



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Zdeňka Kühna, soudce Ondřeje Mrákoty a soudkyně Michaely Bejčkové v právní věci žalobce: **Mgr. L. H.**, proti žalovanému: **Ministerstvo zdravotnictví**, Palackého náměstí 375/4, Praha 2 – Nové Město, ve věci ochrany proti nečinnosti žalovaného, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 21. 12. 2021, čj. 18 A 90/2021-30,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á**.
- II. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

[1] Žalobce (stěžovatel) žádal Ministerstvo zdravotnictví o vydání potvrzení o bezinfekčnosti na onemocnění COVID-19 „*s platností na území České republiky a Evropské unie*“. Stěžovatel dle vlastních slov prodělal COVID-19 na přelomu ledna a února 2021 a poté si v březnu a červenci nechal udělat **testy na protilátky**. Test na samotné onemocnění neabsolvoval. Ministerstvo na tuto žádost nijak nereagovalo a nevydalo o ní žádné rozhodnutí či osvědčení. Stěžovatel tak podal stížnost na nečinnost, na kterou ministerstvo také nereagovalo.

[2] Stěžovatel se proto obrátil na Městský soud v Praze s žalobou na ochranu proti nečinnosti. Soud žalobu zamítl. Stěžovatel se totiž nedomáhá vydání digitálního certifikátu tzv. EU COVID vydaného podle nařízení EU 2021/953*, ale nějakého jiného

* Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2021/953 ze dne 14. června 2021 o rámci pro vydávání, ověřování a uznávání interoperabilních certifikátů o očkování, o testu a o zotavení v souvislosti s

(blíže neurčeného) potvrzení o bezinfekčnosti, založeného na zjištěné hodnotě protilátek, které by používal v Česku a v Evropské unii. Žalovaný však nemá pravomoc takové potvrzení vydat. Toto potvrzení nezná ani zákon č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, ani nařízení 2021/953. Jelikož žalovaný nemá možnost kýžené potvrzení vydat, pak nemohl být ani nečinný.

[3] Stěžovatel podal proti rozsudku městského soudu kasační stížnost. V ní opakuje, že městský soud se dopustil chyby, když nevyplnil mezeru v právu analogií. Jelikož žalovaný umí vydávat potvrzení v jiných oblastech zdravotnictví, měl městský soud pomocí ústavněkonformního výkladu dovodit, že to dokáže i v případě bezinfekčnosti na COVID-19. Městský soud tak měl „doplnit svým právním posouzením chybějící zákonnou úpravu“. Toto doplnění zákona měl soud udělat potom, co by se zamyslel nad tím, zda má člověk s dostatečnou hladinou protilátek stejné postavení jako očkovaný nebo ten, kdo nemoc prodělal v posledních 180 dnech. V reakci na vyjádření žalovaného stěžovatel znovu připomněl, že mu nejde o vydání EU COVID certifikátu, ale o „potvrzení o bezinfekčnosti dle práva České republiky“.

[4] Žalovaný navrhuje kasační stížnost zamítnout.

[5] Kasační stížnost není důvodná.

[6] Celá kasační stížnost směřuje k tomu, že městský soud měl dotvořit právo tak, aby dal Ministerstvu zdravotnictví pravomoc vydávat nové, právem nepředvídané potvrzení o bezinfekčnosti na COVID-19. Státní orgány však mohou jednat pouze v mezích a na základě zákona (čl. 2 odst. 3 Ústavy, čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod). Městský soud proto nemohl žalovanému takovou pravomoc „dotvořit“.

[7] Aby vůbec bylo možné uvažovat o vyplnění mezery v zákoně, musí se jednat o mezeru, kterou zákonodárce či jiný normotvůrce vytvořil neúmyslně a která vyvolává problematické či dokonce protiústavní dopady. Otázky, které z nějakých seznatelných a legitimních důvodů normotvůrce nechce upravit, nedávají ani soudům prostor k vyplnění [nález ze dne 27. 3. 2014, sp. zn. III. ÚS 2264/13 (N 47/72 SbNU 531), bod 17, shodně rozsudek NSS ze dne 28. 7. 2016, čj. 9 As 69/2016-31, bod 26].

[8] Až pokud je identifikována nezamýšlená mezera v právu, je možné použít mj. též analogii. Používání analogie ve veřejném (a tedy i správním) právu má pevně stanovená pravidla. Její užití by mělo být výjimkou, nikoli pravidlem [blíže k tomu např. nálezy ze dne 26. 4. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 21/04 (N 90/37 SbNU 241; 240/2005 Sb.), či ze dne 13. 6. 2019, sp. zn. II. ÚS 1534/18 (N 113/94 SbNU 346), bod 37].

[9] Že právo nepamatuje na takové potvrzení, které chce stěžovatel, není žádná náhoda, ale naopak záměr normotvůrce. Nelze proto ani uvažovat o použití analogie. Žalovaný v odůvodnění mimořádných opatření vysvětloval, proč je nutné k očkovaným a testovaným osobám přistupovat jinak než k těm osobám, které mají pouze test na protilátky. Testy na protilátky nemají mj. standardizované postupy měření, existuje

pokračování

u nich vysoká falešná pozitivita nebo naopak mohou značit akutní probíhající infekci. Neexistuje ani vědecká shoda na tom, kdy je tento výsledek ještě reprezentativní (v podrobnostech lze odkázat na rozsudek ze dne 20. 10. 2021, čj. 8 Ao 22/2021 - 183, *uznávání protilátek III*, č. 4283/2022 Sb. NSS, části VI.2 a VI.3, konkrétně pak bod 51). Žalovaný i v případě řešení ve věci 8 Ao 22/2021 zvolil obdobné odůvodnění, jako v mimořádném opatření platném v době, kdy se potvrzení domáhal stěžovatel. Toto odůvodnění bylo dostatečné a ospravedlňovalo vyloučení testů na protilátky. Na to správně stěžovatele odkazoval již městský soud v bodě 16 napadeného rozsudku.

[10] Stěžovatel v podáních opakovaně uvádí, že nemá zájem o vydání certifikátu EU COVID, nicméně se v argumentaci vrací ke shora zmíněnému nařízení (EU) 2021/953. I z něj je nicméně patrné, že záměrně vynechává možnost vydání certifikátu na základě naměřených protilátek. Čl. 3 odst. 1 nařízení stanoví, že certifikát lze vydat na základě očkování, provedeního testu, nebo zotavení po pozitivním testu. Testování na protilátky je z tohoto výčtu vynecháno a v čl. 7 odst. 4 se pak lze dočíst, že v budoucnu může Evropská komise přistoupit k zavedení těchto certifikátů na základě pokročilých vědeckých zjištění. K tomuto kroku nicméně Evropská komise doposud nepřistoupila. I na to stěžovatele městský soud upozorňoval (bod 15 rozsudku). Na tom nic nemění ani čl. 16 bod 1 písm. b) nařízení, které pouze říká, že Rada a Evropský parlament si mohou vyžádat zprávy o vědeckém pokroku v oblasti testů na protilátky a jejich *potenciálním využití v budoucnosti*. Takový certifikát ale v tuto chvíli právo EU nezná.

[11] Městský soud tak rozhodl správně.

[12] S ohledem na výše uvedené NSS zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 věta poslední s. ř. s.).

[13] O náhradě nákladů řízení rozhodl podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť ve věci neměl úspěch; žalovanému náklady řízení nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 20. července 2022

Zdeněk Kühn
předseda senátu