU ani v rozsudku ve věci C-84/12 Koushka-ki ze dne 19. 12. 2013, kde se jí zabýval jako předběžnou otázkou položenou jako druhou v pořadí. Soudní dvůr EU v tomto rozsudku v odstavcích 55 a následujících na dané téma uvedl, „že příslušné orgány mohou žádost o udělení jednotného víza zamítnout pouze v případech, kdy lze vůči žadateli namítnat některý z důvodů pro zamítnutí žádosti vyjmenovaných v čl. 32 odst. 1 a čl. 35 odst. 6 vízového kodexu.

[...] Z výše uvedeného vyplývá, že příslušné orgány vyjmenované v čl. 4 odst. 1 až 4 vízového kodexu mají při posuzování žádosti o udělení víza široký prostor pro uvážení, pokud jde o podmínky použití čl. 32 odst. 1 a čl. 35 odst. 6 tohoto kodexu i pokud jde o hodnocení rozhodných skutečností pro účely zjištění, zda důvody uvedené v těchto ustanoveních brání udělení víza, o které je žádáno.

Záměr unijního zákonodárce ponechat uvedeným orgánům široký prostor pro uvážení mimochodem vyplývá ze samotného znění čl. 21 odst. 1 a čl. 32 odst. 1 uvedeného kodexu, které těmto orgánům ukládají povinnost „posoudit, zda žadatel nepředstavuje riziko nedovoleného přistěhovalectví“, „posoudit zejména“ některé aspekty jeho situace a zjistit, zda existují „důvodné pochybnosti“ stran některých skutečností.

Z toho plyne, že tento prostor pro uvážení mají příslušné orgány zejména tehdy, posuzují-li, zda existuje důvodná pochybnost o úmyslu žadatele opustit území členských států před skončením platnosti víza, o které žádá, aby bylo možné určit, zda je třeba vůči tomuto žadateli namítnat poslední z důvodů pro zamítnutí žádosti uvedených v čl. 32 odst. 1 písm. b) vízového kodexu.

Z výše uvedených úvah vyplývá, že na druhou otázku je třeba odpovědět tak, že čl. 23 odst. 4, čl. 32 odst. 1 a čl. 35 odst. 6 vízového kodexu musí být vykládány v tom smyslu, že po posouzení žádosti o udělení jednotného víza mohou příslušné orgány členského státu takovou žádost žadateli zamítnout pouze v případě, že lze vůči tomuto žadateli namítnat některý z důvodů pro zamítnutí žádosti o udělení víza uvedených v těchto ustanoveních. Tyto orgány mají při posuzování této žádosti široký prostor pro uvážení, pokud jde o podmínky použití těchto ustanovení a o hodnocení rozhodných skutečností pro účely zjištění, zda lze vůči žadateli namítnat některý z těchto důvodů pro zamítnutí žádosti“.

S ohledem na výše uvedené lze dospět k závěru, že ve vztahu k posuzování žádosti o krátkodobá víza není otázka soudního přezkumu sdělení o důvodech neudělení víza zcela dořešena. Přesto mají výše uvedené rozsudky, resp. právní stanoviska v nich vyjádřená, vliv na problematiku soudního přezkumu

sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza. V tomto ohledu vystává významný systematický argument, že je-li připuštěn soudní přezkum sdělení o důvodech neudělení krátkodobého víza, není důvod jej vylučovat ve vztahu ke sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza. Dále je otázkou, nato-lik je právní argumentace popsaná výše využitelná i ve vztahu k posouzení otázky soudního přezkumu sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza.

Dlouhodobé vízum je institutem českého práva a jako takové není zakotve-no v unijním právu, nýbrž v § 17b a 30 a násl. zákona č. 326/1999 Sb. Z toho důvodu je při zkoumání otázky soudního přezkumu sdělení o důvodech neudě-lení dlouhodobého víza výše popsaná argumentace vycházející z evropského práva pouze podpůrná, ovšem nikoliv bez významu.

To koneckonců ukázal i rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 Azs 253/2016 ze dne 4. 1. 2018, ve kterém se Nejvyšší správní soud zabý-val právě otázkou, zda je sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza přezkoumatelné soudem. Ve své argumentaci nenavázal na výše citovaná roz-hodnutí Ústavního soudu, nýbrž se nechal inspirovat judikaturou Soudního dvora EU.

Nejvyšší správní soud v odstavcích 39 a násl. odůvodnění svého rozsud-ku uvedl, že „[m]á přes závěry SDEU ve věci *Mohamed Ali Ben Alaya* za to, že z unijního práva nelze, obdobně jako u krátkodobých víz, dovodit nárok ani na udělení dlouhodobého víza. Udělení víza je totiž vyjádřením svrchovanosti státu na jeho území (srov. bod 99 stanoviska ve věci *Soufiane El Hassani*). Vnitrostát-ní úprava, která spojuje instituty povolení k pobytu a vízum umožňující vstup na území, však ve výsledku nesmí znemožňovat efektivní uplatňování práv ze směrnice, které byl členský stát povinen implementovat do svého právního řádu. Pokud z rozhodnutí ve věci *Mohamed Ali Ben Alaya* plyne v případě splnění stanovených podmínek povinnost udělit povolení k pobytu, měl by členský stát nastavit vnitrostátní úpravu tak, aby tato závěry SDEU respektovala.

V případě stěžovatele však lze ze směrnice 2004/114/ES dovodit právo na spravedlivé a řádné projednání žádosti o povolení k pobytu. Právo na to, aby se orgány žádosti o vízum zabývaly a žádost byla projednána spravedlivě a řád-ně, dovedl ve vztahu k vízovému kodexu generální advokát v stanovisku ve věci *Soufiane El Hassani* (srov. body 103-106). V tomto stanovisku vysvětlil, že existuje-li povinnost orgánů veřejné správy uplatňovat vízový kodex urči-tým způsobem, musí této povinnosti odpovídat i subjektivní právo. Nejedná se o hmotněprávní právo na udělení víza, ale o procesní právo na to, aby se orgány žádosti o vízum zabývaly a žádost byla projednána spravedlivě a řádně. Na tomto místě je vhodné podotknout, že vízový kodex v čl. 32 neupravuje kon-krétní postupy týkající se odvolání a odkazuje na vnitrostátní právo členského státu.

[...] S ohledem na vše výše uvedené lze proto dospět k následujícím závěrům. Situace stěžovatele spadá do působnosti unijního práva. Ze směrnice 2004/114/ES nelze dovodit přímo právo na udělení dlouhodobého víza, stěžovateli však náleží právo na spravedlivé a řádné projednání žádosti o povolení k pobytu za účelem studia, v návaznosti na to i právo na spravedlivé a řádné projednání žádosti o dlouhodobé vízum za účelem studia podle zákona o pobytu cizinců, které představuje implementaci směrnice. Z důvodu existence tohoto práva zaručeného právem EU musí existovat i právo na účinný prostředek nápravy před soudem ve smyslu čl. 47 Listiny, a to za současného respektování pravidel soudního přezkumu správního uvážení, pokud ho správní orgán u jednotlivých podmínek stanovených směrnicí má. Soudem pro účely požadavku čl. 47 odst. 1 Listiny musí být nezávislý a nestranný orgán soudní povahy. (obdobně srov. bod 39 rozsudku ve věci Soufiane El Hassani)

[...] Nejvyšší správní soud proto dospěl k závěru, že odmítnutí práva stěžovatele obrátit se na soud porušuje jeho právo plynoucí z článku 47 Listiny ve spojení s článkem 18 odst. 4 směrnice Rady 2004/114/ES. Nejvyšší správní soud má za to, že s ohledem na rozsudek ve věci Soufiane El Hassani, s vědomím odlišností úpravy krátkodobých víz ve vízovém kodexu a dlouhodobých víz v národní úpravě, se za současného stavu judikatury SDEU již jedná o „acte éclairé“, a neshledal proto důvody pro předložení předběžné otázky. Toto posouzení se vztahuje na situaci žádostí o dlouhodobé vízum podaných dle směrnice Rady 2004/114/ES. Vzhledem k tomu, že úprava § 171 písm. a) zákona o pobytu cizinců vylučuje soudní přezkum rozhodnutí o neudělení víza, tato vnitrostátní úprava je v posuzovaném případě neaplikovatelná pro rozpor s právem Evropské unie, konkrétně pro rozpor se směrnicí Rady 2004/114/ES ve spojení s čl. 47 odst. 1 Listiny; k takovému postupu srov. usnesení Ústavního soudu ze dne 2. 12. 2008, sp. zn: Pl ÚS 12/08 (U 12/51 SbNU 823) nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 11. 2017, č. j. 6 Azs 320/2017 - 20. Nejvyšší správní soud tak dovodil, že předmětné řízení není vyloučeno ze soudního přezkumu a městský soud v daném případě pochybil, když žalobu odmítl“.

4. NEZODPOVĚZENÉ OTÁZKY

Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku vychází z výše citované judikatury Soudního dvora EU. Svůj závěr o nutnosti soudního přezkumu sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza za účelem studia podle směrnice Rady 2004/114/ES o podmínkách přijímání státních příslušníků třetích zemí za účelem studia, výměnných pobytů žáků, neplacené odborné přípravy nebo dobrovolné služby, neopírá o nárok na udělení pobytového oprávnění za tímto

účelem (byť zmiňuje rozsudek Soudního dvora EU ve věci C-491/13 *Mohamed Ali Ben Alaya* ze dne 10. 9. 2014, podle něhož je podle čl. 12 zmiňované směrnice členský stát povinen přijmout na svém území státního příslušníka třetí země, který hodlá na jeho území pobývat déle než tři měsíce za účelem studia), ale o právo na spravedlivý proces cizince, které vyplývá z citované směrnice.

Tento přístup Nejvyššího správního soudu však vyvolává další otázky s ohledem na jeho potenciální důsledky pro rozhodovací praxi nejen správních orgánů, ale i správních soudů. Právo na spravedlivý proces nepochybně svědčí i žadatelům o dlouhodobé vízum, včetně mezi a povinností, které z něho pro rozhodující orgány vyplývají. Jak však uvedl Ústavní soud ve výše citovaném nálezu, není toto právo samo o sobě důvodem pro soudní přezkum rozhodnutí správního orgánu, neboť jinak by nutně musela soudnímu přezkumu podléhat všechna správní rozhodnutí ať už z formálního, nebo materiálního hlediska. Takový výklad by vedl k závěru, že jsou soudně přezkoumatelná všechna sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza.

Nutno zdůraznit, že Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku odkazuje na právo na spravedlivý proces, resp. jeho úpravu v čl. 47 Listiny EU s tím, že toto právo vyvěrá z úpravy pobytu za účelem studia v příslušné směrnici. Na tomto místě je možné odkázat na citované stanovisko generálního advokáta M. Bobka ve věci *Soufiane El Hassani*, podle něhož lze právo na spravedlivý proces, resp. právo na přístup k soudu, dovozovat z čl. 47 Listiny EU pouze v případě, že jde o ochranu subjektivního práva osoby garantovaného unijním právem. Existenci takového práva však Nejvyšší správní soud popírá (ani citované rozsudky Soudního dvora EU nehovoří přímo o právu na udělení pobytového oprávnění). Zmiňuje se pouze o právu na spravedlivý proces, vyvěrajícím ze směrnice upravující pobyt za daným účelem (Soudní dvůr EU hovoří o vázanosti států právní úpravou důvodů neudělení víza, resp. o soudním přezkumu založeném na aplikaci unijního práva). Jednotlivým prvkem je, že v obou případech jsou podmínky upraveny unijním právem (v případě směrnice transponovaným do českého právního řádu) a pobytové oprávnění je možné neudělit pouze z důvodů upravených právě pramenem unijního práva. Soudy nedospěly k závěru o existenci hmotného práva na vízum, resp. dlouhodobé vízum (alespoň ne explicitně), nýbrž dovodily procesní právo na řádný postup, právo na spravedlivý proces. Takové právo by však mělo být vlastní všem správním postupům s ohledem na princip vázanosti výkonu veřejné moci zákonem (a to i při zohlednění specifík postupů při aplikaci unijního práva), a nejsou tedy zcela ostré jeho definiční znaky, resp. meze ve vztahu k následku v podobě nutnosti umožnění soudního přezkumu. Výše naznačený přístup by tak v konečném důsledku znamenal, že obdobně lze připustit soudní přezkum sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza

i v případě dlouhodobých víz za jinými účely upravenými unijním právem (například směrnice Rady 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny).

K výše uvedenému výkladu lze však namítnout, že směrnice jsou transponovány do právní úpravy dlouhodobého pobytu. Právní úprava dlouhodobého víza v zákonu č. 326/1999 Sb., na rozdíl od právní úpravy dlouhodobého pobytu, nerozlišuje účely pobytu ani nediferencuje podmínky udělení, resp. neudělení, dlouhodobého víza podle účelu pobytu. Správní praxe přesto účel pobytu rozlišuje. Jednak proto, že pobyt na území České republiky je podmíněn plněním některého ze zákonem aprobovaných účelů a doklad o účelu pobytu je jednou ze zákonných náležitostí žádosti o dlouhodobé vízum [§ 31 odst. 1 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb.], jednak i s ohledem na potenciální „překlopení“ dlouhodobého víza do dlouhodobého pobytu, jestliže účel pobytu přesahuje dobu jednoho roku (podle § 42 zákona č. 326/1999 Sb. musí trvat stejný účel pobytu). S ohledem na výše uvedené lze uzavřít, že evropské právo (například výše uvedené směrnice) je aplikováno pouze v případě dlouhodobého pobytu, resp. dlouhodobého víza, které slouží k přicestování na území České republiky a pobytu do doby vydání průkazu o povolení k dlouhodobému pobytu po vydání povolení (srovnej § 30 odst. 4 zákona č. 326/1999 Sb.), jak uvádí ve svém odůvodnění i citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu. Pokud tedy připustíme, že dlouhodobé vízum nepředstavuje institut, kterým je realizováno unijní právo, pak musíme odmítnout i výše uvedenou argumentaci ve vztahu k soudnímu přezkumu sdělení důvodů neudělení dlouhodobého víza, s výjimkou dlouhodobého víza podle § 30 odst. 4 zákona č. 326/1999 Sb.

Ve vztahu k otázce nutnosti soudního přezkumu sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza lze upozornit ještě na jednu možnost, a to konkrétně odvození soudního přezkumu od práva cizince na udělení pobytového oprávnění vyplývajícího z evropského práva. V takovém případě by bylo možné nutnost soudního přezkumu dovodit z čl. 47 Listiny EU. Otázku, zda dlouhodobé vízum představuje realizaci evropského práva, by však bylo nutné odpovědět i tomto případě.

5. ZÁVĚR

Cílem tohoto příspěvku bylo nastínit problematiku soudního přezkumu sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza, která má aktuálně i evropský rozměr. Jak ukázal stručný popis vybraných judikátů, na zodpovězení čeká ještě řada otázek spojených s tímto problémem.

Nespolehlivý zaměstnavatel

Lukáš Horňák *

1. ÚVOD

Cílem tohoto příspěvku je popsat institut nespolehlivého zaměstnavatele, který byl vnesen do zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 326/1999 Sb.“) zákonem č. 222/2017 Sb. Tato novela s účinností od 15. 8. 2017 zásadním způsobem upravila podmínky vydávání, resp. prodlužování doby platnosti zaměstnaneckých karet cizincům ze třetích zemí.¹ Nově zavedená právní úprava nespolehlivého zaměstnavatele, která je v praxi často aplikována, má za cíl efektivně kontrolovat plnění zákonných povinností zaměstnavatelů. V příspěvku bude popsán proces přijetí tohoto právního institutu a podrobně rozebrány jednotlivé důvody uvedené v zákoně č. 326/1999 Sb., kvůli kterým může být zaměstnavatel označen za nespolehlivého. Dále budou uvedeny současné tendence v aplikační praxi správních orgánů zabývajících se otázkou legální migrace cizinců. Judikatura správních soudů k této problematice zatím neexistuje.

2. PROCES PŘIJETÍ INSTITUTU NESPOLEHLIVÉHO ZAMĚSTNAVATELE

Zavedení nového institutu se ve vládním návrhu zákona, kterým měl být novelizován zákon č. 326/1999 Sb., nenacházelo od samého počátku. Nemohlo tak být posuzováno v rámci připomínkového řízení ani později v rámci jednání pracovních skupin Legislativní rady vlády či Legislativní rady vlády samotné. Navrhovaná právní úprava se objevila teprve v pozměňovacím návrhu poslance V. Klučky. Přijetí nové právní úpravy odůvodnil tím, že je nutné zavést prevenci skrytého agenturního zaměstnávání, a to tím, že se znemožní

* Ministerstvo vnitra, odbor správní.

¹ Problematika zaměstnaneckých karet je upravena především v ustanovení § 42g zákona č. 326/1999 Sb.

zaměstnávání u skryté agentury práce. Jak bude dále popsáno, problematika nespolehlivého zaměstnavatele má mnohem hlubší dopad, než je uveden v odůvodnění pozměňovacího návrhu, které není zcela přiléhavé. Chybí vysvětlení k přijetí dalších důvodů, na základě nichž by měl být zaměstnavatel považován za nespolehlivého. Navzdory výše uvedenému Poslanecká sněmovna na své 56. schůzi dne 7. dubna 2017 pozměňovací návrh přijala a návrh zákona byl postoupen do Senátu Parlamentu České republiky.

Projednávaná novela zákona č. 326/1999 Sb. vyvolala vlnu kritiky. Mimo jiné bylo upozorňováno na nestandardní legislativní proces v otázce začlenění institutu nespolehlivého zaměstnavatele do novely zákona a na riziko, že za drobné administrativní prohřešky bude moci být považován jako nespolehlivý jakýkoliv zaměstnavatel.² Rovněž bylo upozorňováno na to, že daná problematika je již řešena v rámci zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 435/2004 Sb.“).³ Konkrétně se v daném případě jedná o ustanovení § 37a odst. 7 a především § 99 zákona č. 435/2004 Sb.

Uvedený pozměňovací návrh byl jedním z důvodů, proč Senát návrh zákona zamítl a vrátil jej zpět Poslanecké sněmovně. Ta ale Senát přehlasovala a po podpisu prezidenta byla novela zákona č. 326/1999 Sb. vyhlášena dne 31. 7. 2017 ve Sbírce zákonů, přičemž nabyla účinnosti dne 15. 8. 2017.

3. VĚCNÝ DOPAD PRÁVNÍ ÚPRAVY NESPOLEHLIVÉHO ZAMĚSTNAVATELE

Problematika nespolehlivého zaměstnavatele je upravena v ustanovení § 178f zákona č. 326/1999 Sb., kde je v šesti skutkových podstatách uvedeno, který zaměstnavatel se považuje pro účely zákona č. 326/1999 Sb. za nespolehlivého zaměstnavatele. Pro další aplikaci daných ustanovení v praxi je nutné jejich navázání na další, především zamítací ustanovení zákona č. 326/1999 Sb., které zároveň dávají odpověď na otázku, v jakých případech bude otázka nespolehlivého zaměstnavatele aplikovatelná.

² Hospodářská komora. Vyjádření Hospodářské komory ke zpřísnění cizineckého zákona [online], 2017. Dostupné z: https://www.komora.cz/press_release/vyjadreni-hospodarske-komory-ke-zpriseni-cizineckeho-zakona/ [cit. 26. 6. 2019].

³ Rada vlády pro lidská práva. Podnět Výboru pro práva cizinců Rady vlády pro lidská práva k pozměňovacímu návrhu poslance Klučky ke sněmovnímu tisku č. 990 [online], 2017. Dostupné z: <https://www.vlada.cz/assets/ppov/rlp/vybory/pro-prava-cizincu/ze-zasedani-vyboru/Podnet-k-pozmenovacimu-navrhu-Klucky.pdf> [cit. 26. 6. 2019].

V prvé řadě je předmětný institut použitelný na žádosti o vydání zaměstnanecké karty, kdy logicky především u prvé žádosti cizince je nutné prověřit, zda potenciální zaměstnavatel splňuje zákonná kritéria a vzbuzuje dostatečnou spolehlivost v řádné zaměstnávání cizinců ze třetích zemí.⁴ Stejně tak se daná úprava použila v případě žádosti o udělení souhlasu se změnou zaměstnavatele držitele zaměstnanecké karty dle § 42g odst. 7 zákona č. 326/1999 Sb., ve znění účinném do 30. 7. 2019, kdy cizinec hodlal být zaměstnán u nového zaměstnavatele, kterého bylo teprve nutné prověřit. Spolehlivost zaměstnavatele se naopak neřešila v případě zaměstnání cizince na další pracovní pozici u téhož nebo u jiného zaměstnavatele dle § 42g odst. 8 zákona č. 326/1999 Sb. Pokud se jednalo o další souběžné zaměstnání na pracovní pozici u stejného zaměstnavatele, bylo logické, že tento zaměstnavatel byl již dříve správním orgánem posuzován. V případě zaměstnání cizince na další pozici u jiného zaměstnavatele (tedy souběžně u dvou různých) bylo žádoucí prověření spolehlivosti nového zaměstnavatele, neboť tento nemusel být dosud v minulosti správními orgány prověřován. Zákonem č. 176/2019 Sb. byl s účinností od 31. 7. 2019 nahrazen souhlas se změnou zaměstnavatele držitele zaměstnanecké karty, pracovního zařazení a zaměstnávání na další pracovní pozici pouhým oznámením, na které nejsou kladeny tak vysoké formální požadavky. Současně se na tuto novou právní úpravu již nevztahuje institut nespolehlivého zaměstnavatele.

Nespolehlivost zaměstnavatele nebyla do 30. 7. 2019 explicitně uvedena jako důvod pro neprodloužení platnosti zaměstnanecké karty anebo důvod pro zrušení platnosti zaměstnanecké karty cizince, a to opět z důvodu, že se předpokládalo již předchozí prověření zaměstnavatele ze strany správního orgánu. V této souvislosti vyvstávala otázka, zda některý z důvodů uvedených v ustanovení § 178f zákona č. 326/1999 Sb. nemohl nastat až *ex post*, tedy po přijetí cizince do pracovněprávního vztahu. V takovémto případě se mohlo uvažovat o aplikaci ustanovení § 56 odst. 1 písm. l) zákona č. 326/1999 Sb., konkrétně, že cizinec přestal splňovat jednu z podmínek pro udělení/prodloužení pobytového oprávnění, a to zaměstnání u zaměstnavatele, který není nespolehlivý. Zákon č. 176/2019 Sb. s účinností od 31. 7. 2019 vztáhl aplikaci právní úpravy nespolehlivého zaměstnavatele rovněž na žádosti o prodloužení platnosti zaměstnanecké karty a je i nově důvodem pro zrušení platnosti zaměstnanecké karty. Důvodem této změny je nahrazení předchozího souhlasu se změnou držitele zaměstnanecké karty pouhým oznámením změny zaměstnavatele, pracovního zařazení nebo zaměstnávání na další pracovní pozici u téhož nebo u jiného zaměstnavatele.

⁴ Ustanovení § 46 odst. 6 písm. d) zákona č. 326/1999 Sb.

Překvapivě není spolehlivost zaměstnavatele posuzována ani v případě žádosti o vydání, resp. prodloužení platnosti modré karty, karty vnitropodnikově převedeného zaměstnance, karty vnitropodnikově převedeného zaměstnance jiného členského státu Evropské unie nebo v případech víza k pobytu nad 90 dnů za účelem sezonního zaměstnávání. Přitom i v těchto případech se jedná o zaměstnance v pracovněprávním vztahu a zaměstnavatel u výše uvedeného výčtu cizinců rovněž může naplňovat znaky uvedené v ustanovení § 178f zákona č. 326/1999 Sb. Toto nerovné posuzování zaměstnavatelů není uspokojivým způsobem nijak vysvětleno. Novela zákona č. 326/1999 Sb. účinná od 31. 7. 2019 tento stav nijak nezměnila. Došlo však k zavedení nové právní úpravy mimořádného pracovního víza (ustanovení § 31a zákona č. 326/1999 Sb.), na které se již dle ustanovení § 56 odst. 1 písm. n) zákona č. 326/1999 Sb. bude právní úprava nespolehlivého zaměstnavatele vztahovat.

4. ABSENCE BEZDLUŽNOSTI PODLE § 178E ZÁKONA Č. 326/1999 SB.

Prvním důvodem, kdy se považuje zaměstnavatel za nespolehlivého, je dle § 178f písm. a) zákona č. 326/1999 Sb. osoba, která není bezdlužná. Definice bezdlužnosti je uvedena hned v předcházejícím ustanovení § 178e zákona. Za bezdlužnou osobu se považuje osoba, která nemá evidovány nedoplatky u orgánů finanční správy, celní správy, na pojistném na veřejné zdravotní pojištění či na pojistném na sociálním zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti a rovněž na penále. Výjimku tvoří nedoplatky, u kterých je u příslušných orgánů povoleno posečkání jeho úhrady anebo rozložení jeho úhrady na splátky. V praxi je tento důvod podřazení zaměstnavatele jako nespolehlivého nejčastější, což vypovídá o špatné platební morálce některých zaměstnavatelů. Bezesporu je v zájmu České republiky, aby na jejím území působily pouze ty podnikatelské subjekty, které řádně a včas odvádějí odvody do veřejných rozpočtů. Bez řádného uhrazení nedoplateků zákon č. 326/1999 Sb. neumožňuje zaměstnavateli získávat zaměstnance ze třetích zemí do svého podniku, což jistě působí motivačně v tom směru, aby byl nedoplatek uhrazen.

Bezdlužnost zaměstnavatele se prokazuje potvrzeními příslušných orgánů, které si v praxi správní orgán I. stupně obstarává sám ze své úřední činnosti, neboť se nejedná o povinnou náležitost žádosti o vydání, resp. prodloužení zaměstnanecké karty. Ministerstvo vnitra je přitom dle § 165a odst. 1 písm. h) zákona č. 326/1999 Sb. oprávněno tyto informace od příslušných orgánů požadovat.

V této souvislosti je možné porovnat dlouhodobý pobyt za účelem podnikání, kdy je rovněž nutné prokazovat dle § 46 odst. 7 písm. d) a e) zákona č. 326/1999 Sb. bezdlužnost cizince a bezdlužnost obchodní korporace, jde-li o cizince, který je statutárním orgánem obchodní korporace nebo jejím členem. V opačném případě je pak namísto zamítnutí žádosti dle § 56 odst. 1 písm. l) zákona č. 326/1999 Sb. S tím je spojena i otázka dlouhodobého neodvádění zákonných odvodů, přičemž Nejvyšší správní soud konstatoval, že neplnění povinností souvisejících s podnikáním (tj. např. neplacení pojistného na sociálním zabezpečení po delší dobu) může představovat závažnou překážku pobytu cizince na území České republiky ve smyslu § 56 odst. 1 písm. j) zákona č. 326/1999 Sb.⁵ Zůstává na zvážení, zda by *de lege ferenda* nebylo vhodné zavést i tento důvod pro účely podřazení zaměstnavatele jako nespolehlivého, neboť někteří zaměstnavatelé účelově hradí své nedoplatky teprve až v průběhu odvolacího řízení.

Zásadní otázkou v praxi zůstává, jak se vypořádat se situací, když v rámci odvolacího řízení je dluh ze strany zaměstnavatele uhrazen a zda lze na tuto skutečnost vztahovat zásadu koncentrace řízení dle § 82 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 500/2004 Sb.“). Domnívám se, že k této otázce je třeba přistupovat v souladu s právním názorem vysloveným v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 24/2011-79 ze dne 7. 4. 2011. V něm Nejvyšší správní soud uvedl, že zákon č. 500/2004 Sb. neobsahuje konkrétní ustanovení, jež by zakotvovala zásadu, že pro rozhodování správního orgánu je rozhodující skutkový a právní stav v době vydání rozhodnutí. Tato zásada ale vyplývá implicitně ze zákona č. 500/2004 Sb., a to s přihlédnutím k § 96 odst. 2, § 90 odst. 4 a § 82 odst. 4 zákona. Pokud zaměstnavatel již je osobou bezdlužnou, nelze ho nadále považovat za nespolehlivého zaměstnavatele a důvod pro zamítnutí již nadále nepřetrvává. Navíc v těchto případech není cizinec jako účastník řízení vyzýván k odstranění vad žádosti ve smyslu § 45 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb. Podmínka bezdlužnosti zaměstnavatele se na rozdíl od cizince coby osoby podnikatele nepovažuje za odstranitelnou vadu žádosti, kterou by byl zaměstnanec schopen ovlivnit, zvláště v případech, kdy má potencionální zaměstnavatel nedoplatky v řádech několika milionů korun českých. Z tohoto důvodu by tak k doplacení nedoplatek mělo být v rámci odvolacího řízení přihlédnuto.

Poslední relevantní skutečností spojenou s tímto bodem pak zůstává existence insolvence zaměstnavatele, která není uvedena v ustanovení § 178e zákona č. 326/1999 Sb., a není tak důvodem pro to, aby byl zaměstnavatel považován za nespolehlivého. Za takové situace lze polemizovat, zda daný

⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 Azs 277/2015-29 ze dne 30. května 2016.

zaměstnavatel má zajištěny vhodné podmínky pro přijímání nových zaměstnanců. Na tento případ nicméně pamatuje ustanovení § 37a odst. 7 písm. c) a dále § 99 písm. f) zákona č. 435/2004 Sb. Do centrální evidence volných pracovních míst obsaditelných držiteli zaměstnaneckých karet nebude zařazeno nebo z ní bude vyřazeno pracovní místo za situace, kdy na majetek zaměstnavatele byl na základě pravomocného rozhodnutí soudu prohlášen konkurs a tento konkurs nebyl doposud zrušen. To stejné platí i pro vydání povolení k zaměstnání cizince. Reálně tak cizinec nemůže úspěšně žádat o vydání zaměstnanecké karty nebo o udělení souhlasu se změnou zaměstnavatele držitele zaměstnanecké karty u žádostí podaných do 30. 7. 2019.

5. UMOŽNĚNÍ VÝKONU NELEGÁLNÍ PRÁCE

Druhý z důvodů pro podřazení zaměstnavatele do kategorie nespolehlivého je uveden v ustanovení § 178f písm. b) zákona č. 326/1999 Sb. Jedná se o případ, kdy byla zaměstnavateli v období 4 měsíců předcházejících podání žádosti cizince pravomocně uložena pokuta za umožnění výkonu nelegální práce. V praxi se tento důvod v podstatě neobjevuje, neboť je duplicitní s ustanovením § 37a odst. 7 písm. a) a § 99 písm. d) zákona č. 435/2004 Sb., kdy nedojde k zařazení pracovního místa nebo dojde k jeho vyřazení z centrální evidence volných pracovních míst obsaditelných držiteli zaměstnaneckých karet anebo nebude vydáno cizinci povolení k zaměstnání. Cizinec tak již od počátku nemůže úspěšně žádat o vydání zaměstnanecké karty nebo o udělení souhlasu se změnou zaměstnavatele držitele zaměstnanecké karty u žádostí podaných do 30. 7. 2019. Z tohoto důvodu je dané ustanovení zavedené do zákona č. 326/1999 Sb. nadbytečné.

Z textu předmětného ustanovení dále nevyplývá, že by se mělo rozlišovat udělení pokuty za výkon nelegální práce cizinců ze třetích zemí, občanů České republiky či občanů členských států Evropské unie nebo jejich rodinných příslušníků. Je tedy zřejmé, že se může jednat o výkon nelegální práce dle všech bodů uvedených v § 5 písm. e) zákona č. 435/2004 Sb.

V souvislosti s udělením pokuty za výkon nelegální práce vzniká otázka, zda by bylo možné přerušit řízení o žádosti cizince na předběžnou otázku do doby, než v odvolacím řízení Státní úřad inspekce práce pravomocně rozhodne o udělení pokuty zaměstnavateli. Přikláním se k názoru, že tato skutečnost je důvodem pro přerušení řízení na předběžnou otázku ve smyslu § 64 odst. 1 písm. c) ve spojení s § 57 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., neboť má přímý vliv na výsledek řízení o pobytovém oprávnění cizince.

Dané ustanovení rovněž nerozlišuje závažnost výkonu nelegální práce a dochází k paušalizaci a vyloučení diskreční pravomoci úředních osob. To znamená, že není možné v daném případě rozlišovat, zda se jednalo o jedno pochybení bagatelního charakteru či zda se jedná o pravidelné porušování ustanovení zákona č. 435/2004 Sb. V této souvislosti odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Azs 66/2019-41 ze dne 4. dubna 2019, kde se uvádí: „*Nejvyšší správní soud ze správního spisu, jakož i z rozhodnutí stěžovatelky seznal, že tak tomu bylo v případě žalobkyně, která fakticky vykonávala funkci jednatelky, přičemž ve společnosti celkem o dvou společnících a jednatelech (druhým společníkem a jednatelem je druh žalobkyně), která nedisponovala vlastními zaměstnanci, vykonávala i další činnosti vyplývající z předmětu podnikání v cestovním ruchu. Bez ohledu na to, zda by formálně takové jednání mohlo být věcně příslušným správním orgánem kvalifikováno jako nelegální práce, sdílí Nejvyšší správní soud názor krajského soudu, že doposud ve správním řízení zjištěné skutkové okolnosti nenasvědčují takové intenzitě případného porušení pravidel o zaměstnanosti, resp. intenzitě porušení veřejného zájmu na ochraně pracovního trhu, která by ospravedlňovala aplikaci závažných překážek bránících dalšímu pobytu žalobkyně na území.*“ Jak je patrné z citovaného rozsudku, Nejvyšší správní soud bere v potaz intenzitu výkonu nelegální práce a ne každý výkon nelegální práce považuje za dostatečně závažné porušení veřejného zájmu na ochraně pracovního trhu.

Poslední otázkou spjatou s ustanovením § 178f písm. b) je ta, zda období 4 měsíců pro určení zaměstnavatele jako nespolehlivého je dobou dostatečnou. S ohledem na délku správního řízení, kdy zákonná lhůta pro vydání rozhodnutí je u žádostí o vydání zaměstnanecké karty až 90 dnů a pro navazující odvolací řízení 60 dnů, lze pochybovat, zda je reálné tento proces zdárně dokončit, aniž by nedošlo k „zahlázení“ dané skutečnosti. Proto se domnívám, že pro účinnou aplikaci daného ustanovení by tato doba měla být prodloužena až na 12 měsíců.

6. NEVYVÍJENÍ EKONOMICKÉ ČINNOSTI

Třetím důvodem, kvůli kterému může být zaměstnavatel považován za nespolehlivého, je skutečnost, že daný zaměstnavatel nevyvíjí ekonomickou činnost v předmětu svého podnikání nebo že vyvíjení ekonomické činnosti zaměstnavatele se nepodařilo ověřit. Tyto případy se opět v praxi téměř neobjevují. Správní orgán I. stupně preferuje aplikaci zamítacího důvodu uvedeného v § 56 odst. 1 písm. j) zákona č. 326/1999 Sb., tedy že byla zjištěna jiná závažná překážka pobytu cizince na území spočívající v tom, že zaměstnavatel

není schopen svému potencialnímu zaměstnanci zajistit práci. Rovněž je uplatňován důvod uvedený v ustanovení § 56 odst. 1 písm. a) zákona č. 326/1999 Sb., tedy že se nepodařilo ověřit údaje uvedené v žádosti, konkrétně zda má zaměstnavatel pro svého zaměstnance zajištěnou práci, kterou mu bude přidělovat, kontrolovat ji a odpovídat za ni.

Na začátek je potřeba si položit otázku, co to vůbec znamená, že zaměstnavatel nevyvíjí ekonomickou činnost a jaký by měl být hlavní ukazatel vyvíjení ekonomické činnosti. Měl by to být obrat společnosti nebo jiné ekonomické ukazatele uvedené v účetní uzávěrce? Tato otázka bude mnohem složitější a bude dosti záležet na individuálním posouzení daného případu. Tím se otevírá prostor pro diskreční pravomoc správního orgánu. Zaměstnavatel se například může nacházet ve fázi vývoje určitého produktu, který je teprve připravován pro komerční účely. V podobných případech bude složitější posoudit, zda zaměstnavatel skutečně vyvíjí ekonomickou činnost.

Co se týče probíhajícího dokazování, tak účetní uzávěrky uvedené v obchodním rejstříku anebo pobytové kontroly provedené Policií ČR by měly být pouze iniciačními podklady, které by měly být doplněny o další podpůrné důkazy, jako je např. výslech zaměstnavatele nebo výzva k předložení relevantních listin prokazujících výkon ekonomické činnosti. V této souvislosti je možné polemizovat nad oprávněností správních orgánů vyzývat zaměstnavatele k předložení předmětných listin, když tento není účastníkem řízení. Dle mého názoru toto možné je, a to na základě ustanovení § 55 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. V případě pasivity zaměstnavatele by mělo proběhnout další dokazování, např. provedením výslechu zaměstnavatele. Teprve pokud by se zaměstnavatel nedostavil k provedení výslechu, resp. podání svědecké výpovědi, bylo by možné hovořit o tom, že se nepodařilo ověřit jeho ekonomickou činnost. V této věci odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Azs 280/2017-29 ze dne 25. 4. 2018, v němž se uvádí: „V § 56 odst. 1 písm. a) zákona o pobytu cizinců zákonodárce upravil tři důvody pro zamítnutí žádosti cizince. Prvním je skutečnost, že se cizinec nedostaví k pohovoru. Druhým je situace, kdy cizinec ve stanovené lhůtě nepředloží doklady, jež jsou nezbytné pro ověření údajů, o něž se jeho žádost opírá. Třetí z těchto důvodů pak představuje stav, kdy se nepodaří ověřit údaje uvedené v žádosti žadatele a ten aplikovaly správní orgány v projednávané věci. Nepodaří-li se ověřit údaje uvedené v žádosti, jde o situaci, kdy nelze přijmout závěr ani o pravdivosti tvrzení účastníka, ani o tom, že je nepravdivé (stav non liquet). Stav non liquet může nastat proto, že žadatel nenavrhl žádný důkaz k prokázání svého tvrzení nebo navrhl důkaz, který je zjevně nezpůsobilý k takovému prokázání, nebo navržený důkaz byl sice proveden, avšak jeho hodnocením nedospěl správní orgán k závěru o pravdivosti či nepravdivosti daného skutkového tvrzení. Od stavu „non liquet“ je nutné

odlišovat situace, kdy soud hodnocením důkazů dospěl k závěru, že tvrzení účastníka o skutkovém stavu je nepravdivé, nebo je zjištěn jiný skutkový stav než účastníkem tvrzený (Macur, J. Důkazní břemeno v civilním soudním řízení. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 9). S krajským soudem lze souhlasit, že postup správních orgánů, které dospěly k závěru, že tvrzení uvedená v žádosti nejsou pravdivá, tj. v žádosti uplatněná tvrzení vyracely, aplikaci § 56 odst. 1 písm. a) zákona o pobytu cizinců neodpovídá.“ Tento rozsudek, ačkoliv se týká aplikace ustanovení § 56 odst. 1 písm. a) zákona č. 326/1999 Sb., je možné v rámci dokazování obdobně použít i na shora popisovaný případ.*

V praxi zaměstnavatelé často odmítají předložení uzavřených smluv prokazujících jejich podnikatelskou činnost s odkazem na ochranu obchodního tajemství. Tento případ ovšem není uveden v důvodech uvedených v ustanovení § 53 odst. 2 ve spojení s § 55 odst. 2 až 4 zákona č. 500/2004 Sb., a reálně ani nehrozí, že by správní orgán obchodní listiny dále zveřejňoval, a že by tak došlo k vyrazení obchodního tajemství. V dané situaci tak účastník řízení společně se svým zaměstnavatelem není schopen unést břemeno důkazní.

Další v praxi uplatňující se námitkou bývá, že budoucí zaměstnavatel podmiňuje zahájení ekonomické činnosti příjezdem cizinců ze zahraničí, kdy teprve poté bude moci reálně zahájit ekonomickou činnost. Tuto argumentaci považují za problematickou, neboť zaměstnavatel musí v této situaci velmi přesvědčivě prokázat, že má skutečně zajištěny prostory, zakázky a vše potřebné pro zahájení své podnikatelské činnosti. V opačném případě zde budou převažovat pochybnosti, zda příjezd zahraničních pracovníků na existující situaci něco změní.

7. NESPLNĚNÍ PŘIHLAŠOVACÍ POVINNOSTI ZAMĚSTNANCŮ

Čtvrtým důvodem, který se v praxi v určité míře objevuje, je skutečnost, že zaměstnavatel v období posledního roku nesplnil povinnost přihlásit svého zaměstnance k účasti na pojistném na sociální pojištění nebo veřejném zdravotní pojištění. Zde obdobně jako v případě ustanovení § 178f písm. a) je akcentován důraz na veřejný zájem, aby si zaměstnavatelé plnili své zákonné povinnosti a hradili za své zaměstnance odvody do veřejného rozpočtu, což nebývá zcela vždy pravidlem.

Z jazykového výkladu daného ustanovení vyplývá, že porušení této povinnosti se nevztahuje na samotného účastníka řízení, který ani doposud nemůže reálně dané zaměstnání legálně vykonávat, ale na všechny zaměstnance

daného zaměstnavatele, tedy i na občany České republiky, popř. občany jiných států Evropské unie a jejich rodinné příslušníky.

Lze si položit otázku, kdy uplyne období posledního roku od doby, kdy nebyl příslušný zaměstnanec přihlášen k povinným odvodům. Mám za to, že by logicky mělo dané období skončit po uplynutí 12 kalendářních měsíců od doby, kdy se bez důvodných pochybností potvrdilo, že příslušný zaměstnanec nebyl k určitému dni přihlášen k povinným odvodům, ačkoliv přihlášen být měl (např. ke dni 31. 12. 2018). Dodatečné zpětné přihlášení na tomto nemůže nic změnit. V praxi správní orgán I. stupně vyžaduje od okresní/Pražské/městské správy sociálního zabezpečení nebo veřejné zdravotní pojišťovny seznamy přihlášených zaměstnanců a lustrací v cizineckém informačním systému dle ustanovení § 158 zákona č. 326/1999 Sb. si ověřit cizince, kterým byla vydána zaměstnanecká karta nebo jimž byl udělen souhlas k výkonu zaměstnání u daného zaměstnavatele. Pokud jmenný seznam neodpovídá, lze po provedení dalších důkazů, např. výsledkem zaměstnavatele či vydaným potvrzením o trvání pracovního poměru, dospět k závěru, že došlo k naplnění skutkové podstaty uvedené v § 178f písm. d).

V daném případě ovšem hrozí reálné riziko, že i zaměstnavatelé, kteří se snaží dodržovat právní předpisy a kteří kvůli administrativnímu pochybení nezaregistrovali svého zaměstnance včas, budou na dobu 12 měsíců vyloučeni z možnosti přijímat do zaměstnání nové zaměstnance ze třetích zemí.

8. ZAMĚSTNAVATEL V LIKVIDACI

V ustanovení § 178f písm. e) je jako další důvod pro zařazení zaměstnavatele do kategorie nespolehlivého uveden ten, že se zaměstnavatel nachází v likvidaci. Tento důvod se týká pouze právnických osob, přičemž v případě likvidace se použije právní úprava uvedená v ustanovení v § 187 až 209 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“). Je přitom zcela pochopitelné, že takovýto zaměstnavatel nebude fakticky schopen do budoucna zajistit svému zaměstnanci práci, pokud probíhá proces ukončení jeho existence. Již dříve aplikační praxe dovodila, že pokud se zaměstnavatel nachází v likvidaci, není možné žádosti cizince jakožto žadatele o vydání zaměstnanecké karty vyhovět. Takovýto stav byl podřazen pod obecný právní pojem jiná závažná překážka pobytu cizince na území uvedený v ustanovení § 56 odst. 1 písm. j) zákona č. 326/1999 Sb. Skutečnost, že obchodní společnost je v likvidaci, je zcela zjevná již ze samotného výpisu z obchodního rejstříku, kde je tato informace uvedena. Platí zde přitom princip materiální publicity, tedy že údaje v rejstříku zapsané jsou

pravdivé a že proti tomu, kdo jednal s důvěrou ve správnost zápisu, nemůže ten, koho se zápis týká, namítat, že zápis v rejstříku neodpovídá faktickým skutečnostem.⁶ Průběh likvidace je vhodné probrat ze strany správního orgánu s likvidátorem dané právnické osoby. Vždy je třeba pamatovat na to, že je nutné postupovat v souladu s aktuálním stavem v době vydání rozhodnutí o pobytovém oprávnění cizince a dále vzít v potaz, pokud v průběhu odvolacího řízení byla likvidace obchodní společnosti zrušena.

9. SÍDLO ZAMĚSTNAVATELE, KTERÉ NENÍ SKUTEČNÉ

Posledním důvodem uvedeným v ustanovení § 178f písm. f) zákona č. 326/1999 Sb. je ten, že sídlo uvedené ve veřejných rejstřících není skutečné. V praxi se jedná o velmi častý zamítací důvod. Ministerstvo vnitra se zavedením tohoto ustanovení chtělo vypořádat s celkem početnou částí zaměstnavatelů, jejichž sídlo uvedené ve veřejném rejstříku není skutečné a adresa sídla společnosti je pouze adresou korespondenční, resp. fiktivní, na níž sídlí několik desítek, ba až stovek jiných společností. Zaměstnavatel je pak reálně zcela nedohledatelný. Občanský zákoník v § 137 uvádí, že každý se může dovolávat skutečného sídla právnické osoby. Definice toho, co je považováno za skutečné sídlo, doposud nebyla nikde v právním řádu upravena. Z tohoto důvodu byla do ustanovení § 178f písm. f) zákona č. 326/1999 Sb. doplněna definice daného pojmu, kdy za skutečné sídlo se považuje „*sídlo, kde jsou přijímána zásadní rozhodnutí týkající se obchodního vedení zaměstnavatele, popřípadě místo, kde se schází vedení zaměstnavatele*“. Otázkou zůstává, zda je tato definice pojata dostatečně přesně a jak se k ní v budoucnu postaví rozhodovací praxe soudů. Z uvedené definice není například jasné, jak často se v daném sídle musí scházet vedení zaměstnavatele nebo co vše je považováno za zásadní rozhodnutí. Jak by se například správní orgán vypořádal se situací, kdy na území České republiky vznikla pouze dceřiná společnost zahraniční korporace a zásadní rozhodnutí jsou tak fakticky přijímána v zahraničí?

Předmětné ustanovení ani nijak nebere v potaz existenci a výskyt provozoven zaměstnavatele, a to ani těch oficiálně zapsaných ve veřejných rejstřících. V provozovnách zaměstnavatele přitom často oproti formálním sídlům společností mohou být zaměstnavatel i jeho zaměstnanci fakticky dohledatelní.

⁶ Ustanovení § 8 odst. 1 zákona č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob a o evidenci svěřenských fondů, ve znění pozdějších předpisů.

Samotné dokazování za účelem zjišťování skutečného sídla zaměstnavatele může probíhat následovně. V rámci iniciační fáze je možné nahlédnout do obchodního rejstříku a ve sbírce listin zjistit, v jakém místě by se měly konat valné hromady anebo kde byla přijímána zásadní rozhodnutí zaměstnavatele. Často se může jednat o kancelář příslušného notáře. Dále může jako iniciační podklad sloužit pobytová kontrola provedená Policií České republiky, která bývá v praxi jediným důkazem. Je třeba zdůraznit, že dokazování nemůže spočívat pouze na úředních záznamech, k čemuž se již opakovaně vyjadřovaly soudy.⁷ Pro zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, je nutné provést další dokazování, a to nejlépe výslechem správce objektu, kde má zaměstnavatel zapsáno své sídlo, anebo výslechem samotného zaměstnavatele. Pokud si i po provedeném dokazování budou zjištěné důkazy vzájemně protřečít, je otázkou, zda je možné aplikovat § 56 odst. 1 písm. a) zákona č. 326/1999 Sb., tedy že se nepodařilo ověřit údaje uvedené v žádosti, neboť ustanovení § 178f písm. f) takovouto možnost samo o sobě neumožňuje. Ustanovení § 56 odst. 1 písm. a) je dle mého názoru možné použít pouze v případě, kdy účastník řízení má podle údajů uvedených v pracovní smlouvě rovněž vykonávat práci v sídle zaměstnavatele. V takovémto případě se nepodařilo ověřit místo výkonu práce zaměstnance žádajícího o vydání, resp. o prodloužení zaměstnanecké karty.

Na závěr je třeba dodat, obdobně jako ve výše uvedených případech, že je nutné rozhodovat dle aktuálního stavu v době vydání rozhodnutí. Pokud si zaměstnavatel v rámci odvolacího řízení změní sídlo, nelze již bez dalšího dokazování tvrdit, že sídlo zapsané ve veřejných rejstřících není skutečné. Tato situace bohužel ponechává prostor pro účelové jednání některých zaměstnavatelů.

10. ZÁVĚR

Institút nespolehlivého zaměstnavatele zavedený do zákona č. 326/1999 Sb. novelou č. 222/2017 Sb. lze považovat za rozporuplný. V prvé řadě je principiálním nedostatkem nestandardní proces přijetí dané právní úpravy, při

⁷ Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 54/2009-90 ze dne 15. 9. 2010, potvrzující závěr Nejvyššího správního soudu v rozsudku č. j. 1 As 96/2008-115 ze dne 22. 1. 2009 či nález Ústavního soudu České republiky II. ÚS 788/02 ze dne 11. 3. 2004, podle kterého „dokazování nemůže spočívat pouze na úředních záznamech, je-li možné vyslechnout ve věci svědka.[...] Pokud žalovaný poznamenává, že k provedení důkazů lze užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci, nelze si to vykládat jako možnost správního orgánu spokojit se s minimem podkladů (úřední záznamy a doznání) a upustit od dalšího dokazování jen proto, že tyto podklady nejsou navzájem v rozporu.[...] Úřední záznam jako jednostranný úkon správního orgánu sám o sobě ovšem nemůže obstát [...]“.

kterém bylo obejito řádné připomínkové řízení, a tudíž se připomínková místa k nově zaváděnému institutu nemohla relevantně vyjádřit. Jsem přesvědčen, že během připomínkového řízení by jistě tento institut doznal zásadních změn. V několika částech je právní úprava duplicitní s již dříve existující,⁸ v jiných částech zase nejsou zcela jasně vymezeny nově zaváděné pojmy.⁹ Otázkou rovněž zůstává efektivita některých ustanovení v praxi, tedy zda si státní správa dokáže účinně vyměňovat relevantní informace v časově omezených termínech.¹⁰ Nálepkou „nespolehlivého“ zaměstnavatele, která pro ně může mít nedozírné ekonomické dopady, mohou být postiženy společnosti, které porušily ustanovení zákona jen kvůli administrativnímu pochybení. Problémovým aspektem při aplikaci dotčené právní úpravy je i účelové napravování nedostatků ze strany zaměstnavatelů v rámci odvolacího řízení.

Z druhého úhlu pohledu ustanovení § 178f výrazně donutí zlepšit platební morálku velké řady zaměstnavatelů a v tomto ohledu nelze popřít výchovnou funkci dané právní úpravy. Zároveň bude více zamezeno příchodu zaměstnanců do fiktivních společností, které reálně své zaměstnance zneužívají pro práci neodpovídající původně zadaným parametrům. Nejvyšší správní soud již ve své judikatuře dovodil, že důvodem pro zamítnutí žádosti mohou být i objektivní překážky, které jsou nezávislé na vůli účastníka řízení coby zaměstnance a které jsou na straně zaměstnavatele.¹¹ Navíc nově zavedená právní úprava není v České republice ojedinělá a objevuje se i v jiných evropských zemích, např. v Polské republice.¹²

Přínosnost a efektivitu tohoto právního institutu však ukáže až další aplikační praxe, judikatura správních soudů, případně následná novelizace zákona č. 326/1999 Sb.

⁸ Ustanovení § 37a odst. 7 a § 99 zákona č. 435/2004 Sb.

⁹ Vytvoření ekonomické činnosti dle § 178f písm. c) zákona č. 326/1999 Sb. či skutečné sídlo podnikatele dle § 178f písm. f) zákona č. 326/1999 Sb.

¹⁰ Období 4 měsíců dle § 178f písm. b) zákona č. 326/1999 Sb. a období 12 měsíců dle § 178f písm. d) zákona č. 326/1999 Sb.

¹¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Azs 248/2017-37 ze dne 25. ledna 2018: „Provedené dokazování potvrzuje, že se stěžovatel do nepříznivé situace dostal na základě okolností, které byly na jeho vůli nezávislé. Ani tento fakt však není způsobilý zhojit. Skutečnost, že stěžovatel nemůže plnit účel pobytu předpokládaný zaměstnaneckou kartou, tedy být zaměstnán na pracovním místě leštiče nástrojů a kovů u zaměstnavatele Bohemia Works Group, družstvo. Podle Nejvyššího správního soudu v projednávané věci převažuje zájem státu na dodržování předpisů regulujících pobyt cizinců na území České republiky s tím, že na plnění účelu pobytu je nezbytné nahlížet jako na kategorii objektivní, nezávislou na vůli cizince. Pokud cizinec nemůže plnit účel pobytu, jedná o okolnost, která představuje závažnou překážku pobytu zamezující vydání zaměstnanecké karty.“

¹² HORŇÁK, L. Komparace polského a českého přístupu při transpozici směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/98/EU. In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Ročenka uprchlického a cizineckého práva 2017*. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2018, s. 577.

Otázka relevance zvyšování počtu odchylek od správního řádu v zákoně o pobytu cizinců (posouzení vybraných institutů)

Ondřej Moudrý *

1. ÚVOD

Zákon č. 222/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“), a další související zákony, přinesl množství zásadních změn, které se přímo dotýkají realizace pobytových oprávnění cizinců pobývajících v České republice. Kromě zcela nových institutů (povolení k dlouhodobému pobytu za účelem investování, karta vnitropodnikově převedeného zaměstnance, vízum k pobytu nad 90 dnů za účelem sezónního zaměstnání atd.), které jsou do velké míry výsledkem transpozice směrnic Evropské unie, však došlo i k podstatnému rozšíření zákonných odchylek od zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Ty jsou v zákoně o pobytu cizinců soustředěny v Hlavě XVII (Správní řízení a soudní přezkum). A právě nárůst počtu specialit oproti správnímu řádu, resp. relevance uvedeného bude hlavním námětem tohoto článku.

Hned v úvodu je nezbytné konstatovat, že vzhledem k rozsahu tohoto článku není možné pojmut (podrobně vyhodnotit) veškeré změny, které ve zkoumané oblasti přinesl zákon č. 222/2017 Sb., neboť výsledná právní úprava definuje odchylky v § 168 až 169t. Mnohá z těchto ustanovení mají navíc množství odstavců, což dohromady tvoří podstatnou rekodifikaci stávajícího stavu. Proto se tento článek zaměří na dvě otázky, které mohou mít zásadní vliv na velký počet správních řízení ve věcech pobytových oprávnění. Předmětem první kapitoly bude notorieta každého správního řízení, a to otázka

* Ministerstvo vnitra, odbor správní.

doručování (konkrétně pak doručování na území – viz § 169a zákona o pobytu cizinců). Druhá kapitola se zaměří na otázku tzv. nepřijatelnosti žádosti (§ 169h zákona o pobytu cizinců) ve vztahu k definici (zjevně) právně nepřipustné žádosti tak, jak ji zná správní řád. Zde budou zkoumány zejména mantinely, které při posouzení této otázky klade judikatura správních soudů, ve vztahu k poměrně velkému počtu situací, za kterých je žádost nepřijatelná dle zákona o pobytu cizinců. V obou kapitolách se pokusím zodpovědět otázku, zda zavedení takto široce pojatých zvláštností oproti správnímu řádu, které přinesl zákon č. 222/2017 Sb., bylo opravdu nezbytné, resp. zda výsledná právní úprava nejde za hranu stanovenou správními soudy, zejména Nejvyšším správním soudem.

Ještě než přistoupím k posouzení uvedených otázek, bude citována důvodová zpráva k zákonu č. 222/2017 Sb., která k hodnoceným změnám sděluje následující: *„Cílem návrhu je upravit další odchylky od správního řádu, které se ukázaly jako nutné s ohledem na specifika správního řízení ve věcech pobytu cizinců. Uvedené má vést právě k zmíněnému posílení bezpečnostních aspektů správního řízení. S tím je spojena i snaha o snížení četnosti zneužívání stávajících procesních pravidel vycházejících ve své většině ze správního řádu, který však nereflakuje odlišnosti, které jsou s řízením ve věcech pobytu cizinců spojeny. Dochází tak v řadě případů k setrvání cizinců na území, aniž by splňovali podmínky pro pobyt. Sekundárním efektem těchto navrhovaných změn je rovněž zefektivnění a zpružnění správního řízení týkajícího se pobytu cizinců, neboť navrhované odchylky od správního řádu dovolují reagovat na zmíněné zvláštnosti správního řízení v pobytových věcech.“*

Z citovaného textu vyplývá jedna významná skutečnost, která není explicitně uvedena, ale která má podstatný vliv také na výše položenou otázku. Snahou zákonodárce bylo kromě jiného reflektovat specifika správních řízení u tzv. prvožádostí, tedy za situace, kdy se cizinec nachází na území domovského státu a kdy jedná v podstatě pouze se zastupitelským úřadem. Je jasné, že v takové situaci jsou některá ustanovení správního řádu jen obtížně aplikovatelná, a proto je logické, že zákon č. 222/2017 Sb. přinesl některé změny lépe reflektující specifika takových řízení (doručování do ciziny, osobní podání žádosti, nahlížení do spisu, vyjádření k podkladům rozhodnutí a další).

Nicméně taková procesní situace bude předmětem zkoumání pouze částečně, a to ve druhé kapitole. Úkolem tohoto článku je zodpovědět výše položené otázky zejména ve vztahu k cizincům, kteří již pobývají na území České republiky, resp. podávají žádosti na území ministerstvu vnitra, a nikoliv na zastupitelském úřadu v zahraničí.

2. DORUČOVÁNÍ NA ÚZEMÍ V ZÁKONĚ O POBYTU CIZINCŮ

Otázka doručování písemností ve správním řízení zákonně konformním způsobem je notorietou každého takového řízení. V žádném případě se ale nejedná o teoretickou či snad abstraktní záležitost, neboť nedodržení zákonem stanovených postupů pro doručování písemností ve správním řízení může mít za následek překážky ve styku mezi účastníkem řízení a správním orgánem, což konkrétně v otázkách pobytových správních řízení může vést ke zcela fatálním důsledkům (z pohledu cizinců). Žádnou výjimkou nejsou situace, kdy v případě žádosti o pobytové oprávnění cizince vyvstane problém s doručením písemné výzvy k odstranění vad žádosti, a pokud na ni cizinec reaguje nedostatečně či vůbec, pak při absenci některé ze zákonných náležitostí žádosti správní orgán takové řízení zastaví podle § 66 odst. 1 písm. c) správního řádu, aniž by přistoupil k meritornímu projednání věci. S ohledem na zásadu koncentrace řízení nelze při absenci závažných důvodů, pro něž nemohly být vady správního řízení odstraněny již během nalézacího řízení, k nově doloženým dokladům přihlídnout ani v odvolacím řízení (samozřejmě pokud se nejedná o nové skutečnosti) a následkem tak bývá pravomocné ukončení celého procesu vydání či prodloužení požadovaného pobytového oprávnění.¹ Nedůslednost či možná nezákonnost doručení jedné jediné písemnosti může mít dopad na mnohaleté pobývání cizince na území České republiky. Pochopitelně ještě závažnější z hlediska cizince je situace, kdy k takto „spornému“ doručení dojde v případě rozhodnutí ve věci a následně je podáno opožděné odvolání. Pak se prostor pro přezkoumání celé věci a správnosti původních závěrů nalézacího orgánu významně zužuje.

Zákonem č. 222/2017 Sb. novelizovaná právní úprava doručování na území (§ 169a zákona o pobytu cizinců) není na první pohled zdaleka tak rozsáhlá jako právní úprava definující doručování do ciziny (§ 169b téhož zákona). Jak však bylo uvedeno výše, neznamená to, že by nebyla o to zásadnější, a to právě za předpokladu, že zasahuje do správních řízení vedených s cizinci již pobývajícími na území České republiky.

Ač to explicitně nevyplývá z důvodové zprávy k zákonu č. 222/2017 Sb., leitmotivem všech zvláštností oproti správnímu řádu je především snaha o maximální zjednodušení celého řízení. To ostatně nepřímou potvrzuje i zmíněná důvodová zpráva, v níž se uvádí: „*V praxi je tak správní orgán nucen učinit několik neúspěšných pokusů o doručení písemností v řízení, často i na různé*

¹ Právě uvedený postup je správními soudy prakticky bezvýjimečně aprobován, pro ilustraci uvádíme rozsudky NSS č. j. 2 Azs 67/2017-40 ze dne 14. července 2017, 8 Azs 111/2017-36 ze dne 15. listopadu 2017, 7 Azs 99/2016-36 ze dne 29. srpna 2016 či Městského soudu v Praze č. j. 5A 38/2015-41 ze dne 14. března 2016.

jemu známé adresy, kde by se cizinec mohl zdržovat, než může konstatovat, že cizinec je osobou, které se ve smyslu § 25 odst. 1 správního řádu nedaří doručovat, případně je osobou neznámého pobytu. Návrh tedy explicitně stanoví poslušnost míst (adres) pro doručení, přičemž doručováno bude cizinci pouze na jedinou takto určenou adresu. Odpadne tak ve většině případů nutnost opakovaně se pokoušet o doručení na jiné správnímu orgánu známé adresy (například adresa zaměstnavatele, místo podnikání apod.).“

Otázkou však zůstává, zda provedená úprava skutečně povede k zamýšlenému zjednodušení vedeného řízení a hlavně zda obtojí i před správními soudy. I pokud aplikujeme v konkrétních případech tuto novou právní úpravu, pak je stále třeba mít na paměti hojně citovaný názor NSS, který vyslovil v rozsudku č. j. 7 As 130/2012-29 ze dne 29. 11. 2012. Soud zde judikoval: „Na uvedeném je nutno trvat i v případě, kdy je účastníkem řízení cizinec, jenž má zákonem (ust. § 98 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů) uloženou povinnost hlásit změny místa svého pobytu Ministerstvu vnitra či Policii České republiky. Tato povinnost může správnímu orgánu usnadnit doručování cizinci, rozhodně však nemůže vést ke snížení standardu ochrany jeho procesních práv. Navíc podle uvedeného ustanovení může cizinec hlásit změnu pobytu i s časovým odstupem (30 dnů, resp. pracovních dnů) a zpravidla pouze za předpokladu, že uvažovaná změna místa pobytu bude trvat delší časový úsek (30, 90, respektive 180 dní v závislosti na režimu pobytu). Evidence cizincem nahlášeného pobytu tedy nemusí být zcela aktuální a ve spojení se sdělením poštovního doručovatele, že na evidované adrese adresát nebydlí, rozhodně nevypovídá o tom, že adresát je neznámého pobytu.“ Hodnotím zde pochopitelně zejména ty situace, kdy je doručováno dle § 23 a 24 správního řádu, ke kterým, dlužno dodat, dochází v pobytových správních řízeních velmi často.

Zcela ilustrativní je situace, kdy je účastníku řízení doručována písemnost tzv. fikcí doručení dle § 24 správního řádu. Poštovní doručovatel na příslušném místě zaškrtně pole označující vložení oznámení o neúspěšném doručení písemnosti do domovní schránky nebo na jiné vhodné místo (§ 23 odst. 4 správního řádu) a zároveň na zadní straně obálky uvede, že adresát je na uvedené adrese neznámý. Za této situace můžeme oprávněně pochybovat o účinnosti a hlavně zákonnosti takového způsobu doručení. Obzvláště pokud se opětovně vrátíme k výše citovanému judikátu NSS (č. j. 7 As 130/2012-29 ze dne 29. 11. 2012), kde na jiném místě soud uvádí, že „[p]řed přistoupením k doručování veřejnou vyhláškou (stejně jako před vydáním usnesení o ustanovení opatrovníka) tedy musí správní orgán vyvinout vyšší aktivitu ke zjištění pobytu účastníka řízení, než se toliko spolehnout na jediné sdělení poštovního doručovatele. Tak je tomu i v případě, že pro danou osobu platí zvláštní povinnost

hlásit změny svého pobytu“. Ačkoliv tento rozsudek reflektuje právní stav před účinností zákona č. 222/2017 Sb., nemůže být pochyb o jeho relevanci i pro současný stav. K tomuto závěru je nutné dospět zejména z toho důvodu, že i § 169a odst. 2 zákona o pobytu cizinců váže možnost doručování veřejnou vyhláškou na podmínku převzetí písemnosti cizincem či jejího doručení způsobem uvedeným v § 23 a 24 správního řádu.

Pochopitelně výše nastíněná situace může mít i jiné souvislosti, které vyplývají z každého správního řízení zvlášť. Je tím míněno zejména to, kolik písemností, jakým způsobem a s jakou následnou reakcí žadatele bylo v tom kterém řízení účastníku řízení doručováno. Pokud byly všechny písemnosti (výzvy, vyrozumění, usnesení, apod.) účastníku řízení doručovány na stále stejnou adresu (byť fikci doručení) a tento na ně reagoval, pak zřejmě nelze mluvit, že v případě jediné písemnosti označené výše uvedeným rozporným způsobem se jedná o vadu způsobující nezákonnost celého řízení. K obdobnému závěru dospěl i Městský soud v Praze, když v rozsudku č. j. 5 A 124/2015-38 ze dne 25. 10. 2018 judikoval, že „[n]a výše formulovaných závěrech nemůže nic změnit ani skutečnost, že při předchozím doručování (jiných) písemností (usnesení o přerušení řízení s výzvou k odstranění vad žádosti ze dne 11. 10. 2012, vyrozumění o pokračování v řízení ze dne 14. 11. 2012, vyrozumění o možnosti vyjádřit se k podkladům rozhodnutí ze dne 14. 1. 2013) bylo poštovním doručovatelem v části zásilký označené jako „prohlášení v případě vrácení zásilký“ vyznačeno, že žalobkyně je na uvedené adrese neznámá. Byla-li žalobkyně na uvedené adrese fakticky kontaktní, není podstatné, jakou informaci v tomto směru uváděl poštovní doručovatel. Správní orgán I. stupně neměl konkrétní důvod pochybovat o tom, že uložení předmětné zásilký bylo žalobkyni řádně oznámeno vzhledem ke skutečnosti, že předmětná písemnost (rozhodnutí ministerstva) byla doručována na adresu, kterou žalobkyně sama uvedla a jejíž změnu po dobu správního řízení neavizovala“.

Pokud pojednáváme o jedné jediné písemnosti, jejímž rozporovaným doručením může fakticky dojít k zastavení celého správního řízení, pak je namíste postupovat způsobem, který vylučuje jakoukoliv pochybnost o zákonnosti doručení. Řešením je zejména požadovat po provozovateli poštovních služeb řádné doručování způsobem, který nevzbuzuje oprávněné pochybnosti. Nicméně v takovém případě stejně vyvstane nutnost předmětnou písemnost doručit opakovaně, čímž se ale dostáváme k otázce relevance zákonem stanovených odchylek od správního řádu. Jinými slovy, takový postup by byl nutný i v případě, že by správní orgány postupovaly pouze podle správního řádu, a nikoliv dle zákona o pobytu cizinců. Nepominutelnou skutečností odlišného vymezení doručování v zákoně o pobytu cizinců od správního řádu je striktní fixace na adresu evidovanou v informačním systému cizinců podle § 158 odst. 3

zákonu o pobytu cizinců nebo sdělenou podle § 19 odst. 3 správního řádu. V tomto smyslu lze zaznamenat výrazné zjednodušení situace pro správní orgány, neboť odpadá jejich povinnost pokusit se v případech potíží s doručováním na adresu evidovanou v příslušném systému doručovat na jiné adresy známé v souvislosti s pobytem cizince na území (místo podnikání, zaměstnání apod.). Ovšem pokud nastane výše popsaná situace, pak speciální úprava nepřináší správním orgánům kyžené zjednodušení. Skutečností je, že k těmto situacím dochází dosti často a nelze tak dospět ke stejné jednoznačnému závěru, o jakém hovoří ve smyslu zjednodušení pobytových správních řízení důvodová zpráva k zákonu č. 222/2017 Sb.

3. NEPŘIJATELNOST VS. NEPŘÍPUSTNOST ŽÁDOSTI A DOPADY DO SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

Jestliže jsme se v předchozí kapitole zabývali určitou zvláštností oproti správnímu řádu v situaci, kdy institut sám (tj. doručování) zůstal týž, v této části postoupíme ještě o kus dál, neboť se budeme věnovat novému institutu, který oproti správnímu řádu zavádí zákon o pobytu cizinců. Je jím tzv. nepřijatelnost žádosti. Naprosto logicky vyvstane otázka, nakolik se uvedený institut liší od zjevně právně nepřípustné žádosti, jak ji definuje § 45 odst. 3 správního řádu. Odpověď na tuto otázku, byť neuspokojivou, poskytuje důvodová zpráva k zákonu č. 222/2017 Sb.: *„Cílem navrhovaného ustanovení je především zefektivnit řízení v případech, kdy je zjevné, že žádost v podobě, v jaké byla podána, nemůže být z formálního hlediska úspěšná. Nepřijatelnost žádosti lze považovat za vhodnější institut, než je nepřípustnost žádosti o udělení dlouhodobého víza v současné právní úpravě, kdy už v jazykovém vyjádření tohoto institutu je zřejmý jeho účel – tedy nepřijetí žádosti do řízení, oproti nepřípustnosti, o které v obecné rovině hovoří již správní řád (i když jde o zjevnou právní nepřípustnost). Aby nedocházelo k zaměňování těchto dvou institutů, byla zvolena jako vhodnější varianta nepřijatelnost žádosti. Jako důvody nepřijatelnosti se stanoví dostatečně závažné okolnosti odpovídající povaze tohoto institutu vzhledem k tomu, že nepřijatelnost znamená, že řízení o žádosti není ani zahájeno.“* Z uvedeného vůbec nevyplývá, proč je institut nepřijatelnosti „vhodnější“ oproti nepřípustnosti žádosti tak, jak o ní hovoří správní řád. Dostatečně závažné okolnosti pro konstatování nepřijatelnosti žádosti jsou v podstatě totéž, co podmínka nepřípustnosti stanovená v § 45 odst. 3 správního řádu. Nemůžeme dospět k jinému závěru, než že nepřijatelnost a nepřípustnost žádosti jsou synonyma a je možné je užívat *promiscue*.

Nahlédněme, co k nepřipustnosti říká relevantní judikatura. Nikoliv překvapivě NSS v rozsudku č. j. 2 As 42/2013-51 ze dne 31. 7. 2013 konstatoval, že „[s]právní řád v § 45 odst. 3 stanoví, že „(ž)ádost nesmí být zjevně právně nepřipustná. Takovou žádost správní orgán neprojednává a řízení zastaví dle § 66. Usnesení se oznamuje účastníkům, kteří byli o zahájení řízení uvědoměni“. [13.] K tomu z ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu plyne, že „za zjevně právně nepřipustnou [§ 66 odst. 1 písm. b) správního řádu z roku 2004] je možno považovat pouze takovou žádost, u níž je již na první pohled zřejmé, že jí nelze vyhovět. To především znamená, že tato nepřipustnost musí být patrna již ze samotné žádosti, nikoliv teprve z výsledků dalšího dokazování či zjišťování“ (srov. rozsudek 2 As 74/2007 ze dne 7. 5. 2008; všechna rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou přístupná na www.nssoud.cz). Za zjevně právně nepřipustnou žádost ve smyslu ustanovení § 45 odst. 3 správního řádu, podle něhož odvolací orgán řízení zastaví, je tak možné považovat jen podání žádající provedení něčeho, co není právně možné nebo k čemu není žadatel oprávněn“.²

Z rozsudku vyplývá, že z žádosti musí být „již na první pohled zřejmé, že jí nelze vyhovět“. To je neuralgický bod celé úpravy nepřijatelnosti žádosti stanovené v § 169h zákona o pobytu cizinců. Ač toto ustanovení diferencuje prostřednictvím odst. 1 a 2 nepřijatelnost žádostí o udělení či prodloužení dlouhodobého víza, dlouhodobého pobytu a trvalého pobytu od žádostí pouze o udělení či prodloužení tohoto víza, problém zůstává týž. Jde o to, že existuje určité právo v podobě dlouhodobého víza, dlouhodobého či trvalého pobytu, které může cizí státní příslušník požadovat, ovšem § 169h zákona o pobytu cizinců upravuje spíše formální podmínky, jež je třeba splnit, aby bylo možné žádost věcně posoudit.

Dále zákon o pobytu cizinců v § 169h odst. 2 písm. e)³ předpokládá situaci, kdy je žádost přijata, žadatel je vyzván k obstarání si v přiměřené lhůtě tlumočnicka, a pokud tak v (správním orgánem) určené lhůtě neučiní, je žádost posouzena jako nepřijatelná. V této souvislosti je možné odkázat na rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 6 A 62/2017-34 ze dne 30. ledna 2019, který konstatoval, že „[m]á-li být řízení zastaveno pro zjevnou právní nepřipustnost

² K totožným závěrům dospěl NSS i dříve, např. v rozsudku č. j. 2 As 74/2007-55 ze dne 7. května 2008.

³ „Žádost o udělení dlouhodobého víza a žádost o prodloužení doby platnosti dlouhodobého víza a doby pobytu na území na toto vízum je dále nepřijatelná, jestliže [...] jde o žádost podanou na zastupitelském úřadě a žadatel prohlásil, že neovládá jazyk, jímž se vede jednání, a neobstaral si v přiměřené lhůtě stanovené zastupitelským úřadem na své náklady tlumočnicka nebo osobu, která splňuje podmínky pro ustanovení tlumočnickem uvedené v § 24 zákona o znalcích a tlumočnících, ačkoli byl o této povinnosti zastupitelským úřadem poučen.“

žádosti, nelze žadatele vyzývat k doplnění žádosti o cokoliv jiného, než co může sloužit k ověření základních procesních podmínek pro vedení řízení, neboť jakékoliv jiné doplnění žádosti by stejně nemohlo výsledek řízení nijak ovlivnit. Ustanovení § 66 odst. 1 písm. b) správního řádu je aplikovatelné pouze tehdy, je-li právní nepřijatelnost žádosti skutečně zjevná již po prvním seznámení se s obsahem dané žádosti. V posuzovaném případě tomu tak zjevně nebylo, jak je ostatně zřejmé i z postupu správního orgánu I. stupně spočívajícího ve výzvě k odstranění vad předmětné žádosti a vedení řízení o žádosti po dobu celkem 9 měsíců“. Obstarání či neobstarání si tlumočnicka bezesporu je skutečností mající zásadní vliv na výsledek celého řízení.

Obdobný problém lze najít i v případě dalších zákonem definovaných situací, na základě kterých se žádost stává nepřijatelnou, byť správní orgán nepřistupuje přímo k vyzvání účastníka řízení k učinění určitého úkonu formální výzvou s určením lhůty. Podstatnou změnou oproti stavu před účinností zákona č. 222/2017 Sb. je omezení pro podávání žádosti, u kterých absentuje nějaká zákonná náležitost, či se jedná přímo o blanketní žádost.⁴ Dříve správní orgány postupovaly v souladu s § 45 odst. 2 správního řádu a žadatele vyzvaly k odstranění vad žádosti. Teprve poté bylo možné řízení o žádosti usnesením zastavit dle § 66 odst. 1 písm. c) správního řádu, neboť nebyly ve stanovené lhůtě odstraněny podstatné vady žádosti (samozřejmě za situace, kdy žadatel požadované doklady nedoložil). Judikatura setrvale považuje za vadu bránící projednání žádosti úplnou absenci některé zákonné náležitosti. Jak vyplývá i z důvodové zprávy k zákonu č. 222/2017 Sb., cílem ustanovení § 169h odst. 2 písm. b) zákona o pobytu cizinců je zkrátit celé řízení právě o nutnost vyzvat žadatele k odstranění vad žádosti.

Požadavek bezvadnosti žádosti, co se úplnosti zákonem požadovaných náležitostí týká, je jistě legitimní, nicméně zákon o pobytu cizinců obsahuje i § 169i, který reflektuje vady podání a způsob, jak v takovém případě správní orgány mají postupovat.⁵ Ačkoliv důvodová zpráva k zákonu č. 222/2017 Sb. vylučuje jeho aplikaci v případě „nepřijatelné žádosti“, z paragrafového znění nelze jednoznačně dospět k takto kategorickému závěru,

⁴ Dle § 169h odst. 2 písm. b) zákona o pobytu cizinců: „Žádost o udělení dlouhodobého víza a žádost o prodloužení doby platnosti dlouhodobého víza a doby pobytu na území na toto vízum je dále nepřijatelná, jestliže [...] k žádosti nebyly předloženy náležitosti podle tohoto zákona; to neplatí, jde-li o žádost cizince narozeného na území.“

⁵ Dle § 169i odst. 2 zákona o pobytu cizinců „V řízení o žádosti o udělení dlouhodobého víza nebo o vydání povolení k dlouhodobému nebo trvalému pobytu podané na zastupitelském úřadu provede zastupitelský úřad kontrolu podání. Trpí-li podání vadami, pomůže zastupitelský úřad žadateli nedostatky odstranit na místě nebo ho vyzve k jejich odstranění, poskytne mu k tomu přiměřenou lhůtu a poučí jej o následcích neodstranění nedostatků v této lhůtě; odstavec 1 se použije obdobně.“

resp. nelze vyloučit, že vadou podání je možné rozumět i vadu žádosti spočívající v její neúplnosti.⁶

Pokud nelze na základě jazykového výkladu zmíněných ustanovení dospět k jednoznačnému závěru, pak se otevírá pole působnosti i pro jiné výkladové metody, čímž se dostáváme jednak k otázce možného soudního přezkumu, ale také formy, kterou zákon určuje pro posouzení nepřijatelnosti žádosti.

Ustanovení § 169h odst. 3 zákona o pobytu cizinců jednoznačně vylučuje jakoukoliv možnost brojit proti konstatování nepřijatelnosti žádosti, a to zejména z toho důvodu, že řízení není zahájeno. Příslušný správní orgán pouze žadateli písemně sdělí důvody pro konstatování nepřijatelnosti žádosti a usnesením právě uvedené poznamená do spisu. Jelikož se má za to, že řízení ani nebylo zahájeno, není možné žádat o posouzení důvodů neudělení víza. Jediným institutem, který alespoň zmiňuje důvodová zpráva, je možnost podat stížnost na postup správního orgánu ve smyslu § 175 správního řádu. Není nutné dodávat, že v případě stížnosti se jedná o „nejslabší“ prostředek obrany, který stěžovateli pouze poskytuje právo být vyrozuměn o způsobu vyřízení stížnosti. Nicméně i pokud by měl žadatel právo žádat o nové posouzení důvodů neudělení víza, pak by své procesní postavení stejně o mnoho nezlepšil, neboť i tato forma rozhodnutí správních orgánů je ve smyslu § 171 zákona o pobytu cizinců vyloučena ze soudního přezkumu. Jedinou možností, jak v takové situaci zapojit do věci soud, je žaloba na nečinnost správních orgánů či pro nezákonný zásah do osobních práv žadatele. Jak bylo popsáno výše, právní úprava posuzování nepřijatelnosti žádosti má svá úskalí, která nevedou k jednoznačnému závěru, resp. nejsou tak jednoznačná, jak zákonodárce původně zamýšlel.

Závěr kapitoly je věnován stěžejní otázce, neexistuje-li vhodnější a zákonem konformnější způsob, jak vyřešit nesporné procesní problémy, které nastávají zejména u žádostí podávaných na zastupitelských úřadech. Jestliže jsme dospěli k závěru, že nepřijatelnost žádosti dle zákona o pobytu cizinců není zásadně odlišná od zjevně právně nepřípustné žádosti dle správního řádu, pak musíme jednoznačně vzít v potaz již existující judikaturu NSS k této otázce. Námitka, že popsané sporné body § 169h zákona o pobytu cizinců se stejně nestanou předmětem přezkumu správních soudů, neobstojí. Pokud by žadatel proti postupu správních orgánů brojil např. žalobou na nečinnost, musel by se soud nastolenou otázkou zákonnosti celého postupu správních orgánů tak či onak zabývat a nelze vyloučit, že by nepřisvědčil striktně formalistickému postupu vyplývajícímu pouze z jazykového výkladu zákona,

⁶ A to úplně pomíjím otázku, zda každý doklad, byť vzdáleně připomínající zákonnou náležitost, lze považovat za doloženou náležitost žádosti s vadou, či jej lze zcela ignorovat.

navíc v situaci, kdy ani ten není jednoznačný. Zároveň nelze pominout, že § 169h zákona o pobytu cizinců reflektuje situace, které, pokud nastanou, jsou nespornou překážkou pro udělení požadovaného pobytového oprávnění. Zákon o pobytu cizinců upravuje efektivní způsob, jak tyto situace řešit, aniž by bylo nutné zavádět nové sporné instituty. Tím je míněn institut zastavení řízení, speciálně upravený v § 169r zákona o pobytu cizinců. Důvody, pro něž může být zastaveno správní řízení, nejsou zásadně odlišné od důvodů nepřijatelnosti žádosti.⁷ Ani pokud namítneme, že nepřijatelnost žádosti se týká zejména žádosti o víza podávaných na zastupitelských úřadech. Možnost zastavení řízení dle § 169r zákona o pobytu cizinců se týká i tzv. prvožádostí o povolení k dlouhodobému či trvalému pobytu podaných na zastupitelských úřadech, přičemž není důvodné pouze kvůli rozdílu mezi dlouhodobým vízem a dlouhodobým pobytem vytvářet zcela nový a povýtce sporný právní institut. Pokud by došlo k zastavení správního řízení usnesením z důvodů, které dnes zákon definuje jako podmínky konstatování nepřijatelnosti žádosti, žadatel by měl možnost podat odvolání nadřízenému správnímu orgánu. Rovněž by bylo možné vyjmout ze soudního přezkumu rozhodnutí odvolacího orgánu právě v těchto věcech, aby nevznikl nedůvodný rozdíl oproti stávající výluce soudního přezkumu u rozhodnutí o neudělení víza a rozhodnutí o žádosti o nové posouzení důvodů neudělení víza. Rozhodně by se jednalo o konformnější přístup než v případě současného posuzování nepřijatelnosti žádosti.

4. ZÁVĚR

Smyslem příspěvku bylo poukázat na nárůst speciálních ustanovení zákona o pobytu cizinců oproti správnímu řádu v souvislosti s poslední velkou novelou zákona o pobytu cizinců. Množství těchto změn nutně vyvolává otázku, zda je taková míra nově zaváděných zvláštností nutná a především zda mají tyto změny konkrétní dopad na účastníky správních řízení. V tomto příspěvku byly posuzovány dvě významné odlišnosti od správního řádu, a to otázka doručování na území a dále zcela nový institut tzv. nepřijatelnosti žádosti.

U prvního tématu jsem dospěl k závěru, že u některých, a nikoli jen ojedinělých případů novela vzhledem k existující a těžko pominutelné judikatuře správních soudů nevede ke kýženému cíli. Tím vždy bylo zjednodušení celého řízení, resp. omezení množství úkonů, které musí správní orgány provést,

⁷ Např. zastavení řízení o žádosti o vydání povolení k dlouhodobému či trvalému pobytu, ač k podání žádosti na území není cizinec oprávněn [§ 169r odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců], vs. nepřijatelnost žádosti z důvodu podání na nepřislušném zastupitelském úřadu [§ 169h odst. 1 písm. b) téhož zákona].

aby bylo řízení zákonně konformním způsobem ukončeno. Ostatně tento cíl je charakteristický nejen pro institut doručování, ale i pro veškerá další ustanovení definující odchylky od správního řádu.

Snaha zjednodušit správní řízení byla i nesporným motivem pro zavedení institutu nepřijatelnosti žádosti, což bylo téma druhé části příspěvku. Oproti institutu doručování se jedná o zcela novou úpravu, která se však významně neliší od známé zjevné právní nepřípustnosti žádosti, tak jak ji definuje správní řád. I z toho důvodu, obdobně jako v případě doručování, nelze pominout již existující judikaturu správních soudů. NSS vytyčil určité mantinely, které správní orgány nemohou pominout, pokud chtějí určitou žádost posoudit jako zjevně právně nepřípustnou, resp. v našem případě nepřijatelnou. Problém nastává zejména v situacích, kdy je žádost řádně podána a teprve na základě dalších skutečností, které nastanou až po jejím podání, je žádost posouzena jako nepřijatelná. To do velké míry popírá celý institut nepřípustnosti (*promiscue* nepřijatelnosti) žádosti. Byť právní úprava v takové situaci nepřipouští soudní přezkum, nejví se být institut nepřijatelnosti žádosti ideálním prostředkem pro posuzování žádostí o pobyťová oprávnění. Navrženým řešením je zastavování řízení o žádostech, ve kterých se vyskytují nesporné důvody pro takový postup, neboť racionálním základem pro vznik posuzovaných ustanovení zákona o pobytu cizinců jsou důvody, které v praxi mnohdy ztěžují efektivní výkon státní správy na úseku pobyťových oprávnění cizinců v České republice.

Vybrané aspekty rušení povolení k trvalému pobytu ve světle aktuální judikatury správních soudů

Tomáš Bezděk*

1. ÚVOD

Nemůže být pochyb o tom, že činnost správních orgánů aplikujících zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 326/1999 Sb.“), je zásadním způsobem ovlivněna rozhodovací činností správních soudů a zejména pak činností Nejvyššího správního soudu. Tento příspěvek se zaměřuje na dvě vybrané oblasti problematiky rušení povolení k trvalému pobytu na území České republiky podle zákona č. 326/1999 Sb. ve světle aktuální judikatury správních soudů, včetně Nejvyššího správního soudu. První část příspěvku je věnována zejména judikatuře Nejvyššího správního soudu ve vztahu ke kauze Střední průmyslové školy strojírenské a Jazykové školy s právem státní jazykové zkoušky Kolín (dále jen „jazyková škola Kolín“), kterou se v minulých letech správní orgány intenzivně zabývaly. Druhá část příspěvku je věnována judikatuře, která se zabývá vedením správního řízení o zrušení povolení k trvalému pobytu, konkrétně otázkou, zda je nezbytné v rámci těchto řízení provádět výsledků účastníka řízení či jeho rodinných příslušníků za účelem posouzení přiměřenosti dopadu rozhodnutí o zrušení povolení k trvalému pobytu do soukromého a rodinného života.

* Ministerstvo vnitra, odbor správní. Předseda senátu Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců.

2. ROZSUDKY NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU VE VĚCI JAZYKOVÁ ŠKOLA KOLÍN

V první polovině roku 2019 dospěla na základě rozsudků Nejvyššího správního soudu¹ k pomyslné kulminaci kauza týkající se vystavování „Osvědčení o znalosti českého jazyka pro účely získání povolení k trvalému pobytu“ (dále jen „osvědčení“) jazykovou školou Kolín. V daném případě je nutné poukázat na základní právní východiska a nastítnit skutkovou stránku případů, kterých v minulých letech posuzovala Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců (dále jen „Komise“) jakožto odvolací správní orgán podle zákona č. 326/1999 Sb. několik desítek, a následně poukázat na vliv rozsudků Nejvyššího správního soudu ve vztahu k těmto případům.

2.1 Právní a skutková východiska

Občan třetího státu, který na území žádá o vydání povolení k trvalému pobytu, je kromě jiného povinen předložit i doklad o znalosti českého jazyka, což vyplývá z ustanovení § 70 odst. 2 písm. h) zákona č. 326/1999 Sb.: „*Cizinec je povinen k žádosti o povolení k trvalému pobytu předložit [...] doklad prokazující požadovanou znalost českého jazyka vydaný osobou uskutečňující zkoušku znalosti českého jazyka v rozsahu stanoveném prováděcím právním předpisem vydaným podle § 182a odst. 1 písm. a).*“ Prováděcím předpisem je v současné době nařízení vlády č. 31/2016 Sb. ze dne 18. ledna 2016, o prokazování znalosti českého jazyka pro účely získání povolení k trvalému pobytu. Upravuje požadovaný rozsah znalostí českého jazyka, organizační otázky týkající se přihlášky ke zkoušce z českého jazyka a průběh samotné zkoušky, jakož i vzor osvědčení apod.²

V minulých letech bylo řadě občanů třetích států, kteří při podání žádosti předložili osvědčení vydané jazykovou školou Kolín, vydáno povolení k trvalému pobytu na území. Následně však v některých případech vznikly důvodné pochybnosti, zda ze strany žadatelů nedošlo k porušení zákona. Samotná jazyková škola Kolín totiž v určité době začala správnímu orgánu I. stupně, kterým je odbor azylové a migrační politiky ministerstva vnitra, poskytovat podklady (evidenční listy jednotlivých uchazečů, odpovědní listy, potvrzení o výsledku

¹ Příkladem se jedná o rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Azs 430/2018-38 ze dne 10. 1. 2019 a rozsudek téhož soudu č. j. 9 Azs 392/2018-48 ze dne 10. 4. 2019.

² Předchozí, obdobná právní úprava daných otázek byla obsažena ve vyhlášce ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy ze dne 9. září 2008 č. 348/2008 Sb., o výuce a zkouškách znalosti českého jazyka pro účely získání povolení k trvalému pobytu na území České republiky.

zkoušky a jiné) svědčící o tom, že jazykovou zkoušku někteří z domněle úspěšných cizinců ve skutečnosti úspěšně nevykonali. Zpravidla z těchto podkladů vyplynulo, že žadatel nesložil úspěšně písemnou část jazykové zkoušky, a nebyl proto vůbec připuštěn k části ústní.³ Jazykovou zkoušku tedy někteří cizinci sice absolvovali, avšak evidentně u ní nebyli úspěšní.⁴

V průběhu let 2016 až 2018 proto zahájil správní orgán I. stupně v několika desítkách případů řízení o zrušení povolení k trvalému pobytu na území, a to dle ustanovení § 77 odst. 1 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb., které uvádí: „*Ministerstvo zruší platnost povolení k trvalému pobytu, jestliže [...] cizinci byl trvalý pobyt povolen na základě předložených padělaných anebo pozměněných náležitostí nebo náležitostí, v nichž uvedené údaje podstatně pro posouzení žádosti neodpovídají skutečnosti.*“ Samotný důvod pro zrušení povolení k trvalému pobytu byl shledáván v naplnění poslední hypotézy uvedené v daném ustanovení zákona č. 326/1999 Sb. Čili v tom, že cizinci byl trvalý pobyt na území povolen na základě náležitosti (osvědčení), v níž uvedené údaje neodpovídaly skutečnosti (jazyková zkouška ve skutečnosti nebyla úspěšně vykonána, byť bylo na základě dříve doloženého osvědčení deklarováno, že zkouška byla úspěšně složena). Komise, která podle § 170a zákona č. 326/1999 Sb. figurovala v těchto případech jako odvolací správní orgán, se se závěry správního orgánu I. stupně zpravidla ztotožňovala.

2.2 Rozsudky Nejvyššího správního soudu ve věci jazyková škola Kolín

V jednom z konkrétních případů, který nakonec vyústil ve vydání rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 4. 2019, č. j. 9 Azs 392/2018-48⁵, byl ze strany účastníka řízení (resp. jeho zmocněného zástupce) mj. namítán rozpor ustanovení § 77 odst. 1 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb. s čl. 9 odst. 1 písm. a) směrnice 2003/109/ES, který uvádí: „*Dlouhodobě pobývajícím rezident*

³ Blíže k průběhu jazykové zkoušky viz § 9 až 11 nařízení vlády č. 31/2016 Sb. a dále také příloha 1 k tomuto nařízení, tzv. organizační řád pro zkoušku z českého jazyka pro účely získání povolení k trvalému pobytu.

⁴ V tomto příspěvku nejsou blíže rozebírány okolnosti, za jakých i takovýto neúspěšný uchazeč osvědčení nakonec získal, kdo mu jej vystavil, předal, za jakých podmínek k tomu došlo apod., neboť tyto záležitosti přesahují rámec problematiky cizineckého práva.

⁵ Na tomto místě považuji za nutné poukázat na skutečnost, že vydání rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 4. 2019, č. j. 9 Azs 392/2018-48 předcházelo vydání rozsudku téhož soudu ze dne 10. 1. 2019, č. j. 1 Azs 430/2018-38, který jako první řešil skutkově i právně prakticky totožný případ. Pro účely tohoto příspěvku se autor rozhodl věnovat pozornost zejména pozdějšímu a obsáhlejšímu rozsudku, byť jsou si oba tyto rozsudky v mnohém podobné a obsahují fakticky stejné právní závěry.

ztrácí nárok na právní postavení dlouhodobě pobývajících rezidenta, jestliže bylo zjištěno, že právní postavení dlouhodobě pobývajících rezidenta bylo získáno podvodem.“ V hrubých obrysech spočívala argumentace Komise v premise, že účastník zkoušky, který nebyl u zkoušky úspěšný (např. nebyl po neúspěchu u první části zkoušky vůbec připuštěn k části druhé), si musel být vědom toho, že neprokázal znalost českého jazyka v rozsahu nutném pro získání osvědčení, a že vydané osvědčení tak nemohlo odpovídat skutečnosti.

O žalobě proti tomuto rozhodnutí Komise rozhodl Městský soud v Praze⁶ tak, že žalobu jako nedůvodnou zamítl. Uvedený soud se přitom ztotožnil s argumentací Komise a konstatoval, že byla dostatečně naplněna subjektivní stránka jednání, které je možné podřadit pod definici „podvodu“ uvedenou v čl. 9 odst. 1 písm. a) směrnice 2003/109/ES.

Právě otázka podřazení jednání cizince pod pojem „podvodu“ ve smyslu směrnice 2003/109/ES, resp. rozpor ustanovení § 77 odst. 1 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb. s úpravou obsaženou v čl. 9 odst. 1 písm. a) směrnice 2003/109/ES, představovaly dvě z nejdůležitějších námitek uplatněných v rámci kasační stížnosti proti rozsudku Městského soudu v Praze. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 10. 4. 2019, č. j. 9 Azs 392/2018-48, uvedl, že ustanovení zákona č. 326/1999 Sb. je nutné vykládat konformně s ustanoveními směrnice 2003/109/ES. Dospěl k závěru (bod 23), že „*unitrostátní ustanovení lze vyložit souladně s požadavky citovaného článku směrnice 2003/109/ES*“. Dále Nejvyšší správní soud konstatoval, že pro naplnění podmínek pro zrušení povolení k pobytu dle výše uvedeného ustanovení zákona č. 326/1999 Sb., je potřebný aspekt podvodného jednání. Ke zrušení pobytového oprávnění může dojít pouze ve dvou případech. Prvním z nich bude situace, kdy cizinec předloží padělané anebo pozměněné náležitosti. Druhým případem pak může být situace, kdy cizinec předloží náležitosti, v nichž uvedené údaje podstatně pro posouzení žádosti z důvodu podvodného jednání neodpovídají skutečnosti.

Nejvyšší správní soud se rovněž zabýval námitkou týkající se výkladu pojmu „podvod“ ve vztahu k trestněprávním normám. Nejvyšší správní soud k této otázce jednoznačně uvedl (bod 24), že „*z ničeho neplyne, že by podmínka ‚podvodu‘ uvedená v čl. 9 odst. 1 písm. a) směrnice 2003/109/ES byla naplněna pouze spácháním trestného činu podvodu ve smyslu českého trestního zákoníku*“. Soud následně doplnil, že předmětný článek směrnice 2003/109/ES požaduje, aby postavení dlouhodobě pobývajících rezidenta (tedy povolení k trvalému pobytu ve smyslu českého právního řádu) bylo „*získáno ‚podvodným jednáním‘ v obecném významu spojení, nikoli nutně aby bylo*

⁶ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 18. 10. 2018 č. j. 6 A 243/2017-61.

získáno „podvodem“ ve smyslu skutkové podstaty obsažené v § 209 trestního zákoníku“.

Z mého pohledu nejzajímavější část odůvodnění rozsudku Nejvyššího správního soudu nalezneme v bodech 25 až 27. V nich se soud zabýval otázkou, je-li je ve smyslu čl. 9 odst. 1 písm. a) směrnice 2003/109/ES, potažmo ve smyslu ustanovení § 77 odst. 1 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb., nutné, aby se podvodného jednání dopustil sám cizinec, nebo zda postačí, že se podvodného jednání dopustil někdo jiný. Tato otázka přitom nebyla v předcházejícím rozsudku Městského soudu v Praze explicitně řešena. Nejvyšší správní soud v této otázce odkázal na recentní rozsudek Soudního dvora Evropské unie.⁷ V něm byla řešena předběžná otázka nizozemské Státní rady týkající se výkladu čl. 9 odst. 1 písm. a) směrnice 2003/109/ES.⁸ Ve výrokové části rozsudku dospěl Soudní dvůr Evropské unie k závěru, že „[č]lánek 9 odst. 1 písm. a) směrnice Rady 2003/109/ES ze dne 25. listopadu 2003 o právním postavení státních příslušníků třetích zemí, kteří jsou dlouhodobě pobývajícími rezidenty, musí být vykládán v tom smyslu, že v případě, že bylo právní postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta přiznáno státním příslušníkům třetí země na základě pozměněných dokladů, okolnost, že tito státní příslušníci o podvodné povaze těchto dokladů nevěděli, nebrání tomu, aby dotýčný členský stát na základě tohoto ustanovení toto právní postavení odňal“. Nejvyšší správní soud následně poukázal i na bod 65 odůvodnění rozsudku Soudního dvora Evropské unie, ve kterém se uvádí, „že se nikdo nemůže dovolávat zachování práv, která byla nabyta podle směrnice 2003/109 prostřednictvím podvodu, nezávisle na tom, zda tento podvod byl či nebyl spáchán nositelem těchto práv nebo zda mu byl znám, protože rozhodující skutečností je, že nabytí uvedených práv bylo důsledkem podvodu“. Nejvyšší správní soud tedy ve světle rozsudku Soudního dvora Evropské unie uvedl, že „není nutné, aby se podvodného jednání dopustil samotný cizinec. Podstatné je, že k podvodnému jednání dojde a že jej cizinec využije“.

Závěrem se pak Nejvyšší správní soud ve vztahu k prokázanému podvodnému jednání ze strany cizinec věnoval otázce dalšího případného zjišťování skutkového stavu, přičemž konstatoval: „Za této situace správní orgány nemusely zjišťovat, zda kromě podvodného jednání samotného stěžovatele,

⁷ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 14. 3. 2019 ve věci C-557/17 Y. Z. a další.

⁸ Předběžná otázka byla položena takto: „Je nutné vykládat čl. 9 odst. 1 písm. a) směrnice Rady 2003/109/ES ze dne 25. listopadu 2003 o právním postavení státních příslušníků třetích zemí, kteří jsou dlouhodobě pobývajícími rezidenty v tom smyslu, že brání odnětí právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta, pokud bylo toto postavení získáno na základě podvodných informací, avšak dlouhodobě pobývajícím rezident nevěděl, že tyto informace byly podvodné?“

spočívajícího v předložení vědomě nepravdivého osvědčení Ministerstvu vnitra, bylo přítomno i další podvodné jednání spočívající ve vyhotovení tohoto osvědčení, až už v podobě jeho zfalšování, pozměnění nebo třeba vyhotovení pracovního jazykové školy v důsledku korupce. I takové podvodné jednání jiné osoby, pokud by je stěžovatel využil ve svůj prospěch, by sice pohledem právě citovaného rozsudku Soudního dvora EU bylo dostatečně k naplnění podmínky podvodného jednání [...]; v nyní posuzovaném případě je však podstatné to, že se podvodného jednání spočívajícího ve vědomém předložení tohoto nepravdivého osvědčení dopustil sám stěžovatel.“

2.3 Zhodnocení dopadů judikatury Nejvyššího správního soudu do rozhodovací praxe správních orgánů

Jaké jsou dopady výše popsaného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 4. 2019, č. j. 9 Azs 392/2018-48, potažmo rozsudku téhož soudu ze dne 10. 1. 2019, č. j. 1 Azs 430/2018-38, do rozhodovací praxe správních soudů a rovněž do rozhodovací praxe správních orgánů obou stupňů? Přestože není právní řád České republiky vybudován na precedenčním systému a jednotlivé rozsudky je možné považovat za závazné pouze pro každý jednotlivý případ, v oblasti cizineckého práva lze jistě hovořit o tom, že rozsudky Nejvyššího správního soudu svým způsobem utvářejí hranice, v rámci kterých následně jednotlivé krajské soudy a Městský soud v Praze ve skutkově a právně obdobných případech působí. To platí i pro případy, jejichž společným jmenovatelem jsou podvodná osvědčení vystavená jazykovou školou Kolín. Za relativně krátkou dobu od vydání těchto rozsudků obdržela Komise několik rozsudků nižších soudů, kterými došlo, i s odkazem na zmíněnou judikaturu Nejvyššího správního soudu, k zamítnutí žaloby proti rozhodnutí Komise.⁹

V celkovém kontextu je potom možné rozsudky Nejvyššího správního soudu hodnotit jako jakési pomyslné vítězství správních orgánů, reprezentujících veřejný zájem, nad skupinou nepoctivých žadatelů, kteří v zájmu získání nejvyššího pobytového oprávnění na území neváhali přistoupit k podvodnému jednání. Jsem přesvědčen, že dopad zejména rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 4. 2019, č. j. 9 Azs 392/2018-51, může přesáhnout rámec případů týkajících se jazykové školy Kolín. A to s ohledem na pečlivý a podrobný výklad čl. 9 odst. 1 písm. a) směrnice 2003/109/ES, resp. ustanovení § 77

⁹ Příkladem se jedná o rozsudky Městského soudu v Praze ze dne 28. 2. 2019, č. j. 9 A 201/2017-43, a ze dne 2. 5. 2019, č. j. 14 A 83/2017-47, rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 7. 5. 2019, č. j. 52 A 94/2018-33, a další.

odst. 1 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb., ke kterému Nejvyšší správní soud přistoupil ve světle recentního rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 14. 3. 2019 ve věci C-557/2017.

3. K OTÁZCE NUTNOSTI PROVEDENÍ VÝSLECHU V ŘÍZENÍ O ZRUŠENÍ POVOLENÍ K TRVALÉMU POBYTU

V roce 2018 a počátkem roku 2019 se správní soudy, včetně Nejvyššího správního soudu, ve své judikatuře opakovaně vyjadřovaly k otázce, zda je v některých řízeních o zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu povinností správních orgánů provádět výslech účastníka řízení,¹⁰ resp. provádět svědeckou výpověď¹¹ rodinných příslušníků účastníka řízení, za účelem zjištění rodinných a soukromých vazeb a za účelem následného posouzení přiměřenosti dopadů rozhodnutí o zrušení povolení k trvalému pobytu do soukromého a rodinného života. Z logiky věci se touto otázkou zabývaly soudy v případech, kdy požadavek posuzování přiměřenosti dopadů ve smyslu § 174a zákona č. 326/1999 Sb. vyžaduje konkrétní ustanovení tohoto zákona. Jednalo se o případy, kdy došlo ke zrušení povolení k trvalému pobytu občana třetího státu podle § 77 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb. a v případě rušení povolení k trvalému pobytu občana Evropské unie či jeho rodinného příslušníka dle § 87l odst. 1 téhož zákona.

3.1 Judikatura Nejvyššího správního soudu v roce 2018

Postoj Nejvyššího správního soudu se v této otázce v zásadě jeví jednoznačně, o čemž svědčí např. rozsudek tohoto soudu ze dne 21. 6. 2018, č. j. 9 Azs 94/2018-34, ve kterém se mj. uvádí: „Na výše uvedených závěrech by výslech bývalé manželky stěžovatele nemohl nic změnit. Vazbu stěžovatele na syna totiž všechny orgány reflektovaly, nicméně, vzhledem k jím spáchané závažné a úmyslné trestné činnosti, za kterou byl pravomocně odsouzen, zásah do jeho soukromého a rodinného života nebyl shledán natolik závažným, aby převážil nad veřejným zájmem na ochraně veřejného pořádku, v důsledku čehož byly splněny podmínky pro zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu dle § 87l odst. 1 písm. a) zákona o pobytu cizinců. Ostatně jak žalovaná správně zdůraznila, omezení na osobní svobodě v délce 30 měsíců, ke kterému byl stěžovatel odsouzen, jeho rodinný a soukromý život narušilo větší měrou než zrušení

¹⁰ Zákon č. 326/1999 Sb. upravuje otázku výslechu prováděného na území v ustanovení § 169j.

¹¹ Ustanovení § 55 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

trvalého pobytu.“ Uvedený rozsudek však není ani zdaleka jediný. Poukázat lze např. na rozsudek téhož soudu ze dne 14. 8. 2018, č. j. 4 Azs 153/2018-57, který konstatuje: „*Za situace, kdy z jiných podkladů bylo bezpečně zjištěno, že stěžovatel na českém území má skutečné rodinné vazby na družku (C. T. M. A.) a nezletilé dítě (D. M. A.) a stěžovatel ohledně tohoto zjištění v rámci svých vyjádření v řízení před správními orgány ničeho nenamítal, a výslech svůj a své družky navrhl zcela formálně, bez konkrétního vysvětlení, jaké skutečnosti mají být výsledky zjištěny, vskutku nelze provedení navržených výsledků striktně vyžadovat. Pokud jde o navržený účastnický výslech, stěžovatel zastoupený v řízení před správními orgány specializovaným advokátem měl dostatek prostoru pro sdělení všech okolností, které jsou dle jeho názoru pro posouzení přiměřenosti zrušení trvalého pobytu relevantní.*“

Z výše citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu je možné vyvodit závěr, že provádění výslechu účastníka řízení není potřebné za kumulativního splnění čtyř podmínek:

- správní orgány si opatřily dostatečné podklady pro posouzení přiměřenosti dopadů rozhodnutí do soukromého a rodinného života, a to např. z úředních evidencí¹² či od jiných správních orgánů¹³,
- správní orgány nezpochybnily existenci reálných rodinných vazeb účastníka řízení na území,
- správní orgány řádně provedly posouzení přiměřenosti dopadů rozhodnutí do soukromého a rodinného života účastníka řízení a
- sám účastník řízení konkrétní skutková zjištění správních orgánů (např. o existenci konkrétních vazeb s dalšími osobami) nezpochybnil.

Ve druhém z výše uvedených rozsudků se Nejvyšší správní soud zabýval rovněž otázkou, zda i přes neprovedení výslechu měl účastník řízení dostatečnou možnost uvést skutečnosti významné z hlediska posouzení dopadů rozhodnutí do jeho soukromého a rodinného života. Poukázal přitom na to, že zastoupení účastníka řízení advokátem je skutečností, na základě které je možné důvodně očekávat, že účastník řízení je schopen se ke svým rodinným vazbám vyjádřit i bez provedení výslechu. Z daného rozsudku rovněž vyplývá, že účastník řízení nemůže legitimně očekávat provedení výslechu v situaci, kdy je jeho důkazní návrh formulován pouze obecně a formálně, bez uvedení konkrétních okolností, které mají být výsledkem zjištěny, a rovněž bez poukázání na případný přínos výslechu pro posouzení otázky přiměřenosti dopadů rozhodnutí do jeho soukromého a rodinného života.

¹² Např. cizinecký informační systém, informační systémy evidence obyvatel apod.

¹³ Např. orgány sociálně-právní ochrany dětí apod.

Obdobně jako Nejvyšší správní soud se k otázce neprovedení výslechu vyjádřil i Krajský soud v Plzni v rozsudku ze dne 29. 3. 2018, č. j. 30A 44/2017-33, který v tomto rozsudku zaujal názor, že k uvedení pro daný případ rozhodných tvrzení má účastník řízení prostor i tehdy, není-li prováděn jeho výslech: „K námitce neprovedení účastnického výslechu soud dále poukazuje na to, že takový výslech má zvláštní povahu. Ke skutkovým a právním otázkám věci se účastník správního řízení vyjadřuje také (a většinou především) svými tvrzeními a stanovisky uplatňovanými v celém průběhu řízení, nikoliv prostřednictvím účastnického výslechu jako formalizovaného důkazního prostředku. Účastnická výpověď není totiž ve své podstatě ničím jiným, než skutkovými tvrzeními rozhodných skutečností ze strany účastníka. Bylo na žalobci, aby tvrdil rozhodné skutečnosti a navrhoval důkazy k jejich prokázání. Jak je uvedeno výše, správní orgány zhodnotily vše, co v řízení vyšlo najevo, přičemž postupovaly v intencích závěrů rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 3. 2007, čj. 3 As 32/2006-52, podle něhož ‚záleží na správním orgánu, v jakém rozsahu bude zjišťovat skutkový stav. Provedení důkazu navrženého účastníkem tak může správní orgán odmítnout, je-li takový důkaz nadbytečný‘. Krajský soud je tedy toho názoru, že i v tomto směru není žalované ani prvoinstančnímu správnímu orgánu co vytknout, přičemž nelze přitakat žalobní námitce o porušení § 3, resp. § 52 správního řádu.“

Z výše uvedeného rozsudku krajského soudu vyplývá, že výslech účastníka řízení je svojí povahou v zásadě zachycením tvrzení účastníka řízení, a je tak svým způsobem velmi blízký písemným vyjádřením a stanoviskům, které tvrzení účastníka řízení rovněž zachycují. Je proto možné očekávat, že účastník řízení je stejně dobře schopen uvést tvrzení o svých rodinných a soukromých vztazích v průběhu výslechu, jako je schopen tato tvrzení (ve vlastním zájmu) uvádět v písemných vyjádřeních a stanoviscích.

3.2 Pokus o revidování dosavadního přístupu Nejvyššího správního soudu?

V zásadě je možné konstatovat, že judikatura správních soudů k této problematice je víceméně konstantní a závěry Nejvyššího správního soudu jsou nižšími soudy zpravidla respektovány. Avšak není tomu tak bezvýhradně. Jeden z příkladů odchýlení se od dosavadní rozhodovací praxe představuje rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 29. 8. 2018, č. j. 30 A 170/2017-45, který uvádí: „Soud v dané věci uvádí, že není pochyb o tom, že žalobce se dopustil závažného porušení zákonů ČR. Ani to však nezabavuje správní orgány povinnosti opatřit si, ve vztahu k hodnocení přiměřenosti, příslušné informace a řádně je zvážít. Z obsahu příslušných rozhodnutí je zřejmé, že správní orgány jednotně

připouští pravděpodobnost zásahu do žalobcova soukromého nebo rodinného života. Ale je nutné uvést, že správní orgány se dopustily procesního pochybení v tom, že nebyl proveden výslech žalobce a případně výslech rodinných příslušníků žalobce, což mohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť nebylo žalobci umožněno uvést skutečnosti dokládající dopad rozhodnutí do jeho soukromého a rodinného života, tedy žalobce nedostal možnost přednést svá tvrzení ohledně věci samé.“

Krajský soud v Plzni k tomuto závěru dospěl na základě postaršího rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 8. 2013, č. j. 8 As 68/2012-39, ze kterého citoval následující pasáž: „Při posuzování rozsahu, v jakém by byl rodinný život stěžovatele narušen, je nutné zkoumat nejen vliv na ekonomický, osobní a rodinný život stěžovatele, ale i vliv na ostatní rodinné příslušníky, kteří by jinak měli právo pobývat v České republice na základě samostatného pobytového oprávnění. ‚Narušením‘ rodinného života se rozumí negativní dopady rozhodnutí o zrušení povolení k trvalému pobytu, které mohou nabývat různých podob; patří sem například nemožnost získat legální příjem na území České republiky (v důsledku ztráty živnostenského oprávnění či pracovního povolení), ztráta nároku na veřejné zdravotní pojištění, či nutnost s nemalými náklady vycestovat na delší dobu z území České republiky za účelem podání žádosti o jiný pobytový status a kvůli absolvování takového řízení.“

S poněkud překvapujícími závěry Krajského soudu v Plzni se Komise neztotožnila a podala v této věci kasační stížnost, kterou Nejvyšší správní soud shledal důvodnou a rozsudkem ze dne 14. 3. 2019, č. j. 7 Azs 441/2018-32, napadený rozsudek zrušil. Odůvodnění tohoto rozsudku Nejvyššího správního soudu plně koresponduje s dosavadní rozhodovací praxí tohoto soudu: „Nejvyšší správní soud plně souhlasí s postupem správních orgánů i jejich závěry a shodně je přesvědčen, že v daném případě by výslech žalobce či jeho rodinných příslušníků nemohl přinést nové skutkové okolnosti, které by mohly jakkoliv ovlivnit výsledek posouzení. I bez výslechu žalobce (případně dalších členů rodiny) správní orgány získaly dostačující povědomí o fungování rodiny (jejím finančním zázemí, vzájemných vztazích) pro to, aby mohly kvalifikovaně posoudit dopad ztráty povolení k trvalému pobytu žalobce na ostatní rodinné příslušníky, což také učinily. Na základě informací, které měl správní orgán I. stupně k dispozici, tak bylo možné řádně vyhodnotit, zda zájem na udržení rodiny žalobce pohromadě v ČR z důvodu existence blízkých rodinných vazeb a výchovy tří nezletilých dcer převáží veřejný zájem, který tento svým vědomým nelegálním jednáním opakovaně porušil. Zdůvodnění obou správních orgánů drží se smyslu § 174a zákona o pobytu cizinců a všech tam vyjmenovaných aspektů lze považovat za vyčerpávající. Pro úplnost Nejvyšší správní soud doplňuje, že povinnost provést výslech žalobce zákon neukládá, tedy je

na správním uvážení správního orgánu, zda k němu přistoupí či nikoli. Pokud správní orgán dospěje k závěru, že jej není třeba, neboť je na základě spisového materiálu schopen věc posoudit, není takový postup a priori vadou řízení.“

Nad rámec dříve uváděného Nejvyšší správní soud poukázal na skutečnost, že zákon č. 326/1999 Sb. správním orgánům povinnost provádět výslechy účastníka řízení neukládá. Soud rovněž neopomněl připomenout, že v daném případě nebylo provedení výslechu či svědeckých výpovědí účastníkem řízení navrhováno, že účastník řízení nevyužil svého práva nahlížet do spisu, ani práva vyjádřit se k podkladům pro vydání rozhodnutí, že neprovedení výslechu nebylo namítáno v rámci podaného odvolání atd., a to i přesto, že byl po celou dobu vedeného správního řízení právně zastoupen.

Druhý příklad odlišného náhledu Krajského soudu v Plzni na otázku provádění výslechu v řízení o zrušení povolení k trvalému pobytu představuje rozsudek ze dne 9. 10. 2018, č. j. 57 A 91/2017-74, který uvádí: *„Zdejší soud se v plném rozsahu ztotožňuje s právě uvedenými závěry Nejvyššího správního soudu, stejně jako v obecné rovině souhlasí s úvahou žalované, že odpovědnost za uvedení tvrzení a popis rodinného a soukromého života leží (a to i v řízení vedeném z úřední povinnosti) na cizinci. Základním předpokladem pro uplatnění této úvahy je však skutečnost, že cizinec ve správním řízení dostane transparentním způsobem prostor k představení skutkové verze reality stran této otázky. Ideální možností pro uplatnění tvrzení cizince představuje jeho výslech, případně postačí, když správní orgán konkrétním způsobem formuluje dostatečně precizní výzvu k tomu, aby cizinec tvrdil relevantní otázky stran dopadů rozhodnutí do jeho soukromého a rodinného života. Ani k jednomu z nastíněných postupů však v projednávané věci nedošlo. Výslech žalobkyně proveden nebyl, zároveň žalobkyni nebylo dostatečně jasným způsobem umožněno, aby „uplatnila svá tvrzení, důkazní návrhy tak, aby věrohodně prokázala, že rozhodnutí o zrušení platnosti jejího povolení k pobytu představuje nepřiměřený zásah do jejího soukromého a rodinného života“ (viz shora citovaný rozsudek NSS¹⁴), neboť poučení obsažené v oznámení o zahájení řízení o zrušení trvalého pobytu ze dne 12. 12. 2016 je formulováno naprosto obecně, je zaměnitelné s poučením o právech účastníka jakéhokoliv řízení vedeného podle správního řádu, konkrétní výzva k uplatnění tvrzení a důkazních návrhů týkajících se dopadů rozhodnutí do života žalobkyně z něho nijak nevyplývá. [...] Právě v důsledku výše popsaného (nevhodného) způsobu vedení řízení nadále přetrvávají pochybnosti o tom, jaký dopad bude*

¹⁴ Krajský soud v Plzni v tomto případě odkazoval na ne zcela aktuální rozsudek Nejvyššího správního soudu, konkrétně se jednalo o rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 7. 2007, č. j. 8 AfS 75/2005-13.

mít rozhodnutí o zrušení trvalého pobytu do rodinného života žalobkyně – zejména ve vztahu k jejímu nezletilému dítěti.“

V tomto případě je evidentní, že Krajský soud v Plzni oproti předchozímu citovanému rozsudku ještě více rozvíjí své úvahy na téma provedení výslechu, když připouští možnost nahrazení výslechu jiným úkonem, kterým má být adresná, precizní výzva k tvrzení podstatných skutečností, týkajících se dopadů rozhodnutí do soukromého a rodinného života účastníka řízení. Rozsudek soudu je možné interpretovat jako požadavek směřovaný vůči správním orgánům, jehož cílem je pro budoucí případy upravit způsob vedení správního řízení o zrušení povolení k trvalému pobytu. Vyplyvá z něj, že správní orgány by v těchto typech řízení měly svojí činností (adresováním konkrétně formulované výzvy, předvoláním k výslechu atd.) „mobilizovat“ procesně pasivního účastníka řízení. Rozporuplně však působí skutečnost, že se Krajský soud v Plzni na jednu stranu ztotožňuje se závěry Nejvyššího správního soudu z rozsudku ze dne 19. 5. 2016, č. j. 5 Azs 262/2015-35, ve kterém bylo poukázáno na skutečnost, že pasivita účastníka řízení není důvodem pro provádění dalšího dokazování ze strany správních orgánů, a na druhou stranu správním orgánům vytýká to, že právě pasivita účastnice řízení nebyla nahrazena dalším dokazováním.

I v tomto případě byla proti rozsudku Krajského soudu v Plzni podána kasační stížnost a i v tomto případě byla shledána důvodnou. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 14. 3. 2019, č. j. 1 Azs 367/2018-34 nepřipustil odklon od své dosavadní rozhodovací praxe ohledně provádění účastnických výsledků. Odkázal přitom i na svá předchozí rozhodnutí v obdobných věcech: *„Za situace, kdy správní orgány z jim dostupných podkladů bezpečně zjistily osobní a rodinnou situaci žalobkyně a žalobkyně ohledně těchto zjištění ve správním řízení nic nenamítala, nebylo povinností správních orgánů vyzývat žalobkyni k dalšímu, konkrétnějšímu sdělení stran těchto skutečností. Správní orgány nezpochybňovaly tvrzení žalobkyně týkající se jejího rodinného života, která uvedla v odvolání (neměly pochybnost o jejich pravdivosti). Správním orgánům nelze ani vytýkat, že neprovedly důkaz účastnickým výslechem žalobkyně. V řízení o zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu zákon správnímu orgánu provést obligatorně výslech účastníka řízení neukládá. Jak soud již dříve konstatoval (srov. např. rozsudek ze dne 14. 8. 2018, č. j. 4 Azs 153/2018-57), v tomto typu řízení bývá zpravidla dostatečné písemné sdělení relevantních okolností vztahujících se k rodinnému a soukromému životu cizince (a to tím spíše, pokud je již v řízení před správními orgány zastoupen advokátem).“*

Nejvyšší správní soud v tomto rozsudku rovněž nastínil, že provedení výslechu by považoval za nutné provést na návrh účastníka řízení, bude-li to zároveň nutné za účelem odstranění rozporu ve skutkových zjištěních. Nejvyšší

správní soud se zabýval i otázkou, zda je nezbytné účastníka řízení vyzývat onou zvláštní výzvou, jak naznačoval rozsudek Krajského soudu v Plzni. Tuto eventualitu Nejvyšší správní soud odmítl s tím, že účastníci řízení bylo již v průběhu správního řízení v dostatečné míře umožněno uplatňovat svá tvrzení a návrhy, a to i na základě obecně formulovaného poučení, které bylo připojeno k oznámení o zahájení správního řízení: „Z obsahu správního spisu přitom vyplývá, že žalobkyni bylo umožněno, aby uplatnila svá tvrzení a důkazní návrhy ve vztahu ke skutečnostem, které by mohly prokázat, že rozhodnutí o zrušení platnosti povolení k pobytu představuje nepřiměřený zásah do jejího soukromého a rodinného života. Žalobkyně byla v oznámení správního orgánu I. stupně o zahájení správního řízení zejména poučena o možnosti uplatňovat svoje práva a oprávněné zájmy, navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy po celou dobu řízení až do vydání rozhodnutí atd. Soud poučení, které se žalobkyni v oznámení o zahájení řízení dostalo, považuje za dostačující pro možnost plně uplatňovat její práva ve správním řízení (obdobně např. rozsudek ze dne 19. 5. 2016, č. j. 5 Azs 262/2015-35). Skutečnost, že je toto poučení formulováno obecně (není zde konkrétně uvedeno, ke kterým otázkám se má účastník řízení možnost vyjádřit), není na překážku tomu, aby žalobkyně mohla v řízení uplatnit svá konkrétní tvrzení. Správní orgán na počátku řízení nemohl předpokládat, ke kterým skutečnostem bude žalobkyně muset (resp. chtít) doplňovat svá tvrzení, a to tím spíše za situace, kdy ke sporné rodinné a soukromé situaci již shromáždil dostatečné množství relevantních podkladů. Žalobkyně byla taktéž dvakrát v průběhu prvostupňového řízení poučena o možnosti vyjádřit se k podkladům rozhodnutí (které nevyužila).“

3.3 Zhodnocení dopadů judikatury Nejvyššího správního soudu do rozhodovací praxe správních orgánů

Z výše popsaných rozsudků správních soudů je možné vyvodit závěr, že v průběhu roku 2018 a počátkem roku 2019 byl ve vztahu k otázce nutnosti provádění výslechů v rámci řízení o zrušení povolení k trvalému pobytu zachován jakýsi *status quo*. K tomuto stavu přispěla významnou měrou zejména konstantní judikatura Nejvyššího správního soudu v této oblasti, která nepřipustila odchýlení od dosavadního způsobu vnímání této problematiky, a to navzdory určitým pokusům ze strany některých krajských soudů (nejpatrnější je tato snaha ze strany některých senátů Krajského soudu v Plzni) tento přístup zrevidovat. Zastávám názor, že do budoucna tak mohou správní orgány z této ustálené praxe Nejvyššího správního soudu při své činnosti vycházet a v obdobných případech zachovat své dosavadní procesní postupy, aniž by

byly judikaturou nuceny přistupovat k provádění nadbytečného dokazování ve vztahu k procesně pasivním účastníkům řízení.

4. ZÁVĚR

Tento příspěvek si vytyčil za cíl popsat některé z recentních rozsudků správních soudů, které v nedávné době významným způsobem zasáhly do aplikační praxe Komise. Přestože není český právní řád formálně vybudován na precedenčním systému, není výjimkou, že jediné rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ve svém důsledku vede ke v zásadě bezvýhradnému aprobování dosavadní rozhodovací praxe správních orgánů v určité oblasti rozhodování, nebo naopak vede k odmítnutí dosavadní praxe správních orgánů se všemi důsledky, které z toho pro správní orgány vyplývají (v mezidobí mohou být vydány desítky či stovky obdobných rozhodnutí). Správní orgány, zabývající se problematikou rušení trvalých pobytů, proto nutně musí pečlivě sledovat judikaturu správních soudů a v případě potřeby na ni v rámci svých procesních postupů reagovat.

Aktuální judikatura Nejvyššího správního soudu v návaznosti na problematiku udělování a rušení trvalých pobytů II

Karel Hruška*

1. ÚVOD

Tento příspěvek má za cíl popsat v návaznosti na příspěvek uveřejněný v loňském roce některé další aktuální rozsudky Nejvyššího správního soudu v oblasti udělování a rušení trvalých pobytů cizincům na území České republiky, v níž správní orgány aplikují zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 326/1999 Sb.“).

2. ROZSUDEK NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU Č. J. 4 AZS 153/2018-57

Nejvyšší správní soud svým rozsudkem¹ zamítl kasační stížnost žalobce a potvrdil rozsudek Krajského soudu v Plzni², který zamítl žalobu a rozhodnutí Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců (dále jen „Komise“) potvrdil. V daném případě byl žalobce rozsudkem Městského soudu v Praze³, ve spojení s rozsudkem Vrchního soudu v Praze⁴, odsouzen za zločin nedovolené výroby a jiného nakládání s omamnými a psychotropními látkami a jedy⁵ a zločin

* Ministerstvo vnitra, odbor správní. Místopředseda Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců.

¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Azs 153/2018-57 ze dne 14. 8. 2018.

² Rozsudek Krajského soudu v Plzni č. j. 30 A 44/2017-33 ze dne 29. 3. 2018.

³ Rozsudek ze dne 1. 11. 2013, sp. zn. 4 T 13/2013.

⁴ Rozsudek ze dne 7. 5. 2014, sp. zn. 11 To 3/2014.

⁵ Dle § 283 odst. 1, odst. 2 písm. a) a odst. 3 písm. c) trestního zákoníku.

krádeže⁶ k trestu odnětí svobody na sedm let, propadnutí částky 520 000 Kč a propadnutí motorového vozidla. Správní orgány obou stupňů zejména s ohledem na závažnost trestné činnosti žalobce neshledaly, že by zrušení povolení k trvalému pobytu představovalo nepřiměřený zásah do soukromého a rodinného života žalobce, a to i přes skutečnost, že má žalobce na území České republiky družku a nezletilé dítě. Ve svých rozhodnutích uvedly, že rodinné vazby žalobce na družku a nezletilé dítě budou oslabeny dlouholetým pobytem žalobce ve vězení a navíc že si žalobce zrušení povolení k pobytu zaviniil sám svou závažnou trestnou činností.

Krajský soud v Plzni při zamítnutí žaloby vyšel z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Azs 147/2016-30⁷. Žalobce v rámci podané žaloby namítal neprovedení účastnického výslechu. Krajský soud však poukázal na to, že měl dostatečný prostor předestřít svou verzi skutkového stavu správnímu orgánu a okolnosti zakládající soukromý a rodinný život žalobce na území nejsou sporné. Krajský soud uzavřel, že výslech žalobce i jeho družky by v tomto případě byl tudíž nadbytečný.

Kasační stížností napadl žalobce postup správních orgánů, které neprovedly navržený důkaz výslechem žalobce a jeho družky a uvedl, že posouzení zásahu rozhodnutí do rodinného a soukromého života žalobce je založeno pouze na domněnkách. Pokud správní orgány nezjistily bližší podrobnosti ohledně zásahu rozhodnutí do soukromého a rodinného života, nemohly jej ani správně poměřit s porušením veřejného pořádku ze strany žalobce.

Nejvyšší správní soud po posouzení kasační stížnosti konstatoval, že není důvodná. Ze spisů správních orgánů zjistil, že v řízení před správním orgánem prvního stupně žalobce navrhl výslech svůj a své družky za účelem zjištění přiměřenosti zásahu do soukromého a rodinného života, aniž by blíže specifikoval skutečnosti, které by měly být výslechem zjištěny. Žádné konkrétní skutečnosti neuvedl ani v odvolání.

Nejvyšší správní soud uvedl, že výslech by byl potřebný v případě, že by správní orgány hodlaly skutečnost jeho rodinných vazeb na území zpochybnit, což se však nestalo, a výslech uvedených osob proto nemohl nic pro rozhodnutí zásadního přinést. Žalobce měl v řízení dostatek příležitostí sdělit podstatné okolnosti týkající se zásahu zrušení trvalého pobytu do jeho soukromého a rodinného života, avšak neučinil tak. Provedení navržených výslechů by tak bylo nadbytečné a mohlo by pouze přinést odklad rozhodnutí

⁶ Dle § 205 odst. 1 písm. b) a odst. 4 písm. a) a c) trestního zákoníku.

⁷ Tento rozsudek ze dne 19. 10. 2016 se zabýval obdobným případem. Žalobce páchal srovnatelnou trestnou činností, byl mu však uložen nižší trest než v projednávané věci, a na území České republiky měl manželku a nezletilé děti. Přesto tento zásah do rodinného života, vzhledem k závažnosti trestné činnosti páchané cizincem, nebyl shledán nepřiměřeným.

v řízení. Nejvyšší správní soud rovněž uvedl, že správní orgány v obdobných řízeních cizince a jejich rodinné příslušníky vyslyšají pouze v případech, kdy okolnosti týkající se rodinných vazeb nelze ověřit jinými prostředky (např. z úředních evidencí či dalších zajištěných důkazů). Žalobce ovšem výslech svůj a své družky navrhl zcela formálně, tudíž bez konkrétního vysvětlení, jaké skutečnosti mají být výslechy zjištěny, nelze provedení navržených výslechů striktně vyžadovat.

Při posuzování zásahu rozhodnutí do soukromého a rodinného života správní orgány vycházely i z možnosti přerušení rodinného soužití žalobce, přičemž intenzita těchto rodinných vztahů bude nepochybně narušena dlouhodobým pobytem žalobce ve výkonu trestu; na druhou stranu je možné, že žalobce získá po propuštění jiné pobytové oprávnění, byť je tato možnost pouze hypotetická.

Pokud jde o samotné posouzení přiměřenosti zásahu rozhodnutí do soukromého a rodinného života žalobce, Nejvyšší správní soud zdůraznil, že žalobce neuvedl, které konkrétní úvahy správních orgánů byly nesprávné a z jakých konkrétních důvodů je dopad zrušení trvalého pobytu do soukromého a rodinného života stěžovatele nepřiměřený. Za těchto okolností postačí též obecnější vypořádání této námitky krajským soudem.⁸

Žalobce v řízení před Nejvyšším správním soudem uváděl nové okolnosti týkající se jeho rodinného života, které dosud nezmínil ani v řízení před správními orgány, ani v řízení před krajským soudem, ačkoli mu v tom nic nebránilo. Konkrétně se jednalo o jeho údajné otcovství k dalším dětem s českým občanstvím a dále pobyt dalších příslušníků jeho širší rodiny v České republice. K tomu Nejvyšší správní soud uvedl, že ustanovení § 109 odst. 5 soudního řádu správního brání tomu, aby k takto nově uplatněným skutečnostem v řízení před kasačním soudem přihlížel.

V rámci uvedeného rozsudku Nejvyšší správní soud konstatoval, že není za všech okolností nezbytné, aby správní orgány vyhověly žádosti cizince o provedení výslechu, nýbrž je nezbytné, aby cizinec objasnil, co by konkrétně mělo být navrženým výslechem zjištěno. Rovněž zcela jasně uvedl, že zásadu koncentrace řízení je v rámci řízení před správními soudy nezbytné dodržovat.⁹

⁸ Viz rozsudek rozšířeného senátu NSS ze dne 20. 12. 2005, č. j. 2 Azs 92/2005-58, č. 835/2006 Sb. NSS.

⁹ Ke skutečnostem, které stěžovatel uplatnil poté, kdy bylo vydáno napadené rozhodnutí, Nejvyšší správní soud nepřihlíží.

3. ROZSUDEK NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU Č. J. 5 AZS 306/2017-24

Nejvyšší správní soud¹⁰ v tomto případě zrušil rozsudek Městského soudu v Praze¹¹ a věc vrátil k dalšímu řízení. Žalobce podal dne 13. 8. 2015 na velvyslanectví České republiky v Hanoji žádost o vydání povolení k trvalému pobytu na území České republiky s odkazem na § 66 odst. 1 písm. d) zákona č. 326/1999 Sb.¹² Předložil doklad o studiu ze dne 22. 10. 2014, vydaný Akademií telekomunikační technologie ve Vietnamské socialistické republice. Správní orgány při zamítání žádosti vycházely z toho, že žalobce na uvedené škole studuje a studium bude trvat nejméně do roku 2018. Dospěly k závěru, že nejsou potvrzeny důvody uvedené v žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 66 odst. 1 písm. d) zákona č. 326/1999 Sb. a žádost byla podle § 75 odst. 1 písm. f) zamítnuta. V odůvodnění rozhodnutí uvedly, že společné soužití rodiče s dítětem na území České republiky musí být realizovatelné v přiměřené době po vydání povolení k trvalému pobytu, a nikoli s odstupem několika let.¹³ Účelem povolení k trvalému pobytu podle uvedeného ustanovení totiž není usnadnit dítěti případné návštěvy rodiče o školních prázdninách, případně poskytnout rodičům výhody s tím spojené. Správní orgány konstatovaly, že žalobce v průběhu řízení nečinil žádné kroky, které by prokazovaly, že na území České republiky hodlá společně žít s rodiči, nedoložil žádné potvrzení o přihlášení nebo přijetí na školu na území České republiky.

Proti rozhodnutí správních orgánů, které bylo potvrzeno rozsudkem Městského soudu v Praze,¹⁴ podal žalobce kasační stížnost, v níž uvedl, že má za to, že již samotné podání žádosti o povolení k trvalému pobytu za účelem sloučení rodiny je tvrzením jeho úmyslu pobývat společně se svým rodinným příslušníkem na území České republiky. Ke dni vydání rozhodnutí byl nezaopatřeným dítětem ve smyslu § 178a odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb. ve spojitosti s § 11

¹⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 2. 2018, č. j. 5 Azs 306/2017-24.

¹¹ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 19. 10. 2017, č. j. 11 A 87/2016-38.

¹² Ve znění účinném do 14. 8. 2017: „Povolení k trvalému pobytu se bez podmínky předchozího nepřetržitého pobytu na území vydá cizinci, který o vydání tohoto povolení žádá jako nezletilé nebo zletilé nezaopatřené dítě cizince, jenž na území pobývá na základě povolení k trvalému pobytu, je-li důvodem žádosti společné soužití těchto cizinců.“

¹³ Například po dosažení zletilosti dítěte nebo po ukončení studia zletilého dítěte v zemi jeho původu.

¹⁴ V žádosti nebylo tvrzeno, že žalobce má např. v úmyslu studium na škole po udělení povolení k trvalému pobytu ukončit a ve studiu pokračovat v České republice. Nelze tak vytýkat správnímu orgánu, že dospěl k logickému závěru, dle něhož nebylo prokázáno společné soužití žalobce s rodiči jako účel pobytu na území České republiky. Denní studium ve Vietnamu, které mělo v době podání žádosti trvat ještě nejméně tři roky, skutečně vylučuje společné soužití s rodiči na území České republiky.

zákona č. 117/1995 Sb., neboť se soustavně připravoval na budoucí povolání, a to studiem na škole ve Vietnamu.

Nejvyšší správní soud po přezkoumání rozhodnutí konstatoval, že podmínkou pro vydání povolení k trvalému pobytu podle ustanovení § 66 odst. 1 písm. d) zákona č. 326/1999 Sb. není, aby společné soužití žadatele, tj. nezletilého nebo zletilého nezaopatřeného dítěte a jeho rodiče¹⁵, probíhalo na území České republiky již v době rozhodování o této žádosti. Z uvedeného ustanovení vyplývá, že se povolení k trvalému pobytu vydá v případě, že jsou kumulativně splněny tři podmínky.¹⁶ V posuzovaném případě měly správní orgány první dvě podmínky za splněné a třetí podmínku za nesplněnou. Nejvyšší správní soud k tomu uvedl, že účelem právní úpravy obsažené v § 66 odst. 1 písm. d) je, aby děti cizinců, kteří již mají povolení k trvalému pobytu na území České republiky, měly možnost získat stejný pobytový status, jako mají jejich rodiče, i když v minulosti nepobývaly a ani v současnosti nepobývají na území České republiky. Budoucí společné soužití žadatele s rodiči má být pouze důvodem podání žádosti o povolení k trvalému pobytu. Společné soužití však nemusí nutně probíhat již v době podání žádosti,¹⁷ neboť právní úprava obsažená v zákoně č. 326/1999 Sb. vychází z předpokladu, že žadatel v době podání žádosti nemusí, a zpravidla ani nebude, pobývat na území České republiky. Žádost o povolení k trvalému pobytu proto nelze zamítnout pouze z toho důvodu, že společné soužití žadatele a jeho rodičů v době rozhodování správního orgánu dosud neprobíhá. Pozornost správních orgánů se při posuzování třetí podmínky musí soustředit na ověření toho, zda důvod podání žádosti, tj. soužití s rodiči na území České republiky po udělení povolení k trvalému pobytu, se shoduje se skutečným záměrem žadatele. Má-li správní orgán pochybnosti o žadatelem tvrzeném důvodu žádosti o povolení trvalého pobytu, je důkazní břemeno na jeho straně a musí postupem podle příslušných procesních ustanovení správního řádu učinit taková skutková zjištění, která vyvrátí žadatelem tvrzený důvod žádosti, případně bude zjištěn důvod jiný. Samotná skutečnost, že žalobce v době podání žádosti studoval mimo území České republiky, nepředstavuje překážku vylučující jeho budoucí soužití s jeho matkou. Vzhledem k tomu, že § 66 odst. 1 písm. d) v rozhodné době

¹⁵ V tomto případě cizince, jenž na území pobývá na základě povolení k trvalému pobytu.

¹⁶ 1) žadatel je nezletilým nebo zletilým nezaopatřeným dítětem, 2) je dítětem cizince, který má na území České republiky povolen trvalý pobyt a 3) důvodem žádosti musí být společné soužití žadatele s tímto cizincem.

¹⁷ Podle § 69 odst. 1 a odst. 4 zákona č. 326/1999 Sb. se žádost o povolení k trvalému pobytu podle § 66 odst. 1 písm. d) podává zásadně na zastupitelském úřadu a pouze pro případ, že žadatel pobývá na území České republiky v rámci přechodného pobytu, ji lze též podat ministerstvu vnitra.

požadoval nezaopatřenost zletilých žadatelů, která je zásadně podmíněna studiem žadatele na střední nebo vysoké škole¹⁸ a předpokládá, že žadatel v době podání žádosti ještě nepobývá na území České republiky, bude tato situace v obdobných případech vcelku pravidelně nastávat. Je však zcela běžné, že studium lze v přiměřené době ukončit.

Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku především uvedl, že v případě, kdy na základě cizincem předloženého potvrzení o studiu vzniknou správnímu orgánu pochybnosti o pravdivosti jeho tvrzení, je jeho povinností nejprve jej upozornit na vzniklé pochybnosti a umožnit mu, aby je svými tvrzeními a důkazními návrhy objasnil tak, aby byl zjištěn skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti.

4. ROZSUDEK NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU Č. J. 10 AZS 370/2017-40

V přezkoumávaném případě došlo k zamítnutí kasační stížnosti¹⁹ žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Plzni.²⁰ Správní orgány povolení k trvalému pobytu žalobci neudělily, neboť měly za to, že nesplnil podmínku nepřetržitého pobytu na území České republiky po dobu pěti let podle § 68 zákona č. 326/1999 Sb. Správní orgány při svém rozhodování vycházely z výstupních a vstupních razítek v cestovních dokladech žalobce. Z nich následně dospěly k závěru, že žalobce pobýval mimo území České republiky více než 310 dní v součtu, a proto se tato doba do pobytu nezapočítává.²¹

Krajský soud v Plzni se ztotožnil s právním názorem správních orgánů. Žalobce v podané kasační stížnosti uvedl, že krajský soud nesprávně posoudil námitku týkající se povinnosti správních orgánů seznámit jej s konkrétními daty jeho údajné nepřítomnosti na území České republiky.²² Žalobce dále

¹⁸ Ustanovení § 178a zákona č. 326/1999 Sb.

¹⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 9. 2018, č. j. 10 Azs 370/2017-40.

²⁰ Rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 8. 11. 2017, č. j. 30 A 207/2016-60.

²¹ Ustanovení § 68 odst. 2 písm. e) zákona č. 326/1999 Sb. stanoví: „Do doby pobytu se započítávají období nepřítomnosti cizince na území v průběhu doby pobytu podle písmen a) až d), pokud tato jednotlivá období nepřítomnosti nepřesáhla 6 po sobě jdoucích měsíců a pokud ve svém souhrnu nepřesáhla 310 dnů; pokud jedno období nepřítomnosti cizince na území nebylo delší než 12 po sobě jdoucích měsíců ze závažných důvodů, zejména jde-li o těhotenství a narození dítěte, závažné onemocnění anebo studium nebo odborné školení, nepřetržitost pobytu je zachována, přičemž toto období se do doby pobytu podle odstavce 1 nezapočítává.“

²² Tato povinnost dle názoru žalobce jasně vyplývá z rozhodovací praxe Komise a z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 12. 2015, č. j. 5 Azs 157/2015-31.

vedl, že ve vyjádření k podkladům rozhodnutí vyzval správní orgán prvního stupně, aby jej seznámil s konkrétními daty nepřítomnosti na území. Správní orgán však tuto výzvu ignoroval, přičemž tento postup odporuje § 3 a 4 správního řádu. Žalobce rovněž upozornil na to, že je schopen vysvětlit důvody své nepřítomnosti a navrhl za tímto účelem provedení výslechu. Ani ten však správní orgán neprovedl a žádným způsobem se nepokusil zjistit důvod jeho nepřítomnosti na území České republiky. Žalobce dále uvedl, že jako jednatel mohl být vyslán na pracovní cestu.²³

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek a uvedl, že ve své judikatuře se zabýval prokazováním nepřítomnosti žadatele o trvalý pobyt na území České republiky opakovaně.²⁴ Z předchozích rozsudků pak vyplývá, že je to primárně žadatel, kdo má v řízení o žádosti o povolení k trvalému pobytu prokazovat, že je podmínka nepřetržitosti pobytu podle § 68 zákona č. 326/1999 Sb. naplněna. Je-li si vědom své nepřítomnosti na území České republiky, která by mohla být v rámci řízení o jeho žádosti problematická, má doložit, že se tato nepřítomnost započítává, případně že i přes tuto nepřítomnost je podmínka nepřetržitosti pobytu splněna. Žadatel se nemůže omezit na obecné zpochybnění své nepřítomnosti, ale musí okolnosti svědčící v jeho prospěch řádně tvrdit a prokázat. Nečiní-li tak, jde to k jeho tíži.²⁵ Neprojeví-li žadatel žádnou aktivitu a nepředloží žádné argumenty a důkazy, nebrání nic správnímu orgánu, aby vycházel pouze z informací v cestovních dokladech. Na druhou stranu ovšem platí, že správní orgány musí žadateli umožnit, aby se k důvodům své nepřítomnosti mohl vyjádřit a předložit důkazy na svou obranu. Je-li žadatel v řízení aktivní a relevantně tvrdí skutečnosti, které mu svědčí, nemůže správní orgán zůstat zcela pasivní a tuto aktivitu ignorovat.

Co se týče tvrzení žalobce, že byl na pracovní cestě, dle názoru Nejvyššího správního soudu samotné tvrzení nestačí, neboť je třeba jej doložit důkazy, což žalobce neučinil ani nijak netvrdil, že tak chce učinit při výslechu.²⁶ Nej-

²³ Viz § 68 odst. 2 písm. f) zákona č. 326/1999 Sb.

²⁴ Např. v rozsudku ze dne 12. 3. 2015, č. j. 9 Azs 12/2015-38, Nejvyšší správní soud uvedl, že je „zejména v zájmu žadatele, aby shromáždil a správnímu orgánu předložil všechny potřebné doklady. [...] Při zkoumání doby nepřítomnosti na území vycházelo Ministerstvo vnitra z cestovního dokladu, ze kterého důvod zahraničních cest nevyplývá. Pokud stěžovatel chtěl, aby Ministerstvo vnitra zohlednilo účel jeho cest, měl jej v prvé řadě tvrdit a v druhé řadě měl ke svým tvrzením předložit důkazy“.

²⁵ Např. rozsudek ze dne 9. 3. 2017, č. j. 4 Azs 249/2016-25, popř. rozsudek ze dne 6. 12. 2017, č. j. 6 Azs 315/2017-37.

²⁶ Ke stejnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud i v rozsudku ze dne 11. 12. 2015, č. j. 5 Azs 157/2015-31: „[J]e třeba přisvědčit krajskému soudu, že nebylo potřeba nařizovat ústní jednání, neboť správní orgán prvního stupně mohl stěžovatele žádat o vysvětlení nepřítomnosti na území republiky již v rámci vyjádření k podkladům rozhodnutí, případně mohly vysvětlení správní orgány požadovat písemně.“

vyšší správní soud konstatoval, že správní orgány nemají obecnou povinnost předložit ve správním řízení žadateli přehled nepřítomností na území České republiky. Žadatel má jednak ve většině případů přehled o své nepřítomnosti na území, jednak má u sebe i cestovní doklad, ze kterého správní orgán informaci o nepřítomnosti čerpá.

Nejvyšší správní soud v rámci odůvodnění svého rozsudku dále uvedl, že pokud žalobce ve svém vyjádření k podkladům pro rozhodnutí uvedl, že jsou razítka na kopii cestovního dokladu ve správním spise nečitelná a v této souvislosti požádal o přehled období nepřítomnosti, správní orgán neměl toto tvrzení a žádost zcela ignorovat. O to více v situaci, kdy sám správní orgán ve svém rozhodnutí uvádí, že některá z razítek v cestovním dokladu byla skutečně nečitelná. Správní orgán proto pochybil, pokud na vyjádření žalobce nijak nereagoval a jeho žádost rovnou zamítl. Toto pochybení ovšem nemá za následek důvodnost kasační stížnosti, jelikož ne každé pochybení správního orgánu je důvodem ke zrušení jeho rozhodnutí.²⁷ Zároveň platí, že správní řízení vedené v prvním a druhém stupni tvoří jeden celek. Je-li proto vada řízení v prvním stupni zhojena v řízení odvolacím, netrpí správní řízení jako celek vadou, která by způsobovala jeho nezákonnost,²⁸ což je případ i právě projednávané věci. Správní orgán prvního stupně totiž ve svém zamítavém rozhodnutí konkrétní období nepřítomnosti uvedl, žalobce měl proto prostor v rámci odvolacího řízení reagovat na jednotlivá období, která správní orgán hodnotil jako dobu jeho nepřítomnosti v České republice, a předložit důkazy prokazující, že se některé z uvedených období má do jeho pobytu započítat podle § 68 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb. Žalobce však neoznačil žádné konkrétní období, které správní orgán neoprávněně zahrnul do doby nepřítomnosti. I v odvolacím řízení se omezil na obecná tvrzení o pracovním účelu jeho cest mimo území České republiky bez bližší konkretizace či předložení důkazů svědčících pro jeho tvrzení. Nejvyšší správní soud závěrem svého rozsudku shrnul, že žalobce měl v odvolacím řízení prostor pro uplatnění svých tvrzení ohledně splnění podmínky nepřetržitosti pobytu podle § 68 zákona č. 326/1999 Sb., čímž bylo napraveno předchozí pochybení prvostupňového správního orgánu. Ke zkrácení práv stěžovatele spočívajícímu v nemožnosti vyjádřit se k jednotlivým nepřítomnostem na území České republiky proto nedošlo.

Nejvyšší správní soud v rámci tohoto rozsudku především konstatoval, že je zejména na cizinci, aby navzdory razítkům v cestovním dokladu prokázal,

²⁷ Viz rozsudek ze dne 8. 3. 2007, č. j. 8 Afs 102/2005-65, rozsudek ze dne 14. 7. 2008, č. j. 8 Afs 70/2007-102, rozsudek ze dne 19. 12. 2014, č. j. 8 Afs 78/2012-45, nebo rozsudek ze dne 26. 4. 2018, č. j. 1 As 186/2017-49.

²⁸ Viz např. rozsudek ze dne 13. 4. 2004, č. j. 2 A 10/2002-269, rozsudek ze dne 30. 11. 2010, č. j. 9 As 37/2010-217, nebo rozsudek ze dne 26. 4. 2018, č. j. 1 As 186/2017-49.

že splňuje podmínku nepřetržitosti pobytu na území České republiky; pokud je ovšem cizinec v řízení aktivní a tvrdí ve svůj prospěch určité skutečnosti o přítomnosti na území, správní orgán se s těmito tvrzeními musí přezkoumatelným způsobem vypořádat.

5. ROZSUDEK NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU Č. J. 10 AZS 281/2017-39

V tomto případě došlo ke zrušení povolení k trvalému pobytu žalobkyně, neboť se zdržovala mimo území České republiky po dobu více než 6 let.²⁹ Nejvyšší správní soud kasační stížnost žalobkyně zamítl³⁰ a rozsudek Krajského soudu v Plzni³¹ potvrdil.

Komise v dané věci dospěla k závěru, že odvolání je opožděné, neboť rozhodnutí správního orgánu prvního stupně bylo žalobkyni doručeno fikcí podle § 24 odst. 1 správního řádu dne 1. 2. 2016. Lhůta pro odvolání uplynula dne 16. 2. 2016 a žalobkyně podala odvolání až dne 16. 5. 2016. S odvoláním spojila žalobkyně návrh na určení neplatnosti doručení rozhodnutí správního orgánu prvního stupně a žádost o prominutí zmeškání lhůty k podání odvolání.

Krajský soud v Plzni dospěl k závěru, že správní orgány postupovaly správně. Důvod, pro který žalobkyně žádala o prominutí lhůty, jednak zůstal pouze u tvrzení, že se v rozhodné době zdržovala v Německu, a jednak i pokud by byl prokázán, netvoří bez dalšího dostatečný důvod pro prominutí zmeškání lhůty. Žalobkyně věděla, že je s ní vedeno správní řízení, tudíž mohla a měla předpokládat, že správní orgán může v rámci řízení vydat rozhodnutí, které jí doručí. Pokud se rozhodla odcestovat do Německa, musela být srozuměna s důsledky, které to pro ni může mít. K otázce doručování krajský soud uvedl, že rozhodnutí bylo žalobkyni doručeno fikcí na adresu, kterou uvedla jako adresu pobytu při příjezdu do České republiky i při následném výslechu.³² Správní orgán dodržel pravidla doručování a rozhodnutí bylo řádně doručeno fikcí. Závěrem krajský soud uvedl, že doručování veřejnou vyhláškou nebo ustanovení opatrovníka by za takové situace bylo nadbytečné.

²⁹ Podle § 77 odst. 1 písm. d) zákona č. 326/1999 Sb. „[m]inisterstvo zruší platnost povolení k trvalému pobytu [...] jestliže cizinec pobýval mimo území nepřetržitě po dobu delší než 6 let“.

³⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 8. 2018, č. j. 10 Azs 281/2017-39.

³¹ Rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 16. 8. 2017, č. j. 30 A 165/2016-48.

³² Žalobkyně navíc při výslechu výslovně potvrdila, že se na této adrese skutečně zdržuje a převzala si na ni i předvolání k výslechu.

Žalobkyně v podané kasační stížnosti uvedla, že doručení rozhodnutí správním orgánem neproběhlo v souladu se zákonem. Doručení fikcí je tak nezákonné, neboť jím byla zkrácena na právu podat odvolání. Správní orgán se nezabýval možností doručit veřejnou vyhláškou. Správní orgán měl nejprve zkusit opakovaně doručit, což však neučinil a rozhodnutí se pokusil doručit pouze jednou. Zároveň správní orgán mohl žalobkyni ustanovit opatrovníka pro doručování. Ani touto možností se ovšem nezabýval. Žalobkyně dále uvedla, že sice nebyla osobou s neznámým místem pobytu, ale vzhledem k okolnostem případu měl být opatrovník stejně ustanoven.

Nejvyšší správní soud odmítl opakované tvrzení žalobkyně, že ze spisového materiálu nevyplývá, jakým způsobem jí bylo doručeno rozhodnutí správního orgánu prvního stupně. Ve správním spise je totiž u originálu rozhodnutí o zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu připevněna obálka s předtištěnou doručenkou. Z té plyne, že bylo žalobkyni zanecháno poučení k vyzvednutí zásilky.³³ Je tedy zcela zřejmé, že rozhodnutí bylo žalobkyni doručeno fikcí podle § 24 odst. 1 správního řádu.³⁴ Nejvyšší správní soud rovněž konstatoval, že žalobkyně doručením fikcí rozhodně nebyla nezákonně připravena o právo podat odvolání.³⁵ Žalobkyně neuvedla žádný konkrétní důvod, proč by doručení fikcí podle § 24 odst. 1 správního řádu mělo být nezákonné.

Nejvyšší správní soud dále konstatoval, že správní orgán neměl doručovat rozhodnutí ani veřejnou vyhláškou, jelikož nebyla splněna hypotéza § 25 odst. 1 správního řádu, neboť žalobkyně nebyla osobou neznámého pobytu, osobou, jíž se prokazatelně nedaří doručovat, ani osobou, která není známa. Žalobkyně místo svého pobytu správnímu orgánu sama sdělila a na této adrese si i převzala předvolání k výslechu. Rozhodnutí o zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu bylo doručováno na stejnou adresu, ale s ohledem na nepřítomnost žalobkyně bylo doručeno fikcí. To ovšem nic nemění na skutečnosti, že rozhodnutí bylo účinně doručeno v souladu se zákonem. Za takové situace nebylo ani třeba zkoušet rozhodnutí doručit opakovaně.³⁶

³³ Zásilka byla dne 20. 1. 2016 uložena a dne 3. 2. 2016 doručena zpět správnímu orgánu.

³⁴ K nárokům na prokazování fikcí se Nejvyšší správní soud vyjádřil již ve svém rozsudku ze dne 31. 3. 2010, č. j. 5 As 26/2009-67.

³⁵ Správní řád upravuje doručování v hlavě II, dílu 4. Podle § 23 odst. 1, „[n]ebyl-li v případě doručování podle § 20 adresát zastížen a písemnost nebylo možno doručit ani jiným způsobem přípustným podle § 20, písemnost se uloží“. A podle § 24 odst. 1, „[j]estliže si adresát uložené písemnosti písemnost ve lhůtě 10 dnů ode dne, kdy byla k vyzvednutí připravena, nevyzvedne, písemnost se považuje za doručenu posledním dnem této lhůty“. Správní orgán doručoval rozhodnutí na adresu, kterou žalobkyně opakovaně uvedla jako adresu, na které se zdržuje. Vzhledem k tomu, že nebyla zastížena a písemnost nešlo doručit jinak, byla uložena. Žalobkyně si ji však ve lhůtě 10 dnů nevyzvedla, čímž došlo k doručení fikcí; to vše zcela v souladu se zněním zákona.

³⁶ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 11. 2012, č. j. 7 As 130/2012-29.

Z obdobných důvodů nemohl správní orgán žalobkyni ani ustanovit opatrovníka.³⁷ Skutečnost, že pobývala ze své vlastní vůle v Německu, ačkoliv věděla, že je s ní vedeno správní řízení, jde pouze k její tíži.³⁸ Tvrdí-li žalobkyně, že nebyla osobou s neznámým místem pobytu, opomíjí uvést, jaké konkrétní okolnosti případu by takový postup měly odůvodnit, přičemž Nejvyšší správní soud žádné takové nenašel.

Tento rozsudek se zaměřil na výklad pojmu „fikce doručení“, přičemž Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že pokud jsou naplněny zákonné podmínky (jedná se zejména o ustanovení § 23 a 24 správního řádu), lze fikci doručení vůči cizincům správním orgánem aplikovat.

6. ROZSUDEK NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU Č. J. 7 AZS 540/2018-35

Nejvyšší správní soud svým rozsudkem³⁹ potvrdil rozsudek Krajského soudu v Plzni⁴⁰, kterým tento soud potvrdil rozhodnutí Komise, jímž bylo potvrzeno zrušení trvalého pobytu žalobce podle § 87l odst. 1 písm. d) zákona č. 326/1999 Sb.⁴¹

Krajský soud v Plzni ve svém zamítavém rozsudku konstatoval, že skutkový stav byl dostatečně zjištěn již z absence záznamů v cestovním dokladu žalobce, neboť ta založila vyvratitelnou domněnku nepřítomnosti žalobce na území České republiky, kterou nijak nezpochybil. Naopak žalobce sám svou nepřítomnost potvrdil, když v rámci pohovoru na Velvyslanectví České republiky ve Skopji uvedl, že v Kosovu žije nepřetržitě od roku 2010. Krajský soud dále uvedl, že správní orgány dostatečně zkoumaly přiměřenost zásahu rozhodnutí do soukromého a rodinného života žalobce, neboť ten sám odmítl vypovídat a v průběhu správního řízení nepředestřel vlastní relevantní verzi skutkového děje, a celkově byl ve správním řízení zcela pasivní. Za této situace správní orgány jednaly v souladu se zákonem, když vycházely z důkazů, jež jim byly známy z úřední činnosti. Výslech manželky žalobce byl vzhledem k okolnostem nadbytečný.

³⁷ Podle § 32 odst. 2 písm. d) správního řádu ustanoví správní orgán opatrovníka osobě neznámého pobytu nebo osobě, již se prokazatelně nedaří doručovat.

³⁸ Viz usnesení Ústavního soudu ze dne 30. 9. 2010, sp. zn. II. ÚS 2317/10.

³⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 2. 2019, č. j. 7 Azs 540/2018-35.

⁴⁰ Rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 20. 11. 2018, č. j. 57 A 108/2017-42.

⁴¹ Podle § 87l odst. 1 písm. d) zákona č. 326/1999 Sb. ministerstvo vnitra zruší platnost povolení k trvalému pobytu, jestliže držitel tohoto povolení „nepobývá na území po dobu delší než 2 po sobě jdoucí roky“.

V rámci kasační stížnosti žalobce uvedl, že jediným podkladem pro posouzení doby nepřítomnosti na území České republiky byla absence přechodových razítek v jeho cestovním dokladu, což je v rozporu s rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 12. 2015, č. j. 5 Azs 157/2015-31, a na něj navazujícím rozsudkem Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 11. 5. 2016, č. j. 15 A 47/2013-70.⁴² Žalobce rovněž uvedl, že skutkový stav nebyl dostatečně zjištěn ani ve vztahu k přiměřenosti dopadů zrušení trvalého pobytu do soukromého a rodinného života, přičemž správní orgány vycházely při posouzení vztahu s jeho manželkou pouze ze svých domněnek, že mezi nimi není hluboké pouto a že spolu nežijí.

Nejvyšší správní soud v rámci řízení o kasační stížnosti posoudil žalobcem výše uvedené rozsudky a uvedl, že je žalobce vykládá ve vztahu k nyní posuzované věci chybně, neboť jeho případ se od nich podstatně odlišuje. Obecné závěry rozhodnutí jsou bezesporu aplikovatelné na případ žalobce, avšak s ohledem na skutkové rozdíly vedou v tomto případě k opačnému závěru. V rozsudku Krajského soudu v Ústí nad Labem byla posuzována situace, kdy žalobce uvedl vlastní verzi skutkového děje, a to včetně uvedení důvodů, které mu bránily v návratu do České republiky. Proto Krajský soud v Ústí nad Labem dospěl k závěru, že správní orgány se byly povinny zabývat důvody nepřítomnosti žalobce na území České republiky, a pochybily, když tak neučinily. Nelze však odhlédnout od toho, že této úvaze Krajského soudu v Ústí nad Labem předcházela odkaz na tehdy účinné nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 562/2006, kterým se stanoví kodex Společenství o pravidlech upravujících přeshraniční pohyb osob (Schengenský hraniční kodex).⁴³ Bylo tedy na žalobci, aby vyvrátil domněnku nepřítomnosti na území České republiky po dobu více než dvou po sobě jdoucích let, kterou správní orgány založily na absenci záznamů v cestovních dokladech žalobce a obsahu záznamu o pohovoru ze dne 20. 7. 2016.

Nejvyšší správní soud konstatoval, že v posuzovaném případě byl žalobce zcela pasivní po celou dobu správního řízení a nepředložil žádnou vlastní verzi skutkového děje, přestože mu byla opakovaně dána možnost se k věci vyjádřit. Rovněž v rámci odvolání žalobce žádným způsobem nezpochybnil, že se

⁴² Dle těchto rozsudků jsou správní orgány povinny spolehlivě zjišťovat skutkový stav bez důvodných pochybností, a to i v případě existence vyvrátitelné domněnky.

⁴³ Není-li cestovní doklad státního příslušníka třetí země opatřen otiskem vstupního razítka, mohou se příslušné vnitrostátní orgány domnívat, že držitel nesplňuje nebo přestal splňovat podmínky délky pobytu použitelné v dotyčném členském státě. Domněnku podle odstavce 1 je možné vyvrátit, pokud státní příslušník třetí země jakýmkoli způsobem předloží věrohodné důkazy, například v podobě jízdenky či letenky nebo svědectví o své přítomnosti mimo území členských států, o tom, že podmínky týkající se délky krátkodobého pobytu dodržel.

v období od července 2010 až do října 2016 nacházel mimo území České republiky, ale omezil se pouze na obecné formulace, že nebyl dostatečně zjištěn skutkový stav, když ze spisového materiálu nevyplývá účel jeho pobytu mimo území České republiky. Sám však předmětný účel ani v odvolání, ani následně v žalobě či v kasační stížnosti, byl jen obecně, nespécifikoval. Za situace, kdy žalobce sám odmítl vypovídat a k době a účelu svého pobytu mimo Českou republiku nesdělil žádné relevantní skutečnosti, by byl výslech jeho manželky skutečně nadbytečný. Nejvyšší správní soud dále uvedl, že není možné přehlédnout, že součástí správního spisu je přepis pohovoru se žalobcem ze dne 20. 7. 2016 ve Skopji.⁴⁴ Součástí správního spisu je pak rovněž podepsané čestné prohlášení žalobce, že v roce 2010 odcestoval z České republiky a vrátil se až 12. 10. 2016.

Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku rovněž uvedl, že rozhodnutí je přiměřené, co se týče dopadů do rodinného a soukromého života žalobce. Odkázal na rozsudek⁴⁵ zabývající se obdobným případem žalobkyně, které bylo zrušeno povolení k trvalému pobytu podle § 77 odst. 1 písm. d) zákona č. 326/1999 Sb., tedy z důvodu, že pobývala mimo území České republiky po dobu delší než šest let. Ustanovení § 77 odst. 1 písm. d) na rozdíl od nyní aplikovaného § 87l odst. 1 písm. d) sice nepředpokládá posouzení přiměřenosti, avšak i na nynější situaci lze vztáhnout závěr uvedeného rozsudku.⁴⁶ V případě žalobce rovněž nelze legitimně předpokládat zásah do jeho rodinného a soukromého života, jelikož se dobrovolně po dobu šesti let zdržoval mimo území České republiky. Ani záznam o pohovoru ze dne 20. 7. 2016 nesvědčí o dostatečné intenzitě vztahu s manželkou. Tyto skutečnosti jsou tak dostatečné pro to, aby správní orgány mohly konstatovat, že zrušení povolení k trvalému pobytu nepředstavuje nepřiměřený zásah do soukromého a rodinného života žalobce. Je pak na žalobci, aby tento závěr zpochybnil, jak vyplývá rovněž z judikatury Nejvyššího správního soudu.⁴⁷ Žalobce ovšem byl v průběhu správního řízení naprosto

⁴⁴ V pohovoru žalobce výslovně uvedl: „Do Kosova jsem se vrátil v červenci 2010 a jsem od té doby tady pořád.“

⁴⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 3. 2017, č. j. 7 Azs 338/2016-39.

⁴⁶ „U takto dlouhého pobytu mimo území nelze takový zásah ani legitimně předpokládat. Příklad stěžovatelky je toho vhodným příkladem. Její povolení k trvalému pobytu bylo zrušeno proto, že pobývala mimo území ČR nepřetržitě po dobu delší než 6 let. Pokud cizinec pobývá mimo území České republiky po takto dlouhou dobu na základě vlastního rozhodnutí či rozhodnutí své rodiny, nelze dost dobře konstatovat, že další pobyt mimo české území, kde již tak dlouho fakticky nežije, bude představovat zásah do soukromého a rodinného života.“

⁴⁷ Např. v rozsudku ze dne 19. 4. 2018, č. j. 3 Azs 234/2017-28, v němž byla posuzována situace, kdy bylo žalobci uloženo správní vyhoštění, u kterého lze předpokládat významnější dopady než v případě stěžovatele. Nejvyšší správní soud uvedl, že „břemeno tvrzení a důkazní o vylíčení otázek soukromého života tíží stěžovatele. Pokud ten o své situaci více neuvedl, nelze žalovanému klást k tíži, že hodnotil přiměřenost správního vyhoštění pouze v intencích toho, co mu o stěžovateli bylo známo ze správního řízení“.

pasivní, odmítl vypovídat a při žádné příležitosti nesdělil vlastní skutkovou verzi popisující jeho rodinné a soukromé zázemí na území České republiky. Omezil se toliko na tvrzení, že správní orgány nedostatečně zjistily skutkový stav, přičemž rozhodnutí založily na svých domněnkách. Závěrem Nejvyšší správní soud sdělil, že z výše uvedeného vyplývá, že skutková zjištění správních orgánů byla dostatečná pro to, aby mohl být učiněn závěr o přiměřenosti dopadů rozhodnutí do soukromého a rodinného života žalobce.

Nejvyšší správní soud v daném případě konstatoval, že pokud je cizinec v rámci vedeného řízení zcela pasivní a k věci se nevyjádří, ani jinak nezpochybní dobu pobytu mimo území České republiky, správnímu orgánu nezbyvá nic jiného než vycházet z přechodových razítek v cizincově cestovním dokladu. Zároveň je na cizinci, aby zpochybnil předpoklad, že dlouhodobý pobyt mimo území České republiky nezasáhne do jeho soukromého a rodinného života.

7. ROZSUDEK NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU Č. J. 2 AZS 152/2018-43

Nejvyšší správní soud v tomto případě⁴⁸ rozhodoval o kasační stížnosti proti rozsudku Krajského soudu v Brně⁴⁹. Žalobkyně podala žádost o udělení povolení k trvalému pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie z humanitárních důvodů dle § 87h odst. 2 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb. Svou žádost odůvodnila tím, že se dlouhodobě potýká se špatným zdravotním stavem, a proto je plně odkázána na péči své dcery a jejího manžela, státní občany České republiky, s nimiž bydlí ve společné domácnosti. Rovněž odkázala na špatnou bezpečnostní situaci a životní podmínky na Krymu, odkud pochází. Jako Ukrajinka odmítá požádat o ruské státní občanství, s čímž dle jejího tvrzení souvisí i pozastavení výplaty jejího starobního důchodu na Ukrajině. O státní občanství Ruské federativní republiky žádat nechce, a proto je zcela závislá na své dceři, přičemž ve své vlasti už nikoho nemá.

Správní orgán prvního stupně řízení o žádosti zastavil dle § 66 odst. 1 písm. b) správního řádu, jelikož žádost byla zjevně právně nepřijatelná. Žalobkyně totiž dle § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. nebyla oprávněna žádat o povolení k trvalému pobytu podat, protože v době podání žádosti pobývala na území na základě platného výjezdního příkazu. Komise rozhodnutí potvrdila; následně rozhodnutí potvrdil i Krajský soud v Brně.⁵⁰

⁴⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Azs 152/2018-43 ze dne 27. 2. 2019.

⁴⁹ Rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 A 166/2016-47 ze dne 14. 3. 2018.

⁵⁰ Krajský soud nepřisvědčil námitce žalobkyně o nesprávné aplikaci § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb., neboť předmětné ustanovení se na situaci žalobkyně vztahuje. Vzhledem

Žalobkyně v kasační stížnosti uvedla, že krajský soud nesprávně aplikoval § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb., kdy toto ustanovení není možné aplikovat, neboť se jedná o žádost o povolení k trvalému pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie. To, že dotčené ustanovení neomezuje rodinné příslušníky občana Evropské unie při podání žádosti o povolení k trvalému pobytu, dovozuje ze skutečnosti, že o povolení k přechodnému pobytu rodinní příslušníci občana Evropské unie žádat mohou. Není-li tak vyloučena možnost podat žádost o povolení k přechodnému pobytu, nemůže být vyloučena ani možnost rodinného příslušníka občana Evropské unie podat žádost o povolení k trvalému pobytu. Omezení vyplývající z § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. lze podle žalobkyně aplikovat pouze ve vztahu k cizincům žádajícím o povolení k trvalému pobytu podle § 65 zákona č. 326/1999 Sb.

Svoji argumentaci dále podpořila zněním důvodové zprávy, která ve vztahu k omezení podat žádost o povolení k trvalému pobytu odkazuje pouze na úpravu v § 67, nikoliv však na speciální úpravu § 87g ve vztahu k občanům Evropské unie a jejich rodinným příslušníkům. Žalobkyně dále poukázala na rozpor se směrnicí 2004/38/ES, která těmto osobám zaručuje právo pohybu a pobytu na území členského státu. Závěrem upozornila na změny, které se v zákoně č. 326/1999 Sb. od doby podání žádosti uskutečnily. Po novelizaci zákona účinné od 14. 8. 2017 se stalo nemožným v době trvání platného výjezdního příkazu podat kromě žádosti o povolení k trvalému pobytu i žádost o povolení k přechodnému pobytu. Na § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. totiž navazovalo ustanovení § 169r odst. 1 písm. j); v této souvislosti tak upozornila na řízení před Ústavním soudem o návrhu skupiny senátorů na

k platnému výjezdnímu příkazu byla její žádost zjevně právně nepřipustná, jak § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. výslovně stanoví. Ani na základě gramatického výkladu, ani ze smyslu předmětného ustanovení nelze podle krajského soudu dovodit, že by občané Evropské unie a jejich rodinní příslušníci byli z aplikace tohoto ustanovení vyňati. Krajský soud neshledal ani rozpor tohoto ustanovení se směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, jelikož směrnice nezakazuje způsobem podle § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. omezit právo rodinného příslušníka občana Evropské unie podat žádost o povolení k trvalému pobytu. Směrnice přitom umožňuje přijmout potřebná opatření k ochraně před zneužíváním práv. Právě zneužívání práv vedlo zákonodárce k omezení podat žádost o povolení k trvalému pobytu v době platnosti výjezdního příkazu. To je podle krajského soudu v souladu i s ustálenou judikaturou Nejvyššího správního soudu, z které vyplývá, že výjezdní příkaz je časově a věcně omezené oprávnění k pobytu cizince na území České republiky a jeho smyslem je dát cizinci krátký, avšak přiměřený časový prostor k uspořádání si svých záležitostí a k vycestování z území. Toto omezení neshledal ani jako nepřiměřené, neboť zákon umožňuje rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie podat žádost o povolení k přechodnému pobytu, a tím realizovat pobytové nároky jiným způsobem. Z výše uvedených důvodů krajský soud také neshledal důvody pro to, aby předložil návrh na zrušení § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. Ústavnímu soudu.

zrušení § 169r odst. 1 písm. j) zákona č. 326/1999 Sb. vedené pod sp. zn. Pl. ÚS 41/17, ve kterém navrhovatel považoval neumožnění legalizace pobytu některých rodinných příslušníků občanů České republiky za zásah do práva na rodinný život. Žalobkyně se domnívá, že § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. je v rozporu s ústavním pořádkem ze stejných důvodů.

Nejvyšší správní soud považoval za klíčovou otázku, zda žalobkyně, která tvrdí, že je rodinným příslušníkem občana Evropské unie, byla oprávněna požádat o vydání povolení k trvalému pobytu dle § 87h odst. 2 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb., přestože v době podání žádosti pobývala na území České republiky na základě platného výjezdního příkazu. V této souvislosti uvedl, že odstavec 3⁵¹ je nutno vykládat v kontextu § 50 zákona č. 326/1999 Sb. jako celku. Jak uvádí judikatura Nejvyššího správního soudu,⁵² podle § 50 odst. 1 je příslušný správní orgán vždy z vlastní iniciativy povinen vydat výjezdní příkaz, když nastane zákonem předvídaná skutečnost. Není tudíž vyloučeno vydání výjezdního příkazu v zákonem předvídaných situacích jak v případě cizinců ze třetích zemí, tak i cizinců jakožto rodinných příslušníků občana Evropské unie, přičemž účelem výjezdního příkazu je podle ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu vytvořit časově a věcně omezené oprávnění k pobytu cizince na území, sloužící toliko pro uspořádání záležitostí cizince a k vycestování z území.⁵³ Ve smyslu § 1 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb. se cizincem rozumí fyzická osoba, která není státním občanem České republiky, včetně občana Evropské unie. Z doslovného znění § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. proto vyplývá, že k podání žádosti o povolení k trvalému pobytu není oprávněn ani občan Evropské unie, ani jeho rodinný příslušník, pokud nejsou občany České republiky.

K tvrzenému rozporu s důvodovou zprávou Nejvyšší správní soud uvedl, že důvodová zpráva přímo uvádí výjimky z ustanovení § 50 odst. 3, při nichž je možné z výjezdního příkazu žádost podat.⁵⁴ Pokud § 50 odst. 3 stanoví odlišný přístup v případě žádosti o povolení k přechodnému pobytu rodinných

⁵¹ Podle § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb.: „Výjezdní příkaz opravňuje cizince k přechodnému pobytu na území po dobu, která je nezbytná k provedení neodkladných úkonů, a k vycestování z území; v době jeho platnosti není cizinec za pobytu na území oprávněn podat žádost o udělení dlouhodobého víza nebo povolení k dlouhodobému nebo trvalému pobytu, s výjimkou žádosti podané podle § 33 odst. 1 a § 42e.“

⁵² Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 1. 2018, č. j. 2 Azs 288/2017-22, nebo rozsudek ze dne 24. 4. 2014, č. j. 6 Azs 21/2014-32.

⁵³ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2017, č. j. 10 Azs 1/2017-34, nebo rozsudek ze dne 5. 1. 2017, č. j. 2 Azs 233/2016-34.

⁵⁴ „Návrh však připouští výjimky, kdy lze i z výjezdního příkazu žádost podat (vízum za účelem strpění pobytu na území a povolení k dlouhodobému pobytu za účelem ochrany na území; stejně tak není možné vyloučit podání žádosti o vydání povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie.“

příslušníků občana Evropské unie, ani z důvodové zprávy nelze dovodit, že zákon tuto výjimku vztahuje i na žádost rodinného příslušníka občana Evropské unie o povolení k trvalému pobytu. Z povahy výjimek lze dovodit na nejvyšší úmysl zákonodárce vyjmout z omezení oprávnění podat žádost takové případy, na základě kterých by byl cizinec s to za určitých specifických okolností žádat o legalizaci svého pobytu na přechodnou dobu, zejména proto, aby v důsledku výjezdního příkazu nebylo bez jakéhokoliv možného východiska zasaženo do jeho základních práv a svobod. Z úmyslu zákonodárce je ovšem bezpochyby zřejmé, že § 50 odst. 3 se vztahuje v případě žádosti o povolení k trvalému pobytu na všechny cizince bez rozdílu.

Co se týče žalobkyní tvrzeného rozporu se směrnicí 2004/38/ES, Nejvyšší správní soud konstatoval, že právo rodinných příslušníků občanů Evropské unie svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států není absolutní a členské státy je mohou v mezích směrnice regulovat.⁵⁵ Ustanovení § 50 odst. 3 tak není v rozporu s právem rodinných příslušníků občanů Evropské unie svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, jelikož v souladu s čl. 35 směrnice zakotvuje potřebné opatření proti zneužití práva. Toto opatření pak nelze považovat ani za nepřiměřené, jelikož s ohledem na účel, kterého má být daným opatřením dosaženo, je spravedlivě únosné omezit oprávnění cizinců v době platnosti výjezdního příkazu podávat některé, nikoliv však veškeré, zákonem stanovené žádosti o pobytová oprávnění.

K namítanému rozporu s ústavním pořádkem Nejvyšší správní soud v prvé řadě sdělil, že dne 27. 11. 2018 svým nálezem sp. zn. Pl. ÚS 41/17 Ústavní soud ustanovení § 169r odst. 1 písm. j) zákona č. 326/1999 Sb. zrušil jako protiústavní s účinností ode dne vyhlášení nálezu ve Sbírce zákonů (tj. ode dne 21. 1. 2019). Jelikož Ústavní soud shledal § 169r odst. 1 písm. j) v rozporu s ústavním pořádkem, zabýval se Nejvyšší správní soud námítkou, zda i § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. nezasahuje do základních práv a svobod garantovaných ústavním pořádkem, a došel k závěru, že tomu tak není. Konstatoval, že v porovnání s § 169r odst. 1 písm. j) totiž v projednávaném případě u zastavení řízení nedochází k nepřípustnému zásahu do práva na

⁵⁵ Podle odstavce 28 preambule směrnice by „[č]lenské státy měly mít možnost přijmout potřebná opatření k ochraně před zneužíváním práv nebo podvody, a zejména před účelovými manželstvími nebo jakoukoliv jinou formou vztahů uzavíraných výlučně za účelem získání práva na volný pohyb a pobyt“. V článku 35 směrnice přímo ve vztahu ke zneužití práva stanoví, že „[č]lenské 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“.

soukromý a rodinný život podle čl. 10 odst. 2 a práva na spravedlivý proces podle čl. 36 odst. 1 a 2 Listiny základních práv a svobod. U obou ustanovení sleduje zákonodárce obdobný legitimní cíl, jímž je účinná kontrola migrace, zabránění nelegálním pobytům cizinců, zvýšená efektivita správního řízení a zamezení zneužívání žádostí o vydání pobytových povolení k dočasné legalizaci pobytu na území České republiky či k odvrácení hrozícího vyhoštění bez reálného vztahu k občanovi České republiky.⁵⁶ Jelikož veřejný zájem je ve vztahu k § 169r odst. 1 písm. j) absolutizován a je popřen zájem individuální, dochází Ústavní soud k závěru, že za daného stavu nelze dovodit jeho soulad s ústavním pořádkem.⁵⁷ Nejvyšší správní soud ovšem uvedl, že v případě § 50 odst. 3 je situace odlišná. Dotčené ustanovení totiž výše uvedený veřejný zájem neabsolutizuje, nýbrž následek v podobě zastavení řízení spojuje pouze se zákonem výslovně stanovenými typy žádostí o pobytové oprávnění, a ponechává tak cizincům možnost podat žádost o jiná, zde neuvedená oprávnění, čímž zůstává prostor pro realizaci jejich individuálních zájmů. Konkrétně umožňuje například podání žádosti o povolení k přechodnému pobytu podle § 87b zákona č. 326/1999 Sb. i v době platného výjezdního příkazu. Na základě podání této žádosti je žadatel oprávněn pobývat na území České republiky do nabytí právní moci rozhodnutí o žádosti o vydání povolení k přechodnému pobytu. Toto rozhodnutí přitom není vyloučeno ze soudního přezkumu. V takovém případě je pak cizinci zaručeno právo na přístup k soudu, a to včetně toho, aby za předpokladu zákonného průběhu řízení bylo vydáno meritorní rozhodnutí. Zákonný příkaz zastavení řízení o žádosti o pobytové oprávnění v důsledku existence platného výjezdního příkazu podle § 50 odst. 3, na rozdíl od § 169r odst. 1 písm. j), nezpůsobuje odepření spravedlnosti, jelikož neodnímá ochranu základních práv cizince a nebrání žadateli pokračovat ve

⁵⁶ Ve vztahu k § 169r odst. 1 písm. j) zákona č. 326/1999 Sb. Ústavní soud uvádí, že „tyto cíle jsou však realizovány za pomoci procesního prostředku (institutu zastavení řízení), jímž se absolutizuje veřejný zájem a pomíjí zájem individuální“. Dále pak zdůrazňuje, že v době platnosti výjezdního příkazu „k realizaci vycestování cizince-rodinného příslušníka občana České republiky dochází za současného popření jeho práva požívat na území státu základní práva a svobody zaručené Listinou (ustanovení čl. 42 odst. 2). Chce-li se takový žadatel o povolení k pobytu domoci po zastavení řízení o své žádosti přece jen svého práva, nezbyvá mu než opětovně přicestovat do České republiky a podat žádost znovu“.

⁵⁷ V nálezu uvádí, že „právo na přístup k soudu, jež náleží k hlavním atributům demokratického právního státu, může podléhat zákonným omezením. Stanovená omezení však nesmí bránit přístupu k soudu takovým způsobem či do té míry, že by bylo právo určité osoby zasaženo ve své podstatě. Omezení jsou ústavně souladná jen tehdy, sledují-li legitimní cíl za předpokladu rozumné rovnováhy mezi použitými prostředky a sledovaným cílem (rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. 5. 1985 ve věci Ashingdane proti Spojenému království, stížnost č. 8225/78, § 57; rozsudek ze dne 20. 4. 2004 ve věci Bulena proti České republice, stížnost č. 57567/00, § 29)“.

správním řízení a dobrat se meritorního rozhodnutí, ani domáhat se ochrany svých práv v soudním přezkumu v souladu s čl. 36 odst. 1 a 2 Listiny.

Nejvyšší správní soud v dotčeném rozsudku řešil především otázku, zda cizinec, který tvrdí, že je rodinným příslušníkem občana Evropské unie, je oprávněn požádat o vydání povolení k trvalému pobytu dle § 87h odst. 2 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb., přestože v době podání žádosti pobýval na území České republiky na základě platného výjezdního příkazu. Dospěl k závěru, že ustanovení § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. se vztahuje i na občany Evropské unie a jejich rodinné příslušníky. Zároveň určil, že v případě zastavení řízení podle § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. ve spojení s § 66 odst. 1 písm. b) správního řádu nedochází k nepřipustnému zásahu do práv na soukromý a rodinný život a práva na spravedlivý proces.

8. ZÁVĚR

Tento příspěvek popsal několik dalších rozsudků Nejvyššího správního soudu, důležitých z hlediska aplikační praxe správních orgánů. Lze z nich s vysokou mírou pravděpodobnosti dovozovat, jakým způsobem bude Nejvyšší správní soud, potažmo i krajské soudy, rozhodovat v obdobných věcech, pokud se jimi budou v budoucnosti zabývat. V článku zmíněné rozsudky řeší otázky, které se opakovaně objevují v celé řadě správních řízení, ve kterých Komise vystupuje jako odvolací správní orgán proti rozhodnutím správního orgánu prvního stupně.

Utajovaná informace jako podklad pro vydání rozhodnutí v cizineckém správním řízení

Jaroslava Pohorelá*

1. ÚVOD

V cizineckém správním řízení mohou být podkladem pro vydání rozhodnutí stejně jako v jakémkoliv jiném správním řízení podklady od jiných správních orgánů nebo orgánů veřejné moci, například policejních orgánů. Na informaci poskytnuté správnímu orgánu Policií České republiky, zpravodajskými službami či zpracované samotným správním orgánem může být při jejím vzniku vyznačen původcem utajované informace¹ určitý stupeň utajení². Je tedy s nimi nutné nakládat v souladu se zákonem č. 412/2005 Sb. Současně je v zákoně č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“) a subsidiárně v zákoně č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) upraven speciální režim upravující nakládání s obsahem utajované informace v cizineckém správním řízení z hlediska vedení spisu, právem nahlížet do spisu, seznámení s podklady před vydáním rozhodnutí a zákonnými požadavky na odůvodnění rozhodnutí z hlediska jeho přezkoumatelnosti. Rovněž pro případ projednávání utajovaných informací v soudním řízení správním³, které byly podkladem pro vydání rozhodnutí, je stanoveno určité omezení vyplývající ze zákona o pobytu cizinců.

* Ministerstvo vnitra, odbor správní.

¹ § 2 písm. f) ve spojení s § 22 odst. 1 zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 412/2005 Sb.“).

² Tamtéž, § 4.

³ Dle zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů.

1.1 Spis a právo nahlížet do něj

Novelou zákona o pobytu cizinců č. 222/2017 Sb. byl do uvedeného zákona vložen § 169m speciálně upravující nakládání s písemnostmi nebo záznamy, které obsahují utajované informace v cizineckém správním řízení tak, aby byla zajištěna jejich lepší ochrana, a ve svém důsledku i efektivnější ochrana zdrojů informací. Uvedené ustanovení bylo do zákona vloženo s cílem posílit bezpečnostní prvky migračního procesu i mechanismy zamezující zneužívání některých ustanovení zákona o pobytu cizinců.⁴ Navazuje na obecné ustanovení § 17 odst. 3 správního řádu, které upravuje tři možné situace nakládání s utajovanými informacemi. A to utajované informace, které se uchovávají mimo spis v případech stanovených zvláštním zákonem; utajované informace poskytnuté správnímu orgánu Policií ČR nebo zpravodajskými službami, které se uchovávají mimo spis přímo na základě § 17 odst. 3 věty druhé správního řádu; a konečně ostatní utajované informace, které se stávají součástí spisu. Na rozdíl od uvedeného obecného ustanovení správního řádu se na základě speciálního ustanovení § 169m odst. 1 zákona o pobytu cizinců všechny písemnosti nebo záznamy v cizineckém správním řízení uchovávají odděleně mimo spis a nestávají se jeho součástí. Nevztahuje se na ně tudíž ustanovení správního řádu o nahlížení do spisu a nelze se na základě § 38 správního řádu domáhat nahlížení do těchto dokumentů, neboť § 38 odst. 6 správního řádu se z povahy věci vztahuje pouze na ty utajované informace, které zůstanou součástí spisu. Odepře-li správní orgán právo nahlížet do spisu či jeho části, vydá o tom usnesení.

1.2 Seznámení s podklady před vydáním rozhodnutí

Podle § 36 odst. 3 správního řádu v případě, že podkladem rozhodnutí jsou písemnosti a záznamy, které jsou za podmínek § 17 odst. 3 uchovávány odděleně mimo spis, může se účastník, o jehož právním nároku se v řízení rozhoduje, s těmito podklady seznámit pouze v podobě, která nezmaří účel jejich utajení; není-li to možné, sdělí se takovému účastníkovi alespoň v obecné rovině, jaké skutečnosti z těchto podkladů vyplývají. Účastník řízení má tedy být v maximální možné míře seznámen s důvody rozhodnutí při současné maximální možné ochraně utajovaných informací. Správní orgán si předtím, než účastníkovi řízení umožní seznámit se s podklady, vyžádá vyjádření orgánu, který tyto podklady poskytl.

⁴ Obecná část důvodové zprávy k zákonu č. 222/2017 Sb., změna zákona o pobytu cizinců na území ČR a dalších zákonů.

Omezení běžných procesních záruk spravedlivého procesu v případech, kdy je zřetelný bezpečnostní zájem státu s ohledem na specifika a význam rozhodování ve věcech utajovaných skutečností, a to zejména právo vyjádřit se ke všem prováděným důkazům stanovené v čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, bylo aprobováno jak Ústavním soudem⁵, tak Evropským soudem pro lidská práva ve věci *Regner proti České republice*⁶. Nerozhoduje-li se tedy v cizineckém správním řízení o právním nároku účastníka, není takový účastník oprávněn seznámit se s podklady rozhodnutí, které jsou za podmínek § 17 odst. 3 správního řádu uchovávány odděleně mimo spis. Zásadní význam pro aplikaci uvedeného ustanovení bude mít tedy rozlišení nárokových a nenárokových pobytových oprávnění, neboť v případě právního nároku bude mít cizinec přístup k utajované informaci alespoň v agregované podobě. Cílem uvedené právní úpravy je vyvážit práva účastníka řízení a ochranu utajovaných informací.

Při analýze, zda je možné určité pobytové oprávnění považovat za nárokové či ne, je možné vycházet ze soudní judikatury. Tak např. ve věci povolení k trvalému pobytu občana EU a jeho rodinného příslušníka judikatura dovodila, že pro vznik nároku na udělení trvalého pobytu nepostačuje, aby byl cizinec na území hostitelského státu pouze fyzicky přítomen, nýbrž je nutné, aby se jednalo o pobyt legální.⁷ Nárok na udělení povolení k dlouhodobému pobytu za účelem sloučení rodiny dovedl Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Azs 250/2014-37 ze dne 11. 3. 2015: „*O dlouhodobý pobyt za účelem sloučení rodiny je poté oprávněn dle § 42a odst. 1 písm. a) zákona o pobytu cizinců žádat cizinec, který je manželem cizince s povoleným pobytem. Dle odst. 6 písm. a) téhož ustanovení se poté cizinci povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny udělí, jestliže cizinec, se kterým má být umožněno společné soužití rodiny, je držitelem povolení k trvalému pobytu a pobývá na území po dobu nejméně 15 měsíců. V případě stěžovatelky jsou předpoklady dle těchto ustanovení zákona o pobytu cizinců splněny. Jinými slovy stěžovatelka má nárok na udělení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny (samozřejmě za předpokladu, že ke své žádosti dodá veškeré zákonné náležitosti)*“ (důraz doplněn). V témže rozsudku se Nejvyšší správní soud vyjádřil rovněž

⁵ Viz usnesení Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 3044/10 ze dne 18. 11. 2010.

⁶ Rozsudek ESLP (velkého senátu) ze dne 19. 9. 2017, stížnost č. 35289/11.

⁷ Viz rozsudek Krajského soudu v Praze č. j. 46 A 22/2016-18 ze dne 30. 5. 2018, kde soud uvedl: „Přechodnost pobytu pak musí být vykládána v souladu se směrnicí 2004/38/ES jako podmínka legálního pobytu, tedy že cizinec disponuje takovým oprávněním, na jehož základě může na území České republiky pobývat oprávněně. Je tak vyloučeno, aby vznikl nárok na udělení trvalého pobytu osobě, která by na území České republiky pobývala pouze fakticky a bez příslušného oprávnění.“

k nároku na vydání dlouhodobého víza: „*Dlouhodobé vízum k pobytu nad 90 dnů lze poté vydat cizinci, který hodlá na území pobývat déle než tři měsíce, a to s dobou platnosti na šest měsíců (§ 30 odst. 1 a 2 zákona o pobytu cizinců). Samozřejmě opět za předpokladu splnění dalších zákonných náležitostí. Na udělení tohoto víza však rovněž neexistuje právní nárok, jak vyplývá přímo z díkce § 51 odst. 2 zákona o pobytu cizinců.*“⁸

1.3 Zákonné požadavky na odůvodnění rozhodnutí

Jelikož by seznámení cizince s obsahem stanoviska nebo informace policie či zpravodajské služby mohlo vážně ohrozit operativně pátrací úkony policie a zpravodajských služeb a ve svém důsledku i lidské životy, stanoví zákon o pobytu cizinců určité omezení obecných požadavků na odůvodnění rozhodnutí, které slouží k ochraně základních bezpečnostních zájmů státu. Jsou-li některé z podkladů rozhodnutí podle zákona utajovanými informacemi, a jsou uchovávané mimo spis, pak se podle § 169m odst. 2 zákona o pobytu cizinců v odůvodnění rozhodnutí uvede pouze odkaz na podklady pro vydání rozhodnutí a jejich stupeň utajení. Úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení, a důvody vydání rozhodnutí se uvedou pouze v rozsahu, ve kterém nejsou utajovanými informacemi.

Vyjde-li v řízení na základě informace nebo stanoviska policie nebo zpravodajské služby České republiky, které jsou utajovanou informací, najevo, že cizinec ohrožuje bezpečnost státu, jeho svrchovanost, územní celistvost, demokratické základy, životy nebo zdraví osob, nebo vede-li tato informace nebo toto stanovisko k důvodnému podezření, že by cizinec mohl při svém pobytu na území tyto hodnoty ohrozit, v informaci o důvodech neudělení dlouhodobého víza nebo v odůvodnění rozhodnutí podle tohoto zákona se pouze uvede, že důvodem neudělení víza nebo rozhodnutí je ohrožení bezpečnosti státu. V případě hodnocení přiměřenosti napadeného rozhodnutí ve smyslu § 174a zákona o pobytu cizinců, při němž se zohledňuje zejména závažnost nebo druh protiprávního jednání cizince, délka pobytu cizince na území, jeho věk, zdravotní stav, povaha a pevnost rodinných vztahů, ekonomické poměry, společenské a kulturní vazby navázané na území a intenzita vazeb ke státu, jehož je cizinec státním občanem, se v odůvodnění rozhodnutí rovněž

⁸ Důraz doplněn. Blíže k otázce, ve kterých případech má cizinec veřejné subjektivní právo na udělení některého z pobytových oprávnění a zda toto právo vyplývá z unijního popř. vnitrostátního práva, odkazují na POŘÍZEK, P. Brána nebo zábrana – problematické aspekty systému Visapoint. In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Aktuální právní problémy azylového a cizineckého práva. Sborník z vědeckého semináře uskutečněného dne 10. září 2015 v Kanceláři veřejného ochránce práv.* Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2016, s. 37 a násl.

neuvádí obsah stanoviska bezpečnostních složek. V odůvodnění se uvedou pouze úvahy, kterými se správní orgán při hodnocení přiměřenosti dopadů rozhodnutí ve vztahu k obsahu stanoviska řídil. V uvedených případech může správní orgán z důvodu naléhavého veřejného zájmu rozhodnout o vyloučení odkladného účinku odvolání podle § 85 odst. 2 písm. a) správního řádu, který však musí řádně odůvodnit. Pokud správní orgán rozhodne o vyloučení odkladného účinku, doručením rozhodnutí zanikne ze zákona současně také oprávnění k pobytu podle § 47 odst. 4 nebo 6, § 60 odst. 4 nebo § 87y zákona o pobytu cizinců.

1.4 Projednání utajované informace v soudním řízení správním

Rovněž v soudním řízení správním je pro případ projednávání utajovaných informací, které byly podkladem pro vydání rozhodnutí, stanoveno určité omezení vyplývající ze zákona o pobytu cizinců. V uvedených případech se jejich projednávání mohou zúčastnit pouze osoby, kterým jsou tyto informace již známy, ostatní předseda senátu soudu pro určitou část jednání vyloučí.⁹ Současně se v uvedených případech nepoužije ustanovení soudního řádu správního¹⁰ upravující nemožnost vyloučení nahlížení do spisu v případech, kdy byl či bude utajovanou informací, která byla vedena mimo spis, prováděn důkaz soudem, pokud předseda senátu rozhodne, že tím nemůže dojít k ohrožení nebo vážnému narušení činnosti zpravodajských služeb nebo policie. Jak vyplývá z nálezu Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 1392/11, právo na spravedlivý proces v případech, kdy žalobci nebylo možné poskytnout přístup k utajovaným informacím být v určité omezené formě, je zajištěno tím, že soud není vázán žalobními body a přezkoumá relevanci utajovaných informací ze všech hledisek, která se vzhledem k povaze věci jeví důležitými. Rovněž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 7 As 117/2012-28 ze dne 21. 12. 2012 uvedl: *„Je to také soud, který je zárukou řádného a úplného přezkumu důvodů rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že neznalost důvodů negativního rozhodnutí stěžovatele omezuje, či mu dokonce znemožňuje, aby proti rozhodnutí účinně argumentoval, je soud povinen zkoumat postup a důvody rozhodnutí v úplnosti, tedy i nad rámec uplatněných žalobních bodů. [...] Vedle toho je povinen i vyhodnotit důvodnost utajení utajovaných informací. Pokud by utajení nebylo nezbytné, pak by jistě byl povinen důkaz provést a v rozsudku výslovně vyhodnotit.“*

⁹ Viz § 172 odst. 9 zákona o pobytu cizinců.

¹⁰ Viz § 45 odst. 4 soudního řádu správního.

2. UTAJOVANÁ INFORMACE JAKO DŮKAZNÍ PROSTŘEDEK

V rámci správního a soudního řízení je rovněž nutné posoudit samotný obsah utajované informace, tj. zda tato informace, její obsah a fakt, že ji zpracovala specializovaná složka Policie České republiky (Národní centrála organizovaného zločinu¹¹, Bezpečnostní informační služba¹², Vojenské zpravodajství¹³), poskytuje dostatečnou oporu pro správní rozhodnutí.

K otázce povahy utajovaných informací jako důkazního prostředku ve správním řízení existuje rozsáhlá judikatura Nejvyššího správního soudu,¹⁴ v níž se soud zabýval různými aspekty přezkoumávání věrohodnosti utajovaných informací. Podle uvedené judikatury existují v zásadě dvě možnosti, kdy utajovaná informace bude dostatečným a spolehlivým podkladem pro rozhodnutí správního orgánu. Buď je informace dostatečně podrobná a podložená konkrétními důkazy a skutkovými okolnostmi, které umožní účinně ověřit relevanci zjištění policie, anebo správní orgán provede výslech účastníka řízení tak, aby ověřil informaci a dal možnost zpracovateli informace reagovat na tvrzení účastníka řízení a informaci doplnit tak, aby se stala dostatečným podkladem pro správní rozhodnutí. Takový výslech by mohl objasnit, do jaké míry je obsah utajované informace věrohodný, i když výslech účastníka řízení má jako důkaz relativně omezenou hodnotu.¹⁵

Nároky na obsah či kvalitu utajovaných informací, mají-li sloužit jako důkaz, Nejvyšší správní soud definoval rovněž v rozsudku č. j. 7 As 31/2011-101 ze dne 25. 11. 2011 ve vztahu k bezpečnostnímu řízení. Uvedl v něm: „*Zpráva o výsledcích požadovaných šetření proto musí obsahovat konkrétní informace či takový jejich souhrn, že to NBÚ, a následně případně i soudu, umožní účinně ověřit relevanci zjištění zpravodajských služeb, tj. zejména věrohodnost jimi zjištěných informací, jejich vyváženost a vztah k otázkám rozhodným pro bezpečnostní řízení. Jen tak lze v dostatečné míře zajistit vyloučení libovůle u zpravodajských služeb i NBÚ, k níž by snadno mohlo dojít, pokud by se NBÚ, a následně i případný soudní přezkum, musel spokojit s tím, že zpravodajským službám se „uvěřit“, aniž by jejich informace mohly být podrobeny kognici“ (důraz doplněn). Z usnesení rozšířeného senátu téhož soudu ze dne 1. 3. 2016, č. j. 4 As 1/2015-40, dále vyplývá, že „[r]ozhodovací praxe soudu je tedy v otázce přístupu k závěrům zpravodajských služeb, tvořících podklad pro rozhodnutí*

¹¹ Zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

¹² Zákon č. 154/1994 Sb., o Bezpečnostní informační službě, ve znění pozdějších předpisů.

¹³ Zákon č. 289/2005 Sb., o Vojenském zpravodajství, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴ Viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Azs 49/2017-44 ze dne 30. března 2017, 7 As 31/2011-101 ze dne 25. 11. 2011 a 6 As 147/2013-29 ze dne 6. 2. 2014.

¹⁵ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 147/2013-29 ze dne 6. února 2014.

žalovaného, naprosto jednotná. Žalovaný ani správní soudy sdělení zpravodajských služeb nepřezkoumávají v takovém rozsahu a takovým způsobem, který je ve správním soudnictví obvyklý. Judikatura nicméně zdůraznila, že byť jde o podkladové akty, nemohou být zprávy zpravodajských služeb pouze vyjádřením názoru jejich zpracovatele, bez patřičného skutkového podkladu zachyceného ve spise a soudem ověřitelného. Žalovaný i správní soudy musí mít možnost zhodnotit věrohodnost a přesvědčivost zpravodajské informace a její relevanci ve vztahu k bezpečnostnímu řízení.“¹⁶

2.1 Utajovaná informace jako důvod pro zamítnutí žádosti

Zákon o pobytu cizinců nekonstruuje žádnou skutkovou podstatu spočívající v existenci utajované informace jako důvodu pro zamítnutí podané žádosti. Do účinnosti novely zákona o pobytu cizinců č. 222/2017 Sb., tj. do 14. 8. 2017, byly u dlouhodobého víza a dlouhodobého pobytu skutečnosti uvedené v utajované informaci z hlediska zamítacích důvodů podřazovány nejčastěji pod ustanovení § 56 odst. 1 písm. j) zákona o pobytu cizinců a neurčitý právní pojem „zájem České republiky“. U dlouhodobého víza a dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny byly uvedené skutečnosti zahrnovány pod narušení veřejného pořádku závažným způsobem podle § 56 odst. 1 písm. g) ve spojení s § 9 odst. 1 písm. h) zákona o pobytu cizinců a u trvalého pobytu pod stejnou skutkovou podstatu dle § 75 odst. 2 písm. e) téhož zákona. V návaznosti na uvedenou novelu upravující speciálně problematiku existence utajovaných informací v cizineckém správním řízení ve vztahu k ohrožení bezpečnosti státu, jeho svrchovanosti, územní celistvosti, demokratickým základům, životu nebo zdraví osob, jsou důvody pro zamítnutí žádosti u dlouhodobého víza a dlouhodobého pobytu podřazovány pod ustanovení § 56 odst. 1 písm. g) ve spojení s § 9 odst. 1 písm. h) zákona o pobytu cizinců a u trvalého pod ustanovení § 75 odst. 2 písm. e) zákona o pobytu cizinců. Tedy pod skutkovou podstatu spočívající v důvodném nebezpečí, že by cizinec mohl ohrozit bezpečnost státu.

K uvedeným důvodům pro zamítnutí žádosti, podané do účinnosti novely zákona o pobytu cizinců č. 222/2017 Sb., je třeba uvést, že Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců od doby své existence posuzovala řadu správních rozhodnutí, které byly následně vystaveny soudnímu přezkumu ze strany krajských soudů i Nejvyššího správního soudu. Pouze v jediném případě však byly skutečnosti uvedené v utajované informaci shledány věrohodnými a současně naplňujícími skutkovou podstatu, dle níž je možné

¹⁶ Bod 32 usnesení.

žádost cizince zamítnout v případě, pokud není jeho pobyt na území v zájmu České republiky. V ostatních případech byla rozhodnutí někdy i opakovaně rušena a vrácena k novému projednání.

Podstatou zrušujících rozsudků a zamítnutých kasačních stížností byla ověřitelnost utajovaných informací s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 As 117/2012-28 ze dne 21. 12. 2012, který uvádí: „*Představa, že soud uvěří zpravodajské službě, aniž by měl možnost si ověřit, že její tvrzení spočívají na skutečných a pravděpodobně pravdivých informacích, by znamenala rezignaci na kontrolní funkci správního soudnictví vůči veřejné správě.*“ I když z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 1. 2014, č. j. 4 As 108/2013-69 vyplývá, že „*není po policii pro účely předmětného správního řízení žádána nepochybná jistota o pravdivosti jí poskytovaných informací a pro účely předmětného řízení by tedy postačoval konkrétní popis zdroje získaných informací a způsobu jejich získání, včetně popisu okolností a důvodů, pro které má policie uvedené údaje za věrohodné*“, požadavky na splnění podmínky věrohodnosti utajované informace jsou neustále stupňovány. Nejnověji například Krajský soud v Plzni ve svých rozsudcích č. j. 57 A 82/2018-46 a 57 A 73/2018-66, oba ze dne 23. 7. 2019, odkázal na myšlenku Nejvyššího správního soudu obsaženou v rozsudku ze dne 26. 4. 2018, č. j. 1 A 439/2017-57. Podle ní platí, že „*jednoznačně a zcela shodně zaznívá nutnost zajistit, aby měl soud k dispozici veškeré podklady, z nichž správní orgány vycházely (byť by se nacházely v různých režimech utajení) a na jejichž základě zbudovaly svůj závěr vtělený do rozhodnutí o věci, a měl tak možnost (i v případech s utajeným prvkem) jejich závěry a důvody pro rozhodnutí přezkoumat*“.

Následně Krajský soud v Plzni v uvedených rozsudcích uvedl, že chtějí-li správní orgány obstát s tvrzením, že pobyt žalobce je v rozporu se zájmy České republiky, musí do utajované části spisu založit konkrétní výsledky operativně pátrací činnosti týkající se osoby žalobce, z nichž vycházejí úvahy zpracovatele utajované informace, přičemž lze analogicky vycházet z ustanovení trestního řádu, která definují podobu a obsah daného typu důkazních prostředků. Bude-li například bezpečnostní složka vycházet z odposlechů, nestačí, aby byl součástí spisu pouhý úřední záznam o jejich obsahu, ale je nezbytné, aby soud měl k dispozici záznam telekomunikačního provozu, s nímž se bude moci seznámit a nezprostředkovaně svým vnímáním posoudit jeho obsah, neboť jedině tak lze ověřit pravdivost závěrů obsažených v utajované informaci. Pokud by zpracovatel (hypoteticky) vycházel z výsledků sledování, bylo by nutné soudu poskytnout obrazový a zvukový záznam dané činnosti, případně výpověď osoby provádějící sledování. S ohledem na uvedené se soudní judikatura doposud v posuzovaných věcech nezabývala naplněním podmínky přiměřenosti vydaných rozhodnutí ve vztahu k obsahu utajované informace.

3. ZÁVĚR

Z rozsáhlé soudní judikatury posuzující obsah utajované informace vyplývají vysoké požadavky na přezkoumatelnost skutečností v ní uvedených. Pokud se judikatura bude nadále ubírat směrem plné přezkoumatelnosti uvedených informací, což zřejmě souvisí se změnou právní úpravy týkající se nemožnosti seznámení se s obsahem utajovaných informací, bude v cizineckém správním řízení velmi obtížné prokázat naplnění skutkových podstat pro zamítnutí podaných žádostí, ve kterých budou podkladem pro vydání rozhodnutí právě utajené informace. Pro účely zamítnutí podaných žádostí z uvedeného důvodu v cizineckém správním řízení bude v podstatě nutné vést „řízení v řízení“. Původce utajené informace bude tedy muset fakticky shromáždit dostatek relevantních podkladů pro svůj závěr uvedený v utajené informaci, který bude následně posuzován v řádném cizineckém správním řízení o podané žádosti a z něhož bude vycházet správní orgán při hodnocení přiměřenosti rozhodnutí do soukromého a rodinného života cizince.

Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců – úspěšný a nezávislý model odvolacího řízení v pobytových agendách ověřený dlouholetou praxí

Petr Voříšek*

1. ÚVOD

Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců (dále jen „Komise“) byla zřízena s účinností od 1. ledna 2011 na základě § 170a zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“) a je specifická svým trojím postavením. Jednak je nadřízeným správním orgánem ministerstva vnitra ve věcech, v nichž odbor azylové a migrační politiky ministerstva vnitra (dále jen „správní orgán I. stupně“) rozhoduje v prvním stupni a v dalších případech stanovených zákonem o pobytu cizinců, dále je podřízeným orgánem ministra vnitra a v neposlední řadě je organizační součástí ministerstva vnitra. Velmi malá část její působnosti spadá rovněž do agendy rozhodování o odvolání proti rozhodnutím vydaným správním orgánem I. stupně podle § 53d a 53e zákona č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů. Zde se jedná o případy, ve kterých správní orgán I. stupně azylantovi nebo osobě požívající doplňkové ochrany nepřizná anebo zruší právní postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta v Evropské unii na území.

V případě Komise se tedy jedná o určitou modifikaci rozkladové komise, která má však postavení pouze poradního orgánu, zatímco Komisi byla svěřena pravomoc rozhodovat. Oproti rozkladové komisi je Komise ve svém postavení nezávislá a samostatná, neboť jedná a rozhoduje v tříčlenných senátech, přičemž většina členů senátu je tvořena osobami, které nejsou zařazeny

* Ministerstvo vnitra, odbor správní. Předseda Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců.

v ministerstvu vnitra. Zákon o pobytu cizinců dále stanoví, že členové Komise jsou ve svém rozhodování na ministerstvu vnitra nezávislí.

S ohledem na výše uvedené nelze Komisi považovat za kvazijudiciální orgán, neboť její právní postavení neodpovídá požadavkům, které jsou kladeny na orgán vykonávající soudní moc. Ministr vnitra je nadřízeným správním orgánem Komise, nicméně není zatížen rozhodováním o opravných prostředcích proti rozhodnutím vydaným správním orgánem I. stupně (tisíce ročně), neboť agendu nadřízeného správního orgánu vykonává Komise.

Členem Komise může být ustanoven státní občan České republiky, který je bezúhonný (prokazuje se výpisem z evidence rejstříku trestů) a spolehlivý (prokazuje se opisem z evidence přestupků vedené rejstříkem trestů). Předpokladem pro ustanovení členem Komise je dále vysokoškolské vzdělání právního směru získané řádným ukončením studia v magisterském studijním programu.

V roce 2011 působilo v Komisi 24 členů, kteří byli zařazeni v 8 senátech Komise. Vzhledem k neustále se zvyšujícímu objemu agendy, kterou bylo nutno projednat a rozhodnout v senátech Komise, byl v průběhu let 2012 až 2019 počet členů Komise navýšen na 55 členů, kteří jsou zařazeni do 17 senátů Komise (někteří členové Komise nejsou v senátech zařazeni a mohou v případě potřeby zasedat *ad hoc*).

S účinností od 1. června 2019 byl rovněž zřízen trvalý zvláštní senát Komise, určený k vyřízení odvolání, u kterých je zapotřebí přezkoumat také písemnosti nebo záznamy obsahující utajované informace, které jsou za podmínek uvedených v § 17 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) uchovávány odděleně mimo spis.

2. VÝVOJ Z HLEDISKA VYŘIZOVÁNÍ PODANÝCH ODVOLÁNÍ V ZÁKONNÝCH LHŮTÁCH

Již při svém vzniku převzala Komise značné množství nevyřízených správních spisů, u nichž marně uplynula lhůta pro jejich vyřízení v rámci vedeného odvolacího řízení. V kombinaci s nekvalitně provedenou delimitací, a to zejména na úseku personálního zabezpečení, kdy počty referentů převáděných na odbor správní (který zabezpečuje její činnost) byly několikanásobně nižší než počet referentů, kteří danou agendu vyřizovali u právních předchůdců Komise, pak tato situace vedla k tomu, že nebyly již od samého počátku existence Komise dodržovány správní lhůty pro vyřízení podaných odvolání. Tyto negativní faktory se odrazily v pokračující kumulaci nerozhodnutých správních spisů (zejména v letech 2011–2014). S tímto dědictvím se Komise

potýkala téměř do poloviny roku 2019, a to na úseku přezkumu dlouhodobých pobytů.

Aktuálně je však dosaženo vyřizování odvolání v zákonných lhůtách jak na úseku přezkumu přechodných pobytů, dlouhodobých pobytů a trvalých pobytů, tak i žádostí o nové posouzení důvodů neudělení dlouhodobého víza a návrhů na provedení opatření proti nečinnosti správního orgánu I. stupně. A to i přesto, že s ohledem na vládou schvalované režimy zvláštního zacházení pro kvalifikované zaměstnance (např. Ukrajina, Srbsko) došlo k razantnímu nárůstu počtu žádostí o zaměstnanecké karty.

V této souvislosti je rovněž nutné upozornit na skutečnost, že ve vztahu k výše uvedeným režimům nebyl odbor správní, na rozdíl od správního orgánu I. stupně, žádným způsobem personálně posílen k vyřizování těchto nových agend. Nicméně na základě přijetí rady manažerských a organizačních opatření ze strany vedení odboru správního a rovněž díky mimořádnému pracovnímu (služebnímu) výkonu všech zaměstnanců odboru bylo dosaženo konsolidace rozhodování v odvolacím řízení až na úroveň dodržování zákonných lhůt.

Tyto lhůty jsou v rámci odvolacího správního řízení upraveny zejména v § 169t odst. 12 zákona o pobytu cizinců, podle něhož „[o] odvolání proti rozhodnutí ministerstva podle tohoto zákona se rozhodne ve lhůtě do 60 dnů ode dne, kdy ministerstvo předá spis nebo jeho část se svým stanoviskem nadřízenému správnímu orgánu“.

V případě dlouhodobých víz je lhůta pro vydání nového posouzení důvodů neudělení dlouhodobého víza upravena v § 180e odst. 9 zákona o pobytu cizinců, podle něhož „[p]říslušný orgán písemně informuje cizince o výsledku nového posouzení důvodů neudělení dlouhodobého víza ve lhůtě do 60 dnů ode dne doručení žádosti“. Další lhůty jsou pak upraveny obecně správním řádem.

Celkový přehled o stavu zpracování správních spisů postoupených odboru správnímu v letech 2011 až 2018 (včetně převzatých a nevyřízených spisů z roku 2010) se stavem ke dni 31. 12. 2018

Pobyťová agenda	Postoupené spisy	z toho	
		Zpracované spisy	Spisy po lhůtě
Trvalé pobyty	9 710	9 675	0
Dlouhodobé pobyty	26 907	26 222	385
Dlouhodobá víza	6 306	6 270	0
Nečinnost na správní orgán I. stupně	13 019	12 964	0
Celkem	55 942	55 131	385

3. STATISTICKÉ PŘEHLEDY

Odborem správním v období od 1. ledna 2011 do 31. prosince 2018 bylo předáno do jednotlivých senátů Komise k rozhodnutí celkem 55 131 věcí, a to na úseku:

- trvalých pobytů – 9 675 věcí,
- dlouhodobých pobytů – 26 222 věcí,
- dlouhodobých víz – 6 270 věcí,
- podnětů na vydání opatření proti nečinnosti správního orgánu I. stupně – 12 964 věcí.

Předložené věci odborem správním k rozhodnutí do Komise byly v absolutní většině senáty Komise v tomto období také rozhodnuty.¹ Pokračující zvýšená produktivita práce odboru správního v oblasti zpracování spisů se projevila i v procesu rozhodovacího řízení Komise, kdy jednotlivé senáty Komise rozhodly v roce 2018 celkem 9 790 věcí. V porovnání s rokem 2017 bylo v senátech Komise rozhodnuto o 653 věcí více (již v roce 2017 bylo v senátech Komise rozhodnuto o 374 věcí více než v roce 2016).

Ze statistických údajů za rok 2017 vyplývá, že téměř 36 % rozhodnutí správního orgánu I. stupně, vůči kterým bylo podáno odvolání, bylo rozhodnutím Komise podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zrušeno a věc byla vrácena správnímu orgánu I. stupně k novému projednání.

Obdobné údaje platí i pro rok 2018, ve kterém Komise zrušila dokonce více než 39 % rozhodnutí správního orgánu I. stupně, proti kterým bylo podáno odvolání. Podrobnější údaje poskytují tabulky níže, které rozlišují dvě základní skupiny pobytových agend, tj. agendu trvalých pobytů (tato zahrnuje jak trvalé pobyty občanů třetích států, tak trvalé pobyty občanů Evropské unie a jejich rodinných příslušníků) a agendu přechodných pobytů (tato zahrnuje jak dlouhodobé pobyty občanů třetích států, tak přechodné pobyty občanů Evropské unie a jejich rodinných příslušníků). Třetí tabulka pak poskytuje celkové údaje za jednotlivé roky pro obě agendy dohromady.

¹ Výjimku pochopitelně tvoří některé věci, které byly do Komise předloženy odborem správním v prosinci 2018 s tím, že uvedené věci byly rozhodnuty senáty Komise až počátkem roku 2019.

Agenda přechodných pobytů (PP)				
Výrok rozhodnutí Komise	Rok 2017		Rok 2018	
	V absolutních číslech	Procentuální vyjádření	V absolutních číslech	Procentuální vyjádření
Rozhodnutí zrušeno a vráceno ²	1 878	36,09 %	2 372	38,9 %
Ostatní ³	3 326	63,91 %	3 722	61,1 %
Celkem	5 204	100 %	6 094	100 %

Agenda trvalých pobytů (TP)				
Výrok rozhodnutí Komise	Rok 2017		Rok 2018	
	V absolutních číslech	Procentuální vyjádření	V absolutních číslech	Procentuální vyjádření
Rozhodnutí zrušeno a vráceno	481	34,4 %	516	39,6 %
Ostatní	916	65,6 %	787	60,4 %
Celkem	1 397	100 %	1 303	100 %

Celková statistika výroků rozhodnutí Komise za roky 2017 a 2018				
Výrok rozhodnutí Komise	Rok 2017		Rok 2018	
	V absolutních číslech	Procentuální vyjádření	V absolutních číslech	Procentuální vyjádření
Rozhodnutí zrušeno a vráceno	2 359	35,74 %	2 888	39,04 %
Ostatní	4 242	64,26 %	4 509	60,91 %
Celkem	6 601	100 %	7 397	100 %

Ze statistických dat za roky 2017 a 2018 vyplývá, že přibližně u jednoho ze tří rozhodnutí správního orgánu I. stupně byly shledány důvody pro jeho zrušení. Rušení rozhodnutí správního orgánu I. stupně ze strany Komise není samoučelné, o čemž nejlépe vypovídá vysoká úspěšnost rozhodnutí Komise v rámci soudního přezkumu, která v roce 2018 činila téměř 86 % zamítnutých žalob proti rozhodnutí Komise. Na úseku agendy přechodných pobytů bylo zamítnuto 88 % žalob proti rozhodnutí Komise, na úseku agendy trvalých pobytů pak 82 % (viz tabulka níže).

² Rozhodnutí podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu.

³ Zahrnuje různé druhy rozhodnutí – rozhodnutí správního orgánu I. stupně se potvrzuje (§ 90 odst. 5 správního řádu), rozhodnutí správního orgánu I. stupně se zrušuje a řízení se zastavuje (§ 90 odst. 4 správního řádu), zastavení řízení v důsledku zpětvzeti odvolání (§ 91 odst. 3 správního řádu), zamítnutí odvolání pro opožděnost (§ 92 správního řádu).

Úspěšnost rozhodnutí Komise při soudním přezkumu za rok 2018				
Výrok rozsudku	Agenda PP	Agenda TP	Celkem	%
Žaloba zamítnuta	392	201	593	85,94 %
Zrušeno rozhodnutí správního orgánu I. stupně i Komise	17	11	28	4,06 %
Zrušeno rozhodnutí Komise	36	33	69	10 %
Celkem	445	245	690	100 %

Uvedená data je nutno hodnotit tak, že Komise svou činností zajišťuje vysokou úspěšnost rozhodnutí v pobytových věcech v soudním přezkumu. Při porovnání kvality vydaných rozhodnutí Komise a jejich právních předchůdců z pohledu „testu“ zákonnosti správními soudy tak došlo k velmi razantnímu zlepšení.

Z interních statistických údajů Komise bylo dále zjištěno, že průměrná výše nákladů, které Komise hradila žalobci či jeho zmocněnému zástupci za jednu prohranou žalobu u krajského soudu v roce 2018, činila v průměru přibližně 16 000 Kč. V případě neúspěšného podání kasační stížnosti k Nejvyššímu správnímu soudu tato částka ještě vzrůstá na průměrných 21 000 Kč. Pro srovnání je možné uvést, že průměrná hodnota ročních nákladů, které Komisi vznikly za roky 2017 a 2018 v souvislosti s úhradou soudních výdajů, činila 1 796 049,85 Kč.

4. OMEZENÍ PŮSOBNOSTI KOMISE

V roce 2018 byl zahájen legislativní proces na zabezpečení transpozice směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/801 ze dne 11. května 2016 o podmínkách vstupu a pobytu státních příslušníků třetích zemí za účelem výzkumu, studia, stáže, dobrovolnické služby, programů výměnných pobytů žáků či vzdělávacích projektů a činnosti au-pair do zákona o pobytu cizinců. Přestože transpoziční lhůta pro uvedenou směrnici byla stanovena na 23. května 2018, legislativní proces byl završen až po více než roce po uplynutí této lhůty (dne 16. července 2019 byla ve Sbírce zákonů publikována novela zákona o pobytu cizinců, tj. zákon č. 176/2019 Sb.).

V rámci legislativního procesu byla uplatněna řada pozměňovacích návrhů, přičemž jedním z nich byla vyloučena působnost Komise v případě rozhodnutí správního orgánu I. stupně vydaných podle ustanovení zákona vyjmenovaných v nově navrženém § 168 odst. 3 a 4 zákona o pobytu cizinců. Navrhované (resp. již schválené) ustanovení zní:

„(3) Rozhodnutí ministerstva vydané z důvodu uvedeného v § 37 odst. 1 písm. a), § 37a odst. 1 písm. d), § 37a odst. 2 písm. c), § 46a odst. 1 větě druhé,

§ 46a odst. 2 písm. c), § 46b odst. 1 větě druhé, § 46b odst. 2 písm. a), § 46d odst. 1 větě druhé, § 46d odst. 2 písm. b), § 46f odst. 1 písm. j), § 46f odst. 2 písm. b), § 46g odst. 1 písm. c), § 46g odst. 2 písm. d), § 56 odst. 1 písm. g), jde-li o skutečnosti uvedené v § 9 odst. 1 písm. h), § 56 odst. 2 písm. a), § 75 odst. 1 písm. e), § 75 odst. 2 písm. e) nebo f), § 77 odst. 1 písm. h) nebo i), § 77 odst. 2 písm. a) nebo f), § 87d odst. 2 písm. c) nebo d), § 87e odst. 1 písm. f) nebo g), § 87f odst. 3 písm. e) nebo f), § 87k odst. 1 písm. a) nebo d) nebo § 87l odst. 1 písm. a), e) nebo f), nabyvá právní moci jeho oznámením.

(4) Ustanovení § 101 písm. b) správního řádu se v řízeních podle tohoto zákona nepoužije. Ustanovení správního řádu upravující přezkumné řízení se v případech podle odstavce 3 nepoužijí.

Z hlediska Komise je stěžejní otázkou, nakolik výše uvedené, zcela nestandardní legislativní řešení vylučuje její působnost jako nadřízeného správního orgánu ministerstva vnitra podle § 170a zákona o pobytu cizinců. Přitom lze vycházet z toho, že nový § 168 odst. 3 nevylučuje ve smyslu § 81 odst. 1 správního řádu podání odvolání, pouze speciálně ve vztahu k § 73 odst. 1 správního řádu určuje právní moc rozhodnutí. Podle § 73 odst. 1 správního řádu rozhodnutí nabyvá právní moci, nestanoví-li zákon jinak (nový § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců), bylo-li oznámeno a nelze proti němu podat odvolání. Navrhovaná speciální právní úprava explicitně nevylučuje podání odvolání, pouze speciálně vůči § 73 odst. 1 správního řádu určuje okamžik nabytí právní moci rozhodnutí.

S ohledem na výše uvedené je potřeba si položit otázku, je-li možné z navrhovaného § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců dovozovat, že nelze proti vyjmenovaným rozhodnutím podat odvolání, anebo zda daná právní úprava může vést k tomu, že Komise bude nadále rozhodovat o odvolání, ačkoliv napadené rozhodnutí nabylo právní moci? Takový závěr by nutně musel vést k otázkám ohledně postupu při projednávání odvolání a především povaze rozhodnutí o takovém odvolání.

Pokud však vyjdeme z toho, že nový § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců vylučuje možnost podání odvolání proti rozhodnutím ministerstva vnitra vydaným na základě vyjmenovaných ustanovení tohoto zákona, znamená to rovněž, že odvolání nelze podat proti usnesením vydávaným v průběhu řízení, jež k vydání daného rozhodnutí vedlo? Domnívám se, že takový závěr nelze učinit. Přitom lze vycházet z toho, že odvolání je vyloučeno pouze u meritorických rozhodnutí, nikoliv u procesních rozhodnutí (včetně usnesení o zastavení řízení). Dále lze vycházet z toho, že opačný závěr by mohl vést k narušení právní jistoty, neboť v průběhu řízení nemusí být zřejmé, jaký bude jeho výsledek. Proces se tedy nemůže odvíjet od rozhodnutí, ale naopak rozhodnutí má být výsledkem procesu. Z povahy rozhodnutí tedy není možné dovozovat

konkrétní procesní práva účastníků řízení, naopak ta musí být garantována bez ohledu na výsledek řízení. Z uvedeného dále vyplývá, že rovněž nelze vyloučit postup při ochraně před nečinností podle § 80 správního řádu, včetně případné atrakce, stejně jako například přešetření způsobu vyřízení stížnosti podle § 175 odst. 7 správního řádu.

S výše uvedeným souvisí rovněž otázka, zda vyluka v podání odvolání směřuje skutečně jen proti meritornímu rozhodnutí (rozhodnutí o zamítnutí žádosti nebo o zrušení pobytového oprávnění), nebo se týká rovněž například rozhodnutí o zamítnutí žádosti o povolení obnovy řízení. V řízení o povolení obnovy řízení je posouzení předmětu řízení pouze okrajové, předmětem tohoto řízení je posouzení předkládaných důvodů, zda se jedná o důvody pro obnovu řízení a zda tyto důvody mohou vést k jinému rozhodnutí o předmětu pravomocně ukončeného řízení. Rozhodnutí je vydáváno na základě § 100 správního řádu, nikoliv na základě zákona o pobytu cizinců, a proto na toto rozhodnutí vyluka v novém § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců pravděpodobně nedopadá. Naopak se zřejmě uplatní v případě nového rozhodnutí vydaného v novém řízení na základě obnovy.

Zvláštní otázkou pak je, zda lze novou vyluku působnosti v § 168 odst. 3 a 4 zákona o pobytu cizinců posuzovat formálně (o rozhodnutí vylučující možnost podat odvolání se jedná v případě, že formálně odkazuje na vyjmenovaná ustanovení zákona o pobytu cizinců), nebo materiálně, například v případě, že je rozhodnutí formálně založeno na vyjmenovaném ustanovení, ale je zjevně nepřezkoumatelné nebo trpí jinou závažnou vadou (účelově je využito vyjmenované ustanovení). To může mít význam především při posuzování odvolání podaného proti takovému rozhodnutí v případě, že by odvolatel namítal, že vyjmenované ustanovení zákona bylo aplikováno zjevně účelově s cílem vyloučit odvolací řízení.

S ohledem na výše uvedené nejasnosti se Komise obrátila s žádostí o poskytnutí výkladového stanoviska na věcného gestora správního řádu, tedy odbor legislativy a koordinace předpisů ministerstva vnitra, který rovněž zabezpečuje činnost Poradního sboru ministra vnitra ke správnímu řádu a správnímu trestání.

V otázce vyloučení Komise jako nadřízeného správního orgánu ministerstva vnitra odbor legislativy a koordinace předpisů zastává názor, že nový § 168 zákona o pobytu cizinců nic nemění na skutečnosti, že Komise je nadále nadřízeným správním orgánem ministerstva vnitra. Pozměňovací návrh žádným způsobem nezasahuje do právní úpravy obsažené v § 170a zákona o pobytu cizinců, a proto Komise zůstane nadřízeným správním orgánem ministerstva vnitra, a to i ve věcech stanovených v upraveném § 168 odst. 3, byť nebude moci uplatňovat některé instituty, které jinak nadřízenému

správnímú orgánu náleží (např. provádět přezkumné řízení). Komise však bude moci v těchto případech konat například ve věcech ochrany před nečinností správního orgánu I. stupně apod.

K možnosti podat řádný opravný prostředek proti rozhodnutím uvedeným v § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců na území České republiky odbor legislativy a koordinace předpisů uvedl, že ze zmíněného odůvodnění pozměňovacího návrhu je zřejmé, že jeho cílem je, aby u vybraných rozhodnutí o ukončení pobytu cizince na území České republiky nebylo možné podání opravných prostředků, a to jak řádných (odvolání), tak mimořádných [přezkumné řízení, obnova řízení (srov. nový § 168 odst. 4 zákona o pobytu cizinců)].

Podle nového § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců rozhodnutí ministerstva vnitra vydané z důvodů vyjmenovaných v tomto ustanovení nabývá právní moci jeho oznámením. Sporné se jeví, zda tato úprava vylučuje možnost podat odvolání proti takovému rozhodnutí, či nikoliv. Podle § 81 odst. 1 správního řádu platí, že účastník řízení může proti rozhodnutí podat odvolání, pokud zákon nestanoví jinak. V tomto případě však zákon o pobytu cizinců na území České republiky výslovně odvolání nevylučuje, stanoví však, že rozhodnutí nabývá právní moci oznámením. Podle § 73 odst. 1 správního řádu platí, že nestanoví-li tento zákon jinak, je v právní moci rozhodnutí, které bylo oznámeno a proti kterému nelze podat odvolání. Právní moc tedy vyjadřuje určitou konečnost vydaného rozhodnutí. Rozhodnutí je konečné v tom smyslu, že je již nelze napadnout řádným opravným prostředkem (formální stránka právní moci) a je závazné a nezměnitelné (materiální stránka). Právní moc může být prolomena pouze zákonem stanoveným způsobem, zejména prostřednictvím mimořádných opravných a dozorčích prostředků, resp. prostřednictvím soudních rozhodnutí. Podle § 85 odst. 1 správního řádu platí, že nestanoví-li zákon jinak, má včas podané a přípustné odvolání odkladný účinek. V důsledku odkladného účinku odvolání nenastává právní moc, vykonatelnost, ani jiné právní účinky rozhodnutí.

Novou úpravu § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců by bylo možno chápat též jako svébytné vyloučení odkladného účinku v tom smyslu, že zákon „stanoví jinak“, když uvádí, že rozhodnutí nabývá právní moci jeho oznámením bez toho, aby zároveň vylučoval možnost podat odvolání. Podané odvolání by pak z povahy věci nemohlo mít za následek, že právní moc „nenastává“, když nastala již oznámením rozhodnutí.

Nicméně lze mít pochybnosti o tom, zda je možné připustit odvolání proti pravomocnému rozhodnutí. Taková možnost by byla v rozporu s obecnou koncepcí řádných opravných prostředků a i s podstatou institutu právní moci jako takového. Právní teorie rozlišuje jednak formální právní moc, kterou se rozumí to, že vydané rozhodnutí není možné napadnout řádným opravným

prostředkem (§ 73 odst. 1 správního řádu), a jednak materiální právní moc vyjadřující nezměnitelnost správního rozhodnutí a jeho závaznost (viz § 73 odst. 2 správního řádu). Nabytím právní moci řízení končí. Pokud by se připustilo odvolání proti pravomocnému rozhodnutí, nemohlo by jít již z povahy věci o řádný opravný prostředek. Vystaly by tak případné výkladové nejasnosti i ve vztahu k právní úpravě v soudním řádu správním. Ten v § 72 odst. 1 stanoví, že žalobu lze podat do dvou měsíců poté, kdy rozhodnutí bylo žalobci oznámeno doručením písemného vyhotovení nebo jiným zákonem stanoveným způsobem, nestanoví-li zvláštní zákon lhůtu jinou. A v § 68 písm. a) uvádí, že žaloba je nepřipustná, nevyčerpali žalobce řádné opravné prostředky v řízení před správním orgánem. Bylo by tedy sporné, zda lhůta pro podání žaloby běží od oznámení rozhodnutí, které oznámením nabylo právní moci, nebo až od rozhodnutí o odvolání, které by však mohlo být v tomto případě stěžejí považováno za řádný opravný prostředek, když by směřovalo proti pravomocnému rozhodnutí. Tomu, že úpravu v § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců nelze zřejmě chápat jako vyloučení odkladného účinku, nasvědčuje též odborná literatura, když konstatuje: „Vyloučení odkladného účinku se ale prakticky týká jen vyloučení odkladu jeho vykonatelnosti, popř. jiných právních účinků, vyloučit odklad nabytí právní moci rozhodnutí nelze ani při vyloučení odkladného účinku, a je-li podáno včasné odvolání a přípustné odvolání, nastane právní moc rozhodnutí až s ukončením odvolacího řízení.“⁴ S ohledem na výše uvedené se odbor legislativy a koordinace předpisů přiklonil k závěru, že § 168 odst. 3 je nutno vyložit tak, že proti takovému rozhodnutí nebude možné podat odvolání, neboť odvolání jako řádný opravný prostředek je možné podat pouze vůči rozhodnutí, které dosud nenabylo právní moci.

Uvedené závěry však nebrání podání odvolání proti procesním rozhodnutím vydávaným v průběhu předmětných řízení, neboť citovaná výluka se vztahuje pouze k meritorním rozhodnutím, na která je v § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců odkazováno, nikoliv na rozhodnutí procesního charakteru. Tato výluka nedopadá ani na rozhodnutí o zamítnutí žádosti o povolení obnovy řízení, neboť jde o rozhodnutí odlišné od meritorního rozhodnutí, na které výluka směřuje. K tomuto lze doplnit, že předmětnou úpravu je nutno vykládat extenzivně, nikoliv restriktivně, jde-li o posuzování možnosti podat opravný prostředek. Samotnou otázkou pak je, o jaká rozhodnutí procesního charakteru by se typově jednalo. Řada usnesení se pouze poznamenává do spisu, přičemž správní řád u tohoto typu usnesení odvolání výslovně vylučuje. Odvolání je vyloučeno také v § 13 odst. 1 (usnesení o dožádání), v § 80

⁴ VEDRAL, J. *Správní řád: komentář*. 2., aktualizované a rozšířené vydání. Praha: BOVA POLYGON, 2012. s. 739.

odst. 6 (usnesení, kterým bylo přijato opatření proti nečinnosti), v § 85 odst. 4 (rozhodnutí o vyloučení odkladného účinku) atd. Usnesení o zastavení řízení by v těchto případech účastník řízení jen stěží napadal odvoláním, neboť tento typ rozhodnutí by pro něj byl fakticky pozitivním výsledkem (nedošlo by k ukončení jeho pobytu na území České republiky).

K otázce, zda lze navrhovanou výlukou posuzovat formálně nebo materiálně, lze jen stěží zaujmout jednoznačné stanovisko, neboť vždy bude záležet na okolnostech konkrétního případu. Odbor legislativy a koordinace předpisů se domnívá, že při posuzování konkrétního rozhodnutí a proti němu podaného odvolání je třeba vycházet z obsahu rozhodnutí a provedeného řízení. Nevylučuje přitom, že v konkrétním případě bude vedle formálního hlediska zohledněno též hledisko materiální. Pokud by například z obsahu rozhodnutí, včetně jeho odůvodnění, vyplývalo, že účelem provedeného řízení bylo vydání jiného rozhodnutí, než které spadá do výčtu v § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců, ale správní orgán přesto vydal rozhodnutí opřené o některé z odkazovaných ustanovení, pak by bylo možné přihlédnout k obsahu rozhodnutí a odvolání vyhovět. Na druhou stranu v případě, kdy správní orgán postupoval podle § 168 odst. 3 zákona o pobytu cizinců, protože skutkový stav podřadil pod nesprávnou právní kvalifikaci, pak samotná tato skutečnost zřejmě nebude důvodem pro posouzení podaného odvolání jako přípustného.

5. ZÁVĚR

Zřízení Komise s účinností k 1. lednu 2011 bylo, podle mínění nezávislých právních expertů, jednoznačně pozitivním krokem ke stabilizaci a konsolidaci pobytových správních řízení v rámci vedených odvolacích řízení. Komise po svém zřízení potvrdila požadavek specializace a odbornosti jednotlivých členů, kolegiální charakter rozhodování (v tříčlenných senátech) a rovněž většinou účast externích odborníků na rozhodování. Tím byly posíleny atributy nezávislosti a objektivnosti při rozhodování, tvořící součást standardů procedurální spravedlnosti. Rozhodovací činnost Komise tak reálně přispívá ke sjednocování rozhodovací praxe v rámci řízení vedených o žádostech cizinců o pobytová oprávnění, a to jak v oblasti dlouhodobých víz, tak i v oblasti dlouhodobých, přechodných a trvalých pobytů.

S ohledem na skutečnost, že Komise vykonává tzv. horizontální přezkum, byť má vůči správnímu orgánu I. stupně postavení nadřízeného správního orgánu, jsou její reálné možnosti ovlivnění činnosti tohoto orgánu velmi omezené. Standardní činností nadřízeného správního orgánu vůči podřízeným orgánům je například výkon činností v rámci správního procesu, metodická

a podpůrná činnost, popř. dozorová, řídicí a koncepční činnost (včetně legislativy).

V případě Komise je realizována její procesní role správního orgánu nadřízeného ministerstvu vnitra a prostřednictvím přijatých rozhodnutí též incidenčně metodická činnost. Ostatní aspekty činnosti nadřízeného orgánu (kontrola, koncepce, řízení apod.) Komise nevykonává anebo jen velmi omezeně. Komise v tomto ohledu participuje na koncepční a metodické činnosti pouze v rámci možností vymezených správním orgánem I. stupně (například v rámci připomínkového řízení ke koncepčním materiálům nebo při jednání ke konkrétním právním problémům), který je gestorem právní úpravy pobytu cizinců a migrační politiky.

V oblasti legislativy je možnost participace Komise omezena jen na vnitřní připomínkové řízení, nemá tedy jiný prostředek k ovlivnění právní úpravy, aby byly zohledněny a využity její zkušenosti se správní praxí a rozhodovací praxí správních soudů, s nimiž je v přímém kontaktu. Tento stav je důsledkem tzv. horizontálního přezkumu a měl by vést k intenzivní a též ke konstruktivní potřebě dialogu mezi správním orgánem I. stupně a Komisí, neboť se nemohou uplatnit prostředky obvyklé v hierarchicky uspořádané struktuře správních orgánů.

V rámci posuzování možností ingerence Komise do činnosti správního orgánu I. stupně je rovněž nutné rozlišovat různé agendy vykonávané správním orgánem I. stupně, neboť u některých nemá Komise postavení nadřízeného správního orgánu a u některých má k dispozici jen velmi omezené procesní prostředky (například agenda dlouhodobých víz). V případě dlouhodobých víz Komise provádí nové posouzení důvodů neudělení dlouhodobého víza podle § 180e zákona o pobytu cizinců. Nové posouzení důvodů neudělení dlouhodobého víza je specifickým opravným prostředkem vůči sdělení o důvodech neudělení tohoto víza, přičemž proti tomuto sdělení obecně není možné podat žalobu.⁵

Komise tedy v této agendě nemá žádný prostředek přímého metodického ovlivňování činnosti správního orgánu I. stupně, neboť na rozdíl od správního řízení nemůže věc vrátit správnímu orgánu I. stupně spolu se závazným právním názorem.

Od počátku existence Komise se projevuje zřetelný zájem na omezení její působnosti či na její úplné zrušení, který je veden snahou o odstranění objektivní a nezávislé kontroly způsobu rozhodování o podaných žádostech nebo rozhodnutí vydaných na základě řízení vedených z moci úřední.

⁵ Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 6 Azs 253/2016 však již soudní přezkum sdělení o důvodech neudělení dlouhodobého víza připustil, v praxi však tento judikát není aplikován.

V této souvislosti je nezbytné poukázat i na poslední novelu zákona o pobytu cizinců, kterou byla omezena působnost Komise zrušením odvolacího řízení v případech, kdy se cizinec dopustil úmyslného trestného činu nebo nesplňuje podmínku trestní zachovalosti, případně představuje nebezpečí veřejnému pořádku nebo bezpečnosti státu, přičemž cizinec se může domáhat přezkumu pouze žalobou podle soudního řádu správního. Jako důvod této zásadní změny bylo uváděno dosažení zkrácení délky vedených správních řízení. K tomu je však třeba uvést, že Komise o odvolání proti rozhodnutí správního orgánu I. stupně již dlouhodobě rozhoduje v zákonem stanovených lhůtách (s výjimkou dlouhodobých pobytů, u nichž došlo k rozhodování v zákonných lhůtách v průběhu roku 2019). Je tedy plně garantována zásada rychlosti řízení zakotvená v § 6 odst. 1 správního řádu, podle níž správní orgán vyřizuje věci bez zbytečných průtahů.

Jedním z přímých dopadů případného zrušení Komise by nepochybně byl značně zvýšený nápad žalob ke správním soudům, které jsou již v dnešní době mimořádně vytížené až přetížené, což by v důsledku vedlo pouze k dalšímu prodloužení již tak značně dlouhé doby, která uplyne od podání žaloby proti rozhodnutí správního orgánu, do vydání rozhodnutí ve věci.

Negativní dopad v této oblasti lze ostatně očekávat již v souvislosti s výše uvedenou novelou zákona o pobytu cizinců. Úplné zrušení Komise by tento problém dále prohloubilo. Případné řešení nastalé situace (např. zvýšení počtu soudců na úseku správního soudnictví a s tím zvýšené nároky na mzdové a jiné náklady) by ve svém důsledku vedlo pouze k dalšímu zvýšení nákladů rezortu ministerstva spravedlnosti.

Opomenout nelze ani další dopady na státní rozpočet. Jak již bylo uvedeno, průměrná výše nákladů, které Komise hradila žalobci či jeho zmocněnému zástupci za jednu prohranou žalobu u krajského soudu v roce 2018, činila v průměru přibližně 16 000 Kč. V případě neúspěšného podání kasační stížnosti k Nejvyššímu správnímu soudu tato částka ještě vzrůstá na průměrných 21 000 Kč. Pro srovnání je možné uvést, že průměrná roční hodnota nákladů, které Komisi vznikly za roky 2017 a 2018 v souvislosti s úhradou soudních výdajů, činila 1 796 049,85 Kč. Budeme-li vycházet z počtu zrušených rozhodnutí správního orgánu I. stupně v roce 2017 a 2018, pak by budoucí průměrné náklady po případném vyloučení Komise jako odvolacího správního orgánu, činily za roky 2020 a 2021 v průměru 43 722 049,85 Kč, což představuje nárůst o 2 337 %.

Na závěr je třeba zdůraznit, že odvolací správní řízení je součástí práva na spravedlivý proces ve smyslu čl. 36 Listiny základních práv a svobod, které se váže k procesní ochraně práv účastníků a jejich oprávněných zájmů. Obsahuje v sobě celou řadu dílčích principů, které ve svém souhrnu vytvářejí

spravedlnost řízení: (a) právo na přístup k zákonem stanovenému orgánu, který poskytuje ochranu, (b) zákonem stanovený postup a upravený proces, (c) spravedlivé rozhodnutí, (d) efektivní prostředky nápravy, (e) nárok na náhradu za nespravedlivé rozhodnutí.

Z výše uvedených důvodů je tedy nezbytné posílit pravomoci a působnost Komise např. o legislativní, metodickou či koncepční činnost a nadále prohlubovat její nezávislost.

Problematika posuzování žádostí cizinců o vydání zaměstnanecké karty s odkazem na § 42g odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců

Zuzana Dvořáková*

1. ÚVOD

Institut zaměstnanecké karty umožňující jeho držitelé pobývat na území České republiky a současně vykonávat zaměstnání byl novelou č. 101/2014 Sb. zaveden do zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“). K podání žádosti o zaměstnaneckou kartu je oprávněn cizinec, pokud je účelem jeho pobytu na území zaměstnání na jedné z pracovních pozic zařazených do centrální evidence volných pracovních míst obsaditelných držitelé zaměstnanecké karty. Ta obsahuje základní charakteristiku volných pracovních míst, včetně určení místa výkonu práce, druhu vykonávané práce, mzdových podmínek, délky zaměstnání a také informaci, zda je pracovní místo aktuálně obsaditelné držitelé zaměstnanecké karty a nebylo ze zákonem stanovených důvodů z nabídky vyřazeno. Pro zařazení volného pracovního místa do centrální evidence je nutné, aby prošlo tzv. testem trhu práce, čímž je vyloučena možnost jeho obsazení potenciálními uchazeči z řad občanů České republiky a Evropské unie. A právě z důvodu, aby nedocházelo k obcházení smyslu a účelu testu trhu práce, musí být podmínky, za nichž bylo dané pracovní místo „testováno“, shodné s podmínkami, které jsou obsahem pracovněprávního vztahu cizince. Je proto nezbytné důsledně posuzovat, zda údaje uvedené v pracovní smlouvě nebo ve smlouvě o smlouvě budoucí jsou shodné s charakteristikou volného pracovního místa nabízeného v centrální evidenci volných pracovních míst obsaditelných držitelé zaměstnanecké karty

* Ministerstvo vnitra, odbor správní.

2. ZÁKLADNÍ POJMY

Ustanovení § 42g odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců stanoví: „*Žádost o vydání zaměstnanecké karty je oprávněn podat cizinec, pokud je účelem jeho pobytu na území zaměstnání na jedné z pracovních pozic uvedených v centrální evidenci volných pracovních míst obsaditelných držiteli zaměstnanecké karty.*“ K pochopení dané problematiky je třeba připomenout, že zaměstnaneckou kartou se rozumí druh povolení k dlouhodobému pobytu opravňujícího cizince k přechodnému pobytu na území delšímu než 3 měsíce a k výkonu zaměstnání na pracovní pozici, na kterou byla zaměstnanecká karta vydána.

Centrální evidenci volných pracovních míst obsaditelných držiteli zaměstnanecké karty (dále jen „centrální evidence“) je evidence spravovaná ministerstvem práce a sociálních věcí. Obsahuje údaje umožňující identifikaci zaměstnavatele a základní charakteristiku volného pracovního místa. Tou se rozumí určení druhu práce a místa výkonu práce, předpoklady a požadavky stanovené pro zastávání pracovního místa, základní informace o pracovních a mzdových podmínkách a informaci, zda se jedná o pracovní místo vyhrazené nebo vhodné pro osobu se zdravotním postižením. Dále centrální evidence obsahuje informaci o tom, zda jde o zaměstnání na dobu neurčitou, nebo určitou a jeho předpokládanou délku. Centrální evidence může dále obsahovat zejména informace o možnostech ubytování, dojíždění do zaměstnání a další informace, které zaměstnavatel požaduje zveřejnit.

Volným pracovním místem obsaditelným držiteli zaměstnanecké karty se rozumí pracovní místo, s jehož zařazením do evidence vyslovil zaměstnavatel souhlas a současně nebylo obsazeno do 30 dnů od jeho oznámení příslušné krajské pobočce úřadu práce, s výjimkou pracovních míst úředníků územních samosprávných celků a služebních míst státních zaměstnanců, pokud jde o pracovní místo, pro jehož výkon se vyžaduje vysoká kvalifikace podle zákona o pobytu cizinců.¹ Na dané pracovní místo tedy proběhl tzv. test trhu práce, kdy bylo zjišťováno, zda jej nelze obsadit občanem České republiky nebo Evropské unie, čímž je chráněn český trh práce.

¹ Blíže viz § 37 a 37a zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zaměstnanosti“).

3. PŘÍPADY Z PRAXE

3.1 Pracovní místo je z centrální evidence vyřazeno

V praxi se lze často setkat s případy, kdy volné pracovní místo požadované cizincem není v době rozhodování správního orgánu I. stupně evidováno jako „volné“, resp. není splněna podmínka *sine qua non* pro vydání zaměstnanecké karty, tedy existence konkrétní pracovní pozice nabízené v centrální evidenci. Důvodem k vyřazení volného pracovního místa může být skutečnost, že zaměstnavatel aktuálně nehledá žádného zaměstnance na danou pozici a že volné místo má nastaven příznak ministerstva práce a sociálních věcí pro vyjmutí z nabídky pro zaměstnanecké karty, nebo že potenciálnímu zaměstnavateli cizince byla v období posledních 4 měsíců uložena pokuta za porušení povinnosti vyplývající ze zvláštních právních předpisů, které kontroluje státní úřad inspekce práce nebo oblastní inspektorát práce ve smyslu § 38 zákona o zaměstnanosti, nejčastěji za umožnění výkonu nelegální práce podle § 5 písm. e) téhož zákona. V takovémto případě nelze žádosti cizince vyhovět, neboť by počet vyhověných žádostí a vydaných zaměstnaneckých karet překračoval aktuální počet volných pracovních míst pro zaměstnanecké karty. Žádost cizince pak bývá zamítna podle § 46 odst. 6 písm. b) zákona o pobytu cizinců² ve spojení s § 42g odst. 2 písm. a) téhož zákona. Toto ustanovení neposkytuje správním orgánům přílišný prostor pro správní uvážení, jelikož § 46 odst. 6 písm. b) zákona o pobytu cizinců zcela konkrétně uvádí, že „[m]inisterstvo zaměstnaneckou kartu nevydává [...]“.³

Pro posouzení otázky, k jakému datu má správní orgán stav volného pracovního místa nahlédnutím do centrální evidence zjišťovat, lze opětovně vycházet z konstantní judikatury, podle níž je rozhodující skutkový a právní stav v době vydání rozhodnutí.⁴ To platí jak pro rozhodování správního orgánu

² „Pro zaměstnaneckou kartu platí obdobně odstavce 1 věta druhá a § 55 odst. 1, § 58 odst. 3 a § 62 odst. 1 vztahující se na dlouhodobé vízum. Ministerstvo zaměstnaneckou kartu nevydává, nespĺňuje-li cizinec podmínku uvedenou v § 42g odst. 2, 3 nebo 4.“

³ Srov. rozsudek Krajského soudu v Plzni č. j. 30 A 79/2013-128 ze dne 30. června 2015, právní věta: „Obsah výše citovaných ustanovení zákona o pobytu cizinců je poměrně striktní a vyplývá z něj, že až na korektiv vyplývající z § 37 odst. 2 věty poslední zákona o pobytu cizinců, rozhodovací orgány (Ministerstvo nebo Komise) obecně nemají v případech obdobných tomu žalobcovu významný prostor pro správní uvážení pro případ zmírnění možné „tvrzení zákona“ (k tomu srov. dikci těchto ustanovení: ‚dobu pobytu [...] nelze prodloužit‘, ‚ministerstvo dále zruší platnost víza‘, ‚dlouhodobé vízum [...] ministerstvo cizinci neudělí‘).“

⁴ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 68/2008-126 ze dne 17. prosince 2008: „Správní orgán vychází při vydání rozhodnutí ze skutkového a právního stavu, který zde je v době rozhodování. Totéž platí i o rozhodnutí odvolacího správního orgánu (např. již rozhodnutí prvorepublikového NSS ze dne 20. 10. 1925, sp. zn. 8179/25, Boh. A. č. 5975/26),

I. stupně, tak i pro rozhodování odvolacího správního orgánu, neboť právě vyřazení volného pracovního místa z centrální evidence z důvodu uložené pokuty zaměstnavateli za umožnění výkonu nelegální práce bývá časově omezené. A není vyloučeno, že v době rozhodování odvolacího správního orgánu tomu tak již nebude. Je možné polemizovat o tom, zda by žadatel o vydání zaměstnanecké karty měl být sankcionován za případná minulá pochybení zaměstnavatele, pro kterého má v úmyslu pracovat, v důsledku čehož bylo volné pracovní místo vyřazeno z centrální evidence. Obecně však převažuje zájem na optimalizaci situace na trhu práce s tím, že na plnění účelu pobytu je nezbytné nahlížet jako na kategorii objektivní, nezávislou na vůli cizince. Pokud cizinec nemůže plnit účel pobytu a být zaměstnán na pracovní pozici evidované v centrální evidenci, jedná se o okolnost, která neumožňuje vydání zaměstnanecké karty.⁵ Ostatně umožnění výkonu nelegální práce potenciálním zaměstnavatelem cizince v období 4 měsíců předcházejících podání žádosti je zvláštním důvodem pro zamítnutí žádosti podle § 178f písm. b) zákona o pobytu cizinců, neboť se jedná o zaměstnavatele nespolehlivého.

Pro vyřazení volného pracovního místa z centrální evidence není relevantní důvod, pro který bylo dané pracovní místo zrušeno (např. z důvodu již zmíněné uložené pokuty budoucímu zaměstnavateli cizince za nelegální práci nebo z důvodu, že s ohledem na změnu situace na trhu práce lze pracovní místo obsadit jinak). Rozhodná je skutečnost, zda je místo v centrální evidenci v době rozhodování správního orgánu vedeno či nikoli. Ze strany správních orgánů tedy není nutné zjišťovat, např. od zaměstnavatele cizince či příslušné krajské pobočky úřadu práce, z jakého důvodu bylo volné pracovní místo z centrální evidence vyřazeno.⁶

což lze dovodit i z § 75 odst. 1 s. ř. s. Pokud správní soud přezkoumává rozhodnutí správního orgánu (zpravidla odvolacího orgánu) dle skutkového a právního stavu, který zde byl v době rozhodování správního orgánu, pak i samo rozhodnutí (odvolací) musí vycházet ze stavu v době svého vydání“.

⁵ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Azs 248/2017-37 ze dne 25. ledna 2018, kde soud judikoval toto: „Provedené dokazování potvrzuje, že se stěžovatel do nepříznivé situace dostal na základě okolností, které byly na jeho vůli nezávislé. Ani tento fakt však není způsobilý zhojit skutečnost, že stěžovatel nemůže plnit účel pobytu předpokládaný zaměstnaneckou kartou [...]. Podle Nejvyššího správního soudu v projednávané věci převažuje zájem státu na dodržování předpisů regulujících pobyt cizinců na území České republiky s tím, že na plnění účelu pobytu je nezbytné nahlížet jako na kategorii objektivní, nezávislou na vůli cizince. Pokud cizinec nemůže plnit účel pobytu, jedná se o okolnost, která předstává závaznou překážku pobytu zamezující vydání zaměstnanecké karty.“

⁶ Srov. rozsudek Krajského soudu v Praze č. j. 45 A 27/2017-32 ze dne 24. září 2018, právní věta: „K tomu soud konstatuje, že se žalobce mylí, neboť o tom, že byla pracovní pozice zaměstnavatelem k 3. 3. 2016 zrušena, svědčí výpis z evidence volných pracovních míst obsaditelných držiteli modré karty a sdělení Úřadu práce ze dne 15. 6. 2016 o tom, že se tak stalo po telefonické dohodě. Tyto důkazy pokládá soud za dostatečné a jednoznačné

Možným způsobem řešení situace ze strany cizince, když dojde k vyřazení volného pracovního místa z centrální evidence, je podání žádosti o změnu obsahu podání⁷ (např. z důvodu změny zaměstnavatele) ve smyslu § 41 odst. 8 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Podle něho „[p]ožádat o povolení změny obsahu podání účastník může pouze do vydání rozhodnutí (§ 71). Správní orgán může povolit zpětvzetí nebo změnu obsahu podání jen v případě, že podateli hrozí vážná újma; tím není dotčeno ustanovení § 45 odst. 4 [...]“. Cizinec správní orgán buď přímo požádá o změnu obsahu podání, anebo požádá o „změnu zaměstnavatele“, po čemž následně správní orgán cizince vyzve k upřesnění jeho podání. Tedy jestli požaduje být zaměstnán na nové pracovní pozici (vyplývající z doložené nové pracovní smlouvy), či zda požaduje vedle pracovního místa, na které žádá o zaměstnaneckou kartu, být zaměstnán ještě na další pracovní pozici v souladu s § 42g odst. 8 zákona o pobytu cizinců, které podléhá předchozímu souhlasu správního orgánu. Dle § 41 odst. 8 správního řádu cizinec může požádat o změnu obsahu podání pouze do vydání rozhodnutí a současně musí doložit hrozící vážnou újmu. Na správním orgánu I. stupně je, aby posoudil, zda žádosti vyhoví, či nikoli, o čemž rozhodne formou usnesení.⁸

Značně problematické bývají případy, kdy správní orgán o žádostech o změnu obsahu podání učiněných ze strany cizince (někdy jich bývá i několik) nerozhodne, konkludentně je akceptuje, ověřuje stav volných pracovních míst nahlédnutím do centrální evidence a zjistí, že např. u posledního cizincem doloženého zaměstnavatele není pracovní místo obsaditelné držiteli zaměstnanecké karty, a následně žádost zamítá pro nesplnění podmínky podle § 42g odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců. Takový postup je však jednoznačně nesprávný, neboť rozhodnutím správního orgánu I. stupně o změně

prokazující, že byla pracovní pozice zrušena [...]. Pro aplikaci § 42i odst. 6 písm. c) zákona o pobytu cizinců není relevantní důvod, proč bylo příslušné pracovní místo z příslušné evidence vyřazeno; rozhodná je pouze ta skutečnost, zda v dané evidenci je konkrétní pracovní místo vedeno či nikoli [...]. Současně nebylo na místě zjišťovat u zaměstnavatele důvod, zda a proč se tak stalo.“

⁷ Výkladem pojmu „změna obsahu podání“ se zabýval Nejvyšší správní soud např. ve svém rozsudku č. j. 3 Azs 2/2014-30 ze dne 6. května 2015, v němž uvedl: „Změnou obsahu podání v řízení o žádosti je tak třeba chápat především rozšíření předmětu žádosti či takovou změnu, která dosavadní obsah žádosti v podstatném rozsahu nahrazuje novým.“

⁸ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 Azs 2/2014-30 ze dne 6. května 2015, právní věta: „Hovoří-li věta druhá ustanovení § 41 odst. 8 správního řádu o tom, že změnu obsahu podání správní orgán může povolit (za splnění podmínek vyplývajících z odst. 2, 3, 4, 6 a 7 téhož ustanovení), je evidentní, že o takovém návrhu musí být formálně rozhodnuto, tedy musí být vydáno usnesení. Pokud správní orgán stěžovatelovu žádost o povolení změny obsahu podání (původní žádosti) pouze neformálně akceptoval a pokračoval v řízení v intencích požadované změny, postupoval procesně vadným způsobem.“

obsahu podání mohlo být určeno, že nově doložení zaměstnavatelé nebudou akceptováni a je třeba žádost posuzovat k původnímu zaměstnavateli. Odvolacímu správnímu orgánu pak nezbývá než rozhodnutí správního orgánu I. stupně zrušit a věc mu vrátit pro nepřezkoumatelnost.

Správní orgán I. stupně žádostem o změnu obsahu podání většinou nevyhovuje z důvodu neprokázání hrozící vážné újmy. Vážnou újmu cizinci nejčastěji spatřují v marném vynaložení nákladů na správní řízení, v nemožnosti obstarat prostředky na živobytí sobě i své rodině, či v nemožnosti fakticky podat novou žádost o vydání zaměstnanecké karty na zastupitelském úřadu České republiky. Odvolací správní orgán zastává názor, že vzhledem k tomu, že řízení o žádosti je řízením návrhovým, a je zcela v dispozici cizince, jestli žádost podá či nikoli, musí být též srozuměn s tím, že podání žádosti je spojeno s určitými náklady řízení, spočívajícími v uhrazení správního poplatku, překladu dokladů či cest na zastupitelský úřad. Též dopad do ekonomické situace rodiny nelze považovat za vážnou újmu, neboť ani v případě vyhovění jeho žádosti o změnu obsahu podání by žádosti o vydání zaměstnanecké karty nemuselo být vyhověno. Navíc má cizinec možnost podat novou žádost o vydání zaměstnanecké karty na zastupitelském úřadě České republiky. Je sice pravdou, že občané Vietnamské socialistické republiky skutečně nemohou s odkazem na rozhodnutí vlády České republiky ze dne 18. 7. 2018, č. 474, která rozhodla o dočasném pozastavení příjmu žádostí o dlouhodobý pobyt za účelem zaměstnání a za účelem podnikání, v současné době novou žádost podat, nicméně jedná se pouze o dočasné opatření odůvodněné bezpečnostním rizikem.

Na druhou stranu je třeba mít na paměti, že ne každou „změnu“ žádosti lze kvalifikovat jako změnu obsahu podání. Když cizinec např. doloží nové číslo volného pracovního místa ke stejnému zaměstnavateli, ke kterému žádá o vydání zaměstnanecké karty, za účelem výkonu stejného druhu práce a na stejném místě výkonu práce, nemůže se jednat o změnu obsahu podání ve smyslu § 41 odst. 8 správního řádu. *De facto* jde pouze o „změnu“ čísla volného pracovního místa, na jehož charakteristiku však proběhl test trhu práce. Správní orgán I. stupně by měl doložené nové číslo volného pracovního místa akceptovat a pokračovat v posuzování žádosti cizince o vydání zaměstnanecké karty.

3.2 Rozpory v charakteristikách pracovního místa

Smyslem tzv. testu trhu práce je vyloučit možnost, že by volné pracovní místo mohlo být obsazeno občanem České republiky či Evropské unie. Pokud jsou však při zadání testu výchozí podmínky diametrálně odlišné od podmínek, které jsou posléze obsahem pracovněprávního vztahu cizince, pak test trhu

práce nemůže plnit svůj účel a podstatu a dochází k jeho obcházení. Odlišnost zásadních podmínek způsobuje, že bylo *de facto* testováno jiné pracovní místo, než na které byla posléze uzavřena pracovní smlouva, byť toto místo odpovídá svým formálním označením.⁹ Stanovení např. jiné výše mzdy či jiného místa výkonu práce mohlo mít vliv na existenci a počet potenciálních uchazečů z řad občanů České republiky nebo Evropské unie o danou pracovní pozici.

S ohledem na shora uvedené je správní orgán I. stupně povinen zkoumat soulad údajů uvedených u konkrétní pracovní pozice nabízené v centrální evidenci s údaji uvedenými v dokladu prokazujícím pracovněprávní vztah ve smyslu § 42h odst. 1 písm. a) zákona o pobytu cizinců (pracovní smlouva, dohoda o pracovní činnosti, smlouva o smlouvě budoucí), který cizinec v rámci řízení doloží. Stává se, že např. místo výkonu práce, výše mzdy či doba trvání pracovního poměru není shodná. Tato skutečnost však není bez dalšího dle ustálené rozhodovací praxe odvolacího správního orgánu důvodem pro zamítnutí žádosti podle § 42g odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců. V souladu s principem dobré správy (§ 2 odst. 4 správního řádu) a se zásadou povinné součinnosti správního orgánu s dotčenými osobami při opatřování pokladů pro rozhodnutí (§ 6 odst. 2 správního řádu) by měl správní orgán I. stupně cizince ve smyslu § 4 odst. 2 správního řádu poučit o tom, že údaj uvedený v pracovní smlouvě je v rozporu s údajem uvedeným v centrální evidenci a že aby bylo jeho žádosti vyhověno, musí být tento rozpor odstraněn. Takovéto poučení správního orgánu I. stupně probíhá nejčastěji v rámci výzvy k seznámení se s podklady pro vydání rozhodnutí podle § 36 odst. 3 správního řádu. V případě, že cizinec rozpor neodstraní, je dán důvod pro zamítnutí jeho žádosti podle § 42g odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců. Naopak pokud správní orgán I. stupně cizince na rozpor neupozorní a jeho žádost zamítne, odvolací správní orgán toto pochybení vyhodnotí jako důvod pro vrácení věci zpět správnímu orgánu I. stupně k novému projednání. I vzhledem k tomu, že cizinec zpravidla daný rozpor poté, co se o něm dozví z rozhodnutí napadeného odvoláním, odstraní, a též k zásadě koncentrace řízení ve smyslu § 82 odst. 4 správního řádu¹⁰, odvolací správní orgán dodatečně předložený doklad akceptuje.

⁹ Obdobně rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Azs 2/2016-31 ze dne 25. února 2016: „Vydání zaměstnanecké karty podle § 42g zákona o pobytu cizinců je však podmíněno situací na trhu práce. Přitom je zjevné, že takovou situaci lze hodnotit pouze ve vztahu k určitému místu a k určité pracovní pozici.“

¹⁰ „K novým skutečnostem a k návrhům na provedení nových důkazů, uvedeným v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení, se přihlídně jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo

3.2.1 Rozpory mezi místy výkonu práce

V rámci posuzování souladu charakteristiky pracovních pozic bývá častý rozpor mezi místy výkonu práce. Zatímco v centrální evidenci je k místu výkonu práce uvedena konkrétní adresa (což potvrzuje i hláška volného pracovního místa), včetně uvedení názvu ulice, čísla popisného/orientačního, poštovního směrovacího čísla a názvu města, v pracovní smlouvě je dané místo výkonu práce uvedeno obecněji, např. pouze označením okresu, v němž se místo výkonu práce nachází. Na toto místo se však test trhu práce neuskutečnil, neboť není nabízeno v centrální evidenci, a jedná se tak o dvě různá místa výkonu práce s diametrálně odlišnými výchozími podmínkami pro uchazeče o zaměstnání. Pokud cizinec rozpor v místech výkonu práce, přestože se může zdát zanedbatelný, neodstraní, nelze jeho žádosti o vydání zaměstnanecké karty s odkazem na nesplnění podmínky podle § 42g odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců vyhovět.

Jiným případem však je, pokud cizinec skutečně požaduje změnit místo výkonu práce (již má vydanou zaměstnaneckou kartu) a rozpor není způsoben např. pouze administrativní chybou při uzavírání pracovní smlouvy mezi zaměstnavatelem a cizincem. Za této situace by měl správní orgán I. stupně cizince poučit o možnosti, resp. o nutnosti podat žádost o udělení souhlasu se změnou pracovního zařazení, v tomto případě se změnou místa výkonu práce dle § 42g odst. 7 zákona o pobytu cizinců. Vzhledem k tomu, že k základní charakteristice volného pracovního místa patří podle § 37a zákona o zaměstnanosti místo výkonu práce a druh práce, lze změnu místa výkonu práce považovat za změnu pracovního zařazení, byť pojem pracovní zařazení není v zákoně či jiném právním předpisu upraven.

Za nejasný a zmatečný lze označit postup správního orgánu I. stupně, který z vlastní iniciativy nahlédnutím do centrální evidencie pořídí k požadovanému zaměstnavateli cizince podle místa výkonu práce uvedeného v pracovní smlouvě (kde je uveden pouze okres) několik čísel volných pracovních míst, a následně žádost cizince o vydání zaměstnanecké karty zamítne podle § 42g odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců pro rozpor mezi místy výkonu práce uvedenými v pracovní smlouvě a v centrální evidenci. Za těchto okolností měl správní orgán I. stupně cizince nejdříve vyzvat k doložení konkrétního pracovního místa zveřejněného v centrální evidenci, neboť jeho postup je v rozporu s § 45 odst. 1 a 2 správního řádu, a teprve poté provést komparaci mezi místy výkonu práce. Zdůvodnění správního orgánu I. stupně je tak

důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve. Namítá-li účastník, že mu nebylo umožněno učinit v řízení v prvním stupni určitý úkon, musí být tento úkon učiněn spolu s odvoláním.“

nepřezkoumatelné, jelikož není zřejmé, s jakým konkrétním číslem volného pracovního místa uvedeného v centrální evidenci je místo výkonu práce uvedené v pracovní smlouvě v rozporu.

3.2.2 Rozpory v délce zaměstnání

Dalším příkladem, kdy se objevuje rozpor mezi údaji uvedenými v centrální evidenci a údaji uvedenými v pracovní smlouvě, je nesoulad v délce zaměstnání, resp. okamžiku vzniku pracovního poměru. I když je v centrální evidenci uvedeno jako datum nástupu do práce odlišné datum než v doložené pracovní smlouvě, nemusí se vždy jednat o rozpor, který neprošel testem trhu práce. Je nezbytné zohlednit okolnosti vedeného řízení o žádosti cizince, např. že vzhledem k jeho délce by začátek pracovního poměru podle centrální evidence anebo pracovní smlouvy ani nebyl reálný. Naopak je třeba zaměřit se na celkovou dobu sjednaného zaměstnání a na to, jestli tato nevykazuje nesoulad. Pokud tomu tak není, je doba trvání pracovního poměru v centrální evidenci a v pracovní smlouvě určena shodně, pouze okamžik vzniku pracovního poměru díky plynutí času je jiný. Tato skutečnost tedy není důvodem pro zamítnutí žádosti cizince podle § 42g odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců.

3.2.3 Rozpory ve výši mzdy

Mezi rozpory, kdy údaje uvedené v pracovní smlouvě a v centrální evidenci nejsou vždy shodné, patří rozpor ve výši mzdy, a to zvláště situace, kdy horní hranice mzdy stanovená zaměstnavatelem v pracovní smlouvě je vyšší než horní hranice mzdového rozpětí uvedená v centrální evidenci. U výše mzdy je nutné zaměřit se na skutečnost, zdali jsou údaje vztažené k pohyblivé části mzdy, která je nenárokovou částí mzdy a která pouze rozšiřuje základní mzdové podmínky, anebo se jedná o tzv. mzdu zaručenou. Tou se podle § 112 odst. 1 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákoník práce“) rozumí mzda nebo plat, na kterou zaměstnanci vzniklo právo podle tohoto zákona, smlouvy, vnitřního předpisu, mzdového výměru nebo platového výměru a která byla v daném případě v podobě hodinové mzdy uvedena v pracovní smlouvě. Správní orgán I. stupně by se měl zabývat průměrným výdělkem cizince ve smyslu § 356 odst. 1 a 2 zákoníku práce¹¹ a vyhodnotit, zda tento koresponduje s výší mzdového rozpětí stano-

¹¹ „Průměrný výdělek se zjistí jako průměrný hodinový výdělek. Má-li být uplatněn průměrný hrubý měsíční výdělek, přepočítá se průměrný hodinový výdělek na 1 měsíc podle průměrného počtu pracovních hodin připadajících na 1 měsíc v průměrném roce; průměrný

veného v centrální evidenci, a nikoli komparovat pohyblivou část mzdy, tedy nenárokovou (poskytovanou např. ve formě odměn), se mzdou zaručenou, na niž má cizinec na základě uzavřené pracovní smlouvy nárok.

3.2.4 Rozpory v druhu práce

U žádostí cizinců o vydání zaměstnanecké karty nemusí korespondovat druh práce uvedený v pracovní smlouvě a druh práce zveřejněný v centrální evidenci. Má-li správní orgán I. stupně pochybnosti o tom, jestli druh práce uvedený v pracovní smlouvě odpovídá odlišnému názvu druhu práce uvedenému v centrální evidenci, je oprávněn si ve veřejně dostupné databázi povolání spravované ministerstvem práce a sociálních věcí, v tzv. Národní soustavě povolání, ověřit, zda náplň těchto pracovních pozic je totožná a zda by se v případě vydání zaměstnanecké karty nejednalo o výkon jiné pracovní činnosti, než na jakou proběhl test trhu práce.

V praxi se rovněž vyskytují případy, že cizinec k žádosti o vydání zaměstnanecké karty sice doloží název pracovní pozice klasifikované v tzv. Národní soustavě povolání, ovšem nikoli již číslo volného pracovního místa uvedeného v centrální evidenci. Takové žádosti nelze s odkazem na § 42g odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců vyhovět.

3.3 Pozice cizince při podání žádosti o zaměstnaneckou kartu

Při posuzování žádostí cizinců o vydání zaměstnanecké karty, resp. prodloužení platnosti zaměstnanecké karty, je nezbytné rozlišovat, na jakou pozici, resp. z jaké pozice, cizinec o pobytové oprávnění žádá. Novela č. 222/2017 Sb. zákona o pobytu cizinců totiž neumožňuje vydat zaměstnaneckou kartu, resp. prodloužit její platnost pro cizince v postavení statutárního orgánu obchodní korporace za účelem plnění úkolů vyplývajících z předmětu činnosti této obchodní korporace.¹² Tato skutečnost však nemůže být překážkou pro to, aby žádosti cizince, který požaduje prodloužit zaměstnaneckou kartu na

rok pro tento účel má 365,25 dnů. Průměrný hodinový výdělek zaměstnance se vynásobí týdenní pracovní dobou zaměstnance a koeficientem 4,348, který vyjadřuje průměrný počet týdnů připadajících na 1 měsíc v průměrném roce.“

¹² Srov. § 42g odst. 3 zákona o pobytu cizinců: „Žádost o vydání zaměstnanecké karty je dále oprávněn podat cizinec, kterému bylo vydáno na danou pracovní pozici povolení k zaměstnání, je-li podle zákona o zaměstnanosti vyžadováno, a cizinec splňuje podmínku uvedenou v odstavci 2 písm. b). Cizinec, který v postavení společníka, statutárního orgánu, člena statutárního orgánu nebo jiného orgánu obchodní korporace plní pro tuto právnickou osobu úkoly vyplývající z předmětu její činnosti, není k plnění těchto úkolů oprávněn podat

pracovní pozici u zaměstnavatele, ke kterému mu byla zaměstnanecká karta vydána, a současně vykonává funkci jednatele předmětné společnosti, nebylo vyhověno s odkazem na § 42g odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců. Dle správního orgánu I. stupně není v takovémto případě účelem pobytu cizince na území České republiky pouze výkon práce na jedné z pracovních pozic obsaditelných držitelem zaměstnanecké karty, ale i plnění pracovních úkolů vyplývajících z předmětu činnosti obchodní společnosti, jejímž je jednatelem. Cizinci v tomto postavení nelze s ohledem na § 42g odst. 3 zákona o pobytu cizinců zaměstnaneckou kartu vydat. Odvolací správní orgán nicméně zastává názor, že správní orgán I. stupně nereflektoval dvojí postavení cizince ve vztahu ke společnosti, tj. z pozice běžného zaměstnance a z pozice statutárního orgánu – jednatele společnosti, přičemž z podané žádosti cizince a z náležitostí k ní předložených je zcela zřejmý jeho záměr vykonávat práci na pracovní pozici nabízené v centrální evidenci.¹³ Správní orgán I. stupně rozhodoval o jiném nároku, než kterého se cizinec domáhal, a tím pochybil.¹⁴ Navíc zákon o pobytu cizinců ani výslovně nezakazuje, že cizinec nemůže být v dvojí pozici tak, jak je tomu v uvedeném případě.

4. ZÁVĚR

Problematika posuzování a rozhodování zaměstnaneckých karet je značně komplikovaná, neboť se jedná o institut, jehož výkladem se krajské soudy, potažmo Nejvyšší správní soud, doposud zabývaly minimálně (s ohledem na jeho implementaci do zákona o pobytu cizinců novelou č. 101/2014 Sb.). Ve světle těchto okolností se jeví jako nutné důsledně aplikovat doslovné znění zákona o pobytu cizinců a dalších právních předpisů upravujících problematiku zaměstnávání cizinců (např. zákona o zaměstnanosti, zákoníku práce

žádost o vydání zaměstnanecké karty, přestože mu bylo za tímto účelem vydáno povolení k zaměstnání [...].“

¹³ Viz např. rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem č. j. 15 A 57/2015-39 ze dne 31. října 2017: „Žalobkyně totiž v žádosti o prodloužení zaměstnanecké karty zcela jednoznačně projevila svou vůli získat povolení k pobytu na území České republiky nikoliv se záměrem vykonávat funkci jednatelky obchodní společnosti ve smyslu ust. § 42g odst. 3 zákona o pobytu cizinců, byť i tuto pozici rovněž zastávala, ale za účelem zaměstnání jako uklízečka, což odpovídá dle ust. § 42g odst. 2 zákona o pobytu cizinců.“

¹⁴ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 562/2002-25 ze dne 27. srpna 2003, který uvádí: „Jestliže správní orgán rozhodne o jiném nároku, než jakého se žalobce domáhal a jaký listinami dokládal, byl za základ rozhodnutí vzat skutkový stav, jenž je v rozporu se správním spisem.“

apod.) a využívat výkladových komentářů těchto předpisů. Rovněž je třeba usilovat o sjednocování rozhodovací praxe správních orgánů obou stupňů.

Příspěvek pojednává o aplikaci § 42g odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců jako možného důvodu pro zamítnutí žádosti cizince o vydání zaměstnanecké karty. Upozorňuje na některé výkladové problémy tohoto ustanovení, ustálené postupy při jeho použití i časté případy z praxe, v nichž se u pracovní smlouvy a centrální evidenci jednalo např. o rozpor mezi místy výkonu práce, výší mzdy, sjednanou délkou zaměstnání anebo vykonávaném druhu práce. Dále uvádí způsoby řešení, které byly ze strany odvolacího správního orgánu posouzeny jako relevantní k daným skutkovým a právním okolnostem, a osvětluje závěry, ke kterým dospěl.

Institut zastavení řízení a jeho aplikace v některých řízeních podle zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů

Josef Šmejdiř*

1. ÚVOD

V případech žádostí o bytová oprávnění je správní orgán povinen zjišťovat, zda není dán důvod pro zastavení řízení o podané žádosti dle zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“)¹ nebo na základě taxativně uvedených důvodů stanovených v zákoně č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“)². V rámci vedených řízení se uplatní jak obecné, tak i speciální důvody, při jejich naplnění ministerstvo vnitra jako správní orgán prvního stupně řízení zastaví, aniž by ve věci vydalo meritorní rozhodnutí. V rozhodovací praxi Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců (dále jen „Komise“) se převážná většina případů zastavení řízení týká uplatnění § 66 odst. 1 písm. c) správního řádu z důvodu nedoložení všech povinných náležitostí stanovených zákonem o pobytu cizinců. Budu se tak blíže zabývat vývojem tohoto institutu v oblasti trvalých pobytů občanů třetích zemí a přechodných pobytů rodinných příslušníků občanů Evropské unie a dále otázkou zastavení správního řízení podle § 169r odst. 1 písm. j) zákona o pobytu cizinců.

* Ministerstvo vnitra, odbor správní.

¹ Viz § 66 správního řádu.

² Viz § 169r zákona o pobytu cizinců.

2. VÝVOJ PRÁVNÍ ÚPRAVY V OBLASTI TRVALÝCH A PŘECHODNÝCH POBYTŮ

Před přijetím novely č. 427/2010 Sb. byl důvod pro zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu na území České republiky, spočívající v nepředložení náležitostí, upraven v § 75 odst. 1 písm. a) zákon o pobytu cizinců.³ Správní orgán neměl povinnost zkoumat přiměřenosti zásahu do soukromého nebo rodinného života cizince. Zákonem č. 427/2010 Sb. bylo uvedené ustanovení vypuštěno z důvodu, že nadbytečně stanoví odchylnou právní úpravu od obecné právní úpravy stanovené v § 66 odst. 1 písm. c) správního řádu.⁴ V důvodové zprávě k zákonu č. 427/2010 Sb., kterým byl zrušen § 75 odst. 1 písm. a), se uvádí: „Úprava je provedena v souvislosti se zajištěním úkolů vyplývajících z usnesení vlády č. 450 ze dne 20. dubna 2009, kterým byla schválena Koncepce budoucí právní úpravy, která povede ke sjednocení právní úpravy postupů při výkonu jednotlivých správních agend s minimem odchylek a výjimek. Postup při nepředložení náležitostí k žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu vyplývá z § 66 odst. 1 písm. c) správního řádu. Změna formy rozhodnutí nemá vliv na možnost pobytu cizince na území po dobu řízení o žádosti (viz § 33 odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců). Speciální úprava je ponechána pro případ nepředložení dokladu o zajištění prostředků k trvalému pobytu na území, kdy se posuzuje přiměřenost dopadu rozhodnutí do soukromého a rodinného života cizince.“

Uvedenou změnou došlo k faktickému zjednodušení správního řízení. Správní orgán nadále není v případě zjištění formální vady žádosti, tedy nedoložení zákonem stanovených náležitostí, nucen rozhodovat o podané žádosti meritorně, ale vedené řízení zastaví. I Nejvyšší správní soud opakovaně vyslovil závěr, že neodstraněním vady podání, tedy nedoložením zákonem stanovených náležitostí, není žádost způsobilá k meritornímu posouzení a vydání rozhodnutí o ní.⁵ Na druhou stranu nelze odhlédnout od skutečnosti, že tato

³ „Ministerstvo žádost o vydání povolení k trvalému pobytu zamítne, jestliže a) cizinec nepředloží náležitosti podle § 70 odst. 2 písm. a) až c), e), f), g) nebo h).“

⁴ Dle tohoto ustanovení: „Řízení o žádosti správní orgán usnesením zastaví, jestliže [...] žadatel v určené lhůtě neodstraní podstatné vady žádosti, které brání pokračování v řízení“.

⁵ Např. v rozsudku ze dne 18. září 2018 8 č. j. 8 Azs 163/2018-50 soud uvedl: „Městský soud v napadeném rozsudku zcela správně uvedl, že v dané věci je rozhodnutí správního orgánu rozhodnutím procesního charakteru; protože správní orgán zastavil řízení pro podstatné vady, pro něž nebylo možné v tomto řízení pokračovat (§ 66 odst. 1 písm. c) s. ř.), nebyl povinen o žádosti stěžovatele rozhodnout meritorně. Přitom platí, že hodnocení přiměřenosti dopadu rozhodnutí do soukromého a rodinného života žadatele není součástí naplňování procesních podmínek, ale posuzuje se až v rozhodnutí o věci samé, a to jen v případě, kdy je tato povinnost explicitně stanovena v zákoně o pobytu cizinců (srov. k tomu

změna má i negativní důsledky pro žadatele o pobytové oprávnění. V důsledku procesního rozhodnutí o podané žádosti není správní orgán povinen účastníka řízení seznamovat s podklady pro vydání rozhodnutí⁶ a zkoumat dopady vydaného usnesení o zastavení řízení do soukromého nebo rodinného života účastníka řízení podle § 174a zákona o pobytu cizinců⁷.

Pro úplnost je zapotřebí dodat, že ne každá formální vada žádosti, jako je např. nesprávné označení příslušného správního orgánu, brání meritornímu pojednání věci a je zákonným důvodem ve smyslu § 66 odst. 1 písm. c) správního řádu pro zastavení vedeného řízení. Z judikatury správních soudů je zřejmé, že se musí jednat o vady závažné, spočívající např. v nedoložení zákonných náležitostí žádosti o pobytové oprávnění, uvedených např. v § 70 odst. 2 nebo v § 87b odst. 2 zákona o pobytu cizinců. Na druhou stranu nelze rovněž odhlédnout od skutečnosti, že každý cizinec, který chce pobývat na území, má povinnost zajistit si k tomu právní titul. V případě žádosti o povolení k pobytu se jedná o řízení na žádost účastníka řízení.⁸ Je tedy nepochybně v jeho zájmu, aby správnímu orgánu předložil veškeré zákonem o pobytu cizinců požadované dokumenty, navíc pokud správní orgán splnil svoji poučovací povinnost a vyzval žadatele k odstranění vad podané žádosti i s upozorněním na důsledky jeho nečinnosti.⁹

Výše uvedenou legislativní změnou došlo ke sjednocení s právní úpravou uvedenou v § 87e zákona o pobytu cizinců. Ta zákonný důvod zamítnutí podané žádosti pro nedoložení náležitostí žádosti o vydání povolení k přechodnému

rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 5. 2017, čj. 7 Azs 46/2017-28 nebo ze dne 14. 12. 2017, čj. 9 Azs 256/2017-57). Rozhodl-li správní orgán prvního stupně o zastavení řízení pro nesplnění podmínek podle správního řádu, nebylo jeho povinností, aby se zabýval také otázkou přiměřenosti rozhodnutí. Nejvyšší správní soud pouze pro úplnost dodává, že v rámci své judikatury dospěl opakovaně k závěru, že povinnost posoudit přiměřenost dopadu rozhodnutí do soukromého a rodinného života cizince nadto nelze vztahovat na všechna rozhodnutí podle zákona o pobytu cizinců (srov. např. rozsudky ze dne 23. 3. 2017, čj. 10 Azs 249/2016-47, nebo ze dne 4. 1. 2017, čj. 9 Azs 288/2016-30, na který odkázal v napadeném rozsudku také městský soud).“

⁶ Viz § 36 odst. 3 správního řádu.

⁷ Podle odstavce 1 tohoto ustanovení: „Při posuzování přiměřenosti dopadů rozhodnutí podle tohoto zákona správní orgán zohlední zejména závažnost nebo druh protiprávního jednání cizince, délku pobytu cizince na území, jeho věk, zdravotní stav, povahu a pevnost rodinných vztahů, ekonomické poměry, společenské a kulturní vazby navázané na území a intenzitu vazeb ke státu, jehož je cizinec státním občanem, nebo v případě, že je osobou bez státního občanství, ke státu jeho posledního trvalého bydliště.“

⁸ Viz § 46 a násl. správního řádu.

⁹ Podle § 45 odst. 2 správního řádu: „Nemá-li žádost předepsané náležitosti nebo trpí-li jinými vadami, pomůže správní orgán žadateli nedostatky odstranit na místě nebo jej vyzve k jejich odstranění, poskytne mu k tomu přiměřenou lhůtu a poučí jej o následcích neodstranění nedostatků v této lhůtě; současně může řízení přerušit.“

pobytu rodinného příslušníka občana EU neobsahovala. Nedoložení zákonných náležitostí žádosti dle § 87b odst. 2 zákona o pobytu cizinců bylo důvodem pro zastavení správního řízení dle § 66 odst. 1 písm. c) správního řádu.

K problematice zastavení správního řízení podle § 66 odst. 1 písm. c) správního řádu v řízení o žádosti cizince je nezbytné dodat, že správní řízení z důvodů neodstranění vad podané žádosti lze zastavit pouze tehdy, pokud konkrétní, zákonem požadovaná náležitost nebyla ani přes výzvu správního orgánu vůbec doložena. Tento případ však nenastane v případě, kdy cizinec prokazuje, že má s občanem EU trvalý partnerský vztah, který není manželstvím, a žije s ním ve společné domácnosti dle § 15a odst. 2 písm. b) zákona o pobytu cizinců. Je zřejmé, že tuto skutečnost nelze prokázat konkrétním dokladem, jako je např. oddací list v případě prokázání postavení rodinného příslušníka podle § 15a odst. 1 zákona o pobytu cizinců. Pokud by správní orgán na základě posouzení dokladů, které za tímto účelem cizinec doložil, dospěl k závěru, že tvrzenou skutečnost neprokazují, a zastavil řízení, byl by takový postup rozporný s účelem § 66 odst. 1 písm. c) správního řádu, neboť nelze „sankcionovat“ účastníka řízení za nepředložení konkrétních dokladů, které k tomuto účelu ani doložit nelze.¹⁰ Správní orgán je v případě doložení dokladů, které účastník řízení v návaznosti na zaslanoou výzvu k odstranění vad podané žádosti považuje za důkazy prokazující požadovanou skutečnost, nepochybně povinen je posoudit a ve vydaném rozhodnutí se s nimi přezkoumatelným způsobem vypořádat.

Ke změně v rozhodování o neúplných žádostech došlo přijetím zákona č. 222/2017 Sb. S účinností od 15. 8. 2017 byl do ustanovení § 87e odst. 1 písm. a) zákona o pobytu cizinců vložen nový důvod pro zamítnutí žádosti o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana EU,

¹⁰ Viz rozsudek NSS ze dne 25. 9. 2013, č. j. 6 As 30/2013-42: „Přestože zákon o pobytu cizinců požaduje, aby k žádosti o vydání povolení k přechodnému pobytu byl předložen doklad potvrzující, že žadatel je rodinným příslušníkem občana EU, lze tento požadavek doslovně uplatnit pouze ve vztahu ke skutečnému rodinnému příslušníkovi jako je např. rodič - dítě či manžel - manželka, kdy tímto dokladem je právě rodný či oddací list (jak v odůvodnění svého rozsudku uvedl krajský soud). Pokud však má být dokládán vztah obdobný vztahu rodinnému, jako v nyní posuzovaném případě, je zjevné, že nelze předestřít důkaz v podobě zmíněných matričních dokumentů, nýbrž je nutno využít jiné důkazní prostředky, ať už listinné důkazy např. v podobě fotografií, dokladů o společné strávené dovolené či jiných podobných listin soukromé povahy. V souladu s § 50 odst. 1 správního řádu mohou být žadatelem např. rovněž učiněny návrhy svědeckých výpovědí z žadatelova bezprostředního okolí hodnověrně prokazující citový a jiný vztah žadatele k občanu EU (a naopak), od něhož žadatel svůj pobyt odvozuje (přátel, ošetřující lékař, u starších dětí např. učitelé v předškolních a školních zařízeních). Na tomto místě rovněž pro žadatele vyplývá dle § 50 odst. 2 in fine správního řádu při opatrování pokladů pro vydání rozhodnutí povinnost poskytovat správnímu orgánu veškerou potřebnou součinnost.“

spočívající v nedoložení zákonem stanovených náležitostí žádosti.¹¹ Důvodová zpráva k této významné změně, zasahující do rozhodovací praxe správních orgánů, odkázala na čl. 10 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států (dále jen „směrnice“).¹² Dle mého názoru je uvedený odkaz nesprávný. Uvedený článek směrnice taxativně stanoví, jaké doklady mají členské státy vyžadovat k vydání pobytové karty rodinného příslušníka občana EU. Ovšem neupravuje, jakou formou má být v případě jejich nedoložení rozhodnuto. Důvodová zpráva nijak neobjasňuje, z jakého důvodu neodstranění formálních vad podané žádosti (nedoložení zákonných náležitostí) nadále nebrání meritornímu projednání věci a proč k této podstatné změně, která má dopad do rozhodovací praxe, došlo. Tato změna nevyplývala ani z rozhodovací praxe správních soudů. Konstantní judikatura správních soudů považovala vydání procesního rozhodnutí v případě nedoložení zákonných náležitostí žádosti o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana EU za souladné s právním řádem.

Určitým pozitivem této změny je nepochybně posílení procesních práv cizince, neboť správní orgán je povinen v rámci vedeného řízení provést všechny procesní úkony, posoudit byť neúplnou žádost meritorně a vydat rozhodnutí. Na základě judikatury správních soudů je správní orgán povinen zkoumat soulad vydaného rozhodnutí s mezinárodními smlouvami, kterými je Česká republika vázána. A to přesto, že § 87e odst. 1 písm. a) zákona o pobytu cizinců nestanoví povinnost správního orgánu zabývat se přiměřeností rozhodnutí do soukromého nebo rodinného života účastníka řízení ve smyslu § 174a zákona o pobytu cizinců.¹³ Není důvod k domněnce, že tento závěr nedopadá i na

¹¹ „Ministerstvo žádost o vydání povolení k přechodnému pobytu zamítne, jestliže [...] žadatel není rodinným příslušníkem občana Evropské unie uvedeným v § 15a, nedoprovází nebo nenásleduje občana Evropské unie na území nebo nepředloží náležitosti uvedené v § 87b odst. 3.“

¹² Podle důvodové zprávy k § 87e odst. 1 písm. a): „Je třeba zamítnout žádost v případě, že cizinec, který požádá o povolení k přechodnému pobytu, nespĺňuje podmínky pro jeho vydání (resp. pro vydání pobytové karty), tedy pokud není rodinným příslušníkem občana EU uvedeným v § 15a nebo pokud nespĺňuje podmínku doprovázení nebo následování občana EU na území, anebo pokud nedoloží náležitosti uvedené v § 87b odst. 3, tedy kromě obvyklých náležitostí i doklad potvrzující, že je rodinným příslušníkem občana EU a doklad o pobytu občana EU na území (uvedený požadavek je v souladu se směrnicí 2004/38/ES, viz čl. 10 odst. 2).“

¹³ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 3. 2018, č. j. 6 Azs 422/2017-29, ve kterém se uvádí: „Skutečnost, že zákon o pobytu cizinců výslovně nepředepisuje posoudit přiměřenosti dopadů rozhodnutí podle § 77 odst. 1 zákona o pobytu cizinců do rodinného a soukromého života, na rozdíl od jiných rozhodnutí vydaných podle tohoto zákona,

další důvody zamítnutí žádosti o povolení k přechodnému pobytu podle § 87e odst. 1 zákona o pobytu cizinců.¹⁴ V této souvislosti nelze odhlédnout od skutečnosti, že v případě zamítnutí podané žádosti o povolení k přechodnému pobytu je správní orgán zároveň povinen stanovit neúspěšnému žadateli v rozhodnutí lhůtu k opuštění území a udělit mu výjezdní příkaz.¹⁵ Na druhou stranu negativem je, že tato nová právní úprava může mít dopad na délku vedeného správního řízení, přičemž ani stanovení povinnosti opustit území není bez dalšího vynutitelné. Vydání výjezdního příkazu nebrání cizinci podat na území novou žádost o povolení k přechodnému pobytu. Platná právní úprava neumožňuje zastavení řízení z tohoto důvodu, jako je tomu v případech žádostí o povolení k dlouhodobému nebo trvalému pobytu.¹⁶ Pokud uvede v opakované žádosti nové skutečnosti, které nemohl uvést v předchozím řízení, může se žadatel o povolení k přechodnému pobytu bez ohledu na udělení výjezdního příkazu, úspěšně domáhat vydání potvrzení o podání žádosti¹⁷, které má dle

znamená pouze tolik, že zákonodárce typově vyhodnotil dopady takových rozhodnutí do soukromého a rodinného života jako nízké, až zanedbatelné. Nelze však současně ztráct ze zřetele, že Česká republika je mimo jiné smluvní stranou Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, jejíž článek 8 zavazuje smluvní státy k respektu vůči soukromému a rodinnému životu každého jednotlivce. Povinnost zvážit přiměřenost dopadu každého rozhodnutí do těchto práv tak vyplývá přímo z Úmluvy.“

¹⁴ Ustanovení § 87e odst. 2 stanoví výslovně povinnost zkoumat přiměřenost zásahu do soukromého a rodinného života pouze u důvodu uvedeného pod odst. 1 písm. b), (výhrada veřejného zdraví).

¹⁵ Viz § 87e odst. 4 zákona o pobytu cizinců.

¹⁶ Podle § 169r odst. 1 písm. e) zákona o pobytu cizinců: „Usnesením se také zastaví řízení o žádosti, jestliže [...] cizinec podal opakovaně žádost o vydání povolení k dlouhodobému nebo trvalému pobytu, aniž uvedl nové skutečnosti, které nebyly předmětem řízení o jím dříve podané žádosti.“

¹⁷ Podle § 87y zákona o pobytu cizinců: „Rodinný příslušník občana Evropské unie, který sám není občanem Evropské unie a na území pobývá společně s občanem Evropské unie, je oprávněn pobývat na území do nabytí právní moci rozhodnutí o jeho žádosti; po tuto dobu se jeho pobyt na území považuje za pobyt přechodný. Oprávnění pobývat na území do nabytí právní moci rozhodnutí o žádosti neplatí, pokud nabylo právní moci rozhodnutí o správním vyhoštění, o trestu vyhoštění, o ukončení přechodného pobytu nebo o zrušení trvalého pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie, nebo se jedná o opakovaně podanou žádost, v níž nejsou uvedeny nové skutečnosti, které rodinný příslušník občana Evropské unie nemohl uplatnit v řízení o předchozí žádosti. Oprávnění pobývat na území do nabytí právní moci rozhodnutí o žádosti ministerstvo osvědčí vízovým štítkem vyznačovaným do cestovního dokladu podle jednotného formátu stanoveného přímo použitelným předpisem Evropské unie, a to ve formě víza k pobytu nad 90 dnů s dobou platnosti odpovídající předpokládané délce řízení o žádosti; to neplatí, jde-li o cizince zařazeného do informačního systému smluvních států, kterému se vydá pouze potvrzení o oprávnění k pobytu. Platnost dokladu nebo potvrzení osvědčujícího oprávnění pobývat na území zaniká nabytím právní moci rozhodnutí o žádosti.“

judikatury Nejvyššího správního soudu¹⁸ povahu osvědčení ve smyslu části čtvrté správního řádu.

3. ZVLÁŠTNÍ DŮVODY ZASTAVENÍ ŘÍZENÍ A VÝVOJ V TÉTO OBLASTI

Zákonem č. 222/2017 bylo do zákona o pobytu cizinců vloženo ustanovení, konkrétně § 169r, kterým, kromě jiného, byly v návaznosti na § 66 odst. 1 písm. j) správního řádu¹⁹ nově stanoveny taxativně důvody pro zastavení správního řízení. Zároveň došlo k omezení práva cizinců podat žádost o vydání povolení k přechodnému či trvalému pobytu podle hlavy IVa zákona o pobytu cizinců.²⁰ Předmětné ustanovení bylo do novely zákona o pobytu cizinců vloženo na základě pozměňovacího návrhu poslance V. Klučky. Účelem této právní úpravy bylo zvýšit efektivitu správního řízení a zamezení zneužívání žádostí o vydání pobytových povolení k dočasné legalizaci pobytu na území či k odvrácení hrozícího vyhoštění bez reálného vztahu k občanovi České republiky. Celá novela se ukázala jako velmi kontroverzní, neboť byla přijata až po přehlasování zamítnutí Senátem.²¹ Samotné ustanovení § 169r odst. 1 písm. j) bylo nakonec nálezem Ústavního soudu zrušeno.²²

Jak z citovaného ustanovení § 169r odst. 1 písm. j) zákona o pobytu cizinců vyplývá, cílem bylo omezit další pobyt na území cizincům, kteří podali žádost o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka státního občana České republiky v době, kdy na území pobývali bez pobytového oprávnění nebo v době platnosti výjezdního příkazu, který v návaznosti na ukončení pobytového oprávnění nebo v návaznosti na správní vyhoštění uděluje policie, ministerstvo vnitra nebo ministerstvo zahraničních věcí. Výjezdní příkaz obecně opravňuje cizince k přechodnému pobytu na území po dobu, která je

¹⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2010, č. j. 2 Ans 1/2009-71.

¹⁹ „Řízení o žádosti správní orgán usnesením zastaví [...] z dalších důvodů stanovených zákonem.“

²⁰ Podle § 169r odst. 1 písm. j) zákona o pobytu cizinců: „Usnesením se také zastaví řízení o žádosti, jestliže cizinec [...] který podal žádost o vydání povolení k přechodnému pobytu jako rodinný příslušník občana České republiky nebo k trvalému pobytu podle hlavy IVa v době, kdy podle tohoto zákona není oprávněn pobývat na území, nebo v době platnosti výjezdního příkazu; to neplatí, pokud je žádost podána v době platnosti výjezdního příkazu vydaného poté, co cizinci uplynula doba oprávnění k pobytu na území uděleného osobě požívající doplňkové ochrany, nebo poté, co se svým prohlášením vzdal azylu.“

²¹ Usnesení č. 166 ze dne 31. 5. 2017 (z přítomných 73 senátorů bylo pro zamítnutí návrhu zákona 42, proti hlasovalo 15 senátorů).

²² Nález Ústavního soudu ze dne 27. 11. 2018, sp. zn. Pl. ÚS 41/17.

nezbytná k provedení neodkladných úkonů a k vycestování z území. V době jeho platnosti není cizinec oprávněn podat žádost o udělení dlouhodobého víza nebo povolení k dlouhodobému nebo trvalému pobytu,²³ s výjimkou žádosti o vízum nad 90 dnů za účelem strpění na území²⁴ nebo povolení k dlouhodobému pobytu za účelem ochrany na území²⁵.

Ustanovení § 50 zákona o pobytu cizinců výslovně nevylučuje možnost podat žádost o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana EU, resp. České republiky. Z důvodové zprávy k novele zákona o pobytu cizinců č. 314/2015 Sb., kterým se omezení oprávnění podat žádost v době platnosti výjezdního příkazu uzákonilo, je patrné, že důvodem změny původní úpravy byla nejednotnost výkladu § 50 odst. 3 ohledně oprávnění podávat žádost o jiná pobytová oprávnění v době platnosti výjezdního příkazu. V praxi to znamenalo časté zneužívání podávání žádostí v době platnosti výjezdního příkazu, který je určen výhradně k neodkladným úkonům před opuštěním země. Důvodová zpráva přímo zmiňovala výjimky z tohoto ustanovení, za nichž je možné z výjezdního příkazu žádost podat, týkající se víza za účelem strpění pobytu na území, povolení k dlouhodobému pobytu za účelem ochrany na území a podání žádosti o vydání povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie.²⁶

Pokud se týká charakteru výjezdního příkazu, lze odkázat např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 9. 2013, č. j. 8 As 119/2012-32, ve kterém se uvádí: „*Ačkoliv výjezdní příkaz umožňuje cizinci s ohledem na § 17 zákona o pobytu cizinců legálně pobývat přechodně na území republiky, výjezdní příkaz není ani vízem, ani pobytovým oprávněním. Jedná se o doklad, který opravňuje cizince k pobytu na území poté, co mu zaniklo právo na setrvání na území České republiky.*“ V rozsudku ze dne 30. 3. 2017, č. j. 10 Azs 1/2017-34 se Nejvyšší správní soud vyjádřil k výkladu pojmu „neodkladný úkon“ a uvedl, že „*[z]a neodkladný úkon však nelze považovat podávání opakovaných žádostí s cílem prodloužit svůj pobyt v ČR.*“

Vložením ustanovení § 169r odst. 1 písm. j) do zákona o pobytu cizinců byly nastaveny obdobné věcněprávní podmínky pro zastavení správního řízení o podané žádosti o pobytové oprávnění rodinného příslušníka občana České

²³ Viz ustanovení § 50 odst. 3 zákona o pobytu cizinců: „Výjezdní příkaz opravňuje cizince k přechodnému pobytu na území po dobu, která je nezbytná k provedení neodkladných úkonů, a k vycestování z území; v době jeho platnosti není cizinec za pobytu na území oprávněn podat žádost o udělení dlouhodobého víza nebo povolení k dlouhodobému nebo trvalému pobytu, s výjimkou žádosti podané podle § 33 odst. 1 a § 42e. Platnost výjezdního příkazu zaniká vycestováním cizince z území.“

²⁴ Viz § 33 odst. 1 zákona o pobytu cizinců.

²⁵ Tamtéž, § 42e.

²⁶ Důvodová zpráva k bodu 32 (část) – k § 50 odst. 3.

republiky jako v případě žádosti občanů třetích států²⁷ o povolení k dlouhodobému nebo trvalému pobytu. Z odůvodnění pozměňovacího návrhu vyplývá, že jejím cílem bylo posílení bezpečnosti České republiky.²⁸²⁹ Důvodem pro toto restriktivní opatření byly praktické poznatky ministerstva vnitra jako gestora azylové a migrační politiky České republiky, že možnost podat žádost o vydání povolení k přechodnému a k trvalému pobytu dle § 87h zákona o pobytu cizinců většinou cizinců, kterým byl udělen výjezdní příkaz, nebo se na území nacházejí bez oprávnění k pobytu, slouží prvoplánově k dočasné legalizaci jejich pobytu na území, případně k odvrácení hrozícího vyhoštění z území téměř výhradně na základě tvrzených partnerských vztahů s občany České republiky, které reálně neexistují nebo jsou formalizovány účelově. Podle dosavadní právní úpravy byli cizinci v důsledku vedeného řízení o podané žádosti o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana České republiky oprávněni nadále setrvávat na území ve smyslu § 87y zákona o pobytu cizinců až do pravomocného rozhodnutí o jejich žádosti. V případě neúspěchu žádosti o vydání povolení k přechodnému pobytu měli možnost podat žádost o trvalý pobyt dle § 87h zákona o pobytu cizinců nebo podat opakovaně žádost o vydání povolení k přechodnému pobytu a tvrdit partnerský vztah k jinému občanu EU.³⁰

Proti § 169r odst. 1 písm. j) zákona o pobytu cizinců a dalším novelizujícím ustanovením zákona o pobytu cizinců byla dne 7. 12. 2017 skupinou 18 senátorů podána ústavní stížnost. Protiústavnost byla obecně spatřována zejména v tom, že předmětné ustanovení znemožňovalo legalizaci pobytu některých rodinných příslušníků občanů České republiky, a tím zasahovalo do práva na vedení rodinného života. Nezákonnost, resp. protiústavnost tohoto ustanovení předkladatelé ústavní stížnosti spatřovali v těchto oblastech:

²⁷ Podle § 169r odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců: „Usnesením se také zastaví řízení o žádosti, jestliže cizinec [...] podal na území žádost o povolení k dlouhodobému nebo trvalému pobytu, ač k podání žádosti na území není oprávněn.“

²⁸ Vystoupení poslance V. Klučky v rámci rozpravy k předloženému pozměňovacímu návrhu zákona o pobytu cizinců (sněmovní tisk 990). Dostupné z: <http://www.psp.cz/eknih/2013ps/stenprot/055schuz/s055066.htm#r6>

²⁹ Např. ve zprávě o činnosti Národní centrály proti organizovanému zločinu Police České republiky za rok 2017 se uvádí, že „osoby dopouštějící se trestné činnosti v oblasti organizování nelegální migrace si najímají jako odborný ‚servis‘ právníky, popř. využívají služeb třetích osob, které mají na území ČR již trvalý pobyt a dostatečnou znalost českých zákonů. Na základě této skutečnosti dokáží využívat veškerých slabin a nedokonalostí norem a zákonů“. A dále „rovněž zesílil ze strany významných ruskojazyčných kriminálních autorit tlak na získání státních občanství různých států EU, vč. ČR. Status občana EU nejen napomáhá ve volném pohybu v rámci EU, ale rovněž brání jejich vydání do zemí jejich původu. V zájmu získání českého občanství jsou korumpováni nižší i vysoce postavení úředníci příp. i politici na regionální a celostátní úrovni“.

³⁰ Stanovisko ministerstva vnitra k podané ústavní stížnosti skupinou senátorů dle ustanovení čl. 88 odst. 1 Ústavy České republiky ve věci sp. zn. Pl. ÚS 41/17.

1. Důvody bránící rodinnému příslušníku občana České republiky vycestovat (státoobčanské, zdravotní, finanční a rodinné).³¹
2. Zásah do práva na ochranu soukromého a rodinného života rodinného příslušníka občana České republiky, absence soudní ochrany v případě nevycestování a rozpor s veřejným pořádkem (rozpor s čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, a čl. 10 odst. 2, 14 odst. 1 a 4, 26, 32 a 36 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, dále jen „Listina“).³²
3. Diskriminace občanů ve srovnání s občany jiných členských států EU žijícími v České republice (nerovné zacházení mezi dvěma skupinami cizinců, přičemž rozlišovacím kritériem je státní občanství občanů EU, jejichž rodinnými příslušníky tito cizinci jsou. Rodinní příslušníci občanů České republiky mají horší právní postavení než cizinci, kteří jsou rodinnými příslušníky občanů jiných členských států EU; rozpor s nálezem Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 99/04³³ a I. ÚS 290/04).³⁴

Ústavní soud návrhu na zrušení ustanovení § 169r odst. 1 písm. j) zákona o pobytu cizinců svým nálezem vyhověl.³⁵ Svůj závěr postavil na posouzení souladu předmětného ustanovení s čl. 10 odst. 2³⁶, čl. 36 odst. 1³⁷ a čl. 36 odst. 2 Listiny³⁸. Protiústavnost spatřoval zejména v tom, že § 169r odst. 1 písm. j) zákona o pobytu cizinců zákonným příkazem k zastavení řízení správním orgánem odnímá právo přezkoumat, zda se v případě cizince jedná skutečně o rodinného příslušníka občana České republiky, a brání tak pokračování správního řízení, ale i následnému přezkoumání soudem. Ustanovení § 169r odst. 1 písm. j) sice není formulováno přímo jako vyluka konkrétního rozhodnutí ze soudního přezkumu, přičemž ale obligatorní zastavení správního řízení takový účinek má. Zastavení řízení žadatele zbavuje možnosti realizovat svůj pobyt na území, i pokud by k němu byl na základě posouzení podané žádosti fakticky oprávněn. V povinnosti vycestovat z území spatřoval

³¹ Body 64–66 ústavní stížnosti.

³² Body 67–79 ústavní stížnosti.

³³ V něm Ústavní soud uvedl: „Subjektivní ústavně zaručené právo cizinců na pobyt na území ČR neexistuje, když je věcí suverénního státu, za jakých (nediskriminujících) podmínek připustí pobyt cizinců na svém území.“

³⁴ Body 81–87 ústavní stížnosti.

³⁵ Nález Ústavního soudu vyhlášen ve Sbírce zákonů dne 21. 1. 2019.

³⁶ „Každý má právo na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života.“

³⁷ „Každý se může domáhat stanoveným postupem svého práva u nezávislého a nestranného soudu a ve stanovených případech u jiného orgánu.“

³⁸ „Kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, může se obrátit na soud, aby přezkoumal zákonnost takového rozhodnutí, nestanoví-li zákon jinak. Z pravomoci soudu však nesmí být vyloučeno přezkoumávání rozhodnutí týkajících se základních práv a svobod podle Listiny.“

popření jeho práva požívat na území státu základní práva a svobody zaručené čl. 42 odst. 2 Listiny³⁹. Žadatel o povolení k přechodnému pobytu je nucen po zastavení řízení o podané žádosti opětovně přicestovat do České republiky a podat žádost znovu. S odkazem na rozsudky Evropského soudu pro lidská práva⁴⁰ uvedl, že „[p]rávo na přístup k soudu, jež náleží k hlavním atributům demokratického právního státu, může podléhat zákonným omezením. Stanovená omezení však nesmí bránit přístupu k soudu takovým způsobem či do té míry, že by bylo právo určité osoby zasaženo ve své podstatě. Omezení jsou ústavně souladná jen tehdy, sledují-li legitimní cíl za předpokladu rozumné rovnováhy mezi použitými prostředky a sledovaným cílem“. A dospěl k závěru, že tento požadavek není splněn.⁴¹

V odlišném stanovisku soudce J. Zemánek sice vyslovil se závěrem pléna souhlas, nicméně nesouhlasil s omezením důvodů pro zrušení předmětných ustanovení pouze na základě jejich rozporu s ústavním pořádkem. K tomu uvedl, že „[p]rávo každého na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života podle čl. 10 odst. 2 Listiny základních práv a svobod ústavní nárok cizince na vstup a pobyt na území České republiky nezakládá, obdobně formulované právo v čl. 7 Listiny EU však takový nárok cizince doprovázejícího nebo následujícího občana České republiky při návratu do vlasti, ve spojení s prováděcími předpisy unijního práva, zakládá“. Dospěl proto k závěru, že odkaz na Listinu základních práv EU měl být součástí odůvodnění ústavního nálezu. Rovněž uvedl, že omezení svobody pohybu a pobytu členů rodiny občana EU bez ohledu na jejich státní příslušnost z důvodu ochrany bezpečnosti a veřejného pořádku je možné pouze na základě individuálního posouzení okolností každého případu. Z tohoto důvodu považoval k posílení argumentace na zrušení předmětných ustanovení zákona o pobytu cizinců za vhodné odkázat rovněž na čl. 27 směrnice 2004/38/ES.

Skutečnost, že plénum Ústavního soudu nebylo v otázce posouzení ústavnosti § 169r odst. 1 písm. j) a dalších napadených ustanovení zákona o pobytu cizinců jednotné, vyplývá z odlišného stanoviska, které zaujali soudci R. Suchánek a V. Sládeček. V něm vyjádřili nesouhlas se závěrem obsaženým v nálezu Ústavního soudu, konkrétně s tím, že se v případě zastavení správního řízení fakticky jedná o nepřímou vyluku ze soudního přezkumu. Dle jejich názoru tento závěr obecně zpochybňuje smysl institutu zastavení správního

³⁹ „Cizinci požívají v České a Slovenské Federativní Republice lidských práv a základních svobod zaručených Listinou, pokud nejsou přiznána výslovně občanům.“

⁴⁰ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. 5. 1985 ve věci *Ashingdane proti Spojenému království*, stížnost č. 8225/78 a rozsudek ze dne 20. 4. 2004 ve věci *Bulena proti České republice*, stížnost č. 57567/00.

⁴¹ Body 55 až 58 odůvodnění nálezu.

řízení obsažený jednak ve správním řádu, ale i ve speciálních právních předpisech. K tomu v návaznosti na judikaturu správních soudů uvedli, že „[u]snesení o zastavení řízení je rozhodnutím procesní povahy, jímž se správní orgán nedotkl přímo těch práv účastníka, která vyvěrají z hmotného práva, ale zasáhl toliko do procesních práv daných pro vlastní vedení řízení“. Dospěli k závěru, že argumentace v nálezu Ústavního soudu umožňuje výklad, že zastavení řízení ve věci žádosti o vydání stavebního povolení může být považováno za nepřímou výlukou ze soudního přezkumu (viz např. § 110 odst. 4 stavebního zákona). *Ad absurdum* by pak bylo možno namítat, že odvolací správní orgán, resp. následně soud, neměl možnost zkoumat, zda předmětným procesním rozhodnutím nebylo např. nepřipustně zasaženo do výkonu vlastnického práva zaručeného v čl. 11 odst. 1 Listiny apod.

Odkaz na ustanovení § 110 odst. 4 stavebního zákona⁴² nepovažuji k posouzení ústavnosti § 169r odst. 1 písm. j) za zcela přiléhavý. Z citovaného ustanovení vyplývá, že zákonným důvodem pro zastavení řízení o žádosti o stavební povolení je vada spočívající v nedoložení zákonné náležitosti podané žádosti, která brání meritornímu projednání věci. Zastavení řízení z tohoto důvodu obecně umožňuje § 66 odst. 1 písm. c) správního řádu, resp. v případě nedoložení zákonných náležitostí žádosti o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana EU umožňoval zákon o pobytu cizinců, aniž by byl tento postup správními soudy vnímán jako rozporný s unijním právem.

V posuzovaném případě bylo především otázkou, zda neoprávněný pobyt či pobyt na výjezdni příkaz může být speciálním důvodem pro zastavení správního řízení o žádosti rodinného příslušníka občana České republiky, aniž by došlo k nepřiměřenému zásahu do jeho práv chráněných Listinou. Příkláním se v tomto případě k odlišnému stanovisku soudců R. Suchánka a V. Sládečka. Zastavení správního řízení nepředstavuje překážku *rei iudicatae*. Nebrání cizinci, rodinnému příslušníku občana České republiky, po splnění stanovené povinnosti k opuštění území se na území ČR vrátit a podat při splnění zákonem stanovených podmínek novou žádost.

Ochranu před dalším pobytem cizince na území, který podal účelově žádost o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana EU, resp. občana České republiky, upravuje § 87y zákona o pobytu cizinců. V souladu s legitimním cílem, kterým je zájem státu, aby na území nepobývaly osoby, které závažným způsobem narušily nebo narušují veřejný pořádek,⁴³

⁴² „Stavební úřad zastaví řízení, pokud k žádosti o stavební povolení není připojena projektová dokumentace nebo pokud není zpracována oprávněnou osobou.“

⁴³ V rozhodovací praxi Komise se vyskytují případy, kdy cizinci, rodinnému příslušníku občana České republiky, je v důsledku závažné trestné činnosti zrušeno povolení k trvalému, resp. přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie. Je mu udělen

sice neumožňuje řízení o podané žádosti z výjezdního příkazu zastavit, nicméně stanoví, že v případě, kdy nabylo právní moci rozhodnutí o správním vyhoštění, o restu vyhoštění, o ukončení přechodného pobytu nebo o zrušení trvalého pobytu rodinného příslušníka občana EU, nebo se jedná o opakovaně podanou žádost, v níž nejsou uvedeny nové skutečnosti, které rodinný příslušník občana EU nemohl uplatnit v řízení o předchozí žádosti, se pobytové oprávnění po dobu vedeného řízení neuděluje.

Pro úplnost lze dodat, že zákon o pobytu cizinců neumožňuje zamítnutí žádosti o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka nebo zastavení řízení o ní ani v případě, že byla podána v době pobytu přiznaného na základě odkladného účinku žaloby podané proti pravomocnému rozhodnutí ve věcech pobytu cizinců. Ustanovení § 87y zákona o pobytu cizinců se výslovně vztahuje pouze na občany EU a jejich rodinné příslušníky. V důsledku zrušení § 169r odst. 1 písm. j) tak zákon o pobytu cizinců výslovně nestanoví žádná omezení pro další pobyt na území cizincům, občanům třetích zemí, kterým byla zamítnuta žádost nebo zrušeno povolení k dlouhodobému či trvalému pobytu a kteří v době platnosti výjezdního příkazu podali novou žádost o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana EU, resp. občana České republiky. Přestože udělení dalšího pobytového oprávnění dle § 87y zákona o pobytu cizinců nepochybně není v souladu s účelem zamítnutí či zrušení jejich předchozího pobytového oprávnění, zejména v případech závažného narušení veřejného pořádku nebo hrozby tohoto narušení, správní orgán jej zpravidla udělit musí. A to pouze z titulu podané žádosti, aniž by z podané žádosti bylo zřejmé, že cizinec podmínku rodinného příslušníka občana EU splňuje⁴⁴. V těchto případech tak lze shledat přílehlavým závěr uvedený v odlišném stanovisku, dle něhož „[p]ovinnost opustit území České republiky, která v zásadě následuje po porušení právní povinnosti cizince, se tak stává pouze fiktivní, nereálnou hrozbou, která nebude moci být nikdy realizována, neboť cizinci stačí prohlásit se za rodinného příslušníka občana České republiky, a jeho další pobyt na území bude legalizován“.

4. ZÁVĚR

Zákon o pobytu cizinců v platném znění neupravuje možnost zastavení řízení v případě žádosti o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka,

výjezdní příkaz s povinností opustit území České republiky. A uvedený cizinec v době výjezdního příkazu podá novou žádost o pobytové oprávnění jako rodinný příslušník občana Evropské unie.

⁴⁴ Zejména pokud jde o případy uvedené v § 15a odst. 2 zákona o pobytu cizinců.

kterých je z hlediska objemu vedených řízení vedených podle hlavy IVa zákona o pobytu cizinců, většina. S ohledem na nálezh Ústavního soudu může vyvstat otázka, do jaké míry je souladné s ústavním pořádkem České republiky zastavení řízení v případech žadatelů o povolení k dlouhodobému nebo trvalému pobytu na území, kteří svoje žádosti podali rovněž z výjezdního příkazu, přestože § 50 odst. 3 zákona o pobytu cizinců podání těchto žádosti neumožňuje. Z tohoto ustanovení je zřejmé, že připouští výjimky, kdy lze i z výjezdního příkazu žádost podat (vízum za účelem strpění pobytu na území a povolení k dlouhodobému pobytu za účelem ochrany na území a nevylučuje možnost podání žádosti o vydání povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana EU). Do zákona o pobytu cizinců byl vložen novelou č. 314/2015 Sb. Z důvodové zprávy k tomuto ustanovení vyplývá, že cílem navrhované úpravy bylo odstranit pochybnosti ohledně toho, zda lze či nelze z výjezdního příkazu podávat žádosti o jiná pobytová oprávnění. Důvodem provedení této legislativní změny byly praktické poznatky z činnosti správních orgánů. Výjezdní příkaz byl zneužíván k účelovému podávání žádosti o pobytová oprávnění, a v důsledku toho i k prodlužování ukončeného pobytu cizinců na území.

Nejvyšší správní soud se již problematikou ústavnosti rozhodnutí o zastavení řízení o žádosti o povolení k trvalému pobytu rodinného příslušníka občana EU z důvodu jejího podání v době udělení výjezdního příkazu podle § 50 odst. 3 zákona o pobytu cizinců zabýval, a to v rozsudku ze dne 27. února 2019 č. j. 2 Azs 152/2018-43. Dospěl k závěru, že předmětné ustanovení v souladu s článkem 35 směrnice 2004/38/ES⁴⁵ zakotvuje potřebné opatření proti zneužití tohoto práva. Zároveň nevylučuje právo rodinných příslušníků občana EU svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států vyplývající ze směrnice, jelikož jim umožňuje realizovat tato práva i jiným způsobem. A to například prostřednictvím žádosti o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana EU, přičemž právě zde je zaručeno právo na přístup ke správnímu oprávněnému řízení a soudnímu přezkumu. K namítanému rozporu předmětného ustanovení s nálezem Ústavního soudu Nejvyšší správní soud uvedl, že pokud má rodinný příslušník občana EU zachovánu možnost podat žádost o pobytové oprávnění na základě jiného ustanovení zákona o pobytu cizinců, není jeho právo na rodinný a soukromý život kráceno, neboť má možnost domáhat se svých práv soudním přezkumem.⁴⁶ Z uvedeného důvodu pak

⁴⁵ „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 článcích 30 a 31.“

⁴⁶ Viz bod 40 rozsudku: „Zákonný příkaz zastavení řízení o žádosti o pobytové oprávnění v důsledku existence platného výjezdního příkazu podle § 50 odst. 3 zákona o pobytu cizinců

návrh na zrušení § 50 odst. 3 zákona o pobytu cizinců zamítl. Na rozdíl od rozebíraného nálezu Ústavního soudu dospěl k závěru, že ne každé zastavení správního řízení je v rozporu s Listinou nebo nezákonnou výlukou ze soudního přezkumu.

tedy na rozdíl od § 169r odst. 1 písm. j) zákona o pobytu cizinců nezpůsobuje odepření spravedlnosti (*denegatio iustitiae*), jelikož neodnímá ochranu základních práv cizince (práva na soukromý a rodinný život podle čl. 10 odst. 2 Listiny) a nebrání žadateli pokračovat ve správním řízení a dobrat se meritorního rozhodnutí ani domáhat se ochrany svých práv v soudním přezkumu v souladu s čl. 36 odst. 1 a 2 Listiny.“

REJSTŘÍK

A

- Agentura EU pro základní práva (FRA) 241
- východiska 242
- azylová politika EU 116

D

- dlouhodobé vízum
- soudní přezkum sdělení o důvodech neudělení 371n, 374

E

- existenční minimum 113, 114
- ESLP
- judikatura 24n
- evropský vízový režim 344n

H

- Haagská úmluva z r. 1930 166n

I

- Institut zastavení řízení 475n
- zvláštní důvody zastavení 481n

K

- Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců 449n
- krátkodobá víza 36n

L

- lidská práva
- jurisdikce Evropského soudu pro lidská práva 293n

M

- migrující pracovníci
- bezpečnost a ochrana zdraví při práci 247
- bydlení 247
- doba odpočinku 246
- náplň práce 246
- pracovní a životní podmínky pracovníků 245
- pracovní doba 246
- problémy s výplatou mzdy 245
- přístup ke spravedlnosti 251
- životní podmínky 247
- minimální výše sociálních dávek 111

N

- Nansenův pas 172n
- čl. ženy 1675
- národní bezpečnost 19
- ochrana 19
- nespolehlivý zaměstnavatel 383n
- absence bezdlužnosti 386
- nesplnění přihlašovací povinnosti zaměstnanců 391
- nevyvíjení ekonomické činnosti 389
- umožnění výkonu nelegální práce 388
- věcný dopad právní úpravy 384
- v likvidaci 392

O

- občanství vdaných žen 153n
- nezávislé 162n
- závislé 154n

ochrana utajovaných informací

- v judikatuře NSS 28n

omezení odkladného účinku na
vykonatelnost rozhodnutí 235

omezení sociální podpory 115

- osobám požívajícím mezinárodní ochranu 107n
- v Rakousku 119n
- zákaz diskriminace 109

opravný prostředek

- vyloučení přístupu 232, 234

osoba bez státní příslušnosti

- vyhoštění 213n
- zajištění 218n

osobní péče 101

osoby bez státní příslušnosti

- právní ochrana 181n

P

povolení k pobytu

- odejmutí rodinnému příslušníkovi 65n
- omezení 51n
- rušení povolení ve světle aktuální judikatury správních soudů 407n
- zrušení 65

pracovní místo 465

- rozpory v charakteristikách 468n

právní moc 229n

- odklad 237n

právo azylu

- v Rumunsku 126n, 136n

právo na spravedlivý proces 19, 21, 24,
27, 32

R

rodinní příslušníci občanů EU 94n

- definice 95
- předek 94, 95, 98

rozhodnutí v cizineckém správním
řízení 440n

- seznámení s podklady 441

- zákonné požadavky na odůvodnění rozhodnutí 443
- rozvedení manželé 44n

S

Schengen 255n

- hraniční kontroly 259n
 - společná odpovědnost 270n
- slučování uprchlíků 73n
- spis 441
- právo nahlížet do něj 441

T

tranzitní zóny 140

trvalý pobyt

- judikatura NSS 407n
- vývoj právní úpravy 476n

U

určování věku nezletilých cizinců 279n

- národní právo 284
- nelékařská metoda 287n
- právo EU 280n

utajovaná informace jako důkazní
prostředek 440n

- projednání v soudním řízení správním 444

V

vážné zdravotní důvody 99

vykořisťování migrujících pracovníků
241n

- falešné sliby 249
- finanční kontrola 249
- izolace pracovníků 249
- násilí a hrozby 248
- právní rámec 243
- strategie zaměstnavatelů k udržení pracovníků 248
- zabavení pasu 249

Z

zahraniční studenti

- v Polsku 354n

zajišťování žadatelů o mezinárodní ochranu v EU 154n

- alternativy k zajištění 147
- řízení na hranicích 140
- systematické zajišťování 143, 145
- zajištění na hranicích 138

zákon o pobytu cizinců

- doručování na území 398n
- nepřijatelnost žádosti 401n
- zvyšování počtu odchylek od správního řádu 396n

zaměstnanecká karta

- posuzování žádostí cizinců o vydání 463n
- pozice cizince při podání žádosti 472

Ž

žadatelé o přiznání právního postavení osoby bez státní příslušnosti

- právní postavení 193n, 200n
- vnitrostátní praxe v ČR 199, 204n
- zajištění žadatelů 222n

Ženevská úmluva 184n