

Dissenting opinion of Judge Kateřina Šimáčková on the decision and the reasoning behind the Judgment file reference Pl. ÚS 16/14

1. The obligation to be vaccinated against nine diseases (diphtheria, tetanus, pertussis, polio, hepatitis B, diseases caused by *Haemophilus influenzae* type B, measles, rubella, and mumps) as a precondition for enrolment into pre-school education, as stipulated in Section 50 of the Act on Public Health Protection in conjunction with the Decree of the Ministry of Health No. 537/2006 Coll., I consider unconstitutional for reasons stated in paragraph 2 et seq. At the same time, I refer to my dissenting opinion on the related Judgment of the Plenum file reference Pl. ÚS 19/14, in which I address in more detail the unconstitutionality of the current legal regulation on vaccination obligations as such, and the context of decision-making on mandatory vaccination and, more generally, some other medical and legal issues in the Czech Republic, and some parts of which are relevant in the context of the current Judgment of the Constitutional Court. In the cited dissenting opinion on the Judgment file reference Pl. ÚS 19/14, I explained that I find the current Czech legal regulation on mandatory vaccination contrary to the fundamental right to inviolability of a person, as the scope of compulsory vaccination is entirely left at the discretion of the Ministry of Health and is not stipulated by law, as required by Art. 7 (1) and Art. 4 (2) of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms. At the same time, the current legal regulation fails to comply with the requirement of proportionality of interference with the fundamental right, as the pursued objective (protection of public health) could be achieved to the same extent using more considerate means, leaving the choice of vaccine and dosage 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 is imposed is excessive, since for all of them, this obligation is not sufficiently justified by the protection of public health.

2. I am aware that the key right through which the legal regulation on vaccination as a condition of enrolment into pre-school facilities was to be assessed is not the right to physical integrity. The Judgment reaches the conclusion, with which I completely agree, that pre-school education falls within the scope of the right to education under Art. 33 of the Charter (paragraph 83) and that the prescribed vaccination obligation, which serves as a condition for admission to pre-school education, constitutes an interference with this right (see in particular paragraph 98). In the Judgment, the contested legal regulation is subsequently subject to the rationality test, which has been introduced in the case law of the Constitutional Court to assess the constitutional conformity of the legal regulations interfering with the rights listed in Art. 41 (1) of the Charter, including the right to education. Unless the core of the right is interfered with, which is the conclusion of the Judgment, the test prescribes a limited review, examining whether the legal regulation in question is merely reasonable, rather than necessarily the best, most appropriate, most effective or wisest, in view of the legitimate aim pursued.

3. However, the right to education is also enshrined in the European Convention for the Protection of the Human Rights and Fundamental Freedoms (Article 2 of Protocol No. 1, hereinafter only as the "Convention"). However, the European Court of Human Rights (hereinafter only as the "ECtHR") does not apply this form of the rationality test and assesses the interference with the right to education by means of a standard test of balancing conflicting interests, even if it is, in the case of the interference with this right, somewhat less strict than, for instance, the right to physical integrity. However, it cannot be inferred unambiguously from

the ECtHR case law that the ECtHR would be as deferential (benevolent) as the rationality test applied in this Judgment. However, the Judgment completely overlooks this aspect of the issue, and it fails to address the possible violation of the Convention, which is part of the constitutional order.

4. However, I conclude that the current legal regulation on mandatory vaccination as a precondition for admission to pre-school education fails to satisfy the rationality test for the following reasons and violates the Petitioner's fundamental rights under the Charter of Fundamental Rights, and therefore I do not consider it necessary to comment on a possible violation of the Convention.

5. Even though it is impossible to disregard the particular importance of pre-school education for some groups of children (for children from excluded communities, for children who do not speak Czech well or do not have standard social habits), I recognize that access to pre-school education is not the core of the right to education, which consists mainly in primary education. I can therefore agree with the opinion of the majority of the plenum that the legal regulation under review does not interfere with the core of the right to education under Art. 33 of the Charter. I also agree that the objective pursued by the legal regulation in question, according to the Government's statement, i.e. the protection of public health and protection of the rights of other children by preventing the spread of contagious diseases among children attending pre-school facilities, is a legitimate objective. However, the Constitutional Court's Judgment has failed to sufficiently examine whether the legal regulation concerned is indeed reasonable in view of this objective.

6. First of all, the reasonableness of the regulation must be examined in relation to the obligation to undergo vaccination against each of the nine diseases separately. There may be children, as is the case with the current Petitioner, who are vaccinated only against certain diseases. In fact, the prohibition to admit a child who has not received any vaccination to a pre-school facility may be reasonable in theory, yet the same no longer applies to children who have received some vaccination, unless the remainder lacks a reasonable relationship with the legitimate aim pursued.

7. The mandatory vaccination includes tetanus vaccination, which does not at all threaten other children due to its contagiousness from one child. Therefore, requiring tetanus vaccination as a condition of admission to pre-school facilities does not have any rational relation to the objective pursued of preventing the spread of contagious diseases in a group of pre-school children. Thus, if the contested Section 50 of the Public Health Protection Act requires submission to all prescribed regular vaccinations, including tetanus, then this legal regulation is not constitutionally consistent for this very reason.

8. Similarly, I do not believe it is reasonable to require hepatitis B vaccination as a precondition for admission into a pre-school facility. In fact this disease is, with very few exceptions, transferable through sexual intercourse or blood contamination, for example through the use of common syringes in the case of drug addicts. Its transferability in small children is very limited and therefore this condition may hardly achieve the objective pursued. If we compare the severity of the interference (the child being completely excluded from the pre-school education) with this rather theoretical possibility of achieving the objective pursued of preventing the spread of this disease in a group of children in a pre-school facility, the condition of hepatitis B vaccination does not appear reasonable, either.

9. Typically, in his *amicus curiae*, the President of the Czech Pediatrics Society states that a child unvaccinated against measles, rubella and mumps may pose a risk of contagion to other children in the kindergarten group, yet not a child not vaccinated against hepatitis B. This *amicus curiae* supports the suitability of hepatitis B vaccination by referring to existing cases of small children being infected by used injection needles in public areas where children play (paragraph 47 of the Judgment). However, this argument is unrelated to the legitimate objective pursued. Similarly, in its observations, the Government justifies the obligation to vaccinate against hepatitis B merely by the fact that in the case of infection of small children, there is a significantly higher risk of the serious course of the disease. Nevertheless, this argument also concerns only the protection of the individual health of the unvaccinated person, rather than the spread of the disease. In other words, I do not deny that hepatitis B vaccination may have advantages for a particular vaccinated child, but the condition of undergoing this vaccination is unreasonable in view of the objective pursued of protecting the health of other children in the pre-school group.

10. I consider that another aspect of the contested legal regulation demonstrating its unreasonableness consists in the fact that the vaccination obligation applies to all pre-school establishments or providers of childcare services in a child group. If the declared objective is to protect other children in kindergarten who cannot be vaccinated due to contraindications or those for whom vaccination has not been effective, I do not consider it reasonable to impose a vaccination obligation on those private pre-school facilities openly established also for children who are not vaccinated; the parents of all children in any such facility are aware of and agree with it. It needs to be taken into consideration that the legal regulation already interferes with family relationships and parental responsibility (Art. 8 of the Convention and Art. 10 and 32 of the Charter). The State says that it knows better what is good for children than their parents. The contested legal regulation does not allow these children any official alternative to pre-school education.

11. I regret to state that the majority has failed to provide any reflections on the reasonableness of the current regulation on the vaccination obligation in the Judgment. Although the rationality is a very deferential review test, it is still a review and needs to be performed conscientiously. In the reasoning (paragraphs 102-106), the majority limited itself to the general declarations that vaccination is good for children and individuals must be solidary. However, the reasoning fails to unambiguously specify the relationship between these social benefits brought by vaccination and the objective pursued by the law, namely the protection of public health and the rights of others, which alone can justify such a strict legal obligation. Nevertheless, the argument of protecting public health and the rights of others fails to stand up in relation to at least two out of nine diseases. What was also left ignored in the Judgment were some of the warnings raised by the Public Defender of Rights, who also argued in favour of the annulment of the contested legal regulation; for example, the reproof that the legal regulation is very strict for pre-school children, yet does not at all ensure the protection of children by similarly imposing the unexceptional vaccination obligation on the staff of pre-school educational establishments.

12. The only specific argument in this regard contained in the Judgment that similar conditions for admission to pre-school facilities may be found in other States, namely in France (paragraph 105), is unconvincing. In particular, it ignores the fact that in France, this obligation covers only three diseases (diphtheria, tetanus, and polio), and there is therefore no evidence of the rationality of the Czech legal regulation requiring vaccination against nine diseases. Moreover, in the context of the Petitioner's constitutional complaint, this argument seems particularly

unreasonable or even absurd, since the Petitioner is vaccinated against the three diseases subject to vaccination obligation in France and yet has been refused admission to kindergarten.

13. In general, the above circumstances imply that non-admission to a pre-school facility is indeed one of the sanctions for breach of the obligation to subject one's child to all prescribed vaccinations, as stated by the Petitioner and the Public Defender of Rights. And I consider that, in fact, the majority of the plenum, defending the constitutionality of the legal regulation by means of a general appropriateness of vaccination (see the previous two paragraphs), is in favour of this reasoning behind the contested regulation. However, as I have justified in detail in my dissenting opinion on the Judgment file reference. Pl. ÚS 19/14, to which I refer, the current regulation of vaccination obligations is contrary to the constitutional order, and therefore sanctions for failure to comply with it must also be unconstitutional.

14. In conclusion, therefore, similarly to my dissenting opinion on the Judgment file reference. Pl. ÚS 19/14, I must state that the majority of the Constitutional Court also approached this petition too tied by the ongoing social debate about the potential harmfulness of vaccination. The reasons for its decision consisted in the need to accept the vaccination obligations as such and emphasise the usefulness of vaccination and solidarity in the protection of public health, and therefore it failed to convincingly assess whether the legal obligation under review in the form as prescribed in the current Czech legal regulation was rational and constitutionally conforming. I also consider solidarity in the protection of public health as a high social value, but I do not think that we would contribute to it that, as constitutional judges, we would turn a blind eye to the unconstitutionality of the legal regulation and would fail to help to improve the legal regulation, which would also increase the legitimacy of implementing this important social value. In fact, in both vaccination cases, the Constitutional Court was not asked whether the vaccination obligation was to be enshrined in the laws or not but what the legal regulation is to be like to be constitutionally conforming. And the majority contented themselves merely with a general statement in favour of the vaccination obligation, yet without sufficiently examining the quality of all aspects of the legal regulation under review.

In Brno, on 27 January 2015

Kateřina Šimáčková

Odlišné stanovisko soudkyně Kateřiny Šimáčkové k výroku i odůvodnění nálezu sp. zn. Pl. ÚS 16/14

1. Povinnost podrobit se očkování proti devíti nemocem (záškrt, tetanus, černý kašel, dětská obrna, žloutenka typu B, onemocnění vyvolaná *Haemophilus influenzae* typu B, spalničky, zarděnky, příušnice) jako podmínku vstupu do předškolního vzdělávání, která je stanovena v § 50 zákona o ochraně veřejného zdraví ve spojení s vyhláškou Ministerstva zdravotnictví č. 537/2006 Sb., považuji z důvodů uvedených v bodě 2 a následujících za protiústavní. Zároveň odkazuji na své odlišné stanovisko k souvisejícímu nálezu pléna sp. zn. Pl. ÚS 19/14, ve kterém se blíže zabývám jak neústavností aktuální právní úpravy očkovací povinnosti jako takové, tak i souvislostmi rozhodování o povinném očkování a obecněji i některých dalších medicínsko-právních otázek v České republice, a jehož některé části jsou relevantní i v kontextu nynějšího nálezu Ústavního soudu. V citovaném odlišném stanovisku k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 19/14 jsem vysvětlila, že 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 čl. 7 odst. 1 a čl. 4 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Zároveň aktuální 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.

2. Jsem si vědoma, že klíčovým právem, jímž měla být právní úprava očkování jako podmínky vstupu do předškolních zařízení posuzována, není právo na tělesnou integritu. Nález dospívá k závěru, se kterým plně souhlasím, že předškolní vzdělávání spadá do obsahu práva na vzdělání podle čl. 33 Listiny (bod 83), a že stanovená očkovací povinnost, která je podmínkou přijetí do předškolního vzdělávání, je zásahem do tohoto práva (viz zejména bod 98). Nález na napadenou právní úpravu následně aplikuje test racionality, který je v judikatuře Ústavního soudu zaveden pro posuzování ústavní konformity právních úprav zasahujících do práv vyjmenovaných v čl. 41 odst. 1 Listiny, tedy včetně práva na vzdělání. Není-li zasaženo jádro práva, k čemuž nález dospívá, tak tento test předepisuje omezený přezkum, u kterého se zkoumá, zda dotčená právní úprava je vzhledem ke sledovanému legitimnímu cíli pouze rozumná, byť nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší.

3. Právo na vzdělání je však zakotveno také v evropské Úmluvě na ochranu lidských práv a základních svobod (čl. 2 Protokolu č. 1; dále jen „Úmluva“). Evropský soud pro lidská práva (dále jen „ESLP“) však takto formulovaný test racionality nezná a zásahy do práva na vzdělání posuzuje standardním testem poměrování protichůdných zájmů, byť i je v případě zásahů do tohoto práva o něco méně přísný, než např. do práva na tělesnou integritu. Z judikatury ESLP nelze však rozhodně jednoznačně dovodit, že ESLP by v nyní posuzované otázce byl natolik deferenční (benevolentní), jako je tímto nálezem aplikovaný test racionality. Tento aspekt problému však nález zcela pomíjí a možným porušením Úmluvy, která je součástí ústavního pořádku, se vůbec nezabývá.

4. Dospívám však k závěru, že současná právní úprava povinného očkování jako podmínky přijetí do předškolního vzdělávání nevyhoví z následujících důvodů ani v testu racionality a porušuje základní práva stěžovatele podle Listiny základních práv a svobod, a tudíž nepovažuji za nutné se vyjadřovat i k možnému porušení Úmluvy.

5. I když nelze opomíjet mimořádný význam předškolního vzdělávání pro některé skupiny dětí (pro děti z vyloučených komunit, pro děti neovládající dobře český jazyk či standardní sociální návyky), uznávám, že přístup k předškolnímu vzdělávání nepředstavuje jádro práva na vzdělání, které spočívá zejména ve vzdělávání primárním. Mohu tedy souhlasit s názorem většiny pléna, že posuzovaná právní úprava nezasahuje do jádra práva na vzdělání podle čl. 33 Listiny. Souhlasím také s tím, že cíl, který daná právní úprava podle vyjádření vlády sleduje - ochranu veřejného zdraví a ochranu práv ostatních dětí skrze zamezení šíření nakažlivých nemocí mezi dětmi navštěvujícími předškolní zařízení - je cílem legitimním. Nález Ústavního soudu však již zcela nedostatečně zkoumá, zda předmětná právní úprava je skutečně vzhledem k tomuto cíli rozumná.

6. Předně rozumnost úpravy je nutno zkoumat u povinnosti podstoupit očkování proti každé z devíti nemocí zvlášť. Mohou být totiž děti, jako je tomu nakonec i u nynějšího stěžovatele, které jsou očkovány jenom proti některým nemocem. Přitom racionální teoreticky může být zákaz přijmout do předškolního zařízení dítě, které nepodstoupilo žádné očkování, avšak již nikoliv děti, které podstoupily některá očkování, pokud u toho zbytku, který jim chybí, neexistuje rozumný vztah se sledovaným legitimním cílem.

7. Jedním z povinných očkování je i očkování proti tetanu, které vůbec neohrožuje svou nakažlivostí od jednoho dítěte ostatní děti. Vyžadovat očkování proti tetanu jako podmínku přijetí do předškolního zařízení, tedy nemá žádný racionální vztah ke sledovanému cíli zamezení šíření nakažlivých nemocí v kolektivu dětí předškolního zařízení. Pokud tedy napadený § 50 zákona o ochraně veřejné zdraví vyžaduje podrobení se všem stanoveným pravidelným očkováním včetně tetanu, tak již z tohoto důvodu není tato zákonná úprava ústavně souladná.

8. Obdobně se domnívám, že rozumné není ani vyžadování očkování proti hepatitidě typu B jako podmínku vstupu do předškolního zařízení. Tato nemoc je totiž, až na naprosté výjimky, přenositelná sexuálním stykem či kontaminací krve, například skrze používání společných injekčních stříkaček u drogově závislých. Její přenositelnost u malých dětí je velmi omezená a sledovaného cíle tato podmínka tedy téměř nemůže dosáhnout. Pokud tedy oproti této spíše pouze teoretické možnosti dosáhnout sledovaného cíle zamezení šíření této choroby mezi kolektivem dětí v předškolním zařízení položíme závažnost zásahu (dítě je zcela vyloučeno z předškolního vzdělávání), nejví se ani podmínka naočkování proti hepatitidě B jako rozumná.

9. Příznačné tak je, že předseda České pediatrické společnosti ve svém amicus curiae uvádí, že dítě neočkované proti spalničkám, zarděnkám a příušnicím může ohrozit nákazou ostatní děti v kolektivu mateřské školy, nikoliv však již dítě neočkované proti hepatitidě B. Vhodnost očkování proti hepatitidě B tento amicus curiae podporuje odkazem na existující případy nákazy malých dětí od použitých injekčních jehel nacházejících se ve veřejných prostorách, kde si děti hrají (bod 47 nálezu). Tento argument však nesouvisí se sledovaným legitimním cílem. Obdobně vláda ve svém vyjádření povinnost očkování proti hepatitidě B ospravedlňuje pouze tím, že v případě infekce malých dětí je riziko vážného průběhu nemoci mnohem vyšší. Tento argument se však také týká pouze ochrany individuálního zdraví nenaočkované

osoby, a nikoli šíření této nemoci. Jinými slovy nepopírám, že očkování proti hepatitidě B může mít výhody pro konkrétní očkované dítě, avšak podmínka absolvovat toto očkování není rozumná vzhledem ke sledovanému cíli ochrany zdraví dalších dětí v předškolním kolektivu.

10. Za další aspekt napadené právní úpravy, který svědčí pro její nerozumnost, považuji, že očkovací povinnost se vztahuje na všechna předškolní zařízení nebo poskytovatele služby péče o dítě v dětské skupině. Pokud je deklarovaným cílem ochrana ostatních dětí ve školce, které nemohou být očkovány z důvodu kontraindikací, případně těch, u kterých očkování nebylo účinné, tak nepovažuji za rozumné nařizovat očkovací povinnost i u těch soukromých předškolních zařízení, které jsou otevřeně zřízeny i pro děti, které nejsou očkovány, rodiče všech dětí v takovém zařízení o tom vědí a souhlasí s tím. Je nutno vzít v potaz, že taková úprava již zasahuje i do rodinných vztahů a rodičovských práv (čl. 8 Úmluvy a čl. 10 a 32 Listiny). Stát tím říká, že ví lépe, co je pro děti dobré, než jejich rodiče. Napadená právní úprava těmto dětem neumožňuje žádnou oficiální alternativu předškolního vzdělávání.

11. S politováním konstatuji, že většina v nálezu žádné výše uvedené úvahy o racionalitě současné úpravy očkovací povinnosti nevede. I když racionalita je velmi deferenční test přezkumu, i tak o určitý přezkum jde a ten je nutno provést pečlivě. Většina se v odůvodnění (body 102-106) omezuje na obecné proklamace o tom, že očkování je pro děti dobré a jednotlivci musí být solidární. Z odůvodnění není však jasné, jaký je vztah mezi těmito společenskými benefity, které očkování přináší, a sledovaným cílem zákona, tedy ochranou veřejného zdraví a práv druhých, který jediný může odůvodnit tak přísnou právní povinnost. Nicméně argument ochrany veřejného zdraví a práv druhých neobstojí ve vztahu minimálně ke dvěma nemocem z devíti. Stranou pozornosti nálezu zůstala i některá upozornění veřejné ochránkyně práv, která se též vyslovila pro zrušení napadené právní úpravy, a to například výtky, že právní úprava je velmi přísná na děti účastníci se předškolního vzdělávání, avšak vůbec nezajišťuje ochranu dětí také tím, že by bezvýjimečnou povinností očkování obdobně ukládala rovněž personálu předškolních vzdělávacích zařízení.

12. Jediný v tomto ohledu konkrétní argument v nálezu, že obdobné podmínky pro vstup do předškolních zařízení lze nalézt i v jiných státech, konkrétně ve Francii (bod 105), je nepřesvědčivý. Zejména ignoruje skutečnost, že tato povinnost se ve Francii týká pouze tří nemocí (záškrť, tetanus a obrna) a nic tedy nevypovídá o racionalitě české úpravy, která vyžaduje očkování proti devíti nemocem. Navíc v kontextu ústavní stížnosti stěžovatele tento argument vyznívá zvláště nepřiléhavě až absurdně, neboť stěžovatel je proti těmto třem nemocem, které podléhají očkovací povinnosti ve Francii, očkovan, a přesto mu bylo odepřeno přijetí do mateřské školky.

13. Celkově výše uvedené okolnosti nasvědčují dojmu, že nepřijetí do předškolního zařízení je skutečně jednou ze sankcí za porušení povinnosti podrobit své dítě všem předepsaným očkováním, jak uvádí stěžovatel a veřejná ochránkyně práv. A domnívám se, že k tomuto odůvodnění napadené úpravy fakticky sklouzává i většina pléna, která ústavnost úpravy obhajuje obecnou vhodností očkování (viz předchozí dva body). Jak jsem však již podrobně odůvodnila ve svém odlišném stanovisku k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 19/14, na které odkazuji, již aktuální úprava očkovací povinnosti je v rozporu s ústavním pořádkem, a proto protiústavní musí být i sankce za její nesplnění.

14. Závěrem tedy musím obdobně jako ve svém odlišném stanovisku k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 19/14, konstatovat, že většina Ústavního soudu i k tomuto návrhu přistoupila příliš svázaná probíhající společenskou debatou o případné škodlivosti očkování.

Důvody pro její rozhodnutí spočívaly v potřebě přitakat očkovací povinnosti jako takové a zdůraznit užitečnost očkování a solidaritu při ochraně veřejného zdraví, a proto přesvědčivě neposoudila, zda je přezkoumávaná právní povinnost v té formě, jak je nyní stanovena v české aktuální právní úpravě, racionální a ústavně konformní. Též považují solidaritu při ochraně veřejného zdraví za vysokou společenskou hodnotu, ale nemyslím, že bychom k ní přispěli tím, že jako ústavní soudci přimhouříme oko nad neústavností právní úpravy a nepomůžeme ke zkvalitnění právní úpravy, čímž by došlo i ke zvýšení legitimacy realizace této důležité společenské hodnoty. Před Ústavním soudem přece v obou očkovacích případech neležela otázka, zda očkovací povinnost má být v právním řádu zakotvena či nikoli, ale jak má takováto právní úprava vypadat, aby byla ústavně konformní. A většina se spokojila jen tím, že se vyjádřila obecně ve prospěch očkovací povinnosti, aniž by však dostatečně zkoumala kvalitu všech aspektů posuzované právní úpravy.

V Brně dne 27. ledna 2015

Kateřina Šimáčková