

**Dissenting opinion of Judge Kateřina Šimáčková on the decision and the reasoning behind the Judgment file reference Pl. ÚS 19/14**

**1. Vaccination duty as such**

1. In most Western European countries, where human rights protection and respect for individual freedom and autonomy are at the highest level (e.g. Austria, Germany, Spain, Netherlands, Denmark, Finland, Iceland, Ireland, Luxembourg, Norway, Portugal, Sweden, the United Kingdom, or Canada), no statutory vaccination obligation is prescribed. The sufficient vaccination rate of the population is ensured on the one hand by quality physicians, capable of convincing parents in sufficient numbers of the need to vaccinate children, and on the other hand, by responsible parents who know how to use freedom and associate it with the responsibility for the health of their own and other children.

2. However, I am aware that in the current situation of very paternalistic medical care in the Czech Republic, not all physicians are able or willing to ensure that parents are well informed and persuade them to voluntarily vaccinate their children, and public health protection as an important public interest would not be ensured if the vaccination obligation against all infectious diseases were instantly abolished without any further steps. Nevertheless, the prospective objective of the State respecting the freedom of its citizens should be that all medical interventions are carried out on the basis of free and informed consent and, as regards interventions on children, this consent should in principle be obtained from their parents when children are so small that consent cannot be obtained from them.

3. However, if the vaccination obligation were to be maintained in the interim period in order to achieve this objective, then the current legislation is not constitutionally conforming for a number of reasons specified below (in sections 3 and 4 of this dissenting opinion).

**2. Ideologisation of the issue of mandatory vaccination and some other medical and legal issues in the Czech Republic**

4. According to the self-assessment of our healthcare professionals and from the perspective of majority of the society, healthcare in the Czech Republic is of an exceptionally good standard. People like to rely on the physicians' care (especially if they prescribe medications and medical tasks and do not require any regime measures or lifestyle changes). It is the recognised achievements of Czech medicine and pride in the accomplishments of healthcare from the time of real socialism that lead to a paternalistic approach of physicians to patients, which is at the same time required by most patients. Patients who are not satisfied with this approach and require a more partner-like approach are a small minority and are considered to be eccentrics who "do not know when they are well off". Their reservations or requests may be downplayed by physicians and ridiculed by others. The lack of understanding on both sides leads to escalation of conflicts which are most strongly demonstrated where human reproduction issues or healthcare for pregnant and delivering women and children are concerned. Adult patients who do not feel well in a slightly tight

embrace of a lovingly caring paternalist State will usually cope somehow. Yet when it comes to taking care of the unborn, newly born, or even older children, the State and the majority of the society and healthcare professionals consider it their duty to push through what they consider to be the best care, without any compromises or explanations, and even sometimes by force. Under pressure, parents become more resilient and start to worry about their children. It is in these collision or crisis situations of misunderstandings on which both sides even stubbornly insist. In the case of the alternative minority, the lack of a friendly and explanatory approach on the side of some healthcare representatives also leads to a number of suspicions, fears and misunderstandings, and therefore it may sometimes make strong statements, which, on the other hand, agitate the majority of the society and the power elite even more.

5. If a judicial authority enters this complicated and escalated social situation, it is advisable do so without any ideological bias and following the same rules as for all other cases. I am afraid, however, that this has not happened in the instant case. Although the current legal regulation on vaccination obligations has a number of constitutional law deficits, which are described below and which are admitted by some authorities themselves, the majority of the Constitutional Court was afraid that its decision, setting aside the existing legal regulation or part of it, could be interpreted as nodding in agreement to the above alternatives criticising healthcare in our country. In this case, however, the Constitutional Court's task was not to judge the quality of healthcare in the Czech Republic or to judge parents causing damage to their children, but to assess the constitutional conformity of the contested legal regulation without prejudice and with a cold head in terms of its expertise. It is not the role of the Court to side with either party to the social conflict, but to protect the constitutionality in a high quality and convincing manner as in all other cases.

### **3. Breach of the reservation of the law expressly stipulated by the Constitution**

6. I perceive the simplest and fundamental unconstitutionality in violation of the reservation of the law set forth in Art. 7 (1) of the Charter, which unambiguously prescribes that interference with physical integrity may be limited only in cases provided for by law, rather than by a ministerial decree.

7. Any comparison with the practice of other States or the case law of the ECtHR and other constitutional courts will not stand in the light of the unambiguous wording of Art. 7 (1) of our Charter of Fundamental Rights of Freedoms, which states that the inviolability of the person may be limited only in cases provided for by law. It is precisely the protection of physical integrity and vaccination as an interference with this physical integrity which falls within this provision of the Charter, as eventually concluded by the majority in paragraph 56. In this context, I point out that the question of whether we are entitled to the reimbursement of two or three weeks of spa treatment must be provided for by law according to the case law of the Constitutional Court [see the Judgment file reference Pl. ÚS 43/13 of 25 March 2014 (77/2014 Coll.)], yet the extent of interference with physical integrity (the introduction of a foreign substance by a needle into the child's body) has been left at the ministerial decree without specifying the conditions of vaccination obligation and what diseases will be subject to the vaccination obligation. The statutory authorisation not only fails to contain an exhaustive list of the diseases against which vaccination is mandatory, but it also fails to establish any criteria to be followed by the Ministry when determining the extent of the vaccination obligation.

8. At first sight, this merely a formal reservation of the law has important substantive content. The current practice leaves all the important issues associated with vaccination at the discretion of a publicly concealed expert decision without any reasoning, i.e. in particular the extent of the mandatory vaccination and its timing. This decision is non-public, which, as in other areas, gives rise to suspicion and, moreover, leads to the public not becoming acquainted at all the reasons for the regulation concerned and its amendments. Due to the absence of a form envisaged by the Charter, there is also no convincing explanatory memorandum setting out the reasons for the extent of the vaccination obligation and its purposes (for the purposes of testing the proportionality and legitimate objectives of the legal regulation). The essence of the reservation of the law is that the interference with the individuals' rights is not supposed to be a merely closed expert decision, but it is advisably meant to be the subject of an open democratic deliberation in the Parliament.

9. In addition, it is impossible to accept that mandatory vaccination is a purely expert issue. The expert issued is, as with virtually any legal regulation, the supply of information needed for decision-making, such as, for instance, how dangerous the particular disease is, how transmissible it is and thus how contagious it is, how effective the vaccine is, etc. Nevertheless, whether the protection of public health prevails over the right of individuals to physical integrity in a specific situation, i.e. seeking the optimal balance between these competing interests, is a political and legal issue. This distinction also serves as a basis for the existing case law of the Constitutional Court concerning the reservation of the law in interferences with fundamental rights, which, however, in this case is unfortunately completely omitted by the majority in the case. According to this case law, expert issues (cf. recent examples below) may be regulated by by-laws, yet political issues, which include establishing a balance between the constitutionally protected interests, must be regulated by a statute.

According to the Judgment Pl. ÚS 36/11 of 20 June 2013 (Medical Standards and Above-Standards), "the Charter includes provisions on fundamental rights different in terms of the normative content. First of all, these are fundamental human rights stemming directly from the human existence, and only this fact serve as the basis for defining their constitutional content and scope. These are the values containing the fundamental rights to preserve the integrity of a person and to ensure their dignity, such as the right to life, the inviolability of the person, and personal freedom. These rights are inherent, inalienable, non-prescriptible, and irrevocable (Art. 1 of the Charter). Their limits may be placed upon them only by law and under the conditions prescribed in the Charter (Art. 4 (2) of the Charter" (paragraph 38). However, even in the case of the right to health, which is a social right, the Constitutional Court did not admit in this Judgment that defining the above-standard medical care was left to a by-law. In the reasoning, it stated as follows (paragraph 49): "From the Constitutional Court's point of view, however, it is essential whether the regulation contained in the statute in itself, even without an implementing decree, is sufficiently comprehensible to the addressees and whether it would be applicable. The implementing regulation is intended to specify only its details. The contested regulation of treatment options currently specifies that, in addition to the above-described general framework in the Public Health Insurance Act, the Ministry of Health indicates, in the Decree issuing a list of medical services with point values, health services where insured persons may be offered a choice between a basic and financially more demanding option. Therefore, it is only the decree that unambiguously

specifies to health services providers, insurance companies and insured persons what the basic option is and what health services, aids, means and medical material may or needs to be subject to co-payment in addition to the public health insurance reimbursement. This does not follow from the law itself and cannot be inferred from it even using the most benevolent interpretation. Thus, the Public Health Insurance Act only took the first step towards defining the standard and above-standard (in the words of the Public Health Insurance Act, the basic and more financially demanding options). The second, yet essential part, without which the institute is non-viable, i.e. the specific determination of the free medical care within the limits of Art. 31 of the Charter, is regulated only in the implementing decree. According to the Constitutional Court, the legislature failed to comply with the requirements set by the constitutional order and repeatedly interpreted by the current decision-making practice.”

According to the Judgment Pl. ÚS 13/12 of 23 July 2013 (Greater than Small Quantity), the prohibition to interfere in matters reserved to the law is also included in the perspectives of the constitutional delimitation of the derived law making of the executive power. Previously, the Constitutional Court has interpreted, in association with legal regulation in another area, that it cannot be admitted that the sphere of protection of fundamental rights of freedoms come under the authority of the executive power not being entitled to do so. Mixing the concepts of the law and right is therefore excluded in the Czech Republic in the field of fundamental rights of freedoms. In this Judgment, the Constitutional Court requires at least the “empowering” provision of the Act set the criteria so that the executive power may only specify the legal obligation, rather than supplement it.

According to the Judgment file reference Pl. ÚS 43/13 of 25 March 2014 (Spa Decree), the Constitutional Court demanded that the determination of the conditions of the extent (length) of free spa treatment reimbursed by health insurance be regulated not only by a decree since: “time limits cannot be absolutely unambiguously perceived as a mere specification of the conditions ..., which must be complied with if healthcare is to be provided free of charge on the basis of public health insurance and which are of a nature of purely expert criteria, the assessment of which is assigned to the attending physician and, where appropriate, the medical examiner. Their purpose is to achieve the regulation of the provision of the healthcare which will enable to strike a balance between the requirements of both the effectiveness of the treatment, i.e. that the reimbursed stay in the spa actually fulfils its expected therapeutic function, and its effectiveness and economic acceptability... The interest in striking this balance is fully legitimate. However, achieving this requires comparing not only the medical but also the economic aspects, which must be acknowledged the nature of political decision-making, assessing the effectiveness of each of the possible options for the purposes of selecting one of them... Consequently, they may be determined with the reservation of the law only on the basis of the decision of the Parliament” (paragraph 32).

10. In my view, the question under consideration cannot be distinguished from this previous case law of the Constitutional Court’s Plenum. The provisions of Section 46 (1) of the Public Health Protection Act merely stipulates that a certain group of persons is obliged to comply with the specific regular vaccination in the cases and terms provided for in the implementing legal

regulation. This legal framework is completely vague and completely inapplicable without the implementing decree. It is only from the implementing decree that the persons concerned find out which illnesses they must be vaccinated against and how their right to the inviolability of the person is limited. The law itself does not even impose any limits on the decision-making of the Ministry of Health against which diseases it imposes mandatory vaccination (for instance, that it must be a dangerous contagious disease, etc.). Without specifying any conditions, the legislature has therefore left at the discretion of the Ministry to determine which diseases (none, one, nine, or even fifteen) will be subject to mandatory vaccination. The actual extent of interference with the right to the inviolability of the person is thus determined only by a decree, rather than by a statute.

11. Furthermore, if balancing the effectiveness of spa treatment and economic acceptability must be reserved to political decision-making in the Parliament, it is inexplicable how the balancing between the protection of public health and forced interference with the physical integrity could be left at the discretion of the executive power. All the more so, as there is a greater need for legitimisation and public (and political) debate, as it involves an interference with the most fundamental rights, which definitely applies to the protection of the person's physical integrity.

12. The Judgment completely fails to address this previous case law of the Plenum concerning the reservation of the law. Thus, the majority failed to explain why they departed from the previous case law or what distinguishes the instant case from the previous case law. I do not dispute the authority of the Plenum of the Constitutional Court to depart from its previous case law. However, this must take place only for good reasons and with very careful, detailed and convincing reasoning [cf. e.g. the Judgment file reference Pl. ÚS 11/02 of 11 June 2003 (N 87/30 SbNU 309; 198/2003 Coll.), or a discussion in Bobek, M., Kuhn, Z. et al.: *Case Law and Legal Reasoning*. 2<sup>nd</sup> edition. Prague: Auditorium, 2013, pp. 356-363]. This is also why it is difficult to resist the impression that the majority's position on the reservation of the law is selective and unrelated to the explicit regulation of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms. Unfortunately, such decision-making represents the opposite of principled and convincing decision-making which underlies the legitimacy of the judiciary.

13. Failure to respect the reservation of the law, unambiguously stipulated in the constitutional text (under Art. 7 (1) of the Charter, the inviolability of the person may be limited only in cases provided for by law), then represents an interference with the division of powers, as the executive power interferes with the domain of the Parliament, having the sole authority to limit, in the form of a statute, the scope of the fundamental right and strike a balance between the fundamental right to the physical integrity and the public interest in protecting public health and protecting the rights of others. Similarly, Art. 4 (2) of the Charter specifies the rule that the limitations may only be placed upon the fundamental rights by law. In addition, the vaccination obligation is sanctioned by a fine, therefore determining this obligation by law would also be more consistent with Art. 4 (1) of the Charter.

14. Finally, I also note that the frequently raised argument that the regulation contained in the decree allows for greater flexibility for extraordinary situations also fails to stand the test. I am convinced that good quality legal regulation, which, following due parliamentary debate, will establish rules under which circumstances, against what type of disease and to what extent it is possible to temporarily impose a vaccination obligation by means of a by-law, would have a completely

different quality of interference with the fundamental rights, compared to the existing blank bill granted by the contested statute to the Minister of Health or several experts hidden from the public scrutiny and creating a complete vaccination policy for our State without any democratic and judicial review. In other words, there is nothing preventing the legislature from adopting the legal regulation which provides for vaccination obligations directly in the law for the standard situation and, in the case of emergencies, allows for a short term and within the statutory limits, to impose a vaccination obligation through a by-law. However, the fact that the legislature has failed to do so does not stand up as a reason for establishing all important aspects of the vaccination obligation in the by-laws under all circumstances.

#### **4. Breach of the principle of proportionality in establishing an obligation**

15. It would not be constitutionally conforming even if the text currently contained in the Decree were fully incorporated into the law. The right to the inviolability of the person (physical integrity) under Art. 7 (1) of the Charter and Art. 8 of the Convention is not an absolute right and may be interfered with, yet only in proportion to the legitimate interest pursued. The Judgment correctly applies the five-step test for the limitation of the fundamental right, which is based on the case law of the ECtHR and the Constitutional Court. However, in the last step (balancing the conflicting interests), it omits that the case law of the Constitutional Court, unlike the ECtHR, has a sophisticated algorithm for this step. It is the standard proportionality test. The necessity of maintaining the proportionality in interferences with the fundamental rights stems from the constitutional order (in particular Art. 4 of the Charter) and has already been sufficiently defined by the case law of the Constitutional Court. Under the case law, an interference with the fundamental right will be proportionate to the legitimate interest pursued if it complies with the following three criteria [see the Judgment file reference Pl. ÚS 31/13 of 10 July 2014 (162/2014 Coll.), paragraph 41; the Judgment file reference Pl. ÚS 37/11 of 30 July 2013 (299/2013 Coll.), paragraph 59; the Judgment file reference. Pl. ÚS 24/10 of 22 March 2011 (N 52/60 SbNU 625; 94/2011 Coll.), paragraph 37; and many others]:

(1) A measure restricting a fundamental right is at all capable of achieving the objective pursued (suitability test).

(2) The objective pursued cannot be achieved to the same or a similar extent using other means which would less interfere with the fundamental right (necessity test).

(3) The interference is proportional, i.e. the severity of the interference with the fundamental right is, in the specific situation, balanced with the importance of the objective pursued, or the sacrifice in the form of the limitation imposed on the fundamental right may not become disproportionate to the benefit brought by the limitation (proportionality in the narrower sense).

16. It is undisputed that blanket vaccination against serious transmissible diseases is important for the protection of public health and the rights of others. The high vaccination rate helps to create so-called collective immunity, also protecting people who, for serious health reasons, cannot be vaccinated against the diseases or their immunisation by vaccination fails for any other reason. To this extent, I therefore agree with the majority's view of applying the five-step test (paragraphs 74-77). However, as for the application of the proportionality test, I cannot agree with the majority for

the following reasons.

17. In the first step of the proportionality test, the suitability test, taking into account the available scientific information, it can be agreed that mandatory vaccination against serious transmissible diseases is a measure capable of protecting the public health and the rights of others.

18. However, the current legal regulation does not pass the second step of the proportionality test, i.e. the necessity test, as the objective of protecting public health and the rights of others could be achieved to a very similar or even equal extent in a manner more respectful of the fundamental right to the physical integrity.

19. The current legal regulation and practice do not stand the necessity test due to the fact it determines not only the disease against which the person must be vaccinated, but also the type of vaccine that must be used for this purpose, and even at what doses it is supposed to be administered. There are thus various sanctions prescribing which vaccine the parents must unconditionally accept for the vaccination of their child. In fact, in order to protect public health, it is definitely sufficient to determine the child's disease and age by which the child must be vaccinated against the disease, rather than the statutory obligation at what specific times and by what combination of vaccines the children must be vaccinated.

In other words, the alternative solution, i.e. the possibility of administering the individual vaccines separately according to the individual schedule suitable for the specific child, has the capacity of achieving the objective pursued (the protection of public health and protection of the rights of others) to the very similar or even the same extent as the previous solution consisting in administering the hexavalent vaccine in the fixed terms, and at the same time, this alternative solution is more considerate in relation to the fundamental right of the inviolability of the person concerned, which includes the right to be subjected to medical acts only with the consent. The considerate nature of the solution would consist in the fact that, in addition to an unambiguously defined obligation, it would opt for a manner preserving as far as possible the right to decide on individual modalities of the interference with the physical integrity.

20. Similarly, the manufacturer of commonly administered mandatory hexavalent vaccine (Infanrix) in the Czech Republic states that it can be applied either in three doses and one booster later, which is a mandatory scheme according to the Decree, or in two doses and one booster later. Both schemes have practically the same efficacy, as evidenced by the data from the European Medicines Agency (EU body; see [http://www.ema.europa.eu/docs/en\\_GB/document\\_library/EPAR\\_-\\_Product\\_Information/human/000296IWC500032505.pdf](http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/EPAR_-_Product_Information/human/000296IWC500032505.pdf), pp. 7-8). In relation to the fundamental right, it is more considerate to provide parents with the discretion to select between both methods of the application of the hexavalent vaccine, while at the same time, having the capacity to achieve the objective pursued in the same extent.

21. It is desirable to set aside the existing legal regulation these reasons alone. Since it fails to stand the second step of the proportionality test, it is not necessary to proceed to the third step of the proportionality test. However, even if these shortcomings were remedied in the future, the current legal regulation would be unconstitutional, since it would not pass the third step of the

proportionality test, i.e. the balancing test. Here it is necessary to decide whether the benefits to public health and the protection of the rights of others outweigh the interference with the rights of the individual. In this particular case, this means taking into account, for each individual disease for which a vaccination obligation is prescribed, the following questions in particular: how dangerous the disease is, what the risk of its occurrence without mandatory vaccination is, how quickly and easily the disease is transmitted (this is a factor with great weight if the objective pursued consists in the protection of public health and the rights of others), what the effectiveness of vaccines is, and the risk of vaccines.

22. However, the current legal regulation is primarily generally disproportionate, as it lays down, on the one hand, the obligation to undergo vaccination on the grounds of public interest in the protection of public health, yet on the other hand, does not include the State's obligation to be fully liable for any damage to the health caused by vaccination and which the individual is to suffer for reasons of public interest. Even full *lege artis* vaccination can in some cases have a very adversarial effect on the health of individuals who must endure it by law. However, it must then be unambiguously stipulated that any sacrifice in the public interest which establishes the link between harm and mandatory vaccination must be compensated by law. However, under the current legal regulation, neither the physician nor the vaccine manufacturer is liable for the consequences of *lege artis* vaccination; the new Civil Code and the Health Services Act have correctly limited the responsibility for medical actions in which damage to health occurs as a result of the application of a chemical substance; nevertheless, it is a kind of "expropriation" of an individual's health for the benefit of the public interest, which should always be fully compensated. Foreign regulations regulate this explicit liability for damage, as standard civil damages are not applicable in these cases, since the damage in exceptional cases (yet admitted by experts) is sustained even if all obligations are respected, thus harm will occur without any unlawful action of the healthcare provider, vaccine manufacturer or the State. For instance, in the USA, the law requires the State to compensate for the adverse reactions of the vaccine regardless of the fault, even for vaccinations that are only recommended. The law even recognises the difficulties in establishing a causal link and therefore does not require proving a causal link to vaccination for the established effects. The table, which is part of the law, lists the adverse effects and the time from vaccination to which they must occur. Compensation without submitting further evidence is automatically provided that these conditions have been complied with (see 42 U.S. Code, Sec. 300aa-14). Similar legislation and compensation schemes, albeit different in detail, are always based on strict liability and are available in dozens of other countries, including those where vaccination is only voluntary (for example, Germany, Austria, Finland, Sweden, Norway, France, Switzerland, Italy, Slovenia, the UK, etc.)

23. Thus, the Judgment correctly concludes in paragraph 87 that the legislation should consider supplementing the legal regulation of vaccination with a rule on the liability of the State for the negative consequences of vaccination. However, the fact that the current regulation fails to provide for such compensation cannot be overcome merely by *obiter dicto*, since it is an integral part of the proportionality of the vaccination regulation. In other words, if a child is to undergo mandatory vaccination in the interest of the society, in the event of negative health consequences, the sacrifice for the benefit of society must be automatically compensated by law; it is the only manner how to strike a balance between the right to physical integrity on the one hand and the protection of public health and the protection of the rights of others on the other. If the law fails to unambiguously



guarantee that the victim of negative consequences of the mandatory vaccination is to be compensated in any case, it is this very person who must bear the excessive (disproportionate) burden for the sake of public health. The possibility of seeking compensation in this situation is part of the assessment of the proportionality of the compulsory vaccination regulation has also been recognised in the ECtHR case law (see the Judgment in the case of *Salvetti v Italy* of 9 July 2002, application No. 42197/98). At the same time, the requirement of a statutory entitlement to compensation follows from Art. 24 of the Convention on Human Rights and Biomedicine, which is part of the constitutional order [Judgment file reference III. ÚS 449/06 of 3 February 2011 (N 10/60 SbNU 97)], according to which a person who suffered harm caused by an intervention is entitled to fair compensation under the conditions and procedures laid down by law. I trust the Czech judicial system that perhaps even without this explicit statutory regulation, it would find a manner to provide the injured with compensation, yet the current regulation (or the absence of any such regulation) puts persons subject to vaccination obligation into an unacceptable legal position – in the event of an irreparable health disability of a vaccinated child, they may expect a number years of court trials without any clear result.

24. I would also point out that in the proportionality test, in the case of mandatory vaccination, due consideration must always be given to the proper reasoning behind the selection of the diseases against which mandatory vaccination will be imposed. The very international comparison indicates that the number of diseases for which vaccination is mandatory in the Czech Republic significantly exceeds the number of diseases for which vaccination need have been determined in other European countries (with the exception of some countries east of us). The proportionality test must be carried out separately for each individual disease, as the obligation to vaccinate against each individual disease is a separate interference with the right to the inviolability of the person under Art. 7 (1) of the Charter.

25. As an example of the application of the last step of the proportionality test, it is possible to mention the blanket hepatitis B vaccination obligation which may be seriously doubted as reasonable. This disease is transferable only by body fluids, i.e. in practice most frequently by sexual intercourse or blood contamination, for example through the use of common syringes in drug addicts. Even though there is a theoretical possibility of transmission from the saliva of an infected individual through a strong bite, these cases are very rare or even isolated (Hui, Alex Y. et al. Transmission of hepatitis B by human bite – Confirmation by detection of virus in saliva and full genome sequencing. *Journal of Clinical Virology*, Volume 33, Issue 3, 254 – 256). Its transmissibility in young children is therefore very limited. For this reason, blanket vaccination in toddlers is only capable of achieving the objective of protecting public health and protecting the rights of others to a very limited extent. On the other hand, the adverse effects of hepatitis B vaccination need to be taken into account. According to a scientific study submitted by the Petitioners in the reply, statistically in the Czech Republic, hepatitis B vaccination may cause serious and lifelong disability to seven children every year. Balancing the conflicting interests therefore seems to be against the proportionality of mandatory blanket hepatitis B vaccination.

26. Therefore, it is not surprising that, prior to the introduction of mandatory vaccination against this disease, an expert analysis of the State Health Institute did not recommend the introduction of the blanket mandatory vaccination. Therefore, the reason for establishing the obligation remains unknown, which is precisely due to the fact that the obligation is prescribed only by a decree without

any public debate in the Parliament, explanatory memoranda, etc. In its observations on the constitutional complaint, the Government justifies the obligation to vaccinate against hepatitis B only by the fact that the risk of serious course of the disease is substantially higher in the case of infections of young children. However, this argument is related to the protection of public health only to a limited extent. It is primarily concerned with the protection of the individual health of the infected person. At the same time, the issue of the transmissibility of the disease is significantly more important in terms of protecting public health. Under those circumstances, it cannot be concluded that the obligation to vaccinate against hepatitis B is proportionate. It remains obvious that the justification for an interference with the fundamental right must be demonstrated by the person interfering with it, i.e. in this case, by the Ministry of Health.

27. Finally, it needs to be noted that the mandatory vaccination also includes tetanus, which does not pose any risk of being transmitted from one child to others. In the case of this vaccination, there is thus no interest in protecting public health or protecting the rights of others. The reason for imposing the vaccination obligation in this case is therefore probably the protection of children against their parents' decision. This results in the interference with family relationships and parental rights (Art. 8 of the Convention and Art. 10 and 32 of the Charter) without being subject to political deliberation in the parliament and the decision – whether the political majority in our country believes that the State knows better what is good for children than their parents. In this case, the proportionality test would have to be even stricter, taking into account the fact that there is a conflict between the rights of parents to decide on their children against the state-determined and protected rights of the child (the protection of which is after all ensured by classical responsibility instruments of public and private law).

28. I regret to state that the majority failed to make the above considerations on the proportionality of the current vaccination obligation in the Judgment. Balancing conflicting interests provided in paragraphs 78-84 of the Judgment is very superficial and in fact no proportionality test has been carried out. The reasoning refers only to the three recommendations of international bodies and the statistics on the morbidity decline in the three diseases following the introduction of blanket vaccination. The statistics is certainly relevant in the proportionality analysis, yet it covers only three out of nine diseases and, in addition, only shows the potential effectiveness of vaccination schemes, which is only one factor in the comparison. With regard to the international recommendations referred to in the reasoning in paragraphs 81-83, one may note that they refer only to the general suitability of vaccination schemes. However, neither document recommends the vaccination be mandatory, nor does it even recommend that the vaccination be mandatory for nine diseases, as is the case in the Czech Republic. With regard to the above example of hepatitis B, it can also be noted that vaccination against this disease is not even mentioned in any of these documents. Thus, very little, if anything, may be inferred from these documents on the proportionality of the Czech regulation of mandatory vaccination.

29. It must still be borne in mind that the instant case concerns an interference with the right to the inviolability of the person, which, as the judgment finally states, is one of the key fundamental rights (paragraph 56). As such, it must be provided with a significantly more rigorous constitutional review than established in this Judgment.

## **5. Summary**

30. I find the current Czech legal regulation on mandatory vaccination contrary to the fundamental right to the inviolability of the person, as the scope of mandatory vaccination has been entirely left at the discretion of the Ministry of Health and is not stipulated by law, as required by the Charter. At the same time, the legal regulation currently fails to satisfy the requirement of proportionality of the interference with the fundamental right, since the objective pursued (protection of public health) could be attained to the same extent using more considerate means, in which the choice of the vaccine and the dosage would be left at the discretion of the parents themselves, following the consultation with physicians; the current legal regulation fails to include the State's strict liability for damage to the health of an individual who has undergone mandatory vaccination; and finally, the list of diseases against which mandatory vaccination has been prescribed is excessive, since this obligation has not been sufficiently justified for all of them by the protection of public health.

31. Unfortunately, in this case, the majority of the Constitutional Court tended to assess the quality of healthcare in the Czech Republic or judged parents who, by criticising the current vaccination obligation in the Czech Republic, could put their children or other children at risk, which however is not the task of the constitutionality guardian. Thus, in my opinion, the Constitutional Court has failed to comply with its obligations to assess, without bias and in terms of its expertise, the constitutional conformity of the contested legal regulation as in all other cases.

In Brno, on 27 January 2015

Kateřina Šimáčková

**Odlišné stanovisko soudkyně Kateřiny Šimáčkové k výroku i odůvodnění nálezu sp. zn. Pl. ÚS 19/14****1. Očkovací povinnost jako taková**

1. Ve většině západoevropských zemí, kde je lidskoprávní ochrana a respekt ke svobodě a autonomii jednotlivce na nejvyšší úrovni (např. Rakousko, Německo, Španělsko, Nizozemsko, Dánsko, Finsko, Island, Irsko, Lucembursko, Norsko, Portugalsko, Švédsko, Velká Británie, Kanada) není stanovena žádná zákonná očkovací povinnost. Dostatečnou proočkovanost populace zajišťují na jedné straně kvalitní lékaři, schopní rodiče v dostatečném počtu přesvědčit o potřebě děti očkovat, a na druhé straně odpovědní rodiče, kteří umějí svobodu využívat a pojí ji s odpovědností za zdraví svých i ostatních dětí.

2. Jsem si ovšem vědoma, že v České republice ve stávající situaci velmi paternalistické medicínské péče nejsou všichni lékaři schopni či ochotni kvalitní informovanost rodičů zajistit a k očkování dětí je přesvědčit dobrovolně, a rovněž ochrana veřejného zdraví jako důležitý veřejný zájem by nebyla zajištěna, kdyby bez dalšího došlo ihned k úplnému zrušení očkovací povinnosti proti všem nakažlivým nemocem. Nicméně výhledovým cílem státu respektujícího svobodu svých občanů by mělo být, aby všechny lékařské výkony byly prováděny na základě svobodného a informovaného souhlasu, a pokud jde o výkony na dětech, tak by tento souhlas měl být získán zásadně od jejich rodičů, pokud jsou děti tak malé, že není možno souhlas zajistit od nich.

3. Pokud by však měla v přechodné době k dosažení tohoto cílového stavu být zachována očkovací povinnost, pak stávající právní úprava není ústavně konformní z řady níže (v části 3 a 4 tohoto stanoviska) uvedených důvodů.

**2. Ideologizace otázky povinného očkování i některých dalších medicínsko-právních otázek v České republice**

4. Podle sebehodnocení našich zdravotníků i z pohledu většiny společnosti je lékařská péče v České republice na mimořádně dobré úrovni. Lidé se rádi spolehnou do péče lékařů (zejména pokud jim ordinují léky a medicínské úkony a nepožadují od nich žádná režimová opatření či změny životního stylu). Právě uznávané úspěchy české medicíny a hrdost na vymoženosti zdravotnické péče z doby reálného socialismu pak vedou k paternalistickému přístupu lékařů k pacientům, který je současně většinou pacientů vyžadován. Pacienti, jimž takový přístup nevyhovuje, a vyžadují více partnerský přístup, jsou nepočetná menšina a jsou považováni za podivíny, které „pálí dobré bydlo“. Jejich výhrady či žádosti mohou být lékaři bagatelizovány a ostatními zesměšňovány. Nedostatek porozumění na obou stranách pak vede k vyhocení

konfliktů, které se nejsilněji demonstrují tam, kde jde o otázky lidské reprodukce či lékařské péče o těhotné a rodící ženy a o děti. Dospělí pacienti, kteří se necítí dobře v trochu těsném obětí láskyplně pečujícího paternalistického státu, si zpravidla nějak poradí. Ovšem v okamžiku, kdy se jedná o péči o nenarozené či čerstvě narozené děti, případně i děti starší, stát, většina společnosti i zdravotníků považují za svou povinnost prosadit to, co považují za tu nejlepší péči, a to bez jakýchkoli kompromisů či vysvětlování a dokonce někdy i silou. Rodiče pod nátlakem se tím více zatvrdí a začnou se o své děti obávat. Právě v těchto kolizních či krizových situacích nedorozumění obě strany na pozicích až tvrdohlavě setrvávají. Deficit přátelského a vysvětlujícího přístupu ze strany části medicínských představitelů pak u oné alternativní menšiny vede i k vzniku řady podezření, strachů a nedorozumění, proto se někdy může dopouštět i silných vyjádření, které naopak většinu společnosti i mocenskou elitu ještě více popudí.

5. Vstupuje-li do této komplikované a vyhrocené společenské situace soudní orgán, měl by tak činit prost všech ideologických předpojatostí a podle stejných pravidel jako ke všem ostatním případům. Obávám se, že to však v nyní posuzovaném případě nenastalo. Ačkoli stávající právní úprava očkovací povinnosti má řadu ústavněprávních deficitů, které jsou popsány níže a které samy některé orgány připouštějí, většina Ústavního soudu se zalekla toho, že by se její výrok, rušící stávající zákonnou úpravu či její část, dal vykládat jako přitakání oněm výše zmíněným alternativcům, kritizujícím zdravotní péči v naší zemi. V této věci ale nebylo úkolem Ústavního soudu soudit kvalitu zdravotnické péče v České republice či soudit rodiče škodící dětem, ale bez předsudků a s chladnou hlavou z pohledu své odbornosti posoudit ústavní konformitu napadené právní úpravy. Není přece rolí soudu postavit se na některou ze stran společenského konfliktu, ale jen kvalitně a přesvědčivě jako ve všech ostatních případech ochránit ústavnost.

### **3. Porušení výslovně ústavou stanovené výhrady zákona**

6. Nejjednodušší a základní protiústavnost spatřuji v porušení výhrady zákona, stanovené v čl. 7 odst. 1 Listiny, který jednoznačně stanoví, že zásah do tělesné integrity musí být proveden jen zákonem, nikoli ministerskou vyhláškou.

7. Veškerá komparace s praxí jiných států či judikaturou ESLP a jiných ústavních soudů neobstojí ve světle jasné dikce čl. 7 odst. 1 naší Listiny základních práv a svobod, která stanoví, že nedotknutelnost osoby může být omezena jen v případech stanovených zákonem. Právě ochrana tělesné integrity a očkování jako zásah do této tělesné integrity spadá pod toto ustanovení Listiny, jak nakonec konstatuje i většina v bodě 56. V této souvislosti upozorňuji, že otázku, zda máme nárok na placení dvou či tří týdnů v láních, musí podle judikatury Ústavního soudu řešit zákon [viz nálezný sp. zn. Pl. ÚS 43/13 ze dne 25. 3. 2014 (77/2014 Sb.)], ale rozsah zásahu do tělesné integrity (vpravení cizí látky jehlou do těla dítěte) ponecháme na ministerské vyhlášce, aniž bychom zákonem jakkoli vymezili podmínky očkovací povinnosti a toho, jaká

onemocnění budou očkovací povinnosti podléhat. Zákonné zmocnění nejen že neobsahuje jmenovitý výčet nemocí, proti nimž je očkování povinné, ale dokonce ani jakkoli nestanoví kritéria, kterými se má ministerstvo při stanovení rozsahu očkovací povinnosti řídit.

8. Tato na první pohled jen formální výhrada zákona má velký materiální obsah. Aktuální praxe ponechává na veřejnosti ukrytém expertním neodůvodněném rozhodnutí všechny důležité otázky spojené s očkováním – tedy zejména rozsah povinného očkování a jeho načasování. Toto rozhodování je neveřejné, což jako v jiných oblastech vzbuzuje podezření a navíc vede k tomu, že veřejnost se vůbec nedozvídá důvody dané úpravy a jejich změn. Vzhledem k absenci Listinou předvídané formy rovněž chybí přesvědčivá důvodová zpráva, která by stanovila důvody rozsahu stanovené očkovací povinnosti a jejich účelů (pro potřeby testování proporcionality a legitimních cílů právní úpravy). Podstatou výhrady zákona je, že zásah do práv jednotlivců by neměl být jen uzavřeným expertním rozhodnutím, ale měl by být i předmětem otevřené demokratické deliberace v parlamentu.

9. Navíc nelze souhlasit s tím, že povinné očkování je otázkou čistě expertní. Expertní otázkou je, jako prakticky u každé právní úpravy, dodání informací potřebných pro rozhodnutí, čili například jak je daná nemoc nebezpečná, jakým způsobem je přenosná a tedy nakažlivá, jak účinná je očkovací látka atd. Nicméně to, zda v dané situaci převáží ochrana veřejného zdraví nad právem jednotlivců na fyzickou integritu, tedy hledání optimální rovnováhy mezi těmito soupeřícími zájmy, je otázka politická a právní. Na tomto rozlišení stojí i dosavadní judikatura Ústavního soudu týkající se výhrady zákona při zásazích do základních práv, kterou však většina v tomto případě po hříchu zcela opomíjí. Podle této judikatury otázky odborné (srov. níže uvedené příklady z poslední doby) mohou být upraveny podzákonými předpisy, avšak otázky politické, mezi něž patří stanovení rovnováhy mezi ústavně chráněnými zájmy, musejí být upraveny v zákoně.

Podle nálezu Pl. ÚS 36/11 ze dne 20. 6. 2013 (zdravotnické standardy a nadstandardy) „Listina zahrnuje ustanovení o základních právech, která jsou co do normativního obsahu odlišná. V prvé řadě jsou to základní lidská práva, která vyvěrají přímo z lidského bytí, a pouze tato skutečnost je základem vymezení jejich ústavního obsahu a rozsahu. Jedná se o hodnoty, které obsahují základní práva pro uchování integrity člověka a zajištění jeho důstojnosti, jako jsou např. právo na život, nedotknutelnost osoby a osobní svoboda. Takováto práva jsou nezadatelná, nezcizitelná, neprohlášená a nezrušitelná (čl. 1 Listiny). Jejich meze mohou být upraveny za podmínek stanovených Listinou a pouze zákonem (čl. 4 odst. 2 Listiny)“ (bod 38). Ani v případě práva na zdraví, které je sociální právo, však Ústavní soud v tomto nálezu nepřipustil, že definování nadstandardní lékařská péče je ponecháno na podzákoný právní předpis. V odůvodnění (bod 49) uvedl: „Z pohledu Ústavního soudu je ale podstatné, zda úprava v zákoně sama o sobě, tedy i bez prováděcí vyhlášky, je adresátům dostatečně srozumitelná a zda by byla aplikovatelná. Prováděcí předpis má

stanovit již jen její detaily. Napadená úprava variant péče v současné době funguje tak, že kromě výše reprodukováného obecného rámce v zákoně o veřejném zdravotním pojištění jsou ve vyhlášce, kterou se vydává seznam zdravotnických výkonů s bodovými hodnotami, Ministerstvem zdravotnictví označeny zdravotní výkony, u nichž lze pojištěncům nabízet volbu mezi základní a ekonomicky náročnější variantou. Poskytovatelům zdravotních služeb, pojišťovnám i pojištěncům je tedy teprve z vyhlášky zřejmé, co je základní variantou a za jaké zdravotní výkony, pomůcky, prostředky a zdravotní materiál je možno či nutno doplácet nad rámec úhrady z veřejného pojištění. Ze zákona samotného to neplyne a nelze to z něj dovodit ani nejvolnější interpretací. Zákon o veřejném zdravotním pojištění tedy udělal pouze první krok k vymezení standardu a nadstandardu (slovy zákona o veřejném zdravotním pojištění základní a ekonomicky náročnější varianty). Druhá, ovšem podstatná část, bez níž je institut neživotaschopný, tedy konkrétní určení toho, co je v intencích čl. 31 Listiny bezplatnou péčí, je upravena až v prováděcí vyhlášce. Zákonodárce tím dle Ústavního soudu požadavkům nastaveným ústavním pořádkem a opakovaně vyloženým dosavadní rozhodovací praxí nedostál.“

Podle nálezu **Pl.ÚS 13/12 ze dne 23. 7. 2013 (větší množství než malé)** mezi hledisky ústavního vymezení odvozené normotvorby exekutivy figuruje i zákaz zasahovat do věcí vyhrazených zákonu. Ústavní soud přitom v minulosti v souvislosti s právní úpravou jiné oblasti vyložil, že nelze připustit, aby se sféra ochrany základních práv a svobod dostala pod pravomoc moci výkonné, která k tomu není oprávněna. Směšování pojmů zákon a právo je tedy v podmínkách České republiky v oblasti základních práv a svobod vyloučeno. Ústavní soud v tomto nálezu požaduje, aby minimálně „zmocňovací“ ustanovení zákona stanovilo kritéria, tak aby exekutiva jen konkretizovala zákonnou povinnost, nikoli ji doplňovala.

Podle nálezu sp. zn. Pl. ÚS 43/13 ze dne 25. 3. 2014 (lázeňská vyhláška) Ústavní soud požadoval, aby stanovení podmínek rozsahu (délky) poskytnutí bezplatné lázeňské péče na základě zdravotního pojištění nebylo upraveno pouze vyhláškou, neboť: „časová omezení nelze zcela zjevně považovat za pouhou konkretizaci podmínek ..., jež musí být splněny, má-li být zdravotní péče poskytnuta bezplatně na základě veřejného zdravotního pojištění, a jež mají povahu ryze odborných kritérií, k jejichž posouzení je povolán ošetřující lékař, příp. také revizní lékař. Jejich účelem je totiž dosažení takové regulace poskytování této péče, která umožní nalézt rovnováhu mezi požadavky jednak na účinnost léčby, tedy aby hrazený pobyt v lázeňském zařízení skutečně plnil svou předpokládanou léčebnou funkci, jednak na její efektivnost a ekonomickou únosnost... Zájem na nalezení této rovnováhy je plně legitimní. Její dosažení však vyžaduje poměrování nejen medicínských, ale také ekonomických hledisek, jemuž je třeba přiznat povahu politického rozhodování, v jehož rámci je posuzována účelnost jednotlivých v úvahu přicházejících variant řešení za

účelem výběru jedné z nich. ... K jejich stanovení proto může dojít v souladu s výhradou zákona pouze na základě rozhodnutí Parlamentu“ (bod 32).

10. Domnívám se, že nyní posuzovanou otázku nelze od této předchozí judikatury pléna Ústavního soudu odlišit. Ustanovení § 46 odst. 1 zákona o ochraně veřejného zdraví pouze stanoví, že určitý okruh osob je povinen podrobit se v prováděcím právním předpisu upravených případech a termínech stanovenému druhu pravidelného očkování. Tento zákonný rámec je naprosto neurčitý a bez prováděcí vyhlášky je zcela neaplikovatelný. Až teprve z prováděcí vyhlášky se dotčené osoby dozví, proti jakým nemocem se musí nechat očkovat a jak je tedy jejich právo na nedotknutelnost jejich osoby omezeno. Zákon samotný dokonce nestanoví vůbec žádné meze rozhodování ministerstva zdravotnictví, proti kterým nemocem povinné očkování stanoví (jako například, že musí jít o nebezpečnou nakažlivou nemoc apod.). Zákonodárce ponechal tedy bez jakéhokoli stanovení podmínek plně v dispozici ministerstva, proti jakým nemocem (žádné, jedné, devíti, nebo třeba patnácti) bude očkování povinné. Samotný reálný rozsah zásahu do práva na nedotknutelnost osoby je tedy stanoven až vyhláškou a nikoliv zákonem.

11. Dále pokud musí být vyvažování účinnosti lázeňské péče a ekonomické únosnosti vyhrazeno politickému rozhodování v parlamentu, není vysvětlitelné, jak by vyvažování mezi ochranou veřejného zdraví a nuceným zásahem do fyzické integrity mohlo být ponecháno exekutivě. Tím spíše, že ve hře je i vyšší potřeba legitimizace a veřejné (i politické) debaty, neboť jde o zásah do těch nejzákladnějších práv, jíž ochrana fyzické integrity člověka rozhodně je.

12. Nález se s touto dosavadní judikaturou pléna k výhradě zákona vůbec nevypořádává. Většina tak nevysvětlila, proč se od předchozí judikatury odchylovala či v čem je nyní posuzovaný případ od těch předchozích odlišný. Nerozporuji zde pravomoc pléna Ústavního soudu odchyliť se od své předchozí judikatury. Musí se však tak dít pouze z dobrých důvodů a s velmi pečlivým, podrobným a přesvědčivým odůvodněním [k tomu srovnej např. nález sp. zn. Pl. ÚS 11/02 ze dne 11. 6. 2003 (N 87/30 SbNU 309; 198/2003 Sb.), případně diskuzi v Bobek, M., Kühn, Z. a kol. Judikatura a právní argumentace. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2013, s. 356-363]. I proto se lze jen těžko nyní ubránit dojmu, že postoj většiny k výhradě zákona je selektivní a beze vztahu k výslovné úpravě Listiny základních práv a svobod. Bohužel takové rozhodování je opakem principiálního a přesvědčivého rozhodování, které je základem legitimacy soudní moci.

13. Nerespektování výhrady zákona, jasně stanovené v ústavním textu (podle čl. 7 odst. 1 Listiny může být nedotknutelnost osoby omezena jen v případech stanovených zákonem), je pak též zásahem do dělby moci, neboť exekutiva zasahuje do domény parlamentu, který jediný může formou zákona omezit rozsah základního práva a stanovit rovnováhu mezi základním právem na tělesnou integritu a veřejným zájmem na ochraně veřejného zdraví a na ochraně práv druhých. Rovněž čl. 4 odst. 2 Listiny stanoví pravidlo, že meze základních práv mohou být upraveny pouze zákonem. Nad to



očkovací povinnost je sankcionována pokutou, proto by stanovení této povinnosti zákonem bylo též konformnější s čl. 4 odst. 1 Listiny.

14. Na závěr rovněž konstatuji, že často vznášený argument, že úprava vyhláškou umožňuje větší flexibilitu pro mimořádné stavy, rovněž neobstojí. Jsem přesvědčena, že kvalitní zákonná úprava, která po náležité parlamentní debatě vytvoří pravidla, za jakých okolností, proti jakému typu nemocí a v jakém rozsahu je možno dočasně stanovit očkovací povinnost podzákonným předpisem by měla úplně jinou kvalitu zásahu do základních práv než stávající biankošek udělený napadeným zákonem ministru zdravotnictví či několika očím veřejnosti skrytým expertům vytvářet plnou očkovací politiku našeho státu bez jakékoli demokratické a soudní kontroly. Jinak řečeno, nic nebrání zákonodárci, aby přijal takovou zákonnou úpravu, která stanoví pro standardní stav očkovací povinnost přímo v zákoně a pro mimořádné stavy umožní krátkodobě, v zákonných mezích, stanovit očkovací povinnost podzákonným předpisem. To, že tak zákonodárce neučinil, však neobstojí jako důvod pro stanovení všech důležitých aspektů očkovací povinnosti v podzákonných předpisech za všech okolností.

#### **4. Porušení principu proporcionality při stanovení povinnosti**

15. I v případě, že by text aktuálně obsažený ve vyhlášce byl celý pojat do zákona, ani tehdy by nebyl ústavně konformní. Právo na nedotknutelnost osoby (fyzickou integritu) podle čl. 7 odst. 1 Listiny a čl. 8 Úmluvy není právem absolutním a lze do něj zasáhnout, avšak pouze přiměřeně ke sledovanému legitimnímu zájmu. Nález správně aplikuje pětistupňový test omezení základního práva, který vychází z judikatury ESLP i Ústavního soudu. Avšak v posledním kroku (poměrování protichůdných zájmů) opomíjí, že judikatura Ústavního soudu na rozdíl od ESLP má algoritmus tohoto kroku propracovaný. Je jím standardní test proporcionality. Nutnost zachování proporcionality při zásazích do základních práv vyplývá z ústavního pořádku (zejména čl. 4 Listiny) a byla již dostatečně vymezena judikaturou Ústavního soudu. Podle ní zásah do základního práva bude proporcionalní sledovanému legitimnímu zájmu, pokud splní následující tři kritéria [viz nález sp. zn. Pl. ÚS 31/13 ze dne 10. 7. 2014 (162/2014 Sb.), bod 41; nález sp. zn. Pl. ÚS 37/11 ze dne 30. 7. 2013 (299/2013 Sb.), bod 59; nález sp. zn. Pl. ÚS 24/10 ze dne 22. 3. 2011 (N 52/60 SbNU 625; 94/2011 Sb.), bod 37; a řada dalších]:

(1) Opatření omezující základní právo je vůbec způsobilé dosáhnout sledovaného cíle (test vhodnosti).

(2) Sledovaného cíle není možno ve stejné nebo podobné míře dosáhnout jinými prostředky, které by méně zasahovaly do základního práva (test potřebnosti).

(3) Zásah je přiměřený, tedy závažnost zásahu do základního práva je v dané konkrétní situaci vyvážena významem sledovaného cíle, neboli oběť přinesená v podobě omezení

základního práva se nesmí dostat do nepoměru s užitkem, který omezení přineslo (proporcionalita v užším smyslu).

16. Je nesporné, že plošné očkování proti závažným přenosným nemocem je důležité pro ochranu veřejného zdraví i pro ochranu práv druhých. Vysoká proočkovanost pomáhá vytvořit tzv. kolektivní imunitu, která chrání i osoby, které z vážných zdravotních důvodů nemohou být proti nemocem očkovány či z jiného důvodu jejich imunizace očkováním selhává. Potud tedy souhlasím s názorem většiny při aplikaci pětistupňového testu (body 74-77). V aplikaci testu proporcionality se však s názorem většiny z následujících důvodů nemohu ztotožnit.

17. V prvním kroku testu proporcionality, testu vhodnosti, s přihlédnutím k dostupným vědeckým informacím lze souhlasit, že povinné očkování proti závažným přenosným nemocem je opatřením, které je způsobilé ochránit veřejné zdraví a práva druhých.

18. Stávající právní úprava ovšem neobstojí v druhém kroku testu proporcionality, v testu potřebnosti, neboť cíle ochrany veřejného zdraví a práv druhých by mohlo být dosaženo ve velmi podobné či dokonce stejné míře i způsobem šetrnějším k základnímu právu na tělesnou integritu.

19. Stávající právní úprava i praxe neobstojí v testu potřebnosti z důvodu, že neurčuje pouze onemocnění, proti němuž musí být osoba očkována, ale i typ vakcíny, která k tomu musí být použita a dokonce i v jakých dávkách má být aplikována. Pod různými sankcemi je tedy předepsáno, jakou očkovací látku musí rodiče bezvýhradně akceptovat pro očkování svého dítěte. Přičemž pro ochranu veřejného zdraví rozhodně postačí, aby byla stanovena nemoc a věk dítěte, do kdy musí být dítě proti této nemoci očkováno, nikoli vyhláškou stanovená povinnost v jakých konkrétně časech a jakou kombinací vakcíny musí být děti očkovány. Jinak řečeno, alternativní řešení – možnost jednotlivé očkovací látky podávat samostatně podle individuálního harmonogramu vyhovujícího konkrétnímu dítěti – je schopno dosáhnout sledovaného cíle (ochrany veřejného zdraví a ochrany práv druhých) ve velmi podobné či dokonce stejné míře jako dosavadní řešení spočívající v očkování hexavakcínou v pevně stanovených termínech a zároveň je toto alternativní řešení šetrnější vůči dotčenému základnímu právu na nedotknutelnost osoby, jehož součástí je právo být podroben zdravotním úkonům jen se svým souhlasem. Šetrnost řešení by spočívalo v tom, že vedle jasně stanovené povinnosti by se zvolil takový způsob, který by zachoval v co nejširší možné míře právo rozhodovat o jednotlivých modalitách zásahu do tělesné integrity.

20. Obdobně výrobce v Česku běžně aplikované povinné hexavakcíny (Infanrix) sám uvádí, že je možno ji aplikovat buď ve třech dávkách a jedno přeočkování později, což je povinným schématem dle vyhlášky, nebo ve dvou dávkách a jedno přeočkování později. Obě schémata mají prakticky stejnou účinnost, což dokládají i data Evropské lékové agentury (orgán EU; viz [http://www.ema.europa.eu/docs/en\\_GB/document\\_library/EPAR\\_-\\_Product\\_Information/human/000296/WC500032505.pdf](http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/EPAR_-_Product_Information/human/000296/WC500032505.pdf), s. 7-8. ). Zachovat rodičům

možnost zvolit si mezi dvěma modalitami způsobu aplikace hexavakcíny podle vlastního uvážení je k základnímu právu šetrnější a přitom sledovaného cíle je schopno dosáhnout ve stejné míře.

21. Již z těchto důvodů by měla být stávající právní úprava zrušena. Jelikož neobstojí už v druhém kroku testu proporcionality, není nutné přistupovat k třetímu kroku testu proporcionality. I po případném napravení těchto nedostatků v budoucnu by však byla stávající právní úprava protiústavní, protože by neobstála ani v třetím kroku testu proporcionality, testu poměrování. Zde je nutno rozhodnout, zda užitek pro veřejné zdraví a ochranu práv jiných převáží nad zásahem do práva jednotlivce. V dané konkrétní věci to znamená u každého jednotlivého onemocnění, u nějž je stanovena očkovací povinnost, zohlednit zejména následující otázky: jak je daná nemoc nebezpečná, jaké je riziko jejího výskytu bez existence povinného očkování, jak rychle a snadně se nemoc přenáší (toto je faktor s velkou vahou, pokud je sledovaný cíl ochrana veřejného zdraví a práv jiných), jaká je účinnost vakcín a jaké je riziko vakcín.

22. Stávající právní úprava je nicméně předně obecně neproporcionální tím, že na jedné straně stanoví povinnost podrobit se očkování z důvodu veřejného zájmu na ochraně veřejného zdraví, ale na druhou strany neobsahuje povinnost státu plně odpovídat za veškeré újmy na zdraví způsobené očkováním, které byl jednotlivec povinen strpět z důvodů veřejného zájmu. I očkování plně lege artis může mít v určitých případech velmi neblahý vliv na zdraví jednotlivců, kteří jej musí ze zákona strpět. Pak však musí být jasně stanoveno, že oběť ve prospěch veřejného zájmu, která prokáže spojitost mezi újmou a povinným očkováním, musí být odškodněna, a to ze zákona. Podle stávající právní úpravy však neodpovídá lékař ani výrobce vakcíny za důsledky lege artis provedeného očkování, nový občanský zákoník a zákon o zdravotnických službách správně omezil odpovědnost za lékařské úkony, při nichž škoda na zdraví vznikne z důvodů aplikace nějaké chemické látky, nicméně u negativních důsledků očkování jde o jakousi „expropriaci“ zdraví jednotlivce ve prospěch veřejného zájmu, která by měla být vždy plně odškodněna. Zahraniční úpravy tuto výslovnou odpovědnost za újmu upravují, standardní občanskoprávní náhrada škody totiž v těchto případech není použitelná, neboť újma ve výjimečných (ale experty připouštěných) případech vznikne i při zachování všech povinností, tudíž dojde k újmě, aniž by ji však způsobil jakýkoli protiprávní krok poskytovatele zdravotnické péče, výrobce vakcíny či státu. Například v USA zákon stanoví povinnost státu odškodnit za nežádoucí účinky vakcíny bez ohledu na zavinění a to i u očkování, která jsou pouze doporučována. Zákon dokonce uznává těžkosti s prokazováním příčinné souvislosti, a proto u stanovených účinků prokázání jejich příčinné souvislosti s očkováním nevyžaduje. Tabulka, která je součástí zákona, stanoví výčet nežádoucích účinků a doby od očkování, do kterých musí nastat. Za splnění těchto podmínek automaticky náleží odškodnění bez dalšího dokazování (viz 42 U.S. Code, Sec. 300aa-14). Obdobná legislativa a odškodňovací programy, byť v podrobnostech odlišné jsou vždy založeny na objektivní odpovědnosti, existují v desítkách dalších zemí, včetně těch, kde je

očkovaní pouze dobrovolné (například Německo, Rakousko, Finsko, Švédsko, Norsko, Francie, Švýcarsko, Itálie, Slovinsko, Velká Británie atd.)

23. Nález tedy správně v bodě 87 dovozuje, že legislativa by měla zvážit doplnění právní regulace očkovaní o úpravu odpovědnosti státu za negativní následky očkovaní. Skutečnost, že stávající úprava toto odškodnění nezajišťuje, však nelze odbýt pouhým obiter dicto, neboť jde o integrální součást proporcionality úpravy očkovaní. Jinak řečeno, pokud má dítě podstoupit povinné očkovaní v zájmu společnosti, musí být v případě negativních zdravotních následků jeho oběť ve prospěch společnosti automaticky ze zákona kompenzována; jen tak je dodržena rovnováha mezi právem na tělesnou integritu na straně jedné a ochranou veřejného zdraví a ochranou práv druhých na straně druhé. Není-li zákonem jednoznačně zajištěné, že bude oběť negativních následků povinného očkovaní vždy odškodněna, pak je to ona, která musí nést nadměrné (nepřiměřené) břemeno ve prospěch veřejného zdraví. To, že možnost domoci se v této situaci kompenzace je součástí posuzování přiměřenosti úpravy povinného očkovaní, připouští i judikatura ESLP (viz rozhodnutí *Salveti proti Itálii* ze dne 9. 7. 2002 č. 42197/98). Zároveň požadavek zákonného nároku na kompenzaci vyplývá z čl. 24 Úmluvy o lidských právech a biomedicině, která je součástí ústavního pořádku [nález sp. zn. III. ÚS 449/06 ze dne 3. 2. 2011 (N 10/60 SbNU 97)], podle kterého osoba, která utrpěla újmu způsobenou zákrokem, má nárok na spravedlivou náhradu škody za podmínek a postupů stanovených zákonem. Důvěřuji české justici, že by snad našla i bez této výslovné zákonné úpravy nějakou cestu, jak by se poškození náhrady újmy dobrali, avšak stávající úprava (respektive absence této úpravy) staví osoby podléhající očkovací povinnosti do nepřijatelné právní pozice – dojde-li k nenapravitelnému zdravotnímu postižení očkovaného dítěte, může je čekat bez jasného výsledku mnoho let soudních pokusů.

24. Dále podotýkám, že v testu proporcionality je v případě povinného očkovaní vždy potřeba se velmi důkladně zabývat řádným odůvodněním výběru nemoci, proti nimž bude stanoveno povinné očkovaní. Již samotné mezinárodní srovnání prokazuje, že počet nemocí, proti nimž je očkovaní v České republice povinné, výrazně převyšuje počet nemocí, pro něž je určena potřeba očkovaní v jiných evropských zemích (výjimkou jsou některé státy na východ od nás). Test proporcionality je nutno provést u každé jednotlivé nemoci zvlášť, neboť povinnost očkovaní proti každé jednotlivé nemoci je samostatným zásahem do práva na nedotknutelnost osoby podle čl. 7 odst. 1 Listiny.

25. Jako příklad aplikace posledního kroku testu proporcionality lze uvést plošnou očkovací povinnost proti hepatitidě typu B, u které lze vážně pochybovat, že je přiměřená. Tato nemoc je totiž přenositelná pouze tělesnými tekutinami, tedy v praxi nejčastěji sexuálním stykem, či kontaminací krve, například skrze používání společných injekčních stříkaček u drogově závislých. Byť existuje teoretická možnost přenosu ze slin infikovaného jedince skrze silné kousnutí, jsou tyto případy velmi vzácné až ojedinělé (Hui, Alex Y. et al. Transmission of hepatitis B by human bite—Confirmation by detection of virus in saliva and full genome sequencing. *Journal of Clinical Virology*,

Volume 33, Issue 3, 254 – 256). Její přenositelnost u malých dětí je tedy velmi omezená. Z toho důvodu plošné očkování již u batolat je schopno dosáhnout sledovaného cíle ochrany veřejného zdraví a ochrany práv druhých jen ve velmi omezené míře. Na druhé straně je nutno vzít v potaz nežádoucí účinky očkování proti hepatitidě B. Podle vědecké studie, kterou předkládají stěžovatelé v replice, statisticky každý rok v ČR očkování proti hepatitidě typu B může způsobit sedmi dětem závažné a doživotní postižení. Poměrování protichůdných zájmů tedy vyznívá spíše proti proporcionalitě povinného plošného očkování proti hepatitidě B.

26. Proto není s podivem, že než bylo povinné očkování proti této nemoci zavedeno, odborná analýza Státního zdravotního ústavu zavedení plošného povinného očkování nedoporučila. Z jakého důvodu byla tedy povinnost stanovena, nevíme, což je právě i důsledkem skutečnosti, že povinnost je stanovena pouze vyhláškou bez jakékoliv veřejné debaty v parlamentu, důvodových zpráv atd. Vláda ve svém vyjádření k ústavní stížnosti povinnost očkování proti hepatitidě B ospravedlňuje pouze tím, že v případě infekce malých dětí je riziko vážného průběhu nemoci mnohem vyšší. Tento argument však souvisí s ochranou veřejného zdraví pouze omezeně. Primárně se totiž týká ochrany individuálního zdraví nakažené osoby. Přitom pro ochranu veřejného zdraví je mnohem podstatnější otázka přenositelnosti nemoci. Za těchto okolností nelze dospět k závěru o proporcionalitě povinnosti očkování proti hepatitidě B. Přitom je samozřejmé, že opodstatněnost zásahu do základního práva a jeho přiměřenost musí prokázat ten, který do něj zasahuje, tedy v tomto případě ministerstvo zdravotnictví.

27. Závěrem je nutno zmínit, že jedním z povinných očkování je i očkování proti tetanu, které vůbec neohrožuje svou nakaživostí od jednoho dítěte ostatní děti. U tohoto očkování tedy není ve hře ani zájem na ochraně veřejného zdraví, ani na ochraně práv druhých. Důvodem zavedení očkovací povinnosti v tomto případě je tedy zřejmě ochrana dětí před rozhodnutím rodičů. Dochází tím k zásahu do rodinných vztahů a rodičovských práv (čl. 8 Úmluvy a čl. 10 a 32 Listiny), aniž by to bylo předmětem politické deliberace v parlamentu a rozhodnutí – zda si politická většina v naší zemi myslí, že stát ví lépe, co je pro děti dobré, než jejich rodiče. Test proporcionality by pak v tomto případě musel být ještě o něco přísnější s přihlédnutím k tomu, že zde proti sobě stojí práva rodičů rozhodovat o svých dětech proti státem stanovenému a chráněnému právu dítěte (jehož ochrana i proti ostatním škodlivým rodičovským zásahům je ostatně zajištěna klasickými odpovědnostními nástroji veřejného i soukromého práva).

28. S politováním konstatuji, že většina v nálezu žádné výše uvedené úvahy o proporcionalitě současné úpravy očkovací povinnosti neprovedla. Poměrování protichůdných zájmů činěné v bodech 78-84 nálezu je velmi povrchní a fakticky žádný test proporcionality není proveden. Odůvodnění jen odkazuje na tři doporučení mezinárodních orgánů a statistiky poklesu nemocnosti u tří nemocí po zavedení plošného očkování. Statistiky jsou v analýze proporcionality jistě relevantní, avšak týkají se pouze tří nemocí z devíti a navíc dokazují pouze potencionální účinnost vakcinačních programů, což je však pouze jeden z faktorů v poměrování.

K mezinárodním doporučením odkazovaným v odůvodnění v bodech 81-83 lze uvést, že ty se týkají pouze obecně vhodnosti očkovacích programů. Ani jeden z uvedených dokumentů však nedoporučuje, aby očkování bylo povinné, a už vůbec nedoporučuje, že má být povinné očkování proti devíti nemocem, jak je tomu v České republice. S ohledem na příklad hepatitidy B zmíněné výše lze také poznamenat, že očkování proti této nemoci žádný z těchto dokumentů ani nezmiňuje. Z těchto dokumentů tedy lze o proporcionalitě české úpravy povinného očkování dovodit pouze velmi málo, pokud vůbec něco.

29. Stále nelze opomenout, že v nyní posuzované věci jde o zásah do práva na nedotknutelnost osoby, což je, jak i nález nakonec konstatuje, jedno z předních základních lidských práv (bod 56). Jako takové musí mít mnohem rigoróznější ústavní přezkum, než jaký nalezneme v tomto nálezu.

## 5. Shrnutí

30. Současnou českou právní úpravu povinného očkování shledávám v rozporu se základním právem na nedotknutelnost osoby, neboť rozsah povinného očkování je zcela ponechán na vůli ministerstva zdravotnictví a není stanoven zákonem, jak vyžaduje Listina. Zároveň v současné době právní úprava ani nesplňuje požadavek přiměřenosti zásahu do základního práva, neboť sledovaného cíle (ochrany veřejného zdraví) by šlo dosáhnout ve stejné míře šetrnějšími prostředky, při kterých by výběr vakcíny a dávkování byl ponechán na samotných rodičích po konzultaci s lékaři; současná právní úprava neobsahuje objektivní odpovědnost státu za škodu na zdraví jedince, který se podrobil povinnému očkování; a nakonec výčet nemocí, proti kterým je povinné očkování stanoveno, je nadměrný, neboť u všech není tato povinnost dostatečně odůvodněna ochranou veřejného zdraví.

31. Bohužel v této věci většina Ústavního soudu spíše hodnotila kvalitu zdravotnické péče v České republice či soudila rodiče, kteří svou kritikou stávající očkovací povinnosti v České republice mohou vystavit riziku své či cizí děti, což však není úkol strážce ústavnosti. Ústavní soud tak podle mého názoru nedostál své povinnosti bez předsudků a z pohledu své odbornosti posoudit ústavní konformitu napadené právní úpravy jako ve všech ostatních případech.

V Brně dne 27. ledna 2015

Kateřina Šimáčková