

## ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות: הישגים ואתגרים

איל זמיר\*, דורון טייכמן\*\*

המאמר סוקר באורח ביקורתי את ההישגים שרשם עד כה הניתוח ההתנהגותי (ביהיורלי) של החלטות שיפוטיות ואת האתגרים שהמחקר בתחום זה עודו ניצב בפניהם. בין היתר המאמר מציג תיאוריות כלליות בדבר החלטות שיפוטיות, כגון "מודל הסיפור" ותיאוריות של קוהרנטיות. הוא אף מתאר את השתקפותן של תופעות קוגניטיביות מוכרות בהחלטות שיפוטיות, לרבות אפקט הפשרה ואפקט הניגוד, הטיית החוכמה בדיעבד, הטיית המחלף ואפקט העיגון. המאמר בוחן את רתיעתם של מקבלי החלטות שיפוטיות מהטלת אחריות על בסיס ראיות מסוגים מסוימים. תשומת-לב מיוחדת ניתנת ליישום של נורמות משפטיות ולהשפעת הבחירה בין כללים וסטנדרטים על הוודאות והצפיות של החלטות שיפוטיות. לבסוף, המאמר מנתח באורח כללי שתי סוגיות-יסוד בניתוח ההתנהגותי של החלטות שיפוטיות: החלטות בקבוצה וההשוואה בין החלטות של שופטים מקצועיים להחלטות של הדיוטות.

מבוא

- פרק א: "מודל הסיפור" וקוהרנטיות  
פרק ב: אפקט הפשרה ואפקט הניגוד  
פרק ג: מידע לא-רלוונטי  
פרק ד: חוכמה בדיעבד

\* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

\*\* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

חיבור זה מבוסס במידה רבה על חיבורנו: Doron Teichman & Eyal Zamir, *Judicial Decision-Making: A Behavioral Perspective*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 664 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014). אנו מודים ליובל פרקש על עזרת-מחקר מצוינת, ולמערכת **משפט ועסקים** על הערותיה החשובות. מחקר זה נתמך על-ידי הקרן הלאומית למדע (מס' 100/11 ומס' 1283/11) ועל-ידי תוכנית מרכזי המצוינות של הוועדה לתכנון ותקצוב והקרן הלאומית למדע (מס' 1821/12).

- פרק ה: הטיית המחדל ותופעות קרובות  
 פרק ו: המרת שיפטים איכותיים בכמותיים ואפקט העיגון
1. מספרים במשפט
  2. שיפטים איכותיים וכמותיים: ממצאים אמפיריים וניסויים
  3. יחיד והרכב
  4. עיגון
  5. מודלים של החלטות שיפוטיות כמותיות
  6. מסקנות נורמטיביות
- פרק ז: ראיות סטטיסטיות ונסיבתיות  
 פרק ח: כללים לעומת סטנדרטים – ודאות וצפיות  
 פרק ט: יחיד והרכב  
 פרק י: שופטים והדיוטות  
 פרק יא: הישגים ואתגרים  
 סיכום

## מבוא

כבר לפני יותר משמונים שנה היו מי שהסתמכו על הארות פסיכולוגיות כדי להסביר החלטות שיפוטיות.<sup>1</sup> אולם עיקר ההתקדמות ביישום של הארות כאלה ובשימוש במתודולוגיות של חקר קבלת החלטות (judgment and decision-making) כדי להסביר, לחזות ולהעריך החלטות שיפוטיות התרחשה בעשורים האחרונים. חיבור זה סוקר ומנתח את ההישגים שהושגו עד כה, ועומד על האתגרים שהמחקר בתחום זה עודו ניצב בפניהם.

קיימות נקודות השקפה מגוונות בין מערכת המשפט לבין מדעי ההתנהגות. על-כן בפתח הדברים נתחום את הדיון שלהלן על-ידי תיאור נקודות השקפה אלה וחיבור ההבחנה בין הניתוח ההתנהגותי שיידון להלן לבין תרומות אחרות של מדעי ההתנהגות למערכת השפטיה. ראשית, יש להבחין בין ניתוח התנהגותי לבין פסיכולוגיה פורנזית (forensic psychology) – התרומה של פסיכולוגים לעשייה השיפוטית על-ידי מתן חוות-דעת מומחים בהליכים שיפוטיים.<sup>2</sup> באופן דומה יש להבחין בין הניתוחים ההתנהגותיים

1 JEROME FRANK, LAW AND THE MODERN MIND (1930)

2 ראו באופן כללי: IRVING B. HANDBOOK OF PSYCHOLOGY: FORENSIC PSYCHOLOGY (Weiner & Randy K. Otto eds., 2nd ed. 2012).

שבהם נדון להלן לבין ניתוח התקשורת המילולית והלא-מילולית של שופטים במהלך הדיון המשפטי.<sup>3</sup>

נוסף על כך יש להבחין בין ניתוח התנהגותי לבין מחקרים אמפיריים העוסקים ביחסים שבין החלטות שיפוטיות, נטיות אידיאולוגיות של שופטים, והמשפט כמערכת נורמטיבית ומוסדית. המחקרים הללו, אשר נערכים בעיקר על-ידי אנשי מדע המדינה ומתמקדים בהחלטות של ערכאות גבוהות בעניינים ציבוריים וחוקתיים, קשורים באופן חלקי לתורת הבחירה הציבורית (public choice theory). המובאה הבאה מסכמת יפה את התיאוריות המובילות בתחום זה:

"What are the considerations that drive justices? The answer depends on who you ask, and when. Legal model researchers would reply that justices' considerations are rooted in the law, and that the law is essentially comprised of its plain meaning, the lawmaker's intent, and precedent. *Attitudinal model* researchers would answer that the law camouflages the true main consideration: the judge's attitude vis-à-vis the facts of the case. A *rational choice model* supporter would agree with the attitudinalists, yet add strategic considerations related to the odds of the judge's opinions being accepted and ultimately realized. A *neo-institutionalist* would also claim that judges' own attitudes are a main consideration. Such a researcher would also agree that strategic considerations, which often stem from various institutional arrangements and norms, influence judges' decisions. Yet in the eyes of the neo-institutionalist, institutional variables also have their own influence on court decision making. A main institutional variable is 'the law,' which is defined as a dynamic mindset instead of a formal definition as per the legal model."<sup>4</sup>

Peter D. Blanck et al., *The Measure of the Judge: An Empirically-Based Framework for Exploring Trial Judges' Behavior*, 75 IOWA L. REV. 653 (1990) 3

Keren Weinsahl-Margel, *Attitudinal and Neo-Institutional Models of Supreme Court Decision Making: An Empirical and Comparative Perspective from Israel*, 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 556 (2011) (ההדגשות הוספו). על הגישה ההתייחסותית ראו גם: JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, *THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL* (1993); JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, *THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED* (2002). על מודלים אסטרטגיים ראו: LEE EPSTEIN & JACK KNIGHT, *THE CHOICES JUSTICES MAKE* (1998). על מוסדיות חדשה ראו: SUPREME COURT DECISION-MAKING: NEW INSTITUTIONALIST APPROACHES (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999); Mark J. Richards & Herbert M. Kritzer, *Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decision Making*, 96 AM. POL. SCI. REV. 305 (2002); MICHAEL 4

בצד ההבדלים המתוארים בין המחנות הללו, כולם חולקים נקודות מוצא משותפות – למשל, שהחלטות של שופטים מונעות רק על-ידי מטרותיהם, ושהמטרה העיקרית של שופטים היא לקבוע מדיניות שיפוטית ראויה (יהא תפקידו של "המשפט" בקביעה זו אשר יהא). תיאוריות אלה אינן מתחשבות בדרך-כלל בהארות מתחומי הפסיכולוגיה הקוגניטיבית והחברתית, המטילות ספק בהנחות אלה.<sup>5</sup> תיאוריות אלה גם רלוונטיות פחות לרובן המכריע של ההחלטות השיפוטיות השגרתיות בערכאות הנמוכות. מפאת קוצר היריעה לא נדון בתיאוריות אלה.

מאחר שבעיקרו של דבר שופטים מבודדים מתמריצי השוק, ומאחר שהחלטותיהם בהליך זה או אחר כמעט לעולם אינן משפיעות באורח ישיר על רווחתם, ניתוח כלכלי סטנדרטי – המניח כי אנשים הם משיאים רציונליים של תועלתם האישית – אינו תורם במידה משמעותית להבנת החלטות שיפוטיות. בניסיון להתגבר על קושי זה, הציע ריצ'רד פוזנר לערוך היקש בין החלטות שיפוטיות לבין החלטות של מנהלי תאגידים שאינם למטרת רווח (כלומר, מנהלים שהכנסתם אינה תלויה ברווחי התאגיד), של אנשים המצביעים בבחירות (למרות ההסתברות הזניחה שקולם הוא שיכריע את גורל הבחירות) ושל צופים בתיאטרון (המזדהים עם הדמויות ומגבשים עמדה לגבי זכאויותיהם).<sup>6</sup> בניגוד לגישה ההתייחסותית ולתורת הבחירה הרציונלית (rational choice theory), פוזנר מתאר את השופטים כפועלים ממניעים מגוונים מלבד הרצון להתוות מדיניות שיפוטית ראויה. בין היתר הם עשויים לרצות להפחית את עומס העבודה המוטל עליהם, לצבור יוקרה ופופולריות, למנוע הפיכה של החלטותיהם על-ידי ערכאות גבוהות יותר ו"לחסל תיקים".<sup>7</sup>

הניתוח המורכב יותר של העשייה השיפוטית שפוזנר מציע חשוב ומעניין, אולם גם הוא מתעלם מנקודת-המבט ההתנהגותית. הוא מניח כי שופטים מפיקים תועלת מ"משחק לפי הכללים" של ההליך השיפוטי, מקידום האינטרס הציבורי וכן הלאה. גם אם ניתוח זה יכול להסביר מדוע שופטים אינם מחליטים באורח אקראי או מדוע הם

A. BAILEY & FORREST MALTZMAN, THE CONSTRAINED COURT: LAW, POLITICS, AND THE DECISIONS JUSTICES MAKE (2011).

5 Lawrence Baum, *Motivation and Judicial Behavior: Expanding the Scope of Inquiry*, in THE PSYCHOLOGY OF JUDICIAL DECISION MAKING 3 (David E. Klein & Gregory Mitchell eds., 2010); Wendy L. Martinek, *Judges as Members of Small Groups*, in THE PSYCHOLOGY OF JUDICIAL DECISION MAKING 73 (David E. Klein & Gregory Mitchell eds., 2010).

6 Richard A. Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, 3 SUP. CT. ECON. REV. 1 (1993) RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK 57–77 (2010).

7 ראו גם: LEE EPSTEIN, WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES: A THEORETICAL & EMPIRICAL STUDY OF RATIONAL CHOICE (2013); Stephen J. Choi, Mitu Gulati & Eric A. Posner, *What Do Federal District Judges Want? An Analysis of Publications, Citations, and Reversals*, 28 J. L. ECON. & ORG. 518 (2012).

משקיעים מאמץ בעבודתם בהעדר תמריצים כספיים ישירים, אין הוא מסביר את תהליך ההחלטה עצמו.<sup>8</sup>

לפיכך, בעוד שבתחומים אחרים המחקר הכלכלי-ההתנהגותי התפתח במידה רבה כתגובה על הניתוח הכלכלי הסטנדרטי, בהעדר ניתוח כלכלי מבוסס של החלטות שיפוטיות, המחקרים ההתנהגותיים בתחום זה אינם מגיבים בדרך-כלל על נקודת-המבט הכלכלית. אף-על-פי-כן, התיאור שלהלן יתמקד באותם היבטים של המחקר ההתנהגותי הקרובים לנושאים העומדים בלב הניתוח הכלכלי-ההתנהגותי של המשפט בכלל.

ניתן אפוא לתאר את תרומתם של המחקרים ההתנהגותיים לחקר ההחלטות השיפוטיות על-פי שלושת הניגודים המרכזיים בין הניתוח הכלכלי הסטנדרטי לבין הניתוח ההתנהגותי: ניגוד אחד הוא בין ההנחות בדבר רציונליות קוגניטיבית (כגון ההנחות שמערכת ההעדפות של אנשים היא שלמה ועקיבה ושחירותיהם אינן תלויות באופן שבו החלופות השונות מוצגות להם) לבין הממצאים המעידים על שכיחות השימוש ב"קיצורי-דרך" (יוריסטיקות) בהחלטות אנושיות ועל הטיות קוגניטיביות רווחות;<sup>9</sup> ניגוד שני הוא בין ההנחה שאנשים מונעים אך ורק על-ידי השאיפה להשיא את רווחתם לבין הממצאים המעידים כי המניעים האנושיים מורכבים ומגוונים, ובין היתר מתחשבים, לטוב ולמוטב, גם ברווחתם של אנשים אחרים;<sup>10</sup> וניגוד שלישי הוא בין הבסיס הנורמטיבי התוצאתני של הניתוח הכלכלי הסטנדרטי (רק התוצאות של מעשה, של כלל או של כל דבר אחר קובעות אם הוא רצוי אם לאו) לבין התפיסות המוסריות הרווחות, שהן דאונטולוגיות מתונות (החובה המוסרית להשיא את הטוב כפופה לאילוצים מוסריים, ואנשים אף חופשיים לא לפעול כל העת לשם השאת הטוב הכללי).<sup>11</sup>

רוב המחקר ההתנהגותי של החלטות שיפוטיות משתייך לקבוצה של יוריסטיקות והטיות פסיכולוגיות (הניגוד הראשון דלעיל). בהתאם לכך נעסוק בעיקר במחקרים מסוג זה. ננתח גם את תרומתיה של הפסיכולוגיה החברתית להבנה של תהליכי קבלת החלטות בקבוצות קטנות, ובפרט בהרכבים של בתי-משפט. מאחר שאיש אינו טוען כי שופטים מחליטים באורח שגרתי באופן שישא את תועלתם האישית, המחקר ההתנהגותי העוסק במניעים אנושיים רלוונטי פחות בהקשר הנוכחי. לבסוף, החלטות שיפוטיות כרוכות כמובן בהכרעות נורמטיביות. מבחינה זו, מחקרים פסיכולוגיים בדבר

8 ראו גם: Neil S. Siegel, *Sen and the Hart of Jurisprudence: A Critique of the Economic Analysis of Judicial Behavior*, 87 CAL. L. REV. 1581 (1999).

9 ראו באופן כללי: Jonathan Baron, *Heuristics and Biases*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 3 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014).

10 ראו באופן כללי: Simon Gächter, *Human Prosocial Motivation and the Maintenance of Social Order*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 28 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014).

11 ראו באופן כללי: Jonathan Baron, *Moral Judgment*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 61 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014); EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, *LAW, ECONOMICS, AND MORALITY* 11–56 (2010).

אינטואיציות נורמטיביות רווחות, או "יוריסטיקות מוסריות" ("moral heuristics"), חשובים מאוד להבנה של החלטות שיפוטיות. אולם מאחר שאחד מאיתנו עסק בנושא זה בהרחבה במקומות אחרים, וכדי לשמור על אורך סביר של החיבור הנוכחי, לא נעסוק בנושא זה.<sup>12</sup>

כדי להימנע מהרחבת-יתר של היריעה, לא נעסוק גם במחקרים הרבים שבדקו את השפעתן של דעות קדומות (בעיקר בענייני גזע ולאום) על החלטות שיפוטיות.<sup>13</sup> מאותו טעם, ומאחר שבמשפט הישראלי אין מושבעים, לא נדון באורח שיטתי אף בספרות הענפה על הנחיות למושבעים (jury instructions).<sup>14</sup> לבסוף, כדי להבין לאשורן החלטות שיפוטיות, יש לתת את הדעת גם לפסיכולוגיה של דמויות אחרות בהליך השיפוטי: מתדיינים, פרקליטים ועדים. אולם, שוב, כדי לשמור על גבולות סבירים של הדיון, לא נעסוק בנושאים אלה.<sup>15</sup>

- 12 ראו: Eyal Zamir, *Loss Aversion and the Law*, 65 VAND. L. REV. 829, 876–885 (2012); ראו: Eyal Zamir, *Law, Psychology, and Morality* 99–177 (2014); איל זמיר "שנאת הפסד ונטילת רווחי המפר – בעקבות הלכת אדרס" ספר שלמה לויין 323 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013). על העוינות שמושבעים מפגינים כלפי חישובי עלות-תועלת ראו גם: W. Kip Viscusi, *Corporate Risk Analysis: A Reckless Act?*, 52 STAN. L. REV. 547 (2000); W. Kip Viscusi, *Jurors, Judges, and the Mistreatment of Risk by the Courts*, 30 J. LEGAL STUD. 107 (2001) (להלן: Viscusi, *Mistreatment of Risk*).
- 13 ראו, למשל: David B. Mustard, *Racial, Ethnic, and Gender Disparities in Sentencing: Evidence from the U.S. Federal Courts*, 44 J. L. & ECON. 285 (2001); Tara L. Mitchell et al., *Racial Bias in Mock Juror Decision-Making: A Meta-Analytic Review of Defendant Treatment*, 29 LAW & HUM. BEHAV. 621 (2005). לתיעוד של הטיות כאלה בהקשר הישראלי ראו: Oren Gazal-Eyal & Raanan Sulitzeanu-Kenan, *Let My People Go: Ethnic In-Group Bias in Judicial Decisions – Evidence from a Randomized Natural Experiment*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 403 (2010); Doron Teichman & Eyal Zamir, *Judicial Decision-Making: A Behavioral Perspective*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 664, 683–686 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014).
- 14 ראו, למשל: Theodore Eisenberg & Martin T. Wells, *Deadly Confusion: Juror Instructions in Capital Cases*, 79 CORNELL L. REV. 1 (1993); Joel D. Lieberman & Bruce D. Sales, *What Social Science Teaches Us about the Jury Instruction Process*, 3 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 589 (1997); NEIL VIDMAR & VALERIE P. HANS, AMERICAN JURIES: THE VERDICT 158–168, 175–176, 236–240, 260–262 (2007).
- 15 לסקירה יפה של המחקר ההתנהגותי העוסק בהתנהגות של מתדיינים (לרבות בהליכי פשרה) ראו: Jennifer K. Robbennolt, *Litigation and Settlement*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 623 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014); Neil Brewer & Gary L. Wells, *Eyewitness Identification*, 20 CURRENT DIRECTIONS IN PSYCHOL. SCI. 24 (2011); Fredrick E. Vars, *Evidence Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 703 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014).

חיבור זה מתמקד אפוא במחקרים הזורים אור על האופן שבו מגוון רחב של יוריסטיקות והטיות פסיכולוגיות משפיעות על החלטות שיפוטיות. פרק א בוחן תיאוריות כלליות בדבר התהליך הקוגניטיבי המאפיין החלטות של שופטים. פרקים ב עד ו מציגים שורה של תופעות קוגניטיביות ידועות והשתקפותן בהחלטות שיפוטיות. עם תופעות אלה נמנים אפקט הפשרה ואפקט הניגוד, התחשבות במידע לא-רלוונטי, הטיית החוכמה בדיעבד, הטיית המחדל (ותופעות קרובות לה) וההשפעה של אפקט העיגון על תרגום שיפוטים איכותיים לקביעות כמותיות. פרק ז עוסק ברתיעה מהטלת אחריות על בסיס סוגים מסוימים של ראיות (ובנטייה ההפוכה, במקרים אחרים, להטיל אחריות בהעדר בסיס ראיתי מספיק). פרק ח מתאר מחקרים ניסויים שעסקו בהחלטות שיפוטיות מובהקות: יישום נורמות משפטיות על עובדות, ובמיוחד השפעת הבחירה בין כללים וסטנדרטים על ודאות ההכרעה השיפוטית. פרקים ט ו י עוסקים באורח כללי בשתי שאלות-יסוד המלוות את הסוגיות שנידונו בפרקים הקודמים: החלטות בקבוצה והשוואה בין החלטות של שופטים להחלטות של הדיוטות. פרק יא מעריך באופן כללי את ההישגים שרשם המחקר ההתנהגותי של החלטות שיפוטיות ואת האתגרים שעוד לפניו.

## פרק א: "מודל הסיפור" וקוהרנטיות

בטרם נפנה לניתוח של יוריסטיקות והטיות ספציפיות, נציג בקצרה בפרק זה תיאוריות כלליות בדבר התהליכים הקוגניטיביים המובילים להכרעות שיפוטיות ובפרט ביחס לאופן שבו שופטים מעבדים מידע מורכב ומגיעים להחלטה. תיאוריות אלה תורמות להבנת תופעות קוגניטיביות, דוגמת תפקידה של ההטרמה (priming) בהתדיינות משפטיות, הנטייה להימנע מהטלת אחריות על בסיס ראיות סטטיסטיות, וההבדל בין החלטות שיפוטיות איכותיות לבין החלטות שיפוטיות כמותיות.

תרומות ראשונות במעלה לתיאוריות הנידונות הועלו על-ידי ננסי פנינגטון וריד הייסטי, שפיתחו את "מודל הסיפור" (Story Model),<sup>16</sup> ועל-ידי קית הוליאוק, סטיבן ריד ודן סיימון, אשר התמקדו בתיאוריות של עמידה באילוצים (constraint satisfaction) והנמקה קוהרנטית.<sup>17</sup> בעוד מודל הסיפור מתמקד בקביעות עובדתיות, המחקרים על

16 ראו באופן כללי: Nancy Pennington & Reid Hastie, *A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model*, 13 CARDOZO L. REV. 519 (1991) (להלן: Pennington & Hastie, A *Cognitive Theory of Juror Decision Making*).

17 ראו באופן כללי: Dan Simon, *A Psychological Model of Judicial Decision Making*, 30 RUTGERS L.J. 1 (1998); Dan Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making*, 71 U. CHI. L. REV. 511 (2004) (להלן: Simon, *Third View*). ראו גם יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" הפרקליט מט 463, 496-507 (2007).

קוהרנטיות מתייחסים אף להכרעות בשאלות משפטיות. המחקרים האחרונים מתבססים על מודלים קישוריים של ייצוג מנטלי (connectionist models of mental representation),<sup>18</sup> אשר דיון בהם חורג מענייננו. מודל הסיפור מתחרה בתיאוריות מוקדמות יותר של קביעות עובדתיות, דוגמת תיאוריית ההסתברות הבייסיאנית, מודלים אלגבריים המייחסים משקלים שונים לכל פריט ראיתי, ומודלים של תהליכים אקראיים (סטוכסטיים).<sup>19</sup> מודל הסיפור, המסתמך על ראיונות ומחקרים ניסויים, מתאר טוב יותר את התהליכים הפסיכולוגיים המתרחשים כאשר בית-המשפט קובע עובדות.<sup>20</sup> לפי מודל זה, התהליך הקוגניטיבי המרכזי של קביעת עובדות בהתדיינות משפטית הוא יצירה של סיפור – סיכום נרטיבי של האירועים המסביר את הראיות אשר קובע העובדות מצא כי הן אמינות ורלוונטיות. ראיונות וניסויים הראו כי הייצוג המנטלי של הראיות אינו נבנה לפי הסדר שבו הוצגו הראיות, לפי הסוגיות המשפטיות הטעונות הכרעה, או בחלוקה לראיות התומכות בגרסת התובע ולא לה הסותרות אותה. תחת זאת, שופטים (ומושבעים, בשיטות משפט שבהן הם קיימים) מבנים את הראיות בצורה של סיפור. הסיפור נבנה משלושה סוגים של מידע: הראיות שהוצגו בבית-המשפט, מידע על אירועים דומים לאירוע השנוי במחלוקת, והנחות-רקע לגבי מאפייניו של סיפור שלם. יצירת הסיפור היא תהליך אקטיבי המצמיח פרשנות אחת או יותר של הראיות. מבין הפרשנויות השונות, השופט מאמץ את הפרשנות המסבירה בצורה הטובה ביותר את הראיות, כלומר, את זו הקוהרנטית ביותר והמתיישבת עם מירב הראיות. הקוהרנטיות דורשת שהסיפור לא יכלול סתירות פנימיות או פערים בלתי-מוסברים, ושהוא יעלה בקנה אחד עם אמונותיו של השופט לגבי העולם הפיזי ולגבי מניעיהם של אנשים והתנהגותם.

18 Jennifer K. Robbennolt, John M. Darley & Robert J. Simon, *Third View*, שם. ראו גם: MacCoun, *Symbolism and Incommensurability in Civil Sanctioning: Decision Makers as Goal Managers*, 68 BROOK. L. REV. 1121 (2003); Stephen J. Read & Dan Simon, *Parallel Constraint Satisfaction as a Mechanism for Cognitive Consistency*, in COGNITIVE CONSISTENCY: A FUNDAMENTAL PRINCIPLE IN SOCIAL COGNITION 66 (Bertram Gawronski & Fritz Strack eds., 2012).

19 Reid Hastie, *Introduction*, in INSIDE THE JUROR: THE PSYCHOLOGY OF JUROR DECISION MAKING 3 (Reid Hastie ed., 1993).

20 Nancy Pennington & Reid Hastie, *Evidence Evaluation in Complex Decision Making*, 51 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 242 (1986); Nancy Pennington & Reid Hastie, *Explanation-Based Decision Making: Effects of Memory Structure on Judgment*, 14 J. EXP. PSYCHOL.: LEARN., MEM. & COG. 521 (1988) (להלן: Pennington & Hastie, *Explanation-Based Decision Making*); Nancy Pennington & Reid Hastie, *Attitudes and Social Cognition: Explaining the Evidence: Tests of the Story Model for Juror Decision Making*, Pennington & Hastie, *Explaining* (להלן: 62 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 189 (1992) *the Evidence*). הדים למודל הסיפור ניתן למצוא גם בהתבטאויות של שופטים, בארץ ובעולם, ביחס לקביעת עובדות בהליכים שיפוטיים. ראו ואקי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 501–504.



סיפורים מורכבים כוללים לעיתים קרובות כמה אפיוזדות. הם כוללים מניעים, פעולות ותוצאות הקשורים ביניהם בקשרים של סיבתיות וכוונה. בהעדר ראיות ישירות שיעידו על התרחשותם, מקצת האירועים המרכיבים את הסיפור – או מרכיבים שלהם – עשויים להתבסס על היסקים.<sup>21</sup> אותה מערכת של ראיות עשויה לתמוך ביותר מסיפור אחד, ובמקרה כזה אנשים שונים עשויים להעריך סיפורים שונים כמשכנעים יותר או כמשכנעים פחות. ככל שהסיפור שלם יותר, קוהרנטי יותר ומתיישב עם ראיות רבות יותר, כן יגבר בטחונו של קובע העובדות בנכונותו.<sup>22</sup> הביטחון באמיתותו של הסיפור גובר גם ככל שיש פחות סיפורים מסתברים אחרים המסוגלים להסביר את הראיות. פנינגטון והייסטי מצאו עוד כי כאשר הראיות התומכות במסקנה כלשהי מוצגות באופן כרונולוגי ולפי הסדר הסיבתי של הדברים, בעוד הראיות התומכות במסקנה מתחרה מוצגות בסדר שאינו סיפורי (למשל, לפי סדר הצגת הראיות), אנשים נוטים לאמץ את המסקנה הראשונה.<sup>23</sup> ממצא מעניין עוד יותר התגלה בניסוי שבו אחרי שמיעת הראיות הוצגו למשתתפים משפטים שהתיימרו להוות תיאור של הראיות, לרבות משפטים שלאמיתו של דבר התייחסו לעובדות שלא נכללו בראיות. הנטייה לזהות משפטים כאלה בטעות כתיאורים של ראיות שהוצגו הייתה חזקה פי שניים לגבי משפטים שתמכו בסיפור שהמשתתפים אימצו מאשר לגבי משפטים שלא תמכו בסיפור זה. הדבר מעיד כי קובעי העובדות משתמשים בטכניקות שונות כדי למלא פערים בסיפור וכדי לחזקו. תימוכין לרעיון שקביעת העובדות כרוכה בבחירה בין סיפורים אפשריים מצויים גם בניסוי שהראה כי עצם העובדה שראיות כלשהן, שהוצגו כתומכות באחד משני סיפורים מתחרים, לא תמכו באותו סיפור באורח ממשי (הגם שלא גרעו מאמינותו) חיזקה את הביטחון של המשתתפים באמיתותו של הסיפור האחר.<sup>24</sup>

לפי מודל הסיפור ותיאוריות מבוססות-קוהרנטיות, הגם שהסיפור הנבחר והמסקנות המשפטיות עשויים להשתנות במהלך המשפט (וכאשר יש מושבעים – אפילו בעקבות ההנחיות שהם מקבלים בסוף שמיעת הראיות), הסיפור הקוהרנטי והמשמעותי המושפטים שלו אינם בבחינת הצדקה בדיעבד של ההחלטה. הסיפור והמסקנות העולות ממנו נוצרים ומתגבשים במהלך המשפט ותהליך ההכרעה.<sup>25</sup> הדבר קשור באורח הדוק

21 Pennington & Hastie, *A Cognitive Theory of Juror Decision Making*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 527.

22 Pennington & Hastie, *Explanation-Based Decision Making*; שם; לעיל ה"ש 20; Pennington & Hastie, *Explaining the Evidence*, לעיל ה"ש 20.

23 Pennington & Hastie, *Explanation-Based Decision Making*, לעיל ה"ש 20.

24 Craig R. M. McKenzie, Susanna M. Lee & Karen K. Chen, *When Negative Evidence Increases Confidence: Change in Belief after Hearing Two Sides of a Dispute*, 15 J. BEHAV. DECISION MAKING 1 (2002).

25 Keith J.; Pennington & Hastie, *A Cognitive Theory of Juror Decision Making*, לעיל ה"ש 16; Holyoak & Dan Simon, *Bidirectional Reasoning in Decision Making by Constraint Satisfaction*, 128 J. EXP. PSYCHOL.: GEN. 3 (1999); Simon et al., *The Emergence of*

לעיקרון מרכזי בתיאוריות מבוססות-קוהרנטיות העוסקות בקבלת החלטות – העיקרון שתהליך ההחלטה הוא דו-כיווני.<sup>26</sup> בצד העובדה שעוצמתם של הראיות והטיעונים קובעת איזה סיפור יאמץ השופט ואיזו החלטה הוא ייתן, הסיפור המאומץ וההחלטה הנגזרת ממנו קובעים בה-בעת את הרלוונטיות, האמינות והחשיבות שהשופט מייחס לראיות המוצגות לפניו ולטיעונים המתחרים המושמעים באוזניו. אנשים נוטים לייחס משקל רב יותר לראיות ולטיעונים התומכים בהחלטתם, ומשקל נמוך יותר לראיות ולטיעונים המנוגדים להחלטה.<sup>27</sup> משמעות הדבר היא שראיה כלשהי או טיעון משפטי כלשהו עשויים להשפיע על האמינות וכוח השכנוע שהשופט מייחס לראיות ולטיעונים אחרים, גם אם אין ביניהם כל קשר ישיר.

כך, אף אם בתחילת התהליך הראיות והטיעונים המשפטיים מסופקים, רב-משמעיים וסותרים זה את זה, התהליך הדו-כיווני המתואר נוטה להוביל למסקנה שהשופט מאמין באמת ובתמים כי היא ברורה וחד-משמעית. בדרך-כלל מקבלי החלטות אינם מודעים לתהליך זה של התהוות הסיפור והמסקנות הקוהרנטיים, משום שהם אינם זוכרים לאשורן את ההערכות המקוריות שהם גיבשו לגבי הראיות והטיעונים שהוצגו לפנייהם.<sup>28</sup> בהתאם לכך, כאשר סיימון, סנו וריד הציגו למשתתפים בניסוי ראיה חדשה שהייתה חזקה עד כדי כך שהניעה חלק מהם לשנות את הכרעתם השיפוטית, שינוי ההכרעה גרר עימו תהליך של יצירת סיפור קוהרנטי חדש; ואלה ששינו את הכרעתם בעקבות הראיה החדשה היו בטוחים בנכונותה של הכרעתם הסופית לא פחות מאלה שלא שינו את הכרעתם.<sup>29</sup>

כמו תיאוריות פסיכולוגיות אחרות, גם מודל הסיפור ותיאוריות מבוססות-קוהרנטיות העוסקות בקבלת החלטות שיפוטיות נבחנים לפי מידת יכולתם לתאר ולהסביר את המציאות. בניגוד לטיעונים נורמטיביים, אין אפוא בסיס לביקורת שאימוץ תיאוריות אלה יוביל לתוצאות בלתי-רצויות.<sup>30</sup> בד בבד, לתיאוריות אלה עשויות להיות השלכות נורמטיביות. כך, למשל, סיימון טוען כי על-מנת לשפר הכרעות של מושבעים, ההנחיות

*Coherence over the Course of Decision Making*, 27 J. EXP. PSYCHOL.: LEARN., MEM. & COG. 1250 (2001).

Holyoak & Simon שם, 26

Holyoak & Pennington & Hastie, *Explanation-Based Decision Making*, לעיל ה"ש 20; Dan Simon, Chadwick J. Snow & Stephen J. Read, *The Redux of Cognitive Consistency Theories: Evidence Judgments by Constraint Satisfaction*, 86 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 814 (2004).

Holyoak & Simon, לעיל ה"ש 25, בעמ' 23; Simon, *Third View*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 533.

Simon, Snow & Read, לעיל ה"ש 27.

השוו: Doron Menashe & Hamutal Esther Shamash, *The Narrative Fallacy*, 3(1) INT'L COMMENT. EVIDENCE (2006) [www.degruyter.com/view/j/ice.2006.3.1/ice.2006.3.1.1039/](http://www.degruyter.com/view/j/ice.2006.3.1/ice.2006.3.1.1039/); Ronald J. Allen, *The Narrative Fallacy, the Relative Plausibility Theory, and a Theory of the Trial*, 3(1) INT'L COMMENT. EVIDENCE (2006) [www.degruyter.com/view/j/ice.2006.3.1/ice.2006.3.1.1034/ice.2006.3.1.1034.xml](http://www.degruyter.com/view/j/ice.2006.3.1/ice.2006.3.1.1034/ice.2006.3.1.1034.xml).

בדבר הדין המהותי צריכות להינתן לפני שמיעת הראיות, ולא בסופה, משום שהנחות מאוחרות אינן צפויות לגרום לשינוי הסיפור הקוהרנטי שנוצר על בסיס הנחות שגויות בדבר המצב המשפטי.<sup>31</sup> השלכה נוספת עניינה קבילותן של ראיות העלולות ליצור דעות קדומות. ראייה חזקה עלולה להשפיע על מכלול התפיסה של ההתרחשויות שההליך עוסק בהן, משום שהיא משפיעה בעקיפין גם על שיפוטי המשקל, האמינות והרלוונטיות לגבי ראיות וטיעונים בסוגיות שאינן קשורות באורח ישיר לסוגיה שאותה ראייה עוסקת בה. משמעות הדבר היא שלראיות פסולות יש כנראה השפעה חמורה יותר מכפי שהיה אפשר להניח, למשל, לפי תיאוריה בייסיאנית של קביעת עובדות שיפוטיות (תיאוריה המניחה כי שופטים קובעים עובדות לפי כללי ההסתברות, ובפרט לפי הערכה של ההסתברות להתרחשות אירועים אקראיים בהינתן עובדות ידועות).<sup>32</sup> כעת נעבור מתיאוריות כלליות של קבלת החלטות שיפוטיות לתופעות קוגניטיביות ספציפיות.

## פרק ב: אפקט הפשרה ואפקט הניגוד

תורת הבחירה הרציונלית מניחה כי דירוגן של אפשרויות שונות אינו תלוי בהקשר שבו הן מוצגות. כלומר, הדירוג היחסי של שתי חלופות אינו אמור להיות מושפע מקיומן של חלופות נוספות. לקוח במסעדה אינו אמור לשנות את העדפתו בין מנת בשר למנת עוף רק משום שלתפריט נוספה מנת דג. אולם ממצאים אמפיריים בתחום של החלטות צרכנים מגלים כי במקרים רבים העדפות של צרכנים תלויות בהקשר. כלומר, הוספה של חלופה לא-רלוונטית עשויה לשנות את הבחירה בין שתי חלופות אחרות. באורח ספציפי זיהו חוקרים שני מנגנונים של תלות בהקשר: אפקט הפשרה ואפקט הניגוד. אפקט הפשרה מתייחס לנטייה של אנשים להעדיף אפשרויות ביניים על אפשרויות קיצוניות. לדוגמה, כאשר צרכנים התבקשו לבחור בין מצלמה באיכות בינונית למצלמה באיכות נמוכה, כ-50% בחרו בכל אחת מהשתיים. אולם כאשר הם התבקשו לבחור בין שלוש מצלמות – השתיים שתוארו לעיל ומצלמה שלישית באיכות גבוהה – 72% בחרו במצלמה הבינונית.<sup>33</sup> קלמן ועמיתיו הראו כי אפקט הפשרה עשוי להשפיע על החלטות שיפוטיות.<sup>34</sup> הניסויים שהם ערכו התמקדו בעברות המתה שונות: הריגה, רצח ורצח בנסיבות מחמירות. גם בניסוי זה, בדומה לניסוי המצלמות, הוספתה של עברה חמורה

31 Simon, *Third View*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 550–559.

32 שם, בעמ' 559–569.

33 Itamar Simonson & Amos Tversky, *Choice in Context: Tradeoff Contrast and Extremeness Aversion*, 29 J. MARKETING RES. 281, 290 (1992).

34 Mark Kelman, Yuval Rottenstreich & Amos Tversky, *Context-Dependence in Legal Decision Making*, 25 J. LEGAL STUD. 287 (1996).

דחפה רבים מן המשיבים אל עבר האפשרות האמצעית: בבחירה בין הריגה לריצח בחרו 47% מהמשיבים בהריגה (ו-53% בחרו ברצח), אך משהוספה האפשרות השלישית, רק 19% בחרו בהריגה (39% בחרו ברצח ו-42% בחרו ברצח בנסיבות מחמירות).<sup>35</sup> תלות בהקשר קיימת גם במקרה של אפקט הניגוד. הוספת חלופה המדגישה את המאפיינים של אחד המוצרים שיש לבחור ביניהם עשויה לגרום לבחירה באותו מוצר גם אם החלופה הנוספת נחותה בעליל מאותה חלופה ולכן לכאורה אינה צריכה להשפיע על הבחירה. כך, למשל, כאשר ביקשו מאנשים לבחור בין עט קרוס לבין סכום של שישה דולר, רק 36% בחרו בעט. אולם כאשר נוספה אפשרות שלישית – לבחור בעט שהיה בעליל טוב פחות מעט הקרוס – 46% העדיפו את עט הקרוס על החלופות האחרות. דומה כי העט הנחות שינה את האופן שבו העריכו אנשים את עט הקרוס.<sup>36</sup> קלמן ועמיתיו הראו כי אפקט הניגוד עשוי אף הוא להשפיע על החלטות שיפוטיות. המשתתפים במחקרם התבקשו לבחור את העונש הראוי למתווך שהורשע במרמה. כאשר בחרו בין קנס ומאסר בפועל לבין קנס עם תקופת מבחן שבה יבצע הנאשם עבודות שירות, בחרו 74% באפשרות השנייה. הוספת חלופה שלישית של קנס עם תקופת מבחן שבה ישתתף הנאשם בפגישות ייעוץ – חלופה שהדגישה את היתרונות של תקופת המבחן עם עבודות שירות – העלתה את שיעור המשיבים שבחרו בחלופה של קנס ועבודות שירות ל-37.88%.<sup>37</sup> אפקט הניגוד נמצא גם בהקשר של קציבת שנות מאסר, בניסוי שבו ההכרעות לגבי העונש ההולם לשני אירועים פליליים היו תלויות בשאלה אם המשתתפים התבקשו להכריע מהו העונש ההולם לכל אירוע בנפרד או להכריע לגבי שניהם יחד.<sup>38</sup>

על-אף הידע שכבר נצבר בתחום, דומה כי דרוש מחקר נוסף כדי להבין טוב יותר כיצד ההקשר משפיע על החלטות שיפוטיות. ראשית, רוב המחקרים שנערכו עד כה התמקדו בהדיוטות.<sup>39</sup> ניתן לטעון כי שופטים מקצועיים, המכירים טוב יותר את סביבת החלטות המשפטיות, יושפעו פחות מנתונים שאינם רלוונטיים. שנית, המחקרים המעטים שנערכו עד כה אינם מספקים תמונה מלאה לגבי ההבדלים האפשריים בין סוגים שונים של החלטות שיפוטיות. כך, למשל, רכלינסקי וג'ורדן מצאו אפקט ניגוד בקביעה של שנות מאסר, אך לא בקביעה של עונש מוות.<sup>40</sup> בכפוף לצורך במחקרים נוספים, מסקנה אפשרית של הניתוח דלעיל היא שבבוא המחקר לקבוע תוצאות משפטיות להתנהגויות כלשהן, עליו להביא בחשבון שהפירוש והיישום של הנורמות המשפטיות ייעשה לא רק לפי תוכנה של כל נורמה כשהיא לעצמה, אלא גם בהתחשב

35 שם, בעמ' 290–292.

36 Simonson & Tversky, לעיל ה"ש 33, בעמ' 287.

37 Kelman, Rottenstreich & Tversky, לעיל ה"ש 34, בעמ' 295–297.

38 Jeffrey J. Rachlinski & Forest Jourden, *The Cognitive Components of Punishment*, 88 CORNELL L. REV. 457 (2003).

39 למחקר שבו השתתפו שופטים מכהנים ראו: Jeffrey J. Rachlinski, Andrew J. Wistrich & Chris Guthrie, *Altering Attention in Adjudication*, 60 U.C.L.A. L. REV. 1586 (2013).

40 Rachlinski & Jourden, לעיל ה"ש 38.

בקיומן של נורמות אשר מגדירות התנהגויות קרובות וקובעות להן תוצאות משפטיות אחרות. כך, למשל, ניתן לשער, בדרגה גבוהה של ודאות, כי האופן שבו יפרשו בתי-המשפט ויִישמו את עברת ההריגה תלוי בשאלה אם תוגדר לצידה גם עבֶרה של רצח, ואם לצד שתי אלה תוגדר גם עבֶרה של רצח בנסיבות מחמירות.<sup>41</sup>

### פרק ג: מידע לא-רלוונטי

החלטות שיפוטיות הן יוצאות-דופן בהשוואה להחלטות אחרות. ברוב המצבים אנו משתדלים להביא בחשבון את כל המידע העומד לרשותנו כדי להגיע להחלטה הטובה ביותר. לעומת זאת, דיני הראיות וכללים משפטיים מהותיים שוללים לעיתים התחשבות בעובדות מסוימות. אף-על-פי-כן, עורכי-דין עשויים לנסות להציג לפני השופט מידע שמבחינה משפטית אינו רלוונטי, כדי להשפיע על החלטותיו. פרק זה בוחן את המידה שבה מידע כזה משפיע על החלטות שיפוטיות.

כללי פסילה ראייתיים עשויים להתבסס על ההנחה שיש סוגים של מידע שהסיכון שהם ייצרו אצל השופט דעה קדומה שתוביל להכרעה שגויה עולה על הערך הראייתי שלהם. למשל, מידע בדבר הרשעות קודמות של הנאשם עשוי להיות רלוונטי לקביעת אחריותו במקרה הנוכחי, אולם עלול גם להטות את השופט לכיוון של הרשעה לא-מוצדקת. סוגים אחרים של מידע, כגון עדויות-שמיעה, עשויים להיפסל מחמת הערך הראייתי המפוקפק שלהם. לבסוף, כללי פסילה אחדים משקפים שיקולי מדיניות שאינם קשורים דווקא לערך ההוכחתי של הראיה. כך, ראיות שהמטרה השיגה באמצעים בלתי-חוקיים עשויות להיחשב בלתי-קבילות על-מנת להניא את המשטרה מנקיטת אמצעים כאלה בעתיד ולהבטיח את הוגנותו של ההליך השיפוטי.<sup>42</sup>

למרות כללים אלה, קובעי העובדות השיפוטיים עלולים להיחשף במהלך המשפט לראיות אשר מאוחר יותר ייקבע כי הן בלתי-קבילות. הדבר עלול לקרות כאשר אחד העדים מציג את הראיה הפסולה או כאשר שופטים (או מושבעים) נחשפים לה ממקורות חיצוניים, כגון כלי התקשורת. בהקשר הישראלי הדבר עשוי להתרחש כעניין שבשגרה, עקב העובדה שערכאת הדיון אינה כוללת מושבעים.<sup>43</sup> במצב דברים זה שופטים עשויים להיחשף לראיות בלתי-קבילות בנקודות זמן רבות: במהלך הדיון עצמו כאשר הם

41 בעת כתיבתן של שורות אלה מונחת על שולחנה של הכנסת הצעה להגדרות מחודשות של עברות ההמתה, בהתבסס על המלצותיו של צוות מומחים. ראו הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה די־חשבון (2011); הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 119) (עבירות המתה), התשע"ד-2014, ה"ח 862.

42 ראו באופן כללי: CHARLES TILFORD MCCORMICK, MCCORMICK ON EVIDENCE 270–304, (John W. Strong et al. eds., 6th ed. 2006) 311–323, 421–539.

43 ראו ע"פ 8080/12 מדינת ישראל נ' אולמרט, פס' 9–14 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 6.7.2014).

נדרשים להכריע בסוגיית הקבילות, בדיונים מוקדמים בתיק (למשל, בעת דיון בהארכת מעצר שבו עברו הפלילי של הנאשם נחשף), ואף בתיקים קודמים של אותו נאשם אשר נידונו לפניו.<sup>44</sup> נשאלת השאלה אם ביכולתם של קובעי העובדות להתעלם מהמידע הבלתי-קביל שאליו נחשפו.

בעשורים האחרונים נחקרה שאלה זו באופן אמפירי. כך, למשל, בניסוי שערכו גרין ודודג' התבקשו המשתתפים לדמיין את עצמם כמושבעים במשפט. קבוצה אחת של משתתפים נחשפה להרשעות הקודמות של הנאשם, ואילו הקבוצה האחרת לא נחשפה למידע זה.<sup>45</sup> שיעורי ההרשעה בקרב המשתתפים שנחשפו למידע בדבר עברו הפלילי של הנאשם היו גבוהים במידה משמעותית מאלה שנרשמו בקרב המשתתפים שלא נחשפו למידע זה או שנחשפו למידע בדבר זיכויים קודמים של הנאשם. לאחרונה חקרו אייזנברג והנס את הנושא בשדה.<sup>46</sup> לשם כך הם אספו נתונים בדבר התנהגותם של נאשמים בהליכים פליליים. בסיס הנתונים הייחודי שהם יצרו העלה כי לעיתים קרובות עברו הפלילי של הנאשם נחשף כאשר הוא בוחר להעיד. נמצא כי ככל שמדובר במקרים גבוליים – מקרים שבהם הראיות שהציגה התביעה אינן חזקות מאוד – חשיפת העבר הפלילי של הנאשם הגדילה במידה משמעותית את שיעור ההרשעות. יש לציין כי עלייה זו בשיעור ההרשעות אינה נובעת מהשפעת העבר הפלילי על אמינותו של הנאשם – התכלית שלשמה מידע זה מוצג בדרך-כלל – אלא מהשפעתה על רף ההוכחה שהמושבעים דורשים למעשה לצורך הרשעה.

מחקרים רבים תיעדו את ההשפעות של ראיות בלתי-קבילות בהקשרים משפטיים אחרים, כגון עדויות-שמיעה,<sup>47</sup> דיווחים תקשורתיים שקדמו למשפט<sup>48</sup> וראיות שהושגו באמצעים בלתי-חוקיים.<sup>49</sup> ממצאיהם של מחקרים אלה מלמדים כי ראיות בלתי-קבילות משפיעות על הכרעות שיפוטיות. ראיות כאלה משפיעות על ההכרעה הן בהליכים

44 שם. ראו גם חנן גולדשמידט ויעקב שול "הקושי בהתעלמות ממידע – פסיכולוגיה ומשפט" **משפט ועסקים יב** 67, 68–71 (2010).

45 Edith Greene & Mary Dodge, *The Influence of Prior Record Evidence on Juror Decision-Making*, 19 LAW & HUM. BEHAV. 67 (1995).

46 Theodore Eisenberg & Valeria P. Hans, *Taking a Stand on Taking the Stand: The Effect of a Prior Criminal Record on the Decision to Testify and on Trial Outcomes*, 94 CORNELL L. REV. 1353 (2009).

47 ראו, למשל: Regina A. Schuller, *Expert Evidence and Hearsay: The Influence of "Secondhand" Information on Jurors' Decisions*, 19 LAW & HUM. BEHAV. 345 (1995).

48 ראו, למשל: Steven Fein, Allison L. McCloskey & Thomas M. Tomlinson, *Can the Jury Disregard that Information? The Use of Suspicion to Reduce the Prejudicial Effects of Pretrial Publicity and Inadmissible Testimony*, 23 PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. BULL. 1215 (1997).

49 ראו, למשל: Jeffrey Kerwin & David R. Shaffer, *Mock Jurors Versus Mock Juries: The Role of Deliberations in Reactions to Inadmissible Testimony*, 20 PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. BULL. 153 (1994).

אזרחיים הן בהליכים פליליים, בין שהן תומכות בגרסת התביעה ובין שהן תומכות בגרסת ההגנה.<sup>50</sup> ניתוח-על (meta-analysis) של הממצאים שנמצאו במחקרים רבים הראה כי ראיות בלתי-קבילות אכן משפיעות באורח מובהק על סיכויי ההרשעה, הגם שמדובר בהשפעה קטנה יחסית.<sup>51</sup>

ממצאים אלה התגלו לא רק בהחלטות של מושבעים, אלא גם בהחלטות של שופטים מקצועיים. במחקר שהתמקד בראיות בלתי-קבילות על אמצעי זהירות מאוחרים שנקטו נתבעים בתביעות בשל אחריות למוצרים פגומים – אמצעים שלפי הדין אין להתחשב בהם בקביעת האחריות – נמצא כי מושבעים ושופטים מקצועיים כאחד לא הצליחו להתעלם ממידע זה.<sup>52</sup> מחקר ניסויי מאוחר יותר העלה ממצאים מורכבים יותר.<sup>53</sup> המחקר הצביע על כך ששופטים לא התעלמו מראיות בלתי-קבילות לגבי הצעות פשרה, מידע חסוי, עבר מיני של קורבנות אונס, עבר פלילי של נאשמים ומידע שהממשלה הסכימה לא להשתמש בו במשפט. בה-בעת הצליחו שופטים להתעלם מהודאות של נאשמים שהושגו תוך הפרת הזכות לייצוג וכן מראיות שנמצאו בחיפוש שנערכו ללא בסיס חוקי (probable cause). עורכי המחקר הכירו בקושי להסביר הבדלים אלה.<sup>54</sup> הדבר לא מנע את שופטי בית-המשפט העליון בישראל מלצטט קטעים שונים ממנו – כל שופט לצורך תמיכה במסקנותיו המשפטיות שלו.<sup>55</sup>

שאלה נפרדת בעלת חשיבות מעשית רבה בשיטות משפט שיש בהן מושבעים היא עד כמה אוהרות שהשופט משמיע בדבר החובה להתעלם מראיות בלתי-קבילות

50 אם כי הרוב המכריע של המחקרים עסקו בראיות מרשיעות בהליכים פליליים. ראו: Nancy Steblay et al., *The Impact on Juror Verdicts of Judicial Instruction to Disregard Inadmissible Evidence: A Meta-Analysis*, 30 LAW & HUM. BEHAV. 469, 471, 476 (2006) (ניתוח-על של 48 מחקרים, שכללו 175 ניסויים, מצא כי רק ארבעה מהמחקרים, שכללו 15 ניסויים, התייחסו להליכים אזרחיים).

51 שם.

52 Stephan Landsman & Richard F. Rakos, *A Preliminary Inquiry into the Effect of Potentially Biasing Information on Judges and Jurors in Civil Litigation*, 12 BEHAV. SCI. & LAW 113 (1994).

53 Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie & Jeffrey J. Rachlinski, *Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding*, 153 U. PA. L. REV. 1251 (2005).

54 שם, בעמ' 1317–1318. אף שאי-היכולת (או היכולת המוגבלת) להתעלם ממידע מעמידה בספק את האפקטיביות של כללי קבילות ראייניים, אי-יכולת זו עשויה דווקא להצדיק כללים אלה. גוטל טוען כי יש למנוע כליל את הצגתן של ראיות לא-אמינות – ראיות שיש הסתברות גבוהה שהצד האחר יצליח להפריך, כגון עדות-שמיעה – משום שהצגה והפרכה שלהן עלולה לשנות את תוצאות ההליך בשל התופעה הפסיכולוגית של "תיקון-יתר" (overcorrection). ראו: Ehud Guttel, *Overcorrection*, 93 GEO. L.J. 241 (2004).

55 פסק-דין **אולמרט**, לעיל ה"ש 43 (השוו בין פס' 15 לפסק-דינו של השופט דנציגר לבין פסק-דינו של השופט הנדל).

משפיעות על ההחלטות של מושבעים. ניתוח-על של מחקרים בתחום זה העלה כי האפקטיביות של אזהרות כאלה מוגבלת מאוד.<sup>56</sup>

### פרק ד: חוכמה בדיעבד

קבוצה מיוחדת של מצבים שבהם מקבלי ההחלטות השיפוטיות נדרשים להתעלם ממידע בעל ערך כוללת את המקרים שבהם על בית-המשפט להעריך החלטות בדיעבד, במועד שבו תוצאותיהן של אותן החלטות כבר ידועות. למשל, בתביעות רשלנות סבירותם של אמצעי הזהירות שנקט הנתבע נבחנות אחרי שהנוק כבר התרחש. במקרים כאלה הדין דורש מהשופט להתעלם מהתוצאות שנודעו בדיעבד, ולהעריך את ההחלטה לפי המידע שעמד לרשות הנוגעים בדבר מלכתחילה. אולם הממצאים ההתנהגותיים מצביעים על כך שמקבלי החלטות מתקשים מאוד להתעלם ממידע כזה.

החל במחקרו הנודע של פשהוף, משנת 1975,<sup>57</sup> נערכו מחקרים רבים שתיעדו את הטיית החוכמה בדיעבד.<sup>58</sup> מחקרים אלה הראו כי אנשים נוטים להפריז בהערכת ההסתברות החזויה של אירוע ברגע שהם יודעים כי האירוע אכן התרחש. לתופעה זו הוצעו הסברים קוגניטיביים, המתמקדים בהשפעת המידע בדבר התוצאה על תהליך ההערכה, והסברים הנייעתיים (מוטיווציוניים), המתמקדים ברצון של אנשים לתפוס את עצמם כמי שידעו לחזות את הנולד.<sup>59</sup>

56 הניתוח הראה כי אזהרות שיפוטיות בדבר החובה להתעלם מראיות בלתי-קבילות לא השוו את שיעורי ההרשעה לאלה של מושבעים שלא נחשפו לראיות כאלה. ראו Steblay et al., לעיל ה"ש 50, בעמ' 478. ממצא זה אינו מפתיע, ביודענו שהמוח האנושי אינו יכול לשכוח מידע רק משום שניתנה לו הוראה לעשות כן (ראו: Tarika Daftary-Kapur, Rafael Dumas & Steven D. Penrod, *Jury Decision-Making Biases and Methods to Counter Them*, 15 LEGAL & CRIMINOLOGICAL PSYCHOL. 133, 138 (2010)). יתר על כן, הוראות להתעלם מראיות עלולות דווקא להסב את תשומת-ליבם של המושבעים למידע שאינו קביל, וכתוצאה מכך לחולל אפקט בומרנג (ראו, למשל: Kerri L. Pickel, *Inducing Jurors to Disregard Inadmissible Evidence: A Legal Explanation* 407 (1995) *Does Not Help*, 19 LAW & HUM. BEHAV. 407 (1995)). לבסוף, נמצא כי יש חשיבות גם לתוכן של האזהרות. כאשר מושבעים נדרשים להתעלם מראיה כלשהי ללא כל הסבר או מסיבות טכניות, הם נוטים לא לעשות כן. לעומת זאת, כאשר הם מתבקשים להתעלם מראיה בשל הערך ההוכחתי הנמוך שלה, הם מגלים נטייה חזקה יותר לקיים את ההוראה (ראו Steblay et al., לעיל ה"ש 50, בעמ' 479, 480–483, 486–487).

57 Baruch Fischhoff, *Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty*, 1 J. EXP. PSYCHOL.: HUM. PERCEPT. & PERFORM. 288 (1975).

58 לסקירות כלליות ולניתוח-על של הממצאים ראו: Rebecca L. Guilbault et al., *A Meta-Analysis of Research on Hindsight Bias*, 26 BASIC & APPLIED SOC. PSYCHOL. 103 (2004); Neal J. Roese & Kathleen D. Vohs, *Hindsight Bias*, 7 PERSP. PSYCHOL. SCI. 411 (2012).

59 Guilbault et al., שם, בעמ' 103–104.



השפעתה של הטיית החוכמה בדיעבד על החלטות שיפוטיות תועדה בהקשרים רבים.<sup>60</sup> במאמר שזכה בתהודה רבה הדגימו קמין ורכלינסקי כי מקבלי החלטות דורשים רמת זהירות גבוהה יותר כאשר הם בוחנים סוגיה מזווית-ראייה של תביעת נזיקין המוגשת בדיעבד, לאחר התממשות הסיכון, בהשוואה למצב שבו הם בוחנים את הסוגיה מן הזווית של רשות מנהלית אשר קובעת רמות זהירות מחייבות מראש.<sup>61</sup> מחקרים מאוחרים יותר תיעדו את השפעתה של התופעה על החלטות בדבר חדשנותן של המצאות בדיני פטנטים,<sup>62</sup> בדבר אחריותם של מנהלים להחלטות עסקיות שהסתברו כושלות,<sup>63</sup> ובדבר הקביעה אם היה בסיס מספיק לעריכת חיפוש בדיני מעצר וחיפוש.<sup>64</sup> המחקרים העלו שגם שופטים מקצועיים לוקים בהטיה זו,<sup>65</sup> אם כי הם עשויים להתמודד עימה טוב מהדיוטות.<sup>66</sup> לבסוף, נסיונות להתגבר על הטיית אלה באמצעים נוגדי הטיה (debiasing) הצליחו במידה מועטה בלבד.<sup>67</sup>

הקושי להתגבר על הטיית החוכמה בדיעבד עשוי להשפיע על עיצובו של הדין המהותי. בדיני הנזיקין, למשל, קיומה של ההטיה עשוי להשפיע על הבחירה בין כלל של רשלנות לכלל של אחריות מוחלטת.<sup>68</sup> בדיני התאגידים השלכותיה של ההטיה עשויות להיות עמוקות אף יותר, במיוחד בהקשר של מידת הנכונות של בתי-המשפט לבחון

Doron Teichman, *The Hindsight Bias and the Law in Hindsight*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 354 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014).

Kim A. Kamin & Jeffrey J. Rachlinski, *Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight*, 19 LAW & HUM. BEHAV. 89 (1995).

Gregory N. Mandel, *Patently Non-Obvious: Empirical Demonstration that the Hindsight Bias Renders Patent Decisions Irrational*, 67 OHIO ST. L.J. 1391 (2006).

Merrie Jo Stallard & Debra L. Worthington, *Reducing the Hindsight Bias Utilizing Attorney Closing Arguments*, 22 LAW & HUM. BEHAV. 671 (1998).

Jeffrey J. Rachlinski, Chris Guthrie & Andrew J. Wistrich, *Probable Cause, Probability, and Hindsight* (להלן: Rachlinski, Guthrie & Wistrich, *Probable Cause, Probability, and Hindsight*), 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 72 (2011).

Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, 86 CORNELL L. REV. 777 (2001) (להלן: Guthrie, Rachlinski & Wistrich, *Inside the Judicial Mind*).

Reid Hastie & W. Kip Viscusi, *What Juries Can't Do Well: The Jury's Performance as a Risk Manager*, 40 ARIZ. L. REV. 901 (1998).

Kamin & Rachlinski, לעיל ה"ש 61.

Jeffery J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, 65 U. CHI. L. REV. 571 (1998).

בדיעבד החלטות של הנהלת החברה.<sup>69</sup> דיון מלא במגוון ההשלכות הללו חורג מגבולות הדיון הנוכחי.<sup>70</sup>

### פרק ה: הטיית המחזל ותופעות קרובות

הטיית המחזל היא הנטייה להעדיף אי-עשייה על עשייה כאשר כל אחת משתי החלופות כרוכה בסיכון או באי־ודאות. בדרך־כלל אנשים נתפסים כנושאים באחריות מוסרית רבה יותר לנזקים שגרמו במעשה מאשר לנזקים שגרמו במחזל.<sup>71</sup> אנשים צופים שיחושו חרטה רבה יותר אם התוצאה של פעולה אקטיבית שלהם תהיה גרועה מהתוצאה של מחזל, בהשוואה לחרטה שיחושו אם מחזל שלהם יוכל לתוצאות גרועות יותר מאשר פעולה.<sup>72</sup> מסיבה זו אנשים עשויים להעדיף הימנעות מעשייה גם אם הנזק הצפוי מההימנעות עולה על הנזק הצפוי מעשייה.<sup>73</sup> בקשר לכך אף נמצא כי אנשים המשיגים תוצאה טובה במעשה חשים סיפוק רב יותר מאנשים שהשיגו אותה תוצאה במחזל.<sup>74</sup> היה אפשר להניח כי שופט הנדרש להכריע בסכסוך אינו יכול להימנע מהכרעה, ולפיכך הטיית המחזל אינה רלוונטית להחלטות שיפוטיות. אולם יש ראיות לכך שהדיוטות תופסים קבלה של תביעה כאקטיבית יותר מדחייתה.<sup>75</sup> אם גם שופטים שותפים לתפיסה זו, אזי הטיית המחזל עשויה להסביר מדוע שופטים נרתעים מלקבל תביעות גם כאשר גרסתו העובדתית של התובע משכנעת קצת יותר מגרסתו של הנתבע.

69 חזקת שיקול־הדעת העסקי מונעת את בית־המשפט מלבחון בדיעבד החלטות שהתקבלו על־ידי הנהלת חברה בתום־לב, בהעדר ניגוד עניינים ובאופן מידע. ראו תנ"ג (ת"א) 43335-11-12 ורדניקוב נ' אלוביץ, פס' 77-84 לפסק־דינו של השופט כבוב (פורסם בנבו, 17.9.2014). ראו גם אבישלום תור "תיקון הטיות באמצעות המשפט: מתי וכיצד?" **משפט ועסקים** יב 41, 64-65 (2010).

70 לניתוח רחב יותר בסוגיה זו ראו Teichman, לעיל ה"ש 60.

71 Mark Spranca, Elisa Minsk & Jonathan Baron, *Omission and Commission in Judgment and Choice*, 27 J. EXP. SOC. PSYCHOL. 76 (1991).

72 Daniel Kahneman & Amos Tversky, *The Psychology of Preferences*, 246 SCI. AM. 160 (1982).

73 Ilana Ritov & Jonathan Baron, *Reluctance to Vaccinate: Omission Bias and Ambiguity*, 3 J. BEHAV. DECISION MAKING 263 (1990). מחקר זה הראה כי אנשים מעדיפים להימנע מחיסון אם החיסון עצמו עלול לגרום מוות, וזאת גם אם ההסתברות של מוות מהמחלה (בהעדר חיסון) גבוהה במידה ניכרת מההסתברות של מוות כתוצאה מהחיסון.

74 Janet Landman, *Regret and Elation Following Action and Inaction: Affective Responses to Positive Versus Negative Outcomes*, 13 PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. BULL. 524 (1987).

75 Eyal Zamir & Ilana Ritov, *Loss Aversion, Omission Bias, and the Burden of Proof in Civil Litigation*, 41 J. LEGAL STUD. 165 (2012).

סטנדרט השכנוע בהתדיינות אזרחיות הוא "מאזן ההסתברויות". כדי לזכות בתביעתו, על התובע להוכיח כי גרסתו משכנעת יותר מאפשרויות אחרות. למרות כלל זה, סדרה של ניסויים שנערכו בהשתתפות תלמידי משפטים בשנים מתקדמות ועורכי-דין מנוסים הראתה כי סטנדרט השכנוע בפועל גבוה בשיעור ניכר.<sup>76</sup> מתברר כי כדי שתביעה תתקבל, על המחליט לדרג את מידת השכנוע של גרסת התובע סביב 70 בסולם שבין 0 ל-100, כאשר 0 משמעו שאין ספק כי גרסת התובע אינה נכונה ו-100 מסמן שאין ספק כי היא נכונה. ניסויים אלה מספקים ראיה לכאורה לכך שהחלטות של שופטים מושפעות מהטיית המחדל. חיזוק למסקנה זו נמצא במחקר שנערך בשווייץ בהשתתפות שופטים מכהנים, שהשווה באורח ישיר בין סף השכנוע שדרשו שופטים שונים לצורך הטלת אחריות משפטית לבין שנאת ההפסד של כל אחד מהם (המהווה הסבר מרכזי להטיית המחדל).<sup>77</sup> הטיית המחדל הוצעה גם כהסבר לנטייה החזקה של ערכאות ערעור לדחות ערעורים.<sup>78</sup>

תופעה קרובה להטיית המחדל היא הטיית הסטטוס-קוו. כאשר אנשים יכולים לדבוק במצב הדברים הנתפס כסטטוס-קוו או לסטות ממנו, הם נוטים לאפשרות הראשונה.<sup>79</sup> בדרך-כלל סטייה מהסטטוס-קוו מחייבת מעשה, בעוד דבקות בסטטוס-קוו כרוכה במחדל. לכן על-פי-רוב קשה להבחין בין הטיית הסטטוס-קוו להטיית המחדל. אולם הוכח כי השתיים עשויות להתקיים גם בנפרד,<sup>80</sup> ואף למשוך לכיוונים הפוכים.<sup>81</sup> הטיית הסטטוס-קוו הוזכרה כהסבר אפשרי לרתיעתם של בתי-המשפט מלהוציא צווי-ביניים המשנים את הסטטוס-קוו,<sup>82</sup> כמו-גם לרתיעתן של ערכאות הערעור להפוך החלטות של הערכאה התחתונה.<sup>83</sup> הטייה זו הוצעה כהסבר אפשרי גם לדבקותם של

76 ש.ם.

77 Mark Schweizer, *The Civil Standard of Proof – What Is It, Actually?* (working paper, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2013), available at [www.coll.mpg.de/pdf\\_dat/2013\\_12online.pdf](http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2013_12online.pdf)78 Chris Guthrie & Tracey E. George, *The Futility of Appeal: Disciplinary Insights into the "Affirmance Effect" on the United States Courts of Appeals*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 357 (2005).79 William Samuelson & Richard Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 J. RISK & UNCERTAINTY 7 (1988); Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, 5 J. ECON. PERSP. 193 (1991).80 Maurice Schweitzer, *Disentangling Status Quo and Omission Effects: An Experimental Analysis*, 58 ORG. BEHAV. & HUM. DECISION PROCESSES 457 (1994).81 Ilana Ritov & Jonathan Baron, *Status-Quo and Omission Biases*, 5 J. RISK & UNCERTAINTY 49 (1992).

82 Zamir, לעיל ה"ש 12, בעמ' 869; ZAMIR, לעיל ה"ש 12, בעמ' 162-165.

83 Guthrie &amp; George, לעיל ה"ש 78.

בתי-המשפט בתקדימים,<sup>84</sup> ובאורח כללי יותר – לנטייה השמרנית של המשפט.<sup>85</sup> בד בבד, כאשר זמיר וריטוב הציגו למשתתפים בניסוי שלהם תסריט שבו דחיית תביעה לפסק-דין הצהרתי הייתה עשויה לשנות את הסטטוס-קוו, בעוד שסעד הצהרתי היה נותן תוקף למצב הקיים, נראה שלהטיית המחדל הייתה השפעה רבה יותר מאשר להטיית הסטטוס-קוו.<sup>86</sup> כלומר, אף שבמקרה זה קבלת התביעה הייתה מובילה לשימור הסטטוס-קוו, נרתעו המשיבים מקבלת התביעה, שנתפסה כאקטיבית יותר מדחייתה. תופעה קשורה נוספת היא הסלמת המחויבות (escalation of commitment). תיאוריית הבחירה הרציונלית קובעת כי בבחירה בין דרכי פעולה אפשריות יש להתחשב רק בתועלות ובעלויות עתידיות. עלויות שכבר נשאו בהן ואשר אי-אפשר להשיבן – מה שהכלכלנים מכנים "עלויות שקועות" (sunk costs) – אינן אמורות להשפיע על החלטות, משום שאת העבר אי-אפשר לשנות. אולם אינספור מחקרי-מעבדה ומחקרי-שדה, כמו גם מחקרים אמפיריים, מלמדים כי לעיתים קרובות אנשים מתקשים להתעלם מהוצאות שקועות בהחלטותיהם. ככל שכבר הושקעו במיזם נתון משאבים, זמן ומאמצים רבים יותר, כן גוברת הנטייה להמשיך להשקיע בו.<sup>87</sup> בהקשר זה הועלתה הטענה כי הספרות העשירה על הסלמת מחויבות ועל הגורמים הפסיכולוגיים, החברתיים והמוסדיים המשפיעים עליה יכולה לזרות אור על האופן שבו מיושמים כללי התקדים המחייב.<sup>88</sup>

נותר עוד כר נרחב למחקר עתידי על החלטות שיפוטיות והסלמת מחויבות. כך, למשל, לפי הכלל הנוהג בשיטות משפט רבות, על בית-המשפט לעצור את הליך ההתדיינות ולדחות את התביעה ברגע שבו לא נותרה עוד משמעות מעשית להכרעתו, כלומר, כאשר מתברר כי הכרעתו תהא אקדמית גרידא. הדבר קורה, למשל, כאשר רשות ממשלתית החליטה לזנוח את המדיניות שנגדה הוגשה העתירה. יהיה מעניין לבחון אם המידה שבה בתי-המשפט נוטים לקבל טענות כאלה תלויה בכמות המשאבים השיפוטיים שכבר הושקעו בהתדיינות.

Robert A. Prentice & Jonathan J. Koehler, *A Normality Bias in Legal Decision Making*, 88 CORNELL L. REV. 583, 638 (2003); Goutam U. Jois, *Stare Decisis Is Cognitive Error*, 75 BROOK. L. REV. 63 (2009).

Andrew J. Wistrich, *The Evolving Temporality of Lawmaking*, 44 CONN. L. REV. 737, 740 (2012).

Zamir & Ritov, לעיל ה"ש 75, בעמ' 177–180.

Hal R. Arkes & Catherine Blumer, *The Psychology of Sunk Costs*, 35 ORG. BEHAV. & HUM. DECISION PROCESSES 124 (1985); Barry M. Staw & Jerry Ross, *Understanding Behavior in Escalation Situations*, 246 SCIENCE 216 (1989).  
ראו גם Zamir, לעיל ה"ש 12, בעמ' 29–31.

Rafael Gely, *Of Sinking and Escalating: A (Somewhat) New Look at Stare Decisis*, 60 U. PITT. L. REV. 89 (1998).

## פרק ו: המרת שיפוטים איכותיים בכמותיים ואפקט העיגון

### 1. מספרים במשפט

ספרות נרחבת עוסקת בהחלטות שיפוטיות הכרוכות בכימות, כגון פסיקת פיצויים, הטלת קנסות וקביעת אורכם של עונשי מאסר. החלטות כמותיות כאלה מתוארות לעיתים כלא־אחידות וכבלתי־צפויות. ייתכן שחלק ממה שנחזה כחוסר אחידות וכשרירות נובע ממגבלות כושר החישוב של שופטים (ובמיוחד של הדיוטות המשמשים מושבעים, בשיטות הנזקקות להם).<sup>89</sup> סיבה נוספת לחוסר האחידות (אשר עלולה אף היא לבוא לידי ביטוי רב יותר בהחלטות של מושבעים) היא אי־הבנה של אמות־המידה המשפטיות או אי־התאמה בין אמות־המידה אלה לבין השיפוטים הנורמטיביים של אנשים. לדוגמה, בקביעת הפיצויים על נזקיו הכלכליים של התובע, השופטים או המושבעים עשויים להביא בחשבון את עושרו של הנתבע, את מידת הזדון של התנהגותו או את רווחיו מהפגיעה בזכויות הנתבע, גם אם מבחינה משפטית גורמים אלה נחשבים לא־רלוונטיים.

הגורמים השונים לחוסר האחידות עשויים להשפיע הן על החלטות מספריות המחייבות המרה מסולם אחד לאחר הן על החלטות שאינן מחייבות המרה כזו. למשל, בחישוב הפיצוי הכספי על הפסדים כלכליים, שני הסולמות הם כספיים. אולם במקרים שבהם נדרשת המרה מסולם אחד לאחר – למשל, במקרה של קציבת עונש לפי מידת אשמתו של הנאשם – מתעורר קושי נוסף. חלק ניכר מהמחקר העוסק בהכרעות כמותיות מתמקד בקושי מיוחד זה.

חומרתו של הקושי שמקורו בצורך להמיר הערכה מסולם אחד לאחר תלויה בכללים המשפטיים הרלוונטיים ובמומחיות של מי שנדרש לערוך המרה זו. בקצה האחד מצויים מקרים שבהם הדין מותיר לבית־המשפט שיקול־דעת בלתי־מוגבל כמעט לקבוע, למשל, פיצויים על נזק לא־מוני "בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין".<sup>90</sup> האתגר גדול במיוחד כאשר מי שנדרשים לקבוע את הפיצויים הם הדיוטות (מושבעים) שאין להם ניסיון רלוונטי, וכאשר הדין אינו מספק נקודת ייחוס כלשהי. זהו למעשה הדין ברבות ממדינות ארצות־הברית בהקשר של פסיקת פיצויים בגין כאב וסבל.<sup>91</sup> בקצה האחר מצויים מקרים

Valerie P. Hans & Valerie F. Reyna, *To Dollars from Sense: Qualitative to Quantitative* 89  
*Translation in Jury Damage Awards*, 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 120 (2011)

90 ראו ס' 13 לחוק החווים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

Oscar G. Chase, *Helping Jurors Determine Pain and Suffering Awards*, 23 HOFSTRA L. 91  
 REV. 763 (1995); EDIE GREENE & BRIAN H. BORNSTEIN, DETERMINING DAMAGES: THE  
 PSYCHOLOGY OF JURY AWARDS 175–176 (2003). בישראל עשויה להיות נפקות לנקודה זו אף  
 בחישוב הפיצוי בגין ראשי־נזק אחרים, דוגמת פגיעה בכבוד או באוטונומיה. ראו יפעת ביטון  
 "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות "משפט וממשל" ט 137, 158–150  
 (2005).

שבהם הדין קוצב עונשים או תרופות מבלי להותיר שיקול-דעת כלשהו לשופט. בין שני הקצוות הדין עשוי לקבוע הנחיות קונקרטיות יותר או פחות לכימות – למשל, כללים המבנים את שיקול-הדעת בענישה פלילית.<sup>92</sup> בפרק זה נסקור מחקרים התנהגותיים העוסקים בהכרעות כמותיות, ונתמקד במקרים שבהם נדרש תרגום של שיפוטם איכותיים לכמותיים.

## 2. שיפוטם איכותיים וכמותיים: ממצאים אמפיריים וניסויים

כאשר שופטים נדרשים להמיר שיפוטם איכותיים בכמותיים, כפי שהדבר קורה בפסיקת פיצויים על נזק לא-ממוני ובהטלת עונשים פליליים, השאיפה היא שהכרעותיהם יהיו עקיבות, צפויות וניתנות להצדקה. על ההכרעה הכמותית לשרת את תכליותיו של החוק, כגון גמול צודק והרתעה, ועליה להיות צפויה מראש וניתנת להצדקה בדיעבד.<sup>93</sup> מחקרים אמפיריים וניסויים שונים הצביעו על מידה מרשימה של אחידות וצפויות בהכרעות איכותיות של שופטים ומושבעים לגבי נושאים כגון מידת הפגיעה בניזוק,<sup>94</sup> אי-המוסריות של התנהגות המזיק והחומרה ההולמת של הענישה.<sup>95</sup> אולם האחידות נעלמת כאשר שופטים או מושבעים נדרשים לתרגם את ההכרעות האיכותיות לסכום הפיצוי הכספי על הנזק.<sup>96</sup> לדוגמה, בניסוי גדול, שהשתתפו בו יותר מאלף אנשים הכשרים לשמש מושבעים בארצות-הברית, הוצגו למשתתפים סרטי וידיאו של משפט שעסק באחריות למוצרים פגומים. סטיית-התקן של הפיצויים שפסקו המשתתפים הייתה 138% מממוצע הפיצויים על הנזק הממוני ו-313% מממוצע הפיצויים על כאב וסבל. בניתוח סטטיסטי שבו קטמו החוקרים את הקצה העליון של ההתפלגות (כלומר,

92 בהקשר הפלילי נקט המחוקק הישראלי צעד קטן בכיוון זה במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, שבמסגרתו אומצו כללים התוחמים את שיקול-הדעת בענישה פלילית. ראו ס' 40–40ט לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בהקשר האזרחי קיימות כמה הוראות חוק הנוקבות את סכום הפיצוי המרבי שבית-המשפט רשאי לפסוק ללא הוכחת נזק. ראו, למשל, ס' 5(ב) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

93 Daniel Kahneman, David Schkade & Cass R. Sunstein, *Shared Outrage and Erratic Awards: The Psychology of Punitive Damages*, 16 J. RISK & UNCERTAINTY 49 (1998); Reid Hastie, *The Challenge to Produce Useful "Legal Numbers"*, 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 6, 7–8 (2011). (Hastie, "Legal Numbers": להלן);

94 Roselle L. Wissler, Allen J. Hart & Michael J. Saks, *Decisionmaking about General Damages: A Comparison of Jurors, Judges, and Lawyers*, 98 MICH. L. REV. 751 (1999).

95 Kahneman, Schkade & Sunstein, לעיל ה"ש 93.

96 שם; Saks et al., *Reducing Variability in*; Wissler, Hart & Saks, לעיל ה"ש 94; Shari Seidman Diamond, *Civil Jury Awards*, 21 LAW & HUM. BEHAV. 243 (1997); Michael J. Saks & Stephan Landsman, *Juror Judgments about Liability and Damages: Sources of Variability and Ways to Increase Consistency*, 48 DEPAUL L. REV. 301 (1998).

התייחסו לערכים שמעל האחוזון ה-97 כאילו הם שווים לו) עמדה סטיית-התקן על 75% מהממוצע בפיצויים הממוניים ועל 154% מהממוצע בפיצויים על כאב וסבל.<sup>97</sup> עם זאת, היקף השונות בפסיקות מספריות והשאלה עד כמה שונות זו היא מקור לדאגה מחוץ למעבדת הניסויים הם סוגיות שנויות במחלוקת. יש חוקרים הטוענים כי בפועל פסיקות פיצויים הן בדרך-כלל סבירות וצפויות למדי, אם מתחשבים בכך שגם מקרים דומים עשויים להיבדל זה מזה במאפיינים רלוונטיים.<sup>98</sup> כלומר, מה שנחזה כהבדל בלתי-מוצדק בגובה הפיצוי שפסקו בתי-המשפט במקרים שונים עשוי להיות הבדל מוצדק כאשר מתחשבים בהבדלים דקים אך משמעותיים בין המקרים. ככל שמדובר בחוסר אחידות בפסיקה של מושבעים, יש לזכור כי בבתי-המשפט יש לשופטים סמכות לפקח על פסיקת הפיצויים, וכי ערכאות ערעור יכולות לפקח על פסיקת הפיצויים בערכאות הנמוכות. סמכויות פיקוח אלה, וכן העובדה שרוב-רובן של התביעות מסתיימות בפשרה בעקבות משא-ומתן בין עורכי-דין מנוסים, עשויות להפחית מאוד את השונות של הפיצויים המשולמים בפועל בהשוואה לשונות שנמצאה בניסויים מעבדה.<sup>99</sup> יתר על כן, ניתן לטעון כי נתונים שיוצרים לכאורה אפקט עיגון בלתי-מוצדק (כפי שיתואר להלן בתת-פרק 4), דוגמת ההשפעה של סכום הפיצויים בשל נזק ממוני על הפיצויים בשל כאב וסבל או ההשפעה של כלל הפיצויים הנזכרים על גובה הפיצויים העונשיים, הם למעשה נתונים רלוונטיים מבחינה נורמטיבית.<sup>100</sup> למרות טיעונים אלה, התמונה הכללית המצטיירת מהמחקרים הניסויים והאמפיריים, כמו-גם התחושה הרווחת בקרב הקהילה המשפטית, הן שהפיצויים על נזק לא-ממוני ופיצויים עונשיים שפוסקים מושבעים בארצות-הברית מתאפיינים בחוסר אחידות ובהעדר סדירות.

### 3. יחיד והרכב

החלטות שיפוטיות מסוימות מתקבלות על-ידי שופט יחיד, ואילו אחרות מתקבלות על-ידי מותב של שלושה שופטים או יותר. במדינות שבהן נוהגת שיטת המושבעים, כל ההחלטות של מושבעים מתקבלות לאחר דיון בהשתתפות כל המושבעים. בהמשך (בפרק ט) נתייחס לנושא זה באורח כללי, אולם כעת נתייחס בקצרה רק להחלטות כמותיות.

קיימים ממצאים סותרים בשאלה אם דיון בקבוצה מגביר את הקוהרנטיות והצפיות

97 Diamond, Saks & Landsman, שם.

98 VIDMAR & HANS; 201–200, לעיל ה"ש 14, בעמ' 302–299.

99 Theodore Eisenberg, Jeffrey J. Rachlinski & Martin T. Wells, *Reconciling Experimental Incoherence with Real-World Coherence in Punitive Damages*, 54 STAN. L. REV. 1239, 1259–1262 (2002).

100 שם, בעמ' 1267–1264.

של הכרעות שיפוטיות כמותיות או דווקא מפחית אותן. **מצד אחד**, מחקר משנת 1998 הראה כי בעוד סטיית-התקן של ההכרעות היחידניות לפני הדיון בקבוצה הייתה יותר משבעה מיליון דולר, בעקבות דיונים בקבוצות של שישה ירדה סטיית-התקן של ההכרעות שהתקבלו בקבוצה לפחות ממיליון דולר. העלייה הדרמטית באחידות הפסיקה נרשמה הן בפסיקת פיצויים על נזק ממוני הן בפסיקת פיצויים על נזק לא-ממוני.<sup>101</sup> **מן הצד האחר**, מחקר ניסויי רחב-היקף משנת 2000, שבו נטלו חלק יותר משלושת אלפים משתתפים, מצא כי לפחות בהקשר של פיצויים עונשיים הדיון בקבוצה דווקא הפחית את אחידות הפסיקה.<sup>102</sup> כתוצאה מהתופעה הידועה של קיטוב בקבוצה (group polarization),<sup>103</sup> הסכום שנפסק לאחר דיון בקרב חברי הקבוצה היה גבוה באורח שיטתי מהחציון של סכומי הפיצויים שאותם פסקו חברי הקבוצה כל אחד בנפרד לפני הדיון המשותף.<sup>104</sup> מאחר שתופעה זו הייתה חזקה במיוחד במקרים שבהם החציון של הסכומים שנקבעו באורח יחידני היה גבוה, השונות הכוללת של הסכומים עלתה בעקבות הדיון הקבוצתי. מתוך קבוצות המושבעים שהחליטו להטיל פיצויים עונשיים, 27% העניקו סכום שהיה שווה לסכום הגבוה ביותר שמי מהמושבעים באותה קבוצה החליט עליו באורח יחידני לפני הדיון הקבוצתי, או אף סכום גבוה ממנו.<sup>105</sup> נדרשים מחקרים נוספים כדי לנסות להסביר ממצאים סותרים אלה ולאחר את הגורמים השונים שבגללם הדיונים בקבוצה עשויים להוביל לתוצאות הפוכות במקרים שונים.

#### 4. עיגון

הממצאים הניסוייים בנושא המרת שיפוטים איכותיים בכמותיים מצביעים על מרכזיותם של עוגנים. כאשר מציגים לאנשים מספר בולט לפני שהם עורכים שיפוט מספרי, הם נוטים לערוך את השיפוט על-ידי ביצוע התאמות מהמספר המקורי, המשמש עוגן. אולם לעיתים קרובות ההתאמות אינן מספיקות, ולכן השיפוט מוטא לכיוון העוגן.<sup>106</sup> כאשר

101 Diamond, Saks & Landsman, לעיל ה"ש 96, בעמ' 315.

102 David Schkade, Cass R. Sunstein & Daniel Kahneman, *Deliberating about Dollars: The Severity Shift*, 100 COLUM. L. REV. 1139 (2000).

103 על תופעת הקיטוב בקבוצה וההסברים לה ראו פרק ט להלן.

104 Shari Seidman Diamond & Jonathan D. Casper, *Blindfolding the Jury to Verdict*: Consequences: Damages, Experts, and the Civil Jury, 26 LAW & SOC'Y REV. 513, 553–557 (1992).

105 Schkade, Sunstein & Kahneman, לעיל ה"ש 102, בעמ' 1140, 1163. לדיון רחב יותר ראו גם: Cass R. Sunstein et al., *Predictably Incoherent Judgments*, 54 STAN. L. REV. 1153, 1161–1173 (2002).

106 Gretchen B. Chapman & Eric J. Johnson, *Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgments of Belief and Value*, in HEURISTICS AND BIASES: THE PSYCHOLOGY OF INTUITIVE JUDGMENT 120 (Thomas Gilovich, Dale Griffin & Daniel Kahneman eds., 2002).



שוקלים בזה אחר זה גורמים העשויים לדרוש התאמה של המספר המקורי, יש נטייה לא לתת משקל מספיק לגורמים אלה ולהפסיק את תהליך ההתאמה מוקדם מדי.<sup>107</sup> קיומו של העוגן אף גורם להטיה בבחירת המידע שבו מתחשבים. העוגן גורם לכך שאנשים מקדישים תשומת-לב רבה יותר למידע שמתיישב עימו ותשומת-לב פחותה למידע שמחייב התרחקות רבה יותר ממנו.<sup>108</sup> יתר על כן, ככל שגורם כלשהו קרוב יותר לעוגן המקורי, המחליט צפוי להתמקד בדמיון שבין השניים, ואילו ככל שהגורם רחוק יותר מהעוגן, המחליט צפוי להתמקד בהבדלים שבינו לבין העוגן, וכתוצאה מכך לתת לו משקל פחות.<sup>109</sup>

מחקרים הראו כי מספרים יכולים לשמש עוגן אף אם אין הם מספקים מידע משמעותי כלשהו ביחס להחלטה הנדרשת, ואפילו אם אנשים מודעים לחלוטין לחוסר המשמעות שלהם (למשל, הם יודעים שהמספר המהווה עוגן נקבע בדרך של הגרלה).<sup>110</sup> כאשר לשאלה יש תשובה נכונה, הבנה בתחום הרלוונטי מפחיתה את אפקט העיגון או אף מאיינת אותו כליל.<sup>111</sup> בהיבט מתברר שתופעת העיגון משפיעה הן על הדיוטות הן על מומחים, לרבות שופטים.<sup>112</sup> מחקרים ניסוייים הראו שקשה להתגבר על אפקט העיגון אף כאשר אנשים מוזהרים מפניו, ושהטיה זו אינה נוטה להיעלם אף כאשר קיימים תמריצים כספיים למתן התשובה הנכונה (כאשר קיימת תשובה כזו).<sup>113</sup>

מחקרים ניסוייים ואמפיריים הבליטו את תפקידם של עוגנים אחדים בהקשר של החלטות שיפוטיות כמותיות. עוגן נפוץ בקביעת הפיצויים על נזק לא-ממוני הוא סכום הפיצויים על נזק ממוני. קיימים מתאמים גבוהים בין פיצויים על נזק ממוני לבין פיצויים על נזק לא-ממוני, וכן בין פיצויים שנועדו לפצות את הניזוק לבין פיצויים עונשיים.<sup>114</sup> מתאמים אלה עשויים להצביע על כך שהראשונים משמשים עוגן בקביעה של

107 Hastie, "Legal Numbers", לעיל ה"ש 93, בעמ' 9-13. לדיון רחב יותר בספרות הפסיכולוגית ראו גם: Nicholas Epley & Thomas Gilovich, *The Anchoring and Adjustment Heuristic: Why the Adjustments are Insufficient*, 17 PSYCHOL. SCI. 311 (2006).

108 Hastie, "Legal Numbers", לעיל ה"ש 93, בעמ' 11.

109 Thomas Mussweiler, *Comparison Processes in Social Judgment: Mechanisms and Consequences*, 110 PSYCHOL. REV. 472, 482-483 (2003).

110 ראו, למשל: Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCIENCE 1124 (1974); Birte Englich, Thomas Mussweiler & Fritz Strack, *Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making*, 32 PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. BULL. 188 (2006).

111 Timothy D. Wilson et al., *A New Look at Anchoring Effects: Basic Anchoring and Its Antecedents*, 125 J. EXP. PSYCHOL.: GEN. 387 (1996).

112 Englich, Guthrie, Rachlinski & Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, לעיל ה"ש 65; Mussweiler & Strack, לעיל ה"ש 110.

113 Chapman & Johnson, לעיל ה"ש 106; Englich, Mussweiler & Strack, לעיל ה"ש 110.

114 Theodore Eisenberg et al., *The Predictability of Punitive Damages*, 26 J. LEGAL STUD. 623 (1997).

האחרונים.<sup>115</sup> קיומם של מתאמים אלה עשוי להיראות סביר בהחלט, משום שחומרת הנזק שנגרם לתובע היא גורם רלוונטי בקביעת הפיצויים המגיעים לו על נזקיו הממוניים והלא-ממוניים ובפסיקת הפיצויים העונשיים. אפילו היסק ישיר מהנזק הממוני לנזק הלא-ממוני ולפיצויים עונשיים אינו נטול בסיס.<sup>116</sup> עם זאת, יש ראיות לכך שסכום הפיצויים על נזק ממוני משפיע על סכום הפיצויים על נזקים לא-ממוניים במידה רבה יותר בהכרעות של מושבעים מאשר בהכרעות של שופטים.<sup>117</sup> ממצא זה עשוי להעיד כי בבואם לפסוק פיצויים על נזק לא-ממוני ופיצויים עונשיים, הדיוטות מושפעים במידה מופרזת מהנזקים הכלכליים שנגרמו לתובע.

עוגן נוסף בפסיקת פיצויים עונשיים, שקיומו הוכח באורח ניסויי, הוא גודלו של הנתבע, כפי שהוא נלמד מגובה הרווחים השנתיים שלו.<sup>118</sup> ניתן להעלות טיעונים סותרים לגבי הרלוונטיות של נתון זה ומשקלו הראוי.<sup>119</sup> מחד גיסא, אין קשר הכרחי בין גודלו של הנתבע לבין מידת אשמתו האובייקטיבית והסובייקטיבית. מאידך גיסא, מאחר שמידת ההשפעה של סכום הפיצויים על הנתבע תלויה גם בגודלו, תיאוריות של ענישה המתמקדות בכאב שהעונש גורם למעוול (בין מטעמי גמול ובין מטעמי הרתעה) עשויות להצדיק את ההתחשבות בגודלו של הנתבע.

עוגן בעייתי יותר הוא סכום הפיצויים שתבע התובע.<sup>120</sup> בניסוי שערכו צ'פמן ובורנשטיין נמצא כי אף-על-פי שהמשתתפים התייחסו באורח אוהד פחות לתובעים שדרשו פיצויים גבוהים באורח קיצוני, הם הושפעו מגובה התביעה בבואם לפסוק את הפיצויים. הפיצויים שנפסקו עלו ככל שהפיצויים שנתבעו היו גבוהים יותר, גם כאשר דובר בסכומים גבוהים ביותר.<sup>121</sup> מחקר אחר מצא כי גם האופן שבו הסכומים מוצגים למושבעים – בסכום כולל או בחישוב לפי יחידות זמן – משפיע על הסכום הנפסק.<sup>122</sup> מחקר אמפירי שבדק משפטים אמיתיים, לרבות צפייה בדיוני המושבעים, העלה תמונה

115 Hans & Reyna, לעיל ה"ש 89; Sunstein et al., לעיל ה"ש 105.

116 Eisenberg, Rachlinski & Wells, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1264; Sunstein et al., לעיל ה"ש 105.

117 Hans & Reyna, לעיל ה"ש 89, בעמ' 141–143. עם זאת, כפי שהמחברות מציינות בצדק (שם, בעמ' 143), מאחר שהקצאת תיקים לדיון לפני מושבעים או לפני שופט אינה אקראית, יש להתייחס לממצאים אלה בזהירות.

118 Kahneman, Schkade & Sunstein, לעיל ה"ש 93, בעמ' 64–65.

119 Sunstein et al., לעיל ה"ש 105, בעמ' 1169.

120 Gretchen B. Chapman & Brian H. Bornstein, לעיל ה"ש 91, בעמ' 151–155; Reid Hastie, David A. Schkade & John W. Payne, *Juror Judgments in Civil Cases: Effects of Plaintiff's Requests and Plaintiff's Identity on Punitive Damage Awards*, 23 LAW & HUM. BEHAV. 445 (1999); W. Kip Viscusi, *The Challenge of Punitive Damages Mathematics*, 30 J. LEGAL STUD. 313 (2001).

121 Chapman & Bornstein, שם, בעמ' 523–528.

122 Bradley D. McAuliff & Brian H. Bornstein, *All Anchors Are Not Created Equal: The Effects of Per Diem Versus Lump Sum Requests on Pain and Suffering Awards*, 34 LAW & HUM. BEHAV. 164 (2010).

מורכבת יותר, שלפיה דרישת פיצויים גבוהים מאוד, במיוחד על נזקים לא-ממוניים, נתפסת לפעמים לא רק כלא-רלוונטית, אלא כשערורייתית ממש, וכתוצאה מכך גורמת להפחתת הפיצויים הנפסקים.<sup>123</sup> אפקט בומרנג התגלה גם בכמה מחקרים ניסויים.<sup>124</sup> ניתן לטעון כי גובה הפיצויים הנתבעים מצביע על היקף הנזק שנגרם לתובע. אולם העובדה שסכום זה נתון לשליטתו המלאה של התובע – ברצותו מעלה וברצותו מוריד – מעוררת דאגה ככל שסכום זה משמש עוגן. תופעה זו מדאיגה במיוחד אם לסכום הפיצויים הנתבע יש השפעה ליניארית על סכום הפיצויים הנפסקים גם במקרים שבהם הפוסקים אינם מאמינים כי סכום התביעה משקף את מידת הסבל של התובע או את הוצאותיו הכספיות כתוצאה מהתאונה – כפי שהוכח במחקרם של צ'פמן ובורנשטיין.<sup>125</sup>

יש בסיס לטענה שאפקט העיגון עשוי להיגרם על-ידי נתון לא-רלוונטי נוסף: בקשה נטולת בסיס לדחות תביעת נזיקין (שבה לא ננקב סכום הפיצויים המבוקש) בתואנה שהיא אינה עוברת את גובה הפיצויים המינימלי הנדרש לפי סמכותו העניינית של בית-המשפט.<sup>126</sup> שופטים שנחשפו לבקשה חסרת בסיס כזו פסקו פיצויים נמוכים במידה ניכרת מאלה שפסקו שופטים שלא נחשפו אליה.

עניין מיוחד מעוררים מחקרים שעסקו באפקט העיגון שיוצרים כללים הקובעים תקרה לפיצויים שניתן לפסוק. במחקר אחד, שבו השתמשו החוקרים בתסריט שעסק בגרימת מוות של שני ילדים, נמצא כי תקרת פיצויים הגדילה באורח דרמטי את החציון של סכום הפיצויים הכולל.<sup>127</sup> מחקר אחר בדק את ההשפעה של תקרת פיצויים על הסכומים שנפסקו בגין כאב וסבל.<sup>128</sup> במקרים של פגיעות חמורות, קיומה של תקרה הפחית במידה דרמטית את ממוצע הפיצויים שנפסקו והגביר את אחידותם. ככל שמדובר בפגיעות שחומרתן בינונית, קיומה של התקרה העלה במידה מסוימת את הממוצע והגביר את האחידות של הסכומים שנפסקו, אולם במקרה זה לא היו התוצאות מובהקות מבחינה סטטיסטית. באשר לפגיעות שחומרתן נמוכה, במקרים אלה הגבירה התקרה במידה ניכרת את הממוצע והקטינה את האחידות של הסכומים שנפסקו. תקרת

Shari Seidman Diamond et al., *Damage Anchors on Real Juries*, 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 148 (2011).

Mollie W. Marti & Roselle L. Wissler, *Be Careful What You Ask for: The Effect of Anchors on Personal Injury Damages Awards*, 6 J. EXP. PSYCHOL.: APPLIED 91 (2000).

Chapman & Bornstein, לעיל ה"ש 120, בעמ' 527. ממצא מפתיע עוד יותר במחקר זה היה שסכום הפיצויים שנתבעו השפיע גם על ההכרעה בעניין הסיבתיות: ככל שהסכום הנתבע היה גבוה יותר כן העריכו המשתתפים בניסוי את ההסתברות שהנתבע אכן גרם לנזקו של התובע כגבוהה יותר. שם, בעמ' 525–526.

Guthrie, Rachlinski & Wistrich, *Inside the Judicial Mind* 794–790. Verlin B. Hinsz & Kristin E. Indahl, *Assimilation to Anchors for Damage Awards in a Mock Civil Trial*, 25 J. APPLIED SOC. PSYCHOL. 991 (1995).

Saks et al., לעיל ה"ש 96.

פיצויים מסוגלת אפוא למנוע פסיקה של סכומי-עתק על כאב וסבל, אולם ככל שמטרתה להגביר את הוודאות והצפיות מראש של פיצויים על נזק לא-ממוני, מתברר שהיא מובילה לתוצאה הפוכה בגלל אפקט העיגון, המשפיע על פסיקת הפיצויים במקרים של פגיעות שחומרתן נמוכה.<sup>129</sup> תוצאות דומות התגלו בניסוי שבחן את השפעתן של תקרות על פסיקה של פיצויים עונשיים.<sup>130</sup> אי-מסירת מידע למושבעים על קיומה של תקרה, ותחת זאת הפעלה שלה על-ידי בית-המשפט אחרי פסיקת הפיצויים על-ידי המושבעים, עשויות למתן חשש זה, כמו-גם את החשש שהמושבעים יעקפו את התקרה על-ידי הגדלת הפיצויים בגין ראשי-נזק שאינם כפופים לתקרה.<sup>131</sup> אולם קשה להניח שקיומן של תקרות יישאר נסתר לאורך זמן, ומכל מקום, פתרון זה אינו רלוונטי לשיטות משפט שאין בהן מושבעים.

הגם שלא מוכרים לנו מחקרים אמפיריים בנושא זה, מתקבל על הדעת שאפקט העיגון שנגרם כתוצאה מכללים הקובעים תקרה קרבית לפיצויים בשל עוולות נזיקות ייווצר גם כתוצאה מכללים הקובעים ענישה מזערית על עברות פליליות.<sup>132</sup> זהו נושא בעל חשיבות רבה, הראוי למחקר משלר.

## 5. מודלים של החלטות שיפוטיות כמותיות

כמה מודלים הוצעו לתיאור התהליך הקוגניטיבי של גזירת ערכים כמותיים מהכרעות איכותיות, אשר מאפייניו תוארו לעיל. כהנמן, שקדי וסנסטין הציעו מודל תיאורי לקביעת פיצויים עונשיים שאותו כינו "מודל הגינוי החריף" ("outrage model").<sup>133</sup> לפי מודל זה, תחושת הגינוי החריף נובעת מהערכה של התנהגות הנתבע. הערכה זו אינה תלויה בגודל הנזק שנגרם לתובע, אולם הכוונה להעניש היא תוצר הן של תחושת הגינוי

129 יתר על כן, ככל שקיימת בעיה של פיצוי-חסר על פגיעות קשות ופיצוי-יתר על פגיעות קלות, תקרות מגבירות את חומרתה של בעיה זו. ראו שם.

130 Jennifer K. Robbennolt & Christina A. Studebaker, *Anchoring in the Courtroom: The Effects of Caps on Punitive Damages*, 23 LAW & HUM. BEHAV. 353 (1999)

131 על החשש האחרון ראו: Michelle Chernikoff Anderson & Robert J. MacCoun, *Goal Conflict* in *Juror Assessments of Compensatory and Punitive Damages*, 23 LAW & HUM. BEHAV. 313 (1999); Edith Greene, David Coon & Brian Bornstein, *The Effects of Limiting Punitive Damage Awards*, 25 LAW & HUM. BEHAV. 217 (2001); Catherine M. Sharkey, *Unintended Consequences of Medical Malpractice Damages Caps*, 80 N.Y.U. L. REV. 391 (2005); Catherine M. Sharkey, *Crossing the Punitive-Compensatory Divide*, in CIVIL JURIES AND CIVIL JUSTICE: PSYCHOLOGICAL & LEGAL PERSPECTIVES 79 (Brian H. Bornstein et al. eds., 2008).

132 ראו אברהם טננבוים "על אפקט העיגון ועונשי מינימום" הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 32, 67 (2003). בהסתמך על נסיונו השיפוטי כותב המחבר כי קביעת עונשי המינימום "היא דוגמא למקרה שבו המחוקק ביקש להחמיר ונמצא מקל".

133 Kahneman, Schkade & Sunstein, לעיל ה"ש 93.

החריף הן של הנזק שנגרם. ברגע שגיבשו כוונה להעניש, על מקבלי ההחלטות השיפוטיות לבטא את תחושת הגינוי באמצעות סעד כספי מתאים. מאחר שלא ברור כיצד לתרגם כוונה להעניש "בחומרה" או "בחומרה רבה" למונחים כספיים, התהליך מושפע מאוד מעוגנים שונים, אף בהעדר הצדקה עניינית להתחשבות בהם.

בהשראת מודל הגינוי החריף הציע הייסטי מודל מקיף יותר, אשר מורכב מארבעה שלבים וחל לא רק על קביעה של פיצויים עונשיים, אלא גם על פסקי-דין כמותיים אחרים: "מודל הפוונה + עיגון" ("intention + anchor model").<sup>134</sup> במודל זה אין מניחים שהכוונה היא להעניש בהכרח, אלא תיתכן גם כוונה לפצות את התובע על הפסדיו. בהתאם לכך, התחושה שביסוד הכוונה עשויה להיות הזדהות עם סבלו של התובע (ולאו דווקא תחושת גינוי). בעוד מודל הגינוי החריף מבחין בין רגשות לחשיבה שכלתנית, "מודל הפוונה + עיגון" מפקפק באפשרות המושגית או המעשית להבחין בין רגשות לחשיבה שכלתנית. על-כן הוא כורך את שניהם יחדיו. מודל זה מתאר ארבעה שלבים. בשלב הראשון המחליט מקבל מידע מהראיות המוצגות במשפט וממקורות אחרים. בשלב השני המחליט מפרש את פיסות המידע השונות. הוא מעריך את מניעיו והתנהגותו של הנתבע, אומד את היקף הנזק שנגרם ומביא בחשבון גורמים נוספים. בעקבות שלב ההבנה והפירוש המחליט בונה לעצמו מודל מנטלי של הסיטואציה, אשר מוביל לכוונה להעניש, לפצות וכדומה. בשלב הרביעי והאחרון כוונה זו משתלבת בעוגנים שונים, כגון הסכום שציין התובע בתביעתו, הפסדיו הכספיים וגודלו של הנתבע, ושילוב זה מוביל לפסיקה המספרית.

מודלים אלה וכיוצא בהם (דוגמת המודל של הנס וריינה)<sup>135</sup> אינם משיבים על השאלה אם מקבלי ההחלטות השיפוטיות מחשבים תחילה את הפיצויים לכל ראש-נזק בנפרד, ואז מחברים את המספרים, או שמא הם קובעים תחילה סכום גלובלי, ואחר כך – אם הם נדרשים לעשות כן לפי הדין – מחלקים אותו לראשי-הנזק השונים. הממצאים האמפיריים והניסויים הקיימים תומכים כמדומה במסקנה ששני המנגנונים ממלאים תפקיד בקביעת הפיצויים. כלומר, שופטים (ומושבעים) מחשבים את הפיצויים לפי ראשי-הנזק השונים, אולם בהיבט יש חשיבות גם לאינטואיציה שלהם לגבי הסכום הכולל שראוי לפסוק.<sup>136</sup>

## 6. מסקנות נורמטיביות

כפי שהראה פרק זה, המרת שיפוטים איכותיים בכמותיים גורעת מהוודאות ומהצפיות שלהם, מפחיתה את אחידותם ומגבירה את הפער בין פסיקה על-ידי שופטים לפסיקה על-ידי מושבעים. הבדלים אלה נובעים קרוב לוודאי מהמידע המוגבל שיש למושבעים לגבי הסכומים שמקובל לפסוק ומעמימותן של ההנחיות שהם מקבלים. בהעדר נקודת

<sup>134</sup> Hastie, "Legal Numbers", לעיל ה"ש 93.

<sup>135</sup> Hans & Reyna, לעיל ה"ש 89.

<sup>136</sup> Greene & Bornstein, לעיל ה"ש 91, בעמ' 159–161.

ייחוס אמינה, מושבעים נאלצים להסתמך על נתונים מפוקפקים, כגון הסכום שתבע הניזוק או רווחיו של הנתבע.

אחת הדרכים להתמודד עם בעיה זו – במדינות שבהן נוהגת שיטת המושבעים – היא להפקיד החלטות כאלה לא בידי מושבעים, אלא בידי שופטים, אשר מכירים מן הסתם את הסכומים והעונשים המקובלים. דרך אחרת לעקוף את הבעיה היא לספק למושבעים הנחיות ברורות יותר, כגון כללים להבניית שיקול־הדעת בענישה, הטווח והממוצע של הפיצויים שנפסקו בעבר, ודוגמות לפסקי־דין שניתנו במקרים דומים.<sup>137</sup> כצופים מן הצד, העדרן של הנחיות ברורות יותר למושבעים ברבות ממדינות ארצות־הברית נראה לנו מפתיע למדי, ודומה שיש ממש בקריאות לעריכת רפורמה בתחום זה.<sup>138</sup> יש להודות כי גם בשיטה שבה החלטות כמותיות מופקדות בידי שופטים מקצועיים, כפי שהדבר בישראל, יש מקום לחשש – כל עוד אין מאגר מקיף ומסודר של נתונים אמפיריים – שההערכה של כל שופט בדבר הסכומים או העונשים המקובלים תושפע מהטיות קוגניטיביות, דוגמת הנטייה לזכור טוב יותר אירועים דרמטיים יותר או אירועים שלזכור הייתה מעורבות אישית בהם. ככל שמדובר בענישה פלילית, בשנים האחרונות אתר "נבו" מציע למשתמשים נתונים סטטיסטיים בדבר ממוצע הענישה בישראל בעברות שונות.<sup>139</sup> נוסף על הממוצע המאגר מצייין גם את עונש המאסר המרבי שהוטל בגין העברות השונות, ואת החציון ואת סטיית־התקן של תקופות המאסר והקנסות שהוטלו בגינן. הבעיה המרכזית של מאגר זה היא שבעת כתיבת שורות אלה הוא אינו כולל עדיין את כל פסקי־הדין שבהם הוטל עונש בגין עברה כלשהי, כך שקשה לדעת עד כמה הנתונים בו שלמים ועד כמה הם מייצגים את מכלול הפסיקה.

## פרק ז: ראיות סטטיסטיות ונסיבתיות

שורה ארוכה של מחקרים הצביעו על כך שאנשים מתייחסים לראיות סטטיסטיות אחרת מאשר לראיות ישירות, כגון עדויות־ראייה. לפעמים אנשים נרתעים מהטלת אחריות על בסיס ראיות כאלה, ובמקרים אחרים הם ממהרים להסיק מהן מסקנות גנויות. פרק זה סוקר בקצרה אחדים מהממצאים בתחום זה.<sup>140</sup> אחד הממצאים המוקדמים של הפסיכולוגיה הקוגניטיבית הוא שאנשים נוטים לייחס משקל נמוך מדי למידע הסתברותי.<sup>141</sup> בהקשר המשפטי הראו חוקרים כי קל לתמרון אנשים כך שיִיחסו משקל

137 Chase, לעיל ה"ש 91, בעמ' 777–790; Wissler, Hart & Saks, לעיל ה"ש 94, בעמ' 816–817; Saks et al., לעיל ה"ש 96.

138 ראו, למשל, GREENE & BORNSTEIN, לעיל ה"ש 91, בעמ' 202–203.

139 "נבו־ענישה" [verdict.nevo.co.il/newsearchverdict.aspx](http://verdict.nevo.co.il/newsearchverdict.aspx).

140 ראו גם Vars, לעיל ה"ש 15.

141 Tversky & Kahneman, לעיל ה"ש 110.

ראייתו נמוך מדי לראיות מדעיות הקושרות אדם למעשה כלשהו. כך, למשל, גם אם נמצא אצל נאשם מאפיין מפליל המתקיים אצל אחוז אחד בלבד מהאוכלוסייה, אנשים רבים נוטים לחשוב שלמאפיין זה אין נפקות משפטית אם מדגישים באוזניהם שבאוכלוסייה של מיליון אנשים יש עשרת אלפים איש החולקים מאפיין זה.<sup>142</sup>

אולם מחקרים אמפיריים מלמדים כי יחסם של אנשים לראיות סטטיסטיות נובע לא רק מאי-הבנת המשמעות של מידע הסתברותי. במחקר נודע הראה ג'ולס באופן ניסויי כי אנשים נרתעים מהטלת אחריות בהתבסס על ראיות סטטיסטיות גרידא.<sup>143</sup> השערתו של ג'ולס הייתה שכדי שראיה כלשהי תשפיע באורח משמעותי על הכרעותיהם של אנשים, לא די בכך שהיא תשפיע על מידת אמונתם בנכונותה של העובדה השנויה במחלוקת, אלא נדרש גם שמידת אמונתם בקיומה של אותה עובדה תשפיע על אמונתם באמינותה של הראיה.<sup>144</sup> על-כן, למשל, העובדה ש-80% מהאוטובוסים בעיר כלשהי שייכים לחברה הכחולה ו-20% שייכים לחברה האפורה אין בה כדי להטיל על הראשונה אחריות לתאונה שגרם אוטובוס בלתי-מזוהה, משום שהטלת אחריות כזו אינה משפיעה על האמונה בנכונותה של העובדה הסטטיסטית. הנתונים הסטטיסטיים עומדים בעינם בין אם התאונה נגרמה על-ידי אוטובוס כחול ובין אם לאו. לעומת זאת, כאשר העובד בתחנת שקילה של אוטובוסים מעיד כי לפי רישומיו הוא שקל אוטובוס כחול בתחנה הסמוכה למקום התאונה זמן קצר לפני התאונה (ובכך קושר את החברה הכחולה לתאונה), קביעת האחריות משפיעה על אמינותה של העדות, אף אם הנתבע יוכיח כי הרישומים שעליהם הסתמך העד היו שגויים ב-20% מהמקרים. במקרה זה הקביעה איזה אוטובוס היה מעורב בתאונה אכן משליכה על אמינות העדות. ג'ולס מצא כי אנשים נכונים הרבה יותר להטיל אחריות במקרה השני, וזאת אף שלא היה להם קושי לקבוע כי בשני התסריטים ההסתברות שאוטובוס כחול היה מעורב בתאונה הייתה כ-80% (כך שההבדל בין המקרים אינו נובע מאי-הבנה של משמעות המידע הסטטיסטי).

מחקרים מאוחרים יותר העמידו בספק את השערתו של ג'ולס, והציעו השערות והסברים חלופיים למה שזכה בכינוי "אפקט ג'ולס". כך, למשל, בהסתמך על "יוריסטיקת ההדמיה" (simulation heuristic) של כהנמן וטברסקי,<sup>145</sup> טענו נידרמאייר ועמיתיו כי הנכונות להטיל אחריות על בסיס ראיות סטטיסטיות תלויה בשאלה עד כמה ניתן לדמיין

William C. Thompson & Edward L. Schumann, *Interpretation of Statistical Evidence in Criminal Trials: The Prosecutor's Fallacy and the Defense Attorney's Fallacy*, 11 LAW & HUM. BEHAV. 167 (1987). אף בתי-המשפט בישראל גילו מודעות לבעייתיות שבשימוש בראיות

סטטיסטיות. ראו, למשל, ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004).

Gary L. Wells, *Naked Statistical Evidence of Liability: Is Subjective Probability Enough?*, 143 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 739 (1992).

144 שם, בעמ' 746.

Daniel Kahneman & Amos Tversky, *The Simulation Heuristic*, in JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES 201 (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982).

בקלות תסריט חלופי המתיישב עם הראיות.<sup>146</sup> החוקרים הציגו למשתתפים בניסוייהם גרסות שונות של תביעות דומות לאלה שניתח נלס. ההסתברות שאוטובוס של החברה הכחולה היה אחראי לתאונה הייתה שווה בכל התסריטים, אך התסריטים נבדלו זה מזה בקלות שבה היה אפשר לדמיין תסריט חלופי שבו אוטובוס של החברה לא היה מעורב בתאונה. אף שהערכת ההסתברות הייתה דומה בתסריטים השונים, הנכונות לקבל את התביעה הייתה נמוכה במידה ניכרת במקרים שבהם היה קל יותר לדמיין תסריט חלופי. במחקר מאוחר יותר, שערכנו יחד עם אילנה ריטוב, זיהינו רתיעה כללית מפני ביסוס אחריות על ראיות נסיבתיות גם במקרים שבהם הראיות לא היו סטטיסטיות – רתיעה שאותה כינינו "the anti-inference bias".<sup>147</sup> המשתתפים בניסויים שערכנו התייחסו למצבים שבהם הייתה הסתברות דומה לביצוע העברה או ההפרה אך הראיות שהעידו על כך היו ישירות או נסיבתיות. לדוגמה, מצאנו כי הנכונות להטיל אחריות על נהיגה במהירות מופרזת הייתה רבה יותר כאשר נהג תועד במצלמת מהירות מאשר במקרה שבו מערכת של שתי מצלמות הממוקמות בנקודות שונות לאורך הדרך תיעדו את המועדים המדויקים שבהם חלפה המכונית על פניהן, כך שהיה אפשר להסיק את המהירות הממוצעת של המכונית באותו קטע של הכביש.

עד כה התמקדנו ברתיעה מהטלת אחריות על בסיס סוגים מסוימים של ראיות. אולם היבטים אחרים של קבלת החלטות גורמים לכך שאנשים מטילים אחריות במקרים שבהם אין לכך הצדקה. תשומת-לב מיוחדת הוקדשה בהקשר זה לתופעה של כשל ההסתברות הקודמת (base-rate neglect).

כשל ההסתברות הקודמת מתייחס לנטייה לתת משקל קטן מדי למידע בדבר שכחותה של קטגוריה מסוימת באוכלוסייה הכללית, ותחת זאת להתמקד במידע על תכונות אופייניות המייחדות אותה קטגוריה. טלו, למשל, את הדוגמה הבאה, הלקוחה ממחקר מוקדם של כהנמן וטברסקי:<sup>148</sup> ג'ק הוא בן ארבעים וחמש. הוא נשוי עם ארבעה ילדים. באורח כללי הוא שמרן, זהיר ושאפתן. הוא אינו מתעניין בסוגיות חברתיות ופוליטיות, ומקדיש את רוב זמנו החופשי לתחביביו הרבים, הכוללים נגרות ביתית, שיט ופתרון חידות מתמטיות. למשתתפים באחד התנאים של הניסוי נאמר כי ג'ק נבחר באורח אקראי מתוך אוכלוסייה של אנשים המורכבת מ-70% מהנדסים ו-30% עורכי-דין, בעוד למשתתפים בתנאי האחר נאמר כי האוכלוסייה הורכבה מ-30% מהנדסים ו-70% עורכי-דין. כאשר התבקשו המשתתפים להעריך מה ג'ק עושה למחייתו, הם

Keith E. Niedermeier, Norbert L. Kerr & Lawrence A. Messé, *Jurors' Use of Naked Statistical Evidence: Exploring Bases and Implications of the Wells Effect*, 76 J.

PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 533 (1999).

Eyal Zamir, Ilana Ritov & Doron Teichman, *Seeing is Believing: The Anti-Inference Bias*, 147 IND. L.J. 195 (2014).

Daniel Kahneman & Amos Tversky, *On the Psychology of Prediction*, 80 PSYCHOL. REV. 148 .237 (1973).



התעלמו לחלוטין כמעט מההסתברות המוקדמת, וביססו את הערכתם על המידע המיוחד לג'ק.<sup>149</sup>

במחקר שעסק בהחלטות בתחומים מגוונים הראתה בר-הלל כי כשל ההסתברות המוקדמת עלול לגרום לטעויות גם בהקשרים משפטיים.<sup>150</sup> למשתתפים במחקר הוצג תיאור של תאונת "פגע וברח" שהתרחשה בשעת לילה ואשר הייתה מעורבת בה מונית. עוד נאמר להם כי 85% מהמוניות בעיר הן כחולות ו-15% מהן ירוקות. לפני בית-המשפט הופיע עד שהעיד כי בתאונה הייתה מעורבת מונית ירוקה. בית-המשפט בחן את כושר ההבחנה של העד ובא למסקנה כי הוא צודק ב-80% מהמקרים (וטועה ב-20% מהמקרים). כאשר התבקשו המשתתפים להעריך את ההסתברות שמונית ירוקה הייתה מעורבת בתאונה, התברר כי הם התמקדו רק במידע הנוגע באמינותו של העד. התשובה השכיחה ביותר והתשובה החציונית היו שההסתברות שמונית ירוקה הייתה מעורבת בתאונה הייתה 80%. למעשה, חישוב ההסתברות שמונית ירוקה הייתה מעורבת בתאונה מחייב להביא בחשבון את ההסתברות המוקדמת, כך שהתשובה הנכונה היא 41%. רק כ-10% מהמשיבים התקרבו לתשובה זו.

מחקר ניסויי מאוחר יותר, שבו השתתפו שופטים מכהנים, השתמש בתסריט שלפיו חבית שהתגלגלה ממחסן פגעה בעובר-אורח.<sup>151</sup> השאלה המשפטית הייתה אם התאונה נגרמה עקב רשלנותם של עובדי המחסן או שמא מסיבה אחרת. למשתתפים נמסר כי (1) כאשר החביות מקובעות בצורה רשלנית, יש סיכוי של 90% שהן ישתחררו; (2) כאשר חביות מקובעות באורח בטוח, הסיכוי שהן ישתחררו הוא 1%; (3) העובדים מתרשלים בקיבוע חביות רק ב-1 מ-1,000 מקרים. על-סמך מידע זה התבקשו המשתתפים להעריך את ההסתברות של רשלנות על-ידי בחירה בין ארבעה טווחים של הסתברויות: בין 0% ל-25%; בין 26% ל-50%; בין 51% ל-75%; ובין 76% ל-100%. אף שהתשובה הנכונה היא 8.3%, רוב המשתתפים לא בחרו בטווח הנמוך. עם זאת, 40% מהמשתתפים, שופטים מכהנים, אכן בחרו בחלופה זו, ושיעור זה גבוה מזה שנמצא בקרב אוכלוסיות אחרות של נבדקים.<sup>152</sup>

149 יצוין, עם זאת, שבמחקר הפסיכולוגי נטושה מחלוקת לגבי כלליותה ועוצמתה של תופעת ההתעלמות מהסתברות מוקדמת, ובספרות התיאורטית הובעו דעות שונות ביחס לשאלה אם ומתי ראוי לייחס להסתברות המוקדמת משקל של ממש. ראו, למשל: Jonathan J. Koehler, *The Base Rate Fallacy Reconsidered: Descriptive, Normative, and Methodological Challenges*, 19 BEHAV. & BRAIN SCI. 1 (1996); L. Jonathan Cohen, *Can Human Irrationality Be Experimentally Demonstrated?*, 4 BEHAV. & BRAIN SCI. 317, 328–330 (1981). Maya Bar-Hillel, *The Base-Rate Fallacy in Probability Judgments*, 44 ACTA PSYCHOLOGICA 211 (1980).

150 Guthrie, Rachlinski & Wistrich, *Inside the Judicial Mind* לעיל ה"ש 65.  
152 לדין בנושא ראו: Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 93 CORNELL L. REV. 1, 22–24 (2007) (להלן: Guthrie, Rachlinski & Wistrich, *How Judges Decide Cases*).

### פרק ח: כללים לעומת סטנדרטים – ודאות וצפיות

מקובל לסווג נורמות משפטיות לשתי קבוצות: כללים וסטנדרטים. באורח טיפוסי, כללים מתנים תוצאות משפטיות בקיומן של מספר מוגבל של עובדות שקל לקבוע את התקיימותן. דוגמות מובהקות הן קביעת הכשרות המשפטית של בגירים אך ורק על בסיס גיל, והטלת עונש כספי קצוב מראש על נהיגה במהירות מופרזת. סטנדרטים, לעומת זאת, מגלמים תכליות וערכים מהותיים, כגון סבירות, תום-לב וצדק. בשיפוטים המבוססים על סטנדרטים יש לבחון את מכלול הנסיבות ולהעריך לאור הערכים שהסטנדרט מגלם.<sup>153</sup>

לפי התפיסות המקובלות, הסגולה המרכזית של כללים, בהשוואה לסטנדרטים, היא יכולתם להגביל את שיקול-הדעת ולקדם את הוודאות והביטחון המשפטיים. תפיסות אלה הועמדו בספק על-ידי הריאליסטים האמריקאים ואנשי ה-Critical Legal Studies, אשר פקפקו אם בכוחן של נורמות משפטיות כלליות – מפורטות ככל שיהיו – להכתיב את התוצאה השיפוטית במקרה זה או אחר.<sup>154</sup> אחת הסיבות לפקפוק הייתה שגם מערכת של כללים מפורטים מותרה לבית-המשפט את האפשרות לבחור איזה כלל יחול על כל מערכת של עובדות. באורח פרדוקסלי, ככל שמערכת הכללים מפורטת יותר כן גדל שיקול-הדעת של השופט בקביעת הכלל שיחול בכל מקרה.<sup>155</sup>

אולם חלפו יותר מחמישים שנה בטרם נבדקו טיעונים אלה באמצעות מחקרים ניסוייים ואמפיריים. בניסויים שנערכו בהשתתפות סטודנטים ובוגרים טריים במשפטים הודגם כי כלל פשוט וחד-משמעי הדורש ביצוע פעולה מסוימת בתוך פרק-זמן קצוב מצמצם את שיקול-הדעת במידה רבה יותר מאשר סטנדרט עמום של "זמן סביר".<sup>156</sup>

Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 153 – 1685, 1687–1701 (1976); מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה –

שאלת תורת-המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321, 325–329 (1987).

Karl N. Llewellyn, *On Reading and Using the Newer Jurisprudence*, 40 COLUM. L. REV. 581 (1940); Joseph William Singer, *Legal Realism Now*, 76 CAL. L. REV. 465, 469–470 (1988).

John Braithwaite, *Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty*, 27 AUSTL. J. L. & LEGAL PHIL. 47, 64 (2002); Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 U.C.L.A. L. REV. 379, 405–408 (1985).

Brian Sheppard, *Judging Under Pressure: A Behavioral Examination of the Relationship between Legal Decisionmaking and Time*, 39 FLA. ST. U. L. REV. 931 (2012); Brian Sheppard & Andrew Moshirnia, *For the Sake of Argument: A Behavioral Analysis of Whether and How Legal Argument Matters in Decisionmaking*, 40 FLA. ST. U. L. REV. 537 (2013). Yuval Feldman & Alon Harel, *Social Norms, Self-Interest and Ambiguity*, 4 REV. L. & ECON. 81 (2008). שפרד ומושירנייה אף הראו כי לטיעונים משפטיים יש השפעה רבה יותר על החלטות המתקבלות על-פי כללים מאשר על החלטות המתקבלות לפי סטנדרטים. כאשר החלטה

מחקרים אלה השוו בין החלטות שיפוטיות לפי סטנדרטים לבין החלטות שיפוטיות על-פי כלל יחיד ופשוט, אולם לעיתים קרובות הבחירה האמיתית היא בין סטנדרטים עמומים לבין מערכת כללים מורכבת הכוללת שורה של כללים, הוראות, סייגים וחריגים. שני מחקרים ניסוייים בחנו את המידה שבה ניתן לחזות מראש הכרעות שיפוטיות המתקבלות לפי מערכת כללים מפורטת או לפי מספר מוגבל של סטנדרטים כלליים. באורח ספציפי, בסדרה של ניסויים רבי משתתפים, שבהם נטלו חלק סטודנטים למשפטים בשנים מתקדמות, השוו החוקרים בין מודלים שונים של נורמות משפטיות: כללים מפורטים, כללים מפורטים פחות וסטנדרטים כלליים ועמומים למדי.<sup>157</sup> המשתתפים קראו תיאור מפורט של סכסוך משפטי והכריעו בו לפי אחד המודלים ודאגו של הנורמות המשפטיות נמדדה לפי מידת הקונסנזוס בין הפסיקות הנפרדות: ככל ששיעור גבוה יותר מהמשתתפים לפי אחד המודלים הגיעו לאותה מסקנה כן דורגו הנורמות כוודאיות יותר ותוצאותיהן כצפויות יותר. התוצאה המרכזית של הניסויים הייתה שמערכת של כללים מפורטים אינה מגבירה את הוודאות והצפויות של ההכרעות השיפוטיות בהשוואה למערכת של סטנדרטים כלליים. יתר על כן, בעוד שסטנדרטים הגבירו את הוודאות של ההכרעות במקרים קלים, לא נמצא אפקט כזה בהכרעות לפי כללים.<sup>158</sup>

בניסוי אחר התבקשו המשתתפים להעריך את מידת ההוגנות של התוצאה ואת המידה שבה פסקי-דין שהכריעו לפי המודלים השונים של נורמות אכן הביאו בחשבון את העובדות החשובות של המקרה. במקרים קלים שהוכרעו לפי סטנדרטים התגלה מתאם חיובי בין הערכת ההוגנות של הפסיקה לבין המידה שבה העריכו המשתתפים כי פסקי-הדין התחשב בכל הנסיבות הרלוונטיות. מתאם כזה לא נמצא ביחס לפסקי-דין שהתבססו על כללים מפורטים. נראה אפוא שסטנדרטים עדיפים על כללים מבחינת יכולתם להפנות את תשומת-ליבם של מקבלי ההחלטה לנסיבות החשובות של המקרה. במחקר-המשך בחנו החוקרים כיצד היקף הנתונים שהשופט שוקל משפיע על הוודאות והצפויות של הכרעתו.<sup>159</sup> נוסף על הכרעה בסכסוך, התבקשו המשתתפים בניסוי זה להעריך את חשיבותן של חמש-עשרה נסיבות עובדתיות אשר למיטב שיפוטם של הנסיינים השתייכו לאחת משלוש קבוצות מבחינת חשיבותן. המשתתפים התבקשו להעריך את חשיבותן של הנסיבות השונות בארבע נקודות זמן במהלך הניסוי: אחרי

מתקבלת על-פי סטנדרט עמום, המחליטים יכולים לבחור בתוצאה הנראית להם גם ללא טיעונים משפטיים. טיעונים משפטיים מסייעים למחליטים להגיע למסקנה הרצויה כאשר תוצאה זו נמצאת במתח עם המשמעות הטבעית והפשוטה של הכלל. ראו Sheppard & Moshirnia, לעיל, בעמ' 576–577.

MANFRED PAUL ELLINGHAUS, EDMUND W. WRIGHT & MARIA KARRAS, MODELS OF CONTRACT LAW: AN EMPIRICAL EVALUATION OF THEIR UTILITY (2005).

158 שם, בעמ' 38–41.

E.W. Wright et al., The Effect of Rule Determinacy on Deciding Contract Disputes: 159 Experimental Data and Network Simulation (July 12, 2011) (unpublished working paper, available at [ssrn.com/abstract=1884195](http://ssrn.com/abstract=1884195)).

קריאת התיאור העובדתי, אחרי הקריאה של תיאור הנורמות המשפטיות הרלוונטיות, אחרי כתיבת הטיעונים התומכים בעמדה של כל אחד מהצדדים, ואחרי כתיבת הכרעת המנומקת. גם בניסוי זה נמדדו הצפיות והוודאות של הנורמות המשפטיות לפי מידת הקונסנזוס בין ההכרעות הנפרדות.

באופן כללי התגלה כי המשתתפים בניסוי שותפים לשיפוט של הנסיינים בדבר חשיבותן היחסית של נסיבות שונות. ככל שהמשתתפים התקדמו בתהליך ההכרעה, הם העריכו את הנסיבות החשובות כחשובות יותר ואת הנסיבות הלא-חשובות כחשובות פחות. אולם בניגוד למשתתפים שהכריעו לפי סטנדרטים – אשר ייחסו חשיבות הולכת וגוברת לנסיבות שבקטגוריה האמצעית – המשתתפים שהכריעו לפי כללים ייחסו חשיבות הולכת ופוחתת לנסיבות אלה. ממצא זה תומך בהשערה שהצפיות והוודאות הרבות יותר המושגות בהכרעות לפי סטנדרטים נובעות מתשומת-הלב הרבה יותר שהמחליטים מקדישים להיקף רחב יותר של נסיבות. החוקרים אף ניסחו מודל קישורי של הייצוגים המנטליים של הנתונים שהוצגו למשתתפים – מסוג המודלים העומדים ביסודן של תיאוריות מבוססות-קוהרנטיות העוסקות בקבלת החלטות שיפוטיות, אשר נידונו בפרק א לעיל – והראו כיצד התיאוריות המבוססות על קוהרנטיות מסבירות יפה את ממצאיהם.

נדרשים עוד מחקרים רבים כדי לבחון עד כמה ניתן להכליל ממצאים אלה. עם זאת, תימוכין חזקים לממצאים הללו מצויים במחקר אמפירי השוואתי גדול שעסק בוודאות ובעקיבות של מנגנוני אכיפה בתחום הפיקוח על מוסדות סיעודיים, ואשר השווה בין כללים לסטנדרטים משפטיים.<sup>160</sup> המחקר מצא עקיבות רבה יותר בין הערכות של מפקחים שהפעילו נורמות בצורת סטנדרטים מאשר בין הערכות של מפקחים שפעלו על-פי מערכת כללים מפורטת. מתברר שריבוי כללים טכניים מעניק למפקחים שיקול-דעת רחב יותר בהפעלה שלהם ובבחירה עד כמה לשים דגש בכל אחד מהם.

## פרק ט: יחיד והרכב

עד כה התמקדנו בעיקר בהחלטות שיפוטיות המתקבלות באופן יחידני. אולם החלטות שיפוטיות רבות מתקבלות בקבוצה. פרק זה מוקדש לבחינת השאלה כיצד הדינמיקה של החלטה בקבוצה עשויה להשפיע על תוצאות ההליך השיפוטי.

מחקרים רבים עסקו בשאלה אם החלטה בקבוצה מסייעת להתגבר על השגיאות המאפיינות החלטות של יחידים. מחקרים אלה מגלים כי הדינמיקה של החלטה בקבוצה

John Braithwaite & Valerie Braithwaite, *The Politics of Legalism: Rules Versus Standards* 160 .in *Nursing-Home Regulation*, 4 SOC. & LEGAL STUD. 307 (1995)

יכולה להוביל לתוצאות מגוונות: 161 לעיתים המעבר מהחלטה יחידנית להחלטה בקבוצה מקרב את התוצאה לזו שהיה אפשר לצפות לה לפי התיאוריה הכלכלית המקובלת – expected utility theory; לעיתים המעבר להחלטה בקבוצה אינו משפיע על התוצאה; ולפעמים הוא גורם לכך שהתוצאה המתקבלת מתרחקת עוד יותר מהנחות הרציונליות. שונות זו אינה מפתיעה אם מביאים בחשבון את הגיוון העצום בין קבוצות מבחינת המאפיינים שלהן, פרוצדורות ההחלטה שהן משתמשות בהן ומושאי ההחלטה. ההשפעה של דיון בקבוצה תלויה גם בסוג ההטיה שבוחנים. כאשר מדובר בעניין חישובי גרידא, וכאשר קל להסביר את התשובה הנכונה (ובהנחה שלחברי הקבוצה המודעים לטעות יש תמריץ מספיק להעמיד את האחרים על טעותם), החלטה קולקטיבית יכולה לסייע בהתגברות על הטיית של חברים בקבוצה. לעומת זאת, כאשר הסוגיה מורכבת יותר או כרוכה בהכרעות ערכיות – וכך הדבר לעיתים קרובות בהחלטות של בתי-משפט – הדיון בקבוצה עלול לדחוף דווקא לתוצאה קיצונית שאינה משקפת את עמדותיהם היחידניות של בני הקבוצה. תופעה אחרונה זו זכתה בכינוי "קיטוב בקבוצה" (group polarization).

קיטוב בקבוצה מתרחש כאשר הנטייה המוקדמת של יחידים בקבוצה בכיוון מסוים מועצמת בעקבות הדיון המשותף. 162 שני ההסברים המרכזיים לתופעה זו הם השוואה חברתית (social comparison) והשפעות מידע (informational influences). לפי ההסבר הראשון, אנשים שואפים לתפוס את עצמם ולהיתפס בעיני אחרים באופן חיובי. לפיכך, כאשר הם מבחינים בנטייה הכללית של הקבוצה, הם מאמצים עמדה באותו כיוון, ואף קיצונית במעט. לפי ההסבר השני, הכמות וכוח השכנוע של הטיעונים המועלים בכיוון שדעת הרוב נוטה אליו גדולים יותר מן הכמות וכוח השכנוע של הטיעונים המועלים בכיוון ההפוך, ולכן הדיון בקבוצה מחזק את הנטייה המוקדמת.

יש מחקרים המתעדים את הדרכים שבהן קיטוב בקבוצה עשוי להשפיע על החלטות שיפוטיות. מחקרים אלה מלמדים כי תופעה זו עשויה להוביל לתוצאות הופכיות, וכי תוצאות אלה משתנות מהקשר להקשר. ככל שמדובר בהחלטת מושבעים אם להרשיע נאשם, ניתוח על של מחקרים קודמים שהתפרסם בשנת 1988 הצביע על קיומה של נטייה להקל, כלומר, כאשר אין רוב ברור בקרב המושבעים, הדיון מוטה לכיוון זיכוי. 163 בהסתמך על שני ניסויים נוספים, באו עורכי ניתוח העל למסקנה כי הטיה זו עשויה לנבוע מסטנדרט השכנוע החל בהליכים פליליים: מעבר לספק סביר. אם סטנדרט זה

161 לסקירה של מחקרים אלה ראו: Norbert L. Kerr, Robert J. MacCoun & Geoffrey P. Kramer, *Bias in Judgment: Comparing Individuals and Groups*, 103 PSYCHOL. REV. 687 (1996).

162 ראו: Daniel J. Isenberg, *Group Polarization: A Critical Review and Meta-Analysis*, 50 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 1141 (1986); David G. Myers & Helmut Lamm, *The Group Polarization Phenomenon*, 83 PSYCHOL. BULL. 602 (1976); Cass R. Sunstein, *Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes*, 110 YALE L.J. 71 (2000).

163 Robert J. MacCoun & Norbert L. Kerr, *Asymmetric Influence in Mock Jury Deliberation: Jurors' Bias for Leniency*, 54 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 21 (1988).

משקף נורמה משפטית וחברתית מושרשת, אזי לחברי הקבוצה המצדדים בזיכוי יש יתרון במהלך ההתייעצות, המסייע להם לגבור על התומכים בהרשעה. אולם התופעה של קיטוב בקבוצה אינה מובילה בהכרח להקלה בתוצאות המשפטיות. כפי שתואר בתת-פרק 31 לעיל, ניסוי רחב-היקף שערכו שקדי, סנסטין וכהנמן בחן את ההשפעה של דיון בקבוצה על החלטות בנושא פיצויים עונשיים.<sup>164</sup> הבחינה נעשתה על-ידי השוואה בין הפיצויים העונשיים שקבעו המשתתפים בניסוי לפני הדיון בקבוצה לבין הפיצויים שקבעה הקבוצה בעקבות הדיון. באורח טיפוסי, הפיצויים שנקבעו בעקבות דיוני הקבוצה היו גבוהים – לעיתים בשיעור ניכר – מהחציון של הפיצויים שקבעו חברי הקבוצה בנפרד.

בהעדר קנה-מידה ברור לקביעתם של פיצויים עונשיים ראויים, המשמעות הנורמטיבית של ממצא זה אינה חד-משמעית. עם זאת, הממצא בדבר הגדלת השונות והקטנת הצפיות של הפיצויים העונשיים בעקבות דיוני הקבוצה הוא בהחלט מקור לדאגה. כפי שהוסבר בתת-פרק 31, תהליך ההידברות שהוביל את הקבוצה לפסיקה קיצונית יותר הגדיל במידה ניכרת את אי-הוודאות של הפסיקה. הדבר הוביל את המחברים למסקנה שאם המטרה היא להקטין את השרירות ואי-הצפיות של פיצויים עונשיים, אגרגציה סטטיסטית של הפסיקות היחידניות של חברי הקבוצה עדיפה על דיון בהשתתפות החברים.<sup>165</sup>

כפי שהערנו לעיל, התופעה ההתנהגותית הנידונה תלויה בכללי-הרקע החלים על החלטת הקבוצה. לפיכך, כפי ששקדי ועמיתיו מודים, אי-אפשר להכליל את ממצאיהם להקשרים אחרים באורח ישיר. לדוגמה, הנתבע בכל הניסויים שלהם היה חברה, ואין זה ברור אם אותם ממצאים היו מתגלים בניסוי שבו הנתבע היה אדם פרטי. יתר על כן, תרבויות שונות עשויות להתייחס באורח שונה לסוגיות של ענישה.<sup>166</sup> על-כן, בעוד בחברות מסוימות טיעונים מקילים נהנים מיתרון מובנה, בחברות אחרות ייתכן שדווקא טיעונים בעד החמרה יזכו בהצלחה רבה יותר. נוסף על כך יש להביא בחשבון שגם בתוך אותה חברה ההשקפות הרווחות עשויות להשתנות לאורך זמן. כך, למשל, במחקר שנערך לפני כעשור התגלה כי דיון בקבוצה בקשר להרשעה הוביל דווקא להחמרה, ולא להקלה כפי שנמצא במחקרים קודמים.<sup>167</sup> כפי שעורכי המחקר מעירים, ייתכן שממצא זה מסמן שינוי מגמה בהשוואה לעמדות של מושבעים בשנות השבעים – התקופה שבו נעשו רוב מחקרי-היסוד בתחום זה.<sup>168</sup> אין ספק שיש צורך במחקרים נוספים כדי להבין טוב יותר כיצד הדינמיקה של דיונים בקבוצה משפיעה על החלטות. הגם שמדובר

164 Schkade, Sunstein & Kahneman, לעיל ה"ש 102.

165 שם, בעמ' 1160.

166 Pat Mayhew & John van Kesteren, *Cross-National Attitudes to Punishment*, in CHANGING ATTITUDES TO PUNISHMENT: PUBLIC OPINION, CRIME AND JUSTICE 63 (Julian V. Roberts & Mike Hough eds., 2002).

167 Dennis J. Devine et al., *Explaining Jury Verdicts: Is Leniency Bias for Real?*, 34 J. APPLIED SOC. PSYCHOL. 2069 (2004).

168 שם, בעמ' 2089.

באתגר קשה, רצוי אף לבחון באורח אמפירי או ניסויי כיצד שופטים – להבדיל מהדיוטות המשמשים מושבעים – מושפעים מיחסי הגומלין עם חבריהם למותבים.

## פרק י: שופטים והדיוטות

שאלה כללית בחקר קבלת החלטות היא עד כמה מומחיות וניסיון מפחיתים את השפעתן של הטיות קוגניטיביות. בהקשר המשפטי השאלה היא עד כמה שופטים מקצועיים דומים בהתנהגותם להדיוטות. פרק זה סוקר כמה מהממצאים הבולטים לגבי השפעותיהן של הטיות קוגניטיביות על החלטות של שופטים. הדיון יתמקד בתוצאות של ניסויים מבוקרים.<sup>169</sup>

המחקר הפסיכולוגי על מומחיות אינו מצייר תמונה אחידה. במבט כללי, מומחיות תורמת במידה מרפית לאיכותן של החלטות בסביבה שתנאיה צפויים וסדירים ואשר בה מקבלי ההחלטות יכולים ללמוד ולהכיר תנאים אלה.<sup>170</sup> יש אפוא חשיבות רבה לכך שמקבלי ההחלטות יקבלו במועד משוב על איכות החלטותיהם. מחקרים אמפיריים הראו כי בעוד מומחים מסוימים מגלים עמידות בפני הטיות שונות,<sup>171</sup> אחרים אינם מגלים עמידות כזו.<sup>172</sup>

סדרת המחקרים המקיפה ביותר על ההיבטים הקוגניטיביים של החלטות שופטים נערכה על ידי ג'פרי רכלינסקי, כריס גתרי ואנדרו ויסטריץ.<sup>173</sup> הפרק הנוכחי סוקר את

169 למחקרי-שדה שתיעדו את קווי הדמיון ונקודות השוני בין מושבעים לשופטים בתחום של פיצויים עונשיים ראו: Theodore Eisenberg et al., *Juries, Judges, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data*, 3 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 263 (2006); Theodore Eisenberg & Michael Heise, *Judge-Jury Difference in Punitive Damages Awards: Who Listens to the Supreme Court?*, 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 325 (2011); Joni Hersch & W. Kip Viscusi, *Punitive Damages: How Judges and Juries Perform*, 33 J. LEGAL STUD. 1 (2004).

Daniel Kahneman & Gary Klein, *Conditions for Intuitive Expertise: A Failure to Disagree*, 170 64 AM. PSYCHOLOGIST 515 (2009).

171 ראו, למשל: Russell Korobkin & Chris Guthrie, *Psychology, Economics, and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer*, 76 TEX. L. REV. 77 (1997); Chris Guthrie, *Panacea or Pandora's Box? The Costs of Options in Negotiation*, 88 IOWA L. REV. 601 (2003).

172 ראו, למשל: John C. Anderson, D. Jordan Lowe & Philip M.J. Reckers, *Evaluation of Auditor Decisions: Hindsight Bias Effects and the Expectation Gap*, 14 J. ECON. PSYCHOL. 711 (1993); Gregory B. Northcraft & Margaret A. Neale, *Experts, Amateurs, and Real Estate: An Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions*, 39 ORG. BEHAV. & HUMAN. DECISION PROCESS 84 (1987).

173 התרומות החשובות ביותר לגוף מחקרי זה כוללות את: Guthrie, Rachlinski & Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, לעיל ה"ש 53; Wistrich, Guthrie & Rachlinski; 65 לעיל ה"ש 53; Guthrie,

הממצאים העיקריים של קבוצת חוקרים זו, ומציג את "התמונה הגדולה" העולה מהם. לפי חוקרים אלה, שופטים הם "generally susceptible to the heuristics and biases that tend to induce intuitive and impressionistic judgments in judicial-decisionmaking problems"<sup>174</sup>. כמו רוב האנשים, שופטים נוטים לבסס את החלטותיהם על אינטואיציות מהירות, ולא דווקא על תהליך שקילה מורכב. התוצאות של שופטים ב-Cognitive Reflection Test – מבחן הבודק עד כמה אנשים נוטים לחשיבה אינטואיטיבית ואימפרסיוניסטית, לעומת חשיבה דליברטיבית ודדוקטיבית – היו דומות לאלה של נבדקים משכילים אחרים.<sup>175</sup> במחקרים רבים שנערכו עם קבוצות שונות של שופטים נמצא שאפקט העיגון, הטיית החוכמה בדיעבד, אפקט המסגור (קרי, השפעת האופן שבו מידע מוצג – ובפרט הצגת תוצאות כמשתייכות לתחום הרווח או לתחום ההפסד – על החלטות) והטיות נוספות משפיעים על האופן שבו שופטים מנתחים תסריטים משפטיים.<sup>176</sup> תוצאות אלה התקבלו הן בניסויים עם שופטים כלליים הן בניסויים שנערכו עם שופטים המתמחים בתחומי משפט ספציפיים.<sup>177</sup>

עם זאת, בהיבטים מסוימים נמצא כי שופטים מסוגלים להתגבר על כמה מהליקויים השכיחים בהחלטות אנושיות. לדוגמה, הגם ששופטים התקשו להתעלם מראיות בלתי-קבילות,<sup>178</sup> הם הצליחו בכך לעיתים.<sup>179</sup> תחום שבו הוכח כי שופטים מתמודדים היטב עם אתגר קוגניטיבי הוא קביעת קיומו או העדרו של בסיס מספיק לעריכת חיפוש על-ידי המשטרה (probable cause). על השופטים לקבוע זאת מראש, כאשר מתבקש צו חיפוש, או בדיעבד, כאשר תוצאות החיפוש ידועות (לצורך קביעת גורלן של ראיות שהושגו בחיפוש). מחקר שכלל 900 שופטים מבתי-משפט פדרליים ומדינתיים בארצות-הברית העלה כי השופטים פוסקים באותו אופן בשני התנאים.<sup>180</sup>

- 
- Rachlinski, Guthrie & ; לעיל ה"ש 152, Rachlinski & Wistrich, *How Judges Decide Cases*  
 Jeffrey J. Rachlinski, ; לעיל ה"ש 64, Wistrich, *Probable Cause, Probability, and Hindsight*  
 Chris Guthrie & Andrew J. Wistrich, *Heuristics and Biases in Bankruptcy Judges*, 163 J.  
 Rachlinski, Guthrie & Wistrich, : (להלן): INST. & THEORETICAL ECON. 167 (2007)  
 Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *The "Hidden Judiciary": An Empirical Examination of Executive Branch Justice*, 58 DUKE L.J.  
 (Guthrie, Rachlinski & Wistrich, *The "Hidden Judiciary"* : (להלן): 1477 (2009)).  
 174 "The "Hidden Judiciary" Guthrie, Rachlinski & Wistrich, שם, בעמ' 1521.  
 175 שם, בעמ' 1495–1500.  
 176 ראו, למשל, Guthrie, Rachlinski & Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, לעיל ה"ש 65.  
 177 Guthrie, Rachlinski ; לעיל ה"ש 173, Rachlinski, Guthrie & Wistrich, *Heuristics and Biases*  
 & Wistrich, *The "Hidden Judiciary"*, לעיל ה"ש 173.  
 178 Wistrich, Guthrie & Rachlinski, לעיל ה"ש 53.  
 179 שם; Guthrie, Rachlinski & Wistrich, *The "Hidden Judiciary"*, לעיל ה"ש 173.  
 180 Rachlinski, Guthrie & Wistrich, *Probable Cause, Probability, and Hindsight*, לעיל ה"ש 64.  
 ראו גם Wistrich, Guthrie & Rachlinski, לעיל ה"ש 53; Guthrie, Rachlinski & Wistrich, *How Judges Decide Cases*, לעיל ה"ש 152.



הגם שרכלינסקי, גתרי וויסטרין<sup>181</sup> הראו בבירור כי שופטים מושפעים מהטיות קוגניטיביות, נותרת השאלה אם יכולת ההתמודדות שלהם עם הטיות אלה טובה משל הדיוטות המשמשים מושבעים. מחקרים אחדים ניסו לבחון שאלה זו באורח ישיר על-ידי השוואה בין שופטים לבין הדיוטות שהתבקשו להשיב כמושבעים. כך, למשל, הייסטי וויסקוזי בחנו כיצד הטיית החוכמה בדיעבד משפיעה על שופטים ועל מושבעים.<sup>181</sup> הם מצאו כי בעוד מושבעים חשופים בבירור להטיה זו, שופטים מראים רק נטיות בכיוון זה, אשר רובן אינן מובהקות מבחינה סטטיסטית. במחקר אחר השווה וויסקוזי בין החלטות של שופטים להחלטות של מושבעים בשורה של היבטים הקשורים להטלת אחריות לפי דיני נזיקין, ומצא גם כאן כי שופטים מפגינים פחות הטיות בהתייחסויותיהם לשיפוטיות בענייני סיכון.<sup>182</sup> שופטים פתוחים יותר לחישובי עלות-תועלת של אמצעי זהירות, ומעריכים סיכונים בצורה מדויקת יותר. הדיוטות, לעומתם, מפגינים באורח חזק יותר גישה של "אפס סיכונים",<sup>183</sup> אולי כתוצאה מאפקט הוודאות (certainty effect),<sup>184</sup> ומוכנים להוציא סכומים בלתי-מוגבלים כדי להסיר אפילו סיכונים קטנים.

## פרק יא: הישגים ואתגרים

המחקר ההתנהגותי של החלטות שיפוטיות ניצב בפני אתגרים ייחודיים. שופטים הם בני-אדם, כמובן, אולם הם גם בעלי הכשרה משפטית ובעלי ניסיון מקצועי בהכרעה בסכסוכים. משימה מרכזית של המחקר ההתנהגותי היא לבחון כיצד, אם בכלל, ההכשרה המשפטית והניסיון השיפוטי משפיעים על פעילותם של השופטים. העלאת טענות בדבר האופן שבו שופטים מחליטים בהסתמך על ממצאים מניסויים שבהם השתתפו הדיוטות היא בעייתית. זהו ביטוי ספציפי לאתגר כללי שאנו ניצבים בפניו בבואנו ליישם ממצאים התנהגותיים בעולם המשפט: גם תופעות התנהגותיות שזכו באישוש במחקרים רבים באות לידי ביטוי בצורות מגוונות ובעוצמות נבדלות בהקשרים

181 Hastie & Viscusi, לעיל ה"ש 66. ראו גם: John C. Anderson et al., *The Effect of Using Diagnostic Decision Aids for Analytical Procedures on Judges' Liability Judgments*, 14 J. ACCOUNTING & PUB. POL'Y 33 (1995); W. Kip Viscusi, *How Do Judges Think about Risk?*, 1 AM. L. & ECON. REV. 26 (1999).

182 Viscusi, *Mistreatment of Risk*, לעיל ה"ש 12.

183 שם, בעמ' 130.

184 אפקט הוודאות הוא התופעה שאנשים רגישים יותר לשינויים בהסתברויות המסלקים לחלוטין אפשרות כלשהי או הופכים אותה לוודאית, בהשוואה לשינויים שאינם הופכים תוצאה כלשהי לוודאית או לבלתי-אפשרית. על אפקט זה והשלכותיו המשפטיות ראו באופן כללי: Sean Hannon, *Williams, Probability Errors: Overoptimism, Ambiguity Aversion, and the Certainty Effect*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 335 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014).

שונים ואצל אנשים שונים. על-כן יש להיזהר מאוד בהכללות שעורכים מהקשר אחד להקשר אחר, ולהשתדל לבחון באורח אמפירי את ביטוייהן של תופעות שונות בכל הקשר והקשר.<sup>185</sup>

בהקשר זה טען שאור כי יש להבחין בין משימות שמבצעים הן שופטים מקצועיים הן הדיוטות (לרבות מושבעים), כגון קביעת עובדות והכרעה בדבר קיומה של אחריות, לבין משימות שהן בתחום אחריותם הבלעדי של שופטים, כגון בחירה בין נורמות משפטיות שונות העשויות לחול על עובדות מסוימות, פירושן ויישומן, ופיתוח של נורמות משפטיות חדשות. אף אם אין הבדל יסודי בין שופטים לאנשים אחרים כאשר הראשונים מבצעים משימות המוטלות גם על הדיוטות, יש עניין מיוחד לבדוק כיצד שופטים מבצעים את התפקידים המיוחדים להם. ייתכן שההכשרה המשפטית, הניסיון השיפוטי, הסביבה המוסדית שבה שופטים פועלים ועצם בחירתם לעסוק בשפיטה – גורמים לכך שהם פועלים באופן שונה מאנשים אחרים. למעשה, כך טען שאור, אם אין הבדל משמעותי בין "לחשוב כעורך-דין" או "לחשוב ולהכריע כשופט" לבין חשיבה או הכרעה כהדיוט, אזי אין מקום לחקור החלטות שיפוטיות יותר מכפי שיש הצדקה לחקור החלטות של מכוונאים או רופאי-שיניים. שאור מטיל אפוא ספק בתרומת המחקר ההתנהגותי הקיים של השפיטה.<sup>186</sup>

הגם שהמחקר ההתנהגותי של החלטות שיפוטיות אכן נמצא בשלבי התפתחות מוקדמים יחסית, ביקורתו של שאור נשמעת לנו מוגזמת מסיבות אחדות. ראשית, כפי שתואר בפרק י, המשתתפים בחלק ניכר מהמחקרים הניסוייים היו שופטים מקצועיים. נערכו אף כמה מחקרים ניסוייים ביחס לתפקידים ה"בלעדיים" של שופטים, כגון יישום כללים וסטנדרטים משפטיים על מערכת עובדות נתונה, כמתואר בפרק ח. בה-בעת יש להודות כי אפילו ניסויים שבהם נוטלים חלק שופטים מקצועיים מתנהלים באופן שונה למדי מן האופן שבו השופטים פועלים במציאות, ולכן יש להיזהר בגזירת מסקנות מממצאי הניסויים לעולם האמיתי.<sup>187</sup>

שנית, במערכות שבהן תפקידים שיפוטיים ממולאים על-ידי מושבעים נערכו מחקרים ניסוייים ואמפיריים רבים מאוד שנסבו על החלטותיהם. כמשתתפים במחקרים הניסוייים גויסו אנשים הכשירים לשמש מושבעים, ובמסגרת המחקרים האמפיריים נעשו תצפיות על דיונים שערכו מושבעים בפועל.<sup>188</sup> זאת ועוד, ככל שהשערה בדבר קיומם של הבדלים בין החלטות של שופטים להחלטות של הדיוטות נובעת מההכשרה

Avishalom Tor, *The Methodology of the Behavioral Analysis of Law*, 4 DIN UDVARIM 237, 185-275–281 (2008).

Frederick Schauer, *Is There a Psychology of Judging?*, in THE PSYCHOLOGY OF JUDICIAL DECISION MAKING 103 (David Klein & Gregory Mitchell eds., 2010).

Neil Vidmar, *The Psychology of Trial Judging*, 20 CURRENT DIRECTIONS IN PSYCHOL. SCI. 58 (2011).

188 לסקירה כללית ראו VIDMAR & HANS, לעיל ה"ש 14. ראו גם GREENE & BORNSTEIN, לעיל ה"ש CIVIL JURIES AND CIVIL JUSTICE: PSYCHOLOGICAL & LEGAL PERSPECTIVES (Brian H. ; 91 Bornstein et al. eds., 2008).

המשפטית של הראשונים, ניתן ללמוד רבות מניסויים שבהם השתתפו תלמידי משפטים בשנים מתקדמות ללימודיהם ועורכי־דין מנוסים.<sup>189</sup> תשובה נוספת לביקורתו של שאוואר היא שמספר ניכר של מחקרים השוו באורח ישיר בין החלטות של שופטים להחלטות של הדיוטות. כפי שתואר בפרק י, אחדים ממחקרים אלה מצאו הבדלים מסוימים בין שופטים מקצועיים לבין האוכלוסייה הכללית,<sup>190</sup> ואילו אחרים לא מצאו כל הבדל.<sup>191</sup> יתר על כן, גם אם אין הבדלים משמעותיים בין החלטות של שופטים להחלטות של אנשים אחרים, ניתן ללמוד רבות מבחינה של יחסי־הגומלין שבין הארות פסיכולוגיות כלליות לבין המאפיינים הפרוצדורליים והמוסדיים המיוחדים של החלטות שיפוטיות.<sup>192</sup> בחינה כזו עשויה להוביל לרפורמות בעיצוב המוסדי של בתי־משפט, בסדרי הדין בהם, ואפילו בכללים משפטיים סובסטנטיביים. כך, למשל, אם שופטים נרתעים מהטלת אחריות על בסיס ראיות נסיבתיות, ייתכן שהמשפט יכול להגדיר מחדש את יסודות העברה כך שלא יהא עוד צורך להסיק את האחריות מראיות נסיבתיות.<sup>193</sup> כשם שמספר עצום של מחקרים התנהגותיים על החלטותיהם של רופאים תורמים לשיפור פעילותה של מערכת הבריאות, כך יש צורך במחקרים התנהגותיים על החלטות שיפוטיות, וזאת בין אם שופטים שונים מאנשים אחרים ובין אם לאו.

לבסוף, תיקוף נוסף של ממצאי המחקרים הניסוייים שבחנו החלטות שיפוטיות מצוי במחקרים שנערכו בהשתתפות מקבלי החלטות מקצועיים מתחומים אחרים, בדיווחים עצמיים של שופטים על מלאכת השפיטה ובניתוח של פסקי־דין אמיתיים.<sup>194</sup> בסופו של דבר, יש להודות בצורך לערוך מחקרים נוספים כדי לבסס את הכלליות והתוקף של הטיעונים ההתנהגותיים בקשר להחלטות שיפוטיות. צורך זה בולט במיוחד ככל שמדובר בתפקידים הייחודיים של שופטים: פירוש, פיתוח ויישום של הנורמות המשפטיות (להבדיל מקביעת עובדות, למשל). יש אף כר נרחב למחקרים איכותניים בדבר האופן שבו שופטים פועלים למעשה בבית־המשפט, כבקרה על התוקף החיצוני של אחדים מהממצאים הניסוייים.<sup>195</sup> אולם בד בבד אין להמעיט מחשיבותם ומתרומתם של המחקרים שנערכו עד היום בתחום זה. תיאוריות והמלצות מדיניות המתבססות על

189 ראו, למשל, ELLINGHAUS, WRIGHT & KARRAS, לעיל ה"ש 157; Zamir & Ritov, לעיל ה"ש 75; Zamir, Ritov & Teichman, לעיל ה"ש 147.

190 ראו, למשל, Wistrich, Guthrie & Rachlinski, לעיל ה"ש 53; Eisenberg & Heise, לעיל ה"ש 169.

191 Landsman & Rakos, לעיל ה"ש 52.

192 Emily Sherwin, *Features of Judicial Reasoning*, in THE PSYCHOLOGY OF JUDICIAL DECISION MAKING 121 (David E. Klein & Gregory Mitchell eds., 2010).

193 Zamir, Ritov & Teichman, לעיל ה"ש 147, בעמ' 225.

194 Dan Simon, *In Praise of Pedantic Eclecticism: Pitfalls and Opportunities in the Psychology of Judging*, in THE PSYCHOLOGY OF JUDICIAL DECISION MAKING 131, 141–142 (David E. Klein & Gregory Mitchell eds., 2010).

195 Vidmar, לעיל ה"ש 187.

מידע אמפירי וניסויי בלתי-מושלם עדיפות על תיאוריות והמלצות שאינן מתבססות על מידע אמפירי או ניסויי כלשהו.

## סיכום

מאמר זה סקר שורה של יוריסטיקות והטיות פסיכולוגיות המשפיעות על החלטות שיפוטיות. כפי שהמאמר הדגים, קיים גוף רחב מאוד של ידע המראה כי הכרעות שיפוטיות מושפעות מהטיות אלה. באופן פרטני יותר, שורה של הטיות פסיכולוגיות משפיעות על האופן שבו עובדות מוסקות, על האופן שבו כללים משפטיים מהותיים מופעלים, על הסעדים הנפסקים בסופו של הליך משפטי, ואף על היבטים פרוצדורליים דוגמת משמעותם של נטלי הוכחה. שופטים מקצועיים אינם חסינים מפני הטיות אלה, והשפעתן עליהם דומה (אף אם לא זהה) להשפעתן על מקבלי החלטות שאינם מקצועיים.

להבנה עמוקה של המנגנונים הפסיכולוגיים העומדים בבסיס התהליך של קבלת החלטות שיפוטיות יש חשיבות בכמה ממדים. ראשית, היא הכרחית לצורך עיצוב מושכל של מדיניות משפטית ראויה. קובעי מדיניות אשר מעוניינים לדעת כיצד הכללים המשפטיים יופעלו בשטח חייבים לכלול בניתוחם את מגוון השיקולים שהוצגו במאמר זה. שנית, הבנת התופעות הפסיכולוגיות שימושית לעורך-הדין המעוניין לשרת נאמנה את האינטרסים של לקוחותיו. כשם שעורך-דין שמבין את המנגנונים הפסיכולוגיים העומדים בבסיס המשא-ומתן יוכל להשיג ללקוחותיו תוצאות טובות יותר, כך גם עורך-הדין הטוען בבית-המשפט תוך הכרת הדקויות של הליך קבלת ההחלטות השיפוטי יוכל לנתב את הדיון באופן מיטבי מבחינת לקוחותיו.

אין חולק כי עוד רבה הדרך עד לפיתוחו של מודל כללי אשר יחזה בצורה מדויקת את האופן שבו יכריעו שופטים בסוגיות שונות. כפי שמאמר זה הראה, חזית הידע בתחום כוללת עדיין חללים רבים שיש להשלים. יתר על כן, המחקר בתחום בישראל הוא בתולי – בין היתר בשל שיתוף-פעולה מוגבל מצד הרשות השופטת<sup>196</sup> – וברי כי הדרך להבנת ההחלטות המתקבלות בהיכלי המשפט בארץ עוד ארוכה. במובן זה יש לראות במאמר זה מעין מפת דרכים למחקרים נוספים בתחום של קבלת החלטות שיפוטיות.

196 ראו דורון טייכמן ואיל זמיר "מחקר משפטי אמפירי – הארות והערות" משפטים מד (צפוי להפרסם ב-2015).