

Některé úvahy nad povahou současného zákona o pobytu cizinců Pavel Čížinský, Poradna pro občanství, občanská a lidská práva

Na tom, že současný zákon o pobytu cizinců je „špatný“, se shodnou dnes už zřejmě všichni účastníci diskuse na toto téma. Myslí se tím především jeho – objektivně nepopíratelná - nepřehlednost, kterou pracovníci resortu ministerstva vnitra svádějí na povinnost ČR implementovat stále další a další normy evropského práva, čímž se dle nich původně přehledná struktura zákona rozbila. Ačkoli autor nepovažuje ani prvotní znění zákona za přehledné (zejména kvůli chybějícím a roztroušeným definicím pojmů zákona), přesto se jako právník domnívá, že hlavním úkolem zákona není jeho přehlednost (přehledné mají být informační manuály k zákonu), nýbrž jiné vlastnosti. Na pozadí v současnosti probíhající přípravy věcného záměru nového cizineckého zákona Ministerstvem vnitra (návrh měl být hotov do konce roku 2006), tedy zcela nové právní úpravy, by chtěl autor varovat před zredukováním příslušné diskuse jen na problém přehlednosti zákona (byť ani ji nelze zanedbávat) a nabídnout k diskusi některé další aspekty současného stavu.

Policejní charakter zákona

U každého zákona závisí jeho reálný dopad nejen na textu právní normy, ale též na lidech, kteří tento zákon provádí a na jejich interpretaci zákona. V případě cizineckého zákona je ale převaha praxe nad textem tak výrazná, že lze s nadsázkou říci, že orgány cizinecké správy nejsou vázány zákonem, ale naopak, že text zákona je určován příslušnými pracovníky státní správy. Tím nechci poukázat pouze na skutečnost, že text zákona je reálně vytvářen úředníky příslušných odborů Ministerstva vnitra a cizinecké policie a pokud s ním v rámci tzv. mezirezortního připomínkového řízení nevyjádří nesouhlas zástupci ostatních ministerstev, projde bez významnější diskuse, natož změny Parlamentem; cizinecká legislativa totiž není předmětem veřejné debaty. Novelky jsou většinou příliš komplikované a politici se tedy disciplinovaně drží toho, co jim úředníci předloží. Zákon si pak vytváří a dotváří ti, kdo jej i aplikují. I styl zákona připomíná spíše metodický návod pro policisty, jehož cílem je upravit chování úředníků co možná nejpřesněji: co nejmenší prostor pro volnou úvahu úředníků a co nejpřesnější stanovení jejich práv vůči třetím osobám. Úředníci se tak mohou proti stížnostem lidí odvolat přímo na zákon (nejen na interní směrnice) a současně by měli mít menší prostor pro korupci. Policisté totiž bývají pod velkým tlakem svých kontrolních orgánů, které stížnosti na policisty posuzují nezřídka velice formalisticky, což příslušníkům správních orgánů často bere chuť se při výkonu pravomocí skutečně angažovat.

Důsledkem tohoto legislativního přístupu je, že cizinecký zákon častokrát ztrácí charakter zákona coby abstraktní normy vytvářející prostor pro jednání úředníků a

obsahuje řadu kasuistických prvků, které patří spíše do vnitřních směrnic úřadů. Zákon se tak ve skutečnosti stává velmi restriktivním. Policisté a jiní úředníci totiž v praxi nemají vůbec právo reagovat – v rámci zákona - flexibilně a adekvátně konkrétním situacím. Někdy z toho mají cizinci prospěch, jindy nepospěch. Policie kupříkladu léta vydávala víza za účelem podnikání desetitisícům cizinců, kteří byli formálně podnikateli, jednateli či členy právnických osob, ve skutečnosti však pracovali v zastřeném pracovním poměru; víza se vydávala navzdory všeobecného povědomí o této protiprávní praxi. Extrémním případem zautomatizované úřednické mašinérie je povolování pobytu severokorejským šičkám, které v ČR pracují ve zcela otrockých podmínkách – ovšem pro povolení pobytu předkládají všechny formální náležitosti.

Vyskytne-li se v tomto systému problém, reaguje se na něj změnou zákona. Příkladem mohou být tzv. detenční zařízení pro vyhošťované cizince, jejichž podmínky byly i státními orgány označovány za nelidské. Místo aby se situace zlepšila v rámci platných zákonů např. personálními opatřeními, přesvědčil resort vnitřní odbornou veřejnost, že musí dojít ke změně zákona a k zákonnému převedení správy těchto zařízení do kompetence Správy uprchlických zařízení.

Slabý zákon, silná aplikační praxe

I obsah zákona je ale ve vztahu k praxi v podružném postavení, ze zákona nelze zjistit, co policie v praxi opravdu dělá a co ne. Platí to opět i v dobrém, tedy ve prospěch cizinců. Například na udělení žádného povolení k pobytu nebyl až do dubna 2006 právní nárok, policie ovšem přesto relativně bez problémů vyřizovala prodlužování dlouhodobých víz a udělování trvalého pobytu rodinným příslušníkům českých občanů a cizincům po 10 letech přechodného pobytu. Stejně tak policie v podstatě bez problémů dává v poslední době trvalý pobyt cizincům, kteří vstoupili s českým občanem do registrovaného partnerství, ačkoli by správně měla zkoumat, zda tito dva lidé spolu opravdu žijí ve společné domácnosti. Nerespektování znění zákona jde ale často proti zájmům cizinců. V cizineckém zákoně kupříkladu dlouho chybělo ustanovení týkající se tzv. fingovaných manželství, tedy manželů, kteří se oddali ryze formálně za účelem získání pobytu a nikdy spolu neplánovali žít. Policie v těchto případech zamítala povolení k pobytu s tím odůvodněním, že fingovaná manželství jsou ohrožením veřejného pořádku, což je více než diskutabilní. Nebo v období od května 2004 do dubna 2006 neměli občané EU žádající o pobyt v ČR povinnost předkládat tzv. doklad o zajištění ubytování, tedy souhlas vlastníka nemovitosti s přihlášením cizince, což vedlo k tomu, že se někteří cizinci přihlásili na adresy, kde o nich majitel domu vůbec nevěděl. Policie pak začala doklad o ubytování vyžadovat znovu a to dávno předtím, než byl zákon novelizován, a navzdory tomu, že cizinec z EU měl na povolení k pobytu právní nárok. Jako poslední příklad může sloužit ustanovení přiznávající nárok na trvalý pobyt nezaopatřenému přímému potomkovi českého občana, např. ukrajinské vnučce české babičky. V tomto případě si policie prostě přimyslela dodatečnou podmínku, že takové dítě musí být svému potomkovi i svěřeno do péče soudem.

Text zákona tedy nemá pro jednání úředníků zásadní význam, hlavní je, co se dělá a co nikoli (např. trvalé pobyty z humanitárních důvodů anebo víza na strpění pro cizince, jimž *ve vycestování brání překážka na jejich vůli nezávislá*, se v praxi prostě

nedávají, což ovšem ze zákona nelze vyvodit). Zásadní změny v cizineckém právu tak mohou probíhat i nelegislativně, tedy tím, že Ministerstvo vnitra či cizinecká policie začnou určitá ustanovení chápat jinak. Tak tomu bylo např. v otázce, zda je možné pracovní povolení vydat jen tomu, kdo má povolení k pobytu speciálně za účelem zaměstnání (starší interpretace), anebo zda i těm, jimž byl pobyt povolen za jinými účely - sloužení rodiny, živnostenské podnikání (současná interpretace). Naopak zásadních změn zákona, např. zavedení povolení k dlouhodobému pobytu namísto dosavadního prodlužování víz nad 90 dnů, si v podstatě nikdo nevšiml a žádného cizince zřejmě nenapadlo domáhat se svých nových práv (např. nahlédnutí do spisu při vyřizování dlouhodobého pobytu).

Tato jistá „mimo-zákonnost“ cizinecké správy je umožněna i velmi slabými výkony českého správního soudnictví, zejména ve vztahu k první instanci. K obecným bariérám přístupu ke spravedlnosti ve správním soudnictví (lidé se jednak bojí a také nemají čas čekat na výsledek dlouhého soudního řízení a raději tedy i nezákonným podmínkám úřadů vyhoví) přistupují ještě neochota Městského soudu v Praze přezkoumávat rozhodnutí, na jejichž vydání není právní nárok, a také skutečnost, že ani přiznání odkladného účinku žaloby nedává cizinci právo pobytu v ČR po dobu soudního řízení. Úředníci cizinecké správy se tedy nemusejí obávat, že by jejich rozhodnutí byla přezkoumávána nebo dokonce zrušena soudem. Mnohem efektivnějšími nástroji se zdají být intervence ze strany veřejného ochránce práv anebo pokusy medializovat případy jasných nespravedlností.

Cizinecký zákon tedy nedává mnoho prostoru pro právníky a pro právníckou argumentaci – jako tomu přeci jen trochu je v případě azylového práva. Právník může úředníka pouze upozornit na to, že případ je dle práva možno řešit i jinak než způsobem stanoveným vnitřní směrnici (která je stejně utajována), anebo vybudovat takovou argumentaci (kombinovanou s morálně-emočními apely), že úředník – než by se s ní v odůvodnění rozhodnutí vypořádal – raději sebere odvahu a cizinci vyhoví; to se ovšem v případě cizinecké policie děje v podstatě jen na centrální úrovni. Ani komentáře k cizineckému zákonu nemá smysl psát, neboť zákon se mění tak rychle a tak důkladně, že by komentář brzy zastaral.

Formalismus detailů

Poslední vlastností zákona, kterou bych rád zmínil, je extrémní formalizace důkazních prostředků a jejich nakládání na cizince – žadatele, což lze demonstrovat na příkladu dokladu o zajištění ubytování. Je-li například účelem zákona, aby povolení k pobytu získali jen ti cizinci, kteří mají ubytování, je tuto podmínku možno v zákoně vyjádřit slovy: „povolení k pobytu se udělí cizinci, který **má** na území ČR ubytování“. To by znamenalo, že úřad je povinen zjistit, zda cizinec má ubytování, přičemž cizinec může - aby se věc vyřídila rychleji - předložit o této skutečnosti důkaz, např. nájemní smlouvu. Pokud úředníci nechtějí mít tolik práce, prosadí si do zákona větu, že „povolení k pobytu se udělí cizinci, který **prokáže**, že má na území ČR ubytování“. To znamená, že úředníkovi stačí čekat, zda mu žadatel přinese dostatečné důkazy. Takovou právní úpravu lze za nespravedlivou považovat zejména v těch případech, kdy by opatření určitého dokladu bylo pro státní orgán mnohem snazší než je tomu pro žadatele. Cizinecký zákon jde v řadě případů ještě dále a stanoví: „povolení k pobytu se udělí cizinci, který **předloží doklad** o zajištění ubytování“. V tomto

případě nejenom, že věc musí prokazovat cizinec, a to i případě, kdy je to pro něj obtížné či nemožné (udělat výjimku není ze zákona možné), ale dokonce i v případě, že dokazované skutečnosti jsou správnímu orgánu již známy. Navíc je cizinec v prokazování ubytování omezen jen na listinné doklady a svědeckými výpověďmi tedy své ubytování prokázat nemůže. Původní účel zákona je tak již zcela odsunut do pozadí a veškerá pozornost je směřována k získání určitého formalizovaného listinného dokladu, který je možno založit do spisu.

Hlavním problémem není povinnost cizince prokazovat určité skutečnosti, nýbrž vložení těchto povinností přímo do zákona v takto detailní formě a to bez možnosti odchýlit se od nich v odůvodněných či nutných případech.

Závěr

Cizinecký zákon klade před cizince řadu formalistických byrokratických bariér. Z praxe se dokonce zdá, že úředníci ve skutečnosti na bližší zkoumání migrantů nemají čas ani energii a že stát vlastně kladením těchto překážek nahrazuje svou imigrační politiku. Česká republika tedy zřejmě místo skutečného práva pro cizince a místo skutečné politiky vůči cizincům vytvořila jen jakýsi normativní labyrint, od kterého očekává, že v němž alespoň část cizinců uvízne. Vezmeme-li v potaz i skutečnost, že tento systém zcela neovládají ani jeho tvůrci a že neustále dochází k chybám, je možné se domnívat, že současný cizinecký zákon přispívá velkou měrou k nelegitimitě českého cizineckého práva a české přistěhovalecké politiky.

Některé vlastnosti zákona o pobytu cizinců na příkladu návrhu novely tohoto zákona z listopadu 2006

V rámci diskuse o povaze současného českého cizineckého zákona je možné se detailněji podívat i na návrh novely tohoto zákona, který byl nyní prezentován Ministerstvem vnitra a zaslán do připomínkového řízení. Ačkoli nelze apriori postulovat, že by charakteristické znaky této novely byly společné i jiným novelám tohoto zákona potažmo celému zákonu, přesto může být užitečné podrobit tento návrh bližšímu zkoumání.

Důvody, proč je novela vůbec navrhována, respektive jak je její potřeba v důvodové zprávě prezentována, jsou tyto: Zaprvé povinnost ČR implementovat právní předpisy EU. Zadruhé reagovat na aktuální vývoj a na rozvoj nových institutů migračního práva. Posledním důvodem jsou pak návrhy změn, které by se v programu jednání označily jako „jiné“ (oprava chyb z minulých novel, provozní věci, uzákoňování různých interpretací zákona, přesouvání kompetencí z cizinecké policie na Ministerstvo vnitra atd.). Není tedy pravdou, že by neustálé změny zákona šly na vrub pouze nebo především Evropské unie, i když nelze nevidět, že rozvoj migračního práva na úrovni EU je zcela bezprecedentní a právě v současné době prožíváme jeho vyvrcholení. Potřebu novel vyvolává především sama legislativně technická povaha

zákona a kasuističnost jeho obsahu, které jsou též důvodem pro to, že i implementace evropských směrnic probíhá vždy vložení zcela nové pasáže do zákona a nikoli třeba jen přizpůsobením interpretace obecných ustanovení.

S ohledem na implementaci evropského práva jsou obsahem zmíněné novely cizineckého zákona: 1. právní normy, které již implementovány být měly (Schengenský hraniční kodex má tedy již déle než měsíc přednost před českými zákony), 2. normy, na jejichž implementaci je ještě čas (zejména směrnice o přijímání výzkumných pracovníků) a za 3. normy, které budou přijaty až v budoucnu a na něž se ČR hodlá jen technicky připravit (snímání otisků prstů i žadatelům o víza). Zatímco směrnice o výzkumných pracovnících, která je obdobné povahy jako její předešlé verze (slučování rodin, dlouhodobí rezidenti jiných států EU, oběti obchodu s lidmi a studenty) je implementována víceméně přesně až doslovně, Schengenský hraniční kodex vykazuje co do práv cizinců zásadní nedostatky. Zatím tedy reálně hrozí, že českým policistům bude český zákon a české policejní interní předpisy přikazovat něco jiného než nadřazené evropské předpisy. Ačkoli tedy ČR s implementací evropských norem nedělá velké obstrukce, u zásadnějších změn (možnost odvolat se proti odepření vstupu, vyžadování dokladů od občanů EU na hranicích) je situace komplikovanější.

Pokud jde o reakce na aktuální vývoj na poli migračního práva, je dotyčná novela silně pod vlivem případu egyptských žadatelů o azyl z léta roku 2006, kteří hromadně utekli z pobytového střediska ve Velkých Přílepech. Dále novelu ovlivnil dojem velkého počtu tzv. fingovaných manželství a fingovaných určení otcovství a též patrně dojem vzrůstající míry ilegality. Pod těmito dojmy se zrodil dosud bezprecedentně represivní charakter těchto ustanovení novely: žadatelům o azyl se zakáže používání mobilních telefonů, nevládní organizace nebudou mít právo jim poskytovat právní poradenství, manželé českých občanů budou muset nefingovanost svého manželství prokazovat a i když ji prokáží, tak se jim nebude udělovat trvalý pobyt, nýbrž jen pobyt přechodný. Důvodem pro zrušení pobytu by měla být i zcela gumová formulace „cizinec se dopustil účelového jednání s cílem získat povolení k pobytu“, a odmítnutí žadatelé o azyl mají být po zamítnutí jejich žádosti obligatorně zadrženi v detenčních zařízeních atd. Z hlediska povahy tvorby zákona bych zde chtěl zdůraznit především skutečnost, že všechny tyto návrhy jsou reakcí na určitou momentální situaci anebo jen na okamžitý dojem a zákon se tak stává zoufale nestabilním.

Součástí tohoto přístupu je i doladování zákonných formulací prostřednictvím novel, které je v této novele obzvláště patrné (týká se jak fingovaných manželství, tak i definic rodinných příslušníků). Ať už jsou tyto návrhy reakcí na vývoj anebo důsledkem nekvalitní legislativní práce z minulé novely, svědčí o neúctě tvůrců zákona k právu a potřebě jeho stálosti jakožto základního pravidla chování ve společnosti.

Vedle řady dalších změn technického či zcela situačního charakteru je nutno uznat, že se v novele objevují i náznaky tvorby nových migračně-právních institutů. Jedná se zejména o dobrovolný návrat vyhoštěného cizince, který by mohl zmírnit výlučnost represivních prvků v cizineckém řízení. Dobrovolný návrat je ovšem koncipován nesmírně úzce. Cizinec jím může získat pouze úhradu poloviny částky nákladů na vyhoštění a obdobná praxe už v ČR vlastně probíhá pod kuratelou některých

nestátních organizací. Resort ministerstva vnitra zřejmě spíše jen vyčkává, jaká nová řešení budou České republiky nařízena z Bruselu, a nestíhá vyvíjet řešení vlastní šitá na míru situaci v Česku.

Politolog a hispanista Radek Buben jednou vtipně přirovnal právníky k programátorům, kteří vyvíjejí systémy, v nichž se nikdo kromě jich samých nevyzná, ale na jejichž užívání si ostatní přesto zvyknou, a tito programátoři se tak stanou nepostradatelnými. Podobně jako u systému Windows lze i v případě cizineckého zákona diskutovat, zda komplikovanost a chyby (snad v menší míře toto platí i pro řadu jiných českých zákonů) jsou záměrem jeho tvůrců, anebo nedopatřením. Faktem ovšem je, že zákon je v současné době nepostradatelný, že úřady jsou na jeho styl zvyklé a že tedy v nejbližší době zřejmě nevybředneme z bludného kruhu chyb a nepřesností v zákoně a jejich odstraňování novelami psanými takovým stylem, že při jejich čtení nemůže mít ani právník natož laik představu o jejich skutečném obsahu. Příprava zcela nového cizineckého zákona je ovšem příležitostí, aby se změnila celková povaha zákona a aby se vytvořila pravidla, která budou alespoň krátkodobě pevná. V opačném případě – pokud navážu na paralelu s počítačovým operačním systémem – by se totiž také mohlo stát, že uživatelé postupně přejdou od nefunkčního cizineckého zákona k jakési obdobě Linuxu, kterou může vytvořit třeba Evropská unie. Tento systém se v zásadě již vytváří (viz třeba Schengenský hraniční kodex, který je přímo aplikovatelný a žádnou implementaci teoreticky nepotřebuje) a ačkoli třeba nakonec nebude přehlednější, bude podstatně kvalitněji napsaná a tedy bude stabilnější než současností probíhající sled verzí českého cizineckého zákona.