



červen 2008

Nelegalita pobytu cizinců a trestní sankce

Pavel Čížinský

Abstrakt:

Analýza rozebírá sankce trestní povahy, tedy postihy trestněprávní a správněprávní, za neoprávněný pobyt v České republice, kterými cizincům a dalším osobám dnes hrozí český právní řád, a analyzuje některé problémy současného právního stavu včetně návrhů na jejich řešení.

Právní postavení cizinců se vždy vyznačuje řadou rozdílů oproti právnímu postavení domácích, tedy občanů dotyčné země, přičemž ne všechny rozdíly musí být nutně pro cizince znevýhodňující¹. Nicméně v každém státě existují povinnosti uložené specificky pouze cizincům a na tyto povinnosti navazují zpravidla i sankce. Hlavní důraz je tradičně kladen na povinnost cizince pobývat na území daného státu pouze v souladu s příslušnými pobytovými předpisy, což je případ i České republiky. V této analýze budou stručně rozebrány sankce trestní povahy, tedy postihy trestněprávní a správněprávní, za neoprávněný pobyt v České republice, kterými cizincům a dalšími osobám v současné době hrozí český právní řád, a analyzovány některé problémy současného právního stavu včetně návrhů na jejich řešení.

Nelegální pobyt

Skutečnost, že ne všichni cizinci jsou oprávněni pobývat na území České republiky, vyplývá ze zákona o pobytu cizinců (zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně dalších zákonů). Tato právní norma určuje, že bez zvláštního individuálního administrativního povolení smí na území České republiky pobývat jen

¹ Zejména v oblasti zahraničního obchodu (např. ochrana investic atd.) se setkáváme se zvýhodněními cizinců oproti domácím. Obdobné případy obsahuje pak i právo Evropské unie v rámci úpravy tzv. volného pohybu osob.

vymezené skupiny cizinců (např. občané Evropské unie; občané států, s nimiž existuje dohoda o bezvízovém styku; cizinci ve výkonu trestu odnětí svobody aj.), a to za podmínek zákonem uvedených². Ostatní cizinci, kteří na území České republiky pobývají bez příslušného oprávnění, se dopouští porušení zákona a dopadají na ně určité sankce.

NELEGÁLNÍ POBYT VE SFÉŘE SPRÁVNÍHO PRÁVA

Nelegální pobyt jakožto přestupek cizince

Nelegální pobyt cizince je mj. porušením povinnosti dle § 103 písm. n) zákona o pobytu cizinců a je přestupkem dle § 157 odst. 1 písm. m) tohoto zákona, přičemž zákon formuluje tuto skutkovou podstatu poněkud kostrbatě slovy: „*se zdržuje na území po uplynutí platnosti víza nebo doby pobytu na území stanovené vízem nebo bez víza, či k tomu není oprávněn*“. Za tento přestupek zákon ukládá pokutu do výše 5 000 Kč. Tyto přestupky jsou projednávány službou cizinecké a pohraniční policie, konkrétně oblastními ředitelstvími této služby, a vychází se u nich – tak jako u všech přestupků – z principu zavinění, tedy dle § 3 zákona o přestupcích postačuje zavinění z nedbalosti.

Správní vyhoštění cizince

Druhou základní reakcí státu za nelegální pobyt cizince je uložení správního vyhoštění tomuto cizinci. Správní vyhoštění není dle teorie správního práva sankcí, nýbrž opatřením státu³. Tato

² Jasnou dělicí čáru mezi oprávněným a neoprávněným pobytem není vždy snadné vést, viz Čížinský P., Nelegální pobyt a zaměstnání cizinců z pohledu českého práva, in: Neregulární pobyt cizinců v ČR: Problémy a jejich řešení, Sborník, Praha 2008

³ Viz např. z rozhodnutí Nejvyššího správního soudu spis. zn. 5 Azs 125/2004: „*Správní vyhoštění ve smyslu § 118 odst. 1 zákona o pobytu cizinců je definováno jako ukončení pobytu cizince na území, které je spojeno se stanovením doby vycestování z území a doby, po kterou nelze umožnit cizinci vstup na území. Správní vyhoštění je svým obsahem rozhodnutím nikoli sankční povahy, ale toliko správním rozhodnutím, které obsahově vyjadřuje zájem státu na tom, aby se jím dotčený cizinec na území státu nezdržoval. Je mu v praxi zakázáno, aby se v jistém období na území České republiky zdržoval, a zároveň je mu sděleno, že pro toto období mu nebude umožněn vstup na území České republiky. Uvedený zákaz pobytu není sankcí, resp. trestem uloženým v trestním řízení, ale správním opatřením omezujícím cizince ve svobodě jeho volného pohybu; námitka stěžovatele o neposkytnutí obhájce není proto na místě; stejně irrelevantní jsou v této souvislosti námitky týkající se neprokázání úmyslu stěžovatele, neboť se stěžovatelem nebylo zahájeno a vedeno správní řízení ve věci spáchání přestupku dle § 157 odst. 1 písm. e) zákona; za spáchání tohoto přestupku by navíc nebylo možno uložit vyhoštění, ale pokutu (§ 157 odst. 2 zákona)*“. Zdroj ASPI.

Totéž viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu spis. zn. 5 Azs 94/2005: „*Evropský soud pro lidská práva se dne 5. 10. 2000 ve věci Maaouia proti Francii (Přehled rozsudků Evropského soudu pro lidská práva, ASPI Publishing, 2000, č. 6, str. 267) vyslovil tak, že přijetím čl. 1 Protokolu č. 7, který obsahuje specifické záruky týkající se řízení o vyhoštění cizinců, daly státy jasně najevo svou vůli nezahrnovat tato řízení do pole působnosti čl. 6 odst. 1 Úmluvy, a tudíž že rozhodnutí týkající se vstupu, pobytu a vyhoštění cizinců nedávají vzniknout sporu o občanská práva nebo závazky stěžovatele, ani v nich nejde o oprávněnost trestního obvinění proti němu ve smyslu čl. 6 odst. 1 Úmluvy. V téže věci pak uvedl, že opatření zákazu pobytu se netýká ani oprávněnosti trestního obvinění. Kvalifikace takového opatření ve vnitrostátním právním řádu může mít různé výklady. V každém případě kvalifikace určité sankce ve vnitrostátním právním řádu nemůže být sama o sobě rozhodující pro vyvození závěru o jejím trestním charakteru. Je totiž nutno brát v úvahu i další údaje a zejména povahu uložené sankce. Soud konstatuje, že zákaz pobytu na území státu nemá v členských státech Rady Evropy obecně trestní charakter. Toto opatření, které ve většině států může být rovněž přijato správním orgánem, je svou povahou specifickým preventivním opatřením v oblasti kontroly přistěhovalectví a netýká se oprávněnosti trestního*

právní teoretická věta má význam především z hlediska zavinění cizince, při ukládání správního vyhoštění tedy není třeba cizinci dokazovat, že se nelegálního pobytu dopustil zaviněně⁴ a vychází se z toho, že naplnění určité skutkové podstaty znamená pro stát automaticky právo nebo zájem či dokonce nutnost nařídit cizinci, aby jednak opustil území České republiky, a zakázat mu pobyt na území ČR i po určitou v rozhodnutí stanovenou dobu v budoucnu⁵. V případě nelegálního pobytu se cizinci uloží dle ustanovení § 119 odst. 1 písm. c) bod 2 cizineckého zákona správní vyhoštění až na dobu 3 let, tedy na dobu maximálně tří let.

Možnost uložení správního vyhoštění je ovšem omezena ustanovením § 119a odst. 2 cizineckého zákona, který říká, že „rozhodnutí o správním vyhoštění podle § 119 nelze vydat, jestliže jeho důsledkem by byl nepřiměřený zásah do soukromého a rodinného života cizince“. Toto omezení možnosti uložení správního vyhoštění vyplývá ze základního lidského práva na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života (viz čl. 10 odst. 2 Listiny základních práv a svobod) či z práva na respektování soukromého a rodinného života (viz čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod)⁶ a je v ustanoveních upravujících správní vyhoštění – na rozdíl od jiných zákonů, jejichž aplikace by rovněž neměla vést k nepřiměřeným zásahům do života lidí⁷ – zmíněno výslovně. Omezení možnosti uložit správní vyhoštění je vzhledem k dikci zákona nutno vztáhnout jak na samotnou možnost uložení vyhoštění, tak i na délku platnosti rozhodnutí o správním vyhoštění. Při posuzování přiměřenosti zásahu do života cizince je tedy třeba zhodnotit všechny relevantní aspekty života cizince, a to jak aspekty týkající se jeho života v České republice, tak i aspekty vztahující se k jeho zemi původu či k zemi, do které by byl v případě správního vyhoštění nucen vycestovat; dle mého názoru by se měla posoudit i existence a míra zavinění cizince na jeho nelegálním pobytu.

O správním vyhoštění se rozhoduje ve standardním správním řízení dle správního práva, což znamená zejména skutečnost, že rozhodnutí musí být zdůvodněné a existuje možnost se odvolat. Přesto však existují procesněprávní výjimky. První zvláštností oproti standardnímu

obvinění proti stěžovateli ve smyslu čl. 6 odst. 1. Skutečnost, že je přijato (pozn. případně i) v rámci trestního řízení, nemůže změnit jeho preventivní podstatu. V podmínkách České republiky je v daném případě zákaz pobytu vyslovován v rámci správního řízení, a proto se v plné míře uplatní závěry Evropského soudu pro lidská práva o tom, že jde o opatření v oblasti kontroly přistěhovalectví, nikoli o trestní sankci. Žalovaný správní orgán ve svém rozhodnutí náležitě odůvodnil cíl, který vyhoštěním sleduje, totiž zájem státu na tom, aby cizinci pracovali na území České republiky v souladu s platnými zákony...“. Zdroj ASPI.

⁴ Absence zkoumání zavinění při rozhodování o správním vyhoštění mj. znamená i to, že vyhostit lze i nezletilého cizince, tedy i cizince mladšího 15 let.

⁵ Zejména v diskurzu veřejných činitelů je však s vyhošťováním operováno stejným způsobem jako se sankcemi. Hovoří se o porušování předpisů či o odstrašujícím účinku, což jsou aspekty spojované se sankcemi.

⁶ Viz Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, publikovaná pod číslem 209/1992 Sb.

⁷ Takové omezení chybí např. v § 57 trestního zákona upravujícího možnosti uložení trestu vyhoštění. Do soukromého a rodinného života lze ovšem zasáhnout i řadou jiných činů veřejných či soukromých subjektů (např. odebráním dítěte z rodiny).

správním řízení je skutečnost, že lhůta na odvolání činí pouhých 5 dnů, nejde-li o nezletilého cizince, kde je standardní odvolací lhůta 15 dnů⁸. Pro účastníky je méně významnou výjimkou zkrácení i správní lhůty pro vydání samotného rozhodnutí na 7 dní⁹. Ještě významnějším je ovšem ustanovení § 171 odst. 1 písm. c) dle kterého jsou ze přezkumání soudem vyloučena ta rozhodnutí o správním vyhoštění, pokud se *“před zahájením řízení o tomto vyhoštění zdržoval cizinec na území ... neoprávněně”*. Zatímco v ostatních případech má správní žaloba bez dalšího přímo ex lege odkladný účinek (ovšem pouze na vykonatelnost rozhodnutí o tomto správním vyhoštění) v případě nelegálního pobytu není žaloba vůbec přípustná¹⁰.

Vyhoštění je správním rozhodnutím s účinkem trvalí povahy, tedy rozhodnutí o správním vyhoštění má určitou délku platnosti, během které cizinec nesmí do České republiky přicestovat a ani státní orgány mu – až na výjimky – nesmí vstup na české území povolit. Správní vyhoštění lze dle § 122 zákona o pobytu cizinců zrušit při splnění následujících dvou podmínek: 1) *„pominuly důvody vydání”* rozhodnutí o správním vyhoštění a 2) uplynula polovina doby, po kterou nelze cizinci umožnit vstup na území (v případě občanů jiných států EU a rodinných příslušníků občanů ČR a občanů jiných států EU lze správní vyhoštění prominout nejpozději po uplynutí 3 let). Obě podmínky jsou v praxi často nejasné, zejména pokud vyhoštěný cizinec požádá následně v ČR o azyl/mezinárodní ochranu a nevycestuje. Cizinecká policie v praxi nerozlišuje mezi důvodem správního vyhoštění (např. nelegální pobyt cizince) a jeho účelem (tedy aby cizinec vycestoval z ČR) a z rozhodnutí není často zřejmé, odkdy se jejich platnost pro účely § 122 cizineckého zákona počítá.

Omezení osobní svobody cizince

Třetím nepřijemným důsledkem nelegálního pobytu může být omezení osobní svobody cizince, jak to předvídá cizinecký zákon a též azylový zákon v řadě svých ustanovení; v současnosti je těchto zajišťovacích institutů celkem pět¹¹:

⁸ Viz § 169 odst. 6 zákona o pobytu cizinců

⁹ Viz § 169 odst. 5 zákona o pobytu cizinců. Toto ustanovení ovšem symbolizuje jednak nebezpečnost, jakou zákonodárce neoprávněnému pobytu cizince přikládá (vyhoštění je tedy třeba provést urgentně rychle), a současně i míru péče, se kterou je rozhodováno (během tak krátké doby není logicky čas provést větší dokazování).

¹⁰ Tuto kompetenční výlukou z jinak v podstatě všeobecného soudního přezkumu interpretuje nyní Nejvyšší správní soud restriktivně, tedy že žaloba je nepřípustná jen tehdy, pokud se cizinec přesně v den zahájení řízení zdržoval na území ČR neoprávněně. Viz Rozhodnutí Městského soudu v Praze spis. zn. 10 Ca 330/2006: *Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 29. 9. 2006, čj. 4 Azs 419/2005-65 (č. 1009/2007 Sb. NSS), přitom dospěl k závěru, že samotná výluka ze soudního přezkoumání dle § 171 písm. c) zákona o pobytu cizinců je v souladu s ústavním pořádkem i s Úmluvou, neboť právo cizince pobývat na území určitého státu není (ani podle judikatury Evropského soudu pro lidská práva) základním lidským právem. Je nicméně nutné dbát zásady, že v případě pochybností je třeba jakékoli výluky ze soudního přezkumu interpretovat restriktivně, tedy ve prospěch soudního přezkumu. V daném případě to rovněž s ohledem na článek 1 Protokolu č. 7 k Úmluvě znamená, že podmínka výluky ze soudního přezkumu dle § 171 písm. c) zákona o pobytu cizinců bude splněna jen tehdy, pokud cizinec bezprostředně před zahájením řízení o vyhoštění, tj. v den zahájení správního řízení, bude na území ČR pobývat neoprávněně.*

¹¹ Tzv. letištní řízení sem dle názoru autora není třeba řadit, neboť v rámci letištního řízení dle ustanovení § 73 zákona o azylu je internován cizinec, který ještě na české území nevstoupil, tedy ani zde ještě nemohl pobývat

- 1) Základním institutem omezení osobní svobody cizince je zajištění cizince za účelem správního vyhoštění dle § 124 odst. 1 cizineckého zákona, který zní: „*policie je oprávněna zajistit cizince staršího 15 let, jemuž bylo doručeno sdělení o zahájení řízení o správním vyhoštění nebo o jehož správním vyhoštění již bylo pravomocně rozhodnuto, je-li nebezpečí, že by mohl ohrozit bezpečnost státu, závažným způsobem narušit veřejný pořádek nebo mařit anebo ztěžovat výkon rozhodnutí o správním vyhoštění, zejména je-li zjištěno, že cizinec a) se dopustil jednání uvedeného v § 119 odst. 1 písm. a) nebo písm. b) bodu 6 anebo 7¹², b) je evidován v evidenci nežádoucích osob (§ 154), nebo c) je nežádoucí osobou zařazenou do informačního systému smluvních států*“. Rozhodování o zajištění cizince je vyňato z působnosti správního řádu¹³, zákon ovšem v § 124 odst. 2 stanoví, že musí být písemné a odůvodněné.
- 2) Druhým zajišťovacím institutem je obligatorní zajištění cizince, který „*po předchozím pravomocném rozhodnutí o správním vyhoštění nebo po ukončení poskytování dočasné ochrany na území podle zvláštního právního předpisu 3a) ve stanovené lhůtě z území nevycestoval*“ (viz ustanovení § 124 odst. 3 zákona o pobytu cizinců). V těchto případech tedy není na správním uvážení policie, zda cizince zajistí, nýbrž zajištění je automatické vyjma případů, kdy je takový cizince zjištěn při hraniční kontrole při svém vycestování. V obou případech, je-li zajišťovaným cizincem osoba mladší 18 let, je třeba jí ustanovit opatrovníka.
- 3) Dalším institutem omezení osobní svobody cizinců je tzv. zajištění za účelem vycestování upravené § 124b cizineckého zákona. Takto zajištěn musí být cizinec, který zaprvé nevyužil možnosti dobrovolné repatriace dle zákona o azylu a zadruhé patří do jedné z následujících skupin:
 - 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 do 30 dnů, nebyl-li cizinci výjezdní příkaz udělen,*
 - c) *mu uplynula doba oprávnění k pobytu na území uděleného osobě požívající doplňkové ochrany.*

nelegálně. Tato analýza se letištním řízením každopádně zabývat nebude.

¹² Poznámka autora: jedná se o následující jednání cizince:

§ 119 odst. 1 písm. a):

1. je-li důvodné nebezpečí, že by cizinec mohl při pobytu na území ohrozit bezpečnost státu užitím síly při prosazování politických cílů, prováděním činnosti ohrožující základy demokratického státu nebo směřující k narušení celistvosti území anebo jiným obdobným způsobem, nebo

2. je-li důvodné nebezpečí, že by cizinec mohl při pobytu na území závažným způsobem narušit veřejný pořádek nebo ohrozit veřejné zdraví tím, že trpí závažnou nemocí, nebo

3. jestliže cizinec opakovaně úmyslně porušuje právní předpisy nebo maří výkon soudních nebo správních rozhodnutí, b) až na 5 let,

...6. překročí-li cizinec státní hranice v úkrytu nebo se o takové jednání pokusí,

7. překročí-li cizinec státní hranice mimo hraniční přechod.

¹³ Viz ustanovení § 168 zákona o pobytu cizinců.

Toto zajištění smí trvat maximálně 48 hodin, přičemž o správním vyhoštění zde rozhodováno není, dokonce není ani vydáno rozhodnutí o zajištění. Po uplynutí 48 hodin od zajištění musí být rozhodnutí o zajištění vydáno.

- 4) Mezi zajišťovací instituty nutno zařadit i ustanovení nařizující policii omezení osobní svobody za účelem jeho předání nebo průvozu dle ustanovení § 129 cizineckého zákona, který se vztahuje na předávání cizinců na základě mezinárodní smlouvy, nebo přímo použitelných nařízení Evropské unie. Jedná se zejména tzv. Dublinské případy – tedy o cizince, k jejichž žádosti o azyl je příslušný jiný členský stát EU, anebo o předávání v rámci tzv. neadmisních dohod.

Všechny tyto zajišťovací instituty mají společnou maximální délku trvání omezení svobody pohybu cizince, a to 180 dnů, u cizinců mladších 18 let pak smí zadržení ve většině případů trvat jen 90 dnů.

- 5) Posledním zajišťovacím institutem je nově zavedený § 46a zákona o azylu. Dle něj bude ministerstvem vnitra internován cizinec, který požádal o azyl/mezinárodní ochranu, pokud *nebyla spolehlivě zjištěna totožnost žadatele*, nebo pokud se *žadatel prokazuje padělanými nebo pozměněnými doklady totožnosti*, anebo pokud *je důvodné se domnívat, že by žadatel mohl představovat nebezpečí pro bezpečnost státu*. Internován nemůže být ten žadatel o azyl/mezinárodní ochranu, kterým je *nezletilá osoba bez doprovodu, rodič nebo rodina s nezletilými či zletilými zdravotně postiženými dětmi, osoba s vážným zdravotním postižením, těhotná žena nebo osoba, která byla mučena, znásilněna nebo podrobena jiným vážným formám psychického, fyzického či sexuálního násilí*. Toto zajištění tedy může postihnout ty pobytově nelegální cizince, kteří např. nemají doklady totožnosti. Doba zajištění může trvat maximálně 120 dní. Proti omezení osobní svobody lze podat žalobu k soudu.

Všem výše uvedeným pěti zajišťovacím institutům je společné, že jsou vydávány správními orgány (tedy nikoli soudem), jsou vydávány mimo správní řízení a že se proti nim tudíž nelze odvolat. Orgánem rozhodujícím o přezkumu je soud. Další výraznou tendencí českého zákonodárce je úprava zajišťovacího institutu jakožto úkonu obligatorního, u nějž tedy neexistuje správní uvážení; jsou-li zákonné podmínky naplněny, cizinec musí být zajištěn, a to bez ohledu na další skutečnosti.

Co se týče soudní kontroly zajišťování cizinců, děje se tak jen na návrh zajištěného cizince (nikdo jiný návrh podat nemůže) a existují principiálně 2 druhy soudního přezkumu:

- 1) řízení o zákonnosti zajištění cizince a o jeho propuštění se týká zajišťovacích institutů dle cizineckého zákona (tedy ad 1) až ad 4); viz výše) a je upraveno v § 200o až 200u

občanského soudního řádu: soud přezkoumává existenci zákonných podmínek pro trvání zajištění cizince (soud tedy může rozhodovat pouze do doby, než je zajištění ukončeno). Příslušným je okresní soud dle sídla detenčního zařízení, řízení je pak jednostupňové a proti zamítavému usnesení je přípustná nanejvýše ústavní stížnost. Soud má pravomoc nařídít propuštění cizince.

- 2) Přezkum rozhodnutí policie v rámci správního soudnictví dle soudního řádu správního. Tento přezkum lze soudu navrhnout jak u zajišťovacích institutů dle cizineckého zákona (viz předchozí bod)¹⁴ tak při zajištění dle § 46a zákona o azylu, kde jsou ovšem k podání žaloby stanoveny ještě další podmínky. Správní soud zde nemá pravomoc nařídít propuštění cizince, nýbrž pouze zrušit rozhodnutí správního orgánu, kterým byla detence nařízena a vrátit mu tak věc zpátky, přičemž správní orgán je při opětovném rozhodování vázán právním názorem soudu.

Výkon rozhodnutí o správním vyhoštění - deportace

Závěrem je třeba se zmínit o výkonu rozhodnutí o správním vyhoštění, tedy o fyzické deportaci cizince do ciziny; zde lze zmínit také deportaci těch žadatelů o azyl, k jejichž žádosti je v souladu s tzv. Dublinským nařízením (Dublin II) příslušný jiný členský stát Evropské unie. S výkonem rozhodnutí o správním vyhoštění je nyní spojena též povinnost uhradit českému státu náklady na toto vyhoštění, a to včetně nákladů na ubytování a stravování (viz § 123 zákona o pobytu cizinců). Tyto náklady jsou nyní dle vyhlášky č. 447/2005 Sb. za stravu 112 Kč za den, za ubytování 130 Kč za den a za přepravu 1,55 Kč za km nebo faktické náklady. Neuhradí-li cizinec tyto náklady a neuhradí-li je ani jiné osoby (cizincův zaměstnavatel, zvučí osoba či dopravce), bude cizinec označen za nežádoucí osobu až na dobu 6 let.¹⁵

Nelegální pobyt jakožto přestupek či správní delikt jiné osoby než cizince

Kromě samotného cizince, který na území ČR pobývá neoprávněně, hrozí český cizinecký zákon sankcí též dalším osobám. Jedná se o:

- toho, kdo cizince do České republiky pozval (tzv. zvučí osoba)
- cizincova ubytovatele,
- cizincova dopravce a
- toho, kdo našel cestovní doklad (zřejmě pouze cestovní doklad cizince).

Ten, kdo cizince do České republiky pozval je především povinen oznámit policii, že odstupuje od svého závazku obsaženého v pozvání cizince, tedy od závazku uhradit za cizince náklady spojené s obživou cizince, s ubytováním cizince, náklady za zdravotní péči cizince a

¹⁴ i s ohledem na znění § 127 cizineckého zákona lze usuzovat, že proti rozhodnutí o zajištění cizince je možno podat jednak žalobu dle § 200o o.s.ř. a vedle ní též žalobu ve správním soudnictví. Tento názor je potvrzen i existencí konkrétních soudních rozhodnutí (např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu spis. zn. 4 Azs 128/2005 o kasační stížnosti), které toto dublování soudního přezkumu nezpochybňuje.

¹⁵ viz ustanovení §§154 a 155 zákona o pobytu cizinců.

náklady na vycestování cizince (viz § 15 zákona o pobytu cizinců). Zákon konstruuje pozvání zřejmě jako závazek hostitele (či zvoucí osoby) vůči cizinci, tedy jako závazek, od kterého je možno odstoupit, přičemž odstoupením zřejmě závazek hostitele zaniká i v případě, že hostitel toto neoznámil policii (v případě oznámení by totiž policie cizince na území ČR nevpustila). S povinnostmi hostitele pak souvisí i zákaz vydat cizinci nepravdivé potvrzení o zajištění ubytování, tedy zřejmě především vystavit takové potvrzení cizinci, o němž vím, že bude bydlet jinde. Oba delikty jsou přestupky, za které je možno uložit pokutu do 5.000 Kč.

Ubytovateli cizinců jsou dle § 100 zákona o pobytu cizinců všechny osoby, které poskytují ubytování za úplatu, tedy i takový subjekt, který od konkrétního cizince přímo úplatu nepobírá, ovšem pobírá úplatu od jiných osob. Každý takový ubytovatel má – samozřejmě v případě, že skutečně cizince ubytovává - řadu povinností: např. vést domovní knihu, oznamovat ubytování cizinců, vydat cizinci potvrzení o ubytování, poskytovat cizinci ubytování ne zjevně nepřiměřené úrovni obvyklého ubytování (zejména z hlediska hygienických podmínek). Pouštění těchto povinností je přestupkem či správním deliktem podnikatele, přičemž pokuta může být uložena až do výše 50.000 Kč.

Povinnosti dopravce spočívají zejména v kontrole, zda má jím přepravovaný cizinec cestovní doklad a platné vízum, a dále pak v transportu cizince, kterému byl odepřen vstup (tedy i když dopravce svou povinnost splnil) zpět do zahraničí (tedy zřejmě do země odkud cizince dovezl). Pokuty zde dosahují až 200.000 Kč.

NELEGÁLNÍ POBYT VE SFÉŘE TRESTNÍHO PRÁVA

Jakkoli je nelegální pobyt v zásadě pouze správním deliktem (tedy přestupkem), může za určitých okolností spadat též do práva trestního.

Maření výkonu úředního rozhodnutí

Nejčastějším případem naplnění skutkové podstaty trestného činu je nelegální pobyt cizince, kterému bylo uděleno správní vyhoštění, čímž se tato osoba dopouští trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí dle § 171 odst. 1 písm. b) trestního zákona. V souladu s tímto ustanovením se cizinec, který po právní moci rozhodnutí o správním vyhoštění nevycestuje, dopouští od prvního dne po skončení svého výjezdního příkazu trestného činu. Za tento trestný čin hrozí dle současného znění cizineckého zákona trest odnětí svobody až na 6 měsíců. Přípravovaná rekodifikace ovšem předvídá za maření výkonu úředního rozhodnutí trest odnětí svobody až na 3 roky.

Trestní stíhání probíhá nejčastěji tak, že cizinec podezřelý ze spáchání trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí je umístěn do vazby. Trestním příkazem je mu pak uložen nejčastěji trest vyhoštění (tedy nikoli správní vyhoštění, nýbrž soudní trest vyhoštění) v rozmezí od 1 roku do 10 let; pokud cizinec proti trestnímu příkazu podá odpor, dojde k hlavnímu líčení před samosoudcem. Po právní moci odsuzujícího rozsudku může být cizinec umístěn do vyhošťovací vazby a poté deportován z území České republiky.

Kromě cizince mohou být trestně odpovědní též další osoby z cizincova okolí, a to ve formě tzv. účastenství na dokonaném trestném činu (viz § 10 trestního zákona). Jedná se o organizátora trestného činu (kdo páchání trestného činu zosnoval nebo řídil), o návodce k trestnému činu (kdo navedl jiného k spáchání trestného činu) a o pomocníka (poskytl jinému pomoc k spáchání trestného činu, zejména opatřením prostředků, odstraněním překážek, radou, utvrzováním v předsevzetí, slibem přispět po trestném činu. Účastenství na dokonaném trestném činu, v případě nelegálního pobytu je trestný čin dokonán prvním dnem pobytu bez oprávnění), je trestáno stejně jako vlastní jeho spáchání. Ačkoli se to v praxi zatím dle autorových zkušeností nevyskytuje¹⁶, může trestní odpovědnost v případě vyhoštěných cizinců dopadnout i na řadu dalších osob, a to včetně osob cizinci blízkých anebo také humanitárních pracovníků; jediným korektivem je zde tzv. materiální znak trestného činu, tedy vyšší než nepatrný stupeň nebezpečnosti činu pro společnost¹⁷.

Napomáhání k neoprávněnému pobytu na území republiky

Druhým základním trestným činem vztahujícím se k neoprávněnému pobytu cizinců je trestný čin napomáhání k neoprávněnému pobytu na území republiky dle § 171d trestního zákona, dle něhož je trestný ten, kdo *“v úmyslu získat neoprávněný majetkový nebo jiný prospěch pomáhá jinému k neoprávněnému pobytu na území republiky”*. Zákon zde hrozí až jednoročním trestem v prvním odstavci, kvalifikované skutkové podstaty pak postihují toto jednání, je-li pácháno organizovanou skupinou, opětovně, v úmyslu zakrýt nebo usnadnit jiný trestný čin anebo je-li jím získán značný prospěch. Nejvýše může být pachatel odsouzen až k 8 letům trestu odnětí svobody.

Jasně znaky skutkové podstaty jsou poněkud nejasné. V praxi se dle zpráv z denního tisku tento trestný čin aplikoval již několikrát na postih českých občanů, kteří za úplatu uzavřeli s cizincem tzv. fingované manželství.

Jiné trestné činy související s migrací

¹⁶ Podle zkušeností autora se zatím policie nikdy nepokusila kriminalizovat osoby, u kterých vyhoštěný cizinec bydlel anebo kteří s ním žily jako jeho rodina ve společné domácnosti. Do budoucna však tuto možnost nelze vyloučit, zejména dojde-li k zostřování boje proti nelegální migraci.

¹⁷ V budoucí rekonstrukci trestního práva hmotného bude tento korektiv zřejmě nahrazen jinými trestně právními instituty (např. procesněprávní zásadou oportunitý trestního stíhání či hmotněprávní zásadou subsidiarity trestního postihu), viz nově připravovaný trestní zákoník.

V souvislosti s nelegální migrací si lze představit páchaní řady dalších trestných činů, přičemž nejčastější mohou být trestné činy související s překračováním státních hranic (organizování a umožnění nedovoleného překročení státní hranice dle § 171a trestního zákona – toto ustanovení nepostihuje převáděného cizince, nýbrž pouze převaděče a jeho účinnost nebude narušena ani vstupem České republiky do Schengenského prostoru), dále trestné činy veřejných činitelů (zneužití pravomoci veřejného činitele), trestné činy úplatkářství či trestný čin nadřizování (dle § 166 trestního zákona).

Trest vyhoštění

Nejčastějším trestem, které české soudy ukládají cizincům, je trest vyhoštění dle § 57 trestního zákona. Tento trest může soud uložit jen cizinci, tedy pachateli, který není občanem České republiky, a jen osobě, která není uznaným uprchlíkem. Důvodem uložení trestu je *“vyžaduje-li to bezpečnost lidí nebo majetku, anebo jiný obecný zájem”*. Trest se ukládá na dobu od jednoho do deseti let, a to dle *stupně společenské nebezpečnosti trestného činu, možnosti nápravy a poměrů pachatele a stupně ohrožení bezpečnosti lidí, majetku nebo jiného obecného zájmu*. Trest lze uložit i na dobu neurčitou, ovšem existuje judikát Ústavního soudu obsahující právní názor, že na dobu neurčitou lze uložit trest pachateli pouze v případě, že jeho náprava není možná¹⁸.

Trest nelze uložit v následujících případech: (§ 57 trestního zákona)

- 1) *nepodařilo se zjistit státní příslušnost pachatele,*
- 2) *pachatel má na území České republiky povolen dlouhodobý pobyt, má zde pracovní a sociální zázemí a uložení trestu vyhoštění by bylo v rozporu se zájmem na spojování rodin, anebo*
- 3) *hrozí nebezpečí, že pachatel bude ve státě, do kterého by měl být vyhoštěn, pronásledován pro svoji rasu, národnost, příslušnost k určité sociální skupině, politické nebo náboženské smýšlení, nebo jestliže by vyhoštění vystavilo pachatele mučení či nelidskému nebo ponižujícímu zacházení anebo trestu.*

Dle ustanovení § 350h trestního řádu pak soud od výkonu trestu vyhoštění upustí, jestliže po jeho uložení nastaly okolnosti, které uložení tohoto trestu vylučují, tedy např. odsouzenému byl udělen azyl, získal státní občanství ČR anebo by mu v cizině hrozilo nelidské zacházení.

PROBLÉMY SOUČASNÉHO STAVU

Nedostatky současného systému trestních a správních mechanismů vynucujících dodržování pobytově-právních předpisů lze vidět ve dvou aspektech, které autor považuje za propojené a související, totiž v jejich celkové přílišné přísnosti na straně jedné a v jejich neefektivnosti na

¹⁸ Viz ÚS 57/1999 – n.

straně druhé. Společným jmenovatelem obou těchto skutečností je pak špatné nastavení těchto mechanismů.

Špatné nastavení správních sankcí a zásahů do života cizinců pobývajících v ČR bez oprávnění k pobytu

Porovnáme-li proti sobě jednotlivé reakce státu na nelegální pobyt cizince, musíme konstatovat, že sankce za přestupek jsou téměř nepochopitelně malé a naopak dopady správního vyhoštění a omezení osobní svobody jsou nadměrně tvrdé. Pokuta, která může být cizinci uložena za neoprávněný pobyt, činí maximálně 5.000 Kč, což je méně než se ukládá i za poměrně bagatené delikty (pro srovnání stejná sankce hrozí každému kdo v lese „ruší klid a ticho“ anebo tam kouří¹⁹) a neumožňuje žádné odstupňování dle závažnosti přestupku, míry zavinění cizince a následků přestupku. Naopak vyhoštění, které se dle právní teorie tváří jako ne-sankce, je ve skutečnosti sankcí o to tvrdší, že při jejím ukládání není přihlíženo k žádným souvislostem a postup je tak obdobný jako třeba při odtahování špatně parkujících vozidel z ulic města. Tento vzájemný poměr tvrdosti pokut a vyhoštění naznačuje, že zákonodárce si cizince bez oprávnění k pobytu představuje jako psance, který nemá nic než své (nelegálně přítomné) tělo, kterého tudíž nelze nikterak citelně postihnout a na nějž platí pouze jeho fyzické zadržení (v opačném případě totiž orgánům „zmizí“ a bude výkon sankcí ztěžovat).

Porovnáme-li nastavení administrativních reakcí státu na neoprávnění pobyt cizinců s úpravou obdobných institutů trestního práva, můžeme konstatovat následující:

- cizinecké předpisy kladou až archaický důraz na represii. Na rozdíl od obecné tendence moderního práva k přechodu na alternativní tresty a k vytváření motivace, aby narušitel zákona následky svého jednání sám odčinil (spojené s příslušnou procesní úpravou – např. odklony od trestního stíhání), akcentuje cizinecké právo jen a pouze omezování svobody pohybu a omezování osobní svobody.
- cizinecké předpisy neobsahují dostatečně podrobnou úpravu a neznají řadu institutů, které se v praxi nakonec i nutně prosazují, ovšem bez potřebného „posvěcení“ zákonem. Jedná se zejména o alternativy k omezování osobní svobody, kterými jsou v trestním právu tradičně např. kauce, záruka třetí osoby anebo dohled (např. ze strany probačního úředníka), ale kterými mohou být i omezení svobody pohybu na určitém území a pravidelné hlášení se cizince na určitém úřadě. Zákon o pobytu cizinců nic z tohoto nezná a pouze v praxi se prosazuje předložení letenky (jakožto indicie úmyslu cizince vycestovat dobrovolně a zároveň záruka, že cizinec na vycestování má prostředky) a někdy také záruka spočívající v tom, že cizinec je klientem určité nestátní neziskové organizace či určitého veřejného zařízení.
- Cizinecké předpisy neposkytují cizincům žádné garance běžné z jiných oblastí práva. Jak již bylo řečeno, že stát může (popř. musí) vyhostit každého cizince naplňujícího

¹⁹ Viz ustanovení § 53 zákona č. 289/1995 Sb., o lesích

danou skutkovou podstatu bez ohledu na věk, na zavinění, na stav krajní nouze, ale též na faktickou fyzickou možnost cizince vycestovat. Obecným problémem právní úpravy vyhoštění je rovněž skutečnost, že na správní vyhoštění se nevztahuje žádná forma promlčení; v případě nelegálního pobytu cizince by však vzhledem k současné dikci cizineckého zákona neměla existovat možnost vyhostit cizince až po skončení doby, co jeho nelegální pobyt skončil.²⁰ Cizinec nemá ani žádnou záruku ohledně toho, zda a jak dlouhá doba mu po vydání rozhodnutí o správním vyhoštění bude poskytnuta na dobrovolné vycestování; § 50 cizineckého zákona stanoví pouze maximální délku 60 dnů, nikoli však délku minimální. V současné době je pravidlem, že policie vyloučí odkladný účinek odvolání, takže cizinec je povinen vycestovat ještě dříve, než odvolací orgán o jeho námitkách rozhodl. Odvolá-li se cizinec proti rozhodnutí, nemá garanci zákazu reformatio in peius, tedy odvolací orgán může toto rozhodnutí ještě zpřísnit.

Nastavení systému a jeho praktické provádění vedou pak zákonitě k tomu, že cizinci nejsou nijak motivováni minimalizovat porušování právních předpisů (za jeden měsíc nelegálního pobytu jim hrozí prakticky stejný postih jako za 10 let takového stavu), není jim nijak usnadňováno ukončení pobytové ilegality a v řadě případů jsou nuceni zaujmout taktiku „zákopové války“, tj. odmítat vycestování, příslušná řízení co možná nejvíce zdržovat a využívat všech prostředků, jak nucené vycestování oddálit (zejména žádostí o udělení azylu/mezinárodní ochrany). Dalším důsledkem je, že rozhodnutí cizineckých orgánů o vyhoštění a o zajištění má – i bez ohledu na častou nízkou právní kvalitu rozhodnutí v takto zásadních věcech – mizivou společenskou a morální legitimitu, a to někdy v očích všech zúčastněných, což následně jejich realizaci ztěžuje. V praxi tak rozhodnutí o správním vyhoštění často není rozhodnutím ukončujícím pobyt cizince v České republice, nýbrž naopak rozhodnutím zahajujícím pouť cizince jakousi pololegalitou azylových řízení, dočasných povolení k pobytu a různých přezkumných mechanismů, při kterých řada státních úřadů a soudů znovu a znovu přezkoumává, zda neexistuje nějaký důvod, pro který by cizinec mohl v České republice zůstat. Ze společenského hlediska sází nastavení systému spíše na to, že cizinec vyčerpá permanentní pobytová nejistota a rozhodne se dobrovolně odjet, než ve skutečnou fyzickou deportaci vyhoštěného cizince do jeho země původu, což bývá spojeno se značnými finančními a administrativními někdy i diplomatickými náklady a s riziky v oblasti lidských práv a z toho vyplývajících hnutí veřejného mínění.

Za důležitou součástí přehnané represivnosti a nízké legitimacy systému správních postihů za neoprávněný pobyt je třeba považovat svěření rozhodování o omezování osobní svobody cizinců správním orgánům a nedostatečnou soudní kontrolu těchto detencí. Z hlediska

²⁰ Tato skutečnost ale představuje problém v případě, kdy výkon rozhodnutí o správním vyhoštění je odložen z důvodu např. výkonu trestu odnětí svobody. Vyhoštění pak se někdy aplikuje v době, která je již původním důvodům vydání rozhodnutí o správním vyhoštění značně vzdálená.

lidských práv a norem právního státu je zcela neudržitelné, že cizinci jsou jedinou skupinou osob, které mohou být internovány na dobu až 6 měsíců, aniž by bylo o tom vydáno jakékoli soudní rozhodnutí. Všechny ostatní detence trvající déle než 48 hodin se musí zakládat na výslovném rozhodnutí soudu vydaném konkrétně po daný případ (jedinou výjimkou je tzv. nucená hospitalizace dle § 23 zákona o zdraví lidu, kdy je však stanoveno, že 1) ústav vykonávající zdravotnickou péči musí umístění osoby bez písemného souhlasu oznámit soudu do 24 hodin a 2) soud musí rozhodnout do 7 dnů od umístění²¹⁾²²⁾. Cizinečtí policisté a úředníci ministerstva vnitra jsou tedy jedinými osobami kromě soudců, které mohou rozhodovat o omezení osobní svobody druhých lidí na tak dlouhou dobu, přičemž se v praxi nemusí obávat ani přezkumu ze strany svých nadřízených, neboť rozhodnutí o detencích cizinců nepodléhají správnímu řádu, tudíž se nelze odvolat, nanejvýše si lze neformálně stěžovat, přičemž výše postavení úředníci a představitelé rezortu vnitra mohou každou stížnost odbýt s formalistickou poznámkou, že o přezkumu rozhodnutí o zajištění cizince rozhoduje pouze soud.

Pokud jde o soudní přezkum, stává se v praxi, že soud rozhoduje až po uplynutí celé doby zajištění. V příslušných zákonech je sice stanoveno, že soud rozhoduje o detencích přednostně popř. s největším urychlením²³⁾, ale chybí stanovení pevné lhůty, a tak u soudů, které jsou opravdu přetíženy, je soudní přezkum někdy opravdu jen teoretický. Z judikatury Evropského soudu pro lidská práva přitom vyplývá, že v souladu s Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod je jen takový soudní přezkum rozhodnutí o omezení či o zbavení osobní svobody, který proběhne v časovém horizontu dnů či nanejvýš týdnů, zatímco v České republice trvá přezkum rozhodnutí v rámci správního soudnictví (byť zákon nařizuje přednostní vyřizování) řadu měsíců²⁴⁾. Soudní přezkum rozhodnutí o detencích cizinců tedy nelze považovat za efektivní a zejména ne za systémově zajištěný. V praxi tedy cizinci pobývající v České republice nemají dostatečnou soudní ochranu proti omezení či zbavení osobní svobody ze stran policie a ministerstva vnitra.

Problémy trestněprávních sankcí za nelegální pobyt cizinců

²¹⁾ Sedmidenní lhůta pro rozhodnutí soudu o přípustnosti převzetí či držení v ústavu zdravotnické péče je garantována i čl. 8 odst. 6 Listiny základních práv a svobod

²²⁾ Z Listiny (viz předchozí poznámka pod čarou) ani ze zákona nelze zcela dovodit, že v případě nerozhodnutí soudu by byl ústav umístěnou osobu povinen bez dalšího propustit. Může se tedy stát, že fyzická osoba bude zadržena proti své vůli bez výslovného rozhodnutí soudu po dobu delší než 7 dnů; půjde však zřejmě o naprosté výjimky. Na druhou stranu nelze popřít, že v praxi je rozhodování o zákonnosti převzetí či držení v ústavu zdravotnické péče velmi formální.

²³⁾ Např. § 200u o.s.ř.

²⁴⁾ Viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu spis. zn. 10 Ca 339/2006 Průměrná délka přezkumu azylových rozhodnutí v roce 2004 činila 9,7 měsíce viz Baxa, J., Mazanec, M.: Správní soudnictví ve věcech azylových – Rozbor recenzního a současného stavu u Nejvyššího správního soudu, únor 2005, str. 6 (citováno dle Publikace nevládních organizací k novele cizineckého a azylového zákona, Přípomínky k azylovému zákonu, Konzorcium nevládních organizací pracujících s uprchlíky, Praha 2007, str. 18).

Nedostatky v oblasti trestního práva lze rozdělit na nedostatky legislativní a na nedostatky objevující se v aplikační praxi orgánů činných v trestním řízení. Celkově ale nutno podotknout, že základním problémem trestněprávní represe namířené proti neoprávněnému pobytu je skutečnost, že rozhodnutí o správním vyhoštění, jejichž maření pak soudy trestají, jsou vydávána příliš snadno a příliš zautomatizovaně. Na rozdíl od všech ostatních rozhodnutí, jejichž maření stíhá ustanovení o trestném činu maření výkonu úředního rozhodnutí dle § 171 trestního zákona, jsou právě při rozhodování o vyhoštění cizinců kladeny nejmenší nároky na kvalitu a účastníci řízení mají nejméně práv (již jen 7denní správní lhůta k vydání rozhodnutí naznačuje, že při rozhodování o správním vyhoštění se často nemůže počítat s tím, že policie vynaloží při rozhodování péči odpovídající rozhodnutí se zásadním dopadem do života cizince na řadu let). Hlavní problém tedy leží mimo sféru práva trestního, totiž v právu správním²⁵.

Základní legislativní problém představuje úprava trestu vyhoštění respektive absence možnosti tento trest – pokud byl již uložen – v budoucnu prominout anebo i jen přerušit. Stávající úprava § 350h trestního řádu ve spojení s § 57 trestního zákona není dostačující. Jedinou reálnou možností, jak by soud mohl od výkonu trestu upustit, by byla změna situace v zemi původu cizince, takže by mu hrozilo mučení či jiné nelidské zacházení. Upuštění od výkonu trestu vyhoštění v důsledku vzniku určitých vazeb k České republice (např. uzavření manželství, zdědění majetku v České republice), v důsledku nápravy odsouzeného či jeho osvědčení (odsouzený přestal být nebezpečným) anebo v důsledku jiné změn okolností není možné. Stejně tak nezná český právní řád přerušit trest vyhoštění, aby cizinec mohl do České republiky dojet k obstarání nějaké své důležité věci anebo věci obecného zájmu (předvolání ke státnímu orgánu aj.). Trest vyhoštění je tedy nejméně pružným trestem českého trestního práva, a to např. ve srovnání trestem zákazu činnosti a trestem zákazu pobytu, ukládaným dle obdobných ustanovení trestního zákona, u nichž podmíněčné upuštění po vykonání poloviny doby trestu možné je. Spolu s těmito dvěma tresty patří trest vyhoštění totiž k těm trestům, které nejsou jednorázové (jako ostatní druhy trestů dle § 27 trestního zákona), nýbrž které mají určité trvání. Na rozdíl od nich a navzdory tomu, že jeho dopady

²⁵ Trestný čin maření výkonu rozhodnutí o správním vyhoštění je jeden z mála trestných činů, jež jeho pachatel může spáchat tím, že opomene splnit svou povinnost spočívající v jednání, které může být relativně náročné a ke kterému není hnán nějakou bezprostřední urgentností (např. u poskytnutí pomoci ve smyslu trestného činu neposkytnutí pomoci dle § 207 trestního zákona vyplývá jednání, ke kterému je každý povinen, z přirozeného lidského soucitu s utrpením druhých a z akutnosti hrozby). Snad již jen u trestného činu zanedbání povinné výživy dle § 213 trestního zákona (možná též u trestného činu neoznámení trestného činu dle § 168 trestního zákona či trestný čin porušování povinnosti při správě cizího majetku dle § 255a trestního zákona) se setkáváme s tím, že trestní zákona ukládá povinnost, jejíž splnění může být velmi obtížné a někdy dokonce faktické nemožné. Nemožnost splnění zákonné povinnosti pak samozřejmě musí – dle teorie trestního práva – vylučovat zavinění, a tudíž celou subjektivní stránku trestného činu, v důsledku čehož pak ke spáchání trestného činu nedošlo. Soudy by nicméně měly vždy též posuzovat míru zavinění pachatele trestného činu maření výkonu rozhodnutí o správním vyhoštění též z hlediska faktické možnosti cizince vycestovat (zda-li je vůbec občanem jiného státu, zda jej tento stát je připraven přijmout, zda má finanční prostředky na vycestování atd.).

jsou často tvrdší, však jeho zkrácení možné není. V dnešní době vzhledem ke stoupající roli mezinárodní migrace je tato situace neudržitelná.

Pokud jde o aplikační praxi, lze za největší problém považovat to, že české soudy postupují vůči cizincům značně přísněji než vůči ostatním obviněným či obžalovaným. Ačkoli se autor nemůže opřít o podrobnější výzkumy, troufá si tvrdit, že tato diskriminace cizinců je nejvýraznější při rozhodování o vazbě. U cizinců jsou mnohem snáze shledávány vazební důvody dle § 67 odst. 1 písm. a) trestního řádu, tedy riziko, že obviněný „*uprchne nebo že se bude skrývat, aby se tak trestnímu stíhání nebo trestu vyhnul*“. Trestní řád sám vyjmenovává demonstrativně důvody, které toto podezření zakládají a mezi nimi též „*nemá-li stálé bydliště...*“, což je u cizinců – zejména cizinců bez trvalého pobytu – považováno téměř automaticky za dané. S výtkou, že soudy cizince diskriminují, se již některé soudy snažily v odůvodněných konkrétních rozhodnutích vypořádat²⁶. Pro účely této analýzy je třeba přitom důležité, že vazba se uvaluje velmi automaticky i na cizince obviněné z maření výkonu úředního rozhodnutí, tedy z maření výkonu správního vyhoštění. O tomto trestném činu se často rozhoduje trestním příkazem, což délku trestního stíhání značně zkracuje. Pokud ale obviněný cizinec proti trestnímu příkazu podá odpor, věc se může protáhnout na celé měsíce (tedy i na dobu delší 6 měsíců, což je maximální sazba trestu odnětí svobody, který by cizinci hrozil v případě odsouzení) a během celé této doby může být cizinec ve vazbě.

Stejně tak i po pravomocném odsouzení k trestu vyhoštění, což je standardní – a zcela pochopitelný – trest za spáchání trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí bývá na odsouzeného cizince uvalena vyhošťovací vazba (viz ustanovení § 350c trestního řádu). Na délku této vazby se použijí analogicky ustanovení o vazbě standardní (tedy dle § 67 a násl. trestního řádu), a vyhošťovací vazba tak může trvat další celý rok; během trvání vyhošťovací vazby policie většinou zajišťuje vyřízení dokladů nutných k vycestování cizince (např. cestovní doklad, převzetí cizince ze strany jeho země původu atd.). Dle některých názorů se přitom doba strávená ve vyhošťovací vazbě cizinci nezapočítává do délky jeho trestu vyhoštění, čímž se trest vyhoštění dále zostřuje. V zákoně přitom nic nebrání tomu, aby trest vyhoštění byl uložen i cizinci, který území České republiky opustit nemůže, např. proto, že není občanem žádného státu anebo jej jeho domovský stát odmítá ztotožnit či přijmout²⁷.

Nakonec je nutno zmínit i přísnější rozhodování soudů o podmíněčném propouštění cizinců z trestu odnětí svobody, byť to v případě trestů za nelegální pobyt v praxi příliš nestává²⁸: zde

²⁶ Viz např. rozsudek Krajského soudu v Plzni spis. zn. 8 To 705/97.

²⁷ Toto se někdy stává u příslušníků menšin, které jsou v cizincově zemi původu diskriminované či pronásledované, zejména chybí-li příslušná mezinárodní smlouva. Cizincův stát tak tohoto svého nepohodlného občana odmítá přijmout a tento tak uvízne v právním vakuu.

²⁸ Cizinci je jen zřídka kdy uložen trest odnětí svobody pouze za to, že mařil výkon správního vyhoštění. A pokud udělen je, je podmíněčné propuštění po vykonání poloviny trestu často obtížné, neboť – tak jako u ostatních odsouzených ke krátkým trestům odnětí svobody – během krátkého pobytu ve věznici nemá odsouzený tolik

soudy dokonce řešily to, zda-li je podmíněčné propuštění cizince vůbec možné, neboť nebude-li cizinec i nadále pobývat v České republice (většinou to skutečně nebude možné), nebude možné ani sledování ze strany soudu (a Probační a mediační služby), zda-li se odsouzený během zkušební lhůty osvědčil.²⁹ Jelikož je rozsudek odsuzující k trestu odnětí svobody často doprovázen i trestem vyhoštění, je sledování odsouzeného ve zkušební lhůtě velmi problematické a cizinci zůstávají citelně znevýhodněni.

Dalším problémem aplikační praxe, který je nesrovnatelně méně významný, nicméně který si i tak zde zaslouží pozornost, je současná aplikace ustanovení o trestném činu napomáhání k neoprávněnému pobytu na území republiky dle § 171d trestního zákona na tzv. fíngovaná manželství, která byla uzavřena za úplatu. Jakkoli nelze mít z lidskoprávního hlediska v podstatě výhrady vůči tomu, aby stát trestal osoby, které za úplatu předstírají manželství s cizincem, a to za účelem obejití cizineckého práva, je autor toho názoru, že současné znění § 171d trestního zákona na fíngovaná manželství vztáhnout nelze. Problém spočívá ve slovech „...pomáhá k neoprávněnému pobytu...“ a v interpretaci pojmu neoprávněný pobyt. Jelikož tato skutková podstata byla do českého práva přijata jakožto implementace směrnice Rady 2002/90/ES ze dne 28. listopadu 2002, kterou se definuje napomáhání k nedovolenému vstupu, přechodu a pobytu, a rámcového rozhodnutí Rady 2002/946/SVV o posílení trestního rámce s cílem zabránit napomáhání k nepovolenému vstupu, tranzitu a pobytu, měl by pojem „neoprávněný pobyt“ být interpretován v souladu s těmi normami evropského práva jako pobyt faktický, tedy jako faktické zdržování se cizince na území určitého státu, a to v rozporu s právem tohoto státu. V tomto smyslu ovšem fíngované manželství nezakládá pobyt neoprávněný, poněvadž na základě fíngovaného manželství je vydáno platné povolení

možností získat dostatečný počet kázeňských odměn, aby osvědčil, že se polepšil.

²⁹ Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu 2 Tzn 82/97. „Z citovaného ustanovení § 61 odst. 1 písm. a) tr. zák. vyplývá, že smyslem podmíněného propuštění z výkonu trestu odnětí svobody je předčasné propuštění odsouzeného z výkonu trestu odnětí svobody pod podmínkou, že během soudem stanovené zkušební doby povede řádný život a vyhoví uloženým podmínkám, přičemž soud musí mít možnost sledovat chování podmíněně propuštěného ve zkušební době, aby mohl, a to popřípadě již během zkušební doby, rozhodnout o jeho osvědčení nebo o výkonu zbytku trestu odnětí svobody (§ 64 odst. 1 tr. zák.). Z těchto důvodů podle dosavadní judikatury soudů přicházelo v úvahu u cizích státních příslušníků, kteří mají trvalý pobyt mimo území České republiky, podmíněné propuštění z výkonu trestu odnětí svobody jen prostřednictvím mezinárodní spolupráce formou předání odsouzeného k výkonu trestu do domovského státu, umožňuje-li to vyhlášená mezinárodní smlouva, jíž je Česká republika vázána (srov. č. 12/1995 Sb. rozh. tr.). Jinak u cizinců, kteří v České republice trvalý pobyt nemají, bylo zaujímano stanovisko, že u nich zásadně nelze rozhodnout o podmíněném propuštění z výkonu trestu odnětí svobody, neboť tito pachatelé, zvláště když je jim uložen trest vyhoštění, musí opustit území České republiky a jejich chování ve zkušební lhůtě po případném podmíněném propuštění (§ 63 odst. 1 tr. zák.) by nebylo možné sledovat a z toho důvodu ani rozhodnout o tom, zda se osvědčili.

V posledních letech však v této ustálené judikatuře došlo k určitým změnám s ohledem na principy rovnosti v právech a rovnosti před zákonem, které vyplývají jak z Listiny základních práv a svobod, tak i z čl. 26 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech (vyhl. č. 120/1976 Sb.), který je s ohledem na čl. 10 Ústavy České republiky pro soud bezprostředně závazný a má přednost před zákonem. Názor zaujímaný dosavadní judikaturou a na základě ní vyslovený i ve stížnosti pro porušení zákona by vedl k těžko zdůvodnitelné diskriminaci cizinců a v podstatě i ke zhoršení vyhlídek na jejich resocializaci. Obdobné názory vyslovil již Nejvyšší soud České republiky ve svém usnesení ze dne 3. dubna 1997 sp. zn. 2 Tzn 185/96, které se však týkalo ukládání podmíněného trestu odnětí svobody, kde není situace zcela totožná, neboť se jedná o ukládání trestu, které je ovládáno jinými zásadami (srov. zejména § 23 odst. 1 a § 31 tr. zák.), než podmíněné propuštění z výkonu trestu odnětí svobody, které je dobrodiním, jenž je i při splnění zákonných podmínek uvedených v § 61 odst. 1 tr. ř. jen fakultativní (arg. "...může..."). Navíc ani při ukládání trestu není úplná rovnost mezi občany České republiky a cizími státními příslušníky, když občanu České republiky nelze uložit trest vyhoštění (srov. § 57 tr. zák.).“

k pobytu³⁰; fingované manželství zakládá neoprávněně získání povolení k pobytu. Ve smyslu správního práva je pobyt cizince na základě platného povolení k pobytu, byť získaného neoprávněně, pobytem oprávněným. Je proto otázkou, zda-li pojem neoprávněný pobyt dle § 171d trestního zákona lze chápat ve smyslu neoprávněně získaného povolení k pobytu. Podíváme-li se na jiné evropské státy, lze najít státy, v nichž existuje trestný čin napomáhání k neoprávněnému pobytu ve smyslu směrnice č. 2002/90/ES a vedle něj existuje i zvláštní trestný čin uzavření fingovaného manželství (např. Francie, Rakousko). Ve Spolkové republice Německo dle praxe sice údajně fingovaná manželství spadají do trestného činu dle § 96 německého cizineckého zákona (trestný čin se německy nazývá Einschleussen von Ausländern), ovšem skutková podstata zahrnuje nabádání či pomoc k jednání, kdy cizinec *„nesdělí úřadu požadované údaje o své identitě, stáří a státní příslušnosti či sdělí či použije nesprávné nebo neúplné údaje s cílem získat povolení k pobytu anebo takto získaným povolením k pobytu vědomě klame při právním jednání“*. Fingované manželství lze považovat za sdělení nepravdivé informace úřadům a za klamání úřadů. Autor si nicméně nemyslí, že pobyt na základě fingovaného manželství lze považovat za nelegální; důvodová zpráva k příslušné novele českého trestního zákona však tyto skutečnosti nezmiňuje.

DOPORUČENÍ de lege ferenda

Závěrem si tato analýza dovolí načrtnout některé systémové zejména legislativní změny, které je třeba ke zlepšení situace provést. Tak jako při reformě každého komplexnějšího mechanismu je třeba, aby se zlepšovalo současně jak legislativní nastavení systému, tak i jeho praktická aplikace. V žádném případě tedy nelze spoléhat jen na legislativní zlepšení, nýbrž stejně důležité, či ještě důležitější jsou změny v aplikační praxi.

V oblasti administrativně-právních následků nelegality pobytu je za nejzásadnější třeba považovat následující:

- Celková reforma institutu správního vyhoštění: v tomto institutu je třeba rozlišit celkem tři složky, o kterých by se mělo rozhodovat ve třech různých rozhodnutích:
 - a) správním vyhoštění jakožto příkaz cizinci, aby vycestoval z České republiky, a to pod trestní sankcí nesplnění této povinnosti³¹ - toto rozhodnutí může stát na principu správního opatření
 - b) výkon rozhodnutí o správním vyhoštění, to by se mělo zakládat na novém rozhodnutí správního orgánu vydaném poté, co cizinec správní vyhoštění

³⁰ Ostatně mnoho, snad i většina fingovaných manželství není uzavírána cizinci, kteří by bez tohoto fingovaného manželství nezískali vůbec žádný pobyt (např. cizinci pobývajícími v ČR zcela bez víza či jiného povolení k pobytu), nýbrž cizinci, kteří určitý pobytový status mají a chtějí získat pobytový status lepší popř. trvalejší. Tato fingovaná manželství tedy nejsou uzavírána za účelem získání „pobytu“, nýbrž za účelem zlepšení či zvýšení pobytového statutu.

³¹ Na rozdíl od tzv. výjezdního příkazu, který rovněž stanoví cizinci povinnost vycestovat, ovšem není tam hrozba trestněprávní sankce za nesplnění této povinnosti.

neuposlechne (opět si lze představit, že výkon rozhodnutí o správním vyhoštění může nastat i tehdy, pokud cizinec své rozhodnutí nezavinil) a

- c) zákaz pobytu, tedy rozhodnutí státu, že po určitou dobu v budoucnosti cizinci pobyt zakazuje a s výhradou nového rozhodnutí mu povolení k pobytu během této doby neudělí – zákaz pobytu musí být chápán jako sankce a musí být stanoven na základě zavinění cizince a přiměřeně ke všem okolnostem případu. Na rozhodování o zákazu pobytu je zapotřebí vztáhnout plně předpisy platné pro ukládání jiných správních sankcí pro fyzické osoby, tedy zejména zákon o přestupcích.
- Přenesení těžiště represe v oblasti nelegální migrace ze sankce zákazu pobytu a fyzické detence na sankce „alternativní“ (zejména peněžité pokuty, které by měly moci odrážet např. i délku doby nelegálního pobytu cizince; lze si představit obdobný mechanismus, jako např. penále u daňových nedoplatků).
 - Zavedení alternativ k detenci cizinců (kauce, záruky ze strany třetích osob, dohled či ohlašovací povinnost na určitých úřadech, domácí vězení³²)
 - Zavedení efektivní soudní kontroly veškerých administrativních opatření státu proti nelegální migraci. Soudně přezkoumatelné musí být každé rozhodnutí o správním vyhoštění či zákazu pobytu a soudy musí rozhodovat o zákonnosti detencí cizinců v horizontu maximálně několika málo týdnů.
 - Radikální zkrácení doby, po kterou zákon připustí zajištění cizince z důvodu jeho neoprávněného pobytu za účelem realizace vyhoštění takového cizince – moderní stát musí za současného stavu komunikačních technologií, dopravních prostředků a diplomatických vztahů být schopen zorganizovat deportaci vyhoštěného cizince ve lhůtě několika málo týdnů, pokud na tuto záležitost vynaloží dostatečnou péči³³. Pokud se mu to z administrativních či jiných technických důvodů nezdaří, musí být zajištěný cizinec propuštěn a jeho pobyt legalizován až do doby, než se nalezne řešení. V právním státě nesmí být přípustné, aby trvalo celé měsíce, než se laxní cizinecký policista domluví s ještě laxnějším vyslancem cizincovy země, a během celé této doby byl cizinec internován.
 - Pružnější právní úprava soudního trestu vyhoštění, musí být zavedeno podmíněčné upuštění od výkonu tohoto trestu jakož i možnost jeho přerušování ze závažných důvodů.
 - V soudní praxi je třeba začít opatrněji zacházet s uvalováním vazby na cizince, jakožto i s uvalováním vyhošťovací vazby na cizince. Tak jako se výkon vazby započítává do doby následného trestu odnětí svobody, tak je vyhošťovací vazbu nutno započítávat do

³² U trestu domácího vězení v trestním právu se do budoucna počítá s s využitím elektronických „náramků“, které budou pohyb odsouzeného přesně monitorovat. Obdobu si lze představit i jako alternativu detencí cizinců.

³³ Většinou jde o komunikaci se zemí původu cizince, aby tento stát byl ochoten cizince na své území přijmout a např. mu vystavil potřebné dokumenty.

délky výkonu případného trestu odnětí svobody, ale především do do délky výkonu trestu vyhoštění.