

2016

Ročenka uprchlického a cizineckého práva

2., rozšířené vydání



Veřejný ochránce práv
OMBUDSMAN

2016

Ročenka
uprchlického
a cizineckého
 práva

Ročenka 2016 uprchlického a cizineckého práva

Ročenku tvoří příspěvky, které zazněly na vědeckém semináři uskutečněném dne 14. září 2016 v Kanceláři veřejného ochránce práv – Aktuální právní problémy azylového a cizineckého práva II., a další odborné příspěvky, které souvisí s tématem uprchlického a cizineckého práva

2., rozšířené vydání

Editoři: Pavel Pořízek, Dalibor Jílek



Veřejný ochránce práv
OMBUDSMAN

Ročenka uprchlického a cizineckého práva 2016

Editoři: Dalibor Jílek, Pavel Pořízek

Ročenku tvoří příspěvky, které zazněly na vědeckém semináři uskutečněném dne 14. září 2016 v Kanceláři veřejného ochránce práv – Aktuální právní problémy azylového a cizineckého práva II, a další odborné příspěvky, které souvisí s tématem uprchlického a cizineckého práva

© Kancelář veřejného ochránce práv, 2018

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 10, 130 00 Praha 3 v roce 2018.

Odpovědná redaktorka Marie Novotná

Sazba: Monika Koucká

Tisk: Sowa Sp. z o. o., ul. Raszyńska 13, 05-500 Piaseczno, Poland

Tel.: 246 040 417, 246 040 444.

ISBN 978-80-7552-995-4 (brož. Wolters Kluwer ČR, a. s., 2., rozšířené vydání)

ISBN 978-80-7552-996-1 (pdf. Wolters Kluwer ČR, a. s., 2., rozšířené vydání)

ISBN 978-80-87949-67-2 (brož., Kancelář veřejného ochránce práv, Brno, 2., rozšířené vydání)

ISBN 978-80-87949-68-9 (pdf., Kancelář veřejného ochránce práv, Brno, 2., rozšířené vydání)

Obsah

I.	Úvodní slovo Anny Šabatové, veřejné ochránkyně práv	9
II.	Poznámka editorů	11
A.	Víza a pobity	13
III.	Postřehy z vízové politiky EU – vízová facilitace, liberalizace a vzájemnost Michal Koukal	15
IV.	Praxe podávání žádostí o víza a vybrané směrnicové pobity na zastupitelských úřadech členských států EU Ondřej Rauš	49
V.	Výklad výhrady veřejného pořádku v jednotlivých ustanoveních zákonu o pobytu cizinců (část I. Občané EU a jejich rodinní příslušníci)	108
	Pavel Pořízek	
VI.	Rodinný příslušník občana Evropské unie s právním postavením dlouhodobě pobývajícího rezidenta	229
	Beáta Szakácsová	
VII.	Zaměstnávání cizinců disponujících polským dlouhodobým vízem vydaným za účelem zaměstnání	242
	Jitka Zavřelová	
B.	Azyl a uprchlictví	259
VIII.	Právo azylu v přechodovém období mezi antikou a středověkem	261
	Miroslav Frýdek	
IX.	Ruští a arménští uprchlíci a jejich <i>status personae</i>	274
	Dalibor Jílek a Jana Michaličková	
X.	Článek 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice: rozpor s Úmluvou o právním postavení uprchlíků?	310
	Linda Janků	
XI.	Páchání trestné činnosti jako důvod pro odnětí azylu – řízení o předběžné otázce ve věci C-391/16 <i>M</i>	354
	Nataša Chmelíčková	
XII.	Mezinárodní ochrana z důvodu ohrožení ozbrojeným konfliktem	365
	Jakub Camrda	

XIII.	Přiznání statusu uprchlíka z důvodu výhrady svědomí ve světle rozsudku Soudního dvoru ve věci <i>A. L. Shepherd proti Bundesrepublik Deutschland</i>	377
	Veronika Sedláčková	
XIV.	Aktuální postupy státních orgánů vůči uprchlíkům vstupujícím neoprávněně na území	393
	Eva Holá	
XV.	Environmentální migrace z pohledu uprchlického práva a v systému ochrany lidských práv	405
	Pavlína Lukašíková	
XVI.	Horní limity pro přijímání uprchlíků ve světle Ženevské úmluvy a evropské ochrany lidských práv	448
	Harald Christian Scheu	
C. Zajištění		475
XVII.	Poznámky k určování významu právního kritéria „vážné nebezpečí útěku“	477
	Jaroslav Větrovský	
XVIII.	Přiměřenost omezení osobní svobody cizince v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva	488
	Hana Holubková	
D. Vyhoštění a extradice		501
XIX.	Ochrana cizinců před vyhoštěním prostřednictvím <i>non-refoulement vs. praxe diplomatických záruk</i>	503
	Eliška Flídrová	
XX.	Nemožnost extradice z důvodu zákazu mučení	522
	Barbora Matějková	
XXI.	Oslabení vzájemné důvěry mezi členskými státy v kontextu předávání osob podle tzv. evropského zatykače	530
	Anna Láníčková	
E. Zahraniční příspěvky		545
XXII.	Několik slov před příspěvky kolegyň a kolegů z Polska	547
	David Kryška	
XXIII.	Security Clause in Polish Asylum Law	552
	Barbara Kowalczyk, Łukasz Prus	
XXIV.	Between Law and Reality – Migration Policy in Poland and the European Union	568
	Marcin Princ	

XXV. Application of the Standards of the European Convention on Human Rights relating to Aliens by the Polish Administrative Courts	-----	584
Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski		
F. Příspěvky odboru správního Ministerstva vnitra	-----	599
XXVI. Neplnění účelu předchozího pobytu v návaznosti na podanou žádost o udělení trvalého pobytu	-----	601
Karel Hruška		
XXVII. Přiměřenost zásahu do soukromého a rodinného života cizince	-----	614
Josef Šmejdíř		
XXVIII. Nárok na pobyt cizince na území České republiky ve světle aktuální judikatury českých soudů	-----	629
Ondřej Moudrý		
XXIX. Dlouhodobá víza za účelem strpění pobytu na území	-----	638
Ivan Tobek		
XXX. Změny v posuzování povinnosti cizinců plnit účel povoleného pobytu ve vazbě na novelu zákona o pobytu cizinců a aktuální judikaturu	-----	651
Jaroslava Pohořelá		
XXXI. Přehled aktuální činnosti Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců	-----	663
Petr Voříšek		
Rejstřík	-----	674

I.

Úvodní slovo Anny Šabatové, veřejné ochránkyně práv

V posledních letech sledujeme rostoucí tlak na relativizaci uprchlického, azylového a cizineckého práva. Předmětem debaty se stávají zdánlivě nedotknutelné úmluvy o lidských právech. Mezinárodní dohody se ve veřejném prostoru posouvají z kategorie závazku k dobrovolnosti. Asi nelze očekávat, že se v tomto ohledu v příštích letech něco změní. O to důležitější pak je neustále připomínat jejich důležitost a vysvětlovat jejich smysl.

Nesmíme připustit, aby se náš přístup k uprchlíkům a cizincům vůbec začal posouvat směrem k minulosti. Uprchlické a cizinecké právo vzniklo především proto, aby nám nedovolilo opakovat chyby, kterých jsme se kdysi dopouštěli. Za každou úmluvou, za každým zákonem a za každým paragrafem se skrývají životy konkrétních lidí.

Chci proto poděkovat profesoru Jílkovi a doktoru Pořízkovi, že každočně pořádají konferenci věnovanou uprchlickému, azylovému a cizineckému právu. Velkou měrou tak pomáhají udržovat vysokou úroveň odborné debaty, která se o těchto otázkách v České republice vede. Na konferenci zaznívají hlasy, názory a pohledy ze všech oblastí, které se otázkám cizinců nebo uprchlíků věnují. Výsledek můžete posoudit sami v této ročence. Přeji inspirativní čtení.

II.

Poznámka editorů

O FORMĚ

Odborné statě si hledají formu zveřejnění. Forem odborné publikace není mnoho, jak by se mohlo nezasvěcenému zdát. Když byl na brněnské právnické fakultě uspořádán první vědecký seminář mezinárodního uprchlického práva, výběr formy se podřídil utilitárnímu i ideoevému požadavku. Myšlenka užitečnosti a tematické jednoty ovládly formu odborného výsledku. Byl zvolen *sborník* jako nepravidelná, avšak autonomní forma skupinové vědecké publikace. Další návazné semináře, posléze přenesené pod přátelskou aiguilletu veřejného ochránce práv, formu sborníku nezavrhlily. Ačkoliv statě publikované ve sbornících, ztratily důvěru a uznání vědeckého společenství.

Semináře uprchlického a cizineckého práva se vbrzku ustálily. Jejich roční rytmus je způsobem živé pravidelnosti. Časem seminářů se stalo pozdní brněnské léto. Avšak každoroční semináře se přeměnily ve dvoudenní konferenci. Jejich obsah se významově rozšířil. Dramatickým předmětem nepřestalo být mezinárodní, unijní a vnitrostátní uprchlické právo. Osudnou sílu ale nabyla náměty cizineckého práva. Mimoto vnitrostátnímu cizineckému právu, jež prodělává neustálé změny, přestalo být mezi zasvěcenými skoro rozuměno.

Podstatné změny neudržely kohezi formy. Roční pravidelnost vědeckých setkání si vyhledala namísto neperiodické, periodickou formu odborné publikace: *ročenku*. To je nové jméno, to je nová forma pro jednotu jednotlivých statí z lůžka právní teorie a praxe, a to nejen české i slovenské.

Ročenka nadále sleduje dva základní objekty: uprchlické a cizinecké právo, a to v jejich trojdomej, tj. mezinárodní, unijní a vnitrostátní vrstvě. Uprchlícké a cizinecké právo je *situační* a *statusové* právo zároveň. Obě formy se ovšem účelem a normativním obsahem liší. Status žadatelů o azyl, azylantů, beneficiantů doplňkové nebo dočasné ochrany, adresátů pravidla *non-refoulement* a ne-občanů či občanů Evropské unie nemá teleologickou stejnouči normativní totožnost. První se nalézájí pod náhradní ochranou, kdežto

druzí jsou chráněni domovským státem. Avšak oboje má za cíl zachovat takové osobě v jakékoli situaci a právním postavení její důstojnost a odvěkou lidskost. Aby nikdo z nich nemusel nikdy pravít: „*Jako pes.*“ (závěrečná věta Procesu od Franze Kafky).

Podzim 2017

A.
Víza a pobytu

III.

Postřehy z vízové politiky EU – vízová facilitace, liberalizace a vzájemnost

MICHAL KOUKAL*

1. ÚVOD

Cílem tohoto příspěvku je načrtnout základní nástroje vízové politiky EU. Mezi oběma póly vízového vztahu, kterými jsou vízový a bezvízový styk, se nachází řada procesů a institutů vízové politiky, jimž odpovídají i nástroje právní. Vedle vízové facilitace, která znamená při zachování vízové povinnosti určité, zejm. procesní usnadnění, se článek zabývá jak politickou, tak právní stránkou vízové liberalizace, tedy procesu osvobození od vízové povinnosti a jeho podmínkami. Na neplnění podmínek bezvízového styku pamatuje tzv. suspenzivní mechanismus, který dovoluje bezvízový styk vůči občanům určité třetí země dočasně pozastavit. Emblematickým aspektem vízové politiky je pak problematika vízové vzájemnosti (reciprocity), která má v „nařízení o vízových seznamech“ svůj odraz v podobě tzv. mechanismu reciprocity, který legislativně zakotvuje reakci EU při nerecipročním uplatňování vízové povinnosti třetí země vůči občanům některého členského státu. Nakonec přichází krátká úvaha na téma rozdílů mezi vízovým a bezvízovým stykem a nových institutů (systémů), jako je ESTA USA nebo rodící se ETIAS EU, které jsou někde na pomezí mezi oběma limity škály mezi vízovou povinností a bezvízovým stykem.

* Právnická fakulta UK, Praha

2. VÍZOVÁ FACILITACE

Vízová facilitace neboli usnadnění udělování víz může mít různé podoby a intenzitu. Do určité míry zjednodušení předvídá vízový kodex a je v diskreji členského státu, resp. konzulátu, do jaké míry jich využije (např. čl. 16 odst. 5 nebo čl. 14 odst. 6 vízového kodexu). Facilitaci svého druhu (neprocesní) představuje i osvobození určitých kategorií osob od vízové povinnosti, jak členským státům umožňuje čl. 4 odst. 1 nařízení č. 539/2001, obvykle pro držitele diplomatických nebo i služebních pasů. Uvedené facilitace jsou k dispozici členskému státu. Komise jménem EU na základě čl. 77 odst. 2a a čl. 218 SFEU smí uzavírat dohody mezi EU a danou třetí zemí o usnadnění vízového styku (facilitační dohody)¹ nad rámec výše uvedeného rozsahu, protože může sekundární právo derogovat a také tak činí, zejm. sjednáním výhodnějšího procesu pro vydávání víz. Platná facilitační dohoda je k vízovému kodexu normou speciální a má před ním přednost. Jednotlivé facilitační dohody se obsahem zjednodušení liší. K typickému obsahu však patří: zkrácení lhůty pro rozhodnutí o vízové žádosti, snížení poplatku za zpracování žádosti o vízum a pro některé kategorie úplné odpuštění poplatku, omezení vyžadovaných podpůrných dokladů, zjednodušení kritérií pro vydání více-vstupních víz některým kategoriím osob a konečně osvobození od vízové povinnosti pro držitele diplomatických nebo i služebních pasů. Dohodou se rovněž pravidelně zřizuje tzv. smíšený výbor, jehož úkolem je sledovat provádění dohody. Pro plně harmonizovanou implementaci dohody nadto smíšený výbor přijímá právně nezávazné Společné pokyny pro provádění dohody.

Facilitační dohody jsou prakticky vždy sjednávány paralelně s dohodami o zpětném přebírání osob (tzv. readmisními dohodami). Přestože readmisí se vlastních občanů je považována za povinnost plynoucí z mezinárodního obyčejového práva,² prakticky je často obtížné readmisní dohodu bez určité kompenzace (odměny) typicky právě v podobě usnadnění vízového režimu uzavřít. Ne všechny readmisní dohody EU takovou korespondující facilitační

¹ Sjednáno bylo zatím 12 facilitačních dohod s Albánií, Arménií, Ázerbájdžánem, Bosnou a Hercegovinou, Kapverdami, Makedonií, Gruzíí, Moldavskem, Černou Horou, Srbskem, Ruskem a Ukrajinou. Zdroj: *Webové stránky Evropské komise. DG Migration and Home Affairs. Visa Policy [online]. 17. 10. 2016 [cit. 23. 10. 2016]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa-policy/index_en.htm*

² Srov. COLEMAN, N. *European readmission policy: third country interests and refugee rights*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 28–33.

dohodu mají,³ ale naopak všechny třetí země, se kterými EU sjednala facilitační dohodu, mají s EU sjednánu i dohodu readmisi.⁴

Specifickým příkladem facilitace je Memorandum o porozumění mezi EU a Čínou o ADS (*Approved Destination Status*).⁵ Jde o způsob usnadnění návštěvy EU/Schengenu čínským turistům prostřednictvím autorizovaných cestovních kanceláří. Víza se vydávají nejvýše na 30 dnů a obsahují poznámku ADS. Memorandum dále upravuje specifickou spolupráci při readmisi nelegálně pobývajících čínských turistů z tohoto programu.

Procesy vízové facilitace se mohou zdát do určité míry problematické z hlediska zpětné fragmentace vízového procesu jednou pracně harmonizovaného v rámci vízového kodexu. To je ale spíše teoretická námitka, protože žadatel ani konzuláty fragmentaci nepocítí, jelikož je daná třetí země vždy vázána jednou sadou procesních pravidel a facilitací. Problematický je spíše opačný proces, ke kterému Komise nakročila svým návrhem přepracování vízového kodexu,⁶ zahrnout většinu facilitací dosud obsažených ve vízových facilitačních dohodách do vízového kodexu. Takový postup má jednu podstatnou nevýhodu, a to ztrátu vyjednávací páky vůči třetím zemím typicky v podobě readmisiích dohod, které byly tradičně párově s facilitačními uzavírány.

3. VÍZOVÁ LIBERALIZACE

3.1 Vízová povinnost a osvobození od ní

Tato kapitola se bude zabývat vízovou povinností, a to pouze z perspektivy států. Stranou je vědomě ponechán pohled ze strany subjektů vízové povinnosti, zejm. pokud jde o rodinné příslušníky občana EU, resp. EHP a Švýcarska, a celý systém výjimek ať už stanovených právem EU pro území všech členských států, nebo národní výjimky připuštěné právem EU na úrovni

³ Readmisiní dohoda EU–Pákistán nebo EU–Turecko.

⁴ Ještě ofenzivnější je přístup Velké Británie, která přistupuje ke všem readmisiím dohodám EU, ale nikoliv k dohodám facilitačním.

⁵ Memorandum of understanding between the European Community and the National Tourism Administration of the People's Republic of China, on visa and related issues concerning tourist groups from the People's Republic of China (ADS). Úř. věst. L 83/14. 20. 3. 2004.

⁶ Návrh revize vízového kodexu COM(2006) 403 final/2, 28. 7. 2006.

jednotlivých členských států.⁷ Jaké jsou stanoveny podmínky pro zavedení vízové povinnosti, resp. osvobození od ní? Nezanedbatevná je také otázka způsobu zavedení nebo osvobození od vízové povinnosti.

3.2 Důvody uložení/osvobození od vízové povinnosti

Kritéria pro zodpovězení nelehké otázky, komu má být vízová povinnost uložena, resp. kdo má být od ní osvobozen, stanovil od počátku a po většinu jeho existence bod č. 5 úvodních ustanovení nařízení č. 539/2001, podle kterého se toto určení řídí uvážením pro každý stát a individuálním vyhodnocením rozmanitých kritérií. Ta souvisejí mj. s nedovoleným přistěhovalectvím, veřejným pořádkem a bezpečností a s vnějšími vztahy EU s třetími zeměmi, přičemž je také brán zřetel na důsledky regionální spojitosti a vzájemnosti. Takto obecně a příkladmo vypočtená kritéria umožňovala flexibilní manévrování mezi bezpečnostními a migračními aspekty na jedné straně a ohledy mezinárodněpolitickými a obchodními na straně druhé. I přes důvody na zachování flexibility byla tlakem Evropského parlamentu vágnost těchto kritérií omezena, když byl v roce 2014⁸ zaveden zvláštní článek normativního textu a dosavadní, v úvodním ustanovení jmenovaná kritéria doplněna o:

- hospodářské přínosy, především z hlediska cestovního ruchu a zahraničního obchodu,
- aspekt lidských práv a svobod ve vnějších vztazích EU.

Zmíněná novela vychází z tehdy prosazované priority Komise posílit ekonomický růst i prostřednictvím vízové politiky a opírá se mimo jiné o sdělení Komise – Prováděním a rozvojem společné vízové politiky k podpoře růstu v EU.⁹ Na téže logice stojí návrh přepracování vízového kodexu.¹⁰ O tento článek se mohou opírat i ti, kteří víza nevnímají pouze jako nástroj bezpečnostní a boje proti nelegální migraci, ale i jako prostředek usnadnění legitimního cestování. K tomu lze namítnout, že vízová povinnost je svojí povahou vždy překážkou cestování, nikoliv prostředkem jeho usnadnění. V širší perspektivě vízové politiky je ovšem třeba uznat, že mezi vízovým a bezvízovým stykem existuje řada mezistupňů a zejména procesních usnadnění, kterými lze oprávněné cestování podporovat.

⁷ Srov. KOUKAL, M. *Společná vízová politika EU a právo na odvolání proti zamítnutí žádosti o vízum*. Disertace PF UK, 2016, s. 62–73.

⁸ Nařízení č. 509/2014, Úř. věst. L 149, 20. 5. 2014.

⁹ COM(2012) 649 final, 7. 11. 2012.

¹⁰ COM(2014) 164 final, 1. 4. 2014, s. 2.

Zejména v návaznosti na migrační krizi let 2015 a 2016 a na sérii teroristických útoků v EU se začíná dostávat opět do popředí původní či vlastní účel víz, kterým je zajištění bezpečnosti a prevence nelegální migrace. Frustrace z nelepších se výsledků návratové politiky opět vrací na výsluní politické debaty v rámci EU téma spojení návratové a vízové politiky. Ve vízové politice (vedle poněkud vzdálenějších politik rozvojové a obchodní/celní) je spatřována páka pro zlepšení spolupráce třetích zemí v oblasti readmise primárně svých vlastních státních příslušníků. Cestou provázání vízové facilitace a readmise se vydala i Rada EU v pracích na revizi vízového kodexu.¹¹ S kritérii spolupráce v oblasti návratů pracuje i tzv. suspenzivní mechanismus. Jinak se ovšem spojení víza–návraty (s výjimkou legislativně zakotveného, ale rovněž dosud nevyužitého suspenzivního mechanismu) zatím nikdy nedostalo na úrovni EU ze sféry úvah a politických proklamací. Obtížnost přijetí nějakého druhu vízových sankcí na úrovni EU plyne z několika důvodů. Předně, obvykle ne všechny členské státy mají s třetí zemí špatnou spolupráci v návratech. Členské státy s dobrou spoluprací ji nechtejí ohrozit sankcemi. To samé platí pro jiné zájmy (obchodní či zahraničněpolitické) členských států vůči dané třetí zemi, které dokážou na nich zainteresované subjekty, byť nespoluprací postiženého členského státu, prosadit, resp. zabránit přijetí sankcí. Připočteme-li odpor samotné třetí země a její diplomatický tlak a lobbing, který proti sobě staví výše zmíněné, není divu, že vízové sankce EU ještě nespatřily světlo světa.

Jako nátlakový nástroj pro zlepšení spolupráce v readmisi použily omezení vydávání víz (pouze na vládní úředníky a jejich rodinné příslušníky) nedávno např. USA vůči Gambii¹² a i v řadě jiných zemí evidentně patří tato možnost do repertoáru „vízové diplomacie“¹³. Z řady představitelných sankcí v oblasti víz (zvýšení poplatků, prodloužení lhůt pro vydávání víz, omezení vydávání vícevstupních víz apod.) je zastavení vydávání víz nepochyběně nejradikálnejší a zaslouží krátké zastavení. Vízové *acquis* režim zastavení vydávání víz občanům daného třetího státu nezná (zná pouze jmenovité vízové sankce – *visa ban* – podle čl. 215 SFEU). Státní příslušníci třetích zemí ke

¹¹ Návrh revize vízového kodexu COM(2006) 403 final/2, 28. 7. 2006.

¹² *U. S. strips visas from Gambian govt.; punishment for stopping DHS deportations* [online]. The Washington Times [cit. 1. 10. 2016]. Dostupné z: <http://www.washingtontimes.com/news/2016/oct/1/us-strips-visas-gambian-govt-punishment-stopping-d/>

¹³ *Saudi Arabia to stop visas for Swedish citizens amid human rights row* [online]. The Guardian [cit. 20. 3. 2015]. Dostupné z: <http://www.theguardian.com/world/2015/mar/20/saudi-arabia-to-stop-visas-for-swedish-citizens-amid-human-rights-row>

vstupu buď mohou přicestovat bez víz, anebo si mohou požádat o vízum. Současné vízové *acquis* v zásadě neumožňuje žádost nepřijmout ani odmítnout z jiných než ve vízovém kodexu vypočtených důvodů vztahujících se ke konkrétní žádosti. Ultimátně členské státy EU mohou při nedostatku takového nástroje sáhnout k zavření konzulárního úseku v dané třetí zemi, což je v kontextu debaty o ne/existenci právního nároku na vydání víza poněkud mimoprávní řešení. V případě zakotvení vzájemného povinného zastupování členských států při vydávání víz dle návrhu přepracování vízového kodexu,¹⁴ neřkuli při (v tuto chvíli) spíše futuristické možnosti vydávat víza delegací EU,¹⁵ by i tato mimoprávní možnost byla vyloučena. V rámci debaty o ne/existenci právního nároku na vydání víza představují tyto momenty, jakkoliv extrémní, důležité argumenty proti existenci právního nároku anebo alespoň důležité výjimky. Lze si představit situace, kdy je omezení nebo zastavení vydávání víz státním příslušníkům třetí země nebo jejich kategorii legitimní, právě např. z důvodu flagrantní nespolupráce při readmisi vlastních občanů nebo jako odvetné reciproční opatření vůči třetí zemi, která by k takovému kroku sáhla jako první.¹⁶

3.3 Mezinárodní dohody o bezvízovém styku

Pokud jde o formu, osvobození od vízového styku může být upraveno buď jednostranně, nebo mezinárodní dohodou. V zásadě se jedná o mezinárodní dohody mezi EU a třetí zemí. Bilaterální dohody o osvobození od vízové povinnosti zůstávají v platnosti, pokud byly uzavřeny předtím, než se nařízení 539/2001 stalo pro daný členský stát závazné.

3.3.1 Mezinárodní dohody EU – třetí země

Mezinárodní dohodu mezi EU a třetí zemí lze uzavřít na základě ustanovení čl. 218 a 77 SFEU. Postup je následující. Nejprve dojde k přesunu z přílohy I do přílohy II, a tedy k legislativní změně nařízení 539/2001 rádným

¹⁴ COM(2014) 164 final, 1. 4. 2014.

¹⁵ Bílá kniha o budoucnosti Evropy, Úvahy a scénáře pro EU27 v roce 2025 – Scénář 5: Dělat mnohem více společně, s. 24.

¹⁶ Další úvahy o možných důvodech legitimity nevydávání víz v souvislosti s konceptem povinného zastupování mezi členskými státy EU navzájem, srov. KOUKAL, M. *Společná vízová politika EU a právo na odvolání proti zamítnutí žádosti o vízum*. Disertace PF UK, 2016, s. 112–114.

legislativním postupem. Osvobození se ale použije až ode dne vstupu v platnost dohody o osvobození od vízové povinnosti, která bude uzavřena mezi EU a danou třetí zemí. U názvu dané země v příloze II je v tomto smyslu učiněna poznámka.¹⁷ Rada následně zmocní Komisi k zahájení jednání o dohodě mezi EU a třetí zemí o zrušení vízové povinnosti pro krátkodobé pobyt. Součástí pověření je detailní směrnice pro vyjednávání, která stanoví, co je Komise oprávněna sjednat. Vyjednavači text pouze parafují. Následně je Radě formou rozhodnutí o podpisu předložena dohoda ke schválení podpisu jménem Unie s výhradou jejího uzavření a předsedou Rady jmenován zástupce dohodu podepsat. Podepsaná dohoda, stanoví-li tak, může umožňovat prozatímní uplatňování. Rozhodnutím o uzavření dohody se pak již podepsaná dohoda schvaluje jménem Unie.¹⁸

Logika tohoto postupu zřejmě vychází z toho, že nejprve je poskytnut politický mandát, který je realizován změnou nařízení č. 539/2001. Samotné uzavření dohody je již pouze technickým provedením schválené změny. Proti tomuto postupu lze namítnout, že Rada, která souhlasila se změnou, ještě nesouhlasila s podmínkami vzájemné dohody. Je ale tlačena již provedenou změnou nařízení, což je ve vztazích s danou třetí zemí zavazující. Logičtější by se jevil právě opačný postup, který má nevýhodu časového prodlení mezi uzavřením dohody a přijetím změny nařízení.

Pokud jde o obsah dohod, vztahuje se pouze na krátkodobé pobity v délce nepřesahující 90 dní v období jakýchkoliv 180 dní.¹⁹ Přijímání se neúčastní a dohoda nezavazuje Velkou Británii a Irsko, ale pouze zbylé členské státy. Přidružené schengenské státy a daná třetí země jsou na základě pouhého prohlášení připojeného k dohodě vyzvány k uzavření obdobných dohod. Osvobození od vízové povinnosti se pak nevztahuje na osoby cestující za účelem výkonu výdělečné činnosti. Tyto dohody mají přednost před bilaterálními dohodami sjednanými ve stejné působnosti. Metoda uzavření mezinárodní dohody má oproti vzájemnému jednostrannému zrušení vízové povinnosti výhodu zajištění plné reciprocity ve smlouvě. Komise zvolila

¹⁷ Viz např. nařízení č. 1932/2006, Úř. věst. L 405/23, 30. 12. 2006.

¹⁸ Uzavřených bezvízových dohod EU – třetí země lze napočítat k datu 24. 10. 2016 celkem jedenáct, z toho tři dosud nevstoupily v účinnost. Zdroj: Treaties Office Database. European External Action Service [online] [cit. 24. 10. 2014]. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/world/agreements/SimpleSearch.do>. Prozatímně je však na základě nařízení č. 509/2014, Úř. věst. L149/67, 20. 5. 2014 s výhradou pozdějšího schválení mezinárodní dohody, přeřazeno do přílohy II nařízení č. 539/2001 dalších 16 třetích zemí.

¹⁹ Starší dohody, které obsahovaly formulaci „3 měsíce v jakémkoliv šestiměsíčním období“, byla Komise pověřena předjednat.

metodu uzavření mezinárodní smlouvy o vynětí z vízové povinnosti poprvé v případě šesti ostrovních mikrostátů²⁰ a dále u mezinárodní smlouvy o bezvízovém styku EU–Brazílie.²¹ Tou byl mimo jiné zajištěn bezvízový styk čtyřem členským státům, v té době stále v nerecipročním postavení, s tehdy již „bezvízovou“ Brazílií dle nařízení č. 539/2001. Pro kategorie osob, které nejsou pokryti dohodou EU–Brazílie, zůstávají v platnosti účinné bilaterální dohody mezi členskými státy a Brazílií, pokud jsou tyto kategorie od vízové povinnosti osvobozeny. Naposledy byla touto cestou vízová povinnost vzájemně zrušena v případě všech devatenácti třetích zemí dle novely vízového nařízení č. 509/2014.²² U nově sjednaných bezvízových styků je metoda uzávírání mezinárodní dohody vhodná. Je ovšem otázkou, zda by v okamžiku, kdy se snad členské státy svých bilaterálních dohod vzdají,²³ bylo smyslu plné uzavírat bezvízové dohody se všemi zeměmi figurujícími v příloze II nařízení č. 539/2001, a to vzhledem k náročnosti a zdlouhavosti (s Brazílií trvalo EU sjednání dohody bez mála tří roky) takové procedury u velkých zemí a záteži pro země malé (některé ostrovní státy mají, zdá se, problémy mezinárodní dohodu s EU sjednat). Pravděpodobně by stačilo sjednat dohody s většími a vlivnějšími zeměmi (kde jsou zájmy na bezvízovém styku přibližně vyrovnané) pro zajištění vízové reciprocity ve všech prvcích cestování a pobytu a vůči všem členským státům. V případě menších a méně vlivných zemí bude vždy jejich zájem na bezvízovém styku převažovat a ze strany EU není tak sjednání mezinárodní dohody nutné. Obava ze ztráty bezvízového styku s EU u těchto „slabších“ třetích zemí bude pravděpodobně lepší zárukou zachování reciprocity než mezinárodní smlouva.

3.3.2. Bilaterální mezinárodní dohody členský stát – třetí země

Článek 20 odst. 2 SPÚ obsahuje důležitou výjimku z logiky fungování společného schengenského prostoru. Opravňuje členské státy kromě výjimečného prodloužení pobytu cizince na svém území zachovat bilaterální dohody²⁴

²⁰ Nařízení č. 1932/2006, Úř. věst. 405, 30. 12. 2006.

²¹ Dohoda mezi Evropskou unií a Brazílskou federativní republikou o zrušení vízové povinnosti pro krátkodobé pobity pro držitele běžných cestovních pasů, Úř. věst. L 255, 21. 9. 2012, s. 4–9.

²² Nařízení č. 509/2014, Úř. věst. L 149, 20. 5. 2014, s. 67–70.

²³ K výjimce dle čl. 20 Schengenské prováděcí úmluvy (dále jen „SPÚ“) viz kapitola 3.3.2.

²⁴ Úplný přehled těchto dohod není znám. Členské státy uzavřely přes 300 takových dohod s asi čtyřicítkou třetích zemí, což představuje velkou většinu bezvízových třetích zemí. Česká republika uzavřela 14 takových dohod. S Argentinou, Chile, Izraelem, Koreou,

uzavřené před vstupem SPÚ v platnost, resp. předtím než se pro členský stát stala závaznou.²⁵

Takové bilaterální dohody mohou obsahovat odchylnou úpravu, jak pokud jde o povolenou délku pobytu, tak zejména pokud jde o územní působnost, protože opravňují cizince k pobytu pouze na území daného členského státu, který dohodu uzavřel. To je potom problematické z hlediska posouzení oprávněnosti pobytu na území schengenského prostoru jako celku. Vzniká totiž otázka, zda se zaprvé²⁶ pobytom cizince na území daného členského státu na základě bilaterální dohody vyčerpává též oprávnění k pobytu v celém Schengenu, anebo zadruhé, zda se pobyt na základě bilaterální smlouvy do schengenského pobytu nezapočítává. V takovém případě by bylo možné např. řetězit krátkodobé pobytu v daném členském státu nebo na území několika členských států, s nimiž má daná třetí země uzavřeny bilaterální dohody, a tím být na území Schengenu i neomezeně dlouho, vždy pouze pod podmínkou opuštění území daného členského státu před vyčerpáním v bilaterální smlouvě stanovené povolené délky pobytu.

První výklad může být porušením práv z mezinárodních dohod, které nemusí reflektovat „pozdější“ vznik Schengenu, stejně jako by EU nebrala ohledy na pozdější limitující legislativu dané třetí země. Druhý výklad je velmi nepraktický vzhledem k absenci kontroly na vnitřních hranicích Schengenu a snadnému obcházení, včetně podmínek dle bilaterálních dohod. Nadto je zcela nekompatibilní se schengenskou logikou povolené délky pobytu na celém území Schengenu. Logika zachování práv z mezinárodní smlouvy přes krajně nepraktické důsledky by velela přisvědčit druhému výkladu, který není zpochybňován ani Komisí. K němu je třeba uvést jednu důležitou výhradu. Článek 20 odst. 2 SPÚ tak širokou výjimku, která by zahrnovala všechny bilaterální bezvízové smlouvy sjednané před rozhodným datem, nekryje.

Při jeho pozorném čtení zjistíme, že míří pouze na zachování práv z výhodnější bilaterální smlouvy. Opravňuje k delší době pobytu na území

Kostarikou, Malajsí, Mexikem a Uruguayí, které opravňují k bezvízovému pobytu na území České republiky po dobu 3 měsíců. S Guatemalou, Hondurasem, Nikaraguou, Panamou a Paraguayí, které opravňují k pobytu na území schengenského prostoru po dobu 3 měsíců v 6. Poslední dohoda se Singapurem opravňuje pouze ke třicetidennímu pobytu na území ČR.

²⁵ Za toto datum je třeba v případě České republiky považovat datum přistoupení k EU – 1. 5. 2004.

²⁶ Pro kladnou odpověď srov. VLÁČIL, J. *Právo na vstup a pobyt na území členských států EU*. Disertace PF UK, 2014, s. 66, 67.

členského státu, než kolik umožňuje *acquis* (90 dní v 180denním období, resp. dříve tři měsíce v šesti). Předmětné ustanovení je formulováno jako výjimka z oprávněné délky pobytu za dodržení podmínek vstupu. Členský stát může na základě bilaterální smlouvy pobyt prodloužit, pokud její znění opravňuje k pobytu delšímu než schengenský, ale nikoliv k systematickému řetězení pobytů v jednotlivých státech s odkazem na územní rozsah jednotlivých bilaterálních dohod. Přednost bilaterálních dohod je tedy třeba omezit na případy dohod opravňujících k delší době pobytu na území členského státu. To znamená, že čl. 20 odst. 2 SPÚ se v zásadě nevztahuje na ty bilaterální smlouvy, které opravňují ke kratšímu nebo stejně dlouhému pobytu na území, jako opravňuje *acquis*. Nezdá se, že by smyslem daného ustanovení bylo zajistit přednost všech dříve uzavřených bilaterálních smluv, ale pouze těch, které opravňují k pobytu na území členského státu delšímu, než jaké nabízí *acquis*.

I při maximálně konformním výkladu, pokud bychom čl. 20 odst. 2 vztáhli pouze na smlouvy opravňující k delšímu pobytu než 90 dní v 180denním období, by byly bilaterální bezvízové dohody neslučitelné s cíli a fungováním schengenského *acquis*. Při výkladu, který striktně zachovává závazky z mezinárodních smluv i s odkazem na územní působnost bilaterálních smluv, který se zdá, že převládá, je tato neslučitelnost zásadní a o to zřejmější. Článek 351 SFEU stanoví, že pokud jsou „*smlouvy neslučitelné se Smlouvami, použije příslušný členský stát či členské státy všech vhodných prostředků k odstranění zjištěných neslučitelností*“. V kontextu cílů schengenského *acquis* a ustanovení čl. 351 SFEU je třeba čl. 20 odst. 2 SPÚ vnímat jako dočasné překlenovací opatření, jehož legitimita se vyčerpala. Po členských státech je legitimní požadovat výklad, resp. přejednání bilaterálních dohod tak, aby neodporovaly schengenskému *acquis*.

To je ovšem problematické. Pro třetí stát bude vypovězení bilaterální smlouvy v principu znamenat zhoršení postavení pro jeho občany, ať už proto, že na základě dohody byli oprávněni k delší než schengenské délce povoleného pobytu, anebo proto, že prvním výkladem řetězili pobyt v jednom či několika členských státech. Prakticky jsou dohody cizinci zřejmě málo využívány kvůli praktickým problémům nekompatibility se schengenskými pravidly, jejich komplexnosti a z toho plynoucí právní nejistotě. Členské státy také nemají zájem dohody přejednat, natož vypovědět, protože recipročně upravují podmínky bezvízového pobytu občana členského státu ve třetí zemi a z důvodu možného zatížení vzájemných politických vztahů.

Druhý výklad se rovněž chápe jako *status quo* např. v návrhu nařízení o cestovních vízech.²⁷ Komise v něm navrhuje právě část čl. 20 odst. 2 SPÚ, stanovící výjimku pro bilaterální dohody, zrušit. Pro toto opatření navrhoje pětiletý odskok účinnosti, aby poskytla dostatečnou dobu na renegociaci bilaterálních smluv. Komise dobře chápe, že aplikace bilaterálních dohod o bezvízovém styku je v příkrém rozporu s fungováním schengenského prostoru, neboť se jejich účinky v zásadě omezují na území daného členského státu a stanoví odchylné délky oprávněného pobytu. Jejich množství a rozmanitost znemožňují jednotný výklad a jsou zdrojem právní nejistoty a řady praktických problémů. V době, kdy Amsterodamská smlouva definovala krátkodobý pobyt na území Schengenu jako pobyt kratší tří měsíců, byly bilaterální smlouvy v přímém rozporu se Smlouvou.²⁸ I s přijetím Lisabonské smlouvy, kde již krátkodobý pobyt explicitně časově vymezen není, představují bilaterální smlouvy anachronismus, pro který lze sotva nalézt právní základ. Pokračování tohoto přežitku je zjevně obtížně slučitelné i s realizací systému vstup–výstup.²⁹ V tuto chvíli se zdá, že nařízení o systému vstup–výstup fungování bilaterálních dohod určitým způsobem spíše pouze omezí a podmíní, než ukončí.

Spojení návrhu na zrušení výjimky pro bilaterální smlouvy s návrhem cestovních víz bylo ze strany Komise logické, protože by se tím poskytla možnost bezvízového pobytu delšího než tři měsíce na území celého Schengenu. Cestovní víza³⁰ by tedy mohla fungovat mimo jiné jako určitá kompenzace za výhodu, kterou by vypovězením bilaterálních smluv někteří cizinci ztratili.

3.4 Procesy vízové liberalizace

Vízová liberalizace znamená pro příslušníky dané třetí země změnu z vízového styku na bezvízový. Podmínky, trvání a forma cesty k samotné změně nařízení se ovšem podstatně mění podle příslušné třetí země a dalších okolností. Formálně může být liberalizace provedena buď jednostranným aktem, nebo mezinárodní smlouvou. Pokud jde o podmínky, v některých případech jde o prosté a bezpodmínečné provedení změny nařízení č. 539/2001, které

²⁷ COM(2014) 163 final, 1. 4. 2014.

²⁸ Komise se již v roce 2001 v rámci iniciativy „Right to travel“ [COM(2001) 388 final. Úř. věst C 270, 25. 9. 2001, s. 244] neúspěšně pokusila čl. 20 odst. 2 SPÚ odstranit.

²⁹ COM(2016) 205 final, Communication Stronger and Smarter Information Systems for Borders and Security, Brussels, 6. 4. 2016.

³⁰ Návrh nařízení, COM(2014) 163 final, 1. 4. 2014 (návrh nařízení o cestovních vízech).

je účinné od podání návrhu Komise v řádu měsíců.³¹ Jindy jde o komplexní proces, kdy je na základě příslušného plánu (cestovní mapy nebo akčního plánu) sledován pokrok dané třetí země v klíčových oblastech. Ten je pak podmínkou pro předložení návrhu Komisi. Potřeba předepsaných reforem v těchto oblastech je přitom svázána s problematikou víz, resp. migrace a bezpečnosti, spíše volně. Částečně odkazují spíše k širšímu integračnímu úsilí v rámci EU a její sousedské politiky. Jde o politický nástroj, jímž jsou dané třetí země motivovány k provedení reforem, jejichž uskutečnění je potřebné z hlediska EU, zejména v oblasti migrace a bezpečnosti. Teprve splnění podmínek dané cestovní mapy nebo akčního plánu završené pozitivním hodnocením Komise je předpokladem pro vlastní předložení legislativního návrhu Komise na změnu nařízení č. 539/2001.

Prvním završeným procesem vízové liberalizace, navázaným na splnění specifických podmínek, byl na základě sdělení Komise z března 2008³² a v těsné návaznosti na předtím sjednané facilitační dohody proces vízové liberalizace v podobě tzv. cestovních map s pěti zeměmi západního Balkánu – Srbskem, Makedonií, Černou Horou, Bosnou a Hercegovinou a Albánií. Jednalo se o soubory podmínek, jejichž naplnění ze strany daného třetího státu Komise průběžně monitorovala a zpravovala o pokroku Evropský parlament a Radu. Cestovní mapy těchto zemí obsahovaly relativně širokou škálu podmínek sdružených do čtyř kapitol: bezpečnost dokladů, nelegální přistěhovalectví včetně readmise, veřejný pořádek a bezpečnost a konečně vnější vztahy a základní práva. Proces a hodnocení naplnění podmínek jsou často označovány za technické. Fakticky do nich samozřejmě politické zájmy podstatně zasahují. Všech pět zemí dosáhlo bezvízového styku postupně v letech 2009³³ a 2010³⁴, a to historicky poprvé omezeně pouze pro držitele biometrických pasů a v případě Srbska s výjimkou pasů vydaných v Kosovu. Vzápětí byly ustaveny hned dva instituty, které vyjadřují určitou kompenzaci a potřebu následné kontroly vůči této vízové liberalizaci. Nejdříve došlo k vytvoření postliberalizačního monitorovacího mechanismu³⁵ a trochu později, v návaznosti na vysoký počet žadatelů o azyl z liberalizovaných zemí, mechanismu pozastavení osvobození od vízové povinnosti (tzv. suspenzivní mechanismus, viz kapitola 4). Monitorovací mechanismus si

³¹ Nařízení č. 1211/2010 z 15. 12. 2010, Úř. věst. L 339, 22. 12. 2010, s. 6–7.

³² KOM(2008) 127, Brusel dne 5. 3. 2008.

³³ Nařízení č. 1244/2009 z 30. 11. 2009, Úř. věst. L 336, 18. 12. 2009, s. 1–3.

³⁴ Nařízení č. 1091/2010 z 24. 11. 2010, Úř. věst. L 329, 14. 12. 2010, s. 1, 2.

³⁵ Pátá zpráva z 25. 2. 2015, COM(2015) 58 final.

klade za cíl, aby všech pět liberalizovaných zemí pokračovalo v implementaci opatření stanovených v cestovních mapách, aby byla udržena integrita podmínek bezvízového styku, a tím samotný bezvízový styk.

Podle téhož vzoru, jakkoliv vždy šitého na míru, byly zahájeny procesy vízové liberalizace, s podmínkami opět stanovenými v akčním plánu nebo cestovní mapě, s Gruzií (2012),³⁶ Moldavskem (2010),³⁷ Ukrajinou (2008)³⁸ a Kosovem (2012). Tyto nové procesy vízové liberalizace jsou kromě odlišného politického klimatu, v němž se odehrávají, od „západobalkánských“ odlišné především v tom, že proces je rozdělen do dvou fází. První představuje naplnění požadavků legislativních i jiných. V druhé fázi pak musí být doloženo, že podmínky dle první fáze jsou také plně a efektivně implementovány. Přechod z první fáze do druhé je politicky schvalován Radou ve formě závěrů Rady.³⁹

Zvláštními případy jsou procesy vízové liberalizace s Tureckem a Ruskem, které jsou do značné míry odlišné od výše uvedených, i od sebe navzájem. Důvody první odlišnosti nepochybňě souvisí se zahraničněpolitickým vlivem a jinou bilancí vzájemných požadavků. Ani jeden z procesů zatím nedospěl do svého konce a oba nepostrádají nečekané zvraty.

V případě Turecka se počátek procesu datuje nejpozději do roku 2012. Po parafování readmisní dohody EU–Turecko Rada ve svých závěrech⁴⁰ vyhlašovala Komisi, aby souběžně s podpisem readmisní dohody podnikla kroky k vízové liberalizaci jako k postupné a dlouhodobé perspektivě v rámci širšího dialogu a spolupráce mezi EU a Tureckem, stavějících na Stockholmském programu a zaměřených na plný rozsah politik v oblasti spravedlnosti a vnitra. Paralelně s podpisem readmisní dohody EU–Turecko dne 16. 12. 2013 byl zahájen vízový dialog podpořený cestovní mapou s kritérii (v počtu 72) strukturovanými do pěti kapitol: bezpečnost dokladů, řízení migrace, veřejný pořádek a bezpečnost, základní práva a readmise nelegálních migrantů. Komise ve své první zprávě⁴¹ o naplňování cestovní mapy konstatuje jistý pokrok, ale ne dostatečný pro přistoupení k vízové liberalizaci. Před vydáním druhé zprávy přivedila migrační krize změnu pravidel hry. Summit

³⁶ Bezvízový styk nařízením č. 2017/372 z 1. 3. 2017, Úř. věst. L 61, 8. 3. 2017, s. 7, 8.

³⁷ Bezvízový styk nařízením č. 259/2014 z 3. 4. 2014, Úř. věst. L 105, 8. 4. 2014, s. 9–11.

³⁸ Bezvízový styk nařízením č. 2017/850 z 17. 5. 2017, Úř. věst. L 133, 22. 5. 2017, s. 1–3.

³⁹ Např. v případě Ukrajiny Závěry Rady EU pro zahraniční věci dne 23. 6. 2014.

⁴⁰ Závěry Rady o rozvíjení spolupráce s Tureckem v oblasti spravedlnosti a vnitřních věcí, Lucemburk, 21. 6. 2012, body 6 a 8.

⁴¹ COM(2014) 646 final, 20. 10. 2014.

EU s Tureckem 29. 11. 2015 ve svém prohlášení předsunuje plnou aplikaci readmisní dohody EU–Turecko (působnost i na třetizemce) na červen 2016 a předjímá vydání dvou zpráv o pokroku v březnu a na podzim s výhledem k dokončení procesu vízové liberalizace v říjnu 2016 s podmínkou, že všechny podmínky cestovní mapy budou splněny. To je postup v předchozích procesech vízové liberalizace nevidaný, hlavně měrou, jakou je výsledek procesu Turecka přislíben, byť je zde korektiv v podobě podmínky splnění všech kritérií cestovní mapy. Termín výsledku je možné chápat jako motivaci Turecka k provedení potřebných reforem a opatření do daného data. Faktem zůstává, že daná formulace je pro EU velmi zavazující a že odmítnutí liberalizace z důvodu nesplnění některých podmínek je zřejmě obtížnější, než kdyby člověk datum určeno nebylo. Nejde nutně o chybu, ale spíše o vyjádření politické protihodnoty za aplikaci readmisní dohody na třetizemce (jiné než turecké občany) a pomoc s regulací migračního přílivu, jaký EU zažívala v roce 2015. Tou samou měrou nejde o čistě technický proces naplňování kritérií, ale o politický zásah do tohoto procesu. Stejně tak hodnocení naplnění jednotlivých kritérií dle cestovní mapy podléhá značnému politickému tlaku, takže je výsledek hodnocení Komise někdy na samé hraně věrohodnosti procesu.⁴²

Vízový dialog s Ruskou federací započal již summem EU–Rusko v květnu 2003. V roce 2006 byla uzavřena facilitační dohoda EU–Rusko a v dubnu 2007 byly v rámci Rady stálé spolupráce EU–Rusko (Permanent Partnership Council) dohodnutý procesní podmínky (*Terms of reference*) vízového dialogu, který rozčleňuje proces do čtyř bloků: bezpečnost dokladů včetně biometriky, nelegální migrace včetně readmise, veřejný pořádek a bezpečnost a konečně vnější vztahy. Průzkumná fáze dialogu byla následována přípravou praktické fáze vízového dialogu, který se zhmotnil ve společně vypracované metodologii v podobě tzv. Společných kroků k bezvízovému krátkodobému cestování evropských a ruských občanů. Ty byly společně vypracovány a přijaty 5. 12. 2011 se společným závazkem k jejich provedení. Od tohoto data tedy můžeme chápat vízovou liberalizaci v užším smyslu. „Společné kroky“ jsou tedy vzájemnou variantou cestovních map či akčních plánů v případech procesů vízové liberalizace s ostatními zeměmi. Společné podmínky tedy musí splnit obě strany. Vzájemnost podmínek odráží politický vliv a konečně i fakt, že Rusko recipročně vůči všem členským státům EU uplatňuje vízovou povinnost. I v tomto případě vývoj politických okolností

⁴² COM(2015) 905 final, 18. 12. 2015.

podstatně do procesu zasáhl. V reakci na politickou krizi, ozbrojený konflikt na Ukrajině a anexi Krymu Ruskou federací byl proces vízové liberalizace v podstatě zmražen a vzájemný pokrok stihla Komise zdokumentovat pouze jednou zprávou o pokroku.⁴³

Je třeba vidět některé následky vízové liberalizace, pokud je politicky urychlena a kdy daná třetí země a ostatně ani členské státy na ni nejsou dosud dobře připraveny. V případě vízové liberalizace zemí západního Balkánu v letech 2008 a 2009 následovalo rozsáhlé zneužívání azylové procedury v členských státech ze strany občanů liberalizovaných zemí. Reakcí členských států jsou posílené kontroly na vnější hranici, které se zaměřují na občany nově liberalizovaných zemí, čímž *de facto* zavádějí jakousi druhou třídu mezi bezvízovými zeměmi. Druhou reakcí je tlak na danou třetí zemi, aby zabránila exodu svých občanů a zneužívání azylových procedur. To je něco, co země původu snad ani nemohou ovlivnit legálními nástroji (s výjimkou mediálních kampaní), protože by šlo o porušení základního práva opustit svou vlastní zemi.⁴⁴ Podle zprávy komisaře Rady Evropy pro lidská práva bylo jen z FYROM/Makedonie sedmi tisícům občanů zabráněno opustit zemi, protože úřady zabavily cestovní doklady těch, kteří byli navráceni z EU.⁴⁵ Komise pak ve zprávě v rámci postvisa liberalizačního monitoringu západobalkánských zemí vyzývá k posílení výstupních kontrol v zemích západního Balkánu a vstupních kontrol na jejich hranici s EU v souladu se schengenským *acquis*. Při posuzování podmínek vstupu má hraniční stráž zůstat ostražitá vůči riziku diskriminačního *profilingu* a bránění v přístupu k azylovému řízení.⁴⁶ Při čtení tohoto pokynu si nelze nevpomenout na judikát horní komory parlamentu Spojeného království *Regina vs. Immigration Officer at*

⁴³ COM(2013) 923 final, 18. 12. 2013.

⁴⁴ Čl. 13 odst. 2 Všeobecné deklarace lidských práv.

⁴⁵ Council of Europe, Commissioner for Human Rights (2013). *EU border control policies negatively affect human rights*. Press release, 6 November 2013, Ref. CommDH 033(2013) a Council of Europe, Commissioner for Human Rights. *The right to leave a country*. Issue paper, October 2013, s. 48.

⁴⁶ Report on the post-visa liberalisation monitoring of the western Balkan countries (2012). In: European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). *Annual Report 2012. Fundamental rights: Challenges and achievements in 2012*, s. 89. Dostupné z: http://fra.europa.eu/sites/default/files/annual-report-2012_en.pdf: „The European Commission monitoring report calls for further strengthening of exit controls in western Balkan countries and entry controls at EU borders, in line with the Schengen *acquis*. When border guards assess the extent to which citizens from western Balkan countries fulfil the entry conditions under the Schengen Border Code (Article 5), they must remain vigilant against the risks of discriminatory profiling and of preventing access to asylum procedures (Article 6)“.

Prague Airport.⁴⁷ Jedním z důvodů, proč jej zmiňuji, je snaha ukázat dilema vízové liberalizace pro obě dotčené země a kompromisy, k nimž jsou schopny/nuceny přistoupit, např. na úkor skupiny některých vlastních občanů nebo na úkor svých mezinárodních závazků, aby bezvízový styk zachovaly. Britští imigrační úředníci působili na pražském letišti na základě dohody české a britské vlády⁴⁸ v zásadě s cílem zastavit narůstající vlnu (převážně nedůvodných) žádostí o azyl českých občanů příslušejících k romské menšině, a potažmo tak zachovat bezvízový styk, který byl ohrožen podobně jako později v případě „česko-kanadské vízové aféry“.⁴⁹

3.5 Vízová politika EU – vektor předchozích kapitol

Je příznakem rostoucí otevřenosti EU, že za nikterak dlouhou historii společné vízové politiky své vztahy s třetími zeměmi téměř výhradně liberalizuje a občany třetích zemí vízové povinnosti zprošťuje. Druhým možným vysvětlením je ztráta vlivu a negociačního postavení, které EU nutí platit ústupky ve vízové politice za svoje defenzivní zájmy, typicky v oblasti návratů a readmise. Vyjednávání bezvízového styku s Tureckem napovídá spíše druhému vysvětlení. Zavedení bezvízového styku pro země západního Balkánu bylo motivováno spíše otevřenosťí EU, jakkoliv i zde lze vidět určitou nutnost danou zahraničněpolitickými zájmy.

Za existenci nařízení byl z „bílého“ seznamu na „černý“ převeden pouze Ekvádor⁵⁰ v roce 2003 z důvodu nedovoleného přistěhovalectví a Bolívie⁵¹ v roce 2007 „zejména s ohledem na nedovolené přistěhovalectví a veřejný pořádek“. Osvobození od vízové povinnosti, stejně jako její zavedení, zůstává přes posílení významu příkladmo vyčtených kritérií do normativní části

⁴⁷ V tomto kontextu není od věci připomenout skutkový stav rozsudku *Regina vs. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others* [[2004] UKHL 55, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 9 December 2004], body 2–4 a dále zejména bod 82.

⁴⁸ Tamtéž, body 4 a 85.

⁴⁹ Jednostranné zavedení vízové povinnosti občanům ČR trvalo od července 2009 do listopadu 2013. K aspektům externalizace hraniční kontroly a konfliktu vízové politiky a základních práv na pozadí česko-kanadské vízové války viz: SALTER, M. B., MUTLU, C. E. *Asymmetric borders the Canada-Czech Republic, visa war and the question of rights*. Brussels: Centre for European Policy Studies, 2010.

⁵⁰ Nařízení Rady (ES) č. 453/2003, Úř. věst. L 069, 13. 03. 2003, s. 0010–0011.

⁵¹ Nařízení č. 1932/2006, Úř. věst. L 405/23, 30. 12. 2006, s. 23–34. Na vypovězení bilaterálních dohod a přijetí správních a organizačních opatření byly členským státům ponechány tři měsíce.

nařízení velmi obecné. Dovoluje širokou diskreci zákonodárce, pokud jde o určení vízového nebo bezvízového statusu dané třetí země, stejně jako pokud jde o podmínky uložené dané třetí zemi výměnou za získání bezvízového styku. Příklady posledních let ukazují na škálu od bezpodmínečného bezvízového styku, uděleného prostou změnou nařízení bez předchozích procesů vízové liberalizace a paralelních podmínek (typicky v oblasti readmise), jako např. u Taiwanu, až po příklady právě opačné, např. u Moldavska. Lze konstatovat, že vízová liberalizace je proces převážně politický. Rovněž kritéria, která jsou brána v úvahu pro změnu vízového statusu, dalece přesahují oblast bezprostředně spjatou s legitimním zájmem EU, pokud jde o bezpečnost a riziko nedovoleného přistěhovalectví. I to je samo o sobě legitimní. Kritizovat lze nicméně nedostatek shodného postupu v obdobných případech, tedy postup diskriminační, pokud jde o aplikaci kritérií bezpečnosti a bránění nelegálnímu přistěhovalectví. Tato kritéria lze chápout jako minimální a nediskriminační zacházení. EU by se např. měla rozhodnout, zda bude vyžadovat od všech bezvízových cizinců biometrické doklady, či nikoliv. Je možné si představit minimální seznam obligatorních požadavků pro bezvízový styk s třetími zeměmi. Inspiraci lze čerpat např. v kritériích cestovních map k vízové liberalizaci nebo v některých třetích zemích, kde mají vybrané podmínky vízové liberalizace stanovené zákonem (USA). Takový seznam by sice omezil politickou váhu a řekněme „obchodovatelnost“ vízové politiky, nutně by ale neznamenal omezení jejího vlivu. Legislativně stanovená kritéria by se naopak stala výchozím bodem v jednáních o vízové liberalizaci, pod jejichž úroveň by nebylo možné jít a zvedla by tak „cenu“ bezvízového styku. Jako minimální podmínky se nabízí např. reciprocity, určitý maximální poměr odmítnutých žádostí o vízum, nízký počet překročení povolené délky pobytu, dobrá spolupráce při readmisi vlastních občanů či určité parametry cestovních dokladů. To by vedlo ke snížení diskriminačního zacházení.

Varují se zde unáhlených interpretací. Nicméně při letomém pohledu na mapu zemí ne/osvobozených od vízového styku je faktum, že v celkovém poměru vízových zemí k bezvízovým (105 : 63)⁵² není mezi bezvízovými jediná kontinentální⁵³ africká země. Z „arabského světa“ jsou od vízové povinnosti

⁵² Stav k 31. 5. 2017. Je třeba mít zde na paměti relativně velké množství bezvízových ostrovních ministátů. V přepočtu na vízové povinnosti podléhající, resp. od ní osvobozené, populace třetích zemí tak bude výrazněji převažovat populace vízům podléhající.

⁵³ Mauricius a Seychelské ostrovy mají pro cesty do EU bezvízový styk.

osvobozeny pouze Spojené arabské emiráty a z „muslimského“ jen Malajsie (když pomineme mikrostáty). Lze vidět korelaci s ekonomickým rozvojem⁵⁴ daných třetích zemí, ale zřejmě i kulturní a ekonomickou provázanost. Naopak na bezvízovém seznamu figurují všechny země OECD (zatím) s výjimkou Turecka, velká většina států Severní i Jižní Ameriky a země západního Balkánu. R. A. Lawson a J. S. Lemke⁵⁵ provedli zajímavou studii, kde v zásadě podle vízové povinnosti k pobytu kratšímu 30 dní indexovali 188 států světa podle toho, jak snadno je lze krátkodobě navštívit (index EOTF) a jak snadné je pro občany těchto zemí naopak vycestovat do zbylých testovaných zemí (index EOTA). EOTF je tak pro schengenské země s výjimkou těch trpících nereciprocitou shodné (31.02), tzn. že vízové povinnosti nepodléhá 31,02 % ze 188 zemí. Studie vyvozuje, že lidnatější země mají tendenci zavádět vízovou povinnost více, bohaté a ekonomicky liberální země méně. Rovněž občané bohatších a lidnatějších zemí pak čelí menším překážkám v cestování. Navzájem si podobné země dle závěrů studie nemají tendenci zavádět vízovou povinnost. Například ČR vychází z výzkumu s poměrem 31.02/49.73 (EOTF/EOTA) a 23.26/29.02 (EOTF/EOTA přeypočtené k populaci).⁵⁶ Tyto poměry ukazují na globální vízovou nereciprocitu a nerovnováhu, která je pravděpodobně do značné míry odrazem globálních rozdílů a nerovností podle bohatství, politického vlivu i kulturní spřízněnosti.

4. MECHANISMUS POZASTAVENÍ BEZVÍZOVÉHO STYKU

Mechanismus pozastavení bezvízového styku (tzv. suspenzivní mechanismus) dovoluje dočasné obnovení vízové povinnosti v případech snížení spolupráce v oblasti zpětného přebírání osob, podstatného nárůstu míry zamítaných žádostí o zpětné převzetí, mimo jiné v případě projíždějících státních příslušníků třetích zemí, a výrazného nárůstu rizik pro veřejný pořádek nebo vnitřní bezpečnost členských států. Oproti původní první verzi mechanismu,

⁵⁴ Srov. EISELE, K. *The external dimension of the EU's migration policy: different legal positions of third-country nationals in the EU: a comparative perspective*. Boston: Brill, 2014. s. 278.

⁵⁵ LAWSON, R. A., LEMKE, J. S. Travel visas. *Public Choice* [online]. 2012, 153(1–2), 17–36 [cit. 25. 10. 2016]. DOI: 10.1007/s11127-011-9771-5. Dostupné z: <http://link.springer.com/10.1007/s11127-011-9771-5>

⁵⁶ Pro srovnání dle téže studie: Švédsko 31,02/60,96 a 23,27/30,23, USA 19,79/57,75 a 10,46/21,31 a např. Bangladéš 0,00/10,70 a 0,00/1,23.

která byla do nařízení č. 539/2001 začleněna nařízením č. 1289/2011, je současný seznam ve znění revize mechanismu nařízením č. 2017/371 širší. A nejde samozřejmě o jedinou změnu. Dle původní verze mechanismu učinil dotčený členský stát v okamžiku naplnění jednoho z kritérií oznámení Komise. Komise s přihlédnutím k dopadům na EU jako celek posoudila nařízením předepsaná hlediska a do tří měsíců od oznámení, přezkumným postupem⁵⁷ v rámci komitologického výboru, rozhodla, zda vydá prováděcí akt, kterým se dočasně na dobu šesti měsíců mohlo pozastavit osvobození od vízové povinnosti pro státní příslušníky dotyčné třetí země. Mechanismus obsahoval (obdobně současnému 3. stupni, viz níže) možnost připojit ke zprávě vydané před koncem platnosti prováděcího aktu návrh legislativního aktu na trvalé převedení daného třetího státu z přílohy II do přílohy I a prodloužit platnost prováděcího aktu až o 12 měsíců.

Tento původní suspenzivní mechanismus byl do nařízení č. 539/2001 začleněn spolu s mechanismem reciprocity nařízením č. 1289/2011. Oproti mechanismu reciprocity byl od počátku součástí návrhu Komise v návaznosti na proces vízové liberalizace se zeměmi západního Balkánu, byť i zde k poptávce některých členských států. Komise si od mechanismu slibovala dosažení větší integrity procesu vízové liberalizace vůči veřejnosti. Počet žádostí o azyl ze zemí západního Balkánu v některých členských státech zůstává/zůstával navzdory existenci mechanismu vysoký.⁵⁸ Žádný z členských států k oznámení Komisi za účelem jeho spuštění nicméně nepřikročil, přestože kvalifikační prahů některé členské státy dosáhly právě ve vztahu k určitým balkánským zemím. Ve spojitosti s předložením návrhů na vízovou liberalizaci Gruzie, Ukrajiny, Turecka a Kosova v první polovině roku 2016 Komise paralelně navrhla i revizi suspenzivního mechanismu.⁵⁹ Cílem návrhu bylo rozšíření kritérií pro dočasné pozastavení bezvízového styku a změnu procedury pro jeho spuštění. Návrhem úpravy suspenzivního mechanismu chtěla Komise vyhovět poptávce některých členských států a získat tak jejich podporu pro navrženou vízovou liberalizaci zmíněných čtyř třetích zemí.

⁵⁷ Čl. 5 nařízení č. 182/2011.

⁵⁸ V roce 2012 Rakousko, Belgie, Německo, Francie, Itálie a Švédsko obdržely od občanů Albánie, Bosny a Hercegoviny, Srbska a FYROM (Makedonie) dohromady 38 080 žádostí o azyl s nízkým poměrem uznání. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). *Annual Report 2012. Fundamental rights: Challenges and achievements in 2012*, s. 88 [online] [cit. 23. 10. 2016]. Dostupné z: http://fra.europa.eu/sites/default/files/annual-report-2012_en.pdf

⁵⁹ COM(2016) 290 final, 4. 5. 2016.

Výsledná podoba revidovaného suspenzivního mechanismu⁶⁰ nejen rozšiřuje kritéria spuštění, jak je uvedeno výše, ale také se např. zkracuje referenční období pro porovnávání okolností dle daných kritérií se situací během předešlého roku či před uvolněním vízového režimu. Pozastavení může být nově zahájeno nejen z podnětu členského státu, ale i shledáním samotné Komise. Komise má povinnost automaticky přjmout prováděcí akt pozastavující bezvízový styk na dobu devíti měsíců, zašle-li oznámení o naplnění kritérií prostá většina členských států. Inovací je rovněž zavedení monitorovacího mechanismu, kterým Komise soustavně sleduje plnění podmínek vízové liberalizace i po jejím naplnění, a sedm let poté o tom každoročně vydává zprávu. Největší změnu ale představuje nyní třístupňový systém, ve kterém je v prvním stupni Komise oprávněna na dobu 9 měsíců prováděcím aktem pozastavit bezvízový styk. Pozastavení se bude vztahovat na určité kategorie státních příslušníků dotyčné třetí země, vymezené odkazem na příslušné druhy cestovních dokladů a případně další kritéria. Pokud okolnosti pro pozastavení trvají, Komise dva měsíce před uplynutím této lhůty přijme akt v přenesené působnosti na dobu 18 měsíců pro všechny státní příslušníky dané země. Třetím stupněm je před koncem platnosti aktu v přenesené působnosti možnost Komise předložit návrh na změnu nařízení za účelem „trvalého“ přesunutí odkazu na danou třetí zemi z přílohy II do přílohy I nařízení.

Kýžené posílení suspenzivního mechanismu však není z nové úpravy zřejmé. Lze mít pochybnosti, že bude účinnější než mechanismus ve své dosavadní podobě, resp. zda bude vůbec využit. První stupeň je omezen vymezením na určité doklady, což si Rada sice vykládala jako pokryvající držitele obyčejných dokladů, ale tento výklad není v kontextu druhého stupně nepochybný. S výjimkou velmi nepravděpodobného oznámení prostou většinou členských států má spuštění mechanismu, resp. posouzení naplnění kritérií a předložení prováděcího aktu vždy v diskreci Komise. Ta musí brát ohled na dopad, který by pozastavení osvobození od vízové povinnosti mělo na vnější vztahy Unie a jejích členských států s dotyčnou třetí zemí, a postupovat v úzké spolupráci s touto třetí zemí v zájmu nalezení alternativního dlouhodobého řešení. Ještě obtížnější je představit si situaci, kdy by Evropský parlament (resp. Rada) nevyslovil proti aktu v přenesené působnosti přijatému v druhém stupni mechanismu námitku v souladu s čl. 290 odst. 2 b) SFEU. Konečně třetí stupeň je v zásadě iluzorní v tom smyslu, že možnost

⁶⁰ Nařízení č. 2017/371 z 1. 5. 2017, Úř. věst. L 61/1, 8. 3. 2017, s. 1–6.

podat návrh na změnu nařízení měla z titulu legislativní iniciativy Komise vždy a mechanismus tak nepřináší nic nového. Hlavní příčinu nefunkčnosti dosavadního mechanismu, která leží v neochotě členských států oznamovat Komisi naplnění kritérií na úkor svých širších zájmů vůči dané třetí zemi, se podle mého názoru nepodařilo odstranit.

Je zřejmé, že mechanismus reciprocity a pozastavení jsou v podstatě zrcadlové. Mechanismus pozastavení je přesně tím opatřením, které, pokud je aplikováno třetí zemí vůči některému členskému státu EU, sankcionuje mechanismus reciprocity. Jakkoliv se budou názory na oprávněnost zavedení vízové povinnosti lišit podle perspektivy dotčených, oba mechanismy poskytují dostatek brzd, aby nedošlo k nelegitimní eskalaci sporu, resp. nedůvodněmu zavádění vízové povinnosti.

5. VÍZOVÁ VZÁJEMNOST (RECIPROCITA)

Vízová vzájemnost je vztah vízových režimů dvou zemí, resp. ve zkoumaném případě členského státu EU/Schengen a třetí země. Za reciproční se má takové postavení, kdy mají dva státy vzájemně pro občany druhého státu shodně nastavenou vízovou povinnost nebo své občany naopak vzájemně osvobozují. Nereciprocita je naopak rozdílné nastavení vízového režimu mezi dvěma subjekty.

Cílem Unie je usilovat o úplnou vzájemnost v oblasti vízového styku a přispět tak k větší důvěryhodnosti a soudržnosti vnější politiky Unie.⁶¹ Mechanismem reciprocity se míní proces obsažený v nařízení o vízových seznamech,⁶² resp. jeho novelách č. 851/2005⁶³ a č. 1289/13⁶⁴, jejichž cílem je dosáhnout vzájemnosti. Prostředky jsou zejména obnovení vízové povinnosti pro občany daného třetího státu a hrozba obnovením vízové povinnosti, tedy negativní vízovou vzájemností. Původní podoba mechanismu reciprocity v nařízení č. 539/2001 obsahovala bezprostřední automatismus. Tento mechanismus, považovaný v době velkého rozšíření EU za ne dost „diplomatický“, byl změněn v roce 2005 do podoby, která byla pro změnu nefunkční pro svou snad až přílišnou „diplomaticnost“. Aktuální podoba

⁶¹ Nařízení č. 1289/2013, Úř. věst. L 347, 20. 12. 2013, s. 74–80, úvodní ustanovení č. 3.

⁶² Čl. 1 nařízení č. 539/2001, Úř. věst. L 81, 21. 3. 2001, s. 1.

⁶³ Nařízení č. 851/2005, Úř. věst. L 141, 4. 6. 2005, s. 3–5.

⁶⁴ Nařízení č. 1289/2013, Úř. věst. L 347, 20. 12. 2013, s. 74–80.

mechanismu zavedeného nařízením č. 1289/2013 je tedy třetím pokusem o nalezení rovnováhy mezi plnou „automaticitou“ a pouhou diplomací. Tři dosavadní podoby mechanismu stojí za krátké zastavení.

5.1 „Automatický“ mechanismus podle nařízení č. 539/2001

Původní mechanismus podle nařízení č. 539/2001 byl značně přímočarý, resp. automatický. Stojí za zmínku, že Komise změnu mechanismu v roce 2005 ani později v roce 2013 nenavrhovala a změna vzešla až z pozdějších fází legislativního procesu v Radě a Evropském parlamentu. Jak již bylo řečeno, původní mechanismus vycházel z automatického znovuzavedení vízové povinnosti vůči třetímu státu, který vízové povinnosti podrobil občany jednoho nebo více členských států. Členský stát měl pouhou možnost (nikoliv povinnost) nereciprocitu oznámit, avšak účinkem notifikace bylo dočasné zavedení vízové povinnosti do 30 dnů od oznámení, ledaže toto rozhodnutí zvrátila kvalifikovanou většinou Rada. Tento mechanismus nebyl po dobu své existence nikdy použit, a byl proto pro svou nefunkčnost v souvislosti s velkým rozšířením EU v roce 2004 pozměněn. Důvodů nefunkčnosti bylo několik. Členské státy, jimž bylo ponecháno oznámení na jejich rozhodnutí, se podle všeho obávaly krize ve vztazích k třetí zemi a z obav před příliš radikálními následky nereciprocitu vůbec nenotifikovaly. Pokud by nereciprocitu oznámily, ostatní členské státy by se (ve snaze předvídanému následku kvalifikovanou většinou zabránit) musely postavit přímo proti zájmům postiženého členského státu v rozporu se zásadou solidarity. Obavy z obtížných, zejména diplomatických situací poslila vlna rozšíření EU v roce 2004, se kterou se počet nereciprocit podstatně rozšířil.⁶⁵

5.2 „Diplomatický“ mechanismus podle nařízení č. 851/2005

Neúčinnost původního mechanismu vedla v roce 2005 k jeho změně. Ta se snažila odstranit nedostatky, v nichž byly spatřovány důvody jeho neúspěchu. Nový mechanismus v tomto duchu neobsahuje přímou „automaticitu“.

⁶⁵ KOM(2004) 437 v konečném znění, návrh nařízení Rady, kterým se mění nařízení (ES) č. 539/2001 ve věci mechanismu reciprocity, 7. 7. 2004, s. 3: „Svým přehlížením politického rozměru reciprocity se současný mechanismus jeví vskutku jako příliš maximalistický, příliš obtěžkaný politickými riziky na to, aby sehrával užitečnou úlohu. Slepě upřednostňuje postih a ponechává zcela stranou diplomatický přístup k dané otázce, a to přesto, že žádne z kritérií, jimiž se řídí sestavování pozitivních a negativních seznamů neplatí absolutně.“

Komise má ihned po oznámení u třetí země podniknout kroky za účelem obnovení bezvízového styku. Po 90 dnech od této úpravě již povinného oznámení nereciprocity postiženým členským státem Komise podá Radě zprávu, která může být doprovázená návrhem na dočasné obnovení vízové povinnosti pro státní příslušníky dané třetí země. Teprve pokud Komise navrhlá dočasné obnovení povinnosti, je zavázána do devíti měsíců přijít s návrhem změny nařízení za účelem přeřazení příslušného třetího státu z přílohy II do přílohy I, tedy na zavedení plné vízové povinnosti. Při schvalování nařízení bylo Radou a Komisí rovněž přijato společné prohlášení,⁶⁶ podle kterého se má posoudit vhodnost použití „*uplatňování jiných prozatímních opatření vůči této třetí zemi v jedné nebo několika oblastech (zejména v oblasti politické, hospodářské nebo obchodní) v souladu s náležitým právním základem nebo základy ve Smlouvách, jsou-li taková opatření považována za vhodná v rámci strategie, jejímž cílem je přimět třetí zemi, aby obnovila bezvízový styk pro státní příslušníky dotyčného členského státu nebo státu*“. Komise je také nově povinna předložit jednou za dva roky zprávu o existujících situacích nereciprocity.

Neúčinnost tohoto nového pokusu o efektivní mechanismus reciprocity ukázalo zejména zavedení vízové povinnosti vůči občanům České republiky ze strany Kanady.⁶⁷ Jde zároveň o první případ znovuzavedení vízové povinnosti. V ostatních případech vízové nereciprocity trvá nereciproční stav od vstupu členského státu do EU nebo od vstupu mechanismu v účinnost. Jeho občané mají vízovou povinnost při cestování do země z přílohy II nařízení č. 539/2001 od počátku, a nejsou tak případem znovuzavedení, protože vízové povinnosti nepředcházel styk bezvízový. Ve zkratce lze napsat, že Komise po dobu čtyři roky trvající nereciprocity k dočasnemu zavedení vízové povinnosti vůči Kanadě nepřistoupila a ani tím Kanadě vážně nehrozila. Přes zřejmou slabost navrhovaného mechanismu a potencionální nevýhodnost pro nové členské státy, které čerstvě přistoupily k EU, nevznikla v době přijímání v Radě opozice, která by přijetí novely zabránila, a žaloba na neplatnost vůči předmětné novele podána nebyla.⁶⁸

V širším smyslu se zásada vzájemnosti uplatní i na případy existující nereciprocity, tedy takové, která nevznikla znovuzavedením. Je pravdou, že nemálo třetích zemí svojí nereciproční vízovou povinnost vůči některým,

⁶⁶ Prohlášení týkající se nařízení Rady č. 851/2005 ze dne 2. června 2005, kterým se mění nařízení č. 539/2001 ve věci mechanismu vzájemnosti, Úř. věst. C 172, 12. 7. 2005, s. 1.

⁶⁷ 14. 7. 2009 (zavedení) – 14. 11. 2013 (osvobození).

⁶⁸ Srov. VLÁČIL, J., op. cit. 26, s. 63–64.

zejména novým, členským státům EU zrušilo, a úsilí i určité zásluhy na tomto výsledku se Komisi nedají upřít. Komise postupovala setrvalým, více či méně intenzivním diplomatickým tlakem vůči zemím uplatňujícím nereciprocitu. Nezanedbatelnou a často i podstatnější zásluhu na zrušení vízové povinnosti ze strany třetího státu má však k nelibosti Komise často iniciativa a úsilí samotných nereciprocitou postižených členských států. Exemplární bylo v tomto ohledu vyjednávání zrušení vízové povinnosti USA některými členskými státy EU, které gradovalo v roce 2008. Nereciprocitou s USA postižené členské státy, nespokojené s iniciativou a výsledky Komise, začaly s USA vyjednávat bilaterálně. Přes diplomatické a kompetenční konflikty s Komisí tato bilaterální vyjednávání přinesla v roce 2008 sedmi⁶⁹ členským státům bezvízový styk s USA.

5.3 „Třístupňový“ mechanismus podle nařízení č. 1289/2013

Nespokojenost s fungováním mechanismu ve znění nařízení č. 851/2005 vedla po složitém vyjednávání ke stávajícímu, poněkud komplexnímu mechanismu. Komise ve svém návrhu⁷⁰ na tzv. „technickou novelu“ nařízení návrh České republiky na posílení „automaticity“ v mechanismu odmítla. Později Rada a Evropský parlament posílení mechanismu v legislativním procesu prosadily.

Podle nového mechanismu je postižený členský stát povinen nereciproční situaci oznámit, přičemž se oznamují všechny případy, kdy třetí země uvedená v příloze II nařízení č. 539/2001 uplatňuje vízovou povinnost vůči občanům alespoň jednoho členského státu (tzn. nejen znovuzavedení). Komise informaci o oznámení zveřejní v Úředním věstníku.⁷¹ Kritéria rozlišování mezi vízovým a bezvízovým stykem, stejně jako další podmínky (např. zda musí jít o stejně kategorie držitelů dokladů) nařízení neposkytuje. Tzv. rovnocennost s vízovou povinností je typicky předmětem zmíněných zpráv o vízové nereciprocitě či v poslední době sdělení předkládaných pravidelně Komisi.⁷² Následují tři fáze reakce, které se liší silou, formou, rozsahem i délkou trvání.

⁶⁹ Česká republika, Estonsko, Litva, Lotyšsko, Maďarsko, Malta, Slovensko.

⁷⁰ COM(2011) 290 final, 24. 5. 2011.

⁷¹ Informace Komise (2014/C 111/01), Úř. věst. 2014/C 111/01, 12. 4. 2014, s. 1–3. Nereciprocitou oznámily Bulharsko, Chorvatsko, Kypr, Polsko a Rumunsko různě ve vztahu k dohromady pěti třetím zemím (USA, Kanada, Austrálie, Brunej a Japonsko).

⁷² Poslední C(2015) 7455 final, 5. 11. 2015.

Komise po konzultaci dotčeného členského státu neprodleně podnikne kroky u orgánů dotyčné třetí země, zejména v oblasti hospodářské, politické a obchodní, s cílem obnovit bezvýzový styk. Pokud 90 dní od zveřejnění v Úředním věstníku vízová povinnost není zrušena, může dotyčný členský stát požádat Komisi o pozastavení osvobození od vízové povinnosti pro určité kategorie státních příslušníků. Není-li šest měsíců po zveřejnění nereciprocity vízová povinnost zrušena, Komise se musí po posouzení možných dopadů každých šest měsíců rozhodnout, zda na žádost členského státu přijme prováděcí akt, kterým se dočasně pozastaví osvobození od vízové povinnosti pro určité kategorie státních příslušníků dotyčné třetí země na dobu nejvíše šesti měsíců, anebo zda předloží příslušnému komitológickému⁷³ výboru zprávu, proč osvobození nepozastavit.

Pokud však daná třetí země vízovou povinnost nezruší ani do 24 měsíců od zveřejnění, Komise musí přijmout akt v přenesené pravomoci, kterým se osvobození pozastaví dočasně na 12 měsíců. Technicky se změna provede tak, že se k názvu dané země v příloze II nařízení připojí poznámka pod čarou.⁷⁴ Vstup přeneseného aktu v platnost však může ještě zastavit námitkou ve lhůtě čtyř měsíců Evropský parlament nebo Rada.⁷⁵

Třetím stupněm mechanismu je potvrzení pravomoci Komise kdykoli navrhnut „plnokrevnou“ legislativní změnu nařízení, resp. přesunu z přílohy II do přílohy I. Tato pravomoc je na jednu stranu potvrzena v čl. 1 odst. 4 písm. i) nařízení č. 1289/13 v podstatě nezávisle na celém mechanismu. Na druhou stranu podle písm. h) může Komise předložit legislativní návrh na změnu nařízení, pokud dotyčná země nezruší vízovou povinnost do šesti měsíců ode dne, kdy akt v přenesené pravomoci vstoupil v platnost.

Platnost jakéhokoliv aktu, ať už v prováděcí, nebo v přenesené pravomoci, končí sedm dní po zveřejnění oznámení o zrušení vízové povinnosti v Úředním věstníku, k němuž je neprodleně povinna Komise.

S výslednou podobou mechanismu nebyla spokojena Komise. V souladu s čl. 263 SFEU podala kvůli použití aktů v přenesené pravomoci v popsaném

⁷³ Ve smyslu nařízení č. 181/2011.

⁷⁴ Zákonodárce po hříchu nestanovil, jakým způsobem má být poznámka v případě zrušení vízové povinnosti odstraněna.

⁷⁵ Lze se příklonit k právnímu názoru, že se při hlasování v Radě použije čl. 238 odst. 3 b) SFEU. Odchylně od čl. 16 odst. 4 se použije poslenná kvalifikovaná většina, vymezená jako nejméně 72 % členů Rady (19) zastupujících členské státy, které představují nejméně 65 % obyvatelstva Unie, protože Rada nerozhoduje na návrh Komise ani vysokého představitele pro zahraniční politiku. Dosáhnout vyslovení námitky je tak relativně obtížnější.

mechanismu k SDEU žalobu na neplatnost novely.⁷⁶ Komise v žalobě napadla použití aktů v přenesené pravomoci s tím, že pozastavení osvobození od vízové povinnosti představuje provádění nařízení, nikoliv jeho změnu nebo doplnění. Komisi vadil zejména fakt, že nemá žádný prostor pro uvážení, zda přijmout akt v přenesené pravomoci, nýbrž pouze vykonává to, co předvídá pro ten případ nařízení. Techniku použití poznámky pod čarou Komise vykládala jen jako zámknu zákonodárce, který tento nástroj účelově využívá, aby mohl prováděcí akt vydávat za akt v přenesené pravomoci.

Žalovaní (Evropský parlament a Rada, podporovaní Českou republikou) tvrdili, že použití aktů v přenesené pravomoci v nařízení je v souladu s čl. 290 a čl. 291 SFEU. Tyto akty mají obecnou působnost a jedná se o změnu podstatného prvku legislativního aktu z hlediska formy i obsahu. Fakt, že akty v přenesené pravomoci by mohly být i některé akty, kterým zákonodárce v tom samém nařízení příkaz formu prováděcích aktů, je nerovnodlný pro posouzení správnosti použití formy aktů v přenesené pravomoci tam, kde se tak zákonodárce rozhodl. Soudní dvůr žalobu zamítl a tuto argumentaci žalovaných potvrdil.⁷⁷ V bodě 39 rozsudku Soudní dvůr výslově uznal stupňovitou strukturu mechanismu, a tím i odůvodněnost použití různých aktů odpovídajících různé závažnosti: „*Mechanismus uplatnění zásady vzájemnosti se tedy vyznačuje opatřením s rostoucí politickou závažností a citlivostí, kterým odpovídají nástroje odlišné povahy*“.

Nový třístupňový mechanismus je komplikovaným kompromisem mezi prvním „automatickým“ mechanismem a druhým „diplomatickým“. Reciproční zavedení vízové povinnosti bylo někdy přirovnáváno k atomové bombě pro vzájemné vztahy se třetí zemí. Jde o příležitou metaforu, i pokud jde o teorii jejího využití. Hlavním cílem mechanismu je odstrašení. K samotnému zavedení by nikdy nemělo dojít, neboť není v ničím zájmu. Na druhou stranu musí být použití této ultimativní zbraně v oblasti víz dostatečně věrohodné, aby odstrašení fungovalo. Zda se této rovnováhy mezi odstrašením a brzdami podařilo dosáhnout, ukáže čas.

⁷⁶ Rozsudek ve věci C-88/14 *Komise proti Evropskému parlamentu a Radě Evropské unie*.

⁷⁷ Tamtéž. Viz zejm. body 32 a 45. Bod 32: „Na rozdíl od toho, co tvrdí Komise, není existence, ani rozsah posuzovací pravomoci, která je jí svěřena legislativním aktem, relevantní pro účely určení, zda akt, který má Komise přijmout, spadá pod článek 290 SFEU, nebo článek 291 SFEU. Ze znění čl. 290 odst. 1 SFEU totiž vyplývá, že legalita rozhodnutí unijního normativce svěřit Komisi přenesenou pravomoc závisí pouze na tom, zda akty, které má tento orgán na základě tohoto svěření přijmout, mají obecnou působnost a zda se jimi doplňují nebo mění prvky legislativního aktu, které nejsou podstatné“.

Příčiny stávající podoby mechanismu lze hledat v kombinaci několika faktorů. Komise si střeží právo legislativní iniciativy, což vylučuje „automaticitu“ *ex lege*. Evropský parlament nechtěl připustit pouze prováděcí akty, na které nemá vliv. Kromě toho byl mechanismus vtělen do návrhu Komise *ex post*, takže členské státy potřebovaly při nesouhlasu Komise na změnu jednomyslnost (čl. 294 odst. 9 SFEU).

V případě třístupňového mechanismu reciprocity je atomová bomba vlastně již odpálena. K datu 12. 4. 2016 nedošlo ke zrušení vízové povinnosti ze strany tří zemí (Kanady, USA a Bruneje, byť u poslední země s perspektivou brzkého dosažení reciprocity) vůči několika členským státům.⁷⁸ Komise byla a stále je povinna přijmout akt v přenesené pravomoci, který by dočasně zavedl vízovou povinnost pro občany těchto států. Komise však svou právní povinnost vydat akt v přenesené pravomoci (dosud) nesplnila a namísto něj vydala sdělení.⁷⁹ V něm argumentuje ekonomickými a politickými dopady na vztahy s Kanadou a USA, neproveditelností obnovení vízové povinnosti, snížením vzájemného cestování a negativními dopady na vyjednávané obchodní dohody a vyzývá Radu a Evropský parlament, aby zahájily diskuze a přijaly pozice, jak ve světle hodnocení tohoto sdělení dále postupovat. Komise rovněž usuzovala, že by dočasné zavedení vízové povinnosti nepomohlo nereciprocitou postiženým členským státům. Naopak by citelně postihlo ostatní členské státy vzhledem k tomu, že USA mají reciprocitu stanovenu jako podmítku zařazení do bezvízového programu (VWP), stejně jako pro setrvání v něm, pevně v legislativě. Pozice Rady a Evropského parlamentu měly být Komisi sděleny nejpozději do 12. 7. 2016. K tomuto datu Komise vydala nové sdělení.⁸⁰ V něm konstatovala nereciprocitu již pouze ze strany Kanady a USA. Rada výzvu Komise ignorovala a nijak na ni nereagovala. Evropský parlament v dopisu předsedy výboru LIBE vyzývá Komisi k urychlěnému (do dvou měsíců) splnění právní povinnosti a přijetí aktu v přenesené pravomoci a upozorňuje na možnost podání žaloby v souladu s čl. 265 SFEU.⁸¹ V následných vyjednáváních Komise uspěla ve vztahu

⁷⁸ COM(2016) 221 final, 12. 4. 2016.

⁷⁹ Tamtéž.

⁸⁰ COM(2016) 481 final, 13. 7. 2014.

⁸¹ Žalobou podle 265 SFEU se mohou členské státy a ostatní orgány Unie domáhat, aby Soudní dvůr určil, zda došlo ze strany Evropského parlamentu, Evropské rady, Rady, Komise nebo Evropské centrální banky k porušení Smluv tím, že nepřijaly rozhodnutí. Podmínkou přípustnosti žaloby je, že byl příslušný orgán, instituce nebo jiný subjekt vyzván, aby jednal. Žaloba může být podána ve lhůtě dvou měsíců následující po uplynutí lhůty dvou měsíců, ve kterých se příslušný orgán, instituce nebo jiný subjekt k výzvě nevyjádřil.

ke Kanadě. Bylo dosaženo částečného zrušení vízové povinnosti pro občany Bulharska a Rumunska k 1. 5. 2017 (pro občany obou zemí, kteří v posledních 10 letech byli držiteli víza Kanady nebo USA). K plnému osvobození občanů obou zemí od vízové povinnosti se Kanada zavázala k 1. 12. 2017. Ve vztahu k USA a pěti dotčeným členským státům se přes nepochybně úsilí Komise podobným úspěchem vykázat nemůže. Vydání aktu v přenesené působnosti by však v tuto chvíli podle Komise nesloužilo cíli dosažení bezvízového styku pro všechny občany EU a bylo by kontraproduktivní.⁸²

Uvedené ilustruje citlivost otázky reciprocity a limity právních mechanismů vůči důležitým a citlivým politickým zájmům. Komise v „psychologickém“ střetu s Kanadou a USA selhala, a to za cenu devalvace mechanismu reciprocity, jehož věrohodnost stojí na odstrašení, a za cenu porušení své právní povinnosti vydat delegovaný akt v souladu s čl. 1 odst. 4, písm. f) nařízení č. 539/2001. Komise zjevně nechce nést riziko, jakkoliv se zdá malé, že pokud by Rada nebo Evropský parlament nevznesly námitku v souladu s čl. 290 odst. 2 písm. b) SFEU, došlo by k dočasnému obnovení vízové povinnosti vůči občanům USA a Kanady a nastaly by značně negativní následky vypočtené ve zmíněném sdělení Komise z 12. 4. 2016.

6. ROZDÍL MEZI VÍZOVÝM A BEZVÍZOVÝM STYKEM

Pro zodpovězení otázky, kdy nastává vízová ne/reciprocity, je důležité se roz hodnout, co je ještě bezvízovým stykem a co již vízovou povinností, protože různé instituty a opatření některých třetích zemí nemusí být za víza označena, přesto nesou některé jejich znaky. Typickým příkladem tohoto problému bylo v nedávné době zavedení Electronic System of Travel Authorisation USA (ESTA) nebo jeho australská obdoba eVisitor, což jsou režimy pro občany států, s nimiž mají obě země nominálně bezvízový styk.

Zústaneme-li na chvíli pouze u ESTA USA, jde o systém, který je součástí širšího, tzv. „bezvízového programu“ (Visa Waiver Program – VWP). Zařazení (státu) do VWP⁸³ podléhá splnění řady podmínek stanovených americkou legislativou, zejména poměr zamítnutých žádostí o vízum za poslední dva roky nižší než 3 %, souhlas se zpětvzetím vlastních občanů ve lhůtě třech týdnů od vydání příkazu k opuštění území, spolupráce při výměně informací

⁸² COM(2017) 227 final, 2. 5. 2017.

⁸³ V současnosti se programu účastní 38 zemí, z toho 24 členských států EU.

o ztrátě a odcizení cestovních dokladů cestou Interpolu a dalších okolností, které jsou pravidelně prověrovány a hodnoceny americkou stranou. V roce 2015 začaly USA v návaznosti na obavu z bezpečnostní hrozby představované fenoménem tzv. zahraničních bojovníků pracovat na rozšíření podmínek programu.⁸⁴

Teprve občané zemí zúčastněných na programu mohou do USA cestovat (autorizovanými dopravci letecky a lodí) bezvízově pod podmínkou, že dané osobě bylo uděleno předběžné povolení ESTA. ESTA představuje systém, který vyžaduje po žadateli internetovou registraci, tedy vyplnění určitého množství dat. Systém pak (pravděpodobně) zkонтroluje vyplněná data proti své databázi, nebo na základě získaných dat konstruuje určité profily a registraci do tří dnů potvrdí. Není-li ESTA vydána, může žadatel vždy požádat o vízum. Podmínkou účasti na bezvízovém programu, a tedy využití ESTA, je držení biometrického pasu. Prvek, proti jehož uplatnění se Komise opakováně ohrazovala a který USA nikdy nevylučovaly a následně zavedly, je zpoplatnění ESTA (14 USD) účinné od 8. 9. 2010. Komise ve svém prozatímním hodnocení ESTA⁸⁵ a následných zprávách o vízové reciprocitě⁸⁶ systém (který je průběžně adaptován) zatím nikdy nevyhodnotila jako rovnocenný vízum. Aniž by zde byl prostor jednotlivé parametry ESTA a jeho předchůdce (papírový formulář I-94W) srovnávat s náležitostmi typického víza, lze říct, že v momentě zpoplatnění tohoto bezvízového styku je překračována minimálně určitá psychologická hranice vnímání rozdílů mezi bezvízovým a vízovým stykem. Tento poplatek je přitom z větší části (10 USD) vybírána na podporu cestovního ruchu Spojených států a pouhé 4 USD na správu systému. Registrace prostřednictvím ESTA je ve všech ohledech nepochybňně podstatně méně náročná než klasická žádost o víza. Na druhou stranu je tento režim zřetelně obtížnější a nevhodnější než plnohodnotný bezvízový styl. Komise tak v době zavedení ESTA pro některé členské státy stála před dilematem buď prohlásit ESTA za rovnocenný vízum a roztočit mechanismus reciprocity (jakkoliv ten se již vůči USA uplatňuje i kvůli pěti členským státům, jejichž občané musí pro cesty do USA stále disponovat vízem), anebo trpět zjevně nereciproční situaci, protože EU obdobným systémem zatím nedisponuje.

⁸⁴ U. S. Visa Waiver Program. Official website of Department of Homeland Security [online] [cit. 2. 12. 2015]. Dostupné z: <http://www.dhs.gov/visa-waiver-program>

⁸⁵ Commission staff working document. The U. S. Electronic System for Travel Authorization (ESTA), SEC(2008) 2991 final, 2. 12. 2008.

⁸⁶ COM(2009)560 final, 19. 10. 2009.

Podobně ani australský eVisitor nebyl zatím uznán Komisí jako rovnocenný schengenský vízum. V případě Austrálie byl hlavním důvodem notifikace ze strany Bulharska a Rumunska vysoký poměr žádostí, které jsou vyhodnocovány systémem tzv. ručního udílení (*manual grant*), do kterého jsou žádosti zařazeny, protože odpovídají určitým rizikovým profilům. Jinak je oprávnění vyhodnoceno v podstatě automatickým systémem autogrant. K nerovnocennosti australského systému se schengenskými systémy přispívá podle zpráv Komise např. to, že není zpoplatněn a že nevyžaduje osobní přítomnost žadatele.⁸⁷

Pokud se EU od vývoje obdobného systému v roce 2011 odvrátila,⁸⁸ nyní se k úvahám o jeho vytvoření opět vrátila. Po letech rozvažování, zdali EU potřebuje či nikoliv ekvivalent obdobných systémů, jako je ESTA USA nebo australská ETA, Komise dne 6. 4. 2016 spolu s návrhem na zřízení tzv. systému vstup–výstup⁸⁹ předložila i doprovodné sdělení.⁹⁰ V něm konstatovala, že je-li to nutné a zároveň proveditelné, je třeba informační systémy do budoucna propojit a zajistit jejich interoperabilitu. Také by se mělo umožnit souběžné vyhledávání v systémech, aby pohraniční stráž a policie měly při své práci v případě potřeby k dispozici všechny podstatné informace. Mimo jiné se ve sdělení uvažuje o potřebnosti zavedení systému předběžné autorizace ke vstupu i pro bezvízové cizince, které sdělení pracovně nazývá ETIAS (EU Travel Information and Authorisation System), a to v kontextu pokračující vízové liberalizace s dalšími (rovněž také sousedícími) zeměmi. Jestliže u vízově povinných cizinců jsou informace o jejich identitě, účelu cesty a oprávněné délce pobytu obsažené ve VIS, jediné informace, které jsou dostupné o bezvízových cizincích, jsou ty, které jsou v cestovním doklalu.⁹¹ Nedostatek informací pro vyhodnocení zejména bezpečnostních rizik je tak citelný hlavně u bezvízových cizinců na pozemní hranici. Odtud také souvislost s probíhající vízovou liberalizací s Tureckem a Ukrajinou, která počet bezvízových cizinců cestujících na pozemní hranici podstatně navýšuje.

⁸⁷ C(2015) 2575 final, Report from the Commission of 22. 4. 2015 assessing the situation of non-reciprocity with certain third countries in the area of visa policy.

⁸⁸ Komise si za tím účelem nechala vypracovat obsáhlou studii proveditelnosti: *Policy Study on an EU Electronic System for Travel Authorisation – Final Report*. Price Waterhouse Coopers, February 2011.

⁸⁹ COM(2016) 194 final, 6. 4. 2016.

⁹⁰ COM(2016) 205 final, 6. 4. 2016.

⁹¹ O cizincích cestujících letecky, resp. v některých případech i lodí, jsou nadto k dispozici tzv. API (*Advanced Passenger Information*) a PNR (*Passenger Name Record*).

Dosavadní výhrady, které dříve zastavily úvahy o vytvoření podobného systému⁹², vytýkaly takovému systému v situaci EU nedostatek přidané hodnoty vzhledem k tomu, že na rozdíl od ESTA USA nedostatek pozitivní autorizace skrze takový systém nezabrání cizinci přecestovat až na vnější hranici, na které se lustrace SIS, Interpol SLTD a národních databází stejně provádí. Dále podle kritiků nemůže nahradit víza v klíčovém aspektu funkce víz. Tzn. v ověření migračního rizika, které v zásadě, na rozdíl od bezpečnostního rizika, nelze provést automaticky srovnáním s příslušnými databázemi. Zákonodárci si budou muset zodpovědět i řadu dalších nelehkých otázek. Bude se systém týkat všech, nebo jen některých bezvízových zemí, jaká bude jeho architektura, cena a s tím související otázka přiměřenosti nejen ve vztahu mezi přínosem a náklady, ale ve vztahu k administrativní zátěži a v neposlední řadě k zásahu do osobních práv nositelů dat? Poslední téma bude nejpříčivější při rozhodování o rozsahu přístupu donucovacích orgánů.

Přestože navrhovaný systém je zacílen na bezvízové cizince, zabývám se jím proto, že svojí povahou je nutně, stejně jako obdobné systémy v zahraničí a bez ohledu na jejich jméno a autoprezentace příslušných úřadů, opatřením podřízejícím bezvízový styk dalším podmínkám. Jinými slovy aplikuje některé prvky vízové politiky na nominálně bezvízovou. To ukazuje na trend faktického stírání rozdílů mezi vízovým a bezvízovým stykem. Tento trend lze vyčíst ze dvou dílčích tendencí. Zaprvé, je to rostoucí důraz na individuální posouzení migračních a bezpečnostních rizik žadatele (což bylo/je i směrování definované Stockholmským programem⁹³), které logicky nahrazuje paušální rozdělení na rizikové (vízové) a nerizikové (bezvízové) osoby podle státní příslušnosti. Za druhé, je to vznik systémů předběžné autorizace cestujících, stojících podle různých kritérií někde na cestě mezi vízovým a bezvízovým stykem. Otázku, svědčí-li tento trend o snadnějším cestování privilegovaných elit nebo o demokratizaci cestování, kde občanství držitele pasu rozhoduje méně než faktická „bez/rizikovost“, musíme ponechat bez odpovědi. Lze jen aspirovat na to, aby ETIAS byl důkazem druhého ze zmíněných trendů.

⁹² *Policy study on an EU Electronic System for travel Authorization (EU ESTA)*. Final report. Price Waterhouse Coopers. February 2011 [online] [cit. 29. 10. 2016]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/pdf/esta_main_en.pdf

⁹³ Stockholmský program – otevřená a bezpečná Evropa, která slouží svým občanům a chrání je. Úř. věst. C 115, 4. 5. 2010, s. 1–38. Stockholmský program byl schválen Evropskou radou 10.–11. 2009 a opírá se o již platné ustanovení čl. 68 Lisabonské smlouvy.

V každém případě, pokud jde o výše zmíněné námitky vůči koncepci předběžné autorizace, je třeba zmínit následující skutečnosti. Předně ani víza nezabrání neoprávněnému přicestování cizince na vnější hranici. Neúčinnost systému ve srovnání s mořem oddělenými USA, Kanadou nebo Austrálií je neodstranitelná, ale není vadou koncepce, neboť tato vada vychází z geografické situace Evropy, kterou klasický vízový styk neřeší o nic lépe. Dále existuje přidaná hodnota v odrazení od cesty těch, kteří nepřijedou na hraniční přechod, pokud autorizaci neobdrželi. To může být vzhledem k nárůstu bezvízových cizinců podstatná výhoda, hlavně z hlediska hraničního managementu. Krom toho např. australský eVisitor ukazuje, že ani posuzování migračních rizik není v rámci systému zcela vyloučené.⁹⁴

Je zřejmé, že při vytváření ETIAS bude třeba zodpovědět řadu obtížných otázek a mnohá dilemata typická pro situace soupeřících práv a zájmů. Zdá se nicméně, že vytvoření podobného systému bude nezbytné za situace na jedné straně masového vydávání víz prostřednictvím externích poskytovatelů služeb, které se čím dál více vzdaluje původnímu konceptu procedury postavené na individuálním posouzení a osobní přítomnosti žadatele. Na druhé straně pak stojí rostoucí relativní „rizikovost“ cizinců nepodléhajících vízové povinnosti vlivem pokračujících vízových liberalizací. Zdánlivě jednoduchá odpověď v podobě zastavení vízové liberalizačních tendencí je falešná v širším mezinárodně politickém kontextu a také kvůli rostoucí mezinárodní mobilitě. Je třeba si uvědomit podmíněnost vízové politiky v mnohotvárnosti mezinárodních vztahů a širších politických zájmů. Tyto zájmy a politiky však nemohou způsobit opuštění vlastních standardů a pravidel do té míry, která činí vízovou politiku nadále nedůvěryhodnou. Obtížně dosažitelným cílem, o který je třeba nicméně usilovat, je rovnováha mezi pevně nastavenými pravidly, které vízovou politiku řídí, a (často oprávněnými) politickými zájmy působícími na rozvolnění těchto pravidel.

Migrační krize let 2015–2016 a rostoucí obavy o bezpečnost vzhledem k nárůstu počtu teroristických útoků a fenoménu tzv. zahraničních bojovníků (občané členských států bojující na zahraničních bojištích a navracející se do EU) přispěly ke vzniku politické vůle po tom, aby i v EU vznikl systém obdobný ESTA USA. Komise se zavázala do konce roku 2016 vypracovat studii proveditelnosti a na jejím základě předložit návrh legislativního aktu ustavujícího ETIAS, což se i stalo. Komise dne 11. 6. 2016 předložila

⁹⁴ C(2015) 2575 final. Report from the Commission of 22. 4. 2015 assessing the situation of non-reciprocity with certain third countries in the area of visa policy. s. 4.

návrh na zřízení „Evropského systému pro cestovní informace a povolení“ (ETIAS)⁹⁵ a od té doby je intenzivně projednáván na půdě Rady i Evropského parlamentu. Dle návrhu má být ETIAS určen příslušníkům třetích zemí, kteří nemusí disponovat při překročení vnější hranice vízem, a který umožňuje určení, zda jejich přítomnost na území nepředstavuje hrozbu nelegální migrace, pro bezpečnost nebo veřejné zdraví. Za tímto účelem se má vytvořit určité cestovní oprávnění a stanovit podmínky a postupy pro jeho udělení nebo odepření. Návrh také počítá s přístupem donucovacích orgánů členských států a Europolu nahlížet do údajů uložených v ústředním systému ETIAS za účelem prevence, odhalování a vyšetřování teroristických trestních činů nebo jiných závažných trestních činů, které spadají do jejich pravomoci a stanoví pro nahlížení podmínky. Návrh stojí na právním základu pro opatření na kontrolu vnějších hranic, zavedení integrovaného systému řízení vnějších hranic a pro opatření shromažďování, uchovávání, zpracovávání, analýzy a výměny příslušných informací (včetně oprávnění Europolu v tomto rozsahu).⁹⁶ ETIAS tedy přes naznačenou funkční podobnost vízům nestojí na stejném právním základě jako opatření vízové politiky, což bude nepochybně i jeden z argumentů vůči potenciálně nespokojeným „bezvízovým“ třetím zemím.

Pokud chápeme vízový a bezvízový styk jako krajní limity určité škály „vízových“ opatření a systémy obdobné ESTA nebo ETIAS jako instituty stojící ještě v polovině rozmezí blíže k bezvízovému styku, pak zrcadlově na vízové straně spektra lze hledat různé formy elektronických víz. Tento pojem však nemá v rámci vízové politiky EU, natožpak práva, zatím žádný obsah a úvahy o něm nepřekročily horizont prvotních nápadů. V obecné rovině si lze snadno představit přidanou hodnotu takového konceptu, který by mohl modernizovat a usnadnit vízový proces alespoň pro určitou skupinu jinak vízově povinných zemí nebo např. pro *bona fide* cestující bez ohledu na státní příslušnost.

7. ZÁVĚR

Výše uvedené postřehy se snaží nastínit základní instituty vízové politiky a všímat si jejich provedení v právu EU. Jde o oblast stejně politicky citlivou jako velmi dynamickou a proměnlivou.

⁹⁵ COM(2016) 731 final, 11. 6. 2016.

⁹⁶ Čl. 77 odst. 2 písm. b) a d), čl. 87 odst. 2 písm. a) a čl. 88 odst. 2 písm. a) SFEU.

Zajímavým momentem v oblasti vízové facilitace je odlišný přístup mezi snahou Komise, která prostřednictvím vízového kodexu řadu z facilitací obsažených ve facilitačních dohodách navrhuje zakotvit přímo v kodexu, a na druhé straně Rady, která navrhuje v kodexu svázat udělování facilitací se spoluprací v oblasti readmisí. V souvislosti s tématem vízové liberalizace bylo ukázáno, jak problematické je určení kritérií pro rozhodnutí, která třetí země má být od vízové povinnosti osvobozena a nakolik jde v EU o rozhodnutí politické a potencionálně diskriminační. Rozbor jednotlivých procesů vízové liberalizace ukazuje na značně odlišný přístup vůči různým třetím zemím. V kapitole zabývající se formou osvobození od vízové povinnosti bylo zevrubně pojednáno zejména o problematice přetrvávajících bilaterálních dohod jednotlivých členských států ve vztahu k novějšímu schengenskému *acquis* a jejich neslučitelnosti s vytvářeným systémem vstup–výstup. V otázce vízové reciprocity pak současné porušování právní povinnosti Komise vydat delegovaný akt pozastavující bezvízový styk vůči USA a Kanadě, plynoucí z mechanismu reciprocity, ukazuje na limity právní regulace v extrémně politicky citlivých otázkách. Obdobně je otázkou, zda nedávná revize suspenzivního mechanismu povede k jeho využití.

Na nejobecnější rovině uvedené postřehy, zdá se, vykreslují pro oblast víz typický střet mezi politikou a právem, který jako pověstná červená nit vede každým z výše pojednaných témat.

IV. Praxe podávání žádostí o víza a vybrané směrnicové pobytu na zastupitelských úřadech členských států EU

ONDŘEJ RAUŠ*

1. ÚVOD

Cílem příspěvku je shrnutí poznatků z výzkumu napříč členskými státy EU, který byl zaměřen na dvě oblasti související s přístupem cizinců z třetích zemí k podání žádosti o vízum a vybrané dlouhodobé pobytu.

První oblastí, která byla podrobena monitoringu, bylo zmapování, jakým způsobem si mohou občané z třetích zemí sjednat termín schůzky na zastupitelském úřadu členského státu EU, aby mohli obdržet buď krátkodobé, nebo dlouhodobé vízum. Tedy jakou formu rezervace termínů využívají jednotlivé členské státy na svých zastupitelských úřadech, zda jde např. o obdobný elektronický systém, jaký funguje v ČR (Visapoint), nebo zda se uplatňuje zcela jiná forma zajištění si termínu pohovoru (ať již to je kupříkladu prostřednictvím visa center, telefonicky, e-mailem apod.). A následně, zda je praktické fungování těchto mechanizmů bezproblémové, či je doprovází negativní jevy, např. v podobě černého trhu s termíny u online rezervací. Musíme vzít v potaz, že počet žadatelů o víza se liší stát od státu. Velkou roli hraje obecné povědomí o příslušném členském státě EU mezi občany dané třetí země, případně historické vazby, jazyková/kulturní blízkost, délka a intenzita migrace mezi dotčenými státy, jaké příležitosti (zejména ekonomické) nabízí, jaká je jeho rozloha, zda se zde již nachází početná komunita příslušníků dané třetí země atd. To se následně odráží i v celkovém počtu

* Právnická fakulta MU, Brno

žadatelů o udělení víza do příslušného členského státu. Případný přetlak žádostí může způsobovat kapacitní nedostatečnost volných termínů a rovněž vyvolat existenci popsaných negativních jevů ve formě nelegálního obchodu s jednotlivými termíny zaručujícími schůzku na zastupitelském úřadu.

Druhou zkoumanou oblastí bylo zjistit, jak v praxi funguje přístup třetizemců k podání žádosti o tři směrnicové dlouhodobé pobytu. Konkrétně o dlouhodobý pobyt dle směrnice 2011/98/EU o jednotném postupu vyřizování žádostí o jednotné povolení k pobytu a práci na území členského státu pro státní příslušníky třetích zemí a o společném souboru práv pracovníků ze třetích zemí oprávněně pobývajících v některém členském státě (dále jen „zaměstnanecká karta“), směrnice 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny (dále jen „sloučení rodiny“) a směrnice 2009/50/ES o podmírkách pro vstup a pobyt státních příslušníků třetích zemí za účelem výkonu zaměstnání vyžadujícího vysokou kvalifikaci (dále jen „modrá karta“). Zjišťoval jsem, zda o tyto dlouhodobé pobuty může cizinec žádat pouze na zastupitelském úřadu daného členského státu EU v zemi původu, nebo zda může podat žádost i přímo v členském státě, pokud se tam již nachází, např. na základě krátkodobého turistického víza. Soustředil jsem se zejména na ty případy, které vykazují odlišnost od právní úpravy podávání žádosti v České republice.

2. ŽÁDOSTI O VÍZUM ZA VYUŽITÍ ELEKTRONICKÉHO SYSTÉMU A JINÝCH FOREM REZERVACE TERMÍNU SCHŮZKY NA ZASTUPITELSKÉM ÚŘADU

Při zjišťování informací nebylo možné zohlednit úplně všechny zastupitelské úřady a visa centra jednotlivých členských států EU v třetích zemích. Už jen z důvodu, že ve státech, jejichž rozloha je velká, se nachází většinou několik zastupitelských úřadů a visa center. Přestože vykonávají činnost v jednom státu, mají mnohdy odlišně nastavený způsob rezervací termínů. Zaměřil jsem se proto zejména na ty státy, ze kterých přichází nejvíce cizinců do prostoru EU, nebo na ty, které jsou svojí rozlohou významné (např. Ukrajina, Vietnam, Rusko atd.). Jde tedy o určitý reprezentativní vzorek, který poukazuje na fungování a problémy vízového systému v jednotlivých státech.

Nejrozšířenějšími způsoby, jak si sjednat termín schůzky na příslušném zastupitelském úřadu, je buď určitý druh elektronického systému (obdoba Visapointu v České republice), nebo využívání služeb visa center. U třetích

zemí, které patří rozlohou a významem k nejdůležitějším (např. Rusko, Indie, Čína), není neobvyklé, že v něm jeden členský stát EU provozuje několik zastupitelských úřadů (do jejichž pravomoci náleží i vyřizování víz), které spolupracují s vícero visa centry. Některé členské státy umístily na webové stránky svých zastupitelských úřadů v třetích zemích pobídku, aby se žadatelé o vízum snažili přednostně využít služeb visa center a až subsidiárně podávali své žádosti na zastupitelských úřadech.¹ Mezi další prostředky využívané členskými státy, které umožňují sjednat si termín schůzky, patří e-mail a telefon. Není neobvyklé, že některé zastupitelské úřady i visa centra nepodmiňují objednání cizince k podání žádosti předchozí domluvou přesného termínu.

Řada členských států neumožňuje sjednat termín schůzky k podání žádosti jinak než prostřednictvím rezervace v elektronickém systému (Německo, Polsko, Slovensko, Francie, Norsko, Litva, Estonsko a další). I tyto státy využívají paralelně služeb visa center. Dominantní roli však hrají online přihlašovací systémy provozované buď ministerstvem vnitra, nebo zahraničí. Další státy, jako např. Rakousko, Portugalsko, Maďarsko a Řecko, rovněž provozují elektronické přihlašovací systémy. Využívají je však buď pro menší okruh států, resp. zastupitelských úřadů, nebo jen pro určitý typ víz, např. dlouhodobá víza. Zvláštním případem je Španělsko, které sice využívá svého online systému, provozuje ho však prostřednictvím visa centra BLS International. Není již ani výjimkou, že si cizinec musí sjednat schůzku pro žádost o vízum na zastupitelském úřadu, nicméně musí tak učinit skrze visa centrum (nejčastěji prostřednictvím call centra, někdy s využitím online systému zřízeného visa centrem²).

Většina států se snaží zátěž v podobě velkého množství žádostí o víza rozprostřít mezi visa centra v daném státě, aby nenastalo ochromení a dysfunkce při vyřizování vízových záležitostí na konzulárních úřadech. Visa centra, jako externí společnosti, shromažďují podklady pro žádosti o víza a sjednávají termíny schůzek na zastupitelských úřadech apod. Konečné rozhodnutí o udělení či neudělení víza činí vždy příslušný zastupitelský úřad. Z výzkumu

¹ Dostupné z: <http://russia.diplomatie.belgium.be/ru/viza-v-belgiyu/kuda-mne-sleduet-obratitsya-dlya-polucheniya-dolgosrochnoy-vizy-srokom-bolee-90-dney>; <http://india.diplomatie.belgium.be/en/travel-to-belgium/visa/india>

² Dostupné z: http://www.vfsglobal.com/France/Russia/English/book_an_appointment.html; <http://www.francevac-ua.com/>; https://ph.blsspainvisa.com/embassy_book_appointment.php; <http://wwwvfsglobal.com/Lithuania/Russia/english/index.html>; <http://www.greekembassy.org.uk/en-gb/consular/visas>

vyplynává, že nejčastěji státy využívají služeb visa centra VFS Global. Další visa centra, se kterými státy spolupracují, jsou TLScontact, BLS International, Visa Management Service (dále jen „VMS“), PONY EXPRESS a Visalia Global Technology Tourism Trade (dále jen „VGTTT“). Téměř vždy lze žádat prostřednictvím visa centra o krátkodobé vízum. U dlouhodobých víz je někdy podmínkou, že žádost musí být podána přímo na zastupitelském úřadu, nikoliv skrze visa centrum.

Visa centrum TLS je po VFS Global druhým nejvyužívanějším visa centrem napříč členskými státy EU. Naopak visa centrum VGTTT se nevyskytuje nikde jinde než v případě Turecka, kdy s ním spolupracuje pouze omezený počet států (např. Maďarsko, Slovensko aj.). Obdobně jako visa centrum VGTTT jsou visa centra PONY EXPRESS a VMS určena jen pro užší spektrum států, a to zejména pro ty, které byly dříve součástí východního bloku. Jde tedy zejména o postsovětské republiky (Rusko, Ukrajina, Kazachstán, Uzbekistán atd.). Visa centrum VMS je dále součástí vízového systému u států jako Itálie či Estonsko.

U výše zmíněných visa center je způsob sjednání si termínu schůzky (podobně jako u zastupitelských úřadů) odlišný stát od státu. I v rámci visa center fungují online formuláře. Dalšími možnými formami je telefonická rezervace termínu (nejčastěji prostřednictvím call centra), případně e-mailová. Některá visa centra se zřejmě nepotýkají s nadbytkem žadatelů a umožňují podat žádost bez předchozí rezervace termínu.

Přestože problémy a nedostatky ve vízovém systému u jednotlivých států budou rozebrány podrobněji níže, již na tomto místě mohu uvést, že visa centrum VFS má téměř vždy, u každého státu, na webové stránce poznámku, aby si občané daného státu dávali pozor na případné podvodníky, kteří se vydávají za agenty tohoto visa centra a snaží se ze svých potenciálních obětí vylákat buď osobní informace, nebo hotovost výměnou za určitou službu (sjednání termínu, zařízení víz apod.). K témtu nekalým praktikám se uchylují jak osobně, tak prostřednictvím e-mailu či telefonicky.

3. JE NUTNÉ VŽDY ŽÁDAT O SMĚRNICOVÝ DLOUHODOBÝ POBYT NA ZASTUPITELSKÉM ÚŘADU V ZEMI PŮVODU?

Primární otázkou v rámci tohoto tématu bylo zjistit, zda cizinec, který již pobývá v členském státě EU, může rovnou požádat na zastupitelském (či

jiném) úřadu o povolení k dlouhodobému směrnicovému pobytu, nebo je naopak nutné, aby vycestoval zpět do země své státní příslušnosti nebo legálního pobytu či bydliště a teprve v tomto státě podal žádost o dlouhodobý pobyt.

Skutečnost je taková, že až na určité výjimky cizinec musí opustit členský stát EU, pokud zde již pobývá na základě turistického víza, a teprve ve státě své státní příslušnosti požádat o povolení. Zároveň, pokud je cizinec již držitelem určitého dlouhodobého pobytového oprávnění, v zásadě může žádat o jeho prodloužení v členském státu EU, aniž by musel vycestovat. Stejně tak získání pobytového oprávnění, např. za účelem výkonu kvalifikované práce, skýtá výhody i pro členy rodiny daného cizince, kteří pak mohou snáze nabýt povolení ke vstupu a pobytu na území členského státu EU.

V některých zemích v sobě dlouhodobé vízum vydané zastupitelským úřadem zahrnuje i oprávnění k pobytu, v jiných státech je nutné si v pevně stanovené lhůtě po vstupu na území členského státu požádat na příslušném úřadu o povolení k pobytu. Obdobně existuje praxe, kdy zastupitelský úřad v zemi původu cizince vydá žadateli vstupní vízum a ten je pak následně povinen si ve státu zamýšleného pobytu zažádat o vydání např. modré karty, která ho opravňuje nejen k výkonu práce, ale i k pobytu.

4. PROCES ŽÁDOSTÍ O VÍZA A SMĚRNICOVÉ POBYTY V JEDNOTLIVÝCH ČLENSKÝCH STÁTECH EU

Tato kapitola se zaměřuje na detailnější popis procesu podávání žádostí o víza a směrnicové pobity ze strany státních příslušníků třetích zemí, a to napříč státy Evropské unie. Pokud byly u některých členských států EU zaznamenány problémy týkající se černého trhu s termíny návštěv na zastupitelských úřadech, upozorním na ně. Je třeba zároveň vzít do úvahy, že níže uvedené informace a odkazy nemají trvalou hodnotu. Státy průběžně cizincům poskytované informace a údaje aktualizují, mění formu rezervace termínů pro některé státy, vyhotoví nové webové stránky (jako např. nedávno Nizozemsko) atd.

5. NĚMECKO

5.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza

Německo, obdobně jako Česká republika, má zavedený elektronický systém přidělování termínů schůzek na zastupitelských úřadech, který je využíván přednostně.³ Například na webových stránkách německého velvyslanectví ve Washingtonu najdeme informaci, že objednání termínu je možné jen prostřednictvím tohoto online systému, nikoliv třeba e-mailem či telefonicky.⁴ I z důvodu, že Německo je cílovou destinací mnoha cizinců, je část vízové agendy přenesena na visa centra, konkrétně na VFS.

5.1.2 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza prostřednictvím online systému

Výčet států, jejichž státní příslušníci si mohou sjednat na daném zastupitelském úřadu termín schůzky pouze prostřednictvím online systému, je poměrně rozsáhlý. Jedná se o státy, jako je např. Vietnam⁵, Bělorusko⁶, Hongkong⁷, Nigérie⁸, Ghana⁹ atd. Výjimku představuje Vietnam, jehož občané si mohou v případě dlouhodobého víza sjednat termín schůzky i e-mailem.¹⁰ Rovněž zastupitelský úřad v Nigérii umožňuje studentům ve školním roce

³ Dostupné z: https://service2.diplo.de/rktermin/extern/choose_realmList.do?locationCode=wash&request_locale=en

⁴ Dostupné z: http://www.germany.info/Vertretung/usa/en/01_Embassy/Washington/04_Visa_Appointment.html

⁵ Dostupné z: http://wwwvietnam.diplo.de/Vertretung/vietnam/vi/03-Konsularservice/03-03_20Terminvergabe/Terminvergabe_Rechts_2.html

⁶ Dostupné z: http://www.minsk.diplo.de/Vertretung/minsk/de/01B/___C3_9Cbersicht_rund_um_visa.html; https://service2.diplo.de/rktermin/extern/choose_categoryList.do?locationCode=minsk&realmId=231

⁷ Dostupné z: https://service2.diplo.de/rktermin/extern/choose_categoryList.do?locationCode=hong&realmId=711; <http://www.hongkong.diplo.de/visa>

⁸ Dostupné z: http://www.nigeria.diplo.de/Vertretung/nigeria/en/04-1_20Visa/How_20to_20apply.html; https://service2.diplo.de/rktermin/extern/choose_realmList.do?locationCode=abuj&request_locale=en

⁹ Dostupné z: http://www.ghana.diplo.de/Vertretung/accra/en/05_Visa_20Requirements_online-buchung-visa-en-seite.html

¹⁰ Dostupné z: http://wwwvietnam.diplo.de/Vertretung/vietnam/vi/03-Konsularservice/03-01_20Visainformationen_20Hanoi/07-02-Visa_langfristig/Visa_langfristig.html

2017/2018 si rezervovat termín schůzky e-mailem.¹¹ Naopak, u Ghany je explicitně vyloučena možnost zamluvit si termín schůzky prostřednictvím e-mailu nebo telefonicky.

5.1.3 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza prostřednictvím online systému a visa centra VFS

Německo, stejně jako řada členských států EU, má zavedený systém paralelního využití buď služeb zastupitelského úřadu, nebo visa center. Obecně jsou cizinci vybízeni spíše se obrátit na visa centrum z časových a kapacitních důvodů. V případě Německa se tato varianta nabízí u států, jako je např. Ukrajina, Rusko, Spojené arabské emiráty, Indie, Turecko aj. Německo spolupracuje s dvěma visa centry, primárně s VFS Global a v případě Turecka s iDATA. Prostřednictvím visa centra iDATA lze v Turecku požádat o vydání krátkodobého víza (je nezbytné si předem rezervovat termín schůzky, a to online formou).¹² Žádosti o dlouhodobá víza je nutné podávat na zastupitelský úřad, nicméně termín schůzky je sjednáván prostřednictvím call centra tohoto visa centra. Zajímavostí je, že termín schůzky je sjednán telefonicky buď přímo během platby kreditní kartou, nebo den po převodu povinné částky na daný bankovní účet.¹³

Co se týče Ukrajiny¹⁴ a Ruska¹⁵, využít služeb visa centra lze jen v případě krátkodobých víz, o ta dlouhodobá lze žádat jen na zastupitelském úřadu. Na Ukrajině není v případě visa centra nutné (ovšem je to doporučováno) si dopředu sjednat termín schůzky, pokud cizinec přijde během pracovní doby.¹⁶ V Rusku je naopak povinnost sjednat si dopředu termín schůzky u visa center, a to prostřednictvím online formuláře nebo telefonicky na call centru.¹⁷

¹¹ Dostupné z: http://www.nigeria.diplo.de/Vertretung/nigeria/en/04-1_20Visa/Long_20term_20visa/Visa_20_20Long_20term.html

¹² Dostupné z: <http://www.tuerkei.diplo.de/Vertretung/tuerkei/de/02-visa/03-schengenvisa/antragsverfahren-iidata.html>; <https://idata.com.tr/de/en/p/schengen-visa-process-de>

¹³ Dostupné z: <https://idata.com.tr/de/en/p/national-visa-procedure-de>

¹⁴ Dostupné z: http://www.kiew.diplo.de/Vertretung/kiew/uk/05/Visa/Visa__K-II/nationale__visa__neu/0__Nationale__Visa__neu__UA.html

¹⁵ Dostupné z: <http://www.germania.diplo.de/Vertretung/russland/de/02-mosk/1-visa/3-nationale-visa/0-nationale-visa.html>

¹⁶ Dostupné z: http://www.germanyvac-ua.com/english/Schedule_an_Appointment.html

¹⁷ Dostupné z: http://www.vfsglobal.com/germany/russia/moscow/english/Schedule_an_Appointment.html

Opačná situace je u Spojených arabských emirátů¹⁸, Indie¹⁹ a Turecka²⁰, kdy je cizinci umožněno žádat o krátkodobá i dlouhodobá víza buď na zastupitelském úřadu, nebo prostřednictvím visa centra.

5.2 Problémy s rezervací termínů schůzek na zastupitelském úřadu

Obdobné negativní zkušenosti s rezervací termínu schůzky na zastupitelských úřadech, jako má Česká republika se systémem Visapoint v některých zemích, lze zaznamenat i u německého online systému. Lze zmínit situaci v Kosovu, kdy cestovní agentury blokují nabízené termíny pro sebe a následně prodávají jeden termín schůzky za částku kolem 100 eur. Cestovní agentury sledují stránky zastupitelských úřadů, generující volné termíny, *de facto* dvacet čtyři hodin denně. Žadatelů o vízum do Německa bylo z Kosova jen za rok 2015 okolo 37 000.²¹

Termíny schůzek na zastupitelském úřadu jsou prodávány také v Keni, kde se cena jednoho takto nabízeného termínu může vyšplhat až do výše 5 000 dolarů. Oproti případu v Kosovu, v Keni se neznámí pachatelé infiltrovali do počítacového systému a získali přístup k nabízeným termínům, které pak obsadili na několik měsíců dopředu. Následně je prodávali na černém trhu za výše uvedenou částku. K obdobnému případu došlo v Sýrii, kde byly termíny obsazeny dříve, než byly vůbec dostupné na internetu.²²

Dalším státem, kde funguje černý trh s termíny schůzek, je Libanon, konkrétně Bejrút. Do Libanoru uprchlo několik set tisíců Syřanů, jejichž cílovou destinací je právě Německo, takže čekání na termín schůzky se protáhlo

¹⁸ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/germany/uae/abudhabi/Schedule-an-Appointment.html>; http://www.uae.diplo.de/Vertretung/uae/en/03_Visa/01_Longterm_Visa/_C3_9Cbersicht_D_Visa_Portal_Neu.html

¹⁹ Dostupné z: http://wwwvfs-germany.co.in/NewDelhi_NorthIndia/index.html; http://www.india.diplo.de/Vertretung/indien/en/06_Consu_Visa/visa_new/appointments.html; http://www.vfs-germany.co.in/NewDelhi_NorthIndia/longterm_appointment.html; http://www.india.diplo.de/Vertretung/indien/en/06_Consu_Visa/visa_new/appointments.html

²⁰ Dostupné z: <http://www.tuerkei.diplo.de/Vertretung/tuerkei/de/02-visa/04-nationales-visum/termine-nationales-visum.html>; <http://www.tuerkei.diplo.de/Vertretung/tuerkei/de/02-visa/04-nationales-visum/wo-und-wie-nationales-visum.html>

²¹ Dostupné z: <http://prishtinainsight.com/german-embassy-visa-appointments-sold-travel-agencies/>

²² Dostupné z: <http://mkenyaujerumani.de/2014/04/22/hackers-manipulate-the-german-embassy-website-and-sell-appointments-for-5000/>

na několik měsíců. Tohoto přetlaku využily různé společnosti, které si nejprve vezmou za poplatek (jehož výše se pohybuje od 22 do 113 dolarů) údaje o daném cizinci a poté jej umístí na čekací listinu. Zároveň „zaměstnávají“ jednotlivce, kteří neustále kontrolují webové stránky ministerstva, a jakmile se uvolní termín schůzky, rezervují jej na jméno cizince, který je v rámci čekací listiny na řadě.

Podobně někteří jednotlivci vystupují jako zástupci německého zastupitelského úřadu s tím, že jsou oprávněni prodávat zájemcům termíny schůzek. Cena se pohybuje okolo 50 eur. Jde samozřejmě o podvod s cílem získat peníze bez jakékoli protihodnoty.²³

Zajímavostí je i dopis jednoho z Íránců poslaný z Teheránu na tamější německý zastupitelský úřad. Cizinec v něm zmiňuje, že mnoho jeho spoluobčanů by rádo navštívilo Německo nebo v něm studovalo, nicméně to není možné kvůli nelegálnímu prodeji termínů schůzek. Všechna místa jsou údajně obsazena a následně prodávána za částku kolem 200 dolarů.²⁴

Další z článků zaznamenává události v Libanonu (Bejrútu), konkrétně pak příběh syrské ženy, která je žadatelkou o víza. Za volný termín schůzky musela zaplatit jisté agentuře částku ve výši 340 eur. Hackeři ihned po půlnoci obsadí všechna volná místa, která se tu vygenerují, takže další dostupné termíny jsou až v roce 2022. Za tyto volné termíny se platí od 100 do 900 euro.²⁵

V jiném článku se píše o tom, že černý trh s volnými termíny existuje jak v Libanonu, tak v Turecku. Není vyloučeno, že jsou do něj zapojeni také pracovníci na zastupitelských úřadech. Má docházet k nelegálnímu prodeji volných termínů – v jednom případě to bylo celkem za 340 eur, v jiném zase za 500 eur.²⁶

²³ Dostupné z: <http://www.aljazeera.com/news/2015/02/theft-target-desperate-syrians-150211052409104.html>

²⁴ Dostupné z: <https://www.change.org/p/german-ambassador-in-tehran-dr-michael-von-ungern-sternberg-please-stop-misbehavior-with-iranian-applicants-for-schengen-visa-by-german-embassy>

²⁵ Dostupné z: http://www.huffingtonpost.de/2015/08/04/wie-die-deutsche-botschaft-in-beirut-mit-dem-schicksal-syrischer-fluechtlinge-spielt_n_7931038.html

²⁶ Dostupné z: http://www.huffingtonpost.de/2015/07/07/deutsche-botschaft-schwarzmarkt-fluechtlinge_n_7737596.html

5.3 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

Obecně lze říci, že o jakékoliv pobytové oprávnění je třeba žádat před vstupem do Německa, buď v zemi státní příslušnosti cizince, nebo ve státě, ve kterém žije.

5.3.1 Modrá karta

Cizinec musí v prvé řadě prokázat, že mu byla poskytnuta konkrétní pracovní nabídka, nebo předložit již vyhotovenou pracovní smlouvu. Dalším krokem je podání žádosti o dlouhodobé vízum za účelem výkonu práce na zastupitelském úřadu v domovském státu. Po vstupu do Německa je cizinec povinen požádat o vydání modré karty na příslušném cizineckém úřadu (*Ausländerbehörde*).²⁷

5.3.2 Sloučení rodiny

Cizinec musí podat žádost o dlouhodobé vízum za účelem sloučení rodiny na zastupitelském úřadu v domovském státu. Ta je následně přeposlána ke schválení příslušnému imigračnímu úřadu v Německu (*Ausländeramt*). Po kladném vyřízení cizinec obdrží vízum a po příjezdu do Německa je povinen požádat o povolení k pobytu na cizineckém úřadu (*Ausländerbehörde*), jehož příslušnost se odvozuje podle místa budoucího bydliště. Tuto žádost musí podat předtím, než mu vyprší vízum. Výjimka se vztahuje na státní příslušníky Austrálie, Andory, Brazílie, Kanady, Hondurasu, Izraele, Japonska, Monaka, Nového Zélandu, San Marina, Jižní Koreje a USA, na které se nevztahuje povinnost žádat o vstupní vízum do Německa. Občané těchto států mohou podat žádost o povolení k pobytu za účelem sloučení rodiny přímo v Německu.²⁸

²⁷ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/germany/worker/highly-qualified-worker_en#; http://www.bamf.de/EN/Infothek/FragenAntworten/BlaueKarteEU/_blaue-karte-eu-node.html; http://www.tel-aviv.diplo.de/contentblob/4384132/Daten/4916496/_blaueKarteInfo.pdf; <https://www.applyeu.BlueCard/Germany/Germany.pdf>; http://www.nigeria.diplo.de/contentblob/4974512/Daten/7269931/EU_Blue_Card.pdf

²⁸ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/germany/family-member_en#; <http://www.bamf.de/EN/Migration/Arbeiten/FamilienNachzug/familienNachzug-node.html>; http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/EN/Publikationen/EMN/Studien/wp73-emm-familienNachzug-drittstaatsangehoerige-deutschland.pdf?__blob=publicationFile; http://www.india-eu-migration.eu/media/legal_module/Directive/Directive%202003_58

5.3.3 Zaměstnanecká karta

Třetizemec musí nejprve požádat o vydání víza, které ho opravňuje ke vstupu do země, a to na německém zastupitelském úřadu ve svém domovském státě. Žádost o vízum schvaluje místně příslušný cizinecký úřad (*Ausländerbehörde*). Po schválení cizinec obdrží vstupní vízum. Po příjezdu do Německa je cizinec povinen požádat o povolení k pobytu, které jej zároveň opravňuje k výkonu práce. To vydává cizinecký úřad (*Ausländerbehörde*). S udělením povolení pobytu za účelem práce musí souhlasit Spolkový úřad práce (*Bundesagentur für Arbeit*).²⁹

6. POLSKO

6.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza

I Polsko, obdobně jako Česká republika a Německo, zvolilo jako hlavní formu pro rezervaci termínů na zastupitelských úřadech online systém přihlášování.³⁰ Pro rychlejší vyřizování značného množství žádostí o víza nabízí Polsko cizincům alternativu v podobě visa center VFS Global.

86%20Family%20Reunification/National%20Case%20Studies/GERMANY_EMN_NCP_Small-Scale_Study_IV_Family_Reunification.pdf; <https://handbookgermany.de/en/right-laws/family-reunification.html>; https://www.expatica.com/de/visas-and-permits/German-visa-to-join-a-relative-or-spouse-in-Germany_108796.html

²⁹ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/germany/worker-employed-worker_en#; <http://www.bamf.de/EN/Migration/Arbeiten/BuergerDrittstaat/einreise-ausland.html?nn=3838630>; http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/EN/Publikationen/Broschueren/bildung-und-beruf-in-deutschland.pdf?__blob=publicationFile#page=6; <http://www.germany-visa.org/work-employment-visa/>; <http://www.hongkong.diplo.de/Vertretung/hongkong/en/03Info/Visum/national-visa.html#topic40>; http://wwwexpatica.com/de/visas-and-permits/Work-in-Germany-getting-a-German-work-visa_100900.html; <http://wwwworkpermit.com/immigration/germany/how-apply-permanent-residence>

³⁰ Dostupné z: <https://secure.e-konsulat.gov.pl/Uslugi/RejestracjaTerminu.aspx?IDUSLUGI=8&IDPlacowki=110>

6.1.2 Žádosti o víza prostřednictvím online systému a visa centra VFS Global

Cizinci ze zemí, jako je např. Egypt³¹, Vietnam³², Uzbekistán³³, Nigérie³⁴, Indie³⁵ aj., jsou povinni jak v případě krátkodobých, tak dlouhodobých víz podávat své žádosti na zastupitelském úřadu, s využitím rezervace termínu prostřednictvím online systému. Výjimka existuje v případě Vietnamu, kde je umožněno nově podat žádost o krátkodobé vízum i na maďarském zastupitelském úřadu v Ho Či Minově Městě.

Státní příslušníci Ruska³⁶, Běloruska³⁷ a Ukrajiny³⁸ mohou zažádat o krátkodobá i dlouhodobá víza na zastupitelském úřadu (prostřednictvím online systému) nebo na visa centru. V Rusku není třeba, aby si žadatel předem sjednal termín schůzky za účelem návštěvy visa centra.³⁹ Naopak v Bělorusku je předchozí objednání nutností, buď vlastním online systémem visa centra, nebo telefonicky.⁴⁰ Zajímavostí je rezervace termínu schůzky na visa centru na Ukrajině.⁴¹ Jedinec musí nejprve uhradit příslušnou částku, za niž obdrží speciální kód. Ten použije v rámci automatického registračního systému, který mu stanoví den a čas schůzky.

³¹ Dostupné z: http://www.kair.msz.gov.pl/en/consular_section/

³² Dostupné z: http://www.hanoi.msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/informacje_wizowe_dla_cudzoziemcow/informacje_wizowe_dla_cudzoziemcow;jsessionid=5CAAA53C-95C3197F62B6A487A2459EA0.cmsap6p

³³ Dostupné z: http://www.taszkent.msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/wizowe/schengenc/; http://www.taszkent.msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/wizowe/narodowad/

³⁴ Dostupné z: http://www.abuja.mfa.gov.pl/en/consular_information/visas/

³⁵ Dostupné z: http://www.newdelhi.mfa.gov.pl/en/consular_information/visa_information/

³⁶ Dostupné z: http://www.moskwa.msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/wizy/; http://www.moskwa.msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/wizy/wiza_narodowa/

³⁷ Dostupné z: http://www.minsk.msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/wizy/procedura/

³⁸ Dostupné z: [http://www.kijow.msz.gov.pl/pl/sprawy_konsularne_i_wizowe/wizy/inf_wiz_cudz/ppww/ppww/](http://www.kijow.msz.gov.pl/pl/sprawy_konsularne_i_wizowe/wizy/inf_wiz_cudz/ppww/ppww;); http://www.kijow.msz.gov.pl/pl/sprawy_konsularne_i_wizowe/wizy/inf_wiz_cudz/wiza_schen/wiza_schen/; http://www.kijow.msz.gov.pl/pl/sprawy_konsularne_i_wizowe/wizy/inf_wiz_cudz/wiza_kraj/wiza_kraj/

³⁹ Dostupné z: <http://www.fsglobal.com/Poland/Russia/Moscow/English/how-to-apply.html>

⁴⁰ Dostupné z: http://www.fsglobal.com/poland/belarus/English/Schedule_an_Appointment.html

⁴¹ Dostupné z: <http://www.fsglobal.com/Poland/Ukraine/English/Scheduling-process-for-the-VACs-in-Lviv-Consular-Region.html>; <http://www.fsglobal.com/Poland/Ukraine/English/National.html>

6.2 Problémy s rezervacemi termínu na zastupitelském úřadu

Obdobně jako u České republiky nebo Německa také ve vztahu k Polsku obsahují veřejně dostupné zdroje informace o nelegálním obchodu s termíny schůzek, nejčastěji v Bělorusku. V jednom z článků je uvedeno, že roční obrat z nelegálních obchodů s vízou v Bělorusku se pohybuje kolem 50 milionů euro. Tyto nelegální machinace trvají minimálně od roku 2012. Navzdory úsilí stále dochází ke zneužívání online systému přihlašování. Hackery byl vyvinut skript, který volné termíny zabere. Následně jsou žadatelé o vízum uvedeni v myšlénku, že musí volné termíny od zprostředkovatelů odkupovat. Žadatelů o polská víza je v Bělorusku ročně 350 až 400 tisíc. Od roku 2012 má v Bělorusku působit zločinecká organizace, která vyvinula systém schopný zablokovat volná místa pro termíny schůzek. Ta jsou následně prodávána žadatelům o víza.⁴² Další článek hovoří o nárůstu nelegálního prodeje dostupných míst při žádostech o víza. Popisuje činnost hackerů, kteří dokážou prolomit online rezervační systémy a zablokovat volná místa na měsíce dopředu. Následně je prodávají zhruba za částku 100 eur.⁴³ Problémy se sjednáním termínu schůzky na polském zastupitelském úřadu v Bělorusku prostřednictvím online systému popisují i další zdroje.⁴⁴

Jiné zprávy uvádí, že hackeři, kteří se zřejmě prezentují jako solidní cestovní kancelář, ihned po zveřejnění zarezervují všechny volné termíny pro schůzky na zastupitelském úřadu, popřípadě samy cestovní agentury tyto hackery najímají. Objednat si termín pro nezbytné interview je pak možné jenin v případě, že cizinec zná na úřadu nějaké zaměstnance. Cestovní kanceláře následně nabízí ke koupi tyto termíny za cenu 130 eur namísto stanoveného poplatku 60 eur.⁴⁵ Přímo na stránkách polského zastupitelského úřadu v Hanoji najdeme upozornění, které nedoporučuje si sjednávat termíny schůzek prostřednictvím třetí strany. Zároveň uvádí, že jediný poplatek je účtován za vyřízení žádosti o vízum (nikoliv za registraci žádosti, sjednání termínu po hovoru apod.).⁴⁶ Polské nevládní organizace, které jsem v rámci výzkumu

⁴² Dostupné z: <http://www.visafraud.eu/visafraud.html>

⁴³ Dostupné z: <http://belarusdigest.com/story/visa-black-market-wto-arche-western-press-digest-14167>

⁴⁴ Dostupné z: <https://charter97.org/en/news/2013/5/28/69876/>

⁴⁵ Dostupné z: <https://charter97.org/en/news/2013/8/27/74610/>

⁴⁶ Dostupné z: http://www.hanoi.msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/informacje_wizowe_dla_cudzoziemcow/informacje_wizowe_dla_cudzoziemcow;jsessionid=5CAAA53C-95C3197F62B6A487A2459EA0.cmsap6p

oslovil, potvrzují, že v poslední době došlo na polských zastupitelských úřadech na Ukrajině ke zlepšení situace.⁴⁷

6.3 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

6.3.1 Sloučení rodiny

Na rozdíl od situace v České republice, žádost o sloučení rodiny podává na příslušném vojvodství přímo sponzor, tedy třetizemec, který již po určitou dobu pobývá v Polsku a chce se sloučit se svými blízkými příbuznými. Přítomnost jeho rodinných příslušníků při podání žádosti není podmínkou. Pokud je žádost o sloučení rodiny (dočasné povolení k pobytu) schválena, sloučující se rodinný příslušník by si měl požádat o vstupní vízum na zastupitelském úřadu v domovském státu.⁴⁸

⁴⁷ Polská nevládní organizace Interkulturalni PL reagovala na otázku, zda jsou u Polsku zaznamenány případy černého trhu s termíny schůzek na zastupitelských úřadech, následovně: „Nicméně jsme si vědomi, že k obdobným případům v některých zemích dochází, ale ne ve všech. Ukrajina by mohla posloužit jako příklad, kde byly takové potíže, ale ne s online registrací termínů. Pro většinu polských zastupitelských úřadů platí, že si jedna osoba či agentura nemůže zarezervovat více termínů schůzek. Z tohoto důvodu si nemyslíme, že by existoval nějaký konkrétní problém, týkající se vydávání polských víz. Jako mnohem závažnější vnímáme jiné skutečnosti, např. odmítnutí žádosti o vízum, a to na základě svévolného rozhodnutí bez udání důvodu. Toto považujeme za hlavní problém v rámci migrační politiky v souvislosti s vízovým procesem.“ Jiná nevládní organizace (Fundacja Ukraina) uvedla: „Věřím, že černý trh s vízami, tak jak jej popisujete v dopise, je již v případě polského zastupitelského úřadu na Ukrajině minulostí. Dříve, jestliže chtěl někdo obdržet polská víza na tomto zastupitelském úřadu, musel si rezervovat termín schůzky prostřednictvím podobného systému, jako je český [V]jisapoint. A stejně jako v případě českého [V]jisapointu, tak i zde bylo této formy zneužíváno (osobami, působícími na černém trhu). Před nějakou dobou byl tento systém změněn. Více informací o tom, jak si lze v současné době rezervovat termín schůzky, se dozvítíte na této webové adrese, <http://www.vfsglobal.com/Poland/Ukraine/English/Scheduling-process-for-the-VAC-in-Kyiv-Consular-Region.html>. Využití call centra po platbě se ukázalo jako skvělá zkušenosť a efektivní řešení v této věci. Lze jen doporučit, aby výše uvedený způsob rezervace byl zaveden i na českém zastupitelském úřadu na Ukrajině.“

⁴⁸ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/poland/family-member_en#; <http://www.migrant.info.pl/visas-2634.html>; <http://www.migrant.info.pl/temporary-residence-permit-for-family-members-of-a-foreigner-residing-in-poland.html>; <https://udsc.gov.pl/en/cudzoziemcy/obywatele-panstw-trzecich/chce-przedluzyc-swoj-pobyt-w-polsce/zezwolenie-na-pobyt-czasowy/pobyt-z-rodzina/pobyt-z-obywatelem-panstwa-trzeciego/malzonek-maloletnie-dziecko-lub-pasierb-cudzoziemca-oraz-rodzice-lub-opiekun-przebywajacego-w-polsce-bez-opieki-maloletniego-beneficjenta-ochrony-miedzynarodowej/>; http://www.msz.gov.pl/en/p/washington_us_a_en/washington_us_a_en_consular_information_2/washington_us_a_en_visas/

7. RAKOUSKO

7.1 Žádosti o víza prostřednictvím online systému a visa centra VFS Global

Také Rakousko zavedlo vlastní online systém přihlašování, jehož prostřednictvím se sjednává schůzka k podání žádosti o vízum na některých zastupitelských úřadech.⁴⁹ Platí to např. pro dlouhodobá víza v Kazachstánu a krátkodobá i dlouhodobá víza v Libanonu a v Keni. Další rozšířenou variantou je podání žádosti na visa centrum VFS Global. Tak např. rakouské velvyslanectví v Kyjevě vybízí žadatele, aby využili služeb tohoto visa centra, pokud jsou volné termíny na zastupitelském úřadu nedostupné. Jen prostřednictvím online systému je možné si rezervovat termín schůzky např. v USA⁵⁰. Hojně zastoupena je varianta, kdy o dlouhodobá víza lze žádat prostřednictvím online systému (výjimkou je kupříkladu Nigérie, kdy formou pro sjednání si termínu schůzky je e-mail), a v případě krátkodobých víz je nabízena alternativa v podobě visa centra VFS. U něho se pak v jednotlivých zemích liší způsob, jak si zarezervovat termín schůzky (Vietnam⁵¹ – online formou; Libanon⁵² – online formou či telefonicky; Nigérie⁵³ – není třeba si předem sjednat termín schůzky atd.).

V některých státech čelí Rakousko poměrně vysokému počtu žádostí o víza. Aby se předešlo jejich kumulaci na zastupitelských úřadech, je umožněno podat žádost o dlouhodobé vízum i prostřednictvím visa centra. Tako vý model funguje např. v Rusku⁵⁴ (nezbytná rezervace termínu schůzky je jen v Moskvě), na Ukrajině⁵⁵ (rezervace termínu na visa centrum je možná

⁴⁹ Dostupné z: <https://appointment.bmeia.gv.at/>

⁵⁰ Dostupné z: <http://www.austria.org/visa-application/>

⁵¹ Dostupné z: <https://www.bmeia.gv.at/botschaft/hanoi/ratgeber/ihre-reise-nach-oesterreich/visa-informationen.html>; <http://wwwvfsglobal.com/austria/vietnam/English/schedule-an-appointment.html>

⁵² Dostupné z: http://wwwvfsglobal.com/austria/lebanon/how_to_apply.html; <https://www.bmeia.gv.at/en/embassy/beirut/practical-advice/travelling-to-austria/visa.html>; <https://appointment.bmeia.gv.at/?Office=Beirut>

⁵³ Dostupné z: http://wwwvfsglobal.com/Austria/Nigeria/know_your_visa_type.html; <https://www.bmeia.gv.at/en/austrian-embassy-abuja/travel-to-austria/visa/>

⁵⁴ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/Austria/Russia/English/Schedule-an-Appointment.html>; <https://www.bmeia.gv.at/ru/oeb-moskau/reisen-nach-oesterreich/schengen-visum-ac/>; <https://www.bmeia.gv.at/oeb-moskau/reisen-nach-oesterreich/nationales-visum-d/>

⁵⁵ Dostupné z: <https://appointment.bmeia.gv.at/?Office=kiew>; http://www.austriavisa-ua.com/english/how_to_apply.html

telefonicky či online formou), v Austrálii (termín schůzky je rezervován online formou) či v Indii⁵⁶ (sjednání termínu schůzky na visa centru online formou či telefonicky). Jistou výjimku představuje Bělorusko.⁵⁷ Žádost o krátkodobé vízum je třeba podat na německém velyvyslanectví v Minsku a o dlouhodobé vízum zase na rakouském velyvyslanectví v Moskvě. V případě krátkodobých víz se pro sjednání termínu schůzky využije německý online systém, u dlouhodobých víz není třeba si předem zamluvit termín schůzky.

7.2 Problémy s rezervacemi termínu na zastupitelském úřadu

V případě Rakouska jsem dohledal pouze výzvu dostupnou na webových stránkách rakouského zastupitelského úřadu v Kyjevě. Státní občané Ukrajiny jsou vybízeni k tomu, aby v žádném případě nekupovali víza nabízená různými cestovními agenturami, které je prodávají za přemrštěné sumy. Varování se týká také podvodných praktik jednotlivců (zejména žen), které prostřednictvím internetové „seznamky“ požadují převod většího množství peněz za účelem koupě víz.⁵⁸

7.3 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

7.3.1 Modrá karta

Žádost o modrou kartu podává buď cizinec na zastupitelském úřadu v domovském státě, nebo zaměstnavatel na příslušném úřadu v Rakousku (*Landeshauptmann, Bezirkshauptmannschaft* či *Magistrat*). K žádosti se vyjadřuje rovněž rakouský úřad práce (*Arbeitsmarktservice Österreich*). Jestliže dojde k jejímu schválení, cizinec musí na rakouském zastupitelském úřadu zažádat o vydání dlouhodobého víza. Po příjezdu do Rakouska je povinen vyzvednout si modrou kartu.⁵⁹

⁵⁶ Dostupné z: <https://www.bmeia.gv.at/en/embassy/new-delhi/practical-advice/travel-to-austria.html>; http://www.wfs-austria.co.in/Schedule_An_Appointment.html

⁵⁷ Dostupné z: <https://www.bmeia.gv.at/oeb-minsk/padarozhzhya-u-austriju/zaezd-u-krainu-i-viza/>; http://www.minsk.diplo.de/Vertretung/minsk/ru/01B/_rund_um_visa_ru.html; <https://www.bmeia.gv.at/oeb-moskau/reisen-nach-oesterreich/nationales-visum-d/>

⁵⁸ Dostupné z: <https://www.bmeia.gv.at/oeb-kiew/reisen-nach-oesterreich/visa/>

⁵⁹ Dostupné z: <http://www.migration.gv.at/en/types-of-immigration/permanent-immigration/eubluecard/>; <https://www.apply.eu/BlueCard/Austria/>; http://ec.europa.eu/immigration/blue-card/country-facts/austria_en

7.3.2 Sloučení rodiny

Cizinec musí žádat o pobytové oprávnění na rakouském zastupitelském úřadu v domovském státě ještě před vstupem do Rakouska. Zastupitelský úřad posléze předá tuto žádost kompetentním orgánům v Rakousku (ve statutárních městech a ve Vídni je to *Magistrat*, pro ostatní oblasti pak *Bezirkshauptmannschaft*). Pokud se vysloví kladně, zastupitelský úřad vydá cizinci vstupní vízum. Následně si musí cizinec vyzvednout povolení v Rakousku, v oblasti, kde zamýšlí bydlet.⁶⁰

7.3.2 Zaměstnanecká karta

Rakousko nedisponuje zaměstnaneckou kartou, opravňující k výkonu běžného zaměstnání, jako je tomu u většiny členských států EU. Rakouská pracovní povolení jsou určena především těm třetizemcům, kteří se uchází o kvalifikovanou práci. Tito cizinci jsou povinni zažádat před vstupem do Rakouska o povolení k pobytu na zastupitelském úřadu v domovském státě.⁶¹

⁶⁰ Dostupné z: http://www.emn.at/wp-content/uploads/2017/01/AT_EMN_NCP_Small-Scale_Study_IV_Family_Reunification_FINAL.pdf (zejména pak strana 13); <http://www.migration.gv.at/en/types-of-immigration/permanent-immigration/family-reunification/>; http://www.bmi.gv.at/cms/bmi_niederlassung/english/files/family_reunification_2014.pdf; <http://www.vfsglobal.com/austria/turkey/English/family-reunion.html>

⁶¹ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/austria/worker-employed-worker_en#; http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Niederlassung/english/start.aspx; <https://www.virtualvienna.net/working-in-vienna/employment-permit/>; <https://www.justlanded.com/english/Austria/Austria-Guide/Visas-Permits/Work-permits>; <http://www.migration.gv.at/en/types-of-immigration/permanent-immigration/other-key-workers/>; <https://gettingthealthrough.com/area/47/jurisdiction/25/corporate-immigration-austria/>; <https://www.bmeia.gv.at/en/embassy/pretoria/practical-advice/travelling-to-austria/residence-permit.html>; <https://www.mysecondpassport.com/work-visas/austria-work-visa-requirements/>

8. SLOVENSKO

8.1 Žádosti o víza prostřednictvím online systému a visa centra PONY EXPRESS

Slovensko je dalším členským státem, který zavedl elektronický online systém, podobající se českému Visapointu.⁶² Tento online systém se využívá prakticky pro všechny státy.

Výjimkou je Rusko⁶³ a Ukrajina⁶⁴, v rámci kterých je nabízenou alternativou využítí služeb visa centra PONY EXPRESS (ty se nachází ve městech Moskva, Petrohrad, Kyjev a Užhorod). Tato visa centra vyřizují pouze žádosti o krátkodobá víza, o dlouhodobá víza je třeba žádat na zastupitelském úřadu s tím, že cizinec není povinen si předem rezervovat termín schůzky.

Online systém, jako jediná varianta pro sjednání si schůzky a vyřízení krátkodobých i dlouhodobých víz, se uplatňuje ve státech, jako je např. Bělorusko⁶⁵, Indie⁶⁶, Libanon⁶⁷ aj.⁶⁸

8.2 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

8.2.1 Modrá karta, sloučení rodiny

Žádost musí cizinec podat na slovenském zastupitelském úřadu v domovském státě. Třicet dní před podáním žádosti je zaměstnavatel povinen nahlásit volné pracovní místo na *Ústredí práce, sociálnych vecí a rodiny* (dále jen „ÚPSR“). O žádosti následně rozhoduje příslušné oddelenie cudzineckej policie (dále jen „OCP“). Jedná se o povolení k přechodnému pobytu. Jestliže

⁶² Dostupné z: <https://ezov.mzv.sk/e-zov/main.do>. Pokoušel jsem se zjistit i jeho funkčnost, ale ihned na úvodní straně je nutné zadat osobní údaje.

⁶³ Dostupné z: <http://slovakia-msk.pony-visa.ru/sk/node/366>

⁶⁴ Dostupné z: <http://slovakia-kiev.pony-visa.com.ua/uk/node/424>

⁶⁵ Dostupné z: <https://www.mzv.sk/web/minsk-by>

⁶⁶ Dostupné z: <https://www.mzv.sk/web/dilli-en/services>

⁶⁷ Dostupné z: <https://www.mzv.sk/web/beirut-en/visa-information>

⁶⁸ Zároveň jsem nenašel žádné veřejně přístupné informace, které by naznačovaly problémy s fungováním slovenského online systému přihlašování. Je nutno podotknout, že webové stránky slovenských ministerstev a zastupitelských úřadů patří k těm méně přehledným a poměrně složitě se na nich hledají jakékoli informace.

cizinec podléhá vízové povinnosti, musí rovněž prostřednictvím zastupitelstvého úřadu obdržet vstupní víza.⁶⁹

Obdobně v případě žádosti o povolení k pobytu za účelem sloučení rodiny musí cizinec podat žádost na zastupitelském úřadu v domovském státě (výjimečně může i člen rodiny na Slovensku, jestliže je cizinec zjevně neschopen tento úkon učinit). Konečné rozhodnutí je v pravomoci příslušného OCP. Jestliže je kladné, zastupitelský úřad vydá cizinci vstupní vízum.⁷⁰

8.2.2 Zaměstnanecká karta

Jestliže cizinec zamýší pracovat na území Slovenska, musí žádost o povolení k přechodnému pobytu směrovat na zastupitelský úřad v domovském státě. Obdobně jako v případě modré karty je zaměstnavatel povinen nejdříve nahlásit volnou pracovní pozici na ÚPSR (nejméně 30 dnů před podáním žádosti). O udělení či neudělení povolení k přechodnému pobytu rozhoduje příslušné OCP.⁷¹

⁶⁹ Dostupné z: <http://www.mic.iom.sk/sk/pobyt2/prechodny-pobyt/167-modra-karta-eu.html>; <https://www.euraxess.sk/sk/main/prakticke-info/pre-organizacie/prijimanie-cudzincov/vstup-a-pobyt/povinnosti-tcn/prechodny-pobyt/prechodny-pobyt-modra-karta>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/slovakia/worker/highly-qualified-worker_en#; <https://www.employment.gov.sk/sk/informacie-cudzincov/zamestnavanie-cudzincov/zamestnavanie-statnych-prislusnikov-tretej-krajiny.html>

⁷⁰ Dostupné z: <http://www.mic.iom.sk/sk/rodina/manzelstvo.html>; http://www.minv.sk/swift_data/source/policia/hranicna_a_cudzinecka_policia/ocp/faq/faq-prechodny-pobyt-zlucenie-rodiny.pdf; http://www.minv.sk/swift_data/source/policia/hranicna_a_cudzinecka_policia/faq_ocp_2012/06.pdf; <http://erxs.maxmedia.sk/sk/main/euraxess-pre-vyskumne-organizacie-a-priemysel/prijimanie-cudzincov/vstup-a-pobyt-cudzincov-na-slovensku/prichod-na-slovensko-s-rodinnymi-prislusnikmi/prechodny-pobyt-na-ucel-zlucenia-rodiny-v-pripade-rodin-z-tretich-krajin>

⁷¹ Dostupné z: <http://www.mic.iom.sk/sk/praca/jednotne-povolenie-na-pobyt-a-zamestnanie.html>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/slovakia/worker-employed-worker_en#; <http://www.mic.iom.sk/sk/pobyt2/prechodny-pobyt/327-co-je-prechodny-pobyt-2.html>

9. FRANCIE, ITÁLIE

9.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza prostřednictvím online systému

Oba státy primárně využívají zavedeného online systému pro přihlašování termínu schůzek na zastupitelských úřadech, jenž je téměř identický jako český Visapoint.

Na francouzských zastupitelských úřadech je většinou možné si objednat termín schůzky prostřednictvím online systému jak pro krátkodobá víza, tak pro ta dlouhodobá. Příkladem může být Hongkong⁷², Japonsko⁷³ aj.

Italská republika disponuje také online systémem přihlašování, s názvem *Prenota online system*. Tento elektronický systém je minimálně pro dlouhodobá víza preferován a využíván nemalým počtem italských zastupitelských úřadů. Například pro občany států, jako je Kanada⁷⁴ či USA⁷⁵, je to jediná možnost, jak si rezervovat termín schůzky na zastupitelském úřadu. V jiných státech, např. v Indonésii⁷⁶, Spojeném království⁷⁷, Bělorusku⁷⁸, Nigérii⁷⁹ atd., je v případě žádosti o dlouhodobé vízum nutné si zamluvit termín schůzky prostřednictvím tohoto online systému.

⁷² Dostupné z: <http://www.consulfrance-hongkong.org/Visa-online-appointment-system>

⁷³ Dostupné z: <https://pastel.diplomatie.gouv.fr/rdvinternet/html-3.04.03/frameset/frameset.html?cid=1&sgid=295&suid=1>; <https://jp.ambafrance.org/Make-an-appointment#/book>

⁷⁴ Dostupné z: http://www.constoronto.esteri.it/consolato_toronto/en/in_linea_con_utente/prenota_appuntamento; <https://prenotaonline.esteri.it/login.aspx?cidsede=100072&ReturnUrl=/>

⁷⁵ Dostupné z: http://www.ambwashingtondc.esteri.it/ambasciata_washington/it/visti/visa-step-7.html

⁷⁶ Dostupné z: http://www.ambjakarta.esteri.it/ambasciata_jakarta/en/informazioni_e_servizi/visti/informazioni-generali.html

⁷⁷ Dostupné z: http://www.consldondra.esteri.it/consolato_londra/en/i_servizi/per_chi_si_reca_in_italia/consulate-general.html; <https://prenotaonline.esteri.it/login.aspx?cidsede=100041&returnUrl=/>

⁷⁸ Dostupné z: <https://prenotaonline.esteri.it/Login.aspx?ReturnUrl=%2fdefault.aspx&cidsede=100109>

⁷⁹ Dostupné z: http://www.conslagos.esteri.it/consolato_lagos/en/in_linea_con_utente/appuntamento

9.1.1 Žádosti o víza prostřednictvím online systému a visa center VFS Global, TLScontact, Visa Management Service a iDATA

Oba státy využívají vedle elektronického systému služeb různých visa center. Jejich prostřednictvím je možné zažádat především o krátkodobá víza, u dlouhodobých víz je oprávněným subjektem povětšinou zastupitelský úřad. Dalším zprostředkovatelem žádostí o víza je v obou zemích visa centrum TLScontact, v případě Itálie i visa centrum Visa Management Service.

Francie spolupracuje ponejvíce s visa centrem VFS Global, jehož prostřednictvím lze podat žádost o krátkodobé i dlouhodobé vízum např. V Rusku⁸⁰ a Nigérii⁸¹. V Nigérii není nezbytné si předem sjednat termín schůzky. V Rusku je to naopak podmínkou, a to telefonickou formou. V jiných státech, např. ve Spojeném království⁸² a ve Vietnamu⁸³, působí jiné visa centrum, a to TLScontact. V obou státech je nutné si předem rezervovat termín schůzky, buď online formou, nebo telefonicky prostřednictvím call centra.

Systém podávání žádostí o víza na italských zastupitelských úřadech je podobný jako ve Francii. Visa centrum TLScontact přijímá žádosti o víza a shromažďuje potřebné podklady a materiály např. v Bělorusku⁸⁴, ale jen v případě krátkodobých víz. Visa centrum VFS Global naopak působí v Indonésii⁸⁵, Spojeném království⁸⁶, Vietnamu⁸⁷ atd. I zde se jeho působnost vztahuje pouze na krátkodobá víza. V případě Egypta je možné prostřednictvím posledně uvedeného visa centra žádat o oba typy víz.⁸⁸ Itálie zároveň

⁸⁰ Dostupné z: http://wwwvfsglobal.com/France/Russia/English/book_an_appointment.html; http://wwwvfsglobal.com/France/Russia/English/book_an_appointment.html. Nicméně, je i možné podat žádost skrze ambasádu - <https://ru.ambafrance.org/Ou-deposer-sa-demande>

⁸¹ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/France/Nigeria/>; <http://wwwvfsglobal.com/France/Nigeria/faqs.html>

⁸² Dostupné z: <https://fr.tlscontact.com/gb/lon/page.php?pid=procedure>. Kromě visa centra je variantou podat žádost o vízum také na zastupitelském úřadu. To je dostupné z: <https://uk.ambafrance.org/Informations-about-visas>

⁸³ Dostupné z: <https://fr.tlscontact.com/vn/splash.php>. Stejně tak může být žádost podána na konzulátu či ambasádě. Dostupné z: <https://vn.ambafrance.org/Visa-pour-venir-en-France-3870>

⁸⁴ Dostupné z: <https://it.tlscontact.com/by/MSQ/index.php>

⁸⁵ Dostupné z: http://wwwvfsglobal.com/italy/indonesia/schedule_an_appointment.html; http://wwwvfsglobal.com/italy/indonesia/pdf/VISA_OFFICE_EMBASSY.pdf

⁸⁶ Dostupné z: http://it.vfsglobal.co.uk/Schedule_an_Appointment1.html

⁸⁷ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/italy/vietnam/Schedule-an-appointment.html>

⁸⁸ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/italy/egypt/>

dává možnost občanům např. Ruska⁸⁹, Kazachstánu⁹⁰, Ukrajiny⁹¹ obrátit se také na visa centrum Visa Management Service, a to jak v případě krátkodobých, tak dlouhodobých víz. Jako alternativa se nabízí podat žádost přímo na zastupitelský úřad. Jako jeden ze dvou států, Itálie umožňuje jednotlivcům obrátit se v Turecku na visa centrum iDATA. Přímo zde mohou být podávány žádosti o krátkodobá víza. Zajímavostí je, že cizinec musí na tomto visa centru zažádat o dlouhodobé vízum, pokud chce do Itálie vycestovat v rámci vzdělávacího programu (magisterské studium, Erasmus apod.). V obou případech je termín schůzky zamluven online formou. Žádosti o dlouhodobá víza za jakýmkoliv jiným účelem je nutné po předchozí rezervaci termínu prostřednictvím call centra na visa centru iDATA směřovat na zastupitelský úřad.⁹²

9.2 Problémy s rezervacemi termínu na zastupitelském úřadu

Neutěšená situace s přihlašováním termínů na zastupitelských úřadech a s černým trhem byla zaznamenána na Ukrajině. Týká se to varování před osobami nabízejícími zprostředkování termínu schůzky za neekvivalentní peněžní protihodnotu. Na webových stránkách visa centra je upozornění, že rezervace termínu je zdarma, a jde tak o podvodné praktiky.⁹³ Obdobné upozornění nalezneme na webových stránkách italské ambasády v Kyjevě.⁹⁴

9.3 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

9.3.1 Modrá karta

V případě Francie musí cizinec zažádat o vydání speciálního povolení k pobytu, tzv. passeport-talent, s označením modrá karta, a to na zastupitelském úřadu v domovském státě. Současně zde podává žádost o dlouhodobé vízum (dlouhodobé vízum není nezbytné, pakliže třetizemec již má povolený pobyt ve Francii nebo je držitelem modré karty vydané jiným státem EU). *Passeport-talent* je nově zavedený institut, obsahující 10 kategorí kvalifikovaných

⁸⁹ Dostupné z: <https://italy-vms.ru/en/>

⁹⁰ Dostupné z: <http://italy-vms.kz/en/>

⁹¹ Dostupné z: <https://italy-vms.com.ua/booking-of-appointment/>

⁹² Dostupné z: <https://idata.com.tr/ita/en/p/national-visa-process-ita>

⁹³ Dostupné z: <https://italy-vms.com.ua/en/>

⁹⁴ Dostupné z: http://www.ambkiev.esteri.it/ambasciata_kiev/it/informazioni_e_servizi/visti/

pracovních oblastí, s cílem zjednodušit příchod odborníků z cizích zemí do Francie.⁹⁵

Italský zaměstnavatel musí nejprve předložit pracovní smlouvu⁹⁶ ke zvážení na imigračním úřadu (*Sportello Unico per l'Immigrazione*, dále jen „SUI“), v jehož oblasti (*Prefettura*) má být práce vykonávána. Jestliže tento orgán vysloví souhlas se smlouvou, italský zastupitelský úřad nacházející se v domovském státě cizince obdrží potvrzení o uvedené autorizaci. Posléze je cizinec oprávněn požádat si o vydání vstupního víza. Následně musí cizinec v Itálii zažádat o povolení k pobytu, nejpozději do 8 dnů od svého přjezdu.⁹⁷

9.3.2 Sloučení rodiny

Jestliže se třetizemec žijící ve Francii hodlá sloučit se svými rodinnými příslušníky, může (na rozdíl od právní úpravy v České republice) podat žádost o sloučení na Úřadu pro imigraci a integraci (*l'Office Français d'Immigration et d'Intégration*, dále jen „OFII“), případně na Ředitelství pro oblast združovectví a sociálních věcí (*Direction départementale des affaires sanitaires et sociales*, dále jen „DDASS“). Konečné rozhodnutí je vydáno místně příslušnou prefekturou (*Préfecture*). Následně musí rodinný příslušník podat žádost o dlouhodobé vízum na zastupitelském úřadu ve svém domovském státě.⁹⁸

⁹⁵ Dostupné z: [http://ec.europa.eu/immigration/tabcards.do?searchFromTab2=true&searchBy-CountryCountryId=9&searchByUserProfileId=1&searchByUserSubProfileId=3&loadProfileByCountry=Find%20information&langDefault=7\\$en&userLang=7&languageLocaleId=7#](http://ec.europa.eu/immigration/tabcards.do?searchFromTab2=true&searchBy-CountryCountryId=9&searchByUserProfileId=1&searchByUserSubProfileId=3&loadProfileByCountry=Find%20information&langDefault=7$en&userLang=7&languageLocaleId=7#); http://www.expatica.com/fr/visas-and-permits/Work-in-France-Guide-to-French-work-visas-and-permits_101098.html; <http://www.diplomatie.gouv.fr/en/coming-to-france/getting-a-visa/article/faq-visas>; <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F16162>; http://www.ofii.fr/venir_en_france_obtenir_son_titre_de_sejour_vls_ts_193/index.html?sub_menu=7; <http://accueil-etrangers.gouv.fr/demande-de-titre-de-sejour/vous-etes-ressortissant-e-non-europeen-ne/vous-etes-ressortissant-e-de-pays-tiers-non-algerien-ne/vous-venez-d-arriver-en-france-avec-un-visa-de-long-sejour-vls/vous-demandez-une-carte-de-sejour-pluriannuelle-passeport-talent/article/travailleurs-hautement-qualifies-carte-bleue-europeenne>

⁹⁶ V tomto článku se pak hovoří přímo o žádosti o pracovní povolení k vysoce kvalifikované práci. Dostupné z: http://mazzeschi.it/images/download/EU_Blue_Card_Overview.pdf

⁹⁷ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/italy/worker/highly-qualified-worker_en#; <http://www.poliziadistato.it/articolo/view/36666/>; <https://www.apply.eu/BlueCard/Italy/>; <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02bef61c-5d47-4735-9b84-123aae33f1d1>; <https://transferwise.com/us/blog/italy-work-visa>

⁹⁸ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/france/family-member_en#; <https://ng.ambafrance.org/A-guide-to-visa-applicants>; http://www.expatica.com/fr/visas-and-permits/Work-in-France-Guide-to-French-work-visas-and-permits_101098.html

Obdobně v Itálii podává žádost o povolení ke sloučení rodiny třetizemec dlouhodobě legálně pobývající v Itálii, a to na SUI. Dalším krokem je žádost cizince o vstupní vízum na italském zastupitelském úřadu v domovském státě. Po příjezdu do Itálie je rodinný příslušník povinen zažádat o povolení k pobytu. Děje se tak opět na SUI, v místně příslušné oblasti (*Prefettura*).⁹⁹

9.3.3 Zaměstnanecká karta

Třetizemec musí mít sjednanou pracovní smlouvu s francouzským zaměstnatelem. Ten ji zašle ke schválení na Regionální ředitelství pro podniky, hospodářskou soutěž, spotřebu, práci a zaměstnání (*Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi*, dále jen „DIRECCTE“). Dále se k této smlouvě vyjadřuje OFII, která vydá konečné rozhodnutí. O tomto rozhodnutí je zpraven zastupitelský úřad v domovském státě cizince, kde je třetizemec následně povinen podat žádost o dlouhodobé vízum, které v sobě zároveň zahrnuje povolení k pobytu. Po příjezdu do Francie cizinec obdrží ze strany OFII potvrzení o legálním pobytu.¹⁰⁰

V případě Itálie je proces obdobný jako při žádosti o modrou kartu. Nejdříve musí zaměstnavatel požádat o autorizaci práce na SUI, a to v oblasti (*Prefettura*), kde bude vykonávána. V případě kladného stanoviska informuje SUI zastupitelský úřad nacházející se v domovském státě cizince. Na základě této skutečnosti je cizinec oprávněn požádat o vstupní vízum. Po

com/fr/visas-and-permits/Moving-to-France-French-visa-to-join-a-relative-or-spouse_102351.html; http://www.ofii.fr/faire_venir_son_epoux_se_ses_enfants_en_france_49/family_members_of_an_alien_holding_a_residence_permit_for_over_a_year_150.html

⁹⁹ Dostupné z: <http://www.poliziadistato.it/articolo/10721>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/italy/family-member_en#; <http://www.integrazioneimmigranti.gov.it/en/legal-framework/domestic-law/Pages/Family-reunification.aspx>; http://ec.europa.eu/immigration/who-does-what/what-does-the-eu-do/already-in-the-eu_en; http://www.italyng.com/family_reunion.html; [http://www.pratomigranti.it/en/documenti/ricongiungimento/nulla-osta/pagina58.html](http://www.pratomigranti.it/en/documenti/ricongiungimento>nulla-osta/pagina58.html)

¹⁰⁰ Dostupné z: http://www.expatica.com/fr/visas-and-permits/Moving-to-France-Guide-to-French-visas-and-permits_101096.html; <http://www.consulfrance-chicago.org/Long-stay-visa-to-work-in-France>; http://www.expatica.com/fr/visas-and-permits/Work-in-France-Guide-to-French-work-visas-and-permits_101098.html; <https://www.justlanded.com/english/France/France-Guide/Jobs/Work-permits>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/france/worker/employed-worker_en#

příjezdu do Itálie cizinci běží osmidenní lhůta k tomu, aby navštívil SUI a zažádal zde o povolení k pobytu.¹⁰¹

10. BELGIE

10.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza prostřednictvím online systému

Belgie využívá služeb několika visa center, konkrétně VFS Global a TLS Contact. Například pro občany států jako Libanon¹⁰² (platí to zároveň pro Sýrii), Jordánsko¹⁰³ a Írán¹⁰⁴ je tento online systém jedinou alternativou, jak si zajistit termín schůzky, a to v případě jak krátkodobých, tak dlouhodobých viz.

Visa centrum TLScontact přijímá žádosti o krátkodobá i dlouhodobá víza např. na Ukrajině¹⁰⁵ či v Keni¹⁰⁶. Visa centrum VFS Global naopak v zemích jako např. Vietnam¹⁰⁷, Indie¹⁰⁸ a Nigérie¹⁰⁹. Byť se cizinci mohou obracet s žádostmi o víza i na zastupitelské úřady, preferovaná jsou visa centra. Důvodem je snaha o rovnoměrné rozložení záťaze mezi těmito subjekty. Upřednostnění visa center explicitně vyjadřuje např. velvyslanectví v Indii.

¹⁰¹ Dostupné z: <http://wwwvfs-italy.co.in/delhi/employmentvisa.html>; <http://www.poliziadistato.it/articolo/10718>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/italy/worker-employed-worker_en#; <https://transferwise.com/us/blog/italy-work-visa>; http://www.esteri.it/mae/en/ministero/servizi/sportello_info/domandefrequentì/sezione_visti_entrare_in_italia.html

¹⁰² Dostupné z: <http://lebanon.diplomatie.belgium.be/en/online-appointment-system>; <https://booknow.appointment-plus.com/7g8g5z3g/>; <http://lebanon.diplomatie.belgium.be/en/travel-belgium/visa-belgium/reside-belgium-work>

¹⁰³ Dostupné z: <http://jordan.diplomatie.belgium.be/en/travel-belgium/visa-belgium>; <https://booknow.appointment-plus.com/3tcpjr30/>

¹⁰⁴ Dostupné z: <http://iran.diplomatie.belgium.be/en/travel-to-belgium/visa>; <http://wwwvisa-4belgium.com/>

¹⁰⁵ Dostupné z: <http://ukraine.diplomatie.belgium.be/en/travel-to-belgium/visa>; <https://be.tlscontact.com/ua/KBP/page.php?pid=procedure>

¹⁰⁶ Dostupné z: <http://kenya.diplomatie.belgium.be/en/travel-to-belgium/visa/kenya>; <https://be.tlscontact.com/ru/MOW/page.php?pid=procedure>

¹⁰⁷ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/Belgium/Vietnam/schedule-an-appointment.html>; <http://vietnam.diplomatie.belgium.be/en/search/newsroom/appointment>; <http://vietnam.diplomatie.belgium.be/en/travel-to-belgium/visa>

¹⁰⁸ Dostupné z: http://wwwvfs-be-in.com/Schedule_An_Appointment.html; <http://india.diplomatie.belgium.be/en/travel-to-belgium/visa/india>

¹⁰⁹ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/Belgium/Nigeria/visa-type.html>; <http://nigeria.diplomatie.belgium.be/en/travel-to-belgium/visa>

Zamluvení termínů schůzek je u obou visa center převážně online formou, sporadicky (např. Indie) je přípustný i jiný způsob, např. telefonicky.

10.2 Problémy s rezervacemi termínu na zastupitelském úřadu

Ani belgický ombudsman, ani nevládní organizace zabývající se poradenstvím cizinců nezaznamenali případy týkající se problému s rezervací volných termínů na belgických zastupitelských úřadech.¹¹⁰

10.3 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

10.3.1 Modrá karta

Zaměstnavatel musí nejdříve požádat o dočasné pracovní povolení v Belgii. Ve Flandrech na Službě pro ekonomickou migraci (*Service de l'Immigration Économique*, dále jen „SME“), ve Valonsku na Ředitelství pro oblast zaměstnání a pracovních povolení (*Direction de l'Emploi et des Permis de travail*, dále jen „DEPT“), v Bruselu na Ředitelství pro ekonomiku a zaměstnávání pro ekonomickou migraci (*Bruxelles Economie et Emploi Direction de la Migration économique*, dále jen „BEE“) nebo pro německy hovořící skupinu obyvatel na Ministerstvu pro německy mluvící společenství v Belgii (*Ministerium der Deutschsprachigen Gemeinschaft Belgiens*, dále jen „MDGB“). V případě kladného vyřízení je cizinec oprávněn podat žádost o dlouhodobé vízum na zastupitelském úřadu v domovském státě. Výše uvedené správní úřady následně informují příslušný cizinecký úřad (*l'Office des Étrangers*, dále jen „OE“) o schválení žádosti o pracovní povolení, který na základě toho definitivně rozhodne o vydání či odopření modré karty.¹¹¹

¹¹⁰ Belgický ombudsman (Federal ombudsman) na dotaz, zda zaznamenal případy nelegálnímu rezervování a prodeje volných termínů na zastupitelských úřadech, odpověděl: „Neobdrželi jsme žádné stížnosti, které by se týkaly tohoto problému. Proto Vám k tomu nemůžeme poskytnout více informací.“ V podobném duchu jsem obdržel i odpověď jedné z nevládních organizací (*Association pour le droit des étrangers*), která poskytuje právní pomoc cizincům: „Nevíme o žádných takových problémech, které by vznikly při činnosti agentur, na které belgické orgány delegují pravomoc zabývat se v počáteční fázi žádostmi o víza“.

¹¹¹ Dostupné z: <http://www.emploi.belgique.be/defaultTab.aspx?id=4888#>; http://werk-economie-emploi.brussels/en_US/european-blue-card; http://www.expatica.com/be/visas-and-permits/Work-in-Belgium-Guide-to-Belgian-work-permits_422637.html; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/belgium/worker/highly-qualified-worker_en#; https://dofi.ibz.be/sites/dvzoe/EN/Application-guides/Pages/Employees_visa.aspx;

10.3.2 Sloučení rodiny

Slučující se cizinec má povinnost podat žádost o dlouhodobé vízum na zastupitelském úřadu v domovském státě. K té se vyjadřuje OE, který vydá konečné rozhodnutí. Po příjezdu do Belgie je nezbytné, aby se cizinec do 8 dnů zaregistroval a požádal o vydání povolení k pobytu na místně příslušném městském úřadu (*maison communale/gemeentehuis*).¹¹²

10.3.3 Zaměstnanecká karta

O povolení k zaměstnání musí vždy žádat zaměstnavatel v Belgii, a to buď ve Flandrech na SME, ve Valonsku na DEPT, v Bruselu na BEE, nebo pro německy hovořící skupinu obyvatel na MDGB. Patřičný úřad zejména zjišťuje, zda nelze nalézt v přiměřené době vhodného kandidáta v Belgii nebo v jiném členském státě EU. V případě kladného rozhodnutí je vydáno povolení k zaměstnání a pracovní povolení typu B, přičemž cizinec je oprávněn podat žádost o dlouhodobé vízum na zastupitelském úřadu v domovském státě. K této žádosti se pak s konečnou platností vyjadřuje OE. Po příjezdu do Belgie se musí cizinec zaregistrovat během 8 dnů na obecním úřadu, kde je mu následně vydána pobytová karta.¹¹³

<http://emploi.wallonie.be/home/travailleurs-etrangers/permis-de-travail.html>; http://werk-economie-emploi.brussels/en_US/work-permits; <http://www.wallonie.be/fr/formulaire/detaill/20511>; <http://emploi.wallonie.be/en/home/travailleurs-etrangers/permis-de-travail.html>; http://www.ostbelgienlive.be/desktopdefault.aspx/tabcid=269/4602_read-39612/; <https://www.werk.be/en/information-services/work-permits/european-blue-card/application-procedure>

¹¹² Dostupné z: https://dofi.ibz.be/sites/dvzoe/FR/Guidedesprocedures/Pages/Regroupement_familial/Delais_d_examens_VISA.aspx; http://www.expatica.com/be/visas-and-permits/Moving-to-Belgium-to-join-a-relative-or-partner_107646.html; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/belgium/family-member_en#; <http://wwwvfsglobal.com/Belgium/Vietnam/Family-Reunion-with-a-Belgian-spouse.html>; <http://www.commissioner.brussels/i-am-an-expat/residence-formalities/non-ue-citizen/79-residence-formalities-non-ue/86-family-reunification>

¹¹³ Dostupné z: https://dofi.ibz.be/sites/dvzoe/EN/Application-guides/Pages/Employees_visa.aspx; <http://unitedstates.diplomatie.belgium.be/en/visa-belgium/employees>; https://www.international.socialsecurity.be/working_in_belgium/en/first-visit.html; http://www.expatica.com/be/visas-and-permits/Moving-to-Belgium-Guide-to-Belgian-visas-and-permits_100069.html; http://werk-economie-emploi.brussels/en_US/type-b-work-permit; http://www.ostbelgienlive.be/desktopdefault.aspx/tabcid=269/4602_read-32384/; <https://www.werk.be/en/work-permits/work-permit-b/general-principles/how-apply>; <http://www.emploi.belgique.be/defaultTab.aspx?id=4888#>

11. ŠPANĚLSKO, PORTUGALSKO

11.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza prostřednictvím online systému

Španělsko je výjimkou mezi členskými státy EU, jelikož má sice zavedený online systém, ten je ovšem provozován prostřednictvím visa centra BLS International. Přestože je možné podat žádost o krátkodobé vízum na zastupitelském úřadu, z časového hlediska je zvýhodněna alternativa v podobě visa centra (prostřednictvím objednávacího online systému). V případě dlouhodobých víz je většinou požadováno směřovat žádosti na zastupitelský úřad, ale v některých státech si mohou cizinci objednat termín schůzky prostřednictvím visa centra. Výše popsaný proces se uplatňuje v zemích, jako je např. Alžírsko¹¹⁴, Keňa¹¹⁵, Jordánsko¹¹⁶, Kazachstán¹¹⁷, Vietnam¹¹⁸, Rusko¹¹⁹ aj.

Na portugalském vízovém portálu, provozovaném ministerstvem zahraničních věcí,¹²⁰ se nachází odkaz na online formulář, který slouží jako podklad při podávání žádostí o víza.¹²¹ Zároveň ho lze použít i k rezervaci termínu schůzky, např. na portugalské ambasádě na Ukrajině.¹²² V některých zemích se

¹¹⁴ Dostupné z: <https://algeria.blsspainvisa.com/>; <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/ARGEL/es/Embajada/ServiciosConsulares/Paginas/inicio.aspx>

¹¹⁵ Dostupné z: <https://kenya.blsspainvisa.com/index.php>; <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/NAIROBI/en/Embajada/Pages/Schengen-Visa-Application.aspx>

¹¹⁶ Dostupné z: <https://jordan.blsspainvisa.com/>; <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/AMMAN/en/Embajada/Pages/HorariosLocalizacionContacto.aspx>

¹¹⁷ Dostupné z: https://kz.blsspainvisa.com/book_appointment.php#; <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/ASTANA/es/Embajada/ServiciosConsulares/Paginas/Visados.aspx>

¹¹⁸ Dostupné z: <https://vietnam.blsspainvisa.com/#>; <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/HANOI/es/Embajada/ServiciosConsulares/Paginas/SCHanoi/Visados/Visados-de-larga-duraci%C3%83n-Visados-Nacionales.aspx>

¹¹⁹ Dostupné z: <https://blsspain-russia.com/moscow/english/index.php>; <http://www.exteriores.gob.es/Consulados/MOSCU/es/ServiciosConsulares/Paginas/Visados/Visado-nacional-%28de-residencia%29.aspx>

¹²⁰ Webové stránky příslušných portugalských ministerstev i zastupitelských úřadů působí dosti nepřehledně.

¹²¹ Dostupné z: http://www.secomunidades.pt/vistos/index.php?option=com_content&view=article&id=171&Itemid=14&lang=pt

¹²² Dostupné z: [https://www.kiev.embaixadaportugal.mne.pt/uk/%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%83%D0%BB%D1%8C%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9-%D0%B2%D1%96%D0%B4%D0%B4%D1%96%D0%BB%D0%BA%D0%BD%D0%83%D0%BD%D0%BC%D1%8C%D0%BD%D0%BD%D1%86%D1%96%D1%8F;](https://www.kiev.embaixadaportugal.mne.pt/uk/%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%83%D0%BB%D1%8C%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9-%D0%B2%D1%96%D0%B4%D0%B4%D1%96%D0%BB%D0%BA%D0%BD%D0%87%D0%BA%D0%BD%D0%83%D0%BD%D0%BC%D1%8C%D0%BD%D0%BD%D0%BD%D1%84%D0%BE%D1%80%D0%BC%D0%BD%D0%BD%D1%86%D1%96%D1%8F;) http://www.secomunidades.pt/vistos/index.php?option=com_content&view=article&id=171&Itemid=14&lang=pt

sjednává termín schůzky na zastupitelském úřadu odlišnou formou, kupříkladu telefonicky či e-mailem. Je to patrné u států, jako je např. Turecko¹²³, Írán¹²⁴ aj. Pokud jde o visa centra, Portugalsko spolupracuje s visa centrem VFS Global, prostřednictvím kterého lze žádat o vydání především krátkodobých víz, např. v Egyptě¹²⁵ či Jihoafrické republike¹²⁶, pouze výjimečně dlouhodobých víz, např. v Pákistánu¹²⁷. Jistou výjimkou je Turecko, kde působí visa centrum VGTTT, které je oprávněno zabývat se žádostmi o krátkodobá víza.¹²⁸

11.2 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

11.2.1 Modrá karta

Španělský zaměstnavatel musí nejprve podat žádost o povolení k zaměstnání vysoce kvalifikovaného cizince na příslušný cizinecký úřad v oblasti, kde bude práce vykonávána (*Oficina de Extranjeira*, dále jen „OdE“). Následně je cizinec povinen podat osobně žádost o dlouhodobé vízum za účelem pobytu a práce (*visado de trabajo y residencia*) na španělském zastupitelském úřadu v domovském státě.¹²⁹

V Portugalsku může podat žádost o modrou kartu na Cizinecké a hraniční službě (*Servico de Estrangeiros e Fronteiras*, dále jen „SEF“) buď cizinec, nebo jeho zaměstnavatel.¹³⁰

¹²³ Dostupné z: <https://www.ancara.embaixadaportugal.mne.pt/pt/seccao-consular/informacao-general>

¹²⁴ Dostupné z: <http://www.portugueseembassy.ir/pt/servicos-consulares/vistos/perquintas-frequentes.html>

¹²⁵ Dostupné z: <http://www.vfsglobal.com/portugal/egypt/Short-Term-Visa.html>; <https://www.cairo.embaixadaportugal.mne.pt/en/consular-section/visa>

¹²⁶ Dostupné z: http://www.vfsglobal.com/portugal/southafrica/how_to_apply.html; <http://www.cgi.org.za/vtypes.htm>

¹²⁷ Dostupné z: <http://www.portugalvisa-pakistan.com/>

¹²⁸ Dostupné z: <http://trvisaliaglobal.com/Country.aspx?ID=54>

¹²⁹ Dostupné z: <https://www.apply.eu/BlueCard/Spain/>; <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja017/index.html>; http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/FolletosInformativos/archivos/triptico_tarjeta_azul_eng.pdf; http://www.spainexpat.com/spain/information/the_eu_blue_card/; <http://www.relocationsspain.com/en/moving-spain-guide-spanish-visas-permits/>

¹³⁰ Dostupné z: <https://www.newlandchase.com/immigration-insights/latest-news/belgium-portugal-implement-eu-blue-card/>; http://www.secomunidades.pt/vistos/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Avistos-de-residencia&catid=42&Itemid=96&lang=en

11.2.2 Sloučení rodiny

Žádost o pobytové oprávnění podává na příslušném úřadu (OdE) sponzor žijící ve Španělsku. Jestliže je udělen souhlas, musí rodinný příslušník podat žádost o dlouhodobé vízum za účelem sloučení rodiny na španělském zastupitelském úřadu v domovském státě. Po vstupu do Španělska musí rodinný příslušník požádat o vydání identifikační karty cizince (*tarjeta de identificación de extranjeros*).¹³¹

V případě Portugalska je proces obdobný jako ve Španělsku. Sponzor podává žádost na SEF, která o ní následně rozhoduje. Po jejím schválení je rodinný příslušník povinen požádat o pobytové vízum na zastupitelském úřadu v domovském státě.¹³²

11.2.3 Zaměstnanecká karta

Zaměstnavatel musí zažádat o pracovní a pobytové povolení na příslušném cizineckém úřadu ve Španělsku (*Oficina de Extranjeira*). Pakliže je toto roz hodnutí kladné, cizinec má lhůtu jeden měsíc pro podání žádosti o dlouhodobé vízum na zastupitelském úřadu v domovském státě.¹³³

<https://www.apply.eu/BlueCard/Portugal/>; http://www.secomunidades.pt/vistos/index.php?option=com_content&view=article&id=111%3Avistos-de-estada-temporaria&catid=42&Itemid=96&lang=en; <http://www.acm.gov.pt/widget/-/o-que-e-o-cartao-azul-ue-e-a-quem-pode-ser-concedido->; <https://www.portaldocidadao.pt/pt/web/servico-de-estrangeiros-e-fronteiras/estrangeiro-em-portugal-cartao-azul>; <http://www.imigrante.pt/PagesEN/DocumentosNecessarios/ConcessaoAR/18Art121N1.aspx>; <http://portugalresident.com/eu-blue-card-and-the-new-visa-for-foreign-investors>

¹³¹ Dostupné z: http://www.expatica.com/es/visas-and-permits/Spanish-visa-to-join-a-relative-or-spouse-in-Spain_109279.html; <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja012/index.html>; http://www.expatica.com/es/visas-and-permits/Moving-to-Spain-Guide-to-Spanish-visas-and-permits_102354.html; http://www2eu.info/spain.en/articles/Spain_-_FAMILY.en.html; <http://www.exteriores.gob.es/Consulados/HONGKONG/en/InformacionParaExtranjeros/Documents/Visa%20PDF/Visado%20de%20Reagrupacion%20Familiar%20ENG.pdf>

¹³² Dostupné z: <http://www.expatbriefing.com/country/portugal/immigration/family-members-and-marriage-for-expats-in-portugal.html>; <http://www.sef.pt/portal/v10/PT/aspx/page.aspx>; <https://www.portaldocidadao.pt/en/web/direcao-geral-dos-assuntos-consulares-e-das-comunidades-portuguesas/visto-de-residencia-para-reagrupamento-familiar>; <http://imigrante.cm-tavira.pt/ficheiros/ReagrupamentoFamiliarIngles.pdf>

¹³³ Dostupné z: <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja017/index.html>; <http://www.exteriores.gob.es/Consulados/HONGKONG/en/InformacionParaExtranjeros/Documents/Visa%20PDF/Work%20Visa.pdf>; <http://www.getxo.eus/kaixo/gestion.asp?codges=125&i=en>; <http://>

V případě Portugalska je systém nastaven tak, že pracovní nabídky jsou přístupné na webových stránkách jednotlivých zastupitelských úřadů, a to prostřednictvím Institutu pro zaměstnanost a odbornou přípravu (*Instituto do Emprego e Formação Profissional*, dále jen „IEFP“). Cizinec musí poslat žádost o práci zaměstnavateli, který je tam uveden. Následně zaměstnavatel zašle cizinci buď pracovní smlouvu, nebo písemný příslib budoucího uzavření smlouvy, zároveň s potvrzením ze strany IEFP. Teprve poté může cizinec podat žádost o pobytové vízum na zastupitelském úřadu v domovském státě.¹³⁴

12. BULHARSKO, RUMUNSKO

12.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza

V případě Bulharska by žádosti o krátkodobá víza měly být primárně podávány na visa centrum VFS Global a žádosti o dlouhodobá víza na příslušném zastupitelském úřadu. Týká se to např. Turecka¹³⁵, Saúdské Arábie¹³⁶, Kazachstánu¹³⁷, Ukrajiny¹³⁸ atd.¹³⁹

Rumunsko má zavedený online systém, prostřednictvím kterého lze podat žádost o vízum a současně si zamluvit termín schůzky.¹⁴⁰ Prostřednictvím online systému se rezervují termíny schůzek pro krátkodobá i dlouhodobá

¹³⁴ www.expatica.com/es visas-and-permits/Moving-to-Spain-Guide-to-Spanish-visas-and-permits_102354.html

¹³⁵ Dostupné z: <https://www.internations.org/portugal-expats/guide/working-in-portugal-15751/work-permits-for-portugal-2>; https://www.expatica.com/pt/visas-and-permits/work-in-portugal-portugal-work-visa-work-permit_1030874.html; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/portugal/worker/employed-worker_en#; <https://www.apply.eu/BlueCard/Portugal/>; <https://www.angloinfo.com/how-to/portugal/working/work-permits>; <http://www.expatarrivals.com/portugal/work-permits-for-portugal>

¹³⁶ Dostupné z: <http://www.vfsglobal.com/bulgaria/turkey/english/>; <http://www.vfsglobal.com/bulgaria/turkey/english/scheduleanappointment.html#>

¹³⁷ Dostupné z: http://www.bulgariavisa-kazakhstan.com/English/official_faq.html

¹³⁸ Dostupné z: <http://www.bulgariavisa-ukraine.com/English/faqs.html>

¹³⁹ Nepodařilo se mi dohledat informaci o tom, že by Bulharsko využívalo online systém pro rezervaci termínů.

¹⁴⁰ Dostupné z: <http://evisa.mae.ro/>

víza, např. v Nigérii¹⁴¹, Egyptu¹⁴², Indii¹⁴³, na Ukrajině¹⁴⁴, v Bělorusku¹⁴⁵, Vietnamu¹⁴⁶ atd.¹⁴⁷

12.2 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

12.2.1 Modrá karta

Zaměstnavatel musí nejdříve požádat o souhlas s vydáním modré karty v Bulharsku, konkrétně na Úřadu práce (*Агенция по заетостта*, dále jen „EA“). Další podmínkou je dlouhodobé vízum, kterým cizinec disponuje na základě přechozí žádosti na zastupitelském úřadu v domovském státě. Po příjezdu do Bulharska musí cizinec zažádat o vydání modré karty, a to na Ředitelství pro migraci (*Дирекция “Миграция”*, dále jen „MD“), spadající pod ministerstvo vnitra.¹⁴⁸

V Rumunsku je proces obdobný. Zaměstnavatel je povinen nejprve požádat o autorizaci pro budoucího vysoce kvalifikovaného pracovníka, a to na Generálním inspektorátu pro imigraci (*Inspectoratul General Pentru Imigrari*, dále jen „IGPI“). Cizinec musí posléze zažádat do 60 dnů o dlouhodobé vízum za účelem výkonu práce na zastupitelském úřadu v domovském státě. O vydání modré karty definitivně rozhoduje příslušné pracoviště IGPI.¹⁴⁹

¹⁴¹ Dostupné z: <http://abuja.mae.ro/en/node/427>

¹⁴² Dostupné z: <http://cairo.mae.ro/en/node/836>

¹⁴³ Dostupné z: <http://newdelhi.mae.ro/en/node/427>

¹⁴⁴ Dostupné z: <http://kiev.mae.ro/node/757>

¹⁴⁵ Dostupné z: <https://www.mae.ro/node/26966>

¹⁴⁶ Dostupné z: <https://www.mae.ro/node/26966>

¹⁴⁷ Nenašel jsem žádnou informaci o tom, že by Rumunsko spolupracovalo s nějakým visa centrem.

¹⁴⁸ Dostupné z: <https://www.apply.eu/BlueCard/Bulgaria/>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/bulgaria/worker/highly-qualified-worker_en#; <https://www.delchev-lawfirm.com/blog/expatriates-in-bulgaria/eu-blue-card-for-highly-qualified-foreign-employees/>; <http://www.info4migrants.com/bulgaria/en/information/eu-blue-card/>; <http://inвестbg.government.bg/en/pages/2-eu-blue-card-residence-and-work-permit-148.html>

¹⁴⁹ Dostupné z: <http://igi.mai.gov.ro/en/content/seeking-advice>; <https://www.apply.eu/BlueCard/Romania/>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/romania/worker/highly-qualified-worker_en#; <http://igi.mai.gov.ro/en/content/single-permit-eu-blue-card>; <http://www.mmuncii.ro/j33/images/Documente/Munca/MobilitateaForteiDeMunca/ghid%20Bun%20venit%20in%20Romania%20in%20limba%20ngleza.pdf> (s. 32 a dále)

12.2.2 Sloučení rodiny

Sponsor musí podat žádost o sloučení rodiny v Bulharsku. Rodinný příslušník musí být zároveň držitelem dlouhodobého víza, o které žádá na bulharském zastupitelském úřadu v domovském státě. Jestliže rodinný příslušník plánuje pobývat v Bulharsku delší dobu než půl roku, je povinen zažádat po příjezdu do Bulharska na MD o povolení k pobytu.¹⁵⁰

Jestliže se chce sponsor sloučit se svými blízkými v Rumunsku, musí do dat potřebné dokumenty na IGPI a požádat o povolení k pobytu. Pakliže je žádost schválena, rodinný příslušník následně podává žádost o vydání dlouhodobého víza za účelem sloučení rodiny na zastupitelském úřadu v domovském státě. Poté je povinen již v Rumunsku požádat o povolení k přechodnému pobytu na IGPI.¹⁵¹

12.2.3 Zaměstnanecká karta

Zaměstnavatel musí nejdříve zažádat o povolení k práci, konkrétně na místě příslušném úřadu práce (EA). Jakmile dojde ke schválení, cizinec je povinen podat žádost o dlouhodobé vízum na bulharském zastupitelském úřadu v domovském státě. Po příjezdu do Bulharska musí požádat o povolení k pobytu.¹⁵²

Budoucí rumunský zaměstnavatel nejdříve žádá o pracovní povolení na IGPI. Jakmile dojde ke schválení, cizinec je povinen zažádat do 60 dnů o dlouhodobé vízum na zastupitelském úřadu v domovském státě. Po příjezdu

¹⁵⁰ Dostupné z: <https://www.immigration2bulgaria.com/family-reunification-in-bulgaria/>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/bulgaria/family-member_en#

¹⁵¹ Dostupné z: <http://igi.mai.gov.ro/en/content/residence-permit>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/romania/family-member_en#; <http://igi.mai.gov.ro/en/content/opinion-application-family-reunification>; <http://www.mae.ro/en/node/2054?page=4>

¹⁵² Dostupné z: <https://www.angloinfo.com/how-to/bulgaria/working/work-permits>; <http://www.expat.com/en/guide/europe/bulgaria/13030-resident-and-work-permit-in-bulgaria.html>; <http://www.expatfocus.com/expatriate-bulgaria-immigration-residency-documentation>; <http://www.posolstvo.eu/working.html>. Odlišné informace lze nalézt na této webové stránce (http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/bulgaria/worker-employed-worker_en#). Namísto povolení k práci žádá zaměstnavatel o souhlas s vydáním jednotného povolení (uděluje opět EA). Posléze třetizemec žádá o dlouhodobé vízum na zastupitelském úřadu v domovském státě. Po příjezdu do Bulharska je povinen požádat o vydání jednotného povolení na MD.

do Rumunska musí cizinec podat žádost na IGPI o vydání jednotného povolení.¹⁵³

13. MAĎARSKO

13.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza

Maďarsko¹⁵⁴ je dalším členským státem EU, který disponuje vlastním online systémem.¹⁵⁵ Výčet zastupitelských úřadů, u kterých se sjednává termín schůzky prostřednictvím online systému, je určen taxativně. Pro krátkodobá víza se to týká států, jako je např. Bělorusko, Rusko, Írán, Jordánsko atd., pouze pro dlouhodobá víza jde např. o Turecko. Možnost rezervovat si termín schůzky jak pro krátkodobá, tak pro dlouhodobá víza nabízí maďarské zastupitelské úřady např. v Číně, Indii, Mongolsku, Nigérii atd.

Maďarsko spolupracuje s několika visa centry, a to konkrétně s VFS Global, PONY EXPRESS v Rusku či v případě Turecka s VGTTT. Visa centra PONY EXPRESS a VGTTT¹⁵⁶ mohou zpracovávat pouze krátkodobá víza. Visa centrum VFS Global se zabývá žádostmi o víza ze strany občanů států, jako je např. Egypt (platí to pro krátkodobá i dlouhodobá víza)¹⁵⁷ nebo Ukrajina¹⁵⁸.

¹⁵³ Dostupné z: <https://www.euraxess.gov.ro/romania/information-assistance/work-permit>; <http://igi.mai.gov.ro/en/content/seeking-advice>; <http://www.expatarrivals.com/romania/work-permits-for-romania>; <http://igi.mai.gov.ro/en/content/single-permit-eu-blue-card>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/romania/worker-employed-worker_en#; <http://www.mae.ro/en/node/2054>

¹⁵⁴ Webové stránky příslušných ministerstev a zastupitelských úřadů patří k těm nejlepším v rámci EU. Velkým pozitivem je jejich přehlednost a snadná dohledatelnost klíčových informací.

¹⁵⁵ Dostupné z: <https://ifr.mfa.gov.hu/Idopontfoglalas/Pages/Idopontfoglalas.aspx>

¹⁵⁶ Dostupné z: <http://trvisaliaglobal.com/Country.aspx?ID=20>

¹⁵⁷ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/Hungary/Egypt/>

¹⁵⁸ Dostupné z: http://vfsglobal.com/Hungary/Ukraine/english/general_information.html; <https://kijev.mfa.gov.hu/eng/page/vizum-informacio>; <https://hungaria-kiev.embassytools.com/en/index>

13.2 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

13.2.1 Modrá karta

Cizinec je povinen podat žádost o modrou kartu na zastupitelském úřadu v domovském státě, jejíž součástí je i žádost o dlouhodobé vízum. Tuto žádost pak posuzuje Imigrační a azylový úřad (*Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, dále jen „BMH“). V případě kladného stanoviska zastupitelský úřad vydá cizinci vstupní vízum. V Maďarsku následně obdrží na BMH jednotné povolení k pobytu a práci.¹⁵⁹

Druhou alternativou je, že o pracovní povolení žádá v Maďarsku zaměstnavatel a o vstupní vízum cizinec na zastupitelském úřadu v domovském státě. Po schválení žádosti ze strany BMH obdrží cizinec vstupní vízum, které jej opravňuje získat povolení k pobytu v Maďarsku.¹⁶⁰

13.2.2 Sloučení rodiny

Rodinný příslušník sponzora podává žádost o povolení k pobytu za účelem sloučení rodiny na zastupitelském úřadu v domovském státě. Zastupitelský úřad tuto žádost přepoše BMH k rozhodnutí. Jestliže je kladné, rodinný příslušník obdrží na zastupitelském úřadu vstupní vízum. Toto vízum opravňuje cizince ke vstupu do Maďarska a k vyzvednutí si povolení k pobytu na BMH (k tomu je určena lhůta 30 dnů).¹⁶¹

13.2.3 Zaměstnanecká karta

Třetizemec podává žádost na zastupitelském úřadu v domovském státě, její součástí je i žádost o vstupní vízum. Konečně rozhodnutí v této věci náleží BMH. Po kladném vyřízení žádosti si cizinec vyzvedne vstupní vízum. Díky

¹⁵⁹ Dostupné z: http://www.bmbah.hu/jomla/index.php?option=com_k2&view=item&id=58:e-u-blue-card&Itemid=812&lang=en; http://www.bmbah.hu/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=512&Itemid=1264&lang=en#

¹⁶⁰ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/hungary/worker/highly-qualified-worker_en#

¹⁶¹ Dostupné z: http://www.bmbah.hu/index.php?option=com_k2&view=item&id=54:residente-permit-for-family-reunification&Itemid=808&lang=en#information_on_submitting_applications_and_the_related_process; http://www.mfa.gov.hu/kulkepivelet/SY/en/en_Konzuliinfo/visainfo.htm?printable=true; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/hungary/family-member_en#

němu je oprávněn vstoupit na území Maďarska a získat na BMH jednotné povolení. Právní úprava umožňuje, že o souhlas s žádostí o pracovní povolení může požádat i zaměstnavatel. Dalším krokem je žádost cizince o povolení k pobytu (včetně vstupního víza) na zastupitelském úřadu v domovském státě. Tuto žádost opět posuzuje BMH. Po vstupu do Maďarska je třetizemci vydáno na BMH povolení k pobytu.¹⁶²

13. ŠVÉDSKO, FINSKO

13.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza

Švédsko nezavedlo plošně online systém, který by byl podobný Visapointu. Přesto lze na webových stránkách švédského ministerstva zahraničí najít odkaz na online kalendář, prostřednictvím kterého lze rezervovat termín schůzky na některých zastupitelských úřadech.¹⁶³

Mimo tento online kalendář Švédsko využívá služeb předeším visa centra VFS Global, primárně pro vyřizování žádostí o krátkodobá víza. O dlouhodobá víza je třeba žádat na zastupitelském úřadu, kdy se liší forma rezervace termínu schůzky stát od státu, např. na Ukrajině a v Indii si není třeba předem sjednat termín schůzky¹⁶⁴, v Rusku je rezervace termínu schůzky prováděna telefonicky¹⁶⁵ atd. Švédsko má rovněž uzavřenou dohodu o vyřizování

¹⁶² Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/hungary/worker-employed-worker_en#; http://www.bmbah.hu/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=512&Itemid=1264&lang=en#; http://www.bmbah.hu/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=62&Itemid=816&lang=envizum; http://www.bmbah.hu/index.php?option=com_k2&view=item&id=62:residence-permit-for-the-purpose-of-employment-or-other-gainful-activities&Itemid=816&lang=en#; <https://www.angloinfo.com/how-to/hungary/working/work-permits/application-procedure>

¹⁶³ Dostupné z: <https://www.migrationsverket.se/ansokanbokning/?0&enhet=U1155>. Když jsem se pokoušel přihlásit, u většiny dostupných států mi nebyly nabídnuty volné termíny. Např. Sýrie – žádné volné místo v roce 2017, Ukrajina – žádné volné místo do konce roku 2018, Vietnam – žádné volné místo do konce roku 2018. Je potřeba říci, že jsem nenašel žádnou informaci o tom, zda je tento online kalendář stále aktivně využíván, či nikoliv.

¹⁶⁴ Dostupné z: Ukrajina – http://wwwwfsglobal.se/ukraine/english/Visa_Type.html; [http://wwwswedenabroad.com/en-GB/Embassies/Kyiv/Visit-Sweden/Applying-for-a-visa-to-Sweden-T/Visit-for-longer-than-90-days-documents/](http://www.swedenabroad.com/en-GB/Embassies/Kyiv/Visit-Sweden/Applying-for-a-visa-to-Sweden-T/Visit-for-longer-than-90-days-documents/); Indie – https://wwwwfsglobal.se/india/Schedule_an_appointment.html; [http://wwwswedenabroad.com/en-GB/Embassies/New-Delhi/Visit-Sweden/Applying-for-a-visa-to-Sweden-T/](http://www.swedenabroad.com/en-GB/Embassies/New-Delhi/Visit-Sweden/Applying-for-a-visa-to-Sweden-T/)

¹⁶⁵ Dostupné z: https://wwwwfsglobal.se/russia/English/how_to_apply.html; [http://wwwswedenabroad.com/en-GB/Embassies/Moscow/Contact/Embassy-Consulates/](http://www.swedenabroad.com/en-GB/Embassies/Moscow/Contact/Embassy-Consulates/)

víz se zastupitelským úřadem jiného státu v případě Súdánu, kdy je možné o krátkodobá víza požádat prostřednictvím online systému na norském zastupitelském úřadu v Chartúmu.¹⁶⁶

Ve Finsku je pobyt delší než tři měsíce vždy označován jako povolení k pobytu. Zároveň je na webových stránkách finského ministerstva zahraničí u krátkodobých víz informace, že se vyřizují buď na zastupitelském úřadu, nebo prostřednictvím visa centra.¹⁶⁷ Pokud cizinec žádá o dlouhodobé vízum, je pro něj dostupný na webových stránkách online formulář. Ten nejprve odešle na příslušný zastupitelský úřad a pro potvrzení této žádosti si zde rovnou sjedná termín schůzky. Jestliže bude cizinec žádat o vydání dlouhodobého víza osobně, tak dochází k zamluvení termínu podle pokynů daného zastupitelského úřadu, např. e-mailem, telefonicky apod.

Další alternativou je vyřizování žádostí o víza prostřednictvím visa centra VFS Global. Tato možnost se vztahuje jen na krátkodobá víza (viz např. Vietnam¹⁶⁸, Thajsko¹⁶⁹, Čína¹⁷⁰ či Ukrajina¹⁷¹). U dlouhodobých víz je třetize-mec povinen obrátit se na zastupitelský úřad. Rezervace termínu schůzky se liší stát od státu, např. v Číně je to telefonicky¹⁷², v Thajsku e-mailem¹⁷³, ve Vietnamu e-mailem či telefonicky¹⁷⁴, v Izraeli je nutné využít výše uvedenou online formu¹⁷⁵ atd.

¹⁶⁶ Dostupné z: <http://www.swedenabroad.com/en-GB/Embassies/Khartoum/Visit-Sweden/Visa-for-visiting-Sweden1/Applying-for-a-Visa-sys/>; <https://www.norway.no/en/sudan/services-info/visitors-visa-res-permit/visitors-visa/#on-arrival>

¹⁶⁷ Dostupné z: <http://www.formin.fi/public/default.aspx?nodeid=49459&contentlan=2&culture=en-us>

¹⁶⁸ Dostupné z: <http://visa.finland.eu/Ukraine/English/about-schengen-visa.html>

¹⁶⁹ Dostupné z: http://www.vfsglobal.com/Finland/Thailand/Schedule_an_Appointment.html

¹⁷⁰ Dostupné z: <http://www.vfsglobal.cn/finland/china/English/>

¹⁷¹ Dostupné z: http://visa.finland.eu/Ukraine/English/schedule_an_appointment.html

¹⁷² Dostupné z: <http://www.finland.cn/public/default.aspx?nodeid=35200&contentlan=2&culture=en-US>

¹⁷³ Dostupné z: <http://www.finland.or.th/public/default.aspx?nodeid=35097&contentlan=2&culture=en-US>; <http://www.finland.or.th/public/default.aspx?nodeid=39169&contentlan=2&culture=en-US>

¹⁷⁴ Dostupné z: <http://www.finland.org.vn/public/default.aspx?nodeid=44255&contentlan=2&culture=en-US>

¹⁷⁵ Dostupné z: <http://www.finland.org.il/public/default.aspx?nodeid=39211&contentlan=2&culture=en-US>

14.2 Problémy s rezervacemi termínu na zastupitelském úřadu

Na nekalé praktiky jednotlivců a agentur, kteří se vydávají za agenty visa centra VFS Global, upozorňuje webová stránka švédské ambasády v Bangkoku. Ti nabízí různé služby týkající se víz, s cílem urychlit samotný průběh vyřizování, ovšem za poplatek.¹⁷⁶

Švédská ambasáda v Chartúmu uvádí na svých webových stránkách, že nezvládá vyřizovat všechny žádosti o pobytová oprávnění ze strany syrských občanů. Upozorňuje v důsledku velkého počtu žadatelů rovněž na nedostatek volných termínů pro nezbytný pohovor na ambasádě.¹⁷⁷

Zajímavé informace mi poskytla jednatelka švédské nevládní organizace FARR (*The Swedish Network of Refugee Support Groups*). Mimo jiné uvedla: „*Víza jsou vydávána buď švédským zastupitelským úřadem, nebo občas i zastupitelským úřadem jiného členského státu EU. Obecně lze říci, že oproti jiným státům se korupce švédských úředníků příliš netýká. Naopak jsou zde jiné problémy, např. příliš tvrdě nastavená pravidla, extrémně dlouhá čekací doba, byrokracie atd. Nicméně velké množství falešných švédských pasů a víz (např. pro cestu z Turecka do Švédska) je mnohdy poskytováno samotnými přistěhovalci ve Švédsku, kteří byli v Turecku na dovolené, nebo posílají dokumenty, aby pomohli členům rodiny. V poslední době se zdá, že již rezervovaná místa jsou následně prodávána. Sloučit se s rodinou zákonemou cestou je záležitost velmi obtížná a časově náročná. Některé zastupitelské úřady mají zarezervované termíny i na 20 měsíců dopředu. A zdlouhavý proces pak čeká cizince i ve Švédsku.*“ Ve své odpovědi uvedla také dva odkazy na články týkající se nekalých praktik s vízami. U prvního z těchto odkazů uvedla: „*Bylo zaznamenáno několik případů, kdy zaměstnanci prodali nelegálně víza. Nedávno se objevila zpráva o krádeži nemalého počtu víz na zastupitelském úřadu. Odpovědný zaměstnanec byl kvůli tomu vyhozen.*“ Jedenalo se o incident, kdy zmizelo 200 víz ze švédské ambasády v Islamábádu. Zřejmě byly následně použity vízové štítky pro prodej falešných víz, zejména státním příslušníkům Afghánistánu.¹⁷⁸ Podobný incident se vyšetřoval na

¹⁷⁶ Dostupné z: <http://www.swedenabroad.com/en-GB/Embassies/Bangkok/Visit-Sweden/Applying-for-a-visa-to-Sweden/How-to-apply/>

¹⁷⁷ Dostupné z: <http://www.swedenabroad.com/en-GB/Embassies/Khartoum/Current-affairs/News/Long-waiting-period-for-an-appointment-sys/>

¹⁷⁸ Dostupné z: <https://www.svt.se/nyheter/inrikes/svt-avslojar-200-visum-stulna-fran-ambassad>

stejné švédské ambasádě již dříve, kdy mělo být vydáno 70 falešných víz.¹⁷⁹ Zastupitelský úřad v Ammánu se potýkal s nelegálním prodejem termínů schůzek. Jisté osoby tvrdily (a zřejmě si za domnělou službu braly peníze), že pracují pro zastupitelský úřad a mohou urychlit sjednání termínu schůzky v případě žádostí za účelem sloučení rodiny.¹⁸⁰

14.3 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

14.3.1 Modrá karta

V případě Švédska platí pro vydání modré karty obdobný postup jako při žádosti o zaměstnanec kartu (viz níže kapitola 14.3.3).¹⁸¹

Pokud chce cizinec získat kvalifikovanou práci ve Finsku, musí zažádat o povolení k pobytu na zastupitelském úřadu v domovském státě. O této žádosti rozhoduje Imigrační úřad (*Maahanmuuttovirasto*, dále jen „FIU“). V případě kladného vyřízení je cizinci vydáno nejčastěji povolení k pobytu typu B (povolení k přechodnému pobytu), po uplynutí určité lhůty je cizinec oprávněn zažádat o povolení k pobytu typu A (pokračující pobyt).¹⁸²

14.3.2 Sloučení rodiny

Cizinec musí podat žádost osobně na zastupitelském úřadu v domovském státě. Žádost je přeposlána na Imigrační úřad (*Migrationsverket*, dále jen „MS“) k posouzení. Pokud je žádost schválena, zastupitelský úřad vydá cizinci povolení k pobytu.¹⁸³

¹⁷⁹ Dostupné z: <https://www.svt.se/nyheter/inrikes/migrationsverket-utreder-visumfusk-pa-ambassad>

¹⁸⁰ Dostupné z: <http://sverigesradio.se/sida/gruppsida.aspx?programid=3304&grupp=22079&artikel=6659215>

¹⁸¹ Dostupné z: <https://www.migrationsverket.se/English/Private-individuals/Working-in-Sweden/Employed/Special-rules-for-certain-occupations-and-citizens-of-certain-countries/EU-Blue-Card.html>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/sweden/worker/highly-qualified-worker_en#; <https://www.apply.eu/BlueCard/Sweden/>

¹⁸² Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/finland/worker/highly-qualified-worker_en#; http://www.migri.fi/working_in_finland/an_employee_and_work/eu_blue_card/filling_in_the_application; <https://www.apply.eu/BlueCard/Finland/>

¹⁸³ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/sweden/family-member_en#; <https://www.migrationsverket.se/English/Private-individuals/Moving-to-someone-in-Sweden/Spouse-registered-partner-or-cohabiting-partner/How-to-apply.html>; <http://www.swedenabroad.com/en-GB/Embassies/Hanoi/Work--Live-in-Sweden/>

Jestliže cizinec zamýšlí vycestovat do Finska za účelem sloučit se s blízkou rodinou, je povinen podat žádost o povolení k pobytu na zastupitelském úřadu v domovském státě (rovněž zde podává žádost o vstupní vízum). Ta je následně přeposlána k rozhodnutí na FIU. V případě vyhovění žádosti je třetizemci vydána karta povolení k pobytu. Po příjezdu do Finska se musí cizinec zaregistrovat na místně příslušném oblastním registračním úřadu (*Maistraatti Magistraterna*, dále jen „MM“).¹⁸⁴

14.3.3 Zaměstnanecká karta

Ve Švédsku zaměstnavatel činí další procesní úkony závaznou pracovní nabídkou předloženou třetizemci. Cizinec posléze zašle elektronickou žádost o povolení k práci a pobytu na MS, nebo ji osobně podá na zastupitelském úřadu v domovském státě (ta je následně přeposlána na MS). Jestliže je žádost podána prostřednictvím zastupitelského úřadu, je téměř jisté, že třetizemec bude čekat delší dobu na její vyřízení. Po jejím schválení je na zastupitelském úřadu cizinci vydána karta povolení k pobytu a případně vstupní vízum.¹⁸⁵

Ve Finsku žádá cizinec o povolení k pobytu za účelem zaměstnání na zastupitelském úřadu v domovském státě. Konečné rozhodnutí přijímá FIU na základě stanoviska Úřadu pro zaměstnanost a hospodářský rozvoj (*Työja elinkeinotoimiston*). Následně je třetizemci prostřednictvím zastupitelského úřadu vydáno povolení k pobytu.¹⁸⁶ Zároveň je možné, aby cizinec

Applying-for-a-residence-permit-to-move-to-a-close-relative-in-Sweden/How-to-apply/; <http://www.swedenabroad.com/en-GB/Embassies/Cairo/Work-Live-in-Sweden/Information-for-Syrians-in-Egypt-sys/Applying-for-Family-Reunion-sys/>; <https://www.migrationsverket.se/English/Private-individuals/Moving-to-someone-in-Sweden/Spouse-registered-partner-or-cohabiting-partner/How-to-apply.html>

¹⁸⁴ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/finland/family-member_en#; http://www.migri.fi/moving_to_finland_to_be_with_a_family_member/processing_and_deciding_on_the_application; http://www.migri.fi/moving_to_finland_to_be_with_a_family_member

¹⁸⁵ Dostupné z: <http://www.swedenabroad.com/en-GB/Embassies/Hanoi/Work-Live-in-Sweden/Applying-for-a-work-permit/How-to-apply/>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/sweden/worker/employed-worker_en#; <http://www.swedenabroad.com/en-GB/Embassies/Kyiv/Work-Live-in-Sweden/Applying-for-a-work-permit/How-to-apply/>; <https://sweden.se/collection/working-in-sweden/article/obtaining-a-work-permit/>

¹⁸⁶ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/finland/worker-employed-worker_en#; http://www.te-palvelut.fi/te/en/jobseekers/work_finland/before_moving/index.html; http://www.migri.fi/our_services/faq/residence_permits/employment

přícestoval nejprve do Finska, zde si našel práci a přímo ve Finsku zažádal o povolení k pobytu a zaměstnání na FIU.¹⁸⁷

15. DÁNSKO, NORSKO

15.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza

Dánsko v mnoha zemích nemá vlastní zastupitelský úřad. Činností běžně spadající do jeho pravomoci vykonává zastupitelský úřad jiného členského státu EU, a to na základě smlouv. Nejčastěji se jedná o norské zastupitelské úřady, např. v Alžírsku, Brazílii, Chile atd. Stejně tak je v některých státech nezbytné obrátit se na norské visa centrum (obdobná situace je patrná i u jiných menších členských států EU). Na dánských zastupitelských úřadech lze požádat o víza např. v Rusku¹⁸⁸, Etiopii¹⁸⁹, Japonsku¹⁹⁰ atd.

Ve většině států je doporučeno primárně využít služeb visa centra VFS Global, a to pro krátkodobá i dlouhodobá víza. Platí to pro Rusko¹⁹¹, Indii¹⁹², Vietnam¹⁹³, Nepál¹⁹⁴ atd. V případě Nepálu je podání žádosti o vízum na zastupitelském úřadu subsidiární variantou (podmínkou je předchozí rezervace termínu) a naopak přednostní je využití visa centra.¹⁹⁵ Zajímavou výjimkou je v tomto ohledu Ukrajina, kde lze zažádat na zastupitelském úřadu pouze o krátkodobé vízum a po předchozí telefonické rezervaci termínu.¹⁹⁶

¹⁸⁷ Dostupné z: http://www.migri.fi/our_services/faq/residence_permits/employment

¹⁸⁸ Dostupné z: <http://rusland.um.dk/en/travel-and-residence/long-term-stay-more-than-90-days/>

¹⁸⁹ Dostupné z: <http://etiopien.um.dk/en/travel-and-residence/travel-to-dk/visa/>; <http://etiopien.um.dk/en/about-us/contact/>

¹⁹⁰ Dostupné z: <http://japan.um.dk/en/going-to-dk/tourism-or-business/schengen-visa-application-procedure/>; <http://japan.um.dk/en/going-to-dk/work-and-study/residence-permit-application-procedure/>

¹⁹¹ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/Denmark/Russia/english/>

¹⁹² Dostupné z: http://dk.vfsglobal.co.in/Schedule_An_Appointment.html

¹⁹³ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/Denmark/Vietnam/English/index.html>

¹⁹⁴ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/denmark/nepal/>

¹⁹⁵ Dostupné z: <http://nepal.um.dk/en/travel-and-residence/information-for-other-nationals/residence-and-work-permit/>; <http://nepal.um.dk/en/travel-and-residence/information-for-other-nationals/danish-visa-application-center/>

¹⁹⁶ Dostupné z: <http://ukraine.um.dk/en/Travel-and-residence/short-term-visas/generally-about-schengenvisa/>

Alžírsko,¹⁹⁷ Bělorusko¹⁹⁸ či Kazachstán¹⁹⁹ jsou pro změnu příklady států, kde je nutné žádat o víza buď na zatupujícím zastupitelském úřadu v dané zemi, anebo v jiném státě na dánském zastupitelském úřadu.

Oproti tomu Norsko zprovoznilo online systém, tzv. UDI Application Portal²⁰⁰, jehož prostřednictvím je možné podat žádost o krátkodobé i dlouhodobé vízum a zároveň si sjednat termín schůzky na zastupitelském úřadu. Souběžně s touto formou žádosti je možné využít visa centrum VFS Global, většinou pro žádosti o oba typy víz. Tato praxe je zřejmá např. na Ukrajině²⁰¹, v Rusku²⁰², Vietnamu²⁰³, Indii,²⁰⁴ Nigérii²⁰⁵ atd. Na Ukrajině a v Nigérii není požadavek předchozí rezervace termínu schůzky na visa centru. Na zvážení samotného cizince je to v Indii, kdy sjednání termínu není striktně vyžadováno, ale jedinec se tak vystavuje riziku v podobě dlouhého čekání, pokud dorazí neohlášen. Oproti tomu ve Vietnamu je sjednání si termínu schůzky předem povinností, a to prostřednictvím online systému. V Turecku spolupracuje Norsko s visa centrem VGTTT. Cizinci zde mohou podávat žádosti o krátkodobá víza, přičemž je nezbytná online rezervace termínu schůzky.²⁰⁶

15.2 Problémy s rezervacemi termínu na zastupitelském úřadu

Na webových stránkách visa centra VFS Global v Rusku je varování před jejich údajnými agenty, kteří požadují po lidech osobní informace (za účelem zprostředkování víz nebo pohovoru na visa centru), anebo jim slibují vyřízení např. pracovních víz, pokud jim dají určitou hotovost. Rovněž se uchylují

¹⁹⁷ Dostupné z: <http://www.vfsglobal.com/Norway/Algeria/english/index.html>; <http://www.norvege-algerie.org/Services/Visa/Demande-de-visa-Schengen/Application-Portal/Application-Portal1/#.WOFwsvmLRaQ>

¹⁹⁸ Dostupné z: <http://rusland.um.dk/en/travel-and-residence/long-term-stay-more-than-90-days/>; http://wwwvfsglobal.com/Denmark/Belarus/English/visa_application_process.html

¹⁹⁹ Dostupné z: <http://rusland.um.dk/en/travel-and-residence/long-term-stay-more-than-90-days/>

²⁰⁰ Dostupné z: <https://www.udi.no/en/want-to-apply/>

²⁰¹ Dostupné z: <https://www.norway.no/en/ukraine/services-info/visitors-visa-res-permit/visitors-visa-2/#online-reg-pay>; <http://wwwvfsglobal.com/Norway/India/>

²⁰² Dostupné z: <https://www.norway.no/ru/russia/service-info/visa-residence/visitors-visa/#online-reg>; <http://www.norwayvisa-russia.com/moscow/English/faqs.html>

²⁰³ Dostupné z: <https://www.norway.no/en/vietnam/services-info/visitors-visa-res-permit/visitors-visa/#online-reg-pay>; <http://wwwvfsglobal.com/norway/vietnam/>

²⁰⁴ Dostupné z: <https://www.norway.no/en/india/services-info/visitors-visa-res-permit/res-permit/#online-reg>; <http://wwwvfsglobal.com/Norway/India/>

²⁰⁵ Dostupné z: http://www.emb-norway.com.ng/studywork/visaandresidence1/visarespermit/#WNLxd_k19aQ; http://wwwvfsglobal.com/norway/nigeria/Schengen_Visa.html

²⁰⁶ Dostupné z: <http://trvisaliaglobal.com/Country.aspx?ID=69#>

k posílání podvodných e-mailů se záměrem vylákat od lidí osobní údaje.²⁰⁷ Na obdobné nekalé praktiky upozorňují visa centra jednotlivých členských států EU napříč témař všemi třetími zeměmi. Jedná se tedy zřejmě o poměrně rozsáhlý problém.

15.3 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

15.3.1 Modrá karta

Dánsko, jako jedna z několika zemí, nemá zavedenu modrou kartu. Alternativou je tzv. pozitivní (kladný) seznam (*Positivlisten*), obsahující výčet specifických pracovních oblastí, v rámci kterých se může cizinec ucházet o zaměstnání. U všech je podmínkou určitá specializace a splnění stanovených podmínek. Cizinec musí zažádat o povolení k pobytu a práci na zastupitelském úřadu v domovském státě. Pakliže už v Dánsku legálně pobývá, žádost je oprávněn podat i na Imigračním úřadu (*Udlændingestyrelsen*, dále jen „UG“).²⁰⁸

Norsko rovněž nemá institut modré karty, ale nabízí pobyt tzv. zkušeného pracovníka (*Faglært arbeidstaker*). Cizinec musí zažádat o povolení k pobytu na zastupitelském úřadu v domovském státě. Není vyloučeno, aby zaměstnanec udělil budoucímu zaměstnavateli plnou moc k podání žádosti za něj.²⁰⁹

15.3.2 Sloučení rodiny

Cizinec je povinen požádat o povolení k pobytu na dánském zastupitelském úřadu v domovském státě. O této žádosti následně rozhoduje UG.²¹⁰

²⁰⁷ Dostupné z: <http://www.norwayvisa-russia.com/moscow/English/disclaimer-and-privacy-policy.html#4Visa>

²⁰⁸ Dostupné z: https://www.nyidanmark.dk/en-us/coming_to_dk/work/positivelist/positive-list.html; <http://www.eubluecard.nl/eu-blue-card/new-eu-blue-card>

²⁰⁹ Dostupné z: <https://www.udi.no/en/want-to-apply/work-immigration/skilled-workers/skilled-worker-with-a-norwegian-employer/how-to-apply-skilled-worker-with-a-norwegian-employer/?l=3&n=y&a=n&c=ukr>; <https://www.udi.no/en/want-to-apply/work-immigration/skilled-workers/skilled-worker-with-a-norwegian-employer/how-to-apply-skilled-worker-with-a-norwegian-employer/?a=y>; <https://www.udi.no/en/want-to-apply/work-immigration/skilled-workers/skilled-worker-with-a-norwegian-employer/how-to-apply-skilled-worker-with-a-norwegian-employer/?r=vnm&n=n&a=n&c=vnm>

²¹⁰ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/denmark/family-member_en#; https://www.nyidanmark.dk/en-us/coming_to_dk/familyreunification/how_to_apply/application_case_processing_decision.htm

V Norsku je žádost o povolení k pobytu za účelem sloučení rodiny podávána elektronicky prostřednictvím webové stránky udi.no. Potřebné dokumenty je následně cizinec povinen předložit na zastupitelském úřadu v domovském státě nebo na visa centru (pokud je oprávněné výřizovat žádosti o dlouhodobé pobyty). Jestliže cizinec podléhá vízové povinnosti, zastupitelský úřad mu vstupní víza vydá automaticky po kladném vyřízení jeho žádosti. Další možností je, že si cizinec zažádá o dlouhodobé vízum, přičestuje do Norska a teprve tam si podá žádost o povolení k pobytu za účelem sloučení rodiny (je však stanoven specifických výčet osob, které mohou využít tuto alternativu).²¹¹

15.3.3 Zaměstnanecká karta

Dánsko namísto běžného pracovního povolení disponuje taxativním výčtem možných specializovaných zaměstnání, o něž se může cizinec ucházet. Je nutné, aby cizinec podal žádost o povolení k pobytu a práci na zastupitelském úřadu v domovském státě. Tuto žádost následně posuzuje buď Úřad pro mezinárodní nábor a integraci (*Styrelsen for International Rekruttering og Integration*, dále jen „SIRI“), nebo UG.²¹²

Rovněž v Norsku se neuplatňuje institut obdobný zaměstnanecké kartě. Všechny alternativy pro zaměstnání mají mnohem blíže k modré kartě.

²¹¹ Dostupné z: <https://www.udl.no/en/want-to-apply/family-immigration/family-immigration-with-norwegian-or-nordic-citizen/html>; <https://www.norway.no/en/turkey/services-info/visitors-visa-res-permit/res-permit/#online-reg>; <https://www.norway.no/en/turkey/services-info/visitors-visa-res-permit/additional-resident-pages/d-visa/>; <https://www.norway.no/en/turkey/services-info/visitors-visa-res-permit/res-permit/#handing-doc>; <https://www.norway.no/en/turkey/services-info/visitors-visa-res-permit/additional-res-per-info/d-visa/>; <http://www.nyinorge.no/en/Ny-i-Norge-velg-sprak/New-in-Norway/Residence/Permits/Settlement-permit/>; <https://www.udl.no/en/received-an-answer/family-immigration/have-been-granted-a-family-immigration-permit/#link-1233>; <https://www.udl.no/en/have-app-lied/family-immigration/#link-1228>; <https://www.norway.no/ru/russia/service-info/visa-residence/residence-permit/#online-reg-pay>

²¹² Dostupné z: https://www.nyidanmark.dk/en-us/coming_to_dk/work/how-to-apply/Employee.html; https://www.nyidanmark.dk/en-us/coming_to_dk/work/how-to-apply/the-application-process.html; <https://transferwise.com/gb/blog/denmark-work-visa>; <https://www.workindenmark.dk/Moving-to-DK/Important-registrations/Citizens-from-a-country-outside-of-the-Nordic-region-EU-EEA-or-Switzerland>; <http://um.dk/en/travel-and-residence/residence-and-or-work-permits>; <https://international.kk.dk/artikel/how-do-i-apply-residence-and-work-permit>; <https://international.kk.dk/artikel/how-do-i-apply-work-permit>; <https://www.nyidanmark.dk/da-dk/Ophold/arbejdsophold.htm>

Norsko se tedy prvoradě zaměřuje na kvalifikované uchazeče o zaměstnání z třetích zemí. Na webových stránkách udi.no je výčet jednotlivých pobytových oprávnění za účelem práce.²¹³ Jakmile cizinec obdrží povolení k pobytu za účelem práce, musí si v Norsku vyzvednout i pobytovou kartu.²¹⁴

16. LITVA, LOTYŠSKO, ESTONSKO

16.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza²¹⁵

Jestliže cizinec zamýšlí pobývat v Litvě déle než 90 dnů, musí zažádat o tzv. národní víza nebo o povolení k přechodnému pobytu. Pro rezervaci termínu schůzek na zastupitelských úřadech Litva využívá online systém, který je určen především pro žádosti o dlouhodobá víza.²¹⁶ Naopak visa centra VFS Global přijímají zejména žádosti o krátkodobá víza a jen v některých státech o dlouhodobá. Podávání žádostí prostřednictvím jak visa centra, tak zastupitelského úřadu dostupné např. v Ázerbájdžánu²¹⁷, Rusku²¹⁸, Bělorusku²¹⁹, na Ukrajině²²⁰ atd. Tyto státy mají společné, že visa centrum

²¹³ Dostupné z: <https://www.udi.no/en/want-to-apply/work-immigration/?c=ukr>

²¹⁴ Dostupné z: <http://www.expatarrivals.com/norway/work-permits-for-norway>; <https://www.nav.no/workinnorway/en/Guide+for+citizens+from+countries+outside+EU+and+EEA/Get+started+in+Norway/Apply+for+a+residence+permit>; <https://www.newlandchase.com/immigration-capabilities/europe/norway/>; <http://www.expat.com/en/guide/europe/norway/855-work-visas-in-norway.html>; <http://mylittlenorway.com/2009/01/work-and-residency-permits-for-norway/>; <https://www.euraxess.no/norway/information-assistance/work-permit>; <https://www.myseco ndpassport.com/work-visas/norway-work-visa-requirements/>; <https://www.norway.no/en/india/services-info/visitors-visa-res-permit/res-permit/#before-apply>; https://www.forskningsrådet.no/prognett-euraxess/Visa_and_work_permit/1229697992226

²¹⁵ Všechny tři pobaltské státy disponují velmi přehlednými webovými stránkami, které zaručují snadné doložení potřebných informací jak v národním jazyce, tak v angličtině (což není standard u všech členských států EU). Jedinou drobnou odchylkou jsou webové stránky estonských ministerstev a státních úřadů.

²¹⁶ Dostupné z: <https://konsreg.urm.lt/en/visit/register/tr1>

²¹⁷ Dostupné z: <http://az.mfa.lt/az/en/travel-and-residence/coming-to-lithuania/visas>; <https://konsreg.urm.lt/en/visit/>; http://wwwvfsglobal.com/lithuania/azerbaijan/know_your_visa_type.html

²¹⁸ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/Lithuania/Russia/english/index.html>; <http://ru.mfa.lt/ru/lt/konsuline-informacija/aktuali-informacija/vizos/dokumentai-vizai-gauti>

²¹⁹ Dostupné z: <http://by.urm.lt/by/lt/darbo-laikas>; http://wwwvfsglobal.com/lithuania/belarus/English/how_to_apply.html

²²⁰ Dostupné z: http://wwwvfsglobal.com/lithuania/ukraine/english/how_to_apply.html; https://konsreg.urm.lt/en/visit/register/ua1/Nacionalines_vizos_Ukraina_idarbinami_asmenys; <http://ua.mfa.lt/ua/lt/konsuline-informacija>

zprostředkovává pouze žádosti o krátkodobá víza. V určitých státech musí být žádostí o víza směřovány výlučně na zastupitelský úřad. Jde např. o Indii (zamluvení termínu schůzky probíhá prostřednictvím online systému)²²¹ či Egypt (sjednání termínu schůzky se provádí telefonicky).²²²

Žádosti o dlouhodobá víza do Lotyšska mohou být podány výlučně na zastupitelských úřadech, liší se pouze forma rezervace termínu schůzky. Například v Rusku probíhá telefonicky či e-mailem²²³, na Ukrajině telefonicky²²⁴, v Indii e-mailem²²⁵, v Bělorusku není nutné si rezervovat termín schůzky²²⁶ atd. Zastupitelský úřad je rovněž oprávněn přijímat a vyřizovat žádosti o krátkodobá víza, nicméně upřednostňovány jsou visa centra, konkrétně VFS Global a PONY EXPRESS. Visa centra PONY EXPRESS se nachází především v zemích bývalého Sovětského svazu, např. v Bělorusku²²⁷, Rusku²²⁸, Kazachstánu²²⁹, na Ukrajině²³⁰ apod. Většinou není vyžadována předchozí rezervace termínu schůzky. Visa centra VFS Global pro změnu působí v zemích, jako je např. Indie, Turecko aj. V Indii je nezbytné sjednat si dopředu termín schůzky online formou²³¹, v Turecku online formou nebo telefonicky.²³² Výjimkou je např. Čína²³³ či Egypt²³⁴, kde je oprávněný subjektem pro vyřizování krátkodobých i dlouhodobých víz zastupitelský úřad.

Estonsko pro nezanedbatelný počet států stanovilo povinnost sjednat si termín schůzky na zastupitelském úřadu prostřednictvím online formuláře, zejména při žádostech o dlouhodobé vízum.²³⁵ Stejně jako většina členských

²²¹ Dostupné z: <http://in.mfa.lt/in/en/travel-and-residence/coming-to-lithuania/visas>; <http://old-keliauk.urm.lt/evas/registracija/en/in/>

²²² Dostupné z: <http://eg.mfa.lt/eg/en/travel-and-residence/coming-to-lithuania/visas/general-information-on-procedures>

²²³ Dostupné z: <http://www.mfa.gov.lv/en/moscow>

²²⁴ Dostupné z: <http://www.mfa.gov.lv/en/ukraine/consular-information>

²²⁵ Dostupné z: <http://www.mfa.gov.lv/en/newdelhi/visas/applying-for-a-residence-permit>

²²⁶ Dostupné z: <http://www.mfa.gov.lv/en/belarus/consular-information>

²²⁷ Dostupné z: <http://pony-visa.by/en/node/47>

²²⁸ Dostupné z: <http://www.mfa.gov.lv/ru/moscow/konsulskaya-informaciya/vezd-v-latviyu/po-dacha-vizovyh-dokumentov-ispolzuya-uslugi-kompanii-freyt-link-pony-express>; <http://latvia.pony-visa.ru/en>

²²⁹ Dostupné z: <http://www.mfa.gov.lv/kazakhstan/konsulara-informacija/dokumentu-iesnieg-sana-vizas-sanemsanai-izmantojot-pony-express-pakalpojumus>

²³⁰ Dostupné z: <http://www.ponyexpress-ua.com/en/regions.php>

²³¹ Dostupné z: <http://www.vfsglobal.com/Latvia/India/how-to-apply.html>

²³² Dostupné z: <http://www.vfsglobal.com/vfsglobal.com/Latvia/turkey/English/how-to-apply.html>

²³³ Dostupné z: <http://www.mfa.gov.lv/en/china>

²³⁴ Dostupné z: <http://www.mfa.gov.lv/en/egypt/visas/by-an-officially-approved-invitation>

²³⁵ Dostupné z: https://rakendusedvm.ee/consul;broneerimine/index.php?keel_id=2

států EU, Estonsko doporučuje, aby se žádosti o krátkodobá víza podávaly na visa centrech, kupříkladu na VFS Global (jde např. o zastupitelské úřady v Bělorusku²³⁶, Turecku²³⁷ či Indii²³⁸). Žádosti o dlouhodobá víza je nutné podat na zastupitelském úřadu. V některých státech lze žádost o krátkodobé i dlouhodobé vízum podat pouze na zastupitelském úřadu (jde např. o Egypt, Japonsko, Izrael či Kazachstán²³⁹). V případě Egypta²⁴⁰ a Izraele²⁴¹ je obligatorně stanoveno rezervovat si termín schůzky buď telefonicky, nebo e-mailem. V Japonsku je tímto prostředkem online formulář, případně telefonická forma.²⁴² Specifické je Rusko, kde lze podat žádost o krátkodobé vízum nejen na visa centru VFS Global, ale i prostřednictvím visa centra Visa Management Service. Až na výjimku v podobě Moskvy, kde je umožněno podat žádost o vízum i bez stanoveného termínu schůzky, na ostatních estonských zastupitelských úřadech v Rusku je třeba si termín schůzky do předu rezervovat.²⁴³

16.2 Problémy s rezervacemi termínu na zastupitelském úřadu

Webová stránka lotyšské ambasády v Rusku obsahuje informace, že podvodníci se vydávají za falešné zprostředkovatele žádostí o krátkodobá víza a za tuto službu si úctují nemalou částku.²⁴⁴ Odpověď ze strany estonské Kanceláře pro spravedlnost (*Õiguskantsler*, obdoba Kanceláře veřejného ochránce práv v ČR) na dotaz, zda v Estonsku evidují případy ilegálního obchodu s volnými termíny na zastupitelských úřadech, podobné praktiky nepotvrdila.²⁴⁵

²³⁶ Dostupné z: [http://wwwvfsglobal.com/Estonia/Belarus/english/how_to_apply.html.](http://wwwvfsglobal.com/Estonia/Belarus/english/how_to_apply.html;); http://www.estemb.by/eng/consular_information

²³⁷ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/estonia/turkey/>; http://www.estemb.org.tr/consular_information

²³⁸ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/Estonia/India/how-to-apply.html>; http://www.newdeihi.vm.ee/consular_information

²³⁹ Dostupné z: http://www.astana.vm.ee/consular_information

²⁴⁰ Dostupné z: http://www.kairo.vm.ee/consular_information

²⁴¹ Dostupné z: http://www.telavivvm.ee/consular_information

²⁴² Dostupné z: http://www.estemb.or.jp/consular_information

²⁴³ Dostupné z: <http://estonia-vms.ru/en/>

²⁴⁴ Dostupné z: <http://www.mfa.gov.lv/moscow/konsulara-informacija/bridinajums-par-krapnieciskam-darbibam-vizu-noformesana>

²⁴⁵ „Kanceláři není známo, že by docházelo k podobným nelegálním praktikám na území Estonska.“

16.3 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

16.3.1 Modrá karta

V případě Litvy musí cizinec disponovat nejdříve kladným stanoviskem vydaným Litevským úřadem pro burzu práce (*Lietuvos darbo birža*, dále jen „LDB“). O toto stanovisko žádá zaměstnavatel, který musí mít předem registrované místo pro budoucího zaměstnance-třetizemce. Pokud LDB vysloví souhlas, cizinec je povinen požádat o povolení k přechodnému pobytu na zastupitelském úřadu v domovském státě. Tato žádost je následně odeslána na Úřad pro migraci (*Migracijos Departamentas*, dále jen „MD“). Po schválení cizinec obdrží vstupní dlouhodobé vízum a v Litvě si vyzvedne povolení k přechodnému pobytu. Pro první rok práce v Litvě je také možné, aby si cizinec zažádal na zastupitelském úřadu o vydání dlouhodobého víza, opravňujícího ho k pobytu a výkonu práce v Litvě. Toto vízum je platné jeden rok a během této doby je nezbytné, aby cizinec v Litvě podal žádost o povolení k přechodnému pobytu.²⁴⁶

Lotyšský zaměstnavatel musí nejprve požádat o souhlas se zaměstnáním cizince, který vydává místní Úřad pro záležitosti občanství a migrace (*Pilsonibas un migrācijas lietu pārvalde*, dále jen „PMLP“). Následně cizinec podává žádost o modrou kartu (je-li to třeba, tak i o vízum) na zastupitelském úřadu v domovském státě. Posléze si v Lotyšsku vyzvedne povolení k pobytu.²⁴⁷

Aby mohl cizinec vykonávat kvalifikovanou práci v Estonsku, musí zaměstnavatel zažádat o souhlas s jeho zaměstnáním na Fondu pojištění pro případ nezaměstnanosti (*Eesti Töötukassa*, dále jen „ET“). Cizinec pak podává žádost o vydání modré karty na zastupitelském úřadu v domovském státě. Třetizemec může také žádat o povolení k pobytu pro obdobný institut, jako je modrá karta, tzv. zaměstnání odborníka (*tippspetsialistina*).²⁴⁸

²⁴⁶ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/lithuania/worker/highly-qualified-worker_en#; <http://www.migracija.lt/index.php?244647115>; <http://www.migracija.lt/index.php?551041675>; http://www.ldb.lt/Informacija/PaslaugosDarbdaviams/Puslapiai/uzsienieciu_sprendimai.aspx; <http://www.migracija.lt/index.php?1666617953>

²⁴⁷ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/latvia/worker/highly-qualified-worker_en#; <https://www.apply.eu/BlueCard/Latvia/>; <http://blog.baltic-legal.com/page-immigration-in-europe-latvia-qualified-employees-eu-blue-card-2013-jan.htm>; <http://www.pmlp.gov.lv/en/home/services/residence-permits/procedure-of-approval-of-a-letter-of-invitation.html>

²⁴⁸ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/estonia/worker/highly-qualified-worker_en#; <https://www.politsei.ee/en/teenused/residence-permit/tah>

16.3.2 Sloučení rodiny

Žádost o povolení k přechodnému pobytu v Litvě musí cizinec předložit na zastupitelském úřadu v domovském státě. Ta je následně projednána MD. Pokud je schválena, cizinci je vydáno vstupní vízum do Litvy, kde si po příjezdu vyzvedne povolení k pobytu.²⁴⁹ Alternativně je umožněno, aby si cizinec nejdříve zažádal o dlouhodobé vízum na zastupitelském úřadu, které jej opravňuje pobývat na území Litvy po dobu jednoho roku. Před uplynutím uvedené doby si může na území podat žádost o povolení k přechodnému pobytu za účelem sloučení rodiny.²⁵⁰

Co se týče Lotyšska, třetizemec musí požádat o povolení k přechodnému pobytu a o vstupní vízum na zastupitelském úřadu v domovském státě. O podané žádosti rozhoduje PMLP. Na tomto úřadu je cizinec povinen po příjezdu do Lotyšska požádat o povolení k pobytu.²⁵¹

Jestliže se chce sponzor sloučit se svými blízkými v Estonsku, musí podat žádost o povolení k pobytu na zastupitelském úřadu v domovském státě. Žádost je následně odeslána k posouzení na Úřad policie a pohraniční stráže (*Politsei ja Piirivalveamet*, dále jen „PP“).²⁵²

tajaline-elamisluba/tootamiseks/; <https://www.politsei.ee/en/teenused/residence-permit/tahajaline-elamisluba/tootamiseks/oluline-info-tootamiseks-elamisloa-taotlejale.dot#tipspetsialist>

²⁴⁹ Dostupné: <https://usa.mfa.lt/usa/en/travel-and-residence/coming-to-lithuania/residence-permits>; https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/17a_lithuania_family_reunification_en_final.pdf; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/lithuania/family-member_en#

²⁵⁰ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/lithuania/family-member_en#

²⁵¹ Dostupné z: <http://www.ecg.lv/en/family-reunification.php>; <http://www.mfa.gov.lv/en/consular-information/entry-into-to-latvia-by-citizens-of-member-states-of-the-eu-eea-and-the-swiss-confederation-and-their-family-members>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/latvia/family-member_en#; <http://www.pmlp.gov.lv/en/home/services/residence-permits/where-can-the-documents-be-filed.html>

²⁵² Dostupné z: <https://www.politsei.ee/en/teenused/residence-permit/tahtajaline-elamisluba/abikaasa-juurde/index.dot>; <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/529062015004/consolidate>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/estonia/family-member_en#; <https://www.politsei.ee/et/teenused/elamisluba/tahtajaline-elamisluba/abikaasa-juurde/index.dot>

16.3.3 Zaměstnanecká karta

Litva nabízí dva procesní postupy pro zaměstnávání třetizemců. V prvním případě musí zaměstnavatel nejdříve zažádat o pracovní povolení na LDB. Po jeho vydání je cizinec povinen podat žádost o národní dlouhodobé vízum na zastupitelském úřadu v domovském státě. Alternativně je cizinci umožněno, aby podal žádost o povolení k přechodnému pobytu na zastupitelském úřadu v domovském státě. Tu následně projednává a konečné rozhodnutí vydá MD, přičemž přihlídí ke stanovisku ze strany LDB. Pokud je žádost posouzena kladně, třetizemec si vyzvedne na zastupitelském úřadu vstupní vízum a po příjezdu do Litvy obdrží na příslušném úřadu povolení k pobytu.²⁵³

Pokud chce zaměstnavatel v Lotyšsku zaměstnat cizince, musí nejprve zaregistrovat volné pracovní místo na Státní agentuře práce (*Nodarbinātības Valsts Aģentūra*). Posléze podává žádost o povolení ke vstupu cizince na území Litvy na PMPL. Cizinec je následně povinen zažádat o povolení k přechodnému pobytu na zastupitelském úřadu v domovském státě. Rozhodnutím PMPL je třetizemci vydáno povolení k přechodnému pobytu, práci a vstupní vízum.²⁵⁴

Estonsko nabízí cizincům dvě cesty k získání zaměstnání. V prvním případě třetizemec žádá na zastupitelském úřadu v domovském státě o povolení k přechodnému pobytu. To je podmíněno souhlasem ze strany ET, o který žádá zaměstnavatel. Druhou variantou je krátkodobé zaměstnání v délce maximálně 270 dnů během 365 dnů bez nutnosti povolení k pobytu. Zaměstnání musí být registrováno zaměstnavatelem na PP a podléhá jeho souhlasu. Dalším předpokladem je získání dlouhodobého víza prostřednictvím zastupitelského úřadu v domovském státě.²⁵⁵

²⁵³ Dostupné z: [http://www ldb lt/EN/INFORMATION/SERVICES/Pages/Placementofforeigners.aspx](http://www ldb lt/EN/INFORMATION/SERVICES/Pages/Placementofforeigners aspx); <http://www migracija lt/index php?1773194938>; http://ec europa eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/lithuania/worker/employed-worker_en#; http://www ld b lt/Informacijai/PaslaugosDarbdaviamis/Puslapiai/usienieciu_leidimai aspx

²⁵⁴ Dostupné z: <http://www pmlp gov lv/lv/sakums/pakalpojumi/iecelosana-lv/arzemnieku-no-darb html>; <http://www pmlp gov lv/en/home/services/visas-and-invitations/work-permit html>; http://ec europa eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/latvia/worker/employed-worker_en#; <https://www mysecondpassport com/work-visas/latvia-work-visa-requirements/>; <http://www lliaa gov lv/en/trade-latvia/market-entry/working-and-living>

²⁵⁵ Dostupné z: <https://www politsei ee/en/teenused/residence-permit/tahtajaline-elamisluba/tootamiseks/oluline-info-tootamiseks-elamisloa-taotlejale dot#tippspetsialist>; <https://www politsei ee/en/teenused/residence-permit/tahtajaline-elamisluba/tootamiseks/>; http://ec europa eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/estonia/worker/employed-worker_en#; <https://www workinestonia com/for-employers/hiring-outside-eu/>; <https://jobbatical>

17. ŘECKO

17.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza

Řecko²⁵⁶ v roce 2016 zavedlo nový online systém, prozatím dostupný pouze pro individuální žadatele. Slouží pouze k objednávání žadatelů o krátkodobá víza. Termín pohovoru je přidělován dle dostupnosti.²⁵⁷ Jako alternativu lze využít visa centra VFS Global, ale opět jen pro žádosti o krátkodobá víza. V případě dlouhodobých víz je nutné obrátit se na zastupitelský úřad. Tato praxe se vyskytuje např. ve Spojeném království²⁵⁸, v Rusku (pro návštěvu visa centra se rezervují termíny pohovoru buď online formou, nebo telefonicky na call centru)²⁵⁹, v Egyptě (termín schůzky na visa centru je sjednán e-mailem)²⁶⁰, Libanonu²⁶¹, Kazachstánu²⁶² atd.

Výjimkou jsou státy jako např. Indie, kde mohou být žádosti o krátkodobá i dlouhodobá víza směřována jak na zastupitelský úřad, tak na visa centrum VFS Global.²⁶³

17.2 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

17.2.1 Modrá karta

Zaměstnavatel nejprve podává žádost o zaměstnání cizince na Odboru pro občanství a migrační politiku (*To Τμήμα Αρχείου Πληθυσμού και*

com/hiring/work-visa/estonia/; <https://euraxess.ec.europa.eu/estonia/information-assistance/entry-conditions-and-residence-permits-estonia>

²⁵⁶ Webové stránky řeckých zastupitelských úřadů jsou poměrně nepřehledné, mnohdy pouze odkazují na legislativu umístěnou na webových stránkách ministerstva zahraničí, v nichž se rovněž poměrně těžko orientuje. Odkazy týkající se využití online systému a visa centra VFS Global jsou sporadické, nebo špatně dohledatelné.

²⁵⁷ Dostupné z: <https://e-visa.mfa.gr/ElvisPortal>

²⁵⁸ Dostupné z: http://www.vfsglobal.com/greece/unitedkingdom/Schedule_an_Appointment.html; <http://www.greekembassy.org.uk/en-gb/consular/visas>

²⁵⁹ Dostupné z: <http://www.vfsglobal.com/greece/russia/Moscow/Schengen-Visas.html>; <http://www.mfa.gr/russia/ru/visas.html?mission=mow>

²⁶⁰ Dostupné z: <http://www.vfsglobal.com/greece/egypt/shortstayvisa.html>; <https://www.vfsvisaservices.com/Greece-global-appointment/EngLish/Egypt/Scheduleanappointment.html>

²⁶¹ Dostupné z: <http://www.vfsglobal.com/greece/lebanon/>

²⁶² Dostupné z: <http://www.greecevisa-kazakhstan.com/english/index.html>

²⁶³ Dostupné z: http://www.vfs-gr-in.com/Schedule_An_Appointment.html; <http://www.mfa.gr/missionsabroad/en/india-en/visas/national-visas.html>

Μετανάστευσης). Státní příslušník třetí země musí mít uzavřenou pracovní smlouvu. Následně si musí zažádat o speciální vízum za účelem výkonu kvalifikované práce na zastupitelském úřadu v domovském státě. Na základě víza je oprávněn vstoupit na území Řecka, kde si musí do 90 dnů požádat o vydání modré karty na ministerstvu vnitra (*Υπουργό Εσωτερικών*, dále jen „YE“). YE může tuto kompetenci svěřit i níže postaveným správním úřadům (*Αποκεντρωμένων Διοικήσεων*).²⁶⁴

17.2.2 Sloučení rodiny

Sponzor žijící v Řecku musí podat žádost o sloučení rodiny na místně příslušném cizineckém a imigračním ředitelství decentralizované správy (*Διεύθυνση Αλλοδαπών και Μετανάστευσης αποκεντρωμένες διοικήσεις*, dále jen „AM“), případně na Generálním ředitelství pro občanství a migrační politiku (*Τενική Διεύθυνση Ιθαγένειας και Μεταναστευτικής Πολιτικής*). Po schválení je kladné stanovisko přeposláno na zastupitelský úřad v domovském státě cizince. Ten následně vydá rodinnému příslušníkovi speciální vstupní vízum. Po příjezdu do Řecka je rodinný příslušník povinen požádat o povolení k pobytu.²⁶⁵

17.2.3 Zaměstnanec karta

Kvůli velké nezaměstnanosti je obtížné v Řecku získat pracovní povolení. Nejprve je třeba, aby měl cizinec zajištěnou práci u zaměstnavatele, který potřebuje souhlas od Úřadu pro zaměstnání a pracovní sílu (*Οργανισμός Απασχόλησης Εργατικού Δυναμικού*). Následně třetizemec podává žádost o dlouhodobé vízum za účelem práce na zastupitelském úřadu v domovském státě. Po příjezdu do Řecka je cizinec povinen požádat o povolení k pobytu

²⁶⁴ Dostupné z: <http://ec.europa.eu/immigration/tabcards.do?searchFromTab2=true&searchByCountryCountryId=7&searchByUserProfileId=1&searchByUserSubProfileId=3&loadProfileByCountry=Find%20information&langDefault=7&en&userLang=7&languageLocaleId=7#>; <http://livingingreece.gr/2007/04/16/americans-or-other-non-eu-citizens-wanting-to-work-in-greece/>; <http://www.opengov.gr/ypes/?p=1230>; <http://www.opengov.gr/ypes/?p=1963>

²⁶⁵ Dostupné z: <http://livingingreece.gr/2007/04/16/americans-or-other-non-eu-citizens-wanting-to-work-in-greece/>; <http://www.learnaboutgreece.gr/english/section4-1.php>; https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn_studies/family-reunification/4._gr_emn_ncp_small-scale_study_iv_family_reunification_draft_30aug07en_version_en.pdf; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/greece/family-member_en#

na příslušném místním úřadu (*Δημαρχείο*). To jej současně opravňuje k výkonu práce.²⁶⁶

18. CHORVATSKO, SLOVINSKO

18.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza

V mnoha státech nemá Slovinsko vlastní zastupitelský úřad. Na základě dohody jej tak zastupuje v konkrétní zemi zastupitelský úřad jiného členského státu EU (dále jen „pověřený zastupitelský úřad“). V hojně míře Slovinsko využívá služeb visa centra VFS Global, aby žádosti o krátkodobá víza nebyly soustředovány primárně na zastupitelských úřadech a docházelo k jejich efektivnějšímu vyřizování.

Státem, ve kterém rozhoduje o žádostech o slovinské vízum pověřený zastupitelský úřad, je např. Vietnam (v Ho Či Minově Městě, kde lze žádat o víza i prostřednictvím visa centra VFS Global²⁶⁷, je oprávněn vydávat slovinská víza nizozemský zastupitelský úřad, v Hanoji je to maďarský zastupitelský úřad) nebo Čína (v Pekingu se sice nachází slovinský zastupitelský úřad, nicméně v ostatních městech vízové záležitosti vyřizují zastupitelské úřady maďarské, německé atd.).²⁶⁸

Stratifikace žádostí o víza je obdobná jako u jiných členských států EU. Zastupitelské úřady jsou povětšinou jedinými subjekty, které mohou přijímat žádosti o dlouhodobá víza, kdežto na visa centra by měly být směrovány žádosti o víza krátkodobá. To platí např. pro Turecko, přičemž v Istanbulu je pověřeným zastupitelským úřadem maďarská ambasáda. Určitou výjimkou

²⁶⁶ Dostupné z: <http://livingingreece.gr/2007/04/16/americans-or-other-non-eu-citizens-wanting-to-work-in-greece/>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/greece/family-member_en#; <https://www.angloinfo.com/how-to/greece/working/work-permits/non-eu-citizens>; http://www.enterprisegreece.gov.gr/files/publications/KPMG_7.7.2009/05_red-work.pdf; <http://www.expat.com/en/guide/europe/greece/15395-applying-for-a-greek-work-visa.html>; <https://www.linkedin.com/pulse/residence-work-permits-greece-how-register-kittymas%C3%B4n>; <http://www.opengov.gr/ypes/?p=1963>; <http://www.opengov.gr/ypes/?p=1928>; http://wwwypes.gr/el/Generalsecretariat_PopulationSC/

²⁶⁷ Dostupné z: http://www.mzz.gov.si/en/representations_abroad/asia_caucasus_and_near_east/vietnam/; <http://wwwvfsglobal.com/netherlands/vietnam/English/faqs.html>; http://www.mfa.gov.hu/kulkepvisel VN/hu/Konzuliinfo/Vizum_informaciok.htm; <http://www.bmbah.hu/index.php?lang=en>

²⁶⁸ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.cn/Slovenia/China/English/faqs.html>; <http://www.beijing.embassy.si/index.php?id=888&L=1>; <http://www.beijing.embassy.si/index.php?id=887&L=1>

je např. Japonsko, kde se žádosti o krátkodobá i dlouhodobá víza zásadně podávají na zastupitelském úřadu, přičemž je nezbytná telefonická rezervace termínu schůzky.²⁶⁹ Pověřený zastupitelský úřad v Turecku vyřizuje i žádosti o víza státních příslušníků Ázerbájdžánu, Afghánistánu, Iráku a Libanonu.²⁷⁰ Na Ukrajině lze žádat o víza prostřednictvím visa centra VFS Global (jen o krátkodobá víza) a zastupitelského úřadu. Ani v jenom případě není nutné si předem zamluvit termín schůzky.²⁷¹ Podobné je to v Rusku, kde jsou tamější zastupitelské úřady oprávněny rozhodovat o žádostech o víza i státních příslušníků Běloruska, Kazachstánu, Uzbekistánu atd. Krátkodobá víza je možno řešit i na visa centru, ale jedině na základě předchozí telefonické rezervace termínu schůzky.²⁷² Turecko je státem, kde působí visa centrum VGTTC, jehož pravomoc se vztahuje pouze na krátkodobá víza (je nezbytná online rezervace termínu schůzky).²⁷³

U Chorvatska²⁷⁴ je vedle zastupitelských úřadů oprávněným subjektem pro vyřizování žádostí o krátkodobá víza rovněž visa centrum VFS Global. Pro většinu zemí, jako je např. Ukrajina²⁷⁵, Rusko²⁷⁶, Bělorusko²⁷⁷,

²⁶⁹ Dostupné z: <http://www.tokio.veleposlanstvo.si/index.php?id=1015>; <http://www.tokio.veleposlanstvo.si/index.php?id=1015&L=1>

²⁷⁰ Dostupné z: http://www.vfsglobal.com/slovenia/turkey/English/how_to_apply.html; http://ankara.veleposlanstvo.si/index.php?id=1320&L=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=26960&cHash=f0b02d2666b596d79b5fe03b7dec571f4;

²⁷¹ Dostupné z: <http://www.kiev.embassy.si/index.php?id=4510>; http://www.vfsglobal.com/slovenia/ukraine/English/visa_types.html; <http://www.kiev.embassy.si/index.php?id=1153&L=13>

²⁷² Dostupné z: http://www.vfsglobal.com/slovenia/russia/english/Schedule_an_appointment.html; <http://www.moscow.embassy.si/index.php?id=4780>

²⁷³ Dostupné z: <http://trvisaliaglobal.com/Country.aspx?ID=83>

²⁷⁴ Na webových stránkách chorvatských zastupitelských úřadů je poměrně dobře popsán proces, jak žádat o krátkodobá víza, včetně formy sjednání termínu schůzky. To ovšem neplatí pro víza dlouhodobá, o kterých mnohdy nebyla na webových stránkách ani zmínka, nebo se zde pouze nacházela odkaz na webové stránky ministerstva zahraničí (konkrétně na obecné informace o této problematice). Na webových stránkách ministerstva zahraničí je dostupný i vzor pro žádost o víza, který ovšem nelze použít online. Musí se vytisknout a podat osobně na zastupitelském úřadu či visa centru. Viz <https://crovisa.mvep.hr/default.aspx?langId=en>

²⁷⁵ Dostupné z: http://www.vfsglobal.com/Croatia/Ukraine/english/Short_Term_Visa.html; <http://ua.mvep.hr/hr/korisne-informacije/odobrenje-boravka-u-hrvatskoj/>; <http://ua.mvep.hr/hr/konzularne-informacije/vize/>

²⁷⁶ Dostupné z: <http://ru.mfa.hr/ru/visas/visa-issuance-procedure/nationals-of-russian-federation/>; <http://www.vfsglobal.com/croatia/russia/english/schedule-an-appointment.html>; <http://ru.mfa.hr/hr/konzularne-informacije/privremeni-boravak/>; http://ru.mfa.hr/hr/konzularne-informacije/vize/clanovi-obitelji-drzavljana-eu_egp/

²⁷⁷ Dostupné z: <http://ru.mfa.hr/ru/visas/visa-issuance-procedure/nationals-of-the-republic-of-belarus/>; http://www.vfsglobal.com/croatia/belarus/English/visa_types.html

Kazachstán²⁷⁸, Indie²⁷⁹, Egypt²⁸⁰ atd. platí, že o krátkodobá víza je možné žádat buď na zastupitelském úřadu, nebo prostřednictvím visa centra. S žádostmi o vydání dlouhodobého víza se musí cizinci obracet na příslušný zastupitelský úřad. U nich se liší formy rezervace termínu schůzky (např. na ukrajinském a ruském zastupitelském úřadu je to telefonicky).

18.2 Problémy s rezervacemi termínu na zastupitelském úřadu

V Rusku mají některé cestovní agentury nastaveny mnohem vyšší poplatky za vyřizování slovenských víz, než jaké by ve skutečnosti měly být. Jejich zaplacení často ani nevede k rychlejšímu vyřízení žádosti.²⁸¹ Někteří jedinci se v Rusku vydávají za jednatele společnosti VFS Global a lidem předkládají pracovní nabídky výměnou za poskytnutí osobních údajů. Jindy slibují za vyšokou hotovost vyřízení slovenských pracovních víz. Obě podvodné praktiky se uskutečňují osobně, telefonicky, e-mailem apod.²⁸² K podobným praktikám dochází i v Egyptě.²⁸³

Na webových stránkách chorvatských visa center VFS Global je varování před podvodníky, kteří se vydávají za zaměstnance tohoto visa centra a snaží se přes nabídku práce z lidí vylákat peníze nebo osobní údaje. Za peněžní protiplnění nabízí také zprostředkování pracovních víz. Podobné případy byly zaznamenány i v Rusku, Kazachstánu či na Ukrajině.²⁸⁴

²⁷⁸ Dostupné z: <http://ru.mfa.hr/ru/visas/visa-issuance-procedure/nationals-of-the-republic-of-kazakhstan/>; http://wwwvfsglobal.com/croatia/kazakhstan/Short_term_visa.html

²⁷⁹ Dostupné z: <http://in.mvep.hr/en/consular-information/visa/>; http://wwwvfsglobal.com/Croatia/India/Schedule_An_Appointment.html; <http://starimup.hr/main.aspx?id=120027#1Temporary stay>

²⁸⁰ Dostupné z: <http://eg.mvep.hr/en/consular-information/visa-instruction/>; http://wwwvfsglobal.com/croatia/Egypt/short_term_visa_c_visa.html

²⁸¹ Dostupné z: <http://www.moscow.embassy.si/index.php?id=4365>

²⁸² Dostupné z: http://wwwvfsglobal.com/slovenia/russia/english/disclaimer_and_privacy_policy.html#1

²⁸³ Dostupné z: http://wwwvfsglobal.com/Slovenia/Egypt/disclaimer_and_privacy_policy.html#3

²⁸⁴ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/Croatia/Ukraine/english/disclaimer.html#2>; <http://wwwvfsglobal.com/croatia/russia/english/disclaimer-and-privacy-policy.html#3>; http://wwwvfsglobal.com/croatia/kazakhstan/disclaimer_and_privacy_policy.html#3

18.3 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

18.3.1 Sloučení rodiny

Žádost o povolení k přechodnému pobytu za účelem sloučení rodiny může sponzor podat buď přímo na území Slovinska, nebo na zastupitelském úřadu v domovském státě člena rodiny.²⁸⁵

V případě zamýšleného sloučení rodiny na území Chorvatska musí rodný příslušník podat žádost o povolení k přechodnému pobytu na zastupitelském úřadu ve svém domovském státě. Jestliže je této žádosti vyhověno, dalším krokem je podání žádosti o vstupní vízum.²⁸⁶

19. KYPR, MALTA, LUCEMBURSKO

19.1 Žádosti o krátkodobá a dlouhodobá víza

Jestliže se cizinec rozhodne podat žádost o vízum na kyperském zastupitelském úřadu, musí počítat s delší dobou při vyřizování této žádosti. Zastupitelské úřady se navíc potýkají s nedostatkem volných termínů pro rezervaci schůzky. S ohledem na uvedené spolupracuje Kypr s visa centry, např. TLScontact, VFS Global apod. V některých státech (např. v Indii²⁸⁷) kyperské zastupitelské úřady nevyřizují žádosti o dlouhodobá víza. Je nutné si proto zažádat o krátkodobé vízum pro vstup na území Kypru a zde si podat žádost na příslušném cizineckém úřadu o prodloužení víza.

²⁸⁵ Dostupné z: <http://www.infotujci.si/v/9/zdru%C5%BEitev-dru%C5%BEene>; http://www.mnz.gov.si/en/services/slovenia_your_new_country/residence_permit_for_the_third_country_national/family_reunion/; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/slovenia/family-member_en#; <http://www.pristina.embassy.si/index.php?id=4411&L=1>; <http://migrationtothecentre.migrationonline.cz/en/from-pillar-to-post-family-reunification-in-slovenia>

²⁸⁶ Dostupné z: <http://www.asylumineurope.org/reports/country/croatia/criteria-and-conditions>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/croatia/family-member_en#; <https://www.homeinzagreb.com/temporary-stay-permit-croatia/>

²⁸⁷ Dostupné z: <http://www.vfsglobal.com/Cyprus/India/faqs.html>; http://www.vfsglobal.com/Cyprus/India/Long_Stay_Visa.html

V Číně mohou cizinci podat žádost o krátkodobé i dlouhodobé vízum jak na zastupitelském úřadu, tak na visa centrum TLScontact.²⁸⁸ Visa centrum VFS Global je k dispozici státním příslušníkům např. v Indii a do jeho kompetence rovněž spadá vyřizování žádostí o krátkodobá i dlouhodobá víza. K rezervaci termínu schůzky dochází buď telefonicky, nebo online formou.²⁸⁹

V některých zemích, jako je např. Rusko či USA, je oprávněn řešit žádosti o víza pouze zastupitelský úřad. V Rusku není třeba si předem sjednat termín schůzky na zastupitelském úřadu, pokud se jedná o žádost o krátkodobé vízum. V USA existuje jednotná forma rezervace termínu schůzky pro oba typy víz, a to telefonicky.²⁹⁰

Z webových stránek maltských zastupitelských úřadů (v Izraeli²⁹¹, Egyptě²⁹², Číně²⁹³, Rusku²⁹⁴ aj.) vyplývá, že způsob zamluvení termínu schůzky je u všech shodný (telefonická forma). Obdobně jako Dánsko, Malta v mnoha státech nemá vlastní zastupitelský úřad. Týká se to např. Angoly, Konga, Indonésie, Nigérie a mnoha dalších zemí, kde tyto záležitosti, na základě dohody, spravuje pověřený zastupitelský úřad (Itálie, Francie, Rakouska, Španělska a Německa).²⁹⁵ Vedle možnosti podat žádost na zastupitelský úřad přichází do úvahy eventualita v podobě visa centra VFS Global, která je hojně využívána. V nemálo případech lze prostřednictvím tohoto visa centra žádat jak o krátkodobá, tak o dlouhodobá víza.

V některých státech, jako např. v Číně, Rusku, Indii nebo Egyptě, jsou příslušné k řešení žádostí o víza jak zastupitelské úřady, tak visa centra. Pakliže si žadatel vybere jako cílový subjekt zastupitelský úřad, je povinen si předem telefonicky rezervovat termín schůzky. Jestliže cizinec podává žádost na visa centru, způsob sjednání termínu je odlišný stát od státu (v Číně²⁹⁶ či

²⁸⁸ Dostupné z: https://cy.tlscontact.com/cn/BJS/page.php?pid=question_1_3; https://cy.tlscontact.com/cn/BJS/page.php?pid=center_application;

²⁸⁹ Dostupné z: http://wwwvfsglobal.com/Cyprus/India/Schedule_An_Appointment1.html; http://www.mfa.gov.cy/mfa/HighCom/HighCom_NewDelhi.nsf/All/FBB7BA890B0446A442257A-300047A884?OpenDocument; http://wwwvfsglobal.com/Cyprus/India/Long_Stay_Visa.html

²⁹⁰ Dostupné z: <http://www.cyprusembassy.net/home/index.php?module=page&pid=1057>

²⁹¹ Dostupné z: https://foreignaffairs.gov.mt/en/Embassies/Me_TelAviv/Pages/Services.aspx

²⁹² Dostupné z: http://foreignaffairs.gov.mt/en/Embassies/Me_Cairo/Pages/Services.aspx

²⁹³ Dostupné z: http://foreignaffairs.gov.mt/en/Embassies/ME_Beijing/Pages/Services.aspx

²⁹⁴ Dostupné z: http://foreignaffairs.gov.mt/en/Embassies/ME_Moscow/Pages/Services.aspx

²⁹⁵ Dostupné z: <https://identitymalta.com/where-to-apply/>

²⁹⁶ Dostupné z: <http://mt.vfsglobal.cn/interview.html>; https://foreignaffairs.gov.mt/en/Embassies/ME_Beijing/Pages/Services.aspx

Egyptě²⁹⁷ není třeba si předem rezervovat termín schůzky, v Rusku je to online formou²⁹⁸, v Indii buď online formou, nebo telefonicky²⁹⁹).

V případě Lucemburska³⁰⁰ jsou žádosti o víza směřovány buď na lucemburský zastupitelský úřad, a jestliže se v dané zemi nenachází, na pověřený zastupitelský úřad jiného členského státu EU. V několika málo státech je sice nabízena možnost podat žádost i přes visa centrum VFS Global, ve většině zemí ovšem platí, že o krátkodobá i dlouhodobá lucemburská víza lze žádat jen na zastupitelském úřadu. Týká se to např. Ruska, Číny, Spojených arabských emirátů, Thajska atd. V případě Ruska není potřebná předchozí rezervace termínu schůzky³⁰¹, v Číně³⁰² a Thajsku³⁰³ taková povinnost existuje, a to buď telefonicky, anebo e-mailem. Sjednání termínu schůzky prostřednictvím e-mailu je pravidlem ve Spojených arabských emirátech.³⁰⁴

19.2 Problémy s rezervacemi termínu na zastupitelském úřadu

Na webových stránkách kyperského visa centra VFS ve Spojených arabských emirátech je varování před podvodníky, kteří se vydávají za jejich zaměstnance a nabízí např. zprostředkování zaměstnání na Kypru s tím, že potřebují osobní údaje daného jedince (někdy také peníze), vyhotovení pracovního víza za poplatek atd.³⁰⁵

²⁹⁷ Dostupné z: https://foreignaffairs.gov.mt/en/Embassies/Hc_New_Delhi/Pages/Services.aspx; <http://wwwvfsglobal.com/malta/egypt/Long-Stay-Visa.html>

²⁹⁸ Dostupné z: https://foreignaffairs.gov.mt/en/Embassies/ME_Moscow/Pages/Services.aspx; <http://www.maltavac-ru.com/allaboutyourvisas.html>; http://www.maltavac-ru.com/schedule_an_appointment.html

²⁹⁹ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/malta/india/Schedule-an-Appoinment.html>; https://foreignaffairs.gov.mt/en/Embassies/Hc_New_Delhi/Pages/Services.aspx

³⁰⁰ Lucembursko disponuje velmi přehlednými a dobře zpracovanými webovými stránkami, ať už ministerstva zahraničí, nebo jednotlivých zastupitelských úřadů. Patří k těm nejkvalitnějším napříč státy EU.

³⁰¹ Dostupné z: <http://moscou.mae.lu/en/Consular-Information2>

³⁰² Dostupné z: <http://pekin.mae.lu/en/Visa-Immigration>

³⁰³ Dostupné z: <http://bangkok.mae.lu/en/Short-stay-visa>

³⁰⁴ Dostupné z: <http://abudhabi.mae.lu/en/Visa/Visa-C-Short-term-for-a-stay-shorter-than-90-days>; <http://abudhabi.mae.lu/en/Visa/Visa-D-Long-term-for-a-stay-longer-than-90-days>

³⁰⁵ Dostupné z: <http://wwwvfsglobal.com/Cyprus/uae/disclaimer.html#3>

19.3 Žádosti o vydání povolení v rámci směrnicových pobytů

19.3.1 Modrá karta

Na Kypru rozhoduje na základě žádosti zaměstnavatele o vydání modré karty Odbor pro občanství a migraci (*Τμήμα Αρχείου Πληθυσμού και Μετανάστευσης*, dále jen „TAM“).³⁰⁶

Při žádosti o modrou kartu pro výkon kvalifikované práce na Maltě³⁰⁷ i v Lucembursku³⁰⁸ platí stejný postup jako v případě zaměstnanecké karty.

19.3.2 Sloučení rodiny

Na Kypru podává žádost o povolení k pobytu za účelem sloučení rodiny sponzor na TAM v Nikósii. Po schválení žádosti jsou rodinnému příslušníkovi vydána vstupní víza.³⁰⁹

Rovněž na Maltě žádá o povolení k pobytu sponzor. O jeho vydání rozhoduje Odbor pro občanství a věci vystěhovalců (*Id-Dipartiment tac-Čittadinanza u tal-Espatrijati*). Cizinec je následně povinen požádat o dlouhodobé vízum na zastupitelském úřadu v domovském státě.³¹⁰

³⁰⁶ Dostupné z: http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/cyprus/worker/highly-qualified-worker_en#

³⁰⁷ Dostupné z: <https://integration.gov.mt/en/ResidenceAndVisas/Pages/EU-Blue-Card.aspx>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/malta/worker/highly-qualified-worker_en#

³⁰⁸ Dostupné z: <http://www.guichet.public.lu/citoyens/fr/immigration/en/plus-3-mois/ressortissant-tiers/demarches-communes/visa/index.html>; <http://www.guichet.public.lu/entreprises/en/ressources-humaines/recrutement/ressortissant-pays-tiers/salarie/index.html>; <http://www.guichet.public.lu/entreprises/en/ressources-humaines/recrutement/ressortissant-pays-tiers/salarie-hautement-qualifie/index.html>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/luxembourg/worker/highly-qualified-worker_en#

³⁰⁹ Dostupné z: http://www.moi.gov.cy/MOI/CRMD/crmid.nsf/0/3849e56d425da4efc2257d2c-00371c45?OpenDocument&ExpandSection=6%2C5%2C4%2C3%2C2%2C1#_Section6

³¹⁰ Dostupné z: <https://integration.gov.mt/en/ResidenceAndVisas/Pages/Family-Reunification.aspx>; http://ec.europa.eu/immigration/what-do-i-need-before-leaving/malta/family-member_en#; <http://www.asylumineurope.org/reports/country/malta/content-international-protection/family-reunification/status-and-rights-family>; <http://www.expat-quotes.com/guides/malta/visas-and-permits/residence-permits-non-eu-or-third-country-nationals.htm>

V.

Výklad výhrady veřejného pořádku v jednotlivých ustanoveních zákona o pobytu cizinců (část I. Občané EU a jejich rodinní příslušníci)

PAVEL PORÍZEK*

1. ÚVOD

Smyslem příspěvku je pokusit se vyložit pojem výhrady veřejného pořádku v jednotlivých ustanoveních zákona o pobytu cizinců.¹ Zmínu o výhradě veřejného pořádku s různými přívlasky se mi podařilo ve stávajícím znění uvedeného zákona napočítat v 55 případech. S ohledem na skutečnost, že zákon o pobytu cizinců v řadě ustanovení obsahuje odkazy na postup dle jiných ustanovení zákona,² uplatní se různě modifikovaná výhrada veřejného pořádku v mnoha dalších typech řízení.³

* Kancelář veřejného ochránce práv, Brno

¹ Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Tento příspěvek pracuje se zněním zákona účinného k 14. 8. 2017. Tedy ještě před nabýtím účinnosti novely zákona o pobytu cizinců č. 222/2017 Sb. Nicméně tam, kde to bude potřebné, budu odkazovat i na právní úpravu po uvedené novele.

² Jako exemplární příklad mohu uvést § 44a odst. 3 věta druhá zákona o pobytu cizinců, týkající se prodloužení dlouhodobého pobytu. Dle něho se „[n]a prodloužení platnosti povolení k dlouhodobému pobytu se § 35 odst. 2 a 3, § 36 a § 46 odst. 3 a 7 vztahují obdobně“. Ustanovení § 35 odst. 3 zase odkazuje na § 37 (Zrušení platnosti víza k pobytu nad 90 dnů). Jeho odst. 2 písm. b) odkazuje na podmínky pro udělení víza, tedy na § 56 a ten v odst. 1 písm. g) zase na „skutečnosti uvedené v § 9 odst. 1 písm. a), b), g), h), i) nebo j)“.

³ Jako jeden příklad z mnoha mohu uvést dlouhodobý pobyt za účelem sloučení rodiny. Explitně je výhrada veřejného pořádku u tohoto druhu dlouhodobého pobytu uvedena pouze

Navazuji na příspěvky V. Honuskové⁴ a zejména J. Větrovského⁵, publikované v předchozích sbornících. Již V. Honusková poukázala na nepřehlednost (někdy dokonce zmatečnost) používaných přívlastků, spjatých s výhradou veřejného pořádku, a slovesných vidù v domácí právní úpravě.⁶ Jde o jednu z oblastí, na kterou se chci zaměřit. V řadě ustanovení zákona má výhrada veřejného pořádku svùj pùvod v unijním právu a je zapotřebí ji vykládat eurokonformnì. Již nyní si dovolím tvrdit, že v řadì případù použité přívlastky v zákonì o pobytu cizincù pomíjí primární zakotvení v normách unijního práva (zejména v jednotlivých smérnicích) a výklad výhrady v konkrétním kontextu zatemňuje. Pokud jde o metodologicky brilantní a důkladný příspěvek J. Větrovského, který představuje polemiku s usnesením rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 ze dne 26. 7. 2011, jde nepochybně v domácím prostředí o jedinečný přínos k pochopení daného tématu. Budu se k němu v rámci svého rozboru opakovaně vracet. S řadou věcí lze nepochybně souhlasit. J. Větrovský zejména přesvědčivě zdůvodnil, že lze definovat (resp. že musí být definován) obsah národního veřejného pořádku⁷ a že pod něj nelze zahrnovat normy náboženské a morální.⁸ Vždy musí jít „*o normy, popř. hodnoty, které mají charakter práva*“.⁹

u jeho zrušení [§ 46a odst. 2 písm. c)]. Prostřednictvím ustanovení § 44a odst. 4 věta poslední v návaznosti na § 46a odst. 2 písm. c) se uplatní i v řízení o jeho prodloužení. Dle § 46 odst. 3 v návaznosti na § 56 odst. 1 písm. g) a § 9 odst. 1 písm. h) se výhrada veřejného pořádku uplatní i při udelení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny. A aby toho nebylo málo, v tomto případě [viz § 46 odst. 3 návaznosti na § 56 odst. 1 písm. g) a § 9 odst. 1 písm. i) zákona o pobytu cizincù] lze uvedenou výhradu uplatnit i ve vztahu k jiným státům, které jsou součástí schengenského prostoru (k tomuto aspektu viz dále).

⁴ HONUSKOVÁ, V. Aplikace výhrady veřejného pořádku při zásazích do osobní svobody. In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Společný evropský azylový systém: zásahy do osobní svobody*. Sborník z vědeckého semináře uskutečněného dne 12. června 2009 v Kanceláři veřejného ochránce práv. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2010, s. 206–226.

⁵ VĚTROVSKÝ, J. Pojem veřejný pořádek v rozhodnutích soudù: stanovení hranice významové neurčitosti. In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Pobyt cizincù: vybrané právní problémy*. Sborník z vědeckého semináře uskutečněného dne 28. března 2013 v Kanceláři veřejného ochránce práv. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2014, s. 252–283.

⁶ HONUSKOVÁ, V., op. cit. 4, s. 221, 222.

⁷ VĚTROVSKÝ, J., op. cit. 5, s. 261–269. Obsah veřejného pořádku České republiky autor shrnuje následovně: „Za ten je možné považovat pravidla, principy, event. hodnoty, které jsou jako zásadní obsaženy v Ústavì, Listinì základních práv a svobod, Evropské úmluvě a popř. dalších mezinárodních smlouvách o lidských právech, jimiž je Česká republika vázána“ (tamtéž, s. 269). Viz rovnìž kapitola 3.1.4 tohoto příspěvku.

⁸ VĚTROVSKÝ, J., op. cit. 5, s. 265, 266. V kontextu volného pohybu a pobytu unijních občanù a jejich rodinných příslušníkù viz kapitola 2.1 příspěvku.

⁹ Tamtéž, s. 283.

Nejsem si však zcela jist, pokud jde o autorovy zobecňující závěry ohledně výkladu zásahu do veřejného pořádku.¹⁰ Jeho závěry jsou postaveny (což sám přiznává) do značné míry na interpretačních směrnicích formulovaných Soudním dvorem Evropské unie (dále jen „SDEU“)¹¹ v kontextu svobody volného pohybu osob. Většina dalších zmíňovaných rozsudků se týkala některé z dalších svobod souvisejících s existencí vnitřního trhu EU.¹² V poznámce pod čarou č. 78¹³ odkazuje na rozsudky, které se mají týkat evropského práva soukromého. V tomto ohledu si dovoluji doplnit, že jím citované rozsudky ve věcech C-319/06 *Komise Evropských společenství proti Lucemburskému velkovévodství* (bod 50) a C-54/99 *Association Église de scientologie de Paris a Scientology International Reserves Trust proti Premier ministre* (bod 17) se týkají vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb, resp. volného pohybu kapitálu (tedy vnitřního trhu). Pouze rozsudek ve věci C-619/10 *Trade Agency Ltd proti Seramico Investments Ltd* se týká čistě evropského (mezinárodního) práva soukromého.¹⁴ Kromě posledně zmíněného rozsudku jediným rozsudkem vybočujícím z oblasti vnitřního trhu,¹⁵ na který

¹⁰ Tamtéž, viz zejména s. 271: „Ostatně ani SDEU při aplikaci směrnic nerozlišuje mezi různými kontexty, ve kterých má být zásah do veřejného pořádku zkoumán. Vždy se jedná o kontexty analogické v tom smyslu, že funkce výhrady veřejného pořádku (možnost derogovat určité právo nebo svobodu) je ve všech případech jejího použití identická. Z rozsudků vyplývá, že k vytvoření většiny interpretačních směrnic došlo v kontextu svobody volného pohybu osob. Část z nich je dokonce výslovně uvedena ve směrnici 2004/38/ES. SDEU však k využití stejných interpretačních směrnic přistupuje i při aplikaci výhrady veřejného pořádku v jiných oblastech práva EU, jako jsou volný pohyb kapitálu, volný pohyb služeb či evropské právo soukromé. Není to tedy pouze jednání občana EU na území členského státu EU (vlastního či jiného), co lze jako možný zásah do veřejného pořádku na základě sledovaných směrnic zkoumat, ale též např. podezřelá investice umístěná na území členského státu, rozdílná úprava pracovních podmínek u osob vykonávající práci na území stejného členského státu či výkon rozsudku pro zmeškání vydaného v jiném státě EU“.

¹¹ Za SDEU budu v tomto příspěvku označovat i bývalý Evropský soudní dvůr.

¹² V podrobnostech k rozboru aplikace výhrady veřejného pořádku a bezpečnosti ve vztahu ke čtyřem základním svobodám v judikatuře SDEU v letech 1974 až 2011 odkazuju na KOSTAKOPOULOU, T., FERREIRA, N. Testing Liberal Norms: The Public Policy and Public Security Derogations and the Cracks in European Union Citizenship. *Legal Studies Research Paper No. 2013-18*. University of Warwick, School of Law, s. 21 a násl. Dostupné z: <http://sro.sussex.ac.uk/63227/1/Testing%20Liberal%20Norms%20-%20working%20paper.pdf>. Z 233 analyzovaných rozsudků se 26 týkalo volného pohybu kapitálu, 106 volného pohybu zboží, 30 volného pohybu osob a 71 volného pohybu služeb a svobody usazování (s. 22, 23).

¹³ VĚTROVSKÝ, J., op. cit. 5, s. 271.

¹⁴ V daném případě tehdejšího nařízení č. 44/2001/ES o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech („Brusel I“).

¹⁵ V tomto ohledu srov. i stanovisko generální advokátky V. Trstenjak ve věci C-265/06 *Komise Evropských společenství proti Portugalské republice*, bod 50: „Jako odůvodnění pro

J. Větrovský odkazuje, je rozsudek SDEU ve věci C-349/06 *Murat Polat*. Týká se výkladu výhrady veřejného pořádku v souvislosti s přidružením Turecka k Evropské unii, které poskytuje tureckým pracovníkům a jejich rodinným příslušníkům ve srovnání s ostatními třetizemci do určité míry exkluzivní postavení.¹⁶ SDEU konstantně od rozsudku ve věci C-340/97 *Nazli* judikuje, že rozsah výjimky veřejného pořádku obsažené v čl. 14 rozhodnutí Rady přidružení č. 1/80 ze dne 19. září 1980 o vývoji přidružení je třeba vykládat shodně jako ve vztahu k omezením volného pohybu pracovníků. Jak shrnul SDEU v rozsudku ve věci C-136/03 *Dörr a Ünal* s odkazy na svoji dřívější judikaturu: „*61. Je třeba připomenout, že podle článku 12 dohody o přidružení, se Smluvní strany dohodly, že se při vzájemném postupném zavedení volného pohybu pracovníků budou inspirovat články 48, 49 a 50 Smlouvy o založení Společenství. Dodatkový protokol ve svém článku 36 upravuje lhůty pro postupné zavedení volného pohybu pracovníků mezi členskými státy Společenství a Tureckou republikou a stanoví, že ,Rada přidružení rozhodne o pravidlech nezbytných pro tento účel'. Cílem rozhodnutí č. 1/80 je podle jeho třetího bodu odůvodnění zlepšit režim pro pracovníky a jejich rodinné příslušníky v sociální oblasti. 62. Soudní dvůr ze znění těchto ustanovení vyvodil, že zásady přijaté v rámci článku 48 Smlouvy se musí v co největším možném rozsahu vztahovat na turecké státní příslušníky, kterým náleží práva uznaná rozhodnutím č. 1/80 (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 30. září 2004, Ayaz, C-275/02, Sb. rozh. s. I-8765, bod 44, a ze dne 11. listopadu 2004, Cetinkaya, C-467/02, Sb. rozh. s. I-10895, bod 42). 63. Soudní dvůr měl rovněž za to, pokud jde o určení dosahu výjimky veřejného pořádku stanovené v čl. 14 odst. 1 rozhodnutí č. 1/80, že je třeba odkázat na výklad stejně výjimky v oblasti volného pohybu pracovníků, kteří jsou státními příslušníky členských států Společenství (výše uvedený rozsudek *Nazli*, bod 56). Takový výklad je tím spíše odůvodněný, je-li znění zmíněného ustanovení téměř totožné se zněním čl. 48 odst. 3 Smlouvy (viz výše uvedené rozsudky *Nazli*, bod 56, a *Cetinkaya*, bod 43). 64. Soudní dvůr, vycházejí z těchto skutečností, rozhodl v bodech 46 a 47 svého výše*

opatření členského státu, která omezují základní svobody, byla v judikatuře Soudního dvora uznána ochrana veřejného pořádku a bezpečnosti převážně v rámci volného pohybu pracovníků, svobody usazování, volného pohybu služeb, práv vyplývajících z přidružení Společenství a třetích států, jakož i, byť v menší míře, v souvislosti s volným pohybem zboží“.

¹⁶ Jak uvedl generální advokát Y. Bot ve svém stanovisku ve věci C-371/08 *Ziebell*, turečtí státní příslušníci „mají v rámci Unie zvláštní status, na půli cesty mezi statusem státního příslušníka členského státu a statusem státního příslušníka třetího státu“ (bod 64).

uvedeného rozsudku Cetinkaya, že čl. 14 odst. 1 rozhodnutí č. 1/80 ukládá příslušným vnitrostátním orgánům omezení obdobná omezením, která se vztahují na vyhoštění postihující státního příslušníka členského státu, a že zásady stanovené v rámci článku 3 směrnice 64/2001 jsou použitelné na turecké pracovníky, kterým náleží práva uznána rozhodnutím č. 1/80. Vnitrostátní soudy tedy musí vzít v úvahu tyto zásady při prověřování zákonnéosti vyhoštění nařízeného vůči takovému tureckému pracovníkovi“.¹⁷

Co chci uvedenými úvahami naznačit? Chci tím jen sdělit, že mám určité pochybnosti, pokud jde o přenesení závěrů ohledně výkladu pojmu zásah do veřejného pořádku, vystavěných téměř výlučně na judikatuře SDEU k zásažům do některé ze svobod souvisejících s vnitřním trhem, zejména do svobody volného pohybu osob,¹⁸ i na situace související s unijním režimem týkajícím se vnějších hranic. Jinými slovy, lze např. závěry SDEU ohledně výkladu pojmu zásah do veřejného pořádku v kontextu volného pohybu osob použít bez dalšího na výklad tohoto pojmu obsaženého v čl. 6 písm. d) směrnice 2004/114/ES o podmínkách přijímání státních příslušníků třetích zemí za účelem studia, výměnných pobytů žáků, neplacené odborné přípravy nebo dobrovolné služby?¹⁹

¹⁷ V podrobnostech k výkladu výhrady veřejného pořádku ve vztahu k tureckým státním příslušníkům odkazují kromě v citaci zmíněných rozsudků na již vzpomenutý rozsudek C-349/06 *Murat Polat* (body 29–39) a dále např. na rozsudky ve (spojených) věcech C-7/10 a C-9/10 *Kahveci a Inan* (body 40), C-325/05 *Derin* (body 74), C-303/08 *Bozkurt* (body 54–60) či C-371/08 *Ziebell* (body 58, 59 a 81–85). V posledně uvedeném rozsudku zároveň však SDEU rozhodl (viz zejména body 60–78), že na vyhoštění tureckých státních příslušníků, kteří v hostitelském členském státě pobývají více než 10 let, se neuplatní čl. 28 odst. 3 písm. a) směrnice 2004/38/ES o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států (dále jen „směrnice 2004/38/ES“ či „směrnice“). Za referenční rámec považuje čl. 12 směrnice 2003/109/ES o právním postavení státních příslušníků třetích zemí, kteří jsou dlouhodobě pobývajícími rezidenty (body 79, 80).

¹⁸ J. Větrovský (op. cit. 5, s. 276) ve svém shrnutí, založeném na rozboru judikatury SDEU, k danému pojmu uvádí: „Na základě téhoto směrnic proto můžeme zásah do veřejného pořádku definovat obecným způsobem jako jednání nebo situaci, jež představují skutečné, aktuální a dostatečně závažné porušení nebo ohrožení některého z pravidel, principů či hodnot, které tvoří obsah veřejného pořádku.“ Na jiném místě (s. 277) doplňuje: „Jednotné proto musí být i posouzení otázky, co představuje zásah do veřejného pořádku. Stejně jako můžeme hovořit o „veřejném pořádku v současné ČR“, můžeme hovořit i o „zásazích do veřejného pořádku v současné ČR“. Závěry, které soud činí v souvislosti s jedním ustanovením, musí být přenositelné i na ustanovení jiné za předpokladu, že výhrada veřejného pořádku je v obou ustanoveních formulována stejným nebo alespoň v podstatě stejným způsobem.“

¹⁹ Článek 6 (Obecné podmínky): „1. Státní příslušník třetí země žádající o přijetí pro účely stanovené v článcích 7 až 11: [...] d) není považován za hrozbu pro veřejný pořádek, veřejnou bezpečnost nebo veřejné zdraví“.

Dle J. Větrovského je nesprávná základní interpretační směrnice, obsažená ve výroku I. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č.j. 3 As 4/2010-151, dle níž: „*Při výkladu pojmu „veřejný pořádek“, resp. „závažné narušení veřejného pořádku“, používaných v různých kontextech zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, je třeba brát v úvahu nejen celkový smysl dané právní úpravy, ale přihlížet i k rozdílným okolnostem vzniku, původu a účelu jednotlivých ustanovení, v nichž jsou tyto pojmy užity*“. Dle J. Větrovského zaměňuje NSS „[h]odnocení, zda určité jednání představuje zásah do veřejného pořádku“ s „*hodnocením, zda státem přijaté opatření (tj. derogace určitého práva) je vzhledem k okolnostem případu proporcionální*“.²⁰ Dle jeho názoru, „[z]ohlednit celkový smysl dané právní úpravy a přihlížet k rozdílným okolnostem vzniku, původu a účelu jednotlivých ustanovení, ve kterých je odkaz k veřejnému pořádku uveden, je vhodné při aplikaci kritéria proporcionality, nikoliv při výkladu pojmu veřejný pořádek a závažné narušení veřejného pořádku. Co je zásahem do veřejného pořádku v jednom případě, stává se zásahem do veřejného pořádku i v případech ostatních. Proto ani tvrzení, že závěry ohledně významu pojmu veřejný pořádek či narušení veřejného pořádku učiněné v souvislosti s jedním ustanovením nelze bez dalšího přebírat a použít v případě ustanovení jiných, není možné akceptovat“. Nepopírají tyto závěry ustálenou judikaturu SDEU, dle níž „*pro výklad ustanovení unijního práva je třeba vzít v úvahu nejen jeho znění, ale i jeho kontext a cíle sledované právní úpravou, jejíž je součástí*“²¹ Naopak, není interpretační vodítko Nejvyššího správního soudu z uvedeného usnesení rozšířeného senátu v souladu s posledně citovanou interpretační směrnicí SDEU?²²

²⁰ VĚTROVSKÝ, J., op. cit. 5, s. 281.

²¹ Rozsudek SDEU ve věci C-491/13 *Ben Alaya*, bod 22.

²² V tomto ohledu si dovolují připomenout, co jsem uvedl v roce 2011, ještě před vydáním několikrát zmíněného usnesení rozšířeného senátu NSS: „*Výklad pojmu veřejného pořádku v jediné směrnici poukazuje na možná úskalí jednotného výkladu výhrady veřejného pořádku ve všech právních ustanoveních, ve kterých zákon o pobytu cizinců tento pojem užívá. V těch případech, kdy má výhrada veřejného pořádku svůj původ v unijním právu, je zapotřebí vždy identifikovat její zdroj a následně přistoupit k eurokonformnímu výkladu tohoto pojmu v souladu s příslušným unijním předpisem a případnou judikaturou ESD. [...] Následně je pak zapotřebí se rovněž vypořádat s případným zúžením prostoru pro aplikaci výhrady vnitrostátním zákonodárcem. V případě užití výhrady veřejného pořádku v rámci směrnice 2003/86/ES pak bude do hry navíc vstupovat i čl. 8 EÚLP, včetně judikatury Evropského soudu pro lidská práva. Další specifika pak budou představovat občané třetích států, s nimiž EU uzavřela režim asociací. Zároveň je zapotřebí vypořádat se s výkladem daného pojmu v situacích, které nemají bezprostřední souvztažnost s unijním právem,*

Problém je v tom, že v kontextu, v němž se chci výkladu výhrady veřejného pořádku věnovat, tedy v rámci jednotlivých unijních směrnic týkajících se přistěhovalecké politiky, prakticky neexistuje judikatura SDEU, která by státům poskytla bližší vodítka, jak uvedený pojem v různých migračních situacích vykládat. Budu tak spoléhat zejména na odbornou literaturu. Nicméně již existuje nejméně jeden rozsudek SDEU, který zobecňující závěry J. Větrovského ohledně výkladu zásahu do veřejného pořádku zpochybňuje.

Dovolím si z něho již v úvodu odcitovat. Jde o čerstvý rozsudek velkého senátu SDEU ve věci C-544/14 *Fahimian*, týkající se výkladu výhrady veřejné bezpečnosti v kontextu čl. 6 písm. d) směrnice 2004/114/ES. Jeho úvahy jsou však plně použitelné i na výhradu veřejného pořádku obsaženou v témaže článku směrnice. SDEU v rozsudku uvedl: „*40. Pokud jde o podmínu týkající se existence hrozby pro veřejnou bezpečnost, je třeba poznamenat, že zejména na rozdíl od čl. 27 odst. 2 směrnice [...] 2004/38/ES [...], který vyžaduje, aby opatření přijaté v zájmu veřejné bezpečnosti bylo založeno výlučně na osobním chování dotyčné osoby a aby toto chování představovalo „skutečné, aktuální a dostatečně závažné“ ohrožení tohoto základního zájmu společnosti [...], z čl. 6 odst. 1 písm. d) směrnice 2004/114 ve spojení s bodem 14 jejího odůvodnění vyplývá, že přijetí státního příslušníka třetí země může být odmítnuto, pokud se vnitrostátní orgány příslušné k vyřízení žádosti o udělení víza podané tímto státním příslušníkem na základě zhodnocení skutečnosti domnívají, že posledně uvedený představuje **byť jen „možné“ ohrožení veřejné bezpečnosti**. Při tomto zhodnocení může být zohledněno nejen osobní chování žadatele, ale i **jiné skutečnosti související mimo jiné s jeho profesní dráhou**“²³ (důraz doplněn).*

K obdobnému

mohou však souviset s mezinárodněprávními závazky ČR. [...] Lze si však zároveň v režimu zákona o pobytu cizinců představit i situace, kdy aplikace pojmu „závažným způsobem narušit veřejný pořádek“ nebude mít jakékoli konotace ani s unijním ani mezinárodním právem.“ [POŘÍZEK, P. Migrace cizinců do ČR z pohledu veřejného ochránce práv. In. SCHEU, H. Ch. (ed.) *Migrace a kulturní konflikty*. Praha: Auditorium, 2011, s. 176, 177].

²³ Srov. i závěrečné shrnutí z uvedeného rozsudku v bodě 50: „[Č]l. 6 odst. 1 písm. d) směrnice 2004/114 musí být vykládán v tom smyslu, že předloží-li státní příslušník třetí země příslušným vnitrostátním orgánům žádost o udělení víza za účelem studia, mají tyto orgány široký prostor pro uvážení, aby ve světle všech relevantních skutečností, kterými se vyznačuje situace tohoto státního příslušníka, ověřily, zda posledně uvedený představuje byť jen možnou hrozbu pro veřejnou bezpečnost. Toto ustanovení musí být rovněž vykládáno v tom smyslu, že nebrání tomu, aby příslušné vnitrostátní orgány odmítly přijmout na území dotyčného členského státu za takovým účelem státního příslušníka třetí země, který získal diplom na univerzitě, na kterou se vztahují omezuječí opatření Unie z důvodu významné spolupráce této univerzity s francouzskou vládou ve vojenské oblasti nebo v oblastech, které s ní

závěru, založenému mimo jiné na poměřování rozdílů mezi zásahy do volného pohybu osob a unijními právními předpisy v oblasti přistěhovalectví, dospěl ve svém stanovisku i generální advokát M. Szpunar. Protože považuji jeho úvahy v lecčems za velmi užitečné, dovolím si z jeho stanoviska ocitovat: „*55. V souvislosti se svobodami vnitřního trhu, v jejichž případě mohou členské státy omezit vnitřní pohyb z důvodů veřejné bezpečnosti, jsou takové důvody pojaty jako výjimka z obecného pravidla volného pohybu. Podle pravidel volného pohybu musí být „veřejná bezpečnost“ založena výlučně na osobním chování dotyčné osoby, což znamená, že předchozí odsouzení pro trestný čin samo o sobě přijetí takových opatření neodůvodňuje a že kromě toho osobní chování dotyčného jednotlivce musí představovat skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti. Odůvodnění, která přímo nesouvisí s dotyčnou osobou nebo souvisejí s generální prevencí, nejsou přípustná. Musí se jednat o „skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti“.* 56. Takové úvahy jsou zcela přiměřené v kontextu vnitřního trhu. Je pochopitelné, že výjimky z pravidel volného pohybu jsou vykládány restriktivně. Pravidla volného pohybu jsou a nadále budou základním kamenem celého projektu integrace a mají ústavní význam. 57. K článku 6 odst. 1 písm. d) směrnice 2004/114 by se však mělo přistupovat odlišně. Výše uvedená judikatura by neměla být jako taková použita na unijní režim týkající se vnějších hranic, jak uvedu níže. 58. Zaprvé znění výjimek týkajících se vnitřního trhu se liší od znění čl. 6 odst. 1 písm. d) směrnice 2004/114. Článek 6 odst. 1 písm. d) této směrnice stanoví, že státní příslušník třetí země žádající o přijetí pro účely stanovené v článcích 7 až 11 „není považován“ za hrozbu mimo jiné pro veřejnou bezpečnost. Použití výrazu „považován“ podle mého názoru znamená, že dotyčný členský stát má větší volnost při provádění posouzení. Pojem „hrozba“ není kvalifikován tak, jak je tomu v kontextu volného pohybu. V souvislosti s hrozou není použit výraz „skutečné, aktuální a dostatečně závažné“. Hranice ohrožení veřejné bezpečnosti je proto podle mého názoru výrazně nižší než je tomu v kontextu volného pohybu. 59. Zadruhé výraz

souvisejí, a který zamýšlí v tomto členském státě provádět výzkum v oblasti citlivé pro veřejnou bezpečnost, pokud se lze na základě skutečností, které mají tyto orgány k dispozici, obávat, že znalosti, které tato osoba získá během svého výzkumu, mohou být později použity pro účely, které jsou v rozporu s veřejnou bezpečností. Vnitrostátnímu soudu, kterému byl předložen opravný prostředek týkající se rozhodnutí příslušných vnitrostátních orgánů neudělit požadované vízum, přísluší ověřit, že toto rozhodnutí je dostatečně odůvodněné a opírá se o dostatečně pevný skutkový základ.“

,není považován za hrozbu pro veřejnou bezpečnost‘ není výjimkou z široce pojatého práva na vstup, ale pouze negativní podmínkou práva na vstup. Kontext se proto jednoduše liší od kontextu vnitřního trhu a na kontextu záleží. Specifický kontext unijních právních předpisů v oblasti přistěhovalectví znamená, že státní příslušník třetí země nemá stejná práva jako státní příslušník členského státu, tj. občan Unie. 60. Zatřetí legislativní postup zejména v případě čl. 6 odst. 1 písm. d) směrnice 2004/114 poskytuje cenné informace na podporu mého argumentu. Směrnice 2004/114 byla přijata velmi krátce po směrnici 2004/38. Jasné rozdíl ve znění, jenž je popsán výše, může být jedině úmyslný. Cílem původního návrhu totiž bylo sjednotit znění v obou těchto směrnicích. V obou případech obsahovalo větu „důvody veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti musí být založeny výlučně na chování dotyčného státního příslušníka třetí země“. Rada se rozhodla, že tuto terminologii nepřijme. 61. Konečně je třeba připomenout, že základem směrnice 2004/114 je článek 79 SFEU (dříve článek 63 ES), který je obsažen v části třetí hlavě V Smlouvy o FEU. Tato hlava obsahuje článek 72 SFEU, který stanoví, že „tato hlava se nedotýká výkonu odpovědnosti členských států za udržování veřejného pořádku a ochranu vnitřní bezpečnosti“. Ačkoli přesný význam tohoto ustanovení není na první pohled zcela jasný, poukazuje na rozdíl mezi veřejným pořádkem a bezpečností v právních předpisech v oblasti volného pohybu a v právních předpisech v oblasti přistěhovalectví“.

Tímto bych rád úvodní polemickou vsuvku se závěry J. Větrovského uzavřel. Jádrem mého příspěvku není prokázat, že k zohlednění celkového smyslu dané právní úpravy a přihlížení k rozdílným okolnostem vzniku, původu a účelu jednotlivých ustanovení, ve kterých je odkaz k veřejnému pořádku uveden, může dojít už při výkladu pojmu zásah do veřejného pořádku, nikoli až při aplikaci kritéria proporcionality. Co je důležité, i J. Větrovský připouští, byť až v rámci testu proporcionality, že v různých migračních situacích se bude aplikace výhrady veřejného pořádku lišit a že okolnosti zmíněné v předchozí větě budou při jejím výkladu hrát důležitou roli.²⁴

²⁴ Viz VĚTROVSKÝ, J., op. cit. 5, s. 280: „Je tedy zřejmé, že test proporcionality je ze své podstaty relativní. Závisí na významu, povaze a obsahu kolidujících zájmů. Všechny okolnosti případu musí být soudem zohledněny. Stejně opatření zdůvodněné potřebou ochrany veřejného pořádku se může jevit jako nezbytné v případě jedné osoby, avšak nikoliv v případě osoby jiné, byť konkrétní způsob, jakým k zásahu do veřejného pořádku došlo, je u obou osob stejný. Výjma základních interpretačních směrnic, jako např. požadavek restriktivního výkladu, jsou proto závěry učiněné soudem s ohledem na jedno ustanovení v podstatě nepřenositelné na ustanovení jiné. Vždy záleží na povaze a významu práva, které je ustanovením chráněno. Úvahy, které vyžaduje NSS, o celkovém smyslu posuzované právní

Ve svém příspěvku se pokusím nastínit základní interpretační východiska výhrady veřejného pořádku, která je kromě aplikace v kontextu zásahu do volného pohybu osob obsažena v řadě unijních právních předpisů souvisejících s přistěhovaleckou politikou. Rozeberu výklad uvedené výhrady v jednotlivých pramenech unijního práva, které mají vazbu na zákon o pobytu cizinců. Vystopování této vazby považuji za klíčové pro pochopení jejího výkladu v režimu příslušných ustanovení zákona o pobytu cizinců. Uvidíme, že drtivá většina ustanovení, obsažených v posledně zmíněném zákoně, má svůj původ v unijním právu a v těchto případech považuji za zásadní ji interpretovat eurokonformně. Zároveň zjistíme, že výklad též výhrady se může lišit i v rámci jedné jediné směrnice (viz např. dvojí standard ve směrnici 2003/109/ES o právním postavení státních příslušníků třetích zemí, kteří jsou dlouhodobě pobývajícími rezidenty). Naopak, i jedno jediné ustanovení zákona o pobytu cizinců, které může být uplatněno na cizince v různých migračních kontextech (v rámci různých směrnic), se může lišit. V určitých situacích mohou do hry vstupovat i závazky ČR z mezinárodních lidskoprávních smluv. Závěrem se zaměřím na ta ustanovení zákona, která nemají svůj prapůvod v unijním právu. Kritické analýze bude podrobena i související juridikatura vnitrostátních správních soudů. S ohledem na rozsáhlost matérie bude příspěvek rozdělen do dvou částí. V první se budu věnovat uplatnění výhrady veřejného pořádku vůči občanům EU a jejich rodinným příslušníkům v kontextu volného pohybu a pobytu.

2. SMĚRNICE 2004/38/ES

2.1 Důsledky vnitrostátního dorovnání (§ 15a odst. 3 zákona o pobytu cizinců) a specifické postavení vybraných kategorií rodinných příslušníků občanů ČR

Ustanovení § 15a odst. 3 zákona o pobytu cizinců vztáhlo právní úpravu týkající se rodinného příslušníka migrujícího občana Evropské unie i na rodinného příslušníka nemigrujícího státního občana České republiky. Vše, co bude řečeno o výkladu výhrady veřejného pořádku na úrovni unijního práva ve vztahu k migrujícímu občanu EU a jeho rodinnému příslušníkovi,

úpravy, o rozdílných okolnostech vzniku, původu a účelu jednotlivých ustanovení, mohou být v tomto ohledu užitečné.“

lze uplatnit i na rodinného příslušníka nemigrujícího občana ČR za předpokladu, že to umožní eurokonformní výklad (nepřímý účinek)²⁵ transponované vnitrostátní právní úpravy. Eurokonformní výklad příslušných ustanovení zákona o pobytu cizinců představuje výkladový strop pro vztahení směrnice 2004/38/ES (v daných souvislostech ustanovení týkajících se uplatnění výhrady veřejného pořádku) a související judikatury SDEU na rodinné příslušníky nemigrujícího občana ČR. Jelikož směrnice 2004/38/ES přímo na posledně uvedenou kategorii nedopadá, rodinný příslušník nemigrujícího občana ČR se nemůže dovolávat v případě nedostatečné transpozice směrnice 2004/38/ES jejího přímého účinku. Eurokonformní výklad je omezen zákazem výkladu vnitrostátního práva *contra legem* (k tomuto aspektu viz v podrobnostech dále).

V určitých případech se však i rodinný příslušník občana ČR může dovolat přímého účinku primárního práva.²⁶ Půjde o situace, kdy se občan ČR se svým rodinným příslušníkem vrací do svého domovského státu poté, co s ním rozvíjel nebo upevnil rodinný život během skutečného pobytu v jiném členském státě. Na tyto situace se dle SDEU vztahují pravidla týkající se volného pohybu osob ve smyslu čl. 21 SFEU. Dále se bude jednat o rodinné příslušníky občanů ČR, kteří využili svého práva volného pohybu v jiném členském státě, aniž by v něm pobývali. V tomto ohledu lze z judikatury SDEU dovodit, že půjde minimálně o situace, kdy občan ČR využívá práva volného poskytování služeb ve smyslu čl. 56 SFEU v jiných členských státech, přestože se v žádném z nich neusadil, nebo pokud bude za určitých okolností přeshraničním pracovníkem (tzv. pendlerem). V posledně uvedeném případě se může občan ČR dovolat ochrany čl. 45 SFEU.²⁷ Nesmíme zapomenout ani na rodinné příslušníky, kteří pečují o dítě nízkého věku, které je občanem ČR a v ČR pobývá od narození, aniž využilo práva volného pohybu, jestliže by toto dítě muselo v důsledku správního vyhoštění dotyčné osoby opustit

²⁵ „Uplatnění principu nepřímého účinku (povinnost eurokonformního výkladu) znamená povinnost vyložit vnitrostátní právo v co nejšíří možné míře tak, aby bylo dosaženo cílů a užitečného účinku práva EU (v tomto případě směrnice).“ Rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 14. listopadu 2016, č. j. 46 A 58/2015-51.

²⁶ V podrobnostech k témtoto kategoriím rodinných příslušníků viz POŘÍZEK, P. Postavení občana EU (ČR) v řízení o povolení k přechodnému pobytu. In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Pobyt cizinců: vybrané právní problémy II*. Sborník z vědeckého semináře uskutečněného dne 26. června 2014 v Kanceláři veřejného ochránce práv. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2015, s. 62–66.

²⁷ Viz v tomto ohledu rozsudek SDEU ve věci C-457/12 S. a G. V podrobnostech viz op. cit. výše, s. 64.

území EU, čímž by bylo zbaveno možnosti skutečně využívat podstatné části práv plynoucích ze statusu unijního občana. Tyto osoby, resp. jejich dítě, se mohou dovolat přímého účinku čl. 20 SFEU.²⁸ V popsaných situacích požívají rodinní příslušníci občanů ČR dvojí standard ochrany. Mohou čerpat jednak z ochrany prostřednictvím eurokonformního výkladu příslušných ustanovení zákona o pobytu cizinců týkajících se aplikace výhrady veřejného pořádku a zároveň mohu v návaznosti na ochranu poskytovanou primárním právem čerpat přímo ze záruk, které poskytuje judikatura SDEU při uplatnění výhrady veřejného pořádku vůči migrujícím občanům EU a jejich rodinným příslušníkům. SDEU totiž vztáhl posledně uvedené garance i na uvedené kategorie rodinných příslušníků nemigrujících unijních občanů EU, resp. v daném kontextu České republiky.

²⁸ Vymezení této kategorie třetizemců SDEU zpřesnil v čerstvém rozsudku ve věci C-133/15 *Chavez-Vilchez a další*: „72 [...] [Č]lánek 20 SFEU musí být vykládán v tom smyslu, že při posuzování, zda by dítě, které je občanem Unie, bylo nuceno opustit území Unie jako celek a bylo tím připraveno o možnost skutečně využívat podstatné části práv, která mu přiznává tento článek, pokud by jeho rodič, který je státním příslušníkem třetí země, bylo v dotčeném členském státě odepřeno právo pobytu, je okolnost, že druhý rodič, který je občanem Unie, je opravdu schopen a připraven sám vykonávat každodenní a skutečnou péči o dítě, relevantní, ovšem nepostačuje k tomu, aby bylo možno konstatovat, že mezi rodičem, který je státním příslušníkem třetí země, a dítětem neexistuje takový vztah závislosti, že by dítě v případě takového odepření bylo nuceno opustit území Unie. Takové posouzení musí být v nejvlastnějším zájmu dotčeného dítěte učiněno při zohlednění všech okolností daného případu, zejména věku dítěte, jeho fyzického a emočního vývoje, míry jeho citové vazby jak na rodiče, který je občanem Unie, tak na rodiče, který je státním příslušníkem třetí země, jakož i rizika, že by odlooučení od posledně uvedeného rodiče ohrozilo jeho psychickou rovnováhu.“ Pokud jde o důkazní břemeno, členský stát může podmínit „právo pobytu státního příslušníka třetí země, který je rodičem nezletilého dítěte, jež je státním příslušníkem tohoto členského státu a tento rodič se o něj každodenně a skutečně stará, na svém území tím, že tento státní příslušník předloží důkazy, které mohou doložit, že rozhodnutí o odepření práva pobytu rodiče, který je státním příslušníkem třetí země, by dítě připravilo o možnost skutečně využívat podstatné části práv souvisejících se statusem občana Unie, jelikož by muselo opustit území Unie jako celek“ (bod 78 rozsudku). To zároveň nezbavuje členský stát „povinnosti provést na základě důkazů předložených státním příslušníkem třetí země průzkum nezbytný ke zjištění, kde pobývá rodič, který je státním příslušníkem tohoto členského státu, a k posouzení, zda je opravdu schopen a připraven sám vykonávat každodenní a skutečnou péči o dítě a zda mezi dítětem a rodičem, který je státním příslušníkem třetí země, existuje takový vztah závislosti, že rozhodnutí o odepření práva pobytu tomuto rodiči by dítě připravilo o možnost skutečně využívat podstatné části práv souvisejících s jeho statusem občana Unie, jelikož by muselo opustit území Unie jako celek“ (bod 77 rozsudku).

2.2 Článek 27

Základní mantiely pro výklad veřejného pořádku ve vztahu k občanům EU a jejich rodinným příslušníkům najdeme v čl. 27 směrnice 2004/38/ES, zejména v odstavcích 1 a 2. Dle odst. 1 „*smějí členské státy omezit svobodu pohybu a pobytu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků bez ohledu na státní příslušnost z důvodů veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví. Tyto důvody nesmějí být uplatňovány k hospodářským účelům*“.²⁹ Zároveň (odst. 2) „*[o]patření přijatá z důvodů veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti musí být v souladu se zásadou priměrenosti a musí být založena výlučně na osobním chování dotyčné osoby. Předchozí odsouzení pro trestný čin samo o sobě přijetí takových opatření neodůvodňuje. Osobní chování dotyčného jednotlivce musí představovat skutečné, aktuální a dostatečně závažné³⁰ ohrožení některého ze základních zájmů společnosti.*³¹ Odůvodnění, která přímo nesouvisí s dotyčnou osobou nebo souvisejí s generální prevencí, nejsou přípustná“ (důraz doplněn). K uplatnění výhrady veřejného pořádku ve smyslu čl. 27 směrnice 2004/38/ES existuje bohatá odborná literatura (domácí i zahraniční) a judikatura SDEU. Její výklad lze (zejména ve srovnání s podobnými výhradami v unijních pobytových směrnicích vztahujících se na třetizemce) považovat za relativně

²⁹ Za nepřípustné omezení volného pohybu státního příslušníka členského státu EU k hospodářským účelům označil SDEU např. praxi stanovením zákazu opustit území členského státu a nemožnost nechat si vystavit pas z důvodu existence dluhu vůči právnické osobě zízení podle soukromého práva. V podrobnostech viz rozsudek ve věci C-249/11 *Bjankov*, body 29-48. Pokud jde o daňové dluhy vůči státu, SDEU v rozsudku ve věci C-434/10 *Aladžov* uvedl: „40 [...] [U]njí právo nebrání legislativnímu ustanovení členského státu, které správnímu orgánu umožňuje, aby státnímu příslušníku tohoto státu zakázal opustit jeho území z důvodu, že nebyl uhrázen daňový dluh společnosti, ježíž je jedním z jednatelů, avšak za dvojí podmínky, že cílem dotčeného opatření je za určitých výjimečných okolností, které mohou vyplývat zejména z povahy nebo z významu tohoto dluhu, odpověď na skutečné, aktuální a dostatečně vážné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti a že takto sledovaný cíl neodpovídá pouze hospodářským účelům“. Ohrožení některého ze základních zájmů společnosti může vyplývat „například z významu dotčených částek či z nezbytnosti boje proti daňovým podvodům“ (tamtéž, bod 37).

³⁰ SDEU nestanovil žádnou minimální úroveň trestného činu či přestupku, která by odůvodňovala přijetí opatření z důvodů veřejného pořádku (ROGERS, N., SCANNELL, R., WALSH, J. *Free movement of persons in the enlarged European Union*. Second edition. London: Sweet & Maxwell, 2012, s. 256).

³¹ „[C]ož zpravidla znamená, že se u dotyčného jednotlivce předpokládá, že se takto bude chovat i v budoucnu.“ Rozsudek SDEU ve věci C-348/09 *P. I.*, bod 30.

bezproblémový a ustálený,³² proto se jí na tomto místě nebudu podrobně věnovat.³³

Dovolím si pouze polemizovat s jedním ze závěrů rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu, vyjádřeným v usnesení č. j. 3 As 4/2010-151 ze dne 26. 7. 2011. Týká se obsahu veřejného pořádku. V něm s odkazem na předchozí rozsudek č. j. 2 As 78/2006-64 uvedl, že „*veřejný pořádek nerovná se pouze určité normy, ba ani normy jediného normativního systému, a že naopak pojem veřejného pořádku předpokládá krom norem právních užití také norem morálních, sociálních, politických, případně náboženských*“.³⁴ Z judikatury SDEU lze dovodit, že minimálně v kontextu volného pohybu unijních občanů a jejich rodinných příslušníků (včetně tureckých pracovníků), tvoří veřejný pořádek pouze normy právní povahy. Podle ustálené judikatury SDEU totiž předpokládá uplatnění pojmu veřejného pořádku vnitrostátním orgánem kromě společenského nepořádku, který představují všechna porušení práva, existenci skutečné a dostatečně závažné hrozby, kterou je dotčen základní zájem společnosti.³⁵ Nadto musí osobní chování dotyčného jednotlivce představovat skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti. Z uvedené definice lze

³² Směrnice 2004/38/ES „představuje komplát dosavadních právních předpisů (zejména směrnic) regulujících volný pohyb osob a jejich rodinných příslušníků, jak se vyuvinul od roku 1957. Zároveň většinu stávajících směrnic zrušila, shrnula dosavadní závazky vyplývající z primárního práva a nabídla aktuální reflexi většiny dosavadní judikatury ESD k volnému pohybu osob. Větší část judikatury ESD před přijetím směrnice 2004/38/ES zůstává i nadále relevantní, neboť nová směrnice v řadě ohledů převzala právní úpravu obsaženou v předchozích směrnicích“. POŘÍZEK, P. *Vstup cizince na území státu. Pohled mezinárodního, unijního a českého práva*. 1. vyd. Praha: Linde Praha, 2013, s. 328.

³³ Viz např. sdělení Komise Evropskému parlamentu a Radě. Pokyny 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 (dále jen „sdělení Komise 2009“). KOM(2009) 313 v konečném znění, 2. 7. 2009, s. 9–13. Z domácí odborné literatury mohu odkázat zejména na J. VĚTROVSKÝ, J., op. cit. 5, s. 271–275 či KARLOVÁ, H. Omezení a ukončení práva na vstup a pobyt občanů Unie z důvodu veřejného pořádku a bezpečnosti. *Právník*. Ročník CXLVI. 8/2007, s. 922–928 (autorka nabízí i srovnání se zrušenou směrnicí 64/221/EHS). Ze zahraniční literatury viz např. GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J. *The EU Citizenship Directive. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 250–263 či ROGERS, N., SCANNELL, R., WALSH, J., op. cit. 30, s. 249–274.

³⁴ Bod 31 rozsudku.

³⁵ Viz rozsudky ve (spojených) věcech 30/77 *Bouchereau*, bod 35, C-482/01 a C-493/01 *Orfanopoulos a Oliveri*, bod 66, C-441/02 *Komise v. Německo*, bod 35, C-503/03 *Komise Evropských společenství v. Španělské království*, bod 46, C-50/06 *Komise v. Nizozemské království*, bod 43, C-430/10 *Gajdarov*, bod 33, C-33/07 *Jipa*, bod 23, C-349/06 *Polat*, bod 34 či C-303/08 *Bozkurt*, bod 57.

dovodit, že smyslem uplatnění výhrady veřejného pořádku je předcházení narušení společenského pořádku (řádu),³⁶ který je tvořen právním řádem členského státu. Jinými slovy, jestliže společenský nepořádek tvoří veškerá porušení práva, pak společenský pořádek tvoří veškeré právo.³⁷ Myslím, že výše uvedené lze dovodit i z dalšího závěru SDEU, dle něhož nemůže členský stát uplatnit výhradu veřejného pořádku za jednání, které by pro jeho vlastní příslušníky „nemělo za následek žádná represivní nebo jiná faktická a účinná opatření určená k jeho potlačení“.³⁸

2.3 Proporcionalita (přiměřenost) a související aspekty

Přesto považuji za důležité jeden aspekt obsažený explicitně v čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES zmínit. Je jím zásada proporcionality. Důvodem, proč bych se chtěl této zásadě věnovat podrobněji, je skutečnost, že český zákonodárce ji ve vztahu k občanům EU a jejich rodinným příslušníkům promítl do zákona o pobytu cizinců nedostatečným a zavádějícím způsobem. Ve vztahu k občanům EU je explicitně promítnuta pouze do zrušení přechodného pobytu,³⁹ nikoli už ve vztahu k zamítnutí vydání potvrzení o přechodném pobytu.⁴⁰ Ve vztahu k rodinným příslušníkům občana EU není zásada proporcionality promítnuta do udělení krátkodobého víza.⁴¹ Při rozhodování o žádosti o vydání povolení k přechodnému pobytu je zásada proporcionality promítnuta pouze ve vztahu k výhradě veřejného zdraví,⁴² nikoli ve vztahu k dalším důvodům pro zamítnutí, včetně výhrady veřejného pořádku. Pokud

³⁶ Sdělení Komise 2009, s. 10. ROGERS, N., SCANNELL, R., WALSH, J., op. cit. 30, s. 255. BESTERS, M., MACENAITE, M. Securing the EU Public Order: Between an Economic and Political Europe. *German Law Journal*. Vol. 14. Issue 10. October 2013, s. 2078.

³⁷ Na shoru citovanou judikaturu (v pozn. č. 31) odkazuje rovněž rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení č. j. 3 As 4/2010-151 ze dne 26. července 2011 (bod 52). Přesto (a dle mého názoru v kontextu volného pohybu a pobytu unijních občanů a jejich rodinných příslušníků nesprávně) s odkazem na svoji předchozí judikaturu (č. j. 2 As 78/2006-64) podrazuje pod obsah veřejného pořádku kromě právních norem i normy morální, sociální, politické, případně náboženské (bod 31).

³⁸ Viz bod 42 rozsudku SDEU ve věci C-100/01 *Olazabal* s odkazem na bod 9 rozsudku ve spojených věcech 115 a 116/81 *Adoui a Cornuaille*. Obdobně viz rozsudek ve věci C-268/99 *Jany a další*, bod 60.

³⁹ Viz § 87d odst. 2 zákona o pobytu cizinců. V tomto případě se uplatní na všechny důvody zrušení přechodného pobytu, včetně výhrady veřejného pořádku [písm. b]).

⁴⁰ Srov. § 87d odst. 1) téhož zákona. Výhrada veřejného pořádku je obsažena pod písm. b).

⁴¹ Viz § 20 odst. 5 zákona o pobytu cizinců. Výhrada veřejného pořádku je obsažena pod písm. c).

⁴² Viz § 87e odst. 1, jehož návětí odkazuje na § 87d odst. 1 a 2 zákona o pobytu cizinců.

jde o ukončení přechodného pobytu, objevuje se zásada proporcionality u § 87f odst. 1 a 3⁴³ (nikoli ve vztahu k odst. 2 zákona o pobytu cizinců).⁴⁴ Totéž platí pro důvody neprodložení pobytové karty rodinného příslušníka občana EU, osvědčující jeho přechodný pobyt.⁴⁵ Hodnocení proporcionality se neobjevuje u vydání povolení k trvalému pobytu občanu EU ani jeho rodinného příslušníka.⁴⁶ Totéž platí i pro odepření vstupu.⁴⁷ Ve vztahu k oběma kategoriím se naopak objevuje u zrušení povolení k trvalému pobytu⁴⁸ a u vyhoštění.⁴⁹ Ve všech uvedených případech je navíc posouzení přiměřenosti zúženo na hledisko „zásahu do soukromého nebo rodinného života“. V zákoně se dále nachází ustanovení § 174a, nazvané přiměřenost. Demonstrativním způsobem („zejména“) stanoví okolnosti, které by měl správní orgán zohlednit „[p]ři posuzování přiměřenosti dopadů rozhodnutí podle tohoto zákona“.⁵⁰ Nepoužívá tedy stejnou terminologii jako shora uvedená ustanovení týkající se občanů EU a jejich rodinných příslušníků.⁵¹ Zároveň na první pohled není zřejmé, zda se posouzení přiměřenosti uplatní i v těch případech, kdy zvláštní úprava v zákoně o pobytu cizinců odkaz na posouzení přiměřenosti neobsahuje⁵² (k tomuto aspektu viz v podrobnostech dále).

⁴³ V tomto případě i ve vztahu k výhradě veřejného pořádku, srov. ustanovení písm. d).

⁴⁴ V tomto případě setak zásadou přiměřenosti aplikuje i ve vztahu k výhradě veřejného pořádku, viz § 87f odst. 3 písm. d).

⁴⁵ § 87p odst. 2 odkazuje, pokud jde o důvody neprodložení, na důvody pro ukončení přechodného pobytu dle § 87f.

⁴⁶ Srov. § 87k zákona o pobytu cizinců.

⁴⁷ Viz § 9 odst. 3 zákona o pobytu cizinců.

⁴⁸ Srov. § 87l odst. 1 zákona o pobytu cizinců.

⁴⁹ Srov. § 119 odst. 2 a § 119a odst. 2 zákona o pobytu cizinců ve vztahu k vyhoštění z přechodného pobytu (kam spadá i nelegální pobyt, viz § 118 odst. 5) a § 120 odst. 2 a 4 téhož zákona ve vztahu k vyhoštění z trvalého pobytu.

⁵⁰ Srov. odst. 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, povaha 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“.

⁵¹ Viz např. ustanovení § 87d odst. 2 zákona o pobytu cizinců: „Ministerstvo rozhodnutím zruší přechodný pobyt na území občanu Evropské unie, jestliže [...] b) ohrožuje bezpečnost státu nebo závažným způsobem naruší veřejný pořádek, není-li zahájeno řízení o správním vyhoštění, nebo [...] za podmínky, že rozhodnutí o zrušení přechodného pobytu na území bude přiměřené z hlediska jeho zásahu do soukromého nebo rodinného života občana Evropské unie“.

⁵² Toto ustanovení se do zákona o pobytu cizinců dostalo novelou č. 427/2010 Sb., s účinností od 1. 1. 2011. Tento novelizační bod byl přijat až v rámci druhého čtení novely v Poslanecké sněmovně poslaneckým návrhem. Neexistuje k němu tedy žádná dostupná důvodová

Aktuálně projednávaná novela zákona o pobytu cizinců⁵³ navrhuje do § 174a doplnit nový odstavec 3 následujícího znění: „*Přiměřenost dopadů rozhodnutí podle tohoto zákona správní orgán posuzuje pouze v případech, kdy to tento zákon výslovně stanoví*“.⁵⁴

Pokud jde o zásadu proporcionality, ta vychází přímo ze SFEU a platí pro všechny základní svobody, včetně svobody volného pohybu.⁵⁵ SDEU zároveň potvrdil, že omezení, které SFEU, popř. směrnice 2004/38/ES, stanoví pro volný pohyb osob z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a veřejného zdraví, nesmí být vnímány tak, že stanoví další podmínky nutné k získání práva na vstup a pobyt, ale jako možnost, v individuálních případech, kde pro to existují dostatečné důvody, omezit výkon práva vyplývajícího přímo

zpráva (v podrobnostech viz Parlament ČR, Poslanecká sněmovna, 2010, 6. volební období, sněmovní tisk 70/2, Pozměňovací a jiné návrhy k tisku 70).

⁵³ Sněmovní tisk č. 990, který byl následně schválen jako zákon č. 222/2017 Sb., s účinností k 15. srpnu 2017.

⁵⁴ Novelizační bod 227. Jde o jedno z mnoha sporných ustanovení (viz v podrobnostech dále), které „načetl“ v Poslanecké sněmovně při projednávání novely v rámci druhého čtení dne 22. 2. 2017 poslanec V. Klučka (z představení pozměňovacího návrhu ve sněmovně vyplynulo, že jej připravilo Ministerstvo vnitra). V odůvodnění svého pozměňovacího návrhu ke sněmovnímu tisku č. 990 uvedl: „Zákon o pobytu cizinců v ustanoveních o rušení pobytových oprávnění a o zamítání žádosti o pobytová oprávnění diferencuje **důvody, které jsou méně závažné**, a je proto nutno **posuzovat přiměřenost zásahu rozhodnutí do soukromého a rodinného života cizince, a důvody vyšší závažnosti**, které **s nutností posuzovat přiměřenost zásahu rozhodnutí nejsou**. V případech, kdy zákon výslovně nestanoví povinnost posuzovat přiměřenost dopadů rozhodnutí, se má obecně za to, že správní orgán přiměřenost dopadů rozhodnutí neposuzuje, protože posouzení nutnosti takového postupu provedl již předem zákonodárci. Judikatura soudů České republiky však dochází střídavě k tomuto i k opačnému závěru, a proto je žádoucí doplnit úpravu § 174a zákona o pobytu cizinců o ustanovení, podle kterého se přiměřenost dopadů rozhodnutí posuzuje pouze v případech, kdy tak zákon výslovně stanoví. Současně se ustanovení o rušení pobytových oprávnění a o zamítání žádosti o pobytová oprávnění navrhuje upravit tak, aby případy, kdy cizinec předkládá padělané nebo pozměněné doklady nebo uvádí nepravdivé skutečnosti nebo kdy by cizinec pravomocně odsouzen, navrhují upravit takovým způsobem, aby se v jejich případech přiměřenost dopadů rozhodnutí neposuzovala, protože se jedná o tak závažné nezádoucí důvody spočívající v jednání cizince, u kterých nepřichází v úvahu pobytové oprávnění cizinci udělit. V případě trvalého pobytu se pak také navrhuje neposuzovat přiměřenost rozhodnutí o zamítnutí žádosti, pokud nejsou doloženy dostatečné prostředky k trvalému pobytu na území České republiky, stejně jako se z tohoto důvodu již podle platného znění zákona o pobytu cizinců přiměřenost neposuzuje při zamítnutí žádosti o dlouhodobé vízum a povolení k dlouhodobému pobytu.“ (důraz doplněn).

⁵⁵ Viz stanovisko generálního advokáta Y. Bota ve věci C-145/09 *Tsakouridis*, bod 37. Obdobně sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů. Volný pohyb občanů EU a jejich rodin: Pět rozhořujících opatření, COM/2013/0837 final, kapitola 3.2.

z SFEU.⁵⁶ Jinými slovy, „[p]okud se týče práva pobývat na území členských států upraveného v čl. 18 odst. 1 ES [nyní čl. 21 SFEU, pozn. P. P.], je třeba uvést, že toto právo je přiznáno přímo každému občanu Unie jasným a přesným ustanovením Smlouvy. Catherine již pouze coby státní příslušník členského státu, a tudíž občan Unie, má právo dovolat se čl. 18 odst. 1 ES [nyní čl. 21 SFEU, pozn. P. P.]. Toto právo občanů Unie pobývat na území jiného členského státu je přiznáno s výhradou omezení a podmínek stanovených ve Smlouvě a v opatřeních přijatých k jejímu provedení [...].“⁵⁷ V rozsudku ve věci C-100/01 *Olazabal*, bod 43, SDEU s odkazem na rozsudek ve věci C-55/94 *Gebhard* uvedl: „Je zároveň třeba připomenout, že opatření omezující některou ze základních svobod zaručených Smlouvou lze odůvodnit pouze v případě, že je dodržena zásada proporcionality. V tomto ohledu je třeba, aby takové opatření bylo způsobilé zaručit uskutečnění cíle, který sleduje, a neprekračovalo meze toho, co je k dosažení tohoto cíle nezbytné [...].“⁵⁸ (důraz doplněn). Jinými slovy, „[o]patření omezující základní svobodu mohou být odůvodněna důvody veřejného pořádku, jen pokud jsou vhodná k dosažení cílů, které sledují, a nezbytná pro ochranu zájmů, které mají zaručit, a jen pokud tyto cíle nemohou být dosaženy méně omezujícími opatřeními“.⁵⁹ A do třetice, „mají-li být splněny podmínky uvedené v čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38, musí se opatření, které se žalobce v původním řízení týká, jevit jako vhodné a nezbytné k dosažení sledovaného cíle. Mimo to musí být v úvahu rovněž vzata soudržnost a soustavnost právní úpravy, která je pro omezující opatření základem“.⁶⁰ Zásada proporcionality je navíc výslovně uvedena v čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES: „Z čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38, jakož i z ustálené judikatury Soudního dvora totiž vyplývá, že opatření omezující právo na svobodný pohyb může být odůvodněné, pouze pokud je v souladu se zásadou proporcionality“.⁶¹

⁵⁶ Viz rozsudky SDEU ve věci C-157/79 *Pieck*, bod 9 a 321/87 *Komise v. Belgie*, bod 10. Lze doplnit, že „[z] ustálené judikatury vyplývá, že výhrada veřejného pořádku představuje výjimku z práva pobytu občanů Unie či jejich rodinných příslušníků, kterou je třeba vykládat restriktivně a jejíž rozsah nemohou členské státy určovat jednostranně [...].“ Rozsudek SDEU ve věci C-165/14 *Rendón Marín*, bod 58 a tam citovaná judikatura.

⁵⁷ Rozsudek SDEU ve věci C-200/02 *Zhu a Chen*, bod 26.

⁵⁸ Shodně i rozsudek SDEU ve věci C-430/10 *Gajdarov*, bod 42 a C-249/11 *Bjankov*, bod 43.

⁵⁹ Viz rozsudek SDEU ve věci C438/14 von *Wolfersdorff*, bod 72 a tam citovaná judikatura.

⁶⁰ Stanovisko generálního advokáta P. Mengozziho ve věci C-434/10 *Aladžov*, bod 40.

⁶¹ Viz rozsudek SDEU ve věci C-33/07 *Jipa*, bod 29 a tam zmíněná judikatura. Shodně i rozsudek SDEU ve věci C-430/10 *Gajdarov*, bod 41 a C-165/14 *Rendón Marín*, body 45 a 59 („Jak vyplývá z čl. 27 odst. 2 prvního pododstavce směrnice 2004/38, opatření omezující právo pobytu občana Unie nebo jeho rodinného příslušníka, zejména opatření přijatá

Co je zároveň důležité si uvědomit, čl. 27 odst. 1 (a v návaznosti na něho i odst. 2 včetně zohlednění zásady proporcionality) se použije na všechny typy rozhodnutí, kterými se omezuje svoboda pohybu či pobytu.⁶² Původní návrh Komise odkazoval pouze na rozhodnutí o odmítnutí vstupu a vyhoštění.⁶³ Komise následně přijala změny navržené Evropským parlamentem,⁶⁴ který navrhl rozšířit původní znění na všechny typy rozhodnutí.⁶⁵ Návrh Evropského parlamentu byl přijat rovněž Radou ve společném postoji k návrhu směrnice,⁶⁶ přestože konečné znění se formulačně (nikoli obsahově)

z důvodů veřejného pořádku, mohou být odůvodněna jen tehdy, jsou-li v souladu se zásadou proporcionality a založena výlučně na osobním chování dotyčné osoby.“.

- ⁶² GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 250. CONDINANZI, M., LANG, A., NASCIMBENE, B. *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 97, 98. ROGERS, N., SCANNELL, R., WALSH, J., op. cit. 30, s. 250.
- ⁶³ Proposal for a European Parliament and Council Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. COM/2001/257, původně čl. 25 (General principles): „(1) This Chapter shall apply to decisions whereby Union citizens and their family members, irrespective of nationality, are refused entry or expelled on grounds of public policy, public security or public health. These grounds may not be cited to serve economic ends“.
- ⁶⁴ European Parliament. Session document. A5-0009/2003.23 January 2003. Report on the proposal for a European Parliament and Council directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States (COM(2001) 257. C5-0336/2001 . 2001/0111(COD)). Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs. Rapporteur: Giacomo Santini. Amendment 71. Article 25, paragraph 1: „(1) This Chapter shall apply to **all decisions which restrict the freedom of movement** of Union citizens and their family members, irrespective of nationality, on grounds of public policy, public security or public health. These grounds shall not be invoked to serve economic ends“ (důraz převzat). V odůvodnění výbor uvedl: „The new definition given in paragraph 1 is broader; Article 25 must refer to all decisions that restrict freedom of movement.“ Tento návrh se pak objevuje i v legislativním usnesení k návrhu Komise [European Parliament legislative resolution on the proposal for a European Parliament and Council directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. COM(2001) 257 _ C5-0336/2001 _ 2001/0111(COD)].
- ⁶⁵ V pozměněném návrhu směrnice Komise (COM/2003/199) návrh Evropského parlamentu akceptovala s následujícím komentářem: „Article 25(1) (amendment 71): this amendment makes a more general reference to **all types of decision restricting freedom of movement**. The new wording is preferable as it covers all types of measure – removal, refusal of leave to enter the territory and refusal to leave“ (důraz doplněn).
- ⁶⁶ Common Position (EC) No 6/2004 of 5 December 2003 adopted by the Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251 of the Treaty establishing the European Community, with a view to adopting a directive of the European Parliament and of the Council on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No

od návrhu Evropského parlamentu liší. Shodný průběh mělo i přijetí zásady proporcionality.⁶⁷

Pokud jde o aplikaci zásady proporcionality při posuzování konkrétních případů, lze si pomocí sdělením Komise 2009:⁶⁸ „**Jakmile orgány zjistí, že osobní chování jednotlivce představuje hrozbu, která je dostatečně závažná na to, aby bylo nutno přijmout omezující opatření**, musí provést hodnocení proporcionality, aby rozhodly, zda může být dotyčné osobě **odepřen přístup nebo zda může být vyhoštěna** z důvodů veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti. Vnitrostátní orgány musí určit chráněné zájmy. Ve světle těchto zájmů pak musí provést analýzu povahy hrozby. V úvahu by měly být vzaty tyto faktory:

- stupeň nebezpečí pro společnost vyplývající z přítomnosti dotyčné osoby na území členského státu,
- povaha protiprávních jednání, jejich četnost, kumulativní nebezpečí a způsobená škoda,⁶⁹
- čas, který uplynul od spáchání činu a chování dotyčné osoby (poznámka: zohlednit lze také dobré chování ve vězení a možné podmínečné propuštění).

1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (Text with EEA relevance), část III, bod A.

67 V prvním návrhu Komise (COM/2001/257) zásada proporcionality v původním čl. 25 odst. 2 zahrnuta nebyla. Do směrnice se dostala až na návrh Evropského parlamentu (pozměňovací návrh č. 72, viz dokument cit. výše v pozn. č. 64), který navrhl následující úpravu (původně první věta čl. 25 odst. 2): „Measures taken on grounds of public policy or public security shall **comply with the principle of proportionality and shall** be based exclusively on the personal conduct of the individual concerned“ (důraz a kurziva převzaty). Dle odůvodnění, „[j]e zásadní, aby všechna přijatá opatření zachovávala zásadu proporcionality“. Toto znění bylo přijato Komisí do pozměněného návrhu směrnice (COM/2003/0199) a přijato Radou (dokument cit. v pozn. č. 62) ve společném postoji k návrhu směrnice. Doslově se pak promítlo do konečného čl. 27 odst. 2, věta první.

68 To ostatně činí i odborná literatura, srov. GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 258, 259 či ROGERS, N., SCANNELL, R., WALSH, J., op. cit. 30, s. 254, 255.

69 Viz v tomto ohledu stanovisko generálního advokáta M. Szpunara ve věci C-165/14 *Rendón Marín*: „102. Pro účely posouzení, zda je vyhoštění opatřením přiměřeným sledovanému cíli, v projednávané věci ochraně veřejného pořádku či veřejné bezpečnosti, je tudíž nutno vzít v úvahu kritéria stanovená v čl. 28 odst. 1 směrnice 2004/38, a to délku pobytu dotyčné osoby na území hostitelského členského státu, její věk, zdravotní stav, rodinné a ekonomické poměry, společenskou a kulturní integraci v hostitelském členském státě a intenzitu vazeb na zemi původu. **V rámci zásady proporcionality považují také za důležité posoudit stupeň závažnosti protiprávního jednání**“ (důraz doplněn).

Osobní a rodinná situace dotyčného jednotlivce musí být posuzována pečlivě, aby bylo možné určit, zda je zamýšlené opatření vhodné a nepřesahuje meze toho, co je nezbytně nutné k dosažení sledovaného cíle, a zda tohoto cíle nelze dosáhnout za použití méně přísných opatření. Měly by se vzít v úvahu následující faktory, uvedené jako indikativní⁷⁰ seznam v čl. 28 odst. 1:

- *vliv vyhoštění na ekonomický, osobní a rodinný život jednotlivce (včetně vlivu na ostatní rodinné příslušníky, kteří by jinak měli právo zůstat v hostitelském členském státě),⁷¹*
- *závažnost obtíží, které hrozí manželovi/partnerovi a jejich dítěti nebo dětem v zemi původu dotyčné osoby,*
- *intenzita vazeb (příbuzní, návštěvy, jazykové znalosti) – nebo nedostatek vazeb – na členský stát původu a na hostitelský členský stát (například, zda se dotyčná osoba narodila v hostitelském členském státě nebo zde žila od raného věku),*
- *délka pobytu v hostitelském členském státě (postavení turisty je odlišné od postavení osoby, která v hostitelském členském státě žila po mnoho let),*
- *věk a zdravotní stav⁷² (důraz doplněn).*

⁷⁰ Faktory uvedené v čl. 28 odst. 1 nejsou taxativní, vyčerpávající.

⁷¹ SDEU v řadě rozsudků kromě obecného odkazu na respektování soukromého a rodinného života klade důraz na zohlednění zájmu dítěti. Viz např. rozsudek SDEU ve věci C-304/14 CS: „36. Je nutno podotknout, že článek 20 SFEU nemá vliv na možnost členských států dovolávat se výhrady související s ochranou veřejného pořádku a veřejné bezpečnosti. Vzhledem k tomu, že situace CS spadá do působnosti unijního práva, je ovšem její situaci nutno posuzovat s ohledem na právo na respektování soukromého a rodinného života stanovené v článku 7 Listiny základních práv Evropské unie (dále jen ‚Listina‘), přičemž tento článek musí být vykládán ve spojení s povinností zohlednit nejvlastnější zájem dítěte, ustanovený v čl. 24 odst. 2 Listiny (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 23. prosince 2009, Detiček, C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, body 53 a 54)“. Zároveň lze odkázat i na stanovisko generálního advokáta M. Szpunara ve věcech C-165/14 *Rendón Marín* a C-304/14 CS, v němž s odkazy na judikaturu ESLP uvedl: „174. V tomto ohledu je podle judikatury Evropského soudu pro lidská práva zapotřebí posoudit, zda jsou dány mimořádné okolnosti odůvodňující závěr, že vnitrostátní orgány nenastolily spravedlivou rovnováhu mezi protichůdnými zájmy, zejména zájmem dítěte na pokračování rodinného života v dotčeném státě, a že tyto orgány tudíž neposkytly ochranu základnímu právu na respektování rodinného života, jež je zaručeno článkem 8 EÚLP, mimo jiné v případě rozhodnutí o vyhoštění, jako je tomu v projednávané věci. Je tudíž nutno vzít v úvahu dopady, které může mít takové rozhodnutí na děti. Při vyuvažování dotčených zájmů je namísto zohlednit nejvyšší zájem dítěte. Zvláštní pozornost je nutno věnovat jejich věku, jejich situaci v dotčených členských státech či dotyčných zemích a stupní jejich závislosti na rodičích.“

⁷² Sdělení Komise 2009, s. 12, 13. Pokud jde o zmíněná kritéria obsažená ve sdělení Komise 2009, resp. v čl. 28 odst. 1 směrnice 2004/38/ES, lze odkázat na rozsudek SDEU

Z citovaného textu je patrné, že Komise vztahuje všechna uvedená kritéria, včetně indikativních kritérií obsažených v čl. 28 odst. 1⁷³ směrnice 2004/38/ES, na všechny situace související s omezením svobody pohybu/pobytu, nikoli pouze na vyhoštění.⁷⁴ Domnívám se, že to plyne i z logiky věci. Materiálně není rozdílu mezi neudělením krátkodobého víza rodinnému příslušníkovi, odepřením vstupu, neudělením pobytu, neprodloužením pobytové karty, zrušením pobytu na straně jedné či vyhoštěním na straně druhé. Ve všech případech má takové rozhodnutí za následek, že občan EU, popř. jeho rodinný příslušník, je fakticky donucen opustit území státu (popř. mu není umožněno na jeho území ani vstoupit), a dochází tak k omezení jeho svobody pohybu/pobytu. Všechny uvedené případy představují nepochybně omezení svobody pohybu/pobytu ve smyslu čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. Vyhoštěna může být zároveň osoba, která na území státu pobývá několik měsíců (v krajním případě i po několika málo dnech), naopak ke zrušení pobytu (neprodloužení pobytové karty) může dojít po mnoha letech (v extrémních případech desetiletích) pobytu občana EU či jeho rodinného příslušníka na území. Současně se takové rozhodnutí bezprostředně dotýká jeho případních rodinných příslušníků, kteří s ním na území mohou opět pobývat dlouhou dobu (včetně dětí narozených na území, které zde chodí do školy a nikdy v zemi původu nežily). Jestliže se v souladu s čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES povinnost testu proporcionality promítá do všech uvedených

ve spojených věcech C-482/01 a C-493/01 *Orfanopoulos a Oliveri*. V něm SDEU ještě ve vztahu k původní směrnici 64/221, která žádná podobná kritéria neobsahovala, s odkazem na judikaturu ESLP k zásadě proporcionality uvedl (bod 99): „Finally, the necessity of observing the principle of proportionality must be emphasised. To assess whether the interference envisaged is proportionate to the legitimate aim pursued, in this instance the protection of public policy, account must be taken, particularly, of the nature and seriousness of the offences committed by the person concerned, the length of his residence in the host Member State, the period which has elapsed since the commission of the offence, the family circumstances of the person concerned and the seriousness of the difficulties which the spouse and any of their children risk facing in the country of origin of the person concerned (see, as regards Article 8 of the ECHR, *Boultif v Switzerland* (54273/00) [2001] ECHR 493, paragraph 48).”

⁷³ „Před přijetím rozhodnutí o vyhoštění z důvodů veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti vezme hostitelský členský stát v úvahu skutečnosti, jako je délka pobytu dotyčné osoby na jeho území, věk, zdravotní stav, rodinné a ekonomické poměry, společenská a kulturní integrace v hostitelském členském státě a intenzita vazeb na zemi původu.“

⁷⁴ Shodně i sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů. Volný pohyb občanů EU a jejich rodin: Pět rozhodujících opatření, COM/2013/0837 final, kapitola 3.2: „Jakékoli opatření, které omezuje volný pohyb, může být odůvodněné, pouze pokud je v souladu se zásadou proporcionality“.

rozhodnutí a jestliže tento test v sobě zahrnuje v zásadě třístupňové schéma přezkumu, při němž je zapotřebí dodržet 1. vhodnost, 2. nezbytnost a 3. přiměřenost dotčeného opatření zasahujícího do svobody pohybu,⁷⁵ nutně to znamená zohlednit faktory uvedené ve sdělení Komise 2009, resp. v čl. 28 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. První tři faktory uvedené ve sdělení Komise 2009 souvisí s povinností posoudit, zda osobní chování dotyčného představuje „*skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti*“.⁷⁶ Zohlednění dalších faktorů převzatých z čl. 28 odst. 1 je pak nezbytným předpokladem k tomu, aby mohla být s ohledem na individuální okolnosti každého jedince posouzena vhodnost, nezbytnost a přiměřenost přijímaného opatření omezujícího svobodu pohybu/pobytu (odepření vstupu, zrušení pobytu apod.). Aby bylo možné posledně uvedená kritéria zohlednit, z povahy věcí musí být vzata do úvahy délka pobytu dotyčného na území (jiná bude u osoby zdržující se na území několik málo dnů, jiná u osoby pobývající na území 20 let), věk (vyšší zranitelnost nezletilců a starých osob), zdravotní stav (opět vyšší zranitelnost vážně či dlouhodobě nemocných osob), rodinné a ekonomické poměry (situace se bude lišit v závislosti na tom, zda, popř. jak dluho s dotčenou osobou pobývají, či nikoli, jeho nejbližší rodinní příslušníci, resp. zda přijaté opatření může vést k rozdelení rodiny), společenská a kulturní integrace (rozdílná situace bude u osob, které např. dlouhodobým zaměstnáním, podnikáním, osvojením si jazyka, studiem, předchozím bezproblémovým pobytom prokázaly skutečnou integraci do hostitelského státu a mezi osobami, které nejsou integrované, nejsou výdělečně činné, dopouští se opakováne trestné činnosti apod.⁷⁷) a intenzita vazeb na zemi původu (zde se bude situace v krajních případech odlišovat mezi osobami, které mají nadále intenzivní vazby na zemi původu, hovoří svým rodným jazykem, mají v zemi původu příbuzné atp., s ohledem např. na krátkou dobu pobytu v hostitelském členském státě, a mezi osobami, které vyrůstaly v hostitelském státě, nehovoří jazykem domovské země, popř. tam nemají žádné příbuzné). Bez zohlednění uvedených kritérií nelze zásadě proporcionality dostát.

⁷⁵ Srov. stanovisko generální advokátky V. Trstenjak ve věci C-539/09 *Evropská komise proti Spolkové republice Německo*, bod 91.

⁷⁶ Čl. 27 odst. 2 druhý pododstavec směrnice 2004/38/ES.

⁷⁷ Zde by v souladu s čl. 24 odůvodnění směrnice 2004/38/ES mělo obecně platit, že čím vyšší je stupeň skutečné integrace do hostitelské země, tím vyšší ochranu před omezením svobody pohybu/pobytu by dotyčný měl mít.

Judikatura vnitrostátních správních soudů je, pokud jde o uplatnění zásady proporcionality, mírně matoucí. Nepracuje totiž přímo se zásadou proporcionality explicitně vyjádřenou v čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES a kritérii obsaženými v čl. 28 odst. 1 též směrnice, resp. doplněnými ve sdělení Komise 2009.⁷⁸ Naopak používá koncept přiměřenosti zásahu do soukromého a rodinného života ve smyslu čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práva a základních svobod ve znění pozdějších protokolů⁷⁹ a kritéria, která aplikoval Evropský soud pro lidská práva⁸⁰ v případech vyhoštění cizinců za spáchání trestného činu.⁸¹ Svádí k tomu svojí terminologii i znění ustanovení § 871 odst. 1 zákona o pobytu cizinců.⁸² Nechci se pouštět do podrobné analýzy, raději bych byl v tomto ohledu opatrný. Na jedné straně je pravdu, že oba soubory kritérií se mohou zdát podobnými. Ustanovení § 174a odst. 1 zákona o pobytu cizinců kopíruje čl. 28 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. Posledně uvedený článek směrnice (který nebyl obsažen v předchozí legislativě EU) byl nepochybně inspirován judikaturou ESLP a v judikatuře SDEU najdeme odkazy na judikaturu ESLP týkající se čl. 8.⁸³ Na straně druhé použití některých kritérií z judikatury ESLP může být vůči občanům EU a jejich rodinným příslušníkům zavádějící. Platí to např. o kritériu imigrační historie (porušení imigračních pravidel v minulosti) dotčených osob, které by vůči občanům EU a jejich rodinným příslušníkům nemělo být uplatňováno.⁸⁴

⁷⁸ S. 12, 13.

⁷⁹ Dále jen „EÚLP“.

⁸⁰ Dále jen „ESLP“.

⁸¹ Viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 68/2012-39 ze dne 6. srpna 2013, č. j. 9 AzS 137/2014-47 ze dne 2. dubna 2015, č. j. 5 AzS 274/2016-42 ze dne 4. března 2017, č. j. 4 AzS 27/2017-22 ze dne 6. dubna 2017 či 1 AzS 251/2016-46 ze dne 12. října 2016.

⁸² Viz závěrečná pasáž tohoto ustanovení vztahující se na všechny skutkové podstaty: „[...] za podmínky, že rozhodnutí bude přiměřené z hlediska zásahu do jeho soukromého nebo rodinného života.“

⁸³ Viz např. rozsudek SDEU ve věci C-145/09 *Tsakouridis* (bod 53) odkazující na kritéria obsažená v bodech 71 až 75 rozsudku velkého senátu ESLP ve věci *Maslov v. Rakousko* (stížnost č. 1638/03). V rozsudku SDEU ve věci C-60/00 *Carpenter* (bod 42) se objevuje odkaz na rozsudek ESLP ve věci *Boultit v. Švýcarsko* (stížnost č. 54273/00).

⁸⁴ To potvrdil NSS v rozsudku č. j. 8 As 46/2013-55 ze dne 30. srpna 2013: „42. Jakkoliv je závěr žalované, že stěžovatel začal budovat své rodinné vztahy až v době, kdy se nacházel na území České republiky neoprávněně, a proto si musel být vědom, že jeho pobyt může být kdykoliv ukončen, souladný s judikaturou Evropského soudu pro lidská práva k čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen ‚Úmluva‘; viz např. rozhodnutí o přijatelnosti ze dne 26. 1. 1999, Jerry Olajide Sarumi proti Spojenému království, stížnost č. 43279/98, či ze dne 9. 11. 2000, Andrey Shebashov proti Lotyšsku, stížnost č. 50065/99, srov. také rozsudek zdejšího soudu ze dne 26. 8. 2013, čj. 8 As 33/2013-35), nelze jej bez dalšího použít ve vztahu k rodinným příslušníkům občanů EU. Ochrana rodinného života

Vůči posledně uvedené kategorii se rovněž neuplatní důraz, který ESLP přikládá k založení rodinného života až „*poté, kdy dotyčné osoby věděly, že jejich imigrační status je takový, že jejich rodinný život v dané zemi je od počátku nejistý*“.⁸⁵ V takovém případě bude totiž dle ESLP vyhoštění v rozporu s čl. 8 jen výjimečné.⁸⁶ Postup, který zvolila judikatura vnitrostátních správních soudů, tak nemusí být v rozporu se zásadou proporcionality obsaženou v čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES. Pouze u některých kritérií je zapotřebí zohlednit specifika postavení unijních občanů a jejich rodinných příslušníků. Ti jsou totiž primárně pod ochranou zásadou proporcionality vyplývající z unijního práva a až poté (jako všichni cizinci) čl. 8 EÚLP. Navíc přístup zvolený správními soudy může vést k určitým zmatkům a nedorozuměním. Jako příklad lze uvést rozsudek NSS č. j. 2 As 4/2012-44 ze dne 6. března 2012, týkající se výkladu § 119 odst. 2 písm. b) zákona o pobytu cizinců. V něm správně NSS odmítl aplikovat na rodinného příslušníka výhradu veřejného pořádku v důsledku opakovaného neoprávněného pobytu, maření výkonu rozhodnutí o správním vyhoštění a pobyt bez cestovního dokladu a víza. V tomto ohledu shledal předchozí rozsudek nezákoným. Následně potvrdil jeho hodnocení ohledně přiměřenosti zásahu do soukromého a rodinného života. To je z pohledu směrnice nonsens. Hodnocení proporcionality nastupuje až v případě, kdy dotyčný představuje hrozbu pro veřejný pořádek. Pokud ji nepředstavuje, je jakékoli hodnocení proporcionality bezpředmětné. Naprosto zmatečným je rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 As 152/2012-51 ze dne 29. srpna 2013, v němž posuzoval neučlenění přechodného pobytu rodinnému příslušníkovi občana EU dle výhrady veřejného pořádku obsažené v ustanovení § 87e odst. 1 ve spojení s § 87 odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců. Na uvedenou kategorii aplikuje směrnici 2003/86/ES, která se týká sloučení třetizemců a s občany EU a jejich rodinnými příslušníky nemá nic společného.⁸⁷ Zároveň zmiňuje i judi-

občanů EU a jejich rodinných příslušníků je v tomto ohledu širší, než ochrana poskytovaná čl. 8 Úmluvy. V rozsudku *Metock* Soudní dvůr potvrdil, že rodinní příslušníci občanů EU požívají práva vyplývající ze směrnice 2004/38/ES bez ohledu na to, zda vstoupili na území hostitelského členského státu předtím nebo poté, co se stali rodinnými příslušníky tohoto občana EU, a bez ohledu na předchozí legální pobyt v jiném členském státě (body 54, 92 a 93).⁸⁵

⁸⁵ KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. *Evrropská úmluva o lidských právech. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 958, bod 133.

⁸⁶ Tamtéž.

⁸⁷ Příkladem par excellence naprostého zmatku je pro mě následující odstavec: „Zásah do rodinného života cizince a jeho rodinných příslušníků v důsledku nepovolení přechodného pobytu, jehož účelem je společné soužití rodiny, lze v tomto směru srovnávat se zásahem

katuru (v tomto případě správně) SDEU k výhradě veřejného pořádku ve vztahu k občanům EU a jejich rodinným příslušníkům.⁸⁸ Svoje závěry shrnul takto: „*Méně závažné jednání narušující veřejný pořádek (nelegální pobyt na území České republiky) ani ve spojení se závažnějším narušením veřejného pořádku (přečin padělání a pozměňování veřejné listiny) nepředstavují dostatečně závažné narušení veřejného pořádku, ani hrozbu z takového narušení, které by bylo proporcionální k zamítnutí žádosti o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie, která byla podána za účelem společného soužití rodiny.*“ Opět musím konstatovat, že jestliže nějaké jednání nepředstavuje hrozbu pro veřejný pořádek ve smyslu čl. 27 směrnice 2004/38/ES, je jakékoli poměřování zásadou proporcionality bezpředmětné.

Jako příklad dobré praxe explicitního promítnutí zásady proporcionality do všech rozhodnutí založených na výhradě veřejného pořádku lze poukázat (pokud pominu budoucí změny v souvislosti s tzv. brexitem) na legislativu ve Spojeném království, konkrétně na nařízení z roku 2006 o přistěhovalectví (Evropský hospodářský prostor), ve znění pozdějších změn.⁸⁹ Obdob-

do rodinného života a práva na volný pohyb v důsledku vyhoštění občana Evropské unie. Nakonec takto (srovnatelně s důvody veřejného pořádku podle čl. 45 odst. 3 SFEU) pojímá důvody veřejného pořádku, pro které lze zamítнуть žádost o přechodný pobyt, sama směrnice o právu na sloučení rodiny. Podle bodu 14 její preambule totiž může pojem veřejného pořádku zahrnovat odsouzení za spáchání závažného trestného činu a vztahuje se například na případy podpory terorismu nebo extremistických postojů. Směrnice zjevně vyžaduje, aby bylo k zamítnutí žádosti z důvodu veřejného pořádku docházelo výhradně v situacích, kdy se cizinec dopustí jednání, nebo alespoň existuje jasná hrozba takového jednání, které představuje dostatečně závažné ohrožení základního zájmu společnosti. Typicky v podobě nejzávažnější trestné činnosti. Pouze v těchto případech lze totiž hovořit o přiměřenosti opatření (nepovolení přechodného pobytu, a tudíž odloučení od nejbližší rodiny) vzhledem k jednání, které bylo důvodem pro přijetí opatření“. Bohužel podobného zmatení se Nejvyšší správný soud dopustil i v rozsudku č. j. 6 AzS 96/2015-30 ze dne 25. srpna 2015, bod 35. Přezkoumával v něm zamítnutí žádosti rodinného příslušníka občana EU o povolení k přechodnému pobytu dle ustanovení § 87e odst. 1 písm. c) (tedy z důvodu obcházení zákona; stěžovatel usiloval o přechodný pobyt na základě osvojení nezletilého občana ČR). Tato situace opět nemá se směrnicí 2003/86/ES nic společného.

⁸⁸ Přiznám se, že příliš nechápu, proč si NSS vybral zrovna rozsudek SDEU ve věci C-441/02 *Komise proti Německu*, který se týkal výkladu veřejného pořádku v kontextu volného pohybu pracovníků dle čl. 39 Smlouvy o ES (nyní čl. 45 SFEU). Navíc se vztahuje, pokud jde o sekundární právo, k právním předpisům před přijetím směrnice 2004/38/ES.

⁸⁹ V § 21 (rozhodnutí přijatá z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a veřejného zdraví) odst. 5 a 6 je ke všem rozhodnutím přijatým z uvedených důvodů uvedeno: „(5) Where a relevant decision is taken on grounds of public policy or public security it shall, in addition to complying with the preceding paragraphs of this regulation, be taken in accordance with the following principles – (a) **the decision must comply with the principle**

ně portugalská právní úprava převzala do článku 22 odst. 1 až 4 zákona č. 37/2006 doslově znění článku 27 odst. 1 a 2 směrnice 2004/38/ES, včetně zásady proporcionality.⁹⁰ Taktéž i litevský zákon o právním postavení cizinců výslovně uvádí, že každé rozhodnutí o odmítnutí vstupu či odnětí pobytu týkající se občana EU a jeho rodinného příslušníka musí být založeno na objektivních skutečnostech a být přiměřené.⁹¹ Promítnutí zásady proporcionality, včetně kritérií obsažených v čl. 28 odst. 1 směrnice 2004/38/ES, do ovšech omezení výkonu práva na volný pohyb a pobyt najdeme i v rumunské právní úpravě.⁹²

Pokud promítneme výše uvedené závěry na stávající vnitrostátní právní úpravu, musíme za použití eurokonformního výkladu (nepřímého účinku) ustanovení § 174a odst. 1 zákona o pobytu cizinců, které to umožňuje,⁹³

of proportionality: (b) the decision must be based exclusively on the personal conduct of the person concerned; (c) the personal conduct of the person concerned must represent a genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society; (d) matters isolated from the particulars of the case or which relate to considerations of general prevention do not justify the decision; (e) a person's previous criminal convictions do not in themselves justify the decision. (6) Before taking a relevant decision on the grounds of public policy or public security in relation to a person who is resident in the United Kingdom the decision maker must take account of considerations such as the age, state of health, family and economic situation of the person, the person's length of residence in the United Kingdom, the person's social and cultural integration into the United Kingdom and the extent of the person's links with his country of origin. (důraz doplněn). V podrobnostech lze odkázat na manuál 1/2013 z 5. února 2013 pro rozhodce, vydaný ministerstvem vnitra (Home Office, European Operational Policy Team, Assessing applications in accordance with public policy, public security or public health). Dostupný z: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/309044/30748_-_Annex_1_-_Notice_01-2013_Public_Policy_and_Public_Security_-_redacted.pdf

⁹⁰ Lei nº 37/2006, de 9 de Agosto, Regula o exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias no território nacional e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril.

⁹¹ Čl. 98¹ odst. 2 litevského zákona ze dne 29. dubna 2004 o právním postavení cizinců, ve znění pozdějších předpisů, No IX-2206 (v originálním znění Lietuvos Respublikos įstatymas dėl užsieniečių teisinių padėties Nr. IX-2206).

⁹² Čl. 27 odst. 4 a 5 mimořádného nařízení vlády č. 102/2005, o volném pohybu státních příslušníků členských států Evropské unie, Evropského hospodářského prostoru a občanů Švýcarské konfederace, ve znění pozdějších změn (Ordonanță de urgență nr. 102 din 14 iulie 2005 privind libera circulație pe teritoriul României a cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene, Spațiului Economic European și a cetățenilor Confederației Elvețiene). Viz rovněž VERESS, E. *Report on the Free Movement of Workers in Romania in 2011-2012*. November 2012, s. 13, 14. Dostupné z: www.ru.nl/publish/pages/608499/romania_2011-12_def_1.pdf

⁹³ Neváže explicitně svoji aplikaci výlučně na situace, kdy zákon o pobytu cizinců odkazuje (byť zužujícím způsobem, jak jsem výše uvedl) na posouzení přiměřenosti zásahu do

uplatnit ve všech případech, kdy dle vnitrostátní právní úpravy dochází k omezení svobody pohybu/pobytu: v řízení o odepření vstupu,⁹⁴ neudělení krátkodobého víza rodinnému příslušníkovi,⁹⁵ vydání potvrzení o přechodném pobytu občanu EU,⁹⁶ zrušení přechodného pobytu občanu EU,⁹⁷ vydání povolení k přechodnému pobytu rodinnému příslušníkovi,⁹⁸ ukončení přechodného pobytu rodinného příslušníka,⁹⁹ neprodloužení pobytové karty rodinného příslušníka,¹⁰⁰ zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu občana EU a rodinného příslušníka¹⁰¹ a jeho zrušení,¹⁰² a samozřejmě u vyhoštění.¹⁰³ Aniž bych se na tomto místě pouštěl do hlubšího rozboru, zda všechna ustanovení zákona o pobytu cizinců, která omezují svobodu pohybu/pobytu občanů EU a jejich rodinných příslušníků, jsou v souladu s čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES,¹⁰⁴ musí platit, že uvedený výklad se uplatní

soukromého a rodinného života. Viz rovněž výše (pozn. č. 54) důvodová zpráva k nověmu zákona o pobytu cizinců, sněmovní tisk č. 990, novelizační bod 227.

⁹⁴ § 9 odst. 3.

⁹⁵ § 20 odst. 5.

⁹⁶ § 87d odst. 1.

⁹⁷ § 87d odst. 2.

⁹⁸ § 87e odst. 1. Je tak chybána úvaha Městského soudu v Praze, kterou provedl v rozsudku č. j. 9 Ca 438/2008-51 ze dne 19. října 2011, dle níž: „Posuzování přiměřenosti rozhodnutí o zamítnutí žádosti z hlediska jeho zásahu do soukromého nebo rodinného života žadatele má své místo pouze tehdy, jestliže policie hodlá podanou žádost zamítnout z důvodu uvedeného v § 87e odst. 1 písm. a/ zákona o pobytu cizinců, tedy z toho důvodu, že žadatel ohrožuje veřejné zdraví tím, že trpí závažnou nemocí, pokud k takovému onemocnění došlo do 3 měsíců po vstupu na území (§ 87e odst. 2 zákona o pobytu cizinců). Správní orgán tedy nepochybí, jestliže se v souzené věci uvedenými otázkami nezabýval“. Obdobně viz rozsudek téhož soudu č. j. 7 A 67/2010-61 ze dne 16. října 2013 či rozsudek Krajského soudu v Českých Budějovicích č. j. 10 A 157/2014-45 ze dne 18. března 2015. Tato judikatura byla překonána rozsudkem NSS č. j. 6 AzS 96/2015-30 ze dne 25. srpna 2015, bod 32 (na nějž odkazuje např. Městský soud v Praze v rozsudku č. j. 10 A 171/2015-109 ze dne 27. října 2016).

⁹⁹ § 87f odst. 1 až 3. Nesprávná je tak judikatura správních soudů k § 87f ve znění před novou provedenou zákonem č. 314/2015 Sb., který v odstavci 1, pokud jde o ukončení přechodného pobytu rodinného příslušníka, odkazoval na § 87e (ten obsahoval zohlednění proporcionality pouze k výhradě veřejného zdraví). Viz rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 9 A 191/2010-34 ze dne 27. února 2014 či rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem č. j. 15 A 122/2013-65 ze dne 29. února 2016.

¹⁰⁰ § 87p odst. 2.

¹⁰¹ § 87k.

¹⁰² § 87l.

¹⁰³ § 119 odst. 2 a § 120 odst. 2.

¹⁰⁴ Viz např. moje výhrady ke skutkové podstatě „uvedení nepravdivých skutečností“ v ustanovení § 87e odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců [POŘÍZEK, P. Vážné důvody a odmítnutí výpovědi aneb výklad ustanovení § 87e odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců. In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Pobyt cizinců: vybrané právní problémy*. Sborník z vědeckého

na všechny skutkové podstaty zakotvené v posledně uvedených ustanoveních. Zásada proporcionality se promítá i do těch ustanovení zákona, která v sobě přímo neobsahují odkaz na výhrady veřejného pořádku, bezpečnosti a zdraví. Platí totiž, že tyto výhrady představují výlučné, taxativní důvody pro omezení svobody pohybu občanů EU a jejich rodinných příslušníků.¹⁰⁵ Jedinou výjimku představuje využití článku 35 (Zneužití práv), dle něhož „[č]lenské státy mohou přijmout potřebná opatření k odlepření, pozastavení nebo odnětí jakéhokoliv práva přiznaného touto směrnicí v případě zneužití práv nebo podvodu, například účelových sňatků“. Zároveň však platí, že „[v]eškerá taková opatření musí být přiměřená a spojená s procesními zárukami stanovenými v článcích 30 a 31“.¹⁰⁶ I při uplatnění čl. 35 musí tedy členské státy dodržovat zásadu proporcionality.¹⁰⁷

Shora uvedený výklad bude zároveň platit jak pro 1. migrující občany EU a jejich rodinné příslušníky, tak pro 2. dorovnané rodinné příslušníky nemigrujících občanů ČR a rovněž tak pro 3. rodinné příslušníky občanů ČR, kteří se mohou v některých situacích dovolat primárního práva.¹⁰⁸ Pokud by byl přijat do ustanovení § 174a nový odst. 3,¹⁰⁹ kategorie osob uvedených výše pod 1 a 3 se mohou za pomoci přímého účinku dovolat čl. 27 odst. 1 a 2 směrnice 2004/38/ES,¹¹⁰ resp. u druhé kategorie (bod bodem 3) čl. 20 SFEU, a aplikaci ustanovení § 174a odst. 3 vůči svojí osobě vyloučit.

semináře uskutečněného dne 28. března 2013 v Kanceláři veřejného ochránce práv. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2014, s. 125, 126].

¹⁰⁵ ROGERS, N., SCANNELL, R., WALSH, J., op. cit. 30, s. 251, 252.

¹⁰⁶ Čl. 35 věta druhá směrnice 2004/38/ES.

¹⁰⁷ Toto explicitně potvrdil SDEU v rozsudku ve věci C-127/08 *Metock a další*, bod 75. Shodně i PEERS, S. Free Movement, Immigration Control and Constitutional Conflict. *European Constitutional Law Review*. Vol. 5. Issue 2. 2009, s. 189. Zásada proporcionality se tak uplatní např. i ve vztahu k ustanovení § 87e odst. 1 písm. c) a d) zákona o pobytu cizinců. Ve vztahu k písm. c) to explicitně potvrdil Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 7 AzS 80/2015-31 ze dne 23. dubna 2015.

¹⁰⁸ V podrobnostech k témtoto kategoriím viz kapitola 2.1.

¹⁰⁹ K čemuž novelou č. 222/2017 Sb. skutečně došlo.

¹¹⁰ Přímý účinek čl. 27 potvrdil SDEU v rozsudku ve věci C-430/10 *Gajdarov*, bod 31. Viz rovněž rozsudek SDEU ve věci C-434/10 *Aladžov*: „32. Taková okolnost však v žádném případě nemůže mít za účinek, že by vnitrostátnímu soudu bylo zabránilo v tom, aby zajistil plný účinek ustanovení unijního práva použitelných ve věci v původním řízení, jak bylo uvedeno v bodě 27 tohoto rozsudku, a konkrétně článku 27 směrnice 2004/38. Přísluší tedy soudu, kterému byla věc předložena, aby ponechal nepoužité ustanovení vnitrostátního práva, které je v rozporu s unijním právem, zejména tím, že zruší individuální správní rozhodnutí přijaté na základě takového ustanovení (viz v tomto smyslu zejména rozsudek ze dne 5. října 2010, Elchinov, C-173/09, dosud nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 31 a citovaná judikatura). Kromě toho ustanovení uvedeného článku, která jsou bezpodmínečná

Do svízelnější situace by se dostali vnitrostátně dorovnaní rodinní příslušníci nemigrujících občanů ČR. Ti se nemohou dovolat přímého účinku směrnice. Pro ně představuje „výkladový strop“ eurokonformní výklad (neprímý účinek) vnitrostátní právní úpravy, který nesmí být *contra legem*.¹¹¹ Na první pohled by se mohlo zdát, že navržené znění § 174a odst. 3 je vcelku jednoznačné. Rodinní příslušníci nemigrujících občanů ČR by se mohli dovolat zásady proporcionality (§ 174a odst. 1) jen ve vztahu k těm skutkovým podstatám, které na přiměřenost výslově odkazují. Půjde, ať už za pomocí nepřímého, či přímého účinku, najít nějaký, i nestandardní¹¹², výklad, který by zajistil, že bude se shora uvedenými rodinnými příslušníky, jejichž postavení bylo „dorovnáno“ v rámci přípustné přesahující transpozice směrnice, zacházeno stejně jako s rodinnými příslušníky migrujících občanů EU? Jinými slovy, lze nějakým výkladem dosáhnout „*jasn[ého] unijní[ho] záj[mu]* na tom, aby se za účelem předejít budoucím rozdílným výkladům dostalo ustanovením nebo pojmem převzatým z unijního práva jednotného výkladu, a to bez ohledu na podmínky, za kterých se mají uplatnit [...]?“¹¹³

Pokusme se o to za pomocí nepřímého účinku. Lze § 174a zákona o pobytu cizinců, jehož odst. 3 je ve zjevném rozporu s čl. 27 směrnice 2004/38/ES, vyložit za pomocí nepřímého účinku tak, aby mohla být zásada proporcionality promítnuta do všech skutkových podstat, kterými posledně uvedený zákon omezuje svobodu pohybu/pobytu, aby to nebyl výklad *contra legem*? Pokud jde o tuto mez nepřímého účinku, představuje východisko rozsudek velkého senátu SDEU ve věci C-268/06 *Impact*.¹¹⁴ Autoři komentáře k tomuto rozsudku dovozují, že „Soudní dvůr výkladem *contra legem* rozumí přinejmenším

a dostatečně přesná, může jednotlivec uplatnit vůči členskému státu, jehož je státním příslušníkem (viz obdobně rozsudek ze dne 4. prosince 1974, van Duyn, 41/74, Recueil, s. 1337, body 9 až 15).“

¹¹¹ V podrobnostech srov. např. POŘÍZEK, P. Zpráva o šetření ve věci paní X. Y. aneb co vše se může dít v řízení o udělení víza k pobytu do 90 dnů s rodinným příslušníkem občana ČR. In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Vízová politika a praxe ČR v kontextu Evropské unie. Quo vadis, visum?* K poctě JUDr. Otakara Motejla. Sborník z vědeckého semináře uskutečněného dne 16. června 2010 v Kanceláři veřejného ochránce práv. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2010, s. 95–104 (zejména s. 99). Viz rovněž rozsudek Krajského soudu v Praze č. j. 46 A 58/2015-51 ze dne 14. listopadu 2016, s. 6, 7.

¹¹² KRÁL, R. *Zásady aplikace komunitárního práva národními soudy*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 42. Viz rovněž KRÁL, R. *Směrnice EU z pohledu jejich transpozice a vnitrostátních účinků*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 205, 206.

¹¹³ Rozsudek SDEU ve věci C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító Zrt. a další*, bod 20. V podrobnostech viz POŘÍZEK, P., op. cit. 26, s. 59–62.

¹¹⁴ Viz body 98 až 104 rozsudku.

případy, kdy vnitrostátní právo něco zakazuje a směrnice to přikazuje, tedy situace, kdy jeden předpis stanoví A a druhý non A“¹¹⁵ Na druhé straně, SDEU v několika případech neváhal *de facto* nepřímý účinek směrnic *contra legem* potvrdit.¹¹⁶ Lze zmínit např. rozsudky ve věcech C-177/88 *Dekker*¹¹⁷ či C-106/89 *Marleasing*¹¹⁸. Odborně v rozsudku ve věci C-282/10 *Dominguez* SDEU fakticky „tlačí“ vnitrostátní soud k tomu, aby za účelem zajištění plného účinku čl. 7 směrnice 2003/88 vnitrostátní úpravu vyložil *contra legem*.¹¹⁹ Tentýž závěr lze učinit i ve vztahu k rozsudku velkého senátu SDEU ve spojených věcech C-397/01 až C-403/01 *Pfeiffer* a další. V něm nemohl SDEU uplatnit přímý účinek směrnice 93/104, neboť by došlo k uložení povinnosti ve sporu mezi jednotlivci. Poté, co rekapituloval dřívější judikaturu SDEU k nepřímému účinku, doplnil (bod 116): „Umožňuje-li tak vnitrostátní právo za určitých okolností s použitím jím uznávaných výkladových metod [výkladové schéma 1, pozn. P. P.] vyložit ustanovení vnitrostátního právního řádu takovým způsobem, aby bylo možno vyhnout se rozporu s jinou právní normou vnitrostátního práva **nebo** [výkladové schéma 2, pozn. P. P.]¹²⁰ **aby za tímto účelem byl omezen dosah tohoto ustanovení tím, že bude použito pouze za předpokladu, že je slučitelné s výše uvedenou právní normou**, má soud povinnost použít tytéž metody za účelem dosažení výsledku sledovaného směrnicí“¹²¹ (důraz doplněn). SDEU tak k dosažení souladu

¹¹⁵ BOBEK, M., BŘÍZA, P., KOMÁREK, J. *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 167. V podrobnostech k debatě ohledně možnosti překlenout zákaz výkladu *contra legem* vnitrostátními metodami výkladu (včetně řady odkazů na další literaturu k tomuto tématu) viz autoři výše (kteří jsou k takové možnosti spíše skeptičtí), s. 167, 168 či KRÁL, R. *Směrnice EU z pohledu jejich transpozice a vnitrostátních účinků*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 207 (tento autor je zastáncem takové možnosti).

¹¹⁶ WHELANOVÁ, M. Účinky unijního práva ve světle judikatury Soudního dvora. *Správní právo*. 2011, č. 6, Legislativní příloha, s. LXXXVII.

¹¹⁷ TICHÝ, L., ARNOLD, R., ZEMÁNEK, J., KRÁL, R., DUMBROVSKÝ, T. *Evropské právo*. 5. přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 252, 253. Podrobný komentář k tomuto rozsudku viz BETLEM, G. The principle of indirect effect of Community law. *European Review of Private Law*. Volume 3. 1995, s. 15, 16.

¹¹⁸ WHELANOVÁ, M., op. cit. 116, s. LXXXVII. BETLEM, G., op. cit. 115, s. 13–16. PRECHAL, S. *Directives in EC Law*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2006, s. 198.

¹¹⁹ V daném konkrétním případě tak, aby pod dobu nepřítomnosti z důvodu pracovního úrazu podřadil i dobu nepřítomnosti z důvodu úrazu při cestě do či ze zaměstnání (viz zejména body 27–31). Kritika tohoto přístupu SDEU viz CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G. *European Union Law*. Third edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 318–321.

¹²⁰ Viz BOBEK, M., BŘÍZA, P., KOMÁREK, J., op. cit. 115, s. 185.

¹²¹ Podrobný komentář k tomuto bodu rozsudku viz BOBEK, M., BŘÍZA, P., KOMÁREK, J., op. cit. 115, s. 161, 162. Autoři odkazují (s. 162) i na další rozsudek velkého senátu SDEU

vnitrostátního práva se směrnicí, pokud to vnitrostátní výkladové metody umožňují, požaduje „*výklad právní normy A takovým způsobem, který omezí její dosah tak, že bude použitelná pouze tehdy, když bude slučitelná s právní normou B*“.¹²²

Pokusme se nyní závěry SDEU převést na výklad ustanovení § 174a zákona o pobytu cizinců po novele č. 222/2017 Sb. Máme odst. 1 (právní norma B) a odst. 3 (právní norma A). Odstavec 3 v rozporu s čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES omezuje použití zásady proporcionality pouze na případy, kdy to zákon výslovně stanoví. Naproti tomu vcelku bezproblémový eurokonformní výklad odst. 1 umožňuje, aby mohla být zásada proporcionality promítnuta do všech skutkových podstat v zákoně o pobytu cizinců, které omezují svobodu pohybu.¹²³ Umožňují tak vnitrostátní výkladové metody v souladu s výkladovým schématem 2 neaplikovat odst. 3 tak, aby byl zajištěn plný účinek unijního práva prostřednictvím odst. 1? Takový postup bychom mohli nazvat teleologickou redukcí.¹²⁴ Ta představuje „*nástroj dotváření práva, kdy se na určitý skutkový stav neaplikuje ustanovení zákona, a to přesto, že tento skutkový stav spadá do jádra pojmu tohoto ustanovení; představuje tedy nalézání práva contra verba legis.*¹²⁵ Jazykově nesporný význam příslušného ustanovení (zádru pojmu) tak obsahuje více, než by obsahovalo jeho teleologii (smyslu a účelu). Toto ustanovení vykazuje tzv. zakrytu mezeru v zákoně [...].“¹²⁶ Znají a používají domácí soudy teleologickou redukci

ve věci C-212/04 *Adeneler a další*, který závěry z rozsudku ve spojených věcech C-397/01 až C-403/01 *Pfeiffer a další* potvrdil (bod 111): „Zásada konformního výkladu nicméně vyžaduje, aby vnitrostátní soudy učinily vše, co spadá do jejich pravomoci, tím že vezmou v úvahu veškeré vnitrostátní právo a použijí metody výkladu jím uznané, tak aby zajistily plnou účinnost dotčené směrnice a došly k výsledku, který by byl v souladu s cílem sledovaným touto směrnicí (viz výše uvedený rozsudek *Pfeiffer a další*, body 115, 116, 118 a 119).“

¹²² BOBEK, M., BRÍZA, P., KOMÁREK, J., op. cit. 115, s. 185.

¹²³ Viz výše výkladové schéma 1. Toto ustanovení neomezuje promítnutí zásady proporcionality pouze na výslovně stanovené případy.

¹²⁴ Srov. BOBEK, M., BRÍZA, P., KOMÁREK, J., op. cit. 115, s. 186: „Zná české právo výkladovou metodu‘, která umožní použít jednu vnitrostátní normu pouze v případě, kdy bude slučitelná (případně jen do té míry, v jaké bude slučitelná) s jinou porovnávanou vnitrostátní normou? Podle našeho názoru lze snad za takovou metodu považovat teleologickou redukci v rozsahuaprobovaném českým právem (tj. zejména judikaturou Ústavního soudu). Nad její rámec nicméně jít nelze.“

¹²⁵ Srov. právní větu z nálezu Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 318/06 ze dne 13. prosince 2007: „Aplikace dekretu č. 100/1945 Sb. na základě teleologických argumentů v rozporu s jeho dírkou (contra verba legis) je sice v zásadě obecně přípustným způsobem aplikace práva, [...]“.

¹²⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha, C. H. Beck, 2011, s. 252. K tzv. zakryté mezeře v zákoně viz tamtéž, s. 230–232. Důležité je

jako výkladovou metodu? Odpověď zní, ano.¹²⁷ Dle Ústavního soudu, „[p]rincip právní jistoty vylučuje nejen existenci otevřených teleologických mezer v zákoně, k jejichž uzavření slouží analogie, nýbrž i tzv. zakryté teleologické mezery v zákoně. O takovou mezeru se jedná tehdy, pokud dikce právní úpravy je širší, než vyžadují právní principy, hodnoty a účely, ze kterých tato právní úprava vychází.“¹²⁸ Právní předpis tedy postrádá pravidlo, které by v souladu s teleologií příslušné právní úpravy stanovilo výjimku z příliš široce pojatého pravidla. **Nástrojem uzavření této zakryté teleologické mezery je odepření aplikace daného ustanovení na případy, na které sice dopadá jeho dikce, nikoli však smysl a účel (teleologická redukce).** Mezní případ představuje prohlášení určité právní úpravy z teleologických důvodů za obsoletní a tím vyloučení jeho aplikace vůbec“¹²⁹ (dúraz doplněn). Přehledné shrnutí dosavadní judikatury s odkazy na rozhodovací praxi Ústavního soudu najdeme v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 75/2015-17 ze dne 21. ledna 2016: „Problematikou mezer v zákoně se přehledně zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne ze dne 31. 8. 2009, č. j. 8 As 7/2008-116, č. 1953/2009 Sb. NSS, v němž uvedl:

si uvědomit, že „[u]zavírání zakryté mezery v zákoně představuje nalézání práva sice *contra verba*, ale *secundum rationem legis*, proto stále zůstáváme na půdě platného právního rádu“ (tamtéž, s. 231). K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 1/2008-220 ze dne 30. března 2009: „Zdejší soud si je plně vědom, že řešení, k němuž přikročil, je *contra verba legis*, je však přesvědčen, že zároveň je *secundum rationem legis*. Soud zde přistoupil byť k vcelku zřídkakdy užívanému, ale plnohodnotnému právně metodologickému instrumentu nazývanému teleologická redukce. Ta spočívá v tom, že se text právního ustanovení neapplikuje, ačkoli z jazykového hlediska by se tak dít mělo.“

¹²⁷ Viz judikatura zmíněná in WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 178–182. Autor zde uvádí příklady rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu a Nejvyššího soudu, kdy soudy postupují *contra verba legis* bud za pomocí teleologické redukce či analogie. Dále např. HÖLLANDER, P. Savignyho paradigma v době dekonstrukce státu. In: GERLOCH, A., TRYZNA, J., WINTR, J. (eds.) *Metodologie a interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 29–31 (autor uvádí příklady z judikatury Ústavního soudu k vyplňování nepravých mezer i k dotvoření práva interpretací *contra legem* z důvodu napětí mezi intencí a dikcí zákona). Viz i rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 28 Cdo 2304/2011 ze dne 14. září 2011: „A za druhé, metoda teleologické redukce není uplatněna soudem ojediněle – postačit zde musí jen stručný odkaz například na nálezy Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 318/06 či Pl. ÚS 41/02 nebo rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 31 Cdo 3489/2007, 28 Cdo 1548/2006 (rozsudky), 28 Cdo 1709/2007 (usnesení); též ve správném soudnictví je teleologická redukce poměrně často používána“.

¹²⁸ Jinými slovy, „jazykově nesporný význam příslušného ustanovení [je] širší, než vyžaduje teleologické pozadí“. MELZER, F., op. cit. 126, s. 231.

¹²⁹ Nález sp. zn. I. ÚS 318/06 ze dne 13. prosince 2007, bod 21.

,Nejvyšší správní soud se tedy zabýval situací, kterou psané právo nebene na zřetel. Dále je proto třeba posoudit, zda se jedná o mezeru v zákoně (srov. Melzer, F. Metodologie nalézání práva, Brno: služba Knihovnička, 2008, s. 174 a násl., který hovoří o teleologické mezeře; resp. Kühn, Z. Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Praha: Karolinum, 2002, s. 205 a násl., který hovoří o axiologické mezeře), nebo o úmyslu zákonodárce. Existence mezery v zákoně je podmíněna nezamýšlenou neúplností právního řádu. Ta nastává tehdy, když zákonodárce nevzal v potaz hodnoty, principy, či argumenty, které jsou immanentní právnímu řádu jako celku. Nelze jí rozumět rozpor s principem účelnosti nebo právně politickými představami interpreta, ale s teleologickým pozadím celého právního řádu. Prvně zmíněný rozpor je řešitelný pouze změnou právní úpravy, zatímco teleologická mezera v zákoně obecně připouští její vyplnění, podle charakteru mezery bud' analogií, nebo teleologickou redukcí. Je nutné rozlišovat mezi tzv. mezerou pravou a nepravou. O mezeru pravou se jedná v situaci, kdy aplikace jedné právní normy logicky předpokládá jinou právní normu, která však chybí a bez jejíhož doplnění je dané ustanovení neaplikovatelné' (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 3. 2013, č. j. 1 As 21/2010-65, č. 2838/2013 Sb. NSS). Obsahem mezery nepravé je pak ,neúplnost psaného práva ve srovnání s explicitní úpravou obdobných případů, tj. neúplnost z pohledu principu rovnosti anebo z pohledu obecných právních principů' (srov. nález Ústavního soudu ze dne 12. 3. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 83/06, č. 116/2008 Sb.). V neposlední řadě je také nutno rozlišovat mezi mezerou vědomou, u níž je vyloučeno její vyplnění interpretací soudu, a nevědomou, u níž aktivita soudu vyloučena není (srov. výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 7/2008-116). Jak vyplývá z usnesení Ústavního soudu ze dne 27. 3. 2014, sp. zn. III. ÚS 2264/13, č. 47/2014 Sb. ÚS, je-li právní úprava zákonodárcem koncipována s vědomím teleologického rozporu (vědomá mezera), pak obecný soud či Ústavní soud nemůže toto řešení změnit, ale může dojít jen ke zrušení právního předpisu.¹³⁰ Shrnuje, mezerou v zákoně, způsobilou být řešenou cestou dotváření práva, se rozumí neúplnost zákona protiplánová (z hlediska záměru zákonodárce). Jak poznamenal Ústavní soud ve zmíněném usnesení sp. zn. III. ÚS 2264/13, ,[t]o, zda šlo o vědomé či nevědomé rozhodnutí

¹³⁰ Shodně i odborná literatura, viz KÜHN, Z. Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 207. Na něho odkazuje MELZER, F., op. cit. 126, s. 236.

zákonodárce (mezeru vědomou či nevědomou), lze zjistit především jasné průkazným úmyslem zákonodárce“.¹³¹

Nyní se dostaváme do zdánlivé pasti. Přestože tomu tak paradoxně u většiny poslaneckých pozměňovacích návrhu není, k nově navrženému § 174 odst. 3 zákona o pobytu cizinců existuje písemné odůvodnění předložené poslancem Klučkou.¹³² Budeme-li toto odůvodnění považovat za průkaznou vůli („racionálnho“) zákonodárce, pak musíme konstatovat, že šlo o vědomou redukci posuzování přiměřenosti pouze na „důvody, které jsou méně závažné“. U důvodů „vyšší závažnosti“, resp. u „tak závažn[ych] nezádoucí[ch] důvod[ů] spočívající[ch] v jednání cizince, u kterých nepřichází v úvahu pobytové oprávnění cizinci udělit“, „kdy zákon výslově nestanoví povinnost posuzovat přiměřenosť dopadů rozhodnutí, se má obecně za to, že správní orgán přiměřenosť dopadů rozhodnutí neposuzuje, protože posouzení nutnosti takového postupu provedl již předem zákonodárce“. Právní úprava „zákonodárcem“ tak byla koncipována s vědomím teleologického rozporu, byla to vědomá mezera, nikoli protiplánová, která obecně není způsobilá být řešena cestou dotváření práva. Nicméně, je možný ještě i druhý pohled. Poslanec Klučka tento návrh předkládal s tím, že je legislativně bezvadný (sic!). V rámci podrobné rozpravy v druhém čtení (22. února 2017 na 55. schůzi) uvedl: „*To je jenom pář informací kolem toho pozměňujícího*

¹³¹ V usnesení citovaném Nejvyšším správním soudem III. ÚS 2264/13 ze dne 27. března 2014 Ústavní soud doslova uvedl: „17. Hranicí mezi tvorbou práva a (ještě) dotvářením práva je kritérium, zda bezdůvodná diferenciace mezi komparovanými skutkovými podstatami je vědomým rozhodnutím zákonodárce či nikoli. Soudce zásadně není oprávněn vyplnit vědomou mezera v zákoně. Pokud je hodnotově nekohherentní úprava zákonodárcem skutečně chtěná (je si vědom rozporu s teleologickým pozadím právního řádu, a přesto takovou úpravu přijme), je tím posílen demokratický princip a princip dělby moci, když tvorba práva přísluší primárně demokraticky zvolenému zákonodárci, nikoli soudci. To, zda šlo o vědomé či nevědomé rozhodnutí zákonodárce (mezera vědomou či nevědomou), lze zjistit především jasné průkazným úmyslem zákonodárce; jde o skutečnou vůli zákonodárce (subjektivní historický výklad), nikoli o vůli, která se bude jen předpokládat (platí totiž presupunce opačná, předpoklad racionálního zákonodárce). Tímto způsobem lze tedy zodpovědět i související otázku, kdy lze aplikované ustanovení právního předpisu dotvořit a kdy má naopak být navrženo Ústavnímu soudu ke zrušení pro porušení principu rovnosti; je-li právní úprava zákonodárcem koncipována s vědomím teleologického rozporu, pak obecný soud či Ústavní soud nemůže toto řešení změnit, ale může dojít jen ke zrušení právního předpisu“.

¹³² K většině pozměňovacích návrhů poslanců neexistuje z veřejně dostupných zdrojů žádné bližší odůvodnění, na rozdíl od návrhů zákonů předkládaných vládou, k nimž existuje dohledatelná „stopa“ v podobě důvodové zprávy a připomínkového řízení. Pozměňovací návrh poslance Klučky ke sněmovnímu tisku č. 990 je dostupný z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&T=990>

návrhu. Nebojte se prosím jeho velikosti. On je opravdu na 22 stranách. My jsme na tom pracovali velmi detailně s Ministerstvem vnitra až do dnešního rána. Já jsem ho dával v dopoledních hodinách, tento pozměňující návrh. **Je to připraveno tak, aby to bylo legislativně bezvadné.**¹³³ (důraz doplněn). Obdobně při projednávání novely ve třetím čtení (7. dubna 2017 na 56. schůzi), kde byl pan poslanec ještě sdílnější, pokud jde o rozsah jeho spolupráce s Ministerstvem vnitra, uvedl: „Čemu jsem se zpronevěřil? Co jsem udělal špatně, když jsem chtěl po ministerstvu, ano po ministerstvu, ať mi připraví návrhy, kterými zpřísníme ten proces, o kterém oni sami mluví, že je nedostatečný. Toto je můj pozměňovací návrh v 15 bodech. Toto je ten návrh, který byl chystán třebas možná delší dobu, než měl. Ale my jsme nechtěli udělat chybu. **A já bych se rozhodně nepodepsal pod žádný pozměňovací návrh, který by byl legislativně vadný**, a neměl svou vlastní odpovědnost za to, že jsem takovýto návrh přinesl.“¹³⁴ (důraz doplněn). Pokud bych chtěl být důsledný, pan poslanec návrh předložil s vědomím, že je legislativně bezvadný, že neobsahuje rozpor s čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. Tímto pohledem by šlo o mezeru nevědomou, kterou by šlo teleologickou redukcí odstranit.¹³⁵ Připouštím, že tato argumentace může někomu připadat mírně „přitažená za vlasy“. V takovém případě lze vytáhnout „trumfové eso“ v podobě judikatury SDEU. Ten ve shora citovaném rozsudku ve spojených věcech C-397/01 až C-403/01 *Pfeiffer a další* s odkazem na předchozí rozsudek ve věci C-334/92 *Wagner Miret* (bod 20) uvedl, že „*s ohledem na třetí pododstavec článku 249 ES*“ [nyní článku 288 SFEU, pozn. P. P.] vychází „*z právní domněnky, že členský stát, jakmile využil své volné úvahy, kterou mu ponechává uvedené ustanovení, měl v úmyslu v plném rozsahu splnit povinnosti, které pro něj vyplývají z příslušné směrnice [...]*“¹³⁶ SDEU „*zde tedy vytváří nevyvratitelnou právní domněnku pro historický/teleologický výklad (zejména) implementačních předpisů. Ten musí vždy vycházet z toho, že účelem a cílem předpisu, jehož měl zákonodárce dosáhnout, byla*

¹³³ Viz stenozáznam ze schůze dostupný z: <http://www.psp.cz/eknih/2013ps/stenprot/055schuz/s055067.htm>

¹³⁴ Viz stenozáznam ze schůze dostupný z: <http://www.psp.cz/eknih/2013ps/stenprot/056schuz/s056131.htm#r5>

¹³⁵ Jsem si téměř stoprocentně jist, že sám pan poslanec si vědom rozporu (z důvodu neznalosti unijní úpravy) vědom nebyl. Jiné to ovšem bude s Ministerstvem vnitra, které si rozporu muselo být vědomo (v odůvodnění, které poslanci Klučkovi připravilo, ho však explicitně nevyjádřilo), a proto postupovalo touto cestou. V rámci standardního připomínkového řízení by toto ustanovení nemělo šanci „projít“.

¹³⁶ Bod 112.

plná implementace směrnice.¹³⁷ V rozsudku ve věci C-371/02 *Björnekulla* SDEU doplnil, že požadavku na souladný výklad nebrání opačná interpretace, která může vyplývat z přípravných prací (*travaux préparatoires*) k dané normě. „*Jinými slovy, úmysl zákonodárce plynoucí z dokumentů, které jsou součástí legislativních prací a legislativního procesu, je irelevantní, pokud vede k výkladu neslučitelnému s cíli směrnice.*“¹³⁸ Platí tak, že „[v]nitrostátní orgány musí, i navzdory opačným důkazům, vycházet z toho, že úmyslem zákonodárce bylo dosáhnout implementací plného souladu se směrnicí“.¹³⁹

Promítneme si nyní výše uvedené závěry na námi řešenou situaci, tedy na novelizaci § 174a odst. 3 zákona o pobytu cizinců ve vztahu k rodinným příslušníkům nemigrujících občanů ČR. Pokud vyjdeme v souladu s judikaturou SDEU z toho, že úmyslem zákonodárce bylo novelizovat § 174a odst. 3 tak, aby byl zajištěn plný soulad s čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES, a pokud, jak jsem výše doložil, opak je pravdou, jde o nevědomou, protiplánovou mezeru, která může být překonána za použití vnitrostátních výkladových metod – teleologickou redukcí. Ustanovení § 174a odst. 3 zákona o pobytu cizinců se vůči rodinným příslušníkům nemigrujících občanů ČR neuplatní.¹⁴⁰ Naopak se vůči nim uplatní eurokonformní výklad § 174a odst. 1. Ten umožňuje, aby byla zásada proporcionality promítnuta do všech skutkových podstat omezujících svobodu pohybu občanů EU a jejich rodinných příslušníků (včetně rodinných příslušníků nemigrujících občanů ČR), včetně skutkových podstat souvisejících se zneužitím práv. Tento výklad zároveň zajistí, že se

¹³⁷ BOBEK, M., BŘÍZA, P., KOMÁREK, J., op. cit. 115, s. 164. Autoři zároveň upozorňují na fakt, že bod 20 rozsudku ve věci C-334/92 *Wagner Miret* je širší než v bodu 112 rozsudku ve spojených vécech C-397/01 až C-403/01 *Pfeiffer a další*. V prvně uvedeném rozsudku SDEU odkazuje na výklad a aplikaci vnitrostátního práva (nikoli tedy jen implementačních předpisů). Dle autorů tato odchyłka byla dána pouze snahou reagovat na konkrétní skutkové okolnosti případů C-397/01 až C-403/01 *Pfeiffer a další* (tamtéž).

¹³⁸ Tamtéž, s. 164. Autoři zároveň v pozn. č. 82 doplňují: „Je zajímavé, že podobně opravdu postupoval vnitrostátní soud již ve věci *Van Colson* v reakci na odpověď, kterou obdržel od Soudního dvora – aby dosáhl souladné interpretace, ignoroval historický výklad, který nasvědčoval tomu, že úmysl zákonodárce byl jiný, než vyžadovala směrnice.“ V podrobnostech, pokud jde o projednávání tohoto případu před německými soudy, odkazují na PRE-CHAL, S., op. cit. 118, s. 195, 196.

¹³⁹ Tamtéž, s. 165.

¹⁴⁰ Dostanou se tedy fakticky do stejné situace jako rodinní příslušníci migrujících občanů EU a rodinní příslušníci, kteří pečují o dítě nízkého věku, které je občanem ČR a v ČR pobývá od narození, aniž využilo práva volného pohybu, jestliže by toto dítě muselo v důsledku správního vyhoštění, resp. neudělení/zrušení pobytu dotyčné osoby, opustit území Unie. Tyto osoby se však domohou vyloučení uplatnění § 174a zákona o pobytu cizinců prostřednictvím přímého účinku.

příslušným vnitrostátním ustanovením převzatým ze směrnice 2004/38/ES dostane jednotného výkladu ve vztahu ke všem rodinným příslušníkům přicházejícím v úvahu.

2.4 Automatická spojitost mezi odsouzením za trestný čin a výhradou veřejného pořádku

Nemohu se nezmínit o dalším „legislativně bezvadné[m]“ návrhu z dílny poslance Klučky, který souvisí se zásadou proporcionality, resp. spíše s jejím popřením. Vytváří totiž automatickou spojitost mezi odsouzením za trestný čin a ukončením pobytu občana EU a jeho rodinného příslušníka. Jde o nově navržené ustanovení § 87d odst. 2 písm. c),¹⁴¹ § 87f odst. 3 písm. e),¹⁴² § 871 odst. 1 písm. f) a g)¹⁴³ a § 87p odst. 2¹⁴⁴. Již stávající právní úprava v § 871 odst. 1 písm. e) obsahuje znění, které je v rozporu s čl. 27 odst. 2 směrnice

¹⁴¹ § 87d obsahuje důvody pro zamítnutí žádosti o vydání potvrzení o přechodném pobytu na území a důvody pro zrušení a zánik přechodného pobytu občana Evropské unie. Dle odst. 2 písm. c): „Ministerstvo rozhodnutím zruší přechodný pobyt na území občanu Evropské unie, jestliže [...] byl cizinec pravomocně odsouzen soudem České republiky za spáchání úmyslného trestného činu k nepodmíněnému trestu odnětí svobody v délce přesahující 3 roky anebo byl cizinec opakovaně pravomocně odsouzen soudem České republiky za spáchání úmyslného trestného činu k nepodmíněnému trestu odnětí svobody“.

¹⁴² § 87f vyjmenovává důvody ukončení přechodného pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie. Dle odst. 3 písm. e): „Ministerstvo dále ukončí rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie přechodný pobyt na území, pokud [...] cizinec byl pravomocně odsouzen soudem České republiky za spáchání úmyslného trestného činu k nepodmíněnému trestu odnětí svobody v délce přesahující 3 roky anebo byl cizinec opakovaně pravomocně odsouzen soudem České republiky za spáchání úmyslného trestného činu k nepodmíněnému trestu odnětí svobody“.

¹⁴³ § 871 uvádí důvody pro zrušení a zánik platnosti povolení k trvalému pobytu. Dle odst. 1 písm.f)a): „Ministerstvo rozhodnutím zruší povolení k trvalému pobytu, jestliže držitel tohoto povolení [...] f) byl soudem České republiky pravomocně odsouzen za spáchání úmyslného trestného činu k nepodmíněnému trestu odnětí svobody v délce převyšující 3 roky anebo byl soudem České republiky opakovaně pravomocně odsouzen za spáchání úmyslného trestného činu k nepodmíněnému trestu odnětí svobody, nebo g) byl soudem České republiky v nejméně 5 případech pravomocně odsouzen za spáchání úmyslného trestného činu k podmíněnému trestu odnětí svobody, za podmínky, že od posledního odsouzení neuplynula doba delší než jeden rok“.

¹⁴⁴ § 87p se týká prodloužení doby platnosti pobytové karty rodinného příslušníka občana Evropské unie a (po novele 222/2017 Sb.) průkazu o povolení k pobytu pro cizince (pro rodinné příslušníky občanů Švýcarska a států EHP). Odst. 2 odkazuje, pokud jde o důvody pro neprodloužení doby platnosti pobytové karty rodinného příslušníka občana EU, na důvody pro ukončení přechodného pobytu na území podle § 87f [tedy včetně nově navrženého odst. 3 písm. e)].

2004/38/ES. Umožňuje zrušit povolení k trvalému pobytu občanu EU a jeho rodinnému příslušníkovi, pokud „*byl pravomocně odsouzen soudem České republiky za spáchání úmyslného trestného činu k nepodmíněnému trestu odnětí svobody*“.¹⁴⁵ V této souvislosti připomínám, že čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES se použije na všechny typy rozhodnutí, kterými se omezuje svoboda pohybu, tedy i na zrušení povolení k trvalému pobytu občana EU a jeho rodinného příslušníka ve smyslu § 871 zákona o pobytu cizinců.

Uvedená ustanovení představují hrubé porušení čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES, který výslovně zakotvuje, že „[p]ředchozí odsouzení pro trestný čin samo o sobě“ neodůvodňuje přijetí opatření z důvodu veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti. To opakovaně ve své judikatuře potvrdil rovněž SDEU. Tak např. v rozsudku ve věci C-165/14 *Rendón Marín* velký senát uvedl: „60. Je nutno podotknout, že v čl. 27 odst. 2 této směrnice je kláden důraz na to, že předchozí odsouzení pro trestný čin neodůvodňuje samo o sobě přijetí opatření z důvodu veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti, že osobní chování dotyčného jednotlivce musí představovat skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti nebo dotyčného členského státu a že odůvodnění, která přímo nesouvisí s dotyčnou osobou nebo souvisejí s generální prevencí, nejsou přípustná (v tomto smyslu viz rozsudky ze dne 10. července 2008, Jipa, C-33/07, EU:C:2008:396, body 23 a 24, jakož i ze dne 23. listopadu 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, bod 48). 1 Z toho plyne, že **unijní právo brání omezení práva pobytu založenému na důvodech obecné prevence, o kterém je rozhodnuto s cílem odradit ostatní cizince, obzvláště pokud bylo takové opatření přijato automaticky v důsledku odsouzení pro trestný čin, aniž bylo přihlédnuto k osobnímu chování pachatele trestného činu nebo k nebezpečí, které představuje pro veřejný pořádek** (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 27. dubna 2006, Komise v. Německo, C-441/02, EU:C:2006:253 bod 93 a citovaná judikatura)“¹⁴⁶ (důraz doplněn). Platí tak, že „[z] existence odsouzení pro trestný čin tak lze vycházet

¹⁴⁵ Novela č. 222/2017 Sb. vkládá na konec tohoto ustanovení dovětek „v délce nepřevyšující tři roky“. Přznám se, že mi není zřejmá logika tohoto ustanovení po zavedení nového písm. e), resp. jeho první skutkové podstaty. Písm. e) po novele umožňuje zrušit trvalý pobyt v případě pravomocného odsouzení za spáchání úmyslného trestného činu k nepodmíněnému trestu odnětí svobody nepřevyšujícímu tři roky. Písm. f) bude umožňovat totéž s tím, že trest odnětí svobody převyšuje 3 roky. Tato úprava bude vskutku slovy poslance Klučky „legislativně bezvadn[á]“.

¹⁴⁶ V daném případě španělská právní úprava bez jakékoli možnosti odchýlení podmiňovala získání práva pobytu neexistencí záznamu v rejstříku trestů ve Španělsku či v zemích, v nichž dotčená osoba dříve pobývala (viz body 63 a 64 rozsudku).

pouze tehdy, pokud okolnosti, které vedly k takovému odsouzení, ukazují na osobní chování, které představuje trvající ohrožení veřejného pořádku“.¹⁴⁷ Specifické posouzení zájmů, které jsou vlastní zachování veřejného pořádku ve smyslu čl. 27 odst. 1 a 2 směrnice 2004/38/ES, není nutně shodné s posouzeními, na nichž je založeno odsouzení v trestním řízení.¹⁴⁸ Osobní

¹⁴⁷ Bod 32 rozsudku SDEU ve věci C-349/06 *Polat* a tam citovaná judikatura.

¹⁴⁸ Viz rozsudek SDEU ve věci 30/77 *Bouchereau*, bod 27. Zde si dovolím krátkou poznámku k situacím souvisejícím se zahlazením předchozího trestního odsouzení. Domácí judikatura je v tomto ohledu rozporná. Na jedné straně Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 8 AzS 25/2014-48 ze dne 26. ledna 2015 při posuzování zamítnutí žádosti rodinného příslušníka o trvalý pobyt na základě výhrady veřejného pořádku obsažené v ustanovení § 87k odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců (v daném případě byl rodinnému příslušníkovi prominut prezidentem republiky nevykonaný zbytek trestu odnětí svobody a trest vyhoštění, s účinky zahlazení) dospěl k závěru, „že nelze zamítat žádost o trvalý pobyt výlučně z důvodu odsouzení žadatele za trestný čin, pokud se v důsledku zahlazení odsouzení za uvedený trestný čin hledí na žadatele, jako by nebyl odsouzen“ (bod 19). Dále uvedl: „Jestliže právní přepisy stanoví, že se na pachatele, jehož trest byl zahlazen, hledí, jako by nebyl odsouzen, nelze důvody zamítnutí žádosti o trvalý pobyt spatřovat výlučně v odsouzení za spáchání trestný čin.“ Naproti tomu Městský soud v Praze v rozsudku č. j. 10 A 171/2015-109 ze dne 27. října 2016 (obdobně viz rozsudek Krajského soudu v Plzni č. j. 30 A 101/2015-49 ze dne 23. září 2016 a rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 8 A 146/2014-40 ze dne 2. února 2017), který se týkal výkladu výhrady veřejného pořádku při neudělení přechodného pobytu dle § 87e odst. 1 ve spojení s § 87d odst. 1 písm. b), s odkazem na bod 20 rozsudku NSS č. j. 1 As 175/2012-34 ze dne 6. února 2013 [který se však týkal výhrady veřejného pořádku při zamítnutí žádosti o trvalý pobyt třetizemce dle § 75 odst. 2 písm. f) zákona o pobytu cizinců] uvedl: „Žalovaný ve svém rozhodnutí s odkazem na příslušnou judikaturu jednoznačně vyložil, že ačkoliv žalobce doložil, že byla jeho odsouzení zahlazena, lze k nim přihlédnout při posouzení nebezpečí, které by mohlo představovat pro veřejný pořádek z hlediska zákona o pobytu cizinců. [...] Jeho závěr, že žalobce takové nebezpečí představuje, neboť byl opakován odsouzen za drogové trestné činy, je přitom zcela udržitelný a správný, neboť drogová kriminalita je nebezpečná pro celou řadu chráněných společenských zájmů. Na tom nic nemění ani skutečnost, že žalobce odsouzení již byla zahlazena, neboť tato odsouzení lze stále použít jako indicii pro jeho budoucí chování z hlediska ohrožení zájmů, o nichž hovoří § 87d odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců“. Příkláním se spíše k posledně uvedenému závěru. Je pravdou, že zejména u zahlazení odsouzení soudem při splnění podmínek stanovených trestním zákoníkem pro zahlazení (viz § 105 odst. 1 trestního zákoníku) bude tato skutečnost hrát významnou roli zejména při posuzování aktuálnosti hrozby, která zřejmě s ohledem na plynutí času již často nebude aktuální. Jiná situace může nastat v případě uplatnění oprávnění prezidenta republiky, který není vázán na žádné lhůty ve smyslu posledně citovaného ustanovení a může odpouštět a zmírňovat tresty uložené soudem, popř. nařídit, aby se trestní řízení nezahajovalo, a zahlazuje odsouzení. Zkusme si ad absurdum představit situaci, kdy by prezident (byť připouštěl, že to není příliš pravděpodobné) odpustil trest s účinky zahlazení osobě, která se dopustila té nejzávažnější trestné činnosti (vraždy na objednávku, teroristického útoku, násilné trestní činnosti apod.), u níž zároveň existuje vysoké riziko recidivy. Je možné v takovém případě rezignovat na nezohlednění nebezpečí hrozby pro veřejný pořádek s odkazem,

chování dotyčného musí vyvolávat „konkrétní nebezpečí nových závažných porušení veřejného pořádku“.¹⁴⁹ „Je tedy na dotyčných vnitrostátních orgánech, aby posuzovaly případ od případu osobní chování toho, jenž se porušení dopustil, jakož i trvající, skutečný a dostatečně závažný charakter nebezpečí, které představuje pro veřejný pořádek a veřejnou bezpečnost, tyto orgány přitom musí navíc dbát jak na dodržování zásady proporcionality, tak i základních práv dotyčné osoby.“¹⁵⁰ Jinými slovy, v rámci konkrétního posouzení musí být vzaty do úvahy všechny aktuální okolnosti relevantní pro daný případ z hlediska zásady proporcionality, případného zájmu dítěte a základních práv.¹⁵¹ Slovy sdělení Komise 2009: „*Orgány členských států musí při svém rozhodování vycházet z posouzení budoucího chování dotyčného jednotlivce. Povaha a počet předchozích odsouzení musí tvořit podstatný prvek tohoto rozhodování a zvláštní ohled je třeba věnovat závažnosti a frekvenci spáchaných trestních činů. Zatímco nebezpečí opětovného spáchání trestného činu je velmi důležité, nepatrna možnost opakování spáchání trestného činu není postačující*“¹⁵² Komise dále dodává, že „[z]a určitých okolností může přetrhávající drobná kriminalita představovat hrozbu

že tato odsouzení byla zahlašena? Domnívám se, že nikoli. SDEU nevyžaduje striktně ve všech případech, aby k vyvolání výhrady veřejného pořádku musela být dotyčná osoba pravomocně odsouzena za spáchání trestného činu (viz např. rozsudek SDEU ve věci 41/74 *Van Duy* a členství v scientologické církvi či rozsudek SDEU ve věci C-100/01 *Olazabal*, v němž pod zachování veřejného pořádku podřadil i opatření směřující k zamezení účasti na činnosti ozbrojené a organizované skupiny). Stěžejní roli hraje posouzení, zda osobní chování dotyčného jednotlivce představuje trvající, skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti. Do uvedených úvah se nutně musí promítnout i posouzení předchozí trestné činnosti, bez ohledu na to, zda uložený trest byl zahlašen či nikoli.

¹⁴⁹ Bod 35 rozsudku SDEU ve věci C-349/06 *Polat*. Viz též stanovisko generálního advokáta M. Szpunara ve věci C165/14 *Rendón Marín*, v němž s odkazem na rozsudek SDEU ve věci 30/77 *Bouchereau* (bod 29) uvedl: „71. V této souvislosti musí být jakékoli ohrožení veřejného pořádku či veřejné bezpečnosti členského státu skutečné a aktuální. Proto musí být do posuzování chování dotčené osoby zahrnuto i nebezpečí opakování trestné činnosti.“ V pozn. č. 162 doplnil: „Soudní dvůr v tomto ohledu rozhodl, že ačkoli konstatování hrozby takovéto povahy, předpokládá u dotčeného jednotlivce sklon k pokračování v takovém chování v budoucnosti, může se také stát, že pouhá existence minulého chování naplní podmínky podobné hrozby pro veřejný pořádek.“

¹⁵⁰ Rozsudek SDEU ve věci C-303/08 *Bozkurt*, bod 60.

¹⁵¹ Rozsudek SDEU ve věci C-304/14 CS, bod 41.

¹⁵² S. 11. Tyto úvahy Komise vychází z bodu 50 stanoviska generální advokátky Ch. Stix-Hackl ve spojených věcech C-482/01 a C-493/01 *Orfanopoulos a Oliveri*. Ta doplňuje, že nebezpečí recidivy bude vyšší u drogově závislých, u nichž existuje nebezpečí, že k opakovániu páchání trestné činnosti dojde za účelem financování uvedené závislosti.

veřejnému pořádku, přestože by jednotlivě posuzovaný trestný čin nebo přestupek nebyl dostačující k tomu, aby představovaly dostatečně závažnou hrozbu, jak je definována výše.¹⁵³ Vnitrostátní orgány musí prokázat, že osobní chování dotyčného jednotlivce představuje hrozbu pro požadavky veřejného pořádku. Při posuzování existence hrozby pro veřejný pořádek v těchto případech mohou vnitrostátní orgány zejména zohlednit následující faktory: povahu trestných činů, jejich četnost, způsobenou škodu nebo újmu. Existence mnohačetných odsouzení není sama o sobě dostačující“.¹⁵⁴

Kromě shora uvedeného rozsudku SDEU ve věci C-441/02 *Komise v. Německo* a tam zmíněné judikatury¹⁵⁵ najdeme odmítnutí automatické spojitosti mezi odsouzením za trestný čin a aplikací veřejného pořádku i v řadě dalších rozhodnutí.¹⁵⁶ Shodně judikují i domácí správní soudy.¹⁵⁷ Považuji

¹⁵³ Tento závěr Komise ovšem nemá výslovou oporu v judikatuře SDEU. Viz GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 263.

¹⁵⁴ Sdělení Komise 2009, s. 12. Pro přehlednost lze rovněž odkázat na rozsudek SDEU věci C-145/09 *Tsakouridis*, body 49 až 53. Ten se týká uplatnění naléhavých důvodů veřejné bezpečnosti při vyhoštění dle čl. 28 odst. 3 směrnice 2004/38/ES (viz v podrobnostech dále). Úvahy soudu s hojnými odkazy na předchozí judikaturu jsou však uplatnitelné i při aplikaci výhrady veřejného pořádku při jakémkoliv omezení volného pohybu osob.

¹⁵⁵ „Podle judikatury Soudního dvora brání právo Společenství vyhoštění státního příslušníka členského státu založenému na důvodech obecné prevence, a sice vyhoštění, o kterém bylo rozhodnuto s cílem odradit ostatní cizince (viz zejména rozsudek ze dne 26. února 1975, *Bonsignore*, 67/74, Recueil, s. 297, bod 7, a výše uvedený rozsudek *Nazli*, bod 59), obzvláště pokud bylo takové opatření vysloveno automaticky v důsledku odsouzení pro trestný čin, aniž by bylo přihlédnuto k osobnímu chování pachatele trestného činu nebo nebezpečí, které představuje pro veřejný pořádek (výše uvedený rozsudek *Calfa*, bod 27)“ (bod 93 rozsudku).

¹⁵⁶ Tak např. v rozsudku ve věci C-430/10 *Gajdarov* SDEU s odkazem na znění čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES uvedl, že „předchozí odsouzení pro trestný čin samo o sobě neodůvodňuje přijetí automatických opatření omezujících výkon práva na volný pohyb“ (bod 34). Viz rovněž rozsudky SDEU ve věci C-303/08 *Bozkurt*, bod 58 a C-349/06 *Polat*, body 31 a 35. Obdobně viz rozsudek SDEU ve spojených věcech C-482/01 a C-493/01 *Orfanopoulos a Oliveri*. V něm SDEU odsoudil jako neslučitelnou s čl. 3 tehdejší směrnice 64/221 německou právní úpravu, která stanovila automatické vyhoštění státních příslušníků jiných členských států, kteří byli odsouzeni kvůli určitému deliktům k určitému trestům, bez posouzení osobního chování pachatele trestného činu a nebezpečí, které představuje pro veřejný pořádek (v podrobnostech viz body 67 až 71). V rozsudku ve věci C-304/14 CS SDEU uvedl, že „40. [...] pokud se rozhodnutí o správném vyhoštění zakládá – s ohledem na trestnou činnost páchanou státním příslušníkem třetího státu, který má ve výlučné péči děti, jež jsou občany Unie – na skutečném, aktuálním a dostatečně závažném ohrožení veřejného pořádku či veřejné bezpečnosti, může takové rozhodnutí být v souladu s unijním právem. 41 Tento závěr nelze ovšem dovodit automaticky jen na základě toho, že dotyčná osoba má záznam v rejstříku trestů. Vyplynout případně může jen z konkrétního posouzení

za skutečně pikantní, že domácí zákonodárce přijal právní úpravu, za kterou již v minulosti SDEU odsoudil jiný členský stát (konkrétně Nizozemské království) pro nesplnění povinností vyplývajících tehdy ze směrnice 64/221. V rozsudku ve věci C-50/06 *Komise Evropských společenství proti Nizozemskému království* SDEU došel k závěru, že „*obecné nizozemské právní předpisy týkající se cizích státních příslušníků umožňují vytvořit systematickou a automatickou spojitost mezi odsouzením pro trestný čin a opatřením k ukončení pobytu, pokud jde o občany Unie*“.¹⁵⁸ Nizozemské království tak „tím, že na občany Unie neuplatňovalo směrnici 64/221, ale že na ně uplatňovalo obecné právní předpisy týkající se cizích státních příslušníků, které umožňují vytvořit systematickou a automatickou spojitost mezi odsouzením pro trestný čin a opatřením k ukončení pobytu, nesplnilo povinnosti, které pro něj vyplývají z této směrnice“.¹⁵⁹

Obdobně jako v případě nově zavedeného ustanovení § 174a odst. 3 se může rodinný příslušník migrujících občanů EU a rodinný příslušník občanů ČR, kteří v určitých situacích spadají pod ochranu primárním právem, dovolat přímého účinku čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES, resp. čl. 20, 21, 45 či 56 SFEU. Může tak skutkové podstaty popsané v úvodu této kapitoly vůči své osobě vyloučit. Obdobně za pomoci nepřímého účinku a shodnou argumentací, jakou jsem popsal výše ve vztahu k § 174a odst. 3 zákona o pobytu cizinců, se rovněž rodinní příslušníci nemigrujících občanů ČR mohou dovolat vyloučení aplikace týchž skutkových podstat. Příslušná ustanovení § 87d¹⁶⁰, 87f¹⁶¹, 87l¹⁶² i 87p¹⁶³ obsahují vždy skutkové podstaty zahrnující

vnitrostátního soudu, týkajícího se všech aktuálních okolností relevantních pro daný případ, z hlediska zásady proporcionality, zájmu dítěte a základních práv, jejichž dodržování zajišťuje Soudní dvůr. 42 Při tomto posuzování tedy bude třeba vzít v úvahu zejména osobní chování dotyčné osoby, délku a legálnost pobytu dotyčné osoby na území dotčeného členského státu, povahu a závažnost spáchaného trestného činu, aktuální stupeň společenské nebezpečnosti dotyčné osoby pro společnost, věk a zdravotní stav dotyčného dítěte, jakož i jeho rodinné a ekonomické poměry“.

¹⁵⁷ Viz např. rozsudek NSS č. j. 8 As 46/2013-55 ze dne 30. srpna 2013, bod 41.

¹⁵⁸ Bod 46 rozsudku.

¹⁵⁹ Bod 51 rozsudku. V podrobnostech odkazují dále na body 28 a 35-45 rozsudku. V případě České republiky je při srovnání s daným případem porušení unijního práva ještě flagrantnější, neboť pro občany EU a jejich rodinné příslušníky vytvořila samostatné kategorie zavádějící automatismus mezi spáchaním trestného činu a ukončením pobytu.

¹⁶⁰ Odst. 2 písm. b) [po novele písm. d)].

¹⁶¹ Odst. 3 písm. d) [po novele písm. f)].

¹⁶² Odst. 1 písm. a).

¹⁶³ Odst. 2 odkazuje na § 87f. Lze tak aplikovat § 87f odst. 3 písm. d) [po novele písm. f)].

výhradu veřejného pořádku umožňující jejich výklad v souladu s čl. 27 směrnice 2004/38/ES a judikaturou SDEU.

Domácí právní úprava je v tomto ohledu nedostatečná i při srovnání s jinými členskými státy EU. Jako příklad dobré praxe lze odkázat na § 6 odst. 2 německého zákona o volném pohybu občanů Unie, který explicitně převzal znění čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES.¹⁶⁴ Rovněž slovenský zákon o pobytu cizinců výslově zakotvuje, že předchozí trestná činnost není sama o sobě důvodem pro zamítnutí vstupu občanu EU a jeho rodinnému příslušníkovi.¹⁶⁵ Obdobně mohu poukázat i na legislativu ve Spojeném království, konkrétně na § 21 odst. 5 písm. e) nařízení z roku 2006 o přistěhovalectví (Evropský hospodářský prostor), ve znění pozdějších změn.¹⁶⁶ Druhá věta odstavce 2 prvního pododstavce čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES se explicitně promítlá i do čl. 22 odst. 5 portugalského zákona upravujícího výkon práva volného pohybu a pobytu občanů EU a jejich rodinných příslušníků.¹⁶⁷ Totéž platí i pro lotyšskou právní úpravu.¹⁶⁸ Rovněž tak litevský zákon o právním postavení cizinců stanoví, že hodnocení hrozby pro veřejný pořádek nemá být mimo jiné založeno výlučně na spáchání trestného činu.¹⁶⁹ I finský cizinecký zákon (č. 301/2004) v § 156 odst. 2 upravuje, že uplatnění výhrady veřejného pořádku při zabránění vstupu či vyhoštění občana EU a jeho rodinného příslušníka musí být založeno výlučně na chování dotyčného (které musí představovat skutečné, aktuální a dostatečně závažné

¹⁶⁴ V podrobnostech viz dále pozn. č. 263.

¹⁶⁵ Viz § 11 (Zamietnutie vstupu a výcestovania občanovi Únie a rodinnému príslušníkovi občana Únie) odst. 2 slovenského zákona č. 404/2011 Z. z., o pobyci cudzincov a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ve znění pozdějších predpisů: „Rozhodnutie o zamietnutí vstupu občanovi Únie alebo rodinnému príslušníkovi občana Únie z dôvodu ohrozenia bezpečnosti štátu alebo verejného poriadku musí vychádzať výlučne z osobného správania tejto osoby, pričom osobné správanie musí predstavovať bezprostrednú a dostatočne vážnu hrozbu pre bezpečnosť štátu alebo verejný poriadok. **Trestné činy spáchané v minulosti občanom Únie alebo rodinným príslušníkom občana Únie nie sú bez spojenia s dôvodným podezrením zo závažného ohrozenia bezpečnosti štátu alebo verejného poriadku dôvodom na zamietnutie vstupu**“ (dúraz doplněn).

¹⁶⁶ V podrobnostech viz pozn. č. 90.

¹⁶⁷ Lei nº 37/2006, de 9 de Agosto.

¹⁶⁸ Nařízení vlády č. 675 ze dne 30. srpna 2011, postupy pro vstup a pobyt občanů EU a jejich rodinných příslušníků na území Lotyšské republiky, čl. 59, věta druhá (originální název Ministru kabineta 2011. gada 30. augusta noteikumi Nr. 675 „Kārtība, kādā Savienības pilsoni un viņu ģimenes locekļi ieceļo un uzturas Latvijas Republikā“).

¹⁶⁹ Čl. 98¹ odst. 2 litevského zákona ze dne 29. dubna 2004 o právním postavení cizinců, ve znění pozdějších predpisů, No IX-2206.

ohrožení základního zájmu společnosti), a nikoli pouze na předchozích od-souzeních.¹⁷⁰

2.5 Znemožnění podat žádost o povolení k přechodnému pobytu bez oprávnění k pobytu či z výjezdního příkazu rodinnému příslušníkovi občana České republiky

S tématem rozebraným v předchozí kapitole částečně souvisí i další sporný návrh z „dílny“ poslance Klučky. Jedná se o nové ustanovení § 169r písm. j) zákona o pobytu cizinců. Dle něho Ministerstvo vnitra usnesením zastaví řízení, pokud rodinný příslušník občana České republiky podal žádost o vydání povolení k přechodnému pobytu nebo k trvalému pobytu podle hlavy IV a zákona o pobytu cizinců v době, kdy „není oprávněn pobývat na území, nebo v době platnosti výjezdního příkazu“.¹⁷¹ Je zajímavé, že jde fakticky o jediné ustanovení v zákoně o pobytu cizinců, které formulačně rozlišuje mezi rodinnými příslušníky migrujících občanů EU a nemigrujících občanů ČR. Na prvně uvedenou kategorii uvedené ustanovení nedopadá.

Připomeňme si, že vydání pobytové karty, kterou je završeno řízení o udělení přechodného pobytu s rodinným příslušníkem, je pouze deklaratorním rozhodnutím. Nezakládá pobytová práva, ale slouží pouze k osvědčení stávajících práv přiznaných přímo unijním právem.¹⁷² Podmínky, které může členský stát pro vydání povolení k pobytu po dobu delší než tři měsíce (v podmírkách ČR pro přechodný pobyt) vyžadovat, jsou stanoveny čl. 7 směrnice

¹⁷⁰ Ulkomaalaislaki 301/2004.

¹⁷¹ Pro podání žádosti z výjezdního příkazu platí dvě výjimky: „[T]o 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“. V pozměňovacím návrhu pana poslance se k této změně nic nedocetíme. Obsahuje pouze odůvodnění ve vztahu k navrženému rozšíření § 169d odst. 1 o přechodný pobyt. Nově tak rodinní příslušníci občanů EU budou muset podat žádost o přechodný pobyt osobně.

¹⁷² Srov. např. rozsudek SDEU ve věci C-157/03 *Komise Evropských společenství v. Španělské království*, v němž s odkazem na dřívější judikaturu (C-459/99 *Mrax*, bod 74) uvedl (bod 28): „V tomto ohledu vyplývá právo vstupu na území členského státu poskytované státním příslušníkům třetích zemí, kteří jsou manželi nebo manželkami státních příslušníků členského státu, z pouhého rodinného vztahu. Vydání povolení k pobytu státnímu příslušníkovi třetí země, který je manželem nebo manželkou státního příslušníka členského státu, tak musí být považováno nikoliv za úkon zakládající práva, ale za úkon ze strany členského státu určený ke konstatování osobního stavu státního příslušníka s ohledem na předpisy práva Společenství.“ Shodně např. i rozsudek SDEU ve věci C215/03 *Oulane*, bod 18. V podrobnostech viz POŘÍZEK, P., op. cit. 26, s. 35, 36.

2004/38/ES. Jejich výčet je taxativní.¹⁷³ Zároveň, „[j]akmile státnímu příslušníkovi třetí země, který je rodinným příslušníkem občana Unie, přísluší na základě směrnice 2004/38 právo na vstup a právo pobytu v hostitelském členském státě, tento hostitelský členský stát může toto právo omezit pouze při dodržení článků 27 a 35“ směrnice 2004/38/ES.¹⁷⁴ SDEU již v rozsudku ve věci 48/75 Royer konstatoval, že nedodržení podmínek stanovených členským státem pro vstup, pohyb a pobyt není takové povahy, aby samo o sobě představovalo hrozbu pro veřejný pořádek a bezpečnost.¹⁷⁵ V rozsudku ve věci C-459/99 Mrax s odkazem na bod 40 předchozího rozsudku uvedl, že „rozhodnutím o nevydání povolení k pobytu, a tím spíše opatřením o vyhoštění založeným pouze na odůvodnění, že ze strany dotčené osoby nebyly splněny právní formality týkající se kontroly cizinců, by byla ohrožena samotná podstata práva pobytu, které je přímo přiznané právem Společenství, a tato rozhodnutí by byla zjevně nepřiměřená závažnosti porušení předpisů“. Dále doplnil, že článek 4 směrnice 68/360 a článek 6 směrnice 73/148 (jejichž znění bylo převzato do směrnice 2004/38/ES¹⁷⁶) „musí být vykládány v tom smyslu, že **neopravňují členský stát odmítout vydat povolení k pobytu a přijmout opatření o vyhoštění vůči státnímu příslušníkovi třetího státu, který je schopen prokázat svou totožnost a svůj sňatek se státním příslušníkem členského státu, pouze z toho důvodu, že vstoupil protiprávně na území dotčeného členského státu**“¹⁷⁷ (důraz doplněn). A do třetice konstatoval, že články 3 a 4 odst. 3 směrnice 68/360, články 3 a 6 směrnice 73/148 a článek 3 odst. 3 směrnice 64/221 (které byly opět obsahově převzaty do směrnice 2004/38/ES) „musí být vykládány v tom smyslu, že členský stát nemůže odmítout vydat povolení k pobytu ani vyhostit státního příslušníka třetího státu, který je manželem nebo manželkou státního příslušníka členského

¹⁷³ Srov. *mutatis mutandis* body 29 a 30 rozsudku ve věci C-157/03 Komise Evropských společenství v. Španělské království.

¹⁷⁴ Rozsudek SDEU ve věci C-127/08 Metock a další, bod 95.

¹⁷⁵ Bod 51 rozsudku. Shodně i rozsudek SDEU ve věci 459/99 Mrax, bod 79 či C-215/03 Oulane, bod 42.

¹⁷⁶ Srov. v tomto ohledu čl. 38 odst. 3 směrnice 2004/38/ES: „Odkazy na zrušená ustanovení a směrnice se považují za odkazy na tuto směrnici“.

¹⁷⁷ Bod 80 rozsudku. Viz rovněž rozsudek SDEU ve věci C-127/08 Metock a další, bod 99, dle něhož „čl. 3 odst. 1 směrnice 2004/38 musí být vykládán v tom smyslu, že na státního příslušníka třetí země, který je manželem nebo manželkou občana Unie pobývajícího v členském státě, jehož není státním příslušníkem, jenž tohoto občana Unie doprovází nebo následuje, se vztahují ustanovení uvedené směrnice **bez ohledu na místo a datum uzavření jejich manželství, jakož i způsob, jakým tento státní příslušník třetí země vstoupil na území hostitelského členského státu**“ (důraz doplněn).

*státu a který vstoupil řádně na území tohoto členského státu, pouze z důvodu, že před tím, nežli požádal o povolení k pobytu, již uplynula doba platnosti jeho víza*¹⁷⁸ (důraz doplněn). Platí tak, že nelegální vstup či pobyt rodinného příslušníka občana EU není sám o sobě důvodem pro zamítnutí žádosti o vydání povolení k přechodnému pobytu, resp. zastavení řízení o takové žádosti.¹⁷⁹ Uvedené zároveň nebrání tomu, aby vůči rodinnému příslušníkovi občana EU členský stát za porušení migračních pravidel uplatnil „jiné sankce, které nenarušují svobodu pohybu a pobytu, jako je pokuta, za podmínky, že jsou přiměřené“.¹⁸⁰

Jak se mohou rodinní příslušníci občanů ČR vůči novému § 169r písm. j) zákona o pobytu cizinců bránit? Záleží na tom, v jakém postavení se nachází. Pokud půjde o rodinného příslušníka občana ČR, který se nachází pod ochranou primárního práva,¹⁸¹ může s odkazem na přímý účinek aplikaci ustanovení § 169r písm. j) na svoji osobu vyloučit. Druhou kategorii představují rodinní příslušníci nemigrujících občanů ČR, kteří se mohou dovolat pouze nepřímého účinku. I v jejich případě se domnívám, že se mohou v souladu s argumentací, jakou jsem popsal výše ve vztahu k § 174a odst. 3 zákona o pobytu cizinců,¹⁸² dovolat vyloučení uplatnění § 169r písm. j) zákona o pobytu cizinců prostřednictvím teleologické redukce.

2.6 Článek 28 odst. 2

Dle čl. 28 odst. 2 směrnice 2004/38/ES: „*Hostitelský členský stát nesmí, s výjimkou závažných důvodů týkajících se veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti, vydat rozhodnutí o vyhoštění proti občanům Unie nebo jejich rodinným příslušníkům bez ohledu na jejich státní příslušnost, kteří*

¹⁷⁸ Bod 91 rozsudku. Viz rovněž bod 54 rozsudku SDEU ve věci C-325/09 *Dias*, dle něhož „deklaratorní povaha povolení k pobytu znamená, že povolení pouze potvrzuje již existující právo. [...] [N]elze z důvodu deklaratorní povahy povolení k pobytu považovat pobyt občana za ilegální ve smyslu práva Unie pouze proto, že tento občan nemá povolení k pobytu“.

¹⁷⁹ I judikatura domácích správních soudů počínaje usnesením rozšířeného senátu NSS č. j. 3 As 4/2010-151 ze dne 26. 7. 2011 (bod 56) opakovaně potvrdila, že vůči občanům EU a jejich rodinným příslušníkům nelze výhradu veřejného pořádku uplatnit v důsledku nelegálního vstupu či pobytu (viz např. rozsudky NSS č. j. 3 As 75/2012-28 ze dne 6. února 2013, č. j. 8 As 46/2013-55 ze dne 30. srpna 2013, bod 40 a č. j. 9 As 57/2011-84 ze dne 7. prosince 2011).

¹⁸⁰ Viz výše bod 97 rozsudku. Shodně i rozsudek SDEU ve věci 459/99 *Mrax*, bod 77 a tam citovaná judikatura.

¹⁸¹ Viz v podrobnostech kapitola 2.1.

¹⁸² Viz výše kapitola 2.3.

mají právo trvalého pobytu na jeho území“ (důraz doplněn). Uvedená směrnice „zavádí režim ochrany před vyhoštěním, který stanoví tím větší záruky, čím je vyšší integrace občanů Unie¹⁸³ v hostitelském členském státě“.¹⁸⁴ Jindy slovy, jak uvedl SDEU v rozsudku ve věci C-145/09 *Tsakouridiss* odkaž na odůvodnění směrnice: „24. Z dvacátého třetího bodu odůvodnění směrnice 2004/38 vyplývá, že vyhoštění občanů Unie a jejich rodinných příslušníků z důvodů veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti může vážně ohrozit osoby, jež se poté, co využily práv a svobod přiznaných jim Smlouvou, skutečně integrovaly do hostitelského členského státu. 25. Proto, jak vyplývá z dvacátého čtvrtého bodu odůvodnění směrnice 2004/38, zavádí tato směrnice režim ochrany proti vyhoštění, který je založen na stupni integrace dotčených osob v hostitelském členském státě, takže by s rostoucím stupněm integrace občanů Unie a jejich rodinných příslušníků v hostitelském členském státě měla růst i úroveň jejich ochrany před vyhoštěním.¹⁸⁵ 26. Z tohoto hlediska čl. 28 odst. 1 uvedené směrnice stanoví obecně, že před přijetím rozhodnutí o vyhoštění z důvodů veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti vezme hostitelský členský stát v úvahu skutečnosti, jako je délka pobytu dotyčné osoby na jeho území, věk, zdravotní stav, rodinné a ekonomické poměry, společenská a kulturní integrace v hostitelském členském státě a intenzita vazeb na zemi původu“¹⁸⁶ V tomto rozsudku zároveň

¹⁸³ V případě čl. 28 odst. 2 to platí i o jejich rodinných příslušnících.

¹⁸⁴ Rozsudek SDEU ve věci C-371/08 *Ziebell*, bod 70.

¹⁸⁵ Obdobně viz rozsudek velkého senátu SDEU ve věci C-165/14 *Rendón Marín*, bod 56 a rozsudek ve věci C-400/12 *M. G.*, bod 30.

¹⁸⁶ Samotné znění bodů 23 a 24 odůvodnění směrnice 2004/38/ES je následující: „(23) Vyhoštění občanů Unie a jejich rodinných příslušníků z důvodů veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti představuje opatření, které může vážně ohrozit osoby, jež se poté, co využily práv a svobod přiznaných jim Smlouvou, skutečně integrovaly do hostitelského členského státu. Rozsah využití této opatření by tedy měl být omezen v souladu se zásadou přiměřenosti tak, aby byl brán v potaz stupeň integrace dotyčných osob, délka jejich pobytu v hostitelském členském státě, jejich věk, zdravotní stav, rodinné a ekonomické poměry a vazby na jejich zemi původu. (24) Proto by s rostoucím stupněm integrace občanů Unie a jejich rodinných příslušníků v hostitelském členském státě měla růst i úroveň jejich ochrany před vyhoštěním. Vůči občanům Unie, kteří na území hostitelského členského státu pobývají již mnoho let, a zejména vůči těm, kteří se zde narodili a pobývali zde po celý svůj život, by vyhoštění mělo směrovat pouze z důvodu výjimečných okolností souvisejících s veřejnou bezpečností. Těmito výjimečnými okolnostmi by mělo být navíc podmíněno také vyhoštění nezletilých osob, aby byly v souladu s Úmluvou OSN ze dne 20. prosince 1989 o právech dítěte chráněny jejich vazby na rodinu“.

podřadil nedovolený organizovaný obchod s omamnými látkami pod výhradu veřejného pořádku obsaženou v čl. 28 odst. 2 směrnice.¹⁸⁷

Vyhostit občana EU či jeho rodinného příslušníka s trvalým pobytom¹⁸⁸ na území členského státu je tak možné pouze ze závažných důvodů týkajících se veřejného pořádku. Jde tak o druhý, vyšší stupeň ochrany, oproti prostému zásahu do práva na volný pohyb osob např. ve formě neudělení přechodného pobytu, který požívají při vyhoštění občané EU a jejich rodinní příslušníci s trvalým pobytom.

Doposud neexistuje judikatura SDEU, která by blíže osvětlila, co se má „závažnými důvody“ na mysli. Ani sdělení Komise 2009 žádne bližší vysvětlení nepřináší. Pouze zdůrazňuje, že „[m]usí existovat jasné rozlišení mezi normálními, ‚závažnými‘ a ‚naléhavými‘ důvody, za kterých může být rozhodnuto o vyhoštění“.¹⁸⁹ Každopádně platí, že této skupině je směrnici poskytnuta vyšší ochrana před vyhoštěním než občanům EU a rodinným příslušníkům s přechodným pobytom. Obecně tak pro její uplatnění platí čl. 27 směrnice 2004/38/ES (včetně související judikatury SDEU), usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělení Komise 2009 (s. 9–13). Osobní chování občana EU a jeho rodinného příslušníka „musí představovat skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti“. Nadto musí existovat závažné důvody týkající se veřejného pořádku. Jak uvádí jeden z komentářů ke směrnici, pojem „závažný“ musí být naplněn reálným obsahem, neboť zjevně představuje podstatně vyšší práh než běžné případy, kdy je vyhoštění založeno na důvodech veřejného pořádku či bezpečnosti.¹⁹⁰ I s ohledem na judikaturu SDEU, která pod čl. 28 odst. 2 podřadila nedovolený organizovaný obchod s omamnými látkami,¹⁹¹ lze souhlasit se závěrem, že v případě občanů EU a jejich rodinných příslušníků s trvalým pobytom bude možné výhradu uplatnit pouze v případech páchaní velmi závažné trestné činnosti.¹⁹²

¹⁸⁷ Bod 54 rozsudku.

¹⁸⁸ Srov. čl. 16 až 21 směrnice 2004/38/ES.

¹⁸⁹ S. 13.

¹⁹⁰ ROGERS, N., SCANNELL, R., WALSH, J., op. cit. 30, s. 264.

¹⁹¹ Viz rozsudek SDEU ve věci C-145/09 *Tsakouridis*, bod 54.

¹⁹² GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 278.

2.7 Článek 28 odst. 3

Dle čl. 28 odst. 3 směrnice 2004/38ES: „Rozhodnutí o vyhoštění nesmí, s výjimkou **naléhavých důvodů týkajících se veřejné bezpečnosti**¹⁹³ vymezených členskými státy, být vydáno proti **občanům Unie**, kteří: a) **posledních deset let měli pobyt v hostitelském členském státě**; nebo b) jsou **nezletilými osobami**, kromě případů, kdy je vyhoštění v nejlepším zájmu dítěte, jak je stanoveno v Úmluvě OSN o právech dítěte ze dne 20. listopadu 1989“ (důraz doplněn). Toto ustanovení představuje třetí, nejvyšší stupeň ochrany,¹⁹⁴ v tomto případě jen občanů EU. Vyhodit občana EU, který měl posledních 10 let pobyt v dotčeném členském státě, lze pouze z „**naléhavých důvodů týkajících se veřejné bezpečnosti vymezených členskými státy**“, nikoli tedy na základě výhrady veřejného pořádku (viz ovšem dále). Dle SDEU, „[z]e znění článku 28 směrnice 2004/38, jakož i ze struktury tohoto ustanovení, jak je připomenuta v bodech 24 až 28 tohoto rozsudku, vyplývá, že zákonodárce Unie tím, že v případě uvedeném v čl. 28 odst. 3 této směrnice podmínil jakékoli vyhoštění existenci ‚naléhavých důvodů‘ veřejné bezpečnosti, což je pojem výrazně striktnější než pojem ‚závažné důvody‘ ve smyslu odstavce 2 tohoto článku, zjevně zamýšlen omezit opatření založená na uvedeném odstavci 3 na ‚výjimečné okolnosti‘, jak je uvedeno ve dvacátém čtvrtém bodě odůvodnění uvedené směrnice“.¹⁹⁵ Zásah do veřejné bezpečnosti musí být „obzvláště závažný, což je vyjádřeno použitím výrazu ‚naléhavé důvody‘“.¹⁹⁶

¹⁹³ Je zajímavé, že jak v Úředním věstníku Evropské unie (Úřední věstník L, č. 158/2004, kapitola 5, svazek 5, s. 58), tak i následně v právních informačních systémech ASPI, Beck-online či Codexis je zjevně nesprávně v čl. 28 odst. 3 uvedena i výhrada veřejného pořádku („Rozhodnutí o vyhoštění nesmí, s výjimkou naléhavých důvodů týkajících se **veřejného pořádku** nebo veřejné bezpečnosti vymezených členskými státy, být vydáno...“) (důraz doplněn).

¹⁹⁴ Srov. stanovisko generálního advokáta Y. Bota, který ve věci C-145/09 *Tsakouridis* s odkazem na čl. 28 odst. 1, 28 odst. 2 a 28 odst. 3 písm. a uvedl: „42. Z těchto tří odstavců předešvím vyplývá, že délka pobytu je rozhodujícím faktorem pro přiznání zvýšené ochrany před vyhoštěním občanů Unie. 43. To se vysvětluje tím, že zákonodárce Unie usoudil, že doba pobytu ukazuje na určitou integraci v hostitelském členském státě. Čím delší je doba pobytu na území tohoto státu, tím užší by měly být vazby k tomuto státu. 44. Rozhodnutí o vyhoštění vydané vůči občanu Unie, který využil svého práva pohybu a který je skutečně integrován v hostitelském členském státě, by jej tedy mohlo vážně ohrozit. 45. Z tohoto důvodu tento občan požívá ochrany před vyhoštěním, která zesiluje podle míry integrace v hostitelském členském státě. Popsaný systém vytýče ve skutečnosti postulát, že stupeň integrace závisí na délce pobytu. Čím delší bude pobyt, tím silnější stupeň integrace bude předpokládán a tím úplnejší bude ochrana před vyhoštěním.“

¹⁹⁵ C-145/09 *Tsakouridis*, bod 40. Shodně i rozsudek SDEU ve věci C-348/09 *P. I.*, bod 19.

¹⁹⁶ C-145/09 *Tsakouridis*, bod 41. Shodně i rozsudek SDEU ve věci C-348/09 *P. I.*, bod 20.

Jinými slovy, „[k]romě toho sám pojem ‚naléhavých důvodů‘ veřejné bezpečnosti obsažený v čl. 28 odst. 3 písm. a) směrnice 2004/38 týkající se zásahu do veřejné bezpečnosti“ musí být „obzvláště závažný a umožňuje přijetí opatření o vyhoštění pouze za výjimečných okolností“.¹⁹⁷

K výjimečnosti vyhoštění občana EU s desetiletým pobytom SDEU dále v rozsudku ve věci C-145/09 Tsakouridis uvedl: „49. Vyhoštění tedy musí být založeno na individuálním přezkumu každého jednotlivého případu (viz zejména výše uvedený rozsudek Metock a další, bod 74) a může být odůvodněno naléhavými důvody týkajícími se veřejné bezpečnosti ve smyslu čl. 28 odst. 3 směrnice 2004/38 pouze tehdy, pokud je vzhledem k výjimečné závažnosti ohrožení takové opatření nezbytné k ochraně zájmů, k jejichž zajištění směřuje, za předpokladu, že tohoto cíle nelze dosáhnout méně striktními opatřeními, s ohledem na dobu pobytu občana Unie v hostitelském členském státě, a zejména na závažné negativní důsledky, které může mít takové opatření pro občany Unie, kteří jsou v hostitelském členském státě skutečně integrováni. 50. Při uplatňování směrnice 2004/38 je třeba konkrétně poměřit na jedné straně výjimečnost hrozby zásahu do veřejné bezpečnosti z důvodu osobního chování dotčené osoby, posuzované případně v době, kdy dojde k vyhoštění (viz zejména rozsudek ze dne 29. dubna 2004, Orfanopoulos a Oliveri, C-482/01 a C-493/01, Recueil, s. I-5257, body 77 až 79), z hlediska zejména zákonem stanovených a uložených trestů, míry zapojení do trestné činnosti, rozsahu škody a případně tendenze k opakování trestné činnosti (viz v tomto smyslu zejména rozsudek ze dne 27. října 1977, Bouchereau, 30/77, Recueil, s. 1999, bod 29), a na druhé straně riziko ohrožení znovaúčlenění občana Unie do společnosti ve státě, kde je skutečně integrován, jež je nejen v zájmu dotyčného, ale rovněž v obecném zájmu Evropské unie, jak uvedl generální advokát v bodě 95 svého stanoviska. 51. Uložený trest musí být vzat v úvahu jako část tohoto souboru faktorů. Odsouzení k trestu odnětí svobody v délce pěti let nemůže vést k rozhodnutí o vyhoštění, jak je stanoveno ve vnitrostátní právní úpravě, bez zohlednění skutečností popsaných v předchozím bodě, což přísluší ověřit vnitrostátnímu soudu. 52. V rámci tohoto posouzení je třeba vzít v úvahu základní práva, jejichž dodržování Soudní dvůr zajišťuje, jelikož důvodů obecného zájmu

¹⁹⁷ Rozsudek SDEU ve věci C-371/08 Ziebell, bod 71. Srov. i stanovisko generálního advokáta Y. Bota ve věci C-348/09 P. I., bod 40: „Dále je třeba u nebezpečí pro veřejnou bezpečnost zohlednit samotnou povahu tohoto nebezpečí. Pokud povaha jednání představuje takové nebezpečí, u něhož existují naléhavé důvody pro vyhoštění, aby bylo toto nebezpečí zařehnáno, budou splněny podmínky čl. 28 odst. 3 směrnice 2004/38.“

se lze dovolávat k odůvodnění vnitrostátního opatření, které může narušit výkon volného pohybu osob, pouze pokud dotčené opatření zohledňuje taková práva (viz zejména výše uvedený rozsudek *Orfanopoulos a Oliveri*, body 97 až 99), a zejména právo na respektování soukromého a rodinného života, jak je stanoveno v článku 7 Listiny základních práv Evropské unie a v článku 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (viz zejména rozsudek ze dne 5. října 2010, McB, C-400/10 PPU, dosud nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 53, a rozsudek *ESLP, Maslov v. Rakousko [GC]*, ze dne 23. června 2008, Sbírka rozsudků a rozhodnutí 2008, § 61 a násl.). 53. Při posouzení, zda je plánovaný zásah přiměřený sledovanému legitimnímu cíli, v daném případě ochraně veřejné bezpečnosti, je třeba vzít v úvahu zejména charakter a závažnost spáchaného trestného činu, dobu pobytu dotyčného v hostitelském členském státě, dobu, která uplynula od spáchání trestného činu, a chování dotyčného během této doby, jakož i pevnost sociálních, kulturních a rodinných vazeb k hostitelskému členskému státu. Pokud jde o občana Unie, který strávil větší část svého dětství a mládí, ne-li celé dětství a mládí, v hostitelském členském státě, je třeba uvést k odůvodnění vyhoštění velmi pádné důvody (viz v tomto smyslu zejména výše uvedený rozsudek *Maslov v Rakousko*, § 71 až 75)“.

V posledně uvedeném rozsudku SDEU zároveň přispěl k objasnění okolností, které mohou vést k přerušení desetiletého pobytu vyžadovaného pro zvýšenou ochranu před vyhoštěním čl. 28 odst. 3 písm. a) směrnice 2004/38/ES. Svoje úvahy shrnul v bodu 38 rozsudku následovně: „[Č]l. 28 odst. 3 písm. a) musí být vykládán v tom smyslu, že za účelem určení, zda občan Unie měl pobyt v hostitelském členském státě po dobu posledních deseti let před rozhodnutím o vyhoštění, což je rozhodujícím kritériem pro přiznání zvýšené ochrany, kterou toto ustanovení poskytuje, je třeba vzít v úvahu v každém jednotlivém případě všechny rozhodující aspekty, zejména dobu trvání každé z nepřítomnosti dotyčné osoby v hostitelském členském státě, celkovou dobu a frekvenci těchto nepřítomností, jakož i důvody, které měla dotyčná osoba k opuštění tohoto členského státu a které mohou prokázat, zda tyto nepřítomnosti znamenají přesunutí centra osobních, rodinných nebo profesních zájmů dotyčné osoby do jiného státu, či nikoliv“. Uvedenou argumentaci potvrdil SDEU v rozsudku ve věci C-400/12 *M. G.*, v němž doplnil, že pro získání zvýšené ochrany před vyhoštěním musí být doba pobytu uvedená v čl. 28 odst. 3 písm. a) směrnice 2004/38/ES (počítaná zpětně

ode dne, kdy bylo vydáno rozhodnutí o vyhoštění) v zásadě nepřetržitá.¹⁹⁸ Nepřetržitost pobytu pak v zásadě přerušuje výkon trestu odnětí svobody a doba odnětí svobody nemůže být zohledněna pro účely poskytnutí zvýšené ochrany stanovené čl. 28 odst. 3 směrnice 2004/38/ES.¹⁹⁹

Na první pohled by se mohlo zdát, že toto ustanovení nesouvisí s tématem příspěvku, kterým je výklad výhrady veřejného pořádku. Nicméně zmiňuji ho zde proto, že SDEU v již několikrát uvedeném rozsudku ve věci C-145/09 *Tsakouridis* dovodil, že boj proti kriminalitě spojené s nedovoleným organizovaným obchodem s omamnými látkami,²⁰⁰ přestože ho v minulosti podřadil pod výhradu veřejného pořádku,²⁰¹ může spadat pod pojmem „naléhavé

¹⁹⁸ Viz body 23 až 28 rozsudku.

¹⁹⁹ Srov. tamtéž, body 29 až 38 rozsudku.

²⁰⁰ Obdobně lze s odkazem na rozsudek SDEU ve věci C-100/01 *Olazabal* pod zachování veřejného pořádku podřadit i opatření směřující k zamezení účasti na činnosti ozbrojené a organizované skupiny (v daném případě šlo o opatření přijatá vůči španělskému občanovi, členovi organizace ETA, kterému byl zakázán pobyt v 31 francouzských departementech, resp. opustit bez povolení departement, v němž se zdržoval; již v minulosti byl ve Francii odsouzen k trestu odnětí svobody a zákazu pobytu). Generální advokát Y. Bot tento rozsudek zmiňuje ve svém stanovisku ve věci C-145/09 *Tsakouridis* jako exemplární příklad na podporu svého tvrzení o tom, že SDEU ve většině rozsudků mezi oběma výhradami jasně nerozlišuje (bod 66). Tentýž generální advokát pak ve svém stanovisku ve věci C-348/09 *P. I.* uvedl: „36. Každý členský stát si na základě trestního práva vymezuje rámec svého veřejného pořádku, jelikož definuje jednání, která zakazuje pod hrozbou sankce. V tomto ohledu je zjevné, že pravidla trestního práva jsou všechna pravidly veřejného pořádku v tom smyslu, že pravidla kogentní povahy nemohou být obcházena individuální vůlí. Tato pravidla jsou vytvářena právě proto, aby bránila individuální vůli v rozsahu, v němž jsou její následky považovány za škodlivé pro hodnoty společnosti. 37. Protiprávní čin porušující tato pravidla tak způsobuje narušení veřejného pořádku stanoveného členským státem, tedy narušení více či méně závažné v závislosti na povaze spáchaného činu, jelikož narušení veřejného pořádku se obvykle odráží ve stupni přísnosti trestu stanoveného vnitrostátním zákonodárcem pro potrestání zakázaného jednání. V každém konkrétním případě nachází totiž posouzení svůj výraz, a případně i svou váhu, ve skutečně uloženém trestu, který s ohledem na konkrétní okolnosti každého případu vyjadřuje stupeň skutečně způsobeného narušení. 38. Odkaz na pojem ‚veřejná bezpečnost‘ samozřejmě automaticky nevyplývá z pouhé skutečnosti, že byl spáchán protiprávní čin, ale z protiprávního jednání zvláště závažného svou podstatou a rovněž svými účinky, které jdou nad rámec individuální újmy způsobené jedné nebo několika obětem. Tyto dva pojmy tudíž nejsou totičné, a i když každé jednání, které představuje nebezpečí pro veřejnou bezpečnost, z podstaty věci narušuje veřejný pořádek, opak neplatí, třebaže spáchaný čin, jakmile vyjde na jeho, může u veřejnosti vyvolat emoce, které jsou odrazem narušení způsobeného protiprávním činem.“

²⁰¹ Viz rozsudky SDEU ve věci C-348/96 *Calfa* a rozsudek ve spojených věcech C-482/01 a C-493/01 *Orfanopoulos a Oliveri*.

*důvody týkající se veřejné bezpečnosti“.²⁰² V rozsudku ve věci C-348/09 *P.I.* SDEU s odkazem na čl. 83 odst. 1 druhý pododstavec SFEU podřadil pod výhradu veřejné bezpečnosti dle čl. 28 odst. 3 písm. a) směrnice 2004/38/ES i tyto oblasti trestné činnosti: terorismus, obchod s lidmi a sexuální vykořisťování žen a dětí, nedovolený obchod s drogami, nedovolený obchod se zbraněmi, praní peněz, korupce, padělání platebních prostředků, trestná činnost v oblasti výpočetní techniky a organizovaná trestná činnost. Tyto trestné činy mohou členské státy „*považovat za zvlášť závažné ohrožení základního zájmu společnosti, které může přímo ohrožovat klid a fyzickou bezpečnost obyvatelstva, a tudíž spadat pod pojem „naléhavé důvody týkající se veřejné bezpečnosti“, které mohou odůvodnit rozhodnutí o vyhoštění podle uvedeného čl. 28 odst. 3, za podmínky, že způsob, jakým byly takové činy spáchány, je zvlášť závažný, [...].“²⁰³**

Pro vyhoštění nezletilého občana EU musí být naplněny naléhavé důvody veřejné bezpečnosti. Zvýšená ochrana před vyhoštěním se uplatní bez ohledu na délku pobytu nezletilého občana EU na území hostitelského členského státu. Nezletilý občan nemusí splnit podmínu deseti let pobytu jako v případě čl. 28 odst. 3 písm. a), ani nemusí být držitelem povolení k trvalému pobytu. Jedinou výjimku z uvedeného požadavku na zvýšenou ochranu představují situace, kdy bude vyhoštění nezletilého občana EU „*v nejlepším zájmu dítěte, jak je stanoveno v Úmluvě OSN o právech dítěte ze dne 20. listopadu 1989*“.²⁰⁴ Text směrnice odkazuje dle mého názoru na čl. 3 odst. 1 Úmluvy o právech dítěte.²⁰⁵ V takovém případě (pokud je vyhoštění

²⁰² Srov. body 43 až 47 rozsudku, resp. v podrobnostech body 60 až 78 stanoviska generálního advokáta Y. Bota v dané věci, z něhož uvádíme: „71. [...] [Z]ákonodárce Unie, vycházejí tak z judikatury Soudního dvora, si přál ponechat členským státům určitý prostor pro uvážení, pokud jde o obsah pojmu „veřejná bezpečnost“. Článek 28 odst. 3 písm. a) směrnice 2004/38 tak stanoví, že rozhodnutí o vyhoštění musí být založeno na naléhavých důvodech veřejné bezpečnosti, vymezených členskými státy“. 72. V důsledku toho, představuje-li pro některé členské státy zásah do jejich vnitřní bezpečnosti hrozba ozbrojených skupin usilujících o nezávislost, projiné je prioritou při zajištění bezpečnosti na jejich území boj proti pohromě, jakou je organizovaný obchod s drogami.“

²⁰³ Bod 33 rozsudku. SDEU se v dané věci, v níž šlo o dlouhodobé pohlavní zneužívání, sexuální obtěžování a znásilnění nezletilé osoby panem P. I. v době, kdy byla nezletilá dcera jeho družky, odchytlil od stanoviska generálního advokáta I. Bota (srov. body 43 až 48 jeho stanoviska). Dle jeho názoru se zároveň ochrana čl. 28 odst. 3 směrnice 2004/38/ES na dotyčného nevtahovala, neboť nebyl skutečně integrovaný (srov. body 49 až 64).

²⁰⁴ ROGERS, N., SCANNELL, R., WALSH, J., op. cit. 30, s. 266.

²⁰⁵ „1. Zájem dítěte musí být předním hlediskem při jakékoli činnosti týkající se dětí, ať už uskutečňované veřejnými nebo soukromými zařízeními sociální péče, soudy, správními nebo zákonodárnými orgány.“ Viz např. anglické znění čl. 28 odst. 3 písm. b) směrnice

v nejlepším zájmu dítěte) nemusí být naplněn požadavek naplnění naléhavých důvodů veřejné bezpečnosti a může k němu dojít i na základě výhrady veřejného pořádku či zdraví, v podstatě při splnění standardů obsažených v čl. 27 a 28 odst. 1 směrnice 2004/38/ES (ovšem za současného naplnění požadavku na nejlepší zájem dítěte).

Nabízí se otázka, jak tuto skutkovou podstatu,²⁰⁶ která představuje výjimku ze zvýšené ochrany nezletilých občanů EU před vyhoštěním, vykládat? Z legislativního procesu přijímání směrnice 2004/38/ES se toho příliš nedozvíme. Původní návrh Komise²⁰⁷ počítal v čl. 26 odst. 2 s absolutní ochranou před vyhoštěním občanů EU a jejich rodinných příslušníků s trvalým pobytom a nezletilých rodinných příslušníků. Stávající znění do směrnice proniklo na základě společného postoje Rady.²⁰⁸ Rada odmítla koncept absolutní ochrany před vyhoštěním, nicméně souhlasila se zvýšenou ochranou nezletilých občanů EU. Ovšem bližší vysvětlení k začlenění dovětku s nejlepším zájmem dítěte se z dokumentu Rady nedozvíme.²⁰⁹ Komise návrh Rady přijala, ovšem opět bez bližšího vysvětlení k pochopení důvodů pro začlenění této výjimky.²¹⁰ Každopádně, k vyhoštění nezletilého občana EU v jeho nejlepším zájmu by mělo docházet v naprostu výjimečných případech. Tato možnost představuje jakousi výjimku z výjimky. Nesmíme zapomenout, že tato skupina požívá obecně nejvyšší ochranu před vyhoštěním. Skutečnost,

2004/38/ES („except if the expulsion is necessary **for the best interests of the child**, as provided for in the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989“, důraz doplněn) v návaznosti na anglické znění čl. 3 Úmluvy o právech dítěte („In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, **the best interests of the child** shall be a primary consideration“) (důraz doplněn).

²⁰⁶ Vnitrostátně obsaženou v textu § 119a odst. 3 zákona o pobytu cizinců za souřadnou vylučovací spojkou „nebo“.

²⁰⁷ COM/2001/0257 final.

²⁰⁸ Common Position (EC) No 6/2004 adopted by the Council on 5 December 2003.

²⁰⁹ „Union citizens who are minor or who have resided in the host Member State for ten years may be expelled only on imperative grounds of public security.“

²¹⁰ SEC/2003/1293 final. Komise uvádí: „In addition, absolute protection is provided for Union citizens who are minors, regardless of the length of residence in the host Member State, except when the expulsion is based on imperative grounds of public security or when it is necessary for the best interest of the child. The Commission has accepted these solutions, which, while less ambitious than its proposal, do represent an advance on the existing acquis, by laying down strict conditions for the expulsion of Union citizens who have very strong ties in the host Member State. It should also be emphasised that this paragraph comes on top of the other provisions in the chapter which strongly improve protection against measures restricting free movement for any Union citizens and the members of his family, regardless of the length of residence in the host Member State.“

že v tomto případě může dojít k vyhoštění nejenom na základě naléhavých důvodů týkajících se veřejné bezpečnosti, ale i při uplatnění dalších dvou výhrad (resp. na základě prosté výhrady veřejné bezpečnosti), nemůže být záminkou pro zneužívání či nadužívání tohoto institutu. Jelikož čl. 28 odst. 2 písm. b) směrnice odkazuje explicitně na Úmluvu o právech dítěte, odkazuje k výkladu principu nejlepšího zájmu dítěte na Obecný komentář Výboru OSN pro práva dítěte č. 14 (2013) – Nejlepší zájem dítěte jako přední hledisko.²¹¹

2.8 Dílčí shrnutí

Lze shrnout, že směrnice 2004/38/ES zavádí dvojí režim aplikace výhrady veřejného pořádku, resp. trojí pro výhradu veřejné bezpečnosti. **Základní kritéria** pro jakékoli omezení svobody pohybu a pobytu občanů EU a jejich rodinných příslušníků jsou stanovena v čl. 27 směrnice 2004/38/ES, zejména v jeho odstavcích 1 a 2. Pokud hodlá členský stát EU uplatnit výhradu veřejného pořádku, musí osobní chování dotyčné osoby představovat skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti. V dalších podrobnostech lze odkázat zejména na přehledné sdělení Komise 2009, s. 9–13, s bohatými odkazy na judikaturu SDEU. **Zvýšenou ochranu** před vyhoštěním pak požívají občané EU a jejich rodinní příslušníci s právem trvalého pobytu, kteří mohou být vyhoštěni pouze ze závažných důvodů týkajících se veřejného pořádku. **Nejvyšší režim ochrany** před vyhoštěním mají pouze občané EU (nikoli jejich rodinní příslušníci, pokud jsou třetizemci), kteří posledních deset let pobývají v hostitelském členském státě, nebo pokud jsou nezletilci. Ti mohou být vyhoštěni pouze z naléhavých důvodů týkajících se veřejné bezpečnosti, u nezletilých občanů EU s výjimkou, pokud bude vyhoštění v nejlepším zájmu dítěte.

Článek 27 směrnice 2004/38/ES hovoří obecně o omezení svobody pobytu a pohybu občanů EU a jejich rodinných příslušníků. Nikterak nerozlišuje mezi pobytom do tří měsíců (čl. 6), nad tři měsíce (čl. 7 a násl.) či trvalým pobytom (čl. 16 a násl.), resp. v rámci uvedených pobytů mezi jeho získáním či zrušením. Jediné rozlišení, které směrnice nabízí, je zvýšená ochrana určitých kategorií osob u vyhoštění. Kritéria uvedená v čl. 27 směrnice 2004/38/ES a související judikatura SDEU se uplatní na všechny vnitrostátní situace

²¹¹ Dostupný z: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en

související s omezením práva pohybu a pobytu občanů EU a jejich rodinných příslušníků, se zvýšenou ochranou při vyhoštění osob vymezených čl. 28 odst. 2 a 3 směrnice. Lze to dovodit i z judikatury SDEU. Pokud srovnáme argumentaci velkého senátu v rozsudcích C-304/14 CS a C-165/14 *Rendón Marín*, zjistíme, že SDEU při uplatnění výhrady veřejného pořádku při vyhoštění a neudělení přechodného pobytu nikterak nerozlišuje. Nepožaduje např. prokázání vyšší intenzity hrozby u vyhoštění, resp. nestanoví, že by v případě neudělení pobytu (oproti vyhoštění) postačovala nižší intenzita. Jeho argumentace je v obou případech shodná. Rozdíly v efektivitě ochrany budou nicméně dány při zapojení principu proporcionality.

V další části svého příspěvku se pokusím na pozadí směrnice 2004/38/ES, judikatury SDEU a ve sdělení Komise 2009 (s. 9–13) vyložit jednoznačné skutkové podstaty v zákoně o pobytu cizinců obsahující výhradu veřejného pořádku vůči občanům EU a jejich rodinným příslušníkům. Zaměřím se kriticky i na rozhodovací praxi vnitrostátních správních soudů k příslušným ustanovením zákona. Zejména mě bude zajímat, jak správní soudy pracují s výkladovým vodítkem, které považují přes některé dílčí výhrady obecně za správné, podaným Nejvyšším správním soudem v usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151²¹² v kontextu různých pobytových situací.

3. VNITROSTÁTNÍ ÚPRAVA TÝKAJÍCÍ SE OBČANŮ EU A JEJICH RODINNÝCH PŘÍSLUŠNÍKŮ

Úvodem této kapitoly zdůrazňuji, že ve všech případech aplikace výhrady veřejného pořádku (i u odepření vstupu, krátkodobého víza, přechodného/trvalého pobytu atd.), nikoli pouze u vyhoštění, které budu níže analyzovat, se uplatní zásada proporcionality (v podrobnostech viz kapitola 2.3).

²¹² Domácí správní soudy při výkladu veřejného pořádku v různých souvislostech a pobytových situacích a ve vztahu k různým skupinám osob (jak občanům EU a jejich rodinným příslušníkům, tak i třetizemcům) často pracují s kritérii obsaženými v tomto usnesení (která přejímají, popř. se vymezují, proč je neaplikují, popř. aplikují v modifikované podobě).

3.1 Odepření vstupu

3.1.1 Úvodní analýza

Dle § 9 odst. 3 písm. a) zákona o pobytu cizinců policie odepře vstup na území občanu Evropské unie „**4. je-li důvodné nebezpečí, že by při svém pobytu na území mohl ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, nebo 5. je-li zařazen do evidence nežádoucích osob a příslušný orgán, který uplatnil podnět na zařazení občana Evropské unie do této evidence (§ 154 odst. 2), poskytne dodatečné informace, po jejichž vyhodnocení lze mít za to, že trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek**“ (důraz doplněn). Dle § 9 odst. 3 písm. b) policie odepře vstup na území „rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie, který sám není občanem Evropské unie, 1. z důvodů uvedených v písmenu a), [...] 3. je-li důvodné nebezpečí, že by mohl ohrozit bezpečnost **jiného smluvního státu nebo v něm závažným způsobem narušit veřejný pořádek, 4. je-li zařazen do informačního systému smluvních států** a příslušný orgán, který rodinného příslušníka do tohoto systému zařadil, poskytne dodatečné informace, po jejichž vyhodnocení lze mít za to, že trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území jiného smluvního státu ohrozit jeho bezpečnost nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek“ (důraz doplněn).

Tato ustanovení vychází z nařízení 562/2006, kterým se stanoví kodex Společenství o pravidlech upravujících přeshraniční pohyb osob (Schenzenský hraniční kodex), které bylo k 12. 4. 2016 nahrazeno nařízením 2016/399 (dále jen „SHK“). Již v bodu 5 odůvodnění SHK je připomenuto, že toto nařízení nemá vliv na právo na volný pohyb občanů EU a jejich rodinných příslušníků.²¹³ V bodu 27 odůvodnění SHK explicitně uvádí: „*V souladu s judikaturou Soudního dvora Evropské unie musí být odchylka od základní*

²¹³ K zásadě volného pohybu osob srov. např. rozsudek SDEU ve věci C-215/03 *Oulane*: „16. Úvodem je třeba připomenout, že zásada volného pohybu osob představuje jeden ze základů Společenství. Ustanovení jí věnovaná musí být tedy vykládána extenzivně (viz jména rozsudek ze dne 9. listopadu 2000, *Yiadom*, C-357/98, Recueil, s. I-9265, bod 24).

17 Podle ustálené judikatury představuje právo příslušníků členského státu vstoupit na území jiného členského státu a pobývat tam, za účely stanovenými Smlouvou, právo přiznané přímo Smlouvou nebo popřípadě ustanoveními, která byla přijata k jejímu provedení (rozsudky ze dne 8. dubna 1976, *Royer*, C-48/75, Recueil, s. 497, bod 31, a ze dne 5. března 1991, *Giaqounidis*, C-376/89, Recueil, s. I-1069, bod 12)“.

*zásady volného pohybu osob vykládána restriktivně a pojmem veřejného pořádku předpokládá existenci skutečné, aktuální a dostatečně závažné hrozby, kterou je dotčen některý ze základních zájmů společnosti.*²¹⁴ Dle článku 3 bodu a) se SHK „vztahuje na všechny osoby překračující vnitřní nebo vnější hranice členských států, aniž jsou tím dotčena [...] a) práva osob požívajících právo na volný pohyb podle práva Unie“.²¹⁵ Další odkaz na uplatnění výhrady veřejného pořádku najdeme v ustanoveních týkajících se minimálních kontrol na vnějších hranicích²¹⁶ (z povahy věci nikoli vnitřních, s výjimkou dočasného znovuzavedení kontrol²¹⁷), které jsou pravidlem pro osoby požívající práva na volný pohyb.²¹⁸ Dle čl. 8 odst. 2 třetího pododstavce SHK: „*Při provádění minimálních kontrol osob požívajících právo na volný pohyb podle práva Unie²¹⁹ však příslušníci pohraniční stráže mohou – aniž by tak činili systematicky – nahlížet do vnitrostátních i evropských databází, aby zajistili, že daná osoba nepředstavuje skutečnou, aktuální a dostatečně vážnou hrozbu pro vnitřní bezpečnost, veřejný pořádek, mezinárodní vztahy členských států nebo hrozbu pro veřejné zdraví*“.²²⁰ Zároveň, „[d]ůsledky ta-

²¹⁴ Podobné ustanovení v odůvodnění původní nařízení č. 562/2006 neobsahovalo. Objevilo se následně až v bodu 6 odůvodnění nařízení č. 1051/2013, kterým došlo ke změně původního SHK s cílem stanovit společná pravidla pro dočasné znovuzavedení ochrany vnitřních hranic v mimorádných situacích.

²¹⁵ Srov. bod 5 odůvodnění SHK: „Společná pravidla týkající se pohybu osob přes hranice nezpochybňují ani nemají vliv na právo volného pohybu, jež požívají občané Unie a jejich rodinní příslušníci a státní příslušníci třetích zemí a jejich rodinní příslušníci, na které se na základě dohod mezi Unií a jeho členskými státy na jedné straně a těmito třetími zeměmi na straně druhé vztahují práva volného pohybu rovnocenná právum občanů Unie.“

²¹⁶ Viz čl. 8 odst. 2 první pododstavec SHK: „Všechny osoby podléhají minimální kontrole, jejímž účelem je zjištění totožnosti na základě předložení cestovních dokladů. Taková minimální kontrola spočívá v rychlém a jednoduchém ověření platnosti dokladu, který jeho oprávněného držitele opravňuje překročit hranici, a v ověření výskytu známek pozměnění nebo padělání, v případě potřeby s použitím technických prostředků a nahlédnutím do příslušných databází k vyhledání informací výlučně o odcizených, neoprávněně užívaných, ztracených nebo neplatných dokladech.“

²¹⁷ Srov. hlavu III SHK.

²¹⁸ Viz čl. 8 odst. 2 druhý pododstavec SHK.

²¹⁹ V souladu s čl. 2 bodu 5 SHK jsou osobami požívajícími právo na volný pohyb podle práva Unie „a) občané Unie ve smyslu čl. 20 odst. 1 Smlouvy o fungování EU a státní příslušníci třetích zemí, kteří jsou rodinnými příslušníky občana Unie vykonávajícího právo volného pohybu a na které se vztahuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES; b) státní příslušníci třetích zemí a jejich rodinní příslušníci bez ohledu na státní příslušnost, kteří na základě dohod mezi Unií a jejími členskými státy na jedné straně a těmito třetími zeměmi na straně druhé požívají právo volného pohybu rovnocenné právu občanů Unie“.

²²⁰ Totožné znění obsahovalo už předchozí nařízení č. 562/2006 v čl. 7 odst. 2 čtvrtém pododstavci. Nad rámec tohoto příspěvku si dovoluji upozornit na skutečnost, že zde uvedené

kového nahlížení do databází nesmí ohrozit právo vstupu osob požívajících právo na volný pohyb podle práva Unie na území dotyčného členského státu, jak je stanoveno ve směrnici 2004/38/ES.²²¹

Na jedné straně je zjevné, že bod 27 odůvodnění a čl. 8 odst. 2 třetí pododstavec SHK plně nekoresponduje se zněním čl. 27 odst. 1, resp. odst. 2 směrnice 2004/38/ES. U výhrady veřejného pořádku nezmiňuje explicitně zásadu příměřenosti, odsouzení za předchozí trestný čin či osobní chování.²²² Na druhé straně nad rámec čl. 27 směrnice 2004/38/ES zdůrazňuje povinnost restriktivního výkladu zásahů do základní zásady volného pohybu v souladu s judikaturou SDEU.²²³ Zároveň SHK opakovaně zdůrazňuje, že nezpochybňuje ani nemá vliv na právo volného pohybu [bod 5 odůvodnění a čl. 3 písm. a)].²²⁴ Jinými slovy, „cílem a účinkem nařízení č. 562/2006 [platí i ve vztahu k nařízení 2016/399, pozn. P. P.], jak vyplývá z jeho pátého bodu odůvodnění a z jeho čl. 3 písm. a), nemůže být omezení volného pohybu občanů Unie, kterou stanoví Smoulova o FEU“.²²⁵ Jak vyplývá z ustálené judikatury SDEU, schengenské *acquis*, začleněné do unijního právního řádu, lze použít, pouze pokud je v souladu s unijním právem.²²⁶ Vyplývá to ostatně

výhrady plně nekorespondují s výhradami uvedenými v čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. Ten s výhradou mezinárodních vztahů členských států vůbec nepočítá. Zároveň operuje s pojmem veřejná bezpečnost („public security“), nikoli vnitřní bezpečnost („internal security“). V podrobnostech na tuto disproporti odkazuje na PORÍZEK, P., op. cit. 32, s. 94, 95. Tam jsem mimo jiné uvedl, že výhradu vnitřní bezpečnosti (vedle toho i výhradu mezinárodních vztahů členských států) nelze vůči občanu EU a jeho rodinného příslušníkovi při odepření vstupu uplatnit, neboť ji nezná primární ani sekundární právo EU upravující volný pohyb osob. Pokud bych připustil výklad, dle něhož je pojem „veřejná bezpečnost“ širší než vnitřní bezpečnost, neboť prvně uvedený pojem zahrnuje jak vnitřní, tak vnější bezpečnost (v podrobnostech srov. rozsudek SDEU ve věci C-145/09 *Tsakouridis*, bod 43 a tam citovaná judikatura), musím svůj dříve vyslovený názor korigovat. Domácí právní úprava výhradu mezinárodních vztahů členských států vůbec nezmiňuje, výhradu bezpečnosti pak upravuje bez dalšího.

²²¹ Čl. 8 odst. 2 čtvrtý pododstavec SHK. Dle čl. 8 odst. 6 SHK, se „[k]ontroly osob požívajících právo na volný pohyb podle práva Unie ... provádějí podle směrnice 2004/38/ES“.

²²² Původní znění nařízení navíc neobsahovalo ani odkaz na základní zájmy společnosti.

²²³ V tomto ohledu srov. např. rozsudek SDEU ve věci C-33/07 *Jipa*, bod 23 a tam citovaná judikatura.

²²⁴ Jinými slovy, SHK je podřízeno („is subordinate“) právu na volný pohyb občanů EU a jejich rodinných příslušníků. Viz PEERS, S., GUILD, E., TOMKIN, J. *EU Immigration and Asylum Law. Volume 1: Visas and Border Control*. Second revised edition. Martinus Nijhoff Publishers: Leiden, Boston, 2012, s. 42. Shodně i GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 94.

²²⁵ Rozsudek SDEU ve věci C-430/10 *Gajdarov*, bod 28.

²²⁶ GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 94 (a v poznámce č. 38 cit. judikatura SDEU).

jíž z Protokolu o začlenění schengenského *acquis* do rámce Evropské unie (tzv. „Schengenský protokol“), kterým bylo od dne vstupu Amsterodamské smlouvy v platnost dne 1. května 1999 schengenské *acquis* začleněno do práva Evropské unie. Dle třetího odstavce preambule uvedeného protokolu „*ustanovení schengenského *acquis* jsou použitelná jen v té míře, v jakém jsou služitelná s právem Evropské unie a Společenství*“.²²⁷

Při provádění minimálních kontrol, které se uskutečňují v souladu se směrnicí 2004/38/ES (čl. 8 odst. 6²²⁸), nesmí nahlízení do databází ohrozit právo vstupu osob požívajících práva na volný pohyb s odkazem na posledně uvedenou směrnici (čl. 8 odst. 2 čtvrtý pododstavec). Odepření vstupu²²⁹ představuje omezení svobody pohybu a pobytu občanů EU a jejich rodinných příslušníků ve smyslu čl. 27 směrnice 2004/38/ES.²³⁰ Výhradu veřejného pořádku při odepření vstupu občanu EU a jeho rodinnému příslušníkovi je nutné vykládat v souladu s čl. 27 směrnice 2004/38/ES a související judikaturou SDEU k této směrnici, popř. k její předchůdkyni směrnici 64/221.²³¹ Explicitně to potvrdil SDEU v rozsudku ve věci C-503/03 *Komise Evropského společenství proti Španělskému království*. V něm v době platnosti předchozí směrnice 64/221 a před přijetím původního SHK posuzoval případ odepření vstupu a neudělení krátkodobého víza rodinným příslušníkům občanů EU, o nichž byl veden záznam v Schengenském informačním systému (dále i jen „SIS“). Na uplatnění výhrady veřejného pořádku vůči rodinným příslušníkům vztáhl kritéria obsažená v tehdejším čl. 3 odst.

²²⁷ To potvrzuje i generální advokátka J. Kokott ve svém stanovisku ve věci C-503/03 *Komise Evropského společenství proti Španělskému království*, bod 33. Shodně i rozsudek SDEU ve věci C-430/10 *Gajdarov*, bod 35.

²²⁸ To připomněl SDEU ve vztahu k původnímu SHK (tehdejší čl. 7 odst. 6) v rozsudku ve věci C-430/10 *Gajdarov* (bod 28).

²²⁹ Srov. čl. 5 směrnice 2004/38/ES.

²³⁰ Rozsudek SDEU ve věci C-300/11 ZZ, body 46 a 63. Shodně judikoval SDEU již dříve v rozsudku ve spojených věcech C-65/95 a C-111/95 *Shingara a Radiom*, bod 40.

²³¹ „Jako odchylky od základní svobody, právo na omezení vstupu občanů EU a jejich rodinných příslušníků z důvodů veřejného pořádku a veřejné bezpečnosti, byly SDEU vyloženy úzce. Omezení z důvodů pořádku či bezpečnosti bude dovoleno pouze, pokud osobní chování představuje skutečnou, aktuální a dostatečně závažnou hrozbu jednomu ze základních zájmů společnosti.“ GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 105 a v pozn. č. 110 citovaná judikatura.

1 a 2 směrnice 64/221²³² a povinnost restriktivního výkladu.²³³ ZáZNAM v SIS²³⁴ podle SDEU představuje pouze nepřímý důkaz pro odopření vstupu²³⁵ a Španělské království tím, „že odopřelo panu Faridovi vstup na území státu, které jsou smluvními stranami dohody o postupném odstraňování kontrol na společných hranicích, podepsané v Schengenu dne 14. června 1985, jakož i udělení vstupního víza na toto území panu Faridovi a panu Bouchairovi, státním příslušníkům třetího státu, manželům státních příslušníků

²³² „44. Zákonodárce Společenství nicméně ohraničil uplatňování takových důvodů členským státem přísnými omezeními. Článek 3 odst. 1 směrnice 64/221 uvádí, že opatření přijatá z důvodů veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti se musí zakládat výlučně na osobním chování dotyčné osoby. Odstavec 2 tohoto článku upřesňuje, že odsouzení pro trestní čin samo o sobě neodvádňuje přijetí takových opatření. Z existence odsouzení pro trestní čin tak lze vycházet, pouze pokud okolnosti, které vedly k takovému odsouzení, ukazují na osobní chování, které představuje trvající ohrožení veřejného pořádku (rozsudek Bouchereau, viz výše, bod 28, a rozsudek ze dne 19. ledna 1999, *Calfa*, C-348/96, Recueil, s. I-11, bod 24).“

²³³ „45. Soudní dvůr vždy zdůrazňoval, že výhrada veřejného pořádku představuje výjimku ze základní zásady volného pohybu osob, kterou je třeba vykládat restriktivně a jejíž dosah nemohou členské státy určovat jednostranně (viz uvedené rozsudky *Rutili*, bod 27, *Bouchereau*, bod 33; *Calfa*, bod 23, jakož i rozsudek ze dne 29. dubna 2004, *Orfanopoulos a Oliveri*, C-482/01 a C-493/01, Recueil, s. I-5257, body 64 a 65).“ Dále pak SDEU doplnil: „46. V důsledku toho předpokládá podle ustálené judikatury odvolání se na pojem veřejného pořádku vnitrostátním orgánem v každém případě kromě společenského nepořádku, který představují všechna porušení práva, existenci skutečné a dostatečně závažné hrozby, kterou je dotčen základní zájem společnosti (viz uvedené rozsudky *Rutili*, bod 28; *Bouchereau*, bod 35, a *Orfanopoulos a Oliveri*, bod 66). 47. Je třeba zdůraznit, že v případě státního příslušníka třetího státu, který je manželem nebo manželkou státního příslušníka členského státu, umožňuje tento restriktivní výklad pojmu veřejného pořádku rovněž ochranu práva tohoto příslušníka na respektování jeho soukromého a rodinného života ve smyslu článku 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, podepsané v Římě dne 4. listopadu 1950 (viz v tomto smyslu rozsudek *Carpenter*, viz výše, bod 41, a rozsudek ze dne 23. září 2003, *Akrich*, C-109/01, Recueil, s. I-9607, bod 58).“

²³⁴ SDEU poukázal na širší vymezení pojmu veřejný pořádek v čl. 96 Úmlvy k provedení Schengenské dohody oproti chápání tohoto pojmu ve směrnici 64/221 (bod 48 rozsudku): „48. Za této podmínky je nutno konstatovat, že pojem veřejného pořádku ve smyslu článku 2 směrnice 64/221 neodpovídá tomuto pojmu uvedenému v článku 96 ÚPSD. Podle článku 96 ÚPSD se totiž může záZNAM v SIS pro účely odopření vstupu zakládat na ohrožení veřejného pořádku, jakmile byla zúčastněna osoba odsouzena pro trestní čin, na který se vztahuje trest odnětí svobody v délce nejméně jednoho roku [odst. 2 písm. a)] nebo jakmile vůči ní bylo uplatněno opatření založené na porušení vnitrostátních právních předpisů o vstupu nebo pobytu cizinců (odstavec 3). Na rozdíl od režimu stanoveného ve směrnici 64/221, tak jak je vykládán Soudním dvorem, odůvodňují takové okolnosti samy o sobě záZNAM, nezávisle na jakémkoliv konkrétním posouzení hrozby, kterou zúčastněná osoba představuje.“

²³⁵ Tamtéž, bod 53 rozsudku.

členského státu, pouze z důvodu, že byli vedeni v schengenském informačním systému jako osoby, kterým má být odeplen vstup, aniž by nejprve ověřilo, zda přítomnost těchto osob představovala skutečnou, trvající a do statečně závažnou hrozbu, kterou je dotčen základní zájem společnosti, porušilo povinnosti, které pro něj vyplývají z článků 1 až 3 směrnice Rady 64/221/EHS [...]“.²³⁶

I při odepření vstupu má dotyčná osoba právo na to, aby byla v souladu s čl. 30 odst. 2 směrnice 2004/38/ES přesně a úplně informována o důvodech veřejného pořádku, které vůči ní byly uplatněny (ledaže je to v rozporu se zájmy bezpečnosti státu).²³⁷ Totéž platí i o přístupu k soudu, který by přezkoumal důvody veřejného pořádku omezující její svobodu volného pohybu a pobytu.²³⁸

3.1.2 § 9 odst. 3 písm. a) bod 4 a písm. b) bod 1

S ohledem na argumenty uvedené v předchozí kapitole je tak nutné výhradu veřejného pořádku obsaženou v § 9 odst. 3 písm. a) bod 4 (ve vztahu k občanům EU) a v odst. 3 písm. b) bod 1 v návaznosti na § 9 odst. 3 písm. a) bod 4 (ve vztahu k rodinným příslušníkům občana EU) zákona o pobytu cizinců vykládat v souladu s čl. 27 směrnice 2004/38/ES a kritérii obsaženými v usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělení Komise 2009 (s. 9–13).

3.1.3 § 9 odst. 3 písm. a) bod 5 a písm. b) bod 1

Stejný závěr jako pro § 9 odst. 3 písm. a) bod 4 a písm. b) bod 1 platí i pro výklad ustanovení § 9 odst. 3 písm. a) bod 5 (ve vztahu k občanům EU) a odst. 3 písm. b) bod 1 v návaznosti na § 9 odst. 3 písm. a) bod 5 (ve vztahu k rodinným příslušníkům občana EU) zákona o pobytu cizinců. Pouze je zapotřebí využít jakousi vnitrostátní obdobu konzultace popsanou v rozsudku ve věci C-503/03 *Komise Evropského společenství proti Španělskému království*.²³⁹ Konzultovaným v tomto případě nebude členský stát EU, který zařadil cizince do SIS, ale vnitrostátní orgán,²⁴⁰ který uplatnil podnět

²³⁶ Tamtéž, výrok 1 rozsudku.

²³⁷ Rozsudek SDEU ve věci C-300/11 ZZ, bod 46.

²³⁸ Tamtéž, bod 47.

²³⁹ V tomto ohledu srov. zejména body 56 až 58 rozsudku.

²⁴⁰ Viz § 154 odst. 2 až 4 zákona o pobytu cizinců.

k zařazení občana EU či jeho rodinného příslušníka do domácí evidence nežádoucích osob.²⁴¹ Souvisí to i s tím, že občan EU může být zařazen do evidence nežádoucích osob, nikoli však do SIS.²⁴² Rovněž tak rodinný příslušník občana EU – třetizemec, který může být v evidenci nežádoucích osob, nemusí být nutně i v SIS.²⁴³

3.1.4 § 9 odst. 3 písm. b) body 3 a 4

Tato ustanovení se do zákona o pobytu cizinců dostala s účinností od 21. 12. 2007 novelou č. 379/2007 Sb., která měla zajistit soulad uvedeného ustanovení s původním SHK 562/2006.²⁴⁴ Pokud jde o bod 3, shodné ustanovení obsahovalo s účinností od 1. 9. 2007 již tehdejší ustanovení § 9 odst. 1 písm. m), které bylo přijato novelou č. 217/2002 Sb. v souvislosti se zapojením České republiky do SIS.²⁴⁵ Důvodová zpráva ke znění bodu 4 odkazuje na shora citovaný rozsudek SDEU C-503/03 *Komise Evropského společenství proti Španělskému království*.²⁴⁶

²⁴¹ Srov. znění § 9 odst. 3 písm. a) bod 5 zákona o pobytu cizinců. To potvrzuje i důvodová zpráva k zákonu č. 379/2007 Sb., kterým se toto ustanovení dostalo do § 9 zákona o pobytu cizinců: „Obdobně bude uplatňován postup prověřování existence důvodného nebezpečí možného ohrožení bezpečnosti státu nebo veřejného pořádku u příslušného českého orgánu, který z těchto důvodů uplatnil podnět na zařazení občana Evropské unie nebo jeho rodinného příslušníka do evidence nežádoucích osob (nebude se vztahovat na případy, kdy dotčená osoba byla do této evidence zařazena z důvodu soudního nebo správního vyhoštění).“

²⁴² Viz § 154 odst. 6 zákona o pobytu cizinců.

²⁴³ Viz tamtéž.

²⁴⁴ Důvodová zpráva k zákonu č. 379/2007 Sb., k části první, k § 1 odst. 1, § 3 odst. 3, § 4 odst. 2, § 4 odst. 2, § 5, § 6, § 9 a § 11.

²⁴⁵ Důvodová zpráva k zákonu č. 217/2002 Sb., k bodům 9 [nově navržené písm. d) v § 9 odst. 1 zákona o pobytu cizinců, které umožňovalo odepřít vstup cizinci se záznamem v SIS] a 10 uváděla: „Úprava v souladu se Schengenskými dohodami zajišťuje, aby do prostoru smluvních států, v jejichž rámci není prováděna kontrola na vnitřních hranicích, nebyl vpuštěn cizinec, který by mohl ohrozit bezpečnost nebo veřejný pořádek v některém ze smluvních států. K plnému zajištění ochrany vnitřního prostoru slouží tzv. Schengenský informační systém, v němž smluvní státy společně evidují stanovené údaje vztahující se k osobám a věcem, včetně vozidel. [...] Cizinec zařazený do tohoto systému Českou republikou bude současně nežádoucí osobou pro území České republiky. V případě, že cizinec bude do tohoto systému zařazen jiným státem, bude možné, v případě jeho zájmu o pobyt pouze na území České republiky akceptovat jeho vstup na toto území s tím, že mu tím nebude založeno oprávnění pobývat na území např. státu, jenž cizince do systému zařadil.“

²⁴⁶ „Jde-li o rodinného příslušníka občana EU, který je příslušníkem tzv. třetího státu, z rozsudku ESD C-503/03 vyplývá, že nelze automaticky zamítnout jeho žádost o udělení víza či mu odepřít vstup na území schengenského prostoru pouze z důvodu, že je zařazen do

Schengenský prostor v současnosti tvoří 26 států. Součástí schengenského prostoru nejsou všechny členské státy EU.²⁴⁷ Naopak členy Schengenu jsou i státy mimo EU, konkrétně Island, Norsko, Lichtenštejnsko a Švýcarsko.²⁴⁸ Ustanovení zákona o pobytu cizinců s odkazem na „jiný smluvní stát“ požadují, aby cizinecká policie České republiky posuzovala hrozbu rodného příslušníka občana EU nikoli ve vztahu k veřejnému pořádku České republiky, ale jednotlivě (viz dále) ve vztahu k veřejným pořádkům všech smluvních států schengenských úmluv. To je, jak dále uvidíme, nesmysl. Dle SDEU mají totiž členské státy „*v podstatě [...] možnost v souladu s vnitrostátními potřebami, které se mohou v jednotlivých členských státech a v různých obdobích lišit, určit požadavky veřejného pořádku*“.²⁴⁹ Jinými slovy, unijní

schengenského informačního systému jako osoba, které má být odepřen vstup. V takovýchto případech je nezbytné vždy ověřovat, zda tato osoba představuje „skutečnou, trvající nebo dostatečně závažnou hrozbu“ pro bezpečnost nebo veřejný pořádek. Tato zásada je odvozována zejména z toho, že ve smyslu článku 96 SPÚ může být do SIS zařazen např. cizinec, který byl odsouzen pro trestný čin, na který se vztahuje trest odnětí svobody v délce jeden rok. Ve smyslu dřívější směrnice Rady 64/221 (nyní směrnice 2004/38/ES) směří členské státy „omezit svobodu pohybu a pobytu občanů Unie a jejich rodinným příslušníkům bez ohledu na státní příslušnost z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví“ a „opatření 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. Předchozí odsouzení pro trestný čin samo o sobě přijetí takových opatření neodůvodňuje“. Pokud jde o Schengenský hraniční kodex, běžně platí zásada, že zařazení do SIS je důvodem pro odlepření vstupu příslušníků třetích zemí (viz článek 13 ve spojení s článkem 5 odst. 1 písm. d); uvedený kodex se však v případě kontroly osob požívajících práva Společenství na volný pohyb odvolává na směrnici 2004/38/ES. V ostatních případech cizinců ze třetích zemí není z výše uvedené obecné zásady stanovené Schengenským hraničním kodexem stanovena výjimka. Se zřetelem ke shora uvedenému je nezbytné v cizineckém zákoně zohlednit shora uvedený rozsudek ESD, tj. zpracovat zásadu, aby v případě rodinného příslušníka občana EU, který bude zařazen do SIS, bylo před rozhodnutím o neudělení víza, resp. o odlepření vstupu prověřeno (k tomu účelu funguje kancelář SIRENE), zda v daném případě existuje skutečná hrozba pro veřejný pořádek či bezpečnost. Obdobně bude uplatňován postup prověrování existence důvodného nebezpečí možného ohrožení bezpečnosti státu nebo veřejného pořádku u příslušného českého orgánu, který z těchto důvodů uplatnil podnět na zařazení občana Evropské unie nebo jeho rodinného příslušníka do evidence nezádoucích osob (nebude se vztahovat na případy, kdy dotčená osoba byla do této evidence zařazena z důvodu soudního nebo správního vyhoštění).“

²⁴⁷ Kypr, Rumunsko, Bulharsko a Chorvatsko. Irsko a Velká Británie (která je navíc na odchodu z EU) nejsou členy Schengenských dohod, podílejí se pouze na některých aspektech policejní a justiční spolupráce v trestních věcech.

²⁴⁸ Jde o členské státy Evropského sdružení volného obchodu, první tři jsou rovněž součástí Evropského hospodářského prostoru.

²⁴⁹ Rozsudek SDEU ve věci C-33/07 *Jipa*, bod 23 a tam citovaná judikatura. To však „nic nemínil na tom, že v kontextu práva Společenství, a zejména mají-li tyto požadavky odůvodnit

právo neukládá členským státům, aby používaly jednotnou stupnici hodnot, pokud jde o posuzování jednání, která mohou být považována za odporující veřejnému pořádku.²⁵⁰ Jak uvedl generální advokát Y. Bot ve svém stanovisku ve věci C-145/09 *Tsakouridis*: „62. Členské státy tedy mohou v podstatě dálé svobodně dle svých vnitrostátních potřeb určovat, co vyžaduje veřejný pořádek [...] 69. [...] Pouze ony mají pravomoc zajistit dodržování veřejného pořádku [...] na svém území a disponují prostorem pro uvážení, aby, podle konkrétních sociálních okolností a významu, který připisují legitimnímu cíli podle práva Unie, stanovily opatření, kterými je možné dosáhnout výsledků.²⁵¹ 70. I když má totiž Soudní dvůr pravomoc dbát na to, aby tak základní právo, jako je právo pohybovat se a pobývat na území členského státu bylo dodržováno, nic to nemění na tom, že **pouze členské státy samy** musí posoudit riziko zásahu do veřejného pořádku [...] **na svém vlastním území**“²⁵² (důraz doplněn). V rozsudku ve věci C-33/07 *Jipa* pak SDEU naprosto jednoznačně konstatoval, že „**opatření omezující výkon volného pohybuje třeba přijmout na základě úvah týkajících se ochrany veřejného pořádku [...] členského státu**, který opatření vydává“²⁵³ (důraz doplněn). Lze odkázat i na

odchylku od základní zásady volného pohybu osob, musí být chápány restriktivně, takže jejich dosah nemůže být určován jednostranně každým členským státem bez kontroly ze strany orgánů Evropského společenství [...]. Tamtéž. Shodně i rozsudek SDEU ve věci C-554/13 *Z. Zh. a I. O.*, bod 48 a C-430/10 *Gajdarov*, bod 32.

²⁵⁰ Rozsudek SDEU ve věci C-268/99 *Jany a další*, bod 60.

²⁵¹ V tomto ohledu srov. i rozsudek SDEU ve věci 41/74 *Van Duyn*: „18. [...] [Z]vláštní okolnosti, jež by mohly odůvodnit odvolání se na pojem veřejného pořádku, se mohou v jednotlivých zemích a v jednotlivých časových obdobích lišit, a proto je třeba přiznat příslušným státním orgánům určitý prostor pro uvážení v mezích stanovených Smíškovou“.

²⁵² Tentýž generální advokát ve svém stanovisku ve věci C-137/09 *Josemans* uvedl (pozn. č. 61): „Podle ustálené judikatury neukládá právo Unie členským státům jednotnou stupnici hodnot“, pokud jde o posuzování jednání, která mohou být považována za odporující veřejnému pořádku (viz v tomto ohledu rozsudek ze dne 20. listopadu 2001, *Jany a další*, C-268/99, [...], bod 60 a citovaná judikatura). Podle Soudního dvora totiž platí, že riziko zásahu do veřejného pořádku na svém vlastním území musí posoudit samy členské státy. Tyto okolnosti se liší nejenom v jednotlivých státech a v jednotlivých obdobích, ale rovněž v závislosti na sociálním kontextu, v němž se stát nachází, a na významu, který připisuje legitimnímu cíli podle práva Unie [viz v tomto ohledu rozsudky ze dne 4. prosince 1974, *van Duyn* (41/74, [...], bod 18); ze dne 9. prosince 1997, *Komise v. Francie* (C-265/95, [...], bod 33); ze dne 15. června 1999, *Heinonen* (C-394/07, [...], bod 43), a ze dne 14. března 2000, *Église de scientologie* (C-54/99, [...], bod 17 a citovaná judikatura)].

²⁵³ Bod 25 rozsudku. SDEU dále pokračoval (tamtéž): „Toto opatření tak nesmí být založeno výlučně na důvodech, kterých se dovolává jiný členský stát za účelem odůvodnění, jako v původním řízení, rozhodnutí o ukončení pobytu občana Společenství na území posledně uvedeného státu, přičemž taková úvaha nicméně nevylučuje, aby bylo možné takové důvody vzít v úvahu v rámci posouzení provedeného příslušnými vnitrostátními orgány za účelem

rozsudek ve věci C-249/11 *Bjankov*. SDEU posuzoval postup bulharských úřadů, které z důvodu existence dlugu vůči bulharské soukromé společnosti zakázaly správním opatřením žalobci opustit Bulharsko a nechat si vystavit cestovní pas. Při posuzování hrozby pana Bjankova pro veřejný pořádek SDEU uvedl: „42. *Z předkládacího rozhodnutí však vyplývá, že rozhodnutí z roku 2007 neobsahovalo žádné posouzení, které by se konkrétně týkalo chování Ch. Bjankova nebo skutečného, aktuálního a závažného ohrožení základního zájmu bulharské společnosti, který není nikde ve spisu předloženém Soudnímu dvoru definován, jež by vyplývalo z tohoto chování*“ (důraz doplněn). Obdobně mohu připomenout stanovisko generálního advokáta P. Mengozziho ve věci C-434/10 *Aladžov*: „36. Je každopádně na členském státu, ***o jehož právní předpisy nebo právní úpravu jde***, aby zvláště zevrubně vyjasnil a vysvětlil důvody, proč má za to, že by nevymožení daňových dluhů skutečně ohrozilo veřejný pořádek ***v tomto státě***. Nechci se stavět proti uznání možné souvislosti mezi vymáháním daňových dluhů a zachováním veřejného pořádku, nicméně si myslím, že veřejného pořádku se lze dovolávat pouze za zcela výjimečných okolností, které vyžadují, aby ***dotčený členský stát*** zvláště přesně prokázel a vyzdvíhl důvody, proč má za to, že veřejný pořádek ***v tomto státě*** je ohrožován tím, že nebude vymožen daňový dluh, [...] 37. [...] Zadruhé rozhodnutí o tom, zda se lze ve věci v původním řízení dovolávat veřejného pořádku jako odůvodnění pro opatření, kterým se omezuje volný pohyb občanů Unie, bude od předkládajícího soudu vyžadovat, aby se zabýval obecnou filozofií ***daňové soustavy svého státu*** i konkrétním kontextem, v němž došlo ke spornému opatření“ (důraz doplněn).

Je zjevné, že ustanovení § 9 odst. 3 písm. b) bodů 3 a 4, která odkazují na hrozbu pro veřejný pořádek jiného smluvního státu Schengenu, jsou v rozporu s čl. 27 směrnice 2004/38/ES. Jak uvedl SDEU, vnitrostátní potřeby pro určení požadavků na veřejný pořádek se mohou v jednotlivých členských státech a v různých obdobích lišit. Česká republika by tak musela provádět (*nota bene* za jiné členské státy, což je samo o sobě nepřípustné) v každém řízení o odeplení vstupu hodnocení potřeb (riziko zásahu) pro uplatnění výhrady veřejného pořádku jednotlivě ve vztahu ke všem 26 státům tvořícím schengenský prostor. Jednotlivě ve vztahu ke všem 26 smluvním státům by musela posuzovat konkrétní sociální okolnosti a význam, které státy „*připisují legitimnímu cíli podle práva Unie*“, a jejich jménem stanovit

přijetí opatření omezujícího volný pohyb (viz obdobně rozsudek ze dne 31. ledna 2006, *Komise v. Španělsko*, C-503/03, Sb. rozh. s. I-1097, bod 53)“.

opatření, „*kterými je možné dosáhnout výsledku*“.²⁵⁴ Jednotlivě ve vztahu ke všem 26 smluvním státům by musela definovat jejich základní zájmy (?) a u každého rodinného příslušníka posuzovat skutečné, aktuální a závažné ohrožení takového základního zájmu. To je opravdu jen stěží představitelné. Navíc, jak vyplývá z rozsudku ve věci C-33/07 *Jipa*, nemůže Česká republika výhradu veřejného pořádku založit výlučně na důvodech, kterých se dovolává jiný smluvní stát Schengenu.²⁵⁵ Jinými slovy, jak uvedl s odkazem na bod 25 posledně zmíněného rozsudku Nejvyšší správní soud v usnesení č. j. 3 As 4/2010-151 ze dne 26. července 2011, státy se „*mohou dovolávat pouze svých vlastních důvodů veřejného pořádku, nikoli důvodů jiného členského státu*“.²⁵⁶

Zároveň se musíme vyslovit k dalšímu závěru Nejvyššího správního soudu vyjádřenému v citovaném usnesení. V něm uvedl (bod 31), že se „*nemůže ztotožnit s tím, že veřejný pořádek představuje takovou obecně existující kategorii, aby se dalo hovořit o „veřejném pořádku v současné ČR“, jak to činí právě druhý senát (srov. devátou stranu citovaného rozsudku)*. Jednotlivé zákony, jež užívají pojmu „veřejný pořádek“ (druhý senát zmiňuje např. § 5 zákona č. 3/2002 Sb., o svobodě náboženského vyznání a postavení církví a náboženských společností, § 10 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, § 49 odst. 2 s. ř. s. či § 4 a § 22 zákona č. 256/2001 Sb., o pohřebnictví), se podle rozšířeného senátu nevztahují k jednomu pojmu a neodkazují na jediný „veřejný pořádek“ českého právního rádu, resp. nějaký faktický stav společnosti, jak tento pojem také popisuje druhý senát“. Je pravdou, že v kontextu celého právního rádu (a možná i ve vztahu k různým kategoriím cizinců v rámci zákona o pobytu cizinců) může mít veřejný pořádek různý obsah, resp. může být tvořen normami různého charakteru.

²⁵⁴ Srov. rozsudek SDEU ve věci C-394/97 *Heinonen* (bod 43): „It should be pointed out that the Member States, which retain exclusive competence as regards the maintenance of public order and the safeguarding of internal security (Case C-265/95 *Commission v. France* [1997] ECR I-6959, paragraph 33), enjoy a margin of discretion in determining, according to particular social circumstances and to the importance attached by those States to a legitimate objective under Community law, [...], the measures which are likely to achieve concrete results“.

²⁵⁵ Srov. stanovisko generální advokátky J. Kokottové ve věci C-503/03 *Komise Evropských společenství proti Španělskému království*: „46. Právní postavení rodinného příslušníka občana Unie tak, jak vyplývá zvláště ze směrnice 64/221, však zakazuje používat vzájemné uznávání, které je určeno k prosazování základních svobod, za účelem omezení těchto svobod tím, že bude odepřen vstup bez vlastního zkoumání, zda jsou dány podmínky opatření veřejné bezpečnosti a veřejného pořádku podle směrnice 64/221“.

²⁵⁶ Bod 53. Shodný názor zastává i J. Větrovský (op. cit. 5, s. 269), dle něhož musí být obsah veřejného pořádku vztahován k České republice.

Na druhé straně, pokud mím aplikovat vůči občanu EU či jeho rodinnému příslušníkovi výhradu veřejného pořádku, a pokud jsem vázán, jak Nejvyšší správní soud uvedl, výlučně vlastními důvody (myšleno České republiky) veřejného pořádku, musím pro tyto účely veřejný pořádek v současné ČR vymezit. A jak jsem dovodil výše v kapitole 2.2 z judikatury SDEU, v uvedeném kontextu volného pohybu a pobytu tvoří veřejný pořádek pouze normy právní povahy. Navíc zúžené na základní zájmy společnosti, neboť pro uplatnění výhrady veřejného pořádku musí osobní chování dotyčného jednotlivce představovat skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení těchto zájmů.

Jak posledně uvedená ustanovení zákona o pobytu vyložit? Nabízí se v podstatě dvě možnosti. Ty bych rozdělil dle toho, zda jsou uplatňovány vůči rodinnému příslušníkovi občana EU (včetně rodinného příslušníka občana ČR, který se může dovolat primárního práva) využívajícímu práva na volný pohyb osob nebo vůči „dorovnanému“ rodinnému příslušníkovi nemigrujícího občana ČR. Rodinní příslušníci migrujících občanů EU se mohou dovolávat přímého účinku čl. 27 směrnice 2004/38/ES (vybraní rodinní příslušníci občana ČR příslušného ustanovení primárního práva), což potvrdil SDEU v rozsudku ve věci C-430/10 Gajdarov: „*31. Podle předkládajícího soudu se vnitrostátní zákon, který provádí směrnici, nevztahuje na státní příslušníky Bulharské republiky. Tato okolnost však nemůže mít za účinek, že by vnitrostátnímu soudu bylo zabráněno v tom, aby zajistil plný účinek ustanovení unijního práva tím, že v případě potřeby nepoužije ustanovení vnitrostátního práva, které je v rozporu s unijním právem, a zejména s článkem 27 směrnice 2004/38 (v tomto smyslu viz zejména rozsudek ze dne 5. října 2010, Elčinov, C-173/09, dosud nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 31*²⁵⁷ *a citovaná judikatura), přičemž je nutno upřesnit, že ustanovení tohoto článku, která jsou bezpodmínečná a dostatečně přesná, může jednotlivec uplatnit vůči členskému státu, jehož je státním příslušníkem (viz obdobně rozsudek ze dne 4. prosince 1974, van Duyn, 41/74, Recueil, s. 1337, body 9 až 15).*“

²⁵⁷ „31. Krom toho je třeba zdůraznit, že na základě ustálené judikatury má vnitrostátní soud pověřený v rámci své pravomoci uplatňováním ustanovení práva Unie povinnost zajistit plný účinek téhoto ustanovení i tak, že ze své vlastní pravomoci podle potřeby ponechá nepoužité jakékoli odporující ustanovení vnitrostátních právních předpisů, a sice v projednávané věci vnitrostátní procesní pravidlo uvedené v bodě 22 tohoto rozsudku, aniž by nejprve musel žádat o jeho odstranění legislativní cestou nebo jakýmkoliv jiným ústavním postupem či na toto odstranění čekat (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 9. března 1978, Simmenthal, 106/77, Recueil, s. 629, bod 24, jakož i rozsudek ze dne 19. listopadu 2009, Filipiak, C-314/08, dosud nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 81).“

Rodinný příslušník migrujícího občana EU tak může s odkazem na čl. 27 směrnice 2004/38/ES aplikaci ustanovení § 9 odst. 3 písm. b) bodů 3 a 4 zákona o pobytu cizinců na svoji osobu vyloučit. Totéž platí i pro vybrané kategorie rodinných příslušníků občanů ČR.²⁵⁸

Jako druhá výkladová možnost se za použití eurokonformního výkladu (nepřímého účinku) nabízí vyložit uvedená ustanovení následovně. Hrozba pro veřejný pořádek jiného smluvního státu se bude interpretovat tak jako ve vztahu k veřejnému pořádku České republiky v souladu s čl. 27 směrnice 2004/38/ES a kritérii obsaženými v usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělení Komise 2009 (s. 9–13). Jedině tak by uplatnění § 9 odst. 3 písm. b) bodů 3 a 4 zákona o pobytu cizinců dávalo smysl a neodporovalo unijnímu právu. V takovém případě se ovšem ustanovení § 9 odst. 3 písm. b) bod 3 stává nadbytečným s ohledem na ustanovení § 9 odst. 3 písm. a) bod 4 [které se na rodinného příslušníka uplatní skrze odst. 3 písm. b) bod 1 zákona]. Smysl by tento výklad dával u § 9 odst. 3 písm. b) bod 4, neboť pokrývá situace, kdy má rodinný příslušník záznam v SIS. Nicméně i tyto případy by šlo podřadit pod § 9 odst. 3 písm. a) bod 4 [v návaznosti na § 9 odst. 3 písm. b) bod 1]. Pokud by cizinecká policie zjistila, že rodinný příslušník má záznam v SIS, provedla by (v návaznosti na rozsudek SDEU ve věci C-503/03 *Komise Evropského společenství proti Španělskému království*) konzultační řízení, a pokud dospěje k názoru, že rodinný příslušník představuje skutečné, aktuální a závažné ohrožení některého ze základních zájmů České republiky, aplikovala by posledně uvedené ustanovení.

Pokud jde o dorovnané rodinné příslušníky nemigrujících občanů ČR, mohou se dovolávat pouze eurokonformního výkladu (nepřímého účinku) § 9 odst. 3 písm. b) bodů 3 a 4 zákona o pobytu cizinců. Za situace, kdy vnitrostátní dorovnání představuje přípustnou přesahující transpozici směrnice 2004/38/ES a podléhá případné soudní kontrole SDEU,²⁵⁹ musí být uvedená ustanovení vyložena „ve světle znění a účelu směrnice“²⁶⁰ tak, aby došlo k zajištění účinků směrnice (2004/38/ES) v nejvyšší možné míře.²⁶¹ Směrnice 2004/38/ES má podle třetího bodu svého odůvodnění za cíl zejména posílit a zjednodušit, resp. usnadnit právo volného pohybu a pobytu všech

²⁵⁸ Viz v podrobnostech kapitola 2.1.

²⁵⁹ V podrobnostech k této problematice viz POŘÍZEK, P., op. cit. 26, s. 59–62.

²⁶⁰ Rozsudek SDEU ve věci C-14/83 *Sabine von Colson a Elisabeth Kamann*, bod 26.

²⁶¹ Rozsudek SDEU ve věci C-106/89 *Marleasing*, bod 8.

občanů Unie.²⁶² Jediný smysluplný eurokonformní výklad, který odpovídá účelu čl. 27 směrnice 2004/38/ES a judikatuře SDEU, je ten, který jsem uvedl v předchozím odstavci jako jednu z alternativ výkladu u rodinných příslušníků migrujících občanů EU. Vykládat daná ustanovení tak, že se bude hrozba pro veřejný pořádek jiného smluvního státu posuzovat stejně jako ve vztahu k veřejnému pořádku České republiky [a opět v souladu s čl. 27 směrnice 2004/38/ES a kritériu obsaženými v usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělení Komise 2009 (s. 9–13)]. Jedině takový výklad neodporuje unijnímu právu.²⁶³

²⁶² Viz v tomto smyslu rozsudky SDEU ve věci C-127/08 *Metock a další*, bod 59, C-310/08 *Ibrahim*, bod 49 či C-480/08 *Teixeira*, bod 60. Jinými slovy, „82 [...] jak vyplývá z jejího prvního, čtvrtého a jedenáctého bodu odůvodnění, je účelem směrnice 2004/38 usnadnit výkon základního a osobního práva svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, které je občanům Unie přiznáno přímo Smlouvou. 83. Krom toho, jak zdůrazňuje pátý bod odůvodnění směrnice 2004/38, má-li být právo všech občanů Unie svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států vykonáváno v objektivně existujících podmínkách důstojnosti, je třeba je zaručit také jejich rodinným příslušníkům bez ohledu na jejich státní příslušnost. 84. S ohledem na kontext a cíle sledované směrnicí 2004/38 nelze ustanovení této směrnice vykládat restriktivně a nesměj být v žádném případě zbavena svého užitečného účinku (viz v tomto smyslu výše citovaný rozsudek Eind, bod 43)“ (rozsudek SDEU ve věci C-127/08 *Metock a další*).

²⁶³ V tomto ohledu lze odkázat např. na německou právní úpravu v zákoně o volném pohybu občanů Unie (*Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern*) ze dne 30. července 2004 (BGBI. 2004 I, s. 1950), ve znění pozdějších změn. Jednoznačně vztahuje veřejný pořádek ve vztahu k Německu, navíc do značné míry přebírá znění čl. 27 směrnice přímo do textu zákona. V § 6 stanoví: „(1) Aniž je dotčen § 2 odst. 7 [týká se použití padělaných dokladů či nepravidlivých informací, pozn. P. P.] a § 5 odst. 4 [týká se ztráty práva na vstup a pobyt v případě, pokud již nejsou naplněny stanovené požadavky, pozn. P. P.], o ztrátě práva dle § 2 odst. 1 [na vstup a pobyt, pozn. P. P.] lze rozhodnout, a potvrzení o právu trvalého pobytu nebo pobytovou kartu nebo kartu trvalého pobytu lze odejmout pouze z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví (čl. 45 odst. 3, čl. 52 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie). Z výše uvedených důvodů lze rovněž odepřít vstup na spolkové území. [...] (2) Odsouzení pro trestný čin samo o sobě nestačí k odůvodnění rozhodnutí nebo opatření podle odstavce 1. Pouze odsouzení pro trestný čin, která dosud nebyla vymazána z centrálního rejstříku, mohou být vzata v úvahu při odůvodnění rozhodnutí o vyhoštění za podmínky, že okolnosti, z nichž tato odsouzení vycházejí, ukazují na osobní chování, které představuje skutečné ohrožení veřejného pořádku, přitom musí jít o účinné a dostatečně závažné ohrožení **základního zájmu společnosti**. (3) Při přijetí rozhodnutí podle odstavce 1 musí být přihlédnuto zejména k **délce pobytu dotyčné osoby v Německu**, jejímu věku, zdravotnímu stavu, rodinným a ekonomickým poměrům, společenské a **kulturní integraci v Německu** a intenzitě jejich vazeb na zemi původu“ (důraz doplněn). Překlad převzat z rozsudku SDEU ve věci C-348/09 *P.I.* s přihlédnutím k aktuálnímu znění zákona.

3.2 Krátkodobá víza pro rodinné příslušníky občanů EU

Ve stávající právní úpravě²⁶⁴ je výhrada veřejného pořádku obsažena v ustanovení § 20 odst. 5 písm. c) a d).²⁶⁵ Na rozdíl od všech ostatních třetizemců mají rodinní příslušníci občanů EU právo na udělení vstupního víza.²⁶⁶ Explicitně to potvrdil SDEU v rozsudku ve věci C-503/03 *Komise Evropských společenství proti Španělskému království*.²⁶⁷ Neudělení krátkodobého víza představuje omezení svobody pohybu a pobytu občanů EU a jejich rodinných příslušníků ve smyslu čl. 27 směrnice 2004/38/ES. Shodně jako ve vztahu k odepření vstupu to potvrdil SDEU v rozsudku ve věci C-503/03 *Komise Evropského společenství proti Španělskému království*, v němž na uplatnění výhrady veřejného pořádku vůči rodinným příslušníkům vztáhl kritéria obsažená v tehdejším čl. 3 odst. 1 a 2 směrnice 64/221 a povinnost restriktivního výkladu.²⁶⁸ Výhradu veřejného pořádku obsaženou v ustanovení § 20 odst. 5 písm. c) při neudělení krátkodobého víza rodinnému příslušníkovi je nutné vykládat v souladu s čl. 27 směrnice 2004/38/ES a související judikaturou

²⁶⁴ A je tomu tak i po novele č. 222/2017 Sb.

²⁶⁵ „Rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie, který sám není občanem Evropské unie a na území hodlá cestovat společně s tímto občanem Evropské unie nebo cestovat za tímto občanem, který již na území pobývá, se krátkodobé vízum neudělí, jestliže [...] c) je důvodné nebezpečí, že by při pobytu na území mohl ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, d) je zařazen do informačního systému smluvních států a příslušný orgán, který rodinného příslušníka do tohoto systému zařadil, poskytne dodatečné informace, po jejichž vyhodnocení lze mít za to, že trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při pobytu na území jiného smluvního státu ohrozit jeho bezpečnost nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, [...].“

²⁶⁶ Srov. sdělení Komise 2009, s. 6. To potvrdila i judikatura domácích správních soudů, viz rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové č. 30 A 46/2014-46 ze dne 23. ledna 2015, bod 29.

²⁶⁷ Viz bod 42 rozsudku: „V projednávaném případě je nesporné, že pan Farid a pan Bouchair, státní příslušníci třetích států, měli na základě svého postavení jako manželé státních příslušníků členského státu právo na vstup na území členských států nebo **právo za tímto účelem obdržet vízum**“ (důraz doplněn). Srov. rovněž rozsudek SDEU ve věci C157/03 *Komise Evropských společenství proti Španělskému království*, v němž s odkazem na bod 74 rozsudku ve věci C-459/99 *Mrax* uvedl: „V tomto ohledu vyplývá právo vstupu na území členského státu poskytované státním příslušníkům třetích zemí, kteří jsou manželi nebo manželkami státních příslušníků členského státu, z pouhého rodinného vztahu. Vydání povolení k pobytu státnímu příslušníkovi třetí země, který je manželem nebo manželkou státního příslušníka členského státu, tak musí být považováno nikoliv za úkon zakládající práva, ale za úkon ze strany členského státu určený ke konstatování osobního stavu státního příslušníka s ohledem na předpisy práva Společenství.“

²⁶⁸ Viz v podrobnostech výše, kapitola 3.1.1. Shodně i ROGERS, N., SCANNELL, R., WALSH, J., op. cit. 30, s. 253.

SDEU k této směrnici, popř. k její předchůdkyni směrnici 64/221, usnesením rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělením Komise 2009 (s. 9–13). Tento výklad potvrdila judikatura domácích správních soudů.²⁶⁹

Pokud jde o ustanovení § 20 odst. 5 písm. d), shoduje se se zněním ustanovení § 9 odst. 3 písm. b) bod 4, včetně zavádějícího odkazu na veřejný pořádek smluvních států. Odkazuje na výklad posledně uvedeného ustanovení v kapitole 3.1.4.

3.3 Přechodný pobyt

3.3.1 Potvrzení o přechodném pobytu pro občany EU

Ve vztahu k občanům EU se výhrada veřejného pořádku objevuje v ustanoveních § 87d odst. 1 písm. b) a c)²⁷⁰ upravujících důvody pro nevydání potvrzení o přechodném pobytu.²⁷¹ Jde-li o **písm. b)**, nevydání pobytové karty představuje omezení svobody pohybu a pobytu občanů EU ve smyslu čl. 27 směrnice 2004/38/ES. Toto ustanovení je zapotřebí vykládat v souladu s posledně uvedeným článkem, usnesením rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělením Komise 2009 (s. 9–13). **Písmeno c)** představuje určitou obdobu ustanovení § 9 odst. 3 písm. a) bod 5, odkazuje tak na výklad obsažený výše v kapitole 3.1.3. Písmeno c) na rozdíl od § 9 odst. 3 písm. a) bod 5 neobsahuje odkaz na domácí obdobu konzultace (popsanou ve vztahu k SIS v rozsudku ve věci C-503/03 *Komise Evropského společenství proti Španělskému království*) s vnitrostátním orgánem, který uplatnil podnět k zařazení občana EU do ENO.²⁷² Požadavkům čl. 27

²⁶⁹ Viz rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové č. j. 30A 46/2014-46 ze dne 23. ledna 2015, body 28 a 35 až 37.

²⁷⁰ Po novele č. 222/2017 Sb. jde o písm. d) a e).

²⁷¹ „Ministerstvo žádost o vydání potvrzení o přechodném pobytu na území zamítne, jestliže [...] b) je důvodné nebezpečí, že by žadatel mohl ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, c) je žadatel evidován v evidenci nežádoucích osob (§ 154) a trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek.“

²⁷² Důvod pro tento formulační rozdíl mně není plně zřejmý. Toto ustanovení se do zákona dostalo novelou č. 161/2006 Sb. v návaznosti na transpozici směrnice 2004/38/ES [původně písm. d)]. Tehdy bylo ve zjevném rozporu s čl. 27 odst. 2 směrnice, neboť k nevydání pobytové karty postačovala prostá evidence v ENO, aniž by musely být splněny podmínky uvedeného článku směrnice, tzn. existence skutečného, aktuálního a dostatečně závažného ohrožení některého ze základních zájmů společnosti. Ke změně došlo až

směrnice 2004/38/ES odpovídá spíše znění § 9 odst. 3 písm. a) bod 5. Mělo by se tak dít i při aplikaci ustanovení § 87d odst. 1 písm. c). Pokud k němu i přesto nedojde, nese rozhodující orgán (Ministerstvo vnitra) plnou odpovědnost za to, že i při aplikaci tohoto ustanovení budou dodrženy požadavky čl. 27 odst. 1 a 2, usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělení Komise 2009 (s. 9–13). Shodný výklad se uplatní prostřednictvím ustanovení **§ 87e odst. 1 věta první**²⁷³ na zamítnutí žádosti o vydání povolení k přechodnému pobytu pro rodinného příslušníka občana EU.²⁷⁴

3.3.2 Zrušení přechodného pobytu občanu EU

Shodné závěry jako ve vztahu k § 87d odst. 1 písm. b) budou platit i pro zrušení přechodného pobytu občanu EU dle ustanovení § 87d odst. 2 písm. b)²⁷⁵ zákona o pobytu cizinců. Formulace tohoto ustanovení, jež používá přítomný čas nedokonavého slovesa narušovat („závažným způsobem narušuje veřejný pořádek“), může působit zavádějícím dojmem. Na jedné straně musí být v souladu s čl. 27 odst. 2 druhým pododstavcem směrnice 2004/38/ES hrozba

novelou č. 427/2010 Sb. Důvodová zpráva [k bodům 170 až 172 – k § 87d odst. 1 písm. c), § 87k odst. 1 písm. c); § 87d odst. 2 písm. b); § 87e odst. 1 písm. b), § 87k odst. 1 písm. d)] se ovšem se změnou § 87d odst. 1 písm. c) míjí (resp. fakticky se k ní nevyjadřuje), neboť popisuje pouze změny přijaté ve vztahu k rodinným příslušníkům občanů EU v návaznosti na rozsudek SDEU ve věci C-127/08 *Metock a další*.

²⁷³ Po novele 222/2017 Sb. § 87e odst. 1 písm. f) a g).

²⁷⁴ Ve vztahu k rodinným příslušníkům novela č. 427/2010 Sb. jako důvod pro změnu právní úpravy uvádí, že závěry rozsudku SDEU ve věci C-127/08 *Metock a další* „nekorrespondují[...] se stávající právní úpravou, neboť zákon o pobytu cizinců podmiňuje vydání povolení k pobytu rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie skutečností, že není zařazen v evidenci nežádoucích osob. Do této evidence je však cizinec zařazen obligatorně na základě pravomocného rozhodnutí o jeho správném vyhoštění z území České republiky, a to i v případech, kdy důvodem správního vyhoštění byl jeho protiprávní vstup nebo pobyt na tomto území. S ohledem na rozsudek Soudního dvora je proto potřebné zohlednit případy, kdy se takový cizinec (občan třetího státu) stane rodinným příslušníkem občana Evropské unie až poté, co rozhodnutí o jeho správném vyhoštění nabyla právní moci. Je přitom nezbytné vycházet z toho, že neoprávněný vstup nebo pobyt nemůže být sám o sobě důvodem pro omezení práva pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie ve smyslu čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. Toto právo může být omezeno pouze z důvodu ochrany bezpečnosti státu, veřejného pořádku nebo veřejného zdraví, a to pokud tyto důvody trvají v době, kdy je o vstupu nebo pobytu rodinného příslušníka na území České republiky rozhodováno“.

²⁷⁵ „Ministerstvo rozhodnutím zruší přechodný pobyt na území občanu Evropské unie, jestliže [...] b) ohrožuje bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušuje veřejný pořádek, nežádoucího řízení o správním vyhoštění, [...].“ Po novele č. 222/2017 Sb. jde o písm. d).

aktuální, „musí existovat v okamžiku, kdy je omezující opatření přijato vnitrostátními orgány nebo jej přezkoumává soud“.²⁷⁶ Na druhé straně však platí to, co jsem uvedl v kapitole 2.4 ve vztahu k nepřípustnosti automatické spojitosti mezi odsouzením za trestný čin a aplikací výhrady veřejného pořádku. To znamená, že pro uplatnění výhrady veřejného pořádku hraje stejně roli vyhodnocení budoucího chování dotyčného, resp. existence trvajícího ohrožení veřejného pořádku. „*Z existence odsouzení pro trestný čin tak lze vycházet pouze tehdy, pokud okolnosti, které vedly k takovému odsouzení, ukazují na osobní chování, které představuje trvající ohrožení veřejného pořádku*“²⁷⁷ (důraz doplněn). Zjištění, zda trvající hrozba existuje,

²⁷⁶ Viz sdělení Komise 2009 s odkazem na rozsudek SDEU ve spojených věcech C-482/01 a C-493/01 *Orfanopoulos a Oliveri*, bod 82. V něm SDEU rozhodl, že tehdejší článek 3 směrnice 64/221 (platí samozřejmě i pro čl. 27 směrnice 2004/38/ES) brání vnitrostátní praxi, podle které nejsou vnitrostátní soudy povinny vztít do úvahy při prověrování legality vyhoštění nařízeného proti státnímu příslušníkovi jiného členského státu skutkové okolnosti, které nastaly po posledním rozhodnutí příslušných úřadů a které s sebou nesou zánik nebo nikoliv nepodstatné snížení trvajícího ohrožení veřejného pořádku, které představuje chování dotčené osoby. Tento závěr lze vztáhnout ke všem omezením svobody pohybu/pobytu ve smyslu čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. Viz rovněž rozsudek SDEU ve věci C-165/14 *Rendón Marín*, v němž s odkazem na bod 28 rozsudku ve věci 30/77 *Bouchereau* uvedl, že „podmínka týkající se existence aktuálního ohrožení musí být v zásadě splněna v době přijetí předmětného opatření“. K tomu srovnej i rozsudek Krajského soudu v Plzni č. j. 30 A 78/2016-83 ze dne 29. března 2017: „Dále soud zohlednil, že žalobce podal žádost o povolení k přechodnému pobytu na našem území za účelem sloučení rodiny dne 7. 10. 2013, o této žádosti bylo správním orgánem I. stupně rozhodnuto dne 3. 8. 2015 a po podání odvolání vydala žalovaná jakožto správní orgán II. stupně napadené rozhodnutí dne 31. 3. 2016, tj. zhruba po dvou a půl letech od podání žádosti. Pokud jde o otázku onoho důvodného nebezpečí, že by žalobce mohl závažným způsobem narušit veřejný pořádek, judikatura – v návaznosti na výše citovaný čl. 27 odst. 2 pobyтовé směrnice – zdůrazňuje nejen závažnost tohoto nebezpečí, ale také jeho aktuálnost (srov. např. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 7. 2011, čj. 3 As 4/2010-151, bod 49). Při takřka třicetiměsíční prodlevě mezi podáním žádosti a vydáním napadeného rozhodnutí mohly skutečnosti, vyznívající v nepřízeň žalobce v době podání žádosti, nabýt jiného rázu. Správní orgán se s tím měl vypořádat, poněvadž rozhodující je stav v době vydání rozhodnutí správního orgánu, v tomto případě pak v době vydání rozhodnutí správního orgánu odvolacího (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 12. 2008, čj. 1 As 68/2008-126, bod 36). Soud nechce po správném orgánu, aby za každou cenu aktualizoval skutkový stav, pokud jde o obvyklou a standardní dobu rozhodování o pobytových žádostech cizinců, ale dva a půl roku je mnoho“.

²⁷⁷ Viz bod 41 rozsudku SDEU ve věci C-50/06 *Komise Evropských společenství proti Nizozemskému království* a tam citovaná judikatura. Příslušné vnitrostátní úřady musí „zkoumat případ od případu, zda opatření nebo okolnosti, které vedly k takovému odsouzení, jsou projevem osobního chování, které představuje trvající ohrožení veřejného pořádku“. (viz rozsudek SDEU ve věci C-467/02 *Cetinkaya*, bod 44). V tomtéž rozsudku SDEU s odkazem na rozsudek ve spojených věcech C-482/01 a C-493/01 *Orfanopoulos a Oliveri* ve

*„předpokládá u dotčeného jednotlivce sklon k pokračování v takovém chování v budoucnosti“.*²⁷⁸ Jinými slovy do „posuzování chování dotčené osoby“ musí být „zahrnuto i nebezpečí opakování trestné činnosti“.²⁷⁹ Osobní chování dotyčného musí vyvolávat „konkrétní nebezpečí nových závažných porušení veřejného pořádku“.²⁸⁰ Členský stát musí zohlednit „existenci integračních faktorů, které mohou umožnit znova začlenění dotčené osoby do společnosti hostitelského členského státu“²⁸¹ Může se také stát, „že pouhá existence minulého chování naplní podmínky podobné hrozby pro veřejný pořádek“.²⁸² Přitomný čas slovesa narušovat v ustanovení § 87d odst. 1 písm. b) musí být vykládán shora uvedeným způsobem s důrazem na budoucí chování dotyčné osoby, vůči níž je výhrada veřejného pořádku uplatňována.

V judikatuře vnitrostátních správních soudů lze nalézt jak příklady, které uvedené úvahy zohledňují,²⁸³ tak bohužel i ty, které eurokonformní výklad

vztahu k tehdejšímu čl. 3 směrnice 64/221 uvedl (bod 44), že neposkytuje „přesnější údaje, pokud jde o datum, které je třeba vzít v úvahu pro určení „trvající povahy ohrožení“. Po-sledně uvedený článek však „brání vnitrostátní praxi, podle které nejsou vnitrostátní soudy povinny vzít do úvahy při prověrování legality vyhoštění nařízeného proti státnímu příslušníkovi jiného členského státu skutkové okolnosti, které nastaly po posledním rozhodnutí příslušných úřadů a které s sebou nesou zánik nebo nikoliv nepodstatné snížení trvajícího ohrožení veřejného pořádku, které představuje chování dotčené osoby“ (bod 45).

²⁷⁸ Rozsudek SDEU ve věci 30/77 *Bouchereau*, bod 29. Viz rovněž bod 30 rozsudku ve věci C-348/09 *P. I.*: „Článek 27 odst. 2 druhý pododstavec směrnice 2004/38 totiž podmiňuje každé rozhodnutí o vyhoštění tím, že osobní chování dotyčného jednotlivce musí představovat skutečné a aktuální ohrožení některého ze základních zájmů společnosti nebo hostitelského členského státu, což zpravidla znamená, že se u dotyčného jednotlivce předpokládá, že se takto bude chovat i v budoucnu“.

²⁷⁹ Viz stanovisko generálnho advokáta M. Szpunara ve věci C-165/14 *Rendón Marín*, bod 171.

²⁸⁰ Bod 35 rozsudku SDEU ve věci C-349/06 *Polat*. Viz též stanovisko generálního advokáta M. Szpunara ve věci C-165/14 *Rendón Marín*, v němž s odkazem na rozsudek SDEU ve věci 30/77 *Bouchereau* (bod 29) uvedl: „71. V této souvislosti musí být jakékoli ohrožení veřejného pořádku či veřejné bezpečnosti členského státu skutečné a aktuální. Proto musí být do posuzování chování dotčené osoby zahrnuto i nebezpečí opakování trestné činnosti.“ V pozn. č. 162 doplnil: „Soudní dvůr v tomto ohledu rozhodl, že ačkoli konstatování hrozby takovéto povahy „předpokládá u dotčeného jednotlivce sklon k pokračování v takovém chování v budoucnosti, může se také stát, že pouhá existence minulého chování naplní podmínky podobné hrozby pro veřejný pořádek“.

²⁸¹ Například, že dotyčný se oženil, nedopustil se po posledním odsouzení dalších protiprávních činů, započal samostatně výdělečnou činnost, popř. že jeho trest odnětí svobody byl změněn na trest podmíněný. Viz rozsudek SDEU ve věci C-371/08 *Ziebell*, bod 85, resp. 39 rozsudku, a bod 62 stanoviska generálního advokáta Y. Bota v dané věci. Jako další faktor lze zmínit např. i odložení výkonu trestu (viz rozsudek SDEU ve věci C-165/14 *Rendón Marín*, bod 65).

²⁸² Rozsudek SDEU ve věci 30/77 *Bouchereau*, bod 29.

²⁸³ Z vnitrostátní judikatury mohu upozornit na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 73/2011-146 ze dne 18. 4. 2013, v němž uvedl: „Primárně měl žalovaný zkoumat, zda

výhrady veřejného pořádku ve vztahu k občanům EU a rodinným příslušníkům zatemňují. Snaží se najít logiku (racionálního zákonodárce) tam (v zákoně o pobytu cizinců), kde často neexistuje. Žel s tím započal rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení č. j. 3 As 4/2010-151 ze dne 26. 7. 2011, kdy se snažil najít určitou logiku ve znění zákona při uplatnění výhrady veřejného pořádku u vyhoštění občanů EU a rodinných příslušníků na straně jedné a třetizemců na straně druhé. Zavádějící formulaci domácího zákonodárce srovnávací analýzou dále umocňuje. V bodu 40 NSS uvedl: „*Jak již bylo uvedeno, § 119 odst. 2 zákona o pobytu cizinců se vztahuje na správní vyhoštění občana EU či jeho rodinného příslušníka a oproti ustanovením odstavce 1 upravujícím správní vyhoštění u ostatních cizinců z třetích zemí stanoví pouze omezený výčet důvodů, na základě nichž lze občana EU či jeho rodinného příslušníka vyhodit. Tomu odpovídá také formulace důvodu uložení správního vyhoštění spočívajícího v narušení veřejného pořádku. Zatímco obecně u cizinců z tzv. třetích zemí postačí existence důvodného nebezpečí, že by cizinec mohl při pobytu na území závažným způsobem narušit veřejný pořádek, u občana EU či jeho rodinného příslušníka je uložení správního vyhoštění podmíněno tím, že ten veřejný pořádek závažným způsobem již aktuálně narušuje*“.²⁸⁴ Za prvé není úplně pravdou, že § 119 odst. 1 bod 2²⁸⁵ pokrývá všechny třetizemce. Mám na mysli § 119 odst. 3, který formulačně („závažným způsobem narušuje veřejný pořádek“)

jednání stěžovatele z let 1991–92 představovalo v době jeho rozhodování o zrušení trvalého pobytu skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti. Je třeba přihlédnout i ke všem relevantním okolnostem, jež mohou mít vliv na závažnost jednání stěžovatele a posouzení hrozby budoucího porušení veřejného pořádku. Mezi takové skutečnosti patří nejen charakter a závažnost spáchané trestné činnosti, ale i další okolnosti, např. místo spáchání trestného činu, a zejména doba, která uplynula od jeho spáchání, chování stěžovatele po vykonání trestu odnětí svobody, délka jeho pobytu v České republice, ale i to, zda se po příchodu do České republiky dopustil další trestné či jinak protiprávní činnosti. V této souvislosti nelze opomenout, že stěžovatel již ve správním řízení namítl, že od roku 2002, kdy mu byl v ČR povolen trvalý pobyt, vedl bezúhomný život a nedopustil se žádného porušení právních přepisů. Ani těmito okolnostmi se ovšem žalovaný vůbec nezabýval.“

²⁸⁴ Do obdobně „riskantního podniku“ se pustil NSS i v rozsudku č. j. 2 As 4/2012-48 ze dne 6. března 2012. Na základě srovnání znění § 119 odst. 1 písm. a) s § 119 odst. 2 písm. b) zákona o pobytu cizinců dospěl k nesprávnému závěru, že „z pohledu posledně citovaného ustanovení není zákoným kritériem úvahy o možnosti správního vyhoštění otázka, zda existuje odůvodněná obava, že by stěžovatelka mohla narušovat veřejný pořádek do budoucna.“

²⁸⁵ Který skutečně používá formulaci „je-li důvodné nebezpečí, že by cizinec mohl při pobytu na území závažným způsobem narušit veřejný pořádek“.

třetizemce, držitele dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny, studia a vědeckého výzkumu staví naroveň občanům EU a jejich rodinným příslušníkům. Odstavec 4 používá stejnou formulaci ve vztahu k držitelům povolení k dlouhodobému pobytu rezidenta jiného členského státu EU. Zamýšel snad zákonodárce tyto kategorie třetizemců postavit při uplatnění výhrady veřejného pořádku při vyhoštění naroveň občanům EU a rodinným příslušníkům? Silně o tom pochybuji.

Navíc, v úvodu jsem zmínil rozsudek SDEU ve věci C-544/14 *Fahimian*, který se týkal výkladu výhrady veřejné bezpečnosti (s tím, že drtivou většinu jeho závěrů lze vztáhnout i na výhradu veřejného pořádku) v kontextu čl. 6 písm. d) směrnice 2004/114/ES, tedy v domácím prostředí dlouhodobého pobytu za účelem studia (§ 42d zákona o pobytu cizinců). SDEU odmítl při uplatnění výhrady veřejného pořádku na studenty dle směrnice 2004/114/ES použít stejný standard jako ve vztahu k občanům EU a jejich rodinným příslušníkům. Co chci uvedeným sdělit? Pouze to, že dovozovat něco ze srovnání znění vnitrostátní úpravy ve vztahu k různým kategoriím cizinců může být často osidné a zavádějící. U všech institutů, resp. kategorií cizinců (včetně občanů EU a rodinných příslušníků), které mají svoje ukovení v unijním právu (což je s několika málo výjimkami většina pobytových titulů), je primární pro pochopení jednotlivých institutů soustředit se na tento zdroj (zejména jednotlivé směrnice²⁸⁶ a související judikaturu SDEU),

²⁸⁶ Žel v tomto ohledu se někdy Nejvyšší správní soud dopouští závažných omylů, pramenících z nepochopení právního postavení jednotlivých kategorií cizinců, které vyplývá z příslušných unijních směrnic. Připomněl bych již citovaný rozsudek č. j. 7 As 152/2012-51 ze dne 29. srpna 2013. V něm posuzoval neudělení přechodného pobytu rodinnému příslušníkovi občana EU dle výhrady veřejného pořádku obsažené v ustanovení § 87e odst. 1 ve spojení s § 87 odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců. Přesto ve svém odůvodnění uvedl, že „[v] dané souvislosti je třeba vzít v úvahu ustanovení směrnice Rady 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny (dále jen „směrnice o právu na sloučení rodiny“) a také více zohlednit účel dané právní úpravy. Ten lze vyčíst například z bodu 2 preambule směrnice o právu na sloučení rodiny, podle něhož opatření týkající se sloučení rodiny by měla být přijata ve shodě se závazkem chránit rodinu a respektovat rodinný život. Právě rodinný život je základní hodnotou, na které je směrnice o právu na sloučení rodiny postavena a jejíž ochrana je v ní upravena. Respekt k právu na rodinný život byl důvodem pro stanovení podrobnějších pravidel pro přiznávání přechodného či dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny. V bodu 2 preambule směrnice se uvádí, že cti základní práva a řídí se zásadami uznanými zejména v čl. 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 dbají členské státy na to, aby byl brán náležitý ohled na nejlepší zájmy nezletilých dětí. A rovněž 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

nikoli na vzájemné porovnávání textu zákona vůči různým kategoriím cizinců.

Nadto domácí zákonodárce nedokázal řádně ošetřit ani zvýšenou ochranu před vyhoštěním občanů EU a rodinných příslušníků s trvalým pobytom (čl. 28 odst. 2 směrnice 2004/38/ES) a občanů EU s desetiletým pobytom, resp. nezletilých občanů EU (čl. 28 odst. 3). Myslet si, že bude mít nějakou logiku odlišné znění zákona upravující aplikaci výhrady veřejného pořádku vůči různým kategoriím cizinců (včetně občanů EU a rodinných příslušníků), je iluzorní. Pokud se zákony přijímají tak masivními pozměňovacími návrhy jako v případě pana poslance Klučky, není to ani možné.

Nyní tedy zpět k tomu, co uvedl NSS. Ano, občan EU či rodinný příslušník musí aktuálně veřejný pořádek narušovat, resp. hrozba pro veřejný pořádek musí existovat v okamžiku přijetí omezujícího opatření vnitrostátním orgánem. To je ovšem jen půl pravdy. Zároveň totiž při uplatnění zákonodárcem použitého přítomného času slovesa „narušuje“ hraje stěžejní roli vyhodnocení budoucího chování dotyčného, resp. existence trvajícího ohrožení veřejného pořádku (osobní chování dotyčného musí vyvolávat konkrétní nebezpečí nových závažných porušení veřejného pořádku). A je jedno, zda jde o vyhoštění, odepření vstupu, neudělení přechodného pobytu či zrušení trvalého pobytu.²⁸⁷

a sociálních vazeb se zemí původu v případě, že žádost zamítou“. Dále pak odkázal na rozsudek SDEU ve věci C-540/03 *Evropský parlament proti Radě Evropské unie*, týkající se uvedené směrnice. Kromě toho však zároveň odkázal na rozsudky SDEU týkající se uplatnění výhrady veřejného pořádku v kontextu volného pohybu a pobytu unijních občanů a jejich rodinných příslušníků. Přitom směrnice 2003/86/ES nemá s občany EU a jejich rodinnými příslušníky nic společného. Stačí se podívat na čl. 1 směrnice, resp. čl. 2 písm. a) směrnice. Ta stanoví podmínky pro uplatňování práva na sloučení rodiny státními příslušníky třetích zemí, kteří oprávněně pobývají na území členských států. Státním příslušníkem třetí země je myšlena osoba, která není občanem Unie ve smyslu čl. 17 odst. 1 Smlouvy (čl. 20 SFEU). Směrnice tedy stanoví pravidla pro slučování třetizemců, nikoli občanů EU a jejich rodinných příslušníků, jejichž postavení se řídí kromě primárního práva směrnicí 2004/38/ES.

²⁸⁷ Žel, podobné úvahy nejsou ojedinělé. Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 7 As 112/2011-65 ze dne 22. září 2011: „Tento požadavek respektuje již samotný zákon o pobytu cizinců, když pro účely vyhoštění [§ 119 odst. 2 písm. b)] požaduje, aby došlo k závažnému narušení veřejného pořádku, kdežto pro účely zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu [§ 87k odst. 1 písm. b)] považuje za postačující k existenci důvodného nebezpečí, že by žadatel mohl závažným způsobem narušit veřejný pořádek. Pro účely ust. § 87k odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců je tedy postačující, že cizinec svým osobním, skutečným a aktuálním jednáním, které je pro případ odepření práva trvalého pobytu dostatečně závažné, naruší veřejný pořádek způsobem, který zakládá důvodné nebezpečí ze závažného narušení veřejného pořádku v budoucnu. Pro účely vyhoštění však

3.3.3 Zamítnutí žádosti o povolení k přechodnému pobytu pro rodinného příslušníka občana EU

Důvody pro zamítnutí žádosti o povolení k přechodnému pobytu pro rodinného příslušníka jsou obsaženy v § 87e zákona o pobytu cizinců. Prostřednictvím první věty ustanovení **§ 87e odst. 1**²⁸⁸ se na neudělení přechodného pobytu uplatní důvody obsažené v § 87d odst. 1 písm. b)²⁸⁹ a c). Ohledně výkladu těchto ustanovení odkazují na kapitolu 3.3.1.

již k závažnému narušení veřejného pořádku musí předem dojít, a to osobním, skutečným a aktuálním jednáním, které je pro účely případného vyhoštění dostatečně závažné (na nutnost rozlišování, kdy zákon požaduje existenci důvodného nebezpečí z narušení veřejného pořádku závažným způsobem v budoucnu a kdy požaduje aktuální narušení veřejného pořádku závažným způsobem, poukazuje i rozšířený senát v odstavci 40 svého usnesení ze dne 26. 7. 2011, č. j. 3 As 4/2010-151)^a. Znovu připomínám, že směrnice nestanoví odlišný standard uplatnění výhrady veřejného pořádku u zrušení trvalého pobytu na straně jedné a vyhoštění na straně druhé (s výjimkou čl. 28 odst. 2 a 3).

²⁸⁸ Po novele č. 222/2017 Sb. § 87e odst. 1 písm. f) a g).

²⁸⁹ V rozsudku č. j. 57 A 44/2015 ze dne 20 dubna 2016 Krajský soud v Plzni správně potvrdil uplatnění kritérií obsažených v čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES a závěrů obsažených v usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 ze dne 26. 7. 2011 i na výhradu veřejného pořádku obsaženou v ustanovení § 87e odst. 1 ve spojení s § 87d odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců. Zároveň si dovolím krátký komentář k jednomu z rozsudků Nejvyššího správního soudu vztahujícímu se k tomuto ustanovení. V rozsudku č. j. 4 AzS 28/2017-22 ze dne 6. dubna 2017 tento soud uvedl: „Nejvyšší správní soud doplňuje, že rozhodnutí o neudělení přechodného pobytu neznamená, že stěžovatel nebude moci v ČR pobývat na základě jiných, byť i krátkodobějších, forem pobytu. Nelze proto dovozovat, že by žalobou napadané rozhodnutí zcela znemožňovalo stěžovatelův kontakt s manželkou. Zamítnutí žádosti o udělení přechodného pobytu nezakládá okamžitou povinnost stěžovatele vycestovat, neboť ta je spojena až s rozhodnutím o vyhoštění. Skutečnost, že toto řízení již bylo zahájeno, jak se uvádí v kasační stížnosti, však není předmětem tohoto řízení, a proto se jí Nejvyšší správní soud nemohl zabývat“. Přestože obecně lze s argumentací obsaženou v rozsudku souhlasit (byť NSS opět neposuzoval proporcionalitu z pohledu čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES, ale, a to poměrně stručně, z pohledu čl. 8 EÚLP), citovaná pasáž neúplně odpovídá realitě. Ano, stěžovatel si teoreticky může pořádat o krátkodobé vízum pro rodinného příslušníka občana EU, to ovšem neznamená, že mu toto vízum bude uděleno. I § 20 zákona o pobytu cizinců obsahuje výhradu veřejného pořádku jako důvod pro neudělení krátkodobého víza, která by měla být v zásadě vykládaná shodně jako v případě zamítnutí žádosti o přechodný pobyt. Nepřesná je rovněž informace, že stěžovatel nebude muset okamžitě vycestovat. On bude muset vycestovat, neboť po neudělení přechodného pobytu mu bude udělen vyjezdní příkaz, který mu stanoví lhůtu k vycestování. V této lhůtě je povinen z území vycestovat (po novele č. 222/2017 Sb. § 87e odst. 4 zákona o pobytu cizinců). Přestože výjezdní příkaz je obecně udělován rodinným příslušníkům na jeden měsíc, v případě hrozby pro veřejný pořádek může být lhůta kratší (§ 50 odst. 5 téhož zákona). Novela č. 222/2017 Sb. navíc znemožnila rodinným příslušníkům občanů ČR z výjezdního příkazu podat novou žádost o přechodný pobyt [§ 169r odst. 1 písm. j)].

Výhrada veřejného pořádku je následně obsažena i v **odst. 1 písm. b).**²⁹⁰ Toto ustanovení je shodné s ust. § 9 odst. 3 písm. b) bod 4, které se týká odeření vstupu. Odkazují na výklad uvedený v kapitole 3.1.4. Poněkud nejasným a matoucím dojmem ve vztahu ke skutkové podstatě obsažené v odst. 1 písm. b) působí **odst. 3**, dle něhož se k odst. 1 písm. b) „*nepřihlédne, jde-li o vydání povolení k přechodnému pobytu v zájmu České republiky, z humanitárních anebo z jiných důvodů hodných zvláštního zřetele, nebo z důvodu plnění mezinárodního závazku*“.²⁹¹

Toto ustanovení proniklo do zákona na základě novely č. 161/2006 Sb., následně bylo změněno zákonem č. 427/2010 Sb. do současného znění.²⁹² Jak toto ustanovení vyložit? Jediný smysluplný výklad bude takový, že ustanovení představuje promítnutí čl. 37 směrnice 2004/37/ES.²⁹³ Pokud správní orgán při projednávání žádosti zjistí, že rodinný příslušník má záznam v SIS, provede konzultační řízení v souladu s rozsudkem SDEU ve věci C-503/03 *Komise Evropského společenství proti Španělskému království*. K tomu, aby mohl aplikovat výhradu veřejného pořádku uvedenou v odst. 1 písm. b), musí po vyhodnocení informací od konzultovaného státu prokázat, že dotyčný představuje skutečné, aktuální a závažné ohrožení některého

²⁹⁰ „Ministerstvo žádost dále zamítne, jestliže žadatel [...] b) je zařazen do informačního systému smluvních států a příslušný orgán, který žadatele do tohoto systému zařadil, poskytne dodatečné informace, po jejichž vyhodnocení lze mít za to, že trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území jiného smluvního státu ohrozit jeho bezpečnost nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, [...].“ Po novelě č. 222/2017 Sb. písm. h).

²⁹¹ Toto ustanovení dále pokračuje: „Ministerstvo projedná vydání povolení k přechodnému pobytu se smluvním státem, který žadatele zařadil do informačního systému smluvních států, a v řízení přihlédne ke skutečnosti, které vedly k tomuto zařazení. Vydání povolení k přechodnému pobytu ministerstvo oznámí smluvnímu státu, který žadatele do informačního systému smluvních států zařadil“. Ustanovení totožné s § 87e odst. 1 písm. b) je obsaženo i u neudělení krátkodobého víza rodinnému příslušníkovi [§ 20 odst. 5 písm. d)] a odepření vstupu [§ 9 odst. 3 písm. b) 4]. Posledně dvě uvedená ustanovení však žádnou obdobu § 87e odst. 3 neobsahují.

²⁹² Původní znění neobsahovalo v první větě spojení „z humanitárních anebo z jiných důvodů hodných zvláštního zřetele“. To se do zákona dostalo až novelou č. 427/2010 Sb. Z důvodové zprávy k zákonu č. 161/2006 Sb., který transponoval mimo jiné i směrnici 2004/38/ES, nevyčteme k důvodům přijetí odst. 3 nic. Důvodová zpráva k zákonu č. 427/2010 Sb., který odst. 3 novelizoval, pouze stručně uvádí: „Navrhovaná úprava zohledňuje možnost povolení přechodného nebo trvalého pobytu v případech, kdy je rodinný příslušník občana Evropské unie zařazen do schengenského informačního systému. Jedná se obdobnou úpravu, která je navrhována v § 75 odst. 4.“

²⁹³ „Touto směrnicí nejsou dotčeny právní a správní předpisy členských států, které jsou přísnivější pro osoby spadající do působnosti této směrnice.“ Již bod 29 odůvodnění směrnice uvádí, že „[t]ento směrnicí by neměly být dotčeny přísnivější vnitrostátní předpisy“.

ze základních zájmů České republiky v souladu s čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES a související judikaturou SDEU [v souladu s kritérii stanovenými usnesením rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělením Komise 2009 (s. 9–13)]. Pakliže uvedené podmínky nebudou naplněny, musí správní orgán přechodný pobyt udělit.

Udělení přechodného pobytu v žádném případě nepodléhá (nesmí podléhat) podmínkám obsaženým v odst. 3 (zájem České republiky, humanitární důvody atd.). Bohužel, znění odst. 3 by mohlo svou nejednoznačností k takovému výkladu v rozporu s unijním právem svádět. Naopak, odst. 3 správnímu orgánu umožňuje i přesto, že po provedeném konzultačním řízení vyjde najevo, že rodinný příslušník představuje skutečné, aktuální a závažné ohrožení některého ze základních zájmů České republiky, přechodný pobyt udělit, budou-li naplněny podmínky v něm uvedené. Odstavec 3 je zároveň (nevím, zda úplně šťastně) formulován tak, že pokud bude naplněn některý z neurčitých právních pojmu (zájem České republiky, humanitární důvod nebo důvod hodný zvláštního zřetele), popř. to bude vyžadovat plnění mezinárodního závazku, nesmí²⁹⁴ správní orgán skutkovou podstatu obsaženou v odst. 1 písm. b) aplikovat. Nejde tedy o výkon správního uvážení.²⁹⁵

Formulace odst. 3 tak (alespoň teoreticky) může svádět k tomu, aby se rodinný příslušník, přestože jsou u něho naplněny podmínky pro aplikaci odst. 1 písm. b), domáhal toho, že toto ustanovení nelze vůči němu uplatnit, s odkazem na naplnění některého z neurčitých právních pojmu v odst. 3, popř. mezinárodní závazek ČR. I v návaznosti na poslední novelu zákona o pobytu cizinců č. 222/2017 Sb., která ve vztahu k občanům EU a jejich rodinným příslušníkům zavádí zpřísňující skutkové podstaty ve zjevném rozporu s unijním právem,²⁹⁶ mi logika § 87e odst. 3 uniká. Dle mého názoru by výjimečné situace,²⁹⁷ které se snaží odst. 3 postihnout, mohly být řešeny při aplikaci odst. 1 písm. b) v rámci proporcionality.

²⁹⁴ Odst. 3 používá formulaci „se nepřihlédne“, nikoli např. „může nepřihlédnout“.

²⁹⁵ V podrobnostech k problematice správního uvážení a neurčitých právních pojmu ve vztahu k dlouhodobému vízu viz 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. 88–92.

²⁹⁶ V podrobnostech viz zejména kapitola 2.4.

²⁹⁷ Přiznám se, že mám i s mnohaletou znalostí praxe problém představit si reálný případ, na který by odst. 3 mohl dopadat.

3.3.4 Ukončení přechodného pobytu rodinnému příslušníkovi občana EU a neprodloužení pobytové karty

Důvody pro ukončení přechodného pobytu rodinnému příslušníkovi občana EU nalezneme v ustanovení § 87f odst. 3 písm. d) a e).²⁹⁸ Ukončení přechodného pobytu představuje nepochybně omezení svobody pohybu a pobytu rodinného příslušníka ve smyslu čl. 27 směrnice 2004/38/ES. Skutkovou podstatu uvedenou pod písm. d)²⁹⁹ je tak nutné interpretovat v souladu s čl. 27 směrnice 2004/38/ES, usnesením rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělením Komise 2009 (s. 9–13). Jedná-li se o správný výklad přítomného času slovesa narušovat („závažným způsobem narušuje veřejný pořádek“), použitého v tomto ustanovení, odkazují na výklad v kapitole 3.3.2 k ustanovení § 87d odst. 2 písm. b), které obsahuje totožné znění.

Formulace ustanovení písm. e)³⁰⁰ se shoduje s § 9 odst. 3 písm. b) bod 4, týkajícím se odepření vstupu. Odkazují na výklad uvedený v kapitole 3.1.4.

Pokud jde o výklad nově zavedené skutkové podstaty pod písm. e) novelou č. 222/2017 Sb., která zavádí automatickou spojitost mezi ukončením přechodného pobytu rodinného příslušníka a odsouzením za trestný čin, lze v podrobnostech využít kapitolu 2.4.

Na základě ustanovení § 87p odst. 2, které cituje skutkové podstaty obsazené v § 87f, se shora uvedený výklad uplatní i při neprodloužení pobytové karty rodinného příslušníka.

²⁹⁸ „Ministerstvo dále ukončí rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie přechodný pobyt na území, pokud [...] d) ohrožuje bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušuje veřejný pořádek, není-li zahájeno řízení o správním vyhoštění, nebo e) je zařazen do informačního systému smluvních států a příslušný orgán, který žadatele do tohoto systému zařadil, poskytne dodatečné informace, po jejichž vyhodnocení lze mít za to, že trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území jiného smluvního státu ohrozit jeho bezpečnost nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, za podmínky, že toto rozhodnutí bude přiměřené z hlediska jeho zásahu do soukromého nebo rodinného života rodinného příslušníka občana Evropské unie.“

²⁹⁹ Po novele č. 222/2017 Sb. písm. f).

³⁰⁰ Po novele č. 222/2017 Sb. písm. g).

3.4 Trvalý pobyt

3.4.1 Obecné úvahy

Pro hlubší pochopení opatření založených na výhradě veřejného pořádku vůči občanům EU a jejich rodinným příslušníků s trvalým pobytom považuji za potřebné se krátce zmínit o samotném institutu trvalého pobytu pro uvedené kategorie osob. Článek 16, resp. kapitola IV směrnice 2004/38/ES, představuje jednu z novinek, kterou uvedená směrnice přinesla.³⁰¹ Jak uvedl SDEU, „[j]e zajisté nesporné, že nabytí práva trvalého pobytu z důvodu nepřetržitého legálního pobytu po dobu pěti let na území hostitelského členského státu, stanovené v čl. 16 odst. 1 směrnice 2004/38, nepatřilo před přijetím této směrnice mezi předpisy práva Unie přijaté k provedení článku 18 ES“.³⁰² Komise v návrhu směrnice 2004/38/ES zmínila, že v dosavadním právu Společenství je rozsah práva pobytu „nesmírně úzký“ („extremely narrow“) a podléhá restriktivním podmínkám.³⁰³ Nově by tak dle bodu 17 odůvodnění směrnice „[t]rvalý pobyt občanů Unie, kteří se rozhodli usadit v hostitelském členském státě dlouhodobě, [...] posilil pocit občanství Unie a představuje klíčový faktor podporující sociální soudržnost, která je jedním ze základních cílů Unie. Právo trvalého pobytu by tedy mělo být stanoveno pro všechny občany Unie a jejich rodinné příslušníky, kteří v hostitelském členském státě pobývají v souladu s podmínkami stanovenými touto směrnicí nepřetržitě po dobu pěti let, aniž by byli vyhoštěni“.³⁰⁴ Jinými slovy, „[z]ákonodárce Unie chce, aby se občanům Unie, kteří splňují podmínky nabytí tohoto práva trvalého pobytu, dostalo takřka zcela rovného zacházení jako vlastním státním příslušníkům“.³⁰⁵ „Vychází ze zásady, že po dostatečně

³⁰¹ GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 177. Určité výjimky představovala právní úprava týkající se zaměstnaných osob a osob samostatně výdělečně činných (srov. čl. 2 nařízení č. 1251/70 a čl. 2 směrnice 75/34, které byly převzaty do čl. 17 směrnice 2004/38/ES). I proto lze dodat, že i s ohledem na prozatím omezenou judikaturu SDEU k trvalému pobytu a ne vždy úplně jasné znění příslušných ustanovení, vyžaduje řada aspektů do budoucna vyjasnění. Op. cit. výše, s. 203.

³⁰² Rozsudek ve věci C-162/09 *Lassal*, bod 33.

³⁰³ Proposal for a European Parliament and Council Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. COM/2001/0257 final.

³⁰⁴ Směrnice 2004/38/ES zároveň v čl. 17 a 18 umožňuje ve specifických případech nabytí práva trvalého pobytu před uplynutím pětiletého pobytu. Těmto případům se nebudu s ohledem na zaměření příspěvku podrobněji věnovat.

³⁰⁵ Stanovisko generálního advokáta Y. Bota ve věci C-378/12 *Onuekwere*, bod 43. Dále dodává: „Právo trvalého pobytu tedy jde nad rámec pouhého práva pohybu a pobytu na unijním

*dłouhé době pobytu na území hostitelského členského státu si občan Unie vypěštoval s tímto státem úzké vazby a stal se nedílnou součástí jeho společnosti.*³⁰⁶ Pro rodinné příslušníky – třetizemce občanů EU přiznání práva trvalého pobytu „prakticky znamená, že se jim v podstatě dostává stejného zacházení jako takovému občanovi, pokud s ním na území hostitelského členského státu pobývali minimálně pět let. Dostatečně dlouhá doba pobytu na území hostitelského členského státu totiž v očích unijního zákonodárce svědčí o úzkých vazbách občana Unie či jeho rodinného příslušníka na tento stát a tedy o jeho skutečné integraci“.³⁰⁷ Jednou nabyté právo trvalého pobytu nesmí být „svázáno s žádnými dalšími podmínkami, aby se stalo opravdovým prostředkem integrace do společnosti tohoto státu“.³⁰⁸ Trvalý pobyt poskytuje občanům EU a jejich rodinným příslušníkům silný, bezpečný status, který již není podmíněn výkonem ekonomických aktivit tak jako u přechodného pobytu.³⁰⁹ Využití systému sociálních dávek hostujícího členského státu již není důvodem pro případné ukončení pobytu jako u přechodného

území. Má v občanech Unie vyvolat pocit úplné sounáležitosti se společností v hostitelském členském státě, a to zejména odstraněním všech administrativních překážek, které mohou být kladený cizím státním příslušníkům.“ Tamtéž, bod 44. Viz rovněž stanovisko téhož advokáta ve spojených věcech C-424/10 a C-425/10 *Ziołkowski a Szeja*, bod 52: „Doba pobytu občana Unie na území hostitelského členského státu ukazuje na určitou integraci v tomto státě. Čím delší doba pobytu na území tohoto uvedeného státu je, tím užší vazby se k němu předpokládají a o to úplnejší bude integrace, až tomuto občanu dává pocit, že je na stejně úrovni jako vlastní státní příslušník a že je nedílnou součástí společnosti hostitelského členského státu. Podle mého názoru nelze zpochybňovat, že taková situace vzniká, když se vazby mezi jednotlivcem a hostitelským členským státem utvářejí v rámci vztahů lidské solidarity“.

³⁰⁶ Viz bod 51 stanoviska generálního advokáta Y. Bota ve spojených věcech C-424/10 a C-425/10 *Ziołkowski a Szeja*, bod 51.

³⁰⁷ Tamtéž, bod 46.

³⁰⁸ Rozsudek SDEU ve spojených věcech C-424/10 a C-425/10 *Ziołkowski a Szeja*, bod 41.

³⁰⁹ Viz čl. 16 odst. 1 věta druhá směrnice 2004/38/ES. Srov. i bod 18 odůvodnění téže směrnice: „Abi se trvalý pobyt stal opravdovým prostředkem integrace do společnosti hostitelského členského státu, ve kterém občan Unie žije, nemělo by být již jednou nabyté právo trvalého pobytu svázáno s žádnými dalšími podmínkami“. Viz rovněž bod 56 stanoviska generální advokátky V. Trstenjak ve věci C-325/09 *Dias*: „Právo trvalého pobytu, představující nejvyšší stupeň integrace občana Unie v hostitelském členském státě, je upraveno v článcích 16 až 21 směrnice. Spočívá na myšlence, že občan Unie, který je po pěti letech legálního a nepřetržitého pobytu v hostitelském členském státě v tomto státě značně integrován, má mít možnost v tomto státě pobývat i nadále, a to nezávisle na tom, zda je po nabytí tohoto práva ještě zaměstnanou osobou, osobou ekonomicky soběstačnou nebo zda je podle článku 7 směrnice postaven těmto osobám naroven“.

pobytu.³¹⁰ Občané EU a jejich rodinní příslušníci s trvalým pobytom požívají zároveň zvýšenou ochranu před vyhoštěním.³¹¹

Klíčovým ustanovením vymezujícím trvalý pobyt je čl. 16 odst. 1 věta první, dle něhož: „*Právo trvalého pobytu v hostitelském členském státě mají občané Unie, kteří tam nepřetržitě legálně pobývají po dobu pěti let*“. Právo trvalého pobytu „se vztahuje rovněž na rodinné příslušníky, kteří nejsou státními příslušníky žádného členského státu a s občanem Unie v hostitelském členském státě nepřetržitě legálně pobývají po dobu pěti let“.³¹² V rámci shora uvedené definice hraje stěžejní roli vyjasnění pojmu „legální pobyt“. Dle SDEU je tento pojem „*třeba chápat jako pobyt v souladu s podmínkami stanovenými touto směrnicí, a zejména podmínkami stanovenými v čl. 7 odst. 1 této směrnice*“.³¹³ Uvedený pojem tak odkazuje zpětně na čl. 6 (v rozsudku nikoli explicitně) a 7 směrnice. Doba vyžadovaná pro nabytí trvalého pobytu začíná legálním pobytom dotyčné osoby v hostitelském členském státě.³¹⁴ Do trvalého pobytu je tak zapotřebí započítst při splnění stanovených podmínek jak pobyt do tří měsíců (čl. 6), který není podmíněn výkonem ekonomické aktivity, resp. požadavkem na disponování dostatečnými finančními

³¹⁰ Viz bod 21 odůvodnění směrnice, resp. čl. 24 odst. 2, které se nevztahuje na občany EU a jejich rodinné příslušníky s trvalým pobytom. Viz rovněž bod 78 stanoviska generální advokátky V. Trstenjak ve věci C-325/09 *Dias*: „Teprve s dosažením třetího stupně, tedy s nabytím práva trvalého pobytu, získává občan Unie neomezený nárok na účast na sociální pomoci. Pokud občan dosáhl tohoto stupně, je jeho právo trvalého pobytu nepodmíněné a využití sociální pomoci tudíž nemůže právo trvalého pobytu zpochybnit“.

³¹¹ Viz čl. 28 odst. 2 směrnice 2004/38/ES.

³¹² Čl. 16 odst. 2 směrnice 2004/38/ES.

³¹³ Rozsudek SDEU C-529/11 *Alarape a Tijani*, bod 36. S odkazem na čl. 17 odůvodnění směrnice a *travaux préparatoires* SDEU v rozsudku ve spojených věcech C-424/10 a C-425/10 *Ziolkowski a Szeja* dále uvedl: „42. Pokud jde konečně o zvláštní kontext, v němž je směrnice 2004/38 z hlediska práva trvalého pobytu zasazena, je třeba uvést, že sedmnáctý bod odůvodnění této směrnice upřesňuje, že takové právo je třeba stanovit pro všechny občany Unie a jejich rodinné příslušníky, kteří v hostitelském členském státě pobývají v souladu s podmínkami stanovenými touto směrnicí nepřetržitě po dobu pěti let, aniž byla vůči nim vydána opatření směřující k ukončení jejich práva pobytu. 43 Toto upřesnění bylo do uvedeného bodu odůvodnění vloženo v průběhu legislativního procesu, který vedl k přijetí směrnice 2004/38, společným postojem (ES) č. 6/2004 přijatým Rady Evropské unie dne 5. prosince 2003 (Úř. věst. 2004, C 54 E, s. 12). Podle sdělení Evropskému parlamentu ze dne 30. prosince 2003 (SEC/2003/1293 v konečném znění) bylo uvedené upřesnění vloženo „za účelem vyjasnění obsahu pojmu „legální pobyt“ ve smyslu čl. 16 odst. 1 uvedené směrnice“. Existuje několik rozsudků SDEU, které se zabývají započítáváním pobytu dle dřívějších právních předpisů EU, popř. dle vnitrostátního práva, před provedením transpozice směrnice 2004/38/ES pro účely nabytí práva trvalého pobytu. Viz rozsudky SDEU ve věcech C-162/09 *Lassal*, C-325/09 *Dias* a C-244/13 *Ogierakhi*.

³¹⁴ Rozsudek SDEU ve věci C-400/12 *M. G.*, bod 24.

prostředky, aby se občan EU nestal zátěží pro systém sociální pomoci hostitelského členského státu, tak pobyt nad 3 měsíce (čl. 7). Ten podléhá posledně uvedeným podmínkám.³¹⁵ Tímto způsobem je nevyhnutelné vykládat pojem „nepřetržitý přechodný pobyt“ uvedený v § 87g odst. 1 písm. a) zákona o pobytu cizinců bez ohledu na to, zda byl občan EU formálně držitelem potvrzení o přechodném pobytu ve smyslu § 87a téhož zákona.³¹⁶

Jedná-li se o rodinné příslušníky, třetizemce, pro účely nabytí trvalého pobytu „na základě čl. 16 odst. 2 směrnice 2004/38 mohou být vzaty v úvahu pouze doby pobytu těchto rodinných příslušníků, které splňují podmínky stanovené v čl. 7 odst. 2 této směrnice“.³¹⁷ Získání práva trvalého pobytu rodinných příslušníků je závislé na skutečnosti, že občan EU, od něhož rodinný příslušník právo trvalého pobytu odvozuje, „sám [...] splňuje podmínky stanovené v čl. 16 odst. 1 této směrnice a zda kromě toho uvedení rodinní příslušníci s tímto občanem během dotčené doby pobývali“.³¹⁸ Nabytí trvalého pobytu rodinného příslušníka – třetizemce je tak podmíněno tím, že sám občan EU, od něhož odvozuje pobytová práva, toto právo získal.³¹⁹ V případě manželství mezi občanem EU a třetizemcem nabude posledně uvedený právo trvalého pobytu i v případě, jestliže se v průběhu požadovaného pětiletého pobytu manžel „rozhodli žít odděleně a začali žít s jinými partnery a manželka uvedeného státního příslušníka, která má unijní občanství, mu již nezajišťovala ubytování ani mu jej neposkytovala“.³²⁰

Tak lze dospět k trochu překvapivému, nicméně pro pochopení a náležité zohlednění (např. při vyhoštění) institutu trvalého pobytu, stěžejnímu zjištění. I když s ohledem na znění čl. 25 směrnice 2004/38/ES se to může

³¹⁵ GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 186. Zároveň, „ačkolи обčан Европейского союза должен иметь достаточные средства, нестановившийся единственный предпосылкой для въездного разрешения на первоначальную стадию“.

³¹⁶ Stávající právní úprava navíc nad rámec čl. 7 směrnice 2004/38/ES po občanu EU ani nepožaduje, aby si v případě pobytu nad 3 měsíce občan EU o potvrzení požádal.

³¹⁷ Rozsudek SDEU ve věci C-529/11 *Alarape a Tijani*, bod 37.

³¹⁸ Tamtéž, bod 34 rozsudku.

³¹⁹ Viz v tomto ohledu bod 34 stanoviska generálního advokáta Y. Bota ve věci C-378/12 *Onuekwere*: „Право гражданина третьего государства, который является родственником гражданина ЕС, на постоянное проживание не является первоначальной, но является вытекающей из права этого гражданина на постоянное проживание. Право такого гражданина третьего государства также непосредственно вытекает из права этого гражданина на постоянное проживание.“

³²⁰ Viz rozsudek SDEU ve věci C-244/13 *Ogieriaakhi*, bod 47. Tento závěr staví do značné míry na předchozí judikatuře SDEU ve věci 267/83 *Diatta*.

zdát „nošením dříví do lesa“.³²¹ Stejně jako potvrzení o přechodném pobytu, resp. pobytová karta u pobytů nad 3 měsíce, je i vydání dokladu osvědčujícího trvalý pobyt občanů EU ve smyslu čl. 19³²² směrnice 2004/38/ES, resp. karty trvalého pobytu pro rodinné příslušníky ve smyslu čl. 20³²³ též směrnice, pouze deklaratorním aktem. K nabytí práva trvalého pobytu dochází při splnění podmínek stanovených čl. 16³²⁴ automaticky.³²⁵ Nemusí být formálně osvědčeno. Může k němu dojít, aniž by musel hostující členský stát provést nějaký úkon, či dokonce aniž by o tom musel mít vědomost.³²⁶ Opačně si toho nemusí být vědom ani dotyčný občan EU či jeho rodinný příslušník.³²⁷ Vydání průkazu o povolení k trvalému pobytu občanu EU a rodinnému příslušníkovi dle vnitrostátní právní úpravy slouží pouze k osvědčení stávajících práv přiznaných unijním právem. Výkon subjektivních práv vyplývajících z práva trvalého pobytu nesmí být podmíněn držením dokladu osvědčujícího trvalý pobyt, popř. karty trvalého pobytu. Deklaratorní charakter dokladu osvědčujícího trvalost pobytu explicitně potvrdil SDEU v rozsudku ve věci C-123/08 *Wolzenburg*: „49 [...] [Č]l. 16 odst. 1 směrnice 2004/38 výslovně stanoví, že právo trvalého pobytu v hostitelském členském státě má občan Unie, který tam nepřetržitě legálně pobývá po dobu pěti let. 50 Článek 19 uvedené směrnice občanům Unie, kteří podle článku

³²¹ Dle odst. 1: „Držení osvědčení o registraci podle článku 8, **dokladu osvědčujícího trvalý pobyt**, osvědčení o podání žádosti o pobytovou kartu rodinného příslušníka, pobytové karty nebo **karty trvalého pobytu** nesmí být za žádných okolností podmínkou výkonu práva nebo splnění správních formalit, může-li být existence práv prokázána jinými doklady“ (důraz doplněn).

³²² „1. Na požádání vydá členský stát po ověření délky jejich pobytu občanům Unie způsobilým k trvalému pobytu doklad osvědčující jejich trvalý pobyt. 2. Doklad osvědčující trvalý pobyt se vydává v nejkratší možné lhůtě.“

³²³ „1. Rodinným příslušníkům, kteří nejsou státními příslušníky žádného členského státu a mají právo trvalého pobytu, vydávají členské státy do šesti měsíců od podání žádosti kartu trvalého pobytu. Platnost karty trvalého pobytu se vždy po deseti letech automaticky prodlužuje. 2. Žádost o kartu trvalého pobytu se podává před skončením platnosti pobytové karty. Při nesplnění povinnosti požádat o kartu trvalého pobytu může dotyčná osoba podléhat přiměřeným a nediskriminačním sankcím. 3. Platnost karty trvalého pobytu není dotčena přerušením pobytu kratším než dva po sobě jdoucí roky.“

³²⁴ Totéž platí i pro trvalý pobyt dle čl. 17 a 18 směrnice 2004/38/ES.

³²⁵ GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 184.

³²⁶ Tamtéž, s. 268.

³²⁷ Srov. bod 120 stanoviska generální advokátky Kokottové, ve věci C-480/08 *Teixeira*: „Za těchto podmínek není ničím vyloučeno, že M. Teixeira mezičím ve Spojeném království nabyla právo trvalého pobytu podle článku 16 směrnice 2004/38, které jí do budoucna zbaňuje povinnosti prokazovat dostatečné prostředky a zdravotní pojištění, které kryje všechna rizika. Je tedy udivující, že M. Teixeira v původním sporu uznala, že se nemůže dovolávat práva trvalého pobytu.“

16 téže směrnice získali toto právo trvalého pobytu na území jiného členského státu, neukládá, aby byli držiteli povolení k pobytu na dobu neurčitou. 51 Ve vztahu k občanům Unie, kteří legálně pobývali na území jiného členského státu nepřetržitě po dobu pěti let, stanoví uvedená ustanovení pouze **vydání, na jejich žádost, dokladu osvědčujícího trvalost jejich pobytu, aniž by takovouto formalitu ukládala**. **Takovýto doklad má deklatorní a důkazní povahu, konstitutivní účinky ale nemá [...]**“ (důraz doplněn). Okolnost, že dotyčný občan EU či jeho rodinný příslušník „možná nemá žádný dokument osvědčující [...] právo trvalého pobytu, je však nepodstatná pro existenci [...] případného práva trvalého pobytu; takový dokument má totiž pouze deklatorní povahu“.³²⁸ Rozhodující je tak materiální (nikoli formální) povaha pobytu občana EU v souladu s čl. 7 odst. 1 směrnice 2004/38/ES.³²⁹ Jinými slovy, „[s]tejně jako nelze z důvodu deklatorní povahy povolení k pobytu považovat pobyt občana za ilegální ve smyslu práva Unie pouze proto, že tento občan nemá povolení k pobytu, nemůže být ani

³²⁸ Stanovisko generální advokátky J. Kokottové ve věci C-480/08 *Teixeira*, bod 120.

³²⁹ Srov. v tomto ohledu rozsudek SDEU ve věci C-325/09 *Dias*, body 48 až 52. Srov. v tomto i bod 63 stanoviska generálního advokáta Y. Bota ve věci C-529/11 *Alarape a Tijani*, dle něhož z rozsudku ve spojených věcech C-424/10 a C-425/10 *Ziolkowski a Szeja* „jasně vyplývá, že Soudní dvůr odlišil doby pobytu, které umožňují nabytí práva trvalého pobytu, od dob, které to neumožňují, nikoliv v závislosti na původu práva, nýbrž v závislosti na jeho povaze. Jinými slovy, Soudní dvůr nepostavil unijní právo proti vnitrostátním právům, ale doby pobytu splňující podmínky hospodářské povahy uvedené v čl. 7 odst. 1 směrnice 2004/38 proti těm, které tyto podmínky nesplňují“. Za trefnou považuji i jeho poznámku ohledně kvality integrace, která se v konečném důsledku smrskává na požadavek finanční nezávislosti (s výhradou závěrů SDEU ve věci C-378/12 *Onuekwere*): „Důvody výše uvedeného rozsudku Ziolkowski a Szeja lze podle mého názoru spatřovat v nezbytnosti zachovat rovnováhu, kterou chtěl unijní zákonodárci nastolit mezi požadavky volného pohybu a integrace na jedné straně a finančními zájmy členských států na straně druhé. Tato snaha o rovnováhu se projevuje přijetím koncepce vyžadující stupeň integrace, přičemž Soudní dvůr rozhodl, že „myšlenka integrace, na které se zakládá právo trvalého pobytu [–], nesouvisí pouze s územními a časovými okolnostmi, ale i s kvalitativními prvky, jež mají spojitost se stupněm integrace v hostitelském členském státě“. Vzhledem k tomu, že „kvalita“ integrace se měří výlučně na základě podmínky finanční nezávislosti, domnívám se, že by bylo realističtější z toho vyvodit, že podmínky získání práva trvalého pobytu jsou v konečném důsledku nezávislé na stupni integrace žadatele v hostitelském členském státě“. Tamtéž, bod 80. Obdobně srov. bod 79 stanoviska generální advokátky V. Trstenjak ve věci C-325/09 *Dias*: „V tomto odstupňovaném systému dosáhl zákonodárci Unie rovnováhy mezi právem občanů Unie na volný pohyb v Unii, jakož i cílem sociální soudržnosti na straně jedné a finančními zájmy členských států na straně druhé. Čím vyšší je dosažený stupeň integrace občana Unie v hostitelském členském státě, tím menší význam je přisuzován finančním zájmům členských států. Od dosažení třetího stupně ustupuje myšlenka finančních zájmů zcela do pozadí ve prospěch myšlenky integrace“.

pobyt občana považován za legální ve smyslu práva Unie pouze na základě skutečnosti, že bylo vydáno platné povolení k pobytu.³³⁰ Z toho vyplývá, ačkoli může být občan EU formálně držitelem potvrzení o přechodném pobytu, avšak jeho faktický pobyt nenaplňuje podmínky čl. 7 odst. 1 směrnice 2004/38/ES, nelze tento pobyt započít pro účely přiznání práva trvalého pobytu dle čl. 16 odst. 1 uvedené směrnice.³³¹ Obráceně, pokud má potvrzení o přechodném pobytu občana EU, resp. pobytová karta pro rodinného příslušníka, čistě deklaratorní charakter, skutečnost, že občan EU či jeho rodinný příslušník není držitelem takového dokladu, mu nebrání v nabytí práva trvalého pobytu.³³² Nadto, z rozsudku ve spojených věcech C-424/10 a C-425/10 *Ziólkowski a Szeja* lze dovodit, že i případný pobyt podle vnitrostátního práva, který splňuje požadavky čl. 7 odst. 1 směrnice, lze do požadovaného pětiletého legálního pobytu pro nabytí práva trvalého pobytu započít.³³³ Z posledně uvedeného rozsudku lze rovněž dovodit, že s ohledem na čl. 37 směrnice 2004/38/ES nic nebrání členskému státu, aby dobrovolně vnitrostátní právní úpravou přiznal právo trvalého pobytu občanu EU, přestože nesplňoval podmínky čl. 7 odst. 1 této směrnice.³³⁴ SDEU na jedné straně uvedl, že „*skutečnost, že nejsou dotčena ustanovení vnitrostátního práva týkající se práva pobytu občanů Unie, která jsou příznivější než ustanovení směrnice 2004/38, vůbec neznamená, že by tato ustanovení musela být včleněna do systému zavedeného touto směrnicí*“.³³⁵ Na straně druhé však dodal, že „[č]lánek 37 směrnice 2004/38 pouze stanoví, že tato směrnice nebrání tomu, aby právo členských států zavedlo příznivější režim, než je režim stanovený ustanoveními této směrnice. **Každému členskému státu nicméně přísluší rozhodnout nejen o tom, zda takový režim zavede, ale rovněž o tom, jaké budou v rámci tohoto režimu stanoveny podmínky a jaké budou jeho účinky, zejména pokud jde o právní důsledky práva pobytu přiznaného pouze na základě vnitrostátního práva**“³³⁶ (důraz

³³⁰ Rozsudek SDEU ve věci C-325/09 *Dias*, bod 54.

³³¹ Viz v tomto ohledu rozsudek SDEU ve věci C-325/09 *Dias*. Přestože portugalská státní příslušnice paní Dias byla formálně držitelkou práva pobytu dle tehdejšího čl. 4 směrnice 68/360, byla v období od 18. dubna 2003 do 25 dubna 2004 dobrovolně nezaměstnaná. Dle SDEU nelze uvedený pobyt do požadovaného pětiletého pobytu pro přiznání práva trvalého pobytu započít, neboť v dané době neměla postavení pracovníka.

³³² GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 196.

³³³ GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 191.

³³⁴ Opačný názor viz op. cit. výše, s. 191, 195.

³³⁵ Bod 49 rozsudku.

³³⁶ Bod 50 rozsudku. Viz v tomto ohledu i bod 82 stanoviska generální advokátky V. Trstenjak ve věci C-325/09 *Dias*: „Z článku 37 směrnice 2004/38 nemohu takové posouzení dovodit.

doplněn). Uvedený závěr považuji za důležitý s ohledem na vnitrostátní právní úpravu, která dorovnala postavení rodinných příslušníků nemigrujících občanů ČR.³³⁷ Ti nemohou z povahy věci nabýt v ČR trvalý pobyt ve smyslu čl. 16 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. Zůstává tak otázkou, zda v těchto případech lze po rodinných příslušnících nemigrujících občanů ČR požadovat, aby k přiznání práva trvalého pobytu museli prokázat, že občan ČR, od něhož právo trvalého pobytu dovozují, sám splňoval podmínky pobytu ve smyslu čl. 7 odst. 1 směrnice 2004/38/ES.

Základem čl. 16 směrnice 2004/38/ES je prvek integrace.³³⁸ Právo trvalého pobytu bylo „*zakotveno, aby prohloubilo smysl pro občanství Unie, takže zákonodárce Unie podmínil nabytí práva trvalého pobytu podle čl. 16 odst. 1 směrnice 2004/38 integrací občana Unie v hostitelském členském státě*“.³³⁹ Zakotvení práva trvalého pobytu směrnicí 2004/38/ES „vychází z myšlenky, že skutečná integrace musí být určitým způsobem odměněna, nebo musí přinejmenším vést k posílení tohoto pocitu sounáležitosti se společností hostitelského členského státu“.³⁴⁰ Již v rozsudku ve věci C-325/09 *Dias* SDEU zdůraznil, že myšlenka integrace „nesouvisí pouze s územními a časovými okolnostmi, ale i s kvalitativními prvky, jež mají spojitost se stupněm integrace v hostitelském členském státě“.³⁴¹ Z toho SDEU dovodil, že

Podle znění tohoto ustanovení zůstávají příznivější právní a správní předpisy členských států směrnicí nedotčeny. Tímto způsobem volí slova zákonodárce Unie obvykle tehdy, chce-li vyjádřit, že směrnice nebrání příznivější úpravě vnitrostátního práva a že členským státům je v tomto ohledu přiznán široký prostor pro úpravu. Pokud je přijímání příznivějších ustanovení na uvážení členských států, mohou mít členské státy – pokud neexistují požadavky primárního práva – i prostor pro uvážení otázky, jaké právní následky chtějí spojovat s právem pobytu uděleným pouze podle vnitrostátního práva, jež jde nad rámec požadavků směrnice 2004/38. Členským státům by zejména měl příslušet prostor pro uvážení ohledně otázky, zda chtějí takový pobyt zohlednit i pro vznik práva trvalého pobytu“.

³³⁷ Nadto vnitrostátní právní úprava nakládá jako s rodinnými příslušníky i s dalšími kategoriemi cizinců ve smyslu čl. 3 odst. 2 směrnice 2004/38/ES, kteří ovšem nejsou rodinnými příslušníky dle čl. 2 odst. 2 téže směrnice (viz § 15a odst. 2 zákona o pobytu cizinců). Domácí právní úprava dokonce umožňuje získat trvalý pobyt občanu EU či rodinnému příslušníkovi, aniž by museli splňovat podmínky stanovené čl. 16 až 18 směrnice 2004/38/ES. K občanům EU srov. § 87g odst. 2 a 3 zákona o pobytu cizinců, ve vztahu k rodinným příslušníkům § 87h odst. 1 písm. b), c) a odst. 2 téhož zákona.

³³⁸ Rozsudek SDEU ve věci C-162/09 *Lassal*, bod 37.

³³⁹ Rozsudek SDEU ve věci C-378/12 *Onuekwere*, bod 24.

³⁴⁰ Stanovisko generálního advokáta Y. Bota ve věci C-378/12 *Onuekwere*, bod 47.

³⁴¹ Bod 64. Obdobně viz rozsudek SDEU ve věci C-378/12 *Onuekwere*, bod 25. Integrace je tak nezbytným předpokladem pro přiznání práva trvalého pobytu. COUTTS, S. Union citizenship as probationary citizenship: *Onuekwere*. *Common Market Law Review*. Vol. 52. Issue 2, 2015, s. 537.

*„narušení integrační vazby mezi dotyčnou osobou a hostitelským členským státem je důvodem pro pozbytí práva trvalého pobytu i mimo případ uvedený v čl. 16 odst. 4 směrnice 2004/38.“³⁴² V důsledku toho „[s]kutečnost, že vnitrostátní soud uložil nepodmíněný trest odnětí svobody, prokazuje, že dotyčná osoba nerespektovala společenské hodnoty hostitelského členského státu vyjádřené v jeho trestním právu, takže by bylo zjevně v rozporu s cílem, který tato směrnice zavedením tohoto práva pobytu sledovala, kdyby se v případě rodinného příslušníka občana Unie, který nemá státní příslušnost členského státu, zohledňovala pro účely nabytí práva trvalého pobytu ve smyslu čl. 16 odst. 2 směrnice 2004/38 doba pobytu ve výkonu trestu odnětí svobody“.³⁴³ Dobu výkonu trestu odnětí svobody tak nelze pro nabytí práva trvalého pobytu ve smyslu čl. 16 odst. 2 směrnice 2004/38/ES zohlednit.³⁴⁴ Zároveň doba pobytu ve výkonu trestu odnětí svobody přeruší je běh nepřetržité pětileté doby nutné pro nabytí práva trvalého pobytu.³⁴⁵ Tyto závěry SDEU lze vztáhnout i na občana EU.³⁴⁶ Vnitrostátně je rozsudek SDEU ve věci C-378/12 *Onuekwere* promítnut do ustanovení § 87g odst. 9 zákona o pobytu cizinců.*

Nadto se čl. 16 odst. 4 směrnice 2004/38/ES vztahuje jak na občany EU, tak na jejich rodinné příslušníky.³⁴⁷ Dle ustanovení „*[j]liž nabyté právo trvalého pobytu může být ztraceno pouze z důvodu nepřítomnosti v hostitelském členském státě po dobu delší než dva po sobě jdoucí roky*“.³⁴⁸ Znamená to, že po pěti letech pobytu v souladu s čl. 7 odst. 1, resp. 2 směrnice 2004/38/ES může občan EU či jeho rodinný příslušník odcestovat z území hostitelského státu, a jestliže se stihne vrátit před uplynutím dvouleté lhůty,³⁴⁹ i nadále si právo trvalého pobytu ponechává a může si požádat o vydání

³⁴² Rozsudek SDEU ve věci C-378/12 *Onuekwere*, bod 25. V podrobnostech srov. stanovisko generálního advokáta Y. Bota v téže věci, body 37 až 57.

³⁴³ Rozsudek SDEU ve věci C-378/12 *Onuekwere*, bod 26.

³⁴⁴ Tamtéž, bod 27.

³⁴⁵ V podrobnostech viz tamtéž, body 28 až 32, resp. stanovisko generálního advokáta Y. Bota v dané věci, body 58 až 74.

³⁴⁶ COUTTS, S., op. cit. 341, s. 536, 539, 540.

³⁴⁷ GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 191.

³⁴⁸ „Podle přípravných prací na směrnici 2004/38 je takové opatření odůvodněno skutečností, že po takové nepřítomnosti je spojení s hostitelským členským státem uvolněno [viz odůvodnění společného postoje (ES) č. 6/2004, přijatého Radou dne 5. prosince 2003 k přijetí směrnice 2004/38 (Úř. věst. 2004 C 54 E, s. 12) k článku 16 této směrnice].“ Viz rozsudek SDEU ve věci C-162/09 *Lassal*, bod 55.

³⁴⁹ K tomu obráceně srov. čl. 11 odst. 2 směrnice 2004/38/ES. Před nabytím práva trvalého pobytu vede obecně nepřítomnost delší než celkem 6 měsíců v roce, resp. nepřítomnost po

dokladu osvědčujícího právo trvalého pobytu.³⁵⁰ I jednodenní přítomnost na území hostitelského členského státu vede k tomu, že dvouletá lhůta začíná běžet nanovo.³⁵¹

3.4.2 Výhrada veřejného pořádku a trvalý pobyt – lze ji vůbec uplatnit?

Stručná analýza institutu trvalého pobytu klade otázku, na niž nelze mít jednoznačnou odpověď. Umožňuje směrnice 2004/38/ES uplatnit výhradu veřejného pořádku při zamítnutí vydání dokladu osvědčujícího trvalý pobyt občanu EU ve smyslu čl. 19 uvedené směrnice, resp. kartu trvalého pobytu rodinnému příslušníkovi dle čl. 20 téhož ustanovení.³⁵² Odpovídá směrnici vnitrostátní právní úprava,³⁵³ dle níž lze na základě výhrady veřejného pořádku zrušit trvalý pobyt? Odpovídá směrnici ustanovení § 87m v návaznosti na

dobu nejvýše 12 měsíců z důležitých důvodů, k pozbytí platnosti pobytové karty. Obdobně dle čl. 16 odst. 3 směrnice 2004/38/ES vede uvedená nepřítomnost k přetržení nepřetržitosti pětiletého legálního pobytu pro účely nabytí práva trvalého pobytu. V podrobnostech k výkladu čl. 16 odst. 3 odkazuje na GUILDE, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 197–199. Na tomto místě pouze stručně připomínám, že k přetržení pobytu ve smyslu čl. 16 odst. 3 nevede pobyt osoby na mateřské dovolené, která si i nadále ponechává postavení pracovníka. Viz rozsudek SDEU ve věci C-325/09 *Dias* a započtení pobytu od léta 2002 do 17. dubna 2003, kdy pobývala paní Dias na mateřské dovolené, pro účely nabytí práva trvalého pobytu. Uvedené pak rovněž platí i pro ženy, které přestanou pracovat z důvodů spojených s tělesnými omezeními vyplývajícími z pokročilého stadia těhotenství a situace po narození dítěte (viz rozsudek SDEU ve věci C-507/12 *Saint Prix*). Z judikatury SDEU lze dále dovodit, že považuje za migrujícího pracovníka ve smyslu čl. 45 SFEU i osobu po dobu odnětí trestu svobody za předpokladu, že si zajistí zaměstnání v přiměřené době po svém propuštění. Viz rozsudek SDEU ve spojených věcech C-482/01 a C-493/01 *Orfanopoulos a Oliveri*, bod 50, na který odkazuje SDEU v rozsudku ve věci C-507/12 *Saint Prix*, bod 41, a generální advokát N. Wahl ve svém stanovisku k téže věci, bod 17 (shodně viz i rozsudek SDEU ve věci C-383/03 *Dogán*, bod 22). Na druhé straně však doba strávená ve výkonu trestu nemůže být započítána do nepřetržitého pětiletého pobytu pro účely nabytí práva trvalého pobytu (viz výše rozsudek SDEU ve věci C-378/12 *Onuekwere*).

³⁵⁰ ROGERS, N., SCANNELL, R., WALSH, J., op. cit. 30, s. 199.

³⁵¹ GUILDE, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 200. V podrobnostech viz rozsudek SDEU ve věci C-162/09 *Lassal*, body 41 až 58. Ten se týkal posouzení dopadů dočasné nepřítomnosti v trvání nepřesahujícím dva po sobě jdoucí roky, ke kterým došlo před 30. dubnem 2006 (datum konce transpoziční lhůty směrnice 2004/38/ES), která následovala po legálním pětiletém nepřetržitém pobytu, na právo trvalého pobytu dle čl. 16 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. Závěry soudu však platí i pro pobytu ukončené po 30. dubnu 2006, resp. započaté po tomto datu.

³⁵² Na vnitrostátní úrovni srov. důvody pro zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu obsahující výhradu veřejného pořádku v ustanovení § 87k odst. 1 písm. a), c) a d) zákona o pobytu cizinců [po novele č. 222/2017 Sb. se jedná o písm. a), d), e)].

³⁵³ Viz ustanovení § 871 odst. 1 písm. a) a b) zákona o pobytu cizinců.

§ 76 písm. b) zákona o pobytu cizinců, dle něhož trvalý pobyt zaniká „*nabytím právní moci rozsudku ukládajícího cizinci trest vyhoštění nebo vykonatelností rozhodnutí o správním vyhoštění*“? A pokud ano, uplatní se na tyto případy čl. 27 odst. 2 směrnice?

Výhrada veřejného pořádku je obsažena v čl. 27 směrnice. Ten spolu s čl. 28 až 33 náleží do kapitoly VI, nazvané „Omezení práva vstupu a práva pobytu z důvodů veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví“. S ohledem na použitou terminologii odkazující na „omezení práva pobytu“ by se mohlo zdát, že se tato kapitola na trvalý pobyt nevztahuje. V předchozích kapitolách směrnice rozlišuje mezi právem pobytu (kapitola III) a právem trvalého pobytu (kapitola IV). Kapitola V dokonce obsahuje společná ustanovení pro právo pobytu a právo trvalého pobytu. Článek 28 odst. 2 ovšem zavádí systém zvýšené ochrany před vyhoštěním pro osoby s trvalým pobytom. Kapitola VI tak vtahuje občany EU a rodiné příslušníky do své působnosti. A jak bylo ukázáno, čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES se vztahuje na **všechny případy**, kdy dochází k omezení svobody pohybu a pobytu občanů EU a jejich rodinných příslušníků. Pokud bychom použitou terminologii (svoboda pobytu) vztáhli spíše ve vztahu k čl. 20 odst. 2 písm. a) a čl. 21 odst. 1 SFEU, lze zřejmě i omezení práva trvalého pobytu pod čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES podřadit. *Nota bene za situace*, kdy v řadě případů může omezení práva trvalého pobytu vést k tomu, že dotyčný bude muset území hostitelského členského státu opustit (v podrobnostech viz níže). Na druhé straně legislativní proces přijímání směrnice svědčí spíše pro závěr, že s možností pozbytí práva trvalého pobytu na základě výhrady veřejného pořádku nepočítal. Původní návrh Komise³⁵⁴ obsahoval ustanovení (čl. 14 odst. 3), dle něhož jediným důvodem pro pozbytí práva trvalého pobytu byla dokonce více než čtyřletá³⁵⁶ nepřítomnost na území hostitelského členského státu. Důvodová zpráva k uvedenému článku potvrzuje, že jde o jediný („only“) případ pozbytí práva trvalého pobytu. Na jiném místě³⁵⁷ Komise uvádí, že po splnění čtyřletého pobytu

³⁵⁴ Pokud bych použil vnitrostátní terminologii, pokud dotyčnému nebude vydáno povolení k trvalému pobytu či mu bude tento pobyt zrušen.

³⁵⁵ Proposal for a European Parliament and Council Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, COM/2001/0257 final.

³⁵⁶ Původní návrh počítal s nabytím trvalého pobytu po 4 letech legálního a nepřetržitého pobytu, viz čl. 14 odst. 1.

³⁵⁷ Bod 2.2 výkladové zprávy.

nebude jedinec nadále podléhat žádným podmínkám při výkonu či omezení jeho práva pobytu, to značí, s prakticky naprosto rovným nakládáním jako s občany.³⁵⁸ Zdůrazňuje, nebude podléhat žádným omezením práva pobytu. Tedy tém, která jsou obsažena v kapitole VI směrnice včetně tehdejšího čl. 25 (současného čl. 27) obsahujícího výhradu veřejného pořádku. Původní návrh počítal s tím, že občany EU a jejich rodinné příslušníky s trvalým pobytom (kromě toho i nezletilé rodinné příslušníky, aniž by museli být držiteli trvalého pobytu) nebylo vůbec možné na základě výhrady veřejného pořádku či bezpečnosti vyhostit.³⁵⁹ Rada ve svém společném postoji k návrhu směrnice³⁶⁰ pouze prodloužila dobu pobytu nezbytnou k nabytí práva trvalého pobytu ze čtyř na pět let³⁶¹ a zkrátila původně navrženou čtyřletou dobu nepřítomnosti na území vedoucí k pozbytí práva trvalého pobytu na dva roky.³⁶² Zároveň se vyslovila téměř jednomyslně proti absolutní ochraně před vyhoštěním, nicméně souhlasila se zvýšenou ochranou jedinců s trvalým, resp. desetiletým pobytom a nezletilců před vyhoštěním. Komise tyto změny přijala.³⁶³

Zaměřme se nejdříve na **zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu** dle § 87h až 87k zákona o pobytu cizinců. Již terminologicky je právní úprava vadná. Zavádí řízení o žádosti o povolení k trvalému pobytu.³⁶⁴ To je

³⁵⁸ „On completing four years of residence in the host Member State, the individuals concerned will no longer be subject to any conditions on the exercise of **or restrictions on their right of residence**, with virtually complete equality of treatment with nationals“ (důraz doplněn).

³⁵⁹ Čl. 26 odst. 2. Důvodová zpráva k tomu uváděla: „This provision introduces absolute protection against expulsion for Union citizens and family members with permanent residence status and for family members who are minors. In the case of minors, this protection is dictated by humanitarian considerations. People with permanent residence status are assumed to have developed very close ties integrating them into the host Member State, which would make expulsion unjustifiable. Expulsion orders have a very serious impact on the person concerned, destroying the emotional and family ties they have developed in the host country“.

³⁶⁰ Common Position (EC) No 6/2004 adopted by the Council on 5 December 2003.

³⁶¹ S odůvodněním, že z takového prodloužení mohou profitovat studenti.

³⁶² Dle Rady již dvouletá nepřítomnost na území vede k uvolnění vazby na hostitelský členský stát.

³⁶³ Communication from the Commission to the European Parliament pursuant to the second subparagraph of Article 251 (2) of the EC Treaty concerning the common position of the Council on the adoption of a European Parliament and Council Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, SEC/2003/1293 final.

³⁶⁴ Viz návště § 87h odst. 1 zákona o pobytu cizinců: „Ministerstvo vydá rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie na jeho žádost povolení k trvalému pobytu [...]“.

s ohledem na deklatorní povahu dokladů dle čl. 19 a 20 směrnice 2004/38/ES zavádějící. Bylo-li takové řízení zavedeno, mělo by směřovat k deklatornímu prohlášení existence či neexistence práva trvalého pobytu.³⁶⁵ Navíc (v případě deklarování existence práva trvalého pobytu) zpětně k datu, kdy občan EU a jeho rodinný příslušník fakticky splnil podmínky stanovené čl. 16 odst. 1, resp. 2 směrnice. Tomu současná vnitrostátní praxe postavená na konstitutivním rozhodování odporuje. Trvalý pobyt se uděluje až k datu převzetí průkazu o povolení k trvalému pobytu.³⁶⁶ Přesto, pokud přistoupím na logiku vnitrostátní právní úpravy, lze si jistě představit situace, kdy bude zamítnutí žádosti znamenat omezení svobody pobytu. Jako příklad lze uvést situaci, kdy občan EU po pětiletém pobytu splňujícím požadavky čl. 6, resp. 7 odst. 1 směrnice 2004/38/ES přestane pracovat a nebude mít dostatek finančních prostředků. Fakticky sice nabyl právo trvalého pobytu, pokud však bude jeho žádost na základě uplatnění výhrady veřejného pořádku zamítnuta, nebude moci již na území nadále pobývat, neboť nesplňuje podmínky pobytu nad 90 dnů ve smyslu čl. 7 odst. 1 směrnice (přechodného pobytu dle vnitrostátní úpravy) s ohledem na nedostatek finančních prostředků. Občan EU nabývá právo trvalého pobytu přímo, automaticky, v okamžiku, kdy splní pět let legálního pobytu na území v souladu s čl. 6, resp. 7 odst. 1 směrnice. Již nabyté právo může ztratit „*pouze z důvodu nepřítomnosti v hostitelském členském státě po dobu delší než dva po sobě jdoucí roky*“. To znamená, že poté, co splnil podmínky dle čl. 16 odst. 1, může z území hostitelského státu vycestovat, poslední den dvouleté lhůty se vrátit na území hostitelského členského státu a požádat si o vydání dokladu. Podání žádosti o vydání uvedeného dokladu je jeho právem, nikoli povinností.³⁶⁷ Dle směrnice by tento doklad měl být vydán „*v nejkratší možné lhůtě*“³⁶⁸, dle zákona o pobytu cizinců do 60 dnů³⁶⁹ a v domácí praxi běžně ve lhůtách mnohonásobně překračujících uvedených 60 dnů. Jak se vypořádat s tím, že hrozba ve smyslu čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES musí být aktuální a musí existovat v okamžiku, kdy je omezující opatření přijato vnitrostátními orgány nebo jej přezkoumává soud? Jistě, lze poukázat na situaci, kdy osoba představovala hrozbu

³⁶⁵ Srov. VEDRAL, J. *Správní řád. Komentář.* II. aktualizované a rozšířené vydání. Praha: RNDr. Ivana Exnerová – Bova Polygon, 2012, s. 157.

³⁶⁶ Viz § 87j zákona o pobytu cizinců.

³⁶⁷ Občan EU není v tomto ohledu svázán žádnou lhůtou, na rozdíl od rodinných příslušníků (viz čl. 20 odst. 2 směrnice 2004/38/ES).

³⁶⁸ Čl. 19 odst. 2 směrnice 2004/38/ES.

³⁶⁹ § 169 odst. 1 písm. e) zákona o pobytu cizinců.

k okamžiku, když trvalý pobyt nabyla, dále po celou dobu, co požívala právo trvalého pobytu, a tato hrozba trvá i v okamžiku rozhodování o vydání dokladu osvědčujícího trvalý pobyt. Pak by se snad dalo deklarovat, že dotyčný trvalý pobyt nikdy nenabyl. Ale co v situaci, kdy jednotlivec představoval takovou hrozbu v době nabytí práva trvalého pobytu, v okamžiku rozhodování správního orgánu však nikoli. Lze v této situaci, kdy není naplněn požadavek aktuálnosti hrozby, deklarovat, že dotyčný právo trvalého pobytu nenabyl? Obávám se, že nikoli. A co pak v situaci, kdy dotyčný v době nabytí práva trvalého pobytu hrozbu nepředstavoval, nicméně poté v určitém časovém úseku dvouleté lhůty ano a v okamžiku rozhodování o vydání dokladu osvědčujícího právo trvalého pobytu zase nikoli? Zřejmě ani v této situaci nelze deklarovat, že občan EU trvalý pobyt nenabyl. A dále, představme si, že občan EU v okamžiku nabytí práva trvalého pobytu hrozbu nepředstavoval, ale začal být hrozbou až v průběhu dvouleté lhůty (např. pácháním závažné trestné činnosti či zapojením do teroristické organizace) a tato hrozba trvá i v okamžiku rozhodování správního orgánu. Lze v takovém případě deklarovat, že občan EU trvalý pobyt nenabyl? Zřejmě nikoli. Lze snad uvažovat pouze o tom, že by mohlo být zahájeno slovy domácího zákonodárce řízení o zrušení trvalého pobytu (viz ovšem dále).

Nelze rovněž přehlédnout dopady rozsudku SDEU ve věci C-378/12 *Onuekwere*. Doba strávená ve výkonu trestu odnětí svobody se do pětiletého legálního pobytu dle směrnice 2004/38/ES nezapočítává. Zároveň doba výkonu trestu přeruší běh pětiletého pobytu nutného k nabytí práva trvalého pobytu. Tato lhůta začíná nově běžet až okamžikem propuštění z výkonu trestu. Typově tak značná část případů (páchání trestné činnosti, které končí uložením trestu odnětí svobody), kdy připadá do úvahy aplikace výhrady veřejného pořádku,³⁷⁰ je pokryta touto pojistikou, byť uvedená výhrada dopadá i na jiné situace.³⁷¹ Kontinuita pobytu je zároveň v souladu s čl. 21 (Nepřeružitost pobytu) směrnice 2004/38/ES přerušena vyhoštěním.

³⁷⁰ V určitém ohledu jde logika, kterou SDEU zvolil v rozsudku *Onuekwere*, nad rámec čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES. K přerušení běhu pětileté lhůty dochází každým výkonem trestu odnětí svobody (ať už na 1 den či 10 let). Naproti tomu dle čl. 27 odst. 2 předchozí odsouzení pro trestný čin (které ovšem zase nemusí být nutně spjato s trestem odnětí svobody) není samo o sobě důvodem pro aplikaci výhrady veřejného pořádku.

³⁷¹ Viz např. rozsudek SDEU ve věci 41/74 *Van Duyn* a členství v scientologické církvi či rozsudek SDEU ve věci C-100/01 *Orazabal*, v němž pod zachování veřejného pořádku podřadil i opatření směřující k zamezení účasti na činnosti ozbrojené a organizované skupiny (v daném případě šlo člena organizace ETA).

Co se týče vnitrostátní právní úpravy zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu dle § 871 zákona o pobytu cizinců, jedná se o terminologický nesmysl. S ohledem na deklatorní charakter dokladu osvědčujícího právo trvalého pobytu lze uvažovat pouze o rozhodnutí, kterým se autoritativně konstatuje, že dotyčný právo trvalého pobytu již nemá, resp. že ho pozbyl. Jelikož předchozí rozhodnutí žádné právo trvalého pobytu nezaložilo, nelze ho ani zrušit. Zároveň si lze znovu jako ve vztahu k zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu představit situace, kdy bude zrušení trvalého pobytu pro občana EU, popř. jeho rodinného příslušníka znamenat, že dojde tímto rozhodnutím k omezení jeho svobody pobytu. Lze zmínit typově situace, kdy nebude občan EU po zrušení trvalého pobytu splňovat podmínky dle čl. 7 odst. 1 směrnice 2004/38/ES, aby dosáhl na pobyt přechodný.

Co ovšem s čl. 16 odst. 4 směrnice 2004/38/ES, dle něhož je jediným, výlučným důvodem³⁷² ztráty práva trvalého pobytu „*nepřítomnosti v hostitelském členském státě po dobu delší než dva po sobě jdoucí roky*“³⁷³? Jistě, občana EU či jeho rodinného příslušníka lze při splnění podmínek stanovených čl. 28 odst. 2 směrnice 2004/38/ES vyhostit. Ale znamená to automaticky i zánik práva trvalého pobytu? Dle domácí právní úpravy³⁷⁴ a judikatury správních soudů³⁷⁵ ano. Naopak, podle autorů jednoho z komentářů ke směrnici nikoli. Zdůrazňují, že čl. 16 odst. 4 je s ohledem na použitou terminologii („*pouze*“, „*only*“) jediným důvodem, který vede ke ztrátě trvalého pobytu. Z toho vyplývá, že vyhoštění občana EU či jeho rodinného příslušníka s trvalým pobytom v souladu s čl. 28 odst. 2 nevede k ukončení statutu trvalého pobytu. Jelikož čl. 16 odst. 4, na rozdíl od odstavce 3, neodkazuje na žádné důvody nepřítomnosti na území, jsou tyto důvody pro uplatnění čl. 16 odst. 4 irelevantní. Je-li občan EU či jeho rodinný příslušník s právem trvalého pobytu vyhoštěn, má (s výjimkou nezákononného vstupu) toto právo nadále, jestliže se během dvou let vrátí na území hostitelského členského

³⁷² GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 199, 202.

³⁷³ S výjimkou čl. 35 směrnice 2004/38/ES, týkajícího se zneužití práv.

³⁷⁴ Viz § 87m v návaznosti na § 76 písm. b) zákona o pobytu cizinců.

³⁷⁵ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 73/2011-146 ze dne 18. 4. 2013: „*Pokud jde o právo trvalého pobytu rodinných příslušníků občana Evropské unie, vyplývá z čl. 16 odst. 4 směrnice 2004/38/ES, že toto již nabité právo může být ztraceno (vedle důvodů veřejné bezpečnosti, veřejného pořádku nebo veřejného zdraví nebo případu zneužití práv či podvodu) pouze z důvodu nepřítomnosti v hostitelském členském státě po dobu delší než dva po sobě jdoucí roky (k tomu srov. též bod 15 a bod 18 odůvodnění směrnice 2004/38/ES)*“.

státu.³⁷⁶ Snad by bylo možné odkázat i na bod 4 stanoviska generálního advokáta Y. Bota ve věci C-529/11 *Alarape a Tijani*. Uvádí v něm: „*Zatímco se dřívější právní úprava omezovala na to, že zcela zárodečným způsobem uznala právo „zůstat trvale“ na území členského státu pro určité taxativně vyjmenované kategorie osob, tato směrnice zakotvuje ve prospěch občanů Unie a jejich rodinných příslušníků, kteří pobývali legálně po dobu pěti let na území členského státu, právo trvalého pobytu, které poskytuje migrujícím osobám nesrovnatelnou výhodu tím, že umožňuje trvale jejich přítomnost, která může být zpochybňena jen ze závažných důvodů týkajících se veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti, a tím, že odstraňuje zbyvající omezení zásady zacházení rovného zacházení s příslušníky hostitelského členského státu*“ (důraz doplněn). A poznámka 8 na konci zvýrazněné pasáže odkazuje na čl. 28 odst. 2 směrnice.

Zdá se tak, jako by generální advokát rovněž nepočítal s možností pozbytí práva trvalého pobytu jinak než vyhoštěním v souladu s čl. 28. odst. 2. Tato úvaha zároveň otevírá poměrně důležitou otázku, jaký by byl standard pro aplikaci výhrady veřejného pořádku u občanů EU a jejich rodinných příslušníků v případě deklarování pozbytí práva trvalého pobytu. Byl by to ten standard uvedený v čl. 28 odst. 2 (tzn. druhý, vyšší stupeň ochrany, který vyžaduje pro aplikaci výhrady veřejného pořádku závažné důvody), nebo základní standard pro aplikaci uvedené výhrady obsažený v čl. 27 odst. 2? Mělo by nějakou logiku s ohledem na smysl směrnice 2004/38/ES, která zjednodušeně řečeno zavádí pravidlo čím vyšší míra integrace, tím vyšší ochrana, aby u cizinců s právem trvalého pobytu byl u vyhoštění na straně jedné a pozbytí práva trvalého pobytu na straně druhé odlišný standard aplikace výhrady veřejného pořádku?

Přes výše uvedené výhrady a pochybnosti ohledně aplikace výhrady veřejného pořádku při vydání a zrušení povolení k trvalému pobytu se pokusím v dalších kapitolách navrhnut takový výklad, který nejlépe odpovídá požadavkům směrnice 2004/38/ES.

³⁷⁶ GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 202. Autoři doplňují (tamtéž), že směru mají ti, kdo byli v zemi původu uvěznění, popř. pokud byl zákaz vstupu vydán na dobu delší dvou let.

3.4.3 Zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu občanu EU a jeho rodinnému příslušníkovi

U zamítnutí žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu je výhrada veřejného pořádku obsažena v ustanovení § 87k odst. 1 písm. a), c) a d) zákona o pobytu cizinců.³⁷⁷

Co se týče výkladu výhrady obsažené pod písm. a)³⁷⁸, není jakýkoli důvod, proč by se měl odchylovat od kritérií obsažených v čl. 27 směrnice 2004/38/ES, usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělení Komise 2009 (s. 9–13). Neudělení trvalého pobytu představuje omezení práva trvalého pobytu ve smyslu čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES a v řadě případů může vést i k odepření práva pobytu po dobu delší než 3 měsíce ve smyslu čl. 7 uvedené směrnice. Naopak, s ohledem na projekci zásady proporcionality i do neudělení trvalého pobytu bude nutné promítout všechna kritéria, která jsem popsal v kapitole 2.3 i do řízení o neudělení trvalého pobytu. Zejména s ohledem na dopady vyplývající z délky pobytu žadatele na území lze konstatovat, že aplikace výhrady veřejného pořádku v řízení o udělení trvalého pobytu musí být restriktivnější než např. u vydání potvrzení o přechodném pobytu, resp. udělení přechodného pobytu. Jinými slovy, občan EU a jeho rodinný příslušník bude požívat v uvedeném řízení vyšší ochranu při uplatnění výhrady veřejného pořádku než v posledně uvedených řízeních. Trvalý pobyt musí být (s ohledem na deklaratorní charakter dokladu osvědčujícího trvalý pobyt, resp. karty trvalého pobytu) přiznán zpětně k okamžiku, kdy dotyčný splnil požadavky čl. 16 odst. 1 či 2 směrnice 2004/38/ES (tzn. pobyt v souladu s čl. 6 a následně čl. 7 směrnice). Nikoli až k datu vydání průkazu o povolení k trvalému pobytu, jako je tomu s ohledem na konstitutivní povahu rozhodnutí o udělení trvalého pobytu ve stávající právní úpravě.

³⁷⁷ „Ministerstvo žádost o povolení k trvalému pobytu zamítne, jestliže a) je důvodné nebezpečí, že by žadatel mohl ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, [...] c) je žadatel evidován v evidenci nežádoucích osob (§ 154) a trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, d) žadatel je zařazen do informačního systému smluvních států, jde-li o rodinného příslušníka občana Evropské unie, který sám není občanem Evropské unie 1b) a příslušný orgán, který žadatele do tohoto systému zařadil, poskytne dodatečné informace, po jejichž vyhodnocení lze mít za to, že trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území jiného smluvního státu ohrozit jeho bezpečnost nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek.“

³⁷⁸ Po novele č. 222/2017 Sb. písm. d).

S ohledem na výše uvedené musím odmítnout jako nesprávné závěry Nejvyššího správního soudu vyjadřené v rozsudku č. j. 7 As 112/2011-65 ze dne 22. září 2011.³⁷⁹ V něm NSS uvedl, že „[z]atímco vyhoštění [z důvodu dle ust. § 119 odst. 2 písm. b) zákona o pobytu cizinců] představuje faktickou derogači práva vstupu a pobytu na území České republiky, odepření práva trvalého pobytu [z důvodu dle ust. § 87k odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců] se vztahuje pouze k dílčímu právu odvozenému od práva pobytu dle směrnice 2004/38/ES. Intenzita zásahu státu do práv cizince se v obou případech liší natolik, že při výkladu ust. § 87k odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců nelze bez dalšího převzít úvahy rozšířeného senátu, vyslovené ve vztahu k ust. § 119 odst. 2 písm. b) tohoto zákona“. Na jiném místě pak doplnil, že „[o]depření práva trvalého pobytu lze považovat za opatření omezující volný pohyb osoby (tj. odepírající jedno z práv vyplývajících z práva volného pohybu) velmi nízkou intenzitou. Není jím totiž samo o sobě dotčeno právo pobytu tohoto cizince na území České republiky (kapitola III směrnice 2004/38/ES). Dochází pouze k odepření výhod plynoucích ze statutu cizince pobývajícího na území České republiky v rámci trvalého pobytu.“

To jsou mylné úvahy. Když připustím, že směrnice vůbec počítá se zrušením trvalého pobytu na základě výhrady veřejného pořádku, jde o omezení práva trvalého pobytu ve smyslu čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. Uplatní se tak plně kritéria obsažená v čl. 27 směrnice 2004/38/ES a související judikatury SDEU, usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělení Komise 2009 (s. 9–13). Opakovaně zdůrazňuji, že při omezení svobody pohybu a pobytu občanů EU a rodinných příslušníků platí ve všech případech jednotný standard, pouze se zvýšenou ochranou při vyhoštění občanů EU a rodinných příslušníků s trvalým pobytom („závažné důvody“) a občanů EU s desetiletým pobytom a nezletilých občanů EU („nalehlavé důvody“, resp. „nejlepší zájem dítěte“). Co se týče závěru, že odepření práva trvalého pobytu je opatřením omezujícím volný pohyb osob s velmi nízkou intenzitou, odkazují na kapitolu 3.4.1. V ní bylo podrobně popsáno, jak důležitou (chtělo by se říci zásadní) roli hraje institut trvalého pobytu pro občany EU a jejich rodinné příslušníky v kontextu svobody pohybu a pobytu. Stačí připomenout čl. 17 odůvodnění směrnice 2004/38/ES, dle něhož trvalý pobyt „představuje klíčový faktor podporující sociální soudržnost, která je jedním ze základních cílů Unie“. Není zároveň pravdou, že neudělením trvalého pobytu

³⁷⁹ Které následně přebral do rozsudků č. j. 3 As 21/2011-85 ze dne 30. listopadu 2011, č. j. 9 As 71/2010-112 ze dne 9. listopadu 2011 či č. j. 3 As 78/2012-32 ze dne 13. června 2013.

není dotčeno právo pobytu občana EU či rodinného příslušníka. V řadě případů tomu tak nemusí být. Zmínil jsem např. situaci, kdy občan EU po pětiletém pobytu splňujícím požadavky čl. 6, resp. 7 odst. 1 směrnice 2004/38/ES přestane pracovat a nebude mít dostatek finančních prostředků.³⁸⁰

Dále NSS s odkazem na rozsudek č. j. 6 As 28/2009-72 ze dne 11. listopadu 2009 doplnil, že „[v]eřejný pořádek zahrnuje krom norem právních také normy morální, sociální, politické, případně náboženské, přičemž pro naplnění dispozice ust. § 87k odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců postačuje jejich porušení nižší intenzity, je-li dostatečně závažné ve vztahu k důsledkům plynoucím ze zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu“. V kapitole 2.2 jsem z judikatury SDEU dovodil, že minimálně v kontextu volného pohybu unijních občanů a jejich rodinných příslušníků (včetně tureckých pracovníků) tvoří veřejný pořádek pouze normy právní povahy. Nelze tak se závěrem NSS souhlasit.³⁸¹ Totéž platí i o „porušení nižší intenzity“. Nic podobného směrnice 2004/38/ES ani judikatura SDEU nezná. Připomínám, že s ohledem na rozsudek SDEU ve věci C-378/12 *Onuekwere* se doba strávená ve výkonu trestu odnětí svobody do pětiletého legálního pobytu dle

³⁸⁰ V podrobnostech viz kapitola 3.4.2.

³⁸¹ Paradoxně NSS v rozsudku zmiňuje judikát SDEU ve věci C-441/02 *Komise v. Německo*, bod 35 (s odkazy na další judikaturu), který jsem použil jako argument, že dle SDEU v kontextu volného pohybu unijních občanů a jejich rodinných příslušníků (včetně tureckých pracovníků) tvoří veřejný pořádek pouze normy právní povahy. Zároveň mám pochopení pro to, že v dané věci se NSS snažil pod tehdejší ustanovení § 87k odst. 1 písm. b) (ve znění před novelou č. 379/2007 Sb.), obsahující výhradu veřejného pořádku, podřadit účelové prohlášení o uznání otcovství za situace, kdy zákon neznal samostatnou skutkovou podstatu obcházení zákona. NSS se tak pokusil takové nemorální jednání (při vědomí existence čl. 35 směrnice 2004/38/ES) podřadit pod výhradu veřejného pořádku (shodně viz rozsudek NSS č. j. 9 As 71/2010-112 ze dne 9. listopadu 2011). Ovšem v jiném rozsudku č. j. 7 As 87/2010-132 ze dne 23. prosince 2011 NSS pro účely vyhoštění dle § 119 odst. 2 písm. b) zákona o pobytu cizinců odmítl nelegální pobyt spolu s účelovým prohlášením otcovství pod výhradu veřejného pořádku podřadit (shodně i rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 5 Ca 81/2009-48 ze dne 11. ledna 2012 při zrušení povolení k trvalému pobytu). Navíc, počínaje usnesením rozšířeného senátu NSS č. j. 3 As 4/2010-151 ze dne 26. července 2011 (bod 58) správní soudy setrvale judikují, že týčelové uzavření manželství (tedy kategorie srovnatelná s účelovým prohlášením o uznání otcovství, k čemuž dospěl NSS v citovaném rozsudku č. j. 7 As 87/2010-132) nelze podřadit pod výhradu veřejného pořádku (viz rovněž např. rozsudky NSS č. j. 4 AzS 228/2015-40 ze dne 9. prosince 2015, body 73 a 75, č. j. 2 As 4/2012-44 ze dne 6. března 2012, č. j. 9 As 57/2011-84 ze dne 7. prosince 2011, rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 5 A 78/2010-54 ze dne 17. září 2014). S ohledem na změnu právní úpravy se nebudu tomuto tématu dále věnovat. Pouze zdůrazňuji, že z pohledu směrnice jde o dvě odlišné kategorie. Účelové prohlášení o uznání otcovství, resp. účelové uzavření manželství, spadá pod čl. 35 směrnice 2004/38/ES, nikoli pod výhradu veřejného pořádku.

směrnice 2004/38/ES nezapočítává. Zároveň doba výkonu trestu přerušuje běh pětiletého pobytu nutného k nabytí práva trvalého pobytu. Pokud by za tohoto stavu mělo k uplatnění výhrady veřejného pořádku postačovat porušení např. morálních norem nižší intenzity, pohybujeme se zcela mimo jakýkoli rámec směrnice 2004/38/ES.

Dále se musím vyjádřit k úvaze Nejvyššího správního soudu provedené v rozsudku č. j. 3 As 78/2012-32 ze dne 13. června 2013. Ta představuje typický příklad nebezpečí vyvěrajícího ze srovnávání (rozdílných) formulací zvolených vnitrostátním zákonodárcem u shodných skutkových podstat (týkajících se výhrady veřejného pořádku) v odlišných pobytových situacích, bez znalosti či zohlednění unijní úpravy. V tomto rozsudku NSS uvedl: „*Ustanovení § 87 k odst. 1 písm. b) zákona pak pro zamítnutí žádostí o povolení k trvalému pobytu obsahuje i výhradu vážného narušení veřejného pořádku. Zde je ovšem třeba upozornit na rozdíly mezi ustanovením § 119 odst. 2 písm. b) citovaného zákona, [...], a předmětným ustanovením zákona. Zatímco ustanovení § 119 (a obdobně také § 120) pracuje s pojmem ,závažně narušuje veřejný pořádek, § 87k hovorí pouze o ,důvodném nebezpečí, že by žadatel mohl narušit veřejný pořádek‘. Zatímco tedy v případě správního vyhoštění vyhodnocují správní orgány konkrétní činy cizince z toho hlediska, zda k vážnému narušení veřejného pořádku již došlo, v případě žádosti o trvalý pobyt činí na základě jeho dosavadního chování určitou úvahu, zda takovéto narušení z jeho strany reálně hrozí. Takováto úvaha samozřejmě nesmí být svévolná a musí vyplývat přímo z chování dotyčné osoby, **na rozdíl od předchozího však pro závěr správního orgánu není nutné, aby cizinec již čin nebo činy, jenž by mohly být hodnoceny jako závažné narušení veřejného pořádku, spáchal**. Stačí, že takovouto hrozbu lze z jeho dosavadního chování důvodně presuumovat“ (důraz doplněn).*

Ovšem směrnice 2004/38/ES, vzhledem k uplatnění výhrady veřejného pořádku, nikterak formulačně nerozlišuje mezi vyhoštěním a neudělením trvalého pobytu, s výjimkou zvýšené ochrany při vyhoštění občanů EU a rodičinných příslušníků s trvalým pobytom a občanů EU s desetiletým pobytom, resp. nezletilých občanů EU. Obě skutkové podstaty [v § 119 odst. 2 písm. b) a § 87k odst. 1 písm. b)³⁸²] musí být vykládány shodně, bez ohledu na znění zvolená vnitrostátním zákonodárcem. Pokud jde o úvahu, že při neudělení trvalého pobytu není nutné narušení veřejného pořádku spáchat, připomínám, že hrozba pro veřejný pořádek musí existovat v okamžiku přijetí omezujícího

³⁸² Po novele 222/2017 Sb. písm. a).

opatření vnitrostátním orgánem. Zároveň musí osobní chování dotyčného vyvolávat konkrétní nebezpečí nových závažných porušení veřejného pořádku (zásadní roli hraje vyhodnocení budoucího chování dotyčného, resp. existence trvajícího ohrožení veřejného pořádku).

Co se týče písm. c)³⁸³, platí totéž, co bylo uvedeno k výkladu výhrady pod písm. a). Uvedené ustanovení představuje stejně jako § 87d odst. 1 písm. c) určitou obdobu ustanovení § 9 odst. 3 písm. a) bod 5. Mohu tak do značné míry odkázat na výklad obsažený v kapitole 3.1.3. Zároveň stejně jako v případě § 87d odst. 1 písm. c) [a na rozdíl od § 9 odst. 3 písm. a) bod 5] neobsahuje písm. c) odkaz na domácí obdobu konzultace jako v případě rodinného příslušníka zařazeného do SIS. Ke zhodení tohoto nedostatku odkazují na kapitolu 3.3.1, výklad k § 87d odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců.

Pokud jde o výklad písm. d), použije se výklad podaný výše k písm. a). Dané ustanovení [stejně jako § 87e odst. 1 písm. b)] je shodné s § 9 odst. 3 písm. b) bod 4, které se týká odepření vstupu. Vzhledem k požadavkům na konzultační řízení s ohledem na záznam v SIS, odkazují na výklad uvedený v kapitole 3.1.4. Navíc platí v případě tohoto ustanovení dle odst. 2³⁸⁴ shodná (a těžko pochopitelná) výjimka jako v případě zamítnutí žádosti o vydání povolení k přechodnému pobytu dle § 87e odst. 1 písm. b) v návaznosti na odstavec 3 téhož ustanovení. Pro výklad § 87k odst. 2 odkazují na kapitolu 3.3.3, výklad k § 87e odst. 1 písm. b).

3.4.4 Zrušení povolení k trvalému pobytu občanu EU a jeho rodinnému příslušníkovi

Výhrada veřejného pořádku se při zrušení trvalého pobytu promítla do ustanovení § 87l odst. 1 písm. a) a b) zákona o pobytu cizinců.³⁸⁵ Obdobně

³⁸³ Po novele č. 222/2017 Sb. písm. e).

³⁸⁴ „K důvodu podle odstavce 1 písm. d) [po novele č. 222/2017 Sb. písm. e), pozn. P. P.] se nepřihlédne, jde-li o vydání povolení k trvalému pobytu v zájmu České republiky, z humanitárních anebo z jiných důvodů hodných zvláštního zřetele, nebo z důvodu plnění mezinárodního závazku. Ministerstvo projedná vydání povolení k trvalému pobytu se smluvním státem, který rodinného příslušníka občana Evropské unie zařadil do informačního systému smluvních států, a v řízení přihlédne ke skutečnostem, které vedly k tomuto zařazení. Vydání povolení k trvalému pobytu ministerstvo oznámí smluvnímu státu, který rodinného příslušníka občana Evropské unie do informačního systému smluvních států zařadil.“

³⁸⁵ „Ministerstvo rozhodnutím zruší povolení k trvalému pobytu, jestliže držitel tohoto povolení a) ohrožuje bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušuje veřejný pořádek, není-li zahájeno řízení o správním vyhoštění, b) je rodinným příslušníkem občana Evropské unie, který sám není občanem Evropské unie, a je zařazen do informačního systému

jako u neudělení trvalého pobytu, představuje jeho zrušení omezení práva trvalého pobytu ve smyslu čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES a může vést v konečném důsledku i k odepření práva pobytu po dobu delší než 3 měsíce ve smyslu čl. 7 směrnice. Výklad obou skutkových podstat podléhá kritériím obsaženým v čl. 27 směrnice 2004/38/ES, usnesení rozšířeného se nátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělení Komise 2009 (s. 9–13).³⁸⁶ Ještě důrazněji než u udělení trvalého pobytu musí být při aplikaci výhrady veřejného pořádku s ohledem na integraci dotyčné osoby akcentována zásada proporcionality, neboť v těchto případech bude dotyčná osoba na území pobývat déle než 5 let.

Obecně lze konstatovat, že s ohledem na uvedenou zásadu bude ochrana občanů EU a jejich rodinných příslušníků při zrušení trvalého pobytu silnější než u jeho udělení. Navíc, jak jsem výše popsal,³⁸⁷ zrušení trvalého pobytu může mít pro občana EU a jeho rodinného příslušníka fakticky za následek, že bude muset opustit území ČR.³⁸⁸ Pro rodinné příslušníky to explicitně vyplývá z ustanovení § 871 odst. 3. Po zrušení trvalého pobytu obdrží výjezdní příkaz a jsou povinni vycestovat.³⁸⁹ Rodinným příslušníkům občanů

smluvních států, a příslušný orgán, který držitele povolení k trvalému pobytu do tohoto systému zařadil, poskytne dodatečné informace, po jejichž vyhodnocení lze mít za to, že trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území jiného smluvního státu ohrozit jeho bezpečnost nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek.“

³⁸⁶ Ve vztahu k ustanovení § 871 odst. 1 písm. a) to výslovňě potvrdil i Nejvyšší správní soud v rozhodcích č. j. 5 As 73/2011-146 ze dne 18. 4. 2013, č. j. 9 AzS 137/2014-47 ze dne 2. dubna 2015, body 24, 25 a č. j. 5 AzS 274/2016-45 ze dne 14. března 2017. Shodně judikoval i Krajský soud v Hradci Králové v rozsudku č. j. 30 A 73/2015-90 ze dne 14. června 2016.

³⁸⁷ Kapitola 3.4.2.

³⁸⁸ To zohledňuje i judikatura NSS, viz rozsudky č. j. 8 As 68/2012-39 ze dne 6. srpna 2013, bod 32 či č. j. 9 AzS 137/2014-47 ze dne 2. dubna 2015, bod 36. V prvně uvedeném rozsudku NSS (bod 37) navíc připomněl i další možné dopady zrušení trvalého pobytu: „Za druhé, 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 absolutoriování takového řízení“.

³⁸⁹ Srov. § 871 odst. 3 zákona o pobytu cizinců: „Ministerstvo v rozhodnutí o zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu podle odstavce 1 písm. a) až c) **rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie**, který sám není občanem Evropské unie, současně **stanoví lhůtu pro vycestování z území a udělí mu výjezdní příkaz**. Obdobně ministerstvo postupuje v případech, kdy platnost povolení k trvalému pobytu byla zrušena podle odstavce 2. **Rodinný**

ČR³⁹⁰ je nadto po novele č. 222/2017 Sb. ustanovením § 169r odst. 1 písm. j) znemožněno podat žádost o přechodný pobyt z výjezdního příkazu.³⁹¹ Zbývající rodinní příslušníci občanů EU jsou po zrušení trvalého pobytu oprávněni podat novou žádost o povolení k přechodnému pobytu, nemohou však pobývat po dobu řízení na území.³⁹² V řadě situací se bude zrušení trvalého pobytu rovnat vyhoštění.³⁹³ Faktická doba zákazu vstupu se bude lišit, jedná-li se o občana EU či rodinného příslušníka – třetizemce. Občan EU, který nebude splňovat podmínky čl. 7 odst. 1 směrnice 2004/38/ES, musí z území vystěhovat. Nic mu nebrání v tom, aby prakticky okamžitě znova vstoupil na území v souladu s čl. 6 téže směrnice.³⁹⁴ Naopak pro rodinného příslušníka – třetizemce, podléhajícího vízové povinnosti, může povinnost vystěhovat znamenat i mnohem sčasnější faktický zákaz vstupu na území ČR. Všechny tyto úvahy vedou k závěru, dle něhož by se minimálně v případech, kdy bude mít zrušení trvalého pobytu pro občana EU a zejména jeho rodinného příslušníka za následek povinnost opustit území, měla výhrada veřejného pořádku obsažená v ustanovení § 871 odst. 1 a 2 vykládat v souladu se standardem obsaženým v čl. 28 odst. 2 směrnice 2004/38/ES. K jejímu použití by mělo dojít, pouze pokud budou existovat závažné důvody týkající se veřejného pořádku.³⁹⁵ Mezi zrušením trvalého pobytu na základě výhrady veřejného pořádku (o jejíž aplikaci lze mít navíc z pohledu směrnice pochybnosti) a vyhoštěním není kvalitativní rozdíl.

Co se týče použití přítomného času nedokonavého slovesa „narušovat“ v ustanovení § 871 odst. 1 písm. a), odkazuje na výklad k formulačně shodnému ustanovení § 87d odst. 2 písm. b) v kapitole 3.3.2. Skutková podstata obsažená pod písm. b) obsahuje uplatnění výhrady veřejného pořádku na rodinného příslušníka, který má záznam v SIS.³⁹⁶ Jelikož je toto ustanovení

příslušník občana Evropské unie je povinen ve stanovené lhůtě z území vystěhovat[“]
(důraz doplněn).

³⁹⁰ Zároveň si připomeňme, že v určitých případech mohou i oni profitovat z primárního práva, viz v podrobnostech kapitola 2.1.

³⁹¹ V podrobnostech viz kapitola 2.5.

³⁹² Viz § 87y zákona o pobytu cizinců.

³⁹³ Srov. § 118 odst. 1 věta první zákona o pobytu cizinců: „Správním vyhoštěním se rozumí ukončení pobytu cizince na území, které je spojeno se stanovením doby k vystěhování z území a doby, po kterou nelze umožnit cizinci vstup na území členských států Evropské unie.“

³⁹⁴ Pokud ovšem nebude splňovat podmínky čl. 7 odst. 1 směrnice, bude nuten opět vystěhovat.

³⁹⁵ V podrobnostech viz kapitola 2.6.

³⁹⁶ V této souvislosti lze upozornit na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 73/2011-146 ze dne 18. 4. 2013, v němž se sice primárně zabýval písm. a), dospěl však k závěru

formulačně shodné s § 9 odst. 3 písm. b) bod 4, týkajícím se odepření vstupu, odkazují v podrobnostech na výklad podaný v kapitole 3.1.4.

Novela 222/2017 Sb. zavádí pod písm. e), f) a g) tři nové skutkové podstaty. Ty ustavují automatickou spojitost mezi odsouzením za spáchání trestného činu, resp. činů, a zrušením trvalého pobytu. Zavedení těchto skutkových podstat představuje popření čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES.³⁹⁷ Výklad, jímž mohou občané EU a jejich rodinní příslušníci (včetně rodinných příslušníků nemigrujících občanů ČR) vyloučit aplikaci uvedených ustanovení, je obsažen v kapitole 2.4.

Právní úprava zákona o pobytu cizinců před novelou 222/2017 Sb. obsahuje institut neprodložení platnosti doby platnosti průkazu o povolení k trvalému pobytu občana EU (§ 87s odst. 4) a rodinného příslušníka (§ 87t odst. 3). Ustanovení § 87s odst. 4 odkazuje na důvody pro zrušení trvalého pobytu obsažené v § 871. Ustanovení § 87t odst. 3 zase odkazuje na § 87s. Co bylo v kapitole uvedeno ve vztahu ke zrušení trvalého pobytu, se použije i při neprodložení platnosti průkazu o povolení k trvalému pobytu jak občana EU, tak i rodinného příslušníka. Novela č. 222/2017 Sb. zrušila jak ustanovení § 87s odst. 4³⁹⁸, tak kompletně celé ustanovení § 87t³⁹⁹. Nadále tak

(výrok III): „Držitel platného povolení k trvalému pobytu je oprávněn pobývat na území České republiky i přesto, že jiný členský stát schengenského prostoru vložil záznam do Schengenského informačního systému, že je tento cizinec nežádoucí osobou, a to až do okamžiku pravomocného zrušení povolení k pobytu. Takový oprávněný pobyt cizince na území České republiky nemůže být v žádném případě považován za závažné narušování veřejného pořádku ve smyslu § 871 odst. 1 písm. a) zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky.“

³⁹⁷ To platí již o skutkové podstatě obsažené v ustanovení § 871 odst. 1 písm. e) zákona o pobytu cizinců ve znění před novelou provedenou zákonem č. 222/2017 Sb.

³⁹⁸ Důvodová zpráva k tomu uvádí: „Navrhuje se vypustit ustanovení zákona o pobytu cizinců, podle kterého Ministerstvo vnitra neprodloží platnost průkazu o povolení k trvalému pobytu, pokud shledá důvody pro zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu. Při uplatňování tohoto ustanovení dochází k praktickým problémům. Cizinci ještě pravomocně není odejmuto právo trvale pobývat na území České republiky, ale protože již probíhá řízení o zrušení trvalého pobytu, neprodloží se mu již platnost jeho průkazu. Cizinec tak ztrácí možnost promptně prokázat skutečnost, že disponuje povolením k trvalému pobytu, přestože mu toto oprávnění bylo přiznáno a dosud nebylo odňato. Navrhovanou změnou se umožní, aby cizinci byla prodloužena platnost průkazu povolení k trvalému pobytu, pokud je jeho povolení k trvalému pobytu stále platné. V případě, že bude cizinci povolení k trvalému pobytu zrušeno, platnost jeho průkazu o povolení k trvalému pobytu zanikne ze zákona.“

³⁹⁹ Důvodová zpráva k tomuto ustanovení podobné zdůvodnění jako ve vztahu ke zrušení § 87s odst. 4 neobsahuje. Odkazuje pouze, že navrhovaná změna souvisí s novým zněním § 1 odst. 3 zákona o pobytu cizinců.

platnost průkazu skončí nabytím právní moci rozhodnutí o zrušení povolení k trvalému pobytu.⁴⁰⁰

3.5 Správní vyhoštění

3.5.1 Správní vyhoštění z přechodného pobytu

Podle ustanovení § 119 odst. 2 písm. b) zákona o pobytu cizinců lze vyhostit občana Evropské unie nebo jeho rodinného příslušníka s přechodným pobytom⁴⁰¹, pouze pokud „závažným způsobem narušuje⁴⁰² veřejný pořádek; to neplatí, jde-li o občana Evropské unie, který pobývá na území nepřeružitě po dobu nejméně 10 let; do této doby se nezapočítává doba výkonu trestu odňtí svobody“. Na výklad výhrady veřejného pořádku v uvedeném ustanovení se plně uplatní čl. 27 směrnice 2004/38/ES, usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151⁴⁰³ a sdělení Komise 2009 (s. 9–13). Vyhoštění občana EU a jeho rodinného příslušníka podléhá aplikaci zásady proporcionality⁴⁰⁴, explicitně vyjádřené v čl. 28 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. K tomu připomínám, co opakovaně zdůraznil ve své judikatuře SDEU, totiž že „režim ochrany před vyhoštěním zavedený směrnicí 2004/38 je založen na stupni integrace dotčených osob v hostitelském členském státě, takže by s rostoucím stupněm integrace občanů Unie a jejich rodinných příslušníků v hostitelském členském státě měla růst i úroveň jejich ochrany před vyhoštěním, vzhledem k tomu, že toto vyhoštění může vážně ohrozit osoby, jež se poté, co využily práv a svobod přiznaných jim Smlouvou o FEU, skutečně integrovaly do hostitelského členského státu“.⁴⁰⁵ Na vnitrostátní úrovni dochází k promítání uvedené zásady prostřednictvím ustanovení § 119a v návaznosti na § 174a odst. 1 zákona o pobytu cizinců. Druhá věta § 119 odst. 2 písm. b)

⁴⁰⁰ Viz § 87z odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců.

⁴⁰¹ Za přechodný pobyt se pro účely správního vyhoštění považuje i neoprávněné zdržování se občana EU nebo jeho rodinného příslušníka na území či v tranzitním prostoru mezinárodního letiště. Viz § 118 odst. 5 zákona o pobytu cizinců.

⁴⁰² Pokud jde o použití přítomného času nedokonavého slovesa „narušovat“, odkazují na kapitolu 3.3.2.

⁴⁰³ Toto usnesení se týkalo právě výkladu ustanovení § 119 odst. 2 písm. b) zákona o pobytu cizinců.

⁴⁰⁴ V podrobnostech k této zásadě viz kapitola 2.3.

⁴⁰⁵ Viz rozsudek SDEU ve věci C-400/12 *M. G.*, bod 30, odkazující na body 24 a 25 rozsudku ve věci C-145/09 *Tsakouridis*.

souvisí s čl. 28 odst. 3 písm. a) směrnice 2004/38ES.⁴⁰⁶ Poslední věta uvedeného ustanovení se do zákona dostala novelou č. 314/2015 Sb. a vychází ze závěrů SDEU v rozsudku ve věci C-400/12 *M. G.*⁴⁰⁷

3.5.2 Správní vyhoštění nezletilého občana EU z přechodného pobytu

Nelze pominout aplikaci výhrady veřejné bezpečnosti vůči nezletilým⁴⁰⁸ občanům EU. Ta je obsažena v ustanovení § 119a odst. 3 zákona o pobytu cizinců, dle něhož: „*Rozhodnutí o správném vyhoštění nezletilého občana Evropské unie podle § 119 lze vydat pouze z důvodu ohrožení bezpečnosti státu, nebo je-li to v jeho zájmu v souladu s Úmluvou o právech dítěte*“. Toto ustanovení vychází z čl. 28 odst. 3 písm. b) směrnice 2004/38/ES. V jednom podstatném ohledu domácí právní úprava nekoresponduje se zněním směrnice. Článek 28 odst. 3 zavádí nejvyšší standard ochrany před vyhoštěním požadavkem naplnění „*naléhavých důvodů týkajících se veřejné bezpečnosti*“.⁴⁰⁹ Domácí právní úprava uvedený požadavek směrnice nikterak nezohledňuje. Používá shodnou terminologii („*z důvodu ohrožení bezpečnosti státu*“) jako v jiných ustanoveních, které ochraně čl. 28 odst. 3 písm. b) směrnice nepodléhají.⁴¹⁰ Výhradu veřejné bezpečnosti obsaženou v ustanovení § 119a odst. 3 je tak zapotřebí vykládat s přihlédnutím ke znění návštěv čl. 28 odst. 3 směrnice 2004/38/ES s tím, že pro vyhoštění nezletilého občana EU musí být naplněny naléhavé důvody veřejné bezpečnosti. Zvýšená ochrana před vyhoštěním se uplatní bez ohledu na délku pobytu nezletilého občana EU, aniž by musel splnit podmínku 10 let pobytu jako v případě čl. 28 odst. 3

⁴⁰⁶ Výklad tohoto článku směrnice je obsažen v kapitole 2.7.

⁴⁰⁷ Viz bod 32 rozsudku.

⁴⁰⁸ Pojem nezletilec musí být vykládán v souladu s čl. 1 Úmluvy o právech dítěte. Půjde tedy o každou lidskou „bytost mladší osmnácti let, pokud podle právního rádu, jenž se na dítě vztahuje, není zletilosti dosaženo dříve“. Viz GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 271.

⁴⁰⁹ V podrobnostech k výkladu tohoto pojmu odkazují na kapitolu 2.7.

⁴¹⁰ Viz např. § 9 (odepření vstupu) odst. 3 písm. a) bod 4 („mohl ohrozit bezpečnost státu“), § 87d (zamítnutí žádosti o vydání potvrzení o přechodném pobytu, resp. povolení k přechodnému pobytu) odst. 1 písm. b) („mohl ohrozit bezpečnost státu“), § 87d (zrušení přechodného pobytu občanu EU) odst. 2 písm. b) („ohrožuje bezpečnost státu“), § 87f (ukončení přechodného pobytu rodinného příslušníka) odst. 3 písm. d) („ohrožuje bezpečnost státu“), § 87k (zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu) odst. 1 písm. a) („je důvodné nebezpečí, že by mohl ohrozit bezpečnost státu“), § 87l (zrušení povolení k trvalému pobytu) odst. 1 písm. a) („ohrožuje bezpečnost státu“) či § 119 (správní vyhoštění z přechodného pobytu) odst. 2 písm. a) („ohrožuje bezpečnost státu“).

písm. a) směrnice 2004/38/ES. Mimoto jediná výjimka z uvedeného pravidla v situaci, kdy bude vyhoštění nezletilého občana EU v jeho nejlepším zájmu, odkazuje na čl. 3 Úmluvy o právech dítěte. Vnitrostátní úprava není s ohledem na znění směrnice úplně přesná. Ustanovení § 119a odst. 3 zákona o pobytu cizinců obsahuje znění „*je-li to v jeho zájmu v souladu s Úmluvou o právech dítěte*“.⁴¹¹

3.5.3 Správní vyhoštění občana EU a rodinného příslušníka s povolením k trvalému pobytu

Právní úprava vyhoštění občana EU a rodinného příslušníka s trvalým pobytom je obsažena v ustanovení § 120 odst. 2 zákona o pobytu cizinců: „*Rozhodnutí o správném vyhoštění občana Evropské unie nebo jeho rodinného příslušníka, kterému bylo uděleno povolení k trvalému pobytu, lze vydat pouze v případě, že závažným způsobem ohrožuje bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušuje*⁴¹² *veřejný pořádek a s ohledem na závažnost jeho jednání nepostačuje odnětí oprávnění k pobytu. Rozhodnutí o správném vyhoštění nelze vydat, jde-li oa) nezletilého občana Evropské unie, ledaže by správní vyhoštění bylo v jeho nejlepším zájmu, nebo b) občana Evropské unie, který na území pobývá po dobu delší než 10 let, ledaže ohrožuje bezpečnost státu zvlášť závažným způsobem*“.

Toto ustanovení [jako je tomu v ustanovení § 119a odst. 3 ve vztahu k nezletilým občanům EU s ohledem na čl. 28 odst. 3 písm. b) směrnice] formuluje nezohledňuje zvýšenou ochranu občanů EU a rodinných příslušníků s trvalým pobytom, poskytovanou těmito osobám čl. 28 odst. 2 směrnice 2004/38/ES. Ten v souladu s filozofií směrnice, založenou na maximě čím vyšší délka pobytu a integrace dotyčné osoby, tím vyšší ochrana před vyhoštěním, vyžaduje pro vyhoštění občana EU a jeho rodinného příslušníka naplnění „*závažných důvodů týkajících se veřejného pořádku*“.⁴¹³ Mohlo by se zdát, že domácí právní úprava tomuto požadavku vyhovuje, neboť používá formulaci „*s výjimkou závažných důvodů týkajících se veřejného pořádku*“. Opak je pravdou. Tato formulace se nikterak neliší od znění používaného v jiných ustanoveních zákona o pobytu cizinců, které zvýšené ochraně

⁴¹¹ V podrobnostech k výkladu čl. 28 odst. 3 písm. b) odkazují na kapitolu 2.7.

⁴¹² K výkladu použitého přítomného času nedokonavého slovesa „*narušovat*“, odkazují na kapitolu 3.3.2.

⁴¹³ V podrobnostech viz kapitola 2.6.

čl. 28 odst. 2 směrnice nepodléhají.⁴¹⁴ Výhradu veřejného pořádku obsaženou v ustanovení § 120 odst. 2 je nevyhnutelné vykládat s přihlédnutím ke znění čl. 28 odst. 2 směrnice 2004/38/ES s tím, že pro vyhoštění občana EU a rodinného příslušníka musí být naplněny závažné důvody týkající se veřejného pořádku.

Velký důraz je nutno s ohledem na délku pobytu a integraci dotčených osob klást na dodržení zásady proporcionality.⁴¹⁵ K vnitrostátnímu promítání zásady proporcionality dochází na základě § 120 odst. 4 v návaznosti na § 174a odst. 1 zákona o pobytu cizinců. V této souvislosti je případné se zastavit u formulace ze znění § 120 odst. 2, „*a s ohledem na závažnost jeho jednání nepostačuje odnětí oprávnění k pobytu*“. Z uvedeného sousloví vyplývá, že v rámci hodnocení proporcionality může v některých případech postačovat odnětí oprávnění k pobytu, jinými slovy zrušení trvalého pobytu. V kapitole 3.4.2 jsem vyjádřil pochybnosti nad tím, jestli je tento institut (v případě uplatnění výhrady veřejného pořádku) v souladu se směrnicí. Zároveň se v řadě případů bude zrušení trvalého pobytu fakticky rovnat vyhoštění.⁴¹⁶ Jinými slovy, případná úvaha zohledňující zásadu proporcionality a založená na uvedené formulaci zákona může být v konečném důsledku iluzorní.

Vnitrostátní úprava váže zvýšenou ochranu pouze na osoby, kterým bylo uděleno povolení k trvalému pobytu. To je v rozporu s deklaratorní povahou dokladu osvědčujícího právo trvalého pobytu.⁴¹⁷ Ustanovení § 120 odst. 2 zákona o pobytu cizinců musí být vykládáno tak, že se nevtahuje pouze na ty, kteří jsou formálně držiteli průkazu o povolení k trvalému pobytu. Musí se vztahovat na všechny, kteří fakticky naplnili požadavky čl. 16 odst. 1 nebo 2 směrnice 2004/38/ES. Tedy na ty občany EU a jejich rodinné příslušníky, kteří pobývali legálně na území 5 let v souladu s čl. 6 a 7 odst. 1 či 2 uvedené

⁴¹⁴ Viz např. § 9 (odepření vstupu) odst. 3 písm. a) bod 4 („závažným způsobem narušit veřejný pořádek“), § 87d (zamítnutí žádosti o vydání potvrzení o přechodném pobytu, resp. povolení k přechodnému pobytu) odst. 1 písm. b) („závažným způsobem narušit veřejný pořádek“), § 87d (zrušení přechodného pobytu občanu EU) odst. 2 písm. b) („závažným způsobem narušuje veřejný pořádek“), § 87f (ukončení přechodného pobytu rodinného příslušníka) odst. 3 písm. d) („závažným způsobem narušuje veřejný pořádek“), § 87k (zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu) odst. 1 písm. a) („závažným způsobem narušit veřejný pořádek“), § 87l (zrušení povolení k trvalému pobytu) odst. 1 písm. a) („závažným způsobem narušuje veřejný pořádek“) či § 119 (správní vyhoštění z přechodného pobytu) odst. 2 písm. a) („závažným způsobem narušuje veřejný pořádek“).

⁴¹⁵ V podrobnostech viz kapitola 2.3.

⁴¹⁶ V podrobnostech viz kapitola 3.4.4.

⁴¹⁷ V podrobnostech viz kapitola 3.4.1.

směrnice, bez ohledu na to, zda jsou formálně držiteli průkazu o povolení k trvalému pobytu.

Pokud jde o skutkovou podstatu pod písm. a), působí matoucím dojmem. Upravuje totiž situaci, kterou čl. 28 odst. 2 ani 3 směrnice 2004/38/ES nezná. Prvně uvedený odstavec, týkající se obecně zvýšené ochrany občanů EU a rodinných příslušníků s trvalým pobytom před vyhoštěním, s žádnou zvýšenou ochranou nezletilých občanů EU nepočítá. Článek 28 odst. 3 vyžaduje pro vyhoštění nezletilého občana EU bez ohledu na druh pobytu naplnění naléhavých důvodů veřejné bezpečnosti. Jedinou výjimku z tohoto pravidla představuje situace, kdy je vyhoštění v nejlepším zájmu dítěte. Domácí úprava tak jde zřejmě nad rámec směrnice, neboť umožňuje vyhostit nezletilého občana EU s trvalým pobytom pouze, pokud je to v jeho nejlepším zájmu. Pokud má tedy nezletilý občan EU trvalý pobyt, nelze uplatnit ani naléhavé důvody veřejného porádku ve smyslu čl. 28 odst. 3 písm. b) směrnice.

Písmeno b) zakotvuje zvýšenou ochranu pro občany EU pobývající na území déle než deset let. Ti mohou být vyhoštěni pouze tehdy, pokud ohrožují „bezpečnost státu zvlášť závažným způsobem“. Písmeno b) tak jednoznačně odkazuje na čl. 28 odst. 3 písm. a) směrnice 2004/38/ES. Ten umožňuje vyhostit občany EU, kteří „posledních deset let měli pobyt v hostitelském členském státě“ pouze z „naléhavých důvodů týkajících se veřejné bezpečnosti“. Toto ustanovení stanoví nejvyšší stupeň ochrany před vyhoštěním, zavedený směrnicí 2004/38/ES, který jsem rozebral v kapitole 2.7. Domácí zákonomdárce se souslovím „zvlášť závažným způsobem“ pokusil jazykově zdůraznit zvýšenou ochranu občanů EU s více než desetiletým pobytom na území.

Nejsem si úplně jist, zda „zvlášť závažný způsob ohrožení bezpečnosti státu“ plně souznam s „naléhavými důvody týkajícími se veřejné bezpečnosti“. Ustanovení § 120 odst. 2 písm. b) je nutné vykládat v souladu se zněním čl. 28 odst. 3 písm. a) směrnice. SDEU se již opakovaně k výkladu posledně uvedeného článku vyslovil. V jeho judikatuře lze nalézt odpověď na otázku, kdy dochází k přerušení desetiletého pobytu, od jakého data se desetiletý pobyt počítá či jaká období nelze pro poskytnutí zvýšené ochrany započít.⁴¹⁸ Nicméně k samé podstatě použitého pojmu „pobyt“ se SDEU prozatím nevyjádřil. Směrnice jakýmkoli přílastkem nespecifikuje, o jaký pobyt by se mělo jednat.⁴¹⁹ Neobsahuje žádný požadavek, že by se mělo jednat o pobyt

⁴¹⁸ V podrobnostech viz kapitola 2.7.

⁴¹⁹ To potvrzují i ostatní jazyková znění čl. 28 odst. 3 písm. b) směrnice. V anglickém znění „have resided in the host Member State for the previous ten years“, ve slovenském „dané

v souladu s unijním právem. Jde o prostý pobyt.⁴²⁰ Na rozdíl od čl. 16 odst. 1 neobsahuje podmínu legálního pobytu, ani že musí jít o pobyt v souladu se směrnicí (na rozdíl od bodu 17 odůvodnění směrnice).⁴²¹ Ochrana čl. 28 odst. 3 písm. a) není podmíněna nabytím práva trvalého pobytu. I osoba, která nesplní podmínky pro nabytí uvedeného práva, se může dovolávat ochrany čl. 28 odst. 3 písm. a) směrnice, včetně občanů EU pobývajících na území hostitelského článku v souladu s národním právem či osoby spadající pod ochranu čl. 10 nařízení 492/11 (děti migrujícího pracovníka, které studují).⁴²²

Ve vztahu k ustanovení písm. b), nacházím v něm určitou mezeru. Ustanovení § 120 odst. 2 se jednoznačně vztahuje pouze na občany EU a rodiné příslušníky s trvalým pobytom. Stanoví, že tyto osoby je možné vyhostit pouze tehdy, jestliže závažným způsobem narušují veřejný pořádek s tím, že tato výhrada musí být vykládána s přihlédnutím k čl. 28 odst. 2 směrnice. Písmeno b) umožňuje vyhostit občana EU s desetiletým pobytom pouze tehdy, pokud „*ohrožuje bezpečnost státu zvlášť závažným způsobem*“. Toto ustanovení musí být vykládáno s přihlédnutím k čl. 28 odst. 3 písm. b) směrnice. Nadto na rozdíl od § 119 odst. 2 písm. b) zde není zmínka o tom, že by se do doby nepřetržitého desetiletého pobytu nezapočítávala doba strávená ve výkonu trestu odnětí svobody. Problémem ovšem je, že toto ustanovení počítá s tím, že jde zároveň o občana EU s povolením k trvalému pobytu, což směrnice nevyžaduje. Mohlo by se zdát, že domácí úprava je užší, než vyžaduje směrnice. Lze poukázat na ustanovení § 119 odst. 2 písm. b), které absolutně neumožňuje vyhostit občana EU pobývajícího nepřetržitě na území po dobu více než 10 let. Zároveň vnitrostátní úprava po občanu EU nepožaduje (v tomto ohledu odpovídá čl. 19 směrnice), aby si o vydání povolení k trvalému pobytu požádal. Je to jeho právem, nikoli povinností. Na území tak mohou pobývat občané EU s více než desetiletým přechodným pobytom, aniž by byli držiteli povolení k trvalému pobytu. Na tuto kategorii občanů EU nedopadá ani § 119 odst. 2 písm. b), ani § 120 odst. 2 písm. b) zákona o pobytu cizinců. Zdá se, že tato kategorie občanů EU je z ČR nevyhostitelná,

osoby sa zdržiavali v hostiteľskom členskom štáte počas predchádzajúcich desiatich rokov“, v německém znění „ihren Aufenthalt in den letzten zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat gehabt haben“ či ve francouzském „ont séjourné dans l'État membre d'accueil pendant les dix années précédentes“.

⁴²⁰ ROGERS, N., SCANNELL, R., WALSH, J., op. cit. 30, s. 264.

⁴²¹ GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., op. cit. 33, s. 273.

⁴²² Tamtéž, s. 273, 274.

což zjevně odporuje úmyslu zákonodárce, neboť tato kategorie by se nacházela v silnějším postavení než občané EU s trvalým pobytom pobývající na území více než 10 let. Posledně uvedenou kategorii osob je možné podle vnitrostátní úpravy vyhostit, naopak občany EU s přechodným desetiletým pobytom nikoli. V úvahu přichází jedna výkladová cesta, jak tento nedostatek vnitrostátní úpravy překlenout. To by ovšem Ministerstvo vnitra muselo přistoupit na směrnici požadovanou deklatorní povahu dokladu osvědčujícího právo trvalého pobytu. V takovém případě by bylo možné pod působnost § 120 odst. 2 písm. b) dostat i ty občany EU s desetiletým přechodným pobytom, kteří sice nedisponují formálním povolením (průkazem) k trvalému pobytu, nicméně fakticky trvalý pobyt nabýli.

3.5.4 Výklad ustanovení § 119a odst. 6 a § 122 odst. 6 a 7 zákona o pobytu cizinců

Dle ustanovení § 119a odst. 6 zákona o pobytu cizinců: „*Police občanu Evropské unie, který požádal o vydání potvrzení o přechodném pobytu na území nebo o povolení trvalého pobytu, zruší rozhodnutí o správním vyhoštění, pokud netrvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území ohrozit bezpečnost státu, závažným způsobem narušit veřejný pořádek nebo ohrozit veřejné zdraví. Obdobně policie postupuje, jde-li o rodinného příslušníka občana Evropské unie, který požádal o vydání povolení k přechodnému nebo trvalému pobytu*“. Toto ustanovení je záhadou, či spíše paskvilem. Do zákona o pobytu cizinců se dostalo novelou č. 427/2010 Sb. s odkazem, že souvisí s rozsudkem SDEU ve věci C-127/08 *Metock*.⁴²³ Jak ho vyložit? Znamená snad, že o potvrzení/povolení k přechodnému/trvalému pobytu může požádat občana EU či rodinný příslušník, který byl pravomocně vyhoštěn z území? Zároveň právní úprava nikterak nepočítá s tím, že by občan EU či rodinný příslušník musel o zrušení správního vyhoštění požádat. Počítá pouze s tím, že občan EU či rodinný příslušník požádá o potvrzení/povolení k přechodnému/trvalému pobytu. Zahájí tak cizinecká policie řízení o zrušení správního vyhoštění z moci úřední? Jak se dozví o tom, že s dotyčným bylo zahájeno některé z uvedených řízení? Bude o této skutečnosti, tedy o tom, že bylo zahájeno některé z uvedených řízení s občanem EU či rodinným příslušníkem s platným správním vyhoštěním, informována Ministerstvem vnitra? Jak může občan EU či rodinný příslušník reálně podat některou z uvedených

⁴²³ Viz důvodová zpráva k zákonu č. 427/2010 Sb., k bodu 236 – k § 119a odst. 6 a 7.

žádostí na území, pokud je zároveň vyhoštěn a má zákaz vstupu na území? Jak se toto ustanovení shoduje s novelou č. 222/2017 Sb. zavedeným, „legislativně bezvadným“ ustanovením § 169d odst. 1, které na základě pozměňovacího návrhu poslance Klučky⁴²⁴ rozšířilo povinnost rodinného příslušníka podat žádost o přechodný pobyt osobně?⁴²⁵ Jak může žádost podat osobně, když je vyhoštěn a má zákaz pobytu? Též povinnost mají rodinní příslušníci i občané EU při podání žádosti o povolení k trvalému pobytu.⁴²⁶ Jak se předmětné ustanovení shoduje s novelou č. 222/2017 Sb. zavedeným ustanovením § 169r odst. 1 písm. j), které znemožňuje podat rodinnému příslušníkovi občana ČR žádost o přechodný a trvalý pobyt v „*době, kdy podle tohoto zákona není oprávněn pobývat na území*“? Tedy typicky v době, kdy má uděleno správní vyhoštění a zákaz pobytu na území.

Toto srovnání nepředstavuje jen rozpor předmětného ustanovení s reálitou, resp. reálnými možnostmi občanů EU a rodinnými příslušníky podat z vyhoštění žádost o potvrzení/povolení k přechodnému/trvalému pobytu, ale přímou kontradikci mezi dvěma ustanoveními zákona o pobytu cizinců. Tedy mezi § 119a odst. 6 a § 169r odst. 1 písm. j) zákona o pobytu cizinců. Jak se shoduje § 119a odst. 6 s institutem odstranění tvrdosti správního vyhoštění, pro občany EU a rodinné příslušníky upraveným v § 122 odst. 6 zákona o pobytu cizinců? Má tedy občan EU, resp. rodinný příslušník, který má správní vyhoštění, nejdříve podat žádost o zrušení správního vyhoštění dle

⁴²⁴ S následujícím odůvodněním: „Zákon o pobytu cizinců obsahuje institut osobního podání žádosti, který se v současnosti vztahuje k žádostem o dlouhodobé vízum, povolení k dlouhodobému a trvalému pobytu. Podle směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES se pobytová karta rodinného příslušníka občana Evropské unie vydá cizinci, který na území členského státu EU doprovází nebo následuje občana EU. Podle § 18 zákona o pobytu cizinců je rodinný příslušník občana EU oprávněn pobývat na území České republiky po dobu tří měsíců bez víza, a proto neexistuje žádná administrativní bariéra, která by tomuto cizinci znemožňovala podat na území České republiky žádost o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana EU osobně. Osobní podání žádosti o povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana EU je přitom spojeno s řadou výhod jak na straně státní správy České republiky, tak především na straně samotného cizince – zejména je možno mu ihned při podání žádosti vydat do cestovního dokladu vízový štítek, který osvědčuje jeho právo pobývat na území České republiky (popř. i cestovat v rámci schengenského prostoru) do doby rozhodnutí o podané žádosti“.

⁴²⁵ Přestože ustanovení § 169d odst. 1 nepočítá s uvedenou povinností pro občany EU žádající o vydání potvrzení o přechodném pobytu (umožňuje jim tedy podat žádost i poštou), ze samotné povahy přechodného pobytu vyplývá, že občan EU pobývá na území [viz § 87a odst. 1 písm. a)].

⁴²⁶ Viz § 169 odst. 16 zákona o pobytu cizinců, po novele 222/2017 Sb. ustanovení § 169d odst. 1.

§ 122 odst. 6, nebo může rovnou podat žádost (pokud odhlédnu od reálné možnosti takovou žádost ze správního vyhoštění podat) o některý z pobytů? S ohledem na uvedené úvahy se domnívám, že toto ustanovení je obsoletní. S ohledem na další ustanovení zákona o pobytu cizinců ho nelze naplnit smysluplným obsahem. Občané EU a jejich rodinní příslušníci z něho nemohou reálně těžit. Nelze se ani pokoušet o výklad výhrady veřejného pořádku, které toto ustanovení obsahuje.

S výhradou veřejného pořádku vůči občanům EU a jejich rodinným příslušníkům souvisí i již zmíněné ustanovení § 122 odst. 6 zákona o pobytu cizinců.⁴²⁷ Písmeno a) vychází z čl. 32 směrnice 2004/38/ES.⁴²⁸ SDEU se prozatím k výkladu tohoto článku nevyjádřil.⁴²⁹ Vnitrostátní úprava jde nad rámec směrnice, neboť pro podání žádosti o zrušení správního vyhoštění nestanoví žádnou minimální lhůtu od jeho vykonání,⁴³⁰ pouze došlo-li

⁴²⁷ „Policie může na žádost občana Evropské unie nebo jeho rodinného příslušníka vydat nové rozhodnutí, kterým zruší platnost rozhodnutí o správném vyhoštění, jestliže a) došlo k podstatné změně okolností, které byly důvodem vydání rozhodnutí o správném vyhoštění, nebo b) se jedná o cizince svěřeného do náhradní výchovy (§ 87), který dosáhl věku 18 let a podle vyjádření orgánu sociálně-právní ochrany dětí tento cizinec projevuje snahu o integraci na území.“

⁴²⁸ „1. Osoby, kterým byl zakázán pobyt z důvodů veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti, mohou po uplynutí přiměřené lhůty, která závisí na okolnostech, avšak nejdéle po uplynutí tří let od vykonání pravomocného rozhodnutí o zákazu pobytu přijatého v souladu s právem Společenství, podat žádost o zrušení zákazu pobytu odůvodněnou skutečnostmi nasvědčujícími tomu, že došlo k podstatné změně okolností, kterými bylo rozhodnutí o zákazu pobytu odůvodněno. Dotyčný členský stát rozhodne o této žádosti do šesti měsíců od jejího podání. 2. Po dobu posuzování své žádosti nemají osoby uvedené v odstavci 1 právo vstoupit na území dotedy členského státu.“

⁴²⁹ V rozsudku ve věci C-249/11 *Byankov* pouze rozšířil uplatnění čl. 32 i na zákazy opustit území členského státu uložené občanům Unie (bod 67). Toto ustanovení má zároveň svůj předobraz v judikatuře SDEU před přijetím směrnice 2004/38/ES. V rozsudku ve spojených věcech 115/81 a 116/81 *Adoui a Cornuaille* ohledně vyhoštěných osob uvedl (bod 12), že každý příslušník členského státu, který hledá zaměstnání v jiném členském státě, smí znova pořádat o povolení k pobytu. Taková žádost, která byla podána po uplynutí přiměřené lhůty, musí být příslušnými správními orgány hostitelského členského státu posouzena. Ty musí vzít v úvahu argumenty předložené dotyčnou osobou, zejména těch, které směřují k prokázání, že došlo k podstatné změně okolností, které odůvodňovaly první rozhodnutí o vyhoštění. Na uvedený rozsudek následně odkázal SDEU v rozsudku ve spojených věcech C-65/95 a C-111/95 *Shingara a Radiom*, bod 39.

⁴³⁰ Písmeno a) původně s účinností od 27. 4. 2006 v souvislosti s novelou č. 161/2006 umožňovalo podat občanu EU a rodinnému příslušníkovi žádost o zrušení vyhoštění až po uplynutí poloviny nebo alespoň 3 let ze zákazu pobytu, pokud pominuly důvody pro vydání správního vyhoštění (k výkladu tohoto ustanovení viz rozsudek NSS č. j. 8 As 69/2010-163 ze dne 3. 1. 2011). Stávající znění se do zákona o pobytu cizinců dostalo novelou č. 427/2010 Sb. s odkazem na doporučení vyplývající z hodnotící zprávy Komise

k podstatné změně okolností, které byly důvodem pro vydání správního vyhoštění. Zákon o pobytu cizinců rovněž nevyžaduje, aby rozhodnutí o správném vyhoštění bylo vykonáno. Ve vztahu k výkladu sousloví „podstatná změna okolnosti“ se logicky nabízí odpověď (být takovou konstrukci unijní zákonomdárce explicitně nepřijal), že by se mělo jednat o takové okolnosti, po jejichž vyhodnocení lze mít za to, že dotyčný již nepředstavuje skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti ve smyslu čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES.⁴³¹ Mohou rovněž nastat situace, kdy další trvání vyhoštění bude v rozporu se zásadou proporcionality.⁴³²

Písmeno b) § 122 odst. 6 nemá svůj předobraz ve směrnici 2004/38/ES. Do zákona bylo vneseno novelou č. 161/2006 Sb.⁴³³ Mám určité pochybnosti o smysluplnosti tohoto ustanovení. Nezletilý občan EU či jeho rodinný příslušník může totiž (jako další kategorie občanů EU a rodinných příslušníků) čerpat již z možnosti dané písm. a) téhož ustanovení. Nemusí čekat až na dosažení věku 18 let, jak vyžaduje písm. b). Naopak je nutné odmítнуть výklad, že by tato kategorie, tedy nezletilí občané EU a rodinní příslušníci svěření do náhradní výchovy ve smyslu § 87 zákona o pobytu cizinců⁴³⁴ mohli čerpat výlučně z písm. b). To odporuje znění čl. 32 směrnice, které žádne takové rozlišení nezná. Takovým výkladem by tato kategorie osob byla oproti

k implementaci směrnice 2004/38/ES členskými státy [KOM(2008) 840] a ze sdělení Komise 2009.

⁴³¹ Lze např. přihlédnout k tomu, že dotyčný v mezidobí vedl řádný život a nedopouštěl se žádné další trestné činnosti.

⁴³² Napadá mě např. situace, kdy se mu v mezidobí na území narodilo dítě.

⁴³³ Důvodová zpráva k zákonu č. 161/2006 Sb., k bodům 85 a 86, k § 122 odst. 5 a 6, k tomu uváděla: „Dále se vzhledem k pobytu cizinců svěřených rozhodnutím soudu do náhradní péče, zejména s vazbou na možnost danou cizinci po dosažení věku 18 let, tj. požádat o povolení k trvalému pobytu, jeví jako nezbytná úprava § 122 v tom smyslu, aby takovému cizinci, kterému bylo před svěřením do náhradní výchovy vydáno rozhodnutí o správném vyhoštění, mohlo za předpokladu, že rozhodnutí o svěření respektoval a projevoval snahu o integraci, být rozhodnutí o správném vyhoštění zrušeno.“

⁴³⁴ Dle odst. 1: „Cizinec mladší 18 let svěřený do náhradní výchovy rozhodnutím příslušného orgánu je oprávněn trvale pobývat na území, je-li alespoň jedna fyzická osoba, jíž je cizinec svěřen, přihlášena k trvalému pobytu na území nebo se na území nachází ústav, ve kterém je cizinec umístěn“. Tato kategorie nezletilců, z nichž řada bude spadat pod skupinu nezletilých bez doprovodu (§ 180c zákona o pobytu cizinců), má při splnění požadavků stanovených v § 87 oprávnění pobývat na území trvale, přestože může mít uděleno platné správní vyhoštění. Explicitní ustanovení o odložení vykonatelnosti rozhodnutí o správném vyhoštění (jako je tomu např. v § 119 odst. 7 ve vztahu k žadatelům o mezinárodní ochranu) ve vztahu k nezletilým cizincům dle § 87 se mi v zákoně o pobytu cizinců najít nepodařilo. Nicméně lze ji dovodit ze znění ustanovení § 87 v návaznosti na § 122 odst. 5 písm. c) a odst. 6 písm. b) zákona o pobytu cizinců.

ostatním občanům EU a rodinným příslušníkům znevýhodněna. Pokud by nezletilci bylo vydáno správní vyhoštění např. v 15 letech⁴³⁵, musel by pro využití možnosti požádat o zrušení správního vyhoštění čekat až do dovršení 18 let. Naopak písm. a) žádnou podobnou podmínsku nestanoví.

Je otázkou, jak široká bude kategorie osob, na něž dopadá. Nezletilí občané EU (nikoli tedy rodinní příslušníci – třetizemci) podléhají ochraně čl. 28 odst. 3 písm. b) směrnice, u nichž je možné vyhoštění pouze z naléhavých důvodů týkajících se veřejné bezpečnosti nebo pokud je to v nejlepším zájmu dítěte. Tedy v naprostu výjimečných případech. Nezletilí rodinní příslušníci – třetizemci čerpají ze základního standardu ochrany dle čl. 27 a 28 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. I v jejich případě si lze vyhoštění představit v poměrně omezených případech. Mohlo by se snad jednat o nezletilé třetizemce (u nichž mohl být standard pro uložení vyhoštění nižší než u nezletilých občanů EU a jejich rodinných příslušníků), kteří se v mezidobí stali občany EU či rodinnými příslušníky. Ti však mohou využít možnosti dané § 122 odst. 7 zákona o pobytu cizinců, dle níž rovněž nemusí k podání žádosti o zrušení správního vyhoštění čekat na dovršení 18 let. Lze porozumět shodně formulované právní úpravě v ustanovení § 122 odst. 5 písm. c) zákona o pobytu cizinců, která dopadá na stejnou kategorii nezletilců, kteří jsou ovšem čirými třetizemci (nikoli tedy občany EU či rodinnými příslušníky – třetizemci), kteří nemohou profitovat z čl. 32 směrnice 2004/38/ES, resp. § 122 odst. 6 písm. a) zákona o pobytu cizinců. Ovšem u nezletilých občanů EU a rodinných příslušníků, kteří naopak mohou využít možností daných § 122 odst. 6 písm. a) či odst. 7, praktické použití § 122 odst. 6 písm. b) zůstává záhadou.

Jediný smysluplný výklad písm. b) možno spatřit v tom, že musí být ustanovení vykládáno nad rámec požadavků (jinými slovy „měkčeji“) písm. a). Nezletilí občané EU a rodinní příslušníci svěření do náhradní výchovy ve smyslu § 87 zákona o pobytu cizinců mohou čerpat z obou ustanovení. A zároveň se písm. b) uplatní i v těch případech, kdy nemuselo dojít „*k podstatné změně okolnosti, které byly důvodem vydání rozhodnutí o správním vyhoštění*“. Bude postačovat projevení snahy o integraci na území.

⁴³⁵ Viz § 178 (Procesní způsobilost) zákona o pobytu cizinců: „Za procesně způsobilého se pro účely tohoto zákona považuje cizinec starší 15 let, který je schopen projevit svou vůli a samostatně jednat“.

Ustanovení § 122 odst. 7 zákona o pobytu cizinců umožňuje cizincům, kteří se po nabytí právní moci rozhodnutí o správním vyhoštění stali občany EU či rodinnými příslušníky, požádat si o zrušení správního vyhoštění, pokud nehrází nebezpečí, že by mimo jiné mohli „*při svém pobytu na území [...] závažným způsobem narušit veřejný pořádek*“. Toto ustanovení je nevhnutelné vykládat tak, že pokud občan EU nebo rodinný příslušník podá uvedenou žádost, cizinecká policie správní vyhoštění zruší, ledaže v době jejího rozhodování představuje občan EU či rodinný příslušník hrozbu pro veřejný pořádek ve smyslu čl. 27, resp. 28 odst. 1 směrnice 2004/38/ES a kritérií obsažených v usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 a sdělení Komise 2009 (s. 9–13). To potvrdila jak judikatura domácích správních soudů,⁴³⁶ tak v podstatě i důvodová zpráva k novele č. 427/2010 Sb., která toto ustanovení zavedla.⁴³⁷

4. ZÁVĚR

Na úrovni unijního práva patří výhrada veřejného pořádku v kontextu volného pohybu/pobytu osob jednoznačně k nejsnáze uchopitelné výhradě ve srovnání se směrnicemi, kterými EU upravuje přistěhovaleckou politiku.

⁴³⁶ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 4 AzS 228/2015-40 ze dne 9. prosince 2015, bod 72. Ten správně zdůrazňuje, že hrozba pro veřejný pořádek musí existovat do budoucna (body 72 a 78).

⁴³⁷ Důvodová zpráva k bodu 246, k § 122 odst. 7, s odkazem na rozsudek SDEU ve věci C-127/08 *Metock* uvádí: „Obsah [...] uvedeného rozsudku nekoresponduje se stávající právní úpravou, neboť zákon o pobytu cizinců podmiňuje vydání povolení k pobytu rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie skutečností, že není zařazen v evidenci nežádoucích osob. Do této evidence je však cizinec zařazen obligatorně na základě pravomocného rozhodnutí o jeho správním vyhoštění z území České republiky, a to i v případech, kdy důvodem správního vyhoštění byl jeho protiprávní vstup nebo pobyt na tomto území. S ohledem na rozsudek Soudního dvora je proto potřebné zohlednit případy, kdy se takový cizinec (občan třetího státu) stane rodinným příslušníkem občana Evropské unie až poté, co rozhodnutí o jeho správním vyhoštění nabyla právní moci. Je přitom nezbytné vycházet z toho, že neoprávněný vstup nebo pobyt nemůže být sám o sobě důvodem pro omezení práva pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie ve smyslu čl. 27 odst. 1 směrnice 2004/38/ES. Toto právo může být omezeno pouze z důvodu ochrany bezpečnosti státu, veřejného pořádku nebo veřejného zdraví, a to pokud tyto důvody trvají v době, kdy je o vstupu nebo pobytu rodinného příslušníka na území České republiky rozhodováno. Pokud takové nebezpečí již nehrází, bude nezbytné dotčeného rodinného příslušníka vyřadit z evidence nežádoucích osob. Obdobně bude potřebné postupovat i v případech, kdy příslušný cizinec získá státní občanství některého jiného členského státu Evropské unie.“

Text čl. 27 a 28 směrnice 2004/38/ES obsahuje základní vodítka, jimiž se může vnitrostátní zákonodárce i správní a soudní praxe při výkladu uvedené výhrady řídit. Existují k ní desítky rozsudků, v podstatě již od 70. let minulého století, kdy SDEU započal s judikaturou ve vztahu k výhradě veřejného pořádku obsažené ve směrnici 64/221, jedné z předchůdkyň stávající směrnice 2004/38/ES. Řadě aspektů souvisejících s uplatněním výhrady se tím dostalo bližšího vyjasnění.

Přesto, jak je zřejmé, činí její transpozice zákonodárci nemalé obtíže. Vnitrostátní legislativa nezachycuje zvýšený standard ochrany občanů EU a jejich rodinných příslušníků s trvalým pobytom před vyhoštěním. Totéž platí o nejvyšším stupni ochrany, který požívají před vyhoštěním občané EU s desetiletým pobytom nebo pokud jsou nezletilci. Použité formulace v řadě případů zatemňují důraz, který klade judikatura SDEU na požadavek trvající hrozby pro veřejný pořádek. V řadě případů nesmyslně odkazuje na veřejný pořádek smluvních stran Schengenských dohod. V rozporu se směrnicí je udělení trvalého pobytu konstruováno nikoli jako deklatorní, ale jako konstitutivní rozhodnutí. Místo toho, aby domácí zákonodárce využil příležitosti dané čl. 27 odst. 2 a začlenil jeho znění do vnitrostátní legislativy, jako to činí některé státy v případě unijních občanů a jejich rodinných příslušníků, vydal se poslední novelou č. 222/2017 Sb. cestou doslovného popření uvedeného článku. Zavedení automatické spojitosti mezi odsouzením za trestný čin a omezením svobody pohybu/pobytu a zúžení uplatnění zásady proporcionality je toho zárným příkladem. Naštěstí vnitrostátní výkladové metody umožňují jak migrujícím občanům EU a jejich rodinným příslušníkům, tak i rodinným příslušníkům nemigrujících občanů ČR prostřednictvím přímého účinku, resp. eurokonformního výkladu, aplikaci těchto ustanovení vyloučit.

Přes některé dílčí výhrady představuje usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 4/2010-151 ze dne 26. 7. 2011 správný návod, jak výhradu veřejného pořádku vůči unijním občanům a jejich rodinným příslušníkům uplatňovat. Závěry, k nimž Nejvyšší správní soud dospěl, se uplatní ve všech situacích, v nichž dochází k omezení svobody pohybu/pobytu uvedených osob. Nesprávné jsou tak závěry správních soudů, kterým postačuje u udělení trvalého pobytu nižší standard. Ve všech situacích, kdy dochází k zásahu do svobody pohybu/pobytu, nikoli jen u vyhoštění, se uplatní zásada proporcionality. V některých případech se ukazuje jako problémový přístup správních soudů, které používají koncept přiměřenosti zásahu do soukromého a rodinného života ve smyslu čl. 8 EÚLP a kritéria,

která judikoval ESLP v případech vyhoštění cizinců za spáchání trestného činu, nikoli explicitně vyjádřenou zásadu proporcionality v čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES, doplněnou o kritéria obsažená v čl. 28 odst. 1 téže směrnice. V tomto ohledu platí, že pokud chování jednotlivce nedosahuje intenzity skutečného, aktuálního a dostatečně závažného ohrožení některého ze základních zájmů společnosti, je poměřování zásadou proporcionality bezpředmětné.

Často ošidné a zavádějící může být porovnávání znění vnitrostátní úpravy výhrady veřejného pořádku ve vztahu k různým kategoriím cizinců, čehož se někdy správní soudy dopouštějí. Zákonodárce nedokázal jazykově v zákoně o pobytu cizinců zřetelně a správně odlišit uplatnění výhrady veřejného pořádku vůči občanům EU a rodinným příslušníkům od ostatních kategorií cizinců. To působí správní i soudní praxi nemalé obtíže. Vede to k tomu, že v rámci zákona o pobytu cizinců tvoří při aplikaci výhrady veřejného pořádku všichni cizinci (včetně občanů EU a rodinných příslušníků) fakticky jednolitou masu, aniž by byly jednotlivé kategorie cizinců zřetelně odlišeny. To klade na správní i soudní orgány nemalé, někdy nepřekonatelné nároky, neboť pro náležité eurokonformní uplatnění výhrady musí sestoupit na úroveň unijního práva. Klíčovou roli hraje nikoli porovnávání mezi jednotlivými formulacemi používanými v zákoně o pobytu cizinců, ale uvědomení si, vůči jaké kategorii cizinců bude výhrada veřejného pořádku uplatněna. Většina z nich má ukotvení v některé z unijních směrnic. Formulace použité unijním zákonodárcem, případná judikatura SDEU, *travaux préparatoires* k přijetí směrnice a odborná literatura musí sloužit jako základní, stěžejní zdroj poznání k tomu, jak výhradu veřejného pořádku vůči příslušné kategorii cizinců na vnitrostátní úrovni použít.

VI. Rodinný příslušník občana evropské unie s právním postavením dlouhodobě pobývajícího rezidenta

BEÁTA SZAKÁCSOVÁ*

1. ÚVOD

Podle § 65 odst. 2 zákona o pobytu cizinců¹ se ustanovení hlavy IV nevztahuje na občana Evropské unie a s výjimkou § 83 až 85 na jeho rodinného příslušníka. Hlava IV upravuje povolení k trvalému pobytu na území České republiky a ustanovení § 83 až 85 upravují právní postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta.

V příspěvku se budu zabývat otázkou, zda je ustanovení § 65 odst. 2 zákona o pobytu cizinců v souladu se směrnicí 2003/109/ES², případně zda mohou nastat případy, kdy bude nutné se odklonit od § 65 odst. 2 zákona o pobytu cizinců a aplikovat přímo směrnici 2003/109/ES.

Otázka souladu ustanovení § 65 odst. 2 zákona o pobytu cizinců se směrnicí 2003/109/ES může vyvstat, pokud státní příslušník třetí země požádá o povolení k trvalému pobytu podle § 68 zákona o pobytu cizinců a v průběhu řízení se stane rodinným příslušníkem občana Evropské unie a požádá ministerstvo také o povolení k přechodnému pobytu podle § 87b odst. 1 zákona o pobytu cizinců.

* Kancelář veřejného ochránce práv, Brno

¹ Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

² Směrnice Rady 2003/109/ES ze dne 25. listopadu 2003 o právním postavení státních příslušníků třetích zemí, kteří jsou dlouhodobě pobývajícími rezidenty.

2. VÝZNAM SMĚRNICE 2003/109/ES PŘI POSOUZENÍ ŽÁDOSTI O VYDÁNÍ POVOLENÍ K TRVALÉMU POBYTU PODLE § 68 ZÁKONA O POBYTU CIZINCŮ

Provázaností řízení o žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu se podrobně zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 15. 6. 2016, č. j. 9 AzS 95/2016-29, publ. pod č. 3448/2016 Sb. NSS. Uvedl, že Česká republika závazky ze směrnice Rady 2003/109/ES transponovala do zákona o pobytu cizinců novelou č. 161/2006 Sb., přičemž provázala rozhodování o trvalém pobytu podle § 68 s institutem právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta. Podle uvedeného rozsudku „[s]tanoví-li zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, pro přiznání postavení rezidenta podmínu získání trvalého pobytu, musí být i podmínky trvalého pobytu vykládány v souladu s požadavky směrnice Rady 2003/109/ES [...]“.³ V tomto rozsudku Nejvyšší správní soud nepřímo aplikoval směrnici Rady 2003/109/ES.

V jiném rozsudku Nejvyšší správní soud posuzoval, zda pobyt na území České republiky na základě povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie má být započítán při posuzování splnění podmínky pětiletého nepřetržitého pobytu na území.⁴ Jednalo se o žádost podanou ještě před nabýtím účinnosti zákona č. 314/2015 Sb., který upravil znění § 68 odst. 2 a 3 zákona o pobytu cizinců tak, aby byly odstraněny některé nejasnosti „s ohledem na správnou aplikaci směrnice 2003/109/ES“.⁵ Nejvyšší správní soud v daném případě shledal, že směrnice Rady 2003/109/ES neuvádí, že by si členské státy mohly podmínky pro získání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta upravit přísněji, resp. že by mohly z požadovaného pětiletého oprávněného a nepřetržitého pobytu vyloučit ještě jiné důvody pobytu, než jsou v této směrnici uvedeny (čl. 3 odst. 2 směrnice 2003/109/ES).⁶

³ Lze mít pochybnosti o tom, zda přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta může být podmíněno povolením k trvalému pobytu. K tomu viz ACOSTA ARCARAZO, D. *The Long-term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship: An Analysis of Directive 2003/109*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2011, s. 104.

⁴ Rozsudek ze dne 24. května 2017, č. j. 1 AzS 90/2017-37.

⁵ Ministerstvo vnitra. *Návrh novely zákona o pobytu cizinců na území České republiky EU*. Sněmovní tisk 463/0, důvodová zpráva, k bodu 45.

⁶ Bod 26 rozsudku.

3. OSOBNÍ PŮSOBNOST SMĚRNICE RADY 2003/109/ES

Směrnice 2003/109/ES se dle čl. 3 odst. 1 vztahuje na „*státní příslušníky třetích zemí oprávněně pobývající na území členského státu*“. Definice v článku 2 písm. a) též směrnice přitom stanoví, že pro její účely se „*státním příslušníkem třetí země*“ rozumí osoba, která není občanem Unie ve smyslu čl. 17 odst. 1 Smlouvy o založení Evropského společenství. Na základě Lisabonské smlouvy byla tato smlouva přejmenována na Smlouvu o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“). Na základě nového číslování se bývalý čl. 17 Smlouvy o založení Evropského společenství, upravující občanství Unie, stal čl. 20 SFEU. Podle čl. 20 odst. 1 SFEU je občanem Unie „*každá osoba, která má státní příslušnost členského státu*“. Z toho vyplývá, že směrnice 2003/109/ES se vztahuje na osoby, které nemají státní příslušnost členského státu a které oprávněně pobývají na území členského státu.

Ustanovení čl. 3 odst. 2 směrnice 2003/109/ES však vymezuje určité skupiny státních příslušníků třetích zemí, na které se tato směrnice nevztahuje. Platí to o státních příslušnících třetích zemí, a) kteří pobývají na území členského státu za účelem studia nebo odborného vzdělávání, b) kteří jsou oprávněni pobývat v členském státě na základě dočasné ochrany nebo zažádali o povolení k pobytu z tohoto důvodu a vyčkávají rozhodnutí o svém právním postavení, c) kteří jsou oprávněni pobývat v členském státě na základě jiné formy ochrany než mezinárodní ochrany nebo kteří požádali o povolení k pobytu na tomto základě a čekají na rozhodnutí o svém právním postavení, d) kteří požádali o mezinárodní ochranu a dosud neobdrželi konečné rozhodnutí, e) kteří pobývají v členském státě výhradně po přechodnou dobu, např. jako *au pair* nebo sezónní pracovník nebo jako pracovníci vyslaní poskytovatelem služeb za účelem přeshraničního poskytování služeb nebo jako přeshraniční poskytovatelé služeb nebo tehdy, byla-li jejich povolení k pobytu formálně omezena, f) jejichž právní postavení se řídí Vídeňskou úmluvou o diplomatických stycích z roku 1961, Vídeňskou úmluvou o konzulárních stycích z roku 1963, Úmluvou z roku 1969 o zvláštních misích nebo Vídeňskou úmluvou o zastoupení států v mezinárodních organizacích univerzálního zaměření z roku 1975.

Odborná literatura uvádí, že jelikož směrnice 2003/109/ES nevylučuje ze své působnosti státní příslušníky třetích zemí, kteří se sjednotili s rodinnými příslušníky, ať už na základě směrnice 2003/86/ES o právu na sloučení

rodiny, práva EU na volný pohyb, práva občanství EU, nebo čistě na základě vnitrostátního práva, mohly by takové osoby získat právní postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta.⁷ Rodinní příslušníci občanů Evropské unie podle čl. 3 odst. 2 směrnice 2004/38/ES⁸ tedy nejsou vyloučeni z působnosti směrnice 2003/109/ES.

Komentář k čl. 3 směrnice 2003/109/ES uvádí, že Komise sice ve svém původním návrhu vyloučila z působnosti směrnice také rodinné příslušníky občanů Evropské unie, Rada je však rozhodla do působnosti směrnice zahrnout. Rodinní příslušníci občanů Evropské unie tak mohou požádat o přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta.⁹ Důvodová zpráva návrhu Komise¹⁰ v bodě 5.3 uvádí, že „[t]oto postavení bude možné přiznat všem státním příslušníkům, kteří oprávněně pobývají na území členského státu [...]. Tato kategorie zahrnuje [...] státní příslušníky třetích zemí, kteří jsou rodinní příslušníci občana Unie“. Zároveň k čl. 3 důvodová zpráva návrhu Komise uvádí, že „[n]ávrh pokryvá také právní situaci státních příslušníků třetích zemí, kteří jsou rodinní příslušníci občanů Unie“. Čl. 3 odst. 3 původního návrhu Komise stanovil, že „[s]tátní příslušníci třetích zemí, kteří jsou rodinnými příslušníky občanů Unie, kteří využili svého práva na volný pohyb osob, nemohou získat na území hostitelského členského státu Unie postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta, dokud nezískají právo trvalého pobytu v tomto členském státě ve smyslu právní úpravy volného pohybu osob“. Důvodová zpráva k návrhu tohoto ustanovení uvádí: „Rodinní příslušníci občanů Unie, kteří využili svého práva na svobodu pohybu, jsou oprávněni plně využívat práva Společenství o svobodě pohybu osob, zejména pokud pro ně existují příznivější ustanovení. Pokud však získali právo na trvalý pobyt v členském státě podle práva Společenství o volném pohybu osob, mohou rovněž využívat práva, která tato směrnice poskytuje“.

⁷ PEERS, S., GUILD, E., ACOSTA ARCARAZO, D., GROENENDIJK, K., MORENO-LAX, V. *EU Immigration and Asylum Law. Volume 2: EU Immigration Law*. Druhé přepracované vydání. London, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, s. 299.

⁸ 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, 93/96/EHS.

⁹ HAILBRONNER, K., THYM, D. (eds.) *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, 2. vydání. München: C. H. Beck / Hart / Nomos, 2016, s. 443.

¹⁰ Návrh směrnice Rady o právním postavení státních příslušníků třetích zemí, kteří jsou dlouhodobě pobývajícími rezidenty, KOM/2001/0127 v konečném znění – CNS 2001/0074.

dlouhodobě pobývajícím rezidentům, stejně jako ostatní státní příslušníci třetích zemí. To je nezbytné, aby bylo zajištěno, že mohou samostatně vykonávat své právo pobytu v jiném členském státě.“ Vzhledem k tomu, že dané ustanovení bylo z konečného znění směrnice vypuštěno, lze mít za to, že se na rodinné příslušníky občanů Evropské unie nevztahuje ani toto omezení při získání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta. V případě, že rodinný příslušník občana Evropské unie splní podmínky podle směrnice 2003/109/ES, nelze přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta podmínit tím, že musí nejdříve splnit také podmínky pro vydání povolení k trvalému pobytu podle směrnice 2004/38/ES (čl. 16).

Také odborná literatura uvádí, že státní příslušníci třetích zemí, kteří jsou rodinnými příslušníky občanů Evropské unie, by měli mít možnost se kvalifikovat pro přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta v souladu se směrnicí 2003/109/ES, i když ještě nesplňují podmínky pro udělení povolení k trvalému pobytu podle směrnice 2004/38/ES.¹¹ Žádost podle směrnice 2003/109/ES může být vhodnější pro státní příslušníky třetích zemí, kteří jsou rodinnými příslušníky občana Evropské unie, který nevykonává právo svobody pohybu, zatímco rodinní příslušníci občana Evropské unie, který pobývá v jiném členském státě, než jehož je občanem, většinou upřednostňují trvalý pobyt podle čl. 16 směrnice 2004/38/ES. Oba tyto statusy přitom mohou být získány souběžně.¹²

¹¹ GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J. *The EU Citizenship Directive. Commentary*. New York: Oxford University Press, 2014, s. 185.

¹² HAILBRONNER, K. THYM, D., op. cit. 9, s. 443. S odkazem na publikace BOELES a kol. *European Migration Law*. 2. vydání. Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2014, s. 181; PEERS, S. a kol. (eds.) *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary). Volume 2: EU Immigration Law*. 2. upravené vydání. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, s. 299; HAILBRONNER, K. *Ausländerrecht. Kommentar*. 84. vydání. Heidelberg: C. F. Müller, 2014, § 9a pozn. 1; BOELAERT-SUOMINEN, S. Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals Who are Long-Term Residents: five paces forward and possibly three paces back. *Common Market Law Review*. Volume 42 (2005), s. 1022; GROENENDIJK, K. The Long-Term Residence Directive, Denizenship and Integration. In: BALDACCINI, A., GUILD, E., TONER, H. (eds.) *Whose Freedom, Security and Justice. EU Immigration and Asylum Law and Policy*. Oxford: Hart Publishing, 2007, s. 441 a PEERS, S. Implementing Equality? The Directive on Long-Term Resident Third Country Nationals. *European Law Review*. Svazek 29 (2004), s. 448.

4. PŘIZNÁNÍ PRÁVNÍHO POSTAVENÍ DLOUHODOBĚ POBÝVAJÍCÍHO REZIDENTA RODINNÉMU PŘÍSLUŠNÍKOVI OBČANA EVROPSKÉ UNIE PODLE ZÁKONA O POBYTU CIZINCŮ

Česká právní úprava stanoví podmínky přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta v ustanovení § 83 zákona o pobytu cizinců. Podle § 83 odst. 1 Ministerstvo vnitra v rozhodnutí o povolení k trvalému pobytu přizná cizinci právní postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta, jestliže a) splnil podmínu 5 let nepřetržitého pobytu na území (§ 68), b) nenarušil závažným způsobem veřejný pořádek nebo neohrozil bezpečnost státu nebo jiného členského státu Evropské unie a c) prokázal zajištění prostředků k trvalému pobytu na území podle § 71.

Můžeme tedy rozlišovat čtyři případy, kdy může vyvstat otázka vztahu mezi směrnicí 2004/38/ES a směrnicí 2003/109/ES:

1. státní příslušník třetí země pobýval na území České republiky na základě povolení k pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie (pobyt v režimu směrnice 2004/38/ES), toto postavení však pozbyl a žádá o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 68 zákona o pobytu cizinců (a tedy také o přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta podle směrnice 2003/109/ES);
2. státní příslušník třetí země pobývá na území České republiky na základě povolení k trvalému pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie podle § 87h zákona o pobytu cizinců (pobyt v režimu směrnice 2004/38/ES) a požádá o přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta podle § 83 odst. 2 zákona o pobytu cizinců (režim směrnice 2003/109/ES);
3. státní příslušník třetí země požádá o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 68 zákona o pobytu cizinců (režim směrnice 2003/109/ES) a v průběhu řízení o této žádosti se stane rodinným příslušníkem občana Evropské unie (režim směrnice 2004/38/ES);
4. státnímu příslušníku třetí země je vydáno povolení k trvalému pobytu a přiznáno postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta (režim směrnice 2003/109/ES) a stane se rodinným příslušníkem občana Evropské unie (režim směrnice 2004/38/ES).

V prvním případě by státní příslušník třetí země měl mít možnost získat povolení k trvalému pobytu (a tím také postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta) také v případě, že přestal být rodinným příslušníkem občana

Evropské unie. Na základě zákona č. 314/2015 Sb.¹³ došlo k novelizaci ustanovení § 68 odst. 2 zákona o pobytu cizinců. Novela zohlednila „některé nejasnosti s ohledem na správnou aplikaci směrnice 2003/109/ES a dále aktuální judikaturu soudního dvora Evropské unie“.¹⁴ Podle § 68 odst. 2 písm. c) zákona o pobytu cizinců, ve znění účinném od 18. prosince 2015, jsou cizinci, kterým byl ukončen přechodný pobyt rodinného příslušníka občana Evropské unie a na území pobývají již nepřetržitě 5 let, oprávněni podat žádost o povolení k trvalému pobytu podle § 68 zákona o pobytu cizinců. V případě, že takový státní příslušník třetí země splní rovněž podmínky stanovené v § 83 odst. 1 zákona o pobytu cizinců (které musí splnit i k samotnému získání povolení k trvalému pobytu podle § 68 zákona o pobytu cizinců), je mu zároveň přiznáno postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta.

Ve druhém případě by rodinný příslušník občana Evropské unie pobýval na území České republiky na základě povolení k trvalému pobytu uděleného podle § 87h zákona o pobytu cizinců.

Je zřejmé, že Ministerstvo vnitra v rozhodnutí o povolení k trvalému pobytu podle § 87h zákona o pobytu cizinců není povinno bez dalšího přiznat cizinci právní postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta, neboť cizinec v rámci řízení o žádosti podle § 87h neprokazuje zajištění prostředků k trvalému pobytu na území a např. podle § 87h odst. 1 písm. a) nemusí ani splňovat podmínu pětiletého nepřetržitého pobytu na území. Cizinec by však mohl podat žádost o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 87h a zároveň žádost o přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta a k této žádosti přiložit také doklad o zajištění prostředků k trvalému pobytu na území podle § 71 zákona o pobytu cizinců. Dále přichází v úvahu podání žádosti o přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta podle § 83 odst. 2 zákona o pobytu cizinců.

Je otázkou, zda by rodinnému příslušníkovi občana Evropské unie s trvalým pobytom uděleným podle § 87h zákona o pobytu cizinců mohlo být přiznáno postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta podle § 83 odst. 2 zákona o pobytu cizinců.

¹³ Zákon č. 314/2015 Sb., 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 ve znění zákona č. 191/2016 Sb.

¹⁴ Ministerstvo vnitra. *Návrh novely zákona o pobytu cizinců na území České republiky EU*, op. cit. 5.

Podle ustanovení § 83 odst. 2 zákona o pobytu cizinců musí cizinec kumulativně splňovat tyto podmínky pro přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta:

1. má povolení k trvalému pobytu na území,
2. právní postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta nebylo cizinci přiznáno současně s vydáním povolení k trvalému pobytu,
3. cizinec o přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta písemně požádá,
4. cizinec splnil ke dni podání žádosti podmínku 5 let nepřetržitého pobytu na území (§ 68),
5. cizinec nenarušil závažným způsobem veřejný pořádek nebo neohrozil bezpečnost státu nebo jiného členského státu Evropské unie a
6. cizinec prokázal zajištění prostředků k trvalému pobytu na území podle § 71.

Problematickou se jeví pouze čtvrtá podmínka, kterou je splnění 5 let nepřetržitého pobytu na území s odkazem na § 68 zákona o pobytu cizinců. Podle ustanovení § 68 odst. 1 a 2 písm. c) se přitom do nepřetržitého pobytu na území započítává doba předchozího pobytu na základě povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie pouze tehdy, pokud došlo k ukončení přechodného pobytu a cizinci bylo na žádost podle § 87 odst. 5 vydáno povolení k dlouhodobému pobytu nebo cizinec požádal o vydání povolení k trvalému pobytu během lhůty k vycestování.

Při posouzení otázky, zda by státnímu příslušníku třetí země mělo být přiznáno právní postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta, přestože je nadále rodinným příslušníkem občana Evropské unie, lze vycházet ze závěrů rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 8. února 2017, č. j. 3A 23/2015-70, které byly potvrzeny výše uvedeným rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 24. května 2017, č. j. 1 AzS 90/2017-37. Městský soud v daném případě posuzoval, zda měl být přechodný pobyt rodinného příslušníka započítán do doby nepřetržitého pobytu cizinky na území, přestože tento typ pobytu nebyl uveden v taxativním výčtu povolení k pobytu, které se započítávají do doby nepřetržitého pobytu na území. Městský soud shledal, že „*[r]ozdíl mezi úpravou ve směrnici a zákonnou úpravou je [...] třeba překlenout vykladem a v případě kolize dát přednost unijní úpravě*“. Jednalo se přitom o cizinku, která přestala být rodinným příslušníkem občana Evropské unie. Z ustanovení směrnice 2003/109/ES však nelze dovodit, že by se mělo rozlišovat mezi cizincem, který přestal být rodinným příslušníkem občana Evropské

unie, a cizincem, který je nadále rodinným příslušníkem občana Evropské unie, případně mu bylo z tohoto důvodu také vydáno povolení k trvalému pobytu. Přestože ustanovení § 68 odst. 2 zákona o pobytu cizinců již stanoví, že přechodný pobyt rodinného příslušníka občana Evropské unie se započítává do nepřetržitého pobytu podle § 68 odst. 1 zákona o pobytu cizinců, pokud byl ukončen přechodný pobyt rodinného příslušníka občana Evropské unie, měl by se při posouzení žádosti o přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta, kterou podá rodinný příslušník občana Evropské unie s trvalým pobytom, uplatnit přímý účinek směrnice 2003/109/ES.

Z rozsudku Soudního dvora ve věci *Iida*¹⁵ také vyplývá, že se povolení k pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie započítává do oprávněného nepřetržitého pobytu cizince na území pro účely směrnice 2003/109/ES. Přestože pan Iida v daném případě již nedoprovázel svého rodinného příslušníka, a tudíž se na něj již nevztahovala směrnice 2004/38/ES, rozhodnutí nenaznačuje, že by tato skutečnost byla zásadní při posouzení žádosti o přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta podle směrnice 2003/109/ES.

Rodinný příslušník občana Evropské unie s povolením k trvalému pobytu by mohl mít zájem o přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta v případě, že by chtěl získat právo pobytu na území druhého členského státu např. z důvodu zaměstnání nebo studia bez toho, aby se s ním musel přesídlit občan Evropské unie, jehož je rodinným příslušníkem.¹⁶

Třetí případ se týká cizince, který pobývá na území České republiky, aniž by byl rodinným příslušníkem občana Evropské unie. V průběhu řízení o žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 68 zákona o pobytu cizinců (a zároveň žádosti o přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta) se však stane rodinným příslušníkem občana Evropské unie. V takovém případě se podle § 65 odst. 2 zákona o pobytu cizinců již ustanovení § 68 téhož zákona nevztahuje na rodinného příslušníka občana Evropské unie. Cizinec však byl oprávněn požádat o přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta, a podle čl. 7 odst. 3 směrnice 2003/109/ES, „*jsou-li podmínky stanovené článek 4 a 5 splněny a příslušná osoba nepředstavuje ohrožení ve smyslu článku 6 uvedené směrnice, přizná dotčený stát státnímu příslušníkovi třetí země právní postavení dlouhodobě pobývajícího*

¹⁵ Rozsudek Soudního dvora ze dne 8. listopadu 2012 ve věci C-40/11 *Yoshikazu Iida proti Stadt Ulm*, body 36-48.

¹⁶ Článek 14 směrnice 2003/109/ES.

rezidenta“. Ustanovení čl. 7 odst. 3 směrnice tedy ukládá členským státům povinnost vyhovět žádosti, pokud jsou splněny uvedené podmínky, címž se potvrzuje, že členské státy nemají možnost uvážení, zda přiznat postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta nebo nikoliv.¹⁷ Nárok státních příslušníků třetích zemí na přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta potvrdil také Soudní dvůr v rozsudku *Evropská komise proti Nizozemskému království*.¹⁸ Generální advokát Y. Bot ve svém stanovisku v této věci uvedl, že podle jeho názoru „*nelze pravomoc svěřenou vnitrostátním orgánům při vydávání povolení k pobytu na základě směrnice [2003/109/ES] kvalifikovat jako diskreční*“.¹⁹

Vzhledem k tomu, že směrnice 2003/109/ES nevyloùila rodinné příslušníky občanů Evropské unie ze své působnosti, má cizinec, který se stal v průběhu řízení o žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 68 zákona o pobytu cizinců rodinným příslušníkem občana Evropské unie, nadále nárok na přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta. Mohou přitom nastat dvě situace podle toho, zda rodinný příslušník občana Evropské unie splňuje rovněž podmínky pro vydání povolení k trvalému pobytu podle § 87h odst. 1 zákona o pobytu cizinců, a mohl by tudíž zároveň požádat o přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta podle § 83 odst. 2 zákona o pobytu cizinců.

Ustanovení čl. 7 odst. 2 první pododstavec směrnice 2003/109/ES stanoví povinnost příslušných vnitrostátních orgánů písemně oznámit své rozhodnutí co nejdříve, v každém případě však nejpozději šest měsíců ode dne podání žádosti. Podle ustanovení § 169t odst. 6 písm. g) bod 1 a 2 zákona o pobytu cizinců Ministerstvo vnitra rozhodne o žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu ve lhůtě do 180 dnů ode dne podání žádosti, případně ve lhůtě do 60 dnů ode dne podání žádosti na území podle § 69 zákona o pobytu cizinců. O žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu by tedy zpravidla mělo být rozhodnuto nejpozději do 180 dnů ode dne podání žádosti.

¹⁷ HAILBRONNER, K., THYM, D., op. cit. 9, s. 469

¹⁸ Rozsudek Soudního dvora ze dne 26. dubna 2012 ve věci C-508/10 *Evropská komise proti Nizozemskému království*, bod 68.

¹⁹ Stanovisko generálního advokáta Y. Bota přednesené dne 19. ledna 2012 ve věci C-508/10 *Evropská komise proti Nizozemskému království*, bod 75, s odkazem na ILLA-MOLA DAUSÀ, M., „*Égalité et intégration*“. In: JULIEN-LAFERRIERE, F., LABAYLE, H., EDSTRÖM, O. *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*. Brusel: Bruylant, 2005, s. 175.

Rodinný příslušník občana Evropské unie může podle § 87h odst. 1 zákona o pobytu cizinců požádat o vydání povolení k trvalému pobytu po 5 letech nepřetržitého přechodného pobytu na území a podle § 87h odst. 2 zákona o pobytu cizinců po 2 letech nepřetržitého přechodného pobytu na území, pokud je nejméně 1 rok rodinným příslušníkem státního občana České republiky, který je na území přihlášen k trvalému pobytu, nebo rodinným příslušníkem občana jiného členského státu Evropské unie, kterému bylo vydáno povolení k trvalému pobytu na území. Ze znění § 87h odst. 2 zákona o pobytu cizinců zjevně vyplývá, že dané ustanovení nepovažuje za nepřetržitý přechodný pobyt na území pouze přechodný pobyt rodinného příslušníka občana Evropské unie, ale různé typy přechodného pobytu na území podle hlavy III a hlavy IVa zákona o pobytu cizinců.

Mohou nastat případy, kdy se cizinec v průběhu řízení o žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 68 zákona o pobytu cizinců stane rodinným příslušníkem občana Evropské unie a zároveň již splňuje podmínky pro vydání povolení k trvalému pobytu podle § 87h zákona o pobytu cizinců a podmínky pro přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta podle § 83 odst. 1 zákona o pobytu cizinců. V těchto případech nastává otázka, jestli lze zamítнуть žádost cizince podle § 68 zákona o pobytu cizinců a trvat na tom, aby cizinec podal žádost o přiznání povolení k trvalému pobytu podle § 87h zákona o pobytu cizinců a požádal o přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta podle § 83 odst. 2 zákona o pobytu cizinců. Znění směrnice i relevantní judikatura nasvědčuje tomu, že nelze. Cizinec by totiž řádně podal žádost o přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta (podáním žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 68 zákona o pobytu cizinců) a v případě, že splňuje podmínky pro přiznání tohoto právního postavení podle článků 4 a 5 směrnice 2003/109/ES, nelze jeho žádost zamítнуть z jiných důvodů, než které stanoví článek 6 též směrnice.

V úvahu by přicházela možnost překvalifikovat žádost podle § 41 odst. 8 správního rádu.²⁰ O změnu obsahu žádosti by však cizinec musel sám požádat a správní orgán by mohl změnu obsahu povolit jen v případě, že cizinci hrozí vážná újma.

Pokud cizinec podá žádost o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 68 zákona o pobytu cizinců a v průběhu řízení o této žádosti se stane

²⁰ Viz webové stránky Ministerstva vnitra o překvalifikování žádosti: <http://www.mvcr.cz/clanek/obcane-tretich-zemi-prubeh-rizeni-prekvalifikovani-zadosti.aspx>

rodinným příslušníkem občana Evropské unie, přičemž ještě nesplňuje podmínky pro udělení povolení k trvalému pobytu podle § 87h zákona o pobytu cizinců a pro přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta podle § 83 odst. 2 zákona o pobytu cizinců, bylo by zamítnutí žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 65 odst. 2 zákona o pobytu cizinců v rozporu se směrnicí 2003/109/ES. Pokud by totiž cizinec musel nejdříve splnit podmínky pro vydání povolení k trvalému pobytu podle § 87h zákona o pobytu cizinců, jednalo by se o vyžadování splnění podmínky nad rámec podmínek stanovených směrnicí (např. prodloužení požadovaného nepřetržitého pobytu na území; podmínka, aby byl cizinec alespoň 1 rok rodinným příslušníkem občana České republiky s přihlášeným trvalým pobytom). S ohledem na osobní působnost směrnice a na skutečnost, že státní příslušníci třetích zemí mají za splnění podmínek stanovených směrnicí 2003/109/ES nárok na přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta, měly by příslušné správní orgány v těchto případech přímo aplikovat směrnicí 2003/109/ES.

Ve čtvrtém případě se jedná o osoby, které na území České republiky získají povolení k trvalému pobytu podle § 68 zákona o pobytu cizinců, je jim zároveň přiznáno postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta a následně se stanou rodinným příslušníkem občana Evropské unie. Tuto skupinu uvádíme pouze pro úplnost, neboť je otázkou, zdali by státní příslušník třetí země s přiznaným postavením dlouhodobě pobývajícího rezidenta vůbec měl zájem na získání povolení k pobytu podle směrnice 2004/38/ES v postavení rodinného příslušníka občana Evropské unie v členském státě, který mu přiznal postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta. Odborná literatura se sice vyjadřuje k otázce, zda by rodinný příslušník občana Evropské unie měl mít možnost získat právní postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta, ve vztahu k opačné situaci však mlčí. Zřejmě je to právě tím, že státní příslušník třetí země nemá důvod žádat o vydání povolení k pobytu podle směrnice 2004/38/ES, neboť práva obdobná těm, která vyplývají z této směrnice, a také další práva jsou mu přiznána již na základě skutečnosti, že je dlouhodobě pobývajícím rezidentem, a jeho právní postavení je tak obdobné právnímu postavení občanů Evropské unie.²¹

V úvahu by však přicházela možnost, že by se dlouhodobě pobývající rezident, který se stane rodinným příslušníkem občana Evropské unie, rozhodl s tímto občanem pobývat v jiném členském státě Evropské unie a místo

²¹ Bod 2 odůvodnění směrnice 2003/109/ES.

pobytu podle čl. 14 a násł. směrnice 2003/109/ES by požádal o povolení k pobytu podle směrnice 2004/38/ES. K takové žádosti by totiž nemusel opět předkládat úhrnný měsíční příjem. Může tedy nastat situace, že státní příslušník třetí země, jemuž bylo přiznáno právní postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta v jiném členském státě, požádá v České republice nikoliv o povolení k dlouhodobému pobytu rezidenta jiného členského státu Evropské unie podle § 42c zákona o pobytu cizinců, ale o povolení k přechodnému pobytu podle § 87b zákona o pobytu cizinců.

5. ZÁVĚR

Ze znění směrnice 2003/109/ES, odborné literatury a judikatury Soudního dvora i českých soudů vyplývá, že rodinný příslušník občana Evropské unie by měl mít možnost požádat o přiznání postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta a v případě, že splní podmínky stanovené touto směrnicí, musí být jeho žádosti vyhověno. Pro účely § 83 zákona o pobytu cizinců by se proto do doby nepřetržitého pobytu cizince na území měl započítat také pobyt na území na základě povolení k přechodnému pobytu rodinného příslušníka občana Evropské unie, a to také v případě, že nedošlo k ukončení přechodného pobytu. V určitých případech tak bude nutné se odklonit od ustanovení § 65 odst. 2 zákona o pobytu cizinců a přímo aplikovat směrnici 2003/109/ES.

VII.

Zaměstnávání cizinců disponujících polským dlouhodobým vízem vydaným za účelem zaměstnání

JITKA ZAVŘELOVÁ*

1. ÚVODEM

Zaměstnávání cizinců je oblastí, která se v agendě českých správních soudů vyskytuje často a v mnoha podobách. Této otázky se soudy dotýkají jak v souvislosti s rozhodováním v pobytových věcech cizinců podle 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“), ve kterých je účelem pobytu výkon zaměstnání, tak v souvislosti s otázkou postihování nelegální práce v režimu zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zaměstnanosti“) a v neposlední řadě v souvislosti s problematikou správního vyhoštění podle zákona o pobytu cizinců. Jedním z důvodů pro udělení správního vyhoštění je totiž skutečnost, že cizinec je na území zaměstnán bez oprávnění k pobytu anebo povolení k zaměstnání, ačkoli je toto povolení podmínkou výkonu zaměstnání, nebo na území provozuje dani podléhající výdělečnou činnost bez oprávnění podle zvláštního právního předpisu anebo bez povolení k zaměstnání cizince zaměstnal nebo takové zaměstnání cizinci zprostředkoval [§ 119 odst. 1 písm. b) bod 3 zákona o pobytu cizinců].

V nedávné době se v oblasti zaměstnávání cizinců opět objevila zajímavá právní otázka. Aniž bychom znali konkrétní číselné údaje, již jen z medializace některých těchto případů je zřejmé, že v současné době jde na území

* Krajský soud v Praze

České republiky na poli zaměstnávání cizinců o významný jev. Jedná se o otázku, zda cizinec ze třetí země¹ může na území České republiky vykonávat pracovní činnost na základě „polského víza typu D“. Co to je za pobytový titul, k čemumu opravňuje a k čemu naopak ne? Co čeká cizince nebo zaměstnavatele, pokud jednají v rozporu s tím, k čemu tento typ víza opravňuje? To jsou otázky, které se pokusím zodpovědět.

2. POLSKÉ VÍZUM TYPU D 05

V případech, kterými se budu zabývat, cizinci disponovali vízem pro pobyt delší než tři měsíce (tzv. dlouhodobým vízem), tedy vnitrostátním typem víza udělovaným členským státem podle jeho vnitrostátních právních předpisů v režimu jeho národní vízové politiky.²

Konkrétně šlo o Polsko, přičemž dané národní vízum bylo uděleno na základě žádosti obsahující prohlášení konkrétního polského zaměstnavatele o úmyslu svěřit cizinci práci a je vyhrazeno pro případy, ve kterých se nevyžaduje pracovní povolení. Toto vízum opravňuje cizince na území Polska jak k pobytu, tak i k výkonu práce, a to po dobu 6 měsíců v průběhu 12 po sobě jdoucích měsíců. Právní úprava tohoto víza je obsažena v polském zákoně o cizincích ze dne 12. prosince 2013,³ a to konkrétně v jeho čl. 60 odst. 1 a čl. 64 odst. 1 až 3, které vymezují typ víza, jeho délku a podmínky vydání. Dále v čl. 66 odst. 6, který stanoví, kdo toto národní vízum vydává (je to zpravidla konzul příslušný podle bydliště cizince), a také v čl. 77 odst. 2, který stanoví podmínky zdravotního pojištění cizince disponujícího uvedeným typem víza. Tento typ dlouhodobého víza je podle nařízení ministra vnitra ze dne 5. května 2014 o vízech pro cizince⁴ na vízovém štítku označován kódem 05.

¹ Za takového cizince považuju osobu, která není občanem státu Evropské unie. V případech, které řešila soudní praxe, přitom šlo o státní občany Ukrajiny, přičemž s ohledem na polskou právní úpravu (viz kapitola 2) by mohlo jít také o občany Arménie, Běloruska, Gruzie, Moldavska nebo Ruské federace.

² Tato víza se udělují podle jednotného vzoru víz uvedeného na nařízení Rady (ES) č. 1683/95, kterým se stanoví jednotný vzor víz, a jsou vyznačována písmenem „D“, resp. „MULTI/D“. Vízové štítky se vyplňují v souladu s příslušnými ustanoveními přílohy VII nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 810/2009, o kodexu Společenství o vízech (vízový kodex).

³ Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. 2013, poz. 1650).

⁴ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 5 maja 2014 r. w sprawie wiz dla cudzoziemców (Dz. U. 2014, poz. 592).

Jak již bylo naznačeno, toto význam je vyhrazeno pro situace, ve kterých se nevyžaduje pracovní povolení. Ty jsou taxativně vyjmenovány v nařízení ministra práce a sociální politiky ze dne 21. dubna 2015 ve věci případů, ve kterých je pověření cizince výkonem práce na území Polské republiky přípustné bez nutnosti získání pracovního povolení.⁵ Bylo vydáno na základě zákona ze dne 20. dubna 2004 o nabídce zaměstnání a institucích pracovního trhu.⁶ Z § 1 bodu 20 uvedeného nařízení ministra práce a sociální politiky přitom plyne, že pověření cizince výkonem práce na území Polské republiky bez nutnosti získání pracovního povolení je přípustné v případě cizinců, kteří jsou občany Arménie, Běloruska, Gruzie, Moldavska, Ruské federace nebo Ukrajiny a vykonávají práci v období nepřekračujícím 6 měsíců v průběhu po sobě následujících 12 měsíců, nezávisle na počtu subjektů pověřujících je výkonem práce. A to za podmínky, jestliže před nastupem cizince do práce okresní úřad práce, příslušný s ohledem na místo trvalého pobytu nebo sídla subjektu pověřujícího výkonem práce, zaregistroval písemné prohlášení tohoto subjektu o úmyslu pověřit výkonem práce tohoto cizince, popisující název profese, místo výkonu práce, datum zahájení a dobu výkonu práce, druh smlouvy stanovující titul výkonu práce a výši odměny brutto za práci, informující o nemožnosti uspokojování potřeb zaměstnanců na základě místního pracovního trhu a o seznámení se s předpisy souvisejícími s pobytom a prací cizinců, a tato práce je vykonávána na základě písemné smlouvy podle podmínek popsaných v prohlášení.

Z uvedeného ustanovení plyne jednoznačná provázanost výkonu práce cizince s prohlášením konkrétního polského zaměstnavatele o úmyslu svěřit cizinci práci, které musí být současně registrováno u příslušného okresního úřadu práce (viz podmínka, že práce je vykonávána podle podmínek popsaných v prohlášení). Toto prohlášení zaměstnavatele je přitom dosti podrobné (musí obsahovat název profese, místo výkonu práce, datum zahájení a dobu výkonu práce, druh smlouvy stanovující titul výkonu práce a výši odměny brutto za práci), a je stěží zaměnitelné s jinou pracovní pozicí. Současně je jeho povinnou náležitostí seznámení cizince s předpisy souvisejícími s pobytom a prací cizinců. Cizinec by měl být informován o tom, že jej následně

⁵ Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 21 kwietnia 2015 r. w sprawie przypadków, w których powierzenie wykonywania pracy cudzoziemcowi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest dopuszczalne bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę (Dz. U. 2015, poz. 588).

⁶ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. 2004 Nr 99, poz. 1001).

vydané vízum opravňuje pouze k práci ve smyslu učiněného prohlášení konkrétního zaměstnavatele.

Je zřejmé, že pracovní oprávnění cizince spojená s výzem typu D 05, vydaným na základě prohlášení konkrétního polského zaměstnavatele o úmyslu svěřit cizinci práci, jsou značně limitovaná i na samotném území Polska. Lze sice na jedné straně předpokládat, že i polská právní úprava (shodně jako ta česká) umožňuje dočasnému změnu místa výkonu práce, avšak na straně druhé lze současně očekávat, že v oblasti zaměstnávání cizinců ze třetích zemí může být využití těchto institutů omezeno. Obecně můžeme mít každopádně za to, že toto vízum představuje oprávnění ke kratšímu (sezónnímu) pracovnímu pobytu bez snahy dlouhodobě se integrovat na místním trhu práce.

3. POBYT DRŽITELŮ POLSKÉHO VÍZA NA ÚZEMÍ JINÝCH ČLENSKÝCH STÁTŮ

Držitelé vnitrostátních víz jsou oprávněni i k pobytu na území jiných členských států, ovšem pouze za podmínek plynoucích z čl. 21 odst. 1 a odst. 2a ve spojení s čl. 18 Úmluvy k provedení Schengenské dohody (dále jen „Schengenská prováděcí dohoda“).⁷ Tito cizinci se podle uvedených ustanovení mohou na základě tohoto víza a platného cestovního dokladu volně pohybovat na území ostatních členských států po dobu nejvíše tří měsíců během jakéhokoli šestiměsíčního období, pokud splňují podmínky vstupu uvedené v čl. 6 odst. 1 písm. a), c) a e) nařízení Evropského parlamentu a rady (EU) 2016/399 ze dne 9. března 2016, kterým se stanoví kodex Unie o pravidlech upravujících přeshraniční pohyb osob (Schengenský hraniční kodex), (kodifikované znění),⁸ a pokud nejsou uvedeni na vnitrostátním seznamu osob, jimž má být odepřen vstup na území příslušného členského státu.⁹ Podmínkou vstupu podle čl. 6 odst. 1 písm. a), c) a e) Schengenského

⁷ Znění po novele provedené nařízením Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 265/2010 ze dne 25. března 2010, kterým se mění Úmluva k provedení Schengenské dohody a nařízení (ES) č. 562/2006, pokud jde o pohyb osob s dlouhodobým vízem.

⁸ Dříve byly tyto podmínky uvedeny v čl. 5 odst. 1 písm. a), c) a e) 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).

⁹ V českých poměrech jde o evidenci nežádoucích osob (tzv. ENO), více viz zejména § 154–155 zákona o pobytu cizinců.

hraničního kodexu (kodifikované znění) je primárně držení platného cestovního dokladu opravňujícího držitele k překročení hranice, který musí být platný nejméně tři měsíce po předpokládaném datu odjezdu z území členských států (v naléhavých případech, které jsou odůvodněné, je možné od splnění této povinnosti upustit) a byl vydán v předchozích deseti letech. Dále musí cizinec zdůvodnit účel a podmínky předpokládaného pobytu a zajištění dostatečných prostředků pro obživu jak na dobu předpokládaného pobytu, tak na návrat do své země původu nebo na průjezd do třetí země, ve které je zaručeno jeho přijetí, nebo skutečnost, že je schopen si tyto prostředky legálním způsobem opatřit. Konečně nesmí jít o osoby, které by byly považovány za hrozbu pro veřejný pořádek, vnitřní bezpečnost, veřejné zdraví nebo mezinárodní vztahy kteréhokoliv z členských států, zejména nejsou osobami, jimž má být podle vnitrostátních databází členských států odepřen vstup ze stejných důvodů.

Jakkoli se může zdát, že podmínky cestování držitelů národních dlouhodobých víz do jiných členských států jsou přísné a omezující, je třeba si uvědomit, že až do roku 2010 (tj. do změny Schengenské prováděcí dohody) byly ještě přísnější. Podle původního čl. 18 Schengenské prováděcí dohody opravňovala dlouhodobá národní víza jejich držitele pouze k průjezdu ostatními členskými státy do členského státu, který dlouhodobé vízum vydal, avšak nikoli již zpět.

Pokud bychom se přenesli na území České republiky, tedy uvažovali nad konkrétní situací, kdy na její území vstupuje držitel polského dlouhodobého víza, nelze pominout ani ohlašovací povinnost plynoucí z § 93 odst. 1 zákona o pobytu cizinců. Ten zakotvuje povinnost cizince do 3 pracovních dnů ode dne vstupu na území ohlásit na policii místo pobytu způsobem uvedeným v § 97 zákona o pobytu cizinců (musí sdělit policii vyplněním přihlašovacího tiskopisu jméno, příjmení přihlašovaného cizince, datum jeho narození, jeho státní občanství, trvalé bydliště v zahraničí, číslo cestovního dokladu a víza, je-li v cestovním dokladu vyznačeno, počátek a místo pobytu, a předpokládanou dobu a účel pobytu na území). Tato povinnost neplatí pro cizince mladšího 15 let, člena personálu zastupitelského úřadu cizího státu nebo mezinárodní vládní organizace akreditované v České republice, jeho rodinného příslušníka registrovaného Ministerstvem zahraničních věcí nebo cizince, kterému ministerstvo zajišťuje ubytování. Povinnost se také nevztahuje na cizince, který tuto povinnost splnil u ubytovatele [§ 103 písm. b) zákona o pobytu cizinců].

Poznamenejme současně, že již tím, že cizinec nesplní uvedenou ohlašovací povinnost, se dopouští přestupku [§ 156 odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců], za který mu může být uložena pokuta až do výše 3 000 Kč.

4. ZAMĚSTNÁVÁNÍ CIZINCŮ

Nyní se pokusme zodpovědět otázku, jak je to v České republice se zaměstnáváním cizinců, kteří disponují dlouhodobým vízem opravňujícím je k výkonu práce na území jiného členského státu. Unijní právní úpravu týkající se pobytu a současně zaměstnávání cizinců přiléhavým způsobem shrnul Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 5. 4. 2017, č. j. 6 Azs 60/2017-13 (dostupný na www.nssoud.cz). Nejvyšší správní soud prvořadě poukázal na čl. 79 odst. 2 Smlouvy o fungování Evropské unie, podle něhož platí, že Evropský parlament a Rada přijímají řádným legislativním postupem opatření mimo jiné v oblastech podmínek vstupu a pobytu a pravidel udělování dlouhodobých víz a povolení k pobytu státních příslušníků třetích zemí; a dále práv státních příslušníků třetích zemí oprávněně pobývajících v členském státě, včetně podmínek upravujících svobodu pohybovat se a pobývat v ostatních členských státech. Nejvyšší správní soud také následně poukázal na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2011/98/EU, o jednotném postupu vyřizování žádostí o jednotné povolení k pobytu a práci na území členského státu pro státní příslušníky třetích zemí a o společném souboru práv pracovníků ze třetích zemí oprávněně pobývajících v některém členském státě. Zdůraznil pak, že „*[c]ílem směrnice je krom jiného stanovit jednotný postup pro vyřizování žádostí občanů třetích zemí ústící v kombinovaný doklad, který bude v rámci jediného správního aktu zahrnovat jak povolení k pobytu, tak pracovní povolení. Ustanoveními směrnice by ovšem neměla být dotčena pravomoc členských států reguloval přijímání státních příslušníků třetích zemí, včetně objemu vstupů státních příslušníků třetích zemí přicházejících za účelem výkonu zaměstnání (srov. čl. 6 preamble)*“. Na základě těchto úvah pak Nejvyšší správní soud dovodil, že „*[z] žádného přímo použitelného evropského právního předpisu nevyplývá povinnost členského státu umožnit občanům třetích zemí výkon zaměstnání na svém území, pokud jsou tito občané držiteli dlouhodobého víza a pracovního povolení v jiném členském státě*“. Jak plyne z úvah Nejvyššího správního soudu, ale i z uvedené unijní

legislativy, stěžejní z pohledu zaměstnávání cizinců proto bude vždy vnitrostátní právní úprava.

Z tuzemské právní úpravy plyne, že cizinec může být v České republice přijat do zaměstnání a zaměstnáván jen na základě platné zaměstnanecké karty, modré karty nebo povolení k zaměstnání vydané krajskou pobočkou Úřadu práce České republiky a platného povolení k pobytu na území České republiky, vydaného podle zákona o pobytu cizinců. Uvedené plyne z § 89 odst. 1 a 2 zákona o zaměstnanosti. Povolení k zaměstnání se vyžaduje i v případě, má-li být cizinec, jehož zaměstnavatelem je zahraniční subjekt, svým zaměstnavatelem na základě smlouvy s českou právnickou nebo fyzickou osobou vyslán k výkonu práce na území České republiky k plnění úkolů vyplývajících z této smlouvy (§ 95 odst. 1 zákona o zaměstnanosti). Toto ustanovení míří k institutu dočasného přidělení zaměstnavatelem či agenturou práce k výkonu práce (zaměstnání) k jinému zaměstnavateli a fakticky znamená změnu místa výkonu práce. Podstatou tohoto institutu je, že vedle pracovněprávního vztahu mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem (ten zůstává zachován) vzniká obchodněprávní vztah mezi přidělujícím zaměstnavatelem (agenturou práce) a přijímajícím zaměstnavatelem. Povinnosti obou zaměstnavatelů vůči zaměstnanci se mezi oba tyto subjekty dělí.¹⁰ Řešit pracovněprávní detaily tohoto institutu by pro účely tohoto příspěvku bylo nadbytečné. Je ale třeba určitě upozornit na povinnosti plynoucí z dalších odstavců § 95 zákona o zaměstnanosti, které stíhají přijímajícího zaměstnavatele (tuzemskou právnickou či fyzickou osobu). Ten je totiž podle § 95 odst. 2 zákona o zaměstnanosti ještě před uzavřením smlouvy, na jejímž základě dojde k vyslání cizince k výkonu práce na území České republiky (tj. smlouvy o dočasném přidělení zaměstnanců uzavřené se zahraničním zaměstnavatelem či agenturou práce), povinen projednat s příslušnou krajskou pobočkou Úřadu práce zejména počty a profese vysílaných zaměstnanců a dobu jejich vyslání. Následně je tento český přijímající zaměstnavatel povinen požádat o vydání povolení k zaměstnávání pro vysílané cizince,¹¹

¹⁰ Srov. BĚLINA, M. a kol. *Pracovní právo*. 6. doplněné a podstatně přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, bod 258–259.

¹¹ Povolení k zaměstnání, jak plyně z § 92 odst. 1 zákona o zaměstnanosti, vydá krajská pobočka Úřadu práce za podmínek, že se jedná o označené volné pracovní místo (§ 86 zákona o zaměstnanosti) a toto volné pracovní místo nelze s ohledem na požadovanou kvalifikaci nebo nedostatek volných pracovních sil obsadit jinak; splnění druhé podmínky v pořadí se přitom nevyžaduje při vydání povolení k zaměstnání podle § 95, tj. v případě zaměstnance vyslaného zahraničním zaměstnavatelem k práci na území České republiky.

přičemž je odpovědný za to, že cizinci mají platná povolení k zaměstnání a povolení k pobytu po celou dobu jejich vyslání zahraničním zaměstnavatelem (§ 95 odst. 3 zákona o zaměstnanosti).

Pokud by však šlo o dočasné přidělení zaměstnanců agenturou práce k zaměstnavateli, platí podle § 95 odst. 4 zákona o zaměstnanosti, že pro takové dočasné přidělení cizince k výkonu práce k uživateli krajská pobočka Úřadu práce povolení k zaměstnání nevydá, a to s odkazem na § 66 zákona o zaměstnanosti. Podle něho agentura práce nemůže dočasně přidělit k výkonu práce u uživatele (přijímacího zaměstnavatele) zaměstnance, kterému byla vydána zaměstnanecká karta, modrá karta nebo kterému bylo vydáno povolení k zaměstnání. Toto omezení uvedené v § 95 odst. 4 zákona o zaměstnanosti má přitom svůj smysl. Pokud totiž v České republice nemůže být agenturně zaměstnán žádný cizinec držící české oprávnění k zaměstnání (což vyplývá z § 66 zákona o zaměstnanosti), bylo by nelogické, aby tímto způsobem mohl být zaměstnáván cizinec držící povolení k zaměstnání v jiném členském státě.

Omezení agenturního zaměstnávání cizinců má v českém právním rádu svůj vývoj. Důvodem zavedení uvedené restriky byla jednoznačně hospodářská krize spadající do konce prvního desetiletí 21. století. Nejprve, tj. s účinností od 1. 1. 2009, byl tento způsob zaměstnávání zapovězen pro držitele zelených karet,¹² jak plyne z tehdy účinného § 66 zákona o zaměstnanosti. Následně docházelo jednotlivými novelami k dalšímu zpřísňování omezení (k držitelům zelených karet přibyly s účinností od 1. 1. 2011 držitelé modrých karet a poté s účinností od 1. 1. 2012 také držitelé povolení k zaměstnání). Vedle toho byl tento způsob zaměstnávání omezen již s účinností od 27. 3. 2009 nařízením vlády č. 64/2009 Sb., o stanovení druhu prací, které agentura práce nemůže formou dočasného přidělení k výkonu práce u uživatele zprostředkovávat. Podle tohoto nařízení nemůže agentura práce pro cizince zprostředkovávat zaměstnání formou dočasného přidělení k výkonu práce u uživatele pro takové druhy prací, k jejichž výkonu postačuje nižší stupeň vzdělání než střední vzdělání s maturitní zkouškou, a prací, které nebyly uvedeny v příloze k tomuto nařízení. To znamená, že agentura práce může cizince přidělit jen k výkonu prací uvedených taxativně v příloze nařízení.¹³

¹² Zelené karty byly s účinností od 24. 6. 2014 zrušeny a nahrazeny tzv. zaměstnaneckými kartami, a to zákonem č. 101/2014 Sb.

¹³ Jde zpravidla o specifické technické a dělnické profese, a sice takové, po kterých je ze strany

Obrat nicméně nastal v souvislosti s novelou zákona o zaměstnanosti provedenou zákonem č. 206/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, účinnou od 29. 7. 2017. Touto novelou bylo přísné omezení agenturního zaměstnávání cizinců, mající dosud oporu v § 66 zákona o zaměstnanosti, zrušeno. Současně bylo změněno i ustanovení § 95 odst. 4 zákona o zaměstnanosti. Nově platí, že je-li obsahem smlouvy uzavřené mezi zahraniční agenturou práce a českou právnickou nebo fyzickou osobou dočasné přidělení zaměstnanců agenturou práce k českému zaměstnavateli, může krajská pobočka Úřadu práce povolení k zaměstnání vydat pouze tehdy, pokud bylo zahraničnímu zaměstnavateli vydáno povolení ke zprostředkování zaměstnání a současně se jedná o oznámené volné pracovní místo, které nelze s ohledem na požadovanou kvalifikaci nebo nedostatek volných pracovních sil obsadit jinak (§ 92 odst. 1). Neplatí již tedy, že krajská pobočka Úřadu práce povolení k zaměstnání vůbec nevydá. Poslední vývoj tedy naznačuje ústup od restriktivního pojetí agenturního zaměstnávání cizinců (a to i přeshraničního).¹⁴ Tato právní úprava se však bude týkat až budoucích případů; a i ta s sebou nese celou řadu podmínek, a proto v žádném případě neznamená absolutní rozvolnění v této oblasti.

Lze shrnout, že jakékoli zaměstnání (tedy výkon závislé práce) může cizinec na území České republiky vykonávat jen tehdy, pokud disponuje některým z výše uvedených zaměstnaneckých oprávnění. O vydání povolení k zaměstnání přitom musí cizinec žádat zpravidla již před svým příchodem na území České republiky sám nebo prostřednictvím zaměstnavatele. Již ke dni nástupu do zaměstnání musí mít cizinec platné povolení k zaměstnání, kterým pak musí disponovat po celou dobu výkonu zaměstnání.

V této souvislosti je vhodné ještě připomenout, co se rozumí zaměstnáním neboli výkonem závislé práce. Vymezením znaků závislé práce se velmi podrobně zabýval v rozsudku ze dne 13. 2. 2014, č. j. 6 Ads 46/2013-35, Nejvyšší správní soud, a to na pozadí novelizace § 2 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších přepisů (ustanovení obsahující definici závislé práce), provedené zákonem č. 365/2011 Sb. Těmito znaky jsou

zaměstnavatelů velká poptávka, ale které současně není možné uspokojit ze strany tuzemských zaměstnanců.

¹⁴ Nutno však poznamenat, že na poli agenturního zaměstnávání cizinců stále platí omezení plynoucí z nařízení vlády č. 64/2009 Sb., o stanovení druhu prací, které agentura práce nemůže formou dočasného přidělení k výkonu práce u uživatele zprostředkovávat, neboť toto nařízení doposud žádnou změnou dotčeno nebylo.

soustavnost (práce nesmí být pouze jednorázovou či nahodilou spoluprací), osobní výkon práce, vztah nadřízenosti a podřízenosti mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem (práce musí být vykonávána jménem zaměstnavatele a podle jeho pokynů; typicky pak závislé postavení zaměstnance na zaměstnavateli prokazuje poskytování odměny, byť nejde o samostatný definiční znak závislé práce). Závěrem svých úvah pak Nejvyšší správní soud v uvedeném rozsudku v jeho bodě 29 shrnul, že „*jakýmsi leitmotivem všech znaků závislé práce vymezených (nově) v § 2 odst. 1 zákoníku práce, je osobní či hospodářská závislost zaměstnance na zaměstnavateli. Tyto znaky slouží k odlišení závislé práce od jiných ekonomických aktivit (zejména samostatného podnikání), ale také od aktivit jiného charakteru (zejména mezilidské výpomoci).* Proto musí správní orgány při postihování nelegální práce v rízení obviněnému prokázat naplnění všech těchto znaků – zaměstnanec osobně a soustavně vykonává práci jménem zaměstnavatele a podle jeho pokynů, přičemž se vůči zaměstnavateli nachází v podřízeném vztahu“. Uvedené úvahy vedou k jednoznačnému závěru, že při posuzování charakteru práce, která je vykonávána (ať už cizincem, či tuzemským pracovníkem), bude vždy záležet na konkrétních skutkových okolnostech jednotlivých situací. Pokud se přeneseme do souvislostí zde projednávaných případů, nelze ani v případě cizinců disponujících polským dlouhodobým vízem vydaným za účelem zaměstnání vyloučit, že by tento cizinec mohl na území České republiky bez potřeby zdejšího pracovního oprávnění pracovně působit v rámci prosté mezilidské výpomoci, tj. v rámci ojedinělé výpomoci blízkým osobám (přátelům či rodině)¹⁵, a to s ohledem na skutečnost, že jako držitel tohoto víza může za splnění podmínek popsaných v kapitole 3 na území České republiky pobývat. Ovšem nic víc. Rozhodující pro posouzení jednotlivých případů proto budou vždy výsledky dokazování v konkrétních správních řízeních.

5. VYSLÁNÍ CIZINCE NA ÚZEMÍ ČESKÉ REPUBLIKY V RÁMCI POSKYTOVÁNÍ SLUŽEB ZAMĚSTNAVATELEM USAZENÝM V JINÉM ČLENSKÉM STÁTĚ

Specifickou úpravu přináší § 98 písm. k) zákona o zaměstnanosti, podle něhož se nevyžaduje povolení k zaměstnání, zaměstnanecká karta ani modrá

¹⁵ K charakteru a podmínkám takové výpomoci srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 3. 2017, č. j. 2 Ads 340/2016-46.

karta k zaměstnání cizince, který byl vyslán na území České republiky v rámci poskytování služeb zaměstnavatelem usazeným v jiném členském státě Evropské unie. Tohoto ustanovení se v dosud souzených případech cizinci disponující dlouhodobým vízem opravňujícím je k výkonu práce na území jiného členského státu (konkrétně polským vízem D 05, představeným v kapitole 2) dovolávali.

Jeho dopady se proto mimo jiné zabýval Krajský soud v Praze v rozsudku ze dne 10. 4. 2017, č. j. 44 A 4/2017-27 (dostupný na www.nssoud.cz). Uvedl, že „[s]myslem tohoto ustanovení je umožnit podnikatelským subjektům usazeným v některém členském státě Evropské unie, aby mohly na území České republiky naplňovat princip volného pohybu služeb (přeshraniční poskytování služeb), byť k poskytování služeb zaměstnávají občany států, které nejsou členy Evropské unie“. Jde tedy o ustanovení, které zajišťuje, aby vnitrostátní právní úprava nebránila volnému pohybu služeb (čl. 56 a 57 Smlouvy o fungování Evropské unie).

Aby však bylo možné těžit z uvedené výjimky, musí vyslaný cizinec skutečně vykonávat činnost uskutečňovanou v rámci poskytování služeb, a nikoli činnost zastírající závislost práci. Tento požadavek plně odpovídá definici služby obsažené ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2006/123/ES o službách na vnitřním trhu¹⁶ a v na ni navazujícím zákoně č. 222/2009 Sb., o volném pohybu služeb.¹⁷

Uvedený závěr je ostatně vyzdvihnut i v argumentaci Soudního dvora EU ve věci C-91/13 *Essent Energie Productie BV*. V této věci se Soudní dvůr EU zabýval následujícím případem: německá společnost, která zaměstnávala cizince ze třetích zemí, vyslala tyto své zaměstnance k nizozemské společnosti, pro kterou prováděli práci spočívající ve výstavbě lešení, aniž by jim nizozemské orgány vydaly za účelem tohoto vyslání jakékoli povolení. V návaznosti na kontrolu inspektorátu práce byla nizozemská společnost pokutována z důvodu, že zadala provedení práce (montáž lešení) zahraničním pracovníkům ze třetích zemí, kteří nedisponovali pracovním povolením, ačkoli to bylo podle nizozemské právní úpravy povinné. Podle Soudního

¹⁶ Podle čl. 4 bodu 1 směrnice o službách na vnitřním trhu se službou pro její účely rozumí jakákoli samostatná výdělečná činnost poskytovaná zpravidla za úplatu ve smyslu článku 50 Smlouvy.

¹⁷ Podle § 3 písm. a) zákona o volném pohybu služeb se pro jeho účely službou rozumí poskytování jakéhokoliv plnění mimo výkon závislé práce, a to zpravidla za úplatu či protiplnění ve smyslu článku 50 Smlouvy o Evropském společenství; za službu se nepovažuje služba obecného zájmu nehospodářské povahy.

dvora EU platí, že činnost spočívající v tom, že podnik poskytuje za úplatu pracovníky, kteří zůstávají pracovníky tohoto podniku, aniž je se společností, která je využívá, uzavřena jakákoli pracovní smlouva, je podnikatelskou činností, která splňuje podmínky stanovené v čl. 57 prvním pododstavci Smlouvy o fungování Evropské unie, a musí proto být považována za službu ve smyslu tohoto ustanovení. Pokud pak jde o vysílání pracovníků z třetí země podnikem, který je poskytovatelem služeb a který je usazen v členském státě Evropské unie, konstatoval Soudní dvůr EU, že vnitrostátní právní úprava, která takové poskytnutí služeb na vnitrostátním území podnikem usazeným v jiném členském státě podmiňuje vydáním správního rozhodnutí, představuje omezení volného pohybu služeb ve smyslu čl. 56 Smlouvy o fungování Evropské unie.

Takovým omezením je i požadavek vnitrostátní právní úpravy na to, aby zaměstnanci v rámci přeshraničního poskytování služby byli držiteli vnitrostátního pracovního povolení. Soudní dvůr EU na druhé straně připouští, že službu přijímající členský stát musí mít možnost ověřovat, že podnik usazený v jiném členském státě, který službu poskytuje, nevyužívá svobody poskytování služeb k jinému účelu. Využití této možnosti ovšem nemůže vést k ukládání nepřiměřených povinností (takovou povinností je právě požadavek na pracovní povolení, a to s ohledem na administrativní a časovou náročnost takového postupu). Za dostatečnou by Soudní dvůr EU považoval například povinnost podniku poskytujícího služby sdělit státním orgánům službu přijímajícího státu údaje potvrzující, že se příslušní pracovníci v členském státě, odkud jsou vysíláni, nachází v legálním postavení (a to jak z pohledu pobytu, tak z pohledu pracovního povolení či sociálního zabezpečení) a že v tomto členském státě vykonávají svou hlavní činnost. Stejně tak by Soudní dvůr EU považoval za dostatečné opatření, pokud by podnik poskytující služby předem oznámil přítomnost vyslaných pracovníků a předpokládanou dobu jejich pobytu (výkonu služby), neboť i taková povinnost by umožnila státním orgánům provedení účinné kontroly. Stěžejním východiskem pro tyto závěry Soudního dvora EU však byla úvaha, že vyslaní pracovníci ze třetích zemí v těchto případech neusilují o vstup na pracovní trh členského státu, do něhož byli vysláni, neboť se po splnění úkolu (poskytnutí služby jménem a na účet jejich zaměstnavatele) vracejí do státu původu nebo pobytu (bod 51 rozsudku). Požadavek pracovního povolení pro takové zaměstnance proto nemohl být odůvodněn snahou chránit vnitrostátní pracovní trh.

Navrátm-li se k příběhu, který se odehrál v České republice a který byl následně posuzován v již zmiňovaném rozsudku Krajského soudu v Praze ze dne 10. 4. 2017, č. j. 44 A 4/201-27 a také v dalších rozsudcích,¹⁸ musím konstatovat, že dané skutkové okolnosti nemohly vést k závěru, že šlo o poskytnutí služby ve smyslu práva Evropské unie, tak jako tomu bylo v případě posuzovaném Soudním dvorem EU ve věci C-91/13 *Essent Energie Productie BV*. Údajná služba totiž nespočívala ve vykonání žádného díla, a to po omezenou dobu odpovídající době nezbytné pro provedení díla (např. provedení stavebních či montážních prací). V těchto případech šlo v zásadě o dlouhodobý pronájem pracovní sily, neboť dílo bylo vymezeno také počtem vyslaných zaměstnanců, jejichž úkolem bylo provádět práce, které běžně provádí zaměstnanci daného závodu (obsluha stroje, práce ve skladu). Byl to také český zaměstnavatel, který zaměstnanci přiděloval práci, tuto práci kontroloval, evidoval docházku zaměstnance a vyplácel mu mzdu. Smyslem pracovní činnosti cizinců pak nebylo spolupůsobení na realizaci služby poskytované polskou společností, pro kterou byl cizinec v rámci polského víza oprávněn pracovat, s tím, že po poskytnutí služby (zhotovení díla) se cizinec vrátí zpět na polský pracovní trh. Podle poskytnutých výpovědí cizinci u polského zaměstnavatele vůbec nepracovali a do České republiky byli odesláni proto, že v Polsku neměl tamní zaměstnavatel dostatek práce, přičemž v České republice tito cizinci měli pracovat po celou dobu platnosti polského víza. Základní předpoklad vyslovený Soudním dvorem EU (o neintegraci pracovníků na trh práce státu, kam byli vysláni) tudíž nebyl naplněn ani v nejmenším a oba případy se v tomto ohledu zásadně odlišují. Ve skutečnosti v českých případech nešlo o nic jiného než o dočasné přidělení zaměstnance k českému zaměstnavateli, tedy o výkon závislé práce, který s ohledem na § 95 odst. 1 zákona o zaměstnanosti není možný bez tuzemského pracovního povolení (viz kapitola 4).

Aby byly naplněny podmínky pro aplikaci výjimky stanovené v § 98 písm. k) zákona o zaměstnanosti, muselo by se skutečně jednat o vyslání na území České republiky v rámci poskytování služeb. Český právní řád přitom vysílání zaměstnanců neřeší samostatným institutem, ale realizuje jej

¹⁸ Srov. dále rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 31. 1. 2017, č. j. 44 A 27/2016-35 (tentto rozsudek byl napaden kasační stížností projednávanou Nejvyšším správním soudem pod sp. zn. 3 AzS 55/2017, přičemž ve věci nebylo ke dni zpracování tohoto článku rozhodnuto), rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 20. 4. 2017, č. j. 44 A 6/2017-27 a rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 20. 4. 2017, č. j. 44 A 7/2017-26 (všechny rozsudky dostupné z: www.nssoud.cz).

instituty jinými, které směřují k dočasné změně místa výkonu práce. U cizinců ze třetích zemí se jako nejvhodnější institut pro tyto účely jeví pracovní cesta. Tou se rozumí časově omezené vyslání zaměstnance zaměstnatelem k výkonu práce mimo sjednané místo výkonu práce, a to na dobu nezbytné potřeby.¹⁹ S pracovními cestami cizinců ze třetích zemí ostatně počítá i zákon o zaměstnanosti, z jehož § 93 vyplývá, že cizinec, který je držitelem modré karty, zaměstnanecké karty nebo mu bylo vydáno povolení k zaměstnání, může být vyslán na pracovní cestu, jestliže to odpovídá povaze jím vykonávané práce, pro kterou bylo vydáno jeho pracovní oprávnění. Dodejme, že popsaná pravidla jsou účinná od 1. 1. 2015, přičemž pro předchozí období výslovna právní úprava této problematiky chyběla. Byla však dovozena judikaturou²⁰ s tím, že zákon o zaměstnanosti počínaje 1. 1. 2009 vysílání cizinců na pracovní cesty nijak neomezoval, a proto platila obecná úprava zákoníku práce.²¹

6. SANKCE

Jak vyplynulo z předchozích úvah, možnosti výkonu práce cizinců, kteří disponují polským dlouhodobým vízem typu D 05, jsou v České republice značně omezené. V zásadě by bylo možné, aby tito cizinci byli na území České republiky vysláni v rámci přeshraničního poskytování služeb na časově omezenou služební cestu. Pouze v takovém případě by si vystačili toliko s polským dlouhodobým vízem typu D 05. Pokud však takoví cizinci byli na území České republiky zaměstnáváni na základě jiných titulů bez toho, aby vedle

¹⁹ Srov. § 42 zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce, ve znění pozdějších předpisů.

²⁰ Srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 8. 2013, č. j. 1 As 67/2013-42, či rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 6. 2. 2013, č. j. 44 A 31/2012-50, oba dostupné na www.nssoud.cz

²¹ Před 1. 1. 2009, tj. před účinností novely č. 382/2008 Sb., kterou byl zrušen § 93 zákona o zaměstnanosti, byl zaměstnavatel povinen ohlásit úřadu práce kratší vyslání zaměstnance-cizince mimo místo výkonu práce, resp. měl povinnost žádat o nové povolení k zaměstnání při delším vyslání mimo místo výkonu práce. Podle § 93 odst. 1 zákona o zaměstnanosti ve znění do 31. 12. 2008 mohl být cizinec v zásadě vyslán k výkonu práce mimo místo výkonu práce uvedené v povolení k zaměstnání na dobu delší než 30 kalendářních dnů, pokud mu bylo vydáno povolení k zaměstnání úřadem práce příslušným podle nového místa výkonu práce cizince. Podle § 93 odst. 2 téhož zákona vyslání cizince k výkonu práce mimo místo výkonu práce uvedené v povolení k zaměstnání v rozsahu 7 až 30 kalendářních dnů byl zaměstnavatel povinen předem písemně oznamit úřadu práce příslušnému podle nového místa výkonu práce cizince.

polského víza disponovali také povolením k zaměstnání, půjde vždy o výkon nelegální práce ve smyslu § 5 písm. e) bodu 2 zákona o zaměstnanosti. Postih pak v takovém případě hrozí jak zaměstnavateli, tak samotnému cizinci. Zaměstnavatel, který umožní výkon nelegální práce, může být postižen vysokými pokutami plynoucími ze zákona o zaměstnanosti; fyzické osobě může být uložena pokuta až do výše 5 000 000 Kč [§ 139 odst. 1 písm. d) ve spojení s odst. 3 písm. e) zákona o zaměstnanosti] a právnické osobě může být uložena pokuta až do výše 10 000 000 Kč, nejméně však 50 000 Kč [§ 140 odst. 1 písm. c) ve spojení s odst. 4 písm. f) zákona o zaměstnanosti]. Samotnému cizinci pak hrozí správní vyhoštění až na 5 let, a to podle § 119 odst. 1 písm. b) bod 3 zákona o pobytu cizinců. Nelze opomenout ani otázku úhrady nákladů správního vyhoštění, zahrnujících náklady na ubytování a stravování, přepravní náklady a ostatní nutné peněžní náklady, jejíž podrobnosti upravuje § 123 zákona o pobytu cizinců. Jde-li o správní vyhoštění cizince, který byl na území zaměstnán bez povolení k zaměstnání, ač to je vyžadováno, je povinen náklady spojené se správním vyhoštěním uhradit ten, kdo cizince zaměstnal. Nelze-li náklady spojené se správním vyhoštěním takto uhradit, je povinen tyto náklady nebo jejich zbývající část uhradit ten, kdo uzavřel se zaměstnavatelem jako subdodavatelem dohodu, v rámci jejíhož plnění zaměstnavatel cizince zaměstnával, nebo každý, kdo na základě svých existujících obchodních smluvních vztahů věděl nebo vědět měl a mohl o zaměstnávání cizinců bez povolení k zaměstnání nebo platného oprávnění k pobytu u zaměstnavatele (§ 123 odst. 2 zákona o zaměstnanosti). I tato finanční povinnost pak může pro zaměstnavatele znamenat poměrně citelný postih.

V neposlední řadě může tato oblast dosáhnout až trestněprávní roviny. V případech neoprávněného zaměstnávání nebo zprostředkování zaměstnání cizince, který se zdržuje neoprávněně na území České republiky nebo nemá platné povolení k zaměstnání, které bude soustavné, opakováno, za zvlášť vykořisťujících pracovních podmínek nebo ve větším rozsahu, může jít až o trestný čin neoprávněného zaměstnávání cizinců (srov. § 342 trestního zákona).

7. ZÁVĚREM

Na závěr nezbývá než konstatovat, že poptávku po pracovní síle na území České republiky nelze bez rizika citelného postihu jak pro cizince, tak pro zaměstnavače uspokojovat jinak než za pomoci tuzemských pracovních (a pobytových) institutů. V tomto směru by mohl situaci na trhu práce zčásti pomoci nový typ víza, a sice víza k pobytu nad 90 dní za účelem sezónního zaměstnání.²² Jde o speciální druh víza s několika odchylkami od úpravy dlouhodobých víz vydávaných za jiným účelem. Odchyluje se například délka tohoto víza; bude vydáváno maximálně na 6 měsíců v kterémkoliv období 12 po sobě jdoucích měsících (§ 32 odst. 2 zákona o pobytu cizinců ve spojení s § 96 odst. 2 zákona o zaměstnanosti), čímž se blíží rozebíranému polskému vízu typu D 05. Lze přitom předpokládat, že o tento typ víza by mohl být ze strany cizinců zájem (podobně, jako je tomu u víz polských), byť jejich získání bude ve srovnání s polskou právní úpravou poněkud složitější.²³ Je však otázkou, kolika cizincům bude získání takového víza umožněno.²⁴

²² Tento institut byl do zákona o pobytu cizinců včleněn zákonem 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, jenž nabyl účinnosti 15. 8. 2017. Účelem této novely přitom byla transpozice směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/36/EU ze dne 26. 2. 2014 o podmínkách vstupu a pobytu státních příslušníků třetích zemí za účelem zaměstnání jako sezónní pracovníci.

²³ Oproti polskému vízu typu D 05 bude například vyžadováno pracovní povolení podle § 96 zákona o zaměstnanosti.

²⁴ Pochybnost vyjadřuji s ohledem na souběžně přijatou změnu právní úpravy týkající se problematiky osobního podání žádosti o vízum a dalších pobytových oprávnění (§ 169d a následně zákona o pobytu cizinců ve znění zákona č. 222/2017 Sb.).

B. Azyl a uprchlictví

VIII. Právo azylu v přechodovém období mezi antikou a středověkem

MIROSLAV FRÝDEK*

1. CO JE TO PŘECHODOVÉ OBDOBÍ MEZI ANTIKOU A STŘEDOVĚKEM?

Dědicové římské říše, jak zajisté můžeme nazvat rozličná germánská (barbarská) etnika, se příchodem na římské území setkávají i s římským právem, kterým se nechávají inspirovat a jehož instituty či celé pasáže inkorporují do svých právních řádů. Tyto různé právní řady vznikají od 5. století n. l. jako skloubení rodových zvyklostí, královských nařízení a římských právních norem. Četné zásady, principy a instituty římského práva tímto způsobem nastupují a žijí ve shodných normách, zásadách a institutech těchto zákoníků. Zákonodárci přebírají římskoprávní instituty, „systematiku“, zásady a terminologii (recepce). Dochází tak ke kontinuitě práva římského v nově vznikajících státech a jejich zákonících. Tato kontinuita se netýká jen norem shodných, ale stejně tak i pozměněných. V těch oblastech práva, kde jsou římské normy zobecněny, kde se rozšiřují nebo zase omezují, dochází k interakci vývoje společnosti a v ní vznikajících právních vztahů, neboť právo je vytvářeno ve společnosti a pro ni.¹ Právo musí reagovat na společenské a hospodářské změny. Samotné římské právní dějiny nám poskytují mnoho

* Kancelář veřejného ochránce práv, oddělení justice, migrace a financí. Filozofická fakulta Masarykovy univerzity, Ústav klasických studií. Text vznikl v rámci Specifického výzkumu – Interdisciplinární zkoumání antických jazyků, jejich literatur a příslušných kultur – 2017 (Staré filologie 2017), řešitelské pracoviště Filozofická fakulta MU, Ústav klasických studií.

¹ BONFANTE, P. *Instituce římského práva*. Přeložil J. Vážný. Brno: ČS a S Právník v Brně, 1932, s. VII a násł.

důkazů tohoto reagování na společenské, resp. lidské potřeby, např. honosného právo, a především iustiniánská komplikace.

Vliv římského práva na právo germánsko-barbarských kmenů (národů) je neustále žijícím předmětem vědeckých studií a debat.² Otázka tzv. primární recepce římského práva je ve vztahu k tzv. sekundární recepcí římského práva, která byla spojena se znovuobnovením zájmu o římské právo v jeho iustiniánské podobě opomíjená, neboť pro středověk a novověk byly důležité metodologické výsledky prvních recepčních škol glosátorů a komentátorů.³

Co se skrývá pod pojmem primární recepce římského práva? Primární recepcí můžeme definovat jako pronikání římského práva, resp. jeho institutů, zásad, pravidel a latinské právní terminologie do soupisů práva, které prováděli „barbarští“ králové po zániku Západorímské říše. V tomto ohledu hovoříme o dvou typech recepce. První je sestavení běžně používaného tzv. vulgárního práva románským obyvatelstvem, na jehož území vznikala barbarská království. Tento soupis práv označovaných jako *Leges Romana Barbarorum* měl za cíl pro určitou složku obyvatelstva nově vznikajících států jasně stanovit právo s respektem na jeho teritoriální právní tradici. Druhým typem je pak pronikání římského práva, jeho institutů a terminologie do zákoníků, které „barbarští“ králové vydávají. V tomto případě římské právo jednak vyplňuje mezery v germánském obyčejovém právu, ale je také rušitelem obyčejů, které nemají v nové, ve stát organizované společnosti místo. Římské právo pak vystupuje jako prvek teritoriální právní kontinuity či tradice, nebo i jako argument odkazující na autoritu, za kterou bylo římské právo pokládáno. Toto dokládá například úvod Listiny z Angers z konce 6. stol.: „*Římské právo a stará tradice požadují, aby každý, kdo chce ze svého jmění podle vlastního uvážení věnovat něco pro spásu své duše, k tomu byl oprávněn a aby vše, co poskytne svatým místům a klášterům, nebylo nikdy zapomenuto, nýbrž zůstalo zákonem chráněnou věčnou památkou*.“⁴ Listina obsahuje sankční dodatek pro ty, kteří by projevenou právní vůli chtěli zpochybnit: „*Kdyby snad někdo z našich dědiců postupoval proti tomuto přečuvacímu aktu, který jsme v dobré vůli sepsali pro odčinění našich hříchů,*

² Např. HATTENHAUER, H. *Evropské dějiny práva*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1998. s. 108–114.

³ Viz kapitoly věnované glosáorské a komentáorské škole. In: URFUS, V. *Historické základy novodobého práva soukromého*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008. BLAHO, P., SKŘEJPEK, M., VAŇKOVÁ, J., ŽYTEK, J. *Dígesta seu Pandectae. Justiniánská Dígesta, Tomus I, Fragmента Selecta*. Praha: Karolinum, 2015, s. 16–18.

⁴ MGH. Formulae č. 46, s. 20; překlad převzat z HATTENHAUER, H., op. cit. 2, s. 138.

odporoval mu nebo hledal způsob, jak jej vyvrátit, budiž vyvržen ze společenství katolické církve, ať propadne věčnému zatracení, a kromě toho ať zaplatí do fisku libru zlata jako pokutu; tento náš právní úkon nadále zůstane v platnosti, a to navždy⁵.

Při řešení otázky primární recepce římského práva v barbarských zákonících je důležité jednak odhalovat v systému zákoníku, u jeho jednotlivých ustanovení či institutech (titulech) vliv římského práva a jeho míry. Je však také důležité zvažovat, zda určité ustanovení není vyústěním přirozeného vývoje, nebo zda římské právo nesloužilo jen jako inspirační vzor, který byl přizpůsoben místním potřebám a podmínkám, nebo zda jde o doslovné přebrání jeho institutů.

Přechodové období mezi antikou a středověkem není u barbarů zdánlivě obdobím zákonodárství velkého typu, které například představují novověké francouzské, rakouské či německé občanské zákoníky. Toto období je však prostorem pro zákonodárství, které přinese novou tradici, neboří staré, ale jen transformuje a upravuje právo pro potřeby společnosti, která stojí na prahu nové epochy svých dějin.

Síla tradice a zakořeněnost obyčejového práva jsou jednou stranou mince, kterou můžeme označit jako rigidní. Na druhé straně mince je vyobrazení krále, právě on je hlavním „posunovačem“ či činitelem společenského vývoje. Vývoj potřebuje silné krále a jejich administrativu, která musí být chráněna. Církev často stojí u zrodu nového zákona, pomáhá s novým jazykem teritoria – latinou, stává se učitelkou národa a směle ji můžeme pasovat na jednu z dědiček římského západu, která připravuje nové ovečky na poslání, které v dějinách mají určené.

Florus napsal nevelký spis, ve kterém rétorským způsobem podává přehled dějin římského národa. Hrdinou jeho výkladu je *populus Romanus*, který je chápán jako individuum (*quasi unum hominem*). Jednotlivé etapy dějin římského národa metaforicky označuje jako vývojové etapy lidského života. Dobu královskou jako dětství (*infantia*), republikánské období do ovládnutí Itálie jako jinoštví, od ovládnutí Itálie do vlády Oktaviana Augusta tedy období, kdy římský národ ovládl celý svět, označuje Florus jako dobu sily a zralosti, od Augusta označuje toto období jako *senectus populi Romani*. Dobu císařskou Florus označuje jako období, kdy leností a netečností císařů říše jako by zestárla a zchátrala. Křesťanský spisovatel Laktantius v pozdějším období učil, že po stáří přichází smrt. Podobný přístup k popisu římských

⁵ MGH. Formulae č. 46, s. 20; překlad převzat z HATTENHAUER, H., op. cit. 2, s. 138.

dějin měl např. i Ammianus Marcellinus: kolébka, mužný věk a staroba. Otec filosofa Seneky postupoval podobným způsobem při psaní svých dějin⁶ (od občanských bojů do své smrti) rozdělil dobu trvání Říma – *inaeates*. O tomto rozdělení se zmiňuje i Laktantius. Po ztrátě svobody za císařství vstoupil římský stát do věku stařeckého a čeká jej tedy *interitus* – zánik. Augustinův žák Salvianus napsal: „[V]el iam mortua est [Romana res publica] vel certe extremum spiritum agens“ – římský stát je buďto už mrtev, anebo jistě v posledním tažení.⁷ Právě v období posledního tažení života římského národa s ním do kontaktu přichází i germánské barbarské kmeny. Měly se čím inspirovat a následující rádky se zaměří na právo azylu v období zániku antického světa, kdy vznikala nová Evropa a k moci se dostává snad nejvýznamnější germánsko-barbarský národ, Frankové.

2. FRANKOVÉ A JEJICH PRÁVA

Francké právo musíme s ohledem na dichotomii francských kmenů rozdělit do dvou skupin. První skupinu tvoří právo sálských a druhé ripuárských Franků. Rozdělení kmenů vysvětluje geograficky C. J. Weber, který království ripuárských Franků klade do prostoru Austrasie a království sálských Franků do Neustrasie. Uvedené geografické části přirozeně rozdělují řeka Liger.⁸ C. J. Weber se také domnívá, že za Chlodvíka se jeho vojáci začínají nazývat jako *milites Salii*.⁹ C. J. Weber se k otázce datace zákoníků obou franských kmenů vyjadřuje v tom smyslu, že u obou kmenů již v roce 509 zákoníky existovaly. T. J. Rivers se však domnívá, že písemná podoba zákoníku ripuárských Franků vznikla o století později.¹⁰ V uvedeném roce zmiňuje u sálských Franků vládu Chlodvíka a u ripuárských Franků krále Chararicia a Rachnigara.¹¹

⁶ Pozn. autora tyto dějiny se nedochovaly, jejich obsah je znám jen z citací jiných autorů.

⁷ STIEBITZ, F. Hlasatelé soumraku antiky. In: *Sborník prací Filozofické fakulty brněnské univerzity. E. Řada archeologicko-klasická*. Roč. 11, 1962, č. E7, s. 71. Dostupný i na webové adrese digitální knihovny Filozofické fakulty Masarykovy univerzity <http://hdl.handle.net/11222.digilib/110220>

⁸ WEBER, C. J. *Commentatio de legibus Francorum Salica et Ripuaria*. Heidelberg, 1821. s. 6.

⁹ Tamtéž, s. 6.

¹⁰ RIVERS, T. J. *Laws of the Salian and Ripuarian Franks*. New York: AMS PRESS, 1986, s. 2.

¹¹ WEBER, C. J., op. cit. 8, s. 13.

Z právně-historického pohledu je důležitý fakt, že došlo k soupisu práva u obou kmenů v podobném časovém rámci. Právě na příkladu sálského a ri-puárského zákoníku je velice dobře viditelná právně přechodová fáze vývoje u Franků. Frankové totiž soupisem práva ustupují své kmenové či rodové právní tradici, která byla založena na nepsaných zvyklostech. Tato ústní tradice ustoupila psanému slovu, jeho vlivu a váze, kterou má. Tento přerod by jistě nebyl možný, pokud by nedošlo k blízkému kontaktu s galorománským obyvatelstvem.¹²

Právo sálských Franků bylo shromážděno v písemné podobě ve sbírce, která je nazývána *Pactus legis Salicae*, později již jen *lex Salica*. Původní název francké právní sbírky „*Pactus*“ navenek označuje, že sbírka vznikla formou „dohody o právu“ mezi králem a lidem.¹³ Vznik zákoníku sálských Franků datoval v roce 1875 H. G. P. Gengler¹⁴ do doby prvního známého Merovejce Chlogiona (445–447). Převládající názor např. H. Brunnera kladé tento zákoník do rozmezí let 507–511.¹⁵ Z relativně novějších studií,¹⁶ které se zabývají datací sálského práva, odkazují na T. J. Riverse, který k dataci používá geografickou zmínu v třetím paragrafu titulu 47 *Pactus legis Salicae*, a přikláni se tak k dataci H. Brunnera. Uvedené ustanovení uvádí jako území spadající pod panství sálského zákoníku oblast mezi řekou Liger (Loirou) a Ardenami.¹⁷ Dle T. J. Riverse není možné na základě uvedeného geografického označení hovořit o datu dřívějším, než je rok 507, jelikož

¹² RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 1 a násl.

¹³ K tomuto tématu zejm. BEDNAŘÍKOVÁ, J. Sakralita práva a *Pactus legis Salicae*. In: *Acta historica Posoniensia XIII. Historické štúdie medzi Antikou a stredovekom (Rímská a germánská spoločnosť v barbarských zákoníkoch)*. Bratislava: FF UK, Katedra všeobecných dějin, 2010. s. 15–22 (dále jen „BEDNAŘÍKOVÁ, J. *Sakralita*“). Dále také BEDNAŘÍKOVÁ, J. *Frankové a Evropa*. Praha: Vyšehrad, 2009 (dále jen „BEDNAŘÍKOVÁ, J. *Frankové*“).

¹⁴ Heinrich Gottfried Philipp Gengler, nar. 25. července 1817 v Bambergu, zemřel 28. listopadu 1901 v Erlangenu. Studoval na univerzitách ve Würzburgu a Heidelbergu. V roce 1842 získal doktorát práv v Erlangenu. Habilitoval se v roce 1843. V roce 1847 se stal mimořádným profesorem a v roce 1851 rádným profesorem německých právních dějin. Zdroj: SCHULTHEIß, W. Gengler, Heinrich Gottfried. In: *Neue Deutsche Biographie (NDB)*. Band 6. Berlin, Duncker & Humblot, 1964, s. 188.

¹⁵ BEDNAŘÍKOVÁ, J. *Frankové*, op. cit. 13, s. 170. K tématu datace *Pactus legis Salicae*, viz BEDNAŘÍKOVÁ, J. *Sakralita*, op. cit. 13, s. 15 a násl., zejména poznámka pod čarou č. 3, která obsahuje výčet literatury, která se vztahuje k dataci *Pactus legis Salicae*.

¹⁶ S ohledem na datační studie H. Brunnera a H. G. P. Genglera byla studie T. J. Riverse vydána v roce 1986.

¹⁷ PLS Tit 47 § 3: *Quod si trans Ligere aut Carbonaria <ambo> manent, cum quibus res <illa> agnoscitur, in LXXX notes ista <omnimodis> custodiatur*. Op. cit. 10, s. 95.

uvedené území bylo do této doby vizigótské, a ne franské.¹⁸ T. J. Rivers uvádí jak dobu vzniku *Pactus legis Salicae* rozmezí let 507 až 511.¹⁹

Pactus legis Salicae obsahuje 65 titulů a je ryzím soupisem franckého obyčejového práva (*mos*). Tato redakce z doby vlády krále Chlodvíka neobsahuje vlivy romanizace a křesťanství.²⁰ Vliv křesťanství můžeme vypozorovat až v redakcích dvou merovejských králů Theudericha (vládl v letech 511 až 533) a Gunthramna (vládl v letech 561 až 592).²¹ Tyto redakce také označujeme jako *recensio Theudericha* a *recensio Guntramna*. Další redakce nastaly za Childeberta a Chlothara (kolem roku 524). Uvedené doplňky rozšířily zákoník na 78 titulů.²²

Tituly 66–78 jsou tzv. královská nařízení, pro která se vžil termín *capitularia* – kapituláře. Kapituláře franských králů podle objektu úpravy rozlišujeme na *capitularia mundana*, které upravují záležitosti světské, *capitularia ecclesiastica* regulující církevní záležitosti a *capitularia mixta*, tedy akty smíšené povahy upravující světské i církevní záležitosti.²³ Podle způsobu vzniku a podle speciálního určení je možné franské kapituláře dělit na *capitula legibus addenda*, *capitula per se scribenda* a *capitula missorum*. *Capitula legibus addenda* jsou doplňky a novely vydaných zákoníků, tedy kapituláře, které jsou připojeny k zákonům, jsou jejich doplňky. Tyto kapituláře obsahují změny, které si vyžádal hospodářský, politický a společenský vývoj ve francském státě. K sálskému zákoníku existují dva kapituláře z doby merovejské a jeden z doby karlovské. *Capitula per se scribenda* je nejpočetnější typ kapitulářů, které jsou koncipované jako královské zákony. Nejčastěji se týkají práva trestního, rodinného, procesního, dále správy země, otázek církevních a finančních. *Capitula missorum* jsou královské instrukce.

Franští králové nikdy nevytvořili oficiální sbírku kapitulářů, ale existují dvě soukromé komplikace. První komplikaci sestavil opat Ansegnius z Fontanelly. Sbírka obsahuje 29 kapitulářů Karla Velikého a Ludvíka I. Druhá

¹⁸ RIVERS, T. J. , op. cit. 10, s. 2–3.

¹⁹ RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 3.

²⁰ BEDNÁŘÍKOVÁ, J. Frankové, op. cit. 13, s. 171.

²¹ RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 3.

²² RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 3; BEDNÁŘÍKOVÁ, J. *Sakralita*, op. cit. 13, s. 15–16. ECKHARDT, K. A. (ed.) *Pactus legis Salicae. Monumenta Germaniae Historica*. Hannover: Hahn, 1962, s. X. Uvedená edice je v textu také označována jen zkratkou MGH s uvedením o jaký soupis práva se jedná.

²³ KINCL, J. Germánské státy v západní Evropě – říše francká. In: CVETLER, J., KINCL, J. Doležal, M. *Obecné dějiny státu a práva. Díl II. Byzanc, říše francká, Rusko*. Praha. Univerzita Karlova 1973, s. 67–68; BEDNÁŘÍKOVÁ, J. Frankové, op. cit. 13, s. 171.

sbírka vznikala v letech 848–850, je obsáhlejší, ale jsou v ní zahrnuta i falsa, která mají zvýhodnit postavení církve.²⁴

Další redakce sálského zákoníku se rozrostla na sto titulů²⁵ a nazýváme ji většinou již jen *Lex Salica*.²⁶ Také se můžeme setkat s pojmenováním po jejím autoru Pippinu III., který vládl v letech 763 až 764, jako *recensio Pippina*. T. J. Rivers uvádí, že měla jen 99 titulů, neboť další titul připisuje až Pippinovu synu Karlu Velikému.²⁷ Redakci o sto titulech označujeme pak jako *Lex Salica emendata*. Tato redakce zlepšila latinské znění odstraněním tzv. Malbergských glos a provedla novelizující práci, která spočívala v přidání norem nových a vypuštění norem zastaralých. Poslední verze nazývaná *Lex Salica Carolina* pochází z roku 802 či 803.²⁸

Do zákoníků sálských Franků bylo zařazeno mnoho zvykových norem či obyčejů označovaných jako *pagānorūm consuetudinem*.²⁹ Díky edici *Monumenta Germaniae Historica* můžeme sledovat obsah jednotlivých redakcí, a proto v rámci badatelské práce můžeme aplikovat diachronní metody zkoumající texty z hlediska jejich vzniku a vývoje.³⁰

Adresáty *Pactus legis Salicae* byli jak Frankové, tak i Římané žijící severně od řeky Liger. Jádro zákoníku odráží dobu, kdy se rozvíjely rané struktury franského státu. Původní normy rodového práva jsou tak promíšeny s předpisy společnosti organizované ve státě. Zákoník je z tohoto pohledu velmi důležitým pramenem pro zkoumání přechodu od rodového zřízení ke státu ve franckém království. Podíl na vydání pozdějších redakcí měli především církevní představitelé.³¹ Právo sálských Franků je již po vydání první redakce zákoníku doplnováno jednak královskými nařízeními, které se označují jako *praeceptum*, *praeceptio*, *decretio* nebo *edictum*. Později se souhrnně označují jako kapituláře nebo capitula, podle toho, že se text dělí na paragrafy, hlavy (lat. *caput*, *capitula*). Dále je franské právo doplnováno a měněno

²⁴ KINCL, J., op. cit. 23, s. 68.

²⁵ Viz RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 3.

²⁶ K tomuto také např. FEUERBACH, E. A. *Die Lex Salica und ihre verschiedenen Recensionen*. Erlangen, 1831. K jazykové stránce glos v sálském zákoníku viz např. JUNGBOHN. C. K. *Die Lex Salica und die Text-Glossen in der salischen Gesetzsammlung, germanisch nicht Keltech*. Mannheim, 1845.

²⁷ RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 3.

²⁸ RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 4.

²⁹ BEDNAŘÍKOVÁ, J. *Frankové*, op. cit. 13, s. 172.

³⁰ K členění textu a jeho redakcí viz ECKHARDT, K. A., op. cit. 22, s. IX a násł.

³¹ BEDNAŘÍKOVÁ, J. *Frankové*, op. cit. 13, s. 172 (k této problematice viz kapitola Vliv christianizace na franské právo a posilování státu, s. 170 a násł.).

kánony církevních koncilů. Církev, jako „církev národa Franků“, se podle principu personality práva řídila jednak právem římským³² a jednak právem svým, tedy církevními kánony. Podstatou ingerence církve do práva Franků je nalezení způsobu soužití (*modus vivendi*) a rozšíření církevního vlivu na oblast práva světského.³³ Za tímto účelem byly svolávány na území franckého království koncily, jejichž kánony doplňují světské právo.

Nyní se zaměřme na zákoník ripuárských Franků nazývaný *Lex Ribuaria*. Jeho současná podoba je zrekonstruována z celkem 35 rukopisů a fragmentů, které pocházejí z devátého a desátého století. Tyto rukopisy jsou rozděleny do dvou skupin. První skupina označovaná písmenem „A“ je sestavena z třinácti rukopisů a druhá skupina označovaná písmenem „B“ je vytvořena dvaceti dvěma rukopisy.³⁴

Vznik psané podoby zákona ripuárských Franků klade T. J. Rivers až do počátku sedmého století našeho letopočtu. Obsahem této sbírky jsou samozřejmě nejenom normy vytvořené při soupisu, ale i starší právní normy.³⁵ Nejstarší část patrně pochází z období po invazi Chlothara II. do Austrasie v roce 613. Je však více pravděpodobné, že v roce 633 či 634 byl Sigibert III. svým otcem pověřen vytvořením soupisu práva pro Austrasii.³⁶ Dagobertovi při vyhlášení zákona měli pomáhat dva lidé, biskup Chunibert (Kunibert) a vévoda Adalgisel. T. J. Rivers s odkazem na prolog k *Lex Baiuvariorum* a i s odkazem na jiné náznaky v textu přichází s hypotézou, že ripuárský zákoník vznikal pod přímým dohledem sálských Franků.³⁷ Pro domněnku, že sálské právo mohlo sloužit minimálně jako inspirační zdroj pro soupis práva ripuárských Franků, může svědčit i fakt, že *Lex Ripuaria* má s přihlédnutím k *Pactus legis Salicae* propracovanější strukturu. K dalším redakcím rupiárskeho zákoníku došlo v letech 743 až 751. Redakci vytvořil majordomus posledního merovejského krále Childericha III. Pipin.³⁸ Další doplnky vznikaly v době karolínské pod přímým vlivem církevního koncilu svolaného Pipinem III. a (svatým) Bonifácem. Tímto se do textu zákona dostávají tzv.

³² Zejména tzv. církevním antickým právem, které bylo obsaženo v Theodosianovu kodexu v 16. knize.

³³ HATTENHAUER, H., op. cit. 2, s. 137.

³⁴ RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 7–8.

³⁵ RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 8.

³⁶ FREDEGAR. *Chronica IV*, 75.MGH. *Scriptores zum Merovingicarum*. Ed. KRUSCH, B. Hannover, 1888, r. p. 1957. Vol. 2., s. 158–159. RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 8.

³⁷ RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 8. K tomuto tématu také RIVERS, T. J. *Laws of the Alamans and Bavarians*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1977. s. 110.

³⁸ RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 8–9.

saxonské a karolinské interpolace, které se týkají zejména svátosti manželství.³⁹ Poslední redakci provádí Karel Veliký v roce 803 prostřednictvím kapituly nazvané *Capitulare legi Ribuariae additum*.⁴⁰

3. PRÁVO AZYLU V ŘÍMSKOPRÁVNÍCH PRAMENECH POZDNÍ ANTIKY

Právo azylu spadá do průsečíků právních institutů a náboženství. Úlohou azylu byla ochrana těch, kteří uprchli do míst, která měla posvátný status. Religiozita místa zde vítězila nad světským právem, neboť poskytovala ochranu všem, zejména dlužníkům, ale i vrahům či uprchlým otrokům.⁴¹

Problematikou azylu, jeho rozsahu a platnosti se v období pozdní antiky zabývalo několik církevních koncilů, kterým předsedali jak vysocí církevní hodnostáři, tak i císařové. Jedním z těchto koncilů je koncil z roku 399, který se konal v Kartágu. Předsedali mu biskupové Epigonius, Vincentius a císař Honorius. Tzv. církevní azyl neboli přiznání statusu míst s právem azylu se týká všech církevních budov.⁴² Tento koncil navazoval na předchozí císařské konstituce, které byly zaneseny do Justiniánova kodexu.⁴³ Tyto konstituce stanovovaly, že všem pronásledovaným mají být otevřeny chrámy nejvyššího Boha. Ochrana všem nemají poskytovat jen oltáře a vnitřní prostory kostela, sevřené čtyřmi stěnami, ale i nejjazázší část pozemku patřící ke kostelu, tedy vše, co leží mezi samotným kostelem, jeho vchody, byty kněžích, domy, zahrady, lázně či sloupové chodby. Všechna uvedená místa mají chránit uprchlíky stejně, jako by se nacházeli v prostorách kostela samého.

³⁹ Lex Ribvaria tit. 61 (58) § 9–18.

⁴⁰ RIVERS, T. J., op. cit. 10, s. 9.

⁴¹ Viz FRÝDEK, M. Kořeny asylu a jeho právní úprava v antice. 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. 171–177.

⁴² TRAULSEN, CH. Das sakrale Asyl in der Alten Welt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, s. 283–284.

⁴³ Cod. Just. 12,1,3.

4. PRÁVO AZYLU VE FRANCKÉM KRÁLOVSTVÍ

Uznání práva azylu se církvi u Franků podařilo dosáhnout nejenom na vnitřní prostory, ale i na církevní pozemky. Vrazi, cizoložníci, lupiči a uprchlí otroci mohli užívat práva azylu. Církev vydávala uprchlé otroky, jen pokud jejich pán pronesl přísahu, že upustí od potrestání uprchlíka. Skloubení práva azylu a přísažy je nádhernou ukázkou hledání cest v počátcích franského státu. Do jednoho institutu je vtěleno antické právo azylu s germánským institutem přísažy. Těmito otázkami se zabýval Aureliánský koncil (Concilium Aurelianense z roku 511): „*O vrazích, cizoložnících a zlodějích, utekou-li se do kostela, stanovíme, aby se zachovalo to, co nařizují církevní kánony a římský zákon: nikomu nebudiž dovoleno je vypudit z kostelní předsíně nebo z chrámu nebo z biskupského domu; ale nebudiž jim dávána jiná záruka než ta, že budou podle přísažy evangélia bezpečni před smrtí, zmrzačením a veškerými tresty (toho druhu), pachatel nechť se dohodne s poškozeným o doslužení. Jestliže bude někdo usvědčen, že porušil přísahu, bude jako křivopřísežník vyobcován ze společenství církve nebo všech duchovních, ale i katolického obětování. Jestliže se poškozený nebude chtít dohodnout a sám pachatel pohnut strachem opustí kostel, nebudiž vyžadován církví ani duchovními“.⁴⁴*

Koncilní dokument začíná odkazem na církevní kánony a římské právo, tedy odkazem na autoritu, která navozuje, že nejde o žádnou revoluční novinku, nýbrž jen zakotvení jinde aplikované praxe, která je doplněna o jasný zákaz – „*nikomu nebudiž dovoleno je vypudit z kostelní předsíně nebo z chrámu nebo z biskupského domu*“.

O tom, že cesta nových právních norem nebyla jednoduchá, se může dočíst u Řehoře z Tours, který zaznamenal kauzu „zlatřílého Rauchinga a dvou zamilovaných otroků“.⁴⁵ Rauching, dle popisu Řehoře z Tours, byl muž plný marnivosti, překypující pýchou a drzou nadutostí. Nakládal se svými poddanými, jako by neměl ani špetku lidskosti, zato však měl nad míru lidské zloby, pošetilosti a páčhal ničemné a nelidské špatnosti. Měl se, mimo jiného, dopustil tohoto jednání. Rauching měl mezi svým služebnictvem

⁴⁴ Překlad převzat z TUREČEK, J. (ed.) *Výbor textů ke studiu obecných dějin státu a práva*. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1956, s. 192 (přeložil Jaromír Kincl).

⁴⁵ Hist. Franc. 5, III. Bellum contra Chilpericum, et de malitia Rauchingi – Válka proti Chilperichovi a o zvolovnosti Rauchinga. Řehořovo Historii Franků do češtiny převedl Jaromír Kincl a v roce 2006 ji vydalo nakladatelství ARGO pod názvem O boji králů a údělů spravedlivých (Kronika Franků. Dějiny v deseti knihách). Zmíněný příběh se nachází na s. 181–182.

muže a děvče, kteří k sobě vzpláli láskou. Když jejich náklonnost trvala dva roky či více, spojili se (*coniuncti*) a vyhledali útočiště v kostele. Jakmile se to Rauching dověděl, obrátil se na kněze toho místa a požádal jej, aby mu jeho otroky vydal, že jim odpouští. Kněz mu odpověděl takto: „*Nemůžeš je dostat dříve, pokud nedáš své slovo, že jejich spojení bude trvalé, a také pokud neslíbiš, že je nepostihne žádný tělesný trest.*“⁴⁶ Rauching na to po delším mlčení reagoval tak, že položil ruce na oltář a pronesl tuto přísahu: „*Já je nikdy nerozloučím, ale spíše se postarám, aby setrvali v tomto svazku. Neboť i když jsem nerad viděl, že to udělali bez mého souhlasu, jsem přece jen rád, že si můj otrok nevzal otrokyni druhého a moje otrokyně cizího otroka.*“⁴⁷ Kněz tomu slibu důvěroval a oba Rauchingovi vydal. Rauching po návratu domů nechal pokáct strom, osekat jeho větve, kmen stromu rozštípnout a vydlabat. Následně dal vykopat jámu do hloubky tří či čtyř stop a uložil do ní tu schránku, do které poručil strčit děvče a k ní otroka. Na to nechal jámu zasypat a měl říci, že svou přísahu neporušil a že navěky zůstanou nerozděleni. Když se o tomto jednání Rauchinga dozvěděl kněz, který milencům poskytl azyl, dosáhl na Rauchingovi jejich vykopání. Otrok přežil, děvče se však již zadusilo. Právní úprava a život byly v některých případech, jak popsal Řehoř z Tours, rozdílné.

Další příběh, který opět zaznamenal Řehoř z Tours, popisuje marnou snahu Chundona, který byl vrchní komorníkem krále Guntharma, o azyl v bazilice svatého Marcella ve městě Chalon.⁴⁸ Král Gunthram na lov ve vogézském lese narazil na stopy po zabitém buvolovi. Správce královského lesa se zeptal, kdo se opovážil v jeho lese lovit a správce mu sdělil, že to byl Chundon. Král nechal svého vrchního komorníka zadržet. Chundo při výslechu sdělil, že by se nikdy neodvážil lovit v královském lese. Král rozhodl, že má rozhodnout boží soud, tedy že Chundo a správce lesa spolu mají bojovat. Chundo za sebe postavil svého synovce. V boji zemřel jak Chundonův synovec, tak i správce lesa. Chundo, když uviděl výsledek boje, dal se na útěk směrem ke dveřím baziliky svatého Marcella. Jakmile král uviděl, že Chundo utíká ke dveřím baziliky, vydal příkaz, aby se ho stráže zmocnili dříve, než dosáhne posvátného prahu baziliky, tedy azylu. Strážci ho zadrželi, přivázali ke sloupu a ukamenovali. Král později vykonal pokání za svůj čin. Řehoř

⁴⁶ Tamtéž, s. 182.

⁴⁷ Tamtéž, s. 182.

⁴⁸ Hist. Franc. X, 10.

z Tours popisuje i úspěšný azyl.⁴⁹ Meroverch se před svými nepřáteli dva měsíce skrýval v bazilice svatého Germana.

5. ZÁVĚR

Právo azylu je určitě pomyslným místem střetu práva božího a práva lidského. Konfrontace závěrů hned prvního franckého koncilu svolaného do Aurelianu, který řešil otázku azylu v kostele (obecně na církevní půdě) s příběhy, které se dochovaly ve vyprávění Řehoře z Tours, ukazuje, že změna v myšlení lidí, tedy u adresátů práva, nebyla v přechodovém období mezi antikou a středověkem plynulým přechodem. Snad i z tohoto důvodu je často páté až sedmé století našeho letopočtu z pohledu právních dějin označováno jako doba sepisování práva, jehož cílem bylo nové uspořádání práva, sebrání roztríštěné právní úpravy do jednoho díla a přizpůsobení práva požadavkům doby. Isnpirace u barbarských vůdců byla zajisté převzata ze soukromých sbírek, které vznikly na území římského impéria⁵⁰ již ve 4. století n. l. Jedná se o dva kodexy Gregorianův a Hermogenianův.⁵¹ V následujících třech stoletích vznikají např. u Gótů, Burgundů, Franků i u samotných Římanů pozoruhodné právní sbírky, např. Edictum Theodorici, Lex Visigothorum, Lex Burgundiorum, Codex Theodosianus, Lex Salica, Tri volumina aj.

Je zřejmé, že podoba práva, které je poprvé zapisováno nebo následně měněno, je reakcí na společenské, politické a hospodářské poměry doby. Soupis práva z pohledu státního a právního je mocenským aktem jeho vydavatele. Tento mocenský aspekt můžeme například nalézt v langobardském právu. V roce 643 n. l. vydal langobardský král Lothar edikt, jehož Úvod obsahuje tento text: „*Jak velice jsme se starali a staráme o blaho našich poddaných, vysvítá z (každé)stránky, která dále následuje. A děje se tak nikoli jen s ohledem na trvalý útisk chudých, které mocní znásilňují. Zdálo se nám proto, že je naší povinností vydat s důvěrou v milost všemohoucího Boha*

⁴⁹ Hist. Franc. V, 14.

⁵⁰ Důležitou úlohu při výkladu římského práva sehrály v dominátu dva tzv. Citační zákony z r. 321 a 426, které stanovily interpretační pravidla. Citační zákon z r. 426 byl závazný pro obě poloviny říše (Valentinián III. a Theodosius II.). Bylo povoleno používat pouze díla Papiniana, Paula, Ulpiana, Gaia a Modestina. K této problematice např. BLAHO, P. Právo „tribunálu mrtvých“. Marginálie o zákone Teodósia II. a Valentiniána III (C. Th. 1, 4, 3). In: Pocta prof. JUDr. Karlu Malému, DrSc., k 65. narozeninám. Praha: Karolinum, 1995.

⁵¹ Viz kapitola 2.4.1.

tento dokonalý zákon (zákoník), který nově shrnuje a uspořádává všechny dřívější zákony, vyplňuje mezery a vyřazuje, co je zbytečné. Chtěli jsme jej zpracovat do jednoho celku, aby jeden každý žil v míru podle zákona a práva, v důvěře v ně se (tím ochotněji) angažoval proti nepříteli při obraně sebe sama i své vlasti“.⁵²

Langobardské právo je ovlivněno právem římským, resp. jeho justiniánskou verzí.⁵³ Uvedený fragment z Rothariho ediktu je zajisté inspirován justiniánskými konstitucemi, které upravovaly, shrnovaly a uváděly v účinnost Justiniánovo zákonodárné dílo. V případě uvedeného textu je zřejmá inspirace konstitucí Tanta, která obsahuje stejně či podobné obraty: „*Tak veliká je vůči nám Boží péče a láska k lidem, že nás neustále ráčí vyznamenávat věčnou štědrostí [...] a prostřednictvím naší péče bylo umožněné dávným zákonům, které už byly zatížené stářím, aby dospěly do nové krásy a přiměřené krátkosti*“.⁵⁴ Na jiném místě se můžeme dočíst: „*A vše co bylo mimořádně užitečné, se shromáždilo v padesáti knihách, odstranily se všechny dvojsmyslnosti a nezůstalo nic, co by bylo sporné; a ustanovili jsme jim název *Digesta* neboli *Pandectae*, protože v sobě zahrnují všechny právní rozpravy a rozhodnutí*“.⁵⁵

Soupisy práva u germánsko-barbarských kmenů byly dovršením jejich společenského vývoje, jejichž společenská struktura se změnila ze společnosti rodové do společnosti tvořící stát. Proměnila se ve společnost, která své předáky (krále, vévody) akceptovala nejenom jako tradiční vojevůdce, ale také jako zákonodárce.⁵⁶

⁵² HATTENHAUER, H., op. cit. 2, s. 113.

⁵³ Viz kapitola 2.4.4.

⁵⁴ Tanta, principium.

⁵⁵ Tanta, § 1.

⁵⁶ DREW, K. F. The Barbarian kings as lawgivers and judges. In: Studies in legal history Law and society in early medieval Europe. London, 1988, s. 7–29.

IX.

Ruští a arménští uprchlíci a jejich *status personae*

DALIBOR JÍLEK A JANA MICHALIČKOVÁ*

1. PROBLÉM, ANEBO OTÁZKA

Společnost národů spolu se členskými státy pokládaly právní a osobní po-
stavení uprchlíků za problém i otázku. Problém obvykle neníčí otázky, nýbrž
je klade. Otázky naproti tomu problém sdělují. Otázky mají vždy problema-
tický obsah. Upínají se obvykle k jednomu problému. Někdy otázky spojují
řetěz problémů.

Státy a orgány Společnosti národů nejprve určily totožnost problému
uprchlických. Jakmile vysoký komisař Společnosti národů pro uprchlíky při-
jal úřad, byl ihned pověřen úkolem vymezit právní postavení uprchlíků.¹ Členské a nečlenské státy Společnosti národů se scházely na jednotlivých
mezinárodních konferencích, aby vyřešily dílčí stránky uprchlického proble-
mu. Za normativní prostředek či metodu řešení nepoužily závaznou meziná-
rodní úmluvu, nýbrž doporučení. Doporučení, jehož základem byl politický
souhlas, pojmenovaly jako „ujednání“ bez ohledu na tehdejší nejednotné
používání názvu v mezinárodní praxi. První politická ujednání upravila vy-
dání průkazů totožnosti. Tyto průkazy vydávané uprchlíkům získaly za úče-
lem řešení migrační situace široké kolektivní uznání mezinárodní povahy.
Později přišla na řadu *ad hoc* definice ruského i arménského uprchlíka. Až

* Tato práce byla podporována Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základě smlouvy č. APVV-14-0852. Dalibor Jílek je profesorem v oboru mezinárodního práva veřejného na Fakultě práva Panoevropské vysoké školy v Bratislavě. JUDr. Jana Michaličková, PhD., působí v praxi, v níž se soustředí zejména na odvětví mezinárodního práva soukromého a práva rodinného, jakož i politiku vůči rodině.

¹ Dr. Fridtjof Nansen byl jmenován Radou Společnosti národů 20. srpna 1921 jako vysoký komisař jménem Společnosti v souvislosti s problémem ruských uprchlíků v Evropě (*High Commissioner on behalf of the League in connection with the problem concerning Russian Refugees in Europe*). F. Nansen přijal jmenování 1. září 1921. Srov. HOPE SIMPSON, J. *The Refugee Problem*. London: Oxford University Press, s. 199.

v roce 1928 uzavřely státy v Ženevě ujednání o právním postavení ruských a arménských uprchlíků.

Jednou ze strukturálních složek právního postavení uprchlíků je jejich osobní postavení neboli *status personae*. Status shrnuje pravidla i instituty. V mezinárodním právu soukromém se utvořilo pět druhů statusů: osobní, věcný, místní (*locus regit actum*), autonomie vůle a zákon veřejné bezpečnosti.² V zákonodárství se vyhranily tři formy osobního postavení. První forma se vztahuje ke dvěma základním druhům způsobilosti: právní způsobilosti a způsobilosti k právním úkonům (ujednáním). Kdežto druhá forma zahrnuje úpravu manželství a rodinných záležitostí jako uzavření sňatku, rozluku, rozvod, uznání dítěte za vlastní, osvojení dítěte, poručnicktví, pokud takové záležitosti nejsou předmětem smluvního režimu. Třetí forma osobního postavení se pojí s děděním, ať vzhledem k movitostem, nebo nemovitostem.

Objektem kontextuálního rozboru je výhradně první forma osobního postavení – právní způsobilost a způsobilost k právním úkonům (ujednáním) – a to zejména vůči ruským a arménským uprchlíkům. Přítomnost uvedených uprchlíků na území tranzitního nebo přijímacího státu zapříčinil konflikt zákonů. Právní úprava osobního postavení cizinců a osob bez státní příslušnosti³ byla v jednotlivých státech nejednotná. Jejich osobní situace byla tak nepřetržitě nestálá a právně nejistá. Posuzovaní právní způsobilosti a způsobilosti k právním úkonům uprchlíků vedlo k *antinomiím*. Osobní postavení uprchlíků se mohlo řídit zákony podle původní státní příslušnosti. Rozporná otázka zněla, má-li být postavení ruských uprchlíků upraveno na základě bývalého carského, nebo platného sovětského práva. Sovětské právo přitom sloučilo revoluční svědomí s třídním myšlením a nadřadilo obě kategorie.

Osobní postavení uprchlíků se mohlo také spravovat podle *místního* standardu: domicilu, faktického domicilu, současného domicilu, bydliště, trvalého bydliště, obvyklého bydliště či podle zákonů místa pobytu. Ženevské ujednání z roku 1928 mělo napravit nedostatek uniformity a odstranit právní nejistotu, v níž ruští a arméni uprchlíci žili. Nicméně strany ujednání si neprály cokoli změnit v zákonodárství, nechtěly se zavázat k žádnému zákonodárnému opatření. Mezi objektivním účelem a subjektivním úmyslem států vznikl rozpor, jehož žádné z ujednání neprekonal.

² PERELMAN, CH. *Právna logika. Nová rétorika*. Bratislava: Kaligram, 2014, s. 64. Namísto výrazu „status“ je jednotně používán výraz „postavení“.

³ V příspěvku jsou používány jak výraz „příslušnost“, tak výraz „občanství“ v závislosti na bezprostředním kontextu vnitrostátního nebo mezinárodního práva.

Vnitrostátní právo jednotlivých států obsahovalo různé *kvalitativní pojmy* coby hraniční určovatele. Tyto pojmy (státní příslušnost či občanství, domicil, bydliště) byly relativními právními pojmy. Jejich obsah byl závislý na konkrétním vnitrostátním právu, na jeho normativním kontextu. Přitom pojem coby abstraktní objekt zpravidla plnil vícero pojmovou úlohu. Pojmovou úlohu navždy podmiňuje účel právního pravidla, titulu či institutu. Jediným pojmem, který neměl právní povahu a byl svázán s místním standardem, bylo *obvyklé bydliště*. Obvyklé bydliště se objevilo v ustanovení § 2 ujednání jako alternát domicilu. Obsah pojmu obvyklého bydliště byl deskriptivní výslednicí reality, závisel na konkrétních skutečnostech opakovánoho chování osoby.

Právní a osobní postavení ruských i arménských uprchlíků je v příspěvku záměrně zasazeno do československé situace konfrontované s nezávaznou mezinárodní úpravou. Po první světové válce se utvářely základy československého státu a měnil se právní řád převzatý na základě recepčního zákona od rakousko-uherského soustátí.⁴ V souladu s normativní teorií byl stát v právním smyslu totožný s jeho řádem. To byl radikální, ale i ničivý doktrinární postoj. V noetickém úhlu poznávat stát znamenalo poznávat jeho právní řád.

2. PESTRÉ PRAMENY

Během 20. let minulého století neplatila až na jednu výjimku žádná osobitá vnitrostátní pravidla (*leges speciales*) upravující právní postavení ruských a arménských uprchlíků. Pouze egyptská Rada ministrů (*Conseil des Ministres*) vydala 12. dubna 1926 rozhodnutí, jímž zavázala ministra vnitra, aby navrhl právní opatření vůči uprchlíkům z Ruska. Na základě pokynu byly přijaty dva vnitrostátní předpisy (*arrêtés*), jejichž osobní působnost byla omezená.⁵ Předpisy výlučně upravovaly situaci, v níž se ocitli ruští uprchlíci. Situace Arménů byla úplně odlišná.⁶ Někteří arménští přistěhovalci s tureckými cestovními pasy se nacházeli v Egyptě pod konzulární ochranou tureckého

⁴ Zákon ze dne 28. října 1918 o zřízení samostatného státu československého uveřejněný pod č. 11/1918 Sb. z. a n.

⁵ Arrêté du 11 Mai 1926, relatif aux personnes d'origine russe habitant le territoire égyptien, Journal Officiel No 45 du 13 Mai 1926, annexe II; Arrêté du 31 Mars 1926, portant tarif des droit à percevoir par les chefs de la communauté russe en Egypte, Journal Officiel No 58 du 3 juin 1926 Egypte, Journal Officiel No 58 du 3 Juin 1926, annexe II.

⁶ Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28–30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations, XIII. Réfugiés 1930, s. 65.

státu. Vzdor tomu jejich právní postavení nebylo jisté, kdežto jiní Arméni pravidelně se zdržující v Egyptě byli držiteli pasů spojeneckých mocností. O ně se turecký konzulát nestaral.

Oba egyptské předpisy představovaly důkazy opaku nejistého i křehkého právního postavení uprchlíků takřka ve všech státech, kde se zdržovali. Včetně ruským uprchlíkům byly aplikovány vnitrostátní zákony a nařízení s mezinárodním prvkem, jež byly rozptýleny v různých právních odvětvích. Navzdory převažujícímu dualistickému řešení vztahu mezinárodního a vnitrostátního práva měl nezanedbatelný vliv na právní postavení uprchlíků mezinárodní smluvní partikularismus. Politické a ideologické osamocení sovětského státu nebylo bezvýhradní. Státy někdy řešily situaci uprchlíků podle dohody, kterou uzavřely s carským státem. Některé státy, zejména sousední, sjednaly porevoluční dohody s Ruskou socialistickou federativní sovětskou republikou (RSFSR), s Ukrajinskou socialistickou sovětskou republikou (USSR) nebo od roku 1922 se Sovětským svazem.

Bez ohledu na obyčejová pravidla o sukcesi států ohledně mezinárodních smluv záviselo právní postavení ruských uprchlíků ve Švýcarsku na obchodní dohodě uzavřené mezi carským Ruskem a Švýcarskem v roce 1873. Vstup a pobyt ruských uprchlíků se řídil režimem snášenlivosti (*régime de tolérance*).⁷ Mírová smlouva podepsaná v Rize mezi RSFSR, která byla pověřena jednat za USSR a Běloruskou socialistickou sovětskou republiku (BSSR), a Polskem ze dne 18. března 1921 zevrubně upravila v čl. 6 způsoby nabytí státní příslušnosti. Zájmy příslušníků Ruska se nacházely pod diplomatickou a konzulární ochranou sovětské vlády. Ovšem *de iure* nebo *de facto* uznání sovětské vlády ovlivňovalo úpravu právního postavení ruských uprchlíků. Byť ruští i ukrajinští uprchlíci pobývající v Polsku mohli přijmout nebo odmítnout ochranu ze strany sovětského státu. Pokud uprchlíci na základě volby ochranu odmítli, požívali v Polsku právo azylu a nemohli být z politických důvodů vydáni.⁸

⁷ League of Nations. Russian Refugees. Summary of the Documents received by the Secretariat on this subject since the 12th Session of the Council, C.126.M.72, 1921, Annex 8, 12.727, May 12th. 1921.

⁸ League of Nations. Russian Refugees. Summary of the Documents received by the Secretariat on this subject since the 12th Session of the Council, C.126.M.72, 1921, Annex 9, No 664, May 25th. 1921.

Československo sjednalo prozatímní smlouvu jak s Ruskem,⁹ tak s Ukrajinou ve dvou po sobě jdoucích dnech.¹⁰ Československo uznalo vlády obou samostatných států *de facto*. Československo marně doufalo v demokratický obrat v zemi sovětů. Na základě obou smluv byl vzájemně uznán právní režim státní příslušnosti. Článek 9 měl v obou smlouvách totožný obsah podložený reciprocitou (*quid pro quo*).¹¹ Smluvní ustanovení poskytovalo příslušníkům obou států cizinecký režim nejvyšších výhod.

První ruští uprchlíci přicházeli do Československa před uzavřením prozatímní smlouvy, a to vzápětí po vzkříšení jeho státnosti.¹² Velkou část uprchlíků tvořili vojáci ze západní části Ukrajiny. Tito vojáci byli ovšem záhy československými úřady navráceni. Další příliv uprchlíků pocházel z Pobaltí. Největší skupiny ruských uprchlíků přišly na československé území po roce 1921, když byli bělogvardějci poraženi na jihu Ruska. Dobročinné pomoci se zejména ujaly nevládní organizace, mezi nimiž vynikal Československý červený kříž. Ruští uprchlíci měli být podle československé vlády považováni za *hosty* československého národa. Vláda poskytla pomoc uprchlíkům uspořádáním „ruské akce“, která trvala skoro do konce 20. let. Pomoc byla součástí zahraniční politiky rekonstrukce nejen z důvodu lidskosti, ale také kvůli bratrskému sentimentu a ideologii slovanství, i když slábnoucí.¹³

Ruští studenti¹⁴ a zemědělci, ve většině donští kozáci, byli povoláni do Československé republiky v roce 1921 v organizovaných skupinách z Cařihradu, Gallipoli či Lemnosu. Vláda hodlala regulovat příliv uprchlíků, a tak se vyhnout jeho nekontrolovatelnosti. V souladu s oběžníkem Ministerstva vnitra ze dne 24. března 1921, č. 22.382, byli ruští státní příslušníci

⁹ Nařízení vlády republiky Československé ze dne 7. srpna 1922, jímž se uvádí v zatímní platnost prozatímní smlouva mezi republikou Československou a Ruskou socialistickou federativní sovětskou republikou (č. 258/1922 Sb. z. a n).

¹⁰ Nařízení vlády republiky Československé ze dne 7. srpna 1922, jímž se uvádí v zatímní platnost prozatímní smlouva mezi republikou Československou a Ukrajinskou socialistickou sovětskou republikou (č. 259/1922 Sb. z. a n).

¹¹ Čl. 9 prozatímní smlouvy zní: „Příslušníci RSFSR budou požívat na území ČSR a příslušníci ČSR na území RSFSR všech všeobecně občanských práv a výhod, které jsou vyhrazeny nebo kterých se v budoucnu dostane příslušníkům kteréhokoliv třetího státu, s vyloučením práv a výhod, kterých požívají v RSFSR příslušníci s ní spojených republik.“

¹² Českým lidem, Národní listy, 12. března 1919: „Jsem zdráv a bohužel, živ!, psal nedávno jeden z nejužlechtlejších Rusů, bývalý předseda ruské dumy, Chomjakov. Nemůže být strašlivější tragiky, než tento výkřik zoufání starce, jehož otec byl apoštolem ruského Slovanství.“

¹³ BENEŠ, E. Úvahy o slovanství: hlavní problémy slovanské politiky. 2. vyd. Praha: Čin, 1947, s. 234.

¹⁴ BENEŠ, E. Pět let zahraniční politiky československé. Praha: Orbis, 1924, s. 18.

po příchodu opatření prozatímními dokumenty: *osobními průkazy* na pobyt v Československé republice. Průkazy měly výhradně vnitrostátní účinky a postrádaly mezinárodní platnost: mezinárodní uznání ostatních států. Průkazy neumožnily svobodu pohybu ruským uprchlíkům, ačkolи to byl důvodný a spravedlivý požadavek prosazovaný Společností národů a jejím vysokým komisařem pro uprchlé. Uprchlíci proto nemohli odcestovat do zemí, kde by snadno nalezli práci či podporu blízkých nebo přátele.

Další ruští uprchlíci přicházeli jednotlivě s cestovními doklady nebo bez jakýchkoli průkazů totožnosti. Často se vyhýbali ohlašovací povinnosti u místních úřadů. Mnozí z nich se dlouhodobě zdržovali na československém území neoprávněně. Někteří ruští uprchlíci se před vstupem i po vstupu v platnost prozatímní dvoustranné smlouvy snažili opatřit osvědčení o své totožnosti u tzv. ruských diplomatických misí. Neoficiální zastoupení vedli generál Leontěv a V. Rafalský. Žádný ze jmenovaných nebyl uznaným zástupcem RSFSR a obě zastoupení nebyla oficiálně akreditovaná československým ministerstvem zahraničních věcí. Cizinecké průkazy bylo oprávňeno *legalizovat* jen ruské oddělení tohoto ministerstva. Ministerstvo vnitra odpovědné za státní bezpečnost kladlo důraz na vypátrání osob, které neměly rádně vystavené, platné nebo jakékoli cizinecké průkazy.

Podle přípisu ze dne 21. prosince 1921, č. 47129-II, bylo ministerstvo zahraničních věcí vyzváno Společností národů,¹⁵ aby sdělilo přesný počet uprchlíků v Československu. Výkonem úkolu byl pověřen vysoký komisař pro uprchlé dr. F. Nansen. Na základě oběžníku ministerstva vnitra č. 22382 ze dne 24. března 1921 a č. 64722 ze dne 25. srpna 1921 museli být všichni ruští a ukrajinští občané žijící na území československého státu opatřeni *průkazem*. Průkaz opravňoval uprchlé k pobytu v Československu. Na základě právního požadavku veřejnosti bylo nutné ministerské oběžníky uvést ve všeobecnou známost, aby nedocházelo k nedorozuměním. Uvedené instrukce byly na konci téhož roku zpřesněny oběžníkem o registraci Rusů a Ukrajinců. Podle oběžníku ministerstva vnitra č. 99884-5 ze dne 30. prosince 1921 museli být všichni ruští a ukrajinští občané opatřeni průkazem vydaným ruským oddělením ministerstva zahraničních věcí.¹⁶ Průkaz opravňoval k pobytu v Československé republice. Ti, kteří si průkaz neopatřili, musili tak učinit co nejdříve.

¹⁵ V textu oběžníku se používá název „Svaz národů“.

¹⁶ Věstník ministerstva vnitra Republiky Československé, 1922, ročník IV, s. 9.

Rusové a Ukrajinci žijící v Praze, kteří měli nějaký ruský nebo ukrajinský osobní průkaz, se přímo obraceli na ruské oddělení. Museli takový osobní průkaz předložit a doložit dvěma podobenkami. Ti Rusové a Ukrajinci, kteří žádný osobní průkaz neměli a žili v Praze, osobně předkládali českou nebo ruskou žádost o průkaz. Buď musela být žádost doporučena úředně povolenou ruskou či ukrajinskou organizací, anebo alespoň dvěma česko-slovenskými občany. Žádost obsahovala následující údaje: jméno a příjmení, rodiště, den a rok narození, dřívější a nynější zaměstnání (pokud možno potvrzení zaměstnavatele), přesnou adresu, místo, odkud a také kdy osoba přijela do Československa. Uprchlíci žijící mimo Prahu podávali žádost ministerstvu zahraničních věcí prostřednictvím příslušné okresní politické správy. Na Slovensku se obraceli uprchlíci k županskému úřadu. Okresní nebo županské úřady přiložily ke spisu dobrozdání, zdali žádost o pobyt doručují či nikoli.

Ani vládní nařízení ze dne 9. června 1921, na jehož základě byla vydána přechodná policejněprávní ustanovení o cestovních pasech, nenapravilo dosavadní prozatímní stav.¹⁷ Nařízení zachovalo všeobecnou pasovou a vízovou povinnost. Podzákonní předpis v § 2 určil požadavky, jimž musel pas cizince vyhovět. Požadavky stanovené nařízením byly ovšem méně strohé než požadavky obsažené v ujednání o vydání průkazů totožnosti ruským uprchlíkům z roku 1922.¹⁸ Později přijaté vládní nařízení¹⁹ dovolilo stanovit výjimky ze všeobecné vízové povinnosti pro některé státy.²⁰ Avšak mezi těmito výjimkami z všeobecné vízové povinnosti nebyly státy, z nichž uprchlíci do Československa přicházeli. Nařízení nijak neulehčilo příchod ruských uprchlíků, jejichž počet v té době povážlivě vzrůstal. Předpisy týkající se pobytu cizinců a uprchlíků zůstaly nařízením nedotčeny.

Uprchlíci museli vyhovět všeobecné vízové povinnosti. Vláda byla zmocněna vydat nařízení, jímž omezila pasovou povinnost buď vůbec, nebo jen ve vztahu k určitému státu. Pokud to vyžadovaly mimořádné poměry anebo důležité veřejné zájmy, zejména státní bezpečnost, důležité hospodářské zájmy státu nebo reciprocita vůči jiným státům, mohla vláda uvolnění víz

¹⁷ Nařízení vlády č. 215/1921 Sb. z. a n.

¹⁸ Arrangement with regard to the Issue of Certificates of Identity to Russian Refugees, July 5th 1922. *League of Nations, Treaty Series*, Vol. XIII, s. 237.

¹⁹ Nařízení vlády č. 207/1923 Sb. z. a n.

²⁰ Postupně byla zrušena víza s Francií včetně Alžírska a Maroka, s Gdańskem (Danzing), Lucemburskem, Portugalskem či Švýcarskem.

úplně nebo částečně odvolať.²¹ Ze všeobecné pasové povinnosti vyplývalo, že cizinec se směl zdržovat na území Československa jen po dobu platnosti víza. Jakmile uplynula platnost víza, mohl být cizinec vyhoštěn. Na udělení nebo prodloužení víza nebyl žádný právní nárok. Příslušné úřady postupovaly ve věci vydání víza na základě uvážení.²² Proti rozhodnutí o neudělení víza nebylo možné podat opravný prostředek.

Ve věci vízové povinnosti byl oběžník č. 18354/21 ministerstva zahraničních věcí nesmlouvavý. Stanovil vysoké konzulární poplatky, které se staly takřka nezdolnou překážkou pro zákonné vstup uprchlíků na československé území. Proto se uprchlíci uchylovali k překročení státních hranic mimo přechody. Cizincům byla vládním nařízením uložena ohlašovací povinnost do 24 hodin po příchodu do každé obce. Cizinci se museli hlásit u policejního úřadu, v malých obcích na Slovensku a Podkarpatské Rusi u notáře či ve městech u policejního kapitána.

Oběžník ministerstva ze dne 12. února 1922, č. 9700-5, zaznamenal vysoký přliv státních příslušníků Ruska.²³ Po Dunaji připlouvali denně lodě s ruskými příslušníky, kteří ovšem měli tranzitní víza od československých konzulátů v Aténách, Bělehradu a Cařihradu. Průjezd republikou byl povolen nejdéle na tři dny. Státní orgány podezívali uprchlé, že zamýšlejí v Československu pracovat a trvale se zde usadit. Ve smyslu přípisu ministerstva zahraničních věcí č. 6026/II ze dne 20. ledna 1922 bylo pohraničním kontrolním orgánům příkázáno, aby nečinily ruským a ukrajinským příslušníkům při vstupu a odchodu z československého území žádné překážky. Měly zachovat jejich svobodný pohyb do dalších evropských zemí, případně dále do mimoevropských států. Neboť vedle naturalizace uprchlíků *en masse* byla zvažována myšlenka jejich *kolonizace* jako jedno z řešení problému uprchlictví.

Ruští uprchlíci, kteří zvolili nezákonny přechod státní hranice, se nestávali vítanými hosty, nýbrž mohli být považováni československými úřady za nežádoucí osoby. Nicméně vydání průkazů pro pobyt jim ani v takovém případě nebylo zamítáno. Se zamítnutím žádosti byl následně spojen problém jejich vyhoštění. Politické úřady neměly v uvedeném období dostatečné prostředky, aby vyhoštění nežádoucích osob uskutečnily.

²¹ Ustanovení § 9 odst. 1 a 2 zákona č. 55/1928 Sb. z. a n.

²² LAŠTOVKA, K. Československé správní právo. Část zvláštní. I díl. Praha: Melantrich, 1936, s. 47.

²³ Věstník ministerstva vnitra Republiky Československé, 1922, ročník IV, s. 39.

Ruské oddělení ministerstva zahraničních věcí řešilo problém pobytu uprchlíků případ od případu (*ad hoc*). Oddělení povolovalo krátkodobý pobyt nepodezřelým osobám, které se nedopustily vážných poklesků, a to na dobu jednoho měsíce. Žadatelé museli splnit podmínu, že si do určené doby opatří zaměstnání. Uprchlíci nesměli žít z podpory státu nebo být závislí na dobročinnosti. Uprchlíci, kteří splnili podmínu, obdrželi povolení k pobytu na jeden rok.

Oběžník ministerstva vnitra ze dne 10. dubna 1922, č. 23.501-5, o registraci Rusů a Ukrajinců se zabýval obnovováním platnosti jednoročních povolení k pobytu. Ministerstvo zahraničních věcí navrhlo přípisem ze dne 11. března 1922, č. 39.016/22-II, aby prodlužování platnosti průkazů o jeden rok příslušelo okresním politickým správám, na Slovensku a Podkarpatské Rusi županským úřadům.²⁴ Ty pověřily státně policejní úřady. Příslušné úřady prodlužovaly průkazy o další rok, avšak *odvolatelně*, pokud nebyly žádné závažné námitky proti pobytu ruských a ukrajinských příslušníků. Úřady byly zavázány na základě oběžníku vyhotovovat čtvrtletně seznamy prodloužených průkazů, jakož také těch, jejichž prodloužení bylo zamítnuto. U osob, jimž byl pobyt odepřen, musely být krátce uvedeny důvody rozhodnutí, a to u každého případu zvlášť.

Až zákon ze dne 29. března 1928 o cestovních pasech odstranil převzatý rakousko-uherský právní dualismus a nahradil dosavadní rozptýlené pasové předpisy.²⁵ Zákon zrušil základní pasové předpisy pro Čechy, Moravu a Slezsko: dvě císařská nařízení²⁶ a obšírnou ministerskou vyhlášku o policejně pasových předpisech.²⁷ Do účinnosti nového zákona platil na Slovensku a v Podkarpatské Rusi uherský pasový zákon z roku 1903, jenž zpřesnil prováděcí oběžník ministerstva vnitra vydaný o rok později.²⁸ V těchto předpisech nebylo obsaženo žádné ustanovení o uprchlících, kteří byli zbaveni státního občanství. Zákon odstranil nejednotu pasového režimu a vyhověl také dvěma mezinárodním dohodám o formě pasu uzavřeným v Paříži dne 21. října 1920 a dne 18. května 1926 v Ženevě. Předpis rovněž nahradil dosavadní úpravu, kterou zavedly výnosy a oběžníky ministerstev.

²⁴ Věstník ministerstva vnitra Republiky Československé, 1922, ročník IV, s. 95.

²⁵ Zákon č. 55/1928 Sb. z. a n.

²⁶ Nařízení č. 31/1857 ř. z. a č. 116/1865 ř. z.

²⁷ Vyhláška č. 80/1867 ř. z.

²⁸ Oběžník ministerstva vnitra č. 70.000 ai 1904 B. M.

Jednotný zákon zavedl přísnější pasový režim nejen z důvodů bezpečnostních, nýbrž i hospodářských a sociálních.²⁹ Zákon měl mimo jiné ochránit trh práce. Podle § 2 nebylo dovoleno cizincům překročit hranice a zdržovat se v republice bez cestovního pasu. Bez rozdílu mezi československými občany a cizinci platila všeobecná pasová povinnost pro jakékoli zahraniční cesty. Zákon však příznivě reagoval na doporučení mezivládních konferencí o uprchlících. Ustanovení § 5 obsahovalo *výjimečné pravidlo*, které mělo usnadnit svobodu pohybu uprchlíků. Důvody pro jeho přijetí byly praktické.³⁰ Ustanovení svěřilo zemským úřadům pravomoc vydávat průkazy na způsob cestovních pasů osobám bez státní příslušnosti a těm osobám, jejichž příslušnost nebylo možné zjistit. Na základě tohoto kompetenčního pravidla měly zemské úřady – politické úřady II. stolice – oprávnění vydávat zvláštní průkazy: Nansenovy pasy.³¹

Zákon napravil dosavadní vztahy spolupráce mezi ústředními orgány státní správy, ale taktéž vrchnostenské pravomoci zemských a okresních úřadů. Zákon vycházel z kompetenční zásady, že pasové záležitosti spadají do působnosti ministerstva vnitra. Ministerstvu zahraničních věcí byly v souladu s obyčejovými pravidly obecného mezinárodního práva vyhrazeny diplomatické pasy a rovněž pasy vydávané zaměstnancům zahraniční služby.

Nansenovy pasy pro ruské a arménské uprchlíky se lišily od běžných cestovních dokladů. Tyto pasy byly průkazy totožnosti s mezinárodní platností.³² Nahrazovaly vnitrostátní pasy vystavené státním občanům bydlícím v tužemsku pro jejich cesty do určitých zemí. Podmínkou vydání těchto průkazů byl *pravidelný pobyt* uprchlíků na území československého státu. Uvedené průkazy přestaly platit v okamžiku, když jejich držitelé vstoupili na území státu původu. Průkazy dovolovaly uprchlíkům cestovat mezi státy. Jejich držitelé mohli opustit stát, který jim průkaz vydal. Směli vstoupit i pobývat v jiné zemi za podmínky udělení víza. Udržování všeobecné vízové povinnosti bylo přetrhávajícím důsledkem světové války. Vízum nadále zachovávalo povahu *povolení* k překročení hranice státu a k pobytu.

²⁹ Důvodová zpráva, vládní návrh zákona o cestovních pasech, Senát Národního shromáždění, 1927, II. volební období, 5. zasedání, tisk 535.

³⁰ Tamtéž.

³¹ KALOUSEK, V. Pasy cestovní. In: HÁCHA, E., HOETZEL, J., WEYR, F., LAŠTOVKA, K. *Slovník veřejného práva československého*. Svazek III, P až R. Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1934, s. 29.

³² Z nečlenských států Společnosti národů přijaly jejich platnost v roce 1922 Mexiko a Německo.

Víza byla uprchlíkům vystavována státy se zdrženlivostí, ledaže takový pas umožnil uprchlíkovi návrat do země jeho vydání. V souladu s ujednáním ze dne 12. května 1926 o vydání průkazů totožnosti ruským a arménským uprchlíkům přijalo Československo politický závazek vydávat návratová víza, pokud dotčené státy přijaly stejnou zásadu.³³ Následně podle ujednání o právním postavení ruských a arménských uprchlíků z roku 1928 některé státy zavedly do Nansenových průkazů návratovou doložku (*return clause*). Doložka usnadňovala získání víza. Jinak bylo získání povolení ke vstupu anebo pobytu pro uprchléky vždy obtížné.

Mezinárodní průkazy totožnosti (*instrumenta publica*) vyvolávaly rozmanité právní účinky. Pas potvrzoval totožnost osoby, pro kterou byl vydán. Obsahoval podrobné údaje o jeho držiteli: jméno, křestní jméno, datum a místo narození, příjmení otce a matky, povolání, bývalé bydliště v Rusku a současné bydliště. Naposled uvedené údaje, jakož i údaj, že osoba je ruského původu, byly podstatné pro určení právního i osobního postavení uprchlíků. Mimoto pas obsahoval fotografii držitele a jeho podrobný popis (věk, vlasy, oči, tvář, nos a další osobní zvláštnosti).

Pas neměl jenom účinky autentického osvědčení totožnosti uprchlíka. Umožnil držiteli přístup k sociálnímu pojištění nebo k zaměstnání v zemi azylu.³⁴ Zároveň zajistil povolení k pobytu ve státě, jehož příslušný orgán pas vystavil. Přesto systém mezinárodních průkazů totožnosti uprchlíků nikdy nedospěl k univerzálnímu používání. Praxe států, které uznaly Nansenovy pasy,³⁵ se vzdálila očekávané jednotě, a to zejména v rozsahu práv a výhod poskytovaných uprchlíkům. Doporučení vyplývající z ujednání byla státy prováděna nestejnorodým i liknavým způsobem. Vydávání těchto průkazů totožnosti podvazoval rigidní a formální postup příslušných úřadů mnoha zemí. Opatrný postoj států k vydávání těchto průkazů se později projevil na jednání o jejich rozšíření ve prospěch osob bez státní příslušnosti.³⁶

³³ Arrangement relating to the Issue of Identity Certificates to Russian and Armenian Refugees, supplementing and amending the previous Arrangements dated July 5th, 1922, and May 31st, 1924, May 12th, 1926. *League of Nations, Treaty Series*, Vol.LXXXIX, s. 47.

³⁴ HOLBORN, L. W. The Legal Status of Political Refugees, 1920-1938. *American Journal of International Law*, 1938, Vol. 32, No. 4, s. 683.

³⁵ Nansenových pasů bylo celkem vydáno okolo 155 000.

³⁶ League of Nations Documents, Transit. 1927.VIII.15.III.

3. FORMA NEGOCIAČNÍHO VÝSLEDKU

Skutečná situace ruských a arménských uprchlíků se rozcházela s obsahem pojmu práva.³⁷ Vnitrostátní právní řády převážně zahrnovaly *leges generales*. Zejména občanské zákoníky upravovaly právní postavení cizinců, někdy i osob, jejichž státní příslušnost nebyla známa, na základě reciprocity či bez ní.³⁸ Obecné zásady či pravidla soukromého práva nepřihlížely k jedinečné situaci ruských i arménských uprchlíků. Aplikace obecných pravidel vyvolávala nepříznivý následek spočívající v jejich *nerovném* postavení vůči cizincům. Československé ústřední úřady, ministerstvo zahraničí a vnitra, dlouhodobě postupovaly vůči uprchlíkům na základě oběžníků či výnosů. Přitom žádná subjektivní práva (nároky) nemohla z takových instrukcí pramenit.³⁹ Zdrojem takových subjektivních práv a nároků jsou zákonné předpisy. Zákonná úprava postavení uprchlíků, která by vyhověla právní jistotě a stabilitě, chyběla.

Ustavení právního postavení uprchlíků se ukázalo být životně důležitým úkolem pro část mezinárodního společenství. Řešení problému přesahovalo jeden stát. Podle názoru československého ministerstva zahraničních věcí nemohla být otázka ruských uprchlíků uspokojivě řešena bez společného jednání (*action concertée*).⁴⁰ Ministerstvo navrhovalo, aby Sekretariát vypracoval schéma řešení všech právních otázek, jakož i otázeckou soukromého práva. Souborné řešení mělo založit stálost i jednotu právního postavení uprchlíků. Uskutečnění úkolu mohlo vnést stabilitu do veřejnoprávních vztahů uprchlíků s hostitelským státem, jakož také do nepřehledné a nekonečné sítě soukromoprávních vztahů uprchlíků s fyzickými a právnickými osobami ve státě jejich pobytu. Jeho uskutečnění mělo ustavit právní jistotu coby formální hodnotu práva a narovnat případná bezpráví.

Poradní výbor pro uprchlé (Advisory Committee for Refugees) požadoval, aby právní postavení uprchlíků bylo jasně definováno a ustáleno. Ruské

³⁷ Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28–30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations, XIII. Réfugiés 1930, s. 5.

³⁸ Viz občanskoprávní zákonodárství Francie či Itálie.

³⁹ Viz WEYER, F. Instrukce. In: HÁCHA, E., HOETZEL, J., WEYR, F., LAŠTOVKA, K. *Slovník veřejného práva československého*. Svazek II, I až O. Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1932, s. 12–13.

⁴⁰ League of Nations. Russian Refugees. Summary of the Documents received by the Secretariat on this subject since the 12th Session of the Council, C.126.M.72, 1921, VII, Annex 6 (45/12692/12334), letter No 16065/21, May 10th 1921.

organizace sdružené v Poradním výboru soukromých organizací (*Advisory Committee of Private Organisations*) navrhly rezoluci, aby byla pro tento účel uzavřena úmluva pod záštitou Společnosti národů. Výraz „úmluva“ byl zásadní a ve svém významu směrodatný. Bez ohledu na rozmanitost jmen konsensuálních pramenů mezinárodního práva použity výraz „úmluva“ zpravidla označil právně závazný instrument. Výraz se tradičně nacházel uvnitř jazykové soustavy mezinárodního práva. Byl součástí normativních vět. Výraz předpokládal sjednání mezinárodní smlouvy. Zřetelně odkazoval na jednu z forem mezinárodního práva. Přitom čl. 38 Statutu Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti zahrnul stěžejní výraz v množném čísle.⁴¹ Statut zmínil jak obecné, tak partikulární úmluvy.

Návrh rezoluce Poradního výboru soukromých organizací byl schválen a předložen Shromáždění Společnosti národů. Plenární orgán vyzval na svém 8. rádném zasedání vysokého komisaře, aby svolal jen *malou konferenci*.⁴² Výsledkem jednání mezivládní konference mohla být jen partikulární, a nikoli obecná úmluva. Konference převzala zadání připravit návrhy usnesení (*resolutions*) k problému právního postavení uprchlíků a předložit je Radě. K účasti na konferenci byly vyzvány vlády sedmnácti států. Osolené státy sdružil společný zájem coby odraz kolektivní potřeby řešit uprchlický problém. Ovšem na ženevském jednání se podíleli zástupci jenom patnácti vlád převážně evropských států.⁴³

Jednou z prvních otázek, která vyžadovala předběžnou nebo až následnou odpověď, byla forma negociačního výsledku.⁴⁴ Předmětem mezivládního jednání měla být buď příprava doporučení, nebo úmluvy (*convention*). Forma výsledku se stala výchozí a rozhodnou; ta předurčovala účel konference. Úmluva měla podle návrhu obsahovat závazky, k nimž by strany dospěly dohodou. Každý mezinárodněprávní závazek je *kategorickým i imperativním důvodem* pro chování státu. Řádně sjednaná a platná mezinárodní úmluva

⁴¹ League of Nations, *Treaty Series*, Vol. VI, s. 380.

⁴² League of Nations. Legal Status of Refugees, Note by the Secretary-General, Geneva, December 6th, 1928, O.392.M.103.1928.VIII, s. 2.

⁴³ Belgie, Bulharsko, Československo, Estonsko, Egypt, Finsko, Francie, Království Srbů, Chorvatů a Slovinců, Lotyšsko, Německo, Polsko, Rakousko, Rumunsko, Řecko a Švýcarsko.

⁴⁴ Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28–30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations, XIII. Réfugiés 1930, s. 110: „Le président souligne que M. Martius a soulevé une question sur laquelle la Conférence peut prendre une décision ultérieurement, à savoir: la forme de recommandation ou de convention à donner aux résultats de la Conférence“.

by požívala právní sílu ve vzájemných vztazích smluvních stran. Úmluva by byla podřízena zásadě *pacta sunt servanda*. Úmluva by tak závazně upravila chování státních orgánů vůči uprchlíkům a stejně tak vzájemné chování smluvních stran. Naopak doporučení by se nestalo nedílnou součástí mezinárodního práva, pokud by jeho obsah nebyl transformován do obyčejových pravidel.

Za základ jednání bylo vzato memorandum, jež vypracoval Výbor ruských a arménských právních odborníků (*Comité des experts juristes russes et arméniens*).⁴⁵ Memorandum umožnilo objasnit situaci uprchlíků, kterou charakterizovala absence ustáleného a jasně definovaného právního postavení (*the absence of a stable and clearly defined legal status*).⁴⁶ Memorandum zahrnovalo návrhy, jejichž předpokládaným účelem bylo přijetí změn ve vnitrostátním zákonodárství.⁴⁷ Státy však nebyly odhodlány převzít mezinárodněprávní závazky, které by jim uložily přijmout zákonné opatření. Podle předsedy konference Delaquise bylo snazším úkolem schválit usnesení ve formě doporučení, která nezavazují státy k zákonodárným změnám.⁴⁸ Naopak forma doporučení umožňovala státům nadále volně upravovat právní postavení uprchlíků na základě zákonů, podzákonných předpisů, ale i instrukcí.

Během výměny názorů bylo použito argumentační hledisko rozumnosti či obezřetnosti, jež zdůvodňovalo přípravu doporučení namísto úmluvy. Úmluva uzavřená v plné formě totiž vyžadovala ratifikační souhlas národních parlamentů, jehož dosažení by bylo obtížné.⁴⁹ Přesto z rozpravy vzešel argument ve prospěch sjednání mezinárodní úmluvy, jejíž platnost by vedla k účinné stabilitě právního i osobního postavení uprchlíků.⁵⁰ Úmluva by byla aktem způsobilým založit právní účinky ve vnitrostátním systému. Nadto

⁴⁵ Mémorandum élaboré par le Comité des experts juristes russes et arméniens sur le statut juridique des réfugiés russes et arméniens, Document LSC/I-1928.

⁴⁶ League of Nations. Legal Statut of Refugees, Note by the Secretary-General, Geneva, December 6th, 1928, O.392.M.103.1928.VIII, s. 3.

⁴⁷ Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28 – 30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations, XIII. Réfugiés 1930, s. 110: „En effet, les propositions contenues dans le mémorandum des experts fouchent à la législation nationale et pourraient entraîner modifications à apporter à la législation existante“.

⁴⁸ Tamtéž, s. 110.

⁴⁹ Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28 – 30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations, XIII. Réfugiés 1930, s. 111.

⁵⁰ Tamtéž, s. 111–112.

úmluvou by bylo možné zavázat všechny orgány náležející do organizačního uspořádání státu, zejména když by upravila právní postavení osob a z nich vyplývající subjektivní práva či nároky. Za určitých právních podmínek by mohly soudy přímo aplikovat pravidla ratifikované a vyhlášené mezinárodní smlouvy.⁵¹ Kdežto doporučení nemohlo zavázat žádného adresáta k učinění zákonomárných změn, nebo dokonce vyvolat přímou aplikaci jeho ustanovení.

Delegace zúčastněných států se přiklonily k doporučení.⁵² Navázaly na praxi dosavadních ujednání, která byla připravena na mezivládních konferencích pod záštitou Společnosti národů.⁵³ Všechna ujednání vztahující se k ruským a arménským uprchlíkům zaznamenala pouhé *doporučující standardy chování*, aniž by založila mezinárodněprávní závazky.

Navzdory nezávazné povaze byla ujednání zapsána ve Sbírce mezinárodních smluv Společnosti národů. Podle čl. 18 Paktu žádná z mezinárodních smluv sjednaná členem Společnosti národů se nemohla stát závaznou, pokud nebyla Sekretariátem zapsána.⁵⁴ Zápis neuvedl žádné z těchto ujednání do mezinárodního práva. Zápis nemohl zajistit radikální proměnu formy ujednání a jeho jednotlivých ustanovení. Prostřednictvím této registrace se ujednání nepřeměnilo v partikulární úmluvu zavazující státy.⁵⁵

Obsah a použité výrazy určily povahu ujednání. Platná mezinárodní smlouva, obsah jejích normativních vět, obvykle vypočítává a vyjadřuje mezinárodněprávní závazky. Z textu ujednání vyplynulo, že zástupci vlád se dohadli, že je nutné jasněji definovat právní postavení ruských a arménských uprchlíků. Za tím účelem schválili devět usnesení, která obsahují jednotlivé zásady. Každé usnesení se uvádí slovním spojením *il est recommandé*. Trpný slovesný rod použity ve spojení slov vyjádřil společný úmysl zástupců států nezaložit jakákoli mezinárodní práva a povinnosti coby subjektivní mody normativnosti.

⁵¹ Tamtéž, s. 112.

⁵² Tamtéž, s. 112: „Toutefois, il convient de relever que les délégations de la Conference se sont surtout exprimées en faveur d'une recommandation“.

⁵³ Ratification of agreements and conventions concluded under the auspices of the League of Nations. Annex to the Supplementary Report on the Work of the Council and the Secretariat to the Fourteenth Ordinary Session of the Assembly of the League of Nations. Official No. A. 6(a). 1933, Geneva, September 15th, 1933.

⁵⁴ Čl. 18 Paktu Společnosti národů zní: „Every treaty or international engagement entered into hereafter by any Member of the League shall be forthwith registered with the Secretariat and shall as soon as possible be published by it. No such treaty or international engagement shall be binding until so registered“.

⁵⁵ VICHNIAC, M. Le statut international des apatrides. *Collected Courses of the Haïque Academy of International law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 1933, Vol. 43, s. 220.

Závěrečná část ujednání z roku 1928 vyjádřila naději, že zástupci jednotlivých vlád oznámí na zasedání Shromáždění Společnosti národů, jaká opatření zúčastněné státy přijaly k uskutečnění ustanovení. Československo provedlo doporučení následujícím způsobem: Ministerstvo zahraničních věcí zaslalo prostřednictvím stálého delegáta u Společnosti národů dne 16. května 1929 generálnímu tajemníkovi dopis č. 102/29. Dopis coby součást diplomatické korespondence byl klasifikován jako *politický* a *obecný*. Byl zaregistrován pod číslem 1A/12086/11812 a rukou dopsán jeho předmět: *Réfugiés, Arrangement du 30 Juin 1928. Adhésion de la Tchécoslovaquie.*⁵⁶ Zaznamenaný francouzský výraz *adhésion* mohl být významově matoucí. Právní pojem náležel do jazykové třídy mezinárodního smluvního práva. Přístup reprezentoval ve smluvní praxi států mezinárodní úkon, jímž stát v mezinárodním prostředí projevuje souhlas, že bude vázán smlouvou.⁵⁷ Přitom obsah pojmu neboli význam výrazu byl dlouhodobě ustálený vůči jiným způsobům vyjádření takového souhlasu s mezinárodní smlouvou.

V diplomatické nótě stálého delegáta se uvádělo, jaké rozhodnutí československá vláda přijala. Vláda se rozhodla přistoupit (*décidé d'adhérer*) k ujednáním o uprchlících z 5. července 1922, 31. května 1924, 12. května 1926 a 30. června 1928. Rozsah personální aplikace ujednání byl přísně omezen. Prohlášení zahrnulo výlučně osoby, které pozbyly ruské nebo turecké státní občanství před 1. lednem 1923, aniž nabyla jiné státní občanství. Prohlášení se vztahovalo na ruské uprchlíky, kteří byli zbaveni příslušnosti podle dekretu vyhlášeného 15. prosince 1921. Ostatní ruští uprchlíci, kteří ztratili státní občanství po rozhodném okamžiku, byli vyloučeni z vnitrostátního provedení politických zásad. Přitom poslední sovětský zákon byl vydán až 22. dubna 1931. V případě Arménů turecký zákon ze dne 15. dubna 1923 nejprve konfiskoval jejich veškerý majetek. Až další zákon vyhlášený 23. března 1927 rozhodl o zbavení tureckého občanství. Mimoto mnohým arménským uprchlíkům byl ukončován občanskoprávní svazek s tureckým státem na základě individuálního správního rozhodnutí až po uvedeném datu.

Stálý delegát generálnímu tajemníkovi oznámil, že československá vláda přijímá závazky, pokud nezakládají derogaci platného vnitrostátního zákonodárství. Jednostranné prohlášení je jazykově rozporuplné, protože

⁵⁶ Société des Nations, archives 1928-1932, registry No. 1A/12086/11812.

⁵⁷ MASTNÝ, V. Kodifikace mezinárodního práva. In: HÁCHA, E., HOETZEL, J., WEYR, F., LAŠTOVKA, K. *Slovník veřejného práva československého*. Svazek II, I až O. Brno: Polagrafia – Rudolf M. Rohrer, 1932, s. 209.

obsahuje výraz „závazek“. Prohlášení směšovalo politický jazyk s jazykem práva. Nicméně v předposledním odstavci si ministerstvo vyhradilo možnost odvolut přijetí doporučení.⁵⁸

Podle názoru československého ministerstva zahraničních věcí nebylo možné v písemném prohlášení spatřovat nic jiného než projev souhlasu se zásadami ujednání, projev, kterým nepřevzalo Československo na sebe žádné závazky. Jednostranné prohlášení o dodržování vyjmenovaných ujednání o uprchlících bylo posouzeno jako vyjádření souhlasu, z něhož nevyplynula jakákoli mezinárodněprávní povinnost vykonávat odsouhlasené zásady. Prohlášení tak nemohlo podléhat zásadě *acta sunt servanda*.

Zpráva ze dne 11. ledna 1930 zaslaná prezidentu Francie zaznamenala, že mezivládní konference konaná na konci června 1928 studovala různé otázky právního postavení uprchlíků a navrhla opatření ke zlepšení jejich režimu, jenž měl být aplikován. Ve zprávě se uvádí, že dané ujednání význačně zlepšuje právní situaci uprchlíků.⁵⁹ Na základě toho schválilo Shromáždění Společnosti národů určité množství rezolucí, v nichž požádalo čenské státy, aby uvedly v život předešlá ujednání a dohodu.⁶⁰ Prezident následně podepsal dekret. Článek 1 dekretu ze dne 11. ledna 1930 stanovil, že ujednání o právním postavení ruských a arménských uprchlíků z roku 1928 bude zveřejněno v Úředním věstníku (*Journal Officiel*) a nabude platnosti k 1. únoru 1930 v plném rozsahu slučitelném se zákony a nařízeními, s výjimkou čl. 1 smlouvy o funkčích zástupců vysokého komisaře Společnosti národů pro uprchlíky.⁶¹

Požadavek slučitelnosti charakterizoval přístup československých a francouzských orgánů k ujednání. Slučitelnost bylo jednostrannou a absolutní

⁵⁸ Société des Nations, archives 1928-1932, registry No. 1A/12086/11812: „En ce qui concerne l'arrangement de 1928 le gouvernement tchécoslovaque se réserve la possibilité de retirer à n'importe quel moment son acceptation de la recommandation conférant au Haut Commissaire le droit d'assurer par son représentant aux réfugiés les services mentionnés dans l'arrangement en question“.

⁵⁹ *Journal Officiel de la République Française*, 17 janvier 1930, No. 14, s. 570.

⁶⁰ Accord du 30 juin 1928 relatif au fonctionnement des Services du Haut-Commissaire de la Société des Nations pour les Réfugiés.

⁶¹ *Journal Officiel de la République Française*, 17 janvier 1930, No. 14, s. 571: „L'arrangement relatif au statut juridique des réfugiés russes et arméniens, signé à Genève, 30 juin 1928, arrangement dont la teneur suit, sera inseré du *Journal officiel* et sera mis en viguer, le 1^{er} fevrier 1930, dans toute la mesure compatible avec les lois et règlements, à l'exception du paragraph 1^{er}, auquel est substitué l'accord signé le même jour, à Genève, par la France et la Belgique, relatif au fonctionnement des Services du Haut-Commissaire de la Société des Nations pour les Réfugiés.“

podmínkou vnitrostátního provedení ujednání. Vnitrostátní právo obou států se nacházelo v prvořadé a nezastupitelné pozici. Vnitrostátní právo bylo nadřazeno nezávaznému ujednání. Zásady ujednání mohly být provedeny pouze v mezích vnitrostátního práva. Avšak francouzský prezident podepsal dekret coby jednostranný správní akt regulativní povahy, jenž zavázel konkrétní členy vlády. Dekret neobsahoval žádné obecné pravidlo, které by bylo aplikovatelné vůči neurčenému okruhu adresátů. Naopak jednotliví ministři uvedení v čl. 4 byli odpovědní za provedení dekretu.

Jednostranné písemné prohlášení bylo na rozdíl od dekretu diplomatickým aktem. Prohlášení československého státu nemohlo vyvolat totožné účinky jako dekret. Ani ratifikací Úmluvy o mezinárodním postavení uprchlíků z roku 1933, která byla sjednána v den československého státního svátku, se žádné ze zmíněných ujednání nestalo integrální částí této úmluvy a nebyla proto závaznými akty,⁶² třebaže čl. 16 této úmluvy stanoví, že ujednání a dohoda 5. července 1922, 31. května 1924, 12. května 1926 a 30. června 1928, pokud byly přijaty smluvními stranami, zůstávají v platnosti v těch svých ustanoveních, která jsou slučitelná s touto úmluvou.

4. MEMORANDUM

Příprava ujednání byla založena na součinnosti politických a odborných orgánů Společnosti národů. Do přípravy návrhu ujednání se účinně zapojily mezinárodní odborné orgány. Poradní výbor pro uprchlé se na schůzi konané 7. září 1927 zabýval právní situací ruských a arménských uprchlíků. Poradní výbor vycházel z podkladů Ústřední komise pro studium postavení ruských uprchlíků (*Commission Centrale pour l'étude de la condition des réfugiés russes*).⁶³ Tento výbor zopakoval, že právní postavení uprchlíků postrádá stabilitu. Ve věci osobního postavení uprchlíků Poradní výbor pracoval s požadavky, které předložila Ústřední komise. Poradní výbor navrhl používat namísto státní příslušnosti místní standard: zákony faktického domicilu (*la loi de leur domicile de fait*).⁶⁴ Z návrhu nebylo jasné, zdali platila sémantická rovnost mezi pojmem faktického domicilu a pojmem současného domicilu.

⁶² League of Nations, *Treaty Series*, Vol. CLIX.

⁶³ Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28–30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations, XIII. Réfugiés 1930, s. 7.

⁶⁴ Tamtéž, s. 8.

Pojem současného domicilu (*domicile actuel*) byl původně použit v úpravě osobního postavení jednotlivce na zasedání Ústavu mezinárodního práva (*Institut de Droit International*) konaném v Ženevě již v roce 1870.

Faktický domicil (*domicile de fait*) plnil v předloze Poradního výboru úlohu řídícího pojmu. Pojem byl navržen jako jediný hraniční určovatel pro úpravu osobního postavení uprchlíků a otázek jejich manželství. Zvláštním požadavkem byl návrh, aby uprchlíci mohli být ustaveni za opatrovníky nezletilých stejného původu.⁶⁵ Naopak současný domicil (*attuale domicilio*) zaujal v předloze Ústavu mezinárodního práva pouze podpůrné postavení. Úlohou pojmu bylo řešit kolizní situaci občana spolkového státu, v jehož zemích platily rozdílné občanskoprávní předpisy. Řídícím pojmem pro úpravu osobního postavení jednotlivce se stala příslušnost ke státu. Zásada státní příslušnosti byla nadřazená, obecná i univerzální. Tato zásada byla v jejím rozhodujícím postavení podporována na několika jednáních Ústavu. Zásada odkazovala na zákony místa, k němuž osoba náležela podle státní příslušnosti.

Ruští a arménští uprchlíci byli osobami bez diplomatické a konzulární ochrany. Pro případ neznámé státní příslušnosti připravil Ústav během bruselského rokování v roce 1879 jiné řešení. Podle čl. VI návrhu se postavení a způsobilost osoby, ježíž státní příslušnost nebyla známa, řídily místním standardem, tj. zákony jejího domicilu. Ke konečnému přijetí obecné zásady upravující osobní postavení jednotlivců dospěli účastníci zasedání Ústavu v Oxfordu v roce 1880.⁶⁶ Zásada byla věrna návrhu a zachovala podpůrné místo domicilu pro případy osob, jejichž státoobčanské pouto bylo jednostranně zrušeno.

Řešení problému předpokládalo získání a shromázdění právních poznatků od jednotlivých států. Vysoký komisař pro uprchlíky zaslal dopis No. R 409/0/6 vládám šestnácti států datovaný 31. ledna 1928.⁶⁷ Vysoký komisař kromě jiného zdůraznil, že problém právního postavení uprchlíků není výlučnou záležitosti těchto jednotlivců.⁶⁸ Dopis provázel soubor šesti otázek, přičemž první a druhá otázka zahrnovala sadu podotázek.⁶⁹ První podotázka

⁶⁵ Tamtéž, s. 9.

⁶⁶ Institut de Droit International, Session d'Oxford, 1880, *Principes généraux en matière de nationalité, de capacité, de succession et d'ordre public*, s. 1.

⁶⁷ *Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28–30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations*, XIII. Réfugiés 1930, s. 10–12.

⁶⁸ Tamtéž, s. 11.

⁶⁹ Tamtéž, s. 12.

otázky II se týkala osobního postavení uprchlíků. Otázka byla v autentickém znění položena takto:⁷⁰

„*Quelle est la loi qui régit le statut personnel des réfugiés russes et arméniens, notamment dans le cas où le statut de l'étranger est déterminé par sa loi nationale?*“

Základní část otázky byla smysluplná a cílená. Konstruktivně položená otázka vyžadovala vysvětlení, který právní řád upravuje osobní postavení ruských a arménských uprchlíků. Daná část otázky předpokládala sdělení, které hledisko se použije pro určení osobního postavení uprchlíků. Vedlejší část otázky obsahovala domněnku, že postavení cizince upravuje jeho vnitrostátní právo. Přičemž základním hraničním určovatelem byla v řadě zemí státní příslušnost (*lex patriae*).

Odpovědi vlád na položenou otázku nebyly až na výjimky zevrubné. V odpověďích převládaly stručné popisy právního postavení cizinců a rovněž situace ruských a arménských uprchlíků. Některé odpovědi doplňovaly texty zákonů nebo jiných právních předpisů. Přesto Výbor ruských a arménských právních odborníků na jejich podkladě připravil kritický rozbor právní situace. Výbor shledal, že neplatí žádné obecné pravidlo (*lex generalis*), jež by upravovalo osobní postavení uprchlíků. Kontinentální právní systém charakterizovala různorodost právního řešení, která byla prvotní příčinou nestability a nejistoty. Tento žalostný stav se netýkal jen uprchlíků, ale narušoval také právní situaci fyzických a právnických osob, s nimiž udržovaly soukromoprávní vztahy.

Osobní postavení uprchlíků se v řadě států řídilo *zákony země původu*, ačkoli jejich právní svazky byly na základě hromadného zbavení státního občanství zpřetrhány. Výbor proto rozlišil dvě protikladné právní situace (*antinomie*). Osobní postavení ruských uprchlíků mohlo být spravováno v zemi azylu podle carských nebo sovětských zákonů. V Belgii směly být v zásadě aplikovány cizí zákony, pokud nebyly v rozporu s *veřejným pořádkem*. Nicméně sovětské právo nebylo v Belgii uznáno. Ruští uprchlíci se ovšem nemohli ani domáhat aplikace carského práva vzhledem k jejich osobnímu postavení. Stejně jako v případě osob bez státní příslušnosti bylo vůči ruským i arménským uprchlíkům aplikováno místní právo (*la loi locale*).⁷¹

⁷⁰ Tamtéž.

⁷¹ Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28–30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations, XIII. Réfugiés 1930, s. 33.

Podle odpovědi německé vlády nebyl problém aplikace buď carského (*le droit ancien*), nebo sovětského (*le droit actuel*) jednotně vyřešen. Praxe se ve Výmarské republice přikláněla k aplikaci práva sovětského státu.⁷² Uvozovací zákon k občanskému zákoníku ze dne 18. srpna 1896 obsahoval v čl. 7 odst. 1 pravidlo, jehož normativní struktura a účel byly ustaveny na myšlence státní příslušnosti. Právní způsobilost byla posuzována podle zákonů státu, k němuž osoba příslušela.⁷³ Toto obecné právní řešení bylo prvořadé a odpovídalo doporučení Ústavu mezinárodního práva z roku 1880.

Situace jednotlivce, který nebyl v žádném právním svaazku ke státu, nebo takový svaazek nemohl být zjištěn, musela být jistá a právně vyvážená. Právní vztahy osoby, která nepříslušela k žádnému státu, se řídily zákony státu, k němuž naposledy příslušela. Pokud osoba v minulosti nepříslušela k žádnému státu, řídily se její právní vztahy zákony státu podle místa jejího *bydliště*. Neměla-li osoba bydliště, posuzovaly se její právní vztahy podle *současného pobytu* nebo pobytu, který měla v rozhodném období.⁷⁴

Německý uvozovací zákon měl poskytovat pro různé situace bezpečnou právní úpravu. Pojmy bydliště a pobytu plnily vůči pojmu státní příslušnosti podpůrnou kolizní úlohu. Uvozovací zákon upravil právní vztahy uprchlíků v čl. 29, aniž by použil výraz *heimatlos*, jenž označoval osoby bez vlasti. Zákon důsledně utvořil z právních pojmu *sestupnou škálu*. Všechny pojmy byly právní povahy. Jejich obsah byl výhradně spojen s německým právním rádem. Byly to pojmy *relativní*, a nikoli absolutní povahy. Pojmy absolutní povahy by měly jen jeden jednoznačný a všeobecný význam v právu jako objektivním systému.⁷⁵

⁷² Tamtéž, s. 73.

⁷³ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Vom 18. August 1896. Reichsgesetzblatt, Band 1896, Teil I, Nr. 21, s. 605: „Die Geschäftsfähigkeit einer Person wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person gehört“.

⁷⁴ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Vom 18. August 1896. Reichsgesetzblatt, Band 1896, Teil I, Nr. 21, s. 609: „Gehört eine Person keinem Staat an, so werden ihre Rechtsverhältnisse, soweit die Gesetze des Staates, dem eine Person angehört, für ma3gebend erklärt sind, nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person zuletzt angehört hat, und wenn sie auch früher einem Staat nicht angehört hat, nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie ihren Wohnsitz und in Ermangelung eines Wohnsitzes ihren Aufenthalt hat oder zu der ma3gebenden Zeit gehabt hat.“

⁷⁵ KRČMÁŘ, J. *Úvod do mezinárodního práva soukromého. Část I. Propedeutická*. Praha: Bursík & Kohout, 1906, s. 224.

Výbor pokládal za nejméně dokonalé, když se právní vztahy uprchlíků spravovaly podle nově platných zákonů.⁷⁶ Aplikace sovětských zákonů se příčila veřejnému pořádku anebo vyvolávala obtížně řešitelné situace v nabývání dědictví po uprchlíkovi. Článek 29 německého uvozovacího zákona odkazoval v dědických záležitostech na použití sovětského práva. Sovětská úprava dědických záležitostí byla v německém právním prostředí neaplikovatelná. Až zákon o německo-ruských dohodách ze dne 12. října 1925 v čl. 4 upravil dědické vztahy osob, které ztratily ruskou státní příslušnost před nabytím účinnosti tohoto zákona a nenabyly žádnou jinou státní příslušnost. Nástupnictví do práv zůstavitele se podle tohoto zákona řídilo německým právem, pokud měl zůstavitel v době smrti bydliště nebo pobyt na území Výmarské republiky.⁷⁷ Jedině právní pojmy bydliště a pobytu byly aplikovány pro určení právního rádu.

Rovněž Švýcarsko dlouhodobě spoléhalo na zásadu státní příslušnosti. Zákoník soukromého práva pro kanton Curych z roku 1853 rozlišoval mezi osobním postavením občanů a cizinců. Osobní postavení občanů kantonu i cizinců spravoval *lex patriae*. Mezinárodní právo soukromé platné ve Švýcarsku odkazovalo na použití zákonů podle zásady státní příslušnosti (*la loi nationale*). Článek 7a federálního zákona o otázkách občanského práva usazených nebo bydlících občanů stanovil, že postavení osob, jejichž státní příslušnost nemohla být určena, se řídí švýcarským občanským právem.

Výbor upřednostnil aplikaci zákonů původní státní příslušnosti uprchlíků. Pokládal takovou úpravu osobního postavení uprchlíků za nejpříznivější řešení, jež se shoduje s pojmem práva.⁷⁸ To se zejména týkalo práv uprchlíků nabytých podle zákonů dříve platných v domovském státě. Naproti tomu nemalá skupina evropských států aplikovala *domicil* pro určení postavení osob bez státní příslušnosti. Podle právního názoru lotyšské vlády ruští a armenští uprchlíci nesměli podléhat žádným právním účinkům zákonodárství bývalého státu. V tomto názoru byl obsažen i morální úsudek. Vždyť tito jednotlivci byli zbaveni státoobčanského svazku z vůle státu. Na postavení

⁷⁶ Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28–30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations, XIII. Réfugiés 1930, s. 20.

⁷⁷ Gesetz über die deutsch-russischen Verträge von 12. Oktober 1925. Vom 6. Januar 1926. Reichsgesetzblatt, Band 1926, Teil II, Nr. 1, s. 1.

⁷⁸ Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28–30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations, XIII. Réfugiés 1930, s. 20: „C'est la solution la plus favourable aux réfugiés et la plus conforme à leur notion de droit“.

těchto uprchlíků se aplikovaly lotyšské zákony v souladu se zásadou místa jejich bydliště.⁷⁹

Taktéž anglické právo v zásadě určovalo osobní postavení jednotlivců podle jejich domicilu, a nikoli podle státní příslušnosti. Tato úprava nemusela způsobit žádné nepříznivé následky ani vyvolávat aplikační otázky. V praxi se však mohly vyskytnout případy, kdy uprchlíci měli domicil ve státě, jehož zákony určily osobní postavení uprchlíka na základě jeho státní příslušnosti. V těchto případech by anglické soudy vyslyšely důkazy ohledně zákonných předpisů platných v zemi domicilu a aplikovaly stejný zákon jako tamní soudy.⁸⁰

Egyptské právo se odlišovalo od civilistické nebo anglosaské právní úpravy. Egyptské právo poskytovalo vlastní řešení právního problému uprchlíků. V zemi islámského práva byla účinná úprava právního i osobního postavení jednotlivců podle jejich náboženské příslušnosti. Příslušníci egyptského státu, bývalí podaní otomanského vládce, avšak nemuslimové, se mohli obracet k soudům založeným náboženským společenstvím. Arméni měli zaručen přístup k takovému konfesnímu soudu. Ovšem otázky kurately a poručnické rozhodovaly zvláštní soudy s obecnou příslušností, k nimž měli přístup všichni obyvatelé Egypta. Ruští uprchlíci vyznávající pravoslavnou víru neměli žádný soud, jehož příslušnosti by podléhali. Nicméně pravá jurisdikční mezera tím nebyla založena, ruští uprchlíci mohli hledat ochranu u soudu, jemuž byli podřízeni muslimové (*Charéj*).⁸¹

Výbor zaznamenal jiné výjimečné uspořádání mezinárodněprávních vztahů. Uprchlíci, kteří pobývali na území pod mezinárodním protektorátem či mandátem zřízeným podle čl. 22 Paktu Společnosti národů, se ocitli v třízivé právní situaci. Čelné spojené a sdružené mocnosti rozdělily mandáty do tří skupin. Skupina A zahrnovala některá území bývalé Otomanské říše jako Palestinu, Irák, Sýrii, Libanon a Arménií. V případě skupiny A poskytoval mandatář jen radu a pomoc a nevykonával nad územím suverenitu.⁸² Velká Británie spravovala Palestinu a Irák, kdežto Francie se starala o Sýrii a Libanon. Výbor navrhoval, aby osobní postavení uprchlíků, kteří prodlévali

⁷⁹ Tamtéž, s. 56.

⁸⁰ Tamtéž, s. 60.

⁸¹ Tamtéž, s. 65.

⁸² OSUSKÝ, Š. Společnost národů. In: HÁCHA, E., HOETZEL, J., WEYR, F., LAŠTOVKA, K. *Slovník veřejného práva československého*. Svazek IV, S až T. Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1938, s. 503.

na těchto územích, se řídilo zákony protektora nebo mandatáře.⁸³ Co se týkalo osob bez státní příslušnosti, francouzské i anglické zákony upravovaly jejich osobní postavení podle domicilu.

Pestrý právní stav přivodil krajně nepříznivý následek. Jakmile se uprchlík pohyboval a pobýval v sousledné době na území několika států, objevily se *normativní antinomie*. S výjimkou přirozených práv, která byla zaručena občanskými zákonisky, nemusel být uprchlík subjektem práv pramenících z jeho osobního postavení. Zejména když právní rády různych států rozdílně upravovaly věk nabytí způsobilosti k právním úkonům. Někde byl uprchlík pokládán za zletilého, zatímco jinde za nezletilého. Vnitrostátní úprava osobního postavení uprchlíka mohla odkazovat na carské či sovětské zákony. Uznání těchto právních předpisů nesměl překážet veřejný pořádek.

Výbor hodlal odstranit příčiny nejistého i nebezpečného osobního postavení uprchlíků. Na rozdíl od Poradního výboru nepracoval mezinárodní orgán složený z ruských a arménských právních odborníků s pojmem faktického domicilu (*domicile de fait*). Výbor se rozhodl pro jiné právní řešení problému. Výbor navrhl pro určení osobního postavení uprchlíků obvyklé bydliště (*résidence habituelle*).⁸⁴ Přijetí návrhu mohlo znamenat průlomové řešení destabilizovaného osobního postavení uprchlíků jako jedinců zbavených státoobčanského svazku. Přitom obvyklé bydliště mělo být výhradním a jednolitým určovatelem, aniž by za ním stál jiný, a to jakýkoli podpůrný kolizní určovatel.

Idea používat obvyklé bydliště (*résidence habituelle*) v unifikačních úmluvách se zrodila během jednání Haagské konference mezinárodního práva soukromého. Konference od zahájení činnosti směřovala ke koliznímu určení osobního postavení jednotlivce. Uprchlíci měli požívat právní jistotu a bezpečí v soukromoprávních situacích, jež protínaly dva i více právních rádů. Idea použít obvyklé bydliště jako hraniční určovatel byla atypickým a ještě nezralým hlediskem v rámci *územního standardu*. Konference převzala tento pojem ze sociální oblasti, kde obvyklé bydliště plnilo jinou pojmovou úlohu.⁸⁵

Původně byl pojem obvyklého bydliště (*gewöhnliche Aufenthalt*) nedílnou součástí deskriptivní definice podpůrného bydliště (*domicile de secours*,

⁸³ Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28–30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations, XIII. Réfugiés 1930, s. 21.

⁸⁴ Tamtéž, s. 20.

⁸⁵ Srov. § 10 zákona (Gesetz über den Unterstützungswohnsitz, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes, 1870, Nr. 20, s. 360).

Unterstützungswohnsitz). Bydliště toho druhu bylo podmínkou nabytí subjektivních práv podle německého zákona o podpůrném bydlišti ze dne 6. června 1870. Říšský zákon pouze neplatil v Alsasku, Bavorsku a Lotrinsku. Následně se kvalitativní pojem chudinského práva přenesl do dvoustranného ujednání uzavřeného mezi Belgií a Německem v roce 1878 o sociálních záležitostech. Pojem získal mezinárodní uznání alespoň mezi dvěma státy. Ujednání upravilo kompetenční otázku vydání potvrzení o nemajetnosti osoby pro sociální účely. Ve všech případech byl oprávněn vydat cizinci takové potvrzení či prohlášení orgán určený podle jeho obvyklého bydliště.

Článek 15 Úmluvy o civilním řízení z roku 1896 připravený Haagskou konferencí mezinárodního práva soukromého odpovídá dvoustranné úpravě s jedním význačným rozdílem. Ve smluvním ustanovení se objevil vedle pojmu obvyklého bydliště pojem současného bydliště (*résidence actuelle*), pokud nemohlo být obvyklé bydliště zjištěno. Přitom oba pojmy byly svým obsahem příbuzné. Společně sdílely jednu základní složku, místo, kde osoba prodlévá anebo kam se navrací.

Avšak čl. 2 Haagské úmluvy o poručnictví z roku 1902 nepoužil obvyklé bydliště jako hraniční určovatel.⁸⁶ Ustanovení čl. 7 Haagské úmluvy předpokládalo přijetí naléhavých opatření v zájmu nezletilého cizince, jež směl nařídit příslušný místní orgán na základě obvyklého bydliště nezletilého. Účel ustanovení spočíval na zásadě *blízkosti*, která vycházela z rozumného uspořádání právního vztahu. Pravidlo spojovalo dítě s místním orgánem vybaveným pravomocí přijmout opatření na jeho ochranu a v jeho zájmu.

Na zasedání Haagské konference v roce 1928 byla zaměřena unifikační pozornost na změny v kolizní úpravě manželského práva.⁸⁷ Bylo navrženo, aby se způsobilost osob bez státní příslušnosti řídila zákony podle místa obvyklého bydliště. Naproti tomu ženevská mezinárodní konference zamýšlela, aby obvyklé bydliště se ujalo nové pojmové úlohy. Pojem, jehož obsah odráží soubor skutečností, měl jednoznačně určit právní řád spravující jak osobní postavení, tak rodinné vztahy ruských a arménských uprchlíků. Podle memoranda vypracovaného výborem mělo obvyklé bydliště odstranit proměnlivé právní postavení uprchlíků a zaručit jejich bezpečnou právní situaci.⁸⁸

⁸⁶ Convention du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs.

⁸⁷ Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage.

⁸⁸ Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28–30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations, XIII. Réfugiés 1930, s. 20: „Vu l’absence de la loi nationale le statut personnel du réfugié apatride devrait être régi, non par les lois qui

Výbor navrhl, aby se osobní postavení uprchlíků řídilo zákony jejich obvyklého bydliště. Na konci věty se vyskytl vedle obvyklého bydliště pojem domicilu. Oba příbuzné pojmy sdílejí jednu vlastnost: schopnost upravit právní postavení uprchlíků bez státní příslušnosti. Memorandum umístilo do závorky domicil, ale až za pojem obvyklého bydliště. Výbor neosvětlil, jaký sémantický vztah mezi oběma výrazy panoval. Z průběhu jednání vyplynulo, že mezi nimi platila spíše sémantická nerovnost než rovnost. Nebyly ani úplně ani zčásti zaměnitelné. Výrazy nebyly vůči sobě synonymy.

5. PŘÍPRAVA USTANOVENÍ

Mezi předběžné záležitosti byla zařazena otázka účasti ruských a arménských právních odborníků na jednání mezivládní konference. Ačkoli Výbor ruských a arménských právních odborníků zpracoval memorandum, bylo ve smluvní diplomacie problematické, aby se tento orgán mohl mezivládní konference účastnit a podílet se na přípravě textu ujednání. Rozsah účasti jednotlivých ruských a arménských právních odborníků byl zvažován v závislosti na *formální* povaze konference. Zasedání konference mohla být buď veřejně přístupná, nebo se konat *in camera*.

Podle předsedy měly být předmětem rokování složité, právně technické záležitosti, které byly nesnadné pro porozumění veřejnosti. Kromě toho předseda očekával svobodnější a otevřenější rozpravu, pokud by veřejnost nebyla jednání přítomna. Navzdory této úvaze bylo předloženo přijatelné řešení, které odpovídalo úmyslu zúčastněných zástupců států a očekávanému výsledku mezivládní konference. Na návrh předsedy měla veřejnost přístup na zahájení konference, všeobecnou rozpravu, přijímaní rozhodnutí a na závěr konference. Kdežto rozprava o podrobných otázkách se měla odehrávat s vyloučením veřejnosti. Ruští a arménští právníci se směli do jednání zapojit.⁸⁹

Návrh prvního odstavce ustanovení § 2 měl v memorandu toto znění:⁹⁰

„Que le statut personnel des réfugiés apatrides russes et arméniens, dans les pays où leur ancienne loi n'est plus reconnue, soit régi par la loi de

varient selon les déplacements de l'intéressé, mais par une loi certaine et fixe: celle du lieu de sa résidence habituelle (domicile)“.

⁸⁹ Tamtéž, s. 108.

⁹⁰ Tamtéž, s. 117.

*leur résidence habituelle, ou, à défaut de résidence de résidence habituelle, par la loi de leur résidence.*⁹¹

Návrh zachovával vztah uprchlíků k bývalému právu, s nímž byli uprchlíci podle zásady státní příslušnosti spojeni. Návrh nesledoval negativní účel, a to zcela vyloučit účinky bývalého práva na osobní postavení uprchlíků. Neodsuzoval zpřetrhaný státoobčanský svazek z vůle států jako nemorální čin. Návrh připouštěl aplikaci bývalého práva na osobní situaci uprchlíků. Jakmile nebyly bývalé zákony uznány, ať z důvodu veřejného pořádku, nebo jiného důvodu, řídilo se osobní postavení ruských a arménských uprchlíků zákony jejich obvyklého bydliště. Obvyklé bydliště zaujalo místo základního určovatele osobního postavení uprchlíků. Pojmová úloha obvyklého bydliště spočívala v konsolidovaném určení práva, jímž se spravovalo postavení těchto osob bez diplomatické a konzulární ochrany. Až podpůrnou či pomocnou pozici zaujalo bydliště.

Obsah pojmu obvyklého bydliště byl deskriptivní, *faktický*. Pojem odkazoval na konkrétní skutečnosti. Tyto skutečnosti či okolnosti pojem rovněž popisoval a třídit. Pojem byl v přímém styku s realitou coby referentem. Pojem měl v první řadě označit konkrétní místo, kde osoba pobývala. Její osobní postavení se řídilo podle zákonů místa jako rozhodné skutečnosti. Obsah pojmu nebyl závislý na vnitrostátním právu. Pojem se nedostával do sémantického střetu s pojmy, jejichž obsah byl právní. A to ani s pojmem bydliště, které se úmyslně ocitlo na podpůrném místě. Bydliště mohlo být aplikováno až v okamžiku, kdy se uprchlíci neusadili a nezaložili žádné obvyklé bydliště. Naopak pojem bydliště si zachovával právní obsah. Bydliště bylo právním konstruktém závislým na určitém právním rádu, v jehož rámci byl uzákoněn normotvůrcem, rozhodováním soudů anebo správních úřadů. Navržený hierarchický poměr mezi faktickým a právním pojmem nebyl do té doby ověřen.

Během rozpravy zástupci vlád převážně posuzovali slučitelnost návrhu s vnitrostátní úpravou osobního postavení uprchlíků. Návrh úplně neodpovídal vnitrostátnímu řešení osobního postavení uprchlíků. Avšak nebyl ani v příkrém rozporu se soukromoprávními předpisy většiny zúčastněných států. Nejblíže měl návrh k rumunské úpravě, jak prokazovaly dva ministerské dopisy ze 17. dubna a 1. května 1928. Ve druhém dopise se uvádělo, že v rámci mezinárodního práva soukromého se řídilo osobní postavení těchto jednotlivců bez vlasti zákony jejich domicilu nebo obvyklým bydlištěm, byť byl *vynucený*.⁹¹

⁹¹ Tamtéž, s. 51: „Les réfugiés russes et arméniens entrent, du point de vue du droit international privé dans la catégorie générale des sans-patrie (heimatlos), de sorte que leur statut

Pokud pobývali ruští a arménští uprchlíci na rumunském území, správovalo se jejich osobní postavení tamními zákony.⁹² Jiné státy nepřevzaly do soukromoprávních zákonů obvyklé bydliště, a to ani Německo, do jehož chudinského práva byl pojem poprvé uveden. A to přesto, že Haagská konference mezinárodního práva soukromého začala během *fin de siècle* pojmem používat, i když zpočátku nikoli jako hraničního určovatele. Zákonodárství jednotlivých států předepisovalo pro úpravu způsobilosti osob bez státní příslušnosti a jejich rodinných vztahů *domicil*. Ale ani státní příslušnost, bydliště či pobyt nebyly jako určovatelé vyloučeny.

Polští zástupci poukázali na náročnost úkolu, s nímž se nedokázalo vyrovnat žádné ze zasedání Haagské konference.⁹³ Během VI. zasedání Haagské konference bylo navrženo používat obvyklé bydliště jako jediný hraniční určovatel pro úpravu způsobilosti uzavírat manželství osobami bez státní příslušnosti.⁹⁴ Návrh vzešel od německého delegáta. Úkol předložit jediné a konečné řešení problému osobního postavení se zdál být nepřekonatelnou komplikací za situace, kdy přetrvávala rozdílná úprava.

Řada delegátů upozornila na skutečnost, že platná vnitrostátní úprava není v úplném souladu s návrhem ustanovení § 2. Francouzský zástupce pokládal za přirozené a praktické, že se postavení osob řídí zákony jejich domicilu.⁹⁵ Jeho vyjádření zcela odpovídalo liteře francouzského občanského zákoníku z roku 1803. Zákoník používá *domicil* v čl. 102–105 jako pravý právní pojem. *Domicil* je místem, kde se osoba hlavně usadila (*principal établissement*), a to s úmyslem tam pobývat. Francouzská úprava nevymezila *domicil* jako středisko činnosti osoby.

Občanský zákoník přijal římskoprávní tradici vůči dvěma pojmovým objektům. Zákoník tak udržuje pojmovou kontinuitu i jednotu. Binární obsah pojmu utvářejí obecně známé složky – *factum* a *animus*. Francouzský zástupce ovšem doplnil, že situace uprchlíků bývá jinačí než u ostatních osob. Určení jejich *domicilu* by mohlo být složitější než u státních příslušníků.

personnel est gouverné par la loi de leur domicile, ou de leur, résidence habituelle (ou même forcée)“.

⁹² Tamtéž, s. 51–52.

⁹³ Tamtéž, s. 118.

⁹⁴ Očekávání nenaplnilo ani 7. zasedání Haagské konference mezinárodního práva soukromého.

⁹⁵ Documents préparatoires et procès-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés 28–30 Juin 1928. Arrangement et Accord du Juin 1928. Série de Publications de la Société des Nations, XIII. Réfugiés 1930, s. 117: „Il est à la fois naturel et pratique de considérer que les personnes sont soumises à la loi du pays de leur domicile“.

Při absenci domicilu se mělo osobní postavení uprchlíků řídit zákony jejich obvyklého bydliště.

Většina zástupců byla názoru, že návrh je přijatelný, a proto by nebylo nutné na základě ustanovení změnit vnitrostátní předpisy. Přesto francouzský zástupce shrnul poznatky předčeňků a navrhl odkázat na zákony země domicilu. Během dalšího rokování předseda konference doplnil návrh ustanovení § 2 o domicil. Doplnění zdůvodnil snazším přijetím předlohy.⁹⁶ Po učiněné změně měl návrh ustanovení tuto podobu:

„Que le statut personnel des réfugiés apatrides russes et arméniens dans les pays où leur ancienne loi n'est plus reconnue soit régi par la loi de leur domicile, soit régi par la loi de leur résidence habituelle, ou, à défaut de résidence de résidence habituelle, par la loi de leur résidence.“

Návrh byl přijat, přičemž nebyl vysloven žádný protikladný hlas. V souvislosti s rozvodem manželů byly provedeny analogické změny v předloze ujednání. K tomu lotyšský delegát poznamenal, že použití výrazů s příbuznými významy může vyvolat nedorozumění. Odkázal na domicil, skutečné bydliště, ale nikterak na skutečný domicil (*domicile de fait*), a bydliště. Položil autorům otázku ohledně významu dvou posledních výrazů.⁹⁷ K tomu bylo připomenuto, že osobní postavení uprchlíků se v Polsku řídí podle jednoho určovatele, a to domicilu.

Podle francouzského zástupce byla oživena citlivá otázka. Znovu opakovával, že určení domicilu by mohlo být náročným procesem. Zavedení obvyklého bydliště bylo z toho důvodu trvale nepostradatelné. Za autory návrhu bylo odpovězeno, že výraz *domicil* byl úmyslně vyňat z memoranda, neboť je pojmem občanského i veřejného práva.⁹⁸ V různé oblasti vnitrostátního práva plnil jeden a tentýž pojem jinou úlohu, čemuž odpovídala jeho obsah. Proto se mohlo jevit navrhované řešení jako nepatričné, když vnitrostátní předpis upravoval rozvod manželů podle jejich státní příslušnosti, což byl případ Estonska.⁹⁹

⁹⁶ Tamtéž, s. 138.

⁹⁷ Tamtéž, s. 143: „M. DUZMANS souligne les malentendus que pourrait entraîner l'emploi de l'expression dont le sens est aussi rapproché, comme *domicile*, *résidence de fait* et *résidence*“.

⁹⁸ Tamtéž, s. 144: „Me RUBINSTEIN fait observer que le terme «*domicile*» avait été écarté du mémorandum des experts parce qu'il n'est pas seulement une notion de droit civil, mais encore une notion de droit public“.

⁹⁹ Tamtéž.

Konstrukce ustanovení upravující osobní postavení uprchlíků nesledovala jeho slučitelnost s vnitrostátní úpravou. Návrh ruských právních odborníků byl soustředěn na slučitelnost ujednání s rodícím se normotvorným dílem Haagské konference, a sice s jejími unifikačními úmluvami, které upravovaly osobní, manželské a rodinné záležitosti. Zástupci vlád však záměrně upínaly negociační zájem na slučitelnost návrhu s jejich vnitrostátním právem, aby parlamenty nemusely přijímat žádné legislativní změny.

V závěru jednání předložil předseda návrh § 2, jenž byl přepracován do následující formy:

„Il est recommandé que le statut personnel des réfugiés russes et arméniens soit régi dans le pays où leur ancienne loi n'est plus reconnue, soit par la loi de leur domicile ou de leur résidence habituelle, soit, à défaut, par la loi de leur résidence.“

Návrh získal jednomyslnou podporu. Československý delegát, o jehož zapojení do rozpravy nebyl veden žádný veřejný záznam, podepsal ujednání spolu s ostatními zástupci vlád až na závěr konference. Přípravné dokumenty uvádějí nepřesné datum konečného přístupu (*l'adhésion définitive*) Československa.¹⁰⁰ Přístup byl datován o jeden rok dříve, než byl zaslán diplomatický dopis č. 102/29, v němž vláda vyjádřila rozhodnutí přistoupit nejen k tomuto ujednání, ale ke všem předchozím ujednáním o uprchlících.

Přístup podmínily tři výhrady. Ujednání se aplikovalo pouze na uprchlíky, kteří byli zbaveni původní státní příslušnosti před 1. lednem 1923. Ujednání bylo přijato za podmínky, že nezakládá derogaci platného československého zákonodárství.¹⁰¹ Doporučení nesměla vynutit žádné změny relevantních československých zákonů. Poslední výhrada se vztahovala k úvodnímu článku ujednání. Vláda nadto mohla kdykoli přístup k tomuto ustanovení odvolat.

6. HRA POJMŮ

Ujednání dovolilo aplikaci zákonů původní státní příslušnosti uprchlíků. Pokud bývalé právo uprchlíka nebylo uznáno z důvodu veřejného pořádku,

¹⁰⁰ Tamtéž, s. 198.

¹⁰¹ Tamtéž: „L'Arrangement n'est accepté qu'en tant qu'il ne déroge pas à la législation en vigueur“.

mohly příslušné orgány aplikovat zákony podle jeho domicilu nebo obvyklého bydliště. Aplikace domicilu využovala aplikaci obvyklého bydliště a obráceně. Obě hlediska zaujala alternativní, avšak rovnocennou pozici. Mezinárodní ustanovení bylo *primárně* přizpůsobeno vnitrostátnímu zákonodárství. Pokud neexistoval takový domicil nebo obvyklé bydliště, řídilo se osobní postavení ruských a arménských uprchlíků zákony místa jejich bydliště. Bydliště bylo aplikováno až na druhém místě. Plnilo podpůrnou pojmovou úlohu. Ustanovení spoléhalo na tři pojmy, jejichž aplikace měla dospět k rozumné i spravedlivé úpravě osobního postavení uprchlíků. Dva z pojmu byly ryze právní povahy.

V doporučení nemohl být výslovňě použit pojem státní příslušnosti, protože uprchlíci byli bez vlasti. První i druhý návrh ustanovení charakterizovaly ruské a arménské uprchlíky jako osoby bez státní příslušnosti (*apatriades*). Jak pojem domicilu, tak pojem bydliště byly relativně abstraktními objekty. Jejich obsah byl odedávna vytříben římským právem. Někdy byly vzeseny pochybnosti o povaze těchto pojmu. Pochybnosti byly spolehlivě vyvráceny právní teorií i soudní praxí. Obsah obou pojmu zcela závisel na vnitrostátním právu každé strany ujednání.¹⁰²

Vnitrostátní úprava, která určovala bydliště, se v jednotlivých státech rozcházela.¹⁰³ Žádný z těchto právních pojmu nebyl unifikován a ani se nestal *absolutním* v tom smyslu, že by měl totožný obsah v jakémkoli právním kontextu. To by vyvstala situace pojmové ideality.¹⁰⁴ Naproti tomu pojem obvyklého bydliště byl od prvního okamžiku normotvorby faktickou kategorií. Obsah pojmu byl bezprostředně určován realitou, bytím jedince, a z jejího rozboru a hodnocení vycházel. Pojem byl neodlučitelně spojen s objektivním stavem, s okamžitymi, ale také průběžnými okolnostmi. Přitom takové skutečnosti jsou *ověřitelné, doložitelné a prokazatelné*. Tyto skutečnosti či okolnosti jsou v pojmu seskupeny i rozdeleny.

Ustanovení § 34 obecného občanského zákoníku ze dne 1. června 1811, jenž byl do československého práva recipován, upravil osobní způsobilost cizinců k právním úkonům (jednáním). Způsobilost cizince se řídila jeho bydlištěm. Neměl-li cizinec vlastní bydliště, spravovala se jeho způsobilost mísťem jeho narození. V části o právech cizinců nebylo pamatováno na osoby

¹⁰² KRČMÁŘ, J., op. cit. 75, s. 224: „Pojem bydliště je právě tak jako pojem státního občanství pojmem právním, a sice pojmem právním relativním, tedy na formaci právních řádů závislým, a nikoli pojmem absolutním.“

¹⁰³ Tamtéž, s. 225.

¹⁰⁴ Viz *Begriffsjurisprudenz*.

bez vlasti. Ottův slovník naučný vydaný v roce 1893 vysvětloval význam výrazu „domicil“ prostřednictvím nominální definice.¹⁰⁵ V lexikonu mohly být oba výrazy „domicil“ a „bydliště“ nazývány jako synonymická dvojice. Dokonce se mohlo zdát, že *domicil* (*domicilium*), jenž pochází z latinského jazyka, má bydliště za jediný jazykový ekvivalent.

Tehdy pojem *domicilu* nebyl rakouskému a posléze československému právu neznámý. *Domicil* byl aplikován ve směnečném a církevním právu. Ve směnečném právu *domicil* označoval místo, kde měla být směnka zaplacená. Zatímco *domicil* v církevním právu zachoval kontinuitu s římským právem, když trval na nutnosti obou složek (*factum a animus*). *Domicil* odkažoval na místo, kde se někdo usadil s úmyslem tam trvale bydlet. Církevní právo rozlišovalo mezi řádným (*domicilium verum*) a mimořádným (*quasi domicilium*) bydlištěm. Pokud byla osoba způsobilá volby, mohla určit místo svého usazení. V takovém případě se jednalo o *domicilium voluntarium*. Protikladným druhem bylo bydliště povinné (*domicilium necessarium, legale*). Osoba mohla mít současně několik řádných i mimořádných bydlišť, nebo zároveň bydliště řádné a mimořádné.¹⁰⁶

Z *domicilu* se odvozovalo podřízení osoby církevní pravomoci. Avšak jeho pojmová úloha, ale ani pojmová úloha *domicilu* ve směnečném právu nemohly vyhovět účelu ustanovení § 2 obsaženého v ujednání. Jediné možné řešení mohlo vzejít z částečné synonymie. Výraz „*domicil*“ musel být nahrazen výrazem „bydliště“ nebo „stálé bydliště“. Proto se nemohla v semantickém vztahu dvou jazykových jednotek uplatnit jejich bezvýjimečná zaměnitelnost (*salva veritate*). Ani nenastala stejná frekvence výskytu obou právních pojmu ve všech právních kontextech. Třebaže obsah pojmu bydliště tvořily jako u *domicilu* dvě shodné složky – *factum a animus*.

Bydliště neznamenalo pouhou fyzickou přítomnost neboli krátkodobé prodlévání osoby na nějakém místě. Bydliště bylo místem, kde se osoba zdržovala s prokazatelným nebo z okolnosti vyplývajícím úmyslem, že tam zůstane trvale.¹⁰⁷ Bydliště bylo rozhodným hlediskem pro stanovení soudní příslušnosti v jurisdikčních pravidlech zákonů. Bydliště určovalo jak obecnou,

¹⁰⁵ Ottův slovník naučný: illustrovaná encyklopaedie obecných vědomostí. 7. díl. Dánsko-Dřevěc. Praha: J. Otto, 1893, s. 805.

¹⁰⁶ Tamtéž.

¹⁰⁷ HOETZEL, J. Bydliště In: HÁCHA, E., HOBZA, A., HOETZEL, J., WEYR, F., LAŠTOVKA, K. Slovník veřejného práva československého. Svazek I, A až Ch. Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1929, s. 149.

tak zvláštní místní soudní příslušnost ve sporném i nesporém řízení.¹⁰⁸ Ve věcech rozvodu a rozluky manželů rozhodovalo o takové příslušnosti *poslední společné bydliště manželů*. Jurisdikční pravidlo, podle něhož se měnila některá ustanovení o poručnictví a opatrovnickém určení příslušnost úřadů podle bydliště poručníka či opatrovance.¹⁰⁹

Pokud bydliště mělo nahradit domicil, musel pojem plnit na základě ustanovení § 2 novou, dosud praxí neověřenou úlohu. Bydliště určilo právní řád, jímž se spravovalo osobní postavení uprchlíka. Avšak bydliště bylo v ustanovení použito jako podpůrný určovatel. Proto ustanovení § 2 bylo navrženo jako alternativní pravidlo, které spočívalo na vyloučení buď první, nebo druhé právní možnosti. Alternátem domicilu bylo obvyklé bydliště. Avšak obvyklé bydliště nebylo upraveno československým právem ani jeho platným pojmem.¹¹⁰ Nicméně obvyklé bydliště bylo známé odborné veřejnosti jako faktická podmínka chudinského zaopatření upravená v německém právu až do roku 1924.¹¹¹

Pojem domicilu byl pro úpravu osobního postavení uprchlíka nepoužitelný. Domicil neodpovídalo § 34 obecného občanského zákoníku, jenž za hledisko určil bydliště. V rámci československého práva proto musel být výraz „domicil“ nahrazen výrazem „bydliště“. Když bydliště (*résidence*) nahradilo domicil, nemohlo být aplikováno jako podpůrný určovatel. Uvnitř československého práva se mohl takovým druhotným určovatelem stát pobyt uprchlíka. Obsah pojmu pobytu začleňoval jedinou objektivní složku, a to *factum*. Pojem pobytu neznal úmysl coby subjektivní složku. Odkazoval pouze na místo, kde se osoba zdržovala bez úmyslu setrvat tam stálé.

Ustanovení § 2 ujednání nepřivodilo žádnou změnu v československém právu. Avšak ustanovení obsahovalo pravidlo, které mohlo být ověřeno v právní praxi. V některých státech byly skupiny uprchlíků soustředěny ve střediscích. V Gallipoli přežívalo v určitém období 20 000 uprchlíků. V Tuzle žilo přes 6 000 osob. Tato místa byla nezřídka označována za *koncentrační*

¹⁰⁸ Zákon ze dne 1. dubna 1921, kterým se mění ustanovení zákonů o soudní příslušnosti a soudním řízení v občanských věcech a o projednání pozůstatosti (zákon č. 161/1921 Sb. z. a n.).

¹⁰⁹ Srov. § 1 zákona ze dne 20. prosince 1922, kterým se mění některá ustanovení o poručenství a opatrovnickém určení (zákon č. 391/1922 Sb. z. a n.).

¹¹⁰ HATSCHEK, J. *Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts*. Leipzig: Deichert, 3. und 4. Auflage, 1924, s. 288.

¹¹¹ LAŠTOVKA, K. Domovské právo. In: HÁCHA, E., HOBZA, A., HOETZEL, J., WEYR, F., LAŠTOVKA, K. *Slovník veřejného práva československého*. Svazek I. A až Ch. Brno: Polymedia – Rudolf M. Rohrer, 1929, s. 436–437.

tábory.¹¹² Orgány některých států nutily příchozí uprchlíky bydlet v určitých okresech, určitých místech nebo je rovněž umisťovaly pod policejní dohled. Pro některé uprchlíky byla vězeňská cela dlouhodobým útočištěm. Mnozí uprchlíci byli odsouzeni k trestu zbavení svobody desetkrát až patnáctkrát. Někteří strávili ve vězení více než devět let.¹¹³

Na popsané situace nemohl být aplikován ani domicil, ani obvyklé bydliště. Uprchlíci se zdržovali na jmenovaných místech bez vlastního úmyslu a často nedobrovolně. Stejně tomu bylo i v důstojnějších a humánnějších případech. Například Komítét pro umožnění studia ruských studentů v Československé republice společně ubytoval v roce 1921 více než 800 studentů v pražské budově chudobince u sv. Bartoloměje. Koncem roku 1921 se Komítét staral o 1 200 studentů, kteří byli ubytováni společně ve čtyřech budovách. Menší počet ubytovaných, zhruba 300 studentů, prodléval v soukromých bytech.

Ani v těchto případech nemohlo být podle československého práva aplikováno bydliště pro určení jejich osobního postavení. Mnozí studenti byli nezletilými osobami, zákon jim nepřiznával způsobilost založit vlastní bydliště. Jejich bydliště coby závislých osob bylo odvozené povahy. Bydliště nezletilých záviselo na bydlišti otce nebo matky. Řada ruských a ukrajinských studentů pobývala v Československu bez rodičů. Osobní postavení těchto studentů muselo být určováno podle hraničního určovatele pobytu. Jejich osobní postavení se řídilo zákony místa pobytu.

7. DOSLOV: INSTRUMENTUM A NEGOTIUM

Nezávazná ujednání o uprchlících z 5. července 1922, 31. května 1924, 12. května 1926 a 30. června 1928 lze zkoumat jako provázané akty. Každé ujednání je *instrumentum a negotium* zároveň. Rozbor ujednání coby instrumentálního objektu se obrací k jeho účelu v dynamické časové ose. Účel prvních ujednání o ruských a arménských uprchlících spočíval v založení systému průkazů totožnosti vydávaných ruským a později arménským uprchlkům. Jejich základní funkcí bylo udílet uprchlíkovi povolení k pobytu.

¹¹² MACARTNEY, C. A. *Refugees. The Work of the League*. London: League of Nations Union, 1931, s. 14.

¹¹³ RUBINSTEIN, J. L. *The Refugee Problem*. *International Affairs*. September-October 1936, Vol. XV, No. 5, s. 723.

Systém měl být univerzálně uplatňován napříč všemi světadíly. K účinnému uskutečnění cíle mezinárodní společenství ani kterákoli jeho část nikdy nedospěly. Operační působení systému se neopíralo ani o jednotu, ani o relativní stálost. Státy přistupovaly k jejich zavádění do pasové praxe rozdílně.

Vydávání průkazů totožnosti, jež jednotlivé státy uznaly za mezinárodně platné, charakterizoval dlouhodobý stav nejistoty a nestálosti. Na základě ujednání si státy úmyslně zachovaly *volnost chování*. Instrumenty coby soubory doporučení nenutily státy k přijetí zákonodárných opatření. Československé úřady dlouhodobě nepostupovaly ve věci vydání průkazů podle platného pasového režimu. Zákonné anebo podzákonné pasové předpisy osobitou situaci ruských uprchlíků neupravovaly. Příslušné resortní úřady, ministerstvo vnitra a zahraničních věcí, jednaly zcela autonomně. Ministerstva se řídila oběžníky, které byly podobně jako všechna ujednání o uprchlících formálním projevem *adhockratického* řešení uprchlického problému. Podle série ministerských oběžníků musel být bezpodmínečně každý uprchlík vybaven průkazem, na jehož základě mu byl povolen pobyt.

Ministerské oběžníky coby instrukce nezakládaly uprchlíkům žádná subjektivní práva anebo nároky. Až zákon o cestovních pasech z roku 1928 odstranil nežádoucí stav. Avšak zákon byl ve vztahu k uprchlictví přijat opožděně. Přísliv uprchlíků byl dálno za svým vrcholem. Od okamžiku účinnosti zákona mohly zemské úřady vydávat průkazy na způsob cestovních pasů osobám bez státní příslušnosti a těm osobám, jejichž příslušnost nebylo možné zjistit (Nansenovy pasy). Průkazy opravňovaly k pobytu v Československu.

Normativní obsah ujednání o právním postavení ruských a arménských uprchlíků byl na rozdíl od předchozích ujednání *kompaktní* povahy. Zahnoval všechny rudimentární složky řešení jejich situace. Ujednání coby *negotium* a *instrumentum* se odlišilo od předchozích doporučení. Strukturální složkou právního postavení ruských a arménských uprchlíků se stalo jejich osobní postavení (*status personae*). Právní způsobilost a způsobilost k právním úkonům podléhaly v jednotlivých státech *heterogenní* úpravě. Zákonodárství některých států zakotvilo zásadu státní příslušnosti. V takovém případě bylo ve hře alternativní normativní řešení. Osobní postavení ruských uprchlíků se řídilo buď neplatnými carskými, nebo platnými sovětskými právními předpisy.

V jiných státech se osobní poměry osob bez státní příslušnosti upravovaly podle domicilu (faktický; současný), bydliště, obvyklého bydliště, ale

i pobytu. Ustanovení § 2 ujednání bylo navrženo jako binární sestupný řád hraničních určovatelů. Řešení se neopíralo o jediný hraniční určovatel, jak bylo původně v jednom návrhu zamýšleno. Takový unifikující návrh postrádal praktičnost. Nezávazný standard začlenil jak domicil, tak obvyklé bydliště, tak bydliště jako poslední hledisko. Včlenění obvyklého bydliště do ustanovení o osobním postavení jednotlivců bylo bezpochyby pokrokovým činem ve smyslu *de lege ferenda*. Třebaže použití obvyklého bydliště věcně i časově koincidovalo s unifikačními pokusy Haagské konference mezinárodního práva soukromého.

Československo přistoupilo k ujednání za podmínky, že doporučení v žádém případě nenaruší zákonodárný *status quo*. Doporučení vzešlá z ujednání směla být prováděna jen v hranicích vnitrostátního práva. Jakákoli předpokládaná změna by byla negací platné vnitrostátní úpravy. Ujednání jako *négotium* úplně podléhalo vnitrostátnímu právu. Srvchovanost československého práva nad nezávazným ujednáním byla striktní a neměnná. Třebaže doporučení obsažené v § 2 ujednání rozhodně nebylo méně než nemoudré či nerozumné řešení.

Paradoxně platná úprava osobního postavení uprchlíků jako osob bez státní příslušnosti byla v československém právu nejasná i mezerovitá. Domicil anebo obvyklé bydliště tehdy nebyly použitelnými hraničními určovateli pro stanovení osobního postavení ruských uprchlíků. Namísto nich se příslušné orgány mohly spoléhat na místo stálého bydliště nebo pobyt uprchlíků. Oba pojmy patřily do jedné právní rodiny; byly v těsném, příbuzném vztahu. Obsah prvního pojmu tvořily *factum* a *animus*, kdežto obsah druhého pojmu byl tvořen jediným konstitutivním znakem (*factum*). Podle hlediska pobytu muselo být prokázáno, že se uprchlík v daném místě zdržuje, ačkoli nemusel mít žádný úmysl tam setrvat.

X.

Článek 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice: rozpor s Úmluvou o právním postavení uprchlíků?

LINDA JANKŮ*

1. ÚVOD

Příspěvek pojednává o dlouhodobě diskutované otázce (ne)slučitelnosti čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice¹ s Úmluvou o právním postavení uprchlíků (dále jen „Ženevská úmluva“).² Článek 14 odst. 4 kvalifikační směrnice upravuje důvody umožňující členským státům odebrat dříve přiznané postavení uprchlíka, zatímco čl. 14 odst. 6 směrnice následně upravuje právní postavení takové osoby. Řada autorů, Úřad vysokého komisaře OSN pro uprchlíky (UNHCR) i řada odborných organizací toto ustanovení dlouhodobě kritizují pro jeho nesoulad s Ženevskou úmluvou, neboť zaměňuje její cesační (čl. 1C) a vylučující (čl. 1F) klauzuli definice uprchlíka s výjimkou z principu *non-refoulement*, která je vymezena v čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy.

V uplynulém roce se ohledně tohoto problému obrátily na Soudní dvůr Evropské unie (SDEU) s předběžnou otázkou hned dva vrcholné soudy členských států Evropské unie. První z nich byl Nejvyšší správní soud

* Kancelář veřejného ochránce práv; Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

¹ 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 ochranu, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany (přepracované znění).

² Convention Relating to the Status of Refugees. 1951. United Nations, Treaty Series, vol. 189, s. 137.

České republiky, který položil předběžnou otázku týkající se slučitelnosti čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice s Ženevskou úmluvou v červnu 2016 (C-391/16).³ Následovala jej belgická Státní rada, která položila sérii předběžných otázek vztahujících se k témuž tématu v únoru 2017 (C-77/17 a C-78/17).⁴

Cílem tohoto příspěvku je rozebrat právní argumenty spojené s otázkou (ne)slučitelnosti čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice s Ženevskou úmluvou a poukázat na to, jakými úvahami by se Soudní dvůr EU mohl ve svém rozhodování o položených předběžných otázkách nechat vést.

2. VYMEZENÍ RELEVANTNÍ PRÁVNÍ ÚPRAVY A VZTAHU ŽENEVSKÉ ÚMLUVY S KVALIFIKAČNÍ SMĚRNICÍ

Součástí definice uprchlíka vymezené v čl. 1 Ženevské úmluvy je cesační a vylučující klauzule.⁵

Cesační klauzule v čl. 1C Ženevské úmluvy vymezuje, za jakých okolností osoba přestává být uprchlíkem. Článek 1C stanoví: „*Tato úmluva pozbývá platnosti pro jakoukoli osobu spadající pod podmínky odstavce A, jestliže:*

- 1. se dobrovolně znova postavila pod ochranu země své státní příslušnosti; nebo*
- 2. potom, co ztratila státní příslušnost znova ji dobrovolně nabyla; nebo*
- 3. nabyla novou státní příslušnost a nachází se pod ochranou země své nové státní příslušnosti; nebo*
- 4. dobrovolně se znova usadila v zemi, kterou opustila, nebo do které se nevrátila z obav před pronásledováním; nebo*
- 5. nemůže dále odmítat ochranu země své státní příslušnosti, poněvadž okolnosti, pro které byla uznána uprchlíkem, tam přestaly existovat.*

³ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 16. června 2016, sp. zn. 5 AzS 189/2015. Dostupné z: http://nssoud.cz/files/SOUDNI_VYKON/2015/0189_5Azs_1500036_20160701123820_prevedeno.pdf

⁴ Rozhodnutí belgické Rady pro spory týkající se cizinců (*Conseil du contentieux des étrangers*) ze dne 10. února 2017, č. 182 109. Dostupné z: http://www.rvv-cce.be/sites/default/files/arr/a182109.an_.pdf. Shrnutí v angličtině je dostupné z: <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/belgium-%E2%80%93-council-alien-law-litigation-10-february-2017-n-182109>

⁵ Definice uprchlíka v článku 1 Ženevské úmluvy sestává z několika na sebe navazujících částí (klauzul) označených písmeny A až F. Definice uprchlíka je tak tvořena částí inkluzivní (A), cesační (C) a exkluzivní/vylučující (D, E a F).

Tento odstavec se nevztahuje na uprchlíka spadajícího pod odstavec A/1/ tohoto článku, který je schopen uvést pro odmítnutí ochrany země své státní příslušnosti naléhavé důvody podložené předcházejícím pronásledováním.

6. *je-li osobou bez státní příslušnosti, je uprchlík schopen vrátit se do země svého bývalého pobytu, poněvadž okolnosti, pro které byl uznán uprchlíkem, tam přestaly existovat.*

Tento odstavec se nevztahuje na uprchlíka spadajícího pod odstavec A/1/ tohoto článku, který je schopen uvést naléhavé důvody podložené předchozím pronásledováním pro odmítnutí návratu do země svého bývalého pobytu⁶.

Vylučující klauzule dle čl. 1F Ženevské úmluvy pak vymezuje osoby, které nejsou uprchlíkem z důvodu zavrženíhodných skutků, které spáchaly. Článek 1F stanoví: „*Ustanovení této úmluvy se nevztahují na žádnou osobu, o níž jsou vážné důvody se domnívat, že*

- se dopustila zločinu proti míru, válečného zločinu nebo zločinu proti lidskosti, ve smyslu mezinárodních dokumentů obsahujících ustanovení o těchto zločinech;*
- se dopustila vážného nepolitického zločinu mimo zemi svého azylu dříve, než jí bylo povoleno se tam usadit jako uprchlík;*
- je vinna činy, které jsou v rozporu se zásadami a cíli Spojených národů⁷.*

Výčet uvedený v čl. 1C i čl. 1F Ženevské úmluvy je taxativní.⁷ Článek 1 Ženevské úmluvy zároveň patří k ustanovením úmluvy, vůči nimž nelze v souladu s čl. 24 učinit výhradu.⁸

Relevantní pro řešené téma je rovněž článek 33 Ženevské úmluvy, jenž představuje základní stavební kámen mezinárodněprávní ochrany uprchlíků a zakotvuje princip *non-refoulement*, tedy zákaz navrácení. V souladu s jeho vymezením v čl. 33 odst. 1 Ženevské úmluvy „*[ž]ádný smluvní stát nevyhostí jakýmkoli způsobem nebo nevrátí uprchlíka na hranice zemí, ve kterých by*

⁶ Překlady do češtiny jsou převzaty z publikace českého překladu Ženevské úmluvy ve sdělení ministerstva zahraničních věcí č. 208/1993 Sb.

⁷ Viz např. UNHCR. *Guidelines on International Protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. HCR/GIP/03/05, 2003, odst. 3. Dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/3f5857684.html>
Dále srov. UNHCR. *Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the "Ceased Circumstances" Clauses)*. HCR/GIP/03/03, 2003, odst. 4. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/publications/legal/3e637a202/guidelines-international-protection-3-cessation-refugee-status-under-article.html>

⁸ Viz čl. 42 odst. 1 Ženevské úmluvy: „*Při podpisu, ratifikaci nebo přístupu může kterýkoliv stát učinit výhrady ke všem článkům této úmluvy s výjimkou článků 1, 3, 4, 16(1), 33, 36 až 46 včetně*“.

jeho život či osobní svoboda byly ohroženy na základě jeho rasy, náboženství, národnosti, příslušnosti k určité společenské vrstvě či politického přesvědčení.

Článek 33 odst. 2 Ženevské úmluvy pak z této zásady stanoví výjimku, podle níž „[v]ýhody tohoto ustanovení však nemohou být požadovány uprchlíkem, který z vážných důvodů může být považován za nebezpečného v zemi, ve které se nachází, nebo který poté, co byl usvědčen konečným rozsudkem ze zvláště těžkého trestného činu, představuje nebezpečí pro společnost této země“.

Rovněž vůči čl. 33 Ženevské úmluvy státům není dovoleno učinit výhradu.

Na úrovni práva EU čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice stanoví, že „[č]lenské státy mohou odejmout, ukončit nebo zamítнуть prodloužení platnosti postavení přiznaného uprchlíkovi vládním, správním, soudním nebo kvazisoudním orgánem, jestliže

- a) existují dostatečné důvody k tomu, aby byl považován za nebezpečí pro bezpečnost členského státu, v němž se nachází;
- b) jako osoba odsouzená pravomocným rozsudkem za zvlášť závažný trestný čin představuje nebezpečí pro společnost dotyčného členského státu“.

Článek 14 odst. 6 směrnice dále uvádí, že „[o]soby, na které se vztahují odstavce 4 a 5, jsou způsobilé k právům uvedeným v článcích 3, 4, 16, 22, 31, 32 a 33 Ženevské úmluvy nebo podobným právům, pokud se nacházejí v dotyčném členském státě“. Úprava čl. 14 kvalifikační směrnice je obsažena v kapitole IV nesoucí název „Postavení uprchlíka“.

S ohledem na otázku potenciálního konfliktu mezi ustanoveními kvalifikační směrnice a Ženevské úmluvy je třeba vymezit rovněž vzájemný vztah obou pramenů. Zde platí, že přestože se jedná o dva samostatné prameny práva působící v rámci do jisté míry odlišných právních systémů (mezinárodní právo a právo Evropské unie), Ženevská úmluva představuje základ mezinárodního uprchlického režimu, což se promítá rovněž do úpravy evropského azylového *acquis*. Signatáři Ženevské úmluvy je většina států světa⁹ a mezi nimi i všechny členské státy Evropské unie. Právní úprava přijatá na úrovni EU v rámci Společného evropského azylového systému z Ženevské

⁹ Smluvní stranou Ženevské úmluvy je ke konci července 2017 145 států, stranou Protokolu z roku 1967 pak 146 států. Stranou Ženevské úmluvy a/nebo Prokotolu bylo k tomuto datu celkem 148 států. Srov. United Nations Treaty Collection [online]. Dostupné z: https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en. Dále srov. UNHCR. *States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol* [online]. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html>

úmluvy vychází a explicitně ji označuje za základ mezinárodněprávních závazků členských států EU ve vztahu k uprchlíkům.

Na úrovni primárního práva odkazuje na Ženevskou úmluvu čl. 78 odst. 1 Smlouvy o fungování EU, který stanoví: „*Unie vyvíjí společnou politiku týkající se azylu, doplňkové ochrany a dočasné ochrany s cílem poskytnout každému státnímu příslušníkovi třetí země, který potřebuje mezinárodní ochranu, přiměřený status a zajistit dodržování zásady nenavracení. Tato politika musí být v souladu s Ženevskou úmluvou* o právním postavení uprchlíků ze dne 28. července 1951, Protokolem týkajícím se právního postavení uprchlíků ze dne 31. ledna 1967 a ostatními příslušnými smlouvami“ (zvýraznění doplněno).

Dále v čl. 18 Listiny základních práv EU, která je rovněž součástí primárního práva EU, je stanoveno, že „*[p]rávo na azyl je zaručeno při dodržování Ženevské úmluvy* o právním postavení uprchlíků ze dne 28. července 1951 a *Protokolu týkajícího se právního postavení uprchlíků ze dne 31. ledna 1967 a v souladu se Smlouvou o Evropské unii a Smlouvou o fungování Evropské unie [...]*“ (zvýraznění doplněno).

Na úrovni sekundárního práva potvrzuje postavení Ženevské úmluvy jako základního stavebního kamene pro přijetí, výklad a aplikaci kvalifikační směrnice rovněž sama směrnice, a to v několika ustanoveních preambule. Bod 3 preambule stanoví, že Společný evropský azylový systém je **založen na „úplném uplatňování a začlenění“ Ženevské úmluvy**¹⁰ (zvýraznění doplněno). Navazující bod 4 pak konstatuje, že „*Ženevská úmluva a protokol jsou základem mezinárodního právního režimu na ochranu uprchlíků*“. Odkaz na Ženevskou úmluvu dále nalezneme v bodu 23 preambule, podle něhož „*[j]e třeba stanovit normy pro definici a obsah postavení uprchlíka, aby sloužily jako vodítka pro příslušné vnitrostátní orgány členských států při uplatňování Ženevské úmluvy*“ (zvýraznění doplněno). Toto pojetí dotváří rovněž navazující bod 24 preambule, podle něhož „*[j]e nezbytné zavést společná kritéria uznanávání žadatelů o azyl jako uprchlíků ve smyslu článku 1 Ženevské úmluvy*“ (zvýraznění doplněno).

¹⁰ Bod 3 preambule kvalifikační směrnice zní: „Evropská rada se na zvláštním zasedání v Tampere ve dnech 15. a 16. října 1999 dohodla, že bude pracovat na vytvoření společného evropského azylového systému, založeného na úplném uplatňování a začlenění ženevské Úmlovy o právním postavení uprchlíků ze dne 28. července 1951 (dále jen „Ženevská úmluva“) ve znění Newyorského protokolu ze dne 31. ledna 1967 (dále jen „protokol“), čímž potvrdila zásadu nenavracení a zajistila, aby nikdo nebyl vracen zpět tam, kde by byl vystaven pronásledování“.

Rovněž SDEU ve své judikatuře opakovaně potvrdil postavení Ženevské úmluvy jako výchozího bodu pro výklad a uplatnění kvalifikační směrnice a azylového práva EU. Jak uvedl například v rozsudku ve věci *B a D* z roku 2010, „[z] třetího, šestnáctého a sedmnáctého bodu odůvodnění směrnice vyplývá, že Ženevská úmluva je základem mezinárodního právního režimu na ochranu uprchlíků a že ustanovení směrnice upravující podmínky přiznávání postavení uprchlíka, jakož i obsah tohoto postavení byla přijata jako vodítko pro příslušné orgány členských států při uplatňování této úmluvy za loženém na společných pojmech a kritériích [...].“¹¹ Z toho SDEU dovodil, že „[v]ýklad ustanovení směrnice tedy musí být prováděn ve světle obecného systému a účelu této směrnice, s ohledem na Ženevskou úmluvu a ostatní příslušné smlouvy uvedené v čl. 63 prvním pododstavci bodu 1 ES, nyní čl. 78 odst. 1 SFEU. Jak vyplývá z desátého bodu odůvodnění směrnice, tento výklad má ctít základní práva a dodržovat zásady uznané zejména Listinou základních práv.“¹²

3. HISTORICKÝ KONTEXT ZAHRNUTÍ ČL. 14 ODST. 4 A 6 KVALIFIKAČNÍ SMĚRNICE

Článek 14 odst. 4 kvalifikační směrnice umožňuje odejmout, ukončit platnost či zamítnout prodloužit dříve přiznané postavení uprchlíka dle směrnice na základě bezpečnostních důvodů a obav na straně členských států.

Historie projednání návrhu první kvalifikační směrnice 2004/83¹³ v Radě EU (znění čl. 14 odst. 4 a 6 je identické v obou verzích kvalifikační směrnice) ukazuje silné znepokojení členských států bezpečnostními aspekty migrace v návaznosti na teroristické útoky z 11. září 2001 a následně v Evropě. Tyto obavy států se nakonec oproti původnímu návrhu Evropské komise promítly i do textu kvalifikační směrnice. Jak konstatují E. Guild a M. Garlick,

¹¹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie (velký senát) ze dne 9. 11. 2010 ve spojených věcech C-57/09 a C-101/09 *Spolková republika Německo v. B a D*, odst. 77. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009CJ0057&from=EN>

¹² Tamtéž, odst. 78. SDEU přitom odkázal rovněž na svou starší judikaturu, která tato výchoziska vymezila, konkrétně na odst. 52-54 rozsudku ve věci *Salahadin Abdulla* (C-175/08) a odst. 37–38 rozsudku ve věci *Bolbol* (C-31/09).

¹³ Směrnice Rady 2004/83/ES ze dne 29. dubna 2004 o minimálních normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje mezinárodní ochranu, a o obsahu tohoto postavení.

„[v]yjednávání o textu návrhu kvalifikační směrnice začala po útocích na USA z 11. září 2001 a pokračovala, když byli zabiti civilisté při bombovém útoku na španělské metro v roce 2004, v době, kdy evropské i další státy byly hluboce zaujaty snahou o analýzu, predikci a reakci na hrozbu terorismu na svém území“.¹⁴

Jak upozorňuje M. T. Gil-Bazo, původní návrh textu směrnice vypracovaný Evropskou komisí byl v části týkající se zásady *non-refoulement* Radou EU nejprve pozměněn tak, že zahrnoval výjimku z této zásady odpovídající čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy. O několik týdnů později bylo toto nově doplněné ustanovení z návrhu odstraněno a bezpečnostní hledisko se namísto výjimky ze zásady *non-refoulement* stalo nově důvodem pro vyloučení z postavení uprchlíka. Členské státy následně vyjednávaly o těchto dvou podobách promítnutí bezpečnostních obav do textu směrnice. „*Belgie, Finsko, Nizozemí a Švédsko – podporované Evropskou komisí – odmítaly zahrnutí bezpečnostních obav jako důvodu pro vyloučení z definice uprchlíka, které považovaly za faktické rozšíření článku 1F Ženevské úmluvy. Dle jejich názoru by bezpečnostní hledisko mělo představovat výjimku z principu non-refoulement, čímž by odpovídalo čl. 33 odst 2. Ženevské úmluvy*“.¹⁵

Do textu směrnice nakonec bylo přijato řešení obsažené v čl. 14 odst. 4, 5 a 6 stávajícího znění kvalifikační směrnice. Tato ustanovení tak sice formálně nebyla zahrnuta do čl. 12 směrnice pojednávajícího o vyloučení z definice uprchlíka, jejich faktický dopad však uvedené obavy části států z rozšíření nad rámec povolený čl. 1F Ženevské úmluvy nezhojil. Snaha o dosažení dohody nad finálním textem směrnice a zjířená bezpečnostní atmosféra v daném období převážily nad právními argumenty a na závěrečném jednání Rady EU dne 28. listopadu 2002 bylo nakonec uvedené řešení přijato.¹⁶

Ve svém hodnocení návrhu přepracovaného znění kvalifikační směrnice Evropská komise stručně hodnotila rovněž ustanovení čl. 14 odst. 4 a 6 původní kvalifikační směrnice. V něm naznačila, že znění těchto ustanovení není v souladu s Ženevskou úmluvou, když uvedla: „*Úplným odstraněním možnosti derogace úrovně práv, která by měla být zaručena osobám požívajícím mezinárodní ochranu, by varianta č. 2 zvýšila standardy zaručené*

¹⁴ GUILD, E., GARLICK, M. Refugee Protection, Counter-Terrorism, and Exclusion in the European Union. *Refugee Survey Quarterly*. 2011, Vol. 29, No. 4, s. 74–75.

¹⁵ GIL-BAZO, M. T. *Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law*. New Issues in Refugee Research. Research Paper No. 136. Refugee Studies Centre, Oxford University, 2006, s. 16. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/455993882.pdf>

¹⁶ Tamtéž, s. 20–21.

stávající kvalifikační směrnici. Zajistil by se tím plný soulad standardů dle směrnice s Ženevskou úmluvou a konzistentní uplatnění těchto standardů napříč EU¹⁷. Komise dospěla k závěru, že varianta č. 2 by měla „pozitivnější dopad“ z hlediska zvýšení standardů a zajištění souladu s Ženevskou úmluvou, a měla by tedy být „součástí preferovaného řešení“ („should be part of the preferred option“).¹⁸

K žádné změně ve znění ustanovení čl. 14 odst. 4 a 6 v přepracovaném znění kvalifikační směrnice nicméně nakonec nedošlo.

4. PŘEDBĚŽNÉ OTÁZKY NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU A BELGICKÉ STÁTNÍ RADY POLOŽENÉ SOUDNÍMU DVORU EU

Nejvyšší správní soud položil předběžnou otázku týkající se čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice v řízení týkajícím se odebrání dříve uděleného azylu na základě § 17 odst. 1 písm. j) zákona o azylu.¹⁹ Ustanovení § 17 odst. 1 písm. i) a j) zákona o azylu představují transpozici čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice.²⁰ Jednalo se o první kauzu týkající se aplikace těchto ustanovení zákona o azylu, která se dostala před Nejvyšší správní soud.²¹

Případ, v němž Nejvyšší správní soud předběžnou otázku položil, se týká pana M., uprchlíka z Čechenska, který ze země unikl před pronásledováním, kterému čelil pro své zapojení do aktivit ve prospěch nezávislosti země. Byl opakovaně mučen a mnoho členů jeho rodiny bylo zabito. Panu M. byl v roce 2006 v České republice udělen azyl dle § 12 písm. b) zákona o azylu.

¹⁷ Commission of the European Communities. *Annexes Accompanying the Impact Assessment for the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted*. Brussels, 21.10.2009 SEC(2009) 1373 final (II part), část 3.3, s. 58, available at: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:954e4521-e26a-42bb-ad9e-918325f9ebc5.0001.02/DOC_2&format=PDF

¹⁸ Tamtéž, s. 59.

¹⁹ Zákon č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů.

²⁰ Příslušná ustanovení § 17 odst. 1 zákona o azylu stanoví, že „[a]zyl se odejme, jestliže [...] i) existují oprávněné důvody považovat azylanta za nebezpečí pro bezpečnost státu, nebo j) azylant byl pravomocně odsouzen za zvlášť závažný zločin a představuje tak nebezpečí pro bezpečnost státu“.

²¹ Dle mého vědomí se jedná o první případ aplikace těchto ustanovení, který se vůbec v České republice dostal do přezkumu ve správním soudnictví. Srov. vyhledávání dostupné z: www.nssoud.cz

V roce 2007 jej Městský soud v Brně uznal vinným ze spáchání trestného činu loupeže a vydírání a odsoudil k trestu odnětí svobody v trvání devíti let. Přitěžující okolnosti přitom bylo, že pan M. oba trestné činy spáchal jako zvlášť nebezpečný recidivista, neboť byl již dříve v roce 2004 odsouzen za spáchání trestného činu loupeže ke třem letům odnětí svobody (v roce 2005 byl podmínečně propuštěn). V roce 2008 zahájilo Ministerstvo vnitra České republiky řízení dle § 17 odst. 1 písm. j) zákona o azylu, jež v roce 2014 skončilo vydáním rozhodnutí o odnětí azylu. Pan M. se proti rozhodnutí odvolal ke Krajskému soudu, jenž rozhodnutí Ministerstva vnitra potvrdil, a následně se obrátil s kasační stížností na Nejvyšší správní soud. V obou řízeních přitom namítal rozpor ustanovení § 17 odst. 1 písm. j) zákona o azylu, které implementuje čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice, s Ženevskou úmluvou.²²

Předběžná otázka položená Nejvyšším správním soudem, která byla SDEU zaregistrována pod sp. zn. C-391/16 (*M v Ministerstvo vnitra*), zní následovně: „*Jsou ustanovení čl. 14 odst. 4 a 6 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/95/EU, o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochranu, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany, neplatná z důvodu rozporu s čl. 18 Listiny základních práv Evropské unie, čl. 78 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie a s obecnými zásadami práva Evropské unie podle čl. 6 odst. 3 Smlouvy o Evropské unii?*“

O několik měsíců později byly položeny předběžné otázky týkající se tohoto tématu v dalších dvou řízeních, tentokrát ze strany belgické Rady pro spory týkající se cizinců (*Conseil du contentieux des étrangers*). Tyto otázky ze dne 13. února 2017 SDEU zaregistroval pod sp. zn. C-77/17 a C-78/17 (*X v Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*). V obou případech je jejich znění identické:

„A. Je třeba čl. 14 odst. 4 směrnice 2011/95/EU vykládat v tom smyslu, že vytváří nové ustanovení o vyloučení z postavení uprchlíka, které je upraveno v článku 13 též směrnice a tudíž v článku 1 A Ženevské úmluvy?“

B. V případě kladné odpovědi na otázku A, je takto vykládaný čl. 14 odst. 4 slučitelný s článkem 18 Listiny základních práv Evropské unie a čl. 78 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie, které stanoví zejména soulad

²² Podrobněji srov. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 16. června 2016, sp. zn. 5 AzS 189/2015.

sekundárního unijního práva s Ženevskou úmluvou, jejíž ustanovení o vyloučení upravené v čl. 1 F je formulováno taxativně a je vykládáno restriktivně?

C. V případě záporné odpovědi na otázku A, je třeba čl. 14 odst. 4 směrnice 2011/95/EU vykládat v tom smyslu, že zavadí důvod pro odmítnutí postavení uprchlíka, který není upraven v Ženevské úmluvě, jejíž dodržování je uloženo článkem 18 Listiny základních práv Evropské unie a čl. 78 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie?

D. V případě kladné odpovědi na otázku C, je čl. 14 odst. 4 výše uvedené směrnice slučitelný s článkem 18 Listiny základních práv Evropské unie a čl. 78 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie, které stanoví zejména soulad sekundárního unijního práva s Ženevskou úmluvou, neboť zavadí důvod pro odnětí postavení uprchlíka, který nejen není upraven v Ženevské úmluvě, ale nadto v ní nemá žádný základ?

E. V případě záporné odpovědi na otázky A a C, jakým způsobem se má vykládat čl. 14 odst. 4 výše uvedené směrnice, aby byl v souladu s článkem 18 Listiny základních práv Evropské unie a čl. 78 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie, které stanoví zejména soulad sekundárního unijního práva s Ženevskou úmluvou?“

Momentálně nejsou dostupné další informace ohledně řízení o položených předběžných otázkách. Stanovisko generálního advokáta zatím nebylo vydáno. Dle informací Evropské databáze azylového práva došlo ke spojení řízení o předběžných otázkách položených českým i belgickým soudem.²³

5. PRÁVNÍ ROZBOR ARGUMENTŮ O NESLUČITELNOSTI ČL. 14 ODST. 4 A 6 KVALIFIKAČNÍ SMĚRNICE S ŽENEVSKOU ÚMLUVOU

Důvody nasvědčující neslučitelnosti čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice s Ženevskou úmluvou se odvíjejí od argumentace poukazující na to, že uvedená ustanovení směrnice představují nepřípustné rozšíření taxativního výčtu důvodů pro ukončení postavení uprchlíka ve smyslu čl. 1C Ženevské úmluvy, resp. důvodů pro aplikaci vylučující klauzule dle čl. 1F Ženevské úmluvy.

²³ Srov. *CJEU: Requests for preliminary rulings: C-77/17 and C-78/17 X v. CGRA (Belgium)* [online]. European Database on Asylum Law. Dostupné z: <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/cjeu-requests-preliminary-rulings-c-7717-and-c-7817-x-v-cgra-belgium>

Jak již bylo uvedeno ve vztahu k čl. 1C Ženevské úmluvy, cesační klauzule definice uprchlíka vymezuje taxativní výčet situací, kdy osoba přestává být uprchlíkem. K ukončení požívání právního postavení uprchlíka tak může dojít pouze a právě jen v těchto přesně definovaných situacích. Ty zahrnují jednak změnu osobních poměrů na straně uprchlíka (důvody dle bodů 1 až 4) a dále rovněž změnu okolností v zemi původu (důvody dle bodů 5 až 6).

Ze stejného důvodu je ustanovení čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice problematické rovněž ve vztahu k vyloučující klauzuli dle čl. 1F Ženevské úmluvy. Vyloučující klauzule definice uprchlíka stanoví okolnosti, za nichž osoba nenaplní definici uprchlíka, a ochrana spjatá s postavením uprchlíka jí tedy nemá být vůbec přiznána. Ustanovení čl. 1F písm. a) a c) Ženevské úmluvy nicméně neobsahují – na rozdíl od ustanovení čl. 1F písm. b) – časové ani územní omezení své aplikace a je obecně akceptováno, že k vyloučení osoby z definice uprchlíka z důvodů spadajících pod čl. 1F písm. a) a c) Ženevské úmluvy mohou vést rovněž skutky, jichž se osoba dopustila až v hostitelské zemi poté, co jí zde bylo postavení uprchlíka přiznáno. Oproti tomu vážné nepolitické zločiny dle čl. 1F písm. b) Ženevské úmluvy mohou vést k vyloučení pouze tehdy, pokud se jich osoba dopustila mimo území členského státu dříve, než byla na jeho území přijata jako uprchlík.²⁴ Pokud ke spáchání zločinu uprchlíkem dojde již v hostitelské zemi, takový skutek podléhá jurisdikci a odpovídajícímu trestněprávnímu postihu v hostitelské zemi. Jeho spáchání však nemůže vést k vyloučení osoby z definice uprchlíka a být důvodem pro odebrání již dříve přiznaného postavení uprchlíka.

Ze znění čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice je patrné, že zde uvedené důvody pro odnětí, ukončení platnosti nebo zamítnutí prodloužení platnosti postavení uprchlíka nevycházejí z čl. 1C ani čl. 1F Ženevské úmluvy.

²⁴ Viz znění příslušné časové limitace obsažené v čl. 1Fb) Ženevské úmluvy v anglické („prior to his admission to that country as a refugee“) a francouzské („avant d'y être admises comme réfugiés“) autentické jazykové verzi Ženevské úmluvy. Český překlad uvedené části ustanovení jako „mimo zemi svého azylu dříve, než jí bylo povoleno se tam usadit jako uprchlík“ je v tomto ohledu zavádějící, když odkazuje na „povolení“ usadit se jako uprchlík, zatímco autentické jazykové verze obsahují pojmy „vstup do země“ či „přijetí do země“, což je třeba ve spojení s vymezením územní limitace „mimo zemi azylu“ interpretovat jako okamžík příchodu osoby na území daného státu jako uprchlíka. Blíže k této otázce a nesouladu čl. 12 odst. 2 písm. b) kvalifikační směrnice, jehož znění tento pojem nad rámcem Ženevské úmluvy vykládá jako dobu „před vydáním povolení k pobytu na základě přiznání postavení uprchlíka“, srov. JANKŮ, L. (Ne)soulad úpravy vyloučující klauzule definice uprchlíka dle čl. 12 odst. 2 písm. b) kvalifikační směrnice s Úmluvou o právním postavení uprchlíků. In: JURNÍKOVÁ, J., KRÁLOVÁ, A. (eds.) *Společný evropský azylový systém v kontextu uprchlické krize (sborník z konference)*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 49–68.

Namísto toho fakticky kopírují důvody vymezené v čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy, které státům umožňují učinit výjimku ze zásady *non-refoulement*. Tyto důvody dopadají na osoby představující ohrožení bezpečnosti státu anebo nebezpečí pro společnost s ohledem na zvlášť závažnou trestnou činnost, za kterou byly pravomocně odsouzeny.

Článek 33 odst. 2 Ženevské úmluvy nicméně nestanoví, že tyto osoby přestávají být uprchlíkem ve smyslu definice uprchlíka dle čl. 1 Ženevské úmluvy. Osoba, na kterou se vztahuje čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy, je nadále uprchlíkem se všemi odpovídajícími právy, jež jí z Ženevské úmluvy vyplývají – s výjimkou jediného z nich, a to práva nebýt navrácen dle čl. 33 odst. 1 Ženevské úmluvy. Postavení uprchlíka a odpovídajícího práva dle Ženevské úmluvy se tak na tuto osobu vztahuje, pokud (a dokud) se nachází na území hostitelské země. Tento výklad potvrzuje již samotné znění čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy, podle něhož výhody zásady *non-refoulement* dle čl. 33 odst. 1 Ženevské úmluvy „*nemohou být požadovány uprchlíkem, který [...]*“ (zvýraznění doplněno). Ke stejnemu závěru dospívá rovněž analýza provedená sítěmi ECRE a ELENA, podle níž „*uprchlík, jemuž nesvědčí ochrana před refoulement dle Ženevské úmluvy, i přesto nadále zůstává uprchlíkem a pokud zůstává na území hostitelského státu, náležejí mu ostatní práva dle úmluvy s výjimkou non-refoulement, která se váží k uprchlíkovi zákonně se nacházejícímu na území hostitelského státu*“.²⁵

Z výše uvedeného vyplývá, že ustanovení čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice umožňující odnětí, ukončení platnosti nebo zamítnutí prodloužení platnosti postavení uprchlíka ve skutečnosti nepředstavuje provedení čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy,²⁶ ale namísto toho nepřípustně rozšiřuje výčet důvodů, pro které osoba přestává být uprchlíkem dle čl. 1C Ženevské úmluvy, resp. má být vyloučena z definice uprchlíka dle čl. 1F Ženevské úmluvy. Jak

²⁵ ECRE (European Council On Refugees And Exiles), ELENA (European legal network on asylum). *The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection* [online], 2008, s. 24. Dostupné z: https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-The-Impact-of-the-EU-Qualification-Directive-on-International-Protection_October-2008.pdf

²⁶ Čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy je navíc s ohledem na absolutní povahu zákazu *refoulement* v dnešním mezinárodním právu již obsoletním. Zákaz *non-refoulement* se od doby přijetí Ženevské úmluvy v roce 1951 významně rozvinul, a to jak v rámci obecného mezinárodního práva, tak v rámci evropského regionálního režimu Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (EÚLP). Jedná se o zákaz absolutní, z něhož nejsou připuštěny žádné výjimky. V případě, že osobě v zemi původu hrozí zacházení v rozporu s čl. 3 EÚLP, její navrácení není možné ani v případě naplnění podmínek dle čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy.

jsem již uvedla výše, čl. 1 Ženevské úmluvy patří mezi ta její ustanovení, k nimž není povoleno učinit výhradu, a smluvní strany se tak od jeho znění nemohou za žádných okolností odchýlit. Jedná se o jedno z elementárních ustanovení, které charakterizuje právní režim ochrany uprchlíků dle Ženevské úmluvy. Doplňování dalších důvodů umožňujících smluvním státům odebrat osobě dříve přiznané postavení uprchlíka nad rámec situací vymezených v čl. 1C a čl. 1F písm. a) a c) Ženevské úmluvy tak představuje zásadní porušení závazků států plynoucích z Ženevské úmluvy. Úprava čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice je proto v přímém rozporu s Ženevskou úmluvou. Pokud členské státy tuto úpravu transponovaly a přistupují k uplatnění postupu dle čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice, dopouští se tak porušení svých závazků dle Ženevské úmluvy.

Jak vyplývá z níže uvedeného přehledu, uvedený závěr zastává drtivá většina autorů, profesních sdružení zabývajících se azylovým právem a rovněž Úřad vysokého komisaře OSN pro uprchlé (UNHCR).

Jak uvádí H. Lambert, čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice je v rozporu s Ženevskou úmluvou, neboť je založen na nesprávném pochopení účelu čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy. Autorka upozorňuje, že čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy není vylučující klauzulí a stanoví pouze výjimku z principu *non-refoulement*, nikoli to, že osoba je vyloučena z rozsahu Ženevské úmluvy jako takové.²⁷ Rovněž M. T. Gil-Bazo konstatuje, že čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice představuje *de facto* vylučující klauzuli nad rámec toho, co umožňuje Ženevská úmluva,²⁸ a znění dotyčného znění kvalifikační směrnice označuje za „*nešťastné*“ („*unfortunate wording of these provisions*“).²⁹ Obdobné též E. Guild a M. Garlick tvrdí, že vylučující klauzule obsažené v čl. 12 a čl. 14 kvalifikační směrnice jdou nad rámec toho, co je v uprchlickém právu

²⁷ „This possibility [...] is contrary to the Refugee Convention because it is based on a misreading of the purpose of Article 33 (2) in the Refugee Convention. Article 33(2) provides that a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security or the community of the country in which he or she took refuge may not claim the benefit of the principle of *non-refoulement*; it does not provide that such a person may not benefit from the provisions of the Refugee Convention at large. Article 33(2) is not an exclusion clause.“ LAMBERT, H. The EU Asylum Qualification Directive, its Impact on the Jurisprudence of the United Kingdom and International Law. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 55, No. 1, 2006, s. 178 (zvýraznění doplněno).

²⁸ „Article 14 paragraphs 4 and 5 include what constitute *de facto* provisions on exclusion, going beyond what is permissible by the Geneva Convention“, GIL-BAZO, M. T., op. cit. 15, s. 15 (zvýraznění doplněno).

²⁹ Tamtéž, s. 16.

přípustné, a představují porušení ustanovení Ženevské úmluvy o vyloučení z definice uprchlíka.³⁰

Rovněž autoři komentáře k českému zákonu o azylu uvádí, že čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice – a tudíž i jej transponující § 17 odst. 1 písm. i) a j) zákona o azylu – je v rozporu s Ženevskou úmluvou a jejím čl. 42 odst. 1, podle něhož nelze cítit výhrady k čl. 1 Ženevské úmluvy, a uvedené důvody odnětí azylu proto nelze aplikovat. Dle autorů: „*Tento důvod odnětí azylu směšuje cesační klauzule v čl. 1C ŽÚ1951 s výjimkou z principu non-refoulement zakotvenou v čl. 33 odst. 2 ŽÚ1951, který stanoví [...]. Jinými slovy, podle čl. 33 odst. 2 ŽÚ1951 je možné vyhostit cizince, který splňuje všechny prvky definice uprchlíka. Tento cizinec tak nepřestává být uprchlíkem ve smyslu čl. 1 ŽÚ1951, nicméně nesvědčí mu právo nebýt vyhoštěn (resp. navrácen) do země původu. Tuto nuanci ale AZ nepostihuje [...].*“³¹ Autoři nadto dospívají k závěru, podle něhož je úprava v § 17 písm. i) a j) zákona o azylu zároveň v rozporu i s čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice, který osobám, vůči nimž byl aplikován čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice, přiznává alespoň některá práva. Česká právní úprava však toto ustanovení netransponuje.

Z odborných asociací se k dané otázce vyslovily organizace ECRE (*European Council on Refugees and Exiles*) a síť ELENA (*European Legal Network on Asylum*) sdružující právníky specializované na azylové a migrační právo a nevládní neziskové organizace pracující s uprchlíky v Evropě.³² Dle jejich analýzy „*článek 14 odst. 4 nemá jiný účel než pokusit se rozšířit kritéria pro vyloučení z postavení uprchlíka způsoby, které Ženevská úmluva*

³⁰ „Articles 12, 14, and 17 of the Qualification Directive clearly highlight the concerns harboured by Member States regarding the possibility that people who had engaged in heinous acts could seek protection within their territories. [...] This political and legislative climate, in which far-reaching legal tools were sought to address the apparent dangers, resulted in negotiations on the new Directive at EU level that failed to closely question the need for **exclusion clauses going beyond previous standards in refugee law**. With the European Parliament in a purely consultative role at that time, Member States' perspectives dominated the process. Thus the various amendments that **took the Qualification Directive's exclusion provisions beyond the Refugee Convention and Protocol**, and apparently sought to restrict other complementary forms of protection, prevailed.“ GUILD, E., GARLICK, M., op. cit. 14, s. 74–75 (zvýraznění doplněno).

³¹ KOSAŘ, D., MOLEK, P., HONUSKOVÁ, V., JURMAN, M., LUPAČOVÁ, H. *Zákon o azylu. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 268–269.

³² ECRE sdružuje 98 nevládních neziskových organizací pracujících s uprchlíky a žadateli o mezinárodní ochranu v celkem 40 evropských zemích. Síť ELENA sdružuje přes 500 odborníků z akademické sféry a právníků pracujících s osobami, které potřebují mezinárodní ochranu, působících v celkem 35 evropských zemích. Blíže srov. <https://www.ecre.org/our-work/> a <https://www.ecre.org/our-work/elena/>.

nedovoluje“³³ a v důsledku toho „umožňuje takovou praxi států, která doslova nemůže neznamenat porušení Ženevské úmluvy“³⁴. Členské státy proto dle jejich hodnocení „nemají jinou zákonnou možnost než článek 14 odst. 4 nikdy neaplikovat“³⁵.

Rovněž manuál Mezinárodní asociace azylových soudců (*International Association of Refugee Law Judges*) ke kvalifikační směrnici ve vztahu k čl. 14 odst. 4 uvádí, že kvalifikační směrnice se v něm „snaží zavést další důvod vyloučení, které do té doby nebyly známy ani v Ženevské úmluvě, ani v mezinárodním uprchlickém právu“³⁶ a umožňuje ukončit mezinárodní ochranu i lidem, kteří se pro ni dle Ženevské úmluvy kvalifikují.

V neposlední řadě se k úpravě čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice a její neslučitelnosti s Ženevskou úmluvou opakovaně kriticky vyjádřilo UNHCR. Již ve svých připomínkách k návrhu původní kvalifikační směrnice zdůraznilo, že čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy není myšlen jako důvod k ukončení statusu uprchlíka. Varovalo, že záměna výjimek ze zásady *non-refoulement* s vyloučujícími klauzulemi dle čl. 1F Ženevské úmluvy by byla neslučitelná s Ženevskou úmluvou a mohla by nadto vést k chybnému výkladu obou ustanovení úmluvy.³⁷ V připomínkách k návrhu přepracovaného znění kvalifikační směrnice UNHCR opět upozornilo, že článek 14 odst. 4 rozšiřuje důvody pro vyloučení daleko nad rámec ustanovení čl. 1F Ženevské úmluvy, když zbavuje dotyčnou osobu statusu uprchlíka z důvodů nebezpečí pro bezpečnost či společnost hostitelského státu. Dle UNHCR hrozí, že se tím čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice „*podstatně odchyluje od vyloučujících klauzulí Ženevské úmluvy, když přidává ustanovení čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy (výjimky ze zásady non-refoulement) jako právní základ pro vyloučení z postavení uprchlíka. Dle úmluvy plní vyloučující klauzule a výjimka ze zásady non-refoulement odlišné účely*“³⁸. UNHCR proto doporučilo, aby při

³³ ECRE, ELENA, op. cit. 25, s. 24.

³⁴ Tamtéž.

³⁵ Tamtéž, s. 25.

³⁶ A Manual for Refugee Law Judges relating to European Council Qualification Directive 2004/83/EC and European Council Procedures Directive 2005/85/EC. International Association of Refugee Law Judges, 2007, s. 30–31.

³⁷ UNHCR. *UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004)* [online]. 2005, s. 30–31. Dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/4200d8354.html>

³⁸ UNHCR. *UNHCR comments on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification*

rozhodování o ukončení či odebrání postavení uprchlíka či vyloučení z definice uprchlíka členské státy odkazovaly nikoli na kvalifikační směrnici, ale přímo na Ženevskou úmluvu.³⁹

6. PRÁVNÍ ROZBOR ARGUMENTŮ O SLUČITELNOSTI ČL. 14 ODST. 4 A 6 KVALIFIKAČNÍ SMĚRNICE S ŽENEVSKOU ÚMLUVOU A JEJICH KRITIKA

Mezi autory a odborníky se lze setkat s nepoměrně menším zastoupením těch, kteří přináší argumenty ve prospěch slučitelnosti ustanovení čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice s Ženevskou úmluvou. Hlavními propONENTY tohoto závěru jsou zpravidla členské státy EU hájící přijatou právní úpravu.⁴⁰ Pro účel tohoto textu lze proto kromě argumentů, které zaznívaly ze strany členských států v rámci přípravných prací na textu kvalifikační směrnice v původním a přepracovaném znění, vycházet rovněž z argumentů prezentovaných členskými státy, které se rozhodly podat svá vyjádření v rízení před SDEU ve věci předběžné otázky v případu M. K případu pana M. se vyjádřili při několika odborných setkáních i zástupci Ministerstva vnitra.⁴¹

6.1 Kvalifikační směrnice poskytuje uprchlíkům vyšší rozsah práv a standard ochrany než Ženevská úmluva, odebrání tohoto standardu proto na závazky dle Ženevské úmluvy nemá dopad

Jedním z hlavních argumentů zastánců úpravy přijaté v čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice je to, že kvalifikační směrnice poskytuje vyšší standard ochrany a rozsah práv spjatých s postavením uprchlíka přiznaným dle

and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted (COM(2009)551, 21 October 2009 [online]. 2010, s. 13. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/4c5037f99.pdf>

³⁹ Tamtéž, s. 14.

⁴⁰ Jak konstatoval rovněž Nejvyšší správní soud v usnesení pokládajícím předběžnou otázku: „Nutno připustit, že tyto názory byly a stále jsou předmětem diskuse a kritiky, nicméně nelze je zcela přehlížet“. Srov. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 16. června 2016, sp. zn. 5 AzS 189/2015.

⁴¹ Jedná se např. o odborný seminář Aktuální právní problémy azylového a cizineckého práva II, pořádaný v Brně dne 14. září 2016 Kanceláří veřejného ochránce práv či seminář Společný evropský azylový systém I – hmotněprávní otázky, pořádaný Justiční akademii v Kroměříži ve dnech 20.–22. března 2017.

směrnice, než je tomu dle Ženevské úmluvy. Z toho důvodu zbavení osoby postavení uprchlíka dle kvalifikační směrnice nemá vliv na závazky států dle Ženevské úmluvy, protože ta nepředpokládá přiznání žádného specifického právního statusu či povolení k pobytu.

Tato argumentace se tak ve své podstatě opírá o rozdíl mezi pojmy uprchlík a postavení uprchlíka ve smyslu kvalifikační směrnice a ve smyslu Ženevské úmluvy. Níže nejprve rozeberu otázku vymezení těchto pojmu a jejich vzájemný vztah v úpravě obou dokumentů, následně se pak zaměřím na rozbor dopadu, jaký má aplikace čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice na závazky států plynoucí z Ženevské úmluvy ohledně práv, která jsou uprchlíkům přiznána.

6.1.1 Vymezení pojmu uprchlík a postavení uprchlíka

Pojem uprchlík je v Ženevské úmluvě vymezen v jejím čl. 1A (inkluzivní část definice) a čl. 1D, 1E a 1F (vylučující klauzule definice uprchlíka). Osoba se stává uprchlíkem v momentě, kdy splní definici uprchlíka dle Ženevské úmluvy. Jak uvádí příručka UNHCR, „*[k] tomu nutně dojde předtím, než je formálně osvědčen status uprchlíka. Uznání osoby za uprchlíka z ní tedy uprchlíka nečiní, ale za uprchlíka ji prohlašuje. Osoba se nestává uprchlíkem proto, že jím byla uznána, ale je uznána proto, že je uprchlíkem*“.⁴²

Definice uprchlíka dle Ženevské úmluvy je na úrovni kvalifikační směrnice reflektována v jejím čl. 2 písm. d), podle něhož je uprchlíkem „*státní příslušník třetí země, který se v důsledku oprávněných obav před pronásledováním z důvodů rasových, náboženských nebo národnostních nebo z důvodů příslušnosti k určitým společenským vrstvám nebo i zastávání určitých politických názorů nachází mimo zemi své státní příslušnosti a je neschopen přijmout, nebo vzhledem ke shora uvedeným obavám odmítá ochranu dotyčné země, nebo osoba bez státní příslušnosti, která se ze stejných shora uvedených důvodů nachází mimo zemi svého dosavadního pobytu, která vzhledem ke shora uvedeným obavám se tam nechce nebo nemůže vrátit a na kterou se nevztahuje článek 12*“.⁴³

⁴² UNHCR. *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, 2011, odst. 28. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>

⁴³ Tato definice není zcela identická s definicí dle Ženevské úmluvy. Srov. např. DÖRING, H. *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU (Articles 1–10)*. In: HAILBRONER, K.,

Dle čl. 2 písm. e) kvalifikační směrnice se pak „postavením uprchlíka“ rozumí „uznání státního příslušníka třetí země nebo osoby bez státní příslušnosti členským státem za uprchlíka“. H. Döring v této souvislosti zdůrazňuje použití pojmu „uznání“ a připomíná, že uznání osoby za uprchlíka je deklatorním aktem.⁴⁴

Článek 13 kvalifikační směrnice s názvem „Přiznání postavení uprchlíka“ dále stanoví, že „[č]lenské státy přiznávají postavení uprchlíka státním příslušníkům třetích zemí a osobám bez státní příslušnosti, které splňují podmínky pro získání postavení uprchlíka v souladu s kapitolami II a III“. Toto ustanovení zakládá subjektivní právo dané osoby, aby jí bylo přiznáno postavení uprchlíka. Osoba, které bylo postavení uprchlíka přiznáno, pak požívá práv vymezených v kapitole VII kvalifikační směrnice.⁴⁵

Z výše uvedeného vyplývá, že uznání osoby za uprchlíka se zhmotní v podobě přiznání postavení uprchlíka ve smyslu čl. 13 kvalifikační směrnice. Jak nicméně upozorňuje H. Battjes, ve skutečnosti v evropském azyllovém *acquis* existují tři různé statusy pro osoby uznané za uprchly – kromě „klassického“ postavení uprchlíka dle čl. 13 kvalifikační směrnice jsou ještě dvě další kategorie osob, které naplňují definici uprchlíka (a byly za něj dříve uznány), ale nemají nárok na práva a výhody plynoucí z postavení uprchlíka dle čl. 13 kvalifikační směrnice. Prvním z nich je status uprchlíka dle čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice, který je někdy nazýván rovněž tzv. light-uprchlík status⁴⁶ a v rámci něhož je osobě směrnic přiznán pouze velmi omezený okruh práv. Druhým je status uprchlíka dle čl. 24 odst. 1 kvalifikační směrnice, v rámci něhož osoba není oprávněna získat povolení k pobytu.⁴⁷ Pro účel tohoto textu je relevantní především status uprchlíka dle čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice.

I. Kraft se rovněž pozastavuje nad odlišností pojmu použitych v kvalifikační směrnici, kdy na jedné straně je v čl. 13 směrnice použit pojem „postavení uprchlíka“ (v anglické jazykové verzi *refugee status*) a na straně druhé čl. 14 odst. 4 hovoří o „postavení přiznaném uprchlíkovi“ (v anglické jazykové verzi *the status granted to a refugee*). Bod 32 preambule kvalifikační

THYM, D. (eds.) *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2nd ed. Munich, Oxford, Baden-Baden: C. H. Beck / Hart / Nomos, 2016, s. 1122–1123.

⁴⁴ Tamtéž, s. 1124.

⁴⁵ Tamtéž.

⁴⁶ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 16. června 2016, sp. zn. 5 Azs 189/2015.

⁴⁷ Blíže srov. BATTJES, H. *European Asylum Law and International Law*. Leiden: Brill Nijhoff, 2006, s. 486 a násled.

směrnice stanoví, že „[j]ak se uvádí v článku 14, pojem ‚status‘ může zahrnovat také postavení uprchlíka“ (v anglické jazykové verzi „[a]s referred to in Article 14, ‚status‘ can also include refugee status“).⁴⁸ Nezdá se však, že existuje věcný rozdíl mezi „postavením uprchlíka“, o němž hovoří čl. 13, a „postavením přiznaným uprchlíkovi“, o němž hovoří čl. 14 odst. 4 směrnice. Tento závěr zastává rovněž I. Kraft, podle něhož lze pochybovat o tom, že by význam obou použitých pojmu neměl být identický a odpovídat „postavení uprchlíka“ ve smyslu čl. čl. 2 písm. e) kvalifikační směrnice.⁴⁹ Podporu tomuto závěru dodává rovněž systémový výklad, kdy název čl. 14 kvalifikační směrnice zní „Odnětí, ukončení platnosti nebo zamítnutí prodloužení platnosti postavení uprchlíka“ (v anglické jazykové verzi „Revocation of, ending of or refusal to renew refugee status“), a odkazuje tedy na stejný pojem, jaký je použit i v čl. 13 kvalifikační směrnice. Ve vztahu k bodu 32 preamble kvalifikační směrnice pak v této souvislosti dochází H. Battjes k závěru, že by měl být chápán pouze v tom smyslu, že se vztahuje k situacím upraveným v čl. 14 odst. 5 kvalifikační směrnice (tedy případům, kdy o přiznání postavení uprchlíka ještě nebylo rozhodnuto).⁵⁰ Lze tedy uzavřít, že postavení uprchlíka přiznávané dle čl. 13 kvalifikační směrnice se shoduje s postavením uprchlíka, které je ukončováno dle čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice.

Co se týče vzájemného vztahu kvalifikační směrnice a Ženevské úmluvy, na úrovni primárního (i sekundárního) práva EU je třeba vyjít z toho, co bylo uvedeno v kapitole 2.

Není přitom dost dobře možné argumentovat tím, že aplikace čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice nemá dopad na dodržení závazků státu dle Ženevské úmluvy. Znění kvalifikační směrnice naopak ukazuje, že přiznání postavení uprchlíka dle čl. 13 kvalifikační směrnice je výrazem toho, že osoba je uznána za uprchlíka ve smyslu Ženevské úmluvy, neboť smyslem kvalifikační směrnice není nic jiného než poskytnout „vodítko pro příslušné vnitrostátní orgány členských států při uplatňování Ženevské úmluvy“.⁵¹ Z toho plyně, že k odebrání postavení uprchlíka dle kvalifikační směrnice nemůže

⁴⁸ Jak uvádí I. Kraft, použití pojmu „postavení uprchlíka“ („refugee status“) bylo změněno během vyjednávání o finální podobě textu kvalifikační směrnice oproti původnímu návrhu čl. 14B odst. 4 směrnice tak, aby „byly vypořádány odlišné postoje členských států ohledně postavení osob, na které se aplikuje čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy“. KRAFT, I. Asylum Qualification Directive 2011/95/EU (Articles 11–14). In: HAILBRONER, K., THYM, D., op. cit. 43, s. 1230.

⁴⁹ Tamtéž, s. 1224.

⁵⁰ BATTJES, H., op. cit. 47, s. 487, odst. 592, pozn. 168.

⁵¹ Bod 23 preamble kvalifikační směrnice.

docházet nezávisle na ustanoveních Ženevské úmluvy, která vymezuje, kdo se kvalifikuje jako uprchlík (natož pak v přímém rozporu s nimi). Je tomu právě naopak. Přiznání postavení uprchlíka dle čl. 13 kvalifikační směrnice je výrazem skutečnosti (jak rovněž ukazuje znění tohoto ustanovení), že se dotyčná osoba kvalifikuje jako uprchlík a členský stát ji za uprchlíka uznal.⁵² Hlavním cílem kvalifikační směrnice je „*zajistit minimální úroveň výhod poskytovaných uvedeným osobám ve všech členských státech*“⁵³ Účelem vybudování Společného evropského azylového systému pak je zaručit „*vyšší úroveň ochrany*“.⁵⁴

Neexistují dva samostatné „typy“ uprchlíků – jeden dle definice v kvalifikační směrnici a další dle definice v Ženevské úmluvě. Přestože z hlediska kategorizace pramenů práva se formálně jedná o dva nezávislé dokumenty, definice uprchlíka dle kvalifikační směrnice má za cíl pokrývat tu stejnou kategorii osob jako definice uprchlíka dle Ženevské úmluvy. Účelem kvalifikační směrnice je totiž poskytnout jednotlivým členským státům vodítko při uplatňování Ženevské úmluvy, nikoli vytvořit samostatnou kategorii uprchlíků dle práva EU, jejichž status a jim přiznaná práva jsou zcela nezávislé na tom, jak jsou práva a postavení uprchlíků vymezeny v Ženevské úmluvě. Je tomu právě naopak, jak potvrzuje mj. i bod 24 preambule kvalifikační směrnice, podle něhož „[j]e nezbytné zavést společná kritéria uznávání žadatelů o azyl jako uprchlíků ve smyslu článku 1 Ženevské úmluvy“.⁵⁵ Dle bodu 49 preambule je přitom cílem kvalifikační směrnice „*stanovení norem poskytování mezinárodní ochrany [...] členskými státy, jednotného statusu pro uprchlíky [...] a obsahu poskytované ochrany*“. Společný evropský azylový systém má zahrnovat „*sblížení předpisů o přiznávání postavení uprchlíka a o obsahu postavení uprchlíka*“ (bod 5 preambule kvalifikační směrnice). Tyto snahy přitom kvalifikační směrnice neformuluje izolovaně, ale mají být

⁵² Viz čl. 2 písm. e) kvalifikační směrnice, podle něhož se „postavením uprchlíka“ rozumí „uznání státního příslušníka třetí země nebo osoby bez státní příslušnosti členským státem za uprchlíka“.

⁵³ Bod 12 preambule kvalifikační směrnice.

⁵⁴ Bod 8 preambule kvalifikační směrnice.

⁵⁵ Podporu uvedenému závěru dává také již zmíněný bod 23 preambule kvalifikační směrnice, podle něhož „[j]e třeba stanovit normy pro definici a obsah postavení uprchlíka, a aby sloužily jako vodítka pro příslušné vnitrostátní orgány členských států při uplatňování Ženevské úmluvy“, stejně jako dod 14 premabule kvalifikační směrnice, který hovoří o uprchlících a osobách, jež mají nárok na doplňkovou ochranu, přičemž pojem uprchlíka vymezuje odkazem na čl. 1A Ženevské úmluvy.

naopak založeny na „*na úplném uplatňování a začlenění ženevské Úmluvy*“ (bod 3 preambule kvalifikační směrnice).

Členské státy proto nemohou účinně argumentovat tím, že obsah statusu uprchlíka a podmínky pro jeho přiznávání a odebírání jsou nezávislé na jejich závazcích plynoucích z Ženevské úmluvy a právech, která tato úmluva uprchlkům přiznává. Pokud bychom přistoupili na takový výklad, účinkem kvalifikační směrnice by naopak paradoxně bylo obcházení závazků členských států plynoucích z Ženevské úmluvy a umožnění státům snížit standard ochrany a poskytovaných práv a výhod oproti tomu, co Ženevská úmluva stanoví.

Je pravdou, že postavení uprchlíka přiznávané dle čl. 13 kvalifikační směrnice v sobě zahrnuje určitá práva, která jdou nad rámec těch, jež uprchlkům přiznává Ženevská úmluva (například právo na sloučení rodiny či zdravotní péči). Lze proto akceptovat, že členské státy mohou uprchlkům odebrat tato, nad rámec Ženevské úmluvy přiznaná práva za podmínek, které si v kvalifikační směrnici vymezí a které Ženevská úmluva neupravuje, jako jsou například důvody národní bezpečnosti.⁵⁶ To však není případ čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice, který předpokládá odebrání postavení uprchlíka jako takového a v jeho důsledku zbavení uprchlíka všech práv, která mu členský stát v této souvislosti přiznal (s výjimkou těch několika práv obsažených ve výčtu čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice). Mnoho práv zahrnutých v postavení uprchlíka přiznávaného dle čl 13 kvalifikační směrnice je přitom upraveno i v Ženevské úmluvě a má v ní svůj odraz. Aplikace čl. 14 odst. 4 tak má za následek odebrání jak těch práv, která jsou uprchlkům v rámci

⁵⁶ Ve vztahu k některým právům přiznaným kvalifikační směrnicí nad rámec Ženevské úmluvy – například na zdravotní péči dle čl. 30 kvalifikační směrnice – je nicméně třeba mít zároveň na paměti další závazky členských států plynoucí z mezinárodního práva lidských práv. Jedná se například o Pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech, který omezuje volnost států v zavádění regresivních opatření ve vztahu k právu na ochranu zdraví. Srov. Obecný komentář č. 14 Výboru pro hospodářská, sociální a kulturní práva z roku 2000 (General Comment No. 14 of the CESCR on the right to health), jehož odst. 32 stanoví, že „[e]xiste silný předpoklad, že regresivní opatření ve vztahu k právu na ochranu zdraví, stejně jako ve vztahu k ostatním právům dle Paktu, nejsou dovolena. Pokud jsou přijata úmyslně jakákoli regresivní opatření, je na smluvní straně, aby prokázala, že k jejich přijetí došlo po velmi pečlivém uvážení všech alternativ a že jsou řádně ospravedlněna s ohledem na celkový souhrn práv zakotvený v Paktu v kontextu plného využití maximálních dostupných zdrojů příslušné smluvní strany“. Odkazuje dále na Obecný komentář č. 3 z roku 1991 (General Comment No. 3 of the CESCR on the nature of state parties' obligations), odst. 9 a Obecný komentář č. 13 z roku 1999 (General Comment No. 13 of the CESCR on the right to education), odst. 45.

systému práva EU přiznána nad rámec standardu zaručeného Ženevskou úmluvou, tak těch práv, která mají svůj základ v Ženevské úmluvě.

Vzhledem k tomu, že účelem kvalifikační směrnice je vytvořit právní rámec pro ochranu uprchlíků v rámci práva EU, jenž je založen na Ženevské úmluvě a je s ní v souladu, nelze tvrdit, že členské státy mohou libovolně postavení uprchlíka přiznané dle čl. 13 kvalifikační směrnice odebrat (včetně práv garantovaných Ženevskou úmluvou) bez ohledu na to, jaké podmínky pro to stanoví Ženevská úmluva.

6.1.2 Práva plynoucí z Ženevské úmluvy vs. čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice

Článek 14 odst. 6 kvalifikační směrnice uvádí výčet práv dle Ženevské úmluvy, které je osoba oprávněna požívat i poté, co vůči ní byl aplikován čl. 14 odst. 4 a dříve přiznané postavení uprchlíka jí bylo odňato. Dle tohoto ustanovení, „*[o]soby, na které se vztahují odstavce 4 a 5, jsou způsobilé k právům uvedeným v článících 3, 4, 16, 22, 31, 32 a 33 Ženevské úmluvy nebo podobným právům, pokud se nacházejí v dotyčném členském státě*“. Jak uvádí I. Kraft, účelem tohoto ustanovení je „*překlenout možný rozpor*“ („*to bridge a possible gap*“) mezi tím, že osoba je nadále uprchlíkem ve smyslu čl. 1 a čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy, a navzdory tomu je vyloučena z postavení uprchlíka ve smyslu čl. 2 písm. e) kvalifikační směrnice.⁵⁷ Dle autora představuje čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice kompromis v „*dogmatické kontroverzi*“ (*dogmatic controversy*) ohledně toho, jak má být koncept čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy včleněn do kvalifikační směrnice.⁵⁸

Je však třeba mít na paměti, že čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy je již do textu kvalifikační směrnice promítnut odlišným ustanovením, a to čl. 21 odst. 2 směrnice, podle něhož „*[n]evylučují-li to mezinárodní závazky uvedené v odstavci 1, mohou členské státy uprchlíka navrátit bez ohledu na to, zda je formálně uznán, jestliže a) existují závažné důvody k tomu, aby byl považován za nebezpečí pro bezpečnost členského státu, v němž se nachází, nebo b) jako osoba odsouzená pravomocným rozsudkem za zvlášť závažný trestný čin představuje nebezpečí pro společnost dotyčného členského státu*“. V souladu s čl. 21 odst. 3 kvalifikační směrnice pak členské státy „*mohou odejmout, ukončit platnost nebo zamítnout prodloužení platnosti nebo*

⁵⁷ KRAFT, I., op. cit. 48, s. 1232.

⁵⁸ Tamtéž.

přiznání povolení k pobytu uprchlíkovi, na kterého se vztahuje odstavec 2.⁵⁹

Nelze proto tvrdit, že čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice je promítnutím úpravy čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy – ve skutečnosti se jedná o samostatná ustanovení, která si z čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy propůjčují vymezení okruhu osob, ale spojují s ním zcela odlišný právní následek, než jaký Ženevská úmluva předpokládá a připouští.

V každém případě lze pochybovat o tom, že čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice skutečně představuje „překlenutí možného rozporu“ mezi odebráním postavení uprchlíka ve smyslu kvalifikační směrnice a tím, že osoba je nadále uprchlkem ve smyslu Ženevské úmluvy. Z pohledu výkladu Ženevské úmluvy je třeba dospět k opačnému závěru.

Z obsahu i systematiky příslušných ustanovení Ženevské úmluvy vymezujících práva a výhody náležející uprchlíkům vyplývá, že rozsah a kvalitativní úroveň práv a výhod, které Ženevská úmluva osobám naplňujícím definici uprchlíka přiznává, narůstají s plynutím času a s tím, že je osoba uznána za uprchlkou ve smyslu úmluvy (pokud k tomu v daném kontextu dojde). Ženevská úmluva rozlišuje celkem pět základních kategorií vymezujících možnou pobytovou situaci uprchlíka a jeho vztah k území hostitelského státu. Jednotlivá práva a výhody vymezená pro uprchléky v textu Ženevské úmluvy jsou pak vždy kategorizována v rámci některé z těchto situací a je tím vymezen okruh uprchlíků, vůči nimž úmluva příslušné právo přiznává. Tyto kategorie zahrnují:

1. všechny uprchléky nacházející se v jurisdikci příslušného státu (*refugees*), jimž náležejí nejzákladnější práva (čl. 3, 33, 7 odst. 1, 8 a 13),
2. uprchléky nacházející se fyzicky na území příslušného státu (*refugees within their territories*), jimž náleží práva dle čl. 2, 4, 20, 22, 25, 27 a 31,
3. uprchléky zákonné se zdržující na území příslušného státu (*refugees lawfully in their territories*), jimž náležejí práva dle čl. 18, 26 a 32,
4. uprchléky zákonné pobývající na území daného státu (*refugees lawfully staying in their territories*), jimž jsou přiznána práva dle čl. 15, 17, 19, 21, 23, 24 a 28, a
5. uprchléky schopné prokázat trvalý pobyt (*habitual residence*), k nimž se vážou práva dle čl. 14 či 16 odst. 2.

S rostoucí intenzitou vztahu uprchlíka k území hostitelského státu se přitom zvyšuje rovněž úroveň a rozsah práv a výhod, které je v souladu s Ženevskou úmluvou daný stát povinen uprchlíkovi přiznat. Podstatou celé úpravy

⁵⁹ Srov. též GIL-BAZO, M. T., op. cit. 15, s. 15.

je tedy koncept postupné gradace úrovně a rozsahu práv přiznaných uprchlíkům ze strany příslušného státu.⁶⁰

Z logiky konceptu stupňující se úrovně práv přiznaných uprchlíkům Ženevskou úmluvou vyplývá, že jakmile je jednou osoba uznána za uprchlíka (tj. je shledáno, že naplňuje definici uprchlíka ve smyslu Ženevské úmluvy) a pokud definici uprchlíka nepřestala splňovat, náleží jí nepochyběně širší rozsah práv dle Ženevské úmluvy, než představuje minimální rozsah práv přináležející osobám, které jsou v postavení žadatele či v kategorii ještě nižší. Jeví se tedy být v rozporu s koncepcí Ženevské úmluvy a s jejím výkladem s ohledem na předmět a účel, aby státy mohly přistoupit k opačnému postupu a uznaným uprchlíkům dlouhodobě žijícím na jejich území mohly na základě vlastního rozhodnutí – aniž by osoba přestala naplňovat definici uprchlíka – snížit úroveň práv, jichž tato osoba dle Ženevské úmluvy požívá, a namísto gradace rozsahu přiznaných práv provést naopak jejich regresi z důvodů nepředvídáných Ženevskou úmluvou (jako to činí čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice).

Tento závěr podporuje rovněž J. Hathaway a jeho chápání konceptu stupňujících se práv přiznaných uprchlíkům dle Ženevské úmluvy. Dle autora nastupují práva přiznaná úmluvou uprchlíkům fyzicky se nacházejícím na území státu (*physically present*), *okamžitě a automaticky již z pouhého faktu, že se jedná o uprchlíky ve smyslu úmluvy nacházející se účinně v jurisdikci smluvního státu*. Tato primární práva musejí být respektována po celou dobu trvání statusu uprchlíka, **přičemž další práva se přidávají, jakmile je přítomnost uprchlíka na území regularizována, a následně znova poté, co je uprchlíkovi povoleno pobývat v zemi azylu**.⁶¹ Autor označuje přístup Ženevské úmluvy ke gradující míře práv, která uprchlíkům v různých situacích přiznává, za „*pětistupňovou cestu k asimilaci*“ (*„five-part assimilative path“*).⁶²

Nemůže tak být sporu o tom, že na uprchlíky se po celou dobu jejich pobytu na území hostitelského státu uplatní minimálně všechna ta práva, která

⁶⁰ UNHCR tento koncept označuje jako „gradaci zacházení“ s uprchlyky (*gradations in treatment*) a považuje jej mimo jiné za užitečný výchozí bod pro vymezení přijímacích standardů pro žadatele o přiznání postavení uprchlíka dle mezinárodního uprchlického práva. 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>

⁶¹ HATHAWAY, J. C. *Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 278 (zvýraznění doplněno).

⁶² Tamtéž, s. 156.

jsou spojena s kategorií uprchlíků fyzicky se nacházejících na území (*physically present*). Pro otázku dalšího vymezení práv náležejících dle Ženevské úmluvy osobám, vůči nimž může být aplikován čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice, se tedy jeví klíčové porozumět správně pojmu „zákonné se zdržující“ (*lawfully in*) a „zákonné pobývající“ (*lawfully present*), které Ženevská úmluva využívá pro kategorizaci uprchlíků s dalšími okruhy přiznanychých práv.

Ve vztahu k nižšímu standardu vymezenému pojmem „zákonné se zdržující“ (*lawfully in*, ve francouzském jazykovém znění *se trouvant régulièrement*), s nímž jsou spojena práva dle čl. 18, 26 a 32 Ženevské úmluvy, je dovozováno následující.

J. Hathaway vymezuje tři situace, za nichž uprchlík spadá do kategorie „zákonné se zdržujícího“ v hostitelské zemi. První z nich je doba, po kterou mu byl povolen vstup na území (i kdyby se mělo jednat pouze o několik hodin), druhou je doba, po kterou je rozhodováno o jeho žádosti o přiznání postavení uprchlíka, a třetí je 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.⁶³

Dle A. Grahl-Madsena se může uprchlík zákonné zdržovat na území, i pokud tam zákonné nepobývá. Kategorie „zákonné se zdržujících“ uprchlíků dle autora zahrnuje všechny uprchlíky fyzicky přítomné na území za předpokladu, že jejich přítomnost není nezákonálna (*unlawfull*). Zahrnuje krátkodobě pobývající osoby i osoby, které zemí pouze projíždějí.⁶⁴ Zároveň dodává, že uprchlíci se mohou „zákonné“ nacházet na území pro určité účely a zároveň na něm mohou být „nezákonné“ pro jiné účely – mohou se například nacházet na území nezákonálně z pohledu cizineckého práva, ale jejich pobyt je zákonné z pohledu mezinárodního uprchlického práva.⁶⁵ Dle autora není přípustné, aby státy mohly dle libosti ukončit zákonné pobyt uprchlíka na území a odeprít mu výhody plynoucí z článků Ženevské úmluvy, které tento standard používají.⁶⁶

⁶³ Viz tamtéž, s. 657.

⁶⁴ Viz GRAHL-MADSEN, A. *Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37)*. UNHCR, 1997. Dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/4785ee9d2.html>

⁶⁵ GRAHL-MADSEN, A. *The Status of Refugees in International Law. Vol. I. Refugee Character*. Leyden: A. W. Stijhoff, 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.

⁶⁶ Tamtéž, s. 361. Citováno tamtéž.

K podobnému výkladu dospívá rovněž autorka komentáře k čl. 18 Ženevské úmluvy A. Edwardsová. Příklání se k přístupu A. Grahl-Madsena, podle něhož je při výkladu pojmu třeba vycházet ze samotné Ženevské úmluvy a jejího předmětu a účelu, a nikoli z vnitrostátních imigračních pravidel kategorizujících zákonné a nezákonné vstup či pobyt. Dle autorky je evidentní, že se kategorie „zákoně se zdržujících“ uprchlíků vztahuje na uznané uprchlíky, včetně osob, jejichž status byl stanoven na základě *prima facie* posouzení. Zároveň uvádí, že s ohledem na to, jaká práva jsou tímto standardem dle Ženevské úmluvy uprchlíkům přiznána (samostatné podnikání dle čl. 18, svoboda pohybu dle čl. 26 a ochrana před vyhoštěním dle čl. 32 Ženevské úmluvy), je zřejmý imperativ nevykládat tento standard restriktivně. Autorka se rovněž příklání k výkladu, podle něhož uvedená kategorie zahrnuje také žadatele o přiznání postavení uprchlíka.⁶⁷

Lze tedy shrnout, že ustanovení Ženevské úmluvy pracující s pojmem osob „zákoně se zdržujících“ (*lawfully in*) je třeba vykládat tak, že zahrnují osoby, jež podaly žádost o přiznání postavení uprchlíka (čímž je vymezena zákonnost jejich pobytu na území z hlediska požadovaného standardu), a to po dobu, kdy se o ní rozhoduje. *A minori ad maius* pak v každém případě zahrnují rovněž osoby, které již byly uznaný za uprchlíky, a to jak v rámci individuálního řízení, tak v rámci posouzení *prima facie*. Zdá se proto nepochybné, že tento standard a jemu odpovídající rozsah práv dle Ženevské úmluvy dopadá rovněž na osoby, jimž bylo přiznáno postavení uprchlíka ve smyslu evropského azylového *aquis* a následně vůči nim byl aplikován čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice, neboť jeho aplikací tyto osoby nepřestaly naplňovat definici uprchlíka.

Ženevská úmluva nevyžaduje, aby smluvní státy vydávaly uprchlíkům na svém území povolení k pobytu.⁶⁸ Zároveň však požívání práv, která pro uprchlíky vymezuje, vydáním žádného specifického povolení k pobytu nepodmiňuje. I pokud by Ženevská úmluva státům umožňovala učinit pobyt již dříve uznaného uprchlíka na svém území „nezákonné“ ve smyslu úmluvy

⁶⁷ V této souvislosti ve vztahu k čl. 18 rovněž dovazuje, že je s ohledem na technické aspekty spojené s provozováním podnikání vhodné, aby toto právo požívali žadatelé zdržující se na území alespoň nějakou dobu (jejich vymezení by však nemělo mít za následek, že se toto právo stane neúčinným). EDWARDS, A., op. cit. 65, s. 978.

⁶⁸ Lze nicméně doložit, že Ženevská úmluva alespoň implicitně přepokládá, že smluvní státy nějakým způsobem pobyt uznaných uprchlíků regularizují, neboť se patrně bude jednat o jediný způsob, jak garantovat skutečný a účinný přístup těchto osob k právům dle Ženevské úmluvy.

a připravit jej o postavení uprchlíka zákonně pobývajícího na území (*lawfully staying*), je vyloučeno, že by na základě čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy bylo možné takového uprchlíka zbavit i práv spjatých s postavením uprchlíka zákonně se zdržujícího na území (*lawfully in*). Pokud Ženevská úmluva přiznává některá práva a výhody uprchlíkům již předtím, než jsou formálně za uprchlíky uznáni, *a fortiori* by se tato práva měla uplatnit (a dle všeho v podobě ještě širšího rozsahu přiznaných práv) poté, co osoba již byla za uprchlíka uznána.

Nyní se zaměřím na výklad pojmu „zákonně pobývajícího“ (*lawfully staying*) uprchlíka, jímž Ženevská úmluva vymezuje vyšší standard zacházení a bohatší kategorii práv, která těmto uprchlíkům naleží.

V rámci výkladu tohoto pojmu je třeba vyjít ze specifika označení této kategorie v originálních jazykových zněních Ženevské úmluvy. V anglické verzi se jedná o pojem *lawfully staying*, jemuž ve francouzské jazykové verzi odpovídá pojem *résidant régulièremen*t. Anglický pojem *lawfully staying* přitom vychází z překladu francouzského pojmu *résidant régulièremen*t a historie přípravných prací na textu Ženevské úmluvy ukazuje, že francouzský pojem byl účastníci se státy přijat coby autoritativní výkladový rámec pro vymezení této kategorie uprchlíků. Jak upozorňuje J. Hathaway, během vytváření textu Ženevské úmluvy existovaly „*mimořádné jazykové nejasnosti*“ (*extraordinary linguistic confusion*) ohledně toho, jak uvedený standard nevhodněji pojmenovat. Nakonec byl jako nevhodnější anglický ekvivalent francouzského pojmu *résidant régulièremen*t, z jehož významu obsahově delegace vycházely, zvolen pojem *lawfully staying*.⁶⁹

Úmyslem tvůrců úmluvy bylo vymezit rozdíl mezi základními typy práv, jež měly naležet všem uprchlíkům (včetně těch v pozici žadatelů), a dalšími právy a výhodami, které měly naležet až těm uprchlíkům, kteří byli přijati jako zákonně pobývající, tedy osoby mající na území zákonný pobyt.⁷⁰ Za

⁶⁹ HATHAWAY, J., op. cit. 61, s. 186. Blíže k historii přípravných prací ve vztahu k danému pojmu srov. tamtéž, s. 188, 189. Obdobně srov. též TEICHMAN, M. Article 15 1951 Convention. In: ZIMMERMANN, A., op. cit. 65, s. 923. Podobně též např. E. Lester zdůrazňuje, že v rámci přípravných prací byl za výchozí pojem rozhodující pro určení významu daného pobytového standardu dohodnut francouzský termín *résidant régulièremen*t, přičemž anglická jazyková verze *lawfully staying* představovala pouze co možná nejbližší možný překlad daného pojmu do angličtiny. LESTER, E. Article 23 1951 Convention. In: ZIMMERMANN, A., op. cit. 65, s. 1053.

⁷⁰ UNHCR. *Rights of Refugees in the Context of Intégration: Legal Standards and Recommendations*. June 2006, POLAS/2006/02, s. 18. Dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/44bb9b684.html>

klíčové přitom měly být pokládány faktické okolnosti, které určují, zda osobě naleží čtvrtý „stupeň připoutání se“ („level of attachment“) k zemi azylu.⁷¹

Francouzský pojem *résidant régulièrement* byl v rámci přípravných prací označen jako „*mnohem méně omezený ve svém významu*“ („*far less restrictive in meaning*“) než pojem vymezující poslední, pátý stupeň připoutání osoby k zemi azylu dle Ženevské úmluvy, jímž je *residence habituelle* (v angličtině *habitual residence*). Bylo zdůrazněno, že pojem *résidant régulièrement* má „*velmi široký význam*“ („*very wide meaning*“) a zahrnuje rovněž přechodně pobývající osoby („*temporary residents*“). Neimplikuje určitou délku pobytu, neboť v takovém případě by byl použit pojem *residence continue*. Vymezení spodní hranice významu pojmu (tj. jeho odlišení od nižšího standardu zákonné se nacházejícího uprchlíka) se opíralo především o praktické okolnosti, že uprchlík se v zemi usadil a nějakou dobu zde pobývá. Pojem naopak nezahrnuje uprchlíky přítomné na území pouze „*velmi krátkou dobu*“ („*very short period*“).⁷²

Obdobně se k výkladu pojmu „zákoně pobývající“ staví i UNHCR, dle něhož „značí více než pouhou přítomnost na území; lze jej popsat jako ‚povolený, regularizovaný pobyt určité délky‘. V každém případě vzhledem k tomu, že neexistuje jednoznačná definice tohoto pojmu, je na místě uzavřít, že ‚pobyt‘, ačkoli nemusí nutně znamenat trvalý pobyt, určitě znamená více než pouze zastávku na cestě a ‚zahrnuje jak trvalý, tak dlouhodobý pobyt, ale nikoli situaci uprchlíků, kteří jsou v tranzitu či dočasně navštívili zemi z určitého důvodu a na určité období‘.“⁷³

Pojem „zákoně“ je dle UNHCR zpravidla třeba posuzovat z hlediska vnitrostátních předpisů dané země, přičemž „[f]ormálně uznaní uprchlíci (na základě individuálního či skupinového posouzení jako prima facie uprchlíků), jejichž status na území byl povolen a regularizován hostujícím státem a kteří pobývají (tj. mají dočasný či trvalý pobyt) v zemi azylu, tudíž budou považováni za ‚zákoně pobývající‘ v hostitelské zemi a následkem toho mít maximální a plný rozsah práv a výhod přiznaných Ženevskou úmluvou“. UNHCR ve své Poznámce k interpretaci pojmu zákonné pobývající

⁷¹ HATHAWAY, J. C., op. cit. 61, s. 187.

⁷² Blíže srov. TEICHMAN, M., op. cit. 69, s. 923.

⁷³ UNHCR, op. cit. 71, s. 18. Obdobně srov. též UNHCR. „Lawfully Staying“ – A Note on Interpretation, 3. 5. 1988, odst. 7. Dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/42ad93304.html>. Zde UNHCR dochází k témuž závěru, přičemž potvrzuje, že pojem „zákoně pobývající“ zahrnuje trvalý i přechodný (dočasný) pobyt.

⁷⁴ UNHCR, op. cit. 71, s. 18.

dále upozorňuje na rozdíl mezi pojmem *legal*, jenž zahrnuje soulad s právními předpisy, a *lawfull*, jenž vyjadřuje něco, co je „*autorizováno, potvrzeno a v každém případě právem nezakázáno*“.⁷⁵ Toto chápání pojmu „zákonní“ (*lawfull*) ve smyslu Ženevské úmluvy přitom v dané souvislosti pokládá za souladné s předmětem a účelem Ženevské úmluvy.⁷⁶ Podobně též např. E. Lester v této souvislosti odkazuje na vysvětlení francouzského delegáta v rámci přípravných prací, podle něhož bylo preferováno použití pojmu *ré gulièrement*, neboť pojem *légalement* byl pro daný účel považován za „*příliš právní*“ („*too decidedly legal*“).⁷⁷

Klíčovým problémem ve vztahu k pojmu „zákoně pobývající“ je pak dle UNHCR praxe některých států, které pobyt uprchlíků (ať už jako jednotlivců, či ve skupinových situacích) nějakým způsobem tolerují, dokonce i dlouhodobě, aniž by zároveň jejich pobytový status oficiálně regularizovaly. V podobných případech se uprchlíkům často dostává obdobného postavení jako před deportací, spíše než přiznání odpovídající úrovně práv spojených s déletrvajícím pobytom na území.⁷⁸ Vzhledem k tomu, že Ženevská úmluva výslově neupravuje povinnost udělit uprchlíkům povolení k pobytu, státy mají někdy tendenci argumentovat restriktivním výkladem. Podle něho, pokud povolení k pobytu neudělí, pobyt takového uprchlíka není „zákonní“ ve smyslu Ženevské úmluvy, a není mu tak ani přiznán odpovídající rozsah práv.⁷⁹ Uprchlíci se tak mohou ocitnout ve stavu dlouhodobé nejistoty a právního vakua.⁸⁰ UNHCR upozorňuje, že takový výklad, jenž by umožnil státům vyhnout se poskytnutí práv a výhod spojených se standardem „zákoně pobývající“ dle Ženevské úmluvy tím, že se rozhodnou uprchlíkovi pobývajícímu na jejich území neregularizovat pobyt, a tím mu tato práva trvale odepřou, není v souladu s úmyslem tvůrců Ženevské úmluvy.⁸¹

UNHCR proto v této souvislosti vymezuje koncept tzv. implicitní zákonnosti pobytu uprchlíka (*implicit lawfulness*) a dovozuje, že nepovolený (*unauthorized*) pobyt může v závislosti na okolnostech představovat zákonní (*lawfull*) pobyt. Odkazuje přitom rovněž na výklad A. Grahl-Madsena, který

⁷⁵ S odkazem na definici v Black's Law Dictionary citováno v UNHCR. „*Lawfully Staying*“ – *A Note on Interpretation*, op. cit. 75, odst. 10.

⁷⁶ Tamtéž, odst. 17.

⁷⁷ LESTER, E., op. cit. 70, s. 1053.

⁷⁸ UNHCR. „*Lawfully Staying*“ – *A Note on Interpretation*, op. cit. 75, odst. 13.

⁷⁹ Tamtéž, odst. 14.

⁸⁰ Tamtéž, odst. 15.

⁸¹ Tamtéž, odst. 16.

argumentuje, 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 zákonním.⁸² A. Grahl-Madsen zdůrazňuje, že mnoho ustanovení úmluvy je založeno na uznání zvláštního postavení uprchlíků jako cizinců, kteří nejsou schopni získat povolení ke vstupu do jiné země. Po určité době pobytu v zemi tedy humanitární cíle Ženevské úmluvy musí převážit nad „*tradičními právními hledisky*“ („*of a more traditional legal nature*“), jimiž je zákonost pobytu uprchlíka posuzována.⁸³ UNHCR pak v této souvislosti uzavírá, že přestože zákonost pobytu uprchlíka ve smyslu Ženevské úmluvy je třeba obvykle hodnotit prizmatem vnitrostátní právní úpravy daného státu, je zároveň třeba vzít v potaz všechny relevantní okolnosti, včetně toho, že pobyt dané osoby na území „je znám a není zakázán, tj. je tolerován, z důvodu nebezpečné situace, v níž se osoba nachází [ve vztahu k možnosti navrácení do země původu – pozn. L. J.]“.⁸⁴ Dovodit za těchto okolností zákonost pobytu uprchlíka ve smyslu Ženevské úmluvy je proto dle UNHCR legitimní a nezbytné, pokud má stát dostát svým závazkům plynoucím z Ženevské úmluvy.⁸⁵

Podobně J. Hathaway uvádí, že uprchlík je na území „zákoně pobývající“ ve smyslu Ženevské úmluvy, pokud jeho pobyt v daném státě „*fakticky pokračuje*“ („*is ongoing in practical terms*“); přičemž dle autora trvá „zákoný pobyt“ uprchlíka tak dlouho, dokud se jedná o „*oficiálně uznanou, přetrávavající přítomnost na území státu*“ („*officially sanctioned, ongoing presence in a state party*“).⁸⁶ Podstatná je tedy fakticita déletrvajícího pobytu, jenž je státem nějakým způsobem oficiálně aprobobován. J. Hathaway zdůrazňuje, že pojem „zákoně pobývající“ dle Ženevské úmluvy nezahrnuje nezbytnost formálního uznání osoby za uprchlíka, udělení práva trvalého pobytu, ani zřízení domicilu v dané zemi. Opírá se přitom rovněž o výklad vycházející z francouzského pojmu *résidence régulière*, jenž má „*velmi široký význam*“.

⁸² 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. 75, odst. 16.

⁸³ GRAHL-MADSEN, A. *The Status of Refugees in International Law. Vol. II.* Leyden: A. W. Sijthoff, 1966, s. 442–443, citováno z UNHCR. „*Lawfully Staying*“ – A Note on Interpretation, op. cit. 75, odst. 16.

⁸⁴ UNHCR. „*Lawfully Staying*“ – A Note on Interpretation, op. cit. 75, odst. 23.

⁸⁵ Tamtéž.

⁸⁶ HATHAWAY, J. C., op. cit. 61, s. 730.

[...] [a] zahrnuje usazení se a z toho plynoucí určitou délku pobytu.⁸⁷ Dle J. Hathawaye tato kategorie zahrnuje rovněž osoby, kterým je poskytována „dočasná ochrana“ a které se tak *de facto* usadily v hostitelském státě.⁸⁸

S tímto přístupem se ztotožňuje rovněž A. Edwardsová, která v kontextu čl. 17 Ženevské úmluvy (placená zaměstnání) uvádí, že práva spojená se standardem „zákonně pobývajícího“ uprchlíka mají nastoupit, jakmile je osoba uznána za uprchlíka. V případě, že v zemi neexistuje tato procedura, příp. je dočasně suspendována, indikátorem toho, že je naplněna podmínka „oficiálně uznané, trvající přítomnosti na území“, jsou faktické okolnosti vztahující se k pobytu dané osoby na území.⁸⁹ V opačném případě by státy měly možnost vyhnout se svým závazkům dle Ženevské úmluvy pouze tím, že přestanou provádět azylou proceduru.⁹⁰ K závěru, podle něhož kritérium „zákonně pobývajícího“ uprchlíka nelze činit *a priori* závislým na tom, zda je osoba formálně uznána za uprchlíka či nikoli, dospívá s odkazem na J. Hathawaye, G. Goodwin-Gilla a J. McAdama, rovněž J. Vested-Hansena.⁹¹ Opačný názor, podle něhož práva spojená se standardem „zákonně pobývajícího uprchlíka“ je osobě třeba přiznat poté, co je uznána za uprchlíka ve smyslu Ženevské úmluvy, pak projevil například britský Odvolací soud v případu *ex parte B* z roku 1996, jenž se týkal přiznání práv sociálního zabezpečení dle čl. 24 Ženevské úmluvy.⁹²

⁸⁷ Tamtéž.

⁸⁸ Tamtéž, s. 188.

⁸⁹ Viz EDWARDS, A., op. cit. 65, s. 964.

⁹⁰ Autorka však zároveň poukazuje na skutečnost, že část států Ženevské úmluvy ve skutečnosti mezi kategoriemi uprchlíků „zákonné se zdržujících“ a „zákonné pobývajících“ na území nerozlišuje a jejich práva spojená s placeným zaměstnáním dle čl. 17 Ženevské úmluvy porušují. Srov. tamtéž, s. 964–965.

⁹¹ VESTED-HANSEN, J., op. cit. 93, s. 1204.

⁹² Viz argumentaci soudu Simona Browna LJ, podle něhož „[p]okud a jakmile je uznán status uprchlíka, uprchlík získává oprávnění požívat práv dle čl. 24 stejně jako občané státu“. Rozsudek Odvolacího soudu (*Court of Appeal*) ze dne 21. 6. 1996 ve věci *R v. Secretary of State for Social Security, Ex parte B and Joint Council for the Welfare of Immigrants*, QBCOF 96/0462/D, QBCOF 96/0461 a 0462/D. Dostupné z: http://www.refworld.org/cases/GBR_CA_CIV,3ae6b72a0.html. Je však třeba dodat, že soud rozhodoval v kontextu britského systému, v němž existuje fungující azylový systém s probhajícím řízením o určení právního postavení uprchlíka; argumentace autorů, dle níž přiznání těchto práv nelze vždy vázat na okolnost formálního uznání za uprchlíka, se vztahuje k situacím, kdy k tomuto individuálnímu posouzení z nějakého důvodu nedochází (ať už proto, že v zemi tento systém není zaveden, či z důvodu konkrétní skupinové uprchlické situace řešené prostřednictvím *prima facie* postavení uprchlíka a tolerovaného statusu). Domnívám se proto, že citovaný rozsudek tak s těmito názory není nutně v konfliktu, pouze se týká posouzení v odlišném kontextu.

Dle A. Grahl-Madsena lze „zákonné pobyt“ ve smyslu Ženevské úmluvy dovodit z oficiálně tolerovaného pobytu, kdy je uprchlíkovi umožněno zůstat v zemi, a to i bez toho, aby mu bylo poskytnuto povolení k pobytu. Dle autora je uprchlík „zákoně pobývající“, jestliže „má povolení k pobytu (nebo jeho ekvivalent) umožňující mu zůstat na území déle než tři měsíce, nebo pokud je fakticky zákonné přítomen na území déle než tři měsíce od svého příchodu (či od okamžiku, kdy se nahlásil úřadům)“⁹³

M. Teichman se vymezuje vůči použití konkrétní časové hranice pobytu⁹⁴ a dovozuje, že pojem „zákonné pobyt“ ve smyslu Ženevské úmluvy není možné adekvátně vykládat pomocí určení nějaké konkrétní minimální délky pobytu, kterou by uprchlíci měli splňovat. Požadovanou délku pobytu pro dosažení tohoto standardu je třeba hodnotit individuálně s ohledem na okolnosti pobytu uprchlíka v zemi. Zdůrazňuje, že relevantní je rovněž faktor, zda osoba s ohledem na okolnosti svého pobytu může smysluplně využít práv, jež jsou s tímto stupněm vázanosti na území státu spojena.⁹⁵ To bude „obvykle zahrnovat více než krátkou dobu pobytu, tj. pobyt v hostující zemi, který je delší než několik hodin či dní a dosáhl určité stability a pobytového charakteru, byť pouze přechodného. Vydání dokumentů jako povolení k pobytu, cestovních dokladů či dlouhodobých viz nebo viz opravňujících k opětovnému vstupu na území není nutné, avšak jedná se o indikátory zákonného pobytu“.⁹⁶

⁹³ GRAHL-MADSEN, Atle. *The Status of Refugees in International Law. Vol. II.* Leyden: A. W. Sijthoff, 1966, s. 353–354, citováno v HATHAWAY, J. C., op. cit. 61, s. 187.

⁹⁴ Obdobně se vůči tomuto přístupu vymezuje též např. A. Edwardsová, která upozorňuje, že stanovení tříměsíční hranice je arbitrární a umělé. Srov. EDWARDS, A. Human Rights, Refugees, and The Right 'To Enjoy' Asylum. *International Journal of Refugee Law*. Volume 17, Issue 2, 2005, s. 293, 322.

⁹⁵ Viz TEICHMAN, M., op. cit. 69, s. 923–924. To odpovídá rovněž přístupu A. Edwardsová ve vztahu ke standardu „zákonné se nacházející“ (*lawfully in*) a právu vymezenému v čl. 18, která uvádí, že vzhledem k určitým administrativním krokům nezbytným pro zajištění možnosti podnikat a jejich délce je třeba uvažovat o určité minimální době, po kterou se uprchlík na území zdržuje, aby mohl tohoto práva účinně využít. Blíže srov. výše pozn. pod čarou č. 67. Obdobný závěr zastává rovněž UNHCR, podle něhož pojem „zákonné pobývající“ zahrnuje různé kategorie, včetně přechodného pobytu, přičemž je obtížné přesně vymezit standard ve vztahu k uprchlíkům pobývajícím na území pouze krátkou dobu. Zde je však možné vyjít rovněž z obsahu příslušných ustanovení Ženevské úmluvy, která tento standard používají, kdy je zřejmé, že obsah práv, která jsou s tímto standardem spojena, naznačuje, že uprchlík se v zemi usadil a v zemi alespoň určitou dobu pobývá. Blíže srov. UNHCR, „*Lawfully Staying – A Note on Interpretation*, op. cit. 75, odst. 6.

⁹⁶ Viz TEICHMAN, M., op. cit. 69, s. 924. Obdobný demonstrativní výčet dokumentů či kroků, které mohou být indikátory naplnění kritéria „zákonného pobytu“ ve smyslu Ženevské

Jak jsem již uvedla, aplikace čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice znamená pouze odebrání postavení uprchlíka, které bylo osobě přiznáno dle čl. 13 kvalifikační směrnice. Nemá žádný vliv na skutečnost, že tato osoba je nadále uprchlkem ve smyslu Ženevské úmluvy (a rovněž ve smyslu kvalifikační směrnice).⁹⁷ Soudní dvůr EU v případu *H. T.* z roku 2015 rovněž potvrdil, že pokud je povolení k pobytu dříve udělené osobě, jíž bylo přiznáno postavení uprchlíka, zrušeno ze „závažných důvodů bezpečnosti státu nebo veřejného pořádku“ ve smyslu čl. 24 odst. 1 kvalifikační směrnice, dotyčná osoba (jež je nadále uprchlkem ve smyslu Ženevské úmluvy) neztrácí oprávnění pobývat na území státu na jiném právním základě, než je čl. 24 odst. 1 kvalifikační směrnice.⁹⁸ Analogicky pak vyplývá, že ani aplikace čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice neznamená, že dotyčná osoba (která nadále splňuje definici uprchlíka) ztrácí oprávnění pobývat na území daného státu na jiném právním základě, než jaký vyplývá z kvalifikační směrnice. V každém případě pak platí, že uplatnění čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice nemá automatický vliv na kvalifikaci pobytu osoby na území ve smyslu Ženevské úmluvy a jí vymezených kategorií „zákonné se nacházejícího“ a „zákonné pobývajícího“ uprchlíka, neboť se jedná o autonomní pojmy, jež je třeba vykládat v rámci Ženevské úmluvy.

Z výše uvedeného výkladu pojmu „zákonné pobývající“ dle Ženevské úmluvy vyplývá, že osobě, vůči níž byl aplikován čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice, nadále naleží nejen rozsah práv, který Ženevská úmluva přiznává osobám fyzicky přítomným (i neoprávněně) na území daného státu, ale v každém případě rovněž ta práva a výhody, které dle Ženevské úmluvy

úmluvy, přináší rovněž G. Goodwin-Gill a J. McAdam. Srov. GOODWIN-GILL, G., McADAM, J. *The Refugee in International Law*. 3. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 526.

⁹⁷ Viz též znění čl. 13 kvalifikační směrnice: „Členské státy přiznávají postavení uprchlíka státním příslušníkům třetích zemí a osobám bez státní příslušnosti, které splňují podmínky pro získání postavení uprchlíka v souladu s kapitolami II a III“ (zvýraznění doplněno). V anglické jazykové verzi směrnice ještě jednoznačněji: „Member States shall grant refugee status to a third-country national or a stateless person who qualifies as a refugee in accordance with Chapters II and III“ (zvýraznění doplněno).

⁹⁸ Viz odst. 94 rozsudku: „Po téchto upřesněních je třeba ještě dodat, že uplatnění výjimky stanovené v čl. 24 odst. 1 směrnice 2004/83 členským státem má pro dotyčného uprchlíka za následek zaprvé ztrátu jeho povolení k pobytu, ač je tento uprchlík, jako ve věci dotčené v původním řízení, oprávněn na jiném právním základě legálně pobývat na území tohoto členského státu“. Rozsudek Soudního dvora EU ve věci *H. T. v Land Baden-Württemberg* (C-373/13) ze dne 24. 6. 2015. Dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165215&pageIndex=0&doclang=CS&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1439847>

korespondují přinejmenším s kategorií „zákonně se zdržujících“ (*lawfully in*) uprchlíků (tj. mimo jiné práva dle čl. 18 a 26 Ženevské úmluvy). Tento výklad lze označit za určitou „minimalistickou variantu“ výkladu postavení těchto osob dle Ženevské úmluvy. Dle mého názoru však výkladu v souladu s Ženevskou úmluvou odpovídá druhá, nikoli minimalistická varianta, podle níž těmto osobám naleží i práva a výhody, jež Ženevská úmluva přiznává uprchlíkům „zákonně pobývajícím“ na území. Jsou u nich totiž splněny podmínky déletrvajícího faktického pobytu na území, jenž je autorizován či tolerován orgány daného státu i poté, co bylo osobě na základě čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice odebráno postavení uprchlíka přiznané dle čl. 13 směrnice.⁹⁹

Zdá se, že k první z výše naznačených možností výkladu, tedy tzv. „minimalistické variantě“, patrně inklinuje UNHCR. V připomínkách k čl. 14 odst. 4 až 6 návrhu kvalifikační směrnice uvádí, že postavení uprchlíka přiznávané členskými státy dle kvalifikační směrnice je třeba chápát jako „*status [azyl, pozn. L. J.] udělovaný státem, spíše než jako postavení uprchlíka ve smyslu čl. 1A Ženevské úmluvy. Státy jsou proto v každém případě povinny přiznat takové osobě [vůči níž byl uplatněn čl. 14 odst. 4, pozn. L. J.] ta práva dle Ženevské úmluvy, jež nevyžadují její zákonné pobyt a z nichž Ženevská úmluva nepřipouští žádné výjimky, dokud uprchlík zůstává v jurisdikci dotyčného státu*“.¹⁰⁰ K obdobnému názoru dochází i H. Battjes (avšak bez bližšího zdůvodnění), podle níž „*z kvalifikační směrnice nevyplývá, že dotyční uprchlíci [spadající pod čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice, pozn. L. J.] jsou zákonně pobývající (přestože dané ustanovení členským státům nezapovídá jim povolení k pobytu udělit)*“.¹⁰¹

Ve světle výše uvedeného výkladu pojmu „zákonně se zdržující“ a „zákonně pobývající“ dle Ženevské úmluvy se nicméně tyto závěry zdají poněkud sporné. Jak správně poukazuje analýza sítí ECRE a ELENA, „*[u]prchlík, který ztratil právo nebýt navrácen dle Ženevské úmluvy, avšak nemůže být do země původu navrácen, očividně v této souvislosti prošel (s)právním řízením a vzhledem k tomu, že mu v něm bylo umožněno setrvat na území hostitelského státu, i nadále na území tohoto státu zákonně pobývá*“.¹⁰² Z faktického hlediska je nepopratelné, že osoby, vůči nimž byl aplikován čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice a které nemohou být navráceny do země

⁹⁹ Porobněj k povaze pobytu osob, vůči nimž byl aplikován čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice, v jednotlivých členských státech, srov. dále kapitolu 6.3.

¹⁰⁰ UNHCR, op. cit. 37, s. 31.

¹⁰¹ BATTJES, H., op. cit. 47, s. 487, odst. 593.

¹⁰² ECRE, ELENA, op. cit. 25, s. 24, pozn. 39.

původu z důvodu absolutního zákazu *refoulement* v mezinárodním právu lidských práv, jsou na území státu přítomny na základě určité formy *de iure* či *de facto* tolerovaného či strpěného pobytu, který je orgánem daného státu znám (poté, co s osobou vedle řízení o odebrání postavení uprchlíka dle čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice).¹⁰³ K tomuto závěru dospěla rovněž Evropská komise ve svém podkladovém materiálu k návrhu přepracovaného znění kvalifikačního směrnice, když uvedla, že „omezení práv dle čl. 14 odst. 4 až 6 se vztahuje k určité formě ‚tolerovaného‘ statusu těchto osob“.¹⁰⁴

Jak vyplývá z výše uvedeného výkladu pojmu „zákoně pobývající“ uprchlík ve smyslu Ženevské úmluvy, tento standard je třeba vykládat spíše široce, jak odpovídá významu francouzského pojmu *résidant régulièrement*, přičemž je určující faktický, dlouhodobější a státem určitým způsobemaprobovaný (či – s vědomím státních orgánů na základě provedeného řízení či aktu státu – tolerovaný) pobyt. Není tedy rozhodné, zda osoba, jíž bylo dříve přiznáno postavení uprchlíka (a jež nadále naplňuje definici uprchlíka dle Ženevské úmluvy), získá či ztratí konkrétní typ oprávnění k pobytu či status, jenž jí byl přiznán státem v souladu s jeho vnitrostátními předpisy. Určující je, že osoba je uprchlíkem a její přítomnost na území trvá i poté, co s ní bylo provedeno řízení o odebrání postavení uprchlíka ve smyslu čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice, a příslušným státem je *de iure* či *de facto* tolerována, neboť osoba nemůže být navrácena do země původu.

S ohledem na výše uvedené se proto domnívám, že na osoby, vůči nimž byl aplikován čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice, je třeba i nadále nahlížet jako na osoby „zákoně pobývající“ na území ve smyslu Ženevské úmluvy a náleží jim tomu odpovídající rozsah práv a výhod přiznaných Ženevskou úmluvou.

Ať už však přijmeme závěr o správnosti kterékoli z výše naznačených dvou variant výkladu, pokud jejich optikou zhodnotíme obsah čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice, je zcela zjevné, že rozsah garantovaných práv dle čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice je z hlediska Ženevské úmluvy nedostatečný, ať už by se mělo jednat o „zákoně pobývající“, či pouze o „zákoně se zdržující“ uprchlíky. Výčet práv zahrnutý ve znění čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice tak budí značné pochybnosti ohledně jeho možného souladu se závazky států plynoucími z Ženevské úmluvy.

¹⁰³ Blíže k této otázce kapitola 6.3.

¹⁰⁴ Commission of the European Communities, op. cit. 17, s. 58.

I pokud by se vyšlo z nejnižšího možného rozsahu práv, který Ženevská úmluva přiznává uprchlíkům „fyzicky přítomným“ (byť neoprávněn) na území státu, je zjevné, že čl. 14 odst. 6 vynechává i některá z těchto práv (např. práva dle čl. 13, 20 či 27 Ženevské úmluvy). Na první pohled se může zdát, že se ve skutečnosti nejedná o problém. Jak konstatuje H. Battjes,¹⁰⁵ vzhledem k tomu, že postavení uprchlíka a s ním spjatý rozsah práv, který uprchlíkům přiznává kvalifikační směrnice, nezahrnuje explicitně všechna práva upravená v Ženevské úmluvě, nemusí se zdát překvapující, že ani čl. 14 odst. 6 nezmiňuje všechna relevantní práva dle Ženevské úmluvy.

Nekonzistentnost výčtu práv obsažených v čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice však zachází ještě dále. Ten totiž naopak zahrnuje i některá práva, která nejsou obsažena ani v rozsahu práv upravených v kvalifikační směrnici ve vztahu k postavení uprchlíka přiznaného dle čl. 13 kvalifikační směrnice. Konkrétně se jedná o právo dle čl. 3 (zákaz diskriminace) a čl. 4 Ženevské úmluvy (svoboda náboženství). Jak přitom v této souvislosti upozorňuje H. Battjes, „*v tomto ohledu se tedy právní postavení uprchlíků spadajících pod čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice jeví překvapivě silnější, než postavení uprchlíků, kteří požívají status uprchlíka dle kvalifikační směrnice*“.¹⁰⁶ To však jistě nebylo cílem tvůrců kvalifikační směrnice. Tento rozpor tak vede k logickému závěru, že výčet práv zahrnutý v čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice je – na rozdíl od práv, jež kvalifikační směrnice upravuje ve vztahu k postavení uprchlíka ve smyslu čl. 13 kvalifikační směrnice¹⁰⁷ – míňen jako úplný (taxativní) výčet práv dle Ženevské úmluvy, které by členské státy měly být povinny uprchlíkům, vůči nimž byl aplikován čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice, garantovat.

Ve světle tohoto závěru se tedy výrazně omezený výčet práv dle čl. 14 odst. 6 jeví jako značný problém z hlediska souladu daných ustanovení kvalifikační směrnice s Ženevskou úmluvou.¹⁰⁸ Uplatnění čl. 14 odst. 4

¹⁰⁵ BATTJES, H., op. cit. 47, s. 487, odst. 593.

¹⁰⁶ Tamtéž.

¹⁰⁷ V této souvislosti viz čl. 20 odst 1 kvalifikační směrnice, který ve vztahu k absenci úpravy některých práv v kvalifikační směrnici oproti znění Ženevské úmluvy uvádí: „Touto kapitolou [Kapitola III: Obsah mezinárodní ochrany, pozn. L. J.] nejsou dotčena práva stanovená v Ženevské úmluvě“.

¹⁰⁸ Nejedná se pouze o teoretickou otázku. Z praktického hlediska je jedním z práv, která zcela nepochyběně osobám, vůči nimž byl aplikován čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice, nadále dle Ženevské úmluvy náleží (a které není zahrnuto v čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice), právo dle čl. 18 Ženevské úmluvy. To upravuje svobodné podnikání a stanoví: „Smluvní státy se zavazují poskytovat uprchlíku zákonné se zdržujícímu na jejich území zacházení co

kvalifikační směrnice tak vede k porušení standardu zacházení, který jsou členské státy povinny těmto uprchlíkům dle Ženevské úmluvy zajistit.¹⁰⁹ Praxe států, které tato ustanovení kvalifikační směrnice transponovaly a ve své vnitrostátní praxi uplatňují, přitom ukazuje, že k tomu skutečně dochází (dále kapitola 6.3). Odebrání postavení uprchlíka přiznávaného dle čl. 13 kvalifikační směrnice má v praxi zásadní dopad též na možnost uprchlíka účinně požívat práva a výhody, která mu vyplývají z Ženevské úmluvy. Důsledkem aplikace čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice je ponechání uprchlíka v určitém právním vakuu (za předpokladu, že zůstane nadále na území, což nastává ve velké většině případů), které je pouze v minimální míře saturováno omezeným výčtem práv, která jsou členské státy i poté této osobě povinny dle směrnice garantovat v souladu s čl. 14 odst. 6 směrnice. Výčet těchto práv ani zdaleka neodpovídá rozsahu práv, jaký pro tyto osoby vymezuje Ženevská úmluva. Z toho důvodu není možné ustanovení čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice označit za souladné s Ženevskou úmluvou. Soulad s Ženevskou úmluvou by nastal pouze v případě, kdy by aplikace čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice vyústila ve snížení rozsahu práv přiznaných danému uprchlíku pouze o ta konkrétní práva, která směrnice v rámci postavení uprchlíka přiznává nad rámec (a nikoli na základě) toho, co stanoví Ženevská úmluva. Tak tomu však není.

6.2 Článek 33 odst. 2 Ženevské úmluvy umožňuje navrácení uprchlíka, což automaticky implikuje rovněž ztrátu všech dalších práv dle Ženevské úmluvy

Jeden z dalších argumentů, kterým bývá obhajován soulad ustanovení čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice s Ženevskou úmluvou, se opírá o to, že čl. 33

nejpríznivější, a v žádném případě ne méně příznivé, než jaké je poskytováno obecně cizinům za stejných okolností, pokud jde o právo pracovat samostatně v zemědělství, průmyslu, řemesle a obchodu a zřizovat obchodní a průmyslové společnosti“. Realizace tohoto práva přitom zahrnuje (přinejmenším v evropském kontextu) řadu administrativních aspektů a kroků. Garanci toho, že osobě budou tyto kroky umožněny a v individuálních případech nedojde k porušení tohoto práva, je proto třeba na zákoně úrovni upravit. Ustanovení čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice, a tudíž ani vnitrostátní předpisy států, které toto ustanovení transponovaly, pro to však nevytváří podmínky.

¹⁰⁹ Je třeba připomenout, že čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice neukládá členským státům povinnost (dává jim pouze možnost) při splnění v něm vymezených podmínek postavení uprchlíka odejmout, ukončit nebo zamítнуть prodloužení jeho platnosti. Pokud však členské státy přistupují k uplatnění tohoto ustanovení, hrozí v jednotlivých případech porušení jejich závazků plynoucích z Ženevské úmluvy.

odst. 2 Ženevské úmluvy umožňuje navrácení (*refoulement*) dotyčné osoby, tedy její vycestování z území daného státu. To s sebou přitom logicky nese rovněž ztrátu veškerých dalších práv a výhod, které uprchlíkům Ženevská úmluva přiznává, neboť ta osobě náleží, pouze pokud se nachází na území daného státu. Podle tohoto argumentu by tedy za „normálních“ okolností uplatnění čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy osoba opustila území hostitelského státu a byla navrácena do země původu. To by automaticky znamenalo, že se vůči ní přestanou uplatňovat i veškerá další ustanovení Ženevské úmluvy vymezující práva a výhody náležející takovému uprchlíku, kterými je dotyčný stát vázán. Tento „normální“ průběh uplatnění čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy byl narušen rozvinutím absolutní povahy principu *non-refoulement* v mezinárodním právu lidských práv, a uvedený následek předvídaný čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy tak v praxi nemůže nastat.¹¹⁰ Z toho nicméně vyplývá, že i když členské státy nejsou oprávněny osobu z území navrátit, nejsou již povinny takové osobě poskytnout práva a výhody dle Ženevské úmluvy, protože z pohledu Ženevské úmluvy (bez intervence dalších lidskoprávních závazků státu) by již daná osoba na území vůbec nebyla. Z toho důvodu mají státy volnost v odebrání postavení uprchlíka takové osobě, včetně všech souvisejících práv. Ve skutečnosti je přitom standard poskytovaný kvalifikační směrnici ještě benevolentnější a vyšší než ten dle Ženevské úmluvy, neboť takové osobě prostřednictvím čl. 14 odst. 6 nadále přiznává alespoň některá základní práva a výhody dle Ženevské úmluvy.

Domnívám se, že výše uvedený argument je ze své podstaty mylný, neboť ignoruje skutečnost, že čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy v žádném případě nepředpokládá, že všechny osoby teoreticky spadající do rozsahu jeho ustanovení musejí být nezbytně navráceny a opustit tak území hostitelského státu. Článek 33 odst. 2 Ženevské úmluvy pouze umožňuje smluvnímu státu navrátit uprchlíka, pokud jsou splněny vymezené podmínky. Je přitom zjevné, že i pokud by v mezidobí nedošlo k paralelnímu vývoji zásady *non-refoulement*

¹¹⁰ S ohledem na ne zcela identické vymezení zásady *non-refoulement* v rámci Ženevské úmluvy a v rámci mezinárodního práva lidských práv může teoreticky nastat situace, kdy osoba, již svědčila ochrana dle Ženevské úmluvy a vůči níž byl následně uplatněn její čl. 33 odst. 2, může být i dnes do země původu navrácena, neboť s ohledem na individuální okolnosti jejího případu zároveň nespadá pod ochranu před *refoulement*, jak ji vymezuje mezinárodní právo lidských práv (ať už v rámci mezinárodního obyčejového práva, či relevantního smluvního rámce). Takové případy však budou v praxi nastávat pouze výjimečně, a to obzvlášť v rámci EU, jež členské státy jsou vázány rovněž regionální úpravou Evropské úmluvy o lidských právech. Blíže k této otázce např. ZIMMERMANN, A., WENNHOLZ, P. Article 33 para. 2 1951 Convention. In: ZIMMERMANN, A., op. cit. 65, s. 1407–1412.

na poli mezinárodního práva lidských práv, jenž učinil čl. 33 odst. 2 Ženevské úmlovy z velké části v praxi neaplikovatelným, docházelo by v praxi i přesto k případům, kdy by aplikace čl. 33 odst. 2 Ženevské úmlovy nevedla k navrácení uprchlíka do země původu. Důvodem mohou být jiné právní (např. nedostatek spolupráce na straně země původu) či faktické (např. vážný zdravotní stav uprchlíka znemožňující absolvovat cestu) překážky vycestování, které prakticky navrácení takového uprchlíka zabrání, ať už dočasně, či trvale. Navzdory této skutečnosti však Ženevská úmluva neobsahuje žádnou speciální úpravu vymezující zvláštní či odlišný status takových osob a neupravuje ani žádné omezení rozsahu práv uprchlíků spadajících pod čl. 33 odst. 2 Ženevské úmlovy po dobu, po kterou jsou i nadále přítomni na území daného smluvního státu.

A contrario tak z výše uvedeného vyplývá, že uprchlíkům, vůči nimž se uplatní čl. 33 odst. 2 Ženevské úmlovy, náleží po dobu, po kterou setrvávají na území hostitelského státu, všechna odpovídající práva dle Ženevské úmlovy, neboť nepřestávají být uprchlíky a Ženevská úmluva žádné další omezení jejich práv (kromě práva nebýt navrácen) nepředpokládá. Z toho důvodu je třeba pokládat zbavení těchto osob jejich práv, které Ženevská úmluva přiznává (uznaným) uprchlíkům žijícím na území hostitelského státu – tak jako to činí čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice – za porušení závazků plynoucích z Ženevské úmlovy.

6.3 Ochrana bezpečnosti hostitelského státu

Jak bylo shora popsáno, práci na přípravě textu původní (i přepracované) verze kvalifikační směrnice ovlivňovala atmosféra bezpečnostních obav států v období po 11. září 2001. V souvislosti s tím se rovněž objevuje bezpečnostní argument jako jedno ze zdůvodnění ospravedlňujících existenci a nezbytnost čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice. V souladu s ním musí mít členské státy k dispozici nástroje, které jim umožní chránit se před uprchlíky, kteří ohrožují bezpečnost země a společnosti. Musí tedy mít možnost odepřít těmto osobám ochranu a výhody spjaté s postavením uprchlíka dle kvalifikační směrnice.

Je faktem, že účelem čl. 33 odst. 2 Ženevské úmlovy je ochrana bezpečnosti hostitelského státu před uprchlíkem, jehož (zpravidla trestná) činnost ohrožuje národní bezpečnost či společnost, i pokud to má znamenat jeho navrácení (*refoulement*). Rozvoj absolutní povahy zákazu *refoulement*

v mezinárodním právu lidských práv nicméně toto ustanovení učinil z velké míry obsolentním.¹¹¹ V důsledku toho valná většina uprchlíků, vůči nimž se čl. 33 odst. 2 Ženevské úmlovy – a stejně tak i čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice – může uplatnit, nemohou být navráceni do své země původu, neboť by jim zde hrozilo vážné riziko mučení nebo nelidského či ponižujícího zacházení či trestání. Pokud tedy nemohou být vyhoštěni do nějaké jiné třetí země v souladu čl. 32 Ženevské úmlovy,¹¹² nutně budou muset i po aplikaci čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice setrvat na území hostitelského státu (a to pravděpodobně po poměrně značnou dobu, může se jednat o několik let, či dokonce desetiletí). Za těchto okolností není zřejmé, jak může fakt, že tyto osoby budou zbaveny dříve přiznaného postavení uprchlíka a s ním spojených práv dle kvalifikační směrnice (a v důsledku rovněž většiny práv, která jim přiznává Ženevská úmluva), přičemž však zároveň nadále setrvávají na území hostitelského státu, jakkoli smysluplně přispět k ochraně bezpečnosti tohoto státu a jeho společnosti.

V praxi jsou tyto osoby, jimž svědčí ochrana plynoucí z absolutního zákazu *refoulement* a v jejím důsledku nemohou vycestovat, *de iure* či *de facto* tolerovány na území daného státu. *De iure* podoba takového tolerovaného pobytu zahrnuje určitý provizorní typ povolení k pobytu, jemuž v českém prostředí může odpovídат kupř. vízum či dlouhodobý pobyt za účelem strpění (v zahraničním kontextu někdy označované jako „exceptional leave to remain“). *De facto* tolerovaný pobyt dané osoby má podobu faktického akceptování (resp. strpění) neregulovaného či nedokumentovaného pobytu osoby na území. Praxe jednotlivých členských států, které ustanovení č. 14

¹¹¹ Jak konstatuje sir E. Lauterpacht a D. Bethlehem, „[n]a rozdíl od úpravy týkající se uprchlíků, otázka výjimek z principu non-refoulement v lidskoprávním kontextu je zcela jednoznačná. Nejsou připuštěny jakékoli výjimky“. LAUTERPACHT, E., BETHLEHEM, D. The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion. In: FELLER, E., TÜRK, V., NICHOLSON, F. (eds.) *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, s. 162.

¹¹² To je však s ohledem na skutečnost, že se jedná o osoby, které hostitelský stát považuje za bezpečnostní riziko a které mají často rovněž trestní minulost, poměrně nepravděpodobně, neboť takové osoby budou zpravidla pouze obtížně splňovat imigrační podmínky třetích států. Z hlediska Ženevské úmlovy a uplatnění čl. 33 odst. 2 je přitom hostitelský stát v souladu se systematikou příslušných ustanovení nejprve povinen postupovat dle čl. 32 Ženevské úmlovy a poskytnout uprchlíkovi dostatečnou lhůtu k získání zákonného povolení vstupu do jiné země. Teprve pokud v tom neuspěje, může stát přistoupit k jeho vyhoštění a případně k navrácení (*refoulement*) do země původu dle čl. 33 odst. 2 Ženevské úmlovy, což má být až poslední možnost. Viz ZIMMERMANN, A., WENNHOLZ, P., op. cit. 112, s. 1406–1407.

odst. 4 kvalifikační směrnice transponovaly do svých vnitrostátních právních řádů, se v tomto ohledu liší, jak ukázal nedávny výzkum provedený Evropskou migrační sítí (European Migration Network).¹¹³ Například v Rakousku je pobyt osoby, vůči níž byl aplikován čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice „tolerován“ („tolerated“), avšak „*to neznamená, že pobyt [...] je legální*“ („[t]his does not mean that the stay [...] is legal“), přičemž osobě není udělováno žádné povolení k pobytu.¹¹⁴ Obdobně v Belgii nemá uprchlík, vůči němuž byl aplikován čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice, „žádné zákonné oprávnění k pobytu na území“ („will have no legal right to stay on the territory“). Při odebírání postavení uprchlíka je zároveň rozhodováno o odebrání povolení k pobytu, kdy je zohledňováno hledisko proporcionality z hlediska vazeb osoby k hostitelské zemi. Poté neexistuje reálná možnost získat povolení k pobytu žádného typu, včetně humanitárních důvodů.¹¹⁵ V Lucembursku „nemožnost výcestování nevede k získání žádného typu oprávnění k pobytu“ („[t]he postponement of removal does not grant any type of residence status“). Osobě je pouze umožněno setrvat na území, přičemž jí má být poskytnuta „humanitární pomoc“ („shall be given humanitarian assistance“).¹¹⁶ Na druhou stranu, například v Německu či Itálii existuje možnost získat tolerovaný pobytový status.¹¹⁷

Není pochyb o tom, že alespoň určitá forma povolení k (strpěnému, tolerovanému) pobytu je žádoucím řešením, neboť regularizuje pobyt osoby na území dle vnitrostátního právního systému a představuje alespoň nějakou záruku možnosti účinného přístupu k základním právům, i kdyby pouze k těm vymezeným v čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice. Oproti tomu osoby, vůči nimž byl aplikován čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice a jejichž setrvání na území je státními orgány pouze *de facto* trpěno, v důsledku čehož je tedy jejich pobyt neregulérní a/nebo nedokumentovaný, se reálně ocitají ve stejné situaci jako jiní cizinci nacházející se na území bez oprávnění k pobytu. Tyto osoby přitom čelí značným obtížím v přístupu byť i k některým základním

¹¹³ EMN Ad-Hoc Query on Urgent ad-hoc query on Article 14 of the Qualification Directive (2011/95/EU). Requested by CZ EMN NCP on 21st April 2016. European Migration Network. Dostupné z: http://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/ad-hoc-queries/ad-hoc-queries-2016.1057_cz_article_14_of_the_qualification_directive_201195eu_final.pdf

¹¹⁴ Tamtéž, odpověď Rakouska.

¹¹⁵ Tamtéž, odpověď Belgie.

¹¹⁶ Tamtéž, odpověď Lucemburska.

¹¹⁷ Tamtéž.

právům, natož pak k právům sociálním a hospodářským.¹¹⁸ I *de iure* forma tolerovaného pobytu však zpravidla nezahrnuje povolení k zaměstnání či přístup k sociálnímu zabezpečení (či pouze v omezené míře). V každém případě, rozsah a možnost účinného využití práv osob v této situaci jsou omezeny.

To s sebou nese zvýšené riziko negativních jevů jako nelegální práce, jež může mít často podobu prekérní (nejisté, dočasné, rizikové) práce, zneužití a porušení pracovních práv, či dokonce obchodu s lidmi, a rovněž hrozbu ekonomické a sociální marginalizace. Tato nepříznivá situace je dále zhoršena skutečností, že část osob, vůči nimž je čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice aplikován, má záznam v rejstříku trestů – přinejmenším všichni ti, vůči nimž byl aplikován čl. 14 odst. 4 písm. b) kvalifikační směrnice, jenž zahrnuje osoby odsouzené pravomocným rozsudkem za zvlášť závažný trestní čin. Resocializace a reintegrace osob propuštěných z výkonu trestu, zejména pokud se jednalo o víceletý trest odňtí svobody, představují samy o sobě značnou výzvu, a to bez ohledu na další okolnosti. Nejisté či problematické právní postavení (pobyt) dané osoby na území (včetně možné absence identifikačních dokladů a dalších souvisejících problémů) tuto situaci jen dále komplikuje a zhoršuje.¹¹⁹

Není zřejmé, jak mohou tyto životní podmínky, kterým bude v důsledku uplatnění čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice velká část dotčených osob čelit, jakýmkoli způsobem snížit riziko, které tyto osoby představují pro bezpečnost státu či přispět k prevenci opakovaného páchaní trestné činnosti. Domnívám se, že je tomu spíše naopak. Výše zmíněné okolnosti, vlivem kterých se dané osoby s poměrně velkou pravděpodobností ocitnou v existenčních problémech a budou vyčleněny na okraj společnosti, zvyšují do budoucna riziko, že dotyčná osoba bude představovat nebezpečí pro společnost. Stejně tak nelze podceňovat ani riziko radikalizace marginalizovaných osob v podobné situaci.

V souvislosti s bezpečnostním argumentem pak někdy bývá uváděn rovněž argument operující s nezbytností chránit dobrou pověst statusu

¹¹⁸ Více k této otázce např. DEMBOUR, M.-B., KELLY, T. (eds.) *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*. Oxon, New York: Routledge, 2011.

¹¹⁹ Kupříkladu nalezení práce se záznamem v rejstříku trestů je již samo o sobě poměrně obtížné. V kombinaci s tím, že osoba má pouze tolerovaný pobyt, byť *de iure*, jenž je ze své povahy dočasný a nestabilní (ať už zahrnuje pracovní povolení, či nikoli), je vyhlídka na možnost získání zaměstnání mizivá.

uprchlíka v očích veřejnosti. Tomu nepřispívá, pokud postavení uprchlíka požívá osoba, která je hrozbou pro bezpečnost státu či se dopustila závažné trestné činnosti. I tento argument je však třeba odmítout. Ženevská úmluva tuto úvahu do svých ustanovení promítá, nečiní tak však prostřednictvím čl. 33 odst. 2 vůči zde vymezeným kategoriím osob, ale činí tak prostřednictvím čl. 1F Ženevské úmluvy obsahujícího vyloučující klauzuli definice uprchlíka. Jejím hlavním smyslem je zajistit, aby ochranu přiznávanou uprchlíkům nepožívaly osoby, které tohoto postavení nejsou hodny a mohly by tento institut diskreditovat jak v očích ostatních uprchlíků, tak veřejnosti. Pokud však osoba nenaplňuje některé z ustanovení vyloučující klauzule dle čl. 1F Ženevské úmluvy, nemají podobné úvahy v rozhodování o tom, zda má požívat postavení uprchlíka či nikoli, místo.¹²⁰

7. ZÁVĚR

Jak na akademické půdě, tak mezi odborníky z praxe probíhá dlouholetá diskuze o otázce (ne)slučitelnosti čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice s Ženevskou úmluvou. Mnoho autorů stejně jako UNHCR vyjádřili své hodnocení ohledně dopadu těchto ustanovení na závazky států plynoucí z Ženevské úmluvy. Nyní se k této debatě připojí rovněž Soudní dvůr EU a doufejme, že do výše naznačené debaty vnese o něco více světla. Jak přitom ve vztahu k případu pana M. konstatoval P. Boeles, „*[o]tázka položená českým soudem je důležitá. Dle mého názoru na ni lze odpovědět kvalifikovaně a s dobrým odůvodněním, pouze pokud pojmenujeme ambivalentní konstrukci, kterou v této otázce kvalifikační směrnice obsahuje, a vypořádáme se s ní*“.¹²¹

Význam položené předběžné otázky a jejího posouzení SDEU je přitom o to větší, že dle návrhu tzv. kvalifikačního nařízení,¹²² které je aktuálně

¹²⁰ Blíže k účelu čl. 1F Ženevské úmluvy srov. např. UNHCR. *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. 2003 [cit. 15. 8. 2017]. Dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/3f5857d24.html>

¹²¹ BOELES, P. *Non-refoulement: is part of the EU's qualification Directive invalid?* EU Law Analysis. 14. 1. 2017. Dostupné z: <http://eulawanalysis.blogspot.cz/2017/01/non-refoulement-is-part-of-eus.html>

¹²² 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

projednáváno v legislativním procesu na půdě EU a které by mělo nahradit stávající kvalifikační směrnici, je obsah ustanovení čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice součástí návrhu i nadále,¹²³ avšak s tím rozdílem, že nově se již nemá jednat o pouhé vymezení možnosti států postavení uprchlíka za daných okolností odebrat, ale nařízení bude tento postup přikazovat jako mandatorní. Stávající riziko, že následkem uvedené úpravy v kvalifikační směrnici se státy mohou dopustit porušení svých závazků plynoucích z Ženevské úmluvy, se tak s ohledem na odebrání prostoru k uvážení stane jistotou a postaví členské státy před nevyhnutelnost volby porušení některého ze svých mezinárodních závazků – buď povinnosti vymezené právem EU, anebo povinnosti vyplývající z Ženevské úmluvy.

Domnívám se, že výše uvedené argumenty týkající se neslučitelnosti čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice s Ženevskou úmluvou by měly být do rozhodování SDEU pečlivě promítány. Konečné rozhodnutí SDEU o položených předběžných otázkách nicméně nelze předjímat. V každém případě však nezbývá než doufat, že v kontextu dlouhodobé a v poslední době opětovně rostoucí tense mezi bezpečnostními zájmy států na straně jedné a mezinárodními (lidskoprávními) závazky vůči uprchlíkům na straně druhé nezůstane postavení Ženevské úmluvy jako základního stavebního kamene mezinárodní ochrany uprchlíků a východiska Společného evropského ažlového systému pouze na papíře, ale členské státy EU svým závazkům dle Ženevské úmluvy dostojí i v praxi.

dne 25. listopadu 2003 o právním postavení státních příslušníků třetích zemí, kteří jsou dlouhodobě pobývajícími rezidenty. 13. 7. 2016, COM(2016) 466 final, 2016/0223(COD). Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016P-C0466&from=EN>

¹²³ Viz navržené znění čl. 14 kvalifikačního nařízení: „1. Rozhodující orgán o dejme, ukončí nebo zamíte prodloužit platnost postavení uprchlíka státnímu příslušníkovi třetí země nebo osobě bez státní příslušnosti, jestliže: [...] d) existují dostatečné důvody považovat dotyčnou osobu za nebezpečí pro bezpečnost členského státu, v němž se nachází; e) jako osoba odsouzená pravomocným rozsudkem za zvlášť závažný trestný čin představuje nebezpečí pro společnost členského státu, v němž se nachází; [...] 3. Osoby, na které se vztahuje ustanovení odst. 1 písm. d) až f) nebo odstavce 2, jsou způsobilé k právům uvedeným v článcích 3, 4, 16, 22, 31, 32 a 33 Ženevské úmluvy nebo podobným právům, pokud se nacházejí v dotyčném členském státě.“

XI.

Páchání trestné činnosti jako důvod pro odnětí azylu – řízení o předběžné otázce ve věci C-391/16 M

NATAŠA CHMELÍČKOVÁ

1. ÚVOD

Předběžná otázka v oblasti azylové či návratové je z pohledu členských států aplikujících v praxi unijní azylové právo nevyzpytatelným instrumentem, kdy nad některými rozhodnutími lze z pohledu autorky pouze pozdvihnout obočí (např. C-578/16 PPU *C. K. proti Slovensku*, C-528/15 *A1 Chodor proti České republice*), jindy se k řešení otázky Soudní dvůr Evropské unie postaví do sti neotřelým způsobem (např. C-601/15 PPU *J. N. proti Nizozemí*) a někdy je odpověď předvídatelná, a to buď ve prospěch, či neprospěch aplikujících států (např. C-47/15 *Sélina Affum proti Francii*, C-695/15 PPU *Mirza proti Maďarsku*, C-63/15 *Ghezelbash proti Nizozemí*). A pak jsou zde předběžné otázky, na jejichž rozluštění čekají (nejen) státy se zatajeným dechem, protože mohou mít zásadní důsledky (např. C-638/16 PPU, *X a X proti Belgii* – tzv. „humanitární víza“).

Jednou z otázek spadajících do posledně zmínované kategorie je i předběžná otázka ve věci *M*, jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, kterou Soudnímu dvoru předložil na základě článku 267 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“) český Nejvyšší správní soud dne 14. července 2016 na základě usnesení č. j. 5 AzS 189/2015. Soudnímu dvoru byla předložena následující otázka: „*Jsou ustanovení čl. 14 odst. 4 a 6 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/95/EU, o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochranu, o jednotném statusu pro*

* Ministerstvo vnitra ČR, odbor azylové a migrační politiky, vedoucí oddělení azylové legislativy

uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany, neplatná z důvodu rozporu s čl. 18 Listiny základních práv Evropské unie, čl. 78 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie a s obecnými zásadami práva Evropské unie podle čl. 6 odst. 3 Smlouvy o Evropské unii?“

Položenou otázkou se předkládající soud táže na platnost čl. 14 odst. 4 a 6 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/95/EU o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochranu, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany (dále jen „kvalifikační směrnice“), podle nichž lze postavení uprchlíka odejmout osobě, která je důvodně pokládána za hrozbu pro bezpečnost hostitelského členského státu nebo která je z důvodu pravomocného odsouzení za zvlášť závažný trestní čin pokládána za hrozbu pro společnost hostitelského členského státu. Předkládající soud si není jist, zda tato ustanovení kvalifikační směrnice nejsou nepřípustným rozšířením tzv. cesační *klauzule* uvedené v čl. 1 písm. C Úmluvy o právním postavení uprchlíků ze dne 28. července 1951 ve znění Newyorského protokolu ze dne 31. ledna 1967 (dále jen „Ženevská úmluva“), v souladu s níž je třeba vykládat příslušná ustanovení primárního práva.¹

Ve sledovaném případě jde o cizince čečenské národnosti, kterému byl udělen v roce 2006 azyl podle § 12 písm. b) zákona č. 325/1999 Sb., o azylu. Rozsudkem z roku 2007 byl tento cizinec uznán vinným ze spáchání trestného činu loupeže a vydírání, přičemž oba trestné činy spáchal jako zvlášť nebezpečný recidivista, neboť se jednání dopustil, ač již byl dříve za trestní čin loupeže odsouzen a čin spáchal ve zkušební době po podmínečném propuštění. Cizinec byl odsouzen k úhrnnému trestu odnětí svobody v trvání devíti roků a byl zařazen do věznice se zvýšenou ostrahou. V době podání předběžné otázky tak byl cizinec ve výkonu trestu odnětí svobody.

Následně bylo Ministerstvem vnitra zahájeno řízení o odnětí azylu v souladu s § 11 zákona o azylu z důvodů uvedených v § 17 odst. 1 písm. i) a j), podle kterých se azyl odejme, pokud existují oprávněné důvody považovat azylanta za nebezpečí pro bezpečnost státu, nebo byl-li azylant odsouzen za zvlášť závažný zločin, a představuje tak nebezpečí pro bezpečnost státu. Rozhodnutím byl nakonec azyl odňat a bylo rovněž vysloveno, že nelze udělit

¹ MZV (ve spolupráci s autorkou): Písemné vyjádření předkládané v souladu s článkem 23 Protokolu o Statutu Soudního dvora Evropské unie, 2016.

doplňkovou ochranu z důvodů uvedených v § 15a zákona o azylu. Cizinec rozhodnutí napadl žalobou u krajského soudu, který ji zamítl, následně byla podána kasační stížnost a v rámci jejího projednávání Nejvyšší správní soud rozhodl o položení předběžné otázky Soudnímu dvoru Evropské unie. Nejvyšší správní soud v položené otázce předkládá argumentaci pro oba možné výklady – tedy jak pro nesoulad kvalifikační směrnice s Ženevskou úmluvou, tak pro její soulad.

Každá předběžná otázka je zaslána vládním zmocněncům pro zastupování před Soudním dvorem Evropské unie jednotlivých členských států, kde jsou seznámeni s položenou otázkou, skutkovým stavem a mají možnost se k ní vyjádřit. Zmocněnci dále oslovují gestory dané oblasti se žádostmi o posouzení otázky z hlediska jejich působnosti a o sdělení, zda spatřují potřebu se vyjádřit na základě závažnosti položené předběžné otázky. Na základě případně zasláné argumentace gestora zmocněnec připraví písemné vyjádření za členský stát a zašle jej Soudnímu dvoru Evropské unie.

2. VYJÁDŘENÍ MINISTERSTVA VNITRA A NÁSLEDNĚ ČESKÉ REPUBLIKY K PŘEDBĚŽNÉ OTÁZCE

2.1 Úvodní poznámky

Vzhledem k tomu, že se jedná o předběžnou otázkou, kterou položil český Nejvyšší správní soud a jedná se o otázku bezpečnosti státu a ochrany veřejného pořádku, Ministerstvo vnitra sdělilo, že se k položené otázce chce vyjádřit a zmocněnci zaslalo podrobné stanovisko s argumenty ve prospěch souladu ustanovení kvalifikační směrnice s Úmluvou o právním postavení uprchlíků.

Ministerstvo vnitra se v azylové či návratové oblasti vyjadřuje zhruba k jedné třetině předběžných otázek a v drtivé většině se plně ztotožní s následným písemným vyjádřením připraveným na základě podkladů zmocněncem. Zřídka (např. při předběžné otázce C-534/11 *Arslan proti ČR* nebo C-601/15 *PPU J. N. proti Nizozemi*) se však stane, že ministerstvo považuje písemné vyjádření zmocněnce za příliš zobecňující a nedostatečně zahrnující věcně právní argumenty zasláne ve stanovisku. Vždy se nakonec podařilo vzájemnou spoluprací nalézt shodu na konečné podobě písemného vyjádření. Tento nesoulad panoval i u nyní sledované předběžné otázky, a ač shoda

byla nalezena, přesto považuji za vhodné zde pojednat nejen o argumentech zvolených zmocněncem, ale i o těch, které prezentovalo ve svém stanovisku zmocněnci Ministerstvo vnitra. Vzhledem k zásadnosti otázky bylo ve fázi tvorby stanoviska za Ministerstvo vnitra netradičně přistoupeno i k nefornální konzultaci s akademickým sektorem (UK Praha).

Na úvod je vhodné uvést, že sledovaná ustanovení kvalifikační směrnice se nacházela i v původní verzi směrnice z roku 2004 (2004/83/ES). Vzhledem k tomu, že přecházela z původního nástroje do nového a vzhledem k délce, k jaké se ve směrnici nacházejí, je s podivem, že pokud by šlo o ustanovení rozporná s Úmluvou o právním postavení uprchlíků, nebyla dávno na základě rozhodnutí Soudního dvora EU zrušena či alespoň nepřeřazena do nové směrnice. Nadto upozorňuji, že toto ustanovení přechází rovněž do návrhu nového kvalifikačního nařízení (COM (2016) 466 final) a navíc v podobě nikoli tzv. „*may*“ ustanovení, jako tomu je dosud, ale do podoby tzv. „*shall*“ ustanovení – viz čl. 14 návrhu. Státy by tak byly povinny tento důvod v řízení aplikovat.

Mezi úvodní poznámky zahrnuji dále to, že i překládající soud uznává, že tvrzení, že jde o rozpor s Ženevskou úmluvou, není možné považovat za jednoznačné a předkládá argumenty pro oba názory. V situaci, kdy je bráno za sporné, který z názorů je třeba respektovat, je nutno akceptovat vůli členských států, které se při přijetí první kvalifikační směrnice 2004/83/ES jednomyslně dohodly na jejím obsahu, a tím jednoznačně upřednostnily jeden z názorových proudů. Jsou to právě členské státy, které v Evropské unii mají nejen plnou zodpovědnost za přijímání uprchlíků, ale rovněž za ochranu svých občanů, a jsou to státy, kdo vytváří právo. Pokud tedy existují dva možné výklady, které oba obстоjí v porovnání s mezinárodními závazky, není možné klást státům za vinu, že zvolily ten méně ochranářský pro ty skupiny cizinců, jejichž další pobyt ohrožuje společnost.

Poslední poznámka na okraj směřuje k tomu, aniž by se to přímo týkalo případu, že přístup Evropské unie k uprchlíkům je třeba v celosvětovém kontextu (Ženevská úmluva není pouze regionálním nástrojem) vnímat jako velmi ochranářský a jdoucí nad rámec uvedené úmluvy. Unijní azylové *acquis* z úmluvy vychází, ale vystavělo regionální systém ochrany s vysokými standardy a řeší i oblasti, které úmluva neupravuje – řízení o udělení statusu, fázi postavení žadatele o ochranu, status doplňkové ochrany, zajištění atd.

2.2 Věcná argumentace

Věcná argumentace vychází z několika rovin, z nichž za zásadní lze považovat existenci čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy a způsob promítnutí do kvalifikační směrnice. Dle čl. 33 [Zákaz vyhoštění a navracení (refoulement)]: „*1. Žádny smluvní stát nevyhostí jakýmkoli způsobem nebo nevrátí uprchlíka na hranice zemí, ve kterých by jeho život či osobní svoboda byly ohroženy na základě jeho rasy, náboženství, národnosti, příslušnosti k určité společenské vrstvě či politického přesvědčení. 2. Výhody tohoto ustanovení však nemohou být požadovány uprchlíkem, který z vážných důvodů může být považován za nebezpečného v zemi, ve které se nachází, nebo který poté, co byl usvědčen konečným rozsudkem ze zvláště těžkého trestného činu, představuje nebezpečí pro společnost této země.*“

Kvalifikační směrnice se pouze snaží vytěžit a využít obsah tohoto článku, a proto sledovaný důvod odnětí nelze chápout jako rozšírování důvodů pro odnětí azylu podle úmluvy, ale o reflexi čl. 33 odst. 2. Předkládající soud se zcela s tímto argumentem neztotožňuje, ale nezaobíral se některými aspekty, o nichž bude pojednáno dále.

Článek 33 odst. 2 úmluvy je v současné době interpretován korektivem čl. 3 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Evropská úmluva“), což přináší otázky o relevanci možnosti uplatnění čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy. Obě úmluvy byly přijaty ve stejném období (Ženevská úmluva v roce 1951, Evropská úmluva v roce 1950). Posledně uvedená úmluva obsahuje čl. 3, zakazující mučení a další jednání, který je absolutní a nelze se od něj odchýlit za žádných okolností. Po roce 1989 došlo k explozi výkladu k tomuto článku a postupně nabral pomocí dynamické interpretace Evropským soudem pro lidská práva² extrateritoriální účinek a dopadá na všechny formy vyhoštění cizince z území. Podle tohoto článku tak nelze za žádných okolností vyhostit osobu, které by v cílové zemi hrozilo mučení a jiné zakázané zacházení. Tento korektiv čl. 3 tak způsobuje, že v evropském prostoru v podstatě čl. 33 odst. 2 Úmluvy o právním postavení uprchlíků ztrácí na významu. Směrnice se proto pokusila vytěžit čl. 33 odst. 2 legitimním a legálním způsobem, navíc za situace, kdy čl. 3 Evropské úmluvy nepožaduje udělení žádného statusu osobě, kterou není možné vyhostit.

² Na rozdíl od Evropské úmluvy, kterou vykládá Evropský soud pro lidská práva, Ženevská úmluva žádny takový soud k dispozici nemá.

Ženevská úmluva nebyla přijímána s cílem ochránit každého před vše-možným bezprávím a komplexně upravit problematiku uprchlictví. Z *travaux préparatoires*³ jasně plyne, že cílem bylo vypořádat se *ad hoc* s následky druhé světové války v podobě ohromných počtů vysídlených osob. Proto i úprava v úmluvě je poněkud kusá a reguluje ty oblasti, které státy považovaly za důležité ve vztahu k vyřešení událostí minulých, nikoli až tak budoucích.

Článek 33 upravuje zákaz vyhoštění, v odstavci 2 stanovuje situace „bezpečnostního charakteru“, ve kterých se uprchlík nemůže zákazu vyhoštění dovolávat. Pokud by tedy osoba spáchala zvlášť závažný zločin, byla za něj odsouzena dokonce jako zvlášť nebezpečný recidivista, a byla tedy shledána nebezpečím pro společnost, jako je tomu u sledované předběžné otázky, úmluva počítá s tím, že stát má právo takovou osobu vyhostit ze svého území a taková osoba si jako uprchlík musí hledat ochranu jinde. Stát, který poskytuje ochranu, je jen pomyslnou prodlouženou rukou mezinárodního společenství. Kterýkoli ze smluvních států úmluvy může takto na svém území osobu přijmout a poskytnout jí útočiště, osoba uprchlíkem i po aplikaci čl. 33 odst. 2 zůstává, jen jí ochranu neposkytne stát, vůči němuž se provinila. I v tomto případě může tedy ochranu hypoteticky poskytnout kterýkoli další stát, vůči němuž uprchlík nejednal závažně protiprávně. Takto by stát například v roce 1952 nejspíš postupoval, protože by nebyl omezen korektivem čl. 3 Evropské úmluvy, který se v této podobě objevil až po roce 1989.

Abych se dostala k závěru, který lze z uvedeného vyvodit. Situaci, kterou úmluva řeší v čl. 33 odst. 2, kvalifikační směrnice řeší v čl. 14 odst. 4. Způsoby řešení jsou ale různé: úmluva předpokládá, že osoba zůstává uprchlíkem, ale stát má právo ji vyhostit a neřeší žádné další aspekty – ponechává osobu svému osudu a hledání si ochrany jinde; směrnice předpokládá, že osoba ztrácí povolení k pobytu na základě statusu uprchliska, pokud by však hrozilo riziko *refoulement*, nesmí ji stát s ohledem na čl. 3 Evropské úmluvy vyhostit a s garancí práv uvedených v čl. 14 odst. 6 směrnice ji musí ponechat nadále na svém území. Na první pohled je zřejmé, že postup podle směrnice je pro tuto osobu mnohem výhodnější a zajistí jí lepší ochranu než aplikace čl. 33 odst. 2 Úmluvy. Tato situace je někdy označována jako tzv. „uprchlík light“.

Směrnice proto pouze převzala důvody uvedené v čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy a vzhledem k jeho nefunkčnosti v evropském prostoru je převzala do důvodů znamenajících ukončení statusu uprchliska, který směrnice

³ Dostupné z: www.unhcr.org

garantuje. Osoba zůstává z hlediska práva uprchlíkem, jen jí daný stát ne-garantuje ochranu. Tu může najít u kteréhokoli jiného smluvního státu Ženevské úmlovy. Na rozdíl od Ženevské úmlovy totiž směrnice počítá přímo s přiznáním statusu, úmluva žádnou takovou povinnost státům neukládá, takže je formálně nutno status odejmout. Tento postup, kdy se státy snažily využít pro ně mrtvého ustanovení, je zcela logický a legitimní, a není s úmluvou rozporný. I Ženevská úmluva v čl. 33 odst. 2 počítá s důsledky pro osoby páchající závažnou trestnou činnost a tyto důsledky v úmluvě jsou závažnější než důsledky ve směrnici.

Stanovisko MZV, ze kterého je v další pasáži čerpáno (bylo připraveno ve spolupráci s autorkou), se zaměřuje i na další aspekty. Jedním z nich je faktický obsah práv, která osobě v situaci podle čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice vyplývají ze Ženevské úmlovy a z kvalifikační směrnice.

Jak popsal již předkládající soud,⁴ Ženevská úmluva s institutem statusu uprchlíka nijak nepracuje. Z hlediska Ženevské úmlovy je zásadní pouze definice uprchlíka, která vychází z objektivní situace dotčené osoby,⁵ přičemž s touto objektivní definicí jsou poté spojena veškerá práva vycházející ze Ženevské úmlovy. Ostatně i kvalifikační směrnice rozlišuje pojmy uprchlík a status uprchlíka.⁶

Jinými slovy, z hlediska souladu se Ženevskou úmluvou není až tak podstatné, zda bude dotčené osobě přiznán konkrétní status vytvořený unijním právem. Klíčové je pouze to, zda osobě naplňující objektivní definici uprchlíka podle Ženevské úmlovy jsou garantována práva vyplývající z této úmluvy.

Dále je třeba upřesnit, co v posuzované situaci skutečně vyplývá z relevantních ustanovení Ženevské úmlovy. Tzv. cesační klauzule obsažená v čl. 1 písm. C řeší situace, kdy dotčená osoba již nepotřebuje mezinárodní ochranu. Důsledkem těchto situací je, že dotčená osoba již není uprchlíkem ve smyslu úmluvy a nemá nárok na mezinárodní ochranu v žádném státě.

Oproti tomu čl. 33 odst. 2 Ženevské úmlovy řeší situace, kdy dotčená osoba sice stále potřebuje mezinárodní ochranu, ale po určitém státě již nelze spravedlivě požadovat, aby ji této osobě poskytoval. Toto ustanovení tedy nijak nezpochybňuje, že dotčená osoba je uprchlíkem ve smyslu Ženevské úmluvy, přesto povoluje, aby konkrétní stát tuto osobu vyhostil ze svého území, tedy aby jí přestal poskytovat jakoukoliv ochranu. Dotčená osoba poté

⁴ Viz s. 8 českého originálu předkládacího usnesení.

⁵ Viz čl. 1 písm. A bod 2 Ženevské úmluvy.

⁶ Viz čl. 2 písm. d) a e) kvalifikační směrnice.

jakožto uprchlík stále má možnost domáhat se práv dle Ženevské úmluvy vůči jiným státům. Jinými slovy, osobě v situaci dle čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy může hostitelský stát poskytování mezinárodní ochrany zcela odepřít.

Z uvedeného mimo jiné vyplývá, že cesační klauzule obsažená v čl. 1 písm. C Ženevské úmluvy sleduje jiný účel a má jiné důsledky než čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy. Opatření ve smyslu čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy tedy logicky nelze poměřovat optikou cesační klauzule, jelikož tato opatření se vědomě vztahuje právě na osoby, které nenaplňují podmínky této klauzule.

Opatření podle čl. 14 odst. 4 kvalifikační směrnice mohou být činěna pouze vůči osobám v situaci podle čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy, neboť důvody pro postup podle obou ustanovení jsou totožné. Jak bylo uvedeno výše, podle Ženevské úmluvy může stát osobu v této situaci vyhostit, tedy jí poskytování mezinárodní ochrany zcela odepřít. Podle čl. 14 odst. 6 kvalifikační směrnice jsou však i osobě v této situaci na území dotčeného státu garantována určitá práva dle Ženevské úmluvy. Zároveň má tato osoba v důsledku absolutní povahy zásady *non-refoulment*, vycházející z čl. 3 Evropské úmluvy a promítnuté do čl. 4 Listiny základních práv EU, vyšší ochranu před vyhoštěním, než kterou poskytuje čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy.

Z prostého srovnání právního postavení dotčené osoby dle čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy a dle čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice tedy vyplývá, že kvalifikační směrnice osobě v této situaci garantuje více práv, než která vyžaduje Ženevská úmluva.⁷ Dle Ženevské úmluvy může hostitelský stát uvedenou osobu bez dalšího vyhostit a přestat poskytovat jakoukoli mezinárodní ochranu. Podle čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice ve spojení s čl. 4 Listiny základních práv EU tato osoba nemůže být vyhoštěna, pokud by jí hrozilo mučení či nelidské a ponižující zacházení v zemi původu, a stále jí náleží některá práva podle Ženevské úmluvy.

Jelikož čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice garantují dotčená osobě více práv než Ženevská úmluva, nemohou logicky tato ustanovení být se Ženevskou úmluvou v rozporu.

Nad rámec výše uvedeného je třeba zdůraznit, proč je důležité, aby členským státům byla zachována možnost postupu podle čl. 14 odst. 4 a 6

⁷ Zajistit vyšší standard ochrany bylo ostatně účelem kvalifikační směrnice, srov. důvodovou zprávu k návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/95/EU, o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochranu, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany ze dne 21. 10. 2009, KOM(2009) 551 v konečném znění.

kvalifikační směrnice, tedy v mezích čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy, a proto se další část pojednání věnuje i společenské rovině.

2.3 Společenská rovina

Ženevská úmluva ukládá povinnosti nejen státům, ale i uprchlík má v čl. 2 stanovenou povinnost vůči zemi, v níž se nachází. Musí se podrobit zákonům a nařízením, jakož i předpisům týkajícím se udržování veřejného pořádku této země. Tím, že se dopustil zvlášť závažného trestného činu, porušil povinnost uloženou mu Úmluvou a se sankcí úmluva počítá právě v čl. 33 odst. 2.

Tímto se dostavám k druhému jádru vyjádření k předběžné otázce, a to je pohled státo-společenský a do značné míry také pohled ideový, které jsou neméně důležité jako pohled právní. I na tento aspekt by se měl Soudní dvůr EU zaměřit, podobně jako se na něj zaměřil Evropský soud pro lidská práva v případu *S. A. S. proti Francii* (stížnost č. 43835/11), který se týkal záka-zu nošení burek. Vzhledem k tomu, že zde jde jak o tzv. „*living together*“, kterému se rozhodnutí ve věci *S. A. S.* věnovalo, tak o ochranu společnosti a veřejného pořádku, nabývá tento pohled o to větší intenzity a aktuálnosti.

Jak již bylo uvedeno výše, státy přijímající Ženevskou úmluvu ji přijímaly s mnohem menšími ambicemi, než které si interpretace úmluvy klade dnes. Z úmluvy je jasné, že státy pamatují na určité bezpečnostní rizikové situace, ve kterých si osoby nezaslouží dobrodiní azylu (vylučující klauzule) nebo dojde k situaci, kdy nemá stát na dalším pobytu závadového cizince zájem (čl. 33 odst. 2). Státy se nechťejí dobrovolně vystavovat nebezpečí, jejich primárním úkolem je chránit svou suverenitu a své občany. Azyl jako institut je dobrodiním – je poskytován jako ochrana v případě, kdy selže ochrana domovské země – nahrazuje tak základní princip, že za ochranu občanů je odpovědná jejich vlastní země. Ochrana poskytovaná formou azylu je tak ochranou subsidiární k ochraně vlastním státem a ochranou dočasnou, která až na výjimky trvá, pouze pokud je potřeba.

Dvakrát zmíněné slovo „dobrodiní“ v předchozím odstavci je záměrem. Azyl je hlubokou ideou narušující normální fungování světa a nelze jej znehodnocovat. Na to pamatovala i Ženevská úmluva vylučujícími klauzulemi, jejichž kvalifikanti si dobrodiní a benefity azylu nezaslouží, nejsou ochrany hodni. Podobná idea se promítá i v čl. 33 odst. 2. Není možné u čl. 33 odst. 2 tuto navazující část idey zahodit jen proto, že zde máme korektiv čl. 3

Evropské úmluvy s tím, že výše bylo poukázáno na to, že cíl čl. 33 odst. 2 lze naplnit při současném respektování čl. 3 Evropské úmluvy.

Ochrana poskytovaná formou azylu nemůže být bezbřehá. Pokud by byly přijaty argumenty pro rozpor směrnice s Ženevskou úmluvou, dostanou se státy do lidskoprávní pasti, kdy pokud právo bude striktně vyžadovat exce- sivní ochranu cizího státního občana se všemi výhodami, který je jako ve sledovaném případě zvlášť nebezpečným recidivistou, jedná se o neúnosnou situaci pro stát i pro jeho společnost. Stát by byl vháněn do úzkých, protože nemá sebemenší zájem poskytovat ochranu někomu, kdo jí pohrdl a ohrožuje společnost. Státy tak budou hledat jiné cesty, jak situaci „obejít“. Společnost bude stále méně ochotná akceptovat, že stát přijímá na své území uprchlíky a vůle státu uprchlíky přijímat se logicky bude rovněž zmenšovat s cílem zabránit zmiňované lidskoprávní pasti. Nelze akceptovat, že jednání takového charakteru je možné promíjet a ochranu se všemi výsadami i nadále poskytovat. Ochrana pomocí čl. 3 Evropské úmluvy žádné statusové a obsáhlé materiální výhody a integrační výdobytky jako směrnice nepožaduje. Navíc už stav, kdy státy při riziku *refoulement* musí strpět tuto osobu na svém území, je předmětem značné nespokojenosti států a snah se s tímto problémem „popasovat“, například formou diplomatických záruk, které ilustrují to, o čem bylo pojednáno výše – státy si hledají prostředky, jak své občany ochránit.

Lze pouze stručně uzavřít, pokud by byl shledán rozpor směrnice s Ženevskou úmluvou, co potom státům zbude? Nebudou smět odejmout výsostné postavení azylanta, které je (alespoň v České republice) výhodnější než nejvyšší cizinecký status v dané zemi osobě, která na území páchá zvlášť závažnou trestnou činnost? Jednoznačně se domnívám, že ochrana pouze pomocí článku 3 Evropské úmluvy, tedy strpění takto závadové osoby na území, nelze-li ji vyhostit žádným způsobem, je zcela v souladu s právem, navíc při povinnosti plynoucí z čl. 14 odst. 6 směrnice poskytnout takové osobě soubor práv. Opačný výklad by byl prvním krokem ke zničení hodnoty a ideje azylu. Státy si vybraly výklad, který umožní poskytovat ochranu těm osobám, které si ji zaslouží, a vůči těm, kteří si ji nezaslouží, budou postupovat tak, aby ochránily svou suverenitu a svou společnost při respektování minimálních, a nikoli maximálních práv nežádoucí osoby.

3. ZÁVĚR

K této předběžné otázce se kromě České republiky vyjádřily i jiné subjekty a členské státy. Belgie, Francie, Nizozemsko, Spojené království, Česká republika, Rada EU, Evropský parlament i Evropská komise shodně uvádějí, že ustanovení čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice jsou v souladu s čl. 18 Listiny základních práv EU, čl. 78 odst. 1 SFEU a s obecnými zásadami práva EU dle čl. 6 odst. 3 Smlouvy o Evropské unii (dále jen „SEU“), a nejsou tak dány žádné důvody pro jejich neplatnost. Všechny strany ve svých odpovědích v podstatě, stejně jako Česká republika, vycházely z úvahy, že je třeba rozlišovat mezi statusem uprchlíka a postavením přiznaným uprchlíkovi. K datu tvorby tohoto článku nebylo známo stanovisko generálního advokáta, které však nijak nemusí předjímat následné rozhodnutí soudu.

Na položenou předběžnou otázku je tedy třeba odpovědět tak, že ustanovení čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice nejsou neplatná z důvodu neexistence rozporu s čl. 18 Listiny základních práv Evropské unie, čl. 78 odst. 1 SFEU a s obecnými zásadami práva Evropské unie podle čl. 6 odst. 3 SEU. Jinými slovy, nejsou dány žádné důvody pro neplatnost čl. 14 odst. 4 a 6 kvalifikační směrnice.

Na úplný závěr autorka informuje, že Soudní dvůr Evropské unie začal projednávat i předběžnou otázku ve spojených věcech C-77/17 a C-78/17 *X a další proti Belgii*, kde se předkládající soud táže na soulad čl. 14 odst. 5 kvalifikační směrnice s primárním právem EU a potažmo s Ženevskou úmluvou. V tomto případě jde o soulad tohoto článku směrnice s vylučující (exkluzivní) klauzulí podle Ženevské úmluvy. Ministerstvo vnitra vzhledem k úzkému vztahu k předběžné otázce ve věci *M* indikovalo zájem se k předběžné otázce ve věci *X a další* vyjádřit a Ministerstvu zahraničních věcí zaslalo v podstatě totožné stanovisko jako k otázce ve věci *M*. Domnívám se, že výsledek obou řízení bude muset nutně být stejný, vzhledem k tomu, že jde o typově identické situace pouze s rozdílným časovým momentem uplatnění čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy.

XII. Mezinárodní ochrana z důvodu ohrožení ozbrojeným konfliktem

JAKUB CAMRDA*

Ozbrojený konflikt, ať již vnitrostátní, nebo mezinárodní, jistě může generovat nebo zesilovat působení řady faktorů, které vytvářejí uprchlíky nebo osoby vyžadující jiný druh mezinárodní ochrany. Ve svém příspěvku se zaměřím na dva problémy, které vyvstávají v rozhodovací praxi českých správních soudů a dle mých poznatků i v praxi soudů jiných evropských zemí, případně obou evropských soudů, nejčastěji.

První otázkou bude možnost získání postavení uprchlíka z důvodu odepření výkonu vojenské služby v době ozbrojeného konfliktu a druhým tématem možnost získání doplňkové ochrany z důvodu skutečného nebezpečí vážné újmy v podobě ohrožení života nebo tělesné integrity v důsledku nerozlišujícího násilí způsobeného ozbrojeným konfliktem. První situace se tedy týká vojáků nebo potenciálních vojáků proti své vůli, druhá naopak výlučně civilistů.

1. ODEPŘENÍ VÝKONU VOJENSKÉ SLUŽBY V DOBĚ OZBROJENÉHO KONFLIKTU

K této otázce byla přijata úprava na evropské úrovni v rámci Společného evropského azylového systému, která se ovšem drží velmi úzkého pojetí. Podle čl. 9 odst. 2 písm. e) nové kvalifikační směrnice¹ může být za pronásledování

* Soudce Nejvyššího správního soudu

¹ 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 ochranu, o jednotném statusu pro uprchlíky, nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany (přepracované znění).

ve smyslu obecné definice uvedené v odstavci 1² téhož ustanovení mimo jiné považováno „*trestní stíhání nebo trest za odepření výkonu vojenské služby za konfliktu, jestliže by výkon vojenské služby zahrnoval zločiny nebo jednání spadající mezi důvody vyloučení uvedené v čl. 12 odst. 2*“. Vyloučující klauzule podle čl. 12 odst. 2 nové kvalifikační směrnice se přitom vztahují na zločiny proti míru, válečné zločiny nebo zločiny proti lidskosti, dále na vážné nepolitické trestné činy dříve spáchané mimo zemi azylu a konečně činy, které jsou v rozporu se zásadami a cíli OSN.

Obdobné ustanovení obsahovala i předchozí kvalifikační směrnice z roku 2004,³ ovšem v jejím původním návrhu,⁴ který předložila Komise, mělo mít toto ustanovení daleko širší podobu. Komise navrhovala uznat na straně jedné právo každého státu, zakotvené v mezinárodním smluvním i obyčejovém právu, udržovat ozbrojené síly a požadovat po svých občanech službu v těchto ozbrojených silách, a to i v době ozbrojeného konfliktu. Na straně druhé ovšem po nich žádala též uznat legitimní právo každého jednotlivce odepřít výkon vojenské služby, a to nejen za ozbrojeného konfliktu, z důvodu svědomí, ať už k takovému postoji vedou důvody náboženské, politického přesvědčení apod. Pokud žadatel o mezinárodní ochranu, který je takovým věrohodným „odpíračem“ vojenské služby z důvodu svědomí, a to nejen za ozbrojeného konfliktu, nemá v zemi původu možnost vyhnout se službě v armádě například tím, že vykoná přiměřenou náhradní (civilní) službu, a je naopak za odepření výkonu vojenské služby trestně stíhán nebo jinak trestán, mělo být takové trestní stíhání nebo trestání považováno za pronásledování odůvodňující, při splnění dalších podmínek, přiznání postavení uprchlíka.

Komise vycházela ve svém návrhu patrně z toho, že právo odepřít výkon vojenské služby z důvodu svědomí je jakožto součást práva na svobodu myšlení, svědomí a náboženského vyznání uznána jak na vnitrostátní úrovni u řady zemí, včetně v podstatě všech členských států EU, tak na úrovni mezinárodní. To ostatně reflekтуje i čl. 10 odst. 2 Listiny základních práv EU, podle něhož se uznává právo odmítout vojenskou službu z důvodu svědomí

² V české právní úpravě je obecná definice pronásledování obsažena v § 2 odst. 4 zákona č. 325/1999 Sb., o azylu.

³ Čl. 9 odst. 2 písm. e) směrnice Rady 2004/83/ES ze dne 29. dubna 2004 o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka, nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje mezinárodní ochranu, a o obsahu poskytované ochrany.

⁴ Proposal for a Council Directive on minimum standards for the qualification and status of third country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection, COM/2001/0510 final – CNS 2001/0207.

v souladu s vnitrostátními zákony, které upravují výkon tohoto práva. Ostatně i v ČR se jedná o ústavní právo, jak vyplývá z čl. 15 odst. 3 Listiny základních práv a svobod, takže v době, kdy byla v naší zemi povinná základní vojenská služba, řada odvedenců využívala možnosti vykonat namísto toho náhradní (civilní) službu.

Na evropské úrovni toto právo uznal velký senát Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Bayatyan proti Arménii*,⁵ přičemž považoval neumožnění uplatnění výhrady svědomí odpírači vojenské služby a jeho odsouzení k trestu odnětí svobody za porušení čl. 9 evropské Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Obdobně judikuje také Výbor OSN pro lidská práva, pokud jde o čl. 18 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech.⁶

Vnitrostátní či mezinárodní uznání tohoto práva ve vztahu mezi státy a jejich občany však ještě nutně neznamená, že bude každé jeho porušení v zemi původu žadatele o mezinárodní ochranu bez dalšího považováno za důvod pro přiznání postavení uprchlíka v jiné zemi.

Příručka UNHCR k postupům a kritériím pro určování statusu uprchlíka věnuje danému tématu speciální kapitolu,⁷ která ovšem není formulována zcela jasně. Z některých pasáží se zdá, že každé porušení práva na odopření výkonu vojenské služby z důvodu svědomí, které je provázeno citelnými sankcemi, např. v podobě trestu odnětí svobody, by mělo být při splnění ostatních podmínek důvodem pro přiznání postavení uprchlíka. Z jiných pasáží lze spíše dovodit, že takový závěr je namísto jen v případě diskriminačních či nepřiměřených sankcí pro odpírače vojenské služby nebo v případech, kdy by vojenská služba znamenala pro žadatele nutnost účastnit se na nehumánních činech nebo naopak vystavovala žadatele reálnému riziku nelidského zacházení v rámci armády dané země.

⁵ Rozsudek ESLP (velký senát) ze dne 7. července 2011 ve věci *Bayatyan proti Arménii*, stížnost č. 23459/03.

⁶ Viz např. rozhodnutí Výboru pro lidská práva ze dne 27. dubna 2011 ve věci *Min-Kyu Jeong a ostatní proti Korejské republice*, dostupné z: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ff59b332.html>; ze dne 19. června 2012 ve věci *Atasoy a Sarkut proti Turecku*, dostupné z: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ff5b14c2.html>; a ze dne 1. února 2013 ve věci *Jong-nam Kim a ostatní proti Korejské republice*, dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/532a9f1a4.html>

⁷ The UNHCR Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, reissued, Geneva, December 2011, dostupné z: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f33c8d92.html>, body 167–174.

Směrnice UNHCR k mezinárodní ochraně č. 10 – Žádosti o přiznání statusu uprchlíka související s vojenskou službou v kontextu čl. 1A odst. 2 Ženevské úmluvy,⁸ se už jednoznačně staví za širší pojetí, tedy za plné uznání práva na úplné, ale i částečné odepření (tedy odepření za určitých podmínek) výkonu vojenské služby i v uprchlickém právu.

Naopak rozsudek Sněmovny lordů ve věci *Sepeť a Bulbul*⁹ je příkladem odmítnutí širšího pojetí. Opírá se (ne příliš přesvědčivě) mj. o to, že oba žadatelé, turečtí občané kurdskej národnosti, nebyli klasickými odpírači vojenské služby, ale odmítali se v rámci vojenské služby podílet na ozbrojených akcích turecké armády právě proti kurdskému obyvatelstvu.

Toto rozhodnutí dobře ilustruje tehdejší odpor některých členských zemí proti zmiňovanému návrhu příslušného ustanovení kvalifikační směrnice, jak ho předložila Evropská komise.¹⁰ Nakonec se prosadilo i dnes platné ustanovení čl. 9 odst. 2 písm. e) této směrnice. Je však třeba zdůraznit, že se jedná pouze o jedno z ustanovení v rámci demonstrativního výčtu příkladu toho, co může být v návaznosti na obecnou definici pronásledování uvedenou v odst. 1 téhož ustanovení¹¹ za pronásledování považováno. To, že se některý azylový příběh nedá podřadit pod toto ustanovení, ještě neznamená, že se nemůže jednat o pronásledování z azylově relevantních důvodů.

Český zákonodárce ponechal celý čl. 9 odst. 2 kvalifikační směrnice bez povšimnutí, patrně se domníval, že demonstrativní výčet v zákoně být nemusí. Zapomněl však na to, že uvedené příklady pronásledování do značné

⁸ The UNHCR Guidelines on International Protection No.10: Claims to Refugee Status related to Military Service within the context of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, November 2014, dostupné z: <http://www.unhcr.org/529efd2e9.pdf>

⁹ Rozsudek britské Sněmovny lordů (House of Lords) ze dne 20. března 2003 ve věci *Sepeť (FC) and Another (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] UKHL 15, dostupný z: <http://www.refworld.org/cases>

¹⁰ Viz Qualification for International Protection (Directive 2011/95/EU) – A Judicial Analysis, European Asylum Support Office/International Association of Refugee Law Judges – European Chapter, December 2016, dostupné z: <https://www.easo.europa.eu/courts-and-tribunals>, s. 49–50.

¹¹ Čl. 9 odst. 1 nové kvalifikační směrnice zní: „1. Aby bylo jednání považováno za pronásledování ve smyslu čl. 1 odst. A Ženevské úmluvy, musí být a) svou povahou nebo opakováním dostatečně závažné, aby představovalo vážné porušení základních lidských práv, zejména práv, od nichž se podle čl. 15 odst. 2 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod nelze odchýlit, nebo b) souběhem různých opatření, včetně porušování lidských práv, který je dostatečně závažný k tomu, aby postihl jednotlivce způsobem podobným uvedenému v písmenu a)“.

míry osvětlují i obecnou definici pronásledování podle kvalifikační směrnice, kterou zákonodárce do zákona převzal (byť nepřesně)¹², a navíc v případech, na které dopadají, vylučují možné pochybnosti o tom, zda se o pronásledování jedná.

V české právní praxi tak žel v řadě případů zůstává existence celého čl. 9 odst. 2 kvalifikační směrnice opomenuta, byť se k němu vztahuje rovněž rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci *Shepherd*¹³, v němž se Soudní dvůr na základě předběžných otázek předložených Bavorským správním soudem v Mnichově poměrně obsáhle vyslovil k výkladu uvedeného ustanovení v souvislosti s výkonem vojenské služby za ozbrojeného konfliktu.

A. L. Shepherd je státním příslušníkem Spojených států, který dobrovolně vstoupil do služeb americké armády a byl následně povolán do Iráku, kde sloužil nikoliv v bojových jednotkách, ale jako letecký mechanik, resp. mechanik při údržbě bojových vrtulníků. Poté byl převelen na americkou základnu do Německa, kde kontrakt v armádě opět dobrovolně prodloužil, ale když mu bylo sděleno, že by se měl vrátit do Iráku, armádu opustil – dezertoval a přihlásil se německým úřadům s žádostí o mezinárodní ochranu. Tvrzel, že je nucen účastnit se války v Iráku, kterou považuje za protiprávní, a válečných zločinů, které byly podle jeho názoru americkou armádou v Iráku páchaný, a dále že bude za svou dezerci v případě návratu do USA čelit trestnímu stíhání a společenskému opovržení.

Zdá se, že Soudní dvůr ve svých závěrech v této věci zůstal na půdorysu spíše konzervativnějšího pojetí možného pronásledování v souvislosti s vojenskou službou za ozbrojeného konfliktu. Na jedné straně totiž Soudní dvůr násleoval stanovisko generální advokátky¹⁴ v tom, že článku 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice se může dovolávat i příslušník nebojových jednotek, který by ovšem musel s vysokou mírou pravděpodobnosti prokázat, že i v jeho případě by spáchání válečných zločinů¹⁵ předpokládala samotná

¹² Ustanovení § 2 odst. 4 zákona o azylu zní: „Pronásledováním se rozumí závažné porušení lidských práv, jakož i opatření působící psychický nátlak nebo jiná obdobná jednání anebo jednání, která ve svém souběhu dosahují intenzity pronásledování, pokud jsou prováděna, podporována nebo trpěna původci pronásledování“.

¹³ Rozsudek Soudního dvora ze dne 26. února 2015 ve věci *Shepherd*, C-472/13, ECLI:EU:C:2015:117.

¹⁴ Stanovisko generální advokátky E. Sharpston ze dne 11. listopadu 2014 ve věci *Shepherd*, C-472/13, ECLI:EU:C:2014:2360.

¹⁵ Jiné typy mezinárodních zločinů či jednání uvedených ve vylučující klauzuli Soudní dvůr pro daný případ v podstatě vyloučil.

jeho vojenská služba. Tedy že by byl při jejím výkonu pravděpodobně nucen se podílet na spáchání těchto zločinů nepřímo tím, že by poskytoval pro přípravu nebo uskutečnění těchto zločinů nezbytnou podporu.

Na straně druhé pro případ, že by se na pana A. L. Shephera nevztahoval čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice, mohl by se dle závěrů Soudního dvora dovolávat přiznání postavení uprchlíka v podstatě pouze v případě, že by sankce za jeho dezerci, kterým by čelil ve Spojených státech, byly ve smyslu čl. 9 odst. 2 písm. b) a c) kvalifikační směrnice¹⁶ nepřiměřené nebo diskriminační. Přitom dal Soudní dvůr najevo, že nepovažuje ani několikaletý trest odnětí svobody nebo propuštění z armády, s ohledem na legitimní výkon práva Spojených států udržovat ozbrojené síly, za natolik nepřiměřený nebo diskriminační, aby se jednalo o pronásledování, byť poslední slovo v dané otázce měly mít vnitrostátní orgány.

Soudní dvůr v dané věci vůbec neposuzoval, zda by v tomto případě byla dána souvislost s azylově relevantními důvody pronásledování podle čl. 10 kvalifikační směrnice, což je samozřejmě nezbytná podmínka přiznání postavení uprchlíka. Generální advokátka ve svém stanovisku odkazovala vedle pronásledování z důvodu příslušnosti k určité sociální skupině (odpíračů vojenské služby) také na důvod spočívající v zastávání určitých politických názorů. Samozřejmě u „klasických odpíračů“ bude tím nejčastějším důvodem náboženské nebo jiné světonázorové přesvědčení. V úvahu ovšem mohou připadat i důvody další, zejména národnostní nebo rasové. Jednotlivé důvody se mohou i překrývat, je ovšem důležité, aby byly vždy dány.

Domnívám se, že Soudní dvůr byl v dané věci výrazně ovlivněn skutkovými okolnostmi, především tím, že A. L. Shepherd nebyl typickým odpíračem vojenské služby z důvodu svědomí, ani dezertérem z nedobrovolné vojenské služby. Vstoupil do americké armády dobrovolně, a musel tedy jistě předpokládat, že může být vyslán na jednu z jejích zahraničních vojenských operací. Je otázkou, jak by Soudní dvůr rozhodl, pokud by se k němu dostal případ „klasického odpírače“ vojenské služby z důvodu svědomí, který neměl možnost v zemi původu vykonat náhradní službu a čelí citelným sankcím v podobě trestu odnětí svobody.

¹⁶ Dle čl. 9 odst. 2 písm. b) a c) dosavadní i nové kvalifikační směrnice lze za pronásledování považovat rovněž „právní, správní, policejní nebo soudní opatření, která jsou sama o sobě diskriminační nebo jsou prováděna diskriminačním způsobem“, a „nepřiměřené nebo diskriminační trestní stíhání nebo trestání“.

Ovšem i Nejvyšší správní soud od počátku ve své judikatuře zachovával k této otázce spíše opatrný postoj. Na případu vietnamského žadatele, který zjevně nebyl skutečným odpíračem z důvodů svědomí, už v rozsudku ve věci sp. zn. 5 AzS 4/2004¹⁷ judikoval, že odmítání nástupu k výkonu základní vojenské služby nelze bez dalšího považovat za důvod pro udělení azylu, zvláště není-li takové odmítání spojeno s reálně projeveným politickým přesvědčením nebo náboženstvím. Tímto dovětkem si Nejvyšší správní soud ponechal prostor pro výše popisované širší pojetí, které se však v jeho rozhodovací praxi dosud příliš neprojevilo.

Je pravdou, že Nejvyšší správní soud uznal právo na azyl v souvislosti s vyhýbáním se branné povinnosti v rozsudku sp. zn. 5 AzS 18/2008¹⁸. V uvedené věci se ovšem jednalo o velmi specifické okolnosti, kdy odvedenci do alžírské armády a jejich rodiny čelili z důvodu služby v armádě hrozící útoků ze strany islamistů. Nejvyšší správní soud v této souvislosti judikoval, že branci mohou být na základě konkrétních skutkových okolností považováni za specifickou sociální skupinu. Její příslušníci mohou mít odůvodněný strach z pronásledování, pokud na jedné straně čelí hrozící násilí ze strany teroristických skupin pro případ, že základní vojenskou službu nastoupí, přičemž příslušný stát (Alžírsko) není schopen jim před tímto nebezpečím poskytnout dostatečnou ochranu, a na straně druhé naopak čelí hrozící trestů odňtí svobody a dalších sankcí ze strany státu pro případ, že by vojenskou službu nastoupit odmítli.

V poslední době se námitka nuceného nástupu vojenské služby, resp. mobilizace, objevuje zejména u ukrajinských žadatelů o mezinárodní ochranu (viz dále). Může však vystat i v souvislosti s dalšími zeměmi, jako je Afghánistán, Irák nebo řada afrických zemí, kde se zdaleka nemusí jednat jen o mobilizaci do regulérní armády dané země, ale též o naverbování do nejrůznějších ozbrojených skupin a paramilitárních služeb nestátních subjektů, včetně tzv. Islámského státu, Tálibánu apod., které samozřejmě nemají žádné právo udržovat ozbrojené sily. V těchto případech by pravděpodobnost, že hrozba odvedení do takových ozbrojených složek a nucená účast na jejich ozbrojených akcích založí právo na mezinárodní ochranu, byla mnohem vyšší.

¹⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 3. 2004, č. j. 5 AzS 4/2004-49.

¹⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2008, č. j. 5 AzS 18/2008-83, publ. pod č. 2406/2011 Sb. NSS.

2. VÁZNÁ ÚJMA ZPŮSOBENÁ OZBROJENÝM KONFLIKTEM

Pokud jde o druhou otázkou, tedy o to, za jakých okolností mají civilisté po- stižení vojenským konfliktem právo na mezinárodní ochranu, je opět třeba zopakovat, že ozbrojený konflikt vytváří nebo zesiluje celou řadu rizikových faktorů. Ty podle individuálních okolností příběhu konkrétního žadatele o mezinárodní ochranu mohou zakládat nárok na přiznání postavení uprchlíka, resp. v případě, že zde není souvislost s azylově relevantními důvody pronásledování, na udělení doplňkové ochrany, a to opět ze všech důvodů, které nová kvalifikační směrnice uznává.

V tomto příspěvku se však zaměřím pouze na jeden typ vážné újmy a tou je kategorie uvedená v čl. 15 písm. c) nové kvalifikační směrnice,¹⁹ resp. v § 14a odst. 2 písm. c) zákona o azylu,²⁰ jejíž reálná hrozba v zemi původu vede při splnění dalších podmínek k udělení doplňkové ochrany.

K výkladu čl. 15 písm. c) kvalifikační směrnice se zásadním způsobem vyjádřil velký senát Soudního dvora již v rozsudku ve věci *Elgafaji*²¹. Případ se týkal dvou iráckých občanů, manželů Elgafaji, přičemž jeden z nich pracoval v Iráku pro britský podnik a zejména z tohoto důvodu se manželé obávali nebezpečí ozbrojeného útoku proti sobě. Předběžné otázky nizozemské Státní rady se týkaly právě výkladu čl. 15 písm. c) kvalifikační směrnice, tedy situace všeobecného násilí v rámci ozbrojeného konfliktu a míry individuálního dotčení daným konfliktem, kterou musí prokázat žadatel o doplňkovou ochranu.

Velký senát Soudního dvora měl v prvé řadě za to, že čl. 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod odpovídá čl. 15 písm. b) kvalifikační směrnice, zatímco čl. 15 písm. c) též směrnice se svým obsahem od něho odlišuje a měl by být Soudním dvorem vykládán autonomně. Následně dospěl velký senát Soudního dvora k závěru, že pokud intenzita svévolného všeobecného násilí v rámci ozbrojeného konfliktu dosáhne určité zvlášť vysoké úrovni, není třeba, aby žadatel předkládal důkazy o tom, že v ohrožení

¹⁹ Podle čl. 15 písm. c) nové kvalifikační směrnice se vážnou újmu rozumí „vážné a individuální ohrožení života nebo nedotknutelnosti civilisty v důsledku svévolného násilí během mezinárodního nebo vnitrostátního ozbrojeného konfliktu“.

²⁰ Podle § 14a odst. 2 písm. c) zákona o azylu se za vážnou újmu podle tohoto zákona považuje „vážné ohrožení života civilisty nebo jeho lidské důstojnosti z důvodu svévolného násilí v situaci mezinárodního nebo vnitřního ozbrojeného konfliktu“.

²¹ Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 17. února 2009 ve věci *Elgafaji*, C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94.

je konkrétně on sám s ohledem na svou osobní situaci. Jinak platí, že čím více je žadatel schopen prokázat, že je specificky dotčen z důvodu skutečnosti vlastních jeho osobní situaci, tím nižší míra svévolného násilí bude požadována pro to, aby mohl mít nárok na doplňkovou ochranu (tzv. koncept *sliding scale*).

O tom, že by situace všeobecného násilí z důvodu ozbrojeného konfliktu přesahovala záběr čl. 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, ovšem nebyl přesvědčen Evropský soud pro lidská práva ve věci *Sufi a Elmi proti Spojenému království*.²² Stěžovatelé byli dva Somálci, jejichž žádost o azyl byla britskými orgány zamítnuta a bylo nařízeno jejich vyhoštění do Somálska. Evropský soud pro lidská práva dospěl k závěru, že by takové vyhoštění znamenalo porušení čl. 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, a to z důvodu vysoké intenzity všeobecného nerozlišujícího násilí, které v té době panovalo v hlavním městě Somálska, Mogadišu, kam měli být stěžovatelé navráceni. Evropský soud pro lidská práva neshledal, že by existovala reálná možnost jejich vnitřního přesídlení do jiných částí Somálska, kde by panovala bezpečnější situace a kde by měli určité zázemí. Soud zde, pokud jde o hodnocení všeobecného nerozlišujícího násilí, resp. případnou nutnou míru jeho individualizace v konkrétním případě, vycházel ze svých předchozích precedenčních rozhodnutí, zejména z rozsudků ve věcech *Salah Sheekh proti Nizozemsku*²³ a *NA. proti Spojenému království*²⁴. Štrasburský soud přitom nebyl přesvědčen, že by čl. 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod poskytoval nižší standard ochrany před všeobecným nerozlišujícím násilím než čl. 15 písm. c) kvalifikační směrnice, jak konstatoval lucemburský soud ve věci *Elgafaji*. Podle štrasburského soudu naopak obě ustanovení nabízejí srovnatelnou ochranu před mimořádnými situacemi, kdy všeobecné násilí může dosáhnout takové intenzity, že každá osoba, která by byla navrácena do daného regionu, by byla v nebezpečí pouze z důvodu své přítomnosti na daném území.

Rozsudek Soudního dvora ve věci *Elgafaji* následoval Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 5 AzS 28/2008²⁵. Existence vážného a individuálního

²² Rozsudek ESLP ze dne 28. června 2011 ve věci *Sufi a Elmi proti Spojenému království*, stížnosti č. 8319/07 a č. 11449/07.

²³ Rozsudek ESLP ze dne 11. ledna 2007 ve věci *Salah Sheekh proti Nizozemsku*, stížnost č. 1948/04.

²⁴ Rozsudek ESLP ze dne 17. července 2008 ve věci *NA proti Spojenému království*, stížnost č. 25904/07.

²⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 3. 2009, č. j. 5 AzS 28/2008-68, publ. pod č. 1840/2009 Sb. NSS.

ohrožení života nebo tělesné integrity žadatele může být výjimečně považována za prokázanou, pokud míra svévolného násilí, kterou se vyznačuje probíhající ozbrojený konflikt, dosáhne natolik vysoké úrovně (jedná se o tzv. totální konflikt), že existují závažné důvody domnívat se, že by civilista byl v případě vrácení do dotyčné země nebo případně regionu vystaven – z pouhého důvodu své přítomnosti na území této země nebo regionu – reálnému nebezpečí uvedeného ohrožení. Nejde-li o natolik intenzivní konflikt, je třeba prokázat, v závislosti na konkrétních okolnostech dané věci, určitou míru individualizace hrozby vážné újmy podle zmínovaného konceptu *sliding scale*.

V uvedené věci se Nejvyšší správní soud domníval, stejně jako soudy v celé řadě dalších evropských zemí, že při výkladu pojmu mezinárodní a vnitřní ozbrojený konflikt dle čl. 15 písm. c) kvalifikační směrnice je třeba vycházet z jejich definic v mezinárodním humanitárním právu. K jinému závěru ovšem dospěl Soudní dvůr v následném rozsudku ve věci *Diakité*²⁶, když judikoval, že tyto pojmy je třeba vykládat v podstatě prostým jazykovým výkladem, nikoliv nutně tak, jak jsou definovány v mezinárodním humanitárním právu. Měl patrně za to, že práh, který vyžaduje mezinárodní humanitární právo, pokud jde o intenzitu ozbrojených střetů, aby je bylo možné považovat za vnitřní nebo mezinárodní ozbrojený konflikt, je pro účely daného ustanovení příliš vysoký.²⁷

3. UKRAJINSKÉ PŘÍPADY

Jak již bylo zmíněno, obě popisované otázky mohou vystat v současných kauzách posuzovaných v ČR, a to ve vztahu k celé řadě zemí, mj. ve vztahu k Iráku a Afghánistánu (a samozřejmě Sýrii), případně africkým zemím, ale nejčastěji jsou v poslední době obě tyto otázky namítány v ukrajinských žádostech o mezinárodní ochranu, a to v souvislosti s ozbrojeným konfliktem na východě Ukrajiny.

Nejvyšší správní soud se uvedenými otázkami v souvislosti s ukrajinskými případy zabýval např. ve svých rozsudcích sp. zn. 5 Azs 158/2015²⁸ a sp. zn.

²⁶ Rozsudek Soudního dvora ze dne 30. ledna 2014 ve věci *Diakité*, C-285/12, ECLI:EU:C:2014:39.

²⁷ Pro podrobný rozbor dané problematiky viz např. Article 15(c) Qualification Directive (2011/95/EU) – A Judicial Analysis, European Asylum Support Office, December 2014, dostupné z: <https://www.easo.europa.eu/courts-and-tribunals>

²⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 12. 2015, č. j. 5 Azs 158/2015-24.

5 Azs 168/2015²⁹ nebo v usnesení sp. zn. 5 Azs 135/2015³⁰. Přitom existují i rozhodnutí dalších senátů Nejvyššího správního soudu k této otázce, většinou ve formě usnesení o nepřijatelnosti kasační stížnosti žadatele. Ukrjinští žadatelé totiž dosud zpravidla nebyli s těmito námitkami úspěšní. Poukazovali na možnost vážné újmy dle čl. 15 písm. c) nové kvalifikační směrnice, pak úspěšnosti této námitky bránila už skutečnost, že dosud byl daný ozbrojený konflikt lokalizován a chráněn příslušnými regiony na východě Ukrajiny, přičemž žadatelé o mezinárodní ochranu v ČR vesměs přicházejí ze západu Ukrajiny, kam rozšíření tohoto konfliktu v dohledné době nehraci.

Mnohem větší pozornost si u mužských žadatelů o mezinárodní ochranu pocházejících ze západu Ukrajiny zaslouží námitky, jakkoli mnohdy neobratně a nepřesně formulované, že jim hrozí pronásledování z důvodu nuceného odvodu ke službě v ukrajinské armádě a zapojení do bojů na východě země. Z veřejně dostupných informací je totiž známo, že k všeobecné mobilizaci speciálně na západě Ukrajiny skutečně dochází. Problém je v tom, že alespoň v případech dosud řešených 5. senátem Nejvyššího správního soudu se otázkami, do jaké míry takový odvod konkrétním žadatelům skutečně hrozí, zda by zde bylo případně riziko nucené účasti takto mobilizovaných ukrajinských občanů na páchaní válečných či jiných zločinů ve smyslu vylučující klauzule a jaké jsou sankce v případě vyhýbání se dané branné povinnosti nebo v případě deserce, Ministerstvo vnitra důkladně nezabývalo. Zpravidla posuzovalo dané žádosti teprve v době, kdy tento konflikt na východě Ukrajiny ještě neprobíhal, resp. byl v samých počátcích.

Ani Nejvyšší správní soud nemohl k uvedeným novým skutečnostem, které vesměs nastaly až po vydání rozhodnutí Ministerstva vnitra ve včeli mezinárodní ochrany, v plném rozsahu přihlédnout, neboť se jednalo o žádosti o mezinárodní ochranu podané ještě před 20. červencem 2015. Podle příslušných přechodných ustanovení nové procedurální směrnice³¹ stále nebylo možné přímo aplikovat čl. 46 odst. 3 této směrnice³², který přikazuje

²⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 2. 2016, č. j. 5 Azs 168/2015-36.

³⁰ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 6. 2016, č. j. 5 Azs 135/2015-39.

³¹ Čl. 52 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/32/EU ze dne 26. června 2013 o společných řízeních pro přiznávání a odnímání statusu mezinárodní ochrany (přepracované znění).

³² Čl. 46 odst. 3 nové procedurální směrnice zní: „Členské státy pro dosažení souladu s odstavcem 1 zajistí, aby účinný opravný prostředek obsahoval úplné a ex nunc posouzení jak skutkové, tak právní stránky, včetně případného posouzení potřeby mezinárodní ochrany

správním soudům alespoň v prvním stupni přezkoumávat správní rozhodnutí ve věcech mezinárodní ochrany podle skutkového stavu ke dni svého rozhodnutí (tzv. přezkum *ex nunc*). Nejvyššímu správnímu soudu tak např. v již zmiňované věci sp. zn. 5 AzS 135/2015 nezbylo než odkázat stěžovatele na možnost podání nové žádosti o mezinárodní ochranu, pokud je přesvědčen o tom, že od vydání rozhodnutí správního orgánu o jeho první žádosti došlo k podstatné změně relevantních okolností v zemi původu.

Uvedená otázka tedy zůstává i ve vztahu k ukrajinskému konfliktu otevřená a lze předpokládat, že se ještě dočkáme v daném ohledu dalšího judikaturního vývoje.

podle směrnice 2001/95/EU, a to alespoň v řízeních o opravném prostředku u soudu prvního stupně.“

XIII.

Přiznání statusu uprchlíka z důvodu výhrady svědomí ve světle rozsudku Soudního dvoru ve věci *A. L. Shepherd* *proti Bundesrepublik* *Deutschland*

VERONIKA SEDLÁKOVÁ*

1. ÚVOD

Příspěvek je věnován přiznání postavení uprchlíka osobám, které nastoupily na vojenskou službu v ozbrojených složkách armády a poté se rozhodly tyto složky opustit z důvodu přesvědčení, že by se mohly během ozbrojeného konfliktu podílet na páchání válečných zločinů (*conscientious objectors*) ve smyslu čl. 12 odst. 2 směrnice 2011/95/EU¹, dříve směrnice 2004/83/ES² (dále také „kvalifikační směrnice“ nebo „směrnice“).³ Rozsudek *A. L. Shepherd*

* Kancelář veřejného ochránce práv

¹ 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 ochranu, o jednotném statusu pro uprchlé, nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany.

² Směrnice Rady 2004/83/ES ze dne 29. dubna 2004 o minimálních normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlého nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje mezinárodní ochranu, a o obsahu poskytované ochrany.

³ Směrnice 2004/83/ES byla v prosinci 2011 nahrazena směrnicí 2011/95/EU. Relevantní ustanovení pro posuzovaný případ zůstala nezměněná, proto budu v příspěvku používat pouze pojmosloví „kvalifikační směrnice“, respektive „směrnice“, které dopadá jak na směrnici 2011/95/EU, tak na 2004/83/ES.

*proti Bundesrepublik Deutschland*⁴ je prvním výkladem Soudního dvora pojmu pronásledování v kontextu čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice. Rozsudek Soudního dvora pojednává o případech, kdy se bude ve smyslu Ženevské úmluvy⁵ a kvalifikační směrnice jednat o pronásledování v případě trestního stíhání za odepření výkonu vojenské služby během konfliktu, pokud by tento výkon zahrnoval válečné zločiny.

2. FAKTA

A. L. Shepherd, státní příslušník Spojených států amerických, se v prosinci roku 2003 zavázal k výkonu patnáctiměsíční služby v ozbrojených složkách americké armády, působící v té době také v Iráku. Byl vyškolen za servisního technika pro vrtulníky AH-64 Apache⁶ a od září 2004 byl přiřazen k jednotce vzdušných sil v Katterbachu, Německu. Od září 2004 do února 2005 byl součástí vojenské jednotky operující poblíž Tikritu v Iráku a byl odpovědný za údržbu výše uvedených vrtulníků. Přímých vojenských operací a bojů se během této doby neúčastnil. Po návratu na vojenskou základnu v Německu v únoru 2005 se Shepherd rozhodl prodloužit svůj služební poměr k armádě. Následně začal mít pochybnosti o legitimitě války v Iráku, načež nabyl přesvědčení, že během vojenských operací v Iráku je systematicky a disproporčně využíváno zbraní, včetně zvyšujícího se počtu nasazených helikoptér Apache, bez ohledu na přítomnost iráckých civilistů. Měl za to, že právě použití vrtulníků Apache přispívá ve velké míře k újmě civilního obyvatelstva a porušování humanitárního práva. Shepherd dospěl k názoru, že pokud by on a ostatní mechanici neučinili helikoptéry bojeschopné, nemohly by být do války nasazeny. Shepherd obdržel v dubnu 2007 povolávací rozkaz. Jelikož byl již v té době přesvědčen, že válka v Iráku je nezákonná, v rozporu s mezinárodním právem a s čl. 2 odst. 4 Charty OSN⁷, rozhodl

⁴ Rozsudek Soudního dvora ze dne 26. února 2015 ve věci C-472/13 *Andre Lawrence Shepherd proti Spolkové republice Německo*.

⁵ Úmluva o právním postavení uprchlíků, podepsaná dne 28. července 1951 v Ženevě (Recueil des traités des Nations unies), ve znění Protokolu o právním postavení uprchlíků uzavřeného dne 31. ledna 1967 v New Yorku.

⁶ Vrtulník AH-64 Apache je světově nejmodernější víceúčelový bojový vrtulník používaný armádou Spojených států amerických, viz <http://www.boeing.com/defense/ah-64-apache/>.

⁷ V čl. 2 odst. 4 Charty Organizace spojených národů je uvedeno, že „[v]šichni členové se vystříhají ve svých mezinárodních stycích hrozby silou nebo použití síly jak proti územní

se z důvodu svého svědomí a přesvědčení v dubnu 2007 opustit ozbrojené složky armády, aniž by oficiálně požádal o odepření vojenské služby. Jako odůvodnění svého jednání uvedl, že válku jako takovou a použití ozbrojených sil zcela neodmítá, pouze nesouhlasí s konkrétní válkou v Iráku. Žádost o odepření výkonu vojenské služby by jej podle jeho slov neochránila před dalším nasazením v Iráku a nebyl by mu udělen status odpírače vojenské služby. Za dezerci z armády mu v současnosti hrozí ve Spojených státech trestní stíhání a trest ze strany vojenských orgánů a podle jeho tvrzení také společenská ostrakizace a znevýhodnění.

A. L. Shepherd podal v roce 2008 žádost o mezinárodní ochranu v Německu, jelikož mu podle jeho názoru hrozilo ve Spojených státech amerických pronásledování kvůli odepření výkonu vojenské služby podle čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice z důvodu přesvědčení, že by svým výkonem vojenské služby v ozbrojených složkách armády mohl být odpovědný za páchání válečných zločinů. Německý *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge* (Spolkový úřad pro migraci a uprchlíky, dále jen „Úřad“) žádost zamítl. Úřad byl toho názoru, že neexistuje základní právo na odepření vojenské služby z důvodu svědomí. Shepherd měl možnost opustit vojenskou službu zákonným způsobem, a proto se nemůže dovolávat čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice. Rozhodnutí Úřadu Shepherd napadl u *Bayerisches Verwaltungsgericht München* (Bavorský správní soud v Mnichově). Elementárním problémem zůstalo, jak vyložit akt pronásledování ve smyslu čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice, především interpretovat, kdo a za jakých okolností se může ustanovení směrnice dovolávat a zda má na rozhodnutí o udělení mezinárodní ochrany vliv povaha úkolů plněných dotyčným vojákem, způsob odepření výkonu vojenské služby a povaha dotčeného konfliktu a zločinů, na kterých by se mohl voják podílet. Bavorský správní soud v Mnichově proto položil Soudnímu dvoru předběžnou otázku vztahující se k výkladu čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice. Zatímco se generální advokátka ve svém stanovisku⁸ zabývala také důvody pronásledování, zejména příslušností k určité společenské vrstvě nebo zastávání politického názoru, Soudní dvůr tyto skutečnosti úplně vynechal, přidržel se stanovené předběžné otázky a nevyužil této možnosti provést

celistvosti nebo politické nezávislosti kteréhokoli státu, tak jakýmkoli jiným způsobem neslučitelným s cíli Organizace spojených národů“.

⁸ Stanovisko generální advokátky E. Sharpston přednesené dne 11. listopadu 2014 ve věci C-472/13 *Andre Lawrence Shepherd proti Spolkové republice Německo*

komplexní a podrobnou interpretaci ustanovení čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice.

3. MEZINÁRODNÍ A EVROPSKÝ PRÁVNÍ RÁMEC

Status uprchlíka svědčí podle čl. 1A odst. 2 Ženevské úmluvy osobě, která „se nachází mimo vlast a má oprávněné obavy z pronásledování z důvodů rassových, náboženských nebo národnostních nebo z důvodů příslušnosti k určitým společenským vrstvám nebo i zastávání určitých politických názorů, je neschopna přijmout, nebo z důvodů výše uvedeným, odmítá ochranu své vlasti“. Právní úprava členských států Evropské unie vztahující se k definici statusu uprchlíka a podmínkám jeho přiznání je harmonizována kvalifikační směrnicí.⁹ Kvalifikační směrnice v bodu 4 preambule¹⁰ uznává důležitou roli Ženevské úmluvy v oblasti mezinárodního právního režimu na ochranu uprchlíků a přebírá její definici uprchlíka do svého vlastního textu článkem 2 písm. d). Kvalifikační směrnice mimo jiné blíže objasňuje dílčí definiční pojmy vymezení uprchlíka, především to, co lze považovat za pronásledování ve smyslu kvalifikační směrnice a k čemu je nutné přihlížet při posuzování důvodů pronásledování, zejména příslušnosti k určité společenské vrstvě a zastávání politických názorů.

Ačkoli Ženevská úmluva používá jako stěžejní nástroj pro přiznání statusu uprchlíka pojem pronásledování, dále jej explicitně nedefinuje a ponechává jeho interpretaci na praxi. Pojem pronásledování (*persecution*) ve smyslu Ženevské úmluvy je živým instrumentem závislým na individuálních okolnostech konkrétního případu.¹¹ Pronásledování zahrnuje především hrozbu ztráty života nebo osobní svobody, ale také jiná opatření, která mají za následek omezení základních svobod garantovaných v demokratické společnosti.¹² Kvalifikační směrnice definuje akty pronásledování ve smyslu čl. 1

⁹ S výjimkou Spojeného království, Irska a Dánska, které uplatnily systém opt-out.

¹⁰ Dříve bod 3 preambule směrnice 2004/83/ES. Skutečnost, že Ženevská úmluva představuje základ mezinárodního právního režimu na ochranu uprchlíků, potvrzují také body 17 a 18 preambule kvalifikační směrnice, dříve body 16 a 17.

¹¹ UNHCR. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* [online]. 1992 [citované 5. 7. 2017]. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf>

¹² HAILBRONNER, K., THYM, D. *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*. 2 edition. München: C. H. Beck, 2016, s. 1161–1167. Viz také PEERS, S., MORENO-LAX, V., GARLICK, M., GUILD, E. *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*:

odst. 1 Ženevské úmluvy jako jednání, které musí být svou „*povahou nebo opakováním dostatečně závažné aby představovala vážné porušení základních lidských práv, zejména absolutních práv, od nichž se podle čl. 15 odst. 2 EÚLP¹³ nelze odchylit*“.¹⁴ Na základě demonstrativního výčtu v čl. 9 odst. 2 kvalifikační směrnice lze považovat za pronásledování také „*trestní stíhání nebo trest za oddeření výkonu vojenské služby za konfliktu, jestliže by výkon vojenské služby zahrnoval zločiny nebo jednání spadající mezi důvody vyložení uvedené v čl. 12 odst. 2*“.¹⁵ K tomu, aby se mohlo jednat o pronásledování, je nevyhnutné propojit akty uvedené v čl. 12 odst. 2 s povahou konkrétního jednání ve smyslu čl. 9 odst. 1 písm. a) a b) kvalifikační směrnice.¹⁶ Ustanovení směrnice zúžilo oddeření vojenské služby pouze na situace, kdy probíhá konflikt a pouze pokud by výkon služby zahrnoval zločiny uvedené v čl. 12 odst. 2 kvalifikační směrnice. Příručka UNHCR společně s Pokyny k mezinárodní ochraně č. 10¹⁷ sdílí názor, že odpíráč vojenské služby může být považován za uprchlíka ve smyslu Ženevské úmluvy, pokud lze prokázat, že by trpěl nepřiměřeně přísným trestem za spáchání vojenského trestného činu z důvodu příslušnosti k určité společenské vrstvě nebo zastávání politických názorů. Status uprchlíka svědčí podle příručky také osobě, která je schopná prokázat, že by výkon vojenské služby předpokládal

Second Revised Edition. Volume 3: EU Asylum Law. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2015. s. 105.

¹³ Pozn. autora: Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, podepsaná dne 4. listopadu 1950 v Římě.

¹⁴ Ustanovení čl. 9 odst. 1 písm. a) kvalifikační směrnice; viz také rozsudek Soudního dvora ze dne 7. listopadu 2013 ve spojených věcech C-199/12 až C-201/12 *Ministervor Immigratie en Asiel proti X, Y a Z proti Minister voor Immigratie en Asiel*, bod 51.

¹⁵ Ustanovení čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice. Ustanovení čl. 12 odst. 2 kvalifikační směrnice, které téměř doslově přebírá znění čl. 1 odst. F Ženevské úmluvy, vylučuje státního příslušníka třetí země z postavení uprchlíka, pokud existují vážné důvody se domnívat, že tato osoba: „a) se dopustila zločinu proti míru, válečného zločinu nebo zločinu proti lidskosti ve smyslu mezinárodních dokumentů obsahujících ustanovení o těchto zločinech; b) se dopustila vážného nepolitického zločinu mimo zemi svého azylu dříve, než byly uznány uprchlíkem, tj. před vydáním povolení k pobytu na základě přiznání postavení uprchlíka. Za vážné nepolitické zločiny lze považovat zvlášť kruté činy, přestože byly údajně spáchány s politickým cílem; c) jsou vinna činy, které jsou v rozporu se zásadami a cíli OSN uvedenými v preambuli a v článcích 1 a 2 Charty OSN“.

¹⁶ HAILBRONNER, K., THYM, D., op. cit. 12, s. 1176.

¹⁷ UNHCR. *Guidelines on International Protection no. 10: Claims to Refugee Status Related to Military Service within the Context of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees* [online]. 2014 [citované 15. 7. 2017]. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/529efd2e9.pdf>

její účast v ozbrojených útocích, což by bylo v rozporu s jejími politickými názory nebo s jejím přesvědčením.¹⁸ Na rozdíl od Příručky UNHCR a Pokynů k mezinárodní ochraně č. 10 jde v případě čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice o značně restriktivnější pojetí konceptu odepření vojenské služby,¹⁹ dopadající pouze na situace spáchání zločinů spadajících pod čl. 12 odst. 2 kvalifikační směrnice.²⁰

4. VÝKLAD ČL. 9 ODST. 2 PÍSM. E) KVALIFIKAČNÍ SMĚRNICE

Doposud jediný závazný právní výklad čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice přijal Soudní dvůr až v roce 2015 v rozsudku ve věci *A. L. Shepherd*. Generální advokátka a následně Soudní dvůr se ve svém výkladu ustanovení článku soustředily na definici vojenského personálu a jeho podílení se, ať už aktivní, nebo pasivní, na ozbrojených operacích. Další části předběžné otázky položené Soudnímu dvoru směřovaly k pravděpodobnosti páchaní válečných zločinů žadatelem a vojenskou jednotkou, k níž patřil, vzhledem k mandátu Rady bezpečnosti k provedení ozbrojeného konfliktu a následné represe válečných zločinů státem, který se podílí na ozbrojených operacích. Ačkoli předběžná otázka nemířila k azylově relevantním důvodům pronásledování, generální advokátka se i tak soustředila na žadatelem tvrzenou námitku svědomí jako zastávání politických názorů nebo příslušnost k určité společenské vrstvě.

4.1 Účast vojenského personálu na ozbrojeném konfliktu

Ženevská úmluva ani kvalifikační směrnice nedefinuje pojem „výkon vojenské služby“ a nespecifikuje okruh osob, které budou v praxi spadat pod pojem vojenský personál. Jelikož úmyslem evropských zákonodárců

¹⁸ UNHCR, op. cit. 11, body 169, 170.

¹⁹ UNHCR, op. cit. 11, v bodě 170 říká, že můžou existovat i případy, kdy i povinnost vykonávat vojenskou službu může být samostatným důvodem pro tvrzení, že osobě přísluší status uprchlíka, bez ohledu na existenci konfliktu nebo páchaní zločinů. Podmínkou je dle UNHCR pouhé odůvodnění odepření výkonu vojenské služby na základě náboženského, politického nebo morálního přesvědčení, respektive námitky svědomí (*conscientious*).

²⁰ European Asylum Support Office. *Qualification for International Protection (Directive 2011/95/EU). A Judicial Analysis*. [online]. International Association of Refugee Law Judges, European Chapter (IARLJ-Europe). 2016 [citované 15. 7. 2017]. Dostupné z: <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/QIP%20-%20JA.pdf>

nebylo omezit působnost čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice pouze na některé osoby v závislosti na jejich postavení v rámci vojenské hierarchie nebo podmínek, za jakých vykonávají tuto službu, vztahuje se ustanovení „*na všechny příslušníky ozbrojených sil, tedy včetně logistického nebo podpůrného personálu*“.²¹ Z definice nelze proto vyloučit ani pomocné sily, jakými jsou například technik helikoptér nebo pomocný servisní personál. Shepherd byl mechanikem vrtulníků Apache H-64. Byl odpovědný za provoz a stav helikoptér a je ve smyslu čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice považován za personál vykonávající vojenskou službu. Ačkoliv Shepherd nepatřil k bojovým jednotkám bezprostředně se podflejícím na přímém boji, tato skutečnost nevylučuje, aby se osoba, ve stejném postavení jako Shepherd, nemohla dovolávat čl. 9 odst. 2 písm. e) směrnice. Aplikaci článku nevylučuje ani nepřímá účast vojenského personálu na páchaní válečných zločinů,²² nebo skutečnost, že tyto osoby nemohou být stíhané před Mezinárodním trestním soudem.²³ Proto, aby mohl být žadatel o mezinárodní ochranu považován za uprchlíka, musí s dostatečnou věrohodností prokázat, že plnění jeho úkolů v ozbrojených silách může „*dostatečně přímým způsobem a s přiměřenou pravděpodobností vést k účasti*“²⁴ na páchaní válečných zločinů. Skutečnost, že se jednotka, k níž žadatel patří, již dopustila válečných zločinů,

²¹ Rozsudek ve věci C-472/13 A. L. *Shepherd proti Bundesrepublik Deutschland*, bod 33; stanovisko E. Sharpston ve věci C-472/13 A. L. *Shepherd proti Spolkové republice Německo*, bod 32.

²² K otázce, o jaké zločiny by se v případě A. L. *Shepherd proti Spolkové republice Německo* mohlo podle čl. 12 odst. 2 písm. a) kvalifikační směrnice jednat, se Soudní dvůr nevyjádřil. Nicméně generální advokátka E. Sharpston ve svém stanovisku vyloučila skutečnost, že by A. L. Shepherd mohl v budoucnu spáchat vážné nepolitické zločiny nebo činy, které jsou v rozporu se zásadami a cíli Spojených národů. Eventuální spáchání zločinů proti míru vyloučila na základě jeho postavení v armádě. Podle stanoviska generální advokátky, vzhledem k povaze zločinu proti míru, mohou takový čin spáchat pouze osoby v mocenském postavení, které zastupují stát nebo jiný subjekt v postavení státu. Zločiny proti lidskosti, které zahrnují např. genocidu, vraždy, znásilňování nebo mučení spáchané jako součást rozsáhlého a systematického útoku proti civilnímu obyvatelstvu, také vyloučila, jelikož k tomu nebyla žádná dostupná skutková zjištění. Naopak páchaní válečných zločinů je pro posuzovaný případ relevantní, jelikož se jedná o závažné porušení pravidel mezinárodního humanitárního práva a může jít např. o úmyslné zabíjení nebo mučení civilistů. Viz čl. 8 Římského statutu Mezinárodního trestního soudu nebo UNHCR. *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees* [online]. 2003 [citované 16. 7. 2017]. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/publications/legal/3f7d48514/guidelines-international-protection-5-application-exclusion-clauses-article.html>

²³ Rozsudek ve věci C-472/13 A. L. *Shepherd proti Bundesrepublik Deutschland*, bod 37.

²⁴ Rozsudek ve věci C-472/13 A. L. *Shepherd proti Bundesrepublik Deutschland*, bod 38. Viz také HAILBRONNER, K., THYM, D., op. cit. 12, s. 1179.

nebo že by byli příslušníci jednotky za takové činy v minulosti odsouzeni, je pouze jednou z indicíí a sama o sobě nemůže automaticky dokazovat, že zločiny budou páchány i v budoucnosti. Může však společně s jinými indiciemi prokázat, že v důsledku výkonu služby dotyčné osoby budou páchány takové zločiny i v budoucnu. Žadateli musí prokázat, že je dostatečně pravděpodobné, že bude v budoucnu vystaven spáchání činů uvedených v čl. 12 odst. 2 kvalifikační směrnice.²⁵

Dalším aspektem, který Soudní dvůr zohlednil při výkladu čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice, jsou okolnosti, za jakých voják nastoupil do výkonu služby v ozbrojených složkách armády. Skutečnost, že osoba dobrovolně nastoupila do vojenské služby, respektive posléze prodloužila svůj závazek vůči armádě, by neměla být podle generální advokátky relevantním aspektem.²⁶ Nejenže se může změnit povaha války, a tedy i akty páchané v rámci výkonu vojenské služby v ozbrojených složkách mohou postupně vyústit k válečným zločinům, ale také může dojít ke změně postoje vojáka ke konkrétní válce.²⁷ Povědomí o aktech páchaných ozbrojenými složkami, kterých je dotyčná osoba součástí, se může postupem času vyvíjet, a tedy i postoj vojáka k účasti na ozbrojeném konfliktu se může změnit.²⁸ Naopak Soudní dvůr dospěl ve věci *A. L. Shepherd* k závěru, že rozhodnutí nastoupit do vojenské služby dobrovolně a pokračování ve výkonu služby v armádě mohou ovlivnit aplikaci čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice.

4.2 Pravděpodobnost páchaní válečných zločinů v kontextu ozbrojeného konfliktu

V žádosti o mezinárodní ochranu *A. L. Shepherd* tvrdil, že pokud bude vykonávat vojenskou službu v ozbrojených složkách Spojených států

²⁵ Rozsudek ve věci C-472/13 *A. L. Shepherd proti Spolkové republice Německo*, bod 39, stanovisko E. Sharpston v téže věci, bod 34.

²⁶ Stanovisko E. Sharpston ve věci C-472/13 *A. L. Shepherd proti Spolkové republice Německo*, bod 35.

²⁷ PEERS, S. The Iraq war and EU asylum law: the CJEU's answer are blowin' in the wind [online]. 2015 [citované 8. 7. 2017]. Dostupné z: <http://eulawanalysis.blogspot.cz/2015/02/the-iraq-war-and-eu-asylum-law-cjeus.html>

²⁸ UNHCR, op. cit. 17, bod 23; General Assembly United Nations. *Conscientious objection to military service. Analytical report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* [online]. 2013, s. 5 [citované 10. 7. 2017]. Dostupné z: <http://www.refworld.org/pdfid/51b5c73c4.pdf>

amerických, dopustí se páchání trestních činů, které jsou v rozporu s Chartou Organizace spojených národů.²⁹ Míra pravděpodobnosti, s jakou budou válečné zločiny ozbrojenými složkami spáchané, je dle rozsudku ve věci *A. L. Shepherd* ovlivněná též existencí mandátu, na základě kterého byl ozbrojený zásah zahájen, a dále teoretickou možností státu, který ozbrojený zásah a operace provádí, stíhat osoby za takové činy odpovědné. Ozbrojený zásah vedený na základě rezoluce Rady bezpečnosti v zásadě poskytuje veškeré záruky, že při tomto zásahu nebudou páchaný válečné zločiny a totéž platí pro operace na základě mezinárodního konsenzu.³⁰ Ačkoli taková skutečnost nemůže vyloučit, že budou během ozbrojených operací spáchané činy v rozporu se zásadami Charty Organizace Spojených národů, je nezbytné takovou okolnost v rámci posouzení vnitrostátním soudem zohlednit.³¹ Jde o poměrně slabou a nepodloženou argumentaci, kritizovanou jak akademickou veřejností,³² tak generální advokátkou. Ta se přiklonila ke zcela opačnému výkladu. Zastává názor, že ačkoliv rezoluce Rady bezpečnosti je zásadním právním aktem, nemá v konečném důsledku žádný vliv na to, zda budou válečné zločiny během ozbrojeného konfliktu spáchané nebo nikoli. To, zda vydala Rada bezpečnosti rezoluci opravňující k zahájení ozbrojeného útoku, neovlivní eventuální možnost páchaní zločinů v budoucnu a nemá vliv na jednání ozbrojených složek.

Druhým relevantním faktorem, ovlivňujícím pravděpodobnost páchaní válečných zločinů operující jednotkou, je dle rozsudku ve věci *A. L. Shepherd*

²⁹ A. L. Shepherd se ve své žádosti a také ve vyjádření k Soudnímu dvoru dovolával pouze spáchání válečných zločinů ve smyslu čl. 12 odst. 2 písm. a) kvalifikační směrnice. Válečným zločinem se v smyslu čl. 8 Římského statutu Mezinárodního trestního soudu rozumí závažná porušení Ženevských úmluv z 12. srpna 1949, zejména úmyslné zabítí, mučení nebo nělidské zacházení nebo úmyslné zahájení útoku s vědomím, že v souvislosti s takovým útokem dojde ke ztrátám na životech nebo zranění civilních osob či poškození civilních objektů.

³⁰ Rozsudek ve věci C-472/13 *A. L. Shepherd proti Spolkové republice Německo*, body 41–43.

³¹ Pozn. autora: dne 16. září 2004 tehdejší generální tajemník OSN K. Annan konstatoval, že invaze do Iráku v roce 2003 byla v rozporu s Chartou OSN, viz stanovisko E. Sharpston ve věci C-472/13 *A. L. Shepherd proti Spolkové republice Německo*, pozn. č. 46.

³² PEERS, S., op. cit. 27; LEHMANN, J. Of Shepherds and Sheepdogs – Andre Lawrence Shepherd v. Bundesrepublik Deutschland before the Court of Justice of the European Union. *ReFLAW* [online] [citováno 8. 7. 2017]. Dostupné z: <http://www.reflaw.org/of-shepherds-and-sheepdogs-andre-lawrence-shepherd-v-bundesrepublik-deutschland-before-the-court-of-justice-of-the-european-union/>. SPALDING, A. Opinion of Advocate General Sharpston (11 November 2014) and Second Chamber judgement (26 February 2015) in case C-472/13 Andre Lawrence Shepherd v Bundesrepublik Deutschland. *King's Law Journal*. Vol. 26. No. 1, s. 21–26.

existence právního systému, ve kterém právní předpisy stanoví tresty za spáchání válečných zločinů a soudy zajišťují účinné stíhání za tyto zločiny. Pokud stát, který provádí ozbrojené operace, stíhá válečné zločiny, je dle Soudního dvora nepravděpodobné, že by byl voják ve výkonu vojenské služby v armádě takového státu veden k páchání těchto zločinů.³³ I v tomto bodě se Soudní dvůr a generální advokátka rozchází. Dle jejího názoru, „[e]xistence vnitrostátního nebo mezinárodního aparátu určeného k stíhání válečných zločinů může být v zásadě odrazující pro jejich spáchání“. Ovšem „pokud má mít čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice nějaký význam ve smyslu, aby umožnil osobám, kterým hrozí, že se ocitnou v situaci, kdy budou nuceny k účasti na válečných zločinech, najít bezpečné útočiště, musí fungovat nezávisle na tom, zda existuje a funguje vnitrostátní nebo mezinárodní aparát určený ke stíhání a trestání válečných zločinů“.³⁴ I přes existenci právního systému, který stíhá válečné zločiny, je neoddiskutovatelným faktem, že dochází i nadále k páchání takových zločinů.³⁵

Rozsudkem v dané věci Soudní dvůr zatížil stěžovatele povinností prokázat s dostatečnou přesvědčivostí, že je vysoce pravděpodobné, že jednotka, ke které byl žadatel přidělen, provádí nebo v minulosti prováděla operace, které by vedly ke spáchání zločinů uvedených v čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice. Přesunutí důkaznho břemene na žadatele je v rozporu s Ženevskou úmluvou³⁶ a kvalifikační směrnicí³⁷ a pro žadatele se zcela jistě jedná o nepřekonatelnou zátěž.³⁸ Je stěží pochopitelné, jaké důvody vedly Soudní dvůr k přesvědčení, že by samotná existence rezoluce Rady bezpečnosti nebo právního aparátu stíhajícího osoby za páchání zločinů v rozporu

³³ Rozsudek ve věci C-472/13 A. L. Shepherd proti Spolkové republice Německo, bod 42.

³⁴ Stanovisko E. Sharpston ve věci C-472/13 A. L. Shepherd proti Spolkové republice Německo, bod 68.

³⁵ Stanovisko E. Sharpston ve věci C-472/13 A. L. Shepherd proti Spolkové republice Německo, bod 68, pozn. č. 55: „Neslavným případem je masakr My Lai, ke kterému došlo během války ve Vietnamu. Z 26 vojáků stíhaných za spáchání trestných činů v My Lai byl odsouzen pouze poručík William Calley Jr. V nedávné době otevřel hlavní žalobce MTS případy týkající se situace v Ugandě a v Demokratické republice Kongo. S ohledem na posledně jmenovanou zemi došlo k odsouzení ve věci žalobce v. Thomas Lubanga Dyilo“.

³⁶ HATHAWAY, J. C., FOSTER, M. *The Law of Refugee Status*. 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, část 2.4.2.

³⁷ Podle čl. 4 odst. 1 kvalifikační směrnice: „Členské státy mohou pokládat za povinnost žadatele předložit co nejdříve všechny náležitosti potřebné k doložení žádosti o mezinárodní ochranu. Povinností členského státu je posoudit významné náležitosti žádosti ve spolupráci se žadatelem“.

³⁸ SPALDING, A., op. cit. 32, s. 25.

s Chartou Spojených národů měly být relevantním faktorem při posouzení, zda budou válečné zločiny spáchány, a nepřidržel se právní linie argumentace generální advokátky.³⁹ Zločiny spáchané v minulosti a uvedené příklady dosvědčují, že ani existence mandátu Organizace spojených národů a ani rizika, že budou takové zločiny v budoucnu stihány, nemá vliv na průběh ozbrojeného konfliktu, jelikož k páchaní válečných zločinů reálně docházelo a i nadále dochází.

4.3 Existence alternativ k odepření vojenské služby ve státě původu

Pronásledování žadatele v smyslu čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice je odůvodněno odepřením výkonu vojenské služby. Pro dovolávání se ustanovení je zásadní, aby odepření, respektive opuštění armády a nenaštoupení do služby v ozbrojených silách v Iráku, bylo dle zdůvodnění ve věci *A. L. Shepherd* jediným prostředkem pro žadatele, jak se vyhnout tvrzenému páchaní válečných zločinů. Zároveň musí být odepření výkonu vojenské služby podmíněno přesvědčením vojáka, že ozbrojené složky, kterých by byl součástí, budou tyto válečné zločiny páchat.⁴⁰ Žadatel o mezinárodní ochranu musí prokázat, že před státními orgány státu původu neměl žádnou reálnou možnost domáhat se přiznání postavení odpírače vojenské služby a opustit armádu zákonným způsobem, který by nevedl k pronásledování ve smyslu Ženevské úmluvy a kvalifikační směrnice.

Na žadateli leží břemeno doložit, že v jeho konkrétní situaci neexistovala žádná jiná alternativa nežli dezertovat z armády. Právě skutečnosti, jako nevyužití jiných zákonných prostředků k opuštění armády, dobrovolné nastoupení do vojenské služby, připojení se k ozbrojeným složkám a posléze prodloužení poměru k vojenským ozbrojeným silám, představují dle Soudního dvora faktory odůvodňující vyloučení z ochrany podle čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice. Při svém hodnocení nevzal Soudní dvůr v potaz rozdílné stanovisko generální advokátky, které je v tomto směru přesvědčivější. Stanovisko odkazuje na nařízení Armády č. 600-43, podle kterého „žádosti personálu o uznání za odpírače vojenské služby podané po zahájení vojenské služby nebudou posouzeny kladně, pokud jsou dané žádosti [...]“

³⁹ PEERS, S., op. cit. 27.

⁴⁰ Rozsudek ve věci C-472/13 *A. L. Shepherd proti Bundesrepublik Deutschland*, body 44-46.

založeny na nesouhlasu s určitou válkou.⁴¹ To dokládá, že se osoba v postavení, v jakém byl Shepherd, nemohla s největší pravděpodobností spoléhat na právní systém v zemi původu, který by poskytoval zákonnou možnost k opuštění ozbrojených složek na základě námitky svědomí a přesvědčení, že je konkrétní válka v rozporu s mezinárodním humanitárním právem. Žádné reálně existující alternativy nebyly za daných okolností k dispozici.

Na rozdíl od názoru Soudního dvora vysloveného v rozsudku ve věci *A. L. Shepherd* je podle generální advokátky povinností státu dokázat, zda měl či nikoli Shepherd k dispozici řízení pro přiznání postavení odpírače, ve kterém by měl reálnou naději na úspěch. Pokud by mohl takového postupu využít, není důvod pro přiznání statusu uprchlíka, jelikož by mu byla poskytnuta ochrana v zemi původu. Ovšem za situace, kdy takový postup neexistuje nebo kdy je takový voják zcela zbaven možnosti požádat si o postavení odpírače vojenské služby na základě svého nesouhlasu s opětovným nasazením, neměla by mít skutečnost, že žádost nepodal, vliv na posouzení žádosti ve smyslu čl. 9 odst. 2 písm. e) směrnice.⁴² Soudní dvůr přenesl i v tomto případě, v rozporu se svojí dřívější judikaturou ve věci *M. v Minister for Justice, Equality and Law Reform a další*,⁴³ s Příručkou UNHCR⁴⁴ a judikaturou Evropského soudu pro lidská práva,⁴⁵ povinnost prokázat existenci, respektive neexistenci alternativ k dezerci, pouze na žadatele namísto úměrně sdílené povinnosti mezi dotčeným členským státem a žadatelem.⁴⁶

⁴¹ Stanovisko E. Sharpston ve věci C-472/13 *A. L. Shepherd proti Spolkové republice Německo*, bod 74. Nařízení armády 600-43 definuje námitku svědomí jako rozhodnou, jasnou a opravdovou námitku účastnit se války v jakékoli formě nebo nosit zbraň z důvodu náboženské víry [překlad autorky]. Viz DEICHERT, Ch. Is Germany the new Canada? One American deserter's request for German asylum. *Military Law Review*. Vol. 205. 2010, s. 11.

⁴² Stanovisko E. Sharpston ve věci C-472/13 *A. L. Shepherd proti Spolkové republice Německo*, body 72–75.

⁴³ V bodě 66 rozsudku Soudního dvoru ze dne 22. listopadu 2012 ve věci C-277/11 *M. v Minister for Justice, Equality and Law Reform a další* se uvádí, že „požadavek spolupráce kladený na členský stát tedy konkrétně znamená, že ať už to bude z jakéhokoli důvodu, pokud skutečnosti sdílené žadatelem o mezinárodní ochranu nejsou úplné, aktuální nebo relevantní, je nezbytné, aby dotyčný členský stát v tomto stadiu řízení s žadatelem aktivně spolupracoval, aby bylo možné shromáždit všechny důkazy na podporu žádosti. Členský stát navíc může mít snazší přístup k některým druhům dokumentů než žadatel“.

⁴⁴ UNHCR. *Beyond Proof. Credibility Assessment in EU Asylum System* [online]. Brusel, 2013 [citované 10. 7. 2017]. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/protection/operations/51a8a08a9/full-report-beyond-proof-credibility-assessment-eu-asylum-systems.html>

⁴⁵ Rozsudek ESLP ve věci *R. C. proti Švédsku*, stížnost č. 41827/07.

⁴⁶ Ve smyslu čl. 4 odst. 1 kvalifikační směrnice. Dále viz SPALDING, A., op. cit. 32, s. 25.

5. NÁMITKA SVĚDOMÍ JAKO DŮVOD PRO PŘIZNÁNÍ POSTAVENÍ UPCHLÍKA

Předběžná otázka položená Bavorským správním soudem nezahrnovala zásadní problém, zda námitka svědomí (*conscientious objection*) zakládá důvod pronásledování podle čl. 10 odst. 1 kvalifikační směrnice a zda lze Sheperda považovat za odpůrce vojenské služby (*conscientious objector*), který se může domáhat statusu uprchlíka ve smyslu kvalifikační směrnice. Soudní dvůr proto ponechal problematiku postavení odpíračů vojenské služby a odmítnutí ozbrojené války jako odůvodněné pronásledování v kontextu kvalifikační směrnice otevřenou. I když je právo na svobodu svědomí (*right to freedom of conscience*) téměř univerzálně uznáným právem, do dnešní doby nebylo žádným mezinárodním lidskoprávním pramenem uznáno právo na námitku svědomí vůči vojenské službě.⁴⁷ I přesto se však generální advokátka ve svém stanovisku zabývala relevantními důvody pronásledování, a to příslušností k určité společenské vrstvě [čl. 10 odst. 1 písm. d)] a zastávání politických názorů [čl. 10 odst. 1 písm. e)].

5.1 Odepření výkonu vojenské služby jako projev politického názoru

Podle ustanovení čl. 10 odst. 1 písm. e) kvalifikační směrnice spadá pod pojem politických názorů „*zejména zastávání názorů, myšlenek nebo přesvědčení ohledně potenciálních původců pronásledování [...]a jejich politik nebo postupů, bez ohledu na to, že žadatel podle dotyčných názorů, myšlenek nebo přesvědčení jednal*“. O politický názor se jedná vždy, pokud zahrnuje jednání nebo akty vykonávané státem, vládou, tedy i armádou.⁴⁸ Politický názor jako důvod pronásledování je značně obšírný pojem, pod který lze podřadit zastávání určitých názorů, jejich vyjádření, politickou neutralitu, ale také přisuzované politické názory. Nesouhlas s vedením určitého konfliktu nebo se samotnou konkrétní ozbrojenou operací z důvodu domněnky, že během konfliktu jsou porušována základní lidská práva, může být také hodnocen jako politický názor. Akt dezerce nebo vyhýbání se vojenské službě může

⁴⁷ GOOWIN-GILL, G. S., McADAM, J. *The Refugee in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 105; ZIMMERMANN, A. *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. s. 435.

⁴⁸ HAILBRONNER, K., THYM, D., op. cit. 12, s. 1190.

představovat projev politického nesouhlasu s vedením války.⁴⁹ Stanovisko generální advokátky jednoznačně potvrdilo, že osoba v postavení, v jakém byl A. L. Shepherd, mohla jako důvod pronásledování uvádět nesouhlas s vedením ozbrojeného konfliktu, neboť v jeho průběhu mohou být páchaný válečné zločiny.⁵⁰

5.2 Odpůrci vojenské služby jako určitá společenská vrstva

K tomu, aby osoba prokázala, že patří k určité společenské vrstvě, musí být kumulativně naplněny podmínky stanovené čl. 10 odst. 1 písm. e) kvalifikační směrnice. Společenskou vrstvu tvoří skupina lidí, zejména jestliže „*příslušníci této skupiny sdílejí vrozený charakteristický rys nebo společnou minulost, kterou nelze změnit, nebo sdílejí charakteristiku nebo přesvědčení, které jsou natolik zásadní pro totožnost nebo svědomí, že daná osoba nemá být nucena, aby se jí zřekla, a dále tato skupina má v dotyčné zemi odlišnou totožnost, protože ji okolní společnost vnímá jako odlišnou*“. Pro posouzení příslušnosti k určité společenské vrstvě ve věci *A. L. Shepherd* je dle stanoviska generální advokátky pro vnitrostátní soud zásadní zodpovědět dvě základní otázky. Zdali voják v postavení, v jakém byl A. L. Shepherd, projevil absolutní nesouhlas s válkou, nebo pouze nesouhlas s konkrétní válkou, respektive vedením konkrétního ozbrojeného konfliktu, a současně jestli se jedná o pouhou dezerci bez azylově relevantního důvodu, nebo odepření dalšího výkonu vojenské služby z důvodu svědomí.

Absolutní nesouhlas s vojenskou činností lze jednoduše podřadit pod příslušnost ke společenské vrstvě, jelikož tyto osoby sdílejí přesvědčení, které je pro jejich totožnost nebo svědomí natolik zásadní, že by tato osoba neměla být nucena, aby se svého přesvědčení zřekla.⁵¹ Naopak nesouhlas s konkrétním konfliktem může znamenat nesouhlas se samotnou konkrétní válkou nebo také s prostředky a mechanismy použíтыmi v konfliktu. Lze tedy hovořit o tzv. dílčím nesouhlasu.⁵²

⁴⁹ UNHCR, op. cit. 12, s. 11.

⁵⁰ Stanovisko E. Sharpston ve věci C-472/13 *A. L. Shepherd proti Spolkové republice Německo*, bod 48.

⁵¹ Podle čl. 10 odst. 1 písm. d) kvalifikační směrnice.

⁵² Stanovisko E. Sharpston ve věci C-472/13 *A. L. Shepherd proti Spolkové republice Německo*, body 52–55.

Druhým aspektem je rozlišení způsobu dezerce z vojenské služby, kdy může dojít k pouhému opuštění ozbrojených složek bez azylově relevantního důvodu, anebo z důvodu přesvědčení neboli svědomí.⁵³ V prvním případě by nevznikl vojákovi nárok na přiznání postavení uprchlíka a nemohl by se dovolávat mezinárodní ochrany ve smyslu kvalifikační směrnice. Naopak v případě dezerce z důvodu svědomí se lze domnívat, že by těmto osobám mohlo být přiznán status uprchlíka. Takovéto osoby sdílejí přesvědčení, že určitý konflikt nebo vedení ozbrojeného konfliktu vede k porušování základních lidských práv. Tyto osoby tak zastávají určitý názor a přesvědčení, které jej charakterizuje a vymezuje od ostatních osob, a mohou být tak vnímány společností jako určitá společenská vrstva.⁵⁴

6. ZÁVĚR

Rozsudek Soudního dvora ve věci *A. L. Shepherd* identifikoval čtyři základní definiční prvky aktů pronásledování jako trestního stíhání nebo trestu z důvodu odmítnutí výkonu vojenské služby v době konfliktu ve smyslu čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice:

- existence ozbrojeného konfliktu;
- osobní rozsah ustanovení zahrnující veškerý vojenský personál;
- riziko, že bude žadatel zapojen do válečných zločinů;
- dostupnost alternativ k odmítnutí vojenské služby.⁵⁵

Přístup Soudního dvora ve věci *A. L. Shepherd* je znepokojivý zejména pro budoucí žadatele o azyl, kteří odůvodnění pronásledování postaví na námitce svědomí. Ačkoli je první část rozsudku přesvědčivá a přijatelná, zbzývající část rozsudku působí poněkud nevěrohodně. Pozitivní stránkou daného rozsudku je neomezení působnosti čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační

⁵³ Tamtéž, body 58, 59, shodně i UNHCR, op. cit. 11, s. 27, 28. Srov. i UNHCR, op. cit. 17, s. 1: „Desertion involves abandoning one's duty or post without permission, or resisting the call up for military duties. Depending on national laws, even someone of draft age who has completed his or her national service and has been demobilized, but is still regarded as being subject to national service, may be regarded as a deserter under certain circumstances. Desertion can occur in relation to the police force, gendarmerie or equivalent security services, and is also the term used to apply to deserters from non-State armed groups. Desertion may be for reasons of conscience or for other reasons“.

⁵⁴ UNHCR, op. cit. 11, s. 12.

⁵⁵ European Asylum Support Office. *Qualification for International Protection (Directive 2011/95/EU). A Judicial Analysis*, op. cit. 20, s. 40.

směrnice pouze na určitý vojenský personál, ale nastavení poměrně širokého osobního rozsahu uvedeného ustanovení. Naopak negativním směrem se Soudní dvůr vydal argumentací, dle níž rezoluce Rady bezpečnosti Organizace spojených národů nebo existence účinného právního systému postihujícího spáchané zločiny mají vliv na samotné páchání válečných zločinů během ozbrojeného vojenského zásahu. Mělo by být naprosto irrelevantní, že se dotyčný voják rozhodl nastoupit na vojenskou službu k ozbrojeným silám zcela dobrovolně, jelikož názor a přesvědčení vztahující se k určité válce se může postupem času vyvíjet a měnit, stejně tak jako se vyvíjí a mění povaha konfliktu.⁵⁶ Právo měnit své přesvědčení a názor je přirozené a nemělo by být zapovězeno především aktivním vojákům působícím v ozbrojeném konfliktu, kde se povaha ozbrojených operací a vývoj konfliktu může nepředvídat změnit během krátkého okamžiku.⁵⁷ V neposlední řadě, přenesení povinnosti na žadatele o mezinárodní ochranu prokázat s dostatečnou přesvědčivostí, že je vysoce pravděpodobné spáchaní válečných zločinů v budoucnu a že odepření výkonu vojenské služby představovalo jediný prostředek umožňující žadateli vyhnout se páchání válečných zločinů, je v rozporu s kvalifikační směrnicí i Ženevskou úmluvou.⁵⁸

Rozsudek ve věci *A. L. Shepherd* není výsledkem, jaký bychom od Soudního dvora s největší pravděpodobností očekávali. Přestože přináší určité vyjasnění toho, kdo se může dovolávat čl. 9 odst. 2 písm. e) kvalifikační směrnice, zbývající část argumentace nepůsobí přesvědčivě. Aspekty, které by se podle Soudního dvora měly během posuzování žádosti o mezinárodní ochrany zohlednit, nejsou v konečném důsledku relevantní. Závěry Soudního dvora tak znesnadnily přístup k mezinárodní ochraně osobám, které se dovolávají námitky svědomí jako důvodu pronásledování před trestním stíháním nebo trestem za odepření výkonu vojenské služby za konfliktu, v případě, že by výkon vojenské služby zahrnoval zločiny nebo jednání spadající mezi důvody vyloučení uvedené v čl. 12 odst. 2 kvalifikační směrnice.

⁵⁶ UNHCR, op. cit. 11, s. 13.

⁵⁷ PEERS, S., op. cit. 27.

⁵⁸ LEHMANN, J., op. cit. 32; SPALDING, A., op. cit. 32. s. 21–26.

XIV.

Aktuální postupy státních orgánů vůči uprchlíkům vstupujícím neoprávně na území

EVA HOLÁ*

1. ÚVOD

V důsledku tzv. migrační krize se do mediální a politické rétoriky dostalo intenzivně téma národní bezpečnosti. Migranti mířící do Evropy s úmyslem požádat o azyl jsou nazýváni zejména jako hrozba. Politické reprezentaci nejen v ČR však chybí zdůvodnění podložené faktickými informacemi, proč a v čem přesně představují tito nově příchozí, nebo snad žadatelé o azyl obecně, hrozbu národní bezpečnosti. Objevují se prohlášení o přítomnosti potenciálních pachatelů terorismu. Byť nelze přehlédnout, že teroristické útoky islamistů jsou v posledních letech i v západních zemích na vzestupu, souvislost s uprchlíky nebo žadateli o azyl dle mého názoru dána není. V reálných číslech je počet teroristických útoků spáchaných uprchlíky či žadateli o tento status minimální.¹

* Advokacie, Právnická fakulta UK, Praha

1 NOWARSTEH, A. *Terrorism and Immigration: A Risk Analysis* [online]. 2016, dostupné z: https://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa798_2.pdf. Dle této analýzy v období od roku 1975 do roku 2015 uprchlíci či žadatelé o azyl nestali za žádným z hlavních teroristických útoků v USA. Kubáňští uprchlíci měli v sedmdesátých letech na svědomí tři úmrtí, žadatelé o azyl pocházející z Čečenska pak stáli za útoky v Bostonu v roce 2013. Na víc je nutno na uvedené případy nahlížet v kontextu celkového počtu uprchlíků a žadatelů o azyl evidovaných v USA za dané období (3,7 mil). V rámci atentátů spáchaných v Evropě od roku 2001 se spekulovalo o tom, že dva pachatelé atentátů v Paříži v roce 2015 byli Syřané, kteří přcestovali do Řecka přes ostrov Leros. Útok v roce 2016 na vánočním trhu v Berlíně pak měl na svědomí Tunisan, který byl v Německu žadatelem o mezinárodní ochranu. K oběma útokům se přihlásil Islámský stát.

Přesto řada členských států, včetně ČR, zareagovala na poslední migrační vlny výrazně restriktivnější aplikací dosud platných imigračních předpisů. V horším případě bylo a je přistupováno k zavádění nových opatření, typicky trestnéprávního postihu migrantů, které dopadají samozřejmě i na osoby splňující potenciálně podmínky pro udělení uprchlického statusu dle Úmluvy o právním postavení uprchlíků, resp. některé z forem ochrany dle tzv. kvalifikační směrnice.² Těch, přes mediální rétoriku, byla navíc v poslední době většina.³

Typickou oblastí, kde se restriktivní trend projevil, je sankcionování cizinců za neoprávněný vstup či pobyt na území, a to častějším použitím administrativní detence, ale i rozšířením ukládání trestu odnětí svobody. Například v Maďarsku byl nedávno zaveden trestný čin za pokus překročit hranice přes nově vystavěný plot, za který lze uložit trest až tři roky vězení.⁴

Vstup nebo pobyt bez cestovního dokladu (popř. s padělaným dokladem) a platného víza (či povolení k pobytu) postihuje v ČR tradičně na úrovni správního práva § 119 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“).⁵ V případě vstupu nebo pobytu bez víza může být dle § 119 odst. 1 písm. c) uvedeného zákona uděleno správní vyhoštění až na tři roky, u prokazování se padělanými doklady⁶ počítá zákon o pobytu cizinců až s pěti lety vyhoštění.⁷ Stojí za zmínu, že stejná sankce dopadá kupříkladu i na situaci,

² 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 ochranu, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany (přepracované znění).

³ D'ANGELO, A., BLITZ, B., KOFMAN, E., MONTAGNA, N. *Mapping Refugee Reception in the Mediterranean* [online]. Dostupné z: <https://evimedresearch.files.wordpress.com/2017/04/evi-med-first-report-final-16-june-2017.pdf>

⁴ Amnesty International. *Hungary: Refugees blocked by forces, criminalized by laws* [online]. Dostupné z: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/09/hungary-refugees-blocked-by-forces-criminalized-by-laws/>

⁵ Obě situace jsou zároveň řešeny i v § 9 zákona o pobytu cizinců, který upravuje tzv. odepření vstupu na území. V případě vstupu nebo pobytu bez víza či platného dokladu lze zřejmě z díka § 50a odst. 3 písm. c) zákona uvažovat i o možnosti, že takovému cizinci bude vydáno „jen“ rozhodnutí o povinnosti opustit území, a nikoliv správní vyhoštění.

⁶ „[P]rokáze-li se cizinec při hraniční nebo pobytové kontrole dokladem, který je padělán, anebo dokladem jiné osoby jako dokladem vlastním.“

⁷ Dle Zprávy o situaci v oblasti migrace a integrace cizinců na území České republiky v roce 2016 (s. 138, 139) bylo v roce 2016 vydáno 3 593 pravomocných rozhodnutí o správním vyhoštění. Z toho v 2 244 případech bylo vyhoštění uloženo za porušování pobytového režimu cizinců, ve 272 případech bylo důvodem vyhoštění prokázání se při hraniční nebo

kdy cizinec pracuje bez povolení k zaměstnání nebo provozuje jinou výdělečnou činnost bez patřičného povolení. Z tohoto řazení je dle mého názoru možno usuzovat na nižší společenskou nebezpečnost takového jednání.

Vedle zákona o pobytu cizinců zná i trestní zákoník trestný čin padělání a pozměňování veřejné listiny v § 348⁸, který spadá do kategorie přečinů s horní hranicí dva roky odnětí svobody. Sankcionován je přitom nejen padatel, který listinu padělá sám, ale i ten, kdo jí užije jako pravé. Za tento trestný čin bylo v roce 2015 odsouzeno výrazně více cizinců než občanů ČR,⁹ což představuje výjimku, pokud jde o ostatní trestnou činnost. Dá se tak předpokládat, že předkládání padělků bude souviseť buď se správními řízeními o povolení k pobytu, nebo právě s neoprávněným vstupem na území. V roce 2015 bylo Policií ČR zdokumentováno celkem 204 těchto případů, kdy největší skupinu tvořili, možná překvapivě, občané Ruska. Ve statistických však nenajdeme údaj, kolik osob předkládalo padělané doklady a případně kolik z nich bylo řešeno trestněprávně za užití padělaného dokladu. Nicméně dle vyjádření Organizace pro pomoc uprchlíkům, která monitoruje situaci na letišti, zaevidovala v roce 2016 minimálně 10 a v roce 2017 (ke konci června) 7 případů, řešených trestněprávním postihem s tím, že oproti obdobím před tzv. migrační krizí počty případů řešených uvedeným postihem narostly.

V dalším textu se zaměřím detailně na dva případy občanů Srí Lanky, kteří byli v roce 2015, resp. 2016, odsouzeni právě za neoprávněný vstup na území ČR (potažmo EU) na základě padělaných dokladů.

2. SKUTKOVÉ OKOLNOSTI PŘÍPADŮ A SOUDNÍ ROZHODNUTÍ

Skutkové okolnosti prvého případu jsou následující: občan Srí Lanky tamilské národnosti přcestoval do ČR v září 2015 z Indie, kde se zdržoval delší dobu. Při pasové kontrole na letišti Václava Havla předložil padělaný doklad.

pobytové kontrole neregulérním dokladem. Zpráva je dostupná z: <http://www.mvcr.cz/soubor/2017-06-07-zprava-o-migraci-a-integraci-2016-pdf.aspx>

⁸ Odst. 1: „Kdo padělá veřejnou listinu nebo podstatně změní její obsah v úmyslu, aby jí bylo užito jako pravé, nebo kdo užije takové listiny jako pravé, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta nebo peněžitým trestem“.

⁹ Dle statistik Českého statistického úřadu za rok 2015 bylo odsouzeno dle citovaného ustanovení 122 občanů ČR a 207 cizinců. Český statistický úřad. *Data – Kriminalita cizinců, Odsouzení podle paragrafů trestního zákona v roce 2015 (tr. z. 40/2009 Sb.)* [online]. Dostupné z: https://www.czso.cz/csu/cizinci/4-ciz_kriminalita#cr

Údajně chtěl požádat o mezinárodní ochranu už na letišti, ale cizinecká policie na to nereagovala, resp. přítomný tlumočník z tamilského jazyka mu poskytl zcela zavádějící informace stran probíhajícího řízení a postupů policie.¹⁰ Tvrďil, že Srí Lanku a následně i Indii musel opustit v důsledku hrozby pronásledování, které bylo motivované aktivistickou činností otce.

Cizinecká policie jej zadřžela a s podezřením na spáchání trestného činu byl zkонтaktován státní zástupce. Následně bylo kriminální policií zahájeno trestní stíhání jmenovaného pro trestný čin padělání a pozměnění veřejné listiny podle § 348 odst. 1 trestního zákoníku.¹¹ Obvodní soud pro Prahu 6 rozhodl o vzetí obviněného do vazby,¹² odkud dotyčný později požádal prostřednictvím zástupce o mezinárodní ochranu. Po dalších dvou měsících soud v hlavním líčení rozsudkem č. j. 16 T 115/2015 ze dne 18. 11. 2015 uložil cizinci trest ve výměře tří měsíců odnětí svobody nepodmíněně. Vzhledem k tomu, že stejnou dobu už jmenovaný pobýval ve vazbě, byl v prosinci 2015 z výkonu trestu propuštěn.

V druhém případě se jednalo také o muže tamilské národnosti, který tranzitoval přes Indii a Turecko a na letišti Václava Havla se v prosinci 2015 prokázal cestovním dokladem jiné osoby, který obsahoval padělek schengenského výstupního razítka. V tomto případě dotyčný rovněž tvrdil, že chtěl na letišti požádat o mezinárodní ochranu, ale cizinecká policie mu to neumožnila, resp. tlumočník netlumočil rádně a nestraňně. Důvodem jeho útěku ze Srí Lanky bylo pronásledování bezpečnostními složkami, zejména armádou v důsledku (údajného) napojení jeho sestry na separatistickou organizaci LTTE.

Cizinecká policie na letišti opětovně zkонтaktovala státního zástupce, bylo zahájeno trestní stíhání a cizinec byl vzat do vazby.¹³ O mezinárodní ochranu požádal až prostřednictvím právního zástupce z výkonu vazby. Obvodním soudem pro Prahu 6 byl následně odsouzen k osmi měsícům odnětí svobody nepodmíněně a trestu vyhoštění na dobu čtyř let.

¹⁰ Nutno poznamenat, že se nejednalo o tlumočníka zapsaného v seznamu Ministerstva spravedlnosti ČR, neboť ti nejsou z tamilského jazyka k dispozici. Policie i soud tak postupují dle § 24 zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů. Tlumočníka ustanoví na základě slibu dle § 6 uvedeného zákona, ačkoliv nemusí splnit podmínky pro tlumočníky jinak povinné, jako například bezúhonnost. Zároveň se velice těžko ověřuje skutečná znalost jazyka.

¹¹ Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

¹² V této fázi neměl cizinec žádného právního zástupce a po vyhlášení usnesení se sám vzdal práva na podání stížnosti, tudíž usnesení neobsahovalo odůvodnění.

¹³ I zde chyběl právní zástupce a obviněný se na místě vzdal práva na podání stížnosti proti vazbě.

Odůvodnění nalézacího soudu bylo v prvém případě následující: „Obžalovaný v průběhu přípravného řízení trestní činnost v plném rozsahu doznal, uvedl, že jeho cílem bylo dostat se do Francie, o níž se doslechl, že přijímá uprchlíky a Česká republika pro něj byla pouze tzv. tranzitní zemí, za cestovní pas bylo zaplaceno 100 rupií a tento mu zajistili rodiče. Soud neměl důvod o pravdivosti výpovědi obžalovaného z přípravného řízení pochybovat. Oproti tomu soud neuvěřil tvrzení obžalovaného z hlavního líčení, že chtěl požádat o azyl v České republice, neboť je pronásledován v Indii, kam měl rovněž přijít ze Srí Lanky jako uprchlík. Obžalovaný dle svého tvrzení je od 10 let věku uprchlíkem, je mu tedy nepochyběně známo, jak by měl uprchlík kdekoli na světě postupovat v případě, že chce požádat o azyl, tj. ihned při prvním vstupu na půdu daného státu vyhledat vykonavatele veřejné moci a požádat o mezinárodní ochranu. Uvedený postup je obecným, snadno dovoditelným postupem, platným po celém světě, tedy nejedná se o žádné specifickum České republiky. Obžalovaný nic z toho neučinil, naopak předložil pozměněný cestovní pas, jak vyplývá z odborného vyjádření, ve snaze zastřít svou skutečnou identitu a pomocí padělaného francouzského víza se dostat do schengenského prostoru, s největší pravděpodobností do Francie. Tedy obžalovaný veřejnou listinu (ve smyslu § 131 odst. 2 tr. zákoníku) s podstatně změněným obsahem užil jako pravou, čímž naplnil skutkovou podstatu přečinu padělání a pozměnění veřejné listiny podle § 348 odst. 1 alinea první trestního zákoníku, přičemž s ohledem na skutečnost, že obžalovaný není ani nebyl občanem Indické republiky, neprošel standardním správním řízením v rámci vydávání cestovního pasu, ale uvedený pozměněný doklad zakoupil a následně užil jako pravý, jednal v úmyslu přímém, spočívajícím v tom, že se pokusil pomocí pozměněného cestovního dokladu zastřít svou pravou identitu. [...] Při ukládání trestu rozhodoval soud v souladu s ustanoveními v § 39, § 41, § 42, § 55 odst. 2 tr. zákoníku a dospěl k následujícím závěrům: Jako okolnost polehčující soud hodnotí skutečnost, že obžalovaný je až doposud osobou bezúhonnou. Doznaní obžalovaného soud nehnadnotil ani jako okolnost polehčující, ani jako okolnost přitežující, neboť uvedené doznaní bylo učiněno pod těhou důkazů, nikoli z vlastního pohnutí myslí obžalovaného. Jako okolnost polehčující soud nehnadnotí ani údajné pronásledování, neboť z výpovědi obžalovaného není jasné, proč by měl být pronásledován Tamilci, tím spíše, proč by se měli tamilští tygři snažit ho v Indii čítající více než miliardu obyvatel, vyhledávat a zde ho pronásledovat, když sám uvedl, že v době, kdy s rodiči uprchl ze Srí Lanky, byl ještě dítě. Soud

tak dospěl k závěru, že trestem odpovídajícím jak všem okolnostem případu, tak i osobnosti obžalovaného je trest odnětí svobody v trvání 3 měsíců, pro jehož výkon soud obžalovaného zařadil do věznice s dozorem, neboť obžalovaný až doposud nebyl v přímém výkonu trestu odnětí svobody, přičemž soud současně dospěl k závěru, že uložení trestu nespojeného s odnětím svobody obžalovaného, by nevedlo k jeho nápravě.¹⁴

V případě druhého cizince bylo zdůvodnění nalézacího soudu obdobné s tím, že však chybělo zdůvodnění restriktivnějšího trestu: „*Obžalovaný v průběhu přípravného řízení trestnou činnost v plném rozsahu doznal, doznal rovněž, že věděl, že prokazování se pozměněným cestovním pasem je trestné, přes to se však daného jednání dopustil. Jako důvod svého jednání uvedl, že se chtěl dostat do Francie za přítelem. Tato výpověď obžalovaného je pak podporována rovněž úředními záznamy a protokolem o vydání hmotné věci, kdy skutečnost, že byl doklad pozměněný, je dokládána odborným vyjádřením z oboru kriminalistika, technické zkoumání dokladů a písemnosti. Tím, že obžalovaný předložil upravený cestovní doklad, který mu navíc nepatřil, tak ve všech zákonních znacích naplnil skutkovou podstatu přečinu padělání a pozměnění veřejné listiny podle § 348 odst. 1 věta druhá tr. zákoníku, když jak je patrné z jeho výpovědi z přípravného řízení, jednal v úmyslu přímém. [...] Při ukládání trestu rozhodoval soud v souladu s ustanoveními v § 39, § 41, § 42, § 55 odst. 2 tr. zákoníku a dospěl k následujícím závěrům: Jako okolnost polehující soud hodnotí skutečnost, že obžalovaný je osobou až doposud zcela bezúhonnou, jako okolnost přitěžující naopak soud hodnotí skutečnost, že obžalovaný se jednání dopustil v úmyslu přímém, kdy jeho cílem bylo jakýmkoli způsobem se dostat do Francie. V tomto kontextu se pak jeví tvrzení obžalovaného o údajném pronásledování jako krajně nedůvěryhodné, neboť pokud by obžalovaný skutečně pronásledovaným ve své zemi byl, zajisté by sám sdělil celní kontrole svou pravou identitu a nečekal by, až bude uvedená skutečnost zjištěna, respektive až na tuto skutečnost vznikne podezření. Soud tak pokládá za odpovídající jak všem okolnostem případu, tak i osobnosti obžalovaného trest odnětí svobody trvání 8 (osmi) měsíců. [...] Dále pak soud obžalovanému uložil podle § 80 odst. 1, odst. 2 tr. zákoníku i trest vyhoštění na dobu 4 (čtyř) let¹⁵*

¹⁴ Rozsudek Obvodního soudu pro Prahu 6 ze dne 18. 11. 2015, č. j. 16 T 115/2015.

¹⁵ Rozsudek Obvodního soudu pro Prahu 6 ze dne 29. 3. 2016, č. j 16 T 24/2016.

Přesto, že v obou případech rozhodoval tentýž soud, nebylo zdůvodněno, proč soud v chronologicky pozdějším případě¹⁶ přikročil k přísnější sankci a navíc k udělení trestu vyhoštění. Odvolací soud k této námitce uvedl: „[T]o, že nalézací soud, stejná samosoudkyně, v jiném řízení neuložila trest vyhoštění, nemůže být důvodem pro to, aby takový trest nadále ukládán nebyl, neboť se jednalo o jinou trestní věc a odvolacímu soudu samozřejmě nejsou známy důvody, proč tak neučinila a ani není v jeho možnostech odvolacímu soudu takové rozhodnutí přezkoumávat.“¹⁷

První výtkou vůči trestněprávnímu postihu je absence společenské škodlivosti a nenaplnění podmínek § 12 odst. 2 trestního zákoníku. V rámci obou trestních řízení bylo argumentováno, že prokazování se cizími doklady jako vlastními při příchodu na území, zejména ve snaze uniknout pronásledování, nemá být postihováno dle trestního zákona, ale je typicky řešeno na úrovni zákona o pobytu cizinců.

Dále, trest odnětí svobody byl trestem zcela nepřiměřeným. Dle § 55 odst. 2 trestního zákoníku: „*Za trestné činy, u nichž horní hranice trestní sazby odnětí svobody nepřevyšuje pět let, lze uložit nepodmíněný trest odnětí svobody jen za podmínky, že by vzhledem k osobě pachatele uložení jiného trestu zjevně nevedlo k tomu, aby pachatel vedl rádný život*“.¹⁸ Citovaném ustanovení je zdůrazněna „vyjímcenosť nepodmíněného trestu odnětí svobody za trestné činy s typově nižší závažností. Toto ustanovení je jedním z projevů tzv. depenalizace a promítá se v něm zásada pomocné role trestní represe (subsidiarity trestní represe)“. Citované ustanovení svou dikcí neumožňuje uložení nepodmíněného trestu odnětí svobody kromě situací v něm výslově uvedených. Obvodní soud pro Prahu 6 ani odvolací soud se k výše citovanému ustanovení, které klade pro nepodmíněné tresty odnětí svobody striktní mantinely, v obou věcech nevyjádřily.

Nalézací i odvolací soud v obou věcech v rozporu se zásadami rádného a objektivního dokazování rovněž (ne)hodnotily polehčující okolnosti, resp. jako relevantní hodnotily okolnosti azylového příběhu obviněných, ovšem vždy negativně. Konkrétně u druhého případu nalézací soud v rozporu se spisovým materiélem tvrdil, že se cizinec snažil dostat do Francie. Odvolací

¹⁶ Tentýž rozsudek.

¹⁷ Usnesení Městského soudu v Praze ze dne 24. 5. 2016, č. j. 9 To 194/2016.

¹⁸ JELÍNEK, J. a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou*, 3. vydání. Praha: Leges, 2012, s. 94.

soud¹⁹ v rozporu s tvrzením obžalovaného²⁰ uvedl, že důvodem odchodu ze země byla skutečnost, že odsouzený nechtěl nastoupit do armády a že nebyl politicky či nábožensky pronásledován.

Ve druhém případě se věc dostala k Nejvyššímu soudu ČR, který ve svém usnesení č. j. 3 Tdo 1602/2016-30 ze dne 5. 4. 2017 dal z velké části výše specifikovaným námítkám za pravdu. Konstatoval, že z formálního hlediska sice čin naplňoval znaky trestného činu dle § 348 trestního zákona²¹, ale společenská nebezpečnost zde dána nebyla. Soud k tomu uvedl: „*Dovolateli je v prvé řadě třeba přisvědčit v tom, že již odůvodnění odsuzujícího rozsudku je v uvedeném směru prosto jakýchkolí úvah a ani odvolací soud v rámci svého přezkumu na námítku obviněného, podle níž jeho jednání vykazovalo znaky typický správního deliktu podle zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů, nereagoval odpovídajícím způsobem. Závěr na s. 5 písemného vyhotovení napadeného usnesení, podle něj jednání obviněného evidentně spadá do roviny trestněprávní a z povahy věci u ně nepostačí uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu, odůvodnil úvahami, jež především neměly oporu v provedených důkazech. To se týká zejména jeho konstatování, že dovolatel byl k opuštění své vlasti veden pouze neochotou vykonat vojenskou službu, aniž by byl pronásledován, ať už z politických či náboženských důvodů. Z předloženého procesního spisu předně nevyplývá, že by se někdy obviněný*

¹⁹ Usnesení Městského soudu v Praze ze dne 24. 5. 2016, č. j. 9 To 194/2016.

²⁰ V protokolu o výslechu obviněného ze dne 29. 12. 2015 bylo uvedeno: „Do ČR jsem přecestoval včera [...] z důvodu, že jsem měl na Srí Lance problémy s armádou. Chtěl jsem zůstat tu někde v Evropě, přesné místo nevím, Nemám srílanský pas, jen ten indický, který jsem předložil mi zařídil jeden muž na Srí Lance, jehož jméno nevím [...]. Jen chci uvést, že se již nechci vrátit na Srí Lanku a chci požádat v jakékoli evropské zemi o azyl.“

²¹ „Předně je nutno v obecné rovině připomенout, že přičinu padělání a pozměnění veřejné listiny podle § 348 odst. 1 věta druhá tr. zákoníku se dopustí mimo jiné ten, kdo přechovává padělanou veřejnou listinu nebo veřejnou listinu, jejíž obsah byl podstatně změněn, v úmyslu, aby jí bylo užito jako pravé. Paděláním veřejné listiny podle § 348 odst. 1 věta první tr. zákoníku se rozumí úplné vyhotovení nepravé (falešné) listiny, která má vyvolat dojem listiny vydané příslušným orgánem a předeepsaným způsobem. O podstatnou změnu obsahu veřejné listiny jde zejména tehdy, jestliže se změna dotkne podstaty listiny; tj. jsou v ní změněny údaje o těch skutečnostech, které pravá listina osvědčuje. Jsou-li výše uvedená teoretická východiska aplikována na nyní posuzovaný případ, lze dovodit, že stíhaný skutek dovolatele formální znaky přičinu podle § 348 odst. 1 věta druhá tr. zákoníku naplnil. Opatření cestovního pasu padělkem razítka, jež má osvědčovat do té míry významnou skutečnost, jako je oprávnění jeho držitele ke vstupu do schengenského prostoru, je podstatnou obsahovou změnou veřejné listiny, jak má na mysli ustanovení § 348 odst. 1 tr. zákoníku. Potud tedy Nejvyšší soud argumentaci dovolatele za důvodnou nepovažoval.“

v podobném smyslu sám vyjádřil, a zároveň v něm není založen ani žádný doklad, z nějž by bylo možné na takovou jeho motivaci usuzovat. Závěr odvolacího soudu o nutnosti vyvození trestněprávní odpovědnosti obviněného za posuzované jednání je tedy ničím nepodložený a za daných okolností minimálně předčasný. Již tím je napadené usnesení zatíženo vadou spočívající v jeho nepřezkoumatelnosti a tím i protiústavnosti, pro niž nelze na jeho právní moci spravedlivě trvat.

Obviněný v řádném opravném prostředku dostatečně zdůvodnil, v čem podle jeho přesvědčení uložené tresty odporují zákonným hlediskům, a uvedl konkrétní ustanovení trestního zákoníku, která měla být soudem prvního stupně porušena. Ani s touto jeho argumentací se odvolací soud dostatečně nevypořádal; rozhodně se tak nestalo stručnou rekapitulací jednání dovoletače a poukazem na jeho snahu „zneužít Českou republiku jako tranzitní zemi na cestě do Francie“ a na něj navazujícím konstatováním, že za daných okolností si lze těžko představit, že ... by mu mohl být uložen jiný než nepodmíněný trest. Takové odůvodnění uložené trestní sankce za přesvědčivé v žádném případ pokládat nelze.“

3. UKLÁDÁNÍ TRESTU VYHOŠTĚNÍ A ŘÍZENÍ O MEZINÁRODNÍ OCHRANĚ

Uložení trestu vyhoštění cizinci, který žádá o mezinárodní ochranu, je problematické zejména pro střet se zásadou *non-refoulement*. Je sice nutno hodnotit pozitivně, že trestní řád již na souběh těchto dvou protichůdných řízení od novely č. 345/2007 Sb. pamatuje. Nicméně právní úprava ponechává nepokrytou celou řadu otázek, které mohou v praxi vést k problematické aplikaci.

Ustanovení § 350b odst. 4 trestního řádu v účinném znění stanoví, že: „*Požádal-li odsouzený k trestu vyhoštění o udelení mezinárodní ochrany podle zvláštního právního předpisu, a nejde-li o žádost zcela zjevně nedůvodnou, předseda senátu na žádost odsouzeného nebo i bez takové žádosti odloží výkon trestu vyhoštění. O odložení výkonu trestu vyhoštění z tohoto důvodu předseda senátu vyrozumí orgán příslušný k řízení o udelení mezinárodní ochrany podle zvláštního právního předpisu a zároveň jej požádá, aby mu neprodleně po ukončení řízení oznámil, jakým způsobem bylo o žádosti rozhodnuto.*“

Jako první se nabízí otázka, jak vykládat sousloví „*na žádost odsouzeného, nebo i bez takové žádosti výkon trestu odložit*“. Je povinností soudu rozhodnout o odložení výkonu vyhoštění, i když o to odsouzený nepožádá a probíhá řízení o mezinárodní ochraně? A v jakém časovém horizontu by tak soud měl učinit?

Další otazník vyvstává nad tím, zda posouzení „zcela zjevně nedůvodné žádosti“, která odklad výkonu vyhoštění nezpůsobí, má provádět trestní soud. Nebo má naopak vycházet z toho, zda ji za takovou označilo samo Ministerstvo vnitra dle § 16 zákona č. 325/1999 Sb., o azylu (dále jen „zákon o azylu“), který upravuje tzv. zjevně nedůvodné žádosti? Pokud si představu o důvodnosti žádosti má udělat sám trestní soud, z jakých podkladů by měl vycházet? Jak bylo ilustrováno výše, trestní soudy nemají k dispozici spisový materiál z řízení o mezinárodní ochraně. Jejich informace o důvodech žádosti o mezinárodní ochranu obviněného jsou kusé, resp. jednoduše nedostačující. A pokud by měl soud zohlednit názor ministerstva v rozhodnutí o mezinárodní ochraně, tedy zda žádost byla zamítnuta jako zjevně nedůvodná, jak postupovat v případě podané správní žaloby ve věci mezinárodní ochrany? A v neposlední řadě, jak by měla postupovat policie, která na žádost soudu dle § 350d trestního řádu zajišťuje vyhoštovanému cestovní doklad?

V tomto druhém popisovaném případě Obvodní soud pro Prahu 6 po právní moci rozsudku²² (25. 5. 2016) o odložení výkonu trestu vyhoštění sám z úřední povinnosti nerozhodl. Proto žádost o odklad trestu vyhoštění podal cizinec dne 15. 8. 2016 z vlastní iniciativy. Dne 19. 8. 2017 rozhodl Obvodní soud pro Prahu 6 o vzetí cizince do vyhošťovací vazby. Ta byla následně dne 30. 8. 2016 nahrazena peněžitou zárukou a výkon trestu vyhoštění byl odložen do ukončení řízení o mezinárodní ochraně. Trestní soud nakonec výkon trestu vyhoštění odložil s ohledem na to, že žádost o mezinárodní ochranu nebyla zcela zjevně nedůvodná. Dále soud poukázal na to, že špatná situace v oblasti dodržování lidských práv na Srí Lance je dle jeho názoru všeobecně známá, a odsouzený zároveň vypověděl, že byl stíhaný policií. Protokol z řízení o mezinárodní ochraně ani jiné části spisového materiálu si trestní soud samostatně nevyžádal.

Nehledě na probíhající řízení o mezinárodní ochraně byl odsouzený cizinec ode dne 25. 5. 2016 do 30. 8. 2016 bezprostředně ohrožen vyhoštěním. Potenciálně tak vyvstával rozpor se závazky plynoucími nejen z článku 33 Úmluvy o právním postavení uprchlíků, ale i článkem 3 Úmluvy o ochraně

²² Opětovně rozsudek Obvodního soudu pro Prahu 6 ze dne 29. 3. 2016, č. j 16 T 24/2016.

lidských práv a základních svobod a článkem 7 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Cizinecká policie totiž od června 2016 jednala se zastupitelským úřadem Srí Lanky o vydání cestovního dokladu pro odsouzeného.

Tento postup je zcela zjevně v rozporu s § 19 odst. 2 zákona o azylu, podle kterého české úřady žádným způsobem nesmí kontaktovat tzv. původce pronásledování, tedy orgány státu původu. Kontaktování ambasády je přitom typickým příkladem porušení tohoto pravidla.

Skutečnost, že žadateli byl v mezidobí uložen trest vyhoštění, na výše uvedeném dle mého názoru nic nemění. Zákon o azylu je k trestnímu řádu ve vztahu *lex specialis* a tyto principy plynou i z charakteru mezinárodních závazků citovaných výše.

Tuto argumentaci však cizinecká policie v rámci stížnosti podané dle § 175 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů odmítla. Údajně vykonávala trest vyhoštění na pokyn soudu dle § 350b trestního řádu, který žádal o vydání dokladů odsouzenému a věděl, že byl žadatelem o udělení mezinárodní ochrany.²³

4. ZHODNOCENÍ PRÁVNÍ ÚPRAVY A SOUČASNÉ PRAXE

Zůstává nejasné, na základě jakých právních kritérií státní orgány neoprávněný vstup cizince na území (včetně použití falešných dokladů) řeší v některých případech dle § 119 zákona o pobytu cizinců, v jiných dle trestního zákona.²⁴ Minimálně s ohledem na zásadu právní jistoty považují tuto skutečnost za problematickou.

Velice podstatný je však i kontext evropského práva. Tzv. návratová směrnice²⁵ předpokládá, že členské státy budou řešit navracení cizinců, kteří vstoupili či pobývali neoprávněně spíše ve správním řízení, nikoliv ukládat trestní sankce. Ačkoliv judikatura Soudního dvora Evropské unie potvrдила, že trestněprávní pravomoci členských států není návratovou směrnicí

²³ V soudním spise však tento pokyn, resp. slovy Ředitelství služby cizinecké policie *nařízení výkonu trestu vyhoštění* nebyl založen.

²⁴ Zde bych ráda poukázala na případ dvou žen, které byly v červnu 2017 na letišti Václava Havla za použití falešných dokladů při pasové kontrole cizineckou policií sankcionovány také pokutou ve výši 500 Kč.

²⁵ 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.

vyloučena, nesmí postupy členských států ohrozit cíle směrnice či být v rozporu s právem Unie.²⁶ Postupy orgánů veřejné správy by tak měly směřovat k tomu, aby jako první krok provedly rozlišení osob, které oprávněně hledají ochranu před pronásledováním a vážnou újmem, od těch, které mohou v souladu s právní úpravou i mezinárodními závazky navracet zpět.

Řešení cestou trestního stíhání potenciálních uprchlíků má podstatné důsledky z hlediska ochrany práv cizinců. Předně právní úprava souběhu trestu vyhoštění a řízení o mezinárodní ochraně nechává tolik otazníků, že v praxi hrozí bezprostřední porušení článku 33 Úmluvy o právním postavení uprchlíků a článku 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a svobod. Trestní řád, na rozdíl od zákona o pobytu cizinců v § 119a odst. 1, nikde explicitně neučiní povinnost plynoucí z článku 31 Úmluvy o právním postavení uprchlíků nesankcionovat uprchlíky za neoprávněný vstup na území. V praxi, jak je vidno, to vede k tomu, že trestní soudy zdůvodnění uprchlíků pro neoprávněný vstup nedokážou reflektovat.

Trestní soudy nemají dostatek informací a často ani dostatek znalostí k tomu, aby posoudily odůvodněnost žádosti o mezinárodní ochranu. Musejí by tak cítit v intencích Úmluvy o právním postavení uprchlíků,²⁷ kvalifikační směrnice i zákona o azylu.²⁸ V důsledku toho se pak velice těžko posuzuje možnost (ne)udělení trestu vyhoštění i otázka jeho odložení. Zároveň trestní řád ani zákon o azylu podrobněji neřeší případnou spolupráci mezi trestními soudy a Ministerstvem vnitra (Odborem azylové a migrační politiky) při poskytování spisového materiálu apod. Rovněž mám za to, že umístnění cizince (uprchlíka), který právě vstoupil na území, do vazby a následně výkonu trestu prakticky ztěžuje uplatňování jeho práv, včetně využití možnosti požádat o mezinárodní ochranu.²⁹

Domnívám se, že restriktivní přístupy státních orgánů v důsledku migrační krize, spočívající v trestněprávních sankcích, nevedou ke sledovaným cílům Evropské unie v oblasti migrační politiky, například efektivním návratům nelegálně pobývajících cizinců. Spiše ohrožují práva jednotlivců, které jim zaručuje nejen právo Unie, ale i český ústavní pořádek.

²⁶ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 28. 4. 2011 ve věci C-61/11 PPU.

²⁷ Soudní přezkum rozhodnutí ve věcech mezinárodní ochrany je dle § 31 odst. 2 s. ř. s. také svěřen specializovaným samosoudcům.

²⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/33/EU ze dne 26. června 2013, kterou se stanoví normy pro přijímání žadatelů o mezinárodní ochranu (přepracované znění).

²⁹ V obou popsaných případech měli cizinci vzhledem k jazykové bariéře problém s personálem, kontaktováním se s rodinou a právním zástupcem a omezením komunikace ve výkonu vazby obecně.

XV. Environmentální migrace z pohledu uprchlického práva a v systému ochrany lidských práv

PAVLÍNA LUKAŠÍKOVÁ*

1. ÚVOD

V souvislosti s migrací obyvatel vzniká řada společenských vztahů, do kterých právo zasahuje různou měrou podle typu migrace. Právo přiznává migrantům různá práva a povinnosti i podle důvodů, které tyto osoby vedly k přesídlení. Těchto důvodů může být mnoho. Účelem tohoto příspěvku je přinést přehled a zhodnocení toho, jakým způsobem dopadá platná právní úprava na migraci obyvatelstva způsobenou změnami životního prostředí s důrazem na postavení environmentálních migrantů v systému udělování mezinárodní ochrany a v systému ochrany lidských práv.

Migrace jako reakce na změnu životního prostředí není novým jevem. Lze se s ní setkat od pravěku. Například podle archeologických výzkumů v oblasti Mezopotámie byl příchod delšího období sucha příčinou téměř totálního opuštění severních oblastí a přílivu uprchlíků do dolní Mezopotámie (cca 2200 let před n. l.). Mezi řekami Eufrat a Tigris byla vybudována 180 km dlouhá zeď, která měla zabránit dalším vlnám přistěhovalců ze severu.¹ Předmětem odborného zájmu však začaly být vztahy mezi environmentální degradací a migrací obyvatel až v 70. letech 20. století, v souvislosti s prudkým růstem populace v některých částech světa a s tím související

* Kancelář veřejného ochránce práv, Brno. Příspěvek vychází z diplomové práce obhájené na Katedře práva životního prostředí a pozemkového práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně.

¹ POKORNÝ, P. Globalizace sucha. In: BÁRTA, M., KOVÁŘ, M., FOLTÝN, O. (eds.) *Povaha změny: bezpečnost, rizika a stav dnešní civilizace*. Praha: Vyšehrad, 2015, s. 78.

obavou z nedostatku zdrojů.² V posledním desetiletí se bádání v této oblasti stále více rozvíjí.

Důvodů, proč je nyní tématu environmentální migrace na odborné úrovni věnováno stále více pozornosti, je několik.³ V prvé řadě jsou to poznatky o antropogenních základech změn životního prostředí. Minimum přírodních katastrof lze považovat za ryze „přírodního“ původu. Ve většině případů hraje roli kombinace jak přírodních, tak sociálních faktorů (včetně ekonomických a politických).⁴ Nejde tedy jen o situace na vůli lidí nezávislé a mnohdy bude možné jim předejít. Dalším důvodem je velké množství lidí, kterých se environmentální migrace může dotýkat.⁵ Nakonec je to rychlosť, s jakou dochází ke změně klimatu a k jeho důsledkům (extrémní výkyvy počasí, rostoucí teploty, stoupající hladina moře, tání ledovců, změny srážkových úhrnnů, častější sucha a jiné jevy). Z těchto důvodů způsoby, jakými se lidé dosud vypořádávali se změnami životního prostředí, nemusí nově fungovat a bude potřeba vytvořit nové strategie zvládání těchto změn.

-
- ² ŽÁKOVSKÁ, K.. Postavení a ochrana environmentálních migrantů v mezinárodním právu. In: HONUSKOVÁ, V., FLÍDROVÁ, E., JANKŮ L. a kol. (eds.) *Dnes migranti – zítra uprchlíci?: postavení miigrantů, kteří potřebují ochranu, v mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2014. Studie z lidských práv č. 8, s. 48. V roce 1976 použil Lester Brown a kol. termín „ekologicky“ uprchlík (*ecological refugee*, slovo „ecological“ uvedeno v uvozovkách) ve zprávě nevládní organizace Worldwatch Institute. Vztahoval se k lidským a živočišným populacím zejména v oblasti subsaharské Afriky, které jsou nucené ustupovat před rozšiřující se pouští a erozí půdy. Tyto populace ale vytvářejí větší tlak na okrajovou území, kam se přesídľují, neúměrně zatěžují půdu, odlesňují ji, a tím dochází k její další degradaci rychlejším tempem. Viz BROWN, L. R., MCGRATH, P. L., STOKES, B. *Twenty-Two Dimensions of the Population Problem* [online]. Washington D. C.: Worldwatch Institute, 1976, World Watch Paper 5, s. 39 [cit. 2017-01-25]. Dostupné z: <http://files.eric.ed.gov/fulltext/ED128282.pdf>
- ³ MCADAM, J. *Climate change, forced migration, and international law*. 1 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 3.
- ⁴ WISNER, B., BLAIKIE, P. a kol. *At Risk: Natural Hazards, People's Vulnerability and Disasters* [online]. 2 ed. London: Routledge, 2003, s. 16 [cit. 2017-01-25].
- ⁵ Budoucí odhady počtu migrujících osob se různí od 25 milionů do 1 miliardy do roku 2050 (viz International Organization for Migration. *A Complex Nexus* [online] [cit. 2017-01-30]. Dostupné z: <https://www.iom.int/complex-nexus>). Přesto je třeba tyto odhady brát s rezervou kvůli terminologické nejednotnosti pojmu environmentální migrace a faktické nemožnosti izolovat environmentální důvody jako jedinou příčinu migrace.

2. POJEM, PŘÍČINY, KATEGORIZACE

Neexistuje žádná legální definice pojmu environmentální migrace. V odborných kruzích neexistuje shoda ani na žádné doktrinální definici. V literatuře se lze setkat se dvěma základními přístupy. První z nich je radikálnější. Jeho zástupci používají pojem environmentální uprchlíci či jeho obměny a předpovídají vlny masové migrace, jejímž primárním důvodem jsou přírodní faktory. Zastávají jej spíše zástupci z oblasti environmentálních, bezpečnostních a strategických studií. Z právního pohledu je ale označení environmentální uprchlík nevhodující a zavádějící, neboť tito „uprchlíci“ nespadají pod mezinárodněprávní definici dle uprchlického práva, i když podle některých autorů by to tak mělo. Nicméně tento výraz nevystihuje všechny možné případy migrace z důvodu změny přírodních podmínek.

Zástupci druhého směru zdůrazňují komplexnost celé problematiky a spíše se uchylují k používání širšího pojmu environmentální migrace. Druhý přístup podporují spíše odborníci z oblasti nedobrovolné migrace (*forced migration*) a uprchlictví.⁶

R. Stojanov, český sociolog a environmentální geograf dlouhodobě se zabývající environmentální migrací, udává jako hlavní příčiny environmentální migrace přírodní katastrofy, kumulativní (pomalé) změny životního prostředí (např. půdní degradace, nedostatek vody, zvýšení hladiny moře), průmyslové katastrofy a znečištění, rozvojové projekty a konflikty spojené s environmentální devastací či válkami o přírodní zdroje.⁷

V roce 2014 představil R. Stojanov a jeho kolegové typologii,⁸ ve které dělí environmentální migranty na environmentálně motivované migrancy, environmentální přesídlence (pozvolné a rychlé) a plánované přesídlence. Toto dělení může být využitelné i z právního pohledu.⁹ První jmenovaní opouštějí

⁶ DUN, O. V., GEMENNE, F. Defining „environmental migration“. *Forced Migration Review* [online]. 2008, č. 31, s. 10 [cit. 2017-01-25]. Dostupné z: <http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/climatechange/dun-gemenne.pdf>

⁷ STOJANOV, R., DUŽÍ, B. Migrace jako adaptace na změnu klimatu. *Mezinárodní vztahy* [online]. 2013, roč. 48, č. 3, s. 12 [cit. 2017-01-25]. Dostupné z: <https://mv.iir.cz/article/view/735>

⁸ STOJANOV, R., KELMAN, I., SHEN, S., DUŽÍ, B. a kol. Contextualising Typologies of Environmentally Induced Population Movement. *Disaster Prevention and Management: An International Journal* [online]. 2014, roč. 23, č. 5, s. 508–523 [cit. 2017-01-25]. Dostupné z: <http://www.emeraldinsight.com/doi/pdfplus/10.1108/DPM-09-2013-0152>

⁹ Využívá jej K. Žákovská, srov. ŽÁKOVSKÁ, K., op. cit. 2, s. 51.

svá bydliště preventivně a relativně dobrovolně kvůli vážné environmentální hrozobě. Environmentální přesídlenci jsou nuceni opustit bydliště kvůli ohrožení životů, životy a prosperity následkem negativního působení environmentálních procesů (pozvolný, váhavý, *slow-onset* přesídlenci) či následkem náhlé přírodní či průmyslové katastrofy (rychlí, okamžití přesídlenci). Třetí kategorii tvoří plánovaní přesídlenci, kteří nuceně opouští své domovy v důsledku plánovaného využití území pro určitou rozvojovou činnost či projekt.

Společným jmenovatelem pro všechny tři navržené kategorie je význam preventivního působení práva s cílem zajistit ochranu životního prostředí a předejít masovému přesídlování obyvatelstva. V čem se ale jednotlivé kategorie liší, je dle K. Žákovské „reaktivní“ role práva, tedy jak právo působí, když k migraci skutečně dojde. V případě environmentálně motivovaných migrantů je role práva nejméně významná. Má chránit možnost osob realizovat volbu: opustit místo svého bydliště, tedy uskutečnit svobodu pohybu. Nejvýznamnější role práva se vyskytuje u třetí kategorie environmentálních přesídlenců, kdy přesně stanovuje, za jakých podmínek je takové přesídlení možné, možnosti zapojit se do rozhodovacích procesů ohledně plánovaných projektů a nahradit nákladů a ztrát spojených s přesídlením. Z právní perspektivy je nejméně jasné postavení environmentálních přesídlenců, zejména pak přesídlenců přeshraničních, kteří opouštějí domovský stát.¹⁰ Právě rozsah ochrany naležící vnějším, přeshraničním přesídlencům je pravděpodobně nejvíce diskutovaným tématem v rámci zkoumání právní ochrany poskytované environmentálním migrantům napříč všemi kategoriemi.

Kromě uvedených kategorií, resp. i v jejich rámci, je pro právní kvalifikaci migrace z důvodu změny přírodních podmínek relevantní rozlišení, zda se jedná o migraci dobrovolnou nebo nucenou, zda dojde k překročení mezinárodních hranic státu či nikoli, do jaké míry je zde politická vůle uznat změnu přírodních podmínek jako příčinu migrace a zda jsou příčinou migrace i lidské faktory, jako např. diskriminace.¹¹ Důležité bude rovněž časové hledisko, zda jde o migraci dočasné (do 1 roku), dlouhodobou (1–3 roky) nebo trvalou.

Typové různorodosti environmentální migrace odpovídá rozličnost právních aspektů tohoto fenoménu. Dotčeno může být mnoho právních odvětví a jejich norem podle charakteru migrace i fáze: před, během a až po samotné migraci. Azylové a uprchlické právo může dopadat jen na kategorii vnějších

¹⁰ Tamtéž.

¹¹ MCADAM, J., op. cit. 3, s. 17.

environmentálních přesídlenců, zatímco ochrana prostřednictvím lidských práv je myslitelná pro všechny kategorie environmentálních migrantů.

3. AZYLOVÉ A UPRCHLICKÉ PRÁVO

V rámci azylového a uprchlického práva připadá v úvahu rozbor pouze kategorie nucené a přeshraniční migrace. Z hlediska typologie navržené R. Stojanovem¹² jde výhradně o osoby spadající do kategorie environmentálních přesídlenců.

3.1 Univerzální úroveň

Základním právním pramenem uprchlického práva na univerzální úrovni je Úmluva o právním postavení uprchlíků z roku 1951 ve znění Protokolu z roku 1967 (dále také „Ženevská úmluva“).¹³ Zakotvuje definici uprchlíka, uprchlický status a zásadu *non-refoulement*. Tvoří základní standard práv a výhod přiznaných vymezené skupině osob spadající pod definici uprchlíka. Úmluva neupravuje žádný speciální kontrolní mechanismus, který by sloužil k výkladu definice uprchlíka, sjednocoval rozdílnou praxi států nebo stanovoval sankce za nedodržení.¹⁴

Dle čl. 1 Ženevské úmluvy je uprchlíkem jakákoli osoba, která se „[...] nachází mimo svou vlast a má oprávněné obavy před pronásledováním z důvodů rasových, náboženských nebo národnostních nebo z důvodů příslušnosti k určitým společenským vrstvám nebo i zastávání určitých politických názorů, je neschopna přijmout, nebo vzhledem ke shora uvedeným obavám, odmítá ochranu své vlasti“.¹⁵ K tomu se navíc na osobu nesmí vztahat vylučující (exkluzivní) nebo pozastavující (suspenzivní) klauzule.¹⁶

¹² STOJANOV, R., KELMAN, I., SHEN, S., DUŽÍ, B. a kol., op. cit. 8, s. 508–523.

¹³ Úmluva o právním postavení uprchlíků z roku 1951 a Protokol týkající se právního postavení uprchlíků z 31. ledna 1967, vyhlášeny sdělením č. 208/1993 Sb. Ministerstva zahraničních věcí o Úmluvě o právním postavení uprchlíků a Protokolu týkajícím se právního postavení uprchlíků ze dne 26. 11. 1991.

¹⁴ HONUSKOVÁ, V. *Definice uprchlíka a její výklad a aplikace v současném mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova, 2011, s. 44.

¹⁵ Čl. 1 písm. A. 2 Ženevské úmluvy.

¹⁶ Suspenzivní klauzule se nachází v čl. 1 písm. C Ženevské úmluvy, vylučující pak v čl. 1 písm. D, E a zejména F Ženevské úmluvy. Ačkoli by jinak osoba mohla naplnit definici

Aby osobě mohl být přiznán statut uprchlíka, musí kumulativně naplnit tyto prvky definice:

- osoba se nachází mimo svou vlast,
- má oprávněné obavy,
- z pronásledování,
- z minimálně jednoho z taxativně stanovených důvodů:
 - rasy,
 - náboženství,
 - národnosti,
 - příslušnosti k určité společenské vrstvě,
 - zastávání určitých politických názorů,
- není schopna nebo ochotna přjmout ochranu své vlasti,
- nevztahuje se na ni vylučující klauzule.

Z prvního bodu vyplývá, že se musí jednat o osoby, které překročily hranice státu. Vnitřně přesídlené osoby (*internally displaced people*) jsou tak z aplikace Ženevské úmluvy vyloučeny. Dle empirických výzkumů environmentální migrace právě „vnitřní“ (*internal*) migrace v rámci jednoho státu¹⁷ nad přeshraniční migrací převažuje.¹⁸

Z hlediska možné aplikace Ženevské úmluvy na environmentální přesídlence je problematický prvek pronásledování. Úmluva jej nijak nedefinuje, výklad a aplikační praxe i názory nauky se liší. Z původně anglosaské právní oblasti se rozšířil i do dalších zemí výklad¹⁹, dle kterého se pronásledování sestává ze dvou samostatných prvků: existence závažné újmy a selhání vnitrostátní ochrany.²⁰ Tento výklad je implicitně obsažen i v kvalifikační směrnici.²¹

uprchlíka, dle čl. 1 písm. F za uprchlíka uznána nebude, pokud se dopustila zločinu proti míru, válečného zločinu nebo zločinu proti lidstvu.

17 Probíhá zejména z venkovských oblastí do měst. Pokud dochází k přeshraniční migraci, tak hlavně do sousedního státu.

18 International Organization for Migration. *A Complex Nexus* [online] [cit. 2017-01-30]. Dostupné z: <https://www.iom.int/complex-nexus>

19 Do Belgie, Nizozemska, severských zemí a dalších. Srov. KOSAŘ, D. Nestátní původci pronásledování. In: JÍLEK, D. (ed.) *Společný evropský azylový systém: právní pojem „pronásledování“: sborník*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005. s. 126.

20 HATHAWAY, J. C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworth, 1991. s. 104–105.

21 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 uprchlé nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany (přepracované znění), (dále též „kvalifikační směrnice“).

Závažnou újmou je dle čl. 51 příručky UNHCR vždy ohrožení života či svobody z důvodu rasy, náboženství, národnosti, politických názorů nebo příslušnosti k určité společenské vrstvě. I další případy **vážného porušování lidských práv** by – ze stejných důvodů – rovněž představovaly pronásledování.²² Kvalifikační směrnice v čl. 9 považuje za pronásledování ve smyslu Ženevské úmluvy jednání „*a) svou povahou nebo opakováním dostatečně závažné, aby představovalo vážné porušení základních lidských práv, zejména na práv, od nichž se podle čl. 15 odst. 2 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod nelze odchýlit, nebo b) souběh různých opatření, včetně porušování lidských práv, který je dostatečně závažný k tomu, aby postihl jednotlivce způsobem podobným uvedenému v písmenu a)*“²³ (důraz doplněn).

V souvislosti s environmentální degradací připadá v úvahu porušení řady lidských práv.²⁴ Pojem „pronásledování“ se však vztahuje jen na nejzávažnější porušení lidských práv a důsledky environmentální degradace dosáhnou málodky takové intenzity, aby naplnily požadavek závažné újmy.

Ještě problematičejší je aplikace selhání vnitrostátní ochrany. Na základě role státu lze rozlišovat:

- pronásledování prováděné přímo státem,
- pronásledování státem podporované,
- pronásledování státem tolerované,
- pronásledování, které vzniká, protože stát odmítá nebo není schopen poskytnout adekvátní ochranu.²⁵

²² Čl. 51 Příručky pro určování právního postavení uprchlíků a vybraná doporučení UNHCR z oblasti mezinárodní ochrany [online]. Doplňné vydání. Úřad vysokého komisaře OSN pro uprchlíky, Ženeva, 1992 [cit. 2017-01-30]. Dostupné z: <http://www.unhcr-centraleurope.org/cz/pdf/zakladni-informace/pravni-dokumenty/prirucky-doporupecni-a-stanoviska-unhcr-prirucka-k-postupum-pro-urcovani-pravnih-postaveni-uprchliku-a-vybrana-doporupecni-unhcr-z-oblasti.html>

²³ Čl. 9 č. 1 kvalifikační směrnice. V čl. 9 č. 2 je pak uveden demonstrativní výčet jednání, která mohou být považována za pronásledování: „*a) použití fyzického nebo psychického násilí, včetně sexuálního násilí; b) právní, správní, policejní nebo soudní opatření, která jsou sama o sobě diskriminační nebo jsou prováděna diskriminačním způsobem; c) nepřiměřené nebo diskriminační trestní stíhání nebo trestání; d) odeprění soudní ochrany, které vede k nepřiměřenému nebo diskriminačnímu trestu; e) trestní stíhání nebo trest za odeprění výkonu vojenské služby za konfliktu, jestliže by výkon vojenské služby zahrnoval zločiny nebo jednání spadající mezi důvody vyloučení uvedené v čl. 12 odst. 2; f) jednání namířená proti osobám určitého pohlaví nebo proti dětem“.*

²⁴ K tomu blíže v následující kapitole.

²⁵ HONUSKOVÁ, V., op. cit. 14, s. 78.

Původcem pronásledování musí být buď přímo stát, nebo lze uznat i nestátní původce pronásledování, ale pouze za situace, kdy stát není schopen nebo ochoten poskytnout odpovídající ochranu. Právě přičitatelnost závažné újmy státu, ať už za omisivní, nebo omisivní jednání, by bylo v případě nároku na status uprchlíka na základě environmentálních důvodů téměř nemožné dokázat. Příkladem by mohla být situace, kdy porušováním norem k ochraně přírody dochází ke globálnímu oteplování a to má za následek potápění ostrova. Ovšem reálná možnost dokázat příčinnou souvislost mezi porušováním norem práva životního prostředí státem původu žadatele o azyl a vzniklou závažnou újmem je téměř nulová.²⁶ Nehledě na to, že environmentální degradace bude zřídka důsledkem špatné ochrany životního prostředí pouze ve státě původu, jak požaduje uprchlické právo. Naopak škody na životním prostředí se mohou projevovat a často projevují v jiných částech světa, než kde příčina vniká.

K naplnění definice uprchlíka je nutná existence kauzálního nexu mezi pronásledováním a důvody stanovenými Ženevskou úmluvou (rasa, náboženství, národnost, příslušnost k určité společenské vrstvě nebo zastávání určitých politických názorů). K pronásledování musí docházet na základě nejméně jednoho z uvedených důvodů. Environmentální důvody zde nemají žádné místo, leda by došlo k současnemu naplnění jiného konvencionálního důvodu. Environmentální migranti by šlo zařadit pod pojem společenská vrstva jen velmi kreativní interpretací,²⁷ která dle mého názoru nemůže obstat a šla by proti smyslu právní úpravy obsažené v Ženevské úmluvě. Podle interpretačních pravidel upravených Vídeňskou úmluvou musí být smlouva „vykládána v dobré vídě, v souladu s obvyklým významem, který je dáván výrazům ve smlouvě v jejich celkové souvislosti, a rovněž s přihlédnutím k předmětu a účelu smlouvy“.²⁸ Definice uprchlíka v Ženevské úmluvě byla původně cílena jen na uprchlíky, jejichž status byl zapříčiněn událostmi, které nastaly před 1. lednem 1951.²⁹ K odstranění časového omezení došlo až přijetím Protokolu z roku 1967. Těžko lze tvrdit, že rozšíření definice

²⁶ HONUSKOVÁ, V. Kdo jsou „nepraví uprchlíci“ a jaké je jejich postavení v mezinárodním právu. In: HONUSKOVÁ, V., FLÍDROVÁ, E., JANKŮ, L. a kol. (eds.) *Dnes mítiganti – zátra uprchlíci?: postavení migrantů, kteří potřebují ochranu, v mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2014. Studie z lidských práv č. 8, s. 18.

²⁷ Tamtéž.

²⁸ Čl. 31 odst. 1 Vídeňské úmluvy o smluvním právu z roku 1969, vyhlášené vyhláškou č. 15/1988 Sb., ministra zahraničních věcí o Vídeňské úmluvě o smluvním právu.

²⁹ HONUSKOVÁ, V., op. cit. 14, s. 37.

uprchlíka nad rámec taxativně stanovených důvodů obsažených v Ženevské úmluvě by odpovídalo jejímu účelu a smyslu.

Z uvedeného lze shrnout, že Ženevská úmluva se na environmentální migranty nevtahuje, neboť obecně jednání, kterému jsou vystaveni, není možné podřadit pod právní pojem pronásledování. Až na krajní případy hrozící újma nebude dostatečně závažná, jednání nebude možné přičíst státu, ani nebude spadat pod žádny z taxativně vymezených důvodů. Přesto za určitých výjimečných okolností by environmentální migranti mohli definici uprchlíka naplnit. Mohlo by se jednat například o následující situace:

- oběti přírodních katastrof prchající ze země původu, neboť jim stát úmyslně odspříl pomoc;
- stát svými opatřeními ohrožuje skupiny lidí závislé na zemědělství v situaci, kdy jsou již ohroženi na existenci zhoršenými přírodními podmínkami;
- stát způsobí hladomor zničením úrody nebo otrávením vody nebo přispívaje k environmentální degradaci půdy či vody;
- stát odmítne přijmout nutnou pomoc od jiných států, např. při likvidaci následků přírodních katastrof;
- stát nepřijme přiměřená opatření k prevenci přírodních katastrof.³⁰

Uvedené výjimky mají společné to, že samotná existence environmentální degradace nestačí, vždy je nutná určitá negativní role státu, ať ve formě aktivního jednání, nebo pasivní nečinnosti, včetně naplnění některého z konvenčních důvodů.

Aplikací Ženevské úmluvy na environmentální uprchlíky se zabývaly soudu Nového Zélandu ve věci pana *Teitiota*, který pochází z ostrovního státu Kiribati ležícího v Tichém oceánu. Žádal na Novém Zélandu o azyl na základě Ženevské úmluvy kvůli stoupající hladině moří jako důsledku globálního oteplování. Dle příslušného tribunálu, který v dané věci rozhodoval, pan Teitiota neprokázal, že v případě návratu na jeho ostrov hrozí jemu a jeho rodině újma dostatečně závažná, aby mohlo být možné aplikovat Ženevskou úmluvu.³¹ Stejně tak nebylo prokázáno, že by vláda Kiribati jakkoli pochybila

³⁰ MCADAM, J., op. cit. 3, s. 49.

³¹ Čl. 74 rozsudku specializovaného tribunálu Nového Zélandu pro cizinecké věci (*New Zealand Immigration and Protection Tribunal*) ze dne 25. června 2013 ve věci AF (Kiribati) [2013] NZIPT 800413. New Zealand Legal Information Institute (NZLII) databases [online] [cit. 2017-02-22]. Dostupné z: <https://www.courtsofnz.govt.nz/cases/ioane-teitiota-v-the-chief-executive-of-the-ministry-of-business-innovation-and-employment/@images/fileDecision>

při ochraně svých občanů před hrozící environmentální degradací, a zároveň chybí jakýkoli z požadovaných konvenčních důvodů.³² Úmluva by se na daný případ mohla vztahat, jen pokud by žalobci hrozila reálná újma na jeho nejzákladnějších právech, zároveň s tím by stát selhal při poskytování ochrany a bylo by to na základě některého z konvencionálních důvodů.³³ Nejvyšší soud ve svém rozhodnutí ze dne 10. června 2015³⁴ potvrdil rozhodnutí nižších soudů, která panu Teitiotovi nepřiznala nárok na azyl podle Ženevské úmluvy. Nicméně soud zdůraznil možnost, že environmentální degradace způsobená globálním oteplováním nebo jiné přírodní katastrofy si najdou cestu k Ženevské úmluvě v jiných případech.³⁵

Případ pana Teitiota není jediný, kdy se soudy zabývaly možností udělení statusu uprchlíka z environmentálních důvodů. V roce 2000 projednával příslušný soud Nového Zélandu sedm případů žádostí environmentálních migrantů pocházejících z potápějících se ostrovů státu Tuvalu. Australské soudy rozhodovaly rovněž o žádostech osob, které uprchly kvůli zhoršeným přírodním podmínkám z Kiribati, Tuvalu, Toga, Bangladéše a Fiji. V žádém z případů však nebyl dosud status uprchlíka z důvodů environmentální degradace přiznán, neboť jejich situace nedosáhla intenzity pronásledování ani neexistoval potřebný diskriminační důvod.³⁶

³² Tamtéž, čl. 75 rozsudku.

³³ Srov. tamtéž, čl. 65 rozsudku: „In the New Zealand context, the claimant's predicament must establish a real chance of a sustained or systemic violation of a core human right demonstrative of a failure of state protection which has sufficient nexus to a Convention ground.“

³⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu Nového Zélandu ze dne 10. června 2015 *Teitiota v Ministry of Business Innovation and Employment* [2015] NZSC 107 20 (July 2015). Courts of New Zealand [online] [cit. 2017-02-22]. Dostupné z: <http://www.nzlii.org/nz/cases/NZIPT/2013/800413.html>

³⁵ Viz čl. 13 rozsudku: „That said, we note that both the Tribunal and the High Court emphasised their decisions did not mean that environmental degradation resulting from climate change or other natural disasters could never create a pathway into the Refugee Convention or protected person jurisdiction. Our decision in this case should not be taken as ruling out that possibility in an appropriate case.“

³⁶ BUCHANAN, K. *New Zealand: „Climate Change Refugee“ Case Overview* [online]. The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, 2015, s. 10 [cit. 2017-02-22]. Dostupné z: <https://www.loc.gov/law/help/climate-change-refugee/new-zealand-climate-change-refugee-case.pdf>

3.2 Regionální úroveň

Z regionálních instrumentů azylového a uprchlického práva mimo Evropu obsahují širší definice uprchlíků oproti Ženevské úmluvě Úmluva Organizace africké jednoty (OAJ) upravující zvláštní stránky uprchlických problémů v Africe z roku 1969 a Kartagenská deklarace o uprchlících z roku 1984.

Úmluva OAJ označuje za uprchlé jak osoby splňující univerzální definici, tak mimo jiné i osoby nucené opustit zemi svého původu z důvodu závažného narušení veřejného pořádku.³⁷ V současné době tuto úmluvu podepsalo a ratifikovalo 45 států Afriky.³⁸ Stejnou formulaci obsahuje Kartagenská deklarace o uprchlících v čl. 3 odst. 3,³⁹ přijatá státy Střední a Jižní Ameriky. Logickým výkladem lze dovodit, že by pod situace „závažného narušení veřejného pořádku“ mohly spadat i situace způsobené environmentálními faktory. Oproti univerzální definici není nutné naplnit žádný z diskriminačních důvodů.

3.3 Unijní úroveň

Základním východiskem pro úpravu azylového práva Evropské unie je opět Ženevská úmluva. Unijní právo nevytváří nový systém ochrany, nýbrž vyplňuje bílá místa a snaží se vytvořit flexibilnější systém schopný reagovat na aktuální vývoj.⁴⁰ Hranice pojmu uprchlík a žadatel o azyl se na komunitární úrovni stírá.⁴¹ Základním pramenem azylového práva upravujícím

³⁷ Srov. čl. 1 odst. 2 Úmlovy Organizace africké jednoty upravující zvláštní stránky uprchlických problémů v Africe z roku 1969: „The term „refugee“ shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality.“

³⁸ Dle infomací Africké komise pro lidská práva a práva národů na její internetové stránce www.achpr.org [cit. 2017-02-22].

³⁹ Srov. čl. III odst. 3 Kartagenské deklarace o uprchlících z roku 1984: „[...] includes among refugees persons who have fled their country because their lives, safety or freedom have been threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order“.

⁴⁰ ŠTURMA, P., HONUSKOVÁ, V. *Teorie a praxe azylu a uprchlického práva*. 2. dopl. vyd. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, ediční středisko v nakl. Eva Rozkotová, 2012, s. 58.

⁴¹ Srov. např. bod 24 kvalifikační směrnice či článek 18 Listiny základních práv Evropské unie ze dne 7. 12. 2000.

předpoklady pro udělení azylu je kvalifikační směrnice. Směrnice zavádí společná kritéria pro uznávání žadatelů o azyl jako uprchlíků ve smyslu Ženevské úmluvy, jejíž definici dále rozvádí. Upravuje společné definice některých pojmu, jako příčiny újmy a ochrany (čl. 7), vnitrostátní ochrana (čl. 8), pronásledování (čl. 9), původce pronásledování (čl. 6), důvody pronásledování (čl. 10) a další. Z pohledu environmentální migrantů však oproti Ženevské úmluvě směrnice nepřináší žádný nový prvek či výklad, na základě kterého by těmto osobám mohl být udělen azyl.

Ovšem, co je v evropském azylovém právu oproti univerzální úpravě uprchlického práva nové, je institut doplňkové ochrany, který kvalifikační směrnice zavádí jako druhou formu mezinárodní ochrany. Podmínky pro získání nároku na doplňkovou ochranu tvoří dle čl. 15 existence vážné újmy, kterou se rozumí:

- „a) uložení nebo vykonání trestu smrti nebo
- b) mučení, nelidské či ponižující zacházení nebo trest vůči žadateli v zemi původu nebo
- c) vážné a individuální ohrožení života nebo nedotknutelnosti civilisty v důsledku svévolného násilí během mezinárodního nebo vnitrostátního ozbrojeného konfliktu“.⁴²

Oproti azylovému statusu není nutné, aby hrozba závažné újmy dosáhla intenzity pronásledování určené v čl. 9 kvalifikační směrnice, ani není nutná příčinná souvislost s některým z diskriminačních důvodů. V kontextu environmentální migrace by šlo uvažovat o čl. 15 písm. b) kvalifikační směrnice a teoreticky ještě o písm. c) v případě biologických konfliktů či válek o přírodní zdroje. Problematickou je otázka, zda může být mučení, nelidské či ponižující zacházení důsledkem něčeho jiného než antropogenního jednání. Institut doplňkové ochrany je do jisté míry zakotvením obyčejové zásady *non-refoulement*.⁴³ Existuje poměrně bohatá judikatura Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“), která dovodila tento princip z čl. 2 a zejména čl. 3 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, ve znění pozdějších protokolů (dále jen „EÚLP“). V několika případech byly zvažovány i socioekonomicke, humanitární důvody pro uplatnění zásady

⁴² Čl. 15 kvalifikační směrnice.

⁴³ Na základě tohoto principu není možné vyhostit osobu do země, kde jí hrozí vážné nebezpečí. Je zakotven v čl. 33 Ženevské úmluvy, kde je ovšem ustanoven opět pouze ve vztahu ke konvencionálním důvodům. Nyní je tento princip již součástí mezinárodního obyčejového práva.

non-refoulement v souvislosti s porušením č. 3 EÚLP.⁴⁴ Zároveň ESLP konstatoval [v souvislosti s čl. 15 písm. c) kvalifikační směrnice], že ačkoli je omezen toliko na výklad EÚLP, „není přesvědčen, že čl. 3 Úmluvy ne-poskytuje srovnatelnou ochranu jako ustanovení kvalifikační směrnice“.⁴⁵ Když připustily ESLP i SDEU, že za určitých podmínek by bylo možné shledat porušení čl. 3 na základě špatných humanitárních podmínek z důvodu neschopnosti státu vypořádat se s přirozeně se vyskytujícími jevy,⁴⁶ bylo by možné, resp. není vyloučené, že za stejných podmínek by mohla být osobě udělena doplňková ochrana.

Co se týče původců pronásledování či vážné újmy, pro oba instituty azylu i doplňkové ochrany platí stejná pravidla stanovená v čl. 6 směrnice. Mezi původce patří buď stát, organizace ovládající stát nebo podstatnou část území státu nebo i nestátní původci, lze-li prokázat, že dva předchozí jmenovaní nejsou schopni nebo ochotni poskytnout účinnou a trvalou ochranu.⁴⁷ Je tedy nutné prokázat selhání státu při poskytování ochrany.

Další možnou formu ochrany environmentálním přesídlencům může poskytovat směrnice o dočasné ochraně.⁴⁸ Účelem této směrnice je „stanovit minimální normy pro poskytování dočasné ochrany v případě hromadného přílivu vysídlených osob ze třetích zemí, které se nemohou vrátit do země původu, a přispět k rovnováze mezi členskými státy při vynakládání úsilí v souvislosti s přijetím těchto osob a s následky z toho plynoucími“.⁴⁹

⁴⁴ Podrobněji se tomu věnuji v kapitole o lidských právech. Např. rozsudek ESLP ze dne 2. 5. 1997 ve věci *D. proti Spojenému království*, stížnost č. 30240/96; rozsudek ESLP ze dne 27. 5. 2008 ve věci *N. proti Spojenému království*, stížnost č. 26565/05; rozsudek ESLP ze dne 28. 6. 2011 ve věci *Sufi a Elmi proti Spojenému království*, stížnosti č. 8319/07 a 11449/07.

⁴⁵ Bod 226 rozsudku ESLP ze dne 28. 6. 2011 ve věci *Sufi a Elmi proti Spojenému království*, stížnosti č. 8319/07 a 11449/07. Částečně proti tomu hovoří časově předcházející rozsudek Soudního dvora ze dne 17. 2. 2009 ve věci C-465/07 *Meki Elgafaji a Noor Elgafaji v. Staatssecretaris van Justitie*, v němž (odst. 28) uvedl: „[J]e to však čl. 15 písm. b) [kvalifikační] směrnice, který věcně odpovídá uvedenému článku 3. Naopak čl. 15 písm. c) směrnice je ustanovením, jehož obsah se od obsahu článku 3 EÚLP liší, a jehož výklad tak musí být prováděn autonomně, při dodržení základních práv zaručených EÚLP“.

⁴⁶ Bod 282 rozsudku ESLP ze dne 28. 6. 2011 ve věci *Sufi a Elmi proti Spojenému království*, stížnosti č. 8319/07 a 11449/07.

⁴⁷ Čl. 6 kvalifikační směrnice.

⁴⁸ Směrnice Rady 2001/55/ES ze dne 20. července 2001 o minimálních normách pro poskytování dočasné ochrany v případě hromadného přílivu vysídlených osob a o opatřeních k zajištění rovnováhy mezi členskými státy při vynakládání úsilí v souvislosti s přijetím těchto osob a s následky z toho plynoucími.

⁴⁹ Čl. 1 směrnice o dočasné ochraně.

Těmito vysídlenými osobami se rozumí osoby, „*které musely opustit zemi či oblast původu nebo byly evakuovány, zejména na výzvu mezinárodních organizací, a nemohou se s ohledem na stávající situaci v zemi vrátit za bezpečných a trvalých podmínek, a na které by se případně mohl vztahovat článek 1 oddíl A Ženevské úmluvy nebo jiné mezinárodní či vnitrostátní akty poskytujících mezinárodní ochranu, zejména osoby, které uprchly z oblasti ozbrojených konfliktů nebo endemického násilí a osoby, kterým vážně hrozí systematické nebo obecné porušování lidských práv, či osoby, které se staly oběťmi takového porušování lidských práv*“.⁵⁰

Jak napovídá název směrnice, ochrana je poskytována dočasně na dobu jednoho roku s možností prodloužení nejdéle o další rok.⁵¹ O tom, zda se jedná o případ hromadného přílivu osob, rozhoduje kvalifikovanou většinou Rada na návrh Komise.⁵² Azyl a doplňková ochrana jsou osobám přiznávány na individuálním základě po prokázání splnění všech předpokladů. Na proti tomu, pokud Rada rozhodne o tom, že se jedná o případ hromadného přílivu vysídlených osob, tak ve svém rozhodnutí určí i specifické skupiny osob, na něž se bude ochrana vztahovat.⁵³ Pro udělení dočasné ochrany tedy stačí, pokud bude osoba příslušníkem stanovené skupiny osob, v tom případě nemusí prokazovat individuální ohrožení.

Tuto směrnici by bylo možné aplikovat i na osoby postižené přírodní či humanitární katastrofou. Zejména pro rychlé (okamžité) přesídlence, nučené se přesunout následkem náhlé přírodní katastrofy, by dočasná ochrana mohla být vhodným prostředkem pro naléhavé řešení dočasného charakteru. Svědčí pro to i rozhodování o zavedení ochrany na hromadném základě. Na druhou stranu, od doby, co směrnice vstoupila v platnost, nebyla dosud nikdy aplikována. Nestalo se tak ani v souvislosti s nedávným přílivem uprchlíků ze Sýrie.⁵⁴ Otázkou je, zda v souvislosti s dnešními rozšířenými protimigračními náladami a tomu odpovídající politikou vůbec někdy aplikována bude.

⁵⁰ Čl. 2 písm. c) směrnice o dočasné ochraně.

⁵¹ Čl. 4 směrnice o dočasné ochraně.

⁵² Čl. 5 směrnice o dočasné ochraně.

⁵³ Čl. 5 bod 3 písm. a) směrnice o dočasné ochraně.

⁵⁴ K tomu BURBANO-HERRERA, C. Why has the EU's Temporary Protection Directive not been applied during the migration crisis in order to receive Syrians and other asylum seekers? *AfricLaw* [online]. 10 June 2016 [cit. 2017-2-25]. Dostupné z: <https://africlaw.com/2016/06/10/why-has-the-eus-temporary-protection-directive-not-been-applied-during-the-migration-crisis-in-order-to-receive-syrians-and-other-asylum-seekers/>.

3.4 Vnitrostátní úroveň

Většina vnitrostátních právních úprav azylového práva vychází z Ženevské úmluvy. Pro státy Evropské unie tvoří minimální standard unijní právo, některé státy však tento standard rozšířily. Například Švédsko umožňuje udělení doplňkové ochrany mj. i osobám, které se nemohou vrátit do země původu z důvodu přírodní katastrofy.⁵⁵ Finsko váže udělení dočasné ochrany výslovně i na situace hromadného přesunu v důsledku přírodní katastrofy.⁵⁶

Český právní řád výslovně environmentální důvody pro udělení nějakého typu mezinárodní ochrany nepřipouští. Nicméně za vážnou újmu se pro účely udělení doplňkové ochrany považuje mimo jiné, i pokud by vycestování cizince bylo v rozporu s mezinárodními závazky České republiky.⁵⁷ Těmi mohou být i závazky z oblasti ochrany lidských práv a životního prostředí.⁵⁸

Institutem výlučně českého azylového práva, o kterém by šlo uvažovat jako o prostředku ochrany pro environmentální přesídlence, je humanitární azyl. Ten „lze“ udělit v „případě hodném zvláštního zřetele“.⁵⁹ V jednom ustanovení zde nacházíme kombinaci správního uvážení a neurčitého právního pojmu. Dle NSS lze mezi obvyklé důvody udělování humanitárního azylu „zařadit například udělování humanitárního azylu osobám zvláště těžce postiženým či zvláště těžce nemocným; nebo osobám přicházejícím z oblasti postižených významnou humanitární katastrofou, ať už způsobenou lidskými či přírodními faktory“.⁶⁰ Na jeho udělení však není právní nárok.⁶¹

⁵⁵ Sekce 2a švédského cizineckého zákona č. 2005:716 ze dne 31. března 2006 [cit. 2017-02-05]. Dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b50a1c.html>

⁵⁶ Sekce 109 odst. 1 finského zákona č. 301/2004, cizinecký zákon ze dne 30. dubna 2004 [cit. 2017-02-05]. Dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/4b4d93ad2.html>

⁵⁷ § 14a odst. 2 písm. b) zákona č. 325/1999 Sb., o azylu a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, (zákon o azylu), ve znění pozdějších předpisů.

⁵⁸ JANČÁŘOVÁ, I. a kol. *Právo životního prostředí: obecná část.* 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 69.

⁵⁹ § 14 odst. 2 písm. b) zákona o azylu.

⁶⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 3. 2004, sp. zn. 2 AzS 8/2004-55.

⁶¹ Usnesení Ústavního soudu ze dne 11. 11. 2002, sp. zn. IV. ÚS 532/02.

4. LIDSKÁ PRÁVA

V této kapitole je rozebrán vztah environmentální migrace a lidských práv. V prvé řadě identifikují, která lidská práva, jak individuální, tak kolektivní, mohou být potencionálně porušena v souvislosti s migrací zapříčiněnou změnami životního prostředí. V další části se věnuji povinnostem vyplývajícím státům z lidskoprávních závazků ve vztahu k environmentální migraci. V předmigrační fázi je to povinnost zabránit environmentální degradaci, popř. zmírnit její dopady či se jím přizpůsobit prostřednictvím mitigačních a adaptačních opatření. Jestliže k migraci už skutečně dojde, liší se povinnosti podle typu migrace.

4.1 Lidská práva související s environmentální migrací

Uvažuje-li se o lidských právech v kontextu environmentální migrace, v prvé řadě půjde o práva související se samotným zhoršením stavu životního prostředí. V souvislosti se zásahy nebo ohrožením životního prostředí se na poli lidských práv uplatňují dva přístupy. Jedním z nich je zakotvení práva na příznivé životní prostředí, druhým potom environmentální interpretace stávajících lidských práv (tzv. prozeleňování, *greening*).⁶² Kromě lidských práv vztahujících se k samotné environmentální degradaci bude nutné vzít v úvahu i práva související s nutností nebo dobrovolným rozhodnutím změnit místo pobytu kvůli těmto environmentálním změnám.

4.1.1 Individuální práva

V kontextu lidských práv a environmentální degradace vyvstane člověku patrně na myslí v prvé řadě porušení práva na příznivé životní prostředí. Prvním významným právním dokumentem zakotvujícím toto právo je Deklarace Konference Organizace spojených národů o životním prostředí (Stockholmská deklarace), přijatá dne 16. června 1972 na Konferenci OSN o životním prostředí.⁶³

Stockholmská deklarace v bodu 2 preamble praví, že ochrana a zlepšení životního prostředí je hlavní otázka, která ovlivňuje blaho lidí a ekonomický

⁶² JANČÁŘOVÁ, I. a kol., op. cit. 58, s. 56.

⁶³ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration, 1972).

rozvoj na celém světě.⁶⁴ Z celkem 26 v Deklaraci stanovených zásad hned první stanoví, že člověk má základní právo na svobodu, rovnost a přiměřené životní podmínky v prostředí, které mu umožňuje důstojný a blahobytý život a zároveň nese odpovědnost za ochranu zlepšení tohoto prostředí pro současné i budoucí generace.⁶⁵

Určité náznaky lze nalézt v čl. 12 Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech (dále též „MPHSKP“), který stanoví, že „*[s]tát, smluvní strany Paktu, uznávají právo každého na dosažení nejvýše dosažitelné úrovně fyzického a duševního zdraví*“. Pro plné uskutečnění tohoto práva učiní opatření, která budou zahrnovat „*zlepšení všech stránek vnějších životních podmínek a průmyslové hygiény*“.⁶⁶ Podobně okrajově zmiňuje životní prostředí Úmluva o právech dítěte v souvislosti s právem dítěte na dosažení nejvýše dosažitelné úrovně zdravotního stavu. Za účelem uskutečnění tohoto práva mají státy učinit potřebná opatření „*k potíráni nemocí a podvýživy též v rámci základní lékařské péče, mimo jiného také využíváním snadno dostupné technologie a poskytováním dostatečně výživné stravy a čisté pitné vody, přičemž se bere ohled na nebezpečí a rizika znečištění životního prostředí*“.⁶⁷

Nepočítaje uvedené náznaky (kde je však životní prostředí zmíněno spíše okrajově), dosud nedošlo k zakotvení práva na příznivé životní prostředí na univerzální úrovni. Nelze ho považovat ani za normu obyčejového mezinárodního práva.⁶⁸ Je pouze součástí několika dokumentů soft law, některých regionálních úmluv a národních ústavních předpisů.⁶⁹

⁶⁴ Viz bod 2 preambule Stockholmské deklarace: „The protection and improvement of the human environment is a major issue which affects the well-being of peoples and economic development throughout the world“.

⁶⁵ Zásada č. 1 Stockholmské deklarace: „Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations“.

⁶⁶ Čl. 12 odst. 2 písm. b) Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech, vyhlášen vyhláškou č. 120/1976 Sb. ministra zahraničních věcí o Mezinárodním paktu o občanských a politických právech a Mezinárodním paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech ze dne 10. května 1976.

⁶⁷ Čl. 24 odst. 2 písm. c) Úmlovy o právech dítěte, vyhlášena sdělením č. 104/1991 Sb. federálního ministerstva zahraničních věcí ze dne 6. 2. 1991.

⁶⁸ ŽÁKOVSKÁ, K., LIPOVSKÝ, M. Ochrana lidských práv v kontextu nedobrovolné environmentální migrace. In: CHOCHOLÁČKOVÁ, K. a kol. (eds.) *Nová lidská práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 44.

⁶⁹ Právo na příznivé životní prostředí jakožto ústavní právo je zakotveno např. v ústavě belgické, portugalské, španělské, bulharské, maďarské, norské, ruské, slovenské a české.

Z regionálních předpisů zakotvují právo na příznivé životní prostředí Africká charta lidských práv a práv národů, která v čl. 24 stanoví, že všechny národy mají právo na obecně uspokojivé životní prostředí příznivé pro jejich rozvoj.⁷⁰ Z díkce citovaného ustanovení je patrný jeho kolektivní charakter, nicméně Africká komise pro lidská práva jej vykládá tak, že chrání rovněž zájmy jednotlivců.⁷¹ Dodatkový protokol k Americké úmluvě o lidských právech v oblasti hospodářských, sociálních a kulturních práv (Sansalvadorský protokol) v čl. 11 stanoví, že „[k]aždý má právo žít ve zdravém životním prostředí a mít přístup k základním veřejným službám“.⁷² Protokol však neumožňuje podávání individuálních stížností na porušení tohoto práva,⁷³ má spíše interpretační charakter.

V českém právním řádu jsou na ústavní úrovni pro ochranu životního prostředí klíčová ustanovení čl. 7 Ústavy a čl. 35 Listiny základních práv a svobod. Z ustanovení čl. 7 Ústavy⁷⁴ vyplývá povinnost státu respektovat ochranu životního prostředí jako svou prioritu a státní cíl.⁷⁵ Jeho význam je v praxi rovněž především interpretační, kdy je ochrana životního prostředí prohlášena za jednu z ústavně chráněných hodnot.⁷⁶

Výslovně je právo na příznivé životní prostředí zakotveno v čl. 35 odst. 1 Listiny základních práv a svobod.⁷⁷ Dle M. Kokeše je toto právo spíše jen „zdánlivým“ základním právem (součástí tzv. ústavního soft-law), z něhož „jednotlivcům neplyne přímo nárok na příznivé životní prostředí ve vztahu k veřejné moci, ať již v podobě nárokování respektu k tomuto právu a/nebo v podobě nároku na jeho pozitivní ochranu, a které není ani přímo

ZACHOVÁ, M. Právo na příznivé životní prostředí v ústavním systému České republiky. *Právní rozhledy*. 1999, č. 2, s. 95–104 [cit. 2017-03-02]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?documentId=nrptcojzhfpxa4s7gjpxg5dsI44tk&groupIndex=0&rowIndex=0#>

⁷⁰ Viz čl. 24 Africké charty lidských práv a práv národů z roku 1981: „All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favorable to their development“.

⁷¹ JANČÁŘOVÁ, I. a kol., op. cit. 58, s. 56.

⁷² Viz čl. 11 Dodatkového protokolu k Americké úmluvě o lidských právech v oblasti hospodářských, sociálních a kulturních práv (Sansalvadorský protokol): „Everyone shall have the right to live in a healthy environment and to have access to basic public services“.

⁷³ Viz čl. 19 bod 6 Sansalvadorského protokolu.

⁷⁴ Viz čl. 7 Ústavy ČR: „Stát dbá o šetrné využívání přírodních zdrojů a ochranu přírodního bohatství“.

⁷⁵ JANČÁŘOVÁ, I. a kol., op. cit. 58, s. 148.

⁷⁶ Tamtéž, s. 150.

⁷⁷ Viz čl. 35 odst. 1 Listiny základních práv a svobod: „Každý má právo na příznivé životní prostředí“.

vymahatelné (self-executing)“.⁷⁸ Je na něj třeba nahlížet jako na instituciální garanci (projev objektivního ústavního práva), kterou je stát povinen respektovat a chránit.⁷⁹

Problémem je i určení toho, co „příznivé“ životní prostředí kvalitativně znamená. K tomu se vyjádřil Ústavní soud v usnesení ze dne 24. 3. 2005, sp. zn. II. ÚS 251/03: „*Právo každého na příznivé životní prostředí zaručené čl. 35 odst. 1 Listiny, patřící k lidským právům, která reagují na možné ohrožení či zničení živé přírody nezávislými civilizačními jevy, zavazuje stát, aby je zajistil, tedy aby podřídil svou činnost této své povinnosti a vytvořil dostatečné zábrany před škodlivými zásahy a aby působil kontrolními a sankčními opatřeními k jeho naplnění. Toto právo však ze své podstaty nemůže zakázat veškerou činnost, která má nezávislý vliv na životní prostředí, a proto vychází z koncepce obecně závazných zákazů negativních vlivů nad určitou stanovenou hranici, jejíž rozsah, výši či hodnotu ovlivňuje jak úroveň lidského poznání, tak i situace ve společnosti, mezinárodní závazky, výsledky národního hospodářství, a další, často i politické, vlivy*“.⁸⁰ Příznivost je tedy chápána vždy v intencích tzv. environmentálních standardů nastavených právními předpisy.⁸¹

Kromě práva na příznivé životní prostředí může dojít v souvislosti se zhoršením přírodních podmínek k porušení celé řady dalších lidských práv. Zde nám poskytuje dobré vodítko poměrně bohatá judikatura ESLP. EÚLP sice neobsahuje samostatné právo na příznivé životní prostředí, ale životní prostředí chrání nepřímo, když vlivem negativních jevů dojde k zášahu do některého z jiných práv.

Ke vztahu mezi lidskými právy a klimatickými změnami se vyjadřuje i Rada pro lidská práva v rezoluci z roku 2009⁸². Podle ní mohou dopady klimatických změn způsobit přímý či nepřímý zásah do celé řady lidských

⁷⁸ WAGNEROVÁ, E., ŠIMÍČEK, V., LANGÁŠEK, T., POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod: komentář*. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2012, s. 712.

⁷⁹ K tomu srov. i usnesení Ústavního soudu ze dne 6. 6. 2002, sp. zn. I. ÚS 193/02: „*Toto ustanovení [čl. 35 LZPS] zavazuje stát, aby takové právo zajistil, tedy aby vytvořil dostatečné zábrany před škodlivými zásahy a aby působil kontrolními a sankčními opatřeními k jeho naplnění. V souvislosti s tím je však nutné zdůraznit, že tohoto práva se lze v souladu s čl. 41 odst. 1 Listiny základních práv a svobod domáhat pouze v mezích zákonů, které jej provádějí*“.

⁸⁰ Usnesení Ústavního soudu ze dne 11. 11. 2002, sp. zn. IV. ÚS 532/02.

⁸¹ JANČÁŘOVÁ, I. a kol., op cit. 58, s. 154.

⁸² Rezoluce Rady pro lidská práva OSN č. 10/4 zde dne 12. května 2009. Human Rights and Climate Change, UN Doc. A/HRC/10/L.11. [cit. 2017-03-03]. Dostupné z: http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_10_4.pdf

práv, mimo jiné práva na život, práva na přiměřenou výživu, práva na nejvyšše dosažitelnou úroveň zdraví, práva na přiměřené bydlení, práva na sebeurčení a lidských práv souvisejících s přístupem k pitné vodě a hygieně a zakazujících zbavení lidí jejich vlastních prostředků k životbytí.⁸³

Právo na život bývá označováno jako nejdůležitější, nejzákladnější či nejvyšší lidské právo. Ačkoli to lze ve světle zásady, že všechna lidská práva jsou univerzální, nedělitelná, vzájemně závislá a provázaná, zpochybnit, nelze upřít právu na život speciální postavení mezi ostatními lidskými právy.⁸⁴ Zakotvují ho všechny významné lidskoprávní dokumenty.⁸⁵

K ohrožení lidského života může dojít jak následkem náhlých přírodních a průmyslových katastrof (např. povodně, zemětřesení, erupce sopek, sesuvy půdy, havárie továren aj.), tak i vlivem pozvolných stupňujících se environmentálních změn (sucho, nedostatek pitné vody, stoupající vodní hladina aj.).

ESLP konstatoval porušení práva na život zakotveného v čl. 2 EÚLP⁸⁶ např. v případě *Budayeva a další proti Rusku*.⁸⁷ V tomto případě došlo k úmrtí čtyř lidí a k ohrožení života dalších obyvatel města náhlým sesuvem půdy v horách, kdy se bahno a sut bez předchozího varování dostaly až do města a voda zaplavila některé obytné čtvrti. Ve věci *Öneryildiz proti Turecku*⁸⁸ byl porušen čl. 2 EÚLP v souvislosti s výbuchem obecní skládky, při kterém zahynulo 39 lidí. V jednom z novějších rozhodnutí *Brincat a další proti Maltě*⁸⁹ bylo porušeno právo na život opravářů loděnice, kteří byli při výkonu práce dlouhodobě vystaveni působení azbestu, což mělo za následek zhoršení

⁸³ Viz „[...] climate change-related impacts have a range of implications, both direct and indirect, for the effective enjoyment of human rights including, inter alia, the right to life, the right to adequate food, the right to the highest attainable standard of health, the right to adequate housing, the right to self-determination and human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, and recalling that in no case may a people be deprived of its own means of subsistence“.

⁸⁴ KMEC, J. a kol. *Evropská úmluva o lidských právech: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012. Velké komentáře, s. 348.

⁸⁵ Viz čl. 3 Všeobecné deklarace lidských práv, čl. 6 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, čl. 1 Americké deklarace práv a povinností člověka, čl. 4 Africké charty lidských práv a práv národů, čl. 2 odst. 1 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv, čl. 5 Arabské charty lidských práv aj.

⁸⁶ Bylo šlo v daných případech spíše o porušení čl. 2 v procedurálním pojetí, tj. porušení pozitivní povinnosti státu přijmout vhodná opatření k ochraně životů.

⁸⁷ Rozsudek ESLP ze dne 29. 9. 2008 ve věci *Budayeva a další proti Rusku*, stížnost č. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 a 15343/02.

⁸⁸ Rozsudek ESLP ze dne 30. 11. 2004 ve věci *Öneryildiz proti Turecku*, stížnost č. 48939/99.

⁸⁹ Rozsudek ESLP ze dne 24. 7. 2014 ve věci *Brincat a další proti Maltě*, stížnosti č. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 a 62338/11.

jejich zdravotního stavu. V rámci meziamerického systému lidských práv konstatovala Komise mj. porušení práva na život a práva na zachování zdraví a životního blaha⁹⁰ v případě *Yanomamských indiánů proti Brazílii*.⁹¹ Brazilská vláda schválila stavbu dálnice vedoucí přes území domorodého indiánského kmene a těžbu surovin na jejich území. To vedlo k nucenému přesídlování indiánů na území, které nevyhovuje jejich způsobu života, a k přílivu nedomorodého obyvatelstva, které s sebou přineslo nakažlivé nemoci, vůči kterým nebyli domorodí obyvatelé imunní.

Obsah práva na život netvoří pouhý zákaz svévolně zbavit člověka života jako takového, ale znamená též právo na život určité kvality, tj. právo žít v určitých život neohrožujících podmínkách.⁹² V souladu s výše jmenovanou zásadou nedělitelnosti, vzájemné závislosti a provázanosti lidských práv s právem na život úzce souvisí právo na zdraví.⁹³

Například podle čl. 12 MPHSPK uznávají státy právo každého na dosažení nejvýše dosažitelné úrovni fyzického a duševního zdraví.⁹⁴ Výbor pro hospodářská, sociální a kulturní práva interpretuje tento článek tak, že se nevztahuje pouze na včasnu a odpovídající zdravotní péči, ale rovněž na další determinanty zdraví, jako je přístup k nezávadné pitné vodě, přiměřené hygienické podmínky, dostatečnou výživu a přístup k nezávadným potravinám, důstojné bydlení, zdravé pracovní a přírodní podmínky, přístup ke vzdělání a informacím ohledně zdraví včetně sexuálního a reprodukčního zdraví. Dalším z aspektů tohoto práva je i právo účasti veřejnosti na rozhodovacích procesech na všech úrovních souvisejících se zdravím.⁹⁵

⁹⁰ Články 1 a 11 Americké deklarace práv a povinností člověka z roku 1948.

⁹¹ Rezoluce Interamerické komise pro lidská práva č. 12/88 ze dne 5. 3. 1985 ve věci č. 7615 *Yanomami Community v. Brazil*.

⁹² ŽÁKOVSKÁ, K., LIPOVSKÝ, M., op. cit. 68, s. 39.

⁹³ Např. čl. 12 MPHSPK, čl. 25 Všeobecné deklarace lidských práv, čl. 24 odst. 2 Úmluvy o právech dítěte, čl. 11 Americké deklarace práv a povinností člověka, čl. 10 Dodatkového protokolu k Americké úmluvě o lidských právech v oblasti hospodářských, sociálních a kulturních práv a čl. 16 Africké chartry lidských práv a práv národů.

⁹⁴ Čl. 12 MPHSPK.

⁹⁵ Viz čl. 11 obecného vyjádření Výboru pro hospodářská, sociální a kulturní práva č. 14 z 11. srpna 2000 [General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4)].

Dalšími souvisejícími právy jsou právo na svobodu a osobní bezpečnost⁹⁶ a právo na přiměřenou životní úroveň.⁹⁷ V úvahu by mohlo připadat i právo na vodu, které není dosud jako samostatné lidské právo všeobecně uznáváno. Existuje spíše v teoretické rovině nebo je dovozováno z existujících lidských práv.⁹⁸ Nezávazně jej deklarovalo Valné shromáždění OSN v rezoluci z 28. července 2010, aniž by však blíže stanovilo jeho obsah.⁹⁹

V judikatuře ESLP bývá v souvislosti s porušením lidských práv důsledkem environmentální degradace nejčastěji uplatněn čl. 8 EÚLP, zakotvující právo na respektování soukromého a rodinného života. Poprvé se tak stalo ve věci *Lopéz Ostra proti Španělsku*.¹⁰⁰ ESLP shledal porušení práva stěžovatelky na respektování soukromého a rodinného života v souvislosti se škodlivými vlivy čističky odpadů kožedělného podniku 12 metrů od jejího domu.¹⁰¹ V případě *Brândușe proti Rumunsku*¹⁰² došlo k porušení práva na respektování soukromého a rodinného života vězně, který byl zhruba sedm let vystaven zápacu ze skládky komunálního odpadu, nacházející se v bezprostřední blízkosti věznice. Ve věci *Tătar proti Rumunsku*¹⁰³ šlo o dolování zlata prostřednictvím kyanidu sodného v bezprostřední blízkosti bydliště stěžovatele. Z aktuální judikatury ESLP v případě *Otgon proti Moldavské republice*¹⁰⁴ byl porušen čl. 8 přiznáním malé výše odškodnění za poškození zdraví stěžovatelky a její dcery po vypití kontaminované kohoutkové vody.¹⁰⁵

⁹⁶ Viz např. čl. 3 Všeobecné deklarace lidských práv, čl. 1 Americké deklarace práv a povinnosti člověka, čl. 6 Africké charty lidských práv a práv národů a čl. 5 EÚLP.

⁹⁷ Čl. 25 Všeobecné deklarace lidských práv a čl. 11 MPHSPK.

⁹⁸ Např. z článků 11 a 12 MPHSPK. Srov. BEYERLIN, U., MARAUHN, T. *International Environmental Law*. 1 ed. Oxford: Hart Publishing, 2011, s. 394.

⁹⁹ Rezoluce Valného shromáždění OSN ze dne 28. července 2010 UN Doc. A/64/L.63/Rev.1. The human right to water and sanitation, bod 1: „Recognizes the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights“.

¹⁰⁰ Rozsudek ESLP ze dne 9. 12. 1994 ve věci *Lopéz Ostra proti Španělsku*, stížnost č. 16798/90.

¹⁰¹ Viz bod 28 rozsudku ESLP ze dne 9. 12. 1994 ve věci *Lopéz Ostra proti Španělsku*: „[T]he State did not succeed in striking a fair balance between the interest of the town's economic well-being – that of having a waste-treatment plant – and the applicant's effective enjoyment of her right to respect for her home and her private and family life“.

¹⁰² Rozsudek ESLP ze dne 7. 7. 2009 ve věci *Brândușe proti Rumunsku*, stížnost č. 6586/03.

¹⁰³ Rozsudek ESLP ze dne 27. 1. 2009 ve věci *Tătar proti Rumunsku*, stížnost č. 67021/01.

¹⁰⁴ Rozsudek ESLP ze dne 25. 10. 2016 ve věci *Otgon proti Moldavské republice*, stížnost č. 22743/07.

¹⁰⁵ Tamtéž.

V souvislosti s environmentální migrací by v neposlední řadě mohlo dojít k zásahu do vlastnického práva osob.¹⁰⁶ Článek 23 Americké deklarace práv a povinností člověka stanoví, že každý má právo vlastnit takový soukromý majetek, který mu umožní uspokojení základních potřeb pro důstojný život a pomáhá zachovat důstojnost jednotlivce a obydlí.¹⁰⁷ Zásah do vlastnického práva připadá v úvahu zejména u rozvojových projektů, kdy může dojít k vyvlastňování, popř. v souvislosti s porušením kolektivního vlastnického práva původních obyvatel. Nicméně zásah do tohoto práva může nastat v důsledku dopadů klimatických změn, které mohou být tak zásadní, že prakticky zbabí postižené osoby prostředků k obživě (poškození obydlí, úhyn hospodářských zvířat, zničení úrody a zemědělské půdy).¹⁰⁸

Pro kategorie environmentálně motivovaných migrantů, opouštějících svá bydliště preventivně a relativně dobrovolně, je důležitá svoboda pohybu a pobytu.¹⁰⁹ Například Všeobecná deklarace lidských práv v čl. 13 přiznává každému právo volně se pohybovat a svobodně si volit bydliště uvnitř určitého státu, právo opustit kteroukoli zemi, i svou vlastní, a vrátit se do své země.

Možnou aplikaci zákazu mučení, nelidského a ponižujícího zacházení dle čl. 3 EÚLP na situace negativních environmentálních změn jsou analyzovány v podkapitole věnující se povinnostem států vůči cizincům na základě principu *non-refoulement*.

4.1.2 Kolektivní práva

Mimo individuální práva přiznaná jednotlivcům může hrát v souvislosti s environmentální migrací důležitou roli ochrana poskytovaná prostřednictvím kolektivních práv, včetně specifických práv původního obyvatelstva. Negativní přírodní změny se mohou dotknout práv národů, jako v případě potápějících se ostrovů, a tak ohrozit jejich existenci. Důsledky klimatických změn

¹⁰⁶ Např. čl. 17 Všeobecné deklarace lidských práv, čl. 14 Africké charty lidských práv a práv národu, čl. 23 Americké deklarace práv a povinností člověka a čl. 1 Dodatkového protokolu k EÚLP.

¹⁰⁷ Viz čl. 23 Americké deklarace práv a povinností člověka: „Every person has a right to own such private property as meets the essential needs of decent living and helps to maintain the dignity of the individual and of the home“.

¹⁰⁸ ŽÁKOVSKÁ, K., LIPOVSKÝ, M., op. cit. 68, s. 41.

¹⁰⁹ Např. čl. 13 Všeobecné deklarace lidských práv, čl. 12 Africké charty lidských práv a práv národu, čl. 8 Americké deklarace práv a povinností člověka, čl. 12 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech (dále jen „MPOPP“) a čl. 2 Protokolu č. 4 k EÚLP.

i rozvojových projektů mohou obzvláště ohrozit skupiny osob žijící v úzkém sepeřtí s přírodou a přírodními zdroji.

Dle vyjádření Výboru pro hospodářská, sociální a kulturní práva k právu na zdraví je „*v komunitách původních obyvatel právo na zdraví jednotlivců svázáno se zdravím společenství jako celku a má kolektivní povahu. Z toho důvodu je Výbor toho názoru, že rozvojová činnost vedoucí k nuceným přesunům původních obyvatel z jejich tradičního území a životního prostředí, znemožnění výživy z jejich zdrojů a narušování jejich symbiotického vztahu s jejich zemí, má škodlivý vliv na jejich zdraví*“.¹¹⁰

Články 1 MPOPP i MPHSKP shodně přiznávají právo na sebeurčení všem národům. Součástí tohoto práva je právo národů svobodně uskutečňovat svůj hospodářský, sociální a kulturní vývoj a pro své cíle svobodně disponovat svým přírodním bohatstvím. V žádném případě nesmí být národ zbaven svých vlastních prostředků k životní existenci. Africká charta lidských práv a práv národů jde ještě dál a stanoví jak právo na existenci a sebeurčení národů, které je „*nezpochybnitelné a nezbezpečitelné*“,¹¹¹ tak právo národů svobodně disponovat svým bohatstvím a přírodními zdroji,¹¹² právo na ekonomický, sociální a kulturní rozvoj,¹¹³ právo na národní i mezinárodní mír a bezpečnost¹¹⁴ a právo na obecně uspokojivé životní prostředí příznivé pro jejich rozvoj.¹¹⁵

Přelomovým rozhodnutím v ochraně práv původních obyvatel bylo rozhodnutí Africké komise pro práva člověka a národů v případě *Ogoni*.¹¹⁶ Rozhodnutí v této věci je výraznou inspirací i pro jiné lidskoprávní soudy a demonstriuje sjednocující přístup Africké komise ke všem lidským právům a možnost dovolat se hospodářských, sociálních a kulturních práv i práv kolektivních.¹¹⁷ Stěžovatelé (dvě nevládní neziskové organizace) namítali porušení kolektivních

¹¹⁰ Srov. čl. 27 obecného vyjádření Výboru pro hospodářská a sociální práva č. 14 ze dne 11. srpna 2000 [General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4)].

¹¹¹ Čl. 20.

¹¹² Čl. 21.

¹¹³ Čl. 22.

¹¹⁴ Čl. 23.

¹¹⁵ Čl. 24.

¹¹⁶ Rozhodnutí Africké komise pro práva člověka a národů ze dne 27. 10. 2001 ve věci *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) proti Nigérii*, stížnost č. 155/96.

¹¹⁷ JANČÁŘOVÁ, I. a kol., op. cit. 58, s. 66.

práv domorodého entika Ogoniů, jakož i porušení individuálních práv jeho příslušníků v souvislosti s těžbou ropy na jimi tradičně obývaném území. Těžba byla provozovaná soukromou společností za podpory nigerijské vlády bez provedení posouzení llivů na životní prostředí i obyvatele. V jejím důsledku došlo k rozsáhlému znečištění vody, půdy i ovzduší. Měla za následek dočasné i trvalé poškození zdraví obyvatel jako kožní infekce, gastrointestinální a respirační onemocnění, zvýšené riziko rakoviny, neurologické a reprodukční problémy. K tomu navíc ozbrojené nigerijské sily útočily na ogonijské vesnice, zapalovaly domy, ničily úrodu a zabíjely domácí zvířata. Komise konstatovala porušení práva na zdraví a práva na příznivé životní prostředí podle čl. 16 a 24 Africké charty. Tato práva dle Komise „*potvrzuje důležitost čistého a bezpečného životního prostředí, které je úzce spojeno s ekonomickými a sociálními právy, pokud životní prostředí ovlivňuje kvalitu života a bezpečnost člověka*“.¹¹⁸ Dále došlo k porušení kolektivního práva Ogoniů svobodně disponovat svým bohatstvím a přírodními zdroji, když nebyli zahrnuti do rozhodovacího procesu ohledně rozvoje jejich území. Komise rovněž dovídala porušení práv v Africké chartě přímo nezahrnutých, a to práva na bydlení a jídlo.

Své závěry z případu *Ogoni* Komise dále rozvinula v případě *Endorois*, zejména co se týče uplatnění kolektivních práv.¹¹⁹ Stěžovatelé namítali porušení práv nuceným vysídlením původních obyvatel z jejich území v 70. letech 20. století kvůli zřízení přírodní rezervace bez předchozích konzultací a adekvátní náhrady. Dále k tomu Keňská republika udělila na území národa Endorois soukromé firmě koncesi na těžbu rubínů, ačkolik těžba a související činnosti nesou významné riziko znečištění vodních zdrojů. Komise konstatovala porušení kulturních práv, práva svobodně vyznávat náboženství (na svých posvátných místech), vlastnického práva, práva svobodně disponovat svými přírodními zdroji a práva na hospodářský, sociální a kulturní rozvoj.

Další ochrana životního prostředí původních obyvatel je možná skrze kolektivní vlastnické právo k tradičním územím a zdrojům. Poprvé zahrnul práva domorodých národů pod ochranu vlastnického práva otevřeně Interamerický soud pro lidská práva v rozhodnutí ve věci *Společenství*

¹¹⁸ Bod 51 rozhodnutí Africké komise pro práva člověka a národů ze dne 27. 10. 2001 ve věci *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) proti Nigérii*, stížnost č. 155/96.

¹¹⁹ Rozhodnutí Africké komise pro práva člověka a národů ze dne 25. 11. 2009 ve věci *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) proti Keni*, stížnost č. 276/03.

Mayagna (Sumo) Awas Tingni.¹²⁰⁻¹²¹ V daném případě udělila Nikaragua soukromé společnosti koncesi na těžbu dřeva na území obývaném společenstvím Mayagna Awas Tingni bez jejich souhlasu. Soud shledal porušení čl. 21 Americké úmluvy o lidských právech¹²² a zdůraznil specifickost institutu vlastnictví u domorodých společenství. Mezi domorodými národy je tradičně pojímáno vlastnictví půdy v kolektivní formě a vztahy k půdě nejsou jen otázkou majetku a produktivity, ale zahrnují i materiální a spirituální prvky.¹²³ V případě domorodých obyvatel postrádajících vlastnický titul postačí k uznání vlastnických práv toliko držba území.¹²⁴ Z dalších rozhodnutí týkajících se vztahu domorodých národů k prostředí a půdě, kde žijí, lze jmenovat rozsudky Interamerického soudu ve věci *Společenství Maya z oblasti Toledo proti Belize*,¹²⁵ *Domorodé společenství Yakye Axa proti Paraguayi*,¹²⁶ *Domorodé společenství Sawhoyamax a proti Paraguayi*,¹²⁷

¹²⁰ Rozsudek Interamerické komise pro lidská práva č. 79 ze dne 31. 8. 2001 ve věci *The Mayaagna (Sumo) Awas Tingni Community proti Nikaraúgi*.

¹²¹ ŽÁKOVSKÁ, K. Práva domorodých národů jako nástroj ochrany životního prostředí. In: ŠTURMA, P., ŽÁKOVSKÁ, K. a kol. *Od zákazu diskriminace k ochraně kolektivních práv*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2014. Studie z lidských práv č. 6, s. 90.

¹²² Americká úmluva o lidských právech z roku 1978.

¹²³ Viz bod 149 rozsudku Interamerického soudu pro lidská práva č. 79 ze dne 31. 8. 2001 ve věci *The Mayaagna (Sumo) Awas Tingni Community proti Nikaraúgi*: „Given the characteristics of the instant case, some specifications are required on the concept of property in indigenous communities. Among indigenous peoples there is a communitarian tradition regarding a communal form of collective property of the land, in the sense that ownership of the land is not centered on an individual but rather on the group and its community. Indigenous groups, by the fact of their very existence, have the right to live freely in their own territory; the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival. For indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations.“

¹²⁴ Bod 149 rozsudku Interamerického soudu pro lidská práva č. 79 ze dne 31. 8. 2001 ve věci *The Mayaagna (Sumo) Awas Tingni Community proti Nikaraúgi*.

¹²⁵ Zpráva Interamerického soudu pro lidská práva č. 40/04 ze dne 12. 10. 2004 ve věci *Maya indigenous community of the Toledo District proti Belize*.

¹²⁶ Rozsudek Interamerického soudu pro lidská práva ze dne 17. 6. 2004 ve věci *Yakye Axa Indigenous Community proti Paraguayi*.

¹²⁷ Rozsudek Interamerického soudu pro lidská práva ze dne 29. 3. 2006 ve věci *Sawhoyamaxa Indigenous Community proti Paraguayi*.

*Národ Saramaků proti Surinamu¹²⁸ a Domorodý národ Kichwa se Sarayku proti Ekvádoru.*¹²⁹

V neposlední řadě, životní prostředí lze chránit nepřímo i prostřednic-tvím kulturních práv menšin, na mezinárodněprávní úrovni zakotvených v čl. 27 MPOPP.¹³⁰ Stalo se tak v případě *Ominayak proti Kanadě*.¹³¹ Stěžovatel, náčelník indiánského kmene Lubicon Lake Band, namítl mimo jiné porušení práva na sebeurčení tím, že kanadská vláda dovolila provincii Alberta vyvlastnění území kmene ve prospěch udělení koncesí k těžbě ropy a zemního plynu soukromým společenstvem. Výbor pro lidská práva konstatoval porušení čl. 27 MPOPP, neboť toto ustanovení chrání i práva osob zapojit se, společně s jinými, do hospodářských a společenských aktivit, které jsou součástí kultury společenství, kterého jsou součástí.¹³² Ve stanovisku ve věci *Ángela Poma Poma proti Peru*¹³³ potvrdil Výbor pro lidská práva svůj dosavadní přístup. Stěžovatelka byla příslušnicí domorodého národa Aymara, pro který byl chov lam a alpak hlavní obživou i součástí kulturní identity. Výstavbou systému studní došlo k odvodu podzemní vody, vysušování mokřadů, úhybu lam a ztrátě obživy Aymarů.

Specifická práva původního obyvatelstva na univerzální úrovni zakotvuje Deklarace OSN o právech původních obyvatel z roku 2007¹³⁴ a Úmluva o domorodém a kmenovém obyvatelstvu z roku 1989 přijatá na půdě Mezinárodní organizace práce (MOP).¹³⁵ Zakotvují výslově právo na sebeurčení domorodých obyvatel,¹³⁶ zákaz přesídlení bez předchozího dobrovolného

¹²⁸ Rozsudek Interamerického soudu pro lidská práva ze dne 12. 8. 2008 ve věci *Samaraka People proti Surinamu*.

¹²⁹ Rozsudek Interamerického soudu pro lidská práva ze dne 27. 6. 2012 ve věci *Kichwa Indigenous people of Sarayaku proti Ekvádoru*.

¹³⁰ Čl. 27 MPOPP: „Ve státech, kde existují etnické, náboženské nebo jazykové menšiny, nebude jejím příslušníkům upíráno právo, aby spolu s ostatními příslušníky menšiny užívali své vlastní kultury, vyznávali a projevovali své vlastní náboženství nebo používali svého vlastního jazyka“.

¹³¹ Stanovisko Výboru pro lidská práva č. 167/1984 ze dne 10. 5. 1990 ve věci *Chief Bernard Ominayak and the Lubicon Lake Band proti Kanadě*.

¹³² Viz bod 32.2 stanoviska Výboru pro lidská práva č. 167/1984 ze dne 10. 5. 1990 ve věci *Chief Bernard Ominayak and the Lubicon Lake Band proti Kanadě*.

¹³³ Stanovisko Výboru pro lidská práva č. 1457/2006 ze dne 27. 3. 2009 ve věci *Ángela Poma Poma proti Peru*.

¹³⁴ Deklarace OSN o právech původních obyvatel, přijata Valným shromáždění dne 13. 9. 2007.

¹³⁵ Úmluva MOP č. 169 o domorodém a kmenovém obyvatelstvu z roku 1989.

¹³⁶ Čl. 3 deklarace, čl. 7 Úmluvy.

informovaného souhlasu,¹³⁷ práva k půdě a přírodním zdrojům,¹³⁸ právo zachovávat a obnovovat kulturní tradice a zvyky,¹³⁹ právo na zachování a ochranu životního prostředí, ve kterém žijí,¹⁴⁰ a mnoho dalších práv. Oba tyto instrumenty však trpí nedostatky, které omezují jejich účinnost zásadním způsobem. Stranou úmluvy je jen malý počet států a deklarace je nezávazná. Oba dokumenty postrádají efektivní kontrolní mechanismus, který by umožnil přezkum stížností domorodých národů na porušení jejich práv nezávislým mezinárodním orgánem.¹⁴¹

Právo EU výslovně nezakotvuje právo na příznivé životní prostřední ani kolektivní práva původních obyvatel. Poměrně velkou pozornost v nedávné době získaly případy *Inuit Tapiriit Kanatami*,¹⁴² kde stěžovatelé (mj. nevládní organizace chránící práva Inuitů) podali žalobu na neplatnost nařízení omezující obchod s produkty z tuleňů a argumentovali specifickými právy původních obyvatel vyplývajícími z obyčejového mezinárodního práva i Deklarací OSN o právech původních obyvatel. Soudní dvůr nicméně vyhodnotil stížnosti jako nepřípustné a z formálních a procesních důvodů je zamítl, aniž by posuzoval meritum věci.

4.2 Povinnosti států vyplývající z lidskoprávních závazků

Obecně vyplývají státům z mezinárodních lidskoprávních závazků povinnosti trojího druhu: respektovat, chránit a naplnit lidská práva. První povinnost respektovat spočívá v povinnosti státu zdržet se zásahů do práv, povinnost chránit zavazuje státy ochraňovat subjekty před zásahy do práv a naposledy povinnost naplnit znamená povinnost státu přjmout pozitivní opatření k ochraně základních lidských práv.¹⁴³

¹³⁷ Čl. 10 deklarace, čl. 16 Úmlovy.

¹³⁸ Čl. 26 deklarace, čl. 13 až 19 Úmlovy.

¹³⁹ Čl. 11 deklarace, čl. 5 Úmlovy.

¹⁴⁰ Čl. 29 deklarace, čl. 7 odst. 4 Úmlovy.

¹⁴¹ ŽÁKOVSKÁ, K., op. cit. 121, s. 78.

¹⁴² Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. 10. 2013 ve věci C-583/11 P *Inuit Tapiriit Kanatami a další proti Parlamentu a Radě* a rozsudek Soudního dvora ze dne 3. 9. 2015 ve věci C-398/13 P *Inuit Tapiriit Kanatami a další proti Evropské komisi*.

¹⁴³ Úřad vysokého komisaře OSN pro lidská práva. *International Human Rights Law* [online] [cit. 2017-03-07].

4.2.1 Povinnosti států v předmigrační fázi

Aby nedošlo k zásahům do výše identifikovaných práv, jeví se jako logický postup v prvé řadě zamezit negativním změnám přírodních podmínek, které zásah do práv způsobují. Nicméně pokud bychom tak chtěli učinit prostřednictvím instrumentů ochrany lidských práv, narazíme na několik zásadních problémů, které to znesnadňují.

Prvním problémem je multikauzalita změn životního prostředí a s tím související přičitatelnost státu. Může být velmi těžké identifikovat všechny faktory, které se na změnách podílejí a následně se je pokusit eliminovat. V situacích, kdy by za změnu mohl být odpovědný stát nedostatečnou regulací ochrany životního prostředí, bude velmi těžké dokázat příčinnou souvislost mezi degradací a pochybením státu. I když stát sám porušení práv nezpůsobí, má pozitivní povinnost chránit a naplňovat lidská práva. Aby však státu vznikla tato pozitivní povinnost, musí být naplněn požadavek předvídatelnosti hrozby. V již zmiňovaném rozhodnutí ESLP *Öneryildiz proti Turecku* konstatoval soud porušení práva na život v souvislosti s výbuchem obecní skládky, neboť stát neudělal vše, co bylo v jeho silách, aby ochránil oběti před bezprostředními a známými riziky, kterým byly vystaveny.¹⁴⁴ Z toho vyplývá, že povinnost učinit pozitivní opatření k ochraně životů osob se vztahuje na případy, kdy jsou rizika bezprostřední a stát je s nimi obeznámen. Proto podle S. Humphreyse, aby mohl být uznán pozitivní závazek státu k ochraně práv v případech environmentální hrozby, muselo by být objasněno, kde se změny přírodních podmínek pravděpodobně objeví, zda půjde o změny náhlé, nebo pozvolné, koho se dotknout, jaké budou mít následky, jak se jim lze vyhnout a jaká vhodná opatření lze vzhledem ke konkrétním okolnostem učinit.¹⁴⁵ Nutnost takové detailní analýzy klade na stát velké nároky. Ne vždy jsou samotné události, natož jejich konkrétní dopady, vůbec předvídatelné.

Za největší producenty skleníkových plynů jsou v současné době označovány Čína a USA.¹⁴⁶ Paradoxně však změny klimatu nejcitelněji pocitují obyvatelé nejchudších států světa (státy subsaharské Afriky a jihovýchodní

¹⁴⁴ Bod 9 rozsudku ESLP ze dne 30. 11. 2004 ve věci *Öneryildiz proti Turecku*, stížnost č. 48939/99.

¹⁴⁵ HUMPHREYS, S. Climate Change and International Human Rights Law. In: RAYFUSE, R. G., SCOTT, S. V. (eds.) *International law in the era of climate change*. 1 ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2012, s. 34.

¹⁴⁶ Viz *The largest producers of CO₂ emissions worldwide in 2016, based on their share of global CO₂ emissions* [online] [cit. 2017-03-09].

Asie), které se na klimatických změnách samy nepodílejí vůbec nebo minimálně.¹⁴⁷ S ohledem na to je dalším problematickým aspektem extrateritorialita lidskoprávních nástrojů, tedy otázka, zda může být stát odpovědný za situaci občanů jiných států. Například MPOPP v čl. 2 odst. 1 stanoví, že stát „se zavazuje respektovat práva uznaná v tomto Paktu a zajistit tato práva všem jednotlivcům na svém území a podléhajícím jeho jurisdikci“. Extrateritorialita lidských práv byla zkoumána zejména v souvislosti s akty násilí během ozbrojených konfliktů.¹⁴⁸ Dle ESLP v případě *Issa a další proti Turecku* nemůže být čl. 1 EÚLP vykládán tak, že umožňuje státům porušovat závazky z EÚLP na území jiných států.¹⁴⁹ V daných případech šlo ovšem o situace ozbrojených konfliktů, kde se uplatní humanitární právo jako *lex specialis* i vůči ochraně lidských práv. Je proto otázkou, zda by šlo závěry ESLP podobně uplatnit i na případy klimatických změn, kdy žádný ozbrojený konflikt neprobíhá.

MPHSKP podobné ustanovení o jurisdici jako MPOPP neobsahuje. V čl. 2 odst. 1 stanoví, že státy se zavazují „*podniknout při maximálním využití svých zdrojů samostatně i prostřednictvím mezinárodní součinnosti a spolupráce kroky hospodářské a technické k postupnému dosažení plného uskutečnění práv uznaných v tomto Paktu, a to všemi vhodnými prostředky*“. Z tohoto ustanovení by šla teoreticky dovodit povinnost států zdržet se činností, které by mohly porušovat ekonomická a sociální práva lidí v jiných státech, které přijaly MPHSKP.¹⁵⁰ Nicméně pochybuji, že by mohl mít v reálném případě argument tímto ustanovením úspěch, i kvůli shora jmenovaným problematickým aspektům, jako např. povinnost prokázat příčinnou souvislost mezi environmentální degradací a jednáním státu.

Naposledy se nabízí otázka vynutitelnosti závazků. Jak je zřejmé z předcházející podkapitoly, environmentální degradace může zasahovat do řady různorodých práv, jak individuálních, tak kolektivních. Může dojít k zásahu do tzv. tvrdých práv (jako práva na život), které jsou univerzálně uznávaná, ovšem v takových případech musí zásah dosáhnout určité míry intenzity a ne vždy bude hrozba natolik závažná, aby tomuto požadavku dostála.

¹⁴⁷ HUMPHREYS, S. op. cit. 145, s. 38.

¹⁴⁸ Např. rozsudek ESLP ze dne 12. 12. 2011 ve věci *Bankovič a další proti Belgie*, stížnost č. 52207/99 a rozsudek ESLP ze dne 30. 3. 2005 ve věci *Issa a další proti Turecku*, stížnost č. 31821/96.

¹⁴⁹ Viz bod 71 rozsudku ESLP ze dne 30. 3. 2005 ve věci *Issa a další proti Turecku*, stížnost č. 31821/96.

¹⁵⁰ HUMPHREYS, S. op. cit. 145, s. 38.

Navíc, mnoho dotčených práv se řadí dle teoretického dělení do třetí či čtvrté kategorie lidských práv. Ne všechny státy tato práva uznávají a ne všem je přiznán *self-executing* charakter. Nadto se může stát, že mnohá environmentální práva si budou konkurovat s jinými hospodářskými a sociálními právy a neprojdou testem proporcionality. Mám na mysli zejména kolizi práva na příznivé životní prostředí a souvisejících práv s právem na ekonomický rozvoj.

Ačkoli nejde o oblast lidských práv, v souvislosti s povinností států předcházet klimatickým změnám považuju za vhodné zmínit i normy mezinárodního práva životního prostředí, konkrétně Rámcovou úmluvu OSN o změně klimatu z roku 1992 (dále též „UNFCCC“).¹⁵¹ V současné době je stranou Úmlovy 197 států světa (včetně EU).¹⁵² Státy v ní vysloveně uznávají nepříznivé účinky změny klimatu země jako společný zájem lidstva.¹⁵³ Jejím konečným cílem je „*stabilizace koncentrací skleníkových plynů v atmosféře na úrovni, která by umožnila předejít nebezpečným důsledkům vzájemného působení lidstva a klimatického systému*“.¹⁵⁴ Úmluva připomíná, že dle zásad mezinárodního práva mají státy „*suverénní právo využívat své vlastní zdroje na základě svých vlastních koncepcí ochrany životního prostředí a rozvoje*“, ale mají i „*odpovědnost zajistit, aby činnosti v rámci jejich rozsahu působnosti nebo dohledu nezpůsobily škodu na životním prostředí jiného státu nebo v oblastech mimo dosah jejich vnitrostátní působnosti*“.¹⁵⁵ Jedním z pilířů této úmluvy je zásada společné, i když rozdílné, odpovědnosti, podle které by měly smluvní strany rozvinutých zemí zaujmout vedoucí postavení v boji proti změně klimatu¹⁵⁶ a měly by být brány v úvahu specifické potřeby a zvláštní podmínky smluvních stran rozvojových zemí, zejména těch, které jsou obzvláště vystavené nepříznivým účinkům změny klimatu.¹⁵⁷ S ohledem na to by se rozvinuté země měly podílet vyšší měrou na úhradě nákladů souvisejících s těmito nepříznivými účinky.¹⁵⁸

¹⁵¹ Rámcová úmluva OSN o změně klimatu, vyhlášena sdělením č. 80/2005 Sb. m. s., sdělení Ministerstva zahraničních věcí o sjednání Rámcové úmluvy Organizace spojených národů o změně klimatu.

¹⁵² Dle informací na oficiálních stránkách UNFCCC [cit. 2017-03-10].

¹⁵³ Viz preamble UNFCCC.

¹⁵⁴ Viz čl. 2 UNFCCC.

¹⁵⁵ Viz preamble UNFCCC.

¹⁵⁶ Viz čl. 3 odst. 1 UNFCCC.

¹⁵⁷ Viz 3 odst. 2 UNFCCC.

¹⁵⁸ Viz čl. 4 odst. 3 až 5 UNFCCC.

Účinnost úmluvy omezují obecné formulace povinností států, zásada udržitelného rozvoje, stanovení prioritní potřeby rozvojových zemí dosáhnout trvalého hospodářského růstu a vymýcení chudoby,¹⁵⁹ absence účinného kontrolního mechanismu a také skutečnost, že Spojené státy americké jako jedny z největších světových emitentů skleníkových plynů neratifikovaly Kjótský protokol k Rámcové úmluvě OSN o změně klimatu, který kvantifikoval závazky států na omezení a snížení emisí skleníkových plynů.¹⁶⁰ Přes tyto nedostatky Rámcová úmluva OSN o změně klimatu jako univerzální právní instrument uznává antropogenní příčiny změny klimatu a minimálně pro rozvinuté země uvedené v příloze č. I Úmluvy z ní jednoznačně vyplývá povinnost snižovat emise skleníkových plynů.¹⁶¹

Vztah mezi globálním oteplováním a lidskými právy byl předmětem stížnosti předsedkyně mezinárodní nevládní organizace reprezentující početnou část domorodého národa Inuitů (*Inuit petition*). Stížnost byla podána v roce 2005 k Meziamerické komisi pro lidská práva a směřovala proti Spojeným státům americkým. Stěžovatelka namítala ohrožení životů, zdraví, vlastnických a dalších individuálních i kolektivních práv Inuitů v důsledku negativních dopadů globálního oteplování. Odpovědné za to byly Spojené státy americké, tehdy největší světoví emitenti skleníkových plynů, které odmítaly snížit emise těchto plynů, přestože se k tomu zavázaly prostřednictvím Rámcové úmluvy OSN o změně klimatu. Ačkoli Meziamerická komise nemá pravomoc donutit státy snižovat emise ani přiznat Inuitům odškodnění, stěžovatelé doufali ve zvýšení veřejného povědomí o škodlivých účincích globálního oteplování a v to, že díky tomu upozorní vlády i soukromoprávní korporace na jejich potencionální odpovědnost. Komise se sice odmítla stížností zabývat s tím, že poskytnuté informace nejsou dostatečné k posouzení věci,¹⁶² případ ale získal značnou mediální a odbornou pozornost.

Jestliže se nepodaří zamezit samotným změnám přírodních podmínek, je v rámci preventivní fáze možné ještě učinit vhodná mitigační a adaptační opatření. Mitigační opatření vedou ke zmírnění negativních dopadů změn

¹⁵⁹ Viz preambule UNFCCC.

¹⁶⁰ Čl. 2 odst. 1 Rámcové úmluvy Organizace spojených národů o změně klimatu z roku 1992.

¹⁶¹ ŽÁKOVSKÁ, K., LIPOVSKÝ, M., op. cit. 68, s. 47.

¹⁶² GORDON, J. Inter-American Commission on Human Rights to Hold hearing after Rejecting Inuit Climate Change Petition. *Sustainable Development Law & Policy* [online], roč. 2007, č. 7, s. 55 [cit. 2017-03-10]. Dostupné z: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1239&context=sdlp>

přírodních podmínek. Adaptační opatření naopak napomáhají obyvatelům přizpůsobit se změnám.¹⁶³

Povinnost přijmout mitigační opatření výslovně zakotuje Rámcová úmluva OSN o změně klimatu, když stanoví, že státy by měly „*předběžně učinit opatření k předvídání, prevenci či minimalizaci příčin vedoucích ke změně klimatu a zmírnit tak její nepříznivé účinky*“¹⁶⁴ a zavazují se „ve vzájemné spolupráci podporovat vývoj, využít a rozšiřování, včetně převodu technologií, postupů, procesů, které vedou ke kontrole, omezení či prevenci antropogenních emisí skleníkových plynů“.¹⁶⁵ Kvantitativní rozsah snížení emisí je předmětem klimatických dohod a vyjednávání od 90. let 20. století dosud.¹⁶⁶ Jestliže bychom chtěli povinnost státu činit mitigační opatření dovozovat z ochrany lidských práv, narazíme na stejně problémy jako u povinnosti zamezit environmentální degradaci, tj. zejména na otázku vynutitelnosti a extrateritoriální působnosti lidských práv, jak je vysvětleno výše.

Naopak u adaptačních opatření může být argumentace lidskými právy pravděpodobně účinnější než argumentace normami mezinárodního práva životního prostředí.¹⁶⁷ Adaptační opatření se týkají pouze území a obyvatelstva příslušné smluvní strany, odpadá tedy problém extrateritoriality. Z lidských práv vyplývají jak negativní, tak pozitivní závazky států přijmout opatření k ochraně základních lidských práv. Tyto závazky jsou v lidskoprávních dokumentech formulovány konkrétněji než v UNFCCC.¹⁶⁸ Bude snadnější dokázat příčinnou souvislost mezi dopady environmentální degradace a porušením povinnosti státu. Z lidských práv plynou závazky jak hmotného (např. přijmout různá technická opatření, monitorování rizik), tak procesního charakteru (normativní zakotvení opatření, povinnost informovat obyvatele o nebezpečí, zajistit vyšetřování v případě úmrtí aj.).¹⁶⁹

Adaptačními opatřeními lze předjímat pozvolné změny trvalého charakteru, jakož se i vypořádat s relativně krátkými hydrometeorologickými extrémy.

¹⁶³ Samotnou environmentální migraci lze považovat také za jedno z adaptačních opatření, nicméně na tomto místě se budu zabývat povinností států činit jiná adaptační opatření, která mají zabránit tomu, aby k environmentální migraci došlo.

¹⁶⁴ Viz čl. 3 odst 3 UNFCCC.

¹⁶⁵ Viz čl. 4 odst. 1 písm. c) UNFCCC.

¹⁶⁶ Viz přehled uvedený na portálu EurActiv.cz [cit. 2017-03-11].

¹⁶⁷ ŽÁKOVSKÁ, K., LIPOVSKÝ, M., op. cit. 68, s. 48.

¹⁶⁸ Viz čl. 4 odst. 1 písm. e) UNFCCC. Smluvní strany budou „spolupracovat při přípravě na adaptaci vůči dopadům změny klimatu“.

¹⁶⁹ Bod 131 rozsudku ESLP ze dne 29. 9. 2008 ve věci *Budayeva a další proti Rusku*, stížnosti č. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 a 15343/02.

Nicméně v praxi může adaptace narazit na dva základní problémy. Za prvé, ne vždy bude možné adaptaci na místě reálně uskutečnit, popř. to bude v důsledku poměru vynaložených nákladů a dosaženého výsledku neúčelné (jako v případě potápějících se ostrovů). A za druhé, ne vždy mají státy dostatečné finanční, personální a institucionální kapacity na to, aby byly schopné zajistit svým občanům odpovídající ochranu a k migraci by tak vůbec nemuselo dojít.¹⁷⁰

4.2.2 Průběžné a následné povinnosti států spojené s migrací

Povinnosti států vyplývající z lidskoprávních závazků v situacích, kdy dojde k migraci obyvatel na základě zhoršených přírodních podmínek, se liší podle toho, o jaký typ migrace se jedná (zda jde o migraci dobrovolnou či nucenou, v rámci jednoho státu či přeshraniční, plánovanou migraci, migraci v důsledku náhlých nebo pozvolných změn).

V případě dobrovolné migrace má stát povinnost respektovat svobodu pohybu a pobytu, ze které vyplývá právo každého se volně pohybovat, svobodně si volit bydliště uvnitř státu, právo opustit kteroukoli zemi i svou vlastní a právo vrátit se do své země.¹⁷¹ Rozhodne-li se jednotlivec změnit místo svého bydliště, např. přestěhovat se z města na vesnici kvůli příznivějšímu životnímu prostředí, nesmí mu v tom být bráněno.

Pro případy vnitřní nedobrovolné migrace jsou relevantní Řídicí zásady pro vnitřní přesídlování přijaté Komisí OSN pro lidská práva v roce 1998.¹⁷² Ačkoli se jedná o akt nezávazného charakteru, těší se poměrně velké autoritě.¹⁷³ U řady zásad lze dovodit jejich závazný charakter, neboť vycházejí ze závazných norem chránících lidská práva a norem humanitárního práva, které se pouze přizpůsobují na míru vnitřnímu přesídlování.¹⁷⁴

Řídicí zásady definují pro své účely vnitřně přesídlené osoby (*internally displaced people*) jako „osoby nebo skupiny osob, které byly donuceny nebo musely uprchnout a opustit své domovy nebo místa svého bydliště zejména následkem nebo ve snaze vyhnout se důsledkům ozbrojeného konfliktu,

¹⁷⁰ ŽÁKOVSKÁ, K., LIPOVSKÝ, M., op. cit. 68, s. 48–49.

¹⁷¹ Čl. 13 Všeobecné deklarace lidských práv.

¹⁷² Řídicí principy pro vnitřní přesídlování přijaté Komisí OSN pro lidská práva dne 11. února 1998, UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2 (Guiding Principles on Internal Displacement. UN Commision on Human Rights. 11 February 1998).

¹⁷³ Srov. MCADAM, J., op. cit. 3, s. 250.

¹⁷⁴ Viz výčet instrumentů ochrany lidských práv a humanitárního práva tvořících právní základ Řídicích principů na stánkách www.ohchr.org [cit. 2017-03-03].

situacím všeobecného násilí, porušování lidských práv nebo katastrof přírodního či antropogenního původu a které neprekročily mezinárodně uznávanou státní hranici“.¹⁷⁵

V první sekci Řídicích zásad jsou uvedeny obecné zásady, které mají provázet průběh vnitřního přesídlování. Jsou jimi princip rovnosti,¹⁷⁶ zákaz diskriminace¹⁷⁷ a povinnost a odpovědnost států poskytnout ochranu a humanitární pomoc vnitřně přesídleným osobám v rámci své jurisdikce.¹⁷⁸ Druhá sekce obsahuje zásady uplatňující se v předmigrační fázi, mimo jiné povinnost předcházet přesídlení,¹⁷⁹ povinnost obzvláště chránit specifické skupiny obyvatel svázané se svou půdou (domorodé obyvatele, příslušníky menšin, rolníky, pastevce aj.),¹⁸⁰ v případech plánovaného přesídlování právo na informace ohledně důvodů a způsobu přesídlování, participace na rozhodování, předchozí informovaný souhlas a právo na opravný prostředek proti rozhodnutí o přesídlení.¹⁸¹

Sekce 3 obsahuje zásady pro samotný průběh přesídlení a vyjmenovává základní práva, která musí být při přesídlení respektována. Jde zejména o právo na život,¹⁸² důstojnost,¹⁸³ právo na svobodu a bezpečnost,¹⁸⁴ svobodu pohybu a pobytu,¹⁸⁵ respektování soukromého a rodinného života a právo na jednotu rodiny,¹⁸⁶ právo na přiměřené životní podmínky,¹⁸⁷ zachování vlastnických práv¹⁸⁸ a právo na vzdělání.¹⁸⁹ Sekce 4 obsahuje principy pro poskytování humanitární pomoci.

¹⁷⁵ Viz čl. 2 Řídicích principů pro vnitřní přesídlování: „[I]nternally displaced persons are persons or groups of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognized State border“.

¹⁷⁶ Zásada č. 1.

¹⁷⁷ Zásada č. 4.

¹⁷⁸ Zásada č. 3.

¹⁷⁹ Zásada č. 5.

¹⁸⁰ Zásada č. 9.

¹⁸¹ Zásada č. 7 odst. 3.

¹⁸² Zásada č. 10.

¹⁸³ Zásada č. 11.

¹⁸⁴ Zásada č. 12.

¹⁸⁵ Zásada č. 14.

¹⁸⁶ Zásada č. 17.

¹⁸⁷ Zásada č. 18.

¹⁸⁸ Zásada č. 21.

¹⁸⁹ Zásada č. 23.

Poslední pátá sekce obsahuje zásady pro návrat, znovuosídlení a reintegraci osob. Vnitřně přesídlené osoby mají být plně zapojeny do plánování a řízení jejich návratu, přesídlení či reintegrace.¹⁹⁰ Přesídlení či návrat se má dít při plném respektování výše jmenovaných práv. Příslušné orgány mají pomocí získat zpět majetek, který přesídlené osoby zanechaly na místě nebo o který byly připraveny důsledkem relokace. Nebude-li to možné, má jim být zajištěno přiměřené odškodnění nebo jiná forma reparace.¹⁹¹

Z Řídicích zásad pro vnitřní přesídlování vychází regionálně závazný právní instrument – Úmluva Africké unie o ochraně a pomoci vnitřně přesídleným osobám v Africe z roku 2009 (dále též „Kampalská úmluva“).¹⁹² Obsahuje podobná práva a povinnosti jako Řídicí zásady, ale ve svém čl. 5 bodu 4 výslovně stanoví, že státy mají přjmout opatření k ochraně přesídlených osob následkem přírodních či lidmi způsobených katastrof, včetně změn klimatu.¹⁹³ Jedná se o první text přijatý na mezinárodněprávní úrovni, který výslovně uvádí změny klimatu jako důvod nedobrovolného přesídlování.¹⁹⁴ Dále, oproti Řídicím zásadám Kampalská úmluva nadto zavádí odpovědnost státu za škodu, jestliže neposkytl vnitřně přesídleným osobám ochranu a pomoc v případě přírodní katastrofy.¹⁹⁵

Jiná situace nastává v případech vnější nedobrovolné migrace. Na tomto místě se obloukem vracím k azylovému a migračnímu právu prostřednictvím mezinárodněprávní zásady *non-refoulement*, který stojí na pomezí uprchlického práva a mezinárodního práva lidských práv. Povinnost chránit své občany má primárně stát, kde došlo k negativní přírodní události. V případě přeshraniční migrace mohou však z lidskoprávních norem vyplývat povinnosti i jiným státům, jestliže se environmentální migranti přesídlí na jejich území. Na základě zásady *non-refoulement* nelze navrátit osobu do země jejího původu, jestliže by jí tam hrozilo porušení základních lidských práv.

¹⁹⁰ Zásada č. 28.

¹⁹¹ Zásada č. 29.

¹⁹² Úmluva Africké unie o ochraně a pomoci vnitřně přesídleným osobám v Africe z roku 2009 (Kampalská úmluva)

¹⁹³ Viz čl. 5 bod 4 Kampalské úmluvy: „States Parties shall take measures to protect and assist persons who have been internally displaced due to natural or human made disasters, including climate change“.

¹⁹⁴ ŽÁKOVSKÁ, K., LIPOVSKÝ, M., op. cit. 68, s. 50.

¹⁹⁵ Viz čl. 12 bod 3 Kampalské úmluvy: „A State Party shall be liable to make reparation to internally displaced persons for damage when such a State Party refrains from protecting and assisting internally displaced persons in the event of natural disasters“.

Zásada *non-refoulement* je mimo jiné obsažena v Úmluvě o právním pořízení uprchlíků z roku 1951,¹⁹⁶ nyní zásadu zahrnují i další lidskoprávní úmluvy¹⁹⁷ a stala se součástí mezinárodního obyčejového práva. EÚLP jej výslově neobsahuje, ale ESLP jej dovodil ve své judikatuře z čl. 2 a čl. 3 uvedené úmluvy. Původně ESLP tuto zásadu uplatňoval pouze v extradičním řízení¹⁹⁸ a řízení o vyhoštění,¹⁹⁹ postupně ale jeho aplikaci rozšířil na veškeré případy vedoucí k navrácení cizince do země původu.²⁰⁰

Nabízí se otázka, zda lze zásadu *non-refoulement* vztáhnout i na environmentální důvody bránící navrácení. ESLP dosud nerzhodoval v žádném případě, kde by překázkou byly čistě zhoršené přírodní podmínky. Možnou odpověď nabízí rozsudek ESLP ve věci *Sufi a Elmi proti Spojenému království* ze dne 28. 6. 2011.²⁰¹ Soud zde posuzoval hrozící nebezpečí v případě návratu stěžovatelů do Somálska, možnost interní relokace a podmínky panující v uprchlických táborech. Podle ESLP, jestliže by „*katastrofální humanitární podmínky panující v Somálsku byly čistě či převážně následkem chudoby nebo nedostatku prostředků státu vypořádat se s přirozeně se vykystujícími jevy jako sucha, mohlo by být vhodné aplikovat na danou situaci test vytvořený v případě *N. proti Spojenému království*“²⁰² pro zjištění toho, zda humanitární podmínky dosahují intenzity porušení čl. 3 EÚLP. V daném případě však soud konstatoval, že ačkoli sucha zhoršila trvající humanitární krizi, její příčinou bylo chování stran konfliktu, a proto aplikoval jiný test, na jehož základě nakonec shledal porušení čl. 3.*

Rozsudek ze dne 27. 5. 2008 ve věci *N. proti Spojenému království*,²⁰³ na který ESLP ve věci *Sufi a Elmi proti Spojenému království* odkazoval, je

¹⁹⁶ Viz čl. 33 Ženevské úmluvy.

¹⁹⁷ Viz čl. 3 Úmluvy proti proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponížujícímu zacházení nebo trestání, vyhlášené vyhláškou č. 143/1988 Sb. ministra zahraničních věcí.

¹⁹⁸ Rozsudek ESLP ze dne 7. 7. 1989 ve věci *Soering proti Spojenému království*, stížnost č. 14038/88.

¹⁹⁹ Rozsudek ESLP ze dne 15. 11. 1996 ve věci *Chahal proti Spojenému království*, stížnost č. 22414/93 a rozsudek ESLP ze dne 20. 3. 1991 ve věci *Cruz Varas a další proti Švédsku*, stížnost č. 15576/89.

²⁰⁰ Rozsudek ESLP ze dne 30. 10. 1991 ve věci *Vilvarajah a další proti Spojenému království*, stížnosti č. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87.

²⁰¹ Rozsudek ESLP ze dne 28. 6. 2011 ve věci *Sufi a Elmi proti Spojenému království*, stížnosti č. 8319/07 a 11449/07.

²⁰² Bod 282 rozsudku ESLP ze dne 28. 6. 2011 ve věci *Sufi a Elmi proti Spojenému království*, stížnosti č. 8319/07 a 11449/07.

²⁰³ Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 27. 5. 2008 ve věci *N. proti Spojenému království*, stížnost č. 26565/05.

jedním z případů, kdy soud zvažoval socioekonomické důvody pro uplatnění zásady *non-refoulement*. V literatuře bývají právě tyto důvody dávány do souvislosti s environmentálními důvody.²⁰⁴ Prvním případem, kdy tyto důvody byly uznány jako porušení čl. 3 EÚLP, bylo rozhodnutí ze dne 2. 5. 1997 ve věci *D. proti Spojenému království*.²⁰⁵ Šlo o vyhoštění HIV pozitivního stěžovatele, nacházejícího se v poslední fázi nemoci, do státu Svatý Kryštof a Nevis. Při posuzování toho, zda by v případě navrácení stěžovatele došlo k porušení čl. 3, je dle ESLP nutné zohlednit individuální okolnosti stěžovatele. Těmi byl jeho zdravotní stav: stěžovatel byl v poslední fázi nemoci, přesun by uspíšil jeho smrt, neměl by odpovídající lékařskou péči, neměl by kde bydlet a nemohl očekávat žádnou podporu své rodiny. Soud uzavřel, že v tomto případě šlo o výjimečné okolnosti, a vzal v úvahu pádné humanitární důvody.²⁰⁶

V případě *N. proti Spojenému království* soud porušení čl. 3 neshledal. Stěžovatelka byla HIV pozitivní a hrozil jí návrat do Ugandy. Dle ESLP, aby mohlo být špatné zacházení kvalifikováno jako porušení čl. 3, musí dosáhnout minimální úrovně závažnosti a závisí na konkrétních okolnostech případu, jako doba trvání špatného zacházení, fyzické a psychické následky, pohlaví, věk a zdravotní stav.²⁰⁷ Soud zde dále shrnul následující obecné zásady aplikovatelné na „všechny případy vyhoštění osob s jakoukoli vážnou, přirozeně se vyskytující nemocí fyzickou či psychickou, která by mohla působit utrpení, bolest a snížení délky života, a vyžadující lékařskou péči, která nemusí být vždy dobré přístupná v zemi původu nebo přístupná pouze s velkými náklady“.²⁰⁸

1. Cizinci, kterým bylo uděleno vyhoštění, v zásadě nejsou nijak oprávněni zůstat na území jiného státu z důvodu využívání zdravotních, sociálních a jiných služeb poskytovaných jím vyhoštějícím státem. Skutečnost, že by se v případě vyhoštění podstatně zkrátila doba života žadatelů a jiné podmínky, sama o sobě nezakládá porušení čl. 3. Pouze za velmi výjimečných

²⁰⁴ Viz MCADAM, J. *Climate Change Displacement and International Law: Complementary Protection Standards* [online]. Geneva: UNHCR, Division of Internationa Protection, Legal and Protection Policy Research Series, May 2011. s. 25 a násl. [cit. 2017-02-22]. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/4df16e99.pdf>

²⁰⁵ Rozsudek ESLP ze dne 2. 5. 1997 ve věci *D. proti Spojenému království*, stížnost č. 30240/96.

²⁰⁶ Tamtéž, body 46–54.

²⁰⁷ Bod 29 rozsudku ESLP ze dne 27. 5. 2008 ve věci *N. proti Spojenému království*, stížnost č. 26565/05.

²⁰⁸ Tamtéž, bod 45.

- okolností, kdy žadatel trpí vážnou chorobou, úroveň zdravotní péče ve státě původu by byla výrazně horší a existují závažné humanitární důvody znemožňující vycestování, lze uvažovat o možném porušení čl. 3. Vodítka pro vyhodnocení výjimečnosti okolností lze najít v související judikatuře ESLP počínaje rozhodnutím *D. proti Spojenému království*.²⁰⁹
2. Při naplnění výjimečných okolností může dojít k porušení čl. 3, i když hrozící újma vznikne následkem přirozeně se vyskytnuvší nemoci a nedostatku prostředků přijímací země, aby se se stavem vypořádala.²¹⁰
 3. Ačkoli většina práv v Úmluvě má sociální a ekonomický přesah, primárně slouží k ochraně občanských a politických práv. Úroveň zdravotní péče se v jednotlivých zemích liší, jsou zde sociální a ekonomické rozdíly. S ohledem na zásadní význam čl. 3 může dojít k zabránění vyhoštění, ale pouze ve skutečně výjimečných případech. Článek 3 neukládá za povinnost státům vyrovnávat zmíněné rozdíly poskytováním zdravotní péče cizincům bez oprávnění zůstat na území.²¹¹

Osoby, jejichž stát původu není schopen se vypořádat s přirozeně se vyskytujícími jevy a které projdou výše stanoveným velmi přísným testem, není dle ESLP možné vyhostit ani jinak navrátit do země původu. Logicky jim tedy musí být na území poskytnuta nějaká forma ochrany, tj. udělen nějaký druh pobytového statusu. Tímto statusem by pak mohla být doplňková ochrana dle kvalifikační směrnice. Ke vztahu čl. 15 kvalifikační směrnice a čl. 3 EÚLP se vyjádřil i ESLP slovy, že „*není přesvědčen, že čl. 3 Úmluvy neposkytuje srovnatelnou ochranu jako ustanovení kvalifikační směrnice*“, ačkoli je omezen toliko na výklad ustanovení úmluvy.²¹²

5. SHRNUTÍ A ZÁVĚRY

Pod pojmem environmentální migrace spadá řada různorodých situací. Niestoji právní instrument, který by se vztahoval na environmentální migraci jako celek. Aby bylo možné identifikovat jednotlivé dotčené právní normy, je nutné vytvořit užší kategorie environmentálních migrantů podle společných znaků a teprve prostřednictvím těchto kategorií rozebrat příslušnou právní

²⁰⁹ Tamtéž, bod 42.

²¹⁰ Tamtéž, bod 43.

²¹¹ Tamtéž, bod 44.

²¹² Viz bod 226 rozsudku ESLP ze dne 28. 6. 2011 ve věci *Sufi a Elmi proti Spojenému království*, stížnosti č. 8319/07 a 11449/07.

úpravu. Pro právní účely je vhodná typologie R. Stojanova a kol., ve které člení environmentální migranty na environmentálně motivované migranty, environmentální přesídlence (pozvolné a rychlé) a plánované přesídlence. Mimo tuto typologii sehrává při zajišťování subjektivních práv úlohu skutečnost, zdali jde o migraci dobrovolnou nebo nucenou, vnitřní nebo přeshraniční, zda k environmentální změně dojde náhle, nebo jde o postupný gradující proces, zda jsou příčinou migrace i lidské faktory a zda jde o migraci dočasnou, dlouhodobou nebo trvalou. Pro právní kvalifikaci bude významná fáze migrace.

Blíže jsem se zamýšlela nad ochranou naležící environmentálním migrantům prostřednictvím lidských práv. V souvislosti s migrací obyvatelstva zapříčiněnou změnami životního prostředí může dojít k zásahu do relevantní skupiny lidských práv a svobod. Porušena mohou být jak individuální, tak kolektivní práva, bez ohledu na to, do které kategorie migranti naleží.²¹³

Nejhodnějším řešením, aby k porušení lidských práv dotčených environmentální migrací nedošlo, by bylo zabránit samotné environmentální degradaci, jejíž důsledky porušení lidských práv způsobují. Ovšem pokud bychom chtěli dovodit z lidskoprávních závazků povinnost států zabránit environmentální degradaci, narazíme na několik zásadních problémů. Za prvé je prakticky nemožné dokázat příčinnou souvislost mezi důsledky environmentální degradace a odpovědností státu. Za druhé, aby bylo možné prostřednictvím lidských práv změnám zamezit, je nutné mít povědomí o jejich konkrétních negativních účincích, ale tyto nebude možné vůbec předvídat. Třetím problematickým aspektem je extrateritoriální působení lidských práv.

Další možnost preventivního řešení, aby k migraci vůbec nemuselo dojít, se nabízí prostřednictvím povinnosti států činit mitigační a adaptační opatření. Zatímco při dovozování povinnosti provést mitigační opatření z lidských práv se setkáme se shodnými či podobnými problémy jako u povinnosti zabránit environmentální degradaci. Dovození povinnosti činit adaptační opatření z lidskoprávních závazků může být mnohem účinnější. U adaptačních opatření odpadá problém extrateritoriality a předvídatelnosti, neboť opatření se přijímají v situacích, kdy již degradace vznikla. Pochybení může být státu rovněž snadněji přičteno.

²¹³ Nicméně některá konkrétní práva se vztahují jen k některým kategoriím, např. zákaz přesídlení domorodých obyvatel bez přechozího dobrovolného informovaného souhlasu v případech plánovaných projektů.

Jestliže k migraci následkem negativních přírodních změn skutečně dojde, leží primární odpovědnost vypořádat se se situací při zachování všech lidských práv na státu, k němuž mají migrující ooby státoobčanský vztah. Napomoci k tomu mohou Řídicí zásady pro vnitřní přesídlování. Ačkoli jde o dokument *soft-law*, aplikují se lidskoprávní normy na situace vnitřního přesídlení. Tvoří tak dle mého názoru minimální standard ochrany lidských práv v situacích vnitřního přesídlení. Naproti tomu pro vnější přesídlence systém ochrany lidských práv nepřináší téměř žádné východisko. Teoreticky sice lze prostřednictvím zásady *non-refoulement* dovodit povinnost státu „nechat“ si na svém území vnější environmentální přesídlence a povinnost států EU poskytnout těmto osobám doplňkovou ochranu, je to však možné pouze za výjimečných okolností v krajních individuálních případech.

Vnějším přeshraničním přesídlecům neposkytuje téměř žádnou ochranu současná úprava azylového a uprchlického práva. Ženevská úmluva na tyto osoby obecně, bez splnění dalších kritérií, vůbec nedopadá. Status doplňkové ochrany dle kvalifikační směrnice by environmentální migranti teoreticky mohli získat, ovšem bylo by nutné dokázat selhání vnitrostátní ochrany. Nejpřiléhavějším institutem pro environmentální migranti je dočasná ochrana. Možnost jejího reálného využití je však omezená vzhledem k mechanismu jejího přiznání na základě rozhodnutí Rady kvalifikovanou většinou na návrh Komise. Udělení humanitárního azylu je dle českého zákona o azylu nenárokové. Pouze v některých regionálních (Úmluva Organizace africké jednoty upravující zvláštní stránky uprchlických problémů v Africe z roku 1969 a Kartagenská deklarace o uprchlících z roku 1984) a národních (Švédsko, Finsko) instrumentech je možnost udělení mezinárodní ochrany z environmentálních důvodů buď zakotvena, nebo ji lze dovodit. Jedná se spíše o případy přírodních katastrof, nikoli o pozvolné gradující přírodní změny. Kromě dočasné ochrany jsou podmínky pro udělení mezinárodní ochrany posuzovány na individuálním základě, což činí celý proces zdlouhavým, v případě velkého náporu migrantů nefunkčním. Dočasná ochrana klade velké nároky na migranti samotné. Jestliže by měl jednotlivec prokazovat selhání státu např. při nedodržování norem životního prostředí, činí to pro něj získání mezinárodní ochrany z těchto důvodů téměř nemožným.

Z uvedeného vyplývá, že ve vztahu k environmentálním přesídlecům existuje v právu mezera. Existují různé návrhy, jak tuto mezera v oblasti azylového práva vyplnit.²¹⁴ Jsou jimi rozšíření definice uprchlíka v Ženevské

²¹⁴ Viz ŽÁKOVSKÁ, K., op. cit. 2, s. 62–66.

úmluvě o environmentální důvody nebo vytvoření specifického statusu environmentálního uprchlíka. Dalšími možnostmi jsou přijetí nové speciální univerzální úpravy nebo rozšíření úpravy na nižších úrovních (regionálních či národních), popř. evolutivní interpretace stávajících úprav. V neposlední řadě je to vytvoření *ad hoc* dohod na míru konkrétním situacím.

Úvahy o úpravě environmentální migrace a zejména postavení environmentálních přesídleců *de lege ferenda* by měly začít otázkou, jestli zvolit úpravu na základě uprchlického a azylového práva. Formy mezinárodní ochrany jsou vytvořeny pro situace, kdy ohrožení plyne ze selhání státu. Byla by nutná rozsáhlá revize, aby bylo možné úpravu přizpůsobit tak, aby dopadala i na environmentální přesídlence. Požadovaná intenzita hrozící újmy je u všech forem mezinárodní ochrany velmi vysoká. Jde jen o nejzásadnější ohrožení na životě a zdraví osob. Ohrožení navíc musí být aktuální, čímž odpadají případy pozvolných gradujících procesů (pokud proces není v závěrečné fázi). Navíc se úprava mezinárodní ochrany vztahuje pouze na fázi, kdy k migraci již došlo, neřeší předmigrační fázi ani průběh.

Odlišný pohled na problematiku poskytují obyvatelé ostrovních států Kiribati a Tuvalu. Tyto státy nejsou stranami Ženevské úmluvy. Pro obyvatele „potápějících“ se ostrovů a jejich čelné představitele výraz uprchlík asociouje pasivitu, ztrátu důstojnosti, odpovědnost vlády za stávající situaci a neschopnost. Hledají jiné možnosti získání povolení k pobytu zejména v Austrálii a na Novém Zélandu.²¹⁵ Prezident státu Kiribati A. Tong v rozvoru s proforskou mezinárodního práva J. McAdam prohlásil: „*Nechceme ztratit svou důstojnost. Obětujeme z ní již mnoho svým přesídlením. Nechceme proto ztratit to, co z naší důstojnosti ještě zbývá. Proto poslední věc, co bychom chtěli, je být označováni jako uprchlíci. Dostaneme to, na co máme právo a co si zasloužíme, protože nám ostatní berou to, co máme.*“²¹⁶

Těžko si lze představit univerzální právní úpravu, která by byla schopná nabídnout ochranu odpovídající potřebám tolika typově odlišným případům environmentálně přesídlených osob v rámci uprchlického práva. Situace

²¹⁵ MCADAM, J., LOUGHRY, M. We aren't refugees. *Inside Story* [online]. 30 June 2009 [cit. 2017-01-30]. Dostupné z: <http://insidestory.org.au/we-arent-refugees/>.

²¹⁶ Z interview s prezidentem ostrovního státu Kiribati Anote Tongem, Tarawa, Kiribati, 12. květen 2009. Citováno v příspěvku MCADAM, J. *The Normative Framework of Climate Change-Related Displacement* [online]. For the event Addressing the Legal Gaps in Climate Change Migration, Displacement and Resettlement: From Sinking Islands to Flooded Deltas. Washington, DC, The Brookings Institution, 3 April 2012, s. 1 [cit. 2017-01-30]. Dostupné z: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/04032012_cc_paper_mcadamj.pdf

environmentální migrace mohou být tak různorodé a specifické, že by bylo takřka nemožné vytvořit všeobecnou definici. Pokud by k vytvoření takové definice došlo, vždy existuje nebezpečí, že dojde k vyloučení osob, které sice tuto ochranu potřebují stejně, nicméně nenaplňují formální požadavky definice. Nehledě na to, že v současné společnosti chybí politická vůle rozširovat pobytové statusy cizinců na území vlastního státu. Z toho důvodu se domnívám, že nejúčinnějším řešením v současné době by mohlo být uzavírání *ad hoc* bilaterálních či multilaterálních dohod mezi státy, kterých se problém bezprostředně dotýká. Bylo by tak možné lépe zohlednit možnosti a potřeby všech zúčastněných subjektů a vytvořit instrument na míru konkrétní situaci.

Jako minimální lidskoprávní rámec pro situace přeshraniční nedobrovolné migrace a pro *ad hoc* dohody mezi státy by mohla sloužit úprava inspirovaná Řídicími zásadami OSN pro vnitřní přesídlování. Stejně jako Řídicí zásady by vycházela ze stávajících lidských práv a norem humanitárního práva, které by konkretizovala pro situace vnější migrace. Obsahovala by zásady a pravidla pro předmigrační fázi, pro fázi samotného přesídlování a pro fázi po přesunu včetně práva se vrátit či možnosti zůstat. Dále by upravovala v obecné rovině status těchto osob v jiné zemi, jejich integraci a vztahy k místním obyvatelům. Úprava by měla být přizpůsobena specifickým situacím, kdy přesídlení může být jak dočasného, tak trvalého charakteru. Vzhledem k tomu, že by vycházela ze stávajících norem o ochraně lidských práv, mohla by být snáze uznávána a přijata. Do uprchlického a cizineckého práva států by si potom tato úprava mohla najít cestu skrze ustanovení podobná tomu českému. Dle zákona o azylu je jedním z důvodů pro udělení doplňkové ochrany, pokud by vycestování cizince bylo v rozporu s mezinárodními závazky České republiky.²¹⁷ Tyto závazky by plynuly z mezinárodních lidskoprávních úmluv a byly by konkretizované instrumentem podobným Řídicím zásadám.

²¹⁷ § 14a odst. 2 písm. b) zákona o azylu.

XVI.

Horní limity pro přijímání uprchlíků ve světle Ženevské úmluvy a evropské ochrany lidských práv

HARALD CHRISTIAN SCHEU*

1. ÚVOD

Po více než 15 letech společné azylové politiky se jeví právní úprava Evropské unie jako staveniště, z určitého úhlu pohledu dokonce jako zřízenína. První generace azylových směrnic z let 2003 až 2005¹ byla po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost nahrazena druhou generací z let 2011 až 2013.² Druhá generace azylových směrnic měla být implementována do vnitrostátního práva členských států do prosince 2013, resp. do července 2015. S komplexním hodnocením provedení ze strany Evropské komise (dále též „EK“) se podle procedurální směrnice a přijímací směrnice počítá

* Katedra evropského práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze.

¹ Směrnice Rady 2003/9/ES ze dne 27. ledna 2003, kterou se stanoví minimální normy pro přijímání žadatelů o azyl, směrnice Rady 2004/83/ES ze dne 29. dubna 2004 o minimálních normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje mezinárodní ochranu, a o obsahu poskytované ochrany a směrnice Rady 2005/85/ES ze dne 1. prosince 2005 o minimálních normách pro řízení v členských státech o přiznávání a odnímání postavení uprchlíka. V roce 2001 byla kromě toho přijata směrnice 2001/55/ES, která však nikdy nebyla použita.

² 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 ochranu, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/32/EU ze dne 26. června 2013 o společných řízeních pro přiznávání a odnímání statusu mezinárodní ochrany a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/33/EU ze dne 26. června 2013, kterou se stanoví normy pro přijímání žadatelů o mezinárodní ochranu.

až do června 2017. Některá ustanovení procedurální směrnice mají být implementována až do července 2018. Přesto Evropská komise předložila již v červenci 2016 návrh na dokončení reformy společného evropského azylového systému, který obsahově sice navazuje na stávající směrnice, ale předpokládá novou formu procedurálního a kvalifikačního nařízení.

Směrnicová úprava, která je předmětem neustálých novelizací na unijní i národní úrovni a současně i předmětem mnoha řízení proti členským státům kvůli porušení unijního práva, ovšem působí jako prvek stability ve srovnání s tzv. dublinským systémem, který je v různých členských státech upraven velmi různě a o kterém Soudní dvůr EU, Evropský soud pro lidská práva a některé národní soudy rozhodly, že se v určitých situacích vlastně aplikovat nesmí. Evropský soud pro lidská práva *de facto* zrušil fikci obsaženou v čl. 22 odst. 7 dublinského nařízení (Dublin III),³ podle něhož platí presumpce příslušnosti dožádaného státu, který během dvou měsíců na žádost o převzetí žadatele nerozhodne. Před navrácením žadatele do členského státu EU mají tedy národní orgány nejprve zajistit, aby dožádaný členský stát poskytl individuální záruky týkající se přiměřené péče v souladu s požadavky podle čl. 3 Evropské úmluvy o lidských právech (dále též „EÚLP“).⁴

Zatímco primární právo EU vychází ze striktní dichotomie migračního a azylového práva,⁵ tzv. schengenský systém je postaven na efektivní kontrole vnějších hranic a na celé řadě opatření EU proti nelegální migraci. Jak však ukázala praxe, vymezení azylu vůči přistěhovalectví je stejně děravé jako některé úseky vnějších hranic schengenského prostoru. Nakonec je proto vcelku jedno, zda vývoj od léta 2015 označujeme za azylovou, uprchlickou či migrační krizi. Přísun více než milionu občanů třetích zemí mřížících nelegální cestou zejména do několika málo vybraných členských států EU ukázal společný evropský azylový systém v celé jeho nahotě. Jednostranná opatření některých členských států a eskalace sporů uvnitř EU po přijetí relokačních opatření krásně zapadají do celkového obrazu.

³ 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.

⁴ Rozsudek ESLP (velký senát) ve věci *Tarakhel v. Švýcarsko*, stížnost č. 29217/12, rozsudek ze dne 4. 11. 2014.

⁵ Viz podrobněji SCHEU, H. Vymezení migračního práva vůči azylovému právu. In: PÍTROVÁ, L. (Ed.) *Aktuální právní aspekty migrace*. Praha: Leges, 2016, s. 21–27.

Po období lidskoprávní a humanitární euforie šířené vrhači plyšových medvídků a hlasateli vítací kultury nastal čas vystrízlivění. Vzhledem k tomu, že se někteří politici v členských státech EU začínají předhánět v navrhování nových restriktivních opatření vůči uprchlíkům a migrantům, je nicméně na místě opatrnost. Ohrožený není pouze schengenský systém jako symbol úspěšné evropské integrace, ale také základy evropské ochrany lidských práv.

Není zde dostatečný prostor pro komplexní posouzení různých restriktivních opatření, která byla v posledních měsících na národní úrovni přijata či diskutována. Chceme se v tomto příspěvku proto zaměřit pouze na jedno konkrétní řešení, které bylo začátkem roku 2016 navrženo v Rakousku, tedy ve členském státě EU, který spolu s Německem a Švédskem přijal v letech 2015 a 2016 největší podíl uprchlíků a migrantů. Jde o otázku stanovení horních limitů pro přijímání uprchlíků. Nad rámec řady složitých technických problémů vyvolává takové opatření také některé klíčové koncepční otázky.

Stanovení horních limitů pro přijímání uprchlíků v Rakousku totiž nemá v prvé řadě za cíl zpřísnit některá pravidla přijímání žadatelů o mezinárodní ochranu, ale předpokládá suspendování některých lidskoprávních standardů v době krize. Zajímavým momentem je spojení mezi konkrétním počtem žadatelů o mezinárodní ochranu na jedné straně a otázkou ohrožení veřejného pořádku a vnitřní bezpečnosti na straně druhé. Je zcela zřejmé, že stanovení horních limitů může mít na takové žadatele konkrétní lidskoprávní dopady. Chceme proto posoudit takové opatření z hlediska mezinárodních a unijních závazků v oblasti lidských práv.

V tomto příspěvku chceme nejprve nastínit relevantní referenční rámec v mezinárodní a unijní ochraně lidských práv. V další části se budeme věnovat právním opatřením, která byla v Rakousku přijata za účelem stanovení horních limitů pro přijímání uprchlíků. Na závěr chceme zhodnotit, nakolik je rakouské řešení slučitelné s mezinárodními a unijními závazky a jaké závěry z toho plynou pro společný evropský azylový systém.

2. VAZBA MEZI POČTEM ŽADATELŮ O AZYL A OHROŽENÍM VEŘEJNÉHO POŘÁDKU A VNITŘNÍ BEZPEČNOSTI

Pro účely tohoto příspěvku je třeba připomenout dva stěžejní principy mezinárodního uprchlického práva a ochrany lidských práv. Zaprvé je třeba

vycházet z toho, že státy mají povinnost posoudit případ každého uprchlíka a žadatele o ochranu individuálně, tzn. podle okolností konkrétního případu. Zadruhé je třeba oddělit humanitární aspekt od bezpečnostních otázek, a proto nelze samotný příliv velkého počtu uprchlíků vnímat jako bezpečnostní riziko. Tyto dva principy se navzájem podmiňují, resp. podporují a tvoří základ právně-dogmatického přístupu k fenoménu hromadného uprchlictví. Je zřejmé, že projekt horního limitu pro přijímání uprchlíků obě tato osvědčená dogmata nabourává. Z tohoto důvodu je nutné zkoumat vazbu mezi počtem žadatelů o azyl a bezpečnostním argumentem důkladněji.

2.1 Problém tzv. securitizace migrační politiky

Samotná myšlenka spojení oblastí migrace a bezpečnosti není nic nového. V návaznosti na teorii kodaňské školy bezpečnostních studií⁶ vznikla v posledních dvou desetiletích řada literatury o tzv. securitizaci migrace („securitization of migration“).⁷ Přístup lidskoprávní komunity ke spojování otázek migrace a bezpečnosti byl přitom nanejvýš skeptický.

Zastáncům securitizace migrační politiky bylo mimo jiné vytýkáno, že cíleně vyvolávají strach z cizinců a že ohrožují mírové soužití ve společnosti tím, že zdůrazňují rozdíly. Lidskoprávní ideologie naopak poukázala na globální občanství, na nutnost vyrovnat propast mezi bohatými a chudými obyvateli planety a na stále se měnící identity v globálním světě. Proti koncepci, která vnímá migraci jako bezpečnostní riziko, tedy byla postavena koncepce migrace jako obohacení společnosti a ekonomiky.⁸

⁶ Za směrodatnou publikaci je považována monografie BUZAN, B. *People, States and Fear: An Agenda For International Security Studies in the Post-Cold War Era*. Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1983. Současné studie o migraci odkazují spíše na pozdější publikaci, na které se podílel stejný autor (BUZAN, B., WAEVER, O., DE WILDE, J. *Security: a new framework for analysis*. London: Lynne Rienner Publishers, 1998).

⁷ Viz např. HUYSMANS, J. The European Union and the Securitization of Migration. *Journal of Common Market Studies*. Vol. 38(5), 2000, s. 751–777; HUYSMANS, J., SQUIRE, V. Migration and Security. In: DUNN CAVELTY, M., MAUER, V. (eds.) *Handbook of Security Studies*. London – New York: Routledge, 2009; CHOLEWINSKI, R. The EU acquis on irregular migration: reinforcing security at the expense of rights. *European Journal of Migration and Law*. Vol. 2, 2000, s. 341–405; BOSWELL, C. The Securitisation of Migration: a Risky Strategy for European States. *Danish Institute for International Relations Brief* [online]. Dostupné z: http://diis.inforce.dk/graphics/Publications/Briefs2007/boswell_securitisation_of_migration.pdf.

⁸ Viz např. BUONFINO, A. Securitisising migration. *Open Democracy.net* [online]. Dostupné z: http://www.opendemocracy.net/people-migrationeurope/article_1734.jsp.

Antagonismus mezi lidskoprávní komunitou a bezpečnostní komunitou se promítal dokonce do teze, že securitizace evropské migrační politiky je zlo, které přispívá např. k lidským tragédiím v oblasti Středozemního moře.⁹ Ten, kdo v zájmu bezpečnosti zabraňuje migraci pomocí plotů, zdí a sofistikovaných technologií, se může dokonce stát podezřelým ze zločinu proti lidskosti. Na tuto rovinu upozornili lidskoprávní aktivisté zejména v souvislosti se stavbou zdi oddělující Izrael od palestinských území.¹⁰

Přitom z velké části souhlasíme s tím, že bezpečnostní argument je třeba používat opatrně. Odkaz na vnitřní bezpečnost může být lehce zneužit k tomu, aby hranice normálního stavu byly posunuty směrem ke stavu nouze. Bezpečnostní hrozby mohou být vnímány jako výjimečné okolnosti, které legitimují opatření omezující či derogující lidská práva všech nebo určitých skupin obyvatelstva. Také souhlasíme s argumentem ochránců lidských práv, že slovo cizinec, migrant nebo uprchlík se nemá stát synonymem slova nebezpečí. Obecně lze také konstatovat, že bezpečnostní diskurs málo diferencuje mezi konkrétními formami rizik a příliš generalizuje ojedinělé případy.

Na druhé straně však určitě není vhodné podcenit empiricky doložitelná rizika spojená s masovým přílivem migrantů a žadatelů o azyl. To platí i navzdory tomu, že nelze všechna bezpečnostní rizika spojená s migrací empiricky přesně uchopit, neboť hodnocení rizikových faktorů je z povahy věci složitý proces. Často jde o odhad budoucího vývoje, tedy o určitou formu prorokování.

Současné debaty o reformě evropského azylového práva probíhají ve znamení krize, která souvisí s nejistotou týkající se počtu osob, které se v příštích měsících a letech pokusí dostat do Evropy, s nejistotou týkající se budoucnosti evropské integrace, s nejistotou týkající se možné radikalizace politické scény v některých členských zemích atd. V takové situaci je bezpečnostní argument lépe slyšet. S ohledem na vztahy EU a členských států jeden německý autor poznamenal, že v dobách krize se státní suverenita tlačí

⁹ Viz např. ROONEY, C. Exploiting a Tragedy: The Securitization of EU Borders in the Wake of Lampedusa. *Oxford Law Faculty* [online]. Dostupné z: <http://bordercriminologies.law.ox.ac.uk/exploiting-a-tragedy>.

¹⁰ Pro celkový přehled viz zprávu zvláštního zpravodaje Richarda Falka o situaci lidských práv na palestinských územích okupovaných od roku 1967 (Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967), UN Doc. A/HRC/25/67.

do popředí.¹¹ Ačkoli je nutné a důležité stále připomínat závazky v oblasti ochrany lidských práv a dbát na jejich dodržování, je třeba dodat, že tváří v tvář krizi by neměl lidskoprávní argument sloužit k dalšímu štěpení společnosti. Takové štěpení rozhodně nepřispívá k posílení ochrany uprchlíků či ochrany lidských práv obecně.

2.2 Argument vnitřní bezpečnosti v kontextu Ženevské úmluvy

Vazba mezi bezpečnostním argumentem a migrací se promítá i do mezinárodněprávní roviny. Ženevská úmluva o právním postavení uprchlíků z roku 1951 ve znění Newyorského protokolu z roku 1967 (dále jen „Ženevská úmluva“) obsahuje celkem čtyři ustanovení, která se výslovně dotýkají otázky národní bezpečnosti.¹² Čl. 9 Ženevské úmluvy obsahuje derogační doložku, která za války či jiných závažných a výjimečných okolností umožnuje suspendování výhod plynoucích ze statusu uprchlíka, pokud je takový krok nezbytný pro národní bezpečnost (ang. *national security*, fr. *sécurité nationale*). Čl. 28 Ženevské úmluvy se dotýká spíše technického aspektu ochrany, a to konkrétně vystavení cestovních dokladů pro uprchlíky, kteří se na území smluvní strany zdržují zákonně. Smluvní stát nemusí uprchlíkovi vystavit cestovní doklady, pokud tomu brání závažné důvody národní bezpečnosti nebo veřejného pořádku (ang. *public order*, fr. *ordre public*). Podle čl. 32 Ženevské úmluvy nesmí smluvní státy vyhostit uprchlíka, který se zákoně nachází na jejich území, kromě případů odůvodněných národní bezpečnosti nebo veřejným pořádkem. Čl. 33 Ženevské úmluvy dále pro všechny uprchlíky (tj. i pro ty, kteří se nacházejí na území smluvního státu nezákoně) upravuje zákaz vyhoštění na hranice zemí, ve kterých by jejich životy či osobní svoboda byly ohroženy na základě jejich rasy, náboženství, národnosti, příslušnosti k určité společenské vrstvě či z důvodu politického přesvědčení. Princip *non-refoulement* se ovšem nevztahuje na uprchlíka, který ze závažných důvodů může být považován za nebezpečného v zemi, ve které se

¹¹ „Krisenzeiten sind Zeiten, in denen sich die souveräne Staatlichkeit in den Vordergrund drängt“. NETTESHEIM, M. Europarechtskonformität des Europäischen Stabilitätsmechanismus. *NJW*. 1/2013, s. 14–16.

¹² Česká verze Ženevské úmluvy, která byla zveřejněna pod č. 208/1993 Sb. (sdělení Ministerstva zahraničních věcí o přijetí Úmluvy o právním postavení uprchlíků a o přijetí Protokolu týkajícího se právního postavení uprchlíků) používá výraz „státní bezpečnost“.

nachází, nebo který poté, co byl usvědčen konečným rozsudkem ze zvláště těžkého trestného činu, představuje nebezpečí pro společnost této země.

Pojem „národní bezpečnost“ ve smyslu Ženevské úmluvy se stal v odborné literatuře předmětem různých výkladů. Podle jednoho velmi úzkého výkladu se může stát výjimečného stavu ve smyslu čl. 9 Ženevské úmluvy dovolat jen tehdy, je-li vystaven vnější agresi nebo masivnímu mezinárodnímu napětí („*massive international tensions*“).¹³ J. Hathaway ve své směrodatné a často citované publikaci o právech uprchlíků oproti tomu připustil, že i riziko terorismu může ospravedlnit použití derogace čl. 9 Ženevské úmluvy.¹⁴ J. Hathaway ovšem výslovně odmítl možnost považovat za výjimečnou okolnost podle čl. 9 Ženevské úmluvy masový příliv uprchlíků.¹⁵

UNHCR se zabývá problémem masového přílivu uprchlíků dlouhodobě. Již v roce 1981 upozornil výkonný výbor UNHCR na to, že masový příliv uprchlíků může nepřiměřeně zatěžovat určité země a že uspokojivého řešení nemůže být dosaženo bez mezinárodní spolupráce a solidarity v podobě sdílení zátěže.¹⁶ V roce 1985 potvrdil výkonný výbor UNHCR, že i za masového přílivu uprchlíků mají být dodržovány stanovené standardy ochrany.¹⁷ Bezpečnostní úvahy ze strany členských států hrály v těchto dokumentech jen okrajovou roli. Dokument výkonného výboru UNHCR z roku 1981 poukázal jen stručně na to, že místo pobytu žadatelů o azyl je třeba stanovit s ohledem na jejich bezpečnost a na bezpečnostní potřeby přijímajících zemí.¹⁸

Bezpečnostní dimenzi problému zmínila ovšem rezoluce Valného shromázdění OSN z roku 1981,¹⁹ která zdůraznila, že masový příliv uprchlíků může oslabit vnitřní řád a stabilitu přijímajícího státu a také ohrozit mezinárodní společenství jako celek. Valné shromázdění upozornilo obzvláště

¹³ Srov. DAVY, U. Article 9 (Provisional Measures/Mesures Provisoires. In: ZIMMERMANN, A. (Ed.) *Commentary on the 1951 Convention relating on the Status of Refugees and its 1967 Protocol*. New York: Oxford University Press, 2011, s. 781–803).

¹⁴ HATHAWAY, J. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 264–267.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ UNHCR Executive Committee. Conclusion No. 22 (XXXII) on the Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx, chapter IV, para. 1–6.

¹⁷ UNHCR Executive Committee. The scope of international protection in mass influx (EC/1995/SCP/CPR.3).

¹⁸ UNHCR Executive Committee. Conclusion No. 22 (XXXII) on the Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx, chapter II, B, para. 2g).

¹⁹ Rezoluce Valného shromázdění OSN ze dne 16. 12. 1981, A/RES/36/148 (International co-operation to avert new flows of refugees).

na to, že masový příliv uprchlíků může mít katastrofální dopad zejména na rozvojové země, které disponují pouze omezenými prostředky. Vzhledem k tomu, že Valné shromáždění vyjádřilo obavu z toho, že fenomén masového uprchlictví může narušit dokonce i mezinárodní mír a bezpečnost, muselo implicitně také připustit, že masový příliv uprchlíků může narušit i vnitřní bezpečnost jednotlivých dotčených států, a to nejen zemí rozvojových.

2.3 Vnitřní bezpečnost a migrační právo EU

Azylové směrnice EU vycházejí z principů obsažených v Ženevské úmluvě a předpokládají aplikaci bezpečnostního argumentu v rámci individuálního přezkumu jednotlivých žádostí o mezinárodní ochranu. Explicitní zmínky o vazbě mezi masovým přílivem občanů třetích zemí a vnitřní bezpečností najdeme v rovině migračního práva EU, a to konkrétně v preambuli nařízení EU č. 1051/2013.²⁰ Tato novelizace schengenského hraničního kodexu vznikla za účelem zpřesnění podmínek, za nichž mohou členské státy obnovit kontroly na vnitřních hranicích.

Nařízení EU č. 1051/2013 přitom rozlišuje 3 situace. Zaprvé čl. 23 nařízení č. 1051/2013 stanoví pro případy závažné hrozby pro veřejný pořádek nebo vnitřní bezpečnost členského státu, že hraniční kontroly mohou být obnoveny po konzultaci s EK a ostatními členskými státy na dobu max. 30 dnů (s možností prodloužení na max. 6 měsíců). Zadruhé může členský stát podle čl. 25 nařízení č. 1051/2013 bez předchozí konzultace přijmout okamžitá opatření na ochranu vnitřních hranic na omezenou dobu, která nepřesahuje deset dní (s možností prodloužení na max. dobu 2 měsíců). Zatřetí umožňuje čl. 26 nařízení č. 1051/2013 znovuzavedení hraničních kontrol pro případ závažných nedostatků při ochraně vnějších schengenských hranic. Takové opatření, o kterém rozhodne Rada EU, může trvat 6 měsíců (s možností prodloužení na max. 2 roky).

Pro účely tohoto příspěvku je třeba poukázat na bod 5 preambule, který připomíná, že migrace a překročení vnějších hranic velkým počtem státních příslušníků třetích zemí by samo o sobě neměly být považovány za hrozbu pro veřejný pořádek nebo vnitřní bezpečnost. Ačkoliv se citovaná úprava vztahuje pouze na schengenský hraniční režim a případné obnovení kontrol na

²⁰ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1051/2013 ze dne 22. října 2013, kterým se mění nařízení (ES) č. 562/2006 s cílem stanovit společná pravidla pro dočasné znovuzavedení ochrany vnitřních hranic v mimořádných situacích.

vnitřních hranicích, lze hlavní myšlenku aplikovat i v širším kontextu migrační a azylové politiky.

Lze proto dovodit, že ohrožením vnitřní bezpečnosti a veřejného pořádku může členský stát argumentovat pouze tehdy, nastaly-li vedle masového přílivu žadatelů o azyl ještě další relevantní okolnosti. Vymezení takových okolností může být v praxi složité, protože neexistuje mezinárodní kodifikace, která by v obecné rovině definovala všechny relevantní důvody.²¹ Mezinárodní systémy ochrany lidských práv, jako např. systém podle EÚLP, poskytují smluvním státům, které na základě bezpečnostního argumentu omezují či derogují lidská práva, poměrně široký prostor pro uvážení („margin of appreciation“).²²

Evropský soud pro lidská práva nicméně zpětně zkoumá, zda konkrétní omezení bylo provedeno v souladu s lidskými právy. V kauze *Chahal proti Spojenému království*²³ britské orgány odmítly zajistit žadateli o azyl ochranu podle čl. 32 a 33 Ženevské úmluvy, protože údajně představoval riziko pro národní bezpečnost. Evropský soud pro lidská práva konstatoval, že i v případech ohrožení národní bezpečnosti je třeba důkladně přezkoumat možné porušení zákazu mučení a nelidského zacházení podle čl. 3 EÚLP a poskytnout efektivní právní prostředky ve smyslu čl. 13 EÚLP.

3. PRÁVNÍ ÚPRAVA V RAKOUSKU

Stanovení jakéhokoli horního limitu pro přijímání uprchlíků, které se opírá o bezpečnostní argument, musí obstát ve světle lidskoprávních závazků. Jako klíčový se přitom jeví konflikt mezi plošným opatřením vůči celé skupině uprchlíků a potřebou individuálního přezkumu každého případu. Je tedy na místě věnovat se podrobněji jednotlivým argumentům, kterými příslušné rakouské orgány odůvodnily přijetí horních limitů.

²¹ Již v roce 1993 konstatovala Evropská komise pro lidská práva ve svém rozhodnutí ve věci *David Esbester v. Spojené království*, stížnost č. 18601/91, rozhodnutí ze dne 2. 4. 1993, že pojem národní bezpečnosti není přístupný vyčerpávající definici. („The Commission has already stated above that the term ‚national security‘ is not amenable to exhaustive definition.“).

²² Doktrína prostoru pro uvážení byla Evropským soudem pro lidská práva původně zformulována v odpovědi na bezpečnostní obavy smluvních států. Později byla tato doktrína rozšířena i na jiná omezení. Srov. BENVENISTI, E. Margin of appreciation, consensus and universal standards. *NYU International Law and Politics*. Vol. 31(4), 1999, s. 843–854, 845.

²³ Rozsudek ESLP (velký senát) ve věci *Chahal v. Spojené království*, stížnost č. 22414/93, rozsudek ze dne 15. 11. 1996.

3.1 Právní rámec opatření horního limitu pro přijímání uprchlíků

Otzávka horních limitů pro přijímání uprchlíků byla v Rakousku nastolena nejprve na politické úrovni. Když se v lednu 2016 pod dojmem probíhající migrační a uprchlické krize konal ve Vídni tzv. azylový summit („*Asylgipfel*“), zúčastnění zástupci spolkové vlády, spolkových zemí, měst a obcí v závěrečném dokumentu konstatovali, že Rakousko musí přísliv uprchlíků a migrantů do Rakouska zredukovat rozumně a na trvalém základě. Z výčtu restriktivních opatření, která byla navržena, vyčnívá bod 4 summitového dokumentu, podle něhož měl být za účelem redukce příslivu uprchlíků do Rakouska stanovena směrná hodnota („*Richtwert*“), která činí v plánovacím období 4 let maximálně 1,5 % celkového obyvatelstva, tzn. 127 500 osob. K azylovému řízení mělo být připuštěno max. 37 500 žadatelů za rok 2016, 35 000 za rok 2017, 30 000 za rok 2018 a 25 000 za rok 2019.

Účastníci summitu se ovšem shodli na tom, že bude nezbytné přezkoumat soulad takového opatření s ústavním a evropským právem. Úřad spolkového kancléře, ministerstvo zahraničí a ministerstvo vnitra proto společně zadaly dva právní posudky, které měly hodnotit slučitelnost případných horních limitů s lidskými právy a dalšími relevantními normami.

První z dvou posuzovatelů, W. Obwexer z univerzity v Innsbrucku, připomenul, že ačkoli v mezinárodním právu neexistuje subjektivní právo na azyl, musí národní opatření respektovat zejména princip *non-refoulement* vyplývající z čl. 33 Ženevské úmluvy a čl. 3 EÚLP.²⁴ Co se týče roviny unijního azylového práva, je členský stát podle čl. 20 odst. 1 nařízení Dublin III a podle čl. 6 procedurální směrnice povinen přezkoumat každou žádost o mezinárodní ochranu, která byla podána na jeho území (včetně hranic a tranzitních zón). Podle W. Obwexera se však může členský stát v případě nouzové situace ve smyslu čl. 72 SFEU odchýlit od těchto povinností, a to v souladu s principem proporcionality a při dodržování principu *non-refoulement*.

I druhý posuzovatel, B.-Ch. Funk z univerzity ve Vídni, dospěl k závěru, že stanovení horních limitů pro přijímání uprchlíků je za určitých podmínek přípustné, přičemž upřesnil, že horní hranice nesmí být určena mechanicky

²⁴ OBWEXER, W. *Gutachten: Völker- und unionsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20. Jänner 2016 in Aussicht genommenen Richtwert für Flüchtlinge* [online]. Dostupné na: <http://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=62571>.

a musí nad rámec konkrétní směrné hodnoty umožnit podání žádosti o mezinárodní ochranu ve výjimečných případech.²⁵

Po legislativně-technické stránce se vláda rozhodla připravit novelizaci azylového zákona, která zavedla zmocnění vlády k přijímání nařízení o ohrožení veřejného pořádku a vnitřní bezpečnosti (dále jen „NOVP“). Na základě takového nařízení mají být suspendovány určité standardy evropského a národního azylového práva. Novelizace, která byla přijata v květnu 2016,²⁶ doplnila do čtvrté hlavy azylového zákona nový oddíl 5 nesoucí nadpis „Zvláště ustanovení za účelem zajištění veřejného pořádku a vnitřní bezpečnosti během hraničních kontrol“. Podle nového § 36 odst. 1 azylového zákona může spolková vláda se souhlasem hlavního výboru Národní rady určit nařízením, že jsou ohroženy veřejný pořádek a ochrana vnitřní bezpečnosti. Takové nařízení má maximální platnost 6 měsíců s možností opakovaného prodloužení na maximální dobu 2 let.

Podle § 36 odst. 2 rakouského azylového zákona je ovšem nutné, aby vláda důkladně odůvodnila existenci ohrožení veřejného pořádku a vnitřní bezpečnosti a zohlednila přitom zejména počet cizinců, kteří podali žádost o mezinárodní ochranu, a funkčnost státních systémů, jež jsou migrační vlnou zasaženy. Je třeba připustit, že rakouská vláda a parlament se zabývaly problémem odůvodnění stavu ohrožení velmi intenzivně. Zřejmě si byly plně vědomy toho, že případná opatření musí obstát především ve světle čl. 72 SFEU, podle něhož se společná politika v oblasti azylu, přistěhovaleckví a ochrany vnějších hranic nedotýká výkonu odpovědnosti členských států za udržování veřejného pořádku a ochranu vnitřní bezpečnosti. Na jedné straně sice členské státy EU disponují autonomním prostorem pro definici ohrožení vnitřní bezpečnosti, ale na straně druhé si Soudní dvůr EU vyhradil právo přezkoumat, zda jsou případná přijatá opatření přiměřená.²⁷

²⁵ FUNK, B.-C. *Rechtsgutachten: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die beim Asylgriff am 20. Jänner 2016 in Aussicht genommenen Richtwerte für Flüchtlinge* [online]. Dostupné z: <http://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=62571>.

²⁶ BGBI. I Nr. 24/2016.

²⁷ Ohrožení veřejného pořádku a veřejné bezpečnosti předpokládá podle SDEU riziko, které se dotýká základního zájmu společnosti (rozsudek ve věci C-434/10 *Aladžov*), resp. narušení fungování institucí státu a důležitých veřejných služeb (rozsudek ve věci C-145/09 *Tsakouridis*). Obecně platí, že opatření státu na ochranu veřejné bezpečnosti a veřejného pořádku musí být přiměřená (rozsudek ve věci C-309/14 *CGIL a INCA*).

Jak vyplývá z přípravných prací k novele rakouského azylového zákona,²⁸ vycházeli navrhovatelé z toho, že nad rámec čl. 72 SFEU musí být též respektovány standardy obsažené v Listině základních práv EU, EÚLP a v Ženevské úmluvě. Vzhledem ke komplexní struktuře lidskoprávní úpravy a důrazu na okolnosti každého jednotlivého případu je pro legislativní orgány států velmi složité předvídat, jak může dopadnout aplikace obecné zákonné normy v řízení před Evropským soudem pro lidská práva, Soudním dvorem EU nebo národním ústavním soudem. Ve světle těchto standardů se jeví pozice národního opatření, které v situaci masového přílivu žadatelů o azyl kolektivně a plošně omezuje vstup na území a přístup k azylovému řízení, na první pohled jako ztracená. Navrhovatelé novely rakouského azylového zákona proto potřebovali zajistit dva požadavky: zaprvé bylo třeba přesvědčivě vysvětlit, proč situace v zemi má být chápána jako bezpečnostní riziko, a zadruhé bylo nutné koncipovat úpravu, která i za výjimečného stavu připouští přiměřené posuzování konkrétních okolností případu.

3.2 Vymezení pojednání národní bezpečnosti v rakouské debatě

Důvodová zpráva k novelizaci azylového zákona se věnuje problému vymezení nouzového stavu podrobně. Vláda argumentuje na prvním místě velkým počtem žadatelů o azyl v roce 2015 a uvádí řadu statistických údajů. Za celý rok 2015 podalo v Rakousku cca 89.000 cizinců žádost o azyl. Podle vlády zatěžuje tak velký počet nejen samotný azylový systém (ve smyslu zpracovatelnosti žádostí v přiměřené lhůtě), ale také systém sociální pomoci („*Grundversorgung*“) a trh práce. Vláda dále tvrdí, že kdyby zmíněné systémy byly v roce 2016 konfrontovány s podobným přílivem žadatelů o azyl, došlo by velmi pravděpodobně k narušení funkčnosti některých veřejných služeb. Důvodová zpráva dále upozorňuje na to, že v období od září 2015 do března 2016 vstoupilo na území Rakouska celkem 790.000 cizinců, jejichž ubytování mohlo být zajištěno pouze pomocí výjimečných opatření např. v podobě uvolnění několika kasáren.

²⁸ Viz velmi podrobnou analýzu legislativního návrhu ze strany parlamentního výboru pro vnitřní záležitosti – Bericht des Ausschusses für innere Angelegenheiten über die Regierungsvorlage (996 d.B.): Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das BFA-Verfahrensgesetz geändert werden [online]. Dostupné z: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/L_01097/fname_528037.pdf.

Výjimečná situace byla částečně reflektována v rámci obnovení kontrol na vnitřních schengenských hranicích. Obdobně jako několik dalších členských států EU provádí i Rakousko od září 2015 hraniční kontroly. Dočasné suspendování schengenských pravidel bylo odůvodněno bezpečnostním argumentem. Toto opatření podpořila v říjnu 2015 i Evropská komise, která výslovně konstatovala, že masivní příliv osob za účelem mezinárodní ochrany může skutečně vést k ohrožení veřejného pořádku a vnitřní bezpečnosti.²⁹ Evropská komise se přitom opírala o poměrně velký počet nelegálních překročení hranic³⁰ a uznala, že obnovení hraničních kontrol může zabránit dlouhodobému přetěžování policejních sil, záchranné služby a veřejné infrastruktury.

Omezení přístupu potenciálních žadatelů o mezinárodní ochranu k azylovému řízení je ovšem složitější záležitost než zavedení kontrol na některých úsecích státních hranic. Proto je pochopitelné, že stanovení horních limitů musí být odůvodněno pečlivěji. Důvodová zpráva k § 36 azylového zákona vymezuje rizika na základě podrobnější analýzy celkem 6 relevantních oblastí: azylový systém, systém sociální pomoci, integrace, trh práce, oblast bezpečnosti (v úzkém smyslu) a zátěž pro státní rozpočet.

3.2.1 Azylový systém

Autoři novely azylového zákona upozornili na to, že Rakousko spolu se Švédskem a Německem nese ve srovnání s jinými členskými státy nadměrnou zátěž při přijímání žadatelů o azyl. V této souvislosti odkazuje důvodová zpráva na údajně nedostatečnou solidaritu ze strany jiných (nejmenovaných) členských států EU. Podle autorů novely čekaly v prvním pololetí 2016 statisíce potenciálních žadatelů v Libyi na (nelegální) převoz do Evropy.

S ohledem na dramatický nárůst počtu žádostí o azyl sice Rakousko výrazně navýšilo počet zaměstnanců Spolkového úřadu pro cizineckou agendu a azyl („Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl“), ale ne všechny relevantní kapacity lze takto poměrně jednoduše posílit. Kvalita azylového řízení záleží totiž nejen na počtu úředníků v azylovém řízení, ale také na dostupnosti

²⁹ Stanovisko Komise ze dne 23. 10. 2015 o nezbytnosti a přiměřenosti ochrany vnitřních hranic, kterou znova zavedlo Německo a Rakousko podle čl. 24 odst. 4 nařízení č. 562/2006 (Schengenský hraniční kodex), C(2015) 7100 final.

³⁰ Během jednoho měsíce, od 5. září 2015 do 1. října 2015, zadrželo Rakousko téměř 200 000 tisíc osob, z nichž 7 080 podalo žádost o mezinárodní ochranu v Rakousku.

kvalifikovaných tlumočníků, znalců,³¹ advokátů a zaměstnanců rakouských zastupitelských úřadů. Nedostatečné kapacity ve všech uvedených oblastech povedou automaticky k příliš zdlouhavým azylovým řízením.

Autoři novely celkem realisticky odhadují, že nedostatečné kapacity mají za následek nepřiměřeně dlouhé trvání azylového řízení. V návaznosti na práva garantovaná rakouskými i evropskými soudy je pravděpodobné, že řada žadatelů o azyl bude během trvání řízení moci legalizovat svůj pobyt. Jak ovšem trefně konstatuje důvodová zpráva, samotné azylové řízení, jehož cílem je rozlišení mezi oprávněnými a neoprávněnými žadateli, tím ztrácí svoji důvěryhodnost, a to jak mezi obyvateli Rakouska, tak i mezi samotnými žadateli o azyl.

3.2.2 Systém sociální podpory

Ve prospěch žadatelů o azyl a dalších cizinců v hmotné nouzi vybudovalo Rakousko systém základního materiálního zajištění („*Grundversorgung*“), který je částečně postaven na celostátní legislativě³² a částečně na legislativě jednotlivých spolkových zemí. Základní zajištění zahrnuje mimo jiné stravování, ubytování, zdravotní pojištění, lékařské služby, kapesné, právní pomoc, dopravní náklady, kurzy němčiny a příspěvek na školní pomůcky. Během roku 2015 se počet žadatelů pobírajících tuto formu sociální pomoci navýšil o 237 % na téměř 87 000.

V době migrační krize se jako největší problém ukázalo zajištění vhodného ubytování. Běžná ubytovací kapacita byla v druhé polovině roku 2015 již zcela vyčerpána. Spolková vláda se proto loni rozhodla pro opatření, které bylo vzhledem k federálnímu uspořádání státu a samosprávě spolkových zemí velmi problematické. Vládní koalice prosadila v parlamentu nový ústavní zákon o ubytování a rozdělování cizinců, kteří potřebují pomoc a ochranu.³³ Podle předchozí úpravy bylo zajištění ubytování pro žadatele o azyl především na spolkových zemích, přičemž ale některé země nesplnily kvótu, která byla s vládou dohodnuta. Na základě čl. 3 odst. 1 nového ústavního

³¹ Znaci působí např. v oblasti zjišťování věku žadatelů o azyl na základě rentgenových vyšetření. Za rok 2015 bylo zaznamenáno 5 322 takových vyšetření.

³² Bundesgesetz, mit dem die Grundversorgung von Asylwerbern im Zulassungsverfahren und bestimmten anderen Fremden geregelt wird (BGBl. Nr. I 100/2005 v aktuálním znění).

³³ Bundesverfassungsgesetz über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden (BGBl. I Nr. 120/2015).

zákona může nyní ministr vnitra pomocí individuálního rozhodnutí určit, že objekty ve vlastnictví nebo v nájmu státu budou sloužit pro účely ubytování žadatelů o azyl. Toto rozhodnutí ministra vnitra nahrazuje všechna dosud potřebná schválení a oprávnění, o kterých rozhodovaly orgány spolkových zemí. Jinými slovy, před výběrem vhodných objektů se nekoná správní řízení. Sousedé dotčeného pozemku, kteří byli dosud stranou řízení, nově nemají proti rozhodnutí ministra opravný prostředek. Nejpozději týden před ubytováním cizinců má být informován starosta obce, do které budou žadatelé o mezinárodní ochranu nastěhováni. Čl. 2 odst. 1 nového ústavního zákona stanoví orientační hodnotu, podle níž má každá obec v případě nutnosti zajistit ubytování pro žadatele. Tato hodnota činí 1,5% celkového obyvatelstva obce.

Vzhledem k tomu, že se nová vládní politika nemusí nutně setkat s nadšením dotčených obcí, zdůrazňuje důvodová zpráva k novelizaci § 36 azylového zákona, že ochota a vstřícnost obyvatelstva hrají při přijímání žadatelů o azyl důležitou roli. Přítomnost žadatelů o azyl, kteří nezískali ubytování, může výrazně snížit subjektivní pocit bezpečí na straně obyvatel. Podle autorů novely azylového zákona jsou při pokračování masivního přílivu žadatelů o azyl do Rakouska sociální konflikty nevyhnutelné. Důvodová zpráva k novele dále zmiňuje problém zajištění zdravotní péče pro ty žadatele o azyl, kteří nemají řádné ubytování. Poměrně vysoký počet nemocných žadatelů bez ubytování musí být v případě onemocnění hospitalizován, což může mít negativní dopad na systém zdravotnictví jako takový.

Když ministerstvo vnitra začátkem září 2016 předložilo návrh NOVP,³⁴ upozornilo na to, že se problémy ve zdravotnictví mohou promítat do rizika infekčních onemocnění. Ochrana zdraví domácího obyvatelstva však nelze zanedbat. Důvodová zpráva k návrhu NOVP dále zmiňuje množící se konflikty mezi lékaři a pacienty, kteří neovládají němčinu a pocházejí z jiných kulturních okruhů. Co se týče psychologické péče o traumatizované žadatele o azyl, není v Rakousku dostatečná kapacita tlumočníků či odborných lékařů ovládajících jazyk žadatelů.

V neposlední řadě uvádí důvodová zpráva k novele azylového zákona, že kromě samotného poskytování ubytování je též třeba počítat s tím, že pro fungování ubytovacích zařízení je třeba kvalifikovaného personálu, kterého

³⁴ Návrh je dostupný na stránkách ministerstva vnitra: http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Begutachtungen/2016_09_07/VO_der_BReg_zur_Feststellung_der_Gefahrdung_d_oe_Ordnung.pdf.

není dostatek ani v komerčních subjektech, ani v nevládních organizacích. Největší problémy se vyskytovaly při péči o nezletilé žadatele bez doprovodu.

Autoři novely proto dovodili, že systém základního materiálního zajištění by byl v případě pokračujícího přílivu žadatelů o mezinárodní ochranu vážně ohrožen.

3.2.3 Integrace

Autoři novely vycházeli z poněkud zúženého pojetí integrace, které je zaměřeno pouze na oblasti vzdělávání a ubytování. Otázky integrace na trh práce či integrace do hodnotového systému společnosti byly probrány v samostatných podkapitolách. V souvislosti se složitou integrací velkého počtu žadatelů o azyl vyzdvihuje důvodová zpráva především napjatou situaci ve školách a jiných vzdělávacích zařízeních. Podle důvodové zprávy školy přestaly aktuální výzvu dostatečně zvládat. Již před aktuální migrační vlnou z let 2015 a 2016 představoval rostoucí počet dětí s tzv. migračním pozadím velký problém. Není např. k dispozici dostatek učitelů němčiny a učitelů ovládajících jazyk migrantů. Kapacitně nestačí ani školní budovy, a proto bude třeba investovat do vybudování nových vhodných objektů.

Velmi složitý může být i přístup k těm dospělým, kteří kromě jazykové přípravy potřebují programy alfabetizace či alespoň základního vzdělání. Vzhledem k poptávce po kvalifikovaných učitelích a k požadavkům na kvalitu výuky, autoři novely tvrdí, že systém brzy narazí na své limity.

Pokud jde o integraci osob, kterým byla přiznána mezinárodní ochrana, upozorňuje vláda na nedostatek sociálních bytů ve všech lokalitách. Kvůli tomuto nedostatku žijí azylanti a ostatní migranti často koncentrovaně v určitých oblastech, kde se objevují segregační tendenze a tvoří se paralelní společnost. Bez omezení počtu žadatelů o azyl by tedy narazila i tato integrační kapacita na svůj limit.

3.2.4 Trh práce

Co se týče integrace žadatelů o azyl a osob, kterým byla mezinárodní ochrana poskytnuta, na trhu práce, upozornili autoři novely na to, že rakouský trh práce patří v rámci EU k nejatraktivnějším. Důležitou roli hraje vysoký standard mezd a sociálního zabezpečení a efektivní systém ochrany práv zaměstnanců.

Naprostá většina žadatelů o azyl se však řadí mezi nezaměstnané osoby. Podle vlády získá podstatná část těch, kdo podali žádost o azyl v roce 2015, azyl či doplňkovou ochranu. Mají z toho důvodu nárok na neomezený přístup na trh práce. Začátkem roku 2016 bylo ovšem zaregistrováno 23 000 nezaměstnaných osob s mezinárodní ochranou. Podle oficiálního odhadu má toto číslo narůst do konce roku 2016 o dalších 30 000, tedy o více než 100 %.

Odborné kvalifikace uprchlíků většinou nejsou na rakouském trhu práce uplatnitelné. Školení uprchlíků je přirozeně spojeno s dalšími značnými náklady. V praxi končí naprostá většina osob s mezinárodní ochranou v segmentu nekvalifikovaných pracovníků, kde budou konkurovat domácím a již integrovaným cizím pracovníkům s nízkým vzděláním. Společně s autory novely lze proto předpokládat, že nárůst nezaměstnanosti v tomto segmentu trhu práce může přivolat další sociální napětí.

3.2.5 Oblast bezpečnosti

K otázce vnitřní bezpečnosti v úzkém slova smyslu autoři novely poznamenávají, že pokud nedojde ke snížení počtu uprchlíků, lze s vysokou pravděpodobností očekávat nárůst kriminality a zhoršení bezpečnostní situace. Nejednalo by se pouze o absolutní nárůst celkové kriminality, ale očekává se zejména posílení segmentu organizované kriminality.

Za pravděpodobné považují autoři novely také vznik mezináboženských a mezietnických konfliktů. Důvodová zpráva upozorňuje na to, že v poslední době bojovaly určité etnické skupiny o kontrolu nad jednotlivými čtvrtěmi města („*Revierkonflikte*“), přičemž se k těmto skupinám připojili další členové a vznikly jasné hierarchické struktury. Do těchto konfliktů by mohli být časem zataženi i ti příslušníci menšinových etnických skupin, kteří žijí v Rakousku dlouhodobě a dosud dobrě integrovaně. Vláda se dále obává, že žadatelé o azyl budou z válečných oblastí svých zemí původu importovat konflikty do Rakouska. Nemůže být přitom vyloučena možnost, že mezi žadatelů o azyl budou i přívrženci tzv. islámského státu a jiných teroristických skupin.

Důvodová zpráva k novele azylového zákona zmiňuje také problém, že velký počet žadatelů pochází z regionů, ve kterých panují archaické představy o státu, roli náboženství a fungování společnosti. V případě neúspěšné integrace se tyto představy budou dostávat pravidelně do konfliktu

s demokratickým rádem, který se zakládá na ochraně lidských práv a rovnosti všech lidí. Podle vlády by mohly být tyto negativní fenomény využity krajně-pravicovými subjekty. To znamená, že další masový příliv uprchlíků muže zhoršit bezpečnostní situaci nejen přímo, ale také nepřímo v podobě radikalizace autochtonní společnosti. Podle vlády nemůže být tento problém řešen pouze posílení personální kapacity policie.

Zatímco důvodová zpráva k novele azyllového zákona byla v této souvislosti poměrně vágní, citacemi kriminálních statistik vstoupili autoři důvodové zprávy k návrhu NOVP na velmi tenký led. Oficiální statistiky ministerstva ukažují totiž rostoucí podíl žadatelů o mezinárodní ochranu mezi osobami podezřelými z trestních činů. V některých ohledech statistika zřejmě nerozlišuje mezi žadateli o azyl a jinými cizinci, ale i tak je spíše zne-pokojující, že podíl cizinců ve výkonu trestu činí 54 %, ve vyšetřovací vazbě dokonce 73 %.

Ministerstvo vnitra konstatuje, že v takové situaci nemůže výkon trestu sloužit účelům resocializace. Přestože stát investoval do videokonferenčních zařízení pro tlumočníky a výuky cizích jazyků pro zaměstnance vězeňských zařízení, je komunikace mezi personálem a osobami ve vazbě či výkonu trestu nadále velmi problematická. Nefunkčnost resocializačních programů se navíc dále negativně promítá do bezpečnostní situace v zemi. Ministerstvo poukazuje také na rostoucí problém radikalizace vězňů.

3.2.6 Zátěž pro státní rozpočet

Důvodová zpráva k novele azyllového zákona se také stručně zmiňuje o finančních aspektech migrační vlny. Jako složité se jeví oblasti ubytování žadatelů o mezinárodní ochranu a materiálního zajištění. Podle vlády by nemohlo Rakousko v případě dalšího nárůstu počtu žadatelů o azyl splnit unijní pravidla fiskální disciplíny. Dodatečné náklady spojené s migrační či uprchlickou krizí mohou být uplatňovány pouze za roky 2015 a 2016. Od roku 2017 hrozí za nadměrný rozpočtový deficit sankce ze strany EU.

4. PRAKTIČKÁ APLIKACE HORNÍHO LIMITU

Na komplexní vymezení pojetí ohrožení vnitřní bezpečnosti a veřejného pořádku navazuje praktické řešení horního limitu pro přijímání uprchlíků. Jak bylo konstatováno výše, je zde nutné dbát na dodržování principu přiměřenosti, který se prolíná celou oblastí mezinárodní i evropské ochrany lidských práv a promítá se také do mezinárodního uprchlického práva. Důvodová zpráva k novele azylového zákona připomíná, že také čl. 72 SFEU vyžaduje, aby odchylky od sekundárního práva EU byly provedeny v souladu se zásadou proporcionality.

Test proporcionality předpokládá srovnání dotčených zájmů. Na jedné straně stojí legitimní zájem společnosti, který je vyjádřen v koncepci vnitřní bezpečnosti a veřejného pořádku. Na straně druhé mají být zohledněny zájmy žadatelů o azyl, které se odvozují zejména ze základních lidských práv, jakými jsou právo na život, zákaz mučení a nelidského zacházení, osobní svoboda či do určité míry i právo na respektování soukromého a rodinného života. Klíčovým referenčním rámcem je také zákaz *non-refoulement*, jak vyplývá z čl. 33 Ženevské úmluvy. Rovnováhu zmíněných zájmů a hodnot lze zjistit pouze na základě analýzy opatření omezujících lidská práva a práva uprchlíků.

Autoři novely rakouského azylového zákona připustili, že aplikace NOVP může znamenat citelný zásah do pozice potenciálních žadatelů o azyl. Podstata nové úpravy v azylovém zákoně spočívá v tom, že po znovuzavedení hraničních kontrol mohou občané třetích zemí, kteří nemají oprávnění k pobytu na rakouském území, podat žádost o mezinárodní ochranu pouze při vstupu na rakouské území. Podání takové žádosti přitom samo o sobě neznamená faktickou ochranu před navrácením. Ještě dříve, než bude žádost o mezinárodní ochranu formálně přezkoumána, mají příslušné orgány přezkoumat realizaci navrácení i případné důvody, které brání vyhoštění či navrácení žadatele. Podle zákonné úpravy jsou překážky vyhoštění a navrácení odvozeny nejen z mezinárodněprávního principu *non-refoulement* ve smyslu čl. 2 a 3 EÚLP a čl. 33 Ženevské úmluvy, ale také z ochrany soukromého a rodinného života ve smyslu čl. 8 EÚLP. Pokud nebyly zjištěny takové překážky, nebude žádost o mezinárodní ochranu přezkoumána. Naopak, v případě, že byly zjištěny překážky nebo vyhoštění či navrácení žadatele není fakticky možné, bude zahájeno řádné azylové řízení.

Omezený přístup k azylovému řízení po aktivaci NOVP znamená odchylku od unijních standardů zakotvených v procedurální směrnici. Po dobu platnosti NOVP Rakousko nezajistí právo žadatele setrvat v členském státě až do posouzení žádosti, které je obsaženo v čl. 9 procedurální směrnice, a žadatel tak nebude mít nárok na přístup k řízení o mezinárodní ochraně podle čl. 6 procedurální směrnice. Kromě toho se režim NOVP odchyluje také od úpravy podle čl. 20 odst. 1 nařízení Dublin III, podle něhož se prvním podáním žádosti o mezinárodní ochranu v některém členském státě zahajuje řízení o určení příslušného členského státu. Pokud se žadatelem nebude z uvedených důvodů vedeno řízení o mezinárodní ochraně, nebude dublinské řízení vůbec zahájeno.

Novela azylového zákona upravuje další praktické aspekty aplikace NOVP. Podle nového § 37 azylového zákona může vláda zřídit registrační centra pro všechny žadatele o mezinárodní ochranu, kteří se na území Rakouska dostali nelegální cestou. Tyto osoby tedy nemohou podat svoji žádost o mezinárodní ochranu u jakéhokoli policejního orgánu. Na dobu maximálně 14 dnů mají registrační centra sloužit současně jako detenční zařízení.

Co se týče omezení osobní svobody žadatelů o mezinárodní ochranu, byla v souvislosti s novelizací azylového zákona zavedena nová ustanovení § 39 odst. 5a) a 5b) do rakouského cizineckého zákona.³⁵ Podle autorů novely se v praxi ukázalo, že dosavadní maximální doba zadržení v rozsahu 5 dnů nebyla dostatečně dlouhá. Bilaterální readmisní dohody, které Rakousko uzavřelo se svými sousedními státy, stanoví lhůtu jednoho týdne, během níž má dožadovaný stát na žádost dožadujícího státu odpovědět. Po zaslání souhlasu dožadovaného státu musí před skutečným předáním uplynout další lhůta pěti dnů. Předání mohla být tedy uskutečněna pouze v těch výjimečných případech, ve kterých sousední stát reagoval na rakouskou žádost dostatečně rychle a netrval na vyčerpání všech lhůt.

Z těchto důvodů byla maximální doba zadržení žadatele v § 39 odst. 5a) prodloužena na 14 dnů. V zájmu proporcionality opatření však citované ustanovení stanoví, že zajištění je přípustné pouze, pokud nelze použít mírnější prostředky a pokud je navrácení žadatele do jiného státu pravděpodobné. V případě, že byl žadatel po 14 dnech propuštěn a sousední stát zaslal svůj souhlas s převzetím osoby až později, může podle nového § 39 odst. 5b)

³⁵ Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 - FPG), BGBl. I Nr. 100/2005.

cizineckého zákona příslušný orgán za účelem realizace navrácení žadatele znova zajistit, a to na maximální dobu 3 dnů.

Pokud jde o přiměřenost zásahu do práv žadatelů o mezinárodní ochranu, autoři novely azylového zákona poukazují na omezenou dobu platnosti NOVP. Jedná se tedy o dočasný režim, který předpokládá ohrožení vnitřní bezpečnosti a veřejného pořádku. Současně musí být obnoveny hraniční kontroly v souladu s pravidly schengenského hraničního kodexu. Dále je třeba upozornit na to, že zkoumání překážek vyhoštění v souladu s běžnými standardy ochrany lidských práv a uprchlického práva vyžaduje zohlednění konkrétních okolností případu. Ačkoli se tedy jeví hranice 37.500 žádostí za rok na první pohled jako příliš restriktivní, lze tvrdost opatření zmírnit individuálním přezkumem.

Určitou nejistotu představuje praktická realizace nových pravidel. Režim NOVP je zřejmě postaven na předpokladu, že se dotčené sousední státy, tzn. zejména Maďarsko, Slovensko a popř. také Itálie, budou chovat vstřícně. Je otázkou, zda by tyto státy souhlasily s navrácením uprchlíků v takřka zkráceném řízení. Ve světle judikatury Evropského soudu pro lidská práva by se navíc mohlo navrácení do zmíněných států bez individuálních záruk jevit jako problematické.

Nejasný je také výpočet horní hranice 37 500 osob. Odhlédneme-li od problému samotné rationality limitu, který odpovídá 1,5 % celkového obyvatelstva za období 4 let, je třeba dodat, že do limitu se nepočítají samotné žádosti, ale pouze zahájená řízení. Takže do roku 2016 se započítá mnoho řízení, která byla v roce 2016 zahájena na základě žádostí podaných již v roce 2015. Do limitu nemají být započítány tzv. dublinské případy, ale není vyjasněn postup pro případ, že určitá členská země, tzn. v současné době zejména Maďarsko, nebude žadatele zpět.

Se započítáním limitu je spojen ještě jeden problém. Kdyby byla hranice 37.500 zahájených řízení dosažena např. koncem listopadu nebo začátkem prosince roku 2016, mohlo by být přijato NOVP, a to s platností do šesti měsíců. Od 1. ledna 2017 by však měla platit nová kvota 36 000 zahájených řízení za rok. Návrh NOVP, který byl začátkem září 2016 předložen ministerstvem vnitra, má pouze dvě ustanovení: § 1 konstatuje ohrožení veřejného pořádku a vnitřní bezpečnosti, § 2 stanoví, že nařízení bude ode dne

vyhlášky platit šest měsíců. Ani samotné nařízení, ani důvodová zpráva³⁶ neřeší návaznost mezi kontingenty žádostí za léta 2016 a 2017.

5. HODNOCENÍ A ZÁVĚR

V tomto příspěvku jsme se věnovali otázce stanovení horních limitů pro přijímání uprchlíků a podívali se blíže na novou úpravu rakouského azylového zákona, která s takovou možností počítá. Po důkladnější analýze úpravy lze konstatovat, že rakouský model láme hned dvě lidskoprávní tabu: jednak spojuje problém masového přílivu žadatelů o azyl s koncepcí národní bezpečnosti a veřejného pořádku a jednak stanoví absolutní limit, který nezohledňuje specifické případy jednotlivých žadatelů.

Skutečnost, že k prolomení tabu došlo v zemi, která dosud přijala a stále přijímá poměrně vysoký počet žadatelů o azyl, by měla být důvodem k zamýšlení. Co se týká absolutního počtu žadatelů o azyl, nacházelo se Rakousko podle statistik Eurostatu za Německem a Švédskem v přepočtu na počet obyvatel na třetím místě. Ačkoli dosud chybí jakékoli praktické zkušenosti s aplikací NOVP a není vůbec jisté, zda nouzový mechanismus bude skutečně aktivován, lze vyzdvihnout několik koncepčních úvah.

Zaprve, azylovou politiku nelze dlouhodobě oddělit od otázky bezpečnosti. To platí zejména v době, kdy je závažným způsobem narušena dichotomie azylu a migrace. S ohledem na velkou migrační vlnu slouží azylové řízení nejen k poskytnutí ochrany osobám, jimž podle Ženevské úmluvy a kvalifikační směrnice EU přísluší, ale také jako vstupní brána pro různé kategorie přistěhovalců. Při absenci efektivních kontrol na vnějších hranicích schengenského prostoru se začaly hroutit základy azylového a migračního práva. Situace, která nastala v roce 2015 na tzv. balkánské trase, se možná blížila ideálu lidskoprávních hnutí typu „No borders“ a „No one is illegal“. Současný trend k přijímání restriktivních opatření v členských státech EU však jasně ukazuje, že se vítací euforie, pokud byla vůbec někdy autentická, může rychle proměnit v opak.

Bylo by žádoucí, aby zastánci lidských práv měli větší kompetence v bezpečnostní oblasti a mohli konstruktivně přispět k řešení, které zohlední jak

³⁶ Důvodová zpráva k návrhu NOVP je dostupná na stránkách ministerstva vnitra: http://www.bmi.gv.at/cms/BML_Begutachtungen/2016_09_07/Erlaeuterungen_VO_BReg_Feststellung_der_Gefaehrdung_doeO.pdf.

bezpečnostní, tak i lidskoprávní zájmy. Dlouhodobá snaha o imunizaci azylového i migračního práva proti bezpečnostním argumentům se vrací v době krize jako bumerang. Je velkou chybou podcenit význam zajištění bezpečnosti. Ochrana lidských práv může fungovat pouze v prostředí bezpečí. Současný stav evropské a národní uprchlické politiky demonstruje, že zajištění bezpečnosti není jen jeden z mnoha úkolů suverénního státu, ale představuje podmítku samotné státnosti.

Zadruhé, pokud ovšem uznáváme vazbu mezi přílivem žadatelů o azyl a otázkou bezpečnosti, je nutné uchopit pojem ohrožení vnitřní bezpečnosti co nejpřesněji, tzn. na měřitelném racionálním základě. Autoři novely rakouského azylového zákona možná koncipovali veřejnou bezpečnost a veřejný pořádek až příliš široce, když do této koncepce zahrnuli např. i rozpočtové aspekty a nepřiměřenou délku azylových řízení v důsledku nedostatečných zdrojů. Podle našeho názoru lze nicméně rozumně diskutovat o tom, že pojem vnitřní bezpečnosti a veřejného pořádku je komplexní a zahrnuje také aspekty, jakými jsou kapacity v oblastech školství, zdravotnictví a ubytování a také na trhu práce.

Autoři novely se však nijak nepokusili vyčíslet konkrétní kapacitní limity, např. s ohledem na nabídku dostupných ubytovacích zařízení nebo zatížitelnost školských zařízení. Určitě není dostačující argument, že kvůli dodatečným výdajům Rakousko nedokáže splnit fiskální kritéria EU. Kromě toho nebylo přesvědčivě vysvětleno, proč referenční hodnotou pro horní limit má být zrovna 1,5% celkového obyvatelstva, a to navíc nerovnoměrně rozdělenou na dobu 4 let. Rakouská úprava nenaznačuje, jaké konkrétní náklady jsou spojovány s ubytováním, zdravotní péčí a školením pro 37 500 osob.

Na druhé straně jsou ale irituující také reakce neziskového sektoru, který pravidelně slibuje, že všechny problémy s materiálním zajištěním a integrací budou vyřešeny, jakmile stát navýší veřejné dotace. Domníváme se, že pouhé navýšení počtu sociálních pracovníků, učitelů jazyků, odborníků na mezikulturní komunikaci apod. není dostačujícím řešením bezpečnostních otázek. Kromě toho nelze přehlédnout, že neziskový sektor a lidskoprávní organizace argumentují v situaci jasného konfliktu zájmů. Řečeno s nadsázkou, podle obchodního modelu příslušných neziskových organizací znamená každý další žadatel o azyl v jejich péči další příslušný veřejných zdrojů.

Zatřetí lze z rakouské debaty odvodit, že nad rámec těžko vyčísitelných ekonomických aspektů hraje důležitou roli i kulturní a náboženská dimenze

migrace. Je zřejmé, že proces integrace žadatelů o mezinárodní ochranu a osob, kterým byla mezinárodní ochrana poskytnuta, nelze zredukovat na jejich jazykové znalosti, jejich nezávislost na sociálních dávkách a na kvalitu ubytování. Cizinci se neintegrují do prázdného hodnotového prostoru, ale narází na hodnotový systém, který může být s jejich původní kulturou a jejich vzorci chování těžko slučitelný. Důvodová zpráva k novele rakouského zákona o azylu naznačuje, že byť všichni žadatelé jako konkrétní jednotlivci jsou si v azylovém řízení rovní, a to bez rozlišování rasy, náboženství nebo země původu,³⁷ při vzniku paralelních společností jsou relevantní i kolektivní aspekty. Je tedy nutné otevřít se myšlence, že příslušníci některých etnických či náboženských komunit budou do evropských hodnotových systémů lépe integrovatelní, než příslušníci jiných komunit. Možná bude tato myšlenka vyvratitelná, ale to není otázka lidskoprávního dogmatu, ale racionálních doložitelných argumentů.

S tímto bodem souvisí naše čtvrtá úvaha. Používání kriminální statistiky pro účely vymezení ohrožení veřejného pořádku a vnitřní bezpečnosti ze strany žadatelů o azyl je velmi citlivý problém. Statistika, kterou argumentuje rakouské ministerstvo vnitra v důvodové zprávě k NOVP, naznačuje určité problémy. Ačkoli není tato statistika zcela přesná, je znepokojující. Domníváme se ale, že řešení, které usiluje o rovnováhu bezpečnostního a lidskoprávního argumentu, nemá být založeno na stereotypech, ani na těch, které jsou statistikami potvrzovány. Tyto stereotypy mohou mít katastrofální efekt na integraci žadatelů o azyl. Každý žadatel musí mít bez ohledu na etnický původ či náboženství v rámci integračního procesu stejnou výchozí pozici. V zájmu udržitelnosti systému však bude nutné aplikovat restriktivní přístup vůči konkrétním jednotlivcům, kteří byli odsouzeni za závažné trestné činy či opakováně odsouzeni za méně závažné trestné činy.

Naše pátá koncepční úvaha se týká jednacího prostoru členského státu v rámci společného evropského azylového systému. Je zřejmé, že v době vratnosti kolektivního systému EU a pochybného charakteru opatření typu povinných relokačních kvót či dohody EU s Tureckem, je třeba počítat s jednostrannými kroky na úrovni jednotlivých členských států. Rakouská diskuse o stanovení horního limitu pro přijímání žadatelů o azyl je toho důkazem.

Přitom nejde pouze o klasický spor o rozdělení pravomocí mezi EU a členské státy. Azylová a migrační krize ukázala, že evropskou a národní

³⁷ Viz čl. 3 Ženevské úmluvy.

azylovou politiku nelze zformulovat bez ohledu na podporu v dané společnosti. Autoři novely rakouského azylového zákona právem naznačili riziko, že se politický systém pod vlivem masového příslivu žadatelů o azyl může vychýlit směrem k radikalismu a extremismu. Je otázkou, zda navržená úprava horního limitu může případné extremistické tendence ve společnosti nakonec zmírnit. Pro systém ochrany lidských práv a systém uprchlického práva je však bytostně důležité, aby myšlenka humanity měla silnou oporu ve společnosti a aby společnost byla v otázce základních principů co nejvíce soudržná. Prosazování řešení, které je sice ve prospěch žadatelů o azyl, ale současně nezohledňuje racionální obavy naprosté většiny společnosti, dělá myšlenku lidských práv medvědí službu.

Naše šestá úvaha proto souvisí s problémem demokratické legitimity azylového a migračního práva. Pokud bude rakouské řešení horního limitu pro přijímání uprchlíků jednou uskutečněno, stane se jistě předmětem soudního přezkumu, a to nejspíše s tím, že příslušný rakouský soud položí předběžnou otázku Soudnímu dvoru. S touto variantou počítali ostatně i autoři novely.

Autoritu Soudního dvora EU v této věci oslabil sám předseda Soudního dvora K. Lenaerts, který se z nepochopitelných důvodů vyjádřil k otázce horních limitů v interview pro německé noviny *Neue Osnabrücker Zeitung* v lednu 2016. Na otázku, zda unijní právo upravuje horní limit pro přijímání žadatelů o azyl, odpověděl, že horní limit je s právem EU sotva slučitelný. K. Lenaerts dodal, že každý žadatel, který splňuje kritéria unijního práva, má právo být uznán jako uprchlík.³⁸

Hlavní otázka ale nezní, zda se měl soudce Soudního dvora EU, a to *nota bene* jeho předseda, v novinách vůbec vyjádřit k potenciální kauze. Závažnějším problémem je, do jaké míry má Soudní dvůr EU přezkoumat národní opatření, které se opírá o ohrožení vnitřní bezpečnosti a veřejného pořádku. Rakouská úprava vychází z poměrně inovativní koncepce vnitřní bezpečnosti, která zohledňuje komplexní souvislosti a spojuje otázku bezpečnosti s funkčností a udržitelností různých sociálních systémů. Tento problém určitě souvisí s pojetím bezpečnosti ve smyslu čl. 72 SFEU a může se stát předmětem vyjasnění ze strany Soudního dvora. Také proporcionalita zvoleného opatření je přezkoumatelná.

³⁸ EuGH-Präsident im Interview: Asylrecht schwer vereinbar mit Obergrenze [online]. Celé interview ze dne 18. ledna 2016 je dostupné z: <http://www.noz.de/deutschland-welt/politik/article/659460/lenaerts-asylrecht-schwer-vereinbar-mit-obergrenze>.

Jak má ale Soudní dvůr EU judikovat o slučitelnosti rakouského omezujícího opatření v situaci, kdy novela rakouského azylového zákona byla přijata kvůli nefunkčnosti společného azylového systému EU? Na řadě míst zcela selhala ochrana vnějších hranic a zhroutil se dublinský systém. Dalším jasným důkazem nefunkčnosti systému se stal neúspěšný pokus o implementaci relokačních rozhodnutí ze září 2015. Je těžko představitelné, že Soudní dvůr EU označí za neslučitelné s unijním právem národní opatření, jehož přijetí bylo bezprostředně vyprovokováno nefunkčností unijního práva.

Podtrženo a sečteno, rakouská úprava o horním limitu pro přijímání žadatelů o azyl, která vznikla jako reakce na současnou migrační a azylovou krizi, jednoznačně potvrzuje myšlenku, že počty a čísla jsou důležitá i při zajištění základních humanitárních závazků členských států. V tomto smyslu může rakouská diskuse o horním limitu sloužit jako užitečná sonda do současného azylového a migračního práva EU.

Pokud jde však o konkrétní legislativní provedení, je na místě opatrnost. Ačkoli rakouská úprava zmírňuje plošný dopad horního limitu a vyžaduje individuální přezkum v souladu s principem *non-refoulement*, nelze zatím odhadnout praktickou realizaci téchto pravidel ve světle přílivu velkého počtu žadatelů o azyl. V každém případě lze ovšem očekávat, že se rakouský pokus o stanovení horního limitu stane v budoucnosti předmětem soudního přezkumu.

C.
Zajištění

XVII. Poznámky k určování významu právního kritéria „vážné nebezpečí útěku“

JAROSLAV VĚTROVSKÝ*

1. ÚVOD

Přijetím nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 604/2013 (dále jen „nařízení Dublin III“, popř. „nařízení“)¹ byla do právního řádu Evropské unie zavedena významná podmínka omezující pravomoc členských států zajistit cizince za účelem přemístění do země příslušné pro posouzení jeho žádosti o mezinárodní ochranu. Podle čl. 28 odst. 2 nařízení je zajištění cizince možné, jen pokud v daném případě existuje „vážné nebezpečí útěku“.

Otázku, kdy lze považovat kritérium vážného nebezpečí útěku za splněné, ponechává nařízení Dublin III nezodpovězenou. Vágní význam kritéria se sice zdá být do určité míry redukován prostřednictvím „definice“ obsažené v čl. 2 písm. n) nařízení, jde však o redukci pouze zdánlivou. Za prvé, definice neřeší, kdy lze nebezpečí útěku cizince považovat za „vážné“. Za druhé, pokud jde o význam samotného výrazu „nebezpečí útěku“, definice nabízí pouze tautologické vysvětlení: nebezpečí útěku existuje, existují-li „*důvod[y], [...] pro které je možné se v konkrétním případě domnívat, že [cizinec], na které[ho] se vztahuje řízení o přemístění, může uprchnout*“.

Pravomoc určit, co za takové důvody lze považovat a co nikoliv, ponechává nařízení Dublin III legislativním orgánům jednotlivých členských států. Výslovně v tomto ohledu stanoví, že uvedené důvody „se zakládají na objektivních kritériích vymezených právními předpisy“ (*objective criteria defined*

* Fakulta právnická Západočeské univerzity v Plzni

¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 604/2013 ze dne 26. června 2013, kterým se stanoví kritéria a postupy pro určení členského státu příslušného k posuzování žádostí o mezinárodní ochranu podané státním příslušníkem třetí země nebo osobou bez státní příslušnosti v některém z členských států (přepracované znění).

*by law).*² V tomto požadavku ostatně tkví jediný, a tedy i největší přínos zmiňovaného čl. 2 písm. n) nařízení: kdy lze považovat kritérium nebezpečí útěku za splněné, musí být „vymezeno“ vnitrostátním právem. Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „SDEU“) dal jednoznačně na srozuměnou, že takovéto vymezení relevantních důvodů nebezpečí útěku vnitrostátním právem představuje povinnost států, tj. nikoliv pouhou možnost, kterou státy mají.³ Nesplnění povinnosti má za následek „neaplikovatelnost“ čl. 28 odst. 2 nařízení Dublin III,⁴ což v konečném důsledku znamená, že jakékoliv zajištění cizince za účelem předání podle tohoto nařízení „musí být [...] prohlášeno za protiprávní“.⁵

2. O POTŘEBĚ DEFINICE

Otzáka, zda k „vymezení“ objektivních kritérií vnitrostátním právem musí dojít určitým způsobem či v určité formě, anebo zda členské státy disponují v tomto ohledu možností vlastního uvážení, opět není nařízením Dublin III ani navazující judikaturou SDEU spolehlivě řešena. Anglické a francouzské znění čl. 2 písm. n) nařízení stanoví, že kritéria musejí být „*defined by law*“, resp. „*définis par la loi*“, tedy v doslovném překladu, že musejí být „definována“.⁶ Slovanské jazykové verze nařízení se naopak výrazu „definovat“ důsledně vyhýbají. Požadavek je zde vyjádřen obecnějšími výrazy, které se významově shodují či přibližují českému slovu „vymezit“.⁷

Povinnost „definovat“ obecná kritéria určující důvody nebezpečí útěku, tzn. určit tato kritéria prostřednictvím jejich definice, nelze dovodit ani z judikatury SDEU, včetně již zmíněného rozsudku ve věci *Al-Chodor*. Rozsudek naopak prozrazuje, že terminologii použitou v čl. 2 písm. n) nařízení SDEU nechápe jako zavazující v tom smyslu, že pouze definice by představovala dostatečnou formu „vymezení“ těchto kritérií. Podle výroku SDEU je povinností států toliko „stanovit“ tato kritéria „obecně závazným právním

² Čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III.

³ SDEU, *Al-Chodor*, C-528/15, rozsudek z 15. 3. 2017 (výrok).

⁴ Tamtéž.

⁵ Tamtéž, odst. 46. Viz též navazující rozsudek NSS, č. j. 10 AzS 122/2015-150, rozsudek ze dne 20. 4. 2017.

⁶ Stejný požadavek vyjádřený slovem „definovat“ se objevuje i v některých dalších zněních nařízení Dublin III, např. španělském, italském, portugalském či rumunském.

⁷ Viz např. polské, slovenské či slovinské znění nařízení Dublin III.

předpisem⁸ přičemž např. francouzské i anglické znění rozsudku zcela opouštějí výrazy „définir“ a „define“ uvedené v nařízení a nahrazují je obecnějšími výrazy „fixer“, resp. „establish“. Volnost státu při vymezení kritérií ve svém národním právu SDEU pouze omezil v tom směru, že vzhledem k „požadavk[ům] na srozumitelnost, předvídatelnost, dostupnost, a zejména na ochranu před svévolí“ musí k vymezení dojít formou obecně závazného právního předpisu.⁹ Pouhá přítomnost ustálené judikatury, ze které obecná kritéria vyplývají, není pro splnění požadavku uvedeného v čl. 2 písm. n) nařízení dostačující.¹⁰

3. VNITROSTÁTNÍ „DEFINICE“ A PRÁVO EVROPSKÉ UNIE

Navzdory znění čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III publikovanému v českém jazyce,¹¹ jakož i příslušné judikatuře SDEU volání po „definici“ kritéria vážného nebezpečí útěku [a s tím spojené nahlížení na čl. 2 písm. n) nařízení jako na požadavek „definovat“ toto kritérium] v diskurzu o dané problematice v České republice zdomácnělo.¹² Prosadilo se i v důvodové zprávě k návrhu zákona č. 314/2015 Sb., jehož cílem bylo, mimo jiné, provést ve vnitrostátním právu změny, které z nařízení Dublin III plynuly. Podle důvodové zprávy nařízení Dublin III „předpokládá, že členské státy stanoví zákonem kritéria vážného nebezpečí útěku, která jsou nyní definována v [§ 129] odstavci 4 [zákona o pobytu cizinců]¹³“.

⁸ S ohledem na jazykový režim řízení před SDEU platí, že rozhodným zněním rozsudku je znění vyhotovené v jednacím jazyce, kterým byl v tomto případě jazyk český. Srov. čl. 41 Jednacího řádu SDEU, Úřední věstník EU, sv. 55, L 265, 29. 9. 2012.

⁹ SDEU, *Al-Chodor*, op. cit., odst. 43.

¹⁰ Tamtéž, odst. 45.

¹¹ Úřední věstník EU, sv. 56, L 180, 29. 6. 2013.

¹² Viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) ze dne 16. 3. 2016, č. j. 8 AzS 166/2015-52 a ze dne 25. 5. 2017, č. j. 8 AzS 124/2015-37, resp. tam uvedená rekapitulace argumentů přednesených žalující i žalovanou stranou. Srov. též HLOUCH, L., PIMKOVÁ, P. K některým otázkám soudního přezkumu zajištění cizinců za účelem jejich předání podle tzv. Dublinského nařízení. In: JURNÍKOVÁ, J., KRÁLOVÁ, A. (eds.) *Společný evropský azylový systém v kontextu uprchlické krize*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 80. Autoři zde uvádějí, že „[v] ustanovení § 129 odst. 4 zákona o pobytu cizinců jsou tedy nově *definována* zákonářská kritéria pro zajištění cizinců“ (zvýraznění kurzívou přidáno). Stejnou terminologii ve vztahu k analogickému ustanovení obsaženému v zákoně o azylu (č. 325/1999 Sb.) používají též HOLÁ, E., TATCHEVA, J. *Azylový zákon po velké novele*. Dostupné z: <http://migraceonline.cz/cz/e-knihovna/novy-azylový-zákon> [cit. 4. 7. 2017].

¹³ Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona č. 314/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu

Při hodnocení změn, které novelizovaný § 129 odst. 4 zákona o pobytu cizinců (dále jen „ZPC“) s sebou přináší, lze proto postupovat ve dvou krocích. Za prvé, pozornost lze zaměřit na otázku, zda současné znění § 129 odst. 4 ZPC odpovídá úmyslu předkladatele návrhu novely poskytnout „definici“ toho, co výraz „nebezpečí útěku“ v daném kontextu znamená (kap. 3.1). Lze ale postupovat i tak, že k hodnocení změn bude přistoupeno výhradně z toho hlediska, zda ustanovení § 129 odst. 4 ZPC obstojí ve světle požadavků vycházejících ze samotného čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III a navazující judikatury SDEU (kap. 3.2).

3.1 Hledání nutných a postačujících podmínek

Stanovit definici určitého výrazu, včetně výrazu „nebezpečí útěku“, znamená stanovit podmínky, které jsou nutné a zároveň postačující k tomu, aby daný výraz mohl být v konkrétním případě aplikován. To znamená, že má-li být § 129 odst. 4 ZPC považován za definici „nebezpečí útěku“, musí působit tak, že použití kritéria nebezpečí útěku ohraňuje ve dvou směrech. Za prvé, žádná jiná podmínka či okolnost než ta, která je v § 129 odst. 4 ZPC výslově uvedena, nemůže sloužit jako důvod, pro který je možné se domnívat, že cizinec, k jehož přemístění má dojít, může uprchnout. Jinými slovy, žádná jiná podmínka či okolnost než ta, která je uvedena v § 129 odst. 4 ZPC, nemůže sloužit jako důvod, pro který by na základě čl. 28 nařízení Dublin III cizinec mohl být zbaven osobní svobody. Za druhé, nastanou-li podmínky či okolnosti uvedené v § 129 odst. 4 ZPC, lze bez dalšího konstatovat, že nebezpečí útěku cizince v daném případě existuje. V takovém případě zůstává ale i nadále nutné posoudit, zda nebezpečí útěku je s ohledem na individuální okolnosti případu „vážné“ ve smyslu čl. 28 odst. 2 nařízení.

Je nutné poznamenat, že ustanovení § 129 odst. 4 ZPC rozdíl mezi tím, kdy je možné hovořit o „nebezpečí útěku“, a tím, kdy je možné toto nebezpečí považovat za „vážné“, poněkud stírá. Zatímco podle čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III je povinností států zahrnout do svých právních řádů pouze kritéria „nebezpečí útěku“, ustanovení § 129 odst. 4 ZPC je formulováno tak, že stanoví, co lze považovat za „vážné nebezpečí útěku“. Tím však akcesorický

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, sněmovní tisk č. 463 ze dne 15. 4. 2015. Zvýraznění kurzívou v textu přidáno.

požadavek „vážnosti“ zbabuje jakéhokoliv účinku. Kdy lze považovat nebezpečí útěku za vážné a kdy nikoliv, není možné paušálně určit zákonem, ale pouze s ohledem na individuální okolnosti případu. To potvrzuje i znění čl. 28 odst. 2 nařízení Dublin III, podle kterého lze existenci vážného nebezpečí útěku určit jen „na základě posouzení každého jednotlivého případu“.

Ustanovení § 129 odst. 4 ZPC uvádí, že za vážné nebezpečí útěku se zejména považuje, pokud (1) cizinec pobýval na území neoprávněně, (2) vyhnul se již dříve předání do státu vázaného přímo použitelným předpisem Evropské unie nebo (3) se pokusil o útěk anebo (4) vyjádřil úmysl nerespektovat pravomocné rozhodnutí o přemístění do státu vázaného přímo použitelným předpisem Evropské unie nebo (5) pokud je takový úmysl zjevný z jeho jednání. Za vážné nebezpečí útěku se dále považuje, (6) pokud cizinec, který bude předán do státu vázaného přímo použitelným předpisem Evropské unie přímo nesousedícího s Českou republikou, nemůže oprávněně samostatně do tohoto státu cestovat a nemůže uvést adresu místa pobytu na území.

Je zřejmé, že podmínky uvedené v § 129 odst. 4 ZPC jsou koncipovány jako postačující, nikoliv ale jako nutné. Výraz „zejména“, který výčtu podmínek předchází, neponechává prostor pro pochybnosti: výčet podmínek je pouze demonstrativní, otevřený. Za nebezpečí útěku je možné považovat i okolnosti, které v § 129 odst. 4 ZPC uvedeny nejsou. Již z tohoto důvodu vyjmenovaná kritéria nelze za „definiční“ vůbec považovat. Problematický je také charakter uvedených kritérií z hlediska jejich aplikace coby podmínek postačujících. Je-li totiž podmínek pro aplikaci kritéria nebezpečí útěku více, nabízí se otázka: je každá z uvedených podmínek postačující samostatně? Anebo mohou být jako postačující chápány jen kumulativně všechny najednou? Posledně uvedenou možnost, pravda, znění § 129 odst. 4 ZPC spíše vylučuje. Není tomu ale náhodou tak, že některé z uvedených podmínek lze chápat jako postačující samostatně, zatímco jiné spíše jen ve spojení s jinými? Na tyto otázky § 129 odst. 4 ZPC odpověď nedává a zdá se, že v souladu čl. 28 odst. 2 nařízení není jejich řešení možné jinak než na základě posouzení každého jednotlivého případu.

Nahlížíme-li na § 129 odst. 4 ZPC jako na „definici“ kritéria nebezpečí útěku, vyvolává výše uvedený výčet ještě jiný problém. Podle tradiční typologie definic je nutné rozlišovat mezi nominálními definicemi a definicemi reálnými.¹⁴ Nominální definice jsou definicemi jmen. Stanoví, jak definova-

¹⁴ GUPTA, A. Definitions. In: ZALTA, E. N. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2015 Edition), dostupné z: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/definitions/> [cit. 30. 6. 2017].

ný výraz je nebo má být používán. Z tohoto hlediska lze nominální definice dále dělit na deskriptivní a stipulativní. Nominální definice jsou v právu běžným jevem. Obsahuje je i ZPC. Typicky se jedná o definice významů slov „pro účely tohoto zákona“. Za nominální definici tak můžeme označit např. definici výrazu „rodinný příslušník“ ve smyslu § 15a ZPC či definici slova „cizinec“ uvedenou v § 1 odst. 2 ZPC.

Případná definice kritéria „nebezpečí útěku“ se však od výše uvedených definic výrazů, jako jsou „cizinec“ či „rodinný příslušník“, odlišuje. Účel, který výčet podmínek uvedený v § 129 odst. 4 ZPC sleduje, totiž není odstranit nejasnosti plynoucí z používání příslušného výrazu v kontextu ZPC, resp. určit, jakým způsobem výraz „nebezpečí útěku“ je nebo má být používán. Cíl § 129 odst. 4 ZPC spočívá [či alespoň s ohledem na čl. 28 odst. 2 a čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III by spočívat měl] v určení, co nebezpečím útěku je, tj. kdy můžeme říci, že nebezpečí útěku skutečně nastává. Na rozdíl od nominálních definic jde tedy u definice nebezpečí útěku o určení těch znaků, které tvoří samotnou podstatu nebezpečí útěku a jsou pro určení, co nebezpečí útěku je, zcela esenciální. Stručně řečeno, nahlížíme-li na § 129 odst. 4 ZPC jako na definici, potom cílem daného ustanovení je vytvořit reálnou – tedy nikoliv nominální – definici toho, co výraz „nebezpečí útěku“ znamená.

Z daného hlediska je ale zřejmé, že ne všechny podmínky uvedené v § 129 odst. 4 ZPC mohou jako podmínky reálné definice obstát. Platí to přinejmenším o podmínce, která je výše označena č. 6. Samotná skutečnost, že cizinec má být předán do státu „nesousedícího s Českou republikou, nemůže oprávněně samostatně do tohoto státu cestovat a nemůže uvést adresu místa pobytu na území“, nepředstavuje něco, co by mohl být považováno za esenciální znak nebezpečí útěku. Naopak, uvedená podmínka nemá s nebezpečím útěku žádnou souvislost. Jde o podmínu, která byla zákonodárcem do § 129 odst. 4 ZPC zařazena svévolně a k jako takové k ní při aplikaci kritéria nebezpečí útěku nelze přihlížet. Stejný závěr, jak bude podrobněji rozvedeno dále, lze ze stejných důvodů učinit i k další podmínce uvedené v § 129 odst. 4 ZPC, a to podmínce č. 1: cizinec pobýval na území neoprávněně.

3.2 Soulad s právem Evropské unie

Jak již bylo zmíněno, nařízení Dublin III v zásadě ponechává státům volnost rozhodnout se, které okolnosti budou považovat za důvody svědčící o nebezpečí útěku a které nikoliv. Volnost uvážení však není bezbřehá. První

významný požadavek, který prostor států pro vlastní uvážení podstatným způsobem omezuje, obsahuje samotný čl. 2 písm. n) nařízení. Podle tohoto ustanovení musí být existence důvodů, pro které je možné se domnívat, že cizinec, na kterého se vztahuje řízení o přemístění, může uprchnout, založena na *objektivních kritériích* vymezených právními předpisy.

Další významné požadavky určující, jakým způsobem musí k vymezení objektivních kritérií dojít, vyplývají z rozhodovací činnosti SDEU, zejména z jeho rozsudku ve věci *Al-Chodor*. Ve shodě se stanoviskem generálního advokáta Henrika Saugmandsgaarda Ře zde SDEU dospěl k závěru, že přezkum vážného nebezpečí útěku musí být vykonáván „*v určitých předem stanovených mezích*. Proto je zásadní, aby kritéria definující existenci takového nebezpečí, které je důvodem pro zajištění, byla jasně vymezena závazným aktem, jehož uplatňování bude **předvídatelné**.¹⁵ Z rozsudku jednoznačně plyne, že požadavek vymezení objektivních kritérií závazným aktem není SDEU koncipován jako samoúčelný či ryze formální. Daný krok je podle SDEU nezbytný, neboť „*jedině obecně závazný právní předpis*“ je schopen splnit „*požadavky na srozumitelnost, předvídatelnost, dostupnost, a zejména na ochranu před svévolí*“, které vyžaduje „*vysok[á] úroveň ochrany*“ zaručená čl. 28 odst. 2 a čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III.¹⁶ Identické požadavky je proto nutné vztáhnout i na samotná kritéria vymezující existenci nebezpečí útěku. To znamená, že je nutné zaměřit pozornost nikoliv jen na formu, ve které mají být kritéria vyjádřena, ale také na jejich obsah. Kritéria obstojí, jen pokud jsou objektivní a splňují požadavky na srozumitelnost, předvídatelnost, dostupnost a na ochranu před svévolí. Kritérium rovněž musí umožnit individuální posouzení každého jednotlivého případu v souladu s čl. 28 odst. 2 nařízení.

Zkoumáme-li uvedenými hledisky jednotlivá kritéria či – jak byly výše označeny – podmínky uvedené v § 129 odst. 4 ZPC, stává se zřejmým, že mnohé z nich požadavky vyplývající z nařízení Dublin III a navazující na jidikatury SDEU nesplňují. Nesplnění požadavků má přitom pro příslušné kritérium analogický důsledek, jako kdyby k jeho formulaci v ZPC vůbec nedošlo. To znamená, že způsobuje neaplikovatelnost čl. 28 odst. 2 nařízení Dublin III, byť nikoliv v obecnosti, ale pouze ve vztahu k případu, ve kterém má k zajištění podle daného kritéria dojít.

¹⁵ SDEU, *Al-Chodor*, op. cit., odst. 42 (zvýraznění tučně přidáno).

¹⁶ Tamtéž, odst. 43.

Začneme-li kritérii, která v testu kompatibility s právem EU obстоjí, musíme vyzdvihnout ta, která byla výše uvedena pod č. 2 a 3: cizinec se již dříve vyhnul předání do státu příslušného podle nařízení Dublin III nebo se pokusil o útěk. V obou případech jde o kritéria objektivní, umožňující individuální posouzení každého jednotlivého případu, a zároveň se jedná o kritéria dostačně srozumitelná a předvídatelná tak, aby byla schopna chránit jednotlivce před svévolí orgánů dotčeného státu.¹⁷

U ostatních kritérií uvedených v § 129 odst. 4 ZPC je výsledek hodnoceň jejich kompatibility s právem EU podstatně méně příznivý. Pochybností vzbuzuje již první kritérium, které je v § 129 odst. 4 ZPC uvedeno: cizinec pobýval na území neoprávněně. Pokud by totiž toto kritérium mělo být chápano jako podmínka *postačující* pro odůvodnění existence vážného nebezpečí útěku, je nutné jej odmítout. Za prvé proto, že souvislost mezi neoprávněným pobytom cizince na území a nebezpečím jeho útěku je nepodložená a kritérium jako takové tak spíše vyznívá jako výraz svévole. Je totiž nutné připomenout, že pro pobyt uprchlíka na území cizího státu je typické, že bezprostředně po vstupu na dané území nedisponuje ani dokladem totožnosti, ani povolením k pobytu. To se přitom týká nejen států, ve kterých se dotyčný uprchlík nehodlá usadit a pouze jimi prochází (tj. států, ve vztahu ke kterým nebezpečí útěku může reálně hrozit), ale též států, ve kterých cizinec hodlá jako uprchlík pobývat a ve vztahu ke kterým je proto nebezpečí útěku v podstatě vyloučeno. Je proto zřejmé, že otázka oprávněnosti k pobytu je pro posouzení existence nebezpečí útěku nepodstatná.

Je třeba též zdůraznit, že neoprávněný vstup a pobyt cizince na území toho kterého členského státu EU je v případě uprchlíků spíše pravidlem nežli výjimkou. Kritérium samotné tak hromadně dopadá na naprostou většinu žadatelů o mezinárodní ochranu, kteří se v EU nacházejí a na které se

¹⁷ K aplikaci těchto kritérií srov. např. NSS, č. j. 5 AzS 162/2016-22, rozsudek ze dne 29. 9. 2016: „Stěžovatel [...] splňoval kritéria pro zajistění podle § 129 odst. 4 zákona o pobytu cizinců, který stanoví, z jakých skutečností se dovozuje existence nebezpečí vážného nebezpečí útěku. Ze zjištěného skutkového stavu věci je zřejmé, že stěžovatel porušil povinnost zůstat na území SRN, kde poprvé požádal o mezinárodní ochranu, a vyčkat rozhodnutí o své žádosti. Místo toho stěžovatel odcestoval do Rakouska, kde opětovně požádal o mezinárodní ochranu, přestože tento stát nebyl k posouzení jeho žádosti podle nařízení Dublin III příslušný. Posléze stěžovatel vstoupil a neoprávněně pobýval také na území České republiky. [...] Krajský soud v této souvislosti správně dovodil, že stěžovatel ani neuvažoval o dobrovolném návratu do země příslušné k posouzení jeho žádosti o mezinárodní ochranu, tj. do SRN, která je příslušná k posouzení jeho žádosti o mezinárodní ochranu podle nařízení Dublin III.“

vztahuje nařízení Dublin III. Téměř kdokoliv, vůči komu bylo zahájeno řízení o přemístění, by na jeho základě mohl být zajištěn. To znamená, mimo jiné, že možnost individuálního posouzení každého jednotlivého případu – podmínka uvedená v čl. 28 odst. 2 nařízení – by v případě aplikace tohoto kritéria jako postačující podmínky byla v podstatě vyloučena.

Za svévolné kritérium, tj. takové, u něhož neexistuje spojitost mezi obsahem kritéria a skutečností, kterou má splnění kritéria osvědčovat, je nutné považovat též kritérium výše označené jako č. 6. Je totiž opět zřejmé, že mezi nebezpečím útěku a tím, že cizinec má být předán do státu „přímo nesousedícího s Českou republikou“, žádná souvislost není, a to ani empirická. Ze statistických údajů např. nijak nevyplývá, že nebezpečí útěku u osob předávaných do Francie či Belgie je vyšší, než je tomu u osob předávaných na Slovensko.¹⁸ Stejný závěr platí i o další dílčí podmínce tvořící kritérium č. 6, a sice že cizinec „nemůže oprávněně samostatně do tohoto státu cestovat“. Zdá se, že spíše než snahou vymezit objektivní kritérium svědčící o nebezpečí útěku byl zákonodárce v tomto případě veden úsilím zajistit policii jisté administrativní pohodlí v situacích, kdy k předání do státu příslušného podle nařízení Dublin III obvykle dochází leteckou cestou.

Poněkud odlišná, avšak neméně kontroverzní, jsou i poslední kritéria uvedená v § 129 odst. 4 ZPC, která byla výše označena č. 4 a 5: cizinec vyjádřil úmysl nerespektovat pravomocné rozhodnutí o přemístění do státu vázaného nařízením Dublin III nebo je takový úmysl zjevný z jeho jednání. Na rozdíl od aplikace předchozích kritérií není v tomto případě hodnocení útěku založeno na faktických okolnostech, jako jsou např. absence cestovního dokladu či pobytového povolení, ale na subjektivním psychologickém rozpoložení dotčeného cizince, tj. jeho úmyslu vyhnout se přemístění a uprchnout. Takové kritérium lze však jen těžko považovat za „objektivní“, což ale představuje nutnou podmínu platnosti kritéria stanovenou čl. 2 písm. n) nařízení. Má-li mít požadavek, aby „nebezpečím útěku“ byly rozuměny „*důvod/y*, které se zakládají na objektivních kritériích vymezených právními předpisy“, vůbec nějaký smysl, potom výraz „objektivní“ nelze chápat jinak než v jeho obvyklém významu, tj. jako „*existující nezávisle na subjektivním mínění, chtění n. zájmu*“.¹⁹

¹⁸ Viz statistické údaje publikované Ministerstvem vnitra, dostupné z: <http://www.mvcr.cz/clanek/mezinarodni-ochrana-253352.aspx> [cit. 30. 6. 2017].

¹⁹ PETRÁČKOVÁ, V., KRAUS, J. a kol. *Akademický slovník cizích slov*. Praha: Academia, 2001, s. 536.

Ani kritérium č. 4 tak zjevně nelze považovat za důvod svědčící o nebezpečí útěku ve smyslu čl. 2 písm. n) nařízení. Vyjádření cizince o jeho chtění a úmyslu nepředstavují *objektivní* kritéria potvrzující či vyvracející domněnku o tom, že dotyčný může uprchnout. Ostatně pouze malou pozornost věnují těmto vyjádřením také české správní soudy.²⁰ Stejný závěr platí i ve vztahu ke kritériu č. 5 za předpokladu, že účelem zkoumání „jednání“ cizince je snaha příslušných státních orgánů zjistit jeho „úmysl“. Na druhou stranu, požadavek „*objektivity*“ aplikovaných kritérií nebrání tomu, aby jednání cizince jako takové bylo zkoumáno a při rozhodování o jeho přemístění zohledněno. Cílem takového zkoumání nicméně nemůže být zjistit psychologické rozpoložení cizince, tj. jeho vůli či úmysl podrobit se rozhodnutí o přemístění, ale samotnou existenci nebezpečí útěku. V tom také do značné míry spočíval úkol zákonodárce: „vymezit“, která jednání cizince jsou z hlediska posouzení nebezpečí jeho útěku relevantní a která nikoliv. Jestliže např. podle § 129 odst. 4 ZPC spočívá relevantní jednání cizince v pokusu o útěk (viz výše kritérium č. 3), nejde o psychologický údaj osvědčující, že cizinec má v úmyslu nerespektovat rozhodnutí o svém přemístění, ale o objektivní údaj nasvědčující tomu, že nebezpečí útěku v případě cizince existuje.

4. ZÁVĚR

Mělo-li být účelem § 129 odst. 4 ZPC naplnit požadavky vyplývající pro Českou republiku z čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III a navazujícího rozsudku SDEU ve věci *Al-Chodor*, je nutné konstatovat, že k dosažení tohoto cíle došlo jen v minimálním rozsahu. Většinu ze stanovených kritérií nelze za náležitá kritéria, pro které je možné se v konkrétním případě domnívat, že cizinec přemisťovaný do jiného státu EU může uprchnout, vůbec považovat. Buď se jedná o kritéria, která se vztahují k subjektivním psychologickým stavům jednotlivce, a nesplňují tedy požadavek „*objektivity*“, anebo jde

²⁰ Viz např. NSS, č. j. 8 AzS 20/2015-51, rozsudek ze dne 27. 5. 2015: „Nejvyšší správní soud nepřisvědčil námitce stěžovatele, že obava žalovaného z útěku stěžovatele do Spolkové republiky Německo byla založena na pouhé domněnce. Stěžovatel se pokusil vystěhovat do Spolkové republiky Německo s celou svou rodinou již v roce 2008. Ačkoli později tvrdil, že nepovažuje toto řešení za rozumné a již od této myšlenky upustil, z vyjádření účastníků řízení, zprávy psychologa Dětského centra Svitavy a speciálního pedagoga a dalších podkladů, jež jsou součástí správního spisu, nelze dospět k závěru, že od svého záměru zcela upustil. Skutečnosti zjištěné žalovaným v průběhu správního řízení naopak spíše nasvědčovaly tomu, že stěžovatel uprchne a bude k odchodu nutit i ostatní členy rodiny.“

o kritéria, která nemají s nebezpečím útěku žádnou příčinnou souvislost, a je proto nutné je odmítout jako svévolná. Je třeba též připomenout, že ačkoliv povinnosti českého zákonodárce vyplývající z čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III bylo vymezit důvody svědčící o „nebezpečí útěku“, ustanovení § 129 odst. 4 ZPC tyto důvody vztahuje k pojmu „vážné nebezpečí útěku“. Tím ale akcesorické kritérium „vážnosti“ vyjádřené v čl. 28 odst. 2 nařízení zbavuje jeho podstatného účinku. Jak již bylo uvedeno výše, kdy lze považovat nebezpečí útěku za vážné a kdy nikoliv, není možné určit obecně zákonem, ale pouze individuálně vzhledem k okolnostem každého jednotlivého případu.

XVIII.

Přiměřenost omezení osobní svobody cizince v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva

HANA HOLUBKOVOVÁ*

1. ÚVOD

Omezování osobní svobody cizinců, kteří na území státu pobývají nelegálně, resp. tam nelegálně vstupují, je jedním ze základních nástrojů, jež státy užívají k regulaci toho, kdo na jejich území vstupuje či kdo tam pobývá. Zásah do osobní svobody v praxi slouží buď ke znemožnění vstupu cizince na území, nebo k realizaci jeho – dobrovolného či nedobrovolného – výcestování. Zatímco z hlediska států a jejich orgánů, které o zásahu do osobní svobody cizince rozhodují, jde namnoze o rutinní záležitost, z pohledu konkrétního cizince (ať už žadatele o azyl, či neregulérního migranta) se jedná o závažný zásah do jeho života.

Zásada proporcionality se považuje za klíčový znak právního státu.¹ Úvaha o přiměřenosti je – nebo by měla být – součástí každého rozhodování o právních otázkách.² Omezení osobní svobody je jedním z nejintenzivnějších

* Krajský soud v Praze, asistentka soudkyně. Příspěvek vychází z diplomové práce Princip proporcionality a omezení osobní svobody cizince ve správním právu, kterou autorka v lednu 2017 obhájila na katedře správního práva a právní vědy PF UK.

¹ ONDŘEJK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 24.

² Např. česká Listina základních práv a svobod v článku 4, odst. 4 stanoví: „Při užívání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu. Taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.“ Ústavní soud v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 25/97 ze dne 13. 5. 1998 uvedl: „Jedním z esenciálních znaků právního státu je princip přiměřenosti, který předpokládá, že opatření, omezující základní lidská práva a svobody, nesmějí svými negativními důsledky přesahovat pozitiva, která představuje veřejný zájem na těchto opatřeních.“

zásahů do osobnosti jednotlivce a mělo by se k němu přistupovat pouze v případech odůvodněných a předvídaných zákonem, aby se předcházelo svévolnému jednání.³ Zajištění cizince je toliko zajišťovacím institutem, jehož prostřednictvím stát na svém území dociluje zajištění bezpečnosti, vějšího pořádku, veřejného zdraví atd. Nejedná se o sankci.

Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (dále též jen „EÚLP“ či „Úmluva“) z roku 1950 se právem člověka na svobodu a osobní bezpečnost zabývá v čl. 5. Už samotné zařazení tohoto práva do počátečních ustanovení Úmluvy – hned po právu na život a právu nebýt mučen, které rovněž chrání tělesnou integritu a bezpečnost jednotlivce – a podrobnost, s níž je pojednáno, poukazuje na jeho význam.⁴ První odstavec čl. 5 obsahuje taxativní výčet situací, které představují výjimku z obecného pravidla, že každý má právo na svobodu, a v nichž mají smluvní strany Úmluvy (státy) právo zasáhnout do osobní svobody člověka. Písmeno f) zmínovaného článku se přímo týká možnosti zbavit člověka svobody, aby se zabránilo jeho nezpovolenému vstupu na území, nebo probíhá-li proti němu řízení o vyhoštění či vydání.

V čl. 5 odst. 1 Úmluvy je zakotvena podmínka, že k zákonnému omezení osobní svobody může dojít pouze při respektování vnitrostátních předpisů smluvní strany Úmluvy, a to jak norem práva hmotného, tak práva procesního. Tyto vnitrostátní předpisy musí být v souladu s EÚLP, a to nejen s jejím vlastním textem, nýbrž i s obecnými principy v Úmluvě implicitně obsaženými nebo z ní dovozenými.⁵ Z judikatury vyplývají v zásadě tři hlavní zásady: výjimky z čl. 5 odst. 1 musí být interpretovány striktně, omezení osobní svobody musí být z hlediska procesního i materiálního v souladu se zákonem a musí být zachováno právo na okamžitou a urychlenou soudní kontrolu omezení svobody.⁶

Co se týče vztahu k principu příměřenosti, Evropský soud pro lidská práva (dále jen „ESLP“ či „Soud“) ve své judikatuře zdůrazňuje, že vzhledem k důležitosti práva na osobní svobodu může být zásah do něj ospravedlněn pouze tehdy, nepostačují-li po předchozím zvážení jiná opatření, méně

³ Srov. též nález Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 599/01 ze dne 18. 2. 2003.

⁴ ČERNÁ, D. *Standard lidských práv v Evropě: srovnání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a Listiny základních práv Evropské unie*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2009, s. 65.

⁵ KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech: komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 473.

⁶ Tamtéž, s. 468.

intenzivně zasahující do svobody jednotlivce. Nezbytnost omezení osobní svobody musí být zpravidla prokázána⁷ [k výjimce ve vztahu písm. f) viz dále]. Dále musí být rozhodnutí o omezení osobní svobody písemné a odůvodněné a musí být zajištěn rychlý a efektivní soudní přezkum. ESLP ve své judikatuře málodky podává přesný výklad neurčitých právních pojmu (např. neuvádí konkrétní lhůty, které považuje za přiměřené atp.); tyto otázky je třeba vždy posuzovat individuálně, v kontextu konkrétního případu.

Pro téma tohoto příspěvku je klíčový zejména již zmíněný čl. 5 odst. 1 písm. f) EÚLP, který se dělí na dvě větve – upravuje otázku zásahu do osobní svobody osoby, jejímuž neoprávněnému vstupu na území chce stát zabránit (první větev), a zásahu do osobní svobody osoby, proti které probíhá řízení o vyhoštění nebo vydání (druhá větev). Lze jej aplikovat jak na případy, kdy je osobní svoboda cizince pouze omezena, tak na situace, kdy je osobní svobody již zbaven. Pro všechny formy zásahu do osobní svobody, tedy pro její omezení i zbavení, platí stejná kritéria, neboť podle Soudu se od sebe zbavení a omezení osobní svobody liší pouze co do stupně intenzity, nikoli co do své podstaty.⁸

K zajištění vymahatelnosti EÚLP je zřízen Soud. Pokud se fyzická osoba (nebo právnická osoba odlišná od státu, u níž však k zásahům do osobní svobody z povahy vči nedochází) domnívá, že bylo smluvním státem zasaženo do jejích základních práv garantovaných EÚLP, může se po vyčerpání všech vnitrostátních možností obrátit se svou stížností na ESLP. Ten stížnost posoudí a dojde-li k závěru, že došlo k porušení Úmluvy, nařídí státu nahradit stěžovateli újmu. Zhruba od přelomu tisíciletí dochází k tomu, že ESLP – nepochybň i s ohledem na vzrůstající množství stížností – nekonstatuje pouze porušení EÚLP v jednotlivém případě, ale formuluje ve svých rozsudcích obecné závěry a poukazuje na všeobecné nešvary, společné více smluvním státům.⁹

⁷ Tamtéž, s. 477.

⁸ Rozsudek ESLP ze dne 25. června 1996, *Amuur proti Francii*, stížnost č. 19776/92, § 42.

⁹ BOBEK, M., KÜHN, Z. *Judikatura a právní argumentace*. 2., přeprac. a aktualiz. vyd. Praha: Auditorium, 2013, s. 313.

2. K OTÁZCE PŘIMĚŘENOSTI ZAJÍSTĚNÍ

ESLP ve vztahu k ustanovení čl. 5 odst. 1 písm. f) konstantně judikuje, že státy – jakožto suveréni mezinárodního práva – mají nezadatelné právo kontrolovat pohyb osob přes své hranice.¹⁰ V souvislosti s oprávněním státu kontrolovat a regulovat, kdo na jeho území vstupuje, vyložil ESLP toto ustanovení Úmluvy opakovaně tak, že v případech spadajících pod toto ustanovení není třeba přiměřenost či nezbytnost omezení osobní svobody vůbec zkoumat. K oprávněnosti takového zásahu do osobní svobody postačuje samotná skutečnost, že se cizinec pokoušel nelegálně vstoupit na území státu, resp. skutečnost, že probíhá řízení o jeho vyhoštění či vydání. Soud dovodil, že výše uvedený výklad se týká obou tzv. větví ustanovení čl. 5 odst. 1 písm. f) EÚLP,¹¹ tedy že pod něj spadají jak případy osob, jejichž nepovolenému vstupu na území má být zabráněno, tak osob, u nichž probíhá řízení o vyhoštění nebo vydání.¹²

Písmeno f), které se vztahuje typicky na cizince, poskytuje nižší míru ochrany než např. písmeno c) čl. 5 odst. 1 EÚLP (vztahující se typicky na osoby podezřelé ze spáchání trestného činu), v jehož textu se hovoří o „oprávněných důvodech k domněnce“, že je nutno zabránit útěku nebo spáchání dalšího trestného činu.¹³ Písmeno f) nic takového nevyžaduje, čímž se výrazně odlišuje od ustanovení všech ostatních písmen téhož článku týkajících se jiných situací odůvodňujících zásah do osobní svobody, neboť při aplikaci ostatních skutkových podstat obsažených v prvním odstavci Soud požaduje kromě souladu s vnitrostátním právem i existenci jiných okolností.¹⁴

¹⁰ Tuto tezi připomněl ESLP opakovaně v několika rozsudcích: rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 15. listopadu 1996, *Chahal proti Spojenému království*, stížnost č. 22414/93 (§ 41); rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 28. ledna 2008, *Saadi proti Spojenému království*, stížnost č. 13229/03, (§ 64), rozsudek první sekce ESLP ze dne 2. října 2008, *Rusu proti Rakousku*, stížnost č. 34082/02, (§ 52), *Amuur proti Francii* (§ 73) a další.

¹¹ Takto se Soud vyjádřil např. v případě *Chahal proti Spojenému království* (§ 112), kdy šlo o zbavení svobody cizince, Jenž měl být ze země vyhoštěn, nebo v případě *Saadi proti Spojenému království* (§ 72), kdy se jednalo o zbavení svobody žadatele o azyl.

¹² Stěžovatelům se často jeví problematickou detence žadatelů o azyl. V této souvislosti ESLP poukázal i na to, že právo na azyl není zakotveno ani v Úmluvě, ani v žádném z jejích protokolů (*Chahal proti Spojenému království*, § 73). ESLP výslovně uvádí, že omezení osobní svobody cizinců, kteří se dožadují vstupu do země – ať už cestou žádostí o azyl, nebo jiným způsobem –, je rozhodně v intencích článku 5 odst. 1 písm. f) (*Saadi proti Spojenému království*, § 64).

¹³ KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M., op. cit. 5, s. 520.

¹⁴ Na tento rozdíl poukázal i ESLP v případě *Saadi proti Spojenému království* (§ 44).

Ve světle výkladu, že v případech spadajících pod čl. 5 odst. 1 písm. f) není třeba zkoumat přiměřenost zásahu do osobní svobody, ESLP mj. judekoval, že státní orgány nejsou povinny zjišťovat a prokazovat riziko útěku¹⁵ a nejsou povinny zvažovat jiné alternativní možnosti zajištění cizince, které by do jeho práv zasahovaly méně intenzivně.¹⁶ Stát není při svém rozhodování povinen zohlednit ani to, zda cizinec spolupracoval s orgány státu,¹⁷ nebo zda se je při svém vstupu do země pokoušel obejít či jejich činnost sabotovat. Zajištění nicméně musí vykazovat řadu jiných znaků, jejichž nedostatek může ve výsledku vést k nezákonnosti celého zajištění.

3. K ZÁKONNÉMU PODKLADU ZAJIŠTĚNÍ

Zásah do osobní svobody musí mít vždy základ ve vnitrostátním zákoně. V případě, že některý článek EÚLP odkazuje přímo na vnitrostátní právo – jak je tomu právě v čl. 5 –, musí Soud přezkoumat i soulad s vnitrostátním právem a zjistit, není-li aplikace vnitrostátního práva provedená vnitrostátními orgány svévolná a nerozumná.¹⁸ Nemá-li postup orgánů státu oporu ve vnitrostátním (hmotném i procesním) právu, je protiprávní, a to i kdyby bylo možné zbavení či omezení svobody v konkrétním případě pod některé z písmen čl. 5 odst. 1 subsumovat.¹⁹

Aby vnitrostátní právní předpis vyhověl požadavkům EÚLP, musí se vyznačovat určitými kvalitami. Musí být v souladu se zásadami právního státu a musí být dostatečně přesný, aby neumožňoval vícero výkladů.²⁰ Dále musí být pro adresáty srozumitelný, aby cizinci umožňoval – eventuálně s právní asistencí – předvídat důsledky jeho jednání a další postup úřadů.²¹ Rovněž musí být obecně dostupný, z čehož vyplývá i závěr ESLP, že musí jít o zákon, a nikoli o podzákonné právní předpis či interní dokument.²² U podzákonných

¹⁵ Tamtéž, § 65.

¹⁶ Tamtéž, § 80.

¹⁷ Např. zda požádal o azyl, jako v případech *Amuur proti Francii* či *Saadi proti Spojenému království*.

¹⁸ KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M., op. cit. 5, s. 474.

¹⁹ Rozsudek páté sekce ESLP ze dne 27. listopadu 2008, *Rashed proti České republice*, střízenost č. 298/07 (§ 70) a *Amuur proti Francii* (§ 53).

²⁰ Viz případ *Rashed proti České republice*, § 69.

²¹ Viz rozsudek čtvrté sekce ESLP ze dne 5. října 2004, *H. L. proti Spojenému království*, střízenost č. 45508/99, § 114.

²² Což ESLP vyhodnotil v případě *Amuur proti Francii* (§ 53) jako nedostačující.

předpisů může být problematická jejich dostupnost adresátům a možnost se s předpisem seznámit. Dále takové předpisy nejsou zpravidla tak komplexní jako zákony a neobsahují stejně široký standard ochrany práv adresátů.

Jak bylo výše řečeno, v případech spadajících pod čl. 5 odst. 1 písm. f) nevyplývá z EÚLP povinnost zkoumat přiměřenost omezení či zbavení osobní svobody. Tato povinnost však může vyplývat z vnitrostátního práva.²³ Soud u sice nepřísluší přezkoumávat vnitrostátní právo po obsahové stránce, je však povinen zkoumat, zda není aplikace vnitrostátního práva vnitrostátními orgány svévolná či nerozumná²⁴ a zda je v souladu s ostatními ustanoveními čl. 5.²⁵ Pokud si tedy stát ve svém vnitrostátním právu požadavek přiměřenosti sám stanoví, musí jej pak skutečně při aplikaci příslušného vnitrostátního předpisu zkoumat a dodržovat.

4. K DÉLCE TRVÁNÍ ZAJIŠTĚNÍ

Ve své judikatuře dospěl ESLP k tomu, že ačkoli nemůže podrobit přezkumu nezbytnosti zajištění podle čl. 5 odst. 1 písm. f) EÚLP, může zkoumat podmínky zajištění a jeho délku.²⁶ Délka zajištění musí být přiměřená účelu a Soud ji hodnotí vždy s ohledem na specifika konkrétního případu. Trvání může být vyhodnoceno jako objektivně příliš dlouhé²⁷, nebo může být příliš dlouhá doba zadržení důsledkem laxního přístupu vnitrostátních orgánů.²⁸ Zadržení může oprávněně trvat jen tak dlouho, dokud jsou ze strany orgánů státu s náležitou pečlivostí (*due diligence*) vedeny úkony směřující k realizaci účelu, k němuž zajištění směřuje. Může tedy nastat situace, kdy se

²³ V případě *Rusu proti Rakousku* ESLP právě s ohledem na vnitrostátní úpravu stěžovatelce vyhověl a porušení čl. 5 odst. 1 písm. f) EÚLP konstatoval.

²⁴ Viz případy *Rusu proti Rakousku* (§ 55) nebo rozsudek druhé sekce ESLP ze dne 25. ledna 2005, *Singh proti České republice*, stížnost č. 60538/00 (§ 61).

²⁵ Viz případ *Saadi proti Spojenému království* (§ 66).

²⁶ VĚTROVSKÝ, J. Princip proporcionality a jeho aplikace na případy zajištění cizinců Výborem pro lidská práva a Evropským soudem pro lidská práva. In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Společný evropský azylový systém: zásahy do osobní svobody*. Sborník z vědeckého semináře uskutečněného dne 12. června 2009 v Kanceláři veřejného ochránce práv. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2010, s. 15–17.

²⁷ Např. v případě *Singh proti České republice*, kdy délka vyhošťovací vazby přesáhla délku předcházejícího trestu odnětí svobody (viz § 66).

²⁸ Viz případy *Chahal proti Spojenému království* (§ 113) nebo *Singh proti České republice* (§ 63).

zpočátku oprávněné zajištění plynutím času nebo vlivem nedbalého postupu státních orgánů promění v zajištění protiprávní.²⁹

5. K REÁLNÉMU PŘEDPOKLADU VYHOŠTĚNÍ

Požadavek reálného předpokladu vyhoštění (*realistic prospect of removal*), který se ve vlastním textu EÚLP neobjevuje, zavedl Soud ve své judikatuře poprvé ve věci *A. a ostatní proti Spojenému království*³⁰ a od té doby jej ve své judikatuře konstantně zohledňuje. V případě, že je od počátku zjevné nebo se v průběhu zajištění cizince zjevným stane, že nebude možné cizince skutečně vyhostit (např. s ohledem na zásadu *non-refoulement*³¹ nebo hrozí-li, že nebude přijat zemí svého původu apod.), musí být cizinec ze zajištění propuštěn. Jinak by takové zajištění pozbylo dobré víry a stalo se svévolným. Ve věci *Mikolenko proti Estonsku* došlo k situaci, kdy byl cizinec zajištěn téměř čtyři roky, i když se záhy zjistilo, že nebude možné jej vyhostit; cizinec totiž neměl pas, odmítl si o něj požádat a státní orgány se šikanoznám, dlouhodobě trvajícím zajištěním snažily změnit jeho rozhodnutí, aniž by činily jakékoli jiné úkony směřující k naplnění účelu zajištění.³²

6. K PRÁVU NA SEZNÁMENÍ S DŮVODY ZADRŽENÍ

V případech, kdy je omezení či zbavení osobní svobody člověka (cizince) v souladu s čl. 5 odst. 1 písm. f) EÚLP, je třeba zkoumat i soulad s dalšími odstavci článku 5. Podle jeho odst. 2 musí být každý neprodleně seznámen s důvody svého zadržení. Co se týče výkladu pojmu „neprodleně“, je třeba jej hodnotit vždy s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem případu. Prodlení

²⁹ Viz případy *Chahal proti Spojenému království* (§ 113) nebo *Singh proti České republice* (§ 61).

³⁰ Viz rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 19. února 2009, *A. a ostatní proti Spojenému království*, stížnost č. 3455/05 (§ 167), rozsudek čtvrté sekce ESLP ze dne 27. října 2010, *Louled Massoud proti Maltě*, stížnost č. 24340/08 (§ 69) nebo rozsudek páté sekce ESLP ze dne 8. ledna 2010, *Mikolenko proti Estonsku*, stížnost č. 10664/05 (§ 68).

³¹ Zásada *non-refoulement* (zásada nenavracení) se dovozuje z článku 3 EÚLP. Stát, který je signatářem této úmluvy, nejenže nesmí sám žádného člověka vystavit mučení nebo po nižujícímu či nelidskému zacházení, ale ani nesmí nikoho vydat do státu, kde mu takové zacházení hrozí.

³² Viz případ *Mikolenko proti Estonsku* (§ 57).

v řádu hodin je zpravidla akceptovatelné, prodlení v řádu dní zpravidla už nikoli.^{33,34} Současně je třeba, aby řádné seznámení s důvody zadržení proběhlo v jazyce, jemuž dotyčný rozumí, jinak nelze považovat právo podle čl. 2 za naplněné.³⁵ Důvodem je zejména úzká provázanost čl. 5 odst. 2 s čl. 5 odst. 4 Úmluvy, kdy osoba, zbavená osobní svobody a neinformovaná o důvodech zadržení, nemůže efektivně realizovat své právo na soudní přezkum.³⁶ Informace o důvodech zadržení musí být pro dotyčného srozumitelná nejen co do jazyka, ale i ve smyslu jednoduchého, resp. neodborného způsobu vyjadřování.³⁷

7. K SOUDNÍMU PŘEZKUMU ZAJIŠTĚNÍ

Podle čl. 5 odst. 4 EÚLP má zadržený právo podat návrh na zahájení řízení a napadnout své zajištění před nezávislým a nestranným soudem a případně být propuštěn, pokud tento soud shledá zbavení osobní svobody nezákoným. Klíčová je v první řadě samotná skutečnost, že se musí jednat o soud, tedy orgán zcela nezávislý na moci výkonné i na účastnících řízení, jimž musí zajistit základní procesní záruky.³⁸ Soud musí mít pravomoc – konstatuje-li, že je zajištění protiprávní – vydat takové rozhodnutí, které bude mít za následek propuštění.³⁹ Není možné, aby rozhodnutí soudu o protiprávnosti zásahu do osobní svobody bylo pouze jakýmsi „doporučením“, které nebude pro ostatní státní orgány závazné, resp. nebude jim bránit ve vydání nového, stejněho rozhodnutí.⁴⁰ Další podmínkou týkající se soudní ochrany je to, že

³³ Např. v případě *Saadi proti Spojenému království* prodlení 76 hodin požadavkům Úmluvy nevyhovělo. Viz § 84 rozsudku.

³⁴ VAN DIJK, P., VAN HOOF, F., VAN RIJN, A., ZWAAK, L. (eds.) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Fourth edition. Antwerpen, Oxford: Intersentia, 2006, s. 486.

³⁵ Např. v případě *Rusu proti Rakousku*, kdy se stěžovatelka setkala s tlumočníkem až po deseti dnech od rozhodnutí, které obdržela v pro ni nesrozumitelném jazyce. Viz § 43 rozsudku.

³⁶ Tamtéž, § 41.

³⁷ Viz rozsudek druhé sekce ESLP ze dne 12. října 2005, *Shamayev a ostatní proti Gruzii a Rusku*, stížnost č. 36378/02 (§ 413) nebo rozsudek třetí sekce ESLP ze dne 5. května 2002, *Čonka proti Belgii*, stížnost č. 51564/99 (§ 50).

³⁸ Viz rozsudek ve věci *Rashed proti České republice* (§ 52).

³⁹ Tamtéž.

⁴⁰ Např. jako v rozsudku páté sekce ESLP ze dne 25. října 2012, *Buishvili proti České republice*, stížnost č. 30241/11 (§ 38).

se musí jednat o prostředek skutečně efektivní a funkční, nikoli pouze teoretický, a musí se vyznačovat jistou mírou pravděpodobnosti úspěchu.⁴¹

Dalším požadavkem je urychlenost soudního přezkumu, který musí být v případě, že zbavení osobní svobody bylo nezákonné, způsobilý efektivně zajistit nápravu. Soud musí mít u nezákonného rozhodnutí o zásahu do svobody cizince pravomoc rozhodnout o ukončení zbavení osobní svobody,⁴² podle pozdější judikatury pak přímo nařídit propuštění dotyčného.⁴³ Smluvní státy nejsou povinny zajistit dvoustupňový přezkum zákonnosti zbavení osobní svobody; pokud je ale systém takto nastaven, musí přiměřenou rychlosť rozhodovat soudy obou stupňů.⁴⁴ Při hodnocení toho, zda soudní přezkum nastal v přiměřené době, se zohledňuje přístup samotného cizince a způsob, jakým se příslušné orgány s případem vypořádaly. Důvodem pro dlouhé vyřizování žádosti ovšem nemůže být např. „příliš velký soudní nápad“ nebo „období dovolených“.⁴⁵ Časový úsek, který považuje ESLP za přiměřený, se tu podle individuálních okolností pohybuje v řádu dnů, až týdnů.⁴⁶ V případě *Singh proti České republice* označil ESLP rozhodování o žádosti o propuštění v trvání několika měsíců za nepřiměřené.⁴⁷ Na právo na soudní ochranu nelze rezignovat ani v případě, že se jedná o otázky národní bezpečnosti.⁴⁸

8. K ABSENCI SVÉVOLE

Rozhodnutí o zbavení svobody musí být prosto svévole (*arbitrariness*). Jak uvedl ESLP v případě *Rashed proti České republice*, „[a]by [...] provedení takového opatření spočívajícího ve zbavení svobody nebylo označeno za svévolné, musí proběhnout v dobré víře; musí být také těsně spjato s cílem zabránit dotyčnému v nepovoleném vstupu na území“.⁴⁹ Z uvedeného vyplývá, že požadovaná absence svévole má dvě složky: a) dobrou víru orgánů státu a b) úzké sepětí zajištění s účelem, jehož má být dosaženo. Dobrá víra státních orgánů byla zpochybňena např. ve věci *Mikolenko proti Estonsku*, kde

⁴¹ Viz případ *Rashed proti České republice* (§ 55 a 56).

⁴² Tamtéž, § 52.

⁴³ Viz případ *Buishvili proti České republice* (§ 36 a 37).

⁴⁴ Viz rozsudek ve věci *Singh proti České republice* (§ 74).

⁴⁵ VAN DIJK, P., VAN HOOF, F., VAN RIJN, A., ZWAAK, L., op. cit. 34, s. 507.

⁴⁶ Tamtéž.

⁴⁷ Viz případ *Singh proti České republice* (§ 74).

⁴⁸ Viz případ *Chahal proti Spojenému království* (§ 131).

⁴⁹ Viz případ *Rashed proti České republice* (§ 68).

bylo zajištění využito k potrestání a šikaně cizince, který odmítl spolupracovat na svém vycestování.⁵⁰

Dalším znakem svévole by byla situace, kdy by vnitrostátní právo vůbec neumožňovalo soudní přezkum. Tak se tomu stalo v případě *Chahal proti Spojenému království*, kdy nebylo možné otázku zajištění cizince řešit před obecným soudem, neboť se jednalo o otázky národní bezpečnosti, které si žádaly utajení (případ však byl nakonec projednán před jiným orgánem, což ESLP vyhodnotil jako dostatečnou záruku před svévolí⁵¹). Problematická by rovněž byla situace, kdyby státní orgány ignorovaly individuální okolnosti případu, k nimž jsou povinny přihlížet. Nepřihlédnutí k individuálním okolnostem případu vyhodnotil Soud jako výraz svévole v případě *Rusu proti Rakousku*.⁵²

9. K ADEKVÁTNÍM PODMÍNKÁM V ZAJIŠTĚNÍ

Co se týče podmínek, v nichž jsou umístěny osoby zbavené osobní svobody podle čl. 5 odst. 1 písm. f), EÚLP se o nich nijak nevyjadřuje (s výjimkou ko-rektivu v podobě čl. 3 EÚLP, který zakazuje mučení a nelidské či ponižující zacházení). ESLP však v případě *Amuur proti Francii* dovodil, že „je třeba vzít v úvahu skutečnost, že toto opatření se aplikuje nikoli na osoby, které spáchaly trestný čin, nýbrž na cizince, kteří – často v obavách o svůj život – prchají ze své vlasti“.⁵³ Z řečeného lze dovodit, že podle názoru Soudu by měly být podmínky v místech, kde pobývají zajištění cizinci, výrazně lepší, než jsou podmínky ve věznicích.

10. ZÁVĚR

Úmluva poskytuje cizincům omezeným na svobodě základní lidskoprávní standard. K oprávněnosti zásahu do osobní svobody postačí, že skutečně směřuje k Úmluvou stanovenému účelu (tedy k zabránění vstupu osoby na území nebo k uskutečnění vyhoštění či vydání), že je provedený postup

⁵⁰ Viz případ *Mikolenko proti Estonsku* (§ 57).

⁵¹ Viz případ *Chahal proti Spojenému království* (§ 122).

⁵² Viz případ *Rusu proti Rakousku* (§ 58).

⁵³ Viz případ *Amuur proti Francii* (§ 43).

upraven vnitrostátním právem a že nejde o svévoli. Dále EÚLP zaručuje právo na neprodlené seznámení s důvody zajištění a procesní ochranu ve formě možnosti napadnout zajištění před nezávislým a nestranným soudem.

Soud – s ohledem na dobu vzniku Úmluvy – nespátruje problém ve stanovení odlišného standardu pro cizince a pro občany státu: judikuje totiž, že v případech spadajících pod čl. 5 odst. 1 písm. f) není třeba (oproti jiným právním důvodům zásahu do osobní svobody) přiměřenost zásahu do osobní svobody vůbec zkoumat. Soud dlouhodobě poukazuje na to, že z textu EÚLP takový požadavek nevyplývá. Dlužno dodat, že v České republice a v ostatních členských státech Evropské unie se tento závěr prakticky neuplatní, neboť povinnost zkoumat otázku nezbytnosti zajištění cizince vyplývá z unijních nařízení a směrnic,⁵⁴ resp. z vnitrostátních právních předpisů, do nichž musí být směrnice transponovány.⁵⁵

Ačkoli Soud dospěl k závěru, že nelze zkoumat přiměřenost zajištění jako takového (není např. nutné zdůvodňovat, proč státní orgány nepřikročily k mírnějšímu opatření atd.), je podle něj třeba zkoumat řadu jiných znaků, které musí zajištění vykazovat, aby bylo hodnoceno jako souladné s EÚLP. Například zda má zákonný podklad, zda je prosto svévolé, zda existuje reálný předpoklad vyhoštění, zda byl cizinec včas a adekvátním způsobem seznámen s důvody zadržení, zda má zajištěný cizinec k dispozici nezávislý a efektivní soudní přezkum a zda zajištění netrvá nepřiměřeně dlouho. V rámci jednotlivých zkoumaných okruhů se pak s požadavkem přiměřenosti operuje velmi často. ESLP posuzuje např. přiměřenou délku trvání zajištění, přiměřené podmínky v zařízení, v němž je cizinec zajištěn (zejména ve vztahu k nezletilým), zda byl cizinec o důvodu zajištění informován v přiměřené lhůtě apod.

⁵⁴ Konkrétně jde o směrnici 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 (tzv. návratová směrnice), směrnici Evropského parlamentu a Rady 2013/33/EU ze dne 26. června 2013, kterou se stanoví normy pro přijímání žadatelů o mezinárodní ochranu (tzv. přijímací směrnice), a 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 žádostí o mezinárodní ochranu podané státním příslušníkem třetí země nebo osobou bez státní příslušnosti v některém z členských států (tzv. dublinské nařízení).

⁵⁵ Zákon č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů (§ 46a) a zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (§ 124, § 124b a § 129).

Judikatura ESLP je poznamenána tím, že tento soud v zásadě aplikuje jedinou smlouvou – EÚLP, přijatou před téměř sedmdesáti lety, která je s ohledem na nezbytný konsenzus všech smluvních států jen velmi obtížně měnitelná.⁵⁶ Do budoucna zůstává otevřená otázka, zda by Soud neměl brát v potaz vývoj v oblasti lidských práv za posledních 70 let a začít zohledňovat další požadavky, např. právě přiměřenost, eventuálně i nezbytnost zásahu do svobody cizince.⁵⁷ Ovšem i když ESLP ve své judikatuře tyto požadavky nezohledňuje, kombinací zákazu svévolného požadavku reálného předpokladu vyhoštění a požadavku náležité péče státních orgánů dochází v podstatě ke srovnatelným závěrům.

⁵⁶ Protože např. v Úmluvě není vůbec zmíněno právo na azyl (viz též poznámka č. 12), ESLP ve svém rozhodování nepřiznává žadatelům o azyl žádné zvláštní výhody oproti jiným nelegálním cizincům, kteří vstoupili nelegálně na území. Naproti tomu modernější právní úpravy zpravidla mezi uvedenými kategoriemi rozlišují a žadatele o azyl určitým způsobem – s ohledem na jejich postavení – privilegují.

⁵⁷ COSTELLO, C. Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention under International Human Rights and EU Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 19. Issue 1. Article 10. Winter 2012, s. 286 a násl.

D. Vyhodštění a extradice

XIX.

Ochrana cizinců před vyhoštěním prostřednictvím *non-refoulement* vs. praxe diplomatických záruk

ELIŠKA FLÍDROVÁ*

1. ÚVOD

Vyhoštění je prostředkem, kterým stát rozhoduje o přítomnosti cizinců na svém území. Zpravidla bývá řešením situace, kdy stát nestojí o setrvání daného cizince na území a nutí jej toto území opustit. Nicméně, jak bude podrobněji rozvedeno níže, právo státu vyhostit cizince ze svého území není právem absolutním. Limity tohoto oprávnění hledejme jak v tradičních mezinárodněprávních omezeních, tak v mezinárodní úpravě lidských práv. Jedním z nejvýraznějších zásad sloužících k ochraně práv jednotlivců – cizinců je zásada *non-refoulement*, kterou musí státy respektovat, pokud hodlají cizince vyhostit a v případě, že by vyhoštění bylo s tímto principem rozporné, od vyhoštění upustit. V praxi však často dochází ke sjednávání tzv. diplomatických záruk, jejichž cílem je danou osobu vyhostit, a to i do zemí, které porušují lidská práva a do nichž by vyhoštění cizince za normálních okolností (tj. bez sjednání těchto záruk) nebylo dle mezinárodního práva přípustné. Mohou však sjednané diplomatické záruky vyloučit, resp. dostatečně snížit

* Autorka je doktorandkou na Katedře mezinárodního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy a advokátkou. Text částečně čerpá z příspěvku autorky v knize BÍLKOVÁ, V., KYSELA, J., ŠTURMA, P. (eds.) a kol. *Lidská práva a výjimečné stavy*. Praha: Auditorium, 2016, s. 105–107.

míru rizika pro osobu, která má být navrácena, že bude po svém návratu vystavena mučení či jinému nedovolenému zacházení? Nebo je jejich sjednávání nedovoleným obcházením zákazu navracení?

2. VYMEZENÍ POJMU VYHOŠTĚNÍ

V mezinárodním právu nenajdeme univerzální definici vyhoštění či práva na vyhoštění cizinců. Vzhledem ke své povaze je vyhoštění terminologicky vymezeno především v právních rádech jednotlivých států, které stanoví podmínky, za nichž mohou cizinci jiných států na jejich území vstupovat a tam pobývat, a stejně tak stanovují podmínky, za kterých mohou být cizinci z jejich území vyhoštěni. V mezinárodním pojetí je význam pojmu vyhoštění spíše široký a nespecifický, nicméně určité zobecnění pojmu je možné učinit.

Dle pojetí Komise OSN pro mezinárodní právo (dále jen „Komise“) je vyhoštění formálním aktem či jednáním, které lze připisovat státu, jehož území je cizinec nuten opustit.¹ G. S. Goodwin-Gill chápe vyhoštění jako výkon státní moci, jenž zajistí (a to buď „dobrovolně“ pod hrozbou násilného vyvedení, nebo přímo za použití sily) přemístění cizince z území daného státu.² Podobně jej vnímá M. Pellonpää, když vyhoštění označuje za přemístění cizince z území státu, a to buď přímo za použití sily, nebo pod hrozbou použití sily.³ J. Wojnowska-Radzińska ho popisuje jako rozhodnutí orgánů státu, jehož cílem je přinutit cizince opustit území státu v daném čase.⁴ Vyhoštění je možné chápat také jako „*ukončení práva cizince na zákonné vstup a právo pobytu v daném státě*.⁵ Pojem vyhoštění lze tedy zobecnit jako opatření státu spočívající v příkazu adresovaném cizinci, kterým je mu uložena povinnost opustit území státu, a to ve stanovené (obvykle krátké) lhůtě.

¹ OSN. Komise OSN pro mezinárodní právo. *Draft articles of the expulsion of aliens, with commentaries*. 2014. Čl. 2 písm. a), s. 4.

² GOODWIN-GILL, G. S. *International law and the movement of persons between states*. Oxford: Clarendon Press, 1978, s. 201.

³ PELLONPÄÄ, M. *Expulsion in International Law: A Study in International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland*. Helsinki: Suomalainen Tiedeakatemia, 1984, s. 4.

⁴ WOJNOWSKA-RADZIŃSKA, J. *The Right of an Alien to be Protected against Arbitrary Expulsion in International Law*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015, s. 16.

⁵ LAW, J. (ed.) *Dictionary of Law*. Eighth edition. Oxford: Oxford University Press, 2015. Heslo „*Expulsion*“, s. 159.

Vyhoštění bývá často prostředkem řešení situace, kdy stát nestojí o přítomnost daného cizince na svém území a nutí jej toto území opustit. V této souvislosti je nutné akcentovat nedobrovolnost ze strany cizince a naopak donucení ze strany státu (lze si jen stěží představit, že by vyhoštění bylo prostředkem dobrovolného opuštění území státu). Prvek donucení je nutným odlišovacím znakem vyhoštění od „klasického“ výcestování cizince z území státu. Na druhou stranu je třeba zdůraznit, že vyhoštění se nepokládá za trest pro cizince, ale pouze za administrativní opatření, jímž se přikazuje cizinci, aby opustil území hostitelského státu.⁶ Je otázkou, nakolik může být toto tvrzení v jednotlivých případech vyhoštění nepravdivé, když si lze představit, že subjektivně bude vyhoštění cizincem jako trest vnímáno.

Forma vyhoštění není v mezinárodním právu předepsána. O vyhoštění se bude jednat, ať už půjde o formální akt (nazvaný v právním řádu daného státu jakkoliv),⁷ kterým stát nařídí cizinci, aby opustil jeho území, a tak ho k opuštění státu donutí, anebo o jednání přičitatelné státu, které bude mít stejný efekt (ač bude formální rozhodnutí absentovat). Rozhodující pro závěr, zda se jedná, nebo nejedná o vyhoštění, tedy bude, zda dojde, nebo nedojde k nucenému opuštění státu cizincem. Co se týče jednání státu, Komise pod pojmem „jednání“ řadí kromě aktivního jednání i pasivní opomenutí ze strany státu. K takovému pasivnímu vyhoštění může dojít například v situacích, kdy stát neposkytne cizinci dostatečnou ochranu před nepřátelskými akty nestátních aktérů.

Existence práva vyhostit cizince ze svého území není v mezinárodním právu rozporována a ani v odborné literatuře nevzbuzuje tato otázka závažné pochyby. Právo státu pobytu kdykoli cizince ze země vyhostit je všeobecně uznanáno⁸ a jako zdroj práva na vyhoštění cizince je v soudobém mezinárodním právu chápána suverenita státu. Tyto závěry potvrzuje praxe jednotlivých států a rozsáhlá mezinárodněprávní rozhodovací praxe.⁹

⁶ ČEPELKA, Č., ŠTURMA, P. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 345.

⁷ V českém právním řádu např. rozlišujeme trest vyhoštění jako jeden z trestů, které lze uložit za spáchání trestného činu dle trestního zákoníku (§ 80 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník) a správní vyhoštění dle zákona o pobytu cizinců (§ 118 a násł. zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů), kterým se rozumí ukončení pobytu cizince na území České republiky, které je zpravidla sankcí za porušení cizineckých pobytových pravidel.

⁸ ČEPELKA, Č., ŠTURMA, P., op. cit. 6, s. 343.

⁹ OSN. Komise OSN pro mezinárodní právo. *Third report on the expulsion of aliens*. A/CN.4/581. 2007, s. 113 a Komise OSN pro mezinárodní právo, op. cit. 1, s. 6.

Ačkoliv je právo vyhostit cizince ze svého území často zakotveno ve vnitrostátních právních řádech jednotlivých států nebo smluvních instrumentech, které státy uzavřely, je odvozeno z mezinárodního práva jako logická součást suverenity států.¹⁰ Právo vyhostit cizince tedy není právem, které by bylo státem přiznáno vnější normou, nýbrž právem, které vyvěrá ze samotné podstaty státu jako svrchované právní entity výlučně mocensky ovládající své území, tj. uplatňující vůči tomuto území svou územní suverenitu. Mají ho tedy i ty státy, které ve svém právním řádu žádné speciální ustanovení ohledně vyhoštění nemají.¹¹

3. LIMITY PRÁVA STÁTU VYHOSTIT CIZINCE ZE SVÉHO ÚZEMÍ A VYMEZENÍ PRINCIPU *NON-REFOULEMENT*

V soudobém pojetí mezinárodního práva je prakticky nezpochybnitelné, že právo státu vyhostit cizince ze svého území není právem absolutním. Právo vyhostit cizince je primárně omezeno obecnými tradičními limity mezinárodního práva, jako např. zákazem zneužití práva, zásadou dobré víry, zákazem libovůle či zásadou *pacta sunt servanda*. Státní suverenita je totiž omezena základními principy nedléně spjatými s právním pořádkem, bez jejichž respektování by byla ohrožena samotná existence mezinárodního práva a mezinárodní společenství by bylo odsouzeno k naprosté anarchii. Je třeba zdůraznit, že tyto tradiční limity existují nezávisle na ostatních omezeních plynoucích ze zvláštních odvětví mezinárodního práva, jako je mezinárodní právo lidských práv, uprchlické právo či právo migrujících pracovníků. Jsou neoddělitelně spjaty s mezinárodním právním pořádkem, stejně jako je právo vyhostit cizince neoddělitelně spjato se státní suverenitou. Značný vliv na vývoj problematiky vyhoštění cizinců má však aktuálně spíše mezinárodní

¹⁰ V tomto smyslu pojmem práva na vyhoštění vykládá i český Ústavní soud, který pojmem vyhoštění definoval v kontextu EÚLP ve svém nálezu Pl. ÚS 25/97 takto: „Pojem „vyhoštění“ (*expulsion*, *expulsé*) tak, jak jej používá Úmluva, je pojmem mezinárodního a nikoliv vnitrostátního práva. Z uznávané literatury vyplývá, že pojmen „vyhoštění“ musí být chápán jako autonomní institut, nezávislý na definici podle vnitrostátního práva. Pojem vyhoštění podle mezinárodního práva nelze mechanicky ztotožňovat s pojmem vyhoštění podle práva vnitrostátního, neboť jeho mezinárodní pojednat – ve smyslu čl. 1 Protokolu č. 7 k Úmluvě – je širší a zahrnuje v sobě – s výjimkou extradicí – jakékoli opatření vynucující odjezd cizince, v případě ČR tedy i instituci zákazu pobytu.“.

¹¹ Komise OSN pro mezinárodní právo. *Third report on the expulsion of aliens*. op. cit. 9, s. 114.

právo lidských práv. Další limity práva vyhostit cizince tak hledejme v mezinárodně lidskoprávní úpravě, která výkon této tradiční státní pravomoci omezuje.

Omezení práva vyhostit cizince z území je možné rozdělit do tří základních oblastí, a sice na: (a) ochranu před navrácením v případech, kdy byla lidská práva vyhošťovaného cizince vážně ohrožena (tedy ochrana prostřednictvím zásady *non-refoulement*), (b) procedurální záruky při samotné vyhošťovací proceduře a (c) ochranu ve vztahu ke způsobu vyhoštění.¹²

Dále se zaměřím na prvně jmenovanou kategorii, a sice na ochranu cizinců před vyhoštěním prostřednictvím zásady *non-refoulement*, resp. na omezení států vyhostit cizince ze svého území právě vzhledem k zákazu navracení. Zásada *non-refoulement* či zákaz navracení jistě není třeba dlouze představovat, ve svém nejširším a nejobecnějším smyslu znamená zákaz nuceného, přímého nebo nepřímého přemístění osoby do země nebo oblasti, kde jí hrozí, že bude vystavena porušování lidských práv.¹³ V obyčejové podobě lze hovořit o zásadě *non-refoulement* patrně minimálně v rozsahu zákazu mučení, krutého a nelidského zacházení a trestání.¹⁴

Pokud se jedná o smluvní zakotvení, tak v případě mezinárodního uprchlíckého práva je zákaz navracení vyjádřen v čl. 33 odst. 1 Úmluvy o právním postavení uprchlíků z roku 1951, který stanoví: „*Žádný smluvní stát nevyhostí jakýmkoli způsobem nebo nevrátí uprchlíka na hranice zemí, ve kterých by jeho život či osobní svoboda byly ohroženy na základě jeho rasy, náboženství, národnosti, příslušnosti k určité společenské vrstvě či politického přesvědčení*“. Tento zákaz se přitom vztahuje k navrácení do jakékoli země, nejen do domovského státu uprchlíka. Stejně tak nezáleží na tom, jakým způsobem má být osoba navrácena, zda se tak stane na základě vyhoštění, extradičního řízení nebo mimořádným předáním. Z uvedeného zákazu však připouští Úmluva o právním postavení uprchlíků výjimky, které jsou obsaženy ve druhém odstavci téhož článku. Podle nich nemůže být výhoda zákazu navracení požadována uprchlíkem, který z vážných důvodů může být

¹² OHCHR. Discussion paper. *Expulsion of aliens in international human rights law*. Geneva, 2006, s. 1.

¹³ WOUTERS, C. W. *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*. Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia, 2009, s. 25. Myšlenka, že stát by za určitých podmínek neměl navracet osoby do jiných států, je poměrně novodobá. Princip *non-refoulement* vznikl jako institut smluvního charakteru, když byl zanesen do úmluv týkajících se ochrany uprchlíků, a to v prvních desetiletích 20. století.

¹⁴ HONUSKOVÁ, V. *Definice uprchlíka a její výklad a aplikace v současném mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2011, s. 186.

považován za nebezpečného v zemi, ve které se nachází, nebo který poté, co byl usvědčen konečným rozsudkem ze zvláště těžkého trestného činu, představuje nebezpečí pro společnost v této zemi.

Mezinárodní právo lidských práv zákaz navracení obsahuje především v několika významných mezinárodních smlouvách. Mezi ně patří Úmluva proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání (čl. 3). Výkladem byla zásada *non-refoulement* dovozena také z Mezinárodního paktu o občanských a politických právech (čl. 7).

Pokud se jedná o regionální úpravu, je princip nenavracení obsažen v Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „EÚLP“),¹⁵ a to konkrétně v jejím čl. 3, který stanoví zákaz mučení. Opět se nejedná o explicitní vyjádření, ale zákaz navracení byl dovozen interpretací Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“). Prvním rozhodnutím tohoto soudu, ve kterém bylo vysloveno porušení EÚLP tím, že stát vydá cizího státního příslušníka do země, v níž mu hrozí zacházení, které by mohlo být v rozporu s čl. 3 EÚLP, byl rozsudek *Soering v. Spojené království*.¹⁶ V dalším rozhodnutí *Cruz Varas a další v. Švédsko*¹⁷ soud rozšířil chápání tohoto článku na opatření vedoucí k vyhoštění cizího občana. Aplikace čl. 3 na veškerá opatření vedoucí k navrácení, tj. *refoulement* cizince do jiné země, byla následně rozšířena v rozhodnutí *Vilvarajah a další v. Spojené království*.¹⁸

Na rozdíl od zákazu navracení v uprchlickém právu (tj. v čl. 33 Úmluvy o právním postavení uprchlíků) je však zákaz navracení ve výše uvedených smlouvách zákazem absolutním, pro nějž nejsou stanoveny výjimky. Nebere tak ohled na to, jak nezádoucí či nebezpečný je daný cizinec (zákaz navracení se dle jmenovaných úmluv vztahuje na všechny cizince, nikoli jen na uprchlíky) pro stát. To dokládá i rozhodovací praxe judiciálních a kvazijudiciálních orgánů příslušných úmluv. Kromě již výše zmíněných rozhodnutí ESLP ve vztahu k zákazu navracení byla absolutní povaha článku 3 Úmluvy

¹⁵ Kromě EÚLP je zásada *non-refoulement* obsažena i v Americké úmluvě o lidských právech z roku 1969 (čl. 22), v Úmluvě Organizace africké jednoty týkající se specifických aspektů uprchlické problematiky v Africe z roku 1969 (čl. 2), v Káhirské deklaraci o ochraně uprchlíků a přesídlených osob v arabském světě z roku 1992 (čl. 2) nebo Kartagenské deklaraci o uprchlících z roku 1984 (část III, bod 5).

¹⁶ Rozsudek ESLP ve věci *Soering proti Spojenemu království* ze 7. 7. 1989, stížnost č. 14038/88.

¹⁷ Rozsudek ESLP ve věci *Cruz Varas a další proti Švédsku* z 20. 3. 1991, stížnost č. 15576/89.

¹⁸ Rozsudek ESLP ve věci *Vilvarajah a další proti Spojenemu království* z 30. 10. 1991, stížnosti č. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87.

proti mučení potvrzena Výborem proti mučení. V případu *Paez v. Švédsko*¹⁹ výbor explicitně uvedl, že zákaz mučení ve smyslu článku 3 Úmluvy proti mučení je skutečně zákazem absolutním a pokud existuje nebezpečí, že by byla daná osoba vystavena mučení, není rozhodné, do jakých aktivit byla předtím zapojena (pan Paez byl členem údajné peruánské teroristické organizace Sendero Luminoso). I v dalším případu *Arana v. Francie* z roku 2000²⁰ výbor potvrdil absolutní charakter zákazu *refoulement*, a to i ve vztahu k boji proti terorismu.

4. VZTAH DIPLOMATICKÝCH ZÁRUK A ZÁSADY *NON-REFOULEMENT*

4.1 Pojem diplomatických záruk

S absolutním charakterem zákazu navracení se státy snaží vyrovňávat různě (viz argumentace v níže uvedených případech posuzovaných ESLP) a mimo jiné pomocí tzv. diplomatických záruk, institutem na hranici mezinárodní politiky a mezinárodního práva. Vzhledem k tomu, že v mezinárodním právu zatím neexistuje definice diplomatických záruk, použijme výklad tohoto pojmu zastávaný vysokým komisařem OSN pro uprchlíky. Ten diplomatické záruky popisuje jako ujednání mezi dvěma státy, kdy stát, který přijímá osobu, poskytuje státu, který osobu navrácí, záruku (závazek), že s osobou, které se tato záruka týká, bude nakládáno v souladu s podmínkami stanovenými v tomto ujednání, resp. dle závazků stanovených mezinárodním právem.²¹ Jedná se tedy o přesun osoby mezi dvěma státy, které jsou formálně povinny ke stejně míře ochrany (ve smyslu mezinárodního práva), které však ve skutečnosti přistupují k ochraně práv jednotlivce odlišně. Osobě, která má být navrácena, má být zaručeno, že s ní bude zacházeno tak, jak bylo sjednáno v zárukách. Jedná se tedy o závazek jen pro daný individuální případ. Stávajícími mezinárodněprávními závazky samozřejmě zůstávají státy i nadále

¹⁹ Výbor proti mučení. Rozhodnutí ve věci *Gorki Ernesto Tapia Paez proti Švédsku* z 28. 4. 1997, CAT/C/18/D/39/1996.

²⁰ Výbor proti mučení. Rozhodnutí ve věci *Josu Arkauz Arana proti Francii* z 5. 6. 2000, CAT/C/23/D/63/1997.

²¹ OSN. Vysoký komisař OSN pro uprchlíky (UNHCR). *Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, 2006, s. 2 [online]. Dostupné z: <http://www.refworld.org/docid/44dc81164.html> [citováno 1. 6. 2016].

vázány, jinak by se jednalo o ujednání jednoznačně rozporné s mezinárodním právem. Diplomatické záruky tedy zjednodušeně představují jakýsi „vyšší standard faktického zacházení“. Je třeba uvést, že mezinárodní právo diplomatické záruky nedefinuje, nicméně ani výslově nestanoví zákaz jejich používání.

Co se týče samostatné formy ujednání diplomatických záruk, může se v praxi jednat jak o ujednání ústní, tak o ujednání písemná. S ohledem na následný přezkum záruk se ve většině případů bude jednat o ujednání v písemné formě a tuto formu lze také doporučit. Typicky pak bude ke sjednání záruk docházet prostřednictvím diplomatické korespondence mezi státy, například výměnou diplomatických nót, *note verbal*, uzavřením rámcového memoranda o porozumění či *aide-memoire*.²²

V současné době je na diplomatické záruky nahlíženo jako na nástroj boje proti terorismu a jsou často používány za účelem ochrany národní bezpečnosti. Diplomatické záruky totiž začaly být po událostech z 11. září 2001 vnímány jako cesta pro navrácení osob podezřelých z terorismu do zemí (nejčastěji do zemí původu), které ne vždy respektují zákaz mučení nebo jiného nedovoleného zacházení. V kontextu boje proti terorismu se bezpečnostní riziko setrvání osob podezřelých z terorismu na území států začalo jevit jako příliš vysoké.²³

Je třeba uvést, že praxe sjednávání diplomatických záruk není výsledkem boje proti terorismu po událostech z 11. září 2001, jak by se mohlo na první pohled zdát. Tato problematika se na mezinárodní úrovni objevuje již minimálně od poloviny devadesátých let. Ke sjednávání diplomatických záruk se vyjadřoval tehdejší zpravodaj OSN proti mučení a jinému krutému, nelidskému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestání. Ve své zprávě uvádí, že sjednání diplomatických záruk by nemělo být chápáno jako zpochybňení dodržování mezinárodních závazků daného státu, ale spíše jako určitý způsob, jak vyjádřit znepokojení nad obecným děním ve státě a tím zajistit, že

²² Viz VAN GINKEL, B., ROJAS, F. *Use of Diplomatic Assurances in Terrorism-related Cases. Search of a Balance Between Security Concerns and Human Rights Obligations*. The Hague: International Centre for Counter-Terrorism, 2011, s. 2. A dále SILVIS, J. *Extradition and Human Rights Diplomatic assurances and Human Rights in the Extradition Context*. Přednáška z 20. 5. 2014 prezentovaná na 66. setkání Výboru expertů k fungování evropských úmluv o vzájemné spolupráci v trestních věcech ve Štrasburku, s. 16 [online]. Dostupné z: http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/PC-OC/PCOC_en.asp [citováno 1. 3. 2017].

²³ Viz VAN GINKEL, B., ROJAS, F., op. cit. 22, s. 2.

potenciální riziko vůči vyhošťované osobě bude sníženo a její práva budou dodržována.²⁴

Nelze si nepovšimnout, že v souvislosti s tím, jak se státy v současné době vyrovnávají s ochranou veřejného pořádku a s tím související ochranou národní bezpečnosti na jedné straně a ochranou základních práv jednotlivců na straně druhé, je používání diplomatických záruk v praxi čím dál častější. Lze předpokládat, že tento trend přetrvá i v budoucnu. Diplomatické záruky v řadě případů řeší také problém, kdy je třeba rozhodnout, co s osobou, jejíž pobyt na území hostitelského státu není žádoucí (a to například právě proto, že se jedná o osobu podezřelou z terorismu), kterou nicméně není možné například pro nedostatek důkazů řádně odsoudit a uložit jí trest.

Diplomatické záruky mají své příznivce a samozřejmě i odpůrce. Jádrem sporu se jeví být především samotná podstata záruk, kdy při používání tohoto institutu dochází k přesunům osob do zemí, které fakticky nedodržují své mezinárodněprávní závazky v oblasti ochrany lidských práv (a to včetně tak zásadního pravidla, jako je zákaz mučení). Zastánci používání diplomatických záruk tvrdí, že záruky posilují pozici osoby, která má být přesunuta, a upevňují tak její práva. Odpůrci na tento argument reagují tvrzením, že diplomatické záruky naopak státům pomáhají obcházet současné závazky vyplývající pro ně z mezinárodního práva a není důvodné předpokládat, že státy, které již porušují své mezinárodněprávní závazky, budou poskytnuté záruky dodržovat.²⁵

Jak dále upozorňuje M. Kaštýl, další z námitek proti sjednávání diplomatických záruk spočívá v tom, že může docházet ke vzniku dvojího standardu ochrany. Byť mezinárodní právo garantuje všem osobám bez rozdílu stejnou míru ochrany před mučením, „*používání diplomatických záruk by mohlo tuto ochranu podkopávat tím, že se navrácené osoby budou těšit z nadstandardních podmínek na základě sjednaných záruk, zatímco ostatní osoby bez této ochrany by čelily realitě (ne)dodržování lidských práv*“. Sjednávání diplomatických záruk tedy bývá přirovnáváno k uprchlickému právu, které již takový dvojí standard ochrany v minulosti vytvořilo. Jak M. Kaštýl dodává,

²⁴ OSN. Zvláštní zpravodaj OSN proti mučení a jinému krutému, nelidskému nebo ponížujícímu zacházení nebo trestání. *Report of the Special Rapporteur on torture*. 1996. č. E/CN.4/1997/7/Add.1, bod 46 [online]. Dostupné z: http://ap.ohchr.org/documents/all-docs.aspx?doc_id=920 [citováno 1. 3. 2017].

²⁵ Viz NOLL, G. Diplomatic Assurances and the Silence of Human Rights Law. *Melbourne Journal of International Law*. 2006, 7(1), s. 1 [online]. Dostupné z: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2006/6.html> [citováno 1. 3. 2017].

jak udělováním mezinárodní ochrany, tak i sjednáváním diplomatických záruk v podstatě činíme výjimku, zatímco se smířujeme se situací ostatních.²⁶

4.2 Vybraná judikatura ESLP k diplomatickým zárukám

Následně budu analyzovat vybranou judikaturu ESLP k problematice diplomatických záruk a zároveň k povaze zásady *non-refoulement*. Ač se diplomatickými zárukami zaobíraly v minulosti i jiné judiciální a kvazijudiciální orgány, judikaturu ESLP považuji v této oblasti za zásadní. A to především s ohledem na to, že se ESLP zabývá touto problematikou dlouhodobě a z jeho rozhodovací praxe je možné vysledovat určitá obecná pravidla sjednávání diplomatických záruk.

4.2.1 *Chahal proti Spojenému království*

Jedním z nejvýraznějších případů ESLP, pojednávajících o této problematice, je případ *Chahal proti Spojenému království* z roku 1996.²⁷ Týkal se možného navrácení pana Chahala do Indie, a to za současného sjednání diplomatických záruk proti mučení a jinému nedovolenému zacházení. ESLP v tomto případě došel k závěru, že by vyhoštění cizince bylo porušením čl. 3 EÚLP a sjednané diplomatické záruky odmít jako nedostatečné. Případ je ale důležitý i z hlediska nahlížení na absolutní povahu zásady *non-refoulement*. Pan Chahal byl indickým občanem příslušejícím k populaci Sikhů, který požádal o azyl ve Velké Británii. Byl podezřelý ze spáchání teroristického činu. Tento případ svým načasováním předchází událostem z 11. září 2001. Nicméně už v něm bylo Velkou Británií argumentováno, že pan Chahal představuje hrozbu pro národní bezpečnost a z tohoto důvodu není možné chápát zákaz navracení obsažený v EÚLP jako zákaz absolutní, ale je třeba jej posoudit právě s ohledem na možnou hrozbu (anglické soudy v jeho případě považovaly za nutné poměřovat potřebu ochrany pana Chahala s otázkou národní bezpečnosti). ESLP se ale s argumentací předloženou Velkou Británií neztotožnil a výklad *non-refoulement* připouštějící

²⁶ KAŠTYL, M. Diplomatické záruky a jejich přípustnost při navracení osob s ohledem na judikaturu evropského soudu pro lidská práva. In: HONUSKOVÁ, V., FLÍDROVÁ, E., JANKŮ, L. (eds.) *Dnes miigranti – zítra uprchlíci? Postavení miigrantů, kteří potřebují ochranu, v mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova v Praze – Právnická fakulta, 2015, s. 157–158.

²⁷ Rozsudek ESLP ve věci *Chahal proti Spojenému království* z 15. 11. 1996, stížnost č. 22414/93.

výjimky odmítl. ESLP tedy při posuzování tohoto případu došel k závěru, že by navrácení pana Chahala do Indie bylo v rozporu s čl. 3 EÚLP a že zákaz navracení obsažený v čl. 3 EÚLP je absolutní povahy a nepřipouští žádné výjimky (na rozdíl od čl. 33 Úmluvy o právním postavení uprchlíků). Tedy vždy, když existují vážné důvody se domnívat, že by navrácená osoba byla po svém návratu vystavena nedovolenému zacházení, aktivuje se ochrana pomocí zásady *non-refoulement*, a to zcela bez ohledu na to, jak je chování či přítomnost dané osoby v hostitelském státě nezádoucí či nebezpečné.²⁸

ESLP se kromě absolutní povahy čl. 3 EÚLP zabýval i diplomatickými zárukami, které si v daném případě státy mezi sebou sjednaly. Nejprve je třeba uvést, že jejich existenci neodmítl jako *a priori* rozpornou s EÚLP a posuzoval detailně jejich obsah a schopnost zajistit ochranu pana Chahala. V této souvislosti soud uvedl, že při posuzování jejich důvěryhodnosti a kvality sice nepochyboval o tom, že záruky byly poskytnuty ze strany indické vlády v dobré víře (již samotná skutečnost, že záruky poskytla indická vláda jako vrcholný orgán, je v tomto směru určitou zárukou), nepřijal je však jako dostatečné. Zásadním faktorem pro nepřijetí záruk ze strany ESLP byla situace dodržování lidských práv, a to především ve smyslu nedodržování zákazu mučení, v Indii. Soud vzal při svém hodnocení v úvahu i zprávu zvláštěního zpravodaje OSN proti mučení, který popsal porušování zákazu mučení v Indii jako problém endemických rozměrů. Vzhledem k tomu, jak závažné a přetrvávající bylo v době posuzování záruk porušování lidských práv v Indii, došel ESLP k závěru, že diplomatické záruky nelze posoudit jako záruky dostatečné, neboť i přes jejich existenci přetrvaly vážné důvody se domnívat, že by osobě v případě návratu hrozilo nebezpečí mučení.²⁹

²⁸ Viz BRUIN, R., WOUTERS, K. *Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement*. *International Journal of Refugee Law*. Vol. 15, No 1., Oxford University Press, 2003, s. 21. Je zajímavé, že ne všechny státy Rady Evropy sdílely závěry ESLP o tom, že ochrana ve smyslu čl. 3 je absolutní. Velká Británie byla toho názoru, že tam, kde jde o ohrožení národní bezpečnosti, státy by měly být oprávněny poměřovat riziko mučení, které hrozí dané osobě v případě vyhoštění do třetí země, vůči riziku pro národní bezpečnost v případě, že taková osoba vyhoštěna nebude. Tento názor sdílela také Itálie, Litva, Slovensko a Portugalsko, když tyto státy pod vedením Velké Británie intervenovaly v probíhajícím případu *Ramzy v. Nizozemí* před ESLP. K tomu srov. *Non-Refoulement Under Threat. Proceedings of a Seminar Held Jointly By The Redress Trust (REDRESS) And The Immigration Law Practitioners' Association (ILPA)*. 16. 5. 2006. Matrix Chambers, London [online]. Dostupné z: <http://www.redress.org/downloads/publications/Non-refoulementUnderThreat.pdf> [citováno 1. 5. 2016].

²⁹ Rozsudek ESLP ve věci *Chahal proti Spojenému království*, body 104 a 105.

4.2.2 *Saadi proti Itálii*

Státy se sjednáváním diplomatických záruk nepřestaly. Naopak, v souvislosti s bojem proti terorismu po událostech z 11. září 2001 intenzita sjednávání tohoto institutu ještě zesílila. Dalším zásadním rozhodnutím, které se týkalo povahy diplomatických záruk a opět též absolutní povahy zákazu navracení ve smyslu čl. 3 EÚLP, bylo rozhodnutí ESLP ve věci *Saadi proti Itálii* z roku 2008.³⁰ Ač se dalo předpokládat, že ESLP setrvá na výkladu absolutní povahy zákazu navracení a nepřipustí výjimky ani v rámci zesíleného boje proti terorismu, nebylo jasné, jak se ESLP postaví k institutu diplomatických záruk.

Pan Saadi byl tuniský státní příslušník, jenž měl být navrácen z Itálie zpět do Tuniska, a to za současného sjednání záruk, že po svém navrácení nebude vystaven zacházení v rozporu s čl. 3 EÚLP, neboť byl považován Itálií za hrozbu pro národní bezpečnost (kvůli jeho aktivní podpoře fundamentalistických islamských buněk spojených s mezinárodním terorismem). Itálie považovala poskytnutí záruk jako nezbytný předpoklad k tomu, aby mohla tuto osobu navrátit a zároveň jako možný precedens pro další případy v budoucnu.³¹ Pan Saadi byl v době, kdy pobýval v Itálii, v nepřítomnosti od souzen tuniským vojenským soudem k trestu odnětí svobody za účast v teroristické organizaci působící v zahraničí a obával se, že by byl i přes sjednané záruky po svém návratu vystaven mučení a jinému nedovolenému zacházení (jako osoba spojaná s teroristickými aktivitami).

Ve světle výše uvedené argumentace Spojeného království v případu *Chahal proti Spojenému království a Ramzy proti Nizozemí* nebylo překvapivé, že Spojené království intervenovalo v případě *Saadi proti Itálii* jako třetí strana a žádalo, aby ESLP přehodnotil svůj přístup vyplývající z rozhodnutí *Chahal proti Spojenému království* ohledně nemožnosti vyvažovat zákaz navracení otázkou národní bezpečnosti. Dle Spojeného království by se mimo jiné mělo posoudit bezpečnostní riziko vyplývající z přítomnosti dané osoby na území států proti individuálnímu riziku, které této osobě hrozí v přijímajícím státě.

³⁰ Rozsudek ESLP ve věci *Saadi proti Itálii* z 28. 2. 2008, stížnost č. 37201/06. Ačkoliv rozhodnutí ve věci *Chahal proti Spojenému království* a *Saadi proti Itálii* dělí mnoho let, je nutno pro doplnění uvést, že ESLP zastával stejný názor ohledně absolutní povahy *non-refoulement* i mezi těmito rozhodnutími, a to např. v případu *Al-Nasif proti Bulharsku* z roku 2002.

³¹ Rozsudek ESLP ve věci *Saadi proti Itálii*, bod 52.

ESLP tedy opět stál před posouzením zájmu státu na vyloučení hrozby pro národní bezpečnost prostřednictvím navrácení osoby zapojené do teroristických aktivit, vůči ochraně práv jednotlivce. Soud ve svém rozhodnutí uvedl, že státy mají právo kontrolovat vstup osob, pobyt a vyhoštění osob ze svého území, a potvrdil také, že EÚLP nezakládá právo na politický azyl.³² Potvrdil ovšem i absolutní povahu zásady *non-refoulement*. Uvedl, že právo státu vyhodit ze svého území nežádoucí osobu je omezeno právě absolutní povahou zákazu navracení a z toho vyplývající povinnosti států nenavrátit osobu do státu, kde jí reálně hrozí nedovolené zacházení. Ani pokud je osoba podezřelá ze zapojení do teroristických aktivit, neoslabuje tato skutečnost absolutní charakter zákazu navracení. A vzhledem k tomu, že zásada *non-refoulement* nepřipouští žádné výjimky, je pro aplikaci čl. 3 EÚLP zcela irelevantní povaha údajně spáchaných činů.³³ Itálie i Spojené království shodně argumentovaly tím, že od doby rozhodnutí v případu *Chahal* hrozba teroristických útoků vzrostla a z toho důvodu je nutné přehodnotit absolutní povahu *non-refoulement*. ESLP se však s tímto závěrem neztotožnil a uvedl, že ani pokud by skutečně hrozba terorismu vzrostla, nebylo by to důvodem pro přehodnocení vnímání čl. 3 EÚLP.³⁴

Co se týče posouzení diplomatických záruk, posuzoval ESLP jak jejich formu, tak jejich případnou aplikaci v praxi. Při sjednávání diplomatických záruk Itálie požadovala po Tunisku výslovné záruky, že pokud bude osoba vyhoštěna, nebude s ní zacházeno v rozporu s čl. 3 EÚLP. Tunisko nicméně výslovně ujištění v tomto znění Itálii neposkytlo, nýbrž pouze uvedlo, že s danou osobou bude zacházeno v souladu s tuniským vnitrostátním právem a mezinárodními úmluvami, jejichž je jako stát stranou. ESLP však takovou formu poskytnutí záruk nepřijal a záruky označil za vágní, obecné a z toho důvodu je posoudil jako nedostačující. Co se jejich dalšího posuzování týče, neomezil se pouze na konstatování, že takto poskytnuté záruky formálně neobstojí. Ve svém uvažování zašel dále a posuzoval, kdy by bylo možné považovat záruky za důvěryhodné, pokud by byly poskytnuty jasně a určitě. V této souvislosti vzal ESLP za prokázané, že stav nedodržování zákazu mučení a jiného nedovoleného zacházení je v Tunisku velmi závažný. ESLP uvedl, že samotná existence vnitrostátního práva a vázanost mezinárodněprávními smlouvami není dostatečnou garancí, že stát bude závazky

³² Tamtéž, bod 124.

³³ Tamtéž, bod 127.

³⁴ Tamtéž, bod 141.

ze záruk respektovat, a to obzvláště za situace, kdy objektivně své závazky stát poruší. Soud tedy uzavřel, že ani kdyby záruky obsahovaly výslovné ujištění, že s osobou nebude po jejím návratu zacházeno v rozporu s čl. 3 EÚLP (tak jak požadovala Itálie), nebyly by způsobilé tuto osobu dostatečně ochránit a nemohly by být soudem přijaty jako dostatečné, a to s ohledem na situaci nedodržování lidských práv v zemi, kam měla být osoba navrácena.

5. NÁROKY KLADEMÉ NA DIPLOMATICKÉ ZÁRUKY

5.1 Diplomatické záruky ve světle *Chahal proti Spojenému království a Saadi proti Itálii*

Přestože ani v jednom z výše uvedených případů ESLP poskytnuté diplomatické záruky nepřijal, jejich existenci jako takovou neodmítl a neoznačil je za institut z podstaty rozporný se zásadou *non-refoulement*. Naopak, ESLP se diplomatickými zárukami zabýval a zkoumal jejich důvěryhodnost vzhledem ke konkrétním okolnostem případu, stěžovatele a dodržování lidských práv ve státě, kam měl být stěžovatel přemístěn. Je otázkou, do jaké míry soud pragmaticky „připustil“ praxi sjednávání diplomatických záruk, aby neztratil svoji pozici respektovaného judiciálního orgánu, a to s ohledem na existující praxi států. Je totiž naprostoto zřejmé, že se státy v případech, kdy jde o národní bezpečnost, snaží vyhnout absolutnímu charakteru zákazu nenavracení a snaží se vyvažovat ochranu lidských práv ochranou veřejného pořádku. Nejspíše by s touto snahou neprestaly ani tehdy, pokud by ESLP diplomatické záruky označil jako za *a priori* rozporné s čl. 3 EÚLP.

Obecně lze z výše uvedených rozhodnutí ESLP dovodit, že ač je ESLP neodmítá, nepřikládá jim ani větší důležitost, než jakou skutečně mají. Dle pojednání soudu samotná existence záruk ještě vlastně nic neznamená. Jedná se sice o jeden z faktorů pro vyloučení rizika jednání rozporného se základem mučení, ale nikoliv o faktor jediný. Jaká jsou tedy kritéria pro sjednání diplomatických záruk, aby mohly být přijaty jako dostatečné a důvěryhodné a nebyly jen formálními sliby?

Zásadní roli bude při posuzování diplomatických záruk hrát země, kam má být daná osoba navrácena. Pokud se jedná o navrácení do zemí, kde dochází k systematickému porušování lidských práv a zvláště k endemickému porušování zákazu mučení, ani sjednání individuálních diplomatických

záruk (ač formálně kvalitních) nebude patrně dostatečnou zárukou pro na-vracenou osobu, že v jejím případě nedojde k porušení zákazu mučení a ji-ného nedovoleného zacházení.³⁵ Naopak, pokud se jedná o možné navrácení do zemí, kde k takovému systematickému porušování lidských práv nedo-chází, patrně bude sjednání diplomatických záruk relevantní. ESLP např. několikrát posoudil diplomatické záruky poskytnuté USA jako důvěryhodné a dostatečné, a to i vzhledem k tomu, že se jedná o záruky poskytnuté zemí s dlouhou tradicí dodržování lidských práv a respektování v minulosti po-skytnutých záruk.³⁶

5.2 *Othman (Abu Qatada) proti Spojenému království*

Co se posuzování kvality diplomatických záruk týče, za zásadní rozhodnutí lze považovat rozhodnutí ESLP v případu *Othman (Abu Qatada) proti Spojenému království*³⁷, ve kterém soud vymezil celkem jedenáct faktorů, které bere v potaz při hodnocení kvality a důvěryhodnosti sjednaných diploma-tických záruk. Mezi tyto faktory patří samotná možnost tyto záruky vůbec posoudit. Je tedy zásadní, aby byly záruky předloženy soudu (pak bude hrát roli i forma sjednání záruk, kdy lze, jak uvedeno výše, jen doporučit, aby byly diplomatické záruky sjednávány v písemné formě). V případech, kdy ESLP nebyl obsah diplomatických záruk předložen k přezkoumání (ačkoliv zúčastněný stát tvrdil, že záruky byly ujednány), soud záruky dále nezkoumal a považoval je za zcela nerelevantní ve vztahu ke snížení rizika porušová-ní lidských práv vyhoštované osoby.³⁸ Co se obsahu týče, záruky nesmí být obecné a vágní a měly by splňovat požadavek srozumitelnosti a konkrétnosti závazků v zárukách obsažených. Toto kritérium ESLP ostatně srozumitelně popsal a použil ve výše uvedeném případu *Saadi*.

³⁵ Podobně jako v případu *Chahal proti Spojenému království* (kdy ESLP nepřijal diploma-tické záruky za situace, kdy v Indii, kam měl být pan Chahal navrácen, docházelo k systema-tickému porušování zákazu mučení), zhodnotil ESLP i situaci v Rusku v případu *Isomoilov a další proti Rusku*, rozsudek ESLP ze dne 24. 4. 2008, stížnost č. 2947/06 a diplomatické záruky nepřijal.

³⁶ Viz např. rozhodnutí ESLP ve věci *Boumediene a další proti Bosně a Hercegovině*, roz-sudek ESLP ze dne 18. 11. 2008, stížnosti č. 38703/06, 40123/06, 43301/06, 43302/06, 2131/07 a 2141/07, nebo ve věci *Babar Ahmad a další proti Spojenému království*, rozsudek ESLP z 10. 4. 2012, stížnosti č. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 a 67354/09.

³⁷ Rozsudek ESLP ve věci *Othman (Abu Qatada) proti Spojenému království* ze 17. 1. 2012, stížnost č. 8139/09.

³⁸ Rozsudek ESLP ve věci *Muminov proti Rusku* z 11. 12. 2008, stížnost č. 42502/06, bod. 97.

Aby byly diplomatické záruky posouzeny jako relevantní, logicky se také vyžaduje, aby byly poskytnuty osobou, která ze své funkce může zavazovat stát, do kterého má být daná osoba navrácena. Tak například záruky poskytnuté prvním náměstkem generálního prokurátora Kazachstánu nebyly v minulosti soudem přijaty jako záruky poskytnuté osobou oprávněnou zavazovat stát a byly z toho důvodu soudem odmítnuty.³⁹ Pokud byly záruky poskytnuty centrální vládou, bude také rozhodující, zda je zde předpoklad, že záruky budou respektovány i ze strany orgánů na místní úrovni. Toto kritérium dobře ilustruje i výše zmíněný případ *Chahal*, kdy záruky sice poskytla indická vláda, nicméně ESLP došel k závěru, že záruky nejsou spolehlivé. Indické bezpečnostní složky by je nedodržovaly, a to s odkazem na přetrvávající problém porušování lidských práv osob ze strany členů indických bezpečnostních složek. Praktický efekt diplomatických záruk je tedy také aspekt, který bude ESLP při zkoumání záruk brát v potaz.

Relevantní bude samozřejmě také, zda je jednání, na které se záruky vztahují, v přijímajícím státě ve smyslu vnitrostátních předpisů dovolené či nedovolené. Posuzovat se bude také to, zda byly záruky vystaveny smluvním státem EÚLP. Záležet bude rovněž na délce a síle vzájemných vztahů mezi vyhoštějícím a přijímajícím státem, a to včetně dodržování záruk přijímajícím státem v minulosti. Dalším z faktorů (jehož absence bývá často argumentem odpůrců praxe sjednávání diplomatických záruk) bude možnost objektivně ověřit dodržování záruk, ať už pomocí diplomatického, nebo jiného monitorovacího mechanismu, a to včetně neomezeného přístupu k právníkům vyhoštěné osoby.

Co se týče vnitrostátních poměrů přijímajícího státu, předmětem zkoumání bude efektivita vnitrostátního systému ochrany před mučením a jiným nedovoleným zacházením. V rámci posuzování této efektivity by měla být zkoumána i ochota státu spolupracovat s mezinárodními orgány, případně i s nevládními organizacemi, a vstřícnost vyšetřovat porušení zákazu mučení a potrestání odpovědných osob, které se porušení v minulosti dopustily. Konkrétní zkušenosť dané osoby by též neměla zůstat nepovšimnuta, neboť dalším z rozhodujících faktorů je skutečnost, zda byla osoba ve státě, kam má být navrácena, již v minulosti vystavena mučení či jinému nedovolenému zacházení. Pokud byla osoba, která má být vyhoštěna, již v minulosti v přijímajícím státě vystavena nedovolenému jednání, nebude možné

³⁹ Rozsudek ESLP ve věci *Baysakov a další proti Ukrajině* ze dne 18. 2. 2010, stížnost č. 54131/08.

diplomatické záruky posoudit jako vyhovující (a to přesto, že ostatní kritéria by byla splněná).⁴⁰ A konečně bude posuzována i možnost vnitrostátního soudního přezkumu záruk a to, zda mohla být důvěryhodnost záruk nejdříve nezávisle přezkoumána vnitrostátními soudy vysílajícího i přijímajícího státu.⁴¹ Účelem posledně jmenovaného kritéria je zřejmě zamezení utajenému sjednávání diplomatických záruk bez jakéhokoliv vnějšího posouzení či přezkumu. Typicky by se mohlo jednat o případy mimořádných předání, kdy jak sjednávání diplomatických záruk, tak samotný přesun dané osoby probíhá v utajení.

Předběžnou otázkou, kterou bude ESLP řešit před samotným posuzováním diplomatických záruk, bude posouzení situace dodržování lidských práv v zemi, kam má být daná osoba navrácena, a vyloučení takového stavu nedodržování lidských práv, který by sám o sobě vyloučoval možnost přijetí jakýchkoli záruk. Jak ale ESLP podotkl, jen ve výjimečných případech půjde o tak závažnou situaci, která nedovoluje přisuzovat poskytnutým diplomatickým zárukám žádnou váhu. Až na základě zhodnocení předběžné otázky přistupuje ESLP k samotnému hodnocení přijatelnosti diplomatických záruk.⁴²

Z výše zkoumané judikatury je zřejmé, že ESLP vyžaduje po státech sjednávajících diplomatické záruky poměrně vysoký standard ochrany práv jednotlivce, má-li být navrácen. Judikatura ESLP nicméně ukazuje, že se nejedná o nedosažitelnou hranici. Řada poskytnutých záruk byla v minulosti soudem posouzena jako důvěryhodná a dostačující.

Závěrem je možné uvažovat o doplnění výše uvedených kritérií o další požadavky na kvalitu záruk ze strany dalších institucí, jako je přístup navrácené osoby k právnímu zástupci, pořizování videozáznamů v průběhu výslechů, nezávislé lékařské prohlídky a zákaz naprosté izolace navrácené osoby.⁴³

Lze tedy dovodit, že po zvážení veškerých individuálních okolností případu a po sjednání důvěryhodných a kvalitních diplomatických záruk (vodítkem pro kvalitu a důvěryhodnost budou výše zmíněné faktory) je v zásadě možné vyhostit osobu z hostitelského státu i v případech, kde by takové vyhoštění

⁴⁰ Rozsudek ESLP ve věci *Koktysh proti Ukrajině* ze dne 10. 12. 2009, stížnost č. 437070/07, body 64 a 65.

⁴¹ Rozsudek ESLP ve věci *Othman (Abu Qatada) proti Spojenému království*, bod 189.

⁴² Tamtéž, body 187–188.

⁴³ OSN. Zvláštní zpravodaj OSN proti mučení a jinému krutému, nelidskému, nebo ponižujícímu zacházení nebo trestání. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. 2004, č. A/59/324, bod 41.

bylo za normálních okolností rozporné se zásadou *non-refoulement*. To vše ovšem jen za předpokladu, že se jedná o navrácení osoby do státu, kde je obecně respektován zákaz mučení (resp. zde nedochází k systematickému nedodržování lidských práv). Z dosavadní judikatury ESLP bohužel ale není zřejmé, proč se v některých případech soud ztotožnil s doloženými zprávami o systematickém porušování zákazu mučení a v jiných nikoli.⁴⁴

6. SHRNUTÍ

Jak jsem uvedla výše, pokud se jedná o zákaz navracení ve vztahu k právu vyhostit cizince ze svého území ve smyslu práva lidských práv, jedná se o zákaz absolutní, který nepřipouští výjimky. Výjimky obecně nepřipouští ani rozhodovací praxe judiciálních a kvazijudiciálních orgánů, a to ani v rámci boje proti terorismu a s tím související snahy států nadřazovat (anebo přinejmenším poměřovat) otázku národní bezpečnosti otázce ochrany práv jednotlivce.

Cestou, jak za určitých podmínek vyhostit z území cizince, ačkoliv by takové vyhoštění bylo za normálních okolností rozporné se zásadou *non-refoulement*, je praxe sjednávání diplomatických záruk. Aby mohly být diplomatické záruky posouzeny jako dostačující a skutečně v praxi naplňující svůj smysl, kterým je ochrana jednotlivce před mučením a jiným nelidským zacházením, musí splňovat určitá kvalitativní a obsahová kritéria. Musí tedy být především poskytnuta státem, ve kterém nedochází k systematickému porušování lidských práv, především pak zákazu mučení.

Lze uzavřít, že jakkoliv mohou být diplomatické záruky vnímány jako kontroverzní, mohou být dostatečnou zárukou v případech navrácení, a to za předpokladu, že: (i) se bude jednat o vyhoštění dané osoby do státu, kde nedochází k systematickému nedodržování lidských práv, který by sám o sobě vylučoval možnost přijetí jakýchkoli záruk; (ii) záruky pokrývají zakázané zacházení – závazek tedy musí být dostatečný, co se týče rozsahu a nesmí být vágním příslibem; (iii) jedná se o oblast aktivit, nad kterými má přijímající stát kontrolu – jinými slovy, přijímající stát je schopen efektivně zaručit jejich naplnění; (iv) pocházejí od státu, na který je možno se spolehnout a který požívá v této věci důvěry (toto se bude prokazovat především historickým dodržováním záruk, a to jak ve vztahu k tematickému obsahu

⁴⁴ KAŠTYL, M., op. cit 24, s. 164.

záruk, tak k předávajícímu státu, a celkovým demokratickým zřízením státu a respektem k lidským právům). Při splnění těchto standardů mohou být diplomatické záruky dle mého názoru institutem, jenž je schopen efektivně eliminovat pro osobu, která má být navrácena, nebezpečí mučení. A mají tak potenciál stát se pozitivním nástrojem ochrany lidských práv.

Vzhledem k tomu, že v praxi často dochází ke sjednávání záruk u osob podezřelých z terorismu, diplomatické záruky se navíc ukazují být legálním prostředkem pro určité balancování otázky národní bezpečnosti vůči otázce ochrany lidských práv a způsobem, jak se vyrovnat s absolutní povahou zásady *non-refoulement* v případech boje proti terorismu.

Nemožnost extradicí z důvodu zákazu mučení

BARBORA MATĚJKOVÁ*

1. ÚVOD

V létě 2015 Výbor proti mučení (dále jen „CAT“) dospěl k rozhodnutí, že je potřeba revidovat jeho Obecný komentář č. 1 k článku 3 Úmluvy proti mučení.¹ Koncem roku 2016 byl sepsán návrh obecného komentáře. Tak započala diskuse mezi státy a nevládními organizacemi týkající se role diplomatických záruk a jejich možného zneužívání k obcházení zásady *non-refoulement*, vyplývajícího z čl. 3 Úmluvy proti mučení:² „*1. Žádný stát, který je smluvní stranou této Úmluvy, nevypoví, nevrátí či nevydá osobu jinému státu, jsou-li vážné důvody se domnívat, že by jí v něm hrozilo nebezpečí mučení. 2. Pro účely stanovení toho, zda existují takovéto důvody, vezmou příslušné orgány v úvahu veškeré související okolnosti, včetně, v odůvodněných případech, existence trvalého hrubého, zřejmého nebo masového porušování lidských práv v daném státě.*“

Jak se vyvíjel tento zákaz (konkretizovaný na případy extradice) až k letošnímu mezinárodnímu dialogu nad diplomatickými zárukami, na to se zaměří tento příspěvek.

2. OBECNĚ K EXTRADICI A ZÁKAZU MUČENÍ

Extradice je institutem mezinárodního práva, druhem mezinárodní justiční spolupráce v trestních věcech, přičemž se jedná o akt spočívající

* Kancelář veřejného ochránce práv, Brno

¹ Evropská úmluva o zabránění mučení a nelidskému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestání, přijatá Radou Evropy dne 26. 11. 1987.

² OHCHR. *Committee against Torture discusses revised General Comment on non-refoulement with States and civil society* [online]. Committee against Torture. 2017 [cit. 30. 6. 2017]. Dostupné z: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21551&LangID=E>

„v odevzdání osoby, jež je v jurisdikci státu, na jehož území se osoba nachází (stát dožádaný), státu příslušnému ji stíhat nebo na ní vykonat trest (stát dožadující), na jehož území a v jehož jurisdikci byla tato osoba obviněna nebo pravomocně odsouzena pro trestný čin“.³ V právním řádu České republiky extradicí nalezneme v zákoně o mezinárodní justiční spolupráci ve věcech trestních,⁴ který nahradil dřívější právní úpravu nacházející se v trestním řádu.⁵ V problematice extradicí je Česká republika, mimo množství bilaterálních dohod se státy celého světa,⁶ vázána Evropskou úmluvou o vydávání, která nahradila dvoustranné smlouvy upravující vydávání mezi smluvními stranami této úmluvy.⁷

Vlastní předání osoby mezi zainteresovanými státy je vyvrcholením extradičního řízení, nicméně nemusí k němu vůbec dojít, jestliže by jeho vykonáním byly porušeny některé zásady tohoto řízení. Jednou z těchto zásad je nemožnost vydání osoby do druhého státu, pokud by jí na jeho území hrozilo mučení nebo jiné kruté, nelidské či ponižující zacházení (dále souhrnně také jako „špatné zacházení“).

Specifickost této překážky vydání oproti jiným vyplývá z charakteru zákazu mučení v mezinárodním prostředí, jenž je chápán jako *ius cogens*. Zákaz mučení je zakotven v mnoha mezinárodních aktech na univerzální úrovni (např. Všeobecná deklarace lidských práv, Mezinárodní pakt o občanských a politických právech, Úmluva proti mučení), na regionální úrovni [v evropském regionu jde o Listinu základních práv Evropské unie či Úmluvu o ochraně lidských práv (dále jako „EÚLP“)].⁸ Mučení je dále výslovně zakázáno v ústavách mnoha států. Některé z uvedených mezinárodních smluv výslovně zakazují vydání osoby v případě hrozícího špatného zacházení (viz čl. 3 Úmlovy proti mučení).

Velký vliv na dnešní chápání zákazu mučení a špatného zacházení obecň měl samozřejmě Evropský soud pro lidská práva (dále též jako „ESLP“),

³ KLOUČKOVÁ, S., FENYK, J. *Mezinárodní justiční spolupráce v trestních věcech*. 2. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, 2005, s. 50.

⁴ Zákon č. 104/2013 Sb., o mezinárodní justiční spolupráci ve věcech trestních, ve znění pozdějších předpisů.

⁵ Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů.

⁶ Smlouvy je možné vyhledat na webových stránkách Ministerstva zahraničních věcí: http://www.mzv.cz/jnp/cz/vyhledavani_smluv/.

⁷ Čl. 28 Evropské úmluvy o vydávání.

⁸ Čl. 3 EÚLP: „Nikdo nesmí být mučen nebo podrobován nelidskému či ponižujícímu zacházení anebo trestu“. Dále čl. 15 EÚLP stanoví, že od závazků vyplývajících z čl. 3 nelze odstoupit ani v případě války nebo jiného veřejného ohrožení státní existence.

jehož judikatura postupně posouvala hranice toho, co je či není mučením, nelidským nebo ponižujícím zacházením. Tento vývoj měl samozřejmě vliv i na extradiční řízení. V tomto ohledu přelomovým bylo rozhodnutí ve věci *Soering proti Spojenému království*.⁹

3. POČÁTKY VÝVOJE JUDIKATURY ESLP

Německý občan Jens Soering měl 18 let, když ve Spojených státech amerických spolu s tehdejší přítelkyní údajně zavraždil její rodiče. O půl roku později, v říjnu 1985 uprchl do Spojeného království. V USA však byl za své činy stíhán a hrozilo mu uložení trestu smrti. Americká vláda v roce 1986 zažádala o jeho vydání, začátkem roku 1987 požádalo o vydání svého občana i Německo. Britská vláda upřednostnila žádost USA, ovšem za podmínky, že Soeringovi nebude uložen trest smrti a při procesu bude zohledněn jeho věk a psychický stav. Po zárukách poskytnutých Spojenými státy mělo dojít k vydání, avšak sám Jens Soering považoval tyto záruky za nedostatečné a rozhodl se obrátit se na Evropskou komisi pro lidská práva.¹⁰

Evropský soud pro lidská práva v této věci rozhodl v roce 1989. Hlavní problém, který soud v rozsudku identifikoval, byl tzv. syndrom čekání na smrt a to, zda zakládá porušení článku 3 EÚLP. Soud na závěr shledal, že extradicí Jense Soeringa Spojené království poruší své závazky vyplývající z tohoto článku.¹¹ Právnická veřejnost však nebyla jednotná v interpretaci argumentace soudu, tedy zda by porušení článku 3 EÚLP založily převážně špatné podmínky ve výkonu trestu, nebo hlavně délka vězení před popravou. Odborná literatura se přiklání spíše k druhému uvedenému důvodu, tedy že pro soud bylo nepřijatelné právě dlouhé čekání na smrt.¹² Důležitost tohoto rozhodnutí rovněž spočívala v otevření možnosti rozšířit ochranu práv a svobod i v případě absence výslovných ustanovení, a to za předpokladu, že

⁹ ROECKS, C. Extradition, Human Rights, and the Death Penalty: When Nations Must Refuse to Extradite a Person Charged With a Capital Crime. *California Western International Law Journal* [online]. Vol. 25, No. 1, 1994, s. 197.

¹⁰ Rozsudek pléna ESLP ve věci *Soering proti Spojenému království* ze dne 7. 7. 1989, stížnost č. 14038/88, body 11–26.

¹¹ *Soering proti Spojenému království*, body 39–111.

¹² KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 414–415.

by takový postup byl v souladu s duchem EÚLP jako nástroje vytvořeného k udržení a prosazení ideálů a hodnot demokratické společnosti.¹³

Od roku 1989 se rozhodování ESLP v problematice vydávání postupně vyvíjelo; soud se například zabýval otázkou, zda by i trest odnětí svobody na doživotí mohl být za jistých okolností chápán jako porušení čl. 3 EÚLP. Věc *Harkins a Edwards proti Spojenému království* z roku 2012 se v základních bodech podobala případu Jense Soeringa. Spojené státy žádaly vydání dvou osob pobývajících ve Spojeném království – britského (Phillip Harkins) a amerického (Joshua D. Edwards) občana. Motivací pro oslovení ESLP byla opět dle stěžovatelů nedostatečnost poskytnutých záruk.¹⁴

Soud přistoupil k rozlišení tří druhů odnětí svobody na doživotí, které mohou být pachateli uloženy ve státě, do nejž má být vydán: 1. doživotí s možností propuštění po vykonání minimální stanovené doby trestu, 2. doživotí bez možnosti předčasného propuštění jako možný trest v diskreci soudce, 3. povinné doživotí bez možnosti předčasného propuštění. U prvních dvou druhů (až na výjimečné situace) soud odmítl, že by mohlo pouze samotné uložení takového trestu být porušením čl. 3 EÚLP¹⁵ následkem čehož stížnostem nevyhověl a vydání stěžovatelů tedy mohlo proběhnout.

V tomto rozsudku dal soud velkou váhu diplomatickým zárukám, nicméně také naznačil, že standard ochrany zaručené čl. 3 EÚLP nemusí být nutně stejný při zacházení s lidmi, jež se nacházejí uvnitř státu, jako v případech, kdy dochází k vyhoštění či extradicí osob do jiné země. Tímto soud otevřel možnost, aby vydávané osobě v dožadujícím státu hrozila určitá úroveň špatného zacházení, která by ve vnitrostátních záležitostech však již dosahovala minimální úrovně závažnosti.¹⁶

V této souvislosti lze poukázat na rozsudek ESLP ve věci *Bouyid proti Belgii*. Tento případ se nezábýval extradicí, ale ve zkratce tím, zda byl porušen čl. 3 EÚLP, když nezletilý hoch, zajištěný na policejní stanici, dostal facku od policisty. S ohledem na okolnosti soud dospěl k závěru, že došlo k porušení tohoto ustanovení.¹⁷ V disentním stanovisku se však objevila rétorická otázka zamýšlející se také i nad minimální úrovní závažnosti

¹³ *Soering proti Spojenému království*, bod 87.

¹⁴ Rozsudek ESLP ve věci *Harkins a Edwards proti Spojenému království* ze dne 17. 1. 2012, stížnost č. 9146/07 a 32650/07.

¹⁵ *Harkins a Edwards proti Spojenému království*, bod 135.

¹⁶ Tamtéž, bod 129.

¹⁷ Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *Bouyid proti Belgii* ze dne 28. 9. 2015, stížnost č. 23380/09.

špatného zacházení ve vztahu k extradicí: „*Otzázkou, jež v nynějším případě nebyla diskutována a jež bezpochyby vyvstane v budoucnosti, je, zdali přísné standardy nastavené většinou mají být nyní aplikovány i v případech extradice a vyhoštění cizinců. Byl by čl. 3 překážkou vydání či vyhoštění cizince do země, kde by této osobě hrozilo, že dostane (jeden) políček?*“¹⁸

4. OSOBY PODEZŘELÉ Z TERORISMU

O tom, zda by vydávané (či vyhoštované apod.) osoby měly být chráněny čl. 3 EÚLP jinak než ostatní, se pravděpodobně nejvíce diskutuje v případech osob podezřelých z terorismu. Tímto tématem se důkladně ESLP zabýval v případu *Chachal proti Spojenému království*, kdy musel odpovědět na otázku, zda je možná deportace osoby zapletené do teroristických aktivit do její země původu, přestože jí tam hrozí špatné zacházení. Soud dospěl k závěru, že ochrana zaručená čl. 3 EÚLP se poskytne všem bez ohledu na jejich chování. Obdobný názor si soud udržel i po událostech 11. září 2001, které byly začátkem tzv. války proti terorismu zahájené Spojenými státy americkými.¹⁹ I ve věci *Saadi proti Itálii* z roku 2008 soud odmítl vyvažování práv z titulu absolutnosti čl. 3 EÚLP.²⁰

Roku 2012 však soud rozhodnutí ve věci stěžovatele *Babara Ahmad a dalších proti Spojenému království*.²¹ O vydání stěžovatelů,²² v různé míře spojovaných s mezinárodním terorismem, požádaly opět Spojené státy americké. Tomu chtěli stěžovatelé zabránit a před ESLP argumentovali tím, že by v případě vydání s velkou pravděpodobností byli umístěni do vězení ADX Florence, jež je považováno za jedno z nejpřísnějších v USA. Předložena byla spousta důkazů, včetně vyjádření organizace *Human Rights Watch*

¹⁸ Tamtéž, bod 7 disentního stanoviska.

¹⁹ IZUMO, A. Diplomatic Assurances Against Torture and Ill Treatment: European Court of Human Rights Jurisprudence. *Columbia Human Rights Law Review* [online]. Vol. 42, No. 1, 2010, s. 237.

²⁰ Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *Saadi proti Itálii* ze dne 28. 2. 2008, stížnost č. 37201/06, bod 138.

²¹ Rozsudek ESLP ve věci *Babar Ahmad a další proti Spojenému království* ze dne 10. 4. 2012, stížnosti č. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 a 67354/09.

²² Jednalo se o šest osob, z nichž čtyři byli britští občané: Babar Ahmad, Haroon Rashid Aswat (jeho stížnost byla nakonec projednána samostatně), Syed Thala Ahsan, Mustafa Kamal Mustafa (Abu Hamza), a další původem z Egypta: Adel Abdul Bary, a ze Spojených arabských emirátů: Khaled Al-Fawwaz. Někteří z nich před řízením nikdy nevstoupili na území USA.

popisující podmínky v ADX Florence a označující je mimo jiné jako porušení Úmluvy proti mučení. Evropský soud pro lidská práva však usoudil, že vydáním stěžovatelů do USA by míra špatného zacházení nepřekročila minimální úroveň závažnosti.²³

Dodnes se jedná o jedno z kontroverzních rozhodnutí ESLP.²⁴ Obdobně jako v případě *Harkins a Edwards* se soud v bodě 177 vyjádřil k odlišnosti posuzování porušení čl. 3 EÚLP v případech extradicí, čímž dle některých došlo opět k oslabení absolutnosti zákazu mučení.²⁵

Na druhou stranu, podzim roku 2014 přinesl rozhodnutí ve věci *Trabelsi proti Belgii*,²⁶ který soudkyně Ganna Yudkivska ve svém souhlasném stanovisku označila za vítaný odklon od argumentace vyslovené v případě *Babara Ahmada*. Věcně se shodně jednalo o žádost Spojených států amerických o vydání osoby spojované s terorismem. Belgický soud považoval vydání možné pouze za splnění několika podmínek, které byly následně americkou stranou akceptovány formou diplomatických záruk. Přestože pro Belgii tyto záruky byly dostačující, odlišného názoru byl stěžovatel. V konečném důsledku se i soudci ESLP domnívali, že nebyly dány dostatečné záruky, že stěžovateli nebude uložen trest odnětí svobody na doživotí bez možnosti podmíněného propuštění.²⁷ Takovýto trest, jak již bylo zmíněno, je Evropským soudem pro lidská práva považován za porušení čl. 3 EÚLP.

²³ *Babar Ahmad a další proti Spojenému království*, body 180–254.

²⁴ Tento názor je možné najít například v THEOHARIS, J., SASSEN, S. A Green Light for Torture. *The Nation* [online]. 2012, s. 8–9. Také i další vývoj v životě pana Ahmadu poukazuje na zvláštnost přístupu ESLP. Pan Ahmad byl v říjnu 2012 vydán do USA, kde byl nejprve devět měsíců zavřený sám na cele, bez toho, aniž by byl odsouzen. Po přiznání viny k dvěma trestním činům ho soudkyně v červenci 2014 odsoudila „pouze“ k 12,5 letům trestu odnětí svobody. S ohledem na dobu již strávenou ve vězení to znamenalo, že byl propuštěn na svobodu již rok po odsouzení. Celkově v USA strávil dva roky na samotce ve vězení s nejvyšší možnou ochranou (tzv. supermax). VERKAIK, R. The trials of Babar Ahmad: from jihad in Bosnia to a US prison via Met brutality. *The Guardian* [online]. Poslední změna 19. 3. 2016. Dostupné z: <https://www.theguardian.com/uk-news/2016/mar/12/babar-ahmad-jihad-bosnia-us-police-interview/>.

²⁵ MAVRONICOLA, N., MESSINEO, F. Relatively Absolute? The Undermining of Article 3 ECHR in Ahmad v UK. *The Modern Law Review* [online]. Vol. 76, No. 53, 2013, s. 600.

²⁶ Rozsudek ESLP ve věci *Trabelsi proti Belgii* ze dne 4. 9. 2014, stížnost č. 140/10.

²⁷ Tamtéž, bod 151.

5. DIPLOMATICKÉ ZÁRUKY

Do extradičního řízení mnohdy vstupuje institut diplomatických záruk, jejichž problematická povaha byla naznačena již v úvodu tohoto příspěvku. V ideálním případě diplomatické záruky slouží k zajištění toho, že cizinec (příp. i občan vydávajícího státu) nebude podroben špatnému zacházení, proto dožadující stát přislíbí splnění podmínek nastavených vydávajícím státem. Avšak jak vyplývá i z citované judikatury, která je pouze zlomkem rozhodnutí soudu na toto téma, realita bývá odlišná.

Diplomatické záruky jsou pouze *formálním příslibem*, s jehož porušením není spojena žádná sankce (nepočítáme-li ochlazení vztahů mezi státy), a nedodržení tohoto slibu nemůže následně dozádaný stát nijak napravit, což může mít pro vydávanou osobu vážné následky. Od států je proto vyžadována velká obezřetnost a zkoumání mnoha faktorů různé váhy, přičemž sliby státu, je-li všeobecně známo, že v něm dochází k porušování lidských práv ve velké míře, prakticky nikdy nemohou být dostatečné.²⁸ Těmito okolnostmi se zabýval ESLP např. v případu *Nabid Abdullayes proti Rusku*. Přestože soud uznal dostatečnost diplomatických záruk jako takových,²⁹ zároveň pochyboval o jejich efektivnosti. Jednalo se o vydání osoby do Kyrgyzstánu, a soud tedy při svém rozhodování zohlednil i obecnou úroveň ochrany lidských práv v této zemi.³⁰

Organizace, které se zapojily do diskuze před CAT ohledně nového obecného komentáře, poukazovaly na to, že všeobecný zákaz mučení je diplomatickými zárukami nahrazen zákazem mučení, jenž je individualizovaný: „*Jinými slovy, mučení je přijatelné, pokud mučena není osoba, která je chráněna diplomatickými zárukami*“. Smluvní státy se k této problematice nevyjadřovaly; shodly se na tom, že tento institut by měl být zachován, nicméně rozličné názory panovaly na to, jakým kritériím by mělo být podrobeno jeho užití.³¹ Finální text obecného komentáře plánovaného na rok 2017 nebyl ještě vytvořen.

²⁸ IZUMO, A., op. cit. 19, s. 260–273.

²⁹ Diplomatickými zárukami bylo stěžovateli přislíbeno následující: právní pomoc, nevydání do třetího státu, nemožnost stíhání za jiný trestný čin, než za jaký byl vydáván, nevystavení mučení, nelidskému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestání, stíhání za běžný trestný čin bez politického podtextu nebo jakékoliv diskriminace, možnost opustit Kyrgyzstán po vykonání trestu a přístup ruských diplomatů k němu.

³⁰ Rozsudek ESLP ve věci *Nabid Abdullayes proti Rusku* ze dne 15. 10. 2015, stížnost č. 8474/14, body 66–71.

³¹ OHCHR. Committee against Torture discusses revised General Comment on non-refoulement with States and civil society, op. cit. 2. Jednalo se např. o Amnesty International.

6. ZÁVĚR

Nemožnost extradicí z důvodu zákazu mučení v současnosti otevírá dvě téma, jež mají potenciál výrazně ovlivnit práva vydávaných osob. Nejprve je to dvojkolejný pohled Evropského soudu pro lidská práva na minimální úroveň závažnosti špatného zacházení v případě extradicí (či jiného předání osob mezi státy) vůči ostatním situacím, jež nastávají uvnitř státu. Za druhé jsou to diplomatické záruky a to, jak se mezinárodní společenství postaví k otázce, zda princip jejich existence nenapomáhá k dvojímu pohledu na zákaz mučení. Momentálně se totiž jeví, že státy víceméně odvrací zrak od špatného zacházení v jiných zemích, dokud nehrozí, že by mohlo zasáhnout do plnění jejich vlastních závazků z mezinárodních smluv při vydávání osob. Budoucí vývoj judikatury ESLP a této problematiky obecně bude mít zásadní vliv na práva cizinců obviněných či odsouzených ze spáchání trestného činu.

Oslabení vzájemné důvěry mezi členskými státy v kontextu předávání osob podle tzv. evropského zatykače

ANNA LÁNÍČKOVÁ*

1. ÚVOD

Soudní dvůr Evropské unie (dále jen jako „SDEU“) rozhodnutím o předběžné otázce ve spojené věci C-404/15 a C-659/15 PPU *Aranyosi a Căldăraru¹* de facto rozšířil možnosti členského státu nevyhovět žádosti jiného členského státu o vydání podezřelé, příp. odsouzené osoby, a to s odkazem na hrozící porušení zákazu mučení a nelidského či ponižujícího zacházení a trestu.

Jde o revoluční rozhodnutí, které nastiňuje limity vzájemné důvěry mezi státy, s potenciálem rozkolísat společný prostor svobody, bezpečnosti a práva. Soudní dvůr Evropské unie založil svoji argumentaci na závěrech Evropského soudu pro lidská práva (dále jen jako „ESLP“) v rozsudcích proti Maďarsku a Rumunsku, které se týkají nevyhovujících podmínek v tamních věznicích. Soudní dvůr oslavil doktrínu vysoké důvěry mezi státy, kterým zároveň připomnul povinnost se při řízení o evropském zatykači přesvědčit o tom, zda předávané osobě nehrozí v případě předání skutečně nebezpečí mučení a nelidského či ponižujícího zacházení. Článek se zamýší nad dopady tohoto rozhodnutí a nabízí srovnání s judikaturou týkající se azylového řízení o předávání žadatelů o mezinárodní ochranu podle pravidel tzv. dubinského nařízení.

* Kancelář veřejného ochránce práv, Brno; PF MU v Brně, katedra mezinárodního a evropského práva

¹ Rozsudek velkého senátu Soudního dvora Evropské unie ze dne 5. dubna 2016 ve spojených věcech C-404/15 a C-659/15 PPU *Aranyosi a Căldăraru*.

2. EVROPSKÝ ZATÝKACÍ ROZKAZ

Pro zefektivnění justiční a policejní spolupráce v trestních věcech bylo v roce 2002 přijato rámcové rozhodnutí o evropském zatýkacím rozkazu,² a to mimo jiné i jako reakce na události z 11. září 2001.³ Podle preambule rámcového rozhodnutí se jedná o první konkrétní opatření v oblasti trestního práva k provedení zásady vzájemného uznávání, na kterou Evropská rada poukázala jako na „úhelny kámen“ justiční spolupráce.⁴ Do té doby měly mezi sebou členské státy Evropské unie k předávání podezřelých či odsouzených osob sjednán systém bilaterálních úmluv a na půdě Rady Evropy byla sjednána Evropská úmluva o vydávání.

Podle rámcového rozhodnutí vydá soud členského státu (tzv. vystavující stát) evropský zatýkací rozkaz proto, aby jiný členský stát (tzv. vykonávající stát) zatkla a předal vyžádanou podezřelou, příp. odsouzenou osobu za účelem trestního stíhání nebo výkonu trestu odnětí svobody nebo ochranného opatření spojeného s odnětím svobody. Tato osoba se nachází mimo území, kde byl spáchán trestný čin, a evropský zatýkač byl vytvořen právě pro zefektivnění předávacích procedur přes hranice členských států.

Evropský zatýkací rozkaz je vykonáván na základě zásady vzájemného uznávání.⁵ Podle odůvodnění rámcového rozhodnutí je mechanismus evropského zatýkacího rozkazu založen na vysoké úrovni důvěry mezi členskými státy.⁶ Pojem vzájemná důvěra mezi státy je pro tento článek klíčový. Státy věří v to, že vnitrostátní trestní právo všech zapojených evropských států zajišťuje rovnocennou a účinnou ochranu základních práv, na jejichž respektu stojí celá Evropská unie. Neméně klíčové je také ustanovení čl. 1 odst. 3 rámcového rozhodnutí, podle kterého tímto rozhodnutím „*není dotčená povinnost ctít základní práva a obecné právní zásady zakotvené*

² Rámcové 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 (dále jen „rámcové rozhodnutí“).

³ NAERT, F., WOUTERS, J. *Of Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals. An Appraisal of the EU's Main Criminal Law Measures against Terrorism after '11 September'*. Working Paper No 65 [online]. K. U. Leuven, Faculty of Law, Institute for International Law [cit. 22. 8. 2017]. Dostupné z: http://www.academia.edu/490816/Of_arrest_warrants_terrorist_offences_and_extradition_deals_An_appraisal_of_the_EUs_main_crime-nal_law_measures_against_terrorism_after_11_September_

⁴ Bod 6 preambule rámcového rozhodnutí.

⁵ Čl. 1 odst. 2 rámcového rozhodnutí.

⁶ Bod 10 preambule rámcového rozhodnutí.

v článku 6 *Smlouvy o Evropské unii*⁶. Jde o odkaz na uznávaná práva, svobody a zásady obsažené v Listině základních práv Evropské unie (dále i jen „Listina“).

Vydáný evropský zatykač je platný po celém území Evropské unie a rozhodnutí o vydání je zcela v rukou soudní moci vykonávajícího státu. Exekutiva nemá vliv na vydávání těchto osob. Rada stanovila postup a lhůty pro rozhodnutí o výkonu evropského rozkazu. Byl vytvořen jednoduchý několikastránkový formulář bez výrazných formalit, které by zdržovaly či jinak komplikovaly celý proces předání. Členské státy také již nemohou odmítat vydat své vlastní občany do jiného členského státu.

Souhlasí-li vyžádaná osoba se svým předáním, mělo by být rozhodnutí o výkonu zatykače vydáno již do 10 dnů od vyjádření tohoto souhlasu. V ostatních případech by mělo být o předání rozhodnuto do 60 dnů od začátku vyžádané osoby.⁷

Evropský zatýkací rozkaz byl předmětem mnoha kritik, z nichž mnohé byly zohledněny i v revidujícím rámcovém rozhodnutí Rady 2009/299/SV ze dne 26. února 2009. Faktem zůstává, že evropský zatykač je hojně využíván a počet vydaných zatykačů i hledaných a následně skutečně předaných osob rok od roku vzrůstá.⁸ Podle poznatků Policie České republiky „počet předaných osob výrazně vzrostl proti minulosti, předávací procedura se zásadním způsobem zkrátila (rekordmany jsou Španělé a Portugalci, kteří zvládli předání i za dva dny) a zjednodušila“.⁹

3. LZE ODMÍTNOUT PŘEDÁNÍ?

Předání osob na základě evropského zatykače lze pozastavit pouze ve výjimečných případech. Rámcové rozhodnutí počítá s obligatorním i fakultativním odmítnutím výkonu evropského zatýkacího rozkazu státem, který má požadovanou osobu ve své moci.¹⁰ Tyto důvody jsou vymezeny taxativně. Odmítnutí předání osoby do jiného členského státu může být odůvodněno

⁷ Čl. 17 rámcového rozhodnutí.

⁸ European Ejustice. *Evropský zatýkací rozkaz* [online]. Poslední aktualizace 24. 10. 2016 [cit. 22. 8. 2017]. Dostupné z: https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-cs.do

⁹ Policie České republiky, Sirene. *Evropský zatýkací rozkaz*. 2017 [online] [cit. 22. 8. 2017]. Dostupné z: <http://www.policie.cz/clanek/evropsky-zatykaci-rozkaz.aspx>

¹⁰ Čl. 3, 4 a 4a rámcového rozhodnutí.

například trestní neodpovědností domnělého pachatele, promlčením trestného činu, zákazem dvojího trestání, povahou samotného trestného činu, duplicitou trestních řízení, potenciální amnestií ve vykonávajícím státu apod. V některých případech je dokonce možné předání osoby do vystavujícího státu podmínit poskytnutím určitých záruk vykonávajícímu státu. Ten si může podmínit předání osoby do vystavujícího státu možností obnovy řízení, přezkumu uloženého trestu či možností návratu osoby zpět, aby vykonal trest ve vykonávajícím státu.¹¹

Rámcové rozhodnutí nadto počítá i s dalším způsobem, kterým lze znemožnit předání hledané osoby do jiného členského státu.¹² Zde se předpokládá pozastavení výkonu evropského zatykače v případě závažného a trvajícího porušování zásad stanovených v zakládací smlouvě některým členským státem, a to tehdy, kdy zmíněné porušení zjistila Rada podle postupu předvídaného Smlouvou o Evropské unii, a to konkrétně postupem podle čl. 7 Smlouvy. Rámcové rozhodnutí k tomu upřesňuje, že se jedná o porušení hodnot uvedených v čl. 6 Smlouvy o Evropské unii – tedy práv, svobod a zasad obsažených v Listině základních práv Evropské unie.

Rada může většinou čtyř pětin svých členů po obdržení souhlasu Evropského parlamentu konstatovat existenci zřejmého nebezpečí, že některý členský stát závažně poruší hodnoty uvedené v čl. 2 uvedené smlouvy, tedy hodnoty úcty k lidské důstojnosti, svobody, demokracie, rovnosti, právního státu a dodržování lidských práv, včetně práv příslušníků menšin. Toto rozhodnutí Rady má pro dotčený členský stát výstražný charakter, působí preventivně a není ještě spojeno se sankcemi. Nabízí se i druhý scénář, a to v případě, kdy již došlo k závažnému a trvajícímu porušení uvedených hodnot. Rada může poté, co členský stát vyzve, aby se k této věci vyjádřil, jednoznačně rozhodnout, že došlo k závažnému a trvajícímu porušení hodnot, na kterých stojí základy celé Evropské unie. Toto rozhodnutí již může následně vést i k pozastavení hlasovacích práv.

Evropská komise přijala v březnu 2014 rámec procedur, jak postupovat při podezření z ohrožení či porušení uvedených hodnot členským státem. Jejich cílem je využít dialog pro eliminaci napětí, a to i za pomoci Agentury Evropské unie pro otázky základních práv, Rady Evropy a Organizace pro bezpečnost a spolupráci v Evropě. Využití postupu podle čl. 7 zůstává až

¹¹ Čl. 5 rámcového rozhodnutí.

¹² Bod 10 preambule rámcového rozhodnutí.

jako *ultima ratio* v případě, kdy všechna ostatní jednání selžou.¹³ Procedura podle čl. 7 do dnešního dne nebyla využita,¹⁴ třebaže se o ní nyní hojně diskutuje v souvislosti s Polskem a Maďarskem, a tamějším ohrožením právního státu, dělby moci a nezávislosti justice.

Rámcové rozhodnutí tedy taxativně stanovuje možnost obligatorního i faktutativního odmítnutí výkonu evropského zatykače. Dále předkládá možnost pozastavit provádění zatýkacího rozkazu v případech, kdy Rada konstatovala závažné a trvající porušování práv, svobod a zásad obsažených v Listině základních práv Evropské unie. Lze zde vysledovat jasný záměr postupovat podle předem dané procedury bez možnosti nechat rozhodování o předávání osob na libovůli justičních orgánů zainteresovaných států. Přesto všechno ovšem Soudní dvůr Evropské unie formuloval novou možnost odložit výkon evropského zatýkacího rozkazu na jiných důvodech. Nenazývá to sice explicitně jako důvod pro odmítnutí výkonu, ale ve svém důsledku tomu tak *de facto* je.

4. ŘÍZENÍ O PŘEDBĚŽNÉ OTÁCE V PŘÍPADECH C-404/15 A C-659/15 PPU

SDEU byl požádán o výklad čl. 1 odst. 3 rámcového rozhodnutí o evropském zatýkacím rozkazu, podle kterého není rámcovým rozhodnutím dotčena povinnost ctít základní práva a obecné právní zásady zakotvené v čl. 6 Smlouvy o Evropské unii. Dvě předběžné otázky byly spojeny do jednoho řízení a vyřízeny velkým senátem v naléhavém řízení, protože jedna z osob byla zbavena osobní svobody – nacházela se ve vazbě za účelem jejího předání orgánům vystavujícího státu.

Původní spory se týkaly výkonu evropského zatykače dvou členských států, jejichž všeňské podmínky se netěší příliš dobré pověsti. Proti Maďarsku vydal ESLP tzv. pilotní rozsudek ve věci *Varga a ostatní proti Maďarsku*, ve kterém konstatoval porušení čl. 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále i jen „Úmluva“) kvůli věznění stěžovatelů v příliš malých a přeplněných celách.¹⁵ Na pozadí jednoho případu (v dané věci se

¹³ EUR-lex. *Promoting and safeguarding the EUs values* [online] [cit. 22. 8. 2017], poslední aktualizace 10. 3. 2015. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133500>

¹⁴ Tamtéž.

¹⁵ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 10. 3. 2015 *Varga a ostatní proti Maďarsku* (stížnosti č. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 a 64586/13).

jednalo o sloučení šesti stížností k podmínkám v šesti různých maďarských věznicích) posoudil nejen konkrétní stížnost, ale také daný obecný problém. Procedura pilotního rozsudku totiž umožňuje vypořádat se efektivním způsobem se situacemi, kdy v některém smluvním státě existuje vážný systémový strukturální problém. V rozsudku *Varga a ostatní proti Maďarsku* ESLP navíc upozorňuje, že mu bylo doručeno přibližně 450 podobných stížností, které mříží proti nevyhovujícím podmínkám v maďarských věznicích. ESLP se při svých úvahách opíral o zjištění maďarského ombudsmana (národní preventivní mechanismus podle čl. 3 Opěrného protokolu k Úmluvě proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání). Podle zprávy ombudsmana se maďarské věznice, které navštívily, potýkaly s přeplněností od 130 do 160 % kapacit zařízení. ESLP také odkázal na zprávy a doporučení Evropského výboru pro zabránění mučení a nelidskému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestání (dále jen jako „CPT“), ať už obecně k otázce přeplněnosti věznic, nebo i přímo ve vztahu k Maďarsku, jehož vězeňská zařízení výbor navštívil v roce 2013. Podobná situace panuje i v Rumunsku. ESLP v několika rozsudcích konstatoval porušení čl. 3 tím, že stěžovatelé byli vězněni v malých, přeplněných a znečištěných celách bez dostatečného vytápění a bez teplé vody ke sprchování.¹⁶ I zde soud odkázal na zprávy a doporučení CPT.

V původních řízeních soudy Maďarska a Rumunska vydaly evropský zatýkací rozkaz proti dvěma svým občanům. Obě hledané osoby se v dané době, nezávisle na sobě, nacházely v Německu, nesouhlasily se svým předáním a případy se dostaly až k vrchnímu zemskému soudu v Brémách, který posléze položil předběžnou otázku SDEU.

Vrchní státní zastupitelství v Brémách se předtím dotázalo soudů obou vystavujících států, do jakých zařízení by byli oba muži v případě předání umístěni. Maďarská strana odpověděla, že v trestním řízení používané donucovací opatření v podobě vzetí do vazby a návrh na uložení trestu odnětí svobody nejsou v daném případě nezbytné. Maďarské trestní právo totiž zná některá mírnější donucovací opatření a v úvahu přicházejí i jiné sankce nezahrnující odnětí svobody. Vrchní státní zastupitelství v Brémách toto vysvětlení vzalo za dostačující. Podle vrchního státního zastupitelství ani rumunský

¹⁶ Rozsudky Evropského soudu pro lidská práva ze dne 10. června 2014 ve věci *Voicu proti Rumunsku*, stížnost č. 22015/10; *Bujorean proti Rumunsku*, stížnost č. 13054/12; *Constantin Aurelian Burlacu proti Rumunsku*, stížnost č. 51318/12 a *Mihai Laurențiu Marin proti Rumunsku*, stížnost č. 79857/12.

soud nebyl schopen sdělit, do jakého zařízení bude druhá hledaná osoba umístěna. Nicméně i zde státní zastupitelství v Brémách německému soudu navrhlo, aby předání do Rumunska bylo prohlášeno za přípustné. S tímto názorem se neztotožnili obhájci obou osob a následně ani vrchní soud v Brémách. Ten proto přerušil řízení a položil předběžnou otázku k soudnímu dvoru. Tázał se, jestli samotné poznatky o neslučitelnosti vězeňských podmínek se základními právy, zejména s čl. 4 Listiny, stačí pro odmítnutí výkonu evropského zatykače, či zdali může, ba musí justiční orgán podmínit předání hledané osoby obdržením informací od vystavujícího státu, které mu umožní přesvědčit se o souladu těchto vězeňských podmínek se základními právy. Jinými slovy, zda stačí pouhé obecné poznatky o stavu v zařízení daného typu obecně, nebo je potřeba získat konkrétní informace vztažené k individuálnímu zařízení.

SDEU dovodil, že samotná možnost eventuálního porušení základních práv předávané osoby nestačí jako důvod pro odmítnutí výkonu evropského zatykače. Připomíná, že čl. 4 Listiny a čl. 3 Úmluvy zakotvuje jednu ze základních hodnot Unie a jejích členských států. Disponuje-li justiční orgán poznatky, které svědčí o skutečném nebezpečí nelidského či ponižujícího zacházení, je povinen existenci tohoto nebezpečí vyhodnotit při rozhodování o předání osoby. Přitom musí nejprve vycházet z objektivních, spolehlivých, přesných a rádně aktualizovaných údajů o vězeňských podmírkách (tj. systémové či celoplošné nedostatky či nedostatky týkající se některých skupin osob nebo některých vězeňských zařízení). Údaje o nedostatkách pak podle SDEU mohou vyplývat mimo jiné z mezinárodních soudních rozhodnutí, jako jsou rozsudky ESLP, ze soudních rozhodnutí vystavujícího členského státu, jakož i z rozhodnutí, zpráv a jiných dokumentů vydaných orgány Rady Evropy nebo v rámci systému Organizace spojených národů.¹⁷

SDEU k tomu dodává, že samotné konstatování skutečného nebezpečí nelidského či ponižujícího zacházení v důsledku celkových vězeňských podmínek ještě samo o sobě nemůže vést k odmítnutí výkonu evropského zatykače.¹⁸ Samotné poznatky získané z objektivních zpráv tedy nejsou dostatečné.

Vykonávající justiční orgán má konkrétním a přesným způsobem posoudit, zda jsou vážné a prokazatelné důvody se domnívat, že dotyčná osoba bude v důsledku podmínek v zařízení takovému nebezpečí skutečně

¹⁷ Rozsudek SDEU ve věci *Aranyosi a Căldăraru*, bod 89.

¹⁸ Tamtéž, bod 91.

vystavena. SDEU proto odkazuje justiční orgány na čl. 15 odst. 2 rámcového rozhodnutí a připomíná jim, že mají požádat vystavující stát o neprodlené poskytnutí veškerých potřebných doplňujících informací o podmínkách, v jakých má být dotyčná osoba v tomto členském státě vězněna.¹⁹ Vystavující stát má přijmout všechna nezbytná opatření, aby vyžádaná osoba vykonávala svůj trest za podmínek, které ctí její základní práva. V případě, že vykonávající justiční orgán zjistí, že předáním osoby bude ona vystavena skutečnému nebezpečí nelidského nebo ponižujícího zacházení, výkon rozhodnutí musí být odložen, ovšem nikoliv zastaven.²⁰ Nelze ji však ponechat ve vazbě bez časového omezení.²¹ Bude-li nutno ji propustit, musí učinit veškerá opatření k tomu, aby dotyčná osoba nemohla uprchnout.²² Nelze-li existenci nebezpečí vyloučit v přiměřené lhůtě, musí tento orgán rozhodnout, zda je namísto postup předání ukončit.²³

Zajímavé je, že v jazyce SDEU se po celou dobu pracuje s pojmem odložení výkonu rozhodnutí, nikoliv odmítnutí výkonu. Ovšem v závěrečném odstavci již mluví o ukončení předání. Soud apeluje na nezbytnost provést opatření k nápravě, ovšem taková reforma trestní a vězeňské politiky si vyžaduje čas, nelze ji provést ze dne na den. Dožadovanou osobu ovšem není možné ponechat ve vazbě bez časového omezení. Tím zde SDEU *de facto* vytvořil nový důvod pro odmítnutí výkonu evropského zatykače. Stanovil požadavek provést dvoufázový test. Nestačí samotné zprávy o dané zemi. Až na jejich základě je nutno posuzovat konkrétní nebezpečí hrozící dané osobě. Tento závěr se tak dostává do souladu s rozhodovací činností ESLP.

5. POSTŘEHY K ZÁVĚRŮM SOUDNÍHO DVORA

5.1 Meze vzájemné důvěry

Automatické uznávání rozhodnutí cizích států je značným posunem kupředu při vytváření skutečně funkčního společného prostoru bezpečnosti, svobody a práva. Státy neposkytují na svém území útočiště osobám hledaným v dalších státech. Namísto toho je jednoduchým a rychlým postupem předávají.

¹⁹ Tamtéž, bod 95.

²⁰ Tamtéž, bod 98.

²¹ Tamtéž, bod 101.

²² Tamtéž, bod 102.

²³ Tamtéž, bod 104.

Podle zásady vzájemného uznávání jeden členský stát přijme rozhodnutí jiného členského státu za své a vykoná je tak, jako by je vydal on sám. Zásada vzájemného uznávání snahu o nastolení spravedlnosti značně ulehčuje.

Se zásadou vzájemného uznávání samozřejmě souvisí i zásada důvěry mezi státy. Podle posudku SDEU²⁴ má zásada vzájemné důvěry členských států v unijním právu stežejní význam, jelikož umožňuje vytvoření a zachování prostoru bez vnitřních hranic. Členské státy mají, až na výjimečné okolnosti, vycházet z toho, že všechny ostatní členské státy dodržují unijní právo a zejména základní práva, která unijní právo uznává.

Byla by bláhové požadovat, aby si státy důvěrovaly slepě, bez ohledu na objektivní zprávy o stavu dodržování lidských práv a podmínek v zařízeních, ve kterých se nacházejí osoby zbavené osobní svobody. Podmínky v členských státech jsou odlišné, stav věznic v členských státech není výjimkou. Nestejně podmínky však mají potenciál destabilizovat fungování celého systému. To se ukázalo i na příkladu společného evropského azylového systému.

Samotné členství v Evropské unii a podepsané ratifikační listiny k lidskoprávním smlouvám nejsou zárukou, že je v zemi vždy zajištěn skutečný respekt k základním právům. Bylo by pošetilé myslet si opak. Přesto pro efektivní fungování policejní a justiční spolupráce je vzájemná důvěra nepostradatelná. Klíčové je tedy vymezit její hranice, aniž by to narušilo fungování společného prostoru bezpečnosti, svobody a práva. Takovým limitem by měl být absolutní zákaz porušení práv daných čl. 4 Listiny. Jiná situace nesmí připadat v úvahu.

Generální advokát zmiňuje, že v současné době již ESLP vydal celkem tři pilotní rozsudky vůči členským státům, ve kterých konstatoval porušení článku 3 z důvodu nevyhovujících podmínek ve vězení, zejména z důvodu jejich přeplněnosti. Jedná se o rozsudky proti Maďarsku, Bulharsku a Itálii.²⁵ Dále uvádí, že i ve věcech týkajících se Litevské republiky, Polské republiky a Slovenské republiky ESLP rozhodl, že přeplněnost vězeňských zařízení dosáhla takové míry, že již tento ukazatel sám o sobě umožňuje učinit závěr o porušení čl. 3 Úmluvy. Dokonce i ve vztahu k Belgii tento soud uvedl, že problémy v tamních přeplněných věznicích mají strukturální povahu a jdou

²⁴ Posudek 2/2013 Soudního dvora Evropské unie (pléna) ke slučitelnosti návrhu dohody o přistoupení Evropské unie k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod se zakládajícími smlouvami EU, ze dne 18. prosince 2014, bod 191.

²⁵ Stanovisko generálního advokáta Y. Bota přednesené dne 3. března 2016, bod 32 ve věci *Aranyosi a Căldăraru*.

nad rámec individuální situace stěžovatele v jím projednávané věci.²⁶ Tyto zprávy jsou vysoce znepokojující. Nejde jen o rozsudky ESLP. Na alarmující stav vězeňských podmínek upozorňuje i CPT.

Lze s jistotou říci, že špatné podmínky ve vězeních jednotlivých členských států nyní brání rádnému fungování společného prostoru bezpečnosti, svobody a práva. Může nyní samotný rozsudek SDEU vést ke zlepšení podmínek? Budou členské státy reagovat reformou trestního a vězeňského systému? Nabízí se zde například možnost stanovit a aktivně využívat také jiné formy trestu. Státy by mohly upravit trestní sazby pro některé trestné činy. Výstavba a renovace zařízení je nabíledni. V případě, kdy rozhodnutí SDEU vejde v širší známost, může bez patřičné reformy v některých členských státech nastat kolaps fungování zatýkacího rozkazu.

Dalším problémem může být samotné zjišťování podmínek v určitém státě. Odkud bude vykonávající stát získávat patřičné informace? CPT a jednotlivé národní preventivní mechanismy členských států nepracují na zakázku a nemají možnost udržovat neustálý dohled nad zařízeními. Zprávy o stavu vězeňských podmínek musí být zároveň skutečně aktualizované. Mezi návštěvou kontrolního orgánu a datem vydání relevantních zjištění může uplynout i značná prodleva. Na základě jakého mandátu může jeden členský stát posuzovat podmínky ve věznících v jiném státě? V danou chvíli se jedná o spolu-pracujícího partnera, nikoliv nadřazený nezávislý soudní orgán. Ostatně nejde to proti samotnému smyslu evropského zatýkacího rozkazu? Ten byl přeče vytvořen právě pro usnadnění procedury, zefektivnění a zrychlení předání hledaných osob. Justiční orgán vykonávajícího státu nyní musí získat dostatečnou povědomost o stavu vězeňství v jednotlivých členských státech a v případě pochybností kontaktovat vystavující stát a vyžadovat od něj záruky. Tím se také poskytla „munice“ předávaným osobám pro obstrukce procesu předání.

5.2 Podobnost s judikaturou k dublinskému řízení

Na první i druhý pohled se zde nabízí srovnání s případy, ve kterém byly Soudní dvůr Evropské unie i Evropský soud pro lidská práva postaveny před obdobným problém. Tehdy se jednalo o předávání žadatelů o mezinárodní ochranu do ostatních členských států podle dublinských pravidel.²⁷ Můžeme

²⁶ Tamtéž, bod 33.

²⁷ 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.

tedy očekávat podobný vývoj, jak tomu bylo nejdříve v rozsudku *M. S. S. proti Belgii a Řecku*²⁸, následně ve věci *N. S.*²⁹ a *Tarakhel*³⁰?

V době posuzování zmíněných případů tehdejší dublinské nařízení obsahovalo tzv. klauzuli suverenity, umožňující členskému státu posoudit žádost o mezinárodní ochranu, i když k tomu nebyl příslušný podle kritérií stanovených nařízením. Až po přepracování dublinského nařízení v r. 2013³¹ bylo přidáno ustanovení umožňující nepředat žadatele o mezinárodní ochranu v případě existence závažných důvodů domnívat se, že v příslušné zemi dochází k systematickým nedostatkům, pokud jde o azylové řízení a o podmínky přijetí žadatelů v daném členském státě, které s sebou nesou riziko nelidského či ponižujícího zacházení ve smyslu čl. 4 Listiny. Můžeme tedy očekávat i další revizi rámcového rozhodnutí?

V rozsudku ve věci C-411/10 *N. S.* se jednalo o transfer žadatelů o mezinárodní ochranu z Afghánistánu, Íránu a Alžírska do Řecka. Tam ovšem hrozilo nebezpečí, že budou vystaveni nelidskému či ponižujícímu zacházení. SDEU tehdy uvedl, že členské státy nemohou přemístit žadatele o azyl do příslušného členského státu, pokud systematické nedostatky azylového řízení a podmínky přijímání žadatelů o azyl v tomto členském státě představují závažné a prokazatelné důvody pro domněnku, že žadatel bude vystaven skutečnému riziku nelidského nebo ponižujícího zacházení ve smyslu tohoto ustanovení.³² Dále také uvedl, že unijní právo brání uplatnění nevyvratitelné domněnky, podle které stát příslušný podle dublinských pravidel pro projednání žádosti dodržuje základní práva Evropské unie.³³ Nelze-li tedy předat cizince do země, která je příslušná pro posuzování jeho žádosti o mezinárodní ochranu, je třeba aplikovat další dublinská pravidla pro určení jiného potenciálně příslušného státu, popř. také stát, ve kterém se cizinec nachází, může žádost o mezinárodní ochranu posoudit sám a cizince nikam nepředávat.

²⁸ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva (velkého senátu) ve věci *M. S. S. proti Belgii a Řecku* (stížnost č. 30696/09) ze dne 21. ledna 2011.

²⁹ Rozsudky Soudního dvora Evropské unie (velkého senátu) ve věci C-411/10 *N. S.* a C-493/10 ze dne 21. prosince 2011 ve věci *M. E. a další*.

³⁰ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva (velký senát) *Tarakhel proti Švýcarsku* (stížnost č. 29217/12) ze dne 4. 11. 2014.

³¹ 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 žádostí o mezinárodní ochranu podané státním příslušníkem třetí země nebo osobou bez státní příslušnosti v některém z členských států, v textu jen jako „dublinské nařízení“.

³² Rozsudek SDEU ve věci C-411/10 *N. S.*, bod 94.

³³ Tamtéž, bod 105.

Rozsudek ESLP ve věci *Tarakhel* se týká přemístění afghánské rodiny, žadatelů o mezinárodní ochranu, do Itálie. Stěžovatelé namítali, že v případě transferu podle dublinských pravidel dojde k porušení čl. 3 Úmluvy. ESLP tehdy dovodil, že švýcarské správní orgány měly od Itálie dostat záruky, že rodina po přjezdu zůstane pospolu a budou jí poskytnuty takové podmínky, které budou odpovídat věku nezletilých dětí. Italská vláda sice uvedla, že rodiny s dětmi jsou běžně umísťovány do speciálních středisek, kde se jim dostane jídla, lékařské péče, vyučování ve škole, právních služeb apod., nicméně přesto neuvedla žádné podrobnosti ve vztahu k těmto stěžovatelům. ESLP proto uvedl, že švýcarské správní orgány nemají žádné záruky, že tomu tak skutečně bude. Bez téhoto záruk dojde v případě přesunu k porušení čl. 3.³⁴ Rozsudek ve věci *Tarakhel* se týká pouze nevyhovujících přijímacích podmínek. Předmětem zkoumání soudu nebyly systematické nedostatky azylové procedury. Podle závěru soudu je na základě důvodních pochybností o situaci v dané zemi potřeba provést individuální posouzení v každém jednotlivém případě. Účelem nebylo plošně povolit či zakázat transfery do určité země. Pouze je zdůrazněna nezbytnost vzít v potaz jednotlivosti každého případu a na jejich základě si vyžádat záruky přijímací země. Závěry štrasburského soudu jsou totožné se závěry SDEU ve věci *Aranyosi a Căldăaru*.

Generální advokát si ve svém stanovisku k případu *Aranyosi a Căldăaru* všímá podobnosti předkládané věci s dřívějším rozsudkem ve věci *N. S. Zároveň* ovšem odmítá analogické použití závěrů soudu i na rozhodování o vydávání zatčených osob k trestnímu stíhání do dalších členských států. Závěry ESLP formulované v rozsudku *Tarakhel* nechává generální advokát stranou. Odkazuje na bod 13 odůvodnění rámcového rozhodnutí, podle kterého by nikdo „*neměl být odsunut, vyhoštěn ani vydán do státu, ve kterém existuje vážné nebezpečí, že by mohl být vystaven trestu smrti, mučení nebo jinému nelidskému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestu*“. Uvádí, že zde chybí zmínka o osobě předávané, přitom je značně pravděpodobné, že by to zde bylo uvedeno, protože celý nový mechanismus zatykače je postaven právě na tomto pojmu.³⁵ Tím je vyjádřena vůle zákonodárce tyto dvě procedury od sebe odlišit, jinak by rozšířil zákaz i na předávané osoby.

Evropský zatýkací rozkaz i dublinské řízení se podílejí na fungování společného prostoru svobody, bezpečnosti a práva. Analogické použití se přímo

³⁴ Rozsudek ESLP ve věci *Tarakhel proti Švýcarsku*, bod 122.

³⁵ Stanovisko generálního advokáta Y. Bota přednesené dne 3. března 2016, bod 46.

nabízí. Oba instrumenty jsou ovládány zásadou vzájemného uznávaní a důvěry mezi členskými státy, bez které by systém nemohl fungovat. Mají ovšem jinou povahu a sledují odlišné cíle. Dublinská pravidla jsou prerekvizitou pro azylové řízení, které je správní povahy. Zatýkací rozkaz je prerekvizitou pro trestní řízení, které je však soudní povahy.

Azylový systém je v členských státech plně harmonizován. Nabízí ochranu osobám, které jsou pronásledovány či jim hrozí vážná újma. Postupy, pravidla a úroveň ochrany mají být v členských státech stejné. Pokud stát nepředá žadatele o mezinárodní ochranu a nemůže aplikovat ostatní kritéria obsažená v dublinském nařízení, může stále vést řízení o mezinárodní ochraně sám. Naproti tomu trestní právo se řídí zásadou teritoriality a není harmonizováno. Evropský zatykač slouží k zajištění potlačování trestné činnosti v EU. U předání podle rámcového rozhodnutí jde o zaručení veřejného pořádku a veřejné bezpečnosti. Pokud by SDEU aplikoval závěry ze zmíněných azylových rozsudků, byly by vykonávající justiční orgány povinny odmítout předání vyžádané osoby, avšak zároveň by neměly pravomoc dotyčnou osobu trestněprávně stíhat.³⁶ Nemůžou tedy postupovat jako správní orgán v azylovém řízení a vést stíhání samy. Aplikace závěrů z „azylových rozsudků“ na řízení o evropském zatykači by mohlo vést k paralýze systému předávání a oslabení fungování celého společného prostoru svobody, bezpečnosti a práva. Hrozilo by nebezpečí, že protiprávní jednání zůstane nepotrestáno.

Nelze ponechat stranou skutečnost, že situace v některých vězeňských zařízeních je zkrátka a jednoduše neúnosná a SDEU na to zareagoval adekvátně tím, že státům připomenul povinnost nepředávat osoby do míst, kde jim hrozí nebezpečí mučení a nelidského či ponižujícího zacházení a trestu. Ve svých úvahách se však na rozdíl od generálního advokáta k možnosti analogického použití dřívější azylové judikatury vůbec nevyjádřil. Těžko říci, jestli se náhodou neobával možného kolapsu systému.

6. ZÁVĚR

Závěrem lze podotknout, že nezbývá než čekat, jak budou reagovat soudy jednotlivých členských států. V současné době není v tuzemských prameňech k dispozici žádná analýza či zhodnocení dopadu rozhodnutí ve věci

³⁶ Tamtéž, bod 57.

Aranyosi a Căldăraru a dá se jen odhadovat, nakolik jsou závěry Soudního dvora v české praxi skutečně reflektovány.

Pravidlo je nastaveno zcela jasně. V budoucnu se má v řízení o výkonu evropského zatykače postupovat obdobně jako v případě předávání podle dublinského nařízení v rámci azylové procedury, třebaže na uvedenou analogii SDEU explicitně neodkázal. Až praxe ukáže, jak moc jsou schopny členské státy poskytnout záruky, že v případě předání k trestnímu stíhání nebudou dotyčné osoby vystaveny nebezpečí mučení a nelidského či ponižujícího zacházení a trestu. Proces předání při zachování stanovených pravidel už však bude těžko možné zvládnout za pouhé dva dny.

E.
Zahraniční příspěvky

Několik slov před příspěvky kolegyň a kolegů z Polska

DAVID KRYSKA*

Dostalo se mi milého a čestného úkolu napsat několik řádků na úvod před příspěvky polských autorek a autorů. Je to poprvé, co se na každoroční kolektivní publikaci editorů D. Jílka a P. Pořízka z oblasti azylového a cizineckého (migračního) práva, v České republice jediné svého druhu, vedle tradičních českých a slovenských příspěvatelek a příspěvatelů podíleli rovněž ti z Polska. Již dříve se sice čtenáři mohli setkat s polskou právní úpravou,¹ nyní se tak však děje v několika příspěvcích zpracovaných přímo odbornicemi a odborníky na polské migrační právo.

Tato novinka má přitom svoji logiku a hovoří pro ni několik důvodů. Předně je třeba připomenout, že československé, stejně jako polské, veřejné právo, kam jen trochu zjednodušeně můžeme zařadit také právo migrační, bylo po první světové válce budováno na troskách práva rakouského, respektive rakousko-uherského, a o základy *Verwaltungsrecht*² se bez ohledu na pozdější státní a právní vývoj opírají tyto, resp. nástupnické, právní rády i dnes.

Není bez zajímavosti, že „migračním“ otázkám se věnoval již *První sjezd právníků států slovanských* v Bratislavě 1933, na kterém byla československá

* Právnická fakulta UK, Praha

¹ Viz KRYSKA, D. Vybrané aspekty právní úpravy víz v Polské republice aneb soudní přezkum vízových věcí na polském příkladě. In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Vízová politika a praxe ČR v kontextu Evropské unie. Quo vadis, visum?* Sborník z vědeckého semináře uskutečněného dne 16. června 2010 v Kanceláři veřejného ochránce práv. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2010, s. 262–267; KRYSKA, D. Idea nezávislých správních tribunálů a její možné uplatnění v cizineckém a azylovém právu se zaměřením na českou a polskou právní úpravu. In: JÍLEK, D., POŘÍZEK, P. (eds.) *Návratová směrnice: vyhoštění, zajištění a soudní přezkum.* Sborník z vědeckého semináře uskutečněného dne 20. října 2011 v Kanceláři veřejného ochránce práv – „Návratová“ směrnice (2008/115/ES); rok první. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2012, s. 273–316.

² Viz POMAHAČ, R., PÍTROVÁ, L. *Správní právo I.* Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta v nakl. Eva Rozkotová, 2016, s. 31–33.

(česká a slovenská) a polská právní věda a praxe výrazně zastoupena.³ Z návrhů témat, kterým se měl sjezd věnovat a které s migračním právem více či méně souvisely, lze zmínit problematiku státního občanství a domovského práva, státního občanství žen, menšinového práva, vystěhovalectví a postavení cizinců. Pro sekci *Právo ústavní a správní* bylo nakonec jako jedno ze dvou zvoleno téma *Jednotné zásady o nabývání státního občanství a domovského práva ve státech slovanských*.⁴ Tato pozoruhodná akce stojí za připomenutí rovněž proto, že tento sjezd a akce s ním související byly budovány na myšlenkách integračních, myšlenkách evropského (světového) společenství založeného na vzájemné spolupráci a pokroku a vytvoření hospodářské bezpečnosti a trvalého míru. Na tomto integračním procesu se přitom měla podílet rovněž právní věda, neboť jedním z jeho cílů bylo sbližování právních řádů (prozatím států slovanských),⁵ jejichž internacionálizaci a unifikaci mělo napomoci vzájemné poznávání a sbližování právníků ze států blízkých jazykem, kulturou, a hospodářskými a politickými styky.⁶

Tolik nepřekvapuje, že se s rozvíjením obdobné česko-slovensko-polské spolupráce můžeme v oblasti veřejného (ústavního, státního a správního) práva a dalších podoborů setkat již od doby transformace ústavních a politických systémů od r. 1990, která později byla institucionalizována a vedla k mnohým publikačním výstupům.⁷

Z oblasti ústavního práva lze zmínit česko-polské právnické semináře a další setkávání českých a polských konstitucionalistů.⁸ Připomenout je

³ Předsedou přípravného výboru a posléze samotného sjezdu byl K. W. Kumaniecki z Polska, Československo pak bylo v rámci přípravného výboru a sjezdu zastoupeno jedním z místopředsedů K. Laštokou a hlavním jednatelem přípravného výboru, generálním tajemníkem sjezdu a jeho hlavním organizátorem byl C. Bařinka. Srov. např. *Právny obzor*, 1933, č. 20, s. 719.

⁴ Hlavním zpravodajem pro toto téma byl L. Ehrlich z Polska, spolužpravodají z Československa byli Z. Peška a V. Joachim. Srov. *Právny obzor*, 1932, č. 20, s. 602–603.

⁵ Za tzv. „slovanské státy“ byly považovány Bulharsko, Československo, Jugoslávie a Polsko. S účastí zástupců ze Sovětského svazu se počítalo výhledově.

⁶ K tomu srov. zejména BAŘINKA, C. První sjezd právníků státu slovanských v Bratislavě 1933. *Právny obzor*, 1931, č. 18, s. 528–543.

⁷ Komparativní práce a jisté formy spolupráce vznikaly pochopitelně i dříve, avšak v poněkud jiném kontextu, kdy jedním z cílů bylo hledání či vytvoření jednotného „socialistického“ práva.

⁸ Viz např. WITKOWSKI, Z., JIRÁSKOVÁ, V., WITKOWSKA-CHRZCZONOWICZ, K. (red.) *Konstitutionalizm czeski i polski 15 i 11 lat po uchwaleniu konstytucji obu państw / Konstitutionalismus český a polský 15 a 11 let po schválení ústav obou států*. Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2009; WITKOWSKI, Z., JIRÁSKOVÁ, V. (eds.) *Ústavní systém České republiky a Polské republiky po přistoupení k Evropské unii*.

pak třeba také spolupráci administrativistů pražské a krakovské právnické fakulty.⁹ Spolupráce českých a slovenských konstitucionalistů a administrativistů je pak více než přirozená.

V oblasti práva životního prostředí se od r. 2000 konají česko-polsko-slovenské konference na aktuální téma tohoto oboru.¹⁰ V rámci finančního práva a finanční vědy rámec „slovanské trojice zemí z tzv. Visegrádských zemí Evropské unie“¹¹ ještě přesahuje *Informační a organizační výzkumné centrum veřejných financí a finančního práva zemí střední a východní Evropy – Sdružení při Právnické fakultě Univerzity v Bělostoku* (pol. *Centrum Informacji i Organizacji Badań Finansów Publicznych i Prawa Podatkowego Krajów Europy Środkowej i Wschodniej – Stowarzyszenie przy Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymostku*).¹²

Obdobné formy spolupráce se přitom netýkají jen právní teorie, ale rovněž praxe. Od roku 2012 působí česko-polská pracovní skupina soudců správních soudů.¹³ Na posledním setkání pracovní skupiny v polské Vratislavii byla přitom vážně diskutována otázka, že by se dalších setkání napříště účastnili i správní soudci ze Slovenska.

Následující příspěvky polských kolegyně a kolegů tak snad znamenají rozšíření česko-slovensko-polské spolupráce právníků i do oblasti migračního práva, a to spolupráce již probíhající.¹⁴ Ta přitom kromě výše naznačených

Praha: Leges, 2011; WITKOWSKI, Z. (red.) a kol. *Aktualne problemy współczesnego konstytucjonalizmu. Europeizacja konstytucji Republiki Czeskiej i Rzeczypospolitej Polskiej*. Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2014.

⁹ Viz *Správní právo*. 1997, č. 3–4; FILIPEK, J. *Jednolitość orzecznictwa sądowo-administracyjnego i administracyjnego w sprawach samorządowych*. Kraków: Zakamycze, 1999; *Institucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2001.

¹⁰ Stojí za nimi M. Damohorský a V. Stejskal (Česká republika), W. Radecki a J. Sommer (Polsko) a S. Košičiarová (Slovensko). Srov. DAMOHORSKÝ, M. Osobnost a dílo Prof. Dr. Wojciecha Radeckého. *České právo životního prostředí*. 2014, č. 1, s. 62–63.

¹¹ Označení použil M. Damohorský. Srov. DAMOHORSKÝ, M., op. cit. 10, s. 61.

¹² Viz internetové stránky sdružení www.ciob.pl

¹³ Viz NIEZGÓDKA-MEDEK, M. Česko-polska grupa robocza sędziów sądów administracyjnych. In: *Sądownictwo administracyjne w Polsce i Czechach. Wybrane zagadnienia omawiane w ramach polsko-czeskiej współpracy sędziów sądów administracyjnych w latach 2012–2015 / Správní soudnictví v Polsku a České republice. Výbrané otázky diskutowane w rámci polsko-české spolupráce soudců správních soudů v letech 2012–2015*. Warszawa: NSA – Naczelný Sąd Administracyjny, 2016, s. 7–12; NIEZGÓDKA-MEDEK, M. Česko-polská pracovní skupina soudců správních soudů, tamtéž, s. 7–11.

¹⁴ Viz JURNÍKOVÁ, J., KRÁLOVÁ, A. (eds.) *Společný evropský azylový systém v kontextu uprchlické krize*. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2016.

důvodů má i praktickou stránku. Nejde zde jen o členství všech tří zemí ve Visegrádské skupině a zejména v Evropské unii a schengenském prostoru (Slovensko a zejména Polsko mají vnější schengenskou pozemní hranici). Jde také o ryze praktické problémy, se kterými jsme se mohli v minulosti setkat nebo se kterými se ještě setkávají budeme. Pouze příkladmo lze na tomto místě uvést tzv. „*asylum shopping*“ některých skupin bývalých žadatelů o mezinárodní ochranu, předávání v rámci dublinského systému či podle readmisních smluv, nebo vyhoštování občanů třetích zemí s oprávněním k pobytu na území jedné z uvedených zemí druhým státem (v minulosti osob oprávněných k pobytu na území České republiky tranzitujících přes území Polska; v současnosti výkon zaměstnání držitelů polských víz na území České republiky).¹⁵ Vzájemné setkávání, poznávání, výměna znalostí a zkušeností a diskuse nám lépe pomohou jak při vzájemném porozumění právním úpravám či praxi, tak při hledání dílčích či společných a koncepčních řešení.

Pro tento ročník se nakonec sešly celkem tři příspěvky, a to od autorek a autorů z lodžské, poznaňské a vratislavské právnické fakulty. Z praktických důvodů jsou všechny psány v anglickém jazyce. Není otázkou jednoduchou, zdali se v tomto ohledu dá vymyslet pro všechny zúčastněné strany (autory i čtenáře) přívětivější formát.¹⁶

¹⁵ K naposled uvedenému problému srov. příspěvek J. Zavřelové (VII. Zaměstnávání cizinců disponujících polským dlouhodobým vízem vydaným za účelem zaměstnání), obsažený v této ročence na s. 242–257.

¹⁶ Anglický jazyk, který byl vedle češtiny a slovenštiny editory určen jako jeden z možných jazyků publikace, je možné v přeshraničním právním prostředí považovat v současné době za jazyk dominující. I v rámci uváděného bratislavského sjezdu v r. 1933 byla jazyková otázka vnímána jako určitá překážka. Ačkoliv účastníci sjezdu mohli mluvit každý mateřským jazykem, pomocným jazykem měla být francouzština, do které měly být přeloženy i závěrečné návrhy a usnesení sjezdu (srov. *Právny obzor* 1932, č. 3, s. 95). Z uvedeného důvodu vznikl v té době pozoruhodný slovník obsahující srovnávací názvosloví československo-polsko-jihoslovansko(srbochorvatsko)-bulharsko-ruské a dílčí názvosloví slovinsko-československé, polsko-československé, srbochorvatsko-československé a bulharsko-československé [BAŘINKA, C. (ed.) *Právnické srovnávací názvosloví slovanské*. Bratislava: Generální sekretariát I. Sjezdu právníků států slovanských za přispění Práv. obzoru, 1933]. Přes vzájemnou podobnost a příbuznost slovanských jazyků totiž nadále platí slova významné postavy chorvatské, ale i české historie S. Radiče (mimo jiné v letech 1893–1894 studenta pražské právnické fakulty), který ve své učebnici chorvatského jazyka pro Čechy uváděl: „My Slované rozumíme si však bez jakékoliv přípravy jazykové jen tak zhruba, a jak si rozumíme, tak nám se také daří [...].“ (RADIĆ, S. *Jak se Čech brzo naučí chorvatsky? / Kako će se Čeh brzo naučiti hrvatski?* 2. izdanje. Zagreb: Stjepan Radić, 1911, s. 3). Je otázka, nakolik v právní vědě najdou v budoucnosti své uplatnění současné snahy o vytvoření komunikačního prostředku ve formě umělého jazyka novoslovenštiny (mezislovanštiny), o němž se hovoří jako o „slovanském esperantu“ a jehož využití jeho autoři vidí mimo jiné právě

Věřím, že pro čtenáře budou všechny tři příspěvky vzhledem k jejich tematickému zaměření a obsahu zajímavé a přínosné. Závěrem si dovolím všem polským kolegyním a kolegům za sebe, ale také jménem editorů, poděkovat, že své práce zpracovali a dodali. Tak tedy: *serdecznie dziękuję!*

v oblasti vědeckých prací (srov. MERUNKA, V. *Novoslovenskij jazyk*. Praha, České Budějovice: Nová Forma, 2009; MERUNKA, V. *Neoslavonic zonal constructed language*. Prague, Budweis: Nová Forma, 2012).

BARBARA KOWALCZYK, ŁUKASZ PRUS*

1. INTRODUCTION

The public order and national security as values of the state legal order has been functioning in Polish migration law system since the very beginning. The first binding legal regulation in the Republic of Poland dedicated to the subject of foreigners was the 13 August 1926 Ordinance of the President of the Republic of Poland on foreigners (it became binding on 1 January 1927, hereinafter: the Ordinance) and was equivalent to a statute.¹ This legal act dealt with basic issues related to the entry of foreigners² into Polish territory as well as their residence, transit and departure. It provided for many standard institutions of migration law, including a ban of entry and a forced removal. The Ordinance adhered to the principle of limited access of foreigners to Polish territory. The general principle was that entry as well as residence and transit were subject to administrative regulation. Permission for entry was granted by competent administrative bodies, which also had the right to refuse entry, residence or transit, using their discretionary power. In this regard, the lawmaker paid particular attention to the question of danger to the welfare of the state. He further expatiated on the meaning of this concept, using such terms as threat to public safety and order, threat to public health, earlier expulsion from the country, conviction for crime and lack of means of subsistence within the Polish territory.³ The

* Wrocław University, Poland

¹ Journal of Laws 1926, no. 83, item 465.

² The Ordinance defined the concept of a foreigner in negative manner – by outlining traits that a foreigner does not possess. According to Article 1 'Any person who does not have Polish citizenship is regarded as a foreigner'. Till date, various subsequent legal regulations maintain this definition. According to currently binding legal definition, a foreigner is 'any person who does not have Polish citizenship'.

³ Article 3 of the Ordinance.

notion of the welfare of the state, especially a threat to public safety and order, is used also in provisions dealing with restrictions and expulsion from the territory of Poland.⁴

Therefore it can be justified stated that also today three groups of premises play decisive role in terms of refusal of the entry and stay of a foreigner in Poland. The premises are those concerning the migration risk, those concerning the economic interest of the state, as well as those concerning the protection of safety and public order as well as security and the interests of the Republic of Poland.⁵ This division is of universal significance and pertains to all bases for a foreigner's residence in Poland.

2. THE GENERAL CLAUSE OF SECURITY

It is almost unattainable task to define the notions of 'security' ('safety') precisely.⁶ This concept is close interlinked with and complement by the terms 'public order' and 'national defence'. It is claimed that they constitute 'conceptual cluster' which is effectively used by public authorities, especially a lawmaker.⁷

In the Polish Constitution⁸ these concepts appear many times, side by side. 'Public order' is always accompanied by 'security', including 'state security', 'internal security of the state', 'external security of the state', and 'security of citizens'.⁹ Both concepts belong to the elements of public interest, which justify interference in the constitutional rights and freedoms of individuals.¹⁰ They also constitute a public task. It should be stressed

⁴ Article 10 of the Ordinance.

⁵ CHLEBNY, J. (ed.) *Ustawa o cudzoziemcach. Komentarz*. Warszawa: C. H. Beck, 2015, p. 293.

⁶ The one Polish word 'bezpieczeństwo' used in legal provisions can be translated into English as 'security' as well as 'safety', SUPERNAT, J. *Administracja i prawo administracyjne. Słownik polsko-angielski*. Wrocław: Kolonia Limited, 2011, p. 33.

⁷ WASIAK, D. *Argument z porządku publicznego jak uzasadnienie technik panoptycznych w dyskursie prawnym*. Lublin: Wydawnictwo Naukowe TYGIEL, 2016, p. 43. The author analyses the notion 'public order and safety'.

⁸ The Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Journal of Laws 1997 No.78, item 483 as amended.

⁹ WASIAK, D., op. cit. 7, p. 43.

¹⁰ According to Article 31 (3) of the Constitution 'Any limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for the protection of its security or public order, or to protect the natural

that ‘security of the citizens’ is one of the priorities of the State according to Article 5 of the Constitution which states that: ‘The Republic of Poland shall safeguard the independence and integrity of its territory and ensure the freedoms and rights of persons and citizens, the security of the citizens, safeguard the national heritage and shall ensure the protection of the natural environment pursuant to the principles of sustainable development’.

In statutes, including the area of migration/asylum law, the notion of ‘security’/‘safety’ appears in different context as well. Different descriptors such as: public, national, internal, personal are added to the term.

In legal doctrine and in case law descriptive definition of the notion ‘security’ (public, national) dominates. It is understood as a certain positive state prevailing in the society. Preservation of it guarantees the avoidance of certain damages regarding both the entire organization as well as its individual members. Security means a peace and public order. On the first plan elements of threat from unlawful attacks against certain goods and values are emphasized. Especially life and health of individuals, freedom as well as tangible goods are under protection. It means, therefore, a state in which individuals as well as other entities, including the state and public institutions, are not threatened and the normal process of social relations is not jeopardized. To sum up this short explanation of crucial term, one can say that ‘security’ is an entire system of political, legal and institutional solutions guarding particularly vital goods like life and health as well as public and private property. The subject of security is always the state as organization and society as its element. The object is establishment that allows for normal existence. Finally, it has to be said that public security and order confront legal goods in polarized way.¹¹ The notion of security is real, utilitarian and pragmatic one. It is a good particularly sensed by society and individuals, and at the same time many (different aspects and meanings) can be attributed to it.¹² It forms some kind of *perpetuum mobile* for legislator’s goals.¹³

environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights’. Translation: <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, accessed 30.06.2017.

¹¹ BOĆ, J., BOJEK, E. Struktura administrująca a bezpieczeństwo, porządek i spokój publiczny. In: BOĆ, J., MIKOWSKI, Ł. (eds.) *Organ administracji publicznej w systemie bezpieczeństwa społeczności lokalnych*. Walbrzych: Wydawnictwo Uczelniane Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Angelus Silesiusa, 2016, p. 21.

¹² Ibidem, p. 17.

¹³ WASIAK, D., op. cit. 7, p. 46–47.

3. ASYLUM LAW – THE STATE OF PLAY

The Polish asylum system is made up of six forms of protection of foreigners. This division has been functional since the 1st of May 2014. In the strict sense, the forms of protection are: refugee status, subsidiary protection, asylum¹⁴ and temporary protection. They are regulated in the Act of 13 June 2003 on granting protection to foreigners within the territory of the Republic of Poland (hereinafter: Act on Protection).¹⁵ The remaining two forms are: residence permit for humanitarian reasons and permit for tolerated stay. They are regulated in the Act of 12 December 2013 on Foreigners.¹⁶ It is worth bearing in mind that all the forms of protection provided for herein, apart from the temporary protection, are of an individual character and are examined as such.

In the broad sense, the concept of the procedure for granting protection affects each of the forms of protection provided for in Polish law. Five of them, i.e. refugee status, subsidiary protection, asylum, residence permit for humanitarian reasons and permit for tolerated stay are individual in nature – they are granted after proceedings have been carried out in individual cases, and settled by an administrative decision. Similarly, protection is withdrawn by means of a decision issued within administrative proceedings. Temporary protection, which is a form of group asylum, is granted on the basis of a decision of the Council of the EU, which has direct effect and is binding on all Member States. Contrary to the procedure of granting protection, refusal to take advantage of it as well as its withdrawal require individual procedure and the issuance of an administrative decision of the appropriate organ.

In Poland a single asylum procedure applies and includes the examination of conditions to grant refugee status and subsidiary protection. The competent body in the first instance is the Head of the Office for Foreigners; the appeal body is the Refugee Board. Until 1 May 2014 there was also a tolerated stay permit granted within this procedure. Provisions of the Act on Foreigners modified the procedure model by removing this form of domestic protection, as well as by waiving the requirement of issuance of

¹⁴ In the Polish legal system, the institution of asylum is separated from the institution of a refugee status, although in many European states asylum and refugee status are, from the legal point of view, the same institution.

¹⁵ Consolidated text, Journal of Laws 2016, item 1836 as amended.

¹⁶ Consolidated text, Journal of Laws 2016, item 1990 as amended.

a decision on the expulsion (in the new nomenclature - on issuing a return decision) within the refugee procedure. In the Act on Foreigners, due to the complex regulation of the issue of obligating foreigners to return, domestic, subsidiary forms of protection provided for in this act are granted by the Border Guard authority in the first instance, in separate proceedings which display some of the characteristics of integrated proceedings.¹⁷ In proceedings for granting asylum some of the laws regulating proceedings in cases concerned with the granting of international protection are applied as appropriate.

National security and public order and safety play vital role in the entire asylum system. Three different perspectives can be adopted in this regard: institutional, substantive and procedural.

First and foremost the organisational solutions concerning structure and tasks of the main migration authority – the Head of the Office for Foreigners – and his/her Office (a governmental administration agency) are an expression of increasing securitisation of immigration and asylum. The Office works under the direct supervision of the Head. The Head runs the Office with the help of his/her deputies, the director general and the heads of organisational units.¹⁸ Apart from the employees working in the Office, duties can be carried out by the following functionaries: the Internal Security Agency and the Foreign Intelligence Agency, the Government Protection Bureau, the State Fire Service, the Police, the Border Guard and the Military Intelligence Service and its soldiers.

¹⁷ It is noteworthy that in the draft amendment to the Act on Protection presented on 30 January 2017 (recast version was presented in June 2017) a major change is the planned return to a fully integrated asylum procedure, that is, within proceedings for granting international protection initiated at the request of the foreigner, the Head of the Office for Foreigners, in cases of refusal to grant refugee status or subsidiary protection, would rule on the granting of a residence permit for humanitarian reasons or if there were negative premises, a permit for tolerated stay. Where there is no basis for granting any of the forms of protection, the organ would rule, obligating the foreigner to return as well as banning re-entry into Polish territory as well as other Schengen countries. The organ also defines the period during which this ban is binding. This change is aimed at accelerating and simplifying the presently applicable two-stage procedure, it is also supposed to lead to the quickest possible settlement of cases concerning foreigners' right to residence in Polish territory (<https://bip.mswia.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnyc/2017/24478,Projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-udzieleniu-cudzoziemcom-ochrony-na-terytorium-.html>, accessed 2. 7. 2017).

¹⁸ More information about the organisation and tasks see <https://udsc.gov.pl/urzad/1-3-struktura-organizacyjna/>, accessed 6. 6. 2017.

From institutional perspective the cooperation of decisive body with specialized authorities should also be stressed. In asylum procedure the burden of ascertaining issues with respect to so-called exclusion clauses is shared with other governmental organs. According the Act on Protection, before issuing a decision, the Head of the Office for Foreigners is obligated to contact the commanding officer of the Border Guard, the voievodship commander of the Police, the Head of the Agency for Internal Security and where necessary, other organs with the aim of obtaining information as to whether some of the circumstances which constitute the basis for clauses precluding the granting of refugee status or subsidiary protection occur with respect to the applicant or the person in whose name the applicant has made an application. The same requirement pertains to asylum. Just like with proceedings for granting asylum or international protection, the organ conducting the proceedings on granting residence permit for humanitarian reasons and permit for tolerated stay collaborates with other organs in order to establish the factual circumstances of the case.

It is also noteworthy that similar cooperation is provided for resettlement or relocation. Before the actual resettlement or relocation of a foreigner, the Head of the Office requests the Commander in Chief of the Border Guard, the Commander in Chief of the Police, the Head of the Internal Security Agency to provide information as to whether the entry and stay of the foreigner in the territory of Poland can constitute a threat to the defence or security of the state or for the protection of security and public order. In cases where at least one of these organs provides information on such danger, the foreigner is not qualified for resettlement or relocation. In addition, in the area of relocation and resettlement a special body was created in 2016. The Inter-ministerial Committee for Ensuring Security in Relocation and Resettlement Process is a supporting body of the Prime Minister.¹⁹ Its principal function is to coordinate the cooperation of entities participating in the proceedings on granting international protection to foreigners covered by the resettlement and relocation program.

Substantive premises for granting international protection are partly directly or indirectly based on security clause. Since refugee status and

¹⁹ The Ordinance no. 21 of the President of the Council of Ministers of 25 February 2016 concerning the Inter-ministerial Committee for Ensuring Security in Relocation and Resettlement Process, <https://bip.kprm.gov.pl/kpr/bip-rady-ministrów/organy-pomocnicze/organy-pomocnicze-preze/3550,Miedzyresortowy-Zespol-do-spraw-zapewnienia-bezpieczenstwa-w-procesie-przesiedle.html>, accessed 6. 7. 2017.

subsidiary protection are harmonized (with international law and/or EU law) forms of protection, provisions concerning the bases for refusal to grant refugee status and subsidiary protection refer through repetition to relevant acts. The lawmaker outlined the bases for refusal to grant refugee status in a straightforward and exhaustive manner. Refusal is compulsory when among others there are serious grounds to state that: (1) a foreigner has committed a crime against peace, a war crime or a crime against mankind in the understanding of international law, (2) he/she is guilty of actions that are contrary to the goals and principles of the United Nations defined in the Preamble and in the United Nations Charter, (3) he/she committed a non-political crime outside the territory of the Republic of Poland before applying for international protection; in the case of such crimes, where there are serious grounds to suppose that a foreigner has incited or in any other way contributed to their perpetration, he/she is refused refugee status.

The negative premises for granting subsidiary protection are similar to the exclusion clauses for refugee status both in terms of the way they are outlined as well as their content. Some parts are identical, and in those cases, the lawmaker simply refers to the exclusion clauses for refugee status. In addition, the legislator directly refers to a threat to the security of the state or society as negative premises.

In turn, pursuant to Article 90 of the Act on Protection, ‘a foreigner may be granted asylum, upon his/her application, if the asylum is necessary for providing him/her with protection, and when vital interests of the Republic of Poland are at stake’. There is no clear negative premises. The very notion of vital interests of Poland is to be understood as related to issues of significant importance for the state, among others national security, public safety and order as well as a security of nationals. The laws that establish the conditions for granting asylum fully reflect the theory of the discretionary competence of the state (its organs) in granting asylum.

Just like in the case of refugee status and subsidiary protection, the list of reasons for refusing to grant residence permit for humanitarian reasons is quite broad. Basically, refusal to grant permit is based on similar reasons in terms of the approach as well as the content. According to Article 349 (1) of the Act on Foreigners a foreigner shall not be granted a residence permit for humanitarian reasons if there are substantial grounds to believe that: (1) he/she has committed a crime against peace, a war crime or a crime against humanity within the meaning of the international law, or (2) he/

she is guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations set out in the Preamble and Arts 1 and 2 of the Charter of the United Nations, or (3) he/she has committed a crime within the territory of the Republic of Poland or committed an act outside this territory that is a crime under the Polish law, or (4) represents a threat to national security or defence, the protection of public order and safety, or (5) he/she has instigated or otherwise participated in the commission of crimes or offenses referred above.

In Article 352 of the Act on Foreigners regulating a permit for tolerated stay for a foreigner there is a direct reference to the security clause. The permit shall be denied if foreigner's stay within the territory of the Republic of Poland may pose a threat to national security or defence, the protection of public order and safety.

In case of temporary protection, inasmuch as the positive premises were formulated generally and do not refer to individual traits, the negative premises are individual in nature, in agreement with the general rule applied on the basis of the Act on Protection to the remaining forms of protection. It is noteworthy that the circumstances that justify refusal to grant temporary protection are applied both as exclusion clauses and as cessation clauses. The bases for refusal to grant temporary protection include: (1) serious grounds to suspect that the foreigner: (a) has committed a crime against peace, a war crime or a crime against mankind in the understanding of international laws that refer to such crimes, (b) has committed a crime that is non-political in nature outside the territory of the Republic of Poland before coming to Poland to seek temporary protection, (c) is guilty of actions that are contrary to the goals and principles of the United Nations defined in the Preamble and in the United Nations Charter, (b) he/she has committed a crime within Polish territory or an act outside Polish territory that constitutes a crime according to Polish law; (2) entrance or residence of the foreigner could threaten the security of the state; (3) where the foreigner has been found guilty by final sentence for a crime, the nature of which indicates that his/her presence in the territory of the Republic of Poland could pose a threat to its citizens.

The notions of national defence and security and/or public safety and order appear (directly or indirectly) also in provisions regulating the lost of protection. Deprivation of protection due to the threat caused by the foreigner for the state and society is a common feature of all forms of protection.

The security clause is also present in Polish law regulating observance the *non-refoulement* principle. This is a basic principle of asylum law. Even though the principle of *non-refoulement* is characterised by marked differences in the manner of its regulation in relation to particular forms of protection, there are also certain similarities. It pays to note that with regard to asylum, this ban of expulsion is absolute. A foreigner who has been granted asylum cannot be obliged to return without a prior withdrawal of asylum. In the case of refugee status and subsidiary protection the situation is very complex due to the content of the Geneva Convention. According to Article 301 (1) of the Act on Foreigners, a decision imposing the obligation to return cannot be issued in relation to a foreigner who has refugee status or is covered by subsidiary protection except in the situation outlined in Article 32 (1) or Article 33 (2) of the Geneva Convention.²⁰ This reference to the international agreement means that the provisions of the Geneva Convention apply directly. Pursuit to Article 32 (1) 'The Contracting States shall not expel a refugee lawfully in their territory save on grounds of national security or public order'. The notion 'a danger to the security of the country' and 'a danger to the community of that country' occur in the second mentioned provision dealing with the prohibition of expulsion or return ('*refoulement*'). A decision obligating the foreigner to return states the amount of time within which the foreigner is required to voluntarily return, usually 15-30 days from the day on which the decision is served. In this manner, the lawmaker meets the requirements of the Convention to give the refugee a reasonable time to apply for reception in another country. It is also possible for the decision to be executed with immediate effect according to the provisions of the law on the grounds of defence or security of the state or security and public order. When it comes to residence permit for humanitarian reasons as well as permit for tolerated stay, the lawmaker established a principle to which there are no exceptions: a protected foreigner cannot be issued a decision obliging him/her to return, nor can such a decision be executed. It would frustrate the aim of the protection granted. The provisions concerning temporary protection do not contain a similar guarantee. Therefore, it can be concluded that the recipient of this form of protection is covered by the general regulation contained in the Act on Foreigners.

²⁰ See also Article 89g of the Act on Protection where the same rule is stated, but the legislator uses old nomenclature inconsistent with the Act on Foreigners.

Within procedural dimension it pays to note that security clause is effectively used when comes to introduction an accelerated procedure. According to Article 39 (1) p. 5 of the Act on Protection an application for international protection is considered in accelerated proceedings in cases where the applicant constitutes a threat to the security of the state or to public order or has been expelled in the past from the territory of the Republic of Poland for that reason. Accelerated proceedings are modified with respect to procedural guarantees, and are aimed solely at issuing a negative decision in the case. In the decision closing the proceedings, it is indicated that the application for international protection was considered in accelerated proceedings. Such a decision should be issued thirty days after the application is submitted (in ordinary proceedings – six months from the day the application is submitted on the appropriate form; this period can be extended to fifteen months). There are also differences in appeal procedure. According to the Act on Protection, there are two modes for appeal proceedings: ordinary and accelerated. In the ordinary mode, the time for bringing an appeal against a decision of the Head of the Office for Foreigners is fourteen days from the day the decision was announced, or the document containing the decision was served. However, in accelerated mode the prescribed time for appeal is seven days from the day the decision was announced, or the decision was served. Another difference between the two modes is the number of persons in the appeal organ. In normal procedure, appeals are considered by a 3-man branch, while in accelerated procedure, the appeal body is made up of one person.

The second area where the security clause play a vital role is detention. Detention is permissible in all asylum procedures (ordinary, accelerated, Dublin procedure). Detention measures should be applied in accordance with the principle of proportionality, starting with the least severe. An applicant (and a person on whose behalf an application for international protection was made) are placed in a guarded centre or in a detention centre only if the alternatives to detention cannot be used.²¹ The aims of detention have been exhaustively outlined. However, the nature of the premises gives the organs a significant measure of discretion in assessing the applicability

²¹ See more *Detention. The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies in Poland*. Prepared by the National Contact Point to the European Migration Network in Poland. Warsaw, 2014, <https://emn.gov.pl/download/74/20057/De-tencjaEN.pdf>, accessed 6. 7. 2017.

of this sanction. Detention is justified when it is necessary for security reasons: national defence and security or public safety and order [Article 87 (1) p. 4 of the Act on Protection]. It is also worth mentioning that the security clause is enumerated among the grounds for release from guarded centres and detention centres as a negative premise. A foreigner is released based on a decision of the Head of the Office issued *ex officio*, or at the request of the foreigner if the evidence collected in the case indicates that the asylum seeker, with high probability, meets the conditions for being recognised as a refugee or for being granted subsidiary protection and his/her stay within Polish territory does not constitute a threat to the defence or safety or protection of security and public order, as well as if there are no negative premises for the granting of protection (some of them).

Apart from these two basic solutions the security clause enables administrative authorities to waive justification of issued decision (Article 5 of the Act on Protection). Another example of using this clause is provision which entitles organs of the Border Guard to detailed check of applicant during the initial phase of asylum procedure [Article 30 (3) and (4)].

4. RESPOND TO ‘REFUGEE CRISIS’ AND POSSIBLE FUTURE DEVELOPMENT

In the present situation perceived as ‘refugee crisis’ in Europe, the security clause has gained a particular importance. The argument of national security, public safety and order seems to be the core of current Polish migration/asylum policy and justification for undertaking as well as neglecting actions in this field. Poland definitely has been tightening her policy and regulations. Government has been using the opportunities of the general security clause, knowing its potential and social reception.

As a first example can serve annulment of relocation process in 2016. In 2012 the legislator created legal basis for resettlement or relocation of persons seeking international protection. Both institutions are covered by the same laws of the Act on Protection with due consideration of the differences between them. For relocation to take place, it is necessary for the Council of Ministers to issue an ordinance which outlines: (1) the number of foreigners who can be relocated in a given year; (2) the countries from which they can come; (3) the amount of funds put aside to cover the

costs of relocation. The issuing of said ordinance is a *sine qua non* condition for the realisation of the relocation programme in a given year. Hitherto, such a decree has not been issued. In January 2016, the Polish government presented a project of the ordinance on foreigners' relocation in 2016. The act was to serve as a means of implementing EU law. In September 2015, Poland agreed to relocate more than 6,000 asylum seekers from Italy and Greece on the basis of two Council decisions.²² Ultimately, the act was not enacted, and the process of relocation from Greece and from Italy which had begun was cancelled in May 2016. Until June 2017 no one was relocated to Poland.²³ The main reasons for this lack of relocation publicly presented by Polish government were: possession of false documents by the candidates for relocation; lack of direct access to the candidates in Italy; and insufficient level of security checks of asylum seekers who were to be relocated from Greece to Poland. Relocation involves also a strong political aspect.²⁴

The second issue worth noticing in this context is the revocation by the Council of Ministers on request of the Minister of the Interior and Administration the document *Migration Policy of Poland – Current State and Postulated Actions* in October 2016. This document developed by the Council of Ministers on 31 July 2012 was the first governmental document on the State's policy in this matter which was so thorough and in-depth.

²² Council Decision (EU) 2015/1523 of 14 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece (OJ L 239/146, 15. 9. 2015) and Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece (OJ L 248/84, 24. 9. 2015).

²³ See Report from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. *Thirteenth report on relocation and resettlement*. Strasbourg, 13. 6. 2017 COM(2017) 330 final. As we can read in Report 'In particular, Hungary and Poland remain the only Member States that have not relocated a single person and Poland has not made any pledge since 16 December 2015' (p. 3), https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20170613_thirteenth_report_on_relocation_and_resettlement_en.pdf, accessed 30. 6. 2017.

²⁴ Hungary and Slovakia, supported by Poland, had challenged the legality of the second Council Decision on relocation (joined cases C-643/15 and C-647/15). The Court (Grand Chamber) dismissed the appeals (judgment of 6 September 2017, ECLI:EU:C:2017:631). On 14 June 2017 the European Commission launched infringement procedures against the Czech Republic, Hungary and Poland for non-compliance with their obligations under the 2015 Council Decisions on relocation, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1607_en.htm (accessed 17.06.2017). See more: PRINC, M. Granting protection to foreigners – a few reflection from the Polish perspective on current situation. In: JURNÍKOVÁ, J., KRÁLOVÁ, A. (eds.) *Společný evropský azylový systém v kontextu uprchlické krize*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2016, p. 163 et cited lit.

According to the Minister, it had not consented to the problems Poland has been facing.²⁵ It had not taken into consideration the situation of migration (refugee) crisis and the situation of great economic migration from Ukraine. The Minister emphasised that currently two aspects of the migration policy are the most important – influence on the labour market and the citizens' safety. It is clear that the present government has different opinion regarding the migration problems than the previous one. It was said that the foregoing ideological approach, which was based on the vision of multiculturalism and the vast migration absorption was wrong.²⁶ According to the government it is crucial to precisely monitor the migration processes, think in perspective about the integration and assimilation of economic migrants, and ensure safety against terrorist threats.

The last example of present directions in development of Polish asylum law is a draft amendment to the Act on Protection announced in January 2017 and recast in June 2017.²⁷ The main issues in the proposal were connected with further implementation of the directive 2013/32/EU²⁸ and the directive 2013/33/EU²⁹, first and foremost with the realisation of the constitutional obligation of the State to maintain public order and the protection of national security as well as accelerating actions taken in relation to foreigners. To this end, certain procedural and systemic regulations were prepared, aimed at counteracting the abuse of the asylum procedure,³⁰ increasing the effectiveness of detention and the execution of

²⁵ <https://mswia.gov.pl/pl/aktualnosci/15912,Potrzebne-jest-stworzenie-nowej-polityki-migracyjnej.html>, accessed 5. 6. 2017.

²⁶ '*Pragmatycznie, a nie ideologicznie – o polityce migracyjnej Polski*' ['*Pragmatically not ideologically*' – *about the migration policy in Poland*], <http://biuletynmigracyjny.uw.edu.pl/55-grudzien-2016/%E2%80%9Epragmatycznie-a-nie-ideologicznie%E2%80%9D-o-polityce-migracyjnej-polski>, accessed 5. 6. 2017.

²⁷ <https://bip.mswia.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnyc/2017/24478,Projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-udzieleniu-cudzoziemcom-ochrony-na-terytorium-.html>, accessed 2. 7. 2017.

²⁸ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (OJ L 180/60, 29. 6. 2013).

²⁹ Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (OJ L 180/96, 29. 6. 2013).

³⁰ In the proposal the case of the border-crossing point Terespol-Brest on the Polish-Belarusian border is analyzed. It is stated that the biggest part of foreigners is not interested in obtaining protection on the territory of Poland but in further migration for economic reasons to other EU countries. Approximately 80% of the proceedings initiated by Russian citizens of Chechen nationality are discontinued. The most common grounds for issuing decision

the return of persons who had been refused protection as well as shortening the period during which foreigners receive social assistance.

Firstly, the Polish legislator draws attention to the possibility of introducing the border procedures regulated in Article 43 of the directive 2013/32/EU (as optional measure).³¹ In effect, the proposal introduce, among others, a border procedure – simplified procedure for granting international protection. The procedure is supposed to be applied in cases where the application is submitted at the border by a foreigner who does not meet the requirements for entry and residence within Polish territory. The project provides for the arrest of such a foreigner and placing foreigners at guarded centres pending asylum proceedings. The automatic detention of persons under the border procedure raises reservations reported by Amnesty International.³² In any case automatic detention seems to be a disproportionate measure. Cases in such proceedings are to be handled immediately, not later than twenty days from the day the application was submitted, and the decision would be enforced with immediate effect. A negative decision will also result in imposing return obligation and a ban

on discontinuation was so-called implied withdrawal of the application for granting international protection. It means usually that applicant had left Poland. On the other hand, cases occurred where the Border Guard denied applicants an opportunity to submit an applications for international protection and sent them back to Belarus. As a result the applications to ECtHR have been submitted by foreigners who many times attempted to apply for international protection at the Terespol border crossing point: *M. K. v. Poland* (application no. 40503/17), *M. K. and Others v. Poland* (application no. 43643/17), *M. A. and Others v. Poland* (application no. 43643/17). See more: <http://www.hfhr.pl/en/ecthr-to-communicate-poland-applications-of-refugees-denied-entry-in-terespol/>, accessed 8. 10. 2017.

³¹ According to these provisions: '1. Member States may provide for procedures, in accordance with the basic principles and guarantees of Chapter II, in order to decide at the border or transit zones of the Member State on: (a) the admissibility of an application, pursuant to Article 33, made at such locations; and/or (b) the substance of an application in a procedure pursuant to Article 31(8). 2. Member States shall ensure that a decision in the framework of the procedures provided for in paragraph 1 is taken within a reasonable time. When a decision has not been taken within four weeks, the applicant shall be granted entry to the territory of the Member State in order for his or her application to be processed in accordance with the other provisions of this Directive. 3. In the event of arrivals involving a large number of third-country nationals or stateless persons lodging applications for international protection at the border or in a transit zone, which makes it impossible in practice to apply there the provisions of paragraph 1, those procedures may also be applied where and for as long as these third-country nationals or stateless persons are accommodated normally at locations in proximity to the border or transit zone'.

³² The opinion is available at <https://bip.mswia.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnyc/2017/24478,Projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-udzielaniu-cudzoziemcom-ochrony-na-terytorium-.html>, accessed 2. 7. 2017.

of re-entry into the territory of Poland and other Schengen countries. The ban on re-entry might be withdrawn with the exception e.g. when the stay of a foreigner in Poland may pose a threat to state security. The prescribed time for appeal would be seven days from the day the decision is served. The foreigner would be entitled to apply for the suspension of the execution of the decision along with the appeal. Plans have been made to create by the means of ordinance a list of 'safe third countries' and 'safe countries of origin'. The body competent to make up this list would be the Council of Ministers, and the list would be in force for two years. The concept of 'safe countries' would be used within the border procedure, as well as in accelerated procedure.

The project introduces important institutional changes. It broadens the competence of the Refugee Board (second instance body in international protection matters), and also changes its name to the Appeal Board for Foreigners. The Board would be the competent authority in international protection cases as well as cases connected to foreigners' return (among others, obligation to return, granting and revoking national forms of protection during the return proceedings) as well as expulsion of EU nationals or their family members who are not EU nationals. The Board would become the appeal body against decisions issued by the Head of Office or organs of the Border Guard. The lawmaker in this project, plans to transform the present Refugee Board into an organ that is judicial in nature in the sense of Article 267 of the TFEU. At present, the Board has a status similar to a court, however, proceedings held before it do not have opposing parties as is the case with court proceedings. To this end, in the procedure before the Appeal Board the status of the party to the proceedings would have not only the appealing foreigner but also the first instance authority. This is inconsistent with general concept of the party to the administrative proceedings. Pursuant to Article 28 of the Code of administrative proceedings,³³ 'anyone whose legal interest or duty the proceedings concern or who requests the authority's action due to his/her legal interest or duty, shall be a party'. Moreover it rises concerns regarding fair proceedings. This change would also mean resigning from the currently applied protection, where the execution of decisions was suspended during judicial-administrative proceedings. Therefore, in practice, the foreigner

³³ The Act of 14 June 1960 – the Code of administrative proceedings, consolidated text Journals of Laws 2016, item 23 as amended.

would be unable to participate in judicial-administrative proceedings unless he/she, along with the appeal, submitted to the court, an application for the suspension of the decision obligating him/her to return based on the likelihood that the execution of the decision could evoke irreversible effects, contrary to the international obligations of the Republic of Poland.

5. CONCLUSION

There is no doubts that security belongs to the most appreciated and desired values or states, both by individuals and society. It is also clear that international migration involves security issues. Asylum law attempts to introduce and maintain a balance between the legitimate interests of the state and its citizens and the protection of fundamental rights of foreigners and the effective *counteracting* of humanitarian crises. The security clause, as a general clause to which different meanings can be attributed, justifies introduction of certain limitation in exercising of rights and freedoms, not only for foreigners but also for citizens. This legislative activity has been gaining social acceptance, since threats connected with asylum and incomers have been exaggerated. As far as general clause of security is involved, it could be exploited by actors willing to play on human's fears and prejudice.

Between Law and Reality – Migration Policy in Poland and the European Union

MARCIN PRINC*

Anyone, being under the authority of the Polish State, shall enjoy
the freedoms and rights ensured by the Constitution
(Article 37, paragraph 1 The Constitution of the Republic of Poland
from 2nd April, 1997)

1. INTRODUCTION

In the public discussion, a subject of foreigners and migration is still being top on the list of the most popular highlighted topics. Migration as a process was not always so urgently featured in media. In the 90s it was signalled by representatives of science that Poland from the country of emigration became a country of transit migration and slowly is becoming also a target migration country.¹

The basic premise of this article is that law, administrative policy and reality are connected. It is highly recommended that provisions of law and administrative policy should respond to the challenges posed by reality.

The main research field of the contribution is the Polish migration policy, considered against the background of the migration policy of the European

* Adam Mickiewicz University in Poznań. Faculty Law and Public Administration. Chair Administrative Law and Administrative Science, Poland

¹ STACHAŃCZYK, P. *Cudzoziemcy. Praktyczny komentarz do ustawy o cudzoziemcach. Teksty ustaw w wersjach: angielskiej i rosyjskiej. Inne akty prawne*. Warszawa: Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich. Centrum Informacji Prawno-Finansowej, 1998, p. 10.

Union. The scope of research was limited primarily to the migration policy towards foreigners. The aim of the contribution will be an attempt to answer the question whether Polish migration policy is in line with the European Union policy. Nowadays this task is difficult, because Poland has no written migration policy. Hence, combining the law with reality can give a picture of the current migration policy. Subsequently, administrative policy can be placed between the application of law and reality.

It is allowed to say that various statements of politicians are not necessarily expressing the real policy of the state. In literature, it is noted that policy objectives do not need to be publicly announced.² Currently the assumptions of the new migration policy are in preparation. It is the question whether a change of government has to lead to a change of migration policy?

2. THE LEGAL STATUS OF A FOREIGNER IN POLAND

It should be acknowledged that the law on foreigners should take into account the internal situation, accepted international obligations and the migration situation.³ Below a brief description of the legal status of foreigners in Poland is presented.

Regarding to Article 37 The Constitution of the Republic of Poland from the 2nd of April 1997 anyone, being under the authority of the Polish State, shall enjoy the freedoms and rights ensured by the Constitution⁴ (paragraph 1) but at the same time exemptions from this principle with respect to foreigners shall be specified by statute (paragraph 2). The provisions of the Constitution also mention about two types of protection granted to aliens (asylum in the Republic of Poland and refugee status in accordance with international agreements to which the Republic of Poland is a party).

Majority of rules relating to aliens have been included in statutes. The act of 12 December 2013 on foreigners is the most important.⁵ Regarding to article “The Act lays down the principles and conditions governing entry into, transit through, residence on and departure from the territory of the

² MORAWSKI, W. *Emigranci, wygnańcy, uchodźcy. Perspektywa historyczna*. In: GÓRAK-SOSNOWSKA, K., LAZOR, J. (ed.) *Polityka migracyjna: historia i współczesne wyzwania*. Warszawa: Wydawnictwo SGH, 2016, p. 33.

³ STACHAŃCZYK, P., op. cit. 1, p. 9.

⁴ Journal of Laws of 1997, No. 78, item 483 as amended.

⁵ Journal of Laws of 2016, item 1990 as amended.

Republic of Poland as they apply to foreigners, as well as the procedure and the authorities competent in these matters". This normative act contains a number of solutions implemented from the EU *acquis* in the area of migration. It should be stressed that this act does not apply to foreigners who have one of the European Union citizenship. Another law regulates the entry and residence of EU citizens and members of their families.⁶ Also a separate statute stipulates provisions for granting protection to foreigners in the territory of the Republic of Poland.⁷ Currently, it contains four forms of granting protection to foreigners on Polish territory (refugee status, subsidiary protection, asylum and temporary protection).

The procedure for acquisition of citizenship was placed in the Polish Citizenship Act of 2 April 2009⁸ and in the Repatriation Act⁹. In addition, a specific expression of support for persons who declared their affiliation to the Polish Nation is the Act on the Polish Charter.

Acts of substantive administrative law regulate such additional matters related to foreigners as follows: the education system, freedom of economic activity, employment, acquisition of real estate. They specify in detail the rights and obligations of foreigners in particular areas. All regulations should be based on administrative policy.

3. THE THEORY OF ADMINISTRATIVE POLICY

According to the classical division the term "the science of administration" is divided into the administrative law science, administrative science and administrative policy.¹⁰ All areas mentioned above are connected. Administrative law science usually clarifies the legal provisions. The representatives of the administration science focus their research on the administrative structures and on the activities of the public administration.

⁶ Ustawa z dnia 14 lipca 2006 r. o wjazdzie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjazdzie z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Journal of Laws of 2017, item 900 as amended).

⁷ Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Journal of Laws of 2016, item 1836 as amended).

⁸ Journal of Laws of 2012, item 161 as amended.

⁹ Journal of Laws of 2014, item 1392 as amended.

¹⁰ LEOŃSKI, Z. *Nauka administracji*. Warszawa: C. H. Beck. 1st Ed. 1999, p. 5. Also: STIER-SOMLO, F. Die Zukunft der Verwaltungswissenschaft. *Verwaltungswissenschaft*, t. XXV, 1917.

It seems that the least attention is paid to issues of administrative policy. Hence, a question arises, how to describe administrative policy?

Regarding definition proposed by Leoński, representative of Polish administrative law science, the term “administrative policy” can be used in three meanings. In the first one administrative policy is understood as specific knowledge and, at the same time, the ability to set certain activities programs for the administration, evaluate them and verify them in the course of implementation by the administration. The goals set in the administrative policy are achieved through legal and non-legal forms.

The second meaning is realized via evaluation (adding value) of the established activity program as well as the way of its implementation. In this area, the administrative policy evaluates the activities of the public administration and on this basis the needed changes in the administrative system or its defined part are recommended.

The third meaning refers to the understanding of administrative policy as administrative law policy. This part is about the penetration of specific programs for administration by means of legislation. At the same time, the adopted programs may provide a basis for the interpretation of the standards being in force in the administration.

Most often the administrative policy is expressed in various programs, strategies and assumptions. These programs are less normative in nature. However, they have to be transformed into legal institutions, which are incorporated in statutes.

As such, the documents expressing administrative policy show the main directions for public administration. It is important, that according to the definition, the public administration in question is targeted, planned and directed.

Administrative policy is purposeful and should express values important for the state. Adopted programs set the course of action, just as lighthouses allow sailors to safely sail. The internal and external policies of the state are primarily responsible for its organs.

According to J. Auleytner, politics brings the conflict between ideas and action.¹¹ At the same time, the main principle of social policy is that ideas overtake politics and reality.¹²

¹¹ AULEYTNER, J. *Polityka społeczna. Teoria i praktyka*. Warszawa: Wyższa Szkoła Pedagogiczna Towarzystwa Wiedzy Powszechniej, 1997, p. 22.

¹² Ibidem, s. 22.

References to various policies can be easily found in the literature. For example: social policy,¹³ health policy,¹⁴ agricultural policy¹⁵ and energy policy¹⁶. It has been repeatedly emphasized that science of law is a link to politics.¹⁷ More and more attention is paid to the migration policy.¹⁸

The subject of migration policy is the steering of migration flows.¹⁹ Administrative policy has been marginalized in Poland for the last decades. This may be due to the specifics of the former communist system, which was supersaturated with various kinds of plans or programs. On the other hand, a well-structured policy in a given area should be ahead of adoption of legal norms, as it can be a guide for legislators. Thanks to adopting such logic into practice, it is possible to balance various interests through dialogue and observation of reality, carried out by practitioners and representatives of various scientific disciplines.

The Council of Ministers plays major role in defining migration policy, in particular the Minister of Internal Affairs and Administration. This is in line with the provisions of Polish Constitution: executive power shall be vested in the President of the Republic of Poland and the Council of Ministers (Article 10, paragraph 2), and the Council of Ministers shall conduct the internal affairs and foreign policy of the Republic of Poland (Article 146, paragraph 1). This responsibility of the Minister of the Interior is related to the fact that the migration policy is viewed in the light of security.²⁰

The migration policy is not designated directly by the Head of the Office for Foreigners. The Head of the Office for Foreigners is the central body of government administration competent in the following matters: the entry

¹³ AULEYTNER, J. *Polityka społeczna czyli ujarzmienie chaosu socjalnego*. Warszawa: Wyższa Szkoła Pedagogiczna Towarzystwa Wiedzy Powszechniej, 2002.

¹⁴ GRYCNER, S. *Polityka zdrowotna*. Warszawa: CeDeWu, 2015.

¹⁵ JURCEWICZ, A. (ed.) TOMKIEWICZ, E., POPARDOWSKI, P., BOCHĘŃSKI, M., ZIĘBA, J. *Prawo i polityka rolna Unii Europejskiej*. Warszawa: Instytut Wydawniczy Euro-Prawo, 2010.

¹⁶ SWORA, M. (ed.) *W kierunku nowoczesnej polityki energetycznej. Energia elektryczna*. Warszawa: Instytut Obywatelski, 2011.

¹⁷ BUDZINOWSKI, R. O potrzebie rozwoju nauki prawa rolnego. *Przegląd Prawa Rolnego*. 2010, no. 1 (10), p. 30.

¹⁸ KAŽMIERKIEWICZ, P., PATARAIA, T. *Developing Georgia's migration policy: lessons from Poland*. Warszawa: Fundacja Instytut Spraw Publicznych, 2011.

¹⁹ MORAWSKI, W., op. cit. 2, p. 33.

²⁰ MATYJA, R., SIEWIERSKA-CHMAJ, A., PEŁDZIWIATR, K. *Polska polityka mięgracyjna. W poszukiwaniu nowego modelu*. Warszawa, Rzeszów: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego / Wyższa Szkoła Informatyki Zarządzania, 2015, p. 27.

by foreigners into, transit through, stay in, and departure from the territory of the Republic of Poland; the granting of refugee status; the granting of subsidiary protection; the granting of residence permits for humanitarian reasons or permits for tolerated stay; the granting of asylum to foreigners; the granting of temporary protection. The Head of the Office for Foreigners, next to the consuls and voivods, is primarily recognised as a contractor of state policy.

4. THE BACKGROUND OF THE EUROPEAN POLICIES ON BORDER CHECKS, IMMIGRATION AND ASYLUM

Migration policy can be realized in the European Union policies on border checks, immigration and asylum.²¹ The main principles have been written in Treaty on the Functioning of the European Union.²²

Without any doubts the Schengen Area requires a common policy on external border management. Regarding to Article 77: “The Union shall develop a policy with a view to: (a) ensuring the absence of any controls on persons, whatever their nationality, when crossing internal borders (b) carrying out checks on persons and efficient monitoring of the crossing of external borders; (c) the gradual introduction of an integrated management system for external borders”.

The assumptions mentioned above require establishment in particular common policy on visas and other short-stay residence permits; an integrated management system for external borders, adopt provisions concerning passports, identity cards, residence permits or any other document.

The second pillar of the common migration policy is composed of asylum policy. Regarding to Article 78 “The Union shall develop a common policy on asylum, subsidiary protection and temporary protection with a view to offering appropriate status to any third-country national requiring international protection and ensuring compliance with the principle of non-refoulement. This policy must be in accordance with the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating

²¹ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (Official Journal C 326, 26. 10. 2012, p. 47–390)

²² http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.4.html (access: 15. 7. 2017).

to the status of refugees, and other relevant treaties". A common European asylum system should have in particular: a uniform status of asylum and subsidiary protection, a common system of temporary protection, common procedures for the granting and withdrawing of uniform asylum or subsidiary protection status; criteria and mechanisms for determining which Member State is responsible for considering an application for asylum or subsidiary protection; standards concerning the conditions for the reception of applicants for asylum or subsidiary; protection and partnership and cooperation with third countries for the purpose of managing inflows of people applying for asylum or subsidiary or temporary protection. The most challenging and discussed point nowadays is Article 78, paragraph 3: "In the event of one or more Member States being confronted by an emergency situation characterised by a sudden inflow of nationals of third countries, the Council, on a proposal from the Commission, may adopt provisional measures for the benefit of the Member State(s) concerned. It shall act after consulting the European Parliament". At present, the last legal provision is one of the biggest challenges in the European Union.

Last but not least, common policy concerns immigration policy. Regarding to Article 79, paragraph 1. "The Union shall develop a common immigration policy aimed at ensuring, at all stages, the efficient management of migration flows, fair treatment of third-country nationals residing legally in Member States, and the prevention of, and enhanced measures to combat, illegal immigration and trafficking in human beings". Purposes mentioned above require: "(a) the conditions of entry and residence, and standards on the issue by Member States of long-term visas and residence permits, including those for the purpose of family reunification; (b) the definition of the rights of third-country nationals residing legally in a Member State, including the conditions governing freedom of movement and of residence in other Member States; (c) illegal immigration and unauthorised residence, including removal and repatriation of persons residing without authorisation; (d) combating trafficking in persons, in particular women and children".

All general assumptions require the adoption of legal texts, direct binding and indirect binding. Both of them limited the freedom to conduct border, asylum and immigration policies by EU Member States.

5. ADMINISTRATIVE POLICY UNDER RULES OF DOCUMENT: MIGRATION POLICY OF POLAND – PRESENT STATE AND POSTULATED ACTIONS

After Poland regained its independence in 1918, all governments, in view of the economic situation, supported emigration and reduced immigration.²³ Such a policy was related to the protection of its labour market.²⁴ Migration policy was not so relevant during communism time. Visits of foreigners in Poland were not frequent. Border movement has been incomparably different from today as well. The situation changed after the year of 1989.

The first official document under the name “Migration policy of Poland – present state and postulated actions” was adopted in 31 of July 2012 by The Council of Ministers.²⁵ Document has been prepared by the Working Group which was the part of the Migration Strategy Group of Poland.

The framers of the migration policy recognized well that there is a need to respond to problems and challenges arising from both processes of emigration and immigration.²⁶ They were aware that there is a need to agree them with the social partners. Furthermore the state migration policy efficiently and flexibly should be responsive to the changing conditions of migration management.²⁷

Recommendations for Poland's migration policy were divided into eight groups (privileged groups of foreigners, counteracting illegal migration, international protection of foreigners, integration of foreigners, labour emigration – return migration, institutional system of migration management, international cooperation, monitoring migration processes). This act envisaged preferential legal arrangements for stay and work in the territory of the Republic of Poland for selected groups of foreigners. In order of their priority among them were²⁸:

²³ ŁAZOR, J. Polska polityka imigracyjna wobec cudzoziemców 1918–2012. In: GÓRAK-SOSNOWSKA, K., ŁAZOR, J. (ed.) *Polityka migracyjna: historia i współczesne wyzwania*. Warszawa: Wydawnictwo SGH, 2016, p. 105.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Rada Ministrów przyjęła dokument „Polityka migracyjna Polski”, wtorek, 31 lipca 2012, <https://www.mswia.gov.pl/pl/aktualnosci/10149>, Rada-Ministrow-przyjela-dokument-Polityka-migracyjna-Polski.html

²⁶ Zespół do spraw migracji, Polityka Migracyjna Polski – stan obecny i postulowane działania, Warszawa 2011, p. 13.

²⁷ Ibidem, p. 13.

²⁸ Ibidem, p. 13–14.

- persons of Polish origin,
- students, researchers, graduates of Polish universities,
- foreigners conducting business activity, in particular creating new work places,
- immigrants with the necessary qualifications,
- citizens of EU member states, their family members, other foreigners benefiting the principle of free movement of persons,
- family members of Polish citizens and foreigners settled in Poland,
- minors, especially unaccompanied minors,
- foreigners showing interest in the process of integration in Poland and taking action in this direction (e.g. learning Polish, demonstrating social activity),
- persons gathered international protection,
- cases of humanitarian and medical, victims of trafficking,
- other groups that may be distinguished on the basis of international agreements.

The document envisaged measures such as strengthening the process of integration of foreigners and Poland's accession to the resettlement and refugee relocation program. It must be mentioned that the authors of the document perceived the phenomenon of emigration. The recommendations included: maintaining information policy on the possibilities of economic activity in Poland, supporting the adaptation of migrant children returning to the Polish education system, supporting the emigrant families residing in the country, and strengthening contacts with Polish organizations.

Characteristics of document's provisions indicate its programmatic nature. The content of the document had forced the adoption of a more detailed plan combined with an indication of the entities responsible for the execution of tasks. The content of the document proves that position of the government evolves from focusing on irregular immigration, border protection and alignment of EU norms with active immigration policies related to the labour market, as well as with demographic change and the integration of immigrants.²⁹ A brief analysis allows us to state that it was in line with EU policy. So far, the Polish legislator has implemented the requirements specified in the EU directives without delay. A good example is the Act on Foreigners from 2013, which is the result of the implementation of

²⁹ MATYJA, R., SIEWIERSKA-CHMAJ, A., PEŁDZIWIATR, K., op. cit. 20, p. 40.

15 directives.³⁰ The research results confirm that “many of the new solutions constitute important developments, generally in favour of the above mentioned balance between the protection of human rights and public interest”³¹

6. CURRENT SITUATION AND FUTURE MIGRATION POLICY

The change of government in Poland took place in the autumn of 2015. During the parliamentary campaign the representatives of the winning party criticized the government's current policy many times (mainly relocation of refugees in EU). Therefore changes are expected on this issue.

At the request of the Minister of Internal Affairs and Administration, the Council of Ministers annulled the document “Poland's Migration Policy” because, according to the minister opinion, it did not match the problems the country has faced.³² In reference to the opinion of Jakub Skiba, State Secretary at the Ministry of Interior and Administration, previous document related to migration policy failed to respond to the challenges posed to us by 2015 - the migration crisis and economic migration from Ukraine.³³

Regarding to Order No. 56 of the Minister of Interior and Administration of 12 December 2016 on the Team for preparation of the document “Migration Policy of Poland”, Minister appointed team for its preparation. The team is an auxiliary body of the Ministry of Internal Affairs and Administration (paragraph 2). The chairman of the team is the Minister of Interior and Administration. Function of the deputy chairman was reserved for Secretary of State or Undersecretary of State in the Ministry of Interior and Administration, to the extent of activities that include matters of migration policy. The team additionally includes: Director of the Department of Public Administration, Director of the Department of Safety, Director of the Department of Citizenship and Repatriation, Director of the Department

³⁰ NAROŻNIAK, A. Zobowiązanie cudzoziemca do powrotu – nowa jakość w polskim prawie o cudzoziemcach? Refleksje o wdrożeniu dyrektywy powrotowej. *Studia Prawa Publicznego*. 2014, no. 2(6), p. 155.

³¹ Ibidem, p. 186, 188.

³² Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji. *Potrzebne jest stworzenie nowej polityki migracyjnej*. 20 marca 2017, <https://mswia.gov.pl/pl/aktualnosci/15912,Potrzebne-jest-stworzenie-nowej-polityki-migracyjnej.html>, (access: 10. 6. 2017).

³³ Ibidem.

of Civil Protection and Crisis Management, Director of the Department of Border Policy and International Funds, Director of the Department of Public Order, Director of the Legal Department, Director of the Department of International Affairs, Director of the Department of Health, Chief Commander of the Police, Chief Commander of Border Guards, Head of the Office for Foreigners. The Chairman of the Team, on his own initiative or at the request of a member of the Team, may invite to participate in the work of the Team, the rights of the member, other ministry employees and experts whose knowledge and experience are necessary for the task of the Team.³⁴

According to the regulation, the team has four tasks (paragraph 3). First of them is related to preparation of the document “Poland's Migration Policy” taking into account the situation of the country and the desired actions of the state in relation to the phenomenon of international migration. The second task is to analyze the changes in the migration situation of the country and to formulate conclusions as the basis for the desired actions of the state in relation to migration phenomena. The third challenge is to prepare migration policy country priorities. The last task aims to propose legal and organizational solutions for the coordination and interaction of public administrations dealing with international migration issues. In the present situation it is difficult to guess what will be the content of the document prepared.

Recently some of the assumptions of the previous migration policy have been developed. For example changes in the Repatriation Act are positively assessed.³⁵ The proposed solutions are compatible with the priorities of the cancelled migration policy (persons of Polish origin). The provisions make easier for repatriates to come and obtain Polish citizenship. The statue added new forms of assistance to repatriates (eg. adaptation centres and the possibility of assigning a repatriate support person).

The current situation shows that Poland fulfills the obligations stemming from the common border and immigration policy. In the last year, 16 942 100 people (Third-country nationals – 15 362 243; EU / EEA citizens – 1 579 857) entered the territory of Poland (increase to 2015 – 15 890 352).³⁶ The largest group of people came from Ukraine (10 136 634), Belarus (3 097 490) and Russia (1 418 646). The decisions to deny entry into

³⁴ Non-governmental organizations do not have a permanent representative.

³⁵ Journal of Laws of 2017, item 858 as amended.

³⁶ Osobowy ruch graniczny w 2016 roku – liczba cudzoziemców, którzy wjechali do RP, <https://www.strazgraniczna.pl/pl/granica/statystyki-sg/2206,Statystyki-SG.html> (access: 10. 7. 2017).

Polish territory was issued to citizens of Russia (75 886), Ukraine (22 864), Tajikistan (8 215), Belarus (3 717), Armenia (3 703), Georgia (1,085), Moldova (799), Kyrgyzstan Kazakhstan (428), Azerbaijan (140), Uzbekistan (84), Turkey (79), Iraq (68), Syria (64), India (40), Jordan (30), Cuba (29). Among the reasons of the refusal entry are: no valid visa or residence permit, no adequate supporting documentation, purpose and conditions of stay, lack of sufficient means of subsistence in respect of the period and form of stay or means of return to the country of origin or transit.³⁷ Illegally most wanted to cross the border of Ukrainians (3981), Russians (685) and Poles (667). The research conducted by A. Krakała shows that the Polish Border Guard is actively fighting the phenomenon of irregular immigration.³⁸ Polish border guards officers have supported so far border protection in Bulgaria, Romania, Spain, Italy, Hungary, Slovenia and Macedonia.

The number of visas issued to foreigners by Polish consular offices is constantly growing (in 2010 – 898 545; 2012 – 1 350 421; 2015 – 1 525 551).³⁹ Invariably the largest number of visas were issued by the consulate in Lvov.⁴⁰ Now this situation may change due to the abolition of the visa requirement for Ukrainian citizens.

As far the statistics confirm that Poland fulfils its obligations under the Geneva Convention. In 2016, 12,321 people applied for international protection in the territory of the Republic of Poland.⁴¹ The table below presents the countries of origin of the applicants.⁴²

³⁷ Ibidem.

³⁸ KRAKAŁA, A. Kontrola legalności pobytu cudzoziemców na terytorium RP. In: JAWORSKA-DĘBSKA, B., DUNIEWSKA, Z., KASIŃSKI, M., OLEJNICZAK-SZAŁOWSKA, E., MICHALSKA-BADZIAK, R., KORZENIOWSKI, P. (eds.) *O prawie administracyjnym i administracji. Refleksje. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Małgorzacie Stahl*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2017, p. 392.

³⁹ Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Department Konsularny. *Raport polskiej służby dyplomatyczno-konsularnej za 2015 rok*. Warszawa, 2016, p. 26, http://msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/raporty_konsularne/raport_konsularny_2015;jsessionid=EAB9D7C-49C1139A448EC0ABE0A34BBCB.cmsap1p

⁴⁰ Ibidem, p. 27.

⁴¹ Urząd do Spraw Cudzoziemców. *Informacja Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców o stosowaniu w roku 2016 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1836) w zakresie realizacji zobowiązań Rzeczypospolitej Polskiej wynikających z Konwencji Genewskiej dotyczącej statusu uchodźców oraz Protokołu Nowojorskiego dotyczącego statusu uchodźcy*. Warszawa, 2017, <https://udsc.gov.pl/statystyki/raporty-okresowe/raport-roczny-ochrona-miedzynarodowa/2016-2/> (access: 10. 7. 2017).

⁴² TAB.4a. Cudzoziemcy ubiegający się o udzielenie ochrony międzynarodowej w RP w 2016 roku, Komenda Główna Straży Granicznej Wydział Informacji Biuletyn Statystyczny Straży

	Country	Applicants
1.	Russia	8 181
2.	Ukraine	1 197
3.	Tajikistan	844
4.	Armenia	325
5.	Georgia	102
6.	Vietnam	79
7.	Kyrgyzstan	67
8.	Turkey	65
9.	Kazakhstan	45
10.	Iraq	44
11.	Belarus	42
12.	Syria	40
13.	Pakistan	22
14.	Azerbaijan	21
15.	Uzbekistan	21

Source: TAB.4a. Cudzoziemcy ubiegający się o udzielenie ochrony międzynarodowej w RP w 2016 roku (Foreigners applying for international protection in Poland in 2016),

In the same year 108 people received refugee status (e.g. the highest number from Syria – 40, from Ukraine – 16), and 150 gathered subsidiary protections (e.g. Russia – 57, Ukraine – 51). Negative decisions were received by 2188 people and 9502 proceedings were discontinued. Statistics confirm that Poland has not adopted any person under the relocation and resettlement mechanism. This is obviously contrary to the previous government's commitment. The lack of solidarity related to common asylum policy is being criticized by the European Commission and the governments of some EU countries. Nowadays this is the biggest difference in approach to asylum policy.

After cancellation of the migration policy document, the migration policy could be recognized on the basis of official statements by the prime minister

Granicznej za 2016 r., <https://www.strazgraniczna.pl/pl/granica/statystyki-sg/2206,Statystyki-SG.html> (access: 10. 7. 2017).

and the ministers. The present standpoint on relocation issue differs from that of the European Commission. According to the Ministry of Interior and Administration, the position regarding the relocation mechanism is wrong and might endanger security. Regarding to statement of the Ministry of Internal Affairs and Administration “It is the duty of the Polish government to strongly protect Polish citizens from erroneous, uncritically imposed solutions, which will undoubtedly have a negative impact on the level of state security”.⁴³

Regarding to document mentioned above Poland has underlined that in order to solve migration problems one has to address the root of the problems, i.e. one has to start actions in the countries where migration originates. Thus, in our opinion, actions taken by the European Union should be based on collaboration with third countries situated along migration routes, in order to build their capacities in the scope of providing asylum and managing migration and in the scope of providing humanitarian aid for refugees near their countries of origin”.⁴⁴

After the parliamentary elections the new government has taken steps, in opinion of its members, to increase the level of safety. Sometimes it is related to increasing discretionary power of administrative bodies. A good example might be the Act of 10 June 2016 on Counter Terrorism.⁴⁵ It allowed the minister in charge of internal affairs to issue a decision on obliging a foreigner to return. The decision could be issued when there is a fear that a foreigner may conduct a terrorist or spy activity, or is suspected of committing one of these crimes. The decision mentioned above is subject to immediate execution.

The same argument (relating to public safety) was recalled during the signing the agreement on the transfer of property to the European Agency for the Coast Guard and the Border (Frontex). Frontex, in opinion of one of the member of Polish government, is important for European security as

⁴³ Komunikat MSWiA, Środa, 26 lipca 2017, <http://www.mswia.gov.pl/pl/aktualnosci/16370,Komunikat-MSWiA.html> (access: 30. 7. 2017).

⁴⁴ Home Affairs Minister Mariusz Błaszcza responds to the European Commission charges concerning Emergency Relocation Mechanism; publication date 18. 7. 2017, <http://www.mswia.gov.pl/en/news/930,Home-Affairs-Minister-Mariusz-Błaszcza-responds-to-the-European-Commission-charge.html>

⁴⁵ Dz. U. z 2016 r. poz. 904 ze zm.

guarding the external borders of the European Union, in particular during migration crisis.⁴⁶

Some concerns may be related to the change in the content of the Act of 13 June 2003 on granting protection to foreigners within the territory of Poland. Particular concerns are associated with the processing of applications at the state border (e.g. deadline for issuing a decision, issuing a decision on a commitment to return together with a refusal to grant international protection). Currently, however, this is a proposal of change.

The new migration policy will be also linked to labour market needs. The current labour market situation forces employers to look for workers abroad.

7. CONCLUSIONS

Without any doubts, each mature country should have own policy (social, migration, investment, health, etc.). Every UE member country is able to and should have a certain administrative policy framework, covering migration. This is even more crucial in the times of widespread migration. Migration policy should meet contemporary interests and challenges, including demography. It is important to know, however, that these actions will not solve demographic problems.⁴⁷ Migration policy has also to respond to the challenges of reality and the conditions, resources, and capabilities that a given country has.

On the other hand, the current migration policy is also determined by the assumptions adopted within the European Union. Hence, the current migration policy should not only address the needs and problems of the individual state, but should also meet the challenges emerging within the European Union. Administrative policy is based on variety of values.

⁴⁶ Polska i Frontex podpisaly umowę w sprawie siedziby agencji w Warszawie (transl. Poland and Frontex signed an agreement on the seat of the agency in Warsaw), czwartek 9 marca 2017, <https://www.mswia.gov.pl/pl/aktualnosci/15871>, Polska-i-Frontex-podpisaly-umowe-w-sprawie-siedziby-agencji-w-Warszawie.html (access: 22. 6. 2017).

⁴⁷ KORCELLI, P. Migracje kompensacyjne a dilematy polityki migracyjnej. *Studia Regionalne i Lokalne*. 2004, no. 3, pp. 61–73; KORCELLI, P. Migracje kompensacyjne a kształtowanie postaw polskiej polityki imigracyjnej. In: *Polska i Europa. Kształtowanie przestrzeni wolności*. Warszawa: PAN IgiPZ, 2003, pp. 143–151.

However, it is important to realize that in the European Union the same values are read or interpreted in different ways.

The Polish migration policy mostly corresponds to the principles of the European Union. Polish migration policy is, by definition, harmonized with the policy of the European Union, especially in the area of border and visa policy. Poland fulfils its obligations under the Geneva Convention and the New York Protocol. Currently a common asylum policy is a challenge. Also maintaining of a common asylum policy on refugee relocation stays a big challenge. In this aspect, Poland's policy is currently not compatible with the EU.

It is highly necessary to urgently undertake the work which will determine the Polish migration policy. Ideally, if it would be written on a defined document – according to the saying “*verba volant scripta manent*”. Recent changes in the law show that the issue of ensuring the safety of citizens and the situation on the labour market will determine the assumptions of Poland's migration policy. I agree with the Ombudsman that migration policy must take into account the rights and freedoms of foreigners.⁴⁸ The new provisions should be based on principle of trust.⁴⁹

Migration policy should be based on values. In the light of this statement I also share the view of Professor Julian Aulaytner „I express the opinion that a social policy without values could face the ethical nihilism”.⁵⁰ In the present situation, it is therefore necessary to call for a rational migration policy based on European values by definitions.

⁴⁸ RPO: polityka migracyjna musi uwzględniać prawa i wolności cudzoziemców. *Gazeta Prawna.pl*. 21. 4. 2017, <http://www.gazetaprawna.pl/artykuly/1036754,polityka-migracyjna-musi-uwzgledniać-prawa-i-wolności-cudzoziemcow.html> (access: 20. 6. 2017).

⁴⁹ NAROŻNIAK, A., PRINC, M. Zasada wzbudzania zaufania do władzy publicznej – uwagi na tle wybranych regulacji prawnych dotyczących cudzoziemców. In: PUDZIANOWSKA, D. *Status prawy cudzoziemca w Polsce wobec wyzwań międzynarodowych*. Warszawa: Wolters Kluwer SA, 2016, p. 56–78.

⁵⁰ AULEYTNER, J. *Polityka społeczna. Teoria i praktyka*. Warszawa: Wyższa Szkoła Pedagogiczna Towarzystwa Wiedzy Powszechniej 1997, p. 20.

Application of the Standards of the European Convention on Human Rights relating to Aliens by the Polish Administrative Courts

**ANNA CHMIELARZ-GROCHAL,
JAROSŁAW SUŁKOWSKI***

1. INTRODUCTION

Protection of fundamental human rights is one of the most important challenges of a contemporary democratic state. Fundamental rights and their guarantee are founded on state constitutions and international law as well as the law of European Union. The Constitution of the Republic of Poland of 1997 in the provisions of chapter II formulates fundamental rights of a human, with a guarantee of protection, in particular, with such measures or institutions as the right to trial (Article 45, paragraph 1 and Article 77, paragraph 2), constitutional complaint (Article 79) or the Commissioner for the Protection of Civil Rights (Article 80 in conjunction with Article 208). Whereas, some universal standards (examples, models) for human rights protection stem from the European law governance, which are created at the Council of Europe and European Union level, as those organisations aim at promoting democracy, human rights and justice. Their prime source is the Convention on Human Rights and Fundamental Rights¹

* Uniwersytet Łódzki, Poland

¹ Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms drawn up in Rome on 4 November 1950, Journal of Laws of 1993, No. 61, item 284, as amended.

(hereinafter: Convention or ECHR), ratified by Poland in 1993. The Charter of Fundamental Rights of the European Union², which along with the Treaty of Lisbon effective as of December 2009 gained a legal status equal to treaties, has been gradually increasing in its significance. The case-law of the European Court of Human Rights in Strasbourg (hereinafter: ECtHR) is a particular source of European standards on human rights protection. Apart from contributing to popularisation of standards stemming from the Convention, the Court contributes to their development and becoming universal in nature.

Providing real and effective enforcement of fundamental rights and their protection, those guaranteed on a state level as well as on the European level constitute fundamental tasks of courts, including administrative courts – the Supreme Administrative Court (SAC) and provincial administrative courts (PAC). As regards the application and observance of the Convention the state judges are to guarantee the efficiency of the convention standards (therefore they are “convention courts” within that meaning).³ In practice, it is significant that from the point of view of the fundamental rights a content symmetry (analogy) occurs between the Constitution and the Convention.⁴ Both acts pose for the country specific obligations with the aim to materialise and protect the rights it guarantees. The constitutional and convention standards of protection of an individual’s rights are similar within the normative and axiological sphere. Respect for human rights constitutes an element of common identity of the States Parties to the Convention.

² Official Journal of the EU C 326 of 26 October 2012, p. 391.

³ See KELLER, H., STONE SWEET, A. The Reception of the ECHR in National Legal Orders In: KELLER, H., STONE SWEET. *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 3 et seq.; see also BJORGE, E. *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 1; see also GARLICKI, L. Modelowy sposób stosowania Konwencji Europejskiej i orzecznictwa strasburskiego przez sądy. In: *IX Seminarium Warszawskie. Dysfunkcje polskiego prawa – jak poprawić system środków prawnych w Polsce?* Warszawa: Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 2016, p. 24 et seq.; GARLICKI, L. *Rola sędziego krajowego w procesie wykonywania orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, op. cit. above, p. 36 et seq.

⁴ GARLICKI, L. *Obowiązywanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w porządku prawnym Rzeczypospolitej Polskiej*. Biuletyn Biura Informacji Rady Europy. 2003, no. 3, p. 21; GARLICKI, L., MASTERNAK-KUBIAK, M. Władza sądownicza RP a stosowanie prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej. In: WOJTOWICZ, K. (ed.) *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2006, p. 179.

2. THE SCOPE OF THE CONVENTION'S APPLICATION

The provisions of the Convention and the evolving case-law are a constant element of the case-law of the administrative courts in a plethora of fields which are bound by a public private settlement form by the public administration bodies. Through a control of legality of the public administration measures, the task of the administrative courts is to protect an individual against an unauthorised or disproportionate interference of the public authorities (administration bodies) in the sphere of freedoms and rights protected by the law. In disputes between an individual and the public authority bodies (public administration bodies) the courts' reference to the European standards on human rights is of particular significance. Application of the convention by administrative courts, adequate in such disputes, may be considered as a sign of a pursuit to ascertain a real and effective provision of fundamental rights.⁵

Since Poland has been bound by the provisions of the ECHR, administrative courts invoke the convention standards in various cases in their judicial decisions. The Convention is applied directly in such manner that the courts co-apply its provisions with the regulations of the state laws and the convention standards mostly function as a model for the interpretation of a norm applicable in a particular case.⁶ Invoking the convention and the ECtHR case-law occur in cases such as property rights,⁷

⁵ More cf. PÓŁTORAK, N. Rola sądów administracyjnych w przestrzeganiu Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. In: *IX Seminarium Warszawskie. Dysfunkcje polskiego prawa – jak poprawić system środków prawnych w Polsce?* Warszawa: Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 2016, p. 158 et seq.

⁶ See more CHMIELARZ-GROCHAL, A., FLORJANOWICZ-BŁACHUT, P. Bezpośrednie stosowanie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności przez sądy administracyjne. In: WÓJCICKA, E. (ed.) *Sądowa kontrola administracji publicznej. Doświadczenia. Dylematy. Perspektywy.* Częstochowa: Wydawnictwo AJD,, 2017, p. 341 et seq.

⁷ See inter alia decisions of the SAC: of 15 July 2016, I OSK 2689/14; of 4 April 2014, I OSK 2426/12; of 10 April 2014, II OSK 2732/12; of 3 July 2014, II OSK 249/13; of 30 July 2014, II OSK 1343/14; of 6 November 2014, I OSK 2201/14; of 3 December 2014, II OSK 2310/14 and II OSK 2311/14; of 8 October 2013, I OSK 1700/13; of 5 September 2013, II OSK 858/12; of 30 July 2010, II OSK 1053/10; of 2 April 2009, I OSK 506/08; decisions of PAC in Poznań: of 5 February 2013, II SA/Po 962/12; of 14 May 2014, IV SA/Po 40/14; decision of PAC in Szczecin of 3 July 2014, II SA/Sz 241/14; decision of PAC in Cracow of 3 October 2014, II SA/Kr 826/14; decisions of PAC in Warsaw of 17 September 2014, I SA/Wa 2383/13; of 27 October 2014, IV SA/Wa 1499/14; of 5 December 2014, I SA/Wa 1600/14; decisions of PAC in Warsaw: of 25 January 2008, I SA/Wa 1834/07; of

right to a trial,⁸ personal data protection⁹ or administrative sanctions.¹⁰ Within the scope of their jurisdiction the administrative courts apply the ECHR in the cases of aliens, particularly in the instances regarding asylum and migration. In such cases administrative courts co-apply state regulations with the ECHR provisions (most frequently Article 3 and Article 8) and the ECtHR case-law, although they also invoke the EU law provisions and case-law of the EU Court of Justice.¹¹

3. THE CASE-LAW

Several cases regarding aliens recognised by administrative courts (mainly SAC) are noteworthy. They reflect the legal problems the Polish courts face within this matter and how the Convention standards affect the direction and the manner of adjudication in such cases.

In the decision of 10 January 2010 regarding expulsion from the territory of the Republic of Poland¹² the Supreme Administrative Court reminded that one of the reasons for expulsion may be an illegal stay in the RP, that is a stay without a temporary residence permit required as well as undertaking work or economic activity without permits provided for by the law during

⁸ 13 March 2013, IV SA/Wa 2425/12; decision of PAC in Gliwice of 8 August 2013, II SA/GI 848/12; decision of PAC in Białystok of 12 September 2013, II SA/Bk 245/13; decision of PAC in Wrocław of 16 September 2013, II SA/Wr 363/13; decision of PAC in Poznań of 5 February 2013, II SA/Po 962/12; decision of PAC in Cracow of 15 March 2013, II SA/Kr 138/13; decision of PAC in Białystok of 22 February 2011, II SA/Bk 552/10; decision of PAC in Kielce of 19 August 2011 II SA/Ke 257/11.

⁹ See inter alia decisions of SAC: of 11 February 2010, II OSK 319/09; of 25 April 2012, II GSK 472/12; of 8 January 2013, II OSK 2374/12; of 4 April 2014, I OSK 2426/12; of 10 April 2014, II OSK 2732/12; of 3 July 2014, II OSK 249/13; of 30 July 2014, II OSK 1343/14; resolution of SAC of 20 May 2010, I OPS 13/09; orders of SAC: of 24 August 2010, II OZ 784/10; of 29 September 2015, II OZ 872/15; order of PAC in Wrocław of 9 April 2009, II SA/Wr 75/09; decision of PAC in Poznań of 14 May 2014, IV SA/Po 40/14; decision of PAC in Szczecin of 3 July 2014, II SA/Sz 241/14; decision of PAC in Cracow of 3 October 2014, II SA/Kr 826/14; decisions of PAC in Warsaw: of 17 September 2014, I SA/Wa 2383/13; of 27 October 2014, IV SA/Wa 1499/14; of 5 December 2014, I SA/Wa 1600/14; decision of PAC in Warsaw of 28 December 2012, V SA/Wa 173/12;

¹⁰ See inter alia decision of PAC in Warsaw of 28 December 2012, V SA/Wa 173/12; decisions of SAC: of 13 February 2014, I OSK 2436/12; of 24 October 2013, I OSK 1520/13; of 8 August 2014, I OSK 316/13; of 21 April 2015, I OSK 1968/13.

¹¹ See inter alia decision of SAC of 8 January 2013, II OSK 2374/12.

¹² See inter alia decision of SAC of 5 September 2013, II OSK 858/12.

¹² II OSK 27/09.

such an illegal stay. Provisions of the Polish Act on Granting Protection to Aliens on the territory of the Republic of Poland 13 June 2003¹³ on the date of issuance of the expulsion decision appealed, ordered granting a tolerated residence permit to stay on the territory of the RP, if expulsion of an alien: 1) could take place only to a country where their right to life, freedom and personal safety would be in danger, where they could be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment or be forced to work or deprived of a right to a due court trial or be punished without a legal basis in the understanding of the ECHR; 2) would be unenforceable for reasons independent of a body executing the decision to expel or of an alien [Article 97 paragraph 1(1)]. In the decision to dismiss the cassation appeal the SAC stated that an individual's reference to the circumstances which potentially may occur in the country of their origin and which may not, under any circumstances, be equal to inhuman or degrading treatment or punishment or forcing to work, fails to satisfy the premises for an alien to be granted special protection against expulsion. In compliance with the case-law standards of the case-law of ECtHR the judicial panel for the case decided that persecution occurs when the state authorities commit such acts or tolerate them. The court decided that the Polish act on granting aliens protection on the territory of the Republic of Poland may not be expanded to potential instances of hazards resulting from act of persons who do not belong to the state apparatus or who do not find an approval of m the state authorities. The panel acknowledged that in accordance with the case-law of ECtHR with respect to Article 3 of ECHR¹⁴ "degrading" treatment takes place only if its intent was to evoke the feelings of fear or distress in the victim, which may be degrading and humiliating, and the suffering and degradation involved must always, as per principle, exceed the inevitable element of suffering and degradation related to a particular form of treatment compliant with the laws. Aliens may effectively invoke the prohibition of degrading treatment and thus obtain the right to stay on the territory of a State Party to the ECHR only in exceptional instances regarding humanitarian reasons related to, but not limited to, discontinuation of medical treatment due to expulsion, which is tantamount to ceasing to save life. However, pursuant to the ECtHR case-law,¹⁵ persons subject to expulsion

¹³ Consolidated text of Journal of Laws of 2006, No. 234, item 1695, as amended

¹⁴ Decision of ECtHR of 26 October 2000, *Kudla v. Poland*, application no. 30210/96, para. 92.

¹⁵ Decision of ECtHR of 27 May 2008, *N. v. Great Britain*, application no. 26565/05, para. 42.

may not claim whatsoever any right to remain on the territory of a State Party to the Convention in order to use, in particular, any form of assistance and services provided by such state.

Whereas in the decision of 31 August 2011¹⁶ while the SAC decided that implementing the decision to expel an alien against their will from a country of their temporary residence involves numerous difficulties, however, the very prerequisite for abandoning an expulsion may not be based either on the fact of deterioration of an alien's economic living conditions in the country of their origin or – as a matter of principle – medical reasons related to the state of the healthcare services and better standards of medical services provision at the country of their stay. Pursuant to the case-law of ECtHR the Court indicated that medical reasons may be considered pursuant to Article 3 of ECHR solely in “the most exceptional circumstances” of a humanitarian nature.

In the cases regarding aliens the administrative courts often invoke Article 8 of ECHR and its meaning in the case-law of ECtHR. For example, in a decision of 31 August 2011¹⁷ the SAC invoked the convention standards evolved in the ECtHR case-law to explain the term “family life” in the meaning of Article 8 of ECHR. In the case subject to recognition by the public administration bodies and a provincial administrative court decided that the notion of “family life” does not cover the claimant’s relationship of a common law marriage with a female Polish citizen and is not subject to the protection guaranteed by the Convention. However, the SAC agreed with the claim of a violation of Article 8 of ECHR and presented a view that the notion of family life may cover an informal relationship (partnership, common law marriage). The court invoked the case-law of ECtHR¹⁸, according to which, Article 8 of ECHR does not differentiate between a “legitimised” and a “not legitimised” (with no marriage basis) family, whereas the Convention concept of a “family” is not solely limited to relationships with marriage basis and may cover other actual “family” bonds which may exist between people who are not bound by marriage.

In decisions of 28 September 2011¹⁹ the SAS, adjudicating on expulsion of the so called second generation immigrants reviewed the right to

¹⁶ II OSK 1123/10.

¹⁷ II OSK 1407/10.

¹⁸ Decisions of ECtHR: of 13 June 1979, *Marckx v. Belgium*, application no. 6833/74; of 26 May 1994, *Keegan v. Ireland*, application no. 16969/90.

¹⁹ II OSK 1907/10–1910/10, II OSK 1915/10.

remain in Poland within the context of the right to respect private life as guaranteed by the Convention. The court considered the cassation appeals under a violation of Article 8 of ECHR by the courts of first instance and administration bodies. The SAC emphasised in the substantiation that the courts of first instance have not considered that apart from family life also the private life of aliens residing in Poland is subject to protection pursuant to Article 8 ECHR. The Court invoked the case-law of ECtHR²⁰ and confirmed thereunder that the right of the so called second generation immigrants to remain in a host country requires a review within the aspect of a right to private life, protected regardless of the right to family life pursuant to Article 8 of ECHR. The Court reminded, invoking the referenced case-law of ECtHR²¹, that Article 8 of ECHR protects the rights also of those aliens who are not involved in “family life” and private life in the meaning of the Convention includes the entirety of relationships among the established immigrants and the community of their residence and it may cover various aspects of social identity of an individual. In the opinion of the SAC a body competent for aliens must conduct, in the first place, a thorough analysis, when passing a decision to expel, the relationships of such an alien with their immediate environment, settlement in Polish culture and the level of social integration as well as the criteria stemming from the ECtHR case-law (such as the criterion of the duration of their stay in a country of such alien's expulsion as well as the criterion of stability of social, cultural and family relationships with the recipient country and the country to which such alien is to be expelled).

In the decision of 8 August 2012²² the SAC – invoking the case-law of ECtHR²³ when reviewing the existence of premises to grant a permit for a tolerated stay – reminded that Article 8 of ECHR refers to an already existing family (even if officially only) and also includes the parents' right to reintegration with their child because family life involves a close personal relationship, regular contact and a certain level of closeness. Other circumstances, apart from a common place of abode, may, in exceptional

²⁰ Decision of ECtHR of 9 October 2003, *Slivenko v. Latvia*, application no. 48321/99.

²¹ Decisions of ECtHR of 23 June 2008, *Maslov v. Austria*, application no.1638/03, para. 74; of 18 October 2006, *Üner v. the Netherlands*, application no. 46410/99, para. 58.

²² II OSK 1550/11.

²³ See decisions of ECtHR: of 21 June 1988, *Berrehab v. the Netherlands*, application no. 10730/84, para. 21; of 26 May 1994, *Keegan v. Ireland*, application no. 16969/90, para. 44–45; of 13 January 2004, *Haas v. the Netherlands*, application no. 36983/97, para. 43.

instances only, indicate a permanent nature of a relationship sufficient to state the existence of a real family relationship. The review of the hereinabove may be based on the nature of the relationship, including common interest, attachment and dependence. The court indicated that the case-law of ECtHR particularly emphasises the meaning of *natural relationships* between a parent and their child, it is inadvisable to obstruct any contact, even if family life understood as creating a family community of a common abode, suffers a disruption or termination but occasional contact with a child does not indicate the existence of family life between them and their parent. Under the circumstances of the case the SAC assumed that a particular situation of the applicant, due to many years spent in confined institutions, was not conducive to maintaining family relationships, in particular relationships binding them as a parent with a minor because it excluded their mutual contact on a frequent basis and a common place of abode. The court recognised the findings of the body stating that the relationship binding the applicant with the persons with whom he had constituted a family (ex-common-law wife and two children) in the past, are insufficient to deem and consider the applicant's expulsion a violation of the right to family life in the meaning of Article 8 of ECHR and the Convention on the Rights of the Child due to the loosening of such relationships. The SAC found, as a key factor to resolve the case, the review of the level of mutual interest of the applicant and his next of kin in Poland, as one of the elements of family life in the meaning of Article 8 of ECHR.

In the substantiation of the decision of 15 January 2014²⁴ the SAC emphasised that the notion of "family life" included in Article 8 of ECHR is an autonomous notion but the Convention guarantee of "respect" for family life refers to a situation when such life actually already exists. The Convention does not guarantee the right to build family life, in particular to establish a family in the future.

The SAC annulled, with a decision of 2 June 2016,²⁵ due to a breach of Article 8 of the Convention, the decision of the court of first instance and the orders of administrative bodies regarding expulsion of an alien from the territory of Poland. The SAC deemed that the bodies as well as the court of first instance utterly failed to consider the relationships binding the applicant with other and the only members of his family residing on the Polish

²⁴ II OSK 3147/13.

²⁵ II OSK 2379/14.

territory (whether the nature of such relationships indicates the existence of real family life). However, it was presumed that there was no breach of an alien's right to respect their family life because he is of age, therefore he is no longer integrally connected with his mother's or sister's stay and moreover, he is not a spouse of a Polish citizen or an alien with an EU residency permit or a long-term residency permit. The court emphasised that in the cases, where the undertaken judgements may substantiate the claim of a violation of Article 8 of ECHR, adjudicating about a possible and justified intervention in family life, first of all requires establishing whether family life in the meaning of this Article exists. The criteria adopted by ECtHR, aimed at assistance in a review of a breach of state obligations pursuant to Article 8 of the Convention in cases regarding expulsion of young adults who have not established their own family, include, but are not limited to: the duration of the stay in the country of such alien's expulsion and the stability of social, cultural and family relationships with the recipient country and the country to which such alien is to be expelled. The SAC is of the opinion that the possibility of the applicant's expulsion should have been reviewed within the aspect of a necessity to respect such type of relationships. The court also indicated that it is not solely family life but also private life of aliens staying in Poland that is subject to protection pursuant to Article 8 of ECHR.²⁶

The SAC in Warsaw, however, in a decision of 30 October 2014,²⁷ on granting a minor alien a temporary residence permit to stay on the territory of Poland, invoked the claim of a violation of Article 8 of ECHR through public authorities' intervention in private life of the minor's family to a disproportionately high degree to the necessary protection of social safety. In the view of the Court the right to family life is not an unconditionally protected right, since the Convention itself provides for exceptions from the prohibition of state bodies' executive interference in the privacy sphere perceived as such. The acceptable – pursuant to Article 8, paragraph 2 of ECHR – limitations of the right to respect family life, however, should be restricted to the instances provided for by the law and necessary in a democratic society. The Court decided that the applicant's family situation, with a tendency to consider that he has no strong relationship with the child, excludes an assertion of a violation of Article 8 of ECHR.

²⁶ See decision of SAC of 28 September 2011, II OSK 1909/10.

²⁷ IV SA/Wa 1647/14.

Pursuant to the general principles developed in the case-law of ECtHR²⁸ in a situation where the existence of a family relationship with a child has been demonstrated, a state must act in a manner tailored to facilitate development of such relationship and to determine a legal protection which allows the child's integration with their family. Moreover, Article 8 of ECHR may not be perceived as an independent basis to grant a residence permit. In the opinion of the Court a fundamental assumption of the Convention is to protect an individual against arbitrary measures of the public authority bodies. Invoking the case-law of ECtHR, the Court decided that even if there are positive obligations included in effective "respect" for family life, a just balance to be maintained between the competing interests of an individual and the society as such, should be considered. The measures adopted for the application of Article 8 of ECHR should be reasonable and not definite. The Court has therefore decided that the right to respect family life is of no definite nature and the public authorities' intervention in exercising this right should be justified by the circumstances indicated in Article 8 paragraph 2 of ECHR. Limitations of the right to private life must be proportional and evaluation of such proportionality requires that an alien's personal and family status are considered, including the duration of his stay in Poland, potential obstacles for his stay with his family in the country of origin of such alien, including the effects to the family due to a transfer of family life to another country.

In the decision of 2 February 2016²⁹ the SAC decided on an alien who was refused to be granted a temporary residence permit to stay on the territory of the Republic of Poland. The Court invoked Article 8 of ECHR and the case-law of ECtHR³⁰ when providing an interpretation of Article 57 paragraph 3 (6) of the Act on aliens³¹ and a requirement, set forth in this provision, to demonstrate a "particularly important interest" in remaining on the territory of the Republic of Poland. The Court reminded that the acceptable limitations of the right to respect family life are to be restricted to the instances provided for by the law and necessary in a democratic society due to, but not limited to, public safety of protection of order (Article 8

²⁸ Decision of ECtHR of 04 October 2012, *Harroudj v. France*, application no. 43631/09.

²⁹ II OSK 1328/14.

³⁰ Decisions of ECtHR of 20 June 2002, *Al-Nashif v. Bulgaria*, application no. 50963/99, para. 114 and the quoted case-law; of 27 October 2005, *Keles v. Germany*, application no. 32231/02 and the quoted case-law.

³¹ Journal of Laws of 2011, No. 264, item 1573 as amended.

paragraph 2 of ECHR). Moreover, the potential to limit an individual's right to protect family life "in instances provided for by the law" in fact means that the act should govern the outline of all limitations of a right to respect family life. Whereas, in pursuance of an established stance of ECtHR the States Parties to the Convention are entitled to regulate the terms and conditions for granting aliens permits to enter and stay, as well as their expulsion. The Polish court jurisdiction also assumes that passing a decision to refuse an alien a temporary residence permit does not mean an interference of public authorities in an alien's family life and a violation of Article 8 of ECHR.³² In the opinion of the SAC a family situation of an applicant (who was of age on the day the decision was passed) prompted a decision that he holds no strong relationship with the parents residing in Poland. Not every type of a relationship of an adult child with a parent shall be considered a relevant dependency level to decide that such persons conduct integrated family life in the meaning of Article 8 of ECHR. With reference to the actual status of the case, the SAC decided that although the applicant's parents reside in Poland and the applicant, who is of age, intends to reside with them, however the fact of a common place of abode of those persons is not a decisive factor as to the circumstances hereinabove.³³ The Court agreed with the opinion of the court of first instance that putting forward the applicant's situation with a requirement pursuant to Article 8 of ECHR fails to provide basis to deem and consider that the applicant demonstrated a "particularly important interest" in staying on the Polish territory.

In 2016, by way of a decision of 28 June 2016, the SAC³⁴ applied to the Court of Justice with a prejudicial question regarding an appeal against a consul's decision to refuse to grant a Schengen visa. The Court asked whether Article 32, paragraph 3 of the Resolution (EC) no. 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Official Journal of 2009 L 243, p. 1–58), considering recital 29 of the preamble to the Code on Visas and Article 47, paragraph 1 of the Charter of Fundamental Rights of the EU, should be interpreted as imposing on a member state an obligation to guarantee an effective remedy (appeal) at court. At present the Court of Justice recognises this case (C-403/16 *EI Hassani*).

³² Cf. the decision of the Supreme Court of 2 December 1998, III RN 163/98, OSNAPiUS 1999, No. 19, item 600.

³³ Cf. decision of ECtHR of 23 June 2008, *Maslov v. Austria*, application no. 1638/03.

³⁴ II OSK 1346/16.

In the case analysed, where the consul of the Republic of Poland refused to grant a visa to the applicant, the applicant claimed before a Provincial Administrative Court and the SAC a violation of Article 8, paragraph 1, Article 13 and Article 14 of ECHR as well as a violation of Article 32, paragraph 3 of the Code on Visas and Article 47 of the Charter of Fundamental Rights. The key problem concerned the fact that in the eyes of Polish laws an alien who is not a family member of a citizen of a member state of the EU in the meaning of the Act of 14 July 2006 on the entry into, residence and exit from the Republic of Poland of nationals of the European Union Member States and their family members,³⁵ is not entitled to file an appeal to an administrative court. A judicial review was excluded pursuant to Article 5, paragraph 4 of the Act of 30 August 2002 – Law on proceedings before administrative courts.³⁶

Only an alien who is a family member of a citizen of an EU member state, EFTA member state – a party to the agreement on the European Economic Area or Switzerland in the meaning of Article 2, paragraph 4 of the Act on entry, may file an appeal, to an administrative court, regarding visas issued by a consul. Pursuant to this regulation a family member is an alien who is or is not an EU citizen: a) spouse of an EU citizen, b) direct descendant of an EU citizen of their spouse, up to the age of 21 or who is a dependant of an EU citizen or their spouse, c) direct ascendant of an EU citizen or their spouse who is a dependant of an EU citizen or their spouse. Pursuant to Article 2, paragraph 3 of the Act on entry – an EU citizen is an alien who is: a) citizen of a European Union member state, b) citizen of a European Free Trade Agreement (EFTA) member state – a party to the agreement on the European Economic Area, c) citizen of Switzerland. In the meaning of the regulations of the Act on entry, a citizen of the EU is an alien, *i.e.* a person who does not hold a Polish citizenship. The applicant who is a husband of a Polish citizen could not be considered a family member of an EU citizen, in the meaning of Article 2, paragraph 4 of the Act on entry, and therefore file an effective appeal to an administrative court against the consul's decision to refuse to grant a visa.

The SAC indicated in the case a duality of doubts which substantiate the prejudicial question referred.

³⁵ Journal of Laws of No. 144, item 1043 as amended.

³⁶ Journal of Laws of 2016, item 718 as amended.

Foremost, the Court raised doubts as to the interpretation of Article 32, paragraph 3 of the Code on Visas in conjunction with Article 47, paragraph 1 of the Charter of Fundamental Rights as to whether it defines the right to an effective remedy at court in the instance of the consul's refusal to grant a visa. In the view of the Court the meaning of Article 32, paragraph 3 of the Code on Visas does not define whether the intent of the EU legislator, who applies the term "appeal", was to guarantee a right to any remedy provided for by the state law or whether it meant specifically to grant a right of appeal to a competent court body. This context gave rise to an issue as to whether a refusal for an alien to claim his rights before a court, with regard to the content of Article 5, paragraph 4 of the Law on proceedings before administrative courts, is not in contrast to Article 47, paragraph 1 of the Charter of Fundamental Rights which guarantee the right to an effective remedy at court. The SAC connected this issue with the principle of procedural (institutional) autonomy of member states within the scope concerning the obligation of member states to provide protection of an individual's rights stemming from the EU law, to effective access to court and therefore, within the context of the EU law, the principle of effective judicial protection. The Court indicated that during establishing a standard for protection the opinion of the CUEU³⁷ indicating the principle of effective judicial protection may not be disregarded, as a general principle of the EU law stemming from common constitutional traditions of the member states and protected under the ECHR – Article 6 (right to a fair trial) and Article 13 (right to an effective remedy). Nevertheless, the term "effective legal remedy" should be interpreted with consideration of the meaning granted to the term "effective remedy" by the case-law of ECtHR regarding Article 13 of ECRH, which is the model for Article 47, paragraph 1 of the Charter of Fundamental Rights. Although the Convention is not a part of the EU law,³⁸ nevertheless, pursuant to Article 6, paragraph 3 of TEU, the fundamental rights protected under the Convention are a part of the EU law as its general principles. Whereas, Article 52, paragraph 3 of the Charter of Fundamental Rights obliges the rights protected under the Charter relevant to the rights protected under the Convention, to assign the same meaning and the same effects as those of the rights included in the Convention, which

³⁷ Cf. decision of CJ of 13 March 2007, case of *Unibet*, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, para. 37.

³⁸ Cf. decision of CJ of 26 February 2013, case of *Åkeberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, para. 44.

constitutes no obstacle to the EU right to grant a more extensive protection. In the opinion of the SAC the decision to refuse to grant a visa may infringe the right to family life protected pursuant to Article 8 of ECHR and Art. Of the Charter of Fundamental Rights. Exclusion of a judicial review of the decision, which may violate the rights guaranteed by the Convention, such as the right to respect family life, may lead to a violation of Article 13 of ECHR with regards to a permit to enter.

Secondly, the SAC expressed doubts as to the availability of application of the state regulation excluding a judicial review of final decisions on a refusal to grant a visa in the light of equivalence and effectiveness principles. The Court also indicated that the Court of Justice considers the principles as limitations to the procedural autonomy of member states.³⁹ Since the Polish legal system makes the right to a judicial review of the legality of visa decisions dependant on the type of a national body competent to issue an administrative decision and an entity seeking to enter or to stay, in the opinion of the SAC an expulsion pursuant to Article 5, paragraph 4 of the Law on proceedings before administrative courts, judicial review of a decision to refuse a visa may rise doubts as to the compliance with the equivalence principle. Similarly, exclusion of a judicial review of a decision raises doubts with respect to meeting the requirement to provide effective remedy as to the decision to refuse to alien to be granted a right stemming from the EU law. The right to remedy as to the visa decisions, i.e. an application for reconsideration of the case is recognised by the same body in the administrative procedure, which is not of an adversarial nature. The Court added that the European Commission, pursuant to Article 258 of TFUE of 16 October 2014 passed a substantiated opinion with regards to Poland, the Czech Republic, Slovakia and Estonia on provision of an effective remedy in the instance of a refusal to grant, cancel or revoke a visa. The opinion expresses a view that a citizen of a third country is entitled, under the Code on Visas, to an impartial consideration of their visa application and such right should be protected by a judicial appeals procedure⁴⁰ (an additional substantiated opinion regarding Poland was passed in February 2015).

³⁹ See decision of CJ of 17 March 2016, case of *Abdelhafid Bensada Banallal*, C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175, para. 24–33 and the quoted case-law.

⁴⁰ See http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-589_pl.htm (access: 1. 6. 2017).

4. CONCLUSIONS

Pursuant to the review and analysis of the judicial decisions of administrative courts it may be stated that in the cases of aliens the administrative courts relatively often use the Convention and the case-law of ECtHR of competent jurisdiction. It is the result not solely of the fact of direct effects of this international agreement in the legal system of the Republic of Poland but also of the activity of the applicants (parties to the proceedings) as well as of how the SAC interprets the boundaries of the validity of the claims of a cassation appeal and whether and to what extend it allows invoking the Convention standards *ex officio*. Appeals to the ECHR as regards aliens, with consideration for a specific nature of the proceedings before administrative courts, are rather extensive and in-depth. In those cases the Convention is applied mainly as an interpretation model – in the decision recitals the administrative courts consider the Convention standards and the ECtHR's manner of interpretation. Courts extensively apply the Strasbourg Court's case-law output within the context of legal protection of the right to private, family life the right to decide about one's own life as well as dignity and good name guaranteed under Article 8 of the ECHR. Administrative courts invoking the Convention and the case-law models developed by the ECtHR constitutes an interesting and clear example of co-application of state regulations (including the constitutional ones - in particular Article 47 of the Constitution) with the provisions of the Convention. The decisions of ECtHR are invoked in substantiations of decisions by administrative courts as subsidiary arguments, which means additional substantiation of the constitutional standards applied. The EU law is also co-applied in the cases of aliens.

Undoubtedly, in the face of the present migration crisis in Europe, Polish courts face a particularly difficult task of developing judicial standards, common for the Constitution and the Convention, for the protection of fundamental rights of persons seeking protection on the territory of the Republic of Poland, which should be commonly applied in a judicial practice and in the courts and ECtHR dialogue. Expectedly, the response of the Court of Justice to the question of the SAC should allow an efficient enforcement of legal protection of human rights and contribute to an enhancement of observance and further publication – by courts – of standards stemming not solely from the Constitution and the Convention but also from the Charter of Fundamental Rights.

F.

Příspěvky odboru správního
Ministerstva vnitra

XXVI.

Neplnění účelu předchozího pobytu v návaznosti na podanou žádost o udělení trvalého pobytu

KAREL HRUŠKA*

1. ÚVOD

Tento článek se zaměřuje na případy, kdy cizinec dlouhodobě neplnil účel, pro nějž mu bylo vydáno povolení k pobytu (typicky se jedná o dlouhodobý pobyt za účelem „podnikání“, přičemž cizinec vykonával závislou práci) a následně si podal žádost o udělení povolení k trvalému pobytu, a to zpravidla podle ustanovení § 68 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů (dále jen „zákon č. 326/1999 Sb.“). V současné době¹ zákon č. 326/1999 Sb. neobsahuje konkrétní skutkovou podstatu, která by výslovně umožňovala za těchto podmínek žádost o udělení povolení k trvalému pobytu zamítnout.

Zákonem č. 326/1999 Sb. byl vystavěn systém pobytových oprávnění, z nichž naprostá většina se uděluje pouze za určitým účelem. Toto omezení přitom má svou logiku, zákonodárce tak chtěl regulovat migraci, aby ochránil bezpečnost České republiky, její pracovní trh apod. Pokud cizinec úmyslu zákonodárce nedbal a ustanovení uvedeného zákona úmyslně obcházel, aby získal povolení k dlouhodobému pobytu, a následně podal žádost o povolení k trvalému pobytu, je podmínka 5 let pobytu na území naplněna pouze formálně. Stav, kdy se z formálního hlediska mohou podmínky pro udělení

* Ministerstvo vnitra, odbor správní. Předseda senátu Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců

¹ Resp. v době, kdy tento článek vznikal.

povolení k trvalému pobytu jevit jako splněné, přičemž však k tomuto stavu došlo na základě porušování, popř. obcházení zákona, je nežádoucí. Trvalý pobyt představuje nejvyšší pobytové oprávnění, jakého může cizinec dosáhnout, je v zásadě doživotní a je předstupněm a předpokladem pro získání státního občanství České republiky. Přirozeně by tak mělo být získání trvalého pobytu náročnější než dosažení jiných pobytových oprávnění. V této souvislosti lze odkazat např. na názor Nejvyššího správního soudu uvedený v rozsudku ze dne 19. 1. 2012, č. j. 9 As 80/2011-69.²

Z tohoto pohledu se jeví jako potřebné nalézt ustanovení zákona č. 326/1999 Sb., na jehož základě bude možné žádat o udělení trvalého pobytu z důvodu neplnění účelu předchozího povoleného pobytu zamítat. V případě dlouhodobých pobytů je takovým ustanovením § 37 odst. 1 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb., tedy neplnění účelu, pro který byl cizinci pobyt udělen, popř. § 56 odst. 1 písm. j) ve spojení s § 46 odst. 1 téhož zákona, podle něhož nelze povolit dlouhodobý pobyt, jestliže pobyt cizince na území není v zájmu České republiky nebo je zjištěna jiná závažná překážka. Z formulace tohoto ustanovení lze dovodit, že pokud pobyt cizince není v zájmu České republiky, jedná se o překážku pobytu zákonem výslově označenou za závažnou. Podle rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 26. 6. 2013 č. j. 9 A 66/2010-50 představuje neplnění účelu předchozího pobytu (faktické nevykonávání podnikatelské činnosti) po převážné části doby závažnou překážku pobytu cizince na území.

2. POSTUP PODLE USTANOVENÍ § 75 ODST. 1 PÍSM. E) VE SPOJENÍ S § 77 ODST. 1 PÍSM. A) ZÁKONA Č. 326/1999 SB.

Jedním z možných postupů při zamítnutí žádosti o udělení povolení k trvalému pobytu z důvodu neplnění předchozího povoleného pobytu je aplikace

² „[A]by mohlo být konstatováno plnění účelu, pro který byl stěžovatelem povolen, tj. podnikatelská činnost, musela být v předmětném období alespoň převážně vykonávána, což není naplněno pouhým případným úsilím o její provozování. [...] Účelem pobytu zcela jistě zákonodárce nemínil pouze formální zapsání se do příslušných rejstříků, aniž by podnikatelská činnost byla fakticky na území České republiky vykonávána, neboť by tak došlo k obcházení smyslu a pravidel zákona. Zákon o pobytu cizinců stojí na principu, že pobyt cizince na území České republiky musí být odůvodněn, např. dlouhodobým zaměstnáním, podnikáním, studiem, a tyto činnosti musí být skutečně na území České republiky vykonávány.“

ustanovení § 75 odst. 1 písm. e)³ ve spojení s ustanovením § 77 odst. 1 písm. a)⁴ zákona č. 326/1999 Sb. Při tomto postupu je nutné vždy prokázat konkrétní jednání cizince, které nese znaky účelovosti s cílem získat povolení k trvalému pobytu. Je tudíž nezbytné prokázat příčinnou souvislost mezi konkrétním jednáním cizince, tedy neplněním účelu předchozího pobytu, a požadovaným cílem, tj. získáním povolení k trvalému pobytu. Taková příčinná souvislost musí být v případě cizince zřejmá. Nepostačí, když cizinec mohl o povolení k trvalému pobytu požádat delší dobu předtím, než o něj nakonec požádal. Pro aplikaci tohoto ustanovení musí být k zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu splněny dvě kumulativní podmínky: za prvé obcházení zákona č. 326/1999 Sb. a za druhé obcházení uvedeného zákona musí být činěno s cílem získat povolení k trvalému pobytu.

V této souvislosti je možné dodat, že i při obcházení zákona uzavřením účelového manželství je nutné prokazovat, že se toto jednání uskutečnilo za účelem získání pobytového oprávnění. Jako vodítko v takové situaci by mohla sloužit i časová skladba jednání cizince, tedy především to, že cizinec požádal o pobytové oprávnění krátce poté, co díky svému účelovému jednání splnil podmínky pro udělení tohoto pobytového oprávnění. V případě, kdy k této situaci nedošlo, je zřejmě „pouze“ to, že se dopustil obcházení zákona č. 326/1999 Sb. za účelem získání povolení k pobytu, nelze však dovedit, že tento zákon obcházel kvůli jeho získání. Správněprávní předpisy nesdělují, jak dlouhá musí být předmětná doba, aby bylo možné tuto souvislost dovedit, tudíž aby bylo možné přihlédnout k závěrům trestněprávní teorie. K použitelnosti takové analogie lze odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 2. 2014, č. j. 4 Ads 123/2013-23.⁵ V těchto případech se

-
- 3 Ministerstvo žádost o vydání povolení k trvalému pobytu zamítne, jestliže v řízení jsou zjištěny skutečnosti podle § 77 odst. 1 písm. a) nebo e).
 - 4 Ministerstvo zruší platnost povolení k trvalému pobytu, jestliže zjistí, že se cizinec dopustil obcházení tohoto zákona s cílem získat povolení k trvalému pobytu, zejména pokud účelově uzavřel manželství nebo jeho účelově vyhlášeným souhlasem bylo určeno otcovství.
 - 5 „Aplikace zásad a principů trestního práva ve správném řízení tedy není samoúčelná, jak se domnívá stěžovatelka, nýbrž jde o promítnutí garancí zajišťujících spravedlnost v trestních věcech vytvořených v průběhu dlouhého vývoje trestního práva i do oblasti správního trestání a to ze dvou důvodů. Jednak, jak bylo výše předestřeno v citované judikatuře, slouží trestní právo a správní trestání obdobnému účelu a hranič mezi oběma je proměnlivá v čase a do značné míry nahodila s tím, že neplatí pravidlo, že by v oblasti správního trestání hrozily méně přísné postupy než v trestním řízení soudním. Druhým důvodem je skutečnost, že správní trestání postrádá komplexní právní úpravu, která by analogicky jako v oblasti trestního práva materii systematicky kodifikovala a zakotvovala výše uvedené záruky spravedlnosti.“

sice přísně vzato nejedná o správní trestání, přesto je zkoumán prvek, jenž je jinak předmětem posuzování v trestním řízení či ve správním řízení sankční povahy. Tedy zkoumání záměru, jaký cizince vedl k jednání, jež nebylo v souladu s právními předpisy.

Z výše uvedených důvodů je možné odkázat na závěry Nejvyššího soudu ohledně stanovení časového odstupu, kdy již u pokračujících trestních činů nelze dovodit jednotný záměr pachatele u dlíčích útoků.⁶ Z těchto závěrů lze dovodit první podmínu, na jejímž základě lze dospět k závěru, že cizinec obcházel zákon za účelem získání povolení k trvalému pobytu. Tou je, že prokázané obcházení zákona č. 326/1999 Sb. musí bezprostředně předcházet okamžiku podání žádosti o povolení k trvalému pobytu. Pokud cizinec po vypršení platnosti pobytového oprávnění, jehož účel neplní, pobývá na území České republiky nadále na základě povolení k dlouhodobému pobytu, jehož účel již plní, pak nelze ani dovodit, že předmětné obcházení zákona bylo vedeno záměrem cizince získat povolení k trvalému pobytu. Cílem jeho tehdejšího jednání bylo „pouze“ získání povolení k dlouhodobému pobytu.

V usnesení Nejvyššího soudu ze dne 15. 6. 2011, č. j. 3 Tdo 1134/2010-53, je rovněž uvedeno: „*K tomu je předně třeba uvést, že ani trestní zákon účinný do 31. 12. 2009 ani nový trestní zákoník účinný od 1. 1. 2010 nestanoví nějakou maximální časovou hranici mezi spácháním jednotlivých skutků naplňujících jinak tutéž skutkovou podstatu trestného činu, jež překročení by bránilo posouzení jednání pachatele jako trestného činu pokračujícího. Vzhledem k tomu, že je vyžadována „blízká“ časová souvislost mezi jednotlivými útoky, půjde zpravidla o několik dnů či týdnů, výjimečně měsíců*“. V usnesení Nejvyššího soudu ze dne 10. 12. 2003, sp. zn. 6 Tdo 1314/2003 bylo stanoveno, že dovození jednotného záměru u několikaměsíčního časového odstupu je možné jen tehdy, pokud by mu předcházela dlouhá doba páchaní velkého množství dlíčích útoků.

Z předchozího odstavce lze dovodit druhou podmínu, že cizinec obcházel zákon č. 326/1999 Sb. za účelem získání povolení k trvalému pobytu: časový odstup podání žádosti od okamžiku, kdy tak cizinec mohl učinit poprvé,

⁶ Viz usnesení Nejvyššího soudu ze dne 15. 6. 2011, č. j. 3 Tdo 1134/2010-53, dle něhož „soudní praxe obecně vychází z toho, že zákonem požadovaná blízká časová souvislost bude zpravidla přerušena tam, kde pachatel na několik měsíců ustanete v páchaní trestné činnosti. Uvedený výklad však nelze aplikovat dogmaticky bez zřetele k okolnostem posuvané věci. V každé konkrétní věci je totiž třeba zkoumat zejména to, v čem trestná činnost spočívala a jaké byly další skutkové okolnosti jejího spáchání“.

musí být v řádu několika dnů, týdnů, nejvíce několika měsíců, ovšem za podmínky, že doba, kdy cizinec obcházel zákon č. 326/1999 Sb., trvala dlouho. Jinými slovy, nelze dovozovat spojitost mezi obcházením zákona a podáním žádosti o povolení k trvalému pobytu, pokud cizinec obcházel uvedený zákon „pouze“ několik měsíců a o povolení k trvalému pobytu požádal až několik měsíců poté, co tak mohl učinit poprvé. Naproti tomu lze prokázat takovou souvislost tehdy, pokud obcházení zákona trvalo např. 2 roky a cizinec o povolení k trvalému pobytu požádal 2 měsíce od okamžiku, kdy tak mohl učinit poprvé. I při takto dlouhém časovém odstupu je možné zjistit souvztažnost mezi obcházením zákona a žádostí o povolení k trvalému pobytu, neboť se ze strany cizince nejednalo o nějaké jednorázové administrativní opomenutí povinnosti ukládané zákonem č. 326/1999 Sb. jako v případě nenahlášení změny místa pobytu na území České republiky. Je naopak zřejmé, že cizinec opakovaně, dlouhodobě a systematicky směřoval svým jednáním k tomu, aby i nadále pobýval na území České republiky, ačkoliv pro svůj pobyt neměl splněny zákonem požadované podmínky.⁷ Pokud však byl časový odstup podání žádosti o povolení k trvalému pobytu od okamžiku, kdy tak cizinec mohl učinit poprvé, delší, pak již nelze zdůvodnit, že bylo obcházení zákona i podání žádosti součástí jednotného záměru cizince.

Obě uvedené podmínky jsou kumulativní. Pro aplikaci ustanovení § 75 odst. 1 písm. e) ve spojení s ustanovením § 77 dost. 1 písm. a) zákona č. 326/1999 Sb. proto musí být splněny obě zároveň.

V této souvislosti je třeba zdůraznit, že výčet v ustanovení § 77 odst. 1 písm. a) zákona č. 326/1999 Sb. je pouze demonstrativní. Uvedené ustanovení lze aplikovat i při takovém jednání cizinců, jež v tomto ustanovení není výslově zmíněno, avšak splňuje obecné podmínky tímto ustanovením určené. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 9. 2. 2015, sp. zn. 1 Azs 224/2014 souhlasil s důležitostí zásady, že nikdo nemůže těžit z nečestného jednání.⁸

7 Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 11. 2011, č. j. 9 As 71/2010-112.

8 „Nejvyšší správní soud přisvědčuje žalované, že právní zásada, podle níž nikdo nemůže těžit ze svého nečestného jednání, je důležitou součástí právního řádu. Ostatně § 871 odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců má svůj předobraz v článku 35 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES ze dne 29. dubna 2004 o právu občanů Unie a jejich rodičovských 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 (Úř. věst. L 158, 30. 4. 2004, s. 77–123, zvláštní vydání v českém jazyce: Kapitola 05, Svazek 05, s. 46–61). Podle tohoto článku mohou členské státy přijmout opatření k odepření,

3. POSTUP PODLE USTANOVENÍ § 75 ODST. 2 PÍSM. F) ZÁKONA Č. 326/1999 SB.

Obecně platí, že pro aplikaci ustanovení § 75 odst. 2 písm. f) zákona č. 326/1999 Sb.⁹ postačuje mnohem menší intenzita narušení veřejného pořádku, než je tomu např. u rušení povolení k trvalému pobytu.¹⁰ Na druhou stranu dle konstantní judikatury má být užívání výhrady veřejného pořádku spíše ojedinělé. Právní normy obsahující tuto výhradu mají být vykládány restriktivně. Výhrada veřejného pořádku je proto vyhrazena pouze pro narušení veřejného pořádku, jež jsou skutečně závažná.¹¹ V této souvislosti čl. 6 odst. 1 směrnice Rady 2003/109/ES ze dne 25. listopadu 2003 o právním postavení příslušníků třetích zemí, kteří jsou dlouhodobě pobývajícími rezidenty, uvádí, že členské státy mohou zamítat přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta z důvodu veřejného pořádku.

Závažné narušení veřejného pořádku by bylo možné shledat i v tom, že cizinec v minulosti opakovaně uváděl nepravdivé informace odůvodňující účel jeho pobytu. Takový stav je v právním rádu České republiky vymezen jako protiprávní a je označen za přestupek podle § 2 odst. 2 písm. a) a b) zákona č. 251/2016 Sb., o některých přestupcích. V případě, kdy se cizinec dopustí takového jednání v pobytové věci, která je úzce provázána

pozastavení nebo odnětí jakéhokoliv práva přiznaného touto směrnicí v případě zneužití práv nebo podvodu, například účelových sňatků. V citovaných ustanoveních zákona o pobytu cizinců a směrnice 2004/38/ES se žalovanou zmíňovanou zásadu zřetelně zrcadlí. Ve svém úsilí o její naplnění však správní orgány nemohou zcela pomíjet ostatní právní zásady.“

- 9 Ministerstvo žádost o vydání povolení k trvalému pobytu zamítne, jestliže je důvodné nebezpečí, že by cizinec mohl ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek.
- 10 Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2011, č. j. 9 As 58/2010-119 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 11. 2011, č. j. 9 As 71/2010-112, podle nichž pojem veřejný pořádek „v obecné rovině zahrnuje základní normy, které se považují za nevyhnutelné pro fungování demokratického státu a společnosti, přičemž vedle norem právních se jedná též o normy morální, sociální, politické, případně náboženské“.
- 11 Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 2. 2013, č. j. 1 As 175/2012-34, v němž „dospěl k závěru, že žalovaný i městský soud nesprávně interpretoval neurčitý právní pojem ‚závažné narušení veřejného pořádku‘. Žalovaný vyložil, že o závažné narušení veřejného pořádku jde pokázdě, když cizinec poruší či obchází právní normu. Městský soud tomuto názoru přisvědčil. Takovýto výklad však dle Nejvyššího správního soudu zcela pomíjí existenci slova ‚závažné‘. To mimo jiné implikuje, že se musí jednat o intenzivní pořuchové jednání, nikoliv pouze o bagatelný prohřešek“. Viz rovněž rozsudky téhož soudu ze dne 6. 2. 2013, č. j. 1 As 175/2012-34 a ze dne 30. 11. 2011, č. j. 3 As 21/2011-85.

s řadou dalších aspektů pobývání cizince na území České republiky, je toto jednání závažnější, jelikož ve svém důsledku představuje nejen porušení zákona č. 326/1999 Sb. (tím, že je cizinci udělen pobyt za jiným účelem, než jaký je ve skutečnosti plněn), ale i dalších právních předpisů (např. zákona o zaměstnanosti, zákoníku práce, zákona o pojistném na sociální zabezpečení apod.). Jednání, jež zakládá komplexní porušení norem veřejného práva České republiky, lze považovat za závažné narušení veřejného pořádku České republiky. To může být umocněno ještě skutečností, že se cizinec tohoto jednání dopouštěl soustavně po dobu několika let a nikdy se své jednání nepokusil napravit tím, že by požádal o udělení dlouhodobého pobytu za jiným účelem. Jednání cizince tak v tomto případě není pouze jednorázovým, administrativním opomenutím povinnosti ukládané zákonem č. 326/1999 Sb.

K aplikaci ustanovení § 75 odst. 2 písm. f) zákona č. 326/1999 Sb. není dostačující pouhé zjištění, že cizinec v minulosti porušil právní předpisy, ale je nutné především odůvodnit, že by se závažného narušení veřejného pořádku mohl dopustit v budoucnu, přičemž tento postup musí být podložen aktuálními poznatky o cizinci. Musí tedy být přezkoumatelný ve smyslu § 68 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., tj. správního rádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 500/2004 Sb.“). Je nutné zdůvodnit, že se neplnění účelu dlouhodobého pobytu bude cizinec dopouštět i v budoucnu, což je v daném případě poměrně problematické z toho důvodu, že trvalý pobyt již není, jako je tomu u pobytu dlouhodobého, vázán na konkrétní účel.

4. POSTUP PODLE § 75 ODST. 2 PÍSM. G) ZÁKONA Č. 326/1999 SB.

Ustanovení § 75 odst. 2 písm. g) zákona č. 326/1999 Sb.¹² obsahuje dvojici dispozic, z nichž druhá, tj. ohrožení bezpečnosti, se vztahuje k jinému členskému státu, zatímco první takto omezena není. Toto ustanovení bylo do zákona doplněno novelizací zákona č. 161/2006 Sb. Jak vyplývá ze sněmovního tisku č. 1107 čtvrtého volebního období Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky, je transpozičním ustanovením čl. 6 odst. 1 směrnice Rady 2003/109/ES. Dle uvedeného článku „[č]lenské státy mohou

¹² Ministerstvo žádost o vydání povolení k trvalému pobytu zamítne, jestliže cizinec závažným způsobem narušil veřejný pořádek nebo ohrozil bezpečnost jiného členského státu Evropské unie.

zamítnout přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta z důvodu veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti. Při přijímání takového rozhodnutí členský stát posoudí závažnost nebo druh protiprávního jednání proti veřejnému pořádku nebo veřejné bezpečnosti nebo nebezpečí, které od takové osoby hrozí, s přiměřeným ohledem na délku pobytu a vazby na zemi pobytu. Výklad vnitrostátních právních předpisů, zejména těch ustanovení, která přijata za účelem implementace práva Unie, by měl být uskutečněn v souladu s textem a účelem příslušného právního předpisu unijního práva. Uvedené, tudíž povinnost tzv. eurokonformního výkladu, vyplývá z judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“).¹³ Možnost aplikace výhrady veřejného pořádku je rovněž v souladu s judikaturou SDEU, který opakovaně vyjádřil, že různé státy mohou mít různé zájmy, jejichž sledování spadá pod pojem veřejného pořádku.¹⁴ Pokud by měl být ustanovením § 75 odst. 2 písm. g) zákona č. 326/1999 Sb. chráněn veřejný pořádek pouze jiného členského státu, uvedené ustanovení by se stalo v zásadě neaplikovatelným.¹⁵

Podle § 75 odst. 2 písm. f) zákona č. 326/1999 Sb. se žádost o povolení k trvalému pobytu zamítně, jestliže „je důvodné nebezpečí, že by cizinec mohl ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek“. Bezpečnost státu se zde neomezuje toliko na bezpečnost jiného členského státu Evropské unie jako v § 75 odst. 2 písm. g) zákona č. 326/1999 Sb. Srovnání těchto ustanovení může vést k nesprávné domněnce, že se písmeno f) vztahuje k České republice a celé písmeno g) k jinému členskému státu Evropské unie. Pokud by bylo úmyslem zákonodárce vztáhnout § 75 odst. 2 písm. g) zákona č. 326/1999 Sb. k jinému členskému státu Evropské unie, formuloval by jej takto: „cizinec závažným způsobem narušil veřejný pořádek jiného členského státu nebo ohrozil jeho bezpečnost“. Ohrožení bezpečnosti České republiky, k němuž došlo v minulosti,

¹³ Například ve věci č. 14/83 von Colson and Kamann SDEU přímo uvedl, že v případě problémů vyplývajících z neexistující, nesprávné či nejasné transpozice směrnice do vnitrostátní právní úpravy mají být vnitrostátní normy, které byly do právního rádu zavedeny za účelem transposice unijního práva, interpretovány v souladu s transponovanou unijní úpravou.

¹⁴ Podle rozsudku ve věci 41/74 van Duyn se předpokládá, „že zvláštní okolnosti, jež by mohly odůvodnit odvolání se na pojem veřejného pořádku, se mohou v jednotlivých zemích a v jednotlivých časových obdobích lišit, a proto je třeba přiznat příslušným státním orgánům určitý prostor pro uvážení v mezích stanovených Smlouvou“.

¹⁵ Soudní dvůr Evropské unie pak takový závěr staví na jisto v bodě 25 rozsudku ve věci C-33/07 Jipa, když uvedl, že se státy mohou dovolávat pouze svých vlastních důvodů veřejného pořádku, nikoli důvodů jiného členského státu.

je dostatečně chráněno normami trestního práva, popř. i normami zákona č. 326/1999 Sb. upravujícími odepření vstupu cizince na území či ukončení jeho pobytu, např. za využití institutu správního vyhoštění. Proto není nutno uvádět minulé ohrožení bezpečnosti České republiky mezi důvody pro zamítnutí žádosti o udělení povolení k trvalému pobytu. Totéž však již nemusí platit při „pouhém“ důvodném nebezpečí, že by cizinec mohl v budoucnu ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, a to případně i proto, že poznatky odůvodňující takové nebezpečí nemusí být použitelné z hlediska trestního práva. Závažné narušení veřejného pořádku České republiky v minulosti však své místo mezi důvody pro zamítnutí má. Závažné narušení veřejného pořádku může spočívat v porušení i jiných než pouze právních norem. Porušení jiných norem by samostatně nemuselo být pro pobyt cizince na území České republiky relevantní, ve svém souhrnu by však tato porušení mohla znamenat neudělení povolení k trvalému pobytu takového cizince na území České republiky. Proto byla skutečnost, že cizinec závažným způsobem narušil veřejný pořádek, výslovně uvedena jako důvod neudělení povolení k trvalému pobytu.

Závažné narušení veřejného pořádku lze spatřovat ve skutečnosti, že cizinec při podávání žádostí o pobytová oprávnění vědomě a opakováně klamal správní orgány, když uváděl nepravdivé informace ohledně svých výdělečných aktivit na území, přičemž po určitou dobu neplnil účel vydaného i požadovaného pobytového oprávnění na území. Přitom systematika pobytových oprávnění dle zákona č. 326/1999 Sb. je postavena na myšlence, že cizinec musí plnit účel, kvůli němuž mu bylo pobytové oprávnění uděleno, s výjimkou povolení k trvalému pobytu. Každý cizinec usilující o vydání povolení k trvalému pobytu, pokud se na něj nevztahuje humanitární výjimka, musí pobývat na území po dobu minimálně 5 let na základě nižších pobytových oprávnění, jež se vždy udělují za určitým účelem.¹⁶ Tato systematika není bezúčelná, jejím smyslem je umožnit získat povolení k trvalému pobytu cizincům dosahujícím na území určité míry integrace, slouží však i k ochraně pracovního trhu apod.

Závažnost neplnění účelu předchozího povoleného pobytu tkví především v dlouhodobosti udržování protiprávního stavu a v jeho opakování. Závažné narušení veřejného pořádku je dáno zejména v situacích, kdy cizinec opakováně, dlouhodobě a systematicky směřoval svým jednáním k tomu,

¹⁶ K tomu viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 12. 2011, č. j. 7 As 82/2011-81.

aby i nadále pobýval v České republice, ačkoliv pro svůj pobyt neměl splněné veškeré zákonné podmínky.¹⁷

Jak plyne z uvedeného, pro postup dle ustanovení § 75 odst. 2 písm. g) zákona č. 326/1999 Sb. postačuje závažné narušení veřejného pořádku mnohem nižší intenzity, než je tomu např. u správního vyhoštění, kdy jsou vzniklé vazby na území České republiky přetínány.¹⁸ Na splnění podmínek pro udělení povolení k trvalému pobytu cizinci je třeba klást zvýšené nároky. Takové povolení v mnohém zrovnapravňuje držitele se státními občany, přičemž má vesměs doživotní charakter.

5. NOVÁ ÚPRAVA V RÁMCI NOVELY ZÁKONA Č. 326/1999 SB.

K 15. 8. 2017 nabyl účinnosti zákon č. 222/2017 Sb., který novelizoval zákon č. 326/1999 Sb. U trvalých pobytů se problematika neplnění účelu předchozího pobytu cizince na území promítla do znění § 75 odst. 2 písm. d).¹⁹

¹⁷ Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 11. 2011, č. j. 9 As 71/2010-112.

¹⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 11. 2011, č. j. 9 As 71/2010-112, v této souvislosti uvádí: „Posledním a nejdůležitějším je pak požadavek dostatečnosti závažného ohrožení některého ze základních zájmů společnosti, tedy proporcionality mezi omezujícím opatřením a závažností jednání. [...] Ustanovení § 119 odst. 2 písm. b) zákona o pobytu cizinců aplikované ve věci předložené rozšířenému senátu i ustanovení § 87k odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců aplikované v nyní souzené věci sice stanoví podmínky pro přijetí opatření omezujícího právo volného pohybu cizince na území České republiky, ovšem tato opatření mají zcela odlišnou intenzitu. Zatímco vyhoštění [z důvodu dle ust. § 119 odst. 2 písm. b) zákona o pobytu cizinců] představuje faktickou derogaci práva vstupu a pobytu na území České republiky, odepření práva trvalého pobytu [z důvodu dle ust. § 87k odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců] se vztahuje pouze k dílčímu právu odvozenému od práva pobytu dle směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 29. 4. 2004, č. 2004/38/ES. [...] Navíc je třeba lze poznámenat, že odepření práva trvalého pobytu cizince představuje – na rozdíl od rozhodnutí o správním vyhoštění – opatření omezující volný pohyb osoby velmi nízkou intenzitou, když cizinec nezakazuje vstup ani pobyt na území České republiky, ale pouze mu neuděluje nejvyšší druh pobytu na území České republiky, jak poukázal žalovaný ve svém rozhodnutí. Není jím totiž samo o sobě dotčeno právo pobytu tohoto cizince na území České republiky (kapitola III směrnice 2004/38/ES). Dochází pouze k odepření výhod plynoucích ze statutu cizince pobývajícího na území České republiky v rámci trvalého pobytu“.

¹⁹ Ministerstvo žádost o vydání povolení k trvalému pobytu zamítl, jestliže cizinec v době platnosti posledního povolení k dlouhodobému pobytu bezprostředně předcházejícího podání žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 68 neplnil na území účel, pro který mu povolení k dlouhodobému pobytu bylo vydáno; to neplatí, pokud cizinec prokáže, že se jednalo o neplnění účelu ze závažných důvodů po přechodnou dobu.

Dle důvodové zprávy: „Cílem navrhované úpravy je zavedení účinných prostředků k zabránění využívání oprávnění k pobytu k jinému než deklarování účelu. V řadě případů se stává, že cizinec na území neplní účel, pro který mu bylo uděleno dlouhodobé vízum, resp. povolení k dlouhodobému pobytu. Mohou pak v zásadě nastat dvě situace.

Zaprve, cizinci je prodlouženo povolení k dlouhodobému pobytu, cizinec však v době platnosti tohoto povolení neplní účel pobytu na území, aniž by k tomu měl závažné důvody. Nežádá však o další prodloužení tohoto povolení, ale s ohledem na délku pobytu na území požádá o vydání povolení k trvalému pobytu. Pokud je však neplnění účelu povolení k dlouhodobému pobytu důvodem pro neprodloužení tohoto povolení, tím spíše by mělo být důvodem pro zamítnutí žádosti o vydání nejvyššího pobytového statusu, tedy povolení k trvalému pobytu. Navrhované ustanovení tak reaguje na situace, kdy cizinec neplní účel dlouhodobého pobytu bezprostředně předcházejícího podání žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu po převážnou část doby platnosti tohoto povolení k dlouhodobému pobytu. Kritérium neplnění účelu po převážnou část doby platnosti povolení přitom vychází z dosavadní judikatury soudů,²⁰ která jej jakožto závažnou překážku pobytu cizince na území považuje za důvod pro nevydání, resp. neprodloužení povolení k dlouhodobému pobytu. Cizinec zároveň podle navrhované úpravy může prokázat, že neplnil účel předcházejícího povolení k dlouhodobému pobytu ze závažných důvodů pouze po přechodnou dobu, a nikoli tedy po převážnou dobu pobytu. Za neplnění účelu ve smyslu tohoto ustanovení se však nebude považovat situace, kdy cizinec tráví svou třeba i měsíc trvající dovolenou v cizině.

Navrhovaný důvod pro nevydání povolení k trvalému pobytu je souladný s výhradou veřejného pořádku, jakožto důvodem pro odmítnutí přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta Evropské unie ve smyslu směrnice 2003/109/ES. Pokud jde o výhradu veřejného pořádku, je jednotlivým členským státům ponechán prostor pro uvážení, co lze za porušování veřejného pořádku považovat, aniž by tím byla dotčena příslušná judikatura Soudního dvora Evropské unie. V tomto směru lze tedy v zásadě neplnění účelu pobytu považovat za ohrožení veřejného pořádku, neboť neplnění účelu pobytu je, s výjimkou, kdy účel není plněn ze závažných důvodů,

²⁰ Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 1. 2012, č. j. 9 As 80/2011-69 nebo rozsudek téhož soudu ze dne 6. 11. 2014, č. j. 9 AzS 219/2014-39.

spojeno s tím, že cizinec využívá povolený pobyt k jiným účelům, než k tomu, který mu byl povolen“.²¹

Tato nová skutková podstata by měla zamezit aplikačním problémům při zamítání žádostí o udělení povolení k trvalému pobytu, kdy neplnění účelu předchozího povolení k pobytu nebylo samostatně jako důvod pro neudělení povolení k trvalému pobytu uvedeno a kdy se z těchto skutečností dovozovalo obcházení zákona či závažné narušení veřejného pořádku. Po účinnosti výše uvedené novely již nebude nutné v neplnění účelu obcházení zákona či závažné narušení veřejného pořádku nalézat, nýbrž bude možné přímo aplikovat ustanovení § 75 odst. 2 písm. d) zákona č. 326/1999 Sb., s tím, že závažné důvody odůvodňující dotčené neplnění účelu bude povinen prokázat cizinec.

6. ZÁVĚR

Tento článek se zabývá jednotlivými možnými postupy podle zákona č. 326/1999 Sb. v případech, kdy cizinec podal žádost o udělení povolení k trvalému pobytu před 15. 8. 2017 (před nabytím účinnosti novely č. 222/2017 Sb.), přičemž v předchozí době pobytu na území neplnil účel povoleného pobytu. Článek rozebírá, jaká konkrétní ustanovení zákona č. 326/1999 Sb. lze v těchto případech aplikovat a za jakých podmínek. Jedná se o ustanovení § 75 odst. 1 písm. e) ve spojení s ustanovením § 77 odst. 1 písm. a) zákona č. 326/1999 Sb., ustanovení § 75 odst. 2 písm. f) zákona č. 326/1999 Sb. a zejména ustanovení § 75 odst. 2 písm. g) zákona č. 326/1999 Sb. Po účinnosti zákona č. 222/2017 Sb. jsou již jednotlivé skutkové podstaty obsaženy v jiných ustanoveních zákona č. 326/1999 Sb. Konkrétně se jedná o § 75 odst. 1 písm. g) ve spojení s ustanovením § 77 odst. 1 písm. a) a o formulačně upravený § 75 odst. 2 písm. e).

V současné době převažuje zamítání žádostí o udělení povolení k trvalému pobytu na území z důvodu prokázaného neplnění účelu povoleného pobytu podle ustanovení § 75 odst. 2 písm. g) zákona č. 326/1999 Sb. V této souvislosti Krajský soud v Plzni potvrdil v rozsudku č. j. 30A 171/2016-60 rozhodnutí Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců, kterým bylo rozhodnuto o zamítnutí odvolání proti rozhodnutí o neudělení povolení

²¹ Důvodová zpráva k zákonu č. 222/2017 Sb., změna zákona o pobytu cizinců na území ČR a dalších zákonů.

k trvalému pobytu podle § 75 odst. 2 písm. g) zákona č. 326/1999 Sb., a to z důvodu neplnění účelu předchozího dlouhodobého pobytu. Soud shledal, že správní orgán je oprávněn se otázkou plnění účelu předchozího dlouhodobého pobytu zabývat, jelikož dlouhodobý pobyt je vždy účelově vázaný a musí být fakticky naplňován. Rovněž se přiklonil k názoru, že za určitých okolností je možné porušení právních norem zákona nebo jejich obcházení podřadit pod neurčitý právní pojem „závažného narušení veřejného pořádku“. Soud tak považoval za neakceptovatelné, aby trvalý pobyt jakožto nejvyšší pobytové oprávnění vycházel z předchozích dlouhodobých pobytů vymezených konkrétním účelem, který ovšem nebyl naplňován. Tentýž soud vydal ve věci aplikace § 75 odst. 2 písm. g) zákona č. 326/1999 Sb. obdobné rozhodnutí rovněž pod č. j. 57A 64/2016-72. V něm mimo jiné uvedl, že pokud by povolenání účelu pobytu bylo pouze formální záležitostí a cizinec by povolený účel pobytu dodržoval nemusel, ztratil by zákon č. 326/1999 Sb. svůj smysl. K otázce aplikace § 75 odst. 2 písm. g) zákona č. 326/1999 Sb. se vyjádřil rovněž Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 30A 139/2016-79, kterým potvrzdil rozhodnutí Komise a konstatoval, že plnění povoleného pobytu je jednou ze základních povinností vyplývajících ze zákona č. 326/1999 Sb., na jejíž dodržování nelze rezignovat, a to ani v řízení o povolení k trvalému pobytu podle § 68 tohoto zákona.

JOSEF ŠMEJDÍŘ*

1. ÚVOD

Příspěvek analyzuje právní úpravu institutu veřejného pořádku a přiměřenosť zásahu do soukromého a rodinného života cizince zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon „č. 326/1999 Sb.“) a jejich aplikaci ve správních řízeních o udělení či zrušení povolení k trvalému pobytu na území, ve světle judikatury správních soudů.

1.1 Unijní úprava institutu veřejného pořádku a přiměřenosti zásahu

Ve vztahu k unijním občanům a jejich rodinným příslušníkům vychází povinnost zkoumat přiměřenost zásahu do soukromého a rodinného života (dále jen „přiměřenost zásahu“) při rozhodování o zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu či jeho zrušení z důvodu narušení veřejného pořádku primárně z čl. 21 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie¹ (dále jen SFEU¹) a dále z čl. 45 odst. 1 SFEU.² Na úrovni sekundárního práva je výhrada veřejného pořádku obsažena ve směrnici 2004/38/ES o právu

* Ministerstvo vnitra, odbor správní. Příspěvek je psán ve vztahu k právní úpravě před nabytím účinnosti novely č. 222/2017 Sb.

¹ Dle kterého 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.

² Dle něhož je zajištěn volný pohyb pracovníků v Unii. Podle odst. 3 tohoto článku toto právo s výhradou omezení odůvodněných veřejným pořádkem, veřejnou bezpečností a ochranou zdraví zahrnuje právo: a) ucházet se o skutečně nabízená pracovní místa; b) pohybovat se za tím účelem volně na území členských států; c) pobývat v některém z členských států za účelem výkonu zaměstnání v souladu s právními a správními předpisy, jež upravují

občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, zejména v čl. 27³.

Pokud se týká občanů třetích zemí, úpravu výhrady veřejného pořádku a zásady přiměřenosti obsahuje čl. 6 směrnice 2003/109/ES o právním postavení státních příslušníků třetích zemí, kteří jsou dlouhodobě pobývajícími rezidenty. Ten upravuje podmínky pro zamítnutí podané žádosti o pobytové oprávnění.⁴ Uplatnění výhrady veřejného pořádku může vést i ke ztrátě postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta.⁵

2. POJEM VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Z výše citovaných ustanovení směrnic 2004/38/ES a 2003/109/ES vyplývá, že veřejný pořádek nijak nedefinují a ponechávají tak výklad tohoto pojmu na jednotlivých státech a jejich vnitrostátní právní úpravě. Přestože se jedná o neurčitý právní pojem, je zřejmé, že nemůže být interpretován a aplikován dle libovůle příslušného orgánu daného členského státu. Ve vztahu k unijním občanům (a jejich rodinným příslušníkům) musí respektovat právo svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států. V unijním kontextu je proto pojem veřejného pořádku interpretován tak, aby jeho obsah nemohl

zaměstnávání vlastních státních příslušníků; d) zůstat na území členského státu po skončení zaměstnání za podmínek, které budou předmětem nařízení vydaných Komisí.

³ „1. S výhradou této kapitoly smějí členské státy omezit svobodu pohybu a pobytu občanů Unie a jejich rodinnych příslušníků bez ohledu na státní příslušnost z důvodů veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví. Tyto důvody nesmějí být uplatňovány k hospodářským účelům. 2. Opatření přijatá z důvodů veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti musí být v souladu se zásadou přiměřenosti a musí být založena výlučně na osobním chování dotyčné osoby. Předchozí odsouzení pro trestný čin samo o sobě přijetí takových opatření neodůvodňuje. 3. Osobní chování dotyčného jednotlivce musí představovat skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti. Odůvodnění, která přímo nesouvisí s dotyčnou osobou nebo souvisejí s generální prevencí, nejsou přípustná.“

⁴ „1. Členské státy mohou zamítnout přiznání právního postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta z důvodu veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti. Při přijímání takového rozhodnutí členský stát posoudí závažnost nebo druh protiprávního jednání proti veřejnému pořádku nebo veřejné bezpečnosti nebo nebezpečí, které od také osoby hrozí, s přiměřeným ohledem na délku pobytu a vazby na zemi pobytu. 2. Zamítnutí uvedené v odstavci 1 se nesmí zakládat na ekonomických důvodech.“

⁵ Dle čl. 9 odst. 3: „Členské státy mohou stanovit, že dlouhodobě pobývající rezident nemá nadále nárok na právní postavení dlouhodobě pobývajícího rezidenta, ohrožuje-li vzhledem k závažnosti protiprávního jednání, kterých se dopustil, veřejný pořádek, avšak uvedené ohrožení není důvodem k vyhoštění ve smyslu článku 12“.

být stanoven jednostranně členským státem bez možnosti kontroly ze strany Evropské unie. Pro úplnost lze dodat, že v rámci aplikační praxe se členské státy mohou dovolávat pouze svých vlastních důvodů veřejného pořádku, nikoli důvodů jiného členského státu.⁶

Z uvedeného je zřejmé, že členský stát je při výkladu a aplikaci pojmu veřejný pořádek limitován sekundárním právem EU a zejména pak konzistentní judikaturou SDEU. Správní orgány, stejně jako i národní soudy jsou vzhledem k nezpochybnitelné nadřazenosti unijního práva, jakož i významu a postavení SDEU povinny vykládat příslušná ustanovení zákona č. 326/1999 Sb. eurokonformním způsobem. Přestože členské státy mají možnost v souladu s vnitrostátními potřebami, které se mohou v jednotlivých členských státech odlišovat, stanovit požadavky veřejného pořádku a veřejné bezpečnosti, nic to nemění na tom, že v kontextu unijního práva, a zejména mají-li tyto požadavky odůvodnit odchylku od základní zásady volného pohybu osob, musí být chápány restriktivně. Jejich dosah nemůže být určován jednostranně každým členským státem bez kontroly ze strany orgánů Evropské unie.⁷ Judikatura tak upřesnila, že pojem veřejného pořádku předpokládá v každém případě kromě narušení společenského pořádku, které představují všechna porušení práva, existenci skutečného, aktuálního a dostatečně závažného ohrožení některého základního zájmu společnosti.⁸

Na uvedenou judikaturu SDEU navazuje např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 10. 2009, č. j. As 51/2009-68, dle něhož (právní věta I): „*Pojem „veřejný pořádek“ ve smyslu § 87k odst. 1 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a čl. 27 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, nemůže být interpretován dle libovůle aplikujícího správního orgánu. Výklad pojmu veřejný pořádek je v kontextu práva občanů Evropské unie svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států limitován sekundárním právem Evropských společenství a zejména pak konzistentní judikaturou Evropského soudního dvora*“. Dále NSS uvedl (právní věta II.), že „[a]plikace výhrady veřejného pořádku předpokládá kromě samotného

⁶ Viz rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci C- 33/07 *Jipa*, bod 25.

⁷ Viz rozsudky ve věci 36/75 *Rutili*, body 26 a 27, 30/77 *Bouchereau*, body 33 a 34, C-54/99 *Église de scientologie*, bod 17 či C-36/02 *Omega*, body 30 a 31.

⁸ Viz zejména rozsudky *Rutili*, bod 28, *Bouchereau*, bod 35, jakož i rozsudek ve spojených věcech C-482/01 a C-493/01 *Orfanopoulos a Oliveri*, bod 66.

porušení práva i existenci skutečného a dostatečně závažného ohrožení, kterým je dotčen základní zájem společnosti, přičemž však samo odsouzení pro trestný čin ještě bez dalšího aplikaci výhrady veřejného pořádku neumožňuje“.

2.1 Vnitrostátní právní úprava

Pokud se týká vnitrostátní úpravy, zákon č. 326/1999 Sb. stanoví narušení veřejného pořádku jako důvod pro zamítnutí podaných žádostí či zrušení dříve vydaných povolení k trvalému pobytu v hlavě IV pro občany třetích států⁹ a v hlavě IVa pro občany Evropské unie a jejich rodinné příslušníky¹⁰. Z uvedených ustanovení je patrné, že právní úprava používá výhradu veřejného pořádku v různém kontextu s ohledem na účel vedeného řízení, když rozlišuje mezi tím, zda k narušení veřejného pořádku již došlo, zda aktuálně existuje či může být dáno do budoucna. Jinými slovy, při posuzování narušení veřejného pořádku je správní orgán dle okolností povinen posoudit, jestli

⁹ Podle § 75 odst. 2 písm. f) a g) zákona č. 326/1999 Sb.: „Ministerstvo žádost o vydání povolení k trvalému pobytu dále zamítne, jestliže [...] f) je důvodné nebezpečí, že by cizinec mohl ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, nebo g) cizinec závažným způsobem narušil veřejný pořádek nebo ohrozil bezpečnost jiného členského státu Evropské unie, za podmínky, že toto rozhodnutí bude přiměřené z hlediska jeho zásahu do soukromého nebo rodinného života cizince“. Dle § 77 odst. 2 písm. a) téhož zákona: „Ministerstvo platnost povolení k trvalému pobytu dále zruší, jestliže a) cizinec opakován závažným způsobem naruší veřejný pořádek nebo práva a svobody druhých anebo je důvodné nebezpečí, že by mohl ohrozit bezpečnost státu“.

¹⁰ Podle § 87k odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb.: „Ministerstvo žádost o povolení k trvalému pobytu zamítne, jestliže a) je důvodné nebezpečí, že by žadatel mohl ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, [...] c) je žadatel evidován v evidenci nežádoucích osob (§ 154) a trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek, d) žadatel je zařazen do informačního systému smluvních států, jde-li o rodinného příslušníka občana Evropské unie, který sám není občanem Evropské unie a příslušný orgán, který žadatele do tohoto systému zařadil, poskytne dodatečné informace, po jejichž vyhodnocení lze mít za to, že trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území jiného smluvního státu ohrozit jeho bezpečnost nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek“. Podle § 87k odst. 2 téhož zákona: „Ministerstvo rozhodnutím zruší povolení k trvalému pobytu, jestliže držitel tohoto povolení a) ohrožuje bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušuje veřejný pořádek, není-li zahájeno řízení o správním vyhoštění, b) je rodinným příslušníkem občana Evropské unie, který sám není občanem Evropské unie, a je zařazen do informačního systému smluvních států, a příslušný orgán, který držitele povolení k trvalému pobytu do tohoto systému zařadil, poskytne dodatečné informace, po jejichž vyhodnocení lze mít za to, že trvá důvodné nebezpečí, že by mohl při svém pobytu na území jiného smluvního státu ohrozit jeho bezpečnost nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek“.

k narušení veřejného pořádku, a to závažným způsobem, již došlo v minulosti, zda se takového jednání cizinec dopustil opakováně, zda takové nebezpečí trvá nebo zda je dáno nebezpeční jeho narušení do budoucna. Z judikatury Nejvyššího správního vyplývá, že posouzení jednání cizince jako narušení veřejného pořádku je rovněž odvislé od toho, zda se jedná o řízení o žádosti cizince, nebo o zrušení pobytového oprávnění (zahájené z moci úřední). Při posuzování jednání, které může závažným způsobem narušit veřejný pořádek, je proto správní orgán povinen souběžně zvažovat, do jaké míry je takové jednání obecně závažné ve smyslu společenské nebezpečnosti a do jaké míry narušuje veřejný zájem chráněný konkrétní právní normou, včetně zákona č. 326/1999 Sb., čili fungování takového režimu vstupu a pobytu cizinců na území ČR, který bude jak v souladu se zájmů České republiky jako celku, tak bude respektovat lidská práva cizinců. S ohledem na uvedené proto nelze v zákoně č. 326/1999 Sb. jednoznačně stanovit, jaké jednání bude pro účely konkrétního zákonného ustanovení pokládáno za narušení veřejného pořádku závažným způsobem. Legislativa může tuto hranici nejvyšší korigovat směrem k obecně větší či menší přísnosti, když používá tento pojem v různém kontextu s ohledem na druh pobytového oprávnění, o kterém se řízení vede, a s ohledem na to, zda se jedná o přiznání tohoto práva či jeho odejmutí.

2.2 Judikatura Nejvyššího správního soudu k problematice veřejného pořádku

Úvodem je nutné podotknout, že v rámci soudního rozhodování v České republice neplatí precedenční systém. Přesto však klíčovou roli při určování výkladu pojmu veřejný pořádek, v návaznosti na judikaturu SDEU, zastává Nejvyšší správní soud, a to i s ohledem na své pravomoci a postavení v hierarchii správních soudů.¹¹

Otázkou výkladu pojmu veřejný pořádek se v návaznosti na jeho nejednotnou interpretaci v kontextu cizineckého práva zabýval rozšířený senát NSS. Svůj právní názor vyjádřil v usnesení ze dne 26. 7. 2011, č. j. 3 As 4/2010-151, v němž k tomuto pojmu kromě jiného uvedl (právní věty): „*I. Při výkladu pojmu „veřejný pořádek“, resp. „závažné narušení veřejného pořádku“, používaných v různých kontextech zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, je třeba brát v úvahu nejen celkový*

¹¹ K tomu srovnej čl. 92 Ústavy České republiky.

smysl dané právní úpravy, ale přihlížet i k rozdílným okolnostem vzniku, původu a účelu jednotlivých ustanovení, v nichž jsou tyto pojmy užity. II. Narušením veřejného pořádku podle § 119 odst. 2 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, může být jen takové jednání, které bude představovat skutečné, aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti (viz čl. 27 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES). I v takovém případě je však nutno zohlednit individuální okolnosti života cizince a přihlédnout k jeho celkové životní situaci“.

Přestože se NSS v uvedeném usnesení zabýval otázkou narušení veřejného pořádku v kontextu správního vyhoštění cizince dle § 119a zákona č. 326/1999 Sb., a nikoliv otázkou neudělení či zrušení povolení k trvalému pobytu, jak z navazující soudní judikatury vyplývá, předmětné usnesení obsahuje základní interpretační východiska pro výklad pojmu veřejný pořádek v rámci aplikační praxe jak správních orgánů, tak i správních soudů. S ohledem na výše uvedenou povinnost vykládat tento pojem eurokonformě, je však třeba zároveň uvést, že se nejedná o výklad konečný a do budoucna neměnný. Závěry Nejvyššího správního soudu je možné pro správní i soudní praxi považovat za relativně ustálená východiska, která však mohou být modifikována, a to s ohledem na rozsudky SDEU, příp. Evropského soudu pro lidská práva. Navíc nelze odhlédnout od skutečnosti, že by výklad pojmu „veřejný pořádek“ v aplikační praxi NSS měl být obdobný výkladu tohoto pojmu soudy jiných států Evropské unie.

Na výše uvedená interpretační východiska pojmu navazují další rozsudky Nejvyššího správního soudu, které jej implementují v kontextu ustanovení zákona č. 326/1999 Sb., týkajících se zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu či jeho zrušení. Například v rozsudku ze dne 6. 2. 2013, č. j. 1 As 175/2012-34. NSS uvedl (právní věta): „*Naplnění pojmu závažného narušení veřejného pořádku užitého v § 75 odst. 2 písm. f) zákona č. 326/1999 Sb., nelze ztotožnit s jakýmkoliv protiprávním jednáním cizince. Musí jít o jednání vskutku závažné (intenzitou, nebo významem chráněného zájmu, proti němuž směřuje) a aktuální, byť v porovnání s § 119 odst. 2 písm. b) citovaného zákona naplní tento pojem i jednání méně intenzivní a méně aktuální*“.

Z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že správní orgán musí při uplatnění výhrady veřejného pořádku prokázat existenci skutečného, aktuálního a dostatečně závažného ohrožení, kterým je dotčen základní chráněný zájem společnosti. Pokud tak neučiní, zatěžuje své rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti ve smyslu § 68 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). V této souvislosti je třeba uvést, že existence odsouzení za spáchání trestného činu není důvodem pro zrušení pobytového oprávnění občana Evropské unie nebo jeho rodinného příslušníka ve smyslu směrnice 2004/38/ES, neboť porušení veřejného pořádku musí být posuzováno z hlediska závažnosti osobního chování cizince a intenzity chráněného zájmu.

Limity výkladu pojmu veřejný pořádek při posuzování otázky závažného narušení veřejného pořádku v minulosti se zabýval NSS např. v rozsudku ze dne 6. 2. 2013, čj. 1 As 175/2012-34. V něm kromě jiného uvádí, že „*ačkoliv bylo odsouzení pro shora uvedený skutek zahlazeno, nebrání to žalovanému v tom, aby totéž jednání hodnotil pro účely řízení o žádosti o povolení trvalého pobytu jako závažné porušení veřejného pořádku. Hypotéza § 75 odst. 2 písm. f) zákona o pobytu cizinců totiž není postavena na tom, že byl cizinec odsouzen pro trestný čin, resp. že má záznam v trestním rejstříku [na rozdíl od § 75 odst. 2 písm. c) ve spojení s § 174 zákona o pobytu cizinců], nýbrž na tom, že se dopustil určitého jednání. Zahlazení odsouzení nenastoluje fikci, že se čin, skutek nestal. Pouze se na pachatele hledí, jako by nebyl odsouzen (§ 70 odst. 1 trestního zákona, shodně § 106 trestního zákoníku). Neznamená to však, že by rozhodnutí o zahlazení bylo pro posouzení zákonnosti rozhodnutí žalovaného zcela bez významu. Usnesení prokazuje, že stěžovatel vedl po odsouzení řádný život, nedopustil se dalšího trestného činu ani přestupku, nejsou evidovány žádné stížnosti spoluobčanů na chování stěžovatele. Pakliže tedy správní orgán neprokázal opak, musí při svých úvahách o závažnosti narušení veřejného pořádku jednáním stěžovatele vycházet mimo jiné z toho, že po spáchání trestného činu vedl stěžovatel po celou dobu řádný život*.¹² Z uvedeného rozsudku je zřejmé, že pro posouzení závažnosti narušení veřejného pořádku cizincem v minulosti jako důvod pro zamítnutí podané žádosti o povolení k trvalému pobytu na území České republiky není rozhodnou skutečností, je-li cizinec v době podání žádosti o povolení k trvalému pobytu již bezúhonný. Je nevyhnutelné posoudit, jakého protiprávního jednání se v minulosti dopustil, jeho další pobyt na území

¹² Bod 20 rozsudku.

po vykonání trestu z hlediska respektování právního řádu České republiky a rovněž je nutné vzít do úvahy časový odstup mezi jednáním a okamžikem, k němuž správní orgán rozhoduje o žádosti cizince, tedy aktuálnost narušení veřejného pořádku.

Otázkou opakovaného narušení veřejného pořádku závažným způsobem se zabývá rozsudek NSS ze dne 28. 6. 2012, č. j. 7 As 15/2010-33, ve kterém vyslovil závěr, že „*[p]okud zákon o pobytu cizinců v ust. § 77 odst. 2 písm. a) nepožaduje, aby došlo k opakovanému spáchání trestného činu, a zároveň neuvádí, že se pro účely tohoto ustanovení považuje více útoků za jediné narušení veřejného pořádku, je nutno učinit závěr, že podmínsku opakovaného narušení veřejného pořádku lze naplnit i opakovanými útoky, byť by byly pro účely uplatnění trestněprávních předpisů kvalifikovány jako jediný trestný čin*“. Z citovaného rozsudku vyplývá, že pokud zákon č. 326/1999 Sb. požaduje jako důvod pro zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu nebo ke zrušení pobytového oprávnění opakované narušení veřejného pořádku, není podstatné, kolika trestných činů se cizinec dopustil. V rámci posuzování, zda se cizinec dopustil opakovaného závažného narušení veřejného pořádku, je s ohledem na uvedené třeba rozlišovat mezi instituty trestního práva, jako je např. souběh trestních činů a pokračující trestní čin, a důvody pro zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu stanovenými v zákoně č. 326/1999 Sb. Kvalifikace jednání cizince jako opakovaného narušení veřejného pořádku je otázkou, která nepodléhá režimu trestního zákona, ale zákona č. 326/1999 Sb. Přestože trestní právo určité jednání hodnotí jako souběh trestních činů či pokračující trestní čin, neznamená to, že z hlediska posouzení důvodů pro zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu nemůže být jednání cizince, kterého se dopustil ve více útocích pokračujícího trestního činu, hodnoceno jako opakované narušení veřejného pořádku.

3. PŘIMĚŘENOST ZÁSAHU DO SOUKROMÉHO NEBO RODINNÉHO ŽIVOTA

Z ustanovení směrnic 2004/38/ES a 2003/109/ES, které jsem uvedl v kapitole 1.1, vyplývá, že společným jmenovatelem pro posouzení přiměřenosťi zásahu do soukromého a rodinného života cizince je intenzita narušení

veřejného pořádku nebo bezpečnosti a posouzení konkrétního jednání, kterým veřejný pořádek nebo bezpečnost porušil.¹³

Při posuzování přiměřenosti zásahu jsou proto správní orgány povinny zkoumat proporcionalitu mezi intenzitou omezujícího opatření a důvody pro jeho přijetí, tedy závažnost protiprávního jednání cizince a dopady, které zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu, popř. jeho zrušení, bude mít do soukromého nebo rodinného života cizince.

3.1 Vnitrostátní úprava

Ustanovení § 174a zákona č. 326/1999 Sb., kterým byla stanovena jednotlivá kritéria pro posuzování přiměřenosti zásahu do soukromého a rodinného života cizince, bylo do právního řádu České republiky provedeno zákonem č. 427/2010 Sb. V § 174a odst. 1 jsou demonstrativním způsobem uvedena hlediska, která má správní orgán v rámci rozhodování o udělení či zrušení pobytového oprávnění cizinci právo zkoumat.¹⁴ Ustanovení § 174a bylo do zákona č. 326/1999 Sb. vloženo na základě pozměňujícího poslaneckého návrhu, a to k upřesnění transpozice článku 28 odst. 1 směrnice 2004/38/ES.¹⁵ Vložení § 174a do zákona mělo zároveň odstranit výkladové problémy v souvislosti s již zmíněným čl. 6 odst. 1 směrnice Rady 2003/109/ES.¹⁶ Pro úplnost je třeba dodat, že zákon č. 326/1999 Sb. již v době před novelizací zákonem č. 427/2010 Sb., tj. ke dni 31. 12. 2010, výslovně upravil nutnost

¹³ Viz čl. 27 odst. 2 směrnice 2004/38/ES a čl. 6 odst. 1 směrnice 2003/109.

¹⁴ „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.“

¹⁵ Ten se týká vyhoštění občanů EU a jejich rodinných příslušníků, přičemž před přijetím takového rozhodnutí musí být posouzeny určité skutečnosti, jako je 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 apod. Dosavadní formulace, že „rozhodnutí o vyhoštění nelze vydat, jestliže jeho důsledkem by byl nepřiměřený zásah do soukromého nebo rodinného života cizince“, byla považována za nedostatečnou.

¹⁶ Týká se zamítnutí žádosti o přiznání dlouhodobě pobývajícího rezidenta z důvodu veřejného pořádku a veřejné bezpečnosti. V těchto případech je třeba před vydáním rozhodnutí o zamítnutí žádosti posoudit závažnost a druh protiprávního jednání cizince proti veřejnému pořádku nebo veřejné bezpečnosti nebo nebezpečí, které od takové osoby hrozí, s přiměřeným ohledem na délku pobytu a vazby cizince na území.

posoudit přiměřenost zásahu rozhodnutí do soukromého a rodinného života cizince.

Z § 174a zákona č. 326/1999 Sb. vyplývá, že při posuzování naplnění podmínek pro zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu nepostačuje vyčáhat při posouzení přiměřenosti zásahu do soukromého nebo rodinného života cizince pouze z intenzity narušení veřejného pořádku nebo práv a svobod druhých, ale tato intenzita musí být vždy poměřována s konkrétními a jasně identifikovanými zásahy do soukromého nebo rodinného života cizince.

Z § 174a je zřejmé, že zákonodárce v otázce hledisek posouzení přiměřenosti nerozlišoval mezi občany Evropské unie a jejich rodinnými příslušníky, uvedenými v ustanovení § 15a zákona č. 326/1999 Sb., a občany třetích států. Nicméně judikatura Nejvyššího správního soudu se sjednotila na závěru, že závažnost narušení chráněného veřejného zájmu a s tím související přiměřenost zásahu do soukromého a rodinného života cizince je třeba posuzovat z hlediska, zda se jedná o přiznání pobytového oprávnění či jeho zrušení. V tomto ohledu lze citovat rozsudek NSS č. j. 3 As 78/2012-32 ze dne 13. června 2013: „*Zatímco ustanovení § 119 (a obdobně také § 120) pracuje s pojmem „závažně narušuje veřejný pořádek, § 87k hovoří pouze o „důvodném nebezpečí, že by žadatel mohl narušit veřejný pořádek.“ Zatímco tedy v případě správního vyhoštění vyhodnocují správní orgány konkrétní činy cizince z toho hlediska, zda k vážnému narušení veřejného pořádku již došlo, v případě žádosti o trvalý pobyt činí na základě jeho dosavadního chování určitou úvahu, zda takovéto narušení z jeho strany reálně hrozí. Takováto úvaha samozřejmě nesmí být svévolná a musí vyplývat přímo z chování dotyčné osoby, na rozdíl od předchozího však pro závěr správního orgánu není nutné, aby cizinec již čin nebo činy, jenž by mohly být hodnoceny jako závažné narušení veřejného pořádku, spáchal. Stačí, že takovouto hrozbu lze z jeho dosavadního chování důvodně presumovat. Stejně tak z hlediska požadované přiměřenosti opatření nelze přehlídnout rozdíly mezi instituty vyhoštění a povolení k trvalému pobytu. Zatímco v případě vyhoštění se jedná ve svých důsledcích o masivní zásah do práva pobytu cizince na území, v případě zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu se jeho pobytový status nijak nemění a dosavadní právní titul k pobytu na území bez dalšího nezaniká. O nějakém významnějším zásahu do pobytového statusu cizince se tak v zásadě ani nedá hovořit.“*

Z citovaného rozsudku lze dovodit, že obecně nejsou dopady rozhodnutí, jímž se neuděluje pobytové oprávnění, tak intenzivní jako v případě správního vyhoštění či zrušení pobytového oprávnění. Z tohoto důvodu se na hodnocení dopadů rozhodnutí do rodinného a soukromého života cizince pro případ neudělení povolení k pobytu nekladou tak vysoké nároky jako při rozhodování o jeho zrušení. Správní orgány však musí přiměřenost těchto méně závažných následků zkoumat s ohledem na konkrétní dopady do sféry cizince a jeho rodiny.

Ze soudní judikatury vyplývá, že klade důraz na to, aby správní orgán posuzoval přiměřenost zásahu na základě zjištěného stavu věci dle § 3 správního řádu, přičemž tato zásada nepochybň platí i pro odvolací správní orgán. Rovněž je zřejmé, že provádět další důkazy k ověření stavu věci nebude v rámci odvolacího správního řízení potřebné v případě rozhodování v zákonnych lhůtách, kdy nevyvstane žádná pochybnost o tom, že zjištěný skutkový stav je stále aktuální. Bude tomu naopak v případě dlouhotrvající nečinnosti, a to zejména v situaci, kdy lze důvodně předpokládat právně relevantní změny, zejména pokud jde o rodinný život cizince.¹⁷

Ze zákona č. 326/1999 Sb. je zřejmé, že přiměřenost zásahu se neuplatňuje pouze v případech, které jsou jako narušení veřejného pořádku výslovně v zákoně č. 326/999 Sb. označeny. Ustanovení § 75 odst. 2, § 77 odst. 2 a § 871 odst. 1 uvedeného zákona taxativně stanoví i další konkrétní důvody, které zákonodárce považuje za natolik závažné, že v případě jejich naplnění je dán důvod pro zamítnutí či zrušení pobytového oprávnění cizince, ovšem za splnění podmínky přiměřenosti zásahu do soukromého a rodinného života cizince. Je možné zmínit ustanovení § 77 odst. 2 písm. f).¹⁸ Nicméně je třeba doplnit, že se speciální důvody mohou s obecným pojmem narušení veřejného pořádku do určité míry překrývat. Podle § 77 odst. 2 písm. a) zákon č. 326/1999 Sb. je důvodem pro zrušení povolení k trvalému pobytu občana třetího státu rovněž opakováne závažné narušení veřejného pořádku. Vzhledem k tomu, že § 77 dost. 2 písm. f) je ve vztahu k § 77 odst. 2 písm. a) zákona č. 326/1999 Sb. ustanovením speciálním, je

¹⁷ K tomu srovnej např. rozsudek NSS č. j. 1 As 24/2011-79 (právní věta): „Pro rozhodování správního orgánu v prvním stupni je rozhodující skutkový a právní stav v době vydání rozhodnutí, nikoliv v době zahájení řízení (srov. § 96 odst. 2, § 90 odst. 4 nebo § 82 odst. 4 správního řádu z roku 2004)“.

¹⁸ „Ministerstvo platnost povolení k trvalému pobytu dále zruší, jestliže [...] byl cizinec pravomocně odsouzen soudem České republiky za spáchání úmyslného trestného činu k nepodmíněnému trestu odnětí svobody v délce do 3 let včetně.“

zřejmé, že i v případě úmyslného protiprávního jednání nižší intenzity, za který je soudem uložen trest mírnější a stejně tak i v případě nedbalostního jednání, které dosahuje intenzity spáchání trestného činu, je správní orgán povinen zkoumat závažnost takového jednání z hlediska intenzity narušení veřejného pořádku a s tím související přiměřenost zásahu do soukromého nebo rodinného života.

3.2 Judikatura NSS k posuzování přiměřenosti zásahu do soukromého a rodinného života

Pokud správní orgán dospěje k závěru, že cizinec naplnil konkrétní skutkovou podstatu pro zamítnutí podané žádosti o povolení k trvalému pobytu na území České republiky, popř. zrušení pobytového oprávnění, nastupuje v případech, kdy tak zákon č. 326/1999 Sb. stanoví, posouzení přiměřenosti zásahu ve formě individuálního posouzení okolností každého jednotlivého případu. Jeho podstata tkví v poměrování jednání cizince, kterým porušil chráněný veřejný zájem z hlediska závažnosti takového jednání a důsledků, který do jeho soukromého nebo rodinného života na území České republiky bude mít neudělení pobytového oprávnění či jeho zrušení.¹⁹

Pro úplnost je třeba zmínit, že zákonodárce nepřevzal na rozdíl od výše uvedených směrnic pojem „narušení veřejného pořádku“, ale použil pojem „narušení veřejného pořádku závažným způsobem“. Z uvedeného rozlišení vyplývá, že vnitrostátní právní úprava je mírnější, a tedy pro cizince příznivější, než je úprava uvedená ve směrnicích. Z tohoto důvodu by při výkladu výhrady veřejného pořádku měly správní orgány i soudy posuzovat, zda jednání cizince dosáhlo intenzity vyšší, než představuje narušení veřejného pořádku. Z judikatury správních soudů vyplývá, že se příliš tímto rozdílem nezabývají a v jejich rozhodovací praxi tak převládá snaha o souladný výklad s judikaturou SDEU.

Rovněž nelze přehlédnout skutečnost, že v případech zamítnutí podaných žádostí o povolení k trvalému pobytu či jeho zrušení, uvedených v § 75 odst. 1, § 77 odst. 1 a § 87k odst. 1 zákona č. 326/1999 Sb., zákon nedává správnímu orgánu možnost správního uvážení a posouzení dopadů vydaných rozhodnutí z hlediska přiměřenosti zásahu. Tomuto záměru zákonodárce v taxativně stanovených případech vyloučit přiměřenost zásahu

¹⁹ Viz rozsudek NSS č. j. 8 As 68/2012-39 ze dne 6. 8. 2013, v němž uvedl (bod 35), že „[ze] samotné podstaty principu přiměřenosti plyne, že se poměruje, něco k něčemu“.

a zjednodušit vedená řízení vyloučením povinnosti posuzovat otázku přiměřenosti zásahu do soukromého a rodinného života cizince odpovídá i recentní judikatura NSS.²⁰

Co se týče zjišťování okolností rozhodných pro posouzení přiměřenosti zásahu do soukromého a rodinného života cizince, je třeba rozlišovat řízení vedená na žádost cizince, tedy řízení o podané žádosti dle § 44 a násl. správního rádu, a řízení zahajovaná a vedená z moci úřední dle § 46 správního rádu. Zatímco v řízeních zahajovaných na návrh je nepochybně v zájmu cizince, aby správnímu orgánu uvedl veškeré skutečnosti na podporu podané žádosti, přičemž pro tento druh řízení platí zásada koncentrace ve smyslu § 82 odst. 4 správního rádu, v řízeních zahajovaných z moci úřední je především na správním orgánu, aby zjistil stav věci nezbytný pro vydání rozhodnutí ve věci dle § 3 správního rádu. Z tohoto důvodu bude s ohledem na okolnosti posuzovaného případu nepochybně vhodné provést za účelem zjištění stavu věci a pro posouzení přiměřenosti zásahu především účastnický výslech dle § 169 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb., popř. výslech dalších svědků.

V každém případě by měl být účastník řízení vyzván, aby se k otázce dopadu rozhodnutí do soukromého a rodinného života vyjádřil. Přestože se v řízeních zahajovaných ex officio zásada koncentrace neuplatňuje, z judikatury soudů vyplývá, že účastník řízení se nemůže úspěšně dovolávat toho, že správní orgán nedostatečně zjistil stav věci v případě, pokud sám zůstal nečinný. Z judikatury správních soudů pramení, že ani v řízeních z moci úřední nelze po správních orgánech vyžadovat, aby pouze samy obstarávaly všechny důkazy ve prospěch či neprospěch účastníka řízení. Důvodem je skutečnost, že se jedná zejména o důkazy týkající se soukromí cizince, potažmo i jeho rodinných příslušníků. Proto je v jeho zájmu, aby takové skutečnosti,

²⁰ Viz rozsudek ze dne 19. 10. 2016, č. j. 2 AzS 147/2016-30, k aplikaci § 77 odst. 1 písm. h) zákona č. 326/1999 Sb. Dle tohoto ustanovení Ministerstvo vnitra zruší platnost povolení k trvalému pobytu, jestliže byl cizinec pravomocně odsouzen soudem České republiky za spáchání úmyslného trestného činu k nepodmíněnému trestu odnětí svobody v délce přesahující 3 roky anebo byl cizinec opakovaně pravomocně odsouzen soudem České republiky za spáchání úmyslného trestného činu k nepodmíněnému trestu odnětí svobody. NSS v uvedeném rozsudku (bod 25) uvedl: „Z citovaného ustanovení je tedy zřejmé, že zákonomádárce provedenou novelou zákona o pobytu cizinců v případech závažného protiprávního jednání cizince (trestněprávního charakteru) upustil v řízení o zrušení platnosti povolení k trvalému pobytu od dalšího zkoumání přiměřenosti z hlediska zásahu zrušujícího rozhodnutí do soukromého nebo rodinného života cizince. Podle nynější koncepce zákona o pobytu cizinců tak bude v případě závažné trestné činnosti cizince povolení k trvalému pobytu zrušeno bez ohledu na jeho rodinný či soukromý život.“

v důsledku kterých by bylo možné učinit závěr o nepřiměřenosti zásahu, jednak tvrdil a rovněž je podpořil i důkazem.²¹

4. ZÁVĚR

Cílem tohoto příspěvku bylo poukázat na instituty závažného narušení veřejného pořádku a zásadu přiměřenosti v řízeních týkajících se udělení či zrušení trvalého pobytu, která mají svoje zakotvení ve směrnicích 2004/38/ES (ve vztahu k unijním občanům a jejich rodinným příslušníkům) a 2003/109/ES (ve vztahu k občanům třetích států). V příspěvku byl zkoumán jejich ustálený výklad, jakož i jejich vzájemná provázanost ve světle judikatury Nejvyššího správního soudu, s přihlédnutím k jejich aplikaci v rozhodovací činnosti Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců.

V rámci posuzování uvedených institutů cizineckého práva rovněž nelze odhlédnout od stávajícího právního vývoje, který jejich aplikaci v rámci správních řízení postupně omezuje, a to stanovením taxativních důvodů, jež zkoumání závažnosti narušení veřejného pořádku a rovněž i přiměřenosti zásahu do soukromého a rodinného života cizince vylučují.

Novelizace zákona č. 326/1999 Sb., provedená v poslední době zejména zákonem č. 314/2015 Sb. a č. 222/2017 Sb., přinesla ve vztahu k občanům třetích států rozšíření důvodů pro zamítnutí žádosti o udělení povolení k trvalému pobytu i pro jeho zrušení. Narůstá i počet taxativně stanovených důvodů, kdy správní orgán není oprávněn posuzovat, zda v jednání, kterého se cizinec dopustil, lze spatřovat závažné narušení veřejného pořádku, přičemž v některých případech není oprávněn zkoumat ani přiměřenost zásahu do soukromého a rodinného života.

²¹ K tomu srovnej např. rozsudek NSS ze dne 30. 8. 2017, č. j. 2 AzS 179/2017-38: „[25] Nejvyšší správní soud předně uvádí, že ačkoli je řízení o správném vyhoštění zahajováno z moci úřední (ex officio), nelze po příslušném správném orgánu požadovat, aby výhradně z vlastní iniciativy vyhledával a opatřoval důkazy, které by mohly svědčit ve prospěch stěžovatele, tj. které by se týkaly i nepřiměřenosti tvrzeného zásahu vyhoštění do soukromého a rodinného života stěžovatele ve smyslu § 119a odst. 2 zákona o pobytu cizinců. Je zejména na samotném cizinci, aby přesvědčivým způsobem tvrdil, že v jeho případě existuje překážka bránící vydání rozhodnutí o správném vyhoštění, případně aby o tom nabídl důkazy. Lze pouze zopakovat, že cizinec, jemuž hrozí vyhoštění, by se měl ochrany svých práv aktivně domáhat tak, aby v řízení mohlo být zjištěno a prokázáno, že chráněná práva budou realizací vyhoštění nepřiměřeně zasažena.“

Z posledních novel zákona č. 326/1999 Sb. je tak zřejmé, že v návaznosti na bezpečnostní situaci ve světě, s cílem posílit bezpečnostní aspekty migračního procesu a v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu, dochází k postupnému zpřísnění podmínek pro udělení pobytového oprávnění a zároveň i ke zmírnění podmínek pro jeho odebrání. Tento trend bude mít do určité míry i pozitivní vliv na redukci zneužívání některých ustanovení zákona č. 326/1999 Sb.

Nárok na pobyt cizince na území České republiky ve světle aktuální judikatury českých soudů

ONDŘEJ MOUDRÝ*

1. ÚVOD: VYMEZENÍ PROBLEMATIKY A DEFINICE ZÁKLADNÍCH OTÁZEK TÝKAJÍCÍCH SE NÁROKU CIZINCE NA POBYT NA ÚZEMÍ ČESKÉ REPUBLIKY

Smyslem tohoto článku je zamýšlení nad současným stavem posuzování nároku¹ cizinců (občanů tzv. třetích zemí) na pobyt na území České republiky, a to v intencích soudobé judikatury, zejména pak Ústavního soudu (dále jen „ÚS“), Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“), ale také Soudního dvora evropské unie (dále jen „SDEU“). Jak vyplývá z právě uvedeného vymezení, předmětem hodnocení nebude nárok na pobyt občanů členských států Evropské unie či jejich rodinných příslušníků, neboť se jedná o otázku dosti odlišnou a svým významem dalece přesahující možnosti tohoto příspěvku. Rovněž je třeba v obecné rovině poznamenat, že unijní občané (a jejich rodinní příslušníci) požívají nepoměrně většího souboru práv, ať už definovaného vlastními prameny práva (příslušné smlouvy a z nich vycházející akty), tak také judikaturou SDEU a vnitrostátních soudů členských států. Mnohem větší kontroverze vyvolává otázka právního nároku na pobyt na území členských států EU občanů třetích zemí, navíc rozšířená o další větvení této

* Ministerstvo vnitra, odbor správní

¹ Jestliže v tomto článku používám výraz „nárok“, event. „právní nárok“, je tím v obecném smyslu míněno subjektivní právo cizinců na pobyt na území České republiky coby synonymický výraz ve významu možnosti subjektů práva domáhat se svých práv (či nároků)aprobovaných zákonem.

otázky spočívající v odlišení jednotlivých typů pobytu (víza, dlouhodobé pobyt, trvalé pobyt atd.).

Právě otázka právního nároku občanů třetích zemí na pobyt na území České republiky tak, jak je chápána českými soudy, bude stěžejní pro tento článek. První slovo bude mít NSS, který se v rozsudku č. j. 1 Azs 250/2014-37 ze dne 11. 3. 2015 zaobíral výše uvedenou otázkou. Jeho stěžejní argumentační linie se opírá mimo jiné o rozlišení jednotlivých typů pobytu občanů třetích zemí a z nich vyplývajících nároků na pobyt. Pouze stručně lze uvést, že v tomto případě šlo o prodloužení platnosti povolení k dlouhodobému pobytu ukrajinské státní příslušnice, která v České republice pobývá na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny na území, konkrétně se svým manželem (nositelem oprávnění ke sloučení rodiny coby držitele povolení k trvalému pobytu). NSS konkrétně uvedl: „[19] Jestliže má stěžovatelka právní nárok na udelení dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny, jak je zdůvodněno výše, má za stejných podmínek právní nárok i na prodloužení tohoto typu pobytového oprávnění. [...] [20] Je tedy namísto zabývat se otázkou, čím je naplněn účel dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny. Zákon o pobytu cizinců na tuto otázku výslovou odpověď neposkytuje. Jeho ustanovení v této oblasti jsou projevem implementace směrnice Rady Evropské unie 2003/86/ES ze dne 22. 9. 2013. [...] [21] [...] Z hlediska cizince požívajícího toto pobytové oprávnění je podstatná skutečnost, že jeho blízký příbuzný (zejm. manžel či nezletilé dítě) oprávněně pobývá na území jiného státu. Potom vzniká i jeho právní nárok na pobyt na území tohoto státu. Účel, který je mu tímto umožněno naplňovat, je udržování příbuzenského vztahu a rozvíjení rodinných vazeb“.

V této části odůvodnění NSS nikoliv výjimečně odkazuje na směrnici 2003/86/ES ze dne 22. 9. 2013 o právu na sloučení rodiny,² ke které se váže obsáhlá judikatura, jakož i množství odborných příspěvků.³ Byť je určujícím

² Obdobné závěry, co se nároku občanů třetích zemí na pobyt na území členských států týče, jsou spojovány rovněž se směrnicemi Rady 2003/109/ES ze dne 25. 11. 2003 o právním postavení státních příslušníků třetích zemí, kteří jsou dlouhodobě pobývajícími rezidenty, 2003/114/ES ze dne 13. 12. 2004 o podmínkách přijímání státních příslušníků třetích zemí za účelem studia, výměnných pobytů žáků, neplacené odborné přípravy nebo dobrovolné služby a 2005/71/ES ze dne 12. 10. 2005 o zvláštním postupu pro přijímání státních příslušníků třetích zemí pro účely vědeckého výzkumu (posledně dvě uvedené směrnice byly nahrazeny s účinností od 24. května 2018 směrnicí 2016/801).

³ Z českých zdrojů např. 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. 11–121.

rámcem tohoto článku posouzení otázky českými soudy, sluší se poznamenat, že tyto otázky jsou zhusta řešeny rovněž SDEU, který významně dotváří vnitrostátní judikaturu.⁴

Podstatnou částí odůvodnění zmíněného rozsudku NSS je také faktické rozlišení mezi jednotlivými typy pobytového oprávnění co do intenzity nároku na pobyt na území, kdy NSS uvádí: „[24] [...] [Z]amítnutí žádosti o prodloužení tohoto typu pobytu s odkazem na nevyužívání pobytového oprávnění v uplynulých pěti letech, by bylo možné pouze za situace, kdy by existovala jiná možnost, jak by mohla stěžovatelka udržovat kontakt se svou rodinou za zachování stejné intenzity nároku [...] [26] Krátkodobé vízum lze udělit k pobytu nepřesahujícímu tři měsíce během jakéhokoliv šestiměsíčního období (čl. 1 vízového kodexu). V souladu s čl. 23 vízového kodexu musí být o žádosti rozhodnuto do 15 dnů od jejího podání. Tato lhůta může být prodloužena na dobu 30 kalendářních dnů, výjimečně až na dobu 60 dnů. Při posuzování žádosti o krátkodobé vízum je přitom správní orgán nadán širokým prostorem pro správní uvážení, a to zejm. díky dikci čl. 32 vízového kodexu [...]. Na udělení krátkodobého víza nemá žadatel právní nárok (na rozdíl od dlouhodobého pobytu za účelem sloučení rodiny). Tento závěr opakovaně potvrzuje Ústavní soud, např. v nálezu ze dne 12. 7. 2005, sp. zn. I. ÚS 38/04.“

NSS tak touto argumentací jednak stvrzel příslušné zákonné ustanovení⁵ a dále přisvědčil Ústavnímu soudu v jeho argumentaci stran právního nároku cizinců na pobyt na území České republiky. Nad rámec citovaného judikátu NSS považuje za vhodné učinit krátkou poznámkou ve vztahu ke striktnímu vymezení nároku na udělení dlouhodobého víza, tak jak bylo provedeno zákonodárcem. Právní předpisy obsahují jen normativní ustanovení. Důvody jejich vydání a osvětlení jimi sledovaných legislativních záměrů lze zjistit z důvodových zpráv a z další dokumentace o přípravě a projednávání předpisu. V právní teorii ani praxi nejsou a nebyly zásadní pochybnosti o tom, že pro interpretaci právního předpisu je rozhodující jedině to, co je v něm skutečně řečeno a projeveno, a že takové legislativní materiály mohou být jen oporou výkladu. Nelze však z nich vyvozovat něco, co v textu samotného

⁴ Pouze příkladmný výčet relevantních rozsudků SDEU: C-153/14 *Minister van Buitenlandse Zaken, C-578/08 Chakroun*, spojené věci C-356/11 a C-357/11 *Korkein hallinto-oikeus a Maahanmuuttopirastu*, C-575/12 *Air Baltic Corporation AS* atd.

⁵ Podle § 51 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů: „Na udělení dlouhodobého víza není právní nárok“.

předpisu vyjádřeno není.⁶ Nelze tak teleologickým či jakýmkoliv jiným výkladem zmíněné právní normy dospět přesně k opačnému výsledku, než je touto normou předvídán, tedy že na udělení dlouhodobého víza není právní nárok.

2. JUDIKATURA ÚSTAVNÍHO SOUDU K OTÁZCE NÁROKU NA POBYT CIZINCŮ NA ÚZEMÍ ČESKÉ REPUBLIKY

Klíčovým referenčním rámcem pro posouzení právního nároku na pobyt občanů třetích zemí na území České republiky je relevantní judikatura ÚS. Nejprve je vhodné uvést, že s jedinou výjimkou se citovaná judikatura ÚS zabývá pobity cizinců na území České republiky na základě dlouhodobého víza. I přes úzké vymezení dlouhodobého víza jako nenárokového pobytového statusu dovozuje ÚS závěry, které lze na pobity občanů třetích zemí vztáhnout obecně. V nejstarším citovaném usnesení⁷ se ÚS zabývá žádostí občana třetího státu o vydání povolení k dlouhodobému pobytu, a v obecné rovině vymezuje dosti jednoznačně a srozumitelně následující: „Je v zásadě věcí toho kterého státu, aby určil, které cizince či kategorie cizinců na své území vpustí a které nikoliv a případně za jakých podmínek. Žádný katalog mezinárodně chráněných lidských práv právo cizince „na vstup na státní území“ neobsahuje. Jisté mezinárodněprávní garance jsou naopak dány v případech, kdy stát ukončuje pobyt cizince (právoplatně se zdržujícího na státním území [...]. Podmínky pro vstup na území ČR jsou stanoveny v zák. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území ČR, účinným od 1. 1. 2000. Možnost, aby cizinec legálně pobýval na území ČR, je zásadně vázána na souhlas státu, vyjádřený v daném případě vydáním „víza k pobytu nad devadesát dnů“ (§ 30 a násl. cit. zák.). Podmínky pro podání žádosti o toto vízum jsou vymezeny zejm. v ustanoveních § 30 až 32 a § 53 cit. zák. Zákon výslovně uvádí, že na udělení víza nemá cizinec právní nárok (§ 51 cit. zák.). Ustanovení § 168 vylučuje použití správního řádu na vyjmenovaná řízení, mimo jiné i na řízení o udělení víza k pobytu na 90 dnů podle ustanovení § 30. Postup pro případy, kdy vízum není uděleno, upravuje § 170 odst. 9 cit. zák. Je-li žádost podaná na území ČR, policie navrhovateli sdělí, že se jeho

⁶ MIKULE, V., SLÁDEČEK, V. O závaznosti rozhodnutí Ústavního soudu. *Bulletin advokacie*. 1995, č. 8, s. 35.

⁷ Usnesení sp. zn. ÚS 345/2000 ze dne 19. 12. 2000.

žádosti nevyhovuje. V případech, kdy je žádost podána v zahraničí, zastupitelský úřad pouze vrátí cizinci cestovní doklad. Ustanovení § 171 písm. a) navíc výslovně vylučuje rozhodnutí o neudělení víza z přezkoumání soudem. Platná právní úprava je postavena na tom, že jde o výkon diskreční moci státu, dát souhlas s pobytom cizince na svém území, nikoli však o právo cizince na pobyt na území ČR, resp. na povolení k pobytu. Jinak řečeno, v této souvislosti nelze z právního řádu dovodit subjektivní (hmotné) právo navrhovatele.“

Je důležité mít na paměti, že citované usnesení bylo vydáno ještě před vstupem České republiky do Evropské unie, kterým se výrazně změnila právní realita, nikoliv pouze úzce vymezená otázka pobytu cizinců na území. Zároveň se ovšem nedá říci, že by se po přistupu České republiky k Evropské unii ÚS nějak výrazně odchýlil od shora citovaných závěrů, které tradoval i v letech následujících.⁸

To potvrzuje v jednom ze svých nálezů, v němž uvedl: „*Problematikou rozhodování o neudělení víza, eventuálně o neprodloužení víza ve vazbě na základní práva, se Ústavní soud v minulosti již zabýval v řadě případů. Veškerá 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 vyjímat z dosahu pravidla vylučujícího jejich soudní přezkum. Tímto způsobem postupně judikovaly všechny senáty Ústavního soudu.*“⁹ Pro detailní shrnutí dosavadní praxe včetně neměnného závěru pak judikoval: „*O ústavních stížnostech proti rozhodnutím vydaným ve věcech (ne)udělení či (ne)prodloužení víza rozhodoval Ústavní soud v řízeních skončených usneseními sp. zn. II. ÚS 33/11 (stěžovatelem v této věci byl manžel paní R.), III. ÚS 2819/10, III. ÚS 2909/09, I. ÚS 394/06, I. ÚS 38/04, I. ÚS 17/04, I. ÚS 65/04, I. ÚS 417/04, III. ÚS 219/04 (publikováno jako U 39/33 SbNU 591), III. ÚS 260/04, I. ÚS 290/04 (publikováno jako U 34/33 SbNU 539), IV. ÚS 85/04, I. ÚS 602/03, III. ÚS 99/04, II. ÚS 345/2000; usnesení, stejně jako všechna další v nálezu zmíněná rozhodnutí Ústavního soudu jsou dostupná na [http://naluš.usoud.cz/](http://nalus.usoud.cz/). Všechny stížnosti odmítly s tím, že neexistuje*

⁸ Příkladmo: usnesení sp. zn. I. ÚS 290/04 ze dne 26. 5. 2004, usnesení sp. zn. III. ÚS 260/04 ze dne 9. 6. 2004, usnesení sp. zn. III. ÚS 219/04 ze dne 23. 6. 2004, usnesení sp. zn. III. ÚS 99/04 ze dne 29. 4. 2004, usnesení sp. zn. IV. ÚS 85/04 ze dne 13. 5. 2004, usnesení sp. zn. I. ÚS 38/04 ze dne 12. 7. 2005, usnesení sp. zn. III. ÚS 1147/13 ze dne 18. 4. 2013, usnesení sp. zn. III. ÚS 1761/12 ze dne 7. 2. 2013, usnesení sp. zn. I. ÚS 1400/12 ze dne 13. 2. 2014.

⁹ Nález pléna Ústavního soudu sp. zn. PL. ÚS 23/11 ze dne 24. 4. 2012, bod 22.

*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. 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. Šlo přinejmenším o usnesení sp. zn. II. ÚS 2336/10, II. ÚS 2332/10, II. ÚS 2345/10, I. ÚS 2318/10, III. ÚS 2954/09, a zejména nález sp. zn. Pl. ÚS 10/08 (229/2009 Sb.; N 115/53 SbNU 427), bod 117: „Ústavní soud se v minulosti jednoznačně vyjádřil k tomu, že Listina poskytuje soudní ochranu pouze tomu právu, které právní řád garantuje (sp. zn. Pl. ÚS 36/93, sp. zn. IV. ÚS 85/04). Ústavní soud ve své judikatuře opakovaně vyslovil, že subjektivní ústavně zaručené právo cizinců na pobyt na území ČR neexistuje, neboť je věcí suverénního státu, za jakých (nediskriminujících) podmínek připustí pobyt cizinců na svém území [...]. Na udělení víza není dle výslovného znění zákona právní nárok (ust. § 51 odst. 2 zákona o pobytu cizinců). Žádné z práv zakotvených v Listině nezakládá nárok cizinců na pobyt na území České republiky. Takové právo je dáno pouze občanům České republiky (po vstupu České republiky do Evropské unie též unijním občanům), a to článkem 14 odst. 4 Listiny, zatímco odst. 2 téhož článku, který se vztahuje na ostatní cizince, zakládá pouze jejich právo svobodně území České republiky opustit.“¹⁰ ÚS určil meze právního nároku občanů třetích zemí na pobyt na území České republiky. Ačkoliv se ve většině případů jednalo o otázku posouzení nároku na vydání víza, citované závěry lze vztáhnout i na jiné typy pobytových oprávnění. ÚS vylučuje, že Listina základních práv a svobod (dále jen „Listina“) zakládá nějaký (jakýkoliv) nárok cizince na pobyt na území České republiky *per definitionem*. Obdobněaprobovaná neexistence subjektivního ústavně zaručeného práva cizinců na pobyt v České republice svědčí o všeobecné podmínce.*

¹⁰ Tamtéž, bod 23.

3. VZTAH EVROPSKÉHO A ČESKÉHO PRÁVA V JUDIKATUŘE ÚSTAVNÍHO SOUDU V NÁVAZNOSTI NA PROJEDNÁVANOU OTÁZKU

V právním prostředí České republiky a rovněž tak v členských státech EU současně platí právo vnitrostátní, unijní a mezinárodní. Tato skutečnost předurčuje složitost právního řádu. Vzhledem k tomu, že jednotlivé právní systémy nejsou izolované, vznikají problémy jejich vzájemného vztahu, přednosti či případného řešení konfliktů. Za těchto okolností nabývá na značném významu výklad práva či aplikace výkladových právních principů. Významnou roli v tomto procesu sehrává ústavní soudnictví, jehož role a význam se odvíjí od konkrétní právní úpravy v jednotlivých státech. K úloze ústavního soudnictví ve vztahu k evropské problematice (unijnímu právu) lze uvést, že v evropském kontextu neexistuje jednotný přístup ústavních soudů. Jedná-li se o přezkum unijního práva, v zásadě se rozlišují tři modely přístupu ústavních soudů. V prvním modelu se ústavní soud otázkami unijního práva nezabývá, dále se jimi zabývá ve vymezeném rozsahu (např. z hlediska lidských práv nebo ústavnosti) a nakonec u třetího modelu je unijní právo přezkoumáváno jako „kvaziústavní“.¹¹ Judikatura ÚS vztahující se k přímému účinku a přednosti práva EU vychází z předpokladu, že tento právní řád si v mezích ústavně konformně přenesených pravomocí účinky svých aktů normuje sám. Rozsah a podmínky přímého účinku se na vnitrostátní úrovni řídí přímo právem EU. S ohledem na aplikaci přímého účinku a přednosti práva Unie je tak klíčové, že ani Ústava, ani ÚS účinky právních aktů Unie v českém právním řádu nad rámec podmínek samotného přenosu pravomoci na unijní úroveň dále neomezuje či „nefiltruje“.¹²

K tomu ÚS uvedl: „Ústavní soud není kompetentní k tomu, aby posuzoval otázky platnosti norem komunitárního práva. Takové otázky spadají do výlučné pravomoci Evropského soudního dvora. Z pohledu komunitárního práva, jak bylo v minulosti vyloženo Evropským soudním dvorem (dále jen „ESD“), požívají normy komunitárního práva aplikační přednosti před právními řády členských států ES“.¹³

¹¹ ŠIŠKOVÁ, N., MATOCHOVÁ, S. *Evropské a české právo, jejich vzájemný poměr v judikatuře Ústavního soudu ČR*. Praha: Linde, 2010, s. 30

¹² BOBEK, M., BRÍZA, P., KOMÁREK, J. *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*. Vydání 1. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 124.

¹³ Nález sp. zn. Pl. ÚS 50/04 ze dne 8. 3. 2006.

Nadto ÚS konstatoval: „Ústavní soud zůstává vrcholným ochráncem české ústavnosti, a to i proti eventuálním excesům unijních orgánů a evropského práva, což také jasně odpovídá na zpochybňovanou otázku suverenity České republiky, je-li Ústavní soud vrcholným interpretem ústavních předpisů České republiky, které mají na českém území nejvyšší právní sílu, je zřejmé, že čl. 1 odst. 1 Ústavy nemůže být porušen. [...] V souladu s tím hodlá český ústavní soud přezkoumávat jako ultima ratio i to, zda se právní akty evropských orgánů drží v mezích pravomocí, které jim byly poskytnuty.“¹⁴ Byť se v citovaném případě jedná o starší rozhodnutí, rozhodně nelze říci, že by ÚS od tohoto vymezení v dalších letech upustil či ho jakkoliv změnil. Ba právě naopak. Příkladem je věc tzv. slovenských důchodů, kde v nálezu pléna ÚS judikoval: „*Pro uvedené nelze na nároky občanů České republiky plynoucí ze sociálního zabezpečení do doby 31. 12. 1992 vztáhnout evropské právo, tj. nařízení Rady (EHS) 1408/71 ze dne 14. 6. 1971, o aplikaci soustav sociálního zabezpečení na osoby zaměstnané, samostatně výdělečně činné a jejich rodinné příslušníky pohybující se v rámci Společenství, a vycházejí z principu explicitně vysloveného Ústavním soudem v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 18/09, nelze než v souvislosti s dopady rozsudku ESD ze dne 22. 6. 2011 č. C-399/09 na obdobné případy konstatovat, že v jeho případě došlo k excesu unijního orgánu, k situaci, v níž akt orgánu Evropské unie vybočil z pravomoci, které Česká republika podle čl. 10a Ústavy na Evropskou unii přenesla, k překročení rozsahu svěřených kompetencí, k postupu ultra vires*“.¹⁵

4. NĚKOLIK ÚVAH NA ZÁVĚR

Vyvstává otázka, jakým směrem se posuzování nároku cizinců na pobyt na území České republiky bude vyvíjet a jakým způsobem k němu přistoupí zákonodárce a soudy. Jak vyplývá z tohoto příspěvku, lze dlouhodobě vysleďovat jisté, nikoliv nevýznamné, rozdíly v posouzení této otázky, a to zejména na straně nejvyšších soudních autorit v zemi. Vzhledem k vývoji příslušné judikatury, ale i s ohledem na celkový společenský kontext, nelze po mé soudu očekávat sbližení zastávaných právních názorů. Jak bylo ilustrováno na vybraných závěrech ÚS, nelze u této soudní autority příliš očekávat výrazný

¹⁴ Nález sp. zn. Pl. ÚS 19/08 ze dne 26. 11. 2008.

¹⁵ Nález sp. zn. Pl. ÚS 5/12 ze dne 31. 1. 2012.

názorový obrat. Zcela jinou otázkou pak zůstává role zákonodárce, neboť je třeba vzít v potaz výrazné mantinely v podobě unijních právních aktů (jakož i judikatury SDEU), které ve spojení s katalogy základních práv nedávají příliš prostoru pro výrazné „vychýlení“ současného stavu.

Dlouhodobá víza za účelem strpění pobytu na území

IVAN TOBEK*

1. ÚVOD

V tomto příspěvku budou řešeny vybrané problémy z oblasti víz k pobytu nad 90 dnů na území České republiky.¹ Tato pobytová oprávnění jsou určena pro tzv. třetizemce (výjimku tvoří rodinní příslušníci občana Evropské unie a státního občana České republiky ve smyslu § 15a zákona č. 326/1999 Sb.), tedy cizince ze zemí, jejichž území není součástí schengenského prostoru. Zvláštní skupinu mezi těmito vízami představují dlouhodobá víza za účelem strpění pobytu na území České republiky podle § 33 a násł. zákona č. 326/1999 Sb., o kterých bych chtěl pojednat především.

2. SMYSL A ÚCEL DLOUHODOBÉHO VÍZA ZA ÚČELEM STRPĚNÍ POBYTU

Smyslem dlouhodobého víza podle § 33 zákona č. 326/1999 Sb. je strpění pobytu cizince na území České republiky. Jedná se o situace, kdy primárně nepobývá cizinec na území za účelem aprobovaným zákonem v rámci standardního pobytového oprávnění. Zákonodárce však v § 33 definoval situace, kdy považuje za legitimní a spravedlivé přiznat cizinci oprávnění k pobytu pro dobu, kdy taková situace trvá. Za takové právní situace Česká republika strpí pobyt cizince na území, ačkoliv by jinak bylo rozhodnuto o správném

* Ministerstvo vnitra, odbor správní. Příspěvek je zpracován podle právního stavu k 30. 4. 2017.

¹ Viz § 30 a následující zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 326/1999 Sb.“).

vyhoštění nebo o povinnosti cizince opustit její území. Toto rozhodnutí by bylo vynucováno. Zákonodárce vymezil následující situace jako důvody pro udělení tohoto víza: a) existence překážky nezávislé na vůli cizince, která mu brání ve vycestování,² b) cizinec je svědkem nebo poškozeným v trestním řízení a jeho účast na řízení je nezbytná,³ c) cizinec podal žádost o povolení k trvalému pobytu v souladu s § 69 zákona č. 326/1999 Sb. v době platnosti oprávnění pobytu, jehož platnost nebylo možné prodloužit, a do ukončení doby platnosti tohoto pobytového oprávnění nebylo o žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu rozhodnuto,⁴ d) cizinec podal žalobu proti vybraným rozhodnutím současně s návrhem na přiznání odkladného účinku této žalobě.⁵ Zvláštním důvodem je pak skutečnost, že bylo rozhodnuto o správném vyhoštění cizince, avšak jeho vycestování z území České republiky není možné.⁶

V uvedených případech zákonodárce připouští, že je spravedlivé umožnit při splnění stanovených podmínek pobyt cizince na území České republiky, aniž by měl standardní pobytové oprávnění. Účelem víza je legalizace pobytu cizinců v případech, kdy zákonodárce uznal, že není možné trvat na vycestování cizince z území, avšak výlučně jen na dobu, kdy trvají důvody znemožňující cizinci vycestovat. V praxi taková víza nezřídka představují „záchrannou brzdu“ v situaci, kdy cizinec jakýmkoliv způsobem ztratí pobytové oprávnění, nebo naopak přicestuje na území, aniž by předtím získal oprávnění k pobytu nad 90 dnů, tedy některé z dlouhodobých pobytových oprávnění. Žadatelé o vízum za účelem strpění často usilují o maximálně extenzívní výklad § 33, případně se snaží obejít zákon.

Dlouhodobé vízum za účelem strpění pobytu skutečně může plnit funkci určitého prostředku k zajištění standardního pobytového oprávnění, zejména povolení k dlouhodobému nebo trvalému pobytu. Je přitom důležité, že z povahy věci lze o toto dlouhodobé vízum žádat na území České republiky (jinak tomu ani nemůže být), a to i v případě, že cizinec na území nepobývá na základě pobytového oprávnění. V zásadě je možné o vízum žádat, nejen pokud cizinec pobývá na území České republiky přechodně ve smyslu § 17 zákona č. 326/1999 Sb., ale i v případě, že cizinec pobývá na území

² § 33 odst. 1 písm. a).

³ § 33 odst. 1 písm. b).

⁴ § 33 odst. 1 písm. c).

⁵ § 33 odst. 1 písm. d).

⁶ § 33 odst. 3 ve spojení s § 120a zákona č. 326/1999 Sb.

nelegálně.⁷ To je z pohledu cizince značná výhoda, neboť žádost o vydání standardního pobytového oprávnění (povolení k dlouhodobému nebo trvalému pobytu) se zpravidla podává na zastupitelském úřadu České republiky.⁸ Standardně tak podání žádosti vyžaduje vycestování cizince z území, které pro něho znamená nejen zvýšené náklady, ale nezřídka s sebou nese také riziko obtíží spojených s podáním žádosti, zejména s její úspěšností. V případě, že žadatel pobýval před vycestováním na území České republiky bez pobytového oprávnění, může to být důvod pro nevyhovění jeho žádosti.⁹ V kontextu těchto skutečností je pochopitelná snaha cizinců o získání dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu, z něhož lze žádat o standardní pobytové oprávnění. Tyto okolnosti vedou ke snaze rozšiřovat podmínky pro udělení takového víza a k podávání žádostí i v situacích, které neodpovídají podmínkám stanoveným v § 33 zákona č. 326/1999 Sb.

Nepatrnnou překážkou nadužívání tohoto pobytového oprávnění je poplatková povinnost spojená s podáním žádosti. Podle položky č. 117a písm. a) sazebníku správních poplatků, který tvoří přílohu k zákonu č. 634/2004 Sb.,

⁷ Tento závěr lze dovodit z § 33 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb., podle kterého se žádost o udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu na území České republiky podává na území Ministerstvu vnitra (dlouhodobé vízum podle § 33 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. uděluje Ministerstvo vnitra z moci úřední). Zákon pro podání žádosti nestanoví v tomto případě žádné další podmínky, podání žádosti tedy není vázáno na legální pobyt žadatele na území České republiky. Tento závěr podporuje rovněž úprava § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb., podle něhož lze žádat o dlouhodobé vízum za účelem strpění pobytu podle § 33 odst. 1 podat rovněž v době platnosti výjezdního příkazu.

⁸ Viz § 42a, 42c, 42d, 42f, 42g, 42i a 69 zákona č. 326/1999 Sb.

⁹ Viz § 56 odst. 2 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb. Podle tohoto ustanovení Ministerstvo vnitra dlouhodobé vízum s výjimkou dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu na území České republiky podle § 33 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. cizinci neuděl, jestliže v uplynulých 5 letech porušil povinnost stanovenou tímto zákonem. Takovou povinností je podle § 103 písm. n) zákona č. 326/1999 Sb. rovněž povinnost pobývat na území České republiky pouze s platným cestovním dokladem a vízem, pokud tento zákon nestanoví jinak. Aplikace výše uvedeného důvodu pro neudělení dlouhodobého víza je vázána na zkoumání přiměřenosti dopadů negativního rozhodnutí do soukromého a rodinného života cizince, respektive přiměřenosti důsledků tohoto negativního rozhodnutí důvodům pro neudělení dlouhodobého víza. V případě dlouhodobého víza nebo dlouhodobého pobytu tak nelze vyloučit negativní dopad skutečnosti, že cizinec před vycestováním pobýval na území České republiky bez pobytového oprávnění. U žádosti o trvalý pobyt je takový dopad spíše jen teoretický. Uvedená skutečnost by zřejmě mohla být podřazena pouze pod důvod pro nevyhovění žádosti o povolení k trvalému pobytu podle § 75 odst. 2 písm. f) zákona č. 326/1999 Sb. Tedy že by v nelegálním pobytu cizince na území bylo spatřováno důvodné nebezpečí, že by cizinec mohl závažným způsobem narušit veřejný pořádek. Také v tomto případě by však muselo Ministerstvo vnitra zkoumat přiměřenost negativního rozhodnutí, resp. jeho dopadů do soukromého a rodinného života cizince.

o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, se za přijetí žádosti o vydání dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu vybírá správní poplatek ve výši 300 Kč.

3. DLOUHODOBÉ VÍZUM PODLE § 33 ODST. 1 PÍSM. C)

Podle § 33 odst. 1 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb. se dlouhodobé vízum za účelem strpění pobytu na území České republiky udělí cizinci, který v době platnosti oprávnění k pobytu, jehož platnost nelze prodloužit, požádal na území o vydání povolení k trvalému pobytu, pokud je k tomu podle § 69 tohoto zákona oprávněn, a o této žádosti nebylo rozhodnuto v době platnosti oprávnění k pobytu cizince na území.

Výše popsaná právní úprava, resp. její aktuální znění, byla do zákona č. 326/1999 Sb. zavedena zákonem č. 427/2010 Sb. Ten upravil předchozí znění, podle něhož mělo být toto vízum uděleno cizinci, který v době platnosti oprávnění k pobytu požádal na území o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 67, 68 a 69 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb., pokud o této žádosti nebylo rozhodnuto v době platnosti oprávnění k pobytu cizince na území. Původní právní úprava byla obecnější, neboť nijak nekonkretizovala pobytové oprávnění.

Jazykovým výkladem mohlo být dovozováno, že toto dlouhodobé vízum slouží k zajištění pobytového oprávnění po dobu vedení řízení o žádosti o povolení k trvalému pobytu za situace, kdy dosavadní pobytové oprávnění pozylo platnosti. Aktuální znění zákona je v tomto ohledu přesnější, nicméně důvodová zpráva k němu je poněkud matoucí. Podle důvodové zprávy „*navrhované ustanovení upravuje vydání víza k pobytu nad 90 dnů za účelem strpění pobytu na území. Návrh směřuje k řešení případů, kdy cizinec je držitelem platného oprávnění k pobytu, ale před vydáním rozhodnutí o jeho žádosti o trvalý pobyt uplyne platnost jeho dosavadního pobytového oprávnění. Dosud mnoho cizinců spoléhalo pouze na kladný výsledek řízení, což však v případě negativního rozhodnutí znamenalo, že na území České republiky již nemohli požádat o prodloužení platnosti dosavadního oprávnění k pobytu a že tak byli odkázáni na odjezd z území České republiky nebo se zcela zbytečně ocitli v nelegálním postavení*“.¹⁰ Z důvodové zprávy bývá dovozováno, že dlouhodobé vízum za účelem strpění pobytu podle § 33 odst. 1

¹⁰ Důvodová zpráva k zákonu č. 427/2010 Sb., k části první, k bodu 32 – § 33 odst. 1 písm. c).

písm. c) zákona č. 326/1999 Sb. je pobytovým oprávněním pro řešení všech případů, kdy žadatel podal žádost o povolení k trvalému pobytu podle § 69 zákona č. 326/1999 Sb., avšak v průběhu řízení o této žádosti uplynula doba platnosti dosavadního pobytového oprávnění a tuto dobu se nepodařilo prodloužit. Tak tomu není, neboť jednou z podmínek pro udělení tohoto dlouhodobého víza je, že dobu platnosti pobytového oprávnění, v jejímž průběhu byla žádost o povolení k trvalému pobytu podána, nelze prodloužit.

Udělení tohoto víza předpokládá splnění několika podmínek. První podmínkou je podání žádosti o povolení k trvalému pobytu na území České republiky v souladu s § 69 zákona č. 326/1999 Sb. Ustanovení § 69 stanoví podmínky, za kterých lze podat žádost o povolení k trvalému pobytu na území České republiky tak, že ve vztahu k jednotlivým důvodům trvalého pobytu podle § 66 až 68 upravuje typy pobytů (nemusí se vždy nutně jednat o pobytové oprávnění), které opravňují cizince k podání žádosti o povolení k trvalému pobytu na území. V zásadě se vždy jedná o přechodný pobyt ve smyslu § 17 zákona č. 326/1999 Sb. Jeho typ se však liší podle důvodů pro udělení povolení k trvalému pobytu.

Důvodem pro udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu tak není jakékoli podání žádosti o povolení k trvalému pobytu. Řízení o takové žádosti nesmí být zastaveno podle § 169 odst. 8 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb. Žádost o povolení k trvalému pobytu musí být alespoň z hlediska místa jejího podání věcně projednatelná, což má zabránit podávání žádostí o povolení k trvalému pobytu výlučně za účelem získání dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu.

Ve vztahu k podmínce podání žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu v souladu s § 69 zákona č. 326/1999 Sb. dochází v praxi k obcházení zákona. Spočívá v tom, že žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu jsou sice podávány v souladu s § 69, avšak jejich účelem není získání povolení k trvalému pobytu, nýbrž pouze splnění podmínek pro udělení strpěcího víza podle § 33 odst. 1 písm. c). Jedná se například o situace, kdy cizinec podá v souladu s § 69 odst. 4 zákona č. 326/1999 Sb. žádost o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 66 odst. 1 písm. d) téhož zákona, aniž by doložil jakýkoli doklad o tom, že splňuje podmínky pro udělení povolení trvalého pobytu podle tohoto ustanovení (například nedoloží žádny doklad o tom, že je zletilým nezaopatřeným dítětem cizince s povolením k trvalému pobytu). To znamená, že Ministerstvo vnitra musí při posuzování žádosti o takovém vízum rovněž posuzovat, zda byla žádost o povolení k trvalému

pobytu podána v souladu s § 69 zákona č. 326/1999 Sb. Přitom není formálně vázán již vydaným rozhodnutím v řízení o žádosti o povolení k trvalému pobytu.¹¹ S ohledem na princip legitimního očekávání podle § 2 odst. 4 správního rádu by se však nemělo odchýlit od posouzení věci vyjádřeného právě v tomto řízení.

Druhou podmínkou, z právního a skutkového hlediska nejméně komplikovanou, je neukončení řízení o povolení k trvalému pobytu v době platnosti dosavadního pobytového oprávnění. V zásadě se jedná o účel tohoto typu dlouhodobého víza, čili zajistit cizinci pobytové oprávnění na dobu do pravomocného ukončení řízení o povolení k trvalému pobytu v situaci, kdy skončila doba platnosti dosavadního pobytového oprávnění cizince. Tato podmínka je stejná jako u předchozí právní úpravy. Omezení rozsahu případů, kdy lze dlouhodobé vízum udělit, je nutné hledat v ostatních podmínkách pro udělení tohoto dlouhodobého víza.

Poslední a nejsložitější podmínkou je, aby žádost o povolení k trvalému pobytu byla podána v době platnosti pobytového oprávnění, jehož platnost nelze prodloužit. Ustanovení § 69 požaduje pro podání žádosti o povolení k trvalému pobytu alespoň přechodný pobyt cizince na území České republiky ve smyslu § 17 tohoto zákona. Dané ustanovení tak napomáhá objasnit poslední podmínu pro udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu podle § 33 odst. 1 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb.

Problém možnosti prodloužení pobytového oprávnění stojí samostatně. Při jeho zkoumání nepostačí použít jazykový výklad. V takovém případě bychom nutně museli dospět k závěru, že podmínka pro udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu podle § 33 odst. 1 písm. c) není splněna tehdy, kdy je možné dané pobytové oprávnění, resp. dobu jeho platnosti, alespoň teoreticky prodloužit. Ve vztahu k formulaci „pobytové oprávnění, jehož platnost nelze prodloužit“ je třeba volit spíše teleologický výklad. Účelem tohoto právního pravidla je rozlišit situace, kdy právní úprava umožňuje prodloužení pobytového oprávnění a takový postup je z hlediska cizince racionální a žádoucí, od situací, kdy právní úprava buď prodloužení doby platnosti pobytového oprávnění neumožňuje vůbec, nebo je sice z procesního hlediska možné, ale brání jeho použití okolnosti nezávislé na vůli cizince. Základem dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu podle § 33 odst. 1 písm. c) totiž není umožnit cizincům rezignovat na úsilí o prodloužení doby platnosti

¹¹ Viz § 73 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní rád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní rád“).

dosavadního pobytového oprávnění poté, co podají žádost o povolení k trvalému pobytu, nýbrž řešit situace, kdy dobu platnosti tohoto pobytového oprávnění z objektivních důvodů prodloužit nelze.

Podle § 17 písm. a) zákona č. 326/1999 Sb. může cizinec na území České republiky pobývat bez víza. Striktně vzato se nejedná o pobytové oprávnění, neboť právo na pobyt na území České republiky není v takovém případě založeno správním aktem, nýbrž formálním pramenem práva. Čistě jazykovým výkladem by tak bylo možné dospět k závěru, že v těchto případech nemůže být naplněna podmínka pro udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu podle § 33 odst. 1 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb. Na druhou stranu přechodný pobyt bez víza je pobytem časově striktně omezeným, bez předpokladu jeho prodlužování. Pokud by v průběhu takového pobytu na území České republiky byla podána žádost o povolení k trvalému pobytu v souladu s § 69, bylo by z hlediska účelu takového víza namísto po uplynutí doby pro bezvízový pobyt právě jeho udělení s cílem zajištění pobytového oprávnění pro cizince do doby rozhodnutí o této žádosti. Již proto, že § 33 odst. 1 písm. c) odkazuje na § 69, lze dovodit, že dané vízum se netýká občanů Evropské unie a jejich rodinných příslušníků ve smyslu § 15a zákona č. 326/1999 Sb. Občané Evropské unie totiž podávají žádost o povolení k trvalému pobytu podle § 87g a násl. uvedeného zákona a mohou po dobu řízení o této žádosti pobývat na území České republiky na základě přechodného pobytu, jejich rodinní příslušníci pak na základě oprávnění vyplývajícího z § 87y zákona č. 326/1999 Sb.

Další druh přechodného pobytu na území České republiky podle § 17 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb. představuje pobyt na základě krátkodobého víza uděleného podle přímo použitelného právního předpisu Evropské unie, tedy tzv. schengenského víza. Jedná se o pobytové oprávnění, neboť krátkodobé vízum, resp. jeho udělení je výsledkem veřejnoprávního rozhodovacího procesu. Možnosti jeho prodloužení však jsou velmi omezené,¹² a proto lze i v tomto případě uvažovat o udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu na území podle § 33 odst. 1 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb.

Standardním pobytovým oprávněním opravňujícím k přechodnému pobytu ve smyslu § 17 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb. je dlouhodobé vízum, povolení k dlouhodobému pobytu nebo přechodný pobyt. Jedná se o pobytová oprávnění, jejichž dobu platnosti lze běžně prodloužit a právní úprava

¹² Viz čl. 33 vízového kodexu.

s takovým postupem počítá jako s postupem obvyklým.¹³ Jazykovým výkladem lze doložit, že tato pobytová oprávnění nelze podřadit pod § 33 odst. 1 písm. c). Je-li žadatel o povolení k trvalému pobytu jejich držitelem v době podání žádosti o povolení k trvalému pobytu, nemůže naplnit podmínku pro udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu podle posledně uvedeného ustanovení. Takový výklad by byl v rozporu s účelem tohoto víza, tedy se snahou legalizovat pobyt cizincům, kteří podali žádost o povolení k trvalému pobytu, a z objektivních důvodů a bez možnosti prodloužení skončila doba platnosti jejich dosavadního pobytového oprávnění, na jehož základě pobývali na území v době podání této žádosti. Podle účelového výkladu lze učinit závěr, že i v případě výše uvedených pobytových oprávnění a navzdory (byť někdy spíše jen teoretické) možnosti prodloužení doby jejich platnosti může být naplněna podmínka podle § 33 odst. 1 písm. c). Přitom je nevhodné pečlivě zkoumat, zda prodloužení daného pobytového oprávnění skutečně brání důvody objektivní povahy.

Jeden ze sporných případů představuje situaci prodloužení dlouhodobého víza. Podle § 35 odst. 1 zákona č. 326/1999 Sb. Ministerstvo vnitra i opakováně prodlouží dobu platnosti dlouhodobého víza, která je kratší než jeden rok, za podmínky, že trvá stejný účel pobytu, nejdéle však na dobu jednoho roku. Z toho vyplývá, že nelze prodloužit dobu platnosti dlouhodobého víza, pokud by celková doba platnosti dlouhodobého víza po jejím prodloužení přesáhla jeden rok. Zákon č. 326/1999 Sb. vychází z toho, že dlouhodobé vízum je pobytovým oprávněním určeným ke vstupu a počátku pobytu cizince na území České republiky v případech, kdy zde hodlá pobývat dobu delší než 90 dnů. Má-li však být pobyt cizince na území delší než jeden rok, musí být po uplynutí doby platnosti dlouhodobého víza žádat o povolení k dlouhodobému pobytu, neboť dlouhodobé vízum není oprávněním určeným k pobytu delšímu jednoho roku.¹⁴

Zákon č. 326/1999 Sb. neumožňuje prodloužení doby platnosti dlouhodobého víza nad jeden rok. Lze tvrdit, že se jedná o pobytové oprávnění, jež platnost nelze prodloužit. Je plně v dispozici cizince, zda požádá o vydání povolení k dlouhodobému pobytu a bude usilovat o pokračování v legálním

¹³ Viz § 35, § 36 a § 44a zákona č. 326/1999 Sb.

¹⁴ Cizinec má v takovém případě v zásadě dvě možnosti. Buď může žádat o prodloužení doby platnosti dlouhodobého víza na maximální možnou délku a teprve poté o vydání povolení k dlouhodobému pobytu, nebo může ihned (je-li doba uděleného dlouhodobého víza kratší než jeden rok) žádat o vydání povolení k dlouhodobému pobytu, aniž předtím využil maximální možné délky doby platnosti dlouhodobého víza.

pobytu na území České republiky na základě povolení k dlouhodobému pobytu (nelze vyloučit ani přechodný pobyt) či nikoliv. Dlouhodobé vízum za účelem strpění pobytu podle § 33 odst. 1 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb. by pak mělo být vydáváno cizinci pouze v případě, že doba platnosti dosavadního pobytového oprávnění nebyla prodloužena z objektivních důvodů.

Takovými důvody není skutečnost, že cizinec žádost o dlouhodobý pobyt vůbec nepodal nebo ji nepodal v zákonem stanovené lhůtě.¹⁵ Naopak objektivní důvody pro neprodloužení dlouhodobého víza, resp. nevydání povolení k dlouhodobému pobytu v návaznosti na udělené dlouhodobé vízum, mohou spočívat v zániku účelu pobytu nezávisle na vůli cizince (smrt manžela cizince v případě účelu sloučení rodiny). Takovým důvodem naopak nebude situace, kdy k zániku dosavadního účelu pobytu přispěl sám cizinec (například zrušením oprávnění k podnikání v případě, že účelem pobytu byla podnikatelská činnost), nebo pokud negativní rozhodnutí o své žádosti zapříčinil vlastním postupem v řízení (například neprokázal splnění podmínek pro vyhovění žádosti nebo bylo řízení zastaveno z důvodu nedoložení podstatných náležitostí žádosti).

Výše popsané se obdobně vztahuje i na případy prodloužení doby platnosti povolení k dlouhodobému pobytu. V případě povolení k dlouhodobému pobytu má cizinec možnost žádat nejen o prodloužení doby jeho platnosti, ale rovněž o vydání povolení k dlouhodobému pobytu za jiným účelem. V obou případech se uplatní tzv. fikce pobytu podle § 47 zákona č. 326/1999 Sb. To je důležité z hlediska zkoumání naplnění podmínky pro udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu podle § 33 odst. 1 písm. c), to znamená, že v průběhu řízení o žádosti o povolení k trvalému pobytu uplynula doba platnosti dosavadního pobytového oprávnění. Tato podmínka bude

¹⁵ Podle § 60 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb. lze žádost o prodloužení doby platnosti dlouhodobého víza podat nejdříve 90 dnů a nejpozději 14 dnů před uplynutím doby platnosti dlouhodobého víza. Podle odstavce 3 téhož ustanovení, zabrání-li podání žádosti o prodloužení doby platnosti dlouhodobého víza v zákonem stanovené lhůtě důvody nezávislé na vůli cizince, je cizinec oprávněn podat žádost od 3 dnů po zániku těchto důvodů. Z toho vyplývá, že objektivní důvody nemohou mít za následek nemožnost posouzení žádosti z důvodu jejího opožděného podání. Podle § 60 odst. 7 zákona č. 326/1999 Sb., pokud o žádosti o udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu na území České republiky nebylo rozhodnuto v době platnosti dosavadního pobytového oprávnění, cizinec podal žádost v době platnosti pobytového oprávnění a byl podle § 69 tohoto zákona oprávněn podat na území žádost o povolení k trvalému pobytu, považuje se jeho další pobyt za pobyt na toto vízum, a to až do rozhodnutí o žádosti. V této době však cizinec není oprávněn podat na území žádost o povolení k dlouhodobému nebo trvalému pobytu. Ustanovení § 60 odst. 7 zákona č. 326/1999 Sb. tak upravuje zvláštní fikci pobytu.

v případě dlouhodobého víza nebo povolení k dlouhodobému pobytu naplněna zásadně až okamžikem právní moci rozhodnutí o žádosti o prodloužení doby platnosti tohoto pobytového oprávnění.¹⁶

V souvislosti s posledně uvedeným vyvstává otázka, jak posuzovat situaci, kdy byla žádost o povolení k trvalému pobytu podána v době tzv. fikce pobytového oprávnění (§ 47 nebo § 60 odst. 4 zákona č. 326/1999 Sb.). Ta není samostatným pobytovým oprávněním, nýbrž právní konstrukcí, podle níž, uplyne-li v průběhu řízení doba platnosti dosavadního pobytového oprávnění, považuje se toto pobytové oprávnění dále za platné do doby pravomocného ukončení řízení. Z povahy samé není možné tzv. fikci pobytového oprávnění prodloužit. Na druhou stranu se však nejedná o samostatné pobytové oprávnění, nýbrž o fikci platnosti dosavadního pobytového oprávnění (dlouhodobého víza nebo povolení k dlouhodobému pobytu), a proto je nutné ji posuzovat z hlediska naplnění podmínek pro udělení dlouhodobého víza podle § 33 odst. 1 písm. c) stejně jako samotné dlouhodobé vízum nebo povolení k dlouhodobému pobytu. Lze uvést, že zákon neupravuje žádné pravidlo, které by odůvodňovalo jiný postup v případě dlouhodobého víza nebo povolení k dlouhodobému pobytu na straně jedné a v případě fikce těch pobytových oprávnění na straně druhé. Z toho pramení, že skutečnost, že žádost o povolení k trvalému pobytu byla podána v době tzv. fikce pobytového oprávnění, není z hlediska posuzování splnění podmínek pro udělení strpěcího víza podle § 33 odst. 1 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb. relevantní a nelze z ní dovozovat naplnění podmínek pro udělení tohoto dlouhodobého víza. V opačném případě by cizinec mohl svým postupem navodit situaci, která by vedla k udělení strpěcího víza, což je v rozporu s jeho účelem.

Dalším pobytovým oprávněním podle § 17 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb. je přechodný pobyt. Je-li v době jeho platnosti podána žádost o povolení k trvalému pobytu, nemůže být naplněna podmínka pro udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu na území České republiky podle § 33 odst. 1 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb., neboť v takovém případě nemůže být podána žádost o povolení k trvalému pobytu podle § 69 téhož zákona. Oprávnění k pobytu pro případ, kdy je o povolení k trvalému pobytu žádáno v době platnosti přechodného pobytu, upravuje totiž § 87y uvedeného zákona.

¹⁶ Žádosti o prodloužení doby platnosti dlouhodobého víza, žádosti o vydání povolení k dlouhodobému pobytu po skončení doby platnosti dlouhodobého víza, žádosti o prodloužení doby platnosti povolení k dlouhodobému pobytu nebo žádosti o vydání povolení k dlouhodobému pobytu za jiným účelem po skončení doby platnosti povolení k dlouhodobému pobytu.

Posledním právním titulem zakládajícím přechodný pobyt cizince na území České republiky je podle § 17 písm. d) výjezdní příkaz. Výjezdní příkaz však není pobytovým oprávněním, neboť jeho smyslem není upravit pobyt cizince na území České republiky, nýbrž vymezit časový prostor pro opuštění území. Přitom po dobu jeho platnosti je pobyt cizince oprávněný. Podle § 50 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb. nelze v době platnosti výjezdního příkazu podat žádost o povolení k trvalému pobytu. Žádosti o povolení k trvalému pobytu podané v době platnosti výjezdního příkazu nemohou založit splnění podmínek pro udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu na území podle § 33 odst. 1 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb., neboť se nejedná o žádosti podané v době platnosti pobytového oprávnění. Tento závěr odpovídá platné právní úpravě, která zapovídá podání žádosti o povolení k trvalému pobytu v době platnosti výjezdního příkazu.

Dlouhodobé vízum za účelem strpění pobytu na území podle § 33 odst. 1 písm. c) zákona č 326/1999 Sb. může být uděleno, při současném splnění ostatních zákonných podmínek, v případě, že žádost o povolení k trvalému pobytu byla podána v době pobytu cizince na území bez víza, je-li k tomu oprávněn, nebo v době pobytu na základě krátkodobého víza, dlouhodobého víza nebo povolení k dlouhodobému pobytu.

4. DLOUHODOBÉ VÍZUM PODLE § 33 ODST. 1 PÍSM. D)

Podle § 33 odst. 1 písm. d) zákona č. 326/1999 Sb. se dlouhodobé vízum za účelem strpění pobytu udělí cizinci, který podal žalobu proti rozhodnutí Ministerstva vnitra, jimiž byla zrušena platnost dlouhodobého víza nebo povolení k dlouhodobému pobytu anebo byla zamítnuta žádost o prodloužení doby platnosti povolení k dlouhodobému pobytu nebo žádost o povolení k trvalému pobytu za podmínky, že současně podal návrh na přiznání odkladného účinku této žalobě. Výše uvedené ustanovení tak váže udělení daného víza na několik podmínek.

První z nich je, že žalobce podal návrh na přiznání odkladného účinku žalobě současně s touto žalobou. Důvodem udělení dlouhodobého víza je zásadně podání prvního návrhu na přiznání odkladného účinku žalobě, je-li podán současně s touto žalobou, nikoliv případné podání dalšího návrhu.¹⁷

¹⁷ Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „soudní řád správní“) ve svém § 73 upravujícím odkladný účinek žaloby podávané ke správnímu soudu nevylučuje opakování podání návrhu na přiznání odkladného účinku žalobě.

V této souvislosti je zajímavá otázka smyslu a právního významu odkladného účinku žaloby. Podle § 73 odst. 3 soudního řádu správního se jeho přiznáním pozastavují do skončení řízení před soudem účinky napadeného rozhodnutí. Toto pravidlo rozvíjí Nejvyšší správní soud v rozhodnutí č. j. 2 As 53/2013-111 ze dne 18. prosince 2013. Dle jeho názoru odkladný účinek obecně znamená, že se až do skončení řízení pozastavují veškeré právní účinky napadeného rozhodnutí. V situaci, kdy je přiznán odkladný účinek pravomocnému rozhodnutí, nutno konstatovat, že formální právní moc zůstává zachována a ostatní předpokládané účinky rozhodnutí, jako jsou jeho účinnost či vykonatelnost, jsou sistovány. Fakticky to značí, že řízení se považuje za pravomocně ukončené, nicméně rozhodnutí nevyvolává zamýšlené následky.

Tento závěr nečiní obtíže v případě zrušovacího rozhodnutí Ministerstva vnitra (zrušení platnosti dlouhodobého víza nebo povolení k dlouhodobému pobytu), kdy lze učinit závěr, že přiznání odkladného účinku žalobě proti takovému rozhodnutí musí mít nutně za následek, že dané pobytové oprávnění nelze považovat za zrušené. Jiná je však situace v případě rozhodnutí o zamítnutí žádosti. Toto rozhodnutí totiž nezakládá ani neruší žádná práva cizince. Přiznání odkladného účinku žalobě proti takovému rozhodnutí tak nastoluje situaci před jeho vydáním, kdy cizinec žádným pobytovým oprávněním nedisponoval. Z tohoto úhlu pohledu tak vlastně nemá smysl. Na druhou stranu cizinec před pravomocným ukončením správního řízení zpravidla disponuje tzv. fikcí pobytového oprávnění. Přiznání odkladného účinku žalobě tak v praxi vede k jejímu znovunastolení,¹⁸ neboť zánik fikce pobytového oprávnění je považován za účinek žalovaného rozhodnutí.

S výše uvedeným souvisí rovněž otázka, zdali je dlouhodobé vízum za účelem strpění pobytu podle § 33 odst. 1 písm. d) zákona č. 326/1999 Sb. určeno pouze na dobu do vydání rozhodnutí soudu o návrhu na přiznání odkladného účinku žalobě, nebo též na dobu, co soud žalobě odkladný účinek přizná. Je nepochybně, že toto dlouhodobé vízum lze udělit pouze na dobu do rozhodnutí soudu o návrhu na přiznání odkladného účinku žalobě,

¹⁸ Z hlediska gramatického výkladu lze však takový postup považovat za sporný, neboť podle § 47 i § 60 odst. 4 a 7 zákona č. 326/1999 Sb. se dosavadní pobytové oprávnění považuje za platné do doby právní moci rozhodnutí. Jak je uvedeno výše, přiznáním odkladného účinku žalobě nezaniká právní moc žalovaného rozhodnutí, správní řízení je tedy nadále pravomocně ukončeno. Tzv. fikce pobytového oprávnění je z tohoto úhlu pohledu spojena pouze s vedením správního řízení, a nemůže tedy být „obnovena“ přiznáním odkladného účinku žalobě.

neboť takový závěr odpovídá účelovému i jazykovému výkladu § 33 odst. 1 písm. d). Podle § 38 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb. je důvodem pro zrušení výše uvedeného víza skutečnost, že soud žalobě odkladný účinek nepřiznal. Ve vztahu k situaci, kdy soud žalobě odkladný účinek přiznal, lze uvést, že udělení strpěcího víza nemá smysl, neboť cizinec v takovém případě může na území České republiky pobývat na základě „obnovene“ fikce pobytového oprávnění.¹⁹

Poslední podmínkou pro udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu podle § 33 odst. 1 písm. d) je to, že žaloba byla podána proti některému z vyjmenovaných rozhodnutí. V zásadě se jedná o rozhodnutí, kterými je nebo může být (zamítnutí žádosti o povolení k trvalému pobytu) ukončeno pobytové oprávnění. Z tohoto úhlu pohledu tak není výčet rozhodnutí úplný, neboť obdobné následky má rovněž například zamítnutí žádosti o povolení k dlouhodobému pobytu, který navazuje na dobu platnosti dlouhodobého víza, zamítnutí žádosti o změnu účelu dlouhodobého pobytu, který navazuje na dobu platnosti povolení k dlouhodobému pobytu za jiným účelem, nebo zrušení povolení k trvalému pobytu. Jedná se však o problém, který nelze odstranit výkladem zákona.

5. ZÁVĚR

Příspěvek upozorňuje na některé problémy spojené s dlouhodobými vízy za účelem strpění podle § 33 odst. 1 zákona č. 326/1999 Sb. a popsat možnosti jejich řešení. Nelze vystačit s jazykovým anebo doslovním výkladem zákonného ustanovení, nýbrž je nutné zohlednit také jeho účel. Tím je vyřešení situací, kdy cizinec nemá žádné pobytové oprávnění, avšak je zcela legitimní, aby mohl dále pobývat na území České republiky, například proto, že dosavadní pobytové oprávnění pozbyl z důvodů nezávislých na své vůli.

¹⁹ Tento závěr je však z procesního hlediska diskutabilní, neboť soud musí podle § 73 odst. 4 soudního řádu správního rozhodnout o návrhu na přiznání odkladného účinku ve lhůtě do 30 dnů od jeho podání. Ministerstvo musí podle § 170 odst. 4 zákona č. 326/1999 Sb. rozhodnout o žádosti o udělení dlouhodobého víza za účelem strpění pobytu na území České republiky podle § 33 odst. 1 téhož zákona také do 30 dnů. V případě zákonného postupu a popsané aplikace tak toto dlouhodobé vízum v podstatě není využitelné.

XXX.

Změny v posuzování povinnosti cizinců plnit účel povoleného pobytu ve vazbě na novelu zákona o pobytu cizinců a aktuální judikaturu

JAROSLAVA POHOŘELÁ*

1. ÚVOD

Vládní návrh zákona, kterým se mění zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů a další související zákony (dále jen „zákon o pobytu cizinců“), který byl dne 7. 4. 2017 ve třetím čtení schválen s pozměňovacími návrhy Poslaneckou sněmovnou,¹ přinese v případě dokončení legislativního procesu² několik změn v posuzování podaných žádostí o povolení či prodloužení dlouhodobého pobytu na území České republiky a rušení takto udělených pobytových oprávnění. Současně zavádí nové účely dlouhodobého pobytu.

Navrhovanou změnou zákona o pobytu cizinců bude zaveden speciální účel pobytu pro zahraniční investory. Bude jim umožněno podat žádost o povolení k dlouhodobému pobytu za účelem investování, aniž by tomu musel předcházet pobyt na základě víza nad 90 dnů tak, jako je tomu u dlouhodobého pobytu za účelem podnikání, které pro drobné a střední podnikatele

* Ministerstvo vnitra, odbor správní. Příspěvek je zpracován podle právního stavu k 16. 5. 2017.

¹ Poslanecká sněmovna Parlamentu, rok 2017, sněmovní tisk 990. Poslanecká sněmovna postoupila dne 9. 5. 2017 návrh zákona Senátu jako tisk 111/0. Projednávání tisku bylo zařazeno na pořad 7. schůze Senátu od 31. 5. 2017.

² Sněmovní tisk č. 990 byl následně schválen jako zákon č. 222/2017 Sb. a nabyl účinnosti dne 15. srpna 2017 (poznámka editorů).

zůstalo zachováno. Cílem nově zřízeného pobytového oprávnění pro zahraniční investory je podpořit příliv přímých zahraničních investic a zvyšování konkurenčeschopnosti České republiky. Předpokladem jeho udělení bude uskutečnění tzv. významné investice.

Dalšími nově zavedenými instituty budou na základě transpozice směrnice 2014/66/EU o podmínkách vstupu a pobytu státních příslušníků třetích zemí na základě převedení v rámci společnosti karta vnitropodnikově převedeného zaměstnance, která bude stejně jako zaměstnanecká karta jednotným povolením opravňujícím cizince k pobytu a zároveň k výkonu zaměstnání na pozici manažera, specialisty nebo zaměstnaného stážisty na základě vnitropodnikového převedení. Pro držitele povolení k pobytu vnitropodnikově převedeného zaměstnance vydaného jiným členským státem Evropské unie se zavádí karta vnitropodnikově převedeného zaměstnance jiného členského státu Evropské unie jako zvláštní režim mobility uvnitř Evropské unie. Toto pobytové oprávnění je určeno pro cizince, kteří již byli převedeni z obchodní korporace se sídlem mimo Evropskou unii do jejího po-bočky či dceriné nebo sesterské společnosti se sídlem na území některého členského státu Evropské unie, přičemž v průběhu jejich pobytu na území tohoto členského státu vznikla potřeba jejich působení v dalším členském státě Evropské unie.³

Zákon o pobytu cizinců stojí na zásadě, že pobyt cizince na území České republiky musí být odůvodněn, např. dlouhodobým zaměstnáním, podnikáním, studiem, a tyto činnosti musí být skutečně na území České republiky vykonávány.⁴ Nikoliv nepodstatnou změnu tak představuje novelizace ustanovení zákona o pobytu cizinců týkající se důvodů pro zamítnutí podaných žádostí o povolení k dlouhodobému pobytu, prodloužení povolení k dlouhodobému pobytu a žádostí o změnu účelu dlouhodobého pobytu pro neplnění jeho účelu a rušení těchto pobytových oprávnění z uvedeného důvodu.

³ Viz důvodová zpráva k navrhované změně zákona o pobytu cizinců, Poslanecká sněmovna Parlamentu, rok 2017, sněmovní tisk 990.

⁴ Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 12. 2011, č. j. 7 As 82/2011-81 a rozsudek téhož soudu ze dne 19. 12. 2014, č. j. 5 AzS 119/2014-20.

2. PLATNÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA PLNĚNÍ ÚČELU POBYTU

V současné době je otázka plnění účelu pobytu upravena zejména v § 37 zákona o pobytu cizinců, a to jako důvod pro zrušení dlouhodobého pobytu (resp. víza k pobytu nad 90 dnů) a jeho neprodloužení. Uvedená právní úprava byla dále dotvářena soudní judikaturou ve věci jiné závažné překážky na území⁵ jako důvodu pro neudělení, neprodloužení či zrušení dlouhodobého pobytu v případech, kdy cizinec po určitou dobu předchozího povoleného pobytu neplnil jeho účel, přičemž ke dni bezprostředně předcházejícímu vydání rozhodnutí účel pobytu již plnil.

Podřazení neplnění účelu pobytu v minulosti pod skutkovou podstatu jiné závažné překážky na území⁶ jako neurčitého právního pojmu však způsobuje v aplikační praxi nemalé obtíže. Soudní judikatura je nejednotná, a to jak v určení délky doby, po kterou by cizinec měl účel pobytu fakticky naplňovat, tak v určení doby rozhodné pro posouzení plnění účelu pobytu. Ve věci jiné závažné překážky cizince na území judikatura konstruovala tzv. „převážné plnění účelu povoleného pobytu“, přičemž se vždy vychází z individuálních okolností posuzovaného případu. Kritériem není pouhé matematické vyjádření, ani nelze určit jakékoliv hranice, kdy se jedná a kdy již nejedná o převážné plnění účelu pobytu. Rovněž nelze vyslovit obecný závěr, že chování cizince ve vztahu k plnění účelu pobytu po podání žádosti má na její posouzení vliv vždy, nebo naopak nikdy, vždy je nutno přihlédnout ke konkrétním skutkovým okolnostem posuzované věci.⁷ Uvedená skutečnost

⁵ Nejvyšší správní soud se opakováně zabýval situacemi, kdy správní orgány považovaly za závažnou překážku pobytu cizince na území České republiky skutečnost, že v době platnosti předchozího povolení k dlouhodobému pobytu neplnil cizinec jeho účel. Viz např. rozsudky ze dne 19. 1. 2012, č. j. 9 As 80/2011-69, ze dne 8. 8. 2012, č. j. 3 As 15/2012-29, ze dne 30. 1. 2013, č. j. 9 As 117/2012-35, ze dne 29. 5. 2013, č. j. 3 As 14/2013-28 a ze dne 27. 9. 2013, č. j. 4 As 114/2013-35.

⁶ § 56 odst. 1 písm. j) zákona o pobytu cizinců.

⁷ V rozsudku ze dne 3. 3. 2016, č. j. 7 AzS 322/2015-43 Nejvyšší správní soud konstatoval, že obecné pravidlo pro určení, k jakému okamžiku má být zkoumán rozhodný skutkový stav ve správném řízení, tj. skutkový stav v době vydání rozhodnutí, nelze absolutizovat. Rozhodující je totiž především to, jaká skutečnost má být zkoumána. Má-li být posuzována skutečnost, která se odehrála v minulosti, nemůže být rozhodné, že nadále netrvá. Je-li například důvodem rozhodnutí o žádosti chování žadatele předcházející podání žádosti (např. spáchání trestného činu), nemusí být nijak významné, že se žadatel po podání žádosti již chová jinak (tj. trestnou činnost nepáchá). Je tedy nutno vždy zkoumat povahu skutečnosti, jejíž hodnocení zákon požaduje.

byla důvodem legislativního zakotvení neplnění účelu pobytu v minulosti jako samostatného důvodu pro zamítnutí podané žádosti.

3. NAVRHOVANÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA PLNĚNÍ ÚČELU POBYTU

Navrhovaná změna zákona o pobytu cizinců nově upravuje neplnění účelu pobytu v minulosti a současně zpřesňuje posuzování neplnění účelu pobytu v současnosti. Z jednotlivých navrhovaných ustanovení zákona o pobytu cizinců vyplývá nejen povinnost cizince plnit účel po celou dobu povoleného pobytu, ale rovněž skutečnost, že plnění účelu pobytu je neodmyslitelně svázanou s pobytom cizince na území České republiky.

Konkrétně byla navrhovanou změnou zákona o pobytu cizinců do stávajícího § 37 odst. 1 písm. b) vložena slova „na území“. Ustanovení zní: „*Ministerstvo zruší platnost víza k pobytu nad 90 dnů, jestliže cizinec neplní na území účel, pro který bylo vízum uděleno*“. Do stávajícího § 37 odst. 2 zákona o pobytu cizinců bylo vloženo nové písmeno g) ve znění: „*Ministerstvo dále zruší platnost víza k pobytu nad 90 dnů, jestliže cizinec neplnil v době platnosti víza na území účel, pro který mu bylo vízum uděleno; to neplatí, pokud cizinec prokáže, že se jednalo o neplnění účelu ze závažných důvodů po přechodnou dobu*“.

Obdobné formulace byly doplněny rovněž do § 46 odst. 1 zákona o pobytu cizinců,⁸ upravujícího žádost o povolení k dlouhodobému pobytu, a do § 45 odst. 1 téhož zákona,⁹ týkajícího se žádosti o změnu účelu povoleného pobytu. Ustanovení § 45 odst. 1 zákona o pobytu cizinců je výslově formulováno tak, že se nevztahuje na tzv. fikci pobytu podle § 47 téhož zákona, která cizinci vznikla z titulu podané žádosti o změnu účelu povoleného pobytu. Podmínkou pro povolení nového účelu dlouhodobého pobytu bude tedy

⁸ Do stávajícího § 46 odst. 1 zákona o pobytu cizinců byla vložena věta druhá ve znění: „*Ministerstvo povolení k dlouhodobému pobytu dále nevydá, pokud cizinec neplní na území účel, pro který mu bylo uděleno vízum k pobytu nad 90 dnů a pro který mu má být vydáno povolení k dlouhodobému pobytu, nebo pokud cizinec neplnil v době platnosti víza k pobytu nad 90 dnů na území účel, pro který mu bylo vízum uděleno; to neplatí, pokud cizinec prokáže, že se jednalo o neplnění účelu ze závažných důvodů po přechodnou dobu*“.

⁹ Do stávajícího § 45 odst. 1 zákona o pobytu cizinců byla vložena věta třetí ve znění: „*Nové povolení k dlouhodobému pobytu dále nelze udělit, jestliže cizinec neplnil před podáním žádosti o vydání nového povolení k dlouhodobému pobytu na území účel, pro který mu bylo povolení k dlouhodobému pobytu vydáno; to neplatí, pokud cizinec prokáže, že se jednalo o neplnění účelu ze závažných důvodů po přechodnou dobu*“.

naplnění účelu, pro který bylo cizinci předchozí povolení k dlouhodobému pobytu vydáno. Nelze po něm požadovat, aby plnil účel dosud nepovoleného pobytu.

Navrhovanou změnou bude dotčeno posuzování plnění účelu téměř všech stávajících druhů dlouhodobých pobytů, a to podnikání, společné soužití rodiny a vědeckého výzkumu,¹⁰ zaměstnanecké karty,¹¹ studia,¹² strpění pobytu na území podle § 43 odst. 2 zákona o pobytu cizinců¹³ i nově upraveného dlouhodobého pobytu za účelem investování.¹⁴

U nově zavedené karty vnitropodnikově převedeného zaměstnance a karty vnitropodnikově převedeného zaměstnance jiného členského státu Evropské unie bude postihováno neplnění účelu, pro který byla karta vydána, což bude důvodem pro zrušení pobytového oprávnění¹⁵ nebo jeho neprodloužení.¹⁶ Neplnění účelu pobytu však nebude důvodem pro neudělení těchto

¹⁰ Podle doplněného § 46 odst. 3 zákona o pobytu cizinců pro povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny nebo za účelem vědeckého výzkumu platí obdobně odstavec 1 věta druhá a § 55 odst. 1, § 56 odst. 1 písm. a) až c), e), g), h), l) a m), § 56 odst. 2 písm. a) a § 62 odst. 1 vztahující se na dlouhodobé vízum.

¹¹ § 46e odst. 1 zákona o pobytu cizinců byl nově navržen ve znění: „Ministerstvo zruší platnost zaměstnanecké karty z důvodů uvedených v § 37 a dále, jestliže cizinci nebyla uznána odborná kvalifikace příslušným uznávacím orgánem“. Na základě § 44a odst. 11 zákona o pobytu cizinců bude uvedené ustanovení aplikováno i v případě prodloužení zaměstnanecké karty. Podle doplněného § 46 odst. 6 zákona o pobytu cizinců pro zaměstnaneckou kartu platí obdobně odstavec 1 věta druhá a§ 55 odst. 1, § 58 odst. 3 a § 62 odst. 1 vztahující se na dlouhodobé vízum.

¹² Podle doplněného § 46 odst. 5 zákona o pobytu cizinců pro povolení k dlouhodobému pobytu za účelem studia na území (§ 42d) platí obdobně odstavec 1 věta druhá a § 37, § 55 odst. 1, § 56 odst. 1 písm. a) až c), e), g), h), l) a m), § 56 odst. 2 písm. a) a § 62 odst. 1 vztahující se na dlouhodobé vízum.

¹³ Podle § 46 odst. 2 věty druhé zákona o pobytu cizinců pro povolení k dlouhodobému pobytu za účelem strpění pobytu na území podle § 43 odst. 2 platí obdobně § 31 odst. 1 písm. a) až e), § 37, § 55 odst. 1, § 56, § 58 odst. 3 a § 62 odst. 1 vztahující se na dlouhodobé vízum.

¹⁴ Podle doplněného § 46 odst. 8 zákona o pobytu cizinců pro povolení k dlouhodobému pobytu za účelem investování platí obdobně odstavec 1 věta druhá (§ 46) a § 37, § 55 odst. 1, § 56, § 58 odst. 3 a § 62 odst. 1 vztahující se na dlouhodobé vízum.

¹⁵ Podle nově vloženého § 46g odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců ministerstvo zruší platnost karty vnitropodnikově převedeného zaměstnance nebo karty vnitropodnikově převedeného zaměstnance jiného členského státu Evropské unie, jestliže její držitel neplní účel, pro který mu byla karta vydána.

¹⁶ Podle nově vloženého § 46g odst. 5 zákona o pobytu cizinců ministerstvo platnost karty vnitropodnikově převedeného zaměstnance nebo karty vnitropodnikově převedeného zaměstnance jiného členského státu Evropské unie neprodlouží, je-li důvod pro zahájení řízení o zrušení její platnosti podle § 46g odst. 1 nebo jestliže byla dosažena celková doba převedení na území členských států Evropské unie podle § 44 odst. 8.

pobytových oprávnění. Zákon o pobytu cizinců u uvedených oprávnění rovněž neupravuje právo prokázat, že se jednalo o neplnění účelu ze závažných důvodů po přechodnou dobu ani se nebude posuzovat přiměřenost zásahu do soukromého a rodinného života cizince.

Další podstatnou změnou je skutečnost, že neplnění účelu dlouhodobého pobytu na území bezprostředně předcházející podání žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu bude nově důvodem pro zamítnutí podané žádosti o povolení trvalého pobytu.¹⁷ Uvedené skutkové zjištění proto nebude ze strany správního orgánu subsumováno pod obcházení zákona s cílem získat povolení k trvalému pobytu ani narušení veřejného pořádku.

3.1 Plnění účelu pobytu na území České republiky

Text navrhovaného doplnění zákona o pobytu cizinců týkající se povinnosti plnit účel povoleného pobytu na území České republiky¹⁸ je v podstatě reakcí na dosavadní judikaturu Nejvyššího správního soudu. Zjištění, že cizinec v době povoleného pobytu nepobýval na území České republiky, nepovažuje Nejvyšší správní soud za dostatečné ve vztahu k naplnění skutkové podstaty jiné závažné překážky pobytu cizince na území spočívající v neplnění účelu pobytu v minulosti. V rozsudku ze dne 3. července 2014, č.j. 9 AzS 154/2014-45 Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že „zákon o pobytu cizinců nestanoví přesně, kolik dnů musí cizinec v rozhodném období pobývat na území České republiky. Posouzení doby pobytu s ohledem na to, zda tím cizinec naplnil účel jím deklarovaného pobytu, záleží vždy na okolnostech případu“.¹⁹ Na toto rozhodnutí poté navázal rozsudkem ze dne 3. března 2016, č.j. 7 AzS 322/2015-45, v němž konstatoval, že „[ú]čelem pobytu není pobyt samotný, nýbrž účel, pro který byl pobyt povolen. [...] Pobyt na území České

¹⁷ Do stávajícího § 75 odst. 2 zákona o pobytu cizinců bylo doplněno nové písm. d) ve znění: „Ministerstvo žádost o vydání povolení k trvalému pobytu dále zamítne, jestliže cizinec v době platnosti posledního povolení k dlouhodobému pobytu bezprostředně předcházejícího podání žádosti o vydání povolení k trvalému pobytu podle § 68 neplnil na území účel, pro který mu povolen k dlouhodobému pobytu bylo vydáno; to neplatí, pokud cizinec prokáže, že se jednalo o neplnění účelu ze závažných důvodů po přechodnou dobu“.

¹⁸ Nejvyšší správní soud se v rozsudku ze dne 3. 7. 2014, č.j. 9 AzS 154/2014-45 zabýval tím, zda povinnost pobývat na území státu jako jeden z ukazatelů plnění účelu pobytu není v rozporu s čl. 14 odst. 1 Listiny základních práv a svobod. Dospěl k závěru, že vstup na území je ústavně zaručen občanům České republiky, zatímco cizinci tuto ústavní záruku nemají a úprava jejich vstupu je svěřena zákonu o pobytu cizinců.

¹⁹ Bod 24 rozsudku.

republiky během dvouletého období v celkové délce toliko 63 dnů není sám o sobě jiným závažným důvodem ve smyslu ust. § 56 odst. 1 písm. j) zákona o pobytu cizinců, a tudíž důvodem pro neprodložení platnosti povolení k dlouhodobému pobytu“. Nejnověji v rozsudku ze dne 25. ledna 2017, č. j. 6 AzS 300/2016-28 Nejvyšší správní soud uvedl, že „je třeba odmítnout názor žalované (potvrzený krajským soudem), že doba pobytu cizince na území České republiky kratší než 90 dnů, respektive šest měsíců, předpokládaných ustanovením § 42 odst. 1 zákona o pobytu cizinců (ve znění účinném do 17. prosince 2015), představuje sama o sobě jinou závažnou překážku‘ bránící prodloužení povolení k dlouhodobému pobytu cizince za účelem podnikání. Toto ustanovení sice s určitým časovým prvkem v pobytu cizince počítá, spojuje však ‚oprávnění cizince podat žádost o povolení k dlouhodobému pobytu s jeho úmyslem pobývat na území státu po dobu delší než šest měsíců‘, který stěžovatel ve své žádosti deklaroval“.²⁰

Na základě doplnění výše zmíněných zákonnych ustanovení bude u podaných žádostí o povolení, prodloužení či změnu účelu povoleného dlouhodobého pobytu předmětem posuzování, zda je či byl ze strany cizince plněn předchozí účel povoleného pobytu na území České republiky. Jinými slovy, pro udělení dalšího pobytového oprávnění bude relevantní, jestli se cizinec na území České republiky zdržoval nebo území opustil a z jakého důvodu. Navrhovaným zněním by rovněž měly být odstraněny aplikační problémy při posuzování délky plnění účelu ze strany cizince. Jazykovým výkladem lze dospět k závěru, že cizinec je v zásadě povinen plnit účel pobytu na území po celou dobu jeho povoleného pobytu, a nikoli pouze po převážnou část platnosti jeho oprávnění k pobytu, jak bylo konstruováno soudní praxí ve věci jiné závažné překážky cizince na území. To koresponduje i se smyslem a účelem právní úpravy.

Skutečnosti svědčící o neplnění účelu pobytu ze strany cizince lze dovodit z ustálené judikatury, podle níž je nezbytné, aby byl účel, pro který byl cizinci povolen pobyt, skutečně plněn. Například u povolení k pobytu za účelem podnikání nestačí, pokud cizinec pouze usiluje o výkon podnikatelské činnosti nebo pokud je pouze formálně zapsán do příslušných rejstříků.²¹ Cizinec také může území státu svobodně opustit. Nic to ovšem nemění na jeho povinnosti dodržovat podmínky, které jsou nezbytné pro zachování povolení k pobytu, pokud si ho chce skutečně udržet. Česká republika na zákonné

²⁰ Bod 13 rozsudku.

²¹ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 12. 2011, č. j. 7 As 82/2011-81.

úrovni stanovila podmínky, které jsou pro získání povolení k dlouhodobému pobytu nezbytné a které cizinec, chce-li se na území státu oprávněně zdržovat, musí plnit.²²

I po zpřesnění právní úpravy bude nutné vycházet ze stávající správní judikatury, podle níž nemůže být při posuzování plnění účelu pobytu jedinou hodnocenou skutečností pouze faktická délka pobytu cizince na území, neboť plnění účelu pobytu nelze bez dalšího zaměňovat s pobytom na území České republiky. Správní orgán bude muset v souladu se zásadou materiální pravdy postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). V řadě rozhodnutí, v nichž byla shledána existence jiné závažné překážky pobytu cizince na území, spočívající v neplnění účelu pobytu, přistupovaly ke krátké době faktického pobytu cizince v České republice vždy další okolnosti. Šlo například o skutečnost, že cizinec neplatil sociální pojištění,²³ společnost cizince neměla žádné příjmy ani majetek,²⁴ cizinka popírala členství v družstvu, od něhož povolení k pobytu odvozovala, a dle vlastních tvrzení během pobytu v České republice vůbec nepracovala,²⁵ cizinka z celkové povolené doby dlouhodobého pobytu v trvání dvou let prokazatelně pobývala na území České republiky jen 76 dní, aniž by současně jakýmkoliv dokladem potvrdila svou aktivní podnikatelskou činnost,²⁶ a cizinec z povolené doby dlouhodobého pobytu v trvání 2 let prokazatelně pobýval v České republice jen 53 dní a přitom náležitě neprokázal svou aktivní podnikatelskou činnost.²⁷

3.2 Závažné důvody po přechodnou dobu

Pro případ nastalých objektivních situací znemožňujících cizinci plnit účel pobytu na území České republiky bylo do navrhované právní úpravy vloženo oprávnění cizince prokázat, že se jednalo o neplnění účelu ze závažných důvodů po přechodnou dobu. Na cizinci tedy leží jak břemeno tvrzení, tak břemeno důkazní, tedy povinnost označit důkazy na podporu svých tvrzení

²² Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 7. 2014, č. j. 9 AzS 154/2014-45.

²³ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 8. 2012, č. j. 3 As 15/2012-29.

²⁴ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 7. 2014, č. j. 9 AzS 154/2014-45.

²⁵ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 9. 2013, č. j. 4 As 114/2013-35.

²⁶ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2014, č. j. 4 As 165/2013-50.

²⁷ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 10. 2014, č. j. 8 AzS 105/2014-46.

podle § 52 správního řádu. Posuzování závažnosti prokázaných důvodů bude předmětem správního uvážení a zajisté bohaté soudní judikatury. Nicméně již nyní lze některé takové důvody splňující požadavek závažnosti dovodit z dosavadní soudní judikatury ve věci jiné závažné překážky na území, správního vyhoštění či pozdního podání žádosti.

Pod uvedené důvody bude možno zcela jistě podřadit překážky zdravotního charakteru, respektive dočasné pracovní neschopnost cizince z důvodu nemoci, prokázanou nejčastěji formou lékařské zprávy, obdobně jako je tomu při prokazování důvodu na vůli cizince nezávislého u pozdního podání žádosti (§ 47 zákona o pobytu cizinců).

Dále situace, kdy byl cizinec vyslán na pracovní cestu. I když tato možnost není v zákoně o pobytu cizinců výslovně upravena, judikatura dovodi la, že i cizince je možné podle § 42 odst. 1 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákoník práce“) vyslat na pracovní cestu. Opačný výklad by byl v rozporu s čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod i záměrem zákonodárce promítnutého do § 93 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů.²⁸ Maximální dobu trvání pracovní cesty právní předpisy neomezují. Zákoník práce pouze stanoví, že jde o „dobu nezbytné potřeby“. Při posuzování ob-sahového naplnění pracovní cesty cizince bude vždy záležet na konkrétních skutkových okolnostech takového vyslání. V rozsudku ze dne 25. července 2013, č. j. 9 As 48/2013-46 dospěl Nejvyšší správní soud rovněž k závěru, že cizinec může být vyslán na pracovní cestu i mimo místo výkonu práce, které má uvedeno v povolení k zaměstnání. Takové vyslání ovšem musí svým obsahem skutečně odpovídat pracovní cestě. Jinými slovy, prostřednictvím pracovní cesty nelze zastírat faktický výkon práce cizince na jiném místě než v místě uvedeném v povolení k zaměstnání. Pracovní cesta musí být časově omezená a nesmí znamenat dlouhodobou (fakticky trvalou) změnu místa výkonu práce. Zaměstnavatel však nemůže prostřednictvím pracovní cesty vyslat cizince vykonávat druh práce, na který nemá platné pracovní povolení. Druhy práce jsou podrobně klasifikovány i s ohledem na účel právní úpravy zaměstnávání cizinců, kterým je jejich zaměstnávání pouze na těch konkrétních místech, vymezených jak věcně, tak místně, která nebylo možné zaplnit občany České republiky. V důsledku toho nelze požadavek, aby cizinec-zaměstnanec vykonával právě ten druh práce, který má uveden v pracovním

²⁸ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 8. 2013, č. j. 1 As 67/2013-42 a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 3. 2017, č. j. 9 AzS 297/2016-28.

povolení, považovat za formalistický a nelze přijmout argument, že by cizinec s povolením pro určitý druh práce mohl vykonávat množství dalších prací, které s druhem práce v pracovním povolení více či méně souvisí.²⁹

S ohledem na nález Ústavního soudu ze dne 22. 9. 2016, I. ÚS 190/15 k problematice tzv. zákazu souběhu funkcí, z něhož vyplývá, že české zákony nikdy výslově nestanovily zákaz, aby člen statutárního orgánu obchodní korporace vykonával činnost, která přísluší statutárnímu orgánu, v pracovněprávním vztahu, přichází v úvahy vyslání na pracovní cestu jako závažný důvod neplnění účelu na území rovněž u dlouhodobých pobytů za účelem podnikání.

Za další závažný důvod bude možno považovat neplnění účelu z důvodu nástupu na mateřskou a rodičovskou dovolenou a péci o dítě. Z judikatury vyplývá, že nástup na mateřskou dovolenou, v jehož důsledku dojde k přerušení podnikání cizinky – osoby samostatně výdělečně činné, je objektivní okolností, která by měla být tolerována. Nelze ji hodnotit jako obcházení či úmyslné porušení zákona z její strany. Opačný přístup je v rozporu s čl. 32 Listiny základních práv a svobod. Podle tohoto ustanovení jsou rodičovství a rodina pod ochranou zákona. Ženě v těhotenství je zaručena zvláštní péče, ochrana v pracovních vztazích a odpovídající pracovní podmínky. Péče o děti a jejich výchova jsou právem rodičů, děti mají právo na rodičovskou výchovu a péci.³⁰

V neposlední řadě bude za závažný důvod znemožňující plnění účelu pobytu třeba považovat i situace, kdy cizinec čerpá dovolenou (v případě zaměstnanecké karty) či tráví dovolenou mimo území České republiky (v případě výkonu podnikatelské činnosti).

3.3 Obzvláště obtížné okolnosti

Zvláštní výjimka, podle níž nedojde ke zrušení povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny i v případě, že cizinec nebude plnit jeho účel, bude obsažena v nově vloženém odst. 3 § 46a zákona o pobytu cizinců. Ten zní: „*Ministerstvo platnost povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny z důvodů uvedených v odstavci 2 písm. h), j) a k) nezruší, jestliže je to opodstatněno obzvláště obtížnými okolnostmi,*

²⁹ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 11. 2016, č. j. 7 AzS 212/2016-28.

³⁰ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 5. 2015, č. j. 4 AzS 59/2015-37 a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 4. 2016, č. j. 6 AzS 258/2015-44.

zejména pokud se cizinec stal obětí domácího násilí“. Uvedené ustanovení je doplněním transpozice směrnice 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny, a to konkrétně čl. 15 odst. 3. Podle něho v případě ovdovění, 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, přičemž členské státy stanoví předpisy zajišťující udělení samostatného povolení k pobytu v případě obzvláště obtížných okolností. Podle sdělení Komise Evropskému parlamentu a Radě – Pokyny pro používání směrnice 2003/86/ES o právu na sloučení rodiny [KOM(2014) 210 final], se takovými okolnostmi rozumí situace vyplývající z rodinné situace nebo z rozpadu rodiny, např. domácí násilí vůči ženám a dětem, některé případy vynucených sňatků, riziko mrzačení ženských pohlavních orgánů či případy, kdy by se dotyčná osoba ocitla v obzvláště obtížné rodinné situaci, pokud by byla nucena vrátit se do své země původu.³¹

Nově doplněné ustanovení bude nutné vykládat v souvislosti s § 3021 zákona č. 89/2012, občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Podle něho se pravidla na ochranu před domácím násilím uvedená v § 751 až 753 použijí také v případě společného bydlení jiných osob, než jsou manželé. Jeho účelem je zajistit ochranu před domácím násilím ve všech případech, kdy spolu z jakéhokoliv důvodu bydlí více osob. Uvedená výjimka z povinnosti plnit účel povoleného pobytu společného soužití rodiny na území České republiky, spočívající v obzvláště obtížných okolnostech, bude aplikována i u posuzování plnění účelu pobytu z důvodu podané žádosti o prodloužení dlouhodobého pobytu za uvedeným účelem.³² Nebude se však vztahovat na nové povolení k dlouhodobému pobytu za tímto účelem (v případě přechodu z víza nad 90 dnů) ani na změnu účelu povoleného pobytu (§ 45 zákona o pobytu cizinců). Pro ně budou platit pravidla uvedená výše,³³ tj. možnost prokázat, že se jednalo o neplnění účelu ze závažných důvodů po přechodnou dobu.

³¹ Viz důvodová zpráva k navrhované změně zákona o pobytu cizinců, Poslanecká sněmovna Parlamentu, rok 2017, sněmovní tisk 990.

³² Podle § 44a odst. 4 zákona o pobytu cizinců věty čtvrté platnost povolení k dlouhodobému pobytu vydaného za účelem společného soužití rodiny nelze prodloužit, je-li důvod pro zahájení řízení o zrušení platnosti tohoto povolení (§ 46a).

³³ Podle doplněného § 46 odst. 3 zákona o pobytu cizinců pro povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny nebo za účelem vědeckého výzkumu platí obdobně odstavec 1 věta druhá a § 55 odst. 1, § 56 odst. 1 písm. a) až c), e), g), h), l) a m), § 56 odst. 2 písm. a) a § 62 odst. 1 vztahující se na dlouhodobé vízum.

4. ZÁVĚR

Cílem tohoto příspěvku nebylo hodnotit legislativně-technickou úroveň ani srozumitelnost navrhované změny zákona o pobytu cizinců, nýbrž analyzovat a poukázat na nově vložená či změněná ustanovení zákona o pobytu cizinců a jejich možný výklad ve vztahu k obecné povinnosti cizince plnit účel povoleného pobytu. Zpřesněním právní úpravy neplnění účelu pobytu v současnosti a zavedením neplnění účelu v minulosti by mělo dojít v aplikační praxi ke snadnějšímu rozlišování podmínek, za nichž lze postihovat neplnění účelu pobytu ze strany cizince neudělením dlouhodobého pobytu, jeho neprodloužením či zrušením. Při posuzování plnění účelu pobytu bude nutné vycházet z povinnosti cizince plnit zamýšlený účel po celou dobu povoleného pobytu. V případě žádosti o změnu účelu dlouhodobého pobytu však nebude moci být sankcionováno neplnění účelu, který cizinec požaduje. Současně by mělo být ve větší míře zohledňováno zjištění, že cizinec povolený účel pobytu plní mimo území České republiky. V tomto ohledu dochází ke zpřísňení podmínek pro povolení dlouhodobého pobytu a jeho prodloužení. Cizinec však bude moci v závislosti na druhu dlouhodobého pobytu prokázat buď závažné důvody trvající přechodnou dobu, nebo tzv. obzvláště obtížné okolnosti odůvodňující neplnění účelu pobytu na území České republiky. Jelikož se v obou případech jedná o neurčité právní pojmy, které jsou správní orgány povinny ve svém rozhodnutí vymezit a patřičně odůvodnit, bude jejich výklad vždy záležet na odborném posouzení v kontextu s konkrétní posuzovanou věcí.

Přehled aktuální činnosti Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců

PETR VOŘÍŠEK*

1. ÚVOD

Ve svých příspěvcích z předchozích let jsem se věnoval zejména působení Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců (dále jen „Komise“) a zhodnocení její faktické činnosti. Jako problematickou se dlouhodobě jevila otázka jejího postavení. Na uvedené téma byla napsána řada analýz a článků, z tohoto důvodu se proto danému tématu nebudu věnovat. Považuji za vhodné alespoň stručně poukázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 AzS 38/2017-28 ze dne 6. 4. 2017. V něm (s odkazem na svoji předchozí judikaturu) uvedl (bod 18): „Správní orgán představuje svazek kompetencí určitého typu, jak vyplývá z usnesení rozšířeného senátu zdejšího soudu ze dne 5. 5. 2015, č. j. Nad 288/2014-58, č. 3257/2015 Sb. NSS, bod 34: ,Klíčovým znakem bude zákonné vymezení, komu jsou určité kompetence takříkajíc ‚přiděleny‘, tedy kdo je má vykonávat, aniž by jimi mohl dále disponovat, zejména je svěřit v rámci určité institucionální struktury menším organizačním jednotkám, osobám, složkám apod. anebo je napak převést na vyšší úroveň této struktury. Jestliže tedy zákon předepisuje, že existuje, a musí existovat (tj. nemůže být beze změny zákona zrušena či organizačně modifikována), entita nadaná určitými kompetencemi, je třeba tuto entitu považovat za správní orgán v kompetenčním (,materiálním‘) smyslu‘. Závěr městského soudu o tom, že v případě stěžovatele a správního orgánu I. stupně se nejedná o samostatné správní orgány, nýbrž o jeden správní orgán ‚Ministerstvo vnitra‘, je tedy nesprávný“.

* Předseda Komise pro rozhodování ve věcech pobytu cizinců

2. OPAKOVANÉ SNAHY O ZRUŠENÍ KOMISE

V roce 2017 se opětovně objevila snaha o zrušení Komise jako reakce na neschválení části pozměňovacího návrhu poslance Václava Klučky ve věci vyloučení soudního přezkumu v pobytových věcech.¹ Ten v odůvodnění svého návrhu uvedl, že „[p]rávní úprava, podle které se *dubluje* přezkoumání rozhodnutí v pobytových věcech a následně ještě správními soudy, výrazně zatěžuje soudní soustavu a často je prostředkem zneužívání těmi cizinci, kteří uměle prodlužují svůj pobyt na území České republiky, přestože nesplňují podmínky pro tento pobyt“.² Pokud je výrazné zatížení soudní soustavy (a s ním související nezádoucí délka řízení) negativním znakem, který je třeba eliminovat, je návrh na zrušení Komise s již předem očekávaným zvýšením zátěže soudní soustavy návrhem *prima facie* kontradiktorním.

Komise o odvolání proti rozhodnutí Ministerstva vnitra, odboru azylové a migrační politiky (dál jen „OAMP“) ve věcech trvalého a přechodného pobytu rozhoduje ve lhůtách stanovených § 71 odst. 3 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). V rámci této lhůty je plně garantována zásada rychlosti řízení zakotvená v § 6 odst. 1 správního rádu, podle níž správní orgán vyřizuje věci bez zbytečných průtahů. Nadto, uvedená lhůta je ve své podstatě totožná s informováním o výsledku nového posouzení důvodů neudělení dlouhodobého víza dle § 180e odst. 9 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 326/1999 Sb.“). V posledně uvedeném případě se nadto postupuje podle části čtvrté správního rádu, tj. v rámci tzv. neformálního správního řízení, na které jsou obecně kladený nižší věcné i formální požadavky než u klasického správního řízení.

- 1 Ing. Václav Klučka. Pozměnovací návrh ke sněmovnímu tisku č. 990. Vládní návrh zákona, 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. Pozměnovací návrh poslance Klučky ke sněmovnímu tisku č. 990 je dostupný z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&T=990>
- 2 Viz část L. Rozšíření výluk ze soudního přezkumu. V pozměnovacím návrhu, který poslanec Klučka předložil v Poslanecké sněmovně při projednávání novely zákona o pobytu cizinců v rámci druhého čtení dne 22. 2. 2017, byl obsažen i návrh [novelizační bod XX₁, § 171 písm. c) zákona o pobytu cizinců] na vyloučení ze soudního přezkumu následujících pobytových řízení: rozhodnutí o nevydání nebo neprodloužení platnosti povolení k dlouhodobému pobytu, o nevydání povolení k trvalému pobytu nebo o zrušení platnosti oprávnění k pobytu cizince na území, nejedná-li se o občana Evropské unie nebo jeho rodinného příslušníka. Tento návrh nebyl Poslaneckou sněmovnou přijat.

V případě zrušení Komise by tak teoreticky došlo ke zkrácení doby vedeného řízení v oblasti trvalého a přechodného pobytu přibližně o 3 měsíce (1 měsíc na postoupení spisového materiálu a 2 měsíce na vydání správního rozhodnutí ve věci). Tato doba nemá na celkovou délku vedeného řízení žádný podstatný vliv, samozřejmě za předpokladu, že nedojde dle § 90 odst. 1 písm. b) správního rádu ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci OAMP k novému projednání z důvodů věcných či právních vad vydaných rozhodnutí.

Pokud se týká oblasti dlouhodobých pobytů, je tato situace poněkud odlišná z důvodů, které mají svůj původ v době zřízení odboru správního Ministerstva vnitra k 1. 1. 2011. Komise při svém vzniku převzala značné množství nevyřízených správních spisů, u kterých 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 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. Tato situace se však s ohledem na přijatá personální a organizační opatření stabilizovala a dochází k postupnému odbourávání deficitu nevyřízených spisů. Tato skutečnost však nemůže být sama o sobě důvodem pro zrušení odvolacího správního orgánu, tedy Komise. Fakticky by tak došlo pouze k přesunutí nevyřízené agendy na soudy, popř. na rozkladovou komisi Ministerstva vnitra.

Předložený návrh rovněž neřešil, zda by v důsledku zrušení Komise bylo postupováno dle § 152 správního rádu o rozkladu, nebo zda by ministr vnitra byl rovněž z řízení ve věcech pobytu cizinců zcela vyloučen, popř. zda by byl správním orgánem ve věci nového posouzení důvodů neudělení dlouhodobého víza. Pokud by ministr vnitra byl odvolacím orgánem proti rozhodnutím vydaným OAMP, je zřejmé, že by došlo s ohledem na počty vydávaných rozhodnutí k jeho daleko vyššímu administrativnímu zatížení. Zároveň by bylo nezbytné posílit rozkladovou komisi ministra vnitra, neboť v současné době jsou členy Komise v souladu s § 170a zákona č. 326/1999 Sb. výlučně osoby s ukončeným právnickým vzděláním, kteří splňují i další zákonem stanovené požadavky. V současné době Komisi tvoří 42 osob, které pravidelně rozhodují v 15 tříčlenných senátech tak, aby byla v oblasti dlouhodobých víz,

přechodných a trvalých pobytů vydávána rozhodnutí v zákonných lhůtách a aby byl snižován deficit v oblasti dlouhodobých pobytů.

V případě úplného vyloučení odvolacího řízení či řízení o rozkladu je třeba poukázat na skutečnost, že v roce 2016 Komise rozhodla 1 835 věcí v oblasti trvalých pobytů, 4 247 věcí v oblasti dlouhodobých pobytů a přechodných pobytů občanů EU a jejich rodinných příslušníků a vydala 770 nových posouzení v oblasti dlouhodobých víz. Celkem tak bylo projednáno 6 852 spisů s vydáním rozhodnutí ve věci. Do uvedeného přehledu je nezbytné dále zahrnout rovněž zpracování 1 911 návrhů na provedení opatření na nečinnosti OAMP.

V této souvislosti nelze odhlédnout od skutečnosti, že Komise v roce 2016 na základě posouzení předložených spisů podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu z důvodu věcných či právních vad zrušila a věc vrátila k novému projednání OAMP na úseku dlouhodobých a přechodných pobytů v 35,6 % případů, na úseku trvalých pobytů v 41 % případů, na úseku dlouhodobých víz udělila vízum v 11,3 % případů a v neposlední řadě vyhověla v 56,9 % případů návrhu na provedení opatření proti nečinnosti OAMP.

K tomu je třeba pro úplnost dodat, že z údajů za rok 2016, které jsou součástí Zprávy o situaci v oblasti migrace a integrace cizinců na území České republiky za rok 2016,³ je zřejmá i vysoká kvalita rozhodování Komise. To zcela jednoznačně prokazuje úspěšnost v řízení před správními soudy, kdy žaloba či kasační stížnost, podaná proti rozhodnutí Komise, byla zamítnuta v 79 % případů. Při zachování obdobného poměru zrušených a vrácených věcí ze strany soudů je zřejmé, že by neúměrně vzrostly soudní náklady uplatněné jednotlivými účastníky řízení a v neposlední řadě rovněž náklady na rozhodovací činnost soudů, které jsou nepoměrně vyšší než náklady na činnost Komise.

V případě zrušení odvolacího řízení lze očekávat, že by cizinci ve zvýšené míře využívali institutu mimořádných opravných prostředků, tedy přezkumu- něho řízení dle § 94 a násl. správního řádu a obnovy řízení dle § 100 správního řádu. To by ve svém důsledku vedlo k dalšímu administrativnímu zatížení zaměstnanců OAMP i ministra vnitra.

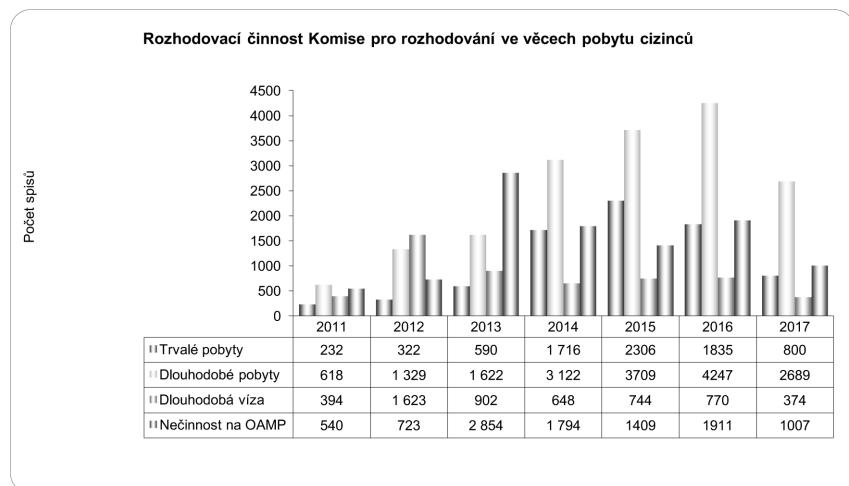
S ohledem na uvedené je naprosto liché se domnívat, že by zrušení Komise přineslo zrychlení a zefektivnění řízení. Rovněž nelze očekávat, že by soudy bez výrazného navýšení počtu soudců byly schopny vyřizovat veškeré

³ S. 61, 62. Dostupná z: <http://www.mvcr.cz/soubor/2017-06-07-zprava-o-migraci-a-integraci-2016-pdf.aspx>

podané žaloby ve věcech pobytu cizinců ve výše uvedených počtech (s výjimkou soudního přezkumu dlouhodobých víz, který je vyloučen) a stávajících lhůtách. A tím spíše ve lhůtě ve lhůtě 60 dnů od případného podání žaloby, což je nově lhůta, která byla opět na základě pozměňovacího návrhu poslance V. Klučky nově navržena pro vydání rozhodnutí Komise v odvolacím řízení.⁴ Dle mého názoru by samotné zrušení Komise, s ohledem na výše uvedené počty podávaných odvolání a rovněž stávající délku soudních řízení, naopak přineslo další průtahy ve vyřizování podaných odvolání.

3. STATISTICKÝ PŘEHLED ROZHODOVACÍ ČINNOSTI KOMISE S ÚDAJI K 30. 6. 2017

Stejně jako v předchozích letech považuji za vhodné zveřejnit přehled rozhodovací činnosti Komise. V první tabulce je uveden počet rozhodnutých správních spisů.



⁴ Op. cit. 1, část M. Úprava lhůty pro vydání rozhodnutí o odvolání, návrh na doplnění novelizačního bodu 196 v navrhovaném § 169t o odst. 12 (tentto návrh poslance V. Klučky byl Poslaneckou sněmovnou schválen a promítl se do zákona č. 326/1999 Sb. novelou č. 222/2017 Sb., pozn. editorů).

Zvýšená produktivita práce v oblasti zpracování spisů odborem správním v roce 2016 se projevila i v rozhodovacím řízení Komise, kdy jednotlivé senáty Komise rozhodly celkem 8 763 věcí. V období od 1. 1. 2017 do 30. 6. 2017 bylo rozhodnuto celkem 4 870 věcí. Čistě matematicky by tedy i rok 2017 mohl být z hlediska vyřizování správních spisů a snižování deficitů velmi úspěšným.

Počet spisů v pobytových agendách cizinců postoupených k přímému vyřízení odboru správnímu od 1. 1. 2011 do 30. 6. 2017 (včetně převzatých a nevyřízených spisů z roku 2010) byl následující:

Spis ve věci	Počet spisů 2010–2013	Počet spisů 2014	Počet spisů 2015	Počet spisů 2016	Počet spisů 2017	Spisů celkem
Trvalé pobity	2 125	1 744	1 749	1 566	736	7 920
Dlouhodobé pobity	8 068	4 004	3 888	3 391	1677	21 028
Dlouhodobá víza	2 919	648	744	770	374	5 455
Nečinnost na OAMP	4117	1 794	1 409	1 911	1007	10 238
Celkem	17 229	8 190	7 790	7638	3794	44 641

Celkový přehled o počtu zpracovaných a nezpracovaných spisů v zákonních lhůtách postoupených odboru správnímu od 1. 1. 2011 do 30. 6. 2017 (včetně převzatých spisů z roku 2010):

Pobytová agenda	Postoupené spisy	z toho	
		Zpracované spisy⁵	Nezpracované spisy
Trvalé pobity	7 920	7 920	0
Dlouhodobé pobity	21 028	17 362	3 666
Dlouhodobá víza	5 455	5 455	0
Nečinnost na OAMP	10 238	10 238	0
Celkem	44 641	40 975	3 666

⁵ Zpracované spisy – spisy zpracované odděleními odboru správního a postoupené k rozhodnutí Komisi.

S ohledem na stav zpracování správních spisů na úseku odvolacího řízení, a to zejména v agendě dlouhodobých pobytů, je hlavním úkolem vedení odboru správního přijímat taková opatření, která povedou k co možná nejrychlejšímu zpracování všech správních spisů, u kterých již marně uplynula lhůta pro vydání rozhodnutí, a dále pružně reagovat na očekávané změny v oblasti pobytových oprávnění.

Na úseku zpracování žádostí o nové posouzení důvodů neudělení dlouhodobého víza, podnětů na provedení opatření proti nečinnosti OAMP, rozhodování na úseku trvalých pobytů a přechodných pobytů je hlavním cílem pro rok 2017 zachovat dodržování zákonných lhůt v souladu s § 71 odst. 3 správního řádu a § 180e odst. 9 zákona č. 326/1999 Sb.

V agendě přechodných pobytů nelze v roce 2017 očekávat zvýšený nápad žádostí oproti roku 2016.

Pokud jde o vývoj na úseku trvalých pobytů, nejčastějším důvodem pro podání žádosti cizince o udělení povolení k trvalému pobytu (a to téměř ze 70 %) je pět let nepřetržitého pobytu na území. To je relevantní pro posouzení možného nárustu či poklesu vedených odvolacích řízení v agendě trvalých pobytů na odboru správním, resp. Komisi. Z tohoto hlediska je nutné posoudit počet podaných žádostí o udělení povolení k dlouhodobému pobytu. Pro odhad na rok 2017 je relevantní počet žádostí o udělení dlouhodobého pobytu v roce 2012, v němž došlo k poklesu žádostí oproti předchozímu roku o 28 %, a u žádostí o prodloužení dlouhodobého pobytu o 9 %. Vzhledem k výše uvedenému je možné předpokládat, že by mohl poklesnout i počet žádostí o udělení trvalého pobytu u OAMP, které cca ve 20 % případů žádost zamítne. I s vědomím, že neustále stoupá počet cizinců, kteří proti neudělení trvalého pobytu podávají odvolání, lze předpokládat, že se jejich počet oproti roku 2016 výrazným způsobem nenavýší.

Nápad návrhů na provedení opatření proti nečinnosti OAMP je závislý na personální obsazenosti OAMP, nicméně i v případě razantního nárůstu návrhů je odbor správní bude schopen zpracovat v zákonné lhůtě.

Na úseku dlouhodobých pobytů lze předpokládat, že spisy předané v roce 2014 a 2015 by mohly být zpracovány do konce roku 2017.

Do naplnění výše uvedených cílů však zcela nepochybňě zasáhne aktuální judikatura Nejvyššího správního soudu ve vztahu k systému Visapoint.

4. ZMĚNY V NÁHLEDU NA SYSTÉM VISAPPOINT

Elektronický systém Visapoint je ve své podstatě rezervačním systémem pro podání žádosti o pobytové oprávnění na zastupitelských úřadech, které se potýkají s velmi vysokým nápadem. O tomto systému již byla napsána řada článků a příspěvků, které se zabývají jeho funkčností a jeho reálným působením. Do problematiky Visapointu vnesla trochu světla poslední judikatura Nejvyššího správního soudu, konkrétně rozsudky rozšířeného senátu č. j. 10 AzS 153/2016-52 a 7 AzS 227/2016-36.

Než však přikročíme k popisu dopadu těchto rozsudků na praxi podávání žádostí na zastupitelských úřadech, nelze si odpustit krátký úvod k systému Visapoint. Ten je legislativně zakotven v § 170 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb., podle něhož zastupitelský úřad může stanovit povinnost předem si sjednat termín podání žádosti. Zastupitelský úřad umožní cizinci podání žádosti nejpozději do 30 dnů ode dne, kdy cizinec o stanovení termínu požádal. Visapoint tak ve své podstatě funguje jako elektronické úřední hodiny⁶ na zastupitelských úřadech čelících velmi vysokému nápadu žádostí o pobytová oprávnění, neboť jinak by žadatelé museli stát v řadě organizované pořadníky. Tato „fronta“ se tak z prostor konzulárního úseku zastupitelského úřadu přesunula právě do systému Visapoint. Dalším důsledkem je z povahy věci redukce počtu podávaných žádostí, která je v případě některých zastupitelských úřadů (nejvíce zřejmě zastupitelský úřad na Ukrajině a ve Vietnamské socialistické republice) obrovská. Ačkoliv má zastupitelský úřad podle § 170 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb. povinnost určit termín pro podání žádosti do 30 dnů, praxe, včetně té soudní, šla trochu jiným směrem, neboť akceptovala i jiné způsoby podání žádosti kromě zákonem upraveného osobního podání. Správní soudy tak reagovaly na faktické bránění v podání žádosti o pobytové oprávnění na zastupitelském úřadu. Ustanovení § 170 zákona č. 326/1999 Sb. upravuje podání žádosti o vízum. Z toho lze systematickým výkladem dovodit, že povinnost cizince předem si sjednat termín podání žádosti upravená v tomto ustanovení dopadá pouze na žádosti o vízum. V praxi je však systém Visapoint aplikován na všechny žádosti o pobytová oprávnění, neboť vysoký nápad se neobjevuje pouze ve vízové agendě.

⁶ Tento výklad potvrzoval ve svých rozhodnutích i Nejvyšší správní soud, viz rozsudek č. j. 7 AzS 282/2014-48.

Výše načrtnuté problémy měly za následek množící se podávání žádostí jinak než osobně a následných návrhů na vydání opatření proti nečinnosti a žalob na ochranu před nečinností podávaných správním soudům. Vzhledem k tomu, že judikatura v této oblasti nebyla zcela jednotná, přistoupil Nejvyšší správní soud k vydání citovaných rozsudků. V nich se rozšířený senát zabývá problematikou podávání žádostí na zastupitelských úřadech, které čelí vysokému nápadu.

První stěžejní otázkou je, zda bránění v podání žádosti ze strany zastupitelského úřadu je či není nezákonné zásahem správního orgánu, proti němuž se lze bránit žalobou u správního soudu. Nejvyšší správní soud konstatuje, že neposkytnutí termínu pro podání žádosti o pobytové oprávnění nebo fyzické bránění v podání žádosti na zastupitelském úřadu může být nezákonné zásahem správního orgánu ve smyslu § 82 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů. Zabývá se i souvisejícími otázkami, jako je pasivní žalobní legitimace (žalovaným je zastupitelský úřad) a příslušnost správního soudu (příslušný je Městský soud v Praze). Dále se Nejvyšší správní soud věnuje možnosti upuštění od povinnosti osobního podání žádosti (o žádosti o upuštění od osobního podání žádosti se samostatně nerozhoduje, úkon upuštění od osobního podání žádosti je jedním z podkladů pro rozhodnutí o žádosti).

Podle Nejvyššího správního soudu nelze systém Visapoint, založený na § 170 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb., aplikovat na žádosti o jiné pobytové oprávnění (dlouhodobý pobyt a trvalý pobyt) než vízum. Z toho však není možné dovozovat, že závěry Nejvyššího správního soudu ohledně podání žádosti na zastupitelském úřadu jiným způsobem než osobně není možné na žádosti o tato pobytová oprávnění aplikovat. Nejvyšší správní soud totiž vychází z povinnosti správních orgánů umožnit podání žádosti „lidsky důstojným způsobem v přiměřeném čase“ bez ohledu na to, zda organizaci potenciálních žadatelů obstarává systém Visapoint nebo je prováděna jiným způsobem.

Z hlediska praxe zásadním závěrem Nejvyššího správního soudu je, že pokud zastupitelský úřad neumožní podání žádosti „lidsky důstojným způsobem v přiměřeném čase“, lze ji účinně (s účinkem zahájení řízení) podat i jiným způsobem. V takovém případě však bude muset žadatel prokazovat nemožnost podání žádosti osobně (například tím, že mu v rozporu s § 170 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb. nebyl do 30 dnů určen termín k podání žádosti o vízum), respektive tato okolnost bude předmětem zjišťování stavu

věci v řízení o žádosti. Podle Nejvyššího správního soudu může být totiž skutečnost, že žádost byla podána jinak než osobně, aniž by žadateli bylo bráněno v podání žádosti, důvodem pro její zamítnutí. Nejvyšší správní soud tak značně rozšířil možnosti podání žádosti o pobytové oprávnění na zastupitelském úřadu. Ačkoliv citované rozsudky odkazují na výklad k alternativním způsobům podání žádosti v dřívější judikatuře (například bylo akceptováno podání žádosti jako přílohy žádosti zákonného zástupce cizince⁷ nebo jako přílohy k osobně podané stížnosti na postup zastupitelského úřadu, kterým bylo bráněno v podání žádosti⁸), stanovují podstatně širší podmínky („lidsky důstojným způsobem v přiměřeném čase“) pro využití alternativních způsobů podání žádosti o pobytové oprávnění na zastupitelském úřadu. Je proto otázkou, jestli lze akceptovat pouze žádosti podané způsobem již dříve aprobovaným správními soudy nebo i žádosti podané například datovou schránkou. Druhá alternativa by v podstatě vedla k popření nutnosti podání žádosti na zastupitelském úřadu, neboť by bylo možné žádost podat i z území České republiky, a to například korespondenčně nebo prostřednictvím datové schránky. Taková praxe by však zásadně narušila smysl a účel principu podávání žádostí mimo území České republiky prostřednictvím zastupitelského úřadu především v případě občanů zemí, kteří mohou do České republiky přicestovat bez víza.

5. ZÁVĚR

Z výše uvedeného vyplývá, že citované rozsudky Nejvyššího správního soudu vytvořily zásadní tlak na změnu právní úpravy i praxe zastupitelských úřadů při náběru žádostí o pobytová oprávnění směrem k vyšší transparentnosti a dodržování zásady nediskriminace. Současně však bohužel vytvořily velký prostor pro „živelné“ podávání žádostí o pobytová oprávnění, které (případně jejich přílohy) budou jen obtížně ověřitelné. Lze proto očekávat skokové navýšení nápadu žádostí o dlouhodobá víza a dlouhodobé pobity, méně již o trvalé pobity, v řádu několika stovek nových žádostí,⁹ který povede k zahlcení zastupitelských úřadů, OAMP a s odstupem času rovněž Komise.

⁷ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 AzS 282/2014-48.

⁸ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 AzS 128/2016-54.

⁹ Odhad vychází z počtu návrhů opatření proti nečinnosti podaných v případě sporu o podání žádosti na zastupitelském úřadu, o kterých již Komise rozhodovala.

Problém je však nejen v samotném počtu žádostí (ten povede především ke zvýšené míře nečinnosti správních orgánů), ale také v absenci ověření některých skutečností zastupitelským úřadem (například ověření totožnosti žadatele, kontrola úplnosti žádosti nebo absence pohovoru se žadatelem), což zvýší procesní náročnost vyřizování žádostí a s tím v přímé úměře rovněž chybovost výsledných rozhodnutí.

Rejstřík

A

- absence svěvole 470
- azyl
 - církevní 259
 - humanitární 419
 - právo na azyl v období mezi antikou a středověkem, 261n
 - právo na azyl 371
 - řízení o odnětí 355
- azylové *acquis* 313, 327, 357

B

- bezvízový program (VWP) 41n
- Cesační klauzule 310, 311, 319, 323, 355, 360, 361
- Contra verba legis 139

D

- diplomatické záruky 507
- dlouhodobé vízum 49, 53, 58, 63, 64, 68n, 74n, 77n, 80n, 85, 90, 92, 94n, 100, 107, 246, 614
 - prodloužení 652n
 - za účelem strpění pobytu na území ČR 645n
- dlouhodobě pobývající rezident 229
 - přiznání postavení 232n
- dlouhodobý pobyt
 - dle směrnice 2011/98/EU 50

- prodloužení platnosti povolení 654
- za účelem investování 659
- za účelem podnikání 604
- za účelem studia 185
- domicil 275
 - faktický 275
 - současný 275
- v církevním právu 305

E

- environmentální degradace 411
- environmentální migrace 405n
- ESTA 15, 42n, 45
- ETIAS 15, 44n
- eurokonformní výklad 118
- evidence nežádoucích osob 171
- evropský zatýkací rozkaz 534n
 - předávání osob podle tzv. evropského zatykače 533n
- extradice 525n

F

- facilitací dohoda 16
- francké právo 264n
- generální prevence 120

H

- Haagská konference mezinárodního práva soukromého 297, 301

I

Informační systém smluvních států
165, 188, 190, 207, 211, 591
integrace 115, 130, 155, 192, 198,
641

K

karta trvalého pobytu 195, 207
krátkodobé vízum 52, 53, 60, 64,
89, 95, 104, 105, 605, 619
– neudělení rodinnému
příslušníkovi 135
– udělení 122
kulturní právo menšin 431

L

legální pobyt 53, 72, 191, 193, 197,
203, 204, 209, 220

M

mezinárodní dohody o bezvízovém
styku 20n
migrující občan EU 119, 136
modrá karta 50, 58, 64, 66, 70, 74,
77, 80, 83, 87, 91, 96, 99, 107, 249
mučení 445

N

námitka svědomí 389
Nansenovy pasy 283
národní dlouhodobé vízum 246
nárok cizince na pobyt 603n
nařízení Dublin III 480
navrácení (refoulement) 347, 348,
358, 359, 363
– absolutní zákaz 344, 349
nebezpečí útěku 483

nejvyšší stupeň ochrany 157
nelegální práce 242

neoprávněný vstup 403
nepřímý účinek 118
nezletilé osoby 157, 161, 210
– nejlepší zájem dítěte 208
– vyhoštění v nejlepším zájmu dítěte
157

O

občanství Unie 191
odepření vstupu 135, 165
odepření výkonu vojenské služby
365n, 378n
– alternativa k odepření 387n
odmítnutí vstupu 126
ohrožení některého ze základních
zájmů společnosti 120
ochrana práv původních obyvatel
429
omezení svobody pohybu/pobytu
129, 201
online systém 51, 54, 55, 56, 59,
60n, 63, 66, 68n, 73, 76, 79, 82,
84n, 90, 93n, 99
organizovaný obchod s omamnými
látkami 156

osoby bez státní příslušnosti 304
osoby podezřelé z terorismu 529n
osobní chování 148, 166
– budoucí 148, 182
osvobození od vízové povinnosti
15n, 20, 21, 26, 30, 33n, 39, 48
ozbrojený konflikt 365n, 384n

P

padělání 395n

Polish Asylum System 558n
polské dlouhodobé vízum vydané za účelem zaměstnání 242n
právní formality týkající se kontroly cizinců 153
 právo trvalého pobytu 155, 191n, 201n, 221, 232
princip non-refoulement 310, 312, 316, 322, 323, 347, 427
problémy s rezervacemi termínu na zastupitelském úřadu 86
proporcionalita 122
– kritéria 113
– princip 462
– test 116
– zásada proporcionality 124
předchozí odsouzení pro trestný čin 146
přechodný pobyt 122
– nepřetržitý 194
– potvrzení pro občany EU 180
– ukončení 123
– správní vyhoštění 215
– správní vyhoštění nezletilého občana EU 216
– vydání potvrzení občanu EU 135
– vydání povolení 122, 135
– zamítnutí vydání potvrzení 122
přeshraniční pracovník 118, 253
přetrávavající drobná kriminalita 148
přiměřenost zásahu do soukromého a rodinného života 588n
přímý účinek primárního práva 118

R

readmisní dohody 16, 17, 27, 28, 524

rodinný příslušník migrující občana EU 117, 136
rodinný příslušník nemigrující občana EU 117
rodinný příslušník občana EU
– krátkodobé vízum 179
– neprodloužení pobytové karty 123
– povolení k přechodnému pobytu 187
– právo na udělení vstupního víza 179
– správní vyhoštění 217
rodinný příslušník pečující o dítě nízkého věku, které je občanem ČR 118
ruští a arménští uprchlíci 274n
římské právo 261n

S

Securuty Clause 526n
Schengenská prováděcí dohoda 245
schengenské acquis 24, 29, 48, 167, 168
Schengenský hraniční kodex 165, 245
schengenský prostor 22n, 172, 397
Schengenský protokol 168
služba
– přeshraniční poskytování 231, 252n, 255
– poskytnutí 264
– výkon 263
Smlouva o fungování EU (SFEU) 354
sociální dávky
– využití systému 192

spáchaní úmyslného trestného činu
146
suspenzivní mechanismus 15, 19
svoboda volného pohybu 110, 112,
124, 170

T

teleologická redukce 139, 140
travaux préparatoires 144
trestněprávní postih migrantů 394n
trestný čin
– nebezpečí opětovného spáchaní
148, 183
– odsouzení za předchozí trestný
čin 167
– závažnost a frekvence 148
trvající ohrožení veřejného pořádku
147
trvalý pobyt občana EU
– doklad osvědčující trvalý pobyt
204
– nepřetržitost pobytu 204
– vydání povolení 123
– správní vyhoštění 217
– zamítnutí žádosti o povolení 135,
202
– zrušení povolení 123, 135, 211
tříступňový mechanismus podle
nařízení č. 1289/2013 38
turečtí pracovníci 111
tzv. zakrytá mezera v zákoně 139

U

Úmluva OSN o právech dítěte 161
Úmluva o právním postavení
uprchlíků (Ženevská úmluva)
310n

uprchlík

- definice 326
- odnětí, ukončení platnosti nebo
zamítnutí prodloužení postavení
320
- pojem 326n
- postavení 327n
- tzv. light-uprchlík 327, 359
- uznání osoby za uprchlíka 327
- určitá společenská vrstva 390
Úřad vysokého komisaře OSN pro
uprchlíky 310

V

válečné zločiny 378
veřejná bezpečnost
– hrozba pro veřejnou bezpečnost
114, 148
– naléhavé důvody týkající se
bezpečnosti 157, 161
veřejný pořádek
– konkrétní nebezpečí nových
závažných narušení 183
– narušení závažným způsobem
165
– pojem 589n
– trvající ohrožení 182
– výhrada veřejného pořádku 108
– výklad veřejného pořádku 120
visa centrum 49n, 59, 60, 63, 64,
66, 69n, 73n, 77, 79, 82, 84n,
89n, 93n, 99, 101n
Visapoint 49, 50, 56, 66, 68, 84,
611, 644n
vízová vzájemnost (reciprocita) 15,
22, 35n
vízové *acquis* 19, 20

- vízová facilitace 15
vízová liberalizace 17
vízová povinnost 17
výzum, uplynutí doby platnosti 154
volný pohyb pracovníků 111
vstup na území členského státu
– nedodržení podmínek
 stanovených členským státem 153
– protiprávní 153
Výbor proti mučení 496
vyhoštění 123, 399
– limity práva státu 509n
– reálný předpoklad 497
– vyšší ochrana 156
– vymezení pojmu 507n
– zákaz 358n
výjezdní příkaz 152
výklad vnitrostátního práva contra
 legem 118
výkon vojenské služby 382n
- zajištění
– délka trvání 496
– přiměřenost 494
– soudní přezkum 498
– zákonný podklad 495
- Z**
- zaměstnanecká karta 50, 59, 65,
 67, 72, 75, 78, 81, 83, 87, 88, 92,
 98, 100, 107, 248, 251, 255
zaměstnávání cizinců 247n
– vnitropodnikově převedený
 zaměstnanec 631, 633
– vyslání cizince 251n
zásada uměřenosti 120
zásah do soukromého nebo
 rodinného života 123
závaznost judikatury ÚS 611n
zelená karta 249
zvlášť nebezpečný recidivista 363