

הזכות להפגין בשטחים

נייר עמדה, יולי 2010



מחקר וכתובה : נעמה באומגרטרן-שרון
עריכה : יעל שטיין
בשער : הפגנה בבילעין. צילום : אקטיבסטילס

בשנים האחרונות מתקיימות הפגנות קבועות של פעילים פלסטינים, ישראלים וזרים נגד בניית מכשול ההפרדה בגדה המערבית, במספר מוקדים. בחודשים האחרונים שינה הצבא את יחסו להפגנות אלה והוא נוקט באמצעים שונים במטרה לשים להן קץ.

במסגרת זו, עוצרים כוחות הבטחון רבים ממארגני ההפגנות, מפזרים לעיתים את ההפגנות באלימות ומגרשים לחו"ל חלק מן הפעילים הזרים המשתתפים בהן. בנוסף, ב-17.2.10 חתם אלוף פיקוד המרכז על שני צווי "הכרזה בדבר סגירת שטח (איסור כניסה ושהייה)" שמגדירים את האזורים הסמוכים למכשול ההפרדה בכפרים בילעין וניעלין כשטח צבאי סגור בשעות שבהן מתקיימת הפגנה מזה מספר שנים מדי יום שישי.

הצו המסדיר את חוקיותן של הפגנות בשטחים הינו צו 101 משנת 1967 – "[צו בדבר איסור פעולות הסתה ותעמולה עוינת](#)". צו זה מגביל באופן קיצוני את זכותם של פלסטינים להשתתף בהפגנות או לארגן אותן. בצלם פנה לצבא וביקש לקבל נתונים אודות מספר המקרים בהם מפגינים הועמדו לדין על פי הצו בהאשמה של קיום תהלוכה, אסיפה או משמרת ללא רישיון. בשל מגבלות המחשב של הצבא, הועברו נתונים רק בנוגע לגזרי דין שניתנו בשנים 2004-2010, וגם לגבי שנים אלה לא מדובר בנתונים מלאים. מן המידע שהעביר הצבא עולה כי היה רק מקרה אחד בו אדם הורשע בעבירות אלה, ומקרה זה התרחש בשנת 2010. משיחות שניהל בצלם עם עורכי דין המייצגים מפגינים פלסטינים שנעצרו על-ידי הצבא עולה שישראל לא עשתה שימוש רציף בצו זה במהלך השנים, והשימוש בו, שהיה נפוץ מאד באינתיפאדה הראשונה, פחת עם תחילת תהליך אוסלו. בתחילת השנה הגביר הצבא את השימוש בצו זה, עובדה המצדיקה עיון מחודש בו ובמשמעויותיו. כמו שאר החקיקה הצבאית, הצו חל רק על פלסטינים בשטחי B ו-C ואילו אזרחים ישראלים וזרים נשפטים במערכת המשפט הישראלית.

בצלם התייחס בעבר למדיניות [פיזור ההפגנות](#) בה נוקט הצבא. במסמך זה אנו מבקשים לבחון את המסגרת התיאורטית של חופש ההפגנה במשפט הבינלאומי, בחוק הישראלי ובחוק הצבאי החל בשטחים.

נסיון ראשון ומבודד להחזיר לשימוש את צו 101 כנגד מארגני הפגנות נעשה בשנת 2009 כנגד אחמד חסן חליל עווד מן הכפר בודרוס, שהיה נתון במעצר מנהלי. עווד הואשם בכך שהיה ממארגני ההפגנות נגד מכשול ההפרדה שהתקיימו בכפרו, ללא היתר מן המפקד הצבאי. כתב האישום לא הכיל מידע מדוייק אודות מועדי ההפגנות אותן ארגן עווד וכמות המשתתפים, ובשל כך, טענה עורכת דינו בתאריך 8.3.2009 כי פגמים בכתב האישום אינם מאפשרים לנאשם להתגונן. היא טענה שהאישומים כלליים מדי, וכן כי ההפגנות בכפר הינן עניין קנייני ולא מדיני, ולכן אין מדובר בעבירה על צו 101. לאור טענות אלה, בתאריך 20.7.2009 חזרה בה התביעה מכתב האישום.

חופש ההפגנה בחוק הישראלי

חופש ההפגנה והתהלכה הינו זכות יסוד בכל משטר דמוקרטי. הוא נתפס כביטוי לכבוד האדם ולחירותו לממש את רצונותיו ולמרות שלא עוגן בחוק יסוד בישראל הוא הוכר בפסיקה כאחת מזכויות האדם המרכזיות. נשיא בית המשפט העליון לשעבר, השופט אהרון ברק, קבע כי "הפגנה על רקע פוליטי או חברתי היא ביטוי לאותה אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפסילה, הנכללים במסגרת כבוד האדם כזכות חוקתית."¹ בית המשפט העליון הדגיש כי ההגנה על זכות זו חשובה במיוחד כאשר מדובר בבעלי עמדות מיעוט: "חופש הביטוי וההפגנה נועדו להגן לא רק על דעות מקובלות ואהודות, אלא גם – ובכך עיקר מבחנו של חופש הביטוי – על דעות שעשויות להיות מקוממות או מכעיסות."²

עם זאת, חופש הביטוי וחופש ההפגנה אינן זכויות מוחלטות ובנסיבות מסוימות ניתן להגבילן. אולם, בשל חשיבותו של חופש ההפגנה, רק במקרים חריגים מותר לפגוע בו:

הגבלת האסיפה או ההפגנה אינה אמצעי ראשון אלא אחרון. בטרם יינקט צעד זה יש לבחון אם לא ניתן לקיים את האסיפה וההפגנה, ובמקביל למנוע את התרחשותו של הסיכון ולהקטין את ממדיו, באמצעות כוחות המשטרה, אשר יכוונו כלפי יוצרי הסיכון... יש להעמידה בסדר עדיפות גבוה – בצד ההגנה על שלום הציבור וביטחונו בדרך כלל – שהרי היא נועדה להבטיח את חופש הביטוי שהוא כה חיוני למשטר דמוקרטי.³

כך הגדיר השופט ברק את הצורך באיזון בין השיקולים השונים:

בדומה לחירויות אחרות, אף כאן יש לאזן בין רצונו של היחיד – ורצונם של יחידים – להביע את השקפותיהם בדרך של אסיפה ותהלכה, לבין רצונו של היחיד לשמור על שלומו ורכושו, ורצונו של הציבור לשמור על הסדר והביטחון

¹ בג"ץ 2557/05, מטה הרוב נ' משטרת ישראל ואחרים, פסקה 13.

² בג"ץ 8988/06, יהודה משי זהב ואחרים נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, פסקה 9.

³ בג"ץ 1928/96, מועצת יש"ע נ' ניצב אריה עמית, פסקה 5.

הציבורי. בלא סדר אין חירות. חופש האסיפה אין פירושו התפרקות מכל סדר
ציבורי, וחופש התהלכה אין פירושו חופש ההתפרעות.⁴

הסמכות לאזן בין חירויות אלה לבין זכויות ואינטרסים אחרים ניתנה בחוק למשטרה, באמצעות
קביעת חובת רישוי להפגנות. רישיון כזה נדרש כאשר עתידים להשתתף בהפגנה למעלה מחמישים
אנשים וכאשר נישאים בה נאומים. אם אחד מתנאים אלה אינו מתקיים, אין צורך ברישיון.
המשטרה רשאית לסרב לתת רישיון רק אם הצליחה להוכיח כי קיימת "וודאות קרובה" לפגיעה
בביטחון הציבור, בסדר הציבורי, בחופש התנועה של אחרים או בזכויותיהם של אחרים. כן מותר
לה להתחשב ביכולתה להתמודד עם ההפגנה בהתחשב באתגרים אחרים העומדים בפניה.

בבחינת הסיכויים להתרחשותם של אירועי אלימות או להפרת הסדר הציבורי קבעו שופטי בית
המשפט העליון כי אירועי עבר עלולים אמנם ליצור חשש כזה, אולם אין בהם כדי להצדיק את
שליטתה של זכות ההפגנה מלכתחילה. גם כאן נדרשת "וודאות קרובה" להתממשות הסכנה.⁵

במקרים שהובאו בפני בית המשפט, העדיפו השופטים ליצור חלופות שיאפשרו את קיום ההפגנה,
בלי להתעלם מהאינטרס הציבורי. הגבלה של משך הזמן או שינוי של מיקום ההפגנה נתפסות על-
ידי בית המשפט כמידתיות. כך, ב-1996 הציעו השופטים למועצת ישי"ע לשנות מועד הפגנה ולא
לקיימה בעת ביקורם של נשיא ארה"ב ושל נשיא טורקיה בישראל, בשל העומס הרב שהדבר מטיל
על המשטרה.⁶ ב-2005 נדחתה עתירת מועצת ישי"ע לקיים הפגנה למשך 36 שעות רצופות שתוכננה
לחסום לתנועה רחוב ראשי בירושלים, בשל ההגבלות שתטיל הפגנה כזו על תושבי העיר.
השופטים קבעו כי הגבלות המשטרה, שכללו חסימה של הציר רק לפרקי זמן קצרים ומוגדרים, הן
מידתיות וראויות.⁷ בדיון בשנת 2006 בנוגע למצעד הגאווה בירושלים קבעו השופטים כי הצעת
המשטרה לקיים את המצעד במתכונת מצומצמת אפשרה "את מימוש חופש הביטוי וההפגנה מחד
גיסא, ואת השמירה על שלום הציבור בלא כניעה לאלימות מצד קהל עוין מאידך גיסא... החלטתו
האמורה של מפקד המחוז מצויה, אפוא, בגדר מתחם הסבירות".⁸ בפסיקה שניתנה לאחרונה
בעניין ההפגנות בשכונת שיחי ג'ראח במזרח ירושלים, קיבל בג"ץ את עמדת המשטרה שיש לקיים
את ההפגנה במרחק מסוים מהמקום בו ביקשו המפגינים, אולם התיר לערוך תהלכה מצומצמת
שתגיע עד לבתים לידם ביקשו להפגין. השופטים קבעו שפתרון זה מאזן בין קשיי האבטחה של
המשטרה לבין חופש ההפגנה של המשתתפים.⁹

⁴ בג"ץ 148/79, צבי סער נ' שר הפנים והמשטרה, פסקה 2.

⁵ בג"ץ 411/89, תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פסקאות 7-8.

⁶ ר' הערה 3 לעיל.

⁷ בג"ץ 2979/05, מועצת ישי"ע נ' השר לביטחון פנים.

⁸ ר' הערה 2 לעיל, פסקה 11. טיעונים דומים באותו העניין ניתנו גם בשנה שלאחר מכן, בבג"ץ 5277/07, ברוך מרזל נ'
מפקד משטרת מחוז ירושלים.

⁹ בג"ץ 1654/10, נאצר אלראווי ואחרים נ' משטרת ישראל.

שם: עבדאללה מחמוד מוחמד אבו רחמה, חבר "ועדת ההתנגדות העממית" בבילעין.
פרטי המקרה: עבדאללה אבו רחמה, מורה בתיכון במקצועו, הינו אחד ממארגני ההפגנות בבילעין. הוא נעצר ב-10.12.09 ובתאריך 21.12.09 הוגש נגדו כתב אישום ובו שלוש האשמות: הסתה, יידוי אבנים והחזקת אמל"ח. בסעיף ההסתה הואשם בכך שארגן והוביל תהלוכות לעבר הגדר בימי שישי, תוך שהוא מסית את המפגינים לפגוע בכוחות הביטחון. בסעיף יידוי האבנים הואשם בכך שיידה אבנים במהלך ההפגנות. בסעיף החזקת האמל"ח, הואשם בכך שהחזיק אמצעי לחימה בהם השתמש הצבא כנגד המפגינים לצורך הצגת תערוכה בעניין. בתאריך 18.1.10 הגישה התביעה הצבאית כתב אישום מתוקן בעניינו, ובו סעיף נוסף: "ארגון ונטילת חלק בתהלוכה ללא רישיון, עבירה לפי סעיפים 1, 3, ו-10 לצו בדבר איסור פעולות הסתה ותעמולה עוינת (יהודה ושומרון) (מס' 101)" בעשרות הזדמנויות בכפר נייעלין (למרות שמדובר בתושב בילעין וחבר הועדה בכפרו).

חופש ההפגנה במשפט הבינלאומי

סעיף 21 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מעגן את חופש ההפגנה ומתיר לאזן חירות זו עם אינטרסים אחרים. על פי הסעיף:

תוכר הזכות להתכנסות שקטה. שום הגבלות לא יונחו בשימוש בזכות זו למעט אלו המוטלות בהתאם לחוק והדרושות בחברה דמוקרטית למען הביטחון הלאומי או בטחון הציבור, הסדר הציבורי (תקנת הציבור), שמירתם של בריאות הציבור או המוסר הציבורי, או שמירת זכויותיו וחירויותיו של הזולת.

ישראל מרבה לטעון כי משפט זכויות האדם אינו חל על פעולותיה בשטחים.¹⁰ עם זאת, לעמדה זו אין כמעט תמיכה בקרב משפטנים לא-ישראלים או בקרב מדינות אחרות והיום מקובלת הטענה שמשפט זכויות האדם ממשיך לחול במקביל למשפט ההומניטארי הבינלאומי, שחל במצב של סכסוך מזוין או כיבוש. לפי טענה זו משפט זכויות האדם חל תמיד, אלא שלעתים הוא נסוג בפני הוראות קונקרטיות של המשפט ההומניטארי במצבי לחימה. לכן, בהיעדר הוראה קונקרטית

¹⁰ כך נטען, למשל, במכתבו של אלי'ם לירון ליבמן, ראש מחלקת הדין הבינלאומי בצה"ל, ליועץ המשפטי לממשלה מיום 3.9.09. ישראל מביעה עמדה זו גם בכל דו"ח שהיא מגישה לאחת מוועדות האו"ם האמונות על יישום האמנות לזכויות האדם. ר' למשל:

Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Second Periodic Reports Submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, Addendum: Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Second Periodic Report, Addendum: Israel, Human Rights Committee CCPR/C/ISR/2001/2, 4 December 2001, paragraph 8

ר' דחייה של עמדה זו על-ידי ועדת האו"ם לזכויות כלכליות:
Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Israel.
23/05/2003, Economic and Social Council, E/C.12/1/Add.90, 23.5.03., paragraph 15

במשפט ההומניטארי שמתירה פגיעה בזכויות המוקנות לאזרחים על פי משפט זכויות האדם, יש לקיים את האחרון.¹¹ מאחר שהמשפט ההומניטארי הבינלאומי אינו מתייחס לזכות ההפגנה, יש לבחון את קיומה בשטח כבוש על פי משפט זכויות האדם.

בנוסף, מנסחי המשפט ההומניטארי הבינלאומי ראו לנגד עיניהם כיבוש הנמשך פרק זמן מוגבל וההגבלות שהם מטילים הן על סמכויות הכובש והן על זכויות האזרחים נובעות מזמניותו.¹² אולם, במקרה של כיבוש מתמשך המצב שונה. אין זה סביר כי זכויות בסיסיות ישללו מאוכלוסייה הנתונה תחת כיבוש לאורך עשרות שנים בטענה שהן לא מעוגנות במשפט ההומניטארי הבינלאומי.¹³

מוחמד עבד אל-כרים מוסטפא ח'טיב ומוחמד איברההים אחמד אבו רחמה הינם שניים מחברי ועדת הגדר בכפר בילעין. שניהם נעצרו במהלך חודש אוגוסט 2009. כתב האישום נגד ח'טיב הוגש ב- 25.8.09, בעוד שכתב האישום נגד אבו רחמה הוגש רק ב- 7.3.10. שניהם מואשמים בעבירות של הסתה במהלך התהלכות בבילעין אותן ארגנו וח'טיב מואשם גם בהפרעה לחייל במילוי תפקידו ובביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת. אבו רחמה, נגדו הוגש כתב האישום המאוחר, מואשם גם בארגון ונטילת חלק בתהלכה ללא רישיון – הפרה של צו 101, אישום אשר מופיע אצל כל אחד מכעשרים נאשמי ההפגנות בבילעין ובניעלין שבצלם בדק אשר נגדם הוגשו כתבי אישום בשנת 2010. נגד ח'טיב לעומת זאת, שמכתבי האישום נראה שהיה לו תפקיד זהה לזה של רבים אחרים בוועדות הגדר שהואשמו בסעיף זה, לא מופיע סעיף זה.

¹¹ ר' לדוגמא Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, New York: Cambridge University Press 2009, pp. 69-71.

ר' סיכום מקיף של עמדה זו תוך דיון בהשלכותיה החיוביות והשליליות אצל

A. M. Gross, "Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International C. Droege, "Elective Affinities? Human Rights and ; Law of Occupation?," *EJIL* 18 (2007), pp. 1-35

O. Ben- ; Humanitarian Law," *International Review of the Red Cross* 90, 871 (2008), pp. 501-548

Naftali and Y. Shany, "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories," *Israel Law Review* 37 (2004), pp. 41-58

¹² ר' לדוגמא ניתוח של מרכיב זה באפיון הכיבוש אצל

O. Ben-Naftali, A. M. Gross and K. Michaeli, "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory," *Berkeley Journal of International Law* 551 (2005), pp. 592-594.

¹³ ר' דינשטיין (הערה 11 לעיל), עמ' 116-120.

הפגנות על פי החוק הצבאי

באוגוסט 1967, חודשיים לאחר תום המלחמה, חתם אלוף פיקוד המרכז על [צו 101 – "צו בדבר איסור פעולות הסתה ותעמולה עוינת"](#). מאז תוקן הצו כמה פעמים, והוא עדיין תקף בגדה המערבית.

על פי הצו, כל אסיפה, משמרת או תהלוכה של עשרה אנשים ומעלה מצריכה רישיון של מפקד כוחות צה"ל באזור אם ההתקהלות נועדה לצורך "נושא מדיני או היכול להתפרש כמדיני או כדי לדון על נושא כזה" או "למטרה מדינית או לעניין היכול להתפרש כמדיני". הוראות אלה חלות על כל התקהלות – הן במרחב הציבורי והן במרחב הפרטי, כולל ביתו של אדם. המפקד הצבאי יכול להורות על סגירת כל מקום בו ישנה התכנסות ציבורית.

תחת הכותרת "הסתה" אוסר הצו על כל אדם לנסות "להשפיע על דעת הקהל באזור באופן העלול לפגוע בשלום הציבור או בסדר הציבורי", או על כוונה לעשות זאת או להקל על ביצוע פעולה כזו. הצו אוסר גם על כל פעילות במקום ציבורי המעידה על הזדהות עם או אהדה לארגונים עוינים או התאחדויות בלתי-חוקיות, כפי שאלה מוגדרים במשפט הצבאי.

הצו מגביל גם פרסומים מכל סוג שהוא אשר "מכילים חומר שיש לו משמעות מדינית" ואוסר על הפצתם ללא אישור של כוחות הביטחון. בסוגי הפרסומים האסורים נכללים כל חומר מודפס, מצולם, מוקלט, מוסרט או בעל כל צורה אחרת והם כוללים עיתונים, כתבי עת, קבצים ומסמכים, גם אם הם חד-פעמיים. כן אסורה הצגה של סמלים לאומיים בלי היתר מיוחד מהמפקד הצבאי.

הסמכות להענקת אישורים לפי הצו ניתנה למפקד הצבאי, אולם הוא "רשאי להסמיך כל חייל או שוטר מכוחות המשטרה להשתמש בסמכויותיו לפי צו זה". בנוסף, "תהיה לכל חייל סמכות להשתמש במידת הכוח הדרושה" לצורך אכיפת הצו.

הצו קובע כי כל מי שעובר על הוראותיו דינו מאסר של עשר שנים או קנס, או שני העונשים יחד.

על פי הנתונים שאסף בצלם, בשנת 2008 נהרגו מירי של הצבא במהלך הפגנות נגד הגדר שלושה מפגינים בניעלין: [אחמד מוסא](#), בן 10, נהרג ב-29.7.08 מירי חי במהלך הפגנה נגד מכשול ההפרדה. בהפגנות שנערכו למחרת במהלך הלווייתו נפצע יוסף עמירה, בן 17, מירי של כדור מתכת מצופה גומי. הוא נפטר מפצעיו כעבור חמישה ימים. ב-28.12.08 נורו ערפאת ומוחמד ח'וואג'א מירי כדור חי. ערפאת מת במקום ואילו מוחמד נפצע באורח אנוש ונפטר מפצעיו ב-1.1.12009. באירוע זה נפצע גם אדם נוסף.

בשנת 2009 נהרג מפגין נוסף בניעלין, [עאקל סרור](#), מירי חי של כדור בקוטר 0.22 אינץ', תחמושת חיה אשר פגיעתה קטלנית פחות מזו של תחמושת רגילה. מפגין אחד בבילעין, [באסם אבו רחמה](#), נהרג כתוצאה מפגיעת רימון גז שנורה בכינון ישיר.

הבעייתיות שבצו 101

הוראות צו 101 סותרות הן את החוק הישראלי והן את המשפט הבינלאומי. אלה מכירים בחשיבותה ובמרכזיותה של הזכות להפגין ומתירים, כחריג בלבד, פגיעה בה כאשר היא מתנגשת עם אינטרסים אחרים הראויים להגנה אף הם. צו 101, לעומת זאת, אינו מכיר בזכות להפגין ומתמקד במקום זאת בקביעת האיסורים וההגבלות על התכנסויות והתבטאויות לסוגיהן.

הצו מעורר כמה בעיות עיקריות:

א. הגדרות מעורפלות

צו 101 אוסר על כל אסיפה, משמרת, תהלוכה או פרסום העוסקים ב"נושא מדיני או היכול להתפרש כמדיני". בצו לא מופיעה הגדרה מדויקת מה ייחשב לבעל תוכן כזה, וניסוח מעורפל וגורף זה פתוח לפרשנות ולכן יכול לשמש להגבלת קשת רחבה של נושאים בהם אנשים מבקשים לבטא את דעותיהם. הגבלה כזו אינה עולה בקנה אחד עם חופש הביטוי.

הצו גם אינו מגדיר מי רשאי לקבוע שתוכן של התקהלות או של פרסום "יכול להתפרש כמדיני" וגם בכך מרחיב את האפשרויות להגבלת חופש הביטוי.

הצו מתיר שימוש "במידת הכוח הדרושה" לצורך אכיפתו, אך אינו מבהיר מהי מידה זו, ומותיר מרחב גדול לשיקול דעת תוך השארת פתח לשימוש מופרז בכוח.

ב. הגבלות מרחיקות לכת על חופש הביטוי וההפגנה

הצו מטיל הגבלות מרחיקות לכת על חופש הביטוי ועל חופש ההפגנה, החורגות מההגבלות הזהירות שהמשפט הבינלאומי והחוק הישראלי מתירים:

- חובת הרישוי הנדרשת עבור כל התקהלות בשטחים מניחה מראש כי קהל של עשרה אנשים מהווה, מעצם קיומו, סכנה לסדר הציבורי. זאת למרות שהתקהלות כזו אינה דורשת היערכות מיוחדת של כוחות הביטחון.
- מאחר שהצו אינו מתייחס רק להתקהלויות במקומות ציבוריים, עולה כי הוא מגביל גם התקהלות במקומות פרטיים. המספר המצומצם שנקבע בצו להגדרת התקהלות – עשרה בלבד – יכול להפוך אנשים רבים לעבריינים רק משום שהביעו את עמדותיהם בתוך ביתם בחיק משפחתם, מצב המביא את הצו לכדי אבסורד.
- היעדר המידתיות נמצא גם באיסור שמטיל הצו על כל פרסום "שיש לו משמעות מדינית", תוך הכללה גורפת של כל סוגי הפרסום, בכל תפוצה שהיא, גם אם הוא נעשה באופן חד-פעמי. גם פרסום בעיתון פלסטיני של מאמר פובליציסטי המבקר את השלטונות עשוי להיחשב להפרה של הצו.

- הצו מדגיש את האיסור על מחאה פוליטית ואוסר על נשיאת סמלים לאומיים במסגרת תהלוכה שקטה, ואף ברמת האדם הפרטי. פעולות כאלה אינן יכולות להיחשב לכאלה המהוות התקפה על הממשל הצבאי ואינן יכולות להיחשב לכאלה היוצרות, בהגדרה, הפרעה בסדר הציבורי.

לצד איסורים גורפים אלה, קובע הצו עונש מקסימלי של עשר שנות מאסר או קנס גבוה, למרות שאין מדובר בעבירות שיש בהן פגיעה בחיים, בגוף או אפילו ברכוש. לשם השוואה, העונש על התקהלות אסורה בחוק הישראלי הינו שנת מאסר אחת, ללא קנס.

ג. האצלת סמכויות

הצו מאפשר למפקד הצבאי להאציל את סמכויותיו שבצו לכל חבר בכוחות הביטחון. מכאן, שניתן להעניק לכל חייל או שוטר המשרתים בשטחים את הסמכות לאסור על התקהלויות ועל פרסומים ולסגור מקומות ציבוריים לתקופה שיקבעו. הענקת סמכויות כה גורפות לדרגים נמוכים מהווה זלזול בוטה בזכויות התושבים ובחשיבות ההגנה על חופש ההפגנה וחופש הביטוי.

על פי הנתונים שבידי בצלם, במהלך חודש ינואר 2010 נעצרו לפחות 13 מחברי ועדת הגדר בכפר נייעלין. נגד כולם הוגשו כתבי אישום כמעט זהים, כולל טעויות הקלדה חוזרות המופיעות במספר כתבי אישום המעידות על העתקה מכנית. בכל כתבי האישום נכלל אישום בהפרה של צו 101 – ארגון ונטילת חלק בתהלוכה ללא רישיון ורובם כוללים אישומים אודות הסתה ויידוי אבנים. האישומים מנוסחים בצורה מעורפלת: במקרים רבים התביעה אינה יודעת מתי החל הנאשם את פעילותו בארגון ההפגנות נגד הגדר ואף אינה יודעת מה היה התפקיד המדויק שמילא הנאשם בארגון ההפגנות ובעידוד אנשים להשתתף בהן. במקום זאת, מופיעה בכתב האישום שורה של חלופות אפשריות באשר למעשיו, לדוגמא: "ארגן תהלוכה, אסיפה או משמרת ללא רישיון או קרא או הסית לקיימן או עודד אותן או נטל בהן חלק בצורה כלשהי" (הדגשה שלנו).

בהתייחסו להפגנות שנערכות סביב בניית מכשול ההפרדה, טען לאחרונה גורם צבאי בכיר כי "אין שום בעיה שאנשים יגיעו למקום עם שלטים, שירים, אבל לא ינקטו שום צעד אליים".¹⁴ אולם, הטענה שהצבא מגביל את ההפגנות בשטחים רק בשל האלימות שבהן אינה מדויקת.

נקודת המוצא של צו 101, שנחתם כחודשיים לאחר כיבוש השטחים, היא שלתושבים לא מוקנית זכות ההפגנה או הזכות לחופש ביטוי. גם התנגדות לא-אלימה ומחאה אזרחית הכוללת התאספות שקטה, היא אסורה. הצו מתנה כמעט כל צורת ביטוי של עמדות אישיות בקבלת אישור מראש מהצבא ומטיל הגבלות מרחיקות לכת ומעורפלות על התכנים המובעים בהתקהלויות או בפרסומים. הצו מטיל חובת רישוי לא מידתית, כך שאפילו התקהלות מצומצמת של עשרה אנשים ללא אישור מראש נחשבת לאסורה, גם אם היא נעשית במרחב הפרטי. הצו פורסם בשנת 1967. החזרת השימוש בו אחרי למעלה מארבעים שנה מאז שנחתם אינה מתחשבת בשינויים המדיניים שעבר האזור בתקופה זו, ובעיקר בהסכמים שבין ישראל לרשות הפלסטינית. הצו מיושן מבחינת תוכנו, הענישה שהוא קובע, ובכך שהוא אינו מתייחס לפסיקה עדכנית, בייחוד פסיקת בג"ץ, בנושא חופש ההפגנה.

לאורך השנים מאז 1967, מיעטו הפלסטינים להגיש בקשות להפגנה, בין השאר כצעד של מחאה נגד הכיבוש ואי הכרה בסמכויותיו. עם זאת, בהתחשב בהוראות הגורפות של הצו ובהנחות הבסיס המשתמעות ממנו, סביר להניח כי גם אם הן היו מוגשות, רבות מהן היו נדחות. דוגמא לזלזול בזכות ההפגנה של התושבים מהווים הצווים שהוציא אלוף הפיקוד האוסרים מראש על ההפגנות בבילעין ובניעלין. איסור גורף, מראש, לתקופת זמן ארוכה לא יכול להיחשב כחוקי, שכן לא נעשים בו איזונים המתאימים לכל הפגנה והפגנה.

החוק המיושם בשטחים אינו שוויוני ומפלה לרעה את האוכלוסייה הפלסטינית. חרף העובדה שהמתנחלים גרים באותו שטח גיאוגרפי בו מוחל הממשל הצבאי, הוחלט שלא להחיל עליהם את החוק הצבאי והם כפופים לחוק הישראלי. החלת שתי מערכות חוקים נפרדות באותו השטח מהווה אפליה בוטה. כך, פעולות אשר יבוצעו על-ידי פלסטינים עלולות להוביל לעשר שנות מאסר ולקנס כספי בעוד שאם המבצעים יהיו ישראלים, הן לא יחשבו כלל לעבירות.

¹⁴ ר' חנן גרינברג, "צה"ל במסר לפלסטינים: תרגיעו את ההפגנות", *ynet*, 14.4.10: <http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3875701,00.html>. כניסה לאתר ביום 20.6.10.