



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudkyň Mgr. Evy Šonkové a Mgr. Sylvy Šiškeové v právní věci navrhovatelů: a) **M. M.**, b) **J. Ž., DiS.**, oba zast. Mgr. Davidem Zahumenským, advokátem se sídlem třída Kpt. Jaroše 1922/3, Brno, proti odpůrci: **Ministerstvo zdravotnictví**, se sídlem Palackého náměstí 375/4, Praha 2, o návrhu na zrušení opatření obecné povahy odpůrce ze dne 20. 11. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-28/MIN/KAN,

t a k t o :

- I. Návrh na zrušení čl. I bod 17 mimořádného opatření Ministerstva zdravotnictví ze dne 20. 11. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-28/MIN/KAN, **s e z a m í t á .**
- II. Navrhovatelé **n e m a j í** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Odpůrci **s e** náhrada nákladů řízení **n e p ř i z n á v á .**

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Navrhovatelé se návrhem na zrušení opatření obecné povahy podaným dne 20. 11. 2021 u Nejvyššího správního soudu (dále též „NSS“) domáhají zrušení, případně deklarace nezákonnosti mimořádného opatření odpůrce ze dne 20. 11. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-28/MIN/KAN (dále jen „mimořádné opatření“), a to v části I bodu 17. Toto mimořádné opatření bylo vydáno k ochraně obyvatelstva před dalším rozšířením onemocnění covid-19 na základě § 69 odst. 1 písm. i) a odst. 2 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů, v rozhodném znění (dále jen „zákon o ochraně veřejného zdraví“), a § 2 odst. 2 písm. b) až e) a písm. i) zákona

č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19 a o změně některých souvisejících zákonů, v rozhodném znění (dále jen „pandemický zákon“).

[2] Mimořádné opatření stanovilo s účinností od 22. 11. 2021 od 00:00 hod. podmínky pro vstup osob do některých vnitřních a venkovních prostor a pro účast na hromadných akcích nebo na jiných činnostech; jednou z nich bylo naplnění požadavku tzv. bezinfekčnosti dle části I bodu 17 mimořádného opatření. Ten vyžadoval a) absolvování RT-PCR vyšetření na přítomnost viru SARS-CoV-2 s negativním výsledkem nejdéle před 72 hodinami, jde-li o i) osobu do dovršení 18 let věku, ii) osobu, která se nemůže podrobit očkování proti onemocnění covid-19 pro kontraindikaci, nebo iii) osobu tzv. rozočkovanou; b) uplynutí nejméně 14 dní od dokončeného očkovacího schématu schváleným léčivým přípravkem; nebo c) prodělání laboratorně potvrzeného onemocnění covid-19, jestliže uplynula doba izolace a od prvního pozitivního testu neuplynulo více než 180 dní.

[3] Napadené mimořádné opatření bylo zrušeno mimořádným opatřením odpůrce ze dne 26. 11. 2021, č. j. MZDR 14601/2021-29/MIN/KAN, a to s účinností od 26. 11. 2021 od 18:00 hodin.

II. Návrh, vyjádření odpůrce, další vyjádření navrhovatelů

II. 1 Návrh na zrušení mimořádného opatření

[4] Ke své aktivní legitimaci k podání návrhu navrhovatel a) uvádí, že prodělal covid-19 zřejmě na přelomu října a listopadu 2020 a dne 1. 12. 2020 měl pozitivní test na protilátky, přičemž toto testování pravidelně opakuje, vždy s kladným výsledkem. Dne 21. 10. 2021 si nechal vyšetřit i buněčnou imunitu s výsledkem 520,34 mlU/ml, přičemž hraniční mez je 100-200 mlU/ml a hodnota nad 200 mlU/ml je jednoznačně pozitivní nález a potvrzení imunity proti viru SARS-CoV-2. Ze zprávy laboratoře plyne, že mu vyšly pozitivní všechny tři cíle viru SARS-CoV-2 [NP-nucleocapsid protein, RBD-receptor binding domain, S1-Spike protein 1]. Navrhovatel a) považuje imunitu po prodělaném onemocnění za komplexnější, než je imunita po očkování, neboť současné vakcíny jsou zaměřeny pouze proti Spike proteinu. Navrhovatel a) se proto cítí být diskriminován odlišným zacházením. Zatímco osoby, u nichž se pouze předpokládá odolnost vůči onemocnění na základě očkování nebo pozitivního RT-PCR testu, se nemusí podrobovat testování, navrhovatel se testovat musí, přestože má opakovaná potvrzení o přítomnosti protilátek i T-buněčné imunity. Přitom např. Švýcarsko průkaz o pozitivním nálezu protilátek uznává po dobu tří měsíců.

[5] Navrhovatel b) tvrdí, že s celou svou rodinou prodělal onemocnění covid-19 na sklonku roku 2020 a z dostupných informací považuje za prokázané, že osoby, které prodělaly onemocnění a nejsou očkovány, nezatěžují svou hospitalizací nemocnice, neboť jejich imunita je mnohem robustnější a trvalejší než po očkování. Pokud jsou očkováni lidé vedeni jako bezinfekční bez časového limitu, pak i on se svou rodinou chce být takto veden.

pokračování

[6] Oba navrhovatelé jsou názoru, že napadené opatření zasahuje závažným způsobem do jejich práva na svobodu pohybu a na ochranu soukromí, neboť nemohou využít celé řady služeb a společenského působení a jsou nuceni podstoupit RT-PCR test přesto, že mají doloženou imunitu buď testem buněčné imunity, nebo proděláním onemocnění. Svou procesní legitimaci proto považují za danou v souladu s rozhodnutími tohoto soudu č. j. 6 Ao 21/2021-23, či č. j. 8 Ao 22/2021-183.

[7] V konkrétních důvodech návrhu stěžovatelé vycházejí z ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu k naplnění pěti kroků přezkumného algoritmu opatření obecné povahy. Považují se za osoby nedůvodně znevýhodněné proti osobám očkovaným, které nejsou zatíženy žádnou lhůtou, po níž by byly považovány za bezinfekční, přesto, že podle odborných studií i jejich imunita v čase klesá. Navrhovatelé poukazují opět na rozsudek NSS sp. zn. 6 Ao 21/2021, který postup odpůrce spočívající v nezahrnutí laboratorního vyšetření na protilátky mezi podmínky vstupu do některých prostor či k účasti na hromadných akcích bez řádného zdůvodnění označil za libovůli a diskriminaci. Osoby s naměřenými protilátkami uznal za splňující cíl sledovaný mimořádným opatřením dokonce průkazněji než osoby vyléčené či očkované. Evropské centrum pro prevenci nemocí (ECDC), které je největší evropskou autoritou, vydalo v říjnu 2021 doporučení, aby indikace pro testování nerozlišovala mezi očkovanými a neočkovanými jedinci; odpůrce sám přitom na jeho doporučení často odkazuje.

[8] Všeobecně uznávanou alternativou očkování je imunita získaná proděláním onemocnění. Zákon o ochraně veřejného zdraví také v § 46 odst. 2 uvádí, že pravidelné a zvláštní očkování se neprovede při zjištění imunity vůči infekci. Imunolog Karel Drbal v pořadu Události Komentáře, ČT 24, 12. 11. 2021, 22:00 hod., uvedl, že vakcíny nebyly konstruovány tak, aby zabránily šíření viru; ten tedy mohou šířit i očkovaní. Velká izraelská studie *Comparing SARS-CoV-2 natural immunity to vaccine-induced immunity: reinfections versus breakthrough infections* (dále jen „izraelská studie“) ze srpna 2021 srovnávala plně očkované osoby s osobami, které onemocnění prodělaly a s osobami, které dostaly jednu dávku vakcíny; výsledkem bylo, že přirozená imunita je mnohem silnější. Stejně tak na stránkách Českého zdravotního ústavu byl zveřejněn článek se závěrem, že stanovení protilátek proti koronaviru je spolehlivou metodou, přičemž protilátky se v krvi vyskytují minimálně 10 měsíců po proděláním onemocnění a případná vzácná reinfekce bude mít velmi mírný průběh. Stejně závěry vyplývají z rozhovoru s imunologem Vojtěchem Thonem provádějícím studii PROSECO, či ze studie českého odborníka Petráše zveřejněné v září 2021. K tomu dále navrhovatelé odkazují na zprávu ze dne 25. 10. 2021 předloženou Státním zdravotním ústavem poslancům a senátorům; z ní citují. Účinnost vakcinace byla zkoumána v řadě zemí a z řady odborných zdrojů plyne, že její účinnost se po uplynutí pěti měsíců výrazně snižuje a že očkované osoby se mohou nakazit i nákazu šířit. Očkování má tedy malý vliv na to, jak je očkovaný člověk pro své okolí nakažlivý a očkovaní lidé jsou tak stejně riziková jako ostatní.

[9] Navrhovatelé namítají, že odpůrce si musel být těchto poznatků vědom, neboť sám ve svém mimořádném opatření ze dne 25. 6. 2021 stanovil jako podmínku pro vstup do některých vnitřních a venkovních prostor při hromadných akcích časové omezení od očkování nejméně 22 dnů a nejvíce 9 měsíců při aplikaci dvou dávek, a 14 dnů až 9

měsíců při aplikaci jedné dávky. Také bývalý ministr zdravotnictví Roman Prymula se v médiích vyjádřil, že je třeba očkovat i již naočkované osoby.

[10] Navrhovatelé tvrdí, že napadené opatření není založeno na aktuálních odborných podkladech. Opatření odkazuje na stránky ECDC, kde se však lze dočíst i to, že ochrana poskytovaná očkováním je omezena na 6 měsíců, kdežto ochrana po prodělání nemoci činí 12 měsíců; odpůrce tedy zdroj svých informací neakceptuje.

[11] Navrhovatelé požadují od soudu, aby svým rozhodnutím přispěl k rozumnému uspořádání vztahů a posoudil, zda napadené opatření je logické z hlediska své povahy a požadovaného cíle a zda omezuje své adresáty v co nejmenší míře – tedy, zda je proporcionální. Podle navrhovatelů odpůrce nepostupuje v souladu se zásadou přiměřenosti, pokud je jako osoby pravděpodobně chráněné proti reinfekci onemocnění covid-19 přirozeným proděláním nemoci znevýhodňuje proti ostatním osobám, které se podrobily dvěma dávkám očkování, případně očkováním jednorázovým schématem. Proto navrhuji, aby soud napadené opatření v rozsahu části I. bodu 17 zrušil, případně, při pozbytí účinnosti, aby vyslovil jeho nezákonnost.

[12] Návrh je doplněn řadou příloh, z nichž jsou čerpány v něm uvedené informace. Ke své osobě předložil navrhovatel a) výsledky svých laboratorních vyšetření ze dne 1. 12. 2020 a ze dne 18. 2. 2021, lékařské potvrzení ze dne 24. 2. 2021, zprávu o výsledku laboratorního vyšetření ze dne 21. 4. 2021, výsledkový list vyšetření ze dne 7. 6. 2021, zprávu o výsledku laboratorního vyšetření ze dne 7. 7. 2021, zprávy ze dne 25. a 26. 10. 2021 včetně své komunikace s laboratoří Medicínského centra Praha ohledně výsledků vyšetření z listopadu 2021, a archivní nálezy laboratoře ze dne 13. 12. 2021. Navrhovatel b) ke své osobě připojil lékařské potvrzení ze dne 15. 11. 2021 o prodělání nemoci se sdělením prvního data pozitivního RT-PCR testu dne 27. 12. 2020. Dne 18. 12. 2021 navrhovatel a) doplnil aktuální výsledek vyšetření na protilátky v rámci studie PROSECO, jíž se zúčastnil. Uvedl, že výsledek je vyjádřen v návaznosti na mezinárodní standard WHO, ačkoliv odpůrce popírá možnost průkazného měření. Pro ilustraci poukázal na výsledky měření u svých rodičů, jimž od prodělání infekce hodnota protilátek rovněž stoupá.

II. 2 Vyjádření odpůrce k návrhu na zrušení mimořádného opatření

[13] Návrh dle odpůrce není důvodný. Soud má být při posuzování přiměřenosti opatření obecné povahy zdrženlivý (srov. rozsudek NSS ze dne 29. 3. 2011, č. j. 6 Ao 7/2010-73) a postihovat jen extrémní případy věcně nesprávných opatření. Odpůrce je podle zákona o ochraně veřejného zdraví vrcholným orgánem ochrany veřejného zdraví v České republice a vede i soustavu krajských hygienických stanic. K dispozici má Státní zdravotní ústav (SZÚ) a Ústav zdravotnických informací a statistiky. Správní orgány si při svém rozhodování primárně činí své odborné úsudky samy, pokud je to možné. To plyne i z § 127 o. s. ř., podle něhož jsou orgány veřejné moci povoleny k podávání odborných vyjádření soudům. SZÚ také působí jako znalecký ústav v oboru zdravotnictví včetně epidemiologie a virologie. Odpůrce má za to, že situaci kolem nové a bezprecedentní epidemie koronaviru SARS-CoV-2 je třeba posuzovat komplexně. Tato pandemie se vyvíjela a vyvíjely se i odborné poznatky a podklady běžně dostupné ke

pokračování

správnímu uvážení; k tomu poukazuje na § 94a odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví a na § 2 odst. 6 pandemického zákona umožňující vydat opatření obecné povahy bez řízení o návrhu opatření. Odpůrce tak nařizuje mimořádná opatření na základě dostupných znalostí a při vědomí, že nejsou dostatečná a přesná. Preferuje ochranu života a zdraví osob při současné snaze o co nejmenší omezení chodu společnosti. V případě nejasnosti o šíření či vlastnostech koronaviru nelze spoléhat na to, že nastane optimističtější varianta. Princip proporcionality uplatňuje odpůrce tak, že zhodnotí současný stav šíření onemocnění covid-19 a na základě dostupných informací a při zohlednění aktuálních vědeckých znalostí odhadne riziko šíření tohoto onemocnění na zdraví a životy osob; při volbě vhodných opatření vybírá ta, která co nejvíce zpomalují šíření viru a zároveň nejméně dopadají na obyvatelstvo a práva osob.

[14] K námitce navrhovatelů, že opatření je diskriminační vůči osobám po prodělání nemoci a osobám s dlouhodobou imunitou, odpůrce uvádí, že samotná omezení stanovená opatřením výrazně snižují riziko nákazy na veřejně přístupných místech, a to i pro osoby, které podmínku bezinfekčnosti nesplňují. I tak tato opatření nemusí být dostatečná, a proto odpůrce na těchto místech zavedl podmínku bezinfekčnosti.

[15] Diskriminaci lze podle odpůrce posuzovat pouze na základě rovnosti mezi nejméně dvěma subjekty ve srovnatelném postavení. U očkovaných osob je riziko reinfekce relativně nízké, podle klinických hodnocení mají vakcíny účinnost v prevenci 95% u osob starších 16 let a stejnou účinnost mají ve vztahu k závažnosti onemocnění. Účinek očkování nelze omezit jen na prostředek k doložení bezinfekčnosti při vstupu do provozoven nebo při účasti na akcích. Odpůrce zcela jistě bezdůvodně nezvýhodňuje očkované osoby; podle Mezioborové skupiny pro epidemické situace má očkování zásadní vliv na kontrolu pandemie a výrazným způsobem snižuje zdravotní, ekonomické a společenské škody. Očkování vytváří v organismu nepříznivé podmínky pro replikaci viru, při infekci se snižuje možnost tvorby mutací, které jsou více přenositelné. Pojem „bezinfekční“ užívaný v opatření znamená stav významně klesající možnosti přenosu nového koronaviru od plně očkovaných osob na ostatní, což odůvodňuje ustoupení od nutnosti jejich povinného testování. K tomu odpůrce poukazuje na odůvodnění opatření a v něm citované odborné podklady. Poukazuje též na rozsudek NSS ze dne 20. 10. 2021, č. j. 2 Ao 7/2021–157; soud v něm vyslovil, že i když očkování není jediný a dokonalý nástroj ochrany proti koronaviru (takový neexistuje), je podle dostupných informací bezpečný, přiměřeně účinný a snadno dostupný, přičemž aspekt solidarity při ochraně před nákazou má s přibývajícím časem ustupovat ve prospěch svobody volby a s tím spojené nutnosti unést důsledky s touto volbou spojené. Odpůrce dále tvrdí, že na základě současného stavu vědeckého poznání o chování viru SARS-CoV-2 a lidské imunity po prodělání onemocnění covid-19 lze na fyzickou osobu po dobu 180 dnů od prvního pozitivního testu pohlížet jako na chráněnou proti tomuto onemocnění. Nehraje roli, zda osoba má v krvi protilátky a v jaké míře. Jde o jakousi fikci bezinfekčnosti, ze které vychází i pro ČR závazné 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 zotavení v souvislosti s onemocněním covid-19 (digitální certifikát EU COVID) za účelem usnadnění volného pohybu během pandemie covid-19. Imunitní ochrana proti koronaviru u většiny jedinců přetrvává 6 měsíců. Pozitivní test na přítomnost protilátek může být důkazem minulé (včetně nedávné) infekce, aniž by

poskytl jakýkoliv údaj o době infekce a nemůže vyloučit ani současně probíhající infekci. Proto není absolutním důkazem, že osoba není infekční a/nebo chráněna před novou infekcí a nemůže virus dále přenášet. I když testy na přítomnost protilátek poskytují určité důkazy o imunitní odpovědi, není známo, zda hladina protilátek poskytuje dostatečnou ochranu, nebo jak dlouho bude trvat; je tak možné, že brzy po pozitivním testu na přítomnost protilátek se protilátky stanou nezjistitelnými. Postinfekční imunita má jinou povahu než imunita postvakcinační, která poskytuje lepší ochranu, což má rovněž odborný podklad. Pokud jde o stanovení délky „platnosti“ očkování není zatím stanoven finální konsenzus; ČR zde postupuje v souladu s ostatními zeměmi. Na závěr odpůrce poukazuje na rozsudek tohoto soudu ze dne 20. 5. 2021, č. j. 10 Ao 1/2021-148, podle něhož 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 otázkách, v nichž vědecká debata prodělává bouřlivý vývoj, sluší soudní moci zdrženlivost. Z těchto důvodů odpůrce navrhuje zamítnutí návrhu, přičemž souhlasí s rozhodnutím věci bez nařízení jednání.

II. 3 Další podání navrhovatelů

[16] Podáním ze dne 8. 2. 2022 navrhovatelé doplnili argumentaci poukazem na odůvodnění napadeného opatření, z něhož je zřejmé, že v případě očkování se účinnost posuzuje na základě hodnocení protilátek. Takže odpůrce na jedné straně tvrdí, že s hladinou protilátek nelze pracovat, a na druhé straně tak činí. Tím potvrzuje svůj neodborný a diskriminační postup. Totéž plyne i ze studie vedoucí k opatření odpůrce k podání třetí posilující dávky. Odpůrce protežuje RT-PCR test a přitom jej sám ve svých opatřeních přestal uznávat pro prokázání bezinfekčnosti. Jestliže navrhovatel a) dne 23. 10. 2020 zaznamenal typické příznaky onemocnění covid-19 a po měsíci u něho laboratorní vyšetření ukázalo přítomnost protilátek IgG proti viru SARS-CoV-2, je prodělání onemocnění nezpochybnitelné. Navíc u navrhovatele a) jde o sérii odběrů u akreditované laboratoře, nikoliv o odběr ojedinělý, a protilátky u něho prokazatelně rostou.

[17] Podáním ze dne 1. 4. 2022 navrhovatelé vyslovili souhlas s tím, aby soud o návrhu rozhodl bez nařízení jednání.

[18] Podáním ze dne 12. 12. 2022 navrhovatelé sdělili soudu, že s ohledem na to, že o návrhu dosud nebylo rozhodnuto, považují za přípustné jeho doplnění. Poukazují na skutečnost, že při zveřejnění mimořádného opatření nebyl respektován § 173 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“), podle něhož opatření obecné povahy správní orgán oznamuje veřejnou vyhláškou. Vycházejí z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 1. 2021, č. j. 2 As 320/2019–66, z něhož citují zejména závěry o tom, že kopie veřejné vyhlášky vydaná pořizovatelem územního plánu, aniž bylo doloženo, že obec vydala vlastní vyhlášku a zveřejnila ji na své úřední desce, nedokládá řádnou formální publikaci územního plánu. Dále zdůrazňují závěr tohoto rozsudku, podle něhož opatření obecné povahy nelze posuzovat individuálně a přihlížet k jeho faktické znalosti a aplikaci v praxi. Z uvedeného rozsudku pak dále vyjímají, že řádně nezveřejněné opatření obecné povahy je neúčinné, a tedy nemůže zasáhnout do veřejných subjektivních práv, což znamená, že nejsou splněny podmínky řízení a je dán důvod pro odmítnutí

pokračování

návrhu podle § 46 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“). Na základě citovaného rozsudku ministerstvo pro místní rozvoj vydalo sdělení, jak mají být zveřejňovány územní plány. Navrhovatelé požadují od soudu vyjádření, zda tento způsob zveřejnění musí respektovat i ministerstvo zdravotnictví, případně aby soud popřel svůj vlastní výše označený rozsudek jako nesprávný.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[19] V první řadě je třeba uvést, že pandemický zákon umožňuje soudu přezkoumat také mimořádné opatření, které v průběhu řízení o jeho zrušení pozbylo platnosti (§ 13 odst. 4 pandemického zákona). V takovém případě neodpadá předmět řízení, pokud jde o přezkum zákonnosti napadeného opatření, přestože již bylo zrušeno novým opatřením obecné povahy, protože soud může vynést deklaratorní výrok určující jeho nezákonnost (srov. bod [28] rozsudku NSS ze dne 14. 4. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021-133, č. 4187/2021 Sb. NSS). Nejvyšší správní soud nepřihlížel k usnesení Ústavního soudu ze dne 23. 8. 2022, sp. zn. II. ÚS 1439/22, podle něhož není důvod věcně zkoumat mimořádná opatření, jež pozbyla účinnost, neboť se jedná o názor v rozhodovací činnosti Ústavního soudu ojedinělý.

[20] Dále je třeba se zabývat podáním navrhovatelů ze dne 12. 12. 2022, jakkoliv návrhové body podle § 101b odst. 2 s. ř. s. nelze rozšiřovat. Navrhovatelé totiž poukazem na rozsudek č. j. 2 As 320/2019–66, upozorňují na tam uvedený právní názor, z něhož by podle nich bylo možno dovodit neúčinnost napadeného mimořádného opatření. Existence účinného mimořádného opatření patří mezi podmínky řízení, přičemž podmínky řízení soud zkoumá i bez návrhu. Jakkoliv o jejich splnění soud nepochybuje, považuje za potřebné se k nim pohledem argumentace navrhovatelů vyjádřit. Zmíněný rozsudek č. j. 2 As 320/2019–66 se týkal územního plánu. Podle § 43 odst. 4 zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), se územní plán vydává formou opatření obecné povahy podle správního řádu. Tj. platí pro jeho oznámení § 173 správního řádu. Mimořádná opatření mají povahu opatření obecné povahy, ovšem podle § 3 odst. 6 pandemického zákona se zde řízení o návrhu opatření obecné povahy neprovádí. Toto ustanovení tedy obsahuje úpravu účinnosti mimořádného opatření (v zásadě čtvrtým dnem od jeho vyvěšení na úřední desce ministerstva), přičemž se vyvěšuje na dobu nejméně 15 dnů. Účinností mimořádného opatření se tento soud zabýval v usnesení ze dne 9. 8. 2022, č. j. 2 Ao 26/2021–57 [bod 34], byť ve vztahu k odlišné argumentaci. Pandemický zákon tedy má vlastní úpravu zveřejnění a nabytí účinnosti mimořádného opatření, nehledě na výslovné vyloučení postupu podle správního řádu. Stejně tak zákon o ochraně veřejného zdraví se podle § 2 pandemického zákona použije pouze tam, kde tento zákon nestanoví jinak. Navrhovatelé netvrdí, že popsáný speciálním zákonem stanovený postup nebyl dodržen; ostatně soud ověřil, že zveřejnění napadeného mimořádného opatření je na úřední desce odpůrce stále dohledatelné.

III. 1 Rozhodná právní úprava

[21] Při věcném posouzení návrhu je třeba vycházet z rozhodné právní úpravy. Podle § 69 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně veřejného zdraví patří zákaz nebo nařízení další určité činnosti k likvidaci epidemie nebo nebezpečí jejího vzniku mezi mimořádná

opatření při epidemii nebo nebezpečí jejího vzniku. Podle odst. 2 téhož ustanovení „[m]imořádná opatření podle odstavce 1 nařídí v nezbytně nutném rozsahu a rozhodne o jejich ukončení příslušný orgán ochrany veřejného zdraví. (...) Osoby jsou povinny se mimořádnému opatření podřídit.“ Podle § 2 odst. 1 pandemického zákona je mj. ministerstvo zdravotnictví oprávněno „za účelem likvidace epidemie COVID-19 nebo nebezpečí jejího opětovného vzniku nařídít mimořádné opatření, kterým přikáže určitou činnost přispívající k naplnění uvedeného účelu, nebo zakáže nebo omezí určité činnosti nebo služby, jejichž výkonem by mohlo být šířeno onemocnění COVID-19, anebo stanoví podmínky provádění takových činností nebo poskytování takových služeb“. Výčet možných mimořádných opatření je obsažen v odst. 2 téhož ustanovení, přičemž podle jeho odst. 3 jsou osoby, na něž se opatření vztahuje, povinny se jím řídit. Podle § 3 odst. 2 pandemického zákona může ministerstvo nařídít mimořádné opatření jen v nezbytně nutném rozsahu a na nezbytně nutnou dobu. Mimořádné opatření je podle odst. 6 téhož ustanovení vydáváno jako opatření obecné povahy, přičemž podle odst. 2 téhož ustanovení má zohledňovat aktuální analýzu epidemiologické situace onemocnění covid-19 a konkrétní míru rizika spojeného s vymezenými činnostmi, oblastmi či jinými charakteristikami a přiměřenost zásahu do práv a oprávněných zájmů právnických a fyzických osob.

III. 2 Obsah napadeného ustanovení mimořádného opatření

[22] Část I bod 17 mimořádného opatření zní:

„stanovují následující podmínky pro vstup osob do některých vnitřních a venkovních prostor nebo pro účast na hromadných akcích nebo jiných činnostech, je-li to vyžadováno tímto mimořádným opatřením:

a) osoba absolvovala nejdéle před 72 hodinami RT-PCR vyšetření na přítomnost viru SARS-CoV-2 s negativním výsledkem, jde-li o

i) osobu do dovršení 18 let věku, nebo

ii) osobu, která se nemůže podrobit očkování proti onemocnění covid-19 pro kontraindikaci; skutečnost, že se osoba nemůže podrobit očkování proti onemocnění covid-19 pro kontraindikaci, se dokládá záznamem v Informačním systému infekčních nemocí (ISIN) obsahujícím výslovné uvedené informace o tom, že se osoba nemůže ze zdravotních důvodů očkování proti onemocnění covid-19 podrobit, nebo lékařským potvrzením obsahujícím výslovné uvedení informace o tom, že osoba se nemůže ze zdravotních důvodů očkování proti onemocnění covid-19 podrobit a že tato skutečnost je uvedena v Informačním systému infekčních nemocí (ISIN); nebo

iii) osobu očkovanou proti onemocnění covid-19, pokud

a. od aplikace první dávky očkovací látky v případě jednodávkového schématu podle souhrnu údajů o přípravku (dále jen „SPC“) ke dni prokazování této skutečnosti pro účely tohoto mimořádného opatření neuplynula doba 14 dnů, nebo

b. v případě dvoudávkového schématu podle SPC jí dosud nebyla podána druhá dávka očkovací látky a od aplikace první dávky očkovací látky ke dni prokazování této skutečnosti pro účely tohoto mimořádného opatření neuplynula maximální doba stanovená pro aplikaci druhé dávky očkovací látky podle SPC, nebo

c. od aplikace druhé dávky očkovací látky v případě dvoudávkového schématu podle SPC ke dni prokazování této skutečnosti pro účely tohoto mimořádného opatření neuplynula doba 14 dnů; nebo

pokračování

b) osoba byla očkována proti onemocnění covid-19 a doloží národním certifikátem o provedeném očkování nebo certifikátem o provedeném očkování vydávaným podle nařízení Evropské unie o digitálním certifikátu EU COVID1, za podmínky, že uplynulo nejméně 14 dní od dokončeného očkovacího schématu; za národní certifikát o provedeném očkování se považuje písemné potvrzení vydané alespoň v anglickém jazyce oprávněnou osobou působící v třetí zemi, jehož vzor je zveřejněn v seznamu uznaných národních certifikátů na internetových stránkách Ministerstva zdravotnictví; písemné potvrzení musí obsahovat údaje o očkované osobě, podanému typu vakcíny, datu podání vakcíny, identifikaci osoby, která potvrzení vydala, a tyto údaje musí být možné ověřit dálkovým přístupem přímo z písemného potvrzení, za předpokladu, že očkování bylo provedeno

ii) léčivým přípravkem obsahujícím očkovací látku proti covid-19, kterému byla udělena registrace podle nařízení (ES) č. 726/2004, nebo

ii) léčivým přípravkem, jehož výroba je v souladu s patentem léčivého přípravku podle bodu i), pokud je tento léčivý přípravek zároveň schválen Světovou zdravotnickou organizací pro nouzové použití; nebo

c) osoba prodělala laboratorně potvrzené onemocnění covid-19, uplynula u ní doba nařízené izolace a od prvního pozitivního rychlého antigenního testu (RAT) na přítomnost antigenu viru SARS-CoV-2 nebo RT-PCR testu na přítomnost viru SARS-CoV-2 neuplynulo více než 180 dní.“

[23] V odůvodnění mimořádného opatření odpůrce zhodnotil aktuální epidemickou situaci charakterizovanou nárůstem všech sledovaných indikátorů včetně skokového nárůstu nově diagnostikovaných osob a počtu osob hospitalizovaných. Veškeré ukazatele nasvědčují vysoké virové náloži v populaci při dominanci delta varianty viru. Jako cíl mimořádného opatření je uvedeno zajištění mechanismů minimalizujících riziko a omezení šíření viru při minimalizaci dopadů na společnost a ekonomiku. Opatření proto nastavuje podmínky pro provoz určitých činností a poskytování služeb, tak, aby bylo minimalizováno riziko přenosu a další zhoršení situace. Za odpovídající považuje certifikát o dokončeném očkování, doklad o prodělání nemoci nebo negativní výsledek vyšetření na stanovení přítomnosti viru (RT-PCR test) u osob se zdravotní kontraindikací k očkování nebo u osob mladších 18 let nebo u osob rozočkových, neboť u osob tím disponujícím lze s vysokou mírou pravděpodobnosti předpokládat, že nejsou infekční. Odpůrce poukázal na vědecké poznatky o účinnosti očkování a schopnosti RT-PCR testů k odhalení nakažené osoby. Naopak se ukázalo být mylným předpokladem spoléhání na osobní zodpovědnost osob, nehledě na to, že obsluha či organizátoři akcí nemohou zkoumat a vyhodnocovat příznaky onemocnění. Mimořádné opatření konkrétně rozebírá důvodnost okruhu služeb a akcí, na které se vztahuje. K části I bodu 17 mimořádného opatření vymezující okruh osob, jimž má být umožněn vstup do některých vnitřních a vnějších prostorů nebo účast na hromadných akcích a jiných činnostech, odkazuje na mezinárodní doporučení Evropského centra pro prevenci a kontrolu nemocí a Amerického centra pro kontrolu a prevenci nemocí, podle nichž osoby v době 180 dnů od zachytu nemoci a osoby po 14 dnech od dokončení očkování mají dostatečnou imunitu ve většině případů chránící před reinfekcí. Jako alternativa pro osoby mladší 18 let a osoby, které se nemohou ze zdravotních důvodů očkovat, je uveden negativní RT-PCR test na přítomnost viru SARS-CoV-2 ne starší 72 hodin od odběru. Pro případ kontraindikace očkování je stanoven způsob jejího doložení záznamem v Informačním systému infekčních nemocí (ISIN) nebo lékařským potvrzením obsahujícím výslovné informace o důvodech a

o evidenci v ISIN. Z tohoto systému se informace propíše do systému Tečka, přičemž je určen způsob prokazování u osob nedisponujících tzv. chytrým telefonem. Podobně je určena povinnost absolvování RT-PCR testu u osob rozočkovanych. Odůvodnění mimořádného opatření dále definuje národní certifikát o provedeném očkování. Obsahuje i důvody, proč nelze uznat přítomnost protilátek proti viru SARS-CoV-2 jako srovnatelný doklad bezinfekčnosti. Odpůrce zde uvádí, že si je vědom závěrů rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 7. 2021, č. j. 6 Ao 21/2021-23, ve vztahu k osobám, u nichž byla vyšetřením zjištěna přítomnost protilátek proti viru, aniž prokazatelně onemocněly prodělaly. Uvádí, že nezpochybňuje imunitu vzniklou na základě prodělaného onemocnění, ovšem laboratorní metody v současné době používané při hodnocení imunity nejsou dostatečně standardizované a jejich užití jako podkladu pro posouzení bezinfekčnosti je velmi diskutabilní. Proto, s ohledem na současné vědecké poznání, nelze stav protilátek bez potvrzení prodělaní nemoci postavit na roveň jejímu laboratornímu potvrzení. Z hlediska současného stavu vědeckého poznání o chování viru SARS-CoV-2 a lidské imunity po prodělaní nemoci covid-19 je ve světě obecně přijímána skutečnost, že po prodělaní onemocnění lze na fyzickou osobu po dobu 180 dní od prvního pozitivního testu pohlížet jako na imunní. Po uplynutí této doby tomu tak již není. Přitom není rozhodné, zda osoba má v krvi přítomné protilátky a v jaké míře, či nikoli. Jde o tzv. fikci bezinfekčnosti, z níž vychází pro ČR závazné nařízení Evropského parlamentu a rady (EU) 2021/953 ze dne 14. Června 2021 [odst. 7]. Z hlediska mezinárodní definice je diagnóza onemocnění definitivní jen v případě průkazu přítomnosti viru SARS-CoV-2 prostřednictvím RT-PCR testu nebo antigenního testu. Tedy pouhá pozitivita protilátek z krve pacienta nedokazuje, že se jedná o stav po onemocnění covid-19. U osob, které mají v krvi protilátky v důsledku časově neukotveného prodělaní nemoci, nelze stanovit právě onen počátek, od něhož lze počítat zmíněnou lhůtu 180 dnů. Tento časový bod nelze stanovit zpětně i s ohledem na to, že průběh nemoci je různý, jiná je i doba, po kterou protilátky v krvi přetrvávají. Samotný průběh onemocnění přitom nehraje roli, neboť osoby s těžkým průběhem mohou mít malé množství protilátek a naopak. Doba existence protilátek není závislá na průběhu nemoci a klesá s různou rychlostí. Nikde na světě nebyla odbornými kruhy (např. WHO, CDC, ECDC apod.) stanovena protektivní hladina protilátek, jejíž dosažení by znamenalo, že osobu lze považovat za chráněnou proti (re)infekci. Není ani možné určit, kdy je výsledek vyšetření ještě validní a jak dlouho budou protilátky v krvi přetrvávat. Z imunologického hlediska je značným zjednodušením náhled na protilátky ve smyslu ano/ne. Imunita proti infekci virem SARS-CoV-2 je založena na kombinaci imunity a protilátek, přičemž imunita není založena proti celým antigenům, ale proti vazebním místům (epitopům), kterých jsou na povrchu viru stovky. „S“ protein mají na povrchu všechny koronaviry, některé jsou sdílené. Existuje možnost falešně pozitivního výsledku, neboť testy na protilátky mohou detekovat jiné koronaviry. Množství protilátek se v čase mění kvantitativně i kvalitativně, používají se různé testy a z těchto i dalších důvodů nejsou dosud stanoveny jednoznačné postupy. Sérologické testy poskytují pouze částečný obraz imunitní odpovědi proti viru. Testy protilátek proto nemohou nahradit RT-PCR testy nebo antigenní testy, protože podstata detekovaného parametru se liší. Srovnání je obtížné i kvůli různosti testů používaných laboratořemi a chybějící standardizaci. Odpůrce v odůvodnění mimořádného opatření uzavírá, že není jeho záměrem jakkoliv diskriminovat osoby po prodělaní nemoci, aniž je potvrzena, ale své opatření činí v zájmu ochrany veřejného zdraví, neboť není doložitelné, po jakou dobu jsou tyto osoby chráněny. Výzkum imunity nadále pokračuje, ale dostatek důkazů zatím

pokračování

neskýtá. Mimořádné opatření v závěru obsahuje výčet odkazů na 61 různojazyčných zdrojů.

III. 3 Aktivní procesní legitimace navrhovatelů

[24] Navrhovatelé tvrdí dotčení svých práv nemožností účasti na akcích, a tím i na veřejném životě, neboť nesplňují podmínky stanovené v části I bod 17 mimořádného opatření. Nejvyšší správní soud vycházel ze své předchozí judikatury (srov. např. rozsudky NSS ze dne 14. 4. 2021, č. j. 8 Ao 1/2021-133, č. 4187/2021 Sb. NSS, bod [34]; ze dne 21. 5. 2021, č. j. 8 Ao 7/2021-44, bod [25]; ze dne 30. 6. 2021, č. j. 6 Ao 21/2021-23, bod [19]; ze dne 20. 10. 2021, č. j. 8 Ao 22/2021-183, bod [29]; ze dne 25. 10. 2021, č. j. 9 Ao 20/2021-59, bod [23]). Přitom vzal rovněž v úvahu výklad Ústavního soudu rozšiřující procesní legitimaci v případech opatření obecné povahy na osoby, jejichž práva byla opatřením ovlivněna (nález ze dne 3. 8. 2021, sp. zn. IV. ÚS 2431/21). Nejvyšší správní soud uzavírá, že navrhovatelé jsou aktivně legitimováni k podání návrhu na zrušení předmětného opatření v jimi vymezeném rozsahu.

III. 4 Rozhodnutí soudu bez nařízení jednání

[25] Pro řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy platí mj. ustanovení hlavy první části třetí s. ř. s.; k tomu viz Soudní řád správní, Komentář, Kühn, Kocourek a kolektiv, Wolters Kluwer, Praha, 2019, str. 883. Stejně tak § 101b odst. 4 s. ř. s. výslovně odkazuje mj. na přiměřené užití § 76, podle jehož odst. 5 soud nařídí jednání, pokud mj. nejsou dány důvody podle § 51. Podle § 51 s. ř. s. lze o věci rozhodnout bez jednání při shodném návrhu takového postupu účastníky řízení nebo při jejich nevyjádření se ve lhůtě stanovené soudem. V tomto případě je ovšem třeba posoudit výslovný souhlas navrhovatelů s rozhodnutím bez jednání ve spojení s jejich odkazy na celou řadu podkladů. Pokud by soud shledal nezbytným dokazování těmito podklady, musel by jednání nařídít bez ohledu na postoj účastníků. Navrhovatelé konkretizují celou řadu veřejně dostupných podkladů, vyjádření odborníků, odborných článků apod.; zejména se pak opírají o izraelskou studii. Ze všech těchto zdrojů bohatě citují, přičemž odpůrce tyto zdroje ani jejich obsah nepopírá, ovšem nepovažuje je za dostatečný podklad pro svůj postup, což zdůvodňuje. Je tak zřejmé, že podklady pro návrh jsou co do své existence i co do svého obsahu mezi stranami nesporné. Pokud jde o úvahu, které z podkladů měly být odpůrcem upřednostněny, je soud názoru, že by ani jejich provedení k důkazu neodstranilo předem zřejmou skutečnost, že odborné názory se v době před vydáním napadeného mimořádného opatření zásadně rozcházel v názoru na preferenci a trvalost různých druhů imunity. Soud proto považuje za dostačující zjištění plynoucí z jeho předchozí rozhodovací činnosti (např. věc sp. zn. 8 Ao 22/2021), a k dokazování proto nepřistoupil.

III. 5 Věcné posouzení návrhu

[26] Napadené mimořádné opatření je opatřením obecné povahy podléhajícím soudnímu přezkumu z hledisek vymezených v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 9. 2005, č. j. 1 Ao 1/2005-98, č. 740/2006 Sb. NSS, přičemž z vytýčeného algoritmu přezkumu je v daném případě namístě zkoumat proporcionalitu zásahu; ostatní hlediska nejsou sporná. Přitom podle § 101d odst. 4 s. ř. s. je soud vázán návrhovými

důvody a podle odst. 3 téhož ustanovení vychází ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době vydání přezkoumávaného opatření.

[27] Nezbytnost proporcionality zásahu plyne přímo ze zákona, neboť § 69 odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví stejně tak jako § 3 odst. 2 pandemického zákona stanoví možnost ukládat opatření jen v nezbytně nutném rozsahu, přičemž druhý z nich ukládá povinnost dbát i na přiměřenost zásahu. Rovněž odpůrcem odkazované nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2021/953 ze dne 14. 6. 2021 vymezuje rozsah práv členských států omezit základní právo na volný pohyb v souladu se zásadou proporcionality a zákazu diskriminace [odst. 8]. Současně však vyžaduje, aby opatření členských států byla v souladu s opatřeními Unie přijatými k zajištění plynulého volného pohybu zboží a základních služeb (...), či v zájmu bezpečného cestování [odst. 8, 10]. Přiměřenost zásahu je tedy třeba zkoumat z hlediska rozsahu nezbytných opatření majících zajistit ochranu zdraví obyvatelstva ve vztahu k omezení jeho běžného života. Opatření v případě epidemie či pandemie infekční choroby do tohoto života nutně musí zasahovat; podstatné však je, aby to bylo v odpovídající míře, a aby mezi jednotlivými skupinami, na něž opatření dopadají, nebyly nedůvodné rozdíly. Jak uvedl Nejvyšší správní soud v již citovaném rozsudku č. j. 2 Ao 7/2021-157: „(n)apadené opatření nechrání toliko veřejné statky, ale zejména právo na život a právo na ochranu zdraví zranitelných členů společnosti ohrožených pandemií onemocnění covid-19 (primární chráněná skupina). Ochrana těchto základních práv je ostatně povinností, resp. pozitivním závazkem státu (srov. rozhodnutí Spolkového ústavního soudu Německa ze dne 12. 5. 2020, sp. zn. 1 BvR 1027/20; k pozitivním závazkům srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 3. 2021, č. j. 6 As 108/2019-39). Tento abstraktní závazek může být v zákonných mezích naplňován skrze mimořádná opatření podle pandemického zákona, a to vedle klasických nástrojů práva soukromého (např. prevenční povinnost) a práva trestního (např. zákaz nedbalostního šíření nakažlivé nemoci). Napadené opatření sleduje také preventivní ochranu práv osob, které by byly kráceny na svých právech, zejména na svobodě pohybu, právu na vzdělání, právu na (včasnou) zdravotní péči, atp. v případě zhoršení epidemiologické situace, přetížení zdravotního systému a následného zavedení intenzivnějších omezení základních práv za účelem ochrany primární skupiny (sekundární chráněná skupina). Obě chráněné skupiny se přirozeně překrývají. Lze tedy shrnout, že cílem napadeného opatření je ochrana základních práv primární a preventivně i sekundární chráněné skupiny. Přímá i preventivní ochrana základních práv, zejm. práva na život, práva na ochranu zdraví, jakož i práva na svobodu pohybu, práva na zdravotní péči, práva na vzdělání, atp. je nepochybně cílem legitimujícím zásahy do jiných základních práv.“

[28] V dané věci je třeba předně poukázat na to, že napadené mimořádné opatření podrobně odůvodňuje rozsah opatření, důvody, které k němu vedly, a srovnává účinnost opatření zvolených s účinností možných opatření, kterých nebylo užito. Výslovně se zabývá srovnáním postvakcinační a postinfekční imunity a rozebírá rovněž, proč odpůrce nepřistoupil k uznávání buněčné imunity. Nejde zde tedy o obdobný případ jako v navrhovateli odkazovaném rozsudku č. j. 6 Ao 21/2021-23, či v rozsudku č. j. 8 Ao 1/2021-133, v nichž tento soud kritizoval nedostatečné odůvodnění opatření neumožňující zaujmout komplexní věcné závěry.

[29] Navrhovatelé se shodně cítí být diskriminováni tím, že není srovnatelně uznávána jejich imunita získaná prokazatelným proděláním onemocnění covid-19 s imunitou

pokračování

získanou očkováním. Navrhovatel a) pak navíc argumentuje prokázaným disponováním T-buněčnou imunitou. Je pravdou, že napadené mimořádné opatření mezi těmito skupinami osob rozlišuje, neboť očkovaná osoba s certifikátem má přístup do určených prostor a k regulovaným aktivitám po uplynutí 14 dnů od očkování, aniž by musela podstoupit RT-PCR test, kdežto osoba, která onemocnění prodělala, má tuto možnost pouze pod dobu 180 dnů od pozitivního testu.

[30] Rovnost v právech ve smyslu čl. 1 odst. 1 Listiny základních práv a svobod lze chápat tak, že právní rozlišování není projevem libovůle (srovnej nálezy Ústavního soudu ze dne 5. 11. 1996, sp. zn. Pl. ÚS 6/96), či že nerovnost nemá žádný účel a smysl (srovnej nálezy Ústavního soudu ze dne 12. 5. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 55/13). Nediskriminace se může domáhat pouze osoba ve srovnatelném postavení s osobami údajně zvýhodněnými, zde očkovanými. K postavení osob s imunitou získanou proděláním onemocnění a získanou očkováním se tento soud již v minulosti vyjádřil. Srovnatelný případ s navrhovatelem b) posuzoval např. v rozsudku ze dne 20. 10. 2021, č. j. 8 Ao 22/2021-183, kde se rovněž jednalo o osobu, která více než před 180 dny prodělala onemocnění a byly jí naměřeny protilátky. Zde se Nejvyšší správní soud vyslovil jednak ke srovnání postavení osob s prokázanými protilátkami s osobami, které získaly imunitu očkováním nebo laboratorně prokázaným onemocněním (část VI.3 rozsudku), jednak ke srovnání postavení osob, které prodělaly onemocnění covid-19, s osobami očkovanými (část VI.4 rozsudku). Přitom soud v tamní věci vycházel i z provedených důkazů včetně izraelské studie. Dospěl k závěru, že *„(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...“* [bod 56] a dále k závěru, že navrhovatel nevyvrátil východiska a podklady odpůrce, na nichž bylo mimořádné opatření založeno ani ve vztahu k druhému okruhu srovnávaných osob [bod 72]. Pohledem možné diskriminace bylo toto rozhodnutí NSS kvitováno v odborné literatuře (Listina základních práv a svobod, Komentář, Zdeněk Kühn a kolektiv, Leges, Praha 2022, str. 311). Jakkoliv se jednalo o jiné mimořádné opatření, v jednom se situace nezměnila. I v době vydání napadeného mimořádného opatření existovaly ve vědecké komunitě veřejně prezentované sporné názory na kvalitu a dobu trvání imunity získané proděláním onemocnění a imunity získané očkováním. V obou případech byla podkladem vydaného mimořádného opatření odborná shoda převažující na mezinárodní úrovni. Právě doba 180 dnů předpokládané imunity po proděláním onemocnění byla stanovena jako určitá fikce, u níž podle tehdy mezinárodně respektovaných odborných znalostí byl uznán předpoklad bezinfekčnosti. Tento závěr vychází z již zmíněného nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2021/953 ze dne 14. 6. 2021.

[31] Respektování fiktivní doby trvání postinfekční imunity je zřejmé např. z rakouské judikatury. Ústavní soud tam rozhodoval dne 29. 4. 2022 ve věci V35/2022 o návrhu stěžovatelky, která prodělala onemocnění před více než 180 dny, na zrušení § 3 odst. 1 a § 6 odst. 1 a 1a 6 nařízení o ochranných opatřeních v souvislosti s COVID-19 Spolkového ministerstva sociálních věcí, zdravotnictví, péče a ochrany spotřebitele (https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Erkenntnis_V_35_2022_vom_29.4.2022.pdf); návrh nebyl úspěšný (pozn. NSS: bližší citace z tohoto rozhodnutí bude dále uvedena při prezentaci soudních rozhodnutí k uznávání jiné než postvakcinační imunity).

[32] Navrhovatelé dále poukazují na znění § 46 odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví, podle něhož se neprovede očkování mj. u osob, u nichž byly zjištěny protilátky. K obdobné námitce se již tento soud vyjádřil v rozsudku ze dne 15. 6. 2022, č. j. 2 Ao 24/2021–36 [bod 26]. Zmíněné ustanovení zákona se totiž vztahuje k případům povinného očkování. Byť nelze přehlédnout, že postoj k osobám očkováním zaujatý mimořádným opatřením nepochybně sleduje ovlivnění přístupu veřejnosti k očkování, povinné očkování se jím nenařizuje; je tak nepodstatné, že výluka z povinného očkování těchto osob je podrobena určitému postupu.

[33] Navrhovatelé dále zejména poukazují na izraelskou studii, kterou odpůrce akceptuje, ale, jak výše uvedeno, je názoru, že musí rozhodovat v zájmu předběžné opatrnosti a v záplavě odborných vyjádření nepřisvědčit studii, která je sice respektovaná, ale v době vydání napadeného mimořádného opatření poměrně nová a ojedinělá. Oba navrhovatelé vycházejí z toho, že proděláním onemocnění získali imunitu, která je právě podle uvedené studie silnější a trvalejší než imunita získaná očkováním, přičemž navrhovatel a) má laboratorně doloženou přirozenou T-buněčnou imunitu. Izraelská studie byla rovněž předmětem řízení v jiných případech řešených tímto soudem. V již citovaném rozsudku č. j. 8 Ao 22/2021-183, soud akceptuje, že z ní plyne, že přirozená imunita zajišťuje dlouhodobější a silnější ochranu proti infekci, konkrétně vyslovil, že *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“).* V tamní věci ovšem bylo zveřejnění uvedené studie ve vztahu k mimořádnému opatření hraniční, kdežto v daném případě je zde dán určitý časový odstup, který nevylučoval možnost odpůrce se s ní seznámit a vyhodnotit ji. Odpůrce si je jejích závěrů vědom, ale lze mu přisvědčit v názoru, že nebyly k dispozici vědecké poznatky ji podporující; ostatně navrhovatelé poukazují pouze na vyjádření odborníků, o nichž rovněž nelze uzavřít, že byla odbornou komunitou jednoznačně přijímána. Lze jen poznamenat, že i ve vyjádření Medicinského centra z 2. 11 2021, na které poukazuje navrhovatel a), je mimo jeho výsledků a jejich posouzení konstatováno, že *„neexistují standardizované hodnoty, které by zaručovaly, že je člověk chráněn. Imunitní systém je komplexní a dynamický systém, u každého člověka pracující individuálně na základě celkového zdravotního stavu“*. Dále je třeba připomenout, že studie PROSECO jako teprve probíhající nemohla být zohlednitelná jako potvrzení závěrů izraelské studie. Odpůrce srovnání jednotlivých druhů imunity podrobně rozvádí na str. 41, 42 napadeného mimořádného opatření. Pokud jde tedy o projev výsledků izraelské studie v praxi, lze přisvědčit odpůrci, že při stanovení protiepidemických opatření je nezbytná určitá vědecká shoda na stanovení tzv. protektivní hladiny protilátek, která by byla dostatečně efektivní k ochraně osob, a musí existovat dostatek poznatků o stálosti výsledku testu.

[34] Na základě uvedených návrhových tvrzení nelze dospět k závěru, že odpůrce měl v době před vydáním napadeného mimořádného opatření dostatek vědecky potvrzených

pokračování

poznatků, na jejichž základě nutně měl zaujmout k jednotlivým druhům imunity jiný postoj, než jak učinil. Jakkoliv tedy izraelská studie a veřejná vyjádření některých odborníků nasvědčují významu T-buněčné imunity, a jeví se, že imunita získaná onemocněním může být u některých osob trvalejšího charakteru, podklady, které označují navrhovatele, nevedou samy o sobě k závěru, že v době před vydáním mimořádného opatření byly dány podmínky pro její všeobecné respektování. Stranou lze ponechat, že nebyla k dispozici potřebná certifikace, neboť otázka technického zajištění pro posouzení důvodnosti návrhu není rozhodná.

[35] Návrhové námitky tedy nestačí k závěru, že odlišný přístup k osobám tvrdícím, že disponují imunitou získanou proděláním onemocnění před více než 180 dny, či potvrzenou T-buněčnou imunitou, a k osobám, které se podrobily očkování, byl v dané době neodůvodněný a diskriminující.

[36] Navrhovatelé však dále poukazují na to, že přirozená imunita byla respektována jako srovnatelná s jinými druhy imunity v některých zemích, např. ve Švýcarsku; odpůrce naopak upozorňuje na časově omezené respektování přirozené imunity v Rakousku, od něhož již bylo upuštěno. Taková tvrzení by mohla být pro posouzení návrhu soudem relevantní, jak níže posouzeno.

[37] Skutečnost, že mezinárodní zdravotnické instituce postupují určitým způsobem, neznamená, že na národní úrovni, při respektování mezinárodně vytčených opatření a při zachování smyslu a účelu epidemiologických opatření, nelze postupovat odlišně. Nerozhodná je případná ekonomická náročnost jiného způsobu testování, neboť není podmínkou, aby jeho náklady nesl stát, pokud zajišťuje ochranu jinými dostupnými způsoby. Stejně tak certifikace je možná pouze na národní úrovni (jak plyne z následujících poznatků z označených zemí), přičemž uznatelnost jen v mezích daného státu může být pro určitý okruh obyvatel dostatečná. Poukaz odpůrce na závaznost nařízení Evropského parlamentu a Rady EU 2021/953 má význam pro usnadnění volného pohybu a národní úpravě nebrání. Podstatná je naopak nezbytnost stanovení základních hodnot, které mají být zjišťovány, a metod zjišťování, neboť jen tak nebude pochybnost o respektování účelu opatření, jímž je zabránění šíření epidemie.

[38] Nejvyšší správní soud proto z veřejně dostupných zdrojů a ze soudních rozhodnutí příkladmo ověřoval tvrzení účastníků o akceptaci přirozené imunity při vydávání epidemiologických opatření v jiných zemích. Přitom věnoval pozornost přístupu k jiným formám imunity, než je imunita postvakcinační, bez ohledu na to, zda je nazývána přirozenou imunitou, buněčnou imunitou, či imunitou spočívající v přítomnosti neutralizačních látek. Smyslem tohoto přehledu je objasnit, zda v rozhodném období byla v jiných zemích preferována imunita postvakcinační, či nikoliv. Na základě vyjádření účastníků věnoval pozornost stavu v Rakousku a ve Švýcarsku, a pro srovnání i situaci v Německu, jako sousední zemi, v níž se pandemická opatření ve větší míře promítla také do rozhodování soudů.

[39] Ve srovnatelném období byl skutečně ve Švýcarsku zaveden Švýcarský Covid certifikát platný jen na území Švýcarska. Švýcarské orgány akceptovaly testy imunity, které odpovídaly standardům WHO, měly certifikaci CE a byly provedeny Swissmedic

certifikovanou laboratoři. Test si zájemci hradili sami. Po uplynutí 90 dní mohl zájemce test zopakovat. Laboratoře se řídily pokyny výrobce testů. Tamní Spolkový úřad pro zdravotnictví se vyjádřil i k buněčné imunitě. Uvedl, že detekce T-lymfocytů je velmi složitý proces, který mohou provádět jenom specializované laboratoře pouze v omezené kapacitě. Podle úřadu se zatím význam těchto buněk, které si vyvinuly paměťovou imunitní odpověď na virus, zkoumá (listopad 2021). Významná část těchto buněk si vyvinula lokální fenotyp a zůstala by v tkáni. Bez invazivní intervence je proto obtížné tyto buňky charakterizovat a definovat jejich roli během reinfekce. V úvodu zmíněná certifikace byla možná do 17. února 2022, poté certifikáty pozbyly platnosti. Navrhovatelům lze tedy přisvědčit v tom, že ve Švýcarsku byla v rozhodném období uznávána i jiná než postvakcinační imunita, a to jako srovnatelná, ovšem pouze pro vlastní území a na omezenou dobu.

[40] V Rakousku byly na základě nařízení ze dne 25. 1. 2021 jako důkaz o negativním výsledku testu na SARS-CoV-2 uznávány neutralizační protilátky, přičemž jejich potvrzení bylo postaveno naroveň negativnímu RT-PCR testu nebo potvrzení o nákaze, ke které došlo v posledních 6 měsících. Potvrzení (tzv. cPass) bylo uznáváno, pokud příslušná laboratoř potvrdila, že k průkazu protilátek byla použita testovací metoda v odpovídající korelaci s neutralizačním testem. Od 19. 5. 2021 platilo pro oblast gastronomie, kultury a volného času zvláštní pravidlo pro skupiny osob představujících malé epidemiologické nebezpečí; mezi nimi byly i osoby, které překonaly nemoc v posledních 6 měsících, nebo doložily pozitivní výsledek testu na protilátky ne starší než 3 měsíce. Během podzimu 2021 (tedy v době, v níž bylo vydáno nyní zkoumané mimořádné opatření), byl však i v Rakousku zaveden přísnější režim, v němž již nebylo možné prokazovat se pozitivním testem na protilátky; k uvolnění pak došlo až na jaře 2022. Praxe v Rakousku tedy nenasvědčuje návrhové argumentaci, a to právě s ohledem na ustoupení od širšího náhledu na prokazování imunity v době vydání přezkoumávaného mimořádného opatření.

[41] Pokud jde o soudní rozhodování, lze poukázat i na již zmíněné rozhodnutí rakouského Ústavního soudu ve věci V35/2022. V něm je konstatováno, že platnost výsledku testu na protilátky jako podkladu pro vydání průkazu „3 G“ byla zrušena spolkovou vládou s ohledem na epidemiologickou situaci s účinností od 8. listopadu 2021. Jako podklad pro vydání průkazu rakouský Ústavní soud konstatoval, že § 1 odst. 5a Spolkového zákona o předběžných opatřeních k zabránění šíření COVID-19, který uvádí detekci neutralizačních protilátek jako jeden z několika možných důkazů o nízkém epidemiologickém nebezpečí, neobsahuje bezpodmínečný požadavek, aby zákonodárce zohlednil zjištěné neutralizační protilátky. Případné akceptování výsledků protilátkových testů se musí opírat o aktuální stav vědeckého poznání. Rakouský Ústavní soud souhlasil se spolkovým ministerstvem, že na základě testu na neutralizační protilátky není možné určit okamžik infekce a že imunitní ochrana proti viru s postupujícím časem klesá. K podobným závěrům dospěl i Zemský správní soud pro Tyrolsko v rozsudku ze dne 31. 5. 2022 (věc LVwG-2021/12/1284-4) posuzující případ stěžovatele, který při cestování mezi regiony předložil kontrole namísto předepsaného antigenního nebo PCR testu „terapeutickou zprávu“, podle které mu byly dne 16. 4. 2021 v krvi zjištěné neutralizační protilátky IgG proti nemoci SARS-CoV-2. Soud akceptoval možnost mírnější regionální úpravy opatření, ovšem omezené na vlastní území. Soud odkázal na stanovisko zemského zdravotního ředitelství, podle kterého pozitivní test na protilátky dokazuje jenom fakt, že osoba přišla

pokračování

do kontaktu s virem SARS-CoV-2, z medicínského hlediska ovšem není zřejmé, zda takto získaná imunita je dostatečná, jelikož nebyla stanovena žádná hodnota výsledku.

[42] V Rakousku tedy na základě epidemiologického zákona byly v různém rozsahu a v různých obdobích uznávány testy na neutralizační protilátky, později však od nich bylo ustoupeno; v době vydání napadeného mimořádného opatření tato volnější úprava neplatila.

[43] Soud nahlédl i na soudní rozhodování o pandemických opatřeních v Německu. V rozsudku ze dne 6. 7. 2021 (VG München; <https://openjur.de/u/2346887.html>) soud vycházel z odborného stanoviska Institutu Roberta Kocha, podle něhož nebylo předložení testu na protilátky dostatečné k potvrzení infekce koronavirem. V rozsudku ze dne 28. 9. 2021 (VG Cottbus; <https://gerichtsentscheidungen.brandenburg.de/gerichtsentscheidung/19409>) soud rovněž hodnotí testy na protilátky jako nedostatečný důkaz a konstatuje, že se mohou vyskytnout případy, kdy se u osoby, která prodělala onemocnění, nevyskytnou protilátky a naopak detekce protilátek může být pozitivní po kontaktu s jiným koronavirem než virem SARS-CoV-2, přestože se u osoby nevyskytlo onemocnění COVID-19. Soud rovněž zaujal názor, že „(p)odle současných poznatků navíc sérologická detekce protilátek specifických pro SARS-CoV-2 neumožňuje jednoznačně určit infekčnost nebo imunitní stav. Nevylučuje nakažlivost pacienta a neumožňuje vyvozovat závěry ohledně doby nákazy. Zatím také není známo, jak vysoká musí být koncentrace protilátek, aby bylo možné předpokládat spolehlivou ochranu po infekci SARS-CoV-2 - tzv. sérologický korelát ochrany“. Validita T- buněk byla jako srovnatelná možnost akceptována v rozsudku ze dne 21. 12. 2021 (VG Würzburg; <https://openjur.de/u/2382131.html>). Rozsudek téhož soudu ze dne 11. 2. 2022 (<https://openjur.de/u/2413541.html>) pak konstatuje i názor Zdravotního úřadu, že výsledek testu na protilátky nelze považovat za důkaz zotavení se závěrem, že podle současného stavu znalostí neumožňuje sérologická detekce specifických protilátek proti SARS-CoV-2 jednoznačné vyjádření o infekčnosti nebo imunitním stavu, neboť dosud nebylo vědecky dostatečně objasněno, jak vysoká musí být koncentrace protilátek, aby bylo možné předpokládat spolehlivou ochranu po infekci SARS-CoV-2. Odlišně se vyvíjí judikatura v roce 2022. Tamní Ústavní soud v rozhodnutí ze dne 27. 4. 2022 (1 BvR 2649/21) připustil, aby zotaveným osobám bylo umožněno, aby na vlastní náklady mohly předložit důkaz o T- buněčné imunitě, a mohly tak být považovány za zotavené po dobu delší tří měsíců. (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/04/rs20220427_1bvr264921.html.) Podobně navázal rozsudek ze dne 6. 5. 2022 (VG Würzburg; <https://openjur.de/u/2448995.html>), podle něhož test na protilátky neprokazuje dobu infekce, ale vychází ze zjištění, že ani očkování není důslednou ochranou při srovnání s osobami zotavenými disponujícími delší imunitní ochranou; ve vztahu k testům na protilátky poukazuje na praxi ve Švýcarsku a v Rakousku. Lze tak uzavřít, že německé soudy postupně dospívají ke vstřícnému postoji k prokazování T-buněčné imunity.

[44] Celkově lze konstatovat, že návrhová argumentace respektováním T-buněčné imunity při vydávání protiepidemických opatření v jiných zemích, není dostatečným podkladem pro závěr, že napadené mimořádné opatření je diskriminující vůči osobám touto imunitou nadaným. V rozhodné době byla jiná než postvakuinační imunita

v omezeném rozsahu uznávána zřejmě pouze ve Švýcarsku. Respektování této imunity jako dostatečné ochrany před onemocněním, jeho závažností a jeho šířením bylo místně i časově omezené a provázené pochybnostmi. Zjištěné poznatky o praxi v uvedených zemích tedy nijak nevyvrací odpůrcovo odůvodněné východisko, že v době před vydáním napadeného mimořádného opatření neexistovala vědecká shoda na účinnosti, trvalosti, potřebných hodnotách a metodách zjišťování předmětného typu imunity. Nelze považovat za diskriminaci navrhovatelů, že odpůrce nepřisvědčil ojedinělé odvážnější a dočasné praxi v některých státech.

IV. Závěr a náklady řízení

[45] Nejvyšší správní soud z výše uvedených důvodů dospěl k závěru, že napadené mimořádné opatření v době svého vydání nevykazovalo znaky tvrzené diskriminace, a proto i z hlediska zkoumané proporcionality obstálo jako zákonné. Jak již tento soud opakovaně vyslovil, mimořádná opatření směřující k ochraně obyvatelstva před dopady a šířením epidemie musí vycházet z prokazatelných a uznávaných vědeckých poznatků v době jejich vydání. K poukazu navrhovatelů na doporučení ECDC z října 2021 k respektování různých druhů imunity (viz výše odst. 10), lze konstatovat, že jde o jedno z doporučení, jejichž společným cílem bylo snížení rizika šíření onemocnění, a je výrazem skutečnosti, že odborná komunita vážila všechny možnosti omezující dopady epidemie, přičemž názory na spolehlivost a účinnost se vyvíjely. Vědecké poznání se ostatně vyvíjí i nadále a nelze jistě vyloučit, že se oficiální náhled na průkaznost a kvalitu různých druhů imunity změní. Požadují-li však navrhovatelé, aby tento soud byl tím, kdo určí, který z vědeckých názorů v dané době měl být tím obecně uznávaným, není jeho úlohou. Jak již vyslovil v rozsudku ze dne 21. 2. 2022, č. j. 8 Ao 9/2022–101 [bod 4)], soudu nepřísluší posuzovat odborné podklady, ale to, zda odůvodnění není vnitřně rozporné a odborné závěry plynou z podkladů. Soud by měl pouze ověřovat, zda je odůvodnění opřeno o relevantní zdroje, pokud se vědecké podklady různí, není na soudu do toho vstupovat. V tom soud navázal na dříve vyslovený názor v rozsudku ze dne 20. 5. 2021, č. j. 10 Ao 1/2021–148 [bod 76], podle něhož to nejsou soudy, kdo by měl rozhodovat vysoce odbornou otázku, *přičemž v otázkách, kde vědecká debata prodělává bouřlivý vývoj, přísluší soudu zdrženlivost*. Proto soud návrh zamítl.

[46] O náhradě nákladů řízení soud 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. Navrhovatelé nebyli ve věci úspěšní, proto nemají právo na náhradu nákladů řízení. 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).

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 4. ledna 2023

pokračování

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně senátu