

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Pavla Molka a soudců JUDr. Radana Malíka a JUDr. Barbary Pořízkové v právní věci navrhovatelky: **pumelice s.r.o.**, se sídlem Svatopluka Čecha 1670/44, Brno, zast. Mgr. Janem Hladkým, advokátem se sídlem Orlí 483/1, Brno, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha 2, o návrhu na zrušení části opatření obecné povahy – čl. I. bodu 3 písm. a) odst. i) až iv) a vi) mimořádného opatření odpůrce ze dne 27. 9. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-25/MIN/KAN,

t a k t o :

Věc se postupuje rozšířenému senátu.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci v rozsahu podstatném pro rozhodování rozšířeného senátu

[1] Navrhovatelka se návrhem ze dne 27. 10. 2021 domáhala zrušení čl. I. bodu 3 písm. a) odst. i) až iv) a vi) mimořádného opatření odpůrce ze dne 27. 9. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-25/MIN/KAN, následně změněného mimořádným opatřením ze dne 22. 10. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-26/MIN/KAN (dále jen „mimořádné opatření“). Toto opatření regulovalo vybrané služby a aktivity a stanovilo podmínky pro vstup do některých vnitřních a vnějších prostor. Napadená ustanovení konkrétně pro provozovny stravovacích služeb, hudebních, tanečních, herních a podobných společenských klubů a diskoték, heren a kasin, stanovila v čl. I. bodu 3 následující:

a) nařizuje provozovatelům uvedených provozoven dodržovat následující pravidla:

i) zákazníci jsou vždy usazeni, a to tak, že je mezi nimi odstup alespoň 1,5 metru, s výjimkou zákazníků sedících u jednoho stolu,

ii) u jednoho stolu sedí nejvýše 6 osob, s výjimkou osob ze společné domácnosti; jedná-li se o stůl s 10 a více místy k sezení, lze u něj usadit více osob, a to tak, že mezi skupinami nejvýše 6 osob, s výjimkou osob ze společné domácnosti, je rozestup alespoň 1,5 metru,

iii) provozovatel nepřipustí v prostorech provozovny více osob, než je v prostorech provozovny míst k sezení pro osoby,

iv) provozovatel aktivně brání ve vnějších a vnitřních prostorech provozovny shromažďování osob ve vzájemné vzdálenosti menší než 1,5 metru, včetně čekací zóny provozovny,

vi) tanec je umožněn pouze osobám, které splňují podmínky podle bodu I/16 písm. c) nebo d) nebo které absolvovaly RT-PCR vyšetření na přítomnost viru SARS-CoV-2 nebo rychlý antigenní test (RAT) na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 s negativním výsledkem, a to nejdéle 24 hodin před vstupem do uvedené provozovny; to neplatí pro oslavy svatby, prohlášení osob o tom, že spolu vstupují do registrovaného partnerství, a hostiny po pohřbu; v případě produkce živé hudby musí být vzdálenost zákazníků od místa určeného pro vystupující nejméně 2 m.

[2] Mimořádné opatření bylo výslovně zrušeno mimořádným opatřením odpůrce ze dne 6. 12. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-30/MIN/KAN. Pro tento případ se navrhovatelka již v návrhu domáhala vyslovení nezákonnosti napadených částí mimořádného opatření. Jsou tak splněny podmínky pro postup Nejvyššího správního soudu (dále také „NSS“) podle § 13 odst. 4 zákona č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „pandemický zákon“), jak je NSS vyložil v rozsudku ze dne 14. 4. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133.

[3] Důvody návrhu lze ve stručnosti shrnout následovně. Navrhovatelka provozuje hudební a kulturní klub, jehož podstatou je hudební produkce a tanec. Kombinace povinností, které jí odpůrce napadenou částí mimořádného opatření uložil, zasahuje samu podstatu jejího podnikání. Odůvodnění mimořádného opatření nevysvětluje, proč jsou právě tyto povinnosti nezbytné a o co opírá účinnost zvolených opatření ve vztahu ke sledovanému cíli. Výběr opatření působí nahodilým dojmem, což ukazuje srovnáním počtu návštěvníků stanoveným pro jednotlivé druhy aktivit. Obsah regulace není zdůvodněn ani ve vztahu k proměňující se epidemické situaci. Navíc mají stanovené povinnosti zcela odlišný dopad na fungování typově odlišných provozů upravených souhrnně bodem 3, aniž by odpůrce zohlednil jejich specifika. Pro navrhovatelku znamená povinnost usadit návštěvníky a omezit počet návštěvníků podle počtu míst k sezení takový zásah do provozu klubu, že je nerentabilní. Podmínky, za nichž mohou návštěvníci tančit, představují nikoli omezení, ale zákaz tance. I provoz klubů tak je *de facto* zakázán, což představuje nedůvodný a nepřiměřený zásah do práv navrhovatelky. Navrhovatelka naopak v původním návrhu nenamítala, že odpůrce nemohl regulovat činnost klubů způsobem použitým v napadené části mimořádného opatření, neboť mu pro to zákon neposkytuje oporu.

[4] Dne 23. 12. 2021 podala navrhovatelka repliku, v níž zejména upozornila na rozsudek NSS ze dne 22. 12. 2021, č. j. 8 Ao 28/2021 - 83, a uvedla, že i v nyní posuzované věci trvá na tom, že napadené části opatření jsou nezákonné a že odpůrce nemohl podle zákonné úpravy stanovit navrhovatelce, jako provozovatelce hudebního klubu, povinnosti obsažené v napadené části mimořádného opatření, neboť pro ně zákonná úprava neposkytuje dostatečné zmocnění. Ve zbytku repliky pak polemizuje s tvrzeními odpůrce o přiměřenosti a rozumnosti napadeného mimořádného opatření.

II. Důvody postoupení věci rozšířenému senátu

pokračování

II. a) Zákonná opora mimořádných opatření

[5] Protiepidemická opatření jsou v České republice mimo režim nouzového stavu odpůrcem přijímána buď podle zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně veřejného zdraví“), nebo podle pandemického zákona. Jak uvedl rozšířený senát v usnesení ze dne 11. 11. 2021, č. j. 4 Ao 3/2021 - 117, bodě 23, vztah těchto dvou předpisů je založen na specialitě pandemického zákona vůči zákonu o ochraně veřejného zdraví. Správní soudy byly opakovaně nuceny zabývat se tím, zda věcně a obsahem různorodá opatření přijímaná odpůrcem jako opatření obecné povahy mají oporu v zákoně; státní moc lze totiž uplatňovat jen v případech, v mezích a způsobem, které stanoví zákon (čl. 2 odst. 3 Ústavy, čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, dále jen „Listina“), a povinnosti mohou být ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod (čl. 4 odst. 1 Listiny). Sporným se opakovaně stal výklad jednotlivých ustanovení § 69 odst. 1 zákona o ochraně veřejného zdraví, později pak i § 2 odst. 2 pandemického zákona, o něž se opírá i nyní posuzované mimořádné opatření.

[6] Dosavadní klíčové závěry NSS lze velmi zjednodušeně shrnout následovně. V rozsudku ze dne 26. 2. 2021, č. j. 6 As 114/2020 - 63, č. 4184/2021 Sb. NSS, bodě 143, dospěl k závěru, že výčet mimořádných opatření při epidemii nebo nebezpečí jejího vzniku uvedený v § 69 odst. 1 zákona o ochraně veřejného zdraví je výčtem taxativním (uzavřeným, konečným). Vzhledem k širokému slovnímu vymezení „zbytkového“ § 69 odst. 1 písm. i) je pro výklad jeho rozsahu nezbytné použít výkladové pravidlo *eiusdem generis*, tj. „stejněho druhu“. Další (výslovně neuvedené) položky musí významově odpovídat položkám, které jsou ve výčtu výslovně uvedeny. Stejným postupem posléze dospěl v rozsudku ze dne 6. 5. 2021, č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, č. 4204/2021 Sb. NSS, k závěru, že odpůrce mohl podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví nařídit povinnost testování žáků ve školách, již srovnal co do povahy a intenzity s povinností podrobit se očkování [§ 69 odst. 1 písm. g) téhož zákona]. V rozsudcích ze dne 22. 4. 2021, č. j. 6 Ao 11/2021 - 48, č. 4203/2021 Sb. NSS, a ze dne 21. 5. 2021, č. j. 6 Ao 22/2021 - 44, se NSS věnoval výkladu návěti § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví. Zde obsažený právní závěr následovala řada rozsudků NSS, včetně devátého senátu (rozsudek ze dne 2. 6. 2021, č. j. 9 Ao 3/2021 - 41), a následně jej potvrdil i rozšířený senát usnesením č. j. 4 Ao 3/2021 - 117 (zejm. body 41–48; viz též bod 19 tohoto usnesení pro přehled rozsudků NSS, které daný právní závěr aplikovaly). Rozšířený senát též potvrdil použití výkladového pravidla *eiusdem generis* ve vztahu k § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví. Další rozsudky NSS se pak ve vztahu k jednotlivým mimořádným opatřením vyjadřovaly k otázce, zda odpůrce může regulovat určité činnosti, aktivity či provozy (viz např. již zmiňovaný rozsudek č. j. 6 Ao 22/2021 - 44, k regulaci provozoven stravovacích služeb).

II. b) Rozsudek osmého senátu

[7] Jak připomněla i replika navrhovatelky v nynějším řízení, vedle devátého senátu vedl řízení o návrhu téže navrhovatelky také osmý senát, který přezkoumával dříve vydané, v napadaných bodech však obsahově obdobné mimořádné opatření ze dne 26. 8. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-23/MIN/KAN. Dne 22. 12. 2021 rozhodl osmý senát o návrhu, mezi jehož navrhovatelí byla původně i nynější navrhovatelka, rozsudkem č. j. 8

Ao 28/2021 - 83 tak, že mimořádné opatření č. j. MZDR 14601/2021-23/MIN/KAN bylo v rozsahu bodu 3 písm. a) odst. i), iii), iv) a vi) v rozporu se zákonem. Ve zbývajících částech návrh zamítl [k zamítnutí návrhu v části směřující proti odst. ii) viz konkrétně zdůvodnění v bodech 27 až 29 rozsudku].

[8] Osmý senát dospěl k závěru, že právě vymezená ustanovení mimořádného opatření sice odpůrce stanovil v rámci své pravomoci a působnosti, avšak přisvědčil námitce navrhovatelky, že u výše jmenovaných ustanovení odpůrce postupoval nezákonně. Ačkoli navrhovatelka námitku vznesla jako otázku nedostatku pravomoci, podle osmého senátu „[z] hlediska obsahu vznesených námitek je nicméně zřejmé, že jejich podstatou je zpochybnění zákonnosti konkrétních opatření, neboť navrhovatel tvrdí, že taková opatření nelze v souladu se zákonem vydat z důvodu, že se typově podstatně odlišují od v zákoně výslovně uvedených opatření. (...) Nejvyšší správní soud proto v návaznosti na námitky navrhovatele a) přistoupil k hodnocení zákonnosti napadené části mimořádného opatření. Navrhovatel především tvrdí, že odpůrce nemohl v souladu s § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona a § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví (na které se odpůrce v daném bodě mimořádného opatření výslovně odkazuje) stanovit provozovatelům hudebních klubů povinnosti obsažené v napadené části mimořádného opatření.“ (body 21 a 22) Uložené povinnosti (usazení všech zákazníků, omezení počtu návštěvníků podle míst k sezení, aktivní opatření k dodržování rozestupů, umožnit tanec jen návštěvníkům splňujícím dodatečné podmínky) nelze považovat za „typově obdobné“ opatření, která mohou být založena na základě § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví (zákaz nebo nařízení další určité činnosti k likvidaci epidemie nebo nebezpečí jejího vzniku) a § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona (příkaz používat ochranné, mycí, čisticí nebo dezinfekční prostředky a další protiepidemická opatření).

[9] V bodě 30 svého rozsudku k důvodům nezákonnosti uvedených částí mimořádného opatření souhrnně uvedl: „Pokud jde o opatření určující povinnost usazení zákazníků [odrážka i)], nepřipustění v prostorech provozovny více osob, než je míst k sezení [odrážka iii)], aktivní bránění shromažďování osob v menší vzdálenosti [odrážka iv)] či umožnění tance jen některým osobám [odrážka vi)], zde se již podle Nejvyššího správního soudu jedná o opatření jdoucí nad rámec podstaty opatření vyjmenovaných v § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona. V případě hudebních (tanečních) klubů účel těchto opatření citovaná pravidla překračují a nelze je považovat za „typově obdobné“. Daná pravidla oproti používání ochranných, čistících, mycích či dezinfekčních prostředků stanovují provozovateli hudebních (tanečních) klubů povinnosti takového charakteru že zasahují do jeho práv mnohem intenzivněji, než opatření výslovně předpokládaná v § 2 odst. 2 písm. i) napadeného opatření a jsou oproti nim v tomto ohledu kvalitativně odlišná. Jak již bylo výše uvedeno, zmíněná opatření nepředstavují svou povahou další protiepidemická opatření představující méně významné zásahy do provozu (jako tomu může být např. u již opakovaně zmíněných stravovacích služeb), ale svou povahou (jak jednotlivě, tak i ve svém úhrnu) již nepochybně představují významné omezení činnosti navrhovatele, které nelze považovat za typově podobné s použitím např. dezinfekčních prostředků. Zjevně tedy v tomto ohledu není naplněno kritérium podobnosti spočívající v intenzitě zásahu do práv adresátů (navrhovatele). Zákonné zmocnění k vydání opatření v podobě předpokládané v odrážkách i), iii), iv) a vi), proto ve vztahu k hudebním (tanečním) klubům v § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona shledávat nelze.“ Zákonnou oporu pro vydání napadených částí mimořádného opatření následně NSS nenašel ani v § 2 odst. 2 písm. b) a e) pandemického zákona (bod 32 rozsudku), ani v § 69 odst. 1 písm. b) a i) zákona o veřejném zdraví (bod 33 rozsudku).

pokračování

[10] Vědom si tohoto rozhodnutí osmého senátu, zvážil devátý senát, zda stejnou námitku vznáší navrhovatelka i v jím projednávaném návrhu a zda stejnou vadou trpí i jím přezkoumávané pozdější mimořádné opatření. Formulace napadených částí mimořádného opatření i odkazovaná zákonná ustanovení jsou stejná jako v případě řešeném osmým senátem, a proto by byly jeho právní závěry k otázce nedostatku zákonné opory pro vydání mimořádného opatření relevantní i pro věc projednávanou devátým senátem. V návrhu posuzovaném devátým senátem však navrhovatelka příslušnou námitku platně nevznesla, neboť ji uvedla až ve výše rekapitulované replice ze dne 23. 12. 2021. Takové rozšíření původního návrhu však odporuje koncentraci řízení o přezkumu opatření obecné povahy ve smyslu § 101b odst. 2, věty druhé, zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), podle nějž po podání perfektního návrhu nelze *v dalším řízení návrh rozšiřovat na dosud nenapadené části opatření obecné povahy nebo jej rozšiřovat o další návrhové body*.

[11] Osmý senát vycházel z obvyklého algoritmu pro přezkum opatření obecné povahy, který NSS vymezil v rozsudku ze dne 27. 9. 2005, č. j. 1 Ao 1/2005 - 98, č. 740/2006 Sb. NSS, v následujících pěti krocích:

„1) *Přezkum pravomoci správního orgánu vydat opatření obecné povahy. Pravomoc správního orgánu obecně spočívá zejména v jeho **oprávnění vykonávat veřejnou moc**. Správní orgán tedy postupuje v mezích své pravomoci, pokud mu na základě zákonného zmocnění **náleží oprávnění vydávat opatření obecné povahy**, jejichž prostřednictvím autoritativně rozhoduje o právech a povinnostech subjektů, které nejsou v rovnoprávném postavení s tímto orgánem.*

2) *Přezkum otázky, **zda správní orgán při vydávání opatření obecné povahy nepřekročil meze zákonem vymezené působnosti**. Správní orgán postupuje v mezích své působnosti, jestliže prostřednictvím opatření obecné povahy upravuje okruh vztahů, ke kterým je **zákonem zmocněn*** (v rámci nichž tedy realizuje svoji pravomoc vydávat opatření obecné povahy). *Rozlišovat je dále třeba působnost věcnou (okruh věcných oblastí, v rámci kterých vykonává správní orgán svoji pravomoc), působnost osobní (okruh osob, vůči kterým správní orgán působí), působnost prostorovou (na jakém území vykonává správní orgán svoji pravomoc) a za určitých okolností též působnost časovou (ta přichází do úvahy pouze v situaci, kdy má správní orgán stanovené období, ve které může svoji pravomoc vykonávat).*

3) *Přezkum otázky, **zda opatření obecné povahy bylo vydáno zákonem stanoveným postupem** (procesní postup správního orgánu při vydávání opatření obecné povahy). Zatímco výše uvedená kritéria daného algoritmu jsou formální, následující dvě jsou kritérii materiálními. Soud proto v dalších částech algoritmu přihlíží již k samotnému obsahu přezkoumávaného opatření obecné povahy.*

4) *Přezkum obsahu opatření obecné povahy z hlediska **rozporu opatření obecné povahy (nebo jeho části) se zákonem – zde hmotným právem**. V rámci tohoto kroku soud také zjišťuje, **zda správní orgán při vydávání opatření obecné povahy nezneužil zákonem svěřenou pravomoc či působnost**.*

5) *Za závěrečný krok algoritmu (testu) považuje soud přezkum obsahu napadeného opatření obecné povahy z **hlediska jeho proporcionality**. Proporcionalitu soud vnímá dvěma způsoby – v jejím užším a širším smyslu. Proporcionalitou v širším smyslu soud chápe obecnou přiměřenost právní regulace. Mezi základní atributy právního státu patří přiměřenost práva, a z tohoto důvodu je úkolem mimo jiné právě i soudní moci*

přispívat svojí rozhodovací činností k rozumnému uspořádání společenských vztahů. Soud se proto v rámci přezkumu souladu opatření obecné povahy se zákonem věnuje též otázkám, zda napadené opatření obecné povahy vůbec umožňuje dosáhnout sledovaný cíl (kritérium vhodnosti), zda opatření obecné povahy a sledovaný cíl spolu logicky souvisí a zda cíle nelze lépe dosáhnout jiným legislativním prostředkem (kritérium potřeby), zda opatření obecné povahy omezuje své adresáty co nejméně (kritérium minimalizace zásahů); v neposlední řadě soud také zkoumá, zda je následek napadeného opatření obecné povahy úměrný sledovanému cíli (kritérium proporcionality v užším slova smyslu).“ (zvýraznil nyní NSS)

[12] V této podobě se algoritmus uplatňoval do novely § 101d odst. 1 s. ř. s., která s účinností od 1. 1. 2012 stanovila vázanost soudu důvody návrhu na zrušení opatření obecné povahy. Od účinnosti novely soud aplikuje celý algoritmus jen v případě, že navrhovatel uplatní námitky spadající do každého z kroků (srov. rozsudek NSS ze dne 12. 5. 2016, č. j. 6 As 174/2015 - 72, bod 22). Podle bodu 28 usnesení rozšířeného senátu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 1 Ao 2/2010 - 116, č. 2215/2011 Sb. NSS, jsou ovšem vady posuzované v prvním a druhém kroku algoritmu, tj. v nedostatku pravomoci a působnosti, natolik „*vážná pochybení s tak fatálními možnými důsledky (včetně nicotnosti aktu), že soud takové otázky bude zkoumat i z povinnosti úřední; postačí tu návrh procesně legitimované osoby, kterou je – jak ukázáno – kdokoli, kdo tvrdí, že byl přijetím opatření na svých právech zkrácen, je-li to s ohledem na jeho tvrzení myslitelné*“. Tyto závěry se uplatní i po výše zmíněné novele § 101d odst. 1 s. ř. s. (viz opět bod 22 rozsudku NSS č. j. 6 As 174/2015 - 72).

[13] Pohledem právního závěru osmého senátu je namíste přezkoumat otázku, zda jde o „typově obdobná opatření“ jako opatření výslovně předpokládaná v pandemickém zákoně či zákoně o ochraně veřejného zdraví až v rámci čtvrtého kroku přezkumu, tj. během posouzení zákonnosti mimořádného opatření. V rámci přezkumu zákonnosti se ovšem NSS zabývá pouze námitkami, které navrhovatel platně uvedl v návrhu, jak mu ukládá § 101d odst. 1 s. ř. s. Proto by v nynějším případě devátý senát návrh projednal výhradně z hledisek, která navrhovatelka vymezila v původním návrhu na zrušení nyní projednávaného mimořádného opatření. Protože mezi nimi námitka absence zákonného podkladu nařízení konkrétních povinností provozovatelům obsažena nebyla, na závěry osmého senátu by nemohl brát zřetel. Devátý senát se ovšem domnívá, že jde o vadu posuzovanou již v druhém kroku algoritmu, a tedy z úřední povinnosti, a že ohledně otázky, o jakou vadu se jedná a zda k ní přihlížet z úřední povinnosti, existuje rozporná předchozí judikatura NSS. Jde o otázku, která má bezprostřední význam pro rozhodnutí devátého senátu o návrhu navrhovatelky. Pokud se totiž jedná o vadu, k níž má přihlídnout z úřední povinnosti, závěry osmého senátu by dopadaly i do nynějšího řízení, ačkoli navrhovatelka příslušnou námitku platně, tedy v původním návrhu, nevnesla.

II. c) *Názor předkládajícího senátu*

[14] Podle názoru devátého senátu je důvod nezákonnosti, který shledal osmý senát v rozsudku č. j. 8 Ao 28/2021 - 83, nutno označit za nedostatek zákonného zmocnění pro vydání napadených částí mimořádného opatření, v jehož důsledku chyběla Ministerstvu zdravotnictví působnost pro jeho vydání ve smyslu druhého kroku algoritmu. Z toho by

pokračování

plynulo, že pokud navrhovatel příslušnou námitku výslovně neuplatní nebo ji uplatní nepřipustně (v nyní posuzovaném případě z důvodu koncentrace řízení), má se jí NSS při svém přezkumu zabývat z úřední povinnosti.

[15] Z hlediska výše rekapitulovaného algoritmu přezkumu opatření obecné povahy lze konstatovat, že Ministerstvo zdravotnictví zjevně má **pravomoc** k vydání nyní napadeného mimořádného opatření ve smyslu prvního kroku algoritmu, jak ostatně ve vztahu k předcházejícímu obdobnému mimořádnému opatření konstatoval i osmý senát (viz body 20 a 21 rozsudku č. j. 8 Ao 28/2021 - 83). Oprávnění vydávat opatření obecné povahy, jejichž prostřednictvím autoritativně rozhoduje o právech a povinnostech, vyplývá Ministerstvu zdravotnictví obecně z § 2 odst. 1 pandemického zákona a 80 odst. 1 písm. g) zákona o ochraně veřejného zdraví (ve spojení s § 3 odst. 6, větou první, pandemického zákona). Spor je pouze o to, zda je vada obsahu úpravy spočívající v nedostatečném zákonném zmocnění, kterou osmý senát v tomto rozsudku shledal, podřaditelná pod **nedostatek působnosti** ve smyslu druhého kroku či pod **rozpor se zákonem** ve smyslu čtvrtého kroku.

[16] Devátý senát je přesvědčen, že jde o otázku působnosti ve smyslu druhého kroku. V prvním kroku týkajícím se pravomoci se totiž soud ptá, zda daný orgán veřejné moci může vydávat opatření obecné povahy, tedy zda použil mocenský nástroj, který má ze zákona k dispozici: Ministerstvo zdravotnictví tak vydává opatření obecné povahy (vedle nich také například individuální správní rozhodnutí či vyhlášky), stejně jako Parlament vydává zákony či soud vydává soudní rozhodnutí. V druhém kroku (působnost) se pak soud ptá, zda konkrétní opatření obecné povahy použilo Ministerstvo zdravotnictví k regulaci právních vztahů, které podle ústavního pořádku a zákonů regulovat může. Ve čtvrtém kroku (protizákonnost) se naopak ptá, zda se obsahem této regulace nedostalo do rozporu s právními předpisy. Jinak řečeno, první krok se týká toho, jakou formou je regulace prováděna, druhý krok toho, na jakou oblast regulace dopadá a jakým osobám upravuje práva a povinnosti, zatímco čtvrtý krok už se týká zákonnosti obsahu této regulace, tedy obsahu práv a povinností přiznaných či uložených dotčeným osobám.

[17] Jistě že i vady ve smyslu prvního a druhého kroku představují „protizákonnost“ v širším smyslu slova. Pokud orgán veřejné moci vydá opatření obecné povahy, přestože k použití takového nástroje nemá pravomoc, nebo pokud opatřením obecné povahy omezuje osoby či reguluje právní vztahy, které nespádají do jeho působnosti, jde o protizákonný postup. Tato protizákonnost však současně dosahuje i intenzity protiústavnosti, neboť překročením své pravomoci ve smyslu prvního kroku a působnosti ve smyslu druhého kroku překračuje orgán vydávající opatření obecné povahy ony meze a způsoby stanovené zákonem, jak o nich mluví čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 Listiny. I to je důvodem, proč je k vadám ve smyslu těchto dvou kroků nutno přihlídnout i z úřední povinnosti, tedy nad rámec námitek navrhovatele. Naopak protizákonnost v užším smyslu slova podle čtvrtého kroku algoritmu míří podle názoru devátého senátu pouze na oblasti, kdy orgán opatřením obecné povahy reguloval vztahy a situace, které regulovat směl, ale tato regulace se svým obsahem dostala do rozporu s nadřazenou právní normou, typicky se zákonem. Jinak řečeno, zatímco v druhém kroku soud kontroluje, „co“ (jaké právní vztahy, osoby a situace) opatření obecné povahy reguluje, ve čtvrtém kroku již posuzuje, „jak“ tyto právní vztahy ovlivňuje.

[18] Odpověď na otázku, zda může Ministerstvo zdravotnictví konkrétním opatřením obecné povahy při potírání pandemie COVID-19 danou oblast právních vztahů regulovat, tedy zda daná oblast spadá do jeho působnosti, plyne souběžně zejména z trojice zákonů. Nejobecněji jeho působnost vymezuje § 10 odst. 1 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů: *Ministerstvo zdravotnictví je ústředním orgánem státní správy pro zdravotní služby, ochranu veřejného zdraví, zdravotnickou vědeckovýzkumnou činnost, poskytovatele zdravotních služeb v přímé řídicí působnosti, zacházení s návykovými látkami, přípravky, prekursory a pomocnými látkami, vyhledávání, ochranu a využívání přírodních léčivých zdrojů, přírodních léčebných lázní a zdrojů přírodních minerálních vod, léčiva a prostředky zdravotnické techniky pro **prevenci, diagnostiku a léčení lidí**, zdravotní pojištění, zdravotnický informační systém a elektronické zdravotnictví, pro používání biocidních přípravků a uvádění biocidních přípravků a účinných látek na trh.* Působnost Ministerstva zdravotnictví při potírání epidemií [na rozdíl od jeho pravomoci k vydávání opatření obecné povahy, jež zde plyne z § 80 odst. 1 písm. g)] je podrobněji vymezena v § 69 zákona o ochraně veřejného zdraví, v němž jsou podle marginální rubriky vyjmenována *mimořádná opatření při epidemii a nebezpečí jejího vzniku*. Specificky pro potírání pandemie COVID-19 je pak působnost Ministerstva zdravotnictví (spolu s jeho pravomocí k vydávání opatření obecné povahy) upravena v § 2 odst. 1 speciálního pandemického zákona: *Ministerstvo zdravotnictví (dále jen „ministerstvo“), (...) může za účelem likvidace epidemie COVID-19 nebo nebezpečí jejího opětovného vzniku nařídit mimořádné opatření, kterým přikáže určitou činnost přispívající k naplnění uvedeného účelu, nebo zakáže nebo omezí určité činnosti nebo služby, jejichž výkonem by mohlo být šířeno onemocnění COVID-19, anebo stanoví podmínky provádění takových činností nebo poskytování takových služeb. Ministerstvo může nařídit mimořádné opatření podle věty první s celostátní působností nebo s působností na území několika krajů.* (...) V § 2 odst. 2 pandemického zákona je pak upřesněno, co se rozumí mimořádnými opatřeními podle odst. 1. Všechny tyto tři zákony tak souběžně ohraničují oblast jeho působnosti, tedy odpovídají na otázku, zda může Ministerstvo zdravotnictví konkrétní právní vztahy regulovat, či nikoli.

[19] Shodně vymezuje pojmy pravomoc a působnost i konstitucionalistická a státoprávní odborná literatura: „*Pravomoc státního orgánu vypoovídá o jeho postavení z hlediska způsobilosti projevovat se právem předpokládaným, vyžadovaným a zpravidla přesně vymezeným způsobem. Pojmově se tedy v případě **pravomoci** jedná o určité právní prostředky, které má státní orgán k realizaci své působnosti. (...) Pojem **působnost** (kompetence) státního orgánu vyjadřuje právem stanovený předmět, obsah a rozsah jeho činnosti. V popisovaných souvislostech proto:*

a) ***Předmět** působnosti státního orgánu představují společenské vztahy, vůči nimž nebo v nichž státní orgán působí.*

b) ***Obsah** působnosti státního orgánu vymezuje jeho úkoly, činnost a zaměření v procesu působení na určené společenské vztahy (...)*

c) ***Rozsah** působnosti státního orgánu stanoví rámec výkonu pravomoci (...) Tento rozsah je obvykle vymezován hlediskem: věcným...; územním...; časovým...; osobním...; funkčním (...).*“ (FILIP, J., SVATONĚ, J. Státoprávní. 5. vydání. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, s. 60 a 61)

[20] Obdobné rozhraničení mezi pravomocí a působností (kompetencí) potvrzuje i judikatura Ústavního soudu: „*Podle Ústavního soudu je nutné trvat na rozlišování pravomoci*

pokračování

a kompetence. Pravomocí státního orgánu je třeba chápat samotnou realizaci státní moci v příslušné formě (tj. ve formě normotvorné nebo individuálně rozhodovací), zatímco kompetence jsou již zcela konkrétním věcným vymezením otázek realizovaných v procesu výkonu pravomoci.“ (nález ze dne 20. 10. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 52/03, č. 568/2004 Sb.)

[21] Z těchto principů vychází Ústavní soud i při přezkumu těch podzákonných právních předpisů, které pro své vydání potřebují – podobně jako opatření obecné povahy – konkrétní zákonné zmocnění. I Ústavní soud zvažuje z úřední povinnosti, zda nebylo překročeno toto zákonné zmocnění zakládající působnost daného orgánu veřejné moci k regulaci určité oblasti. Příkladem může být náleze ze dne 13. 6. 2017, sp. zn. Pl. ÚS 34/15, č. 245/2017 Sb., v němž označil za protiústavní zákaz obsažený v obecně závazných vyhláškách měst Litvínova a Varnsdorfu o zabezpečení místních záležitostí veřejného pořádku a zlepšení vzhledu města, a to z důvodu překročení mezí ústavního a zákonného zmocnění, které Ústavní soud posuzuje v rámci druhého kroku svého čtyřkrokového testu přezkoumávání obecně závazných vyhlášek (viz bod 19. nálezu). V jeho bodu 22 vymezil tento krok následovně: „*V tomto kroku testu konformity obecně závazné vyhlášky s ústavními zákony a zákony Ústavní soud zkoumá, zda byla obecně závazná vyhláška vydána v mezích ústavního zmocnění, tedy nikoliv mimo věcnou působnost vymezenou zákonem (ultra vires). Ústavní soud v rámci druhého kroku tedy zkoumá, zda napadený předpis upravuje právní vztahy, pro které mu otevírá zmocňovací právní úprava prostor, a zda zároveň nezasahuje do věcí, které jsou vyhrazeny zákonu.*“ Jím přezkoumávané obecně závazné vyhlášky odkazovaly na zákonné zmocnění v § 10 písm. a) a c) zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, ve znění pozdějších předpisů, podle nichž mohou obce v samostatné působnosti ukládat obecně závaznou vyhláškou povinnosti k zabezpečení místních záležitostí veřejného pořádku a k zajištění udržování čistoty ulic a jiných veřejných prostranství, k ochraně životního prostředí, zeleně v zástavbě a ostatní veřejné zeleně a k užívání zařízení obce sloužících potřebám veřejnosti. Ústavní soud tyto neurčité právní pojmy vyložil a shledal, že napadené obecně závazné vyhlášky, které zejména zakazovaly sezení na stavebních částech a zařízeních určených k takovému účelu, nemají v těchto ustanoveních dostatečnou zákonnou oporu. V bodě 46. proto uzavřel, že „*napadená ustanovení, jimiž se zákaz sezení stanoví, neobstála již v druhém kroku shora (bod 19. tohoto nálezu) specifikovaného testu, neboť byla zastupitelstvy měst přijata mimo věcnou působnost vymezenou jím zákonem. K dalším krokům testu nebylo, vzhledem k výše řečenému, nutné přikročit.*“

[22] Jak u podzákonných předpisů orgánů veřejné moci, tak u opatření obecné povahy platí (s určitými modifikacemi, viz např. rozdíly ústavních zmocnění obsažených v čl. 78 a v čl. 79 odst. 3 Ústavy), že musejí být vydávány na základě zákona a v jeho mezích. Jak k tomu uvedl NSS již v usnesení rozšířeného senátu ze dne 5. 5. 2004, č. j. 6 A 100/2002 - 74, č. 449/2005 Sb. NSS: „*Jde tu toliko o republikování a ústavní vyjádření starých zásad vyvěrajících z podstaty dělby moci, které lze stručně charakterizovat: nařízení musí být vydáno secundum et intra legem. Tyto principy znamenají, že exekutiva nejen že nesmí bez výslovného dovolení zákonodárce stanovit nic dalšího či nového o právních vztazích nebo jiné materii upravené zákonem, ať již shledaná mezera v zákoně se stala nedopatřením nebo záměrně (zákaz úpravy praeter legem), ale i tam, kde je výslovně dovoleno výkonné moci vydat nařízení k provedení zákona, může být provedeno jenom to, co zákonodárce výslovně označil (zpravidla výčtem jednotlivých zákonných ustanovení shrnutých v ustanoveních zmocňovacích, anebo přímo v jednotlivých ustanoveních zákona, někdy oběma způsoby současně), a nic jiného;*

konečně - a to zejména - už pojmově z výrazu „provedení zákona“ plyne, že nařízení nesmí zákonu odporovat, nesmí jít contra legem.“

[23] Osmý senát navazoval ve svém nyní napadeném rozhodnutí na část předchozí judikatury, která se hlásí k užšímu pojetí pojmu působnost a podle níž vada, kterou osmý senát v napadených částech mimořádného opatření shledal, nespadá do druhého kroku algoritmu. Sám osmý senát obdobné závěry vyslovil již ve svých dřívějších rozhodnutích (srov. např. rozsudek ze dne 1. 6. 2021, č. j. 8 Ao 11/2021 - 24, bod 38, či rozsudek ze dne 24. 6. 2021, č. j. 8 Ao 5/2021 - 57) a některé další senáty jej následovaly (srov. např. rozsudek ze dne 1. 7. 2021, č. j. 1 Ao 5/2021 - 73). Otázku věcné působnosti zde osmý senát vztahuje jen k okruhu služeb či aktivit, které je odpůrce obecně oprávněn regulovat – srov. závěr bodu 21 rozsudku č. j. 8 Ao 28/2021 - 83, z něž plyne, že nedostatek působnosti by osmý senát shledal například tehdy, pokud by odpůrce vůbec nebyl oprávněn mimořádným opatřením upravit oblast fungování hudebních či kulturních klubů.

[24] Naopak devátý senát se z výše uvedených důvodů domnívá, že pod posuzování působnosti ve smyslu druhého kroku spadá i otázka, zda ustanovení pandemického zákona a zákona o ochraně veřejného zdraví, o něž se má mimořádné opatření opírat, pro něj skutečně poskytují dostatečnou zákonnou oporu. Do tohoto kroku tak spadá i otázka, zda Ministerstvo zdravotnictví může na základě § 69 odst. 1 zákona o ochraně veřejného zdraví a § 2 odst. 2 pandemického zákona regulovat v hudebních klubech a podobných provozovnách takové otázky, jako jsou odstupy zákazníků, jejich celkový počet v jedné provozně a umožnění tance.

[25] K takovému širšímu pojetí pojmu působnost se již dříve přiklonil čtvrtý senát v rozsudku ze dne 17. 6. 2021, č. j. 4 Ao 1/2021 - 83, v němž se věnoval přezkumu omezení výuky ve školách. V něm konstatoval, že pravomoc odpůrce k vydání mimořádného opatření byla jednoznačně dána na základě § 2 odst. 1 pandemického zákona a § 80 odst. 1 písm. g) zákona o ochraně veřejného zdraví. V bodě 33 a následujících však konstatoval, že působnost odpůrce k plošné regulaci škol nebyla na základě § 2 odst. 2 písm. f) a § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví dána. V bodě 34 pak v návaznosti na to připomněl, že *„Nejvyšší správní soud se nedostatkem působnosti (tj. oprávnění prostřednictvím opatření obecné povahy upravit určitý okruh vztahů) zabývá z moci úřední.“*

[26] Podle devátého senátu je z výše uvedených důvodů namístě postupovat shodně i při přezkumu nyní přezkoumávaného mimořádného opatření. Pokud vada mimořádného opatření spočívá v tom, že jsou jím regulovány oblasti či právní vztahy, k jejichž regulaci neposkytuje zákon o ochraně veřejného zdraví a pandemický zákon Ministerstvu zdravotnictví dostatečné zmocnění, překračuje takové mimořádné opatření zákonem stanovenou působnost ministerstva, což je vada ve smyslu druhého kroku algoritmu.

[27] K takové situaci došlo právě i v případě čl. I. bodu 3 písm. a) odrážky i), iii), iv) a vi) mimořádného opatření Ministerstva zdravotnictví ze dne 26. 8. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-23/MIN/KAN. Jejich nezákonnost spočívala podle bodu 30 rozsudku č. j. 8 Ao 28/2021 - 83 v tom, že tato regulace šla *„nad rámec podstaty opatření vyjmenovaných v § 2 odst. 2 písm. i) pandemického zákona“* a zároveň nebylo možno najít ani jiné zákonné ustanovení, které by Ministerstvo zdravotnictví zmocňovalo k přijetí uvedené regulace (viz

pokračování

body 32 a 33 uvedeného rozsudku). Zatímco podle názoru osmého senátu jde o vadu ve smyslu čtvrtého kroku algoritmu, podle názoru devátého senátu jde o vadu ve smyslu jeho druhého kroku, protože nepřiléhavé či nedostatečné zákonné zmocnění znamená, že Ministerstvo zdravotnictví postupovalo při vydání mimořádného opatření bez zákonného zmocnění, a tedy překročilo hranice své působnosti (jednalo *ultra vires*) ve smyslu druhého kroku algoritmu.

[28] Tato otázka je rozhodující pro nynější řízení vedené devátým senátem, v němž posuzuje obdobnou regulaci obsaženou v navazujícím mimořádném opatření Ministerstva zdravotnictví ze dne 27. 9. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-25/MIN/KAN. V tomto řízení ovšem oproti návrhu posuzovanému osmým senátem nebyla platně vznesena námitka nedostatku pravomoci a působnosti (kterou osmý senát v bodě 21 posoudil jako námitku protizákonnosti).

III. Předložení věci rozšířenému senátu

[29] Devátý senát proto shrnuje svůj právní názor tak, že zatímco v druhém kroku algoritmu přezkumu opatření obecné povahy si má správní soud klást otázku, zda právní vztah regulovaný konkrétním opatřením obecné povahy spadal do oblasti působnosti orgánu, který je vydal, tedy zda reguloval právní vztah, který na základě své zákonem vymezené působnosti mohl regulovat při uplatnění zákonem zakotvené pravomoci (zde při vydávání mimořádných opatření dle § 80 zákona o ochraně veřejného zdraví a § 2 pandemického zákona); ve čtvrtém kroku téhož algoritmu si má klást otázku, zda obsah takto přijaté regulace není protizákonný. Spadá-li vada, kterou správní soud při přezkumu opatření obecné povahy zjistí, do druhého kroku, přihlédne k ní i z úřední povinnosti. Devátému senátu proto nezbylo než rozhodnout v souladu s § 17 odst. 1 s. ř. s. o postoupení věci rozšířenému senátu.

[30] Devátý senát tak učinil přesto, že si je vědom, že předložení věci rozšířenému senátu nutně prodlouží celé řízení, ačkoli se jedná o řízení ve věci mimořádného pandemického opatření, které je namístě ukončit co nejdříve. Nyní projednávaný případ ovšem není možné bez vyřešení sporné právní otázky vyřešit.

[31] Devátý senát proto zdvořile žádá, aby rozšířený senát rozhodl o věci přednostně. Pokud by rozšířený senát přijal názor devátého senátu, že se má otázka zákonného podkladu řešit jako otázka *ex offio* již ve druhém kroku algoritmu, vedlo by to k deklaraci nezákonnosti čl. I bodu 3 odst. i), iii), iv) a vi) podle § 13 odst. 4 pandemického zákona z věcných důvodů plynoucích z rozsudku č. j. 8 Ao 28/2021 - 83.

Poučení: Proti tomuto usnesení **nejsou** opravné prostředky přípustné.

Rozšířený senát bude ve věci rozhodovat ve složení: Josef Baxa, Filip Dienstbier, Zdeněk Kühn, Petr Mikeš, Barbara Pořízková, Aleš Roztočil, Karel Šimka. Účastníci mohou namítnout podjatost těchto soudců (§ 8 odst. 1 s. ř. s.) do jednoho týdne od doručení tohoto usnesení. Podat svá vyjádření k obsahu předkládajícího usnesení mohou ve lhůtě dvou týdnů od doručení tohoto usnesení.

V Brně dne 18. ledna 2022

JUDr. Pavel Molek
předseda senátu