

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו**ע"מ 8363-10-14 עומר הנדסה ובניה (1986) בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 5****בפני כב' השופט מגן אלטוביה****המערערת:****עומר הנדסה ובניה (1986) בע"מ
ע"י בא כוח עוה"ד רו"ח אלכס שפירא****נגד****המשיב:****פקיד שומה תל אביב 5
ע"י בא כוח עוה"ד קרן יזדי-סופר ואדם טהרני
פרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)****חקיקה שאוזכרה:**[חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952: סע' 1, 2, \(א\)5](#)[פקודת מס הכנסה \[נוסח חדש\] - לא מרובד: סע' 1, 69](#)[כללי מס הכנסה \(נקודות זיכוי לתושב חוץ זכאי\), תשס"ז-2007](#)[תקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974: סע' 5](#)[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)**מיני-רציו:**

* לצורך הענקת נקודות זיכוי על פי כללי מס הכנסה (נקודות זיכוי לתושב חוץ זכאי), יש לראות בעובדים שהגיעו מאריתריאה, אשר מחזיקים באשרת שהייה זמנית מסוג 2(א)5, כמי שמועסקים כדין בישראל ועל כן זכאים לקבל את נקודות הזיכוי.

* מסים – מס הכנסה – נקודות זיכוי

.

המערערת, שהעסיקה עובדים שהגיעו לישראל מאריתריאה, זיכתה את העובדים ב - 2.25 נקודות זיכוי בהתאם לכללי מס הכנסה (נקודות זיכוי לתושב חוץ זכאי). המשיב מתנגד להענקת נקודות הזיכוי ומכאן הערעור.

.

בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור ופסק:

אשרת שהייה זמנית מסוג 2(א)5, בה החזיקו העובדים המועסקים, אינה מגויה בתקנות הכניסה לישראל כאשר המתירה עבודה בישראל, אולם אין מצוין בה שהמחזיק בה אינו רשאי לעבוד אלא רק שהיא אינה מהווה אישור עבודה. אין בנוסח אשרה זו כדי לשלול את זכותו היסודית של כל אדם לעבוד לפרנסתו ולמחייתו, זכות הנגזרת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר תחולתו אינה נסוגה מפני מי שאינו אזרח

ישראל או תושב ישראל. לפיכך, לצורך הענקת נקודות הזיכוי על פי כללי מס הכנסה, יש לראות בעובדים המועסקים כמי ששוהים ומועסקים כדין בישראל ועל כן זכאים לקבל את נקודות הזיכוי שבמחלוקת.

פסק דין

לפני ערעורים על שומות ניכויים שקבע המשיב לשנות המס 2010 ו-2011.

רקע

בשנות המס שבמחלוקת עסקה המערערת בביצוע פרויקטים בתחום התעשייה, המסחר והמגורים והעסיקה, ביו היתר, עובדים שהגיעו לישראל מאריתריאה (להלן: "העובדים המועסקים").

ביום 21.10.2015 הגישו הצדדים הסדר דיוני, אשר קיבל תוקף של החלטה, וכלל עובדות ופולגותאות מוסכמות כמפורט להלן.

העובדים המועסקים החזיקו באשרות שהייה זמניות מכוח הוראות [סעיף 2\(א\)\(5\)](#) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952 (להלן: "חוק הכניסה לישראל"), המהוות אישור מסוג 2(א)(5). כמו כן, מוסכם כי העובדים המועסקים עונים על הגדרת "תושב חוץ" כמשמעותו של מושג זה [בסעיף 1 לפקודת מס הכנסה](#), התשכ"א-1961 (להלן: "פקודת מס הכנסה"). בשנות המס שבנדון המערערת זיכתה את העובדים המועסקים ב- 2.25 נקודות זיכוי בהתאם [לכללי מס הכנסה \(נקודות זיכוי לתושב חוץ זכאי\)](#), התשס"ג – 2003 (להלן: "כללי מס הכנסה"). המשיב מתנגד להענקת נקודות הזיכוי ומכאן הערעור שבפניי.

דיון

1. [סעיף 69 לפקודת מס הכנסה](#) מסמך את שר האוצר לקבוע כללים לעניין ניכויים וזיכויים שיותרו ליחיד שאינו תושב ישראל. בהתאם, בשנת 2007 קבע שר האוצר את כללי מס הכנסה הקובעים כדלקמן:

"1. בכללים אלה:

...

"תושב חוץ זכאי" – יחיד תושב חוץ שהתקיימו בו כל אלה:

(1) שהייתו בישראל או באזור והעסקתו בישראל או באזור מותרות על פי דין;

(2) הוא אינו "מומחה חוץ" או "מרצה אורח" כהגדרתם בתקנות ניכוי הוצאות שהייה;

...

2. (א) בחישוב המס על הכנסה של תושב חוץ זכאי, לפי סעיף 2 (1) או (2) לפקודה,

יובאו בחשבון 2.25 נקודות זיכוי."

2. כאמור לעיל, הצדדים מסכימים כי העובדים המועסקים הם בגדר "תושב חוץ" ואין טענה שמי מהם הוא "מומחה חוץ" או "מרצה אורח". אי לכך, נותר לברר האם שהייתם והעסקתם של העובדים המועסקים מותרת על פי דין.

3. סעיף 1 לחוק הכניסה לישראל קובע:

1" (א) מי שאיננו אזרח ישראלי, תהיה כניסתו לישראל על פי אשרת עולה או על פי אשרה לפי חוק זה.

(ב) מי שאיננו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, תהיה ישיבתו בישראל על פי רישיון ישיבה לפי חוק זה."

בהמשך, סעיף 2 לחוק זה מפרט סוגי אשרות ורישיונות ישיבה וקובע בסעיף 2(א)(5):

2" (5) רישיון זמני לישיבת ביקור למי שנמצא בישראל בלי רישיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה – עד ליציאתו מישראל או הרחקתו ממנה."

4. אין חולק כי כל אחד מהעובדים המועסקים מחזיק באשרת שהיה זמנית מסוג 2(א)(5), ומשכך, ניתן לקבוע כי שהייתם של העובדים המועסקים בישראל היא בהתאם לחוק הכניסה לישראל ועל כן מותרת על פי דין.

5. עיקר המחלוקת בין הצדדים נסובה סביב השאלה האם העסקתם של העובדים המועסקים מותרת על פי דין. לטענת המשיב, אשרה מסוג 2(א)(5) אינה מהווה אשרת עבודה, ועל כן העסקתו של מי שמחזיק באשרה מסוג זה אינה מותרת על פי דין. כמו כן, נטען כי הצהרת המדינה בבג"צ 6312/10 קו לעובד ואח' נ' הממשלה ושר הפנים (פורסם בנבו, 16.1.2011) (להלן: "בג"צ קו לעובד"), שגובתה בהמשך בהחלטה 3936 של הממשלה ה-32 שניתנה ביום 11.12.2011 (להלן: "החלטת הממשלה"), לפיה לא תינקטנה פעולות אכיפה נגד מעסיקי עובדים שהגיעו לישראל מסודן ואריתריאה, אינה בגדר דין ואין לראות בה משום אמירה כי העסקה כאמור מותרת על פי דין. מנגד טוענת המערערת כי לעובדים המועסקים זכות יסודית לעבוד לפרנסתם.

6. תקנה 5 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974 (להלן: "התקנות") קובעת סוגים של אשרות ביקור. בתוך כך, נקבע כי על אדם המבקש להיכנס לישראל כדי לעבוד בה זמנית, בשכר או שלא בשכר, להחזיק באשרה מסוג 1/ או 3/.

7. אשרת שהייה מסוג 2(א)(5), בה החזיקו העובדים המועסקים, אינה מנויה בתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד – 1974, כאשר המתירה עבודה בישראל, אולם אין מצוין בה שהמחזיק בה אינו רשאי לעבוד אלא רק שהיא אינה מהווה אישור עבודה. לטעמי, אין בנוסח אשרה זו כדי לשלול את זכותו היסודית של כל אדם לעבוד לפרנסתו ולמחייתו, זכות הנגזרת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר תחולתו אינה נסוגה מפני מי שאינו אזרח ישראלי או תושב

ישראל. לעניין זה יפים דבריה של כבוד השופטת א' פרוקצ'יה בבג"צ 11437/05 קו לעובד ואח' נ' משרד הפנים ואח' (פורסם בנבו, 13.4.2011):

"האיסור לפגוע בזכויותיו של אדם לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד מתייחס, אפוא, לכל אדם באשר הוא אדם. הגנה זו מכוח חוק-היסוד אינה מוגבלת לאזרח ולתושב, אלא היא מוענקת לכל אדם, לרבות למי שנכנס לישראל שלא כדין....נקודת המוצא היא, אפוא, כי עיקר הזכויות החוקתיות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מוקנות לעובדים הזרים השוהים בישראל."

8. לעניין החלטת הממשלה, כבר מצאתי בע"מ 8339-01-15 כלי ניקה.י. בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 5 (טרם פורסם) [פורסם בנבו] (להלן: "עניין כלי ניקה") כי :

" במצב דברים בו נוכח החלטת הממשלה שלא לאכוף את איסור העסקתם (סעיף 35 להחלטת ממשלה מספר 3936 מיום 11.12.2011), נמנע מהשוהים בישראל שהגיעו מאריתריאה ומסודן לברר בבית המשפט את טענותיהם נגד איסור העסקתם, ובהתחשב בזכות היסודית של כל אדם לעבוד לפרנסתו, אין אלא לראות בהחלטת הממשלה "אישור קבוצתי זמני" להעסקת השוהים בישראל שהגיעו מאריתריאה ומסודן."

9. כאמור החלטת הממשלה מהווה "אישור קבוצתי זמני" לעבוד בישראל, כך שהעסקתם של השוהים בישראל, אשר הגיעו מאריתריאה היא כדין ולו לצורך פרשנות כללי מס הכנסה ובחינת זכאותם של אלו לנקודות זיכוי מכוח אותם כללים, ראה עוד בעניין זה בעניין כלי ניקה.

10. לאור כל האמור לעיל, לצורך הענקת נקודות הזיכוי על פי כללי מס הכנסה, יש לראות בעובדים המועסקים כמי ששוהים ומועסקים כדין בישראל ועל כן זכאים לקבל את נקודות הזיכוי שבמחלוקת.

סוף דבר

הערעור מתקבל.

המשיב ישלם למערערת את הוצאות המשפט ושכר טרחת עורך דין בסך 30,000 ₪ זאת בהתחשב בן השאר בהסדר הדיוני שהושג בין הצדדים.

מזכירות בית המשפט תמציא את פסק הדין לבאי כח הצדדים.
 ניתן היום, כ"ד אלול תשע"ו, 27 ספטמבר 2016, בהעדר הצדדים.

חתימה

מזכירות בית המשפט הפנתה את תשומת ליבי כי פסק הדין מופיע כלא חתום הגם שהוא נחתם אלקטרונית במועד נתינתו. הקובץ נפתח על ידי פעם נוספת כגרסה "חדשה" על מנת לאפשר חתימתו. מכל מקום בין אם תופיע חתימתי האלקטרונית ובין אם לאו (יכול וישנה תקלה בקובץ), יש לראות את פסק הדין כחתום על ידי.

מגן אלטוביה 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)