

חשיבה היוריסטית והשפעתה על החלטות שיפוט

דן זכאי*, דידה פליסיג**

מאמר זה בוחן את השאלה באיזו מידה החלטות שיפוטיות הן איכותיות, נקיות מטעויות ומהטיות, ועונות על אמות-המידה הנורמטיביות של החלטה רציונלית. המאמר סוקר מחקרים שונים שמהם עולה כי שופטים חשופים לחשיבה היוריסטית, וכי החלטותיהם אינן עולות בקנה אחד עם הנדרש מהחלטות רציונליות במובן הנורמטיבי. אחד הגורמים למצב זה הוא אי-הוודאות המאפיינת החלטות שיפוטיות. נוסף על כך, במקרים רבים החלטות שיפוטיות מתקבלות בלחץ זמן. אולם מעבר לכך, במקרים מסוימים שופטים מפגינים חשיבה סטריאוטיפית והטיות קוגניטיביות, כגון עגינה ובטחון-יתר. למרות זאת אפשר לראות בהחלטות שיפוטיות סוג של "היסק של מומחיות", וכתוצאה מכך אי-אפשר לטעון כי איכותן שונה באופן מהותי מזו של החלטות בתחומים אחרים של מומחיות מקצועית. המאמר מסיק כי כדאי לנקוט כמה פעולות ותהליכים שיש בכוחם להשביח את איכותן של החלטות שיפוטיות.

מבוא

פרק א: תהליכי קבלת החלטות

1. גישת החשיבה ההיוריסטית
2. תורת "הערך"
3. קבלת החלטות נטורליסטית

פרק ב: האם תהליך קבלת ההחלטות של שופטים שונה מתהליך קבלת ההחלטות של בני-אדם רגילים?

1. כיצד בני-אדם מקבלים החלטות?
2. כיצד מתקבלות החלטות שיפוטיות?

* פרופסור לפסיכולוגיה, בית-הספר החדש לפסיכולוגיה, המרכז הבינתחומי הרצליה.
** מרצה לפסיכולוגיה, החוג למדעי ההתנהגות, המסלול האקדמי המכללה למינהל, ראשון-לציון.

- פרק ג: איומים פוטנציאליים על איכות החלטותיהם של השופטים
1. היוריסטיקת העגינה (Anchoring)
 2. היוריסטיקת הזמינות (Availability)
 3. הטיית האישוש (Confirmation Bias)
 4. היוריסטיקת ה"דיעה לאחור" (Hindsight Bias)
 5. התעלמות מ"שיעור-הבסיס" (Base-Rate Fallacy)
 6. בטחון-יתר (Overconfidence)
 7. היוריסטיקת הרגש (Affect Heuristic)
 8. השפעות של לחץ זמן על תהליכי קבלת החלטות
 9. היווצרות הרושם (Impression Formation)
- פרק ד: הפער בין הרצוי למצוי – עד כמה החשיבה ההיוריסטית משפיעה על החלטות שיפוטיות?
1. האם שופטים יכולים להתעלם ממידע לא-קביל?
 2. מחקרים על החלטות שיפוטיות בבתי-המשפט
- פרק ה: מסקנות סיכום

מבוא

קבלת החלטות הינה תפקוד אנושי מרכזי אשר קובע את כיוונה של ההתנהגות ומשפיע על תוצאותיה כמעט בכל תחומי החיים. תחום המשפט אינו יוצא מכלל זה. בתוך תחום המשפט נודעת חשיבות מרכזית לקבלת ההחלטות של שופטים, שכן יש לכך השפעה רחבה על עשיית צדק וכן השלכות חברתיות נרחבות. הציבור הרחב מצפה שהחלטות שיפוטיות יהיו באיכות גבוהה וללא טעויות. ברוח זו נאמר Guthrie et al.¹:

"The quality of the judicial system depends upon the quality of the decision that judges make. Even the most talented and dedicated judges surely make occasional mistakes, but the public expects judges to avoid systematic errors."

מטרת החיבור הנוכחי היא לבחון, בהתבסס על הספרות הרלוונטית, מהם המאפיינים של החלטות שופטים ובאיזו מידה הן אכן איכותיות. כדי לבחון שאלה זו נסקור תחילה

Chris Guthrie, Jeffrey J Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, 86 1
 .CORNELL L. REV. 777 (2001)

בקצרה את הידוע על קבלת החלטות באופן כללי. לאחר־מכן נוכל לבחון את הידוע על החלטות שופטים, תוך השוואה לידע הכללי על קבלת החלטות. נדון בשאלה אם להחלטות שופטים יש מאפיינים ייחודיים, לטוב ולרע, בהשוואה לקבלת החלטות באופן כללי. לאור זאת נוכל לסכם ולבחון הצעות ואפשרויות להבטחת איכותן של ההחלטות השיפוטיות. בפרק א נדון בתהליכי קבלת החלטות ובתיאוריות שונות בתחום קבלת ההחלטות. בין התיאוריות נציג את הגישה הנורמטיבית, הגישה ההיורסטית, תורת הערך והגישה הנטורליסטית. בפרק ב נבחן אם תהליך קבלת ההחלטות של שופטים שונה מזה של בני־אדם רגילים. נראה כי אנשים שונים נוטים לקבל החלטות שונות בשל האופן השונה שבו הם תופסים את המידע. גם שופטים מושפעים מן האופן שבו הם תופסים את המידע, אך נציג בכל־זאת מודל ייחודי לקבלת החלטות של שופטים. בפרק ג יסקרו האיזמים הפוטנציאליים ששופטים חשופים להם כמקבלי החלטות, ביניהם בטחון־יתר של המחליט, המצב הרגשי שהוא מצוי בו, השפעות של לחץ זמן ועוד. בפרק ד נראה את השפעת החשיבה ההיורסטית על החלטות שיפוטיות. נסקור מחקרים שנעשו בתחום קבלת ההחלטות של שופטים, ונראה שגם שופטים אינם שוקלים תמיד שיקולים רלוונטיים. בפרק ה נציג את מסקנות המאמר, שלפיהן שופטים יכולים להישען על מודלים שונים בבואם לקבל החלטות, וכן נמליץ על דרכים שונות לשיפור איכותן של ההחלטות השיפוטיות. בפרק האחרון נסכם את האמור.

פרק א: תהליכי קבלת החלטות

ניתן לבחון תהליכי קבלת החלטות מכמה נקודות־מבט. נקודת־מבט אחת היא הנורמטיבית, השואלת כיצד צריך לקבל החלטות כדי להבטיח שהן יהיו מיטביות. נקודת־מבט אחרת היא זו התיאורית, הבוחנת כיצד אנשים מקבלים החלטות בפועל. הגישה הנורמטיבית מתייחסת למושג הרציונליות כאל אמת־המידה המגדירה מהי החלטה טובה. הגדרת הרציונליות עצמה היא הגדרה אקסיומטית, שלפיה מי שמקיים בהחלטותיו אקסיומות אחדות הוא רציונלי. דוגמה לאקסיומת רציונליות היא אקסיומת השליטה, שלפיה בהינתן חלופה שכל תוצאותיה האפשריות טובות מהתוצאות התואמות של חלופה אחרת, מחליט רציונלי יעדיף תמיד את החלופה הראשונה (השלטת) על השנייה (הנשלטת). דוגמה אחרת היא אקסיומת הטרנוזיטיביות, שלפיה אם אדם מעדיף חלופה א על חלופה ב, וחלופה ב על חלופה ג, אזי אם הוא רציונלי, עליו להעדיף את חלופה א על חלופה ג. אקסיומה אחרת המגדירה "רציונליות נורמטיבית" היא הדרישה לאי־תלות בין אמונות ותוצאות. מחליט רציונלי לא ייחס הסתברויות גבוהות יותר להתרחשות תוצאות רצויות והסתברויות נמוכות יותר להתרחשות תוצאות לא־רצויות, בהשוואה להסתברויות האובייקטיביות התואמות.²

2 .WAYNE LEE, DECISION THEORY AND HUMAN BEHAVIOR (1971)

הגישה הנורמטיבית תיארה את דמותו של המחליט המיטבי, וכינתה דמות זו "אדם כלכלי" (Economic Man). אדם כלכלי זה ניהן בכמה תכונות. למשל, בבואו לבחור בין חלופות, לאדם הכלכלי יש ידע מושלם ומלא לגבי החלופות; יש לו רגישות גבוהה המאפשרת לו להשוות בין ערכים שונים המאפיינים את החלופות השונות ולקבוע איזה ערך עדיף; והוא מסוגל לקבוע לכל חלופה ערך המבטא את שווייה בעבורו, הוא ערך התועלת של החלופה. לאדם הכלכלי יש הנִיעה (מוטיווציה) להשוות בין החלופות השונות ולבחור את זו המבטיחה לו תועלת מרבית (מקסום התועלת). מעל לכל זאת, האדם הכלכלי הוא רציונלי, במובן שהוסבר קודם. התיאוריה שהתפתחה מתוך גישה נורמטיבית זו קרויה "תורת התועלת" (Utility Theory). זו הגישה ששלטה בכיפה בתחומי הכלכלה ובתחומים אחרים עד סוף המאה הקודמת, וגם כיום יש לה עדיין השפעה רבה.

על־פי גישת התועלת, תהליכי קבלת החלטות צריכים להיות "מפצים" (compensatory), כלומר, מבוססים על trade-offs. הכוונה היא שערך גבוה במימד מסוים של חלופה (למשל, עד כמה מכונית מסוימת יפה בצורתה) מפצה על ערך נמוך במימד אחר של החלופה (למשל, צריכת הדלק של אותה מכונית), וזאת משום שתוחלת התועלת היא למעשה ממוצע משוקלל של התועלות מעבר לכל הממדים של חלופה. גישה זו מחייבת, כמובן, סריקה ובחינה של כל הערכים של כל הממדים מעבר לכל החלופות שיש לבחור ביניהן. זו פעילות מנטלית המחייבת מאמץ קוגניטיבי רב.

עם התפתחות המחקר בתחום קבלת ההחלטות החלו להתגלות בקיעים בחומה הבעורה של תורת התועלת. להלן שניים מהם:

1. הפרדוקס של הכלכלן הצרפתי Allais,³ שהצביע על כך שאחת מהנחות היסוד של תורת התועלת הנורמטיבית ושל גישת הרציונליות אינה מתקיימת כאשר אנשים צריכים לבחור בין חלופות השונות זו מזו במידת הסיכון הכרוכה בהן. ההנחה הבסיסית הנסתרת היא הנחת אי-התלות בחלופות לא-רלוונטיות, שהיא הנחת היסוד של תורת התועלת הרציונלית. לפי הנחה זו, אם אדם מעדיף חלופה א על חלופה ב, יחס העדפה זה אינו אמור להשתנות אם מוסיפים לקבוצת החלופות חלופה נוספת. הפרדוקס מראה כי בתנאים מסוימים הוספת חלופה לא-רלוונטית יכולה לשנות את יחס העדפה בין שתי חלופות אחרות.

2. בהמשך לפרדוקס הנ"ל, הראו ממצאי מחקרים כי ניבוייה של תורת התועלת אינם מתקיימים כאשר יש לבחור בין שתי חלופות שאחת מהן מציגה אפשרות לרווח נתון בוודאות (הסתברות של 1.00) והאחרת מציגה הימור עם אפשרות לרווח בהסתברות מסוימת אך גם להפסד בהסתברות המשלימה. התברר כי רוב האנשים מעדיפים את החלופה הוודאית על חלופת ההימור, אף אם תוחלת התועלת של החלופה הוודאית נמוכה מזו של ההימור. המחקר אף הוסיף וזיהה כי לבני-אדם יש נטייה בסיסית לשנאת סיכון (Risk Aversion), כלומר להימנעות מסיכון של תוצאות שליליות ולהעדפת

3 הפרדוקס הוצג כבר בשנת 1953. ראו: Maurice Allais, *Le Comportement de l'Homme Rationnel Devant le Risque: Critique des Postulats et Axiomes de l'Ecole Américaine*, 21 *ECONOMETRICA* 503 (1953).

תוצאות חיוביות ודאיות, אף כאשר מנקודת-הראות של תוחלת התועלת אין הצדקה לכך.⁴ גם התפתחות ההבנה בדבר היכולות הקוגניטיביות של האדם הצביעה על כך שהמגבלות של יכולת החישוב של המוח האנושי אינן תומכות באפשרות שאדם מסוגל לחשב בלי אמצעי-עזר תוחלות של תועלות ולהשוות ביניהן כאשר מדובר בחלופות המורכבות ממספר רב של ממדים.

בעקבות התפתחויות אלה הציג הפסיכולוג והכלכלן Simon⁵ חלופה לתורת התועלת ולהתבססות על "אדם כלכלי" משוער. הגישה שהציג Simon מביאה בחשבון את יכולותיו ומגבלותיו של אדם בשר-ודם. את המחליט האנושי כינה Simon "האדם האדמיניסטרטיבי" (Administrative Man). האדם האדמיניסטרטיבי מחליט לרוב כאשר לרשותו אך ידע חלקי לגבי חלופות ההחלטה. גם רגישותו ויכולתו לערוך השוואות מדויקות בין כל שני ערכים מוגבלת, וההנניעה שלו אינה למקסם את התועלת, אלא לקבל החלטה שתוצאותיה יהיו מספקות מבחינתו ויניחו את דעתו. לשם הגדרת יעד זה טבע Simon את המושג "satisficing" (שילוב של satisfying ו-sufficing). פירוש הדבר הוא שהאדם האדמיניסטרטיבי יעזור את תהליך קבלת ההחלטה כאשר יזהה חלופה שתועלתה יכולה לספקו (בהתאם לרמת שאיפותיו בתחום הנידון), ולא ימשיך להשקיע מאמצים כדי להבטיח כי בחירתו ממקסמת את תועלתו. ומה באשר לרציונליות? מובן שהאדם האדמיניסטרטיבי אינו מקיים את אקסיומות הרציונליות במובן הנורמטיבי. עם זאת, הוא יכול להיות רציונלי בצורה מוגבלת יותר – רציונליות שאותה כינה Simon "רציונליות חסומה" (Bounded Rationality). הרציונליות החסומה יכולה לבוא לידי ביטוי, למשל, בשמירת עקביות פנימית בתוך סדרת החלטות שאדם מחליט.

גישת הרציונליות החסומה פתחה את הפתח להתפתחותן של גישות תיאוריות-התנהגותיות לתיאור תהליכי קבלת החלטות. (הוצעו גם גישות אחרות בתוך המסגרת הנורמטיבית שנועדו להתמודד עם הביקורת על תורת התועלת, דוגמת גישות הסתברותיות לתהליכי ההחלטה,⁶ אך לא כאן המקום לתאר גישות אלה) בהמשך נתמקד בעיקר בגישה של "היוריסטיקות והטיות" ובגישה של "קבלת החלטות נטורליסטית" (Naturalistic Decision Making). אך נסקור תחילה גישה נוספת – גישת קבלת ההחלטות ההתנהגותיות. לפי גישה זו, תהליכי קבלת ההחלטות אינם מתנהלים על-פי התיאור הנורמטיבי של תורת התועלת, אלא בדרך פשוטה יותר התואמת את מגבלותיהן של היכולות הקוגניטיביות האנושיות. לפי הגישה הנידונה, תהליכי קבלת החלטות אינם מפצים ואינם ליניאריים (כלומר, אינם מתבססים על תוחלת התועלת במובן של מיצוע התועלות של כל הממדים של חלופה), אלא מתנהלים בתהליך קוגניטיבי פשוט שאינו מחייב מאמץ קוגניטיבי רב. דוגמה לגישה זו היא המודל של "אלימינציה על-פי היבטים" (Elimination by

4 עמוס טברסקי "הפסיכולוגיה של המשפט" רבעון לכלכלה 44(3) 327 (1997).

5 HERBERT A. SIMON, MODELS OF MAN: SOCIAL AND RATIONAL (1957).

6 טברסקי, לעיל ה"ש 4.

(Aspects)⁷. על-פי מודל זה, אדם בוחר היבט מסוים (למשל, שיעור צריכת הדלק של מכונית) ובוחר את כל החלופות על-פי היבט זה, כשיעדו הוא צריכת דלק שאינה גבוהה משיעור מסוים. כל החלופות שאינן מאפשרות את השגת היעד בהיבט זה נפסלות, ונותרות רק החלופות האחרות. כעת המחליט מעלה בדעתו היבט אחר, כגון צבע המכונית, ופוסל את כל החלופות שאינן עונות על רצונו בהיבט זה (כל החלופות שאינן בצבע הרצוי). כך יימשך התהליך, עד אשר תיוותר רק חלופה אחת, ובה יבחר המחליט. מובן שתהליך כזה אינו מבטיח שההחלטה תהיה רציונלית במובן האקסיומטי, שכן ההחלטה מתקבלת רק לפי חלק מההיבטים המאפיינים את החלופות. אין גם ביטחון בסדר העלאת ההיבטים יתאם בהכרח את מידת חשיבותם האמיתית למחליט. למרות זאת נראה כי אנשים מקבלים החלטות רבות בדרך של אלימינציה על-פי היבטים. גורם אחר שמן הראוי לציין הוא גורם ה"חרטה" (regret), שיש לו השפעה אפשרית חשובה על תהליכי ההחלטה. חרטה מתייחסת לפער בין התוצאה שאדם ציפה לה לבין התוצאות שהושגו בפועל. בתהליכי קבלת החלטות אפשר שאנשים יימנעו מלבחור חלופות שהם צופים כי הן עלולות להיות כרוכות במידה גדולה של חרטה.⁸

1. גישת החשיבה ההיררכית

"קיצורי-הדרך" האינטואיטיביים נקראים "היררכיות". אלה תהליכים מהירים, אוטומטיים, לא-מודעים, אשר אי-אפשר לתארם במדויק באופן אלגוריתמי. ברוב המקרים התהליכים ההיררכיים מאפשרים ביצוע שיפוטיות בתנאי אי-ודאות ברמת דיוק המספיקה לצורך התנהגות יעילה, אולם במקרים מסוימים הם גורמים להטיות קוגניטיביות, כלומר, לסטייה שיטתית משיפוטיות אובייקטיביים המתקבלים על-פי חוקי הלוגיקה ותורת ההסתברות. באופן מטפורי ניתן להשוות את התהליכים ההיררכיים לתהליכי הראייה, אשר ברוב המקרים מאפשרים תפקוד תקין, אך בנסיבות מסוימות עלולים לגרום לטעויות, אשר באות לידי ביטוי באשליות תפיסתיות. בהמשך המאמר נסקור היררכיות אחרות אשר רלוונטיות לתחום המשפט.⁹

תהליך ההחלטה על-ידי "אלימינציה על-פי היבטים", שנסקר לעיל, מתאר דרך פשוטה לקבלת החלטות החורגת מדרישותיה של הגישה הנורמטיבית. אולם נראה כי ברוב המקרים אנשים נוטים להשתמש ב"קיצורי-דרך" פשוטים בתהליכי החשיבה השונים, במטרה לחסוך מאמץ קוגניטיבי.

בעוד תהליך ההחלטה בדרך של "אלימינציה על-פי היבטים" הוא פשוט, והמחליט

7 Amos Tversky, *Elimination by Aspects: A Theory of Choice*, 79(4) PSYCHOL. REV. 281 (1972).

8 Thomas Gilovich & Victoria H. Medvec, *The Experience of Regret: What, When, and Why*, 102(2) PSYCHOL. REV. 379 (1995).

9 לסקירה מקיפה של השפעת ההיררכיות על החלטות ראו חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות" שערי משפט ה' 177 (2010).

מודע אליו באופן חלקי, קיימים תהליכים רבים של קיצורי-דרך מחשבתיים שהינם אינטואיטיביים, ועל-כן אינם מודעים מבחינת המחליט, אשר גם יתקשה לתאר באופן מדויק את אופן התנהלותם. תהליכים כאלה נמצאים בשימוש נרחב בהקשר של ביצוע הערכות, אומדנים ושיפוטיות. שיפוטיות נדרשים כאשר יש לקבל החלטות בתנאי אי-ודאות, כלומר, כאשר חלק מהמידע הנדרש אינו ידוע למחליט. הנטייה האנושית במקרים כאלה היא להחליף את המידע החסר בשיפוטיות סובייקטיביים, המתקבלים תוך שימוש נרחב באינטואיציה.¹⁰

2. תורת "הערך"

תורת הערך (Prospect Theory) הוצגה על-ידי Kahneman & Tversky¹¹ כמודל תחליפי למודל התועלת. תורת הערך מאפשרת להסביר את הסטיות מהגישה הנורמטיבית, כגון אפקט הוודאות ושנאת הסיכון, ואת האופן שבו השיפוט ההיוריסטי משפיע על תהליכי קבלת ההחלטות. לא כאן המקום לתת תיאור נרחב של תורת הערך, אך נזכיר בקצרה את מרכיביה המרכזיים:

- א. כאשר אדם ניצב בפני בעיית החלטה, הוא מנתח את משמעות המצב ומגדירו כמצב של הפסד או כמצב של רווח. תהליכים אלה נקראים תהליכי "עריכה" (editing) ו"מסגור" (framing).¹² בהתאם להגדרה זו של מצב ההחלטה נקבעת נקודת ייחוס (reference point) סובייקטיבית, כאשר ערכים גבוהים ממנה מגדירים את אזור הרווח בהקשר הנידון, וערכים נמוכים ממנה מגדירים את אזור ההפסד. סביב נקודת ייחוס זו נבנית פונקציית ערך, שייחודה הוא בכך שהיא תלולה יותר באזור ההפסד מאשר באזור הרווח.¹³
- ב. מבנה ייחודי זה של פונקציית הערך מסביר תופעות רבות, דוגמת שנאת הסיכון. אי-הסימטרייה של פונקציית הערך גורמת לכך שכל הפסד "כואב" יותר בהשוואה לעונג הנגזר מרווח בסדר-גודל דומה.

10 Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCIENCE 1124 (1974); Dan Zakay & Dida Fleisig, *Motivation and Heuristic Thinking*, in COGNITION AND MOTIVATION: FORGING AN INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVE (S. Kreitler & A. Reninger eds., forthcoming).

11 Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, 47(2) ECONOMETRICA 263 (1979).

12 תהליך המסגור הינו תהליך תפיסתי המשפיע על האופן שבו נתונים נתפסים ומיוצגים במערכת הקוגניטיבית. תהליך העריכה מתאר את תהליך ארגוניה של בעיה מחדש בעקבות תפיסתה על-פי מסגור מסוים. למשל, אם בעיה מוצגת כבעיה של הצלת חיים, המסגור יגרום לייצוג הבעיה כבעיה של רווח, ותהליכי העריכה יגרמו לייצוג מדויק של חלופת הרווח, חלופת ההפסד ונקודת הייחוס שביחס אליה יוגדרו ההפסדים או הרווחים.

13 MAX H. BAZERMAN, *JUDGMENT IN MANAGERIAL DECISION MAKING* (6th ed. 2006).

ג. מאפיין נוסף של תיאוריית הערך הוא שאנשים אינם עושים שימוש בהסתברויות אובייקטיביות כמות שהן, אלא מתרגמים אותן למשקלות סובייקטיביים. לפי תרגום זה, להסתברויות נמוכות ניתן משקל-יתר, להסתברויות בינוניות ניתן משקל-חסר, ואילו להסתברויות גבוהות באזור הוודאות ($Pr=1.00$) ניתן שוב משקל-יתר. כתוצאה מהשימוש במשקלות אלה ניתן להסביר תופעות כגון אפקט הוודאות (Certainty Effect), אשר הומחש על-ידי פרדוקס Allais שהוצג קודם. אפקט זה בא לידי ביטוי בכך שאנשים מעדיפים חלופות ודאיות על חלופות בהסתברויות נמוכות יותר, גם אם תוחלת התועלת האובייקטיבית גבוהה יותר במקרה האחרון. קבלת ההחלטה, לפי תורת הערך, נעשית על-ידי חישוב ערכה של כל תוצאה, כאשר התועלת שלה נקבעת על-פי עקומת הערך, ותועלת זו מוכפלת במשקל הסובייקטיבי הניתן להסתברות האובייקטיבית להשגת התוצאה.¹⁴

תורת הערך זוכה כיום בהצלחה רבה בתחומים רבים ושונים, שבהם היא מוכחת כתיאוריה יעילה להסברת תהליכי קבלת ההחלטות, בפרט בתנאים של סיכון ואי-ודאות, ובכלל זה סטיות מניבוייה של תורת התועלת. התיאוריה מאפשרת להסביר תופעות התנהגותיות שונות, כגון אפקט הבעלות (Endowment Effect)¹⁵ או תופעת "העלות השקועה" (Sunk Cost).¹⁶ שני אפקטים אלה מוסברים על-ידי המבנה הלא-סימטרי של פונקציית הערך והתלילות הרבה יותר של הפונקציה באזור הנתפס כאזור של הפסד. במקרה הראשון, כאשר עלינו למכור חפץ שהיה שייך לנו, הדבר נתפס כהפסד, ובמקרה השני, בגלל קיומה של

14 לשם הבהרת הדברים נמחיש את אופן החישוב על-ידי דוגמה פשוטה. נשתמש לצורך כך בתופעה הקרויה "היפוך העדפות" (reference reversal): נניח כי על אדם לבחור בין זכייה ודאית ב-200 ש"ח לבין הימור שבו ניתן להרוויח 300 ש"ח בהסתברות של 0.8. על-פי תוחלת הרווח יש להעדיף את ההימור משום שתוחלתו גבוהה יותר (240 ש"ח לעומת 200 ש"ח). בפועל יעדיפו רוב האנשים לבחור את החלופה הבטוחה, וזאת משום שעל-פי עקומת הערך, הערך של 300 אינו גבוה בהרבה מהערך של 200, ואילו משקלה של ההסתברות הוודאית 1 גבוה בהרבה ממשקלה של ההסתברות 0.8. מכאן שמכפלת הערך של 200 במשקלה של ההסתברות הוודאית 1 גבוהה ממכפלת הערך של 300 במשקלה של ההסתברות 0.8. אולם מה יקרה אם יש לבחור בין הפסד ודאי של 200 ש"ח לבין הימור שבו ההסתברות להפסד של 300 ש"ח היא 0.8. על-פי אותה מערכת חישובים שהובאה קודם, ערכה של החלופה הוודאית יהיה שלילי וגדול יותר מערכה של חלופת ההימור, ועל-כן רוב האנשים יבחרו בחלופת ההימור. כלומר, במצב של רווח תהיה העדפה של קבלת סכום ודאי על הימור המבטיח תוחלת רווח גבוהה יותר, ואילו במצב של הפסד יועדף הימור על חלופה שמשמעותה הפסד ודאי. המשמעות היא קיומה של נטייה לשנאת סיכון במצב של רווח אפשרי, ונטייה הפוכה לאהבת סיכון במצב של הפסד אפשרי. תורת הערך מספקת את ההסבר לתופעה מעניינת זו.

15 Jack L. Knetsch, *The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Influence Curves*, 79(5) Am. Econ. Rev. 1277 (1989).

16 Hal R. Arkes & Catherine Blumer, *The Psychology of Sunk Cost*, 35(1) Org. Behav. & Hum. Decision Processes 124 (1985).

שנאת הפסד, אנשים מוכנים להמשיך להשקיע במהלך כושל כדי לנסות למנוע הפסד, אף שניתוח נורמטיבי יראה כי מהלך כזה אינו רציונלי. Guthrie¹⁷ טוען כי תיאוריית הערך רלוונטית ביותר גם לתחום המשפטי, וממליץ לאנשי משפט ללמוד היטב תיאוריה זו כדי להבין התנהגות אנושית, ובכלל זה את האופן שבו אנשים מגיבים על חוקים שונים ואת נכונותם לעבור על החוק במקרים מסוימים. לטענתו, הבנה כזו תאפשר התאמה טובה יותר של החוקים להתנהגות האנושית, ותגביר את הסיכויים שהחוקים אכן ישפיעו על ההתנהגות בצורה רצויה.

3. קבלת החלטות נטורליסטית

הגישה הנטורליסטית טוענת כי בני־אדם מקבלים החלטות בצורות פשוטות, שאינן מערבות מידה רבה של חישוביות קוגניטיבית, ותוך הסתמכות על נסיון העבר. הדבר נכון בעיקר במצבים של אי־ודאות ולחץ.¹⁸ התומכים בגישה זו¹⁹ מסתמכים על מחקרים רטרוספקטיביים של מומחים בתחומים שונים, המתבקשים לתאר את האופן שבו קיבלו החלטות בתנאים של לחץ זמן. נתאר כאן תהליך אחד מבין אלה שהגישה מציגה – התהליך של "החלטות מוטרמות־היכר" (Recognition-Primed Decisions).²⁰

כאשר המחליט ניצב בפני מצב החלטה, הוא בוחן את מידת הדמיון בין מצב ההחלטה הנוכחי לבין מצבי החלטה אחרים שבהם נתקל בעבר. אם המצב הנוכחי נתפס כדומה למצב קודם, המחליט בוחן איזו החלטה קיבל במצב הקודם ואם היא הניבה תוצאות מספקות. אם התשובה חיובית, ייטה המחליט לקבל החלטה דומה לזו שקיבל בעבר, ואם ההחלטה שהתקבלה בעבר לא הניבה תוצאות מספקות, הוא ינסה להתאים ולשנות את ההחלטה הקודמת באופן שיגביר בעיניו את הסיכויים להשגת תוצאה מספקת. רק אם מצב ההחלטה נתפס כחדש ובלתי־מוכר, ינסה המחליט לחשוב על החלטה מתאימה למצב.

17 Chris Guthrie, *Prospect Theory, Risk Preference and the Law*, 97 Nw. U. L. Rev. 1115 (2003).

18 Dan Zakay & Stuart Wooler, *Time Pressure, Training, and Decision Effectiveness*, 27(3) ERGONOMICS 273–284 (1984).

19 DECISION MAKING IN ACTION: MODELS AND METHODS (Gary A. Klein, Judith Orasanu, Roberta Calderwood & Caroline E. Zsombok eds., 1993).

20 GARY A. KLEIN, *SOURCES OF POWER: HOW PEOPLE MAKE DECISIONS* (1999).

פרק ב: האם תהליך קבלת ההחלטות של שופטים שונה מתהליך קבלת ההחלטות של בני-אדם רגילים?

1. כיצד בני-אדם מקבלים החלטות?

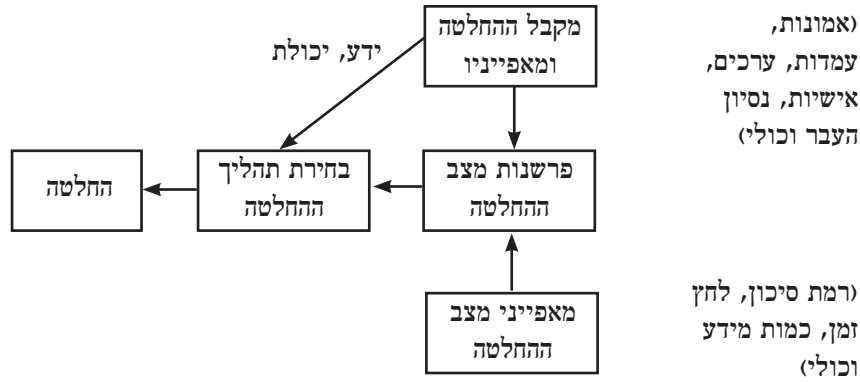
הסקירה הקצרה שהובאה לעיל²¹ מלמדת כי תהליכי קבלת ההחלטות אנושיים הם מורכבים ומושפעים מגורמים רבים ושונים, ביניהם מאפיינים של המחליט, מאפיינים של מצב ההחלטה, מאפיינים של החלופות ושל צורת הצגת המידע, ועוד.²² מסיבות אלה אי-אפשר להציע מודל אוניוורסלי יחיד המסביר תהליכי קבלת ההחלטות באשר הם. בכל מצב נתון נעשה שימוש בתהליך החלטה מסוים אשר מועדף על תהליכים אפשריים אחרים בהתאם למצבו של האדם, מצב-רוחו הרגעי, חשיבות ההחלטה, כמות המידע שיש לעבד כדי לקבל החלטה, כמות החלופות ומידת הדמיון או השוני ביניהן, רמת הסיכון המיוחסת למצב ההחלטה ונטיותיו של המחליט כלפי סיכון, ועוד. במקרים מסוימים המחליט יכול לבחור גם בדרך קבלת ההחלטות נורמטיבית, לרוב תוך היעזרות בעזרי החלטה דוגמת מחשב. עם זאת, במקרים רבים קבלת ההחלטות האנושית אינה רציונלית במובן הנורמטיבי.

העיקרון היסודי החשוב הוא שבסופו של דבר כל החלטה מתקבלת על בסיס האופן שבו מצב ההחלטה והחלופות השונות נתפסים, מפורשים ומיוצגים במערכת הקוגניטיבית של היחיד. זה גם העיקרון המבוטא על-ידי הרעיונות של "עריכה" ו"מסגור" על-פי תורת הערך. הייצוג הפנימי של מצב ההחלטה הינו תוצר אידיוסניקרטי של "המערכת המפרשת" של כל יחיד, והוא חשוף להשפעות של עמדות, אמונות, ערכים, צרכים, נסיון העבר וגורמים אידיוסניקרטיים אחרים. תהליך התפיסה והפירוש מושפע במידה רבה גם על-ידי החשיבה ההיררכית. תרשים 1 מציג את התהליך העקרוני של קבלת החלטה על-פי תיאור זה.

21 לסקירה רחבה ראו BAZERMAN, לעיל ה"ש 13.

22 John W. Payne, *Contingent Decision Behavior*, 92(2) PSYCHOL. BULL. 382 (1982)

תרשים 1: תהליך עקרוני של קבלת החלטות²³



תהליך עקרוני זה מאפשר להסביר מדוע אנשים שונים יקבלו החלטות שונות באותו מצב החלטה אובייקטיבי. גם מחליט מסוים לא יגלה בהכרח עקביות בהחלטות שיקבל בזמנים שונים במצבי החלטה דומים, שכן המערכת המפרשת יכולה לתת פרשנויות שונות לאותו מצב בזמנים שונים, נסיון העבר משתנה, וכן יכולים להיבחר תהליכי החלטה שונים בזמנים שונים.

2. כיצד מתקבלות החלטות שיפוטיות?

בבואנו לדון בשאלה כיצד מתקבלות החלטות שיפוטיות, יש לבחון קודם-כל את השאלה אם שופטים מקבלים החלטות כבני-אדם "רגילים". אין ספק שהמודל העקרוני לקבלת החלטות²⁴ נכון גם לגבי שופטים, שהרי אין שוני במבנה העקרוני של התהליכים הקוגניטיביים בין אנשים שנהפכו לשופטים לבין אנשים אחרים. עם זאת, ייתכן שלמצב של קבלת החלטות שיפוטיות יש מאפיינים ייחודיים, שבעטיים שופטים מקבלים החלטות בתהליך ייחודי. למרות אפשרות זו, חוקרים אחדים מצביעים על כך שגם שופטים מושפעים מחשיבה היוריסטית ולכן חשופים, ככל בני-האדם, להשפעתן של הטיות קוגניטיביות.²⁵ Rachlinski וכן Guthrie et al.²⁶ טוענים כי גם אם תהליך השיפוט צריך להיות נקי ככל האפשר מהטיות

23 דן זכאי "החלטות, החלטות, החלטות..." סקירה חודשית: ירחון לקציני צה"ל 3, 5 (1984).
 24 ראו תרשים 1 לעיל.
 25 Jeffrey J. Rachlinski, *Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance or Adaptation*, 79 Or. L. Rev. 61 (2000).
 26 Guthrie, Rachlinski & Wistrich, לעיל ה"ש 1.

קוגניטיביות, "נטרול" תהליכים אינטואיטיביים מהחלטות שיפוט אינו טבעי ואף אינו אפשרי בהכרח. אכן, Prentice & Koehler²⁷ מביאים ממצאים אחדים המעידים כי בניגוד להנחות של מומחי משפט וכלכלה, שופטים ומושבעים אינם מקבלים החלטות לפי הדגם של "אדם כלכלי". נצא מנקודת הנחה זו ונבחן מהם האיומים הפוטנציאליים הנובעים מהחשיבה האינטואיטיבית וההיוריסטית על איכות החלטותיהם של שופטים.

החלטות שיפוטיות הן לעיתים קרובות מורכבות, מתקבלות בזמן מוגבל וצריכות להתבסס על מידע שאינו מלא ואינו קוהרנטי בהכרח.²⁸

מאפיין ייחודי לתחום המשפט, ובמידה מסוימת גם לתחומים כגון רפואה ומדיניות, הוא האופן שבו המידע המורכב מתקבל. אין מדובר במצב שבו כל המידע הקיים מונח לפני המחליט בכואו לקבל את החלטתו, אלא במצב שבו המידע הולך ומצטבר לאורך זמן. יתר על כן, פיסות המידע אינן מגיעות בסדר לוגי כלשהו, ולכל יחידת מידע יש משמעויות אפשריות רבות. במצב כזה אין מדובר, למעשה, בתהליך של החלטה על-ידי בחירה בין חלופות.

חוקרים אחדים טוענים כי תהליכי ההחלטה השיפוטיים הינם רציפים, ומתבססים על פעולות של איסוף ובדיקת ראיות תוך כדי בניית ייצוגים זמניים למכלול המידע שהצטבר עד נקודת זמן נתונה. ייצוגים אלה אינם יציבים, והם מתחלפים בעקבות קבלת מידע חדש.

שני מודלים הוצעו להסברת תהליך החלטה כזה. על-פי המודל של "בניית סיפור",²⁹ המחליט מנסה לבנות לעצמו סיפור מרצף המידע שהגיע אליו. ההנחה מתבססת על הנטייה האנושית להגיע למצב של "יציבות קוגניטיבית",³⁰ שכן מצבים של העדר יציבות מייצרים אי-נוחות. כדי להגיע ליציבות הקוגניטיבית הנכספת, המחליט בונה סיפור כך שיהיה לוגי וקוהרנטי וללא סתירות פנימיות בין מרכיביו. כדי להשיג זאת, ייתכן שהוא יעוות יחידות מידע מסוימות כדי שיתאימו לכלל המידע, או אף ישמיטן כליל מן הסיפור.³¹ כאשר המחליט מצליח לבנות לעצמו סיפור קוהרנטי, המספק לו הסבר מתקבל על הדעת להתרחשויות, הוא יאמץ סיפור זה, ועל בסיסו יקבל את ההחלטה.

Robert A. Prentice & Jonathan J. Koehler, *A Normality Bias in Legal Decision Making*, 27
88 CORNELL L. REV. 583 (2003)

GERD GIGERENZER, HEURISTICS AND THE LAW §§ 17-37 (Gerd Gigerenzer & Christoph
Engel eds., 2006)

Dan Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision
Making*, 71 U. CHI. L. REV. 511 (2004)

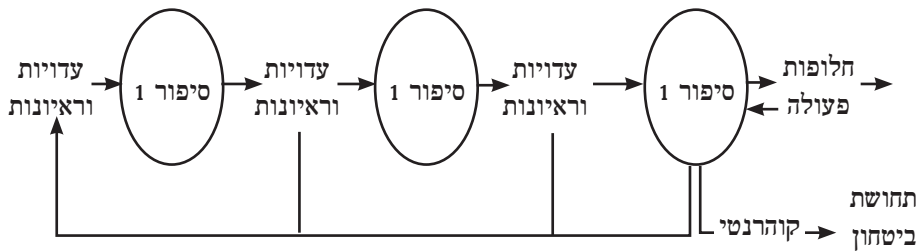
Leon Festinger & James M. Carlsmith, *Cognitive Consequences of Forced Compliance*, 30
.58(2) J. ABNORM. & SOC. PSYCHOL. 203 (1959)

Keith J. Holyoak & Dan Simon, *Bidirectional Reasoning in Decision Making by
.Constraint Satisfaction*, 128(1) J. EXP. PSYCHOL.: GEN. 3 (1999)

מודל דומה, הקרוי "קבלת החלטות על בסיס הסבר", הוצע על-ידי Hastie & Pennington.³² גם מודל זה מתייחס למצבים שבהם פיסות מידע רבות הולכות ונאספות לאורך זמן, והמחליט מנסה לבנות לעצמו מודל סיבתי סובייקטיבי לשם הסברת ההתרחשויות. רק לאחר שנבנה "סיפור" המסביר את ההתרחשות באופן סיבתי לשביעות-רצונו של המחליט, יתחיל תהליך של בחירת חלופות לצורך קבלת החלטה. לעיתים הסיפור הנבחר מעלה חלופה אחת בלבד. התהליך אינו בנוי על ניסיון להסיק על-פי חוקי הלוגיקה, אלא על ניסיון לבנות הסבר קוהרנטי שיבטיח יציבות קוגניטיבית (Coherence-Based Reasoning).³³

חשוב להדגיש כי בתהליך כזה הגורם המכריע בתהליך ההחלטה הוא הסיפור הקוהרנטי הנבחר, ולא העדויות עצמן. מידת הקוהרנטיות של הסיפור הנבחר היא שתקבע גם את מידת בטחונו של המחליט בהחלטתו. כאמור, הסיפור הנבחר אינו מייצג בצורה מלאה ונאמנה את המציאות ואת העדויות והראיות שנאספו במהלך המשפט. כך, למשל, סיפור מסוים יכול להטיל על נאשם אחריות סיבתית גדולה או קטנה בהתאם לתרומה שתהיה לקביעה כזו לקוהרנטיות של הסיפור וליציבות הקוגניטיבית של בעל הסיפור. תרשים 2 מציג את התהליך באופן סכמטי.

תרשים 2: תהליך החלטה בשיפוט



התהליך המתואר חשוף להשפעתן של הטיות קוגניטיבית רבות. נוסף על אלה שיתוארו בפרק הבא, ניתן לציין את ההטיה של קביעת סיבתיות מדומה. הטיה זו מתבטאת בשיפוט כי מאורע א הוא הסיבה למאורע ב רק משום ששניהם התרחשו בסמיכות מבחינת הזמן והמקום, מבלי לבדוק אם הסיבתיות אמיתית. הטיה זו משקפת את הצורך האנושי העמוק להבין את העולם שאנו חיים בו ואת התהליכים של סיבה ומסובב הפועלים בו. כדי להשיג יעד זה, המערכת המפרשת מוכנה אף "לעוות" את המציאות.³⁴

32 Reid Hastie & Nancy Pennington, *Explanation-Based Decision Making*, in JUDGMENTS AND DECISION MAKING: AN INTERDISCIPLINARY READER 228–212 (Terry Connolly, Hal R. Arkes & Kenneth R. Hammond eds., 2nd ed. 2000).
 33 GIGERENZER, לעיל ה"ש 28.
 34 ALEX MICHOTTE, THE PERCEPTION OF CAUSALITY (1963)

פרק ג: איומים פוטנציאליים על איכות החלטותיהם של השופטים

בהתבסס על הידע הקיים לגבי האופן שבו בני-אדם מקבלים החלטות, ובהתבסס על ההנחה כי באופן עקרוני תהליכי קבלת ההחלטות של שופטים דומים במהותם לתהליכי ההחלטה המאפיינים בני-אנוש, ניתן להצביע על איומים פוטנציאליים העלולים לפגוע ברציונליות ובאיכות החלטותיהם של שופטים. מבין כלל האיומים הללו נמנה כאן רק כמה חשובים הנראים רלוונטיים לתחום של החלטות שיפוטיות.

1. היוריסטיקת העגינה (Anchoring)³⁵

היוריסטיקת העגינה מתבטאת בכך שבתנאי אי-ודאות, כאשר יש להעריך מימד כלשהו, כגון הסתברות התרחשותו של מאורע מסוים או גודל הנזק או ההפסד שנגרם כתוצאה מפעולה מסוימת, ההערכה עלולה להתבסס על ערך כלשהו שאליו נחשף המעריך, גם אם ערך זה אינו רלוונטי או אינו נכון. כלומר, עצם קליטתו של ערך מסוים יכולה להפוך אותו ל"עוגן" שעליו תישען ההערכה הסופית. מובן שתהליך זה אינו חייב להיות מודע, ועל-כן קשה להימנע מהשפעת העוגן. בתחום המשפט, השופט נחשף להערכות רבות ושונות בנושאים שונים מצד עורכי-דין ועדים. לפיכך קיימת סכנה שבהכרעת הדין ובמתן גזר-הדין, כאשר השופט צריך להכריע, יתרחש תהליך עגינה.³⁶

2. היוריסטיקת הזמינות (Availability)³⁷

היוריסטיקת הזמינות מתבטאת בכך שכאשר יש לשלוף מידע מהזיכרון, למידע בולט הניחן בחיות (vividness) יש סיכוי רב יותר להישלף בהשוואה למידע בולט ו"צבעוני" פחות. מאחר שלהסתמכות על הזיכרון יש תפקיד מרכזי בחשיבה האנושית, אדם עלול לקבוע עמדה בנושא מסוים בהתבסס על מידע זמין שקל לשולפו מהזיכרון, גם אם מידע זה אינו רלוונטי לנושא העמדה. מובן שגם שופט עלול, באופן לא-מודע, לבסס עמדה על מידע שקל לשולפו מהזיכרון בזכות בולטותו ו"צבעוניותו". הדבר נכון בעיקר לגבי משפטים

35 Tversky, לעיל ה"ש 7.

36 Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman & David Schkade, *Assesing Punitive Damages* (With Notes on Cognition and Valuation in Law), in BEHAVIORAL LAW & ECONOMICS 232 (Cass R. Sunstein ed., 2007) (להלן: Sunstein, Kahneman & Schkade).

37 Tversky, לעיל ה"ש 7.

הנמשכים תקופות ארוכות, שבמהלכן השופט נחשף למידע רב. Sunnstein, Kahneman & Schkade³⁸ טוענים כי שופטים מושפעים מהיוריסטיקת הזמינות.

3. הטיית האישוש (Confirmation Bias)³⁹

הטיית האישוש מתבטאת בכך שכאשר אדם צריך להחליט אם טענה מסוימת נכונה אם לאו, בחינת נכונותה תיעשה על-ידי חיפוש עדויות התומכות בה, ולא על-ידי חיפוש עדויות הסותרות אותה. קבלת טענה כנכונה בהתבסס על עדויות תומכות בלבד היא כשל לוגי, שכן עדות תומכת מגדילה אומנם את ההסתברות לנכונות הטענה, אך לעולם לא יהיה אפשר לומר בוודאות כי הטענה נכונה רק על בסיס עדויות תומכות. לעומת זאת, די בעדות מפריכה אחת לפסול טענה. לכן עקרון ההפרכה הוא מאושיית-היסוד של פילוסופיית המדע המודרני.⁴⁰ קרוב לוודאי ששופטים מודעים ללוגיקה זו, אך מאחר שמחקרים רבים הראו כי הנטייה להטיית אישוש היא חזקה, גם שופטים עלולים להיכשל בה מבלי משים.

4. היוריסטיקת ה"ידיעה לאחור" (Hindsight Bias)⁴¹

היוריסטיקה זו מתבטאת בכך שלאחר התרחשותו של מאורע מסוים, כאשר אדם נחשף לכל המידע הקשור אליו, ובכלל זה למידע על תוצאות המאורע, הוא מתקשה להפריד בין הידוע לו על המאורע עצמו לבין הידוע לו על תוצאותיו. במצב זה הוא נוטה להניח כי היה אפשר לנבא את התוצאות בעת המאורע עצמו, תוך שהוא מתעלם מכך שתחושה זו מתבססת על היחשפותו לידע על התוצאות. ברור שהאנשים המעורבים במאורע עצמו אינם יודעים את תוצאותיו בעת התרחשותו, ולכן יכולתם לנבאן פחותה. מחקרים הראו כי הטייה זו משפיעה בתחומים רבים, כגון פוליטיקה, רפואה ועוד. להיוריסטיקה זו יש פוטנציאל השפעה רב בתחום של החלטות שיפוטיות, שכן השופט נחשף לכל הידע על תוצאותיו של מאורע מסוים, אך עליו לקבוע למעשה באיזו מידה היה אפשר לנבא את התוצאות לפני התרחשותן, קרי, בעת המאורע עצמו.⁴²

38 Sunnstein, Kahneman & Schkade, לעיל ה"ש 36.

39 Raymond S. Nickerson, *Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises*, 2(2) REV. GEN. PSYCHOL. 175 (1998).

40 KARL R. POPPER, *THE LOGIC OF SCIENTIFIC DISCOVERY* (1959).

41 Baruch Fischhoff, *Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty*, 12 QUALITY & SAFETY IN HEALTHCARE 304 (2003).

42 יש לכך חשיבות רבה גם בהקשר של ועדות חקירה, אשר נועדו לקבוע באיזו מידה ניתן להטיל על פלוני אחריות להתרחשותן של תוצאות מסוימות.

5. התעלמות מ"שיעור-הבסיס" (Base-Rate Fallacy)⁴³

דמו לעצמכם את המצב הבא: בעיר מסוימת פועלות שתי חברות מוניות – החברה הירוקה, שכל מוניותיה צבועות בירוק; והחברה הכחולה, שכל מוניותיה צבועות בכחול. 85% מהמוניות בעיר ירוקות ו-15% מהמוניות בעיר כחולות. בשעת דמדומים אירעה תאונת "פגע וברח" שבה פגעה מונית בהולך-רגל. עד-ראייה יחיד למאורע טוען כי המונית הייתה כחולה. בית-המשפט בחן את יכולתו של העד להבחין בין מונית כחולה לירוקה בשעת דמדומים, על-ידי חשיפתו למספר זהה של מוניות משני הצבעים. העד זיהה את צבע המונית בצורה נכונה ב-80% מהמקרים, ושגה ביתר המקרים. על בית-המשפט לפסוק כעת, לנוכח נתונים אלה, מה ההסתברות לכך שהמונית שהייתה מעורבת בתאונה אכן הייתה כחולה. רוב האנשים סבורים, כי הסיכוי הוא 80%, אך בכך הם מתעלמים משיעור-הבסיס, כלומר, מהתפלגות המוניות בעיר. חישוב נכון (על-פי נוסחת Bayes) יראה כי ההסתברות האמיתית היא 41% בלבד, שכן יש להביא בחשבון את העובדה ש-85% מהמוניות בעיר ירוקות. ההתעלמות משיעור-הבסיס היא הטיה אופיינית בתחומים של אבחון, שגם מומחים נופלים לה קורבן. גם במצבים משפטיים רבים כשל זה יכול להיות רלוונטי.

6. בטחון-יתר

בטחון-יתר מתבטא בנטייה של אנשים להגזים בהערכת נכונותו של הידע שהם מתבססים עליו, או בהערכת איכות כישוריהם ויכולתם לנבא נכונה תוצאות של תהליכים שאינם ודאיים ולשלוט בהם.⁴⁴

בטחון-יתר הוא תופעה נפוצה באוכלוסייה. כך, למשל, יותר מ-80% מהנהגים בארצות רבות בטוחים שהם נהגים טובים יותר מהמוצע, ורוב האנשים אינם חושבים שהם לוקים בבטחון-יתר בהיבט זה.⁴⁵

ההשפעה של בטחון-יתר על ההתנהגות היא רבה, שכן ככל שאדם חש בטוח יותר בהחלטותיו, הוא ייטה יותר לפעול על-פיהן ולהוציאן אל הפועל.

האם קיים בטחון-יתר בתחום המשפטי? מחקר שנערך בהולנד בקרב עורכי-דין הראה כי הם מפריזים מאוד בהערכת סיכוייהם לזכות במשפט.⁴⁶

43 Maya Bar-Hillel, *The Base-Rate Fallacy in Probability Judgments*, 44(3) ACTA PSYCHOLOGICA 211 (1980).

44 Dan Zakay, *Determinants of Confidence in Accuracy of Knowledge Retrieval*, ראו: 10(3) EUR. J. COGNITIVE PSYCHOL. 291 (1998). כן ראו טברסקי, לעיל ה"ש 4.

45 Ola Svenson, Baruch Fischhoff & Donald MacGregor, *Perceived Driving Safety and Seatbelt Usage*, 17(2) ACCIDENT ANALYSIS & PREVENTION 119 (1985).

46 Elizabeth F. Loftus & Willem A. Wagenaar, *Lawyers' Predictions of Success*, 28 JURIMETRICS J. 437 (1987–1988).

טברסקי⁴⁷ ערך מחקר שבו מילאו אנשים תפקיד של מושבעים במשפט. הוצג לפניהם חומר שנלקח ממשפטים אמיתיים, והם התבקשו לשער כיצד החליטו המושבעים במשפט. המידע שהוצג כלל שלושה מרכיבים: מידע כללי על המקרה, על התובע ועל השופט (להלן: חומר-רקע); טיעוני התובע; וטיעוני הנתבע. הנבדקים חולקו לארבע קבוצות: קבוצה אחת קיבלה רק את חומר-הרקע; השנייה – את חומר-הרקע ואת טיעוני התובע; השלישית – את חומר-הרקע ואת טיעוני הנתבע; והרביעית – את כל החומר. הנבדקים שקיבלו מידע חלקי היו מודעים לכך. נמצא כי למרות המודעות נטו הנבדקים לפסוק בהתאם לסוג המידע שניתן להם. מי שקיבל את טיעוני התובע נטה לפסוק לטובתו, ומי שקיבל את טיעוני הנתבע נטה לפסוק לטובתו. הדבר המעניין הוא שנבדקים שקיבלו מידע חלקי היו בטוחים יותר בנכונות החלטתם מאשר נבדקים שקיבלו את כל המידע. מבחינה עובדתית, רוב הנבדקים שגו בהשערותיהם לגבי ההחלטות שהתקבלו במשפטים האמיתיים, אך הנבדקים שקיבלו את כל המידע היו מדויקים יותר ובטוחים פחות. הממצאים מעידים כי אנשים מושפעים מהמידע שלפניהם אף כאשר הם מודעים לכך שהמידע חלקי בלבד, ומידת בטחונם בנכונות החלטתם אינה משקפת את כמות המידע שאליה נחשפו ואינה תואמת בהכרח את נכונות ההחלטה. ברור שהטיית בטחון-היתר עלולה להשפיע על שופטים. אם שופט מסתמך על תחושת בטחונו בנכונות החלטתו, יש להביא בחשבון שהסתמכות כזו עלולה להביאו לכלל טעות.

7. היוריסטיקת הרגש (Affect Heuristic)

מצבו הרגשי של המחליט בעת קבלת ההחלטה עלול להשפיע על הערכת רמת הסיכון הכרוכה בהחלטה. תופעה זו, המכונה "היוריסטיקת הרגש", תוארה על-ידי Slovic⁴⁸. על-פי היוריסטיקת הרגש, הימצאות במצב רגשי שלילי ובמצב-רוח רע וקודר עלולה לגרום לכך שרמת הסיכון הכרוכה בהחלטה תיתפס כגבוהה יותר בהשוואה לשיפוט במצב ניטרלי מבחינה רגשית. הימצאות במצב רגשי חיובי ובמצב-רוח טוב עלולה לגרום לכך שרמת הסיכון תיתפס כפחותה, והאדם יחוש מידה רבה יותר של אופטימיות, בהשוואה למצב הניטרלי. יש להדגיש כי מצב-הרוח והמצב הרגשי של המחליט אינם צריכים להיות קשורים ישירות לתהליך ההחלטה עצמו או לתוכן ההחלטה. ייתכן, על-כן, שכאשר שופט שוקל שתי חלופות להכרעת-דין או לגזר-דין, והחלופות שונות זו מזו במידת הסיכון הכרוך בהן (למשל, לחברה או למשפחה), השופט עלול להיות מושפע ממצב-הרוח או מהרגש שבהם הוא שרוי בעת קבלת ההחלטה, גם אם מצב רגשי זה משקף מאורעות לא-רלוונטיים שהתרחשו באותו יום. תהליך זה אינו מודע, כמובן, ועל-כן קשה לתיקון.

47 טברסקי, לעיל ה"ש 4.

48 Paul Slovic, Melissa L. Finucane, Ellen Peters & Donald G. MacGregor, *The Affect Heuristic*, 177 Eur. J. Oper. Res. 1333 (2007)

8. השפעות של לחץ זמן על תהליכי קבלת החלטות

מחקרים מלמדים כי בתנאים של לחץ זמן מתקבלות החלטות עקביות פחות, ומחליטים נוטים לאמץ תהליכי החלטה פשוטים ולא־מפציים.⁴⁹ ככל שהזמן העומד לרשות המחליט קצר מהזמן הנדרש לניתוח מלא של בעיית החלטה, כן לחץ הזמן גדול יותר. לחץ זמן גורם לירידה באיכותו של תהליך ההחלטה. Zakay⁵⁰ מונה את המאפיינים הבאים כתסמינים (סימפטומים) של קבלת החלטות בתנאים של לחץ זמן:

1. הפחתת המאמץ המושקע בחיפוש ובעיבוד של מידע, תוך הגברת שיעורן של טעויות השיפוט וההערכה;
2. התגברות ההשפעה של מידע שלילי (על חסרונות ועל בעיות) בהשוואה להשפעתו של המידע החיובי;
3. התעלמות של המחליט ממידע קיים;
4. התמקדות מוקדמת בחלופה נבחרת וחיפוש מידע התומך בה, בין היתר על־ידי סינון מידע ובחירה ב־רנית שלו;
5. התגברות הנטייה לשימוש בתהליכי החלטה לא־מפציים.

נראה כי במקרים רבים שופטים נאלצים לקבל החלטות בתנאים של לחץ זמן, בגלל העומסים הכבדים שבת־המשפט נתונים בהם. תנאים כאלה עלולים להגביר את סכנתם של רבים מהאיומים הפוטנציאליים שנמנו לעיל, ולהגדיל את פגיעתם באיכות ההחלטות השיפוטיות המתקבלות.

תמיכה בהשערה כי תנאי לחץ זמן אכן משפיעים בפועל על שופטים בבואם לקבל החלטות בדבר שחרור נאשמים בערבות מובאת על־ידי Dhami & Ayton.⁵¹

9. היווצרות הרושם (Impression Formation)

גורם נוסף שמן הראוי להזכיר הוא היווצרות הרושם. תהליכי היווצרות הרושם קובעים מהו הרושם הנוצר על אדם. מחקרים מראים כי רושם ראשוני, הנוצר במהירות רבה, משפיע לאורך זמן, וקשה לשנותו. רושם זה מושפע באופן לא־מודע מגורמים שונים, כגון מראה האדם, גובהו, צורת דיבורו ועוד. גורמים אלה עלולים להיות בלתי־תקפים ולא־רלוונטיים

49 Charles E. Davis & Elizabeth B. Davis, *Information Load and Consistency of Decisions*, 79(1) PSYCHOL. REP. 279 (1996).

50 Dan Zakay, *The Impact of Time Perception Processes on Decision Making under Time Stress*, in TIME PRESSURE AND STRESS IN HUMAN JUDGMENT AND DECISION MAKING 59 (Ola Svenson & John A. Maule eds., 1993).

51 Mandeep K. Dhami & Peter Ayton, *Bailing and Jailing: The Fast and Frugal Way*, 14(2) J. BEHAV. DECIS. MAKING 141 (2001).

לסוגיה שעל הפרק, אך קשה למנוע את השפעתם.⁵² שופטים חשופים להשפעות כאלה כאשר נקבע אצלם רושם ראשוני על נאשם במשפט, והשפעתו של רושם זה ממשיכה להתקיים באופן לא-מודע.

נושא זה קשור לחשיבה סטריאוטיפית, המתבטאת בכך ששיפוט על אדם נקבע על-פי שיוכו לקטגוריה מסוימת (למשל, שיוך לגזע מסוים) ועל-פי העמדות כלפי אותה קטגוריה, ולא על-פי בחינתו לגופו של עניין. לחשיבה סטריאוטיפית יש השפעה רחבה, וקשה לבטלה.

* * *

לסיכום, בפרק זה מנינו תהליכים וגורמים אחדים בעלי פוטנציאל השפעה על החלטות שופטים. ניתן לציין גורמים רבים נוספים, אך לא כאן המקום להעמיק בהם.

פרק ד: הפער בין הרצוי למצוי – עד כמה החשיבה ההיוריסטית משפיעה על החלטות שיפוטיות?

במחקרים שונים נמצאו ממצאים התומכים בהשערה כי החלטות שופטים אינן רציונליות בהכרח במובן הנורמטיבי של המושג, וכי הן מושפעות מתהליכים של חשיבה היוריסטית וסטריאוטיפית.

כבר בשנת 1975 פרסמו החוקרים Ebbesen & Konecni⁵³ ממצאים המעידים על שונות רבה בין שופטים בחומרת העונשים הנגזרים בגין עבירות דומות במאפייניהן ולאחר הכרעת דין זהה. ממצא זה מרמז כי מדובר בתהליך המושפע מגורמים סובייקטיביים ומפרשנות שונה של המצב על-ידי השופטים השונים.

תמיכות נוספות בכך מובאות על-ידי Spohn,⁵⁴ המציגה ממצאי מחקרים בדבר הגורמים המשפיעים על החלטות שופטים. המחקר שנעשה התבסס על שתי גישות מחקריות: א. הצגת סיפורי-מקרה היפותטיים לשופטים, המתבקשים לפסוק פסקי-דין תוך מתן הסבר. מאחר שאותם מקרים מוצגים לשופטים שונים, ניתן לנתח את ההסברים הניתנים ולגלות מה משפיע על השונות בין השופטים.

S.T. Fiske, & S.L. Newberry, *A Continuum of Impression Formation: From Category–* 52
Based to Individuating, 23 *Adv. Exp. Soc. Psychol.* 1 (1990)

Ebbe B. Ebbesen & Vladimir J. Konecni, *Decision Making and Information Integration* 53
.in the Courts: The Setting of Bail, 32(5) *J. Personality & Soc. Psychol.* 805 (1975)

CASSIA SPOHN, *HOW DO JUDGES DECIDE? THE SEARCH FOR FAIRNESS AND JUSTICE IN* 54
PUNISHMENT (2nd ed. 2008)

ב. ניתוח סטטיסטי של גזרי־דין ופסקי־דין מתוך תיקים קיימים.

שתי הגישות לוקות בבעיות מתודולוגיות. בגישה הראשונה המידע הניתן לשופט מצומצם בהשוואה לזה הקיים במציאות. בעיה נוספת היא שאין כל ביטחון שהסבר הנתון תקף ואינו מושפע מ"רצייה חברתית". הגישה השנייה לוקה בכך שהנתונים הסטטיסטיים הנאספים אינם מאפשרים ניתוח של כל הגורמים שהשפיעו על החלטת השיפוט.

למרות הבעיות המתודולוגיות, הממצאים מצביעים, גם אם לא באופן חד־משמעי, על סוגים של גורמים העלולים להשפיע על החלטות השופטים:

1. חומרת הפשע והרשעות קודמות נמצאו כגורמים המשפיעים בעיקר על הכרעת הדין, אך חומרת העבירה היא הגורם המשפיע העיקרי על חומרתו של גזר־הדין (משך המאסר). הרשעות קודמות לא נמצאו כמשפיעות על גזר־הדין. ממצאים אלה משקפים את עמדתם של שופטים שלפיה עונש צריך להיות פרופורציונלי לחומרת העבירה.
2. מאפייני הנאשם משפיעים על החלטות השופטים. נמצא כי גברים נענשים ביתר חומרה מאשר נשים. נאשמים שחורים והיספנים נענשים ביתר חומרה מאשר נאשמים לבנים. נאשמים משכילים פחות ומחוסרי עבודה נענשים ביתר חומרה בהשוואה לנאשמים משכילים בעלי עבודה. העונשים הכבדים ביותר הוטלו על גברים שחורים בגילאים צעירים.
3. הקשר בין מאפייני הנאשם לבין מאפייני הקורבן משפיע גם הוא על החלטות שופטים. נמצא כי על שחורים שרצחו לבנים נגזרו גזרי־דין מוות רבים יותר מאשר במקרים הפוכים או כאשר הנאשם והקורבן היו שניהם בני אותו גזע. ממצאים דומים נמצאו גם לגבי מקרי אונס ופגיעות מיניות.
4. מאפיינים של התהליך השיפוטי נמצאו אף הם כמשפיעים. כך, למשל, נאשמים שהיו במעצר לפני המשפט קיבלו עונשי מאסר ארוכים יותר מאשר נאשמים שהיו משוחררים בערבובת, וזאת בהתייחס לעבירות באותה חומרה.
5. מאפיינים אישיים של השופטים – כגון גיל, מין, ותק שיפוטי, דת ועמדה פוליטית – נמצאו כמשפיעים במידה מועטה בלבד, אם בכלל, על החלטות השיפוטיות.⁵⁵

ניתן לסכם ולומר כי לצד שקילת גורמים רלוונטיים להחלטת השיפוט – כגון חומרת העבירה, המניע לביצוע העבירה, מידת האשמה של הנאשם, סיכויי להשתקם, התנהגותו למן המעצר ומידת החרטה שהוא מביע על העבירה – השופטים מושפעים גם מגורמים לא־רלוונטיים אשר מן הדין שלא ישפיעו על החלטות השיפוט שלהם, כגון רמת ההשכלה של הנאשם ומצבו התעסוקתי, ובוודאי גזעו של הנאשם, גזעו של הקורבן ועוד. ברור כי שופטים מושפעים מתפיסה סטריאוטיפית של נאשמים.⁵⁶

55 Cassia Spohn, *The Sentencing Decisions of Black and White Judges: Expected and Unexpected Similarities*, 24(5) L. & Soc. Rev. 1197 (1990)

56 Darrell Staffensmeier, Jeffery Ulmer & John Kramer, *The Interaction of Race, Gender, and Age in Criminal Sentencing: The Punishment Cost of Being Young, Black, and*

גורם לא־רלוונטי נוסף המשפיע על החלטות שופטים הוא גורם חברתי־ארגוני.⁵⁷ Spohn טוענת כי שופטים מהווים חלק מקהילה מקצועית, המתאפיינת במטרות וציפיות משותפות וכן באמונות לגבי עונשים ראויים לסוגים שונים של עבירות. מכיוון שהשופטים מעוניינים לשמור על השתייכותם לקהילה מקצועית זו, ולשמר את מעמדם וקשריהם החברתיים בתוך קהילה זו, הם ייטו לקבל החלטות שיפוטיות נורמטיביות שיתקבלו בהסכמה בין חברי קהילת השופטים. ייתכן שעקב כך תהיה הטיה מסוימת בהחלטות שיפוטיות.

1. האם שופטים יכולים להתעלם ממידע לא־קביל?

חוקי השפיטה ההולמים מחייבים שופטים לבסס את החלטותיהם על העדויות הקבילות המונחות לפניהם, ולהתעלם ממידע לא־רלוונטי שאליו נחשפו. האם הם יכולים לעמוד במשימה זו?

Wistrich et al.⁵⁸ ערכו סדרת מחקרים שנועדה לבחון את יכולתם של שופטים להתעלם ממידע לא־רלוונטי. נמצא כי מידע כזה משפיע על שופטים גם כאשר מזכירים להם את הצורך להתעלם ממנו, ואף במקרים שבהם הם עצמם פסקו כי יש להתעלם מהמידע בשל היותו בלתי־קביל. במצבים אחרים אומנם הפגינו שופטים יכולת לא להיות מושפעים ממידע לא־רלוונטי, אולם ברוב המקרים הם לא הצליחו להתעלם ממידע זה. גם הדין בסעיף הקודם הצביע על כך ששופטים מושפעים בהחלטותיהם ממידע על גזע, מינו, השכלתו ותעסוקתו של הנאשם. מידע זה, שאליו הם נחשפים בהכרח, אינו אמור להשפיע על החלטותיהם, אך נראה כי ההשפעה קיימת, אף אם באופן לא־מודע ובלי כוונה תחילה. תהליכים של חשיבה סטריאוטיפית, של הטרמה (priming) ושל היוריסטיקת העגינה (anchoring), אשר השפעתם על תהליכי שיפוט והחלטה נחקרה היטב, יכולים להציע הסבר להשפעות של מידע לא־רלוונטי על החלטות שיפוט. הסבר אפשרי נוסף לכך הוא Psychological Reactance,⁵⁹ שלפיו הוראות להתעלם ממידע דווקא מגבירות את הפניית הקשב אליו.⁶⁰ נמצא גם כי הַנְיָעָה להתעלמות ממידע היא גורם קריטי – בהעדר הַנְיָעָה כזו הקושי להתעלם מהמידע יהיה גדול.⁶¹

-
- Male, 36(4) CRIMINOLOGY 736 (1998); Darnell F. Hawkins, *Causal Attribution and Punishment for Crime*, 2(3) DEVIANT BEHAV. 207 (1982)
- Spohn, לעיל ה"ש 55. ראו גם Ebbesen & Konecni, לעיל ה"ש 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) (להלן: Wistrich, Guthrie & Rachlinski).
- JACK W. BREHM, A THEORY OF PSYCHOLOGICAL REACTANCE (1966) 59
- לשם המחשה הקורא/ת מוזמנ/ת לנסות לא לחשוב עכשיו על דוב לבן. 60
- Wistrich, Guthrie & Rachlinski, לעיל ה"ש 58. 61

2. מחקרים על החלטות שיפוטיות בבתי-המשפט

בניסויים ובתצפיות שערכה Dhami⁶² בבתי-משפט בהקשר של החלטות שופטים לגבי שחרור נאשמים בערבות – החלטות בעלות חשיבות הן לנאשמים והן לקהילות-ההשתייכות שלהם – נמצא כי שופטי ערכאה ראשונה לא הושפעו ממידע רלוונטי להחלטה, כגון קשריו של הנאשם בקהילתו ויחסה של הקהילה לנאשם ולבית-המשפט. לעומת זאת הושפעו ההחלטות ממידע לא-רלוונטי על מין, גזע, גיל ושאר גורמים התומכים בהשערה לגבי השפעתה של חשיבה סטריאוטיפית על החלטות השיפוט. כמו-כן נמצא באותם מחקרים כי תהליך היוריסטי פשוט ולא-מפצה הסביר את החלטות השופטים טוב יותר מאשר מודל מפצה רציונלי שעשה שימוש בכל המידע הרלוונטי שעמד לרשות השופטים. כן נמצא כי שופטים הסתמכו במידה רבה על החלטות עבר, גם אם אלה לא היו מיטביות.

במחקר אחר⁶³ נבדקו החלטות שחרור בערבות של 81 שופטי ערכאה ראשונה מ-44 בתי-משפט. נמצאה מידה גבוהה של חוסר עקביות בהחלטות – גם בין השופטים וגם בין החלטות שונות של אותו שופט. עם זאת, נמצא כי ברוב המקרים חשו השופטים רמה גבוהה של ביטחון בנכונותן של ההחלטות. חוקרים אלה ערכו סדרת מחקרים על מדגם של 167 שופטי ערכאה ראשונה, שבהם נמצא כי השופטים חשופים לחשיבה היוריסטית ולהטיות קוגניטיביות הנובעות ממנה, ביניהן הטיות של עגינה, מסגור, "ידיעה לאחור" ועוד.⁶⁴ הממצאים הראו כי להטיות היו השפעות ניכרות על ההחלטות השיפוטיות של השופטים. החוקרים מסכמים ואומרים כי אף ששופטים הינם לרוב מנוסים, מאומנים היטב ובעלי הניציה גבוהה לקבלת החלטות טובה, החלטותיהם מושפעות מהטיות קוגניטיביות באופן שעלול לגרום לטעויות שיטתיות.

פרק ה: מסקנות

על-פי מודל ההחלטה העקרוני,⁶⁵ שופטים שונים יכולים לבחור, באופן מודע או לא-מודע, תהליכי החלטה שונים כדי לקבל את החלטתם. כל תהליך יכול להוביל להחלטה שונה ולהיות כרוך בטעויות המאפיינות את התהליך. נראה כי כדי לעשות דין-צדק במלוא מובן המילה, על השופט לנקוט תהליך החלטה מפצה תוך התחשבות בכל המידע שנצבר

Mandeep K. Dhami, *Do Bail Information Schemes Really Affect Bail Decisions?* 62 41(3) HOWARD J. CRIM. JUST. 245 (2002); Mandeep K. Dhami, *Psychological Models of Professional Decision Making*, 14(2) PSYCHOL. SCI. 175 (2003)

Guthrie, Rachlinski & Wistrich, לעיל ה"ש 1. 63

שם. 64

ראו תרשים 1 לעיל בתת-פרק ב1. 65

במהלך המשפט ושקלולו. מאחר שמדובר בכמויות מידע גדולות ביותר, ספק אם תהליך כזה אפשרי. מסיבה זו סביר להניח כי שופטים נוקטים תהליכי החלטה מקוצרים ופשוטים, דוגמת "אלימינציה על-פי היבטים", או אולי מסתמכים על החלטות עבר כאשר המקרה שלפניהם נתפס כדומה למקרה קודם. אך כל תהליכי ההחלטה הרלוונטיים עלולים להוביל לטעויות בהחלטות השיפוט.

הסתמכות על החלטות עבר, כמו בתהליך של "החלטות מוטומות-היכר", עלולה להיות שגויה אם תפיסת הדמיון בין המצב הנוכחי למצב הקודם לוקה בחסר. ייתכן שקיים שוני בין שני המקרים למרות הדמיון הנתפס, כך שהפעלה אוטומטית של החלטה קודמת עלולה להיות מוטעית במקרה הנוכחי.

כאשר להחלטות המתבססות על אינטואיציה וחשיבה היוריסטית, סביר שהחלטות כאלה יתבססו על היבט מסוים בולט ונגיש לזיכרון (הטיית הזמינות) או יושפעו מהיוריסטיקות אחרות שקשה לשופט להיות מודע להן ולתקן את ההטיות הנובעות מהן.

לדעת כמה חוקרים, נטייתם של אנשים, ושופטים בכלל זה, היא להחליט החלטות מהירות, אוטומטיות ואינטואיטיביות. החלטות אלה, כמו כל שיפוט הנשען על חשיבה היוריסטית, יכולות להיות מדויקות במקרים רבים, אולם עלולות לעיתים להוביל לטעויות חמורות. מסיבה זו יש ללמד שופטים לבחון את החלטותיהם האינטואיטיביות, ולא לאמץ לפני שברקן בדקדקנות את האפשרות של טעות.⁶⁶

הממצאים השונים והניתוח התיאורטי שהובא עד כה מובילים למסקנות הבאות:

1. תהליך ההחלטה בשיפוט נעשה בתנאים של אי-ודאות, שכן השופט חשוף למידע חלקי, שמידת תקפותו אינה ברורה.
2. מאפיין ייחודי נוסף של הסיטואציה השיפוטית הוא הצטברותו של המידע לאורך זמן.
3. שופטים נאלצים על-פירוב לקבל החלטה בלחץ זמן ובהתבסס על מידע חלקי ולא-ודאי. השפעתו של לחץ הזמן, להבדיל מההשפעה הישירה של השימוש בהיוריסטיקות, מתבטאת בהעלאת העומס הקוגניטיבי בעת קבלת ההחלטה. עקב כך עולה ההסתברות שהשופטים ישתמשו בתהליכים היוריסטיים כדי להתמודד עם מצב זה.
4. לנוכח מאפיינים אלה נראה כי בעת קבלת החלטות שיפוט שופטים נוקטים תהליכי חשיבה היוריסטית, ואלה עלולים לגרום להטיות ולטעויות בהחלטות השיפוטיות.
5. בתהליך קבלת ההחלטה השופטים מסתמכים על "המערכת המפרשת" שלהם, ונוטים לבנות על-פיה "סיפור" של ההתרחשות שיבטיח להם תחושה סובייקטיבית של קוהרנטיות ויציבות קוגניטיבית (העדר סתירות פנימיות).
6. לנוכח מסקנות אלה ניתן להניח כי השופט אינו פועל כמו "אדם כלכלי" על-פי תהליך לוגי אשר מכונן ונשלט במלואו באופן רצוני. גישה הנראית מתאימה לתיאור החלטות שיפוטיות היא זו של Legal Realism, שלפיה שופטים פועלים על-פי תהליכים

66 ראו: Chris Guthrie, Jeffrey J Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Blinking on the Bench*, 66 *How Judges Decide Cases*, 93 CORNELL L. REV. 1 (2007). ראו גם: Burt Neuborne, *Of Sausage Factories and Syllogism Machines: Formalism, Realism, and Exclusionary Selection Techniques*, 67 N.Y.U. L. REV. 419 (1992).

- אינטואיטיביים ומגיעים על-פיהם למסקנות שיפוטיות שאותן הם מצדיקים על-ידי רציונליזציה לאחר מעשה.⁶⁷
7. אין האמור לעיל מחייב שכל החלטות השיפוט או רובן שגויות. הסיבה לכך היא שלמרות נכונותה של גישת ה־Legal Realism, האינטואיציה של השופטים מבטאת במידה רבה את המומחיות המקצועית שהם צברו לאורך זמן, כלומר, זו "אינטואיציה של מומחיות" (בניגוד ל"אינטואיציה נאיבית").⁶⁸ עם זאת, הדבר מצביע על כך שבמקרים רבים החלטות השיפוט אינן מיטביות, במובן של מיצוי אובייקטיבי של כל העדויות והראיות, ושבמקרים מסוימים אף יתקבלו החלטות שגויות. מסיבה זו ניתן לראות את תהליך קבלת ההחלטה השיפוטית כתהליך של Expert Reasoning,⁶⁹ כלומר, כהסקת מסקנה בהתבסס על מומחיות וידע מצטבר. ברור כי תהליך זה שונה מלוגיקה או מחקירה מדעית, אך טבעו המדויק אינו ידוע עד היום למרות מחקר רב בנושא.
8. ניתן לסכם בדבריהם של Guthrie et al.,⁷⁰ הטוענים כי רוב השופטים משתדלים לקבל החלטות על-ידי מיצוי העדויות ובהתבסס על עובדות ועל אמות-מידה משפטיות, תוך ניסיון לא להיות מושפעים מהטיות המשקפות את אישיותם, עמדותיהם ורגשותיהם. עם זאת, כמו כל אדם אחר, גם לשופטים יש שתי מערכות חשיבה – המערכת האינטואיטיבית ומערכת הבקרה הרצונית. המערכת האינטואיטיבית פועלת היטב במקרים רבים, אך עלולה להוביל להחלטות שגויות ולא-צודקות במקרים אחרים. מערכת הבקרה הרצונית מחייבת חשיבה מודעת, ובעזרתה קיים סיכוי לאתר ולתקן את השגיאות הנובעות מהחשיבה האינטואיטיבית. המערכת השיפוטית צריכה לעשות הכל כדי ששופטים יחליטו בדרך הרצונית המבוקרת, ולא בדרך האינטואיטיבית הבלתי-מבוקרת.

כיצד ניתן לשפר את איכותן של החלטות שיפוטיות? בבואנו לבחון שאלה זו, יש לבחון ראשית אם באמת נחוץ לנקוט צעדים ופעולות שונות כדי להשיג מטרה זו.⁷¹ Lande טוען כי גם אם שופטים מושפעים בהחלטותיהם מחשיבה היוריסטית ומהטיות קוגניטיביות הנובעות ממנה, איש לא הוכיח כי ההשפעה חמורה יותר בתחום השיפוט בהשוואה לתחומים מקצועיים אחרים. לטענת Lande, שופטים אינם מבצעים בדרך-כלל טעויות שיפוט, בוודאי לא בשיעור יוצא-דופן. מסיבה זו גם אין לנקוט פעולות ייחודיות כדי לשנות את המצב. נזכיר גם כי קיימת גישה הרואה בתהליכי החשיבה ההיוריסטיים תהליכים

67 Neuborne, ש.ם.

68 אינטואיציה נאיבית מתייחסת לתהליכי חשיבה אינטואיטיביים שאינם מבוססים על ידע או ניסיון מצטבר, אלא על "תחושת בטן".

69 Phoebe C. Ellsworth, *Legal Reasoning*, in CAMBRIDGE HANDBOOK OF THINKING AND REASONING 685 (Keith J. Holyoak & Robert G. Morrison eds., 2005)

70 Guthrie, Rachlinski & Wistrich, לעיל ה"ש 1.

71 John Lande, *Judging Judges and Dispute Resolution Processes*, 7 NEV. L.J. 457 (2007).

יעילים, המסייעים בקבלת החלטות מהירה בתנאי אי־ודאות. גישה זו גורסת כי התהליכים ההיוריסטיים עוצבו על־ידי האבולוציה האנושית, ועל־כן אין לראות בהם איום על תהליכי קבלת ההחלטות, כאשר מדובר בתנאים טבעיים ואקולוגיים.⁷² עם זאת, ניתן להמליץ על כמה תהליכים שיכולים לשפר את איכותן של החלטות שיפוטיות:

1. נראה כי הצעד החשוב שיש לבצע הוא העמקת המחקר, במטרה לחשוף ולגלות את טבעם של תהליכי קבלת ההחלטות השיפוטיות. המחקר בתחום זה אינו פשוט,⁷³ ועל־כן יש לפתח מתודות חקירה מתאימות.
2. חשוב גם לקבוע אמות־מידה ברורות שעל־פיהן ניתן לקבוע את איכותן של החלטות שיפוטיות.
3. מעבר לכך, נראה לנו כי התהליך בעל הסיכויים הרבים ביותר לשפר את איכותן של ההחלטות השיפוטיות הוא הגברת מודעותם של שופטים למהותם של תהליכי החשיבה ההיוריסטית ולהשפעותיהם האפשריות. מודעות כזו היא התנאי לכך שהשופטים יבחנו באופן ביקורתי את החלטותיהם האינטואיטיביות.⁷⁴
4. כדי להשיג יעד זה, יש לשלב תוכניות הוראה מתאימות בלימודי המשפט החל בשלביהם הראשונים.
5. יש לערוך השתלמויות לשופטים שבהן ייערכו הדמיות של קבלת החלטות שיפוטיות, וכל שופט יקבל משוב והתייחסות מקצועית להחלטותיו.
6. צעד נוסף בכיוון זה הוא הסדרת תהליכים של הפקת לקחים לצורך למידה כחלק אורגני של העיסוק המקצועי בשיפוט. תהליכי הפקת לקחים כאלה יוכלו לאפשר לשופטים לתקן במידת הצורך את תהליכי קבלת ההחלטות שלהם.
7. ניתן לפתח טכנולוגיה מחשבתית המותאמת לתהליך השיפוט. טכנולוגיה זו תאפשר לשופט אינטגרציה של העדויות והראיות לפי חתכים שונים על־פי צרכיו, וגם תמנע ממנו את הצורך להסתמך על זכרונו יתר על המידה.
8. מבחינה ארגונית חשוב שאיכותן של ההחלטות השיפוטיות תיהפך לאמת־מידה מרכזית בהחלטות קידום של שופטים. צעד ארגוני כזה יגביר את התייחסותם של השופטים לאיכות החלטותיהם. הדבר מחייב קביעת אמות־מידה ברורות לאיכותן של החלטות שיפוטיות, כפי שהומלץ קודם.
9. לסיום, הצעה מהפכנית יותר – כאשר מדובר בהרכבי שופטים (כמו בבית־המשפט העליון או המחוזי), אפשר שההרכב יפוצל לשניים, וכל תת־הרכב יקבל בשלב הראשון החלטה משלו. לאחר־מכן, ובמידת הצורך, יתקיים שיח בין שני הצוותים המחליטים עד לקבלת החלטה משותפת. תהליך כזה יגביר את החשיבה הביקורתית הבונה, וסיכוייו להביא לידי השבחת איכותן של החלטות השיפוט גבוהים.

Gerd Gigerenzer & Daniel G. Goldstein, *Reasoning in the Fast and Frugal Way*: 72
Models of Bounded Rationality, 103(4) PSYCHOL. REV. 650 (1996)

73 Spohn, ה"ש 54 לעיל.

74 Guthrie, Rachlinski & Wistrich, לעיל ה"ש 1.

יש להתייחס כמובן לקשיים אפשריים ביישום המסקנות המוצעות לעיל. קשיים אלה יכולים להתבטא בהגדלת העלויות בעבור מערכת המשפט ובהארכת משך התנהלותם של משפטים. זמן השופטים הוא זמן יקר הן מבחינת התשלום שמשולם לשופטים והן מבחינת הזמן העומד לרשותם כדי לעסוק בניתוח פסקי־דין. מערכת המשפט עמוסה ממילא, ורעיונות כגון פיצול הרכבים על־מנת להגיע להחלטה טובה יותר עלולים לגזול זמן, דבר שעלול לגרום להתארכות זמן הטיפול בתיקים. עם זאת, אנו סבורים כי יש להעמיד את העלות אל מול התועלת, שכן יישום המלצות אלה, כולן או מקצתן, יכול להיטיב עם מערכת המשפט ולהגביר את אמון הציבור בה.

סיכום

המאמר הנוכחי עסק בסוגיה של תהליכי קבלת החלטות בקרב שופטים. תחילה הוצג הנושא העקרוני של תהליך קבלת ההחלטות, והוצגו גישות תיאורטיות להסברתו. כן הוצגו גורמים כגון חשיבה היוריסטית והשפעות של לחץ זמן, העלולים לפגוע באיכות ההחלטות שבני־אדם מקבלים. לאחר־מכן נותחה השאלה אם קיימת התאמה בין תהליך קבלת ההחלטות המאפיין אנשים בכלל לבין תהליך קבלת ההחלטות של שופטים. במסגרת זו הוצגו מודלים שונים המאפיינים תהליכי קבלת החלטות בשיפוט. לאור מודלים אלה, ולנוכח המסקנה כי אין שוני עקרוני בין תהליכי קבלת ההחלטות של שופטים לבין אלה של בני־אדם בכלל, נסקרו איומים שונים שעלולים להשפיע על תהליך קבלת ההחלטות בשיפוט. לנוכח זאת המלצנו על דרכים אחדות היכולות לסייע למערכת השיפוטית לשפר את איכות החלטותיה, תוך התייחסות גם לעלויות הנובעות מכך. מסקנתנו הייתה כי לנוכח החשיבות המיוחדת של הבטחת איכותן של החלטות שיפוטיות, מן הראוי לשקול יישומן של לפחות מקצת ההמלצות שהוצעו.