



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Radana Malíka a soudců JUDr. Pavla Molka a JUDr. Barbary Pořízkové v právní věci žalobců: a) **H. S.**, b) **R. H.**, c) **H. K.**, d) **A. R.** a e) **J. A.**, všichni zast. JUDr. Marošem Matiaškem, LL.M., advokátem se sídlem Oveňecká 78/33, Praha 7, proti žalované: **Policie České republiky, Krajské ředitelství policie Pardubického kraje**, se sídlem Opočíněk 57, Pardubice, ve věci ochrany před nezákonným zásahem správního orgánu, v řízení o kasační stížnosti žalobců proti usnesení Krajského soudu v Hradci Králové - pobočky v Pardubicích ze dne 26. 2. 2020, č. j. 52 A 13/2020 - 36,

t a k t o :

- I. Usnesení Krajského soudu v Hradci Králové - pobočky v Pardubicích ze dne 26. 2. 2020, č. j. 52 A 13/2020 - 36, **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.
- II. Ustanovenému zástupci žalobců, JUDr. Maroši Matiaškovi, LL.M., advokátu se sídlem Oveňecká 78/33, Praha 7, **se přiznává** odměna za zastupování žalobců v řízení o kasační stížnosti ve výši **15 367 Kč**, která mu bude vyplacena z účtu Nejvyššího správního soudu do 60 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Policie České republiky, Krajské ředitelství policie Pardubického kraje, odbor cizinecké policie, oddělení pobytové kontroly, pátrání a eskort (dále jen „žalovaná“), provedla dne 13. 1. 2020 kontrolu na autobusové zastávce v Ústí nad Orlicí, při níž zastihla pětici žalobců, kteří byli na území České republiky bez oprávnění ke vstupu a pobytu. Žalobci vypověděli, že přicestovali z Afghánistánu, na území ČR se dostali ze Srbska ukrytí v kontejneru nákladního vlaku. Uvedli věk od 15 do 17 let. Pětici rozhodnutí ze dne 14. 1. 2020 žalovaná rozhodla o zajištění žalobců podle § 124 odst. 1 písm. b) ve spojení s § 124 odst. 6, větou druhou, zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“), za účelem správního vyhoštění; doba zajištění byla stanovena na 90 dnů ode dne omezení osobní svobody. Vzhledem k tomu, že zdánlivě stáří žalobců odpovídalo věku osob zletilých, jak naznačovaly hrubost hlasu, rysy tváře, vousy a schopnost cestovat bez doprovodu zhruba 5 000 km, zahájila žalovaná podle § 124 odst. 6 zákona o pobytu cizinců úkony ke zjištění jejich skutečného věku. V rozhodnutích

o zajištění konstatovala, že budou po dobu zajištění a zkoumání věku umístění v Zařízení pro zajištění cizinců Bělá – Jezová (dále jen „ZZC Bělá – Jezová“), které slouží i pro ubytování nezletilých cizinců bez doprovodu a je pro tento účel adekvátně vybaveno a přizpůsobeno. Následně byli žalobci dne 15. 1. 2020 dopraveni do ZZC Bělá – Jezová. Na základě rentgenu levé ruky, zápěstí a distálního předloktí provedeného a analyzovaného společností DC-FLIPPER, radiodiagnostika, s. r. o., bylo dne 23. 1. 2020 zjištěno, že žalobci jsou ve skutečnosti zletilí [předpokládaný věk byl stanoven u žalobce a) na 27 let, u žalobce b) na 21 let, u žalobce c) na 25 let, u žalobce d) na 25 let a u žalobce e) na 20 let]. V reakci na to je žalovaná převezla dne 31. 1. 2020 do Zařízení pro zajištění cizinců Balková (dále jen „ZZC Balková“). Dne 10. 3. 2020 pak rozhodla o vyhoštění žalobců podle § 119 odst. 1 písm. b) bod 3. a 4. zákona o pobytu cizinců.

[2] Kromě toho, že žalobci podali žaloby proti rozhodnutím o zajištění, které následně zamítl Krajský soud v Hradci Králové - pobočka v Pardubicích (dále jen „krajský soud“) pětici rozsudků ze dne 24. 2. 2020 (sp. zn. 50 A 3/2020, 61 A 3/2020, 36 A 4/2020, 52 A 11/2020 a 52 A 10/2020), jež jsou nyní na základě podaných kasačních stížností přezkoumávány Nejvyšším správním soudem (dále jen „NSS“) pod sp. zn. 7 Azs 100/2020, 5 Azs 107/2020, 5 Azs 105/2020, 6 Azs 41/2020 a 5 Azs 106/2020, podali dne 25. 2. 2020 také samostatnou žalobu na ochranu před nezákonným zásahem, která je předmětem tohoto řízení. V ní požadovali, aby krajský soud konstatoval, že trvání jejich zajištění a jejich umístění do ZZC Balková, aniž by o tom bylo rozhodnuto ve správním řízení, je nezákonným zásahem do jejich práv, a dále, aby uložil žalované jeho bezodkladné ukončení.

[3] Krajský soud usnesením ze dne 26. 2. 2020 jejich žalobu proti nezákonnému zásahu odmítl. Shledal, že žalobci spatřovali zásah žalované v neukončeném ději, ostatně sami v žalobě uváděli, že zásah stále trvá, a proto je žaloba v části, již se domáhali vydání deklaratorního výroku o nezákonnosti tvrzeného zásahu, nepřipustná a byla výrokem I. a) odmítnuta. Výrokem I. b) pak žalobu odmítl i v části, již se domáhali toho, aby soud žalované uložil povinnost zásah bezodkladně ukončit, tj. propustit je ze zajištění či vydat nové rozhodnutí o zajištění. Připomněl, že žaloba na ochranu před nezákonným zásahem je pouze subsidiárním prostředkem ochrany, a to buď vůči právním prostředkům dostupným u správních orgánů, nebo vůči jiným druhům žalob dostupným ve správním soudnictví. Žalobci byli v době rozhodování krajského soudu stále zajištěni na základě rozhodnutí žalované ze dne 14. 1. 2020. Právním prostředkem ochrany proti omezení osobní svobody tedy byla žaloba proti rozhodnutím o zajištění, později proti případnému rozhodnutí o prodloužení zajištění, či žaloba proti rozhodnutí o žádosti o propuštění ze zajištění podle § 129a zákona o pobytu cizinců. Žaloba na ochranu před trvajícím nezákonným zásahem správního orgánu byla tedy nepřipustná ve smyslu § 85 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“). Žalobci ostatně u krajského soudu žaloby proti rozhodnutím o zajištění podali a neúspěšně v nich uplatnili i námitky obsažené v žalobě na ochranu před nezákonným zásahem. Krajský soud proto žalobu podle § 46 odst. 1 písm. d) s. ř. s. odmítl, a to následujícím výrokem:

- „I. Žaloba, již se žalobci domáhali vydání rozsudku, kterým by soud
- a) určil, že trvání zajištění žalobců a jejich umístění do ZZC Balková, aniž by o tom ve správním řízení bylo rozhodnuto, je nezákonným zásahem,
 - b) žalovanému uložil, aby tento nezákonný zásah bezodkladně ukončil, se odmítá.“

II. Kasační stížnost žalobců a vyjádření žalované

pokračování

[4] Žalobci (dále jen „stěžovatelé“) napadli usnesení krajského soudu kasační stížností, kterou založili na důvodu podle § 103 odst. 1 písm. e) s. ř. s.

[5] Připomněli, že již u výsledku dne 14. 1. 2020 uváděli, že jsou nezletilí. Stěžovatel d) navíc doložil 6. 2. 2020 žalované afghánský doklad totožnosti (tazkira), z něhož plyne, že se narodil 3. 11. 2003. Poté, co žalovaná získala výsledky rentgenu zápěstí, obdržela stanovisko Ministerstva vnitra, že je nadbytečné provádět se stěžovateli psychologický pohovor za účelem určení věku. O důvodu přesunu, ani o odmítnutí psychologického pohovoru, nebyli stěžovatelé ani jejich tehdejší zástupkyně informováni. Následně byli přesunuti nejprve dne 31. 1. 2020 do ZZC Balková, poté dne 7. 3. 2020 do Zařízení pro zajištění cizinců Vyšší Lhoty a dne 11. 4. 2020 byli po uplynutí 90 dnů zajištění propuštěni.

[6] Trvají na tom, že k jejich přemístění do ZZC Balková došlo v návaznosti na vyhodnocení jejich věku na základě rentgenu zápěstí, aniž by o tom bylo vydáno jakékoliv rozhodnutí. Zásahová žaloba tak byla jediným prostředkem obrany, který se jim nabízel. V čase podání žaloby proti nezákonnému zásahu neměli k dispozici účinný prostředek ochrany, a to jak proti závěrům a postupu, kterými bylo určeno, že nejsou nezletilými osobami, tak proti umístění do ZZC Balková navazujícímu na zjištění věku, ani proti samotnému pokračování v omezování jejich osobní svobody. Hlavním důvodem, který vedl k odeprání účinného opravného prostředku, bylo stanovení doby jejich zajištění na 90 dní. Tak dlouhá doba byla v jejich případě rozporná s požadavky rozsudku NSS ze dne 3. 4. 2020, č. j. 2 Azs 198/2019 - 81, podle něž má policie délku zajištění stanovit „*opravdu pouze na dobu nezbytnou ke zjištění jeho skutečného věku*“ a v případě, že se prokáže, že jde o osobu zletilou, má vydat rozhodnutí o prodloužení zajištění, ve kterém odůvodní svůj závěr o zletilosti. Naopak stěžovatelé se po „zjištění“ jejich věku a následném přesunu do ZZC Balková ocitli bez možnosti soudního přezkumu těchto postupů.

[7] Stěžovatelé sice podali i žalobu proti rozhodnutím o zajištění, v tomto řízení ale krajský soud posuzoval skutkové a právní okolnosti ve vztahu k době vydání rozhodnutí o zajištění. Do jisté míry v tomto řízení posuzoval i lékařské zprávy o kostním věku stěžovatelů, odmítl se ale zabývat jejich umístěním v zařízení pro dospělé osoby a odmítl také předložení osobního dokladu totožnosti stěžovatele d). Možnost požádat o propuštění ze zařízení podle § 129a zákona o pobytu cizinců nepředstavuje efektivní a nezávislý přezkum, neboť o žádosti rozhoduje stejný správní orgán, který rozhodl také o zajištění. Stěžovatelé tak neměli k dispozici účinný prostředek proti umístění do zařízení pro dospělé osoby, což je v rozporu s čl. 3 a čl. 13 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Neexistuje také žádná právní úprava, ani jasná pravidla, na jejichž základě žalovaná při umístění cizinců do jednotlivých zařízení pro zajištění cizinců postupuje. Žaloba na ochranu před nezákonným zásahem představovala v případě stěžovatelů jediný možný opravný prostředek, kterým se mohli domáhat ochrany svých práv okamžitě a účinně, a jejím odmítnutím jim byla odeprána spravedlnost.

[8] Jejich umístění do ZZC Balková, kde byli zajištěni společně s dospělými osobami, představovalo nezákonný zásah ve smyslu § 82 s. ř. s. Do ZZC Balková byli přesunuti, aniž by o tom bylo vydáno rozhodnutí, pouze na základě pokynu žalované. V důsledku tohoto přesunu byli zasaženi na svých právech, neboť byli omezováni na osobní svobodě, a to za podmínek, které nesplňovaly požadavky ochrany nezletilých bez doprovodu. Imigrační detence dětí nemůže být nikdy v nejlepším zájmu dítěte a má nepříznivý vliv na jejich další vývoj. Nicméně ze všech zařízení pro zajištění cizinců na území ČR by ZZC Bělá - Jezová mělo být pro pobyt nezletilých dětí nejlépe vybaveno. Oproti tomu ZZC Balková a ZZC Vyšší Lhoty jsou zařízeními pro zajištění dospělých osob a nejsou pro pobyt nezletilých osob vhodné, zejména

v nich nelze zajistit, že budou nezletilí a dospělí zajištění odděleně. U stěžovatelů nebylo dostatečně prokázáno, že se jedná o dospělé osoby, a mělo s nimi tedy být zacházeno jako s nezletilými, zejména s ohledem na zásadu v pochybnostech ve prospěch nezletilosti. Žalovaná tak postupovala v rozporu se zákonem, konkrétně s § 141 odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců a článkem 37 písm. c) Úmluvy o právech dítěte (publ. pod č. 104/1991 Sb.), jak byl vyložen i rozhodovací činností Výboru pro práva dítěte, když stěžovatele přemístila ze ZZC Bělá - Jezová, kde byli alespoň zajištění odděleně od dospělých osob, do ZZC Balková, kde byli zajištění spolu s osobami dospělými, a tudíž vystaveni rizikům s tím spojeným.

[9] Dále také namítli, že byl nesprávně a nedostatečně zjištěn jejich věk, neboť postup a metodu použitou k jeho zjištění zvolila žalovaná zcela nevhodně a v rozporu s mezinárodními a evropskými standardy bez ohledu na povinnost šetřit jejich práva, zejména osobní integritu. Závěr lékařské zprávy vyhodnocující rentgenové vyšetření ruky žalovaná přijala bez dalšího k prokázání jejich zletilosti, a opomenula tak svoji povinnost zajistit dostatek podkladů pro to, aby mohl být učiněn závěr o jejich věku bez důvodných pochybností. Vůbec neproběhly psychologické pohovory. Na jejich provedení měla žalovaná trvat, protože lékařské zprávy nesmějí být jediným důkazem pro určení věku. Výbor OSN pro lidská práva již kritizoval Českou republiku za to, že děti mohou být zadrženy jako dospělí také v době, kdy čekají na výsledky zjišťování věku. Stěžovatel d) navíc předložil žalované osobní doklad, který prokazuje údaje o jeho totožnosti a věku, které on sám uváděl již při výslechu policií. Žalovaná má tento doklad k dispozici přinejmenším již od 28. 2. 2020, ale nijak jej nevzala v potaz a nečinila další kroky k ověření jeho totožnosti. Stěžovatelé také připomněli, že pro osoby z Afghánistánu je často problematické přesně sdělit svůj věk či datum narození. Datum narození není pro Afghánce stejně významné jako ve většině Evropy.

[10] Stěžovatelé spojili podání kasační stížnosti také s návrhem na vydání předběžného opatření, který NSS zamítl usnesením ze dne 31. 3. 2020, č. j. 9 Azs 63/2020 - 50.

[11] Žalovaná ve vyjádření ke kasační stížnosti pouze odkázala na své vyjádření k návrhu na vydání předběžného opatření a ztotožnila se s usnesením krajského soudu.

III. Posouzení kasační stížnosti

[12] Nejvyšší správní soud (dále jen „NSS“) posoudil kasační stížnost v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[13] Výrokem I. a) krajský soud odmítl zásahovou žalobu v té části, v níž se stěžovatelé domáhali deklarace nezákonnosti kritizovaného zásahu. V této části by výrok obstál, neboť krajský soud vydal nyní přezkoumávané usnesení dne 26. 2. 2020, tedy v době, kdy tvrzený nezákonný zásah trval, a žalobní petit požadující deklaratorní výrok byl nepřípustný. Tento závěr je souladný s právním názorem vyjádřeným například v rozsudku NSS ze dne 28. 5. 2014, č. j. 1 Afs 60/2014 - 48, bod 22: *„Jestliže zásah trvá (trvají jeho důsledky či brozí jeho opakování), je na místě navrhnout soudu vydání výroku na plnění (zakazujícího či příkazujícího). Pokud byl zásah před podáním žaloby ukončen, může se žalobce domáhat určení, že zásah byl nezákonný. V řízení o žalobě na ochranu před nezákonným zásahem tedy nemůže žalobce požadovat vydání určovacího výroku, že žalovaný zásah byl nezákonný, dokud tento zásah nebo jeho důsledky trvají anebo brozí jeho opakování. Došlo-li k ukončení zásahu (netrvá zásah, jeho důsledky ani nebrozí jeho opakování), nelze se domáhat, aby soud zakázal správnímu orgánu pokračovat v porušování žalobcova práva a přikázal mu obnovit stav před zásahem.“*

pokračování

Dojde-li ke změně skutkového stavu až v průběhu řízení před krajským soudem, je žalobce oprávněn změnit žalobní petit; správní soud změnu petitu přípustí za podmínky § 95 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, užitého přiměřeně podle § 64 s. ř. s.“

[14] Naopak ve výroku I. b), jímž byla zásahová žaloba odmítnuta v té části, již stěžovatelé požadovali bezodkladné ukončení tvrzeného nezákonného zásahu, usnesení krajského soudu neobstojí.

[15] Krajský soud vyšel ze správního předpokladu, že žaloba na ochranu před nezákonným zásahem je pouze subsidiárním prostředkem ochrany, a to buď vůči právním prostředkům dostupným u správních orgánů, nebo vůči jiným druhům žalob dostupným ve správním soudnictví. Krajský soud konkrétně vyšel z rozsudku rozšířeného senátu ze dne 21. 11. 2017, č. j. 7 As 155/2015 - 160, č. 3687/2018 Sb. NSS, ve věci EUROVIA, v jehož bodě [42] rozšířený senát vyložil, že důsledkem subsidiarity zásahové žaloby vůči žalobě proti rozhodnutí je nepřipustnost vedoucí k odmítnutí zásahové žaloby v případě konkurence se žalobou podle § 65 s. ř. s.: „Subsidiarita vůči ostatním žalobním typům znamená, že zásahová žaloba je přípustná teprve tehdy, pokud nepřichází v úvahu podání žaloby proti rozhodnutí správního orgánu podle § 65 a násl. s. ř. s., žaloby na ochranu proti nečinnosti správního orgánu (§ 79 a násl. s. ř. s.) a ani podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy (§ 101a a násl. s. ř. s.). Je nepochybné, že ústřední roli v systému žalob podle soudního řádu správního hraje žaloba proti rozhodnutí správního orgánu podle § 65 a násl. s. ř. s., nečinnostní žaloba a zásahová žaloba hraje roli pomocného prostředku ochrany a doplňku tam, kam ochrana podle § 65 a násl. s. ř. s. nedosáhne (...).“ Právě citovaný rozsudek rozšířeného senátu ve věci EUROVIA byl sice zrušen nálezem Ústavního soudu ze dne 15. 5. 2018, sp. zn. II. ÚS 635/18, neboť Ústavní soud nesouhlasil s tím, jak zde NSS posoudil běh lhůt k podání žaloby v případě neukončeného trvajících zásahu. Tentýž senát Ústavního soudu ovšem v bodě 62. navazujícího nálezu ze dne 14. 8. 2019, sp. zn. II. ÚS 2398/18, konstatoval, že ke zrušení došlo z důvodů nesouvisících s problematikou žalobních typů, a tyto závěry rozšířeného senátu jsou nadále použitelné (viz též rozsudek NSS ze dne 21. 3. 2019, č. j. 10 Afs 190/2017 - 36, bod [19]).

[16] Právní názor, z něž krajský soud vyšel, je ostatně odrazem konstantní judikatury NSS, která z § 85 s. ř. s. dovozuje, že žaloba na ochranu před nezákonným zásahem je pouze subsidiárním prostředkem ochrany vůči jiným druhům žalob dostupným ve správním soudnictví. K otázce vztahu mezi žalobou proti rozhodnutí dle § 65 s. ř. s. a žalobou na ochranu před nezákonným zásahem dle § 82 s. ř. s. NSS v rozsudku ze dne 4. 8. 2005, č. j. 2 Aps 3/2004 - 42, č. 720/2005 Sb. NSS, uvedl, že „[p]římou žalovat nezákonný zásah je proto možno jen tehdy, pakliže ochrana jinými právními prostředky není možná. Vztah obou zmíněných žalobních typů tak lze označit za primát žaloby proti rozhodnutí, kdy sekundární možnost podání úspěšné žaloby proti nezákonnému zásahu nastupuje teprve tehdy, pokud žaloba proti rozhodnutí nepřipadá v úvahu, a to ani po „zprocesnění“ zásahu jinými právními prostředky ve smyslu ustanovení § 85 s. ř. s.“

[17] Východisko krajského soudu, že zásahová žaloba by byla nepřipustná, pokud by směřovala proti postupu, jenž je možno žalovat v řízení proti správnímu rozhodnutí podle § 65 s. ř. s., tedy byla správná. S aplikací těchto východisek na nyní posuzovaný případ se však NSS ztotožnit nemůže.

[18] Krajský soud totiž v bodě 26. svého rozsudku konstatoval: „Právním prostředkem ochrany proti možnému nezákonnému omezení osobní svobody je v tomto případě (s přihlédnutím ke principům připomenutým sub 25) žaloba proti rozhodnutí o zajištění (později proti případnému rozhodnutí o prodloužení zajištění), event. žaloba proti rozhodnutí o žádosti o propuštění ze zajištění (§ 129a zákona o pobytu cizinců

ve spojení s důvody rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 11. 2019, č. j. 6 Azs 170/2019 - 50), a proto je žaloba na ochranu před nezákonným zásahem správního orgánu nepřijatelná (§ 85 s. ř. s.).“

[19] Stěžovatelé však svou zásahovou žalobou nemířili pouze proti svému omezení osobní svobody, tedy proti tomu, že byli zajištěni. Proti rozhodnutí o zajištění ostatně podali samostatné žaloby, jak krajský soud správně konstatoval. Zásahovou žalobou však napadli také způsob stanovení věku, s nímž nebyli seznámeni, a také přemístění do ZZC Balková, kde jsou zajišťováni dospělí muži. O přemístění mělo být podle nich vydáno samostatné rozhodnutí.

Petit jejich žaloby zněl:

„I. Trvání zajištění žalobců a jejich umístění do ZZC Balková, aniž by o tom ve správním řízení rozhodnuto je nezákonným zásahem do jejich práv.

II. Soud ukládá žalovanému správnímu orgánu, aby tento nezákonný zásah bezodkladně ukončil.“

[20] Z citovaného petitu je patrné, že nemíří proti samotnému faktu, že rozhodnutími ze dne 14. 1. 2020 byli zajištěni v ZZC Bělá – Jezová, kde měli být podle těchto rozhodnutí umístěni po dobu zajištění a zkoumání věku. Zásahovou žalobou brojili jednak proti tomu, že v důsledku, podle nich nesprávného, určení věku byli nadále zajištěni, a jednak proti tomu, že byli přemístěni konkrétně do ZZC Balková. Jinak řečeno, jejich zásahová žaloba směřovala proti postupům žalované po rozhodnutí o jejich zajištění. V odůvodnění žaloby kritizovali, jakým způsobem jim byl stanoven věk pomocí rentgenu zápěstí, dále, že s výsledkem tohoto stanovení nebyli seznámeni, že po určení skutečného věku podle § 124 odst. 6, věty druhé, zákona o pobytu cizinců mělo být jejich zajištění ukončeno, a také, že v důsledku podle nich nesprávného určení věku byli přemístěni do ZZC Balková, aniž by o tom bylo vydáno samostatné rozhodnutí a aniž by zde panovaly podmínky, jež by odpovídaly zákonným požadavkům pro zajištění nezletilých cizinců bez doprovodu, za něž se prohlašují. Ze samotného petitu žaloby není jasně patrné, zda směřovala proti všem těmto aspektům, nebo jen proti některým z nich. Posouzení zákonnosti některých z těchto postupů přitom nebylo bez dalšího konzumováno posouzením zákonnosti rozhodnutí o zajištění, které jim předcházelo.

[21] Navzdory tomu krajský soud, aniž by si vyjasnil otázku, proti kterým konkrétním postupům zásahová žaloba míří a zda jsou všechny tyto aspekty opravdu konzumovány žalobou proti rozhodnutí o zajištění, ji paušálně odmítl v celé části, v níž se domáhali ukončení nezákonného zásahu, a to s odůvodněním zásadou subsidiarity žaloby podle § 82 s. ř. s. vůči žalobě podle § 65 s. ř. s. S takovým postupem se NSS neztotožňuje, neboť ze samotné zásahové žaloby jasně neplyne, že by se předmět přezkumu, k němuž směřuje, plně překrýval s předmětem přezkumu na základě žaloby proti rozhodnutí o zajištění stěžovatelů, jak konstatoval krajský soud.

[22] Z hlediska přípustnosti jednotlivých procesních prostředků ochrany je totiž třeba rozlišovat tři druhy situací, k nimž může dojít po samotném rozhodnutí o zajištění cizince, a které cizinec může subjektivně vnímat jako „zásah“.

[23] Zaprvé může dojít k tomu, že se situace zajištěného cizince promění natolik, že již z hlediska požadavků zákona a mezinárodních garancí práva na osobní svobodu neobstojí samotné rozhodnutí o zajištění. Přestože změnu okolností po vydání správního rozhodnutí obecně nelze zohlednit, protože podle § 75 odst. 1 s. ř. s. *[p]ři přezkoumání rozhodnutí vychází soud ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu*, právě ve vztahu k zajištění cizinců tuto zásadu NSS ve své judikatuře již několikrát prolomil. V rozsudku ze dne 4. 9. 2019, č. j. 9 Azs 193/2019 - 48, č. 3933/2019 Sb. NSS, soud akceptoval, že pokud se v době

pokračování

povinnosti cizince setrvat v přijímacím středisku na letišti natolik zhorší jeho zdravotní stav, že by již splňoval definici zranitelné osoby ve smyslu § 2 odst. 1 písm. i) zákona č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů, nemá krajský soud přezkoumávající rozhodnutí o povinnosti cizince setrvat v přijímacím středisku na letišti, odmítnout tyto informace jakkoli zohlednit, ale má povinnost „před § 75 odst. 1 s. ř. s. přednostně aplikovat čl. 5 odst. 4 Evropské úmluvy, jak požaduje čl. 10 Ústavy. Ustanovení § 75 odst. 1 s. ř. s. vyjadřuje obecnou zásadu, takže skutečnost, že tato obecná zásada musí ve výjimečných případech ustoupit požadavkům plynoucím z přednostní aplikace čl. 5 odst. 4 Evropské úmluvy, nevede k protiústavnosti celého tohoto zákonného ustanovení, ale právě k výše rozebrané povinnosti jeho ústavně konformního výkladu. NSS připomíná, že uvedený názor nemá učinit § 75 odst. 1 s. ř. s. obsoletním, a to ani v případě přezkumu rozhodnutí podle § 73 zákona o azylu. Ovšem tam, kde jsou závažné důvody se domnívat, že by nepřiblížnutí k nově zjištěným nebo nově nastalým skutečnostem vedlo k porušení čl. 5 odst. 4 Evropské úmluvy, a tedy k porušení práva na osobní svobodu, musí být Evropská úmluva aplikována přednostně.“ Tyto závěry NSS následně převzal pro účely zajištění cizince v rozsudku ze dne 13. 11. 2019, č. j. 6 Azs 170/2019 - 50, na který odkazoval krajský soud. V tomto rozsudku NSS doplnil, že z čl. 5 odst. 4 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod nevyplývá, že by soud musel vždy posuzovat zákonnost omezení osobní svobody podle skutkového stavu ke dni svého rozhodnutí. Pokud však § 75 odst. 1 s. ř. s. v kombinaci s jiným ustanovením, například s § 129a odst. 3 zákona o pobytu cizinců, brání účinnému periodickému soudnímu přezkumu zákonnosti zajištění cizince v rozumných lhůtách, nelze § 75 odst. 1 s. ř. s. aplikovat v případech, kdy se po vydání rozhodnutí o zajištění změnil skutkový stav do té míry, že by zajištění mohlo být v rozporu s čl. 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Z této judikatury tedy plyne, že pokud se právě uvedenými způsoby změni po vydání rozhodnutí o omezení osobní svobody cizince skutkový stav natolik, že samotné toto rozhodnutí již *ex post* neobstojí, má krajský soud k těmto změnám přihlídnout navzdory § 75 odst. 1 s. ř. s. To však není nyní posuzovaná situace, neboť i kdyby byla shledána nynější zásahová žaloba důvodnou, neznamenalo by to nutně nezákonnost samotného rozhodnutí o zajištění. Lze si totiž obecně představit, že je cizinec zajištěn na základě zcela zákonného rozhodnutí, ale následně je v průběhu zajištění podroben takovému zacházení, které sice nezpochybňuje ani *ex post* důvodnost zajištění, ale představuje nezákonný zásah (viz bod [25]). V nynějším případě by shledání důvodnosti zásahové žaloby, které NSS nijak nepředjímá, znamenalo, že bylo nezákonným zásahem to, jak jim byl zjišťován věk a že byli v důsledku tohoto zjištění věku přemístěni ze ZZC Bělá – Jezová do ZZC Balková. Nijak to však neovlivňuje otázku, zda bylo zákonné samotné rozhodnutí o jejich zajištění, zvláště když v odůvodnění těchto rozhodnutí bylo uvedeno, že mají být zajištěni v ZZC Bělá – Jezová, čehož se zásahovou žalobou také domáhají. Skutečnosti uvedené v zásahové žalobě by totiž nezaložily nemožnost realizace zajištění v souladu s rozhodnutím o zajištění. Důvodnost zásahové žaloby by tedy nezaložila důvodnost žaloby proti rozhodnutí o zajištění, a nelze tedy tvrdit, že by byla zásahová žaloba „konzumována“ žalobou proti rozhodnutí.

[24] Zadruhé může dojít k situaci, že zajištění cizinci brojí zásahovou žalobou proti úkonům či postupům v době zajištění, které by ze své povahy nemohly být vůbec nezákonným zásahem. Rozšířený senát v usnesení ze dne 16. 11. 2010, č. j. 7 Aps 3/2008 - 98, č. 2206/2011 Sb. NSS, připomněl, „že věcný rozsah tří základních typů žalob v řízení podle s. ř. s. je nutno v pochybnostech vykládat tak, aby pokud možno každý úkon veřejné správy směřující vůči jednotlivci a zasahující do sféry jeho práv nebo povinností (tj. stanovící mu nové povinnosti, které dosud neměl, nebo odmítající jej zbavit určitých povinností, které již má; přiznávající, nebo odmítající mu přiznat určitá jednotlivcem nárokováná práva; jinak zasahující do jeho právem chráněné sféry konáním, nebo opomenutím, tedy mj. i nekonáním v případě, že právo stanovuje povinnost veřejné správy za stanovených podmínek konat, at' již předepsanou formou, nebo fakticky) byl podroben účinné soudní kontrole.“ Té však naopak není třeba podrobit ty úkony, které do sféry práv

a povinností nezasahují. Během zajištění či v jeho důsledku jistě může být cizinec vystaven řadě dílčích postupů, které fakticky nezasahují právě vyjmenovanými způsoby do jeho právní sféry, a nemohou být proto účinně zpochybněny ani zásahovou žalobou. Takovou zásahovou žalobu by bylo namíště odmítnout.

[25] Zatřetí však může dojít k situaci, kdy je žalováno opatření, které do práv cizinců chráněných právním řádem zasáhnout mohlo a zároveň není zpochybňována zákonnost samotného zajištění. Tak tomu bylo i v nyní posuzovaném případě. Stěžovatelé totiž brojili nejen proti trvání zajištění i po provedení úkonů ke zjištění věku, ale také proti svému přemístění ze ZZC Bělá – Jezová do ZZC Balková. Obecně nelze tvrdit, že by přemístění cizince z jednoho zařízení pro zajištění cizinců do druhého představovalo bez dalšího zásah do jeho práv. Může jej však založit, pokud by došlo k umístění do zařízení, jehož podmínky nejsou souladné se zákonem. To může být důsledek přemístění do zařízení, v němž panují obecně podmínky odporující zákazů nelidského a ponižujícího zacházení ve smyslu čl. 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, nebo právě umístění nezletilého cizince do zařízení, které nesplňuje podmínky pro zajištění nezletilých cizinců. Potenciální nezákonnost naposledy popsaného postupu, který kritizují stěžovatelé v nyní projednávané věci, by plynula z rozporu s § 141 odst. 2 písm. a) zákona o pobytu cizinců, podle něž se nezletilí cizinci bez doprovodu umísťují odděleně od cizinců zletilých. Stejně tak podle článku 37 písm. c) Úmluvy o právech dítěte platí: „*Státy, které jsou smluvní stranou úmluvy, zabezpečí aby: (...)*

c) s každým dítětem zbaveným svobody bylo zacházeno s lidskostí a s úctou k vrozené důstojnosti lidské bytosti a způsobem, který bere ohled na potřeby daného věku. Především musí být každé takové dítě umístěno odděleně od dospělých, leda že by se uvážilo, že neoddělovat je od dospělých je v jeho vlastním zájmu, a s výjimkou závažných okolností musí mít právo udržovat písemný a přímý styk se svou rodinou“.

[26] Zákonnost umístění nezletilého cizince do konkrétního zařízení či jeho následné přemístění do zařízení, které v jeho případě nesplňuje zákonné podmínky, přitom není předmětem přezkumu v řízení o žalobě proti rozhodnutí o samotném zajištění. Určení konkrétního ZZS ostatně není ani součástí výroku rozhodnutí o zajištění cizince (byť v nyní posuzovaném případě bylo vhodné zařízení zmíněno v jeho odůvodnění), neboť o něm ani nerozhoduje sama žalovaná, ale Správa uprchlických zařízení Ministerstva vnitra, jak plyne z § 130 odst. 2 a 4 zákona o pobytu cizinců:

(1) Rozhodnutí o zajištění cizince se zpravidla vykonává v zařízení.

(2) Zařízení provozuje organizační složka státu zřízená ministerstvem (dále jen „provozovatel“).

(...)

(4) Policie neprodleně po nabytí právní moci rozhodnutí o zajištění dopraví zajištěného cizince do zařízení určeného provozovatelem.

[27] Na tom nic nemění, že v případě stěžovatelů se tentýž krajský soud k těmto aspektům následného přemísťování stěžovatelů vyjádřil ve svých rozsudcích, jimiž zamítal žaloby proti rozhodnutím. NSS je znění těchto rozsudků známo z úřední činnosti. Konkrétně v bodě 44. rozsudku ze dne 24. 2. 2020, č. j. 61 A 3/2020 - 98, týkajícím se stěžovatele b), krajský soud uvedl: „*Soud tedy činí další dílčí závěr, že žalovaný zohlednil při umístění žalobce do Zařízení pro zajištění cizinců Bělá – Jezová jeho nejlepší zájem spočívající v tom, aby byl umístěn ve specializovaném zařízení pro cizince, kde mu bude poskytnuta pravidelná strava a lékařská, popř. jiná kvalifikovaná péče. Zhodnotil vhodnost zvoleného zařízení pro dočasné zajištění 16letého mladíka, o jehož nezletilosti panovaly důvodné pochybnosti, přiblížil k jeho dobrému fyzickému a psychickému stavu a následně stanovil okolnostem odpovídající dobu zajištění. Po vyvrácení tvrzení žalobce, že je nezletilý, žalovaný opět zcela správně dal pokyn k převozu žalobce ze zařízení určeného především pro ubytování rodin*

pokračování

s dětmi a pro ubytování nezletilých cizinců bez doprovodu do ZZC Bálková.“ (zvýraznil NSS). Obdobně se ke vhodnosti umístění stěžovatelů nejen v ZZC Bělá – Jezová, které bylo předpokládáno v přezkoumávaném rozhodnutí, ale i k následnému faktickému přemístění do ZZC Bálková vyjádřil krajský soud i v bodě 44. rozsudku ze dne 24. 2. 2020, č. j. 50 A 3/2020 - 85, týkajícím se stěžovatele a).

[28] Taková vyjádření však byla učiněna zcela nad rámec posouzení žalob proti rozhodnutí o zajištění stěžovatelů. V něm se měl krajský soud vyjádřit k zákonnosti samotného omezení osobní svobody a z důvodů vyjádřených v judikatuře NSS shrnuté v bodě [23] tohoto rozsudku měl zohlednit i skutečnosti, k nimž došlo po rozhodnutí o zajištění stěžovatelů, pokud *ex post* zpochybňovaly zákonnost tohoto rozhodnutí. Žaloba proti rozhodnutí o zajištění stěžovatelů mu však nedávala podklad pro to, aby se – tím méně závazně – vyjádřil k zákonnosti dalších postupů žalované, které nesouvisely se zákonností samotného rozhodnutí o zajištění, dokonce se od něj odchylovaly, neboť tato rozhodnutí ve svých odůvodněních předpokládala umístění do ZZC Bělá – Jezová, a nikoli následné přemístění do ZZC Bálková. Pokud se k těmto otázkám přesto vyjádřil, rozhodně nemohl tímto *obiter dictum* učiněným vyjádřením založit nepřipustnost následné zásahové žaloby. Pro posouzení její přípustnosti pohledem zásady subsidiarity zásahové žaloby vůči žalobě proti rozhodnutí totiž není klíčové to, k čemu se při posouzení žaloby proti rozhodnutí krajský soud fakticky vyjádřil, nýbrž to, k čemu se při jejím posouzení vyjádřit mohl a měl.

[29] Lze tedy shrnout, že pokud by stěžovatelé opravdu byli nezletilými cizinci a určení jejich věku, z něž žalovaná vycházela, by bylo chybné, pak by jejich přemístění ze zařízení pro zajištění cizinců splňujícího podmínky pro zajištění nezletilých cizinců do zařízení tyto podmínky nesplňujícího mohlo být nezákonným zásahem ve smyslu § 82 s. ř. s. Tento zásah sice do určité míry navazoval na rozhodnutí o zajištění stěžovatelů, nicméně přezkum těchto rozhodnutí podle § 65 s. ř. s. v sobě nekonzumoval i přezkum těchto následných kroků žalované. Ty je namíste přezkoumat samostatně, a to právě v řízení podle § 82 a násl. s. ř. s. Nevzniká zde tedy riziko „paralelní ochrany práv“ na základě žaloby podle § 65 s. ř. s. a žaloby podle § 82 a násl. s. ř. s., jemuž se NSS snaží bránit (viz z poslední doby zejména rozsudek NSS ze dne 29. 1. 2020, č. j. 10 Afs 304/2019 - 39, č. 3974/2020 Sb. NSS, body [9], [23] a [24]). Zajištěný cizinec se totiž meritorního přezkumu zásahové žaloby směřující proti postupům po vydání rozhodnutí o svém zajištění domůže pouze při splnění podmínky, že může jít o zásah do jeho veřejných subjektivních práv, a zároveň podmínky, že jde o zásah, který nemohl být předmětem posouzení v řízení o žalobě proti samotnému zajištění, neboť tvrzená nezákonnost zásahu byla nezávislá na zákonnosti rozhodnutí o zajištění.

[30] Jednoduše řečeno, jde-li cizinci o to, že neměl či nemá být zajištěn a naopak má být ze zařízení pro zajištění cizinců propuštěn, má možnost podat žalobu proti rozhodnutí podle § 65 s. ř. s. Ostatně jinak to ani nejde, neboť platí, že bez rozhodnutí není zajištění. Nicméně při samotném výkonu zajištění v konkrétním zařízení podléhá cizinec mnoha režimovým opatřením, které se zpravidla dějí formou faktických úkonů, proti kterým se lze bránit zásahovou žalobou podle § 82 s. ř. s. Uvedené je nutno důsledně rozlišovat tak, aby bylo eliminováno riziko paralelní ochrany práv a současně zachován účinný soudní přezkum zajištění cizince, jehož předpokladem je uvědomění si toho, proti čemu zajištěný cizinec vlastně brojí, resp. čeho chce dosáhnout (propuštění ze zajištění anebo změny podmínek výkonu zajištění, příp. určení, že tyto podmínky byly nezákonné).

IV. Závěr a náklady řízení

[31] Krajský soud proto pochybil, když žalobu na nezákonný zásah odmítl i v té části, v níž se stěžovatelé domáhali ochrany proti (tehdy) trvajícím tvrzenému nezákonnému zásahu žalované. K takovému postupu by mohl přistoupit až poté, co by ověřil, že zásah napadený zásahovou žalobou je ve skutečnosti plně pokryt žalobou proti rozhodnutí o zajištění; nikoli pouze vyjádřeními krajského soudu učiněnými nad rámec této žaloby při jejím projednání.

[32] Kasační stížnosti je proto třeba vyhovět a napadené usnesení krajského soudu zrušit. Krajský soud zvolil poněkud nezvyklou konstrukci, když o obou alternativních petitech nerozhodl samostatnými výroky, ale jediným výrokem, tvořeným jednou výše citovanou větou, rozdělenou do písmen a) a b). Jak bylo vyloženo výše, tento výrok by obstál v písm. a), jímž byla odmítnuta zásahová žaloba ve své deklaratorní části. Neobstojí však v písm. b), jímž byla zásahová žaloba odmítnuta i v té části, jíž se stěžovatelé domáhali ukončení nezákonného zásahu. Vzhledem k tomu, že obě části tvoří jedinou větu, nelze dost dobře zrušit pouze jednu z nich, proto NSS nezbylo, než zrušit výrok I. jako celek. Nákladový výrok II. je na výroku I. závislý, proto bylo usnesení krajského soudu zrušeno celé.

[33] Tímto zrušujícím rozsudkem NSS pouze konstatuje, že si zásahová žaloba mohla zaslouhat meritorní posouzení, po případném upřesnění jejího předmětu. Nijak však nepředjímá, k jakému výsledku by toto meritorní posouzení mělo vést. Nevyjadřuje se tedy k zákonnosti či spolehlivosti použitých metod zjištění věku žalobců, ani k dalším navazujícím postupům žalované, neboť tím by již překračoval meze přezkumu dané smyslem § 103 odst. 1 písm. e) s. ř. s.

[34] NSS proto usnesení krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení (§ 110 odst. 1 s. ř. s.). Krajský soud bude v souladu se závazným právním názorem NSS (§ 110 odst. 4 s. ř. s.) povinen o žalobě rozhodnout znovu.

[35] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodne krajský soud v novém rozhodnutí (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

[36] Usnesením NSS ze dne 27. 3. 2020, č. j. 9 Azs 63/2020 - 45, byl stěžovatelům ustanoven zástupcem JUDr. Maroš Matiaško, LL.M., advokát se sídlem Ovenceká 78/33, Praha 7. V takovém případě platí hotové výdaje a odměnu za zastupování stát (§ 35 odst. 10, ve spojení s § 120 s. ř. s.). NSS přiznal ustanovenému zástupci odměnu za jeden úkon právní služby, a to podání doplnění kasační stížnosti [§ 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů].

[37] Advokát nárokoval ještě další úkon, a to první poradu s klienty včetně převzetí a přípravy zastoupení nebo obhajoby ve smyslu § 11 odst. 1 písm. b) advokátního tarifu. Z potvrzení o poradě se všemi pěti stěžovateli v délce 1:30 hod. (č. l. 85 spisu NSS), však vyplývá, že poradě nebyl přítomen samotný ustanovený advokát, nýbrž pouze jeho koncipientka Mgr. Minh Tra Pham. Takový úkon však není pro účely vyčíslení odměny advokáta učiněn platně. Z § 105 odst. 2 s. ř. s., části před středníkem, plyne, že stěžovatel musí být, až na výjimky uvedené v části za středníkem, zastoupen advokátem. V s. ř. s. zároveň není obsažena úprava, která by umožňovala, aby se v řízení o kasační stížnosti nechal advokát pro některé úkony zastoupit koncipientem. Takovou úpravu obsahuje např. zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů, podle jehož § 35 odst. 1 platí: *Obhájcem*

pokračování

v trestním řízení může být jen advokát. Pro jednotlivé úkony trestního řízení se může obhájce dát zastoupit koncipientem. Koncipient nemůže obhájce zastupovat v řízeních před krajským soudem jako soudem prvního stupně, před vrchním soudem nebo nejvyšším soudem; nablížit do spisů může koncipient i v těchto řízeních. Ve vztahu k řízení před Nejvyšším správním soudem taková možnost zastoupení koncipientem zakotvena není, naopak nemožnost nechat se zastoupit koncipientem plyne pro celé řízení ze stavovského předpisu, konkrétně z usnesení představenstva České advokátní komory č. 6/1998 Věstníku, kterým se stanoví pravidla pro výkon substitučního oprávnění advokátních koncipientů a jiných zaměstnanců advokáta, vydaného na základě zákonného zmocnění obsaženého v § 44 odst. 4 písm. b) zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii. Podle jeho čl. 8 odst. 1 platí, že *advokát nesmí ustanovit advokátního koncipienta svým zástupcem v jakémkoli řízení před Nejvyšším soudem nebo před **Nejvyšším správním soudem*** (zvýraznil NSS). Je tedy nutno uzavřít, že v řízení před NSS musí advokát jednotlivé úkony činit osobně, a proto úkon učiněný v řízení prostřednictvím koncipientky nelze pro účely stanovení odměny advokátovi uznat.

[38] S ohledem na skutečnost, že ustanovený zástupce společně zastupoval všech pět stěžovatelů, náleží za každou z těchto osob za každý úkon odměna ve výši 3 100 Kč [§ 9 odst. 4 písm. d) a § 7 bod 5. téže vyhlášky] snížená o 20 % podle § 12 odst. 4 advokátního tarifu, tj. 2 480 Kč, celkem tedy za jeden úkon pro pět stěžovatelů 12 400 Kč. Dále uvedenému zástupci náleží k tomuto úkonu právní služby náhrada hotových výdajů ve výši 300 Kč (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu), a celkem tedy odměna a náhrada hotových výdajů činí 12 700 Kč. Ustanovený zástupce je plátcem daně z přidané hodnoty. Celková odměna tedy činí částku ve výši 15 367 Kč, která mu bude vyplacena do 60 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

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

V Brně dne 25. června 2020

JUDr. Radan Malík
předseda senátu