



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1602/21

לפני:

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ד' מינץ

העותרת:

התנועה למען איכות השלטון בישראל

נ ג ד

המשיבים:

1. ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי
2. ממשלת ישראל
3. ראש הממשלה
4. משרד הביטחון
5. שר הביטחון
6. משרד האוצר
7. שר האוצר
8. החשב הכללי - משרד האוצר
9. הממונה על התקציבים - משרד האוצר
10. המועצה לביטחון לאומי
11. היועץ המשפטי לממשלה

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרת:

עו"ד אביאל ברזילי, עו"ד חן שופן, עו"ד דן שבל
עו"ד עומרי אפשטיין

בשם המשיבים:

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. העתירה שלפנינו נסבה על אופן מימונו של רכש בטחוני ועל החלטת המשיבה 1, ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: הקבינט המדיני-בטחוני או הקבינט) מיום 7.2.2021, לאשר את מקורות המימון עבור תכנית ההצטיידות הרב שנתית של צה"ל. למען הבהירות, נפתח במילות רקע כלליות לגבי הרכש הביטחוני של מדינת ישראל.

2. חלק מהרכש הביטחוני נעשה באמצעות "כספי הסיוע" המוענקים למדינת ישראל על ידי הממשל האמריקני. לפי הסכם הסיוע האחרון, יינתן לישראל סיוע שנתי בסך של 3.8 מיליארד דולר למשך 10 שנים, משנת 2019 ועד לשנת 2028, וזאת לצורך רכש ביטחוני של מוצרים ושירותים אמריקניים. מעשית, לצורך שימוש בכספי הסיוע, מדינת ישראל פונה אל גוף בממשל האמריקני (Defense Security Cooperation Agency). גוף זה רוכש את המוצר דרך מכרזי הצבא האמריקני, באמצעות קיזוז עלותו

מכספי הסיוע. דרך זו היא ברירת המחדל לביצוע רכש בטחוני ובאמצעותה מתבצע הרכש של מרבית הציוד הביטחוני. לצד האמור, כאשר מדובר ברכש של מוצרים ייחודיים שאינם קיימים בצבא האמריקני, הרכש מתבצע ישירות על ידי ישראל מול הספק האמריקני הרלוונטי.

3. בשנת 2010, בעת שעמד בתוקפו הסכם הסיוע הקודם, החליטה ועדת השרים לעניין אישור ופיתוח והצטיידות של מערכת הביטחון (להלן: ועדת ההצטיידות) על רכישת מטוסי קרב מסוג F35 ("אדיר"). בשנת 2014, עדיין תחת הסכם הסיוע הקודם, הוחלט על רכישת מנה נוספת של מטוסים מסוג זה. עוד הוחלט כי על יסוד אישור הממשל האמריקני, מימון רכישה זו ייעשה בתשלומים דחויים (DPP – Deferred Payment Plan).

בתמצית, עסקת ה-DPP התבצעה באופן הבא: יצרנית המטוסים (חברת לוקהיד-מרטיין) התקשרה, לאחר קיום מכרז, עם בנק אמריקני פרטי (סיטיבנק) לצורך העמדת קו אשראי בערבות הממשל האמריקני; הבנק מעביר תשלומים ליצרנית לפי קצב אספקת המטוסים (עד שנת 2021); פריסת התשלומים הדחויים נקבעה לשנים 2022-2026; פירעון האשראי בשנים אלו ייעשה על ידי הממשל האמריקני, שיעביר ליצרנית תשלומים באמצעות קיזוז כספי הסיוע המיועדים למדינת ישראל בשנים אלו; והיצרנית תעביר את התשלומים לבנק המלווה. יצוין כי בדרך זו של פריסת התשלומים ודחיית מועד הפירעון, התאפשר להפנות כספים מתוך כספי הסיוע האמריקני לטובת רכש בטחוני נוסף מעבר לתקציבו של משרד הביטחון בשנים הרלוונטיות, ומכאן האינטרס המובן של משרד הביטחון לעריכת העסקה במתכונתה המתוארת.

4. בהקשר זה יש להעיר ארבע הערות: ראשית, עלויות המימון של עסקת ה-DPP, קרי הריבית בגין העמדת קו האשראי על ידי הממשל האמריקני, אינן מכוסות במלואן על ידי כספי הסיוע, ורובן ממומנות מתקציב המדינה. שנית, עסקה זו היתה עסקה "חוצת הסכם סיוע", במובן זה שהסכם הסיוע שעמד בתוקפו במועד העסקה עתיד היה לפקוע בשנת 2018, בעוד שהתשלומים הדחויים עתידים היו להיות משולמים בשנים 2026-2022. העסקה אושרה אפוא על בסיס ההנחה כי ייחתם הסכם הבנות עתידי נוסף עם הממשל האמריקני (כפי שאכן אירע בפועל), ולפי האמור בתגובת המשיבים, עסקאות רכש חוצות הסכם סיוע נערכות לא אחת. שלישית, נטילת קו האשראי באופן המתואר אפשרה כאמור רכש ביטחוני נוסף, בין היתר לצורך השלמת מלאי לאחר מבצע "צוק איתן", על פי החלטות הקבינט שהתקבלו בשנים 2015-2016; ורביעית, כפי שעולה ממכתבו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 28.2.2021, בזמן אמת, בעת קבלת

ההחלטות המוזכרות לגבי עסקת ה-DPP ודרך המימון המתוארת, לא נערכה בחינה משפטית של דרך מימון זו ולא הוצגו לגורמים הרלוונטיים הקשיים המשפטיים הכרוכים בה, כפי שיפורטו להלן.

5. ומכאן לעתירה שלפנינו. בתום הליך תכנון שארך כשנתיים, העביר המשיב 4, משרד הביטחון, טיוטת הצעת החלטה לגבי תכנית הרכש הרב-שנתית ומקורות המימון שלה. התכנית כללה רכישת מנה נוספת של מטוסי F35 וכן ציוד בטחוני נוסף. עוד הוצע לערוך תיקון בעסקת ה-DPP המקורית, כך שהחזר ההלוואה בגין העסקה המקורית יידחה בחמש שנים נוספות, קרי לשנים 2027-2031. עלויות המימון של דחיית החזר ההלוואה הוערכו על ידי משרד הביטחון בכ-217 מיליון דולר. בהחלטתו מיום 7.2.2021 אישר הקבינט את תכנית ההצטיידות ואת מקורות המימון שלה כפי שהוצעו, לרבות דחיית תשלומי החזר ההלוואה, בכפוף לקבלת אישור מאת הממשל האמריקני. לגבי התשלומים הנדחים נקבע כי אלה ייפרעו בחלקם מכספי הסיוע הנוכחי ובחלקם מכספי סיוע עתידיים (ולחלופין, ככל שלא ייחתם הסכם עתידי, מתקציב המדינה). החלטת הקבינט להאריך את קו האשראי בשיטת ה-DPP כמתואר, היא העומדת במוקד העתירה שלפנינו.

להשלמת התמונה העובדתית יצויין כי ביום 16.2.2021, בהמשך להחלטת הקבינט, אישרה ועדת ההצטיידות את רכש מטוסי ה-F35 וכן רכש בטחוני נוסף, שימומנו, בין היתר, מהתקציב שיתפנה כתוצאה מתיקון עסקת ה-DPP המקורית ודחיית תשלומי החזר ההלוואה.

6. בעתירה שלפנינו מבקשת העותרת כי יינתן צו על תנאי, המורה, בין היתר, לקבינט המדיני-ביטחוני, לבוא וליתן טעם "מדוע לא יבוטל האישור שניתן למשיב 4 לפנות באופן עצמאי לתאגיד בנקאי ולהתקשר בחוזה לדחיית החזר ההלוואה או לקבלת אשראי נוסף כדי לאפשר מימון רכש בטחוני". [במאמר מוסגר: לאור תיאור הדברים לעיל, ברי כי הסעד המבוקש אינו רלוונטי, שהרי המשיב 4, משרד הביטחון, כלל אינו פונה באופן עצמאי לתאגיד בנקאי כנטען. עם זאת, כפי שיוסבר להלן, אין חולק כי שיטת המימון האמורה אכן מעוררת קושי משפטי].

בתמצית, העותרת טוענת, על בסיס עמדה דומה שהובעה על ידי משרד האוצר, כי האישור שניתן לתיקון עסקת ה-DPP ולדחיית החזר תשלומים, שמשמעותו תוספת של עלויות מימון בסך של מאות מיליוני שקלים, מהווה עקיפה של מגבלות ההוצאה הקבועה בחוק. העותרת טוענת כי למדינה אין אפשרות להתחייב בלי הרשאה תקציבית,

ונטילת הלוואה וקבלת אשראי מתאגיד בנקאי גורמות לכך שהוצאה זו לא תירשם בתקציב המדינה, ולמעשה יוצרות יש מאין סעיף תקציבי חדש ללא אישור או פיקוח של הכנסת. לטענת העותרת, האישור שניתן לעסקה מפר את הוראות חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב); את הוראות חוק הפחתת הגרעון והגבלת ההוצאה התקציבית, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק הפחתת הגרעון); ואת הוראות חוק מלווה מדינה, התשל"ט-1979. עוד נטען כי ההחלטה לאשר את העסקה נתקבלה בחוסר סמכות והיא אינה סבירה ואינה מידתית. לבסוף מלינה העותרת על התנהלות היועץ המשפטי לממשלה, שלטענתה לא חיווה את דעתו בסוגיה במועד ובאופן הנדרש. חשוב לציין כי העותרת אינה מביעה כל עמדה לגבי טיב הרכש הביטחוני, וטרונייתה היא אך לגבי שיטת המימון שנבחרה.

7. מנגד, המשיבים סבורים כי אין עילה להתערבות בהחלטת הקבינט לאשר את אופן מימון העסקה, וכי ההחלטה התקבלה לאחר איזון בין שקולים כלכליים וביטחוניים אסטרטגיים כבדי משקל, וממילא אינה בלתי סבירה.

המשיבים מאשרים כי אכן נתגלעה מחלוקת בין משרד הביטחון למשרד האוצר לגבי דרך המימון שנבחרה, וכי היועץ המשפטי לממשלה עצמו סבור כי דרך המימון האמורה אינה מתיישבת עם דיני התקציב. למרות האמור, במכלול נסיבות העניין, היועץ המשפטי לממשלה החליט לאשר למשרד הביטחון לפנות לממשל האמריקני לצורך נקיטת דרך המימון האמורה, אך זאת ביחס לתכנית הנוכחית בלבד, תוך הבהרה כי מערכת הביטחון או כל משרד ממשלתי אחר לא יוכלו לנקוט בדרך מימון זו בעתיד.

לטענת המשיבים, בהחלטתו התחשב היועץ המשפטי לממשלה בשורה של נסיבות: ראשית, בעמדת גורמי הביטחון, שהיתה מקובלת על ראש הממשלה, שר הביטחון וראש הממשלה החליפי וראש המל"ל, באשר לקיומן של דחיפות וחיוניות ממשית לאישור תכנית ההצטיידות הכוללת ללא דיחוי, שכן כלל רכיביה מאוד חיוניים ודחופים לתפקוד צה"ל ומהווים חלק מתפישה מבצעית שלמה. בהקשר זה צוין כי היועץ המשפטי לממשלה השתכנע כי כל דחייה באישור תכנית ההצטיידות לרבות היבטיה התקציביים, תוביל לפגיעה קשה בביטחון המדינה. שנית, מדובר בתכנית ההצטיידות שהיא פרי תכנון מקיף ומתמשך שארך כשנתיים, וזאת על בסיס ההנחה כי ניתן יהיה לדחות את החזר התשלומים בגין האשראי שניטל בשנת 2014 בעסקה המקורית, בהתבסס על תקדים העבר. ושלישית, המאפיינים הייחודיים של מנגנון השימוש בכספי הסיוע, שמנוהל מול ממשל זר, בתנאים ייחודיים מהם נהנית ישראל, ובמסגרת מעין "משק סגור", שכן הכספים מיועדים לשימוש המדינה בדולרים ובכלל נועדו לרכש בטחוני

מחברות אמריקניות בלבד. עוד מציינים המשיבים כי ככל שהעסקה תצא לפועל, היא תירשם ביחס חוב-תוצר בדוחות הכספיים של המדינה בהתאם לכללי החשבונאות המקובלים.

8. לאחר עיון בכתב העתירה ובתגובת המשיבים על נספחיהן, לאחר שמיעת טענות הצדדים בעל פה, ומבלי להקל ראש בקושי המשפטי הטמון במתווה המימוני המדובר, איננו סבורים כי קמה עילה להתערב בהחלטת הקבינט לאשר את אופן מימון העסקה. לפיכך, דין העתירה להידחות.

ראשית יש לומר כי עמדות הצדדים בעתירה שלפנינו משקפות מצב יחסית נדיר, שבו כל הצדדים מסכימים כי הפעולה השלטונית הרלוונטית (קרי - אופן מימון העסקה) אינה עולה בקנה אחד עם הוראות הדין (קרי - עם דיני התקציב). כך, כפי שהודו המשיבים ביושר, דחיית החזר ההלוואה לפי עסקת ה-DPP מאפשרת בפועל את הגדלת ההוצאה השנתית, אך זאת מבלי לתקן את מסגרת ההוצאה כנדרש לפי הוראות חוק הפחתת הגרעון. בנוסף לכך, דחיה זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 40א לחוק יסודות התקציב, המתנה חריגה ממגבלת ההוצאה המתוכננת העתידית בביצוע "פעולה מאזנת" לכיסוי ההפרש. המחלוקת בין הצדדים אינה מתמקדת אפוא בחוקיות (וליתר דיוק: אי-חוקיות) הפרקטיקה של דחיית החזרי הלוואה והעמסת ריבית שתשולם בעתיד, אלא בשאלת חוקיות החלטת הקבינט המדיני-בטחוני לאשר את העסקה הקונקרטית המדוברת למרות הקושי המשפטי הטמון בה.

9. כפי שהקדמנו ואמרנו, לאחר שנתנו דעתנו על מכלול נסיבות העניין, איננו רואים להתערב בהחלטת הקבינט המדיני-בטחוני, ואיננו סבורים כי קמה הצדקה להורות על ביטול האישור שניתן למימון הרכש הביטחוני במתווה שנקבע. מספר טעמים לדבר, והם כרוכים להם יחדיו. נפרטם בקצרה.

10. תחילה – במבט צופה פני עבר: כפי שפורט בראשית הדברים, קביעת המתווה המימוני המדובר נעשתה בהתבסס על תקדים עבר בנוגע לביצוע הרכש הבטחוני. זאת, על רקע אישור עסקת ה-DPP המקורית, שלא נתקלה במשוכה משפטית ולא "אותגרה" על ידי הגורמים המשפטיים. מכאן ניתן להבין את נקודת המוצא של משרד הביטחון, שסבר כי אין מניעה להמשיך ולפעול על פי אותו מנגנון שאושר בעבר. ודוק: העובדה שנקטה בעבר פרקטיקה הלוקה באי-חוקיות, אין בה כדי להכשיר נקיטת צעדים דומים בהווה ובעתיד, והדברים הם בגדר המובן מאליו. בד בבד, ההתבססות המתוארת על תקדים העבר מסבירה מדוע פעלו המשיבים כפי שפעלו בקשר לתכנית ההצטיידות

הנוכחית, ודומה כי יש בכך כביכול כדי לשוות להתנהלות משרד הביטחון מעין אינטרס הסתמכות.

11. על בסיס "הסתמכות" זו על תקדים העבר, גובשה תכנית ההצטיידות הרב שנתית מושא דיוננו. לפי הנטען בתגובת המשיבים, מדובר בתכנית שגיבושה ארך זמן רב; היא בנויה מרכיבים ואמצעים שונים בעלי זיקה האחד לשני, בבחינת חוליות שונות הפזורות לאורך השרשרת המבצעית, שנועדו לייצר יחדיו מענה מבצעי שלם (ובכללם אמצעי מודיעין, חימושים, כלי טיס ומעטפת יבשתית משלימה). מכאן טענת המשיבים כי בהיות הרכיבים כרוכים זה בזה, הרי שהשמטת רכיב מסוים מתוך התכנית יחייב בניית תכנית חדשה שתכנונה יארך זמן רב, באופן שיפגע בצרכים מבצעיים דחופים וחיוניים. בהקשר זה יש לציין כי היועץ המשפטי לממשלה קיבל את עמדת הרמטכ"ל, שהיתה מקובלת על הקבינט, כי כל דחייה באישור תכנית ההצטיידות, לרבות בהיבטיה התקציביים, תוביל לפגיעה קשה בביטחון המדינה.

12. לבסוף – במבט צופה פני עתיד: כפי שהבהירו המשיבים בתגובתם, לנוכח הקשיים המשפטיים הטמונים במתווה המימוני המדובר, הרי שההחלטה לאשרו היא החלטה העומדת בבדידותה ולעצמה; ההחלטה התקבלה אד-הוק ביחס לאישור תכנית ההצטיידות הרב השנתית הספציפית שעמדה לדיון, ולגביה בלבד; והחלטה מעין זו לא תישנה, לא על ידי מערכת הביטחון ולא על ידי גופים ציבוריים אחרים. במובן זה, הלכה למעשה נטלו המשיבים על עצמם – ולחובתם – מעין סעד של התראת בטלות, המבטיח כי לא יינתנו בעתיד אישורים מסוג זה, שהם בבחינת "מעקף" לדיני התקציב.

13. אכן, הקושי החוקי הטמון במתווה המימוני המדובר אינו קושי של מה בכך, ואין להקל ראש בדבר. ברם, קושי זה לא ניצב לבדו בחלל ריק, ויש לבחון אותו בהקשר הדברים הכולל. הנה כי כן, הקבינט המדיני-בטחוני סבר כי למרות הקושי המשפטי, ניתן לאשר את תכנית ההצטיידות, על המתווה המימוני הכולל בה; והיועץ המשפטי לממשלה השתכנע כי לנוכח צרכיו הדחופים של צה"ל, כל דחייה באישור התכנית, לרבות בהיבטיה התקציביים, צפויה להוביל לפגיעה קשה בביטחון המדינה.

בהינתן דברים אלו, בהינתן מכלול הנסיבות והטעמים שפורטו לעיל, בהינתן ה"כרטיס הצהוב" שהוצא למערכת הביטחון לגבי מתווה מימוני מעין זה בעתיד, ובראי ההלכה לגבי מידת ההתערבות המצומצמת בהחלטות הקבינט המדיני-בטחוני המצויות בלב הפרוגטיבה של הרשות המבצעת – אנו סבורים כי ניתן להסתפק ב"מעין התראת הבטלות" שהמדינה קיבלה על עצמה מיוזמתה, ורשמנו לפנינו את התחייבות המשיבים

כי פרקטיקה מעין זו לא תישנה (על הריסון שנוהג בית משפט זה בבואו להידרש לעתירות נגד החלטות הקבינט המדיני-בטחוני, ראו והשוו בג"ץ 4466/19 עליאן נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 10 והאסמכתאות שם (14.12.2017); נזכיר כי פסק הדין האמור התהפך בהמשך בדנג"ץ 10190/17 מיום 9.9.2019, אך אין הדבר משליך על ענייננו). אין לומר אפוא כי החלטת הקבינט לוקה בחוסר סבירות קיצוני או בפגם מינהלי אחר המחייב את התערבותו של בית משפט זה, ואף לא מצאנו ממש בטענות העותרת נגד אופן הצגת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה.

14. אי לכך, העתירה נדחית.

בנסיבות העניין, לנוכח עמדת המשיבים כפי שפורטה לעיל, ובהינתן שהגשת העתירה לא היתה נטולת הצדקה משפטית, אין צו להוצאות.

ניתן היום, ב' באלול התשפ"א (10.8.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט