

Česká republika
NÁLEZ
Ústavního soudu

Jménem republiky

Ústavní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Ludvíka Davida, soudkyně zpravodajky Kateřiny Šimáčkové a soudce Davida Uhlíře o ústavní stížnosti stěžovatelky nezletilé **a) A. A. K.**, zastoupené zákonným zástupcem Mgr. P. K., advokátem, proti usnesení Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Ao 13/2021-44 ze dne 24. 6. 2021, a ústavní stížnosti stěžovatelek nezletilých **b) E. H. K.** a **c) S. D. K.**, obou zastoupených zákonným zástupcem Mgr. P. K., advokátem, proti usnesení Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Ao 6/2021-40 ze dne 24. 6. 2021, za účasti **Nejvyššího správního soudu** jako účastníka řízení a **Ministerstva zdravotnictví** jako vedlejšího účastníka řízení, takto:

- I. Usnesením Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Ao 6/2021-40 ze dne 24. 6. 2021 a usnesením Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Ao 13/2021-44 ze dne 24. 6. 2021 bylo porušeno základní právo stěžovatelek na soudní ochranu dle čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod.**
- II. Tato rozhodnutí se proto ruší.**

Odůvodnění:

I. Vymezení věci a předchozí průběh řízení

1. Dne 6. 4. 2021, v době stavu pandemické pohotovosti dle § 1 odst. 3 zákona č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „pandemický zákon“), vydalo Ministerstvo zdravotnictví mimořádné opatření č. j. MZDR 14592/2021-3/MIN/KAN, kterým s odkazem na § 69 odst. 1 písm. i) a odst. 2 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, ve znění pozdějších předpisů, omezilo osobní přítomnost žáků ve školách. Dle mimořádného opatření byla umožněna osobní přítomnost žáků na vzdělávání za podmínky, že se dvakrát týdně podrobí vyšetření prostřednictvím neinvazivního antigenního testu na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2, způsobujícího onemocnění COVID-19, a prokáží se negativním výsledkem tohoto vyšetření (čl. I mimořádného opatření). Testování se ovšem nemusely podrobit mimo jiné osoby, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění COVID-19 a u kterých neuběhlo od prvního pozitivního testu více než 90 dní [čl. II písm. a) mimořádného opatření], nebo osoby disponující certifikátem o očkování za předpokladu, že od očkování uběhla požadovaná doba [čl. II písm. c) mimořádného opatření].

2. Stěžovatelka a) byla v té době žákyní nižšího stupně víceletého gymnázia, stěžovatelka c) žákyní základní školy a stěžovatelka b) se zúčastnila povinného předškolního vzdělávání v mateřské škole. Stěžovatelky se obrátily na Nejvyšší správní soud a domáhaly ze zrušení mimořádného opatření (ve znění pozdějších opatření). Tvrdily, že onemocnění COVID-19 prodělaly v prosinci 2020 a že dle laboratorních testů mají dostatek protilátek. Nezákonnost mimořádného opatření spatřovaly mimo jiné

v tom, že v něm nebyla zakotvena výjimka z testování pro osoby, které prodělaly onemocnění a mají proti němu protilátky.

3. Nejvyšší správní soud napadenými usneseními odmítl návrhy stěžovatelek jako zjevně neopodstatněné dle § 13 odst. 3 věty první pandemického zákona. K výše uvedené námitce Nejvyšší správní soud uvedl, že stěžovatelky nemají laboratorně potvrzeno prodělání onemocnění COVID-19 a svým návrhem se „v podstatě dožadují toho, aby byla v mimořádném opatření stanovena další výjimka vztahující se na osoby s dostatečným množstvím protilátek“, a aby tak byly tyto osoby postaveny „na roveň osobám očkovaným“. Nejvyšší správní soud konstatoval, že „nemá pravomoc doplňovat jakékoli ustanovení (další výjimku) do napadeného opatření“, neboť by tím nepřipustně zasáhl do pravomoci Ministerstva zdravotnictví; úlohou správních soudů totiž není opatření obecné povahy „dotvářet či hledat optimální řešení“. Mimořádné opatření jako akt smíšené povahy „v mnohém připomíná právní předpis“ a úlohu Nejvyššího správního soudu lze „připodobnit roli Ústavního soudu jako tzv. negativního zákonodárce; ustanovení zákonů, která jsou v rozporu s ústavním zákonem, může zrušit, nemůže je však nahradit svým vlastním rozhodnutím“. Nejvyšší správní soud proto uzavřel, že „může napadené opatření obecné povahy nebo jeho část zrušit, nemůže ho ovšem nijak doplnit či dotvořit vlastním rozhodnutím, jak fakticky požadují navrhovatelky, neboť by si tím osoboval více oprávnění, než mu ze zákona přísluší.“ (napadená usnesení č. j. 5 Ao 6/2021-40, body 20 a 21, a č. j. 5 Ao 13/2021-44, body 21 a 22).

II. Argumentace účastníků

4. Podle stěžovatelek bylo napadenými rozhodnutími porušeno zejména jejich základní právo na spravedlivý proces zaručené čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod.

5. Stěžovatelky uvádějí, že dle laboratorních testů měly vysokou hladinu protilátek proti viru SARS-CoV-2, takže se nacházely ve srovnatelné situaci s osobami, které podstoupily očkování. Mimořádné opatření s nimi ovšem bezdůvodně zacházelo rozdílně a vyžadovalo od nich, aby podstoupily testování. To platí obdobně ve vztahu k osobám v době do 90 dnů od prodělání nákazy, které se rovněž nemusely podrobovat testování. Nejvyšší správní soud se však s jejich námitkou nevyřadil.

6. V této souvislosti se stěžovatelky dovolávají rozsudků Nejvyššího správního soudu č. j. 6 Ao 21/2021-23 ze dne 30. 6. 2021, body 19–21, a č. j. 6 Ao 19/2021-66 a ze dne 13. 8. 2021, body 30 a 38. V těchto rozsudcích byla jiná mimořádná opatření označena za nezákonná i proto, že Ministerstvo zdravotnictví v nich neodůvodnilo, proč s osobami s laboratorně zjištěnými protilátkami zachází odlišně od osob očkovaných či od osob, které prodělaly onemocnění COVID-19 nejpozději před 90 dny.

7. Nejvyšší správní soud navrhl ústavní stížnosti odmítnout jako zjevně neopodstatněné, případně je zamítnout. Uvedl, že se s argumentací stěžovatelek týkající se chybějící výjimky z testování pro osoby s laboratorně potvrzenou hladinou protilátek vypořádal (bod 3 výše). Stěžovatelky tuto část odůvodnění nerozporují a toliko odkazují na pozdější judikaturu Nejvyššího správního soudu. Napadená rozhodnutí byla ovšem vydána o týden dříve než rozhodnutí, na která odkazují stěžovatelky. Odkazovaná

rozhodnutí se týkají jiného mimořádného opatření, jímž byl omezen obchod, služby a setkávání lidí a obdobné činnosti, které bylo vydáno o více než měsíc později oproti mimořádnému opatření napa a v jeho odůvodnění se ve vztahu k osobám, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění COVID-19 a osoby očkované, vychází také z argumentu „adekvátní hladiny protilátek“. To u mimořádného opatření napadeného stěžovatelkami neplatí, Ministerstvo zdravotnictví v něm otázku protilátek nijak výslovně neřešilo, což ostatně odpovídá době, kdy bylo toto mimořádné opatření přijímáno, neboť debata ohledně laboratorně naměřených protilátek akcelerovala až později.

8. Tyto zásadní aspekty však stěžovatelky přehlíží. Na základě jejich argumentace založené na prosté citaci pozdější judikatury nelze bez dalšího dovozovat nezákonnost mimořádného opatření, které napadly, s tím, že v něm „Ministerstvo zdravotnictví řádně nezdůvodnilo něco, co samotným opatřením vůbec upraveno nebylo a v době jeho přijímání ani zdaleka nebylo takovým tématem jako nyní.“ Nejvyšší správní soud odůvodnění mimořádného opatření o testování ve školách akceptoval i s přihlédnutím k tomu, že jde o opatření obecné povahy, které se svým charakterem blíží právnímu předpisu, jež je v závislosti na aktuálním (i predikovaném) vývoji epidemické situace vydáván velmi rychle a v podstatě bez jakéhokoli předcházejícího řízení. Tomu musí odpovídat i nároky kladené na odůvodnění mimořádného opatření, jež z povahy věci nemůže postihnout všechny myslitelné situace, které v praxi mohou nastat. Nutno zopakovat, že stěžovatelky ve svých návrzích zpochybňovaly primárně testování ve školách včetně výjimek, které nedopadaly na ně, ale na třetí osoby. Ministerstvo zdravotnictví ovšem tyto výjimky stručně odůvodnilo, což Nejvyšší správní soud akceptoval a vycházel z toho, že ani případné nedostatky v tomto směru nevylučují soudní přezkum napadeného opatření v mezích aktivní procesní legitimity stěžovatelek. Navrhovatelky byly oprávněny dovolávat se nezákonnosti opatření, jež má přímý a nezprostředkovaný vztah výhradně vůči nim, nikoli třetím osobám. Podle Nejvyššího správního soudu se v době vydání nedopustilo Ministerstvo zdravotnictví žádného excesu, před kterými by stěžovatelky měly správní soudy chránit. Stěžovatelky podle Nejvyššího správního soudu „nepřednesly prakticky žádnou argumentaci, jež by založila ústavněprávní rozměr věci“ a toliko citovaly z pozdější judikatury, jejíž rozpor s napadenými rozhodnutími je však „jen zdánlivý“. Jde o rozhodnutí z pozdější doby, které odrážejí debaty o uznávání laboratorně zjištěných protilátek a „relevanci mají jen pro budoucí rozhodování Nejvyššího správního soudu v obdobných případech“.

9. Ministerstvo zdravotnictví jako vedlejší účastník uvedlo, že Nejvyšší správní soud se v napadených usneseních k otázce absence prokázaných protilátek mezi výjimkami z povinnosti podstoupit testování vyjádřil (bod 3 výše). Dále ve svém vyjádření vysvětluje, proč s ohledem na současný stav vědeckého poznání zastává názor, že pouhé prokázání přítomnosti protilátek proti viru SARS-CoV-2 v krvi osoby, aniž by u ní bylo zároveň laboratorně potvrzeno prodělání onemocnění COVID-19, nelze postavit na roveň laboratorně potvrzenému prodělání tohoto onemocnění.

10. Ústavní soud nepovažoval za nutné vyzývat k vyjádření osobu zúčastněnou na řízení ve věci sp. zn. 5 Ao 13/2021, která se rovněž domáhala zrušení předmětného mimořádného opatření.

III. Hodnocení Ústavního soudu

A. Předpoklady k věcnému projednání

11. Ústavní stížnosti splňují předpoklady k věcnému projednání stanovené zákonem č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů. Z těchto předpokladů je zapotřebí se podrobněji vyjádřit toliko k otázce zastoupení advokátem.

12. Dle § 30 odst. 1 zákona o Ústavním soudu musí být fyzické osoby jako účastníci řízení před Ústavním soudem zastoupeny advokátem v rozsahu stanoveném zvláštními předpisy. Ústavní soud nicméně vyložil, že je-li účastníkem nebo vedlejším účastníkem řízení před Ústavním soudem advokát, nemusí být zastoupen jiným advokátem [stanovisko pléna sp. zn. Pl. ÚS-st. 42/15 ze dne 8. 10. 2015 (ST 42/79 SbNU 637; 290/2015 Sb.)]. Je-li advokát dle odkazovaného stanoviska schopen hájit práva a zájmy ve své vlastní věci, obdobně platí, že je schopen tak učinit tam, kde vystupuje jako zákonný zástupce jiné osoby. **Vystupuje-li jako zákonný zástupce účastníka či vedlejšího účastníka řízení před Ústavním soudem advokát, nemusí být zastoupen jiným advokátem.** To však samozřejmě platí jen pro případy, kdy mezi zákonným zástupcem a jím zastupovaným dítětem či dětmi nebude nezbytné dětem ustanovit kolizního opatrovníka s ohledem na možný střet zájmů mezi dětmi a rodičem – advokátem či s ohledem na nejlepší zájem dítěte. Tato situace však v posuzovaném případě nenastala, a proto Ústavní soud neshledal žádný důvod, proč by nemohl v tomto případě zákonný zástupce jako advokát děti zastupovat v řízení o projednávané ústavní stížnosti.

B. Meritorní přezkum

13. Mimořádné opatření Ministerstva zdravotnictví, jehož zrušení se stěžovatelky domáhaly, bylo vydáno na základě § 69 odst. 1 písm. i) a odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví. Při úvahách o charakteru tohoto mimořádného opatření je třeba vyjít z toho, jakou formu pro něj předepisuje právní řád; je-li forma určitého aktu jednoznačně určena, není totiž zpravidla namístě přehodnocování z materiálních hledisek [viz obdobně nálezy sp. zn. Pl. ÚS 19/11 ze dne 31. 1. 2012 (N 23/64 SbNU 223; 132/2012 Sb.), bod 31; nebo usnesení sp. zn. Pl. ÚS 8/20 ze dne 22. 4. 2020, body 35 a 50–54]. Předmětné mimořádné opatření se dle § 94a odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví vydává jako opatření obecné povahy, a tak je třeba vycházet z tohoto jednoznačného určení formy, které nikdo z účastníků nezpochybnil. Ústavní soud navíc již ve své judikatuře akceptoval, že předmětné mimořádné opatření má charakter opatření obecné povahy (usnesení sp. zn. II. ÚS 977/21 ze dne 27. 4. 2021).

14. Opatření obecné povahy představují „určité překlenutí dvou v činnosti veřejné správy tradičních základních forem jednostranných správních aktů: normativních (abstraktních) právních aktů na jedné straně a individuálních (konkrétních) právních aktů na straně druhé“ [nálezy sp. zn. III. ÚS 3817/17 ze dne 14. 5. 2019 (N 78/94 SbNU 73), bod 30]. Jelikož se opatření obecné povahy sdílí některé charakteristiky s normativními právními akty (právními předpisy), vztahují se na ně přiměřeně i požadavky, které ústavní pořádek na tyto akty klade.

15. Ústavní soud ve své judikatuře dovodil, že „neústavnost zákona nebo jeho jednotlivých ustanovení může vyplynout i z nedostatečné úpravy určitého právního institutu nebo jeho součásti (opomenutí zákonodárce), jestliže tato skutečnost znemožňuje, byť jen v některých případech, jejich ústavně konformní použití. Nemůže-li k odstranění takovéto neústavnosti dojít zrušením pouze částí právní úpravy předmětného právního institutu, pak závěr o neústavnosti dopadá na tuto úpravu jako celek.“ Jelikož Ústavní soud nemůže zákony doplňovat či měnit, nezbývá mu než danou zákonnou úpravu zrušit, i když její jednotlivé části samy o sobě nemusejí být protiústavní [nález sp. zn. Pl. ÚS 32/18 ze dne 30. 7. 2019 (N 141/95 SbNU 213; 232/2019 Sb.), bod 22, a tam citovaná judikatura]. Nedostatečná úprava způsobující neústavnost přitom může spočívat i v chybějící výjimce z určité právní úpravy [tamtéž, bod 23]. Tato východiska platí obdobně i pro opatření obecné povahy a jeho přezkum správními soudy či Ústavním soudem.

16. Neústavnost či nezákonnost opatření obecné povahy může spočívat i v nedostatečné úpravě určité otázky; jelikož obecné soudy nemají pravomoc opatření obecné povahy doplňovat či měnit, dopadá nezákonnost či neústavnost na opatření obecné povahy jako celek či na tu jeho část, v níž byl nedostatek zjištěn. Odmítnou-li se obecné soudy věcně zabývat námitkou, že úprava obsažená v opatření obecné povahy je nedostatečná, pro tvrzený nedostatek své pravomoci, porušují základní právo na soudní ochranu dle čl. 36 odst. 1 Listiny.

17. Nejvyšší správní soud se v napadených rozhodnutích odmítl věcně zabývat námitkou stěžovatelek, že nezákonnost mimořádného opatření spočívá v absenci výjimky z testování pro osoby, které prokáží adekvátní hladinu protilátek proti viru SARS-CoV-2. Odůvodnil to tím, že správní soudy nemohou opatření obecné povahy doplňovat či měnit. V pravomoci Nejvyššího správního soudu ovšem bylo předmětné opatření zrušit či vyslovit jeho nezákonnost (§ 13 odst. 4 pandemického zákona). Nejvyšší správní soud se tedy měl věcně zabývat tím, zda námitka nedostatečné úpravy výjimek v předmětném mimořádném opatření je či není důvodná a na tomto základě měl případně v situaci, kdy by dospěl k závěru, že je úprava výjimek v napadeném opatření obecné povahy nedostatečná, napadené mimořádné opatření (jeho relevantní část) případně zrušit či vyslovit jeho nezákonnost. Je třeba poukázat na to, že Nejvyšší správní soud deklaroval, že jeho úkolem je postupovat obdobně jako Ústavní soud při přezkumu právních předpisů, avšak bez vysvětlení nerefletoval judikaturu Ústavního soudu a odmítl se namítaným nedostatkem v úpravě mimořádného opatření substantivně zabývat. Tím Nejvyšší správní soud porušil právo stěžovatelek na soudní ochranu dle čl. 36 odst. 1 Listiny.

18. Stěžovatelky navíc z obsahového hlediska namítaly porušení práva na rovné zacházení a práva na vzdělání, tedy ústavně zaručených práv dle čl. 1 a čl. 3 odst. 1 Listiny a čl. 33 Listiny. Soudní ochranu ve věcech týkajících se základních práv přitom vyloučit nelze (čl. 4 Ústavy České republiky ve spojení s čl. 36 odst. 2 věta druhá Listiny), což však Nejvyšší správní soud fakticky učinil tím, že se věcně nezabýval námitkou porušení těchto práv.

19. Ústavní soud se nevyjadřuje k otázce, zda byla či nebyla úprava obsažená v mimořádném opatření dostatečná, respektive zda lze nezákonnost či neústavnost spatřovat v absenci výjimky pro osoby se zjištěnými protilátkami. Je nyní úkolem

Nejvyššího správního soudu, aby se věcně námitkou stěžovatelek zabýval; Ministerstvo zdravotnictví pak bude mít v řízení před Nejvyšším správním soudem možnost uplatnit své argumenty. Závěrem je třeba konstatovat, že pochybení Nejvyššího správního soudu nespočívá v tom, že se v napadených rozhodnutích nevypořádal s pozdější judikaturou (taková povinnost by ostatně nebyla splnitelná), nýbrž v tom, svou přezkumnou pravomoc vyložil úzce, čímž upřel stěžovatelkám právo na soudní ochranu, a učinil tak, ačkoliv se stěžovatelky dovolávaly svého ústavně zaručeného práva na rovné zacházení a na vzdělání.

Závěr

20. Napadenými rozhodnutími bylo porušeno právo stěžovatelek na soudní ochranu dle čl. 36 odst. 1 Listiny, a proto Ústavní soud podle § 82 odst. 2 písm. a) zákona o Ústavním soudu vyhověl ústavní stížnosti a podle § 82 odst. 3 písm. a) tohoto zákona napadená rozhodnutí zrušil.

Poučení: Proti rozhodnutí Ústavního soudu se nelze odvolat.

V Brně dne 16. listopadu 2021

Ludvík David
předseda senátu

Odlišné stanovisko soudce Ludvíka Davida k nálezu sp. zn. II. ÚS 2385/21

Nesouhlasím s výrokem ani odůvodněním nálezu.

Za prvé se domnívám, že Nejvyšší správní soud (NSS) splnil - v případě obou ve výroku nálezu citovaných usnesení - povinnost řádně, resp. dostatečnou měrou přezkoumat předmětné mimořádné opatření ministerstva. A to i ve světle námitek stěžovatelek, že mezi výjimky z antigenního testování mělo být zařazeno i prokázání protilátek. Učinil tak v prvně označeném usnesení zejména v bodech 20, 34-39, ve druhém zejména v bodech 21, 25, 34-42. Také zdrženlivost přezkumu, funkčnost realizace mimořádného opatření, jeho naplněný legitimní cíl jsou pro mne v dané souvislosti relevantní argumenty. Jinak bychom se již dostali, vlastně de lege ferenda, na pole expertního zkoumání.

Za druhé, odkaz na nálezy sp. zn. Pl. ÚS 32/18 (body 22, 23), který NSS neměl respektovat, není přiléhavý. Shrnu-li proč, pak docházím k závěru, že předmětné mimořádné opatření je/bylo ústavně konformně aplikovatelné i bez „chybějící“ výjimky průkazu protilátek. Naproti tomu se v citovaných pasážích nálezu argumentuje situacemi výrazně, v podstatných skutkových znacích i právních aspektech, odlišnými.

Za třetí nejsem přesvědčen, že kasační nálezy naplňují postulát efektivnosti ústavního přezkumu. Z jeho posledního bodu 19 si navíc dovozují spíše otázky. Stačí, když NSS v novém rozhodnutí doplní zřejmě žádoucí formulaci například z jiných judikátů téhož soudu? Nebo se má námitkou chybějícího uznávání testu na protilátky skutečně věcně zabývat, jak se uvádí? Může se změnit na rozhodnutí NSS, po nynějším kasačním nálezu, opravdu něco podstatného ve prospěch stěžovatelek?

Ludvík David