

איסור כפל-האישום *

מאת

ד"ר מ. שלגי **

א. מבוא

הכלל *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* נחשב בדין לעקרון יסודי במשפט פלילי גאור, והוא ידוע למשפט האירופי זה דורות רבים¹. חשיבותו כה יסודית עד כי יש וההגנה על פיר נכללת בקונסטיטוציה של המדינה, כגון בזו של ארצות הברית². במשפט הארץ היה העקרון האוסר כפל-דין כלול בעבר בסעיף 21 לפקודת החוק הפלילי, 1936, וכיום הוא כלול בסעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965. הכלל מוכר בישראל בשמות שונים "סיכון כפול", "כבר הורשעת" ו"כבר זוכית", "ענין שפוט", "מעשה בית דין"³ ועוד. עדיפים מכולם המונחים "כבר הורשעת" ו"כבר זוכית" או, תמורתם, "כבר נשפטי", באשר הם משקפים יותר מן האחרים את משמעות הכלל כפי שהוא מקובל בישראל, אולם גם הם אינם מדויקים כל צרכם. על פי פקודת המבחן (נוסח חדש), תשכ"ט—1969, (סעיף 1), ייתכן סיום משפט ללא זכוי, ללא הרשעה וללא עונש⁴, ועם זאת אין ספק שמשפט שני באותו ענין לא יותר. משום כך נתיחס לעקרון זה להלן בשם "איסור כפל-האישום"⁵. מינות זה מבהיר

* על פי שני פרקים מתוך עבודת-דוקטור בהרצת פרופ' גנוסר, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

** שופט בית משפט השלום בירושלים.

- 1 העקרון ידוע למשפט הרומי. ראה למשל: *Digest* 50.17.57 (תום הלב אינו מתיר תביעת אותו דבר פעמיים). במשפט המקובל האנגלי נוכר כלל זה לראשונה במחצית המאה ה-14 ב-87, case 145 E.R. 34, Anon. (1367). מלשון פסק הדין נראה שטענת ההגנה *autrefois acquit/convict* היתה כבר ידועה בתקופתו ונודעה כנראה גם לפניה.
- 2 בתיקון החמישי. הנראות דומות כלולות בקונסטיטוציות של הרוב המכריע של מדינות הברית (ראה 3 n. 75 *Yale*, 262, (1965) "Twice in Jeopardy," Note). כן יש דוגמאות לכך בקונסטיטוציות של יפאן (1946, ס' 39), גרמניה (1949, ס' 103(3)), הודו (1950, ס' 20(2)) ועוד.
- 3 ראה למשל לשון זו של בית המשפט העליון: "אמנם כלל גדול זה של 'מעשה בית-דין' במשפט הפלילי הנודע גם בשם *ne bis in idem* ("סיכון דין כפול") או "כבר זוכית", "כבר הורשעת" נכלל ביחס בין עבירה...". עש"מ 2/66 פלזני נ. י. מ. כ' פד"י (4), 568, 564.
- 4 וראה גם סעיף 24 להצעת חוק הנודע (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשכ"ט—1969, הצ"ח, תשכ"ט, 161.
- 5 מאחר שהמתבר מציע במקום אחר שההגנה על פי עקרון זה תהא מבוססת בכל מקרה לאו דווקא על הכרעת הדין במשפט הראשון—כבמצב הקיים—אלא על עצם עובדת האישום הקודם וההעמדה לדין, בין שנסתיים המשפט בהכרעת דין ובין שלא נסתיים—דוגמת המצב במדינות רבות בארצות-הברית—הוא מעדיף את המונח המוצע.

גם צד אחר בענין: ההגנה נגד דין כפול ומכופל כוללת, לפי המשפט המקובל, שני איסורים — איסור על שפיטה כפולה בשל אותו ענין ואיסור על הענשה כפולה בשל אותה עבירה. בשלב מסוים של התפתחות הדינים בענין זה בישראל נחשבו שני האיסורים כנובעים מהוראת חוק אחת⁶, אבל הם מבוססים על מגמות ומבחינים שונים. חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, הפרידם לחלוטין⁷, ומן הדין שנתייחס אליהם גם במינוח נפרד: איסור כפל-האישום לגבי האחד ואיסור כפל-העונש לגבי השני. ענינו להלן יישוב על האיסור הראשון, כפי שהוא משתקף בסעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965.

הבעיה העיקרית בסוגיה זו, והיא אשר תעסיקנו כאן בעיקר, היא מתי יש לראות אישום כאישום במעשה אשר הנאשם כבר נדון עליו במשפט קודם. עד היום טרם ניתן פירוש מוסמך לסעיף 2 האמור, והשאלה היא מה פירושו הנכון, או, ביתר דיוק, כיצד ניתן לפרשו באורח הנאות ביותר. טיבה של הבעיה יתבהר יותר אם נעמוד תחילה על מגמתו של האיסור מפני כפל-האישום ועל דרכי מימושו הלכה למעשה. טעמים רבים ניתנו לאיסור זה, אולם מסתבר שמגמתו העיקרית, אם לא הבלעדית, היא להעמיד סייג וגדר בפני המדינה ורשויותיה מפני שימוש בלתי-ראוי בסמכותם להעמיד עבריינים לדין. להעמדה לדין של אדם יש השפעה קשה על הנאשם עצמו — מבחינה נפשית, חברתית וכלכלית — ולעתים קרובות גם על קרוביו. הסבל שבמעצר ובחקירות הקודמות למשפט, הצער הכרוך במאמץ ההתגוננות במהלך המשפט, ההוצאות הכרוכות בניהול משפטו והזמן המוקדש לכך, אי-הנעימות החברתית והחשש המכרסם במשך שבעות וחודשים מפני הוצאות המשפט — בין שהנאשם חף מפשע ובין שהוא אשם — נוקם אינו מועט. ובסופו של דבר הריהם סבל המוטל על הנאשם — אף אם אשם הוא — מעל ומעבר לעונש שהחוק קבע כסבל שהוא ראוי לו. אין, כמובן, מנוס מסבל גוסף זה אם הרשות מקיימת את חובתה להעמיד את העבריין לדין. הוא כרוך בהכרח במילוי חובה זו. אולם מן הדין והצדק הוא למנוע אותו מקום שאפשר למנוע. מכאן האיסור על כפל האישום: יש לתת לשלטון הזדמנות נאותה למלא את תפקידו בהעמדת עבריין לדין, אולם אין להציק לאזרח על ידי מתן יותר מהזדמנות נאותה אחת לכך, ואין להעמידו לדין באופן חוזר ונשנה מבלי שיהיה צורך בכך. אם העמד לדין טוב אין לדונו באותו ענין שנית. בטוי נאמן לגישה זו ניתן על ידי

בית המשפט האמריקאי במשפט *Green v. U.S.*, 355 U.S. 184:

"The basis of the Fifth Amendment^{7*} protection against double jeopardy is that a person shall not be harrassed by successive trials; that an accused shall not have to marshal the resources and energies necessary for his defence more than once for the same alleged criminal acts. The underlying idea . . . is that the state with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged

6 השווה להלן עמ' 232-4 לפירוש סעיף 21 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

7 הוא דן באיסור כפל-האישום בסעיף 2 ובאיסור כפל-העונש בסעיף 168.

*7 הכוונה לתיקון החמישי בקונסטיטוציה האמריקאית, הכולל בין היתר את ההוראה:

"...nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb"

offence, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity...".

אלא שבשלב מסויים בהתפתחות המשפט הפלילי, טעה שמספר העבירות שנקבעו בספרי החוקים הלך וגאה⁸, עלתה השאלה אם האיסור חל רק לגבי אותו אישום ממש שעליו נדון הנאשם כבר או גם לגבי אישומים קרובים במהותם, שכן יודעים אנו שאפשר לתת למעשי הנאשם לבושים משפטיים שונים. דוגמה פשוטה: האם כשנודן אדם בשל שוד מותר לדונו שנית בשל התקיפה שבמעשה השוד. כי אכן, מגמת האיסור הופכת פלסטר אם הוא מוגבל לאישום באותה עבירה ממש שהנאשם נדון עליה ואינו חל גם על אישומים קרובים לו. השאלה אינה, איפוא, רק שאלה של דין חוזר ונשנה אלא גם שאלה של פיצול דינו של נאשם כשהוא עשוי להיות מואשם בעבירה אחת.

כבר בשלב מוקדם היה ברור לבתי המשפט עצמם האיסור לאותה עבירה ממש שהנאשם נדון עליה במשפטו הראשון אינו צודק, ונעשו גסיונות שונים להרחיב את תחולתו. ברור שמגמתו של האיסור מתממשת באופן נכון יותר ככל שתחולתו רחבה יותר, והיקפו תלוי במידה מכרעת בתחום העבירות אשר פיצול הדין עליהן יהא אסור. במסגרת מערכות המשפט האנגלו-אמריקני נתפתחו מבחנים שונים לקביעת הקירבה בין האישומים, או "זהות האישומים", וניתן לחלקם לשני סוגים עיקריים, אשר לכל אחד מהם וריאציות אחדות:

א. מבחנים פורמליים — אלה מבוססים על זהות העבירות המיוחסות לנאשם במשפטו הראשון ובמשפטו השני, במשמעותם המשפטית-פורמלית. היינו, לא די שהעבירות שהוא מואשם בהן בשני המשפטים נובעות מאותה פעולה עבריינית שביצע אלא צריכה להיות גם "זהות משפטית" ביניהן: יסודות העבירות שבדיני האישום צריכים להיות זהים⁹, או לפחות שיסודותיה של העבירה האחת כלולים באלה של האחרת¹⁰, או, לפי וריאציה אחרת, שהעובדות שיש להוכיחן לביסוס הרשעה באחת מספיקות לשם ביסוס הרשעה באחרת¹¹.

על פי מבחנים אלה, למשל, במקרה של גרימת מות בנהיגה רשלנית על ידי אדם שאין לו רשיון נהיגה אין להאשים בנפרד בשל גרימת המות ובשל הנהיגה הרשלנית, אם כי מותר לפצל את האישומים בשל נהיגה רשלנית ונהיגה ללא רשיון.

8 במאה ה-13 כלל החוק הפלילי באנגליה 11 עבירות מסוג felony ומספר עבירות מסוג misdemeanour. עד תחילת המאה ה-17 נוספו עליהם 20 עבירות מכל סוג. בסוף המאה ה-17 עלה מספר ה-felonies ל-160, ומספר ה-misdemeanours להרבה יותר (ראה (2) Stephen, *A History of Criminal Law of England* (1883), 219.

9 לדוגמה *State v. Brooks*, 94 A.L.R. 401, 405.

10 כלל "העבירות הכלולות", אשר לו שלוש צורות: *R. v. Barrow* [1914] 2 K.B., 570, 576; (כשהעבירה במשפט הראשון כלולה בעבירה שבמשפט השני), *Re Nielsen* (1884) 131 U.S.; 176, 188 (כשהעבירה במשפט השני כלולה בו שבמשפט הראשון), *Blockburger v. U.S.*, 284 U.S. 299, 302 (1932) (כשהעבירה האחת כלולה באחרת, ואין נפקא מינה באיזו מהן הואשם הנאשם ראשונה).

11 לדוגמה: *Vandercomb v. Abbot* (1796) 168 E.R. 455, 461; *People v. Spreckls*: 270, P., 2d, p. 513 (1954).

ב. מבחנים התנהגותיים — אלה מבוססים על התנהגות העבריינית של הנשוא, מע- שיו הפליליים. במידה שהמעשה שעשה הנשוא גותן מקום לאישום בעבירות שונות, הרי זה מונע את העמדתו לדין בנפרד בשל כל אחת מהן.¹² ויש שהרחיבו את המבחן עד כדי "טרנסאקציה" שלמה אחת: אם נעברו העבירות תוך כדי פרשת-עבירות אחת אין לפצל את הדין עליהן אף אם האישומים נובעים ממעשים שונים שבוצעו במסגרת אותה פרשה.¹³

עדיפותם של המבחנים ההתנהגותיים — מבחינת מימוש המגמה כביסוד האיסור נגד כפל-האישום — על פני המבחנים הפורמליים ברורה. המבחנים ההתנהגותיים מרחיבים את ההגנה במידה ניכרת, שכן לפי המבחנים הפורמליים גדרשת "זהות המעשים וזהות העבירות"¹⁴ בעוד שלפי המבחנים ההתנהגותיים דיה זהות המעשים. די להראות שהמבחנים הפורמליים מביאים למצבים אבסורדיים — כגון שאדם היה צפוי לשני משפטים בשל הצתת בית השייך לשני בעלים-שותפים,¹⁵ שאדם אשר גנב פעם שניה היה צפוי לשני משפטים: בשל גניבה ובשל גניבה לאחר ההרשעה קודמת,¹⁶ ושואדם שגרם למוותם של שני אנשים בתאונה אחת נדון בנפרד בשל גרימת מותו של כל אחד מהם.¹⁷ — כדי להצביע על עדיפותם של המבחנים ההתנהגותיים.

ב. האיסור לפי סעיף 21 לפת"פ

הקדמנו דברים אלה על מנת שיהיו לנו רקע לבחינת מצב האיסור נגד כפל-האישום בישראל ולהערכת האפשרויות על פיו. אולם טרם שננסה להבהיר את ענינו של סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, ולברר את משמעותו, נעמוד על מצב הדין כפי שקדם לחקיקתו, על פי סעיף 21 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ומתוך כך ננסה לברר באיזו מידה יש בו משום שנוי בדוקטרינה הישראלית בסוגית איסור כפל-האישום. השואה זו מקבלת משנה-חשיבות לאור העובדה שבשני הסעיפים האמורים מופיע מונח-מפתח זהה למבחן זהות האישומים — "מעשה".

סעיף 21 לפקודת החוק הפלילי, 1936, קובע לאמור:

"21. A person cannot be twice criminally responsible either under the provisions of this Code or under the provisions of any other law for the same act or omission, except in the case where the act or omission is such that by means thereof he causes the death of another person, in which case he may be convicted of the offence of which he is guilty by reason of causing such death, notwithstanding that he has already been convicted of some offence constituted by the act or omission."¹⁸

12 לדוגמה: *Ladner v. U.S.* (1958), 358 U.S. 169.

13 לדוגמה: *Crumley v. City of Atlanta* (1942) 22 S.E. 2nd, 181, 183.

14 *People v. Brannon* (1925) 233 P. 88, 89 ר' 14.

15 *R. v. Russel* (1910) 6 Cr. App. Rep. 78 15.

16 *State v. Fredlund* (1937) 13 A.L.R. 215 16.

17 ראה *Connelly v. Director of Public Prosecution* [1904] 2 All E.R. 401, 433-71.

18 ע"ר מס' 652 (14.12.36), תוס' 1, עמ' 285 (נוסח אנגלי).

איסור כפל-האישום

סעיף זה הכניס למשפט הארץ את עקרון איסור כפל-האישום על פי דפוסייה של חורת "כבר נשפטתי"¹⁹ שבמשפט המקובל האנגלי, כעקרון יסוד בפרוצדורה הפלילית לית²⁰. לכאורה בהבדל חשוב, בזה שהמבחן הקבוע בו לזהות האישומים שונה מן המבחן האנגלי. מדובר בו בזהות "המעשה או המחל" ולא בזהות העבירות:

"מסתבר כי המחוקק המקומי, בפקודת החוק הפלילי, 1936, קבע דבר אשר לא נקבע בחוק הפירושים האנגלי ולא כפק' הפירושים, 1945²¹, היינו: כי אין להטיל פעמיים אחריות פלילית על אדם בשל אותו המעשה או אי-המעשה; "אותו מעשה" נאמר, "אותה עבירה" לא נאמר"²².

לכאורה נדמה שההגנה לפי סעיף 21 האמור נשענת על מבחן זהות המעשים. אך מסתבר שלא כן הדבר. כדי להבהיר טיבו של ה"מעשה" האריך בית המשפט את הדיבור בו במשפט נכב²³:

"מה, איפוא, הפירוש הנכון של הדיבור 'מעשה או מחל' בסעיף 21? הנני סבור שאין דרך אחרת לפתרון הבעיה הזאת אלא לפרש מינחים אלה על פי מושכלות ראשוניים של המשפט הפלילי. בא-כח המערערת טען ש'מעשה' פירושו מעשה פיס, כלומר במקרה שלפנינו אותן תנועות שרירים של הנאשם שהביאו את האוטובוס הנהוג על ידיו למצב הנזכר בגליון האישום. את הסענה הזאת יש לדחות, כי כמותה כהצעת מבחן הנוטול משמעות²⁴ כלשהי במה שנוגע למשפט הפלילי. כאן אנו עוסקים במעשה פלילי (actus reus), ולמושג זה יש משמעות טכנית מיוחדת, כדברי Glanville Williams בספרו על המשפט הפלילי, סעיף 6 עמ' 17:

"אפילו בלשון בני-אדם, במעשה כרוך יותר מאשר... התכוונות שרירים: הוא כולל מסיבות ותוצאות ידועות. כאשר אנו משתמשים במונח הטכני actus reus (המעשה הפלילי) אנו כוללים בו את כל המסיבות והתוצאות החיצוניות המפורטות בהוראת החוק כמהוות את מצב הדברים האסור... מעשה פלילי פירושו כל ההגדרה של העבירה, פרט ליסוד הנפשי...".

והוא ממשיך:

"יוצא מזה שאותן התנועות הפיזיות יכולות להיות 'מעשים' שונים לצורך עבירות שונות".

19. Autrefois acquit, autrefois convict.

20. ראה בג"צ 20/50 שורץ נ. כיה"ד הצבאי הקליון ואח', ד' פד"י, 185; ע"פ 132/57 נכס נ' י. מ., י"א פד"י, 1544, 1547. לפני כן, פרט למקרים ספציפיים שבהם נקבעה הוראה מיוחדת ברוח סעיף 21 הנ"ל, כגון, 1925 (Palestine Gazette, 1925) Customs Prosecution Ordinance, Ord. No. 33, sec. 8, חלו הוראות סעיף 294 לקודקס הפרוצדורה הפלילית העותומני, שאסר על אישום נוסף לאחר זיכוי בשל אותו מעשה.

21. הכוונה להוראות נגד כפל-עונש שבסעיף 33 לפקודת הפירושים, (כיום סעיף 31 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]), שהוא העתק מילולי של סעיף 33 לחוק הפירושים האנגלי משנת 1889. הדברים נכונים לא רק כלפי המבחן לפי הכלל נגד כפל-עונש בחוק הפירושים האנגלי, אלא גם כלפי המבחן לזהות האישומים.

22. בג"צ 47/53-286/52 פפוז'ניקוב נ. כיה"ד למשמעת והכפפת הכללי של משמרת ישראל; מימין נ. י. סהר, המפקח הכללי של משמרת ישראל ואח', ז' פד"י, 656.

23. נכב, לעיל הערה 20.

24. ההרגשה הוספה.

מתוך כך למד בית המשפט כי "מעשה או מהדל" פירושו— כל אותם היסודות העובדתיים המהווים את העבירה, להבדיל מן הכוונה הפלילית (mens rea). כן הצביע בית המשפט על כך שלדעתו פירוש זה מתישב גם עם ההגדרה של "עבירה" בסעיף 5 של פקודת החוק הפלילי כ"מעשה, נסיון או מחולל שהם בגי-עונשין על פי חוק". אכן, אין הכרח שיהיה קיימת זהות גמורה בין המעשה נשוא המשפט הראשון למעשה נשוא המשפט השני. די בכך שיסודותיה של עבירה אחת כלולים ביסודותיה של האחרת על מנת שהאיסור יחול על אישום נפרד עליהן, ואין נפקא מינה באיזו מהן הואשם הנאשם לראשונה.²⁵

העולה לנו מפסק-דין מנחה זה הוא, שהמבחן לפי סעיף 21 לפקודת החוק הפלילי מושתת על הטכניקה של השוואת יסודות העבירות המיוחסות לנאשם בשני כתבי-האישום. זהו מבחן זהות העבירות המורחב על ידי דין העבירות הכלולות (ללא הבדל סדר-האישומים), כשהכוונה הפלילית אינה מובאת בחשבון. המוזר שבדבר הוא, שבעוד בית המשפט מדגיש את השוני בין הוראת סעיף 21 לבין הדין לפי המשפט המקובל— שזה מדבר ב"מעשה או מהדל" וזה ב"עבירה"²⁶—אנו מוצאים עצמנו לפני מבחן פורמלי למדי, מבחן מורחב של זהות העבירות. פתח בית המשפט בזהות המעשים וסיים בזהות העבירות. את השאלה שמה כוונת הסעיף למעשה, במובן העסיייה הפיסית, ולא במובן טכני-משפטי, פוטר בית המשפט באמירה שמבחן המעשה "כמוהו כהצעת מבחן נטול משמעות כלשהי במה שנוגע למשפט הפלילי".

25 "אילו היה צורך בזהות גמורה בין המעשים לצורך טענת הסיכון הכפול, היה, למשל, אפשר להרשיע אדם באשמת שוד, לאחר שהורשע כבר בעבירה גניבה פשוטה בקשר לאותו המקרה, כי הרי בעבירת שוד קיים יסוד עובדתי, והוא השימוש באלמות, שאינו מצוי בעבירת גניבה. בזה היינו מצמצמים את החולת הטענה אף יותר מן הגורסים את הגירסה החמורה ביותר בבתי המשפט האנגליים. אולם כאן בא החלק השני של הסעיף 21 ומשמיע דבר נוסף: אפשר להרשיע אדם בגרימת מוות על-ידי מעשה, אם כי כבר הורשע מקודם בעבירה אחרת שאותו מעשה מהווה אותה. באנגליה דעת הכלל היא שבהתאם לכללי טענת הסיכון הכפול אין הטענה תופסת במקרה זה של מות הקרבן עקב מעשה בו כבר הורשע הנאשם. אך אצלנו נקבע מקרה זה כיוצא מן הכלל העיקרי— שמע מינה שאלמלא היוצא מן הכלל היה גם המקרה הזה נחשב כנכנס לגדר הכלל של סיכון כפול. והרי בעבירת גרם המוות מתווסף היסוד העובדתי הנוסף של מות הקרבן על יסודות העבירה האחרת, כגון פציעה, בה הורשע הנאשם מקודם. למשל, בעבירת רצח התוצאה הקטלנית היא, כמובן, מיסודות-העובדה של העבירה. מכאן שבדרך כלל שני מעשים הם זהים לצורך הסעיף 21, גם כששניהם יסודות עובדתיים תופפים, אך לאחד מהם יש גם יסוד או יסודות עובדתיים נוספים. בלשון אלגנטי ראינו: כשעבירה אחת מכילה יסודות א', יכולה העבירה השנייה להכיל יסודות א' + ב', וגם לזה ייקרא זהות המעשים. אולם כאשר בעבירה הראשונה קיימים יסודות א' + ב' ובשנייה א' + ג', זאת איננה זהות המעשים, כמשמעותו בסעיף 21. למשל, גניבה פשוטה ושוד הם עבירות זהות לצורך זה; ואילו גניבה וקבלת דבר הניתן להיגנב על יסוד טענות שווא, לפי סעיף 301, אינן עבירות זהות, מפני שיש בכל אחת משתי העבירות לפחות יסוד עובדתי אחד שאיננו קיים בחברתה: כאן שולל הגנב את החזקה מן הבעלים נגד רצונו של זה; שם מוסר הבעל את החזקה בחפץ מרצונו, אם כי בהשפעת טענת-השוואה . . .

. . . אין נפקא מינה מה קדם למה: אם האישום השני הוא בעבירה שיש בה יסוד עובדתי נוסף או שחסר בה יסוד עובדתי, שהיה קיים בעבירה שלפי האישום הראשון" (שם, עמ' 1550-1).

26 שם, עמ' 1549, ו'ו', בהסתמך על קביעת השופט זוסמן במשפט כפוז'ניקוב ומיטרן, ר' לעיל

הערה 22.

אולם יש יסוד להטיל ספק בכך אם אכן זהו פירושו הנאות של סעיף 21, ואם אין להבינו כפשוטה של לשון.

נעיר תחילה, לגבי ההקבלה עם סעיף 5 של הפקודה המגדיר "עבירה" כ"מעשה, נסיון או מחדל שהם בני עונשין על פי החוק", שאין פירושו של המעשה בו בהכרח במשמעות ה"actus reus". אם פירושו יוצא מידי פשוטו – המעשה הפיסי – הרי אין די לכלול בו רק את הפעולות הפיסיות, הנסיבות והתוצאות שבעבירה אלא גם את הכוונה הפלילית. שכן אין מכלול היסודות הופך ל"עבירה" אלא בהצטרפות ה"mens rea", ואין הם בני-עונשין (פרט לעבירות אבסולוטיות) ללא היסוד הנפשי. מה הטעם שנכללו בהגדרה זו נסיבות ותוצאות, שלא תמיד הן יסודות בעבירה, ואילו הכוונה, שברוב העבירות היא יסוד מיסודותיהן, הוצאה מכללה? אך פירוש כזה, המצרף גם את הכוונה למעשה אינו מתאים לכוונת בית המשפט בפרשו את סעיף 21. לעומת זה מתפרשת הגדרת ה"עבירה" בסעיף 5 הנ"ל באופן פשוט יותר, אם גבין ב"מעשה" מעשה פיסי (וכן נסיון לבצעו או מחדל ממנו). עבירה היא, לפי הגדרה זו, מעשה פיסי שהוא בר עונשין. מתי הוא בר עונשין? אם חוק מסויים ("בני עונשין על פי החוק") קבע זאת; ויכול שיהיה בר-עונשין כשלעצמו, או אם נעשה בנסיבות מסויימות, או אם גרם לתוצאות מסויימות, או אם נתלוותה אליו כוונה מסויימת, הכל כפי שקבע החוק המגדיר את העבירה. הדגש בהגדרה זו הוא שאין עבירה ללא מעשה, נסיון או מחדל. תחילתה של כל עבירה במעשה פיסי או במחדל ממנו, בהתנהגות, ואלה הם בני-עונשין, אם כשלעצמם אם כשנתלו אליהם יסודות נוספים.²⁷

שנית, בסיפא של סעיף 21 לא ייתכן לפרש את המלה "מעשה" אחרת מאשר כמעשה פיסי. לא מיני היסודות האחרים שבעבירה גורמים למיתתו של אדם, ולתוצאות בכלל, אלא המעשה הפיסי.²⁸ לפי לשון סעיף 21 אין יסוד לפרש אחרת מונח זה גם ברישא. ושלישית, רישא זו ניתנת להתפרש כמתייחסת למבחן זהות המעשה, ואין זה, כדברי בית המשפט "מבחן נטול משמעות כלשהי", שהרי היו בתי משפט שראו במבחן זהות המעשים אמת-מידה ראויה לאיסור כפל-האישום.²⁹

יש יסוד לסבור שבית המשפט במשפט נבב הגיע לפירושו הנ"ל מתוך שלא הבחין במידה מספקת בין המעשה הפיסי ה"actus reus", בהשפעת דברי גלנויל ויליאמס בספרו 16-17, *Criminal Law: The General Part*, (1st ed), §6, pp. שהיה בפני בית המשפט. באותו מקום מתפלמס המחבר עם השופט וונדל הולמס, מבית המשפט העליון של ארצות הברית, בפירוש המלה act. מובא שם קטע מדברי הולמס המפרש דבור זה כתנועות שרירים גרידא, ופירוש זה נדחה על ידי גלנויל ויליאמס בנימוקים שעיקרם מובא בפסק-דין נבב. גלנויל ויליאמס קובע שם את פירושו כ"actus reus", היינו "כל יסודות העבירה פרט ליסוד הנפשי". כשבא בית המשפט במשפט נבב לפרש את הדיבור "act or omission" שבסעיף 21 לפקודת החוק הפלילי, דחה את

"...the specification of a crime requires various circumstances to accompany the physical act," Gl. Williams, *Criminal Law, the General Part* (2d ed.) §11, p. 18

"Thus harm may or may not be part of the actus reus. Where harm is required, it must be caused by the physical act (or omission), and the causal connection must not be too remote." Gl. Williams, *ibid*, p. 17

29 ראה לעיל הערה 17 ומשפט פפוי/ניקוב נ. ביה"ד למשמעת... לעיל הערה 22.

ההצעה לפרשו כ"מעשה פיסי, כלומר במקרה שלפנינו אותן תנועות שרירים של הנאשם", בתור "מבחן הגטול משמעות כלשהי בנוגע למשפט הפלילי", והוסיף "כאן אנו עוסקים במעשה הפלילי (actus reus) ולמושג זה יש משמעות טכנית מיוחדת". בזה נקלע בית המשפט לטעות אשר בהכרח הביאתהו לקבוע את המבחן כפי שקבעו. ברור שאם גוזה את ה"מעשה" עם ה"actus reus" הרי שפירושו "כל יסודות העבירה פרט ליסוד הנפשי", אך ויהי זה מנין? מנין שסעיף 21 עוסק במעשה הפלילי (actus reus)? מסתבר שבקביעה זו הושפע בית המשפט מהדיון באותו מקום בספרו של גלנויל ויליאמס, אשר בדחתו את פירושו של הולמס למונח "act" הוא קובע כי פירושו actus reus. באותו פרק העוסק באמור לעיל, ואשר על דברי המחבר בו מסתמך בית המשפט במשפט נכב, מנתח גלנויל ויליאמס את מושג העבירה, וכמובן מציין בה את שני יסודותיה, ה"mens rea" וה"actus reus". בחלקו הראשון של הפרק הוא דן ביסוד הראשון, ומשסיימו הוא עובר לברר את טיבו של היסוד השני. כותרת חלק זה של הדיון היא "Other elements of an act, the actus reus". ייתכן שזו הטעות את בית המשפט במשפט נכב. גלנויל ויליאמס משתמש בכותרת זו במונח act באורח לא מדויק, וכונתו להעמידו בהקבלה ניגודית לכוונה הפלילית (mens rea). אך ברור שהוא דן ב"actus reus" ממש. דבר זה ברור ביותר מהמשך דבריו:

"Some writers (such as Holmes) desire to restrict the term "act" to the voluntary muscular contraction... It is hardly necessary for a writer on criminal law to attempt to settle this question of desirable usage, because he can make use of the technical term actus reus... to express exactly what he means. To this we now turn."³⁰

גלנויל ויליאמס דן, אכן, ב"actus reus" ולא ב"act" במשמעותה הרגילה, הבלתי-טכנית. ומובן מאליו שדבור זה מתפרש לו ככל יסודות העבירה פרט ליסוד הנפשי, והוא דוחה פירוש הבא לצמצמו לתנועות השרירים, או למעשה הפיסי גרידא. אך אין שום סבה לפרש כך גם את המונח "act (or omission)" בכל מקום שהוא מופיע בהקיים. כנראה שבית המשפט נתפס לרושם כאילו שתי אפשרויות לפרש מונח זה: או כפירושו של הולמס – תנועות השרירים גרידא – או כ"actus reus", ומשדחה את האחד נשאר הפירוש השני בלבד. אך בזה, כאמור, אפשר להטיל ספק, והקביעה שבסעיף 21 "במעשה הפלילי" אנו עוסקים היא כולה של בית המשפט, ללא הסבר וזלת שפירושו ה"מעשה" כמעשה פיסי אינו אפשרי בהיותו גטול משמעות. כבר ראינו שקיים, ומקובל, מבחן המושתת על זהות המעשה הפיסי למעט הנסיבות והתוצאות, ואין הוא, על כל פנים, חסר משמעות. גלנויל ויליאמס

³⁰ Glanville Williams: *Criminal Law: The General Part*, (1st ed.), p. 16
 31 וראה, לדוגמה, דברי בית המשפט לערעורים של קליפורניה בפרשו את הביטוי "act or omission" בסעיף 654 לחוק הפלילי הקובע הוראה מקבילה לסעיף 21 לפקודת החוק הפלילי, 1936:

"... the applicability of section 654 is not limited to necessarily included offenses. If a course of criminal conduct causes the commission of more than one offense, each of which can be committed without committing the other, the applicability of section 654 will depend upon whether a separate and distinct act can be estab-

עצמו מבחין בצד ה-*actus reus* "מעשה הפיסי" שהוא ביסוד כל עבירה³². ספק, אפוא, אם צדק בית המשפט במשפט נכב כשפטר את האפשרות להבין את הביטוי "מעשה או מהדל" כמתכוון למעשה הפיסי שביסוד העבירה, או למחדל ממנו, באמירה הקצרה כי "כמוה כהצעת מבחן נטול משמעות כלשהי במה שנוגע למשפט הפלילי". אפשר ואפשר לראות בו, לענין כפל-האישום, כמימוש האקטואלי (היכול למעשה לקבל צורות שונות) של אותם יסודות העבירה אשר אינם נסיבות תוצאות וכוננות, אלא מצריכות פעולה מצד הנאשם, או הימנעות ממנה.

אכן, אין להרחיק לכת כדי לראות שבמבחן המעשה הפיסי אינו נטול משמעות. במשפט ספוז'ניקוב ומימרין³³ מפרש השופט זוסמן את סעיף 21 כמושתת על מבחן זהות המעשים, וכי אינו מדבר בזהות העבירות. הוא עומד שם בפירוש על הבדל זה שבין סעיף 21 והמבחן במשפט האנגלי, ולביסוס דבריו הוא תומך יסודותיו בסיפא של סעיף 21 לאמור:

"והנה הראיה: משגרם אותו מעשה למותו של אדם, הרי אין זאת אותה עבירה, ומשום כך אין הנאשם באנגליה חסון בפני האשמה נוספת, אך נאשם בישראל שאני — כי המעשים זהים, ולפיכך טרחה המחוקק המקומי וקבע במפורש, כי מקרה זה, של מעשה הגורם למותו של אדם, הנו יוצא מן הכלל, ומותר להביא את העברייני לדין, הגם שהורשע כבר באותו מעשה כשזה מהווה עבירה אחרת"³⁴. המבקש מימין הואשם בפני בית הדין למשמעת כל המשטרה בהתנהגות העלולה לגרום נזק לשמה הטוב של המשטרה (על שבעל אשה נגד רצונה במכוננית משטרה). הוא ביקש למנוע את הדין המשמעותי בטענה שמאחר והמעשה מהווה עבירה על סעיף 152 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (אינוס), "אין לעסוף אותה באיצטלה של פגיעה בשמה הטוב של המשטרה, על מנת להביאה לבידור לפני ביה"ד למשמעת". בין יתר דבריו קובע השופט זוסמן כי —

"יש מקום לסברה ששוטר אשר נידון בשל מעשה פלוני ע"י ביה"ד למשמעת אינו חייב עוד ליתן את הדין בפני ביה"מ כללי כשהוא מואשם בפניו "בעבירה אזרחית" הנובעת מאותו מעשה"³⁵.

ואילו לפי מבחן נכב ברור שלא היתה מניעה להעמדתו לדין בפני בית משפט פלילי רגיל, שהרי בכל אחת מן העבירות הללו יש יסוד אחד לפחות שאינו נמצא באחרת:

lished as the basis of the conviction... An unsuccessful attempt at murder by use of a bomb may form a basis for convictions of attempted murder, assault with intent to kill or malicious use of explosives. Insofar as only a single act is charged as the basis of the conviction, however, the defendant can be punished only once." *People v. Kynette*, 15 Cal. 2d 731, 762; 104 P. 2d, 794; *People v. Knowles*, (1950) 217 P. 2d 1,8

"In crimes requiring mens rea as well as actus reus, the physical act must be contemporaneous with the guilty mind." Glanville Williams, *ibid.* ב"פ, 3, §1. לא כן לגבי תוצאות שהם יסודות העבירה. ראה גם המובאה לעיל בעמ' 11 הערה 28.

33 ראה לעיל הערה 22.

34 ספוז'ניקוב ומימרין, לעיל הערה 22, בעמ' 661, ו"ד'.

35 שם.

נוק לשמה הטוב של המשטרה בעבירה המשמעתית (מעשה הבעילה במכונית המשטרה הוא רק צורת של גרימת הנזק, ואינו יסוד מיסודות העבירה), ומעשה הבעילה בעבירת האונס.

רשאים היינו לראות בפסקי הדין בפנינו/ניקוב וזימורן ובנכב שתי גירסות לפירוש סעיף 21 לפקודת החוק הפלילי, ולהעדיף את הראשון, כמתבסס על מבחן נטון יותר, בתור המבחן בישראל, אלמלי חזר השופט זוסמן ואימץ את הלכת נכב במשפט גזעיה³⁶. מאז משפט נכב ראו בו תקדים שקבע את ההלכה בענין המבחן לזהות האישומים³⁷, ועליו נסמכו בתי המשפט עד אחרון פסקי הדין שפירש את סעיף 21 האמור³⁸.

ג. סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, ופירושו

חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, ביטל את סעיף 21 לפקודת החוק הפלילי, 1936, והוקק במקומו הוראה זו:

2. אין דנים אדם על מעשה³⁹ שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו; אולם אם גרם המעשה למותו של אדם, דנים אותו בשל כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו מעשה".
 השופט חיים כהן מציין כי "יש שוני בולט בין ההוראה שבסעיף 21 לפקודת החוק הפלילי, 1936 ("לא יהא אדם אחראי" פעמיים) לבין זו שבסעיף 2 לחוק החדש ("אין דנים אדם" פעמיים)⁴⁰. אין ספק שנרמז כאן ההבדל בין הוראה מהותית להוראה דיונית. אכן, הבדל זה הוא משמעותי, שאם האיסור הוא בבחינת הוראה מהותית, המתיר-חסת לאחריות הפלילית, הריהו חל גם כאשר מטילים על הגאשם אחריות כפולה, ע"י אישום בעבירות אחדות בשל אותו מעשה, באותו משפט עצמו, ועל אחת כמה וכמה במשפטים עוקבים, והריהו מתפרש, על כן, ככולל הן את איסורי כפל-ההרשעה וכפל-העונש והן את איסור כפל-האישום. מה שאין כן אם הוא בבחינת הוראה דיונית, כי אז הוא מתפרש כאיסור על כפל-האישום בלבד. ואמנם, בעבר נתפרש סעיף 21 ברוח הפירוש הראשון:

במשפט דאלול⁴¹ נדון מקרה שבו ניסה הנאשם לשדל קצין משטרה לאסור אנשים אחרים כדי לסחוט מהם כספים באמתלה של עזרה לשחרורם. הוא הואשם בשני פרטי-אישום: האחד בשל היוק ציבורי לפי סעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, והשני בשל מתן שוחד לשוטר לפי סעיף 38 לפקודת המשטרה. על גליון אישום זה אמר בית המשפט העליון:

36 ע"פ 72/60 י. מ. נ. גזעיה, י"ד פד"י, 1093, 1098.
 37 לפניו אנו מוצאים שבתי המשפט השתמשו מדי פעם גם במבחנים אחרים: זהות העובדות — ע"פ 65/37 זייד נ. י. מ., 1937, אס"ק 139; ע"פ 14/41 עג'יב נ. י. מ., 1941, אס"ק 53; ע"פ (ת"א) 164/53 י. מ. נ. כנרדל, פס"מ ט' 19, זהות הראיות — ע"פ 146/41 סוריאנו נ. י. מ. וערעור נגדי, 1942, אל"ר 22.
 38 ע"פ 77/66 ישר נ. מדינת ישראל, פס"מ נ"ו 52, 57; עש"מ 2/66 פלוני נ. י. מ., כ' פד"י (4), 564.
 39 על פי סעיף 218 לחוק, "מעשה" לרבות נסיון ומחדל.
 40 ח. כהן, בביקרתו: "אפרים סלנט, סדר הדין הפלילי, מהדורה חמישית", הפרקליט, כ"ב (1966), עמ' 270.
 41 ע"פ 179/42 דאלול נ. י. מ., 1942, אס"ק 932.

"On these charges before a Magistrate, which were not stated... in the alternative, it would have been permissible for the Magistrate to have proceeded as if they were alternative charges, but it cannot be denied that as they stand they do not comply with sec. 21 of C.C.O. in that the accused was criminally in danger for the same offence arising out of the same facts. In fact, the Magistrate convicted him on both charges and passed different sentences on each charge. We, therefore, quash the conviction on the first charge."⁴²

סבור היה בית המשפט שסעיף 21 מונע דין הנאשם בעבירות שונות הנובעות מאותן עובדות, או מאותו מעשה או מהדל לפי לשון הסעיף, אף באותו הליך משפטי עצמו, וקובע סייג לאחריות פלילית מהותית.

בדומה לכך, במשפט קלוזי⁴³ הובא הנאשם לדין בערכאה הראשונה במשפט אחד בשל שתי עבירות – מכירת בשר גמל כבשר עגל ומכירת אותו בשר במחיר מופקע. הוא נקנס בקנסות נפרדים בשל כל עבירה. בערעורו טען הנאשם שקניסתו כאמור היא בבחינת הטלת אחריות פעמיים בשל אותה עבירה בניגוד לסעיף 21 לפקודת החוק הפלילי. בית המשפט לא דחה את טענת הנאשם מעיקרא בכך שאפשר להסתמך על סעיף 21 האמור רק בטענת כפל-אישום במשפט שני, אלא פסק כי בנסיבות המקרה אין זהות בין העבירות שבהן הורשע אשר תצדיק הפעלת סעיף 21, ומותר לפיו להרשיעו בשתייהן.

עוד בשנת 1948 התייחס בית המשפט לסעיף 21 האמור כאל הוראה העשויה לחול לגבי ענישה כפולה באותו הליך משפטי. במשפט יצחק לוי⁴⁴ הואשם הנאשם בשתי עבירות באותו כתב אישום: על ששחט עגל ללא היתר מטעם הרשות המוסמכת ועל ששחטו מחוץ לבית המטבחים. בערעור הוחזר הדין בגלל פגמים בפרוצדורה, לערכאה ראשונה, תוך הערה של בית המשפט בלשון זו:

"ועתה ברצוננו להפנות את תשומת לבו של בית הדין של מטה כי במקרה שהנאשם נמצא אשם ביותר מעבירה אחת עליו לנהוג לפי הוראות הסעיף 48 של החוק הפלילי 1936, ובמקרה דנן הייב היה בית הדין לשים את לבו להוראות הסעיף 21 של החוק הנ"ל"⁴⁵.

למרות שמתחילתה של פקודת החוק הפלילי, 1936, היה בתקפו סעיף 25 לפקודת הפירושים, 1929, שמנע כפל-עונש בדומה לסעיף 168 לחוק סדר הדין הפלילי כיום⁴⁶,

42 שם, 933.

43 ע"פ 168/43 ע"פ קלוזי נ. י. ב., 1944, אל"ר 276.

44 ע"פ (ת"א) 7/48 יצחק בן עבוד לוי נ. י. ב., פסקים א', 314.

45 הכוונה שלא יטיל עונש כפול.

46 סעיף 25 לפקודת הפירושים, 1929, נתגלגל אחר כך, ללא שינוי מהותי, בסעיף 33 לפקודת הפירושים, 1945, ולאחריו בסעיף 31 לפקודת הפרשנות:

"31. מעשה או מהדל שהם עבירה לפי שני חיקוקים או יותר, או לפי חיקוק ולפי כל דין אחר, צפוי העברין – אם אין כוונה אחרת משתמעת – להיות מואשם ונענש עליהם לפי כל אחד ואחד מן החיקוקים או מן הדינים האמורים, אך אין להענישו פעמיים על אותה עבירה".

סעיף זה בוטל על-ידי חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה–1965, שקבע במקומו את סעיף 168.

היה בעיני בתי המשפט יסוד לפירוש סעיף 21 לפקודת החוק הפלילי כבפסקי הדין הנ"ל. לפי גישה זו קבע סעיף 21 הן מדיניות של הרשעה וענישה והן מדיניות של אישום, והשתית את שתיהן על אותו בסיס. ואם הואשם אדם באותו משפט, ולפעמים במשפט אחר, בעבירה שהיא בשל אותו מעשה או מחדל שבטבילם הוא מואשם בעבירה אחרת, לא זו בלבד שלא ניתן להענישו אלא על אחת מהן אלא אף לא ניתן להרשיעו אלא באחת מהן, וזה למרות האמור בסעיף 25 לפקודת הפירושים 1929 וחליפיו.

אילו היתה גישה זו נשארת בעינה אפשר היה לראות בסעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי צמצום האיסור לאספקט הפרוצסואלי של ההגנה המקורית, לאיסור כפל האישום. אולם פסיקה מפורשת של בית המשפט העליון צמצמה כבר את משמעותו של סעיף 21 לאספקט זה. במשפט שורץ⁴⁷ (בשנת 1950) כבר גזון סעיף זה בדרך שקלא וטריא המבוססת על ההנחה שהגנת הסעיף מותנית הן בהרשעה קודמת והן בזכוי קודם — אפיון המתיוחד להגנת כפל-האישום בלבד ואינו הולם הגנת כפל-הרשעה. במשפט נכס⁴⁸ נקבעו הדברים בבירור:

"... על טענת סיכון כפול⁴⁹ אחרי הרשעה או זכוי לפי כתב אישום קודם — ורק על טענה זאת — חל סעיף 21 של פקודת החוק הפלילי, המונע דיון חדש, בתנאים אותם הסברתי... סעיף זה אינו דן כלל בבעית זהות האישומים באותו כתב אישום..."

סיכומו של דבר, מבחינת מהותה של ההגנה לא שינה סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי — בנקטו לשון דיונית — מסעיף 21 לפקודת החוק הפלילי כפי שנתפרש בפסיקה הישראלית, ולמעשה ההגנה מפני כפל-הרשעה במשפט אחד כבר לא נכללה בסעיף 21.

האם שינה סעיף 2 מהיקף ההגנה נגד כפל-אישום על ידי שקבע מבחן שונה לזהות האישומים במשפט הראשון והשני מזה שנקבע לפי סעיף 21 לפקודת החוק הפלילי? בנקודה זו יש בלשוננו של סעיף 2 שינוי בולט. בעוד שסעיף 21 מדבר על איסור כפל אישום "בשל אותו מעשה או מחדל" אוסר סעיף 2 אישום אדם "על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו".

אם נסוה נוסח זה של הסעיף עם נוסחו בהצעת החוק יובלט בבירור שלשון החוק לא ננקטה באקראי. נוסח ההצעה היה:

"2. אין דנים אדם על מעשה שכבר גזון עליו לחובה או לזכות; אולם דנים אותו בשל מעשה שגרם למותו של אדם, אף אם כבר הורשע על אותו מעשה בשל עבירה אחרת שבו".

הרישא של סעיף זה כביכול אומרת פרישני על פי הלכת נכס. על פיה: "מעשה" — יסודות העבירה למעט הכוונה הפלילית; לענין כפל-האישום מכונים את המעשים במובן זה, ואין הכרח שהמעשים יהיו חופפים, אלא אף אם הם כלולים הנאשם מוגן, כללים אלה ניתן ליישם בנקל לרישא של סעיף 2 בהצעת החוק.

העמדת ה"מעשה" וה"עבירה" זה מול זה בנוסח החוק מחייבת אותנו לומר, ראשית כל, שהם דברים בלתי שויים. אילו התכוון המחוקק להשאיר במסגרת הלכת נכס יכול

47 שורץ נ. נשיאות כיהוד רצבאי העליון, לעיל הערה 19.

48 נכס, לעיל הערה 20, 1552.

49 הכוונה לטענת כבר בשפטתי".

היה לאמץ את נוסח הצעת החוק, או לנקוט בתחילתו של המשפט ובסופו באותו מונח ולומר "אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל מעשה אחר שבו" או "אין דנים אדם על עבירה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבה", או, כלשון סעיף 21(ג) לפקודת מגיעת טרור, תש"ח-1948, למשל, "אין להעמיד לדין בעד אותו מעשה או אי מעשה" פעמיים.

זאת ועוד – אם נתעלם מהשוני במונחים ונניח שבשניהם התכוון המחוקק למכלול של יסודות עובדתיים שיש יחס של כלילות ביניהם⁵⁰ (כשיסודות האחד חופפים או כלולים באחר), במשמעות הלכת נכפ, תהא תוצאתו של סעיף 2 צמצום ההגנה נגד כפל האישום לעומת המצב הקודם: כי הלכת נכפ קובעת שני כללים:

1. המבחן הקובע לזהות האישומים הוא יחס של הפיפה או כלילות בין יסודות העבירות שבהם;

2. אין נפקא מינה אילו מן העבירות נדונה תחילה – הכלולה או הכוללת.

לפי סעיף 2, כשהוא מתפרש ברוח הלכת נכפ, יוצא שאסור אמנם לדון אדם בשל עבירה במשפט השני אם העבירה שעליה נדון הנאשם במשפט הקודם כלולה בה ("עבירה שבו"), אך לא אם המצב הפוך. אם העבירה הכוללת נדונה ראשונה, אין היא כלולה ביסודות העבירה הנדונה בשניה. קשה להניח שהמחוקק התכוון להצר את צעדיה של הגנת כפל-האישום באורח זה.

שיקול זה, והשימוש במונחים השונים "מעשה" ו"עבירה", מעידים על כך שבסעיף 2 לפנינו זה מול זה דברים בלתי שווים במהותם.

תחילה באשר ל"עבירה". אין לראות טעם להוציאה מידי פשוטה: מכלול של יסודות – מעשים, נסיבות, תוצאות וכונות, המוגדרים בחוק כעבירה. אל תטעה אותנו התגדרה בסעיף 1 לפקודת הפרשנות – "עבירה", "מעשה נסיון או מחדל שדינם ענישה" – לסבור כאילו פירושה היסודות העובדתיים גרידא, כפי שהוסבר במשפט נכפ. יסודה של כל עבירה הוא מעשה או מחדל ובלעדו אין עבירה. אך לא כל מעשה או מחדל הם עבירה, אלא אם הם בני ענישה. ומתי הם כן? – אם נתלו עליהם יתר היסודות הנדרשים בחוק כדי שתיווצר העבירה, היינו מכלול שנקבע לו עונש. ויסודות נוספים אלה הם הנסיבות התוצאות והכוונה. ואין צריך לומר שבמשמעות הפשוטה עבירה מורכבת מן "המעשה הפלילי" (אקטוס ראוס) ו"הכוונה הפלילית" (מנס ריאה) (כשהיא דרושה).

50 יש תקדים לפירוש כזה של המונח "עבירה" בסעיף 36(ב) לפקודת התעבורה עלידי הנשיא (או מ"מ הנשיא) אגרגט, במשפט ע"פ 21/63 המיה נ. י.מ., י"ז פד"י, 1744, 1778. אך ניתן לחלוק על הפירוש. הדגש בהכרעתו של הנשיא הוא שלצורך סעיף 36(ב) האמור "עבירה" – לרבות עבירה כלולה. הדגש אינו על כך שהעבירה פירושה היסודות העובדתיים בלבד. ולשון פסק הדין עצמו תוכיח: כאשר קובע הנשיא שהוראת סעיף 36(ב) תחול לגבי עבירות העומדות ביחס של כלולה וכוללת, הריהו מוסיף שתחולתו תהיה רק אם העבירה הקודמת שאליה מתייחסת ההוראה היא הכלולה ולא הכוללת, כי אחרת, נאמר, תוצאת ההוראה תהיה להחמיר עם העבריין ולא להקל עמו, דבר שהמחוקק לא התכוון אליו. ופסק הדין מוסיף: "גם ייתכן כי כזאת תהיה התוצאה, כאשר יסודות ה"אקטוס ראוס" של שתי העבירות חופפים אך העבירה הראשונה מכילה בקרבה גם יסוד נפשי". (ההדגשה הוספה). מכאן אתה למד שניתן לפרש את סעיף 36(ב) ולהגיע לאותה תוצאה אם ה"עבירה" תובן ככוללת את היסודות העובדתיים והיסודות הנפשיים כאחד, ובלבד שתקדם הכלולה לכלולת.

אם פירוש זה מוצדק, שוב אין להבין את ה"מעשה" כמכלול של יסודות עובדתיים, ואת היחס בינו לבין העבירה כחיס בין כולל וכלול, שכן לעולם אין עבירה במובן האמור לעיל כלולה ב"מעשה" במובן זה ("עבירה שבו"!), זולת אם העבירה היא עבירה אבסולוטית. אם אנו מוציאים מכלל המעשה את היסוד הנפשי, לא נמצא בו עבירה הכוללת יסוד נפשי.

פירושם של דברים אלה הוא שאין אנו יכולים להחדיר לסעיף 2 את המבחן לזהות האישיומים המושתת על השוואת יסודות העבירות שבאיסום הראשון ובאיסום השני, והטכניקה של הלכת נכס אינה ישימה לסעיף 2.

דומה, על כן, ראשית, שאין לבקש ביחס שבו עומדים ה"מעשה" וה"עבירה" בסעיף זה יחס של כלילות. ואמנם, המלה "שבו" מתפרשת בעברית גם כחיס של גביעות, תולדה. בטויים כגון "יש בפעולה משום הרתעה לאויב", "יש במתן הפרס עידוד ליצר" וכדומה, משקפים יחס של תולדת דבר מדבר. ולא דוקא במובן זה שהדבר היה כלול כולו בגורם שממנו צמח, אלא כרוך בו. באור כזה ניתן להבין את סעיף 2 כך שהעבירה היא תוצאה הכרוכה במעשה ואינה זהה עמו. ודוק בלשון הסעיף: דנים אדם על מעשה, ועל המעשה דנים אותו בשל עבירה שבמעשה. והרי זה כאילו היה כתוב ברישא של הסעיף "אין דנים אדם על מעשה בשל עבירה (אחת) שבו, לאחר שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבו" י.

על פי יחס זה של תולדה, גביעות או כריכות נוכל להסביר כיצד נקשרים בסעיף 2 המעשה והעבירה. העבירה נוצרת מן המעשה משנתלוא אליו היסודות האחרים שאינם בו. השאלה היא, עתה, אם ההבדל בין ה"מעשה" וה"עבירה" בסעיף 2 הוא רק ביסוד הנפשי, או שהמעשה הוא מעשה פיסי, פעולתו של הנאשם עצמו, התנהגותו, והעבירה נוצרת אם כשלעצמו ואם כשמתלויים אליו גם הנסיבות ותוצאות וגם הכוונה כשהיא נחוצה, הכל לפי הגדרת העבירה בחוק.

כבר הבענו דעתנו (לעיל עמ' 229—232) על פירוש ה"מעשה" בבקורת פירושו במשפט נכס, וכי הפירוש היותר נכון יהיה זה שניתן לו במשפט פשוטיקוב ומימין — היינו המעשה הפיסי, הפעולה שעשה הנאשם, פשוטה כמשמעה. ברור לפחות שהמלה "מעשה" בהמשך סעיף 2 אינה גיחנת להתפרש באופן אחר: לא ייתכן שנסייבות ותוצאות "יגרמו לתוצאה", שהיא המיתה, אלא המעשה הפיסי הוא הגורם לה.

מן הטעמים האמורים יש להעדיף את פירוש המונח "מעשה" במובן הפעולה של הנאשם, ומטעם נוסף: שכן הוא מרחיב את היקף תחולתה של ההגנה לפי סעיף 2 בהשוואה לפירוש האחר שהוצע במשפט נכס. לפי הפירוש המוצע כאן יש להשוות במשפטים העוקבים, מהו המעשה הפיסי כביסוד האישיומים. אם זה "אותו מעשה" — אין נפקא מינה אם יתר היסודות של האישיומים חופפים או כלולים אלה באלה אם לאו, ועל כן, משעקף, למשל, אדם רכב מצד ימין סמוך לצומת הרי עשה מעשה אחד, אשר לאור נסיבות שונות יש בו שתי עבירות ואין לדונו בנפרד עליהן. נתון כאן מבחן מצומצם יותר מהמבחן שנקבע בהלכת נכס, ותוצאתו הרחבת היקף ההגנה. אך מבחן זה עשוי להצר את ההגנה מצד אחר: במעשה שוד, למשל, מבוססת העבירה על מעשה חקיפה ומעשה גניבה. פירוש דווקני של מבחן המעשה כאמור

51 ואם היא אותה עבירה — מקל חומר.

איסור כפל-האישום

עשוי לאפשר העמדה לדין בנפרד בשל עבירת השוד ובשל עבירת הגניבה, ועל אחת כמה וכמה בשל עבירת התקיפה ובשל עבירת הגניבה, כי המעשים הפיסיים שביסוד האישומים אינם זהים. המבחן לפי הלכת נכט אינו מונע את האפשרות האחרונה אך הוא מונע את האפשרות הראשונה.

על מנת שלא לצמצם את ההגנה מצד זה פתוחה הדרך עתה, — כמו שמצא בית המשפט במשפט נכט את הדרך פתוחה לפניו — להוסיף ולומר, שהמעשים אינם צריכים להיות זהים דוקא, אלא די להגנה זו שתפעל אם הם כלולים אחד בחברו. אין אסמכתא לכך בלשון סעיף 2, כפי שמצא בית המשפט במשפט נכט אסמכתא לכלל הכלילות בסיפא של סעיף 21, אך אין קושי בגקיטת כלל זה אם נשים לב לכך שהמלה "מעשה" אין פירושה לשון יחיד דוקא אלא אף מעשים אחדים במשמע. ויש גם להניח שהמחוקק הישראלי לא התכוון לצמצם את ההגנה בענין זה בהשוואה למצבה קודם לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965.

יש, אפוא, בהוראת סעיף 2 כדי להעבירנו ממבחן פורמליסטי למבחן מרחיב יותר, התנהגותי, הוא מבחן זהות המעשים. אמנם גם בו אפשר למצוא ליקויים, ואין הוא מבחן מדויק די הצורך.⁵² אך בהיותו מרחיב את ההגנה נגד כפל האישום יותר מאשר המבחנים הפורמליים, ומונע את האפשרות לפצל את דינו של הנאשם לאור תוצאות המעשה הפלילי, למשל, עדיף מבחן זהות המעשים על פני מבחן זהות העבירות, והוא מממש ביתר שאת את מגמת האיסור נגד כפל-האישום מאשר הדין כפי שנקבע במשפט נכט.

⁵² "Whether any span of conduct is an act depends entirely upon the verb in the Kirchheimer, "The Act, The question we ask" (Note, 75 Yale, L.J. 276) ראה גם Offence and Double Jeopardy" (1949) 58 Yale L.J., 513, 524-5