

התנועה למען איכות השלטון בישראל ע"ר 580178697
ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר אליעד שרגא ו/או תומר נאור
ו/או אריאל ברזילי ו/או אביתר אילון ו/או הידי נגב
ו/או גילי גוטוירט ו/או רחלי אל-שי ו/או חן שופן ו/או דן שבל

רח' יפו 208 ירושלים, ת.ד. 36054 ירושלים 91043
טל': 02-5000073 ; פקס: 02-5000076

העותרת

- נגד -

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. ד"ר אביחי מנדלבליט היועץ המשפטי לממשלה
ע"י פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים
צלוח א-דין 29, ירושלים
טלפון: 073-3925590 ; פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי;

צו הצהרתי;

וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה לבית המשפט הנכבד, לעניין אישורה של המשיבה 1 לבקשת המשיב 4 לעקוף את מגבלות התקציב, להתקשר עם תאגיד בנקאי באופן עצמאי כדי לדחות את החזר ההלוואה שלקח או לקבלת אשראי או הלוואה במטרה להשתמש בכספי ההלוואה כדי להגדיל את הוצאותיו התקציביות, והכל תוך השתת עלויות ההלוואה על הציבור ומבלי שהתקבל אישורה של הממשלה, והכל באופן בלתי חוקי, בלתי סביר ולא מידתי באופן קיצוני; וכפי שיפורט להלן:

א. סעדים

1.א. בקשה לצווים על תנאי

1. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו על תנאי כנגד המשיבה 1 המורה לה 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, בהיות אישור הפנייה למסלול דחיית התשלומים בלתי חוקי, ניתן בחוסר סמכות, נוגד את כללי התקציב הקיימים, בלתי סביר ובלתי מידתי באופן קיצוני, וזאת לנוכח הטעמים הבאים, העומדים כל אחד בנפרד ובהצטברם כולם יחד:

- (1) נוכח היות האישור נועד על מנת לעקוף את מגבלת ההוצאה הקבועה בחוק, תוך עקיפת הקצאת סדרי העדיפויות של הממשלה ושל אישור הכנסת בהתאם למקובל;
- (2) נוכח כך שהאישור מפר את הוראות סעיפים 40א ו-43 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985;
- (3) לנוכח היות האישור מפר את האופן שבו מתנהל תקציב המדינה ואת מגבלת תקציב המדינה, לרבות יצירת המקורות למימונו;
- (4) נוכח העדר הסמכה בדין למתן האישור.

2. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו על תנאי כנגד המשיב 4 המורה לו לבוא וליתן טעם מדוע לא יחזור בו מהחלטתו לפנות באופן עצמאי לתאגיד בנקאי ולהתקשר בחוזה לדחיית החזר ההלוואה או לקבלת אשראי נוסף כדי לאפשר מימון רכש בטחוני, וזאת לנוכח הטעמים הבאים, העומדים כל אחד בנפרד ובהצטברם כולם יחד:

- (1) בהיות הפנייה למסלול דחיית התשלומים בלתי חוקית, נוגדת את כללי התקציב הקיימים, בלתי סבירה ובלתי מידתית באופן קיצוני;
- (2) נוכח כך שהחלטה זו נועדה על מנת לעקוף את מגבלת ההוצאה הקבועה בחוק, תוך עקיפת הקצאת סדרי העדיפויות של הממשלה ושל אישור הכנסת בהתאם למקובל;
- (3) נוכח כך שהחלטה זו מפרה את הוראות סעיפים 40א ו-43 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985;
- (4) נוכח כך שהחלטה זו מפרה את האופן שבו מתנהל תקציב המדינה ואת מגבלת תקציב המדינה, לרבות יצירת המקורות למימונו.
- (5) נוכח כך שאין לה כל הסמכה בדין.

3. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו על תנאי כנגד המשיב 11 המורה לו לבוא וליתן טעם מדוע לא

יפרסם חוות דעת משפטית **בכתב**, בעניין אישור ההתקשרות וביצוע ההעסקה, וכפי שמתחייב מכללי הדין המנהלי, ועל מנת שחוות דעת זו תוכל לעמוד לביקורת שיפוטית.

א.2. בקשה לצו הצהרתי

4. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו הצהרתי המצהיר וקובע ששיטת מימון הרכש הבטחוני – מושא עתירה זו – הוא אסור בהיותו חורג ממסגרת דיני התקציב שלא כדין. כל זאת בהיותו נועד לעקוף את מגבלת ההוצאה הקבועה בחוק, תוך עקיפת הקצאת סדרי העדיפויות של הממשלה ושל אישור הכנסת בהתאם למקובל; בהיותו מפר את הוראות סעיפים 40א ו-43 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985; מפר את האופן שבו מתנהל תקציב המדינה ואת מגבלת תקציב המדינה, לרבות יצירת המקורות למימונו, ואין לו כל הסמכה בדין.
5. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו הצהרתי המצהיר וקובע שאסור למשרד ממשלתי כלשהו, לרבות משרד הביטחון, לקחת "הלוואה עצמית", באמצעות יצירת מסלול "עוקף תקציב" ולהתקשר עם בנק פרטי לצורך הלוואה, וללא אישור המשיבים 6-9 כנדרש על-פי דין.
6. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו הצהרתי לפיו היועץ המשפטי לממשלה נדרש לתת את חוות דעתו המשפטית **בכתב**, כאשר נדרשת הכרעתו באשר למניעה משפטית מביצוע פעולה שלטונית מסוימת; שיש לה משמעויות והשלכות ציבוריות.
7. כן מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו הצהרתי לפיו היועץ המשפטי לממשלה נדרש לתת את חוות דעתו המשפטית **בכתב**, כאשר ישנה מחלוקת משפטית בין משרדי הממשלה השונים או כאשר נטען על ידי אחד ממשרדי הממשלה כי ישנה מניעה משפטית מביצוע פעולה שלטונית מסוימת.

א.3. בקשה לצו ביניים

8. כמו כן, מתבקש בית המשפט להוציא תחת ידו צו ביניים לפיו לא יוכל המשיב 4 לכרות חוזה לדחיית תשלומי החזר ההלוואה שלקח בשנת 2015 ולא יוכל לכרות חוזה ללקיחת הלוואה חדשה או אשראי נוסף מכל תאגיד בנקאי, ולא יוכל להתקשר עם תאגיד Citibank (להלן: "סיטיבנק") או כל תאגיד בנקאי אחר, לצורך מימון או דחיית תשלומי החזר ההלוואה שלקח בכל דרך שהיא, וזאת עד לתום בירורה של עתירה זו.
9. כידוע, הכלל הוא כי צו ביניים נועד לשמר את המצב הקיים ולמנוע נזקים בלתי הפיכים (ור' לעניין זה למשל ספרו של א' סאמרלי, **סעדים זמניים** עמ' 3 (הוצאת אוצר המשפט, כרך א' 2005)). מטרתו של צו ביניים זה הוא למנוע את ההתקשרות החוזית של משרד הביטחון עם התאגיד הבנקאי, באופן שביטולו יזכה את התאגיד הבנקאי בתרופות שיפגעו בצורה משמעותית במשאבים הכלכליים של מדינת ישראל וביציבותה הפיננסית, ולמעשה עשויים להפוך את הסעד המבוקש בעתירה למיותר.
10. הלכה היא כי בבואו להכריע בבקשה למתן צו ביניים, ככלל ישקול בית המשפט הנכבד שני שיקולים – סיכויי העתירה ומאזן הנוחות. בעניין זה ראו פסיקת בית המשפט העליון בעניין בר"ם 301/03 **אחים סקאל בע"מ נ' רשות שדות התעופה** (פורסם בנבו, 18.3.2003):

"בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן צו ביניים עליו לבחון שני עניינים עיקריים. האחד, "מאזן הנוחות", שבו בוחן בית המשפט את הנזק שייגרם למבקש במידה שלא יינתן צו ביניים אל מול הנזק שייגרם למשיב במידה ויינתן

צו כמבוקש; והאחר, סיכויי העתירה להתקבל. במסגרת שיקולי מאזן הנוחות יבחן בית המשפט, בין יתר שיקוליו, אם אי מתן הצו יסכל את בירור ההליך העיקרי, וכן יבחן את הצורך לשמר מצב קיים לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. אבן הבוחן העיקרית היא מאזן הנוחות... " (שם, בע"מ 4).

11. בין השיקולים האמורים מתקיים יחס של "מקבילית כוחות", היינו, ככל שסיכויי העתירה גבוהים יותר, כך ניתן למעט בדרישת מאזן הנוחות, ולהיפך (וראו בר"ס 9954/16 **מדינת ישראל משרד החינוך נ' בית הספר יפיע לחינוך ורווחה בע"מ** (פורסם בנבו, 3.1.2017)).
12. סיכויי העתירה טובים. מושא העתירה היא חריגה משמעותית מסמכות המשיבים, וביצוע פעולות בניגוד לחוק. ממילא, הבחירה בדרך זו למימון חריגה זו אינה סבירה ואינה מידתית באופן קיצוני לאור החלופות הקיימות למימון הרכש הבטחוני המבוקש. למעשה אף אין מחלוקת בין העותרת ובין היועץ המשפטי לממשלה – שקבע בעצמו כי מדובר במימון שאינה עולה בקנה אחד עם דיני התקציב (ראו סעיף 4 לנספח 1/ע להלן).
13. לפי מכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עוה"ד מאיר לוי, מיום 28.2.2021 (ראו נספח 1/ע להלן), ככל שיאושר הסדר דחיית ההלוואה על ידי ארצות הברית, משרד הביטחון צפוי לחתום על החוזים הנדרשים **בעוד מספר חודשים**. החתימה על אותם חוזים יגרום נזק בלתי הפיך, ואף עשוי לפגוע ביכולת הבירור האפקטיבית של העתירה.
14. מעבר לכך, גם אם אותם חוזים צפויים להיחתם בתוך חודשים ספורים, הרי שכבר כעת – בימים אלו ממש – מקדם משרד הביטחון שורת החלטות ביחס לרכש. בין היתר, על רקע העובדה הנטענת שמדובר ברכש "חיוני ומשמעותי לתפקודו של צה"ל, ונדרש לו בדחיפות" [נספח 1/ע, סעיף 2].
15. העותרת סבורה כי נסיבות העניין מחייבות מתן צו הביניים המבוקש, וזאת על מנת למנוע פגיעה קשה בדיני התקציב – דווקא בתקופת המשבר שנגרם כתוצאה מהתמודדות עם נגיף הקורונה ובה מצויה מדינת ישראל כיום, וכדי למנוע תקדים מסוכן שבו יוכלו משרד הממשלה להשתמש כדי לעקוף את המגבלות התקציביות הקיימות בחוק, והכל תוך סיכון יציבותה הפיננסית של מדינת ישראל שממילא נמצאת בסכנה בתקופת המשבר הנוכחי.

4.א. בקשה לקיום דיון דחוף

16. בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על קיום דיון בהול בעתירה.
17. כפי שיפורט להלן, עניינה של עתירה זו בהחלטה לממן רכש בטחוני באמצעות כלי העוקף את דיני התקציב וההגבלות על ההוצאה הממשלתית, ומול התנגדות נחרצת של משרד האוצר. כל זאת כאשר הכלי שנבחר עתיד לפגוע ביציבותה הפיננסית של מדינת ישראל, או לכל הפחות להעמיד אותה בסכנה גבוהה יותר מאשר היא מצויה בה כיום, על אף שישנן חלופות אחרות שניתן להוציא לפועל.
18. יובהר כי ההכרעה בעתירה זו נחוצה כדי שמשרד הביטחון וועדת השרים לענייני ביטחון לאומי ידעו כבר עתה שעליהם לפנות לדרכי מימון חלופיות (העומדות לרשותם) כדי לממן את הרכש הבטחוני הנדרש.
19. מטעמים אלה מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון בהול בעתירה.

ב. הצדדים לעתירה

20. העותרת היא עמותה, רשומה כדין, תנועה עצמאית א-פוליטית ובלתי מפלגתית, המציינת בימים אלו 30 שנים של עשייה ציבורית ומשפטית בהן חרטה על דגלה שמירה על טוהר המידות בשירות הציבורי, עידוד ערכי שלטון החוק, שירוש נורמות בלתי ראויות במנהל הציבורי והשרשת נורמות ראויות של מנהל ציבורי תקין. העותרת היא ארגון אזרחי המונה כ-60,000 חברים ופעילים, ולמעלה מ-211,000 עוקבים ברשתות החברתיות.
21. המשיבה 1 היא ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, הידועה גם בשם הקבינט המדיני-בטחוני (להלן: "הקבינט"). בין תפקידי הקבינט הוא אמון על אישור תוכניות פיתוח והצטיידות של מערכת הביטחון וגופי המודיעין.
22. המשיבה 2 היא ממשלת ישראל (להלן: "הממשלה"). הממשלה היא הרשות שאמונה על הכנת חוק התקציב והגשתו לכנסת. כמו כן, לממשלה סמכויות לבצע שינויים תקציביים מסוימים כפי שיפורט להלן.
23. המשיב 3 הוא ראש הממשלה. מתוקף תפקידו הוא מנהל את ישיבת הממשלה ואת עבודת הממשלה. ראש הממשלה מנהל גם את ישיבות הקבינט.
24. המשיב 4 הוא משרד הביטחון. בין תפקידיו הוא אחראי על גיבוש תקציב הביטחון ומימושו באופן המיטבי, ואחראי על הגשת תוכנית הרכש הבטחוני לאישור הקבינט.
25. המשיב 5 הוא שר הביטחון העומד בראש המשיב 4. מתוקף תפקידו הוא אחראי על תפקודו של משרד הביטחון ועל יישום תפקידיו. שר הביטחון הוא חבר בקבינט.
26. המשיב 6 הוא משרד האוצר. באחריותו להכין את הצעת התקציב בהתאם לדרישות הקיימות בחוק, ולשמור על יציבותה הפיננסית של מדינת ישראל.
27. המשיב 7 הוא שר האוצר העומד בראש המשיב 6. מתוקף תפקידו הוא אחראי על עמידתו של משרד האוצר בתפקידיו. שר האוצר הוא חבר בקבינט.
28. המשיב 8 הוא החשב הכללי. בין תפקידיו הוא מוסמך לגייס הלוואות בצורה של הנפקת אגרות חוב, ולשמור על היציבות התזרימית של מדינת ישראל.
29. המשיב 9 הוא הממונה על התקציבים. במסגרת תפקידו הוא אמון על שמירתה של הממשלה במסגרת התקציב.
30. המשיב 10 הוא המטה לביטחון לאומי, הפועל במסגרת משרד ראש הממשלה, והוא אשר התבקש למצוא מקורות מימון חוקיים למימון עסקת הרכש, יחד עם משרד האוצר.
31. המשיב 11 הוא היועץ המשפטי לממשלה, הממונה על ליווי משפטי גיבוש המדיניות הממשלתית הנוגעת לתהליכים הכלכליים המרכזיים במשק ובכלל זאת של הצעות חוק התקציב וחוקי ההסדרים; ומהווה הפרשן המוסמך של הדין עבור גופים ממשלתיים, ובכלל זאת פעולות הקבינט ומשרד הביטחון.

ג. מבוא

32. עתירה זו עניינה שיטת מימון חריגה בה מבקש משרד הביטחון להשתמש לטובת הגדלת הוצאותיו

ורכישת ציוד בטחוני בעלות משמעותית. שיטת מימון חריגה זו קיבלה את אישורה (בחריגה מסמכות בעניין אופן המימון) של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי.

33. למיטב ידיעת העותרת, משרד הביטחון מבקש לפנות לתאגיד בנקאי זר – סיטיבנק כדי לדחות בחמש שנים את תשלום החזרי ההלוואה שלקח, או לקחת הלוואה חדשה באמצעותה ישיב את ההלוואה הקודמת, תוך השתת עלויות ריבית גבוהות במיוחד על הציבור ועל התקציבים העתידיים של מדינת ישראל, וזאת כדי למחוק את ההוצאה שנקבעה להחזרת החוב כדי לממן רכש בטחוני חדש.

34. ויובהר, מדובר בלא פחות מ-800,000,000 (!!) שקלים חדשים שמצטרפים לעלות העסקה, אך ורק בעלות הריבית בלבד – כלומר, "ניפוח" של עלות העסקה שאין בתמורתה דבר וחצי-דבר. סכומים שיכולים היו להיות מופנים לרכש נוסף (של משרד הביטחון או כל משרד אחר) – מגיעים לכיסו של תאגיד בנקאי פרטי אמריקאי.

35. שיטת המימון החריגה הזו עומדת בניגוד לחוק יסוד: משק המדינה, בניגוד לחוקי התקציב השונים ובניגוד לכללים הנהוגים בקשר לעמידת הממשלה במגבלות התקציב השונות. עקיפה זו של דיני התקציב עלולה ליצור תקדים מסוכן לפיו יוכל כל משרד ממשלתי להשתחרר ממרותו של תקציב המדינה, להגדיל את הוצאותיו תוך פנייה לתאגיד בנקאי פרטי ועקיפת החשב הכללי של משרד האוצר, והעברת הנשיאה בהוצאות הנוספות על הממשלות הבאות והעמדת יציבותה הפיננסית ודירוג האשראי של מדינת ישראל בסכנה.

36. מעבר לכך, שיטת המימון הזו עומדת בניגוד לעמדתו הנחרצת של משרד האוצר והיועץ המשפטי למשרד האוצר אף חיווה את דעתו כי יש מניעה משפטית להגדלת ההוצאות התקציביות בשיטה זו. היועץ המשפטי לממשלה עצמו קבע בתחילה ששיטת המימון מעלה "קשיים משפטיים משמעותיים ביותר"; ומאוחר יותר – בהתאם לפנייתיה של העותרת הבהיר כי "דרך המימון, קרי הגדלת ההוצאה הממשלתית באמצעות הלוואה, שבענייננו תתאפשר באמצעות דחיית החזר האשראי, אינה מתיישבת עם דיני התקציב" [כל ההדגשות – הן הדגשות הח"מ].

37. כך למעשה עולה ממכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עוה"ד מאיר לוי, מיום 28.2.2021 – הקובע שדרך המימון האמורה, קרי נטילת אשראי למימון רכש, שפרעונו ייעשה מתוך כספי סיוע עתידיים, ננקטה בעבר למטרה דומה. למיטב בדיקתו של היועץ המשפטי לממשלה ומשניו, לא נערכה בחינה משפטית של דרך מימון זו בעבר.

העתק מכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי), עוה"ד מאיר לוי, מיום 28.2.2021 מצורף ומסומן כנספח ע/1.

38. כך, משרד הביטחון סמך על אותו תקדים (משנת 2015), והצהיר כי בנה את תוכנית הרכש הבטחוני מתוך ההנחה שהוא לא חייב להחזיר את ההלוואה, והוא יוכל לדחות את מועד החזרתה ולפנות את התקציב שניתן להשבתה לטובת רכש בטחוני חדש. בסופו של דבר נוצר מצב שבו תוכנית הרכש, עליו עבד משרד הביטחון במשך שנתיים, חורגת מתקציבו של משרד הביטחון בכ-5 מיליארד ₪. על כן, הוא מבקש לסמוך ידיו על הסתמכותו על התקדים ולהגדיל את הוצאותיו באמצעות דחיית החזר ההלוואה כדי לעמוד בתוכנית הרכש.

39. על אף ש"הסתמכות" זו איננה מבססת תשתית משפטית חוקית לביצוע הפעולה, הרי שדומה שעובדה זו לא הפריעה למשרד הביטחון, לקבינט או ליועץ המשפטי לממשלה עצמו להעביר אותה.

וכך, ביום 7.2.2021 אישר הקבינט את דחיית החזר ההלוואה ואישר את תוכנית הרכש הבטחוני הכוללת את ההוצאות "שהתפנו" שלא כדין כתוצאה מאותה דחיית הלוואה.

40. כל זאת, יש להבהיר על אף העובדה שהיועץ המשפטי לממשלה קבע כאמור כי **דרך המימון האמורה אינה עולה בקנה אחד עם דיני התקציב**. כפי שהבהיר – ההוצאה הממשלתית צריכה להתבצע בכפוף לחקיקת התקציב הרלוונטית, ובין היתר, בכפוף למגבלת ההוצאה לפי חוק הפחתת הגירעון והגבלת ההוצאה התקציבית, התשנ"ב-1992, בהתאם להוראות חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, לרבות סעיף 40א; וכמובן שגם בכפוף לחוק התקציב בשנה נתונה (או התקציב ההמשכי). על כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, דרך המימון, קרי **הגדלת ההוצאה הממשלתית באמצעות הלוואה, שבענייננו תתאפשר באמצעות דחיית החזר האשראי, אינה מתיישבת עם דיני התקציב**.

41. על אף קביעה זו, היועץ המשפטי לממשלה נעתר לבקשת משרד הביטחון לפיה עצם הסתמכותו על התקדים משנת 2015 מצדיק את דחיית ההלוואה; כמו גם נוכח הטענה שמדובר ברכש חיוני ומשמעותי לצה"ל והוא נחוץ לו באופן דחוף; ובאופן "אחוד" – קרי, נזקק לכולו בפעימה אחת ואין באפשרותו לבצע רק את הרכש שלגביו קיים למשרד הביטחון תקציב כדין. אך עם זאת קבע היועץ המשפטי לממשלה הלכה למעשה – כי זו תהיה "פעם אחרונה" שמתבצע מהלך כזה.

42. במילים אחרות, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה אופן המימון הוא אמנם **בלתי חוקי**; ואולם, נוכח טעמים שונים (מסוג "דחיפות" או "צורך") ותוך הבהרה שהדבר לא יישנה בעתיד – הוא מתיר משפטית את אופן המימון במקרה דנן.

43. חשוב לציין כבר בפתח הדברים – **העותרת אינה מביעה כל עמדה ביחס לטיב הרכש הבטחוני שמבקש משרד הביטחון לרכוש באמצעות שיטת המימון החריגה שבנדון**. לצורך עתירה זו תצא העותרת מנקודת הנחה כי רכש בטחוני זה נדרש, ומיקודה של העתירה שבכותרת תהיה אך ורק **ביחס לשיטת המימון שיש לבחור בה מתוך האפשרויות החוקיות בלבד, ובמצב הנתון ובמגבלות שמטילים דיני התקציב בישראל**. הא ותו לא.

44. כמו כן, העותרת אינה מבקשת להתערב בשיקול הדעת של הממשלה בבחירת חלופות המימון **החוקיות**. מטרתה של עתירה זו להבהיר שחלופה מסוימת אינה חוקית ולא ניתן להשתמש בה להגדלת ההוצאות התקציביות.

45. והכל כמפורט להלן.

ד. המסד העובדתי

1.ד. רקע – הסכם ה-M.O.U עם ארצות הברית

46. בין מדינת ישראל לבין ארצות-הברית שוררת מערכת-יחסים מיוחדת. אחד ממאפייניה המובהקים של מערכת-יחסים זו, הוא מזכר ההבנות (M.O.U) (להלן: "**הסכם ה-M.O.U**") שבין מדינת ישראל לארצות הברית אשר מגדיר את היקף הסיוע הבטחוני האמריקאי לישראל. הסכם ה-M.O.U נחתם בין הצדדים למשך 10 שנים בכל פעם.

47. הסכמי הסיוע הבטחוני החלו כבר בשנת 1962, ומאז ועד היום ארצות הברית נוהגת להעניק לישראל סיוע בטחוני למטרות שונות, לרבות פיתוח של מערכות הגנה, הצטיידות בטילי יירוט

(לדוגמא "כיפת ברזל"), פיתוח טכנולוגיות ורכש של אמצעי לחימה.

48. חשוב לציין שההסכם האחרון בין ארצות הברית לישראל נחתם בשנת 2018, וכולל את היקף הסיוע הבטחוני שתיתן ארצות הברית עד שנת 2028. על בסיס כספי הסיוע שהבטיחה ארצות הברית, משרד הביטחון הישראלי יכול להתחייב להוצאות נוספות בתקציבים העתידיים, ותכנן את תוכניות הרכש שלו בהתבסס עליהן.

2.4. "החטא הקדמון" – רכש בטחוני באמצעות הלוואה בשנת 2015

49. עוד לפני חתימתו של הסכם הסיוע הבטחוני האחרון, בשנת 2015 ביצע משרד הביטחון רכש בטחוני באמצעות שיטת מימון חדשה שנוסתה בפעם הראשונה. מימון הרכש כלל הלוואה מבנק דיסקונט לרכישת ספינות מגן להגנה על מאגרי הגז (רכש זה מצוי במרכז הפרשה הפלילית המכונה "תיק 3000"), הלוואה נוספת לרכישת מטוסי אימון איטלקיים ועוד הלוואה לרכישת מטוסי F-35 מסיטיבנק האמריקאית.

העתק כתבתו של אבי בר-אלי "התמרון המבריק של ה-F35: ללוות כסף, לא להחזיר – ולהפיל את הקנס על הציבור" באתר The Marker מיום 7.2.2021 מצורף ומסומן כנספח ע/2.

50. ההלוואה לטובת רכישת מטוסי F-35 ניתנה במסגרת הסכם לפיו משרד הביטחון ישיב את ההלוואה בשנים 2022-2026, מתוך כספי הסיוע האמריקאי שהובטחו במסגרת הסכם ה-M.O.U.

3.4. משרד הביטחון מעוניין בדחיית פירעון הלוואה

51. אלא שלקראת סוף שנת 2020 השתנתה התוכנית של משרד הביטחון.

52. תוכנית הרכש הדולרי שהציג משרד הביטחון לאחרונה כולל את מלוא כספי הסיוע האמריקאי – 40.4 מיליארד דולר. מכיוון שחלק מהתקציב כבר שוריין לטובת החזר ההלוואה לסיטיבנק, והיקף הסיוע הכספי הפנוי לתוכנית הרכש עמד רק על 35.6 מיליארד דולר, הציע משרד הביטחון לדחות את תשלומי החזר ההלוואה ב-5 שנים, כך שישלב את ההלוואה בשנים 2027-2031 (להלן: "עסקת המימון" או "עסקת הלוואה" או "העסקה"). למותר לציין שלדחיית החזר ההלוואה השפעה גדולה גם על היקף החזרי הלוואה, ורק תוספת הריבית בעקבות דחיית התשלום עומדת על סך של כ-800 מיליון ש"ח. תנאי הלוואה, פריסת התשלומים, הריבית ויתר התנאים שמאפיינים את ההלוואה הם תוצאה של משא ומתן שערך משרד הביטחון בעצמו אל מול סיטיבנק האמריקאית.

53. התנהלות זו של משרד הביטחון, שבנה את תוכנית הרכש על היקף הסיוע המלא – על אף שידע שיהיה עליו לצמצם את הרכש לטובת השבת כספי הסיוע – דחק את הממשלה לפינה. או שתסרב להצעת הרכש, או שתסכים לדחיית הלוואה.

54. כמו כן, חשוב לציין שהסכם ה-M.O.U בין מדינת ישראל לארצות הברית, בו סוכם על גובה כספי הסיוע שתעביר זו האחרונה לישראל, רלוונטי לשנים 2019-2028. כלומר, התחייבות משרד הביטחון להחזיר את ההלוואה מתבססת על תקופה שברובה כלל לא ברור שיעמדו לו כספי הסיוע, ומה יהיה היקפם. לכן ייתכן בהחלט שהתחייבות משרד הביטחון להשבת הלוואה תחייב את תקציבה העתידי של מדינת ישראל בנשיאת התשלום עבור תשלומי החזר לסיטיבנק.

55. כפי שיובהר בהמשך, למשרד הביטחון כלל אין סמכות לבצע התקשרות חוזית בעצמו לקבלת הלוואה או אשראי מתאגיד בנקאי או לדחיית תשלומי הלוואה שעליו להחזיר ממילא לתאגיד הבנקאי. למעשה, אין כל מחלוקת שזהו הדין המחייב – אלא שבאופן חריג ביותר (שאף לא ברור כיצד נעשה מלכתחילה) בשנת 2015 ניתן אישורה של החשבת הכללית במשרד האוצר דאז, הגב' מיכל עבאדי-בויאנג'ו, להתקשרות בין משרד הביטחון ותאגידים בנקאיים. הפעם, עת מבקש משרד הביטחון לדחות את תשלומי החזר הלוואה, משרד האוצר מתנגד נחרצות לאותה דחייה – כפי שיפורט להלן.

56. בשולי הדברים יוער כי הרקע ליצירת שיטת המימון החריגה הזו, שמטרתה המקורית הייתה לממן את רכש ספינות המגן – פרשת שחיתות שמצויה כעת בחקירה פלילית ובבדיקה של ועדה פנימית של משרד הביטחון – היא מעבר לנושא של אי-חוקיות בלבד, אלא היא מעלה חששות כבדים שמימון שניתן לטובת רכש בטחוני עלול לפתוח פתח רחב לשחיתות.

4.ד. משרד האוצר מתנגד לדחיית החזר הלוואה

4.ד.א. עמדת משרד האוצר – 25.10.2020

57. משנדע למשרד האוצר על-אודות כוונת משרד הביטחון לבצע את עסקת המימון, הוא הביע התנגדות נחרצת למחזור הלוואה שנלקחה באמצעות דחיית תשלומי החזר הלוואה; שהם, כאמור, אינם אלא עסקת מימון הלוואה חדשה.

58. כך, ביום 25.10.2020 כתב ממלא מקום הממונה על התקציבים במשרד האוצר, מר יוגב גרדוס, למנכ"ל משרד הביטחון מר אמיר אשל, ופירט את הנימוקים המרכזיים להתנגדות הנחרצת של משרד האוצר למימון רכש באמצעות דחיית הלוואה.

העתק מכתבו של יוגב גרדוס, ממלא מקום הממונה על התקציבים במשרד האוצר, מיום 25.10.2020 מצורף ומסומן כנספח 3/ע.

59. במכתבו מנה מר גרדוס את הנימוקים הבאים:

א. התקציב מתנהל על בסיס מזומן. כל חריגה מכלל זה מחייבת רישום בתקציב המדינה באופן שנקבע על ידי הממשלה כולה, מאושר על ידי הכנסת ושקוף לציבור. הלוואה שמבקש משרד הביטחון לקחת מהווה חריגה מכלל התקציב המזומן, וזאת מעבר לכך שממילא ההוצאה לא נקבעה על ידי הממשלה, לא אושרה על ידי הכנסת ואינה שקופה לציבור, ולמעשה כלל לא נרשמת בתקציב המדינה.

ב. למעשה, הלוואה עצמאית לתקציב היא עקיפה מפורשת של יסוד השיטה הקיימת. הנפקת חוב נעשית רק על ידי החשב הכללי של משרד האוצר, ומשרד הביטחון אינו יכול להנפיק חוב בעצמו ובתנאים שהוא קובע.

ג. הלוואה עצמאית של משרד ממשלתי נוגדת את חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 (להלן: "חוק יסודות התקציב"), משום שהיא לא מספקת פעולה מאזנת ויוצרת מצב שבו משרד הביטחון מתחייב לתקציב עתידי גבוה משהוקצה לו.

ד. כל הרשאה להתחייב, הנדרשת תמיד בהתחייבויות ארוכות טווח, צריכה להתבסס על מקור

תקציבי לתשלום ההתחייבות העתידית. בהצעת משרד הביטחון לדחות את החזר ההלוואה ב-5 שנים **אין מקור תקציבי כזה**, ולמעשה ברוב השנים אליהם נדחים תשלומי החזר ההלוואה אין כלל הסכם M.O.U.

ה. עלויות המימון של העסקה גבוהות מאוד. הריבית לבדה שיידרש אוצר המדינה לשלם עולה כדי לא פחות מ-800,000,000 (!!) **שקלים חדשים**.

ו. ההלוואה מסכנת את יציבותה הפיננסית של ישראל – ביתר שאת בזמן המשבר שנגרם עקב ההתמודדות עם נגיף הקורונה.

ז. מעבר לכך צוין שישנן **אפשרויות תקציביות חוקיות ומקובלות חלופיות למימון העסקאות**:

(1) מימון מתוך יתרת הדולרים הפנויים במסגרת הסכם ה-M.O.U הנוכחי. ישנם עוד לפחות 7 מיליארד דולרים פנויים, כאשר כאמור לעיל סך היקף העסקאות עומד על כ-5.3 מיליארד דולר.

(2) ניתן להשתמש בתוספת התקציבית בסך 3.1 מיליארד דולר שקיבל משרד הביטחון לשנת 2020 עבור כלל צרכי מערכת הביטחון.

(3) למצוא "פעולה מאזנת" אחרת.

(4) שילוב של שתיים או שלוש מהאפשרויות הללו.

60. נוכח התנגדותו של משרד האוצר, התקיימה ביום 25.10.2020 ישיבה בין משרד האוצר ומשרד הביטחון, בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי), עוה"ד מאיר לוי (להלן: "המשנה ליועץ המשפטי לממשלה"). בישיבה דנו הצדדים באפשרויות השונות להשיג את התקציב הנדרש לתוכנית הרכש שהגיש משרד הביטחון, לרבות החלופה של דחיית החזר ההלוואה לסיטיבנק.

61. לאחר הישיבה ביום 25.10.2020, כתב היועץ המשפטי של משרד האוצר, עוה"ד אסי מסינג, חוות דעת משפטית אותה העביר למשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ושלה העתקים ליועץ המשפטי של משרד הביטחון והמועצה לביטחון לאומי.

העתק חוות דעתו של עוה"ד אסי מסינג, היועץ המשפטי למשרד האוצר, מיום 26.10.2020 מצורפת ומסומנת כנספח 4/ע.

62. בחוות דעתו, מציין עוה"ד מסינג את הקשיים המשפטיים שבפניית משרד הביטחון לסיטיבנק לטובת קבלת אשראי נוסף או לדחיית החזר ההלוואה, ומוסיף כי כל הקשיים הללו עולים בכדי **מניעה משפטית**. עוה"ד מסינג מוסיף **שעובדת קיומן של חלופות אחרות** להשגת התקציב הנדרש שבו תוכל הממשלה להשתמש כדי לממן את תוכנית הרכש של משרד הביטחון – מעצימה את הקשיים החוקיים שבאופן המימון מושא עתירה זו.

63. בנוסף, ביום 2.11.2020 התקיים דיון טלפוני בראשות ראש הממשלה והשתתפות שר הביטחון, שר האוצר, ראש המטה לביטחון לאומי והיועץ המשפטי לממשלה. בדיון זה חזר שר האוצר על עמדותיו המקצועיות של משרדו, והדגיש בפני המשתתפים כי לפי חוות דעתו המשפטית של עוה"ד מסינג, ישנה **מניעת משפטית** לבצע את מימון העסקה באופן שהציע משרד הביטחון (ראו סעיף 3 לנספח 5/ע להלן).

5.ד. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

64. באותו דיון (2.11.2020) הבהיר היועץ המשפטי לממשלה כי לטעמו "הצעת משרד הביטחון למימון העסקה אינה עולה בקנה אחד עם דיני התקציב, וכי היא מעוררת, לכל הפחות, קשיים משפטיים משמעותיים ביותר". אלא שהיועץ המשפטי לממשלה קבע שהוא לא מכריע עדיין בשאלה האם הקשיים עולים בכדי מניעה משפטית.

65. על נקודות אלה חזר היועץ המשפטי לממשלה במכתב שכתב ביום 16.11.2020, ובו ציין כי חוות דעת משפטית סופית תינתן לאחר שממשלת ישראל תגבש את עמדתה במסגרת מדיניות רשמית. כלומר, קודם תחליט הממשלה כי היא מעוניינת לקדם את העסקה המוצעת על ידי משרד הביטחון, ורק לאחר מכן יבחן היועץ המשפטי לממשלה האם העמדה הזו אפשרית מבחינה משפטית. ודוקו – נדרשת אפוא עמדת ממשלת ישראל (כגוף קולקטיבי); ולא של הקבינט בלבד (שאיננו מוסמך לפי החוק לאשר נטילת הלוואה כלשהי ולמטרה ספציפית, והכל כפי שיפורט להלן).
העתק מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 16.11.2020, כפי שפורסם על ידי העיתונאי שאול אמסטרדמסקי מצורף ומסומן כנספח 5/ע.

6.ד. הדיון המקצועי ממשיך

66. לאחר הדיון הטלפוני ביום 2.11.2020, נדרשה המועצה לביטחון לאומי למציאת מקור תקציבי לביצוע תוכנית הרכש שהגיש משרד הביטחון. לפי פרסומים בתקשורת, המועצה לביטחון לאומי יחד עם משרד האוצר הגיעו להסכמות ונמצאו שלוש חלופות תקציביות המתיישבות עם דיני התקציב בישראל:

א. ביצוע קיצוץ רוחבי בכל משרדי הממשלה והעברת ההוצאות שנחסכו לטובת תוכנית הרכש של משרד הביטחון.

ב. צמצום תוכנית הרכש כך שיכלול רכישת מטוסי קרב, מסוקי תובלה כבדים ומטוסי תדלוק.

ג. חלוקת תקציב הרכש כך שמחצית ממנו תתוקצב על ידי משרדי הממשלה האחרים ואת היתר יממן משרד הביטחון.

67. חשוב לציין שמשרד האוצר נתן את אישורו לחלופות אלה לתקצוב תוכנית הרכש של משרד הביטחון.

העתק כתבתו של אמיר בוחבוט "בזמן המשבר: המדינה מציעה לממן את עסקאות הנשק על ידי קיצוץ רוחבי" באתר וואלה! חדשות, מיום 16.11.2020 מצורף ומסומן כנספח 6/ע.

7.ד. החלטת הקבינט

68. ביום 7.2.2021, התקיים דיון של הקבינט בהצעת משרד הביטחון לתקצוב תוכנית הרכש באמצעות דחיית החזר ההלוואה.

69. לפי פרסומים בתקשורת, בדיון זה אישר הקבינט את הצעת משרד הביטחון למימון העסקה, על אף דעתו החולקת החד-משמעית של משרד האוצר. כלומר, הקבינט אישר למשרד הביטחון להתקשר באופן עצמאי עם סיטיבנק, ולדחות את תשלומי החזר ההלוואות עד לשנים 2027-2031.

70. לפי אותם פרסומים, הטענה המשפטית שעליה התבסס היועץ המשפטי של משרד הביטחון היא שנוצר "אינטרס הסתמכות" של משרד הביטחון על אותו אישור להלוואה דומה בשנת 2015. כן נכתב כי היועץ המשפטי לממשלה קיבל טיעון זה, והכשיר את הצעת משרד הביטחון למימון העסקה מבחינה משפטית.

העתק כתבתו של אבי בר-אלי "קחו, אבל זו הפעם האחרונה, טוב? כך אושר הלילה 9 מיליארד דולר לחיל האוויר" באתר The Marker מיום 8.2.2021 מצורף ומסומן כנספח ע/7.

71. כפי שצוין לעיל, בהמשך לפניית העותרת נתקבל אישור לעובדות אלה, במכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה אל העותרת מיום 28.2.2021 (נספח ע/1 לעיל).

8. ד. מיצוי הליכים

72. כבר ביום 2.11.2020, בעקבות פרסומים בתקשורת על אודות כוונת משרד הביטחון לבצע עסקאות רכש באמצעות הלוואות, פנתה העותרת לשר, לראש הממשלה וליועץ המשפטי לממשלה. בפנייה נכתב כי הגדלת הוצאות המדינה תוך לקיחת הלוואה מתאגיד בנקאי בפרטי היא בלתי חוקית וחורגת מסמכותו של משרד הביטחון. העותרת ביקשה לקבל את תגובת הנמענים עד ליום 9.11.2020.

העתק מכתב העותרת מיום 2.11.2020, מצורף ומסומן כנספח ע/8.

73. ביום 18.11.2020, ולאחר שלא התקבלה כל התייחסות של מי מהנמענים למכתבה של העותרת, נשלחה אליהם תזכורת ובו התבקשו להתייחס לדברים האמורים עד ליום 26.11.2020.

העתק מכתב העותרת מיום 18.11.2020, מצורף ומסומן כנספח ע/9.

74. באותו יום, ה-18.11.2020, התקבל מענה מהמחלקה למשפט כלכלי של יועץ וחקיקה במשרד המשפטים, בו נאמר כי הנושא מצוי בדיון מקצועי בין משרדי הממשלה השונים. עוד נכתב כי רק לאחר מיצוי הדיון המקצועי תינתן חוות דעת משפטית בנושא.

העתק המענה מטעם המחלקה למשפט כלכלי מיום 18.11.2020, מצורף ומסומן כנספח ע/10.

75. בהתאם למענה האמור, העותרת המתינה לגיבוש עמדה רשמית בין המשרדים השונים, או לחוות דעת משפטית אחרת.

76. יצוין כי בינתיים פורסם בכלי התקשורת כי נשקלות מספר חלופות אחרות על מנת לממן את עסקת הרכש שמבקשת מערכת הביטחון לבצע; אם כי לא פורסם כי שימוש בהלוואה על מנת לממן את עסקת הרכש כבר איננה נשקלת – בהיותה בלתי-חוקית (ראו נספח ע/6).

77. ביום 1.2.2021 פנתה העותרת פעם נוספת לראש הממשלה, שר הביטחון והיועץ המשפטי לממשלה בתזכורת למכתביה מיום 2.11.2020 ומיום 18.11.2020. בפניית התזכורת הסבירה העותרת כי בחלוף הזמן היה ניתן לגבש את מסקנות הדיונים המקצועיים שנדונו בתשובת המחלקה למשפט כלכלי של יועץ וחקיקה במשרד המשפטים (נספח ע/10), ולכן היא מבקשת הבהרה ואישור שנושא מימון הרכש באמצעות הלוואות איננו חוקי, וזאת עד ליום 7.2.2021.

העתק מכתב העותרת מיום 1.2.2021, מצורף ומסומן כנספח ע/11.

78. אלא שמפרסומים בתקשורת התברר לעותרת כי ביום 7.2.2021 דן הקבינט בהצעת משרד הביטחון

ואישר את מימון הרכש הבטחוני באמצעות דחיית תשלומי החזר ההלוואה.

79. ביום 8.2.2021, ולאחר שלא התקבלה כל תשובה למכתבה של העותרת, נשלחה תזכורת נוספת לפניית העותרת לנמענים במכתביה הקודמים. בתזכורת זו נכתב כי הדיון שהתבצע בקבינט מעיד שמוצה הדיון המקצועי בין משרדי הממשלה, אך עדיין לא קיבלה העותרת תשובה או את העמדה המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה. העותרת ביקשה לקבל את עמדת המכותבים עד ליום 14.2.2021.

העתק מכתב העותרת מיום 8.2.2021, מצורף ומסומן כנספח ע/12.

80. ביום 9.2.2021 הוסיפה העותרת ושלחה מכתב ליועץ המשפטי לממשלה, היועץ המשפטי למשרד הביטחון והיועץ המשפטי למשרד האוצר, בבקשה לקבל את תגובתם לחוקיותם של המהלכים שביקש משרד הביטחון לקדם, וכן את חוות הדעת המשפטיות שהוכנו כחלק מדיונים מוקדמים יותר בעניין דחיית החזר ההלוואה. תגובת המכותבים התבקשה עד ליום 16.2.2021.

העתק מכתב העותרת ליועצים המשפטיים מיום 9.2.2021, מצורף ומסומן כנספח ע/13.

81. באותו יום, ה-9.2.2021, שלחה העותרת מכתב גם לחשב הכללי של משרד האוצר, לממלא מקום מנכ"ל משרד האוצר ולמנכ"ל משרד הביטחון בו הובהר כי בעלי התפקידים הללו יישאו באחריות אישית במידה ותאושר עסקת ההלוואה, ועל כן עליהם למנוע את יציאתה לפועל. כן התבקשה תגובתם לגופן של הטענות שהועלו נגד עסקת המימון. תגובת הנמענים התבקשה עד ליום 16.2.2021.

העתק מכתב העותרת לחשב הכללי, לממלא מקום מנכ"ל משרד האוצר ולמנכ"ל משרד הביטחון מיום 9.2.2021 מצורף ומסומן כנספח ע/14.

82. ביום 16.2.2021 פנתה העותרת אל היועץ המשפטי לממשלה, שר הביטחון וראש הממשלה בבקשה לקבל תגובת לפנייתה, שאם לא תיאלץ לפנות לבית המשפט הנכבד לקבלת הסעד אותו היא מבקשת.

העתק מכתב העותרת מיום 16.2.2021, מצורף ומסומן כנספח ע/15.

83. באותו יום התקבלה תשובתה של הגב' שרית פלבר מהמחלקה למשפט כלכלי במשרד המשפטים, לפיה פניית העותרת הועברה לטיפול של מר מאיר לוין, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי). במסגרת זו הובהר לעותרת שפנייתה נוגעת לסוגיות **שנדונו והוכרעו ביום 7.2.2021**, והיא "נמצאת בטיפול והיא הועברה להתייחסות הגורמים הרלוונטים..." (להלן: "מכתב התשובה").

העתק תשובת הגב' שרית פלבר מהמחלקה למשפט כלכלי במשרד המשפטים, מיום 16.2.2021, מצורף ומסומן כנספח ע/16.

84. ביום 21.2.2021 פנתה העותרת למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי) ולגב' שרית פלבר מהמחלקה למשפט כלכלי במשרד המשפטים. במכתב הבהירה העותרת כי לאור דחיפות הנושא, וכדי למנוע מצב של מעשה עשוי, היא מבקשת לקבל מועד ברור שעד אליו תתקבל התשובה לפנייתה. יובהר, כי ניתן להניח שעמדתם של כל הגורמים הרלוונטיים, לרבות היועץ המשפטי לממשלה ומשניו, ניתנה זה מכבר ולפני שהתקבלה החלטת הקבינט לאשר למשרד הביטחון לדחות את החזר ההלוואה. כמו כן, באותו מכתב ביקשה העותרת לקבל את התחייבות הנמענים שאם אכן תחכה לתשובתם כפי שהם מבקשים, לא יתקשר משרד הביטחון עם כל תאגיד בנקאי לקבלת

הלוואה או לדחיית החזר ההלוואה – ולא יהפוך נושא חמור זה למעשה עשוי, קודם לבירור הטענות לגופן.

העתק מכתב העותרת מיום 21.2.2021 מצורף ומסומן כנספח ע/17.

85. לאחר שלא התקבלה תשובה, שלחה העותרת ביום 25.2.2021 תזכורת דחופה למכתבה מיום 21.2.2021, והזכירה כי בשל דחיפות העניין, לא תוכל להמתין עוד מבלי לקבל הערכה מתי יהיה מועד קבלת התשובה, והתחייבות שהנושא לא יהפוך למעשה עשוי.

העתק מכתב העותרת מיום 25.2.2021 מצורף ומסומן כנספח ע/18.

86. ביום 28.2.2021 התקבלה תשובתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי), עוה"ד מאיר לוי. בתשובתו אישר עו"ד לוי כי הקבינט אישר את עיסקת הרכש ועיסקת ההלוואה שביקש משרד הביטחון. כן צוין כי למעשה היועץ המשפטי לממשלה קיבל את עמדת משרד הביטחון לפיה לאור התקדים שנוצר מעיסקת ההלוואה בשנת 2015, משרד הביטחון הסתמך על כך שיוכל לדחות את החזר ההלוואה. מטעם זה, הבהיר היועץ המשפטי לממשלה כי דרך המימון המבוקשת אינה עולה בקנה אחד עם דיני התקציב, אך אישר את התוכנית הנוכחית. היועץ המשפטי לממשלה הבהיר כי "במכלול הנסיבות" – קרי, בשל תקדים העבר ונקודת ההנחה של מערכת הביטחון שהדבר אפשרי; שעל בסיס אותה נקודת הנחה אף נערכה ותוכננה תוכנית הרכש הנוכחית משך כשנתיים ימים; שקיימת דחיפות וחיוניות ברכש כולל המהווה "חלק מתפיסה מבצעית שלמה", המקובלת על הקבינט – ובשים לב שזו תהיה הפעם האחרונה שבה ייעשה שימוש בדרך המימון הזו, וכי לא היא לא תאושר במקרים הבאים – הותר בידי היועץ המשפטי לממשלה אופן המימון כאמור.

87. כמו כן, בתשובתו כתב עוה"ד לוי כי ההסכם לדחיית החזר ההלוואה טרם נחתם, וככלל שיאושר על ידי הממשל האמריקני הוא צפוי להיחתם בעוד מספר חודשים (ראו נספח ע/1 לעיל).

88. ואולם, כמובן שאין בדברים אלו כדי להתיר דרך מימון שאיננה חוקית.

89. כלל הנסיבות שהובאו הן "מטא-תקציביות", המבוססות על נימוקים אחרים – נחיצות ודחיפות ורכש "אחוד" ומשך תקופת הליך התכנון ואישור הקבינט – כל אלו אינם יכולים לפגוע בדיני התקציב. יש בהם – כמובן – כדי להוות משקל מכריע ביחס למהות הרכש עצמו (ועל כך אין העותרת חולקת כלל); אך אין בהם כדי להשפיע על אופן מימון הרכש. במילים אחרות, אין בטעמים "מטא-תקציביים" כדי "להלבין" את אי-חוקיות המימון.

90. כל זאת, חשוב להדגיש – כאשר קיימות דרכים חוקיות לאותו מימון. אם לדעת ממשלת ישראל יש חשיבות ודחיפות וצורך בקידום העסקה, הדבר אפשרי במסגרת החוקית, שאף הוצעה והוצגה במסגרת הדיונים שקדמו לאישור. על אף זאת, משרד הביטחון מתעקש על דרך מימון בלתי חוקי – ודיני התקציב הופכים למרמס; והחשבון – המיותר והמבוזבז – יוגש לכל אזרח במדינת ישראל.

91. כעת, משהונחה התשתית העובדתית לעתירה ומשהובהר כי מוצו ההליכים כנגד המשיבים, תפנה העותרת לטענותיה המשפטיות.

ה. טיעון משפטי

ה.1. המסגרת הנורמטיבית

92. סעיפי התקציב כפי שנקבעו בחוק יסוד: משק המדינה (וכן בחוק יסודות התקציב) נועדו להבטיח את קיומה של הסכמת הציבור לפעולות הכלכליות של המדינה מתד גיסא; ואת התנהלות הממשלה הסדירה מאידך גיסא. כפי שברור שהמדינה איננה זכאית לגבות כספים מאזרחיה ללא הסכמה, באופן דומה גם אין היא מוסמכת לבזבז את מעותיו של הציבור ללא קבלת אישורו והסכמתו הקולקטיבית. הסכמה זו באה לידי ביטוי באישור פרלמנטרי של חוק התקציב השנתי (ור' יוסף אדרעי, פירוש לחוק היסוד – חוק יסוד משק המדינה, עמ' 350 (תשס"ד; להלן: "אדרעי").
93. מדברים אלה נובעת החובה כי תקציב המדינה, לרבות כספי הסיוע האמריקאי, יקבעו על ידי הממשלה ויאושרו על ידי הכנסת, הקבועה בסעיף 3 לחוק יסוד: משק המדינה. חשיבות עקרון זה לא יסולא מפז, שכן "התקציב הוא אחד מן העמודים המרכזיים עליהם נשען הפיקוח הפרלמנטרי על הממשלה..." (בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 316 (2011), הדגשים אינם במקור – הח"מ).
94. התקציב הוא התכנית הכלכלית של הממשלה המבטא את סדרי העדיפויות כפי שהיא מעוניינת בהם. אך, יותר מזה, התקציב מהווה את האמנה החברתית-כלכלית שבין הממשלה לציבור. מכאן החשיבות שבאישורה על ידי הכנסת בחוק ובשלוש קריאות.
95. לא בכדי הסנקציה של אי-העברת תקציב בכנסת היא סנקציה חמורה כל-כך. מצב בו התקציב השנתי לא אושר מעיד על חוסר הסכמה פרלמנטרית ואי-אמון של הכנסת בממשלה, ובהיעדרן אין אפשרות להוציא כספים ולקבל התחייבויות. על כן דה-פקטו אין לממשלה אפשרות מעשית לפעול, מלבד באמצעים שאושרו בעבר וזכו להסכמה רחבה של העם, זאת, במסגרת תקציב המשכי.
96. כך, לחוק תקציב שנתי יצורפו תחזית התקבולים והמילווה, תחזית סכומים שלא יגבו בשל הטבות מסים ותכנית תלת שנתית שכוללת סכום הוצאות צפויות לכל שנה, תחזית הכנסות, תחזית מגבלות ועוד (ור' ס' 2(ב) וס' 40א(א) לחוק יסודות התקציב).
97. התקציב מבטא הן את מדיניותה של הממשלה; והן את סמכותה לפעול וליישם את המדיניות שהוצגה על ידה. לאישור התקציב בכנסת יש אפוא כמה משמעויות – מדובר באישור והסכמה להוצאת כספי הציבור על ידי נציגיו (הכנסת); התקציב קובע את סדרי העדיפויות של הממשלה כפי שאושרו על ידי הכנסת ומציג אותן באופן ציבורי בפני הריבון (העם); התקציב מהווה אישור של מדיניות הממשלה על ידי גוף נבחר; התקציב הוא תכנית מפורטת, המותאמת לתכנית רב שנתית אשר מצורפת לחוק התקציב ולחוקי התקציב הקודמים.
98. פגיעה בסדרי העדיפויות כפי שאושרו על ידי הכנסת פוגע אנושות בהסדר החוקתי הזה, אשר מבטא עקרונות דמוקרטיים בסיסיים בשיטת המשטר הישראלית.
99. הכללים שנקבעו במסגרת חוק יסוד: משק המדינה וחוק יסודות התקציב נועדו לשמור על העקרונות הללו, והממשלה מוגבלת להוציא כספים אך ורק על פי הקבוע בהם.
100. חוק התקציב השנתי מגביל את הוצאות הממשלה לסכום הנקוב בהוצאה בחוק (ס' 3 לחוק יסודות

התקציב). אף הגידול בתקציב השנתי מוגבל בהתאם מגבלות הפיננסיות שמצאו את ביטוי בנסיחה הקבועה בס' 6א לחוק הפחתת הגרעון והגבלת ההוצאה התקציבית, תשנ"ב-1992 (להלן: "חוק ההגבלות") (להלן: "תקרת ההוצאה").¹ בחוק ההגבלות אף נקבעת הגבלה של הגירעון הכולל מהתמ"ג (להלן: "תקרת הגירעון"), כך למשל לשנת 2021 נקבע כי תקרת הגירעון היא 2.25% (ס' 5, ובפרט 165)). במקרה בו תקרת ההוצאה מביאה להוצאה הגדולה מתקרת הגרעון, סך ההוצאה תפחת כך שתתאים לתקרת הגירעון.

101. בהמשך לכך, סעיף 40א קובע כי לכל תקנות, הוראות מינהל או חוזים שביצועם כרוך בהפחתת הכנסות המדינה, חריגה ממגבלת הגירעון או הגדלת החריגה ממגבלת הגירעון בתקציב רב שנתי, לחלופין שתגרום לחריגה מסכום ההוצאה הממשלתית המותרת באותה שנה; או להגדלת החריגה כאמור – חובה לנקוט פעולה מאזנת שתימנע את החריגה או את הגדלת החריגה האמורה. להשלמת התמונה יצוין כי הוראות דומה נקבעה לעניין הגשת הצעות חוק וכן תמיכה ממשלתית בהצעות חוק שעלולות להביא לחריגות כאמור.

102. על מנת לשמור על הגבלות אלה קיימות הוראות שונות המכוונות להבטיח את כפיפותם של מעשי המינהל למסגרת התקציב. כך, לפי ס' 43(ב) חוזה כאמור שההוצאה או ההרשאה להתחייב לא תוקצבו בחוק התקציב לשנה שבה נחתם – בטל. ס' 39א לחוק יסודות התקציב קובע כי כל הצעת חוק הכרוכה בעלות תקציבית תציין בנוסח החוק המקורי את דרך המימון לעלות זו.

103. לשר האוצר אף יש סמכות לסנקציות בכל הנוגע לרשויות מקומיות ותאגידיים, וכן לפיטורי עובדים שנשכרו בחריגות תקציביות.

104. משמעות כללים אלו היא – בשורה התחתונה – שאין אפשרות למדינה להתחייב בלי הרשאה תקציבית.

105. מאלה אף עולה הכלל הבסיסי בדיני התקציב בישראל, לפיו תקציב המדינה מתנהל על בסיס "מזומן", בתשלום מידי לטובת השלמת עסקה, וזאת תחת מגבלת התקציב.

106. בהתאם לס' 2(ג) לחוק יסודות התקציב "בתקציב יצוינו סכומי הוצאה, הוצאה מותנית בהכנסה והרשאה להתחייב ומספרי שיא כוח אדם; הסכומים והמספרים יחולקו לסעיפי תקציב, תחומי פעולה ותכניות". פירוט לגבי "תקנה" תקציבית, המתייחסת למדינת פירוט גדולה יותר נעשית על ידי הגורמים המקצועיים במשרד האוצר.

107. מכאן עולים חריגים לכלל שנקבע בסעיף 3 לחוק יסודות התקציב – והם: הוצאה מותנית בהכנסה והרשאה להתחייב.

ה.1.א. הוצאה מותנית בהכנסה

108. סעיף 5 לחוק יסודות התקציב קובע את התנאים להוציא סכומים "נוספים", מעבר לסכום הנקוב בתקציב כהוצאה.

109. כך, הממשלה רשאית להוציא את הסכום הנקוב ב"הוצאה המותנית בהכנסה" בחוק התקציב השנתי, כמובן, אם לא יתקבלו התקבולים הצפויים בשנת הכספים, לא תוצא אותה הוצאה.

¹ בהתאם לחוק ההגבלות, החל משנת 2015 הגידול בתקציב המדינה מוגבל על ידי ממוצע שיעור הגידול באוכלוסייה בשלוש השנים שקדמו למועד הנחת חוק התקציב, מדד המאפשר הצמדה ליחס "חוב-תוצר" בתוספת הצמדה למדד המחירים לצרכן.

110. תנאי לכך הוא שההוצאה לא תעלה על ההכנסה הצפויה עד סוף שנת הכספים. כלומר, לא ניתן לבצע הוצאה בהתבסס על הכנסה שעתידה להתקבל בשנות הכספים הבאות. בכל שנת כספים ניתן לבסס הוצאה על הכנסה שעתידה להתקבל באותה שנה.

111. ההוצאה המותנית בהכנסה מוגבלת בסכום כפי שנקבע בחוק התקציב, אף אם התקבול שהתקבל עלה על הציפיות ועל הסכום הקבוע כהוצאה מותנית בהכנסה, היתרה תועבר לאוצר המדינה. בהקשר זה יוער כי קיים יוצא דופן לכך לעניין תקציב הביטחון, לפיו שר האוצר יכול לאשר את השימוש ביתרת התקציב משנה פלונית לשנה שאחריה במסגרת אותה תכנית או תכנית אחרת במערכת הביטחון (סי' 19(ז) לחוק יסודות התקציב).

112. כמובן, אין עניינינו-שלנו ביתרה תקציבית אלא בחוסר תקציבי שהביא לצורך בנטילת הלוואה ולפריסת תשלומים במסגרת הוצאה מותנית בהכנסה. אשר נעשתה, כפי שיובהר בהמשך, בניגוד לחוק ובחוסר סמכות.

113. בנוסף, באותו סעיף נקבע במפורש כי תקבול שמקורו במילוה, יוכל לשמש למימון הוצאה בסעיפי תקציב בתקציב פיתוח וחשבון הון בלבד.

114. חשוב להדגיש, שימוש בכספי הסיוע שמעניקה ארצות הברית לישראל נחשב להוצאה המותנית בהכנסה, ויחולו עלו הכללים הקבועים בסעיף 5 לחוק (לעניין זה ראו פסקה 6 לנספח 3/ע)

ה.1.ב. הרשאה להתחייב

115. סעיף 6 לחוק יסודות התקציב קובע כי הממשלה יכולה להתחייב לשנים הבאות, כך שהתשלום מטעמה לא יעשה במזומן.

116. במסגרת התקציב נקבעו הגבלות שונות על סך ההתחייבות. כך, נקבע כי הממשלה רשאית להתחייב רק בגבולות הסכום הנקוב תחת "הרשאה להתחייב" בחוק התקציב.

117. למשל, במסגרת תקציב 2019, סך ההרשאה להתחייב המותרת הייתה 134,862,337,000 ש"ח (כ-134 מיליארד ש"ח, וראו חוק התקציב לשנת 2019, תשע"ח-2018).

118. קביעת הרשאה להתחייב בחוק התקציב משמעותה עיגון תקציבי מראש גם לאותן הוצאות אשר ישולמו בפועל מתוך אוצר המדינה לאחר תום שנת הכספים שבה ניתנה ההתחייבות (בג"ץ 3975/95 פרו' שמואל קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 487, 459 (1999)).

119. פירושה של החובה הזו היא כי לא רק כל הוצאה בפועל שמוציאה הממשלה חייבת להיות מעוגנת בחוק התקציב, אלא גם כל התחייבות (שם, ובאסמכתאות המובאות במסגרת פסק הדין).

120. לכך נקבעו הגבלות נוספות. כך, סעיף 43(א) לחוק יסודות התקציב קובע כי בחוזה שכורתת המדינה אשר ההוצאה הכרוכה בו עולה על סכום מסוים, יש לאשר בעת החתימה שההוצאה וההרשאה להתחייב הכרוכים בו תוקצבו בחוק התקציב השנתי, ואת התכנית שבה תוקצבו.

121. אם כך העובדה כי בסמכותה של הממשלה להתחייב על הוצאות עתידיות – אין פירושה חופש מוחלט של כל גורם בממשלה להתחייב בכל סכום שיבקש.

ה.1.ג. מלווה – הגבלות חוקיות

122. חוק מלווה מדינה, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק המלווה"), מסמיך את המדינה ללוות כספים בדרך

של הוצאת אגרות חוב. זו למעשה הדרך היחידה של המדינה לגייס כספים במזומן במקרה של בעיה תזרימית, כלומר, כאשר יש פער בין סך ההכנסות מגביית מסים וכיוב' לסך ההוצאה הממשלתית. חשוב לציין שסמכות זו אינה יכולה לגרום להגדלת הוצאות המדינה מעבר להוצאות שנקבעו בחוק התקציב.

123. סעיף 8 לחוק מלווה מדינה קובע כי **משרד האוצר ינהל את כל עניני המלווה**. כלומר, למשרד האוצר יש **סמכות בלעדית** לקחת הלוואות ולחייב את המדינה בהן, וסמכות זו עליו להפעיל רק בדרך של הוצאת אגרות חוב בהתאם לכללים שקובע החוק.

124. חוק זה מאפשר למדינה ללוות כספים באופן מרוכז, תוך ניהול מרשם ברור (ס' 9 לחוק מלווה מדינה), ובקביעת תנאים אשר ימקסמו את הרווח של מדינת ישראל מחלוקת אגרות החוב.

125. בשולי הדברים נוסף כי אף לעניין הלוואות מבנק ישראל, הממשלה יכולה לקבל הלוואות אלה רק לפי הסכום שנקבע לכך בחוק התקציב השנתי לאותה שנה. יובהר כי אין למשרד הביטחון או לקבינט יכולת לקבל הלוואות מבנק ישראל כלל.

126. משפרסה העותרת את המסגרת הנורמטיבית, היא תעבור לפרט את הפגמים שנפלו בפעולות השלטוניות של המשיבים.

ה. עסקת ההלוואה חותרת תחת ההסדר החוקתי שבבסיס תקציב המדינה

127. כאמור לעיל, חוק יסוד: משק המדינה קובע הסדר בעל מעמד חוקתי לפיו הכנסת היא הגוף המוסמך לאשר את סדרי העדיפויות של הממשלה במסגרת אישורו וחקיקתו של התקציב השנתי. ללא הסמכה זו הממשלה איננה יכולה לקבוע את סדרי העדיפות שלה, והיא למעשה כבולה לסדרי העדיפות קודמים במסגרת התקציב המשכי.

128. בעניינינו מדובר בחריגה בוטה מחובה זו.

129. אישור הקבינט ופנייתו העצמאית של משרד הביטחון לקבלת הלוואה או אשראי מתאגיד בנקאי פרטי, ובכך להגדיל את הוצאותיו בטווח הקצר, **חותר תחת הסדר חלוקת הסמכויות החוקתי**.

130. לקיחת הלוואה או אשראי מסיטיבנק גורם למצב שההוצאה לא תירשם בתקציב המדינה. התוצאה של עסקת ההלוואה הזו היא כי נוצר יש מאין סעיף תקציבי חדש אשר לא מופיע בחוק התקציב השנתי, חוק התקציב השנתי לא יעודכן לפיו ולמעשה, עסקה זו לעולם לא תקבל אישור כלשהו מטעם הרשות המחוקקת.

131. ובכך עסקה זו דה פקטו עוקפת את ההסדר החוקתי ומונע את פיקוחה של הכנסת על משרד הביטחון. עצם האפשרות של משרד ממשלתי לעשות דין תקציבי לעצמו, ולהגדיל את הוצאותיו ללא אישור או פיקוח של הכנסת, פוגע בהפרדת הרשויות ובעקרונות היסוד בשיטת המשטר הדמוקרטי של מדינת ישראל.

132. בשולי הדברים יוזכר כי הממשלה הנוכחית היא **ממשלת מעבר** אשר **מתנהלת מזה למעלה משנה במסגרת תקציב המשכי**, ואף על כך יש ליתן את הדעת בהקשרי הפגיעה בהסדרים החוקתיים.

133. כזכור לאישור התקציב יש משמעות חוקתית, חשיבותו המשטרית גדולה, ויפים לעניין זה דברים אלה מבג"ץ 8749/13 חה"כ סתיו שפיר נגד שר האוצר ואח' בפסקה 1 (פורסם בנבו, 13.8.2017):

"תקציב המדינה הוא אחד הכלים החשובים לעיצוב מדיניותה הכלכלית

והחברתית של הרשות המבצעת. הוא משקף הערכות ותחזיות לגבי מצב המשק, מבטא את סדרי העדיפויות המתוכננים ומלמד על מדיניותה הכלכלית של הממשלה... לאור חשיבותו של התקציב, המשך כהונתה של הכנסת מותנה באישורו בחקיקה (סעיף 36א(א) לחוק-יסוד: הכנסת) " (שם, פס' 1).

134. מכאן, ברורה הפגיעה התמורה ביותר שעולה מהעסקה הזו שכן פירושה פגיעה בסדרי העדיפויות כפי שקבעה הממשלה ואישרה הכנסת, לא רק במסגרת התקציב השנתי הנוכחי כי אם גם בשנים הבאות. **משרד הביטחון למעשה הביא למצב בו התקציב שלו מובטח לשנים הבאות, וזאת, על חשבון התקציב של משרדי הממשלה האחרים (חינוך, בריאות, רווחה).**

135. ויוזכר: חוק התקציב אמור לכלול לא רק כל הוצאה אלא כל התחייבות עתידית. מכאן, ברור שהיה על הממשלה (באמצעות משרד האוצר) להכליל כל הצעה כזו בחוק תקציב שנתי.

136. מדובר בשימוש באמצעי לא לגיטימי על מנת להבטיח כספים לשנים הבאים, תוך עקיפה של מליאת הממשלה, וחיוב מכך – של הכנסת.

137. נזכיר. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה קובעת בעצמה ששיטת המימון מעלה "קשיים משפטיים משמעותיים ביותר"; ומאוחר יותר – בהתאם לפניותיה של העותרת הבהיר כי "דרך המימון, קרי הגדלת ההוצאה הממשלתית באמצעות הלוואה, שבענייננו תתאפשר באמצעות דחיית החזר האשראי, אינה מתיישבת עם דיני התקציב" (נספח ע/1). באישור עסקת המימון חטא היועץ המשפטי לממשלה לאחריותו. עצם העובדה שהיה תקדים בלתי-חוקי בשנת 2015, אינו מקים מקור פוזיטיבי לביצוע פעולות בלתי-חוקיות נוספות. היעדר חוקיות בעבר איננו היתר לפעולות בלתי-חוקיות בהווה. טיעון ההסתמכות אינו יכול להצדיק המשך מעשים בלתי-חוקיים.

138. כמו כן, חריגתו של משרד הביטחון מסמכותו בשנת 2015 אינה מקימה לו סמכות פוזיטיבית להתקשר באופן עצמאי עם תאגיד בנקאי כלשהו לשם הגדלת הוצאותיו – ואף אין בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לאשר חריגה כזו מסמכות. הדבר נובע מיסודות עקרונית שלטון החוק.

139. המסקנה – עליה למעשה אין עוררין – היא ששיטת המימון שנקטה היא אסורה על-פי הדין. בסמוך להלן נעמוד בתמצית על סתירת הוראות הדין, העולה מאופן מימון העסקה.

ה.3. עסקת הלוואה נוגדת את החוק

ה.3.א. עסקת הלוואה מהווה מסלול "עוקף" למגבלת ההוצאה הקבועה בחוק ההגבלות

140. כזכור, הממשלה רשאית להוציא בשנת כספים פלונית את הסכום הנקוב כהוצאה בחוק התקציב השנתי לאותה שנה (ס' 3 לחוק יסודות התקציב), אך אף סכום זה מוגבל על ידי תקרת ההוצאה ותקרת הגירעון הקבועים בחוק ההגבלות.

141. להגבלה זו יש חשיבות כלכלית, בעיקר בהגבלה של הממשלה מליצור חוב בלתי מוגבל על מנת להשיג רווח פוליטי מיידי תוך הגדלת ההוצאה הממשלתית ללא גבול. מכאן, נקבע גם הצורך לקבוע סדרי עדיפויות ברורים בתוך ה"מתסור", היינו, בתוך המשאבים המוגבלים.

142. בשל ההגבלה על ההוצאה הממשלתית, עצם ההרחבה של ההוצאה הממשלתית מעבר לתקרת הגירעון או תקרת ההוצאה מהווה הפרה של חוק ההגבלות.

143. בשולי הדברים יוער כי בעבר נעשו שינויים בחוק ההגבלות על מנת להגדיל את ההוצאה, במה שמכונה "קופסאות חוץ תקציביות"². מעבר לכך שמדובר בכלי שנועד למקרים חד-פעמיים ודחופים ואיננו מתאים לסוגיה שבענייננו, משלא נעשה שימוש בכלי זה, עסקת ההלוואה שאושרה על ידי הקבינט ושעתיד לבצע משרד הביטחון, כך או כך העסקה סותרת את המגבלה שנקבעה בחוק.

144. מעבר לכך, פירושה של העסקה מושא עתירה זו היא הרחבת החוב הממשלתי (שהרי חוב של משרד הביטחון הוא חוב של ממשלת ישראל; ושל מדינת ישראל). להרחבת החוב אמורה להיות השלכה על הן על תקרת ההוצאה (שמחושבת גם בהתאם ליחס "חוב-תוצר") והן על תקרת הגירעון.

145. למעשה, ההוצאה הכספית לטובת העסקה בענייננו הייתה אמורה כולה לצאת בשנת כספים אחת, בהתאם להגיון הכלכלי של העסקה. שהרי אין מדובר בעסקה למתן שירותים הנמשכים מספר שנים, אלא ברכש מוצרים. עם זאת, באופן מלאכותי בלבד ההוצאה נדחית למועד אחר.

146. לסיכום עניין זה יודגש כי אף אם העסקה הייתה נעשית במסגרת גיוס החוב המרוכז שנעשה על ידי יחידת החוב בחשב הכללי, הדבר לא היה פותר את העובדה שעסקה זו תפר את ההגבלות הקבועות בחוק ההגבלות. כלומר, על מנת שעסקה זו תתקיים כהלכה נדרש קיצוץ בסעיפים אחרים מתקציב הביטחון או מתקציבים אחרים.

ה.3.ב. עסקת ההלוואה נוגדת את חוק מלווה המדינה

147. כפי שפורט בפרק המסגרת הנורמטיבית, חוק מלווה המדינה קובע סמכות ואחריות בלעדית למשרד האוצר למכור אגרות חוב בתמורה למזומנים.

148. ניתן לעשות שימוש במכירת אגרות חוב כדי לכסות גירעון בתקציב המדינה, דהיינו גישור בין הכנסות המדינה ממסים והכנסות אחרות לסך ההוצאה הממשלתית כפי שנקבעה בחוק התקציב השנתי. ההלוואה איננה משמשת למטרת שינוי הגדלת המסגרת התקציבית יש מאין.

149. עם זאת, נטילת ההלוואות נעשית באופן בלעדי על ידי שר האוצר באמצעות החשב הכללי; ההלוואה נעשית באמצעות מכירת אגרות חוב מדינתיות; ובמסגרת המכירה נשקלות אפשרויות שונות לגבי אותן אגרות חוב (סוג, שיעור ריבית, תקופה וכו').

150. לכך יש משמעות כלכלית גדולה. העובדה כי רק בידי שר האוצר להתחייב בשם המדינה פירושה כי רק בידי ובידי הגורמים המקצועיים במשרד האוצר לפקח על החוב של מדינת ישראל, מה שנושא משמעויות כמובן גם בכל הנוגע לדירוגה הכלכלי של ישראל מעבר לים.

151. משרד הביטחון פועל בניגוד גמור להוראות חוק מלווה המדינה, הוא מבקש ליטול הלוואה (או למחזר הלוואה; שאיננה אלא הלוואה חדשה) מתאגיד בנקאי, באופן עצמאי ומחוץ למנגנון ניהול גיוס החוב הממשלתי.

152. יותר מכך, הוא עושה זאת תוך פגיעה בביטחון הכלכלי של מדינת ישראל. המטרה של דחיית ההלוואה היא פינוי ההוצאה הנדרשת להשבת החוב כדי להשתמש בהוצאה לצורך מימוש תוכנית

² מדובר בהרחבה שנעשית במסגרת חוק ההגבלות אשר מאפשרת לפרוץ את תקרת ההוצאה, בדרך כלל לטובת הוצאה למטרה ספציפית (ההתנתקות, מלחמת לבנון השנייה וכו'). כעקרון, השימוש בקופסאות נעשה בעבר לצרכים מיידיים, בלתי צפויים ומצומצמים. עם זאת, נראה כי בשנה האחרונה "נפרצו כל הגבלות" ולטובת התמודדות עם משבר הקורונה נעשה שימוש בקופסא חוץ תקציבית בגודל של למעלה מ-80 מיליארד ש"ח בשנת 2020; ולמעלה מ-50 מיליארד ש"ח ב-2021 (והיד עוד נטויה).

הרכש של משרד הביטחון, היינו הרחבת החוב הלאומי באמצעים שאינם כשרים.

153. לכן חשוב להבהיר – אין אפשרות לגייס כספים כדי להגדיל את הוצאות המשרד מעבר לקבוע בחוק התקציב, ואין אפשרות לגייס כספים לטובת הוצאה ספציפית. לכן, שימוש בהלוואה למטרה **תקציבית סותר את חוק המלווה.**

ה.ג.3. הפעולה נוגדת את סעיף 440 וס' 43 לחוק יסודות התקציב

154. כאמור לעיל, סעיף 440 לחוק קובע כי כל הוצאה עתידית שמבקשת **הממשלה** להוסיף לתוכנית התלת-שנתית – החורגת ממסגרת ההוצאה (על ידי הפחתת הכנסות או הגדלת הוצאות) – מחייבת נקיטה של פעולה מאזנת אשר תימנע את החריגה.

155. ההגדרה של פעולה מאזנת, לפי ס"ק (ג) משתנה בהתאם לסיבה לחריגה ממסגרת ההוצאה, אבל בכל הנוגע להגדלת ההוצאה בעקבות תקנות, הוראות מנהל או התחייבויות אחרות נקבע כי פעולה מאזנת היא **"הקטנה של סכום ההוצאה הממשלתית באחת או יותר מהשנים הנכללות בתכנית התקציב התלת-שנתית, בדרך של תיקון או ביטול של תקנות, הוראות מינהל או התחייבויות אחרות של הממשלה"**.

156. בעסקה המוצעת מבקש משרד הביטחון להוסיף יש מאין הוצאה על רכש בטחוני, והפעולה המאזנת לשיטתו היא דחיית החזר ההלוואה. **ברור כי אין מדובר בפעולה מאזנת.**

157. משרד הביטחון למעשה מעביר את החזר ההלוואה לעתיד שלגביו לא נקבע תקציב כלל, וכך הוא קובע באופן חד צדדי וללא התייעצות עם הממשלה או אישור הכנסת (הנוכחיות והעתידיות) כי התקציב השנתי של משרד הביטחון יגדל ולמעשה יהיה גבוה יותר משהוקצה לו – על חשבון משרדי ממשלה אחרים.

158. דרך המלך הייתה להציג פעולה מאזנת בשנים שההלוואה תוחזר בהן, אך פעולה כזו לא בוצעה.

159. יתרה מזאת, בפרט לעניין תקציב 2029-2031, לגביו לא נקבע תקציב הסיוע האמריקאי, משרד הביטחון לא יכול להצביע על המקור התקציבי לתשלום החזרי ההלוואה כלל (מעבר לחריגה). הוא לא יכול לדחות את תשלומי החזרי ההלוואות תוך הנחה שיהיה לו תקציב לכך.

160. בכל הנוגע לסעיף 43 לחוק, סעיף זה קובע שהמדינה תתקשר בחוזים שההוצאה בהם גבוהה מ-96,000 ש"ח רק כאשר ההוצאה וההרשאה להתחייב תוקצבו בחוק התקציב השנתי. כאמור, הן ההוצאה והן ההרשאה להתחייב לא תוקצבו כהלכה לעניין עיסקת דחיית ההלוואה. על כן ברי עיסקת ההלוואה ואישור הקבינט לה **נוגדים את סעיף 43 לחוק.**

161. יצוין כי ממילא חוזה המבוסס על התקשרות הכוללת הוצאה של למעלה מ-960,000 ש"ח, מבלי שההוצאה וההרשאה להתחייב הכלולים בו תוקצבו בחוק השנתי, **בטל.** עיסקת דחיית ההלוואה כוללת הוצאה או הרשאה להתחייב בסכומים גבוהים הרבה יותר, ולכן היעדר התקציב המתאים בחוק השנתי יביא לביטול החוזה.

ה.4. חוסר סמכות

162. מעבר לכך, עסקת ההלוואה שמציע משרד הביטחון נוגדת את החוק, היא גם נעשית תוך חריגה תמורה מסמכות.

ה.4.א. למשרד הביטחון אין סמכות ללוות כספים ובפרט על חשבון הכנסה עתידית

163. הצעת משרד הביטחון היא כאמור, ללוות כסף על חשבון הכנסות עתידיות.
164. דומה כי מדובר פה בניסיון "לערבב" בין האפשרות לבצע "הרשאה להתחייב" לגבי השנים הבאות, ובין "הוצאה מותנית בהכנסה".
165. כמובן שאין בלשון חוק יסוד: משק המדינה, בחוק יסודות התקציב או בחוקים אחרים הסמכה המאפשרת לקיים את הקונספט התקציבי הביזארי שמבקש משרד האוצר לאשר.
166. כך גם הבהיר היועץ המשפטי למשרד האוצר בסעיף 13 לחוות דעתו (נספח ע/4): **"אין הוראה חוקית כלשהי שמאפשרת לקיחת הלוואה על חשבון הכנסות עתידיות מעבר לשנת תקציב"**.
167. כאמור, כספי הסיוע האמריקאי מוגדרים בהוצאה מותנית בהכנסה.
168. הממשלה רשאית להוציא את הסכומים של ההוצאה המותנית בהכנסה רק בתנאי שהסכום המוצא לתכנית פלונית לא יעלה על סכום התקבול שיתקבל למעשה לאותה תכנית עד תום שנת הכספים.
169. דחיית ההלוואה המבוקשת על ידי משרד הביטחון היא למעשה קבלת אשראי חדש על חשבון הכנסות שאולי יהיו ואולי לא יהיו בשנות תקציב עתידיות.
170. כלומר פעולה שיש בה התחייבות לגבי כספים שיתקבלו בשנים הבאות לא יכולה להתבצע במסגרת הוצאה מותנית בהכנסה בהיעדר סמכות מפורשת לרשות.
171. בשולי הדברים אך לא בשולי חשיבותם, יודגש כי גם אם ההחלטה מושא עתירה זו היא בהחלטה חוקית (וכאמור, אין מדובר בהחלטה כזו), או בהחלטה שבסמכות גורם ממשלתי כלשהו לקבל אותה (וכאמור אין מדובר בהחלטה שכזו), ממילא הקבינט ומשרד הביטחון אינם הגופים שאמורים לקבל החלטות על ביצוע התקציב, **אלא הממשלה**.
172. כאמור לעיל, חוק יסודות התקציב מסמיך את **הממשלה** לבצע את הפעולות הקשורות בשינויים תקציביים (מותרים) ואת שר האוצר (באמצעות החשב הכללי) בכל הנוגע להלוואה באמצעות הנפקת אגרות חוב ממשלתיות. לשיטת העותרת, ממילא הממשלה אינה מוסמכת לקבל את ההחלטה מושא העתירה, בשל היותה בלתי חוקית, וכן בשם היעדר הסמכה ללוות כספים. אלא שגם אם הייתה לממשלה הסמכות לקחת בעצמה הלוואה זו, הרי שסמכות זו לא הואצלה לקבינט.
173. מעבר לכך בחוק יסודות התקציב אין סעיף אשר מסמיך את משרד הביטחון או את הקבינט לנהל משא ומתן עם תאגיד בנקאי, ולא לקבל ממנו הלוואה או אשראי. אלא שבמקרה דנן משרד הביטחון הוא זה שניהל את המשא ומתן עם סיטיבנק, והוא זה שקיבל את אישור הקבינט לקבל מסיטיבנק הלוואה או אשראי. על כן עסקת ההלוואה נעשתה תוך חריגה מסמכות.
174. נבהיר כי ההחלטה שהתקבלה על ידי הקבינט אינה כוללת סודות בטחוניים או מדיניים כלשהם, מכיוון והיא נוגעת רק **למימון** עיסקת רכש. אין צורך לדון בצרכים הבטחוניים ובשיקולים האסטרטגיים כדי לאשר את **המימון** החריג והתקדים המסוכן שניתן למשרד הביטחון.

ה.4.ב. השתת עלויות על תקציבים עתידיים – כבילת שיקול הדעת

175. מעבר לאמור לעיל, ההלוואה שמבקש משרד הביטחון לקחת תגרום להשתת עלויות על תקציבים

עתידיים של המדינה. זאת משום שהתחייבות משרד הביטחון בשם המדינה מכריחה את זו האחרונה להקצות כספים עתידיים להחזר ההלוואה, הן הקרן והן הריבית שהתווספה כתוצאה מדחיית תשלומי החזר ההלוואה.

176. יוצא שמשרד ממשלתי, מבקש לחייב את הממשלה העתידית בהוצאה משמעותית, במקביל לחיוב הכנסת לאשר בעתיד, בעוד 6-10 שנים, את ההוצאה התקציבית הנדרשת למימון הרכש בהווה. הכפפה כזו נוגדת את החוק. בכך הוא בעצם מבקש לכבול את שיקול הדעת של הממשלה העתידית ושל הכנסת העתידית.

177. בעניין זה נפנה לבג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל בפס' קי"ט (פורסם בנבו, 27.03.2016), שם בוטל מתווה הגז בשל פסקת "יציבות רגולטורית" אשר כבלה את שיקול דעתה של הממשלה ואת שיקול דעתה של הכנסת בשנים שלאחר המתווה.

178. אותו עיקרון חל בענייננו וביתר שאת – לא הממשלה מבקשת לכבול את שיקול דעתן של הכנסות והממשלות העתידיות – אלא משרד ממשלתי, באישור של הקבינט. מכאן, שמשרד הביטחון חרג מסמכותו עת כבל את שיקול הדעת של הכנסת ושל הממשלה, ודין עסקת ההלוואה להתבטל.

ה. חוסר סבירות ומידתיות קיצוני

179. מעבר לפגמים שפורטו לעיל, החלטת משרד הביטחון להגדיל את הרכש מעבר לגבולות התקציב באמצעות דחיית תשלומי ההלוואה, ואישור הקבינט לאותה החלטה, הם בלתי סבירים באופן קיצוני.

180. כבר הוכרע כי "גם כאשר מדובר על סמכות שבשיקול דעת, אין היא נטולת מסגרת נורמטיבית. על כל שימוש בשיקול דעת מינהלי חלים הכללים המקובלים בדבר סבירות, הגינות, תום לב, היעדר שרירות והפליה ואמות מידה כיוצא באלה" (בג"ץ 3094/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 421 (1993)).

181. החלטה חסרת סבירות באופן קיצוני בטלה, ויש לראותה כאילו מלכתחילה לא נתכוון המחוקק לתת למקבל החלטה סמכות לקבוע הסדרים בלתי סבירים.

182. כל האמור לעיל נכון במיוחד כאשר מדובר על החלטות תקציביות בסדר גודל מסוג החלטה שמבקש לעשות משרד הביטחון. מדובר על שינוי תקציבי בשיעור של מיליארדי דולרים רבים, תוך שרק הריבית על דחיית התשלום תעלה למדינה ולציבור כ-800,000,000 ₪. בהיקף הסכום יש להשפיע על מידת הזהירות שעל משרד הביטחון והקבינט להפעיל בדחיית ההלוואה, ועל מידת אי-הסבירות שיצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

ה.א. ההלוואה מתבססת על החזרים מתוך כספי הסיוע – אך מתייחסת לתקופה שלא קיים עבורה M.O.U ויש בה כדי לסכן את יציבותה הפיננסית של המדינה

183. כפי שהובהר לעיל, החלטת משרד הביטחון ואישור הקבינט ניתנו כאשר לא ברור האם וכמה כספי סיוע אמריקאיים יינתנו במסגרת ה-M.O.U העתידי, שבתקופתו מתחייב משרד הביטחון להשיב את כספי ההלוואה. מדובר בסכומים עצומים בהיקפם, שנוכח היקפם בלבד – ומשמעויותיהם התקציביות – כל הנחה בעניינם היא מוקשית בעליל. כך הדבר במיוחד כאשר אם לא יתקבלו כספי סיוע כלל, או שהם יופחתו במידה משמעותית, תיאלץ מדינת ישראל לשאת

בחוב ולקצץ בהוצאותיה, ובמידה שיש בה להשפיע באופן ממשי על כל הציבור.

184. כך, אף לטענת מ"מ הממונה על התקציבים במשרד האוצר, ההלוואה צפויה להשפיע על החוב הממשלתי כולו (ראו סעיף 8 לנספח 3/ע).

185. עצם העובדה שהצעת משרד הביטחון מבקשת לדחות את תשלומי החזר לתקופה שלא קיים עבורה הסכם M.O.U, ולכן על מדינת ישראל להתחייב להחזיר את החוב מתוך תקציבה העתידי, גורמת לכך שעל מדינת ישראל לרשום את היקף החזר החוב **ביחס החוב לתוצר**, ובכך להעמיד את יציבותה הפיננסית של ישראל בסיכון גדול עוד יותר ממה שהמסבר עקב ההתמודדות עם נגיף הקורונה כבר יצר. לפי נתוני משרד האוצר, מדובר בגידול של 0.4% ביחס החוב לתוצר, גידול משמעותי ביותר.

186. לכן, אפילו אם היה מדובר במנגנון אפשרי מבחינה חוקית – הרי שדחיית החזר ההלוואה על כלל משמעויותיה, היא בלתי סבירה באופן קיצוני.

ה.5.ב. מידתיות – האמצעי שפגיעתו פחותה

187. עילת המידתיות היא עילה עצמאית במשפט הישראלי אשר אומצה לחיקו של המשפט המנהלי כעילה לביקורת שיפוטית במישור שיקול הדעת. כך, דיני המידתיות מקרינים על פעולות מנהליות ומתווים את גבולות הביקורת השיפוטית עליהן. עמד על כך המשנה לנשיא דאז אור בפסק הדין בבג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, ס' 47 לפסק דינו (2004), בצינו:

"החלטותיה של כל רשות ציבורית צריכות לעמוד במבחני הסבירות והמידתיות [...] עקרון המידתיות, אשר הוכר במשפטנו, בוחן את השאלה אם יישום החלטת רשות הוא מידתי לאור התכלית שהוא בא להגשים".

188. החלטתה של רשות שלטונית היא מידתית, אם האמצעי השלטוני, אשר ננקט בגדרה, עומד ביחס ראוי למטרה שעומדת בבסיס ההחלטה. מבחני המשנה לבחינת מידתיותה של ההחלטה המנהלית יונקים מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ושואלים האם קשר רציונאלי בין המטרה שאותה מבקשת הרשות המנהלית להשיג לבין האמצעי שנקט להשגתה; האם הרשות בחרה באמצעי שפגיעתו פחותה ביותר, לצורך הגשמת אותה המטרה; והאם מתקיים יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות, לבין התועלת הצומחת מאותה הפגיעה. מבחני משנה אלו שואלים מהמשפט החוקתי, אך משמשים כעילה רחבה לבחינת שיקול הדעת המנהלי (ראו: בג"ץ 5077/11 איזוטופיה מולקולר אימג'ינג נ' הרוקח המחוזי לשכת הבריאות המחוזית מחוז המרכז (2012); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122 (2011); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865 עמ' 908 (2004); בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, פ"ד מט(5) (1995)).

189. כלל "האמצעי שפגיעתו פחותה" עוזר להצביע על פעולות והחלטות לא מידתיות. ככל שישנה דרך להשיג את תכלית הפעולה או ההחלטה תוך גרימת נזקים מועטים יותר, הרי שיש לפעול באמצעותה.

190. יוזכר שלאחר בדיקה שביצעה המועצה לביטחון לאומי בחודש נובמבר של שנת 2020, נמצאו שלוש שיטות תיקצוב שונות, המקובלות על משרד האוצר ומתיישבות עם דיני התקציב,

ומאפשרות ליישב את תוכנית הרכש שהגיש משרד הביטחון (ראו סעיפים 66-67 לעתירה, ונספח 6/ע). כך לדוגמה ניתן לבצע קיצוץ רוחבי במשרדי הממשלה, חיתוך תוכנית הרכש או חלוקת הנשיאה בתוכנית הרכש בין משרד הביטחון לשאר משרדי הממשלה.

191. בנוסף, כפי שטען יוגב גרדוס, ממלא מקום הממונה על התקציבים במשרד האוצר (נספח 3/ע), בפני משרד הביטחון עומדות מספר אפשרויות נוספות למימון הרכש הנדרש, אשר מקיימות את הוראות החוק ודיני התקציב הנהוגים.

ה.1.5. שימוש ביתרת כספי הסיוע

192. מתוך הסכם ה-M.O.U בין ישראל לארצות הברית, ניצלה מדינת ישראל את רוב כספי המימון שהוקצבו לה עד שנת 2028. אלא שלא כל הכספים נוצלו. כפי שעולה מסעיף 10 למכתבו של יוגב גרדוס (נספח 3/ע), יתרת הדולרים הפנויים בהסכם עומד על לפחות 7 מיליארד דולר. מדובר בסכום שגדול יותר מעלות כל העסקאות שמבקש משרד הביטחון לבצע בשלב זה – כ-5.3 מיליארד דולר בלבד.

193. במידה ומשרד הביטחון והקבינט אכן סבורים שהרכש המבוקש נדרש ברמה המצדיקה קבלת הלוואה מיוחדת למימונו, מקל וחומר שמוצדק להשתמש ביתרת הדולרים שעוד עומדים לרשות מדינת ישראל בהסכם ה-M.O.U.

194. אלא שבניגוד לדחיית ההלוואה, שימוש ביתרת המימון לפי הסכם ה-M.O.U מתיישב עם דיני התקציב הקיימים, ופגיעתו ביציבותה הפיננסית של מדינת ישראל היא פחותה באופן משמעותי מלקיחת ההלוואה.

ה.2.5. שימוש בתוספת התקציבית שהועברה למשרד הביטחון

195. בנוסף, רק לאחרונה קיבל משרד הביטחון תוספת תקציבית בסך 3.1 מיליארד ₪. התוספת התקציבית ניתנה לטובת כלל צורכי מערכת הביטחון. משרד הביטחון יכול להשתמש בסכום זה, אשר בינתיים לא הוקצב למטרה ספציפית, ולהשקיע אותו בהתאם לסדר העדיפויות הנוכחי. כלומר, ניתן להשתמש באותה תוספת תקציבית כדי לממן חלק נכבד מאותו רכש, ובכך להקל את ההשפעות השליליות של ההלוואה, לרבות את גובה הריבית שתישא בה מדינת ישראל בעתיד ואת הסיכון ליציבותה הפיננסית.

ה.3.5. מציאת פעולה מאזנת

196. בנוסף, במקום לקחת הלוואה באופן עצמאי ויצירת תקדים מסוכן לעקיפת דיני התקציב, יכולים משרד הביטחון והקבינט להגדיל את תקציבו של משרד הביטחון ולאפשר את ההוצאה **בהתאם לדיני התקציב – אם יבצעו פעולה מאזנת**. פעולה כזו יכולה להיעשות לדוגמה באמצעות הפחתות תקציביות או קיצוץ רוחבי. אם יעשו כן, יוכל משרד הביטחון להשתמש בחלק מאותה הכנסה שמתפנה כדי לממן את הרכש המבוקש, או את חלקו, ובכך להקל או אף למנוע את ההשפעות השליליות של ההלוואה, לרבות את גובה הריבית שתישא בה מדינת ישראל בעתיד ואת הסיכון ליציבותה הפיננסית.

ה.4.5. שילוב של שתיים או יותר מבין האפשרויות האמורות

197. לבסוף, יכולים משרד הביטחון והקבינט לשלב שתי חלופות כאלה, או את כולן יחדיו, וכך לממן

את הרכש הנדרש לשיטתה. בחירה בדרך מימון זו, תביא לפגיעה פחותה בחוק יסוד: משק המדינה, בחוקים המפורטים לעיל ובנהלי התקציב הקיימים, ימנעו תקדים מסוכן וימנעו פגיעה ביציבותה הפיננסית של מדינת ישראל.

ה.6. היועץ המשפטי לממשלה לא חווה את דעתו המשפטית במועד וכנדרש

198. לצד ההתנהלות המוקשה שאינה כדין בקשר להתנהלות משרד הביטחון וממשלת ישראל – שבה ועולה סוגיה חמורה אחרת, ביחס לתפקודו של היועץ המשפטי לממשלה.

199. כאמור לעיל, העותרת פנתה מספר רב של פעמים ליועץ המשפטי לממשלה. בפניות אלה ביקשה העותרת לקבל את העמדה המשפטית של הממשלה בנוגע לעיסקה זו. עסקה משמעותית בעלת השלכות משקיות ותקציביות כבדות משקל, וביחס לנושאים חשובים ביותר – הרכש הבטחוני ארוך-הטווח; ומימונו.

200. בתחילה נענתה העותרת שעמדה משפטית לא גובשה משום שהמחלוקת המקצועית בין משרד האוצר למשרד הביטחון עוד לא לובנה.

201. לאחר מכן, וכפי שעולה ממכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עוה"ד מאיר לוי, מיום 28.2.2021 (נספח ע/1), היועץ המשפטי לממשלה לא חווה את דעתו המשפטית (בוודאי לא בכתב) עד למועד הדיון בקבינט, וגם אז אישר את דחיית הלוואה מבלי לבדוק האם יש מניעה משפטית העולה מאותם "קשיים משפטיים" שתיאר במכתבו הקודם מיום 16.11.2020 (נספח ע/5).

202. כאן חטא היועץ המשפטי לממשלה לאחריותו. עצם העובדה שהיה תקדים בלתי-חוקי בשנת 2015, אינו מקים מקור פוזיטיבי לביצוע פעולות בלתי-חוקיות נוספות. היעדר חוקיות בעבר איננו היתר לפעולות בלתי-חוקיות בהווה. טיעון ההסתמכות אינו יכול להצדיק המשך מעשים בלתי-חוקיים.

203. כמו כן, חריגתו של משרד הביטחון מסמכותו בשנת 2015 אינה מקימה לו סמכות פוזיטיבית להתקשר באופן עצמאי עם תאגיד בנקאי כלשהו לשם הגדלת הוצאותיו – ואף אין בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לאשר חריגה כזו מסמכותו. הדבר נובע מיסודות עקרונות שלטון החוק.

204. מעבר לכך, חוות דעתו המשפטית היועץ המשפטי לממשלה הייתה צריכה להינתן מראש **ובכתב**. כאמור לעיל, מדובר בעסקה בהיקף עצום, שרק המשמעויות הכלכליות של תשלומי הריבית בלבד מוערכות בכ- 800,000,000 ₪. כמו כן, נראה שישנה לכל הפחות מחלוקת משפטית של ממש בין משרד האוצר למשרד הביטחון בשאלה האם יש מניעה משפטית מביצוע העסקה. במצב כזה, היה על היועץ המשפטי לממשלה להידרש לנושא ולממש את תפקידו המנהלי והחוקתי – ולמסור את חוות-דעתו שתכריע במחלוקת האמורה ותהווה את הפרשנות החוקית של הממשלה לעסקה. העובדה שהיועץ המשפטי לממשלה לא הציג בעת הדיון בקבינט חוות דעת משפטית בכתב, או חוות דעת משפטית בכלל, מהווה סטייה חמורה מכללי המינהל התקין.

205. נזכיר כי כבר נקבע שהחלטות של רשויות השלטון צריכות להינתן בכתב, בפרט בהחלטות בעלות חשיבות ציבורית (בג"ץ 9443/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה (15.8.2017); בג"ץ 6241/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (5.5.2016); בג"ץ 7487/15 ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה בפסקה 2 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה דאז) חיות (25.1.2016); בג"ץ 3791/16 סנדלר נ' שד התחבורה (פורסם בנבו, 21.11.2016)).

206. יפים לענייננו דבריו של כבוד השופט דנציגר בבג"ץ 3758/17 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט** (פורסם בנבו 20.7.2017) כשקבע "תהליך קבלת החלטה מינהלית נדרש לכלול מספר שלבים, בכללם איסוף נתונים, בדיקת משמעותם, בחינת עמדות שונות וקבלת החלטה מנומקת. תהליך זה מבטיח, כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, **כי הנושא הניצב על המדוכה יבחן באופן הוגן, וכי ניתן יהיה להעביר ביקורת על ההחלטה המינהלית**. (...). זאת במועד קבלת ההחלטה, ובפרט כאשר מדובר בהחלטה מורכבת. (...). הדברים ברורים מאליהם, שאחרת נפגעים חובות השקיפות וההנמקה בהם חבה הרשות, ואף עלול להיפתח פתח לשקילת שיקולים מאוחרים ו"עיצוב" או "התאמת" ההחלטה המינהלית לשיקולים שלא נשקלו - והיו צריכים להישקל - בזמן אמת" (ההדגשות נעשו על ידי הח"מ).

207. במקרה דנן היועץ המשפטי לממשלה לא נתן את חוות דעתו המשפטית לפני ישיבת הקבינט (על אף שהעותרת פנתה אליו בנושא שלושה חודשים לפני כן, כשברור שמדובר בנושא מורכב בעל השלכות חמורות וכבדות-משקל, והיה בידי די והותר זמן לגבש את עמדתו בכתב ובאופן מקיף והולם את מכלול הנסיבות). על-אף כל זאת, חוות-דעת זו לא ניתנה בכתב כגדרש במינהל תקין.

208. אל לו למינהל הישראלי להסתפק באישור עיסקאות ענק בעל-פה, ותוך שלא נבדק כלל האם ישנה סמכות לעשות כן או האם קיימת מניעה חוקית מעשיית אותה עיסקה בצורה הנדונה. מדובר בפגם שעשוי להיראות טכני, אך הוא יורד לשורש העניין. הכלל כי החלטות המינהל צריכות להינתן בכתב עיקרו למנוע בדיוק את אישורו של היועץ המשפטי לממשלה "על הדרך" ובאופן שפוגע ביכולת לניהול דיון מעמיק, סביר וראוי מצד מקבלי החלטות – ודווקא בתקופה משברית כאשר ממילא הממשלה פועלת לפי תקציב המשכי.

209. על בית המשפט הנכבד אפוא להידרש גם לנושא זה – ולהבהיר – שוב – כי קמה חובה ליועץ המשפטי לממשלה לפעול בהתאם לעקרונות הדין המנהלי הראוי והסביר, ולהעמיד חוות-דעת משפטית ברורה, כבר בשלבים הראשונים של דיונים שהם בבירור בעלי משמעות רבה; והם נושאים מורכבות מיוחדת.

1. סוף דבר

210. מכל האמור לעיל עולה בבירור כי ישנו בסיס איתן המצדיק את קבלת העתירה.
211. פנייתו של משרד הביטחון לתאגיד בנקאי פרטי באופן עצמאי היא בלתי חוקית, חורגת מסמכותו, בלתי סבירה ולא מידתית באופן קיצוני.
212. אישורו של הקבינט לפניית משרד הביטחון לתאגיד פרטי באופן עצמאי גם כן, בלתי חוקי, חורג מסמכותו, בלתי סביר ולא מידתי באופן קיצוני.
213. היועץ המשפטי לממשלה סטה מכללי המינהל התקין כשלא נתן את חוות דעתו בכתב לפני מועד הדיון בקבינט, ולמעשה עד היום לא הכריע האם יש מניעה משפטית או לא מביצוע עיסקת ההלוואה.
214. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולהוציא צווים כמבוקש.
215. לפני סיום, תבקש העותרת להזכיר בשנית כי היא איננה מביעה עמדה כלשהי לגבי הצורך

הביטחוני ברכש שבמרכזה של עתירה זו, ועניינה של עתירה זו הוא אך ורק לעניין אופן המימון של העסקה.

216. לעתירה זו מצורף תצהיר מטעם ד"ר שחף גל, מנכ"ל העותרת.

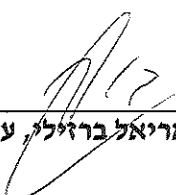
ירושלים, 07 מרץ 2021, כ"ג אדר תשפ"א



דן שביל, עו"ד



חן שופן, עו"ד



אריאל ברזילי, עו"ד



ד"ר אליעד שגא, עו"ד

התנועה למען איכות השלטון בישראל ע"ר 580178697
ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר אליעד שרגא ו/או תומר נאור
ו/או אריאל ברזילי ו/או אביתר אילון ו/או הידי נגב
ו/או גילי גוטוידט ו/או רחלי אל-שי ו/או חן שופן ו/או דן שבל
מרח' יפו 208 ירושלים, ת.ד. 36054 ירושלים 91043
טל': 02-5000073; פקס: 02-5000076

העותרת

- נגד -

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. ד"ר אביחי מנדלבלית היועץ המשפטי לממשלה
12. עו"ד אסי מסינג היועץ המשפטי – משרד האוצר
13. עו"ד איתי אופיר היועץ המשפטי – משרד הביטחון
ע"י פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים
צלחה א-דין 29, ירושלים
טלפון: 073-3925590; פקס: 02-6467011

המשיבים

תצהיר מטעם העותרת

אני הח"מ ד"ר שחף גל, מס' זהות 05348974, מנכ"ל העותרת, מתכבד להגיש תצהירי זה בתמיכה בעובדות המפורטות בעתירה שבכותרת. הריני מצהיר בזאת כי העובדות המפורטות בעתירה זו נכונות לפי מיטב ידיעתי ואמונתי.

חתימת המצהיר

אישור

אני עו"ד אריאל ברזילי, מאשר בזאת שביום 4.3.2021, חתם בפני ד"ר שחף גל, המוכר לי אישית, על הצהרתו דלעיל, לאחר שהזהרתיו שעליו להצהיר את האמת ולומר את האמת, ושיהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, ולאחר שאישר את נכונות הצהרתו.

אריאל ברזילי, עו"ד
מ.ר. 51818
ARIEL BARZILAY, Adv.
אריאל ברזילי, עו"ד