ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Vlašína a soudců JUDr. Petra Průchy a JUDr. Jana Rutsche v právní věci žalobkyně: **T. P. H. V.,** zastoupené Mgr. et Mgr. Markem Čechovským, Ph.D., advokátem se sídlem Václavské náměstí 21, Praha 1, proti žalované: **Policie České republiky, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje,** odbor cizinecké policie, se sídlem Masarykova 27, Ústí nad Labem, o přezkoumání rozhodnutí žalované ze dne 6. 5. 2011, č.j. KRPU-47729-15/ČJ-2011-040022-SV-CV, o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 8. 6. 2011, č. j. 15 A 42/2011 - 18,

takto:

I. Rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 8. 6. 2011, č. j. 15 A 42/2011 – 18, a rozhodnutí Policie České republiky, Krajského ředitelství policie Ústeckého kraje, odboru cizinecké policie, ze dne 6. 5. 2011, č.j. KRPU-47729-15/ČJ-2011-040022-SV-CV, **se zrušují** a věc **se vrací** k dalšímu řízení.

II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

III. Ustanovenému advokátovi stěžovatele Mgr. et Mgr. Marku Čechovskému, Ph.D., **se přiznává** odměna za zastupování ve výši 4800 Kč. Tato částka bude jmenovanému vyplacena z účtu Nejvyššího správního soudu do 2 měsíců od právní moci tohoto rozhodntuí. Náklady právního zastoupení stěžovatele nese stát.

Odůvodnění:

Včasnou kasační stížností se žalobkyně (dále také „stěžovatelka“) domáhala zrušení shora označeného rozsudku krajského soudu. Ten zamítl její žalobu proti shora uvedenému rozhodnutí žalované, kterým rozhodla o zajištění žalobkyně za účelem vycestování z území podle § 124b odst. 1 písm. b) zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů (dále jen „zákon o pobytu

cizinců“), když dobu zajištění stanovila na 90 dnů ode dne omezení osobní svobody, tj. od zajištění žalobkyně podle § 27 odst. 1 písm. d) zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

Krajský soud se v odůvodnění napadeného rozsudku neztotožnil s žádnou ze žalobních námitek. V prvé z nich se žalobkyně domáhala toho, že její případ měl být posuzován ve světle článku 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod ve znění protokolů č. 3, 5 a 8, která byla publikována ve Sbírce zákonů pod č. 209/1992 Sb. (dále jen Úmluva“). K tomu krajský soud uvedl, že ačkoliv ustanovení § 124b zákona o pobytu cizinců neukládá žalované povinnost zkoumat dopad zajištění žalobkyně na její soukromý a rodinný život, žalovaná se správně s ohledem na znění čl. 8 Úmluvy a čl. 10 Ústavy České republiky tímto aspektem zabývala. Krajský soud následně uzavřel, že žalovaná sice rozhodnutím o zajištění do soukromého a rodinného práva žalobkyně zasáhla, ale zcela v souladu s čl. 8 odst. 2 Úmluvy, neboť takový zásah byl dle soudu nezbytný v zájmu ochrany morálky. V souvislosti s tím popsal a shrnul skutková zjištění týkající se manželství žalobkyně s panem D. T. Ch. Poukázal na skutečnost, že toto manželství bylo uzavřeno při vědomí obou partnerů, že žalobkyně v tu dobu pobývá na území České republiky nelegálně. S ohledem na skutková zjištění je dle jeho názoru také nemožné, aby žalobkyně sdílela se svým manželem společnou domácnost na adrese K. 188, P. – Ž., jak tvrdila. Dospěl proto k závěru, že žalobkyně uzavřela manželství účelově, neboť se domnívala, že jí umožní legalizaci pobytu na území České republiky. Nerespektovala tak nejen právní, ale i morální pravidla, neboť se vycestování z České republiky všemožně vyhýbala a mařila tím výkon úředního rozhodnutí. Dle krajského soudu neporušila žalovaná ani § 3 správního řádu, neboť skutkový stav věci relevantní pro rozhodnutí o zajištění žalobkyně zjistila náležitě a pečlivě.

Krajský soud neshledal důvodnou ani námitku žalobkyně, že se žalovaná nezabývala tím, zda v jejím případě by nebylo dostačujícím pouhé uložení zvláštního opatření za účelem vycestování podle § 123b odst. 1 písm. a) zákona o pobytu cizinců. Dle jeho názoru se citované ustanovení vztahuje pouze na rozhodnutí o zajištění cizince za účelem správního vyhoštění. Na případ žalobkyně však dopadá § 124b citovaného zákona a podle jeho jednoznačné dikce má policie povinnost cizince, na kterého dopadají podmínky uvedené v tomto ustanovení, zajistit. Zákon v takovém případě uložení zvláštního opatření za účelem vycestování podle § 123b neumožňuje. Krajský soud navíc uvážil, že taková dikce zákona má logiku, protože osoby ocitající se ve skutkových situacích vymezených ustanovením § 124b zákona o pobytu cizinců by s vysokou mírou pravděpodobnosti žily znovu na území České republiky ilegálně s cílem takový pobyt maximálně protahovat. Žalovaná tedy nepochybila, pokud se v odůvodnění napadeného rozhodnutí úvahou, zda v případě v případě žalobkyně nemohlo být uloženo zvláštní opatření, nezabývala. Proto krajský soud rozhodl, jak shora uvedeno.

Žalobkyně napadla rozsudek krajského soudu kasační stížností z důvodů vymezených v § 103 odst. 1 písm. a) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“).

V prvé řadě namítla nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku krajského soudu, stejně jako rozhodnutí žalované o zajištění, neboť dle jejího názoru nebyly v daném případě splněny zákonné podmínky pro aplikaci § 124b zákona o pobytu cizinců. Podle ní krajský soud ani žalovaná neodůvodnily, proč bylo postupováno podle § 124b a nikoliv

podle § 124 tohoto zákona. Stěžovatelka připustila, že tato námitka nebyla vznesena v žalobě, ale odkázala v souvislosti s tím na rozhodnutí rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 3. 2011, č. j. 7 Azs 79/2009, z něhož plyne, že krajský soud by měl zrušit rozhodnutí správního orgánu pro vady řízení, byť by nebyly stranou žalující výslovně namítány, pokud tyto vady brání přezkoumání v rozsahu žalobních bodů. Jestliže v rámci žaloby vytýkala žalované, že nevyužila v jejím případě tzv. zvláštních opatření a krajský soud tuto námitku odmítl s tím, že bylo rozhodováno o zajištění dle § 124b, pak dle stěžovatelky jistě výše vytýkaná vada brání přezkoumatelnosti rozhodnutí v rozsahu žalobních bodů.

Trvala na tom, že žalovaná nebyla oprávněna na její případ ustanovení § 124b zákona o pobytu cizinců aplikovat. Jeho aplikace totiž přichází v úvahu pouze za předpokladu nevyužití dobrovolné repatriace podle zákona č. 325/1999 Sb., o azylu. Žalobkyně poukázala i na znění § 124a zákona o pobytu cizinců a konstatovala, že jak toto ustanovení, tak ustanovení § 124b tohoto zákona, jsou doplňkovými k ustanovení § 124. Jejich aplikace tak přichází v úvahu pouze v případech aktuálního „kontaktu“ účastníka řízení se zákonem o azylu. Aplikaci § 124b tak dle stěžovatelky musí předcházet bezprostřední nevyužití dobrovolné repatriace dle zákona o azylu. Nelze tedy použít citované ustanovení za situace, kdy řízení o poskytnutí mezinárodní ochrany bylo ukončeno před více než rokem a čtvrt. Pro takový postup správního orgánu nelze nalézt v zákoně odůvodnění a jedná se dle stěžovatelky o aprobovanou libovůli. Podle ní by se mnohdy dostal cizinec zajišťovaný podle § 124b citovaného zákona do nedůvodného znevýhodnění oproti těm, kteří porušují právní předpisy v daleko intenzivnější míře, ale v minulosti o mezinárodní ochranu nepožádali, a jsou proto zajišťováni v režimu § 124 zákona o pobytu cizinců.

Stěžovatelka dále uvedla, že v době rozhodování o zajištění (a zřejmě ani později) neměla žádné platné správní vyhoštění, neboť to předcházející již uplynulo dne 12. 10. 2010. V době rozhodování o zajištění s ní žádné řízení o správním vyhoštění nebylo zahájeno a z tohoto důvodu nebylo možné ji zajistit. Dle stěžovatelky se totiž běh uloženého správního vyhoštění po dobu řízení o poskytnutí mezinárodní ochrany nestaví, což podpořila odkazy na judikaturu Nejvyššího soudu i Nejvyššího správního soudu.

Podle stěžovatelky je evidentní, že žalovaná byla povinna zvažovat aplikaci tzv. zvláštních opatření a jestliže ji bez dalšího vyloučila, postupovala nezákonně a její rozhodnutí je v tomto směru nepřezkoumatelné. Toutéž vadou je pak stiženo i rozhodnutí krajského soudu, který se s názorem žalované ztotožnil. I pokud by bylo možné ji zajistit, měla žalovaná povinnost možnost aplikace § 123b zákona o pobytu cizinců zvážit. S ohledem na znění § 124 citovaného zákona je dle stěžovatelky správní orgán povinen primárně zkoumat, jestli je vůbec nutné se pro účely řízení o správním vyhoštění zabývat zajištěním cizince. Teprve pokud si na tuto otázku odpoví kladně, je následně povinen sekundárně zvážit, zda nepostačuje uložení zvláštního opatření za účelem vycestování. Žalovaná však alternativu uložení zvláštního opatření vzhledem k chybné aplikaci § 124b zákona o pobytu cizinců bez dalšího vyloučila. Z uvedených důvodů proto stěžovatelka navrhla, aby Nejvyšší správní soud rozhodnutí Krajského soudu v Ústí nad Labem jako nepřezkoumatelné a nezákonné zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Žalovaná se ve vyjádření k žalobě proti citovaným názorům stěžovatelky ohradila. Upozornila, že řízení o mezinárodní ochraně stěžovatelky bylo pravomocně ukončeno dne

9. 12. 2009 rozhodnutím Nejvyššího správního soudu o odmítnutí její kasační stížnosti pro nepřijatelnost. Následně byl stěžovatelce udělen výjezdní příkaz s platností od 26. 1. 2010 do 14. 2. 2010. Ten nerespektovala a v době jeho platnosti z území České republiky nevycestovala. Žalovaná tedy přistoupila k jejímu zajištění dle § 124b odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců, neboť pro to byly v daném případě naplněny všechny zákonné podmínky. Za této situace neměla žalovaná volbu, jestli stěžovatelku zajistí či nikoliv, byla to její povinnost. Smyslem § 124b je dle žalované vycestování cizince v co nejkratší době z území České republiky, a proto zde policie nemá žádnou jinou alternativu v podobě mírnějších opatření, a to i s ohledem na skutečnost, že cizinec již vyčerpal veškeré zákonné důvody, jak na území České republiky získat mezinárodní ochranu. Proto je žádoucí, aby na jejím území nepobýval v rozporu s právním předpisy upravujícími vstup a pobyt. Předpokladem také je, že cizinec nevyužil dobrovolně možnosti vycestovat. Žalovaná proto uzavřela, že při zajištění cizince dle § 124b zákona o pobytu cizinců není policie oprávněna uložit zvláštní opatření za účelem vycestování podle § 123b zákona o pobytu cizinců. Neměla tedy ani povinnost se úvahami na toto téma zabývat v odůvodnění rozhodnutí o zajištění.

Otázka platnosti správního vyhoštění je u zajištění z daného důvodu dle žalované irelevantní, neboť netvoří jeho zákonnou podmínku. Přesto vyjádřila nesouhlas s názorem stěžovatelky ohledně „stavění“ této doby. Podle žalované je správný ten výklad, že běh lhůty, po kterou nelze cizinci umožnit vstup na území, se na dobu, po kterou nelze rozhodnutí o správním vyhoštění vykonat, staví. Ačkoliv to výslovně nenavrhla, bylo z obsahu vyjádření ke kasační stížnosti zřejmé, že žalovaná ji považuje za nedůvodnou a domáhá se jejího zamítnutí.

Nejvyšší správní soud přezkoumal důvodnost kasační stížnosti z hlediska uplatněných stížních bodů, jakož i ve smyslu § 109 odst. 3 s. ř. s. O věci usoudil následovně.

Zaměřil se nejdříve na druhou ze stížních námitek a to z důvodů, které osvětlí níže. Podstatou této námitky bylo tvrzení stěžovatelky, že žalovaná měla v řízení o zajištění cizince za účelem vycestování dle § 124b zákona o pobytu cizinců posoudit možnost aplikace ustanovení § 123b téhož zákona, tedy použití tzv. zvláštních opatření za účelem vycestování cizince z území (dále také jen „ zvláštní opatření“).

Dle ustanovení § 124b odst. 1 zákona o pobytu cizinců policie zajistí na dobu nezbytně nutnou cizince staršího 15 let, který nevyužil možnosti dobrovolné repatriace podle zvláštního právního předpisu, za účelem jeho vycestování, jestliže:

a) nepodal žádost o mezinárodní ochranu, ačkoliv k tomu byl vyzván,
b) nevycestoval po pravomocném ukončení řízení ve věci mezinárodní ochrany z území ve lhůtě stanovené výjezdním příkazem nebo ve lhůtě 30 dnů, nebyl-li cizinci výjezdní příkaz udělen,
c) mu uplynula doba oprávnění k pobytu na území uděleného osobě požívající doplňkové ochrany.

Oním zvláštním předpisem umožňujícím dobrovolnou repatriaci je pak zákon 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.

V přezkoumávané věci byla žalobkyně zajištěna s odkazem na § 124b odst. 1 písm. b) zákona o pobytu cizinců. Toto ustanovení navazuje na § 54 odst. 2 zákona o azylu, podle něhož je cizinec povinen vycestovat z území ve lhůtě stanovené ve výjezdním příkazu podle zvláštního právního předpisu; nebyl-li mu výjezdní příkaz udělen, do 30 dnů ode dne pravomocného ukončení řízení o udělení mezinárodní ochrany.

Institut zvláštních opatření byl do zákona o pobytu cizinců včleněn zákonem č. 427/2010 Sb. s účinností od 1. 1. 2011. Podle něho jsou zvláštním opatřením za účelem vycestování cizince z území

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 policií stanovené, nebo
b) složení peněžních prostředků ve volně směnitelné měně ve výši předpokládaných nákladů spojených se správním vyhoštěním cizincem, kterému je zvláštní opatření za účelem vycestování uloženo; peněžní prostředky za cizince může složit státní občan České republiky nebo cizinec s povoleným dlouhodobým nebo trvalým pobytem na území.

Smyslem zavedení institutu zvláštních opatření do zákona o pobytu cizinců byla nepochybně nutnost implementace čl. 15 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/115/ES ze dne 16. 12. 2008 o společných normách a postupech v členských státech při navracení neoprávněně pobývajících státních příslušníků třetích zemí (tzv. návratová směrnice). Dle citovaného ustanovení *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 navrácení 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. Jakékoliv zajištění musí trvat co nejkratší dobu, a pouze dokud jsou s náležitou pečlivostí činěny úkony směřující k vyhoštění.*

K implementaci návratové směrnice do svých právních řádů byly členské státy povinny přistoupit nejpozději do 24. 12. 2010. Právní předpis členského státu upravující danou problematiku tedy musí být po tomto datu vždy vykládán v souladu se smyslem, cíli a požadavky návratové směrnice.

Na tuto skutečnost ostatně Nejvyšší správní soud upozornil již ve svém rozsudku ze dne 7. 12. 2011, č. j. 1 As 132/2011 - 51; dostupný na www.nssoud.cz. V něm s odkazem na důvodovou zprávu Komise k návrhu návratové směrnice shrnul, co bylo smyslem a cílem jejího přijetí. Z odůvodnění citovaného rozhodnutí Nejvyšší správní považuje za přínosné připomenout: „*Cíl právní úpravy zvláštních opatření za účelem vycestování vyplývá ze stěžovatelem zmiňované důvodové zprávy Komise k předkládanému návrhu směrnice, podle níž navrhovaná právní úprava „usiluje o omezení používání předběžné vazby a o jeho spojení se zásadou přiměřenosti. Předběžná vazba se použije pouze tehdy, jestliže to je nezbytné k zabránění vzniku nebezpečí skrývání se před spravedlností a jestliže uplatnění méně závažných donucovacích opatření není dostatečně účinné (srov. Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o společných normách a postupech v členských státech při vrácení nelegálně pobývajících státních příslušníků třetích zemí ze dne 1. 9. 2005, č. KOM (2005) 391 v konečném znění, dostupná na http://www.europarl.europa.eu). Podle soudního dvora Evropské unie návratová směrnice zavádí přesný postup, který mají členské státy použít při navracení*

neoprávněně pobývajících státních příslušníků třetích zemí, a stanoví pořadí jednotlivých po sobě jdoucích fází, které tento postup zahrnuje. Realizace vyhoštění musí být prováděna prostřednictvím co nejmírnějších donucovacích opatření. Pouze v případě, že výkon rozhodnutí o navrácení formou vyhoštění může být s ohledem na posouzení každé konkrétní situace ohrožen jednáním dotčené osoby, může být cizinec zbaven svobody zajištěním (srov. Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 28. 4. 2011, ve věci C-61/11 PPU Hassen El Dridi, alias Karim Soufi, body 34 a 39, dostupný na http://eux-lex.europa.eu). Je tedy zřejmé, že smyslem zmiňované právní úpravy (čl. 15 odst. 1 návratové směrnice a zavedení tzv. zvláštních opatření do zákona o pobytu cizinců) byla snaha o minimalizaci omezování osobní svobody v případě zajištění cizinců za účelem vyhoštění zahrnutím povinnosti správního orgánu provést úvahu o možnosti aplikace mírnějších opatření před tím, než přistoupí k samotnému zajištění cizince."

Nejvyšší správní soud samozřejmě nepřehlédl, že shora citovaný rozsudek se zabýval povinností aplikace ustanovení § 123b zákona o pobytu cizinců pouze v řízení o zajištění cizince vedených dle § 124 a 124a zákona o pobytu cizinců, tedy v případech zajištění cizince za účelem správního vyhoštění. O tom také vypovídá jeho stěžejní judikatorní závěr, tedy že správní orgán je při rozhodování o zajištění podle § 124 a § 124a zákona o pobytu cizinců povinen zvážit, zda v projednávané věci nepostačuje uložení zvláštního opatření podle § 123b odst. 1 citovaného zákona. Shora citovaná východiska pro aplikaci institutu zvláštních opatření jsou však dle něho platná a významná i pro zodpovězení otázky, zda shora uvedenou povinnost má správní orgán také v řízení o zajištění cizince dle § 124b zákona o pobytu cizinců.

Krajský soud argumentoval odkazem na znění § 124b odst. 1 (obsahující pojem „*policie zajistí*") a § 123b odst. 5 citovaného zákona (podle něhož „*Výrok o uložení zvláštního opatření za účelem vycestování je zpravidla součástí rozhodnutí o správním vyhoštění*"), která dle jeho názoru uložení zvláštních opatření v tomto řízení neumožňují. Poukazoval rovněž na to, že cizinci ocitnuvší se v situacích vymezených v § 124b, by s vysokou mírou pravděpodobnosti žili nadále na území České republiky nelegálně a snažili se vycestování vyhýbat. Uložení zvláštních opatření by se tak míjelo účinkem. Záměrem státu je naopak v takových případech co nejrychlejší vycestování cizince z území České republiky.

S těmito závěry však Nejvyšší správní soud souhlasit nemůže. V prvé řadě považuje za nesprávné tvrzení, že znění § 123b zákona o pobytu cizinců omezuje možnost uložení zvláštních opatření pouze na případy, kdy policie zvažuje zajištění cizince za účelem správního vyhoštění (§ 124 a 124a). Takový restriktivní výklad citovaného ustanovení z jeho obsahu rozhodně nevyplývá a to ani z citované první věty odst. 5, které se dovolává krajský soud. Z ní lze vysledovat pouze pravidlo, že výrok o uložení zvláštního opatření má být součástí rozhodnutí o správním vyhoštění, když zákonodárce navíc stanovil, že tato zásada platí *zpravidla.* Citované ustanovení tedy řeší zejména otázku časového souladu výroku o uložení zvláštního opatření a výroku o správním vyhoštění v případech, kdy správní orgán o těchto otázkách rozhoduje současně. Toto pravidlo pak jednak nemusí být v odůvodněných případech dodrženo, jednak na základě jeho existence rozhodně nelze dojít k závěru, že je jím vyloučena možnost aplikace § 123b v případě jiných typů zajištění cizince, než je zajištění za účelem správního vyhoštění.

Pokud jde o ustanovení § 124b odst. 1 zákona o pobytu cizinců, podle něhož „*Policie zajistí ...cizince ... za účelem jeho vycestování ...*", pak prizmatem pouhého jazykového výkladu by skutečně bylo možno dospět k závěru, že citované zákonné znění

nedává správnímu orgánu jakýkoliv prostor pro úvahy, zda je možno v takovém případě uložit zvláštní opatření či nikoliv. Výraz „*zajistí*“ navozuje bezpochyby dojem imperativu, na jehož základě má policie povinnost zajistit cizince při splnění zákonných předpokladů bez dalšího, tedy také bez toho, že by mohla zvážit aplikaci § 123b zákona o pobytu cizinců.

Takový výklad však dle Nejvyššího správního soudu nemůže obstát zejména ve světle citovaného znění čl. 15 návratové směrnice. Toto ustanovení totiž nerozlišuje různé typy zajištění cizince tak, jak činí zákon o pobytu cizinců (srovnej jeho §§ 124, 124b a 129), ale dopadá na případy zajištění obecně, bez omezení. Tato skutečnost je zřetelná hned z úvodní formulace tohoto ustanovení, podle níž „*Nemohou-li být v konkrétním případě účinně uplatněna jiná dostatečně účinná, avšak mírnější donucovací opatření …*“ Je tedy zřejmé, že návratová směrnice počítá s tím, že uvedený test je nutno provést v každém případě, tedy u každého cizince, u něhož správní orgán zvažuje, zda jsou důvody pro jeho zajištění a to ať už z jakéhokoliv důvodu vymezeného v podrobnostech národním právním předpisem toho kterého členského státu.

Nejvyšší správní soud již shora upozornil na nutnost eurokonformního výkladu zákona o pobytu cizinců právě s ohledem na existenci návratové směrnice a povinnosti implementace jejího obsahu do vnitrostátních právních norem. A právě za použití takového výkladu je dle jeho názoru nutno nahlížet na znění § 124b odst. 1 zákona o pobytu cizinců. Vyloučení některých množin případů, kdy mohou být cizinci dle zákona o pobytu cizinců zajištěni (například právě případy zajištění za účelem vycestování dle § 124b), z možnosti aplikace zásad vymezených v čl. 15 návratové směrnice, by bylo jejím obcházením a porušením. A to nejen ve vztahu k citovanému čl. 15. Ohled je třeba brát také na znění její preambule, která rovněž vymezuje obecné zásady, které členské státy jsou povinny při realizaci zajištění cizince respektovat. Za zmínku stojí zejména bod 16 preambule, podle něhož *využití zajištění za účelem vyhoštění by mělo být omezeno a mělo by podléhat zásadě proporcionality, pokud jde o použité prostředky a cíle. Zajištění je odůvodněné pouze pro přípravu navrácení či pro výkon vyhoštění a pouze v případě, že by uplatnění mírnějších donucovacích opatření nebylo dostatečně účinné.*

Nejvyšší správní soud považuje v souvislosti s tím za důležité zdůraznit, že přestože tedy návratová směrnice používá pojem „*zajištění za účelem vyhoštění*“ (viz také název kapitoly IV, jejíž součástí je i zmiňovaný článek 15), je z obsahu jejích shora citovaných ustanovení zřejmé, že dopadá na všechny případy, v nichž je rozhodováno o zajištění cizince. Nikoliv tedy pouze na případy vymezené v § 124 a 124a zákona o pobytu cizinců, které český zákonodárce formálně označil za případy „*zajištění za účelem správního vyhoštění*“. Opačný výklad by totiž připustil situaci, kdy by si členské státy mohly v národních právních předpisech pod případy „*zajištění za účelem vyhoštění*“ podřadit jenom určité typové případy zajištění, a vedle toho formálně vymezit jiné množiny případů zajištění (a třeba právě s ohledem na jejich určité skutkové odlišnosti a zvláštnosti), v nichž by zásady stanovené v návratové směrnici dodržovat třeba nebylo. Nejvyšší správní soud znovu opakuje, že takový výklad návratové směrnice a na něj navazující výklad zákona o pobytu cizinců by byl v příkrém rozporu s jejím účelem a cílem a znamenal by v důsledku její obcházení.

Nejvyšší správní soud proto uzavřel, že ve světle shora použitých výkladových pravidel není možno ani ve znění § 124b odst. 1 zákona o pobytu cizinců spatřovat

překážku pro možnost, respektive povinnost správního orgánu aplikovat ustanovení § 123b téhož zákona. Správní orgán je tak rovněž při rozhodování o zajištění cizince podle § 124b zákona o pobytu cizinců povinen zvážit, zda v projednávané věci nepostačuje uložení zvláštního opatření podle § 123b odst. 1 citovaného zákona.

Pro úplnost Nejvyšší správní soud dodává, že tento závěr neovlivňuje ani námitka, že v případech, kdy správní orgán rozhoduje o zajištění cizince za účelem vycestování, nelze s vysokou mírou pravděpodobnosti očekávat, že cizinci uložení zvláštních opatření budou respektovat. Takové ničím nepodložené zevšeobecnění nemůže jako relevantní protiargument obstát. Lze samozřejmě připustit, že ve skutkových případech odůvodňujících případné zajištění dle § 124b zákona o pobytu cizinců může být institutu zvláštních opatření užíváno ze strany správního orgánu v menším počtu případů, než třeba v případech odůvodňujících případné zajištění za účelem správního vyhoštění dle § 124 a 124a téhož zákona. To ale neznamená, že by uložení zvláštních opatření i u tohoto typu zajištění bylo možno *a priori* vyloučit, byť by se mělo jednat o výjimečné případy. Jak výstižně uvedla žalobkyně v kasační stížnosti, lze si představit případy, kdy jednání cizince v pozici osoby zajišťované dle § 124b může pro Českou republiku být mnohem méně nebezpečné a nepřípustné, než jednání cizince v pozici osoby zajišťované třeba dle § 124 nebo 124a zákona o pobytu cizinců. Bylo by proto protismyslné a nelogické, aby v takovém případě nebylo možno k uložení zvláštních opatření (tedy mírnějších opatření než je zajištění) přistoupit.

Žalovaná tak byla z důvodů shora uvedených povinna zvážit, zda v případě žalobkyně nepostačovalo uložit zvláštní opatření dle § 123b zákona o pobytu cizinců. Pokud by dospěla k závěru, že uložení takového opatření k dosažení účelu zákona o pobytu cizinců a návratové směrnice nepostačuje, byla povinna takovou právní úvahu přezkoumatelným způsobem vyjádřit v rozhodnutí o zajištění žalobkyně (srovnej rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 30. 3. 2011, č. j. 9 A 59/2011 - 18; dostupný na www.nssoud.cz). Tak ovšem žalovaná nepostupovala.

Krajský soud pak toto pochybení žalované nenapravil. Naopak sám nesprávně posoudil otázku možného použití institutu zvláštních opatření dle § 123b zákona o pobytu cizinců při rozhodování o zajištění dle § 124b tohoto zákona.

Ze shora uvedeného důvodu proto Nejvyšší správní soud shledal kasační stížnost důvodnou. Protože popsanými vadami řízení bylo postiženo jak řízení před krajským soudem, tak řízení před žalovanou, využil Nejvyšší správní soud ustanovení § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. a zrušil jak kasační stížností napadený rozsudek městského soudu, tak žalobou napadené rozhodnutí žalované, které vrátil věc k dalšímu řízení.

Pokud jde o stížní námitku, podle níž žalovaná neměla s ohledem na skutkový stav věci případ žalobkyně vůbec posuzovat dle § 124b zákona o pobytu cizinců, ale podle § 124 téhož zákona, pak tou se Nejvyšší správní soud zabývat nemohl. Dle § 104 odst. 4 s. ř. s. totiž není přípustní kasační stížnost, respektive námitka, kterou stěžovatel neuplatnil v řízení před soudem, jehož rozhodnutí má být přezkoumáno, ač tak učinit mohl. Tak tomu v případě dané námitky nepochybně bylo. Tuto skutečnost ostatně uznala v kasační stížnosti sama žalobkyně. Přezkumu se však domáhala s odkazem na shora citovanou judikaturu Nejvyššího správního soudu. Ta se však na skutkový stav projednávané věci nevztahuje. Zjištěná vada řízení spočívající v tom, že se žalovaná přezkoumatelným

způsobem nevypořádala s povinností aplikace ustanovení § 123b zákona o pobytu cizinců v daném správním řízení, totiž přezkumu žalobou napadeného rozhodnutí v rozsahu žalobních bodů nebránila. O tom ostatně svědčí výrok I. a k němu se vztahující část odůvodnění tohoto rozsudku Nejvyššího správního soudu. Ten se tak dotčené stížní námitce věnovat nemohl.

To však nezbavuje žalovanou povinnosti se v dalším řízení, nebude-li připadat v úvahu jiný způsob jeho ukončení, touto námitkou, pokud bude vznesena, podrobně zabývat. V souvislosti s touto problematikou stojí dle Nejvyššího správního soudu za připomenutí, že naplnění určité skutkové podstaty (mj. i neoprávněný pobyt) znamená pro stát automaticky nutnost nařídit cizinci, aby opustil území České republiky a zakázat mu pobyt na jejím území i po určitou v rozhodnutí stanovenou dobu v budoucnu. To ostatně potvrzuje i judikatura Nejvyššího správního soudu, který například v rozsudku ze dne 22. 7. 2010, č.j. 9 As 5/2010 - 74, publikovaném pod č. 2129/2010 Sb. NSS, poukázal na to, že: „*... policie cizinci vydá rozhodnutí o správním vyhoštění až na 10, 5 či 3 roky vždy, nastane-li některá ze skutkových situací předvídaných v ustanovení § 119 odst. 1*“. V takovém případě pak nelze cizince zajistit podle § 124b zákona o pobytu cizinců, ale podle § 124 téhož zákona.

Pokud pak jde o námitku žalobkyně, že v době rozhodování žalované o zajištění neexistovalo pravomocné rozhodnutí o správním vyhoštění žalobkyně, pak Nejvyšší správní soud musel přisvědčit závěru žalované, že tato skutečnost je pro posouzení přezkoumávané věci irelevantní, neboť existence takového rozhodnutí není zákonnou podmínkou pro zajištění cizince dle § 124b zákona o pobytu cizinců.

Za této procesní situace musel Nejvyšší správní soud rozhodnout jak o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti, tak o náhradě nákladů řízení o žalobě (§ 110 odst. 3 s. ř. s.). Žalobkyně měla sice ve věci úspěch, ale Nejvyšší správní soud ze soudního spisu zjistil, že jí žádné náklady jak v řízení o žalobě, tak v řízení o kasační stížnosti, nevznikly. Proto rozhodl, jak uvedeno ve výroku II. tohoto rozsudku.

Žalobkyni byl pro řízení o kasační stížnosti usnesením krajského soudu ze dne 26. 9. 2011, č. j. 15A 42/2011 - 39, ustanoven zástupcem advokát Mgr. et Mgr. Marek Čechovský, Ph.D. Z obsahu soudního spisu Nejvyšší správní soud zjistil, že jmenovaný učinil ve věci ve smyslu příslušných ustanovení vyhlášky č. 177/1996 Sb. 2 úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, odstranění vad kasační stížnosti) po 2100 Kč. Současně má nárok na náhradu hotových výdajů za dva režijní paušály po 300 Kč, celkem tedy 4800 Kč. Doklad o tom, že je registrován jako plátce DPH, nepředložil. Nejvyšší správní soud proto ustanovenému zástupci stěžovatele přiznal odměnu za podmínek uvedených ve výroku III. tohoto rozsudku.

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

V Brně 28. března 2012

JUDr. Jaroslav Vlašín
předseda senátu