

17 September 2020

כ"ח באלול תש"פ

מבלי לפגוע בזכויות

לכבוד:

היועץ המשפטי לממשלה
עו"ד אביחי מנדלבלט

שר הבריאות
מר יולי אדלשטיין

ראש ממשלת ישראל
מר בנימין נתניהו

יועמ"ש משרד הבריאות
עו"ד אורי שוורץ

הממונה על המאבק בנגיף הקורונה בישראל
פרופ' רוני גמזו

מנכ"ל משרד הבריאות
פרופ' חזי לוי

**הנדון: ביטול חובת עטיית מסכות שנקבעה בהוראת השעה צו בריאות העם (נגיף הקורונה
החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"פ-2020**

א.ג.נ.,

מרשותי, גב. ענת ארגמן וגב. מורן שמחון, מילאו ידי לפנות אליכם בעניין שבנדון כדלקמן:

הקדמה

1. שנה זו 5,780 למנייננו, 2020 למניינם, תיזכר לדורות כשנה בה התחוללו תמורות רבות בהתנהלות משטרי מדינות רבות ברחבי העולם ביחס כלפי אזרחיהן, ובאופן שבו מנהלים השלטונות השונים את ההתמודדות עם משברי בריאות ואיומים המהווים לכאורה סכנה לשלום הציבור.
2. עקב החשש מהנזקים האפשריים לפגיעה בשלום הציבור, ובעקבות הכרזת ארגון הבריאות העולמי (להלן: WHO), בתאריך 11-03-2020 על מצב של מגיפה עולמית (להלן: 'פנדמיה'), ביחס להתפשטות נגיף-SARS-CoV-2, העשוי לגרום למחלה נשימתית - מחלת 'נגיף קורונה 2019', 'Coronavirus disease 2019', או בקיצור 'COVID-19' (להלן: 'מחלת הקורונה'), החלו ממשלות בעולם לפעול בהתאם להבנתם למניעת או האטת התפשטות הקורונה כל אחת בנפרד בתוך מדינותיהן, תוך שהן מאמצות במידה רבה או מועטה את המלצות WHO, ליישום במדינתן במסגרת מדיניות פנים להתמודדות עם הקורונה.

3. בישראל, באופן חריג ושונה מרוב מדינות העולם המערבי, נבחרה גישה של החלת צעדים חריפים ויוצאי דופן בחריגותם מהנהוג בשיטות משטר דמוקרטיות, ונבחר לעשות שימוש בהחלת צעדי קיצון תוך הטלת מגבלות נוקשות על האוכלוסייה, ובכלל זה הטלת סגרים על הציבור, הגבלת תנועת אזרחים לרדיוס של 100 מטרים ואח"כ של 500 מטרים ממקום מגוריהם, חובת ריחוק חברתי, חובת עטיית מסכות גורפת על הציבור, צמצום מרחב התנועה וההתקהלות במקומות ציבוריים, מעקב ואיכון סלולרי של האזרחים, חיוב אזרחים בכניסה לבידוד, שיבושים והגבלות במערכת החינוך, צמצום פעילות ואף עצירה של פעילות במקומות עבודה ועסקים, ועוד הגבלות חמורות נוספות. כל זאת תוך שימוש באמצעי הפחדה, אכיפה אגרסיבית ודיכוי האזרחים, והכל בשם שמירת טובתם ובריאותם לכאורה.

4. פניה זו למדינה, המתמקדת בביטול חובת עטיית מסכות הקבועה באחת מהוראות השעה הרבות שקבעה המדינה בשנה החולפת, היא בבחינת כתב אשמה חריף בשם מיליוני אנשים, אזרחי ישראל, העומדים מאחורי מרשותי המוזכרות לעיל, והקורסים ונאנקים תחת נטל המגבלות והצעדים החריפים שנבחרו על ידי הממשלה ליישום בעת הזו.

כל זאת כאשר ניכר לעיני כל חוסר הסבירות, היעילות, והנזקים הרבים הכרוכים בהטלת החובה הגורפת הזו. ועוד שהכל נעשה תוך רמיסה של זכויות אדם יסודיות ברגל גסה, ובסתירה לחוקי היסוד, הפסיקה וההלכה בנושאים אלה, ובסתירה לתנאים המחמירים הנדרשים במקרי הקיצון הנדירים בהם ניתן לפגוע בזכויות היסודיות המוגנות.

פנייה זו, המבקשת מהמדינה לחדול מהתנהלותה הפסולה הזו ולבטל לאלתר את חובת עטיית המסכות, היא בבחינת אזהרה בטרם יאלצו מרשותי לפנות לערכאות ולבקש סעד מבית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית כנגד הפרות החוק וזכויות היסוד הבסיסיות ביותר הנפגעות שלא כדין.

5. בפניה זו מוצגים למדינה בראשי פרקים ההיבטים המשפטיים, החוקתיים, והעובדתיים-בריאותיים הקשורים בחובת עטיית המסכות, הממחישים את חוסר הסבירות והמידתיות שבהמשך קיום החובה הזאת. על המדינה היה לקיים דיון מחודש בהקשר הזה מבעוד מועד, ולשוב ולעשות כן מעת לעת. לבחון את החלטותיה, לקיים הערכה ומדידה של התועלות לכאורה מול הנזקים המצטברים. להתייחס להשלכות על הציבור של הטלת החובה הזאת הן בטווח הקצר והן בטווח הארוך. ולבצע השוואה ביחס לנעשה במדינות אחרות, ובהבדלים, באשר אלו קיימים, בתוצאות הקשורות בהיקפי התמותה או התחלואה הקשה מהקורונה.

משלא עשתה כן, ומשלא ניתן להתעלם מכך שחובת עטיית המסכות הגורפת אינה מביאה להשגת התכלית הראויה, ובוודאי שאינה תואמת את חובת השימוש באמצעי הפחות פוגעני האפשרי, על המדינה כעת להתכבד ולבטל כאמור לאלתר את חובת עטיית המסכות. בכך תחסוך לכולנו את הצורך בקיום ההליך המשפטי, וישראל תוכל להצטרף למרבית מדינות העולם בהן לא רק שאין חובת עטיית מסכות, אלא שאף לא נעשה שימוש בהן כלל או כמעט בכלל, ומצבן הוא טוב יותר בכל פרמטר הניתן להשוואה.

היבטים משפטיים

6. הטלת חובת עטיית מסכות גורפת, המלווה באמצעי אכיפה אגרסיביים, פוגעת בזכויות אדם בסיסיות ובהן זכויות יסוד המעוגנות הן בחוקים בעלי מעמד בכורה במשפט הישראלי, הן בחוקים נוספים, ואינה עומדת בכללים, בעקרונות, ובנורמות המשפטיות הראויות שנקבעו בשיטתנו. פגיעה זו אף אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, כמו גם בתנאי מבחן נוספים הנדרשים. חוסר סבירותה ניכר היטב הן בהיבטים חוקתיים והן בהיבטים הערכיים.

7. החלת החובה לעטיית מסכות מביאה לפגיעות ישירות בזכויות היסוד שלא כדין כאמור, ואף מביאה לפגיעה שלא כדין גם באופן עקיף בזכויות מוגנות נוספות. מבין הזכויות הנפגעות באופן לא ראוי, הן באופן ישיר והן באופן עקיף, נמנות בין היתר זכות האדם על גופו, הזכות לחיים ולבריאות, הזכות לנשום אויר נקי, הזכות לאוטונומיה, הזכות למרחב האישי, הזכות לכבוד, הזכות לחירות, חופש העיסוק, הזכות לחינוך, הזכות לסביבה ראויה.

8. מבין החוקים והדינים המעגנים את הזכויות האמורות לעיל זכויות נוספות אחרות שנפגעו נמנים חוקי יסוד, חוקים העוסקים בזכות לאוטונומיה, חוקים העוסקים בזכויות חולה ומטופל, חוקים העוסקים בלימוד חובה, חוקים העוסקים בזכות לנשום אויר נקי. חוקים העוסקים בזכות לסביבה ראויה.

9. מבין הכללים, העקרונות והנורמות המשפטיות שהטלת חובת עטיית המסכות מפרה באופן גס, או שאינה עומדת בתנאים הנדרשים, או לוקה בחוסר מידתיות וסבירות משווע, נציין כאן את פסקת ההגבלה, האוטונומיה של הרצון, עקרון תם הלב, חובת השקיפות, החובה לבסס החלטה מנהלית על תשתית עובדתית, התעלמות מנתונים מדעיים ואמפיריים ומאמות המידה המחמירות הנדרשות בשל פגיעה בזכויות אדם ואזרח.

היבטים עובדתיים-בריאותיים

.10

השוואה בין ישראל לאותן מדינות באירופה -
 חוקים המחייבים עטיית מסכות (09-2020)

השוואה בכמות ההדבקות בין ישראל
 למדינות באירופה (09-2020)

חובת עטיית מסכות בחוץ	חובת מסכות בחנויות ומקומות סגורים אחרים	ישראל		מקרים ל-1,000,000 תושבים	ישראל
כן	כן	ישראל	16,658	מקרים ל-1,000,000 תושבים	ישראל
לא	לא	דנמרק	3,374	מקרים ל-1,000,000 תושבים	דנמרק
לא	לא	נורבגיה	2,225	מקרים ל-1,000,000 תושבים	נורבגיה
לא	לא	אסטוניה	2,001	מקרים ל-1,000,000 תושבים	אסטוניה
לא	לא	הולנד	4,726	מקרים ל-1,000,000 תושבים	הולנד
לא	לא	שוודיה	8,555	מקרים ל-1,000,000 תושבים	שוודיה
לא	לא	לטווייה	778	מקרים ל-1,000,000 תושבים	לטביה
לא	לא	איסלנד	6,327	מקרים ל-1,000,000 תושבים	איסלנד
לא	כן, רק בפראג	צ'כיה	3,304	מקרים ל-1,000,000 תושבים	צ'כיה
לא	לא	שוויץ	5,389	מקרים ל-1,000,000 תושבים	שוויץ
לא	כן	קרואטיה	2,429	מקרים ל-1,000,000 תושבים	קרואטיה
לא	לא	פינלנד	1,544	מקרים ל-1,000,000 תושבים	פינלנד

<https://rebrand.ly/aw5hos0>

בכל המדינות המוזכרות לעיל אין שימוש במסכות בכלל באוכלוסייה הכללית, או שנעשה שימוש מוגבל מאוד אך ורק בתחבורה הציבורית.

יש להדגיש כי במדינות אלה רק מעטים עוטים מסכות באופן וולונטרי (לרב אנשים בקבוצות סיכון), אך בכל מדינות אירופה לעיל לא רואים כמעט אנשים עם מסכות בציבור.

ניתן להבחין בברור כיצד במדיניות שהיא כמעט הפוכה לזו שננקטת בישראל בעניין השימוש במסכות, התוצאות משמעותית טובות יותר.

לפיכך לא ניתן לבסס תועלת בשימוש גורף במסכות כאשר מדינות רבות אינן נוקטות באמצעי הזה קרוב לחצי שנה ומצבן יציב וטוב בהרבה מזה של ישראל.

11. להלן התבטאויות של ראשי המערכת בארץ וחברי קבינט הקורונה:

א. **פרופ' רן בליצר - שותף של ארגון הבריאות העולמי למחקר ומניעה של מחלות כרוניות, ראש 'קבינט הקורונה':**

"בנושא המסכות יש דווקא אמירה מקצועית ברורה: לאנשים שמסתובבים ברחוב אין שום תועלת מוכחת בכל המחקרים שנעשו עד עכשיו שעטיית מסכה כירורגית או מסכה אחרת עוזרת באיזו שהיא צורה למנוע הדבקה.

זה לא נחוצ, זה לא נכון, אפילו יותר מזה: יש האומרים שהחזקת מסכה כזו על הפנים אפילו מסכנת אותך, משום שמה המצב? אתה נמצא, מחזיק מסכה על הפנים, זה בעצם תחשוב על זה כמו צלחת פטרי רטובה שיושבת לך.

זו מדגרה: אתה כל הזמן נוגע במסכה, ואתה מזהם אותה, והיא צמודה לך לפנים - זה לא סביר. ולכן האמירה לאנשים ברחוב היא: "אל תלבשו מסכות, הן לא תורמות, זה לא מועיל, את המסכות האלו צריך לשמור לצוותים רפואיים".
<https://rebrand.ly/1pq77k>

ב. **סיגל סדצקי - פרופסור לרפואה בבית הספר לרפואה ע"ש סאקלר, רופאה מומחית בבריאות הציבור, מפברואר 2019 עד יולי 2020 כיהנה כראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות, במסגרת תפקידה זה בשנת 2020 היתה ממובילי ההתמודדות עם התפרצות נגיף הקורונה בישראל:**

"אנחנו לא ממליצים בכלל לציבור ללכת עם מסכות. המסכות האלה יכולות להפוך להיות מצע טוב לוירוסים להמשיך ולגדול בהם. הם נרטבות, הן חמות, הן לא נכונות, מה שצריך לעשות זה הריחוק, הריחוק ואז אתה לא צריך מסכה. המסכות נועדו לאנשי צוות רפואי".
<https://rebrand.ly/lkl8emm>

ג. הפרופ' איתמר גרוטו - המשנה למנכ"ל משרד הבריאות, בשנת 2017 נבחר לוועד המנהל של ארגון הבריאות העולמי:

מדגיש: "אנשים ברחוב לא צריכים להשתמש במסכות, במקרים מסוימים זה יכול אפילו להזיק. בואו נשאיר את המסכות לאנשים שבאמת צריכים אותן"
<https://rebrand.ly/t5en1fo>

ד. פרופ' רוני גמזו - מנהל בית החולים איכילוב, ממונה על המאבק בנגיף הקורונה בישראל:

"מי שנמצא לבד בפארק, שיוריד את המסכה וייהנה מהאוויר"
<https://rebrand.ly/4277sxa>

ה. פרופ' גבי ברבש - הוא רופא ישראלי, ששימש כמנהל המרכז הרפואי איכילוב, ושימש כמנכ"ל משרד הבריאות, חבר בקבינט הקורונה:

"אני גם כן בדעה שבשטח פתוח זה לא קריטי... הנושא של מסכה בשטח פתוח הוא חלק מהחינוך של הציבור, שברגע שאני יוצא מהבית אני שם מסכה..."
<https://rebrand.ly/wu2vi12>

ו. פרופ' נדב דוידוביץ' - מומחה בבריאות הציבור, ראש בית הספר לבריאות הציבור באוניברסיטת בן גוריון, חבר בקבינט הקורונה:

"השינוי במדיניות הקנסות בעייתית, כמו כן לא ברור על מה נשענת ההמלצה למסכות בשטחים פתוחים,

מקום שבו אנשים מקפידים על מרחק, נושא השימוש במסכות מורכב והדיון לצערנו בנושא הוא לרוב חד ממדי. המסכות נועדו להגן קודם כול על צוות רפואי ועל אנשים שנמצאים בתנאים שיש בהם סיכון רב יותר, כמו עובדים בחנות שבה מתחלפים אנשים רבים. חייבים לזכור ששימוש לא נכון במסכה עלול לגרום להידבקות. כמו כן, היא לא מהווה תחליף לשמירה על כללי היגיינה וריחוק פיזי.

<https://rebrand.ly/9lzwyl3>

ז. **ד"ר חגי לוי - יו"ר ועד איגוד רופאי בריאות הציבור בהסתדרות הרפואית חבר בקבינט הקורונה:**

"יש לשקול האם לחייב מסיכות במרחב הציבורי מאחר שקיימת אי ודאות מדעית לגבי הכדאיות וכן שבצד התועלת הפוטנציאלית, שימוש לא נכון במסיכה עלול לגרום יותר נזק מתועלת".

<https://rebrand.ly/0mtalnl>

ח. **פרופ' איתן פרידמן - מומחה ברפואה פנימית ובגנטיקה רפואית:**

"צריך להבין מתי המסכות עוזרות, המסכות אינן עוזרות, תשאל את כל מי שתשאל כולל בארגון הבריאות העולמי, וגם במשרד הבריאות, המסכות אינן עוזרות בחלל הפתוח. הן עוזרות כאשר, ואני מצטט, כאשר אין אפשרות לשמור על ריחוק פיזי. בקונטקסט הזה הן עוזרות, אבל בשום קונטקסט אחר הן אינן עוזרות, ולהפיל את הכל על הציבור, המסכות, ו"אתם אשמים" (הציבור)? אנחנו לא אשמים!"

<https://rebrand.ly/zzt1wjx>

12. סקירה תמציתית של מסקנות מחקרים לגבי שימוש במסכות:

א. האקדמיה הלאומית האמריקנית למדעים הצהירה כי מחוץ לכותלי בתי חולים, 'מסכות כירורגיות אינן מיועדות ואינן מוכחות לצורך הגנת המשתמשים בהן מפני מחלות דרכי נשימה זיהומיות'. שורה של מחקרים הראתה את חוסר היעילות של מסכות כירורגיות למניעת ההדבקה בשפעת בתנאי בית. הסוכנות הקנדית לבריאות הציבור לא ממליצה לאנשים בריאים להשתמש במסכות בזמן מגיפות, מתוך הכרה בכך שהמסכה לא הראתה יעילות במצבים אלה.

Neilson S. The surgical mask is a bad fit for risk reduction. CMAJ. 2016;188(8):606-7

ב. במחקר שהתנהל בשיטה אקראית במשך כחודשיים וחצי בקרב צוותים רפואיים בטוקיו, מסכה כירורגית התגלתה כלא יעילה במניעת מחלות הצטננות.

Jacobs JL et al. Use of Surgical Face Masks to Reduce the Incidence of the Common Cold Among Health Care Workers in Japan: A Randomized Controlled Trial. Am J Infect Control. ;37(5):417-9

ג. במחקר אקראי צרפתי נבדק האם המסכה משפיעה על הדבקת בני משפחתו של חולה שפעת כשהוא 'עוטה' אותה כל הזמן. נמצא כי המסכה לא השפיעה על מספר בני המשפחה שנדבקו.

Canini L et al. Surgical Mask to Prevent Influenza Transmission in Households: A Cluster Randomized Trial. PLoS One. ;5(11):e13998

ד. נמצא כי זרימת אוויר חופשית ללא הפרעה במהלך הנשימה והנשיפה הינה תנאי הכרחי לתפקוד נשימתי תקין. כל מצב שיכול להוות הפרעה לזרימת האוויר החופשית במהלך מחזור הנשימה, בין אם פתולוגי או לאו, מסוגל לגרום לתת-אוורור עם מאמץ נשימתי מוגבר ולעומס פיזיולוגי על מערכת הלב וכלי הדם ועל מערכת ויסות הטמפרטורה. מצב כזה מסוגל לגרום גם למתח פסיכולוגי.

Alghadir A, Aly F, Zafar H. Effect of face veil on ventilator function among Saudi adult females. Pak J Med Sci. 28:71-4

ה. ארגון הבריאות העולמי מדווח כי שימוש לא נכון במסכה עלול להגביר את הסיכון להדבקה ולא להפחית אותו.

WHO. Advice on the use of masks 1 in the community setting in Influenza A (H1N1) outbreaks

ו. ארגון הבריאות העולמי גם קובע כי 'השימוש הנרחב במסכות על ידי אנשים בריאים אינו נתמך בראיות מדעיות ומלווה באי-וודאות וסיכונים קריטיים'.

WHO. Advice on the use of masks in the context of COVID-19

ז. במחקר שנערך ע"י ה-CDC עטיית מסכה תוך כדי הליכה במשך שעה הובילה לעלייה בדופק, בקצב הנשימה ולעלייה ברמות הפחמן הדו-חמצני בדם.

Kim JH et al. Pulmonary and Heart Rate Responses to Wearing N95 Filtering Facepiece Respirators. Am J Infect Control. ;41(1):24-7

סיכום

13. לנוכח האמור לעיל, החלטת ממשלת ישראל בהתנהלותה בעניין המסכות, בדומה ללא מעט החלטות נוספות הקשורות בטיפול במחלת הקורונה, אינה עומדת בדרישות החוקיות ובנורמות המוכרות המתחייבות כאשר זרוע שלטונית זו אכן עושה שימוש בסמכותה לפגוע בזכויות יסוד כה מהותיות של אזרחיה.

במקרים הנדירים שפגיעה כזו אכן מתבצעת, סמכות הממשלה אינה מוחלטת כלל וכלל ויש לעשות בה שימוש מושכל, תוך הקפדה על זהירות יתר, ואך ורק כאשר אין בנמצא חלופה פחות פוגענית אפשרית. כל זאת תוך בחינה מחודשת תדיר של מדיניותה.

14. בהתאם להשוואה בין ישראל לרוב מדינות העולם, שדוגמא ממנה הובאה לעיל, ניכר באופן ברור כי המדינה אינה יכולה להראות שהפגיעה בזכויות היסוד היא במידה שאינה עולה על הנדרש, שהרי ברוב מדינות העולם נמנעים משימוש במסכות באופן גורף, ומדינות שאינן מחייבות את הציבור לעטות מסכות באף מקום, או רק בשימוש בתחבורה הציבורית, משיגות תוצאות לאין שיעור טובות משל ישראל (המוגדרת לעת עתה כמדינה 'אדומה').

ולא זו בלבד אלא, שכל ההתנהלות בעניין זה עד כה אינה נעשית בשקיפות, ללא בחינת המדיניות מעת לעת, וללא השוואה למדיניות במדינות אחרות ולתוצאותיה. תחת זאת בחרה ממשלת ישראל להטיל חיסיון על הדיונים בעניין הטיפול בקורונה ובדרך קבלת ההחלטות שלה.

משלא תוכל הממשלה לעמוד בפני הביקורת השיפוטית ולהוכיח כי הטלת חובת עטיית המסכות על אזרחי ישראל היא אכן האמצעי הפחות פוגעני האפשרי, הרי שמתחייבת בטלות חובת עטיית המסכות מאליה.

מהמעט שידוע בהקשר הזה, החלטת הממשלה לכפות על הציבור בישראל חובת עטיית מסכות באופן גורף החל מה-12-04-2020, התקבלה בניגוד להמלצות הגורמים הרלוונטיים במשרד הבריאות, ללא נציגים מתחום האפידמיולוגיה בדיונים בעת קבלת ההחלטה, ומעולם לא פורסמה חוות דעת מקצועית המבססת את ההחלטה.

15. לנוכח כל האמור לעיל, ובידוע שבעת הזאת נעשה בעניין זה במדינת ישראל ניסוי חסר תקדים על אזרחיה, וכל יום שעובר אף מחמיר את המצב, ניתנת בזאת למדינה הזדמנות לבטל את חובת עטיית המסכות שאינה חוקית, אינה מוסרית, אינה יעילה, ולעיתים אף מזיקה, תוך פרק זמן סביר של 14 יום מקבלת פניה זו.

16. ככל ולא תענה לדרישות מרשותי המפורטות לעיל, הרי שכדי למצות את זכויותיהן, וזכויותיהם של מיליוני אזרחי מדינת ישראל נוספים, יהיה על מרשותי לעתור בעניין זה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"צ.

17. אין באמור במכתבי זה או באי האמור בו בכדי לפגוע בזכויותיהן של מרשותי, וכל זכויותיהן שמורות.

בכבוד רב,



תמיר טורגל, עו"ד

העתק:

- עו"ד אורי שלומאי, מחלקת ייעוץ וחקיקה, פרקליטות המדינה - חברי קבינט הקורונה
- ח"כ יפעת שאשא-ביטון, יו"ר ועדת הקורונה - פרקליטות המדינה, מחלקת הבגצ"ים