

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 navrhovatele: **nezl. J. B.**, zast. zák. zástupci Š. V. a M. B., zast. Mgr. Davidem Zahumenským, advokátem se sídlem třída Kpt. Jaroše 1922/3, Brno, 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 pozdějších mimořádných opatření odpůrce,

t a k t o :

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

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Návrhem ze dne 3. 6. 2021 se navrhovatel domáhal 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, které vydal 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 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 žákovi nebo studentovi, kterému není jiným mimořádným opatřením zakázána osobní přítomnost na vzdělávání a který je žákem základní školy, základní školy speciální, nižšího stupně šestiletého nebo osmiletého gymnázia, prvních čtyř ročníků osmiletého vzdělávacího programu konzervatoře, 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 zkoušek na vyšší odborné škole, závěrečných zkoušek, maturitních zkoušek nebo absolutorií, umožní daná škola osobní přítomnost pouze tehdy, pokud žák či student nemá příznaky onemocnění COVID-19, podstoupí (ve stanovené frekvenci) 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, vč. jeho doplnění, a vyjádření odpůrce

[3] Navrhovatel je žákem 2. stupně základní školy v Brně; tato škola mu s odkazem na shora uvedené mimořádné opatření odpůrce neumožnila osobní účast na vzdělávání, aniž by podstoupil preventivní antigenní test, což navrhovatel rozporuje s tím, že zdravotní stav je intimní věcí každého jednotlivce a *„nelze tedy podmiňovat účast na něčem tak přirozeném, jako je povinná školní docházka, dokazováním určitého zdravotního stavu“*. Je přesvědčen o nezákonnosti tohoto mimořádného opatření, kterým je nepřiměřeně zasahováno zejména do základního práva na vzdělání, a proto navrhl, aby Nejvyšší správní soud dané opatření zrušil.

[4] Úvodem navrhovatel poznamenal, že si je vědom, že otázce testování žáků základních škol se již Nejvyšší správní soud ve své rozhodovací činnosti věnoval – viz zamítavý rozsudek ze dne 6. 5. 2021, č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, a navazující usnesení ze dne 18. 5. 2021, č. j. 5 Ao 2/2021 - 52, o odmítnutí návrhu pro zjevnou neopodstatněnost. Podle navrhovatele by však jeho návrh neměl být odmítnut jako zjevně neopodstatněný, neboť jeho situace je v podstatném rozsahu odlišná – a to proto, že testování na rozdíl od jiných žáků nepodstoupil, a uvádí i jiné argumenty, než navrhovatelé v uvedených věcech. V této souvislosti poukázal na § 3 zákona č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých zákonů (dále jen „pandemický zákon“), s tím, že odpůrce své opatření nedostatečně odůvodnil a průběžně epidemickou situaci nijak nevyhodnocoval; vydaná opatření periodicky (jednou za 2 týdny) nepřezkoumával. Nereagoval ani na to, že po 2 měsících testování ve školách se ukázalo, že výskyt pozitivních případů je na úrovni promile. Navrhovatel zpochybnil nejen vhodnost užití antigenních testů či PCR testů, ale i to, že se jedná o jejich plošné užití, ačkoli ohniskem nákazy není celá Česká republika. Připomněl závěry rozsudků Nejvyššího správního soudu pod sp. zn. 9 Ao 3/2021 a sp. zn. 10 Ao 2/2021 a poznamenal, že pokud není konkrétní škola (město či okres) ohniskem nákazy, nelze preventivně a plošně zasahovat do základních práv na neurčitě dlouhou dobu dle § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví. Takový přístup považuje za mimořádně nebezpečný s tím, že nemůže

pokračování

být kladen absolutní důraz pouze na opatrnost (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 5. 2021, sp. zn. 7 Ao 6/2021). Podle navrhovatele odpůrce překročil meze zákonem vymezené působnosti; možnost testování zaměstnanců je explicitně upravena pandemickým zákonem [§ 2 odst. 2 písm. m)], testování žáků ve školách však nikoli. A tuto možnost nelze dovodit na základě zbytkového ustanovení § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví.

[5] Dále navrhovatel poukázal na rozpor se zákonem č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách), ve znění pozdějších předpisů; podle navrhovatele je provádění diagnostického testu zdravotní službou, kterou lze poskytovat pouze prostřednictvím zdravotnických pracovníků a je k ní nutný též informovaný souhlas. Zdůraznil rovněž rozpor s ochranou citlivých údajů dítěte, a to v souvislosti se separací pozitivně testovaných dětí, kdy je „*zaděláno na šikanu a ostrakizaci a diskriminaci nevinného dítěte*“. Plnění povinné školní docházky nesmí bránit žádná diskriminační kritéria, neboť platí zásada rovného přístupu ke vzdělání, na níž je založen zákon č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon), ve znění pozdějších předpisů.

[6] Podle školského zákona má každý žák právo na vzdělávání a školské služby podle tohoto zákona a nelze mezi nimi rozlišovat kvůli neprovedenému preventivnímu testu; podle navrhovatele se jedná o nepřímou diskriminaci z důvodu zdravotního stavu a zásah do základního práva na vzdělání ve smyslu čl. 33 Listiny základních práv a svobod (č. 2/1993 Sb.). Dle navrhovatele se jedná o zásah nedostatečně odůvodněný a ve svém důsledku nepřiměřený, přičemž bagatelizoval nebezpečnost koronaviru a dále mj. poukázal na odborné stanovisko MUDr. H. Z. či informaci Společnosti pro lékařskou mikrobiologii ČLS JEP, podle níž by antigenní testování nemělo být používáno u bezpříznakových jedinců.

[7] V podání ze dne 11. 6. 2021 navrhovatel doplnil svoji argumentaci odkazem na vyjádření ředitele Ústavu zdravotnických informací a statistiky týkající se některých rizikových okresů, resp. krajů a vysokého procenta očkovaných seniorů; na základě toho navrhovatel dovozuje, že plošná celostátní opatření typu povinného testování jsou zcela nedůvodná.

[8] Odpůrce ve vyjádření ze dne 28. 6. 2021 poukázal 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 a uvedl, že není důvod, aby jeho závěry nebyly aplikovány i v této věci; skutečnost, že se navrhovatel (na rozdíl od jiných žáků) odmítl testovat a tedy nemohl docházet do školy, nemůže mít jakýkoli vliv na zákonnost napadeného opatření. Navrhl proto, aby Nejvyšší správní soud návrh odmítl, popř. zamítl.

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 a splněny jsou i další procesní podmínky řízení, vč. aktivní procesní legitimace navrhovatele. O splnění této podmínky ve vztahu k obecně stanovené povinnosti podstoupit preventivní testování neměl soud pochyb, přesto pro pořádek zopakuje, že navrhovatel je žákem 2. stupně základní školy. Napadené opatření obecné povahy na něho tedy v souvislosti s jiným mimořádným opatřením (ze dne 4. 5. 2021, č. j. MZDR 14600/2021-8/MIN/KAN) 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 opatření 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 jinou výrokovou možnost – a sice možnost deklaratorně rozhodnout, že napadené mimořádné opatření bylo v rozporu se zákonem.

[11] Na podkladě aktivní procesní legitimace navrhovatel a v mezích jím 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.“*

[12] 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. 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 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 odmítnutím návrhu a jeho odmítnutím pro zjevnou neopodstatněnost, o kterém se někdy hovoří jako o kvazimeritorním přezkumu, je podstatné. V případě kvazimeritorního

pokračování

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, 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“.

[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 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, na což ostatně poukázal nejen odpůrce, ale i sám navrhovatel.

[16] Navrhovatel vedle zamítavého rozsudku č. j. 5 Ao 1/2021 - 65 poukázal i na odmítavé usnesení Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Ao 2/2021 - 52 s tím, že v jeho případě prostor pro zjevnou neopodstatněnost návrhu není dán. Nejvyšší správní soud je opačného názoru a ve shodě s odpůrcem konstatuje, že skutečnost, zda nakonec dotčený žák testování podstoupí či nikoli není z hlediska posouzení zákonnosti napadeného opatření obecné povahy nijak relevantní. Uplatněnou argumentaci v tomto ohledu vnímá soud spíše jako snahu navrhovatele uměle odlišit svůj případ od případů ostatních žáků – a to s cílem domoci se meritorního přezkumu. K tomu ovšem podle přesvědčení Nejvyššího správního soudu není žádný důvod. Základní argumentace navrhovatele se nijak podstatně neliší od argumentace, která byla vyvrácena ve shora uvedeném zamítavém rozsudku a na

něho navazujícím usnesení; tímto usnesením – v kvazimeritorním přezkumu – soud navíc rozhodoval o věci navrhovatele zastoupeného stejným advokátem, jehož základní argumentační linie je stále stejná (viz dále).

[17] Nejvyšší správní soud proto neshledal důvodu odchýlit se závěrů přijatých v rozsudku č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, nota bene v situaci, kdy tyto závěry v mnohém vycházejí a navazují na předchozí judikaturu – a sice na zamítavé rozsudky Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 Ao 1/2021 a sp. zn. 6 Ao 2/2021 ve věci antigenního testování zaměstnanců.

[18] 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 usnesením, 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.

[19] Návrh je zjevně neopodstatněný.

[20] 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 vč. jeho nedostatečného odůvodnění (a plošného užití bez průběžného vyhodnocování situace), b) rozpor mimořádného opatření se zákonem (konkrétně zákonem o zdravotních službách, školským zákonem a ochranou osobních údajů), c) právo na vzdělání a otázka přípustnosti omezení tohoto základního práva navrhovatele; 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:

[21] [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.

[22] 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,

pokračování

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.

[23] Odůvodnění napadeného opatření navrhovatel zpochybňuje zejména proto, že zde podle jeho 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 soud mj. i s odkazem na odůvodnění napadeného opatření konstatuje, že je jím rozumným způsobem sledován legitimní cíl – ochrana veřejného zdraví. Soud nemá pochyb o potřebě přijímat adekvátní opatření snižující riziko šíření nemoci COVID-19, zdůrazňuje přitom, že je potřeba, aby opatření byla přijímána uvážlivě a promyšleně (racionálně). Právě k tomu má mj. napomoci proces vydávání mimořádných opatření upravený v pandemickém zákoně. Nejvyšší správní soud ovšem – i přes zmíněnou souvztažnost pandemického zákona a zákona o ochraně veřejného zdraví – zdůrazňuje, že napadené mimořádné opatření podle pandemického zákona [§ 2 odst. 2 písm. m)] vydáno nebylo; základem zákonného zmocnění odpůrce je zde zákon o ochraně veřejného zdraví. Nesdílí proto výhrady navrhovatele pokud jde o nedostatek pravomoci odpůrce k vydání napadeného mimořádného opatření. 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*“.

[24] 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. 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 nařídit mimořádné očkování jednotlivce, může nařídit 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.

[25] Nelze tedy konstatovat nedostatek pravomoci odpůrce k vydání napadeného mimořádného opatření, jehož odůvodnění lze akceptovat. A namítá-li navrhovatel, že odpůrce po vydání napadeného opatření toto opatření nijak pravidelně nepřezkoumával, nutno uvést, že tato povinnost plyne z § 3 odst. 7 pandemického zákona, avšak „*při vydávání mimořádných opatření podle § 69 odst. 1 písm. b) nebo i) zákona o ochraně veřejného zdraví, jejichž účelem je likvidace epidemie COVID-19 nebo nebezpečí jejího opětovného vzniku a které mají celostátní působnost, se použije § 3 odst. 1 až 5 a § 9 obdobně*“ – viz § 4 věta druhá pandemického zákona. To znamená, že v daném případě nebylo striktní periodické přezkoumání (nejméně jednou za 2 týdny) nutné; na druhou stranu povinnost

vyhodnocovat vývoj epidemické situace, jakož i účinnost vydaného opatření, plyne z povahy věci a lze ji dovodit též z § 3 odst. 1 pandemického zákona, jenž odpůrci umožňuje vydat opatření „*pouze v nezbytně nutném rozsahu a na nezbytně nutnou dobu*“.

[26] Tomuto obecnému požadavku odpůrce dostál a v praxi reflektoval vývoj epidemické situace i výsledky pravidelného testování – viz změny napadeného mimořádného opatření, jimiž např. upravil změnu frekvence testování (jednou týdně pro 1. stupeň základních škol) anebo rozšířil seznam výjimek z povinného testování pro děti v mateřských školách (nejprve jen v některých krajích a poté celostátně). Skutečnost, že odpůrce postupně z povinného testování nevyjmul i žáky základních škol, neznamená, že by na vývoj situace rezignoval a nevyhodnocoval ji. Již jen prostý počet změnových mimořádných opatření dokládá, že odpůrce v tomto ohledu nijak neustrnul a stále se snažil reagovat na vývoj epidemie, která představuje komplexní problém, jehož řešení nejsou snadná ani jednoznačná. Nejinak je tomu i v tomto případě a nic na tom nemění ani poukaz navrhovatele na relativně nízký počet pozitivních případů; tento počet je možné interpretovat nejrůznějšími způsoby a svoji roli jistě může hrát též kvalita konkrétních antigenních testů, tu ovšem napadené mimořádné opatření neupravuje.

[27] Pokud navrhovatel zpochybňuje plošné užití antigenních testů s poukazem na závěry rozsudků Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Ao 3/2021 a sp. zn. 10 Ao 2/2021, je třeba odkázat na jejich podrobné odůvodnění, jež je založeno na tom, že k plošnému uzavření či omezení mateřských a základních škol nemohl odpůrce přistoupit na základě § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví. Oporou pro povinné testování ve školách je ovšem jiné písmeno ustanovení § 69 odst. 1 zákona o ochraně veřejného zdraví, jak bylo vysvětleno výše. V kontextu argumentace navrhovatele se pak nabízí i adresný odkaz na odůvodnění obou rozsudků, v nichž zdejší soud použití plošného preventivního nástroje na zvládnutí epidemie neodmítl; nicméně v návaznosti na související judikaturu k povaze § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví (zejm. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 5. 2021, č. j. 6 Ao 22/2021 - 44) vyšel z toho, že odpůrce nemůže plošně uzavřít mateřské a základní školy či omezit jejich provoz na základě tohoto ustanovení, neboť se týká konkrétních skupin fyzických osob podezřelých z nákazy, nikoli všech žáků bez rozlišení. A dodal: „*Plošná omezení může ministerstvo mimo období nouzového stavu uplatnit na základě § 2 odst. 2 písm. f) pandemického zákona vůči vysokým školám, avšak nikoli vůči mateřským a základním školám. Proč zákonodárce nezahrnul do tohoto zákona - určeného právě ke zvládnutí nynější pandemie - také jiné školy než vysoké, nepřísluší soudu domýšlet*“ (srov. bod [58] odůvodnění rozsudku sp. zn. 9 Ao 3/2021 a bod [54] odůvodnění rozsudku sp. zn. 10 Ao 2/2021).

[28] [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).

pokračování

[29] 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, resp. probíhalo 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 bylo 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).

[30] V případě pozitivního výsledku testování pak považuje soud za zcela logické, že dotčené dítě je odděleno od ostatních a je opět na rodičích, resp. zaměstnancích školy, aby vše dětem vysvětlili a eliminovali možné riziko ostrakizace či šikany, na níž naráží navrhovatel. 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.

[31] 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 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.

[32] 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. 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 navrhovatele vede k porušení zásady rovného přístupu ke vzdělání [§ 2 odst. 1 písm. a) školského zákona] a k jeho nepřímé diskriminaci z důvodu zdravotního stavu.

[33] 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 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.

[34] 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.

[35] [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.“*

[36] 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 nálezením 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;

pokračování

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.

[37] 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.).

[38] 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].

[39] 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.

[40] Navrhovatel nevznnesl 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.

[41] 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 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 a jenž se – skrze Národní referenční laboratoř pro chřipku a nechřipková respirační virová onemocnění – rovněž podílel na zpracování informace Společnosti pro lékařskou mikrobiologii ČLS JEP, na kterou navrhovatel odkazuje (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).

[42] Omezených možností zvolené metody testování si byl vědom i samotný odpůrce, ale přijal ji jako doplňkové opatření, jež Nejvyšší správní soud respektuje. 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. Z pohledu Nejvyššího správního soudu se přitom nejedná o absolutní důraz na opatrnost, jak naznačuje stěžovatel, nýbrž o racionální vyhodnocení situace odpovídající právě aktuálnímu stavu poznání a významným epidemiologickým rizikům souvisejícím se šířením koronaviru; bagatelizaci těchto rizik či opakované srovnávání s běžnou chřipkou přitom považuje Nejvyšší správní soud za nepřipadné – viz např. rozsudek ze dne 14. 3. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133, bod [125], anebo nedávný rozsudek ze dne 30. 7. 2021, č. j. 5 Ao 25/2021 - 51, bod [51], podle něhož *„časté sezónní epidemie běžné chřipky nezpůsobují přetížení zdravotního systému tak, jak k němu v případě nedostatečných preventivních opatření dochází všude ve světě při pandemii COVID-19, u níž navíc vše nasvědčuje tomu, že, vzhledem k výrazně nakažlivějším novým a možná (i pro stále nižší věkové skupiny), nebezpečnějším variantám, bohužel zdaleka neřekla, i přes stoupající proočkovanosť populace, poslední slovo“*.

pokračování

[43] 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.“*

[44] Již jen pro úplnost Nejvyšší správní soud opakuje, že každá epidemie je komplexní problém, jehož řešení v praxi není jednoduché, což platí i pro tento případ, u něhož bylo nutno zvažovat též nejlepší zájem dítěte; tím je v daném kontextu zájem na osobní, prezenční formě vzdělávání – a to nejen navrhovatele, ale všech dětí. Nicméně, 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

[45] Nejvyšší správní soud shledal návrh zjevně neopodstatněným, a proto ho podle § 13 odst. 3 věty první pandemického zákona odmítl jako zjevně neopodstatněný - výrok I.

[46] Výrok II. o nákladech řízení 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 – na základě zjednodušeného (kvazimeritorního) posouzení věci – 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.

Poučení: Proti tomuto usnesení **n e n í** opravný prostředek přípustný.

V Brně dne 26. srpna 2021

JUDr. Viktor Kučera
předseda senátu