

לזכרו של השופט אגרנט
1992-1906



בשורות הבאות מבקש אני להדליק נר-זיכרון לזכרו של נשיא בית המשפט העליון פרופ' שמעון אגרנט ז"ל, אשר הלך לעולמו ביום י"א באב תשנ"ב. הדרך הטובה ביותר לעשות כן היא להביא מהלכותיו של הנשיא אגרנט הזוהרות באור יקרות, ובלשונו־שלו. בחרתי לעשות כן כמעט אך ורק בתחום דיני העונשין (הן משום שקצרה ידי, והן משום שתרומתו בתחום המשפט החוקתי זכתה כבר לכיסוי משובח, בעיקר מפרי עטה של פרופ' פנינה להב), וגם כאן על דרך ההדגמה בלבד, ולא מתוך מגמה של מיצוי והצגת התמונה במילואה. בסימם של דברים, אומר גם דברים אחדים, כלליים יותר, על אגרנט – השופט והאיש, ועל מורשתו.

את תרומתו של הנשיא אגרנט לדין העונשין הישראלי ניתן לאפיין כהנחת היסודות והתשתית לתחום זה. על היסודות והפיגומים האלה הוספו נדבכים והוקם מבנה בנוי לתלפיות, גם אם בלתי מושלם. להקמת המבנה שותפים רבים, וזכות בכורה לתרומתו הייחודית העצומה של פרופ' ש"ז פלר; ואולם המבנה לא יכול היה לקום ללא היסודות האיתנים והמוצקים, ללא הבסיס העקרוני והמושגי האיתן ובעל העוצמה הרעיונית והעקרונית, שהניח הנשיא אגרנט.

בין היסודות המרכזיים של המבנה ראוי להכלטה מיוחדת עקרון האשמה. היה זה הנשיא אגרנט אשר החדיר למשפט הישראלי את הכלל הבסיסי לפיו נדרשת, ככלל, וגם מספיקה, מחשבה פלילית (mens rea) כתנאי להטלת אחריות פלילית. קביעה זו נעשתה תחילה בפרשת יעקובוביץ בהקשר של עבירה שהביטוי "זדון" כלול בה – סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין – סעיף 214(ג) לפקודת החוק הפלילי. מונח זה פורש כטומן בחזבו גם כוונה פלילית, גם "פזיזות פושעת בלבד" (ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' יוה"מ, פ"ד ו 514, 558).

בכך סטה הנשיא אגרנט כמורע מן המשפט האנגלי, תוך הסתמכות על המקורות העותמניים והצרפתיים של הסעיף. מחקרו ההיסטורי וההשוואתי העלה כי החמרת הריגה לרצח כאשר ההמתה נעשית אגב ביצוע עבירה אחרת מותנית כאחד משניים: בחומרה מיוחדת של העבירה האחרת (כגון שהיא פשע) או בזיקה נפשית (אצל העושה) בין ההמתה לבין העבירה האחרת. משום שהמחוקק שלנו לא נקט כתנאי הראשון והתייחס לכל עבירה, סבר השופט אגרנט, תוך שהוא מחזיק את המחוקק בחזקת מחוקק צדק, כי מתחייב:

קיום קשר אמיץ בין המתת הקרבן לבין המטרה של ביצוע מעשה פלילי אחר; שאם לא תאמר כן, לא יהא מנוס מהמסקנה, שהמחוקק המגדטורי קבע בסעיפו הלכה אשר, מנקודת ראות הנאשם, הנה חמורה יותר מזו שנקבעה במשפט האנגלי והצרפתי גם יחד, ולא היא. מאידך גיסא, אם נכיר אמנם בצורך להוכיח שקיים יחס בין המוטיב האמור לבין התוצאה הקטלנית, כי אז יהיה עלינו להסיק – וזו תהא, לדעתי, מסקנה נכונה – כי אותו מחוקק חתר לדרוש, שעה שקבע את היסוד המחמיר האמור, משהוא יותר מפעולה רצונית שבעטייה נגרם המוות ואף משהו יותר מאשר קנה-המידה

של השקפה אדם כרדעת רגיל בדבר אפיו המסוכן של המעשה הממית. (יעקובוביץ, 556).

ביוצקו תוכן לתוך המושג "זדון" סמך השופט ידיו על דברי הועדה שנתמנתה באנגליה ב-1839 להצעת תיקונים למשפט הפלילי דאז, לאמור:

"And so in all cases it is essential to the criminality of the act, both in law and morals, not only that the act should in its own nature under the circumstances be attended with peril to life, but that the offender should be aware of such peril. Where the offender does an act attended with manifest danger to life wilfully, that is, with knowledge of the consequences, he may properly be said to have the 'mens mala, or heart bent upon mischief'; but if he does an act, however dangerous it be in its own nature, without any knowledge or suspicion of its tendency, that is, if he does not wilfully place life in peril, he cannot be said to show the mens mala or heart bent on mischief". (יעקובוביץ, 559)

ואולם, הנשיא אגרנט העמיד דרישה זו, של מחשבה פלילית, גם ביחס לעבירות שהביטוי "זדון" אינו מופיע בהגדרתן. הוא עשה כן ביחס לעבירת ההריגה, בפרשת דויטש (ע"פ 1/52, פ"ד ח 456), וגם כאן תוך סטייה מן המשפט האנגלי, שבו עבירת ההריגה יכולה להתקיים גם מכוח התרשלות רבתי, מבלי שמצטרפת אליה פזיזות. זאת — תוך גילוי פנים לכך גם בהלכה האנגלית ותוך הסתמכות על המשפט האמריקאי ועל מחברים משני עברי האוקיינוס האטלנטי. את האבחנה בין הרשלנות האזרחית לבין עבירת ההריגה, ביקש הנשיא אגרנט להעמיד על אבחנה ברורה (ולא על ביטויים עמומים כגון: "האם קיים פשע ואם לאו" (ראה עמ' 464 למטה), ועל הבדל איכותי ולא כמותי (ראה עמ' 467 מול ג') ואלה דבריו:

ואולם, בהוכחת קיום יסוד זה לא סגי, כי אם דרוש שהקטיגוריה תוכיח גם "פזיזות" מצד העבריין, דהיינו, שהיה ער לסכנה שהיתה צפויה מהתנהגות לחייהם או לגופם של אחרים. כנדון זה תומך אני יתדותי לא רק בדעת טובי השופטים והמלומדים שהזכרנום, ולא רק בנימוק כי המדובר בעבירה הגוררת עונש מכסימלי של מאסר עולם, כך שלא יתכן לוותר לגביה על הדרישה היסודית של המשפט הפלילי להוכחת *mens rea*, אלא גם בנימוק הנוסף כי המושג "רשלנות רבתי", או "חוסר זהירות בדרגה גבוהה", איננו מושג מדויק, והחלתו תלויה — בזאת הכל מודים — במסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. רצוני לומר: במקרים רבים השאלה אם התנהגות הנאשם הגיעה לכדי סטייה חמורה מהנורמה של זהירות סבירה תהיה בוודאי ניתנת להיפתר בנקל, אולם אין ספק כי במקרים אחרים — אף הם רבים — התשובה לשאלה אם אותה התנהגות מצויה מעבר מזה או מעבר מזה לקו המבדיל בין "אי זהירות

רגילה" לבין "אי זהירות רבתי", עשויה להשתנות לפי השקפתו האינדיבידואלית של כל שופט ושופט הבא להעריך את המסיכות". (דויטש, 470). "מה היא מידת הפזיזות הדרושה כדי לקיים את המבחן האיכותי? אני משיב על כך, כי אין זה הכרחי שהנאשם יחזה מראש את התוצאה הקטלנית דווקא, כי אם מספיק הדבר — כאשר המדובר בגרימת מוות על-ידי הפרת חובה מחובות הזהירות האמורות בסעיף 231 — שחזה כאפשרות קרובה כי התנהגותו תגרום נזק ממשי לגופו של אדם. במלים אחרות, די אם הנאשם היה ער לכך שסכנה לחיים או לבריאות נשקפת ממעשהו. קיצורו של דבר, אם התנכר הנאשם — כלשון זקן השופטים במשפט Bateman הנזכר — לבטחוננו של הזולת, ולא דווקא לחייו, הרי לפנינו מידת הפזיזות המספקת. (דויטש, 471).

ומן העבירה החמורה של הריגה נפרשה דרישת המחשבה הפלילית אל כלל העבירות. וכך קבע הנשיא אגרנט בענין חכם:

הכלל הוא, כי על בית המשפט לפרש, במבט ראשון, הוראת חוק הקובעת עבירה מסויימת, מתוך הגישה כי "מחשבה פלילית" מהווה אלמנט הכרחי של אותה עבירה, אף שהנחה זו לא תחול כאשר היא נסתרת, במפורש או מכללא, על ידי ניסוח החוק — כאשר קוראים את חלקיו השונים ביחד — או על-ידי המטרה המבצבצת ממנו. (ע"פ 156/58 יוה"מ נ' חכם, פ"ד יג 651, 659).

כפרשת אבורביעה החיל הנשיא אגרנט את דרישת המחשבה הפלילית על העבירה של חטיפת קטין (סעיף 255 לפת"פ), תוך סטייה מן ההלכה שנפסקה באנגליה ביחס לעבירה המקבילה בענין *Reg. v. Prince* (ע"פ 390/62, 291 אבורביעה נ' יוה"מ, פ"ד יז 2913, 2930, 2939).

עקרון האשמה עמד לנגד עיניו של הנשיא אגרנט גם בסוגיה של הדחף שאינו ברכיבוש, הנובע ממחלת גפש, כפי שבאה לידי ביטוי בפסק דינו המונומנטלי בענין מנדלברוט. הנשיא אגרנט הגיע למסקנה כי יש להכיר בדחף כזה כפותר מאחריות פלילית על סמך ההנמקה הבאה:

אם נעמוד כאן לרגע קט ונבחן את השאלה שלפנינו באספקלריה של עקרון יסוד זה — שזו היא בעיה של צדק ומוסר, אשר על כן חולה הרזח פטור מאחריות, הואיל ואחרת הענשתו בשל מעשהו הפלילי כמזה כהענשה בשל טרופו, דבר שרגש הצדק סולד בו — אזי קשה, אם לא בלתי אפשרי, יהיה לרחות את ההגנה של אי-יכולת לשלוט בכוח הרצון או לעמוד בפני דחף פנימי, כאשר הוכח שמצב נפשי זה קיומו נעוץ במחלה בה לקה הנאשם בשעת מעשהו". (ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' יוה"מ, פ"ד י 281, 311).

השופט אגרנט דבק במסקנה זו אל מול שיקולים כבדי משקל, שלכולם היה

ער ועם כולם התמודד: עם מטרת "ההפחדה" שבענישה, לאמור, "האם המטרה של 'למען ישמעו וייראו' אינה מחייבת, איפוא, שנדחה את ההגנה של 'דחף שאין לעמוד בפניו' גם כאשר מקורו במחלה נפשית?" (שם, 312); עם קשיים הוכחתיים הכרוכים בהכרה זו; עם עמדתו השונה של המשפט האנגלי; עם לשונו של החוק שבלשון המעטה איננה מובילה באופן פשוט להכרה כזו, ועם חבריו להרכב. עם כל אלה התמודד השופט אגרנט, וגם יכל.

ביטוי חזק ונוקב לעקרון האשמה נתן השופט אגרנט בענין גדיסי, ואלה דבריו:

אין ספק, שהתורה הזאת [תורת האחריות המוחלטת – הערה שלי – מ' ק'] עומדת בסתירה לאשיותו של המשפט הפלילי. כידוע, מקפל בתוכו ענף זה של המשפט את הרעיון של ענישה צודקת ואילו רגש הצדק מתקומם נגד ענישת אדם "על לא עוול בכפו", כלומר, בלי שרבעה עליו כל אשמה מוסרית להתנהגות שפגעה באיסורו של החוק. מכאן, עקרון היסוד הקובע שאין עבירה בלי שנתלוותה למעשה או למחדל מחשבה פלילית (mens rea). אפילו עבירה המענישה על רשלנות רגילה ואשר אינה מתחשבת במצבו הנפשי של עבריין בשעת מעשה מושתתת על העקרון של "אשמה" (fault), שהרי תוכן העבירה הזאת נעוץ באי-שמירה על רמת הזהירות, לפיה היה נוהג אדם "סביר" בנסיבות המקרה... אכן, אם משמעותה האמיתית של האחריות המוחלטת היא, שהאדם, אשר לא שמר על רמת הזהירות שקבע המחוקק, מוחזק כרשלן ושהנחה זו אינה ניתנת לסתירה, כי אז יש לומר שאין גם כאן משום סטייה, לפי ההגיון, מהעקרון של "אשמה". לא זו בלבד, אלא מן הדין להניח כי בקבעו את סטנדרד הזהירות, הטמון בעבירה של אחריות מוחלטת, התחשב המחוקק ביכולתו של האיש הממוצע לקיימו וכן, שברוב המקרים, בהם הורשע אדם פלוני בעבירה כנ"ל, גם לא היתה הצדקה בפועל להפרת הסטנדרד על ידי העבריין, כך שהצידוק לענישתו היה נעוץ באשמתו הרשלנית. לעומת זה, גם היו – ועלולים להיות – מקרים שבהם עשה אדם אלמוני את הכל כדי לשמור ולהקפיד על רמת הזהירות הסטטוטורית אך נכשל בכך הודות לנסיבות מיוחדות, שלא יכול לדעתן או לשלוט עליהן מראש ואשר, מכל מקום, אינן מצביעות על כל אשמה רשלנית מצדו. בולט הוא, כי עצם סטנדרד הזהירות, נשוא העבירה מהסוג בו עסקינן, אינו מהווה אלא נורמה כללית המתפשטת איפוא גם על המקרה הקונקרטי, אשר נסיבותיו המיוחדות שוללות רשלנות בפועל מצד הנאשם ומכאן, שתורת האחריות המוחלטת [ההדגשה אינה קיימת במקור – מ' ק'] – להכדייל מהעבירה המענישה על רשלנות רגילה – אינה מתחשבת בהן כל עיקר. נמצא, שתורה זו מביאה, שעה שמדובר במקרה בו נתהוו נסיבות כנ"ל, לידי תוצאה ענשית בלתי צודקת. (ד"נ 11/65 גדיסי נ' יוה"מ, פ"ד כ(1) 57, 68).

מכאן, הצעתו למחוקק שיאמץ את הפתרון של אחריות "דרווקנית" להבדיל מאחריות מוחלטת.

דהיינו כי יכשיר בידי הנאשם את ההגנה — הגנה שיהיה מחובתו להוכיחה — כי בנסיבות הענין הוא עשה כל מה שאפשר היה לצפות שיעשה אדם סביר כדי לקיים את סטנדרד הזהירות הסטטוטורי ושהסיבה להפרת הסטנדרד על ידיו לא היתה נעוצה ב-*mens rea* או ברשלנות. (שם, 71).

הצעה זו ניתן ביטוי בהצעה שהוכנה על ידי ועדת מומחים כראשות הנשיא אגרנט לחלק כללי לחוק עונשין חדש, ובשינויים מסויימים היא עברה לאחרונה קריאה ראשונה בכנסת.

נאמנותו של הנשיא אגרנט לבסיס הסובייקטיבי של האחריות בפלילים הביאה אותו בענין דהאן ובן-הרוש להכנסת יסוד סובייקטיבי למבחן של "תוצאה מסתברת" שבסעיף 28 לחוק העונשין. על טיבו של המבחן-גופו כמבחן אובייקטיבי לא ניתן היה לפקפק, ואולם נותרה השאלה:

אלו הן עובדות המקרה, אשר (בנוסף למהות המזימה ההיא) באות בחשבון לצורך המבחן הנ"ל — לאמור: האם מן הדין להטילו אך על העובדות הרלוונטיות, עליהן היתה לנאשם המסייע ידיעה ממשית, דבר הכולל, בעיני המשפט הפלילי, גם את המצב הנפשי של "עצימת העיניים"; או שמא דרוש להתחשב גם באותן העובדות שלא ידע אותן מראש ובנוכחותן לא חשד אז, אך אשר היה חייב לדעתן אילולא נמנע בשעתו, מתוך רשלנות גרידא, לחקור בהן ולבררן, דבר האומר שיש להחזיקו "בידיעה קונסטרוקטיבית" לגביהן. (ע"פ 377/67 דהאן ובן הרוש נ' מ"י, פ"ד כג(1) 197, 229).

וכך השיב עליה הנשיא אגרנט:

אם גם יש להודות שהביטוי "תוצאה מסתברת" — ואם תרצה: "צפיות סבירה" — סובל, כרגיל, פירוש המתחשב במושג של ידיעה קונסטרוקטיבית, הרי לצורך החלת המבחן שלנו, באות בחשבון רק אותן העובדות הרלוונטיות, שהיו בידיעתו הממשית של הנאשם-המסייע, לרבות העובדות שכפניהן עצם את עיניו. (שם, 229, 230).

הנשיא אגרנט היה מודע היטב לאבחנה בין החזקה העובדתית, לפיה מתכוון אדם לתוצאות הטבעיות של מעשיו, שאינה אלא כלי עזר הוכחתי, לבין האופי הסובייקטיבי-אינדיבידואלי של המחשבה הפלילית מבחינה מהותית. יתר-על-כן, הוא היה ער לסכנה של טשטוש תחומים ביניהם ושל מיסמוס האופי הסובייקטיבי של המחשבה הפלילית עקב טשטוש כזה. לפיכך, עמד על אבחנה זו כבר בעניין יעקובוביץ, ולא נלאה מלחזור עליה גם בפסקי דין אחרים שלו. בתחום המחשבה

הפלילית היה הנשיא אגרנט שותף בפיתוח שני תחליפים רבי חשיבות, מבחינה עניינית ומבחינה מעשית, לדרישות עיקריות של כוונה או מטרה, ושל מודעות. את הצפייה בדרגה גבוהה של הסתברות כתחליף לכוונה או מטרה, הזכיר הנשיא אגרנט לראשונה בפרשת גרינוולד (ע"פ 232/55 יוה"מ נ' גרינוולד, פס"ע לב 3, 60, 61) תוך הסתמכות על גלנויל ויליאמס ועל הלכת כהנוביץ (ע"פ 48/49 כהנוביץ נ' יוה"מ, פ"ד ב 890), ועשה בה שימוש הלכתי מחייב בענין עגמי ושלום (ע"פ 63/58 עגמי ושלום נ' יוה"מ, פ"ד יג 421) ובענין פלוני (ע"פ 122/61 פלוני נ' יוה"מ, פ"ד טז 2397).

על "עצימת העיניים" עמד הנשיא אגרנט תחילה בענין אבורביעה (שם, 2929) והוא היטיב לתאר ולאפיין את ההבדל בינה לבין "הידיעה הקונסטרוקטיבית" בענין המטפרסט:

רצוני רק להטעים כי יש להבחין היטב בין המושג של "עצימת העיניים" לבין זה של "ידיעה קונסטרוקטיבית". המושג הראשון פירושו, כי הנאשם חשד בנוכחותה של העובדה הנדונה אך נמנע מלחקור בדבר, הואיל ו"לא רצה לדעת", פן תתאשר העובדה ואז לא יוכל להכחיש, לאחר מעשה, שידע עליה. בנסיבות כאלה — והן מעידות על מצב נפשי שיש בו גוון של חוסר תוס-לב — "אפשר כמעט לומר, כי הנאשם באמת ידע" (ג' ויליאמס, שם, ע' 159 והערה 9). לעומת זאת, המושג "ידיעה קונסטרוקטיבית" פירושו, שאדם פלוני היה חייב לדעת, בשעת מעשה, על העובדה הרלוונטית, שלא היתה ידועה לו, באשר היו בידיו אמצעי החקירה הדרושים, אלא שגמנע מלנצלם, לא מפני "שלא רצה לדעת", כי אם מתוך רשלנות גרידא. מושג זה מקורו בתורת הרשלנות האזרחית, המייחסת לאדם, שהיה נתון בתנאים האמורים, "ידיעה קונסטרוקטיבית". (ד"נ 8/68 המטפרסט נ' מ"י, פ"ד כב(2) 536, 546).

אין זה מפתיע כלל שדווקא הנשיא אגרנט טבע חותם כה עז בתחום האשמה ותרם בו תרומה כל-כך מכרעת. השקפתו הליברלית, המעמידה כראש מעייניה את האדם והמתייחסת אליו כאל מי שמסוגל להיות שותף אמיתי בהכרעות הפוליטיות ולהכריע נכון בשוק החופשי של הרעיונות, כפי שהיא באה לידי ביטוי בתפישתו החוקתית, היא גם שהדריכה את גישתו בתחום דיני העונשין, לפיה האדם הוא יצור תבוני בעל חופש בחירה, הוא מסוגל להבחין בין טוב לרע, ויכול לבחור בטוב. אשמתו המשפטית, היא גם זו המוסרית, המתבטאת בבחירה מודעת של הרע. ואכן, כך כתב השופט אגרנט במאמרו "התפתחויות במשפט הפלילי" (עיוני משפט יא (תשמ"ו) 33) אודות "הרציונלה המוסרית של המשפט הפלילי, אשר משמעותה היא... שאין זה צודק שאדם ישא באחריות פלילית להתנהגותו ויהא צפוי לענישה עליה, אלא אם היתה תולדה של בחירה חופשית" (שם, 43). גישה זו עומדת בסימן התייחסות אופטימית לטבע האנושי: "טעמו של העקרון האמור — והוא טעם מוסרי — טמון בהנחה, שאילו היה יודע הנאשם, בשעת מעשה, את

פני הדברים לאשורם, היה נמנע מלכצע את המעשה הנדון" (אבו רביעה, 2934). גישה אופטימית כזו באה לידי ביטוי גם בענין גרינוולד:

ואשר לאפשרות שתתהווה תוצאה מזיקה איזו שהיא, שלא היתה מתהוית אילו היתה מוטלת, על מאן דהוא, חובה חוקית לפעול לשם מניעתה, הרי לגבי מקרה מסוג זה משליכה המדינה את יהבה על קיום החובה המוסרית לפעול כך, וכן על הרתיעה שעלול להירתיע האדם, שעל שכמו רוכצת חובה כזאת, מפני הביקורת הציבורית שתימתח עליו כאשר יפר אותה. (גרינוולד, 69, 70).

מכאן, הפטור מאחריות פלילית – במקרה הפתולוגי, למי שעקב דחף לאור-בריכוז איננו יכול להימנע מעשיית המעשה, ומכאן, מן הדגש על המימד הקוגניטיבי-האינטלקטואלי בתהליך הבחירה החופשית – גם ההשוואה בין המודעות בדרגה גבוהה של הסתברות לבין כוונה, ובין עצימת עיניים לבין מודעות. מכאן גם – מתוך מתן מלוא המשמעות לאוטונומיה המוסרית של היחיד וצמצום האחריות של אדם למעשים של אחר מתוך אחריות (להבדיל ממעשי אחר מתוך עיוורון או בדלית ברירה) – גישתו לענין אי ייחוס אחריות ליוצר מצב מסוכן בשל התממשותו כתוצאה מהתערבות גורם זר בעל אוטונומיה. (ע"א 23/61 סימון נ' מנשה, פ"ד יז 449; ע"פ 18/66 קורניק נ' יוה"מ, פ"ד כ(2) 163).

נאמנותו של הנשיא אגרנט לחירות הפרט לא באה לידי ביטוי רק בענין קול העם. המעיין בפרשת פרנקל (ע"פ 163/51 פרנקל נ' יוה"מ, פס"ע ז 370) אינו יכול שלא להתפעם מחדות הניתוח המוביל מן המסקנה בדבר העדר בסיס חוקי למעצרו של המערער לזכותו של האחרון להתגונן מפני ההתיימרות לעצרו, שהיא תקיפה בלתי חוקית, ומדחיית הרעיון שהיה על המערער להסכים להתלוות למתלונן לתחנת המשטרה, ועל ידי כך למנוע את סכנת החבלה שנסקפה לו, ואלה דבריו:

גם הנמקה זו איננה נראית לנו, באשר המערער לא היה חייב כלל להכנע לרצון המתלונן וללכת אתו למשטרה. במלים אחרות, המערער היה זכאי לשקול ולהסיק כי ריחפה עליו סכנת חבלה בגופו אם ימשיך להתנגד למעצר הבלתי חוקי שניסה המתלונן לבצע נגדו, והיה לו צידוק מלא לאחוז בכל אמצעי הגיוני העשוי להרחיק ממנו סכנה ממשית זו. יתר על כן, היתה לו הזכות המוחלטת לעשות זאת בלי שיהא נאלץ להסכים לעצירתו או לותר בדרך אחרת על זכותו לחופש תנועה. במשפט (*R. v. Curvan* 168 E.R. 1213) זוכה הנאשם מעבירת פציעה כשהוכח כי פצע את המתלונן בסכין לאחר שזה נסה, על ידי איום במקל, לעצור את הנאשם, שלא כחוק, ולא שעה לאזהרת הנאשם כי יתן לו ללכת לדרכו. פסק זיכוי זה ייראה אולי כמקרה קיצוני, אך הוא מדגים, כפי שהעיר לורד דה פרק במשפט Christie הנ"ל, מה רחוק הוא הגבול שעדיין זכאי אדם ללכת כדי להגן על חירותו. (שם, 375).

נאמנותו של השופט לחרות הפעולה של היחיד באה לידי ביטוי גם בדברי

הסתייגות שהביע כלפי היקף עבירת הקשר במשפטנו (ע"פ 441/72 בשן נ' מ"י, פ"ד כז(2), 141, 147-149) וכלפי עבירות השוטטות (פרנקל, 376).
השופט אגרנט תרם תרומה חשובה לפיתוח המשפט הפלילי אף מעבר לעקרונות האשמה. לא אעמוד על כל פרטיה. אזכיר רק את כושרו בפיתוח וגיבוש אבחנות מושגיות, כגון זו שבין התנהגות אקטיבית לבין מחדל (מול הנטייה הרווחת לזהות כל התנהגות רשלנית כמחדל) בענין סמין (ע"פ 286/62 סמין נ' יוה"מ, פ"ד יז(3), 1788), או בין נסיבות לבין תוצאות וההבדל ביסוד הנפשי כלפיהן, בענין אבו רביעה (שם, 2933, 2934), או בין התנהגות לבין נסיבות (גדיסי, 64), או בין המסייע שאינו נוכח לבין המבצע בצוותא, הקרוי אמנם בפיו מסייע, לענין האחריות הנגזרת לעבירות נוספות או אחרות לפי סעיף 28 לחוק העונשין (דהאן ובן הרוש, 237).

ראויה לאזכור גם — אם תורשה לי פלישה אל תחום הדיון הפלילי — תרומתו בנושא סמכויות היועץ המשפטי לממשלה. גם אם היתה תרומתו מצטמצמת לחוות דעת הועדה בראשה עמד לענין עצמאות היועץ המשפטי בהפעלת סמכותו לפי חוק לענין העמדה לדין, לפיה לאחר שנטל עצה מן השר הנוגע בדבר או מן הממשלה כולה ויחס לה את המשקל הראוי, רשאי היועץ להחליט לפי שיקול דעתו שלו גם בניגוד לעצה, בעניינים בעלי משמעות בטחונת ומדיניות, היינו אומרים "דיינו" על תרומה מכרעת לקיום ולביצור שלטון החוק במדינה.
דברים חשובים, הראויים להיזכר תמיד, על שלטון החוק כתב השופט אגרנט גם בענין אוהנה (ע"פ 121/53 יוה"מ נ' אוהנה, פ"ד ח 92):

לדעתנו, לא יהיה זה מן הדין, כי נסטה — בבואנו לתת פירוש למונח המובא בהוראה פלילית — ממשמעותו הרגילה והמקובלת של אותו מונח, רק כדי לקיים מה שנראה כמגמה שהיתה רצויה למחוקק אילו חשב עליה. (שם, 105).

וראה גם: ע"פ 281/69 בר"שלוס נ' מ"י, פ"ד כ"ג(2), 85.
כבעל מוח תוסס ופורה וכמי שניחן ביושר אינטלקטואלי ללא סייג, נמשכה הגותו של אגרנט גם אחרי פרישתו מכס השיפוט והוא לא היסס להציע תיקונים ושיפורים למשנתו.

כך, למשל, הודיע בריש גלי כי הוא חוזר בו מהדעה שהביע בענין גדיסי בנושא דרישת ה"רציה", לפיה חלה דרישה זו רק במקום שה-actus reus של העבירה טומן בחובו מעשה חיובי או מחדל מכוון, אך אין לה מקום כאשר האקטוס ראוס הוא מחדל רשלני ומחדל מסוג איסור מוחלט. וכך כתב:

והנה, לימים נוכחתי לדעת שניתן לפתור את בעיית המבחן שצריך לשמש נר לרגלינו בנדרן, אם נציג לעצמנו את השאלה: אימתי יש לראות באפס מעשה משום מחדל שאיננו ברצייה? התשובה לכך, אשר לא יהיה לנו מנוס ממנה, תהא: כאשר בעל המחדל היה שרוי במצב, בו היה חסר יכולת (כושר — capacity) לשלוט על תנועותיו הגופניות, וממילא לא יכול היה לבחור בין עשיית הפעולה הנדרשת

לבין אי-עשייתה... סיכומו של דבר, השקפתי היום היא, שדרישת הרצייה תופסת לשם התהוותה של כל עבירה ללא יוצא מהכלל, לרבות, איפוא, מחדל רשלני ומחדל מסוג איסור מוחלט. (עיוני משפט יא 39, 40).

וכך העמיד אגרנט דברים על מכונם גם בנושא הגנת "טעות בעובדה":

ברם, מגמתי העיקרית כאן היא להתייחס לתנאי של סבירות הטעות, כדי להבהיר שאין לו נפקות כתנאי מהותי – להבדיל מההיעזרות בו כמבחן ראייתי לקביעת אמיתותה של הטעות – וזאת כאשר מדובר במקרים של עבירות הטומנות בחובן יסוד של מחשבה פלילית לצורותיה, כך שהחובה להוכיח את דבר קיומו מוטל על שכם הקטיגוריה. פרשנות זו מעוגנת בטעמים הבאים:

1. התנאי האמור כתנאי מהותי מתנכר לעקרון האתי-מוסרי, שאר-דותיו דובר לעיל.

2. הדרישה של סבירות הטעות משמעה, הזקקות לקריטריון של רשלנות, חוסר זהירות, שזהו קריטריון אובייקטיבי, והוא עומד, איפוא, בסתירה ליסוד המחשבה הפלילית. ברי ששורת ההגיון מחייבת, שאם מתקבלת הטענה של טעות בעובדה, הרי שיש בה כדי לשלול את קיומו של היסוד הנפשי האמור, והוא הדין אפילו אם מחומר העדות עולה אך ספק, שמא יש באותה טענה אמת.

3. פרשנות זו אין לראות בה משום התעלמות מגזירת הכתוב בסעיף 17 ה"ל, וזאת מחמת הסייג בסיפא: "והוא כשאין הוראה אחרת מפורשת או משתמעת". והלא ההגדרה של עבירה, המצריכה קיום יסוד נפשי, היא "הוראה אחרת". (שם, 47, 48).

ועוד לימדנו אגרנט, באותות ובמופתים, כי ההלכה שעניינה אחריות סולידרית של קושרים, מבוססת

על הרעיון המוטעה, כי החזקה שאדם התכוון לתוצאה שצמחה בדרך טבעית או מסתברת מהתנהגותו היא חזקה סופית – קרי כלל מהותי – בו בזמן שאלו דברים המושפטים העליון דכאן אין זו אלא הנחה ראייתית, הניתנת לטחירה. נמצא כי ההלכה האמריקנית, אותה מכנים בשם ה"Pinkerton Doctrine" מתעלמת מדרישת המחשבה הפלילית. הוא הדין... באשר להלכת קיזור, היונקת מלכתחילה מאותו רעיון. (שם, 63).

ומן הפרטים של ההכללה, אל מאפייני דרכו של הנשיא אגרנט ביני העונשין, ומעבר להם.

הנשיא אגרנט השתית את המשפט הפלילי על אדנים מוסריים: כך – עקרון האשמה, כך גם תורת המחדל הפלילי (גרינוולד). וזאת, כמובן מבלי לזהות את

המשפט הפלילי עם המוסר, ותוך השארת מרחב של התנהגויות בלתי רצויות למוסר בלבד.

במרכז משנתו עמד הרעיון כי המשפט הפלילי צריך להיות משפט צדק. הקורא את פסק הדין בענין מנדלברוט חש כי הוא מצוי בשדה מערכה פנימי, בהתגוששות בין כוחות מתרוצצים, אדירי עוצמה: כוחה של התועלתנות, של שיקולי הרתעה והפחדה, ומולם כוחו של הצדק, והוא הדין בפסקי הדין של השופט ויתקון והנשיא אגרנט בענין גדיסי. אצל הנשיא אגרנט גברה ידו של הצדק. בענין מנדלברוט מסביר תחילה השופט אגרנט כי גם שיקולי הרתעה אינם מצדיקים אי הכרה בדרך שאינו בר כיבוש כפוטר מאחריות פלילית, שכן מי שסובל מדחף כזה אי אפשר לעצרו, גם לא בכוח האיום של נורמה פלילית. אחר כך, הוא מניח גשר רב חשיבות בין שיקולי הרתעה לבין שיקולי צדק, תוך העמדת ההרתעה לא רק על משמעותה כהפחדה אלא גם על הפן החיובי שלה: הפנמת ערכים וחיזוק האמון של הציבור בסדר החברתי-משפטי והקשר ההכרחי בין גישה חינוכית זו לבין עשיית צדק ואי עשיית עוול. ואלה דבריו – תוך ציטוט מגוטמכר וויהופן – "כן לא תהיה העונשתו של אדם כזה בעלת ערך כדוגמה לאחרים. האיש הממוצע אינו נתון לסכנה של התגברות יצרו הפנימי בראותו יוצא חופשי מעונש אדם שאין לו... כושר להימנע ממעשהו. להיפך, העונשתו של זה עשויה לפגוע בחוש ההגיונות והצדק של האדם הממוצע". (שם, 313).

הנשיא אגרנט לא נרתע גם מפני התמודדות חזיתית בין שני כוחות אלה, וזו הכרעתו:

ולבטוף, גם אם נהיה סבורים – ואיני גורס כך – שאין לסמוך לעולם כי האיום של החוק הפלילי לא יהיה עשוי, במקרה מסויים של "דחף חולני", להשפיע על ההתנהגות, גם אז השיקול המכריע חייב להיות זה הנעוץ ברגש הצדק הפועם בלב כל אחד ולא בשיקול, שאולי היראה מפני העונש בכל זאת יהיה כה כדי להכריע את כף המאזניים, במחשבתו של הטובל מדחף כנ"ל, לטובת רחיעה או הימנעות. (שם, 313).

גם בענין גדיסי סבר הנשיא אגרנט כי מבחינת הדין הרצוי אין להקריב את האינטרס של היחיד אשר התנהגותו היתה ללא דופי לטובת האינטרס של הכלל. תורתו של השופט אגרנט היא כמגדלור על פני המים הסוערים של שיקולים תועלתניים, עליהם מטלטלת ספינת המשפט, ומשמעות האיתות מן המגדלור היא: לאט לכם! הימנעו מפגיעה בצדק בשל שיקולי תועלת! אל תקריבו את הפרט על מזבח טובת הכלל! אין להעניש את מי שלא חטא ולא טרח! לא די בכך שהמטרה ראויה, גם האמצעי צריך שיהיה הולם! האמצעי של הדין העונשי אינו מתאים מקום בו יש רק סכנה שלא מתלווה אליה אשמה. אין לנקוט באמצעי של הרס בתים משום שאין הוא אנושי.

אפשר שהמאבק בין שיקולים תועלתניים לבין שיקולי צדק מופיע בצורה כה דרמטית דווקא בפסיקתו של אגרנט לא רק משום שהשופט אגרנט נהג לפרוש ולפרש את נימוקיו ושיקוליו, אלא גם משום ששילב כשופט ומורה גישה שיפוטית

יחד עם גישה אקדמית עיונית. חתירתו לצדק באה לידי ביטוי גם במגמה של התאמת הדוקטרינה המשפטית גם למקרה המיוחד, יוצא הדופן, כמו למשל החריג להלכת הצפיות שהציע בענין גרינוולד, כאשר המסייע יודע אמנם את מזימת המבצע והסתברות הביצוע גבוהה מאוד בעיניו, אך הוא מושיט לו עזרה באי רצון גמור ובלחץ הנסיבות ותוך תקווה או צפיה שהעברייך בכל זאת לא יגשים את מטרתו הנפסדת. באה לידי ביטוי כאן מגמה כמעט קונטיננטלית להציע פתרונות נורמטיביים בתחום הדוקטרינה למקרים השונים, וככלל זה למקרים הבלתי רגילים. את חתירתו לצדק ניתן למצוא גם בטיפול שלו בעובדות: ראייתו היתה מקיפה וכוללת, באופן שאיפשר לו לראות גם את צד הזכות מבחינת המשמעות העולה מן הנתונים לענין קביעת הממצאים העובדתיים, וגישתו ההומניסטית הובילה אותו למשוך קו זכות מן העובדות, כאשר היה בכך משום ההגיון, ומבלי לעבור על המידה, ומבלי להפליג אל עולם ההשערות הבלתי מבוססות והבלתי סבירות. דוגמאות מעטות לכך יוכלו לשמש פסקי הדין בענין פרנקל ובענין גולדשטיין. (ע"פ 78/71 עמר, גולדשטיין נ' מ"י, פ"ד כו(1) 421).

חוש הצדק של השופט אגרנט הנחה אותו גם בשלב חריצת הדין וכאשר העובדות המיוחדות של המקרה היוו אמנם הפרה של הנורמה מבחינה פורמאלית, אך לא התקיימה בהן החומרה המהותית המאפיינת עבירה מאותו סוג בדרך כלל, לא היסס מהסתפקות בעונש סמלי. (ע"פ 45/49 מפן נ' יוה"מ, פ"ד ד 123).

בגישתו השיפוטית של הנשיא אגרנט באים לידי ביטוי עושר נדיר של מתודות ומקורות. בצד ניתוח לשוני מדויק ולימוד על העבירה ממוקמה בחוק ומן הערך המוגן שלה, הוא משל ביד רמה במתודה ההסטורית וההשוואתית. בחקירה זו הוא גילה ענין עצום בהיסטוריה של הרעיונות, וחתר לעבר הבנה מעמיקה ויסודית ככל האפשר של התופעות החברתיות והמשפטיות [ראה, למשל, דינו בשינויי הגישה לאישיות האדם בענין מגדלכרוט מאישיות הנשלטת לחלוטין על ידי השכל לאישיות שתופשים בה מקום של כבוד גם הרצון והרגשות]; התייחסותו אל המשפט היתה תוך הסתכלות דינמית, תוך הבאה בחשבון של המתחדש – הן בתחום המדעי והן בתחום הרעיוני, ושל התאמת המשפט אל מציאות חיים ותפישות מציאות משתנות. בבוחנו הסדר משפטי הוא לא הסתפק בבחינה השגרתית והמקובלת של הכלל המשפטי כפי שהוא בחוק ובפרוש המחייב שלו אלא בחן גם מתוך גישה ריאליסטית וחתירה אל האמת את המציאות המשפטית למעשה: את פעולתם ונוהגם של בתי המשפט דלמטה ואת מעשי הרשויות המשחתפות בהליך המשפטי בשלבי המוקדמים והמאוחרים. הוא ידע יפה כי רק בדיקה מקיפה ומלאה כזו מאפשרת קבלת תמונה, ורק על פיה ניתן להעריך את ההסדר המשפטי הנבחן. פסקי הדין שלו מצטיינים בהצגה מלאה של השיקולים, בהבאה, מתוך הגינות ויושר אינטלקטואלי, של הנימוקים הנוגדים, ושל התמודדות אמיתית איתם. וזאת, מבלי להסתיר שלפתרון שנבחר יש מחיר, ומבלי לנסות ליפות או להאדיר אותו. בולטת בהם המגמה של חשיפת הלוז, חוט השדרה של התחום, והעמדת הכללים המשפטיים על התשתית הרעיונית והמוסרית ממנה הם נגזרים. בשקלא וטריא שלו אין כמעט חומרים שאינם משמשים בידיו: דברי חוק של מדינות אחרות, הצעות חוק ודו"חות ועדות, דברי מלומדים בתחום המשפט ומחוצה לו (במקום בולט

וחשוב), פסיקה זרה על זרמיה ותת-זרמיה. וכולם — היו כחומר ביד היוצר, והוא השכיל למזגם ולשלבם כמעשה אורג, מלאכת מחשבת, וליצוק מהם בנינים רבי-קומות, בנויים לתלפיות, בצורה מסודרת והגיונית. הוא הושפע לא אחת מצד העונש שקצוב לעבירה לענין יסודותיה (רויטש, אבור-ביעה), אך בעיקר ידע לגשר ולקשר בין השיקולים המרכזיים שביסוד הענישה לבין הנובע מהם לענין יסודות האחריות הפלילית.

השופט אגרנט חולל מהפכה בדין העונשי הישראלי. הוא ניתק אותו מן המשפט האנגלי, ובשאלות יסודיות ביותר פיתח דין עונשי ישראלי מקורי, כפי שתואר בפרוט לעיל, מודרני יותר והולם יותר את מציאות ימינו — מבחינה מעשית ומבחינה רעיונית. התייחסותו אל המשפט האנגלי, כמו גם אל חומרים זרים אחרים, היתה תמיד של חיקוי מתוך טמיעה ולא של חיקוי מתוך התבוללות. השופט אגרנט היה, איפוא, מהפכן, אולם הוא היה מהפכן מסוג מיוחד, מהפכן ללא חוצרה ורגל, כמעט מהפכן מחתרתי שביקש להצניע את תרומתו לשינוי וכמו להבליע אותו בזרם הכללי של התפתחות המשפט. הוא נפרד מן המשפט האנגלי מתוך יחס של כבוד, מתוך נסיון להבין את הפתרונות שבו, וכאמור תוך התמודדות עימם. הוא חתר לגלות פנים במשפט האנגלי המתיישבים עם גישתו, וכאשר לא מצאם בפסיקה, מצאם במקורות אחרים, וכאשר לא מצאם במשפט האנגלי, מצאם בשיטות משפט אחרות (ארה"ב, אוסטרליה, סקוטלנד וכו'). ברור כי השופט אגרנט לא נקט עמדה זו או אחרת משום שכך נהגו בסקוטלנד. הוא מצא להסתמך על סקוטלנד הן כדי להצניע את תרומתו הייחודית והן כדי להבליט את אופיים הכללי-האוניברסלי של העמדות בהן נקט.

השופט אגרנט עשה זאת מתוך גישה של זהירות שאפיינה את דרכו השיפוטית (כפי שבה לידי ביטוי ברתיעתו מליצור אחריות דווקנית באקט פסיקתי בגדיסי, בהימנעותו מיצירת de minimis בענין מפן ובהתנהגותו והכרעתו בענין שליט (כג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2), 477); ומתוך מודעות למגבלות הכוח השיפוטי. מכאן, כנראה, נטייתו למבני טיעון שכוחם המשכנע ניכר (כעין הזמנה לקורא: עיין והשתכנע בגנונות ההכרעה) יחד עם הסתמכותו על מגמות כלליות בעולם המשפט, תוך הצנעת היצירה והתרומה האישית. וזאת, על מנת להבטיח את אמון הציבור בהליך השיפוטי כהליך שאיננו שרירותי ואיננו אקראי.

העדר מוחלט של התנשאות, ויחס של כבוד לזולת באו לידי ביטוי אצל אגרנט ביחסו לעורכי הדין שטענו בפניו: הן ביחסו הסכלני כלפי טיעוניהם בעל-פה, והן בחשומת הלב שבה הציג אגרנט את טענותיהם — זה בזה וזה בזה — בפסקי-הדין שלו, בבחינת אומר דברים בשם אומרם, והתייחס אליהן בכל כובד הראש הראוי. לסיום, אביא כאן מתוך מכתב שנשלח לאגרנט על ידי שושנה קליין ב-ג' באדר א' תשכ"ה עם מינויו לנשיא בית המשפט העליון, ובו הבעת תודה והוקרה על טיפולו כעו"ד בעל פרקטיקה פרטית בשנת 1940 באחיה "וכל זאת נטלת על עצמך לסדר ללא כל תמורה (!) בהתחשב במצבם החומרי הקשה של הורי. ויותר מזה — גם את ההוצאות שהיו כרוכות בכך — נטלת על עצמך... הריני מרשה לעצמי לציין כי יחסך האנושי ומעל לזה אל המקרה... משמשים לי מזה שנים דוגמה אישית וקן מנחה בעבודתי שלי, במשאי עם אנשים. אני יוצאת מהנחה שבדרך זו

של דוגמה אישית של אנשים מסוגך ושכמותך – יעלה בידינו לחנך את ילדינו ואת הסובבים אותנו – להגינות, יושר, נקיזן כפיים, שקדנות, אהבת העם והארץ". (מתוך גבורות לשמעון אגרנט).

מי יתן ויעמוד לנו הרוח לראות את האור שכמשנתו ובאישיותו של הנשיא אגרנט ותעמודנה לנו תעצומות הנפש לנהוג לפיהן. יהיה זכרו המבורך לנגד עינינו תמיד, ובשעה של הכרעות קשות ביחוד.