

מי מפחד מאחריות אפיסטמית?

מאת

דנה גור*

תקציר

מערכת המשפט הפלילי אינה בוחנת באופן מלא אם התגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית של עובר החוק, ובפרט אם עובר החוק ידע מהו הסטטוס המוסרי של המעשה שביצע והאמין, למשל, שמעשהו מוצדק מוסרית באופן מכריע על אף שיש טעמים מוסריים נגד ביצועו. היא אינה עושה זאת על אף שהמשפט הפלילי מטיל על עוברי החוק אחריות מוסרית לצד האחריות הפלילית, באמצעות פרקטיקות שונות שבצידן גינוי מוסרי. המודעות ויתר רכיבי היסוד הנפשי שעבירות פליליות רבות מבוססות עליהם מתייחסים אך להיבטים הפליליים של המעשה, ולא לשאלות הנוגעות למוסריותו. פילוסופים של המשפט הפלילי גורסים כי ככל שאדם לא האמין שיש טעם מוסרי מכריע נגד ביצוע המעשה, אין הוא אחראי מוסרית לביצועו. פילוסופים שונים של המוסר לעומת זאת סבורים, כי לא די בהאמנה סובייקטיבית שגויה של המבצע שהמעשה שביצע אינו פסול מוסרית באופן מכריע כדי שהוא לא יהיה אחראי מוסרית לביצועו. לשיטתם, על האמנתו זו להיות מוצדקת אפיסטמית, כלומר מבוססת על ראיות אובייקטיביות, המעוגנות במציאות. מאמר זה מציג לבחון בדרך אחרת את השאלה אם התגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית של עובר החוק, או כפי שהמאמר מתייחס לכך – אם התגבשה בקרב עובר החוק אחריות אפיסטמית. המאמר טוען שככל שאדם רגיש לראיות הנוגעות להאמנתו באשר למוסריות מעשהו, ומבצע פרוצדורה מסוימת של בירור בנוגע להאמנתו נוכח ראיות אלו, ככל שהוא אינו מתרשל אפיסטמית – הוא

* מרצה לתואר שני במסלול התמחות במשפט פלילי ומדעים פורנזיים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי מסורה לפרופסור דוד אנוך, על הערות מאירות עיניים על טיוטה קודמת של מאמר זה, ולפרופסור איציק בנבגי, שעזמו ניהולי שיחות ראשוניות בנושא במהלך פוסט-דוקטורט בהנחייתו באוניברסיטת תל-אביב, אשר במסגרתו נערך מחקר זה. ברצוני להודות גם לשופט החיצוני של מערכת "עיוני משפט" על הערותיו המועילות וכן לחברי מערכת כתב העת, ובייחוד לעורכת, נעמה ליפשיץ, על עבודתם המסורה ועל תרומתם למיקוד טענות המאמר. האחריות על תוכן המאמר היא כמובן שלי בלבד.

לא יהיה אחראי מהבחינה המוסרית-פלילית לביצוע המעשה מתוך אי-ידיעה מוסרית אף אם האמנותיו הרלוונטיות נמצאו שגויות בתום הבירור. המאמר מציע מתווה מעשי אשר באמצעותו מערכת המשפט תוכל לבחון אם נאשם התרשל מהבחינה האפיסטמית בהתייחס להאמנותיו באשר למוסריות מעשהו. מתווה זה נשען על ההנחה שככל שלנאשם הייתה נגישות לראיות הרלוונטיות להאמנותיו באשר למוסריות מעשהו, חזקה עליו שהוא היה יכול לערוך בירור בקרב האמנותיו אל מול הראיות האמורות.

198	מבוא
	א. מדוע על המשפט הפלילי להביא בחשבון את התנאי האפיסטמי
205	לאחריות מוסרית?
209	ב. הגישה הרצייתית וגישת טיב הרצון לתנאי האפיסטמי לאחריות מוסרית
209	1. הגישה הרצייתית לתנאי האפיסטמי
214	2. גישת טיב הרצון
215	3. לקחים מהגישות השונות
217	ג. הצעת המאמר: אי-התרשלות אפיסטמית
221	ד. מקורות פוטנציאליים לראיות על אודות המוסר
225	ה. האמנה שגויה כי המעשה אינו פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות
	ו. בסיס לדיון מעשי – כיצד על מערכת המשפט לבחון האמנות נאשמים
229	לאור הצעת המאמר?
232	ז. דוגמאות המדגימות יישום של הצעת המאמר
	ח. מדוע הפתרון המוצע במאמר ראוי יותר מהצעות אחרות באשר
236	לאי-ידיעה מוסרית במשפט הפלילי?
240	ט. התנגדויות אפשריות להצעת המאמר
245	סיכום

מבוא

פילוסופים מכירים בשני תנאים, שכל אחד מהם הכרחי בנפרד ושניהם מספיקים במצטבר כדי להטיל לאחריות מוסרית על אדם בגין ביצוע פעולה: תנאי השליטה והתנאי האפיסטמי. התנאי הראשון נוגע לשאלות אם האדם היה חופשי בעת שביצע את הפעולה, אם הייתה לו שליטה על מעשיו ואם הוא בחר לבצע את הפעולה. התנאי השני, המכונה גם "תנאי הידיעה" או "התנאי הקוגניטיבי-מנטלי", נוגע לשאלות אם האדם היה מודע למה שעשה, לתוצאות פעולתו ובין השאר גם לנפקות המוסרית של מעשהו.

הדרישה לשליטה ולבחירה בביצוע המעשה שועתקה לדיני העונשין וגולמה במחשבה הפלילית, אחת מאדני היסוד של האחריות הפלילית. שאלות כמו אם אומנם עומדת לאדם יכולת בחירה חופשית כפי שהמשפט הפלילי מניח, ומהם גבולות הגזרה

של הבחירה שעל המשפט הפלילי להכיר בהם נדונו במאמרים אקדמיים ואף בפסיקת בתי המשפט.¹ לעומת זאת, למעט התעניינות בקרב פילוסופים של המוסר ופילוסופים של המשפט הפלילי בעשורים האחרונים, התנאי האפיסטמי לאחריות מוסרית לא זכה לדיון בהיקף דומה בספרות האקדמית, הן הספרות הדוקטרינרית הן הספרות מבוססת התאוריה של המשפט הפלילי, למרות חשיבותו למשפט הפלילי.² מעבר לכך, תנאי זה שולב בדיני העונשין בצורה מוגבלת בלבד, שכן הוא סבאך סביב המודעות לרכיבים הפליליים של המעשה, ואינו נוגע לשאלות של מוסר. המודעות הנדרשת וכך גם הכוונה ממוקדות בטיבו הפיזי של המעשה הפלילי, נסיבותיו ותוצאתו.³

- 1 בתחום הפילוסופיה של המשפט התמקד הדיון בשאלות שנגעו למזל מוסרי, לדטרמיניזם מול בחירה חופשית, לקומפטיביליות ועוד. ראו למשל David Enoch, *Moral Luck and the Law*, 5 PHIL. COMPASS 42 (2010); Anders Kaye, *The Secret Politics of the Compatibilist Criminal Law*, 55 KAN. L. REV. 365 (2007); Stephen J. Morse, *Compatibilist Criminal Law*, in THE FUTURE OF PUNISHMENT 107 (Thomas A. Nadelhoffer ed., 2013); NEIL LEVY, *HARD LUCK: HOW LUCK UNDERMINES FREE WILL AND MORAL RESPONSIBILITY* 110-111, 131 (2015). בהקשר שאינו פלילי, ראו בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסר לביטוח לאומי, פ"ד (ס) 782, פס' 51 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש (2012). לעניין השאלה אם יכולת הבחירה מוגבלת בשל נסיבות חיים (מזל מוסרי מכונן או של נסיבות), בהקשר המשפט הפלילי, ראו Stephen J. Morse, *Severe Environmental Deprivation (AKA RSB): A Tragedy, Not a Defense*, 2 ALA. C.R. & C.L. L. REV. 147 (2011); Angela P. Harris, *Rotten Social Background and the Temper of the Times*, 2 ALA. C.R. & C.L. L. REV. 131 (2011); Paul Robinson, *Are We Responsible for Who We Are? The Challenge for Criminal Law Theory in the Defenses of Coercive Indoctrination and "Rotten Social Background"*, 2 ALA. C.R. & C.L. L. REV. 53 (2011); Stuart P. Green, *Just Deserts in Unjust Societies: A Case-Specific Approach*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW 352 (Antony R. Duff & Stuart Green eds., 2011); United States v. Alexander, 471 F.2d 923, 961 (D.C. Cir. 1973) (Bazelon, J., dissenting).
- 2 ראו למשל DOUGLAS HUSAK, *IGNORANCE OF LAW: A PHILOSOPHICAL INQUIRY* (2016); LARRY ALEXANDER & KIMBERLY KESSLER FERZAN, *REFLECTIONS ON CRIME AND CULPABILITY: PROBLEMS AND PUZZLES* (2018); Gideon Yaffe, *Is Akrasia Necessary for Culpability? On Douglas Husak's Ignorance of Law*, 12 CRIM. L. & PHIL. 341 (2018); Michael J. Zimmerman, *Ignorance as a Moral Excuse*, in PERSPECTIVES ON IGNORANCE FROM MORAL AND SOCIAL PHILOSOPHY 77 (Rik Peels ed., 2017).
- 3 כך ככל שהוא מוליד תוצאה. גם החזקה של המשפט הפלילי כי "אי-ידיעת החוק אינה פוטרת", שמגולמת בהגנה של טעות במצב משפטי (ס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977), וההגנה של טעות במצב דברים (ס' 34 לחוק העונשין) נוגעות בעיקרן למודעות או לידעה בדבר פלילות המעשה, נסיבותיו וכן הלאה, ולא בהכרח לסוגיות של מוסר. יצוין כי בעקבות חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט-2019, ס"ח 230, נקבע בס' 301(ב)(2)(א) כי בנסיבות שבהן הוגבלה יכולתו של אדם במידה ניכרת להבין את הפסול במעשהו תהיה הן אחריותו הפלילית הן ענישתו הפלילית בגין המתת אדם מופחתת. הכוונה כאן היא לנסיבות של הפרעה נפשית חמורה ולמעשים שנעשו

ככלל, המשפט הפלילי אינו שואל שאלות על אודות המעשה הנוגעות למוסר, כמו השאלה אם ידע המבצע מהו המעמד המוסרי של מעשהו, אם הוא ידע אם המעשה מותר או פסול מן הבחינה המוסרית או אם הוא ראוי לשבח או לגנאי מוסרי. בתוך זה, המשפט הפלילי אינו בוחן את השאלה אם על המבצע לדעת שהמעשה פסול מבחינה מוסרית באופן מכריע (כלומר בהתחשב בכל הנסיבות, "all things considered"), או שמא די בכך שהוא ידע שמעשהו פסול לכאורה או על פניו (pro-tanto), כלומר פסול מוסרית בשל שיקול מסוים, אולם מוצדק מוסרית אם מובאים בחשבון כל השיקולים הרלוונטיים. המשפט הפלילי גם לא בהכרח מברר אם המבצע ידע מהי הנפקות המוסרית של נסיבות מעשהו, או אם הוא ידע מהו מעמדו המוסרי של מושא (אובייקט) מעשהו.⁴ סוף דבר, המשפט הפלילי אינו קובע – באשר לכל אחת מהשאלות הללו בנפרד או לכולן יחד – אם ראוי שהמענה עליהן ישליך על אחריותו הפלילית-מוסרית של המבצע.⁵ שאלות אלו אינן נבחנות או נדונות במסגרת דיני העונשין, וכפועל יוצא מכך אינן מקבלות ביטוי בחיי המעשה כפי שהם משתקפים בין כותלי בתי המשפט. עריכת דיון מעמיק בשאלה מדוע, ככלל, המשפט הפלילי לא עסק או אינו עוסק בתנאי האפיסטמי לאחריות המוסרית של נאשמים הבאים בפתחו חורגת מתחום הדיון שביסוד מאמר זה. למרות זאת, אציע תחילה הסברים אפשריים למדיניות זו, שאין בהם כדי להוות רשימה סגורה לעניין זה. הסבר אפשרי אחד הוא כי ייתכן שהמשפט תופס דיון בשאלות מתחום המוסר, כמו השאלה מהו המעמד המוסרי של המעשה הפלילי הרלוונטי, כמוסריות לגליסטית (legal moralism). מוסריות לגליסטית היא גישה הרואה במשפט כלי להטמעת ערכים מוסריים בחברה, שיש מי שסבורים שהיא בעייתית

בחריגה במידה מועטה מהסייג של אי-שפיות הדעת או מסייגי האילוץ לאחריות פלילית, ולמעשים שהתקיימו בהם נסיבות מיוחדות שבגללן הם אינם עומדים מבחינה מוסרית בדרגה אחת עם מעשי רצח. בתפ"ח (מחוזי ב"ש) 25530-09-10 **מדינת ישראל נ' עשור**, פס' 5 (נבו 30.5.2013), אחד התיקים שהביא לשינוי החוק, נדון גזר הדין שהושת על המשיב בגין רצח שקדמה לו "חבלת-ראש אשר בעטיה סבל הנאשם מאימפולסיביות, חוסר עכבות, תחושת רדיפה ופגיעה בביקורת המציאות ובכושר השיפוט". הדיון התמקד בהשפעת הפרעה נפשית חמורה עקב חבלת ראש על יכולתו של עובר החוק להבין או לשפוט את הפסול שבמעשהו קודם לאירוע הרצח. כלומר, גם כאן לא דובר בשאלות מתחום המוסר שנשאלו במסגרת דיון בתנאי האפיסטמי לאחריות מוסרית, שהמרכיב שבהן היא אם האדם ידע מהו המעמד המוסרי של מעשהו, ובכלל זה – אם מעשהו פסול מוסרית (על פניו, כלומר לכאורה, או באופן מכריע, קרי בהתחשב בכל הנסיבות).

4 כלומר אם מדובר בסוכן מוסרי (moral agent), מי שיש לו יכולת לחשוב באופן רציונלי, להרהר (deliberate); יודגש כי שאלת מעמדו המוסרי של מושא המעשה והשלכתו על האחריות המוסרית של מבצע המעשה כלפיו או בו עלתה לא רק באשר לעוברים ולבעלי חיים. ראו למשל Nigel Pleasants, *Institutional Wrongdoing and Moral Perception*, 39 J. Soc. Phil. 96 (2008).

5 כמו כן הוא אינו קובע גם בשאלה אם סוגיות אלו אמורות להשליך על האחריות המוסרית של המבצע באופן בינרי, כלומר, באופן שמגבש ולחלופין שולל או פוטר מאשמה, או שמא באופן מידתי. לדיון בשאלה מתי יש להטיל אחריות מוסרית-פלילית באופן "מקומי" (local), בנוגע למעשה ספציפי, ומתי יש לעשות כן באופן "גלובלי" (global), באופן כללי יותר, ראו למשל JAY R. WALLACE, *RESPONSIBILITY AND THE MORAL SENTIMENTS* 118-55 (1996).

ואנכרוניסטית, בין השאר בשל היותה – לפי הטענה – אנטי-ליברלית או פטרנליסטית. כך למשל, בחינת המשפט את השאלה אם היה על מורשע לדעת, נוכח ראייה מסוימת שנראית רלוונטית לעניין, שהמעשה הפלילי שהוא ביצע פסול מוסרית באופן מכריע, דורשת כי המשפט יקבע אי אילו קביעות בדבר פסולתו המוסרית – ולו הלכאורית – של המעשה, וקביעות כאמור יכולות להיתפס כטומנות בחובן פסיקה מתחום המוסריות הלגליסטית.⁶

הסבר אפשרי נוסף לאי-העיסוק של המשפט הפלילי בתנאי האפיסטמי לאחריותם המוסרית של נאשמים הוא כי מעבר לחקר האמת, המשפט הפלילי רואה את עצמו כמי שבא להגשים תכליות של שמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו והגנה על זכויות חשודים ונאשמים, גם באמצעות מילוי תפקיד פדגוגי מול רשויות אכיפת החוק. מטרתו לפי הסבר זה היא להשיג, בין השאר, יעדים של הרתעת רשויות האכיפה וריסון, כמו מניעת הרשויות מביצוע פעולות חקירה פסולות ועוד, גם במחיר של הקרבה מסוימת של החתירה אחר האמת, ובכלל זה האמת האפיסטמית מבוססת הראיות, הנוגעת לשאלה אם נאשם ידע מהו המעמד המוסרי של מעשהו בהתחשב בכל הנסיבות.⁷ סיבה אפשרית נוספת לאי-עיסוק של מערכת המשפט הפלילי בשאלת התנאי האפיסטמי לאחריותם המוסרית של נאשמים יכולה להיות נטושה בראיית מערכת המשפט הפלילי את עצמה כחלק מקורפוס המשפט הציבורי ומדינת הרווחה שהתפתחה בראשית המאה העשרים. ככל שמערכת המשפט הפלילי אומנם תופסת את עצמה כך, כמנגנון שנדרש לטפל בפשיעה המהווה נטל ציבורי באמצעות ניהול פרקטיקות של שיטור, של העמדה לדין ושל השתת עונש פלילי, הרי סביר שמערכת זו תהיה רגישה יותר לסוגיות הנוגעות

6 דוגמה לאיסור בדין המעוגן, לפי הטענה, בעמדה של מוסריות לגליסטית הוא האיסור על פעילות מינית כלשהי על אף שהיא נעשית בהסכמה, או האיסור על השימוש במריחואנה – יש מי שטוענים ששימוש במריחואנה אינו גורם נזק במידה שדורשת את הפללתו, ולפיכך נטען כי האיסור על השימוש בו מושרש בעיקרון מוסרי שמבקש לאסור שימוש בסמים לצורכי הנאה בלבד. ראו לעניין זה למשל James Allan, *Revisiting the Hart-Devlin Debate: At the Periphery and By the Numbers*, 54 SAN DIEGO L. REV. 423 (2017); JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 13 (Batoche Books 2001) (1859); SCOTTISH HOME DEPARTMENT, REPORT OF THE COMMITTEE ON HOMOSEXUAL OFFENCES AND PROSTITUTION, Cmnd. 1527, at 247 (UK, 1957). איני רוצה להתחייב לכך שאומנם מוסריות לגליסטית היא גישה לא-ראויה מהבחינה הנורמטיבית, או לכך שאומנם המשפט רואה במוסריות לגליסטית גישה לא-ראויה מהבחינה הנורמטיבית. כדי לטעון את טענתי כאן, די שאעלה את האפשרות כי המשפט אינו מעוניין לעסוק בשאלות מתחום המוסר בשל החשש לנקוט עמדות שמבטאות במהותן גישה של מוסריות לגליסטית, אשר נתפסת, לפי הטענה, כחותרת תחת ליברליזם.

7 אינדיקציות לכך ניתן לראות, למשל, בפקודת הראיות (תיקון מס' 19), התשפ"ב–2022, ס"ח 984, שענין בחוק את סמכות בית המשפט לפסול ראייה שהוגשה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד. סמכות זו עוגנה לראשונה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006).

ללגיטימציה ממסדית ולמוסר מערכתי מאשר להאמנות (beliefs) על אודות המוסר של אינדיבידואלים הבאים בשעריה.⁸

במאמר מוסגר אציין כי במהלך המאמר אשתמש במושגים "ידיעה" ו"האמנות", שלקוחים מהעולם של תורת הידיעה – אפיסטמולוגיה – כדי לדון בידיעת נאשם על אודות מוסריות מעשהו, ובכלל זה על אודות הסטטוס המוסרי של המעשה. לפי תורת הידיעה, מה שמצוי ביסוד ידיעה של אדם הן האמנותיו באשר למושא הידיעה, כך שידעתו נבחנת באמצעות בדיקה אם האמנותיו מוצדקות ואמיתיות. "האמנה" משמעה תוכן של מחשבה שמי שחושב אותה רואה אותה כאמיתית (באופן מוצדק או שלא). כך למשל, ככל שאני מאמינה שהשמיים הם כחולים אני מחזיקה בהאמנה "השמיים הם כחולים", ומאמינה גם כי האמנה זו אמיתית. האמנתי יכולה להיות שקרית, ואז אפשר לומר שאני מאמינה שהשמיים הם כחולים, אולם אי-אפשר לומר שאני יודעת שהם כחולים, שכן "ידיעה" מניחה את אמיתות ההאמנה שביסוד הידיעה. ידיעה מוגדרת כהאמנה אמיתית שהיא גם מוצדקת. כך למשל, אי-אפשר לומר על אדם שהוא מטפס על עץ גבוה מכיוון שהוא מאמין שהעץ לא ייפול, והוא אינו יכול להשיב על השאלה מדוע הוא מאמין שהעץ לא ייפול (האמנתו אינה מוצדקת) כי הוא אומנם יודע שבטוח לטפס על העץ.⁹

לבסוף, מעבר להסברים האפשריים שנמנו לעיל, ייתכן כי מערכת המשפט הפלילי חוששת לבחון את התנאי האפיסטמי לאחריות המוסרית של נאשמים מתוך השקפה כי אין אפשרות להתייחס לטענות הנוגעות למוסר כאל עובדות אמיתיות (עמדה מטא-אתית של אנטי-ריאליזם מוסרי), וכי אי לכך אל לו למשפט להיתפס כמי שמכונן או משעתק עובדות אלו, שלא בהכרח משקפות עמדות רווחות בחברה,¹⁰ ובהינתן הקושי לקבוע אמפירית מהן עמדות רווחות אלו. נוסף לכך, לא מן הנמנע כי מערכת המשפט נרתעה מלגבש קביעות בדבר המוסר, ובכלל זה בדבר מוסריות המעשים שביסוד

8 ראו למשל Vincent Chiao, CRIMINAL LAW IN THE AGE OF THE ADMINISTRATIVE STATE 1-34 (2018); Nick Cheesman, *Law and Order*, 18 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 263 (2022).

9 כלומר, אמת היא תנאי הכרחי לידיעה, אך לא תנאי מספיק. תנאי הכרחי נוסף לידיעה הוא הצדקה של האמנה. יצוין כי מאמר זה דן בדיעה טענתית ("ידיעה ש"), בשונה מידיעה איך (כך למשל, רכיבה על אופניים היא "ידיעה איך", בעוד שהידיעה באשר לשיווי המשקל הפיזיקלי הפועל על הרוכב היא "ידיעה ש" ואינה נובעת מהידיעה איך לרכוב), ובשונה מדיכרונות ישידה (ידיעה של היכרות ישירה עם אנשים, צבעים וצלילים).

10 מטא-אתיקה היא אחד משלושת הענפים של הפילוסופיה של המוסר – זה החותר להבין את טבען של תכונות, של אמירות, של השקפות ושל שיפוטיות מוסריים. משמעות השם היא "מעבר לאתיקה" ביוונית. ריאליזם מוסרי הוא ההשקפה המטא-אתית מטאפזית, כי אמירות מוסריות, כגון "חובה עליך לקיים הבטחתך" הן טענות עובדתיות ממש כמו "פריץ הוא חתול שחור". הן מתארות עובדות (תכונות, ערכים) במציאות, כמו שאי הידיעה שיש להן ערך אמת וקיומן אינו תלוי בהכרה ובמחשבה האנושית; לדיון ב"אמינות המוסרית" (moral credibility) שהמשפט רוכש בקרב הקהילה, ראו למשל Robinson, לעיל ה"ש 1, בעמ' 62-65.

העבירות הפליליות, בשל מה שהיא תפסה כקושי אפיסטמי להכריע באשר לממד המוסרי, בהשוואה לפסיקה באשר לעולם הפיזי. אפשר שמערכת המשפט הפלילי חששה גם כי לא תהיה תמימות דעים בקרב שחקני המשפט הפלילי השונים, ובהם הערכאות המבררות השונות, באשר לקביעתיה בדבר המוסר, וכי מצב דברים זה עלול לפגוע באינטרס ההסתמכות של נמעני המשפט הפלילי וביכולתם לכלכל את צעדיהם, כמו גם בעקרון החוקיות, שהוא אבן יסוד בהוראות המשפט הפלילי המהותי.

במאמר זה אטען, כי אף שהשאלה "האם התמלא התנאי האפיסטמי להתגבשותה של אחריות פלילית-מוסרית?" נפקדת מן המשפט הפלילי, ראוי מבחינה נורמטיבית שמערכת המשפט הפלילי תיתן עליה את הדעת ותעניק לה חשיבות ותוקף. יצוין כי ב"מערכת המשפט הפלילי" כוונתי היא לסוכני המשפט, השחקנים החוזרים בזירה המשפטית כמו מחוקקים ויוצרי נורמות משפטיות אחרות, ובהם סניגורים, תובעים ושופטים, שמשתתפים בהמשגה ובאכיפה של התנהגות פלילית בין השאר תוך שימוש בפרקטיקות של חקירה, של אישום, של הרשעה ושל ענישה.

במונח "אחריות פלילית-מוסרית" כוונתי לכך שפעמים רבות, כאשר מערכת המשפט הפלילי מטילה על אדם אחריות פלילית, הרי טבועה בהטלת אחריות זו גם הטלה של אחריות מוסרית על אותו אדם מצד המערכת. כלומר, בהצהרה מצד מערכת המשפט הפלילי כי אדם אשם או מורשע או נדון בגין ביצוע מעשה פלילי טמונה גם הצהרה כי הוא אשם מהבחינה המוסרית, וכפי שהמאמר יפרט בהמשך.¹¹

החידוש במאמר הוא בהצעת מענה בהקשר של המשפט הפלילי לגישה הסקפטית לתנאי האפיסטמי. בגישה זו מצדדים פילוסופים בולטים של המוסר ושל המשפט הפלילי, והיא מטילה ספק ביכולת להאשים אדם בביצוע מעשה פסול מוסרית, ובכלל זה מעשה פלילי, בהתבסס על האמנותיו על אודות מוסריות מעשהו, ולפיכך היא מטילה ספק בעצם היכולת להטיל אחריות מוסרית, לרבות באמצעות המשפט הפלילי. אטען כי לא נכון לאמץ גישה זו באשר למשפט הפלילי לא רק מאחר שהיא מרחיקה לכת מבחינת שיקולים מערכתיים – שכן בגרסתה המורחבת היא אינה מאפשרת הטלה של אחריות פלילית-מוסרית כלל – אלא משום שמבחינה נורמטיבית היא אינה מבטאת נכונה התגבשות של אשם או של מה שאתיחס אליו כאל "אחריות אפיסטמית" בקרב המבצע. מבחינה מעשית אציע דרך שבאמצעותה מערכת המשפט הפלילי תוכל לבחון אם התמלא התנאי האפיסטמי להתגבשות אחריות פלילית-מוסרית בקרב נאשמים. הדרך שאציע אינה שונה במהותה מהאופן שבו מערכת זו בוחנת, בשינויים המחויבים,

11 אתייחס לנושא זה גם להלן. ראו למשל התייחסות אל הרישום הפלילי כאל כתם שאינו נמחה, לרבות בהקשר של התיוג המוסרי-חברתי: בג"ץ 6213/14 ארגמן נ' משטרת ישראל (נבו) (1.12.2016); יניב ואקי "עילות הסגירה 'חוסר ראיות', 'העדר אשמה' ומה שביניהן" הסניגור 251, 4 (2018); רות קמיני "הסיווג הראוי של מרשם פלילי: על הקושי שבהעברת נטל הענישה לידיים פרטיות ומשמעותו" **עלי משפט** ט 327 (2011); רינת קיטאי "פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי בשל חשד לביצועה של עבירה פלילית" **עלי משפט** ב 107 (2002); קנת מן "סנקציות אזרחיות-עונשיות" **עיוני משפט** טז 243 (1991).

את התגבשותה של המחשבה הפלילית – באמצעות בחינת נתונים שלא מתחום המוסר והסקת מסקנות בדבר התגבשות התנאי האפיסטמי מתוכם.

חידוש נוסף במאמר, בהקשר הפילוסופי, הוא בהצעה כי פטור מאחריות פלילית-מוסרית יהיה מבוסס לא על הצדקה אפיסטמית של האמנות המבצע (הפועל), קרי, הצדקה המבוססת על ראיות אובייקטיביות, המעוגנות במציאות. תחת זאת הצעתי היא כי הפטור יהיה מבוסס על פרוצדורה אפיסטמית, שבה הפועל יערוך בירור מסוים באשר לראיות הרלוונטיות למוסריות מעשהו, אף אם פרוצדורה זו הניבה טעויות מן הבחינה האפיסטמית.

כדי להדגים נקודה זו, הניחו כי אישה הרה בשם גלינדה שוקלת לבצע הפלה במקום שבו ביצוע הפלה מהווה עבירה פלילית. הניחו כי גלינדה עורכת מחקר מדויק בנוגע לשאלה אם ביצוע הפלה במצבה מותר מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות; היא קוראת את כל הספרות הרלוונטית מתחום האתיקה, היא מתייעצת עם מומחים בעלי דעות שונות בנושא, והיא מהרהרת בזהירות באשר להאמנותיה על אודות המוסריות של ביצוע הפלה במטרה לשרש האמנות מוטות, לא-עקביות או לא מוצדקות שהיא מחזיקה בהן בהקשר זה. בסוף התהליך האמור, הניחו שגלינדה משוכנעת לגמרי כי ביצוע הפלה במצבה אינו פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות; אולם הניחו גם שהיא טועה, וכי ביצוע הפלה בנסיבות המקרה הוא מעשה לא-מוסרי באופן מכריע, ששקול בפסלותו המוסרית להרג אדם חף מפשע.¹² בקרב פילוסופים של המוסר, ישנם מי שסבורים כי גלינדה לא תהיה אחראית מוסרית לביצוע ההפלה ככל שהיא פעלה מתוך אי-ידיעה מוסרית שהיא אינה אשמה בה, כלומר – ככל שהיא פעלה מתוך האמנה שגויה שהחזיקה בה בדבר טיבה המוסרי של ההפלה, אשר היא לא רכשה באמצעות ביצוע פעולה פסולה מוסרית באופן מכריע, שגלינדה ידעה על פסלותה המכרעת. אחרים, לעומת זאת, סבורים כי גלינדה לא תהיה אחראית מוסרית לביצוע ההפלה מתוך האמנתה השגויה בדבר מוסריותה רק אם האמנתה הסובייקטיבית הרלוונטית תהיה גם מוצדקת אפיסטמית, כלומר מבוססת על ראיות מהימנות מבחינה אובייקטיבית.

מאמר זה מבקש לטעון כי שתי הגישות הללו הן מרחיקות לכת – הן בשל שיקולים מערכתיים, הן בשל שיקולים הנוגעים לאחריות המוסרית של אדם שפועל מתוך אי-ידיעה מוסרית, וכפי שהמאמר יפרט בהמשך. תחת גישות אלו, המאמר טוען כי גלינדה לא תהיה אחראית מבחינה מוסרית-פלילית לביצוע הפלה מתוך אי-ידיעה מוסרית, ככל שהיא לא התרשלה בניהול "משק הבית האפיסטמי" שלה, ערכה בירור מסוים באשר להאמנותיה על אודות המעשה, וגילתה רגישות לראיות שהיו נגישות לה באשר להאמנותיה הנוגעות למוסריות המעשה שביצעה. טענה זו תקפה, יטען המאמר, גם אם בירור כאמור הסתיים בכך שהאמנתה בדבר מוסריות המעשה שגויה ואינה מוצדקת אפיסטמית.

בפרק א אדון תחילה בשאלה – שיש להניח שתעלה בראשכם, קוראי המאמר, כבר בפתחו – מדוע על המשפט הפלילי להביא בחשבון שאלות הנוגעות למוסר, ובכלל זה

12 הדוגמה הזו לקוחה ממאמרו של גייר (ללא הפרט בדבר היות ההפלה מעשה פלילי). ראו Jay *Geyer, Moral Uncertainty and Moral Culpability*, 30 UTILITAS 399, 408 (2018).

לתנאי האפיסטמי לאחריות מוסרית. לאחר שאציע מענה על שאלה זו, אציג בפרק ב שתי עמדות מתחרות בנוגע לדרישות להתגבשות התנאי האפיסטמי לאחריות מוסרית, הגישה הרצייתית וגישת טיב הרצון, וכן את הביקורות שהן עוררו במסגרת הדיון הפילוסופי בנושא. בפרק ג אדון בהצעת המאמר לראות בפרוצדורה של עריכת בירור כלשהו בנוגע להאמנות הנאשם באשר למוסריות המעשה שביצע – נוכח הראיות שנגישות לו שרלוונטיות להאמנותיו האמורות – אי-התרשלות מהבחינה האפיסטמית שפוטרת את הנאשם מאחריות מוסרית בגין ביצוע פעולה פסולה מתוך אי-ידיעה מוסרית. בפרק ד אציע לראות בנסיבות מסוימות מקורות פוטנציאליים לראיות על אודות המוסר, ובכלל זה באשר לסטטוס המוסרי של המעשים הרלוונטיים. אטען שככל שראיות שנוגעות למוסריות המעשה שהנאשם ביצע נגישות לו, עליו להיות רגיש לראיות אלו ולבחון מולן את האמנותיו באשר למוסריות המעשה. בפרק ה אסביר מדוע, אף שראיות בדבר מוסריות המעשה שהנאשם ביצע נגישות לו, ולמרות אי-התרשלותו בעריכת בירור באשר להאמנותיו על אודות המעשה נוכח הראיות, הוא עדיין יכול להחזיק בהאמנה שגויה בדבר הפסלות המוסרית המכרעת של המעשה. בפרק ו אציע בסיס לדיון מעשי, ואדון בשאלה כיצד על מערכת המשפט לבחון אם נאשמים התרשלו אפיסטמית בבחינת האמנותיהם בדבר מוסריות המעשה שביצעו. בפרק ז אדגים באמצעות שתי דוגמאות כיצד המשפט יכול לבחון אם נאשמים לא התרשלו אפיסטמית באשר להאמנותיהם בדבר מוסריות המעשה שביצעו. בפרק ח אסביר מדוע הפתרון המוצע במאמר ראוי יותר מהצעות אחרות שהועלו בנוגע לביצוע מעשה פלילי פסול מתוך אי-ידיעה מוסרית. בפרק ט אעלה התנגדויות אפשריות להצעה המובאת במאמר, וכן מענה אפשרי להן.

א. מדוע על המשפט הפלילי להביא בחשבון את התנאי האפיסטמי לאחריות מוסרית?

פילוסופים רבים של המשפט הפלילי סבורים, כי מובן מאליו שהפרקטיקה החברתית של גינוי אדם בידי מערכת המשפט הפלילי טומנת בחובה גינוי מוסרי שלו – כלומר כוללת בתוכה מנייה וביה קביעה של המערכת שהוא אחראי מוסרית במידה כזו או אחרת למעשיו הרעים.¹³ אחרים גורסים שיש להבחין בין אחריות שהמשפט הפלילי מטיל על אדם בגין הפרת איסור שביסודו עומד מעשה לא-מוסרי כשלעצמו (mala in)

13 ראו למשל, Gideon Rosen, *Skepticism About Moral Responsibility*, 18 PHIL. PERSP. 295, 311 (2004): "This is not to deny that the skeptical view has revisionary implications. Someone who entertains serious doubts about whether his friends and neighbors are blameworthy for their transgressions should presumably stop blaming them; and that would be a change. If he is concerned with such matters he should presumably also take steps to revise or reconceive any social practice whose justification depends on the assumption that people are morally responsible for their bad actions – one salient candidate for which is the practice of criminal punishment". (ההדגשה הוספה).

(se), כלומר לא-מוסרי על פניו, כמו רצח, ובין הטלת אחריות פלילית על אדם בשל עבירה על איסור שביסודו מעשה לא-מוסרי משום שהוא נאסר (prohibita mala) בקודקס הפלילי, אולם אינו בהכרח לא-מוסרי במנותק מהאיסור הפלילי.¹⁴ לפי עמדה זו, מערכת המשפט הפלילי מכירה באחריותו המוסרית של אדם לצד אחריותו הפלילית רק כשהיא קובעת שהוא עבר על איסור שביסודו מעשה שהוא לא-מוסרי כשלעצמו, אולם לא כשהיא קובעת שהוא הפר איסור שביסודו מעשה שהוא לא-מוסרי בשל כך שהוא נאסר.

בהתאם לגישה זו, ישנו הבדל בין מידת הגינוי המוסרי שמערכת המשפט הפלילי מטיחה, באמצעות פרקטיקות של חקירה, של אישום, של הרשעה או של ענישה פלילית¹⁵ במי שעובר על איסור שהוא לא-מוסרי כשלעצמו, וזו שהיא מטיחה במי שעובר על איסור שהוא לא-מוסרי רק בשל כך שהוא נאסר. אלא שללא קשר לשאלה אם אומנם יש הבדל כאמור במידת הגינוי המערכתי של המעשים שביסוד שני סוגי האיסורים האמורים, ניתן לטעון כי המערכת הפלילית מגנה מוסרית גם את מי שעובר על איסור שהוא לא-מוסרי בשל כך שהוא נאסר,¹⁶ בשל טעמים שהופכים את מעשהו

14 יש מי שגורסים, למשל, כי מעשה שביסוד איסור שהוא בלתי מוסרי כי נאסר (mala prohibita) הוא פסול מוסרית (לכאורה לפחות) אך משום שהוא נאסר בקודקס הפלילי, ככל שמדובר ברשות מחוקקת בעלת סמכות לגיטימית לחוקק, שהיא הוגנת (just polity) וכן ככל שתוצאות הציות הן רצויות, גם מטעמים של בטיחות הציבור (prudential reasons), בייחוד בהתחשב בחשיבות המשפט הפלילי לשמירה על הסדר. ראו למשל STUART P. GREEN, LYING, CHEATING, AND STEALING: A MORAL THEORY OF WHITE-COLLAR CRIME 119-22 (2007); לדין בנוגע לשני סוגי האיסורים וכן בנוגע לטעמים המוסריים שהציבור פועל בהתאם להם בציות לחוק, ראו Joseph Raz, *The Obligation to Obey the Law*, in THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY 233, 247-250 (2nd ed. 2009); Susan Dimock, *The Malum Prohibitum – Malum in se Distinction and the Wrongfulness Constraint on Criminalization*, 55 DIALOGUE 9 (2016).

15 הכוונה היא לחקירה תחת אוהרה שניתן לראות בה פתיחת ההליך הפלילי, המסב סבל רב למי שנכנס בפתח אמותיו, בין השאר בשל הגינוי הנלווה להליך מצד מערכת המשפט הפלילי; לעניין הסבל הנגרם במסגרת ההליך, ראו תהילה שגיא "תסמונת פוסט טראומטית אצל נאשמים וסנגורים והשפעתה על ההליך הפלילי" **הסניגור** 162(2), 5 (2010); בני שטיינברג "האם המשפט הפלילי הורג? על התאבדויות בהליך הפלילי ואפשרות מניעתן" **הסניגור** 115, 5 (2006); דרור ארד-אילון "החקירה האחרונה של דיויד וינר" **ספר דיויד וינר: על משפט פלילי ואתיקה** 17 (דרור ארד-אלון, יואב ספיר ויניב ואקי עורכים) (2009) (הספר להלן: **ספר דיויד וינר**); נילי כהן רוכברגר ורן כהן "מישהו לרוץ איתו – ליווי תומך ללקוח ולעורך הדין" **עורך הדין** 47, 44 (2021). ראו גם MALCOLM FEELEY, *THE PROCESS IS THE PUNISHMENT: HANDLING CASES IN A LOWER CRIMINAL COURT* (1979); Jennifer Earl, *The Process is the Punishment: Thirty Years Later*, 33 LAW. & SOC. INQUIRY 737 (2008).

16 דגלאס הוזאק דן בהבחנה המקובלת בין סוגי האיסורים, וטוען כי אין באמת הבדל נורמטיבי בין איסור על מעשים מסוג בלתי מוסרי כשלעצמו (mala in se) ואיסור על מעשים מסוג בלתי מוסרי כי נאסר (mala prohibita) בהקשר זה. ראו HUSAK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 191-252.

לפסול מוסרית לכאורה לפחות. עם טעמים אלו נמנית העובדה שגם עבירה על איסור שביסודו מעשה לא־מוסרי כי נאסר – כמו עבירת חנייה – מגלמת הפרה לכאורה של חובות מוסריות כאלו או אחרות של המבצע כלפי זולתו, שמבחינת מערכת המשפט הפלילי יש ערך בציות להן.¹⁷

לצורך הדיון במאמר די שאצביע על כך שישנם מקרים, מן הבחינה הדסקריפטיבית, שבמסגרתם מערכת המשפט הפלילי מכירה, משקפת ומשעתקת את האחריות המוסרית של עובר החוק באמצעות פרקטיקות של חקירה, של אישום, של הרשעה או של הטלת עונש. ככל שהמערכת עושה כן, אטען, הרי ראוי מן הבחינה הנורמטיבית שהיא תביא בחשבון את התנאי האפיסטמי להתגבשותה של אחריות מוסרית. אלמלא כן תחטא מערכת המשפט הפלילי לעקרון הגמול, הדורש להאשים אדם רק אם התגבש בקרבו אשם בביצוע המעשה (moral desert), משום שניתן לטעון כי ככל שאדם אינו יודע שהמעשה שביצע הוא פסול מוסרית באופן מכריע, אין מתגבש בקרבו אשם. במילים אחרות, ככל שמערכת המשפט הפלילי מתייגת אדם כאחראי מוסרית לביצוע מעשה פלילי, ראוי שהיא תצהיר גם מדוע הוא אחראי מבחינה זו, תוך התייחסות לתנאים המגבשים אחריות זו, לרבות התנאי האפיסטמי.

שיקול הגמול שביסוד עקרון ההלימה בין העונש הפלילי לחומרת העבירה¹⁸ משמש שיקול-על בתורת הענישה, גם לפי דוח הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין,¹⁹ שקדם לתיקון 113 לחוק העונשין (להלן: תיקון 113).²⁰ אלא שמלבד שיקול הגמול ישנם שיקולים אחרים לענישה שמסווגים על פי רוב כתועלתניים,²¹ כמו שיקולי הרתעה (כללית ואינדיבידואלית), שיקום והגנה על הציבור.²² אציין כי אף שמקובל לסווגם כתועלתניים, ביסוד שיקולים אלו מונחים גם טעמים דאונטולוגיים בעלי משקל, כמו החובה המוסרית להגן על הציבור ובתוכו נפגעי עבירה בכוח ובפועל, באמצעות הרתעה ושיקום של עוברי החוק, כמו גם החובות המוסריות לסייע לשיקומם של עוברי החוק. מבלי להפחית מחשיבותם של שיקולים אלו, מאמר זה מתמקד בשיקולי הגמול הנוגעים למידת האשם של הנאשם בביצוע

17 שם, בעמ' 213.

18 ראו למשל רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה" **מחקרי משפט** י 39, 43 (1993).

19 ראו הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין **דין וחשבון** 10-12 (1997).

20 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ס"ח 102.

21 ראו למשל ליאור בן-דוד, אורלי פישמן ודינה צדוק **הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: סקירה משווה** 8-11 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2006).

22 לדרך אחרת לסיווג תאוריות הענישה, לבד מתאוריות תוצאתניות או תועלתניות מול גמולניות, ראו למשל Michael Davis, *Punishment Theory's Golden Half Century: A Survey of Developments from (About) 1957 to 2007*, 13 J. ETHICS 73, 83-97 (2009).

העבירה, העולים בקנה אחד עם הזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²³ ועם הדגשים שקידם תיקון 113 – להפוך את שיקולי השיקום למטרת ענישה שנייה בחשיבותה לאחר מטרת ההלימה, ולהעניק משקל מוגבל לשיקולים של הרתעת הרכים והיחיד.²⁴

כפי שיפורט בהמשך, לפי גישה רווחת לעניין זה, על מנת שיתמלא תנאי הידיעה להתגבשותה של אחריות מוסרית, כל האמנותיו של אדם כנוגע למעשה – לא רק אלו שעניינן עובדות העולם הפיזי הנוגעות למעשה אלא גם אלו שנוגעות להיבטיו המוסריים – רלוונטיות לעניין ידיעתו באשר לטיב המעשה. הדברים שאנו מאמינים בהם על אודות הטעמים השונים שיש לנו לפעול, כך או אחרת, מן הבחינה המוסרית, המשקל השונה שאנו מאמינים שיש להעניק לטעמים אלו בשקלול המוסרי הכולל שמנחה אותנו כיצד לפעול – כל אלו הם חלק משמעותי מהידיעה שלנו באשר למעשה שאנו שוקלים לבצע.²⁵

ידיעת הנאשם על אודות מוסריות מעשהו יכולה להתגבש לצד התגבשותה של מחשבה פלילית, בנסיבות שבהן הנאשם מודע לטיב המעשה הפלילי, תוצאותיו וההשלכות הצפויות לנבוע ממנו, או בנסיבות של רשלנות, שבהן הנאשם אינו מודע לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות גרימתן של תוצאות המעשה, בעוד שאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע להם. התגבשות התנאי האפיסטמי לאחריות המוסרית של הנאשם משמעה הן התגבשות היסוד הנפשי לפי המשפט הפלילי, בנסיבות של מחשבה פלילית או של רשלנות, הן התגבשות יתר הרכיבים הנוגעים לידיעה בדבר מוסריות המעשה, וכפי שיפורט להלן. אולם לא בכל מצב שבו ישתכלל היסוד הנפשי הפלילי יתגבש התנאי האפיסטמי לאחריות מוסרית. ייתכן מצב שבו, למשל, יתגבש היסוד הנפשי שביסוד עבירת האינוס, כך שהנאשם יהיה מודע לנסיבה של היעדר ההסכמה וליתר רכיבי העבירה, אולם לא ידע כי מעשהו בנסיבות העניין פסול מוסרית באופן מכריע. לכן מערכת המשפט יכולה לבחון את שני העניינים הללו בנפרד, ולברר על אודות התנאי האפיסטמי לאחר שהיא כבר קבעה שהתגבש היסוד הנפשי הרלוונטי לעבירה.

23 "ספק הוא אם החמרה בעונש לשם הרתעה כללית מתיישבת עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (ראו הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 8).

24 להרחבה, ראו חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסניגור 183, 14, 14-15 (2012).

25 בהקשר זה יצוין כי גישת טיב הרצון, שהמאמר יפרט על אודותיה בהמשך, אינה דורשת שהפועל ידע כי מעשהו פסול מוסרית באופן מכריע על מנת שיתגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית. אולם אין משמעות הדבר שגישה זו סבורה שהאמנות בדבר מוסריות המעשה אינן רלוונטיות לשאלת התגבשות התנאי האפיסטמי לאחריות המוסרית של הפועל.

ב. הגישה הרצייתית וגישת טיב הרצון לתנאי האפיסטמי לאחריות מוסרית

גם אם נניח שהכרחי שאדם ידע מה טיב המעשה שביצע, ובכלל זה שיהיה מודע להיבטים המוסריים שמכוננים את טיבו על מנת שיהיה אחראי מוסרית לביצועו, עדיין ייוותרו שאלות רבות פתוחות בנוגע לרמה ולתוכן של הידיעה הנדרשת על מנת שיתגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית. בפרק זה אדון בשתי גישות דומיננטיות בספרות הפילוסופית, גישת טיב הרצון והגישה הרצייתית באשר לתנאי האפיסטמי, שפילוסופים של המשפט הפלילי גורסים שראוי להחילה במערכת הפלילית, וכן בביקורות שנמתחו עליהן, על מנת להציב את ההצעה המוצעת במאמר זה במסגרת הנכונה ביניהן ולהסביר כיצד ביכולתה להשיב לביקורות האמורות.

1. הגישה הרצייתית לתנאי האפיסטמי

אציג תחילה את הגישה הרצייתית לתנאי האפיסטמי, שמייצגת סקפטיות באשר ליכולת להטיל אחריות מוסרית על אדם שביצע מעשה פסול מוסרית מתוך "אי־ידיעה מוסרית", ובכלל זה, תוך שהוא מאמין באופן שגוי כי אין טעם מוסרי מכריע נגד ביצוע המעשה. אמשך בתיאור גישת טיב הרצון, שלפיה די שלפועל תהיה גישה לעובדות שלא מתחום המוסר באשר לפסלות הלכאורית בלבד של מעשהו על מנת שיתגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית.

ככלל, יש הסכמה בין פילוסופים של המוסר באשר לארבעה סוגי ידיעה שהם רלוונטיים לאחריות מוסרית. חלקם מגולמים בדיני העונשין, ובהם ידיעה באשר למעשה (ידיעה שמשקפת תיאור תואם מציאות של המעשה),²⁶ נפקותו המוסרית, תוצאותיו הפוטנציאליות וקיומן של חלופות לביצועו.²⁷

לפי הגישה הרצייתית (volitionist), על מנת שיתגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית של פועל לביצוע פעולה פסולה מוסרית צריך שיתקיימו כמה רכיבים, שישללו הן "אי־ידיעה לא־מוסרית" (non-moral ignorance) מצד המבצע – אי־ידיעה עובדה שאינה מתחום המוסר שנוגעת למעשה, הן "אי־ידיעה מוסרית" (moral

26 על אדם להאמין, למשל, שהוא לוחץ על כפתור שיגרום לירי שעלול להביא לפציעתו של אדם, ולא שהוא לוחץ על כפתור שידליק את האור (אם הוא אכן לוחץ על כפתור שיגרום לירי כאמור).

27 הידיעה הנדרשת באשר לתוצאות המעשה לצורך גיבוש אחריות מוסרית נתפסת כצפייה מראש של מה שסביר שיקרה, בשונה מצפייה מראש של התוצאות עצמן, בדומה לנהוג במשפט הפלילי. באשר לידיעה בדבר אלטרנטיבות למעשה – ישנה מחלוקת בין פילוסופים אם מדובר בתנאי להתגבשותה של אחריות מוסרית. יש מי שטוענים כי פועל יהיה אשם מוסרית גם אם הוא מאמין שהוא לא היה יכול לנהוג אחרת, ככל שהוא שוקל או מהרהר אם לבצע את המעשה הפסול מוסרית. ראו למשל Carolina Sartorio, *Ignorance, Alternative Possibilities, and the Epistemic Conditions for Responsibility*, in PERSPECTIVES ON IGNORANCE FROM MORAL AND SOCIAL PHILOSOPHY 15 (Rik Peels ed., 2017).

ignorance) – אי־ידיעת עובדה מתחום המוסר שנוגעת למעשה.²⁸ כדי לעמוד על ההבחנה שבין שני סוגי אי־הידיעה, הניחו שרופא נתן תרופה לחולה שבטיפולו מבלי לדעת שהתרופה היא למעשה רעל, וכי נטילת הרעל גרמה למות החולה. זוהי דוגמה לאי־ידיעה של עובדה שאינה מתחום המוסר, אם התרופה היא רעל.²⁹ לעומת זאת, אי־ידיעה אם גרימת מוות בנסיבות המתוארות הוא מעשה פסול מן הבחינה המוסרית בהתחשב בכל הנסיבות היא דוגמה לאי־ידיעה של עובדה מתחום המוסר. לפי הגישה הרצייתית, אדם יהיה אשם מוסרית בביצוע מעשה פסול מוסרית³⁰ רק אם הוא יהיה אשם גם באי־ידיעה שפעל מתוכה – הן אי־ידיעה באשר לעניינים שאינם מתחום המוסר, הן אי־ידיעה באשר לעניינים מתחום המוסר שרלוונטיים למעשה. אי־ידיעה של אדם שמעשהו פסול מוסרית מקורה לפי הגישה הרצייתית בהאמנה שגויה שלו הנוגעת למעשה, ולכן עליו להיות אשם גם ברכישתו את האמנה המסוימת או בהחזקתו בה, או לחלופין באי־החזקתו בהאמנה שאינה שגויה הנוגעת למעשה. אלא שלפי מי שמצדדים בגישה זו, מאחר שאין לנו שליטה על ההאמנות שאנו מחזיקים בהן (doxastic involuntarism), כלומר משום שאין אנו יכולים לקבל החלטה רצונית במה להאמין ובמה לא להאמין,³¹ יהיה אדם אשם באי־הידיעה שממנה פעל (כלומר יהיה אשם בפעולה על יסוד האמנה שגויה) רק אם האמנתו זו נגזרת מפעולה, לרבות מחדל, שהיא עצמה פסולה מוסרית באופן מכריע, ושהאדם ביצעה תוך ידיעה כי היא פסולה באופן מכריע (פעולה בת־אשמה).³²

28 יצוין כי היה ניתן לתרגם את המונח "moral ignorance" כ"בורות מוסרית". במאמר אשתמש במילים "אי־ידיעה" תחת "בורות" עבור מונח זה, משום שלטעמי אין הן מעלות את הקונוטציה השלילית שהמילה "בורות" מעלה. יודגש כי אני משתמשת בביטוי "עובדות מוסריות" או "עובדות מתחום המוסר" לצורך נוחות הדיון. אין בכך מבחינתי משום הכעת עמדה באשר לשאלות הנוגעות לריאליזם מוסרי ולטיבן המטפיזי של האמנות בדבר המוסר.

29 כך, אף שיש לאי־ידיעה זו השלכה על הנפקות המוסרית של מעשהו של הרופא.

30 בשימוש ב"פסול מוסרית" הכוונה היא לפסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, אלא אם אציין אחרת.

31 ראו למשל: Larry Alexander, *The Most Persuasive Frankfurt Example, and What It Shows: Or Why Determinism Is Not the Greatest Threat to Moral Responsibility*, 4 OPEN J. PHIL. 141, 142 (2014): "It makes no sense to say we can choose which and how weighty the reasons are that we perceive. Reasons, and beliefs in general, come to us unbidden. It makes no sense to say AI should have thought of R, for he would need a reason – and that would be R itself – to think of R. So even if AI were completely free to choose X or ~X, he was not free to choose them for reasons that did not occur to him (Even if the reasons that occur to AI are not deterministically generated, AI still cannot be deemed responsible for which reasons [and their weights] appear to him)".

32 כלומר, תנאי זה דורש שהאדם יהיה בעל שליטה ישירה על הפעולה או על המחלל הרלוונטיים, כי הפעולה או המחלל יגרמו לו להחזיק (או שלא להחזיק) בהאמנות הרלוונטיות למעשה שביצע (כלומר כי יתקיים קשר סיבתי בין הפעולה ובין החזקת ההאמנה או אי־החזקתה), כי הפעולה תהיה פסולה מוסרית באופן מכריע וכי האדם ידע שהפעולה פסולה מוסרית כאמור. מכאן שאשמתו של

בהתאם לכך, הרופא מהדוגמה שלעיל יהיה אשם באי־ידיעתו לעניין הרעל אם אי־ידיעתו נבעה, למשל, מביצוע פעולה כמו השלכה לפח של תווית האזהרה שהודבקה על מכל הרעל או ממחדלו לקרוא את תוכן תווית האזהרה, למרות ידיעתו שהשלכת תווית האזהרה או אי־קריאתה כרופא היא פעולה פסולה מוסרית באופן מכריע, ואם הייתה לרופא שליטה ישירה על הפעולה וביצועה (או אי־ביצועה) וביצוע פעולה זו (או אי־ביצועה) הוא שגרם לכך שהרופא לא יחזיק בהאמנה הנכונה באשר לתכולת המכל. ככל שהרופא לא ביצע פעולה כזו, שגרמה להחזקתו בהאמנה שגויה באשר לרעל שסיפק לחולה שבטיפולו, הרי לפי הגישה הרצייתית יש להתחקות אחר פעולה בת־אשמה מצד הרופא שתוכל לבסס את אשמתו באי־הידיעה באשר למעשה ההרעלה, על מנת שהרופא יהיה אחראי מוסרית לנתינת רעל למטופל שבאחריותו.

רכיב נוסף שעליו להתקיים, לפי הגישה הרצייתית, כדי שיתגבש התנאי האפיסטמי לאחריות מוסרית נוגע לכך שעל הידיעה הנדרשת – הן באשר למעשה הפסול מוסרית, הן באשר לפעולה בת־האשמה – להיות נוכחת ולא רדומה במועד ביצוען של המעשה ושל הפעולה.³³ כמו כן, על המבצע לדעת הן באשר למעשה שביצע מתוך אי־ידיעה, הן באשר לפעולה בת־האשמה, כי המעשה והפעולה פסולים מוסרית באופן מכריע, כשונה מפסולים לכאורה בלבד. לשיטתה של הגישה הרצייתית, לא די בכך שהפועל ידע שמאפיינים שונים של המעשה או של הפעולה פסולים מוסרית לכאורה; עליו לדעת כי המעשה או הפעולה ככאלו פסולים מוסרית באופן מכריע (de dicto awareness of moral significance).

לשם הדוגמה, הניחו למשל שאדם רצח את קרובת משפחתו על רקע האמנתו שבהתנהגותה היא חיללה את כבוד משפחתו, וכי הוא מאמין שהרצח פסול מוסרית על פניו, אולם כי בהתחשב בכל הנסיבות, ובהן הפגיעה הקשה שנגרמה לכבוד משפחתו, מעשה הרצח מוצדק – כלומר הוא אינו פסול מוסרית באופן מכריע. ככל שזו האמנתו ואי־אפשר לאתר פעולה בת־אשמה מצידו שעונה על התנאים שלעיל ושהובילה להחזקתו בהאמנה זו, הרי לפי הגישה הרצייתית לא יתגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית לביצוע הרצח.

בין השאר, בשל השלכות כגון אלו שעלולות לנבוע מאימוץ הגישה הרצייתית, הושמעה ביקורת רבה כלפי גישה זו, שנתפסה כמובילה לרגרסיה אינסופית בניסיון לתור אחר פעולה בת־אשמה שתבסס אי־ידיעה מוסרית שהפועל אשם בה. לטענת המקטרגים את הגישה, התחקות אחר מעשה, מחדל או פעולה שבוצעו תוך ידיעה מלאה על אודות כל העובדות הרלוונטיות באשר לטיבה, לרבות טיבה המוסרי, היא משימה בלתי אפשרית בחיי המעשה.

הפועל באי־הידיעה תהיה בזכות (in virtue of) הפעולה בת־האשמה. בעניין זה, ראו Rosen, לעיל ה"ש 13, בעמ' 313. ראו גם MICHAEL J. ZIMMERMAN, LIVING WITH UNCERTAINTY: THE MORAL SIGNIFICANCE OF IGNORANCE 176 (2008). אשתמש במילים "פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות" וב"פסול מוסרית באופן מכריע" בצורה חליפית (interchangeably), כדי להתכוון לפסול מוסרית all things considered.

33 ידיעה רדומה היא ידיעה שהופכת לנוכחת רק בהתקיימן של נסיבות מסוימות.

ביקורת נוספת שנשמעה כלפי גישה זו היא, שלשיטתה אף ארכינבל כמו היטלר לא יהיה אשם מוסרית במעשיו,³⁴ ככל שלא יהיה אפשר לאתר פעולה בת-אשמה שביצע אשר הובילה להחזקתו בהאמנה שגויה כי מעשיו אינם לא-מוסריים באופן מכריע. תוצאה זו, לפי הביקורת, מעידה על כך שמשהו השתבש בהנחות היסוד של גישה זו באשר לביסוסו של אשם מוסרי.³⁵ כן נטען שקביעת הגישה הרצייתית, כי לא תקום אחריות מוסרית אלא אם הייתה לפועל ידיעה ערה ונוכחת בדבר הפסלות המוסרית המכרעת של המעשה ושל הפעולה בת-האשמה במועד ביצועם, חוטאת לשאלת האשם

34 ראו ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 96: "As Victor Tadros noted at a workshop on Husak's book, if Hitler is a counterexample to your view (as it is to Husak's), then it seems there is a serious problem with your view. If the most malevolent criminals' beliefs in the rightness of their causes are sufficient to exculpate them, then our ordinary moral judgments seem highly questionable". ראו מענה של הוזאק לעניין זה, HUSAK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 232-233. במענהו הוא טוען, כי העלאת הטענה שהנבלים האיזמים בהיסטוריה כמו היטלר וסטלין לא היו אחראים מוסרית למעשיהם לפי הגישה הרצייתית, היא עשיית רדוקציה לגישה הסובייקטיביסטית (subjectivist), שיסודה בכך שפועל נענה לטעמים מסוימים לפעולה החלים עליו (subjectivist reason-responsive theory). כמו כן הוזאק טוען, שאם ביצוע מעשים פסולים מוסרית באופן מכריע יהפוך לנפוץ, גם תומכי הגישה הרצייתית יאפשרו לשיקולים מערכתיים להשפיע על בחינת שאלת האשם, כלומר הם יסכימו עם מדיניות של מערכת המשפט שקובעת כי פועלים אחראים מוסרית גם בשל שיקולים הנוגעים לאכיפת החוק, תוך חריגה מעקרונות הגישה הרצייתית. בהקשר אחר, ראו דיון נוסף בחשיבות ההיענות לטעמים לפעולה עבור המשפט הפלילי: Gregory Antill, *Fitting the Model Penal Code into Reasons-Responsiveness Picture of Culpability*, 131 YALE L.J. 1346 (2022). לטענת המאמר, ההנחה של רבים שעוסקים בתאוריה של המשפט הפלילי, כי מושגי האשמה שביסוד המחשבה הפלילית תואמים את מושגי האשמה שמבוססת על היענות לטעמים לפעולה (reason-responsiveness conception of culpability), היא שגויה. בדומה למאמר זה, קורא Antill, שם, למשפט הפלילי המצוי להביא בחשבון ולשלב בתוכו מושגים מתחום הפילוסופיה של המוסר והפילוסופיה של המשפט הפלילי, ובמקרה של Antill, שם, הקריאה היא כי מושגי היסוד הנפשי במשפט הפלילי יתחקו אחר מושגי האשמה המבוססת על היענות לטעמים לפעולה מתחום המוסר.

35 ביקורת רבה נמתחה גם על התאוריה שבבסיס הגישה הרצייתית, התאוריה האינטרנליסטית (internalistic), בין השאר מפי מצדדי התאוריה האקסטרנליסטית (externalistic). אתייחס לשתיהן תיאוריות הללו להלן. ראו למשל Elizabeth Harman, *Does Moral Ignorance Morally Exculpate?*, 24 RATIO 443 (2011) (להלן: Harman, *Does Moral Ignorance Morally Exculpate?*); Elizabeth Harman, *The Irrelevance of Moral Uncertainty*, in 10 OXFORD STUD. METAETHICS 53 (Russ Shafer-Landau ed., 2015) (להלן: Harman, *The Irrelevance of Moral Uncertainty*); Brian Weatherston, *Running Risks Morally*, 167 PHIL. STUD. 141 (2014). גישה אחרת שהיא אקסטרנליסטית במהותה דנה בעד כמה עמדו לרשות הפועל הזדמנויות ויכולת (capacity) בחברה שבה הוא חי לרכוש האמנות על אודות המוסר שהן שונות מאלו שרווחות בתוכה, או עד כמה היו אותן האמנות נגישות לו (capacitarianism). ראו למשל Fernando Rudy-Hiller, *A Capacitarian Account of Culpable Ignorance*, 98 PAC. PHIL. Q. 398 (2017).

ומובילה לתוצאות אבסורדיות. אפשר להמחיש נקודה זו באמצעות דוגמה של רופא ששכח בעת ביצוע מעשה פסול מוסרית מדוע מעשהו זה פסול מוסרית, אשר יהיה פטור מאחריות מוסרית בגין ביצועו, וכמוהו גם כל מי שרק יימנע מלחשוב על אודות המעמד המוסרי של מעשהו ברגעי ביצועו.

טענת ביקורת נוספת שהועלתה בנוגע לגישה הרצייתית היא שפעמים רבות, אף שהפעולה בת-האשמה שהובילה לאי-הידיעה המוסרית תהיה פסולה באופן מכריע, פועל לא בהכרח ידע זאת, כפי שדורשת הגישה על מנת שתתגבש אחריותו המוסרית בגין המעשה שביצע מתוך אי-ידיעה מוסרית. כך למשל, נטען כי בעלי עבדים במאה התשע עשרה, שחשדו שהעבדות היא פרקטיקה פסולה מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, אולם בחרו – בשל אינטרסים שלהם בשימור העבדות – שלא לברר חשד זה (affected ignorance), היו אשמים מוסרית בהתנהגותם המונעת מאינטרסים. אינטרסים אלה הובילו אותם להמשיך להאמין כי העבדות מוצדקת מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, ולהמשיך אי ידיעתם כי התנהגות זו פסולה מוסרית באופן מכריע.³⁶ דוגמאות נוספות למעשים או לפעולות בנות-אשמה שפועל לא בהכרח ידע על אודות פסלותם המוסרית באופן מכריע הם מעשים ופעולות שנעשו מתוך "מידות רעות אפיסטמיות" (epistemic vice) כמו עצלנות או יוהרה, שמנעו מהפועל לברר באשר להאמנותיו בדבר מוסריות המעשה או הפעולה.³⁷

אלא שלמרות כל הביקורות שהועלו באשר לגישה הרצייתית, ובפרט בנוגע לכך שהיא חוטאת לשאלות של אשם הפועל, פילוסופים ותאורטיקנים בולטים של המשפט הפיליזופי כמו Larry Alexander ו-Kimberly Ferzan מצדדים בדעה שמאחר שאין להאשים אדם ברכישה או בהחזקה בהאמנות, ובהן האמנות על אודות המוסר, מחשבה פלילית אינה מתגבשת בקרב מי שביצע מעשה מתוך אי-ידיעה מוסרית. לדידם של Ferzan ו-Alexander, בשל עניין זה, כיום נושא אי-הידיעה המוסרי מציב את האתגר המשמעותי ביותר לתורת הגמול.³⁸ הסיבה לכך היא שכשם שאין להאשים את מי שאינו

36 מישל מודי-אדמס מתייחסת לכך שבעלי עבדים בחרו במודע לעצום את עיניהם לפסלות המוסרית המכרעת של החזקת עבדים. תומאס נייגל מתייחס לכך שגם בתקופות שבהן עבדות נתפסה כמותרת מוסרית, כמו בעת העתיקה (שכן היא לא הייתה מבוססת על תפיסות גזעניות ופסולות אלא נתפסה כביש מזל, כתוצאה שכל מפסיד במלחמה ייאלץ להתמודד עימה), עדיין, ביחסים הבסיסיים ביניהם, בעלי העבדים לא יכלו להיות עיוורים לכך שהם לא היו רוצים שיתייחסו אליהם כפי שהם עצמם התייחסו לעבדים. לכן, לדידו, מדובר בעיוורון מכוון לפסלות המוסרית המכרעת שבעבדות. ראו Michelle M. Moody-Adams, *Culture, Responsibility, and Affected Ignorance*, 104 ETHICS 291 (1994); Thomas Nagel, *Moral Reality and Moral Progress*, in REASON, JUSTIFICATION, AND CONTRACTUALISM: THEMES FROM SCANLON 83 (Markus Stepanians & Michael Frauchiger eds, 2021).

37 ראו Elinor Mason & Alan T. Wilson, *Vice, Blameworthiness, and Cultural Ignorance*, in RESPONSIBILITY: THE EPISTEMIC CONDITION 82 (Phil Robichaud & Jan Wieland eds., 2017).

38 ראו ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 100.

עובר חוק בכך שהוא מאמין שאין לתת לאינטרסים של בני אדם אחרים משקל פחות מזה שהוא מייחס לאינטרסים שלו, כך גם לדירם אין להאשים עוברי חוק בכך שהם אינם מאמינים, במועד ביצוע העבירה, שהאינטרסים של קורבנותיהם אינם בעלי משקל גבוה מספיק כדי שהם שיימנעו ממעשיהם הפליליים. לטענתם, אין לבני האדם שליטה ישירה על איך שדברים כמו טעמים – מוסריים ואחרים – לביצוע מעשה או להימנעות מביצועו נראים להם, וגם לא על האמנותיהם בדבר המשקל המוסרי שיש לתת לטעמים השונים לפעולה במאזן הכולל.³⁹

לעומת Alexander ו-Ferzan, Douglas Husak תומך בהחלת עיקרי הגישה הרצייתית בזירת מערכת המשפט הפלילי, בכפוף לחריג של פזיזות. לדידו, אין להאשים אדם בביצוע עבירה אם פעל מתוך אי-ידיעה מוסרית, ככל שהוא לא היה קל דעת או אדיש להאמנה שמעשהו פסול מן הבחינה המוסרית (Husak לא הבחין לעניין זה בין האמנה כי המעשה פסול מוסרית לכאורה והאמנה כי המעשה פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות). לדעת Husak, עמדות נאורות על אודות המוסר נגישות לכול, ולכן כמעט בלתי אפשרי להניח שעוברי חוק לא היו פזיזים כאשר להאמנה כי מעשהם יפגע בקורבנות העבירה. ככל שעוברי החוק היו פזיזים כאמור, הרי לפי Husak ראוי נורמטיבית שמערכת המשפט הפלילי תאשים, תרשיע ותעניש אותם.⁴⁰

2. גישת טיב הרצון

גישת טיב הרצון (quality of will) כופרת בעמדה הרצייתית כי על הפועל לדעת מהו הסטטוס המוסרי של מעשהו בהתחשב בכל הנסיבות כדי להיות אחראי מוסרית לביצוע מעשה פסול. לפי גישת טיב הרצון, די בכך שהפועל ידע עובדות מסוימות, לרבות עובדות שלא מתחום המוסר, שיש להן חשיבות מוסרית והן מעידות על מאפייני המעשה או טיבו, ועל כך שהמעשה פסול מוסרית, אף לכאורה בלבד.⁴¹ המצדדים בגישת טיב הרצון המחישו את טענותיהם באמצעות דוגמה מספורו של האקלברי פין,

39 ראו Alexander, לעיל ה"ש 31. ראו ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 100: "This view is perhaps the greatest challenge to the retributivism that we endorse. If only those who realize that they are culpable, the akratic, are fit objects of retributive responses, then most criminal behavior falls outside the province of retributivism. And this challenge transcends the free will debate. For no matter whether one is a compatibilist or a libertarian, no one asserts that we have direct control over how things appear to us, including reasons and their strength. Like our other beliefs, our beliefs about reasons come to us unbidden... If criminals, at the moment of decision, cannot believe their victims' interests are as weighty reasons for forbearance as we believe they are, we likewise cannot believe those interests are less weighty than we believe them to be. Whatever criminals believe, they believe, and the same is true of all of us" (ההדגשות הוספו).

40 ראו Husak, לעיל ה"ש 2, בעמ' 135-190, 232, וכן להלן בה"ש 108.

41 ראו למשל NOMY ARPALY & TIMOTHY SCHROEDER, IN PRAISE OF DESIRE 176-87 (2013).

שסייע לחברו ג'ים להימלט מעבדות מטעמים שונים; כלומר הוא ביצע מעשה מוצדק מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, שאף ראוי לשבח מוסרי, מבלי לדעת מהו מעמדו המוסרי של המעשה באופן מכריע. אף שבסיפור המקרה של פין מדובר באידיעה באשר להיותו של המעשה מוצדק ולא־פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, הרי לפי התומכים של גישת טיב הרצון, מקרה זה מדגים כי אחריותו המוסרית של פועל אינה נגזרת מידעתו או מאידיעתו על אודות הסטטוס המוסרי של מעשהו בהתחשב בכל הנסיבות.⁴²

ביקורת שהובעה על גישת טיב הרצון היא כי היא ניתקה את הקשר הגורדי שבין תנאי הידיעה ובין האחריות המוסרית של הפועל; שכן ככל שלפועל יש גישה לראיות כלשהן בנוגע למה שלשיתתה של הגישה חשוב באמת מבחינה מוסרית בנסיבות העניין, גם אם אין הוא יודע מהו הסטטוס המוסרי של מעשהו בהתחשב בכל הנסיבות, הפועל יהיה אחראי מבחינה מוסרית לביצוע המעשה. טענת ביקורת אפשרית נוספת על גישת טיב הרצון היא, שבהנחתה שפועל ידע מה באמת חשוב מבחינה מוסרית בכל מצב נתון, הגישה מניחה הן שיש לפועל את היכולת לדעת מהי האמת המוסרית במצבים שונים בהינתן ראיות על אודותיה, הן כי יש לפועל גישה לראיות הללו, המתווכות לו את האמת המוסרית. שתי ההנחות הללו אינן מובנות מאליהן כלל וכלל בחיי המעשה.⁴³

3. לקחים מהגישות השונות

נראה שלא נכון להישען על הנחה גורפת כמו זו שגישת טיב הרצון התבססה עליה, כי יש בכוחנו לדעת בכל רגע נתון ובכל מצב דברים שבו אנו מצויים מהו הרכיב החשוב מבחינה מוסרית. נראה גם שלא נכון להתחייב להגדרה המפרטת מהי התנהגות או מהן תכונות אופי שעולות כדי מידה רעה אפיסטמית, כמו עצלות ויוהרה, וכי לא נכון לקבל את פגמי הגישה הרצייתית בהתחקות אחר אשם הפועל בהקשרים שונים, כפי שמצביעות הדוגמאות שלעיל. תחת אלו, אציע שהפועל יידרש להוכיח שהוא נשען על ראיות בדבר מוסריות המעשה שלו והיה רגיש להן – בגיבוש האמנותיו על אודות המעשה, בהחזקה בהאמנות אלו ובפעולה על בסיסן.

פילוסופים של המוסר סברו כי אין "ללכת עד הסוף" עם הגישה הרצייתית, המבוססת על האמנות סובייקטיביות. אי לכך הם דרשו כי האמנותיהם של הפועלים יוצדקו אובייקטיבית, באמצעות רכיב שאינו תלוי אך במוחם של הפועלים פנימה (mind-independent),⁴⁴ תוך כפירה בעמדה כי אחריות אפיסטמית מתגבשת רק

42 לשיטתה של גישת טיב הרצון, ניתן להחיל השלכה זו גם על מעשים פסולים מוסרית, בשינויים המחויבים (שם, בעמ' 178-179).

43 ראו למשל Jan Willem Wieland, *What's Special About Moral Ignorance?*, 30 *RATIO* 149 (2017).

44 כפי שהבהירו ג'יי גייר ואנדרו ספיאלי, מדובר בהנחיות סובייקטיביות של הפועל כיצד לפעול (prescriptive not normative) ובסבירות סובייקטיביות שהפועל מייחס להאמנותיו השונות, שאין בהן כדי להשליך מבחינה מטפיזית על דבר. גייר מתייחס לכך שכיום אין אינטרנליסטים

באמצעות פעולה בת־אשמה.⁴⁵ הם דרשו הצדקה אפיסטמית של האמנות הפועלים על אודות המעשה הפסול שביצעו על מנת לפטור אותם מאשם בגין ביצועו מתוך אי־ידיעה מוסרית. כלומר, הם דרשו שהאמנותיהם של הפועלים באשר למוסריות מעשיהם יהיו מגובות בראיות אובייקטיביות, שמעוגנות במציאות ושמעידות על אמיתות ההאמנות.

מאמר זה מציע לעומת זאת לשים דגש על פרוצדורה אפיסטמית, בשונה מהצדקה אפיסטמית, אובייקטיבית של האמנות. פועל יידרש להראות שהוא היה רגיש לראיות שונות שרלוונטיות להאמנותיו בדבר מוסריות מעשהו, ובכלל זה כי הוא ערך בירור באשר לקשיים פוטנציאליים בהאמנותיו בניסיון לשרש האמנות שהן מוטות, לא־עקביות או לא־מוצדקות בנוגע למעמד המוסרי של מעשהו. ככל שהוא יוכל להראות זאת, אטען שגם אם האמנותיו אינן מעוגנות באמת כלשהי (לא מוצדקות אפיסטמית) וגם אם הוא הגיע למסקנה שגויה ולהחזקה בהאמנה שגויה בתום הבירור שערך (performance error), יש לפטור אותו מאחריות מוסרית משום שהוא עמד בנדרש ממנו מבחינת האחריות האפיסטמית המוטלת עליו. הצעה שכזו תוכל להתאים למערכת המשפט הפלילי משיקולים מערכתיים, שכן היא אינה דורשת מהמערכת לברר ולהכריע מה חשוב מוסרית בנסיבות עניינים שונות, לקבוע מהי האמת המוסרית במאזן הכולל של הטעמים השונים לפעולה הרלוונטיים למצב הדברים או לבחון ולהשוות בין תאוריות או עובדות שונות מתחום המוסר. במקביל, באמצעות הדרישה כי הנאשם יערוך פרוצדורה אפיסטמית כאמור, מערכת המשפט הפלילי תוכל להתחקות נאמנה אחר שאלת האשם שלו בבחינתה אם הוא היה רגיש לראיות השונות שהיו נגישות לו על אודות מוסריות מעשהו.⁴⁶

במילים אחרות, הצעת המאמר שהמשפט הפלילי יבחן את הפרוצדורה האפיסטמית שביסודן של האמנות נאשמים על אודות מעשיהם הפליליים מעוגנת הן בשיקולים מערכתיים – עקרוניים או מעשיים – שאינם קשורים לאשמתם המוסרית של הנאשמים,

שתומכים בדעה כי רק האמנותיו הסובייקטיביות הטהורות של האדם הן שמנחות אותו כיצד לפעול (מנפיקות לו הנחיות סובייקטיביות כיצד לפעול), בשונה מהאמנות שמגובות בראיות, קרי, שהן מוצדקות אפיסטמית. ראו Geyer, לעיל ה"ש 12, בעמ' 408-410. ראו גם Andrew Sepielli, *Decision-Making Under Moral Uncertainty*, in ROUTLEDGE HANDBOOK ON MORAL EPISTEMOLOGY 508 (Aaron Zimmerman, Karen Jones & Mark Timmons eds., 2018).

45 לפי הטענה, נגישותן של ראיות מתחום המוסר היא מוגבלת, שכן ראיות כאמור אינן מצויות בכל עבר. אלכסנדר ופרזן מתייחסים לזה כך, כאילו שאין לנו דרך להשיג ראיות בדבר שאלות של מוסר. ראו ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 95-107. אדגיש שבהתייחסותי לראיות מתחום זה אין כוונתי לראיות שיש בהן כדי להשליך על מוסריות המעשה מבחינה מטפיזית או אובייקטיבית, אלא לראיות שבאמתחתן של הפועל, שנגישות לו ושיש בכוחן להפריך או לתמוך בהאמנה סובייקטיבית שלו באשר לשאלה כיצד עליו לפעול מן הבחינה המוסרית.

46 הצעת המאמר אינה מבקשת לבחון את תוכן ההאמנות השונות, אלא להסתפק בדרישה פרוצדורלית-אפיסטמית-פורמלית בנוגע להאמנות. למרות זאת, אני מסכימה עם הטענה שלעיתים קרובות התרגום של האיסור הפלילי לראיה בדבר מוסריות המעשה שביסוד האיסור הפלילי יהיה תלוי במוכן של האמנות הרקע של הפועל (content-relative), ובהן גם האמנות שנוגעות לנורמות של מערכת המשפט הפלילי ומשקלן.

הן בשיקולים שנוגעים לאשמתם. למען הסר ספק, אינני מציעה שהמשפט הפלילי יתפטר בשאלת האשם המוסרי של הנאשם ויטיל אחריות פלילית על מי שאינו אשם מוסרי בהקשר זה.

בפרק הבא אסביר מדוע נראה שהצעת המאמר ראויה יותר מעמדתו של Husak לעניין זה, בין השאר בשל הנחתו כי האמנות בדבר המוסר זמינות לכל דורש. הצעת המאמר תוכל לספק מענה גם לעמדה הסקפטית שביסוד הגישה הרצייתית, אשר אומצה בידי Alexander ו-Ferzan, שלפיה התנאי האפיסטמי להטלת אחריות פלילית-מוסרית כמעט שאינו מתגבש בחיי המעשה.

ג. הצעת המאמר: אי-התרשלות אפיסטמית

תחילה אציע, כי בבחינת מערכת המשפט הפלילי את השאלה אם התגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו הפלילית-מוסרית של נאשם תאומץ הגישה האינטרנליסטית (internalistic), שבבסיס הגישה הרצייתית, תחת הגישה האקסטרנליסטית (externalistic), באשר להאמנותיו. אבהיר כי עמדה אינטרנליסטית, בהקשר של הדיון כאן, משמעה מיקוד בפנימיותו של הפועל, כנפשו ובמצבו המנטלי-פסיכולוגי, במחשבותיו ובהאמנותיו הסובייקטיביות. לשיטת הגישה האינטרנליסטית, האמנותיו הסובייקטיביות של הפועל, גם אם הן שגויות במבחן המציאות, הן הבסיס להצדקת ידיעתו, בעוד שלפי העמדה האקסטרנליסטית רכיבים חיצוניים לפועל, שהם מחוץ לנפשו ולמצבו המנטלי, הם המשמשים בסיס להצדקת האמנותיו הרלוונטיות, וכפועל יוצא מכך הם בגדר תנאי חיצוני לידיעתו.⁴⁷

הצעה זו, כי יש לבחון אם התגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו הפלילית-מוסרית של נאשם מבעד לפריזמה האינטרנליסטית, שמניחה כי ההאמנות הסובייקטיביות של הנאשם והראיות שבאמתחתו חשובות לעניין בירור האשם המוסרי שלו, עולה בקנה אחד עם עקרון הגמול שביסוד דיני העונשין. היא גם עולה בקנה אחד עם עקרון האינדיבידואליזם והתפיסה שביסוד המחשבה הפלילית שנשענת על מודעותו הסובייקטיבית של הנאשם, שהיא שלו בלבד, לרכיבי העבירה.⁴⁸ עקרון הגמול קיבל מעמד בכורה במשפט הפלילי המהותי, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בתיקון 113, ויסודו בבחינת אשם שנשענת עד כמה שניתן – כאשר כל שאר התנאים שווים – על רכיבים סובייקטיביים ואינדיבידואליים.

מנגד יציע המאמר, לצד האמור, שלא לקבל את הנחת העמדה הרצייתית שלפיה התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית של פועל מתגבש רק מתוך אי-ידיעה מוסרית

47 ראו לעניין זה למשל Richard Feldman & Earl Conee, *Internalism Defended*, 38(1) AM. PHIL. Q. 1, 1-18 (2001).

48 ראו לעניין זה למשל ש"ז פלר "אינוס מתוך רשלנות על סמך אימרת אגב" **משפטים** י 373, 375 (1980), וכן אריאל סלטו "על העיוורון (המכוון), יישום הדוקטרינה בדבר 'עצימת עיניים' בהליכים פליליים בבתי הדין לעבודה" **הסניגור** 4, 229 (2021).

אשר נרכשה באמצעות פעולה בת־אשמה שהפועל מודע לפסלותה באופן מכריע. קבלת עמדה זו עלולה להוביל לא רק למסקנה מרחיקת לכת שאינה מאפשרת אכיפת חוק אלא גם לחטוא לשאלות של אשם, כפי שהצביע הפירוט שלעיל בדבר הביקורות על גישה זו.⁴⁹

תחת זאת, אציע לבחון אם הפועל היה רגיש לראיות שהיו נגישות לו, הן מתחום המוסר הן שלא מתחום המוסר, באשר למוסריות מעשהו. אציע כי גם אם פועל טעה על בסיס הראיות שבאמתחתו בגיבוש, בהחזקה ובפעולה בהתאם להאמנה מסוימת באשר למוסריות מעשהו, לא יתגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית, ובלבד שיוכל להוכיח כי הוא עמד באחריות האפיסטמית המוטלת עליו באשר להאמנותיו במובן זה שהוא לא התרשל בניהול משק הבית האפיסטמי שלו.⁵⁰ כל עוד הוא יוכל להוכיח למשל, כי הוא גילה רגישות לראיות הרלוונטיות להאמנותיו או ערך "בדק בית אפיסטמי" (epistemic house-cleaning) בקרב האמנותיו השונות – כלומר ערך בירור על אודות בעיות או קשיים פוטנציאליים שעולים מההאמנות, מתוך ניסיון לשרש האמנות שהן מוטות, לא־עקביות, לא־מוצדקות או שקריות – לא יתגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית.⁵¹

נכון יותר לגזור את האחריות האפיסטמית של פועל מהשאלה אם הוא ערך פרוצדורה אפיסטמית מסוימת באשר להאמנותיו בדבר המעשה הפסול שביצע מאשר לגזור מהשאלה אם היו האמנותיו באשר למעשהו מוצדקות אפיסטמית. שכן, כפי שאטען להלן, ראוי להביא בחשבון שלא בלתי סביר שאדם יטעה – גם אם הראיות הרלוונטיות למוסריות מעשהו נגישות לו – בנוגע למשקל שיש לייחס לטעמים המוסריים בעד ונגד המעשה הפלילי, ובפרט בנוגע לשאלה אם מעשהו מוצדק מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות. מעבר לכך, אטען, לא בלתי סביר שפועל יטעה בגיבוש, בהחזקה ובפעולה על בסיס האמנותיו על אודות מוסריות מעשהו, בהתחשב בכך שעניין הנגישות לפועל של הראיות הרלוונטיות להאמנותיו בדבר טיבו המוסרי של מעשהו נגוע במזל מוסרי.

49 ראו לעיל בטקסט שלידי ה"ש 34.

50 בהמשך אתייחס לביקורת שעשויה לעלות באשר להצעת המאמר, ברוח הביקורת שהביע פלר, לעיל ה"ש 48.

51 יודגש כי לפי גישות בייסיאניות, שרווחות בתחום האמנות רציונליות, האמנות (beliefs) באות בדרגות של ביטחון שמבוטאות באמצעות הסתברות (הפועל מייחס שיעורי הסתברות מסוימים להאמנתו כי טענה מסוימת היא אמת). לאחרונה הוכח באמצעות מחקר אמפירי, כי גם באשר להאמנות בדבר המוסר פועלים נוטים לייחס הסתברויות לאפשרות אמיתותן (תוך ששאלת טיבן המטפיזי מושם בצד). טעות ביצוע (performance error) כפי שאני מתייחסת אליה יכולה אפוא להיות ייחוס של הסתברות שגויה להאמנה בדבר המוסר. לעניין זה, ראו למשל איתי ניסן־רוזן "תיאוריה בייסיאנית של חקירה מוסרית" הקרן הלאומית למדע (15.10.2016) Haim Cohen, Ittay Nissan-Rozen & Anat ; <https://www.nevo.co.il/shorturl/2F64073F-03E> Maril, *Empirical Evidence for Moral Bayesianism*, 34 PHIL. PSYCHOL. 801 (2022).

מזל מוסרי מתקיים כאשר שיפוט מוסרי של פועל ובחינת אשמתו בגין ביצוע מעשה פסול מוסרית נשענים על גורמים שאינם בשליטתו, אלא הם בגדר מזל. נושא המזל המוסרי מצוי במתח עם עקרון השליטה שהמשפט הפלילי מחויב אליו, שהוזכר לעיל, המניח כי ניתן לשפוט נאשם רק ככל שהמעשה הפלילי שביצע היה תחת שליטתו. ואולם גם אם המעשה הפלילי היה תחת שליטת הנאשם שביצעו והתגבש בקרב הנאשם היסוד הנפשי הרלוונטי, ייתכן שיהיה למזל המוסרי המכונן או למזל המוסרי הנוגע לנסיבות או לתוצאת המעשה תפקיד בנסיבות העניין, כפי שאפרט להלן.

ככל שנאשם לא התנהל בצורה רשלנית וביצע בירור אפיסטמי כלשהו כאשר להאמנותיו בדבר המעשה שביצע, הרי גם אם הוא שגה בגיבוש האמנות אלו, בהחזקה בהן ובפעולה על בסיסן בתום הבירור, אציע כי על מערכת המשפט הפלילי להעניק לפועל הגנת פטור בגין ביצוע המעשה הפלילי מתוך אידיעה מוסרית, או למצער להתחשב באידיעה האמורה בגזירת עונשו; שכן אידיעתו כי ישנו טעם מוסרי מכריע נגד המעשה שביצע משקפת אי-התגבשות של מחשבה פלילית (*mens rea*) בנסיבות המקרה. הגנה כאמור תאפשר לזכות את הנאשם, במקביל לקביעת בית המשפט כי התמלאו יסודות העבירה וכי הנאשם עבר על החוק, או – כאשר נסיבות המקרה קרובות למצב עניינים שבו ראוי להעניק סייג פוטר לאחריות פלילית – להפחית בעונשו של הנאשם, מן הטעם שמעשהו ברצע מתוך אידיעה מוסרית שאינה נובעת מהתרשלות אפיסטמית.

הספרות דנה למכביר במשמעות ההגנה הפוטרת. בהקשר זה שוררת הסכמה, שבהענקה של הגנה פוטרת המשפט הפלילי קובע כי הנאשם הפר את האיסור הפלילי ולא היה צריך לעשות כן במאזן השיקולים הכולל, וכי על אף שמעשהו נתפס כפסול מבחינת המשפט,⁵² אין להענישו משום שהוא אינו ראוי לגינוי ואינו אשם מוסרית⁵³ – בשל מאפייניו האישיים, או בשל מאפיינים ייחודיים לנסיבות ביצוע העבירה.⁵⁴ פיתוח והענקה של הגנת פטור בשל אידיעה מוסרית יוכלו אפוא לטמון בחובם הצהרה מצד מערכת המשפט כי מעשה הנאשם אומנם פסול באופן מכריע מבחינה פלילית-מוסרית. ואולם במקביל המשמעות היא כי הנאשם נעדר אשם ואין להענישו, בשל העובדה שלא התגבשה בקרבו מחשבה פלילית במובן זה שהוא ביצע את המעשה מתוך אידיעה

52 ראו למשל, Wibren Van der Burg, *The Expressive and Communicative Functions of Law*, Especially with Regard to Moral Issues, 20 LAW & PHIL. 31, 49 (2001).

53 ראו למשל, Mitchell N. Berman, *Justification and Excuse, Law and Morality*, 53 DUKE L.J. 1, 20 (2003) Douglas Husak, *Beyond the Justification/Excuse Dichotomy*, in CRIME, PUNISHMENT, AND RESPONSIBILITY: THE JURISPRUDENCE OF ANTONY DUFF 143, 149 (Rowan Cruft, Matthew H. Kramer & Mark R. Reiff eds., 2011).

54 ראו למשל, ANTONY R. DUFF, ANSWERING FOR CRIME, RESPONSIBILITY AND LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW 265 (2007).

מוסרית, ואף שהיה רגיש לראיות הרלוונטיות למוסריות מעשהו, הוא נעדר ידיעה כי המעשה שביצע פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות.⁵⁵

במצב דברים שבו הנאשם פעל מתוך אי־ידיעה מוסרית, משום שהוא החזיק בהאמנה שגויה בדבר מוסריות מעשהו, אף שערך בירור באשר להאמנותיו על אודות טיב המעשה, לרבות טיבו המוסרי, הנאשם לא בהכרח "חטא" במתן משקל אפסי או נמוך באופן מוחלט לאינטרסים או לזכויות של נפגע העבירה שביצע. "חטאו" הוא במתן משקל נמוך לאינטרסים או לזכויות אלו יחסית למשקל שנתן לטעמים אחרים לפעולה – בעד ביצוע המעשה – במאזן הטעמים הכולל. במצב זה הנאשם גם לא "חטא" בהכרח בהפגנת אי־רגישות מספקת לראיות הנוגעות להאמנותיו בדבר מוסריות המעשה, שכן הוא ערך בירור בנוגע להאמנות אלו נוכח הראיות שהיו נגישות לו. פיתוח הגנת פטור באשר לביצוע עבירה מתוך אי־ידיעה מוסרית מקימה סייג להתגבשות אחריות פלילית בנסיבות אלו, ומאפשרת אי־השתה של עונש כלל או הפחתת העונש שהושת על הנאשם כאשר נסיבות המקרה קרובות לאלו שכעיקרון מקימות סייג של פטור לפי הצעת המאמר. כל אלו מאפשרים למערכת המשפט הפלילי, מחד גיסא, להשיג את התכליות של הרתעה מפני ביצוע המעשה הפלילי והכוונת נמעני המשפט שלא לבצעו, באמצעות המסר כי המעשה פסול באופן מכריע מבחינה משפטית-מוסרית. מאידך גיסא, הגנת הפטור מאפשרת למערכת המשפט הפלילי להגשים תכלית של גמול, באמצעות שלילת אחריות משפטית-מוסרית מנאשם בשל סיבות ייחודיות לו עצמו, או עקב נסיבות ביצעו את המעשה – מתוך אי־ידיעה מוסרית שאין בצידה התרשלות אפיסטמית.

במענה לטענתי האחרונה יהיו מי שיאמרו כי לא ברור כיצד יכולה הגנת הפטור להשיג תכליות של הרתעה ושל הכוונת התנהגות כאמור, בהינתן שנפקותה הפרקטית היא שלילת אחריותו הפלילית של הנאשם וזיכוי. במענה לכך אשיב כי הגנת פטור יכולה לאפשר הרשעה, אי־ענישה או הפחתת העונש שיושת על המורשע. כן אטען, כי מעצם זיכוי של הנאשם בנסיבות דנן אין ללמוד בהכרח שההרתעה המשפטית נשללה, משום שהגנת הפטור מוענקת לנאשם עם תום ההליך הפלילי, שנתפס כעונש כשלעצמו, ולפיכך ניתן לטעון שמעצם ניהול ההליך נגד הנאשם מושגת הרתעה. עבור רבים מהעומדים לדין העונש אינו רק העונש הפלילי הנגזר עליהם במעמד גזר הדין בתום ההליך שבמסגרתו הורשעו, אלא "ההליך הוא העונש", ובין השאר המעצר, החקירה, האישום, אובדן הפרטיות, הטלטלה הרגשית, הפגיעה הכלכלית הקשה והביוש שנלווה להליך הפלילי מראשיתו.⁵⁶

55 ראו למשל Vera Bergelson, *Justification or Excuse? Exploring the Meaning of Provocation*, 42 TEX. TECH L. REV. 307 (2009); Michael S. Moore, *Causation and the Excuses*, 73 CALIF. L. REV. 1091 (1985); Stephen J. Morse, *Excusing and the New Excuse Defenses: A Legal and Conceptual Review*, 23 CRIME & JUST. 329 (1998).

56 ראו למשל לעניין זה את המקורות לעיל בה"ש 11. יצוין גם כי במתן הגנה פוטרת בגין אי־שפיות בית המשפט יכול לקבוע שהנאשם ביצע את העבירה שבה הואשם וכי מסוכנותו הוכחה, ולכן למרות זיכוי החולה מאושפז ללא הגבלת משך זמן במסלול האשפוז הפלילי, המחייב הערכה של

הענקה של הגנת פטור לנאשם בנסיבות הנדונות במאמר יכולה להשיג תכליות ענישה שונות וכן תכלית גמולית, בשל ביסוסה על היעדר האשם מצד הנאשם שביצע את המעשה הפלילי מתוך אי-הידיעה מוסרית שאין בצידה התרשלות אפיסטמית. למרות זאת ועל אף כל מה שנאמר כאן, ייתכנו מקרים שיהיה ראוי שמערכת המשפט הפלילי תביא בחשבון את אי-הידיעה המוסרית נטולת ההתרשלות האפיסטמית שמתוכה פעל הנאשם שלא באמצעות הענקת הגנה פוטרת. ניתן לעשות זאת באמצעות הפחתת עונש בעקבות הרשעה, לצד הענקת הגנה פוטרת לנאשם או בלעדיה, במסגרת שיקול דעתם של בתי המשפט בקביעת מתחם הענישה, כחלק מתיקון 113.

בפרק הבא אטען כי נסיבות מסוימות יוכלו לשמש עבור פועלים מקורות פוטנציאליים לראיות בדבר מוסריות מעשיהם. ככל שתהיה עדות לכך שמקורות אלו או אחרים כמותם עמדו לרשות הנאשמים, כך תוכל מערכת המשפט להניח כי הייתה לנאשמים גישה או נגישות לראיות הרלוונטיות. בשלב הבא המערכת תוכל לבחון אם הנאשמים מילאו אחר פרוצדורה אפיסטמית של בירור כלשהו באשר להאמנותיהם בדבר מוסריות מעשיהם נוכח הראיות האמורות ואם הם היו רגישים לראיות, באופן שיאפשר למערכת לקבוע אם הם התרשלו בניהול משק הבית האפיסטמי שלהם.

ד. מקורות פוטנציאליים לראיות על אודות המוסר

בין פילוסופים של המוסר שוררת מחלוקת באשר לשאלה מתי, מבחינה נורמטיבית, מוטלת על פועל חובה מוסרית לשקול מחדש את האמנותיו ולהרהר עליהן (deliberate), וכפועל יוצא מכך באשר לשאלה מתי יהיה פועל אשם באי-ידיעתו המוסרית אם לא הרהר כאמור. הנסיבות שלדעת הספרות מקימות חובה מוסרית להרהר מחדש בהאמנות על אודות המוסר מאופיינות בכך שהן מתארות מחלוקת כלשהי בקרב *ההאמנות*: מחלוקת בין האמנות על אודות המוסר בין קבוצות שונות בחברה שבתוכה הפועל חי (שאינן הקהילה שאליה הוא משתייך), מחלוקת בין האמנות הפועל או הקהילה שאליה הוא משתייך על אודות המוסר וההאמנות שרווחות בחברה שבה הוא חי או מחלוקת בין האמנות שונות של הפועל עצמו על אודות המוסר.⁵⁷

מסוכנותו בידי ועדה פסיכיאטרית במטרה לדאוג לשלום הציבור. לעניין זה, ראו למשל מרדכי (מוטי) מרק "כיצד ראוי לקבוע משך צו אשפוז פסיכיאטרי במסלול פלילי? מבט בעדשה של תורת המשפט הטיפולי" *ספר אליקים רובינשטיין* 1975 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים 2021).

57 פילוסופים שונים טענו, כי חובה מוסרית כאמור תחול על פועל כאשר בחברה שבה הוא חי ישנן מחלוקות באשר לנורמות מוסריות שונות. ראו למשל Gideon Rosen, *Culpability and Ignorance*, 103 PROCEEDINGS ARISTOTELIAN SOC'Y 61 (2003); Fernando Rudy-Hiller, *Moral Ignorance and the Social Nature of Responsible Agency*, 66 INQUIRY 821 (2019); David O. Brink & Dana Kay Nelkin, *Fairness and the Architecture of Responsibility*, in 1 OXFORD STUDIES IN AGENCY AND RESPONSIBILITY 284 (David Shoemaker ed., 2013); Christopher Evan Franklin, *A Theory of the Normative Force of Pleas*, 163 PHIL. STUD.

מבלי להתחייב באשר לשאלה אם אומנם מוטלת על הפועל חובה מוסרית להרהר או לשקול מחדש את האמנותיו על אודות מוסריות מעשהו נוכח נסיבות של מחלוקת כאמור, אציע לראות בנסיבות אלו מקור פוטנציאלי לראיות על אודות המוסר עבור הפועל (שאינו הכרחי, שכן נסיבות כאמור לא תמיד יתקיימו בחיי הפועל הרלוונטי). עוד אציע, כי מקורות פוטנציאליים אחרים לראיות על אודות המוסר יימצאו בנסיבות שונות שנוגעות למעשה שהפועל ביצע, אשר מזמנות לפועל עובדות שלא מתחום המוסר, אשר סביר שישמשו ראיות עבורו בדבר מוסריות מעשהו.

היו מי שטענו, למשל, שסביר כי התנסות ישירה, ובכלל זה מגע ישיר מול מושא המעשה, יניבו עובדות אובייקטיביות שאינן מתחום המוסר (factual evidence) באשר למאפייני המעשה שהופכים אותו לפסול מוסרית לכאורה לפחות (the wrong-making features of the action).⁵⁸ כך למשל, לפי הטענה סביר יותר שהתנסות של בעל עבדים במפגש בלתי אמצעי עם העבדים שבבעלותו תביאו לראות בעבד אדם בפני עצמו, בעל יכולת שווה לפעולה עצמאית, בעל יכולת שווה לסבול.⁵⁹ מפגש זה גם עשוי להביא את בעל העבדים להכיר בכך שיש טעם מוסרי מכריע נגד העבדות, כלומר להכרה בכך שמעשהו פסול באופן מכריע ולא-מוצדק מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות והשיקולים המוסריים המונחים על כפות המאזניים (on balance).⁶⁰

אחרים ראו בנסיבות שיש בהן כדי להצביע על החומרה היתרה של המעשה מבחינה מוסרית, כמו נסיבות שמשקפות את עובדת הסיכונים הגבוהים שהמעשה טומן בחובו (the high stakes of the action), ככאלו שסביר שיביאו את הפועל לידיעה שמעשהו פסול מוסרית באופן מכריע.⁶¹ כמו כן היו מי ששמו דגש על עובדות שלא מתחום

(2013) 479; אחרים טענו כי חובה מוסרית כאמור תחול על פועל כאשר האמנותיו בדבר המוסר אינן משקפות את הנורמות המוסריות הרווחות בחברה שהוא חלק ממנה. ראו למשל Cheshire (1989) 389, 389-90 ETHICS 389, Calhoun, *Responsibility and Reproach*, 99. עוד נטען כי על פועלים מוטלת חובה מוסרית להתעלות (to transcend) מעל הנורמות המוסריות של זמנם, ולהרהר על אודות האמנותיהם באשר למוסריות מעשיהם גם אם הן חופפות להאמנות בנות-הזמן והחברה שבה הם חיים (their social contemporaries). ראו למשל Moody-Adams, לעיל ה"ש 36; Harman, *The Irrelevance of Moral Uncertainty*, לעיל ה"ש 35; Alexander Guerrero, *Don't Know, Don't Kill: Moral Ignorance, Culpability, and Caution*, 136 PHIL. STUD. 59, 71 (2007).

58 ראו למשל ARPALY & SCHROEDER, לעיל ה"ש 41, בעמ' 183-182; Harman, *The Irrelevance of Moral Uncertainty*, לעיל ה"ש 35, בעמ' 65; William J. FitzPatrick, *Moral Responsibility and Normative Ignorance: Answering a New Skeptical Challenge*, 118 ETHICS 589 (2008).

59 ראו ARPALY & SCHROEDER, לעיל ה"ש 41, בעמ' 183-182.

60 שם.

61 בהתייחסו לעבדות בריאן ותרסון טוען, כי כשפועל סופג את התובנות המוסריות הבולטות של תקופתו או מהרהר על אודות מוסריותו של מוסד העבדות, לא סביר שהסיכונים שבעבדות ייראו לו גבוהים. אולם אם הוא יגיע לזירה שבה מוכרים וקונים בני אדם או שהוא ישלח משלחת לתפיסת עבדים שנמלטו (a slave-catching party), סביר שהסיכונים שבעבדות ייראו לו גבוהים. ראו

המוסר, שנוגעות למערכת היחסים הבין-אישית שבין הפועל ומושא מעשהו,⁶² ככאלו שסביר שבעטיין ידע הפועל מהו המעמד המוסרי הלכאורי לפחות של מעשהו.⁶³ מבלי להתחייב כי אומנם סביר יותר שפועל ידע מהו המעמד המוסרי של מעשהו בנסיבות כגון אלו, אציע כאמור לראות בהן מקור פוטנציאלי לראיות בדבר מוסריות מעשהו. מעבר למקורות פוטנציאליים אלו, עדות (testimony) הנוגעת לשאלות מתחום המוסר יכולה לשמש מקור לראיות על אודות המוסר, כמו למשל מחקר ומאמרים רלוונטיים לתחום, חוות דעת מומחה בתחום ועוד.⁶⁴

ישנה הסכמה בספרות כי בשונה מעובדות אחרות, עובדות על אודות המוסר נרכשות בעיקר באמצעות הנחיה חברתית וחיברות (instruction and socialization).⁶⁵

Brian Weatherston, *Knowledge, Bets and Interests*, in KNOWLEDGE ASCRIPTIONS 75 BRIAN WEATHERSTON, NORMATIVE (Jessica Brown & Mikkel Gerken eds., 2012). EXTERNALISM 2 (2019). אלכסנדר גררר התייחס גם הוא לסוגיה זו, והציג עמדה שכינה "קונטקסטואליזם מוסרי-אפיסטמי", שלפיה מבחינה נורמטיבית על אדם לערוך ביורר מעמיק או נרחב יותר מבחינה אפיסטמית בדבר מוסריות מעשהו, ככל שהוא מאמין לפי ההקשר כי מה שעומד על הפרק אשר נגזר מהמעשה שלו (what is at stake) חמור יותר מן הבחינה המוסרית. ראו למשל Guerrero, לעיל ה"ש 57.

62 ראו Thomas Nagel, *Moral Reality and Moral Progress* 15-16 (November 6, 2018) (זוהי גרסה ארוכה של המאמר המוזכר לעיל בה"ש 36, אשר בידי המחברת ואשר לא פורסמה. ההפניות החוזרות בהמשך המאמר יהיו לגרסה הארוכה המוזכרת בהערה הנוכחית), אשר טוען כי גם בעת העתיקה יש להניח שבגלל שבעלי עבדים חלקו עם העבדים שבבעלותם מערכת יחסים בין-אישית כלשהי, המבוססת על הכרה בהדדיות מסוימת, הם ידעו כי הכאת העבדים, למשל, היא מעשה פסול מוסרית באופן מכריע; ראו גם BERNARD WILLIAMS, SHAME AND NECESSITY 1-20 (1993), אשר דן בשאלה עד כמה ניתן לטעון שקיים דמיון בין הערכים והפרקטיקות שנקטו בידי היוונים בעת העתיקה ובין אלו שהם מנת חלקה של החברה המודרנית.

63 נייגל שם דגש על עובדות שנוגעות למערכות יחסים בין-אישיות, שלדירי היו נגישות תמיד, שסביר לדעתו שיביאו פועל לדעת על אודות הסטטוס המוסרי של מעשהו. בדונו בעבודת נייגל טוען, כי גם אם נסבור שהחלת תפיסת ימינו אנו באשר לעבודות על העולם העתיק תהיה "השלכה של רעיון אוניברסליסטי של הומניות על העבר", הרעיון הצר יותר של אי-ההוגנות של מערכת היחסים הבין-אישית שבין בעל העבדים והעבד היה תמיד נגיש לכול, שכן "כל אחד יכול לדמיין עצמו בנעליו של אחר". ראו Nagel, לעיל ה"ש 62. גם גדעון יפה העניק חשיבות ליחסים בין-אישיים בתוך הדיון בשאלת האשם בגין אי-ידיעה מוסרית. לפי יפה, פועל יהיה אשם מוסרית אם הוא יאמין שיש לתת משקל גדול יותר להנאתו מהמשקל המוסרי שיש לתת לגרימת נזק לאחרים, משום שלא נהג כלפי אחרים ביחס של כבוד והדדיות, הוא היחס שמכונן קהילות מוסריות של כבוד ושל שוויון. ראו Yaffe, לעיל ה"ש 2. ראו גם Tom Dougherty, *Affirmative Consent and Due Diligence*, 46 PHIL. & PUB. AFFS. 90 (2018).

64 ראו לעניין זה את הדוגמה של גייר בנוגע לגלינדה, שאליה התייחסתי לעיל. ראו Geyer, לעיל ה"ש 12, בעמ' 410-408.

65 מסיבות אלו, עבור פילוסופים שונים, העמדה הרצייתית אינה נכונה. ראו למשל Dana Kay Nelkin, *Difficulty and Degrees of Moral Praiseworthiness and Blameworthiness*, 50 Noûs 356, 372 (2016); Mark Peacock, *Inability, Culpability, and Affected Ignorance*:

לפי עמדה זו, בין הנחיות חברתיות אלו, הוראות המשפט הפלילי המהותי הן בעלות חשיבות מוסרית בולטת (rules of moral salience),⁶⁶ אולם לטעמי חשיבות זו אינה בהכרח מכרעת. מעבר לכך, נטען בספרות כי לקהילה המוסרית שאליה הפועל משתייך נודעת חשיבות גדולה לעניין זה. יש מי שטוענים, כי אין לגנות מוסרית פועל שאינו מצוי עימנו בקשר מוסרי מסוים (קודם למעמד הגינוי) או שאנו איננו חולקים עימו מכנה משותף כלשהו מן הבחינה המוסרית,⁶⁷ כמו חברות משותפת בקהילה מוסרית לא-פורמלית, שחבריה חולקים ידע ואמות מידה משותפים על אודות המוסר. ישנם פילוסופים שטוענים, למשל, כי לא זו בלבד שפועל שהוא מחוץ לקהילה המוסרית שלנו צריך לקבל פטור לאחר מעשה בגין ביצוע מעשה פסול מוסרית, אלא שיש לראות בו פטור מלכתחילה מהטחת אשם או גינוי בידי קהילתנו המוסרית.⁶⁸ ההצדקה לכך היא שהוא אינו חולק עימנו אמות מידה בסיסיות באשר למוסר, כלומר ייתכן שהוא אינו יודע לאשורו שמעשהו פסול באופן מכריע, ולפיכך אידיעתו אינה ראויה לגינוי והוא אף לא יהיה בהכרח מונע ממניעים שראויים לגינוי.⁶⁹ החברה בכלל והקהילה או הקבוצה המוסרית המסוימת שאליה משתייך הפועל בפרט יכולות אפוא לשמש עבור הפועל מקורות משמעותיים לראיות בדבר מוסריות מעשהו, שבתוכן מצויות גם הנורמות של מערכת המשפט הפלילי.

למרות זאת, בפרק הבא אתייחס לכך שגם בהינתן מקורות כפי שהוזכרו כאן לראיות על אודות המוסר, אשר ייתכן שאף יעמידו את הפועל במצב של ידיעה על אודות הסטטוס המוסרי הלכאורי של מעשהו, הם לא בהכרח יעמידו אותו במצב של ידיעה באשר למעמד המוסרי של מעשהו בהתחשב בכל הנסיבות. בשל עניין זה, וכן בשל רכיב המזל המוסרי שרלוונטי לנגישות הראיות לפועל, אטען כי לא נכון לדרוש הצדקה אפיסטמית-אובייקטיבית של האמנות הפועלים באשר למעשה; שכן אני סבורה כי לא בלתי סביר שנאשמים יטעו בגיבוש או בהחזקה בהאמנות באשר למוסריות המעשה שלהם, ובפרט באשר להאמנה כי המעשה שהם שוקלים לבצע אינו פסול מוסרית באופן מכריע אלא מוצדק בהתחשב בכל הנסיבות.

66 (2011) 65, 78 Hist. Hum. Scis., 24 *Reflections on Michele Moody-Adams*; Pleasants לעיל

ה"ש 4, בעמ' 102. השור Rudy-Hiller, לעיל ה"ש 57; Brink & Nelkin, לעיל ה"ש 57.

67 ראו למשל Rudy-Hiller, לעיל ה"ש 57, בעמ' 825-844.

68 THOMAS M. SCANLON, MORAL DIMENSIONS: PERMISSIBILITY, MEANING, ראו למשל

BLAME (2008); Thomas M. Scanlon, *Interpreting Blame*, in BLAME: ITS NATURE AND

2. Yaffe; NORMS 84 (D. Justin Coates & Neal A. Tognazzini eds., 2013), לעיל ה"ש 2.

69 בהתייחס לבעלי עבדים מהעת העתיקה למשל, נטען כי אין לגנותם מוסרית בגין החזקתם של

עבדים – מעשה שאנו תופסים בימינו אנו כפסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות – משום שהם

אינם חברים בקהילה המוסרית שלנו, התלויה בזמן ובמקום. ראו למשל Elinor Mason, *Moral*

Ignorance and Blameworthiness, 172 PHIL. STUD. 3037 (2015).

69 שם.

ה. האמנה שגויה כי המעשה אינו פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות

לפי הגישה הרצייתית, על מנת שיתגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית של הפועל, על הפועל לדעת כי מעשהו פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות. ידיעה זו משקפת את המאזן בין המשקל המוסרי שהפועל נותן לטעמים השונים לפעולה שרלוונטיים למעשהו, מאזן שבסופו הטעם בעל המשקל המכריע מבחינת הפועל לביצוע המעשה או להימנעות מביצועו הוא שמטה את הכף. אחת מטענות היסוד של הגישה הרצייתית היא כי לא הוגן לגנות מוסרית אדם אם הוא לא ידע שיש טעם מוסרי מכריע נגד המעשה שביצע. מבחינה נורמטיבית נראה כי על המשפט הפלילי לאמץ קביעה זו, שכן ככל שאדם אינו יודע שיש טעם מכריע – לרבות מן הבחינה המוסרית – שבעטיו עליו להימנע מביצוע המעשה הפלילי, נשללת ממנו המחשבה הפלילית, כפי שאפרט כעת.

ישנה כאמור טענה, כי בהתנסות ישירה סביר שפועל יעמוד מול עובדות שלא מתחום המוסר אשר יהיה בהן כדי להצביע על הפסלות המוסרית – לכאורה לפחות – של מעשהו, וכי די בידיעה מסוג זה באשר לפסלות המעשה כדי שיתגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית של הפועל בביצועו. אלא שכפי שנטען בספרות במענה לכך, עדותו של בעל עבדים לסבלו של עבד שבבעלותו, שמספקת ראיות עובדתיות ישירות באשר לפסלות המוסרית לכאורה של העבדות,⁷⁰ לא בהכרח תביא את בעל העבדים להסיק את המסקנה המוסרית שעבדות היא פסולה ולא מוצדקת מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות; שכן ייתכן שבעל העבדים יאמין, במקביל, שיש טעם או טעמים בעד העבדות שמשקלם גובר על המשקל של הטעם או הטעמים נגדה, אשר הופכים מעשה של החזקה בעבדים למוצדק מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות.⁷¹ במילים אחרות, נראה שאף על פי שעדות ישירה, למשל, יכולה לשמש מקור לראיות בדבר מעמדו המוסרי של מעשה הפועל, היא לא בהכרח תגיש עבור הפועל את הראיה לכך שיש טעם בעל משקל מכריע נגד המעשה במאזן הטעמים המוסרי הכולל (במאזן בין המשקל המוסרי שהפועל נותן לטעמים השונים לפעולה שרלוונטיים למעשהו, כאמור לעיל). באופן דומה, גם הרהור של פועל על אודות טיבו המוסרי של מעשהו ובחינתו את האמנותיו הרלוונטיות לא בהכרח ינגישו עבורו ראיות באשר למוסריות מעשהו, שיהיה בכוחן לשנות את האמנתו כי המעשה אינו פסול באופן מכריע.⁷² מאחר שעובדה כה חשובה – כי יש טעם מוסרי מכריע נגד ביצוע המעשה – לא בהכרח תהיה נגישה לפועל, גם לא באמצעות מקורות שונים המספקים לו ראיות בדבר מוסריות מעשהו, לא יהיה אפשר להאשימו בביצוע ביודעין של מעשה פסול מוסרית באופן מכריע, שכן הוא פעל מתוך אי-ידיעה באשר למעמדו המוסרי של המעשה.

70 ראו ARPALY & SCHROEDER, לעיל ה"ש 41, בעמ' 182-183.

71 ראו Wieland, לעיל ה"ש 43, בעמ' 159-160; ראו גם WILLIAMS, לעיל ה"ש 62, בעמ' 130-167.

72 ראו Wieland, לעיל ה"ש 43, השוו Moody-Adams, לעיל ה"ש 36, בעמ' 296.

סיבה אחרת שבעטיה אי־אפשר להסתפק רק בדיעתו של פועל כי מעשהו פסול מוסרית לכאורה כדי לגבש את התנאי האפיסטמי, היא החשיבות המכרעת שיש להקשר החברתי הרחב או לקהילה המוסרית שהפועל הוא חלק ממנה לשאלת הנגישות לפועל של ראיות בדבר הפסול המוסרי המכריע של מעשהו. כך למשל, נטען בספרות כי במקרים של הטרדה מינית במקום העבודה "סימני אי נוחות של אישה ואף אמירתה 'לא' [במפורש]... לא נתפסו כראיות לכך שבוצע פסול מוסרי רציני",⁷³ וכי "פרקטיקות סקסיסטיות של דיכוי, ניצול, ושימוש לרעה בכוח" ש"גברים רגילים, בעלים, אנשי מדע, אנשי פרסום ופועלי בניין" השתתפו בהן, לא נתפסו כפסולות מוסריות, ואוסיף לעניין זה את המילים "באופן מכריע" – בין השאר בשל היותן של פרקטיקות אלה נפוצות ורווחות בחברה.⁷⁴ דוגמאות אלו ממחישות, כי לא די בהכרח בעובדות בשטח שלא מתחום המוסר ואף לא בהתנסות ישירה של פועלים מול מי שנפגע ממעשיהם כדי שהן יתורגמו אצל הפועלים לראיות באשר לטעם מכריע מבחינה מוסרית נגד מעשיהם.⁷⁵

לטענת Alexander ו־Ferzan, למשל, רוצחים על רקע של חילול כבוד המשפחה ואחרים שיכולים להיות מועמדים להגנה תרבותית אינם פועלים מתוך רצון רע והם אף פחות אנוכיים מעוברי חוק אחרים, שכן הם אינם נותנים משקל מועט מדי לאינטרסים של נפגעי העבירה שהם ביצעו בהשוואה לאינטרסים שלהם עצמם. Alexander ו־Ferzan מסבירים זאת בין השאר בכך שלטענתם נאשמים אלו יודעים שמעשיהם כלפי נפגעי העבירה יאלצו אותם להקריב גם את האינטרסים שלהם עצמם.⁷⁶ מעבר לכך, טוענים Alexander ו־Ferzan, אמות המידה שלפיהן נוהגים רוצחים על רקע של חילול כבוד המשפחה, שמעניקות משקל ניכר לערך הכבוד, בין השאר גם על חשבון המשקל המוענק לאינטרסים ולזכויות של קורבנות הרצח במאזן המוסרי הכולל, נפוצות גם בחברה המערבית.⁷⁷

73 ראו Rudy-Hiller, לעיל ה"ש 57, בעמ' 827.

74 ראו Calhoun, לעיל ה"ש 57, בעמ' 390-389; HUSAK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 207-208 (דן בהורים שהיו מענישים גופנית את ילדיהם מתוך ההאמנה שפרקטיקה זו אינה פסולה מוסרית באופן מכריע); Rudy-Hiller, לעיל ה"ש 57. ראו גם Miranda Fricker, *The Relativism of Blame and* Williams's *Relativism of Distance*, 84 ARISTOTELIAN SOC'Y SUPPLEMENTARY Vol. 151 (2010), אשר דנה במנהלי בתי ספר שהיו מכים תלמידים כעניין שבשגרה, מתוך האמנה שפרקטיקה זו ראויה לצורך הקניית משמעת בית ספרית.

75 לפי הטענה, נדרש שינוי חברתי או קולקטיבי, קוגניטיבי ואתי שיניע המשגה והאמנה כי המעשה או הפרקטיקה הרלוונטית פסולים מוסרית באופן מכריע, שינוי שיכול שיכלול גם את הפללתה. ראו Rudy-Hiller, לעיל ה"ש 57. וכן Fricker, לעיל ה"ש 74. רודי־הילר התייחס לכך שנדרשה תחילה הטבעה חברתית של המושג "הטרדה מינית", ואחריה הפללה של פרקטיקה זו.

76 ראו ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 105-107.

77 שם, בעמ' 46, 106; Pleasants, לעיל ה"ש 4; אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** 43-19 (2004).

בהמשך לכך, טענתי היא שלב העניין הוא באידיעת פועל באשר למשקל הספציפי המכריע שראוי להעניק לטעם מסוים במאזן הטעמים הכולל באשר לביצוע מעשהו. אין מדובר באידיעה בדבר חשיבות השיקול הרלוונטי, כמו האינטרסים של נפגעי העבירה, אלא באימתן המשקל והחשיבות הראויים לשיקול זה במאזן הכולל בשל האמנות אחרות שהפועל מחזיק בהן. לפיכך, לא הוגן לגנות מבחינה פלילית-מוסרית פועל שביצע מעשה פלילי אם הוא ביצע אותו מתוך אידיעה כי המעשה פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, שכן לכאורה ייתכן שהוא הכיר בחשיבות הערך המוגן שביסוד האיסור הפלילי, גם אם לא בחשיבותו המכרעת, בהתחשב בטעמים אחרים לפעולה שהונחו על הכף.

מעבר לכך, חשוב להדגיש עניין נוסף אשר נראה שפילוסופים לא נתנו עליו את הדעת במובן זה – הוא רכיב המזל המוסרי המכונן שקיים ביסוד ההאמנות שאנו מחזיקים בהן. רכיב המזל המוסרי המכונן יכול לבוא לידי ביטוי בתכונות האופי והדיספוזיציות של עובר החוק, כמו גם במטען הגנטי שלו ובחינוך שרכש, שלא בהכרח הייתה לו שליטה על נפילתם בחלקו עובר לביצוע העבירה או במהלך ביצועה.⁷⁸ לרכיב המזל המוסרי יש גם תפקיד בשאלה עד כמה יהיו ראיות שרלוונטיות למוסריות מעשהו נגישות לעובר החוק. לפי העמדה שביסוד הגישה הרצייתית, אנו נעדרים כל שליטה בנוגע לעצם גיבוש ההאמנות, ההחזקה בהן והפעולה על בסיסן.⁷⁹ בשונה מכך, אני מציעה שנכיר בכך שנסיבות חיים שונות שאין לנו בהכרח שליטה עליהן משפיעות למצער על השאלה עד כמה יהיו ראיות באשר להאמנותינו נגישות לנו, וכפועל יוצא מכך – על המידה שבה נוכל לגבש את האמנות, להחזיק בהן ולפעול בהסתמך עליהן, באופן שישליך על האחריות המוסרית-פלילית שלנו.⁸⁰

כאשר שאר התנאים שווים, ראוי נורמטיבית שמערכת המשפט הפלילי, על כוחה הדורסני הרב, תשקף עד כמה שניתן אשם מוסרי נטול רכיבי מזל, ותקטין עד כמה שניתן את השפעת המזל על הכרעותיה הנוגעות להאשמת עוברי חוק, הרשעתם וענישתם. הוראות חוק העונשין ופרקטיקות הגינוי של מערכת המשפט הפלילי נותנות ביטוי למזל מוסרי בנסיבות ובתוצאות,⁸¹ ומבחינות, למשל, בין מקרה של נהג שגרם מוות ברשלנות בשל נסיבות שלא היו בשליטתו, ומקרה שבו – כשכל שאר התנאים היו

78 ראו Enoch, לעיל ה"ש 1.

79 ראו ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 103-105.

80 ראו לעניין זה למשל MILL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 20: "Mere accident has decided which of these numerous worlds is the object of [a person's] reliance... [T]he same causes which make him a churchman in London would have made him a Buddhist or a Confucian in Peking"; Joshua DiPaolo & Robert M. Simpson, *Indoctrination Anxiety and the Etiology of Belief*, 193 SYNTHESE 3079 (2016).

81 ראו Enoch, לעיל ה"ש 1. ראו גם את נייגל, שהבחין בין סוגי המזל המוסרי השונים וטבע את המונח "constitutive moral luck": Thomas Nagel, in THE PHILOSOPHY OF FREE WILL: ESSENTIAL READINGS FROM THE CONTEMPORARY DEBATES (Paul Russell & Oisín Deery eds., 2013).

שווים – נהיגה רשלנית זהה מצד נהג אחר לא גרמה למותו של אדם. אלא שעל פי רוב מערכת המשפט הפלילי אינה מכירה במזל מוסרי מכונן, אותן נסיבות חיים שאינן בשליטתם של עוברי החוק ושמכוננות את מי שהם – על אישיותם, האמנותיהם ונטיותיהם – גם בעת ביצוע העבירה,⁸² כגורם שאמור להשפיע על האשם המוסרי של הנאשם. דווקא במסגרת הענישה בתי המשפט מביאים בחשבון במידה מסוימת את נסיבות חייו של המורשע, באופן שמעיד על הכרת המערכת בשרירות שטמונה במזל הנסיבתי והמכונן.

כך למשל, פועל יכול להשתייך לקהילה מוסרית שהוראותיה על אודות מה שנתפס מוסרי (moral prescriptions) שונות מאלו של המשפט הפלילי המהותי בחברה שבה הוא חי, או לחלופין שהמשקל המוסרי שניתן להוראות אלו בתוך הקהילה שונה מהמשקל שהחברה מעניקה לערכיה המוגנים באמצעות האיסורים הפליליים.⁸³ מעבר לכך, סביר שלפועלים שהם חלק מהחברה שחוקקה את הדין הפלילי הרלוונטי תהיה גישה לעובדה כי לפחות חלק מהמעשים הפליליים (כגון אלו שהם לא-מוסריים על פניהם) הם לא-מוסריים לכאורה או באופן מכריע.⁸⁴ אך בה בעת לא בלתי סביר שעובדת היותם של מעשים פליליים מסוימים פסולים מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות (כלומר העובדה כי המשקל המוסרי נגד ביצוע מעשים אלו גובר על משקלו של כל טעם אחר בעד ביצועם) לא בהכרח תהיה נגישה לכלל הפועלים. לכן, בשונה מהחזקה חובקת כול שהמשפט הפלילי מגלם כיום, שלפיה אי-ידיעת החוק אינה פוטרת (ignorantia juris non excusat), על מערכת המשפט הפלילי להכיר בכך שהאיסורים הפליליים הם אך מקור אחד של ראיות בדבר המעמד המוסרי של המעשים שביסודם, או שהם מהווים רק ראיה אחת מבין מכלול הראיות, באשר למעמד המוסרי של מעשים אלו. עליה גם להכיר בכך שמקור ראיתי זה או ראיה זו לא בהכרח יהיו נגישים לכל הפועלים באשר הם, וכי האיסור הפלילי גם לא בהכרח "ייתרגם" עבור כלל הפועלים כראיה לטעם מכריע נגד ביצוע המעשה שביסוד האיסור.⁸⁵ יובהר כי טענתי כאן היא

82 ראו בעניין חסן, לעיל ה"ש 1, בפס' 51 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "הגם שדרישת הכורח נראית מוצדקת במישור העיוני, הרי שבמישור המעשי אין ההבחנה בין בחירה לכורח פשוטה כלל ועיקר. השאלה מהן נסיבות חיים שהן תולדה של בחירה חופשית ונסיבות חיים שהן תולדה של כורח ואילוץ היא פעמים רבות מורכבת. היכן עובר קו הגבול שבין בחירה חופשית והבניה חברתית? שהרי אפשרויות הבחירה מושפעות, בין היתר, מהסביבה בה גדל אדם – ממצבו המשפחתי, הכלכלי והחברתי. בשל כך מתעוררת השאלה, שגם המשיבים מכירים בה, כיצד לזהות את הבחירות שיש להותירן להכרעה במרחב האוטונומי של הפרט. אלה שאלות סבוכות. הן מעוררות בעיות מסוגים שונים ואין הן פשוטות להכרעה".

83 ראו למשל DUFF, לעיל ה"ש 54. ראו Mason & Wilson, לעיל ה"ש 37, בעמ' 96-100. ראו גם Fricker, לעיל ה"ש 74; ראו גם: Harman, *Does Moral Ignorance Excusate?*, לעיל ה"ש 35.

84 ראו למשל JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS* (1984) 10-11.

85 ראו למשל ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 95-107. ראו גם Wieland, לעיל ה"ש 43. לעניין היותה של נורמה של המשפט הפלילי באשר למעשה שהוא בלתי מוסרי כי נאסר (mala

דסקריפטיבית, כלומר אין בכוונתי לומר כי באופן נורמטיבי לא מוצדק שמשקלם המוסרי של הערכים המוגנים באמצעות נורמות המשפט הפלילי, המשמשות להכוונת התנהגות, יגברו על משקלם של טעמים אחרים לפעולה של פועלים.⁸⁶ תחת זאת אני טוענת, שלא בלתי סביר להניח – בחיי המעשה – שעבור פועלים רבים תוכן האיסור הפלילי כשלעצמו לא בהכרח ישמש טעם מכריע נגד ביצוע המעשה שביסודו.

לסיכום טענות המאמר האחרונות, מבחינה נורמטיבית נכון שהמערכת המשפטית תישען על האמנותיהם הסובייקטיביות של נאשמים על מנת לקבוע אם הם אומנם ידעו כי אין לבצע את המעשה שביצעו, לרבות מן הבחינה המוסרית. מעבר לכך, נכון לבחון אם אומנם ידעו הנאשמים שישנו טעם מוסרי מכריע נגד ביצוע מעשיהם, ולא די אך בידיעתם שישנו טעם מוסרי לכאורי נגד המעשה. עם זאת בשונה מפילוסופים של המשפט הפלילי כגון Ferzan, Alexander ו-Husak, אינני סבורה שיש "ללכת עד הסוף" עם הדרישה הסובייקטיביסטית (subjectivist), שבבסיס התאוריה האינטרנליסטית-רצייתית. מטרת הבחינה אם הנאשם היה רגיש לראיות שהיו נגישות לו בדבר מוסריות מעשהו אינה רק להיתלות בראיות אובייקטיביות חיצוניות לנאשם; מטרת הבחינה משקפת נכונה שאלות של אשם, ובהקשר זה – של אחריות אפיסטמית, ואת בחירתו של פועל אם לברר ולבחון את האמנותיו באשר למעשה שהוא שוקל לבצע נוכח ראיות שיש בהן כדי לעורר עריכת בירור כאמור.

1. בסיס לדיון מעשי – כיצד על מערכת המשפט לבחון האמנות נאשמים לאור הצעת המאמר?

הצעתי לראות בנסיבות שונות מקור פוטנציאלי עבור הפועל לראיות בדבר מוסריות מעשהו.⁸⁷ אציע להתייחס הן לראיות באשר לעובדות שאינן מתחום המוסר, הן לראיות באשר לעובדות שהן מתחום המוסר, שיש בהן כדי להשליך או להשפיע על האמנותיו

prohibita) טעם לפסלות מוסרית לכאורה לפי תפיסות הציבור, ראו GREEN, לעיל ה"ש 14. ניתן לטעון כי ככל שמדובר ברשות מחוקקת לגיטימית והגונה (מגבלה לא-פשוטה להטיל על נסיבות), הרי גם נורמה פלילית שביסודה איסור על מעשה בלתי מוסרי כי נאסר (mala prohibita) צריכה לשמש ראיה לפסלות לכאורה של המעשה שביסוד האיסור. כלומר אם קודם לאיסורו בפלילים, במעשה כמו חנייה באזור מסוים אין ראיה לפסלותו המוסרית לכאורה, הרי ניתן לטעון כי לאחר שנאסר בפלילים האיסור משמש ראיה לפסלות המוסרית לכאורה של מעשה כאמור.

86 כך בדומה לטענות של יוסף רז בהקשר זה. ראו Raz, לעיל ה"ש 14.

87 אין מדובר ברשימה סגורה. ייתכן שנסיבות אחרות יוכלו לשמש מקור פוטנציאלי אחר לראיות על אודות המוסר. אלו הן הנסיבות העיקריות שהספרות התייחסה אליהן כמבססות או כמפריכות אשם באידיעה מוסרית או שסביר שיביאו לידיעה על אודות המוסר, שאני מציעה להתייחס אליהן כאל מקורות לראיות רלוונטיות על אודות המוסר.

של הפועל בדבר מוסריות מעשהו, ובפרט על האמנתו כי מעשהו אינו פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, כראיות רלוונטיות למעשהו.⁸⁸

יודגש, כי על מערכת המשפט הפלילי לבחון אם התגבש התנאי האפיסטמי לאחריותו המוסרית של עובר החוק בנוגע לכלל העבירות הפליליות, בין אם הן תוצאתיות או התנהגותיות, ובין אם ביסודן יסוד נפשי של רשלנות או של מחשבה פלילית, מאחר שהתנאי האפיסטמי מרחיב על דרישות היסודות הנפשיים המעוגנות בחוק העונשין. על מנת שיתגבש התנאי האפיסטמי, נדרש לבחון אם עובר החוק ידע שהמעשה שביסוד העבירה הפלילית פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, ואחת היא אם העבירה מוגדרת בחוק העונשין כעבירה התנהגותית, כמו עבירת האינוס, או כעבירת רשלנות, כמו עבירת גרימת מוות ברשלנות.

אציע שמערכת המשפט תסתמך על ראיות עובדתיות, ובפרט על נסיבותיו האישיות של הנאשם, כדי לבחון את הסוגיות הבאות לאחר שבחנה את היסוד הנפשי הרלוונטי לעבירה שהנאשם ביצע לכאורה:

1. אם ראיות רלוונטיות למעשה היו נגישות אליו באמצעות אחד או יותר מהמקורות הפוטנציאליים השונים, או בדרך אחרת;⁸⁹
2. (ככל שניתן לקבוע שראיות רלוונטיות למעשה היו נגישות לנאשם) אם הנאשם היה מספיק רגיש והגיב או נענה לראיות הרלוונטיות כאמור בהאמנתו בדבר המעשה שביצע, ובפרט בהאמנתו כי מעשהו אינו פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות.

כדי לבחון אם פועל היה רגיש ונענה דיו לראיות הרלוונטיות הנוגעות למעשהו, יש לבחון אם בגיבושו את ההאמנה כי מעשהו אינו פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, בהחזקתו בהאמנה זו ובפעולתו על בסיסה,⁹⁰ הוא שקל מחדש את האמנה, הרהר על אודותיה, שינה אותה, הפסיק להחזיק בה או שוויתר על מוכנותו לפעול בהתאם לה (מבלי בהכרח להפסיק להחזיק בה) במענה לראיות הרלוונטיות שהיו נגישות לו במועד

88 בתוך הראיות על אודות המוסר ניתן למנות ראיות בדבר הטעמים המוסריים לפעולה שחלים על הפועל, ראיות בדבר המשקל המוסרי של כל אחד מהטעמים הללו לפעולה וראיות בדבר האיוון בין טעמים אלו במאזן הטעמים הכולל, לרבות בדבר הטעם בעל המשקל המכריע במאזן זה.

89 יודגש כי חשיבות הנגישות של הראיות הרלוונטיות היא רבה בהקשר זה, שכן ביסוד התפיסה של "האמנות לא-רצוניות" (doxastic involuntarism) מצויה הטענה כי אין לנו שליטה באשר להאמנותינו בכלל, ובפרט בדבר המוסר (ראו Alexander, לעיל ה"ש 31, וכן ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 2). גם מבלי להכריע אם טענה זו אומנם נכונה, הדרישה של נגישות הראיות לפועל מבקשת לצמצם אלמנטים של מול מוסרי ושל היעדר שליטה באשר לראיות על אודות מוסריות המעשה. להרחבה בעניין זה, ראו לעיל ה"ש 1, על המקורות המניינים בה.

90 ראו לעניין זה למשל Jennifer Nagel, *Epistemic Anxiety and Adaptive Invariantism*, 24 PHIL. PERSPS. 407 (2010); Jacob Ross & Mark Schroeder, *Belief, Credence, and Pragmatic Encroachment*, 88 PHIL. & PHENOMENOLOGICAL RSCH. 259 (2014); Elizabeth Jackson, *Belief, Credence, and Evidence*, 197 SYNTHESE 5073 (2020).

ביצוע המעשה.⁹¹ אם ניכר שהפועל נענה דיו לראיות הרלוונטיות, ראוי שמערכת המשפט תעניק לו פטור משפטי מאחריות בגין ביצוע המעשה הפלילי או תקל בעונשו, שכן אף שהוא ביצע את המעשה הפלילי מתוך אי־ידיעה מוסרית, הוא לא התרשל אפיסטמית מבחינת האמנותיו הרלוונטיות למעשה, לרבות אלו הנוגעות למוסריות מעשהו.⁹²

ככל שהנאשמים עצמם יוכלו לספק ראיות עובדתיות לכך שהראיות הרלוונטיות למעשה לא היו נגישות להם או כי בביצוע המעשה הם היו רגישים ונענו דיים אליהן, אזי בדומה לאפשרות הניתנת לנאשמים להעלות טענות הגנה או טיעונים לעונש, ראוי לאפשר לנאשמים להביא את הראיות האלו ולהעלות את טענותיהם הרלוונטיות לעניין זה בפני בית המשפט. עם זאת בהנחה שחלק מהנאשמים לא יוכלו לספק ראיות כאמור, על מערכת המשפט להסתמך על ראיות עובדתיות שונות כדי להסיק מסקנות באשר לשאלה, אם הנאשם היה רגיש דיו לראיות הרלוונטיות שהיו באמתחתו באשר לטיב המעשה באופן שמעיד על אי־התרשלותו האפיסטמית. מערכת המשפט כבר עושה זאת, בשינויים המחויבים, באשר למחשבה הפלילית, מצב מנטלי סובייקטיבי של הפועל שיש להוכיחו כאילו היה עובדה בעולם הממשי.⁹³ מאחר שמעשית אין יכולת להוכיח את היסוד הנפשי מבחינה ראיתית, המשפט מתבסס על חזקות משפטיות.⁹⁴

בדומה לכך, מוצע כי בהיעדר ראיות או טעם טוב מצד הנאשם לסתור זאת, המשפט יכול להחיל חזקה כי לנאשם הייתה נגישות או גישה לראיות רלוונטיות למוסריות המעשה שלו בתנאים הבאים: במקרה שנראה שישנו מקור לראיות, או שישנן ראיות רלוונטיות למוסריות המעשה, ובפרט להאמנת הנאשם כי המעשה שביצע אינו פסול באופן מכריע אלא מוצדק מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, וראיות אלו נובעות בין השאר מעובדות בשטח (מתחום המוסר או שלא)⁹⁵ ומצביעות בין היתר על החומרה

91 כך לרבות במענה לשינויים שחלו בראיות הרלוונטיות למעשה עד למועד ביצועו. ראו למשל WEATHERSON, NORMATIVE EXTERNALISM, לעיל ה"ש 61, בעמ' 110-114.

92 שם.

93 יודגש כי אני מתייחסת בהצעתי אל פועלים שיש לפטור אותם מביצוע מעשה פסול מוסרית מתוך אי־ידיעה מוסרית בגין נסיבות אישיות שמנעו מהם פיזית לדעת או להיות רגישים או רספונסיביים לראיות הרלוונטיות, כמו נסיבות של חוסר יכולת קוגניטיבית להשתמש ביכולות רציונליזציה בסיסיות (basic reasoning capacities). ראו למשל Nagel, לעיל ה"ש 62. ראו ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 95-107.

94 כך למשל נעזרת מערכת המשפט, בהיעדר ראיה לסתור, בחזקה שלפיה נאשם שהתנהג הנהגות פוגעניות מן הסוג שאובייקטיבית יש בו כדי לגרום למות קורבנו – היה מודע לאפשרות של גרימת התוצאה הטבעית העשויה לצמוח מהתנהגותו, כלומר לתוצאה הקטלנית של מעשהו. ראו למשל ע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבו-אלהוא, פ"ד נה(3) 327 (2001). כמו כן מערכת המשפט נעזרת בנסיבות מקרה, כמו נסיבות של הכאת אדם בידי הנאשם באמצעות חפץ חד תוך הסבת חבלות קשות לגופו, כדי ללמוד באשר ליחס החפצי-נפשי של הנאשם כלפי התוצאה, ובפרט כי הנאשם היה שווה נפש (אדיש) לאפשרות שמעשיו עלולים להביא להמתת המנוח. ראו למשל לעניין זה ע"פ 9723/03 מדינת ישראל נ' בלור, פ"ד נט(2) 408 (2004).

95 ראו למשל ARPALY & SCHROEDER, לעיל ה"ש 41, בעמ' 182-183.

המוסרית של המעשה הפלילי (morally serious or high stakes),⁹⁶ על התנסות ישירה מול נפגעי העבירה⁹⁷ או על מעמד מוסרי נתון במחלוקת של נפגע העבירה (בהתייחס למשל לבעלי חיים ולעוברים).⁹⁸ אי־אפשר להסיק מעצם הנגישות לראיות רלוונטיות כי הנאשם ערך בפועל בירור באשר להאמנותיו על אודות המעשה או כי מוטלת עליו חובה לערוך בירור כאמור נוכח ראיות אלו. אולם מוצע כי מערכת המשפט תקבע במצב דברים כגון זה חזקה, שלפיה הייתה לנאשם האפשרות לערוך בירור כאמור בהיעדר ראיה או טעם טוב לסתור חזקה זו.

יודגש כי ככל שמערכת המשפט הכריעה כי עובר החוק ערך בירור על אודות האמנותיו בנוגע למעשה הפלילי, נוכח ראיות שהיו נגישות לו ורלוונטיות לסטטוס המוסרי של מעשהו, וכי בסופו של הבירור הוא האמין כי המעשה הפלילי אינו מוצדק בהתחשב בכל הנסיבות אלא פסול באופן מכריע ולמרות זאת ביצע את המעשה הפלילי, הרי יש לשלול ממנו את האפשרות לקבל הגנת פטור או הקלה בעונש. הטעם לשלילה הוא ההכרעה המשפטית מבוססת הראיות כי הנאשם האמין בתום הבירור שערך כאמור שהמעשה פסול מוסרית באופן מכריע (ולא מוצדק). במצב כגון זה התנאי הראשוני למתן הגנת פטור אינו מתקיים (פעולת הנאשם מתוך אי־ידיעה מוסרית), אף על פי שמתקיים התנאי השני להענקתה (אי־התרשלות הנאשם מבחינה אפיסטמית).⁹⁹

ז. דוגמאות המדגימות יישום של הצעת המאמר

הניחו שהגברת פומיקו קימורה האמינה כי מוטלת עליה חובה מוסרית לשים קץ לחייה ולחיי ילדיה על מנת להיפטר מהבושה שדבקה בהם בשל רומן שניהל בעלה מחוץ לנישואים.¹⁰⁰ הניחו גם שהגברת קימורה האמינה שמעשה ההתאבדות האמור פסול מבחינה מוסרית על פניו, אולם שהיא האמינה במקביל כי בשל הבושה שנגרמה לה וילדיה, אשר תלווה אותם כל חייהם, המעשה מוצדק בהתחשב בכל הנסיבות.

96 ראו למשל WEATHERSON, NORMATIVE EXTERNALISM, לעיל ה"ש 61, וכן Guerrero, לעיל ה"ש 57.

97 ראו למשל לעניין זה את ARPALY & SCHROEDER, לעיל ה"ש 41 ואת גישת טיב הרצון.

98 ראו למשל Pleasants, לעיל ה"ש 4.

99 תרחיש זה אינו עומד בקריטריונים של הגישה הרצייתית להגדרת פעולה כ"פעולה בת־אשמה", שכן אין מדובר בהכרח בפעולה שהפועל ידע או היה אמור לדעת כי היא לא־מוסרית באופן מכריע. מצב זה שונה מא־בירור מכוון, אי־בירור שכונה בספרות הפילוסופית "אי־ידיעה מעושה" (affected ignorance) (שמקביל במשמעותו לדוקטרינה המשפטית בדבר "עצימת עיניים", אשר עוגנה בס' 20(ג)1) לחוק העונשין (תיקון מס' 39), התשנ"ד–1994, ס"ח 391) – מחדל שיכול לענות להגדרה של "פעולה בת־אשמה" לפי הגישה הרצייתית, ככל שהפועל ידע כי אי־בירור כאמור הוא פסול מוסרית באופן מכריע בנסיבות העניין.

100 כך באמצעות פרקטיקה הקרויה ביפנית Oya-ko shinju, התאבדות הורה וילדיו. ראו למשל People v. Kimura, No. A-091133 (L.A. Super. Ct. 1985); Carolyn Choi, *Application of a Cultural Defense in Criminal Proceedings*, 8 UCLA PAC. BASIN L.J. 80, 82-83 (1990).

¹⁰¹ לפי נסיבות המקרה שאכן אירע, לאחר שנודע לה על אודות הרומן של בעלה צעדה הגברת קימורה עם ילדיה אל תוך הים, מעשה שהביא לטביעתם הטרגית של ילדיה, בעוד שהיא עצמה הוצלה בידי עוברי אורח שהיו עדים למקרה. במועד ביצוע העבירה הפלילית התגוררה הגברת קימורה בארצות הברית במשך ארבע עשרה שנים. נוכח שהות ארוכה זו בקרב החברה האמריקנית, היו מי שטענו כי אין לקבל את טענת הגברת קימורה שהיא זכאית להגנה תרבותית.¹⁰² מנגד, היו מי שטענו כי למרות שנותרה הרבות בארצות הברית, "נותרה [הגברת קימורה] יפנית בדרך חשיבתה וסגנון חייה, מבודדת מהתרבות האמריקאית".¹⁰³

הניחו כעת כי אדם שחי – ולפי הראיות העובדתיות שהובאו בפני בית המשפט גם התאקלם – בחברה האמריקנית במשך שנים ארוכות רצח את אחותו בשנתה בשל האמנה שהחזיק בה, אשר ספג ממשפחתו ומקהילתו, כי מוטלת עליו חובה מוסרית לנקות את עצמו ואת בני משפחתו מהבושה שהתנהגותה של אחותו הביאה עליהם. הניחו כי רוצח זה מכיר את הנורמות המוסריות הנהוגות בחברה האמריקנית ובהן את האיסור הפלילי לבצע רצח, אולם כי הוא האמין שרצח אחותו מוצדק בהתחשב בכל הנסיבות, וכי אף מוטלת עליו חובה מוסרית לבצעו לטובת הכבוד שלו ושל בני משפחתו בדורו הוא ובדורות הבאים.¹⁰⁴

בהנחה שהגברת קימורה והרוצח על רקע חילול כבוד המשפחה לא יספקו ראיות בדבר אי-ידיעה מוסרית שהם פעלו מתוכה, נראה כי ניתן לשקול את קיומם של כמה מקורות שהנגישו עבורם ראיות רלוונטיות בדבר מוסריות מעשיהם. דוגמאות למקורות לראיות אלו הם למשל המתח שבין ההאמנה הרווחת בחברה שבה הם חיים בדבר המעמד המוסרי של מעשה הרצח ובין ההאמנה הרווחת בקרב משפחתם וקהילתם

101 ראו למשל, Rashmi Goel, *Can I Call Kimura Crazy? Ethical Tensions in Cultural Defense*, 3 SEATTLE J. SOC. JUST. 443 (2004) שמתייחס לעריכת דין קהילתית ולאחריות הסניגור להציג בפני בית המשפט ראיות בדבר הרקע התרבותי של הנאשם; השוו. Deborah Woo, *The People v. Fumiko Kimura: But Which People?*, 17 INT'L J. SOC. L. 403 (1989) המתייחסת למתח האינהרנטי שנוצר בין תפיסת האשם האינדיבידואלי של מערכת המשפט האמריקנית המבוססת על הנחות יורוצנטריות, ובין אלו המקובלות בקרב אזרחי ארצות הברית שאינם ממוצא אירופי, שמהווים רוב במדינות מסוימות; ראו גם Rhoda J. Yen, *Racial Stereotyping of Asians and Asian Americans and its Effect on Criminal Justice: A Reflection on the Wayne Lo Case*, 7 ASIAN L.J. 1, 20-21 (2000); Yuko Kawanishi, *Japanese Mother-Child Suicide: The Psychological and Sociological Implications of the Kimura Case*, 8 UCLA PAC. BASIN L.J. 32, 45-46 (1990).

102 ראו למשל, Leslie Pound, *Mother's Tragic Crime Exposes a Culture Gap*, CHI. TRIB. (June 10, 1985), <https://www.chicagotribune.com/news/ct-xpm-1985-06-10-8502060678-story.html>.

103 ראו למשל Goel, לעיל ה"ש 101.

104 ראו למשל, John Avlon, *An American "Honor Killing"*, N. Y. POST (July 23, 2008), <https://nypost.com/2008/07/23/an-american-honor-killing/>.

באשר למעשיהם, והמתח שבין האמנות שונות שלהם עצמם בדבר מוסריות המעשה. ראיות אלה ייתכן שהקימו להם חובה מוסרית להרהר מחדש באשר להאמנתם כי המעשה שביצעו מוצדק מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות – חובה מוסרית שלא ברור אם הם מילאו.

מבחינה מעשית מערכת המשפט הפלילי יכולה לבחון אם התמלא התנאי האפיסטמי לאחריותם הפלילית-מוסרית של הגברת קימורה ושל הרוצח על רקע חילול כבוד המשפחה, כפי המוצע במאמר זה, תוך הסתמכות על נסיבות המקרים ועל חזקות כאלו ואחרות המשקפות ברמה ראייתית את ניסיון החיים והשכל הישר, כדי ללמוד – בהיעדר ראיה אחרת לסתור זאת – על הברור האפיסטמי שערכו הנאשמים בנוגע להאמנותיהם בדבר מעשיהם. כך, מערכת המשפט יכולה ללמוד – ככל שהגברת קימורה והרוצח על רקע חילול כבוד המשפחה לא יסתרו חזקה ראייתית זו – כי חזקה שסבלם של קורבנות העבירות שהם ביצעו היה לנגד עיניהם, וסיפק בידיהם ראיה עובדתית לכך שיש טעם מכריע מן הבחינה המוסרית נגד מעשיהם, או שימש מקור לראיה בדבר מוסריות מעשיהם. נוכח הנגישות לראיות האמורות, ניתן לטעון שהיה על הגברת קימורה ועל הרוצח על רקע חילול כבוד המשפחה לבחון ולהרהר, אף בזמן אמת, על אודות האמנתם כי המעשה שהם מבצעים מוצדק בהתחשב בכל הנסיבות.¹⁰⁵

נניח ששני עוברי החוק ספגו ממדינת מוצאם, מהקהילה המוסרית שאליה הם השתייכו או מבני משפחתם נורמות מוסריות שונות מאלו שבבסיס חוקי העונשין שבארצות הברית, או הנחיה בדבר חובתם להעניק במאזן המוסרי הכולל משקל מוסרי לנורמות שהוא שונה מזה שניתן לערכים המוגנים באיסורים הפליליים הרלוונטיים בארצות הברית. אפילו מתוך הנחה זו אי-אפשר להתעלם מכך, שבמהלך ביצוע הרצח גם רמת החומרה או הסיכון המוסרי הגבוהים של המעשה יכלו לשמש ראיה שלא מתחום המוסר בדבר פסלותו המוסרית המכרעת. במילים אחרות, ניתן לומר כי עצם העובדה שעוברי החוק המשיכו להחזיק בהאמנה שהמעשה שהם מבצעים אינו פסול באופן מכריע אלא מוצדק מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, ואף פעלו על בסיסה, למרות הראיות לפסלותו המכרעת שעמדו לנגד עיניהם, מדברת בעד עצמה. היא מעידה על כך שהם לא היו רגישים מספיק לראיות שהיו נגישות להם באשר למוסריות המעשה שהם ביצעו, וכן שהם התרשלו בביצוע הפרוצדורה האפיסטמית של בחינת האמנותיהם בדבר הסטטוס המוסרי של המעשה שהם ביצעו. בשל כל אלו נראה כי יש לשלול מהם את האפשרות לקבל הגנה מסוג פטור משפטי או הקלה בעונשם.

אלא שכאמור לעיל, גם ראיות בדבר מוסריות המעשה שנובעות מהתנסות ישירה בפרקטיקה כלשהי שרלוונטית למעשה לא בהכרח יתורגמו אצל פועל כידיעה שמעשהו פסול מוסרית *בהתחשב בכל הנסיבות*, בשונה מפסול מוסרית על פניו. כלומר, גם אם הגברת קימורה והרוצח על רקע חילול כבוד המשפחה האמינו כי יש לתת משקל גבוה

105 ראו למשל Justin Nobel, The Mysterious Case of Fumiko Kimura, the Mother Who Drowned Her Children, DIGIT. DYING (Apr. 5, 2017), <https://www.funeralwise.com/digital-dying/the-mysterious-case-of-fumiko-kimura-the-mother-who-drowned-her-children>.

במיוחד לערך החיים של ילדיה ושל אחותו, בהתאמה, או שרצח הוא פסול מוסרית בשל טעמים כבדי משקל, ייתכן שהם האמינו במקביל כי טעמים כבדי משקל עוד יותר מצדיקים את ביצוע המעשה בסופו של דבר במאזן הטעמים הכולל.

על כל פנים, בהתאם להצעת המאמר על מערכת המשפט לבחון אם לעוברי החוק הבאים בפתחה הייתה נגישות לראיות רלוונטיות להאמנות שלהם בדבר מוסריות המעשה הפלילי שהם ביצעו לכאורה. עליה גם לבחון אם הם היו רגישים מספיק לראיות אלו בגיבוש האמנותיהם בנוגע למעשה, בהחזקה בהאמנות אלו ובפעולה על בסיסן, ובפרט בנוגע להאמנה כי המעשה שביסוד העבירה הפלילית אשר ביצעו אינו פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות אלא דווקא מוצדק באופן מכריע. כאשר כל שאר התנאים שווים, הרי ככל שהגברת קימורה ורוצח אחותו יוכיחו את הנתונים שיפורטו להלן או חלקם, נראה שבשל שיקולי גמול ואשמה על מערכת המשפט הפלילי להביא נתונים אלה בחשבון: (1) כי ראיות רלוונטיות למוסריות המעשה שהם ביצעו, לרבות תוכן האיסור הפלילי הנוגע למעשה, היו פחות נגישות להם או לא נגישות להם כלל בשל אי-התערוותם בחברה, או מסיבה אחרת; (2) כי הנורמות הנהוגות בקרב הקהילה המוסרית שאליה הם משתייכים מייחסות פחות משקל לטעמים המוסריים נגד המעשה, או יותר משקל לטעמים בעד ביצועו מהמשקל המיוחס לטעמים נגד מעשה הרצח בהוראות דיני העונשין.

הענקת של הגנת פטור, שמקימה סייג להתגבשותה של אחריות פלילית ובכוחה גם להפחית או לשלול ענישה של מורשעים, מתחקה אחר היעדר האשם המוסרי של מי שביצע מעשה פלילי מתוך אי-ידיעה מוסרית, אשר החזיק בהאמנה שגויה בדבר מוסריות מעשהו ופעל על פיה, אף שערך בירור באשר להאמנותיו בדבר טיב מעשהו, לרבות באשר לטיבו המוסרי. בנסיבות כגון אלו הנאשמים לא בהכרח ביטלו במעשיהם את חשיבות האינטרסים והזכויות של נפגעי העבירה או את חשיבות הערכים המוגנים שביסוד האיסורים הפליליים הרלוונטיים, ואף לא בהכרח הפגינו חוסר רגישות לראיות הנוגעות להאמנותיהם בדבר מוסריות המעשה שביצעו, ככל שערכו בירור כלשהו באשר להאמנות אלו נוכח הראיות הרלוונטיות שהיו נגישות להם.

יתר על כן, לפי טענה שהועלתה בספרות, מתן הגנה פוטרת לנאשמת כמו הגברת קימורה, למשל, אף עשוי לעלות בקנה אחד עם תחושות של צדק בקרב החברה או הקהילה הרלוונטית, ולהשיג הלימה אמפירית-חברתית-קהילתית עם אמת המידה הדאונטולוגית של חוקי העונשין. תוצאה זו, כך הטענה, תאפשר למערכת המשפט לגייס לטובתה את התיוג החברתי-קהילתי של המעשה הרלוונטי, כמו גם את שיתוף הפעולה של בני הקהילה, על מנת לקצור מטרה תועלתנית של הגברת הציות למשפט הפלילי.¹⁰⁶ כך למשל, לפי נתוני המקרה הקהילה היפנית שבארצות הברית תמכה בהענקת הגנה פוטרת לגברת קימורה בשל העובדה שהעבירות שביצעה שיקפו מנהג רווח ביפן בנסיבות מעין אלו, ואף העבירה לרשויות התביעה עצומה בעניין.¹⁰⁷ כאשר למקרים אחרים, יהיה צורך לבחון אם מתן הגנה פוטרת לנאשם הספציפי אומנם משקף

106 ראו למשל Robinson, לעיל ה"ש 1.

107 ראו למשל את כל הפרטים לעניין זה אצל Nobel, לעיל ה"ש 105.

תחושות של צדק קהילתי, ובמקביל אם מתן פטור הוא ראוי נורמטיבית בהתחשב בנסיבות המקרה.

ח. מדוע הפתרון המוצע במאמר ראוי יותר מהצעות אחרות באשר לאי-ידיעה מוסרית במשפט הפלילי?

כפי שצינתי לעיל, בהתייחסו לסוגיית אי-הידיעה המוסרית במשפט הפלילי אפשר Husak חריג בדמות פזיזות לעמדתו הרציית בעיקרה. כלומר, לדידו של Husak, מאחר ש"עמדות נאורות בנוגע למוסר נגישות כמעט לכול", אי-אפשר להניח שנאשמים מסוימים אשר ביצעו את מעשיהם מתוך אי-ידיעה מוסרית לא היו לכל הפחות פזיזים.¹⁰⁸

באמצעות פריסת רשת רחבה של פזיזות כאמור, יכול Husak "לתפוס" נאשמים רבים שאי-אפשר להעמידם לדין או שהיו פטורים מאחריות פלילית לפי העמדה הרציית-סובייקטיבית. אלו שהם פזיזים מבחינה מוסרית, שלפי Husak חושדים כי ישנו סיכון משמעותי כי המעשה שהם מבצעים פסול מן הבחינה המוסרית לכאורה לפחות, יהיו לדידו אחראים לביצועו מבחינה פלילית-מוסרית במידה כזו או אחרת.¹⁰⁹ אלא שכמה קשיים עולים מעמדתו של Husak בנוגע לפזיזות כאמור. קושי אחד הוא, שנראה כי Husak מתייחס אף להאמנה בדרגה נמוכה בטענה מסוימת (credence) – בשונה מהאמנה מובהקת – כהאמנה שמגבשת את הנטילה של סיכון בלתי סביר שבבסיס הפזיזות, אף שנראה כי הפזיזות דורשת, כפי שניתן להבין, האמנה מובהקת בטענה (proposition) בדבר סיכון כאמור, כפי שאפרט כעת.¹¹⁰

108 התרגום של המחברת. ראו למשל HUSAK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 232: "Enlightened views about morality are available to most everyone, so it is virtually impossible to suppose these wrongdoers would not at least be reckless for harming their victims"

109 שם, בעמ' 208-209. הוואק מתייחס לעניין זה לידיעת הנאשם בדבר הפסלות המוסרית לכאורה של מעשהו, וטוען כי ישנו בסיס להבחנה בין מידת האשם של מי שטעה בנוגע לשאלה אם מעשהו פסול לכאורה, ומי שטעה בנוגע לשיקולים שמצדיקים מבחינתו את ביצועו. לטענתו, מי שסבורים כי מעשיהם מוצדקים הם לכל הפחות פזיזים בנוגע לשאלה אם מעשיהם מוצדקים מוסרית. אני רואה בסיס להבחנה זו. גררר, לעומת זאת, סבור כי פועל יהיה אשם מוסרית באי-הידיעה המוסרית שמתוכה פעל אם הוא ידע על אודות חומרת המעשה מן הבחינה המוסרית ועל אודות הסיכונים המוסריים שטמונים במעשה. ראו Guerrero, לעיל ה"ש 57; כן ראו אצל LEVY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 114-124 את הדיון בטענה כי קל לדעת עובדות על אודות המוסר.

110 ראו למשל Rudy-Hiller, לעיל ה"ש 57. בדוגמה שעליה מתבסס הוואק כדי להדגים פזיזות, מייחס הפועל ל-credence שלו בטענה "אני אבצע מעשה פסול מוסרית" שיעור הסתברות של 0.1% בלבד, שיעור הסתברות שנמוך מזה שכלל מיוחס להאמנה מובהקת. אליזבת' הרמן טוענת שפועל המחזיק ב-credence בשיעור 0.5% בטענה כלשהי נעדר האמנה באותה טענה. לא הוואק ולא הרמן מציינים מהי מבחינתם דרגת ה-credence שעולה כדי האמנה מובהקת. ראו למשל Harman,

חיינו, כך נטען, שזורים בהאמנות וב-credences בטענות שונות, הן מתחום המוסר, הן שלא מתחום המוסר. לפי התפיסה הרווחת בנושא, credence היא כמו האמנה (belief), כלומר היא מהווה התייחסות של פועל לטענה מסוימת (propositional attitude). אלא שבשונה מהאמנה, על פי רוב ה-credence היא התייחסות שאינה בינארית לטענה, אלא משקפת מידה מסוימת על רצף. כשאדם מאמין ב- p , יש לו האמנה כי p , הרי הוא מחויב לאמיתות של p . לעומת זאת, לפי הטענה, credence של אדם ש- p מותירה את האפשרויות פתוחות, ואף credence גבוהה ב- p אינה בהכרח מחויבת לכך שהעולם הוא כזה שבו p הוא אמת.¹¹¹

מה אם כן באשר לפועל שה-credence שלו בטענה "המעשה שאני שוקל לבצע יוצר סיכון בלתי סביר לפסול מוסרי בהתחשב בכל הנסיבות" אינה עולה כדי האמנה מובהקת?¹¹² לפי הספרות הפילוסופית, פועל יהיה מוצדק בהחזקה בהאמנה שטענה מסוימת p היא אמת, רק אם הראיות שיהיו באמתחתו על אודות p יתמכו ברמת האמנה גבוהה מספיק, כזו שמצדיקה שיפעל כאילו הטענה p היא אמת. אלא שהשאלה אם הפועל יהיה מוכן לפעול כאילו הטענה p היא אמת תהיה תלויה גם בסיכונים שנלווים להאמנה כי p היא אמת, לפי הראיות שבאמתחתו. אם למשל הסיכונים שטמונים בהאמנת הפועל כי הטענה p היא אמת יהיו גבוהים לדעתו – כלומר אם הפועל מחזיק בראיות שהאמתו שהטענה p היא אמת "תעלה לו הרבה" משום שבין השאר היא תסב לו נזק מרובה (אם יתברר שהטענה p אינה אמת), הסיכונים הללו יגזרו דרגת האמנה מצד הפועל ב- p ברמת credence בלבד, שפחותה מהרמה הנדרשת להאמנה מובהקת ש- p היא אמת.¹¹³

כדי לראות כיצד נקודה זו יכולה להשפיע על ההנחה בדבר הפזיזות שהעלה Husak, אשר לפיה פועלים מאמינים שהמעשה שהם מבצעים יוצר סיכון בלתי סביר לפסול מוסרי – ואוסף גם בהתחשב בכל הנסיבות – הבה נבחן שוב את הדוגמה של הרצח על רקע חילול כבוד המשפחה. לפני ביצוע הרצח, נניח שהפועל שוקל אם הטענה k – הרצח יגרום לסיכון בלתי סביר לפסול מוסרי בהתחשב בכל הנסיבות – היא אמת. מצד אחד, יש באמתחתו ראיות לכך ש- k היא אמת, ובהן ראיות על כך שמדובר במעשה פלילי חמור ושהמעשה צפוי לסכן משמעותית או לשלול לחלוטין אינטרסים וזכויות של אחרות, כמו זכותה לחיים, לשלמות גוף ועוד, שלהם הוא מייחס משקל מוסרי גבוה,

Does Moral Ignorance Morally Exculpate?, לעיל ה"ש 35, בעמ' 448, וכן Husak, לעיל ה"ש

2, בעמ' 160.

111 האפשרויות פתוחות כאמור לבד ממצבים שבהם ה-credence שטענה p היא אפס או 1. יש מי שחולקים על עמדה זו באשר ל-credences או לפחות על חלק מעיקריה, ובהם מי שתומכים ב"עמדת הסף" שלפיה האמנה מובהקת היא למעשה credence גבוהה ש- p , מעל לסף מסוים, נמוך מ-1. ראו לעניין זה למשל Dorit Ganson, *Evidentialism and Pragmatic Constraints on Outright Belief*, 139 PHIL. STUD. 441 (2008).

112 ראו למשל MODEL PENAL CODE § 2.02(2)(c) (Am. L. Inst., 1962).

113 ראו למשל Ganson, לעיל ה"ש 111.

וכן אינטרסים כבדי משקל שלו עצמו.¹¹⁴ מן הצד האחר, לפועל יש ראיות לכך שהטענה k אינה אמת, שכן לפי עדויות בני משפחתו והקהילה המוסרית שאליה הוא משתייך, אם הוא יפעל כאילו הטענה k היא אמת – ייגרם נזק כבד להוריו, לאחיו ולבני משפחה אחרים, אף בדורות הבאים. לפי הנטען לעיל, ראיות הנגישות לפועל המצביעות כי הוא יסבול נזק גבוה מהאמנה כי טענה k היא אמיתית, אם יתברר ש- k אינה אמיתית, יגזרו credence שלו בלבד כי k , במידה שפחותה מזו שנדרשת לצורך האמנה מובהקת כי k (an outright belief that k); כלומר, מדובר במידה שנראה שהיא פחותה מרמת האמנה הנדרשת להתגבשות יסוד נפשי של פזיזות, שדורשת נטילת סיכון בלתי סביר כי המעשה פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות.¹¹⁵

נקודה זו יכולה להיות נכונה בנוגע למקרים רבים, ואולי אף לכל המקרים של ביצוע מעשה פסול מוסרית מתוך אי-ידיעה מוסרית, שכן בנסיבות אי-הידיעה המוסרית הפועלים מאמינים בשוגג שהטעמים המוסריים בעד ביצוע המעשה הם בעלי משקל כבד יותר ממשקל הטעמים נגד ביצועו. במילים אחרות, הם מאמינים כי המעשה שלהם מוצדק בהתחשב בכל הנסיבות, וזו ישנם טעמים כבדים שלא להאמין באמיתות הטענה כי המעשה שהם מבצעים הוא פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות.

קושי נוסף שעולה מחריג הפזיזות שהציע Husak בהקשר של אי-ידיעה מוסרית¹¹⁶ הוא, שלא ברור כיצד ניתן להניח שעוברי חוק בכוח ובפועל יאמינו בהכרח שהמעשה שלהם יגרום לסיכון בלתי סביר לפסול מוסרי בהתחשב בכל הנסיבות. Husak אומנם דן בהאמנה בנטילת סיכון לגרימת פסלות מוסרית לכאורית לפחות, אולם כאמור לעיל, בהאמנה מעין זו אין די כדי לגבש את התנאי האפיסטמי לאחריות פלילית-מוסרית.¹¹⁷ נראה כי באמצעות הנחתו כי ראיות על אודות המוסר נגישות לכל דורש Husak מחיל סטנדרט של רשלנות על הפועלים, שכן הוא מניח שסביר שהם יחשדו או שהם צריכים לחשוד שהמעשה שהם שוקלים לבצעו הוא למצער פסול מוסרית לכאורה. מעבר לכך, Husak מסביר שגישתו באשר לאי-ידיעה מוסרית נכונה נורמטיבית עבור המשפט הפלילי, שכן היא נשענת על היענות פועלים לטעמים לפעולה (reason-responsiveness)

114 ראו למשל ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 2.

115 ראו למשל Ganson, לעיל ה"ש 111. יצוין כי ההסבר שאני מפרטת לעיל על אודות האמנות ו-credences יכול לעלות בקנה אחד הן עם תאוריה שרואה את ההבדל בין האמנות ו-credences כעניין בינרי, הן עם תאוריית הסף, שרואה ב-credences ברמת סף מסוימת שוות ערך להאמנות (the threshold theory). אין בכוונתי כאן להתחייב לאחת מתאוריות אלו, אלא רק להצביע על הקושי העולה, בהקשר של הדיון שבמאמר, מ-credences בטענות מסוימות מתחום המוסר.

116 ראו למשל Gideon Rosen, *Kleinbart the Oblivious and Other Tales of Ignorance and Responsibility*, 105 J. PHIL. 591 (2008).

117 גררו לעומת הוזאק גורס, כי על מנת שלא להיות פזיזים מבחינה מוסרית, על פועלים להאמין שישנם חסמים מוסריים (blockers) מסוימים שבעטיים ביצוע המעשה לא יהיה מותר מוסרית. לא ברור עם זאת מדוע שהאמנות בדבר חסמים כאמור יהיו נגישות לפועלים, וכיצד עליהן להיתרגם עבור הפועלים לראיות בדבר היות המעשה פסול מוסרית באופן מכריע; ראו Guerrero, לעיל ה"ש 57.

ועל נאמנותם להאמנותיהם הסובייקטיביות, ולפיכך, לטענתו, גישה זו עולה בקנה אחד עם דרישת הגמול, שתרה אחר אשם סובייקטיבי. אלא שגישת ההיענות לטעמים לפעולה דורשת רק שפועלים יפעלו בצורה שנאמנה להאמנותיהם שלהם, וכי הם ייענו לטעמים לפועל כך או אחרת שהם סבורים שחלים עליהם. גישה זו אינה בוחנת אם האמנותיהם הסובייקטיביות של הפועלים מוצדקות מבחינה אפיסטמית או מוסרית. כלומר, גישה זו אינה תרה כלל אחר אשם או אחר אחריות אשר ייתכן שמתגבשת בקרב הפועל בנוגע להאמנותיו או בהקשר של התנאי האפיסטמי להתגבשות אחריות פלילית-מוסרית.

לאורך המאמר הסברתי מדוע הצעת המאמר נראית ראויה יותר ליישום במשפט הפלילי מהגישה הרצייתית. כמו כן התייחסתי לשאלה, מדוע דרישה כי פועל יהיה רגיש לראיות הרלוונטיות למעשהו ראויה יותר מגישה שמניחה כי פועלים הם פזיזים באופן גורף, שכן לא ייתכן שהם לא האמינו שהמעשה הפלילי שביצעו פסול מוסרית (לכאורה או בהתחשב בכל הנסיבות).

תאוריית טיב הרצון קובעת, שגם אם פועל אינו יודע שמעשהו פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, הוא עדיין יכול להיות אשם בביצועו מתוך אי-ידיעה מוסרית אם הוא לא הפגין די אכפתיות כלפי מה שחשוב מבחינה מוסרית בנסיבות המקרה. מעבר לאמור לעיל לעניין זה, ביקורת שנמתחה על גישה זו היא שהיא מנתקת את הקשר שבין אי-הידיעה המוסרית של הפועל באשר לפסלות מעשהו ובין רכיב האשם,¹¹⁸ מאחר שאי-ידיעת פועל מה חשוב מוסרית במצב נתון לא בהכרח מצביעה על אשם מצידו בביצוע המעשה, ככל שאי-הידיעה נובע, למשל, מנסיבות של מזל מוסרי שעליהן אין לפועל כל שליטה.

בשונה מגישת טיב הרצון, הצעת המאמר אינה טומנת בחובה תביעה מוסרית או אפיסטמית שנראה שהיא תובענית מדי מהפועלים. כך למשל, אין דרישה כי הם יפגינו אכפתיות כלפי מה שחשוב מבחינה מוסרית בכל מעשיהם והאמנותיהם באופן שמניח כי עליהם לדעת תמיד מה חשוב מבחינה מוסרית (דרישה תובענית מבחינה אפיסטמית), ולפעול על בסיס הידיעה הזו מבחינה מוסרית (דרישה תובענית מבחינה מוסרית).¹¹⁹ מעבר לכך, בהצעת המאמר יש כדי לצמצם רכיבים של מזל מוסרי בהקשר של נגישות ראיות רלוונטיות לפועל, כפי שמפרט הדיון בסוגיה זו לעיל.

118 ראו למשל Rudy-Hiller, לעיל ה"ש 57.

119 ראו למשל Elizabeth Harman, *When is Failure to Realize Something Exculpatory?*, in RESPONSIBILITY THE EPISTEMIC CONDITION 117, 123-26 (Philip Robichaud & Jan Willem Wieland eds., 2017), שטוענת כי אין צורך שהפועל יבין מהי העובדה או המאפיין במעשהו (feature) שהופך את המעשה לפסול מוסרית באופן מכריע על מנת שיהיה אשם מוסרית בביצועו, אלא די שהוא ידע כי העובדה הרלוונטית בנוגע למעשהו מתקיימת.

ט. התנגדויות אפשריות להצעת המאמר

טענה אפשרית כלפי הצעת המאמר היא כי היא חותרת תחת עקרון הגמול שביסוד הגישה הרצויה, במובן זה שהיא מניחה – בהינתן נתונים אובייקטיביים מסוימים הנוגעים לנאשם – כי חזקה שהוא ביצע או שהיה עליו לבצע פרוצדורה אפיסטמית מסוימת בנוגע להאמנותיו, מבלי להביא בחשבון כי ייתכן שהוא לא היה יכול לעשות כן מבחינה סובייקטיבית. במילים אחרות, ניתן לטעון נגד הצעת המאמר כי היא מחילה סטנדרט לא-ראוי של רשלנות על נמעני המשפט הפלילי בהקשר זה. במענה לכך אציין, כי הדרישה שהאמנות נאשמים בדבר מוסריות מעשיהם תהיה רגישה לראיות הרלוונטיות הנגישות להם היא אומנם דרישה לגיבוי כלשהו של האמנותיהם הסובייקטיביות של הנאשמים בראיות אובייקטיביות שחיצוניות להם, אולם אין מדובר בדרישה להיעדר רשלנות הנמדד בהתאם לסטנדרט אובייקטיבי של סבירות. הטעם לכך הוא שהצעתו היא שמערכת המשפט תבחן את רגישות הנאשם לראיות הרלוונטיות למעשהו ביחס לעצמו – ביחס לנסיבותיו הוא, הראיות שהיו נגישות לו, אם בכלל, ובהינתן מאפייניו האישיים והסובייקטיביים.¹²⁰

ביקורת נוספת שניתן להעלות נגד הצעת המאמר היא כי היא קוראת לפטור התנהגות מתוך אי-ידיעה מוסרית, באופן שעלול להוביל את המדינה – ואת מערכת המשפט כדורעה הארוכה – להכיר ביותר ממערכת אחת של נורמות מוסר, וכפועל יוצא מכך לתמוך או לתת לגיטימציה לנורמות מוסר שאינן משקפות את אלו המדינתיות, המעוגנות בקודקס הפלילי.¹²¹ מי שרוצח את אחותו על רקע החילול (לתפיסתו) של כבוד משפחתו, יודע כי רציחתה פסולה מוסרית לכאורה, אולם לפי הטענה הוא עונה לצו מוסרי שהוא מאמין שמשקלו גבוה יותר מהמשקל שהוא מייחס לערכים המוגנים באיסורים הפליליים. הצעתי במאמר, לפי טענת ביקורת זו כלפיה, מאפשרת ואף מעניקה לגיטימציה ממסדית להאמתו זו של הנאשם, שכן היא מעניקה לנאשם הגנה, ולפיכך חותרת תחת אחד הטעמים הבסיסיים ביותר לקיומה של המערכת הפלילית – השתתת סדר ומערכת חוקים אחידה על כלל החברה וסיפוק ודאות משפטית לאזרחיה.

120 ראו Peter Westen, *Individualizing the Reasonable Person in Criminal Law*, 2 CRIM. L. & PHIL., 137 (2008), וכן HUSAK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 248.

121 רבות נכתב בספרות הפילוסופית על המתח שבין "חוק האלים" או חוק אחר מתחום המוסר-חברה, ובין חוק המדינה. ראו למשל לעניין זה סקירה על "משפט הטבע" של תומאס אקווינס ופילוסופים אחרים שמצאו ביטויים בהגותו: Thomas D'Andrea, *The Natural Law Theory of Thomas Aquinas*, PUB. DISCOURSE (Aug. 22, 2021), <https://www.thepublicdiscourse.com/2021/08/77294/>. כל חוק אדם שמפר ישירות ציווי של משפט הטבע מאבד את מעמדו כחוק ומקבל את המעמד של ציווי לא-רציונלי, שיש לשעות לו רק בשל טעמים פרודנטיים, כמו הימנעות מנזק שעלול להיגרם בשל אי-ציות למה שהוא פסאודו-חוק. ראו גם את המחזה "אנטיגונה" מאת סופוקלס (422 לפנה"ס): SOPHOCLES, *ANTIGONE* (Paul Woodruff trans., Hackett Publishing Company, 2001). אני מודה לחברי המערכת של כתב העת "עיוני משפט" על הערת ביקורת זו.

במענה לטענה זו אשיב, כי כאמור לעיל ייתכנו מצבים שבהם דווקא הענקת הגנה פוטרת לנאשם בנסיבות הנדונות במאמר תוכל להשיג תוצאת ציית יעילה יותר למשפט הפלילי, ככל שהנורמה שבעניינה ניתן הפטור משקפת גם נורמות קהילתיות-חברתיות כאלו או אחרות. לפיכך ניתן לטעון, כי ההגנה הפוטרת תשיג גם השתתת סדר יעילה יותר, כמו גם אחידות נורמטיבית בפיוור עקבי ורחב יותר בחברה. עם זאת עניין זה יהיה תלוי במענה על השאלה, אם הנורמה הקהילתית-חברתית הרלוונטית חופפת לנורמה שבעניינה מוענק הפטור המשפטי, ולפיכך בפרטי המקרה הספציפי. מעבר לכך, אין משמעו של מתן הפטור בנסיבות הנדונות במאמר מתן לגיטימציה לתוכן האמנותי הסובייקטיביות של הנאשם או הכרה בהן, משום שהפטור ניתן, לפי הצעת המאמר, בעקבות סקירת נתונים פורמליים-אובייקטיביים הנוגעים לנאשם, כמו אינטראקציות בין-אישיות ונסיבות של קונפליקט פוטנציאלי או ממש בין האמנותיו שלו לאלו שמצויות לכאורה בבסיס האיסורים הפליליים על אודות מוסריות מעשהו. הסקת מסקנה, בהמשך לנתונים בדבר גישת הנאשם הפוטנציאלית או הממשית לראיות רלוונטיות להאמנות הנוגעות למעשה שביצע, אינה דומה לתופעה שבמסגרתה בתי המשפט יוצקים תוכן מהותי, בעל ממד ערכי, הנוגע למוסכמות חברתיות, בתוך קטגוריות משפטיות, תחת איצטלה של "ניטרליות" ו"אובייקטיביות", ונראה שהיא עדיפה ממנה.¹²²

לבסוף, בשל הצעת המאמר להעניק לנאשמים הרלוונטיים הגנה פוטרת, המעבירה מסר שלפיו המעשה שהם ביצעו פסול מבחינה משפטית-מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, הרי ניתן לטעון שהענקת הגנה כאמור אינה מותירה פתח לקבלה או לתמיכה של המשפט בתוכן האמנותיהם הסובייקטיביות של הנאשמים השונים, באופן שעלול לערער את מעמד הנורמות הפליליות.¹²³ ככל שיוכח שזיכוי באמצעות פטור יעביר מסר שלפיו המשפט מתיר לגבש, להחזיק ולפעול על יסוד האמנות הנאשמים באשר למוסריות המעשה הפלילי שסותרות את תוכן האיסורים הפליליים, ייתכן שיהיה בכך טעם שלא להעניק הגנה פוטרת המזכה את הנאשמים, אלא רק הגנה שמפחיתה מעונשם או שוללת אותו.

יצוין כי טענת הביקורת מניחה שמטרת המערכת הפלילית היא להשתית סדר, כמו גם מערכת חוקים אחידה על כלל החברה, ותוך כך לספק ודאות משפטית לאזרחיה.

122 ראו לעניין זה למשל רוני רוזנברג "הרכיב הסובייקטיבי בדוקטרינת הקנטור – מבט ביקורתי על הפסיקה הישראלית ועל הצעת החוק דיני המתה" **משפט מפתח** 5 162 (2019); אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה: חום דמם של 'האדם הסביר' ו'הישראלית המצויה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזולוס" **פלילים** 137 (1997); ע"פ 3071/92 **אזולוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 573 (1996).

123 ראו לעניין זה Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic* (1984) 625 HARV. L. REV. 97(3) Berman; *Separation in Criminal Law*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 32-37. מאמרו של דן-כהן טוען שבתי המשפט יכולים להעניק לנאשמים הגנה פלילית פוטרת מבלי שהדבר יפגע בהכרח בכוחו של האיסור הפלילי, בשל ההפרדה האקוסטית המתקיימת בין כללי התנהגות (האיסורים הפליליים הסטטוטוריים) וכללי ההכרעה (הכרעות בתי המשפט).

ייתכן שזוהי מטרה שראוי שמערכת המשפט הפלילי תשאף לממש מבחינה נורמטיבית, וייתכן שמטרה זו הוגשמה כבר – דסקריפטיבית ואולי חלקית – בידי מערכות משפט פליליות שונות. אולם סביר שקשה או אף בלתי אפשרי להשיג מטרה זו באופן מוחלט, ובפרט בחברות רבות-תרבותיות, שבתוכן מתקיימות מערכות נורמטיביות שונות. ככל שבחברות שונות בעולם מתאפשרת תחולתן של מערכות נורמטיביות שונות במקביל למערכת הנורמטיבית שביסוד האיסורים הפליליים, הרי הצעת המאמר לא תחתור תחת המטרה המיוחסת למערכת המשפט הפלילי להשתית סדר ומערכת חוקים אחידה, אלא ככל הנראה דווקא תשיג תוצאה הפוכה; שכן המאמר מציע להכיר בהיעדר אשם מוסרי של נאשם במקרה שהנאשם מגלה רגישות לראיות בדבר הפסלות המוסרית המכרעת של מעשהו, לרבות ראיות כאלו שמקורן בערכים המוגנים במשפט הפלילי.

לבסוף אדגיש, כי אף על פי שכבר ישנו ביטוי מסוים להצעת המאמר במשפט הפלילי המצוי, בדמות ההגנה של טעות בדין וההגנה התרבותית, הרי הצעת המאמר חורגת מביטוי זה. הסיבה לכך היא שרעיון הידיעה על אודות מוסריות המעשה רחב מגבולות הדוקטרינה של ההגנה התרבותית, שמתמקדת – בהקשר הרלוונטי לעניין – בטעות על אודות המעשה הפלילי שנובעת מהרקע התרבותי של הנאשם,¹²⁴ ולכן גם מעלה שאלות הנוגעות לבני התרבות או לציבור ככזה.

124 ראוי לציין כי גבולות התוכן של דוקטרינת ההגנה התרבותית אינם ברורים, וכי יש מחלוקת בשאלה אם ישנו טעם יסודי בעד הגנה כזו, ואם כן – מהו. הספרות דנה בהגנה התרבותית בעיקר בהקשר הסוציולוגי, קרי בשאלות אם על המשפט הפלילי להביא בחשבון הקשר רבות-תרבותי רחב הקיים בחברה כהצדקה להגנה זו, או שמא רק אי-צדק הנובע מההקשר התרבותי האינדיבידואלי של הנאשם (כאן יכולה להיות רלוונטית טעות בדבר מוסריות המעשה). ראו למשל תמר תומר-פישמן "קונפליקט תרבותי במשפט הפלילי: מה בין הגנה תרבותית לבין רבות-תרבותיות?" **מדיניות ציבורית ורבות-תרבותיות** 309 (בשיר בשיר, גיא בן-פורת ויוסי יונה עורכים 2016); ליאון שלף "הגנה עניינית על 'הגנה תרבותית' – על המשמעות הממשית של רב תרבותיות" **סוציולוגיה ישראלית** ד 87 (2002); גיא בן דוד "שילובן של טענות תרבותיות במערך הסייגים לאחריות פלילית: מודל משולב" **מאזני משפט** ז 201 (התש"ע); גיא בן דוד "רקע תרבותי כשיקול בענישה" **מחקרי משפט** כו 835, 883 (2010); הדר אבירם "כמעט כורח?" – סייגים לאחריות פלילית כטיעונים לעונש" **ספר דיויד וינר, לעיל ה"ש** 15, 601; Note, *The Cultural Defense in the Criminal Law*, 99 HARV. L. REV. 1293 (1986); James J. Sing, *Culture as Sameness: Toward a Synthetic View of Provocation and Culture in the Criminal Law*, 108 YALE L.J. 1845 (1999). ראו גם את הצעת חוק העונשין (תיקון – הגנה תרבותית), התשס"ח–2008, ה"ח 226; דנ"פ 3371/98 **אזואלוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 573, פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1996); ע"פ 10358/08 **אזברגה נ' מדינת ישראל** (נבו 16.3.2008); ע"פ 181/62 **גראמה נ' היועץ המשפטי**, פ"ד יז 925 (1963); ע"פ (מחוזי חי') 516/05 **מדינת ישראל נ' פאיז** (נבו 8.12.2005); ע"פ 6274/98 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 293, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (2001), ולעומתו את דעתו החולקת של השופט זועבי לעניין רקעו התרבותי של הנאשם, שם, בעמ' 305–306; ע"פ 6580/96 **צ'קולה נ' מדינת ישראל** (נבו 6.7.2000); ת"פ (שלום כ"ס) 1801/04 **מדינת ישראל נ' הר נוי** (נבו 27.6.2005); ת"פ (שלום קר') 10035-01-09 **מדינת**

יש לציין גם, כי לאחרונה קבעו בתי המשפט כי עניין ההגנה התרבותית במקרים של רצח על רקע כבוד המשפחה לא יתקבל כטיעון להקלה בעונש המורשע, אלא דווקא יהיה סיבה להחמרה בענישתו.¹²⁵ החמרה זו קיבלה ביטוי גם ברפורמה בעבירות ההמתנה בחוק העונשין (תיקון 137),¹²⁶ אשר עיגנה בסעיף 301א(5) עבירה חדשה של רצח בנסיבות מחמירות, המתייחסת למעשה שנעשה כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות התנהגות על ציבור.¹²⁷ נקודות אלו מעידות גם הן על ההבחנה שניתן לערוך, גם מן הבחינה הנורמטיבית, בין ההגנה התרבותית וההגנה האפיסטמית שמאמר זה מציע לייסדה.

טענות המאמר הנוגעות לידיעה בדבר מוסריות המעשה הפלילי חורגות גם מטענות שעולות בהקשר של טעות בדין, שעיקר עניינן האמנתו של אדם בשוגג כי מעשהו אינו אסור מן הבחינה הפלילית, ובהתייחס לעובדות שלא מתחום המוסר.¹²⁸ התנאי האפיסטמי לאחריות מוסרית נמצא פעמים רבות בבסיס ההגנה התרבותית והגנת הטעות

¹²⁵ **ישראל נ' אוונטו** (נבו 1.3.2009); תפ"ח (מחוזי נצ') 28192-05-16 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פס' 38 (נבו 31.1.2018).

¹²⁶ ראו לעניין זה את פסק דינו של השופט ג'ובראן בעניין **אזבוגה**, לעיל ה"ש 124; ע"פ 6095/08 **סלומון נ' מדינת ישראל** (נבו 29.12.2008); ע"פ 10828/03 **נג'אר נ' מדינת ישראל** (נבו 27.5.2005); יצוין גם, כי בתי המשפט לא קיבלו במקרים אלה את הדוקטרינה של הגנה תרבותית בכלל והרשיעו נאשמים בעבירה של רצח בכוונה תחילה. ראו למשל ע"פ 3768/08 **סלאמה נ' מדינת ישראל** (נבו 7.11.2010).

¹²⁷ חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019.

¹²⁸ בדברי ההסבר לתיקון נקבע, כי בגדר נסיבה מחמירה זו נכלל מעשה רצח הנעשה כלפי אדם שהוא חלק מציבור במטרה להענישו ולהטיל מרות על אחרים, וכי החומרה היתרה במקרה זה נובעת מכך שהמעשה אינו פוגע בקורבן בלבד, כי אם נועד לכפות דרך התנהגות על אנשים נוספים השייכים לאותו ציבור שאליו משתייך הקורבן ולהביא להגבלת חירותם ולהשפלתם. לפי דברי ההסבר, המקרים המובהקים שבהם תוקיים נסיבה זו הם המקרים שכונו "רצח על רקע כבוד המשפחה".

¹²⁸ ראו הגנת טעות במצב משפטי, ס' 34 לתיקון לחוק העונשין, לעיל ה"ש 3. לעניין זה, ראו למשל ש"ז פלר "טעות בחוק הפלילי או הלבר-פלילי, היכן הגבול?" **משפטים** ה' 508 (1974); דן ביין "טעות בחוק הפלילי או הלבר פלילי" **הפרקליט** ל' 106 (התשל"ו); רות קנאי "העדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב משפטי: העבירה של הפרת אמונים כדוגמה" **מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית** 203 (אלי לדרמן עורך 2001); מרים גור-אריה "הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין – האם פוטרת מאחריות פלילית" **עלי משפט** ב' 33 (התשס"ב); ע"פ 845/02 **מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ**, פ"ד סב(3) 307 (2007); ע"פ 5672/05 **טגר בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 21.10.2007); ע"פ 389/91 **מדינת ישראל נ' ויסמרק**, פ"ד מט(5) 705 (1996); בן ציון להב "אי ידיעת הדין" **מחקרי משפט** ו' 165 (התשמ"ח). יצוין כי טענתו של פלר, כי הגנת טעות במצב משפטי לא תחול על עבירות שביסודן מעשים בלתי מוסריים כשלעצמם (mala in se) כמו רצח ואינס, מאחר שאיש לא יעלה על דעתו שהעבירות אינן אסורות על פי חוק, דומה לטענה של הוואק על אודות הפוזיות בהקשר זה, אם כי מיקודה של טענתו של פלר הוא, שוב, בידיעה בדבר פליליות המעשה ולא בידיעה בדבר מוסריותו.

בדין. במובן זה הנושא שנדון במאמר אינו רק רחב היקף יותר, אלא גם יסודי יותר מהדיון המוקדש על פי רוב לדוקטרינות אלו, ולא יהיה נכון למקמו אך בין גדריו. כדי להמחיש נקודה זו, אמנה להלן דוגמאות למעשים פליליים שיכולים להיות מועמדים לקבל הגנת פטור מזכה לפי האמור במאמר, שאינם נוגעים לעניין התרבותי. כך למשל, מעשים שונים מאלו שנסקרו במסגרת המאמר שבוצעו מתוך אי-זדאון מוסרית¹²⁹ ואי-התרשלות אפיסטמית יכולים להיות מועמדים להגנה כאמור, כמו מעשה פלילי שהנאשם ביצע על יסוד טעמים לפעולה שהם יחסיים לפועל (agent-relative), אשר הנאשם האמין בשוגג (או שלא) שהמשקל שלהם גובר על משקל הטעם המעוגן באיסור הפלילי נגד ביצוע המעשה. בחלק מהמקרים הרלוונטיים אי-הוודאות המוסרית לא תהיה רק מנת חלקו הסובייקטיבי של הנאשם, שכן, כפי שהספרות הפילוסופית יכולה להעיד, קיימת מחלוקת, בנסיבות שונות, באשר למעמד המוסרי המכריע של מעשים על יסוד טעמים אלו – ואחרים – לפעולה. כך למשל, ישנם פילוסופים שיראו במעשה פלילי, כגון תקיפת עובר אורח תמים בידי אם על מנת להציל את בנה מאיום בפגיעה גופנית, מוצדק מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות (בהשוואה למעשה מקביל שלא בוצע על יסוד טעמים אלו, כששאר התנאים שווים) בשל המשקל המוסרי המוגבר של מערכת היחסים שבין האם ובנה שבבסיס טעמים אלו לפעולה (או לחלופין בשל המשקל המוסרי המוגבר של תכונותיה של מערכת יחסים זו). לעומתם פילוסופים אחרים סבורים, שאין בטעמים הללו לפעולה או ברכיבים שבבסיסם כדי להצדיק מעשים כאמור בהתחשב בכל הנסיבות. ככל שמדובר במעשים שאי-הוודאות המוסרית באשר למעמד המוסרי המכריע בנסיבות שונות אינה רק מנת חלקו של הנאשם, הרי ניתן לטעון שמדובר בביצוע מעשה מתוך אי-ידיעה מוסרית שבצידה אי-התרשלות אפיסטמית. שכן לכאורה גם אילו פעל הנאשם כמיטב יכולתו כדי לברר אפיסטמית באשר להאמתו נוכח ראיות שהן רלוונטיות למוסריות מעשהו, ייתכן שבתום הברור היה שוגג או ממשך לפעול מתוך אי-ידיעה מוסרית.

דוגמה נוספת למעשים שיכולים להיות מועמדים להגנה פוטרת כפי שמציע המאמר, ושאינם נוגעים להקשר התרבותי, הם מעשים המבטאים פרקטיקות רווחות בחברה שהופללו בחוק העונשין או באמצעות חקיקה שיפוטית, בשל מה שניתן לטעון שמייצג קדמה מוסרית (moral progress) בחברה.¹³⁰ מתן הפטור יכול לשמש כדי שלא להפליל ציבור רחב שעוד לא הפנים בהאמנותיו ובהתנהגותו את הנורמות הפליליות החדשות, והוא ממשך להאמין בשוגג כי המעשים שביסוד העבירות אינם פסולים מוסרית באופן מכריע. דוגמאות לכך, למשל, הן מעשים של הטרדה מינית, ענישה פיזית של ילדים, אינוס אישה בידי בעלה ועוד, שדיני העונשין במדינת ישראל ובמדינות אחרות בעולם הפלילו אך במהלך העשורים האחרונים. דוגמה נוספת למעשה פלילי שעשוי להיות רלוונטי לקבלת הגנת פטור (כפי שנדון בדוגמה של גלינדה לעיל) היא ביצוע הפלה כאשר מדובר בעבירה פלילית והנאשמת פעלה מתוך אי-ודאות מוסרית באשר לסטטוס

129 יצוין כי אי-ידיעה מוסרית היא תת-מקרה של אי-ודאות מוסרית (moral uncertainty), המוגדרת כטעות על אודות המוסר או כאי-ידיעה מוסרית.

130 Nagel, ראו לעיל ח"ש 62.

המוסרי של המעשה בהתחשב בכל הנסיבות, בין היתר בשל אי־ודאות מוסרית באשר לסטטוס המוסרי של מושא המעשה – העובר.¹³¹ לבסוף, יש להדגיש כי כל מעשה שאסור בפלילים, המבוצע מתוך האמנה סובייקטיבית שגויה של הנאשם כי המעשה מוצדק מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות למרות הטעמים המוסריים נגד ביצועו, ובהם הטעם המגולם בערך המוגן שביסוד האיסור הפלילי, יכול להיות מועמד לקבלת הגנה אפיסטמית פוטרת, כפי שמציע המאמר.

סיכום

מאמר זה מציע הצעה שונה מהצעותיהם של פילוסופים של המוסר, של פילוסופים של המשפט הפלילי ושל מלומדים אחרים בנוגע לביצוע של מעשה פלילי פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, מתוך אי־דיעה מוסרית. טענת המאמר היא כי יש לנו אחריות אפיסטמית כלשהי לערוך בירור מסוים בנוגע להאמנותינו, ובפרט בנוגע להאמנה כי המעשה הפלילי אינו פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות, נוכח ראיות שנגישות לנו שרלוונטיות להאמנותינו בדבר הסטטוס המוסרי של המעשה.

המאמר מציע שמערכת המשפט הפלילי תבחן אם נאשמים ערכו בירור כאמור, באופן שמעיד שהם פעלו מתוך רגישות מסוימת לראיות רלוונטיות למוסריות מעשיהם, וכי ככל שנאשמים עשו כן ופעלו מתוך אי־דיעה מוסרית, הצעת המאמר היא שמערכת המשפט הפלילי תעניק לנאשמים הגנה פוטרת, או לכל הפחות הקלה בעונשם. הצעה זו ראויה יותר מאימוץ מלא של הגישה הרצייתית, אשר במבחן התוצאה עלולה להביא לכך שלא ניתן יהיה להאשים או להעמיד לדין אדם בגין ביצוע מעשה פסול מהבחינה הפלילית-מוסרית, כל עוד הוא פעל בהתאם להאמנתו הסובייקטיבית השגויה כי המעשה אינו פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות. הצעה זו ראויה יותר גם מאימוץ חריג של פזיזות באשר להאמנות פועלים על אודות מעשיהם, שמניח שהאמנות מסוימות על אודות המוסר נגישות לכול. הצעת המאמר אינה דורשת הצדקה אפיסטמית של האמנות הפועל, שכן היא מניחה שנאשמים עלולים לטעות בהאמנתם כי המעשה שהם שוקלים לבצע אינו פסול מוסרית בהתחשב בכל הנסיבות – בשונה מפסול מוסרית לכאורה – ומשום שהיא מביאה בחשבון את רכיב המזל המוסרי שיש לו תפקיד בנגישות פועלים לראיות רלוונטיות להאמנותיהם בדבר המעשה הפלילי.

131 ראו Pleasants, לעיל ה"ש 4. פלזנטס אינו אומר זאת במילים אלו, אולם הוא מצביע על כך שפעמים רבות מעשים פסולים בהתחשב בכל הנסיבות נתפסים, בשוגג, כמוצדקים מוסרית בידי מבצעייהם כאשר מושא המעשה מוחלש חברתית (כמו נשים, ילדים וכדומה). יהיה צורך אפוא לשים לב לכך כי הגנה אפיסטמית פוטרת לא תינתן בנוגע למעשים כאמור, אלא כפי שפורט לעיל – כאשר ישנה מחלוקת פילוסופית אובייקטיבית באשר למעמד המוסרי של המעשה או של מושאו.