



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Viktora Kučery a soudců JUDr. Lenky Matyášové a JUDr. Jakuba Camrdy v právní věci navrhovatelek: **a) nezl. E. H. K., a b) nezl. S. D. K.**, obě zast. zákonným zástupcem Mgr. P. K., proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha, o návrhu na zrušení mimořádného opatření odpůrce ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN, ve znění mimořádného opatření ze dne 12. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-4/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Mimořádné opatření odpůrce ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN, ve znění mimořádného opatření ze dne 12. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-4/MIN/KAN, **bylo** v rozsahu **čl. II. v rozporu se zákonem.**
- II. Ve zbývajícím rozsahu **se** návrh **odmítá** jako zjevně neopodstatněný.
- III. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

1. Vymezení věci

[1] Návrhem ze dne 20. 4. 2021 se navrhovatelky a) a b) domáhaly 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.“*

2. Návrh a vyjádření odpůrce

[4] V době podání návrhu byla navrhovatelka a) dítětem, které se povinně účastní předškolního vzdělávání v mateřské škole v obci S.; navrhovatelka b) byla žákyní 1. stupně základní školy v téže obci. Obě navrhovatelky brojily proti mimořádnému opatření jako celku, přičemž argumentovaly tím, že čl. II. vůbec nepočítá s možností výjimky z testování pro osobu, která COVID-19 prodělala a má protilátky, které jí v podstatě staví na roveň osobě očkové. Navrhovatelky podle svých tvrzení onemocnění COVID-19 prodělaly v prosinci 2020 a vyjádřily přesvědčení, že mají dostatek protilátek, což doložily výsledky aktuálních laboratorních testů (ze dne 8. 4. 2021). Na základě toho pak považovaly povinnost nechat se opakovaně preventivně testovat za zcela nadbytečnou a diskriminační, neboť mají dostatečnou imunitu.

[5] V další argumentaci navrhovatelky uvedly, 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. Navrhovatelky rovněž namítaly 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.

pokračování

[6] Podle navrhovatelek jakýkoli zákrok v oblasti péče o zdraví lze provést pouze za podmínky, že k němu dotčená osoba poskytla svobodný a informovaný souhlas – srov. čl. 5 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně (č. 96/2001 Sb.m.s.). Mimořádné opatření ovšem s ničím takovým nepočítá, naopak souhlas s provedením testování na své osobě je jím nepřímo vynucován neumožněním osobní přítomnosti ve škole. V tomto ohledu považovaly navrhovatelky 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, ale také za vhodné. Podle odpůrce odůvodnění napadeného opatření splňuje požadavky dané § 3 odst. 2 pandemického zákona, které nelze vykládat příliš přísně. K namítanému zásahu do práva na vzdělání odpůrce uvedl, že v daném případě proti němu stojí právo na ochranu zdraví a života. Je proto potřeba provést test proporcionality, který napadené mimořádné opatření splňuje.

3. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[8] Nejvyšší správní soud věc posoudil podle § 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 navrhovatelek – dětí účastnících se vzdělávání v mateřské a v základní škole. Napadené opatření tedy na navrhovatelky přímo dopadalo a právě v důsledku toho tvrdily zkrácení svých práv.

[9] Na podkladě aktivní procesní legitimace navrhovatelek a v mezích jimi 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. Nejvyšší správní soud neshledal důvodu odchýlit se od závěrů přijatých v tomto rozsudku a současně neshledal ani žádný jiný důvod, pro který by bylo rozumné a respektující ekonomii soudního procesu, aby navrhovatelkami podaný návrh projednal běžnou procedurou, a proto podle § 13 odst. 3 věty první pandemického zákona jejich návrh usnesením ze dne 24. 6. 2021, č. j. 5 Ao 6/2021-40, odmítl jako zjevně neopodstatněný.

3.1. Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 6. 2021, č. j. 5 Ao 6/2021-40

[10] V odůvodnění soud vycházel z podstaty návrhu, resp. jeho důvodů, kterými je vázán. Navrhovatelky v něm zpochybňovaly testování ve školách, k němuž se Nejvyšší správní soud přiměřeně podrobně vyjádřil – a to včetně výjimek z testování, které navrhovatelky

napadaly s tím, že čl. II. mimořádného opatření nepočítá s možností výjimky pro osobu, která COVID-19 prodělala a v důsledku toho je vybavena protilátkami.

[11] K tomu Nejvyšší správní soud poznamenal, že žádná z navrhovatelek netvrdí ani nedokládá, že by prodělala laboratorně potvrzené onemocnění COVID-19, uplynula u ní potřebná doba izolace a od prvního pozitivního testu (ne)uplynulo více než 90 dní – viz čl. II. písm. a) napadeného opatření. Soud neměl důvod zpochybňovat tvrzení, že navrhovatelky onemocnění COVID-19 prodělaly, nicméně nemají-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. Navrhovatelky se svým návrhem v podstatě dožadovaly toho, aby byla v mimořádném opatření stanovena další výjimka vztahující se na osoby s dostatečným množstvím protilátek, jež je staví na roveň osobám očkovaným [na něž dopadá výjimka pod písm. c)]. To ovšem Nejvyšší správní soud odmítl s tím, že nemá pravomoc doplňovat jakékoli ustanovení (další výjimku) do napadeného opatření. Nejvyšší správní soud může napadené opatření nebo jeho část zrušit, nemůže ho nijak doplnit nebo dotvořit vlastním rozhodnutím, jak fakticky požadují navrhovatelky.

[12] K podané ústavní stížnosti navrhovatelek věc posoudil Ústavní soud, který svým nálezem ze dne 16. 11. 2021, sp. zn. II. ÚS 2385/21, shledal, že shora uvedeným usnesením Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Ao 6/2021-40 bylo porušeno základní právo navrhovatelek na soudní ochranu podle čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (výrok I.); toto rozhodnutí proto zrušil (výrok II.). Ústavní soud 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. 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 důvodná a na tomto základě měl případně v situaci, kdy by dospěl k závěru, že je úprava výjimek v napadeném opatření obecné povahy nedostatečná, napadené mimořádné opatření (jeho relevantní část) případně zrušit či vyslovit jeho nezákonnost...“ (bod 17. nálezu sp. zn. II. ÚS 2385/21).

[13] Na základě citovaných závěrů Ústavního soudu se tedy Nejvyšší správní soud věcně zabýval čl. II napadeného mimořádného opatření. Poznamenal přitom, že toto opatření, jakož i další navazující opatření, kterými bylo postupně měněno, bylo v mezidobí s účinností od 1. 7. 2021 zrušeno mimořádným opatřením ze dne 17. 6. 2021, č. j. MZDR 20029/2021-3/MIN/KAN. To však soudu nebránilo 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 vynést deklaratorní výrok určující jeho nezákonnost. K tomuto výroku Nejvyšší správní soud ani napodruhé nepřikročil a návrh usnesením ze dne 21. 4. 2022, č. j. 5 Ao 6/2021-68, opět odmítl jako zjevně neopodstatněný, přičemž vycházel z následujících úvah.

3.2. Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 4. 2022, č. j. 5 Ao 6/2021-68

pokračování

[14] Napadené mimořádné opatření v čl. II. stanovilo výjimky, kdy se preventivní testování ve školách neprovádí. Těmito výjimkami byly: 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 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 umožní naplnit právo na vzdělání a zároveň je nástrojem pro ochranu zdraví. 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 navrhovatelky; v podrobnostech srov. odůvodnění již zmíněného rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Ao 1/2021-65.

[15] 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). V daném případě vláda předběžný souhlas vydala a odpůrce své opatření odůvodnil, přičemž se soustředil především na otázku přiměřenosti zásahu do práv a oprávněných zájmů dětí/žáků/studentů. Ve vztahu k výše stanoveným výjimkám však odpůrce v odůvodnění pouze parafrázoval text mimořádného opatření v čl. II. a vyjmenoval ony tři případy, kdy se preventivní testování neprovádí. K podstatě věci samé pak poznamenal (na str. 9) jen jedinou větu: „*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.*“

[16] Navrhovatelky odpůrcem vymezené výjimky v zásadě nezpochybňují, nicméně cítí se být nedůvodně diskriminovány a nezákonnost mimořádného opatření spatřují především v tom, že mezi výjimkami měl být i pozitivní test na přítomnost protilátek proti onemocnění COVID-19; tento test také ke svým návrhům doložily. 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 byl 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 poukazem na získanou imunitu. Právě na dostatečnou imunitu odkazují i navrhovatelky, avšak dovozují ji z laboratorně naměřených protilátek.

[17] Touto otázkou se podrobně zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 20. 10. 2021, č. j. 8 Ao 22/2021-183, č. 4283/2022 Sb. NSS, 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).

[18] Předmětem přezkumu citovaného rozsudku bylo jiné opatření obecné povahy, a sice 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 opatřil podrobnějším odůvodněním, než je tomu u nyní posuzovaného mimořádného opatření. Podle Nejvyššího správního soudu však nebylo možno přehlédnout, 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. Výjimky z tohoto 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 vzal zdejší soud za přenositelné (*mutatis mutandis*) též na nyní souzenou věc.

[19] V ní odpůrce stanovení výjimek stručně odůvodnil s odkazem na imunitu, což Nejvyšší správní soud akceptoval právě s ohledem na závěry citovaného rozsudku osmého senátu (dle něhož navrhovatelky nemohly být diskriminovány, neboť nebyly ve srovnatelném postavení s osobami, které získaly imunitu očkováním či laboratorně prokázaným onemocněním).

[20] Navrhovatelky se opět obrátily na Ústavní soud, který jejich ústavní stížnosti vyhověl a nálezem ze dne 31. 10. 2023, sp. zn. IV. ÚS 1642/22, vyslovil, že usnesením Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Ao 6/2021-68 bylo porušeno ústavně zaručené základní právo navrhovatelek na soudní ochranu podle čl. 36 odst. 1 a 2 Listiny základních práv a svobod (výrok I.); proto toto usnesení zrušil (výrok II.). Podstatou zrušujícího nálezu byl nesouhlas Ústavního soudu s tím, že Nejvyšší správní soud akceptoval odůvodnění výjimek z testování v čl. II. napadeného opatření. Podle Ústavního soudu odůvodnění výjimek, které pouze parafrázuje samotný text opatření, aniž se vyjadřuje k vědeckým poznatkům

pokračování

u pozitivně vymezených výjimek, není dostatečné. Nic na tom nemění ani závěry Nejvyššího správního soudu vyslovené v rozsudku č. j. 8 Ao 22/2021-183; v něm bylo předmětem přezkumu odlišné mimořádné opatření nesrovnatelné co do rozsahu ani kvality odůvodnění s nyní napadeným opatřením. Nedostatek chybějícího odůvodnění nadto odpůrce přesvědčivě neodstranil ani v následném vyjádření k návrhu na zrušení napadeného opatření – nijak nerozvíjí úvahy ohledně (ne)dostatečnosti určité úrovně laboratorně naměřených protilátek. Podle názoru Ústavního soudu tedy Nejvyšší správní soud „nedostál ústavním požadavkům na soudní přezkum mimořádných opatření, neboť jej shledal zákonným, ačkoli neobsahovalo žádné odůvodnění stanovených výjimek z testování žáků ve školách a toto odůvodnění ministerstvo přesvědčivě nevysvětlilo ani v následném soudním řízení o návrhu na jeho zrušení“ (bod 42. nálezu sp. zn. IV. ÚS 1642/22).

[21] Nejvyšší správní soud se tedy znovu (napotřetí) zabýval touto věcí týkající se mimořádného opatření, které bylo zrušeno, což ovšem soudnímu přezkumu ani možnosti vynést deklaratorní výrok určující jeho nezákonnost nijak nebránilo. Tato výroková možnost plyne přímo z pandemického zákona a nic na tom nemění ani skutečnost, že v mezidobí byl usnesením Poslanecké sněmovny č. 113/2022 Sb. ukončen stav pandemické pohotovosti; podle přechodného ustanovení (čl. II) zákona č. 39/2022 Sb., kterým byl s účinností od 26. 2. 2022 změněn mj. právě pandemický zákon, platí: „Soudní řízení o přezkumu mimořádných opatření zahájena přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí podle zákona č. 94/2021 Sb., ve znění účinném ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona.“ Platnost esenciálních částí pandemického zákona (§ 1 až § 8) tak byla i nadále časově omezena (nově uplynutím dne 30. 11. 2022 namísto dne 28. 2. 2022), nicméně ostatní ustanovení, včetně soudního přezkumu mimořádných opatření (§ 13), zůstala nedotčena. Nic tedy nebránilo soudnímu přezkumu ve světle závěrů Ústavního soudu, jimiž je Nejvyšší správní soud vázán.

3.3. K výjimkám z testování – čl. II mimořádného opatření a jeho (ne)odůvodnění

[22] Při nemožnosti použít závěry výše citovaného rozsudku č. j. 8 Ao 22/2021-183, Nejvyššímu správnímu soudu nezbylo než – ve shodě s Ústavním soudem – vyjít z toho, že napadené mimořádné opatření prakticky žádné relevantní odůvodnění výjimek z testování upravených v čl. II. mimořádné opatření neobsahuje; jen konstatuje nadbytečnost testování po prodělání onemocnění COVID-19 s odkazem na imunitu.

[23] Odpůrce s osobami s laboratorně naměřenými protilátkami, mezi něž patří též navrhovatelky, zacházel rozdílně oproti osobám, které prodělaly onemocnění COVID-19, a to způsobem, který jim jde k tíži. Zatímco osoby s prodělaným onemocněním COVID-19 mohly na základě mimořádného opatření navštěvovat školu po stanovenou dobu od záchytu tohoto onemocnění bez dalšího, osoby s laboratorně naměřenými protilátkami proti stejnému onemocnění tak mohly činit pouze v případě, že podstoupí PCR anebo antigenní test. Odpůrce žádný legitimní důvod tohoto odlišného zacházení s osobami, které mají laboratorně potvrzené protilátky, v odůvodnění mimořádného opatření nevymezil. Úlohou Nejvyššího správního soudu není, aby takový legitimní důvod dohledával namísto odpůrce. To platí tím spíše, že se jedná o veskrze odbornou otázku, jejíž zodpovězení soudu nepřísluší; shodně srov. zejména rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 6. 2021, č. j. 6 Ao 21/2021-23, č. 4240/2021 Sb. NSS, a ze dne 2. 9. 2021, č. j. 9 Ao 13/2021-36,

kterými soud vyslovil (částečnou) nezákonnost napadených mimořádných opatření odpůrce pro jejich nedostatečné odůvodnění.

[24] Právě k této linii judikatury má nyní posuzovaná věc blíže, jak výslovně uvedl Ústavní soud; srov. bod 39. odůvodnění druhého zrušujícího nálezu sp. zn. IV. ÚS 1642/22. Nejvyšší správní soud je proto i v tomto případě nucen konstatovat, že odůvodnění napadeného mimořádného opatření neposkytuje žádnou relevantní oporu pro odpůrcem zvolené řešení ohledně výjimek z testování ve školách. Není jasné, na základě jakých úvah a konkrétních odborných podkladů dospěl odpůrce ke stanovení výjimek, a proč mezi ně nezahrnul situaci, kdy dotčené dítě/žák/student doloží, že má laboratorně potvrzenou hladinu protilátek. V mimořádném opatření absentuje zdůvodnění rozdílného zacházení s těmito osobami oproti jiným skupinám osob vymezeným v čl. II – a to osobám, které poděly onemocnění COVID-19 [písm. a)], a osobám očkovaným [písm. c)], jak namítaly navrhovatelky. Z judikatury Ústavního soudu, zejména nálezu ze dne 30.7.2019, sp. zn. Pl. ÚS 32/18, na který odkazuje již první zrušující náleze sp. zn. II. ÚS 2385/21 (bod 15.), přitom vyplývá, že i opomenutí výjimky (nad rámec výjimek vyjmenovaných v mimořádném opatření) může zakládat nezákonnost příslušné části mimořádného opatření. Přesně o takovou situaci se jedná v této věci, přičemž s ohledem na charakter zjištěné vady (nepřezkoumatelnosti) Nejvyššímu správnímu soudu nezbylo než vyslovit v souladu s § 13 odst. 4 pandemického zákona, že čl. II. mimořádného opatření byl v rozporu se zákonem.

[25] Dlužno dodat, že Nejvyšší správní soud tak rozhodl bez jednání postupem podle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s., podle kterého: „*Soud zruší napadené rozhodnutí pro vady řízení bez jednání rozsudkem pro nepřezkoumatelnost spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí*“. Toto ustanovení se podle § 101b odst. 4 s. ř. s. v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy použije přiměřeně a soud pro tento postup v daném případě shledal zákonné podmínky.

3.4. K nedotknutelnosti osoby a zásahu do práva na vzdělání

[26] Vadou nepřezkoumatelnosti je stižena pouze část napadeného opatření (čl. II.), kterou lze oddělit od ostatních částí a nijak nebrání přezkumu zbylých námitek týkajících se nedotknutelnosti osoby a práva na vzdělání. Tyto námitky svou podstatou odpovídají důvodům návrhu, který Nejvyšší správní soud zamítl již zmíněným rozsudkem ze dne 6. 5. 2021, č. j. 5 Ao 1/2021-65; na odůvodnění tohoto rozsudku (pro,ti němuž byla podána ústavní stížnost, kterou Ústavní soud odmítl usnesením ze dne 27. 7. 2021, sp. zn. IV. ÚS 1474/21) lze v podrobnostech odkázat a pro potřeby odůvodnění této věci ho lze *mutatis mutandis* shrnout následujícím způsobem.

[27] 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 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).

pokračování

[28] 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.

[29] V takovém případě je oddělení od ostatních osob a bezodkladné opuštění školy adekvátním opatřením a nejedná se o postup, který by byl v rozporu s ochranou citlivých zdravotních údajů dítěte. 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.

[30] 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).

[31] 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 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 (racionalní), byť nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší.

[32] 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.).

[33] 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 rationality].

[34] 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 jevilo nerozumným.

[35] 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. 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

pokračování

ekonomická a organizační, jako jsou náklady na opakované testování vysokého počtu osob, kapacita pro provádění a vyhodnocení testů apod.

[36] 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).

[37] Na základě toho Nejvyšší správní soud ve zbytku shledal návrh zjevně neopodstatněným, a proto jej mimo ústní jednání dle § 13 odst. 3 věty první pandemického zákona odmítl.

4. Závěr a náklady řízení

[38] Nejvyšší správní soud tak shrnuje a uzavírá, že v části týkající se výjimek z testování ve školách shledal návrh důvodným. Vzhledem k tomu, že již bylo napadené mimořádné opatření zrušeno, vyslovil soud, že toto mimořádné opatření bylo v rozsahu čl. II, který upravoval právě výjimky z testování, v rozporu se zákonem (§ 13 odst. 4 pandemického zákona); viz výrok I. tohoto rozsudku. Ve zbytku soud návrh odmítl jako zjevně neopodstatněný (§ 13 odst. 3 pandemického zákona); viz výrok II. tohoto rozsudku.

[39] O náhradě nákladů řízení rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož *„má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Měl-li úspěch jen částečný, přizná mu soud právo na náhradu poměrné části nákladů.“*

[40] Navrhovatelky a) a b) měly v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy pouze částečný úspěch – soud vyslovil rozpor mimořádného opatření odpůrce se zákonem pouze v části čl. II, nicméně s ohledem na kontext celého sporu lze míru úspěchu obou účastníků hodnotit jako stejnou. Navrhovatelky na straně jedné neuspěly s tím, že by testování ve školách na základě napadeného mimořádného opatření odpůrce nebylo vůbec možné, na straně druhé uspěly stran výjimek z tohoto testování, jejichž stanovení nebylo odpůrcem dostatečně odůvodněno. Nejvyšší správní soud proto rozhodl, že žádný z účastníků nemá vůči tomu druhému právo na náhradu nákladů řízení; viz výrok III. tohoto rozsudku (obdobně např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 8. 2022, č. j. 6 Ao 32/2021-76, a ze dne 8. 11. 2022, č. j. 7 Ao 26/2021-54).

[41] Pouze pro úplnost Nejvyšší správní soud dodává, že jakkoli je otec navrhovatele jako jejich zákonný zástupce také advokát, mezi ním a oběma nezletilými navrhovatelkami neexistuje smluvní zastoupení ve smyslu § 441 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Smluvní zastoupení, které je typické pro vztah advokáta a jeho klienta, vzniká na základě dvoustranného právního jednání, kterým je dohoda o plné moci. V případě navrhovatelek však žádné takové zastoupení nevzniklo a vzniknout ani nemohlo, neboť za obě navrhovatelky jedná jen jejich zákonný zástupce, který se na smluvním zastoupení nemůže dohodnout „sám se sebou“. V soudním řízení tak otec navrhovatele

vystupoval jako jejich zákonný zástupce a skutečnost, že je rovněž advokátem, na jeho postavení nic nemění. Stejně tak na tomto postavení nic nemění ani to, že mu bylo a je doručováno do advokátní datové schránky – sám z ní zaslal návrh na zrušení mimořádného opatření, což soud považuje jen za volbu „komunikačního kanálu“ (k tomu viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 4. 2022, č. j. 5 As 262/2021-26).

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

V Brně dne 12. ledna 2024

JUDr. Viktor Kučera
předseda senátu