

Public Defender of Rights
Mgr. Anna Šabatová, Ph.D.

In Brno, on 19 August 2014
File ref.: 19/2014/SZD/MP
Your ref.: Pl. ÚS 16/14

Constitutional Court
Joštova 8
66083 Brno

Petitioner: P.R., born in 2008,
Represented by the legal representative Mgr. BZ.,

Represented by: Mgr. David Zahumenský, attorney-at-law, with the
registered office at Burešova 6, Brno

Parties to the proceedings: Supreme Administrative Court
Regional Court in Brno

Secondary party: Regional Authority of the Vysočina Region

Re: **The petition** seeking the annulment of the provisions
of 50 of Act No. 258/2000 Coll., on Public Health
Protection, and Section 34 (5) of Act No. 561/2004
Coll., on Pre-School, Primary, Secondary and Higher
Vocational and Other Education (Schools Act)

Statements of the secondary party to the proceeding on the petition

Through the data box system

1. Intervention in the Proceedings and Introduction

On 11 July 2014, I intervened in the proceedings as the secondary party in an attempt to contribute with my observations to outlining the issue so that the Constitutional Court could assess in in the overall context.

The Petitioner is seeking the annulment of a decision which allegedly violated his right to education, parental care in accordance with the beliefs and conscience of the parents, the integrity of the person, the protection of health, respect for private and family life, the right not to be discriminated against, and the right to a fair trial, while not respecting the principle of the legality of the exercise of official authority enshrined in Art. 2 (3) of the Constitution and Art. 2 (2) of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms (hereinafter only as “the Charter”) and other principles contained in Art. 2 (3), 3 (3) and 4 of the Charter.

At the same time, he seeks the annulment of the provisions of Section 50 of the Act on Public Health Protection¹: “*Day care facilities looking after children of up to 3 years of age or pre-school facilities may only accept a child who has undergone regular vaccination, has evidence that they are immune to the disease or cannot undergo vaccination for permanent contraindication*”, and Section 34 (5) of the Schools Act²: “When admitting children to pre-school education, it is necessary to observe the conditions laid down in a special legal regulation. ²²⁾”³

While I believe that the parents' decision not to vaccinate the Petitioner tends to be based on another expert opinion on the issue of vaccination, rather than on the beliefs protected by Art. 9 of the Convention or Art. 15 (1) of the Charter, it does not affect the overall assessment of the issue, so I will not address this reservation in detail.

2. Generally on Mandatory Vaccination

I respect the ten-year-old conclusion of the Human Rights and Biomedicine Committee of the Government Council for Human Rights⁴ on the suitability of maintaining mandatory vaccination in the Czech Republic.

At the same time, I support its recommendation to develop a professional and **public debate on the extent of mandatory vaccinations** and to extend **individualisation and greater flexibility in granting exemptions** from mandatory vaccination, including defining and taking into account psychological and **social contraindications** to therapeutic and diagnostic interventions, including vaccination⁵.

¹ Act No. 258/2000 Coll., On Public Health Protection, as amended.

² Act No. 561/2004 Coll., on Pre-School, Primary, Secondary and Higher Vocational and Other Education (Schools Act), as amended.

³ Footnote 22 refers to Section 50 of the Public Health Protection Act.

⁴ The conclusions were based on the results of three Committee meetings (October 2002, May 2003, and July 2004), meetings with the Chief Public Health Officer and consultation with leading experts in paediatric medicine, immunology and epidemiology.

⁵ “Obviously, forcing people engaging in the so-called natural lifestyle and alternative medicine to vaccinate their children despite their explicit disapproval and resistance is clearly counterproductive. Not only does it have negative psychological implications for these families, which may in turn be more serious than not vaccinating these children, but it is also in practice associated with threats or even imposing serious sanctions, representing

3. On the Right to Education and Unequal Status of Children with Temporary Contraindications

I am aware of the Decision of the Constitutional Court file reference IV. ÚS 4212/12 of 9 July 2013, in which the Court questioned the nature of kindergarten care and gave priority to a public subjective right to health protection⁶ over the possible right to education, without expressly carrying out a proportionality test.

I would like to say that I have no doubt that the purpose of kindergartens is not just to look after and care for children, but also to educate them. After all, the fact that it is part of the right to education, rather than (only) social service, follows directly from the fact that education in kindergartens is referred to in the Schools Act, i.e. the law implementing the right to education within the meaning of Art. 41 of the Charter. I therefore state that the intervention of the public authority or the decision which is the formal subject of the constitutional complaint and which is based on the contested provisions of the Act, constitutes an interference with the Petitioner's right to education under Art. 33 (1) of the Charter, combined with the fundamental right not to be discriminated against under Art. 3 (1) of the Charter without regard to the status, in this case consisting specifically in the health status. Under such circumstances, the constitutional order does not foresee the definition of law enforceability (limitation of the right) by law, and any interference with this right must be subject to a strict assessment of proportionality.

Under the Schools Act, education is based, inter alia, on **the principle of equal access without any discrimination** on grounds of race, colour, gender, language, belief and religion, nationality, ethnic or social origin, property, family and **health or any other status**.⁷

Thus, even a child who cannot be regularly vaccinated due to their health status is not supposed to be excluded from access to and provision of education. To some extent, this situation is reflected in Section 50 of the Public Health Protection Act. Thus, a child who cannot undergo vaccination for permanent contraindication should enter the educational institution with the certainty that their health will not be jeopardised. Thus, the contested provisions practically guarantee equal access to education for a child with a permanent contraindication (otherwise they could be excluded from access to education).

inadequate interference with family life. The disproportionality of sanctions then radicalizes the opponents of vaccination, but it also has a negative impact on public opinion in general." (Complaint to the Human Rights and Biomedicine Committee of the Government Council for Human Rights on mandatory vaccination issues, 2007)

⁶ "As regards the objections to the violation of the right protected by Art. 33 of the Charter, the Constitutional Court (just as the Municipal Court) adds that, **in the situation where the exercise of the right to continue attending kindergarten subject to regular vaccination poses or may pose a threat to the health of others, it is impossible to give priority to the Petitioner's right to education which has conflicted with the rights of others to health protection**. Moreover, the question arises as to whether care in kindergarten at all falls under the subjective public right to education protected by the Charter. Even in the case of an affirmative answer, **public subjective right to health protection takes priority**. Moreover, the Petitioner's exercise of her right was prevented by her failure to accept the conditions laid down for everyone in the same manner. Nor did she take any other steps that would allow admission to kindergarten in accordance with Section 50 of the Public Health Protection Act with regard to the individual reasons on the part of the Petitioner, i.e. without having received vaccination."

⁷ The provisions of Section 2 (1) (a) of the Schools Act.

However, the legal regulation does not appear to ensure the protection of these children also by imposing the vaccination obligation on the staff of educational facilities.

However, the provisions of Section 50 of the Public Health Protection Act at the same time prevent access to education and its provision to children with temporary contraindications⁸, as it does not exceptionally permit their admission to pre-school education.

As a result, the provision affects the whole spectrum of the child's fundamental rights. In addition to the rights mentioned by the Petitioner, it also implies the unequal status of children with permanent contraindications and children whose temporary contraindications (a summary of such contraindications) also prevented them from undergoing mandatory vaccination in a "timely" manner.

I believe that the provisions of Section 50 in conjunction with Section 46 of the Public Health Protection Act do not stand up to the so-called proportionality test. I will remain at the heart of balancing the right to education and the right to health protection.

- (1) *Suitability test (Does the measure restricting the right to education achieve the objective pursued, i.e. the right to health protection?);*
- (2) *Necessity test (Is there another measure to achieve the same objective yet being more considerate of the right to education?);*
- (3) *Balancing test (test of minimising the interference with both fundamental rights; weighing formula, i.e. considering empirical, system, contextual, and value arguments).*

In principle, I do not call into question the legitimacy of the general objective of mandatory vaccination (protection of public health) or the theoretical objective of the provision under review (according to the Government's statement, the provision protects the health of children attending pre-school education facilities). The measure under review allows theoretically achieving the objective pursued. It might thus pass the *suitability* test, even if I partially challenge fulfilling this criterion.

I am convinced that the provision under review fails to stand the *necessity* test in particular.

⁸ "Permanent contraindications are considered those in which the vaccine can never be administered to humans. Temporary contraindications, on the other hand, indicate a situation in which, after some time, the medical reasons preventing vaccination will have ceased (e.g. acute febrile disease). The basic document for a physician's decision on the validity of a contraindication is the vaccine package leaflet or the so-called Summary of Product Characteristics. It is freely accessible on the website of the State Institute for Drug Control (SIDG). There may be specific contraindications for each vaccine. However, the following three apply to all:

- Severe reaction with impaired general condition following previous administration of the vaccine;
- Anaphylactic reaction to the active ingredient of the vaccine (antigen) or certain other ingredients;
- Acute illness with moderate or severe course regardless of the presence of fever."

If the State considers that compliance with the obligation to undergo vaccination is indeed so important in the interests of public health protection, it is advisable to enforce it by the means provided, i.e. primarily (in extreme cases – after unsuccessful conduct) by imposing a sanction for an infraction⁹. I would like to point out that in such a case, in the spirit of the Judgment of the Constitutional Court file reference III. ÚS 449/06 of 3 February 2011, the public authority **must take into consideration “all the relevant circumstances of the case, in particular the urgency of the reasons alleged by the person, their constitutional relevance, as well as the threat to society that the person’s conduct may cause. The consistency and persuasiveness of the person’s allegations will also be an aspect.”**

However, instead of actually enforcing the obligation (with the exceptions mentioned), the State practically **abuses the optically legitimate aim**, as it actually seeks to achieve it through another “sanction” imposed on the parents, i.e. not admitting a (partially) unvaccinated child to a pre-school facility. Thus, the child is taken hostage, as it ultimately punishes the child by refusing them access to education **without assessing the actual risk** of jeopardising other children in a particular pre-school facility and, most importantly, **unexceptionally**, i.e. irrespective of other reasons preventing the child from being vaccinated before entering the pre-school facility (including a combination of temporary contraindications). At this point, I would like to note **the unequal position of children with permanent contraindications and children whose temporary contraindications (a summary of such contraindications) also prevented them from undergoing mandatory vaccination** “in a timely manner”. In order to illustrate the situation, I would like to add that I have received a complaint¹⁰ documenting the case of at least twenty autistic children who have experienced serious complications following vaccination against mumps, measles and rubella. Thus, in practice, there may be **various contraindications which materially correspond to permanent contraindications but are not marked as such and therefore do not constitute an exception to mandatory vaccination.**

The claimed objective of protecting other children in a particular pre-school facility does not stand up in the event that all **other children are vaccinated** (at that time an unvaccinated child could not, in principle, jeopardise them, even if the child became infected themselves). Even the **vaccination against diseases the transmission of which** between children in pre-school facilities in the Czech Republic **is out of question** (e.g. tetanus, hepatitis B, or polio) cannot achieve the claimed objective. The idea that this is in fact a different punishment (complication) for parents is also supported by the fact that **the strict conditions required for the purposes of admission to pre-school education cease to exist once the child is subject to mandatory education.**

I consider the means of achieving the claimed objective to be **manifestly excessive** (disproportionate and *unnecessary*) also because vaccination represents a means of purely preventive protection practically precluding the (actual) endangerment of other (unvaccinated) children in pre-school facilities. The excessive nature of the measure (total exclusion of not completely vaccinated children) stands out in comparison with preventive measures taken by

⁹ The provisions of Section 29 (1) (f) of the Act on Infractions.

¹⁰ File reference 1532/2014/VOP/MJ.

neighbouring countries. They temporarily restrict the access of ill and unvaccinated children to educational facilities only when the disease occurs and for the usual incubation period of the disease. These countries achieve the first objective (protection of public health by a high vaccination rate) by supporting voluntary blanket vaccination in the form of reimbursement of vaccination from the health insurance system.

The provisions of Section 50 of the Public Health Act violate the principle of proportionality in the second step (*necessity test*), so the test of balancing both fundamental rights (*the test of minimising the interference with both fundamental rights and the weighing formula*) may seem redundant.

The results of *the test of minimising the interference with both fundamental rights* in the form of considerate approach to the nature and meaning of the limited fundamental right (the optimisation order) stem largely from considerations made for the necessity test. While the provision under review encroaches on the very essence of the right to education (by virtue of an unexceptional exclusion from education), its non-fulfilment is practically unable to directly interfere with the right of others to health protection.

In the scope of the so-called *weighing formula*, I will perhaps emphasise only a contextual argument. The application of the provision under review does not merely lead to an interference with the right to education. Possible preference for the right to the protection of the health of others may also interfere with the other fundamental rights of the child (in particular their right to the integrity of the person, health protection, and respect for private and family life).

4. On Satisfying the Requirement of a Legal Basis for a Possible Limitation of a Fundamental Right

By means of its Decision file reference I. ÚS 1987/13 of 18 June 2014, the Constitutional Court indicated the necessity to assess the petition seeking the annulment of Section 34 (5) of the Schools and Section 50 of the Public Health Protection Act, “*especially from the point of view of the Constitutional Court’s case law relating to issues of the requirement of a legal basis for a possible limitation of a fundamental right.*”

The provisions of Section 34 (5) of the Schools Act merely declares the existence of the obligation stipulated in Section 50 of the Public Health Protection Act: “*Day care facilities looking after children of up to 3 years of age or pre-school facilities may only accept a child who has undergone regular vaccination, has evidence that they are immune to the disease or cannot undergo vaccination for permanent contraindication.*”

Stipulating the obligation of (regular) vaccination is then provided in the provisions of Section 46 (1) of the Public Health Protection Act, which provides for the obligation “*to undergo the stipulated type of regular vaccination as provided for in the implementing regulation in the stipulated cases and terms*”, with the reference to the implementing legal regulation determining the “*vaccination classification and the condition for carrying out vaccination*” At present, Decree No. 537/2006 Coll., on Vaccination against Infectious Diseases, serves as the implementing decree.

In its Decision file reference 3 Ads 42/2010 – 92 of 21 July 2010, the Supreme Administrative Court concluded that **the obligation to undergo vaccination was stipulated by a by-law, i.e. the implementing decree, and therefore refused to apply it due to a conflict with the constitutional order.**¹¹

Although the provisions of Section 46 of the Public Health Protection Act have not undergone any substantial changes, the Supreme Administrative Court's Grand Chamber, in its Resolution file reference 8 As 6/2011 – 120 of 3 April 2012, **did not call into question the legal basis for limiting a fundamental right.**¹²

It also stated that the failure to comply with the obligation to undergo specifically regular vaccination against measles, rubella and mumps vaccination cannot be sanctioned, as Section 5 of Decree No. 537/2006 Coll. does not set a term or age limit by which this obligation must be complied with, yet in its opinion, *“this does not yet make the norm unconstitutional or inapplicable for the purposes set out in Section 50 of the Public Health Protection Act, which unambiguously requires the compliance with this obligation prior to admitting the child to a pre-school facility”*.

In agreement with the Petitioner, I believe that the provisions contested by him, and the provisions of Section 46 of the Public Health Protection Act, **fail to comply with the requirement of a legal basis for a possible limitation of a fundamental right under Article 4 (2) of the Charter.** In fact, the legislature failed to even define the essential parameters of mandatory vaccination (it failed to set limits on the authorisation) and apparently delegated the imposition of primary obligations to the executive power. The by-law regulation itself, without being supported in the law, specified the defining features of mandatory vaccination.

As for the Government's statement that *“the vaccination schedule is not an unchanging dogma”* and that it is *“necessary to maintain the possibility of flexible response to changes”*, I would like to add that the requirement of at least a general statutory definition of the diseases against which children have been mandatorily vaccinated for virtually decades does not prevent the possibility of

¹¹ *“Thus, the Act provides the Defendant with a totally unlimited scope for considering which types of vaccination will be classified as “regular”, which will be subject to the legal obligation to “undergo vaccination” and which will not. The result is a situation in which obligations, the violation of which is sanctioned in the context of administrative punishment, are not “specified in detail”, but are originally determined by a decree, rather than by law, as prescribed by the Charter of Fundamental Rights and Freedoms in its Art. 4. The Supreme Administrative Court is therefore of the opinion that Decree No. 439/2000 Coll. (currently No. 537/2006 Coll.) “interferes in matters reserved to the law”, as it “lays down primary rights and obligations” in the sense of the quoted judgments of the Constitutional Court. It is therefore contrary to the constitutional order and thus not applicable to the present case.”*

¹² *“The framework regulation of the obligation of natural persons to undergo vaccination laid down in Section 46 of Act No. 258/2000 Coll., on Public Health Protection, and its specification in Decree No. 537/2006 Coll., on Vaccination against Infectious Diseases, comply with constitutional law requirements, under which obligations can be imposed only on the basis of and within the law (Article 4 (1) of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms) and the limits of fundamental rights and freedoms can only be regulated by law (Article 4 (2) of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms).”... “It can therefore be said that the Act imposes on selected groups of individuals, in general, yet in the sufficient unambiguous and certain manner, the very obligation to be vaccinated, as part of regular or special vaccination...”*

specifying the details, which is the focus of the Government, using a by-law regulation.

5. Conclusion

I believe that the provisions of Section 50 (in conjunction with Section 46) of the Public Health Protection Act interfering with the right to education under Art. 33 (1) of the Charter in combination with the interference with the right not to be discriminated under Art. 3 (1) of the Charter **fail to stand the proportionality test**. Nor does the contested provision **satisfy the requirement of a legal basis for a possible limitation of a fundamental right** under Art. 4 (2) of the Charter.

I therefore propose that the Constitutional Court annul Section 50 of the Public Health Protection Act.

Mgr. Anna Šabatová, Ph.D.
Public Defender of Rights
(signed electronically)

Veřejná ochránkyně práv
Mgr. Anna Šabatová, Ph.D.

V Brně dne 19. srpna 2014
Sp. zn.: 19/2014/SZD/MP
Vaše sp. zn.: Pl. ÚS 16/14

Ústavní soud
Joštova 8
660 83 Brno

Navrhovatel: P.R., nar. 2008,
zastoupený zákonnou zástupkyní Mgr. B.Z.,

Zastoupení: Mgr. Davidem Zahumenským,
advokátem se sídlem Burešova 6, Brno

Účastníci řízení: Nejvyšší správní soud
Krajský soud v Brně

Vedlejší účastník: Krajský úřad Vysočina

Věc: **Návrh** na zrušení ustanovení § 50 zákona č. 258/2000 Sb.,
o ochraně veřejného zdraví, a § 34 odst. 5 zákona
č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším
odborném a jiném vzdělávání (školský zákon)

Vyjádření vedlejšího účastníka řízení k návrhu

Systémem datových schránek

1. Vstup do řízení, uvedení do problematiky

Dne 11. července 2014 jsem vstoupila do řízení jako vedlejší účastník ve snaze přispět svými postřehy k nastínění problematiky tak, aby ji Ústavní soud mohl posoudit ve všech souvislostech.

Stěžovatel žádá zrušení rozhodnutí, jimiž mělo být porušeno jeho právo na vzdělání, rodičovskou péči v souladu s myšlením a svědomím rodičů, nedotknutelnost osoby, ochranu zdraví, respektování soukromého a rodinného života, právo nebýt diskriminován a právo na spravedlivý proces, a to při současném nerespektování zásady legality výkonu veřejné moci zakotvené článkem 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) a dalších principů obsažených v čl. 2 odst. 3, čl. 3 odst. 3 a 4 Listiny.

Současně navrhuje zrušit ustanovení § 50 zákona o ochraně veřejného zdraví¹: „*Zařízení poskytující péči o dítě do 3 let věku v denním režimu nebo předškolní zařízení mohou přijmout pouze dítě, které se podrobilo stanoveným pravidelným očkováním, má doklad, že je proti nákaze imunní nebo se nemůže očkování podrobit pro trvalou kontraindikaci.*“ a § 34 odst. 5 školského zákona²: „*Při přijímání dětí k předškolnímu vzdělávání je třeba dodržet podmínky stanovené zvláštním právním předpisem.*“²²⁾³

Domnívám se sice, že rozhodnutí rodičů neočkovat stěžovatele vychází spíše než z přesvědčení, chráněného čl. 9 Úmluvy či čl. 15 odst. 1 Listiny, z jiného odborného názoru na problematiku očkování, na celkové posouzení problematiky to však nemá vliv, proto se této výhradě nebudu podrobně věnovat.

2. Obecně k povinným očkováním

Respektuji deset let starý závěr Výboru pro lidská práva a biomedicínu Rady vlády pro lidská práva⁴ o vhodnosti zachování povinného očkování v České republice.

Podporuji současně jeho tehdejší doporučení rozvinout odbornou i veřejnou **diskusi o rozsahu povinných očkování a rozšířit individualizaci a větší flexibilitu při udělování výjimek** z povinného očkování, včetně vymezení a zohlednění **psychologických a sociálních kontraindikací** léčebných a diagnostických výkonů včetně očkování⁵.

¹ Zákon č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, ve znění pozdějších předpisů.

² Zákon č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon), ve znění pozdějších předpisů.

³ Poznámka pod čarou č. 22 odkazuje na § 50 zákona o ochraně veřejného zdraví.

⁴ Závěry vycházely z výsledků tří zasedání výboru (říjen 2002, květen 2003, červenec 2004), jednání s hlavním hygienikem a konzultací s předními odborníky z oblasti dětského lékařství, imunologie a epidemiologie.

⁵ „Vynucování toho, aby osoby orientované na tzv. přírodní způsob života a alternativní medicínu podrobovaly své děti očkování přes svůj výslovný nesouhlas a odpor, je zjevně kontraproduktivní. Má nejen negativní psychologické dopady na tyto rodiny, což může ve svém důsledku být závažnější než samo neočkování těchto dětí, ale navíc to bývá v praxi spojeno i s hrozbami či přímo realizací citelných sankcí, představujících neadekvátní zásahy do rodinného života. Nepřiměřenost sankcí pak dále radikalizuje odpůrce očkování a má

3. K právu na vzdělání a nerovnému postavení dětí s dočasnou kontraindikací

Jsem si vědoma usnesení Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 4212/12 z 9. července 2013, jímž soud zpochybnil povahu péče v mateřské škole a před případným právem na vzdělání upřednostnil veřejné subjektivní právo na ochranu zdraví⁶, a to bez výslovně provedeného testu proporcionality.

Předesílám, že nepochybuji o tom, že smyslem mateřských škol není jen hlídání dětí a péče o ně, nýbrž právě jejich vzdělávání. Ostatně, že jde o součást práva na vzdělání, nikoli (jen) o sociální službu, vyplývá přímo i ze skutečnosti, že o vzdělávání v mateřských školách hovoří školský zákon, tedy zákon, jenž ve smyslu čl. 41 Listiny právo na vzdělání provádí. Konstatuji tedy, že zásahem orgánu veřejné moci, resp. rozhodnutím, jež je formálním předmětem ústavní stížnosti a které se opírá o napadená ustanovení zákona, je dotčeno základní právo stěžovatele na právo na vzdělání dle čl. 33 odst. 1 Listiny, v kombinaci se základním právem nebyt diskriminován ve smyslu čl. 3 odst. 1 Listiny bez rozdílu jiného postavení, zde konkrétně spočívajícího ve zdravotním stavu. Za takových okolností ústavní pořádek nepředpokládá vymezení vymahatelnosti práva (omezení práva) zákonem a případný zásah do tohoto práva musí být podroben přísnému posuzování přiměřenosti.

Podle školského zákona je **vzdělávání založeno, mimo jiné, na zásadě rovného přístupu** 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.⁷

Z přístupu ke vzdělání a jeho poskytování by tak nemělo být vyloučeno ani dítě, které pro svůj zdravotní stav nemůže být podrobeno pravidelnému očkování. Na takovou situaci svým způsobem pamatuje právě § 50 zákona o ochraně veřejného zdraví. Dítě, které nemůže podstoupit očkování pro trvalou kontraindikaci, by tak do vzdělávacího zařízení mělo přicházet s jistotou, že nebude ohrožen jeho zdravotní stav. Napadená ustanovení tedy dítěti s trvalou kontraindikací prakticky zajišťují rovný přístup ke vzdělání (v opačném případě by mohlo být z přístupu ke vzdělání vyloučeno). Nezdá se však, že by právní úprava zajišťovala ochranu těchto dětí také tím, že by povinnost očkování ukládala rovněž personálu vzdělávacích zařízení.

ovšem též negativní vliv na veřejné mínění obecně.“ (podnět výboru pro lidská práva a biomedicínu Rady vlády pro lidská práva k problematice povinných očkování, 2007)

⁶ „Pokud jde o námitky týkající se porušení práva chráněného čl. 33 Listiny, Ústavní soud (obdobně jako městský soud) dodává, že za **situace, kdy výkon práva pokračovat v docházce do mateřské školy, podmíněný pravidelným očkováním, ohrožuje, resp. může ohrožovat zdraví jiných, nelze upřednostnit právo stěžovatelky na vzdělání, jež se střetlo s právem ostatních na ochranu zdraví. Ostatně nabízí se otázka, zda péče v mateřské škole vůbec spadá pod Listinou chráněné subjektivní veřejné právo na vzdělání. I když bychom odpověděli kladně, veřejné subjektivní právo na ochranu zdraví má prioritu. Realizace práva stěžovatelky byla navíc znemožněna jí samou tím, že nepřistoupila na podmínky stanovené pro všechny stejně. Neučinila ani jiné kroky, které by v souladu s ustanovením § 50 zákona o ochraně veřejného zdraví umožňovaly přijetí do mateřské školy s ohledem na individuální důvody na straně stěžovatelky, tedy aniž by očkování absolvovala.“**

⁷ Ustanovení § 2 odst. 1 písm. a) školského zákona.

Ustanovení § 50 zákona o ochraně veřejného zdraví však současně brání v přístupu ke vzdělání a jeho poskytování dětem s dočasnou kontraindikací⁸, neboť bezvýjimečně nepřipouští jejich přijetí k předškolnímu vzdělávání.

Ustanovení ve výsledku zasahuje do celého spektra základních práv dítěte. Krom práv zmíněných stěžovatelem navozuje také **nerovné postavení dětí s trvalou kontraindikací a dětí, jimž dočasná kontraindikace (souhrn takových kontraindikací) rovněž znemožnila „včas“ podstoupit povinné očkování.**

Domnívám se, že ustanovení § 50 ve spojení s § 46 zákona o ochraně veřejného zdraví **neobstojí v takzvaném testu proporcionality**. Zůstanu přitom v základu u poměrování práva na vzdělání a práva na ochranu zdraví.

- (1) *test vhodnosti (Umožňuje opatření omezující právo na vzdělání dosáhnout sledovaného cíle – práva na ochranu zdraví?);*
- (2) *test potřebnosti (Existuje jiné opatření, umožňující dosáhnout stejného cíle, které je však k právu na vzdělání šetrnější?);*
- (3) *test poměrování (test minimalizace zásahu do obou základních práv; vážící formule, tj. zvažování empirických, systémových, kontextových i hodnotových argumentů).*

V zásadě nezpochybňuji legitimitu obecného cíle povinného očkování (ochrana veřejného zdraví), ani teoretického cíle hodnoceného ustanovení (dle vyjádření vlády ustanovení chrání zdraví dětí navštěvujících předškolní vzdělávací zařízení). Hodnocené opatření teoreticky umožňuje dosáhnout sledovaného cíle. V testu *vhodnosti* by tedy snad mohlo uspět, byť i splnění tohoto kritéria částečně zpochybním.

Jsem přesvědčena o tom, že hodnocené ustanovení neobstojí zejména v testu *potřebnosti*.

Považuje-li stát splnění povinnosti podrobit se očkování skutečně za natolik důležité v zájmu ochrany veřejného zdraví, měl by její **splnění vynucovat k tomu určenými prostředky**, tedy primárně (v krajním případě – po bezvýsledném jednání) uložením sankce za přestupek⁹. Upozorňuji však, že v duchu nálezu Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 449/06 ze 3. února 2011 v takovém případě orgán veřejné moci **musí vzít v úvahu „všechny relevantní okolnosti případu, zejména naléhavost danou osobou tvrzených důvodů, jejich ústavní relevanci, jakož i nebezpečí pro společnost, které může jednání dané osoby vyvolat. Významným aspektem bude také konzistentnost a přesvědčivost tvrzení dané osoby.“**

⁸ „Za **trvalé kontraindikace** se považují takové, při kterých se daná očkovací látka nemůže člověku nikdy podat. **Dočasné kontraindikace** značí naopak situace, kdy po určité době zdravotní důvody, které brání očkování, pominou (např. akutní horečnaté onemocnění). Základním dokumentem pro rozhodnutí lékaře o platnosti kontraindikace je příbalový leták očkovací látky nebo takzvaný souhrn údajů o přípravku. Ten je volně přístupný na webových stránkách Státního ústavu pro kontrolu léčiv (SÚKL). Pro každou očkovací látku mohou existovat specifické kontraindikace. Pro všechny však platí tři následující:

- závažná reakce s poškozením celkového stavu po předchozím podání očkovací látky;
- anafylaktická reakce na účinnou složku očkovací látky (antigen) nebo na některé další složky;
- akutní onemocnění se středně těžkým nebo těžkým průběhem bez ohledu na přítomnost horečky.“

Beran, J. Očkování. Galén. Vydání první, 2006, s. 38. ISBN 807262380X.

⁹ Ustanovení § 29 odst. 1 písm. f) zákona o přestupcích.

Namísto skutečného vynucování stanovené povinnosti (se zmíněnými výjimkami) však stát prakticky **zneužívá opticky legitimního cíle**, protože se ho fakticky snaží dosáhnout prostřednictvím jiné „sankce“ stíhající rodiče, totiž nepřijetím (částečně) neočkovaného dítěte do předškolního zařízení. Dítě si tak bere jako rukojmí, neboť ve výsledku trestá dítě tím, že mu odepře přístup ke vzdělání, a to **bez posouzení skutečného rizika** ohrožení ostatních dětí v konkrétním předškolním zařízení a hlavně **bezvýjimečně** - bez ohledu na ostatní důvody bránící dítěti absolvovat očkování před nástupem do předškolního zařízení (včetně kombinace dočasných kontraindikací). Zde se vracím k upozornění na **nerovné postavení dětí s trvalou kontraindikací a dětí, jimž dočasná kontraindikace (souhrn takových kontraindikací) rovněž znemožnila „včas“ podstoupit povinné očkování**. Pro dokreslení situace dodávám, že mám k dispozici podání¹⁰ dokladující případ minimálně dvaceti autistických dětí, u nichž se po očkování proti příušnicím, spalničkám a zarděnkám objevily závažné komplikace. V praxi tedy mohou existovat **rozličné kontraindikace, které materiálně odpovídají trvalým kontraindikacím, ale nejsou takto označeny, proto nepředstavují výjimku z povinného očkování**.

Tvrzený cíl v podobě ochrany ostatních dětí v konkrétním předškolním zařízení neobstojí pro případ, že jsou všechny **ostatní děti očkovány** (tehdy je neočkované dítě v zásadě nemůže ohrozit, ani kdyby se snad samo nakazilo). K tvrzenému cíli nemůže vést ani **očkování proti onemocněním, jejichž přenos mezi dětmi v předškolních zařízeních v České republice nepřipadá v úvahu** (např. tetanus, žloutenka typu B, obrna). Myšlenku, že jde ve skutečnosti o jiný trest (komplikaci) pro rodiče, podporuje také to, že **striktní podmínky vyžadované pro účely přijetí k předškolnímu vzdělávání pominou, jakmile se na dítě vztahuje povinná školní docházka**.

Prostředek k dosažení deklarovaného cíle považuji za **zjevně přehnaný** (nepřiměřený a *nepotřebný*) i proto, že očkování představuje prostředek ryze preventivní ochrany prakticky vylučující již samotný vznik (reálného) ohrožení ostatních (neočkovaných) dětí v předškolním zařízení. Přehnanost prostředku (úplné vyloučení plně neočkovaných dětí) vynikne ve srovnání s preventivními opatřeními přijímanými okolními státy. Ty dočasně omezují přístup nemocných a neočkovaných dětí do vzdělávacích zařízení až v okamžiku výskytu onemocnění, a to po obvyklou inkubační dobu onemocnění. Splnění prvního cíle (ochrany veřejného zdraví vysokou proočkovaností) pak tyto státy dosahují podporou dobrovolného plošného očkování v podobě úhrady očkování ze systému zdravotního pojištění.

Ustanovení § 50 zákona o veřejném zdraví porušuje zásadu proporcionality již ve druhém kroku (*test potřeby*), proto se test poměrování obou základních práv (*test minimalizace zásahu do obou základních práv a vážící formule*) může zdát nadbytečný.

Výsledky *testu minimalizace zásahu do obou základních práv* v podobě šetření podstaty a smyslu omezovaného základního práva (příkazu optimalizace) plynou do značné míry z úvah učiněných pro účely testu potřeby. Zatímco hodnocené ustanovení zasahuje samotnou podstatu práva na vzdělání (bezvýjimečným

¹⁰ Vedeno pod sp. zn. 1532/2014/VOP/MJ.

vyloučením ze vzdělávání), jeho nenaplnění prakticky není s to bezprostředně zasáhnout do práva jiných na ochranu zdraví.

V rozsahu takzvané *vážící formule* zdůrazním snad již jen kontextový argument. Aplikace hodnoceného ustanovení totiž nevede pouze k zásahu do práva na vzdělání. Případné upřednostnění práva na ochranu zdraví jiných může zasáhnout také do ostatních základních práv dítěte (zejména do jeho práva na nedotknutelnost osoby, ochranu zdraví a respektování soukromého a rodinného života).

4. K naplnění požadavku zákonného základu pro možné omezení základního práva

Ústavní soud usnesením sp. zn. I. ÚS 1987/13 z 18. června 2014 naznačil nezbytnost zabývat se návrhem na zrušení § 34 odst. 5 školského zákona a § 50 zákona o ochraně veřejného zdraví, *„a to zejména z hlediska judikatury Ústavního soudu, vztahující se k otázkám požadavku zákonného základu pro možné omezení základního práva.“*

Ustanovení § 34 odst. 5 školského zákona pouze deklaruje existenci povinnosti zakotvené ustanovením § 50 zákona o ochraně veřejného zdraví *„Zařízení poskytující péči o dítě do 3 let věku v denním režimu nebo předškolní zařízení mohou přijmout pouze dítě, které se podrobilo stanoveným pravidelným očkováním, má doklad, že je proti nákaze imunní nebo se nemůže očkování podrobit pro trvalou kontraindikaci.“*

Stanovení povinnosti (pravidelných) očkování se pak připisuje ustanovení § 46 odst. 1 zákona o ochraně veřejného zdraví, které zakotvuje povinnost *„podrobit se, v prováděcím právním předpisu upravených případech a termínech, stanovenému druhu pravidelného očkování“* s odkazem na prováděcí právní předpis, který upraví *„členění očkování a podmínky provedení očkování“*. Prováděcí vyhláškou je aktuálně vyhláška č. 537/2006 Sb., o očkování proti infekčním nemocem.

Nejvyšší správní soud v rozhodnutí č. j. 3 Ads 42/2010 – 92 z 21. července 2010 dospěl k přesvědčení, že **povinnost podrobit se očkování zakotvil podzákoný předpis - prováděcí vyhláška, pročež ji odmítl aplikovat pro rozpor s ústavním pořádkem.**¹¹

Přestože ustanovení § 46 zákona o ochraně veřejného zdraví nedoznalo podstatných změn, rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení č. j. 8 As 6/2011 – 120 z 3. dubna 2012 **nezpochybnil zákonný základ pro omezení**

¹¹ „Zákon tak vytváří žalovanému zcela neomezený prostor pro úvahu, které druhy vakcinace zařadí mezi tzv. ‚pravidelné‘, na něž se bude vztahovat zákonná povinnost ‚podrobit se očkování‘, a které nikoli. Výsledkem je pak stav, kdy povinností, jejichž porušení je sankcionováno v rámci správního trestání, nejsou ‚blíže specifikovány‘, nýbrž originárně určovány teprve vyhláškou, a nikoli, jak předvídá Listina základních práv a svobod ve svém čl. 4, zákonem. Nejvyšší správní soud je tedy toho názoru, že vyhláška č. 439/2000 Sb. (aktuálně č. 537/2006 Sb.) ‚zasahuje do věcí vyhrazených zákonu‘, protože ‚stanovuje primární práva a povinnosti‘ ve smyslu citovaných nálezů Ústavního soudu. Je proto v rozporu s ústavním pořádkem, a tudíž na projednávanou věc neaplikovatelná.“

základního práva.¹² Konstatoval také, že nesplnění povinnosti podrobit se konkrétně pravidelnému očkování proti spalničkám, zarděnkám a příušnicím sice nelze sankcionovat, protože § 5 vyhlášky č. 537/2006 Sb. nestanoví termín či věkový limit, do kdy je nutno tuto povinnost splnit, to však dle jeho mínění tuto normu „*ještě nečiní protiústavní či nepoužitelnou pro účely stanovené v § 50 zákona o ochraně veřejného zdraví, který jednoznačně vyžaduje splnění této povinnosti před nástupem dítěte do předškolního zařízení*“.

Ve shodě se stěžovatelem se domnívám, že jím napadená ustanovení, ani ustanovení § 46 zákona o ochraně veřejného zdraví, **nedostojí požadavku zákonného základu pro možné omezení základního práva podle článku 4 odst. 2 Listiny**. Zákonodárce totiž nevymezil ani podstatné parametry povinného očkování (nestanovil meze zmocnění) a zjevně tak na moc výkonnou delegoval uložení primárních povinností. Podzákonná úprava pak sama, bez opory v zákoně, vymezila definiční znaky povinného očkování.

K tvrzení vlády o tom, že „*očkovací kalendář není neměnným dogmatem*“ a že je „*potřebné zachovat možnost pružně reagovat na změny*“ dodávám, že požadavek alespoň rámcového zákonného vymezení nemoci, proti nimž jsou děti povinně očkovány prakticky desítky let, nepřekáží možnosti zakotvení podrobností, o které vládě jde, podzákonným předpisem.

5. Závěr

Domnívám se, že ustanovení § 50 (ve spojení s § 46) zákona o ochraně veřejného zdraví zasahující do práva na vzdělání dle čl. 33 odst. 1 Listiny v kombinaci se zásahem do práva nebýt diskriminován ve smyslu čl. 3 odst. 1 Listiny **neobstojí v testu proporcionality**. Napadené ustanovení **nedostojí ani požadavku zákonného základu pro možné omezení základního práva podle článku 4 odst. 2 Listiny**.

Navrhuji proto, aby Ústavní soud zrušil § 50 zákona o ochraně veřejného zdraví.

Mgr. Anna Šabatová, Ph.D., v. r.
veřejná ochránkyně práv
(elektronicky podepsáno)

¹² „*Rámcová úprava povinnosti fyzických osob podrobit se očkování stanovená v § 46 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, a její upřesnění ve vyhlášce č. 537/2006 Sb., o očkování proti infekčním nemocem, odpovídají ústavněprávním požadavkům, podle nichž povinnosti mohou být ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích (čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod) a meze základních práv a svobod mohou být upraveny pouze zákonem (čl. 4 odst. 2 Listiny základních práv a svobod).*“ ... „Lze tedy říci, že zákon stanoví vybraným skupinám fyzických osob sice rámcově, ale dostatečně jasně a určitě samotnou povinnost nechat se očkovat, a to v rámci pravidelného nebo zvláštního očkování...“