

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 navrhovatelů: **a) nezl. M. Š., b) nezl. M. Š.**, zast. zák. zástupci Mgr. M. Š. a M. Š., **c) Mgr. M. Š.**, a **d) M. Š.**, všichni zast. Mgr. Janou Zwyrtek Hamplovou, advokátkou se sídlem Olomoucká 261/36, Mohlenice, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha, **za účasti:** nezl. J. H., zast. zák. zástupci J. H. a D. H., zast. JUDr. Tomášem Nielsenem, advokátem se sídlem Kozí 916/5, Praha, 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, ze dne 19. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-5/MIN/KAN, a ze dne 22. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-6/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Řízení o návrhu navrhovatelů b), c) a d) **se zastavuje**.
- II. Návrh navrhovatele a) **se odmítá** jako zjevně neopodstatněný.
- III. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o návrhu navrhovatelů b), c) a d).
- IV. Odpůrci **se nepřiznávají** náhrada nákladů řízení o návrhu navrhovatele a).
- V. Osoba zúčastněná 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 29. 4. 2021 se navrhovatelé domáhali 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, ze dne 19. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-5/MIN/KAN, a ze dne 22. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-6/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 osoby zúčastněné na řízení

[3] Navrhovatel a) je žákem 1. stupně základní školy v M.; navrhovatelka b) je dítětem, které se účastnilo předškolního vzdělávání v mateřské škole v téže obci. Oba tito navrhovatelé, stejně jako jejich rodiče – navrhovatelé c) a d) společně brojili proti mimořádnému opatření jako celku a navrhli jeho zrušení jako opatření nezákonného a protiústavního.

[4] Ve své argumentaci navrhovatelé poukázali především na své právo na ochranu zdraví a právo na vzdělání bez podmínek. Připomněli rovněž zákaz diskriminace dětí v přístupu ke vzdělání a závažný zásah do práv dětí i jejich rodičů, včetně kumulativního porušení řady právních norem – především zákona č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých zákonů (dále jen „pandemický zákon“). Podle názoru navrhovatelů nemá nařízení plošného testování nezletilých dětí ve školách oporu v pandemickém zákoně; tento 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 zákona o ochraně veřejného zdraví [§ 69 odst. 1 písm. i)]. Dle tohoto zákona (§ 7 odst. 3) škola nesmí jakkoli oddělit dítě, které nevykazuje známky akutního onemocnění, tj. takové dítě, které je evidentně zdravé, a jen nepodstoupilo test.

[5] Navrhovatelé dále poukázali na rozpor napadeného opatření se zákonem č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách), ve znění pozdějších předpisů; podle nich je testování nepřípustným zásahem do integrity člověka, k němuž je oprávněna pouze odborně způsobilá osoba, nikoli pedagog či nezletilé dítě. Dle navrhovatelů není možné nařídít tzv. samotestování nezletilým dětem, a to navíc v situaci, kdy zůstává zcela opominuta ochrana osobních údajů. Napadené opatření považují navrhovatelé za absolutně nedomyšlené opatření, které je neproporcionální, nedbá zdraví dětí, vč. jejich psychického vývoje, a nebere ohled ani na jejich rodiče jako zákonné zástupce. Toto opatření podle jejich přesvědčení v mnoha

pokračování

ohledech popírá právní úpravu, jakož i mezinárodní závazky České republiky dané např. Úmluvou o lidských právech a biomedicině (č. 96/2001 Sb.m.s.) či Úmluvou o právech dítěte (č. 104/1991 Sb.), dle níž je nutno vždy reflektovat nejlepší zájem dítěte. A nedbá ani názorů odborné veřejnosti, které významně zpochybňují napadené opatření – viz stanovisko MUDr. H. Z. a dalších. V tomto ohledu odkázali navrhovatelé i na rozhodnutí Okresního soudu ve Výmaru ze dne 8. 4. 2021, Az.: 9 F 148/21, podle kterého je povinnost nosit roušky a rychlé preventivní testování žáků ve svém souhrnu nebezpečím pro duševní, fyzické nebo emoční blaho dítěte; současně soud zpochybnil plošné testování nepříznakových dětí jako neproporcionální vzhledem k jeho nízké efektivitě.

[6] V doplnění návrhu ze dne 13. 5. 2021 vzali svůj návrh zpět navrhovatelka b) a navrhovatel d); zbývající navrhovatelé zopakovali, že odpůrce hrubě překročil své pravomoci s tím, že k vydání mimořádného opatření přikročil za situace faktické neexistence stavu epidemie a zneužití pandemického zákona. Zopakovali mj. i argumentaci týkající se (ne)proporcionality napadeného opatření, porušení Úmluvy o právech dítěte či zákazu diskriminace dětí v přístupu ke vzdělání. V dalším doplnění návrhu ze dne 20. 5. 2021 vzala svůj návrh zpět také navrhovatelka c) s tím, že zaplacený soudní poplatek požaduje převést na navrhovatele a). V posledním doplnění návrhu ze dne 1. 6. 2021 navrhovatel a) uvedl, že děti jsou testovány testy, které prošly minimální kontrolou, jak je zřejmé z připojeného vyjádření předsedy vlády ze dne 28. 5. 2021; současně znovu zpochybnil efektivitu testování s ohledem na kvalitu testů a nízký podíl pozitivních výsledků a v závěru vyjádřil domněnku, dle které testování nemusí být motivováno prevencí, nýbrž např. uzavřenými obchodními kontrakty.

[7] Odpůrce ve vyjádření ze dne 17. 5. 2021 poukázal na nedostatek aktivní procesní legitimace rodičů – tedy navrhovatelů c) a d). K návrhu samotnému uvedl, že je nedůvodný, a navrhl, aby ho Nejvyšší správní soud odmítl. Dle jeho názoru se jedná o proporcionální mimořádné opatření vydané na základě zákona; poukázal přitom na skutečnost, že jiný návrh na zrušení daného opatření Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 6. 5. 2021, č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, zamítl. Na odůvodnění tohoto rozsudku pak odpůrce v mnoha ohledech odkázal.

[8] Do řízení se přihlásila osoba zúčastněná na řízení s tím, že jako žákyně 1. stupně základní školy v B. hodlá uplatňovat svá práva, neboť i její prezenční výuka je podmíněna provedením preventivního antigenního testu. Podobně jako navrhovatelé napadla především překročení zákonného zmocnění odpůrce, reálný přínos testování ve školách a jeho neproporcionální zásah do práva na vzdělání; vyjádřila proto přesvědčení, že jsou zde dány důvody pro zrušení mimořádného opatření odpůrce.

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., soudní řád správní, 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 navrhovatele a). O jejím splnění ve vztahu k obecně stanovené povinnosti podstoupit preventivní testování neměl soud pochyb, přesto pro

pořádek připomene, že navrhovatel je žákem 1. stupně základní školy. Napadené opatření obecné povahy na něho tedy přímo dopadá, resp. dopadalo a právě v důsledku toho navrhovatel tvrdil zkrácení svých práv – především práva na vzdělání.

[10] Dlužno dodat, že v mezidobí již napadené mimořádné opatření pozbylo platnosti (srov. mimořádné opatření odpůrce ze dne 17. 6. 2021, č. j. MZDR 20029/2021-3/MIN/KAN, kterým byla s účinností od 1. 7. 2021 zrušena mimořádná opatření odpůrce stanovující povinné plošné/screeningové testování). Tato skutečnost nebránila dalšímu postupu v řízení, neboť předmět řízení se nemění a je jím i nadále zákonnost napadeného opatření; Nejvyšší správní soud tím v souladu s § 13 odst. 4 pandemického zákona získal pouze novou (jinou) výrokovou možnost – a sice možnost deklaratorně rozhodnout, že napadené mimořádné opatření bylo v rozporu se zákonem.

[11] V případě navrhovatelů b), c) a d) Nejvyšší správní soud konstatuje, že tito navrhovatelé vzali postupně v průběhu řízení svůj návrh zpět. Podle § 37 odst. 4 s. ř. s. navrhovatel může vzít svůj návrh zcela nebo zčásti zpět, dokud o něm soud nerozhodl. Podle § 47 písm. a) s. ř. s. soud řízení usnesením zastaví, vzal-li navrhovatel svůj návrh zpět.

[12] Vzhledem k tomu, že projev vůle všech tří navrhovatelů, kterým se rozhodli vzít návrh na zrušení mimořádného opatření odpůrce zpět, nevzbuzuje žádné pochybnosti, Nejvyšší správní soud v souladu s § 47 písm. a) s. ř. s. řízení o návrhu navrhovatelů b), c) a d) zastavil.

[13] Následně na podkladě aktivní procesní legitimace navrhovatele a) a v mezích jím tvrzeného zásahu do práv se 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.“*

[14] 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 vydaných ve stavu pandemické pohotovosti byly projednány ve zrychleném režimu. 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 situace 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

pokračování

projednání návrhu a současně jistou ochranu Nejvyššího správního soudu před zahlcením (viz dále).

[15] 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, č. 4170/2021 Sb. NSS, podle něhož představuje odmítnutí kasační stížnosti pro nepřijatelnost „jemný filtr“, který zajišťuje obě role Nejvyššího správního soudu, „*tj. poslání sjednocovatele judikatury, zaručujícího právní jistotu a efektivitu práva, a poslání 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*“.

[16] 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 nezdají 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.

[17] Na základě uvedených východisek přistoupil Nejvyšší správní soud k posouzení nyní podaného návrhu, který je ke dni vydání tohoto rozhodnutí jedním z celkem 22 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 žáků a 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, jak poukázal již odpůrce ve svém vyjádření.

[18] 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.

[19] Současně Nejvyšší správní soud připomíná, že proti rozsudku ze dne 6. 5. 2021, č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, byla podána ústavní stížnost, kterou Ústavní soud usnesením ze dne 27. 7. 2021, sp. zn. IV. ÚS 1474/21, odmítl, a dlužno dodat, že odmítl také další ústavní stížnosti směřující proti rozhodnutím, jimiž soud navázal na svůj zamítavý rozsudek č. j. 5 Ao 1/2021 - 65; srov. usnesení Ústavního soudu ze dne 22. 6. 2021, sp. zn. III. ÚS 1430/21, a ze dne 27. 7. 2021, sp. zn. III. ÚS 1498/21. Za dané situace Nejvyšší správní soud nevidí žádný důvod, pro který by bylo rozumné a respektující ekonomii soudního procesu, aby nyní podaný návrh projednal běžnou procedurou, a dospěl proto k následujícímu závěru.

[20] Návrh navrhovatele a) je zjevně neopodstatněný.

[21] 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 zmocnění odpůrce k vydání mimořádného opatření, b) rozpor mimořádného opatření s ústavním pořádkem (mezinárodními závazky) a zákonem (zejm. zákonem o zdravotních službách, ochranou osobních údajů či zákazem diskriminace) a c) právo na vzdělání a otázka přípustnosti omezení tohoto základního práva navrhovatele; uvedené v zásadě kopíruje 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:

[22] [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.

[23] Tento stav byl vyhlášen dnem nabytí účinnosti pandemického zákona, tj. 27. 2. 2021, a to se zjevným cílem upravit zákonné mantinely pro vydávání opatření, která by měla za účelem zamezení dalšího šíření onemocnění COVID-19 omezovat některé činnosti či poskytování služeb. Soud nemá pochyb o potřebě přijímat adekvátní opatření snižující riziko šíření epidemie nemoci COVID-19, jejíž zpochybnění ze strany navrhovatele a) není na místě. Pro posouzení samotné existence epidemie, jakož i toho, že není nijak bagatelní, považuje soud za dostatečný poukaz na obecně dostupná data a také na nedávné extrémní zatížení zdravotnických zařízení péčí o pacienty s nemocí COVID-19, což mělo významný dopad i na poskytování jiné zdravotní péče. Zmíněné zatížení zdravotního systému má Nejvyšší správní soud za obecně známou skutečnost, jak konstatoval již v rozsudku ze dne 14. 3. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133, s tím, že si nelze myslet, „že bez jakýchkoliv opatření by bylo možné epidemii zvládnout bez významného počtu zbytečně zemřelých a dalších významně poškozených na zdraví. K tomu je třeba připomenout, že právo na život je nejzákladnější lidské právo, s nímž úzce souvisí i právo na ochranu zdraví (čl. 6 a čl. 31 Listiny)“.

pokračování

[24] Nejvyšší správní soud v tomto směru nesdílí výhrady navrhovatele a), nicméně souhlasí s tím, že je třeba, aby opatření proti dalšímu šíření epidemie byla přijímána uvážlivě a promyšleně. Právě k tomu má mj. napomoci proces vydávání mimořádných opatření upravený v pandemickém zákoně, podle něhož je potřeba 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.

[25] 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 žáků a studentů; nerezignoval však ani na ostatní náležitosti odůvodnění. Odůvodnění napadeného opatření navrhovatel a) nijak konkrétně nezpochybňuje a soud v tomto směru pouze pro pořádek odkazuje na následující část svého odůvodnění [ad c)], v níž mj. i s odkazem na odůvodnění napadeného opatření konstatuje, že je jím rozumným způsobem sledován legitimní cíl – ochrana veřejného zdraví.

[26] Pokud navrhovatel a) zmiňuje § 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*“.

[27] 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 vydáním napadeného opatření nejde nad rámec zákona a nepřekročil meze své zákonem vymezené pravomoci a působnosti.

[28] 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 základních práv a svobod). 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).

[29] 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.

[30] [Ad b)] Nejvyšší správní soud konstatuje, že napadeným opatřením zavedené antigenní testování ve školách není zdravotní službou, neboť je založeno na tom, že se 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 nebo zásah, k němuž by bylo nutné poskytnutí svobodného a informovaného souhlasu, jež plyne z podstaty integrity každého člověka, resp. nedotknutelnosti jeho osoby (čl. 7 Listiny základních práv a svobod, čl. 5 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně).

[31] Nejvyšší správní soud v tomto ohledu neshledal rozpor napadeného opatření s ústavním pořádkem (nedotknutelností osoby) ani s právní úpravou na zákonné úrovni (zákonem o zdravotních službách) 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.

[32] 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 zdravotních údajů dítěte, jak naznačuje návrhovátelem a). 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)].

[33] Současně je nutno připomenout povinnost pedagogických pracovníků zajišťovat bezpečnost a ochranu zdraví dětí, žáků a studentů při vzdělávání; navíc § 7 odst. 3 zákona o ochraně veřejného zdraví zná přímo institut oddělení dítěte nebo mladistvého – byť pro

pokračování

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. Dalším důsledkem pozitivního výsledku preventivního testování je to, že se žák anebo student nemůže účastnit prezenčního vzdělávání; totéž platí i pro případ, že žák/student testování podstoupit odmítne, což podle navrhovatele a) ve výsledku vede k nepřipustné diskriminaci netestovaných žáků.

[34] 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. Navrhovatel a) a další 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 navrhovatele (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 ve složité epidemické situaci je snaha umožnit prezenční vzdělávání, avšak při současné minimalizaci rizika dalšího šíření nákazy.

[35] 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.

[36] [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.*“

[37] 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 nálesem 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 nejmodřejší.

[38] 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.).

[39] 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].

[40] 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

pokračování

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.

[41] Navrhovatel a) nevznesl 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. 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.

[42] 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 navrhovatelem a) zmíněnému vyjádření 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.

[43] 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 navrhovatelem a) 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 na 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.

[44] Nejvyšší správní soud je přesvědčen, že v době nepředvídatelně se vyvíjející epidemie bylo a 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.

[45] O potřebnosti a rozumnosti použití antigenních testů ve školách svědčí mj. i 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.*“

[46] 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 navrhovatele a), 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). A pokud navrhovatel a) zpochybňuje kvalitu konkrétních testů a dovozuje, že motivací k antigennímu testování mohou být uzavřené obchodní kontrakty, konstatuje soud, že jde o spekulativní úvahy a domněnky, k nimž nemá význam – v návaznosti na obsah napadeného mimořádného opatření – cokoli uvádět.

IV. Závěr a náklady řízení

[47] Navrhovatelé b), c) a d) vzali návrh na zrušení mimořádného opatření odpůrce zpět, a proto Nejvyšší správní soud v souladu s § 47 písm. a) s. ř. s. řízení o jejich návrhu zastavil – výrok I.

pokračování

[48] Návrh navrhovatele a) shledal Nejvyšší správní soud zjevně neopodstatněným, a proto ho odmítl dle § 13 odst. 3 věty první pandemického zákona – výrok II.

[49] Výrok III. o nákladech řízení o návrhu navrhovatelů b), c) a d) vychází z § 60 odst. 3 s. ř. s., podle něhož nemá žádný z účastníků řízení právo na náhradu nákladů řízení, bylo-li řízení zastaveno nebo návrh odmítnut. Výrok IV. o nákladech řízení o návrhu navrhovatele a) vychází z úspěchu ve věci v souladu s § 60 odst. 1 větou první s. ř. s. (k tomu srov. výše zmíněné usnesení rozšířeného senátu č. j. 8 As 287/2020 - 33, část. III. 4.). Navrhovatel a) v řízení úspěch neměl, proto nemá 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. O nákladech řízení ve vztahu k osobě zúčastněné na řízení rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s § 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 Nejvyšší správní soud v dané věci osobě zúčastněné na řízení žádnou povinnost neuložil, rozhodl tak, že nemá právo na náhradu nákladů řízení – výrok V.

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

V Brně dne 12. srpna 2021

JUDr. Viktor Kučera
předseda senátu