

Právní rámec postavení cizinců v České republice

Poradna pro státní občanství, občanská a lidská práva

Praha, prosinec 2000

Na úvod:

Smyslem následujících stránek není naprosto vyčerpávajícím způsobem odhalit a analyzovat vnitrostátní právní řád České republiky a jeho neduhy ve vztahu k právnímu postavení cizinců a jejich jednotlivých kategorií z pohledu právních norem vznikajících mimo zákonodárné sbory České republiky.

Práce je zaměřena na ty stěžejní právní norny a mezinárodní závazky České republiky v oblasti mezinárodního i vnitrostátního cizineckého práva, které se výrazně odrážejí v každodenním životě člověka a státní občané si mnohdy ani neuvědomí, že spolu s nimi zde žijí lidé, jejichž život je často spíše svazován než upravován takovými právními normami, které svou zastaralostí nebo nedokonalostí rozhodně nemohou vytvořit efektivní právní rámec života cizince. To, že se ještě velmi často jedná o právní úpravy vzájemně nenavazující, popř. i odporující těm mezinárodním závazkům, které mají na základě čl. 10 ústavního zákona č. 1/1993 Sb. Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů, přednost před zákonem, by mělo být spíše důvodem k zamyšlení a k podnícení takových aktivit zainteresovaných stran, které vyústí v systémový proces integrace cizinců do společnosti v České republice.

Ale protože má-li být dosaženo stavu lepšího, je druhou stranou mince jménem Kritika povinnost též předkládat návrhy a podněty k přibližování se a v některých oblastech i udržování kvalitní úrovně požadovaného cíle. Jelikož jak vnitrostátní právní řád, tak mezinárodní právo prochází v posledním desetiletí opravdu bouřlivým vývojem, je materiál zpracován k datu 1. ledna 2001 a téměř na všech místech odráží i primární komunitární právo právě s ohledem na dlouhodobé úsilí České republiky o vstup do Evropské unie. Proto tato práce obsahuje i návrhy na možné legislativní změny, které by rozhodně neměly být slepě přijímány ani zatracovány, ale mají být právě oním základem a možná i příspěvkem k vytvoření kvalitního právního rámce pro integraci cizinců v České republice.

1. Cizinec ve vnitrostátním právu ČR

1.1. Platný vnitrostátní právní řád rozlišuje následující kategorie cizinců:

- cizinec, jíž byl udělen azyl v ČR (azylant),
- cizinec žádající o udělení azylu v ČR (žadatel o azyl)
- osoba s povoleným trvalým pobytem v ČR a
- osoba s povoleným přechodným pobytem v ČR.

1.2. Uvedené kategorie cizinců jsou ve vnitrostátním právu definovány rozdílnými právními předpisy. Právní režim žadatele o azyl a azylanta je definován zákonem č. 325/1999 Sb. o azylu, cizinci s povoleným trvalým a přechodným pobytem pak spadají pod právní režim zákona č. 326/1999 Sb. o pobytu cizinců na území ČR (dále jen "cizinecký zákon"). Právní režim cizince, jemuž byl udělen azyl v ČR, bude předmětem dalšího zkoumání pouze v kontextu těch práv cizinců, kdy jejich nedostatečnou právní úpravou popř. i aplikační praxí může docházet k nerespektování práv azylanta nejen podle práva mezinárodního, ale i vnitrostátního. Jelikož se v ČR uplatňuje princip "dělení" cizineckého práva, uvedenými právními předpisy se řídí pouze tzv. pobytový status, neboli podmínky pro vstup, pobyt a opuštění území ČR s tím, že oba předpisy v některých případech stanoví též rámec práv odlišných od práva pobytu. Podle platného práva se jedná např. o vyloučení osob s uděleným vízem za účelem strpění podle § 35 cizineckého zákona z celého systému sociálního zabezpečení a sociální pomoci. Ostatní práva cizinců jsou, jak již bylo uvedeno výše, upravena zvláštními předpisy.

1.3. Nespornou výhodou tohoto pojetí cizineckého práva je jednoznačné určení právního předpisu, kterým se konkrétní právo cizince řídí. K dalším, i když spíše teoretickým výhodám náleží téměř výlučná příslušnost jednotlivých resortů státní správy, což by mělo při výkonu státní správy vést k jednotnému postupu i jednotné aplikaci právních norem. Na druhou stranu jedinou nevýhodou tohoto pojetí cizineckého práva je poměrně složitá orientace laika cizince v množství právních předpisů, které mnohdy z podstaty věci vyžadují častější novelizace (např. daňové předpisy).

1.4. Jediným specifikem českého právního řádu je neexistence pozitivního vymezení pojmu "osoba bez státní příslušnosti tak, jak jej zná Úmluva OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti (pozn. ČR není ke 31.12.2000 smluvní stranou). Zde je proto nezbytné využít definice cizince podle cizineckého zákona, který za cizince označuje každou fyzickou osobu, která není státním občanem ČR, aniž by dále cizinecký zákon rozlišoval, je-li tato fyzická osoba státním občanem jiného státu, či je bez státní příslušnosti, neboli též bezdomovcem. Tento na první pohled formální nedostatek však může ve svém důsledku i vyvolat nerespektování mezinárodních závazků u uvedené Úmluvy jen proto, že zatímco Úmluva požaduje pro bezdomovce právní režim shodný s právním režimem státních občanů smluvní strany, vnitrostátní právo pohlíží na bezdomovce jako na "řadového" cizince.

2. Cizinecké režimy

2.1. Každý stát uplatňuje na svém území vůči cizincům tzv. cizinecký režim, který spočívá právě v míře poskytnutých práv cizincům vůči právům poskytovaných vlastním státním

občanům, tedy občanům přijímajícího státu. Každý stát je přitom vázán jednak normami cizineckého práva mezinárodního (jako jsou např. Úmluva OSN o právním postavení uprchlíků či Úmluva OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti), jednak svými vlastními vnitrostátními normami cizineckého práva. Tento vnitrostátní cizinecký režim (právo) je trojího druhu:

2.2. O **tuzemský (asimilační, paritní, národní) režim** jde tehdy, pokud přijímající stát poskytuje cizím státním příslušníkům téměř shodná práva jako vlastním občanům, i když se nikdy nemůže jednat o režim naprosto shodný, protože výjimky mají původ právě v institutu státního občanství. Jedná se o kategorii občanských práv a povinností (např. vojenská povinnost).

2.3. O **režim nejvyšších výhod** půjde tehdy, pokud je mezi alespoň dvěma státy smluvně zakotveno, že státním občanům druhých smluvních států bude přijímající stát poskytovat všechna práva a v takové míře, která jsou nebo budou poskytnuta státním občanům kteréhokoli dalšího státu. Tento druh režimu vlastně smluvně zakotvuje mezi státy zákaz diskriminace státních občanů smluvních států oproti státním občanům nesmluvního (třetího) státu.

2.4. **Režim zvláštní** znamená, že stát upravuje práva a povinnosti cizinců zvláštními právními předpisy, které sice neporušují obecné požadavky mezinárodního práva, nicméně umožňují poskytovat cizím státním příslušníkům z různých států jednotlivá práva a povinnosti odlišně. Aby se státy vyhnuly odlišnému (především horšímu) postavení svých státních občanů v přijímajícím státě oproti postavení občanů z tohoto státu na svém území, smluvně si toto postavení občanů zajišťují, a to na základě principů vzájemně shodného právního postavení svých občanů, neboli na základě reciprocity. Reciprocita (vzájemnost) je tedy nejčastěji zakotvena především dvoustrannou mezinárodní smlouvou, i když nelze vyloučit ani smlouvu mnohostrannou. Právní režim vztahující se na všechny cizince, se běžně zajišťuje i na základě vnitrostátního právního předpisu - zákona, který upravuje práva a povinnosti jednotlivce.

3. Mezinárodněprávní závazky ČR a jejich implementace ve vnitrostátním právním řádu

3.1. Při diskusi o právech (právním režimu) cizinců je nejčastěji pozornost zaměřena na práva, která jsou explicitně zakotvena v

- Mezinárodním paktu o občanských a politických právech č. 120/1976 Sb.,
- Mezinárodním paktu o hospodářských sociálních a kulturních právech č. 120/1976 Sb. a
- v Evropské úmluvě o lidských právech a protokolech k ní č. 209/1992 Sb. (dále jen "EÚLP"). Zatímco prvně uvedené smlouvy stanoví lidská práva jednotlivců bez ohledu na státní občanství nebo právě v závislosti na existenci tohoto státoobčanského svazku mezi jednotlivcem a státem. Oproti tomu EÚLP a protokoly k ní zakotvují i konkrétní práva cizinců. Jelikož však existují především mnohostranné mezinárodní smlouvy, které zakotvují práva cizinců a jichž je ČR smluvní stranou, bude pozornost zaměřena především na ně. Konkrétně se jedná o
- Úmluvu OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti,
- Úmluvu RE o účasti cizinců na veřejném životě na místní úrovni (ETS 144).

Z hlediska ústavněprávního je naprosto neopominutelné nezmínit i Listinu základních práva

svobod č. 2/1993 Sb., ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb. (dále jen "Listina"), která jde nedílnou součástí ústavního pořádku ČR.

3.2. **Amsterdamská smlouva**, základní "právní kámen" EU, výslovně v čl. 12 (zákaz diskriminace) zakazuje rozdílné zacházení se státními občany EU na základě jejich státního občanství (příslušnosti) podle členského státu EU. Je tedy naprosto zjevné, že všechny vnitrostátní právní předpisy uvedené v této práci (pokud nepozbyly platnosti), dosud nejsou v souladu s jedním ze základních principů EU.

3.3. Pozornost tak bude věnována především právům

- majetkovým včetně práv vlastnických (i dědických) a práv k nehmotným statkům
- politickým (právo volební a sdružovací)
- pracovním včetně zprostředkování zaměstnání
- na zdravotní péči včetně zdravotního pojištění
- na sociální a důchodové zabezpečení
- na vzdělání
- na svobodu pohybu
- ochrany pobytu na území přijímajícího státu

3.4. Práva majetková

3.4.1. Obecně je právo na majetek chráněno čl. 2 **Dodatkového protokolu k EÚLP**. Dodatkový protokol však nechrání práva vlastnická v celé šíři, tedy právo disponovat, nakládat a užívat majetek, ale pouze právo na pokojné užívání majetku. Na jedné straně je tato ochrana omezující pro vlastníky, na straně druhé čl. 2 Dodatkového protokolu chrání i nájemní právní vztahy. Dodatkový protokol rovněž vymezuje osobní rozsah v maximální možné míře, tedy chrání pokojné užívání majetku všech fyzických osob, které jsou pod jurisdikcí smluvních stran, bez rozdílu.

3.4.2. **Úmluva OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti** v čl. 13 požaduje, aby bezdomovci měli v majetkověprávních vztazích co nejvýhodnější postavení, avšak v žádném případě ne horší než cizinci obecně. Naprosto shodně tomu je i v případě **Úmluvy o právním postavení uprchlíků**.

3.4.3. **Listina** v čl. 11 odst. 1 obecně zakotvuje právo vlastnit majetek jako právo každého jednotlivce s tím, že je současně garantována rovnost vlastnických práv jednotlivců. Pokud tedy jde o ochranu již existujících vlastnických práv, vnitrostátní právní řád nečiní jakéhokoli rozdílu mezi státními občany a cizinci všech kategorií. Omezujícím ustanovením odst. 2 je poté zakotveno, že "*... zákon může také stanovit, že určité věci mohou být pouze ve vlastnictví občanů nebo právnických osob se sídlem v České republice.*" Toto ustanovení je ústavním základem pro omezení nabytí vlastnických práv právě v závislosti na vztahu mezi jednotlivcem (v tomto případě i právnickou osobou) a státem. Historickým, a současně i typickým, příkladem je výrazné omezení nabývání nemovitých věcí cizími státními občany včetně cizích-zahraněních právnických osob.

3.4.4. Vnitrostátní právní řád tak nečiní rozdílu mezi cizinci obecně a českými státními občany při poskytování ochrany majetkových práv (tedy i práva vlastnického), ale rozlišuje mezi nimi při nabývání nemovitého majetku. Neomezeně nabývat nemovitý majetek v ČR mohou pouze ti cizinci, kteří mají v ČR povolen trvalý pobyt (u právnických osob je

rozhodným kritériem sídlo na území ČR), ostatní cizinci toliko v taxativně vymezených důvodech podle § 17 **zákona č. 219/1995 Sb., devizový zákon**, ve znění pozdějších předpisů. Devizový zákon totiž nepracuje s pojmem státní občan, ale s pojmem tuzemec. Tím je podle § 1 již uvedená fyzická osoba s trvalým pobytem v ČR. Ostatní cizinci pak mohou nabýt nemovitý majetek toliko:

- děděním,
- nabytím nemovitosti do společného majetku manželů,
- nabytím nemovitosti realizací předkupního práva z titulu podílového spoluvlastnictví nemovitosti,
- výměnou tuzemské nemovitosti za jinou tuzemskou nemovitost, nebo
- postavením stavby na pozemku, jehož je vlastníkem.

Devizový zákon sám sebe v § 17 označuje za právní předpis obecně upravující nabývání vlastnických práv k nemovitostem cizinců.

3.4.5. Pokud tedy existuje zákon, který umožňuje nabytí, popř. obnovení vlastnického práva k nemovitosti cizincem, cizinec nabude vlastnických práv k nemovitostem právě proto, že se jedná o zvláštní zákon podle devizového zákona (*lex specialis derogat lex generalis*). Konkrétně se jedná např. o **zákon č. 229/1991 Sb., zákon o půdě**, ve znění pozdějších předpisů (§ 4 - "fyzická osoba, která je státním občanem ČR"), **zákon č. 403/1990 Sb., o zmírnění následků některých majetkových křivd**, ve znění pozdějších předpisů (§ 1 - "fyzická nebo soukromá právnická osoba"), **zákon č. 427/1990 Sb., o převodech vlastnictví státu k některým věcem na jiné právnické nebo fyzické osoby**, ve znění pozdějších předpisů (§ 3 - "fyzické osoby, které jsou českými občany, nebo byly československými občany po 25.2.1948"), **zákon č. 92/1991 Sb., o podmínkách převodu majetku státu na jiné osoby**, ve znění pozdějších předpisů (§ 1 - "česká nebo zahraniční fyzická nebo právnická osoba").

3.4.6. Již nyní je zcela jasné, že tato situace není nadále udržitelná především vůči státním občanům členských států EU. V čl. 46 odst. 7 **Evropské dohody o přidružení (Evropská dohoda zakládající přidružení mezi ČR na jedné straně a Evropskými společenstvími a jejich členskými státy na straně druhé) č. 7/1995 Sb.**, se výslovně uvádí, že: "... právo nabývat, užívat, pronajímat a prodávat nemovitosti ... ČR poskytne státním občanům Společenství podnikajícím v ČR jako individuální podnikatelé, kde to bude nezbytné pro provádění výdělečných činností pro něž jsou zavedeni, nejpozději ke konci přechodného období ...".

3.4.7. Ve vztahu k devizovému zákonu bude proto naprosto nezbytné rozšířit definici tuzemce podle § 1 písm. b) i na kteréhokoli státního občana členského státu EU, pokud sekundární komunitární právo výslovně nestanoví členským státům EU povinnost obecně zajistit nabývání nemovitostí i některým dalším kategoriím cizinců, např. následující způsobem:

"Pro účely tohoto zákona se rozumí ...

b) tuzemcem fyzická osoba s trvalým pobytem v tuzemsku **nebo státní občan členského státu Evropské unie**, nebo právnická osoba se sídlem v tuzemsku **nebo v některém členském státě Evropské unie**.

c) cizozemcem fyzická nebo právnická osoba neuvedená v písmenu b), ...".

3.4.8. **Zákon č. 121/2000 Sb., autorský zákon**, považuje sice za autora každou fyzickou osobu, která dílo vytvořila, a však osobní rozsah (§ 107) je obecně stanoven pouze na občany

ČR. Cizincům shodná práva jako státním občanům ČR přiznávají na základě mezinárodních smluv, kterými je ČR vázána a které byly vyhlášeny ve Sbírce mezinárodních smluv (do 31.12.1999 ve Sbírce zákonů). Pokud taková smlouva není, jsou cizincům poskytnuta stejná práva jako občanům ČR tehdy, jde-li o vzájemnost (reciprocitu), což znamená, že stát, jehož je cizinec státním občanem, zachází se státními občany ČR jako se svými státními občany. Jestliže neexistuje mezinárodní smlouva, ani právě zmíněná vzájemnost, je autor-cizinec ve shodném právním režimu se státním občanem ČR, jestliže v ČR své dílo poprvé zveřejnil, tedy toto dílo nebylo doposud nikdy a nikde zveřejněno, nebo pokud má v ČR bydliště. Jelikož zde autorský zákon nečiní odkaz na cizinecký zákon, má být pro poskytnutí shodného právního režimu cizince se státním občanem ČR postačující přihlášení cizince k pobytu podle zákona č. 133/2000 Sb. Autorský zákon je tudíž v souladu s čl. 14 Úmluvy o právním postavení uprchlíků a čl. 14 Úmluvy o právním postavení osob bez státní příslušnosti, k níž ČR dosud nepřistoupila, které požadují, aby azylantovi (uprchlíkovi) a bezdomovci byla poskytnuta práva shodná s právy státních občanů smluvních stran.

3.5. Volební právo

3.5.1. Volební právo náleží do kategorie práv politických, která jsou historicky vázána na existenci vazby mezi jednotlivcem a státem. Tato vazba je obvykle vyjádřena státním občanstvím, neboli též souborem práv, oprávnění a povinností jak státu, tak jednotlivce. K právům politickým se řadí nejen aktivní a pasivní volební právo, ale i právo vlastní účasti na veřejném životě a účasti v rozhodovacích procesech společnosti.

3.5.2. Mezinárodní právní závazky, tak jak jsou obsaženy v čl. 25 **Mezinárodního paktu o občanských a politických právech**, který hovoří v souvislosti s politickými právy toliko o občanovi, a nikoli o jednotlivci či fyzické osobě, vnitrostátní právní předpisy plně akceptují.

3.5.3. **Dodatkový protokol k EÚLP** však v čl. 3 zakotvuje povinnost států, a tedy i ČR, "... konat v rozumných intervalech svobodné volby s tajným hlasováním za podmíněk, které zajistí svobodné vyjádření názorů lidu při volbě zákonodárneho sboru.". Evropský soud pro lidská práva se při svém rozhodování nevěnuje personálnímu rozsahu, nýbrž pojmovým znakům volebního práva (všeobecnost, rovnost, přímost, tajnost). Na základě toho, že je personální rozsah volebního práva do obou komor Parlamentu ČR, jako do onoho zákonodárneho sboru uvedeného ve čl. 3, omezen pouze na státní občany ČR, nelze dojít k závěru, že se jedná o nerespektování přijatého mezinárodního závazku.

3.5.4. **Evropská úmluva o účasti cizinců na veřejném životě na místní úrovni** však ze své podstaty zakotvuje volební (aktivní i pasivní) volební právo cizinců, kteří mají v obci právoplatný pobyt. Podle předkládací zprávy se má jednat toliko o cizince s povoleným trvalým pobytem v obci, zřejmě podle cizineckého zákona a zákona č. 133/2000 Sb. o evidenci obyvatel a rodných číslech. Jedná se o velmi zužující a samotnou podstatu právoplatnosti přechodného pobytu cizince zpochybňující výklad, protože pojem trvalý pobyt je obsahově podřazen pojmu právoplatný pobyt, a nelze z něj v žádném případě vyvodit, že cizinec, který nemá v ČR povolen trvalý pobyt, se zde zdržuje neprávoplatně (*argumentum a contrario*). Jedná se o obecnější problém vnitrostátního cizineckého práva, kdy se v současné době teprve začíná vést diskuse o tom, kdy fakticky vzniká trvalejší vazba cizince ke státu a jak tento vztah cizince a ČR jednotně právně definovat v právních předpisech upravující velmi rozmanité oblasti každodenního života cizinců.

3.5.5. Naprosto odlišně, byť logicky a všech souvislostech, je však pojímán personální rozsah volebního práva podle čl. 19 **Amsterdamské smlouvy**. Ta zakotvuje volební právo každého občana EU (občanství EU je na základě čl. 17 odst. 1 Amsterdamské smlouvy odvozeno od existujícího státního občanství některého ze členských států EU) při obecních volbách a volbách do Evropského parlamentu. Občan EU tak může realizovat své volební právo ve všech členských státech EU, a to podle vnitrostátních právních předpisů členského státu, kde toto právo realizuje. Druhou ze dvou kumulativních podmínek, je že se tento občan EU zdržuje na území členského státu. Tím je zajištěna rovnost volebního práva občanů členských států EU ve všech členských státech EU. Volby do Evropského parlamentu však zatím neprobíhají podle sjednocené právní úpravy, ale podle těch právních předpisů, které upravují volby do zákonodárního orgánu státu.

3.5.6. Základním právním předpisem, který stanoví rámec volebnímu právu je **ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava ČR**, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "Ústava"), která v hlavě druhé čl. 18 zakotvuje základní podmínku aktivního volebního práva, práva volit, do nejvyššího zákonodárního sboru, tedy do Parlamentu ČR. Touto základní podmínkou aktivního volebního práva je státní občanství ČR. Jelikož však volby do Evropského parlamentu doposud probíhají na základě vnitrostátního právního předpisu, a Ústava obsahuje v čl. 20 odkaz na zákon, nebude nezbytné, pokud nedojde k dalšímu rozšíření volebního práva občanů EU i na parlamenty jako nejvyšší zastupitelské a zákonodárné orgány států, aby byla Ústava v tomto směru měněna.

3.5.7. Naopak **Listina** v čl. 21, který stanovuje základní právní rámec volebnímu právu jakožto součásti práv politických, hovoří toliko o občanech. Volební právo přitom sama Listina neoznačuje podle čl. 41 odst. 1 za právo, kterého je se možné domáhat v mezích zákona. Jelikož volební právo (aktivní i pasivní) začíná být na evropském kontinentu od počátku 90. let rozšiřováno jak personálně tak věcně, není vhodné, aby každá tato změna byla naprosto přesně zachycena v právní normě, která stanovuje základní smysl a rámec lidských práv. Bylo by proto např. vhodné, aniž by muselo dojít ke změně Listiny v personálním rozsahu volebního práva podle čl. 21, tento článek doplnit po vzoru právní úpravy čl. 20 Ústavy, následujícím způsobem:

"(5) Podrobnosti stanoví zákon."

3.5.8. Ve vztahu k volebnímu právu se konkrétně jedná o **zákon č. 247/1995 Sb., o volbách do Parlamentu ČR, zákon č. 152/1994 Sb., o volbách do zastupitelstev v obcích i zákon č. 130/2000 Sb., o volbách do zastupitelstev krajů**. Všechny totiž zakotvují jako jednu z kumulativních podmínek o těchto politických práv, dle vzoru Ústavy, právě státní občanství České republiky. To je v přímém rozporu nejen s Amsterdamskou smlouvou, ale v případě dvou posledně uvedených zákonů i s uvedenou Úmluvou RE. Proto se jako nezbytně nutné jeví rozšířit osobní rozsah jak zákona o volbách do Parlamentu ČR, podle něhož, jak již bylo uvedeno výše, by měly probíhat i volby do Evropského parlamentu, tak i zákonů o volbách do zastupitelstev v obcích a krajů. U obou zákonů je přitom nezbytné zohlednit širší personální rozsah s ohledem na uvedenou Úmluvu RE. Volební právo do "místních zastupitelských orgánů" by proto měli mít v ČR usazení občané EU, kteří jsou hlášeni k pobytu v obci podle zákona č. 133/2000 Sb. U ostatních cizinců, je pak nezbytné, aby se v ČR zdržovali trvale a byli v obci hlášeni k pobytu podle zákona č. 133/2000 Sb., bez ohledu na existenci či neexistenci povoleného trvalého pobytu podle cizineckého zákona. Osobní rozsah volebních zákonů je proto nezbytně upravit např. následujícím způsobem:

1) § 6 zákona č. 152/1994 Sb - vložit nový odst. 2 a současný odst. 2 označit jako odst. 3:

"(2) Právo volit do zastupitelstva v obci má za splnění podmínek uvedených v odstavci 1 též cizinec, který je hlášen k trvalému pobytu v obci (odkaz na zákon č. 133/2000 Sb.) a na území České republiky se zdržuje trvale. Podmínka trvalého zdržování se na území se nevztahuje na státního občana členského státu EU.

(3) ... "

- 2) § 12 odst. 2 zákona č. 152/1994 Sb - vložit slova "... nebo občan státu Evropské unie...":
 "(2) Členem volební komise může být státní občan České republiky **nebo státní občan členského státu Evropské unie**, který dosáhl věku 18 let (dále jen "občan"), u něhož nenastala překážka výkonu volebního práva. ...".
- 3) § 4 zákona č. 130/2000 Sb. - vložit nový odst. 2 a současný odst. 2 označit jako odst. 3:
"(2) Právo volit do zastupitelstva kraje má za splnění podmínek uvedených v odstavci 1 též cizinec, který je hlášen k trvalému pobytu v obci, (odkaz na zákon č. 133/2000 Sb.) kteřá náleží do územního obvodu kraje, a na území České republiky se zdržuje trvale. Podmínka trvalého zdržování se na území se nevztahuje na státního občana členského státu EU.
(3) ... "
- 4) § 1 zákona č. 247/1995 Sb. - vložit nový odst. 3, současné odst. 3 - 5 označit jako odst. 4 - 6 a rozšířit osobní rozsah pojmu "volič" v odst. 6:
"(3) Podle pravidel stanovených tímto zákonem pro volby do Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky se volí i do těch zastupitelských orgánů, o nichž tak stanoví mezinárodní smlouva.
(6) (3) Voličem pro volby podle odstavce 2 je státní občan České republiky (dále jen "občan"), (který v den voleb dosáhl věku nejméně 18 let). Voličem pro volby podle odstavce 3 je mimo občana i státní občan členského státu Evropské unie (dále jen "občan EU"). Občan a občan EU je voličem pro volby podle odstavců 2 a 3, pokud v den voleb dosáhl věku nejméně 18 let. Ve druhém kole voleb do Senátu může volit i občan, který v den konání druhého kola voleb dosáhl věku nejméně 18 let."

3.5.9. Jelikož součástí práv politických je i právo účasti na veřejném životě, která jsou podle již zmiňovaného Mezinárodního paktu o občanských a politických právech právy státoobčanskými, bude následující pasáž věnována **zákonu č. 298/1992 Sb. o místním referendu**, ve znění pozdějších předpisů. Ten v § 3 definuje jako oprávněnou osobu hlasovat při referendu "*občana České republiky, který v obci nebo v městské části má trvalý pobyt podle zákona č. 133/2000 Sb., a nejpozději v den hlasování dosáhl věku 18 let.*" § 3a, s ohledem na Evropskou úmluvu o účasti cizinců na veřejném životě na místní úrovni, pak rozšiřuje definici oprávněného občana i na kteréhokoli cizince, který dosáhl věku 18 let a je v obci přihlášen k trvalému pobytu, pokud tak stanoví mezinárodní smlouva, kterou je ČR vázána a která byla vyhlášena ve Sbírce mezinárodních smluv. Právo rozhodovat v místním referendu tak má ze zákona každý cizinec, který je hlášen k pobytu v obci podle zákona č. 133/2000 Sb. bez ohledu na to, byl-li mu udělen trvalý pobyt podle cizineckého zákona či nikoli. Zákon o místním referendu tak zajišťuje všem cizincům bez výjimky shodné postavení jako státním občanům ČR.

3.6. Právo sdružovací

3.6.1. Podstatně širší personální vymezení je však zakotveno právu na svobodu sdružovací podle čl. 22 **Mezinárodního paktu o občanských a politických právech**, který přiznává toto právo každému jednotlivci a nikoli pouze státnímu občanu. Možnost omezení tohoto

práva je připuštěna toliko z důvodu ochrany demokratické společnosti, veřejné bezpečnosti a pořádku a ochrany práv a svobod ostatních, popř. je omezení tohoto práva možné pro některé profesní skupiny, nikoli tedy na skupiny jednotlivců podle státní příslušnosti.

3.6.2. **EÚLP** v čl. 11 definuje svobodu sdružovat se jako právo každého jednotlivce, tedy bez rozlišování dle státního občanství. EÚLP však současně rovněž výslovně zakotvuje právo státu omezit práva cizinců, kdy v čl. 16 říká, že "*....nic nemůže být považováno za bránící ... uvalit omezení na politickou činnost cizinců*".

3.6.3. **Úmluva OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti** a Úmluva OSN o právním postavení uprchlíků požadují v čl. 15, aby i bezdomovcům a azylantům (uprchlíkům) byla garantována stejná míra svobody sdružování jako cizincům. V souvislosti s výše uvedenými právy z Mezinárodního paktu o občanských a politických právech a z EÚLP je patrné, že cizinci (a tedy i bezdomovci) mají mít toto právo garantováno ve stejném rozsahu jako státní občané za podmínky, že se jedná o neziskové nebo nepolitické sdružení. Vnitrostátní právní řád tyto závazky nerespektuje.

3.6.4. Problematickými se tak jeví zejména **zákon č. 83/1990 Sb., o sdružování**, ve znění pozdějších předpisů. Zákon o sdružování zakotvuje v § 1 odst. 1 právo svobodného sdružování pouze pro občany. Oproti Mezinárodnímu paktu o občanských a politických právech i oproti EÚLP je okleštěn personální rozsah tohoto práva. Jelikož zákon o sdružování dále nespécifikuje pojem "občan" pro účely tohoto zákona, lze jeho obsah dovodit pouze ze zákona č. 40/1993 Sb. o nabytí a pozbytí státního občanství České republiky, ve znění pozdějších předpisů. Za občana tak lze považovat toliko státního občana ČR. Toto lze dále dovodit i z § 20 zákona o sdružování, který výslovně říká, že "*podmínky činnosti organizací s mezinárodním prvkem se řídí zvláštním zákonem*". Státní občanství odlišné od státního občanství ČR je považováno za mezinárodní prvek ve smyslu zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním. Podle historického výkladu práva sdružovacího a v souladu s čl. 42 odst. 3 je však nezbytné, aby byl pod pojmem občan podle sdružovacího zákona chápán každý člověk. Tato ústavněprávní konstrukce, v návaznosti s uvedenými právními předpisy, však mají v praxi za následek tu skutečnost, že právo sdružovací je chápáno jako právo toliko občanů. Jako adekvátní řešení by se proto jevil rozšířit osobní rozsah zákona o sdružování tak, aby došlo k terminologickému sjednocení právních předpisů, a aby toto právo měli nejen občané a cizinci s povoleným trvalým pobytem, ale i ti cizinci, kteří se v ČR trvale zdržují. Mělo by jít nejen o právo stát se členem sdružení, ale sdružení i založit. Zamýšleného by bylo možné dosáhnout např. následujícími změnami zákona o sdružování:

1) § 1 odst. 1 - nahradit pojem "občan" pojmem "fyzická osoba":

"(1) **Fyzické osoby** (*Občané*) mají právo se svobodně sdružovat."

2) § 1 odst. 3 - vypustit z návrhu slovo "občanů":

(3) Tento zákon se nevztahuje na sdružování (*občanů*)

a) v politických stranách a politických hnutích,

b) k výdělečné činnosti nebo k zajištění řádného výkonu určitých povolání,

c) v církvích a náboženských společnostech."

3) § 4 písm. a) - nahradit pojem "občan" pojmem "jednotlivec", jelikož se jedná o nesprávně zvolenou terminologii:

"Nejsou dovolena sdružení

a) jejichž cílem je popírat nebo omezovat osobní, politická nebo jiná práva (*občanů*) **jednotlivců** pro jejich národnost, pohlaví, rasu, původ, politické nebo jiné smýšlení,

náboženské vyznání nebo sociální postavení, rozněcovat nenávisť a nesnášenlivost s těchto důvodů, podporovat násilí, anebo jinak porušovat ústavu a zákony."

4) § 6 odst. 2 - nahradit pojem "občané" pojmem "fyzické osoby" a rozšířit podmínku nejen o věk, ale i existenci nahlášení k trvalému pobytu podle zákona č. 133/2000 Sb.:

"Návrh na registraci mohou podávat nejméně tři (*občané*) **fyzické osoby** z nichž alespoň (*jeden*) **jedna** musí být starší 18 let **a musí být hlášena k trvalému pobytu podle zvláštního zákona** (odkaz na zákon č. 133/2000 Sb.) (dále jen "přípravný výbor")."

5) § 17 - vypustit slovo "občané" bez náhrady:

"Jsou-li schůze nebo jiná shromáždění sdružení přístupná veřejnosti, mají přítomní (*občané*) povinnosti účastníků shromáždění."

6) § 20 - zrušit bez náhrady:

"(Podmínky činnosti organizací s mezinárodním prvkem se řídí zvláštním zákonem.)"

3.6.5 Vlastní povaha **zákona č. 116/1985 Sb., o podmínkách činnosti organizací s mezinárodním prvkem v České republice**, ve znění pozdějších předpisů, je v rozporu jak s čl. 22 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, tak s čl. 11 EÚLP, jelikož svoboda sdružování je založena na povolovacím a nikoli oznamovacím (registračním) principu, jak je tomu u sdružení vzniklých na základě zákona o sdružování. Jedná se tedy o poskytnutí nižšího standardu práv těm osobám, které nejsou státními občany ČR. Povolovací princip znamená výrazný zásah do práva na sdružování všech osob, které nejsou státními občany ČR, protože jsou již při snaze realizovat své právo závislé na úvaze správního orgánu, jelikož zákon č. 116/1985 Sb. říká, že "*ministerstvo vnitra může povolit zřízení organizace*" a nikoli "že povolí zřízení organizace". Tato závislost je umocněna tím, že na povolení činnosti organizace s mezinárodním prvkem není zákonný nárok ani při splnění podmínek stanovených tímto zákonem (§ 3 odst. 1). Narovnání tohoto stavu by bylo možné dosáhnout v kontextu změn již navrhovaných. Tím, že by došlo k vypuštění § 20 ze zákona o sdružování, by se rozšířil jeho rozsah i na "organizace s mezinárodním prvkem, které neprovozují hospodářskou činnost" (§ 3 odst. 2). Navrženou následnou změnou by byla tato sdružení explicitně vyňata z režimu zákona č. 116/1985 Sb:

§ 1 odst. 2 - doplněním nové věty omezit rozsah zákona:

"Pro účely tohoto zákona se organizací s mezinárodním prvkem rozumí mezinárodní nevládní organizace a organizace cizích státních příslušníků. **Tento zákon se nevztahuje na organizace založené podle zvláštního zákona** (odkaz na zákon č. 83/1990 Sb.) **nebo byl-li podán návrh na jejich registraci podle zvláštního zákona** (odkaz na zákon č. 83/1990 Sb.)."

3.6.6. Vztah ke svobodě sdružování má i **zákon č. 424/1991 Sb. o sdružování v politických stranách a v politických hnutích**, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o politických stranách"). Ten však umožňuje, aby byla politická strana založena toliko českými státními občany a pouze občané se mohou stát členy politických stran. Zákon o politických stranách v § 19 písm. i) rovněž zakazuje, aby politická strana nebo politické hnutí přijalo bezúplatně plnění od fyzických osob, které nejsou státními občany ČR, a jedná-li se o cizince, pak musí mít tento cizinec povolen trvalý pobyt podle cizineckého zákona. Jelikož EÚLP umožňuje omezení některých práv cizinců, nelze mít za to, že by nemožnost sdružování v politické straně či hnutí znamenalo porušení EÚLP. Úmluvy OSN o právním postavení uprchlíků a osob bez státní příslušnosti svým negativním vymezením zákazu omezení sdružovacího práva na nepolitická a nezisková sdružení těmito kategoriím cizinců rovněž negarantuje právo na založení či na členství v politické straně či hnutí.

3.7. Pracovněprávní ochrana

3.7.1. **Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech č. 120/1976 Sb.** v čl. 6 odst. 1 garantuje právo na práci každému bez rozdílu, tedy i bez rozdílu v závislosti na státním občanství. Pakt definuje právo na práci jako právo každého mít příležitost si na živobytí vydělávat svobodně vybranou práci. Pakt dále nezná v případě práva na práci možné omezení na základě např. stability ekonomiky státu a umožnit tak státům stanovovat limity pro vstup cizinců na trh práce. Na druhou stranu obecný princip zákonného omezení práv garantovaných Paktem zakotvený v čl. 4 umožňuje, aby při zachování smyslu chráněného práva, bylo toto právo omezeno právě a výlučně zákonem. Na základě zákona je tak právo na práci v ČR poskytováno v závislosti na existenci či neexistenci českého státního občanství a dále pak na druhu povoleného pobytu v ČR pro cizince.

3.7.2. Oproti tomu **Evropská sociální charta č. 14/2000 Sb.** hovoří v případě práva na práci podle čl. 1 odst. 2 toliko o pracovníkovi, a to bez další specifikace. Z obecně formulovaných návětí jednotlivých závazků, jakož i některých konkrétních práv lze dojít k názoru, že pracovníkem se rozumí kterýkoli státní občan státu, který je smluvní stranou Charty, na území dalšího smluvního státu. Např. v čl. 18 smluvní strany přijímají závazek "*liberalizovat právní předpisy upravující zaměstnávání zahraničních pracovníků*" a "*používat existující předpisy v liberálním duchu*" "*při právu na výdělečnou činnost na území jiných smluvních stran*". Jelikož ČR tento závazek nepřejala, nelze usuzovat, že by tak příslušné vnitrostátní předpisy bylo možné vykládat v duchu tohoto ustanovení.

3.7.3 **Obě úmluvy OSN o právním postavení uprchlíků a osob bez státní příslušnosti** v čl. 15 a v čl. 16 požadují, aby bylo azylantům a bezdomovcům přiznáno právo na práci a právo na svobodné podnikání v minimálním rozsahu cizince. Jak bude uvedeno níže, v případě azylantů a žadatelů o azyl poskytuje ČR vyšší úroveň tohoto práva. Naopak, bezdomovci se nacházejí ve shodném právním režimu s cizinci.

3.7.4. Za nejnáročnější lze z pohledu práva na práci bezesporu považovat **Amsterdamskou smlouvu** (čl. 48 původní **Smlouvy o založení ES**), která ve svém čl. 39 zakotvuje princip volného pohybu pracovních sil: "*Volný pohyb pracovníků uvnitř Společenství je zajištěn. Volný pohyb zahrnuje, pokud jde o zaměstnání, odměnu za práci a jiné pracovní podmínky zrušení jakékoli diskriminace mezi pracovníky mezi pracovníky členských států založené na státním občanství.*" Volný pohyb pracovních sil je omezen dvěma základními kritérii. Prvním je ochrana veřejné bezpečnosti, veřejného pořádku a ochrana zdraví, druhým pak vynětí zaměstnání ve veřejné správě. Pro vstup ČR do EU bude proto nezbytné, aby především zákon o zaměstnanosti zajistil totožný právní režim minimálně pro státní občany kteréhokoli členského státu EU. (Tato pasáž nezohledňuje případná přechodná období v oblasti zaměstnanosti.)

3.7.5. **Listina** v čl. 26 navazuje obsahově i terminologicky na Pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech a v intencích možného zákonného omezení výslovně zakotvuje odlišnou úpravu práva na práci pro cizince. Zákoník práce, zákon č. 65/1965 Sb., ve znění pozdějších předpisů pro účely pracovněprávních vztahů nerozlišuje mezi pracovníky v návaznosti na státní občanství ČR a v § 11 hovoří toliko o fyzické osobě, která je způsobilá mít v pracovněprávních vztazích práva a povinnosti a je způsobilá vlastními právními úkony nabývat těchto práv a brát na sebe odpovědnost. Za stěžejní právní předpisy lze považovat nejen Zákoník práce, ale především zákon č. 1/1991 Sb. o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 455/1991 Sb., živnostenský zákon, ve znění pozdějších předpisů.

3.7.6. **Zákon č. 1/1991 Sb. o zaměstnanosti** přesně definuje obsah práva na práci jako

- a) právo na zprostředkování zaměstnání,
- b) právo na rekvalifikaci a
- c) právo na hmotné zabezpečení uchazeče o zaměstnání.

ad a) Toto právo na práci je však v celém svém rozsahu zaručeno pouze pro státní občany ČR. To znamená, že právo na práci cizinci podle § 2 odst. 1 zákona o zaměstnanosti nepožívají. § 2 odst. 2 následně stanoví obecný princip možnosti zaměstnání cizince v ČR toliko s povolením k zaměstnání od úřadu práce. Jedná se sice o obecné pravidlo, které bylo celou řadou novelizací zákona o zaměstnanosti zúženo toliko na cizince, kteří pobývají v ČR nejen z důvodů zaměstnání jak poněkud úzce definuje výdělečnou činnost cizinecký zákon, ale z důvodů provozování výdělečné činnosti v celém spektru povolání. Na povolení k zaměstnání se právně nevztahuje prodloužení jeho platnosti, nýbrž je nezbytné, aby cizinec žádal vždy o povolení k zaměstnání nové.

Zde je nezbytné opakovaně upozornit na dikci ustanovení § 2 odst. 2, podle něhož mohou být zaměstnáváni toliko cizinci, kterým "*...bylo uděleno povolení k zaměstnání a povolení k pobytu*". Zákon o zaměstnanosti sice váže platnost povolení k zaměstnání na platné vízum za účelem zaměstnání, avšak k udělení víza cizinecký zákon vyžaduje platné povolení k zaměstnání (§ 31 odst. 2 cizineckého zákona) a k prodloužení víza za účelem zaměstnání pak trvání stejného účelu pobytu (§ 33 odst. 2 cizineckého zákona), neboli cizinec je povinen předložit platné, opakovaně vydané, povolení k zaměstnání k žádosti o prodloužení víza. Toto nové povolení k zaměstnání mu však úřad práce v praxi mnohdy nevydá s odůvodněním, že cizinec dosud nemá zajištěn pobyt a povolení by tak stejně pozbylo platnosti. Jelikož tak cizinec nezíská povolení k zaměstnání, cizinecká policie cizinci vízum neprodlouží a cizinec je povinen opustit území ČR. Problém tedy nevzniká při vstupu cizince na pracovní trh v ČR ze zahraničí, ale při snaze cizince na trhu práce zůstat legálně déle než jeden rok. V těchto případech dochází v praxi k negativním kompetenčním sporům mezi úřady práce a cizineckou policií, jelikož oba úřady požadují "potvrzení úřadu druhého". Protože na základě ustanovení § 2a odst. 3 je platnost povolení k zaměstnání vázána mj. i na platnost víza za účelem zaměstnání, a § 2a odst. 1 pro vydání povolení k zaměstnání nedefinuje jako podmínku platné vízum, zůstane zde zřejmě "Černý Petr" na straně úřadů práce. Ty totiž mohou podle zákona vydat povolení vždy, je-li to v souladu s poptávkou na místním trhu práce.

Zákon o zaměstnanosti rozlišuje, kdy toto povolení k zaměstnání vydává úřad práce ze zákona, a kdy na základě svého uvážení. Zákon tak zná následující kategorie diskreční pravomoci úřadů práce, kdy platí nepřímá úměra mezi touto diskreční pravomocí a možností cizince získat pracovní povolení:

1. vysoká míra diskreční pravomoci - cizinci je povolení k zaměstnání vydáno pouze v závislosti na situaci na místním trhu práce a v závislosti na jeho schopnostech konkrétní "nedostatkovou" profesi vykonávat. Toto omezení se vztahuje i na ty cizince, kteří jsou do ČR vysláni svým zahraničním zaměstnavatelem na základě uzavřené dohody s tuzemskou právnickou nebo fyzickou osobou. Tomuto režimu podléhají všichni cizinci, kteří jsou držiteli dlouhodobého víza za účelem zaměstnání podle § 31 cizineckého zákona. Nevyjasněnou zůstává nadále otázka zaměstnávání těch cizinců, kteří pobývají v ČR rovněž na základě dlouhodobého víza, avšak nikoli za účelem zaměstnání, nýbrž za účelem strpění pobytu nebo za účelem sloučení s členem rodiny. Podstata problému spočívá v laickém výkladu pojmu "pobyt" podle zákona o zaměstnanosti ve vztahu k pojmu "pobyt" podle nového cizineckého zákona. Nový cizinecký zákon totiž za pobyt označuje jakékoli legální zdržování se cizince v ČR, tedy od pobytu krátkodobého, kdy se, zjednodušeně řečeno jedná

o turistický režim, až po pobyt trvalý. Nový cizinecký zákon tak za pobyt považuje i pobyt na vízum nad 90 dnů, tedy na vízum, které se vydává i pro účel zaměstnání. Avšak cizinecký zákon platný do 31.12.1999 definoval pobyt cizince jako pobyt s povolením k pobytu dlouhodobému od 90 do 365 dnů nebo jako pobyt trvalý. Pobyt do 90 dnů byl definován jako krátkodobý pobyt na vízum nebo bez víza. V praxi tak pracovní úřady vztahují termín povolený pobyt pouze k pobytu trvalému, kdy ovšem cizinec povolení k zaměstnání nepotřebuje ze zákona, a nikoli již k pobytu přechodnému na vízum nad 90 dnů, pokud není jako účel pobytu uvedena výdělečná činnost. Je tudíž naprosto nezbytné, aby došlo k jednoznačnému vyjasnění mezi resorty vnitra a práce a sociálních věcí, že i cizinec pobývající v ČR na vízum za účelem strpění pobytu je cizincem s platným dlouhodobým vízem nad 90 dnů, které jej opravňuje k pobytu v ČR, byť se jedná toliko o pobyt přechodný. Tato otázka je tedy z pohledu zákona o zaměstnanosti řešitelná užitím standardních nástrojů řízení.

2. minimální míra diskreční pravomoci - cizinec má ze zákona nárok na vydání povolení k zaměstnání, a to pouze za předpokladu, jsou-li současně splněny následující podmínky (podmínky kumulativní):

- jedná se cizince, který je mladší 26 let,
- práce má příležitostný a časově omezený charakter a
- je tato práce vykonávána v rámci výměny mezi školami.

Úřad práce je povinen cizinci povolení k zaměstnání vydat, pokud je tento závazek ČR obsažen v mezinárodní smlouvě, jíž je ČR smluvní stranou, a smlouva je publikována ve Sbírce zákonů či nově ve Sbírce mezinárodních smluv.

3. ze zákona úřad práce nemá jakoukoli pravomoc rozhodovat - cizinec pro vstup na pracovní trh nepotřebuje povolení k zaměstnání. Zákon taxativně vyjmenovává devět skupin cizinců, kteří povolení k zaměstnání nepotřebují. Z našeho pohledu je důležité, že do režimu shodného s režimem státního občana ČR spadá azylant a žadatel o udělení azylu v ČR, cizinec s povoleným trvalým pobytem a cizinec o němž to stanoví mezinárodní smlouva. Zákon o zaměstnanosti tak dále i *de iure* zakotvuje rozdílné zacházení s bezdomovci, a to právě v závislosti na druhu pobytu podle cizineckého zákona.

Zákon však na druhou stranu nepočítá ani s teoretickou možností, kdy by definovaná skupina cizinců měla mít shodné právní postavení se státními občany ČR, jestliže jim tento režim přiznává právní předpis vydaný na základě mezinárodní smlouvy, kterou bude ČR v budoucnu vázána. Takovým již existujícím právním předpisem je rezoluce Rady o limitech přijímání státních občanů tzv. třetích států členskými státy z důvodů zaměstnání ze dne 20.6.1994 (396Y0919(02)), která přesně definuje ty cizince ze třetích států na které se tento režim nevztahuje. Jedná se např. i o osoby sloučené nebo o osoby, které mají trvalý pobyt v některém členském státě.

Rovněž neexistuje jednotný výklad, a tudíž ani jednotná praxe, k povinnosti uložené zaměstnavateli žádat o povolení k zaměstnání cizince na volné pracovní místo, i když tento cizinec povolení k zaměstnání nepotřebuje přímo ze zákona. Dochází tak k situaci, kdy cizinec povolení k zaměstnání nepotřebuje, zatímco po jeho zaměstnavateli je povolení zaměstnat tohoto cizince požadováno. Oznamovací povinnost zaměstnavatelů nemá z hlediska vzniku nebo zániku práv cizince na pracovním trhu relevantní povahu.

ad b, c) Cizinci v ČR by měli mít na základě § 2 odst. 2 právo na zprostředkování zaměstnání, jelikož jako zaměstnanci odvádí ze svého výdělku příspěvek na státní politiku zaměstnanosti: "*Občané ... podle tohoto zákona jsou občané České republiky. Stejně právní postavení mají cizinci a osoby bez státní příslušnosti (dále jen "cizinci"), zaměstnání mohou ... vykonávat jen tehdy, jestliže jim bylo uděleno povolení k zaměstnání a povolení k pobytu, pokud tento zákon nestanoví jinak.*" Faktickému naplnění tohoto práva však efektivně brání ustanovení § 2a odst. 3, který výslovně říká, že povolení k zaměstnání pozbude platnosti,

jestliže cizinec ukončí zaměstnání před vypršením platnosti tohoto povolení. V návaznosti na tuto skutečnost pak cizinci, a to zejména ti, kteří povolení k zaměstnání potřebují, nemají nárok ani na hmotné zabezpečení uchazeče o zaměstnání, ani na zprostředkování zaměstnání.

Tím se všem vnitrostátní právní řád dostává do přímého rozporu s čl. 24 Úmluvy OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti, jelikož ta, stejně jako Úmluva OSN o právním postavení uprchlíků, ve svém čl. 24 odst. 1 písm. b) jednoznačně zakotvuje pro bezdomovce stejné zacházení jako s vlastními státními občany i v případě nezaměstnanosti. Toto shodné zacházení je však samotnou právní úpravou vyloučeno pro ty bezdomovce, kteří v ČR pobývají toliko přechodně, tedy na vízum nad 90 dnů za účelem zaměstnání. Poté, co ČR přistoupí k Úmluvě OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti budou bezdomovci spadat do kategorie cizinců, kteří nepotřebují povolení k zaměstnání, stejně jako státní občané ČR. Na druhou stranu zde bude tato specifická skupina cizinců, než získá povolení k trvalému pobytu, pobývat na vízum za účelem sloučení nebo zaměstnání. Bezdomovec tak sice nebude muset na základě mezinárodní smlouvy mít povolení k zaměstnání, ale v případě, ukončení zaměstnání, nebude schopen doložit ani např. platnou pracovní smlouvou trvání účelu pobytu. Tudíž mu cizinecká policie nebude moci prodloužit vízum nad 90 dnů, jelikož již pomine důvod pobytu. Podle § 32 cizineckého zákona však lze změnit účel přechodného pobytu na vízum nad 90 dnů toliko v případě, že se jedná o cizince "sloučeného". I tento cizinec však nesmí žádat o vízum nad 90 dnů za účelem provozování výdělečné činnosti. Bezdomovec tak bude muset v lepším případě buďto vycestovat, a ze zahraničí žádat např. o vydání víza nad 90 dnů za účelem sloučení, nebo mu bude bez vycestování uděleno vízum za účelem strpění pobytu, které ovšem podle současné právní úpravy neumožňuje cizincům vyvíjet legální ekonomickou aktivitu. S novým cizineckým zákonem (od 1.1.2000) totiž není, jak již bylo uvedeno výše, dostatečně jednoznačně a jednotně vyřešena otázka, co se rozumí pojmem povolený pobyt podle zákona o zaměstnanosti v návaznosti na novou pobytovou terminologii cizineckého zákona. V horším případě pak bezdomovci bude ukončen pobyt, cizinecký policie mu udělí výjezdní vízum podle § 20 odst.1 písm. b) cizineckého zákona, a jelikož bezdomovec nemá kam vycestovat, bude zajištěn ve vyhošťovacím zařízení podle § 124 cizineckého zákona. V té souvislosti proto bude nezbytné, s ohledem na specifické postavení bezdomovců, které spočívá v tom, že neexistuje stát, k němuž by měli vazbu "silnější" než k ČR a nemají tudíž ani kam vycestovat, aby při rozhodování o jejich pobytovém statusu bylo vše výše uvedené zohledněno, tedy např. aby jim bylo prodlouženo vízum za účelem zaměstnání, jsou-li vedeni na úřadu práce jako uchazeči o zaměstnání, nebo změněn účel pobytu ze zaměstnání na sloučení, pokud byly podmínky pro sloučení splněny již při vydání nebo prodloužení víza posledního, neboli zpětným zjišťováním důvodů pro sloučení. Jelikož se však tato změna cizineckého zákona vztahuje k pobytovému režimu cizinců, budou navrhované změny uvedeny až v této kapitole.

3.7.7. Poněkud liberálnější úpravu pro realizaci práva na zajišťování prostředků k obživě obsahuje **zákon č. 455/1991 Sb., živnostenský zákon**. Ten v personálním rozsahu § 5 stanoví, že živnost může provozovat jak fyzická tak právnická osoba s bydlištěm, který výslovně zahrnuje povolený trvalý pobyt, nebo se sídlem v ČR. Obecné pravidlo zakotvené v odst. 2 § 5 stanovuje, že živnost provozují všechny subjekty za shodných podmínek jako "česká osoba", pokud sám živnostenský, či jiný zákon nestanoví podmínky specifické. Pojem "česká osoba" je definován právě uvedeným kritériem bydlištěm nebo sídla v tuzemsku. Zahraniční fyzická osoba, která v zahraničí nepodniká a hodlá podnikat v ČR, musí explicitně mít povolen trvalý pobyt podle cizineckého zákona. Toto omezení se rovněž výslovně nevztahuje na cizince-občana členského státu EU a státního občana státu, se kterým má ČR

uzavřenou smlouvu takové omezení vylučující

Azylant je explicitně zákonem postaven na roveň státnímu občanu ČR. Ani živnostenský zákon tedy nepočítá se situací, kdy shodné postavení jako státní občané ČR budou mít i ty definované skupiny cizinců, o nichž to stanoví právní předpis vydaný na základě mezinárodní smlouvy. Konkrétně se jedná rezoluci Rady o limitech přijímání státních občanů tzv. třetích států členskými státy z důvodů provozování samostatné výdělečné činnosti ze dne 30.11.1994 (396Y0919(03)), která přesně definuje ty cizince ze třetích států na které se tento režim nevztahuje.

I podle živnostenského zákona vzniká, obdobně jako u vydání dalšího povolení k zaměstnání úřadem práce pro cizince-zaměstnance, onen neprostupný kruh vztahu mezi povolením k pobytu - vízem za účelem k podnikání z důvodu provozování samostatné výdělečné činnosti - a živnostenským listem. Do kruhu vstoupí cizinec-živnostník v okamžiku, kdy požádá živnostenský úřad o vystavení živnostenského listu coby nezbytného dokladu o trvání účelu pobytu. Živnostenský úřad však bude, zcela v souladu se zákonem, požadovat platné povolení k pobytu od cizinecké policie, tedy prodloužené vízum za účelem podnikání. To mu ale cizinecká policie vydá až při doložení "nového" živnostenského listu. Lze předpokládat, že do tohoto kruhu může vstoupit i ten cizinec-živnostník, kterému bude vydán živnostenský list s dobou platnosti závislou na době platnosti průkazu o povolení k trvalému pobytu. V okamžiku, kdy totiž cizinec-živnostník požádá o prodloužení průkazu k trvalému pobytu, je povinen doložit podle § 70 odst. 1 písm. c) "*listinný doklad potvrzující účel pobytu, např. ...*". Tímto listinným dokladem může tedy být nejen příkladmo uvedená listina o rodinných či bývalých státoobčanských vazbách cizince, ale i platný živnostenský list. Ten se ale cizincům s povoleným trvalým pobytem vydává podle § 47 odst. 2 písm. f) živnostenského zákona toliko na dobu povoleného pobytu. Cizinec tudíž není fakticky schopen doložit platný prodloužený průkaz k trvalému pobytu jako osvědčení o povolení k trvalému pobytu, aby mu živnostenský úřad vydal živnostenský list jako doklad o účelu pobytu právě pro cizineckou policii.

Na tomto místě je třeba poznamenat, že v případě zaměstnání by to měly být právě úřady práce, které opustí nad rámec zákona jdoucí požadavek doložit platné vízum za účelem zaměstnání, v případě vydávání živnostenských listů by to však měla být cizinecká policie, která upustí od požadavku živnostenského listu platného na další období pobytu v ČR jako dokladu o účelu pobytu, jelikož cizinec musí doložit další doklady z nichž je naprosto zjevné, zda splňuje či nesplňuje kritéria svého ekonomického života v ČR. U přechodného pobytu ("vízum za účelem podnikání") musí cizinec doložit splnění daňových povinností a povinností vyplývajících z předpisů o sociálním zabezpečení (§ 33 odst. 5 cizineckého zákona). Navíc, oproti zákonu o zaměstnanosti, živnostenský zákon požaduje jako podmínku pro vydání živnostenského listu povolený pobyt (§ 5 odst. 4, § 46 odst. 1, písm. c), § 47 odst. 2, písm. f)).

V případě, že nebude možné vyřešit tento problém uzavřeného kruhu, který vzniká klasickou neprovázaností jednotlivých právních předpisů, nezbude než změnit živnostenský zákon tak, aby byla vázána časová platnost obnoveného či prodlouženého živnostenského listu na platné vízum nad 90 dnů. Tím bude cizinci-živnostníkovi umožněno, aby pokud splňuje podmínky pro provozování živnosti, získat platný živnostenský list i na další období.

1) Vložit do § 47 nový odst. 9 a odst. 9 označit odst. 10:

"(9) Živnostenský úřad prodlouží platnost živnostenského listu který vydal osobě uvedené v § 5 odst. 4 pokud tato osoba splňuje podmínku uvedenou v § 6 odst. 1 písm. d) tohoto zákona a doklad příslušné správy sociálního zabezpečení o plnění povinností ze zvláštních předpisů (odkaz na předpisy sociálního zabezpečení). (10) (9)..."

2) Rozšířit důvody zániku uvedené v § 57 odst. 1 o důvod neprodloužení víza nad 90 dnů podle cizineckého zákona:

"f) ... oprávnění,(.)

g) neprodloužením povolení k pobytu podle zvláštního zákona (odkaz na cizinecký zákon) je-li důvodem pobytu na území ČR provozování živnosti podle tohoto zákona."

Tím bude o oprávněnosti pobytu rozhodovat ten úřad, který je příslušný k posouzení důvodů pobytu cizince-živnostníka, tedy živnostenský úřad. Cizinecká policie, která si na sebe atrahuje pravomoc rozhodovat o neprodloužení víza nad 90 dnů bez ohledu na již platná rozhodnutí věcně příslušných orgánů, by tak měla prodloužením víza toliko potvrzovat, že cizinec pobývá v ČR právoplatně, a nikoli rozhodovat, jestli uzná nebo neuzná rozhodnutí příslušného orgánu. Jedinou výjimkou z tohoto pravidla by byly "bezpečnostní" důvody podle § 119 cizineckého zákona.

3.7.8. Za nejpokrokovější lze však z hlediska podmínek pro podnikání zahraničních subjektů v ČR považovat **zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník**, ve znění pozdějších předpisů. Ten zakotvuje obecný princip rovnosti mezi zahraničními a českými osobami při podnikání podle tohoto zákona (§ 21 odst. 1). Podnikání zahraniční osoby je omezeno povinnostmi zapsání jejího, nebo její organizační složky, do obchodního rejstříku (§ 21 odst. 4). Avšak hned následující odst. 5 vyjímá z pravidla pro zahraniční osoby "*fyzické osoby s bydlištěm v některém z členských států Evropské unie nebo v jiném státě tvořícím Evropský hospodářský prostor, které podnikají na území České republiky*". Lze říci že takto pozitivně definovaná skupina cizinců doposud nejlépe odpovídá vynětí z cizineckého režimu obecně upraveného sekundárním komunitárním právem.

3.8. Zdravotní péče

3.8.1. Oproti ostatním kapitolám bude na prvním místě pozornost věnována **Listině**, která v čl. 31 zakotvuje právo na ochranu zdraví, avšak toliko pro občany ČR je Listinou garantována bezplatná zdravotní péče a zdravotní pomůcky. Listina současně váže poskytnutí těchto služeb státu na existenci veřejného zdravotního pojištění a podmínek stanovených zákonem. Tuto podmínku stanoví nejen samotný čl. 31, ale i čl. 41 Listiny. Pokud však některá práva vztahující se k právu na zdraví upravují i platné a ve Sbírce zákonů či mezinárodních smluv vyhlášené mezinárodní smlouvy o lidských právech, bude muset být přednostně postupováno podle těchto mezinárodních smluv, které podle čl. 10 Ústavy ČR, mají přednost před zákonem.

3.8.2. Takovou smlouvou je bezesporu i **Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech č. 120/1976 Sb.**, který v čl. 12 obsahuje nejen uznání práva na nejvýše dosažitelnou úroveň fyzického a duševního zdraví státem, ale i závazek státu učinit opatření, která budou mj. zahrnovat i "*prevenci, léčení a kontrolu epidemických, místních nemocí, chorob z povolání a jiných nemocí*", jakož i "*vytvoření podmínek, které by zajistily všem lékařskou pomoc a péči v případě nemocí*". Pakt toto právo přiznává všem bez rozdílu, nehovoří však o bezplatné lékařské péči nebo o poskytování takovéto péče z veřejných fondů, tedy např. i na základě účasti ve veřejném zdravotním pojištění podle vnitrostátních právních předpisů. Nezbytná lékařská péče by tak měla být podle závazku ČR obsaženém v Paktu poskytnuta všem bez rozdílu a bez ohledu na schopnost jednotlivce tuto nezbytnou péči uhradit.

3.8.3. Specifické postavení zaujímá ve vztahu k vnitrostátnímu právnímu řádu **Evropská**

sociální charta č. 14/2000 S.m.s., která svým obsahem je smlouvou o lidských právech, nicméně při vyslovení souhlasu Parlamentu ČR přijmout závazky z Charty nebyla použita schvalovací procedura potřebná pro přijetí závazků obsažených v lidskoprávní smlouvě. Touto procedurou je postup podle čl. 39 odst. 4, tedy jako při přijímání ústavního zákona. Charta byla tudíž schválena jako toliko mezinárodní smlouva prezidentská "prostá" podle čl. 42 Ústavy ČR a nikoli jako mezinárodní smlouva prezidentská o lidských právech. Práv plynoucích z Charty je tudíž možné se dovolávat pouze v rámci zákona, pokud příslušné zákony výslovně nezakotvují přednost aplikace mezinárodní smlouvy před právní úpravou obsaženou v těchto zákonech. Konkrétně se jedná o právo na lékařskou pomoc podle čl. 13 odst. 1, který zaručuje každé, i nemajetné, osobě poskytnutí přiměřené pomoci v případě nemoci. Personální rozsah Charty je explicitně zakotven v odst. 4 čl. 13, který princip rovného zacházení neboli zákaz diskriminace vztahuje na státní občany smluvní strany a státní občany ostatních smluvních stran, kteří se legálně nacházejí na území další smluvní strany. Charta ovšem výslovně předpokládá, že úhrada péče je závislá na individuálních schopnostech každého nejen tuto péči uhradit, ale i na schopnosti si prostředky na úhradu obstarat z jiných zdrojů.

3.8.4. Na základě **zákona č. 48/1997 Sb. o veřejném zdravotním pojištění**, jsou stanoveny podmínky bezplatné zdravotní péče a její rozsah. Zdravotní péči tak mohou podle tohoto zákona čerpat všechny osoby, které buď mají v ČR povolený trvalý pobyt nebo jsou zaměstnanci zaměstnavatele se sídlem v ČR. Zákon tak nerozlišuje mezi státními občany ČR a cizinci, ale mezi osobami s trvalým pobytem nebo zaměstnáním a osobami bez trvalého pobytu. Cizinec, který v ČR pobývá na základě víza za účelem sloučení, si tak podle současné právní úpravy nemůže platit všeobecné zdravotní pojištění, pokud není současně zaměstnancem podle tohoto zákona. Tento cizinec může uzavřít podle § 54 pouze smluvní zdravotní pojištění za komerční ceny, pokud některá ze zdravotních pojišťoven má licenci podle zákona č. 185/1991 Sb., o pojišťovnictví, ve znění pozdějších předpisů. Zdravotní pojišťovna však není povinna toto smluvní pojištění uzavřít, což prakticky vede k tomu, že pojišťovna komerční pojištění, ze kterého by byla povinna poskytnout plnění především v důsledku zdravotního stavu cizince, prostě neuzavře. Tato situace vede ve svém důsledku k tomu, že cizinec zdravotně pojištěn není, ale v případě ohrožení života v důsledku špatného zdravotního stavu mu zdravotní péče poskytnuta být musí, a to zejména s ohledem na riziko naplnění znaků skutkové podstaty trestného činu neposkytnutí pomoci podle § 207 odst. 2 zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů: "*Kdo osobě, která je v nebezpečí smrti, nebo jeví známky vážné poruchy zdraví, neposkytne potřebnou pomoc, ač je podle povahy svého zaměstnání povinen takovou pomoc poskytnout, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta nebo zákazem činnosti.*". Jelikož zákon o veřejném zdravotním pojištění nezakotvuje možnost postupu odlišného od tohoto zákona, pokud tak stanoví platná a ve Sbírce zákonů nebo mezinárodních smluv vyhlášená mezinárodní smlouva, tedy např. výše uvedená Evropská sociální charta, je tento zákon v rozporu s Chartou z důvodu nedostatečného personálního rozsahu. Jelikož není dostatečně pokryto hrazení nákladů na zdravotní péči těch cizinců, kteří v ČR pobývají na vízum za účelem sloučení, a tito cizinci si tak ani nemohou platit veřejné pojištění a při potřebě jim pod sankcí spáchání trestného činu je zdravotní péče poskytována, bylo by vhodné o tuto skupinu cizinců rozšířit i okruh pojištěnců. Proto by měl být zákon č. 48/1997 Sb. změněn např. následujícím způsobem:

1) Rozšířit osobní rozsah zákona č. 48/1997 Sb. o nové písm. c) v § 2 odst. 1:

"c) osoby o nichž tak stanoví tento zákon nebo ve Sbírce mezinárodních smluv vyhlášená mezinárodní smlouva, kterou je ČR vázána."

2) Doplnit vznik zdravotního pojištění v § 3 odst. 1 písm. c):

"c) získání trvalého pobytu (*na území České republiky.*) **nebo udělení víza za účelem sloučení na území České republiky.**"

3) Doplnit zánik zdravotního pojištění v § 3 odst. 2 písm. b) a c):

"b) kdy osoba bez trvalého pobytu na území ČR přestala být zaměstnancem (§ 5 písm. a)), **a nestala se pojištěncem podle odst. 1 písm. c),**

c) ukončení trvalého pobytu (*na území České republiky.*), nebo ukončení platnosti víza za účelem sloučení na území České republiky, pokud se osoba nestala pojištěncem podle odst. 1 písm. b), c)."

4) Doplnit § 5 písm. c):

"c) Má na území České republiky trvalý pobyt **nebo na území České republiky pobývá na základě víza za účelem sloučení,** avšak není uveden pod předchozími písmeny a není za něj plátcem pojistného stát."

5) Doplnit § 7 o nové písm. n):

"m) ... a ochranné výchovy (.) ;

n) osoby, které na území České republiky pobývají na vízum nad 90 dnů za účelem sloučení, pokud se nejedná o osoby uvedené v předcházejících písmenech."

3.8.5. **Zákon č. 325/1999 Sb., o azylu**, zajišťuje žadatelům o azyl (účastník řízení o udělení azylu) poskytování zdravotní péče v souvislosti s úrazem nebo s onemocněním, narozením dítěte, nařízenou karanténou. Tento rozsah se nevztahuje na ty žadatele o azyl, kteří před podáním žádosti o azyl v ČR pobývali v režimu cizineckého zákona, jelikož zde je pro vlastní vstup do ČR třeba existence zdravotního pojištění. Zákon o azylu však neříká, v jaké míře bude takovému cizinci poskytnuta lékařská péče, pokud délka azylového řízení překročí původně předpokládanou délku pobytu, na kterou je vázána i existence zdravotního pojištění. Možným řešením je, avšak pouze u cizince, který podléhá vízové povinnosti, nastoupení subsidiární povinnosti hradit zdravotní péči osobu, která cizince do ČR pozvala. Azylantům, na které se obvykle pohlíží jako na cizince s povoleným trvalým pobytem, se pak poskytuje zdravotní péče v rozsahu zákona o veřejném zdravotním pojištění.

Oproti cizineckému zákonu je zákonem o azylu přiznán relativně vyšší bytový standard dětí narozených na území tím, že je-li oním azylantem matka, pak se novorozenec cizinec azylantky považuje za cizince s povoleným trvalým pobytem do doby rozhodnutí o jeho statusu i podle tohoto zákona. Jestliže však nebude dítěti udělen azyl, považuje se toto dítě podle platného znění cizineckého zákona (§§ 88 odst. 3) za osobu "s přechodným pobytem". To znamená, že toto dítě prostě není zdravotně pojištěno, přestože přímo matka již spadá do "exklusivní" skupiny cizinců, je totiž azylantkou. V naprosto shodné situaci se octne i v ČR narozené dítě cizinců, je-li azylantem otec, protože tuto situaci zákon o azylu ani nepředpokládá. Pobytový status matky-cizinky, která je současně matkou dítěte azylanta, rovněž nehraje roli, protože i kdyby měla povolený trvalý pobyt, podle § 88 odst. 3 cizineckého zákona nemůže prostě cizinec narozený v ČR získat trvalý pobyt. V praxi tak dojde k situaci, kdy otec-cizinec bude azylantem, matka-cizinka bude mít povolený trvalý pobyt a o trvalý pobyt jejich v ČR narozeného dítěte budou muset teprve žádat, aby se na něj mohly vztahovat předpisy o veřejném zdravotním pojištění. V ČR tak dítě rodičů-cizinců, kdy matka není azylantkou, nemá podle vnitrostátních právních předpisů nárok na bezplatnou zdravotní péči. Z tohoto důvodu bude zřejmě naprosto nezbytné změnit i § 88 odst. 3 zákona o azylu tak, aby nedocházelo k diskriminaci těch dětí, jejichž rodiče mají povolený trvalý pobyt, popř. se pro účely poskytování zdravotní péče na rodiče tak pohlíží, ale azyl byl udělen toliko otci:

"(3) Dítě, které se narodilo (*azylantce*) **osobě s přiznaným postavením**

azylanta, a pobývá na území, se pro účely veřejného zdravotního pojištění považuje za cizince s povoleným trvalým pobytem do doby, než bude rozhodnuto o udělení azylu nebo jiného druhu pobytu na území podle zvláštního právního předpisu."

3.8.6. Rozsahu poskytované zdravotní péče se věnuje též **cizinecký zákon**. První skupinou osob jsou osoby, kterým je poskytována jedna z forem mezinárodní ochrany - dočasná ochrana podle § 40 až § 48. Paradoxně zákon výslovně hovoří o míře poskytované zdravotní péče až v 176 v hlavě XVIII - společná ustanovení, kde je rozsah zdravotní péče definován, až na výjimku narození dítěte, identicky s rozsahem zdravotní péče poskytované žadatelům o azyl podle zákona o azylu. Jelikož se jedná o cizince, kterým je poskytována mezinárodní ochrana, a kteří tak i spadají pod mandát Úřadu Vysokého komisaře OSN pro uprchlíky, měla by jim být zdravotní péče poskytnuta v rozsahu žadatele o azyl v ČR včetně narození dítěte. Tento přístup lze dále podpořit rovněž dikcí cizineckého zákona, který v § 181 zakotvuje formu a obsah vyhlášení dočasné ochrany, tak, že vláda svým nařízením stanoví nejen dobu a počty cizinců, kterým se dočasná ochrana poskytne, ale jmenovitě i státy. Vláda jako vrcholný exekutivní orgán státu tak sama stanoví, ve kterých státech je situace taková, že jejich obyvatelé mohou požívat mezinárodní ochrany z důvodů uvedených v zákoně, především v § 41. Těmto cizincům je tak na základě § 44 odst. 5 onen předpokládaný rozsah zdravotní péče garantován až do okamžiku opuštění ČR. Na tento předpokládaný rozsah poskytované zdravotní péče odkazuje též § 35 odst. 2, který se pokouší upravit právní režim cizinců s vízem za účelem strpení.

V souvislosti se vznikem veřejného pojištění narozením podle § 3 odst. 1 písm. a) zákona o veřejném zdravotním pojištění, který explicitně váže vznik zdravotního pojištění při narození v ČR na existenci trvalého pobytu, je nezbytné upozornit na § 88 odst. 3 cizineckého zákona, který upravuje pobytový status cizince narozeného v ČR cizinci s povoleným trvalým pobytem tak, že jeho narozením mu vzniká nárok toliko na vízum nad 90 dnů. Toto naprosto frapantní porušení principu shodného právního režimu dítěte a rodiče, popř. zákonného zástupce je i nepřímou novelizací § 11 odst. 1 písm. a) 5. věty zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění, která v případě povoleného trvalého pobytu matky-cizinky zakotvuje i právo narozeného dítěte-cizince, být pojištěncem shodné zdravotní pojišťovny, jako je matka. To ovšem cizinecký zákon vylučuje tím, že definuje pobyt narozeného cizince toliko za přechodný a rodič-cizinec je o povolení k trvalému pobytu povinen(!) žádat. Jelikož se primárně jedná o otázku pobytového statutu cizince, bude problematika, včetně dopadů na mezinárodní právní závazky, řešena v rámci této kapitoly.

Bylo by tedy nanejvýš žádoucí, aby cizinecký zákon výslovně uváděl, v jakém rozsahu se poskytuje osobám pobývajícím v ČR v režimu dočasné ochrany zdravotní péče již v rámci pasáží cizineckého zákona, které institut dočasné ochrany upravují např. následujícím způsobem:

1) Vložit do §46 cizineckého zákona nový odst. 2:

"(2) Pro účely poskytnutí zdravotní péče se na cizince s uděleným platným vízem za účelem dočasné ochrany pohlíží jako na cizince v průběhu řízení o udělení azylu v České republice podle zvláštního zákona (odkaz na zákon č. 325/1999 Sb. o azylu)."

2) Vypustit § 176 odst. 1 a odst. 2 a 3 přemístit jako nové odst. 3 a 4 § 46 cizineckého zákona:

"(3) ((2)) Náklady spojené s poskytnutím zdravotní péče podle odst. **2** (1) a náklady spojené s lékařským úkonem podle § 48 nese stát.

"(4) ((3)) Úhradu nákladů podle odst. **3** (2) vzniklých zdravotnickému zařízení zajišťuje ministerstvo z kapitoly státního rozpočtu Všeobecná pokladní správa."

3.9. Právo na sociální zabezpečení

V této části bude sociální zabezpečení pojato úžeji, než jej chápe vnitrostátní právní řád, a to pouze jako důchodové pojištění a právo na sociální asistenci státu.

3.9.1. Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech č. 120/1976 Sb. se k právu na sociální zabezpečení vyjadřuje v čl. 9 velmi stručně, nicméně toto právo definuje jako právo každého. Rovněž do tohoto práva zahrnuje i právo na sociální pojištění. I při respektování smyslu práva a při stanovení dalších podmínek tohoto práva zákonem, nelze mít za to, že vylučování jednotlivých skupin cizinců, či bránění jim v užívání tohoto práva, je v souladu s tímto závazkem podle smlouvy, která má podle nálezu Ústavního soudu ČR č. 3/1995 Sb. přednost před zákonem. Pozornost si proto vyžádá nejen přístup cizinců k sociálnímu zabezpečení, ale i jejich skutečnou možnost tato práva požívat.

3.9.2. Evropská sociální charta č. 14/2000 S.m.s. se však této oblasti věnuje velmi podrobně ve čl. 12 až 14. ČR přijala závazky obsažené v těchto ustanoveních v plné míře. Z hlediska personálního rozsahu Charta hovoří, stejně jako v případě práva na práci a zdravotní péči, o jednotlivci, jako o státním občanu některé ze smluvních stran Charty. Charta dokonce definuje minimální úroveň sociálního zabezpečení odkazem na mezinárodní smlouvu č. 102 Mezinárodní organizace práce. Tato smlouva však, stejně jako Charta, není považována za smlouvu o lidských právech, a proto je k převzetí závazků v nich obsažených třeba zákona. I zde proto bude nezbytné se zaměřit na to, jakým způsobem je ve vnitrostátním právním řádu zajištěno shodné zacházení s těmi cizinci, kteří jsou státními občany některé ze smluvní strany Charty.

3.9.3. K právu na sociální zabezpečení se vyjadřuje i Úmluva o právech dítěte, která v čl. 26 výslovně upravuje právo dítěte na "sociální zabezpečení" v širším slova smyslu s odkazem na vnitrostátní právní úpravu. Z hlediska personálního rozsahu se však, v souladu s Úmluvou, musí jednat o každé dítě, jelikož *"státy ... uznávají právo každého dítěte na výhody sociálního zabezpečení včetně sociálního pojištění a činí nezbytná opatření k dosažení plného uskutečňování tohoto práva v souladu s vnitrostátním právem. Tyto výhody se podle situace poskytují s ohledem na zdroje a možnosti dítěte a osob, které se o ně starají, jakož i s ohledem na veškerá další hlediska, která jsou spojena se žádostí o poskytnutí těchto výhod podanou dítětem nebo ve prospěch dítěte."*

3.9.4. Úmluvy OSN o právním postavení uprchlíků a o právním postavení osob bez státní příslušnosti v čl. 24 zajišťují pro celou oblast sociálního zabezpečení uprchlíkům a bezdomovcům naprosto shodný právní režim jako u státních občanů.

3.9.5. Listina však, oproti uvedeným mezinárodním smlouvám definuje právo na sociální zabezpečení ve čl. 30 jako právo na hmotné zabezpečení ve stáří a při nezpůsobilosti k práci, nebo při ztrátě živitele, kdy podmínky stanovuje opět zákon. Z hlediska personálního rozsahu je pak toto právo na hmotné zabezpečení zakotveno jako právo státoobčanské, neboli právo přiznané toliko státním občanům ČR.

3.9.6. Z pohledu zákona č. 155/1995 Sb. o důchodovém pojištění, ve znění pozdějších předpisů, je personální rozsah vymezen subjekty povinnými (§ 5) a subjekty oprávněnými (§ 6). Nejde tudíž i rozlišování na státní občany ČR a ostatní. Při jisté míře zjednodušení lze říci,

že účastníkem důchodového pojištění je každý, kdo je zaměstnancem, osobou samostatně výdělečně činnou, nebo každý, kdo se dobrovolně přihlásí.

Problém však vzniká obzvláště u cizinců, kteří se v době vzniku nároku plnění z pojištění, především u starobního důchodu, nenachází v ČR. Podmínky vzniku nároku nejsou přitom vázány na povolení k trvalému pobytu, s výjimkou plného invalidního důchodu v mimořádných případech, ale na faktické zdržování se v ČR, jelikož zákon o důchodovém připojištění hovoří o tom, že se důchod vyplácí na základě podání žádosti v hotovosti nebo na účet vedený u banky v ČR. Jelikož zákon o důchodovém pojištění nepodmiňuje podání žádostí osobní účastí a nevylučuje ustanovení § 54 u působnosti zákona č. 67/1967 Sb., správní řád, je možné tuto žádost o výplatu důchodů zaslat i prostřednictvím zastupitelského úřadu ČR v zahraničí nebo na základě plné moci splňující všechny náležitosti takového úkonu. Pokud tomu tak není, jedná se o kladení technických překážek pro užívání práva, na které vznikl nárok ze zákona.

Důchody je rovněž možné vyplácet i do ciziny a to buď na základě mezinárodní smlouvy, např. § 61 odst. 1, a nebo podle mechanismu obsaženého v § 66, tedy opět minimálně na účet u banky v ČR s následným převodem do zahraničí. Jiný způsob vyplácení totiž zákon o důchodovém pojištění nezná.

3.9.7. Velmi rozmanitou až pestrou je ovšem oblast sociální podpory upravená v **zákoně č. 117/1995 Sb. o státní sociální podpoře**, ve znění pozdějších předpisů. Přestože se jedná o poměrně propracovaný systém dávek, vůči cizincům je tento zákon diskriminační existencí institutu "společně posuzovaná osoba". Tato diskriminace je dále umocněna cizineckým zákonem hlavně v případech "cizineckých" rodin, ve kterých se narodí dítě, nebo se jedná o manželství státního občana ČR s cizincem, který nesplňuje podmínku trvalosti pobytu podle tohoto zákona. Novorozenec-cizinec, jak již bylo uvedeno u zdravotní péče, může podle platného cizineckého zákona získat pobyt toliko přechodný, který navíc v okamžiku narození nesplňuje znaky trvalosti, tedy opakovaného prodloužení víza nad 90 dnů, podle tohoto zákona. Tato trvalost je splněna až prvním prodloužením platnosti víza nad 90 dnů neboli 366. dnem pobytu v ČR. Praktický efekt tohoto jinak bezpochyby revolučního ustanovení § 3 odst. 1 zákona o státní sociální podpoře je však v případě cizinců s povoleným trvalým pobytem, tedy i v případě azylantů, narušena institutem "společně posuzovaná osoba" a ve svém důsledku i rozdílným právním režimem trvalého pobytu u státních občanů ČR a cizinců. Zatímco u státního občana ČR je podmínka trvalosti pobytu splněna přihlášením se k trvalému pobytu podle zákona č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel, u cizince tomu je obecně až okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí o povolení trvalého pobytu a ve vztahu k tomuto zákonu oním 366. dnem právoplatného pobytu.

Proto při změně zákona o státní sociální podpoře bude nutné zohlednit následující faktory:

- důsledně rozlišit mezi trvalým pobytem cizince a státního občana ČR podle zákona č. 133/2000 Sb. a zákona č. 326/1999 Sb.,
- u sociálních dávek přiznávaných na základě splnění podmínek i "společně posuzovanými osobami" nevázat u cizinců s trvalým pobytem podle tohoto zákona vznik nebo zachování nároku na dávku tehdy, pokud by zachování kritéria splnění podmínek i pro společně posuzované osoby, znamenalo její odnětí nebo nepřiznání. Zde jde např. o situaci, kdy se cizincům s trvalým pobytem narodí dítě-cizinec s povoleným přechodným pobytem podle § 88 odst. 3 cizineckého zákona. Díky této skutečnosti tak rodiče v případě, že byli poživateli příspěvku na bydlení, o tuto sociální dávku přijdou, jelikož dítě-cizinec prostě podle platné právní úpravy nabude pobytu přechodného podle cizineckého zákona a do 1 roku věku nebude splňovat podmínku trvalosti ani podle zákona o státní sociální podpoře.

- u sociálních dávek podmíněných trvalým pobytem podle tohoto zákona nepožadovat splnění tohoto kritéria tam, kde příjemce dávky prostě není schopen z objektivních důvodů podmínku trvalosti, tedy pobyt delší než 365 dnů, splnit.

3.10. Právo na vzdělání

3.10.1. Nejstarší, a z hlediska právní vymahatelnosti závazku práva na vzdělání nejdůležitější, je **Dodatkový protokol k EÚLP č. 209/1992 Sb.**, který v čl. 2 vymezuje personální rozsah práva na vzdělání negativně tím, že zakotvuje zákaz odepření práva na vzdělání - "*Nikomu nesmí být odepřeno právo na vzdělání.*" Toto právo na vzdělání však nelze chápat jako jednorázové plnění, ale spíše jako soubor opatření, která vedou k efektivní realizaci tohoto práva. Z hlediska personálního rozsahu je tedy rozhodující, kdo je definován jako adresát práva. Byť se tedy v případě Dodatkového protokolu k EÚLP jedná o negativní vymezení ve smyslu, že nikomu nesmí být právo na vzdělání odepřeno, jde o to, že právo na vzdělání má každý, a to bez ohledu na další, byť zákonné podmínky, jelikož EÚLP a dodatkové protokoly k ní jsou platnými a ve Sbírce zákonů vyhlášenými mezinárodními smlouvami podle čl. 10 Ústavy ČR, a tudíž mají přednost před zákonem. Každý smluvní stát je tak povinen přiznat právo na vzdělání všem osobám bez rozdílu, které se nacházejí pod jeho jurisdikcí, včetně jurisdikce územní.

3.10.2. V systému smluv OSN je možné za nejstarší mezinárodní smlouvu o lidských právech, která se věnuje otázce vzdělávání, považovat **Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech č. 120/1976 Sb.** Ten se v čl. 13 věnuje nejen personálnímu rozsahu - toto právo má každý bez rozdílu, ale zakotvuje i povinnost státu ve stanovené míře poskytovat vzdělání bezplatně, tím, že výslovně říká: "*... základní vzdělání bude povinné a svobodně přístupné pro všechny, ... středoškolské vzdělání bude všeobecně umožněno a zpřístupněno pro všechny všemi vhodnými prostředky a zejména postupným zaváděním bezplatného vzdělání, vyšší vzdělání bude rovněž zpřístupněno pro všechny, a to podle schopností všemi dostupnými prostředky a zejména postupným zaváděním bezplatného vzdělávání.*" Přestože tedy pakt u základního vzdělání výslovně nezakotvuje povinnost státu zavádět bezplatné základní vzdělání, tato bezplatnost je bezpochyby obsažena v pojmu daleko širším, totiž ve svobodném přístupu k základnímu školství. Tomu poté odpovídá i povinnost základní vzdělání absolvovat. Ta je primárně uložena adresátům práva na vzdělání a stát má svými nástroji zajistit, aby základní vzdělání bylo skutečně povinné. Pakt tedy, stejně jako Dodatkový protokol k EÚLP, garantuje právo na vzdělání každému bez rozdílu.

3.10.3. Jelikož se právo na vzdělání vztahuje nejvíce k dětem, věnuje mu zvýšenou pozornost i **Úmluva o právech dítěte**. Ta v čl. 28 výslovně definuje povinnosti státu při realizaci práva na vzdělání následovně: zavést bezplatné a povinné základní vzdělání, podporovat rozvoj středního vzdělání, jeho bezplatnosti a v případě potřeby poskytnout též finanční podporu, a vysoké školství zpřístupňovat všemi vhodnými prostředky pro všechny podle jejich schopností.

3.10.4. Rovněž **Úmluva OSN o právním postavení uprchlíků** a **Úmluva OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti** požadují shodně v čl. 22 pro bezdomovce a uprchlíky při poskytování základního vzdělání režim shodný s režimem státních občanů. U dalšího vyššího vzdělávání, jsou pak státy povinny zajistit těmto osobám minimálně obvyklý cizinecký režim. Jelikož závazky obsažené v ostatních mezinárodních smlouvách zaručují všem jednotlivcům státu pod jeho jurisdikcí vyšší standard práva na vzdělání i při vyšším než jen základním vzdělání, není možné azylantům a nebude možné bezdomovcům poskytovat

standard nižší na základě odůvodnění, že jej tyto smlouvy zakotvují. Obě smlouvy totiž současně obsahují zákaz omezení standardů práv již poskytovaných ve větším rozsahu, než jak činí smlouvy.

3.10.5. Oproti všem výše uvedeným smlouvám, které jsou považovány vnitrostátním právem za mezinárodní smlouvy o lidských právech podle čl. 10 Ústavy ČR, se právu na vzdělání věnuje v čl. 10 i **Evropská sociální charta** a to jako právu na přípravu k povolání. Jelikož tato smlouva nenáleží do této svým způsobem exklusivní skupiny mezinárodních smluv, které mají přednost před vnitrostátní zákonnou úpravou, je naprosto nezbytné, aby pokud zákon neupravoval právo na vzdělání shodně, obsahoval transformační klausuli o přednosti mezinárodní smlouvy v případě, že vymezený okruh právních vztahů tato smlouva upravuje odlišně.

3.10.6. Přestože **Listina** v čl. 33 odst. 1 definuje z hlediska personálního rozsahu právo na vzdělání všem, již odst. 2 téhož článku garantuje bezplatnost základního a středního vzdělání toliko státním občanům ČR. Těm je Listinou, v případě možnosti společnosti, poskytováno s ohledem na jejich individuální schopnosti, i bezplatné vysokoškolské vzdělání. Čl. 41 zahrnuje právo na vzdělání do té skupiny práv, kterých je možné se dovolávat pouze v mezích platných zákonů.

Listina tak neřeší realizaci práva na vzdělání těch jednotlivců, kteří nejsou státními občany ČR, ale jejich faktické i právní vazby k ČR jsou svým obsahem ke státnímu občanství obdobné. S ohledem na uvedené závazky vyplývající pro ČR i z mezinárodních smluv o lidských právech a s ohledem na princip možnosti domáhat se práva na vzdělání toliko v mezích zákona, proto bude naprosto nezbytné, aby bylo z hlediska personálního rozsahu právo na vzdělání v ČR realizováno přednostně podle mezinárodních smluv podle čl. 10 Ústavy, popř. aby byla v příslušném zákoně výslovně zakotvena přednost mezinárodní smlouvy, pokud jsou závazky v ní obsažené odlišné od vnitrostátní právní úpravy.

3.10.7. Oblast základního a středního vzdělání upravuje **zákon č. 29/1984 Sb., o soustavě základních škol, středních škol a vyšších odborných škol**, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "školský zákon"). Školský zákon však v § 4 odst. 1 hovoří toliko o občanech jako o osobách, které mají právo na bezplatné základní a střední vzdělání v těch školách, které jsou součástí vzdělávací soustavy. Tím není respektován ani smysl závazků obsažených v uváděných mezinárodních smlouvách, avšak s ohledem na vyšší - nadzákonnou právní sílu těchto smluv (s výjimkou Evropské sociální charty), je vlastně ČR povinna, pod hrozbou porušení mezinárodního právního závazku, poskytovat bezplatné vzdělání všem, o nichž tak stanoví tyto smlouvy. Toto zákonné zakotvení personálního rozsahu, obzvláště při poskytování bezplatného základního vzdělání, je v přímém rozporu s dikcí čl. 33 odst. 1 Listiny, a s ohledem na četnost změn školského zákona od roku 1993 je až nepochopitelné, že tento rozpor nebyl doposud odstraněn. Tento rozpor není možné narovnat ani podle čl. 42 odst. 3 Listiny, který říká, že "pokud dosavadní předpisy používají pojmu občan, rozumí se tím každý člověk, jde-li o základní lidská práva a svobody, které Listina přiznává bez ohledu na státní občanství." Právo na vzdělání totiž není včleněno do hlavy druhé části první Listiny.

§ 27 školského zákona pak ve vztahu ke středoškolskému vzdělávání sice výslovně říká, že "*podmínky pro přijímání cizinců a studium cizinců v českých středních školách upravují zvláštní předpisy*", nicméně není zde na onen zvláštní předpis učiněn odkaz, takže je nezjistitelné, o jaké zvláštní zákonné a odlišné podmínky se jedná. V případě, že by se mělo jednat o podzákonné normy, není splněna podmínka zmocnění zákonem k jejich vydávání zejména pro ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy. Jelikož těmto právům neodpovídá

ani rozsah povinností o povinné školní docházce, kdy je zákonnému zástupci podle § 36 uložena povinnost přihlásit dítě ke školní docházce a dohlížet na její plnění, bude zřejmě nezbytné změnit školský zákon tak, aby byl odstraněn rozpor s Listinou i mezinárodními smlouvami spočívající v rozdílně stanoveném personálním rozsahu:

1) Doplňit § 4 odst. 1 o ty osoby, které získaly povolení k pobytu, nebo jim práva podle tohoto zákona přiznává mezinárodní smlouva:

"Ve školách, které jsou součástí soustavy základních a středních škol, mají občané, **osoby s povoleným pobytem na území České republiky podle zvláštního zákona (odkaz na zákon č. 326/1999 Sb., cizinecký zákon), a osoby, o nichž tak stanoví platná a ve Sbírce mezinárodních smluv vyhlášená mezinárodní smlouva,** právo na bezplatné vzdělání **za podmínek stanovených tímto zákonem.**

2) Doplňit § 27 o vylučovací podmínku o platnosti tohoto zákona na poskytování základního vzdělání cizincům a přijímání a studia cizince na střední škole, pokud se toto děje za stejných podmínek jako u státního občana:

"**Na podmínky (Podmínky pro) přijímání a studium cizinců v českých středních školách se vztahuje tento zákon, pokud tito cizinci činí za shodných podmínek jako státní občané České republiky. V ostatních případech toto přijímání a studium upravují zvláštní předpisy vydané ministerstvem.**"

3.10.8. Vysokoškolské vzdělávání je právně upraveno v **zákoně č. 111/1998 Sb., o vysokých školách**, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o vysokých školách"). Zákon o vysokých školách definuje vysoké školy jako nezávislé právnické osoby (§ 1 a § 2 odst. 2). Jako takové jsou vysoké školy v § 17 zmocněny vydávat celou škálu svých vnitřních předpisů ,tedy i vnitřní základní předpis - statut. Tento statut musí obsahovat nejen podmínky pro přijetí ke studiu, ale i podmínky studia cizinců (§ 17 odst. 2 písm. c), d)), které jsou následně omezeny samotným zákonem tím, že tento zákon výslovně říká, že "*podmínky pro přijetí cizinců ... musí umožnit splnění závazků, které vyplývají z mezinárodních smluv, kterými je Česká republika vázána.*" (§ 49 odst. 2). Implicitně je tento princip nediskriminace cizinců vyjádřen i v § 48 odst. 1, který váže přijetí na vysokou školu na dosažení úplného středního, i odborného, vzdělání bez dalšího. Ze zákona tak vlastně ani nemůže být činěn rozdíl mezi státním občanem ČR a cizincem obecně při přijímacím řízení, jelikož to hrozí porušením některé z výše uvedených smluv.

3.11. Svoboda pohybu

3.11.1. **Mezinárodní pakt o občanských a politických právech č. 120/1976 Sb.** zaručuje v čl. 12 odst. 1 svobodu pohybu každému, "kdo se právoplatně nachází na území státu". Na tuto svobodu pohybu Pakt váže i svobodnou volbu místa pobytu. Z personálního rozsahu tak Pakt nečiní rozdíl mezi cizinci a státními občany, na druhé straně však uznává možnost omezení svobody pohybu na základě zákona v odůvodněných bezpečnostních případech, veřejného pořádku, zdraví a morálky a práv a svobod druhých. Právo svobody pohybu může tedy být zákonem omezeno tak, aby bylo toto omezení odůvodnitelné a aby byl chráněn vlastní smysl a podstata práva pohybu. Kromě svobody pohybu v rámci jednoho státu Pakt garantuje i svobodu pohybu mezi státy a to jako právo opuštění kterékolí země (čl. 12 odst. 2)

3.11.2. Shodným způsobem upravuje právo svobody pohybu v čl. 2 odst. 1 a 2 i **4. dodatkový protokol k EÚLP**.

3.11.3. Ke svobodě pohybu nejen na území státu, ale i mezi státy se v čl. 10 vyjadřuje i

Úmluva o právech dítěte. Ta v čl. 10 zakotvuje právo na pravidelné kontakty a na sloučení rodiny, pokud její členové žijí v různých státech, čímž je implicitně zejména rodičům a jejich dětem garantováno právo na svobodný pohyb i mezi státy, tedy zejména právo vstupu a pobytu. Toto právo je doprovázeno povinnostmi států tyto případy udržování kontaktů a slučování rodin posuzovat pozitivním, humánním a urychleným způsobem. Tato práva zahrnují i onu mezistátní svobodu pohybu. Svým obsahem se však práva podle čl. 10 Úmluvy o právech dítěte vztahují zejména k ochraně pobytu cizinců v ČR, proto bude těmto právům věnována náležitá pozornost v kapitole následující.

3.11.4. Úmluva OSN o právním postavení uprchlíků a Úmluva OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti ve čl. 26 zakotvují pro uprchlíky a bezdomovce právo svobodné volby místa pobytu na území státu a právo svobodného pohybu po celém území státu. Jak uprchlíci, tak i bezdomovci přitom nemají být vyňati z obecného cizineckého režimu. Ve vztahu ke svobodnému pohybu mezi státy však obě smlouvy obsahují v čl. 28 závazek státu vydat uprchlíkovi cestovní doklad podle těchto smluv. Smyslem ustanovení je, aby bylo již na první pohled zřetelně rozlišitelné, že se v obou případech jedná o cizince, kteří si s ohledem na svou individuální situaci zaslouží zvýšenou ochranu státu, který jim cestovní doklad vydal. V případě uprchlíka se jedná o osobu, která není schopná požívat ochrany státu, jehož je státním občanem, v případě bezdomovce se jedná o osobu, která není státním občanem žádného státu. Stát je tak povinen vydat cestovní doklad podle těchto smluv každému uprchlíkovi a každému bezdomovci, kteří se právoplatně nacházejí na jeho území bez dalších podmínek.

3.11.5. Evropská dohoda o přechodu odpovědnosti za uprchlíky (ETS 107) je smlouvou Rady Evropy, která v návaznosti na výše popsany mechanismus vydání cestovního dokladu určuje stát příslušný k vydání tohoto cestovního dokladu. Obecně lze říci, že za uvedených podmínek se jedná o stát, na jehož území uprchlík uznáný v jiném státě právoplatně pobývá pod dobu stanovenou ve smlouvě. ČR již uložila ratifikační listiny, nicméně smlouva doposud nebyla publikována ve Sbírce mezinárodních smluv.

3.11.6. Evropská úmluva o zrušení víz pro uprchlíky (ETS 31) staví uprchlíky při pohybu mezi státy na roveň státním občanům. Tento shodný právní režim se státními občany spočívá v obecném garantování shodných podmínek pro vstup na území dalšího smluvního státu. To znamená, že pokud smluvní státy nepožadují pro vstup státních občanů jiného smluvního státu na své území vízum, vztahuje se toto i na uprchlíky. Tímto jde smlouva nad rámec Úmluvy OSN o uprchlících, která říká, že právním řádem rozhodným pro posuzování uprchlíka je stát, jehož je státním občanem. V tomto případě smlouva velmi jednoduchým mechanismem zjednodušuje pohyb uprchlíků mezi smluvními státy, které ustoupily od vízové povinnosti. ČR již uložila ratifikační listiny, nicméně smlouva rovněž doposud nebyla publikována ve Sbírce mezinárodních smluv.

3.11.7. S ohledem na vydávání cestovních dokladů uprchlíkům podle čl. 28 Úmluvy o právním postavení uprchlíků je nezbytné zmínit **zákon o azylu**, podle něhož je cizinci s uděleným azylem možné vydat cestovní doklad bez ohledu na délku jeho pobytu v ČR. Jedinou podmínkou je pravomocné rozhodnutí o udělení azylu v ČR. Oproti tomu zákon o azylu doposud nezná možnost, aby byl tentýž doklad vydán cizinci, jemuž byl azyl udělen v jiném státě. Evropská dohoda o přechodu za uprchlíky však tuto možnost výslovně zavádí.

Proto bude nezbytné doplnit § 61 odst. 1 zákona o azylu v tom duchu, že cestovní doklad azylanta se vystaví i tomu cizinci, o němž tak stanoví mezinárodní smlouva:

"Azylantovi vydá policie na žádost cestovní doklad. Cestovní doklad podle věty první vydá policie i cizinci, který pro toto vydání cestovního dokladu splňuje podmínky stanovené platnou a ve Sbírce mezinárodních smluv vyhlášenou mezinárodní smlouvou."

3.11.8. Poněkud odlišná situace nastává při vydání cestovního dokladu bezdomovci podle čl. 28 Úmluvy OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti. Jediným právním předpisem, podle něhož lze vydat cestovní doklad ČR cizinci je **cizinecký zákon**. Ten zná jako cestovní doklad též cestovní doklad vydaný ČR na základě mezinárodní smlouvy (§ 108 odst. 1 písm. e)). Poté, co se tedy ČR stane smluvní stranou Úmluvy o právním postavení osob bez státní příslušnosti, bude bezdomovci vydán cestovní doklad podle § 108 a nikoli již cizinecký pas podle § 113, jak je tomu v současnosti, kde je jednou z podmínek pro vydání cizineckého pasu též povolený trvalý pobyt ČR. To znamená, že podle platné právní úpravy je výrazně omezena svoboda pohybu těch bezdomovců, kteří nejsou držiteli žádného cestovního dokladu a ani nejsou schopni si jej opatřit z důvodů nezávislých na jejich vůli.

3.12. Ochrana pobytu

Právní úprava vstupu a pobytu cizinců do ČR jakož i opuštění ČR je exklusivně upravena cizineckým zákonem. Platný cizinecký zákon je právní normou velmi podrobnou. Jelikož je však pobyt cizinců poměrně velmi podrobně upraven v mezinárodních smlouvách o lidských právech, a jelikož pobytový status cizince zasahuje nejen do vnitrostátního práva ústavního, které tyto právně závazné normy mezinárodní práva přejímá, ale též do ostatních zákonů ČR, které zajišťují vnitrostátní implementaci těchto závazků, bude následující analýza zaměřena na jednotlivé instituty platného cizineckého zákona a ty budou doplněny o právní normy práva vnitrostátního včetně práva ústavního a mezinárodního.

3.12.1. Udělení a prodloužení víza k pobytu nad 90 dnů v ČR (§ 32, § 33)

Cizinecký zákon vychází důsledně z obecného principu zákazu změny charakteru pobytu z přechodného na trvalý přímo v ČR a z principu minimalizace změny účelu pobytu při prodloužování přechodného pobytu v ČR. Cizinecký zákon ovšem velmi rigidně pojatým režimem přechodného pobytu v životě cizince znamená výrazný zásah do jeho práv a povinností, které mu náleží podle jiných vnitrostátních předpisů, že lze platnou právní úpravu přechodného pobytu označit nejen za nepřímé novelizace těchto ostatních právních předpisů, ale i za porušení základních práv a svobod podle práva ústavního i mezinárodního.

Platné znění cizineckého zákona v § 32 odst. 1 neumožňuje změnit účel dlouhodobého víza, při zachování charakteru přechodného pobytu. Rovněž není vyřešena otázka souběhu účelů přechodného pobytu. Cizinecký zákon totiž v § 32 odst. 1 zná změnu účelu přechodného pobytu na vízum nad 90 dnů pouze pokud o ni požádá cizinec "sloučený". I tento cizinec "sloučený" je však dále zákonem výslovně omezen tím, že nesmí žádat o vízum za účelem zaměstnání nebo podnikání. Cizinecký zákon tedy není schopen ošetřit např. situace, kdy se páru pracujících cizinců narodí dítě a jeden z nich po určitou dobu nevykonává časově omezenou výdělečnou činnost. Poté, co vyprší platnost oprávnění k výkonu výdělečné činnosti, tak vlastně podle cizineckého zákona nelze ani udělit jiný druh víza nad 90 dnů podle § 32 odst. 1, ani nelze prodloužit podle § 33 odst. 1 vízum již udělené, jelikož není zachován účel pobytu, tedy výdělečná činnost. Platné znění § 32 cizineckého zákona tak výrazně zasahuje do rodinných vazeb nejen rodin cizinců, ale i státních občanů ČR, jejichž rodin tito cizinci jsou členy. Při nové právní úpravě § 32 tak bude nutné zohlednit, v návaznosti na již existující vnitrostátní právní normy následující základní skutečnosti:

3.12.1.1. Ve vztahu k **zákonu č. 94/1963 Sb., o rodině**, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o rodině") je naprosto nezbytné vyjít z následujícího:

a) Cizinec, který podává žádost na území za účelem společného soužití s dalšími osobami, bude mít vůči ostatním "blízkým osobám" vyživovací povinnost, nebo je adresátem vyživovací povinnosti jiného (nezletilé nebo nezaopatřené děti), a nebo se bude jednat o vzájemnou vyživovací povinnost mezi manželi. V obou případech však bez pochyby jde o vyživovací povinnost podle zákona o rodině.

b) Vyživovací povinnost podle § 85 odst. 1 zákona o rodině, ze strany rodičů vůči dětem je vázána na schopnost dítěte se samo živit, tedy i do ukončení soustavné přípravy "dítěte" na budoucí povolání po dosažení věku 18 let, a nikoli na tom je-li dítě svobodné a mladší 18 let jak výslovně požaduje cizinecký zákon. Do soustavné přípravy na budoucí povolání náleží i ty vzdělávací stupně, které nezaopatřené "dítě" absolvuje právě až po dosažení plnoletosti. Platná právní úprava cizineckého zákona tedy má paradoxně dopad na sociální a ekonomickou situaci a rodinné vztahy těch rodičů a "dětí" z neúplných rodin, které nedokáží absolvovat vyšší střední nebo vysoké vzdělání do okamžiku dosažení plnoletosti. Zde nebude možné ani žádat o vízum nad 90 dnů z území i za jiným účelem, protože soužití rodiče s manželem není u neúplných rodin ani možné, a poté, co soustavně se na budoucí povolání připravující dítě dosáhne plnoletosti, by odpadla podmínka pro udělení víza. Navíc, u rodin úplných lze "obejít" navrženou právní úpravu právě odůvodněním společného soužití s manželem-manželkou.

c) Výslovný požadavek cizineckého zákona, že musí jít o svobodné dítě je nadbytečné, poněvadž vstoupí-li osoba mladší 18 let do manželství, tak jednak nabude plnoletosti okamžikem uzavření manželství, jednak uzavřením manželství "zaniká" vyživovací povinnosti rodičů tohoto dítěte a nastupuje vyživovací povinnost mezi manželi podle § 91 odst. 3 zákona o rodině. Ta nadále podle § 92 odst. 2 zákona o rodině (tedy i v případě zániku manželství před 18. rokem věku) vyživovací povinnosti rodičů vůči dítěti předchází.

d) Zákon o rodině se vztahuje na všechny rodiny bez rozdílné míry práv a povinností, protože zákon ani nemůže činit, pod sankcí obvinění z diskriminace na základě státního občanství, rozdílu mezi dítětem státním občanem ČR a dítětem cizincem. Proto má platné znění § 32 odst. 1 vysoce negativní dopad nejen na "děti" cizince, které se soustavným studiem připravují na své budoucí povolání a jsou starší 18 let, ale hlavně na "děti" státní občany ČR, jejichž rodič je cizinec, protože ten ani nemůže podle platného znění požádat z území státu ani o vízum jiné (zaměstnání, podnikání, výkon svobodného povolání). Rodič-cizinec totiž nesplní tu z kumulativně definovaných podmínek, že žádá o vízum nad 90 dnů za účelem sloučení s dítětem, protože "dítě" je již starší 18 let. Cizinecký zákon tak nepřímo novelizuje zákon o rodině, zavádí rozdílný obsah právních vztahů a míru jejich ochrany mezi rodinnými příslušníky v závislosti na státním občanství, a tím zavádí i diskriminaci jednotlivců právě v závislosti na tomto státním občanství.

3.12.1.2 Platné znění cizineckého zákona tak dále nerespektuje ani ducha státní rodinné politiky, kdy přímo ze **zákona č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře**, ve znění pozdějších předpisů, je rodičům pečujícím o nezaopatřené dítě, které se soustavně připravuje na své budoucí povolání (maximálně však do věku 26 let) vyplácena za podmínky trvalého bydliště na území finanční podpora. Rodič-cizinec "dítěte", které může být nejen cizincem, ale i státním občanem ČR, a které je starší 18 let, tak paradoxně nebude moci požádat o dlouhodobé vízum za jiným účelem jenom proto, že jeho dítě, vůči kterému má stále vyživovací povinnost podle zákona o rodině, dále studuje. To, že se jedná o nepřímou novelizaci zákona o státní sociální podpoře v tom duchu, že je-li dítětem připravujícím se

soustavně na budoucí povolání cizinec, pak mu práva podle tohoto zákona náleží toliko do 18 a nikoli 26 let, a že se tudíž jedná i o diskriminaci "dětí" starších 18 let jen proto, že studují, je rovněž zcela zjevné.

3.12.1.3. Ustanovení § 32 odst. 1 cizineckého zákona jako základní vnitrostátní právní normy upravující podmínky pro vstup, pobyt a opuštění ČR rovněž nerespektuje čl. 32 odst. 1 - zákonná ochrana rodiny a rodičovství, 3 - shodný právní status dětí narozených v manželství i mimo ně, 4 - právo rodičů na výchovu dětí a právo dětí na výchovu rodičů, 5 - pomoc státu rodičům a 6 - implementace těchto práv zákonem **Listiny**, která z hlediska personálního rozsahu poskytuje ochranu rodinných vztahů všech osob, tedy i bez rozdílu podle státního občanství. Na odst. 1 a 3 čl. 32 se aplikuje, v souladu s čl. 41 Listiny pravidlo dovolávání se práva toliko v mezích zákona. I přesto, že odst. 6 obsahuje klasické zmocňovací ustanovení pro zákon, zákon o rodině, jak již bylo uvedeno výše, upravuje vztahy mezi manželi a mezi rodiči a dětmi bez činění jakéhokoli dalšího rozdílu. Tím je porušen i obecný zákaz diskriminace podle čl. 3 odst. 1 Listiny, který zakazuje činění jakéhokoli rozdílu mezi jednotlivci v právech, která jim Listina zaručuje.

3.12.1.4. Ve vztahu k **Úmluvě o právech dítěte**, se jedná o nerespektování čl. 27 odst. 1 a 2 a čl. 28 odst. 1. Omezení práva především dítěte z neúplné rodiny na péči rodiče i po dosažení věkové hranice 18 let i přesto, že se toto dítě systematicky připravuje na budoucí povolání a není schopno se samo žít, nejen že nerespektuje dva uvedené zákony, ale nerespektuje i čl. 27 odst. 1 a 2 Úmluvy o právech dítěte, podle něhož státy *"uznávají právo dítěte na životní úroveň nezbytnou pro jeho tělesný, duševní, duchovní, mravní a sociální rozvoj. Rodič(e), nebo jiné osoby, které se o dítě starají, nesou v rámci svých schopností a finančních možností základní odpovědnost za zabezpečení životních podmínek nezbytných pro rozvoj dítěte."*

Tím, že cizinecký zákon omezuje právo na péči pouze do 18 let, rozlišuje kvalitu rodinných vazeb a práv a povinností z nich vyplývajících podle státní příslušnosti. Ve svém důsledku tedy jde o diskriminaci rodinných vztahů dětí (i se státním občanstvím ČR), jejichž rodič, na kterého jsou odkázáni výživou, je cizinec a ony pocházejí z neúplných rodin. Tím, že cizinecký zákon nerespektuje právo na maximální možné vzdělání, aniž by nebyla oslabena ochrana rodinných vazeb, dochází k rozporu s čl. 28 odst. 1 písm. c) Úmluvy o právech dítěte, podle něhož státy: *"uznávají právo dítěte na vzdělání a s cílem postupného uskutečňování tohoto práva a na základě rovných možností zejména ... všemi vhodnými prostředky zpřístupňují vysokoškolské vzdělání pro všechny podle schopností."*

3.12.1.5. Rovněž **Mezinárodní pakt o občanských a politických právech** v čl. 23 poskytuje obecnou ochranu rodině jako přirozené skupině osob. V kontextu s čl. 2 odst. 1, který zakotvuje personální rozsah na všechny jednotlivce na území státu bez možnosti jakéhokoli dalšího rozlišování (obecně formulovaná antidiskriminační klausule), a v kontextu s čl. 4 odst. 1, který umožňuje omezení práv pouze za mimořádné situace, se tak jeví platné znění § 32 cizineckého zákona jako znění zákona, které tyto závazky implicitně popírá.

3.12.1.6. **Úmluva OSN o právním postavení uprchlíků** i **Úmluva OSN o právním postavení osob bez státní příslušnosti**, obě ve čl. 12, výslovně zakotvují povinnost států respektovat osobní status azylantů, včetně osob, jejichž žádost o azyl nebyla doposud pravomocně rozhodnuta, a bezdomovců, zejména pak respektovat existenci manželství. Tím, že platné znění § 32 odst. 1 cizineckého zákona nerespektuje ani rodinné vazby státních občanů, pokud je dalším členem rodiny cizinec, nelze než konstatovat, že cizinecký zákon

nesplňuje ani kriteria těchto dvou smluv.

3.12.1.7. Cizinecký zákon se nepřímo vztahuje i k obchodnímu zákoníku a zákonu o dani z příjmu fyzických a právnických osob, jelikož mu není znám pojem svobodné povolání, popř. výdělečná činnost člena statutárního orgánu obchodní společnosti. Problém vzniká při prodlužování víza nad 90 dnů právě ze dvou uvedených důvodů. Jde tedy 1) o ty cizince, kteří jsou členové statutárních orgánů podnikatelských subjektů a jejich pracovněprávní vztah v ČR tak je založen volbou či jmenováním, nikoli tedy uzavřením pracovní smlouvy na základě příslibu jejího uzavření pro potřeby vystavení pracovního povolení, a 2) jde o ty cizince, kteří v ČR vykonávají některé ze svobodných povolání. Při žádosti o prodloužení víza nad 90 dnů jsou tyto cizinci povinni podle § 33 odst. 5 doložit výslovně "*potvrzení od finančního úřadu ČR o zaplacení daně z příjmu za poslední zdaňovací období*". Skutečný příjem této skupiny cizinců je však mnohdy vyplácen v zahraničí, kde se také převážně zdržují. Tento příjem je také v zahraničí i zdaňován, a to na základě celé řady bilaterálních smluv mezi ČR a ostatními státy o zamezení dvojího zdanění. Tyto smlouvy totiž přesně určují daňový domicil cizinců (u většiny smluv se jedná o čl. 4 - též rezident), což je v naprosté většině případů právě v zahraničí (cizinec se tam převážně zdržuje, v zahraničí je sídlo mateřského podniku, atd.).

Pokud ale současně § 30 **zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník**, ve znění pozdějších předpisů, požaduje pro zápis do obchodního rejstříku zahraničního podnikatelského subjektu vízum nad 90 dnů, tak dochází k tomu, že tyto cizinci nejsou jednoduše schopni předložit potvrzení podle § 33 odst. 5 cizineckého zákona (splnění daňové povinnosti právě v ČR), jednoduše tím dochází k možnosti neprodloužení víza nad 90 dnů, jelikož pojem "trvání účelu" váže v praxi policii i na faktický pobyt cizince v ČR. To, že se cizinec na území nezdržuje, je pro policii důvodem k neprodloužení víza nad 90 dnů. Tímto úředním rozhodnutím, které nerespektuje právě trvání účelu, je fakticky paralyzována činnost statutárních orgánů podnikatelských subjektů - obchodních společností.

Platné znění § 33 odst. 5 cizineckého fakticky mění (nepřímá novelizace) **zákon č. 586/1992 Sb., o dani z příjmu fyzických a právnických osob**, ve znění pozdějších předpisů. Zákon o dani z příjmu alternativně stanoví dvě lhůty pro podání daňového přiznání a splnění daňové povinnosti za poslední zdaňovací období - 31. března a 30. června. Avšak na základě cizineckého zákona je "daňový poplatník-cizinec" povinen splnit daňovou povinnost v závislosti na potřebě získání potvrzení pro prodloužení platnosti víza nad 90 dnů i dříve, než je mu uloženo daňovými předpisy.

Při nové právní úpravě udělování víz na území ČR je proto nezbytné definovat dítě ne jako svobodnou osobu mladší 18 let, ale jako neplnoleté nebo nezaopatřené dítě podle zvláštního předpisu, a zohlednit změnu účelu přechodného pobytu u cizinců, kteří zde žijí s ostatními členy právními normami než cizineckým zákonem:

1) Nové znění § 32 odst. 1 by při zohlednění všeho výše uvedeného měl znít následovně:

"(1) Žádost o udělení víza k pobytu nad 90 dnů lze podat na území policii

za podmínky, že

a) cizinec tuto žádost podává v průběhu pobytu na území na vízum k pobytu nad 90 dnů vydané za účelem společného soužití rodiny v rozsahu manžel, nezletilé nebo zletilé nezaopatřené dítě, zákonný zástupce, a žádá o udělení víza za jiným účelem,

b) cizinec tuto žádost podává v průběhu pobytu na území na vízum k pobytu nad 90 dnů a žádá o udělení víza za účelem společného soužití rodiny v rozsahu manžel, nezletilé nebo zletilé nezaopatřené dítě, zákonný zástupce,

c) nezletilý cizinec tuto žádost podává za účelem společného soužití se zákonným zástupcem, jenž na území pobývá na základě povolení k pobytu nebo na vízum k pobytu nad 90 dnů nebo je státním občanem České republiky,

d) zletilý nezaopatřený cizinec tuto žádost podává z důvodu soustavné přípravy na budoucí povolání podle zvláštního předpisu (odkaz na zákon č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 29/1984 Sb. o soustavě základních a středních škol, ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů) a na území pobývá na základě víza uděleného podle písm. c).

e) cizinec tuto žádost podává po pěti letech nepřetržitého pobytu na území na vízum za účelem strpění pobytu podle § 35 odst. 1 písm. b)."

2) Vložením nového odst. 2 je současně nezbytné vyloučit jako jednu z kumulativních podmínek žádosti výpis ze "zahraniční evidence Rejstříku trestů", jak je obecně zakotveno v § 31 odst. 1 písm. e):

"(2) V případech podání žádosti podle odst. 1 písm. a), b), c) nebo e) neplatí povinnost cizince předložit obdobný doklad státu, jako je výpis z Rejstříku trestů podle § 31 odst. 1 písm. e)."

3) Vložením nového odst. 3, který by omezil diskreční pravomoc policie při nevyhovění žádosti o vízum nad 90 dnů podle § 32 odst. 1 a následné vyhoštění cizince toliko na bezpečnostní důvody uvedené v § 119 odst. 1 písm. a) bod 1., je nutné označit platný odst. 2 jako odst. 4:

"(3) Vízum podle odst. 1 vydá policie vždy, pokud neshledá podmínky zakládající vyhoštění cizince podle § 119 odst. 1 písm. a) bod 1. tohoto zákona.

(4) ((2)) ..."

4) Nahradit v § 33 odst. 5 definici náležitostí k podání žádosti o prodloužení platnosti víza k pobytu nad 90 dnů:

"(5) K žádosti o prodloužení doby platnosti víza k pobytu nad 90 dnů uděleného za účelem podnikání nebo od zaměstnání odlišné výdělečné činnosti je cizinec povinen dále předložit potvrzení příslušného finančního úřadu České republiky o (zaplacení daně z příjmu za poslední zdaňovací období a potvrzení orgánu České správy sociálního zabezpečení o zaplacení sociálního pojištění za poslední období) plnění daňové povinnosti za poslední zdaňovací období podle zvláštního zákona (odkaz na zákon č. 586/1992 Sb., o dani z příjmu fyzických a právnických osob, ve znění pozdějších předpisů) a potvrzení příslušného úřadu Správy sociálního zabezpečení o zaplacení pojistného na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti. Není-li cizinec podle zvláštních zákonů (odkaz na zákon č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 155/1995 Sb., o důchodovém pojištění, ve znění pozdějších předpisů) nebo podle platné mezinárodní smlouvy vyhlášené ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce mezinárodních smluv daňovým subjektem nebo plátcem pojistného na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, předloží o této skutečnosti potvrzení vydané příslušnými orgány."

3.12.2. Zrušení platnosti víza k pobytu nad 90 dnů (§ 34)

Zrušení platnosti víza k pobytu nad 90 dnů se, stejně jako jejich vydávání a prodloužování, velmi výrazně vztahuje ke každodennímu životu cizinců ČR. Z pohledu mezinárodněprávního je pak zejména následek zrušení platnosti víza, tedy povinnost cizince opustit území ČR a popř. i jeho vyhoštění, předmětem poměrně podrobné úpravy v rámci práva svobody pobytu, resp. ochrany pobytu cizince na území přijímajícího státu. Proto je

nezbytné pozornost zaměřit nejen na pojem ochrana rodiny a soukromého života, ale i na míru akceptování společenské nebezpečnosti cizince pobývajícího v ČR na vízum nad 90 dnů při rozhodování o ukončení jeho pobytu v ČR.

3.12.2.1. Jak již bylo uvedeno v předcházející kapitole, ani **Listina** ani **zákon o rodině** jako stěžejní vnitrostátní právní předpis, nerozlišují při poskytování ochrany rodiny míru práv a povinností v závislosti na existenci či neexistenci státního občanství ČR.

3.12.2.2. Rovněž hodnocení míry společenské nebezpečnosti se musí v právním státě odvíjet od základního sankčního zákona, tedy od **zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon**, ve znění pozdějších předpisů, a nikoli od správního rozhodnutí činěného státním orgánem na základě uvážení. Jelikož však cizinecký zákon zná jako jeden z důvodů pro zrušení platnosti víza nad 90 dnů pravomocné odsouzení za spáchání úmyslného trestného činu bez dalšího (§ 34 odst. 1 písm. a), bude nanejvýš vhodné, aby i v případech zrušení platnosti víza nad 90 dnů, byla zohledněna společenská nebezpečnost, jak tomu je např. u důvodů pro zrušení přechodného pobytu podle § 119 cizineckého zákona. Proto bude nezbytné, aby byla i zde stanovena hranice, kdy se, byť jde o páchaní trestné činnosti, jedná ještě o míru únosnou, a kdy již nikoli. Za adekvátní lze považovat hranici, kdy úmyslný trestný čin, za nějž byl cizinec pravomocně odsouzen, nedosahuje míry závažného trestného činu, tedy aby za důvod ke zrušení víza nad 90 dnů bylo zákonem uznáno pravomocné odsouzení za závažný úmyslný trestný čin. Významnou úlohu zde sehrává i ta skutečnost, že pravomocně odsouzenému cizinci bývá též uložen trest vyhoštění. Důvodem pro zrušení platnosti víza nad 90 dnů by proto měla být skutečnost, že cizinci byl trest vyhoštění uložen soudem, nebo že byl cizinec pravomocně odsouzen pro závažný úmyslný trestný čin. Tím by mělo být naplněno i kritérium ochrany veřejného pořádku a bezpečnosti jako důvodů pro omezení ochrany rodiny i soukromého života.

3.12.2.3. Obohacujícím faktorem tohoto aspektu ochrany pobytu cizince na území přijímajícího státu je judikatura Evropského soudu pro lidská práva (dále jen "Soud") podle **Evropské úmluvy o lidských právech**, jediného mezinárodního soudního orgánu, jehož rozhodnutí jsou pro státy právně závazná. Čl. 8 EÚLP na jedné straně garantuje ochranu práva na rodinný a soukromý před zásahem státního orgánu, na straně druhé přesně určuje, kdy tak státní orgán činit může (pozitivní taxativní vymezení). Jedná se o případy, "... *kdy je to v souladu se zákonem a nezbytné v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, hospodářského blahobytu země, předcházení nepokojům a zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných.*". Ve vztahu k čl. 8 a ve vztahu k pobytu, resp. zrušení jeho platnosti cizinců se opakovaně vyjádřil Soud v rozsudku A-138 ve věci Berrehab z roku 1988 a v rozsudku A 234-A ve věci Beldjoudi z roku 1992, kde v podstatě konstatoval, že pokud cizinec má navázány na území státu svého bydliště reálné rodinné vztahy a pokud vyhoštění (k němuž cizinec podle platného cizineckého zákona směřuje přímo ze zákona poté, co je mu zrušeno vízum nad 90 dnů a on neopustí území ČR v době stanovené ve vízu výjezdním) může udržování těchto vztahů ohrožovat, pak toto opatření není oprávněným s ohledem na čl. 8, pokud není přiměřeným sledovanému legitimnímu cíli, tj., jinými slovy jestliže útok na rodinný život, který z toho vyplývá, není excesem ve vztahu k veřejnému zájmu, který má být chráněn. Soud rovněž konstatoval, že státům přísluší zajišťovat veřejný pořádek, zejména při výkonu jejich práva kontrolovat v souladu s pevně zakotveným principem mezinárodního práva a s výhradou závazků vyplývajících pro ně z mezinárodních smluv - vstup, pobyt a vyhošťování cizinců. Nicméně jejich rozhodnutí v této oblasti, v míře dotýkající se práva chráněného článkem 8 odst. 1 musí být nezbytná v demokratické společnosti, tj. odůvodněná naléhavou sociální potřebou a

zejména musí být přiměřená sledovanému legitimnímu účelu.

Za soukromý život jsou ve vztahu k čl. 8 EÚLP podle konstatní judikatury Soudu považovány i aktivity profesní nebo komerční povahy, jelikož se na ně vztahuje smysl tohoto ustanovení, totiž chránit jednotlivce proti svévolným zásahům orgánů veřejné moci (rozsudek Niemietz A-251 z roku 1993).

3.12.2.4. Ve vztahu k **Úmluvě o právech dítěte** lze hovořit o nerespektování smyslu čl. 10 odst. 2, který výslovně uvádí, že "*dítě, jehož rodiče pobývají v různých státech, má až na výjimečné případy*" (národní bezpečnost, veřejný pořádek, ochrana morálky a zdraví) "*právo na pravidelné osobní kontakty*". Ve vztahu k tomuto závazku ČR se pak ukončení pobytu cizince-rodíče z důvodu nesplnění některé z kumulativně zakotvených podmínek pro udělení víza nad 90 dnů podle § 34 odst. 2 písm. a) jeví obzvláště "bolestným" při ztrátě účasti v systému veřejného zdravotního pojištění následněm vzniku dluhu za neuhrazení poskytnuté zdravotní péče.

Pokud tedy bude např. cizinci-rodíči-zákonnému zástupci vízum zrušeno a bude muset opustit území ČR právě z toho důvodu, že neuhradil poskytnutou zdravotní péči, může být tomuto cizinci-rodíči pro kontakt s dítětem, které jej prostě není schopno navštěvovat v zahraničí, uděleno toliko vízum s platností na 5 dnů podle § 26 odst. 5 písm. d) pouze pokud bude uznáno, že je ve veřejném zájmu státu respektovat mezinárodní právní závazky. Pokud však v důsledku zrušení platnosti víza nad 90 dnů bude tento rodič z ČR vyhoštěn proto, že z důvodu plnění rodičovských povinností pečoval o dítě, bude se v tomto právním režimu zdržovat minimálně polovinu doby k zákazu vstupu na území. Po uplynutí poloviny doby zákazu pobytu pak totiž může cizinec podle § 122 odst. 5 cizineckého zákona požádat o zrušení rozhodnutí o vyhoštění, avšak pouze za splnění kumulativní podmínky, že odpadl důvod vyhoštění, tedy že zaplatil za poskytnutou zdravotní péči. Je tedy nepoměrně efektivnější využít nástroje vnitrostátního práva k uhrazení dluhu, než tento dluh vymáhat ze zahraničí a vystavovat se k tomu velmi vysoké pravděpodobnosti nařčení z nerespektování smyslu přijatých mezinárodních právních závazků.

Ke zrušení platnosti víza k pobytu nad 90 dnů by tudíž bylo nanejvýš vhodné změnit cizinecký zákon v § 34 tak, aby sankcí neplatnosti víza byli postiženi toliko pachatelé závažné trestné činnosti, a aby nebyli z důvodu nesplnění podmínky pro vstup do ČR až v průběhu pobytu povinni ČR opustit ti cizinci, pro něž to bude znamenat rozdělení rodin. Současné společné závětí odst. 2 totiž přenáší veškerou rozhodovací pravomoc na policii, která má i v těchto případech posuzovat adekvátnost zásahu do pobytového statusu nejen sankcionovaného cizince, ale v důsledku i do pobytového statusu příslušníků jeho rodiny. S ohledem na to, že se jedná o velmi citlivý mezinárodní závazek, se tak jedná o velmi širokou diskreční pravomoc. Proto by se adekvátní změna § 34 cizineckého zákona měla v platném znění odrazit např. následovně:

1) Doplnit slovo "závažného" do § 34 odst. 1 písm. a):

"(1) Policie zruší platnost víza k pobytu nad 90 dnů, jestliže cizinec

a) byl pravomocně odsouzen za spáchání **závažného** úmyslného trestného činu, ...".

2) Doplnit závětí § 34 odst. 2 následovně:

"Vízum k pobytu nad 90 dnů policie nezruší, jestliže odstranění vad brání překážky na cizinci nezávislé, jejich odstranění by znamenalo zmaření práva pobývat na území a cizinec na území České republiky pobývá z důvodu společného soužití rodiny v rozsahu manžel, zákonný zástupce nebo neplnoleté nebo nezaopatřené dítě podle zvláštního předpisu (odkaz na zákon č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře, ve znění pozdějších předpisů.)"

3.12.3. Strpění (§ 35 - § 37)

Vízum za účelem strpění pobytu se uděluje, stejně jako vízum nad 90 dnů, na dobu maximálně 365 dnů s možností opakovaného prodloužení. Důvodem pro udělení tohoto typu dlouhodobého víza je buď individuální situace cizince, či objektivní důvody vztahující se ke státu, do něhož by měl cizinec vycestovat, a mezinárodní závazky ČR toto vycestování neumožňují. Vízum za účelem strpění pobytu se vydává na žádost cizince, kterému ve vycestování brání objektivní překážka (nezávislá na jeho vůli), nebo existence překážky vycestování definovaná v § 179. Zde se výslovně jedná o obecně zakotvený princip zákazu návratu cizince do státu, kde je ohrožen jeho život a svoboda na základě klasického diskriminačního zacházení (rozšířené pravidlo non-refoulement), nebo kde cizinci hrozí mučení či nelidské zacházení a nebo má-li být vydán do ciziny pro trestný čin, za který je možné uložit trest smrti. V posledním případě se jedná o transformaci závazku nevydat cizince v takovém případě nevydat podle Evropské úmluvy o vydávání (ETS 24) č. 549/1992 Sb. Tyto záruky se však neodráží v pobytovém režimu cizince. Cizinec, kterému je tento druh víza udělen a opakovaně prodloužován se nachází v existenčním vakuu, jelikož nemá možnost získávat finanční prostředky pro svou obživu ani legálním způsobem, ani formou finanční podpory od státu, jak je tomu např. u osob v jiném pobytovém režimu. Tím, že je cizincům ve strpění poskytována ze zákona zdravotní péče, pokud si ji nejsou schopni hradit jiným způsobem, není vůbec vyřešena otázka jejich jakéhokoli ekonomického fungování ve společnosti. Cizinecký zákon totiž neurčuje jejich postavení pro účely výdělečné činnosti či studia. Tím, že je cizinecký zákon normou práva veřejného, a tudíž je nezbytné aplikovat pravidlo "vše je zakázáno, co není výslovně povoleno", není "strpěným" cizincům umožněno pracovat. Zákon o zaměstnanosti, popř. další právní předpisy vztahující se k provozování výdělečné činnosti, které by pak následně regulovaly režim i "strpěných cizinců" mají odlišný pojmový aparát. Ten ve svém důsledku způsobuje i nejednotnou aplikační praxi, kdy některé příslušné orgány (nejčastěji úřady práce a živnostenské úřady) vystavují cizincům příslušná osvědčení, některé orgány tuto možnost ani nepřipouštějí. "Strpění" cizinci tak jsou samotnou právní normou ve svém důsledku nuceni k vyhledávání ilegálních zdrojů příjmů, neboli jinými slovy řečeno, lze mít tedy bez pochyb za to, že cizinecký zákon fakticky vede ke zvýšení kriminality cizinců v ČR.

V návaznosti na to je nezbytné, aby si ČR vytvořila vlastní integrační politiku cizinců nespĺňujících podmínky pro pobyt na území ČR a nemuselo docházet k vyhlašování "imigračních amnestií", neboli jednou za 10 až 15 let dočasně zmírňovat na minimum podmínky pro získání alespoň přechodného pobytu na vízum nad 90 dnů pro ty cizince, kteří se na území ČR zdržují dlouhodobě a nepřetržitě a přitom nespĺňují podmínky pro tento pobyt. K této situaci již v některých evropských státech došlo a smyslem tohoto kroku bylo jednak výrazně změnit strukturu imigrační populace, jednak posílit právní postavení těchto cizinců (možnost legálně provozované výdělečné činnosti, vstup do systému zdravotního, sociálního a důchodového pojištění, přístup ke vzdělání, atd.) Z tohoto důvodu by tedy bylo více než vhodné, aby mohl cizinec pobývajícím v ČR na vízum za účelem strpění pobytu minimálně podle § 35 odst. 1 písm. b), tedy s překážkou vycestování z důvodů uvedených v § 179 odst. 1, požádat z území o přechodný pobyt na vízum nad 90 dnů po 5-ti letech nepřetržitého pobytu nebo o povolení k trvalému pobytu po 10 letech v režimu strpění pobytu. V prvním případě se dostane cizinec na shodnou úroveň s cizinci pobývajícím na území ČR na dlouhodobé vízum a po dalších 10-ti letech nepřetržitého pobytu může požádat podle stávajícího § 67 i o trvalý pobyt, ve druhém případě je po delší "čekací" době cizinec včleněn do pobytového režimu s vyšším standardem.

3.12.3.1. **Listina** v čl. 26 odst. 3 zakotvuje právo každého "získávat prostředky pro své

životní potřeby prací.". Listina rovněž zakotvuje možnost odlišné úpravy pro cizince. Odlišná úprava však nemůže obsahovat ani implicitní zákaz, jelikož tím dochází k popření vlastní podstaty tohoto práva. Lze proto říci, že cizinecký zákon není v právní úpravě režimu strpění pobytu cizince v souladu s ústavním pořádkem ČR, jehož je Listina nedílnou součástí.

3.12.3.2. Platná právní úprava pobytu za účelem strpění dále popírá i právo každého zajišťovat si prostředky na životní potřeby prací tak, jak je zakotveno v čl. 6 odst. 1 **Paktu o hospodářských sociálních a kulturních právech**.

Je nanejvýš žádoucí vyřešit přístup cizinců pobývajících v ČR na vízum za účelem strpění pobytu na pracovní trh a ke vzdělání alespoň v rozsahu držitele víza nad 90 dnů za účelem výdělečné činnosti nebo víza za účelem studia následovně:

Vložit do § 35 nový odst. 3 a současný odst. 3 označit jako 4:

"Cizinec se pro účely výdělečné činnosti považuje po dobu platnosti víza za účelem strpění pobytu za cizince s platným vízem nad 90 dnů za účelem zaměstnání nebo podnikání podle zvláštního zákona. Pro účely studia se cizinec považuje po dobu platnosti víza za účelem strpění pobytu za cizince s platným vízem za účelem studia."

3.12.4. **Podmínky podání žádosti o trvalý pobyt v ČR na základě povolení k pobytu (§ 65 odst. 1)**

Toto ustanovení cizineckého zákona taxativním způsobem stanovuje okruh osob, na které se vztahuje výjimka z obecně zakotveného pravidla možnosti podání žádosti o trvalý pobyt až po desetiletém nepřetržitém pobytu v ČR. Tato výjimka je odůvodněna právě rodinnými vazbami jednotlivých skupin cizinců.

3.12.4.1. Cizinecký zákon v této taxativně vymezené skupině cizinců nerespektuje rodinné vazby cizinců tím, že vůbec neodráží ustanovení § 3 písm. b) **zákona č. 40/1993 Sb. o nabývání a pozbývání státního občanství ČR**, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o státním občanství"). Jako ochranu před bezdomovectvím totiž zákon o státním občanství, v souladu s Úmluvou OSN o omezení případů bezdomovectví, stanovuje nabytí státního občanství ČR pro dítě narozením, jsou-li oba rodiče bezdomovci a jeden z nich má v ČR povolený pobyt. Cizinecký zákon vůbec v § 65 odst. 1 nezná možnost podání žádosti o povolení pobytu z toho důvodu, že nezletilé dítě je českým státním občanem od narození, a cizinec (druhý z rodičů) je osobou bez státní příslušnosti bez povoleného trvalého pobytu.

3.12.4.2. Naopak, u dětí s cizí státní příslušností, jejichž rodič je českým státním občanem, je nutné v případě rozvodu manželství, kdy dítě bylo svěřeno do výchovy právě českému občanu, podávat žádost o povolení k trvalému pobytu tohoto dítěte, aniž by byl na udělení tohoto povolení právní nárok např. z titulu pravomocného rozhodnutí soudu, nebo jen z té prosté právní skutečnosti, že se jedná o rodiče a jeho dítě. Tím dochází k absurdní diskriminaci těch rodičů a dětí, kteří žijí v úplných rodinných, tedy v nerozvedených manželstvích. Cizinecký zákon rovněž neumožňuje udělit povolení k pobytu dítěti cizince (tedy dítěti s cizím státním občanstvím), pokud má tento cizinec-rodič pobyt udělen. Cizinecký zákon tak nerespektuje jeden ze základních principů **zákona o rodině**, totiž rodičovská práva a povinnosti rodiče vůči dítěti, pokud v jich nebyl omezen nebo přímo zbaven, a právo dítěte na péči rodičů. Ve vztahu k zákonu o rodině se jeví jako velmi problematická i ta část platného cizineckého zákona, která požaduje, aby se jednalo toliko o

dítě mladší 18 let. Z hlediska vyživovací povinnosti rodičů vůči dětem se však jedná o nepřímou diskriminační změnu zákona o rodině, protože podle cizineckého zákona není rodič povinen plnit vyživovací povinnost pouze na základě odůvodnění, e se jedná o cizince.

3.12.4.3. Definicí dítěte-cizince tak cizinecký zákon zasahuje nejen do zákona o rodině, ale zejména do **zákona č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře**. Tento zákon totiž systémově navazuje na obecnou vyživovací povinnost rodiče vůči dítěti a garantuje podporu ze strany státu, pokud se dítě i po dosažení plnoletosti soustavně připravuje na své budoucí povolání. Věková hranice je zde stanovena na 26 let a nikoli na 18 let jak činí cizinecký zákon. Ten tak i nepřímě mění zákon o státní sociální podpoře tím, že v případě, že se jedná o "plnoleté dítě-cizince", neexistuje zde na pomoc státu nárok. Je proto maximálně vhodné, aby byla kategorie "svobodného dítěte mladšího 18 let" předefinována jako "neplnoleté nebo nezaopatřené dítě podle zvláštního předpisu (odkaz na zákon č. 117/1995 Sb.)".

3.12.4.4. Ve druhém ze dvou právě uvedených případů, tedy ve vztahu cizinec-rodíč - cizinec-dítě navíc dochází i k tomu, že tyto děti ani nemohou být ze **zákona o veřejném zdravotním pojištění** účastníky zdravotního pojištění, jelikož zákon o veřejném zdravotním pojištění požaduje k účasti v systému trvalý pobyt. V případě výskytu jakékoli zdravotní vady odmítají zdravotní pojišťovny tyto děti pojistit i komerčně, což ve svém důsledku může znamenat přímé ohrožení jejich života, jen proto, že cizinecký zákon neumožňuje pro tyto cizince-děti podání žádosti o trvalý pobyt bez podmínky nepřetržitého osmiletého pobytu v ČR z území.

3.12.4.5. Tato nedokonale upravená výjimka z obvyklého pobytového režimu, která má své hluboké opodstatnění v mezinárodním i vnitrostátním právem chráněných rodinných vazbách, tak může bezpochyby porušit nejen mezinárodní závazky již uvedené v kapitolách vydání, prodloužení a zrušení platnosti víza k pobytu nad 90 dnů, tedy u přechodného pobytu v ČR, ale především následující závazky z **Úmluvy o právech dítěte**. Ta v čl. 7 odst. 1 výslovně zakotvuje právo dítěte na péči rodičů a v čl. 3 odst. 1 zavazuje státy dbát nejlepšího zájmu dítěte. Povinnost států respektovat práva a povinnosti rodičů je zakotvena v čl. 3 odst. 2 v č. 5 Úmluvy o právech dítěte. Tato nedokonalá právní úprava cizineckého zákona vede k i porušení čl. 23 a 24 Úmluvy o právech dítěte, které zaručují adekvátní péči postiženým dětem a právo na přístup každého dítěte ke zdravotnickým službám bez výjimky. Platnou právní úpravu lze také hodnotit jako administrativní kladení překážek společnému soužití rodiče a dítěte. Tento aspekt však nabude významu u další diskutované oblasti cizineckého zákona, totiž místa podávání žádostí o trvalý pobyt.

Ve vztahu k osobám, které v ČR pobývají na vízum za účelem strpění pobytu již byla otázka podávání žádostí o přechodný pobyt (vízum nad 90 dnů) analyzována v kapitole podávání žádostí o vízum s platností nad 90 dnů z území ČR. S ohledem na nezbytnost toho tyto osoby začlenit do společnosti, s ohledem na striktní právní režim těchto osob, by bylo tedy vhodné jim umožnit podat nejen žádost o vízum nad 90 dnů za jiným účelem než strpění pobytu, ale v případě splnění zejména podmínky nepřetržitosti pobytu v ČR i žádost o povolení trvalého pobytu v ČR.

Rovněž možnost podání žádosti o povolení k trvalému pobytu pro dítě svěřené do péče cizince až po 8 letech nepřetržitého pobytu, kterému byl povolen trvalý pobyt v ČR, je, vzhledem k vazbě mezi těmito osobami, velmi tvrdým ustanovením. Tito cizinci by měli být přesunuti do oné exklusivní skupiny taxativně uvedené v odst. 1.

Další skupinou uvedených v § 66 jsou osamělí cizinci starší 70 let, jejichž dítě má v ČR povolený trvalý pobyt a zletilé děti závislé na péči cizince s povoleným trvalým pobyt.

Podmínka osmiletého nepřetržitého pobytu v ČR u osob starších 70 let, jako základní podmínka pro podání žádosti o pobyt trvalý, je velmi tvrdá právě s ohledem na jejich věk. U osob závislých se tato doba osmi let může jevit jako protahování nižšího právního standardu nejen pobytového režimu. V mnoha případech budou navíc tito cizinci schopni naplnit podmínku humanitární nebo budou v situaci hodné zvláštního zřetele, a tudíž budou moci podávat žádost o trvalý pobyt podle § 65 odst. 1 a nikoli podle § 66 písm. b) nebo c).

Veškeré uvedené problémy je proto nezbytné zohlednit při důkladné změně systému výjimek pro udělování povolení k trvalému pobytu. Proto by měla příslušná ustanovení cizineckého zákona znít např. následovně:

1) § 65 odst. 1:

"(1) O povolení k pobytu je bez podmínky předchozího nepřetržitého pobytu na území oprávněn požádat cizinec,

a) který o vydání tohoto povolení žádá za účelem společného soužití se státním občanem ČR, který má na území hlášen trvalý pobyt za podmínky, že cizinec je

1. manželem státního občana České republiky,

2. rodičem nezletilého státního občana České republiky, jenž mu byl svěřen do výchovy, nebo rodičem zletilého nezaopatřeného státního občana České republiky,

3. (2) osamělým rodičem starším 70 let státního občana České republiky a tento občan je starší 18 let,

4. (3) nezletilým dítětem státního občana České republiky (*a byl po rozvodu manželství rozhodnutím soudu svěřen do jeho péče*),

5. (4) zletilým dítětem státního občana České republiky a tento občan je osamělý a starší 70 let,

6. (5) osobou, která osvojila dítě, které bylo státním občanem České republiky, nebo osobou, které bylo nezletilé dítě, které je státním občanem České republiky, svěřeno do náhradní rodinné péče 11), popřípadě jemuž byla tato osoba ustanovena poručníkem, pokud se bude péče o toto dítě vykonávat na území, nebo

7. (6) nezletilým dítětem, které bylo ke dni osvojení v cizině státním občanem České republiky,

b) který (*o vydání tohoto povolení žádá z humanitárních důvodů nebo z jiných důvodů hodných zřetele, zejména*) je(-li) manželem či nezletilým nebo nezaopatřeným dítětem azylanta 2) pokud nepožádá o přiznání azylu, nebo byl v minulosti státním občanem České republiky,

c) který je nezletilým nebo zletilým nezaopatřeným dítětem cizince, jenž na území pobývá na základě povolení k pobytu,

d) který o vydání tohoto povolení žádá z humanitárních důvodů nebo z jiných důvodů hodných zřetele, anebo

e) (*c*) jehož pobyt na území je v zahraničněpolitickém zájmu České republiky.

2) Nahradit termíny "vízum k pobytu nad 90 dnů nebo na vízum za účelem dočasné ochrany", termínem "dlouhodobé vízum" v § 66 jelikož vízum za účelem strpení pobytu náleží do skupiny dlouhodobých víz opravňujících k přechodnému pobytu v ČR, vypustit písm. b) a c):

"O povolení k pobytu je po 8 letech nepřetržitého pobytu na území na (*vízum k pobytu nad 90 dnů nebo na vízum za účelem dočasné ochrany*) **dlouhodobé vízum** oprávněn požádat cizinec, ...

(b) ...

c) ...)"

3.12.5. Místo podání žádosti o povolení k trvalému pobytu (§ 69)

Cizinecký zákon i případě povolování trvalého pobytu, stejně jako tomu je u pobytu přechodného na vízum nad 90 dnů, důsledně dbá na vyřizování pobytových povolení ze zahraničí. Jelikož je však i zde nezbytné zohlednit případy, kdy by se na cizince kladený požadavek podání žádosti o povolení k pobytu jevil jako naprosto nerespektující jeho dosavadní postavení v ČR, zná cizinecký zákon výjimky, kdy je možné podat žádost o povolení k trvalému pobytu v ČR. Cizinecký zákon v platném znění však zná toliko tři případy, kdy tak cizinec učinit může, neboli cizinecký zákon zná pouhé tři taxativně vymezené výjimky pro podání žádosti o povolení k trvalému pobytu bez nutnosti vycestování do zahraničí. Konkrétně se jedná o cizince, který žádá o změnu pobytu přechodného na pobyt trvalý, dále o manžela nebo dítě mladší 18 let státního občana ČR a nebo se jedná o cizince, který byl v ČR svěřen do náhradní rodinné péče a dosáhl plnoletosti. Při porovnání tohoto personálního rozsahu s kritickou analýzou k § 65 je zcela zřejmé, že zde není vyřešen problém návaznosti jednotlivých ustanovení.

3.12.5.1 Obzvlášť zajímavá situace vzniká od účinnosti cizineckého zákona v těch cizineckých rodinách, kde je jeden člen azylantem a ostatní členové rodiny tak mají nárok na povolení trvalého pobytu bez předcházejícího desetiletého nepřetržitého pobytu. Tito lidé tak musejí podle současné úpravy žádat o povolení k trvalému pobytu na českém zastupitelském úřadě v zahraničí. V praxi se dokonce vyskytl názor, že se má jednat o zastupitelský úřad ve státě, jehož jsou cizinci státními občany, popř. mají jinou vazbu (pobyt). To je právě u kategorie osob "rodinný příbuzný azylanta" právní nonsens, neboť právě po těchto osobách nelze tento krok z důvodu ohrožení jejich života a zdraví podle § 179 realizovat. Navíc, pokud by žádost za dítě azylanta podával rodič, tedy vlastně samotný azylant, je to i porušení principu non-refoulement podle čl. 33 **Úmluvy OSN o právním postavení uprchlíků**, který je přejet i zákonem o azylu. K tomu je ještě nezbytné dodat, že v případě podávání žádostí na nejbližších českých zastupitelských úřadech v zahraničí je tato možnost fakticky omezena na úřady v Polsku a na Slovensku, protože pro dostavení se na české zastupitelské úřady v Rakousku a Německu budou zcela nepochybně tito cizinci potřebovat tzv. Schengenské vízum. Touto platnou zákonnou úpravou tak dochází zcela zjevně nejen ke kladení administrativních překážek, ale i k naprosto neodůvodněné "žadatelské turistice" mezi ČR a Slovenskem a mezi ČR a Polskem což, vůbec nemusí být, právě s ohledem na to, že se nejedná o občany české druhou stranou tolerováno.

Pokud by ČR vázala sloučení rodin azylanta na pobyt na dlouhodobé vízum žádajícího člena rodiny, pak se může jednat i o nerespektování osobního statusu podle čl. 12 odst. 2 Úmluvy OSN o právním postavení uprchlíků, tím, že nebude ve svém důsledku brán ohled právě na rodinné vazby azylanta: *"Práva, která uprchlík dříve nabyl, a která se vztahují k osobnímu postavení, zvláště práva týkající se sňatku, jsou smluvním státem respektována, za předpokladu, pokud je to nezbytné, že to odpovídá formalitám požadovaným zákony tohoto smluvního státu i v případě, že by nebyl uznán za uprchlíka."* Pokud se tedy nebude jednat výslovně o manželství kulhající, je nezbytné, aby právní předpisy i postupy těmito právními předpisy upravené respektovaly nejen samotnou skutečnost uzavření manželství, ale i právní následky tohoto právního úkonu. Situace, kdy rodinní příslušníci azylanta získávají nejdříve vízum dlouhodobé a až po jeho získání mohou žádat o povolení k pobytu, je prostě neakceptovatelná.

Z uvedeného vyplývá, že § 69 musí navazovat na navržené znění § 65, tedy celý odst. 2 bude nahrazen např. následujícím způsobem:

"(2) Na území je oprávněn podat žádost o povolení k pobytu cizinec, který

(a) ...

b) ...)

a) je osobou uvedenou v § 65 odst. 1 tohoto zákona,

b) (c) získal oprávnění k pobytu podle § 87 tohoto zákona a dosáhl věku 18 let.

3.12.6. Pobytový režim cizince narozeného na území (§ 88 odst. 3)

Cizinecký zákon v hlavě V. upravuje pobytový režim cizince, který se narodí v ČR. Obecný princip shodného právního režimu pro dítě a jeho rodiče nebo zákonného zástupce je zde však narušen ve výrazný neprospěch dítěte-cizince narozeného rodiči-cizinci v ČR. nerespektování principu shodného právního režimu spočívá v tom, že dítěti je obecně přiznán nižší pobytový status než rodiči. Výjimkou je narození dítěte-cizince rodiči-cizinci, kterému byl povolen přechodný pobyt. Zde je rodič podle § 88 odst. 2 povinen požádat o zápis dítěte do víza, pokud novorozenec-cizinec nevycestuje, prakticky i s rodičem, z ČR do 60 dnů ode dne narození. Obecně je pak pobyt narozeného cizince považován za přechodný pouze do 60 dnů ode dne narození, což je i lhůta pro rodiče-cizince k "přihlášení" dítěte. To se bez faktické výjimky vztahuje i na narozené dítě-cizince, jehož rodič-cizinec má povolený trvalý pobyt a dítě tak bude mít maximálně toliko přechodný pobyt na vízum nad 90 dnů a nikoli jako rodič pobyt trvalý. Zákon neřeší, jaký bude pobytový režim dítěte, pokud rodič-cizinec nesplní "přihlašovací" povinnost. S ohledem mnohdy i faktickou nerozdělitelnost rodiče a dítěte přichází do úvahy řešení, že pokud nebude dítě "přihlášeno a při pobytové kontrole bude tato skutečnost zjištěna bude dítěti uděleno vízum k pobytu nad 90 dnů, v horším případě pak vízum za účelem strpění pobytu. Tento velice striktní pobytový režim však zejména vylučuje dítě ze systému veřejného zdravotního pojištění, a dítě i rodiče ze systému státní sociální podpory, na kterou měli rodiče nárok před narozením dítěte.

3.12.6.1. Dítě-cizinec narozené v ČR je tak vyloučeno ze systému veřejného zdravotního pojištění podle **zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění**, který, jak bylo uvedeno výše, požaduje pro účast ve veřejném zdravotním pojištění trvalý pobyt osoby. Tuto podmínku tak novorozenec-cizinec prostě není na základě platného znění cizineckého zákona schopen splnit, přestože jeho rodič-cizinec má trvalý pobyt povolen. Tím dochází cizineckým zákonem k výraznému zásahu do práva na zdraví cizince, neboli dochází k vyloučení tohoto cizince ze zdravotního pojištění. Naopak, svědčil-li by cizinci narozenému na území ČR předpoklad povoleného pobytu až do okamžiku dokud nebude pravomocně rozhodnuto jinak, je tento cizinec pojištěn již od okamžiku narození a plátcem pojistného bude v souladu s 7 odst. 1 písm. a) zákona o veřejném zdravotním pojištění stát. Toto ustanovení však explicitně odkazuje na kategorii nezaopatřených dětí podle zákona o státní sociální podpoře, čímž je chráněno zdraví cizince-dítěte od okamžiku narození, kdy je poskytnutí adekvátní zdravotní péče pro další život a výrazně též ovlivní jeho kvalitu.

3.12.6.2 Tím, že se bude cizinec narozený na území ČR nacházet v právním režimu přechodného pobytu na dlouhodobé vízum, a to až do okamžiku nabytí právní moci o povolení k pobytu, dojde k vyloučení této rodiny ze systému státní sociální podpory podle zákona č. 117/1995 Sb. všude tam, kde musí cizinec sám i společně posuzované osoby splňovat podmínku trvalého pobytu. Zákonným zástupcem je v naprosté většině totiž rodič, popř. zákonný zástupce sdílí s cizincem narozeným na území společnou domácnost. Trvalost pobytu je tímto zákonem definována jako doba přesahující 365 dnů, neboli dítě-cizinec narozený na území svým narozením ze zákona zbaví ostatní společně posuzované osoby minimálně na dobu 1 roku. Tím cizinecký zákon zasahuje nepřipustným způsobem do splnění podmínek pro vznik nároku na plnění podle jiného zákona.

3.12.6.3. Výše provedený rozbor je o to závažnější, že zachování platného znění § 88 odst. 3 povede k přímému rozporu s čl. 24 a v důsledku toho i čl. 23 **Úmluvy o právech dítěte**, s tím, že porušení těchto práv bude znamenat i porušení obecnějších principů vyjádřených v úvodních ustanoveních Úmluvy, jelikož Úmluva přiznává právo na zdravotní péči každému dítěti, bez jakéhokoli rozlišování, tedy i na základě rozlišování mezi občanem a cizincem:

"Státy, které jsou smluvní stranou úmluvy, uznávají právo dítěte na dosažení nejvýše dosažitelné úrovně zdravotního stavu a na využívání léčebných a rehabilitačních zařízení. Státy, které jsou smluvní stranou úmluvy, usilují o zabezpečení toho, aby žádné dítě nebylo zbaveno svého práva na přístup k takovým zdravotnickým službám." (čl. 24 odst. 1)

"Státy, které jsou smluvní stranou úmluvy, sledují plné uskutečňování tohoto práva a zejména činí potřebná opatření:

a) ke snižování kojenecké a dětské úmrtnosti;

b) k zajištění nezbytné lékařské pomoci a zdravotní péče pro všechny děti s důrazem na rozvoj základní lékařské péče; ..." (čl. 24 odst. 2)

"Státy, které jsou smluvní stranou úmluvy, uznávají právo postiženého dítěte na zvláštní péči, v závislosti na rozsahu existujících zdrojů podporují a zabezpečují oprávněnému dítěti a osobám, které se o ně starají, požadovanou pomoc odpovídající stavu dítěte a situaci rodičů nebo jiných osob, které o dítě pečují." (čl. 23 odst. 2)

"Uznávajíce zvláštní potřeby postiženého dítěte se pomoc v souladu s odstavcem 2 poskytuje podle možností bezplatně, s ohledem na finanční zdroje rodičů nebo jiných osob, které se o dítě starají, ..." (čl. 23 odst. 3)

3.12.6.4. Tím, že platné znění § 88 odst. 3 cizineckého zákona přímo svou dikcí znemožňuje cizincům narozených na území ČR být účastníky zdravotního pojištění podle zákona o veřejném zdravotním pojištění od okamžiku narození, pokud jejich rodič či zákonný zástupce (rovněž cizinec) má povolen trvalý pobyt, jde cizinecký zákon nejen nad rámec tohoto zákona, ale dostává se v této vazbě do rozporu i s čl. 31 **Listiny**, který stanoví, že: *"Každý má nárok na ochranu zdraví ... za podmínek, které stanoví zákon."* Tímto zákonem je však zákon o všeobecném zdravotním pojištění a nikoli zákon cizinecký, který znemožňuje narozenému dítěti splnit v okamžiku narození podmínky pro vstup do systému zdravotního pojištění, zatímco rodič tyto podmínky v okamžiku porodu splňuje, protože má povolený pobyt v ČR.

3.12.6.5. Eliminací této skupiny cizinců tak ČR rovněž nerespektuje závazek obsažený v čl. 12 **Mezinárodního paktu o hospodářských sociálních a kulturních právech č. 120/1976 Sb.**, ve kterém státy jednak uznávají právo každého na nejvýše dosažitelnou úroveň zdraví a zavazují se učinit veškerá opatření k uskutečnění tohoto práva.

Dikce cizineckého zákona však svědčí o opaku. Proto je nezbytné změnit cizinecký zákon v § 88 odst. 3 minimálně tak, aby cizinec, který se narodí na území ČR a jeho rodič či zákonný zástupce má povolení k trvalému pobytu, byl považován za cizince s povoleným pobytem i po dobu řízení o udělení povolení k pobytu, tedy aby vydání povolení k trvalému pobytu navazovalo na již existující stav:

*"... V případě podání žádosti o povolení k pobytu se pobyt narozeného cizince (po dobu řízení považuje za přechodný) **od okamžiku narození do právní moci rozhodnutí o této žádosti považuje za pobyt trvalý.**"*

3.13. Ukončení pobytu, vyhoštění

Jelikož v předcházející kapitole "Ochrana pobytu" byla mnohdy věnována pozornost i otázce povinnosti státu respektovat a chránit pobytový status cizince zejména na základě mezinárodních právních závazků, které mají přednost před zákonem, a vnitrostátních právních předpisů tyto závazky implementující, bude zde pozornost věnována podmínkám vlastního ukončení pobytu cizince v ČR. Základním právním předpisem je i zde cizinecký zákon. Podmínky pro ukončení pobytu cizinců v ČR jsou opět obsaženy i v některých mezinárodních smlouvách o lidských právech.

3.13.1. Finanční prostředky k pobytu cizince v ČR (§ 13, § 71)

Cizinecký zákon rozlišuje při ukončení pobytu, jedná-li se o přechodný pobyt bez víza nebo s vízem do 90 dnů (krátkodobý pobyt), dále o přechodný pobyt na dlouhodobé vízum (na vízum k pobytu nad 90 dnů), nebo jde-li o pobyt trvalý. Společnou podmínkou, za níž lze jakýkoli druh pobytu cizince ukončit, je nedoložení finančních prostředků k pobytu (§ 13, § 71). K tomu může dojít u pobytu na dlouhodobé vízum nebo u pobytu trvalého prakticky kdykoli v návaznosti na policií provedenou pobytovou kontrolu podle § 167 písm. d) bod 1.,d nebo při vyřizování žádosti o prodloužení přechodného pobytu, nebo při prodlužování průkazu k trvalému pobytu. Podmínka doložení finančních prostředků je přitom zcela logicky stanovena přísněji pro pobyt trvalý než pro pobyt přechodný.

3.13.1.1. Hrubým nedostatkem stanovení těchto podmínek je ta skutečnost, že jak § 13 tak § 71 opomínají možnost doložit finanční "soběstačnost" cizince potvrzením zaměstnavatele o výši příjmu. Důvodem pro toto rozšíření je ta prostá skutečnost, že ekonomicky aktivní usazený cizinec (cizinec s opakovaně prodlužovaným dlouhodobým vízem nebo s povoleným trvalým pobytem) si bude prostředky na živobytí zajišťovat i prací vykonávanou v rámci pracovněprávních vztahů. Tím, že cizinecký zákon opomněl jednu ze základních forem zajištění živobytí, dochází k implicitnímu popření možnosti, že by byla osoba v zaměstnaneckém vztahu vůbec schopna své životní potřeby z takto získaných prostředků pokrýt. Tak ovšem může být popřen princip spravedlivé odměny za práci v pojetí zakotveném v právu na práci podle čl. 6 odst. 1 a čl. 7 **Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech**, kdy "*... právo na práci ... zahrnuje právo každého na příležitost vydělávat si na živobytí svou prací Uspokojivé pracovní podmínky ... zajišťují zejména odměnu, která poskytuje jako minimum všem pracovníkům slušný život pro ně a jejich rodiny ...*". Pakt i zde nečiní rozdíl mezi cizincem a státním občanem. V té souvislosti bude nezbytné doplnit § 13 a 71 o doložení zajištění prostředků potvrzením o výši příjmu, který je v souladu s právním řádem ČR. Pokud by totiž nebyly uznány za adekvátní pro pokrytí životních nákladů ty odměny za práci, které nesplňují náročná kritéria cizineckého zákona, jednalo by se o nepřímé zákonné tvrzení, že předpisy upravující zejména institut minimální mzdy, který opět nerozlišuje mezi cizincem nebo státním občanem, neodpovídají výše uvedenému mezinárodnímu právnímu závazku. O platném znění cizineckého zákona je tak vlastně možné říci, že explicitně určuje minimální reálnou výši odměny za práci, kterou lze definovat jako spravedlivou. Cizinecký zákon totiž určuje onen 70násobek životního minima jako tu minimální odměnu, při níž je jistota zajištěného "slušného" života, tedy života, kdy je schopen člověk a osoby na něm závislé z odměny pokrývat své životní náklady bez závislosti na sociální podpoře ze strany státu.

1) Doplnit § 13 odst. 1 o nové písm. c):

"Zajištění prostředků k pobytu na území se prokazuje, není-li dále stanoveno jinak, předložením ...

b) ... (.) 2

c) dokladu zaměstnavatele potvrzujícím výši příjmu po celou dobu přechodného pobytu na území.

2) Doplnit § 71 o nové písm. d):

"Pro účely žádosti o povolení k pobytu se za doklad o zajištění prostředků k trvalému pobytu na území považuje ...

c) ... (.) 2

d) potvrzení zaměstnavatele o výši příjmu za rok předcházející den podání žádosti.

3.13.2. Dopad ukončení pobytu cizince do soukromého života (§ 34, § 80)

Tak jak cizinecký zákon, který má upravovat toliko otázky vstupu, pobytu a opuštění ČR cizincem, mnohdy nenavazuje na ostatní vnitrostátní právní předpisy obsahující normy vnitrostátního cizineckého práva, tak je v celém cizineckém zákoně zjevná pouze jednosměrná provázanost mezi vybranými pobytovými režimy, konkrétně mezi pobytem přechodným na vízum k pobytu nad 90 dnů a pobytem trvalým. Tato výrazně omezená jednosměrnost by měla být oslabena vládním návrhem novely cizineckého zákona schválenou vládou ČR dne 26. července 2000. Ta byla i předlohou pro legislativní změny obsažené v této práci. Cizinecký zákon však absolutně nedisponuje provázaným systémem přechodů mezi jednotlivými pobytovými režimy jako důsledku nesplnění podmínek pro zachování dosavadního pobytového statusu. Tato absence je totiž nahrazena sankcí jedinou, totiž zrušením dlouhodobého víza nebo povolení k trvalému pobytu a následnou povinností cizince opustit ČR prostým vycestováním nebo správním vyhoštěním. Policie je totiž ze zákona povinna takovému cizinci udělit výjezdní vízum, jehož maximální doba platnosti je 60 dnů (§ 34 odst. 4, § 80 odst. 3, § 20 odst. 2). Zde je ovšem velmi vysoké riziko porušení hned několika mezinárodních závazků, jelikož pobyt cizince a jeho ukončení je nejen explicitně upraven v mezinárodních smlouvách, ale má i velmi úzkou návaznost na další závazky v těchto smlouvách obsažených.

3.13.2.1 Obě příslušná ustanovení, § 34 i § 80, pouze zakotvují povinnost policie zrušit vízum k pobytu nad 90 dnů nebo povolení k trvalému pobytu, pokud cizinec přestane splňovat některou z podmínek pobytového režimu (§ 34 odst. 2 písm. a), § 80 odst. 2 písm. a)). Policie je přitom v obou případech povinna zkoumat přiměřenost dopadu zrušení víza nebo povolení do soukromého a rodinného života. Problém je v tom, že zákon ani nepřímou nenaznačuje, jak má policie konat v případě, kdy cizinec nesplňuje podmínky pobytového režimu a zrušení víza nebo povolení by bylo slovy zákona "nepřiměřeným" zásahem do soukromého a rodinného života. Policie tak má de facto pouze dvě možnosti, kdy ani jedna není ideální:

- nezrušit platné vízum nebo povolení k pobytu i když cizinec zjevně nesplňuje podmínky pobytového režimu, neboli cizinci zůstane zachován dosavadní pobytový režim, nebo
- zrušit platné vízum nebo povolení k pobytu a riskovat nepřiměřenost nebo i neopodstatněnost takového zásahu do soukromého a rodinného života, neboli uložit cizinci povinnost opustit ČR.

Takovou právní úpravu lze tedy bez jakýchkoli pochybností označit za právní úpravu způsobující na jedné straně nepřiměřeně tvrdosti, na straně druhé pak tato právní úprava dává až nepřiměřenou diskreční pravomoc policii jako sankčnímu orgánu, k posuzování přiměřenosti nebo nepřiměřenosti zásahu takového rozhodnutí (o zrušení legálního pobytu) do soukromého a rodinného života. Policie by proto měla být příslušná toliko k rozhodnutí o

změně pobytového režimu s vyšším standardem na pobytový režim s nižším standardem a mít zde onu diskreční pravomoc posuzování zásahu do soukromého a rodinného života cizince.

Důvod pro tuto systémovou změnu v cizineckém zákoně lze podložit poměrně podrobnou judikaturou Evropského soudu pro lidská práva, která je uvedena v kapitole "Ochrana pobytu". K porušení práva na ochranu soukromého a rodinného života podle čl. 8 EÚLP dojde při ukončení pobytu obecně tehdy, pokud takový krok nesleduje legitimní cíle podle čl. 8 a pokud není nezbytný v demokratické společnosti (rozsudek W. c/a Spojené království z roku 1987, A-121). Soud rovněž definoval pojem "nezbytnosti v demokratické společnosti", a to jako

- přiměřenost vzhledem ke sledovanému legitimnímu cíli (rozsudek Eriksson z roku 1989 A-138),
- prostor pro posouzení nezbytnosti státem, kdy stát musí nejen respektovat, ale též chránit práva garantovaná čl. 8 (rozsudek Niementz z roku 1993 A 251-B a Marckx z roku 1979 A-31).

Rozhodovací prostor státu, tedy míra diskreční pravomoci policie při ukončení pobytu, musí být stanoven zákonem. Vnitrostátní legislativa pak musí poskytovat ochranu určitou ochranu před svévolnými zásahy do práv garantovaných čl. 8 odst. 1 EÚLP. Zákon, který svěřuje veřejné moci onu pravomoc hodnocení, musí stanovit i její meze. (Rozsudky Silver z roku 1983 A-61, Malone z roku 1984 A-82 Kruslin z roku 1990 A 176-A, a Huvig z roku 1990 A 176-B). V případě ustanovení cizineckého zákona o ukončení legálního pobytu lze říci, že díky zakotvené povinnosti policie zrušit legální pobyt a díky velmi vágně formulované povinnosti policie tak neučinit, pokud by mělo rozhodnutí o zrušení nepřiměřený dopad na soukromý a rodinný život, není splněn požadavek zákonného omezení rozhodovací pravomoci.

Proto je vhodné, aby došlo k úpravě návětí § 34 odst. 2 i § 80 odst. 2, jelikož v nich uvedené nedostatky neohrožují ani veřejnou bezpečnost, morálku, zdraví, či demokratickou společnost. Současně s tím by měl být rozšířen okruh cizinců, kteří budou oprávněni požádat o vízum k pobytu nad 90 dnů podle § 32 z území ČR, a okruh cizinců, kteří budou oprávněni požádat o povolení k trvalému pobytu bez podmínky 10 let nepřetržitého pobytu v ČR podle § 65. Současně s touto úpravou by bylo vhodné zapracovat do zákona jako přestupek ty důvody, které jsou uvedeny v odst. 2 obou ustanovení cizineckého zákona a sankcionovat přestupek pokutou:

- 1) Doplnit § 32 odst. 1 o nové písm. f) v návaznosti na návrh v kapitole Udělení a prodloužení víza k pobytu nad 90 dnů v ČR 3.12.1.:

**"(1) Žádost o udělení víza k pobytu nad 90 dnů lze podat na území policii za podmínky, že ...
f) cizinec tuto žádost podává v důsledku zrušení povolení k pobytu podle) 80 odst. 2."**

- 2) Změnit návětí a doplnit závětí § 34 odst. 2 cizineckého zákona následovně:

"(2) Policie zruší platnost víza k pobytu nad 90 dnů a udělí cizinci vízum za účelem strpění pobytu podle § 35 odst. 1, jestliže

- a) cizinec přestal splňovat některou z podmínek pro udělení víza,
- b) policie při pobytové kontrole [§ 167 písm. d)] zjistí skutečnost podle § 9 odst. 1. písm. f), g) nebo h) a

1. cizinec ve lhůtě stanovené policií nepředloží potvrzení o tom, že požádal o vydání nového cestovního dokladu, nebo

2. ačkoli je důvod pro vydání cizineckého pasu nebo cestovního průkazu totožnosti, cizinec o vydání tohoto cestovního dokladu policii nepožádá, **přestože byl**

k tomuto policií vyzván

- c) cestovní doklad cizince byl orgánem státu, který jej vydal, prohlášen za neplatný nebo odcizený a cizinec nepředloží potvrzení podle písmene b) bodu 1 nebo nepožádá z důvodu podle písmene b) bodu 2, anebo
- d) cizinec nesplnil povinnost podle § 88 odst. 2,

za podmínky, že důsledky tohoto rozhodnutí budou přiměřené důvodu pro *(zrušení platnosti víza)* **změnu pobytového režimu cizince**. Při posuzování přiměřenosti policie přihlíží zejména k dopadům tohoto rozhodnutí do soukromého a rodinného života cizince. **Vízum k pobytu nad 90 dnů policie nezruší, jestliže odstranění vad brání překážky na cizinci nezávislé, jejich odstranění by znamenalo zmaření práva pobývat na území a cizinec na území České republiky pobývá z důvodu společného soužití rodiny v rozsahu manžel, zákonný zástupce nebo neplnoleté nebo nezaopatřené dítě podle zvláštního předpisu (odkaz na zákon č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře, ve znění pozdějších předpisů.)**".

- 3) Doplnit § 65 odst. 1 o skupinu cizinců, kteří žádají o trvalý pobyt bez podmínky 10 let nepřetržitého přechodného pobytu, v návaznosti na návrh v kapitole Podmínky podání žádosti o povolení trvalého pobytu 3.12.4.:

"(1) O povolení k pobytu je bez podmínky předchozího nepřetržitého pobytu na území oprávněn požádat cizinec, ...

e) kterému bylo uděleno vízum k pobytu nad 90 dnů podle § 32 odst. 1 písm. f), anebo

f) (c) jehož pobyt na území je v zahraničněpolitickém zájmu České republiky.

- 4) Doplnit návětí a závětí § 80 odst. 2 a přemístit písm. b) z odst. 1 jako nové písm. h) odst. 2:

"(1) Policie platnost povolení k pobytu zruší, jestliže

- a) zjistí, že cizinec uzavřel manželství pouze s cílem získat povolení k pobytu; to neplatí, pokud se z manželství narodilo dítě nebo bylo nezrušitelně osvojeno,
(b) manželství zanikne na základě pravomocného rozhodnutí soudu o rozvodu manželství nebo na základě pravomocného rozhodnutí soudu o prohlášení manželství za neplatné do 5 let po vydání povolení k pobytu a z manželství se nenarodilo dítě nebo nebylo nezrušitelně osvojeno,)

b) (c) o to cizinec požádá, nebo

c) (d) je to odůvodněno plněním závazku vyplývajícího z mezinárodní smlouvy.

"(2) Policie platnost povolení k pobytu zruší **a udělí cizinci vízum k pobytu nad 90 dnů podle § 31 odst. 1**, jestliže

- a) cizinec nepožádá policii o prodloužení doby platnosti ve lhůtě podle § 84; to neplatí v případě, že podání žádosti o prodloužení zabránilo důvody nezávislé na vůli cizince,
 b) cizinec opakovaně závažným způsobem naruší veřejný pořádek, ohrozí veřejné zdraví anebo ochranu práv a svobod druhých,
 c) zanikne do 5 let po vydání povolení k pobytu jeho účel podle § 65 odst. 1 písm. b) nebo c),
 d) cizinec nemá na území zajištěno ubytování,
 e) byla zrušena platnost průkazu o povolení k pobytu zákonného zástupce, který o cizince, držitele tohoto povolení, pečoval,
 f) cizinec nesplnil povinnost podle § 88 odst. 3, nebo
 g) byl cizinec pravomocně odsouzen soudem České republiky za spáchání úmyslného trestného činu k trestu odnětí svobody v délce převyšující 3 roky,

h) manželství zanikne na základě pravomocného rozhodnutí soudu o rozvodu

manželství nebo na základě pravomocného rozhodnutí soudu o prohlášení manželství za neplatné do 5 let po vydání povolení k pobytu a z manželství se nenarodilo dítě nebo nebylo nezrušitelně osvojeno,

za podmínky, že důsledky tohoto rozhodnutí budou přiměřené důvodu pro (ukončení pobytu) **změnu pobytového režimu cizince.** Při posuzování přiměřenosti policie přihlíží zejména k dopadům tohoto rozhodnutí do soukromého a rodinného života cizince. **Povolení k pobytu policie nezruší, jestliže odstranění vad brání překážky na cizinci nezávislé a jejich odstranění by znamenalo zmaření práva pobývat na území.**"

3.12.2.2. Navržené změny cizineckého zákona vychází i z obecně platné právní úpravy obsažené v zákoně č. 71/1967 Sb. správní řád. v praxi dochází velmi často k situacím, kdy cizinec podává žádost o prodloužení povolení k pobytu ve lhůtě a s dostatečnou časovou rezervou, nicméně vzhledem k celé radě alternativních dokumentů potřebných k prodloužení povolení k pobytu a jejich omezené platnosti, se tak mnohdy tento cizinec dostane mimo rámec zákonné lhůty, aniž by bylo vůbec řízení zahájeno, přerušeno z důvodu neúplnosti náležitostí včetně uložení rozumné pořádkové lhůty na odstranění nedostatků a popř. se v něm po včasném odstranění věcných i formálních nedostatků pokračovalo, či byla žádost o prodloužení zamítnuta (pro nesplnění náležitostí) podle § 19 odst. 3 a 5, § 27 odst. 1, § 29 odst. 1 a 2 a § 47 zákona č. 71/1967 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů:

"Pokud podání nemá předepsané náležitosti, pomůže správní orgán účastníku řízení nedostatky odstranit, popřípadě jej vyzve, aby je ve stanovené lhůtě odstranil; zároveň ho poučí, jaký význam může mít neodstranění nedostatků pro další průběh řízení." (§ 19 odst. 3)

"Na žádost účastníka řízení musí být přijetí podání potvrzeno." (§ 19 odst. 5)

"Je-li to třeba, stanoví správní orgán k provedení úkonu v řízení přiměřenou lhůtu, pokud není určena tímto zákonem nebo zvláštním právním předpisem." (§ 27 odst. 1)

"Správní orgán přeruší řízení, jestliže bylo zahájeno řízení o předběžné otázce (§ 40) nebo jestliže byl účastník řízení vyzván, aby ve stanovené lhůtě odstranil nedostatky podání (§ 19 odst. 3). Správní orgán může též přerušit řízení nejdéle na dobu 30 dnů, jestliže to z důležitých důvodů navrhnou shodně účastníci řízení." (§ 29 odst. 1,2)

Pokud cizinec nedodrží lhůty pro podání žádosti o prodloužení povolení k pobytu podle § 80 odst. 2 písm. a) cizineckého zákona, následuje podle odst. 3 velmi tvrdá sankce. Ta spočívá ve zrušení platnosti povolení k pobytu a následnou povinností opustit ČR ve lhůtě stanovené policií ve výjezdním vízu. Navíc může být tato osoba zajištěna ve vyhošťovací vazbě s následným vyhoštěním, tj. nemá tento jednotlivec ze zákona jinou možnost, než opustit ČR a ze zahraničí žádat o povolení vůbec ke vstupu do ČR. Tento postup lze považovat z hlediska dopadu na cizince za velmi neadekvátní. Cizinecký zákon tak vlastně neumožňuje, aby byla osobám, kdy by byl dopad rozhodnutí o zrušení platnosti povolení k pobytu s následným povinným vycestováním, uložena jiná sankce za nedodržení zákona.

3.13.3. Porušení práva na spravedlivý proces (v širším smyslu), diskriminace při vyhoštění cizince (§ 119, § 120, § 126)

3.13.3.1. Platná i právní úprava nerespektuje presumpci nevinu při uložení správní sankce (správní vyhoštění) tím, že stačí pouhá (dle formulace nevyvratitelná) domněnka státního orgánu k rozhodnutí o vyhoštění. Policii totiž není v § 119 a § 120 cizineckého zákona uložena povinnost zkoumat odůvodněnost okolností vedoucích k rozhodnutí o

vyhoštění cizince, což znamená, že policie sice rozhodnutí odůvodní nebezpečím, které by mohl cizinec představovat, nicméně toto nebezpečí ani nebude muset být podloženo jakýmkoli důvodem, neboli bude nedůvodné. Je tedy nezbytné, aby bylo ono nebezpečí odůvodněné, neboli policie bude vycházet z toho, že příslušné orgány disponují takovými informacemi o cizinci, které vypovídají o jeho důvodné nebezpečnosti. Policie tak nebude vycházet pouze ze svého úsudku.

Ani samotná formulace negativního jednání cizince neodpovídá pojetí trestnosti jednání podle zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon ve znění pozdějších předpisů, kdy je za trestnou podle § 7 odst. 1 považována již samotná příprava a nikoli až "provádění činnosti" tedy spáchání zvlášť závažného trestného činu. Co je zvlášť závažným trestným činem definuje § 61 trestního zákona taxativním výčtem a § 41 trestního zákona činí totéž v závislosti na horní hranici trestu odnětí svobody u úmyslných trestných činů.

Proto bude nezbytné upravit text § 119 a § 120 následujícím způsobem

1) § 119 odst. 1 písm. a):

"(1) Policie vydá rozhodnutí o správním vyhoštění cizince, který pobývá na území přechodně, s dobou platnosti

a) na 10 let, je-li **odůvodněné** nebezpečí, že by cizinec mohl při pobytu na území (ohrožit bezpečnost státu) **spáchat některý ze zvlášť závažných trestných činů proti republice podle zvláštního zákona** (odkaz a zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů) , ...".

2) § 120 odst. 1 písm. a):

"(1) Policie vydá rozhodnutí o správním vyhoštění cizince, který pobývá na území přechodně, s dobou platnosti

a) na 10 let, je-li **odůvodněné** nebezpečí, že by cizinec mohl při pobytu na území (ohrožit bezpečnost státu) **spáchat některý ze zvlášť závažných trestných činů proti republice podle zvláštního zákona** (odkaz a zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů) , ...".

3.13.3.2 Z hlediska práv cizince při vyhošťování je stěžejní ustanovení § 126 písm. b) cizineckého zákona. To nestanovuje povinnosti policie při zajištění cizince obecně, ale pouze v případě, kdy není možné zjistit jazyk, v němž je cizinec se schopen dorozumět. Cizinecký zákon se tak v tomto ustanovení nevztahuje na obecnější překážky komunikace, ale pouze na překážku jazykovou. Policie tak není podle platného ani navrhovaného znění povinna zjišťovat, je-li důvodem nekomunikace pouze jazyková bariéra, nebo jiný handicap. Je tudíž nezbytné, aby byl zkoumán nejen jazyk jímž je cizinec se schopen dorozumět, ale i nonverbální prostředky komunikace při zdravotním postižení, které nevyžaduje omezení nebo dokonce zbavení způsobilosti k právním úkonům. Při zajištění cizince pro účely vyhoštění tak cizinecký zákon stanoví, že v případě, kdy nelze zjistit, jakým jazykem cizinec hovoří, není nutné jej poučovat o jeho právech. Jedná se o naprosto otevřené porušení celé řady mezinárodních závazků a ústavních práv, a to zejména následujících:

- právo na spravedlivý proces,
- legalizaci diskriminace na základě jazyka,
- přístup k efektivním opravným prostředkům.

3.13.3.3 Na ústavní úrovni je tak § 126 písm. b) v rozporu s následujícími články **Listiny:**

Jelikož se z důvodu jazykové bariéry nepoučená osoba ano nedoví o svých právech a povinnostech, nemůže se ani domáhat projednání rozhodnutí správního orgánu, týkajících se jejich práv před nestranným a nezávislým soudem podle čl. 36 odst. 2 Listiny, čímž je

porušen i obecný princip práva na soudní ochranu zakotvený v odst. 1 téhož ustanovení Listiny: "1. Každý se může domáhat stanoveným postupem svého práva u nezávislého a nestranného soudu a ve stanovených případech u jiného orgánu. 2. Kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, může se obrátit na soud, aby přezkoumal zákonnost takového rozhodnutí, nestanoví-li zákon jinak. Z pravomoci soudu však nesmí být vyloučeno přezkoumávání rozhodnutí týkajících se základních práv a svobod podle Listiny."

Je-li smyslem ustanovení §126 cizineckého zákona uložit policii povinnost sepsat záznam v případech, kdy poučení cizince nemůže být provedeno z důvodu jazykové bariéry, ve svém důsledku se jedná o porušování čl. 37 odst. 2 Listiny, který zakotvuje právo na právní pomoc: "Každý má právo na právní pomoc v řízení před soudy, jinými státními orgány či orgány veřejné správy, a to od počátku řízení.". Tím, že Listina nespecifikuje, o jaký druh soudního řízení, v případě poskytování právní pomoci jde, není možné toto právo na právní pomoc zúžit pouze na právo na obhajobu v trestním řízení soudním. Právní pomocí se tudíž rozumí i pomoc poskytovaná v soudních řízeních občanskoprávních a správněprávních. Není-li možné s cizincem komunikovat i z jiného důvodu než existující jazykové bariéry, je nezbytné této osobě ustanovit opatrovníka, který bude chránit zájmy této zajištěné osoby. Toto zastupování je považováno za právní pomoc ve smyslu čl. 37 odst. 2 Listiny.

V případě odlišného zajištění práv zajištěných cizinců na základě komunikační bariéry (jazykové, jiné) totiž dochází k rozporu s čl. 3 odst. 1 Listiny, neboli postup policie upravený § 126 cizineckého zákona znamená naprosto unikátní legalizaci diskriminace na základě jazyka (v případě bariéry jazykové), popř.legalizace diskriminace na základě jiného postavení: "Základní práva a svobody se zaručují všem bez rozdílu pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka, víry a náboženství, politického či jiného smýšlení, národního nebo sociálního původu, příslušnosti k národnostní nebo etnické menšině, majetku, rodu nebo jiného postavení."

3.13.3.4 Ve vztahu k **EÚLP** se v případě § 126 písm. b) jedná o nerespektování následujících ustanovení:

Čl. 5 odst. 2 v návaznosti na čl. 5 odst. 1 písm. b) a f), podle nichž "1. Každý má právo na svobodu a osobní bezpečnost. Nikdo nesmí být zbaven svobody kromě následujících případů, pokud se tak stane v souladu s řízením stanoveným zákonem: ... b) zákonné zatčení nebo jiné zbavení svobody osoby proto, že se nepodrobil rozhodnutí vydanému soudem podle zákona, nebo proto, aby bylo zaručeno splnění povinnosti stanovené zákonem; ... f) zákonné zatčení nebo jiné zbavení svobody osoby, aby se zabránilo jejímu nepovolenému vstupu na území nebo osoby, proti níž probíhá řízení o vyhoštění nebo vydání. 2. Každý, kdo je zatčen, musí být seznámen neprodleně a v jazyce jemuž rozumí, s důvody svého zatčení a s každým obviněním proti němu."

Z dikce EÚLP ("everyone who is arrested") by bylo možné dovozovat, že se vztahuje pouze na řízení trestní. Avšak Evropský soud pro lidská práva v rozsudku A-170 ve věci Van der Leer ze dne 21.12.1990 rozšířil aplikovatelnost článku i na jiná než trestní zbavení svobody: "Výraz "zatčení" použitý v tomto textu překračuje rozsah trestních opatření a "seznámení s důvody zatčení" se aplikuje na všechny důvody zatčení uvedené v čl. 5 odst. 1, nikoli pouze na osoby zatčené nebo zbavené svobody podle čl. 5 odst. 1 písm. c).

Tím dochází i k zásahu do práva na přezkum rozhodnutí o zbavení svobody podle **čl. 5 odst. 4 EÚLP** nezávislým soudem, protože není-li možné osobu s důvody vedoucí k rozhodnutí seznámit, není rovněž možné ji ani o jejích právech poučit právě pro existující jazykovou bariéru.

V důsledku výše uvedeného je cizinci ve vyhošťovací vazbě přímo z dikce § 126 cizineckého zákona výrazně zasaženo do práva na účinné opravné prostředky podle čl. 13

EÚLP: *"Každý, jehož práva a svobody přiznané touto Úmluvou byly porušeny, musí mít účinné právní prostředky nápravy před národním orgánem, i když se porušení dopustily osoby při plnění úředních povinností."* Evropský soud pro lidská práva se ve svém rozsudku A-131 z roku 1988 ve věci Boyle a Rice vyslovil ke vztahu čl. 13 k dosažitelnosti opravného prostředku následně: Článek 13 zaručuje dosažitelnost opravného prostředku na vnitrostátní úrovni, aby posílil podstatu práv a svobod upravených Úmluvou bez ohledu na formu tohoto prostředku danou vnitrostátním právem."

Výraznou změnou právního postavení osoby (cizince) zbavené svobody, která není poučena o svých právech a povinnostech z důvodu jazykové bariéry zakládá porušení **čl. 14 EÚLP**, jelikož je jeho užívání práv a svobod podle EÚLP výrazně limitováno až negováno právě z důvodu jazykové odlišnosti cizince: *"Užívání práv a svobod přiznaných touto Úmluvou musí být zajištěno bez diskriminace založené na jakémkoli důvodu, jako je pohlaví, rasa, barva pleti, jazyk, náboženství, politické nebo jiné smýšlení, národnostní nebo sociální původ, příslušnost k národnostní menšině, majetek, rod nebo jiné postavení."*

Tímto postupem je rovněž porušeno právo cizince na uplatnění námitek proti vyhoštění a práva na přezkum jeho případu podle čl. 1 Protokolu č.7 k EÚLP.

3.13.3.5. Rozdílné právní postavení zajištěných osob (cizinců) "komunikujících" a "nekomunikujících" je rovněž v rozporu s následujícími ustanoveními **Mezinárodního paktu o občanských a politických právech**:

Jde zejména o čl. 26, který na rozdíl od čl. 14 EÚLP, nemá vůči ostatním právům subsidiární povahu, a tudíž není k porušení zákazu diskriminace třeba porušení i dalšího práva: *"Všichni jsou si před zákonem rovni a mají právo na stejnou ochranu zákona bez jakékoli diskriminace. Zákon zakazuje jakoukoli diskriminaci a zaručí všem osobám stejnou a účinnou ochranu proti diskriminaci z jakýchkoli důvodů, např. podle rasy, barvy, pohlaví, jazyka, náboženství, politického nebo jiného přesvědčení, národnostního nebo sociálního původu, majetku a rodu."*

Současná díkce § 126 cizineckého zákona rovněž brání aplikaci čl. 13 Paktu, který zcela přirozeně uznává na straně jedné právo států rozhodovat o pobytu cizinců na svém území, avšak na straně druhé musí být jejich vyhoštění přezkoumatelné a současně k němu mohou předložit své námitky. Jedná se o kumulativní podmínky, které mají chránit cizince před nelegálním vyhoštěním: *"Cizinec nacházející se právoplatně na území státu, který je smluvní stranou Paktu, může být z něho vyhoštěn pouze na základě rozhodnutí, k němuž se dospělo v souladu se zákonem, a má možnost, kromě případů, kdy naléhavé důvody národní bezpečnosti vyžadují jiný postup, předložit námitky proti svému vyhoštění a dát svůj případ přezkoumat příslušným orgánem nebo osobou nebo osobami příslušným orgánem zvláště označenými a být před nimi za tímto účelem zastoupen."*

Na základě výše uvedené argumentace je proto nezbytné změnit § 126 písm. b) následujícím způsobem:

"Policie je povinna

- a) po celou dobu zajištění cizince zkoumat, zda důvody zajištění trvají,
- b) neprodleně po zajištění poučit zajištěného cizince v jazyce, ve kterém je cizinec schopen se dorozumět, **nebo jiným prostředkem komunikace**, o možnosti soudního přezkumu zákonnosti zajištění. Nelze-li (*tento jazyk zjistit a nelze-li*) toto seznámení provést **ani** jiným způsobem, policie seznámení neprovede a o tomto sepíše záznam. Tento záznam zničí nejdříve po uplynutí 1 roku ode dne sepsání."

Slovo závěrem:

Předcházející stránky se zřejmě stanou hmatatelným svědectvím nejen o nelichotivém stavu vnitrostátního cizineckého práva. Zobecnělé případy z praxe, které mnohdy odhalí neprovázanost či neadekvátnost vnitrostátního právního řádu nejen v oblasti cizineckého práva, však mohou v případě cizinců být též dokladem postoje české společnosti k cizincům obecně.

Z pohledu jednotlivých oblastí lze říci, že nejvíce práce čeká Českou republiku v případě pobytových režimů, zvláště pak s vyrovnáním se se závazky z mezinárodních smluv, které mají mnohdy nadzákonnou právní sílu, popř. transformační klausule zakotvují přednost těchto smluv před právní úpravou obsaženou v jednotlivých zákonech. Další poměrně komplikovanou záležitostí bude jasné a přehledné zakotvení tzv. preferenčního pobytového statusu pro státní občany ostatních členských států EU, a to ke dni vstupu ČR do tohoto nadstátního společenství.

Současně lze konstatovat, že zatímco se některé právní normy ve vztahu k cizincům vyznačují vysokou rigidností, která se ve svém důsledku odráží negativně do celé společnosti (zejména poskytování zdravotní péče, pobytové režimy), některé právní normy již obsahují svěží právní úpravu (zde např. obchodní zákoník, s výjimkami i systém státní sociální podpory). Proto lze závěrem říci, a to neplatí pouze pro vnitrostátní cizinecké právo, že stěžejním předpokladem pro řešení nastíněných problémů, je schopnost uvědomit si a předvídat práci psané litery zákona v praxi.