

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Viktora Kučery a soudců JUDr. Lenky Matyášové a JUDr. Jakuba Camrdy v právní věci navrhovatelky: **nezl. K. S.**, zast. Mgr. Zuzanou Candigliota, advokátkou se sídlem Burešova 615/12, Brno, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha, **za účasti:** I) nezl. T. F., II) nezl. L. P., III) nezl. L. P., IV) nezl. Š. K., V) nezl. L. J., VI) nezl. T. R., VII) nezl. V. K., VIII) nezl. V. K., IX) nezl. E. K., o návrhu na zrušení mimořádného opatření odpůrce ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN, ve znění pozdějších mimořádných opatření odpůrce ze dne 12. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-4/MIN/KAN, a ze dne 19. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-5/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Návrh **se odmítá** jako zjevně neopodstatněný.
- II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žádná z osob zúčastněných na řízení **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Návrhem ze dne 22. 4. 2021 se navrhovatelka domáhala zrušení opatření obecné povahy – mimořádného opatření odpůrce ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN, ve znění pozdějších mimořádných opatření odpůrce ze dne 12. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-4/MIN/KAN, a ze dne 19. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-5/MIN/KAN, vydaných s odkazem na § 80 odst. 1 písm. g) zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně veřejného zdraví“).

[2] Napadeným mimořádným opatřením podle § 69 odst. 1 písm. i) a odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví odpůrce – k ochraně obyvatelstva a prevenci nebezpečí vzniku a rozšíření onemocnění COVID-19 způsobené novým koronavirem SARS-CoV-2 – nařídil, že určitým skupinám dětí, žáků a studentů blíže uvedeným v jiném mimořádném opatření

(ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14600/2021-1/MIN/KAN) se umožní osobní přítomnost v mateřské, základní, základní speciální, střední nebo vyšší odborné škole pouze tehdy, pokud dítě, žák či student nemá příznaky onemocnění COVID-19, podstoupí ve frekvenci dvakrát týdně vyšetření prostřednictvím neinvazivního preventivního antigenního testu na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2, které si provedl sám nebo které mu byly provedeny jinou osobou a které mu poskytla škola, a prokáže se negativním výsledkem tohoto vyšetření; v podrobnostech viz čl. I. napadeného opatření, kterým bylo rovněž stanoveno, že škola může pro toto preventivní testování použít pouze testy určené pro sebetestování anebo odpůrcem povolené testy k použití laickou osobou.

II. Návrh a jeho doplnění, vyjádření odpůrce a osob zúčastněných na řízení

[3] Navrhovatelka je žákyní 1. stupně základní školy v Praze. Mimořádné opatření, kterým odpůrce podmiňuje osobní přítomnost žáků ve škole tím, že podstoupí preventivní antigenní testování, podle navrhovatelky překračuje zákonný rámec. Toto opatření bylo vydané ve stavu tzv. pandemické pohotovosti, který dnem své účinnosti zavádí zákon č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých zákonů (dále jen „pandemický zákon“). Pandemický zákon však v § 2 odst. 2 písm. m) stanoví toliko možnost povinného testování zaměstnanců a jiných pracovníků, nikoli možnost testování dětí, žáků a studentů ve školách. A podle navrhovatelky nelze tuto možnost dovodit ani na základě obecného § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví. Dle navrhovatelky nelze jednoduše přenést povinnost preventivního testování dětí, vč. odpovědnosti, na školy a školská zařízení – a to ani odkazem na § 29 odst. 2 zákona č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon), ve znění pozdějších předpisů.

[4] Vedle zákonné opory pro vydání napadeného opatření navrhovatelka zpochybnila též jeho odůvodnění – a to zejména ve vztahu k účelnosti preventivního testování formou tzv. samoodběru u zdravé asymptomatické dětské populace a dále ve vztahu k frekvenci testování či stanovení výjimek z testování. Navrhovatelka uvedla, že antigenní testy mají u bezpříznakových jedinců jednoznačně nižší citlivost a odkázala přitom mj. na odborné vyjádření MUDr. H. Z. V rámci souvisejících otázek navrhovatelka poukázala na to, že testy nejsou po použití vhodně likvidovány a jejich výsledek je citlivým osobním údajem o zdravotním stavu, jenž nesmí být zpřístupněn jiným než pověřeným osobám. Oznámení pozitivního výsledku před celou třídou pak podle navrhovatelky vede ke stigmatizaci dětí a vystavuje je psychickému tlaku; k tomu mj. doplnila odkaz na rozhodnutí Okresního soudu v německém Výmaru ze dne 8. 4. 2021, Az.: 9 F 148/21, podle kterého je povinnost nosit obličejové masky všeho druhu, udržovat odstup a rychlé preventivní testování žáků ve svém souhrnu nebezpečím pro duševní, fyzické nebo emoční blaho dítěte, a proto tato opatření v případě dvou škol zakázal.

[5] Navrhovatelka zpochybnila rovněž závěry odpůrce, podle něhož se nejedná o invazivní zásah. Navrhovatelka je opačného názoru a je přesvědčena, že ve výsledku je napadeným opatřením nepřiměřeně zasahováno do jejích základních práv, a sice: práva na nedotknutelnost osoby a jejího soukromí a práva na vzdělání, vč. nejlepšího zájmu nezletilého dítěte dle čl. 3 Úmluvy o právech dítěte (č. 104/1991 Sb.). Tento zásah spočívá v tom, že odmítne-li navrhovatelka preventivní testování, nebude jí umožněno prezenční

pokračování

vzdělávání. Ocitá se tak v bezvýchodné situaci, kdy její rodiče s preventivním testováním nesouhlasí, „avšak zároveň navrhovatelka potřebuje školu z důvodu vzdělávání a rozumového a sociálního vývoje navštěvovat“. Navrhla proto, aby Nejvyšší správní soud napadené mimořádné opatření zrušil; současně uplatnila též návrh na předběžné opatření, jímž se domáhala toho, aby soud uložil základní škole, kterou navrhovatelka navštěvuje, povinnost strpět její účast na prezenční výuce, a to i bez podstoupení preventivního antigenního testu na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 nebo jiného testu ke zjištění tohoto viru.

[6] V doplnění návrhu ze dne 3. 5. 2021 navrhovatelka upozornila na další změny napadeného mimořádného opatření (provedené mimořádnými opatřeními odpůrce ze dne 22. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-6/MIN/KAN, a ze dne 30. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-8/MIN/KAN), jimiž se jednak rozšířil seznam výjimek z povinného testování pro děti v mateřských školách některých krajů, jednak došlo ke změně frekvence testování (jednou týdně pro 1. stupeň základních škol), což reflektovala ve změně návrhu (petitu). V dalším doplnění návrhu ze dne 10. 5. 2021 se navrhovatelka vymezila vůči rozsudku ze dne 6. 5. 2021, č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, kterým Nejvyšší správní soud v obdobné věci návrh na zrušení nyní napadeného mimořádného opatření zamítl (navrhovatelka v podstatě setrvala na svých dosavadních důvodech a zopakovala, že nařízené testování zasahuje jak do nedotknutelnosti osoby, tak do esenciálního obsahu práva na vzdělání a není v nejlepším zájmu dětí).

[7] Odpůrce ve vyjádření ze dne 4. 5. 2021 navrhl zamítnutí návrhu na předběžné opatření, stejně tak jako návrhu ve věci samé, neboť ho považoval za nedůvodný. Podle jeho názoru k překročení zákonného rámce nedošlo, neboť zákon o ochraně veřejného zdraví mu v § 69 odst. 1 písm. i) umožňuje nařídit určité činnosti k likvidaci epidemie nebo nebezpečí jejího vzniku, přičemž do této kategorie spadá i podmínění vstupu do školy testováním. Jako nedůvodnou odpůrce odmítl též námitku týkající se ochrany osobních údajů s tím, že škola musí vědět, zda je některý z jejích žáků COVID-19 pozitivní či negativní, a to zejména z toho důvodu, aby mohla zajistit bezpečnost a zdraví ostatních osob. Antigenní testy považuje odpůrce nejen za přiměřeně spolehlivé, ale také za vhodné pro využití u asymptomatických jedinců. Poukázal přitom mj. na dynamičnost celé situace ohledně nové a bezprecedentní epidemie onemocnění COVID-19, kterou je nutno posuzovat komplexně podle dostupných – byť omezených – znalostí a postupovat v souladu s principem náležité opatrnosti. Odmítl též, že by provedením testu docházelo k zásadnímu zásahu do tělesné integrity dětí. K namítanému zásahu do práva na vzdělání odpůrce uvedl, že v daném případě proti němu stojí právo na ochranu zdraví a života. Je proto potřeba provést test proporcionality, který napadené mimořádné opatření splňuje (pomocí pravidelného testování je zcela určitě možné včas identifikovat nakažené osoby a minimalizovat tak riziko přenosu viru na další osoby).

[8] Osoby zúčastněné na řízení se ke dni vydání tohoto rozhodnutí k předloženému návrhu na zrušení napadeného mimořádného opatření nevyjádřily s výjimkou osob zúčastněných na řízení ad II) a III) – jejich zákonná zástupkyně ve všem vyjádřila souhlas s navrhovatelkou.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[9] Nejvyšší správní soud je k posouzení věci povolán na základě § 13 pandemického zákona ve spojení s § 101a a násl. zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“); v tomto ohledu nejprve konstatuje, že návrh byl podán včas (§ 13 odst. 2 pandemického zákona) a splněny jsou i další procesní podmínky řízení, vč. aktivní procesní legitimace navrhovatelky. O jejím splnění ve vztahu k obecně stanovené povinnosti podstoupit preventivní testování neměl soud pochyb, přesto pro pořádek připomene, že navrhovatelka je žákyní 1. stupně základní školy. Napadené opatření obecné povahy na ni tedy přímo dopadá a právě v důsledku toho navrhovatelka tvrdí zkrácení svých práv – především práva na vzdělání.

[10] Na podkladě této aktivní procesní legitimace navrhovatelky a v mezích jí tvrzeného zásahu do práv se poté Nejvyšší správní soud zabýval otázkou, zda se nejedná o návrh zjevně neopodstatněný ve smyslu § 13 odst. 3 pandemického zákona: *„Je-li návrh zjevně neopodstatněný, soud jej mimo ústní jednání bez přítomnosti účastníků usnesením odmítne. Pokud soud nepostupuje podle věty první, návrh se projednává přednostně.“*

[11] Z citovaného ustanovení je jasný záměr zákonodárce, který směřoval k tomu, aby návrhy na zrušení mimořádných opatření podle pandemického zákona a podle § 69 odst. 1 písm. b) či i) zákona o ochraně veřejného zdraví vydané ve stavu pandemické pohotovosti byly projednány ve zrychleném režimu. Ostatně tomu odpovídá i obsah rozpravy na půdě Poslanecké sněmovny, kde k podaným pozměňovacím návrhům poslanec Jakub Michálek uvedl, že *„...každé opatření bude přezkoumatelné soudem. Prosadili jsme tam rychlejší přezkum, takže Nejvyšší správní soud bude posuzovat opatření, která vydalo Ministerstvo zdravotnictví. Bude tam přednostní projednání, bude skutečná rychlejší spravedlnost“* (srov. sněmovní tisk č. 1158, pozměňovací návrhy přednesené ve druhém čtení dne 18. 2. 2021, 8. volební období od 2017, digitální repozitář, www.psp.cz).

[12] Zákonodárce na straně jedné usiloval o rychlý věcný přezkum podaných návrhů. Na straně druhé ovšem evidentně vycházel i z potřeby určité ekonomie řízení a umožnil soudu relativně snadné odmítnutí návrhu, shledá-li, že je *„zjevně neopodstatněný“*. O jaké situaci by se mělo v praxi jednat, pandemický zákon nijak nevymezuje. Nicméně podle názoru Nejvyššího správního soudu lze dovodit, že to budou zpravidla takové situace, kdy bude *prima facie* jasné, že podaný návrh nemůže být úspěšný, neboť půjde o skutkově i právně jednoznačnou věc, v níž právní závěr vyplývá z textu zákona bez potřeby interpretace. Podobná je i situace, kdy se Nejvyšší správní soud ve své rozhodovací praxi již obdobnou věcí zabýval a rozhodl zamítavým rozsudkem. Neshledá-li soud důvod pro odchýlení se od svého předchozího právního názoru, není důvod, aby ve velmi specifickém režimu soudního přezkumu podle pandemického zákona nemohl využít právě institut zjevné neopodstatněnosti. Jeho smysl a účel je třeba vnímat tak, že jde o kompenzaci tlaku vyvolaného potřebou přednostního projednání návrhu a současně jistou ochranu Nejvyššího správního soudu před zahlcením (viz dále).

[13] Odmítnutí návrhu pro jeho zjevnou neopodstatněnost podle § 13 odst. 3 věty první pandemického zákona je – obdobně jako odmítnutí kasační stížnosti pro nepřijatelnost – jistým mezistupněm mezi odmítnutím návrhu pro čistě procesní překážky a jeho věcným projednáním neboli meritorním přezkumem. Toto odlišení mezi prostým procesním

pokračování

odmítnutím návrhu a jeho odmítnutím pro zjevnou neopodstatněnost, o kterém se někdy hovoří jako o kvazimeritorním přezkumu, je podstatné. V případě kvazimeritorního přezkumu se totiž účastníkům určitého věcného posouzení vždy dostane; k tomu srov. nedávné usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2021, č. j. 8 As 287/2020 - 33, jenž se zabýval otázkou vrácení již zaplaceného soudního poplatku a konstatoval, že je dána povinnost vrátit poplatek, pokud soud odmítne kasační stížnost bez věcného projednání. Naopak, v případě odmítnutí kasační stížnosti jako nepřijatelné na meritorní přezkum (byť zjednodušený) dojde vždy, a proto soud nemá povinnost poplatek vracet. Podle rozšířeného senátu představuje odmítnutí kasační stížnosti pro nepřijatelnost „jemný filtr“, který zajišťuje obě role Nejvyššího správního soudu, „tj. posláním sjednocovatele judikatury, zaručujícího právní jistotu a efektivitu práva, a posláním ochránce spravedlnosti každého jednotlivého případu, zajišťujícího posouzení dopadů napadeného rozhodnutí do subjektivních veřejných práv člověka a umožňujícího mu domoci se nápravy. Na straně druhé, dospěje-li soud k závěru, že ani jednoho není v konkrétní věci třeba, postačí, odůvodní-li svůj závěr na věc jen stručným odkazem na judikaturu, která se již obdobnou věcí zabývala“.

[14] V principu podobné nastavení – založené na jisté precedenční závaznosti tzv. nosných důvodů rozhodnutí (*ratio decidendi*) – lze uplatnit také u odmítnutí návrhu pro zjevnou neopodstatněnost. I zde je totiž patrná snaha nastavit určitý „filtr“ či „pojistku“ vůči nutnosti meritorně projednat každý jednotlivý návrh, u něhož jsou splněny elementární podmínky řízení. Zákonodárce vytvořil Nejvyššímu správnímu soudu při přezkumu mimořádných opatření podle § 13 pandemického zákona prostor pro jistou selekci návrhů a zabránění jeho zahlcení návrhy, kterým nelze vyhovět, ale jejichž projednání běžnou procedurou by blokovalo rozhodovací kapacitu tohoto soudu jako vrcholného soudního orgánu ve věcech patřících do správního soudnictví. To platí tím spíše, že se jedná o přezkum mimořádných opatření, která nejsou rozhodnutími, nýbrž opatřeními obecné povahy, jež si jako právní akty tzv. smíšené povahy v mnohém nezadají s právními předpisy; Nejvyšší správní soud pak provádí v podstatě jejich abstraktní přezkum – byť na podkladě aktivní legitimace konkrétního navrhovatele a v mezích jím tvrzeného dotčení.

[15] Na základě uvedených východisek přistoupil Nejvyšší správní soud k posouzení nyní podaného návrhu, který je ke dni vydání tohoto rozhodnutí jedním z celkem 17 návrhů napadajících mimořádné opatření ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN, kterým odpůrce – v návaznosti na uvolnění provozu škol – podmínil osobní přítomnost vybraných skupin dětí/žáků/studentů na prezenční výuce negativním antigenním testem na přítomnost onemocnění COVID-19. Tímto mimořádným opatřením a otázkou antigenního testování ve školách se Nejvyšší správní soud velmi podrobně zabýval při meritorním přezkumu prvního z podaných návrhů, který rozsudkem ze dne 6. 5. 2021, č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, zamítl.

[16] Nejvyšší správní soud neshledal důvodu odchýlit se od závěrů přijatých v uvedeném rozsudku, nota bene v situaci, kdy tyto závěry v mnohém vycházejí a navazují na předchozí judikaturu – a sice na zamítavé rozsudky Nejvyššího správního soudu pod sp. zn. 6 Ao 1/2021 a sp. zn. 6 Ao 2/2021 ve věci antigenního testování zaměstnanců; současně soud nevidí ani žádný jiný důvod, pro který by bylo rozumné a respektující ekonomii

soudního procesu, aby nyní podaný návrh projednal běžnou procedurou, a dospěl proto k následujícímu závěru.

[17] Návrh je zjevně neopodstatněný.

[18] Podstatu návrhu, resp. jeho důvody, jimiž je soud vázán (§ 101d odst. 1 s. ř. s.), je možné rozdělit do tří základních okruhů: a) absence pravomoci odpůrce k vydání mimořádného opatření, vč. jeho nedostatečného odůvodnění, b) rozpor napadeného mimořádného opatření s ústavním pořádkem (nedotknutelností osoby) a se zákonem (konkrétně školským zákonem či ochranou osobních údajů), c) právo na vzdělání a otázka přípustnosti omezení tohoto základního práva navrhovatelky; uvedené důvody v zásadě kopírují důvody návrhu, který Nejvyšší správní soud zamítl rozsudkem č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, na jehož odůvodnění v podrobnostech odkazuje a pro potřeby odůvodnění této věci ho shrnuje a doplňuje takto:

[19] [Ad a)] Zákonné zmocnění odpůrce k vydání mimořádného opatření podle § 69 odst. 1 písm. i) ve spojení s § 80 odst. 1 písm. g) zákona o ochraně veřejného zdraví není pandemickým zákonem nijak dotčeno, nicméně je zde určitá souvztažnost obou těchto norem – viz § 2 odst. 4 písm. b) pandemického zákona, z něhož plyne, že mimořádné opatření podle § 69 odst. 1 písm. b) nebo i) zákona o ochraně veřejného zdraví, jehož účelem je likvidace epidemie COVID-19 nebo nebezpečí jejího opětovného vzniku a které má celostátní působnost, může být vydáno jen v době stavu pandemické pohotovosti. Tato skutečnost se promítá mj. i do samotného procesu vydávání těchto mimořádných opatření, a je tedy třeba souhlasu vlády, jakož i náležitého odůvodnění, vč. zohlednění přiměřenosti zásahu do práv a oprávněných zájmů právnických a fyzických osob; srov. § 3 odst. 1 až 5 v návaznosti na § 4 pandemického zákona.

[20] V daném případě vláda předběžný souhlas vydala a odpůrce mimořádné opatření odůvodnil v intencích požadovaných v § 3 odst. 2 pandemického zákona, podle něhož musí odůvodnění obsahovat následující části: 1) aktuální analýzu epidemické situace onemocnění COVID-19, 2) konkrétní míru rizika spojenou s vymezenými činnostmi, oblastmi či jinými charakteristikami, 3) přiměřenost zásahu do práv a oprávněných zájmů právnických a fyzických osob, tedy tzv. test proporcionality. Odpůrce se soustředil zejména na otázku přiměřenosti zásahu do práv a oprávněných zájmů dětí/žáků/studentů; nerezignoval však ani na ostatní náležitosti odůvodnění, i když zde zjevně navazoval na odůvodnění souvisejícího mimořádného opatření ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14600/2021-1/MIN/KAN, omezujícího provoz škol a školských zařízení, jež právě vůči blíže určeným skupinám dětí, žáků a studentů připustilo výjimku ze zákazu osobní přítomnosti ve školách.

[21] Odůvodnění napadeného opatření navrhovatelka zpochybňuje zejména proto, že zde podle jejího názoru absentuje uvedení odborných podkladů, které by dokládaly účinnost a účelnost tohoto opatření ve vztahu k deklarovanému cíli; k tomu viz dále [ad c)], kde zdejší soud mj. i s odkazem na odůvodnění napadeného opatření konstatuje, že je jím rozumným způsobem sledován legitimní cíl – ochrana veřejného zdraví. Dlužno dodat, že navrhovatelka adresně rozporuje testování ve školách jako takové, a nikoli výjimky z testování [netvrdí ani nedokládá, že by např. prodělala laboratorně potvrzené

pokračování

onemocnění COVID-19, uplynula u ní potřebná doba izolace a od prvního pozitivního testu (ne)uplynulo více než 90 dní – srov. čl. II. písm. a) napadeného opatření], Nejvyšší správní soud se tedy jejich odůvodněním blíže nezabýval; ani případné nedostatky odůvodnění v tomto směru totiž nevylučují soudní přezkum napadeného opatření v mezích aktivní procesní legitimace navrhovatelky a od ní odvozených návrhových bodů, jimiž je soud vázán (viz výše). Navrhovatelka je oprávněna dovolávat se nezákonnosti opatření, jež má přímý a nezprostředkovaný vztah výhradně vůči její osobě, nikoli osobám třetím. Řízení v dané věci není koncipováno jako *actio popularis* (srov. *mutatis mutandis* usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 1 Ao 1/2009 – 120, č. 1910/2009 Sb. NSS, bod 41).

[22] Jde-li o navrhovatelkou zmíněný § 2 odst. 2 písm. m) pandemického zákona, který odpůrci umožňuje mimořádným opatřením uložit „*příkaz testovat zaměstnance a jiné pracovníky na přítomnost onemocnění COVID-19*“, Nejvyšší správní soud – i přes zmíněnou souvztažnost pandemického zákona a zákona o ochraně veřejného zdraví – zdůrazňuje, že napadené mimořádné opatření podle pandemického zákona vydáno nebylo; základem zákonného zmocnění odpůrce je zde zákon o ochraně veřejného zdraví. Přehled jednotlivých mimořádných opatření, která je odpůrce oprávněn nařídít při epidemii nebo nebezpečí jejího vzniku, je vymezen v § 69 odst. 1 písm. a) až i) zákona o ochraně veřejného zdraví. V dané věci vydal odpůrce mimořádné opatření podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví, dle něhož platí, že „*mimořádnými opatřeními při epidemii nebo nebezpečí jejího vzniku jsou zákaz nebo nařízení další určité činnosti k likvidaci epidemie nebo nebezpečí jejího vzniku*“.

[23] Není pochyb, že citované ustanovení představuje obecnou (zbytkovou) kategorii mimořádných opatření při epidemii, jak správně poukázala navrhovatelka. Nicméně Nejvyšší správní soud při použití výkladového pravidla *eiusdem generis* (stejněho druhu) dovodil, že odpůrce nepřekročil meze své zákonem vymezené pravomoci a působnosti.

[24] Povinnost testování ve školách uložená podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví je totiž srovnatelná svou povahou a zásahem do práv s povinností očkování upravenou pod písm. g) odst. 1 § 69 téhož zákona. Jednoduše řečeno – může-li odpůrce při epidemii nařídít mimořádné očkování jednotlivce, může nařídít i jeho testování v souvislosti s epidemií a prevencí jejího dalšího šíření. Povaha obou těchto opatření je obdobná, a rovněž tak intenzita jejich zásahu do základních práv jednotlivce, především práva na ochranu soukromí v podobě garance nedotknutelnosti osoby (čl. 7 odst. 1, čl. 10 odst. 2 Listiny). Pokud jde o další povinnosti v případě, že je výsledek testování pozitivní, je nutno poznamenat, že jde o povinnosti odvozené, jež mají převážně organizačně-technický charakter a odpovídají možnosti dané v § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví. Je-li výsledek testu pozitivní, lze předpokládat podezření na přítomnost viru, a tudíž i podezření z nákazy nemocí COVID-19. Uvedené platí nejen pro povinnost opustit školu, ale také pro povinnost informovat poskytovatele zdravotních služeb a podrobit se konfirmačnímu PCR testu (tyto povinnosti navíc odpovídají i jiným ustanovením zákona o ochraně veřejného zdraví, např. § 62a či § 64).

[25] Lze proto shrnout, že povinnosti uložené napadeným mimořádným opatřením vydaným podle obecného ustanovení § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného

zdraví jsou srovnatelné s povinnostmi plynoucími z předchozích písm. a) až h) v odst. 1 § 69 téhož zákona. Nelze tedy konstatovat nedostatek zákonné opory pro odpůrce k vydání napadeného mimořádného opatření, byť není na místě zastírat určité legislativní deficity dané právní úpravou. Opačný výklad by však byl podle přesvědčení Nejvyššího správního soudu příliš formalistický a nerespektoval by základní zákonné nastavení pravomocí odpůrce jako orgánu ochrany veřejného zdraví, jejichž rozsah musí být vykládán uvážlivě; výčet jednotlivých mimořádných opatření jen těžko může být vždy a za každých okolností vyčerpávající a postihující všechny konkrétní případy, a to zvláště za současné zcela atypické a neustále se vyvíjející situace ohledně epidemie onemocnění COVID-19.

[26] [Ad b)] Nejvyšší správní soud konstatuje, že napadeným opatřením zavedené antigenní testování ve školách není zdravotní službou, neboť je založeno na tom, že se děti, žáci nebo studenti budou testovat sami. Školy v tomto směru nemají volbu a není proto pochyb o tom, že jimi prováděné testování není a nemůže být bráno jako výkon zdravotní služby, k němuž by bylo nutné poskytnutí svobodného a informovaného souhlasu, jež plyne z podstaty nedotknutelnosti osoby (čl. 7 Listiny základních práv a svobod).

[27] Nejvyšší správní soud v tomto ohledu neshledal rozpor napadeného opatření s ústavním pořádkem (nedotknutelností osoby) ani s právní úpravou na zákonné úrovni – zejm. zákonem č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách), ve znění pozdějších předpisů – a dodává, že opatření nikterak neupravuje, jaké konkrétní preventivní testy mají být ve školách zajištěny, avšak musí jít o „*vyšetření prostřednictvím neinvazivního preventivního antigenního testu na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2*“. Už z toho je patrné, že testování ve školách musí probíhat co nejméně zatěžující metodou antigenního testování, za níž lze obecně považovat odběr vzorku přímo ze slin; tento typ testování se jeví jako nejvhodnější, nicméně obecně lze tolerovat i odběr vzorku z nosu. Soud má pochopení pro případné obavy některých dětí z testování, současně má však za to, že je primárně na jejich rodičích, jakým způsobem dětem celou věc podají, vysvětlí a příp. pomohou jejich obavy překonat – třeba i tím, že jim při testování budou asistovat. V podstatě totéž platí pro zaměstnance školy, i oni nepochybně mohou přispět k rozptýlení obav a vůbec k pochopení celé záležitosti související se snahou zvládnout současnou krizi vyvolanou epidemií nemoci COVID-19 mj. za pomoci opakovaného plošného testování ve školách.

[28] Je-li výsledek testování pozitivní, je logické, že dotčené dítě je odděleno od ostatních a je opět na rodičích, resp. zaměstnancích školy, aby vše dětem vysvětlili a eliminovali možné riziko stigmatizace. Jistě, negativní sociální dopad na dané dítě nelze zcela vyloučit. Na druhou stranu představa, že pozitivně testované dítě nebude odděleno od ostatních, je naprosto absurdní a vedla by k popření samotného smyslu testování. Soud přitom vychází z toho, že odpůrce považuje test za přiměřeně spolehlivý a dostatečný pro to, aby bylo dáno alespoň zvýšené podezření na přítomnost viru SARS CoV-2. V takovém případě je oddělení od ostatních osob a bezodkladné opuštění školy adekvátním opatřením a rozhodně se nejedná o postup, který by byl v rozporu s ochranou citlivých údajů dítěte.

[29] Při provádění testování pochopitelně dochází ke zpracování zvláštní kategorie osobních údajů vypovídajících o zdravotním stavu (výsledek testu a datum jeho provedení). Vše se ovšem děje z důvodu veřejného zájmu v oblasti veřejného zdraví; základem pro

pokračování

zpracování osobních údajů je plnění právních povinností podle napadeného mimořádného opatření, přičemž obecné nařízení o ochraně osobních údajů – nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679, známé též jako „GDPR“ dle zkratky anglického názvu „*General Data Protection Regulation*“ – na takovou mimořádnou situaci pamatuje; viz čl. 9 odst. 2 písm. i) GDPR, podle kterého lze zpracovávat údaje o zdravotním stavu osob, jestliže je to nezbytné z důvodů veřejného zájmu v oblasti veřejného zdraví a ochrany před vážnými přeshraničními zdravotními hrozbami.

[30] Současně je nutno připomenout povinnost pedagogických pracovníků zajišťovat bezpečnost a ochranu zdraví dětí, žáků a studentů při vzdělávání – viz § 29 odst. 2 školského zákona; navíc § 7 odst. 3 zákona o ochraně veřejného zdraví zná přímo institut oddělení dítěte nebo mladistvého – byť pro případy „*dítěte nebo mladistvého, kteří vykazují známky akutního onemocnění*“. Pozitivně testovaný známky akutního onemocnění vykazovat nemusí, přesto je na něho nutno hledět prizmatem právě citovaného ustanovení zákona o ochraně veřejného zdraví. Jak již bylo vysvětleno, je logické, že k oddělení dítěte nebo mladistvého dojde v případě epidemie, tj. výjimečné situace, kdy má odpůrce jako orgán ochrany veřejného zdraví možnost nařídit testování, jehož imanentní součástí je i oddělení pozitivně testovaných osob. Jde o přirozený důsledek pozitivního výsledku testování, který napadené opatření předvídá, stejně jako to, že osoba s pozitivním výsledkem je povinna kontaktovat svého praktického lékaře a podstoupit tzv. konfirmační PCR test za účelem relevantního ověření výsledku.

[31] Dalším důsledkem pozitivního výsledku preventivního testování je též to, že se dítě, žák anebo student nemůže účastnit prezenčního vzdělávání; totéž platí i pro případ, že dítě/žák/student testování podstoupit odmítne, což podle navrhovatelky ve výsledku vede k nepřipustnému zásahu do práva na vzdělání.

[32] [Ad c)] Právo na vzdělání podle čl. 33 Listiny základních práv a svobod není právem absolutním a lze do něj zasáhnout. Právo na vzdělání patří mezi hospodářská, sociální a kulturní práva, která jsou standardní součástí katalogu základních práv, avšak vymahatelnost některých z nich je omezena čl. 41 odst. 1 Listiny: „*Práv uvedených v čl. 26, čl. 27 odst. 4, čl. 28 až 31, čl. 32 odst. 1 a 3, čl. 33 a 35 Listiny je možno se domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí.*“

[33] Citovaný článek Listiny otevírá široký prostor pro zákonodárce při volbě nejrůznějších řešení, jak uvedl Ústavní soud v nálezu ze dne 12. 3. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 83/06, č. 116/2008 Sb., na který navázal nálezem ze dne 20. 5. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 1/08, č. 251/2008 Sb., v němž metodicky rozvedl 4 kroky, které je třeba při ústavní kontrole zákonné úpravy práv vyjmenovaných v čl. 41 odst. 1 Listiny provést:

1. vymezení smyslu a podstaty základního práva, tedy určitého esenciálního obsahu;
2. zhodnocení, zda se zákon nedotýká samotné existence tohoto práva nebo jeho skutečné realizace (esenciálního obsahu); teprve při případném zjištění, že tomu tak je, měl by přijít na řadu test proporcionality. Pokud se zákon esenciálního obsahu tohoto práva nedotýká, následuje
3. posouzení, zda zákonná úprava sleduje legitimní cíl – tedy zda není svévolným zásadním snížením celkového standardu základních práv, a konečně

4. zvážení otázky, zda zákonný prostředek použitý k jeho dosažení je rozumný (racionalní), byť nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší.

[34] V zásadě ve stejné struktuře postupoval i Nejvyšší správní soud, přičemž volil velmi zdrženlivý přístup, neboť jeho úlohou je bránit jednotlivce (a tím zprostředkovaně i ostatní dotčené osoby) před excesy v oblasti veřejné správy, která je napadeným opatřením regulována, nikoliv však opatření dotvářet či hledat optimální řešení. Přihlédl přitom i k mimořádné situaci epidemie onemocnění COVID-19, která odůvodňuje vyšší míru přípustného zásahu do práva na vzdělání, avšak při zachování jeho podstaty a smyslu. Smysl a podstata práva na vzdělání – tedy jakési jeho nepodmíněné „tvrdé jádro“ je třeba v rovině subjektivního práva jednotlivce vnímat především jako požadavek elementární úrovně kvality obsahu a formy vzdělávání. Tento základ práva na vzdělání není popřen; netestovaní žáci (děti, studenti) jsou i nadále žáky konkrétní školy, která na jejich vzdělání nemůže a nesmí rezignovat. K netestovaným dětem není možné přistupovat, „jakoby nebyly“, což si ostatně uvědomuje i sám odpůrce, jak je patrné z odůvodnění napadeného opatření. Ve svých důsledcích se ovšem nejedná o otázku spadající do jeho působnosti, nýbrž do působnosti Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy, jež musí v součinnosti se školami zajistit netestovaným žákům alespoň minimální formu studijní podpory (posílání plánu učiva, individuální konzultace apod.).

[35] S ohledem na povinnost zajistit tuto podporu – danou již tím, že v čl. 33 odst. 1, větě druhé, Listiny je zakotvena povinná školní docházka – soud konstatuje, že napadené mimořádné opatření nezasahuje do minimálního standardu (esenciálního obsahu) práva na vzdělání; viz výše [ad] kroky 1. a 2.]. A podle přesvědčení Nejvyššího správního soudu se v případě tohoto mimořádného opatření nejedná ani o svévolné omezení základního práva na vzdělání, jež by nesledovalo legitimní cíl anebo ho sledovalo nerozumnými prostředky; viz níže [ad] kroky 3. a 4. – tzv. test racionality].

[36] O legitimitě cíle, jehož má být napadeným opatřením dosaženo, nemá soud pochybnosti. Onemocnění COVID-19 nemusí být doprovázeno viditelnými příznaky, a proto konkrétním cílem opatření zjevně bylo to, aby se předešlo situaci, kdy ve třídě (škole nebo školském zařízení) dojde ke kontaktu dětí, žáků nebo studentů s jiným dítětem, žákem nebo studentem, který je infikován koronavirem SARS-CoV-2, aniž by o tom věděl. Odpůrce považoval za vhodné využít nástroj pravidelného preventivního antigenního testování, jež ve svém důsledku může omezit právo na vzdělání, odmítne-li se dotýčný nechat testovat. Právo na vzdělání (čl. 33 Listiny) je v takovém případě omezeno ve prospěch práva na život (čl. 6 Listiny) a na ochranu zdraví (čl. 31 Listiny) v jeho objektivní dimenzi, tedy ve prospěch ochrany veřejného zdraví, kdy je nutná aktivní ochrana, vč. přijímání potřebných preventivních opatření. Jedním z takových preventivních opatření je právě testování, skrze které dochází k naplňování legitimního cíle (ochrany veřejného zdraví), aniž by se přitom toto opatření jevilo nerozumným.

[37] Navrhovatelka nevznesla dostatečné argumenty ani důkazy o tom, že by antigenní testování nemohlo přinejmenším přispět k naplňování uvedeného legitimního cíle, tj. nalézt nakažené jedince a následným omezením jejich kontaktů alespoň zpomalit šíření koronaviru. Nejvyšší správní soud v tomto ohledu vnímá antigenní testy jako jakési „hrubé síto“, které je možná méně spolehlivé, nikoli však zcela zbytečné, a tudíž nerozumné.

pokračování

Vychází přitom z odůvodnění napadeného mimořádného opatření, kde je adresně odkazováno na několik relevantních a obecně dostupných studií. Z nich je zřejmé, že jedním z opatření umožňujících snížit nákazu je i omezení provozu škol s tím, že při jejich postupném otevírání hraje významnou roli i testování; toto opatření bezpochyby snižuje četnost přenosu onemocnění ve školách – a byť modelová situace v jedné ze studií byla založena na užití PCR testů, neznamená to, že by antigenní testy využitelné nebyly. Jejich výhodou je velmi rychlé vyhodnocení, což spolu s vyšší frekvencí testování kompenzuje nižší účinnost.

[38] Navíc Nejvyšší správní soud už ve svých předchozích zamítavých rozsudcích ve věcech testování zaměstnanců (sp. zn. 6 Ao 1/2021 a sp. zn. 6 Ao 2/2021) opakovaně akceptoval, že odpůrce vzal na zřetel nejen hlediska čistě lékařská (omezenou účinnost antigenních testů), ale rovněž ekonomická a organizační, jako jsou náklady na opakované testování vysokého počtu osob, kapacita pro provádění a vyhodnocení testů apod.; současně se zde vyslovil i k navrhovatelkou zmíněnému stanovisku MUDr. Z. Nejvyšší správní soud nemá důvod, aby se od těchto závěrů v této věci jakkoli odchýlil, posuzoval do důsledku účinnost antigenních testů a fakticky tak nahrazoval roli odpůrce, který je k tomu odborně vybaven; k dispozici mu je nejen Ústav zdravotnických informací a statistiky, ale také Státní zdravotní ústav, jenž je zapsán i jako znalecký ústav.

[39] Omezených možností zvolené metody testování si byl vědom i samotný odpůrce, ale přijal ji jako doplňkové opatření, jež Nejvyšší správní soud respektuje. Nic na tom nemění ani navrhovatelkou odkazované rozhodnutí Okresního soudu ve Výmaru, Az.: 9 F 148/21, které bylo vydáno jako předběžné opatření navíc opatrovnickým (rodinným) soudem, nikoli soudem správním. V této souvislosti není od věci odkázat právě na rozhodnutí Správního soudu ve Výmaru ze dne 20. 4. 2021, sp. zn. 8 E 416/21 We, které se týkalo povinnosti nošení roušky při výuce, přičemž soud potvrdil zákonnost napadeného opatření s ohledem na vysoké riziko ve školách. Vyjádřil se na závěr také k výše uvedenému rozhodnutí a zdůraznil, že „rozhodnutí místního soudu Výmaru ze dne 8. dubna 2021 (Az. 9 F 148/21) je zjevně nezákonné a nemůže být v rozporu s rozhodnutím správního soudu. Rodinný soud nemá pravomoc vydávat příkazy orgánům a zástupcům orgánů jako orgánům veřejné moci. Pro tuto pravomoc chybí potřebný právní základ. Soudní kontrola činnosti orgánů, a to i s ohledem na opatření na ochranu zdraví ve školách, je výhradní odpovědností správních soudů.“ Současně je možné odkázat i na rozhodnutí Vyššího správního soudu Dolního Saska (*Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht*) ze dne 19. 4. 2021, sp. zn. 13 MN 192/21, podle něhož školy mohou stanovit negativní antigenní test jako podmínku pro prezenční docházku. Odkázal přitom nejen na aktuální posouzení rizik Institutem Roberta Kocha, podle něhož ohniska související s COVID-19 stále více postihují školy, ale také na veřejně dostupnou studii „*Test sensitivity is secondary to frequency and turnaround time for COVID-19 screening*“, publikovanou dne 1. 1. 2021 ve Science Advances (online), autory z akademického a vědeckého prostředí (University of Colorado Boulder, Harvard University, Harvard Medical School, Howard Hughes Medical Institute atd.), podle níž má „samotestování“ vedoucí k rychlejšímu vyhodnocení a častějšímu testování vysokou epidemiologickou hodnotu.

[40] Nejvyšší správní soud je přesvědčen, že v době dynamicky se vyvíjející epidemie je rozhodně na místě postupovat v souladu s principem předběžné opatrnosti, a proto je

třeba se snažit využít všechny dostupné prostředky, které mohou menší či větší měrou napomoci eliminovat nákazu, vč. antigenních testů, byť je s ohledem na dosavadní stav poznání obtížné předem jednoznačně určit míru jejich účinku.

[41] O potřebnosti a rozumnosti použití antigenních testů ve školách svědčí i nedávno vydané a všeobecně dostupné doporučení Rady (EU) o společném rámci pro používání a validaci rychlých testů na antigen a o vzájemném uznávání výsledků testů na COVID-19 (2021/C 24/01), podle něhož by členské státy – aniž je dotčena jejich odpovědnost za stanovení jejich vnitrostátních politik testování – měly zvážit použití rychlých testů na antigen mj. v těchto situacích a prostředích: *„Screening ve vysoce rizikových oblastech a uzavřených prostředích, jako jsou nemocnice, jiná zdravotnická zařízení, zařízení dlouhodobé péče, např. domovy důchodců a pečovatelské domy nebo rezidenční zařízení pro osoby se zdravotním postižením, školy... Opakovaný screening by se měl provádět pokud možno každé 2–4 dny a alespoň první pozitivní výsledek zjištěný rychlým testováním na detekci antigenu by měl být potvrzen testem RT-PCR.“*

[42] Již jen pro úplnost, Nejvyšší správní soud v souvislosti s odkazem navrhovatelky na to, že napadené opatření není v nejlepším zájmu dětí, připomíná, že každá epidemie je komplexní problém, jehož řešení nejsou snadná ani jednoznačná. Nejinak je tomu i v tomto případě. Podle Úmluvy o právech dítěte (čl. 3) je třeba, aby při jakékoli činnosti byl předním hlediskem tzv. nejlepší zájem dítěte. Dle názoru soudu je jím v daném kontextu zájem na osobní, prezenční formě vzdělávání – a to nejen navrhovatelky, ale všech dětí. Na druhou stranu, je-li zde epidemie a s ní související riziko nákazy při prezenční výuce ve školách, je jistě lepší toto riziko alespoň v určité míře eliminovat pomocí antigenního testování (jehož schopnost s větší či menší účinností napomoci snížit šíření nákazy ve společnosti nebyla vyvrácena).

IV. Závěr a náklady řízení

[43] Nejvyšší správní soud shledal návrh zjevně neopodstatněným, a proto ho podle § 13 odst. 3 věty první pandemického zákona odmítl (výrok I.).

[44] O nákladech řízení ve vztahu k účastníkům řízení Nejvyšší správní soud rozhodl na základě § 60 odst. 3 s. ř. s., z něhož vyplývá, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení, pokud byl návrh odmítnut (výrok II.).

[45] O nákladech řízení ve vztahu k osobám zúčastněným na řízení (které v souladu s výzvou předsedy senátu vyvěšenou na úřední desce zdejšího soudu podle § 34 odst. 2 s. ř. s. včas oznámily, že budou uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení) rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu § 60 odst. 5 větou první s. ř. s., podle níž osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil; vzhledem k tomu, že soud v dané věci osobám zúčastněným na řízení žádné povinnosti neuložil, rozhodl tak, že žádná z nich nemá právo na náhradu nákladů řízení (výrok III.).

[46] O návrhu na předběžné opatření Nejvyšší správní soud nerozhodoval, neboť rovnou přistoupil k rozhodnutí o zjevné neopodstatněnosti návrhu plynoucí *prima facie*

pokračování

z jeho předchozí rozhodovací činnosti, v níž se již obdobnou věcí zabýval [za daných okolností nerozhodoval ani o připuštění změny (petitu) návrhu, neboť i kdyby ji připustil, na zjevné neopodstatněnosti návrhu by to nic nezměnilo]. Vzhledem k tomu, že návrh nebyl odmítnut bez jakéhokoli věcného posouzení, nebyl soud povinen vrátit již zaplacený soudní poplatek ve smyslu § 10 odst. 3 věty třetí zákona č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2021, č. j. 8 As 287/2020 - 33).

P o u č e n í: Proti tomuto usnesení **n e n í** opravný prostředek přípustný.

V Brně dne 27. května 2021

JUDr. Viktor Kučera
předseda senátu