

האוניברסיטה העברית בירושלים

THE HEBREW UNIVERSITY OF JERUSALEM

כלכלה התנהגותית ומשפט

By

MAYA BAR-HILLEL

Discussion Paper # 582 July 2011

המרכז לחקר הרציונליות

THE CENTER FOR THE STUDY
OF RATIONALITY

Feldman Building, Givat-Ram, 91904 Jerusalem, Israel
PHONE: [972]-2-6584135 FAX: [972]-2-6513681
E-MAIL: ratio@math.huji.ac.il
URL: <http://www.ratio.huji.ac.il/>

כלכלה התנהגותית ומשפט *
מיה בר הלל ואוריאל פרוקצ'יה

הקדמה

"האדם הכלכלי" (homo economicus), שקווי היסוד לדמותו שורטטו בפרק X לעיל, איננו דומה למרבית האנשים שאנחנו פוגשים ברחוב. בראש ובראשונה האדם הכלכלי הוא "רציונאלי" באופן מוחלט. הוא יודע להשתמש בכישוריו השכליים הבלתי מוגבלים כדי לברור לו את האופציות המיטביות מבחינתו, וזאת גם כאשר מספרן של האופציות הוא רב, ההשוואה ביניהן קשה, וחשוב התועלת המופקת מכל אחת מהן הוא מורכב ומסובך. האדם הכלכלי הוא גם אנוכי, ותמיד בוחר את מה שטוב בשבילו - אפילו אין הדבר מיטיב עם זולתו.

לענייננו, חשובה במיוחד היא הנחת הרציונאליות. האדם הרציונאלי, כהגדרתם של אחדים, הוא אדם המודע למטרותיו, והנוקט באמצעים מיטביים, בהינתן המידע המצוי בידיו, כדי לקדם מטרות אלה. בהגדרתם של אחרים, האדם הרציונאלי הוא אדם שבחירותיו בין חלופות מקיימות מספר אקסיומות של עקביות שנתפסות כחיוניות. דוגמה לאקסיומה של עקביות היא אקסיומת הטרנזיטיביות, הדורשת מאדם המעדיף את א' על ב' ואת ב' על ג' שיעדיף את א' על ג'.¹ התנהגות רציונאלית מעין זו עומדת בבסיסה של הכלכלה הניאו קלאסית, שרבות מתובנותיה "מתמוטטות" אם אין מניחים אותה כהנחת יסוד.

תהיה ההגדרה של התנהגות רציונאלית אשר תהיה, תצפיות יכולות לבדוק האם בני אדם אמיתיים מקיימים אותה. הכלכלה ההתנהגותית היא ענף מעורב של כלכלה ופסיכולוגיה, שמיועד לערוך תצפיות מעין אלה, ובמידת האפשר אף מניח תשתית עיונית לפירוש הממצאים. כפי שעולה מתצפיות אלה, הנחת הרציונאליות העומדת בבסיסה של הכלכלה הניאו קלאסית, שכל יתר פרקי הספר מבוססים עליה, מופרת לעיתים קרובות בדרכי התנהלותן של הבריות. לא זו גם זו, טיפוסי הסטיות מן הפרדיגמה הרציונאלית, הנצפים במישור האמפירי, ניתנים במקרים רבים לחיזוי מראש בגלל היותם שיטתיים.

תכליתה של הכלכלה ההתנהגותית היא, על כן, להציע תיאוריה כלכלית תיאורית, אשר מוסיפה הולמות אמפירית לתיאוריה הניאו קלאסית הנורמטיבית, ובכך מביאה בחשבון את דרכי ההתנהגות הנצפים הלכה למעשה. כשם שהגישה הכלכלית למשפט מיישמת תובנות כלכליות לעולם המשפט, כך גם גישת הכלכלה ההתנהגותית למשפט (behavioral law and economics) מיישמת לעולם המשפט את תובנותיה של הכלכלה ההתנהגותית.

יישומן של תובנות הכלכלה ההתנהגותית, הן לתיאוריה הכלכלית עצמה, והן להארת היבטים חבויים בעולם המשפט, איננו פטור ממחלוקות כבדות, שרבות מהן נותרו בלתי פתורות. נזכיר לשם דוגמא רק

* טיוטה לפרק ב' בספר "הגישה הכלכלית למשפט" בעריכת אוריאל פרוקצ'יה. מכון סאקר למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי, האוניברסיטה העברית, 2012.

¹ פון נוימן ומורגנשטרן הוכיחו כי מרשימה קצרה של אקסיומות של עקביות ניתן להוכיח שאפשר למדוד את התועלת המופקת מבחירה בחלופות שונות, וכל זה במספרים "קרדינליים" (כגון 1, 2, 17 וכדומה). להצגה פשוטה של הוכחה זו ראו Duncan Luce and Howard Raiffa, *Games and Decisions: Introduction and Critical Survey*, 23-31 (1957)

שתי ביקורות שכיחות על הרלבנטיות של העיסוק בכלכלה התנהגותית; אחת היא שגם אם התצפיות האמפיריות נעשות כהלכה, ומהן ניתן להסיק כי פרטים בחברה מתנהגים בצורה לא רציונאלית, אין לכך יותר מאשר השפעה זניחה על מה שמכונה "שוק". כוחות השוק מונעים על ידי המוני פרטים שה"טעויות" שלהם, כלומר אותן סטיות מן הפרדיגמה הרציונאלית, מקוזות זו את זו, ולעיתים קרובות אף מתקנות את עצמן לאחר שהפרטים חוו את עלויות הטעות. כראייה לדבריהם, אלה המסתייגים מן הכלכלה ההתנהגותית מצביעים על כוחה המנבא של הכלכלה הניאו קלאסית, ואף טוענים כי הדיוק בהנחותיה של הכלכלה הניאו קלאסית איננו קריטי לכוחה של התיאוריה²; לשון אחרת, הכלכלה הניאו קלאסית "עושה את העבודה" גם אם פה ושם הנחותיה ההתנהגותיות אינן מתקיימות הלכה למעשה.

ביקורת שכיחה אחרת כנגד הכלכלה ההתנהגותית היא שתצפיותיה מעוררות בעיות מתודולוגיות קשות. כך, למשל, נטען כי צורת ניסוח השאלות מנחה את הנשאלים להשיב את התשובות שהחוקרים מצפים להן. ברוח זו גם נטען כי אין הרי ניסוי במעבדה, צורת הניסוי המקובלת על הכלכלנים ההתנהגותיים, כהרי התנהגותן של הבריות בעולם האמיתי. לדוגמה, סל התשלומים במעבדה הוא בהכרח קטן יותר ממה שצפוי לבני אדם בחייהם כשהם עומדים בפני בחירה "אמיתית", בעיקר כזו שמשמעויותיה הכלכליות הן הרות גורל. במעבדה מחיר הטעות הוא קטן, ולכן, בהינתן מגבלות הזמן והמאמץ המחשבתית, מה שהנשאלים מוכנים להשקיע בבחירה הוא הרבה יותר צנוע מאשר בעולם האמיתי שבו גדול המחיר שהיה נגבה מהם אילו עשו טעות "אמיתית" בשאלה "גדולה". יש לציין כי ביקורות אלה, ועוד רבות כמותן, אינן מקובלות על הכלכלנים ההתנהגותיים, והם מרבים לנקוט בשיטות מתוחכמות המיועדות לסתור אותן³.

במסגרת פרק זה לא נעסוק בדילמה זו. תכליתנו היא להניח בפני הקוראים מעין "תפריט טעימות" של תובנות הכלכלה ההתנהגותית, ולהניח למתעניינים לברר לעצמם באיזו מידה הם מוכנים להשתכנע. מטבע הדברים, לא נוכל לסכם בפרק זה את כל תובנותיה של הכלכלה ההתנהגותית, או להציע יישומים משפטיים המתבססים על כולן. נסתפק, על כן, במספר דוגמאות בלבד. במלאכה זו נציג בפני הקוראים מספר תופעות, כאשר בכל הצגה שלושה חלקים עיקריים. בראשון נציין כיצד הכלכלה הניאו קלאסית הייתה ניגשת לבעיה פלונית; בשני נציג בפני הקוראים שורה של ממצאים אמפיריים הסותרים את הנחותיה של הכלכלה הניאו קלאסית. בשלישי נעמוד על הרלבנטיות המשפטית מהחלטה של תובנת הכלכלה ההתנהגותית.

1. תורת הערך

² טענה זו מוצאת חיזוק בסברה הרווחת בין כלכלנים שתיאוריה טובה אינה חייבת להסתמך על הנחות מדויקות. מבחנה של התיאוריה היא ביכולתה להסביר את המציאות ולנבא התנהגות, ולכן גם אם הנחות המודל אינן מדויקות אין זה מן הנמנע שהדיוק נחוץ כדי שהתיאוריה "תעשה את העבודה". ראו לעניין זה, למשל, Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics* in *Essays in Positive Economics*, 3 (University of Chicago Press, 1953).

³ לדוגמה, כדי להתגבר על הקושי הנובע מערכם הנמוך של התגמולים המוצעים במעבדה (לחוקר אוניברסיטאי אין תקציבי ענק שהוא יכול "לבזבז" על תשלומים גבוהים לנבדקו), נעשתה סדרה של ניסויים על נבדקים החיים במדינות עניות במיוחד (למשל, בנגלה-דש), שם גם הסכומים הקטנים יחסית של תקציבי המחקר שקולים כנגד שכר חודשי עבודה רבים. הסכומים ולפיכך אינם זניחים כלל ועיקר.

א. התופעה

אחת ההנחות הבסיסיות ביותר של הכלכלה הניאו-קלאסית היא שמקבלי החלטות משיאים את תועלתם. תועלת זו ניתנת לתיאור באמצעות "פונקציית תועלת" (utility function), והתורה המלווה פונקציה זו מכונה "תורת התועלת". המשתנים על הציר האופקי יכולים להיות סוגים שונים של "טובין" (בראש וראשונה כסף, אך גם מקרקעין, שעות פנאי, וכיו"ב). המשתנה על הציר האנכי הוא הערך הסובייקטיבי שהפרט מפיך מטובין אלה, הנקרא "תועלת". למרות שלכל אדם יכול שתהיה פונקציית תועלת משל עצמו, השונה מזו של זולתו, תורת התועלת מניחה את קיומן של תכונות מסוימות המשותפות בדרך כלל לפונקציות התועלת של כל בני אנוש.

צורה טיפוסית של פונקציית תועלת מעין זו מתוארת בתרשים הבא:



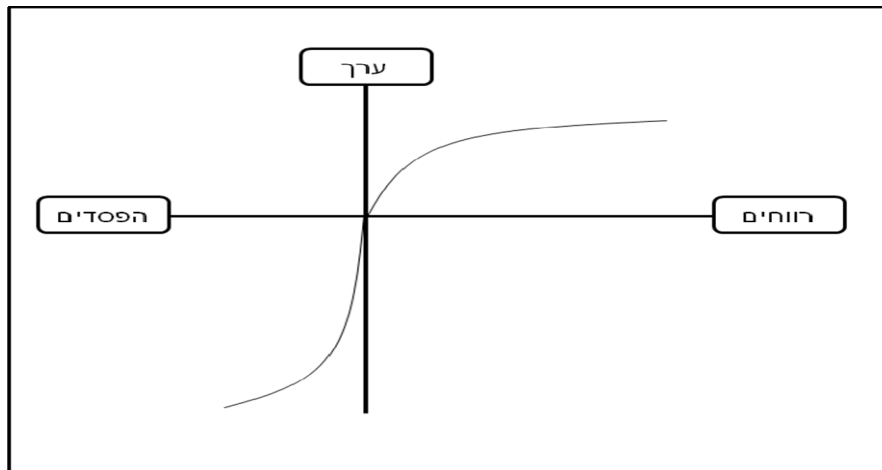
עיון בתרשים חושף תכונה מרכזית של פונקציית תועלת טיפוסית זו: ככל שהעושר גדל, גם התועלת גדלה, אולם הקצב שבו היא גדלה הולך ופוחת. תכונה זו מכונה "תועלת שולית פוחתת" (decreasing marginal utility), והיא מבטאת גראפית על ידי צורתה הקעורה של פונקציית התועלת. בצד שמאל של התרשים, מימין לראשית הצירים, גידול בעושר מגדיל את התועלת בשיעור מסוים, וככל שעושרנו גדל ואנו מתרחקים ימינה מראשית הצירים, גידול בעושר מגדיל את התועלת בשיעורים הולכים ופוחתים. קל להבין את האינטואיציה המסבירה תכונה זו. נחשוב כמה היינו נהנים מתוספת חודשית של 500 ₪ למשכורתנו לו הייתה זו 3,000 ₪ לחודש, לעומת אותם 500 ₪ לו היו מתווספים למשכורת חודשית של 30,000 ₪.

שורה של עבודות פורצות דרך בכלכלה התנהגותית הוכיחו כי תורת התועלת, שכוחה רב לה כתורה נורמטיבית המציעה כיצד ראוי לו לאדם רציונאלי לנהוג, אינה מתארת בצורה נאותה את התנהגותן של

הבריות בפועל. חלוצי התובנות הללו היו הכלכלן הרברט סיימון⁴ בשנות ה-50 וצמד הפסיכולוגים הישראליים עמוס טברסקי ודניאל כהנמן בשנות ה-70 (של המאה שעברה), והן זיכו את הוגיהן בשני פרסי נובל בכלכלה⁵ (ב-1978 וב-2002). אחריהם נהו עוד רבים אחרים. סיימון, הצביע בעיקר על כך שבני אנוש הם יצורים בעלי מוגבלויות רבות – מגבלות של זיכרון, של יכולת חישובית, ושל משאבים כגון זמן וכוחות – העלולים למנוע מהם לאתר את המהלכים האופטימאליים ולנהוג על פיהם. כהנמן וטברסקי שללו את תקפותה האמפירית של תורת התועלת, ויצקו במקומה תורה חלופית, הקרויה "תורת הערך" (Prospect Theory). תורת הערך צועדת צעד אחד קדימה ביחס למשנתו של סיימון, שכן היא מצביעה על כך שטיבה של הקוגניציה האנושית איננו מאפשר לרוב הבריות לנהוג תמיד באופן אופטימאלי, אפילו בבעיות פשוטות שאינן מאתגרות את המגבלות שסימון דיבר עליהן.

ב. נתונים מחקריים

פונקציית הערך שהניחו כהנמן וטברסקי מתוארת בתרשים הבא:⁶



פונקציית הערך שונה במובהק מפונקציית התועלת בשלוש תכונות עיקריות. א. היחס לשנאת הסיכון. כנאמר לעיל, מהפונקציה הטיפוסית של תורת התועלת נובעת התכונה הגלובאלית של "שנאת סיכון"⁷. תכונה זו מוגדרת כהעדפה של תוחלתו של הימור על פני ההימור עצמו

⁴ הרעיון אותו הגה סיימון בשנת 1955 הינו "הרציונאליות החסומה". חסומה על שום מה? סיימון טען כי הנחתה הבסיסית של התיאוריה הכלכלית הניאו-קלאסית בדבר רמתה האופטימאלית של היעילות האנושית כאשר עסקינן בבחירה צרכנית שגויה; הרצון למקסם בחירה זו ברמתה האופטימאלית יקר מידי לביצוע, ויכולותיו של בן האנוש לחשב את הדרך לכך מוגבלות. משום כך, יסתפק ב"תוצאה בקירוב", קרי, בתוצאה נסבלת ומספקת, לאו-דווקא אופטימאלית. ראו עוד במאמרו המכונן Herbert A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, 69 *The Quarterly Journal of Economics*, 99-188 (1955).

⁵ טברסקי לא זכה להימנות על חתני הפרס, כי נפטר לפני השנה בה זכה כהנמן בפרס.

⁶ הדוגמאות שבפיסקה זו לקוחות, בצורה זו או אחרת, מעבודתם המרכזית של טברסקי וכהנמן משנת 1979. ראו Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 47 *Econometrica*, 313 (1979).

⁷ המילה "סיכון" מציינת בתורת ההחלטה אי-ודאות, ולא סכנה.

⁸, והביטוי הדיאגרמטי שלה הוא צורה קעורה, שתיאורה "תופס" את מלוא התרשים. פונקציית הערך, דומה לפונקציית התועלת בצידו הימני של התרשים, מה שמבאר מדוע, גם לפי תורת הערך, רובנו נעדיף לקבל בוודאות 1000 ₪ מאשר לקבל 2000 ₪ בהסתברות של חצי. ואולם מצורתה של פונקציית הערך, ניתן לראות כי אם המדובר הוא בהפסדים, הגלגל מתהפך (למשל, נעדיף להפסיד 2000 ₪ בהסתברות של חצי מאשר להפסיד בוודאות 1000 ₪). ואמנם, כפי שאכן עולה משורה ארוכה של ניסויים, כאשר מדובר בהפסדים רובנו דווקא מעדיפים הימורים (או, כפי שהם מכונים לעיתים, "הגרלות") על פני תוחלתם. סוג זה של העדפה נקרא "אהבת סיכון". דפוס של שנאת סיכון בתחום הרווחים ואהבת סיכון כאשר מדובר בהפסדים איננו מתיישב עם פונקציית התועלת הטיפוסית, אך נגזר מפונקציית הערך, שבתחום ההפסדים (שמאלה מראשית הצירים) צורתה קמורה.

ב. שנאת הפסד. מחקרים מראים כי רובנו נעדיף לדחות הימור הנותן הסתברות של 50% להרוויח 1000 ₪ והסתברות של 50% להפסיד 1000 ₪. רבים מאתנו יסרכו להימור כזה אפילו אם הרווח האפשרי יוגדל ל- 1500 ₪ ואף ל- 2000 ₪, למרות שתוחלת הרווח (האובייקטיבי) מהימור כזה הינה חיובית (שכן הרווח האפשרי עולה על ההפסד האפשרי, באותן הסתברויות)⁹. תכונה זו נקראת "שנאת הפסד". לכאורה, העדפה זו ניתנת להסבר גם על ידי שנאת סיכון באופן הבא. אם נצרף את התוצאות האפשריות לסטטוס קוו, (נכנה אותו "W", שהוא קיצור המילה "wealth"), כנדרש בפונקציית התועלת, אזי ההעדפה המדוברת פירושה העדפה של התועלת של W על פני ההימור שיניב לנו בסופו של דבר את התועלת הנגזרת מעושר ברמה של W + 1500 בהסתברות של חצי, ואת התועלת הנגזרת מעושר ברמה של W - 1000 בהסתברות של חצי. העדפה זו- יכולים היינו לחשוב- איננה אלא שנאת סיכון, הגם שבממדים קיצוניים למדי. אולם הכלכלן המהולל קנת' ארו הוכיח, עוד בשנת 1971¹⁰, כי מקבל החלטות רציונאלי שפונקציית התועלת שלו תואמת את תורת התועלת תמיד יעדיף הימור "קטן" (כלומר, שתוצאותיו קטנות ביחס ל-W, כמו בדוגמה שלנו) בעל תוחלת חיובית על פני הסטטוס קוו, וזאת משום שבהימורים קטנים כגון זה שלפנינו, פונקציית התועלת חייבת להיות בקירוב ליניארית (אף על פי שאם מתבוננים בכולה "בבת אחת" היא אמנם קעורה)¹¹. במילים אחרות, פונקציית התועלת בדרך כלל איננה סובלת שנאת סיכון במידה שכזו, למרות צורתה הקעורה¹². לעומת זאת הממצא האמפירי שרובנו דוחים גם הימורים קטנים למרות תוחלתם החיובית, מתיישב היטב עם רגישותנו הגדולה יותר להפסדים מאשר

⁸ התוחלת של הימור מוגדרת כמכפלת תוצאותיו האפשריות בהסתברות קבלתן. לדוגמה, התוחלת של הימור שבו על פי הטלת מטבע זוכים ב-2000 ₪ או בלא כלום היא, לפיכך, $2000 \times \frac{1}{2} + 0 \times \frac{1}{2} = 1000$.

⁹ תוחלת הרווח מהימור שיש בו הסתברות של חצי לזכות באלפיים ₪ והסתברות של חצי להפסיד 1000 ₪ היא 500 ₪ $(2000 \times \frac{1}{2} - 1000 \times \frac{1}{2} = 500)$.

¹⁰ ראו לעניין זה, Kenneth Arrow, *Essays in the Theory of Risk-Bearing* (Holland Pub. Co., 1971).
¹¹ כפי שציינו קודם, סביר אמנם להניח כי תוספת של 500 ₪ למשכורת החודשית "תשמח" את מי שמשכורתו 3,000 ₪ יותר משתשמח את מי שמשכורתו 30,000 ₪. סיבה אינטואיטיבית לכך היא שכל תוספת לשכר דל "קונה" לבעליה צרכי חיים יותר חיוניים ממה שהייתה "קונה" לבעלי שכר דשן. אך בהימורים קטנים, נניח של 20 ₪, קשה להניח כי רמת החיים של המהמר תשתנה באופן מורגש אם יזכה בהימור או יפסיד בו. אם בכל זאת רובנו מעדיפים 20 ₪ על סיכוי של חצי לקבל 40 ₪, סביר יותר לתלות זאת בשנאת הפסד ולא בשנאת סיכון.

¹² מבלי להיכנס לעובי הקורה נציין כי פונקציית שקעירות מספקת כדי להסביר העדפות שכאלה מובילות לסתירות נוספות. קוראים מעוניינים מופנים להוכחת הטענה ב- Matthew Rabin, *Risk Aversion and Expected Utility Theory: A*

לרווחים שווי גדול, עובדה שמבוטאת באמצעות התלילות הגדולה יותר של פונקצית הערך בתחום ההפסדים (הזרוע השמאלית) בהשוואה לתחום הרווחים (הזרוע הימנית). לתכונה זו קוראים "שנאת הפסד".

ג. נקודת התייחסות. נניח כי פלוני קבל זה עתה מענק בסך 1000 ₪. עכשיו עליו לבחור בין שתי חלופות: א. הפסד ודאי ומידי של 100 ₪; ב. הפסד של 200 ₪ בהסתברות של חצי. רוב האנשים בוחרים באפשרות השנייה (נזכור כי רובנו שוחרי סיכונים בתחום ההפסדים). על פי תורת התועלת, היינו צריכים לחשוב על הבעיה באופן הבא: מכיוון שזה עתה קבלנו מענק של 1000 ₪, הרי שאם נבחר באפשרות הראשונה, יישאר לנו רווח ודאי ומידי של 900 ₪. מאידך האפשרות השנייה תיתן לנו רווח של 1000 ₪ בהסתברות של חצי, ואחרת – רווח של 800 ₪. בכל מקרה ההימור מוביל רק לרווחים, ולא להפסדים. כזכור, כאשר המדובר הוא ברווחים רובנו דווקא שונאי סיכון, ואכן בבחירה בין 900 ₪ בוודאות לבין הטלת מטבע בין 1000 ₪ ל-800 ₪, רובנו מעדיפים את הרווח הוודאי בסך 900 ₪. מדוע, אם כן, רוב הנשאלים לעיל מעדיפים את ההימור המשולב המקורי על פני תוחלתו? התשובה היא שמייד עם קבלת המענק, השתנתה נקודת התייחסות שלהם (ראשית הצירים שלהם "זוה" באלף ש"ח ימינה), ולפיכך ההימור כפי שהוא מוצג הוערך כהימור בין הפסדים, ולא בין רווחים. אכן, בעוד תורת התועלת מניחה שראשית הצירים קבועה במקומה, תורת הערך ממוקדת בנקודת התייחסות, המשתנה תדיר בהתאם למצבי העושר המשתנים של הבריות.

בתורת הערך, ה"נשאים" (carriers) של ערך הינם שינויים בעושר, ולא מצבי עושר סופיים, כפי שמניחה תורת התועלת. העובדה שבתורת הערך שינויי מצב לרעה מתנהגים אחרת משינויי מצב לטובה (כמתואר על ידי שתי הזרועות שונות הצורה של פונקצית הערך) מקלקלת את אפשרות המעבר בין הפונקציות, ומונעת ניסוח-מחדש של בעיית החלטה במונחי שינויי מצב כבעיית החלטה במונחי מצבים סופיים – ולהפך.

ג. יישומים משפטיים.

ייתכן שהיותנו רגישים יותר לשינויים במידת העושר שלנו מאשר למצבי העושר, היא תכונה שלא נעלמה גם מהמחוקק, ושהותירה רישומה בענפים רבים של המשפט. דוגמא לכך היא שיעור חבותו של בעל לזון את אשתו על פי דין תורה, שהוא, לעניין זה, גם דין המדינה¹³. שיעור זה נקבע על פי הכלל ההלכתי הידוע כ"עולה עמו ואינה יורדת עמו". לפי כלל זה אישה דלת אמצעים הנישאת לכן זוג אמיד ממנה זכאית למזונותיה ברמה התואמת את אורח חייו ויכולתו של בן הזוג (כלומר, היא "עולה עמו"). לעומת זאת אישה שבאה מבית אמיד יותר מזה של בן זוגה זכאית לכך שבן זוגה יזון אותה ברמה התואמת את הרגליה מבית הוריה, ואין היא צריכה להסתפק ברמה התואמת את אורח חייו ויכולתו של בן הזוג (כלומר, אין היא "יורדת עמו"). לכאורה, הוראת דין בעלת אופי סוציאלי המזכה אישה במזונותיה הייתה צריכה לשאת אופי שוויוני. כל הנשים היו צריכות להימדד בסרגל שווה המאפשר להן רמת חיים סבירה

¹³ ע"א 508/70 נתוביץ נ. נתוביץ, פ"ד כ"ה (1) 603.

המתחשבת בנסיבות חייו ויכולתו של בן הזוג. ואולם אם מטרת הדין איננה להעניק לנשים רמות חיים שוות באופן אובייקטיבי, הנחשבות למספיקות, אלא רמות תועלת שוות מן העושר הניתן להן, יש להביא בחשבון את נקודת ההתייחסות שביחס אליה חווים את השינויים. נקודת ההתייחסות הזו כאן היא רמת חייה של האישה בטרם נישואיה.

הדוגמה הבאה הינה פחות נקייה, מהיותה ניתנת גם לפרשנות אחרת. גמלאות סוציאליות, כמו, למשל, דמי אבטלה, גמלת נפגעי עבודה וכיוצא באלה מבוססות לעיתים קרובות על הכנסתו של הזכאי להן (בכפוף לתקרה סטטוטורית). מאחר שמטרת הגמלאות היא סוציאלית, נשאלת השאלה מדוע שיעור הגמלה אינו אחיד לכולם. ניתן להצדיק תוצאה דיפרנציאלית זו על יסוד מערכת השיקולים שנדונה לעיל, קרי מניעה של שינויים דראסטיים לרעה ברמת ההכנסה. עם זאת, דמי הביטוח המשתלמים בעד הזכות לגמלאות גם הם יחסיים לגובה ההכנסה, ולכן התוצאה הדיפרנציאלית ניתנת להסבר חלופי על יסוד הטענות שמי ששילם יותר דמי ביטוח זכאי לגמלאות מוגדלות.

אהבת סיכון בהפסדים, היינו הנתון האמפירי שרוב הבריות "מעדיפות סיכונים" כאשר מדובר בהפסדים, כפי שעולה מתורת הערך אך לא מתורת התועלת, מתאימה יפה לתופעות מעניינות רבות בעולם המשפט. נסתפק כאן בדוגמא אחת, חשיפתו של רציונאל פסיכולוגי למוסד "הבניית הענישה" במשפט הפלילי הדיוני. כידוע, בשנים האחרונות הוצעו ואף יושמו רפורמות מרחיקות לכת בדיני הענישה. בעבר היה נהוג שעבירות פליליות תגדרנה רק את עונשי המכסימום הצפויים לעבריינים, ולבתי המשפט הוענק שיקול דעת רחב איזה עונש להשית על העברייני, מאפס ועד למכסימום הקבוע בחוק. לעומת זאת, כיום מקובל במדינות שונות להגביל את שיקול הדעת, או, בלשון יותר נקייה, "להבנות" אותו. שיקול דעת "מובנה" הוא גרסה מרוככת של ענישה על פי תעריפון סטטוטורי, כאשר לכל עבירה, המלווה בנסיבות כאלה או אחרות, התעריפון מתאים עונש קבוע, או כמעט קבוע¹⁴. הרטוריקה הנלווית להבניית שיקול הדעת בענישה נאחזת בדרך כלל בטעמים של צדק אפקטי-השאיפה להחיל תוצאות עונשיות דומות על התנהגויות עברייניות דומות, ולא לתלות את העונש בגחמותיו של הפוסק או במאפייניו האישיים (הנבדלים מן המאפיינים האישיים של פוסקים אחרים הנדרשים לסוגיות דומות). מובן מאליו כי להבניית שיקול הדעת בענישה יש גם חסרונות לא מעטים. העבריינים הם כה שונים אלה מאלה, ונסיבות ביצוע העבירה הן לעיתים קרובות כל כך ייחודיות לכל אחד מהם, עד שאי התחשבות בשיקולי ענישה פרטיקולאריים נתפסת לעיתים קרובות כבלתי ראויה. אחרי הכל, גם אם יש להחיל תוצאות דומות על מעשים דומים, יש להחיל תוצאות שונות על מעשים שונים.

מבלי להכריע בשאלה הערכית הנ"ל, ניתן לציין כי התופעה של אהבת סיכון בהפסדים מספקת סיבה פסיכולוגית להצדקת ההבניה של שיקול הדעת בענישה. נניח לשם הפשטות כי בשיטה "מובנה" העונש התעריפי הוא חמש שנות מאסר, ואילו בשיטה המבוססת על שיקול דעת תוחלת העונש היא חמש שנים, אך הוא יכול לנוע בין אפס לבין עשר שנים, בהתאם להחלטתו של מי שמפעיל את שיקול הדעת. מאחר שעונש הוא בודאי "הפסד", סביר לצפות שעבריינים יעדיפו את ההגרלה על פני תוחלתה. במילים אחרות, חמש שנות מאסר ודאי מרתיעות יותר מן ההגרלה, היינו, מהאפשרות להיכלא לתקופת מאסר לא

¹⁴ בארצות הברית הוחק חוק פדראלי – ה-Sentencing Reform Act, 1984 אשר על פי הנחיותיו נעשתה הבניית ענישה בעבירות פדראליות מסוג פשע וכמה סוגי עוונות חמורים. בעקבות הדוגמא הפדראלית התקבלו הנחיות ענישה בכמהצית ממדינות ארצות הברית. בשעת כתיבת שורות אלה בוחנת וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הצעת חוק ממשלתית המיועדת להנהיג הבניית ענישה גם בארצנו, אך להצעה זו קמו מתנגדים רבים וגורלה עדיין לוט בערפל.

ידועה מראש, גם אם תוחלתה היא חמש שנים. לכן אם אחת המטרות העיקריות של דיני הענישה היא להרתיע עבריינים, וכך לצמצם את מימדי הפשיעה, הבניית שיקול הדעת בענישה היא, מבחינה זו, רעיון טוב¹⁵.

התובנות המתייחסות להבניית שיקול הדעת בענישה ישימות במידה רבה גם למשפט הפרטי, ככל שהוא מתייחס לשיקולי הרתעה, ובמיוחד ככל שהוא מתייחס לעוולות מכוונות, שבהן איננו חוששים ל"הרתעת יתר". כך, למשל, דיני הנזיקין מרבים לאחרונה לחייב מזיקים לשלם לניזוקים פיצויים ללא הוכחת אשמה, וכך לשחרר את הצדדים מן השקלא וטריא הכרוכים באומדן שיעור הפיצויים. יש לכך דוגמאות רבות, כגון על פי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 וחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. כל החוקים האלה מזכים את הקורבן לפיצוי ששיעורו נקבע בגוף החוק. פיצוי זה אמנם נקבע כסכום מרבי, ולא כסכום קשיח שאין לסטות ממנו. ואולם יש לשער כי מרבית השופטים נאחזים בסכום מרבי זה כמעין עוגן, שהסטיות ממנו מועטות. ככל שהשערה זו היא נכונה, יש בה כדי להגביר את ההרתעה, כי המזיק רואה לנגד עיניו סכום קבוע ולא רק הגרלה.¹⁶

עוד תכונה שהדגשנו בפרשנותנו לתורת הערך היא שנאת ההפסד. להלן שתי דוגמאות המבהירות את כוחה של תכונה הזו בעולם המשפט. השכירים שבינינו יודעים כי מלבד שכר עבודה "רגיל" אנו זוכים לסוגים שונים של הטבות סוציאליות הנדרשות על ידי החוק (למשל, זכאות לגמלאות הביטוח הלאומי). חלק מן הפרמיה הנדרשת למימון ההטבות מנוכה מהשכר, ואילו חלק אחר, לעיתים חלק הארי, משולם על ידי המעביד. מאחר שהמעביד אדיש בין הגדלת השכר תוך פטירתו מתשלום "חלקו" למימון ההטבות הסוציאליות לבין הותרת השכר בעינו ותשלום "חלקו" כנדרש, מי שמשלם את הפרמיה בסופו של דבר אלה השכירים (או, ליתר דיוק, עול התשלום מתחלק בין הצדדים בהתאם לגמישויות היחסיות של הביקוש וההיצע). מדוע, אם כן, השכירים משחקים את המשחק, מחלקים את הפרמיה לשני חלקים, ועומדים על כך כי הם ישלמו רק את מקצתה ואילו המעביד ישלם את יתרתה? תשובה אפשרית אחת היא שבצורה כזו תשלום הפרמיה הנדרשת למימון ההטבות הסוציאליות "כואב" לשכירים פחות ממה שהיה אילו שכרם הוגדל אך היו נדרשים להפריש חלק גדול יותר ממנו לתשלום הפרמיה. התוספת לרווחתם כתוצאה מהגדלת שכרם בסכום נתון הייתה קטנה יותר מן הגריעה מרווחתם כתוצאה מהגדלת חלקם בתשלום הפרמיה באותו שיעור: פונקצית הערך על פי תורת הערך תלולה יותר ברביע השלילי ממה שהיא ברביע החיובי.

דוגמה דומה נוספת נוגעת למס חברות. בארצות רבות, וישראל ביניהן, חברות נדרשות לשלם מס חברות, בנוסף לחובתם של בעלי המניות לשלם מס על הרווחים שהם מפיקים מן החברה. ברור שתשלום המס על ידי החברה הוא מעין פיקציה. מי שמשלם למעשה את המס הוא מי שעושרו נגזר מעושרה של החברה,

¹⁵ ראו Alon Harel & Uzi Segal, *Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Detering Crime*, 6 American Law and Econ. Rev. 276 (1999).

¹⁶ הפיצוי ללא הוכחת נזק איננו מתיימר לבוא במקום זכותו של הקורבן להוכיח את נזקו במקרים שבהם הנזק עולה על שיעור הפיצויים ללא הוכחת נזק. במצב דברים זה ברור שעוצמת ההרתעה עולה, כי תוחלת הפיצוי עולה גם היא, שהרי הקורבן ישתמש בזכותו להוכיח את נזקו רק במקרים שבהם הנזק עולה על שיעור הפיצויים ללא הוכחת נזק. לכן תפריט הפיצויים בחוקים דלעיל מגביר את ההרתעה בשני מובנים מצטברים: גם בכך שהם מעלים את תוחלת הנזק (לצורך מסקנה זו אין אנו נזקקים לתובנותיה של הכלכלה ההתנהגותית) וגם בכך שהם קובעים שיעור פיצויים קבוע ואינם מסתפקים רק בהגרלה.

כלומר בעלי המניות. מדוע אם כן אין ממסים את בעלי המניות בשיעור יותר גבוה ופוטרים את החברה מחובותיה כ"נישום"? יש לציין כי הואיל ושיעור המס הנגבה כמס חברות הוא קבוע, יש לו מאפיינים רגריסיביים ברורים, לעומת מס ההכנסה הנגבה מיחידים שהוא פרוגרסיבי. מס החברות גם יוצר עיוותים רבים, כגון בין השקעה במניות לבין השקעה באגרות חוב (הריבית על אגרות חוב, שלא כמו דיבידנד על מניות, ניתנת לניכוי מבסיס מס החברות), או בין חלוקת הרווחים לבעלי המניות לבין הותרתם בתוך החברה. הסבר פסיכולוגי אפשרי הוא שיתרונו של מס החברות הוא בעצם עמימותו- איש אינו מפנים את העובדה כי הוא משלם את המס, ולכן הצער הנגרם מתשלומו הוא קטן יותר מהצער מתשלום באותו שיעור שהיה נגרם אילו רווחיהם של בעלי המניות היו גדולים יותר אך חלק גדול יותר מהם היה מנוכה כמס¹⁷.

2. אפקט הניסוח (framing)

א. התופעה

בסעיף הקודם ראינו כי מחקרים מצביעים על כך שקיימות סטיות התנהגותיות רבות מתורת התועלת. למשל, כאשר מדובר ברווחים אנו נוטים להעדיף את תוחלתו (החיובית) של הימור על פני ההימור עצמו, אך כאשר מדובר בהפסדים אנו נוטים להעדיף הימור על תוחלתו (השלילית). בסעיף זה נסביר שאפילו העדפות אלה אינן בהכרח "אמיתיות" (במובן שיוסבר מייד), אלא נתונות בקלות למניפולציה. נגדיר העדפה כ"אמיתית" כאשר היא מתייחסת למושאי הבחירה עצמם; למשל העדפת טעמו של תפוח על פני זה של אגס. העדפה לא תיחשב "אמיתית" במובן זה כאשר היא תלויה בנוסח שבו מושאי הבחירה מוצגים לבוחר. למשל, אם מישוה מעדיף תפוחים על פני אגסים, היינו מצפים שלא יעדיף pears על פני apples רק כיוון שמושאי הבחירה הוצגו הפעם בשפה האנגלית.

הצורך להתייחס לדברים על פי מהותם ולא על פי הדרך שבה הם מתוארים עובר כחוט השני בעולם המשפט. כך, למשל, ברי לכל כי עסקת "מכר חוזר", למרות שמה, איננה אלא משכון בתחפושת¹⁸. כמו כן, האבחנה בין "שכירות מקרקעין" ל"רישיון להחזיק במקרקעין" היא אבחנה מהותית (ולא סמנטית גרידא), ולכן אין שומעים למי שמשכיר מקרקעין אך מכנה את חוזה השכירות בשם "רישיון". גם דיני המיסים מתעלמים דרך קבע מ"עסקאות מלאכותיות" שלמרות כינוייהן המטעים, אין להם תכלית אלא הימנעות ממס. והנה מסתבר כי כאשר בקבלת החלטות עסקינות, "החיים והמוות הם ביד הלשון". כלומר, לעיתים קרובות, הבחירה בין חלופות איננה נעשית בשל מה שהן, אלא בשל הניסוח הלשוני שמתאר אותן. במילים אחרות, מקבל החלטות עשוי להעדיף חלופה א' על פני חלופה ב' כאשר הדילמה מוצגת לו באופן אחד, ואת ב' על פני א' אם היא מוצגת לו בניסוח לשוני אחר – וזאת גם כאשר לית מאן דפליג

¹⁷ רעיונות אלה הובעו על ידי Edward McCaffrey, *Cognitive Theory and Tax*, in Cass Sunstein (ed.) Behavioral Law and Economics 398 (Cambridge University Press, 2000).

¹⁸ סעיף 2 (ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, קובע כי "הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא".

שמדובר באותן חלופות בדיוק. עריצותה של הדרך שבה נעשה במוחנו עיבוד הנתונים עד לשלב היווצרותה של ההעדפה מוליד את מה שמכונה "אפקט הניסוח" (framing effect), ולתיאורו של נושא זה אנו פונים עתה. כפי שיתברר, יש לממצא זה השלכות משמעותיות על הגישה הכלכלית למשפט.

ב. נתונים מחקריים

גם ללא נתונים מחקריים, ניסיון החיים מלמד אותנו כי לעיתים מזומנות אנו משנים את יחסינו לסובב אותנו בהתאם לדרך שבה הוא מתואר. ידועה המימרה בעולם דובר האנגלית על האב הרחום המוליך את בתו לחופה ולבו דואב על שהוא מוסר אותה, כביכול, לידי זר, והנה הוא מתנחם כאשר אומרים לו ש"אין הוא מאבד בת אלא זוכה בבן". הנתונים המחקריים תומכים באופן מלא באינטואיציה הזו. בעולם האמיתי, שינוי בתיאור או בניסוח יכול לחולל שינוי במידע של המחליט, או לפחות במידע שעולה על דעתו של המחליט, או לסמן הבדלים שכדאי לקחתם בחשבון ולא נלקחו בחשבון קודם לכן, וכדומה. אפשר להתווכח אם "אפקט הניסוח" הוא שינוי מדומה או שינוי אמיתי. אולם בניסויים שנעשו, קל לשלוט בכל המשתנים עד כדי כך שההבדל בין החלופות העומדות לבחירה יהיה, לכל הדעות, הבדל ניסוחי גרידא. הניסוי המפורסם ביותר המדגים את אפקט הניסוח נקרא בשם "בעיית השפעת האסימטיות", שנוסה עד היום על רבבות נשאלים (הגם שלא כולם בניסויים מבוקרים), וביניהם גם אנשים מתחום מדיניות הבריאות¹⁹. נשאלים מתבקשים לדמות לעצמם כי על פי מידע שהגיע לידם, עומדת להתחולל בחורף הקרוב מגפה קשה של שפעת אסימטית מזן חדש ואלים. ההערכה היא כי אם לא ייעשה דבר, 900 בני אדם ימותו כתוצאה מן המגפה. קבוצה אחת מתבקשת לבחור בין שתי תוכניות פעולה כדלקמן:

תכנית א': אם תאומץ תוכנית פעולה זו, יינצלו חייהם של 600 בני אדם.

תכנית ב': אם תאומץ תוכנית פעולה זו, יכולה להיות לה אחת משתי תוצאות אפשריות. אם היא תעלה יפה, יינצלו כל 900 האנשים. הסיכוי לאפשרות זו מוערך בשני שלישים. אולם יש סיכוי של שליש שהתוכנית לא תצלה, ואז לא יינצל איש.

הקבוצה השנייה מתבקשת אף היא לבחור בין שתי תוכניות פעולה כדלקמן:

תכנית ג': אם תאומץ תכנית פעולה זו, ימותו 300 אנשים.

תכנית ד': אם תאומץ תכנית פעולה זו, יכולה להיות לה אחת משתי תוצאות אפשריות. אם היא תעלה יפה, לא ימות אף אחד. הסיכוי לאפשרות זו מוערך בשני שלישים. אולם יש סיכוי של שליש שהתכנית לא תצלה, ואז ימותו כל 900 האנשים.

קל לראות כי תכנית א' זהה לתכנית ג'. בשני המקרים יינצלו 600 בני אדם ו-300 בני אדם ימותו. כמו כן תכנית ב' זהה לתכנית ד'. בשתי התוכניות יש סיכוי של שליש שכל 900 בני האדם ייספו במגפה, וסיכוי של שני שלישים שכולם יינצלו. לכן יש טעם לצפות שמי שמעדיף את א' על ב' גם יעדיף את ג' על ד',

¹⁹ Amos Tversky and Daniel Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, 211 *Science* 453 (1981).

ולחיפך. כך היה נוהג אדם רציונאלי, אשר העדפותיו עקביות ו"אמיתיות" (במובן שהוגדר לעיל). אך לא זו תוצאת הניסויים. בקבוצת הנשאלים הראשונה מרבית הנבדקים מעדיפים את תכנית א' על פני תכנית ב', שהיא ההעדפה המבטאת "שנאת סיכון". לעומת זאת בקבוצת הנבדקים השנייה רובם העדיפו את תכנית ד' על פני תכנית ג', שהיא ההעדפה המבטאת "אהבת סיכון".

מדוע השתנו ההעדפות למרות שלא השתנו החלופות? הבחירה שהוצגה בפני קבוצה הראשונה נקטה בלשון שכיוונה ל"רווחים", כי התוצאות תוארו במונחים של הצלת נפשות. הבחירה שהוצגה בפני הקבוצה השנייה נקטה בלשון שכיוונה ל"הפסדים", כי התוצאות תוארו במונחים של קורבנות הנספים במגפה. עינינו הרואות, העדפתן של הבריות נקבעת לעיתים קרובות לא על פי התוצאות הסופיות (כאן, גודל האוכלוסייה לאחר המגיפה ובחירת האסטרטגיה להתמודד עמה) ואפילו לא על ידי סימנם או עוצמתם של השינויים מנקודת ההתייחסות (כמה ימותו וכמה יינצלו), אלא על דרכי הניסוח הלשוני שבהן מוצגות החלופות (כלומר, אם הדגש המפורש הוא על אלה שימותו או על אלה שיינצלו)²⁰. שתי החלופות הכירו גם בניצולים וגם בנספים, אך לשון הניסוח הפכה אותן מ"רווחים" לכאורה ל"הפסדים" לכאורה, ועוררה את התייחסויות הפסיכולוגיות התואמות לכך.

ג. יישומים משפטיים

אפקט הניסוח נוכח כמעט בכל פינה, שהרי גם אם נרצה להימנע ממנו אין לנו ברירה אלא לנסח היגדים באמצעים לשוניים. כיוון שהשפה מאפשרת לנו לתאר מצבים זהים בצורות שונות, מתברר שתוצאות הבחירה עשויות להיות תלויות, או לפחות מושפעות, לא ממהותם של מושאי הבחירה, אלא מן הדרך שבה הן תוארו מן הבחינה הלשונית. ההקפדה על ניסוח "ניטראלי", הממזער את ההטייה ההתנהגותית הנובעת מן הניסוח, איננה תמיד קלה לביצוע (אם כי לעיתים איננה בלתי אפשרית. לדוגמא, בבעיית השפעת האסימטית אפשר היה לציין גם את מספר הניצולים וגם את מספר הנספים הצפויים כתוצאה מן הבחירה בכל אחת משתי האסטרטגיות המוצעות לבחירה).

ברי שלא כל בחירה באחת מחלופות הניסוח נועדה כדי להטעות, ואפילו לא כדי לכוון או להשפיע על התנהגותו של הזולת. להלן שתי דוגמאות, שלפחות הראשונה שבהן היא שפירה, כלומר איננה מכוונת להשפיע על התנהגותו של הזולת (אך בכל זאת משפיעה עליה).

דוגמא ראשונה: כידוע, תאגידים המפעילים כרטיסי אשראי גובים עמלה המשולמת על ידי הספק (ברור שהספק אינו אלא המשלם הפורמאלי, שהרי עלותה של העמלה מתחלקת בין הספק ללקוח על פי הגמישויות היחסיות של הביקוש וההיצע). הספקים, מצידם, היו מעדיפים לקבל תשלום במזומן, כדי לחסוך את תשלום העמלה. לכן יש והם מציעים ללקוחותיהם הנחת מזומן. הצעה זו יכולה להימסר ללקוחות באחת משתי הדרכים הבאות:

נוסח א': מחיר הסחורה הוא 100 ₪, אולם לקוחות המשלמים במזומן יהיו זכאים להנחה של 5 ₪.

²⁰ הדוגמה השלישית בפסקה ב' בפרק על תורת הערך אף היא מדגימה אפקט של ניסוח, כאשר בניסוח אחד המענק ההתחלתי נתפס כמשולב עם בעיית ההחלטה, ובניסוח האחר הוא נתפס כלא משולב עמה, מה שגורר החלטות הפוכות זו לזו.

נוסח ב': מחיר הסחורה הוא 95 ₪, אולם לקוחות המשלמים בכרטיס אשראי יחויבו בתוספת עמלה בשיעור של 5 ₪.

הגם שהבחירה המוצעת ללקוחות הינה זהה בשני הנוסחים (היינו, עלות הסחורה למשלמים בכרטיס אשראי גבוהה ב- 5 ש"ח מעלות הסחורה למשלמים במזומן), דרך ב', כפי שהוכח במחקרים, מעודדת יותר לקוחות לשלם במזומן, בהשוואה לדרך א'. הסיבה היא שדרך א' מציגה את הפרש המחירים כמעין בונוס, או "רווח" ללקוח המשלם במזומן, ואילו דרך ב' מציגה את ההפרש כמעין קנס, או "הפסד" ללקוח המשלם בכרטיס אשראי. הערך הסובייקטיבי החיובי של הבונוס קטן בשיעורו מהערך הסובייקטיבי השלילי של קנס שווה גודל, ולכן לקוחות רבים יותר ירצו להימנע מהקנס, בהשוואה למספר הלקוחות שיתפתו לקבל את הפרס. ייתכן שדרך יותר "ניטרלית" היא דרך שלישית כדלקמן:

נוסח ג': מחירה של סחורה זו הוא 95 ש"ח למשלמים במזומן ו-100 ש"ח למשלמים בכרטיס אשראי.

דוגמא שנייה: דוגמא זו היא יותר דרמאטית. כידוע, אדם שנפגע מעוולה נזיקית זכאי לפיצוי, בין היתר, על ה"כאב וסבל" (pain and suffering) שנגרמו לו מן העוולה. להבדיל מראשי נזק אחרים, שאומדנם הוא אובייקטיבי (למשל, הוצאות אשפוז), אומדן הנזק ה"כללי" המתייחס לכאב וסבל נתון לשיקול דעתו של הפוסק. כמחצית מכלל הפיצויים הנפסקים בארצות הברית בתביעות רשלנות רפואית ותביעות על נזקים שנגרמו ממוצרים פגומים הם פיצויים על כאב וסבל. מהו שיעור הפיצויים ה"נכון" על ראש נזיקין זה? לפנינו שתי דרכים לאומדן הנזק, שכל אחת מהן יכולה לשמש בסיס להדרכת המושבעים (או השופטים המקצועיים).

דרך א': על המושבעים לפסוק לטובת התובע סכום ששייב אותו למצב שהיה בו אלמלא ניזוק, עד כמה שניתן לעשות זאת באמצעים כספיים.

דרך ב': על המושבעים לאמוד את הפיצוי על הכאב והסבל כסכום שלפי דעתם התובע היה מסכים לקבל מן המזיק תמורת הסכמתו לסבול את מעשה הנזיקין שבוצע נגדו.

ההבדל בין שתי הדרכים ברור. בדרך א' נקודת ההתייחסות מציגה את התובע כמי שכבר נגרם לו הנזק, ועתה יש לפסוק לו פיצויים, שהם, בהשוואה לסטטוס קוו, "רווחים". בדרך ב' נקודת ההתייחסות מציגה את התובע כמי שטרם נפגע, אך עתה הוא "מוכר" משהו שעוד יש לו (למשל, שלמות גופו) תמורת כסף. הכסף נועד לפצות, אם כן, על "הפסדים". בניסוי שנערך בנושא זה הוכח כי הפיצויים בסעיף הכאב וסבל הנפסקים כאשר נקודת ההתייחסות צופה לכיוון ההפסדים הם בערך כפולים בשיעורם מן הפיצויים באותו סעיף, כאשר נקודת ההתייחסות צופה לכיוון הרווחים.²¹

הדין מצווה על הפוסק "להשיב את המצב לקדמותו"; אך איך משיבים את המצב לקדמותו? לכל שופט (או חבר בחבר המושבעים) יכול שתהיה גרסה משלו, ואף אחת מהן איננה "מוטעית". יש שופטים שימשיגו

²¹ ראו לעניין זה Edward McCaffrey, Daniel Kahneman and Matthew Spitzer, *Framing the Jury: Cognitive Perspective on Pain and Suffering Awards*, in Cass Sunstein (ed.), *Behavioral Law and Economics* 259 (Cambridge University Press, 2000).

את הקושיה במונחים של רווח לתובע, כלומר ישאלו את עצמם מהו הפיצוי ההולם למי שכבר נגרם לו הנזק, ולכן יפסקו פחות; ויש שופטים שימשיגו את הקושיה במונחים של הפסד לתובע, כלומר ישאלו את עצמם כמה התובע היה מבקש כדי "למכור" לנתבע את שלמות גופו, ולכן יפסקו יותר. גם לפרקליטים, הטוענים לכאן או לכאן, יש תפקיד בתיאטרון האבסורד הזה. פרקליטו של התובע, אם הוא מודע לאפקט הניסוח, יקפיד להתייחס אל "השבת המצב לקדמותו" כ"מכירה" של שלמות הגוף תמורת כסף. פרקליטו של הנתבע, אם הוא מודע לאפקט הניסוח, ייטיב לעשות אם יתייחס אל "השבת המצב לקדמותו" כפיצוי המיטיב עם התובע לאחר שכבר נגרם לו הנזק. תוצאת המשפט יכול שתהיה תלויה ברהיטות הרטורית היחסית של שני הפרקליטים, ומי מהם יותר את חותם הנרטיב שלו בלב השופט. האם כוחו של הנרטיב חזק יותר אצל מי שיש לו "זכות המילה האחרונה"? זוהי כבר סוגיה אחרת, שבה לא נדון בפרק זה²².

3. אפקט הבעלות (endowment effect)

א. התופעה

הטיה התנהגותית נוספת הגוררת סטיות ברורות מן הפרדיגמה הרציונאלית קרויה "אפקט הבעלות". פירושו הפשוט של אפקט זה הינו כי אנשים מייחסים יותר ערך למה שהוא שלהם מאשר לאותו דבר כאשר איננו שלהם. תכונה זו באה לידי ביטוי למשל בכך שהמחיר המירבי שאנו מוכנים לשלם בעד טובין שונים, שאינם עדיין בבעלותנו, נמוך בדרך כלל באופן משמעותי מן המחיר המינימאלי שהיינו מוכנים לקבל עבור אותם טובין שהם כבר "שלנו", אילו התבקשנו לנקוב במחירם ולהיפרד מהם. המחיר שבו היינו מוכנים לרכוש טובין אלה מכונה "הנכונות לשלם" (willingness to pay), ואילו המחיר שבו היינו מוכנים למכרם, כשהם שלנו, מכונה "הנכונות לקבל" (willingness to accept). אם לחזור בניסוח שונה על מה שכבר נאמר, בדרך כלל מחיר הנכונות לקבל גבוה בשיעור משמעותי ממחיר הנכונות לשלם²³.

תופעה התנהגותית זו אינה עולה בקנה אחד עם הנחותיה של הכלכלה הניאו קלאסית, שהרי, עלינו לזכור, אחת מהנחות אלה היא שהתועלת מטובין תלויה בערכם עבורנו, אך לא בשאלה אם כבר רכשנו עליהם בעלות או עדיין לא. לכאורה, אנו אמורים לדעת מהו בשבילנו "ערכו" של מוצר כלשהו, ולהיות נכונים לרכשו במחיר נמוך מאותו ערך, ולהיות נכונים למכרו במחיר גבוה מאותו ערך – אך הערך הזה חד הוא. אפקט הבעלות דומה, שלא לומר זהה, לשתי תופעות סמוכות. האחת מכונה "הטיית הסטאטוס קוו" (status quo bias) והשנייה קרויה "הטיית ברירת המחדל" (default bias). הטיית הסטאטוס קוו מתייחסת למצבי עניינים כמו שאפקט הבעלות מתייחס לטובין; כלומר, מצב עניינים מסוים מוערך יותר כאשר זהו מצב העניינים הנוהג מאשר כאשר מצב עניינים זה איננו נוהג. כאשר "הערך המוסף" של מצב

²² אך השערה זו שנויה במחלוקת. נתונים מחקרניים מראים כי לעיתים יש יתרון למי שטוען ראשון, כי כל מה שייאמר לאחר מכן ייתפס על רקע מה שכבר נאמר. אפקט זה מכונה "אפקט הראשוניות" (primacy effect). ואולם לעיתים מי שדובר אחרון הוא זה שנחרט בזיכרון טוב יותר מקודמיו, ולכן יש לו יתרון בשכנוע. אפקט זה מכונה "אפקט המילה האחרונה" (recency effect).

²³ ראו Daniel Kahneman, Jack Knetsch and Richard Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias*, 5 J. of Econ. Perspectives 193 (1991)

עניינים מעצם היותו נוהג גדול דיו, הוא יכול להביא גם למה שקרוי "היפוך העדפות" (preference reversal), כלומר שבהשוואה בין מצב א' למצב ב', אם א' נוהג אז א' מועדף, ואם ב' נוהג אז ב' מועדף. גם הקשר בין הטיית ברירת המחדל לבין אפקט הבעלות קל להבנה. הטיית ברירת המחדל היא הנטייה שלא לנקוט ביוזמה כדי לשנות את מצב הדברים שאנו נתונים בו. הטיית ברירת המחדל גוררת הן את אפקט הבעלות (נטייתו של הבעלים לדבוק במה שיש לו גדולה מנטייתו של מי שאינו בעלים לעשות מעשה ולהפוך לבעלים של הנכס) והן את הטיית הסטאטוס קוו.

למרות הדמיון הרב בין הטיית ברירת המחדל לבין הטיית הסטאטוס קוו, ישנם מצבים שבהם שתי הנטיות אינן מתלכדות, ולכן יש טעם להבחין ביניהן. כדי לעמוד על ההבחנה, נתאר לעצמנו שכספו של פלוני מושקע בתוכנית חיסכון כלשהי, אותה ניתן להאריך. היותו של פלוני מושקע באותה תוכנית הוא הסטאטוס קוו. בהתקרב מועד הפירעון, הבנק המנהל את התוכנית מצפה להוראותיו של פלוני כיצד עליו לנהוג. האם רצונו של פלוני לחדש את התכנית על פי תנאיה המקוריים, או "לצאת" ממנה ולהזדכות בתמורה? הבנק יכול לפנות לפלוני ולהודיע לו כי אם לא יקבל הוראה נוגדת, תוכנית החיסכון תחודש על פי תנאיה המקוריים; או הוא יכול להודיע לו שאם לא יקבל הוראה נוגדת, יפרע את התוכנית ויזכה את הלקוח במזומנים. למרות שהסטאטוס קוו הוא יחיד, הטיית ברירת המחדל עשויה להשפיע על הלקוח לבחור בדרכים מנוגדות, בהתאם למה היא ברירת המחדל.²⁴

ב. תוצאות מחקריות

בפני נבדקים הוצגו שני מוצרים, שניתן היה לרכשם במחיר דומה בחנות הספרים האוניברסיטאית: ספל וטבלת שוקולד. לקבוצה אחת העניקו את טבלת השוקולד, אולם אפשרו למי שרצה בכך להמירה בספל. רק כ-10% בחרו לעשות כן. לקבוצה האחרת העניקו (בנפרד) במתנה את הספלים, וגם לחבריה אפשרו להמירם בטבלת השוקולד. שוב רק כ-10% עשו כן. לכאורה, בפני כל הנבדקים בשתי הקבוצות ניצבה אותה החלטה בדיוק: האם הם מעדיפים לקחת הביתה את הספל או את השוקולד? התברר שהתשובה תלויה במענק שקיבלו. מי שקיבלו ספל, העדיפו את הספל. מי שקיבלו שוקולד, העדיפו את השוקולד. הפרשנות הפסיכולוגית לתוצאה זו היא שהנבדקים לא הציגו לעצמם את בעיית ההחלטה כבחירה בין ספל לשוקולד, אלא שאלו את עצמם "האם אני מוכן לוותר על הספל (או השוקולד) שלי בעבור שוקולד (או ספל)?" ויתור על ספל הוא הפסד הספל – הגם שההפסד "מפוצה" ברווח של שוקולד. לאחרים, השגת הספל, שהיא רווח, תלויה בויתור על השוקולד – שזהו הפסד. הן את השוקולד והן את הספל מעריכים יותר הנבדקים שבבעלותם הוא נמצא מאשר אלה שיכולים להשיג אותו בסחר חליפין. החפץ, יהא אשר יהא, שווה יותר לבעליו מאשר למי שאיננו בעליו, מה שמקטין את הנטייה לסחור בו.

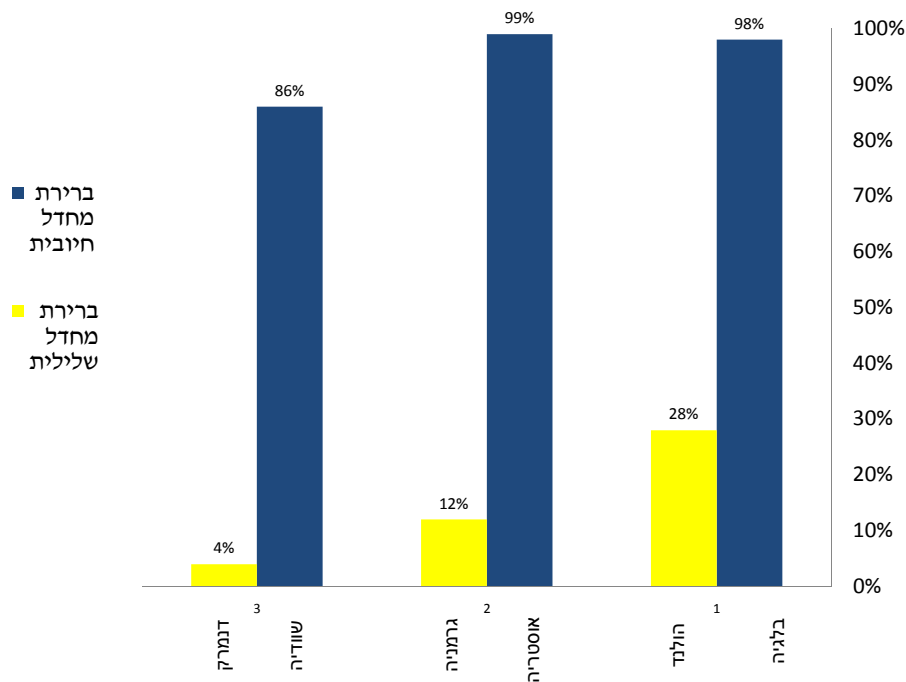
בווריאציה קצת שונה, חלק מהנבדקים קיבלו מוצר (מוצרים שונים בניסויים שונים) וחלק קיבלו סכום כסף שווה בערכו למחיר השוק של המוצר. שוב כמעט ולא נצפה סחר, כי בעלי המוצר לא נטו למכור אותו, ונעדרי המוצר לא נטו לקנות אותו. המינימום שדרשו המוכרים עלה על המקסימום שהקונים היו

²⁴ ראו לעניין זה Ilana Ritov, *Status Quo and Omission Biases*, 49 J. of Risk and Uncertainty (1992).

מוכנים להציע, ולפיכך כמעט לא היה מסחר. ממצא זה לא השתנה גם כאשר הניסוי אפשר למידה, ותנאיו היו חיקוי לתנאי שוק.

אחת ההדגמות היותר מרשימות להטיית ברירת המחדל נוגעת לתרומת איברים. בין ארצות אירופה השונות, יש כאלה שבהן מותר לקצור איברים מהמת למטרות השתלה אלא אם המנוח הטיל על כך איסור מפורש, ויש כאלה שבהן אסור לקצור איברים מהמת אלא אם כן המנוח חתם בעודו בחייו על היתר מפורש לעשות כן. שיעור ההסכמה לתרומת איברים הוא כ- 90% ומעלה במקרה הראשון, ו- 20% בערך ואף פחות מכך במקרה השני. כך למשל השיעור הוא 86% בשוודיה שבה ברירת המחדל היא חיובית, לעומת 4% בדנמרק שם ברירת המחדל היא שלילית; כמעט 100% באוסטריה שם הברירה היא חיובית לעומת 12% בגרמניה שם הברירה היא שלילית, ו-98% בבלגיה (ברירת מחדל חיובית) לעומת 28% בהולנד (ברירת מחדל שלילית). זה אמנם לא ניסוי מבוקר, אלא תצפית מהעולם האמיתי, אך ההנחה שאופי האוכלוסייה בכל אחד מצמדי המדינות הנ"ל אינו שונה באופן מהותי, מלמד על כך שזהו "ניסוי טבעי" ממנו ניתן ללמוד על חשיבותה של ברירת המחדל.²⁵

תרומת איברים – שיעורי הסכמה בפועל או במשתמע



לפני שנמשיך יש לסייג מעט את היקפה של הטיית הבעלות. לא בכל מקרה הבעלות משנה את ההתייחסות לנכס. דוגמא בולטת לנכס שאין עליו אפקט בעלות הוא כסף מזומן. ההערכה של אנשים לשתר בן מאה שן זהה בין אם השטר נמצא בבעלותם ובין אם לאו. זה גם הדין לגבי פריטים שאנשים מחזיקים בהם לא למטרות צריכה (ובכללם אספנות) אלא מלכתחילה למטרות סחר וחליפין. למשל, אדם יכול לייחס ערך מיוחד לשעון היד שהוא עונד, בשל היותו שלו. אך בעל חנות ממכר לשעוני יד, שממנו רכש את השעון,

²⁵ ראו Eric Johnson and Daniel Goldstein, *Defaults and Donations Decisions*, 78 *Transplantations* 1713 (2004)

משקיף על המלאי העסקי שלו כעל מצבור של נכסים נחלפים (fungible), כאילו היו, לעניין זה, שטרות של כסף מזומן. אצל שכמותו לא ניתן להבחין בקיומו של אפקט הבעלות. ההתייחסות אל ניירות ערך סחירים דומה בדרך כלל יותר להתייחסות של סוחר למרכולתו מאשר של צרכן לרכושו.

ג. יישומים משפטיים

אחת התובנות החשובות ביותר בגישה הכלכלית למשפט עוצבה בידי רונלד קואס (Coase) במאמר פורץ דרך משנת 1960, שהפך למאמר המשפטי המצוטט ביותר בכל הזמנים ("התיאורמה של קואס", עליה הורחב הדיבור בפרק ... להלן)²⁶. קואס הראה, כי הפרדיגמה הניאו-קלאסית מנבאת שבעולם נטול הוצאות עסקה, כל הקצאת זכויות שאיננה יעילה לא תשרוד, אלא תוחלף בהקצאת זכויות יעילה (אם רק מתירים לפרטים לסחור בזכויותיהם). מבלי להרחיב את הדיבור על הנושא מעבר לנדרש, נסתפק בדוגמא פשוטה.

נניח כי במעלה נהר שוכן מפעל המזרים את שפכיו אל תוך הערוץ. במורד הנהר שוכן כפר דייגים המתפרנסים מן הדייג, וזיהום האפיק מסב להם נזקים. הדין יכול להקצות למפעל זכות לזהם את הנהל, או, לחלופין, להקצות לדייגים זכות למים נקיים. לכאורה, שתי הקצאות חלופיות אלה גוררות שני מצבי עולם שונים: במקרה הראשון המים מזוהמים, ובמקרה השני הם זכים וטהורים. אולם בעולם קואסיאני שאין בו עלויות עסקה, הקצאה התחלתית זו לא תשנה בסופו של דבר, כי מה שיקבע את רמת זיהום המים בנהר תלוי בערך היחסי שהצדדים מייחסים לזכות השנויה במחלוקת, ולא להקצאה המשפטית של הזכות לאחד הצדדים. כדי לראות זאת נניח תחילה שיעיל יותר להתיר את הזיהום, כלומר הנזק למפעל מהפסקת הזיהום עולה בשיעורו על הנזק לדייגים ממים מזוהמים. או אז, גם אם הדין יקצה לדייגים זכות למים נקיים, המפעל יכול לרכוש את הסכמתם של הדייגים להמשך הזיהום, בסכום העולה על הנזק שייגרם להם, אך נופל מנזקי הפסקת הזיהום למפעל. אם, לעומת זאת, נניח כי ההקצאה היעילה מחייבת להגן על הדייגים (קרי, נזקי הזיהום במורד הנהר עולים בשיעורם על נזקי הפסקת הזיהום בסביבת המפעל), הרי שגם אם הדין יקצה את זכות הזיהום למפעל, הדייגים יכולים לקנות את הסכמת המפעל להפסקת הזיהום, בסכום העולה על נזקי המפעל מהפסקת הזיהום, אך נמוך משיעור הנזק לדייגים ממים מזוהמים²⁷.

עולם אידיאלי זה עלול להיות מופר, אפילו ללא כל הקשיים האחרים שאפשר להעלות על הדעת, אם רק נביא בחשבון את אפקט הבעלות. עצם הקצאתה של הזכות לאחד מן הצדדים צפויה להגדיל את ערכה של הזכות בעיניו, ולכן המחיר המינימאלי שיהיה מוכן לקבל כדי לוותר עליה עלול להיות גבוה יותר מן המחיר המירבי שהצד השני יהיה מוכן לשלם כדי לרכוש אותה. אילו ההקצאה הייתה הפוכה, ערכה היה עולה דווקא בעיני הצד השני, ולכן היו מתמעטים המקרים שבהם הצד הראשון היה רוכש אותה לעצמו.

²⁶ ראו Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. Law and Economics 1 (1960).

²⁷ תיאור זה מבחיר מדוע הנחת היסוד של קואס הייתה, שהוצאות העסקה הן קטנות (קואס הניח, למעשה, אפס הוצאות עסקה, אך הנחה חזקה זו אינה נדרשת ברוב הסיטואציות המתעוררות בחיי המעשה). נניח כי הנזק למפעל מהפסקת הזיהום הוא 100 והנזק לדייגים מזיהום המים הוא 50. במצב זה, יעיל יותר לאפשר למפעל לזהם את המים. אך נניח כי ההקצאה ההתחלתית היא דווקא "לטובת" הדייגים, אך הוצאות העסקה הן, נניח, 60, כלומר הן עלולות בשיעורן על התועלת המצרפית מן הסחר בהקצאה ההתחלתית (שהיא, כמובן, 50=100-50). במצב דברים זה לא יהיה כדאי לצדדים לשאת בהוצאות העסקה, ואזי ההקצאה ההתחלתית הבלתי יעילה תיוותר על מכונה.

הנה כי כן, להקצאה ההתחלתית של הזכויות, תהיה אשר תהיה, יש בכל זאת השפעה על מצב העולם בתוקף היותה הסטאטוס קוו, ולפיכך קשה יותר יהיה להמיר אותה בהקצאת זכויות חלופית.²⁸

אפקט הבעלות ניכר בבירור ביחסים המשפטיים שבין הפרט לבין השלטון. דרכו של השלטון, שהוא שולח תדיר את ידו לכיסם של האזרחים. יש לכך דוגמאות אין ספור, שהבולטת שבהם היא חובתם של אזרחי המדינה לשלם מיסים. עם זאת, חוקים שונים (וחוקות שונות) אוסרים על השלטונות לנכס לעצמם זכויות מסוימות השייכות לאזרחים, (לבצע את מה שמכונה בחוקה האמריקאית "taking") אלא תמורת פיצוי הולם. למשל, אין מפקיעים את מקרקעיו של אדם אלא תמורת תשלום שווי השוק ההוגן שלהם לבעלים. מדוע רשאית המדינה לדלדל את נכסי הפרט באמצעות מיסוי אך לא באמצעות הפקעה? ייתכן שהסיבה לכך היא כי אפקט הבעלות מוצק במיוחד בנכסים בני הפקעה (על פי רוב: מקרקעין) ומורגש פחות במה שנלקח מן האזרחים בדרכי מיסוי רגילות (כסף).

לכאורה, ניתן היה לספק הסבר חלופי על רקע הטענה כי מיסוי הוא "כללי", כלומר חל בשווה על כל אזרחי המדינה, ואילו הפקעה מתמקדת ב"קרבן" אינדיבידואלי, ואין זה צודק להקריב את האינטרס הפרטי למען רווחת הכלל. כדי להעריך טענה זו נזכור כי המדינה רשאית לפגוע בערך קניינו של הפרט גם מבלי לנכס אותו לעצמה, כגון על ידי שינוי יעוד המקרקעין הסמוכים (הפיכתו של מה שהיה אזור מגורים לאזור תעשייה; או תכנון כביש מהיר וסואן, או מסילת ברזל, בסמוך למגוריו של פלוני), וזאת ללא תשלום כל פיצויים לנפגע. סוג זה של "מיסוי" מתמקד, ממש כמו הפקעה גמורה, ב"קורבנות" מסויימים, ואין הוא מתפזר על פני האוכלוסיה כולה, ובכל זאת נשללת מאותם "קורבנות" ההגנה הניתנת להם במקרים של הפקעה. ההגנה הייחודית של דיני ההפקעה איננה מעוגנת, אפוא, רק בייחודו של הקרבן - כפי שניתן היה לסבור ממבט ראשון.

נחזק את האינטואיציה הזו עוד יותר. בראשית ימיה של ארצות הברית לא הונהג בה מס הכנסה. הניסיונות הראשונים להנהיג מס זה נתקלו בביקורת חוקתית ונפסלו על ידי בית המשפט העליון. היום, לעומת זאת, ידועה האמרה האמריקאית העממית כי רק שני דברים הם ודאיים: המוות, ומס הכנסה. היש דרך פסיכולוגית לפרש את השינוי ההיסטורי? בודאי יש רבות. אחת מהן היא שבימים הרחוקים ההם, תיק הנכסים של ציבור משלמי המסים כלל בעיקרו נכסים שאפקט הבעלות בהם היה מוצק במיוחד, כגון חוות חקלאיות ואוכלוסיות של עבדים. כדי לממן מס בקנה מידה משמעותי, הנישום היה חייב לממש חלק מנכסים אלה. היום תיק הנכסים הטיפוסי של הציבור מורכב מנכסים נחלפים, כגון כסף וניירות ערך. מימונו של המס כואב הרבה פחות, כי הויתור על נכסים ממין זה איננו מועצם על ידי אפקט הבעלות.²⁹

ועוד באותו נושא: אחד המיסים השנואים ביותר על אוכלוסיות רחבות הוא מס העיזבון. ההתנגדות למס היא נחלתן של אוכלוסיות רחבות, אך היא יוקדת במיוחד באזורים חקלאיים.³⁰ לכאורה, דווקא מס העיזבון צריך היה להתפס כצודק במיוחד. יש בו אלמנטים פרוגרסיביים ברורים, ויש בו כדי להקטין את

²⁸ ראו Daniel Kahneman, Jack Knetch and Richard Thaler, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, 98 J. of Political Economy 1325 (1990)

²⁹ ראו Uriel Procaccia and Uzi Segal, *Supermajoritarianism and the Endowment Effect*, 55 Theory and Decision 181 (2003)

³⁰ ראו דיוני בית הגבחרים האמריקאי מיום 4 באפריל, 2001, בעמוד 5442 לדברי הבית משנה זו.

היתרון של מי שמזלו שיחק לו להיוולד להורים עשירים, גם אם לא תרם דבר לשפע שפקד אותם, ואפילו אם גרע ממנו בבזבזנות או בסכלות. ואולם מס עיזבון, שלא כמו מסים אחרים, מחייב את הנישום, לעיתים קרובות, להנזיל (to liquidate) נכסים משפחתיים, שאפקט הבעלות בהם הוא חזק במיוחד. כך, למשל, נחלה חקלאית (homestead) יכולה להיות שווה הרבה כסף, אך הטלת מס עיזבון בגינה אינה ניתנת למימוש, בדרך כלל, ללא מכירתה והפיכתה לכסף מזומן³¹.

נסיט את המבט אל עולמן של התובענות הייצוגיות. האם היינו רוצים כי אחוז גבוה יותר או נמוך יותר של מי שכשירים להצטרף לתובענה ייצוגית יעשה כן? זוהי שאלה יפה, שלא נעסוק בה כאן. אך מי שיודע את התשובה לשאלה זו יכול בקלות להוביל אל היעד הרצוי. כידוע, ניתן לקבוע בחוק שני סוגים של ברירות מחדל הפוכות: ניתן לקבוע כי התובענה מוגשת בשם כל התובעים הפוטנציאליים, למעט מי שביקש להוציא את עצמו מן הכלל (opt out); אך אפשר גם לקבוע כי רק מי שביקש במפורש להימנות על רשימת התובעים ייכלל במסגרת התובענה הייצוגית (opt in). בהינתן הטיית ברירת המחדל, ברור שאחוז התובעים שיסתופפו יחד תחת כנפיה של התובענה הייצוגית יהיה הרבה יותר גדול במקרה הראשון מאשר במקרה השני.

4. ביטחון יתר בהערכת הסתברויות

א. התופעה

כבר נאמר ש"הסתברות היא המדריך לחיים". אנו מכלכלים את צעדינו – החל מהחלטה יומיומית ופעוטה כגון מתי כדאי לחצות את הרחוב וכלה בהחלטות הרות גורל כגון מתי לפתוח במלחמה – תוך התחשבות בסיכויים של התוצאות האפשריות של החלטותינו (והימנעות מהחלטה גם היא סוג של החלטה). המנתח (וגם המנותח) יחליטו אחרת כאשר הערכות הסיכויים תשתנינה; המשקיע בוחר אפיקי השקעה על פי הערכות סיכויים; עורך הדין פורש בפני מרשיו תרחישים שונים על הסתברויותיהם; וכדומה. אם הערכות של סיכויים הינן בלתי מציאותיות, ההחלטות המתבססות עליהן עלולות לעלות יותר ביוקר מאשר המחליט מביא בחשבון.

מכשיר מדידה נקרא "מכוייל היטב" אם כאשר הוא מורה על מדידה מסויימת – זוהי אכן המדידה הנכונה. למי שעושה דיאטה או קונה מצרכים בשוק חשוב שהמאזניים תהיינה מכויילות, למי שקובע פגישות או מתאמן בריצה חשוב שהשעון יהיה מכוייל, ולמי שמטפל בתינוק חולה חשוב שמד החום יהיה מכוייל היטב. כך גם למי שמחליט החלטות בתנאי אי-ודאות חשוב שהערכות הסיכויים תהיינה מכויילות כהלכה. האם זהו המצב לאשורו? בקיצור – ברור שכדאי למעריכי סיכויים להיות מכויילים היטב, ולהלן יוסבר כיצד בודקים כיוול של אומדני הסתברות.

³¹ שיקולים אלה לא נעלמו מעיני מעצבי מדיניות המס בישראל. ניסיונות חוזרים ונשנים להנהיג מחדש מס עיזבון בישראל, לרבות המלצות הכלולות בוועדת הרפורמה הקרויה על שם יושב הראש שלה "ועדת בן בסט", וכן הצעת חוק פרטית ממרץ 2010 שהוגשה על ידי שתי חברות כנסת (סולודקין ויחימוביץ) נתקלה בהצהרה הבאה מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת: "לא ברור איך יתבצע תשלום מס על העיזבון כאשר העיזבון מועבר בצורת נכס קבוע שקשה, או לא כדאי לממש חלק ממנו (למשל, בית גדול או חברה משפחתית).

ב. נתונים מחקריים.

התיאוריה הניאו קלאסית מניחה שהסתברויות סובייקטיביות מציינות לכללי תורת ההסתברות, וקל להראות שמי שהסתברויותיו סוטות שיטתית מכללים אלה עלול להפוך למה שנקרא "משאבת כסף". אולם הנתונים המחקריים אינם תומכים בהנחה זו. הממצא המרכזי בהערכת הסתברויות הוא שאנו בטוחים מידי ביכולותינו לנבא ניבויים "נכונים". אנו מפריזים בסיכויים שניבוינו יתאמתו, ומתקשים להאמין שאנחנו טועים כל כך הרבה כפי שהמציאות מוכיחה.

נפתח בכמה הבהרות.

נניח כי ראובן, התובע, ושמעון, הנתבע, מביאים את ריבם לדין. אילו הסכימו ביניהם מראש על סיכויי של התובע לזכות בתביעתו, חזקה עליהם שהיו מתפשרים (על כך ראו להלן). אך קורה גם קורה כי ראובן מעריך את סיכויי תביעתו ב- 80%, ובה בעת שמעון מעריך כי סיכויי שלו להדוף את תביעתו של ראובן הם 70% (ולכן ממילא סיכויי תביעתו של ראובן הם רק 30%). הערכה שונה זו של סיכויי התביעה מרחיקה מן הצדדים את אפשרות הפשרה, כי כל אחד מהם מאמין שסיכויי להצליח בבית המשפט גדולים משל יריבו. עם זאת, ברור שלפחות אחד משני הצדדים טועה, שהרי הסיכויים שהתובע יזכה ושהנתבע יזכה חייבים להסתכם ב- 100%, ולא ביותר מזה. מי מהם טועה, וכיצד אפשר לדעת זאת?

ראשית, יש לומר שלא קיימת שיטת מדידה אובייקטיבית המתייחסת לסיכויים לזכות בתביעה, שלא כמו המדידות של משקל, זמן או טמפרטורה שהוזכרו לעיל. לא יעמוד לנו כאן גם מבחן התוצאה, משום שהן זכייה בתביעה והן הפסד בתביעה מתיישבים עם סיכוי של 70% לזכייה – המותר סיכוי של 30% להפסד.³² אולם ניתן, במקום מבחן של תוצאה יחידה, לערוך מבחן של תוצאות מרובות. על פי מבחן זה, נקבץ יחד הרבה מקרים שבהם פלוני העריך את סיכויי התרחשותם של אירועים דומים ב-70% ומעלה. אם האומדן היה מכוויל כהלכה, ואם מדובר על מספר גבוה דיו – נניח, 40 מקרים לפחות – כי אז יש לצפות שבלמעלה מ-25 מהם (70% מ-40 הם 28) אכן המאורע יתרחש. אם יתברר כי מספר הזכיות היה נמוך מכך – נניח אפילו רק 22 – יש בכך כדי להטיל ספק בהערכותיו של אותו פלוני. נמהר ונאמר כי גם פקפוק זה איננו בבחינת הוכחה ללא עוררין שפלוני הגזים, כי גם כזאת יכול שיתרחש במקרה. ובכל זאת, הסיכוי ל-22 זכיות או פחות מתוך 40 מקרים שלהם הייתה "באמת" הסתברות זכייה של 70% הוא רק כ-3% - קטן בהרבה מהסיכוי של 30%, שהוא סיכוי ההפסד בתביעה בודדת שיש לה 70% סיכויי הצלחה. ככל שיהיה לנו בסיס של יותר מקרים, וככל ששיעורי הזכייה בפועל יהיו נמוכים יותר מאלה המצופים על פי ההסתברות המוערכת, יקל להגיע למסקנה שהערכותיו של פלוני היו שגויות.

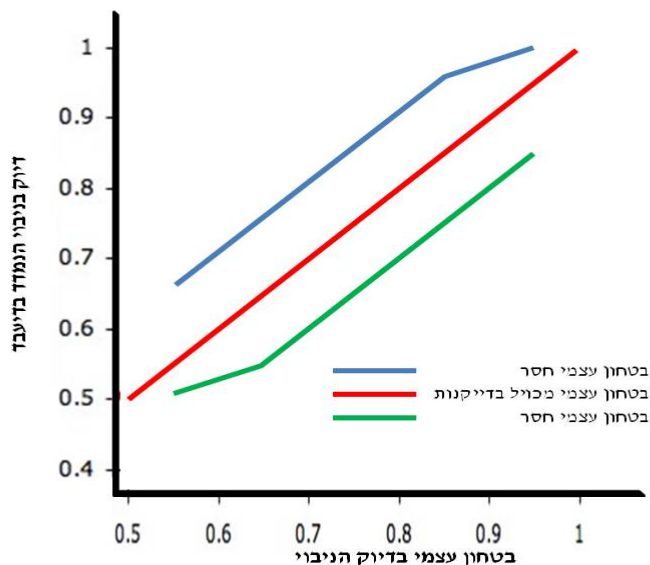
³² לדוגמא, בטחון של 5/6 באפשרות להעלות כל מספר פרט ל-6 בהטלה יחידה של קובייה כשרה איננו מסתבר כשגוי בדיעבד, גם אם הקובייה נפלה על המספר 6.

בסיכום, אדם נקרא "מכויל היטב" כאומדן הסתברויות אם עבור כל דרגת בטחון של $P\%$ עליו דיווח מספר מספיק גדול של פעמים, בכ- $P\%$ מהפעמים מאורע המטרה אכן התרחש³³. בפועל, קשה לדעת אם מישוהו מכויל היטב או לא, כי לא תמיד מתקיימים תנאי הבדיקה. תנאים כאלה מתקיימים אצל מי שמעריכים הסתברויות באופן שגרתי ומנהלים רישום אמין של התוצאות בדיעבד (לדוגמה, תחזיות גשם יומיות של חזאי מזג אוויר), או אצל נבדקים בניסויים שבהם נכפו התנאים הנדרשים. באופן אנקדוטאלי, כולנו מכירים את הסיטואציה שבה הובטח לנו "כמעט בטוח" שהמכונית תחזור מן המוסך למחרת, שהטכנאי יגיע לפני הצהריים, שהתכשיר יעלים את קמטינו, שעלות השיפוץ תהיה מתחת לסכום שהקצבנו, וכדומה, אך התחזית אינה מתקיימת. אם לא נחשוד במבטיחים בהטעייה מכוונת, אין מנוס מלומר שהם לוקים בביטחון יתר, שכן מבטיחים הם יותר ממה שראוי באופן אובייקטיבי להבטיח. דיון זה עסק בזירה האנקדוטאלית. נעבור עתה לדיון החורג מעבר לה.

קיימות שלוש פרדיגמות ניסוייות עיקריות שבהן נבדקה מידת הכיול של אנשים באומדנים של דרגת בטחון.

בפרדיגמה אחת, נותנים לנבדקים מבחן ארוך מאוד (לפעמים מאות שאלות) במתכונת רכב-ברירה, ובדרך כלל בשאלות של ידע כללי. הנבדקים מתבקשים לבחור אחת התשובות, ולציין לידן את מידת ביטחונם בכך שאכן בחרו בתשובה הנכונה. בהנחה שנתונות N תשובות לבחירה, מידת ביטחונם של הנשאלים יכולה לנוע בין $1/N$, כאשר לנשאלים אין כל מושג ביחס לזיהוי התשובה הנכונה, ובין 100% כאשר הם מעריכים כי התשובה הנכונה ידועה להם בוודאות (אגב, בקרב אלה שלא מסבירים להם מדוע אין זה ראוי לרדת מתחת ל- $1/N$, קורה שעושים כך). עכשיו ממיינים את תשובותיהם לקטגוריות בטחון. למשל, אם היה זה מבחן 5-ברירות, מקבצים את השאלות על פי דרגת הביטחון שהמשיבים הביעו: דרגות בטחון מ- 20% עד 30% , מ- 30% עד 40% , וכולי. בכל קבוצת שאלות כזו מחשבים את אחוז התשובות הנכונות, ומציירים עקומת כיוול, כדלהלן. עקומת הכיול של נשאל שהינו מכויל היטב צריכה ליפול קרוב לקו הכיול המושלם. אולם הממצא השכיח הוא שלא זה מה שקורה למרבית הנבדקים, אלא שבאופן טיפוסי עקומות הכיול נופלות מתחת לקו הכיול המושלם, והפעור בין הקווים הולך וגדל ככל שדרגת הביטחון המובעת גדולה יותר. עקומות כיוול שכאלה מצביעות על בטחון יתר: כאשר נבדקים בטוחים ב- 100% , הם צודקים רק בכ- 80% - 70% ; כאשר הם בטוחים ב- 90% , הם צודקים רק בכ- 60% ; וכולי.

³³ ראו S. Lichtenstein, B. Fischhoff, and L.D. Phillips, *Calibration of Probabilities: The State of the Art to 1980*. In D. Kahneman, P. Slovic and A. Tversky (Eds.) *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Chapter 22 (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1982).



פרדיגמה שניה ששימשה בניסויי כיוול מתאימה במיוחד להקשרים שבהם נדרשים אומדנים כמותיים. נבדקים קבלו שורה ארוכה של שאלות שהתשובה עליהן היא מספר (כגון, "מה גודל אוכלוסייתה של יוון?", "כמה שנים חי שוברט?"; "מה הייתה עוצמת הרעש שפקד ב-2010 את האיטי?"). בפרדיגמה זו השאלות הן "פתוחות", ולא שאלות רב-ברירה. לאחר מתן הניחוש הטוב ביותר של הנבדקים, הם מתבקשים לספק עוד שני מספרים, אחד יותר גבוה מהמספר שנתנו, ואחד יותר נמוך. על שני המספרים, כך נאמר לנבדקים, להיות כאלה שהם בטוחים ב-90% שהתשובה הנכונה היא ביניהם. נניח, למשל, שמישהי איננה יודעת כמעט דבר על חיי שוברט, פרט לכך שהוא היה מלחין קלאסי, ולכן בתור אומדן נותנת את הניחוש שלה לתוחלת החיים דאז – 50. מכיוון שכלל איננה בטוחה בכך, היא מביאה בחשבון שייתכן ששוברט מת צעיר יותר, וייתכן שמת מבוגר יותר. אבל היא בטוחה למדי – 90% בטוחה – שהוא לא היה צעיר מ-40 בערך או מבוגר מ-70 בערך. במקרה זה ייאמר שרווח הביטחון של 90% שלה הוא בין 40 ל-70 (יש לשים לב שרווח בטחון של 90% איננו יחיד, בפרט אם איננו חייב להיות סימטרי סביב האומדן הטוב ביותר). כמובן, היא הייתה יכולה גם לתת רווח בטחון מ-10 עד 120, ובכך להיות בטוחה כמעט ב-100% שהוא מכיל את התשובה הנכונה. אבל לא זה מה שהיא התבקשה לעשות. לו התבקשה לתת רווח בטחון של 99%, או אפילו של 99.9%, הייתה אכן צריכה להרחיב אותו מעבר ל-40-70, לכיוון של 10-120.

לאחר שהסתיימה המטלה, בודקים לגבי כל שאלה אם התשובה הנכונה מוכלת ברווח הביטחון שצוין על ידי הנבדקים. עבור נבדק מכויל היטב, התשובה הנכונה צריכה להיכלל ברווחי הביטחון שנתן בכ-90% מהשאלות. אם אחוז החריגות גדול יותר מ-10% במידה ניכרת, יש להניח כי הרווחים היו בממוצע צרים מדי - וזוהי עדות לביטחון יתר. מאידך, אם אחוז החריגות קטן הרבה יותר מ-10%, הרווחים היו מסתמא רחבים מדי, מה שמעיד על בטחון חסר. הממצא בפרדיגמה זו, כמו בקודמתה, הוא של בטחון יתר. באופן טיפוסי, למעלה מ-40%-30% מהתשובות הנכונות אינן נכללות ברווחי ה-90% שנבדקים נותנים.

בפרדיגמה הזו התברר גם שזה לא ממש משנה – ובודאי שזה לא מספיק משנה – אם הנבדקים מנסים לייצר רווח בטחון של 90%, 95%, או 99%. הרווחים כולם צרים מדי, וכולם דומים מידי זה לזה. ככולם כ-50% מהתשובות הנכונות נופלות, באופן טיפוסי, מחוץ לרווחי בטחון של 90% ומעלה.

הפרדיגמה השלישית מתאימה למצבים שבהם בטחון היתר מתייחס להערכת ראיות. כאשר מנסים להסיק מסקנה מעדויות, שני מרכיבים של העדות הינם חשובים: עוצמתה ומשקלה. עוצמתה של ראיה מתייחסת לתוכנה, למידה שבה הראיה מצביעה על אירוע המטרה. משקלה של ראיה מתייחס למקורה, למידה שבה הראיה אמינה.³⁴ למשל, נניח שהמטרה עצרה נהג ועושה לו בדיקת אלכוהול. תוצאת הבדיקה היא הראיה להיותו שיכור. עוצמת הראיה היא דיאגנוסטיות המדידה - ככל שנמדדה רמה יותר גבוהה של אלכוהול בדם, כך הראיה לשכרות חזקה יותר. אולם המשקל שיש לתת לראיה תלוי באמינות המכשיר. במקרה קיצוני, אם נניח שהמכשיר פגום ומניב מספרים באופן אקראי, אין לייחס לתוצאות הבדיקה כל ערך, תהיה התוצאה הדיאגנוסטית עליה הוא מראה אשר תהיה. ממחקרים פסיכולוגיים רבים מתברר שאנשים מייחסים משקל יתר לעוצמתן של ראיות, ומשקל חסר לאמינותן. למשל, הביטחון בכך שנהג היה בגילופין כשנעצר יהיה חזק יותר כאשר המדידה קיצונית והמכשיר איננו מדויק מאשר כאשר המדידה רק שולית, אך המכשיר אמין לחלוטין! דעה נחרצת של חבר שאיננו מומחה לדבר (למשל, "הסרט היה איום ונורא", או "יופי של מכונת כביסה") עושה רושם משכנע יותר על מרבית הבריות מאשר דעה נחרצת פחות של מקור טוב (למשל, דירוג 7 על סולם מ-1 עד 10 של מאות צרכנים).

באחד הניסויים המפורסמים בפרדיגמה זו, שהפך לקלאסיקה³⁵, קבוצת פסיכולוגים קליניים התבקשה לנחש דפוסי התנהגות של מטופל מסוים, ז'וסף קיד שמו, על סמך אינפורמציה שסופקה להם. דוגמא למתכונת השאלות עליהן התבקשו הקלינאים לענות היא: "יחסו של קיד לאימו הינו: א. אהבה והערכה לעקרונותיה. ב. השלמה מתוך חיבה עם חסרונותיה. ג. שילוב של הערכה והתנגדות. ד. דחייה שלה ושל אמונותיה. ה. חיבה לכאורה מתוך תחושת חובה." לצד כל תשובה שבחרו, ציינו הקלינאים את מידת ביטחונם. האינפורמציה על קיד סופקה להם בשלבים, כאשר בכל שלב ניתן מידע חדש. בשלב הראשון רק נאמר שקיד "בן 29, לבן, רווק, ושרת בצבא במלחמת העולם השנייה. הוא בוגר קולג', ועובד כעוזר מנהל בסטודיו של קישוטי פרחים". בשלבים הבאים, הם קבלו כל פעם דף וחצי של תיאורים על ילדותו (שלב 2); על שנות התיכון והמכללה (שלב 3); ועל שנות השירות הצבאי ועד להיותו בן 29 (שלב 4). משלב לשלב עלה מידת ביטחונם של הקלינאים בדיוק ניבוייהם, מ-33% בשלב הראשון ל-53% בשלב האחרון, בעוד שמידת הדיוק עצמה כמעט שלא השתנתה (היא נעה בין 23% ל-28%; יש לזכור כי גם למי שמנחש ניחוש "עיוור" יש תוחלת דיוק של 20%). הסיבה לדיוק הנמוך איננה נעוצה

³⁴ ד. גריפין וא. טברסקי, The Weighing of Evidence and the Determinants of Confidence, 24 *Cognitive Psychology* 411 (1992).

³⁵ S. Oskamp, Overconfidence in Case-Study Judgments, 29 *The Journal of Consulting Psychology* 261 (1965).

דווקא בחולשתם של הקלינאים, שכן חומר ביוגרפי מהסוג שקבלו הוא באמת בעל ערך דיאגנוסטי נמוך. אך הם "אשמים" בביטחונם שהם אכן יודעים משהו על מושא ניהושיהם, שהלך וגבר.

ג. השלכות משפטיות

לתופעת ביטחון היתר בניבוי השלכות משפטיות רבות. נסתפק בשתי דוגמאות. בית משפט הנדרש להכריע בפלוגתה עובדתית בוחר בין חלופות; למשל, החלופה שהנאשם במשפט פלילי ביצע את המעשה המיוחס לו בכתב האישום, והחלופה שהנאשם חף מפשע. אם בית המשפט בטוח בהתרשמותו ממהלך המשפט ביחס לתוצאה מסוימת יותר ממה שראוי לו להיות בטוח, כלומר הסיכוי שטעו הוא יותר גדול ממה שנדמה לשופטי המותב, סביר להניח כי מספר הטעויות משני הסוגים (הרשעה של חפים מפשע וזיכוי של אשמים) הוא יותר גדול ממה שבית המשפט מעריך. בצד פושעים רבים המהלכים חופשי, סביר להניח כי בתי הכלא מאוכלסים במספר לא מבוטל של קורבנות שלא חטאו³⁶. חלק מן הבעיה נפתר על ידי דיני הראיות הפליליים הדורשים כי האשמה תוכח "מעבר לכל ספק סביר", וזאת כדי למנוע את התוצאה הבלתי נסבלת מבחינה חברתית של הוקעה וענישה של חפים מפשע. עם זאת, יש לצפות כי מספר גדול מידי של שופטים השתכנעו כי האשמה הוכחה מעל לכל ספק סביר, מבלי שהדבר כך הלכה למעשה. רמז לכך ניתן למצוא בסטטיסטיקה המדאיגה לפיה מספר המורשעים בעבירות פליליות קרוב למאה אחוזים מכלל המועמדים לדין³⁷. הוכחה מדעית יותר ניתן לדלות מתוך הממצאים האמפיריים המחרידים, שעידן ה-DNA שיחרר לאוויר העולם, כי מספר הכלואים על לא עוול בכפם, וביניהם נדונים למוות, הוא מספר משמעותי³⁸. בד בבד עם כך, סביר להניח, אם כי אין לנו נתוני DNA היכולים לאושש את ההשערה, כי מספרם של האשמים שזוכו בדין גדול מן המספר המיטבי שלהם, כלומר גדול ממרווח הטעות הנובע מאליו בשל רמת ההוכחה הגבוהה הנדרשת במשפטים פליליים. שני פניה של אותה הטיה מסתכמות בהשערה שמספר הטעויות במשפטים פליליים, לכאן ולכאן, הוא גדול ממה שנדמה לשופטים היושבים בדין.

הניתן להסיק מכך מסקנה נורמטיבית? אנו סבורים שכן. בהנחה שעלותה החברתית של טעות בהרשעה נחשבת כגדולה בהרבה מעלותה החברתית של טעות בזיכוי, ייתכן שצריך להיזהר יותר לפני שמכריעים

³⁶ יש לציין כי שתי הטעויות, בניגוד למה שניתן לסבור ממבט ראשון, יכולות לדור זו בצד זו. נניח כי באוכלוסיה של אלף נאשמים קיימים חמש מאות שביצעו את העבירה וחמש מאות חפים מפשע. נניח כי בשל ביטחון היתר של השופטים הם טועים בעשרה אחוז מן המקרים, כלומר מרשיעים חמישים נאשמים חפים מפשע ומזכים חמישים נאשמים שביצעו את העבירה. המספר הכולל של המורשעים הוא אמנם חמש מאות, שהוא המספר "הנכון", אך אין אלה חמש מאות הנאשמים שצריכים היו להימצא אשמים: חמישים מתוך אלה יוצאים לחופשי, ואת מקומם תופסים חמישים נאשמים חפים מפשע.

³⁷ אחוזי ההרשעות בבתי המשפט בישראל קרוב למאה אחוזים מכלל העבריינים המועמדים לדין. מספר זה כולל, כמובן, גם הרשעות המבוססות על עסקאות טיעון, וגם הרשעות "חלקיות", וגם הרשעות על עבירות קלות. אך בכל זאת שיעור ההרשעות מדאיג ביותר. ראו לעניין זה את נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ב-<http://www1.cbs.gov.il>. יש לציין כי גם שיעור ההרשעות בעבירות חמורות הוא גבוה ביותר. ראו את נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ב-

http://www1.cbs.gov.il/shnaton58/st11_03.pdf לעוד נתונים המתייחסים לכלל ההרשעות ראו http://www1.cbs.gov.il/shnaton61/st11_04.pdf

³⁸ נתונים רבים המתייחסים לתופעה זו לוקטו על ידי צוות "פרוייקט החפות" (Innocence Project) המנוהל על ידי הפקולטה למשפטים ע"ש בנימין קרדונו בניו יורק. במסגרת פרוייקט זה תועדו מאות מקרים של הרשעות שווא, כולל כאלה שהעונש שהושת עליהן היה עונש מוות. לפרטים נוספים ראו אתר האינטרנט של הפרוייקט ב-<http://www.innocenceproject.org> וכן ראו Keith A. Findley, *Learning From Our Mistakes: A Criminal Justice Commission to Study Wrongful Convictions*, 38 Cal. W.L. Rev. (2002) 333

את הדין לחובתו של נאשם. המסר לשופטים הוא, בפשטות, "אל תבטלו את האפשרות שהספק שהבחנתם בו הוא ספק סביר; גם אם אתם נוטים להקל בערכו, ייתכן ששיקול דעתכם מוטה יותר ממה שנדמה לכם". ברור כי שופטים שינהגו כך יזכו מספר גדול יותר של נאשמים שעברו את העבירה. אך עלותה של טעות זו קטנה בהרבה מעלותה של הטעות ההפוכה.

ביטחון-יתר בניבוי רלוונטי גם בתחומי המשפט האזרחי. בשנת 1999 ניתנו בישראל 527,734 פסקי דין על ידי בתי המשפט הרגילים של המדינה (בית המשפט העליון, המחוזי והשלום) בעניינים אזרחיים³⁹. בנוסף על כך ניתנו פסקי דין רבים על ידי ערכאות שיפוטיות נוספות, כגון בתי הדין לעבודה, בתי הדין הדתיים ועוד⁴⁰. זהו מספר אסטרונומי, והוא אומר דרשני. בדרך כלל הצדדים מכירים את הסכסוך שביניהם על כל צדדיו וצריכה להיות להם יכולת סבירה להעריך את תוצאותיו. כפי שצינינו בדברי הפתיחה, אילו הערכת הצדדים לגבי תוצאות ההליך היו שוות, או אפילו קרובות, הסכסוך לא היה מגיע לשלב של הכרעה שיפוטית והיה מסתיים בפשרה; צדדים רציונאליים מתדיינים ביניהם רק כאשר לפחות אחד מהם טועה בהערכת יתר של ההסתברויות לטובתו⁴¹. בהינתן היכרותם הקרובה עם הסכסוך - אותו סכסוך עצמו - כיצד קורה שבכל כך הרבה מקרים התובע והנתבע חלוקים בהערכתם את תוצאות ההתדיינות?

תופעת ביטחון היתר בניבוי מספקת הסבר טוב לעובדות דלעיל. אדם קרוב אצל עצמו, ולכן סביר להניח כי הערכת הצדדים ביחס לסיכויי זכייתם אינה שווה: התובע מאמין שסיכויי זכייתו קצת גדולים ממה שאדם ניטראלי היה מאמין, ואילו הנתבע מאמין שסיכויי זכייתו של התובע קטנים ממה שהיה סביר בעיניו של מתבונן מן הצד. הטייה זו מרחיקה את ההסתברויות ששני הצדדים מייחסים לסיכויי הצלחת התביעה זו מזו; עד כדי כך, שלמרות קיומן של הוצאות המשפט, הסכסוך עלול להגיע להכרעה שיפוטית במקום להסתיים בפשרה. כך, למשל, אם סכסוכים דומים לסכסוך הנתון מסתיימים בשבעים אחוז מן המקרים לטובת התובע, התובע מועד לשגות ולהניח כי הם מסתיימים לטובתו בתשעים אחוז מן המקרים, ואילו הנתבע עשוי לסבור כי ההסתברות היא רק חמישים אחוז. במקרה כזה הסכסוך עלול להיגרר להכרעה, אף על פי שטוב היה לו להיגמר בפשרה, בעיקר כאשר הוצאות המשפט הן משמעותיות⁴².

³⁹ התמונה המדויקת לשנת 1999 מבהילה אף יותר, שכן בפועל נדונו סך של 1,089,580 (!) תיקים בבתי-המשפט האזרחיים..

⁴⁰ רק לשם המחשה, נציין כי בשנת 1999 נתבררו 100,443 תיקים בבתי-הדין הרבניים, ו-8701 עניינים בבתי-הדין השרעיים.

⁴¹ נניח לשם הדגמה כי התובע מבקש סעד של 1000 ₪ וסבור שיש לו סיכוי של 60% לזכות בתביעה. אזי בהתעלם ממימד הוצאות המשפט, תוחלת הרווח שלו מהגשת התביעה היא 600 ₪. אילו הנתבע היה סבור כמוהו כי סיכויי הצלחת התביעה הם 60%, כלומר תוחלת הנוק שלו מן התביעה התלויה ועומדת נגדו היא בסך 600 ₪, היה כדאי לתובע לקבל 600 ₪ בפשרה וכך לחסוך לו את הוצאות המשפט, וגם לנתבע היה כדאי לשלם 600 ₪ וכך לחסוך לו את הוצאות המשפט. תוצאה זו מתעצמת אם הנתבע סבור כי סיכויי של התובע עולים על 60% (למשל, אם הוא סבור שסיכויי התובע הם 80% כדאי לו, גם בהתעלם מן ההוצאות, להתפשר על כל סכום שאינו עולה על 800 ₪). אם הוצאות המשפט הן משמעותיות, היינו צריכים לצפות לפשרה גם אם התובע מעריך את סיכוייו לזכות בתביעה יותר מכפי שהנתבע מעריך את סיכוייו של התובע לזכות במשפט.

⁴² אם הסעד המבוקש הוא 1000 ₪, התובע מעריך את סיכוייו בתשעים אחוז, הנתבע מעריך את סיכויי התובע בחמישים אחוז והוצאות המשפט הן 300 ₪ (נניח לשם הפשטות שכל צד נושא בהוצאותיו, כלומר כל צד נושא בהוצאות בסך 150 ₪ ללא קשר לתוצאות המשפט), התובע לא יסכים לפשרה ששיעורה נמוך מ-750 ₪ (תוחלת הרווח מפסק הדין פחות הוצאות התובע), ואילו הנתבע לא יסכים לשלם בפשרה יותר מ-650 ₪ (תוחלת ההפסד מפסק הדין ועוד הוצאות הנתבע). מאחר

התבוננות מעין זו על הדינאמיקה של הסכסוך מספקת רציונאל טוב לתנועה הדוגלת ביישוב סכסוכים בדרכים חלופיות, ובעיקר גישור ופישור. המגשר והמפשר מעריכים ביחד עם הצדדים את איכות תביעתו של התובע כנגד הנתבע, ובצורה כזו מקרבים את הערכות הצדדים ביחס למה שיקרה בהליך משפטי מלא, אם אכן יתרחש. הפישור מצליח לא הודות למאמצי פיוס בין הצדדים העושים אותם סלחנים יותר אלה כלפי אלה, אלא הודות לכך שהם מספקים לשני הצדדים הערכה משותפת ביחס לתוצאות ההליך. הפשרה מושגת, בסופו של דבר, הודות לאינטרס העצמי של כל אחד מן השחקנים, ולא הודות לנכונותו לנהוג בנדיבות כלפי יריבו.

5. הטיית החוכמה לאחור מעשה (hindsight bias)

א. התופעה

לעיתים קרובות אנחנו נדרשים להעריך את סיכויי התרחשותו של אירוע כלשהו, כגון שמחר ירד גשם, שנסיעה במהירות מופרזת תיגמר בתאונה או שמדינה שכנה מתכננת נגדנו מתקפה צבאית. במקרים אחדים, שרבים מהם מתרחשים בחיים הציבוריים והמשפטיים, אנחנו נדרשים להעריך סיכויים אלה בדיעבד, הגם שכבר ידוע לנו מה התרחש הלכה למעשה. למשל, כאשר משתוללת שריפה בכרמל אנו יכולים לשאול את עצמנו כיצד היינו מעריכים את הסיכוי לשריפה שכזו ביום לפני שהתרחשה; כאשר קרתה תאונה אנו עשויים לתת דעתנו לשאלה כלום ניתן היה לצפות אותה; וכדומה. לאחר מלחמת יום הכיפורים רבים עסקו בשאלה האם ה"קונצפציה" שייחסה סבירות מאד נמוכה למלחמה שכזו הייתה קונצפציה סבירה. הטיית "החוכמה לאחור המעשה" היא העובדה שהעתידי נראה הרבה יותר ברור כאשר מסתכלים עליו בדיעבד. ניסויים רבים הראו שבני האדם מעריכים את הסתברותו של מאורע מסוים כגדולה יותר, אם הם נשאלים על כך כשכבר נודע להם שהמאורע אכן התרחש.

ב. תוצאות מחקריות

הטית החוכמה בדיעבד קרויה גם "דטרמיניזם זוחל" (creeping determinism), על שום כך שהתחושה שמה שקרה היה בלתי נמנע גוברת לאחור מעשה, הגם שמלכתחילה היה האירוע הנדון לוט באי-ודאות. הפסיכולוג ברוך פישהוף ערך כבר בשנות ה-70 סדרת מחקרים מרשימה על היבטים וביטויים שונים של הטייה זו. בניסוי שהוא ככל הנראה המפורסם ביותר בסוגו, סיפר פישהוף למשתתפים על פרשה היסטורית שהתרחשה בראשית המאה ה-19 בהרי בנגל בין צבא הגרילה של הגורקה מנפאל לבין הצבא הבריטי ששלט אז באזור. לאחר מתן רקע קצר, התבקשו הנשאלים לנחש מה קרה לאחור מכן, וכיצד התפתח הקונפליקט. הוצעו להם ארבע חלופות:

א. הבריטים ניצחו

ב. הגורקה ניצחו

שהמכסימום שהנתבע מוכן לשלם לתובע בפשרה נופל מן המינימום שהתובע מוכן לקבל בפשרה, הסכסוך יופנה להכרעה שיפוטית, למרות שיפה היה לו להסתיים בפשרה. [איזו פשרה, למשל, היתה מיטיבה את מצבם של שני הצדדים כאחד?]

ג. העדר הכרעה צבאית, ללא הסדר שלום

ד. העדר הכרעה צבאית, עם הסדר שלום

הנשאלים נחלקו לחמש קבוצות. הנשאלים מן הקבוצה הראשונה לא קיבלו כל מידע נוסף, והתבקשו לתת את הערכת הסיכויים שלהם לכל אחת מהתוצאות האפשריות. לנשאלים מן הקבוצה הראשונה, השנייה, השלישית והרביעית נאמר, בהתאמה, כי אפשרויות א', ב', ג' או ד', התרחשו הלכה למעשה, ורק אז הם התבקשו להעריך את הסיכוי של כל אחת מארבעת התוצאות האפשריות כפי שהיו מעריכים אותו לולא ידעו מהי התוצאה. לנשאלים מן הקבוצה החמישית לא נאמר דבר על מה היתה תוצאת המאבק, והם סתם התבקשו לתת הערכת סיכויים לכל אחת מ-4 התוצאות האפשריות. במילים אחרות, כל אחת מחמש הקבוצות נשאלה שאלה זהה, אך לכל אחת מהן היה מידע שונה על מה שהתרחש, וארבעת הראשונות למעשה התבקשו לענות כאילו היו בקבוצה החמישית. כמובן שלנשאלים שהשתייכו לשלוש מתוך ארבע הקבוצות הראשונות נמסר מידע שקרי, אך הנבדקים לא ידעו זאת (מייד עם תום הניסוי קיבלו את המידע הנכון). התברר שהתרגיל המנטאלי הזה, של התעלמות ממידע קיים והניסיון להיכנס לנעליו של מי שמידע זה איננו מצוי ברשותו, לא צלח. קבוצה שדווח לה על מידע פלוני— בין אם היה נכון או שקרי— העריכה את הסיכוי של התוצאה המתאימה לאותו מידע כגבוה יותר ממה שהעריכה אותו הקבוצה שלא קבלה כל מידע על התוצאה, ובדרך כלל (אם כי לא תמיד), עד כדי הפיכתה לתוצאה הסבירה ביותר.⁴³

בניסוי אחר שנערך במשותף עם רות בייט, ביקש פישהוף מן הנבדקים, ערב ביקורו ההיסטורי בסין של הנשיא ניקסון, לנחש תוצאות אפשריות של הביקור. לאחר הביקור, כאשר הישגיו כבר היו ידועים, נתן להם שוב שאלון זהה, וביקש מהם לשחזר את התשובות שנתנו קודם. גם כאן התברר שהתוצאות שהתממשו בפועל הוערכו על ידי הנשאלים כבעלות הסתברויות גבוהות יותר, ואילו לאלה שלא התממשו הנשאלים ייחסו סיכויי התממשות קטנים יותר, מאשר העריכו מלכתחילה. עולה מכאן שלא רק שהנבדקים לא הצליחו לדמות בדיעבד את אי-הודאות של מי שאינם יודעים את התוצאות בזמן הערכת ההסתברויות מלכתחילה, אלא שאפילו לא היו מסוגלים לשחזר את אי הודאות שהם עצמם חוו לפני היוודע התוצאות.⁴⁴

ג. יישומים משפטיים

בגלל הטיית החוכמה לאחר מעשה, יש מי שמוכן לוותר לחלוטין על כלי בדיקה בדיעבד נוסח וועדות חקירה ממלכתיות שתפקידן מוגדר כמציאת "אשמים" על מאורעות אסוניים שקרו בעבר.⁴⁵ במקרים מעין אלה וועדת החקירה מתבקשת לשער מה הייתה הסתברות התרחשותו של האסון לאחר שכבר ארע, ותוצאותיו היו ידועות לכל. דוגמאות לכך הן וועדת אגרנט שנתנה דעתה על מערכת השיקולים של הדרג

⁴³ Baruch Fischhoff, *Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty*, J. of Experimental Psychology: Human Perception and Performance 288 (1975)

⁴⁴ Baruch Fischhoff and Ruth Beyth, *I Knew it Would Happen: Remembered Probabilities of Once Future Things*, 13 *Organizational Behavior and Human Performance* 1 (1975).

⁴⁵ ישראל ליבליך, *ועדת חקירה מן ההיבט הפסיכולוגי, בקלמן בנימיני (עורך)*, עיון ויישום בפסיכולוגיה: קובץ לזכר ישראל ליבליך, (הוצאת מגנס 1990).

המדיני והצבאי ערב מלחמת יום הכיפורים, או ועדת השופט כהן שחקרה את אסון סברה ושתילה. סביר מאד להניח כי בסיטואציה מעין זו חברי הוועדה עלולים להחליט על ממצאים מרשיעים, גם אם לא היו חוזים את התוצאה המזיקה מראש אילו התבקשו לעשות כן בזמן אמת. איננו בטוחים שאנו שותפים למסקנה גורפת זו, לפיה אין כל ערך לוועדות חקירה ממלכתיות, אך מצטרפים אנו לקריאה כי וועדות מעין אלה חייבות להזהיר את עצמן מפני סכנותיה של ההטיה.

זה הדין גם בממצאים של רשלנות. עצם העובדה שפלוני ניזוק ממעשיו של אחר עלולה להטות את שיקול דעתם של הדיינים, כך שיאמינו בדיעבד כי הנזק היה בר ציפיה מראש, גם אם לא היו מגיעים לממצא דומה אילו ניצבו בנעליו של המזיק בזמן אמת.

הערה אחרונה זו משליכה באופן ברור על אחת מתובנותיה הפופולאריות ביותר של הגישה הכלכלית למשפט. כידוע, עוולת הרשלנות כוללת בחובה שלושה מרכיבים עיקריים, והם חובת הזהירות, הפרתה של החובה, וקיומו של הנזק שנגרם כתוצאה מהפרת החובה. נמקד את המבט במרכיב השני, הפרת החובה. לעניין זה טבע השופט לרנד האנד (Learned Hand) נוסחה מפורסמת, שזכתה לכינוי "נוסחת האנד". לפי נוסחה זו, פלוני מפר את חובת הזהירות שלו כלפי הניזוק אם, אך רק אם, עלות מניעתה של התאונה קטנה מתוחלת הנזק. אכן, יישומה של הנוסחה אמור להוביל לתוצאות יעילות, שבהקשר זה פירושן מייעור הסכום של עלות התאונות ועלות מניעתן. כך, למשל, לא היינו חפצים שנהגים יאטו את מהירות נסיעתם "יותר מידי" (למשל, למהירות שיא של 25 קמ"ש) למרות שביר לנו שלו עשו כן היו נחסכות תאונות רבות; זאת הואיל ועלויותיה של האטה דראסטית שכזו עלולות בשיעורן על הנזק הנגרם במהירות הנוכחיות. גם בית המשפט העליון שלנו, שידו אינה "קלה על ההדק" באימוצן של תובנות כלכליות, יישם לא אחת את נוסחת האנד. ואולם כיצד נאמוד את תוחלת הנזק? זהו, כמובן, המספר המתקבל ממכפלת עלות התאונה בהסתברות התרחשותה. למשל, אם ידוע שבזר כרוי בחצריו של פלוני עלול לגרום לתאונת נפילה שעלותה 100,000 ₪, ושהסיכוי לתאונה שכזו במשך תקופת קיומו של הבור היא 10%, תוחלת הנזק של קיום הבור היא 10,000 ₪. אם קיימת חובת זהירות, חייבים לקיים אותה בכל עלות שאינה עולה על התוחלת הזו. ואולם כאשר דנים בהתנהגותו של המזיק רק לאחר שהשלים את מעשה הנזיקין, כלומר רק לאחר שהנזק כבר התרחש, אומדן ההסתברות של הנזק, ולכן גם של תוחלת הנזק, עלול להיות מוטא כלפי מעלה. התוצאה אז תהא בלתי יעילה, כי נידרש לעמוד בעלויות זהירות גבוהות יותר מתוחלת הנזק האמיתית של מעשינו, זו הנאמדת "בזמן אמת", ללא השפעת החוכמה שלאחר מעשה.

מעניין שלא הכל הם קורבנות של הטיה זו. יוצא מן הכלל ניתן למצוא בדיני התאגידים. נושאי משרה בתאגיד (דירקטורים, מנהלים) חבים לחברה חובת זהירות, שעל הפרתה הם עלולים להידרש לשלם לחברה פיצויים. בארצות הברית התפתחה, בצד הדוקטרינה הכללית המכירה בקיומם של "יחסי רעות" בין נושאי המשרה לבין התאגיד (כלומר, בקיומה של חובת זהירות של נושאי המשרה לתאגיד), עוד דוקטרינה אחת הקרויה "כלל שיקול הדעת העסקי" ("business judgment rule" או BJR). משמעותה המעשית של דוקטרינת ה-BJR היא כי בית המשפט לא ישים את שיקול דעתו בדיעבד תחת שיקול דעתם של נושאי המשרה בזמן אמת, ובכך יימנע מהטלת חובת פיצוי על הפרת חובת הזהירות של

נושאי המשרה, אלא אם כן הפרה זו לוותה בחוסר תום לב (למעשה, הפרת חובת אמונים), או ברשלנות גסה (gross negligence). כיצד להסביר תופעה זו? להלן פרשנות אפשרית: מאחר שהסתברות התרחשותו של הנזק, ולכן תוחלת הנזק, כפי שהיא נתפסת על ידי הדיין היושב בדין בדיעבד, מוגזמת כלפי מעלה, נדרש כלל "מקזוז", על פיו אין להתחשב בתוחלות נמוכות יחסית. רק אם הדיין היושב לדין בדיעבד משתכנע (בהינתן הטיית החוכמה לאחר מעשה שהוא עצמו נתון לה) שתוחלת הנזק הייתה גבוהה מאד (מקרים של חוסר תום לב או רשלנות גסה), יש מקום, ואפילו בדיעבד, להטיל חובת פיצוי על נושא המשרה.

שאלה נאה היא על שום מה כלל ה-BJR איננו אלא חריג, אשר תחולתו איננה משתרעת על פני כל דיני הרשלנות, ואולי אף למעלה מכך- על פני כל הסיטואציות שבהן דיינים מתבקשים להעריך בדיעבד הסתברויות, או מאפיינים כמותיים אחרים (כגון שיעור הנזק), של תוצאות שכבר ידועות להם. ואמנם, ראוי היה למצוא מנגנונים שיקזזו הערכות הסתברותיות הנעשות בדיעבד לרוחב כל החזית. אך אם השאלה איננה עקרונית (כלומר האם צריך להיות הבדל בין התנהגותם הרשלנית של נושאי משרה לסוגים אחרים של התנהגות) אלא פרקטית, ניתן לחשוב על כמה סיבות אפשריות. אחת מהן היא שהפעלת אמת המידה גבוהה מידי על נושאי משרה הייתה משתקת באחת את הפעילות המשקית התאגידית, ששם המשחק שלה הוא "נטילת סיכונים". לעומת זאת הטלת אחריות חמורה מידי על נהגים, או אפילו על גנרלים, היא "שגיאה" שהמשק יכול לחיות אתה מבלי לחוש בעוצמתה או בחומרתה. שמרנות יתרה, במילים אחרות, נתפסת כחמורה יותר בהקשר העסקי מאשר בהקשרים אחרים. אך מכל מקום, הסבר לקיומה של האבחנה חורג מד' אמותיה של פרק זה, ולכן נותר אותו עתה בצריך עיון.

6. הטיית העיגון (anchoring).

א. התופעה

נניח שאנו מתבקשים להעריך את אורכו של נהר הירדן. כל בר בי רב יודע שהירדן ארוך מן הירקון, וקצר מן הנילוס. אף על פי כן, אפשר להשפיע על אומדן האורך של הירדן על ידי הזכרת אחד משני הנהרות האלה. למשל, אם נשאל: "אורכו של הירקון הוא 28 ק"מ. מה אורכו של הירדן?" נקבל אומדן קטן בהרבה ממה שנקבל אם נשאל: "אורכו של הנילוס הוא 6650 ק"מ. מה אורכו של הירדן?". על ידי אזכור אורכו של הנהר האחר ניתנה למעריך נקודת מוצא שממנה הוא מתחיל את אומדנו ("28 ק"מ? טוב, אבל הירדן ארוך הרבה יותר. נראה לי שהוא בערך..."; לעומת: "6650 ק"מ? טוב, אבל הירדן הרבה יותר קצר. נראה לי שהוא בערך..."). הממצאים מורים על כך שנקודת מוצא זו משמשת כמעין עוגן בכך שהיא מושכת אליה את האומדן, כך שבדרך כלל ה"תיקון" שאנו עושים איננו מספיק.

ב. תוצאות מחקריות

הניסויים המקוריים על עיגון היו בין הראשונים שדווחו על ידי כהנמן וטברסקי. כבר אז היה ברור שמספרים יכולים לשמש כעוגן לא רק כאשר הם רלבנטיים לאומדן המבוקש (כמו במקרה של אורכי

הנהרות), אלא גם כאשר הם מקריים. לדוגמה, בפני נבדקים סובבו גלגל מזלות, אשר עליו הופיעו המספרים מ-0 עד 100, אז הם התבקשו לנחש מה אחוז המדינות האפריקאיות בארגון האומות המאוחדות. לאחר שגלגל המזלות סובב, הנבדקים התבקשו קודם כל לומר אם המספר שעלה בגורל נראה להם נמוך מדי או גבוה מדי כתשובה אפשרית לשאלה, ורק אז לתת את האומדן הטוב ביותר שלהם. נבדקים שבגורלם עלה מספר גדול נטו לתת אומדן יותר גבוה מאלה שבגורלם עלה מספר קטן יותר. למשל, האומדן של אלה שהגרילו את המספר 65 היה 45%, ושל אלה שהגרילו את המספר 10 היה 25%.⁴⁶

ההסברים לתופעת העיגון רבים ומגוונים, אך כולם מסכימים על הקלות שבה ניתן לקבל אותה. כל מה שנדרש כדי ליצור את ההטיה הוא לדחוס לתודעתו של האומד מספר כלשהו, שרירותי ככל שיהיה, והצורך להתייחס אליו די בו כדי לגרום לו להשפיע, כלומר "לגרור" את האומדן לכיוון העוגן המוצע. גם שופטים מקצועיים אינם חסינים מפני הטיית העיגון. בפני קבוצה של שופטים מקצועיים ומנוסים תוארו פרטיה של עבירת גניבה, והנבדקים התבקשו לחוות דעתם על העונש הראוי. הקבוצה חולקה לשתי תת קבוצות. בפני כל אחת מהן הוטל זוג קוביות. ללא ידיעתם של הנבדקים הקוביות היו מוטות, כך שסכום המספרים שנצפה על ידי תת קבוצה אחת היה 3 (כלומר קוביה אחת "נפלה" על המספר 1 והשנייה על המספר 2), וסכום המספרים שנצפה על ידי תת קבוצה אחרת היה 9. השופטים נשאלו תחילה האם מספר חודשי המאסר שראוי להטיל בגין אותה עבירה גדול או קטן מסכום המספרים שצפו בהם, ולאחר מכן נשאלו כמה חודשי מאסר ראוי להטיל. תת הקבוצה שצפתה במספר 3 סברה, בממוצע, שהעונש הראוי הוא 5 חודשי מאסר. תת הקבוצה שצפתה במספר 9 סברה, בממוצע, כי העונש הראוי הוא 8 חודשי מאסר.⁴⁷ כמו במקרה הקודם (גלגל המזלות) היה ברור לנבדקים לחלוטין שהמספרים שניטעו בתודעתם היו מספרים מקריים, שאין להם רלבנטיות כלשהי לשאלת הניסוי, ובכל זאת היה בהם כדי ליצור עיגון שהשפיע על התוצאה.

ג. יישומים משפטיים

ידועה התופעה כי תובעים במשפטים אזרחיים נוטים להגזים כלפי מעלה בהערכת הפיצויים המגיעים להם, ולעיתים הם דורשים סכומים דמיוניים. לכאורה, תופעה זו היא פרדוכסאלית, בהינתן כללי האגרה הנהוגים בבתי המשפט, לפיהם גובה האגרה הוא פונקציה של גודל התביעה. על שום מה ישלם התובע אגרה מוגדלת לחינם, כאשר איננו מאמין כלל כי יוכל לזכות בסכומים המבוקשים? הסבר סביר לכך הוא שהסכום המוזכר בכתב התביעה יוצר "עוגן" להערכת סכום הפיצויים, בעיקר בענפי משפט שבהם גובה הפיצוי איננו מפורש בכללי משפט ברורים, אלא באומד דעתו של הדיין (למשל, פיצויי "כאב וסבל", "פיצויים עונשיים" או פיצויים בשל גריעה כזו או אחרת מהנאות החיים). תובע רציונאלי עשוי לנפח את

⁴⁶ ראו Amos Tversky and Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 Science, New Series, 1124 (1974)

⁴⁷ ראו Birte English, Thomas Mussweiler and Fritz Strack, *Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making*, 32 Personality and Social Psychology Bulletin 188 (2006)

סכום הפיצויים הנתבע על ידו כל עוד תוספת הפיצוי הצפויה לו בשל עוגן ההתייחסות הגבוהה, גבוהה יותר מתוספת האגרה שעליו לשלם בשל ניפוח סכום הפיצויים.

קיומה של הטיית העיגון והחשש להשפעתה גם על שופטים מקצועיים גורמים לנו להציע יחס ספקני לשורה ארוכה של הלכות שבמרכזן מצוי הרעיון שלפעמים קוראים לו "מתחם הסבירות" ולעיתים בשמות אחרים המרמזים על תפיסה דומה. כך, למשל, בית משפט לערעורים פליליים איננו נוטה להתערב בעניין חומרתם של עונשי מאסר, גם אם הוא עצמו היה גוזר עונש אחר על הנאשם, אם העונש שהושת בבית המשפט דלמטה איננו חורג מן הסביר. בית המשפט הגבוה לצדק אינו נוטה להפוך את החלטות הרשות השלטונית המשיבה אם אין הן חורגות באופן קיצוני ממה שנדמה כראוי בעיני בג"צ. הערכת שווי של מומחה לניירות ערך של חברה תיראה לבית המשפט הנדרש לאשר אותה כ"סבירה" וראויה לאימוץ אם לא ניתנה הערכת שווי סותרת השונה ממנה באופן מהותי. ואולם יש להביא בחשבון כי מה שנראה לבית המשפט כ"סביר" או כמצוי "במתחם הסבירות" איננו שיפוט המנותק מן העוגן שהובא לידיעתו, וייתכן מאד שאילו סדר הדברים היה הפוך, כלומר בית המשפט היה נדרש לתת את הערכתו תחילה, והערכתו של הזולת הייתה נמסרת לו רק בדיעבד, ההבדל בין שתי ההערכות היה הופך לדרמאטי, ולכן אימוצה של ההערכה החיצונית היה נתפס כחורג ממתחם הסבירות. כך, למשל, אין זה בלתי אפשרי שאילו בית משפט לערעורים פליליים היה יושב כבית משפט של ערכאה ראשונה העונש שהיה משית על העבריין היה שונה באופן קיצוני מן העונש שהושת למעשה על ידי הערכאה הראשונה. אך לאחר שהערכאה הראשונה כבר גזרה את העונש, ושיעורו של עונש זה הובא לידיעתו של בית המשפט שלערו, הפער בין שני שיעורי העונש הצטמצם עד כדי דחיקתו אל תוך מתחם הסבירות.

7. תוספת קטנה לסיום הפרק

קצרה היריעה מלפרט את כל התופעות בשיפוט והחלטה שמחקר פסיכולוגי חשף ושיש להם נגיעה לכלכלה התנהגותית בכלל ולמסקנותיה של כלכלה זו למשפט בפרט. קיימת ספרות לא מועטה של ספרים ומאמרים מסכמים (אמנם לא בשפה העברית) אשר הקורא המעוניין יכול להרחיב בהם את השכלתו בנדון. הסתפקנו בפרקנו במבחר מצומצם מהתופעות, ודילגנו על עוד רבות. כדי לסבר את האוזן, להלן רשימה קצרה של הטיות ותופעות נוספות שיוצגו כאן רק ברמיזה.

א. הטיות בהערכת ראיות.

כאשר טיפלנו לעיל בהטיית הניסוח, ציינו איך המילים שבעזרתן מנוסחות החלופות לבחירה יכולות להשפיע על הבחירה. ישנם משתנים נוספים שמאפיינים ראיות ויכולים להשפיע על הערכתן. אחת מהן מתייחסת לתיזמונו של המידע. לאינפורמציה שמוצגת ראשונה יש השפעה גדולה במיוחד על השיפוט הסופי, אפקט הקרוי אפקט הראשונות (primacy effect). הרושם שמידע ראשוני זה משיג משפיע על

האופן שראיות מאוחרות יותר נתפסות, נזכרות, או מתפרשות. גם לאינפורמציה שמוצגת אחרונה יש השפעת יתר (recency effect), משום שהרושם שהיא מותירה איננו יכול יותר להתקלקל או להידחק הצידה על ידי אינפורמציה חדשה נוספת – היא נותרת בחזקת "המילה האחרונה". כך, ייתכן ש"כדאי" להעלות על דוכן העדים ראשון את העד המשכנע ביותר, ואולי גם יש יתרון למי שנושא את נאום הסיכום שלו אחרון. מכל מקום ברור שהשפעתם של היגדים הנערכים בסדר א, ב, ג, ד, ה איננה זהה להשפעתם של היגדים הנאמרים בסדר אחר, למשל ה, ד, ג, ב, א.

אפקט קשור לאפקט הראשונות נקרא הטית האישוש (confirmation bias). זהו שם גג לאוסף של נטיות מסוגים שונים שכולם פועלים להטית הכף לטובת השערה בה אוחו שופט הראיות. די שהשאלה המנחה שופט, האמור להעריך, למשל, את המגדר של X, תהיה "בדוק אם X הוא אישה?" לעומת "בדוק אם X הוא גבר?" כדי להעלות את הסיכוי ש-X [ת]יראה כאישה. מתברר שניסוח ההשערה לבדיקה מטה את סוג האינפורמציה שמחפשים, את סוג האינפורמציה שזוכרים, את סוג האינפורמציה ממנה מתרשמים, וכדומה. הטית האישוש גם מתייחסת לעובדה שאסטרטגיות של בדיקת השערות מוטות כלפי העדפה לחיפוש ראיות שיכולות לאושש והזנחה יחסית של ראיות שעשויות להפריך, גם כאשר כוחן הדיאגנוסטי של אלה האחרונות עשוי להיות רב יותר. כך, למשל, הראו לנבדקים ארבעה קלפים שעליהם הופיעו האות A, האות B, הספרה 4, והספרה 5, והם התבקשו לומר אלו קלפים יש להפוך כדי לבדוק אם נכונה ההשערה ש "כל קלף שבציודו האחד אות שהיא תנועה (vowel), יש בציודו השני מספר שהוא זוגי". כמעט כל הנבדקים מבקשים להפוך את הקלף A (שהוא אכן הכרחי לבדיקת ההשערה, ומה שמציודו השני יכול לאשש אותה או להפריך אותה), ולמעלה ממחציתם מבקשים להפוך גם את הקלף 4 (שמה שמופיע מציודו השני לא מעלה ולא מוריד מההשערה), וכמעט אין מי שמבקש להפוך את הקלף 5 – למרות היותו חיוני, שכן שמה שמציודו השני יכול להפריך את ההשערה. הזנחת הקלף המפריך נזקפת אף היא ל"הטיית האישוש". הטיה זו חשובה במיוחד בהקשר של חקירות, משום שבצורתה הקיצונית, היא כמעט מבטיחה שחוקרים שגיבשו השקפה מסויימת מוקדם בתהליך החקירה, יתחזקו יותר ויותר באמונתם עם התקדמות החקירה לעומת המידה הראויה מבחינה נורמטיבית.

אם הטית הראשונות חלה על אותן ראיות, אך בדרך שונה, הטיית האישוש גורמת לכך שהראיות הנאספות עצמן משתנות בגלל ההשערה ההתחלתית.

ב. סטיות בהתנהגות.

ההטיות דעיל היו הטיות באמונות ודעות, והסטיות שנתאר להלן הן סטיות בהתנהגות בפועל. לא מקרה הוא שאנו קוראים להם "סטיות" ולא "הטיות", משום שהמילה "הטיה" מתארת רק את היותן של ההתנהגויות שונה ממה שהתיאוריה הניאו-קלאסית מנבאת, אך הסטיות – כפי שנראה מיד – הן דווקא מהסוג הנחשב רצוי וראוי חברתית יותר מהנורמה הרציונאלית. כוונתנו לאותן סטיות מן ההנחה שהאדם הרציונאלי הוא אנוכי לחלוטין, ותמיד בוחר את מה שמיטבי עבור עצמו. הנחה זו עמדה לא אחת למבחן בתחום שנקרא "משחקים אקספרימנטאליים", שבו צפו איך אנשים משחקים בפועל כמה מן המשחקים הידועים בתורת המשחקים המתמאטית. בפרט יש תילי תילים של ניסויים שבייב שני משחקים – דילמת האסיר (Prisoner's dilemma) ומשחק האולטימאטום (The ultimatum game).

במשחק האולטימאטום, לשחקן ראשון יש "עוגה" ששוויה, נניח, 100 זהובים. הוא מציע לשחקן השני חלוקה של העוגה – X זהובים לעצמו, ו-100-X זהובים לחברו. השחקן השני יכול לקבל את ההצעה, ואז העוגה מתחלקת על פי ההסכמה, או לסרב להצעה, ואז העוגה נעלמת, ואיש אינו מקבל דבר. תורת המשחקים גוזרת מן ההנחה ששני השחקנים הם רציונאליים ושניהם גם יודעים ששניהם רציונאליים, את הניבוי שהשחקן השני יקבל כל הצעה חיובית שהיא, משום שכל סכום חיובי עדיף על לא כלום. ממילא, אם כך, השחקן הראשון יכול להציע כל חלוקה שהיא, מתוך בטחון מוחלט שהיא לא תידחה. דא עקא, שלא כך קורה בפועל. ההצעה השכיחה היא של חלוקה שוויונית (הגם שזו הממוצעת נמוכה מעט יותר). וטוב שכך, משום שהשחקן השני נוטה לדחות הצעות "מעליבות", וכאשר הצעה היא נמוכה מידי, מעדיף לא כלום על ההשפלה שבקבלתה.

במשחק הקרוי "דילמת האסיר", יש לכל אחד משני שחקנים ברירה בין שני מהלכי פעולה, ומבנה המשחק הוא שהמהלך הנקרא הרבה פעמים "בגידה" עולה על זה הנקרא "שיתוף פעולה" -- בין אם השחקן השני בוחר אף הוא בבגידה, או שהוא מצידו בוחר בשיתוף פעולה. לדוגמה, ראו את מטריצת התשלומים להלן, שבה המספר משמאל מייצג את התשלום לשחקן השורות, והמספר מימין את התשלום לשחקן הטורים.

בגידה	שיתוף פעולה	
0,10	5,5	שיתוף פעולה
1,1	10,0	בגידה

ברור שהשורה התחתונה דומיננטית עבור שחקן השורות, והטור הימני דומיננטי עבור שחקן הטורים. בגלל דומיננטיות זו, כל שחקן "רציונאלי" יבחר באסטרטגיה של "בגידה" – והתוצאה הסופית, בתא הימני התחתון, תהא גרועה יותר לשני השחקנים מזו שהייתה מתקבלת לו שניהם כאחד (אך רק שניהם כאחד, ולא אחד מהם בלבד) היו בוחרים ב"שיתוף פעולה" – ראו התא השמאלי העליון. הממצאים האמפיריים הם שתמיד ישנם שחקנים שמשחקים את האסטרטגיה הנשלטת. שיעורם היחסי משתנה בהתאם לגורמים רבים ושונים, ויכול להיות גם גבוה מאוד. מכל מקום, כל בחירה שכזו איננה רציונאלית, אך מוצאים אותה לא רק בקרב התמימים או השוטים.

ישנן הטיות התנהגותיות גם בהקשרים לא-אסטרטגיים. הטית ה"הוצאה האבודה" (sunk cost) היא ההשפעה על החלטה עתידית שיש להוצאה שאותה כבר אין להשיב, אך קשה להתעלם ממנה. לדוגמה, השאלה אם לצאת מהצגה באמצע, או לוותר על מנה שכבר התחלת לאכול אותה במסעדה, או להמשיך להשקיע בפיתוח טנק, או להמשיך להשקיע בקו רכבת חדש, צריכה להיות תלויה אך ורק בשיקולי עלות-תועלת של התמדה לעומת נטישה של הפעולה. אולם מתברר שמי שכבר השקיע הרבה (בכרטיס למופע, במנה, בטנק, ברכבת) נוטה להתמיד במהלך יותר מאשר מי שנמצא באותה נקודת החלטה בדיוק, אך ללא אותו רקע של הוצאה אבודה.

ג. היפוכי העדפות.

ישנה רשימה ארוכה של מצבים אשר בהם יכולים לגרום לאותו אדם עצמו, כשהוא ניצב בפני אותה בחירה עצמה, להפוך את העדפותיו בגלל מניפולציה של גורם שמבחינה נורמטיבית לא צריך היה להשפיע על ההעדפה. דוגמה אחת ניתנה לעיל בתור אפקט הניסוח. אך ישנן דרכים נוספות לגרום להיפוך העדפות.

כאשר אנשים מתבקשים לבחור בין סיכוי של 90% לרווח של 10 ש"ח לעומת סיכוי של 10% לרווח של 90 ש"ח, רוב הנשאלים מעדיפים את הראשון, אך כאשר הם נשאלים כמה היו מוכנים לשלם לכל היותר עבור ההימור, רוב הנשאלים מוכנים לשלם יותר עבור ההימור השני מאשר עבור הראשון.

כאשר שואלים אנשים אם הם מעדיפים 100 ש"ח היום או 110 ש"ח מחר, רובם מעדיפים 100 ש"ח היום, אך כאשר הם נשאלים אם הם מעדיפים 100 ש"ח בעוד שנה, או 110 ש"ח בעוד שנה ויום, הם מעדיפים לקבל 110 ש"ח.

רכבת דוהרת לעבר קבוצה של אנשים שעומדים על הפסים מבלי שיהיה סיפק בידם לברוח בזמן ולהינצל. קיימת אפשרות פעולה שתציל אותם, במחיר מותו של אדם אחד בלבד, שאיננו בין המועדים למוות. רוב הנשאלים בוחרים במות האחד על פני מות הרבים אם הדבר ניתן למימוש על ידי כך שהם יפנו את הרכבת לפסים אלטרנטיביים, עליהם ניצב רק אדם אחד שלא יספיק להימלט, אך בוחרים במות הרבים ולא האחד אם ההצלה כרוכה בהשלכה על הפסים אדם אחד שגופו יכול לעצור את הרכבת בטרם תפגע בקבוצת האנשים על הפסים; ועוד כהנה וכהנה.

לפעמים השינוי לא מספיק להיפוך העדפות גמור, והוא רק משנה את ההעדפות. למשל, מי שאיבד כרטיס יקר (300 ש"ח) למופע נוטה לפחות לקנות כרטיס אחר למופע מאשר מי שאיבד 300 ש"ח במזומן, גם אם לא חל היפוך גמור בתוצאות.

הפסיכולוג והכלכלן הרברט סיימון זכה בפרס נובל בכלכלה על רעיון הרציונאליות החסומה שלו, לפיה המגבלות האנושיות (בזיכרון, ביכולת חישובית, בזמן, בכוחות, ובמשאבים אחרים) אינן מאפשרות בחירה אופטימאלית במובן המוחלט, ומחייבות בחירה שהינה לאו דווקא הטובה ביותר, אלא טובה דיה (satisficing), בכפוף לאותן מגבלות. המחקר הפסיכולוגי מאז זמנו חשף גורמים חשובים המשפיעים על האופן בו בני אדם חושבים ופועלים מהם ניתן להסיק כי הבעיה איננה רק מגבלות, אלא שהשכל האנושי פועל בדרכים שאינן מאפשרות, עקרונית וכללית, את סוג העקביות שנדרשת מאדם רציונאלי. למעשה, מי שבקי בפסיכולוגיה דיו יכול לתמרן אנשים לסוגים מסוגים שונים של בחירות ושיפוטיות תמוהים ומוזרים ביותר, אם לא בעוצמה אז לפחות בכיוון, וזאת כמעט ללא מעצורים או עיכובים. לזכותנו ולהגנתנו, הקמנו מערכים רבים של שיפוט והחלטה אשר בהם ישנם נהלים ותקנים שאינם נתונים או ניתנים לחולשות אנושיות. כשם שאפשר להפעיל מטוס אוטומאטי "ללא טייס" שאיננו נתון לאילויות

תפיסתיות, לעייפות, או לשיכרון חושים, כך קיימות מערכות של שיפוט והחלטה שפועלות מכוח תכנון מוקדם, ואינן מצריכות שיקול דעת אנושי בתפקודן השוטף (כגון טבלאות אקטואריות לחישוב פרמיות ביטוח, אלגוריתמים לקניה או מכירה של מניות, נוסחאות לקבלת מועמדים למוסדות להשכלה גבוהה, ונוהלי פעולה במקרה של סימפטומים מסוימים אצל חולים). המערכת המשפטית, על חוקיה, טקסיה ונהליה, מנסה אף היא להסדיר בצורה אופטימאלית ושיטתית אספקטים רבים של ההתנהלות האנושית. הבנה של ההתנהגות האנושית בכלל, ושל כלכלה התנהגותית בפרט, יכולה לסייע הן בהבנה והן בהבניה של אספקטים שונים במשפט. פרק זה כולו יועד לפתוח צוהר להבנת מרכזיותם של מדעי האדם האמפיריים ככלי להבנה טובה יותר של מערכת המשפט.