



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 navrhovatelky: **nezl. L. N. Ž.**, zast. zák. zástupcem MUDr. L. Ž., zast. JUDr. Denisou Sudolskou, advokátkou se sídlem Italská 1219/2, Praha, 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 z a m í t á .**
- II.** Odpůrci **s e** náhrada nákladů řízení **n e p ř i z n á v á .**

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Návrhem ze dne 9. 4. 2021 se navrhovatelka domáhala 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 jeho doplnění

[3] Navrhovatelka je žákyní 1. stupně základní školy v Praze. S odkazem na shora uvedené mimořádné opatření ředitel této školy oznámil, že od pondělí 12. 4. 2021 se do školy v rotačním systému (týden doma, týden ve škole) vrací žáci 1. stupně, přičemž u dětí bude muset proběhnout testování na onemocnění COVID-19, a to pomocí antigenního testu (typ LEPU, tzn. výtěr tyčinkou z kraje nosu), který si po instruktáži provedou žáci sami pod dohledem vyučujícího. Za tímto účelem ředitel školy zaslal rodičům dotčených žáků informovaný souhlas s testováním dítěte s tím, že v případě neudělení souhlasu musí rodiče při testování svého dítěte asistovat sami, příp. prostřednictvím jiné pověřené osoby; a pokud např. z důvodu nesouhlasu s testováním rodiče své dítě do školy vůbec nepošlou, bude se jednat o absenci, kterou je třeba omluvit.

[4] Napadené mimořádné opatření, kterým odpůrce podmiňuje osobní přítomnost žáků ve škole tím, že podstoupí testování na onemocnění COVID-19, podle navrhovatelky nemá zákonnou oporu a odporuje tak čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (č. 2/1993 Sb.). 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. Jinými slovy, pandemický zákon nestanoví pravomoc odpůrce k vydání příkazu testovat děti a tuto pravomoc podle navrhovatelky nelze dovodit ani z § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví; toto ustanovení představuje zbytkovou kategorii mimořádných opatření při epidemii a nelze pod ní podřadit jakékoli omezení základních lidských práv a svobod. Odpůrce si v tomto směru nesprávně vyložil závěry rozsudku Městského soudu v Praze č. j. 11 A 127/2020 - 77 (správně č. j. 11 A 127/2020 - 89, pozn. Nejvyššího správního soudu), na který odkazuje v odůvodnění napadeného mimořádného opatření; uvedený rozsudek se totiž vztahuje k testování pracovníků zařízení sociálních služeb a tento režim nelze analogicky vztahovat i na testování dětí ve školách za účelem umožnění jejich práva na vzdělání.

[5] Navrhovatelka má z testování strach, bojí se jít do školy, a je tak vystavena stresové situaci, která ve výsledku vede právě k zásahu do práva na vzdělání garantovaného čl. 33 Listiny základních práv a svobod a čl. 2 dodatkového protokolu č. 1 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (č. 209/1992 Sb). Navrhovatelka rovněž odkázala na kritérium tzv. nejlepšího zájmu dítěte dle čl. 3 odst. 1 Úmluvy o právech dítěte (č. 104/1991 Sb.), jakož i na zásadu rovného přístupu ke vzdělání, na níž je založen zákon č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon), ve znění pozdějších předpisů. Nelze v rozporu s tímto zákonem *a priori* vyloučit přístup dítěte ke vzdělání pouze na základě toho, že se rodič rozhodne, že své dítě nenechá pravidelně testovat, pokud pro to neexistuje žádná zákonná opora a samotné testování vystavuje děti neúměrnému psychickému tlaku.

[6] V této souvislosti navrhovatelka vedle zásahu do práva na vzdělání namítla též zásah do práva na nedotknutelnost osoby (čl. 7 Listiny) a práva na ochranu zdraví (čl. 31 Listiny). Testování na onemocnění COVID-19 je zásahem do integrity člověka, k němuž je nutný informovaný souhlas vyšetřovaného, resp. jeho zákonného zástupce; srov. též čl. 5 Úmluvy o lidských právech a biomedicině (č. 96/2001 Sb.m.s.). Současně se podle názoru navrhovatelky jedná o poskytnutí zdravotní služby, k němuž je podle § 11 odst. 3 zákona č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách),

pokračování

ve znění pozdějších předpisů, oprávněna pouze osoba způsobilá k výkonu zdravotnického povolání nebo k výkonu činností souvisejících s poskytováním zdravotních služeb. Je tedy vyloučeno, aby bylo dítě, vč. navrhovatelky, testováno personálem školy nebo jinou osobou, nebude-li se jednat o výše uvedenou kvalifikovanou osobu. Schopnost samostatného provedení testu tak, aby zaručil relevantní výsledek, navrhovatelka zpochybnila s tím, že děti, vč. navrhovatelky, zpravidla pocítují odpor k jakémukoliv vyšetření bez ohledu na skutečnost, zda jde o vyšetření invazivní či nikoliv. Navrhovatelka je přesvědčena, že v daném případě se jedná o invazivní vyšetření, u něhož hrozí poranění nosní sliznice, příp. jiná újma na zdraví. Navrhovatelka má navíc obavy z možného pozitivního testu, který by vedl k jejímu oddělení od ostatních dětí a vystavil ji stigmatizaci – a to za situace, kdy spolehlivost antigenních testů není stoprocentní a zjištěná pozitivita může být následně dle konfirmačního RT-PCR testu vyloučena. Kromě nespolehlivosti antigenních testů navrhovatelka uvedla i to, že děti nejsou považovány za rizikovou skupinu a primární zdroj nákazy ani ve školách, ani v domácnosti. Zpochybnila proto i část odůvodnění mimořádného opatření, která považuje testování dětí za nejefektivnější z hlediska předcházení rizika dalšího šíření koronaviru.

[7] Ve světle všech těchto skutečností navrhovatelka navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadené mimořádné opatření zrušil.

[8] V doplnění návrhu ze dne 15. 4. 2021 navrhovatelka svoji argumentaci rozvedla s tím, že povinnost testování zasahuje i do práva na důstojnost, které je se zásahem do integrity člověka v konkrétním případě neodmyslitelně spojeno. K rozporu se školským zákonem pak doplnila poukaz na § 22b písm. e), podle něhož má pedagogický pracovník povinnost zachovávat mlčenlivost a chránit před zneužitím osobní údaje, informace o zdravotním stavu dětí, žáků a studentů, přitom tyto osobní údaje zahrnují také výsledek testu. Povinnost oddělit pozitivně testované dítě od ostatních potažmo jeho povinnost opustit školu je podle navrhovatelky vlastně konkludentním sdělením informace o jeho zdravotním stavu. K tomu dále doplnila odkaz na rozhodnutí Okresního soudu v německém Výmaru ze dne 8. 4. 2021, Az.: 9 F 148/21, jenž se rovněž vyjadřoval k otázce testování dětí a podpořil nevyhnutelnost stigmatizace dětí v případě zjištění pozitivního výsledku testu; pravidelný nátlak na hromadné testování bez příčiny u asymptomatických jedinců přitom označil za nepřiměřený vzhledem k účinku, kterého jím lze dosáhnout. V závěru ještě navrhovatelka dodala, že odpůrce neměl k vydání mimořádného opatření zákonný podklad ani potřebné zákonné zmocnění ve smyslu čl. 79 odst. 3 Ústavy České republiky (č. 1/1993 Sb.).

III. Vyjádření odpůrce a replika navrhovatelky

[9] Odpůrce ve svém vyjádření ze dne 20. 4. 2021 navrhl, aby Nejvyšší správní soud podaný návrh jako nedůvodný zamítl. Podle 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. Odpůrce připomněl, že jde bezpochyby o méně intenzivní zásah, než je předpokládán zákonem o ochraně veřejného zdraví v § 69 odst. 1 písm. b), jenž umožňuje nařídít uzavření škol a školských zařízení, příp. v § 69 odst. 1 písm. g), jenž umožňuje nařídít mimořádné očkování. Ostatně s tímto právním názorem se ztotožnil i Městský soud v Praze ve výše zmíněném rozsudku, který se sice týkal testování zaměstnanců zdravotnických zařízení a zařízení sociálních služeb, avšak podle odpůrce ho lze analogicky užít i v případě testování žáků, studentů (a pedagogických a ostatních zaměstnanců) ve školách a školských zařízeních.

[10] 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. Cílem pravidelného preventivního vyšetření pomocí antigenních testů je včasné odhalení COVID-19 pozitivních osob ve společnosti a minimalizace rizika přenosu viru z těchto osob na další osoby. Ve školách a školských zařízeních přitom dochází k intenzivním kontaktům mezi jednotlivými dětmi/žáky/studenty a pedagogickými pracovníky. S docházkou do škol a školských zařízení je spojena i související zvýšená mobilita a frekvence sociálních kontaktů při dopravě. Napadené opatření je tedy vhodné k dosažení cíle a je zároveň potřebné, neboť prozatím neexistuje jiný způsob, jak identifikovat bezpříznakové osoby s onemocněním COVID-19 než pravidelným testováním, které pak následně zabrání šíření nemoci. Antigenní testy jsou dle odpůrce dostatečně spolehlivé a jsou vhodné právě pro asymptomatické jedince, kdy u symptomatických se doporučuje již rovnou podstoupit RT-PCR test. RT-PCR testy ovšem mohou po prodělané nemoci vykazovat delší dobu pozitivitu, aniž by osoba musela být infekční. To u antigenních testů neplatí, a proto je důležité pravidelné opakování těchto testů. Antigenní test pomůže včas odhalit infekční osoby a tím zabránit dalšímu šíření viru v populaci. Samotný test, který je třeba podstoupit, musí být neinvazivní povahy, nedochází tedy k zásahu do tělesné integrity osoby, jak uvádí navrhovatelka. Navíc z napadeného opatření jasně vyplývá, že děti, žáci a studenti se budou testovat sami; nejedná se o zdravotnický výkon.

[11] Závěrem s odkazem na judikaturu (zejm. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 3. 2011, č. j. 6 Ao 7/2010 - 73) upozornil odpůrce na to, že v praxi by měl soud v rámci testu proporcionality postihovat víceméně pouze extrémní případy věcně nesprávných opatření. To platí i pro nyní posuzovanou věc týkající se zcela nové a bezprecedentní epidemie mimořádně nebezpečného koronaviru SARS-CoV-2. Tato epidemie se dynamicky vyvíjí a odpůrce se i za odborné pomoci Státního zdravotního ústavu a Ústavu zdravotnických informací a statistik snaží všechna opatření činit na základě dostupných (i když omezených) znalostí, které jsou o viru známy, a při vědomí, že tyto znalosti nejsou dostatečné a přesné a že není možné čekat na to, až bude prokázáno a jednoznačně doloženo, zda je jedno zvažované opatření lepší než jiné. V případě nejasností o šíření či vlastnostech koronaviru se navíc odpůrce nespolehá s ohledem na princip náležitě opatrnosti na to, že nastane optimističtější varianta.

[12] V reakci na vyjádření odpůrce navrhovatelka v podání ze dne 27. 4. 2021 zopakovala, že odpůrce při vydání napadeného mimořádného opatření překročil svoji zákonnou pravomoc; pro jeho vydání není zákonný podklad v zákoně o ochraně veřejného zdraví ani v pandemickém zákoně. Navrhovatelka znovu zpochybnila naplnění testu proporcionality, a to především s ohledem na nespolehlivost antigenních testů, které jsou podle ní invazivní povahy. V této souvislosti odmítla jako lichý i argument, že děti se budou testovat samy, a tudíž se nejedná o zdravotnický výkon. V závěru navrhovatelka uvedla, že se jedná o extrémní případ nesprávného opatření, které odporuje ústavnímu pořádku a ve výsledku vede k zamezení přístupu ke vzdělání, jež jí přinese celoživotní následky.

IV. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[13] Nejvyšší správní soud napadené mimořádné opatření odpůrce přezkoumal 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.“); vycházel přitom z uplatněných návrhových bodů (§ 101b odst. 2 s. ř. s.) a ze skutkového a právního stavu věci, který tu byl v době vydání mimořádného opatření (§ 101b odst. 3 s. ř. s.), a dospěl k následujícímu závěru.

[14] Návrh není důvodný.

pokračování

[15] Podle § 101d odst. 1 s. ř. s. je soud při přezkoumávání opatření obecné povahy vázán rozsahem a důvody návrhu, v tomto případě návrhu ze dne 9. 4. 2021, vč. jeho doplnění ze dne 15. 4. 2021; toto doplnění Nejvyšší správní soud nevnímá jako nepřípustné rozšíření o další návrhové body, nýbrž jako jejich argumentační rozhojnění, které v zásadě kopíruje základní strukturu uplatněných námitek: a) nedostatek pravomoci odpůrce, b) nezákonnost, resp. neústavnost mimořádného opatření a c) nenaplnění testu proporcionality.

[16] Předtím, než se Nejvyšší správní soud postupně vyjádří ke všem těmto okruhům námitek, považuje za nutné poznamenat, že neshledal nedostatek procesních podmínek řízení, které jsou předpokladem přípustnosti vydání meritorního rozhodnutí a mezi které lze zařadit samotnou existenci opatření obecné povahy a včasnost jeho napadení, aktivní procesní legitimaci navrhovatele, pasivní procesní legitimaci odpůrce a formulaci závěrečného návrhu. O splnění těchto podmínek řízení neměl soud pochyb, a proto nepovažuje za nutné se k nim podrobně vyjadřovat. Pouze pro pořádek však připomene, že navrhovatelka je žákyní 1. stupně základní školy. Napadené opatření obecné povahy na ni tedy přímo dopadá a právě v důsledku toho navrhovatelka tvrdí zkrácení svých práv – především práva na vzdělání. Na podkladě této aktivní procesní legitimace navrhovatelky a v mezích jí tvrzeného zásahu do práv proto Nejvyšší správní soud provedl přezkum mimořádného opatření odpůrce ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN.

[17] O návrhu na zrušení tohoto opatření Nejvyšší správní soud rozhodl v souladu s § 51 odst. 1 s. ř. s. bez nařízení jednání, neboť navrhovatelka i odpůrce s tímto postupem vyslovili souhlas a soud sám o vlastní vůli jednání za účelem provádění dokazování nenařizoval; vycházel ze samotného mimořádného opatření a jeho odůvodnění, včetně dokumentů v něm uvedených, jež lze mít za obecně dostupné a tvořící v širším pojetí součást spisové dokumentace, kterou se podle konstantní judikatury správních soudů zpravidla dokazování neprovádí (srov. *mutatis mutandis* např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 1. 2009, č. j. 9 Afs 8/2008 - 117, č. 2382/2011 Sb. NSS).

[18] Úlohou soudu v řízení o zrušení opatření obecné povahy je bránit jednotlivce (a tím zprostředkovaně i ostatní dotčené osoby) před excesy v oblasti veřejné správy, která je napadeným opatřením regulována, a nedodržením zákonných mantinelů, nikoliv však opatření dotvářet. Ke zrušení opatření obecné povahy či jeho části by měl proto soud přistoupit, pokud došlo k porušení zákona v nezanedbatelné míře, resp. v intenzitě zpochybňující zákonnost jeho vydání. To platí tím spíše pro případ „epidemického“ opatření obecné povahy, u něhož zákon předpokládá, že ho orgán ochrany veřejného zdraví vydává ve zrychleném režimu „*bez řízení*“ – viz § 94a odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví.

[19] Z povahy věci je jasné, že se jedná o opatření vydávané velmi rychle, a to vždy v závislosti na aktuální závažnosti nebezpečí vzniku epidemie či jejího dalšího rozšíření. I v případě pandemie, resp. epidemie nemoci COVID-19 se situace rychle a dynamicky vyvíjí a je na příslušném orgánu ochrany veřejného zdraví – zde: Ministerstvu zdravotnictví, tedy odpůrci, aby na tento vývoj (jak pozitivní, tak negativní) adekvátně a včas reagoval; k tomu je ze zákona vybaven pravomocí nařizovat protiepidemická mimořádná opatření, mají-li být provedena celostátně nebo na území několika krajů [§ 80 odst. 1 písm. g) zákona o ochraně veřejného zdraví].

[20] Právě otázka pravomoci je tím, co navrhovatelka ve svém návrhu zpochybnila na prvním místě s tím, že pravomoc odpůrce k vydání napadeného mimořádného opatření nelze dovodit z § 2 odst. 2 písm. m) pandemického zákona ani z § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví.

*IV. a) Pravomoc odpůrce k vydání napadeného mimořádného opatření
/vč. jeho odůvodnění a souhlasu vlády/*

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

[22] V daném případě vláda předběžný souhlas se záměrem odpůrce vydat nyní napadené mimořádné opatření vydala – viz usnesení ze dne 6. 4. 2021 č. 353. 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 škole.

[23] Popsanou proceduru přijetí napadeného opatření ani jeho odůvodnění navrhovatelka výslovně nezpochybňuje, přesto se soud k těmto potenciálním procesním vadám plynoucím z požadavků pandemického zákona alespoň stručně vyjádřil. A pokud jde o navrhovatelkou 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.

[24] Přehled jednotlivých mimořádných opatření, která je odpůrce oprávněn nařídít při epidemii nebo nebezpečí jejího vzniku, je vymezen v § 69 odst. 1 písm. a) až i) zákona o ochraně veřejného zdraví; podle tohoto ustanovení platí, že „*mimořádnými opatřeními při epidemii nebo nebezpečí jejího vzniku jsou*

- a) *zákaz nebo omezení výroby, úpravy, úschovy, dopravy, dovozu, vývozu, prodeje a jiného nakládání s potravinami a dalšími výrobky, kterými může být šířeno infekční onemocnění, popřípadě příkaz k jejich zničení,*
- b) *zákaz nebo omezení styku skupin fyzických osob podezřelých z nákazy s ostatními fyzickými osobami, zejména omezení cestování z některých oblastí a omezení dopravy mezi některými oblastmi, zákaz nebo omezení slavností, divadelních a filmových představení, sportovních a jiných shromáždění a trhů, uzavření zdravotnických zařízení, jednodenní nebo lůžkové péče, zařízení sociálních služeb, škol, školských zařízení, zotavovacích akcí, jakož i ubytovacích podniků a provozoven stravovacích služeb nebo omezení jejich provozu,*
- c) *zákaz nebo omezení výroby, úpravy, dopravy a jiného nakládání s pitnou vodou a vodami užívanými*

pokračování

- ke účelům podle § 6a a 6d, zákaz používání vod ze studní, pramenů, vodních nádrží, rybníků, potoků a řek,*
- d) příkaz k vyčlenění lůžek ve zdravotnických zařízeních,*
 - e) příkaz k provedení ohniskové dezinfekce, dezinfekce a deratizace na celém zasaženém území; ohniskovou dezinfekci, dezinfekci a deratizaci provede zdravotní ústav (§ 86 odst. 1), stanoví-li tak rozhodnutím příslušný orgán ochrany veřejného zdraví; v takovém případě jsou fyzické osoby, podnikající fyzické osoby a právnické osoby povinny vytvořit podmínky pro provedení ohniskové dezinfekce, dezinfekce nebo deratizace stanovené rozhodnutím příslušného orgánu ochrany veřejného zdraví a strpět provedení ohniskové dezinfekce, dezinfekce nebo deratizace v termínu stanoveném tímto rozhodnutím; náklady na tuto ohniskovou dezinfekci, dezinfekci a deratizaci provedenou zdravotním ústavem jsou hrazeny ze státního rozpočtu,*
 - f) příkaz k varovnému označení objektů, v nichž došlo k infekčnímu onemocnění, a text tohoto označení,*
 - g) mimořádné očkování a preventivní podání jiných léčiv (profylaxe),*
 - h) příkaz k vyčlenění objektu v majetku státu, kraje nebo obce k izolaci fyzických osob nebo jejich karanténě,*
 - i) zákaz nebo nařízení další určité činnosti k likvidaci epidemie nebo nebezpečí jejího vzniku“.*

[25] Navrhovatelkou napadené mimořádné opatření odpůrce vydal s odkazem na § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví. Není pochyb, že toto ustanovení představuje jakousi zbytkovou kategorii mimořádných opatření při epidemii, jak správně poukázala navrhovatelka, s tím, že pod ní nelze podřadit jakékoli omezení základních lidských práv a svobod. S tímto obecným východiskem navrhovatelky Nejvyšší správní soud souhlasí a dodává, že § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví rozhodně nelze brát – přeneseně řečeno – jako „bianko šek“ k regulaci jakékoli myslitelné lidské činnosti ze strany odpůrce.

[26] Ostatně Nejvyšší správní soud již dříve v rozsudku ze dne 26. 2. 2021, č. j. 6 As 114/2020 - 63, bodech 143 a 144, uvedl: „*Výčet mimořádných opatření při epidemii nebo nebezpečí jejího vzniku uvedený v § 69 odst. 1 zákona o ochraně veřejného zdraví je výčet taxativním, tedy uzavřeným, konečným. Vzhledem k širokému slovnímu vymezení jeho poslední, „zbytkové“ položky, je však i pro výklad jejího rozsahu nezbytné použít výkladové pravidlo eiusdem generis, tj. „stejného druhu“, které platí u demonstrativního výčtu pro posuzování jeho tzv. dalších (výslovně neuvedených) položek. Ty musí významově odpovídat položkám, které jsou ve výčtu výslovně uvedeny (srov. rozsudek ze dne 30. 8. 2011, č. j. 2 Afs 12/2011 - 98), a to zejména tehdy, jde-li o výčet pravomocí orgánu veřejné moci (vzhledem k principu enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí ve smyslu čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 Listiny). Stěžovateli tak lze podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví přisoudit pravomoc zakázat nebo nařídit jen takové „další určité“ činnosti, které jsou typově obdobné konkrétnějšímu vymezení činností uvedených v předchozích položkách výčtu mimořádných opatření.“*

[27] Typová podobnost jednotlivých mimořádných opatření, jimiž odpůrce ukládá konkrétní povinnosti adresátům opatření, musí samozřejmě zohledňovat ústavní limity čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, dle něhož platí: „*Povinnosti mohou být ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod“.* Jinak řečeno, není možné, aby odpůrce na základě zcela obecné dikce § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví plošně nařídil v podstatě jakoukoli povinnost, aniž by byla srovnatelná s jinou povinností uvedenou ve výčtu pod písm. a) až h) tohoto ustanovení; shodně srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 3. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021 - 133, který se mj. zabýval také otázkou pravomoci odpůrce, a to ve vztahu k povinnostem ukládaným zaměstnancům v případě, že byl výsledek jejich testu poskytnutého zaměstnavatelem na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 pozitivní (v podrobnostech viz mimořádné opatření odpůrce č. j. MZDR 47828/202-17/MIN/KAN).

[28] Takto vymezený základní referenční rámec je třeba respektovat a provést srovnání povinností ukládaných nyní napadeným mimořádným opatřením odpůrce s povinnostmi uvedenými v § 69 odst. 1 písm. a) až h) zákona o ochraně veřejného zdraví. Předně je však potřeba vymežit okruh povinností ukládaných na základě napadeného mimořádného opatření; tyto povinnosti lze s ohledem na obsah návrhu a jemu odpovídající míru zjednodušení rozdělit do dvou základních okruhů, a sice: povinnost (i) podrobit se testování, (ii) podrobit se povinností dalším, je-li výsledek testování pozitivní, zejm. opustit školu, informovat poskytovatele zdravotních služeb a následně se podrobit konfirmačnímu PCR testu.

[29] Ad (i) Pokud jde o povinnost dětí/žáků/studentů podrobit se testování na přítomnost onemocnění COVID-19 za účelem umožnění jejich osobní přítomnosti ve škole, odpůrce odkázal především na možnost danou v § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví, a to i s ohledem na rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 23. 2. 2021, č. j. 11 A 127/2020 - 89; v tomto rozsudku, proti němuž nebyla podána kasační stížnost, se soud zabýval mimořádným opatřením odpůrce, jímž bylo nařízeno pravidelné testování zaměstnanců zařízení sociálních služeb, a uvedl následující: „*Jestliže zákonodárce umožnil odpůrci nařídít uzavření uvedeného typu zařízení, nelze dovozovat, že by odpůrce nebyl oprávněn k vydání typově méně intenzivního opatření, které ukládá testování zaměstnanců těchto zařízení*“ (bod 39). Obdobnou logikou odpůrce dovozuje, že pokud je oprávněn nařídít uzavření nebo omezení provozu škol a školských zařízení [§ 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví], je oprávněn nařídít též testování zaměstnanců ve školách a školských zařízeních, jakož i testování dětí/žáků/studentů v těchto zařízeních.

[30] K tomu Nejvyšší správní soud uvádí, že naznačená logika do jisté míry pomíjí úvod celého ustanovení § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví, které zakazuje nebo omezuje styk toliko u „*osob podezřelých z nákazy*“. Je zjevné, že se nejedná o ojedinělé podezření v ohnisku nákazy, u něhož příslušný orgán rozhodne o přijetí protiepidemického opatření postupem podle § 67 zákona o ochraně veřejného zdraví, ale jde o „*situaci, která představuje větší nabrání výskytů onemocnění v časových a místních souvislostech. Pandemie je závažný druh epidemie, obvykle představuje závažnou celosvětovou událost. Dochází při ní k velmi rychlému rozšíření onemocnění do různých částí světa. Pandemie je spojená s vysokou nemocností, nadměrnou úmrtností a narušením sociálního a ekonomického systému*“ (srov. Krýsa, I.; Krýsová, Z. *Zákon o ochraně veřejného zdraví. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s. 2016, v ASPI právní stav k 1. 7. 2020).

[31] Nyní se právě v takové situaci nacházíme, neboť v případě onemocnění COVID-19 není pochyb, že jde o celosvětovou pandemii, i když se situace postupně zlepšuje zejména poté, co mnozí podstupují očkování proti zmíněnému onemocnění; ostatně certifikát o provedeném očkování je za daných podmínek jednou z výjimek, kdy dítě/žák/student nemusí postoupit preventivní antigenní test – viz čl. II. písm. c) napadeného mimořádného opatření. Je tedy otázkou, zda lze i za současné situace uplatnit § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví jako relevantní a dostatečně přesvědčivou oporu pro možnost nařídít (plošné) testování ve školách a školských zařízeních. Nicméně Nejvyšší správní soud se shoduje s odpůrcem v tom, že pomyslným předobrazem pro povinnost podrobit se testování může být jiné ustanovení – a sice § 69 odst. 1 písm. g) zákona o ochraně veřejného zdraví. Podle něho lze jako mimořádné opatření při epidemii uložit „*mimořádné očkování a preventivní podání jiných léčiv (profylaxe)*“, přičemž povinnost očkování lze nepochybně srovnat s povinností testování, a to jak co do povahy této povinnosti a jejího vztahu k účelu právní úpravy, tak také z hlediska intenzity zásahu do základních práv každého jednotlivce.

[32] Očkování je proces, jehož cílem je vytvoření obranyschopnosti jedince proti infekčním onemocněním; tím se rozumí příznakové i bezpříznakové onemocnění vyvolané původcem

pokračování

infekce nebo jeho toxinem, které vzniká v důsledku přenosu tohoto původce nebo jeho toxinu z nakažené fyzické osoby, zvířete nebo neživého substrátu na vnímavou fyzickou osobu (§ 2 odst. 5 zákona o ochraně veřejného zdraví). Ve své podstatě se jedná o aktivní imunizaci prostřednictvím očkovacích látek vpravených do těla jednotlivce; svoji povahou je tak očkování jistě srovnatelným (ne-li závažnějším) zásahem jako testování. Z hlediska vztahu k účelu aplikované právní úpravy se v obou případech jedná o snahu eliminovat infekční onemocnění a jejich hromadný výskyt, tedy epidemii – i když očkování působí spíše do budoucna, zatímco testování, resp. jeho výsledky se vztahují více k aktuální situaci v daném místě a čase. Ačkoli očkování a zvláště pak povinné očkování má své odpůrce, obecně je vnímáno jako jedno z neúčinnějších opatření v oblasti veřejného zdraví, které je zaměřeno na prevenci infekčních onemocnění a jejich následků. Obdobně je tomu i v případě testování, které může v prevenci infekčních onemocnění významně napomoci mj. proto, že jejich část probíhá bezpříznakově nebo s lehkými příznaky infikovaných, kteří se pak aktuálně podílí na dalším šíření onemocnění.

[33] Jednoduše řečeno – může-li odpůrce při epidemii nařídít mimořádné očkování jednotlivce, může nařídít 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).

[34] Ad (ii) 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 onemocněním COVID-19.

[35] Uvedené platí nejen pro povinnost opustit školu, ale také pro povinnost informovat poskytovatele zdravotních služeb a podrobit se konfirmačnímu PCR testu. K posledním dvěma povinnostem je třeba poukázat i na další ustanovení zákona o ochraně veřejného zdraví, která ukládají povinnosti osobám v souvislosti s výskytem infekčního onemocnění; např. podle § 62a odst. 1 věty druhé: „Osoby jsou povinny sdělit příslušnému orgánu ochrany veřejného zdraví na jeho výzvu okolnosti důležité v zájmu epidemiologického šetření.“ Podle § 64 je fyzická osoba podezřelá z nákazy povinna se podle povahy infekčního onemocnění mj. podrobit potřebnému laboratornímu vyšetření, lékařské prohlídce a karanténním opatřením. Nejvyšší správní soud k tomu v již výše uvedeném rozsudku č. j. 8 Ao 1/2021 - 133 poznamenal: „Zákon o ochraně veřejného zdraví vychází z toho, že o konkrétním druhu a způsobu provedení protiepidemických opatření rozhodne podle § 67 zákona o ochraně veřejného zdraví vůči konkrétním osobám buď orgán ochrany veřejného zdraví, nebo poskytovatel zdravotních služeb. Pokud zákon výslovně umožňuje uložit takové povinnosti určité osobě individuálním aktem, pak v případě rozsáhlé epidemie, nelze považovat za exces ze zákonných pravomocí odpůrce, pokud jsou stejné povinnosti uloženy hromadně na základě oprávnění daného v § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví. Zároveň jsou opět tyto povinnosti svou závažností srovnatelné s konkrétně vymezenými oprávněními v § 69 odst. 1 zákona o ochraně veřejného zdraví.“

[36] 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 pravomocí 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.

[37] K tomu lze již jen pro pořádek doplnit, že zákonodárce při předložení návrhu pandemického zákona evidentně počítal s tím, že možnost zavést testování, které by mělo přispět k bezpečnějšímu a stabilnímu prezenčnímu vzdělávání ve školách, má, a proto se snažil najít systémový nástroj, kterým by školám za tímto účelem zajistil dodatečné finanční prostředky; viz sněmovní tisk č. 1158/0, důvodová zpráva, II. zvláštní část, k části čtvrté, podle níž „*aktuálně připravovaná opatření (Ag testy, respirátory atp.), umožňující alespoň částečný návrat žáků do škol, není možné hradit z finančních prostředků poskytovaných ze státního rozpočtu podle školského zákona a jejich pořízení je tak možné zajistit buď z prostředků zřizovatele, nebo za pomoci centrálního nákupu a distribuce ze strany státu*“. Předkladatel návrhu pandemického zákona – tedy vláda, potažmo odpůrce o své pravomoci nařídít testování ve školách nepochyboval (řešil toliko jeho finanční krytí); patrně proto do pandemického zákona doplnil pouze testování zaměstnanců a jiných pracovníků. Možnost testovat ve školách odpůrce odvozoval z § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví, a to zjevně ve spojení s § 69 odst. 1 písm. b) téhož zákona, čemuž nasvědčuje i samotné odůvodnění napadeného opatření. Nejvyšší správní soud v tomto směru vyjádřil určitou pochybnost. Při použití výkladového pravidla *eiusdem generis* (stejně druhu) ovšem dovedl, že odpůrce své zákonné pravomoci nepřekročil; 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.

[38] Odpůrce při vydání napadeného opatření tedy nepřekročil meze své pravomoci a nepostupoval v rozporu s čl. 4 odst. 1 a 2 Listiny základních práv a svobod, podle kterých mohou být povinnosti ukládány pouze na základě zákona a meze základních práv a svobod mohou být upraveny pouze zákonem. A dlužno dodat, že nepřekročil ani meze pro tzv. delegaci normotvorby ve smyslu čl. 79 odst. 3 Ústavy České republiky, jak navrhovatelka rovněž namítla. V daném případě totiž nejde o právní předpis, který by byl výsledkem prováděcí, podzákonné normotvorby, nýbrž o opatření obecné povahy – tj. právní akt tzv. smíšené povahy, který obecně vykazuje znaky jak individuálního, tak normativního správního aktu [zde: řešícího relativně konkrétní správní věc (testování ve školách), avšak s dopadem na jmenovitě blíže neurčený okruh adresátů].

IV. b) K namítanému rozporu napadeného mimořádného opatření se zákonem a ústavním pořádkem

[39] Navrhovatelka tvrdí, že povinnost podstoupit preventivní antigenní testování, bez něhož jí není umožněna osobní přítomnost ve škole, je v rozporu se zákonem (zákonem o zdravotních službách a školským zákonem) a ústavním pořádkem – především Listinou základních práv a svobod. Dle navrhovatelky je preventivní testování na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 zdravotní službou ve smyslu zákona o zdravotních službách, resp. zákrokem podle Úmluvy o lidských právech a biomedicíně, tj. úkonem, k němuž je nutné poskytnutí svobodného a informovaného souhlasu.

[40] Nedotknutelnost osoby svědčí každému a projevuje se především tím, že jakýkoli zásah do tělesné a duševní integrity člověka je nepřijatelným, pokud mu nepředchází svobodný a informovaný souhlas. Pravidlo svobodného a informovaného souhlasu plyne z podstaty a smyslu samotné garance nedotknutelnosti osoby v čl. 7 Listiny základních práv a svobod, nicméně výslovně je zakotveno v čl. 5 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně, jakož i na zákonné úrovni – viz § 28 odst. 1 zákona o zdravotních službách, podle něhož „*zdravotní*

pokračování

služby lze pacientovi poskytnout pouze s jeho svobodným a informovaným souhlasem, nestanoví-li tento zákon jinak“.

[41] V obecném náhledu na potřebu svobodného a informovaného souhlasu, jež pramení přímo z práva na nedotknutelnost osoby, lze tedy s navrhovatelkou souhlasit. Navrhovatelka však pomíjí, že nedotknutelnost osoby není absolutní a bezvýjimečná, nejde-li o mučení či jiné špatné zacházení představující brutální útok proti lidské důstojnosti, zdraví a životu člověka (čl. 7 odst. 2 Listiny). Nedotknutelnost osoby není bezbřehá, naopak – přímo čl. 7 odst. 1 Listiny základních práv a svobod ponechává prostor ke stanovení případů, kdy tělesná a duševní integrita nedotknutelná není: *„Nedotknutelnost osoby a jejího soukromí je zaručena. Omezena může být jen v případech stanovených zákonem.“*

[42] Podobně z požadavku předchozího souhlasu připouští výjimky i Úmluva o lidských právech a biomedicíně (čl. 26); obdobně i dle zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), platí, že *„člověk je nedotknutelný“* (§ 91) a *„mimo případ stanovený zákonem nesmí nikdo zasáhnout do integrity jiného člověka bez jeho souhlasu uděleného s vědomím o povaze zásahu a o jeho možných následcích“* (§ 93 odst. 1, věta první). Zásah do integrity v občanském zákoníku je připuštěn nejen pro úkony v rámci zdravotní péče či zdravotních služeb, ale i pro jakékoli jiné případy, jež mohou být projevem dílčích aspektů všeobecného osobnostního práva člověka. Na prvním místě však budou právě případy poskytování zdravotních služeb. Stejně vnímá svobodný a informovaný souhlas i odborná literatura, podle které *„je účinnou zárukou zejména toho, že léčebné metody a postupy zasahující tělesnou a duševní integritu člověka jsou uplatňovány v jeho zájmu a ve prospěch jeho zdraví... Svobodný a informovaný souhlas vyrovnává odbornou převahu lékaře nad pacientem, činí z nich rovné subjekty a vytváří předpoklad pro nastolení vzájemné důvěry, jež je pro úspěšnou léčbu nepostradatelná“* (Wagnerová, E.; Šimíček, V.; Langášek, T.; Pospíšil, I. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha : Wolters Kluwer ČR, a. s. 2012, s. 189).

[43] V nyní souzené věci se sice o žádnou léčbu či léčebný postup nejedná, avšak navrhovatelka zjevně vnímá testování ve školách v širším pojetí jako zdravotní péči, resp. „zdravotní službu“ ve smyslu zákona o zdravotních službách a rovněž „zárok“ ve smyslu Úmluvy o lidských právech a biomedicíně; tato úmluva v čl. 4 stanoví: *„Jakýkoliv zárok v oblasti péče o zdraví, včetně vědeckého výzkumu, je nutno provádět v souladu s příslušnými profesními povinnostmi a standardy.“* Jakkoli je pojem „zárok“ podle Úmluvy o lidských právech a biomedicíně vykládán široce, jsou jím pouze výkony prováděné odbornými osobami v souladu *„profesními povinnostmi a standardy“*. Právě odbornost garantovaná získáním oprávnění k poskytování zdravotních služeb je určujícím faktorem i podle zákona o zdravotních službách (§ 2), jenž byl přijat právě k implementaci Úmluvy o lidských právech a biomedicíně.

[44] Výkladu § 2 zákona o zdravotních službách ve spojení s čl. 4 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně se Nejvyšší správní soud podrobně věnoval v nedávném rozsudku ze dne 8. 4. 2021, č. j. 6 Ao 1/2021 - 323, a to při přezkumu mimořádného opatření, kterým odpůrce uložil zaměstnavatelům povinnost zajistit pro zaměstnance testování provedením zdravotnického antigenního testu nebo testu, který lze použít laickou osobou; u laického testu přitom napadené opatření zjevně vycházelo z toho, že půjde o samotestování – tedy, že každý zaměstnanec testovaný tímto způsobem si test provede sám. Právě v této souvislosti Nejvyšší správní soud jasně konstatoval, že testování na přítomnost antigenu koronaviru SARS-CoV-2 je zdravotní službou, resp. zárokem pouze v případě, že je zajištěno formou zdravotnických antigenních testů. I tak ovšem vyloučil potřebu souhlasu a odkázal na pandemický zákon, v němž *„je implicitně obsaženo i vyloučení potřeby souhlasu s takovým úkonem, neboť splnění zákonné povinnosti nemůže být podmíněno souhlasem povinné osoby“*; stanovení této povinnosti pandemickým zákonem přitom podle Nejvyššího správního soudu naplňuje nejen formální podmínku pro zásah do práv zakotvených

v Listině základních práv a svobod (čl. 7) a v Úmluvě o lidských právech a biomedicíně (čl. 26), ale také podmínku materiální, tj. existenci legitimního účelu a nezbytnosti v demokratické společnosti.

[45] Přeneseno na nyní posuzovaný případ navrhovatelky týkající se testování ve školách to znamená, že ani zde není nutné poskytnutí svobodného a informovaného souhlasu – a to již jen proto, že napadené mimořádné opatření vychází z předpokladu, že děti/žáci/studenti se budou ve školách testovat sami; k tomu srov. čl. I. *in fine* napadeného mimořádného opatření: „*Škola může pro preventivní testování použít pouze testy určené pro sebetestování nebo Ministerstvem zdravotnictví povolené k použití laickou osobou.*“ Skutečnost, že opatření v žádném případě nepočítalo s tím, že testování ve školách bude výkonem zdravotní služby, je zřejmá rovněž z jeho odůvodnění: „*Děti, žáci a studenti se budou testovat sami pomocí antigenního testu, přičemž se nejedná o zdravotnický výkon. Samotný test musí být neinvazivní povahy, čímž se rozumí takový typ testu, kterým se nevykonávají fyzicky nepříjemné úkony. Jedná se tedy o neinvazivní proces, kdy nedochází k zásahu do tělesné integrity osoby (§ 93 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů). Škola může namísto státem dodávaných antigenních testů zajistit dětem, žákům a studentům i RT-PCR testy, i zde se však bude muset jednat o testy, které si děti, žáci a studenti provedou sami, a musí se jednat o testy neinvazivní.*“ Navíc „*všechny testy používané ve škole nebo školských zařízeních musí mít udělenou výjimku Ministerstva zdravotnictví k použití testu jako zdravotnického prostředku in-vitro formou samoodběru bez asistence zdravotnického pracovníka*“.

[46] Školy v tomto směru žádnou volbu způsobu testování nemají 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 tvrdí navrhovatelka. Ta ke svému návrhu sice připojila formulář informovaného souhlasu, který jí škola zaslala, avšak z jeho obsahu se podává, že nejde o informovaný souhlas s testováním jako takovým. Jedná se o souhlas, aby pověřený zaměstnanec školy asistoval při testování toho kterého dítěte s tím, že v opačném případě musí rodič u testování svého dítěte asistovat sám, příp. prostřednictvím jiné pověřené osoby. Za strany personálu školy k testování nedochází a jde-li o již zmíněnou asistenci, neshledává v ní Nejvyšší správní soud nic nezákonného. Ostatně ani sama navrhovatelka neuvedla žádné konkrétní ustanovení zákona, kterým by asistenci u testování dětí/žáků/studentů zpochybnila. Poukázala pouze na obecný odpor dětí k jakémukoli vyšetření, které ona sama považuje za invazivní vyšetření, u něhož navíc hrozí poranění nosní sliznice.

[47] Zásah do tělesné integrity člověka může mít nejrůznější podobu, přičemž vždy je třeba zohlednit, zda dosahuje určité minimální intenzity a závažnosti. Je-li tomu tak, je třeba, aby zákrok zasahující tělesnou integritu (např. odběr krve) provedl *lege artis* lékař anebo jiný zdravotnický pracovník. Soud na tomto místě nehodlá nijak zlehčovat subjektivní obavy ani příp. objektivní komplikace každého jednotlivce v souvislosti s provedeným testováním, avšak navrhovatelkou avizovaný výtěr z nosní dutiny (konkrétně z přední části nosu) nepovažuje za takový zásah do tělesné integrity či lidské důstojnosti, který by pro ni bez dalšího znamenal vyšší než zcela zanedbatelnou újmu.

[48] Napadené opatření nikterak neupravuje, jaké konkrétní preventivní testy mají být ve školách zajištěny, avšak – a to je velmi podstatné – normuje, že 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. A brojí-li navrhovatelka právě proti tomuto typu antigenního testování, není ve vztahu ke své osobě nijak konkrétní a nezohledňuje, že existují i jiné typy antigenního testování, vč. toho, že napadené

pokračování

opatření [čl. II. písm. b)] toleruje testování prováděné poskytovatelem zdravotních služeb podle aktuálně platného mimořádného opatření odporce k provádění testů.

[49] Nejvyšší správní soud má pochopení pro naznačenou obavu či strach dětí z testování, avšak má 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.

[50] 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 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 odporce 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 odpovídajícím možnosti dané v § 69 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví, jak již bylo vysvětleno výše.

[51] Tvrdí-li navrhovatelka, že oddělení dítěte a jeho povinnost opustit školu v případě pozitivního testu je konkludentním sdělením informace o jeho zdravotním stavu, soud připomíná, že 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.

[52] Napadené mimořádné opatření bližší podrobnosti zpracování osobních údajů neuvádí, např. evidence provedených testů nebyla v rámci tohoto opatření nijak stanovena. Konkrétní situace ohledně zpracování osobních údajů, jejich rozsah a dobu ukládání upravuje zákon o ochraně veřejného zdraví. Vůči němu se navrhovatelka nijak konkrétně nevymezila, vzpomněla pouze školský zákon a povinnost pedagogických pracovníků zachovávat mlčenlivost a chránit před zneužitím osobní údaje, informace o zdravotním stavu dětí, žáků a studentů [§ 22b písm. e)]. Na této povinnosti mlčenlivosti se oddělením dítěte ani jeho odchodem ze školy nic nemění. Jde o základní povinnost pedagogických pracovníků, k níž přistupují i povinnosti další, jako je povinnost zajišťovat bezpečnost a ochranu zdraví dětí, žáků a studentů při vzdělávání a s ním přímo souvisejících činnostech (§ 29 odst. 2 školského zákona) anebo právě povinnost respektovat napadené opatření, jehož vydání je v pravomoci odporce dané zákonem o ochraně veřejného zdraví. 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*“.

[53] 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.

[54] 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. V takovém případě se bude jednat o omluvenou absenci, jak je zřejmé z odůvodnění napadeného opatření. Škola tak postupuje jako při běžné absenci a nemá povinnost zajistit dítěti, žákovi či studentovi distanční způsob vzdělávání prostřednictvím informačních technologií, což ovšem nevylučuje jinou formu individuální studijní podpory, právě naopak. Ani to, že osobní přítomnost vybraných skupin dětí/žáků/studentů na prezenční výuce je podmíněna negativním testem na přítomnost onemocnění COVID-19, ve svých důsledcích nesmí vést k popření práva na vzdělání (viz níže).

[55] Navrhovatelka v tomto ohledu namítá porušení zásady rovného přístupu ke vzdělání, na němž je školský zákon založen – viz § 2 odst. 1 písm. a): „*Vzdělávání je založeno na zásadách rovného přístupu každého státního občana České republiky nebo jiného členského státu Evropské unie ke vzdělávání bez jakékoli diskriminace z důvodu rasy, barvy pleti, pohlaví, jazyka, víry a náboženství, národnosti, etnického nebo sociálního původu, majetku, rodu a zdravotního stavu nebo jiného postavení občana.*“

[56] Citované ustanovení školského zákona je promítnutím obecného zákazu diskriminace stanoveného v čl. 3 odst. 1 Listiny základních práv a svobod. Obecně platí, že 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. Navrhovatelka 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 navrhovatelky (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.

[57] 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.

IV. c) K právu na vzdělání – otázka přípustnosti jeho omezení napadeným mimořádným opatřením

[58] 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

pokračování

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.“

[59] Citovaný článek Listiny otevírá široký prostor pro zákonodárce při volbě nejrůznějších řešení, jak konstatoval Ústavní soud v nálezu ze dne 12. 3. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 83/06, č. 116/2008 Sb. „Princip proporcionality se uplatňuje zejména v oblasti lidských práv a základních svobod (hlava druhá Listiny); v oblasti práv hospodářských, sociálních a kulturních je však třeba přihlídnout k čl. 41 odst. 1 Listiny otevírajícímu široký prostor pro zákonodárce při volbě nejrůznějších řešení. Vzhledem k čl. 41 odst. 1 Listiny nemusí být zákonná úprava v přísném vztahu proporcionality k cíli, který je regulací sledován, tj. nemusí jít o opatření v demokratické společnosti nezbytné, jako je tomu například u jiných práv, jichž se lze dovolávat přímo z Listiny (srov. však např. čl. 27 odst. 1, 2 a 3 Listiny a práva tam uvedená, jež nejsou článkem 41 odst. 1 limitována). Testem ústavnosti v tomto smyslu projde taková zákonná úprava, u níž lze zjišťovat sledování nějakého legitimního cíle a která tak činí způsobem, jež si lze představit jako rozumný prostředek k jeho dosažení, byť nemusí jít o prostředek nejlepší, nevhodnější, neúčinnější či nejmoudřejší (test rozumnosti – srov. též náleží sp. zn. Pl. ÚS 61/04, Sbírka rozhodnutí, svazek 43, náleží č. 181, str. 57, vyhlášen pod č. 16/2007 Sb.).“

[60] Na tento závěr navázal Ústavní soud i v nálezu ze dne 20. 5. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 1/08, č. 251/2008 Sb., v němž „uzavřel, že test rozumnosti v případě sociálního práva je metodicky odlišný od testu, při němž je posuzována proporcionalita u základních práv, neboť daleko více zde hrají roli aspekty sociálně ekonomické. Test racionality, zejména v situaci, kdy Ústavní soud dovodil, že by k zamítnutí nálezu mohlo dojít již z důvodu zachování zdrženlivosti, má zde navíc spíše orientační a podpůrnou povahu.“ V kombinaci s požadavkem plynoucím z čl. 4 odst. 4 Listiny pak Ústavní soud 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, nevhodnější, neúčinnější či nejmoudřejší.

[61] V zásadě ve stejné struktuře postupoval nyní i Nejvyšší správní soud – byť s výhradou toho, že netestoval zákonnou úpravu, ale napadené mimořádné opatření, které je správním aktem smíšené povahy, nikoli právním předpisem. Volil přitom velmi zdrženlivý přístup, neboť jak již zmínil úvodem posouzení věci, 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. K tomu je v první řadě povolán odpůrce, jehož činnost správní soud nemůže nahrazovat.

[62] Toto základní východisko Nejvyšší správní soud plně respektoval, při přezkumu napadeného opatření se řídil zásadou zdrženlivosti a s přihlídnutím ke konkrétním skutkovým a právním okolnostem popsáním shora nedospěl k závěru, že by byl nutný jeho výjimečný zásah v podobě zrušení napadeného opatření podmiňujícího osobní přítomnost na prezenční výuce ve škole negativním testem na přítomnost onemocnění COVID-19. 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.

[63] Smysl a podstata práva na vzdělání – tedy jakési jeho nepodmíněné „tvrdé jádro“ dosud nebylo explicitně vymezeno, z judikatury Ústavního soudu však vyplývá, že „*zásah do samotného jádra práva na vzdělání je tak něčím výjimečným a může k němu dojít jen v případech zjevných excesů. To by se tak mohlo stát např. za situace, když by měl daný právní předpis obecně nepřijatelné (např. diskriminační) důsledky či by nespĺňoval požadavky v právním státě obecně kladené na právní předpisy (usnesení ze dne 5. 1. 2011 sp. zn. II. ÚS 2446/10)*“ – viz bod 89 nálezu ze dne 27. 1. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 16/14, č. 99/2015 Sb.

[64] V daném případě se o právní předpis nejedná, nicméně základní zákonné požadavky obecně kladené na přijetí mimořádného opatření nyní napadené opatření splňuje, jak je patrné ze shora uvedeného – opatření bylo jako opatření obecné povahy vydáno v rámci zákonné pravomoci odpůrce a v zákonem předpokládané proceduře, obsahuje základní zákonné náležitosti odůvodnění a není diskriminační. Nelze v něm tedy spatřovat zjevný exces, jak popsal Ústavní soud, který své shora citované závěry dále rozvinul v nálezu ze dne 9. 7. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 34/17, č. 224/2019 Sb., bod 46, v němž uvedl, že „*právo na vzdělání má několik rovin, a to nejen z hlediska jeho jednotlivých aspektů upravených v čl. 33 Listiny, ale také z hlediska projevu sémantického obsahu práva na vzdělání jako celku. Právo na vzdělání je v tomto smyslu jednotou institucionálního a materiálního aspektu. Institucionální aspekt práva na vzdělání spočívá v povinnosti státu vytvořit adekvátní systém vzdělávacích institucí. Této povinnosti státu pak na straně jednotlivce koreluje právo na přístup ke vzdělávacím institucím tvořícím dosažené institucionální uspořádání. Požadavku zajištění práva na vzdělání ve smyslu materiálním odpovídá povinnost státu zajistit vzdělání náležitě kvality formy a obsahu a tomu odpovídající právo jednotlivce. Jistá míra elementární kvality každého z uvedených aspektů tvoří podstatu a smysl práva na vzdělání podle čl. 33 Listiny*“.

[65] Obsah tvrdého jádra práva na vzdělání v rovině subjektivního práva jednotlivce je tedy třeba vnímat především jako požadavek elementární úrovně kvality obsahu a formy vzdělávání. V případě základního vzdělávání je situace jednoduchá, neboť školský zákon (§ 25) umožňuje jeho realizaci pouze v denní formě vzdělávání; to vychází z předpokladu, že žáci v rámci základního vzdělávání plní svou povinnou školní docházku. Proto je nezbytné zajistit, aby se základní vzdělávání uskutečňovalo jako pravidelné, každodenní vyučování v pětidenním vyučovacím týdnu. Na druhou stranu školský zákon (§ 184a) stanoví i zvláštní pravidla při omezení osobní přítomnosti dětí, žáků a studentů ve školách mj. právě z důvodu nařízení mimořádného opatření, přičemž v takovém případě předpokládá vzdělávání distančním způsobem.

[66] Jak již bylo uvedeno, distanční výuka není a nemůže být trvalou alternativou; jde o důsledek mimořádné situace, jejíž řešení vyžaduje mimořádná opatření. Jedním z nich je i nyní napadené opatření, které podle názoru zdejšího soudu není excesem a nepopírá podstatu práva na vzdělání. Naopak odpůrce v odůvodnění opatření vychází z toho, že právo na vzdělání je významné, což vede k potřebě najít cesty opětovného umožnění prezenčního vzdělávání. Vždy však musí být brána na zřetel ochrana veřejného zdraví, a proto opatření zavedlo preventivní testování s tím, že „*představuje minimální zásah, který ale umožní naplnit právo na vzdělání a zároveň je nástrojem pro ochranu zdraví*“. Současně se z odůvodnění opatření podává, že žáci (děti, studenti), kteří se testování nepodrobí, „*budou ze vzdělávání omluveni s tím, že se doporučuje školám, aby žáky (děti, studenty) v rámci svých možností vzdělávaly. Zde je tedy situace obdobná tomu, když dítě, žák nebo student z důvodu jakéhokoli onemocnění zůstane doma. Pokud dítě, žák nebo student testování odmítne, bude se jednat o omluvenou absenci*“.

[67] Z citovaného je jasné, že základ práva na vzdělání fakticky popřen není; netestování 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

pokračování

uvědomuje i sám odpůrce – Ministerstvo zdravotnictví. 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.).

[68] S ohledem na povinnost zajistit tuto podporu – danou již tím, že v čl. 33 odst. 1, větě druhé, Listiny je zakotvena povinná školní docházka – a déle také s přihlédnutím k mimořádné situaci epidemie onemocnění COVID-19 soud konstatuje, že napadené opatření nezasahuje samotnou podstatu práva na vzdělání v takové míře, která by byla nepřipustná. Nejvyšší správní soud přitom zohlednil i to, že napadené opatření zavádí testování jako (dočasný) nástroj řízeného uvolnění opatření, jež omezují provoz škol; to je nepochybně pozitivní trend, který umožňuje naplňovat právo na vzdělání při současném zachování ochrany zdraví.

[69] Stručně shrnuto: 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].

[70] O legitimitě cíle, jehož má být napadeným opatřením dosaženo, nemá soud pochybnosti. Vychází jednak z odůvodnění opatření, jednak z obecně známých skutečností o epidemické situaci v České republice v době jeho vydání. Nezbytnost snížení počtu případů, kdy osoby, které mohou být infikovány virem SARS-CoV-2, přicházejí do každodenního kontaktu s dalšími osobami, nezpochybňoval v té době prakticky žádný z relevantních názorů na řešení epidemie nemoci COVID-19. Tato nemoc nemusí být doprovázena 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 ve formě samoodběru, jež není výkonem zdravotní služby; není k němu nutný souhlas, neboť nedochází k zásahu do práva na nedotknutelnost osoby (čl. 7 Listiny). Nicméně může dojít k zásahu do práva na vzdělání, pokud se dotyčný odmítne 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 – viz výše zmíněný rozsudek č. j. 6 Ao 1/2021 - 323, v němž zdejšího soudu poznamenal: „*Jak právo na život, tak i právo ochranu zdraví zahrnují nejen aspekt negatorní, tedy požadavek, aby do nich nebylo veřejnou mocí zasahováno, ale i pozitivní závazek veřejné moci, aby tato práva aktivně chránila, včetně přijímání potřebných preventivních opatření.*“

[71] 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. Navrhovatelka nevznesla 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.

[72] 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. Znovu připomíná, že se nemusí jednat o nejlepší, nejvhodnější či nejúčinnější opatření, postačí, pokud nepůjde o opatření zjevně iracionální. A tuto skutečnost má soud v dané věci za prokázanou. Vychází přitom primárně z odůvodnění napadeného mimořádného opatření, v němž sám odpůrce připouští nižší účinnost antigenních testů (než u RT-PCR testů); to ovšem vyvažuje vyšší

frekvencí testování (dvakrát týdně). Odpůrce v žádném případě antigenní testy neglorifikuje jako nejefektivnější z hlediska předcházení rizika dalšího šíření koronaviru, jak mylně dovozuje navrhovatelka. Naopak z odůvodnění napadeného opatření je jasné, že nejde o opatření, které by bylo samo o sobě dostatečné, „*existuje však přesvědčení o tom, že může dobře fungovat jako doplňkové opatření, které umožní riziko dále snížit v kombinaci s dalšími opatřeními.*“

[73] Z hlediska čistě odborného odpůrce toto své přesvědčení založil na několika relevantních a obecně dostupných studiích, na něž v odůvodnění zcela adresně odkázal. První je studie „*Ranking the effectiveness of worldwide COVID-19 government interventions*“, publikována dne 16. 11. 2020 v Nature Human Behaviour (online), autory z akademického a vědeckého prostředí (Lékařská univerzita ve Vídni, Complexity Science Hub Vienna, Sony Computer Science Laboratories atd.). Druhou studií je „*Inferring the effectiveness of government interventions against COVID-19*“, publikována dne 19. 2. 2021 ve Science (online); opět autory z akademického a vědeckého prostředí (většinou z britských univerzit Oxford, Cambridge, Manchester, Bristol atp.). Obě dvě tyto studie se věnují hodnocení různých opatření proti šíření koronaviru (např. omezování shromažďování, kontroly na hranicích, celostátní lockdown atp.). Potvrzují, že uzavření škol je jedním z nejefektivnějších nefarmakologických opatření, které je společně s dalšími vhodnými opatřeními schopno významně snížit reprodukční číslo R_t , jak je uvedeno v odůvodnění mimořádného opatření.

[74] Třetí studií je „*Model-driven mitigation measures for reopening schools during the COVID-19 pandemic*“, publikována dne 6. 2. 2021 v MedRxiv (online, na stránce sloužící k publikování před procesem peer-review), taktéž autory z akademického a vědeckého prostředí (Color Health a Univerzita ve Washingtonu). Tato studie se zabývá provozem typických škol v USA a zkoumá vliv rotace tříd, vakcinace a testování ve školách. Nejde o zkoumání reálného provozu na škole, ale o vytvoření modelové situace. Ze studie vyplývá, že testování jednou týdně a izolace v případě pozitivního výsledku snižuje četnost přenosu onemocnění ve školách. Testování dvakrát týdně snižuje četnost přenosu onemocnění ještě o něco více. Modelová situace je založena mj. na těchto vstupech: 25 % studentů se nikdy netestuje, vyhodnocení testu trvá 24 hodin (poté případně okamžitá izolace), PCR testy mají senzitivitu 0 % pro latentní fázi, 75 % během prvních dvou dnů bez příznaků a 80 % pro zbylé dny bez příznaků.

[75] Z uvedeného je zřejmé, že opatřením umožňujícím 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 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. Navíc Nejvyšší správní soud už ve svých rozhodnutích ve věcech testování zaměstnanců (pod 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.

[76] Nejvyšší správní soud nemá důvod, aby se od těchto závěrů v nyní souzené 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). Otázka užití antigenních testů není otázkou právní, ale odbornou a navrhovatelka v podstatě žádné odborné argumenty nesnesla. S žádnou z uvedených studií nijak nepolemizuje, a pokud uvádí, že spolehlivost antigenních testů není stoprocentní, lze jí dát za pravdu. Ve výsledku to však na závěry zdejšího soudu nemá vliv, neboť smyslem testování není stoprocentní záchyt

pokračování

nakažených, ale prevence s vyšší či nižší mírou účinnosti. To, že by antigenní testy nebyly účinné vůbec, navrhovatelka netvrdí ani nedokládá.

[77] Nejvyšší správní soud o věci samé rozhodoval – za souhlasu obou stran – bez jednání a žádné dokazování neprováděl; vycházel zejména z odůvodnění mimořádného opatření, včetně studií v něm uvedených, jakož i ze závěrů, které k antigenním testům vyslovil ve věcech testování zaměstnanců – zde přitom mj. provedl důkaz odborným stanoviskem MUDr. H. Z. ze dne 6. 4. 2021, v němž jmenovaná zpochybňuje účinnost antigenních testů využívaných pro plošné testování bezpříznakových jedinců, nicméně k dotazu na možnost spolehlivého zjištění nákazy virem SARS-CoV-2 uvedla: „*Jediný způsob, jakým se dá zjistit, zda v sobě má člověk infekční virus, je test viability neboli životaschopnosti, tedy pokus o kultivaci viru v laboratoři. Test viability ovšem trvá až dva týdny a lze jej provádět pouze ve specializovaných laboratořích vybavených pro práci s vysoce infekčním materiálem kategorie BSL 3. Pro rutinní použití proto není vhodný.*“

[78] Ve světle všech těchto skutečností nezbyvá než zopakovat, že i sám odpůrce si byl vědom omezených možností zvolené metody testování, ale přijal ji jako doplňkové opatření, jež zdejší soud nemá důvod zpochybnit.

[79] Nic na tom nemění ani navrhovatelkou odkazované rozhodnutí Okresního soudu v německém Výmaru, Az.: 9 F 148/21, které se sice týká povinnosti testování a nošení roušek, avšak bylo vydáno jako předběžné opatření navíc opatrovnickým (rodinným) soudem, nikoli soudem správním. V této souvislosti není od věci odkázat právě na rozhodnutí Správního soudu ve Výmaru ze dne 20. 4. 2021, sp. zn. 8 E 416/21 We, které se týkalo povinnosti nošení roušky při výuce, přičemž soud potvrdil zákonnost napadeného opatření s ohledem na vysoké riziko ve školách. Vyjádřil se na závěr také k výše uvedenému rozhodnutí a zdůraznil, že „*rozhodnutí místního soudu Výmaru ze dne 8. dubna 2021 (Az. 9 F 148/21) je zjevně nezákonné a nemůže být v rozporu s rozhodnutím správního soudu. Rodinný soud nemá pravomoc vydávat příkazy orgánům a zástupcům orgánů jako orgánům veřejné moci. Pro tuto pravomoc chybí potřebný právní základ. Soudní kontrola činnosti orgánů, a to i s ohledem na opatření na ochranu zdraví ve školách, je výhradní odpovědností správních soudů.*“ Již jen na okraj je možné odkázat i na rozhodnutí Vyššího správního soudu Dolního Saska (*Niedersächsisches Obergerverwaltungsgericht*) ze dne 19. 4. 2021, sp. zn. 13 MN 192/21, podle něhož školy mohou stanovit negativní antigenní test jako podmínku pro prezenční docházku. Soud přitom odkázal na aktuální posouzení rizik Institutem Roberta Kocha, podle něhož ohniska související s COVID-19 stále více postihují školy, takže je povinnost podstoupit test jasně spojena s aktuálním existujícím rizikem infekce. Podle soudu nelze popírat, že přesnost povolených autotestů zaostává zejména za přesností molekulárně biologického vyšetření pomocí polymerázové řetězové reakce (testování PCR). To však samo o sobě nezpochybňuje vhodnost pro detekci infekce SARS-CoV-2.

[80] V době dynamicky se vyvíjející pandemie je rozhodně na místě postupovat preventivně a v souladu s principem předběžné opatrnosti, jehož se běžně užívá v oblasti ochrany životního prostředí, avšak lze jej rozšířit i mimo tuto oblast (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 5. 2008, č. j. 6 As 70/2007 - 104, č. 1686/2008 Sb. NSS). Předběžná opatrnost spočívá v braní do úvahy v zásadě nejhorší možné varianty z těch, které mohou nastat, což ve svém vyjádření vystihl odpůrce s poukazem na nejasnosti o šíření a vlastnostech koronaviru. V opačném gardu vyjádřeno, 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.

[81] 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 v EU (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.“

[82] Poukázala-li navrhovatelka též na tzv. nejlepší zájem dítěte, pak Nejvyšší správní soud již zcela na závěr uvádí, že nejprve je nutno tento zájem definovat. Dle jeho názoru je jím v daném kontextu zájem na osobní, prezenční formě vzdělávání – a to nejen navrhovatelky, 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).

V. Závěr a náklady řízení

[83] Nejvyšší správní soud neshledal návrh na zrušení mimořádného opatření odpůrce ze dne 6. 4. 2021, č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN, důvodným, a proto ho podle § 101d odst. 2 věty druhé s. ř. s. zamítl (výrok I.).

[84] O náhradě nákladů řízení Nejvyšší správní soud rozhodl v souladu s § 60 odst. 1 s. ř. s. Navrhovatelka v řízení neuspěla a odpůrci žádné náklady nad rámec jeho běžné administrativní činnosti v tomto řízení nevznikly, takže mu soud náhradu nákladů nepřiznal (výrok II.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **není** opravný prostředek přípustný.

V Brně dne 6. května 2021

JUDr. Viktor Kučera
předseda senátu