

תיקון הטיות באמצעות המשפט: מתי וכיצד?

אבישלום תור*

המחקר הפסיכולוגי בתחום השיפוט וקבלת ההחלטות חושף הבדלים ניכרים בין ההתנהגות האנושית בפועל לבין מודל הפעולה הרציונלית שבבסיס הניתוח הכלכלי המסורתי של המשפט. מגבלותיה של הקוגניציה האנושית, כמו גם השפעותיהם של גורמים מוטיווציוניים ורגשיים, יוצרות לעיתים "הטיות" – שיפטים והחלטות החורגים באופן עקבי וצפוי מן הסטנדרט הנורמטיבי של רציונליות מושלמת. חוקרים רבים סוברים כי הטיות אלה מהוות תופעה לא-רצויה, משום שהן מניעות מקבלי החלטות לנהוג באופנים שאינם משיאים את תועלתם שלהם ואף יוצרים לעיתים החצנות שליליות. בשל כך יש הגורסים כי ראוי שהמשפט יפעל לתיקון הטיות בשיפוט ובקבלת החלטות, כדי לקרב את התנהגותם של הפרטים בחברה, עד כמה שניתן, לרציונליות מושלמת.

מאמר זה בוחן באופן ביקורתי את הסוגיה של תיקון הטיות באמצעות המשפט בכמה מישורים, החל ברציות תיקון של הטיות שונות, המשך במעשיותן של פעולות אלה, וכלה בבחינת האופנים השונים לתיקון הטיות באמצעות המשפט, מגבלותיהם והשלכותיהם. המאמר מראה כי תיקון הטיות אינו רצוי תמיד, וכי פעמים רבות הוא אינו מעשי. יתר על כן, גם כאשר רצוי ואפשר לעשות שימוש במשפט כאמצעי להגברת הרציונליות, התערבותו יוצרת עלויות ניכרות ומעוררת דילמות נורמטיביות משמעותיות. לכן, ללא בחינה זהירה של נסיבות ספציפיות, אי-אפשר לקבוע קטגורית שהתערבות משפטית להגברת הרציונליות רצויה או אפילו אפשרית.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה לאיל זמיר, לדפנה לוינסון-זמיר, למשתתפים בכנס "משפט ופסיכולוגיה" שנערך בבית-ספר רדזינר למשפטים במרכז הבינתחומי הרצליה, למשתתפים בסדנת המשפט הפרטי שנערכה בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, כמו גם לחברי מערכת כתב-העת משפט ועסקים ולקורא האנונימי, על הערותיהם. תודה גם לאלנה רוניצ'נקו על עזרה במחקר.

מבוא

פרק א: רציונליות מוגבלת כאתגר משפטי

1. תיאוריה מול מציאות

2. הטיות שיפוט

3. הטיות בקבלת החלטות

4. אתגר משפטי

פרק ב: תיקון הטיות – מתי?

1. רציונליות כערך פרטי

2. רציונליות כערך חברתי

פרק ג: תיקון הטיות – כיצד?

1. תיקון הטיות שיפוט

2. תיקון העדפות

סיכום: התמודדות משפטית עם הטיות

מבוא

המחקר הפסיכולוגי בתחום של שיפוט וקבלת החלטות חושף הבדלים ניכרים בין ההתנהגות האנושית בפועל לבין מודל הפעולה הרציונלית העומד בבסיס הניתוח הכלכלי המסורתי של המשפט.¹ הבדלים אלה משקפים את מגבלות הקוגניציה האנושית, כמו גם את השפעתם של

1 הספרות האמפירית בתחום של שיפוט וקבלת החלטות רחבת יריעה וענפה מכדי לסוקרה כאן. לתיאור ממצאים מרכזיים והשלכותיהם למשפט ראו: Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard H. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. 1471 (1998); Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CAL. L. REV. 1053 (2000); Avshalom Tor, *The Methodology of the Behavioral Analysis of Law*, 4 HAIFA L. REV. 237 (2008); Robyn M. Dawes, *L. Rev.* 237 (2008) *Behavioral Decision Making and Judgment*, in THE HANDBOOK OF SOCIAL PSYCHOLOGY 497 (הסוקר ממצאים מרכזיים בתחום); (Derek J. Gilbert, Susan T. Fiske & Gardner Lindzey eds., 1998) BLACKWELL HANDBOOK OF JUDGMENT AND DECISION MAKING (Derek J. Koehler & Nigel Harvey eds., 2004) *Koehler & Nigel Harvey eds.*, (קובץ מאמרים העוסקים בסוגיות עכשוויות בתחום) William M. Goldstein & Robin M. Hogarth, *Judgment*; (BLACKWELL HANDBOOK (להלן: William M. Goldstein & Robin M. Hogarth eds., 1997) *and Decision Research: Some Historical Context*, in RESEARCH ON JUDGMENT AND DECISION MAKING: CURRENTS, CONNECTIONS, AND CONTROVERSIES (William M. Goldstein & Robin M. Hogarth eds., 1997) (המתאר את התפתחותו של תחום מחקר זה ואת יחסו, בין היתר, למודלים של רציונליות מושלמת).

גורמים מוטיווציוניים ורגשיים, ויוצרים לעיתים "הטיות" – שיפוטיות והחלטות החורגים באופן עקבי וצפוי מן הסטנדרט הנורמטיבי של רציונליות מושלמת.² חוקרים רבים סוברים כי הטיות אנושיות מהוות תופעה לא-רצויה, משום שהן מביאות לידי כך שמקבלי החלטות נוהגים באופנים שאינם משיאים את תועלתם שלהם ואף מולידים לעיתים החצנות שליליות על סביבתם.³ לכן יש הגורסים כי ראוי שהמשפט יפעל לתיקון הטיות בשיפוט ובקבלת החלטות, כדי לקרב את התנהגותם של פרטים, עד כמה שניתן, לרציונליות מושלמת, או לכל-הפחות לצמצם את השפעותיהן השליליות של ההטיות על החברה.⁴

מאמר זה בוחן באופן ביקורתי את הסוגיה של תיקון הטיות באמצעות המשפט כאמצעי להגברת הרציונליות של הפרטים בחברה, וזאת בכמה מישורים, החל ברציונות תיקונן של הטיות שונות מנקודת-המבט הכלכלית, המשך במעשיותן של פעולות אלה, וכלה במגבלותיהן ובהשלכותיהן.⁵ חלק א פותח בתיאור קצר של מודל הרציונליות המושלמת, וסוקר בתמציתיות ממצאים אמפיריים מרכזיים החושפים פערים ניכרים ועקביים בין ההתנהגות האנושית בפועל לבין מודל זה. חלק זה אף מפתח כמה הבחנות בסיסיות בין

2 ראו, למשל, Tor, שם, בעמ' 244–272. ראו גם: Gideon Keren & Kael H. Teigen, *Yet Another Look at the Heuristics and Biases Approach*, in BLACKWELL HANDBOOK OF JUDGMENT AND DECISION MAKING 89, 91–92 (Derek J. Koehler & Nigel Harvey eds., 2004) (הדנים בהגדרת הטיות בחקר השיפוט וקבלת ההחלטות).

3 ראו: Colin Camerer, Samuel Issacharoff, George Loewenstein, Ted O'donoghue & Matthew Rabin, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*, 151 U. PA. L. REV. 1211, 1217–1218 (2003) כי המחקר ההתנהגותי חשף תופעות הגורמות לכך שמקבלי החלטות אינם משיאים את תועלתם שלהם); Cass R. Sunstein & Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, 70 U. CHI. L. REV. 1159 (2003).

4 ראו Camerer et al., שם; Sunstein & Thaler, שם; Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297; Christine Jolls & Cass R. Sunstein, *Debiasing Through Law*, 35 J. LEGAL STUD. 199 (2006); Russell Korobkin, *Libertarian Welfarism*, 97 CAL. L. REV. 1651 (2009); Richard A. Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50 STAN. L. REV. 1551, 1575 (1998) ("One might have thought the behavioral economics had at least one clear normative implication: that efforts should be made... to cure the cognitive quirks... that prevent people from acting rationally with no offsetting gains"); Jeffrey J. Rachlinski, *The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, 97 NW. U. L. REV. 1165, 1224 (2003); RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, *NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS* (2008).

5 יודגש כי הניתוח במאמר זה בוחן את סוגיית תיקון ההטיות מנקודת-מבט כלכלית, הרואה את המשפט כמכשיר להשאת התועלת החברתית, ועל-כך הוא אינו עוסק באתגרים הנורמטיביים שההטיות והנסיונות להתמודד עימן מציבים בפני גישות דאונטולוגיות האוחזות בערכים כגון אוטונומיה או חופש הפרט. ראו, למשל: Eyal Zamir & Barak Medina, *Law, Economics, and Morality* ch. 10 (2010); Eyal Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, 84 VA. L. REV. 229 (1998).

הטיות מסוגים שונים – בין הטיות שיפוט קוגניטיביות לבין הטיות שיפוט מוטווציוניות ורגשיות, וכן בין הטיות שיפוט באשר הן לבין הטיות בקבלת החלטות. לנוכח הפערים הנחשפים בסקירה זו, חלק ב מתמודד עם שאלת הרציות העקרונית של תיקון הטיות, הן מבחינת הפרטים החשופים להן והן מבחינת החברה בכללותה. חלק ג מראה כי למרות האתגרים שההטיות מציבות בפני המשפט, תיקון אינו אפשרי או מעשי תמיד, גם מקום שהוא רצוי, ולעיתים הוא אף יוצר עלויות ומעורר קשיים נורמטיביים משמעותיים. חלק ד מסכם ומסיק כי ללא בחינה מעמיקה של כלים משפטיים חלופיים בנסיבות ספציפיות, אי-אפשר לקבוע באורח קטגורי כי התערבות משפטית לשם הגברת הרציונליות רצויה או אפילו אפשרית מנקודת-המבט הכלכלית, ולו באורח מוגבל.

פרק א: רציונליות מוגבלת כאתגר משפטי⁶

1. תיאוריה מול מציאות

הניתוח הכלכלי של המשפט תרם תרומה מכרעת לחקר המשפט ולפיתוח כללי בעשורים האחרונים, והגיע להישגים אינטלקטואליים מרשימים תוך שימוש בכלים אנליטיים פשוטים השאובים מתורת הכלכלה.⁷ מבין כלים אלה, אולי המרכזי ביותר הוא ההנחה שהפרטים בחברה – שאת התנהגותם המשפט חפץ להכווין – הינם שחקנים בעלי רציונליות מושלמת ("הנחת הרציונליות"). במילים אחרות, לפרטים אלה יש העדפות יציבות המתגלות בבחירות שהם מבצעים, הם אוספים מידה מיטבית של מידע לפני קבלת החלטותיהם, והם מבצעים שיפוטיות בלתי-מוטים בתנאים של אי-ודאות.⁸ יתר על כן, הגישה הכלכלית אף מניחה לרוב כי מקבלי ההחלטות פועלים להשאת תועלתם, התלויה בטובתם האישית בלבד.⁹

- 6 פרק מבואי זה מסתמך ברובו על הסקירה והניתוח המפורטים אצל Tor, לעיל ה"ש 1.
- 7 הספרות המחקרית במשפט וכלכלה אדירה בהיקפה. ספרי מבוא כוללים, למשל, את RICHARD STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (6th ed. 2003); וכן POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (6th ed. 2003); סקירה עדכנית של תחומי מחקר מרכזיים של גישה זו למשפט ניתן למצוא ב- A. Mitchell (ed.), HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS, Vols. 1 & 2 (A. Mitchell & Steven Shavell eds., 2007).
- 8 ראו POSNER, שם, בעמ' 3: "The task of economics... is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life..." כן ראו SHAVELL, שם, בעמ' 1-2, אשר דן בתפקידה של הנחות הרציונליות ומסביר כי: "the view taken will generally be that actors are 'rational'... forward looking and behave[ing] so as to maximize their expected utility" ראו גם Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 239-240.
- 9 ראו, למשל: Matthew Rabin, *Incorporating Fairness into Game Theory and*

הנחת הרציונליות חשובה במיוחד לגישה הכלכלית הקלסית, משום שהיא מאפשרת לחוקרי המשפט לצפות כיצד ינהגו פרטים תחת משטרים, כללים ומוסדות משפטיים שונים, ובהתאם לכך לעצב את המשפט כדי להשיג יעדים נורמטיביים, כגון השאת היעילות או הרווחה המצרפית בחברה.¹⁰ אלא שהאפקטיביות של מודלים – קרי, יכולתם להסביר את המציאות – נגזרת, בין היתר, מתקפותן של הנחותיהם. על-כן מודל המסתמך על הנחות מוטעות, במיוחד כאלה המוטות באורח משמעותי ועקבי, אינו צפוי להיות אפקטיבי במיוחד.¹¹

המודלים המסתמכים על הנחת הרציונליות חשופים בדיוק לביקורת זו, משום שעם חלוף השנים התברר כי ההנחות העומדות בבסיסם תקפות רק בנסיבות מוגבלות. למסקנה זו הובילו, בין היתר, מחקרים אמפיריים בתחום השיפוט וקבלת החלטות אשר גילו סטיות ניכרות ועקביות של ההתנהגות האנושית בפועל מהנחת הרציונליות: מסתבר כי בני-אדם הינם בעלי רציונליות חסומה¹² – משאביהם הקוגניטיביים מוגבלים, והם מושפעים מגורמים רגשיים ומוטיווציוניים.¹³ לעיתים הם מבצעים שיפוטם וקבלת החלטות באופן מחושב ופורמלי, הדורש זמן ומאמץ ניכרים,¹⁴ אולם על-פי-רוב הם עושים שימוש נרחב באינטואיציה, תוך הסתמכות על היוריסטיקות קוגניטיביות או רגשיות לשיפוט המציאות

Economics, 83 AM. ECON. REV. 1281, 1281 (1993) ("Most current economic models assume that people pursue only their own material self-interest and do not care about 'social' goals")

10 ראו Posner, לעיל ה"ש 7, בעמ' 17.

11 ראו Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 240, והמקורות הנוכחים שם בה"ש 10.

12 בהקשר הנוכחי נתייחס אל המונחים "רציונליות חסומה" ו"רציונליות מוגבלת" כאל מונחים נרדפים, אף שלראשון מביניהם הייתה במקור משמעות מוגבלת יותר כאשר הוטבע על-ידי הרברט סיימון לתיאור התנהגותו של שחקן רציונלי הפועל תחת מגבלות קוגניטיביות. ראו: Herbert A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, 69 Q. J. ECON. 99 (1956); Herbert A. Simon, *Rational Choice and the Structure of the Environment*, 63 PSYCHOL. REV. 129 (1958). להסבר נוסף ראו: Avishalom Tor, *The Fable of Entry: Bounded Rationality, Market Discipline, and Legal Policy*, 101 MICH. L. REV. 482, 485 & fn. 4 (2002).

13 ראו, למשל, Jolls et al., לעיל ה"ש 1; Tor, לעיל ה"ש 1.

14 שיפוטם אלה מכונים בספרות האמפירית שיפוטם של מערכת I ("System I"), המובחנים באופנים שונים מן השיפוטם של מערכת II ("System II") האינטואיטיבית. ראו, למשל: Daniel Kahneman & Shane Frederick, *Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment*, in *HEURISTICS AND BIASES: THE PSYCHOLOGY OF INTUITIVE JUDGMENT* 49, 50 (Thomas Gilovich, Dale Griffin, & Daniel Kahneman eds., 2002) (הספר להלן: *HEURISTICS AND BIASES II*). כן ראו: RICHARD NISBETT & LEE ROSS, *HUMAN INFERENCE: STRATEGIES AND SHORTCOMINGS OF SOCIAL JUDGMENT* (1980) (המשווה בין היסקים אינטואיטיביים לבין הדרישות של תהליך הסקה פורמלי); Steven A. Sloman, *Two Systems of Reasoning*, in *HEURISTICS AND BIASES II*, לעיל, בעמ' 379.

ועל רמזים סביבתיים לקבלת החלטות בתנאים של אי־ודאות.¹⁵ כללי־אצבע או קיצורי־דרך אלה מועילים ואף הכרחיים לתפקוד אנושי אפקטיבי בעולם מורכב, אך בה־בעת הם מובילים לטעויות צפויות בשיפוט ובקבלת החלטות, המולידות התנהגות אשר סוטה באופן שיטתי מהנחת הרציונליות המושלמת.¹⁶

יתר על כן, בשנים האחרונות הראו מלומדים כי הרציונליות המוגבלת בפועל של הפרטים בחברה מצריכה בחינה מחדש של תובנות מושרשות רבות של הגישה הכלכלית הקלסית למשפט המתבססות על הנחת הרציונליות.¹⁷ אכן, חוקרים העושים שימוש בגישה התנהגותית למשפט¹⁸ הראו כי לעיתים ההכרה ברציונליות המוגבלת מסבירה טוב יותר ("ניתוח פוזיטיבי") כללים או מוסדות משפטיים קיימים שנראים תמוהים או לא־רצויים תחת הנחת הרציונליות. במקרים אחרים ניתוח התנהגותי אף מוביל למסקנות שונות באשר לעיצובו הראוי של המשפט ("ניתוח נורמטיבי").¹⁹

את הממצאים האמפיריים בתחום ניתן לחלק לשתי קבוצות: האחת – ממצאים העוסקים בשיפוט (judgment), שעניינם התהליכים האינטואיטיביים שבאמצעותם בני־אדם שופטים את המציאות שסביבם ומגבשים את הערכותיהם לגביה; והאחרת – ממצאים בדבר קבלת החלטות (decision making), קרי, בדבר האופן שבו פרטים בוחרים כיצד לפעול (ולדידם של הכלכלנים – מבטאים את "העדפותיהם") בהינתן חלופות שונות העומדות לפניהם.²⁰

2. הטיות שיפוט

התובנה הבסיסית של המחקר בתחום זה היא שבני־אדם נדרשים דרך קבע לשיפוט את

15 ראו, למשל: Daniel Kahneman, *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, 93 AM. ECON. REV. 1449 (2003) (המדגיש את חשיבותם של

רמזים סביבתיים ומצביים בשיפוט ובקבלת החלטות אינטואיטיביים).

16 ראו Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 242-243.

17 Jolls et al., לעיל ה"ש 1; Korobkin & Ulen, לעיל ה"ש 1.

18 להגדרת הגישה ולדיון בגבולותיה ראו Tor, לעיל ה"ש 1, בה"ש 13 ובטקסט הסמוך אליה.

19 ראו, למשל, Jolls et al., לעיל ה"ש 1; Korobkin & Ulen, לעיל ה"ש 1; Tor, לעיל ה"ש 1.

20 להבחנה דומה ראו Dawes, לעיל ה"ש 1; Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 244-245; Gregory Mitchell, *Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, 43 WM. & MARY L. REV. 1907, fn. 20 (2002) ההבחנה בין תופעות של שיפוט לבין תופעות של קבלת החלטות אינה חדה, כמובן, ויש תופעות הנוגעות בשני התחומים. מעבר לכך, אף שמבחינה אנליטית שיפוט המציאות קודם לקבלת החלטות כיצד לפעול בהינתן מציאות מסוימת, לעיתים החלטות מתקבלות ללא כל שיפוט של ממש. השוו: Ellen Langer, *The Illusion of Calculated Decisions, in BELIEFS, REASONING, AND DECISION MAKING: PSYCHO-LOGIC IN HONOR OF BOB ABLESON* 33, 34 (Roger C. Schank & Ellen J. Langer eds., 1994), הטוענת כי על־פירוב קבלת החלטות אינה רציונלית ואף אינה בלתי־רציונלית, אלא א־רציונלית.

המציאות בתנאים של אי־ודאות, קרי, כאשר ההסתברות להתרחשותם של מאורעות שונים אינה ידועה.²¹ שיפוטם אלה עשויים להתייחס לעתיד (למשל, לתוצאות עתידיות של בחירות או של מיום עסקי), לעבר (למשל, לאשמתו של נאשם פלילי) ואף למצב העולם בהווה (כגון קיומו של מאגר גז תת־קרקעי בשטח מסוים). הנחת הרציונליות מניחה שמקבלי החלטות יפעלו בהתאם לתורת ההסתברות, כלומר, יעניקו משקל הסתברותי ראוי לכל מידע רלוונטי המגיע אליהם, ורק למידע כזה, וישקללו נכון את פיסות המידע השונות שבידיהם.²²

אלא שהמחקר האמפירי מלמד כי בפועל בני־אדם עושים שימוש יעיל ונפוץ בשיפוט אינטואיטיבי, בהסתמך על היוריסטיקות קוגניטיביות, רגשיות ועוד.²³ כך, על־אף מגבלותיו של המוח האנושי, שפע המידע הקיים והניתוח המורכב הנדרש לשם שיפוט רציונלי מושלם, אנו פועלים על־פירוב במהירות ובאפקטיביות. אולם אותם מנגנונים של שיפוט אינטואיטיבי המאפשרים לנו פעולה מהירה וקלה יחסית גם גורמים לעיתים לטעויות עקביות וצפויות מראש, המתועדות בהרחבה על־ידי החוקרים בתחום.²⁴ כך, למשל, סוג נפוץ אחד של היוריסטיקות קוגניטיביות הוא "היוריסטיקות החלפת מאפייין" (Attribute Substitution Heuristics).²⁵ כללי־אצבע אלה מנצלים את הקשר הסטטיסטי בין מאפיינים שקל לבני־אדם להעריכם לבין המאפיינים הנדרשים באופן פורמלי כדי לבצע את השיפוט הנדרש. היוריסטיקות מסוג זה מסתמכות, בין היתר, על זמינות ועל יציגות.²⁶ בעשותם שימוש בזמינות, לדוגמה, מקבלי החלטות הנדרשים להערכה הסתברותית

- 21 בחקר קבלת החלטות המונח "אי־ודאות" מתאר מצב שבו ההסתברות להתרחשותן של תוצאות אינה ידועה (להבדיל מ"סיכון", המתאר מצב שבו ההסתברות להתרחשותה של התוצאה השלילית ידועה). ראו, למשל: R. DUNCAN LUCE & HOWARD RAIFFA, GAMES AND DECISIONS: INTRODUCTION AND CRITICAL SURVEY 13 (1989).
- 22 ראו את המקורות לעיל בה"ש 7 וכן: GARY S. BECKER, THE ECONOMIC APPROACH TO HUMAN BEHAVIOR 14 (1976).
- 23 BOUNDED RATIONALITY: THE ADAPTIVE TOOLBOX (Gerd Gigerenzer & Reinhard Selten eds., 2001); JOHN W. PAYNE, JAMES R. BETTMAN & ERIC J. JOHNSON, THE ADAPTIVE DECISION MAKER (1993) (המפתחים את התזה שלפיה השימוש בהיוריסטיקות ובאסטרטגיות שונות לקבלת החלטות "is an adaptive response of a limited-capacity information processor to the demands of complex decision tasks").
- 24 ראו את המקורות לעיל בה"ש 1. כן ראו, למשל, את אוספי המאמרים החשובים הבאים: JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES II, לעיל ה"ש 14; BIASES (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982) (להלן: HEURISTICS AND BIASES).
- 25 Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 245-251. אפיון זה של קבוצת ההיוריסטיקות האמורה הוצע על־ידי כהנמן ופרדריק - Kahneman & Frederick, לעיל ה"ש 14, בעמ' 49-50.
- 26 ראו, למשל, פרקים 1-5 ב־HEURISTICS AND BIASES II, לעיל ה"ש 14, וכן את הממצאים המקוריים של טברסקי, כהנמן וחוקרים נוספים בדבר היוריסטיקות אלה ב־HEURISTICS AND BIASES, לעיל ה"ש 24, פרקים 1-6 ו־11-14.

"עד כמה הצומת שליד ביתך מסוכן?" עונים למעשה על שאלה אחרת, קשורה, המבוססת על המידה שבה אירועים רלוונטיים זמינים בזכרוןם ("כמה תאונות משמעותיות בצומת זה עולות בזכרוןך?"). מובן שפשוט הרבה יותר לענות על שאלה המתבססת על המידע המצוי בזכרוןנו מאשר לבצע איסוף ושיפוט של מידע רב ומורכב שאינו נגיש. יתר על כן, על-פי רוב יש מתאם משמעותי בין המאפיין המקורי שנדרשים להעריך (מידת מסוכנותו של הצומת) לבין זה המחליף אותו (מספר התאונות הנזכרות), ולכן השיפוט המסתמך על היוריסטיקת הזמינות הינו אפקטיבי בדרך-כלל.²⁷ אולם יש מצבים שבהם ניתן לצפות כי שיפוט כזה יוביל להטיות עקביות. לדוגמה, מאורעות אשר זמינים במיוחד בזיכרון – משום שהם בולטים מאוד, דרמטיים במיוחד, אירעו לאחרונה וכיוצא בזה – עשויים להיתפס כמסתברים יותר מכפי שהם באמת, ולהפך כאשר מדובר באירועים לא-דרמטיים, שאינם נחקקים היטב בזיכרון.²⁸

יתרה מזו, להטיות זמינות מעין אלה יש חשיבות בעבור המשפט: הן עשויות, למשל, להוביל את הציבור להערכת-יתר או להערכת-חסר של סיכונים שונים, ובעקבות זאת לדרישה יתרה (למשל, בעקבות אסונות דרמטיים) או חסרה (כאשר מדובר, למשל, בסיכונים לא-בולטים) לרגולציה בתחומים שונים. הטיות זמינות רלוונטיות גם לניתוח המשפט בתחומים אחרים, כגון המשפט הפלילי. כך, למשל, מודל ההרתעה הפלילית המיטבית מניח כי הרתעה נגזרת מן הסנקציה הצפויה לעבריין הפוטנציאלי, שהיא מכפלת העונש הצפוי בהסתברות האכיפה. לפי גישה זו, ניתן לשמור על רמת ההרתעה תוך הפחתה באכיפה יקרה באמצעות החרפת הענישה במידה השומרת על רמת הסנקציה הצפויה. אולם אם עבריינים פוטנציאליים מעריכים את הסתברות האכיפה בהסתמך על זמינות, אזי אכיפה שאינה זוכה בחשיפה ציבורית מתאימה תוערך בחסר ותוביל להרתעה בלתי-מספקת, בעוד אכיפה דרמטית תשפר הרתעה בעלות נמוכה מן הצפוי על-פי המודל הרציונלי.²⁹

נוסף על היוריסטיקות קוגניטיביות, השיפוט האינטואיטיבי מסתמך גם על קיצורי-דרך רגשיים ועל הליכים אוטומטיים של עיבוד מידע וזיכרון הגורמים להטיות שונות, ומושפע גם מהטיות אגוצנטריות ומוטיווציוניות הגורמות להערכה עצמית מופרזת, להערכת-חסר של סיכונים אישיים, להטיה של הציפיות לגבי העתיד ושל ההערכות לגבי המציאות בהווה לכיוון התוצאות הרצויות למקבל החלטות, וכיוצא בזה.³⁰ התמונה הכוללת המצטיירת אם כן מן המחקר האמפירי בתחום היא של שיפוט אינטואיטיבי אשר מגיע לתוצאות מרשימות בדרך-כלל, למרות מידע ומשאבים מוגבלים ביותר, אך חשוף עם זאת לשורה של הטיות עקביות וצפויות מראש בשל קיצורי-הדרך שהוא נאלץ להסתמך עליהם.

27 ראו, למשל: Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Availability: A Heuristic for Judging*

Frequency and Probability, in HEURISTICS AND BIASES, לעיל ה"ש 24, בעמ' 163.

28 לסקירה מעמיקה יותר ראו Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 245-246, 249-248.

29 ראו את הדיון בהשלכותיו של הניתוח ההתנהגותי על מודל ההרתעה אצל Korobkin & Ulen, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1088-1089.

30 ראו, למשל, את המקורות בה"ש 1 ובה"ש 24 לעיל.

3. הטיות בקבלת החלטות

בדומה לממצאים מתחום השיפוט, גם הממצאים שהתקבלו בחקר קבלת ההחלטות חשפו פערים עקביים בין הנחת הרציונליות לבין ההתנהגות האנושית בפועל. במיוחד, בעוד מודל הבחירה הרציונלית מניח כי העדפותיהם של אנשים יציבות, עקביות ונחשפות על-ידי בחירותיהם בפועל, הממצאים האמפיריים מראים כי פרטים עושים שימוש נרחב בהליכי קבלת החלטות אינטואיטיביים,³¹ וכי הליכים אלה, כמו גם סביבת קבלת ההחלטות ותחומה, משפיעים באופן מהותי על ההעדפות ואף מעצבים אותן.³²

בהתאם לכך הראו חוקרים כי בחירה בפועל מושפעת מן האופן שבו החלופות השונות מוצגות – תופעה המכונה "אפקט ההיצג" (Framing Effect). כתוצאה מכך אנשים נוטים להעדיף פתרונות שונים ואף הפוכים לבעיות שמהותן זהה אך אופן הצגתן שונה.³³ מקבלי החלטות מתקשים גם להיפרד מנכסיהם או מזכויות שבבעלותם, ודורשים בעבור מכירתם סכום גבוה בהרבה מזה שהם מוכנים לשלם בעבור רכישתם של אותם נכסים או זכויות כאשר הם אינם בידיהם ("אפקט הבעלות").³⁴ באופן דומה, אנשים מייחסים משקל רב יותר לתוצאות הנתפסות כהפסד בהשוואה לסטטוס-קוו (או לנקודת-ייחוס אחרת) מאשר לתוצאות הנתפסות כרווח ביחס אליו, גם כאשר סטטוס-קוו זה הוא מקרי או חסר משמעות אמיתית, וכתוצאה מכך הם מעדיפים להיצמד אליו גם בהינתן חלופות אטרקטיביות, אלא

- 31 ראו: Shane Frederick, *Automated Choice Heuristics*, in HEURISTICS AND BIASES II: לעיל ה"ש 14, בעמ' 548. ראו גם את המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 24.
- 32 ראו, למשל, את אוספי המאמרים הבאים: Daniel Kahneman, CHOICES, VALUES, AND FRAMES (Daniel Kahneman & Amos Tversky eds., 2000); THE CONSTRUCTION OF PREFERENCE (Sarah Lichtenstein & Paul Slovic eds., 2006). כן ראו Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 257–272, ובמיוחד בעמ' 304–314.
- 33 ראו: Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Choices, Values, and Frames*, 39 AM. PSYCH. 341 (1984); Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, 47 ECONOMETRICA 263 (1979); Amos Tversky & Daniel Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, 211 SCIENCE 453 (1981).
- 34 ראו: Richard H. Thaler, *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, 1 J. ECON. BEHAV. & ORG. 39 (1980); Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, 98 J. POL. ECON. 1325 (1990); Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, 5 J. ECON. PERSP. 193 (1991) (להלן: Kahneman, Knetsch & Thaler, *Anomalies*). ראו גם את סקירת המחקרים המתמקדים בפער בין מחיר המכירה המינימלי לבין מחיר הרכישה המרבי אצל: Elizabeth Hoffman & Matthew L. Spitzer, *Willingness to Pay vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications*, 71 WASH. U. L.Q. 59 (1993).

אם כן אלה טובות ממנו באורח ניכר (הטיית הסטטוס־קוו).³⁵ יתר על כן, הוספת חלופות לא־רלוונטיות בעליל עשויה בכל־זאת להשפיע על זהותה של החלופה הנבחרת – למשל, כאשר מדובר בבחירה בעונש הראוי בגין עברה פלילית.³⁶ נוסף על מגוון התופעות המצביעות על חריגות צפויות של מקבלי החלטות מן המודל הרציונלי, פרטים נוטים להביא בחשבון גם את השפעת החלטותיהם על תועלתם של אחרים – קרי, לגלות העדפות חברתיות – וזאת בניגוד להנחה המקובלת בדבר השאת התועלת העצמית בלבד.³⁷ כך, הם מוכנים להיטיב עם אחרים על־חשבון עצמם משיקולים של הוגנות, מוסר וכיוצא באלה, ולעיתים הם מוכנים אף לשלם מחיר משמעותי כדי להביע מורת־רוח מהתנהגות לא־ראויה של אחרים, גם כאשר למחאתם אין כל השפעה מעשית על האחרונים.³⁸ לתופעות שונות אלה יש השלכות מגוונות על המשפט.³⁹ אפקט ההיצג, למשל, עשוי לגרום להבדלים שיטתיים בין תובעים ונתבעים באופן שבו הם מתייחסים לסכסוך המשפטי שביניהם, ולמנוע פשרות יעילות במקרים מסוימים.⁴⁰ אפקט הבעלות והטיית הסטטוס־קוו עלולים להשפיע על התנהגותם של פרטים ולמנוע בשל כך עסקות יעילות.⁴¹ כמו־כן הם

- 35 ראו, למשל, Kahneman, Knetsch & Thaler, *Anomalies*, לעיל ה"ש 34; William Samuelson & Richard Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 J. RISK & UNCERT. 7 (1988).
- 36 ראו את הסקירה אצל Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 259–258, וכן: Mark Kelman, Yuval Rottenstreich & Amos Tversky, *Context-Dependence in Legal Decision Making*, 25 J. LEGAL STUD. 287 (1996).
- 37 הספרות בתחום זה, אשר נחקר על־ידי מגוון של דיסציפלינות במדעי החברה, ענפה ביותר. לסקירה תמציתית ראו, למשל, Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 272–268; Jolls et al., לעיל ה"ש 1; Korobkin & Ulen, לעיל ה"ש 1.
- 38 ראו, למשל: Gary Bolton & Rami Zwick, *Anonymity versus Punishment in Ultimatum Bargaining*, 10 GAMES & ECON. BEHAV. 95 (1995); Duncan K.H. Fong & Gary E. Bolton, *Analyzing Ultimatum Bargaining: A Bayesian Approach to the Comparison of Two Potency Curves under Shape Constraint*, 15 J. BUS. & ECON. STAT. 335 (1997) (שני מחקרים המתארים גרסות של משחק האולטימטום הידוע שבהן מקבלי החלטות נוטים לעיתים לדחות הצעות שנתפסות בעיניהם כלא־הוגנות גם כאשר לדחיית ההצעה אין כל השפעה על המציע).
- 39 ראו Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 272–257.
- 40 ראו, למשל: Jeffrey J. Rachlinski, *Gains, Losses, and the Psychology of Litigation*, 70 S. CAL. L. REV. 113 (1996) (המספק הסבר מפורט ומחקרים אמפיריים מן המעבדה ומן השטח באשר להשפעה הפוטנציאלית של אפקט ההיצג על הליטיגציה ועל הפשרה); Russell Korobkin & Chris Guthrie, *Psychology, Economics and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer*, 76 TEX. L. REV. 77 (1997) (הסביר את גישתם של עורכי־דין ולקוחות לליטיגציה ולפשרה).
- 41 ראו Jolls et al., לעיל ה"ש 1; Russell Korobkin, *Endowment Effect and Legal Analysis*, 97 NW. U. L. REV. 1227 (2003); Jeffrey J. Rachlinski & Forest Jourden, *Remedies and the Psychology of Ownership*, 51 VAND. L. REV. 1541 (1998).

מגבילים את היכולת לשנות מדיניות ציבורית או חקיקה לא־רצויות,⁴² ועלולים אף לגרום לכך שחקיקה מרשה, אשר נועדה אך לספק בררות־מחדל לחפצים בהן, תעצב בפועל את העדפותיהם של הכפופים לה.⁴³ באופן דומה, העדפות חברתיות יכולות להסביר מגוון רחב של כללים ומוסדות משפטיים אשר אין להם כל הצדקה בעולם שבו הפרטים משיאים את תועלתם האישית בלבד, ואף לכוון את עיצוב המשפט כך ששיא את התועלת החברתית תוך הבאה בחשבון של העדפות בין־אישיות.⁴⁴

4. אתגר משפטי

הממצאים האמפיריים מתחום השיפוט וקבלת ההחלטות מצביעים על הצורך לבחון מחדש תובנות משפטיות המסתמכות על הנחת הרציונליות, ואף מספקים בסיס לניתוחים מציאותיים יותר, להבנה עדיפה של המשפט המצוי ולפיתוח משופר של המשפט הרצוי. אולם במקרים רבים נראה שרציונליות מוגבלת מובילה לא רק להתנהגות שונה מזו הצפויה על־פי מודלים של רציונליות מושלמת, אלא גם לתוצאות המפחיתות הן את תועלתם של הפרטים הפועלים והן את התועלת החברתית הכוללת. כך, למשל, אורחים המגלים הערכת־יתר של סיכונים מסוימים עלולים להביא לידי רגולציה יקרה ומיותרת אשר תציב חסמים בפני פעילויות חברתיות רצויות;⁴⁵ צרכנים החשופים להטיות שונות עלולים ליפול טרף למניפולציות שונות ולצרוך מוצרים שאינם משיאים את תועלתם, וכן להיחשף או לגרום לסיכונים שיפגעו בהם ובאחרים;⁴⁶ שחקנים עסקיים המושפעים מן הסטטוס־קוו או מבררות־המחדל המשפטיות עלולים לא לבצע עסקות שעשויות להועיל להם באופן אישי ולחברה בכללותה;⁴⁷ וכיוצא באלה.

בתגובה על ממצאים אלה הציעו חוקרי משפט להקטין את העלויות הנובעות מהרציונליות המוגבלת באמצעות התערבויות משפטיות לתיקון הטיות שתקרבנה את התנהגותם בפועל

42 ראו, למשל, Korobkin, שם, בעמ' 1266–1267.

43 ראו, למשל: Russell Korobkin, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, 83 CORNELL L. REV. 608 (1998).

44 ראו Jolls et al., לעיל ה"ש 1.

45 ראו Jolls et al., לעיל ה"ש 1, בעמ' 1518–1522 (המספקים פירוט נוסף); W. Kip Viscusi & Jane T. Hamilton, *Are Risk Regulators Rational? Evidence from Hazardous Waste Cleanup Decisions*, 89 AM. ECON. REV. 1010 (1999) השפעתן של הטיות, בין היתר, על רגולטורים בתחום איכות הסביבה); Cass R. Sunstein, *Probability Neglect: Emotions, Worst Cases, and Law*, 112 YALE L.J. 61, 87–91 (2002).

46 למשל: Shmuel I. Becher & Tal Z. Zarsky, *Open Doors, Trap Doors and the Law*, 76 L. & CONTEMP. PROB. (forthcoming 2011); Jon D. Hanson & Douglas A. Kysar, *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, 112 HARV. L. REV. 1420, 1467–1565 (1999).

47 ראו את המקורות הנזכרים בה"ש 41 לעיל.

של הפרטים בחברה למודל התיאורטי של רציונליות מושלמת.⁴⁸ על פניה גישה זו נראית אטרקטיבית, שהרי הפסקת התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם הנחת הרציונליות, ואשר אף פוגעת במקבל החלטות ובסובבים אותו, אמורה להיות טובה לפרט ולחברה גם-יחד. אלא שבחינה של טיעון זה מראה כי הצדקתה של התערבות משפטית כאמור הינה מורכבת מכפי שהיא נראית במבט ראשון. זאת, משום שהתערבות להגברת הרציונליות עשויה להיות מוצדקת מנקודת-המבט הכלכלית רק אם היא מגדילה את הרווחה החברתית, ולשם כך עליה לעמוד בכמה תנאים: עליה להיות רצויה לפרטים שאליהם היא מופנית או לפחות לחברה בכללותה; היא צריכה להיות מעשית ואפקטיבית, ותועלתה צריכה להיות גדולה מעלויותיה; לבסוף, גם כאשר היא רצויה ואף מעשית, על קובעי המדיניות לבחור את דרך ההתערבות היעילה ביותר מבין האמצעים השונים העומדים לרשותם. חלקים ב-1 יבחנו את שלושת התנאים האמורים, כדי להסיק אם תיקון הטיות באמצעות המשפט הינו דבר רצוי ואפשרי, ולבחון את הדרכים השונות שבהן הוא יכול להיעשות.

פרק ב: תיקון הטיות – מתי?

1. רציונליות כערך פרטי

מקבלי החלטות שהתנהגותם חורגת מרציונליות מושלמת עשויים להיות מעוניינים בתיקון הטיות כאשר אלה פוגעות ברווחתם שלהם. לשם כך עליהם להכיר כמובן בקיומה של הטיה ובפגיעה שהיא גורמת להם. אלא שעל-פירוב, כאשר מדובר בשיפוט ובקבלת החלטות אינטואיטיביים, פרטים אינם מודעים להטיותיהם.⁴⁹ יתר על כן, גם כאשר נעשים מאמצים ללמד מקבלי החלטות על קיומן של הטיות שונות, הם נוטים לסבור כי הם עצמם מתגברים על הטיות אלה או אינם לוקים בהן בצורה חמורה, בעוד אצל אחרים הם מזהים הטיות אלה בנקל (ולעיתים אף באופן מופרז).⁵⁰

48 ראו, למשל, Jolls & Sunstein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 199, 200; Posner, לעיל ה"ש 4. ראו גם את הדיון בתגובות המשפטיות הקיימות והאפשריות על הטיה ספציפית (הטיה בשיפוט בדיעבד - "Hindsight Bias" - כאשר אירועים שהתרחשו בפועל נתפסים כמסתברים יותר בדיעבד מאשר בטרם התרחשו) אצל: Jeffrey Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, 65 U. CHI. L. REV. 571 (1998).

49 ראו, למשל, Kahneman & Frederick, לעיל ה"ש 14, וכן Kahneman, לעיל ה"ש 15 (המתארים שיפוט וקבלת החלטות אינטואיטיביים כהליכים מהירים ואוטומטיים אשר נשלטים על-ידי הרגלים ועל-כן אינם מודעים בדרך-כלל).

50 ראו: Emily Pronin et al., *The Bias Blind Spot: Perceptions of Bias in Self Versus Others*, 28 PERS. SOC. PSYCH. BULL. 369-381 (2002); Emily Pronin et al., *Objectivity*

מכל מקום, פעמים רבות גם אנשים המודעים לכך שתהליכי השיפוט או קבלת ההחלטות שלהם חורגים מן הצפוי על-פי מודלים של רציונליות מושלמת לא יהיו מעוניינים בהתערבות שתנסה לקרב את התנהגותם למודלים אלה. זאת, משום שגורמים אחדים מביאים לידי כך שלא כל "הטיה" – קרי, סטייה מהנחת הרציונליות – פוגעת ברווחתו האישית של מקבל ההחלטות.

ראשית, יש הבדל בסיסי בין הטיות שיפוט לבין הטיות בקבלת החלטות. כאשר מדובר בראשונות, הגורמות למקבלי החלטות לשגות בהערכת הנסיבות שבהן הם פועלים, סביר להניח שתיקונן אכן יתקבל על-פירוב בברכה.⁵¹ מאידך גיסא, כאשר מדובר בהטיות בקבלת החלטות, לא ברור שמסקנה זו תקפה, משום שהטיות אלה משקפות לעיתים את תפיסת התועלת הסובייקטיבית של הפרט. תופעה זו בולטת במיוחד כאשר מדובר בהתנהגות המונעת על-ידי העדפה חברתית – כגון עזרה לזרים או הענשת התנהגות לא-הוגנת – אשר פוגעת בטיבת הפועל במובנה הצר אך עשויה לגרום לו סיפוק ותועלת ניכרים. אולם גם במישורים אחרים של קבלת החלטות ניתן לזהות תופעות דומות. כך, למשל, שחקן רציונלי לא יביא בחשבון השקעות אבודות – כלומר, משאבים שהושקעו בפרויקט או בפעולה כלשהם ואי-אפשר לעשות בהם שימוש עתידי אחר לאחר השקעתם הראשונית⁵² – בהחלטותיו על אופן פעולתו בעתיד. אולם יש הגורסים שפעולה כגון הימנעות מהפסקת פרויקט שבו כבר הושקעו משאבים רבים על-אף אי-כדאיותו במבט הצופה פני עתיד בלבד עשויה להיות מוצדקת אם הכאב הפסיכולוגי הסובייקטיבי הכרוך בפעולה הרציונלית עולה על התועלת המופקת ממנה.⁵³ יתר על כן, לעיתים הציפייה לפעולה לא-רציונלית לכאורה של מקבלי החלטות מיטיבה עימם. לדוגמה, פרט רציונלי הנעדר כל העדפה חברתית יתחשב בהעדפותיו החברתיות של אחר באשר לחלוקת משאב משותף ביניהם, משום שאם לא כן הוא עלול להיפגע מהתנהגותו של האחרון. במצבים כאלה חריגה מן המודל הרציונלי מיטיבה עם החורג, העשוי לקבל נתח גדול יותר מן העוגה מזה שהיה זוכה בו אילו היה רציונלי גרידא.⁵⁴

in the Eye of the Beholder: Divergent Perceptions of Bias in Self Versus Others, 111 PSYCH. REV. 781–799 (2004); Emily Pronin, *Perception and Misperception of Bias in Human Judgment*, 11 TRENDS IN COG. SCI. 37 (2007)

51 למעט במקרים שבהם הטיות השיפוט דווקא מיטיבות עם מקבלי החלטות, כמסובר בהמשך.

52 ראו, למשל: RICHARD A. BREALEY & STEWART C. MYERS, PRINCIPLES OF CORPORATE FINANCE (5th ed. 1996) 115 (מציגים את הגישה הטיפוסית להשקעות אבודות: "Forget Sunk Costs. Sunk costs are like spilled milk. They are past and irreversible outflows. Because sunk costs are by-gones, they cannot be affected by the decision to (accept or reject the project, and so they should be ignored.) (ההדגשה במקור).

53 ראו, למשל, Dawes, לעיל ה"ש 1, בעמ' 500–502.

54 כפי שמראה, לדוגמה, הספרות הענפה על משחק האולטימטום, שבו שחקנים הניצבים בפני אולטימטום זוכים על-פירוב לקבל חלק ניכר מן הסכום המחולק, במידה רבה בשל ציפיות להתנהגות לא-רציונלית מצידם על רקע העדפה חברתית לחלוקה "הוגנת". לסקירה של

שנית, גם הטיות שיפוט המובילות להערכה מוטעית של המציאות עשויות לעיתים להיטיב עם שחקנים בעלי רציונליות מוגבלת. לדוגמה, אופטימיות יתר של מקבלי החלטות עלולה לגרום לנטילת סיכונים מופרזים על ידיהם או לאי-נקיטת אמצעי זהירות מתאימים, שנוקיהם בצידם. עם זאת, אותה אופטימיות יתר גם ממלאת תפקיד חשוב בהנעת אנשים להשקעת מאמצים מתמשכים ולעמידה בקשיים בדרך להשגת מטרת המשפרות את רווחתם.⁵⁵ מקבל החלטות בעל הטיה של אופטימיות יתר שהפסדו יוצא לעיתים בשכרו עשוי אם כן להתנגד לניסיון לתקנה.

שלישית, ראינו כבר כי הטיות נובעות על-פירוב מכשלים צפויים ונקודתיים של מנגנוני שיפוט וקבלת החלטות אינטואיטיביים שפועלים ככלל באופן מרשים ואשר הכרחיים לתפקוד אנושי בעולם מורכב. אלא שאם כך הוא הדבר, נראה שאין זה רצוי (אפילו היה הדבר אפשרי) לבטל באופן קטגורי את פעולתם של המנגנונים יוצרי ההטיות; לכל-היותר יש מקום לנסות להתגבר על השפעתם של אלה בהקשרים מוגדרים ומצומצמים בלבד.

רביעית, בעוד המחקר האמפירי של שיפוט וקבלת החלטות מתמקד בעיקר בזיהוין של הטיות ספציפיות, מקבלי החלטות הפועלים בעולם מושפעים פעמים רבות ממכלול של תופעות. לעיתים הטיות אחדות תתרומנה יחד להתנהגות החורגת באופן ניכר ממודל הרציונליות, אולם יהיו גם מצבים שבהם תהיינה להטיות שונות השפעות מנוגדות העשויות להקטין או אף לבטל זו את זו.⁵⁶ כך, למשל, מקבלי החלטות המושפעים מתפיסת תוצאות פעולותיהם כרווח או כהפסד ביחס לסטטוס-קוו יגלו שנאת סיכון במצבים שבהם שחקן רציונלי צפוי להיות ניטרלי לסיכון, קרי, לבחון חלופות על-פי ערכן הצפוי בלבד.⁵⁷ לכאורה, התערבות אשר תשפיע על תפיסה זו ותאפשר למקבלי החלטות אלה להשיא את רווחיהם נחזית כאטרקטיבית. אלא שייטכן שפרטים אלה, המתאפיינים בשנאת סיכון בלתי-מוצדקת בנסיבות העניין, מגלים בה-בעת גם הערכת-חסר של הסיכונים הכרוכים בחלופות השונות שהם בוחנים – למשל, בגין אופטימיות יתר. במקרה כזה התנהגותם בפועל עשויה לדמות לזו של שחקן רציונלי, שהינו ניטרלי לסיכון ואשר הערכות הסיכון שלו אינן מוטות. במצב זה, התערבות שתתקן רק הטיה מסוימת – כגון הטיית הסטטוס-קוו – תוביל מקבלי החלטות דווקא לנטילת סיכונים מופרזים, אשר יפגעו ברווחתם במקום לקדמה.

מן האמור עולה אם כן שפרטים בעלי רציונליות מוגבלת לא יחפצו תמיד בתיקון הטיותיהם, גם אילו היה הדבר אפשרי. כאשר מדובר בתיקון הטיות שיפוט בנסיבות מצומצמות שבהן השפעתן השלילית על רווחת הפרט ברורה ואינה מפצה על תופעה התנהגותית אחרת,

המשחק ולממצאים בסיסיים לגביו ראו, למשל: COLIN F. CAMERER, BEHAVIORAL GAME THEORY: EXPERIMENTS IN STRATEGIC INTERACTION ch. 2 (2003).

55 ראו, למשל: Shelley E. Taylor & Jonathon D. Brown, *Positive Illusions and Well-Being Revisited: Separating Fact from Fiction*, 116 PSYCH. BULL. 21, 22–23 (1994).

56 לדיון מעמיק יותר בסוגיה זו ראו Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 302–304.

57 ראו, למשל, Kahneman, Knetsch & Thaler, *Anomalies*, לעיל ה"ש 34.

התערבות אפקטיבית עשויה להיות רצויה. מאידך גיסא, בהקשרים אחרים, ובמיוחד כאשר מדובר בהטיות בקבלת החלטות, ראוי לבחון בזהירות כל מקרה לגופו, משום שפעמים רבות תיקון עלול להביא דווקא לידי פגיעה ברווחת הפרטים המושפעים מהן.

2. רציונליות כערך חברתי

שיקולי מדיניות עשויים להצדיק מאמצים לתיקון הטיות גם כאשר הפרטים עצמם אינם מודעים להטיותיהם, ואפילו כאשר הם אינם הפצים בתיקון. זאת, משום שהתנהגותם של שחקנים בעלי רציונליות מוגבלת יוצרת לעיתים החצנות, ועימן עלויות חברתיות.⁵⁸ כך, למשל, אזרחים המגלים הערכת יתר של סיכונים סביבתיים עלולים להביא לידי דרישת יתר לרגולציה סביבתית, שתטיל עלויות חברתיות כבדות.⁵⁹ באופן דומה, מקבלי החלטות המגלים אופטימיות יתר ייטלו לעיתים סיכונים מיותרים – למשל, בעת נהיגה בכביש – שעלולים לפגוע גם בוולתם, ולא רק בהם עצמם. גם בפעילות כלכלית, משקיעים בעלי רציונליות מוגבלת תורמים לפעמים לתנודתיות מוגברת בשוקי הון ולהיווצרותם של בועות ומשברים פיננסיים שנוזקם החברתי ניכר;⁶⁰ פרטים המושפעים מהטיית הסטטוס-קו מכבידים את המסחר ומקשים את הגעת המשאבים לידיים שתנצלנה אותם ביעילות המרבית,⁶¹ וכיוצא באלה. נראה, אם כן, שכשם שהחצנות שליליות בהקשרים אחרים עשויות להצדיק התערבות לשם מניעתן או צמצומן, כך גם החצנות הנובעות מרציונליות מוגבלת תצדקנה לעיתים התערבות לתיקון הטיות משיקולים של רווחת חברתית.⁶²

אולם התנהגות החורגת ממודלים רציונליים מולידה לעיתים גם החצנות חיוביות, קרי, תורמת לרווחתם של אחרים מעבר לפרט הפועל עצמו. לדוגמה, שחקנים המגלים אופטימיות יתר ישקיעו במיזמים חדשים מעבר למוצדק או לצפוי על-פי מודלים רציונליים.⁶³ כניסת יתר מעין זו לשוק משמעה שהשחקנים המעורבים ייכשלו ויצאו מן

58 ראו, למשל, Zamir, לעיל ה"ש 5.

59 ראו, למשל, Sunstein, לעיל ה"ש 45, בעמ' 69, 87-91.

60 ראו, למשל: Kent Daniel, David Hirshleifer & Avaniidhar Subrahmanyam, *Investor Psychology and Security Market Under- and Overreactions*, 53 J. FIN. 1839 (1998) (המציעים מודל התנהגותי המסביר שורת חריגות של שוקים בפועל מן המודל של שוק ההון היעיל). ראו גם: Nicholas Barberis & Richard H. Thaler, *A Survey of Behavioral Finance*, in 2 ADVANCES IN BEHAVIORAL FINANCE 1 (Richard H. Thaler ed., 2005) (סקירה כללית של ממצאים מרכזיים ב"מימון התנהגותי", החוקר תופעות מעין אלה).

61 ראו, למשל, Korobkin, לעיל ה"ש 41.

62 ראו Camerer et al., לעיל ה"ש 3; Korobkin, לעיל ה"ש 4.

63 Tor, לעיל ה"ש 12, בעמ' 503-514. ראו גם: Manju Puria & David T. Robinson, *Optimism and Economic Choice*, 86 J. FIN. ECON. 71 (2007) (המראים קשר אמפירי בין אופטימיות לבין מגוון של התנהגויות אישיות וכלכליות המובילות, בין היתר, להחצנות שליליות ולהחצנות חיוביות במקרים שונים).

השוק בתכיפות גבוהה יותר משהמודל צופה, לעיתים קרובות להוותם שלהם בשל הפסד העלויות הניכרות הכרוכות במיזמים נכשלים.⁶⁴ עם זאת, גם כאשר הכניסה לשוק אינה מיטיבה עם השחקנים המעורבים, ולו בטווח הארוך, פעמים רבות היא מיטיבה עם החברה בכללותה. אחרי ככלות הכל, הרעיונות, הטכנולוגיות והמוצרים החדשים שיוזמים העתידיים להיכשל חושפים ומנסים לפתח מהווים פעמים רבות זרו או תשתית לפיתוחים מצליחים אחרים הבאים בעקבותיהם.⁶⁵

דוגמה זו להחצנות חיוביות של רציונליות מוגבלת אינה יחידה או יוצאת דופן, והחצנות מעין אלה אף אינן מוגבלות להטיות שיפוט, אלא קיימות גם בהטיות בקבלת החלטות. כך, למשל, תופעות כגון אפקט הבעלות מכבידות אומנם מסחר יעיל בנכסים או בזכויות, ולכן יוצרות החצנות שליליות, אך בה־בעת הפסיכולוגיה של הבעלות היוצרת אפקט זה עשויה גם לעודד בעלי נכסים להשקיע בהשקחה נכסיהם בנסיבות שבהן שחקנים רציונליים עשויים להימנע מכך,⁶⁶ או לעודד שיתוף־פעולה ובכך דווקא לתרום לעסקות יעילות.⁶⁷

אולי החריגה הבולטת ביותר ממודלים טיפוסיים של רציונליות המולידה החצנות חיוביות כדבר שבשגרה היא התנהגות המבטאת העדפות חברתיות. התנהגות אלטרואיסטית והתנהגויות נוספות שמיטיבות עם אחרים או מענישות אותם תוך הטלת עלות על המבצע, ואשר מונעות על־ידי נורמות חברתיות, שיקולים מוסריים או ערכיים או יחסים אישיים, מהוות גורם חשוב של רווחה חברתית.⁶⁸

מובן לכן שלמרות העלויות האישיות והחברתיות הנובעות מרציונליות מוגבלת, אין הצדקה להתערבות שתנסה לתקן באורח קטגורי כל חריגה מסוג זה. במקום זאת, לנוכח ההחצנות החיוביות הרבות של התנהגות כזו, יש צורך לבחון לא רק כל הטיה לגופה, אלא אף את ביטוייה והשלכותיה של ההטיה בהקשר החברתי הספציפי, לפני שאפשר יהיה לבסס הצדקה להתערבות מתקנת כלשהי.

פרק ג: תיקון הטיות – כיצד?

חלק ב הבהיר כי אף שבמבט ראשון נראה כי קיומן של הטיות הגורמות לסטיות ממודלים

64 Tor, לעיל ה"ש 12.

65 שם, בעמ' 540–543, 545.

66 השוו Rachlinski & Jourden, לעיל ה"ש 41 (המעלים את האפשרות שפגיעה באפקט עלולה לשחוק את תפיסת הבעלות).

67 Daphna Lewinsohn-Zamir, *The Choice Between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations from Behavioral Studies*, 80 TEX. L. REV. 219 (2001).

68 ראו, למשל: Ernst Fehr & Urs Fischbacher, *The Nature of Human Altruism*, 425 NATURE (2003) 785 (הסוקרים ממצאים מרכזיים רלוונטיים מתחום הכלכלה הניסויית).

של רציונליות מוחלטת עשוי להצדיק התערבות משפטית לתיקון, בחינה מעמיקה יותר מגלה תמונה מורכבת. בעוד ההטיות האמורות – הן בתחום השיפוט והן בתחום קבלת החלטות – מולידות לעיתים עלויות ניכרות במישורים האישי והחברתי כאחד, פעמים אחרות הן דווקא תורמות לרווחה האישית והחברתית. מעבר לכך, כפי שנראה להלן, גם במקרים שבהם התערבות עשויה להיות מוצדקת, תיקון הטיות הינו משימה מורכבת, פעמים רבות בלתי-מעשית, שעלויותיה ומגבלותיה בצידה. נוסף על כך, במיוחד כאשר מדובר בהטיות בקבלת החלטות, האפשרות של התערבות לשם תיקון מעוררת דילמות נורמטיביות משמעותיות.

1. תיקון הטיות שיפוט

כפי שראינו, יש הצדקה לתיקון הטיות שיפוט, במיוחד כאשר הפרטים המגלים הטיות אלה מעוניינים בעצמם ששיפוטיהם יהיו בלתי-מוטים. אלא שהמחקר האמפירי הקיים בתחום תיקון ההטיות חושף קשיים ומגבלות ניכרים של מאמצים מסוג זה. ראשית, חוקרי משפט מסוימים, בעיקר אלה המורגלים במודלים של רציונליות מושלמת, טוענים פעמים רבות כי חריגות ממודלים אלה נובעות מחוסר רצינות או מהעדר מאמץ מספיק של מקבלי החלטות.⁶⁹ אילו כך היה הדבר, אפשר היה לצפות שבמצבים שבהם יש תמריצים משמעותיים לשיפוט רציונלי לא תימצאנה הטיות עקביות כדבר שבשגרה. אלא שהמחקר האמפירי מגלה כי האפקטיביות של תמריצים מוגברים – כלכליים או אחרים – כמכשיר להגברת הרציונליות היא מוגבלת: לעיתים תמריצים אכן עשויים לשפר שיפויטים, אך פעמים אחרות אין להם כל השפעה ניכרת, ויש נסיבות שבהן הם אף מחריפים את ההטיות הקיימות במקום לתקן.⁷⁰

ממצאים אלה אינם מפתיעים, במיוחד לנוכח המחקרים שהוצגו לעיל בדבר ההיוריסטיקות המולידות את ההטיות המדוברות. אחרי ככלות הכל, כדי שתמריצים ישפרו תהליכי שיפוט,

69 למשל, Posner, לעיל ה"ש 4.

70 על האפקט המוגבל של תמריצים ראו: Colin F. Camerer & Robyn M. Hogarth, *The Effects of Financial Incentives in Experiments: A Review and Capital-Labor-Production Framework*, 19 J. RISK & UNCERT. 7 (1999). למחקרים המראים כי תמריצים עשויים אף לפגוע לעיתים בביצועים ראו: Dan Ariely, George Loewenstein & Nina Mazar, *Large Stakes and Big Mistakes*, 76 REV. ECON. STUD. 451 (2009) (המראים כי, בחריגים מסוימים, תמריצים כספיים גבוהים פוגעים בביצועים במקום לשפרם); Uri Gneezy & Aldo Rustichini, *Pay Enough or Don't Pay at All*, 115 Q. J. ECON. 791 (2000) (המראים כי בעוד תמריצים כספיים משמעותיים יכולים לשפר ביצועים, תמריצים נמוכים עלולים לפגוע בהם); Dan N. Stone & David A. Ziebart, *A Model of Financial Incentive Effects in Decision Making*, 61 ORG. BEHAV. & HUM. DEC. PROC. 250 (1995) (המראים כי הגברת מוטיווציה באמצעות תמריצים עשויה לעיתים לשפר ביצועים אך עלולה לעיתים לפגוע בהם).

על הפרטים המקבלים את התמריצים להיות לכל-הפחות מודעים לאפשרות ששיפוטיהם מוטים, משום שבהעדר כל מודעות לבעיה, מאמץ גדול יותר אינו צפוי לבשר פתרון. לכן תמריצים לשיפוט רציונלי עשויים להגביר את המאמץ המושקע בהליכי השיפוט – קרי, לספק מוטיווציה – ולכן להוביל לעיתים להתגברות על אותן הטיות שהינן מוטיווציוניות בעיקרן. אך כאשר מדובר בהטיות קוגניטיביות, מאמץ מודע צפוי לתקנן רק כאשר למקבלי ההחלטות יש אסטרטגיות מתאימות לביצוע שיפוטם שהם יכולים ליישמן בעת הצורך.⁷¹ שנית, ולכך יש חשיבות מעשית רבה, הממצאים האמפיריים מגלים כי תיקון הטיות שיפוט הוא משימה מורכבת המחייבת על-פירוב התערבות דרמטית. כך, למשל, כבר ראינו כי אין די בחשיפתם של פרטים למידע בדבר קיומן של הטיות.⁷² גם קבלת מידע בדבר תוצאות השיפוט המוטים אינה מובילה באופן עקבי לשיפורם, מה-גם שבמציאות – להבדיל מן המעבדה – פעמים רבות אי-אפשר להשיג או לספק מידע כזה. מאידך גיסא, אמצעים לתיקון הטיות שנמצאו אפקטיביים יותר – וגם זאת רק לעיתים – כוללים התערבויות משמעותיות כגון ביצוע השיפוט מנקודת-המבט של שחקן אחר, העלאת טיעוני-נגד לשיפוטיו של מקבל ההחלטות וכיוצא בזה.⁷³ התערבויות מעין אלה קשות לביצוע, ולרוב אינן רלוונטיות כלל כאשר מדובר בהתנהגויות חברתיות נפוצות, שהן המולידות בדרך-כלל את העלויות האישיות והחברתיות הכרוכות בהטיות. כך, ניתן לראות בנקל את הקשיים הכרוכים בחיוב צדדים לסכסוכים משפטיים אמיתיים לשיפוט את הסכסוך מנקודת-המבט של הצד שכנגד, וספק אם הצדדים יהיו מסוגלים לעשות זאת בפועל אף אם ירצו בכך.⁷⁴ האתגרים מתעצמים כמובן כאשר מדובר לא בשחקנים המעורבים בהליך

71 ראו, למשל: Richard P. Larrick, *Debiasing*, in BLACKWELL HANDBOOK OF JUDGMENT AND DECISION MAKING 316, 318–326 (Derek J. Koehler & Nigel Harvey eds., 2004); Norbert Schwarz, Lawrence J. Sanna, Ian Skurnik & Carolyn Yoon, *Metacognitive Experiences and the Intricacies of Setting People Straight: Implications for Debiasing and Public Information Campaigns*, 39 ADV. EXP. SOC. PSYCH. 127, 128 (2007); Eldar Shafir & Robyn A. LeBoeuf, *Rationality*, 53 ANN. REV. PSYCH. 491 (2002); Keith E. Stanovich, Maggie E. Toplak & Richard F. West, *The Development of Rational Thought: A Taxonomy of Heuristics and Biases*, 36 ADV. CHILD DEV. & BEHAV. 251 (2008).

72 ראו: Linda Babcock, George Loewenstein & Samuel Issacharoff, *Creating Convergence: Debiasing Biased Litigants*, 22 L. & SOC. INQ. 913, 916 (1997) ("many researchers have tried, albeit unsuccessfully, to mitigate various biases by informing subjects about them"); Baruch Fischhoff, *Debiasing*, in HEURISTICS AND BIASES Baruch Fischhoff, *Heuristics and Biases in*; (Fischhoff, *Debiasing*); (להלן: Application, in HEURISTICS AND BIASES II Fischhoff, לעיל ה"ש 14, בעמ' 370 (להלן: Application); (Larrick, לעיל ה"ש 71.

73 למשל, Fischhoff, *Debiasing*, לעיל ה"ש 72; Application, Fischhoff, שם; Larrick, לעיל ה"ש 72.

74 כך, למשל, בניסויים של Babcock et al., לעיל ה"ש 72, עצם העובדה שנאמר לנבדקים כי

משפטי מוגדר, אלא במקבלי החלטות הפועלים יום-יום בהקשרים חברתיים או עסקיים. כך, אף אם נגיע למסקנה שהתערבות לתיקון הטיות מסוימת מוצדקת ואפשרית, קשה לראות כיצד מוסד רגולטורי כלשהו יהיה מסוגל לאתר באופן אפקטיבי את היוזמים המוטעים, הנכנסים לשוק ללא הצדקה רציונלית, ולהבחין בינם לבין מתחריהם הרציונליים.⁷⁵ שלישית, המחקר ההתנהגותי מגלה כי בני-אדם מתקשים ליישם לקחים בתחום תיקון הטיות מהקשר אחד להקשר אחר. כך, גם כאשר התערבות משמעותית מצליחה להקטין הטיה בשיפוט או בקבלת החלטות בהקשר מסוים, מקבלי החלטות נוטים לא ליישם את התובנות שרכשו בנסיבות חדשות, אלא אם כן עולה בידם לזהות את הדמיון המהותי בין המטלה החדשה לבין המטלה הקודמת.⁷⁶ אכן, ייתכן שדווקא אותה רגישות למאפיינים נסיבתיים המאפשרת לפרטים להתאים את התנהגותם במהירות לנסיבות משתנות היא שמקשה עליהם להתעלם מהבדלים נסיבתיים ולאחר את המכונה המשותף המהותי בין מטלות שונות. מובן שקושי זה בלמידה ובהעברה של תובנות בין הקשרים מגביל בתורו את האפקטיביות הפוטנציאלית של התערבות לתיקון הטיות מעבר לנסיבות מוגדרות ומתחמות, והופך את המאמצים לתיקון הטיות לכדאיים פחות. רביעית ואחרונה, הגורמים להיווצרותן של ההטיות מצביעים על-פי-רוב על כך ששכרנו מתיקון עלול לצאת בהפסדנו. כזכור, הטיות עקביות נובעות בדרך-כלל מהיוריסטיקות המאפשרות למקבלי החלטות לבצע שיפוטם וקבלת החלטות במהירות בתנאים של אי-ודאות ולמרות משאבים קוגניטיביים מוגבלים.⁷⁷ על-כן תיקון המנגנון ההיוריסטי עצמו אינו רצוי – גם אילו היה אפשרי – שהרי מדובר במנגנונים מועילים ואף הכרחיים לתפקוד האנושי בעולם מורכב. אולם יתרה מזו, גם כאשר תיקון סימפטומטי של הטיה מסוימת אפשרי בלי פגיעה במנגנון ההיוריסטי האחראי להיווצרותה, משמעות התיקון היא שמקבל החלטות יידרש לניתוח מודע, פורמלי ותובעני הרבה יותר מבחינת זמן ומשאבים קוגניטיביים כדי לבצע את השיפוט וההחלטות הדרושים. תיקוני הטיות הינם לכן "יקרים" מבחינה קוגניטיבית, הם מוצדקים רק במקרים שבהם עלויות ההטיה משמעותיות ביותר, ובכל מקרה הם מוגבלים בהיקפם הכולל, שהרי ריבוי של שיפוטם והחלטות פורמליים עלול לשתק פרטים ולגרום נזק ניכר להם ולחברה במקום להגדיל את רווחתם.

הם "תובעים" או "נתבעים" די היה בה לייצר הטיה בשירות העצמי (self-serving bias), ונסיונות לתקן את ההטיה לאחר שהופיעה לא הוכחו כאפקטיביים במיוחד. ההתערבות האפקטיבית למניעת ההטיה הייתה חשיפה של הנבדקים למידע הרלוונטי לפני שנאמר להם אם הם בתפקיד התובע או בתפקיד הנתבע, אלא שהתערבות זו אינה רלוונטית כמובן בסכסוך משפטי של ממש.

75 לדיון בסוגיה זו ראו Tor, לעיל ה"ש 12, בעמ' 545-548 והמקורות הנוכחים שם.

76 כך עולה מן המקורות לעיל בה"ש 71.

77 ראו לעיל ה"ש 15 והטקסט הסמוך אליה.

2. תיקון העדפות

התערבות משפטית לתיקון הטיות בקבלת החלטות מעוררת קשיים נוספים מעבר למגבלות הכלליות של המאמצים לתיקון הטיות שתוארו לעיל. קשיים אלה נובעים מכך שהתערבות לתיקון הטיות בקבלת החלטות משפיעה למעשה על העדפותיהם של השחקנים המעורבים (או לפחות על ביטוין) ולכן חשובה ליתר ביקורת.⁷⁸ אכן, מלומדי-משפט עוררו בהקשר זה חששות ממניפולציה⁷⁹ והשגות באשר לפטרנליזם, על סכנותיו ועלויותיו.⁸⁰

כך, בעוד בתחום של שיפוט המציאות ניתן בעיקרון לבחון את התנהגותם של פרטים מול סטנדרט אובייקטיבי, כגון הסתברותם של אירועים שונים בהסתמך על מידע נתון,⁸¹ בתחום של קבלת החלטות השוואה כזו מורכבת יותר. אחרי ככלות הכל, התנהגות רציונלית בהקשר זה נמדדת על-פי האופן שבו היא מממשת את העדפותיו של הפרט הפועל.⁸² מכיוון שהעדפות אלה ידועות רק לפרט עצמו (אם בכלל), לא נותר לחקר קבלת ההחלטות אלא להתמקד בבחינת עקביות בחירותיהם של מקבלי החלטות.⁸³ אלא שהעדר העקביות הנחשף על-ידי הממצאים האמפיריים שנסקרו לעיל מאפשר אומנם לזהות חריגה מרציונליות, אך אינו מצביע בהכרח על זהות הבחירה הנורמטיבית, קרי, על אותה התנהגות המשקפת נכונה את העדפותיו של הפרט.

למשל, ראינו כי אפקט הבעלות גורם לכך שמקבלי החלטות דורשים מחיר גבוה באורח ניכר כדי למכור נכס שבבעלותם מזה שהם מוכנים לשלם בעבור רכישת נכס זהה שאינו בבעלותם.⁸⁴ אולם זיהוי התופעה אינו מצביע באורח חד-משמעי על תיקונה הראוי. מחד גיסא, הממצאים האמפיריים מגלים כי מחיר המכירה הגבוה אינו משקף ערך סובייקטיבי גבוה יותר, אלא את הקושי הפסיכולוגי שבעלי נכסים חווים בעת ה"פרידה"

78 השוו Camerer et al., לעיל ה"ש 3, בעמ' 1216-1218 (המבחינים בין תופעות בתחום ההעדפות או קבלת ההחלטות, שלגישתם אינן מצדיקות ככלל התערבות, לבין בעיות של שליטה עצמית או הטיות שיפוט, אשר מצדיקות לדידם פטרנליזם).

79 למשל: Jonathan Klick & Gregory Mitchell, *Government Regulation of Irrationality: Moral and Cognitive Hazards*, 90 MINN. L. REV. 1620 (2006).

80 ראו Klick & Mitchell, שם; Jeffrey J. Rachlinski, *The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, 97 Nw. U. L. REV. 1165 (2003); Edward L. Glaeser, *Paternalism and Psychology*, 73 U. CHI. L. REV. 133 (2006). ראו גם: Mario J. Rizzo & Douglas Glen Whitman, *The Knowledge Problem of New Paternalism*, ARIZ. L. REV. (forthcoming), papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1310732; Mario J. Rizzo & Douglas Glen Whitman, *Little Brother is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes*, BRIGHAM YOUNG L. REV. (forthcoming), papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1119325.

81 ראו לעיל ה"ש 22 והטקסט הסמוך אליה.

82 ראו, למשל, POSNER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 17.

83 ראו, למשל, Dawes, לעיל בה"ש 1.

84 לעיל ה"ש 34.

מנכס שבבעלותם.⁸⁵ לכן יש רגליים לטענה שכאשר מנסים להעריך את שוויים של טובין ציבוריים – כגון אתרי טבע, איכות אוויר וכיוצא בהם – ראוי לעשות זאת בהסתמך על מחיר הרכישה שפרטים מוכנים לשלם, ולא על מחיר המכירה שהם דורשים על-מנת לוותר על טובין אלה.⁸⁶ מאידך גיסא, ניתן לטעון כי ה"מחיר" הפסיכולוגי הכרוך בוותר על נכס או על זכות הינו אמיתי במובן זה שהוא משקף תועלת שלילית הכרוכה באובדן הנכס או הזכות, ועל-כן דווקא ראוי להביאו בחשבון בתחשיב הרווחה החברתית.⁸⁷ לחלופין, ניתן לחשוב על פתרונות-ביניים, אשר מעניקים משקל מסוים לתועלת שלילית זו אך אינם מתמחרים אותה במלואה.

במקרים אחרים הבחירה הנורמטיבית אף מורכבת יותר. כך באשר להטיית הסטטוס-קוו, כאשר בררת-המחדל הנתונה משפיעה על התנהגותם של מקבלי החלטות גם מקום שעלויות העסקה הכרוכות בבחירה בחלופה אחרת – למשל, של היקף הכיסוי הביטוחי בגין תאונת-דרכים – זניחות.⁸⁸ הטייה זו אומנם אינה תואמת את הנחת הרציונליות, ועל-כן היה רצוי למצוא לה תיקון שיאפשר לפרטים להתעלם מהשפעת הנסיבות מקום שאלה אינן רלוונטיות. אולם בפועל תיקון כזה – המחייב הבחנה מתמדת בין סוגי נסיבות בהסתמך על ניתוח מעמדם הנורמטיבי בכל מקרה נתון – אינו מעשי כלל.

תיתכן התערבות מתקנת אחרת – למשל, באמצעות בחירת בררת-המחדל המשפטית או המעשית הרלוונטית לסוגיה שמקבלי ההחלטות ניצבים בפניה⁸⁹ – אולם גישה זו מחייבת בחירה של קובעי המדיניות בבררות-מחדל, ולא ברור כיצד יקבעו הללו איזו מהן תקרב את התנהגותם של הפרטים טוב יותר למודל הרציונלי. יתר על כן, יש מלומדים המתנגדים להתערבות פטרנליסטית מעין זו, בטענה שהיא אינה מגבירה את הרציונליות של התנהגותם של מקבלי ההחלטות, אלא מעצבת אותה בהתאם להעדפותיהם של קובעי המדיניות ועל-כן פוגעת באוטונומיה של הפרט, ואף אינה תורמת בהכרח לרווחה החברתית.⁹⁰ אם לא די בכך, חוקרים אחרים טוענים כי מתן מנדט לעיצוב בפועל של העדפותיהם של הפרטים בחברה מעניק כוח לא-ראוי לרגולטור, ופותח פתח למניפולציות שתיטבנה עם קבוצות-כוח על-חשבון החברה בכללותה.⁹¹

85 בספרות המחקר יש אומנם גם הסברים אחרים לאפקט, אולם קושי פסיכולוגי זה הינו מהגורמים המרכזיים לו. ראו Kahneman, Knetsch & Thaler, *Anomalies*, לעיל ה"ש 34. ראו גם Korobkin, לעיל ה"ש 41 (הסוקר כמה הסברים לתופעה).

86 ראו, למשל, Jolls & Sunstein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 222.

87 השוו לדיון בסוגיה זו אצל Jolls & Sunstein, שם.

88 Eric J. Johnson, John Hershey, Jacqueline Meszaros & Howard Kunreuther, *Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions*, 7 J. RISK & UNCERT. 35 (1993).

89 ראו, למשל, את המקורות לעיל בה"ש 4. ראו גם: Ian Ayres, *Menus Matter*, 73 U. CHI. L. REV. 3 (2006).

90 Klicik & Mitchell, לעיל ה"ש 79; Gregory Mitchell, *Libertarian Paternalism is an Oxymoron*, 99 Nw. U. L. REV. 1245 (2005).

91 Klicik & Mitchell, לעיל ה"ש 79. ראו גם את הדיון בסוגיה אצל Jolls & Sunstein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 231-233.

מאידיך גיסא, יש מלומדים הגורסים כי המשפט והסביבה משפיעים ממילא על ההתנהגות האנושית, ולכן מוטב לגייסם לשם שיפור רווחתם של הפרטים המעורבים והחברה בכללותה גם-יחד. לפי גישות אלה, ניתן ואף רצוי לנקוט "פרטנליזם ליברטריאני", אשר הכבדתו על שחקנים רציונליים אינה ניכרת אך תועלתו לפרטים בעלי הרציונליות המוגבלת גדולה.⁹² אלא שטווח ההתערבויות המתקנות העומדות במבחן הפרטנליזם הליברטריאני, אף שהוא משמעותי, הינו מצומצם ביותר בהשוואה למכלול ההחלטות וההתנהגויות המשקפות רציונליות מוגבלת.

נוסף על כל האמור, יש הגורסים כי התערבות פרטנליסטית לתיקון הטיות בקבלת החלטות אף אינה מוצדקת בשל העלויות וההגבלות שהיא מטילה על שחקנים רציונליים, אשר לא רק שאינם נהנים ממנה, אלא רווחתם אף נפגעת בגינה.⁹³ למשל, בררות-מחדל המעוצבות כדי לשפר את החלטותיהם של פרטים בעלי רציונליות מוגבלת עלולות להטיל עלויות עסקה מוגברות על שחקנים רציונליים, שהיו מעדיפים בררות-מחדל אחרות. יתרה מזו, גם התערבויות שאינן משפיעות במישרין על מקבלי החלטות רציונליים, כגון הטלת חובות על יצרנים לספק מידע על מאפיינים שונים של מוצריהם או על סיכונים הכרוכים בהם, מטילות עליהם עלויות עקיפות. זאת, משום שחובות משפטיות אלה מייקרות את עלות ייצורו של המוצר, ועלות זו מגולמת במחירו של המוצר לצרכנים בכללותם, קרי, לאלה בעלי הרציונליות המוגבלת ולא לה בעלי הרציונליות המושלמת כאחד. אף-על-פי-כן יש מלומדים התומכים ב"פרטנליזם אסימטרי", אשר מצדיק התערבויות לתיקון הטיות בקבלת החלטות – גם אם אלה מטילות עלויות כלשהן על שחקנים רציונליים – כאשר תועלתן החברתית גדולה באורה ניכר מעלותן.⁹⁴

ניתוח הסוגיה של תיקון ההעדפות מנקודת-המבט של השאת התועלת החברתית מצביע אם כן על קשיים נורמטיביים ומעשיים ניכרים הכרוכים במאמץ לקרב התנהגות אנושית בתחום זה למודלים של רציונליות מושלמת. אף התומכים בהתערבות מתקנת מעין זו מכירים במגבלותיה, ועל-כן מציעים לצמצמה באופנים שונים, אם לפרטנליזם ליברטריאני ואם לקרובו האסימטרי. מאידך גיסא, אחרים מתנגדים להתערבות בתחום זה, וסוברים כי נזקה הפוטנציאלי רב על תועלתה ועל-כן אין לה מקום כלל. מכל מקום, מבט כולל על האפשרות, המעשיות והרציות של תיקון הטיות בתחומי השיפוט וקבלת החלטות מציג תמונה מורכבת, המצדיקה זהירות רבה לפני המלצה על התערבות משפטית להשגת מטרה זו.

92 ראו Sunstein & Thaler, לעיל ה"ש 3; Thaler & Sunstein, לעיל ה"ש 4.

93 ראו, למשל, Klick & Mitchell, לעיל ה"ש 79; Mitchell, לעיל ה"ש 20.

94 Camerer et al., לעיל ה"ש 3.

סיכום: התמודדות משפטית עם הטיות

המחקר האמפירי בתחום השיפוט וקבלת ההחלטות, אשר נסקר בקצרה בחלק א, חושף פערים עקביים בין ההתנהגות האנושית בפועל לבין מודלים של רציונליות מושלמת מן הסוג המשמש בדרך-כלל את הניתוח הכלכלי של המשפט. פערים אלה חושפים, בין היתר, עלויות אישיות וחברתיות ניכרות הנגרמות בשל הרציונליות המוגבלת של מקבלי החלטות בשר-ודם. עלויות אלה הניעו חוקרי משפט לקרוא להתערבות שתפעל לתיקון הטיות ולקירוב התנהגותם של הפרטים בחברה לזו הנגזרת מהנחת הרציונליות. אלא שבחינה קפדנית יותר של הסוגיה הראתה כי הן ההצדקה להתערבות מתקנת כזו והן הפוטנציאל שלה מצומצמים מכפי שנדמה.

אכן, חלק ב הראה כי הצורך בהתערבות לתיקון הטיות קיים אך מוגבל, בין היתר משום שההטיות מיטיבות לעיתים עם מקבלי ההחלטות הלוקים בהן ואף עם החברה בכללותה. מעבר לכך, הניתוח המוצע בחלק ג אף הוסיף והסביר כי במקרים רבים האפקטיביות והמעשיות של תיקון הטיות הינן מועטות, ואילו הקשיים הנורמטיביים הכרוכים במאמצים רגולטוריים מסוג זה ניכרים. על-כן קיימים אומנם מצבים שבהם התערבות אפקטיבית כאמור הינה אפשרית ואף מוצדקת, אך אלה אינם רבים.

לסיום חשוב לציין גם כי למסקנותיו של מאמר זה בשאלות הנוגעות ב"האם" וב"מתי" של תיקון ההטיות יש השלכות משמעותיות גם לסוגיית ה"כיצד", באותן נסיבות מוגבלות שבהן התערבות מעין זו עשויה להיות אפשרית ורצויה. כך, מלומדים שונים הראו כי המשפט עוסק לעיתים בקידום הרציונליות בעשותו שימוש הן בכלים דיוניים והן בכללי משפט מהותי.⁹⁵ בתחום הדיוני, למשל, שופטים יכולים לעשות שימוש בסמכותם הרחבה לקידום פשרות במסגרת דיוני קדם-משפט כדי לעודד צדדים לסכסוך משפטי להציג את טיעוני הצד שכנגד – טכניקה אשר נמצאה אפקטיבית יחסית בצמצום הטיות אגוצנטריות של תובעים ונתבעים בסביבה ניסויית.⁹⁶

גם בכללי המשפט המהותי ניתן לעשות שימוש על-מנת לתקן הטיות בתחומים שונים. כך, למשל, במקרים שבהם צרכנים אינם מודעים לסיכונים הכרוכים במוצרים שונים, המשפט יכול לחייב יצרנים לספק מידע ראוי על סיכונים אלה, בפורמט נגיש וקל להבנה ולעיבוד, ואף תוך עשיית שימוש באנקדוטות או בתיאורים בולטים, הצפויים להשפיע על שיפוטי הצרכנים.⁹⁷ באופן דומה, בתחום קבלת ההחלטות, ממצאים מחקרניים מעלים את

95 ראו, למשל, את המקורות לעיל בה"ש 48.

96 Babcock et al., לעיל ה"ש 72. עם זאת, ייתכן בהחלט שתיקון הטיות של תובעים ונתבעים אמיתיים הינו קשה יותר ואפשרי פחות מתיקון הטיות של משתתפי ניסוי. השוו, למשל: Ward Farnsworth, *The Legal Regulation of Self-Serving Bias*, 37 U. CAL. DAVIS L. REV. 567, 582–585 (2003).

97 ראו את הדיון אצל Jolls & Sunstein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 207–216. חשוב לציין כי התערבות העושה שימוש במנגנונים היוריסטיים (כגון אזהרות בולטות, שהשפעתן היתרה נובעת

האפשרות שהגנה על זכויות משפטיות באמצעות כלל אחריות (המאפשר נטילתן של זכויות אלה תוך תשלום פיצוי) במקום כלל קניין (המונע את נטילתן בלא הסכמתו של בעל הזכות) מפחיתה את אפקט הבעלות. המשפט יכול אם כן לקבוע כי זכויות מסוימות – כגון זכויות קניין רוחני מסוימות על-פי הדין האירופי – אכן מקבלות רק הגנה של כלל אחריות, העשויה לקרב את התנהגותם של הפרטים למודל הרציונלי.⁹⁸

עם זאת, הניתוח במאמר זה הראה שגם כאשר תיקון הטיות באמצעות המשפט עשוי להיות אפשרי, הוא מעורר פעמים רבות קשיים מעשיים ונורמטיביים. לכן, הן מבחינת המשפט המצוי והן מבחינת זה הרצוי, התערבות ישירה להגברת הרציונליות באמצעות תיקון הטיות הינה חריג, ולא הכלל במשפט. במקום זאת המשפט נוקט פעמים רבות אסטרטגיות חלופיות המיועדות להגביר את הרציונליות של השיפוט וקבלת החלטות מבלי לנסות לתקן הטיות במישרין, ואף מסתמך על מוסדות חוץ-משפטיים המקדמים יעד זה.

למשל, אסטרטגיה נפוצה אחת היא "בידוד" ("Insulation"), כלומר, הבניית המשפט באופן המונע את השפעתן של הטיות רלוונטיות על התוצאה המשפטית, מבלי לנסות להתמודד ישירות עם ההטיות עצמן.⁹⁹ לדוגמה, אחת מהטיות השיפוט הבולטות, הנובעת מתהליכי זיכרון ועיבוד מידע, היא הטיית השיפוט בדיעבד ("Hindsight Bias"), הגורמת להערכת-יתר בדיעבד של המידע שבה אירועים שהתרחשו בפועל היו צפויים מראש.¹⁰⁰ בשל הטייה זו, מקבלי החלטות עלולים להימצא אחראים ברשלנות לתוצאות שליליות, גם כאשר התנהגותם לא הייתה רשלנית

מהיוריסטיקת הזמינות) עשויה להיות אפקטיבית, אולם היא אינה עוסקת למעשה בתיקון הטיות, אלא ב"הטייה מחדש" של מקבלי החלטות במטרה להניב תוצאות התנהגותיות הנראות רצויות לקובעי המדיניות. התערבות מעין זו מעוררת, מבחינה אנליטית, סוגיות נורמטיביות ומעשיות מעבר לאלה הכרוכות בתיקון הטיות שיפוט.

98 ראו שם, בעמ' 221–222, וכן את הניסויים המקוריים אצל Rachlinski & Jourden, לעיל ה"ש 41. ניתוח זה הינו כמובן חלקי בלבד: ראשית, הממצאים בדבר השפעתם היחסית של כללי אחריות לעומת כללי קניין על אפקט הבעלות הינם ראשוניים בלבד, ואף שנויים במחלוקת (Lewinsohn–Zamir, לעיל ה"ש 67); שנית, כאמור לעיל, תיתכנה גישות שונות באשר לסטנדרט הראוי לערך אמיתי תחת אפקט הבעלות; ושלישית, השפעתם של כללי אחריות לעומת כללי קניין קיימת במישורים נוספים מעבר לאפקט הבעלות, כפי שעולה מן הספרות הנרחבת בסוגיה זו. ראו, למשל: Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property*, Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis, 109 HARV. L. REV. 713 (1996).

99 Jolls & Sunstein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 200 (אשר טובעים מונח זה ומציינים כי: "Boundedly rational behavior might be, and often is, taken to justify a strategy of insulation, (attempting to protect legal outcomes from people's bounded rationality")

100 לסקירה קצרה ראו Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 253–254. ראו גם: Baruch Fischhoff, *Hindsight Does Not Equal Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty*, 1 J. Exp. PSYCH. 288 (1975); L. Guilbault, Fred B. Bryant, Jennifer Howard Brockway & Emil J. Posavac, *A Meta-Analysis of Research on Hindsight Bias*, 26 BASIC & APP. SOC. PSYCH. 103 (2004) (ניתוח מֶטָּ-אנליטי של ממצאי המחקר בתחום); Rachlinski, לעיל ה"ש 48 (סקירה של הממצאים המרכזיים בתחום ויישומם למשפט).

באופן אובייקטיבי בעת ביצועה.¹⁰¹ בתחום דיני החברות, למשל, הטיית השיפוט בדיעבד עלולה לגרום להטלת אחריות על מנהלי חברות בשל נטילת סיכונים עסקיים סבירים באותם מקרים שבהם פעולותיהם לא צלחו והחברה ובעלי מניותיה נפגעו. על רקע זה מנהלי חברות עלולים לחשוש ליטול סיכונים סבירים כמתבקש מתפקידם, דבר שיגרום לפגיעה לא־רצויה בתפקודן של חברות. לכן המשפט נוקט בתחום זה אסטרטגיה של בידוד באמצעות "כלל שיקול־הדעת העסקי" ("Business Judgment Rule"), הקובע כי לא תוטל אחריות ברשלנות בדיעבד על מנהלי חברות בגין פעולותיהם העסקיות בתפקידם בחברה.¹⁰²

נוסף על אסטרטגיות משפטיות, כגון בידוד, קיימות גם חלופות חוץ־משפטיות לתיקון הטיית באמצעות המשפט, אשר פעמים רבות מהוות תחליף עדיף להתערבות משפטית. כך, למשל, פרטים הפועלים בסביבות המספקות תמריצים ומידע מספיק על תוצאותיהם של שיפטים וקבלת החלטות עשויים ללמוד מטעויותיהם ולתקן בעצמם.¹⁰³ נוסף על כך, תאגידים, כגון חברות, יכולים לעיתים לתקן הטיית שפרטים אינם מסוגלים לתקן בעצמם, וזאת באמצעים שונים, כגון הכשרת עובדים, כללים ארגוניים ועוד.¹⁰⁴ במקרים אחרים, פרטים המעוניינים להתגבר על הטיית יכולים להיעזר במומחים או ביועצים מקצועיים בעלי ניסיון או ידע עדיפים, אם בתחום המסוים שבו הם פועלים ואם בקבלת החלטות באופן כללי.

101 ראו, למשל: Kim A. Kamin & Jeffrey J. Rachlinski, *Ex Post [not =] Ex Ante: Determining Liability in Hindsight*, 19 L. & HUM. BEHAV. 89, 101 (1995); Susan J. LaBine & Gary LaBine, *Determinations of Negligence and the Hindsight Bias*, 20 L. & HUM. BEHAV. 501 (1996).

102 Jolls & Sunstein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 200; Rachlinski, לעיל ה"ש 48, בעמ' 607-618. לפסקי־דין בארצות־הברית ובישראל בהקשר של כלל זה ראו, למשל, ע"א 333/59 רוטלוי נ' ברשאי, פ"ד יד 1156 (1960); Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

103 ראו, למשל, את המקורות לעיל בה"ש 80. עם זאת, ממצאי המחקר בדבר התנהגותם של פרטים בשווקים ממחישים את הקושי והמגבלות הניכרות של למידה מעין זו, גם בנסיבות שבהן יש לפרטים תמריצים משמעותיים לשפר את שיפוטיהם והחלטותיהם. ראו Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 310-314 והמקורות הנזכרים שם.

104 ראו: Chip Heath, Richard P. Larrick & Joshua Klayman, *Cognitive Repairs: How Organizational Practices can Compensate for Individual Shortcomings*, 20 RES. ORG. BEHAV. 1 (1998); Jeffrey J. Rachlinski & Cynthia R. Farina, *Cognitive Psychology and Optimal Government Design*, 87 CORNELL L. REV. 549, 559 (2002) "When decisions are made in an organizational setting — the typical practice in modern regulatory (government — institutional design can counter the effect of cognitive limitations)." עם זאת, תאגידים וארגונים אחרים לא יצליחו תמיד להתגבר על הטיית, ולעיתים יהיו אף חשופים לבעיות בתחום השיפוט ובתחום קבלת ההחלטות מעבר לאלה שפרטים ניצבים בפניהן. ראו Tor, לעיל ה"ש 1, בעמ' 308-310 והמקורות הנזכרים שם; Avishalom Tor & William Rinner, *Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after Leegin*, 2011 U. ILL. L. REV. (forthcoming, 2011).

דוגמות אלה לחלופות חוץ־משפטיות אינן ממצות, כמובן, אך ממחישות את מגוון האמצעים הקיימים להגברת הרציונליות מלבד התערבות משפטית. מעבר לכך, קיומן של חלופות אלה מחדד את הצורך לבחון בזהירות בכל מקרה נתון לא רק אם תיקון הטיות באמצעות המשפט הינו נחוץ ואפשרי, אלא גם מהו היתרון היחסי הגלום בו.¹⁰⁵

105 השוו Jolls & Sunstein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 225–226 (המציעים ניתוח דומה באופיו להערכת האטרקטיביות היחסית של תיקון הטיות באמצעות המשפט, של אסטרטגיית הבידוד ושל הימנעות מהתערבות).