

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v rozšířeném senátu složeném z předsedy Josefa Baxy a soudců Zdeňka Kühna, Jany Brothánkové, Barbary Pořízkové, Lenky Matyášové, Aleše Roztočila a Karla Šimky v právní věci žalobkyně: **A. M.**, zast. Mgr. Petrem Václavkem, advokátem se sídlem Opletalova 1417/25, Praha 1, proti žalované: **Policie České republiky**, Krajské ředitelství policie hl. m. Prahy, se sídlem Křižíkova 12, Praha 8, proti rozhodnutí žalované ze dne 19. 11. 2015, čj. KRPA-465274-12/ČJ-2015-000022, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 16. 12. 2015, čj. 2 A 92/2015 - 48,

t a k t o :

- I. Důvody zajištění podle § 124 odst. 1 písm. c) a d) zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, paušálně nevylučují možnost použití zvláštního opatření (§ 123b téhož zákona). Vždy je povinností správního orgánu zvážit zejména osobní, majetkové a rodinné poměry cizince, charakter porušení povinností souvisejících s vyhošťovacím řízením, jeho dosavadní chování a respektování veřejnoprávních povinností stanovených Českou republikou nebo jinými státy EU (včetně charakteru porušení těchto povinností ze strany cizince).
- II. Věc **se vrací** k projednání a rozhodnutí pátému senátu.

O d ů v o d n ě n í :

I. Jádru sporu a dosavadní postup ve věci

I. 1. *Jádru sporu*

[1] Rozšířenému senátu předkládá pátý senát NSS právní otázku, zda se míra uvážení ohledně možnosti aplikace zvláštních opatření namísto zajištění cizince liší s ohledem na jednotlivé důvody uvedené v § 124 odst. 1 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“).

I. 2. *Rozhodné skutkové okolnosti a průběh předchozích řízení*

[2] Žalovaná dne 8. 10. 2015 rozhodla o správním vyhoštění žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) z území členských států Evropské unie, a to podle § 119 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona o pobytu cizinců na dobu 1 roku. Současně jí stanovila dobu k vycestování z území České republiky do 15 dnů od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Rozhodnutí nabylo právní moci dne 14. 10. 2015.

[3] Stěžovatelka se dne 19. 11. 2015 dostavila na odbor azylové a migrační politiky za účelem podání žádosti o vydání povolení k pobytu. Správní orgán ale zjistil, že je vedena v evidenci nežádoucích osob. Proto stěžovatelku zadržela policejní hlídka a převezla ji na služebnu žalované. Stěžovatelka při podání vysvětlení uvedla, že do ČR naposledy přicestovala dne 19. 9. 2015 za přítelem a za účelem studia a rovněž si zde chtěla obstarat pobytové oprávnění. Tvrdila, že o správním vyhoštění nevěděla, neboť od července 2015 nebyla v kontaktu s advokátem, který ji v řízení o správním vyhoštění zastupoval; ztratila na něj kontakt. Se svým přítelem, občanem Německa, bydlí v Praze a plánují společný život v Německu. Uvedla, že nemá finanční prostředky na složení finanční záruky; její pobyt na území ČR financuje matka. Je studentka, v ČR má přítele a začala pracovat pro Radio Liberty, které je v Rusku údajně zakázané.

[4] Stěžovatelka ještě téhož dne zmocnila ke svému zastupování advokáta. Jeho prostřednictvím nabídla finanční záruku ve výši 15.000 Kč, která může být navýšena až do výše stanovené žalovanou. Dále nabídla, že se bude podle § 123b odst. 1 zákona o pobytu cizinců zdržovat na adrese, na níž bydlí společně se svým přítelem. Bude se na pracoviště žalované dostavovat ve stanovených dnech, neboť rozhodnutí o zajištění považuje za „extrémně příšerné“. Advokát rovněž předložil záruku přítele stěžovatelky, který nabídl, že dohlédne na to, aby stěžovatelka respektovala všechna uložená opatření a také nabídl složení finanční záruky ve výši dle uvážení žalované.

[5] Žalovaná přesto rozhodla o zajištění stěžovatelky. V rozhodnutí odkázala na rozsudek NSS ze dne 30. 9. 2014, čj. 9 Azs 192/2014 - 29, podle kterého je-li dán důvod zajištění dle § 124 odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců, je v zásadě vyloučeno, aby správní orgán přistoupil k uložení zvláštního opatření. Žalovaná dále dovodila, že stěžovatelka věděla o probíhajícím řízení o správním vyhoštění a měla dostatek času informovat se na stav tohoto řízení a vyhnout se případným následkům. Z jednání stěžovatelky je zřejmé, že mírnější donucovací opatření by nebyla účinná; uložení zvláštních opatření je s ohledem na jednání stěžovatelky nedostačující, neboť hrozí nebezpečí opětovného nerespektování právních předpisů ČR a zmaření výkonu správního rozhodnutí. Stěžovatelka opakovaně porušila zákon o pobytu cizinců a zmařila výkon rozhodnutí o správním vyhoštění. Neopustila území ČR, přestože jí bylo rozhodnutím ze dne 8. 10. 2015 uloženo správní vyhoštění. Vyjádření zástupce stěžovatelky o složení finanční záruky je pak v rozporu s jejím sdělením, že prostředky na složení finanční záruky nemá.

[6] Rozhodnutí žalované napadla stěžovatelka žalobou u městského soudu, který ji jako nedůvodnou zamítl. Městský soud s odkazem na rozsudek čj. 9 Azs 192/2014 - 29 dospěl k závěru, že stěžovatelka nerespektovala pravomocné rozhodnutí o správním vyhoštění, proto je v zásadě vyloučeno, aby žalovaná přistoupila k uložení zvláštního opatření dle § 123b a § 123c zákona o pobytu cizinců. Proto je bez významu jak nabídnutá záruka dle § 123b zákona o pobytu cizinců, tak finanční záruka podle § 123c zákona o pobytu cizinců.

I. 3. *Rozhodné argumenty v kasační stížnosti*

[7] Proti rozsudku městského soudu podala stěžovatelka kasační stížnost. V ní krom dalších námitek kritizuje, že městský soud nesprávně odkázal na rozsudek čj. 9 Azs 192/2014 - 29, ačkoliv skutkové okolnosti, za kterých byl tento rozsudek vydán, se zásadně liší od skutkových okolností v nyní projednávané věci. Ve věci řešené pod sp. zn. 9 Azs 192/2014 cizinec pobýval na území ČR více než dva roky bez víza a svého neoprávněného pobytu si byl prokazatelně vědom. Oproti tomu stěžovatelka měla v cestovním pasu vyznačeno tzv. schengenské vízum, její neoprávněný pobyt byl mnohem kratší a jeho neoprávněnosti si nebyla vědoma. Podle stěžovatelky nelze závěry citovaného rozsudku interpretovat jako „generální pravidlo“ a dovozovat, že při nerespektování správního vyhoštění jsou vždy dány důvody pro vydání rozhodnutí o zajištění. Takový výklad znemožňuje využití alternativních institutů dle zákona o pobytu cizinců.

[8] Žalovaná se ke kasační stížnosti nevyjádřila.

II. Důvody pro postoupení věci rozšířenému senátu a vyjádření žalované

[9] Pátý senát dospěl k právnímu názoru odlišnému od závěru devátého senátu, že míra uvážení ohledně možnosti aplikace zvláštních opatření namísto zajištění cizince se liší s ohledem na jednotlivé důvody uvedené v § 124 odst. 1 zákona o pobytu cizinců (cit. rozsudek čj. 9 Azs 192/2014 - 29). Tento závěr není podle názoru pátého senátu správný. Takový restriktivní výklad § 124 odst. 1 zákona o pobytu cizinců z jeho obsahu nevyplývá a je v rozporu s jeho smyslem, jakož i se zněním a účelem čl. 15 odst. 1 směrnice 2008/115/ES (dále též „návratová směrnice“).

[10] Pátý senát odkazuje též na důvodovou zprávu k zákonu č. 427/2010 Sb., která k novelizovanému znění § 124 zákona o pobytu cizinců výslovně uvádí: „Podle navrhované úpravy bude policie v souvislosti se správním vyhoštěním oprávněna zajistit cizince, až poté co bude posouzena vhodnost použití institutu uložení zvláštního opatření za účelem vycestování.“ Důvodová zpráva tedy rovněž nerozlišuje mezi jednotlivými důvody zajištění dle § 124 odst. 1 zákona o azylu.

[11] Pátý senát zpochybňuje též odkaz devátého senátu na závěry Ústavního soudu při hodnocení ústavnosti § 124 zákona o pobytu cizinců v nález ze dne 12. 5. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 10/08, č. 229/2009 Sb.

[12] Na rozdíl od závěrů devátého senátu má pátý senát za to, že při aplikaci § 124 odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců je zapotřebí se vždy zabývat možností využití uložení zvláštního opatření s ohledem na konkrétní okolnosti toho kterého individuálního případu. Uvedené platí obdobně pro aplikaci § 124 odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců a ostatních důvodů zajištění cizince uvedených v § 124 odst. 1 zákona o pobytu cizinců, neboť smyslem a účelem této právní úpravy, která vychází z čl. 15 odst. 1 návratové směrnice, je minimalizace zásahů do osobní svobody v případě zajištění cizinců za účelem vyhoštění. Povinností správních orgánů je proto ve všech případech vážit možnost aplikace mírnějších opatření předtím, než přistoupí k zajištění cizince. Žádný z důvodů uvedených v § 124 odst. 1 zákona o pobytu cizinců pro zajištění cizince přitom sám o sobě neimplikuje skutečnosti, pro které by bez dalšího nebylo možné využití zvláštních opatření (resp. jejich využití by bylo omezeno) a vždy (resp. až na výjimečné případy) by bylo zapotřebí cizince bez dalšího zajistit.

[13] Žalovaná k tomu podala vyjádření, ve kterém se ztotožňuje s názorem devátého senátu. Z rozsudku devátého senátu neplyne, že by žalovaná byla zbavena povinnosti posuzovat v každém jednotlivém případě aplikaci zvláštních opatření. Mantinely správního uvážení pro uložení zvláštních opatření namísto zajištění se však liší. Míra správního uvážení se rozšiřuje či zužuje v souvislosti s jednáním, kterého se cizinec dopustil. Jako příklad žalovaná uvádí, že cizinec poruší předchozí uložené zvláštní opatření [dojde k naplnění skutkové podstaty § 124 odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců]. Požadavek zvažovat alternativy zajištění, pokud cizinec předchozí uložené zvláštní opatření zvlášť závažným způsobem porušuje, má znaky přílišného formalismu. Ze své podstaty v takovém případě uložit mírnější opatření nelze. Pátý senát přehlíží § 123b odst. 7 zákona o pobytu cizinců. V tomto odkazuje též na důvodovou zprávu k návrhu novely č. 427/2010 Sb.

III. Posouzení věci rozšířeným senátem

III.1. *Pravomoc rozšířeného senátu*

[14] Podle § 17 odst. 1 s. ř. s. dospěl-li senát NSS při svém rozhodování k právnímu názoru, který je odlišný od právního názoru již vyjádřeného v rozhodnutí NSS, postoupí věc k rozhodnutí rozšířenému senátu.

[15] V nynější věci je evidentní, že pátý senát dospěl k názoru odlišnému od názoru devátého senátu vysloveného v rozsudku čj. 9 Azs 192/2014 - 29. Podle devátého senátu je nutno při úvaze o možnosti aplikace zvláštních opatření rozlišovat jednotlivé důvody zajištění uvedené v § 124 odst. 1 zákona o pobytu cizinců. Je-li dán důvod zajištění dle § 124 odst. 1 písm. c) nebo d) zákona o pobytu cizinců, je v zásadě vyloučeno, aby správní orgán přistoupil k uložení zvláštního opatření. Naproti tomu dle pátého senátu nelze mezi jednotlivými důvody zajištění rozlišovat a u všech platí stejná možnost pro uložení zvláštních opatření namísto zajištění cizince. Zodpovězení této otázky potřebuje pátý senát pro rozhodnutí věci sp. zn. 5 Azs 20/2016.

[16] Pravomoc rozšířeného senátu je tedy dána.

III.2. *Právní názor rozšířeného senátu*

III.2.1. *Právní úprava a judikatura Soudního dvora EU*

[17] Pátý senát svou otázku vztahuje k výkladu § 124 odst. 1 zákona o pobytu cizinců, ve znění zákona č. 427/2010 Sb., který od 1. 1. 2011 do 17. 12. 2015 zněl:

§ 124

Zajištění cizince za účelem správního vyhoštění

(1) Policie je oprávněna zajistit cizince staršího 15 let, jemuž bylo doručeno oznámení o zahájení řízení o správním vyhoštění anebo o jehož správním vyhoštění již bylo pravomocně rozhodnuto nebo mu byl uložen jiným členským státem Evropské unie zákaz vstupu platný pro území členských států Evropské unie a nepostačuje uložení zvláštního opatření za účelem vycestování, pokud

a) je nebezpečí, že by cizinec mohl ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek,

- b) je nebezpečí, že by cizinec mohl mařit nebo ztěžovat výkon rozhodnutí o správním vyhoštění,
- c) cizinec nevycestoval z území v době stanovené v rozhodnutí o správním vyhoštění,
- d) cizinec závažným způsobem porušil povinnost uloženou mu rozhodnutím o uložení zvláštního opatření za účelem vycestování, nebo
- e) je cizinec evidován v informačním systému smluvních států.

[18] S § 124 souvisí § 123b a § 123c, oba ve znění zákona č. 427/2010 Sb. (§ 123b citován v relevantním znění do 17. 12. 2015, § 123c ve znění zákona č. 427/2010 Sb., které je platné a účinné i k datu rozhodování rozšířeného senátu), oba upravující zvláštní opatření za účelem vycestování cizince z území:

§ 123b

Zvláštní opatření za účelem vycestování cizince z území

(1) Zvláštním opatřením za účelem vycestování cizince z území (dále jen „zvláštní opatření za účelem vycestování“) je

- a) povinnost cizince oznámit policii adresu místa pobytu, zdržovat se tam, každou jeho změnu oznámit následující pracovní den policii a pravidelně se osobně hlásit policii ve lhůtě stanovené policií, nebo
- b) složení peněžních prostředků ve volně směnitelné měně ve výši předpokládaných nákladů spojených se správním vyhoštěním (dále jen „finanční záruka“) cizincem, kterému je zvláštní opatření za účelem vycestování uloženo; peněžní prostředky za cizince může složit státní občan České republiky nebo cizinec s povoleným dlouhodobým anebo trvalým pobytem na území (dále jen „složitel“).

(2) Zvláštní opatření za účelem vycestování lze uložit, je-li důvodné nebezpečí, že cizinec v době stanovené v rozhodnutí o správním vyhoštění k vycestování z území nevycestuje.

(3) O druhu a způsobu výkonu zvláštního opatření za účelem vycestování rozhoduje policie. Při rozhodování o uložení zvláštního opatření policie zkoumá, zda jeho uložení neohrozí výkon správního vyhoštění, a přihlíží k dopadům tohoto rozhodnutí do soukromého a rodinného života cizince.

(4) Policie zvláštní opatření za účelem vycestování neuloží, jde-li o nezletilého cizince bez doprovodu.

(5) Výrok o uložení zvláštního opatření za účelem vycestování je zpravidla součástí rozhodnutí o správním vyhoštění. Odvolání proti výroku o uložení zvláštního opatření za účelem vycestování nemá odkladný účinek.

(6) Cizinec je povinen splnit povinnost uloženou mu v rozhodnutí o uložení zvláštního opatření za účelem vycestování a vycestovat z území v době stanovené v rozhodnutí o správním vyhoštění.

(7) *V případě, že cizinec závažným způsobem poruší povinnost uloženou mu rozhodnutím o uložení zvláštního opatření za účelem vycestování nebo v době k vycestování stanovené v rozhodnutí o správním vyhoštění nevycestuje, policie takového cizince zajistí. V případě, že splnění povinnosti zabrání důvody na vůli cizince nezávislé, je cizinec povinen povinnost splnit neprodleně po zániku těchto důvodů.*

§ 123c

Finanční záruka

(1) Finanční záruka se skládá na účet policie a je vratná po vycestování cizince z území nebo poté, co mu byl povolen dlouhodobý anebo trvalý pobyt nebo pobyt podle zvláštního právního předpisu, uděleno dlouhodobé vízum nebo vydáno povolení k přechodnému pobytu. Policie se s cizincem nebo složitelem dohodne na způsobu vrácení finanční záruky. Náklady na vrácení finanční záruky nese složitel nebo cizinec.

...

[zvýraznění doplnil rozšířený senát]

[19] Zákon o pobytu cizinců v tomto rozsahu provádí čl. 15 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 (Úř. věst. L 348, 24. 12. 2008, s. 98-107) (návratová směrnice):

Článek 15

Zajištění

1. *Nemohou-li být v konkrétním případě účinně uplatněna jiná dostatečně účinná, avšak mírnější donucovací opatření*, mohou členské státy zajistit pouze státního příslušníka třetí země, o jehož navracení probíhá řízení, za účelem přípravy návratu nebo výkonu vyhoštění, zejména v případě, že

a) hrozí nebezpečí skrývání se nebo

b) dotčený státní příslušník třetí země se vyhýbá přípravě návratu či uskutečňování vyhoštění nebo je jinak ztěžuje.

Jakékoli zajištění musí trvat co nejkratší dobu, a pouze dokud jsou s náležitou pečlivostí činěny úkony směřující k vyhoštění.

[zvýraznění doplnil rozšířený senát]

[20] Bod 16 odůvodnění návratové směrnice jasně deklaruje prioritu mírnějších donucovacích opatření a subsidiaritu zajištění, které podléhá zásadě proporcionality:

Využití zajištění za účelem vyhoštění by mělo být omezeno a mělo by podléhat zásadě proporcionality, pokud jde o použité prostředky a sledované cíle. Zajištění je odůvodněné pouze pro přípravu navracení či pro výkon vyhoštění a pouze v případě, že by uplatnění mírnějších donucovacích opatření nebylo dostatečně účinné.

[21] Soudní dvůr návratovou směrnicí vysvětluje takto:

39. Z šestnáctého bodu odůvodnění uvedené směrnice, jakož i ze znění jejího čl. 15 odst. 1 v tomto ohledu plyne, že členské státy musí uskutečnit vyhoštění prostřednictvím co nejmírnějších donucovacích opatření. Pouze v případě, kdy výkon rozhodnutí o navracení formou vyhoštění může být s ohledem na posouzení každé konkrétní situace ohrožen jednáním dotčené osoby, mohou tyto státy zbavit tuto osobu svobody jejím zajištěním. [...]

41. Z výše uvedeného vyplývá, že pořadí fází postupu při navracení zavedeného směrnicí 2008/115 odpovídá odstupňování opatření, která je třeba přijmout za účelem výkonu rozhodnutí o navracení, a to odstupňování od opatření, které ponechává dotyčné osobě největší svobodu, tedy poskytnutí lhůty k jejímu dobrovolnému opuštění území, k opatřením, která omezují její svobodu nejvíce, tedy zajištění ve zvláštním zařízení, a dodržování zásady proporcionality musí být zajištěno v průběhu všech těchto fází.

(rozsudek Soudního dvora ze dne 28. 4. 2011, *Hassen El Dridi*, věc C-61/11 PPU, EU:C:2011:268)

[22] Čl. 7 odst. 3 návratové směrnice podává demonstrativní výčet zvláštních opatření namísto zajištění cizince (v dikci směrnice „mírnějších donucovacích opatření“):

Článek 7

Dobrovolné opuštění území

[...]

3. Po dobu běhu lhůty k dobrovolnému opuštění území lze uložit některé povinnosti, jejichž cílem je předcházet nebezpečí skrývání se, jako je pravidelné hlášení se orgánům, složení přiměřené finanční záruky, odevzdání dokladu nebo povinnost pobývat na určitém místě.

[23] Právo EU tedy jasně stanoví subsidiaritu zajištění ve vztahu k mírnějším donucovacím opatřením. Návratová směrnice obecně upřednostňuje dobrovolné opuštění

území státním příslušníkem třetí země neoprávněně pobývajícím na území členského státu. Je-li tu však nebezpečí, že se cizinec bude skrývat nebo jinak mařit své navrácení do třetí země, lze uložit mírnější donucovací opatření. K zajištění lze přistoupit jen tehdy, pokud mírnější donucovací opatření nebudou dostatečně účinná. Rozhodnutí o zajištění musí být proporcionální ve vztahu k poměrům dotčeného cizince.

[24] Rozšířený senát pro úplnost uvádí, že v nynější věci neviděl prostor pro položení předběžné otázky Soudnímu dvoru. Zkoumaná problematika totiž byla již Soudním dvorem uspokojivě zodpovězena rozsudkem ve věci *El Dridi* (tzv. *Acte éclairé*) a ostatně i samotná návratová směrnice je v tomto ohledu jasná (tzv. *Acte clair*). Přijímání všech opatření při navrácení neoprávněně pobývajících státních příslušníků třetích zemí je podmíněno aplikací principu proporcionality a subsidiarity jednotlivých zásahů. Zajištění jako nejzávažnější zásah do svobody cizince je nutno aplikovat pouze tam, kde je ho skutečně třeba. Konkrétní procesní aspekty provádění principu proporcionality včetně výkladu vnitrostátního procesního práva budou na právních systémech členských států, samozřejmě za respektování zásady loajální spolupráce a se zřetelem na cíl zajistit užitečný účinek práva Unie (*El Dridi*, bod 30).

III.2.2. Vlastní analýza rozšířeného senátu

[25] Z právě podané právní úpravy vyplývá, že zajištění cizince za účelem jeho vyhoštění nesmí být automatismem. Právě naopak, právo EU i český zákon o pobytu cizinců jednoznačně směřují k subsidiaritě zajištění, které by mělo být použito pouze tehdy, nepostačuje-li uložení zvláštního opatření za účelem vycestování (arg. § 124 odst. 1 zákona o pobytu cizinců: Policie je oprávněna zajistit cizince mj. pokud *nepostačuje uložení zvláštního opatření za účelem vycestování*; čl. 15 odst. 1 návratové směrnice: zajištění je možné jen tehdy, [n]emohou-li být v konkrétním případě účinně uplatněna jiná dostatečně účinná, avšak mírnější donucovací opatření; viz též bod 16 odůvodnění návratové směrnice). Krom práva EU tu hraje roli i obecný ústavní požadavek proporcionality zásahů veřejné moci do osobní svobody.

[26] Rozšířený senát se obecně věnoval výkladu § 124 zákona o pobytu cizinců již v usnesení ze dne 23. 11. 2011, čj. 7 As 79/2010 - 150, č. 2524/2012 Sb. NSS. Zdůraznil, že zajištění cizince znamená omezení, nebo dokonce, v závislosti na povaze, délce, důsledcích a způsobu zajištění, zbavení osobní svobody; jedná se tedy o velmi citelný zásah do jednoho z nejvýznamnějších základních práv jednotlivce. Takový zásah může být přípustný jen za přísně vymezených podmínek definovaných nejen zákonem o pobytu cizinců, ale především ústavním pořádkem ČR, resp. právem EU (bod 21).

[27] Judikatura ve shodě s tím dovodila, že cílem právní úpravy zvláštních opatření za účelem vycestování je snaha o minimalizaci omezování osobní svobody v případě zajištění cizinců za účelem vyhoštění (např. rozsudek ze dne 7. 12. 2011, čj. 1 As 132/2011 - 51, bod 23). Judikatura v tom navázala na závěry Soudního dvora ve věci *El Dridi* (srov. bod [21] shora).

[28] Jak již NSS uvedl v rozsudku ze dne 15. 7. 2011, čj. 7 As 76/2011 - 50, „zajištění cizince musí být vyhrazeno pro případy, kdy skutečně nelze zajistit výkon správního vyhoštění jinými prostředky, například uložení zvláštního opatření podle ust. § 123b zákona o pobytu cizinců. Není však pravdou, že by policie musela vždy nejdříve přistoupit k uložení zvláštního

opatření a teprve v případě neúspěchu by mohla cizince zajistit. Takový výklad by vedl v důsledku často ke zmaření výkonu správního vyhoštění. I když by totiž bylo zřejmé, že se cizinec bude snažit vyhnout vycestování z České republiky, policie by mu nejdříve uložila zvláštní opatření, a poté, co by zjistila, že zvláštní opatření nevedlo ke kýženému cíli, neboť cizinec se začal skrývat nebo odcestoval do jiného státu, mohl by již být výkon správního vyhoštění zmařen a k zajištění cizince by vůbec nemohlo být přistoupeno. Z tohoto důvodu také zákon o pobytu cizinců v ust. § 123b odst. 3 stanoví, že policie zkoumá, zda uložením zvláštního opatření neohrozí výkon správního vyhoštění. Uložení zvláštního opatření musí proto být upřednostněno před zajištěním cizince, nicméně pouze pokud lze předpokládat, že cizinec bude schopen splnit povinnosti plynoucí ze zvláštního opatření, a zároveň neexistuje důvodná obava, že by byl uložením zvláštního opatření ohrožen výkon správního vyhoštění. Nesplnění jednoho nebo druhého předpokladu jsou pak zcela samostatnými důvody pro učinění závěru, že nepostačuje uložení zvláštního opatření za účelem vycestování ve smyslu ust. § 124 zákona o pobytu cizinců“ (stejně např. rozsudek ze dne 16. 11. 2011, čj. 5 As 59/2011 - 64).

[29] Volba mírnějších opatření než je zajištění cizince, mezi něž patří zvláštní opatření za účelem vycestování cizince, je vázána na předpoklad, že cizinec bude se státními orgány spolupracovat při realizaci tohoto opatření a že neexistuje důvodná obava, že se bude vyhýbat případnému výkonu správního vyhoštění. Pokud zde existují skutečnosti nasvědčující tomu, že cizinec bude případný výkon správního vyhoštění mařit, nelze dle § 123b odst. 3 zákona o pobytu cizinců přistoupit ke zvláštnímu opatření za účelem vycestování cizince. Při úvaze, zda uložením zvláštního opatření nebude zmařen výkon správního vyhoštění, je možno lišit situace, kdy je s cizincem teprve vedeno řízení o správním vyhoštění, a situace, kdy již cizinci bylo správní vyhoštění pravomocně uloženo, přičemž cizinec území ČR neopustil, ačkoli k tomu byl na základě rozhodnutí o vyhoštění povinen. V prve zmíněném případě není jisté, zda správní vyhoštění bude vůbec uloženo; správní orgán teprve na základě informací o dosavadním jednání cizince hodnotí, zda není dáno nebezpečí, že výkon případného rozhodnutí o správním vyhoštění bude cizincem mařen. Ve druhém případě je situace odlišná, neboť již existují konkrétní poznatky o tom, jakým způsobem se cizinec postavil ke své povinnosti opustit území na základě rozhodnutí o správním vyhoštění (srov. takto rozsudek ze dne 18. 7. 2013, čj. 9 As 52/2013 - 34).

[30] Devátý senát v rozsudku ze dne 30. 9. 2014, čj. 9 Azs 192/2014 - 29, na tuto judikaturu dále navázal a v bodě 22 rozvedl právní závěr, jehož správnost je nyní napadána pátým senátem:

V této souvislosti lze uvést, že míra uvážení ohledně možnosti aplikace zvláštního opatření namísto zajištění cizince se liší s ohledem na jednotlivé důvody zajištění popsané v § 124 odst. 1 zákona o pobytu cizinců. Za situace, kdy cizinec nevycestoval z území v době stanovené v rozhodnutí o správním vyhoštění, a je tak dán důvod zajištění dle § 124 odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců, je v zásadě vyloučeno, aby správní orgán přistoupil k uložení zvláštního opatření. Pokud by totiž platilo, že je třeba nejprve vždy zvažovat uložení zvláštních opatření, pak by tak bylo nutné činit i v případě, že cizinec závažným způsobem porušil povinnost uloženou mu rozhodnutím o uložení zvláštního opatření za účelem vycestování [důvod zajištění dle § 124 odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců]. V tomto případě, je však aplikace zvláštního opatření zásadně vyloučena. Za situace, kdy již v minulosti bylo uloženo zvláštní opatření, a cizinec závažným způsobem porušil povinnosti vztahující se k tomuto opatření, je zřejmé, že napříště nepostačuje jeho uložení, a je nutné využít účinnějšího prostředku. Tento prostředek představuje zajištění. Samo jednání uvedené v § 124 odst. 1 písm. d) zákona o pobytu cizinců zásadně implikuje důvodnou obavu, že výkon správního vyhoštění by mohl být zmařen, pokud by správní orgán využil jiný institut než právě zajištění. Obdobná je pak situace v nyní aplikovaném důvodu zajištění podle § 124 odst. 1 písm. c).

[31] Devátý senát tedy založil svůj závěr na odlišnosti jednotlivých důvodů zajištění podle § 124 odst. 1. Lze připomenout, že těmi a) je nebezpečí, že by cizinec mohl ohrozit bezpečnost státu nebo závažným způsobem narušit veřejný pořádek; b) je nebezpečí, že by cizinec mohl mařit nebo ztěžovat výkon rozhodnutí o správním vyhoštění (počínaje 18. 12. 2015 zákon navíc obsahuje příklady takovýchto situací: cizinec v řízení uvedl nepravdivé údaje o totožnosti, místě pobytu, odmítl tyto údaje uvést anebo vyjádřil úmysl území neopustit nebo pokud je takový úmysl zjevný z jeho jednání); c) cizinec nevycestoval z území v době stanovené v rozhodnutí o správním vyhoštění; d) cizinec závažným způsobem porušil povinnost uloženou mu rozhodnutím o uložení zvláštního opatření za účelem vycestování; e) je cizinec evidován v informačním systému smluvních států.

[32] Lze se shodnout s devátým senátem, že těchto pět typových důvodů zajištění se svou povahou vzájemně liší. Možnost aplikace zvláštního opatření namísto zajištění cizince a tomu korespondující úvahy správního orgánu budou nutně záviset na důvodu zajištění. S pátým senátem se nelze ztotožnit již v jeho tezi, že všech pět typových důvodů pro zajištění cizince nabízí správnímu orgánu stejně velký prostor pro možnost uložení zvláštního opatření. Základním pravidlem je, že uložení zvláštního opatření nesmí ohrozit výkon správního vyhoštění (§ 123b odst. 3 věta druhá zákona o pobytu cizinců; čl. 15 odst. 1 a bod 16 odůvodnění návratové směrnice vychází z dostatečné účinnosti mírnějších donucovacích opatření); toto ohrožení bude typově různé v typově odlišných případech důvodů zajištění.

[33] Není ani pravda, že zákon o pobytu cizinců mezi jednotlivými důvody § 124 odst. 1 nerozlišuje. Žalovaná správně odkazuje na § 123b odst. 7, podle něhož [v] *případě, že cizinec závažným způsobem poruší povinnost uloženou mu rozhodnutím o uložení zvláštního opatření za účelem vycestování nebo v době k vycestování stanovené v rozhodnutí o správním vyhoštění nevycestuje, policie takového cizince zajistí*. Na prvním místě uvedená situace plně odpovídá důvodu podle § 124 odst. 1 písm. d). Situace uvedená na druhém místě (nevycestování) do jisté míry odpovídá § 124 odst. 1 písm. c), ovšem není s ním zcela totožná. Z kontextu § 123b odst. 7 lze totiž dovodit, že oba případy tam uvedené jsou spojeny předchozím uložením zvláštního opatření za účelem vycestování cizince z území (celý § 123b totiž hovoří právě o zvláštních opatřeních). V případech dle § 123b odst. 7 má žalovaná *povinnost cizince zajistit*. Tento příkaz však zákon v další větě omezuje, a to pokud splnění povinnosti zabrání *důvody na vůli cizince nezávislé*. V jiných případech než těch, na které pamatuje § 123b odst. 7, např. je-li cizinec evidován v informačním systému smluvních států [§ 124 odst. 1 písm. e)], může být rozsah úvahy správního orgánu ve vztahu k použití zvláštního opatření širší, typicky je-li s ohledem na osobu cizince zřejmé, že prostředky méně invazivní mohou posloužit svému cíli, tj. vycestování cizince, stejně dobře.

[34] Lze nicméně souhlasit s tím, že formulace závěrů devátého senátu zní až zbytečně kategoricky a může svádět k jejich mechanické a bezmyšlenkovité aplikaci. Rozšířený senát zdůrazňuje, že ani devátý senát nevylučuje v případě důvodů podle § 124 odst. 1 písm. c) a d) použití zvláštních opatření: tato možnost je dle něj „zásadně“ vyloučena, což samozřejmě implikuje výjimku z této „zásady“. Rozšířený senát se stěžovatelkou, že rozsudek devátého senátu nelze chápat jako „generální pravidlo“ a nelze z něj dovozovat, že při aplikaci § 124 odst. 1 písm. c) a d) jsou *vždy* dány důvody pro vydání rozhodnutí o zajištění. Takovýto závěr by byl nesporně v rozporu s právem EU, konkrétně s čl. 15 odst. 1 a bodem 16 odůvodnění návratové směrnice. Jakkoliv právo EU

ponechává detaily procesní úpravy na členských státech (a to včetně legislativní úpravy dalších druhů „mírnějších donucovacích opatření“ kromě těch vyjmenovaných v čl. 7 odst. 3 návratové směrnice), nelze dospět k závěru, že při existenci určitých důvodů zajištění nemusí správní orgán nikdy zvažovat alternativy vůči zajištění. V tomto smyslu nutno vykládat též § 123b odst. 7, jehož tvrdá aplikace je ostatně oslabena pravidlem stanoveným v druhé větě, pamatujícím na porušení povinnosti cizincem z důvodů na jeho vůli nezávislých.

[35] Dobrým příkladem mechanické aplikace závěrů devátého senátu je právě projednávaná kauza. V rozhodnutí o zajištění žalovaná v podstatě vychází z rozsudku devátého senátu jako z nepřekročitelné bariéry pro aplikaci zvláštních opatření. Odhlíží od specifických okolností nynější kauzy, partnerského vztahu stěžovatelky s občanem EU, (tvrzené) nevědomosti o správním vyhoštění, nebere dostatečně v potaz stěžovatelčino bydliště na pražské adrese a nabídky finanční záruky jak ze strany stěžovatelky, tak ze strany jejího partnera. Naopak tyto nabídky dezinterpretuje. Stěžovatelka sice nejprve uváděla, že sama vlastními finančními prostředky nedisponuje, současně ale již od počátku vysvětlila, že prostředky má její matka, a po intervenci přítele začala nabízet finanční záruku jak sama, tak prostřednictvím partnera. Z uvedeného sledu událostí rozhodně nelze bez dalšího dovodit, že finanční záruku složit nemůže.

[36] S devátým senátem lze souhlasit, že možnost aplikace zvláštního opatření namísto zajištění cizince a tomu korespondující úvahy správního orgánu budou nutně záviset na typovém důvodu zajištění. Z rozsudku devátého senátu nelze dovodit, že důvody zajištění § 124 odst. 1 písm. c) a d) paušálně *vždy* vylučují možnost použití zvláštního opatření. Jakkoliv v takovýchto případech bude volba zajištění pravidlem, i zde je nutno *vždy zvážit* osobní, majetkové a rodinné poměry cizince, charakter porušení povinností souvisejících s vyhošťovacím řízením, jeho dosavadní chování a respektování veřejnoprávních povinností stanovených ČR nebo jinými státy EU (včetně charakteru porušení těchto povinností ze strany cizince). Žalovaná musí při svém rozhodování vycházet z konkrétního jednání cizince a posoudit jeho věc v souladu se zásadou individualizace.

[37] Konkrétním specifikům a poměrům osoby cizince bude odpovídat i rozsah povinnosti žalované odůvodnit, proč neužila zvláštních opatření, ale cizince zajistila. Na jedné straně palety možných situací bude např. cizinec, který jen projížděl územím ČR, neměl k ČR žádné ekonomické nebo sociální vazby, nedisponoval dostatečnými prostředky ke složení finanční záruky a takovou skutečnost ani netvrdil atd. (viz rozsudek ze dne 8. 4. 2016, čj. 8 Azs 171/2015 - 52, č. 3429/2016 Sb. NSS, bod 34), event. cizinec, který dvakrát nerespektoval rozhodnutí o správním vyhoštění, bez souhlasu Policie ČR opustil infekční oddělení nemocnice, kde byl hospitalizován ze zdravotních důvodů, bez patřičných oprávnění dvakrát vycestoval z ČR na území jiných členských států EU, v průběhu pěti let změnil identitu a byl evidován v informačním systému smluvních států (viz rozsudek ze dne 15. 3. 2012, čj. 7 As 154/2011 - 56). Z judikatury jiných členských států EU lze uvést jako příklad situaci řešenou bulharským Nejvyšším správním soudem (Българският административен съд), který dospěl ke stejným závěrům ve vztahu k cizinci, který před krátkou dobou nelegálně vstoupil na území EU, neměl zde žádné bydliště, jiné místo k bydlení ani jiné sociální zázemí a neměl ani žádné peněžní prostředky – viz rozsudek bulharského Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 8. 2011, sp. zn. 13868/2010, věc *Zuhdiya Shishich*, dostupné na <http://euredial.eu/national-caselaw/>). V uvedených případech bude užití zvláštních opatření v zásadě vyloučeno.

[38] Na druhé straně však stojí případy cizince, který má k členskému státu EU vazby, má zde faktické zázemí, rodinu či jiné blízké osoby, případně má on sám či třetí osoba peníze ke složení finanční záruky, předchozí porušení povinností spjatých s vyhošťovacím řízením nebylo vědomé atd.

[39] Rozšířený senát podotýká, že obecná povinnost vždy zvážit možnost uložení zvláštního opatření je viditelným legislativním a zejména judikatorním trendem i v dalších členských státech EU [srov. k tomu analýzu judikatury a legislativy Moraru, M. - Renaudiere, G. *European Synthesis Report on the Judicial Implementation of Chapter IV of the Return Directive – Pre-Removal Detention*, REDIAL RR 2016/05, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): European University Institute, 2016, s. 24-26; dále srov. např. rozsudek litevského Nejvyššího správního soudu (*Lietuvos vyriausiosios administracinis teismas*) ze dne 18. 5. 2016, č. A-3855-822/2016, věc *Masihullah Adel*, dostupné na <http://euredial.eu/national-caselaw/>].

[40] Na závěr rozšířený senát ve shodě s názory pátého senátu poznamenává, že nynější věc nelze jednoduše vyřešit odkazem na některé pasáže nálezu ze dne 12. 5. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 10/08 (N 115/53 SbNU 427; č. 229/2009 Sb.). Pokud Ústavní soud podotkl, že „je zcela v dispozici samotného cizince, zda se chce vyhnout svému zajištění tím, že z území České republiky dobrovolně vycestuje. Pokud tak neučiní, dává zřetelně najevo, že je ochoten strpět omezení osobní svobody zajištěním a to za podmínek, stanovených tuzemským právním řádem“ (bod 126 nálezu), činil tak v souvislosti s posouzením třetího kritéria testu proporcionality. Především však nutno zdůraznit, že Ústavní soud odkazuje na podmínky stanovené tuzemským právním řádem, čímž tuto otázku v její komplexnosti ponechává v rovině práva podústavního. Ústavní soud rozhodně neměl na mysli, že cizince je snad možno zajistit na území ČR dle libosti žalované.

III.2.3. Závěr

[41] Rozšířený senát tedy shrnuje, že důvody zajištění podle § 124 odst. 1 písm. c) a d) zákona o pobytu cizinců paušálně nevylučují možnost použití zvláštního opatření (§ 123b téhož zákona). Vždy je povinností správního orgánu zvážit zejména osobní, majetkové a rodinné poměry cizince, charakter porušení povinností souvisejících s vyhošťovacím řízením, jeho dosavadní chování a respektování veřejnoprávních povinností stanovených Českou republikou nebo jinými státy EU (včetně charakteru porušení těchto povinností ze strany cizince).

IV. Další postup ve věci

[42] Rozšířený senát posoudil spornou právní otázku. V souladu s § 71 odst. 1 Jednacího řádu NSS rozhodl usnesením jen o této otázce a věc vrací pátému senátu, který o ní rozhodne v souladu s vysloveným právním názorem.

P o u č e n í : Proti tomuto usnesení **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 28. února 2017

Josef Baxa
předseda rozšířeného senátu