

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Viktora Kučery a soudců JUDr. Lenky Matyášové a JUDr. Jakuba Camrdy v právní věci navrhovatelky: **nezl. A. A. K.**, zast. zák. zástupcem Mgr. P. K., 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 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, ze dne 22. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-6/MIN/KAN, a ze dne 30. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-8/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Návrh **s e o d m í t á** jako zjevně neopodstatněný.
- II. Odpůrci **s e** náhrada nákladů řízení **n e p ř i z n á v á**.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Návrhem ze dne 3. 5. 2021 se navrhovatelka domáhala zrušení v záhlaví označeného opatření obecné povahy – mimořádného opatření odpůrce vydaného s odkazem na § 80 odst. 1 písm. g) zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně veřejného zdraví“).

[2] Tímto mimořádným opatřením odpůrce podle § 69 odst. 1 písm. i) a odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví v čl. I. stanovil, že určeným skupinám dětí, žáků a studentů se umožní osobní přítomnost v mateřské, základní, základní speciální, střední nebo vyšší odborné škole pouze tehdy, pokud

- a) nemají příznaky onemocnění COVID-19 a

- b) podstoupí (ve frekvenci podle čl. III.) preventivní antigenní test a prokáží se negativním výsledkem, není-li v čl. II. stanoveno jinak.

[3] V čl. II. napadeného opatření odpůrce stanovil výjimky, na které se povinnost preventivního antigenního testování nevztahuje:

- „Podmínka podle čl. I písm. b) se považuje za splněnou, pokud osoba doloží, že*
- a) prodělala laboratorně potvrzené onemocnění COVID-19, uplynula u ní doba izolace podle platného mimořádného opatření Ministerstva zdravotnictví a od prvního pozitivního POC antigenního testu na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 nebo RT-PCR testu na přítomnost viru SARS-CoV-2 neuplynulo více než 90 dní,*
 - b) má negativní výsledek POC antigenního testu na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 nebo RT-PCR testu na přítomnost viru SARS-CoV-2, které nejsou starší 48 hodin, a které byly provedeny poskytovatelem zdravotních služeb podle aktuálně platného mimořádného opatření Ministerstva zdravotnictví k provádění testů, nebo*
 - c) má vystavený certifikát Ministerstva zdravotnictví ČR o provedeném očkování proti onemocnění COVID-19, a od aplikace druhé dávky očkovací látky v případě dvoudávkového schématu podle souhrnu údajů o léčivém přípravku (dále jen „SPC“) uplynulo nejméně 14 dní, nebo od aplikace první dávky očkovací látky v případě jednodávkového schématu podle SPC uplynulo nejméně 14 dnů.“*

II. Návrh, vyjádření odpůrce a osoby zúčastněné na řízení

[4] V době podání návrhu byla navrhovatelka žákyní 1. ročníku víceletého gymnázia v Poděbradech. Navrhovatelka brojila proti mimořádnému opatření jako celku, přičemž argumentovala tím, že čl. II. vůbec nepočítá s možností výjimky z testování pro osobu, která COVID-19 prodělala a má protilátky, které jí v podstatě staví na roveň osobě očkované. Navrhovatelka podle svých tvrzení onemocnění COVID-19 prodělala v prosinci 2020 a vyjádřila přesvědčení, že má dostatek protilátek, což doložila výsledky aktuálních laboratorních testů (ze dne 8. 4. 2021). Na základě toho pak považovala povinnost nechat se opakovaně preventivně testovat za zcela nadbytečnou a diskriminační, neboť má dostatečnou imunitu.

[5] V další argumentaci navrhovatelka uvedla, že napadené mimořádné opatření překračuje zákonný rámec; povinnost dětí podstoupit preventivní testování totiž žádný zákon nestanoví. Zákon č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých zákonů (dále jen „pandemický zákon“) v § 2 odst. 2 písm. m) umožňuje odpůrci, aby vydal formou mimořádného opatření příkaz testovat zaměstnance a jiné pracovníky, nikoli však děti ve školách. A tuto možnost nelze dovodit ani na základě § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví. Navrhovatelka rovněž namítala nedostatečnost odůvodnění napadeného opatření, jakož i jeho nezákonnost a nepřiměřenost – a to zejména ve vztahu k nedotknutelnosti osoby a jejího soukromí a zásahu do práva na vzdělání.

[6] Podle navrhovatelky jakýkoli zákrok v oblasti péče o zdraví lze provést pouze za podmínky, že k němu dotčená osoba poskytla svobodný a informovaný souhlas – srov. čl. 5 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně (č. 96/2001 Sb.m.s.). Mimořádné opatření ovšem s ničím takovým nepočítá, naopak souhlas s provedením testování na své osobě je

pokračování

jím nepřímo vynucován neumožněním osobní přítomnosti ve škole. V tomto ohledu považovala navrhovatelka mimořádné opatření také za nepřiměřené, především pokud jde o kritérium vhodnosti (ohledně užití antigenních testů).

[7] Odpůrce ve svém vyjádření navrhl, aby Nejvyšší správní soud návrh jako nedůvodný zamítl. Dle jeho názoru k překročení zákonného rámce nedošlo, neboť zákon o ochraně veřejného zdraví mu v § 69 odst. 1 písm. i) umožňuje nařídít určité činnosti k likvidaci epidemie nebo nebezpečí jejího vzniku, přičemž do této kategorie spadá i podmínění vstupu do školy testováním. Současně odpůrce poznamenal, že v případě sebetestování se nejedná o výkon zdravotní služby, ke kterému by byl nutný souhlas. Použití antigenních testů považoval odpůrce nejen za přiměřeně spolehlivé a současně připomněl, že jiný návrh na zrušení napadeného mimořádného opatření Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 6. 5. 2021, č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, zamítl. Na tento rozsudek odpůrce opakovaně odkázal a poznamenal, že odůvodnění napadeného opatření splňuje požadavky dané § 3 odst. 2 pandemického zákona, které nelze vykládat příliš přísně.

[8] Do řízení se přihlásila osoba zúčastněná na řízení s tím, že jako žákyně 1. stupně základní školy v Brně hodlá uplatňovat svá práva, neboť i její prezenční výuka je podmíněna provedením preventivního antigenního testu. Podobně jako navrhovatelka 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

/usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 6. 2021, č. j. 5 Ao 13/2021 - 44/

[9] Nejvyšší správní soud věc posoudil na základě § 13 pandemického zákona ve spojení s § 101a a násl. zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“); v tomto ohledu nejprve konstatoval, že návrh byl podán včas (§ 13 odst. 2 pandemického zákona) a splněny jsou i další procesní podmínky řízení, včetně aktivní procesní legitimace navrhovatelky – žákyně nižšího stupně víceletého gymnázia. Napadené opatření tedy na navrhovatelku přímo dopadalo a právě v důsledku toho tvrdila zkrácení svých práv.

[10] Na podkladě aktivní procesní legitimace navrhovatelky a v mezích jí tvrzeného zásahu do práv poté přistoupil Nejvyšší správní soud k posouzení návrhu na zrušení mimořádného opatření ohledně antigenního testování ve školách. V danou dobu Nejvyšší správní soud evidoval více než dvě desítky návrhů na zrušení tohoto opatření, kterým se velmi podrobně zabýval při meritorním přezkumu prvního z podaných návrhů; tento návrh zamítl rozsudkem ze dne 6. 5. 2021, č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, č. 4204/2021 Sb. NSS, jak poukázal již odpůrce ve svém vyjádření.

[11] Nejvyšší správní soud neshledal důvodu odchýlit se od závěrů přijatých v rozsudku č. j. 5 Ao 1/2021 - 65; současně neshledal ani žádný jiný důvod, pro který by bylo rozumné a respektující ekonomii soudního procesu, aby navrhovatelkou podaný návrh projednal běžnou procedurou, a proto podle § 13 odst. 3 věty první pandemického zákona její návrh na základě zjednodušeného posouzení usnesením ze dne 24. 6. 2021, č. j. 5 Ao 13/2021 - 44,

odmítl jako zjevně neopodstatněný. V odůvodnění vycházel z podstaty návrhu, resp. jeho důvodů, kterými je vázán. Navrhovatelka v něm zpochybňovala testování ve školách, k němuž se Nejvyšší správní soud přiměřeně podrobně vyjádřil – a to včetně výjimek z testování, které navrhovatelka napadala, s tím, že čl. II. mimořádného opatření nepočítá s možností výjimky pro osobu, která COVID-19 prodělala a v důsledku toho je vybavena protilátkami.

[12] K tomu Nejvyšší správní soud poznamenal, že navrhovatelka netvrdí ani nedokládá, že by prodělala laboratorně potvrzené onemocnění COVID-19, uplynula u ní potřebná doba izolace a od prvního pozitivního testu (ne)uplynulo více než 90 dní – viz čl. II. písm. a) napadeného opatření. Soud neměl důvod zpochybňovat tvrzení, že navrhovatelka onemocnění COVID-19 prodělala, nicméně nemá-li to laboratorně potvrzeno, včetně toho, jaká doba uplynula od prvního pozitivního testu, těžko lze uvažovat o aplikaci dané výjimky ve smyslu uvedeného čl. II.; tento článek – pod písm. a) až c) – upravuje celkem tři výjimky z povinnosti podstoupit preventivní antigenní test ve škole a daný případ neodpovídá žádné z nich.

[13] Navrhovatelka se svým návrhem v podstatě dožadovala toho, aby byla v mimořádném opatření stanovena další výjimka vztahující se na osoby s dostatečným množstvím protilátek, jež ji staví na roveň osobám očkovaným [na něž dopadá výjimka pod písm. c)]. Nejvyšší správní soud ovšem nemá pravomoc doplňovat jakékoli ustanovení (další výjimku) do napadeného opatření. Předmětem přezkumu je akt smíšené povahy, který v mnohém připomíná právní předpis, a v tomto směru je možné roli zdejšího soudu připodobnit roli Ústavního soudu jako tzv. negativního zákonodárce; ustanovení zákonů, která jsou v rozporu s ústavním zákonem, může zrušit, nemůže je však nahradit svým vlastním rozhodnutím. Obdobně též Nejvyšší správní soud může napadené opatření nebo jeho část zrušit, nemůže ho ovšem nijak doplnit či dotvořit vlastním rozhodnutím, jak fakticky požaduje navrhovatelka.

IV. Posouzení věci Ústavním soudem

/nález Ústavního soudu ze dne 16. 11. 2021, sp. zn. II. ÚS 2385/21/

[14] K podané ústavní stížnosti byla předmětná věc posouzena Ústavním soudem, který nálezem ze dne 16. 11. 2021, sp. zn. II. ÚS 2385/21, shledal, že shora uvedeným usnesením Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 6. 2021, č. j. 5 Ao 13/2021 - 44, bylo porušeno základní právo navrhovatelky na soudní ochranu podle čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (výrok I.); toto rozhodnutí proto zrušil (výrok II.).

[15] Ústavní soud s odkazem na svoji dosavadní judikaturu – nález ze dne 30. 7. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 32/18, č. 232/2019 Sb., bod 22. odůvodnění a v něm uvedená další rozhodnutí – dovodil, že neústavnost či nezákonnost opatření obecné povahy může spočívat i v nedostatečné úpravě určité otázky. Jelikož obecné soudy nemají pravomoc opatření obecné povahy doplňovat či měnit, dopadá nezákonnost či neústavnost na opatření obecné povahy jako celek či na tu jeho část, v níž byl nedostatek zjištěn.

[16] Podle názoru Ústavního soudu se tedy měl Nejvyšší správní soud „věcně zabývat tím, zda námitka nedostatečné úpravy výjimek v předmětném mimořádném opatření je či není

pokračování

důvodná a na tomto základě měl případně v situaci, kdy by dospěl k závěru, že je úprava výjimky v napadeném opatření obecné povahy nedostatečná, napadené mimořádné opatření (jeho relevantní část) případně zrušit či vyslovit jeho nezákonnost. Je třeba poukázat na to, že Nejvyšší správní soud deklaroval, že jeho úkolem je postupovat obdobně jako Ústavní soud při přezkumu právních předpisů, avšak bez vysvětlení nerefletoval judikaturu Ústavního soudu a odmítl se namítaným nedostatkem v úpravě mimořádného opatření substantivně zabývat. Tím Nejvyšší správní soud porušil právo stěžovatelek na soudní ochranu dle čl. 36 odst. 1 Listiny – srov. bod 17. odůvodnění nálezu sp. zn. II. ÚS 2385/21. V závěru tohoto zrušujícího nálezu pak Ústavní soud shrnul, že Nejvyšší správní soud svou přezkumnou pravomoc vyložil úzce a napříště ho zavázal, aby se zabýval námitkou týkající se absence výjimky z preventivního testování ve školách pro osoby se zjištěnými protilátkami.

V. Nové posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[17] Nejvyššímu správnímu soudu na základě výše vyslovených závěrů Ústavního soudu nezbylo než se blíže zabývat čl. II napadeného mimořádného opatření. Nutno poznamenat, že toto mimořádné opatření, jakož i další navazující opatření, kterými bylo postupně měněno, bylo s účinností od 1. 7. 2021 zrušeno, a to mimořádným opatřením odpůrce ze dne 17. 6. 2021, č. j. MZDR 20029/2021-3/Min/KAN. To ovšem nebrání dalšímu postupu v řízení – viz § 13 odst. 4 pandemického zákona, který oproti obecné úpravě umožňuje soudu přezkoumat též mimořádné opatření odpůrce, které bylo zrušeno, a příp. vynést deklaratorní výrok určující jeho nezákonnost.

V. a) K čl. II. mimořádného opatření, vč. jeho odůvodnění a zákonného zmocnění odpůrce

[18] Napadené mimořádné opatření v čl. II. stanovilo výjimky, kdy se preventivní testování ve školách neprovádí. Těmito výjimkami byly (zjednodušeně řečeno): a) jiný provedený test nebo b) prodělání onemocnění COVID-19 nebo c) očkování proti onemocnění COVID-19. V praxi se někdy hovoří o tzv. systému O-N-T (očkování, nemoc, test), který stát používá pro rozvolnění plošných opatření; zde tímto plošným opatřením bylo dlouhodobé omezení provozu škol – především prezenčního vzdělávání, které bylo nahrazeno distanční výukou. Právě se snaže najít cestu k opětovnému umožnění prezenčního vzdělávání zavedl odpůrce ve školách preventivní antigenní testování s tím, že jde o minimální zásah, který ale umožní naplnit právo na vzdělání a zároveň je nástrojem pro ochranu zdraví.

[19] K tomu měl odpůrce zákonné zmocnění a dostatek pravomoci podle zbytkového ustanovení § 69 odst. 1 písm. i) ve spojení s § 80 odst. 1 písm. g) zákona o ochraně veřejného zdraví, které není dotčeno pandemickým zákonem (§ 2 odst. 2 písm. m)], jak tvrdí navrhovatelka; v podrobnostech lze odkázat na odůvodnění již zmíněného rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, který byl rovněž napaden ústavní stížností, ovšem Ústavní soud ji v mezidobí odmítl usnesením ze dne 27. 7. 2021, sp. zn. IV. ÚS 1474/21.

[20] Nicméně je třeba připustit určitou souvztažnost obou uvedených norem; viz zejm. § 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 (§ 3 odst. 1 až 5 v návaznosti na § 4 pandemického zákona).

[21] V daném případě vláda předběžný souhlas vydala a odpůrce mimořádné opatření odůvodnil, přičemž se soustředil především na otázku přiměřenosti zásahu do práv a oprávněných zájmů dětí/žáků/studentů. Ve vztahu k výše stanoveným výjimkám odpůrce parafrázoval text mimořádného opatření v čl. II., vyjmenoval ony tři případy, kdy se preventivní testování neprovádí a konstatoval: *„V případě dřívějšího prodělání COVID-19 se předpokládá, že taková osoba je vůči COVID-19 po dobu 90 dní od posledního RT-PCR testu imunní a testování je tedy nadbytečné.“*

[22] Navrhovatelka odpůrcem vymezené výjimky nezpochybňuje, avšak cítí se být nedůvodně diskriminována a nezákonnost mimořádného opatření spatřuje v tom, že mezi výjimkami měl být i pozitivní test na přítomnost protilátek proti onemocnění COVID-19; tento test také ke svému návrhu doložila. To, že odpůrce opomněl do čl. II. mimořádného opatření zahrnout též výjimku pro osoby se zjištěnými protilátkami, může zakládat nezákonnost této části opatření, jak uvedl Ústavní soud ve svém zrušujícím nálezu sp. zn. II. ÚS 2385/21. Nejvyšší správní soud je závěry tohoto nálezu vázán, a proto se otázkou absence této výjimky z testování ve školách zabýval. Z odůvodnění odpůrce je zřejmá nadbytečnost testování po prodělání onemocnění (příp. očkování) – a to s odkazem na získanou imunitu. Právě na dostatečnou imunitu odkazuje i navrhovatelka, avšak dovozuje ji z laboratorně naměřených protilátek.

[23] Touto otázkou se podrobně zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 20. 10. 2021, č. j. 8 Ao 22/2021 - 183, v němž (bod [51]) *„akceptoval náhled odpůrce, podle něhož imunitu proti onemocnění covid-19 nelze ztotožňovat s laboratorně naměřenými protilátkami proti uvedené nemoci, neboť imunita je komplexní reakcí organismu. Na tom, kdy již naměřené protilátky představují dostatečnou imunitu, není vědecká shoda a zároveň je měření protilátek problematické i z dalších důvodů. Mezi ně patří (jak již bylo výše uvedeno) mimo jiné nestandardizované postupy pro jejich měření, možná falešná pozitivita v návaznosti na nákazu jiným koronavirem (například běžné nachlazení) nebo to, že protilátky značí akutně probíhající infekci. Soud má v této souvislosti za to, že tento závěr odpůrce (jež má oporu i v samotném odůvodnění napadeného mimořádného opatření), není ve smyslu výše citované judikatury „svévolný či nesmyslný“ a lze pro něj najít oporu v podkladech, na nichž odpůrce založil odůvodnění napadeného mimořádného opatření či je předložil v řízení před soudem. Odpůrcem zvolené řešení je tedy opřeno i o vědecké poznatky. Otázce, proč neuznává přítomnost protilátek jako doklad bezinfekčnosti, se odpůrce věnoval v odůvodnění podrobně, přičemž k příslušné (zvláštní) části odůvodnění připojil odkazy (viz odkazy 40 a 41 na str. 29 odůvodnění) na doporučení FDA (Úřadu pro kontrolu potravin a léčiv USA), v rámci obecné části odůvodnění pak mimo jiné ve vztahu k nestanovení protektivní hladiny protilátek odkázal na zprávu ECDC (Technical report) z 29. 3. 2021 (viz odkaz 9 na str. 13 odůvodnění). V případě uvedených institucí jde o vládní agenturu Spojených států amerických, resp. agenturu EU. Zejména v případě ECDC jsou doporučení pravidelně opřena o větší množství uznávaných*

pokračování

vědeckých studií nebo o vlastní vědecký výzkum, přičemž na základě vyhodnocení těchto podkladů jsou doporučení činěna...“ (důraz přidán).

[24] Je pravdou, že předmětem přezkumu shora citovaného rozsudku bylo jiné opatření obecné povahy – a to mimořádné opatření ze dne 26. 8. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-23/MIN/KAN, ve kterém odpůrce stanovil podmínky pro vstup osob do některých vnitřních a venkovních prostor nebo pro účast na hromadných akcích anebo jiných činnostech a které mj. v reakci na rozhodovací praxi Nejvyššího správního soudu opatřil podrobnějším odůvodněním, než je tomu u nyní posuzovaného mimořádného opatření.

[25] Na druhou stranu nelze přehlížet, že jde o opatření obecné povahy, které se svým charakterem blíží právnímu předpisu, jenž je v závislosti na aktuálním (i predikovaném) vývoji epidemické situace vydáván velmi rychle a v podstatě bez jakéhokoli předcházejícího řízení. Tomu musí odpovídat i nároky kladené na odůvodnění mimořádného opatření, které v posuzovaném případě odpovídalo době, kdy bylo přijímáno. Debata ohledně laboratorně naměřených protilátek akcelerovala v odborné i laické veřejnosti až později, přičemž nosnou myšlenkou napadeného opatření bylo uvolnění provozu škol a umožnění osobní přítomnosti vybraných skupin dětí/žáků/studentů ve škole při prezenční výuce – byť za podmínky povinného preventivního testování.

[26] Výjimky z testování ve školách svým charakterem ve smyslu systému O-N-T odpovídaly výjimkám z testování, jimiž se Nejvyšší správní soud zabýval v rozsudku č. j. 8 Ao 22/2021 - 183, jehož závěry jsou přenositelné (*mutatis mutandis*) též na nyní souzenou věc. V ní odpůrce stanovení výjimek stručně odůvodnil (na str. 9) s odkazem na imunitu, což lze podle názoru páteho senátu akceptovat právě s ohledem na závěry zmíněného rozsudku osmého senátu – srov. tzv. incidentní retrospektivitu působení judikatury, k níž Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 31. 3. 2011, č. j. 9 Afs 81/2010 - 180, č. 2415/2011 Sb. NSS, s odkazem na právní doktrínu vyslovil: „*Důležitou a související otázkou je problém časové působnosti nově vysloveného právního názoru, tedy zda má nový právní názor vyslovený v novém rozhodnutí účinky retrospektivní nebo prospektivní. Je nepochybné, že v českém systému existuje v zásadě pouze incidentní retrospektivita, tedy aplikace nové soudem utvořené (dotvořené) normy na všechny kauzy aktuálně před soudy probíhající, stejně jako na všechny žaloby podané po dni vynesení nového právního názoru.*“

[27] Na základě závěrů vyslovených zdejším soudem v rozsudku č. j. 8 Ao 22/2021 - 183, lze proto uzavřít, že nyní napadené opatření nebylo v rozsahu čl. II. (výjimky z testování) v rozporu se zákonem a navrhovatelka nebyla diskriminována, neboť nebyla ve srovnatelném postavení s osobami, které získaly imunitu očkováním nebo laboratorně prokázaným onemocněním (v případě osob, u nichž byly prokázány protilátky, totiž s ohledem na aktuální stav vědeckého poznání nelze bez dalšího předpokládat existenci imunity proti onemocnění COVID-19 v tom smyslu jak byla popsána výše – viz bod [23] tohoto rozsudku). Návrh je v daném ohledu vzhledem k citovanému rozsudku č. j. 8 Ao 22/2021 - 183 zjevně neopodstatněný.

V. b) K nedotknutelnosti osoby a zásahu do práva na vzdělání

[28] Zbývající námitky týkající se nedotknutelnosti osoby a práva na vzdělání svoji podstatou odpovídají důvodům návrhu, který Nejvyšší správní soud zamítl rozsudkem ze dne 6. 5. 2021, č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, na jehož odůvodnění lze v podrobnostech odkázat a pro potřeby odůvodnění této věci ho lze shrnout následujícím způsobem.

[29] Napadeným opatřením zavedené antigenní testování ve školách není zdravotní službou, resp. zákrokem ve smyslu Úmluvy o lidských právech a biomedicíně, neboť je založeno na tom, že se děti, žáci nebo studenti budou testovat sami. Školy v tomto směru nemají volbu a není proto pochyb o tom, že jimi prováděné testování není a nemůže být bráno jako zdravotní služba (zákrok), k němuž by bylo nutné poskytnutí svobodného a informovaného souhlasu, jež plyne z podstaty nedotknutelnosti osoby (čl. 7 Listiny základních práv a svobod).

[30] Nejvyšší správní soud v tomto ohledu neshledal rozpor napadeného opatření s ústavním pořádkem (nedotknutelností osoby) ani s právní úpravou na zákonné úrovni a dodává, že opatření nikterak neupravovalo, jaké konkrétní preventivní testy mají být ve školách zajištěny, avšak muselo jít o „*vyšetření prostřednictvím neinvazivního preventivního antigenního testu na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2*“. Už z toho je patrné, že testování ve školách muselo probíhat co nejméně zatěžující metodou antigenního testování, kterou odpůrce považoval za přiměřeně spolehlivou a dostatečnou pro to, aby bylo v případě pozitivního výsledku dáno alespoň zvýšené podezření na přítomnost viru SARS-CoV-2.

[31] V takovém případě je oddělení od ostatních osob a bezodkladné opuštění školy adekvátním opatřením a nejedná se o postup, který by byl v rozporu s ochranou osobních údajů dítěte. Oddělení pozitivně testovaných osob je přirozeným důsledkem pozitivního výsledku testování, který napadené opatření předvídá, stejně jako to, že osoba s pozitivním výsledkem je povinna kontaktovat svého praktického lékaře a podstoupit tzv. konfirmační PCR test za účelem relevantního ověření výsledku. Dalším důsledkem pozitivního výsledku preventivního testování je to, že se žák anebo student nemůže účastnit prezenčního vzdělávání; totéž platí i pro případ, že dítě/žák/student testování podstoupit odmítne.

[32] 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 neshledal rozporným nejen ve vztahu k nedotknutelnosti osoby a jejího soukromí, nýbrž i ve vztahu k ústavně zaručenému právu na vzdělání (čl. 33 Listiny základních práv a svobod).

[33] 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 základních práv a svobod: „*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*

pokračování

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

1. vymezení smyslu a podstaty základního práva, tedy určitého esenciálního obsahu;
2. zhodnocení, zda se zákon nedotýká samotné existence tohoto práva nebo jeho skutečné realizace (esenciálního obsahu); teprve při případném zjištění, že tomu tak je, měl by přijít na řadu test proporcionality. Pokud se zákon esenciálního obsahu tohoto práva nedotýká, následuje
3. posouzení, zda zákonná úprava sleduje legitimní cíl – tedy zda není svévolným zásadním snížením celkového standardu základních práv, a konečně
4. zvážení otázky, zda zákonný prostředek použitý k jeho dosažení je rozumný (racionální), byť nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší.

[34] V zásadě ve stejné struktuře postupoval i Nejvyšší správní soud, přičemž volil velmi zdrženlivý přístup a přihlédl 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“; naopak v součinnosti se školami bylo nutno netestovaným žákům zajistit alespoň minimální formu studijní podpory (posílání plánu učiva, individuální konzultace apod.).

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

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

testování, skrze které dochází k naplňování legitimního cíle (ochrany veřejného zdraví), aniž by se přitom toto opatření jevílo nerozumným.

[37] 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, neznámá to, že by antigenní testy vůbec využitelné nebyly. Navíc Nejvyšší správní soud už ve svých předchozích rozhodnutích 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.

[38] 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. Omezených možností zvolené metody testování si byl ostatně vědom i samotný odpůrce, ale přijal ji jako doplňkové opatření, jež Nejvyšší správní soud respektuje s poukazem na princip předběžné opatrnosti (je třeba se snažit využít všechny dostupné prostředky, které mohou napomoci eliminovat nákazu, vč. antigenních testů).

VI. Závěr a náklady řízení

[39] Na základě shora uvedeného Nejvyšší správní soud uzavírá, že návrh shledal zjevně neopodstatněným, a proto jej mimo ústní jednání dle § 13 odst. 3 věty první pandemického zákona odmítl.

[40] Při rozhodování o nákladech řízení Nejvyšší správní soud vycházel z usnesení svého rozšířeného senátu ze dne 25. 3. 2021, č. j. 8 As 287/2020 - 33, č. 4170/2021 Sb. NSS, podle něhož odmítnutí kasační stížnosti pro její nepřijatelnost je jakýmsi zjednodušeným přezkumem; v principu podobné nastavení lze uplatnit rovněž u odmítnutí návrhu pro jeho zjevnou neopodstatněnost. Výrok o náhradě nákladů řízení se proto opírá o § 60 odst. 1 větu první s. ř. s. Odpůrce měl ve věci úspěch, měl by tedy vůči neúspěšné navrhovatelce právo na náhradu nákladů, které v řízení důvodně vynaložil. Ze spisu však nevyplývá, že by mu v tomto řízení jakékoli náklady nad rámec běžné administrativní činnosti vznikly, proto mu soud jejich náhradu nepřiznal.

[41] 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 soud v dané věci osobě zúčastněné na řízení žádnou povinnost neuložil, rozhodl tak, že nemá právo na náhradu nákladů řízení.

pokračování

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

V Brně dne 21. dubna 2022

JUDr. Viktor Kučera
předseda senátu