

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 navrhovatelek **a) nezl. E. H. K., b) nezl. S. D. K.**, obě zast. Mgr. Petrem Keltnerem, advokátem se sídlem Barákova 237/8, Říčany, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha, o návrhu na zrušení mimořádného opatření odpůrce ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN, ve znění mimořádného opatření ze dne 12. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-4/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Návrh **se odmítá** jako zjevně neopodstatněný.
- II. Odpůrci **se nepřiznávají** náhrada nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Návrhem ze dne 20. 4. 2021 se navrhovatelky a) a b) domáhají zrušení opatření obecné povahy – mimořádného opatření odpůrce ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN, ve znění mimořádného opatření ze dne 12. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-4/MIN/KAN, vydaného 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] Tímto mimořádným opatřením odpůrce podle § 69 odst. 1 písm. i) a odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví v čl. I. nařídil, že dítěti, žákovi nebo studentovi, kterému není jiným mimořádným opatřením nebo krizovým opatřením zakázána osobní přítomnost na vzdělávání a který je dítětem nebo žákem mateřské školy, základní školy, základní školy speciální, oboru vzdělání praktická škola jednoletá nebo praktická škola dvouletá, žákem nebo studentem účastnícím se praktického vyučování nebo praktické přípravy na střední škole nebo vyšší odborné škole, žákem školy nebo studentem vyšší odborné školy, který se účastní skupinové konzultace nebo závěrečných zkoušek, maturitních zkoušek nebo absolutorií, se umožní osobní přítomnost na vzdělávání, 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, není-li ve čl. II stanoveno jinak.

[3] V čl. II napadeného opatření odpůrce stanovil výjimky, na které se povinnost testování nevztahuje, pro osoby, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění COVID-19 a u kterých neuplynula doba od prvního pozitivního testu více než 90 dní [písm. a) tohoto článku]. Jako další skupinu osob, které nejsou povinny se podle napadeného opatření obecné povahy testovat, stanovil odpůrce ty, kteří mají negativní výsledek POC antigenního testu na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 nebo RT-PCR testu na přítomnost viru SARS-CoV-2, které nejsou starší 48 hodin, a které byly provedeny poskytovatelem zdravotních služeb podle aktuálně platného mimořádného opatření odpůrce k provádění testů [písm. b) tohoto článku]. A konečně jako poslední skupinu, na níž se vztahuje výjimka z povinnosti testování, stanovil odpůrce ty osoby, které mají certifikát o provedeném očkování proti onemocnění COVID-19 a od aplikace druhé dávky očkovací látky (resp. první dávky, je-li očkovací schéma jednodávkové) uplynulo nejméně 14 dní [písm. c) tohoto článku].

II. Návrh a vyjádření odpůrce

[4] Navrhovatelka a) je dítětem, které se povinně účastní předškolního vzdělávání v mateřské škole v obci S.. Navrhovatelka b) je žákyní 1. stupně základní školy v téže obci. Obě navrhovatelky společně brojí proti mimořádnému opatření jako celku a navrhují jeho zrušení, přičemž argumentují tím, že čl. II. vůbec nepočítá s možností výjimky z testování pro osobu, která COVID-19 prodělala a má protilátky, které jí v podstatě staví na roveň osobě očkové. Navrhovatelky podle svých tvrzení onemocnění COVID-19 prodělaly v prosinci 2020 a vyjádřily přesvědčení, že mají dostatek protilátek, což dokládají výsledky aktuálních laboratorních testů. Na základě toho pak považují povinnost nechat se opakovaně preventivně testovat za zcela nadbytečnou, neboť mají imunitu jako „řemen“, jak doplnily ústy svého zákonného zástupce v podání ze dne 27. 4. 2021.

[5] Napadené mimořádné opatření, kterým odpůrce podmiňuje osobní přítomnost žáků ve škole tím, že podstoupí testování na onemocnění COVID-19, podle navrhovatelek překračuje zákonný rámec; povinnost dětí podstoupit testování totiž žádný zákon nestanoví. Zákon č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých zákonů (dále jen „pandemický zákon“) v § 2 odst. 2 písm. m) umožňuje odpůrci, aby vydal formou mimořádného opatření příkaz testovat zaměstnance a jiné pracovníky, nikoli však děti ve školách. A tuto možnost nelze dovodit ani na základě § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví.

[6] Navrhovatelky v návrhu kladou celou řadu otázek a dovozují jednak nedostatečnost odůvodnění napadeného opatření, jednak jeho nezákonnost a nepřiměřenost – a to zejména ve vztahu k nedotknutelnosti osoby a jejího soukromí a zásahu do práva na vzdělání. Podle navrhovatelek jakýkoli zákrok v oblasti péče o zdraví lze provést pouze za podmínky, že k němu dotčená osoba poskytla svobodný a informovaný souhlas – srov. čl. 5 Úmluvy

pokračování

o lidských právech a biomedicíně (č. 96/2001 Sb.m.s.). Mimořádné opatření ovšem s ničím takovým nepočítá, naopak souhlas s provedením testování na své osobě je jím nepřímo vynucován neumožněním osobní přítomnosti ve škole. V tomto ohledu považují navrhovatelky mimořádné opatření za hrubě diskriminační a nepřiměřené, především pokud jde o kritérium vhodnosti; ohledně antigenních testů je známo, že by neměly být používány jako screeningové k vyšetřování jedinců s nízkou pravděpodobností infekce (tj. např. u asymptomatického jedince bez kontaktu s onemocněním); k tomu poukázaly mj. na informaci Společnosti pro lékařskou mikrobiologii ČLS JEP, podle níž by toto testování nemělo být používáno u bezpříznakových jedinců.

[7] Odpůrce ve svém vyjádření ze dne 4. 5. 2021 navrhl, aby Nejvyšší správní soud podaný návrh jako nedůvodný zamítl. Dle jeho názoru k překročení zákonného rámce nedošlo, neboť zákon o ochraně veřejného zdraví mu v § 69 odst. 1 písm. i) umožňuje nařídít určité činnosti k likvidaci epidemie nebo nebezpečí jejího vzniku, přičemž do této kategorie spadá i podmínění vstupu do školy testováním. Současně odpůrce poznamenal, že v případě sebetestování se nejedná o výkon zdravotní služby, ke kterému by byl nutný souhlas. Antigenní testy považuje odpůrce nejen za přiměřeně spolehlivé, ale také za vhodné pro využití u asymptomatických jedinců. Podle odpůrce odůvodnění napadeného opatření splňuje požadavky dané § 3 odst. 2 pandemického zákona, které nelze vykládat příliš přísně. V opačném případě by bylo prakticky nemožné jakékoli opatření vydat; s ohledem na dynamičnost vývoje pandemie je třeba postupovat rychle a i bez úplné znalosti všech detailů (ohledně stavu rozšíření viru v populaci, patogenity jeho jednotlivých druhů, mechanismů přenosu atd.) činit kroky vedoucí ke zpomalení šíření viru SARS-CoV-2 v populaci a záchraně životů osob v České republice. 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, jak je zřejmé i z jeho odůvodnění.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[8] 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 navrhovatelek. O jejím splnění neměl soud pochyb, přesto pro pořádek připomene, že navrhovatelky jsou dětmi účastnicemi se vzdělávání v mateřské, resp. základní škole. Napadené opatření obecné povahy na ně tedy přímo dopadalo, resp. dopadá a právě v důsledku toho obě navrhovatelky tvrdí zkrácení svých práv – především práva na vzdělání.

[9] Na podkladě této aktivní procesní legitimace navrhovatelek a v mezích jimi 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.“*

[10] 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).

[11] 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).

[12] 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 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“.

[13] V principu podobné nastavení – založené na jisté precedenční závaznosti tzv. nosných důvodů rozhodnutí (*ratio decidendi*) – lze uplatnit také u odmítnutí návrhu pro

pokračování

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 nezaadají 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.

[14] Na základě uvedených východisek přistoupil Nejvyšší správní soud k posouzení nyní podaného návrhu, který je ke dni vydání tohoto rozhodnutí jedním z celkem 21 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.

[15] 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.

[16] Návrh je zjevně neopodstatněný.

[17] Podstatu návrhu, resp. jeho důvody, jimiž je soud vázán (§ 101d odst. 1 s. ř. s.), je možné rozdělit do tří základních okruhů: a) překročení zákonného rámce k vydání mimořádného opatření, vč. jeho nedostatečného odůvodnění a stanovení výjimek z testování, b) rozpor mimořádného opatření s ústavním pořádkem a zákonem (nedotknutelnost osoby, diskriminace), c) právo na vzdělání a otázka přiměřenosti omezení tohoto základního práva navrhovatelek; 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:

[18] [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.

[19] V daném případě vláda předběžný souhlas vydala a odpůrce mimořádné opatření odůvodnil v intencích požadovaných v § 3 odst. 2 pandemického zákona, přičemž se soustředil především na otázku přiměřenosti zásahu do práv a oprávněných zájmů dětí/žáků/studentů; nerezignoval však ani na ostatní náležitosti odůvodnění. Navrhovatelky odůvodnění napadeného opatření zpochybňují s tím, že není přesvědčivé a podložené relevantními daty a studiemi, jež by daly odpověď na řadu otázek, které kladou a které zpochybňují 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.

[20] Dlužno dodat, že navrhovatelky adresně rozporují zejména testování ve školách, avšak brojí i proti stanoveným výjimkám z testování s tím, že čl. II. mimořádného opatření nepočítá s možností výjimky pro osobu, která COVID-19 prodělala a v důsledku toho je vybavena protilátkami. K tomu je třeba poznamenat, že žádná z navrhovatelek netvrdí ani nedokládá, že by prodělala laboratorně potvrzené onemocnění COVID-19, uplynula u ní potřebná doba izolace a od prvního pozitivního testu (ne)uplynulo více než 90 dní – viz čl. II. písm. a) napadeného opatření. Soud nemá důvod zpochybňovat tvrzení, že navrhovatelky onemocnění COVID-19 prodělaly, nicméně nemají-li to laboratorně potvrzeno, vč. toho, jaká doba uplynula od prvního pozitivního testu, těžko lze uvažovat o aplikaci dané výjimky ve smyslu uvedeného čl. II.; tento článek – pod písm. a) až c) – upravuje celkem tři výjimky z povinnosti podstoupit preventivní antigenní test ve škole a daný případ neodpovídá žádné z nich. Navrhovatelky se svým návrhem v podstatě dožadují toho, aby byla v mimořádném opatření stanovena další výjimka vztahující se na osoby s dostatečným množstvím protilátek, jež je staví na roveň osobám očkovaným [na něž dopadá výjimka pod písm. c)].

[21] Nejvyšší správní soud nemá pravomoc doplňovat jakékoli ustanovení (další výjimku) do napadeného opatření. Tímto postupem by nepřípustně zasáhl do pravomoci odpůrce. Úlohou soudu v řízení o zrušení opatření obecné povahy je bránit jednotlivce (a tím zprostředkovaně i ostatní dotčené osoby) před excesy v oblasti veřejné správy, která je napadeným opatřením regulována, a nedodržením zákonných mantinelů, nikoliv však opatření dotvářet či hledat optimální řešení. K tomu je v první řadě povolán odpůrce, jehož činnost správní soud nemůže nahrazovat. Jak již bylo uvedeno, předmětem přezkumu je akt smíšené povahy, který v mnohém připomíná právní předpis a v tomto směru je možné roli zdejšího soudu připodobnit roli Ústavního soudu jako tzv. negativního zákonodárce; ustanovení zákonů, která jsou v rozporu s ústavním zákonem, může zrušit, nemůže je však nahradit svým vlastním rozhodnutím. Obdobně též Nejvyšší správní soud může napadené opatření obecné povahy nebo jeho část zrušit, nemůže ho ovšem nijak doplnit či dotvořit vlastním rozhodnutím, jak fakticky požadují navrhovatelky, neboť by si tím osoboval více oprávnění, než mu ze zákona přísluší.

pokračování

[22] Pokud jde o navrhovatelkami 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 jakousi zbytkovou kategorii mimořádných opatření při epidemii. 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 zbytkového 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 pravomoci odpůrce k vydání napadeného mimořádného opatření.

[26] [Ad b)] Nejvyšší správní soud konstatuje, že napadeným opatřením zavedené antigenní testování ve školách není zdravotní službou, resp. zákrokem ve smyslu Úmluvy o lidských právech a biomedicíně, 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 zdravotní služba (zákrok), 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 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. Vychází přitom z toho, že odpůrce považuje test za přiměřeně spolehlivý a dostatečný pro to, aby bylo v případě pozitivního výsledku dáno alespoň zvýšené podezření na přítomnost viru SARS-CoV-2.

[28] V takovém případě je oddělení od ostatních osob a bezodkladné opuštění školy adekvátním opatřením a nejedná se o postup, který by byl v rozporu s ochranou citlivých zdravotních údajů dítěte. Vše se děje z důvodu veřejného zájmu v oblasti veřejného zdraví; základem pro 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“ – na takovou mimořádnou situaci pamatuje [viz čl. 9 odst. 2 písm. i)].

[29] Oddělení pozitivně testovaných osob je přirozeným důsledkem 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. Dalším důsledkem pozitivního výsledku preventivního testování je to, že se žák anebo student nemůže účastnit prezenčního vzdělávání; totéž platí i pro případ, že dítě/žák/student testování podstoupit odmítne, což podle navrhovatelek ve výsledku vede k hrubé diskriminaci netestovaných žáků.

[30] Nejvyšší správní soud připouští, že zdravotní stav je obecně řazen mezi zakázané diskriminační důvody (obdobně jako rasa, národnost, pohlaví, věk či náboženské vyznání), avšak v tomto případě se o popření rovného přístupu ke vzdělání a o diskriminaci nejedná. Odlišnost v zacházení je diskriminační a v rozporu s ústavním pořádkem, pokud jí schází objektivní a rozumné ospravedlnění. Jednoduše řečeno, ve stejné nebo srovnatelné situaci by nemělo docházet k rozdílnému zacházení. Navrhovatelky a další děti, žáci či studenti, jež odmítnou podstoupit testování ve školách, ovšem ve srovnatelné situaci jako ostatní nejsou. V důsledku odmítnutí podstoupit vyšetření prostřednictvím preventivního antigenního testu se dostávají do významně jiné situace, než žáci a studenti, kteří testování podstoupí s negativním výsledkem na přítomnost koronaviru. Právě v tom je postavení navrhovatelek (příp. dalších osob v obdobném postavení) zvláštní a odpovídá mu i zvláštní zacházení. Důležité je, že toto zacházení – tedy neumožnění osobní přítomnosti na prezenční výuce ve výsledku nepopírá právo na vzdělání, byť jeho výkon částečně omezuje; toto omezení ovšem není diskriminační ani svévolné, ale odpovídající tomu, že i

pokračování

ve složité epidemické situaci je snaha umožnit prezenční vzdělávání, avšak při současné minimalizaci rizika dalšího šíření nákazy.

[31] Netřeba zastírat, že prezenční výuka je velmi důležitá – a to nejen z hlediska samotného obsahu a kvality výuky, ale vůbec sociálního kontaktu s učiteli a ostatními žáky a studenty. Distanční výuka není a nemůže být trvalou alternativou, což je ostatně důvodem, proč odpůrce přistoupil k uvolnění provozu škol a postupně umožnil osobní přítomnost žáků a studentů ve škole při prezenční výuce – byť za podmínky povinného preventivního testování. Stanovení této povinnosti v napadeném mimořádném opatření Nejvyšší správní soud neshledává rozporným se zákonem ani ústavním pořádkem – především ústavně zaručeným právem 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 nejrozumnějších 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 nálezelem 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 (racionální), 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 (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 žáků nebo studentů s jiným 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 jevílo nerozumným.

[37] Navrhovatelky nevznesly argumenty ani dostatečné 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. 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 vůbec využitelné nebyly.

[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. 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 a jenž se –

pokračování

skrze Národní referenční laboratoř pro chřipku a nechřipková respirační virová onemocnění – rovněž podílel na zpracování informace Společnosti pro lékařskou mikrobiologii ČLS JEP, na kterou navrhovatelky odkazují (dle ní má antigenní test nižší senzitivitu v porovnání s metodou PCR, avšak při nedostupnosti PCR ho je možné využít i pro diagnostické a epidemiologické testování).

[39] Omezených možností zvolené metody testování si byl vědom i samotný odpůrce, ale přijal ji jako doplňkové opatření, jež Nejvyšší správní soud respektuje. V době dynamicky se vyvíjející pandemie 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.

[40] 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 v EU (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.“*

[41] Již jen pro úplnost Nejvyšší správní soud připomíná, že každá epidemie je komplexní problém, jehož řešení nejsou snadná ani jednoznačná. Nejinak je tomu i v tomto případě, kdy je třeba zvažovat nejlepší zájem dětí; tím je v daném kontextu zájem na osobní, prezenční formě vzdělávání – a to nejen navrhovatelek, 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

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

[43] O nákladech řízení rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s § 60 odst. 1 větou první s. ř. s. (srov. výše zmíněné usnesení rozšířeného senátu č. j. 8 As 287/2020 - 33, část. III. 4.). Navrhovatelky v řízení úspěch neměly, proto nemají právo na náhradu nákladů řízení. Procesně úspěšnému odpůrci v řízení žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly, proto mu jejich náhradu Nejvyšší správní soud nepřiznal (výrok II.).

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

V Brně dne 24. června 2021

JUDr. Viktor Kučera
předseda senátu