



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Milana Podhrázkého a soudců Petra Mikeše a Jitky Zavřelové v právní věci navrhovatele: **Mgr. T. H.**, zastoupen Mgr. Davidem Zahumenským, advokátem se sídlem třída Kpt. Jaroše 1922/3, Brno, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha 2, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Ing. F. Č.**, o návrhu na zrušení **opatření obecné povahy – mimořádného opatření odpůrce ze dne 26. 8. 2021, čj. MZDR 14601/2021-23/MIN/KAN**, v části čl. I bodu 16,

t a k t o :

- I. Návrh **se zamítá**.
- II. Navrhovatel a osoba zúčastněná na řízení **nemají** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Odpůrci **se nepřiznávají** náhrada nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Navrhovatel se návrhem na zrušení opatření obecné povahy podaným u NSS domáhá zrušení čl. I bodu 16 mimořádného opatření odpůrce ze dne 26. 8. 2021, čj. MZDR 14601/2021-23/MIN/KAN. Toto mimořádné opatření bylo vydáno na základě § 69 odst. 1 písm. i) a odst. 2 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví (dále „zákon o ochraně veřejného zdraví“) a podle § 2 odst. 2 písm. b) až e) a i) zákona č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění covid-19 (dále „pandemický zákon“) k ochraně obyvatelstva a prevenci nebezpečí vzniku a rozšíření onemocnění covid-19.

[2] Mimořádné opatření stanovilo s účinností od 1. 9. 2021 podmínky pro vstup osob do některých vnitřních a venkovních prostor (např. provozovny stravovacích a společenských služeb, kosmetických služeb či služeb péče o tělo, provozovny lázeňské a rehabilitační péče, sportoviště, koupaliště, zoologické a botanické zahrady, kulturní objekty a veletrhy či prodejní hospodářské výstavy) nebo pro účast na hromadných akcích nebo jiných činnostech (např. účast na tanečních a obdobných akcích, slavnostech, poutích, přehlídkách, oslavách a jiných shromážděních, při nichž dochází ke kumulaci osob, rovněž na koncertech a jiných kulturních představeních jakož i sportovních utkání, kongresů, vzdělávacích akcí a zkoušek v prezenční podobě, dále účast u voleb anebo zasedání orgánu právnické osoby, pokud se jej účastní více než 20 osob), přičemž podle napadeného čl. I bodu 16 je (zjednodušeně řečeno) vyžadováno:

- a) absolvování RT-PCR vyšetření na přítomnost viru SARS-CoV-2 s negativním výsledkem, a to nejdéle před 7 dny,
- b) absolvování rychlého antigenního testu (RAT) na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 s negativním výsledkem, a to provedeného zdravotnickým pracovníkem nejdéle před 72 hodinami,
- c) uplynutí nejméně 14 dní od dokončeného očkovacího schématu, a to schváleným léčivým přípravkem,
- d) prodělání laboratorně potvrzeného onemocnění covid-19, jestliže uplynula doba izolace a od prvního pozitivního testu neuplynulo více než 180 dní,
- e) podstoupení RAT na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 určeného pro sebetestování na místě, a to s negativním výsledkem, případně prokázání podstoupení takového testu za dozoru zdravotnického pracovníka prostřednictvím online služby nejdéle před 24 hodinami, rovněž s negativním výsledkem potvrzeným poskytovatelem zdravotních služeb, anebo
- f) v případě osoby ve škole nebo školském zařízení doložením čestného prohlášení anebo potvrzením školy o absolvování RAT na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 určeného pro sebetestování, a to s negativním výsledkem.

[3] Napadené mimořádné opatření bylo s účinností od 13. 9. 2021 změněno mimořádným opatřením odpůrce ze dne 10. 9. 2021 čj. MZDR 14601/2021-24/MIN/KAN (ovšem toliko v částech, které nejsou podaným návrhem dotčeny) a následně bylo napadené mimořádné opatření s účinností od 30. 9. 2021 zrušeno mimořádným opatřením odpůrce ze dne 27. 9. 2021, čj. MZDR 14601/2021-25/MIN/KAN.

[4] Mimořádné opatření jednak přikazovalo provozovatelům a poskytovatelům vyjmenovaných služeb a organizátorům akcí zajistit dodržování stanovených podmínek, zákazníkům a účastníkům pak přikazovalo vstupovat do uzavřených prostor rámcově vyjmenovaných v mimořádném opatření anebo se účastnit v něm uvedených akcí [s výjimkou dětí do dovršení 6 let věku, viz čl. 1 bod 2 písm. b), bod 3 písm. b), bod 6

pokračování

písm. b), bod 7 písm. a), bod 8 písm. a), bod 9 písm. a), bod 10 písm. b), bod 11 písm. c), bod 12 písm. c), bod 13 a bod 15 písm. b)] pouze tehdy, pokud splňují výše uvedené podmínky podle čl. I bodu 16 mimořádného opatření, a zároveň nevykazují příznaky onemocnění covid-19.

II. Obsah návrhu na zrušení mimořádného opatření

[5] Navrhovatel uvedl, že napadeným opatřením je přímo dotčen, neboť je v jeho důsledku omezován v běžném životě. V říjnu 2020 prodělal onemocnění covid-19 a v březnu 2021 podstoupil test na protilátky s výsledkem IgG 8,32. V červenci téhož roku podstoupil test znovu, tentokrát s výsledkem IgG 6,45, což je stále více než šestinásobek hodnoty 1 značící pozitivitu. Navrhovatel se proto cítí být diskriminován, neboť napadené mimořádné opatření rozdílně zachází s různými skupinami lidí, kteří jsou teoreticky vůči onemocnění covid-19 odolní. Osoby, u nichž se pozitivní hodnoty protilátek pouze předpokládají s ohledem na absolvování očkování anebo pozitivní PCR test, se nemusí podrobovat testování jakožto podmínce pro využívání řady služeb. Přestože má navrhovatel potvrzení o přítomnosti protilátek, testování se podrobovat musí. Proto napadené opatření závažným způsobem zasahuje do jeho práva na svobodu pohybu a do jeho práva na soukromí, stejně jako do jeho finanční situace, neboť jej nutí kupovat a podstupovat zbytečný test.

[6] Navrhovatel dále odkázal na rozsudek NSS ze dne 14. 5. 2021, čj. 6 Ao 21/2021-23, podle něhož je diskriminací a libovůlí, pokud odpůrce nezahrne existenci prokázaných protilátek proti koronaviru mezi podmínky pro vstup do vnitřních prostor anebo pro účast na hromadných akcích, aniž by to řádně zdůvodnil. NSS v daném rozsudku konstatoval, že výjimka pro očkované osoby anebo pro osoby, u nichž neuplynulo více než 180 dní od prvního pozitivního testu na koronavirus, se zakládá na pouhém předpokladu přítomnosti protilátek. Pokud však odpůrce zhodnotil, že postačuje určitá pravděpodobnost, že jsou dané osoby chráněny imunitou, a mohou tedy využívat služeb i bez nutnosti se podrobit testování, pak je svévolné a diskriminační vyžadovat testování po osobách, u nichž je přítomnost protilátek prokázána laboratorním testem. V tomto ohledu navrhovatel odkazuje na rozhovor s imunologem prof. MUDr. Vojtěchem Thonem, Ph.D., podle něhož jak prodělání onemocnění covid-19, tak očkování proti koronaviru nechrání daného jedince před nákazou, ale pouze před těžkým průběhem onemocnění a smrtí. Podle RNDr. Zuzany Krátké, Ph.D., na jejíž odborné vyjádření navrhovatel rovněž odkazuje, lze po prodělaném onemocnění covid-19 předpokládat imunitu v délce 6 až 10 měsíců, kterou lze ověřit právě testem na přítomnost protilátek. Obdobně navrhovatel odkazuje na rozhovor s doc. RNDr. Irenou Koutnou, Ph.D., anebo na odborné vyjádření RNDr. Jiřího Šinkory, Ph.D., podle nichž imunita po prodělání onemocnění covid-19 po určitou dobu přetrvává, při opakované expozici viru SARS-CoV-2 může být dokonce celoživotní. Imunita získaná přirozenou infekcí je navíc mnohem odolnější vůči novým variantám jmenovaného viru než imunita získaná očkováním.

[7] K výše popsanému závěru NSS odpůrce v nyní napadeném opatření uvedl, že jej nerespektuje, neboť situace je složitá. To však podle navrhovatele není relevantní důvod pro neuznávání vysokých hodnot protilátek. Podle aktuálních vědeckých poznatků mohou koronavirus (zejména variantu delta) šířit i očkované osoby, ani ty tedy nejsou bezinfekční.

Za těchto okolností je tedy odůvodnění napadeného opatření zaujaté a selektivní, pokud se zaměřuje na důvody, proč neuznat vyšetření ohledně přítomnosti protilátek jakožto doklad o bezinfekčnosti, avšak u očkovanych osob anebo osob testovaných PCR testy či dokonce jen antigenními testy takové důvody opomíjí, přestože ani tyto skutečnosti nemusí být s ohledem na výše popsané poznatky potvrzením o bezinfekčnosti daných osob. Z toho hlediska je tedy opatření odpůrce zjevně diskriminační, přestože mu to již soud opakovaně vytýkal.

[8] Navrhovatel rovněž poukazuje na nepřiměřenost plošného testování. Poukazuje v této souvislosti na test proporcionality, a to zejména s ohledem na odůvodnění samotného opatření. Odpůrce totiž ve vyjádření k jinému návrhu, resp. v odůvodnění jiného mimořádného opatření, sám uvedl, že dostupné očkování je důvodem, proč netrvat na širokém uplatňování testování. Tím spíše je třeba po něm vyžadovat precizní zdůvodnění, proč je nadále nutno podmiňovat přístup k některým službám testováním, a to i v těch okresech, kde se prakticky nevyskytují žádné pozitivní testy na koronavirus, obzvláště pokud počet plně očkovaných osob přesáhl 5,6 milionů, přičemž mezi ně nejsou započítány osoby, které mají prokázané protilátky. Onemocnění covid-19 již prodělala více než polovina populace, proto je nedostatkem napadeného opatření, že se adekvátně nezabývá tím, proč je namíste znevýhodňovat osoby jako je navrhovatel, které se již s onemocněním setkaly. Dané onemocnění je dnes plně srovnatelné s chřipkou. Odpůrce nebere v potaz ani velmi tvrdé dopady restriktivních opatření, které možná chrání tisíce životů, avšak poškozují miliony jiných, mj. vzhledem k nuceným úsporám v rozpočtech zdravotních pojišťoven. Boj s jediným virem nemůže být důvodem pro závažné zásahy do práv, zejména pokud trvají již více než rok a není žádná vyhlídka na to, že by měly skončit. Není akceptovatelné, aby se odpůrce neustále oháněl jakýmsi obecným principem předběžné opatrnosti. Proto je třeba, aby byla mimořádná opatření řádně odůvodněna tak, aby jim porozuměli nejen právníci, ale všichni adresáti. S odkazem na judikaturu NSS (zejm. rozsudek ze dne 22. 4. 2021, čj. 6 Ao 11/2021-48), navrhovatel požaduje, aby bylo mimořádné opatření odpůrce v napadené části zrušeno. Pro případ, že by v průběhu řízení napadené opatření pozbylo platnosti, navrhl, aby soud konstatoval nezákonnost uvedené části napadeného opatření.

III. Vyjádření odpůrce, osoby zúčastněné na řízení a repliky navrhovatele

[9] Odpůrce ve vyjádření k návrhu uvedl, že je vrcholným orgánem ochrany veřejného zdraví v ČR a orgány veřejné moci si, pokud možno, činí primárně odborný úsudek samy. Současná epidemie onemocnění covid-19 je nová a bezprecedentní, přičemž poznatky o ní se dynamicky vyvíjí. Proto nejsou k dispozici informace a podklady běžně dostupné pro provedení správního uvážení. Odpůrce činí všechna opatření zásadně na základě dostupných (i když omezených) znalostí k okamžiku vydání opatření, při vědomí, že tyto znalosti nejsou dostatečné a přesné a že není možné čekat na to, až bude prokázáno a jednoznačně doloženo, zda je jedno zvažované opatření lepší než jiné. Při přijímání opatření preferuje ochranu života a zdraví osob při současné snaze o co nejmenší omezení chodu společnosti. V případě nejasností o šíření či vlastnostech viru se nespolehá na to, že nastane ta lepší varianta. Princip proporcionality provádí tak, že zhodnotí současný stav šíření onemocnění covid-19. Na základě dostupných údajů odhadne riziko dalšího šíření, a pokud je vysoké, jsou identifikována různá opatření, která by mohla šíření zpomalit

pokračování

a zmírnit jeho dopady na zdraví a životy osob. Zvolí přitom ta opatření, která dle jeho názoru v nejvyšší míře zpomalují šíření koronaviru a zároveň co nejmenším způsobem dopadají na obyvatelstvo a práva osob. S navrhovatelem namítanou diskriminací osob s prokázanou hladinou protilátek proti koronaviru se napadené opatření vypořádává a v odůvodnění rozebírá, proč nelze tuto skutečnost uznat jakožto důkaz pro vstup do některých vnitřních a vnějších prostor nebo pro účast na hromadných akcích a jiných činnostech.

[10] Přítomnost protilátek proti koronaviru obsažených v krvi nelze postavit naroveň laboratorně prokázanému prodělání onemocnění covid-19, neboť ve světě [a v závazném nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2021/953 ze dne 14. 6. 2021, o rámci pro vydávání, ověřování a uznávání interoperabilních certifikátů o očkování, o testu a o zotavení v souvislosti s onemocněním COVID-19 (digitální certifikát EU COVID) za účelem usnadnění volného pohybu během pandemie COVID-19] se obecně má za to, že osoby, které prodělaly onemocnění covid-19, mají dostatečnou hladinu protilátek po dobu 180 dní od prvního pozitivního testu. Po tuto dobu na ně tak lze nahlížet jako na chráněné proti tomuto onemocnění. V případě laboratorně prokázaného testu tak existuje zřetelný bod, od něž lze tuto dobu počítat. Po tuto dobu nehraje roli, zda má dotyčná osoba v krvi protilátky (případně v jaké míře), anebo nikoliv. Oproti tomu v případě osob, které onemocnění prodělaly bezpříznakově anebo nebyly testovány, ale mají v krvi určitou hladinu protilátek proti koronaviru, nelze určit výchozí bod, od něhož by bylo možno počítat dobu 180 dní. V jejím průběhu se hladina protilátek může výrazně měnit, proto je třeba postavit najisto, zdali je daná osoba na začátku, anebo na konci této doby od prodělání nemoci, což však bez laboratorně prokázaného testu na koronavirus zpětně nelze určit. Průběh onemocnění i hladina protilátek je u každého jiná a jiná je i doba, po kterou protilátky v krvi přetrvávají. S ohledem na současný stav vědeckého poznání platí, že samotný průběh onemocnění nehraje roli. Osoby s těžkým průběhem mohou mít po prodělání onemocnění nízkou hladinu protilátek a osoby s lehkým či bezpříznakovým průběhem mohou mít vysokou hladinu protilátek. Bez ohledu na průběh onemocnění tak u někoho mohou protilátky klesat velmi rychle, u někoho velmi pomalu. Podstatné však je, že žádnou odbornou autoritou doposud nebyla stanovena tzv. protektivní hladina protilátek, tedy hodnota, u níž lze stanovit, že danou osobu lze považovat za chráněnou proti (re)infekci virem.

[11] Z imunologického hlediska je podle odpůrce velmi zjednodušující hovořit o tom, zda člověk protilátky má, anebo nemá, neboť imunitní odpověď není zaměřena proti celým antigenům, ale proti vazebným místům (tzv. epitopům), kterých jsou na povrchu viru stovky. Vzhledem k určité podobnosti různých virů ze skupiny koronavirů tak lze pravděpodobně určit určité procento positivity i v případě sér odebraných před vypuknutím současné epidemie. Testy na protilátky mohou detekovat jiné typy koronavirů, např. způsobující nachlazení, kvůli čemuž je výsledek falešně pozitivní. Navíc lidé mají různě nastavenou imunitu, i proto tak doposud neexistují jasná pravidla, jak protilátky proti koronaviru zohledňovat. Imunitní reakce u většiny osob po prodělání nemoci přetrvává 6 měsíců. Sérologické testy se sice zaměřují na specifické protilátky indikované SARS-CoV-2, avšak výsledky poskytují jen částečný obrázek, neboť nejsou brány v potaz reakce zprostředkované T-buňkami. Indukce paměťových T a B-buněk specifických pro SARS-CoV-2 je zásadní, avšak rutinně nelze tento typ imunity

vyšetřovat. Paměťové T-buňky mohou být přítomné, i když nejsou měřitelné hladiny protilátek. Pozitivní výsledek testu na přítomnost protilátek proti koronaviru tak může být důkazem minulé (včetně nedávné) infekce, aniž by poskytl jakékoliv údaje o době infekce, a nemůže vyloučit ani současnou probíhající infekci. Proto není absolutním důkazem, že osoba není infekční anebo chráněna před novou infekcí a že nemůže virus dále přenášet. Zároveň není známo, zda hladina protilátek poskytuje dostatečnou ochranu a jak dlouho bude taková ochrana trvat. Testy protilátek tedy nemohou nahradit PCR nebo antigenní testy, protože podstata detekovaného parametru se liší.

[12] Odpůrce dále upozornil, že se v praxi používají k detekci protilátek různé testy a srovnání jejich výsledků je velmi obtížné kvůli chybějící standardizaci. Podle Evropského střediska pro prevenci a kontrolu nemocí (ECDC) mohou být osoby s certifikáty vydanými na základě pozitivní sérologie mylně ujištěny, že mohou uvolnit své chování, které je důležité pro omezení rizika nákazy a jejího přenosu. Pozitivní sérologický výsledek může naznačovat předchozí infekci, nemusí však zaručit ochranu před reinfekcí nebo infekcí způsobenou nově se objevující variantou. Složitost uznávání přítomnosti protilátek bez laboratorně potvrzeného onemocnění covid-19 pomocí PCR testu dokládá i skutečnost, že k tomuto kroku v rámci EU přistoupilo pouze Rakousko. Z výše popsaných důvodů se tak odpůrce domnívá, že potvrzení o absolvování testu na přítomnost protilátek nelze postavit naroveň laboratorně potvrzenému prodělání onemocnění covid-19 (po dobu 180 dnů), absolvovanému očkování nebo negativnímu antigennímu či PCR testu. Zdůraznil však, že tento závěr nečiní na základě jakýchkoli snah o diskriminační zacházení s osobami, které onemocnění covid-19 prodělaly, avšak nemají o tom laboratorní potvrzení, nýbrž z důvodu veřejného zájmu na ochraně veřejného zdraví, neboť není zřejmé (ani stanovitelné), zda jsou v rozhodném čase proti (re)infekci virem SARS-CoV-2 chráněny. Závěrem dodal, že srovnání nemoci covid-19 s chřipkou soudy již opakovaně odmítly. Navrhovatelem odkazované novinové články a jiné mediální výstupy různých odborníků vybočují z hlavního názorového proudu expertů a odpůrce nepovažuje za vhodné se k nim vyjadřovat.

[13] Na vyjádření odpůrce reagoval navrhovatel replikou, v níž zejména zdůraznil, že on sám onemocnění covid-19 prodělal a v říjnu 2020 měl pozitivní PCR test. Pokud tedy odpůrce uvádí, že pozitivní test na protilátky bez dříve zjištěné infekce virem SARS-CoV-2 nelze postavit naroveň laboratorně prokázané nákaze, není tato argumentace ve vztahu k navrhovateli případná. NSS opakovaně konstatoval (např. v rozsudku ze dne 19. 8. 2021, čj. 1 Ao 11/2021-198), že i opomenutí výjimky může zakládat nezákonnost napadeného opatření. Nadto navrhovatel dodal, že ani vakcinace nebrání nákaze a dalšímu šíření viru SARS-CoV-2, a to zejména s ohledem na četnost mutace delta v populaci.

[14] V dalším doplnění návrhu navrhovatel poukázal na data odpůrce plynoucí z tzv. chytré karantény s tím, že 21 % (k 1. 10. 2021), resp. 26,4 % (k 5. 10. 2021) nakažených s těžkým průběhem nemoci jsou očkovaní.

[15] Osoba zúčastněná na řízení v rámci svých mnoha obsáhlých podání (označovaných mimo jiné jako „PROTĚŽOVÁNÍ OČKOVÁNÍ“) argumentuje obdobně jako navrhovatel a poukazuje na nezákonnost napadeného mimořádného opatření. Upozorňuje na to, že NSS již diskriminační povahu konkrétních podmínek opatření v předchozí

pokračování

judikatuře shledal. Lze dodat, že soudu je z úřední činnosti známo, že osoba zúčastněná brojí proti napadenému mimořádnému opatření rovněž samostatným návrhem (o tom doposud nebylo rozhodnuto).

IV. Jednání před soudem dne 7. 10. 2021

[16] Dne 7. 10. 2021 proběhlo ve věci jednání, které bylo nařízeno za účelem vyjasnění důvodů, které odpůrce k vydání napadeného mimořádného opatření vedly. Předmětem jednání byla otázka zdůvodnění kritérií, na základě nichž jsou stanoveny odlišné podmínky pro vstup do některých vnitřních prostor či účasti na hromadných akcích pro osoby s laboratorně zjištěnými protilátkami proti viru SARS-CoV-2, oproti osobám s laboratorně potvrzeným prodělaným onemocněním covid-19 (resp. oproti osobám očkovaným proti tomuto onemocnění).

[17] Při jednání navrhovatel zdůraznil, že jako osoba, která prodělala onemocnění covid-19 před více než půl rokem, což bylo potvrzeno i PCR testem, přičemž má aktuálně test na přítomnost protilátek proti tomuto onemocnění, je diskriminován, jestliže v napadené části opatření pro něj neexistuje výjimka obdobně jako pro osoby pozitivně testované PCR testem před méně než šesti měsíci a pro osoby očkované. U těch není zjišťováno, zda mají protilátky. Odpůrce i přes existující judikaturu stále nevysvětlil odlišné zacházení mezi těmito skupinami.

[18] Odpůrce při jednání poukázal na to, že návrh vychází z mylného předpokladu, že protilátka jako taková může stanovit individuální imunitu jedince proti nemoci covid-19. Není tomu tak nikde na světě. V případě protilátek zatím není dána žádná protektivní hladina svědčící o tom, že je jedinec chráněn a že nemoc nemůže přenést. Podle všech odborných znalostí se předpokládá, že ochrana po infekci je u většiny jedinců po dobu nejméně 6 měsíců, je to ale vysoce individuální a i podle doporučení Americké společnosti klinické chemie (AACC) nelze žádnou hladinu protilátek stanovit jako protektivní. Protilátky by tak neměly být vyšetřovány s cílem stanovit imunitu jedince. Dodal, že odůvodnění napadeného mimořádného opatření obsahuje dílčí nepřesnost, pokud jde o použití pojmu „*dostatečná hladina protilátek*“ u osob, které prodělaly onemocnění covid-19. Tato nepřesnost vznikla v důsledku snahy „*zlidovět a udělat pochopitelné*“ sdělení o imunitě i pro neodborníky. Celá imunita však nemůže být nazvána protilátkami. Imunita proti covidu je komplexní, přičemž hlavními složkami jsou buněčná imunita, zejména paměťové buňky, které jsou v oblasti lymfatických uzlin a kostní dřeně a jsou obtížně dosažitelné k tomu, aby se standardně laboratorně určovaly. Pozitivní hladina protilátek neznámá, že je daná osoba imunní. Není dán jednoduchý laboratorní parametr, který by určoval prodělanou nemoc. Jednoznačně je doporučena vakcinace jako nejlepší prostředek ochrany proti nemoci covid-19. Nastavuje imunitu a brání proti těžkému průběhu onemocnění. Osoby, které prodělaly covid, jsou po více než 6 měsících sice pravděpodobně chráněny proti těžkému průběhu, ale zřejmě získávají opět možnost nakazit své okolí.

[19] Odpůrce dále k dotazům soudu uvedl, že očkování proti onemocnění covid-19 vede k optimální imunitní odpovědi, což plyne z klinických studií a potvrzuje to i efekt vakcinace v ČR. Postinfekční imunitu odpůrce nezpochybňuje, ale vzhledem k jejímu

individuálnímu nastavení doporučuje po 6 měsících vakcinaci u všech, kteří onemocnění prodělali. Protilátky jsou jeden z aspektů imunitní odpovědi proti viru a nedá se na ně nahlížet izolovaně. Připustil souvislost, že jsou-li přítomny protilátky v krvi, existují i paměťové buňky, nicméně v takovém případě nemusí mít daná osoba vůbec neutralizační protilátky a např. u lidí, kteří mají nízkou hladinu protilátek, ale už jsou v rámci laboratorní positivity, to mohou být i takzvané zkříženě reagující protilátky proti jiným typům koronaviru. Zatím není ani sjednoceno, jak správně vyšetřovat, zda skutečně byly detekovány protilátky k určení individuální imunity. Ani v případě navrhovatele, u něhož je prokázáno, že onemocnění covid-19 prodělal a stále má nějakou hodnotu protilátek, to nemusí znamenat, že je chráněn proti reinfekci. Není dána žádná hodnota, od které se dá říci, že je někdo chráněn a jak dlouho. Kritérium vycházející z prodělané nemoci či očkování se odvíjí z určité míry pravděpodobnosti, k čemuž existují obsáhlejší práce z jiných zemí. Poznání o covidu-19 se teprve vyvíjí. Jde-li o srovnání pravděpodobnosti imunity u osoby, která prodělala onemocnění, a která má naměřené protilátky, není podle odpůrce dostatek důkazů k závěru, že protilátka znamená ochranu proti onemocnění. Nelze ani dělat retrospektivní studie týkající se naměřených protilátek v populaci a jejich výskytu, protože každá metoda mohla být jiná, tudíž srovnání je velmi obtížné. Z biologického chování viru vůči člověku lze říci, že po symptomatické infekci prokázané PCR testem je dotyčný velice pravděpodobně chráněn půl roku, ale není ukazatel, který by spolehlivě říkal, že když je někdo pozitivní, že ještě nějakou dobu bude chráněn. Odpůrce v této souvislosti poukázal i na rozdílnou kvalitu určování protilátek. Jen část laboratoří skutečně určuje neutralizační protilátky a z toho důvodu již i Rakousko ustoupilo od přechodného uznávání protilátek. Pro PCR testy jsou jasné standardy positivity a jejich metodika je dobře laboratorně propracována. Protilátky mohou detekovat i jiné koronaviry, například i běžný virus rýmy. K tomu, že v případě očkování není stanovena žádná lhůta, po kterou je u nich dán předpoklad bezinfekčnosti, odpůrce dodal, že je to opřeno o výsledky klinických studií, které ukazovaly, že imunitní odpověď proti koronaviru je dostatečná po dobu nejméně devíti měsíců. Vzhledem k tomu, že virus dělá varianty a mutace, tak samozřejmě průlomové infekce po očkování jsou, zejména u starých lidí. I z tohoto důvodu i po vakcinaci se nyní doporučuje další dávka vakcíny, zejména lidem, kteří jsou osm měsíců od očkování. Odborné důkazy svědčily pro to, že imunitní odpověď po vakcinaci je dlouhotrvající, nyní se doporučuje třetí dávka vakcíny, a to na základě toho, že u starých oslabených lidí může dojít i k vyhasínání nebo oslabení postvakcinační imunity.

[20] K dotazům navrhovatele odpůrce při jednání především uvedl, že výsledek testu na protilátky sám neříká nic o ochraně jedince proti onemocnění. Navíc správný laboratorní výsledek nic nevypovídá o klinickém stavu pacienta. K tomu, že mimořádné opatření odpůrce z 25. 6. 2021 stanovilo výjimku pro očkování v délce devíti měsíců, a tato lhůta není zachována v napadeném opatření, odpůrce upozornil na to, že tzv. covid pas byl nastaven na devět měsíců. Podle studií s vakcínami se ukazovalo, že imunitní ochrana byla delší, a proto se prodlužovaly covid pasy a čekalo se na výsledky dalších studií. Až v srpnu vyšly výsledky klinické studie, která doporučovala u skupin rizikových, aby se aplikovala třetí dávka a posílila se imunita. Ukázalo se, že ochrana je přeci jen lepší u vysoce zranitelných, pokud se podá třetí dávka s odstupem osmi měsíců. Ochrana žádnou vakcínou samozřejmě není stoprocentní. Vakcína do velké míry chrání před těžkým průběhem a smrtí, a to i ty nejzranitelnější. Odpůrce dodal, že vakcína proti covidu

pokračování

je jedna vůbec z nejefektivnějších, tedy pokud navrhovatel uvádí, že efektivita vyhasíná a dochází k reinfekcím, jde jen o minimální procento případů.

[21] Navrhovatel v reakci na to uvedl, že poskytnutá vyjádření nejsou důvěryhodná. Poukázal na § 46 odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví, podle něhož je před provedením pravidelného a zvláštního očkování fyzická osoba povinná podrobit se v případech upravených provádějícím právním předpisem vyšetření stavu imunity. Pravidelné a zvláštní očkování, které je zákonem upraveno, se neprovede při zjištění imunity vůči infekci nebo zjištění zdravotního stavu, který brání podání očkovací látky. Tedy v případě všech pravidelných a zvláštních očkování se neprovádí očkování v případě zjištění imunity vůči infekci. Jde-li o situaci navrhovatele, tak odpůrce potvrdil, že bezprostředně po prokázání protilátek je imunologicky pravděpodobné, že je chráněn. Z hlediska třetí dávky je po osmi měsících situace podobná jako v případě prodělání nemoci po šesti měsících. Pokud tedy v případě prodělání nemoci je stanovena lhůta šesti měsíců, avšak v případě očkování není stanovena lhůta, tak tento postup není rovnocenný, přestože obě situace rovnocenné jsou. V případě očkování klesá ochrana a samozřejmě není stoprocentní ani bezprostředně po aplikaci. V rámci času ovšem klesá, a pokud to není zohledněno, tak navrhovatel, který prodělal nemoc, ale není očkováný, je znevýhodněn. U něj lhůta aplikována je, ač reinfekce jsou v případě očkováných ve zdravotnických zařízeních v rámci desítek procent.

[22] K tomu odpůrce ještě dodal, že zjišťování stavu imunity v době vakcinace se týká těch infekčních nemocí, kde je známo, jak prokázat a stanovit stav imunity před očkováním, což však u nemoci covid-19 nelze. Před očkováním proti chřipce, která se rok od roku mění, nikdo nevyšetřuje ani protilátky ani buněčnou imunitu. Imunita po infekci covidem-19 samozřejmě také klesá s postupem času, proto se podle studie uveřejněné v odborném časopise The Lancet „*Assessment of protection against reinfection with SARS-CoV among 4 million PCR-tested individuals in Denmark in 2020: a population-level observational study*“ (dále též „dánská studie“) nelze spoléhat na dlouhodobou přirozenou imunitu. Jak se vyvíjí poznání o covidu-19 a jak nemoc mění své varianty, tak se samozřejmě objevují i průlomové objevy v očkování. Proto se mění i strategie. Nejprve se předpokládalo, že ochrana bude devět měsíců, pak se doporučila po osmi měsících revakcinace a nyní se doporučuje po šesti měsících. Nejsou studie, které by říkaly, že postinfekční imunita je lepší než postvakcinační. Nikdo si nedovolí (a bylo by velmi neetické) podávat někomu placebo místo vakcíny a sledovat, zdali onemocní, nebo neonemocní. K situaci po prodělané nemoci po šesti měsících a u očkování po osmi měsících a na srovnatelnost tohoto postavení odpůrce uvedl, že vakcinace probíhá definovaným množstvím látky a optimálním způsobem nabudí imunitu. Při prodělání nemoci není jisté, jakou dávku viru dotyčný dostal, jakým způsobem to zapůsobilo na imunitní systém. K navrhovatelem zmiňovanému mimořádnému opatření z 25. 6. 2021 uvedl, že před jeho vydáním neexistovala žádná studie o tom, že by se třetí dávka měla podávat. Tyto studie byly zveřejněny až koncem srpna.

V. Jednání před soudem dne 14. 10. 2021

[23] V rámci dalšího jednání (nařízeného za účelem dokazování) navrhovatel předně poukázal na časté změny týkající se doby předpokládané bezinfekčnosti u infikovaných,

kdy původně daná doba 90 dnů byla prodloužena na 180 dnů (právě v době, kdy měl navrhovatel 190 dnů od potvrzení nemoci). Zpochybňuje-li odpůrce navrhovatelem předložené podklady, jde o tvrzení odpůrce, která navrhovatel nepovažuje za podložená dostatečným množstvím odborných podkladů. Ve vztahu k odpůrcem předloženému sdělení ECDC „*Immune responses and immunity to SARS-CoV-2*“ (<https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/latest-evidence/immune-responses>) poukázal na to, že toto sdělení konstatuje pouze to, že po dobu 5 až 7 měsíců je efekt trvání ochrany po prodělání onemocnění 81-100 %, nicméně nijak se nevyjadřuje k tomu, jaká je ochrana poté. Ve vztahu k navrhovateli tedy toto sdělení neříká nic. Navrhovatel připustil, že postupný pokles hodnoty protilátek je viditelný i v jeho případě, nicméně i nadále je hodnota více než čtyřnásobná oproti prahu positivity (protilátky IgG 4,11). K odpůrcem předloženému tzv. SPC přípravku (vakcíny proti onemocnění covid-19) navrhovatel uvedl, že se jedná podle tam uvedených údajů o podklad nejpozději z prosince 2020, kdy bylo v ČR započato s očkováním. Jde-li o odpůrcem předložené doporučení AACC, zde navrhovatel poukázal na závěr tohoto doporučení, podle něhož sérologické testování může hrát významnou funkci při řízení zvládání pandemie. Ve vztahu k předložené dánské studii poukázal na zde zmíněné příbuzné viry SARS-CoV a MERS-CoV, u nichž ochrana typicky trvala 2-3 roky po infekci. I navrhovatelem předložená studie RNDr. Šinkory takto argumentuje s tím, že je pravděpodobné, že až budou k dispozici podrobnější údaje, ochrana bude takto dlouho trvat i v případě onemocnění covid-19. Závěry o poklesu přirozené ochrany u osob nad 65 let se navrhovatele netýkají. Uvedené by mohlo vést k rozlišování opatření ohledně věku, ale nikoliv k tomu, že u osob mladších nebude i po uvedené době ochrana dostatečná.

[24] Závěrem navrhovatel uvedl, že po prodělání onemocnění covid-19 dostal od své praktické lékařky doporučení, ať s očkováním počká, a nechává si pravidelně každé tři měsíce měřit protilátky. Z jeho praktické zkušenosti je zřejmé, že mu přirozená imunita funguje déle než 6 měsíců od prodělání nemoci. Poukázal na aktuální podmínky vycestování do Chorvatska s tím, že i státy EU přistupují k potvrzení o prodělání nemoci a potvrzení o očkování srovnatelně. Srovnatelnou ochranu potvrzují také předložené důkazy. Zejména závěry uveřejněné na webových stránkách Zdravotního ústavu se sídlem v Ostravě jasně uvádí, že přirozená imunita zajišťuje dlouhodobou ochranu a lidé po infekci mají stejně významný podíl na zajištění kolektivní imunity jako očkování. Vyšetření protilátek u navrhovatele bylo provedeno v souladu se správnou laboratorní praxí, přičemž navrhovatel má i potvrzení o PCR testu, což dokládá jeho ochranu. Odpůrce nevysvětlil, proč mimořádné opatření z 25. 6. 2021 omezovalo tzv. bezinfekčnost po aplikaci vakcíny na 9 měsíců, a nepřeložil žádné podklady, z nichž by vyplynulo, proč došlo ke změně. Reagoval-li odpůrce na argumenty navrhovatele o podobnosti s jinými viry tím, že covid-19 je více podobný chřipce, je podle navrhovatele dobře známo, že každý rok je v jejím případě vyvíjena nová vakcína, tedy i u covidu-19 je potřeba nějaké přeočkování nebo dokonce i nová vakcína. Zatímco skutečnost, že u očkovaných odpůrce nemá data o délce trvání ochrany, je důvodem, proč zde tzv. bezinfekčnost časově neomezuje, u osob, které prokazatelně prodělaly onemocnění covid-19 a nebyly očkované, jsou chybějící důkazy o trvání ochrany důvodem omezení bezinfekčnosti. V tomto ohledu se odpůrce dopustil libovůle a diskriminace těch, kterým byly protilátky laboratorně naměřeny. Odpůrce má různé nástroje, jak motivovat osoby k očkování, ale napadená část daného opatření zjevně favorizuje očkované a zcela nekriticky je bez časového omezení

pokračování

chrání. Ve veřejnosti je vyvoláván dojem, že po dvou podaných dávkách očkování se již není čeho bát, nicméně podle aktuálních zpráv plně očkovaných mezi novými pacienty přibývá. Navrhovatel setrval na podaném návrhu.

[25] Odpůrce při jednání zdůraznil, že doložil doporučeními AACC i ECDC, že protilátky nemají být využívány pro individuální posouzení imunity. Studie vypovídající o snižování účinnosti vakcinace je až ze sklonku léta. Poznání o nemoci covid-19 se vyvíjí, takže v současné době se již předpokládá, že ten, kdo onemocní, má být do 6 měsíců vakcinován, čímž se dosáhne nejlepší hybridní formy imunizace, která je zmiňována i v navrhovatelem předložené studii „*Comparing SARS-CoV-2 natural immunity to vaccine-induced immunity: reinfections versus breakthrough infections*“ (dále též „izraelská studie“). Tedy i navrhovatelem předložené studie potvrzují to, co říká odpůrce. K navrhovatelem předloženým studiím RNDr. Krátké a RNDr. Šinkory odpůrce konstatoval, že uvedené osoby nejsou lékaři a zabývají se jen laboratorními parametry imunity. Studie RNDr. Šinkory mimo jiné vychází z toho, že podmínkou dlouhodobé ochrany proti nemoci covid-19 je opakovaná infekce. Vzhledem k tomu, že covid-19 je neléčitelná nemoc, nelze podle odpůrce připustit přirozenou imunizaci. Ke studii RNDr. Krátké a Zdravotního ústavu se sídlem v Ostravě odpůrce uvedl, že se v podstatě jedná o kompilaci výsledků z laboratoří bez sjednocené metodiky. Studie není žádným způsobem registrována, tudíž ji nelze považovat za zásadní odborný materiál. Jedná se o běžně placené laboratorní výsledky protilátek, jež nelze univerzálně použít. Odpůrce připomněl v této souvislosti výsledky jím předložené a výše již zmíněné dánské studie, podle níž zvláště v kohortě lidí nad 65 let ochrana proti opakované infekci u neočkovaných byla jenom 47,1 %. K navrhovatelem zpochybňovanému sdělení ECDC odpůrce dodal, že data podporují závěr o ochraně na dobu 6 měsíců, přičemž dané sdělení se týká doložení toho, proč je interval ochrany stanoven právě na tuto dobu. Samotná protilátka nic neříká o stavu imunity proti dané nemoci, přičemž situaci lze přirovnat ke zjišťování hladiny cukru v krvi, pokud by nebyly známé hodnoty pro onemocnění cukrovkou.

[26] K dotazům soudu odpůrce dále uvedl, že opatření mohou být přijata pouze na základě medicínských důkazů, přičemž samotná nemoc covid-19 je známa déle než vakcinace. Pokud tedy jde o trvání postinfekční imunity, v době vydání napadeného opatření pro ni bylo více podkladů, přičemž byl současně dán předpoklad, že imunita postvakcinační bude dlouhodobá. Běžely pokračující studie, nicméně má-li se dospět k závěru o efektivitě vakcíny v nějakém trvání, pak musí být kohorta naočkovaná dlouhou dobu. Až podle studie z konce srpna, kterou odpůrce zmiňoval již při předchozím jednání, vyplynulo, že efekt vakcíny je omezený. V daném ohledu existoval celosvětový konsenzus, přičemž byly známy 9měsíční výsledky studií, které ukazovaly, že po dobu nejméně 9 měsíců je populace chráněna. Jak pokračoval vývoj sledování, ukazovalo se, že efekt je dlouhodobější, nicméně následný vliv delta varianty viru způsobil průlom u části vakcinovaných. Na konci srpna odpůrce konstruoval první doporučení, aby se omezila doba efektivity vakcinace na 8 měsíců u rizikových osob, což bylo v souladu s doporučením EMA (má-li se říct, že doba účinku vakcíny je omezená, musí být současně rozhodnutí EMA, že smí být aplikována další dávka vakcíny). Vedle toho se u prvotně očkovaných vakcinace přestala promítat do tzv. covid pasů, přičemž však nebyl důkaz, že by vakcína nefungovala, tedy současně se prodlužovala doba trvání covid pasů

do dalšího hodnocení efektivity vakcín. Ještě na konci léta se předpokládalo, že efektivita vakcíny je dlouhodobá. Období 9 měsíců, uvedené v mimořádném opatření z 25. 6. 2021, bylo stanoveno vyloženě arbitrárně, přičemž doba ochrany se prodlužovala. Odpůrce v této souvislosti předložil soudu tzv. SPC přípravku (mRNA vakcíny proti onemocnění covid-19) s tím, že se jedná o podklad závazný v květnu roku 2021, podle nějž doba ochrany poskytovaná vakcínou není známa, protože je stále hodnocena v probíhajících klinických studiích. Konkrétní klinické studie dostává pouze EMA, tedy tyto studie odpůrce předložit nemůže. Zmíněná doba 9 měsíců (užitá v mimořádném opatření z června 2021) uvedenému SPC neodpovídá, nicméně mimořádné opatření není lékový předpis, ale úřední opatření, které reflektovalo dohodu států o délce trvání tzv. covid pasu, která pak byla prodloužena. Covid pas funguje na principu, podle něhož si všechny země odsouhlasí určité parametry, přičemž lokální odchylky nelze tolerovat. V současné době odpůrce neví, zda se bude v covid pasu promítat doporučení třetí dávky. Zdůraznil, že covid pas je úřední dokument sestavený na základě *evidence-based* medicíny na základě toho, co je známo o efektivitě vakcíny, o biologickém chování nemoci apod.

[27] Odpůrce při jednání dále zdůraznil, že ve státech s vysokou proočkovaností je malé riziko, že hodně lidí bude končit v nemocnicích. Ochrana vakcínou znamená, že virus se bude populací šířit pomaleji, většina nebude mít závažný průběh a končit v nemocnicích. Země s vysokou proočkovaností mohly fakticky zrušit veškerá plošná opatření na základě této „silné evidence“ z reálného života. Nejedná se o klinickou, ale fakticky epidemiologickou studii, která říká, že vakcinace nemoc pomáhá nikoliv vymýtit, ale dát ji biologicky do takových mezí, aby nás nehubila. Přirozená imunita je dosažitelná pouze za cenu poměrně velkých ztrát. Odpůrce zdůraznil, že podle již zmiňovaného doporučení AACC publikovaného v časopise *Clinical Chemistry* („*AACC Practical Recommendations for Implementing and Interpreting SARS-CoV-2 Emergency Use Authorization and Laboratory-Developed Test Serologic testing in Clinical Laboratories*“) je variabilita imunitní odpovědi po prodělání přirozené infekce velká. Toto doporučení taktéž jednoznačně říká, že testování protilátek se nehodí pro zhodnocení individuální imunity, odhadu jejího trvání či pro rozhodnutí o vakcinaci. Odpůrce se ohradil proti tomu, že by se stávající virus dal svým biologickým chováním srovnat s viry SARS-CoV a MERS-CoV. Dochází totiž u něj k výrazným variantám a mutacím. Také osob, které tyto infekce přežily, je malé množství. Podstatné také je, že při nastavení protiepidemických opatření je třeba zaručit bezpečnost u většiny populace. Závěrem poukázal na doporučení mezinárodních (evropských) odborných orgánů a další předložené studie s tím, že není doporučeno používat stanovení protilátek k doložení individuální imunity. Připomněl stejně tak klesající účinek ochrany na základě předchozí infekce. Zdůraznil význam tzv. SPC vakcíny jako odborného podkladu. S ohledem na prozatímní většinové tvrzení vědecky zaměřených autorit nemá za to, že by napadeným opatřením jakkoliv kohokoliv diskriminoval. Při prokazování protilátek chybí údaj, kdy měla infekce začít, skončit či probíhat, nebo jestli opět neprobíhá, tedy je dána nejistota i riziko pro okolí nakažené osoby. Odpůrce tedy setrval na tom, aby byl návrh zamítnut.

VI. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[28] NSS se předně zabýval splněním podmínek nutných k věcnému projednání návrhu, zejména tím, zda je navrhovatel aktivně procesně legitimován k podání návrhu na zrušení

pokračování

napadeného mimořádného opatření (jeho části). Podle § 101a odst. 1 s. ř. s. může podat návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části *ten, kdo tvrdí, že byl na svých právech opatřením obecné povahy, vydaným správním orgánem, zkrácen*. Navrhovatel musí „logicky konsekventně a myslitelně tvrdit možnost dotčení jeho právní sféry příslušným opatřením obecné povahy“ (srov. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 21. 7. 2009, čj. 1 Ao 1/2009-120, č. 1910/2009 Sb. NSS, anebo např. rozsudek NSS ze dne 14. 3. 2021, čj. 8 Ao 1/2021-133).

[29] Navrhovatel dovozuje svoji aktivní procesní legitimaci zejména z toho, že se cítí být napadeným opatřením diskriminován. Přestože v říjnu 2020 prodělal onemocnění covid-19 a má doposud laboratorně potvrzenou existenci protilátek proti této nemoci, je s ním rozdílně zacházeno oproti jiným skupinám osob, které jsou vůči nemoci teoreticky odolní. Zatímco u osob, u kterých se protilátky pouze předpokládají na základě absolvování očkování anebo pozitivního PCR testu (*v posledních 180 dnech, pozn. NSS*), nejsou vyžadovány negativní testy na koronavirus pro využívání celé řady služeb. Navrhovatel se testování podrobovat musí, přestože má potvrzení o přítomnosti protilátek v krvi. Zároveň navrhovatel ze stejných důvodů poukazuje na dopad napadeného opatření do jeho práva na svobodu pohybu a práva na soukromí a nakonec i do jeho finanční situace, neboť je nucen podstupovat (zakupovat si) zbytečné testy jako podmínku využívání služeb. Přítomnost protilátek v krvi zjištěnou třemi testy provedenými s několikaměsíčními odstupy navrhovatel soudu doložil laboratorními výsledky.

[30] NSS s ohledem na výše uvedené a v návaznosti na již existující praxi zdejšího soudu (viz shora již citovaný rozsudek čj. 6 Ao 21/2012-23, případně rozsudek ze dne 2. 9. 2021, čj. 9 Ao 13/2021-37) v dané věci shledal, že uvedená tvrzení navrhovatele jsou dostatečná a že mu svědčí aktivní procesní legitimace k podání návrhu na zrušení napadené části v záhlaví uvedeného mimořádného opatření odpůrce. Jelikož jsou splněny i další podmínky řízení, přistoupil soud k přezkumu napadeného opatření.

[31] Návrh není důvodný.

VI.1 Východiska soudního přezkumu napadeného mimořádného opatření

VI.1. a) Rozsah přezkumu a vymezení sporu

[32] Podle § 101d odst. 1 s. ř. s. platí, že *při rozhodování* (o návrhu na zrušení opatření obecné povahy – pozn. NSS) *je soud vázán rozsahem a důvody návrhu*. Stejně tak je významné, že podle § 101b odst. 2 s. ř. s. podaný návrh již nelze v průběhu řízení rozšiřovat o další návrhové body (skutkové a právní důvody, pro které navrhovatel považuje napadené opatření za nezákonné). NSS uplatňuje při přezkumu opatření obecné povahy tzv. pětikrokový test vymezený v rozsudku z 27. 5. 2005, čj. 1 Ao 1/2005-98, č. 740/2006 Sb. NSS. Jelikož je však od 1. 1. 2012 soud ve smyslu výše citovaného ustanovení vázán rozsahem a důvody návrhu (před tímto datem tomu tak nebylo a soud prováděl vždy celý test), provádí jen kroky tohoto testu, které odpovídají rozsahu a důvodům návrhů (srov. bod 39 rozsudku NSS z 31. 8. 2018, čj. 1 As 49/2018-62, dle kterého „*algoritmus (test) přezkumu v celém rozsahu by soud aplikoval pouze za předpokladu, že by navrhovatel všechny jeho kroky zahrnul do návrhových bodů*“).

[33] V návaznosti na výše uvedené je tedy třeba především zdůraznit, že NSS neprováděl (a ani nemohl provádět) „všeobecný“ přezkum zákonnosti napadené části daného mimořádného opatření, ale postupoval pouze v rámci mezí a důvodů uplatněných navrhovatelem. Předmětem nynějšího přezkumu také bylo pouze opatření odpůrce označené v záhlaví tohoto rozsudku (v době vydání tohoto rozsudku již neúčinné), a to jen v části napadené navrhovatelem (v čl. I bodu 16). Jinak řečeno, jestliže NSS zamítne určitý návrh brojící proti opatření obecné povahy, bez dalšího to neznámá, že nedůvodné či zjevně neopodstatněné (viz § 13 odst. 3 pandemického zákona) budou i další návrhy (jiných navrhovatelů) směřující proti témuž opatření. Lze dodat, že s ohledem na výše uvedené NSS nemohl přihlížet ani k argumentaci jiných navrhovatelů uplatněné v jiných návrzích, a to včetně toho, který navrhovatel v nynější věci k jedné ze svých replik připojil (a to tím spíše, že daný návrh směřoval proti pozdějšímu – byť obsahově podobnému – mimořádnému opatření).

[34] Podstatou nyní projednávané věci je s ohledem na navrhovatelem včas uplatněné návrhové body předně otázka namítané diskriminace osob s laboratorně zjištěnými protilátkami proti viru SARS-CoV-2, a to pokud jde o přístup ke službám či aktivitám vymezeným v napadeném opatření. Navrhovatel má za to, že pokud podle odpůrce stačí pravděpodobnost ochrany některých osob jejich imunitou, pak je svévolné a diskriminační požadovat testování po něm, který onemocnění prodělal a na vlastní náklady podstoupil vyšetření na přítomnost protilátek. V návaznosti na to pak navrhovatel poukazuje na nepřiměřenost plošného testování v situaci vysokého počtu osob očkovanych a osob, které danou nemoc již prodělaly a mají (právě jako navrhovatel) protilátky.

VI.1. b) Specifika soudního přezkumu mimořádných opatření odpůrce

[35] K výše vymezenému předmětu sporu v nynější věci lze dodat, že soud si je vědom odborné povahy podkladů, východisek i závěrů, na kterých je vystavěno odůvodnění napadeného opatření (a ostatně i argumenty účastníků). Soudní moci nepřisluší věcně rozhodovat namísto správních orgánů. Tím spíše to platí pro rozhodování otázek, které jsou sporné i ve vědecké komunitě, resp. vědecké poznání o nich doposud není ustálené. Jak již NSS vyslovil např. ve vztahu k otázce efektivity antigenního testování, tedy z hlediska odbornosti v podobné situaci jako je ta nyní projednávaná, soud se má zabývat tím, zda mimořádná opatření odpůrce vycházejí ze „solidních vědeckých základů“, nejsou „svévolná či nesmyslná“, přičemž nelze čekat na definitivní rozřešení určité vědecké otázky. NSS již v této souvislosti uzavřel, že „je v souladu se zásadou předběžné opatrnosti, pokud ministerstvo volí určitou cestu boje s virem, je-li rozumná pravděpodobnost, že tato cesta může být efektivní. V každém případě to nejsou soudy, kdo by měl rozhodovat svou povahou vysoce odborné otázky tohoto typu. Naopak, v těchto otázkách, kde vědecká debata prodělává bouřlivý vývoj, sluší soudní moci zdrženlivost. Soudci tohoto soudu nevědí, zda je plošné antigenní testování tou nejlepší možnou cestou. Postačí, že ministerstvo ukáže, že jeho opatření v těchto věcech mají solidní vědeckou podporu a rozumnou cestu k dosažení cíle představují“ (rozsudek ze dne 20. 5. 2021, čj. 10 Ao 1/2021-148). Tato obecná východiska lze nepochybně vztáhnout i na nyní projednávanou věc. Ostatně i ve výše již citovaném rozsudku čj. 9 Ao 13/2021-36, který prohlásil za nezákonné mimořádné opatření odpůrce z důvodu neodůvodněného odlišného zacházení s osobami s naměřenými protilátkami

pokračování

proti onemocnění covid-19, zdejší soud zdůraznil, že si „*neosobuje právo určovat důvody, pro něž jednotlivec nepředstavuje epidemiologické riziko, neboť se jedná o veskrze odbornou otázku, jejíž zodpovězení soudu nepřislúší, neboť v tomto směru ani nedisponuje potřebnými odbornými znalostmi*“, k čemu dodal, že „*vnímá, že ani mezi odbornou veřejností nepanuje ohledně této otázky jednoznačná shoda*“.

[36] Výše uvedená specifika soudního přezkumu mimořádných opatření odpůrce vystavěných začasté na odborných podkladech a východiscích nicméně nelze vykládat tak, že by soud neměl ověřovat, zda je odůvodnění napadeného opatření opřeno o relevantní zdroje, není vnitřně rozporné či nelogické apod. (a to samozřejmě i z hlediska odborného). Opačný výklad by totiž z povahy věci fakticky vylučoval soudní přezkum mimořádných opatření. Shora citovaná východiska tedy nelze vnímat tak, že by s odkazem na „*přílišnou odbornost*“ řešení problematiky mohl odpůrce vydávat opatření, která by nebyla opřena o aktuální vědecké poznatky, případně následně libovolně nahrazovat chybějící odůvodnění či teprve zpětně dohledávat podklady, které by souzněly s jím zvoleným řešením. Podstatné je, zda odpůrcem zvolené řešení má alespoň rámcovou oporu v odůvodnění napadeného mimořádného opatření, které je opřeno o odborné podklady svědčící zvolenému řešení. Pokud nejsou vědecké poznatky ustálené nebo se vědecké názory výrazně různí, pak je na odpůrci, který z obdobně relevantních vědeckých poznatků a názorů zvolí. I pokud by se soud domníval, že by se on sám přikláněl k jinému možnému řešení, nepřislúší mu, aby do této odborné úvahy odpůrce vstupoval. Tím by popíral dělbu moci, neboť by si osoboval právo věcně rozhodovat namísto toho, aby pouze přezkoumal zákonnost rozhodnutí odpůrce. Odpůrce je zároveň v soudním řízení oprávněn předložit další argumenty či podklady, které podporují argumentaci a podklady obsažené již v napadeném mimořádném opatření. Lze si jistě představit i takové situace, kdy nelze po odpůrci požadovat, aby si domýšlel jakoukoliv myslitelnou argumentaci, která proti opatření může být vznesena. V takovém případě je na odpůrci, aby až v řízení před soudem svou argumentaci obhájil (srov. např. bod [21] shora již citovaného rozsudku č. 9 Ao 13/2021-36). Následně je na navrhovateli, aby svými argumenty postoje odpůrce vyvrátil. Navrhovatel musí předestřít dostatečně silné argumenty, případně předložit podklady (obsahem i formou) takové odborné úrovně, že budou s to vyvrátit podklady, z nichž vycházel odpůrce (a to podklady relevantní v době vydání napadeného opatření).

VI.2 Ke srozumitelnosti kritérií odlišujících osoby očkované a osoby s laboratorně potvrzeným proděláním onemocnění covid-19 od osob s naměřenými protilátkami

[37] K tomu, aby se soud mohl zabývat tím (a uzavřít), zda je námitka diskriminace navrhovatele (jako osoby s laboratorně zjištěnými protilátkami) důvodná, bylo třeba nejprve vyjasnit, zda lze zdůvodnění odpůrce považovat za vnitřně konzistentní, resp. zda jsou dostatečně objasněná a mohou vedle sebe obstát kritéria, na základě nichž odpůrce „*favorizuje*“ jednu (některé) z uvedených skupin.

[38] K otázce diskriminace osob s prokázanými protilátkami v důsledku mimořádných opatření odpůrce se již zdejší soud ve své judikatuře opakovaně vyjádřil. Ve výše již vícekrát zmiňovaném rozsudku č. 6 Ao 21/2021-23, v němž přezkoumával obdobné (dřívejší) mimořádné opatření odpůrce, v této souvislosti především uzavřel, že „*důvodem,*

proč se osoby, které prodělaly onemocnění COVID-19 nebo se proti němu nechaly očkovat, nemusejí před návštěvou restaurace, kulturní či sportovní akce a podobně testovat, a prokazovat tak, že nepřenášejí virus SARS-CoV-2, je předpoklad odpůrce, že tyto osoby mají dostatek protilátek proti onemocnění COVID-19, a tudíž je u nich nízké riziko (re)infekce tímto virem. V tomto kontextu je postavení osob, které mají laboratorně naměřeny protilátky proti onemocnění COVID-19, s těmito osobami přinejmenším v obecné rovině srovnatelné (...). Je zřejmé, že s osobami s laboratorně naměřenými protilátkami, mezi něž náleží i navrhovatel, zachází odpůrce rozdílně oproti osobám, které prodělaly onemocnění COVID-19 či které se proti němu nechaly očkovat, a to způsobem, který jim jde k tíži.“ Citovaným rozsudkem NSS deklaroval v příslušné části nezákonnost mimořádného opatření odpůrce, neboť ani v jeho odůvodnění, ani ve vyjádření k návrhu odpůrce nevymezil žádný legitimní důvod odlišného zacházení s osobami s laboratorně prokázanými protilátkami oproti očkovaným (vyléčeným) osobám.

[39] Nicméně odpůrce se v tomto dříve vydaném opatření (jehož nezákonnost soud deklaroval) otázkou osob s prokázanými protilátkami nijak blíže nezabýval (stejně tak tomu bylo v případě mimořádného opatření přezkoumávaného ve výše již taktéž označené věci sp. zn. 1 Ao 11/2021). Vyšel totiž pouze ze shora zmiňovaného předpokladu, podle něhož osoby, které prodělaly onemocnění covid-19 nebo se proti němu nechaly očkovat, mají dostatek protilátek. K výše citovaným závěrům tedy NSS dospěl právě „v tomto kontextu“ (viz zejm. bod [19] rozsudku čj. 6 Ao 21/2012-23). Oproti tomu v případě nyní napadeného opatření je situace zjevně odlišná, neboť odpůrce již v odůvodnění mimořádného opatření, ale i ve vyjádření k návrhu a při jednání u soudu, výslovně a podrobně rozvedl, proč laboratorně zjištěnou přítomnost protilátek v krvi nepovažuje za předpoklad bezinfekčnosti.

[40] Spornou otázkou (diskriminací osob s laboratorně prokázanými protilátkami) se následně zdejší soud zabýval i ve shora již taktéž citovaném rozsudku čj. 9 Ao 13/2021-36. I v případě daného (pozdějšího) mimořádného opatření NSS deklaroval v příslušné části jeho nezákonnost. Dospěl především k závěru, že diskriminační (a tedy nezákonné) může být znevýhodnění osob s protilátkami oproti jiným skupinám osob i tehdy, pokud se zakládá na kritériu, které odpůrce sám ve vyjádření v rámci řízení u soudu popřel, resp. jej v řízení o přezkumu daného opatření opustil. Jinak řečeno, v dané věci „*předpoklad dostatečné hladiny protilátek – kritérium, na jehož základě odpůrce v souladu s odůvodněním napadeného opatření favorizoval osoby s prodělaným onemocněním, tedy sám odpůrce v soudním řízení popřel*“, přičemž „*jediný důvod, o nějž výjimku v odůvodnění napadeného opatření opřel – předpoklad dostatečné hladiny protilátek – explicitně opustil. Tím odpůrce nejen označil odůvodnění jím vydaného mimořádného opatření v podstatě za nesprávné, ale současně i připustil, že jde o kritérium, které není způsobilé odlišit postavení osob s prodělaným onemocněním od osob s naměřenými protilátkami.*“ V dané věci (jak již bylo výše uvedeno) tedy NSS sice připustil, aby odpůrce v reakci na konkrétní argumentaci navrhovatele před soudem obhájil a dovysvětlil jím přijaté řešení, jak nicméně dodal, odpůrce „*ve vyjádření k návrhu ... sice mohl vysvětlit, proč nelze z epidemiologického hlediska postavit na roveň osoby s laboratorně prodělaným onemocněním a osoby s laboratorním potvrzením o naměřených protilátkách (...), nemůže však zpětně měnit důvody jím vydaného opatření, a to v podstatě jen v závislosti na argumentaci toho či onoho navrhovatele v soudním řízení. To platí tím spíše, jde-li o stěžejní pravidlo, o jehož důvodnosti by měl mít odpůrce jasno*

pokračování

(...). *Správní orgán má povinnost jím vydaný správní akt v soudním řízení po skutkové i právní stránce obhájit. V projednávané věci tak měl odpůrce vysvětlit, proč kritérium předpokladu dostatečné hladiny protilátek (na jehož základě v napadeném opatření favorizoval osoby s prodělaným onemocněním), nesvědčí ve prospěch osob s naměřenými protilátkami (...). To však neučinil. Toto kritérium (vyjádřené v odůvodnění napadeného opatření) v řízení před soudem výslovně opustil, aby určil kritérium nové a vysvětlil, proč jej osoby s naměřenými protilátkami nesplňují. Tím však vybočil z mezí napadeného opatření (de facto formuloval opatření nové)*“. Soud proto v dané věci uzavřel, že z vysvětlení uvedeného odpůrcem ve vyjádření k návrhu nemohl v dané věci vycházet.

[41] V nyní projednávané věci NSS nemohl přehlédnout, že příslušná část odůvodnění napadeného mimořádného opatření je fakticky téměř doslovně převzatá z vyjádření odpůrce zaslaného zdejšímu soudu právě ve věci sp. zn. 9 Ao 13/2021 (a to např. včetně překlepu ve spojení „z imunologické hlediska“ na str. 6 zmíněného vyjádření). Soud nepovažuje takový postup odpůrce za nejvhodnější, a to zejména s ohledem na odlišnou povahu odůvodnění mimořádného opatření na straně jedné a vyjádření ke konkrétnímu návrhu konkrétního navrhovatele na straně druhé. Podstatné pro nynější věc je však to, že odpůrce své vysvětlení, proč nelze uznat přítomnost protilátek jako doklad pro vstup do některých vnitřních a vnějších prostor (účast na akcích a činnostech), zahrnul přímo do odůvodnění napadeného mimořádného opatření. V nyní napadeném mimořádném opatření tedy již odpůrce své požadavky týkající se prokázání bezinfekčnosti ve vztahu k osobám dokládajícím laboratorně prokázané protilátky podrobněji vysvětlil, přičemž současně na svých závěrech uvedených v daném odůvodnění setrval i ve vyjádření k návrhu.

[42] Jak již bylo výše zmíněno, v řízení o návrhu na přezkum mimořádných opatření může odpůrce v reakci na argumentaci navrhovatele před soudem dovysvětlit řešení přijaté v opatření. Odůvodnění nyní napadeného opatření se s ohledem na výše uvedené jevílo částečně rozporné, proto soud považoval za nutné nejprve vyjasnit právě tuto otázku. K tomu lze v obecné rovině dodat, že existence rozporu v odůvodnění opatření obecné povahy ještě sama o sobě nemusí vést ke zrušení takového opatření soudem pro jeho nezákonnost. Vždy je třeba hodnotit povahu takového rozporu, jeho intenzitu a význam pro řešení sporné otázky. Nelze ostatně vyloučit ani situaci, že určitý rozpor může být jen zdánlivý a lze jej odstranit s přihlédnutím k systematice odůvodnění či jeho celkovému kontextu.

[43] Stejně jako ve věci sp. zn. 9 Ao 13/2021 začátek odůvodnění nyní přezkoumávaného mimořádného opatření k bodu I/16 hovoří o okruhu osob, které „chorobu již prodělaly, a předpokládá se, že dle stávajících mezinárodních doporučení ... mají v době do 180 dní od zachytu onemocnění dostatečnou hladinu protilátek, která ve většině případů ochrání před reinfekcí“ (str. 27 odůvodnění opatření, zvýraznění provedl NSS). Nicméně tato argumentace se již v dalším textu neobjevuje a odpůrce na str. 28 odůvodnění mimo jiné dovodil, že, „nelze uznat přítomnost protilátek proti viru SARS-CoV-2 jako doklad pro vstup do některých vnitřních a vnějších prostorů nebo účast na hromadných akcích nebo jiných činnostech“, resp. vedle toho výslovně připustil, že „z hlediska současného stavu vědeckého poznání o chování viru SARS-CoV-2 a lidské imunity po prodělaní onemocnění covid-19 způsobeného tímto virem je ve světě obecně přijímána skutečnost, že po prodělaní

onemocnění covid-19 lze na fyzickou osobu po dobu 180 dnů od prvního pozitivního testu (...) pohlížet jako na chráněnou proti tomuto onemocnění. (...) Po uplynutí 180denní lhůty se pak na danou osobu opět pohlíží jako na osobu, která onemocnění covid-19 neprodělala (...) Přitom však nehraje roli, zda dotyčná osoba má po prodělání tohoto onemocnění v krvi protilátky (a v jaké míře) či nikoli.“

[44] Ve prospěch „vyloučení“ osob s protilátkami ze zvýhodněné skupiny očkovaných a vyléčených osob pak odpůrce argumentuje v odůvodnění napadeného opatření dalšími důvody. Zaprvé popisuje, že oproti osobám, které prodělaly laboratorně potvrzené onemocnění covid-19, u osob s prokázanými protilátkami nelze určit počátek, od něhož lze počítat dobu 180 dní, kterou považuje za dobu, po níž platí „fikce bezinfekčnosti“. Vychází dále z toho, že testy na protilátky nemusí být průkazné, neboť mohou detekovat přítomnost protilátek vůči jiným druhům koronaviru (tzv. falešná pozitivita), a to včetně běžného nachlazení. Stejně tak mohou detekovat protilátky i u osob, u nichž aktuálně onemocnění covid-19 probíhá a které mohou být infekční. Testy na protilátky (a jejich výsledky) navíc nejsou standardizované. Podle odpůrce dále není známa protektivní hladina protilátek, tedy hodnota, která je jasným ukazatelem imunity vůči nákaze. Není pak ani známo, po jak dlouhou dobu protilátky v těle zůstanou, tedy je možné, že nebudou detekovatelné poměrně krátce po jejich zjištění. Odpůrce v této souvislosti dále zmiňuje i to, že zatímco pozitivní sérologický výsledek na protilátky může naznačovat předchozí infekci, nemusí zaručit ochranu před (re)infekcí způsobenou nově se objevující variantou koronaviru. V neposlední řadě pak poukazuje na to, že stávající pravidla pro vymezení podmínek bezinfekčnosti pro ČR plynou z výše již zmiňovaného nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2021/953 a z členských států přistoupilo k uznávání protilátek prozatím pouze Rakousko, přičemž při jednání u soudu doplnil, že i Rakousko od toho již upustilo.

[45] Soud proto s ohledem na zmiňované možné rozpory nařídil v nyní projednávané věci první jednání, a to za účelem vyjasnění kritérií, na základě nichž odpůrce stanovil odlišné podmínky pro vstup do některých vnitřních prostor či účasti na hromadných akcích pro osoby s laboratorně zjištěnými protilátkami proti viru SARS-CoV-2, oproti osobám s laboratorně potvrzeným prodělaným onemocněním covid-19 (resp. oproti osobám očkovaným proti tomuto onemocnění). Při jednání u soudu odpůrce vyjasnil, že shora citované kritérium odlišující osoby, které prodělaly onemocnění covid-19, a osoby s laboratorně naměřenými protilátkami, spočívající v „dostatečné hladině protilátek“, je součástí odůvodnění napadeného mimořádného opatření toliko s ohledem na zjednodušení vysvětlení obranyschopnosti organismu proti onemocnění covid-19. NSS k tomu uvádí, že nepovažuje za vhodné, aby odpůrce v rámci jednoho z klíčových východisek odůvodnění používal nejednoznačné pojmy či formulace, které (byť třeba i užité z hlediska avizovaného lepšího porozumění ze strany laiků) mohou být v kontextu celého odůvodnění matoucí. Uvedené platí tím spíše, pokud již bylo odpůrci známo nejen z předchozích soudních řízení, že problematika možné diskriminace osob s laboratorně naměřenými protilátkami je odbornou i laickou veřejností sledována s velkou pozorností. K odstranění možného rozporu v odůvodnění by samozřejmě nepostačovalo, pokud by odpůrce pouze uvedl, že jím zvolené pojmy jsou zjednodušující. Pro soudní přezkum je podstatné, zda upřesněné vysvětlení odpůrce má v odůvodnění napadeného mimořádného opatření další oporu.

pokračování

[46] Východisko odpůrce, podle něhož imunitu proti onemocnění covid-19 nelze ztotožňovat s laboratorně naměřenými protilátkami proti uvedené nemoci (neboť taková imunita je komplexní reakcí organismu), v odůvodnění napadeného mimořádného opatření oporu má. Především lze poukázat již na obecnou část odůvodnění napadeného mimořádného opatření, z něhož mimo jiné plyne, že „*pokles sérových protilátek v rekonvalescenci ... nemusí odrážet samotné slábnutí imunity, ale spíše stažení (contraction) imunitní odpovědi s vývojem a přetrváváním virově specifických, dlouho žijících B buněk v kostní dřeni*“ (str. 13 napadeného mimořádného opatření). Přičemž v rámci dalšího (zvláštního) odůvodnění k napadené části (čl. I bod 16) mimořádné opatření mimo jiné vychází z toho, že „*imunitní ochrana proti koronaviru u většiny jedinců přetrvává 6 měsíců. Sérologické testy se zaměřují na specifické protilátky indukované SARS-CoV-2. Výsledky však poskytují pouze částečný obrázek imunitní odpovědi proti viru, protože reakce zprostředkované T-buňkami nejsou brány v úvahu. Indukce paměťových T a B-buněk specifických pro SARS-CoV-2 je důležitá pro dlouhodobou ochranu a hraje v ní zásadní roli, ale rutinně tento typ imunity nelze vyšetřovat. Paměťové T-buňky mohou být přítomné, i když nejsou měřitelné hladiny protilátek v séru. To dále komplikuje posouzení přítomnosti a trvání imunity na základě průkazu pouhé detekce protilátek*“ (str. 30 odůvodnění). Naopak, na již vícekrát citovanou zmínku, podle níž se u osob, které prodělaly onemocnění covid-19 (či dokonce již byly očkovány), předpokládá dostatečná hladina protilátek, již dále odůvodnění napadeného mimořádného opatření nijak nenavazuje.

[47] V tomto ohledu tedy lze učinit dílčí závěr, podle něhož NSS v nyní projednávané věci (na rozdíl od věci projednávaných dříve šestým a devátým senátem) nemá pochybnost o tom, na základě jakých kritérií (důvodů) odpůrce favorizuje osoby očkové, resp. osoby s laboratorně potvrzeným proděláním onemocnění (v době 180 dní od proděláním nemoci) oproti osobám s naměřenými protilátkami. Soud tedy mohl přistoupit k hodnocení samotné zákonnosti napadeného mimořádného opatření.

VI.3 Srovnání postavení osob s prokázanými protilátkami s osobami, které získaly imunitu očkováním nebo laboratorně prokázaným onemocněním

[48] Jak již bylo výše uvedeno, v rámci posouzení návrhu na zrušení opatření obecné povahy je soud vázán (řádně a včas) uplatněnými důvody. Tyto tzv. návrhové body jsou pro následný soudní přezkum zcela určující. Navrhovatelova argumentace primárně směřovala k diskriminaci osob s laboratorně zjištěnými protilátkami proti viru SARS-CoV-2. Kromě toho však navrhovatel poukazoval i na to, že se nenachází v postavení osoby, již byly „pouze“ naměřeny protilátky proti onemocnění covid-19, ale že současně doložil (a to prostřednictvím výsledku PCR testu), že tuto nemoc taktéž prodělal (byť více než před 180 dny). Je tedy zřejmé, že se v dané věci NSS musel zabývat dvěma okruhy otázek. Jednak musel posoudit, zda osoby s prokázanými protilátkami jsou ve srovnatelném postavení s osobami, které získaly imunitu očkováním nebo laboratorně prokázaným onemocněním covid-19. Druhá otázka pak spočívala v tom, zda se nacházejí ve srovnatelném postavení osoby, které prodělaly onemocnění covid-19, s těmi, které byly očkovány.

[49] Jde-li o samotné posuzování diskriminace skupiny osob z hlediska jejich bezinfekčnosti ve smyslu mimořádných opatření odpůrce, NSS již v opakovaně zmiňovaném rozsudku čj. 6 Ao 21/2021-23 mimo jiné připomněl, že podle čl. 1 odst. 1 Listiny základních práv a svobod jsou lidé *svobodní a rovní v důstojnosti i v právech*, přičemž dané ustanovení zakotvuje princip, který Ústavní soud nazývá neakcesorickou rovností v právech. Jde o rovnost jako takovou, bez vazby na konkrétní základní právo (na rozdíl od akcesorické rovnosti dle čl. 3 odst. 1 Listiny). Jde o jeden ze základních principů demokratického právního státu, jak jej chápe čl. 1 odst. 1 Ústavy. Rovnost v právech neznamená, že by každému muselo být přiznáno jakékoli právo, avšak „*právní rozlišování v přístupu k určitým právům nesmí být projevem libovůle*“ (srov. nálezy ÚS ze dne 5. 11. 1996, sp. zn. Pl. ÚS 6/96). V rozporu s čl. 1 odst. 1 Listiny je taková nerovnost, které schází jakýkoli účel a smysl (srov. nálezy ÚS ze dne 12. 5. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 55/13). Při posouzení toho, zda došlo k porušení čl. 1 odst. 1 Listiny, je pak třeba zkoumat: 1) zda jde o různé subjekty, které se nacházejí ve stejné nebo srovnatelné situaci, 2) zda je s nimi zacházeno rozdílným způsobem, 3) zda je odlišné zacházení dotčenému jednotlivci nebo skupině k tíži a 4) zda takové zacházení není projevem libovůle, tedy zda má legitimní cíl a je s to jej dosáhnout (srov. nálezy ze dne 22. 1. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 32/17).

[50] Pro posouzení dané otázky je dále významné, že „*uvvažovat v kategorii rovnosti lze pouze v relaci mezi nejméně dvěma subjekty ve stejném, resp. srovnatelném postavení (...). Zatímco zpravidla není těžké stanovit, zda právní úprava zachází se dvěma situacemi rozdílně nebo stejně, zcela klíčovým krokem pro aplikaci všeobecné zásady rovnosti je stanovit, zda dvě situace, s nimiž právo zachází odlišně, jsou vskutku srovnatelné, tedy zda jsou relevantně podobné*“ (nálezy ÚS ze dne 28. 3. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 42/03, či ze dne 20. 11. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 50/06). Uvedené posouzení se musí podle citované judikatury Ústavního soudu dále opírat o kritérium relevance, přičemž to v sobě zahrnuje hodnotový úsudek, který předpokládá pochopení smyslu a účelu přezkoumávané úpravy. Jinak řečeno, pro účely nyní projednávané věci jde v návaznosti na výše uvedené o posouzení toho, zda se z hlediska regulace napadeného mimořádného opatření jedná v případě výše vymezených skupin osob o postavení srovnatelné, či nikoliv. Pokud by se totiž jednalo o nestejně zacházení s nestejnými skupinami osob, nemohla by být námitka diskriminace důvodná.

[51] Ve vztahu k prvnímu okruhu shora vymezených otázek, tedy zda osoby s prokázanými protilátkami jsou ve srovnatelném postavení s osobami, které získaly imunitu očkováním nebo laboratorně prokázaným onemocněním covid-19, NSS především akceptoval náhled odpůrce, podle něhož imunitu proti onemocnění covid-19 nelze ztotožňovat s laboratorně naměřenými protilátkami proti uvedené nemoci, neboť imunita je komplexní reakcí organismu. Na tom, kdy již naměřené protilátky představují dostatečnou imunitu, není vědecká shoda a zároveň je měření protilátek problematické i z dalších důvodů. Mezi ně patří (jak již bylo výše uvedeno) mimo jiné nestandardizované postupy pro jejich měření, možná falešná pozitivita v návaznosti na nákazu jiným koronavirem (například běžné nachlazení) nebo to, že protilátky značí akutně probíhající infekci. Soud má v této souvislosti za to, že tento závěr odpůrce (jež má oporu i v samotném odůvodnění napadeného mimořádného opatření), není ve smyslu výše citované judikatury „*svévolný či nesmyslný*“ a lze pro něj najít oporu v podkladech, na nichž odpůrce založil odůvodnění napadeného mimořádného opatření či je předložil v řízení

pokračování

před soudem. Odpůrcem zvolené řešení je tedy opřeno i o vědecké poznatky. Otázce, proč neuznává přítomnost protilátek jako doklad bezinfekčnosti, se odpůrce věnoval v odůvodnění podrobně, přičemž k příslušné (zvláštní) části odůvodnění připojil odkazy (viz odkazy 40 a 41 na str. 29 odůvodnění) na doporučení FDA (Úřadu pro kontrolu potravin a léčiv USA), v rámci obecné části odůvodnění pak mimo jiné ve vztahu k nestanovení protektivní hladiny protilátek odkázal na zprávu ECDC (*Technical report*) z 29. 3. 2021 (viz odkaz 9 na str. 13 odůvodnění). V případě uvedených institucí jde o vládní agenturu Spojených států amerických, resp. agenturu EU. Zejména v případě ECDC jsou doporučení pravidelně opřena o větší množství uznávaných vědeckých studií nebo o vlastní vědecký výzkum, přičemž na základě vyhodnocení těchto podkladů jsou doporučení činěna. Jak uvádí nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 851/2004 ze dne 21. dubna 2004 o zřízení Evropského střediska pro prevenci a kontrolu nemocí *nezávislý subjekt nazvaný Evropské středisko pro prevenci a kontrolu nemocí by měl ve Společenství sloužit jako zdroj nezávislého vědeckého poradenství, pomoci a odborných znalostí, poskytovaných školenými lékaři, vědci a epidemiology z jejich vlastních zdrojů nebo ze zdrojů příslušných uznávaných subjektů jednajících jménem orgánů členských států odpovědných za lidské zdraví*. Podle čl. 6 odst. 2 daného nařízení se pak středisko *snaží pomocí nejlepších dostupných odborných posudků udržovat vždy nejvyšší vědeckou úroveň*. Jde tedy o odborné autority, jejichž závěry či doporučení lze považovat za pravidla za důvěryhodná.

[52] Odpůrce v řízení před soudem dále předložil doporučení ECDC z 20. 5. 2021 „*The use of antibody tests for SARS-CoV-2 in the context of Digital Green Certificates*“ (<https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/use-antibody-tests-sars-cov-2-context-digital-green-certificates>), podle něhož pozitivní výsledek testu na protilátky může být důkazem minulé (včetně nedávné) infekce, aniž by poskytl jakýkoli údaj o době infekce, a nemůže vyloučit současnou probíhající infekci. Není tedy podle tohoto doporučení absolutním důkazem, že osoba není infekční a/nebo chráněna před novou infekcí a nemůže virus dále přenášet. Odkaz na toto doporučení byl již součástí odůvodnění napadeného mimořádného opatření (viz odkaz 42 na str. 30 odůvodnění). Nad rámec odůvodnění napadeného mimořádného opatření odpůrce v řízení před soudem odkázal též na výše již zmiňované doporučení AACC, podle něhož není doporučeno používat stanovení protilátek k doložení individuální imunity (jedná se o doporučení „přijaté“ 12. 3. 2021), resp. které popisuje značnou variabilitu přirozené ochrany po prodělané nemoci.

[53] K prokázání toho, že by se na navrhovatele mělo hledět jako na osobu, která by ve smyslu napadené části mimořádného opatření měla mít výjimku, předložil navrhovatel dopis RNDr. Zuzany Krátké, Ph.D., ze dne 12. 5. 2021, nazvaný „odborná zpráva“, jež byla vyžádána advokátkou JUDr. Vladanou Vališovou, LL.M., pro jiné řízení jiného účastníka vedené u NSS. Z této zprávy navrhovatel poukazuje na tu její část, podle níž *„protilátky IgG, které mají ochrannou funkci proti koronaviru, se tvoří u většiny osob, které prodělaly onemocnění s klinickými projevy a jsou detekovatelné také u osob s asymptomatickým průběhem infekce. IgG protilátky mohou přetrvávat po velmi dlouhou dobu... Podle doporučení Centers for Disease Control and Prevention (CDC) jsou osoby, které byly v kontaktu s infekční osobou a mají pozitivní IgG protilátky nebo celkové protilátky proti SARS-CoV-2 (výsledek ne starší než tři měsíce) považovány za imunní a nemusí být*

v karanténě, pokud nemají klinické projevy onemocnění.“ Tento závěr obsahuje odkaz na již zmíněné webové stránky CDC (<https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/lab/resources/antibody-tests-guidelines.html>). Zde se však již v době jednání soudu (při němž bylo prováděno dokazování) nacházela informace o odstranění předchozího doporučení. Naopak je zde mimo jiné uvedeno, že testy na protilátky nejsou doporučované pro stanovení imunity proti SARS-CoV-2 v návaznosti na očkování, pro určení nutnosti očkování neočkovaných osob anebo stanovení povinnosti dodržovat karanténu po blízkém setkání s osobou s onemocněním covid-19 („*Antibody testing is not currently recommended to assess for immunity to SARS-CoV-2 following COVID-19 vaccination, to assess the need for vaccination in an unvaccinated person, or to determine the need to quarantine after a close contact with someone who has COVID-19*“). K uvedenému je třeba dodat, že webové stránky v době jednání soudu obsahovaly údaj o tom, že byly aktualizovány dne 21. 9. 2021, aniž by bylo zřejmé, zda navrhovatelem (resp. danou odbornou zprávou) citované doporučení obsahovaly ještě v době vydání nyní napadeného opatření. Navrhovatel k tomu při jednání uvedl, že není důvod nevěřit tomu, že RNDr. Krátká správně cituje tehdejší doporučení. Nicméně citovaná zpráva je z 12. 5. 2021, zatímco napadené opatření bylo vydáno až na konci srpna. Není tak zřejmé, jakou podobu mělo uvedené doporučení CDC v době, kdy odpůrce napadené opatření vydával. Jediné, co bylo při jednání soudu zřejmé, bylo to, že v mezidobí bylo případné dřívější odlišné východisko CDC, z nějž RNDr. Krátká vycházela, překonáno.

[54] Navrhovatel poukázal v této souvislosti také na text *„Protilátky po prodělané infekci poskytují dostatečnou a dlouhodobou ochranu proti onemocnění COVID-19“* uveřejněný dne 28. 7. 2021 na webových stránkách Zdravotního ústavu se sídlem v Ostravě (<https://zuova.cz/Home/Clanek/protilatky-po-prodelane-infekci-poskytuji-dostatecnou-a-dlouhodobou-ochranu-proti-onemocneni-covid-19>). Navrhovatel zdůraznil, že tento text dospěl mimo jiné k závěru, že *„stanovení protilátek proti koronaviru je spolehlivou metodou prokazující prodělanou infekci SARS-CoV-2. Protilátky se vyskytují v krvi po velmi dlouhou dobu (minimálně 10 měsíců) a jsou schopné nás ochránit při opakovaném kontaktu s infekcí natolik, že případná (a velmi vzácná) reinfekce bude mít ve většině případů mírný průběh nebo proběhne asymptomaticky. Využití běžně dostupných metod pro diagnostiku protilátek zcela spolehlivě predikuje výsledky virus neutralizačního testu, který je dle ECDC zlatým standardem stanovení imunity. Domníváme se, že na základě stále většího počtu důkazů je třeba akceptovat, že přirozeně navozená imunita po prodělané infekci zajišťuje dlouhodobou ochranu a lidé po infekci mají stejně významný podíl na zajištění kolektivní imunity jako lidé očkováni.“*

[55] S ohledem na východiska a specifika přezkumu mimořádných opatření odpůrce [viz část VI.1.b) tohoto rozsudku] je třeba konstatovat, že odpůrce v případě protilátek vycházel z doporučení FDA a ECDC, která v řízení před soudem doplnil ještě doporučením AACC. Zdravotní ústav se sídlem v Ostravě, při veškerém respektu k němu, nemůže být považován za srovnatelnou odbornou autoritu. Nebyla tak relevantně vyvrácena východiska odpůrce, pokud jde o postavení osob s naměřenými protilátkami a osob, které jsou očkovány nebo prodělaly onemocnění covid-19. NSS k citovanému textu Zdravotního ústavu se sídlem v Ostravě navíc poznamenává, že navrhovatel doložil,

pokračování

že prodělal onemocnění covid-19 v období od 5. 10. 2020 do 20. 10. 2020, tedy více než 10 měsíců před vydáním napadeného mimořádného opatření.

[56] Výše uvedené tedy dává odpověď na otázku, zda lze srovnávat postavení osob, u nichž jsou „pouze“ prokázány protilátky proti viru SARS-CoV-2, s osobami, které nemoc prodělaly či s osobami vakcinovaným. V případě osob, u nichž byly „pouze“ prokázány protilátky, totiž s ohledem na aktuální stav vědeckého poznání nelze bez dalšího předpokládat existenci imunity proti onemocnění covid-19 v tom smyslu, jak z ní vychází odpůrce v napadeném opatření a jak je popsán v tomto rozsudku výše (viz bod [51] tohoto rozsudku).

VI.4 Srovnání postavení osob, které prodělaly onemocnění covid-19, s osobami očkovánými

[57] Jak již bylo výše zmíněno, spor v nynější věci se s ohledem na argumentaci uplatněnou v návrhu a zejména zdůrazněnou při jednání u soudu, týká též zákonnosti favorizace osob očkováných proti onemocnění covid-19 oproti osobám, které sice prodělaly toto onemocnění, ale stalo se tak před více než 180 dny. Lze dodat, že návrhovač i v této souvislosti poukazuje na to, že má stále laboratorně naměřené protilátky proti danému onemocnění. Jak již nicméně soud výše vysvětlil, je nutno důsledně rozlišovat mezi protilátkami a imunitou proti dané nemoci. Předmětem dalších úvah soudu tedy bude porovnání postavení osob, které prodělaly onemocnění covid-19, s osobami očkovánými. Jde vlastně o posouzení srovnatelnosti imunity (obranyschopnosti organismu) vůči onemocnění covid-19 získané různými způsoby. Imunita může mít na jedné straně podobu imunity tzv. postinfekční (tedy ochrany po prodělané nemoci), a na druhé straně podobu imunity tzv. postvakcinační (tedy ochrany po dokončeném očkování dle očkovacího schématu příslušné vakcíny proti nemoci covid-19). Lze dodat, že v úvahu samozřejmě přichází i kombinace obojího (odpůrcem zmiňovaná tzv. hybridní imunita). Návrhovač má v dané věci za to, že u něj přetrvává imunita postinfekční, přičemž je z hlediska regulace nyní napadeným mimořádným opatřením znevýhodněn oproti osobám s imunitou postvakcinační.

[58] Soud připomíná, že odpůrce i v odůvodnění nyní napadeného opatření imunitu postinfekční respektuje a pro účely napadeného opatření ji staví na roveň imunitě postvakcinační. Činí tak nicméně pouze po dobu 180 dnů od provedení testu na přítomnost viru SARS-CoV-2, po kterou zakládá u takových osob tzv. fikci bezinfekčnosti. Návrhovač má nicméně za to, že by měl být postaven na roveň osobám očkováným i po uplynutí uvedené lhůty, má-li stále dostatečné protilátky proti uvedenému onemocnění.

[59] Podle odpůrce se o diskriminaci v dané věci nejedná. Zdůrazňuje zejména odlišnou povahu imunity postinfekční na straně jedné a postvakcinační na straně druhé. Za užití určité míry zjednodušení lze imunitu postvakcinační označit pohledem odpůrce za imunitu řízenou, která je vyvolána definovaným množstvím imunizující látky a zároveň představuje výrazně bezpečnější cestu nabuzení imunity. Oproti tomu v případě prodělané nemoci není podle odpůrce zřejmé, jaká imunitní reakce byla vyvolána. NSS v tomto ohledu dodává, že odpůrce nijak neskrývá svůj postoj spočívající v preferování řešení pandemie nemoci covid-19 „umělou“ cestou, tedy právě prostřednictvím vakcinace, oproti

přirozené imunizaci společnosti. Právě tato východiska, na nichž je postoj odpůrce vystavěn, je třeba podrobit přezkumu z hlediska navrhovatelem uplatněné argumentace a jím předložených důkazů. Z pohledu NSS je tedy především podstatné zodpovědět otázku, zda lze osobu navrhovatele považovat za osobu ve srovnatelném postavení jako osobu vakcinovanou (u níž není prokázáno, že nemoc covid-19 prodělala). Lze dodat, že srovnatelnost postavení navrhovatele a osob vakcinovaných se z hlediska onemocnění covid-19 nemusí týkat jen otázky, zda se mohou nemocí znovu nakazit, ale může se týkat i toho, zda a v jakém rozsahu mohou nemoc šířit, jak vážný u nich může být v případě reinfekce její průběh, případně jak dlouho ochrana organismu trvá (kdy dochází ke ztrátě imunity). Odpůrce v napadeném opatření vyšel z toho, že imunita postinfekční je dána pouze po omezenou dobu (tzv. fikce bezinfekčnosti), v případě imunity postvakcinační předpokládal její dlouhodobost.

[60] Jak již soud uvedl v kapitole VI.1.b) tohoto rozsudku, bez jednoznačných vědeckých poznatků nemůže jeho role spočívat v určení, zda v případě onemocnění covid-19 je kvalitnější či dlouhodobější imunita postinfekční, či postvakcinační. Pokud existují v době vydání opatření různé obdobně relevantní vědecké poznatky, pak lze v obecné rovině říci, že je odpovědností odpůrce, které z nich vezme za základ svého opatření. Za této situace je v nynější věci úkolem soudu zhodnocení toho, zda se osoba po prodělání daného onemocnění (stejně jako navrhovatel před déle než 180 dny) nachází ve srovnatelném postavení jako osoba proti danému onemocnění očkována, jak plyne z výše popsaného diskriminačního testu vycházejícího z citované judikatury Ústavního soudu. NSS v tomto ohledu dospěl k závěru, že se o stejné situace nejedná, přičemž skutečnost, že odpůrce favorizuje imunitu postvakcinační, má svůj odraz v odůvodnění napadeného opatření, resp. v podkladech a východiscích, které se navrhovateli nepodařilo vyvrátit.

[61] Jde-li o imunitu postinfekční, vychází napadené mimořádné opatření (jak již bylo výše uvedeno) z tzv. fikce bezinfekčnosti trvající 180 dní od prvního pozitivního testu. Toto východisko má, pokud jde o délku trvání takové fikce, alespoň základní oporu též v odůvodnění napadeného opatření. Vedle zvláštní části odůvodnění týkající se zmiňované fikce (viz str. 28 odůvodnění) i obecná část odůvodnění předpokládá vyšší míru pravděpodobnosti ochrany po prodělané nemoci jen po dobu 5-7 měsíců (viz str. 12 odůvodnění včetně odkazu 9 na zprávu ECDC zmiňovanou již v bodě [51] tohoto rozsudku, která se trváním postinfekční imunity taktéž zabývá). Tomu, že imunita po prodělané nemoci je časově omezená, pak přisvědčují i odborné studie předložené odpůrcem v řízení před soudem, tedy především již zmiňovaná tzv. dánská studie (jež byla známa již v době vydání napadeného opatření). K témuž závěru směřuje i již výše taktéž zmiňované sdělení ECDC (viz bod [23] tohoto rozsudku), byť zde je třeba připustit, že to bylo soudu předloženo ve znění dle aktualizace k 8. 9. 2021, tedy k datu po vydání napadeného opatření. Není tak jasné, jak znělo ke dni vydání napadeného opatření. Podstatné však je, že již tzv. dánská studie a dřívější zpráva ECDC vycházely z omezené doby trvání postinfekční imunity.

[62] Navrhovatel své důkazní návrhy (i související argumentaci) během jednání před soudem zaměřil především na to, že ochrana poskytovaná očkováním v čase klesá, čehož si odpůrce již v době vydání napadeného opatření musel být vědom. V návaznosti

pokračování

na to navrhovatel hodlal také dokázat, že by se na něj mělo hledět jako na osobu, která by ve smyslu napadené části opatření měla mít výjimku (shodně jako osoby očkované).

[63] Jak již NSS výše přdestřel [viz část VI.1.b) tohoto rozsudku], s ohledem na specifika přezkumu mimořádných opatření odpůrce (včetně odborných závěrů) je především na navrhovateli, aby svými argumenty postoje odpůrce relevantním způsobem vyvrátil. Je tedy třeba, aby přdestřel dostatečně silné argumenty, případně předložil podklady (obsahem i formou) takové odborné úrovně, že budou s to vyvrátit podklady, z nichž vycházel odpůrce (a to podklady relevantní v době vydání napadeného opatření). Z uvedených důvodů NSS v nynější věci neprováděl dokazování navrhovatelem označenými odkazy na články či rozhovory na informačních webech (www.seznamzpravy.cz, www.irozhlas.cz či www.novinky.cz). Jednalo se o stručné publicistické články či rozhovory, které ze své podstaty nemohou v dané věci naplnit výše vymezené předpoklady, tedy zpochybnit odbornou povahu vyslovených závěrů a vést k případnému vyslovení nezákonnosti napadeného mimořádného opatření. Dále z hlediska časového NSS pro nadbytečnost neprováděl dokazování ani navrhovatelem předloženými odkazy na údaje publikované odpůrcem prostřednictvím sociálně sítě Twitter (statistiky související s onemocněním covid-19 datované dnem 1. 10. 2021, resp. z 5. 10. 2021, zatímco napadené opatření je již z 26. 8. 2021). Ze stejného důvodu pak relevantní pro danou věc nemůže být ani poukaz navrhovatele na aktuální podmínky stanovené pro příjezd do Chorvatska (jež navrhovatel připomněl při jednání u soudu).

[64] Předložil-li navrhovatel soudu shora již zmíněnou tzv. izraelskou studii (<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.08.24.21262415v1>), je třeba připustit, že tato studie mimo jiné dovozuje, že „přirozená imunita“ zajišťuje dlouhodobější a silnější ochranu proti infekci, symptomatickému průběhu onemocnění a hospitalizaci způsobené delta variantou viru SARS-CoV-2 oproti imunitě vzniklé na základě podání dvoudávkové vakcíny vakcínou BNT162b2 (BioNTech Pfizer). V tomto směru je však nutno upozornit na to, že výsledky této studie jsou jí samou pro tuto chvíli do značné míry relativizovány. Studie v samém úvodu upozorňuje, že neprošla oponentním posouzením („has not been peer-reviewed“) a dále upozorňuje na své nedostatečné vyhodnocení a tudíž na nevhodnost pro klinickou praxi („It reports new medical research that has yet to be evaluated and so should not be used to guide clinical practice“). Nad rámec této zásadní skutečnosti je také třeba poukázat i na datum jejího uveřejnění. K němu došlo 25. 8. 2021, přičemž napadené opatření je z 26. 8. 2021. Po odpůrci jistě nelze požadovat, aby každý den sledoval, zda v některém z významnějších vědeckých časopisů nebyla právě publikována nová studie, kterou by měl zohlednit.

[65] I v případě další navrhovatelem předložené studie (publikované v odborném časopisu The Lancet) „Effectiveness of mRNA BNT162b2 COVID-19 vaccine up to 6 months in a large integrated health system in the USA: a retrospective cohort study“ ([https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(21\)02183-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)02183-8/fulltext)) je třeba v prvé řadě upozornit na to, že byla uveřejněna až 4. 10. 2021, tedy vůbec nelze vytýkat odpůrci, že na závěry z ní plynoucí v rámci napadeného opatření nereagoval. V návaznosti na tuto studii ještě navrhovatel ve svém podání shrnujícím navrhované důkazy citoval z webových stránek Centers for Disease Control and Prevention (CDC), a to k otázce, zda očkované osoby mohou šířit onemocnění covid-19. K této citaci

však nepřipojil odkaz, na základě kterého by mohl soud ověřit originál citace. Lze nicméně poukázat na to, že odpůrce ve svých vyjádřeních samotnou skutečnost, že by i očkování jedinci mohli šířit onemocnění covid-19, nezpochybňoval.

[66] Stejně tak v případě navrhovatelem předloženého článku *„Impact of Delta on viral burden and vaccine effectiveness against new SARS-CoV-2 infections in the UK“* (<https://www.medicalnewstoday.com/articles/delta-infection-unvaccinated-and-vaccinated-people-have-similar-levels-of-virus#Similar-peak-viral-levels>) nezbyvá, než poukázat na to, že je datován stejným dnem, v němž bylo vydáno napadené mimořádné opatření (tedy 26. 8. 2021). Navíc tento článek sice s odkazem na jím citovanou studii vychází z toho, že u varianty delta má covid-19 vyskytující se navzdory kterékoli ze zkoumaných vakcín podobný vrchol virové zátěže jako u neočkovaných jedinců (*„with Delta, those infections occurring despite either vaccine have similar peak viral burden to those in unvaccinated individuals“*). Současně ale zdůrazňuje důvodnost snahy naočkovat co největší možnou část populace, jelikož neočkovaní jedinci nemusí být chráněni tak zásadním snížením přenosu mezi imunizovanou populací, jak je vidět u jiných infekcí (*„It further argues for vaccinating as many of the population as possible, since those not vaccinated may not be protected by as substantial reductions in transmission among the immunised population as seen other infections, making herd immunity likely unachievable for emerging variants and requiring efforts to protect individuals themselves“*).

[67] V případě navrhovatelem předložené odborné zprávy vypracované (za stejným účelem stejným objednatelem jako v případě shora již uvedené odborné zprávy RNDr. Krátké) dne 15. 5. 2021 RNDr. Jiřím Šinkorou, Ph.D., pak navrhovatel zdůraznil její část, z níž se podává, že *„Publikace mnoha vědeckých týmů ukazují, že imunita získaná infekcí SARS Cov-2 přetrvává nejméně 8 měsíců. Takto lze extrapolací předpokládat, že za dva roky to bude 24 měsíců. Bylo prokázáno, že imunita proti SARS byla dostatečná 3 roky po infekci. Imunita proti koronavirům musí být celoživotní v případě, že se s daným druhem setkáváme opakovaně.“* V tomto směru však NSS nemohl přehlédnout, že k uvedenému závěru citovaná zpráva vzápětí výslovně dodává, že *„k tomu není potřeba uvádět žádné publikace. Stačí středně kvalitní znalosti imunologie“*. Pokud se výše uvedené mezinárodně uznávané autority i odpůrcem předložené studie v době vydání napadeného opatření přidržovaly závěru, že imunitu po prodělané nemoci covid-19 lze s vysokou mírou pravděpodobnosti předpokládat prozatím pouze po omezenou dobu (5-7 měsíců), pak vyjádření jednoho vědce dospívající k odlišnému názoru nemůže vyvrátit východiska, na nichž je postaveno odůvodnění napadeného mimořádného opatření.

[68] Jistě se může jevit problematickým postup odpůrce, který v případě nedostatku dat o dlouhodobosti imunity postvakcinační zvolil časově neomezenou výjimku dle napadeného mimořádného opatření, zatímco v případě osob s imunitou postinfekční dobu trvání výjimky určil. Soud však má za to, že s ohledem na výše vymezený rozdíl mezi oběma podobami imunity a podklady, které měl odpůrce v době vydání napadeného opatření k dispozici, ani tato skutečnost nemůže vést k závěru o nezákonnosti napadeného opatření.

[69] NSS si je vědom toho, že i u imunity postvakcinační nyní již zcela nepochybně vyvstaly pochybnosti (navrhovatel je doložil a odpůrce při jednání u soudu nezpochybnil)

pokračování

o tom, že ani tato imunita nemusí být ve všech případech dlouhodobá. Soud nicméně v této souvislosti neshledává nic nelogického na argumentaci odpůrce, který danou situaci vysvětlil s poukazem na předpoklady dlouhodobosti postvakcinační imunity (existující době vydání nyní přezkoumávaného opatření), které byly zpochybněny až v období po vydání nyní napadeného opatření (a období následujícím), mimo jiné v souvislosti s variantou delta daného viru. Je ostatně všeobecně známou skutečností, že k prvním očkováním proti onemocnění covid-19 došlo v ČR až na přelomu roku 2020 a 2021, tedy zmiňovaná doba 9 měsíců se mohla naplnit až později. Jinak řečeno, v době vydání napadeného opatření již sice mohly být odpůrci k dispozici pochybnosti týkající se dlouhodobosti ochrany na základě vakcinace, nicméně v nynějším řízení nebylo prokázáno, že by se jednalo o pochybnosti natolik zřejmé a podložené, že by to vyžadovalo srovnatelnou úpravu imunity postvakcinační a postinfekční již v rámci nyní přezkoumávaného opatření (lze ostatně poznamenat, že i kdyby tomu tak bylo, velmi pravděpodobně by se jednalo o úpravu nikoliv ve prospěch osob po proděláním nemoci, ale naopak v neprospěch osob vakcinovaných).

[70] Odpůrce v této souvislosti v řízení před soudem odkázal i na potřebu reagovat na úpravu tzv. covid pasů s tím, že si všechny členské státy EU odsouhlasily určité parametry, přičemž lokální odchylky nelze tolerovat. Byť NSS vnímá praktický význam společných pravidel předpokládaných pro tzv. covid pasy, je k této argumentaci třeba uvést, že příslušné (a výše již zmiňované) nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2021/953 míří toliko k usnadnění volného pohybu mezi členskými státy. Zajišťuje přitom jen minimální standard společných podmínek vzájemně uznávaných členskými státy EU, které si však mohou podmínky vnitrostátní stanovit odlišně (a to dokonce včetně možnosti omezení volného pohybu, viz bod 13. preambule nařízení). Nic tedy odpůrci nebrání, aby předpoklad imunity rozšířil pro území České republiky i nad rámec minimálních standardů tzv. covid pasu. Jinak řečeno, zmíněná argumentace tzv. covid pasy sice může být důležitým příspěvkem k diskusi ohledně délky trvání imunity (ať již po očkování či prodělané nemoci), nemůže nicméně představovat východisko stěžejní.

[71] Poukázal-li navrhovatel v této souvislosti na mimořádné opatření odpůrce ze dne 25. 6. 2021, čj. MZDR 14601/2021-21/MIN/KAN, v jehož čl. I bodu 16 písm. c) se mezi podmínkami pro vstup osob do některých vnitřních a venkovních prostor pro případ osob očkováných předpokládalo, že „*od aplikace první dávky očkovací látky v případě dvoudávkového schématu podle SPC nejméně 22 dní, ale ne více než 9 měsíců, pokud byla aplikována druhá dávka ...*“), je třeba připustit, že odpůrce ani při jednání u soudu z hlediska běhu času zcela jednoznačně nedoložil, na základě jakého konkrétního podkladu došlo v navazujících opatřeních k upuštění od citované podmínky. Při jednání u soudu upozorňoval na existenci studií, na základě kterých tak v srpnu učinil, nicméně tyto studie nedoložil. Pokud jde o SPC vakcíny, ta byla předložena až při jednání soudu, přičemž zřejmě i vzhledem k tomu nebyl odpůrce schopen soudu jednoznačně ozřejmit její povahu, například na základě právních či interních předpisů příslušných orgánů (Státního ústavu pro kontrolu léčiv a Evropské lékové agentury). Soud tak nebyl schopen jednoznačně (především z hlediska časového) ověřit, zda se právě o dostatečně aktuální podklad jedná. Uvedené však samo o sobě nemůže být dostatečné ke konstatování nezákonnosti nyní přezkoumávaného mimořádného opatření.

[72] S ohledem na výše uvedené tedy NSS dospěl k závěru, že se navrhovateli nepodařilo vyvrátit východiska a podklady odpůrce, na nichž ve sporné části mimořádné opatření založil, pokud jde o srovnatelnost postavení osob po prodělaném onemocnění covid-19 a osob po vakcinaci. Není-li tedy v nyní projednávané věci dán předpoklad srovnatelného postavení obou zmíněných skupin osob, není již na místě zabývat se dalšími kroky diskriminačního testu, jak jej vymezil Ústavní soud ve výše citované judikatuře.

VI.5 Další argumentace navrhovatele

[73] Jde-li o navazující argumentaci navrhovatele, která se týkala otázky plošného testování, je třeba uvést, že ve vztahu k této otázce v průběhu řízení (včetně ústních jednání) svoje argumenty neupřesnil, ani nenavrhoval provedení dokazování. V tomto směru především není zřejmé, jaké „plošné“ testování má s ohledem na napadenou část mimořádného opatření navrhovatel na mysli. Napadené opatření v dané části totiž nepředpokládá testování ve smyslu plošného ověřování bezinfekčnosti určitých skupin osob, ale toliko umožňuje doložení (prokázání) bezinfekčnosti jako podmínky pro vstup do vnitřních či vnějších prostor, resp. účasti na hromadných akcích, právě také prostřednictvím negativního testu, a to těm, kteří nesplňují podmínky jiné. Pokud v této souvislosti navrhovatel poukazuje na počet osob očkováných a osob, které již nemoc prodělaly (i v tomto ohledu zmiňuje své znevýhodnění), lze odkázat na předchozí části odůvodnění tohoto rozsudku, kde se již soud tvrzeným znevýhodněním některých skupin osob (i navrhovatele) v důsledku regulace plynoucí z napadeného opatření věnoval. Ani v tomto ohledu navíc navrhovatel dostatečně nerozlišuje mezi osobami, u nichž je dána tzv. fikce bezinfekčnosti (po dobu 180 dnů od zachytu onemocnění) a osobami, které se s nemocí již „potkaly“. Lze dodat, že odůvodnění nyní napadeného mimořádného opatření v souvislosti s testováním poukazuje na oprávněnost podmínky testování plynoucí z předchozí judikatury NSS, přičemž odůvodnění opatření je též postaveno na „řízení rozvolňování“ omezení. Předpokládá tedy prokazování bezinfekčnosti (i prostřednictvím testování) „aby byly i nadále zachovány mechanismy minimalizující riziko vzniku významných ohnisek nákazy s potenciálem dalšího šíření“. Takové vysvětlení považuje NSS za logické a srozumitelné, přičemž ani námitky navrhovatele, které navíc mají spíše obecnou povahu a upozorňují na ekonomické a další (neprávní) důsledky plynoucí z provádění testování, nejsou s to zpochybnit zákonnost napadeného opatření. Ostatně pokud by měla být zpochybněna možnost doložit bezinfekčnost prostřednictvím testování, *ad absurdum* by to muselo vést buď ke zrušení jakéhokoliv prokazování bezinfekčnosti (tedy včetně očkování či dokladu o prodělaní nemoci) nebo by to naopak vyloučilo možnost osob, u kterých není dán předpoklad imunity, účastnit se hromadných akcí a využívat služeb.

[74] Pokud navrhovatel při jednání u soudu poukázal na § 46 odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví týkající se povinnosti podrobit se před očkováním vyšetření stavu imunity, bez něhož by tedy podle navrhovatele nemělo být prováděno ani očkování proti onemocnění covid-19, jedná o zcela nový návrhový bod, který nebyl uplatněn již v návrhu samotném, tedy je nepřipustný (§ 101b odst. 2 s. ř. s.).

pokračování

VII. Závěr a náklady řízení

[75] NSS s ohledem na výše uvedené neshledal žádný z uplatněných návrhových bodů důvodným, a proto návrh zamítl (§ 101d odst. 2 věta druhá s. ř. s.).

[76] Soud nicméně považuje za nutné závěrem zdůraznit (a to ve vztahu k oběma výše vymezeným základním sporným otázkám), že nikterak nepředjímá, zda důvody, na nichž odpůrce založil nyní napadené mimořádné opatření, mohou v budoucnu obstát, či nikoliv. Jak totiž mimo jiné plyne z podkladů předložených v tomto řízení, pokles postvakcinační imunity skutečně nastává, a to především u rizikových (věkově starších) skupin obyvatel. Není ostatně ani vyloučeno, že další (stále ještě probíhající) studie mohou dospět k závěru, že imunita postinfekční se skutečně ukáže kvalitnější či dokonce dlouhodobější než imunita postvakcinační. Rozlišování mezi osobami, které onemocnění prodělaly a které byly očkovány, musí být prováděno v rozsahu odpovídajícímu vědeckému poznání. Tento rozsudek tedy nelze chápat jako definitivní posouzení otázky srovnatelnosti postavení osob po prodělaném onemocnění covid-19 a osob očkových (což platí i pro otázku srovnatelnosti postavení osob „pouze“ s naměřenými protilátkami proti onemocnění covid-19). Je zjevné, že vědecké poznání v této oblasti bude i nadále procházet vývojem. Toto rozhodnutí především nezabývá odpůrce povinnosti sledovat aktuální vývoj vědeckého poznání, aktualizovat dostupné podklady a řádně odůvodňovat vydávaná mimořádná opatření tak, aby nevznikaly zbytečné pochybnosti o tom, zda nedochází k nedůvodnému rozlišování mezi výše vymezenými jednotlivými skupinami osob.

[77] O náhradě nákladů řízení NSS rozhodl podle § 60 odst. 1 věty první a odst. 5 s. ř. s. Odpůrce měl ve věci plný úspěch, neboť ten se posuzuje podle osudu napadeného opatření obecné povahy (jeho části). Navrhovatel nebyl ve věci úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Stejně tak nemá toto právo ani osoba zúčastněná na řízení, neboť jí nevznikly žádné náklady v souvislosti s plněním povinnosti uložené soudem. Odpůrci, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení svědčilo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť mu v řízení žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti nevznikly (ani žádné nepožadoval).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 20. října 2021

Milan Podhrázký
předseda senátu