

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Viktora Kučery a soudců JUDr. Lenky Matyášové a JUDr. Jakuba Camrdy v právní věci navrhovatele: **nezl. J. C.**, zast. Mgr. Davidem Zahumenským, advokátem se sídlem třída Kpt. Jaroše 1922/3, Brno, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha, o návrhu na zrušení mimořádného opatření odpůrce ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Návrh **s e o d m í t á** jako zjevně neopodstatněný.
- II. Žádný z účastníků **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 13. 4. 2021 se navrhovatel domáhal zrušení opatření obecné povahy – mimořádného opatření odpůrce ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN, 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 podle § 69 odst. 1 písm. i) a odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví odpůrce – k ochraně obyvatelstva a prevenci nebezpečí vzniku a rozšíření onemocnění COVID-19 způsobené novým koronavirem SARS-CoV-2 – nařídil, že určitým skupinám dětí, žáků a studentů blíže uvedeným v jiném mimořádném opatření (ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14600/2021-1/MIN/KAN) se umožní osobní přítomnost v mateřské, základní, základní speciální, střední nebo vyšší odborné škole pouze tehdy, pokud dítě, žák či student nemá příznaky onemocnění COVID-19, podstoupí ve frekvenci dvakrát týdně vyšetření prostřednictvím neinvazivního preventivního antigenního testu na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2, které si provedl sám nebo které mu byly provedeny jinou osobou a které mu poskytla škola, a prokáže se negativním výsledkem tohoto vyšetření; v podrobnostech viz čl. I. napadeného opatření, kterým bylo rovněž stanoveno, že škola může pro toto preventivní testování použít pouze testy určené pro sebetestování anebo odpůrcem povolené testy k použití laickou osobou.

II. Návrh a vyjádření odpůrce

[3] Navrhovatel je žákem 1. stupně základní školy v Lanškrouně. Napadené mimořádné opatření, kterým odpůrce podmiňuje osobní přítomnost žáků ve škole tím, že podstoupí testování na onemocnění COVID-19, nemá podle navrhovatele zákonnou oporu; odpůrce překročil meze zákonem vymezené působnosti a jednal *ultra vires*. Povinnost dětí podstoupit testování není v žádném právním předpise stanovena. 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 zbytkového ustanovení § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví.

[4] Z hlediska zákonnosti napadeného opatření poukázal navrhovatel na rozpor se zákonem č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách), ve znění pozdějších předpisů, s tím, že k výkonu zdravotní služby je nutný informovaný souhlas a službu lze poskytovat pouze prostřednictvím zdravotnických pracovníků. Zdůraznil rovněž rozpor s ochranou citlivých údajů dítěte, a to v souvislosti se separací pozitivně testovaných dětí. Dále připomněl to, že plnění povinné školní docházky nesmí bránit žádná diskriminační kritéria a platí zásada rovného přístupu ke vzdělání, na niž je založen zákon č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon), ve znění pozdějších předpisů. Podle navrhovatele je však rozlišování mezi dětmi kvůli neprovedenému testu nepřímou diskriminací z důvodu zdravotního stavu.

[5] V tomto kontextu navrhovatel uvedl, že základní právo na vzdělání nelze podmiňovat splněním povinnosti ze strany dítěte – viz zejm. čl. 28 Úmluvy o právech dítěte (č. 104/1991 Sb.). Navrhovatel je toho názoru, že právu na vzdělání lze dát jisté zákonné limity, avšak podmíněn nesmí být samotný přístup ke vzdělávání jako základ práva na vzdělání ve smyslu čl. 33 Listiny základních práv a svobod (č. 2/1993 Sb.). Právě k tomu dochází díky napadenému mimořádnému opatření, které navrhovatel považuje za nedostatečně odůvodněné a ve svém důsledku nepřiměřené. V rámci namítané nepřiměřenosti se snažil zpochybnit vhodnost testování pomocí tzv. PCR testů i antigenních testů. K antigennímu testování poukázal mj. na odborné stanovisko MUDr. H. Z. či informaci Společnosti pro lékařskou mikrobiologii ČLS JEP, podle níž by toto testování nemělo být používáno u bezpříznakových jedinců. Namítl též nesmyslnost zvoleného intervalu testování, jakož i to, že nejsou použity neinvazivní testy ze slin.

[6] Na základě všech výše uvedených skutečností navrhovatel navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadené mimořádné opatření zrušil.

[7] Odpůrce ve svém vyjádření ze dne 28. 4. 2021 naopak navrhl, aby Nejvyšší správní soud podaný 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 nařídit určité činnosti k likvidaci epidemie nebo nebezpečí jejího vzniku, přičemž do této kategorie spadá i podmínění vstupu do školy testováním. K námitce rozporu se zákonem o zdravotních službách odpůrce připomněl, že v případě sebetestování se nejedná o výkon zdravotní služby, ke kterému by byl nutný souhlas. Jako nedůvodnou odpůrce odmítl též námitku týkající se ochrany osobních údajů s tím, že je škola musí vědět, zda je některý z jejích žáků COVID-19 pozitivní či negativní, a to zejména z toho důvodu, aby mohla zajistit bezpečnost a zdraví ostatních osob. Antigenní testy považuje odpůrce nejen za přiměřeně spolehlivé, ale také za vhodné pro využití u asymptomatických jedinců. Podle odpůrce odůvodnění napadeného opatření splňuje požadavky dané § 3 odst. 2 pandemického zákona, které nelze vykládat příliš přísně. V opačném případě by bylo prakticky nemožné jakékoli opatření vydat; s ohledem na dynamičnost vývoje pandemie

pokračování

je třeba postupovat rychle a i bez úplné znalosti všech detailů (ohledně stavu rozšíření viru v populaci, patogenity jeho jednotlivých druhů, mechanismů přenosu atd.) činit kroky vedoucí ke zpomalení šíření viru SARS-CoV-2 v populaci a záchraně životů osob v České republice. 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, jak je zřejmé i z jeho odůvodnění.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[8] Nejvyšší správní soud je k posouzení věci povolán 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 konstatuje, že návrh byl podán včas (§ 13 odst. 2 pandemického zákona) a splněny jsou i další procesní podmínky řízení, vč. aktivní procesní legitimace navrhovatele. O jejím splnění neměl soud pochyb, přesto pro pořádek připomene, že navrhovatel je žákem 1. stupně základní školy. Napadené opatření obecné povahy na něho tedy přímo dopadá a právě v důsledku toho navrhovatel tvrdí zkrácení svých práv – především práva na vzdělání.

[9] Na podkladě této aktivní procesní legitimace navrhovatele a v mezích jím tvrzeného zásahu do práv se poté Nejvyšší správní soud zabýval otázkou, zda se nejedná o návrh zjevně neopodstatněný ve smyslu § 13 odst. 3 pandemického zákona: *„Je-li návrh zjevně neopodstatněný, soud jej mimo ústní jednání bez přítomnosti účastníků usnesením odmítne. Pokud soud nepostupuje podle věty první, návrh se projednává přednostně.“*

[10] Z citovaného ustanovení je jasný záměr zákonodárce, který směřoval k tomu, aby návrhy na zrušení mimořádných opatření podle pandemického zákona a podle § 69 odst. 1 písm. b) či i) zákona o ochraně veřejného zdraví vydané ve stavu pandemické pohotovosti byly projednány ve zrychleném režimu. Ostatně tomu odpovídá i obsah rozpravy na půdě Poslanecké sněmovny, kde k podaným pozměňovacím návrhům poslanec Jakub Michálek uvedl, že *„...každé opatření bude přezkoumatelné soudem. Prosadili jsme tam rychlejší přezkum, takže Nejvyšší správní soud bude posuzovat opatření, která vydalo Ministerstvo zdravotnictví. Bude tam přednostní projednání, bude skutečná rychlejší spravedlnost“* (srov. sněmovní tisk č. 1158, pozměňovací návrhy přednesené ve druhém čtení dne 18. 2. 2021, 8. volební období od 2017, digitální repozitář, www.psp.cz).

[11] Zákonodárce na straně jedné usiloval o rychlý věcný přezkum podaných návrhů. Na straně druhé ovšem evidentně vycházel i z potřeby určité ekonomie řízení a umožnil soudu relativně snadné odmítnutí návrhu, shledá-li, že je *„zjevně neopodstatněný“*. O jaké situace by se mělo v praxi jednat, pandemický zákon nijak nevymezuje. Nicméně podle názoru Nejvyššího správního soudu lze dovodit, že to budou zpravidla takové situace, kdy bude *prima facie* jasné, že podaný návrh nemůže být úspěšný, neboť půjde o skutkově i právně jednoznačnou věc, v níž právní závěr vyplývá z textu zákona bez potřeby interpretace. Podobná je i situace, kdy se Nejvyšší správní soud ve své rozhodovací praxi již obdobnou věcí zabýval a rozhodl zamítavým rozsudkem. Neshledá-li soud důvod pro odchýlení se od svého předchozího právního názoru, není důvod, aby ve velmi specifickém režimu soudního přezkumu podle pandemického zákona nemohl využít právě institut zjevné neopodstatněnosti. Jeho smysl a účel je třeba vnímat tak, že jde o kompenzaci tlaku vyvolaného potřebou přednostního projednání návrhu a současně jistou ochranu Nejvyššího správního soudu před zahlcením (viz dále).

[12] Odmítnutí návrhu pro jeho zjevnou neopodstatněnost podle § 13 odst. 3 věty první pandemického zákona je – obdobně jako odmítnutí kasační stížnosti pro nepřijatelnost – jistým mezistupněm mezi odmítnutím návrhu pro čistě procesní překážky a jeho věcným projednáním

neboli meritorním přezkumem. Toto odlišení mezi prostým procesním odmítnutím návrhu a jeho odmítnutím pro zjevnou neopodstatněnost, o kterém se někdy hovoří jako o kvazimeritorním přezkumu, je podstatné. V případě kvazimeritorního přezkumu se totiž účastníkům určitého věcného posouzení vždy dostane; k tomu srov. nedávné usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2021, č. j. 8 As 287/2020 - 33, jenž se zabýval otázkou vrácení již zaplaceného soudního poplatku a konstatoval, že je dána povinnost vrátit poplatek, pokud soud odmítne kasační stížnost bez věcného projednání. Naopak, v případě odmítnutí kasační stížnosti jako nepřijatelné na meritorní přezkum (byť zjednodušený) dojde vždy, a proto soud nemá povinnost poplatek vracet. Podle rozšířeného senátu představuje odmítnutí kasační stížnosti pro nepřijatelnost „jemný filtr“, který zajišťuje obě role Nejvyššího správního soudu, „*tj. poslání sjednocovatele judikatury, zaručujícího právní jistotu a efektivitu práva, a poslání ochránce spravedlnosti každého jednotlivého případu, zajišťujícího posouzení dopadů napadeného rozhodnutí do subjektivních veřejných práv člověka a umožňujícího mu domoci se nápravy. Na straně druhé, dospěje-li soud k závěru, že ani jednoho není v konkrétní věci třeba, postačí, odůvodní-li svůj závěr na věc jen stručným odkazem na judikaturu, která se již obdobnou věcí zabývala*“.

[13] V principu podobné nastavení – založené na jisté precedenční závaznosti tzv. nosných důvodů rozhodnutí (*ratio decidendi*) – lze uplatnit také u odmítnutí návrhu pro zjevnou neopodstatněnost. I zde je totiž patrná snaha nastavit určitý „filtr“ či „pojistku“ vůči nutnosti meritorně projednat každý jednotlivý návrh, u něhož jsou splněny elementární podmínky řízení. Zákonodárce vytvořil Nejvyššímu správnímu soudu při přezkumu mimořádných opatření podle § 13 pandemického zákona prostor pro jistou selekci návrhů a zabránění jeho zahlcení návrhy, kterým nelze vyhovět, ale jejichž projednání běžnou procedurou by blokovalo rozhodovací kapacitu tohoto soudu jako vrcholného soudního orgánu ve věcech patřících do správního soudnictví. To platí tím spíše, že se jedná o přezkum mimořádných opatření, která nejsou rozhodnutími, nýbrž opatřeními obecné povahy, jež si jako právní akty tzv. smíšené povahy v mnohém nezadají s právními předpisy; Nejvyšší správní soud pak provádí v podstatě jejich abstraktní přezkum – byť na podkladě aktivní legitimace konkrétního navrhovatele a v mezích jím tvrzeného dotčení.

[14] Na základě uvedených východisek přistoupil Nejvyšší správní soud k posouzení nyní podaného návrhu, který je ke dni vydání tohoto rozhodnutí jedním z celkem 16 návrhů napadajících mimořádné opatření ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN, kterým odpůrce – v návaznosti na uvolnění provozu škol – podmínil osobní přítomnost vybraných skupin dětí/žáků/studentů na prezenční výuce negativním antigenním testem na přítomnost onemocnění COVID-19. Tímto mimořádným opatřením a otázkou antigenního testování ve školách se Nejvyšší správní soud velmi podrobně zabýval při meritorním přezkumu prvního z podaných návrhů, který rozsudkem ze dne 6. 5. 2021, č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, zamítl.

[15] Nejvyšší správní soud neshledal důvodu odchýlit se od závěrů přijatých v uvedeném rozsudku, nota bene v situaci, kdy tyto závěry v mnohém vycházejí a navazují na předchozí judikaturu – a sice na zamítavé rozsudky Nejvyššího správního soudu pod sp. zn. 6 Ao 1/2021 a sp. zn. 6 Ao 2/2021 ve věci antigenního testování zaměstnanců; současně soud nevidí ani žádný jiný důvod, pro který by bylo rozumné a respektující ekonomii soudního procesu, aby nyní podaný návrh projednal běžnou procedurou, a dospěl proto k následujícímu závěru.

[16] Návrh je zjevně neopodstatněný.

[17] Podstatu návrhu, resp. jeho důvody, jimiž je soud vázán (§ 101d odst. 1 s. ř. s.), je možné rozdělit do tří základních okruhů: a) absence pravomoci odpůrce k vydání mimořádného opatření, vč. jeho nedostatečného odůvodnění, b) rozpor napadeného mimořádného opatření

pokračování

se zákonem (konkrétně zákonem o zdravotních službách, školským zákonem a ochranou osobních údajů), c) právo na vzdělání a otázka přípustnosti omezení tohoto základního práva navrhovatele; uvedené důvody v zásadě kopírují důvody návrhu, který Nejvyšší správní soud zamítl rozsudkem č. j. 5 Ao 1/2021 - 65, na jehož odůvodnění v podrobnostech odkazuje a pro potřeby odůvodnění této věci ho shrnuje a doplňuje takto:

[18] [Ad a)] Zákonné zmocnění odpůrce k vydání mimořádného opatření podle § 69 odst. 1 písm. i) ve spojení s § 80 odst. 1 písm. g) zákona o ochraně veřejného zdraví není pandemickým zákonem nijak dotčeno, nicméně je zde určitá souvztažnost obou těchto norem – viz § 2 odst. 4 písm. b) pandemického zákona, z něhož plyne, že mimořádné opatření podle § 69 odst. 1 písm. b) nebo i) zákona o ochraně veřejného zdraví, jehož účelem je likvidace epidemie COVID-19 nebo nebezpečí jejího opětovného vzniku a které má celostátní působnost, může být vydáno jen v době stavu pandemické pohotovosti. Tato skutečnost se promítá mj. i do samotného procesu vydávání těchto mimořádných opatření, a je tedy třeba souhlasu vlády, jakož i náležitého odůvodnění, vč. zohlednění přiměřenosti zásahu do práv a oprávněných zájmů právnických a fyzických osob; srov. § 3 odst. 1 až 5 v návaznosti na § 4 pandemického zákona.

[19] V daném případě vláda předběžný souhlas vydala a odpůrce mimořádné opatření odůvodnil v intencích požadovaných v § 3 odst. 2 pandemického zákona, podle něhož musí odůvodnění obsahovat následující části: 1) aktuální analýzu epidemické situace onemocnění COVID-19, 2) konkrétní míru rizika spojenou s vymezenými činnostmi, oblastmi či jinými charakteristikami, 3) přiměřenost zásahu do práv a oprávněných zájmů právnických a fyzických osob, tedy tzv. test proporcionality. Odpůrce se soustředil zejména na otázku přiměřenosti zásahu do práv a oprávněných zájmů dětí/žáků/studentů; nerezignoval však ani na ostatní náležitosti odůvodnění, i když zde zjevně navazoval na odůvodnění souvisejícího mimořádného opatření ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14600/2021-1/MIN/KAN, omezujícího provoz škol a školských zařízení, jež právě vůči blíže určeným skupinám dětí, žáků a studentů připustilo výjimku ze zákazu osobní přítomnosti ve školách.

[20] Odůvodnění napadeného opatření navrhovatel zpochybňuje zejména proto, že zde dle jeho názoru absentuje uvedení odborných podkladů, které by dokládaly účinnost a účelnost tohoto opatření ve vztahu k deklarovanému cíli; k tomu viz dále [ad c)], kde zdejší soud mj. i s odkazem na odůvodnění napadeného opatření konstatuje, že je jím rozumným způsobem sledován legitimní cíl – ochrana veřejného zdraví.

[21] Pokud jde o navrhovatelem zmíněný § 2 odst. 2 písm. m) pandemického zákona, který odpůrci umožňuje mimořádným opatřením uložit „*příkaz testovat zaměstnance a jiné pracovníky na přítomnost onemocnění COVID-19*“, Nejvyšší správní soud – i přes zmíněnou souvztažnost pandemického zákona a zákona o ochraně veřejného zdraví – zdůrazňuje, že napadené mimořádné opatření podle pandemického zákona vydáno nebylo; základem zákonného zmocnění odpůrce je zde zákon o ochraně veřejného zdraví. Přehled jednotlivých mimořádných opatření, která je odpůrce oprávněn nařídit při epidemii nebo nebezpečí jejího vzniku, je vymezen v § 69 odst. 1 písm. a) až i) zákona o ochraně veřejného zdraví. V dané věci vydal odpůrce mimořádné opatření podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví, dle něhož platí, že „*mimořádnými opatřeními při epidemii nebo nebezpečí jejího vzniku jsou zákaz nebo nařízení další určité činnosti k likvidaci epidemie nebo nebezpečí jejího vzniku*“.

[22] Není pochyb, že citované ustanovení představuje jakousi zbytkovou kategorii mimořádných opatření při epidemii, jak správně poukázal navrhovatel. Nicméně Nejvyšší správní soud při použití výkladového pravidla *eiusdem generis* (stejněho druhu) dovedl, že odpůrce nepřekročil meze své zákonem vymezené pravomoci a působnosti – nejednal tedy *ultra vires*.

[23] Povinnost testování ve školách uložená podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví je totiž srovnatelná svou povahou a zásahem do práv s povinností očkování upravenou pod písm. g) odst. 1 § 69 téhož zákona. Jednoduše řečeno – může-li odpůrce při epidemii nařídit mimořádné očkování jednotlivce, může nařídit i jeho testování v souvislosti s epidemií a prevencí jejího dalšího šíření. Povaha obou těchto opatření je obdobná a rovněž tak intenzita jejich zásahu do základních práv jednotlivce, především práva na ochranu soukromí v podobě garance nedotknutelnosti osoby (čl. 7 odst. 1, čl. 10 odst. 2 Listiny). Pokud jde o další povinnosti v případě, že je výsledek testování pozitivní, je nutno poznamenat, že jde o povinnosti odvozené, jež mají převážně organizačně-technický charakter a odpovídají možnosti dané v § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví. Je-li výsledek testu pozitivní, lze předpokládat podezření na přítomnost viru, a tudíž i podezření z nákazy nemocí COVID-19. Uvedené platí nejen pro povinnost opustit školu, ale také pro povinnost informovat poskytovatele zdravotních služeb a podrobit se konfirmačnímu PCR testu (tyto povinnosti navíc odpovídají i jiným ustanovením zákona o ochraně veřejného zdraví, např. § 62a či § 64).

[24] Lze proto shrnout, že povinnosti uložené napadeným mimořádným opatřením vydaným podle zbytkového ustanovení § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví jsou srovnatelné s povinnostmi plynoucími z předchozích písm. a) až h) v odst. 1 § 69 téhož zákona. Nelze tedy konstatovat nedostatek pravomoci odpůrce k vydání napadeného mimořádného opatření, byť není na místě zastírat určité legislativní deficity dané právní úpravou. Opačný výklad by však byl podle přesvědčení Nejvyššího správního soudu příliš formalistický a nerespektoval by základní zákonné nastavení pravomoci odpůrce jako orgánu ochrany veřejného zdraví, jejichž rozsah musí být vykládán uvážlivě; výčet jednotlivých mimořádných opatření jen těžko může být vždy a za každých okolností vyčerpávající a postihující všechny konkrétní případy, a to zvláště za současné zcela atypické a neustále se vyvíjející situace celosvětové pandemie onemocnění COVID-19.

[25] [Ad b)] Nejvyšší správní soud konstatuje, že napadeným opatřením zavedené antigenní testování ve školách není zdravotní službou, 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 výkon zdravotní služby, k němuž by bylo nutné poskytnutí svobodného a informovaného souhlasu, jak se mylně domnívá návrhováte.

[26] Nejvyšší správní soud neshledal rozpor napadeného opatření se zákonem o zdravotních službách a dodává, že opatření nikterak neupravuje, jaké konkrétní preventivní testy mají být ve školách zajištěny, avšak musí jít o „*vyšetření prostřednictvím neinvazivního preventivního antigenního testu na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2*“. Už z toho je patrné, že testování ve školách musí probíhat co nejméně zatěžující metodou antigenního testování, za níž lze obecně považovat odběr vzorku přímo ze slin; tento typ testování se jeví jako nejvhodnější, nicméně obecně lze tolerovat i odběr vzorku z nosu. Soud má pochopení pro případné obavy některých dětí z testování, současně má však za to, že je primárně na jejich rodičích, jakým způsobem dětem celou věc podají, vysvětlí a příp. pomohou jejich obavy překonat – třeba i tím, že jim při testování budou asistovat. V podstatě totéž platí pro zaměstnance školy, i oni nepochybně mohou přispět k rozptýlení obav a vůbec k pochopení celé záležitosti související se snahou zvládnout současnou krizi vyvolanou pandemií nemoci COVID-19 mj. za pomoci opakovaného plošného testování ve školách.

[27] Je-li výsledek testování pozitivní, je logické, že dotčené dítě je odděleno od ostatních a je opět na rodičích, resp. zaměstnancích školy, aby vše dětem vysvětlili a eliminovali možné

pokračování

riziko stigmatizace. Jistě, negativní sociální dopad na dané dítě nelze zcela vyloučit. Na druhou stranu představa, že pozitivně testované dítě nebude odděleno od ostatních, je naprosto absurdní a vedla by k popření samotného smyslu testování. Soud přitom vychází z toho, že odpůrce považuje test za přiměřeně spolehlivý a dostatečný pro to, aby bylo dáno alespoň zvýšené podezření na přítomnost viru SARS CoV-2. V takovém případě je oddělení od ostatních osob a bezodkladné opuštění školy adekvátním opatřením a rozhodně se nejedná o postup, který by byl v rozporu s ochranou citlivých údajů dítěte.

[28] Při provádění testování pochopitelně dochází ke zpracování zvláštní kategorie osobních údajů vypovídajících o zdravotním stavu (výsledek testu a datum jeho provedení). Vše se ovšem děje z důvodu veřejného zájmu v oblasti veřejného zdraví; základem pro zpracování osobních údajů je plnění právních povinností podle napadeného mimořádného opatření, přičemž obecné nařízení o ochraně osobních údajů – nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679, známé též jako „GDPR“ dle zkratky anglického názvu „*General Data Protection Regulation*“ – na takovou mimořádnou situaci pamatuje; viz čl. 9 odst. 2 písm. i) GDPR, dle kterého lze zpracovávat údaje o zdravotním stavu osob, jestliže je to nezbytné z důvodů veřejného zájmu v oblasti veřejného zdraví a ochrany před vážnými přeshraničními zdravotními hrozbami.

[29] Současně je nutno připomenout povinnost pedagogických pracovníků zajišťovat bezpečnost a ochranu zdraví dětí, žáků a studentů při vzdělávání – viz § 29 odst. 2 školského zákona; tento zákon přitom institut oddělení dítěte nebo mladistvého zná a § 7 odst. 3 umožňuje jeho aplikaci – byť pro případy „*dítěte nebo mladistvého, kteří vykazují známky akutního onemocnění*“. Pozitivně testovaný známky akutního onemocnění vykazovat nemusí, přesto je na něho nutno hledět prizmatem právě citovaného ustanovení zákona o ochraně veřejného zdraví. Jak již bylo vysvětleno, je logické, že k oddělení dítěte nebo mladistvého dojde v případě epidemie, tj. výjimečné situace, kdy má odpůrce jako orgán ochrany veřejného zdraví možnost nařídit testování, jehož imanentní součástí je i oddělení pozitivně testovaných osob. Jde o přirozený důsledek pozitivního výsledku testování, který napadené opatření předvídá, stejně jako to, že osoba s pozitivním výsledkem je povinna kontaktovat svého praktického lékaře a podstoupit tzv. konfirmační PCR test za účelem relevantního ověření výsledku.

[30] Dalším důsledkem pozitivního výsledku preventivního testování je též to, že se dítě, žák anebo student nemůže účastnit prezenčního vzdělávání; totéž platí i pro případ, že dítě/žák/student testování podstoupit odmítne, což podle navrhovatele vede k porušení zásady rovného přístupu ke vzdělání [§ 2 odst. 1 písm. a) školského zákona] a k jeho nepřímé diskriminaci z důvodu zdravotního stavu.

[31] Zdravotní stav či zdravotní postižení je obecně řazeno mezi zakázané diskriminační důvody (obdobně jako rasa, národnost, pohlaví, věk či náboženské vyznání), avšak v tomto případě se o popření rovného přístupu ke vzdělání a o diskriminaci – ať už přímou nebo nepřímou – nejedná. Odlišnost v zacházení je diskriminační a v rozporu s ústavním pořádkem (principem rovnosti), jestliže jí schází objektivní a rozumné ospravedlnění. Jednoduše řečeno, ve stejné nebo srovnatelné situaci by nemělo docházet k rozdílnému zacházení. Navrhovatel a další žáci či studenti, jež odmítnou podstoupit testování ve školách, ovšem ve srovnatelné situaci jako ostatní nejsou. V důsledku odmítnutí podstoupit vyšetření prostřednictvím preventivního antigenního testu se dostávají do významně jiné situace, než žáci a studenti, kteří testování podstoupí s negativním výsledkem na přítomnost koronaviru. Právě v tom je postavení navrhovatele (příp. dalších osob v obdobném postavení) zvláštní a odpovídá mu i zvláštní zacházení. Důležité je, že toto zacházení – tedy neumožnění osobní přítomnosti na prezenční výuce ve výsledku nepopírá právo na vzdělání, byť jeho výkon částečně omezuje; toto omezení ovšem není diskriminační ani svévolné, ale odpovídající tomu, že i ve složité epidemické situaci

je snaha umožnit prezenční vzdělávání, avšak při současné minimalizaci rizika dalšího šíření nákazy.

[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 některým dětem, žákům a studentům umožnil jejich osobní přítomnost ve škole při prezenční výuce – byť za podmínky povinného preventivního testování. Stanovení této povinnosti v napadeném mimořádném opatření Nejvyšší správní soud neshledává rozporným se zákonem ani ústavním pořádkem – především ústavně zaručeným právem na vzdělání.

[33] [Ad c)] Právo na vzdělání podle čl. 33 Listiny základních práv a svobod není právem absolutním a lze do něj zasáhnout. Právo na vzdělání patří mezi hospodářská, sociální a kulturní práva, která jsou standardní součástí katalogu základních práv, avšak vymahatelnost některých z nich je omezena čl. 41 odst. 1 Listiny: „*Práv uvedených v čl. 26, čl. 27 odst. 4, čl. 28 až 31, čl. 32 odst. 1 a 3, čl. 33 a 35 Listiny je možno se domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí.*“

[34] 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 náleznem 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.

[35] V zásadě ve stejné struktuře postupoval i Nejvyšší správní soud, přičemž volil velmi zdrženlivý přístup, neboť jeho úlohou je bránit jednotlivce (a tím zprostředkovaně i ostatní dotčené osoby) před excesy v oblasti veřejné správy, která je napadeným opatřením regulována, nikoliv však opatření dotvářet či hledat optimální řešení. Přihlédl přitom i k mimořádné situaci epidemie onemocnění COVID-19, která odůvodňuje vyšší míru přípustného zásahu do práva na vzdělání, avšak při zachování jeho podstaty a smyslu. Smysl a podstata práva na vzdělání – tedy jakési jeho nepodmíněné „tvrdé jádro“ je třeba v rovině subjektivního práva jednotlivce vnímat především jako požadavek elementární úrovně kvality obsahu a formy vzdělávání. Tento základ práva na vzdělání není popřen; netestovaní žáci (děti, studenti) jsou i nadále žáky konkrétní školy, která na jejich vzdělání nemůže a nesmí rezignovat. K netestovaným dětem není možné přistupovat, „jakoby nebyly“, což si ostatně uvědomuje i sám odpůrce, jak je patrné z odůvodnění napadeného opatření. Ve svých důsledcích se ovšem nejedná o otázku spadající do jeho působnosti, nýbrž do působnosti Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy, jež musí v součinnosti se školami zajistit netestovaným žákům alespoň minimální formu studijní podpory (posílání plánu učiva, individuální konzultace apod.).

[36] 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

pokračování

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].

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

[38] Navrhovatel nevznesl argumenty ani dostatečné důkazy o tom, že by antigenní testování nemohlo přinejmenším přispět k naplňování uvedeného legitimního cíle, tj. nalézt nakažené jedince a následným omezením jejich kontaktů alespoň zpomalit šíření koronaviru. Nejvyšší správní soud v tomto ohledu vnímá antigenní testy jako jakési „hrubé síto“, které je možná méně spolehlivé, nikoli však zcela zbytečné, a tudíž nerozumné. Vychází přitom z odůvodnění napadeného mimořádného opatření, kde je adresně odkazováno na několik relevantních a obecně dostupných studií. Z nich je zřejmé, že jedním z opatření umožňujících snížit nákazu je i omezení provozu škol s tím, že při jejich postupném otevírání hraje významnou roli i testování; toto opatření bezpochyby snižuje četnost přenosu onemocnění ve školách – a byť modelová situace v jedné ze studií byla založena na užití PCR testů, neznamená to, že by antigenní testy využitelné nebyly. Jejich výhodou je velmi rychlé vyhodnocení, což spolu s vyšší frekvencí testování kompenzuje nižší účinnost.

[39] Navíc Nejvyšší správní soud už ve svých předchozích zamítavých rozsudcích ve věcech testování zaměstnanců (sp. zn. 6 Ao 1/2021 a sp. zn. 6 Ao 2/2021) opakovaně akceptoval, že odpůrce vzal na zřetel nejen hlediska čistě lékařská (omezenou účinnost antigenních testů), ale rovněž ekonomická a organizační, jako jsou náklady na opakované testování vysokého počtu osob, kapacita pro provádění a vyhodnocení testů apod.; současně se zde vyslovil i k navrhovatelem zmíněnému stanovisku MUDr. Z. Nejvyšší správní soud nemá důvod, aby se od těchto závěrů v této věci jakkoli odchýlil, posuzoval do důsledku účinnost antigenních testů a fakticky tak nahrazoval roli odpůrce, který je k tomu odborně vybaven; k dispozici mu je nejen Ústav zdravotnických informací a statistiky, ale také Státní zdravotní ústav, jenž je zapsán i jako znalecký ústav a jenž se – skrze Národní referenční laboratoř pro chřipku a nechřipková respirační virová onemocnění – rovněž podílel na zpracování informace Společnosti pro lékařskou mikrobiologii ČLS JEP, na kterou navrhovatel odkazuje (dle ní má antigenní test nižší senzitivitu v porovnání s metodou PCR, avšak při nedostupnosti PCR ho je možné využít i pro diagnostické a epidemiologické testování).

[40] Omezených možností zvolené metody testování si byl vědom i samotný odpůrce, ale přijal ji jako doplňkové opatření, jež Nejvyšší správní soud respektuje. V době dynamicky se vyvíjející pandemie je rozhodně na místě postupovat v souladu s principem předběžné opatrnosti, a proto je třeba se snažit využít všechny dostupné prostředky, které mohou menší či

větší měrou napomoci eliminovat nákazu, vč. antigenních testů, byť je s ohledem na dosavadní stav poznání obtížné předem jednoznačně určit míru jejich účinku.

[41] O potřebnosti a rozumnosti použití antigenních testů ve školách svědčí i nedávno vydané a všeobecně dostupné doporučení Rady (EU) o společném rámci pro používání a validaci rychlých testů na antigen a o vzájemném uznávání výsledků testů na COVID-19 (2021/C 24/01), podle něhož by členské státy – aniž je dotčena jejich odpovědnost za stanovení jejich vnitrostátních politik testování – měly zvážit použití rychlých testů na antigen mj. v těchto situacích a prostředích: „*Screening ve vysoce rizikových oblastech a uzavřených prostředích, jako jsou nemocnice, jiná zdravotnická zařízení, zařízení dlouhodobé péče, např. domovy důchodců a pečovatelské domy nebo rezidenční zařízení pro osoby se zdravotním postižením, školy... Opakovaný screening by se měl provádět pokud možno každé 2–4 dny a alespoň první pozitivní výsledek zjištěný rychlým testováním na detekci antigenu by měl být potvrzen testem RT-PCR.*“

[42] Již jen pro úplnost, Nejvyšší správní soud v souvislosti s odkazem navrhovatele na čl. 28 Úmluvy o právech dítěte uvádí, že tento článek zavazuje smluvní státy, aby na základě rovných možností zaváděly pro všechny děti bezplatné a povinné základní vzdělání. O to ovšem v daném případě nejde – podstata věci stojí jinak. Podle Úmluvy o právech dítěte (čl. 3) je třeba, aby při jakékoli činnosti byl předním hlediskem tzv. nejlepší zájem dítěte. Dle názoru soudu je jím v daném kontextu zájem na osobní, prezenční formě vzdělávání – a to nejen navrhovatele, ale všech dětí. Na druhou stranu, je-li zde epidemie a s ní související riziko nákazy při prezenční výuce ve školách, je jistě lepší toto riziko alespoň v určité míře eliminovat pomocí antigenního testování, nežli setrvat u virtuální, distanční výuky všech (právě k tomu by mohlo vést setrvalé popírání antigenního testování jako jednoho preventivních opatření, jehož schopnost s větší či menší účinností napomoci snížit šíření nákazy ve společnosti nebyla vyvrácena).

IV. Závěr a náklady řízení

[43] Nejvyšší správní soud shledal návrh zjevně neopodstatněným, a proto ho podle § 13 odst. 3 věty první pandemického zákona odmítl (výrok I.).

[44] O nákladech řízení rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s § 60 odst. 3 s. ř. s., z něhož vyplývá, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení, pokud byl návrh odmítnut (výrok II.).

[45] Vzhledem k tomu, že návrh nebyl odmítnut bez jakéhokoli věcného posouzení, nebyl soud povinen vrátit již zaplacený soudní poplatek ve smyslu § 10 odst. 3 věty třetí zákona č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2021, č. j. 8 As 287/2020 - 33).

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

V Brně dne 18. května 2021

JUDr. Viktor Kučera
předseda senátu