

העותרים:

1. יהונתן פולארד
2. אסתר פולארד

ע"י ב"כ עוה"ד ניצנה דרשן-לייטנר
ו/או לארי דאב
מרח' הותיקים 11 פתח תקוה, 49389
טל: 03-7361519 פקס: 03-7361520

- נ ג ד -

המשיבים:

1. ממלא מקום ראש הממשלה
2. סיעת "קדימה"
3. סיעת "גיל" – מפלגת הגמלאים
4. רפי איתן

ע"י ב"כ היועץ המשפטי לממשלה
פרקליטות המדינה
רח' צאלח א-דין ירושלים

עתירה

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיבים כולם לבוא לנמק וליתן טעם, מדוע לא יבוטל הסעיף בהסכם הקואליציוני שנחתם בין המשיבים, לפיו מתחייב מ"מ ראש הממשלה למנות את הח"כ רפי איתן, לשר בממשלת ישראל.

ואלה נימוקי העתירה:

1. המשיב מס' 1, ממלא מקום ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט, קיבל מנשיא המדינה את התפקיד להרכיב ממשלה בישראל.
2. במסגרת משאיו ומתניו, הגיע המשיב מס' 1 ביחד עם מפלגתו, סיעת "קדימה", להסכם קואליציוני עם מפלגת "הגמלאים", בראשותו של הח"כ רפי איתן. (להלן: "איתן").
3. על פי ההסכם, אשר נחתם ביום 26.4.06, ימונה איתן לשר במשרד ראש הממשלה, ויהיה אחראי על נושא הגמלאים במדינה.
4. איתן היה המפעיל של העותר מס' 1, יהונתן פולארד (להלן: "פולארד"), עת זה ריגל לטובת ישראל על שטחי ארה"ב.

5. בשנת 1984 עמד רפי איתן בראש ה"לק"ם – הלשכה לקשרי מדע, גוף מודיעיני שהשתייך למשרד הבטחון.
6. איתן גייס את פולארד, יהודי אמריקאי, לרגל עבור ישראל על אדמת ארה"ב.
7. באמצעות אביעם סלע, אל"מ בחיל האוויר ששהה בארה"ב באותה תקופה לצורך לימודיו, ואשר עשה את ההכרות הראשונית בין פולארד לאיתן, ביקש איתן וקיבל מפולארד מאות מסמכים סודיים הנוגעים לרכש מערכות נשק ויכולות הלחימה של מדינות עוינות לישראל, לרבות תכניות פיתוח הנשק של מדינות ערב, מערכות נשק נרכשות על ידי מדינות ערב, יכולות רדיואקטיביות, ביולוגיות וכימיות שבידי מדינות עוינות לישראל, מטרות ישראליות העומדות על הכוונת, ותצלומי לויין ומפות של בסיסים סודיים של צבאות עוינים לישראל.
8. במשך שנה וחצי סיפק פולארד אינפורמציה קריטית ביותר לבטחונה של ישראל, הכל תחת הנחיותיו והפעלתו של איתן. במסגרת הפעלתו נפגש איתן עם פולארד פעמיים: פעם אחת בפריס ופעם אחת בישראל. באחת הפגישות אף מסר איתן לפולארד דרכון ישראלי, ובכך הפך פולארד לאזרח ישראלי.
9. ערב אחד נתפס פולארד על ידי אנשי ה-FBI, בחניה במקום עבודתו, כשערימת מסמכים סודיים בידיו. פולארד זומן לחקירה באותו הערב עד השעות המאוחרות של הלילה. הוא התקשר לרעייתו דאז וביקש ממנה להודיע למפעיליו כי עלו על עקבותיו. מפעיליו, אביעם סלע, ויוסי יגור, הודיעו לרפי איתן כי המבצע נחשף, ואיתן הורה להם חד משמעית לעזוב מייד את ארה"ב. מהעדויות שנחשפו לאחר מכן לעיני פולארד במהלך חקירתו על ידי האמריקאים למד פולארד לדעת, כי הן סלע והן יגור, ביקשו מאיתן לסייע לפולארד לצאת מארה"ב משום שאי אפשר להשאיר אותו מאחור. אך איתן אמר שאין הוא עומד להציל את פולארד. כשפולארד יתוודה על כי ריגל למען ישראל, אמר איתן, ישראל תכחיש, ואיש לא יאמין לו.
10. לאיתן לא היתה כוונה כלל להציל את פולארד. ולכן לא הציע לו כל תכנית מילוט אמיתית. בשעת צרה, אמר איתן לפולארד ושיקר לו, עליך לסור לשגרירות ישראל בווינגטון, שם יסייעו לך. במידה ותיתפס, כך היו הוראותיו, עליך למשוך את הזמן עד כמה שתוכל, כדי לאפשר לחלץ את יתר המעורבים בפרשה.
11. במשך ארבעה ימים נחקר פולארד על מעשיו. באותם ימים האמריקאים לא ידעו, ופולארד לא גילה להם, עבור מי הוא ריגל. פולארד נהג כמצוות איתן, ומשך את החוקרים לכיווני חקירה כוזבים שנתנו מספיק זמן לאיתן לחלץ את המשתתפים האחרים במבצע משטחה של ארה"ב.
12. בבוקר ה-21 בנובמבר 1985, כשהבין פולארד שזמנו הולך ואוזל, וכי לא יוכל למשוך את חוקריו עוד זמן רב, הגיע פולארד למתחם השגרירות. בהגיעו לשם, עבר פולארד את שער הכניסה, והתקבל בהמימות בכניסה לבניין. ברם, לאחר התייעצות טלפונית עם ירושלים הורו אנשי השגרירות לפולארד לחזור על עקבותיו. פולארד הנדהם התחנן על נפשו, אך המאבטח הורה לו נמרצות לעזוב את הבניין. פולארד עזב את הבניין ונפל היישר לזרועותיהם של סוכני ה-FBI אשר המתינו לו מחוץ לשגרירות.
13. ישראל התנצלה בפני ארה"ב מייד על הפרשה, אך הכחישה כל מעורבות בה. ישראל הבטיחה חד משמעית לאמריקאים, כי מדובר במבצע בלתי מאושר של סוכנות המודיעין ה"לק"ם, שאיש מראשי הדרג המדיני לא ידע על כך.
14. בשיחת טלפון שנערכה בין ראש הממשלה דאז, שמעון פרס, לבין שר החוץ האמריקאי, שולץ, התחייב פרס לשתף פעולה עם החוקרים האמריקאים, ולהחזיר לארה"ב את כל המסמכים

שפולארד מסר לה במהלך פעילותו¹. ישראל איפשרה לצוות חוקרים אמריקאים להגיע לישראל ולחקור את כל המעורבים בפרשה, למעט סלע. כמו כן נתנה ישראל בידי צוות החקירה את המסמכים שפולארד העביר לה בעת שירותו.

15. היתה זו הפעם הראשונה והיחידה בהיסטוריה, בה הסכימה מדינה לקום נגד סוכנה, ולשתף פעולה עם המדינה המבקשת להרשיע אותו. ישראל, במקום להגן על סוכנה, מסרה לידי ארה"ב באופן חסר תקדים את הראיות הדרושות להעמיד אותו לדין, אותם מסמכים שהיוו את הראיה המוצקה היחידה לפעילותו של פולארד, ואיפשרה לה לגבות את העדויות שיסייעו לארה"ב להרשיע אותו. בכך גרמה ישראל לפולארד נזק בל ישוער.

16. עם קבלת המסמכים לידיה, עמדה ארה"ב לראשונה על היקפה האמיתי של הפרשה. מהחומר רב החשיבות לישראל אשר הועבר לידיה הבינה ארה"ב, כי לא מדובר במבצע קטן של סוכנות שולית, כפי שהבטיחה לה ישראל. מהמגוון הרחב של החומר, אשר נגע לכל חילות הצבא והמודיעין, למדה ארה"ב, כי פרשת הריגול לא היה מבצע בלתי רשמי, וכי **ישראל שיקרה לה**.

17. החומר הרי נגע למגננות הנשק של מדינות ערב, יכולתיהן הצבאיות, חידושי מערכות הנשק שבידיהן, ומיקום צבאותיהם. מהנושאים המגוונים שהכיל החומר ומהיקפו הבינה ארה"ב, שהוא הועבר לשימושם של כל חילות הצבא והמודיעין הישראליים. ארה"ב הבינה, כי חומר שכזה, לא יכול לשמש סוכנות ביון קטנה כמו הלק"ם. היא ידעה, כי ללק"ם, אשר עוסק באיסוף חומר מדעי עבור הכור הגרעיני, אין צורך בחומר שפולארד העביר. ארה"ב הבינה, כי החומר היה מיועד לחילות הצבא השונים וסוכנויות המודיעין השונות בישראל. היא הבינה, לפיכך, כי מבצע שכזה לא יכול להתנהל ביוזמת סוכנות מדעית קטנה אחת, כי אם חייבה את התערבותו של הדרג המדיני והצבאי הבכיר ביותר.

18. האמריקאים ידעו, כי כל אחד מראשי רשויות הצבא והמודיעין, היה מעורב במבצע הזה. **והם מאמינים בזה עד היום**. הם יודעים איך חילות הצבא וסוכנויות המודיעין פועלים כשמגיעה אליהם פיסת מידע רגישה ביותר וסודית. הם יודעים, שאף סוכנות מודיעין ואף חיל צבאי לא יסתמכו על מידע רגישה שכזה מבלי לבדוק את מקורו ומהימנותו. הם ידעו, כי סוכנויות הביון הישראליות וחילות הצבא הישראליים, לא יעזו להסתמך על המידע שסופק להם באמצעות רפי איתן, אלמלא ידעו **מה המקור שלו ומהיכן הגיע**. הם ידעו ששר הבטחון וראש הממשלה לא היו מזיזים כוחות, לא היו מסכנים חיי חייליהם, ולא היו נוקטים בשום פעולה, אלמלא ידעו מה מקור המידע עליו הם מסתמכים, ושהוא מדויק במאה אחוז. איש לא היה מסתכן אלמלא ידע בודאות, כי החומר נלקח מסוכנות הביון של ארה"ב במבצע ריגול.

19. גם מחקירת המעורבים בפרשה למדה ארה"ב, כי על המבצע פיקד רפי איתן, רב מרגלים, איש מוסד לשעבר, בעל מעמד בכיר ביותר בין גופי המודיעין בישראל. כן השתתפו במבצע אנשי שגרירות ישראל בווינגטון, אשר היו אמונים על הסדר הצד הטכני של המבצע. ארה"ב הבינה, כי לא היה זה מבצע בלתי מאושר או בלתי רשמי, כטענת ישראל, אלא מבצע רב משתתפים שהיו אחראים לו שלוחות שונות במדינת ישראל.

20. התגובה החפוזה של ישראל, לשכנע את ארה"ב שזה היה מבצע עצמאי וקטן, היתה בלתי אמינה לחלוטין. המדיניות העילגת של ישראל בניהול המשבר הנ"ל, ונסיונה לשכנע את ארה"ב שהמבצע לא היה ידוע לראשי המודיעין והצבא הישראליים, לראש הממשלה או לשר הבטחון, היתה נתונה לכשלון מראש. לא הנשיא רייגן ולא סגנו, ג'ורג' בוש האב, לא שר החוץ שולץ ולא שר ההגנה ויינברגר, אף לא אחד, מבכירי המשל בארה"ב ועד נמוכי הדרג שביניהם, האמינו למילה אחת של הישראליים.

¹ בבג"צ 7712/05 פולארד נ' ממשלת ישראל טען פולארד כי בתמורה להעברת המסמכים דגן התחייבה ארה"ב שלא להשתמש במסמכים כנגד פולארד. בתגובתה לעתירה מכחישה המדינה את ההתחייבות הנ"ל ובכך אך מחזקת את העובדה, כי המדינה מסרה את הראיות להרשעתו של פולארד מבלי לנקוט כל צעד להגנתו.

21. במהלך הדברים עוד נתגלה, כי המבצע נוהל גם בהשתתפותו של אל"מ אביעם סלע, אחד המפקדים יוצאי הדופן והמבריקים ביותר בצה"ל. אביעם סלע היה מי שהפציץ את הכור בעירק, ומי שהיה עתיד ליטול על עצמו פיקוד על בסיס חיל האוויר תל-נוף, ולהתמנות לבסוף למפקד חיל האוויר. אביעם סלע לא השתייך ללק"ם ולא היה תחת מרותו של איתן כלל, ובכל זאת היה מעורב במבצע. האמריקאים ידעו, בכיר בדרגתו של סלע, לא היה משתתף במבצע ריגול שכזה, אלמלא קיבל את האישור מבכירי הבטחון הישראליים.
22. ארה"ב הכירה את הצבא הישראלי וידעה בודאות מוחלטת, כי אם דמויות בכירות כמו אביעם סלע היו מעורבים במבצע, ראש הממשלה ושר הבטחון ידעו על כך.
23. הטענה הישראלית, לפיכך, כי הדרג המדיני והצבאי לא ידע על המבצע, לא הצליחה להחזיק מים.
24. **ישראל שיקרה.** הדרג המדיני והצבאי ידעו, שרפי איתן מנהל מבצע ריגול בצי האמריקאי. העובדה, כי רפי איתן מפעיל סוכן בתוך המודיעין האמריקאי היתה ידועה לראשי הממשלה, שמיר ופרס, לשר הבטחון, יצחק רבין, לשר משה ארנס, לראש אמ"ן, אהוד ברק, לראשי כל אחד מהגופים הצבאיים, ולראשי כל גופי המודיעין בישראל.
25. פולארד התבקש על ידי רפי איתן, אם ישירות, אם באמצעות סלע ואם באמצעות מפעיליו האחרים, לספק מסמכים ספציפיים הנוגעים לתחומים מסויימים של חילות הצבא השונים ומפקדות המודיעין. פולארד התבקש לספק מסמכים הנוגעים לנושאים שבסמכותם של חיל הים, חיל האוויר וחיל היבשה. מפעיליו מסרו לו רשימות מסמכים מבוקשים, אשר היו רשומים על נייר המכתבים הרשמי של החילות השונים.
26. מכאן, שלא ניתן להאמין ולו לרגע, כי רפי איתן, ראש סוכנות שולית וקטנה, הלק"ם, ניהל את המבצע הזה לבדו. נהיר לכל, שאיתן קיבל את הבקשות מראשי הצבא השונים. כן ברור, כי שטפון המידע הזה, של ידיעות סודיות רגישות ויקרות בערכן, לא נעלם מעיניהם של ראשי המודיעין והצבא. לא יתכן, כי היכולת המודיעינית של ישראל בעקבות המסמכים של פולארד גדלה פי 1000%, וראש הממשלה, ראש כל מערכות המודיעין הללו, לא ידע על כך.
27. כך, למשל, בעקבות המידע שפולארד סיפק לישראל, בכללם צילומי אוויר של מפקדת אש"ף בטוניס, נתונים לגבי מיצובן של אוניות הצי של ארצות צפון אפריקה וארצות המערב סמוך לטוניס, הפציץ חיל האוויר את מפקדת אש"ף בטוניס בשנת 1985 במבצע מדהים ומסובך ביותר. פרט לעובדה, כי מפעיליו של פולארד אישרו לו בשמחה ובהכרת תודה, בפגישתם עימם, כי המידע שהוא סיפק להם הוא שהביא להצלחתו המקסימלית של מבצע מסוכן זה, הרי שלא ניתן להאמין שמפקד חיל האוויר, שר הבטחון וראש הממשלה, סיכנו את חייהם של הטייסים, הסתכנו בשערוריה בינלאומית מביכה, סיכנו תסבוכת מדינית עם מדינות העולם, מבלי לודא שמקור המידע עליו הסתמכו הוא אמין לחלוטין ומבלי לעמוד על טיב מקורו.
28. בדומה, כל המידע שפולארד מסר לישראל הועבר לשימוש חילות המודיעין והצבא השונים. מידע זה היה חסר תועלת אם רפי איתן לא יכול היה לאשר לראשי החילות והשירותים הללו כי המידע הזה אותנטי ומדוייק, וכי מקורו במודיעין האמריקאי. ראשי הצבא והמודיעין לא היו מעיזים להסתמך על המידע אחרת, הואיל ותמיד יש חשש כי מדובר במידע בלתי נכון, הבא כחלק ממידע כוזב עוין.
29. ראשי החילות והשירותים המודיעינים לא היו מסכנים את חיי חייליהם או עושים החלטות קריטיות נוראיות, אם לא ידעו את מקור המידע ואת אמינותו של המידע עליו הם מסתמכים.
30. אם לא די בכך, הרי שהמבצע נעשה בתוך לבה של שגרירות ישראל בווינגטון. אנשי השגרירות הישראלית בווינגטון היו מעורבים בסידורים הטכניים של המבצע. אנשי השגרירות

שכרו דירה בווינגטון על שמה של אחת המזכירות, רכשו מכונת צילום משוכללת, וסיפקו אמצעים טכניים נוספים לודא שהמבצע יפעל בסודיות ובצורה חלקה.

31. לא ניתן להאמין, שמשרד החוץ לא ידע על המבצע ולא קיבל עדכונים על כל שלביו ושלביו של המבצע. לא יתכן שאנשי השגרירות שכרו דירה, הציבו שם את אחת המזכירות לצלם את המסמכים שפולארד היה מספק בכל סוף שבוע, והכל ללא ידיעתם של הגורמים המוסמכים במשרד החוץ. אחרי הכל, אנשי השגרירות חבים את חובת הדיווח למשרד החוץ הואיל והם מועסקים של משרד החוץ. אין הם חייבים את דיווחם לרפי איתן, ואין הם מקבלים פקודות ממנו. כל אנשי השגרירות שהיו מעורבים במבצע דיווחו למשרד החוץ. איש לא יסתכן בהרצת מבצע ריגול מהשגרירות ובשיתוף פעולה של אנשי השגרירות, אם לא היו מקבלים לכך רשות מהמונים עליהם. אנשי השגרירות קיבלו את אישור השגריר, והשגריר קיבל אישור ממשרד החוץ. וכך שר החוץ היה מעורב במבצע הריגול בצורה האינטימית ביותר.

32. בנוסף לכך, בפגישתם בפריס, מסר רפי איתן לפולארד את הדרכון הישראלי אשר הונפק עבורו. השם בדרכון היה דני כהן (כמשפחתו של המרגל המהולל אלי כהן ז"ל, אותו פולארד העריץ). רפי איתן הסביר כי בדרכון ישראלי זה מעבירה ישראל את הכרת תודתה על התרומה הבלתי מסולאת בפז שפולארד נתן לה, והיא מעניקה לו בזאת אזרחות ישראלית. בשם דני כהן פולארד אמור היה להשתמש, כשיסיים את המבצע ויעבור לישראל. לא ניתן להעלות על הדעת, כי פקידי משרד הפנים פעלו אך ורק בהנחיית רפי איתן, ועל פי בקשתו, הנפיקו את הדרכון לפולארד. אם נקודת המוצא תהיה כזו, הרי שכל המדינה פועלת תחת הוראותיו הבלעדיות של רפי איתן. אין ספק, איפוא, כי בהנפקת הדרכון ובאישור הנפקת הדרכון היה שר הפנים מעורב, והדברים נעשו תחת פיקוחו.

33. לסיום, יוסי יגור, אשר הפעיל את פולארד, היה סוכן של הלק"ם. אולם, אביעם סלע מעולם לא השתייך ללק"ם ולא היה תחת פיקודו של איתן. סלע היה מעורב בכל הפרשה. את האישור למעורבותו של סלע בפרשה הוא קיבל – לא מרפי איתן, כי אם מהמונים עליו – מפקד חיל האויר והרמטכ"ל. הווה אומר, המערכת הצבאית ידעה על הנעשה.

34. לא רק המערכת הצבאית ידעה על המבצע שמנהל רפי איתן בווינגטון, גם הדרג המדיני ידע. וכל הכחשה בנושא לא תועיל. כולם ידעו על פולארד. הם ידעו ולא הפסיקו את רפי איתן, משום שהם רצו בהמשכו של המבצע. המידע שפולארד העביר לישראל היה יקר מפז. פולארד הכפיל את מערכת המגננה הישראלית באלפי מונים. על פי בכירים במערכת הבטחון, פולארד נתן לישראל כל מה שהיא זקוקה לו על מנת לנצח במלחמה הבאה עם אומות ערב.

35. ישראל לא הירשתה לעצמה לותר על המידע הזה. אבל היא הירשתה לעצמה – ובקלות רבה – לותר על חייו של פולארד. כל עוד פולארד יכול היה לספק לישראל את המידע שביקשה ממנו, ולגבי היקפו ישראל לא ידעה גבול, היא אימצה את פולארד כסוכנה. היא איפשרה לאנשי השגרירות בווינגטון לשתף עימו פעולה, היא איפשרה לבכיר בחיל האויר להשתתף במבצע, היא סיפקה לפולארד דרכון ישראלי. אבל כשפולארד נתפס – היא זרקה אותו לכלבים. כשפולארד נתפס – ישראל התכחשה להיותו סוכן מטעמה, סירבה לחלצו, הביאה להרשעתו, והביאה לגזר דין חסר תקדים אשר הביא לכליאתו בכלא האמריקאי זה 21 שנה.

36. ישראל יכלה לחלץ את פולארד גם לאחר שנתפס, אבל העדיפה שלא לעשות זאת. היא ביודעין העדיפה את טובת מקורביה ובכיריה, סלע, איתן, ויתר המעורבים בפרשה, על פני חייו של פולארד. דבר זה עולה ברורות מדבריו של מי שהיה עורך דינו האמריקאי של אביעם סלע, ואשר פוטר מתפקידו לאחר שסירב לשתף פעולה עם מסכת השקרים של ישראל בפרשה.

37. לאונרד גרמנט, עורך דין יהודי, שימש כיועץ המשפטי האישי של הנשיא ניקסון, והיה מקורב מאוד לאנשי הממשל בארה"ב. את מעורבותו בפרשת פולארד כתב גרמנט בספרו **Crazy Rhythm** (DA Capo Press, 2001).

38. סמוך לאחר חשיפת פרשת פולארד, הסכים שר החוץ האמריקאי דאז, ג'ורג' שולץ, לסיים את הפרשה המביכה מבלי שיגרום נזק יותר ממה שכבר נגרם. שולץ ביקש מישראל לקבל תצהירים מכל אלה שהיו מעורבים בפרשה כדי שיוכל לבחון את הפרשה.
39. גרמנט נשכר על ידי חיים צדוק, שר המשפטים לשעבר, לייצג את אביעם סלע, חתנו. גרמנט נפגש עם צדוק וסלע במשותף, כשצדוק אוחז בגירסה הרשמית והשקרית, לפיה ממשלת ישראל לא היתה מעורבת, ומעורבותו של סלע בפרשה היתה שולית. סלע, לדברי צדוק, היה מי שהכיר לראשונה בין פולארד לאיתן, ובכך הסתיימה שליחותו.
40. למחרת בערב, נותר גרמנט עם סלע לבדו, והוא ביקש מסלע לספר לו את כל האמת. סלע סיפר לגרמנט את מה שהוא כינה בספרו "רוב האמת". אמת זו היתה רחוקה מהגירסה הרשמית שהציג בפניו צדוק יום קודם לכן. בתום הפגישה מיהר גרמנט לחדרו שבמלון, והעלה את כל רישומי השיחה עם סלע בדיו אדומה על בלוק נייר מכתבים צהוב.
41. גרמנט עמד בקשר יומיומי עם שגריר ארה"ב בישראל, תומאס פיקרינג, ועם אברהם סופר, יועצו של שר החוץ שולץ. הוא למד מהם שהאמריקאים מוכנים להסתפק בתגובה ישראלית כנה, המודה כי הדרג הבכיר ידע על הנעשה, אף ללא הזכרת שמות.
42. לאחר שיחתו עם סלע, נפגש גרמנט עם ראש הממשלה פרס ועם שר הבטחון רבין, כדי לשכנעם לרדת מהגירסה השקרית ולמסור את האמת לאמריקאים. גרמנט הזהיר אותם כי האמריקאים יגלו בסופו של דבר את האמת, והתבצרות בעמדה הכל כך בלתי אמינה רק תגרום נזק. אזהרותיו נפלו על אוזניים ערלות.
43. זמן קצר לאחר מכן, הגיעה משלחת ישראלית לווישינגטון כמתוכנן, על מנת למסור לשר החוץ שולץ את התצהירים המבוקשים מן המעורבים בפרשה. בין משתתפי המשלחת היו שגריר ישראל בארה"ב דאז, מאיר רוזן, ראש לשכתו, אליקים רובינשטיין, מנכ"ל משרד החוץ, חנוך בר און, ועו"ד רם כספי. המשלחת נפגשה תחילה עם גרמנט, וביקשה ממנו למסור את התצהירים שהכינו לשר החוץ.
44. בקוראו את התצהירים הבין גרמנט, כי ישראל לא שינתה מגירסתה השקרית והודיע, כי לא ימסור את התצהירים לאמריקאים. הוא טען בפני הישראלים כי התצהירים כוזבים, וכי התביעה האמריקאית בנקל תצליח להוכיח זאת. הישראלים שאלו בתמיהה מהיכן לגרמנט העובדות שהוא טוען להן, וגרמנט שלף את הדפים הצהובים עליהם היתה כתובה עדותו של סלע. הוא הקריא את העדות לישראלים בקול רם.
45. את מה שקרה אחר כך תיאר גרמנט בספרו בעמ' 374:

THEM: Give us that paper.

ME: You must be kidding.

THEM: You have no right to it.

ME: These are my personal notes.

Zadok asked me to leave the room for a few minutes. When he brought me back in, they announced a solution:

THEM: You are discharged as Aviam's counsel.

Now give us the paper.

ME: I have a lawyer's lien on it. I also have photocopies in my office. If you don't stop this, you're getting out of here.

מצ"ב ע/1: עמודים 369 – 375 בספרו של גרמנט.

46. גרמנט הזהיר את הישראלים שלא ימסרו את תצהירי הכוזב לאמריקאים, משום שהם יגרמו לנזק חמור יותר. התכנית הישראלית האבסורדית, להכחיש את מעורבות הדרג המדיני והצבאי, שעה שהאמריקאים ידעו הכל, רק ליבתה את האש.
47. בסופו של דבר נותרו הישראלים בצורים בעמדתם, והם הגישו את התצהירים השקרניים לבדם לשר החוץ שוליץ. שוליץ עיין בתצהירים, ידע כי שקר הם, והורה להגיש כתב אישום כנגד אביעם סלע. מבחינה אפקטיבית אין האמריקאים יכולים לעשות הרבה כנגד סלע, מפאת העדרותו של זה מארה"ב. אבל האמריקאים יכולים לעשות – והרבה – עם מי שנותר שער לעזאזל בידיהם – פולארד עצמו.
48. את כל הכעס שהיה בלבם על הפרשה ועל התנהלות ישראל בפרשה – הוציאו האמריקאים על פולארד. זמן קצר לפני גזירת דינו של פולארד, ידעו האמריקאים בודאות כי ישראל משקרת. בכיר אמריקאי אמר ללוס אנג'לס טיימס: "The Israelis lied to us"². על אף כל הכחשותיה הנמרצות, האמריקאים ידעו שישאל משקרת. זמן קצר לאחר גילוי הפרשה, מינתה ישראל את אביעם סלע למפקד בסיס חיל האוויר תל נוף, תפקיד הידוע כמקפצה לפיקוד על מלוא החיל, ואת רפי איתן מינתה למנכ"ל החברה הממשלתית הגדולה ביותר של ישראל – חברת כימיקלים לישראל. האמריקאים למדו שישאל לא רק שאינה נוקטת בצעדים כלשהם כנגד משתתפי המבצע אלא להפך, היא מקדמת אותם וחפצה ביקרם. דבר זה הוכיח לאמריקאים סופית, כי המבצע כולו היה באישורם של בכירי המדינה והצבא, וכי כל הכחשותיה של ישראל היא העמדת פנים בלבד. העלאת דרגתם של אלה וקירובם לצמרת השלטון היו למעשה אישור מעשיהם של האחזרונים על ידי ישראל ולו רק בדיעבד. אם המבצע היה באמת בלתי רשמי כפי שטענה ישראל, ישראל לא היתה מקרבת אל ליבה את האנשים שסרחו.³
49. ביוני 1986 לאחר שהגיעו האמריקאים לעסקת טיעון עם פולארד, צפוי היה פולארד לקבל את העונש הניתן בדרך כלל בגין עבירת ריגול למדינה ידידותית: 4 – 7 שנות מאסר. במקום זאת, וכנקמה על התנהגותה של ישראל, השליך בית המשפט האמריקאי את פולארד לכלא למאסר עולם בלתי קצוב. פולארד כלוא בכלא הפדרלי בארה"ב מאז, זה כבר 21 שנה.
50. רפי איתן היה אחראי על כל הפרשה (מטעם ראשי המדינה), מתחילתה ועד סופה הבוזי. הוא ניהל מבצע שמלכתחילה לא היה בסמכותו או בסמכות סוכנותו לנהל. הוא גייס אזרח אמריקאי לרגל על אדמת ארה"ב, מבלי להתחשב בהשלכות הרוח האסון שתהיינה לתוצאות מבצע שכזה. הוא לא דאג לסוכנו לדרך מילוט. הוא חילץ את יתר המשתתפים במבצע, אבל הפקיר את פולארד בשטח.
51. איתן בחר במודע שלא לחלץ את פולארד. גם סלע וגם יגור אמרו לאיתן כי לא ניתן להפקיר את פולארד בארה"ב. גם ה-common sense אומר כך. אבל יותר מכל – האחריות הלאומית, האחריות הפיקודית, האחריות של מפקד אומרת, כי לא ניתן להפקיר חייל בשטח. אבל איתן העדיף את טובת חבריו ואת טובתו האישית, והפקיר את פולארד. לאיתן לא היה אכפת אם פולארד יחיה או ימות. איתן ידע, כי בלעדי האחרים, פולארד יוותר השעיר לעזאזל אשר יצטרך לשאת על גבו את מלוא השלכות המבצע. וכך באמת היה.

² לאונרד גרמנט בספרו *Crazy Rhythm* (DA Capo Press, 2001), בעמ' 370.

³ בעת מתן גזר דינו של פולארד ציין השופט שישב בדיון בזעם, כי ישראל כלל לא הביעה חרטה על הנעשה, והעלתה את סלע בדרגה. לא היה ספק כי השופט עומד לבטא את זעמו בגזר הדין, וכך היה.

52. לאחר שפולארד נעצר, איתן לא ניסה לחלצו. להיפך. בפגישה עם החוקרים האמריקאים, שיקר להם איתן. על אף שידע כי האמריקאים יודעים את האמת, על אף שידע כי עדותו עלולה לגרום לפולארד נזק בלתי הפיך, אמר איתן לאמריקאים כי כל המבצע היה ביוזמתו של פולארד. כי פולארד מסר את המסמכים לישראל מבלי שנתבקש. כי איש מהדרג המדיני לא ידע על כך.
53. במשך 21 שנה נתבקש איתן לסייע לפולארד, אך הוא עמד בסירובו. במשך 21 שנה יכול היה איתן לתקן את הנזק הנורא שגרם לפולארד, למסור לאמריקאים את הגירסה האמיתית לאירועים שארעו, ולגלות את מידת מעורבותה של ממשלת ישראל בפרשה. פעמים רבות פנה אליו פולארד באמצעות גופים שלישיים בבקשת הצלה, אך איתן סירב בתוקף.
54. כתוצאה ממעשיו של איתן, פולארד נרקב בכלא האמריקאי. ואילו איתן מהלך בעולם החופשי, מנהל עסקים חובקי עולם, וכעת מבקש ליטול על עצמו משימה לאומית ראשונה במעלה: לכהן בממשלת ישראל. אדם כזה אינו ראוי ואינו יכול להיות שר בישראל.
55. גם היום מסרב איתן לסייע לפולארד. במשך 21 שנה מסרב איתן למסור לאמריקאים או לגורמים המוסמכים בממשלת ישראל, מסמך המצוי בחזקתו הבלעדית ושרק לו יש העתק הימנו, ואשר ראש הממשלה יכול לעשות בו שימוש כדי להציל את פולארד.
56. האמריקאים מעולם לא היו בטוחים, כי קיבלו מישראל את כל המסמכים שפולארד העביר לה בשעת פעילותו. המסמך המצוי בידי איתן מונה את רשימת כל המסמכים שנמסרו לישראל על ידי פולארד במהלך שירותו. אם איתן היה מוסר את המסמך הנ"ל לידי האמריקאים בכל זמן במהלך 21 השנה האחרונות, האמריקאים היו סוגרים את הפרשה בידועם שישראל החזירה את כל המסמכים. מסמך זה היה מסיר מעל פולארד את כל האשמות השוא שטפלו עליו, ואשר גורמות לו נזק רק זה 21 שנה. כיום מסמך זה הינו חיוני ביותר עבור ראש הממשלה בנושאו ובנותנו עם האמריקאים על שחרורו של פולארד, אולם איתן מסרב למסרו.
57. כל אלה יש בהם כדי לבטל לחלוטין את אפשרות מינויו של איתן כשר בממשלה. ישראל היא שקבעה את אמת המידה כיצד יש לנהוג עם מי שקשור לפרשת פולארד. אביעם סלע שהיה אל"מ מבטיח, עמד להתמנות מפקד בסיס חיל האוויר תל נוף. ישראל ביטלה את המינוי, על מנת לא לפגוע עוד יותר במצבו של פולארד, וכך נקטעה למעשה הקריירה הצבאית המפוארת של סלע באיבה. לא יתכן כי איתן, אשר פיקד על כל המבצע, ואשר היה אחראי ישירות על השלכותיו, יזכה ליחס שונה, וימונה לשר במדינת ישראל.
58. מאז הפרשה כף רגלו של איתן לא דרכה על אדמת ארה"ב. איתן, לא פחות מסלע, מבוקש על ידי השלטונות שם. מינויו של איתן כשר הינו הנפת סדין אדום אל מול עיני האמריקאים. דבר זה יחבל נואשות במאמצי השחרור של פולארד. האמריקאים יווכחו לדעת, כי על אף חלופי השנים, דבר לא השתנה מבחינת מדינת ישראל.
59. במעשה זה, חוזרת ישראל על מעשיה אשר גרמו נזק בלתי הפיך לפולארד מספר ימים לפני מתן גזר דינו, כשמינתה את אביעם סלע למפקד בסיס חיל האוויר. במעשה זה, עוררה ישראל את זעמם של האמריקאים ושל השופט שישב בדין במשפט של פולארד, אשר כתוצאה מכך החמיר בעונשו של פולארד.
60. מינויו של איתן לשר בישראל יהיה, למעשה, המסמר האחרון בארון הקבורה של פולארד.
61. ביום 9.4.06 פנו העותרים למשיב מס' 1 באמצעות ב"כ שלא למנות את רפי איתן לשר מהטעמים המפורטים מעלה. מכתבם לא נענה וביום 23.4.06 שלחו אותו שוב. גם מכתב זה לא נענה.

מצ"ב ע/2: מכתבי העותרים.

לא נותר להם לעותרים אלא לבקש את סיועו של בית משפט נכבד זה, ומכאן העתירה.

ואלה טעמי העתירה:

א. הסעיף בהסכם הקואליציוני פסול

62. הסכמים קואליציוניים אינם חסינים מפני ביקורת שיפוטית, ובית המשפט מוסמך לבטל הסכם פוליטי כאשר נמצא כי ההסכם הוא בלתי-חוקי או שהוא סותר את תקנת הציבור. (ראה בג"צ 306/05 סיעת המפד"ל בכנסת נ' שינוי – מפלגת מרכז; בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, יצחק שמיר, מה(1) 749; בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758; בג"ץ 1523/90, 1540 לוי נ' ראש ממשלת ישראל, מד(2) 213).

63. בחינת חוקיותו של הסכם קואליציוני מעוגנת בתפיסה הנטועה בשורש שיטת המשפט במדינת ישראל, לפיה בית המשפט לא ייתן תוקף לאי-חוקיות ולפעולה הנוגדת את תקנת הציבור, והסכם פוליטי שהוא בלתי חוקי או שהוא סותר את תקנת הציבור הינו הסכם בטל אשר בית המשפט רשאי להכריז עליו ככזה. אף כי ישנן שיטות שונות לענין היקף הביקורת השיפוטית על הסכמים פוליטיים, הכל מסכימים כי בית המשפט לא ימשוך את ידו מפסילתו של הסכם פוליטי בלתי חוקי או הסכם הנוגד את תקנת הציבור:

"בית-משפט לא ידיר עצמו מדיון בהסכם פוליטי אך כאשר הסכם פוליטי הוא, ובהקשר המתאים יוכל שיכריז עליו - בין במפורש בין מכללא - כהסכם בלתי חוקי או כהסכם הנוגד את תקנת הציבור. לשון אחר: היותו של הסכם "פוליטי" לא יקנה לו להסכם "חסינות" מפני הבאתו לבית-משפט כנושא לדיון; בית-משפט יכול שיטפל בו כראוי לו, והוא במקום שעשוי הוא לפגום בעיקר מעיקרי החברה או ביסוד מיסודי המשפט." (פרשת ולנר, בעמ' 823).

64. אמנם, בית המשפט ינהג איפוק רב בבואו לבחון הסכם פוליטי. בית המשפט יימנע מהתערבות העלולה לגרום לפגיעה בחופש הפעולה הפוליטי ובעיקרון היסודי של הפרדת הרשויות אלא, אם מדובר בהסכם הנוגד את החוק או את תקנת הציבור. מטעמים אלה נפסק כי התערבותו של בית המשפט בהסכמים פוליטיים תצומצם לאותם מקרים חריגים וקיצוניים, בהם ההסכם לוקה בפגם חמור המגיע כדי אי-חוקיות, אי-חוקיות או כדי פגיעה בתקנת הציבור.

65. רשימת המקרים החריגים והמיוחדים בהם יטה בית המשפט לבטל הסכם פוליטי אינה סגורה. כך גם אמות המידה לפיהן יבחן בית המשפט את חוקיותה של הוראה בהסכם פוליטי אינן קבועות. בפסק הדין בפרשת ולנר מנה בית המשפט מספר טעמים לפסילת הסכם פוליטי אשר לשיטתו, מחמת אופיים הפסול, יהיה בהם כדי להביא לביטול הסכם פוליטי:

"פסלנו הסכם קואליציוני כאשר גילינו בו תניות שדבק בהן פסול היורד לשורשו של עניין, הנושא סממני שחיתות או השחתה, בעיקר בתחומי הממון וטוהר המידות, ועל הסכם זה הצהרנו כבטל (בג"צ 1523/90,

1540 לוי נ' ראש ממשלת ישראל; פרשת ז'רז'בסקי). אין לראות בכך רשימה סגורה, וניתן להביא דוגמאות נוספות של פגיעה ערכית מהותית, היורדת לשורשו של העניין והמחייבת התערבות שיפוטית, כגון נסיבות בהן יש פגיעה מהותית בתקנת הציבור. " (שם, בעמ' 781 – 782).

גם בפרשת ז'רז'בסקי מנה בית המשפט את הטעמים שלשיטתו מצדיקים פסילת הסכם פוליטי:

"אותם עקרונות עצמם, הנותנים תוקף להסכם הפוליטי, הם גם הקובעים כי ההסכם לא יתפוס, אם כריתתו, תוכנו, מטרתו או המשך ביצועו סותרים את תקנת הציבור. כוחו המחייב של ההסכם הפוליטי נשען על תקנת הציבור. משנופלת משענת זו, נופל עמה גם ההסכם הפוליטי. על כן, הסכם פוליטי שתוכנו נוגד את תקנת הציבור – בין במועד עריכתו ובין במועד שלאחר עריכתו – בטל הוא. כך, למשל, הסכם קואליציוני, שבו הובטחה תמיכתה של סיעה פרלמנטרית בממשלה תמורת הבטחה שלא לבצע חקירה משטרתית בעניין פלוני או שלא להעמיד לדין חשוד אלמוני או ליתן חנינה לשפוט פלמוני, הינו הסכם הנוגד את תקנת הציבור ועל-כן בטל. " (שם, בעמ' 845).

66. בפרשת ולנר הביע בית המשפט את דעתו, כי יש לפסול את הסעיף בהסכם הפוליטי שנדון באותה פרשה, וזאת בשל הפגיעה שהוא גורם לערכים מהותיים של המשטר החוקתי, וכן בשל היותו סותר את עקרונות המבנה של שיטת המשפט במדינת ישראל. על אף המחלוקת באותו פסק דין לעניין היישום של הכלל במקרה הקונקרטי, הרי גם לשיטה הדוגלת בצמצום היקף הביקורת השיפוטית, במקום שעשוי הסכם פוליטי לפגום "בעיקר מעיקרי החברה או ביסוד מיסודות המשפט" דינו פסילה. ראה דברי בית המשפט שם:

"אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, והסכם קואליציוני הפוגם בתקנת הציבור באורח מהותי כמוהו כנחש על עקבנו. על הסכם קואליציוני בלתי חוקי ייאמר: וביערת הרע מקרבך, וכן נעשה. " (שם, בעמ' 823).

67. אין מדובר איפוא ברשימה סגורה של פגמים, ובכל מקרה יבחן בית המשפט אם כתוצאה מההסכם עלולה להיגרם פגיעה בחוק או בתקנת הציבור, ואם עלולה להיגרם פגיעה בערכי היסוד של השיטה ובעקרונותיה החוקתיים, עד כי מצדיק הדבר התערבות בית המשפט, על אף הצורך בכיבוד הרשויות ובהימנעות מגלישה לשדה הפוליטי. בית המשפט בבג"צ 306/05 סיעת המפד"ל בכנסת נ' שינוי – מפלגת מרכז, מנה מעט מן הקריטריונים אשר יביאו לפסילת הוראה בהסכם קואליציוני: פגיעה בערכים מהותיים של שיטת המשטר במדינה, פגיעה בעקרונות המבנה החוקתי של המשטר הדמוקרטי, פגיעה בערכי יסוד העומדים בבסיס השיטה המשפטית, נגיעה בשחיתות או בהשחתת המשטר:

"כשמדובר בהסכם הנגוע באי-חוקיות או בהסכם הסותר את תקנת הציבור, בית המשפט לא יירתע מלהצהיר על ביטולו. כדי להכריע בשאלת הפסול נבחן אם הפגמים שנפלו בהסכם נוגעים להוראות מהותיות באותו הסכם ואם הם מן הסוג שיש בו כדי לגרום לפגיעה בערכים

מהותיים של שיטת המשטר שלנו, לפגיעה בעקרונות הנוגעים במבנה החוקתי של שיטתנו הדמוקרטית או, אם פוגעים הם בערכי היסוד העומדים בבסיס השיטה המשפטית שלנו. כך גם נבחן אם נגוע ההסכם בסממני שחיתות או בהשחתת המשטר. אף בכל אלה אין כדי למצות את עילות הפסילה שכן המציאות בתחום הפוליטי היא דינמית וקשה לחיזוי מראש."

68. במקרה שלפנינו, נחתם הסכם בין המשיב מס' 1 והמשיבה מס' 2, סיעת קדימה, לבין המשיבה מס' 3 והמשיב מס' 3, סיעת הגמלאים ורפי איתן, לפיו, בין היתר, ימונה איתן כשר בממשלה. סעיף זה בהסכם, המבטיח את מינויו של איתן כשר בממשלה, אינו עומד בקריטריונים שנקבעו על ידי בית משפט נכבד זה לעניין סמכות ראש הממשלה למינוי שרים. כפי שינותח בהרחבה בפרקים הבאים, שיקול דעתו של ראש הממשלה בנסיבות הבטחתו למנות את איתן לשר בממשלה, נגוע בחוסר סבירות קיצוני ודינו להתבטל. כמו כן, וכפי שינותח בהמשך, יש במינוי איתן לשר כדי לפגוע באמון הציבור ברשות המבצעת, ובכך כדי לסתור את תקנת הציבור. אף מן הטועם הנ"ל, דין הסעיף המורה על מינויו של איתן להתבטל.

ב. מינוי איתן לשר נגוע בחוסר סבירות קיצונית

69. סעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה (להלן: חוק היסוד) קובע תנאים לכשירותם של השרים. בכללם תנאים הנוגעים לעברם הפלילי, וסעיף 23(ב) לחוק היסוד קובע אימתי יועבר שר מכהונתו עקב ביצוע עבירה פלילית. שר אשר אינו נופל לגדר סעיפים אלה, רשאי, לכאורה, לכהן בממשלה. יחד עם זאת, חוק היסוד קובע הוראה כללית בדבר סמכותו של ראש הממשלה להעביר שרים מכהונתם:

"ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו" (סעיף 22(ב) לחוק היסוד).

70. מכאן פסק בית משפט נכבד זה כי "כשירות לחוד ושיקול-דעת לחוד" (בג"צ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 441, בעמ' 457), לאמור: גם אם לא נפסלה מכוח הדין כשירותו של מועמד, אין בכך כדי לשלול את האפשרות או את הצורך להתחשב בנתונים כמו עבר פלילי, התנהגות בלתי-תקינה או חשד להתנהגות כזו, וכיוצא באלה, במסגרת ההחלטה האם למנות אדם לתפקיד ציבורי והאם להעביר אדם מתפקיד ציבורי. (בג"צ 1400/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה).

71. נקבע, כי שיקול הדעת של ראש הממשלה, עת שבא הוא להרכיב את ממשלתו ולקבוע מי ומי יהיו בין חבריה, שיקול דעת רחב הוא, וגדרי ההתערבות בו – מצומצמים. בכל מקרה, שיקול דעת זה נתון לביקורת שיפוטית. ראה בג"צ 5261/04 עו"ד יוסי פוקס נ' כבוד ראש ממשלת ישראל, אריאל שרון:

"ראש הממשלה הוא חלק מן הרשות המנהלית והעקרונות החלים על הרשות המנהלית ועובדיה חלים גם על ראש הממשלה. מכאן שככל איש ציבור, שיקול דעתו אינו מוחלט. עליו לפעול בסבירות ובמידתיות; עליו לשיקול שיקולים ענייניים בלבד; עליו לנהוג ללא משוא פנים או שרירות; עליו לפעול בתום לב ובשוויון".

72. כך בכלל, וכך גם בהפעלת סמכותו של ראש הממשלה בנוגע למינוי שר או להעברת שר מכהונתו. הביקורת השיפוטית קיימת, אפוא, ושמורה היא למקרים שבהם נתגלה בהפעלת שיקול הדעת של ראש הממשלה פגם של חוסר סבירות קיצוני.

73. הקו המנחה בבחינת שיקול דעת זה הוא תכליתה של סמכות ראש הממשלה בכל הנוגע למינוי שרים ולהפסקת כהונתם. סמכות זו דרושה לצורך שמירה על מראית פני הממשלה ועל יכולתה לפעול. שכן, מינוי אדם שחטא בהתנהגות בלתי-תקינה, לתפקיד ציבורי, עלול לחתור תחת אינטרסים חיוניים של השירות הציבורי. ראה בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, מז(2) 229:

"הוא פוגע בביצוע הראוי של התפקיד. הוא פוגע בסמכותו המוסרית והאישית של בעל התפקיד ובכוחו לשכנע ולהנהיג. הוא פוגע באמון שהציבור הרחב רוחש לרשויות השלטון" (שם, בעמ' 261).

74. כן ראה דברי בית המשפט בבג"צ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441:

"מי שנבחר על ידי העם צריך לשמש מופת לעם, נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו" ... "על כן, כאשר נתונה לרשות שלטונית סמכות הפסקת כהונה, עליה לעשות בה שימוש כאשר בעל הכהונה פוגע באמון הציבור בשלטון..." (שם, בעמ' 470).

75. השיקול שעניינו תקינות פעולתו של שר חייב אפוא להדריך את ראש הממשלה בקביעת הרכב ממשלתו.

76. מכאן נגזרת התערבות בית המשפט בסמכות זו. לעניין זה נפסק, כי הכל תלוי במכלול נסיבות העניין, ובכלל זה, התפקיד שבו מדובר, חומרת ההתנהגות המיוחסת למועמד ועוצמת הראיות המלמדות על התנהגות זו. התנהגות פלילית, המתגבשת לכלל כתב אישום, איננה אמת-מידה מכרעת, לכאן או לכאן. יתכנו מקרים בהם הגשת כתב אישום לא תחייב העברת שר מכהונתו. יתכנו מקרים בהם חובה תהא לו לראש הממשלה להעביר שר מכהונתו, על אף שכתב אישום לא הוגש. כך נפסק בבג"צ 2533/97 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, נא(3) 46:

מכיוון שהמבחן הוא מהותי, ולא מכני, אין לומר באופן נחרץ כי רק כתב אישום בעבירה חמורה, או לפחות חקירה בדבר ביצוע עבירה כזאת, עשויים להצדיק סיום כהונה ... אין לשלול את האפשרות שהתנהגות של שר או סגן שר במקרה מסוים, אף אם אינה מגיעה כדי עבירה פלילית, תהיה חמורה במידה קיצונית כל כך, עד שיהיה זה בלתי סביר באופן קיצוני לאפשר לו להמשיך בכהונה (שם, בעמ' 64).

77. אמת המידה של התנהגות חמורה וקיצונית זו, תיקבע על פי ההשלכות שתהיה להתנהגות זו על אושיות השלטון, מעמדה של הממשלה, מראית פניה בציבור, יכולתה להנהיג ולשמש דוגמא, כשירותה להשריש אורחות התנהגות נאותות, ובעיקר, כאשר הדבר משליך על אמון הציבור בשיטת הממשלה והשלטון, בערכים עליהם בנויה שיטת השלטון ושיטת המשפט, ובחובות של האזרח מן השורה הקמות ועולות מכך. ראה דברי

בית המשפט בבג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404:

...הוראת החוק האמורה נועדה גם כדי לאפשר תגובה, בצורת העברה מן התפקיד, בשל אירוע חמור בו מעורב חבר הממשלה, כאשר האירוע, יהיה זה מעשה או מחדל, משליך על מעמדה של הממשלה, מראית פניה בעיני הציבור, יכולתה להנהיג ולשמש דוגמא, כשירותה להשריש אורחות התנהגות נאותות, ועיקר העיקרים כאשר הדבר משליך על אמון הציבור בשיטת הממשל והשלטון שלנו, בערכים עליהם בנויה שיטתנו השלטונית והחוקית ובחובות של האזרח מן השורה, הקמות ועולות מכך.

ג. השלכות הדין על המקרה שלפנינו

78. רפי איתן פגע בצורה קיצונית בחומרתה בפולארד, יהודי ואזרח ישראלי, סיכן את חייו באופן מוחשי, שלל ושולל את חירותו מזה 21 שנה, וממשיך בהתנהגותו כלפיו עד היום הזה.
79. איתן הסיר את כל האחריות למבצע ממשלת ישראל ומהדרג המדיני והצבאי בטענת השקר לפיה הוא פעל לבדו, ללא ידיעתם של אלה, על אף שידע כי לא ניתן לעמוד מאחורי שקר זה, ועל אף שהאמריקאים יודעים כי אין זו אמת. איתן שתק לגבי מעורבות הממשלה במבצע במשך 21 שנה, ונתן לפולארד – סוכן ישראלי – להירקב בכלא.
80. בעדות שנתן לאמריקאים, הטיל איתן את כל האחריות למבצע על פולארד, כאילו פולארד פעל על דעת עצמו. במשך 21 שנה איתן מעולם לא שינה את עדותו השקרית הנ"ל, למרות שמחדלו עולה לסוכן ישראלי בחייו.
81. במשך 21 שנה מחזיק איתן מסמך חיוני ומסרב למסור אותו לאמריקאים, במטרה להציל את חייו של פולארד. המסמך מוכיח בבהירות אילו מסמכים העביר פולארד לישראל, וממנו ניתן ללמוד אילו מסמכים פולארד לא העביר לישראל. לו היה המסמך מועבר לאמריקאים, היו אלה סוגרים את הפרשה זה מזמן. מסמך זה חיוני ביותר גם כיום עבור ראש הממשלה בנושאו ובנותנו עם האמריקאים על שחרורו של פולארד, אולם איתן מסרב למסרו.
82. במטרה להרחיק מעורבות ממשלתית במבצע הריגול, העדיף איתן ביודעין להגן על הקריירה של חבריו ולדאוג לטובתם, מאשר להציל את חייו של פולארד. עד היום ממשיך איתן לעמוד מאחורי השקר הגס על אף שהוא יודע כי עמדה זו שקולה למתן גזר דין מוות על חייו של סוכנו, פולארד.
83. איתן סירב לכל תחנוניהם של פולארד ואחרים לסייע בשחרורו של פולארד. לטענת איתן, איזכור שמו בפומבי בפני האמריקאים אך יקשיח את לבם של האמריקאים, ועל כן סירב לפעול למען שחרורו, גם מאחורי הקלעים. דבר זה לא מנע ממנו לרוץ לבחירות לכנסת ולהיות מועמד פוטנציאלי לשר. מינויו לשר עלול להכעיס את האמריקאים עוד יותר ולהוציא את כעסם זה על פולארד.
84. בריצתו לכנסת, השתמש איתן לא אחת בשמו של פולארד על מנת לקדם את מפלגתו. מפקד, אשר באטימות לב, מפקיר את פקודו בשטח, ללא נקיפות מצפון, ואז דורך עליו כדי שישמש לו מקפצה לתועלתו האישית, לא ראוי לקבל את אמון הציבור ולא יכול לקבל על עצמו סמכות מינסטריאלית האחראית לגורלם אזרחים אחרים.

85. איתן אינו יכול לבוא ולטעון להגנתו, כי נבצר הימנו מלספר לאמריקאים את האמת, מאחר ומילא אחר פקודות הממונים עליו, אשר הורו לו להטיל את כל האחריות למבצע על פולארד.
86. ראשית, טענה זו הינה טענת הגנה שהיתה נפוצה במשפטי נירנברג. ודוקא איתן, אשר מתהדר בתפיסתו של רב המרצחים אדולף אייכמן, לא ראוי לו שישתמש בטענה בוסרית שכזו.
87. שנית, הפקודה להפקיר סוכן ישראלי, גם אם היא באה ממרומי הדרג הבכיר במדינה, היא פקודה בלתי חוקית בעליל. איתן ידע כי פולארד צפוי למאסר כבד בגין מעשיו, וכי מאסר שכזה עלול לעלות בחייו של פולארד. הפקרת פולארד בידי האמריקאים, וסירוב עיקש לחלצו מידיהם, אינה פחותה מהשלכת יהודי, אזרח ישראלי, סוכן ישראלי, לגרדום. אי יציאה מחומות הכלא במשך 21 שנה משמעותה מוות איטי בין כתלי הכלא. רק נס משמים הותיר את פולארד בחיים עד היום, על אף שספג העינויים קשים ויסורים אין ספור.
88. ביד"צ מר 3/57 **תובע צבאי נ' רס"ן מלינקי**, פ"מ יז 90, נקבעה הגדרתה של פקודה בלתי חוקית בעליל:

"סימן היכרה של פקודה 'בלתי חוקית בעליל' – מן הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל לפקודה הנתונה, ככתובת אזהרה האומרת: 'אסור!'. לא אי חוקיות פורמלית, נסתרת או נסתרת למחצה, לא אי חוקיות המתגלה רק לעיני חכמי משפט חשובה כאן, אלא: הפרת חוק גלויה ומובהקת, אי חוקיות ודאית והכרחית המופיעה על פני הפקודה עצמה, אופי פלילי ברור של הפקודה או של המעשים שהפקודה מצווה לעשותם, אי חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, אם העין אינה עוורת והלב אינו אטום או מושחת – זוהי מדת אי החוקיות 'בעליל' הדרושה כדי לבטל את חובת הציות של חייל ולהטיל עליו את האחריות הפלילית למעשיו" (שם, בעמ' 214-213).

89. שלישית, איתן אינו יכול להסתתר תחת עמדת המדינה, משום שהוא זה שיוזם את המבצע, והוא זה שצריך ליטול על כתפיו את מלוא האחריות לו. איתן ניהל את המבצע מתחילתו ועד סופו, הוא גייס את פולארד, הוא הפעיל אותו, הוא אחראי לחייו.
90. יצוין, כי חלוף הזמן אינו משמש כאן קריטריון. במשך 21 שנה הפקיר איתן את פולארד ולא עשה דבר כדי לסייע לו. עד היום מחזיק איתן במסמך אשר ערכו רב לשחרורו של פולארד מן הכלא, והוא מסרב למסרו לאמריקאים. אחריותו של איתן לפולארד כפקודו נמשכת עד היום הזה, והפקרתו אותו לא פגה עד רגע כתיבת שורות אלו.
91. לא נשמע במקומותינו שמפקד במדינת ישראל יגייס חייל, ישתמש בו, ואחר כך יפקיר אותו לגרדום. מפקד שכזה היה מודח זה מזמן מצה"ל. מפקד שכזה לא היה מעז להראות פניו בציבור. מפקד כזה לא יכול להתמנות כעת שר בישראל.
92. התנהגותו של איתן בנסיבות החמורות המפורטות לעיל, אף כי אינה מגעת לכדי עבירה פלילית, הינה חמורה במידה קיצונית כל כך, עד שיהיה זה בלתי סביר באופן קיצוני לאפשר לו לכהן כשר.
93. שר במדינת ישראל אינו בוגד בחייל ישראלי. שר במדינת ישראל אחראי על חייהם של אזרחיה וסוכניה, הוא שומר על חייהם. הוא עושה הכל כדי להקל על חייהם. זה תפקידו. שר במדינת ישראל, כמדינת כל היהודים, חייב לעשות כל שביכולתו על מנת להציל יהודים. ועל

אחת כמה וכמה לפעול למען מי שמשרת את המדינה. זו תפקידה של מדינת ישראל, זו תפקידה של חברי הממשלה בה.

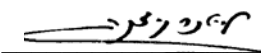
94. אם רפי איתן לא יכול היה לשאת באחריות על פקוד אחד, אין הוא כשיר לקבל עליו אחריות מיניסטריאלית מקיפה. אדם שהוכיח שהוא בוגד בבני עמו ובפקודיו, אינו יכול לשמש כמנהיג וכמורה דרך.

95. ואם לא די בכך, הרי שאיתן הוכיח כי הוא חסר כל מעצורים. הוא ניהל את מבצע הריגול בחריגה מסמכות, תוך שהוא מפר את הכלל על פיו מדינת ישראל איננה מרגלת כנגד ארה"ב. הוא ניהל מבצע ריגול בן שנה וחצי, באופן בלתי חוקי, תוך שהוא מסכן את חייהם של פקודיו, תוך שהוא מסכן את יחסי ישראל עם ארה"ב, תוך שהוא מסכן את מעמדה של הקהילה היהודית בארה"ב ואת חיי היהודים שם. הפקדת תיק מינסטריאלי בידיו הינה פגיעה באחריות הלאומית הקולקטיבית של הממשלה וסמל לאובדן דרך.

96. מינויו של איתן כשר ישליך על מראית פני הממשלה, וזו תראה כדמותו – כמי שמפקירה את חיי אזרחיה וסוכניה. מינויו כשר ישפיע על יכולתה של הממשלה להנהיג ולשמש דוגמא, ועל כשירותה להשריש אורחות התנהגות נאותות. יותר מכל, מעשה זה יפגע באמון הציבור בשיטת הממשל והשלטון שלנו, ויעביר מסר אובדני לאמור: מפקד יכול להפקיר חייל בשטח, וממשלת ישראל תקדם אותו לשר.

97. כתוצאה מהמאסר הממושך ומהעינויים שעברו עליו, בריאותו של פולארד רופפת. כל יום שעובר עליו במאסר הינו מאבק הישרדות. שחרורו של פולארד חייב להיעשות עכשיו, ולא דקה מאוחר יותר. **מדינת ישראל אינה רשאית להביא את פולארד לסיים את חייו בין קירות הכלא. מינויו של רפי איתן לשר יסתום את הגולל על מאמצי השחרור של פולארד. למדינת ישראל אין זכות לעשות כן.**

98. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הצו על תנאי שלפניו, לזמן את המשיבים לדין, ולאחר שישמע את הצדדים, להפוך את הצו למוחלט.


ניצנה דרשן-לייטנר, עו"ד
ב"כ העותר

תצהיר

הנני הח"מ, אסתר פולארד, נושאת ת.ז. _____, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק במידה ולא אעשה כן, מצהירה בזה בכתב כדלקמן:

1. הנני עושה תצהירי זה בתמיכה לעתירה שדנן.
2. כל העובדות והטענות המפורטות בעתירה זו נכונות למיטב ידיעתי ואמונתי.
3. זהו שמי, זו חתימתי, ותוכן תצהירי דלעיל אמת.

אסתר פולארד

הנני לאשר, כי ביום _____ הופיע בפני, עו"ד יואל נוביק, הגב' אסתר פולארד נושאת ת.ז. _____ (המוכרת לי באופן אישי), ולאחר שהוזהרתי כי עליה לומר את האמת וכי תהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק במידה ולא תעשה כן, אישרה את נכונות תצהירה דלעיל וחתמה עליו בפני.

יואל נוביק, עו"ד

חותמת