

הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט

מאת

חמי בן נון*

החוקרים טברסקי וכהנמן גילו כי החלטותינו האינטואיטיביות מוטות באופנים מגוונים. השערותם הייתה כי בהיעדר זמן לעיבוד גודש מידע, אנו מפעילים "כללי אצבע" (יוריסטיקות) המסייעים בידינו, מחד גיסא, בעיבוד ובניתוח המידע, אך המובילים, מאידך גיסא, להטיות שיטתיות הניתנות לאפיון ולניבוי. הנתון המפתיע היה שההטיות חלות במידה דומה הן על הדיוטות והן על מומחים.

במאמר זה התמקדתי בהטיות במלאכת השיפוט, מלאכתו של המומחה למשפט, אותה מלאכה הכרוכה לא אחת בקבלת החלטות מהירה, על אתר, כגון בקבלת ראיות, בהחלטה על פסלות שופט ובהחלטות בבקשות העולות לפניו בעל פה, בהיותו על כס השיפוט.

במאמר הנחתי כי השופט אחד האדם הוא בהחלטותיו ושאינן הבדל מהותי בינו לבין מחליט אחר בעת שהוא נאלץ להחליט אינטואיטיבית ובמהירות. הנחה זו נשענת על ספרות בתחום. בהמשך, הצגתי את ההטיות הקלאסיות, רובן מבית מדרשם של טברסקי ו"ל וכהנמן (יבדל"א, חתן פרס נובל), ולצדן דוגמאות אפשריות להטיות במלאכת השיפוט. משפחות ההטיות העיקריות הן היציגות, הזמינות והעיגון, ובתוכן פירטתי הטיות נוספות. המחקר בתחום זה – גם בשדה המשפט – הפך לער ולפורה בשנים האחרונות ואפשר לי לבסס את ממצאיי ואת הצגת דבריי על הספרות העשירה שנוצרה בתחומי הפסיכולוגיה, הכלכלה והמשפט.

אולם, לצד הצגת ההטיות, החוקרים אינם עוסקים בדרך כלל בשאלה כיצד ניתן לצמצם את נזקן של ההטיות הללו. לפיכך הצעתי במאמר התבוננות ראשונית בלבד בעניין זה, בהנחה שניתן לשלוט באופן חלקי על הכרתנו ולשפר את מיומנויותינו כמחליטים. יש החולקים על ההנחה כי ביכולתנו לשפר את מיומנויותינו כמחליטים. עמדתי היא כי מודעות להטיות ולמחקרים שנעשו, הכרת כללי ההסתברות והסטטיסטיקה הבסיסיים, טיפוח יכולת הביקורת העצמית והכרת המקורות לטעות בשיקול הדעת – כל אלה עשויים לתרום לשיפור יכולתנו לקבל החלטה. נוסף לכך, ניסיתי לבחון דרכי התמודדות ספציפיות עם הטיות ספציפיות, ולבסוף הצעתי לפתוח דיון מחקרי שיביא למציאת דרכים נוספות לשיפור ולהגברת הבנתנו בתחום קבלת החלטות ובגורמים המשפיעים עליה.

* ד"ר, מרצה בכיר למשפטים במכללת "שערי משפט".

- א. מבוא**
- ב. פרק ראשון: השופט הוא אחד האדם**
- ג. פרק שני: הטיית קוגניטיביות במהלך קבלת החלטות**
1. יציגות
 - א. חוסר רגישות לשיעורי הבסיס
 - ב. חוסר רגישות לגודל המדגם
 - ג. תפישות מוטעות של מקריות
 - ד. אשליית התוקף
 - ה. תפישות מוטעות באשר לתסוגה (רגרסיה)
 - ו. כשל "הצירוף"
 - ז. עדות מוטה/חשיבה מוטה
 2. יוריסטיקת הזמינות
 3. עיגון
 4. הטיית קוגניטיביות אחרות
 5. חקר ההטיות – הבהרות ודגשים
- ד. פרק שלישי: שיפור תהליכי קבלת החלטות**
1. שיפור החשיבה (וההחלטה) האינטואיטיבית
 2. שיפור החשיבה (וההחלטה) הסדורה
 3. שיפור קבלת החלטות בצוות
 4. דרכים נוספות לשיפור תהליכי החלטות
- ה. סוף דבר**

א. מבוא**

הריאליזם המשפטי הציג מתכון שנועד לראות את המשפט כהווייתו ולהפנות אליו "זרקורים רבי עוצמה מדיסציפלינות אחרות",¹ חברתיות, אידיאולוגיות,

** תודה מיוחדת לד"ר יורם פלוצקי, לד"ר גבריאל הלוי, לד"ר שחר אלדר, לד"ר יחיאל בהט, לד"ר בני שמואלי, לשופט ישעיהו שנלר, לשופטת תמר אברהמי ולעורך הדין טל חבקין, שהערוותיהם המועילות סייעו למאמרי זה. האחריות על הכתוב היא, כמובן, עליי. תודה מיוחדת אוסיף לתלמידתי רונה קפלן על הסיוע הרב בהבאת מאמר זה לדפוס.

1 מאוטנר טוען כי מלומדי המשפט הריאליסטיים סברו כי חוקרים אקדמיים של המשפט צריכים להשתמש במחקריהם בכלי מחקר של מדעי החברה, הן לשם לימוד ההתנהגות בפועל של שופטים, שהחלטות משפטיות מתקבלות במהלכה, והן לשם לימוד ההשפעות של חוקים ופסקי-דין על חייהם של בני האדם. מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" **פלילים** ז 11, 51 (1998). עוד ראו אלכס שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות: פרשנותו הראויה ופסקתו של בית המשפט העליון" **משפטים** כא 325, 349 (1991-2).

כלכליות² ופסיכולוגיות³. הוא התמקד בפעילותם של בתי המשפט וביקש לחשוף את התהליכים הגלויים והסמויים שביסוד ההכרעה השיפוטית.⁴ חסידיו סברו כי השופט, בעת שהוא מחליט, מושפע מתפישת עולמו,⁵ מבעלי הדין, מהעדים, מכתבי הטענות, מהעדפותיו האישיות, מרקעו החברתי, ומזיכרונו, לא פחות מאשר מכללי משפט ומתקדימי העבר. אנשי הריאליזם המשפטי סברו כי לאינטואיציה של השופט יש משקל ניכר כמו גם לאישיותו, לניסיון חייו ולדעותיו, וכי ההכרעה השיפוטית היא שילוב של חוק, אידיאולוגיה, כלכלה, תרבות ופוליטיקה.⁶ מסקנה טבעית מכך היא ששילוב כלים ומיומנויות מתחומים אחרים עשוי לשפר את מערכת המשפט ולתרום רבות לעוסקים בתחום.⁷ במאמר זה בחרתי להציג תכנים ותובנות מתחום הפסיכולוגיה המשפיעים, לדעתי, על החלטות השופטים.

מאמר זה מבקש להחיל על המשפט יישומים מתחומי הפסיכולוגיה ותורת ההחלטות.⁸ בחרתי לעסוק בהחלטותיהם של שופטים, בשל היותן נדבך מרכזי במערכת המשפט.⁹ השופט עוסק בהחלטות המשפיעות על בעלי הדין בעניין הספציפי, אולם לא אחת מהדהדות החלטות אלה ומשפיעות על רבים אחרים. לדעתי, עיסוקו העיקרי של השופט הוא בהחלטות ובמתן נימוקים להן. האמירה העיקרית של מאמר זה היא שהשופט (כמו כל אדם אחר) הוא **אחד האדם** בעת שהוא מחליט, והוא עשוי להיות

2 חלק ניכר של הטיות ו"כללי אצבע" שנחקרו בשנים האחרונות על ידי חוקרים מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, הוא רלוונטי לשיח הכלכלי-משפטי. מאור אבן חן **האיסור הפלילי על שימוש במידע פנים – ניתוח כלכלי התנהגותי** 271 (2008).

3 חיים שיין **הפילוסופיה של המשפט – עיון ישראלי** 261 (התשס"ח).

4 שם, בעמ' 266.

5 אילן סבן "השופט מנחם אלון: משפט והשקפת עולם" **משפט וממשל** ב 15 (התשנ"ד).

6 שיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 268.

7 חמי בן גון **הערעור האזרחי** 29 (2004).

8 מאמר זה סוגר מעגל שהחל בשנת 1976 שבמהלכה השתתפתי בסמינר שניתן על ידי עמוס טברסקי, אז פרופסור לפסיכולוגיה באוניברסיטה העברית, ועמיתו למחקר של מקבל פרס הנובל פרופ' דניאל כהנמן, בנושא שיפוטים בתנאי אי ודאות, המשיך בספרים שכתבתי וערכתי בתחום הפילוסופיה של המדע ובמבוא לספרי המשפטי "הערעור האזרחי" וכן בהוראת הקורס "קבלת החלטות בתנאים רגילים ובתנאי חירום" שאותו אני מעביר שנים רבות באקדמיה בישראל.

9 על ה"תבונה המעשית" בהחלטות השופטים ראו מאוטר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 52, מאוטר גורס כי הליכים שיפוטיים "מתנהלים באופן שהוא קרוב לדגם התבונה המעשית (Practical Wisdom), כדרך של קבלת החלטות מוסריות וציבוריות.... קבוצה של מחברים טענה בשנים האחרונות כי שופטים עוסקים בקבלת החלטות בדרך של תבונה מעשית, וכן שראוי ששופטים יעסקו בקבלת החלטות בדרך של תבונה מעשית... על-פי גישת התבונה המעשית, יש להכריע בשאלות מוסריות בדרך של התמקדות במאפיינים הייחודיים של המקרה המעורר אותן, ובדרך של הפעלת שיפוט לגבי מאפיינים אלה, תוך הפעלה של המידע האמפירי והנורמטיבי הקיים בתרבות שהשאלה מתעוררת בגררה."

מוטה לא רק בנסיבות מיוחדות,¹⁰ אלא דווקא בעבודתו היומיומית השגרתית. החידוש במאמר הוא שלא רק אחד האדם עלול להיות מוטה בהליכי קבלת החלטות, אלא כולם – ובפרט מומחים ושופטים; והטעות של המומחים עלולה לקרות לא אחת דווקא בתחום מומחיותם. כלומר, השופט – המומחה למשפט – עלול להיות מוטה, ובשל כך לטעות בשיקול הדעת שלו.¹¹ בנסיבות שנחקרו באורח מדעי בתחום הפסיכולוגיה ושיש להן הסבר מדעי מניח את הדעת. אמנם בחרתי לעסוק בשופטים בשל העובדה שהם ככל האדם ובשל טבע מקצועם העוסק כל העת בהחלטות, אך מסקנות המאמר תקפות לכל עיסוק הכרוך בהחלטות הדורשות שיקול דעת, בפרט שיקול דעת אינטואיטיבי.

החלטה היא התייחסות מודעת למצב קיים ובחירת דרך פעולה אחת מבין כמה דרכים אפשריות.¹² קבלת ההחלטה היא תהליך קוגניטיבי.¹³ היא משקפת את אישיותו של האדם, את גישתו לחיים ואת מערכת האמונות והערכים שלו.¹⁴ עם זאת, ההחלטה מאופיינת גם על ידי גורמים שאינם תלויים במקבל ההחלטה, כגון פרק הזמן העומד

10 כגון בעניינים המובילים בעלי דין לבקש את פסולתו או ביישום הדין.
 11 Jeffrey J. Rachlinski, Sheri Lynn Johnson, Andrew J. Wistrich & Chris Guthrie, *Does Unconscious Bias Affect Trial Judges?* (מאמר בתהליך כתיבה).

12 גדעון דורון **להחליט ולבצע** 51 (רפי קינן עורך, 1986).

13 A large body of evidence, now familiar to the legal community, demonstrates that individual judgment and choice is often driven by heuristic-based reasoning as opposed to the pure optimization approach presumed by rational choice theory. The evidence of heuristic-based reasoning presents several challenges for consequentialist legal scholars who wish to make normative public policy recommendations.
 Russell B. Korobkin, *The Problems with Heuristics for Law*, UCLA, LAW & ECON. RESEARCH (2004).

14 על קבלת החלטות נכתבה ספרות ענפה. חלק מספרות זו, ככל שהוא נוגע בהטיות קוגניטיביות ובטעויות בשיפוט, מוצא ביטוי במאמר זה. מבין הספרים העוסקים בתחום זה אציין את הבאים: יוסי יסעור **ההחלטה לרצוח** (1995); יוסי יסעור **אשליית האפס** (2000), ובו גם מילון מונחים שגורים של התחום; יהודה בן מאיר **קבלת החלטות בסוגיית הביטחון הלאומי: היבט ישראלי** (1987); חמי-בן-נון **אחריות אזרחית** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת תל-אביב, הפקולטה למדעי הרוח, 1998); אירווינג גניס וליאון מאן **תהליך קבלת החלטות** (עמי שמיר מתרגם, 1980); גדעון דורון **להחליט ולבצע** (רפי קינן עורך, 1986); אבינש דיקסיט ובארי ניילבאף **תורת המשחקים** (מיכאל אילן מתרגם, 2006); יחזקאל דרור **אסטרטגיה רכתי לישראל** (1989); דן זכאי **קבלת החלטות טובות, נכונות וללא חרטות** (1998); כהנמן דניאל **רציונליות, הוגנות, אושר** (מאיה בר-הלל עורכת, 2006); מיכל אלברשטיין "על כשלים, רציונליות מוגבלת וקולות נגדיים: תרבויות של משא ומתן" **משפטים על אהבה** 657 (ארנה בן נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005); דודי שוורץ **סדר דין אזרחי** (2007); אבן חן, לעיל ה"ש 2; נסים טאלב **תענועי האקראיות** 407 (2008); חיים שפירא **שיחות על תורת המשחקים** 238 (2008); דורון מנשה **הלוגיקה של קבילות ראיות** 337 (2008); JOHN; ARIEL RUBINSTEIN, *ECONOMICS AND LANGUAGE* (2000); F. ROSS, *THE POLAR BEAR STRATEGY* (1999).

לרשותו או כמות המידע הרלוונטי הזמין לו. במצבים מסוימים, החלטה אינטואיטיבית עשויה להיות מבריקה בעוד שניתוח שיטתי ומחושב עשוי להסתיים בהחלטה שתוצאתה גרועה, ולהיפך.¹⁵ חוקרים סבורים כי דרך קבלת ההחלטה היא אמנות המושתתת על אינטואיציה, על שכל ישר ועל ניסיון חיים וכי שילוב של כלים אנליטיים בתהליך ההחלטה עשוי להעלות במידה ניכרת את הסיכוי לקבלת תוצאה מוצלחת.¹⁶ אולם טיבן של החלטות שהן מורכבות ומסובכות לא-פעם, וחרף זהירות המחליט נופלות טעויות בשיקול דעתו. מקורן של הטעויות הוא מגוון: חלקן נובע מאילוצים מינהליים וארגוניים, כגון בירוקרטיה, היעדר משאבים ארגוניים והיעדר זמן ללימוד הבעיות; חלקן נובע מאישיות המחליט: אם הוא פתוח לביקורת או מתבצר בדעתו, אם אישיותו עצמאית או שהוא עלול להיכנע ללחצים; חלקן נגרם בשל נטייתנו להיות מוסחים על ידי היבטים שאינם רלוונטיים של החלופות, וחלקן – שעליהן נעמוד בפירוט בהמשך – נובע ממגבלות קוגניטיביות הגורמות לנו להפעיל שורה של "כללי אצבע" (הנקראים בשפה המקצועית בשם **יוריסטיקות**) שייעודם להקל על עיבוד המידע בשעת ההכרעה. אמנם, "כללי אצבע" אלה מסייעים בידנו בדרך כלל להתגבר על מצבים מורכבים ולא בהירים, אך, בנסיבות מסוימות, שעליהן אעמוד בהמשך, עלולות לקרות בשל כך טעויות שיטתיות שנחקרו ושסווגו בתחומי הפסיכולוגיה והכלכלה. מחקריהם של טברסקי וכהנמן, מגדולי החוקרים בתחום הבנת שיקול הדעת האנושי והגורמים המשפיעים עליו, התמקדו בהטיות הקוגניטיביות בשיפוטיות **האינטואיטיביים**, להבדיל משיפוטיות הבאים בעקבות חשיבה סדורה.¹⁷ כאשר מצאו

15 החוקרים אירווינג ל. ג'ניס וליאון מאן ליקטו שבעה קריטריונים מתוך הספרות הנרחבת העוסקת בקבלת החלטה יעילה שמחליט זהיר הנוקט אותם מגדיל את הסיכויים להגשמת מטרותיו. עמידה בקריטריונים אלה מקטינה, לדעת החוקרים, את הסבירות לכישלון בשיקול הדעת. ג'ניס ומאן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 11.

16 דן זכאי **קבלת החלטות טובות נכונות וללא חרטות** 8-5 (1998).

17 חוקרים בארה"ב גילו כי בתת המודע שלנו ושל שופטים קיימת גזענות. שאלת מחקרם הייתה אם הטיות תת הכרתיות (גזעניות) אלה משפיעות על החלטותיהם של שופטים. הם חקרו החלטות של 133 שופטים בשלושה מקרים היפותטיים ומצאו כי שופטים עשויים לשלוט על השפעות גזעיות בלתי מודעות רק כאשר הם ממוקדים בכך. אחרת, מתגלות הטיות בשיקול דעתם. לדעתו, קל להראות זיקה בין החלטות אינטואיטיביות להחלטות שאינן מודעות. רכלינסקי וחבריו רשמו בתקציר מאמרם ראוי, Rachlinski, לעיל ה"ש 11: "We found that, like other Americans, the judges held invidious implicit associations concerning African Americans. These associations, however, did not influence their judgment when we explicitly identified the race of the defendant. In contrast, those implicit associations did influence their judgment when we manipulated the race of the defendant through subliminal techniques. These results suggest that judges can control the influence of unconscious racial bias – but only when they are consciously focused on doing so"

במחקרם כי חוקרים המיומנים והבקיאים בסטטיסטיקה מבצעים טעויות שיטתיות בשיפוטם סטטיסטיים שגרתיים, היווה הדבר הפתעה. ההסבר שנתנו לכך היה שבעת הפעלת החשיבה האינטואיטיבית, מנגנוני הבקרה אינם פועלים היטב וכך קורות טעויות גם אצל המומחים. מנגד, טעויות אלה קורות פחות בשיפוטם המבוססים על **חשיבה סדורה ומכוונת**.¹⁸ המחקר בעשורים האחרונים העלה כי קיימות הטיות האופייניות יותר לחשיבה האינטואיטיבית וכאלה האופייניות לחשיבה הסדורה. מאמר זה יבחן הטיות ופגמים בחשיבה האינטואיטיבית ובחשיבה הסדורה.

הפרק הבא יעסוק בשופט. ארצה לבסס את ההנחה כי השופט הוא אחד האדם וכי אחד האדם הוא בר-טעות (קוגניטיבית), ועל כן השופט הוא בר טעות (קוגניטיבית). הפרק שלאחריו יציג דפוסים (ודוגמאות) נפוצים של הטיות קוגניטיביות בשיפוט האינטואיטיבי ובחשיבה הסדורה. הפרק השלישי יעסוק בשאלה כיצד ניתן לצמצם את השפעתן של הטיות אלה.

ב. פרק ראשון: השופט הוא אחד האדם

הייתי תובע חמש שנים ואז עברתי לצד השני. וכשהייתי תובע אז הרגשתי שאני תמיד מנצח, כי אני פשוט צודק. אבל כשהייתי סנגור, באתי... הטיעון הראשון שלי כסנגור, ישר השופט שיום קודם לכן, כל דבר שהייתי אומר הוא היה יוצא מתוך הנחה שהכול נכון, ישר יצא מתוך הנחה שאני פשוט אומר דבר לא נכון ואני מסלף דברים ואני טוען טענות דמגוגיות.

אני כל כך נפגעתי מזה בפעם הראשונה ואז הבנתי שיש מין סיטואציה כזאת אצל רוב השופטים שיש להם אמון גדול מאוד בפרקליטות וכבוד מאוד מאוד גדול; וחשדנות מאוד בסיסית כלפי סנגורים וזה דבר שמשפיע עליך מאוד.

הסנגורים לומדים לפתח את העור הקשה...¹⁹

אין ספק כי הסיטואציה שמתאר דיוויד וינר ז"ל מהווה "כתב אישום" כלפי שופטים ומציגה מערכת שפיטה לכאורה פגומה: השופט אינו ניטרלי בהכרח, הכרעותיו אינן לגיטימיות בהכרח ואמון הציבור בו אינו אוטומטי. מנגד, ספרות עשירה בארץ ובעולם מייחסת לשופט תכונות על-אנושיות. פסקי הדין המציגים את שיקול הדעת השיפוטי והמקצועי של מנסים לשכנע כי יכולתו להחליט היא גבוהה במיוחד, כי ביכולתו לנכס

18 בהמשך המאמר אעסוק בניסוח ההבדלים שבין חשיבה "אינטואיטיבית" לחשיבה "סדורה".

19 דיוויד וינר מתוך הסרט "הסניגור" (יצחק רובין בימאי, 2005).

גוף ידע מקצועי שרק לו היכולת להבין בו וכי הלגיטימציה של הכרעותיו נובעת הן מיכולותיו העילאיות הללו והן בשל הצגת החלטות הללו כ"אובייקטיביות".²⁰

רוזן-צבי שחקר תחום זה, כתב בפתח אחד ממאמריו כך :

מקצועיות השופט היא אחת ממושכלות היסוד של השיח המשפטי. השופט המקצועי, הניטרלי והאובייקטיבי, העומד מעל המחלוקות והמוכשר לחלץ את האמת בכל סיטואציה, הנו חלק מן האתוס (או אולי המיתוס) שיוצר ומפיץ בית המשפט כדי לבסס את הלגיטימיות של הכרעותיו ולרכוש את אמון הציבור.²¹

בחברה מתהווה יש לאתוסים (ולמיתוסים) חשיבות רבה, אולם חברה בתהליכי התבגרות מפקפקת בהם. מול אתוס (מיתוס) זה של השופט עומדות שאלות, כגון: האמנם זכרונו של השופט עומד לו בכל המצבים, ופרטי הפרטים הנרשמים בו משמשים אותו להכרעה המדויקת? האם התרשומות וההערות שרשם אגב הדיון ולאחריו אכן מובילות אותו – בעת שהוא כותב את החלטתו – לשחזור מדויק של פרטי האירוע?²² האמנם עברו – כעובד מדינה, כגון בפרקליטות הפלילית או האזרחית או, לחלופין,

20 האובייקטיביות היא מילת קוד חשובה בהחלטות בתי המשפט. בפסקי דין רבים מוצגת החלטת בית המשפט כאובייקטיבית. השופטים עצמם אינם מקבלים את קיומו של "השופט האובייקטיבי". לדעתם, השופט מביא את "מטענו" אל כס השיפוט. כך, כאשר בת זוגו של שופט סובלת ממחלה פלוגית או מליקוי גופני זה או אחר, בבואו להחליט בתיק נזיקין הקשור לבעייתה של בת זוגו, יושפעו החלטותיו מהנסיבה האישית, וייתכן שאף השקפת עולם יכול שתביא לתוצאה משפטית שונה מזו שהייתה מתקבלת בידי שופט שהשקפתו אחרת.

21 יששכר רוזן-צבי "האם השופטים הם כבני אדם? : כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" **משפט וממשל** ח 49 (2005); על מערכת המשפט, מגרעותיה ואמון הציבור, ראו ניסן שריף "על מערכת המשפט" -NFC **חדשות מחלקה ראשונה** 25.11.2008, www.nfc.co.il/ArticlePrint, Version.aspx?docId=22608&subjectID=3. במאמר זה מציג שריף גורמים לפגיעה במעמד מערכת המשפט ובהם פסיקה "פרקליטותית" (המביאה לגישה אנטי-סנגוריאלי, לפסיקה פוליטית, לחוסר יכולת לקבל ביקורת ועוד).

22 במאמרם של דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" **משפטים** לה 205 (2005), מתבצע ניתוח רחב היקף של סוגיית מסדרי הזיהוי החזותיים. במאמר מובא ניתוח של ממצאים אמפיריים מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית "שיש בהם לחתור תחת הנחות השיח המשפטי בדבר כוחה של ראית הזיהוי", במאמר מתבצע ניתוח של סוגיות זיכרון ומהימנותו, ראייה ושימורה ומשתנים העלולים לפגום ביכולת התפישה, השמירה והשחזור. איני רואה פגם בהשלכה של ממצאי ניתוח אלה על הכרתו של השופט, בעת שהוא מתבונן בחומר הראיות או בעדים. על טעויות ראייה וזיכרון קיימת ספרות עשירה שאותה מובילה, לעניות דעתי, החוקרת Elizabeth F. Loftus שספריה ומאמריה הרבים עוסקים בזיכרון, בדמיון, בעדויות ראייה למיניהן, בהאמנה שגויה, ביצירת זיכרון שגוי ובדליית מידע שגוי מן הזיכרון.

כסניגור שייצג נאשמים – אינו עומד לו לרועץ בעת שהוא משווה גוון אובייקטיבי להחלטותיו? האם מודע הוא להטיות קוגניטיביות המשבשות את הליך קבלת ההחלטות אצל כלל בני האדם, וכנגזר מכך גם אצלו? האמנם הגרסה שבחר, המתחרה בגרסאות רבות אחרות, אינה שרירותית גרידא? ולבסוף, באלו תנאים או נסיבות תהינה החלטותיו של השופט מדויקות יותר ונשענות על אדני מודעות להטיות ולפגמים האפשריים בהליכי קבלת החלטות? בירורן של שאלות אלה עשוי להוות משקל נגד לתפישת ה"שופט האידיאלי".²³

הטענה כי השופט אינו שונה מכל אדם אחר בתהליכי ההחלטה שלו, כמו גם בפגמים הקוגניטיביים²⁴ העלולים להתלוות אליהם,²⁵ נשמעת טריוויאלית. אולם, טענה זו אינה טריוויאלית כלל ועיקר: מולה עומד מנגנון ההתמקצעות של בית המשפט, אותו מנגנון שגיבש ומגבש "פרופסיה שיפוטית" היוצרת עמדה ומעמד ציבוריים. רוזן-צבי רואה עמדה ומעמד אלה כנגזרים מיכולתם של השופטים לשכנע את הציבור כי ברשותם גוף ידע בלעד²⁶. החיוני לרווחת החברה והקשור לצרכיה ולערכיה הבסיסיים.²⁷ לביצור מעמד ה"פרופסיה השיפוטית" מסייעים, לדעתו, מנגנוני הסגירות²⁸ וההתברלות הכוללים ניכוסו של גוף ידע מקצועי²⁹ המבחין בין השופטים לבין הציבור ושאר המשפטנים.³⁰ מעמדה של ה"פרופסיה השיפוטית" מקנה פריווילגיות שעליהן

23 כפי שרשם רוזן-צבי בסיום מאמרו: "הגיע הזמן להיפרד לשלום מן השופט האידיאלי". רוזן-צבי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 118.

24 קיימים כמובן גם עניינים אובייקטיביים המקשים על קבלת ההחלטות, ללא קשר להיבטים הסובייקטיביים. כך למשל, שאלת הפרספקטיבה האובייקטיבית, אשר מביאה בפני השופט לא עובדות, אלא פרספקטיבות שונות (מפי עדים שונים) על האירוע. גבריאל הלוי "זיקת העיתוי של יסודות האחריות הפלילית" **קריית המשפט** 333 ו (2006). כן ראו באשר להזדהות עם קרבן העבירה וזיהוי ככזה על ידי בית המשפט, Gabriel Hallevy, *Victim's Complicity in Criminal Law*, INTERNATIONAL JOURNAL OF PUNISHMENT AND SENTENCING, FORTHCOMING 72 (2006).

25 Rachlinski, לעיל ה"ש 11, אומר, בתקציר למאמר, כי לשופטי ארה"ב יש הטיות כמו לשאר אזרחי ארה"ב.

26 שם.

27 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 75.

28 שם, "סגירותם המקצועית של השופטים מורכבת מכמה יסודות המוזכרים".

29 על מקצועיות השפיטה ראו דורון מנשה "שיקול דעת עובדתית, חופש ההוכחה וחיות בדבר מקצועיות השפיטה" **הפרקליט** מג 83, 85, 102 ואילך (1996-97); עוד ראו עופר אטיאס "פתיחות ושקיפות כתנאי לאמינות" **בדלחיים פתוחות: לשכת עורכי הדין-מחוז חיפה** גיליון 24, 50 (2008), הטוען כי הדיבור על השופט המקצועי ככזה שאינו נתון להשפעה חיצונית, הוא הבל ומס שפתיים.

30 יובל יועז "דיוקנו של שופט כאדם עליון" **הארץ** 3.1.2008, ב2. במאמר עיתונאי זה, המציג את פסק הדין שדחה את ערעורה של השופטת אסנת אלון-לאופר שהורשעה בעסקת טיעון בגין חדירה לחומר מחשב, פגיעה בפרטיות והטרדה במתקן בזק, מודגש הבידול של מערכת השפיטה משאר האדם. נאמר שם "דומה שפרוקציה [שנתנה את פסק הדין – ח' ב'] ניצלה את ההודמנות שנקרתה

מעדיפים השופטים לשמור. גוף הידע דגן כולל גם "שיקול דעת שיפוטי" שנעדר אצל מי שאינו שופט. שיקול דעת שיפוטי זה – שאני רואה בו תהליך קבלת החלטות של השופט המקצועי³¹ – הפך לאחד האמצעים להיבדל מן הציבור הרחב, ואף מציבור עורכי הדין.³²

מחקרו של רוזן-צבי עוסק בהיבטיה של הבניית דמותו של השופט המקצועי. הוא בוחר בכללי הפסלות כצוהר שדרכו ניתן להציף אל כור ההיתוך שבו נצרפת דמות זו של השופט. דיונו בכללי הפסלות עוסק באופן קבלת ההחלטות של השופט, המתבטא בפסקי הדין המכוננים את השופט כבעל תכונות על-אנושיות, המציגים אותו כבעל מונופול על גוף הידע של "עשיית הצדק",³³ הנתון לשליטתו.³⁴ לענייננו חשובה יותר הסוגיה שברישא. לדברי רוזן-צבי, כללי הפסלות מסייעים לבית המשפט להציג את שיקול הדעת השיפוטי – הליך קבלת ההחלטות – כפי שבית המשפט היה רוצה כי הציבור יראה אותו, ואף לערפלו במידה כזו שיקשה למתוח עליו ביקורת. כללי הפסלות נשענים, בין היתר, על השופט (נשיא בית המשפט העליון או שופט שמונה לכך על ידי נשיא בית המשפט העליון) הבוחן את התנהגותו של שופט אחר שפסל את עצמו או שנטענה כלפיו טענת פסלות. תיאור אופיו של שיקול הדעת השיפוטי של השופט, הבוחן את התנהגות עמיתו, עלה במאמר של שמגר שהיה נשיא בית המשפט העליון, ושזוטט פעמים רבות לאחר מכן –

ההנחה היא כי מי שאמון על מלאכת השיפוט, הבא לדון בטענת פסלות, מצויד בניסיון רב יותר ובאבחנות דקות יותר מכל אדם מחוץ למערכת

בפניה כדי להטיף לא רק לאלון-לאופר, אלא גם לכל מי שניסה לומר באחרונה שגם השופטים הם 'רק בני אדם'. בפסק הדין בעניין זה אמרה השופטת פרוקצ'יה: "שופט בישראל אינו ככל האדם מבחינת החובות והאחריות הכבדה המוטלות על כתפיו. בהצהירו אמונים ובעלותו על כס השיפוט, הוא מקבל עליו לא רק נטל, לעתים כבד מנשוא, של אחריות מקצועית". אמנם, השופטת פרוקצ'יה מבלדת את השופט משאר בני האדם בנטל החובות והאחריות המקצועית, אולם הצבתו של השופט כ"על אדם" היא מאפיין מרכזי החוזר בפסקי דין רבים, ויש בה כדי להקרין על מיוחדותו של השופט גם בהליכי ההחלטה שלו.

31 בנקודה זו ראוי לציין כי הספר החשוב שנכתב על שיקול הדעת השיפוטי – ספרו של אהרן ברק **שיקול דעת שיפוטי** (1987), אינו עוסק בתהליך הפסיכולוגי-קוגניטיבי של שיקול הדעת. אמנם, פרופ' ברק רשם במפורש שספרו לא ידון בתחום זה, אך ייחודו של שיקול הדעת לאיזון בין חלופות והכרעה בהן מחמיץ את החלק החשוב של שיקול הדעת – יצירת החלופות, עיבודן הקוגניטיבי וההכרעה גופה. עוד על אסטרטגיות הכרעה ראו מנשה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 89.

32 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 76-77.

33 הדעה המקובלת בדיני הראיות היא שאין "אובייקטיביות", ואף העובדות נתונות תמיד לפרספקטיבה. ראו הלוי, לעיל ה"ש 24.

34 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 50.

השיפוטית שאינו מכיר דרכי המחשבה והדיון השיפוטיים ואשר מבקש להסיק מסקנות מסימנים חיצוניים אלו או אחרים שהם, לפי הטענה, כביכול, מעיין בבואה למה שמתהווה במחשבתו של השופט שדן בעניין. סימני ההיכר המתגלים לעיני השופט המקצועי בבואו לבחון התנהגות עמיתו הם לכאורה רבים יותר מאלו העומדים לרשותם של בעלי הדין. מבין השיטין של אמת המידה המשפטית המתקבלת בכגון דא, עולה כי רק השופט הנושא בליבו את ההכשרה המקצועית ואת הניסיון המצטבר מן ההתייחסות לבעלי דין, לטענותיהם, לאישומים לסוגיהם ולהתנהגות לסוגיה, ויודע איך לארגן ולהפנים את המכלול, תוך שמירה על האיזון והניטרליות שהם אות ההיכר הטבוע של מלאכת השפיטה, והוא בלבד, הוא בעל היכולת להכריע כדי להגיע לכלל מסקנה כי שופט פלוני הוא פסול במידה כזאת עד שיש סכנה כי לא יוכל לקיים משפט צדק.³⁵

רוזן-צבי טוען כי בבסיס מבחני הפסלות, שמציעים נשיאי בית המשפט העליון שמגר וברק, עומדת ההנחה כי דרך קבלת החלטות של השופט המקצועי שונה באופן מהותי מזו של אדם מן היישוב. אולם הנחה זו מעוררת קושי – מולה עומדת ספרות פסיכולוגית עשירה, שלפיה התהליכים³⁶ הקוגניטיביים שעובר השופט אינם שונים במהותם מאלה של כל אדם הנדרש לקבל החלטות.³⁷

השופט ג'רום פרנק (Frank), מראשי הריאליזם המשפטי, טען כבר בשנות ה-30 של המאה הקודמת כי 'משום ששופטים אינם בני גזע שונה ומשום שתהליכי השיפוט שלהם חייבים להיות דומים במהותם לאלה של אנשים אחרים, מחקר העוסק באופן שבו שופטים מקבלים החלטות יוכל להיעזר בתשובה על השאלה מהם הגורמים החבויים בהסקת מסקנות (inferences) וברעות (opinions) של אנשים מן היישוב... ג'ון דיואי (Dewey) הטעים כי תהליכי החשיבה של השופט אינם שונים מאלה של המהנדס, הבנקאי, האיכר או הסוחר, והעידו על כך גם שופטי עבר והווה כגון קרדוזו (Cardozo), הולמס (holmes), שפר (shaefer), לאוולין (Llewellyn) ופוזנר (Posner).³⁸

35 ע"פ 1534/92 גלבע נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 637, 642 (1992).

36 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 82 ואילך.

37 שם, בעמ' 83.

38 שם, בעמ' 83-84; ראו עוד דבריו של דיוויד וינר, לעיל ה"ש 19; ראו מאמרו של דורון מנשה, העוסק בהרחבה בשיקול הדעת השיפוטי. בתוך כך מציג מאמרו בבהירות את הטענות העיקריות בחיבוריו של ג'רום פרנק, ובהמשך – קריאת תיגר על מקצועיות השפיטה, ראו מנשה, לעיל ה"ש 29.

לצד המחקר האקדמי ואמירות של שופטים דגולים, מציגה העיתונות בישראל לא פעם היבטים בעייתיים במלאכת השיפוט, כמו גם יוהרה או אטימות שאינן צריכות להיות מנת חלקם של שופטים.³⁹ השופט שלי טימן פרש זה לא כבר ברעש גדול מכס השיפוט. הציטוטים מפיו⁴⁰ קשים במיוחד: "יש שופטים שלא מכירים את המילה זיכוי. ברגע שהם רואים כתב אישום הם יכולים כבר לכתוב את גזר הדין", או: "אני מכיר שופט שהיה מקבל את התיק, ועוד לפני הקראת כתב האישום כבר התחיל לנסח את פרטי כתב האישום בהכרעת הדין, כשברור לו שמדובר בהרשעה. פעם אמרתי לשופט בהרכב שאני רואה בעיות בראיות בתיק. אפילו לא דיברתי על זיכוי, והוא אמר לי 'אתה יודע מה יעשו לנו פה אם נזכה?' וכן 'אף על פי שלא כל שופט שבא מהפרקליטות הוא פרו תביעה, אי אפשר להיפטר מזה. מי שגדל רוב חייו בתביעה, קשה לו להיות סנגוריאלי...' ולבסוף: 'התביעה לפעמים אינה מוצלחת מספיק והשופט הרבה יותר חכם או מנוסה, או שהתביעה אינה יכולה על פי דיני הראיות לשאול שאלה מדריכה, ולפעמים שופטים שואלים שאלות הבהרה כדי לעזור לה'".

כותרתו של מאמר עיתונאי אחר⁴¹ העוסק אף הוא בהחלטות שופטים היא "כשהשופט הוא תובע לשעבר, לא פלא שאין כמעט זיכויים". במאמר מובאת ביקורת כלפי הקשר שבין עברו של השופט לבין החלטותיו השיפוטיות: "כשרוב המינויים [של שופטים – ח' ב'] באים משורות התביעה, השופטים נשארים עם חשיבה של תובעים... יש שופטים ששוכחים לעשות את המעבר ונשארת להם חשיבה של תובע", ובהמשך: "מי ששימש סגור ער יותר לחולשות ההליך המשפטי בגילוי האמת ולבעייתיות הרבה בהליכי החקירה... מטבע הדברים, שופט שצמח במערכת התביעה וחוויותיו המקצועיות התגבשו מנקודת מבט של פרקליט, מביא עמו הזדהות, לעתים יתרה, עם מטרות המערכת. רק התנסות סנגוריאלי ממשית יכולה להביא לפתיחות, להבנה ולראייה ליברלית וסובלנית יותר". לבסוף, "הנתון שלפיו כה רבים מהשופטים מתמנים משורות התביעה... משתלב היטב בשיעור האפסי של זיכויים במשפטים פליליים בישראל. שיעור זה הלך וקטן בעשרות השנים האחרונות, עד שהגיע ל-0.2% – כלומר, רק שניים מתוך אלף משפטים פליליים מסתיימים בזיכויים... השכל

39 בשנים האחרונות קיימת נטייה גוברת והולכת לגלות עניין בנעשה במערכת המשפט, וכתוצאה מכך מתרחב והולך המקום הניתן בעיתונות לתחום זה. העיתונות (כמו חכמי הגישה הריאליסטית במשפט) רואה במלאכת השיפוט נדבך מרכזי ומפנה אליה זרקורים רבי עוצמה. למאמרים בעיתון נודעת חשיבות רבה בהצגת דמותו של השופט, בהיותם מבצרים אתוסים ומיתוסים (או פוגעים בהם) ומעצבים את דעת הציבור, במיוחד באשר לאמונו במערכת המשפט.

40 תומר זרחין "דעת יחיד" הארץ 14.3.2008, 5.

41 יובל יעזו "כשהשופט הוא תובע לשעבר, לא פלא שאין כמעט זיכויים" הארץ 30.10.2007. הציטוטים שלהלן הם מתוך המאמר. בחרתי להציג מאמרים מהעיתונות בתוך מאמר אקדמי עקב היותם בבואה מעשית לרעיונות המוצגים במאמר ומכיוון שהם מאששים באמצעות דוגמאות המובאות בהם חלק מהטענות העולות במאמר זה.

הישר אומר שלאנשים שהשקפת עולמם התעצבה במקום מסוים, יותר קשה להיות ניטרלים' אמר משפטן ותיק. עו"ד גז הוסיף, ש'כל שופט צריך לשאול את עצמו איך זה שיש כל כך מעט זיכויים'... בישראל עדיין לא נערך מחקר מקיף, שיוכיח ששופטים יוצאי הפרקליטות נוטים להרשיע יותר משופטים הבאים מרקע פרטי. אבל במחקרים שנעשו בארה"ב, זה בדיוק מה שנמצא: למשל, ששופטים שהיו בעבר סנגורים נטו יותר לפסול כללים של ענישה אחידה, לעומת תובעים-לשעבר שהיו נוקשים יותר בתחומי הענישה"⁴².

העיתונאי יואב יצחק ניסה להתערב בערעור הפלילי של אלי הורוביץ בכך שפנה אל השופט אור, שהיה יושב ראש ההרכב, וביקשו להתפטר על רקע הצטרפותו של עו"ד פנחס רובין לצוות ההגנה. לסברתו, חברותם של השניים אמיצה ואין זה ראוי שעורך הדין רובין יצטרף לצוות ההגנה בידיעה שחברו הוא יושב ראש ההרכב בבית המשפט העליון. מאמציו של יואב יצחק לא נשאו פרי וכל ניסיונותיו להביא לשינוי, נכשלו. אולם, המחוקק שינה בעקבות זאת את חוק בתי המשפט ואת התפישה כלפי פסלות השופט, בהעבירו חלק ניכר מהאחריות הקשורה בפסלות אל כתפיו של השופט.⁴³

מסקנתי מכל אלה היא כי השופט – אחד האדם הוא, וכל מסקנה מחקרית החלה על כלל בני האדם חלה גם עליו. נדון להלן במחקרים שהציגו הטיות קוגניטיביות ומוטיבציוניות בעת שאנו מבצעים שיפטים והיגדים, בעיקר אינטואיטיביים, ונראה כיצד הטיות אלה עלולות להתבטא במלאכת השיפוט. כפי שנראה בהמשך, ישנן הטיות האופייניות לשיפטים אינטואיטיביים (כגון בעת ששופט מתבקש לפסול את עצמו והוא מגיב לבקשת הפסילה בו במקום או כאשר עליו להחליט בו במקום בבקשה שעלתה אגב הדיון או בעת שהוא מגיב במקום לאמירות בוטות מפי בעלי דין או עורכי דין), וכאלה האופייניות יותר להפעלת חשיבה סדורה (כגון בעת שהוא מתיישב לשקול את הראיות או בעת שהוא מתיישב לכתוב את פסק הדין במשפט). אבקש להציג הטיות אלה ראשית ולהציע דרכים להקטינן לאחר מכן.

42 ראו עוד מאמרו של יורם סגי זקס "אחד מאלף" www.psakdin.co.il/fileprint.asp?FileName=/Plili/Public/art_ccdj.htm, המציג נתונים בדבר אחוזי ההרשעה והזיכויים בהליכים הפליליים בישראל, ועל פיו אחוזי ההרשעה הם 99.9% ולא 99.8% כפי שמציג מאמרו של יועז.

43 ראו חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדין) (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004. על נסיונותיו של יואב יצחק ותוצאותיהם ראו בג"ץ 1622/00 יצחק נ' נשיא בית המשפט, פ"ד נר(2) 54 (2000).

ג. פרק שני: הטיות קוגניטיביות במהלך קבלת החלטות

שני כיווני מחקר מרתקים מצויים בזיקה לעבודת השיפוט ולתהליכי החלטה: חקר האמת וחקר הרציונליות.⁴⁴ במסגרת חקר האמת, חיפשו הוגים רבים אמת וודאות מוחלטות בעוד אחרים הסתפקו באמת מוצקה הנובעת משימוש בכלים אמפיריים.⁴⁵ היו גם כאלה שסברו כי אין זה אפשרי להגיע לוודאות מוחלטת כאשר לנכונות ההכרעה בכל מקרה נתון, שכן התפישה האנושית מוגבלת גם מבחינה מעשית.⁴⁶ האילוצים של זמן ומשאבים חומריים וקוגניטיביים מאיינים את האפשרות לפעול על פי ודאות מוחלטת.⁴⁷ מכאן, שעל המחליט להסתפק בהליך חשיבה רציונלי בוותרו על הבלתי ניתן להשגה.⁴⁸ חקר האמת הוסיף להתלבן הן כשאלה כללית-פילוסופית⁴⁹ והן כשאלה בתחומי המשפט.⁵⁰

אולם, מאמרנו עוסק בכיוון החשיבה האחר – חקר הרציונליות.⁵¹ בין היתר, עוסק

44 על הבעייתיות בחקר הרציונליות בהקשר הריאליזם המשפטי, ראו Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption*, 88 CAL. L. REV. 1051 (2000); על חקר "האמת" ראו, מנשה,

הלוגיקה של קבילות ראיות, לעיל ה"ש 14.

45 יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" **הפרקליט** מט 463, 470-471 (2007).

46 על מגבלות ההכרה ו"סגנונות" ההכרה ראו משה דב כספי **מי חושב?** 80-95 (1978).

47 ואקי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 471. יצוין כי הפילוסוף ג'ון לוק יישם מסקנות אלה על הערכת עדויות והכרעה בין גרסאות סותרות (שם).

48 ג'ון לוק **מסה על שכל האדם ספר רביעי** 623 ואילך (התשל"ב).

49 חמי בן נון **מגבלות השכל** 34 (1997).

50 שנשאלה בו, בין היתר, שאלת נכונותה של ההכרעה השיפוטית ונוצקו בו גישות כגון האדוורסרית והאינקוויזיטורית שנחלקו בשאלת חקר האמת. על גישות אלה ועל הגישה הניהולית ראו דודי שוורץ **סדר דין אזרחי** 38 (דפנה שופי עורכת, 2007).

51 בספרם החשוב של דודי שוורץ וריבי שלינגר **דיני ביטוח** (2005), יש פרק מרכזי – הטלת חובת גילוי על המבטח – הפרספקטיבה של הניתוח הפסיכולוגי – ובו הצגה מקיפה של המודלים, הנחות היסוד והתיאוריות בתחום הבנת החלטותיו של הצרכן. באותו פרק מוצגים נדבכים חשובים בתחום קבלת ההחלטות מתוך תחומי הפסיכולוגיה והכלכלה. המחקר הפסיכולוגי נוגע, בוודאי, בתחום קבלת ההחלטות של האדם, וכשל השוק בקבלת החלטות כלכליות מראה כי הצרכן לא-תמיד מקבל את ההחלטה הנכונה ולא תמיד בוחר בחלופה האופטימלית בעבורו, בין היתר כתוצאה מקיומן של הטיות קוגניטיביות והטיות מוטיבציוניות בקבלת החלטותיו, חרף קיומו של מידע מלא אודות החלופות השונות (שם, בעמ' 108-110). בפרק זה מוצגת גם ההיסטוריה המחקרית של הפסיכולוגיה של קבלת ההחלטות (Behavioral Decision Making) והשפעת המחקרים על תפיסת הרציונליות האנושית. ועוד, מאמר העוסק ברציונליות שבהודאות במהלך המשפט טוען כי גורמים רבים מניעים את ההתנהגות האנושית הרגילה ומשפיעים עליה, כגון מגבלות התפישה

חקר הרציונליות בנטייתם של "אנשים, מתוחכמים ודקי הבנה... להיות מושפעים מאינטואיציות מוטעות".⁵² מחקריהם של עמוס טברסקי ודניאל כהנמן לא תקפו את המודל הרציונלי⁵³ אלא הציעו ראיות אמפיריות מוצקות לגבי כשלים קוגניטיביים, ואת המסקנות לגבי הרציונליות האנושית הסיקו הקוראים עצמם...⁵⁴ המסקנות הללו (הפופוליסטיות לא פעם) של הקוראים היו מרחיקות לכת בהרבה מתוצאות מחקרם של טברסקי וכהנמן⁵⁵ שקבעו כי "שיפוטים (מסוימים, לא כולם) לגבי אירועים לא וודאיים מתווכים על ידי יוריסטיקות, אשר מפיקות (לפעמים, לא תמיד) הטיות שאותן ניתן לנבא...".⁵⁶ אותם קוראים סברו בטעות כי טברסקי וכהנמן טוענים כי, ככלל, אנשים אינם מסוגלים לחשוב באופן מסודר וללא הטיות.⁵⁷ אולם טברסקי וכהנמן לא טענו זאת.⁵⁸ התקפות אלה מאלצות אותנו להבהיר כי מאמרנו זה אף הוא אינו בימה למתקפה על הרציונליות. מטרתו צנועה הרבה יותר – מתוך הנחה כי לעתים (לא תמיד) עלולות לבוא טעויות בשיקול הדעת עקב הטיות קוגניטיביות – להכיר חלק

האנושית, הטיות קוגניטיביות ורגש. מאיר גלבוע "חוסר הרציונליות שבהודאת שווא רציונלית"
הסניגור 3, 55 (2001).

- 52 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 25.
- 53 בספרם של שוורץ ושלנינגר לעיל ה"ש 51, בעמ' 114-115, מוצג היטב הרעיון שבבסיס הרציונליות המוגבלת: "...שקיימות מגבלות אנושיות על היכולת להשיג מידע ולעבדו. כישורים קוגניטיביים הם מוגבלים. היכולת האנושית לחשב הסתברויות לקרות אירוע, להבין את השפעת האירוע על קבלת החלטה תוך השוואה בין חלופות ופיתוח חשיבה ארגונית תוך שימוש בזכרון, הנה מוגבלת. אף בהינתן מידע מלא, היכולת להגיע להחלטה אופטימלית מוטלת בספק בשל קיומן של מלכודות קוגניטיביות שיביאו להטיה וסטייה מקבלת החלטות הטובה ביותר. ככל שהחלטה סבוכה יותר וכוללת חלופות רבות יותר לבחירה, עיבוד המידע יהיה שלם פחות."; עבודתו של עמי קובו **נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט: מודים באשמה וטוענים לחפותם** 22 ואילך (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת תל-אביב, 2008), עוסקת, בין היתר, בהשפעת הרציונליות המוגבלת על ההחלטה למסור הודאת שווא. קובו סבור כי כאשר נאשם שוקל את כדאיות ההודאה באשמה, קיים חשש כי יטעה בהבנת המצב ויסבור שהסיכוי שהתיק יסתיים בזיכוי נמוך מהסיכוי בפועל, שהחלטתו פגומה עקב היעדר מידע, שיש סיכוי שתהא נגועה בהטיות קוגניטיביות, בהשפעות פסיכולוגיות, בלחץ נפשי ועוד.
- 54 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 25-26.
- 55 מאפייני תהליכים קוגניטיביים, כגון יוריסטיקות של שיפוטים, משמשים לניבוי ולהסברת תופעות של שיפוט ובחירה הסוטות בדרך כלל מן המודל הרציונלי. ראו כהנמן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 84, "שיפוט וקבלת החלטות: השקפה אישית".
- 56 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 50, ההדגשה אינה במקור.
- 57 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 25-26.
- 58 כהנמן סבור כי מחקרו אינו ממחיש את אי הרציונליות האנושית, וכל תפישה כזו כלפי מחקרו היא שגויה. לטענתו, המחקר על יוריסטיקות והטיות רק מפריך תפישה בלתי מציאותית באשר לרציונליות המזהה אותה כעקביות רבתה, שם, בעמ' 28.

מההטיות⁵⁹ (על מגבלות הוכחת קיומן) על מנת לשפר את יכולת ההכרעה שלנו בכלל, וההכרעה השיפוטית בפרט.

התנהגותם של מחליטים מושפעת מגורמים רבים, בהם חוסר הוודאות, האחריות האישית, זהירות, שנאת סיכון או אהבת סיכון, יסודות קוגניטיביים, היכולת לעבד מידע,⁶⁰ יסודות אישיים⁶¹ וחברתיים,⁶² ועוד. החוקרים ג'ניס ומאן בספרם **תהליך קבלת החלטות**⁶³ הציגו קריטריונים שראוי כי מקבל החלטות זהיר יעמוד בהם. אולם, לצד דרישות אלה הציגו סדרת טעויות בשיקול דעת ומקורותיהן.⁶⁴ ספרות עצומה נוספת מציגה את שיקול הדעת האנושי ואת פגמיו ועורכת הבחנות בין סוגי שיקול דעת וסוגי

59 קיימת ספרות עשירה בנושא ההטיות ובחירתנו היא לעתים שרירותית. ראו לדוגמה, מיכל אלברשטיין "על כשלים, רציונליות מוגבלת וקולות נגדיים: תרבויות של משא ומתן" **משפטים על אהבה** 657 (ארנה בן נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005); ניר ליברמן "קוגניציה חברתית" **פסיכולוגיה חברתית** א (ענת אראל גפני עורכת, 2001); שוורץ ושלניגר, לעיל ה"ש 51.

60 בעיה קוגניטיבית מתעוררת בשל עורך מידע המסופק לנו, עקב מגבלותינו בעיבוד המידע. מחקרים הראו כי עורך מידע פוגע באיכות החלטותינו. עורך מידע פוגע בנו הן גופנית והן קוגניטיבית ועלול להביא להתעלמות מחלק ממנו ולחרדה ומבוכה. שוורץ ושלניגר, לעיל, ה"ש 51, בעמ' 115-117.

61 בניגוד למודל הכלכלי המניח שאדם יחפש מידע עד שעלות החיפוש הנוסף תעלה על שווי התועלת שהופקה מן החיפוש (ובאותו שלב יפסק החיפוש), מצביעים מחקרים על כך כי האדם נוקט קו פעולה שהוא רק "טוב למדי" אך לא "מיצוי מרב התועלת". כלומר, האדם יחפש פחות מידע ויתאמץ פחות, והוא י שקול קווי פעולה חלופיים עד שימצא את זה שניח את דעתו. הספרות מכנה אסטרטגיה זו בשם "הנחת הדעת" או "משביקה" – משביעת רצון + מספיקה (= satisfying and sufficient), ג'ניס ומאן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 23; שוורץ ושלניגר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 117-118. גישה זו תואמת את כושרו המוגבל של האדם לעבד מידע. האדם מסתפק בקו פעולה הטוב ביותר שהוא משיג העדיף על מצבו הנוכחי. אין הוא מעדיף איסוף מידע אודות כלל הגורמים העשויים להשפיע על החלטתו אלא מסתפק במה שיספקו מבחינה פסיכולוגית.

62 חוקרים מצאו כי אנשים מפעילים שיקולי הגינות שאינם עולים בקנה אחד עם כלכלת שוק. הם מעריכים כי העלאת מחירן של מטריות בימי גשם אינה הוגנת אף שהיא רציונלית. מיכל אלברשטיין "על כשלים, רציונליות מוגבלת וקולות נגדיים: תרבויות של משא ומתן" **משפטים על אהבה** 657, 666 (ארנה בן נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005).

63 ג'ניס ומאן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 11.

64 ג'ניס ומאן, לעיל ה"ש 14, הציגו בספרם מקורות לטעות בשיקול הדעת כגון: אילוץ מניהליים המונעים מהמחליט ללמוד את הבעיה (היעדר זמן הפוגע בקריאה ובהפנמת הפרטים בעת הפעלת שיקול הדעת השיפוטי); גורמים פסיכולוגיים (התייחסות לסמכות, חרדות, שליטה עצמית, לחץ חברתי, חשיבה קבוצתית); היעדר אמות מידה אובייקטיביות להעריך דרכי פעולה חלופיות (בחירה בפתרון אחד "על פי מיטב המצפון" ודחיית הפתרונות האחרים); התבצרות בדעה אחת (דיסוננס קוגניטיבי). מקורות אלה עלולים לפגוע בשיקול הדעת של השופט. כן ראו פסק דינו של הנשיא ברק בג"ץ 2148/94 **גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון**, פ"ד מח(3) 573 (1994), הקובע כי יש לפסול את השופט כאשר דעה "קודמת" שלו הופכת ל"דעה קדומה" (להלן: פרשת **גלברט**).

פגמים. מאמרו של דורון מנשה מציג אף הוא מסקנות חשובות של מחקרים העוסקים בפגמי שיקול הדעת השיפוטי –

כיום קיימים מחקרים אמפיריים רבים המצביעים בבירור על כשלי השיפוט והשפיטה לאור מגבלות האינטואיציה האנושית ומועדויות של שופטים לשגיאות ולהטיות. בפרט התברר כי שיפוטם והכרעות המתקבלים בתנאי חוסר אינפורמציה ואי ודאות (מהסוג של החלטות המתקבלות באופן טיפוזי בהליכים שיפוטיים) אינם עומדים בקני המידה המגולמים בתורות היסק סטטיסטי, תורות הסתברות ותורות הכרעה רציונליות. שכלתם המעשית של בני אדם רוויה בהטיות חשיבתיות (Bias), בקיצורי דרך מנטליים (Heuristics) ובסטריאוטיפים של מין, מוצא, גזע, מעמד וכיוצא באלה המשמשים כדי להעריך את התנהגות הזולת....⁶⁵

דורון מנשה מציג בספרו **הלוגיקה של קבילות ראיות** את הביקורת הפסיכולוגית-ניסויית על טענת הכשירות האוניברסאלית מבית מדרשו של L. J. Cohen –

מחקרים מהעת האחרונה (בעיקר ב-20 השנים האחרונות) מצביעים על כך ששיפוט הסתברותי או סטטיסטי המופעל באורח אינטואיטיבי מועד לכשלים שיטתיים, ומודרך על ידי עקרונות חשיבה הסוטים מקני המידה שטובעות המתמטיקה והלוגיקה הפורמלית לרציונליות.⁶⁶

מכיוון שמאמר זה בא אך להציג את התחום, לא אבחין בין הטיות קוגניטיביות לבין טעויות בשיקול דעת, וכן לא תהיה הבחנה דקה בין הטיות קוגניטיביות להטיות מוטיבציוניות, לכשלי היגיון או להטיות רגשיות ולהטיות אחרות. הטעם העיקרי לכך הוא שאין עסקינן בפסיכולוגיה של קבלת ההחלטות אלא באפיון של הטיות העלולות להביא לטעויות בשיפוטינו, מתוך שפגם בשיקול הדעת אינו בהכרח תולדה של הטיות בטוהרה אלא תערובת של הטיות. לפיכך, ייתכן כי מקורן של טעויות אלה הוא בהטיה קוגניטיבית, בהטיה רגשית, בטעות לוגית או בטעות שבשיקול דעת (וכל צירוף של הטיות אלה), כששאלת הגורם העיקרי היא מקרית. שאלת המחקר במאמר זה אינה זקוקה להבחנות אלה, שיש להן, כאמור לעיל, חשיבות גדולה במחקרים אחרים, אלא

65 מנשה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 103. בהמשך המאמר טוען הכותב כי הטיות אלה מוצאות את ביטויין לדוגמה בתהליכי הערכה של זיהוי פלילי ובייחוס עבירה לאדם. השופטים מתקשים באיתור שקרים על אף שזהו, לכאורה, מקצועם וכך גם בהערכת מהימנותן של עדויות. מחקרים מעמידים בסימן שאלה את עדותם של עדי ראיה, את זיכרונם של עדים ואת תהליכי ההתרשמות מעדים שעל הדוכן. מכל אלה עולה כי האדם מחליט בהתייחס לתמונת עולם מוגבלת, פנימית וסובייקטיבית, או תלוית הקשר תרבותי-קהילתי מוגדר (שם, בעמ' 105).

66 שם, בעמ' 282-283. טענות הנגד של כהן מצויות בהמשך הפרק בעמ' 283 ואילך.

זקוקה לאפיון של ההטיות על מנת לבחון כיצד הן עלולות להתבטא בהחלטות שיפוטיות וכיצד להימנע מהן.⁶⁷

מחקרים בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית הראו כי אנשים משתמשים ב"כללי אצבע" למיניהם וב"קיצורי דרך מנטליים" (Mental Shortcuts) כדי להחליט. כתוצאה מכך, אין הם אוספים מידע באופן שלם ואין הם מפנימים אותו או מעבדים אותו באופן שיטתי ונכון. השימוש באותם קיצורי דרך וכללי אצבע מהווה, למעשה, תחליף לאיסוף מידע ולעיבודו, אפילו המידע זמין. כלומר, מגבלותינו הקוגניטיביות מביאות אותנו להפעיל כללי אצבע פשטניים שונים על מנת להקל על נטל עיבוד המידע בעת שיפוט או החלטה. כללי אצבע אלה מסייעים בידינו להתגבר על מורכבויות ועל עמימות, ותפקידם הוא לפשט את המציאות המורכבת והעמומה המצויה לפנינו בעת ההחלטה. כללי אצבע אלה – המכונים בשם **יוריסטיקות** – הם קווי הנחיה הפועלים בדרך כלל באופן סביר, אך אין מצפים מהם שיחולו על כל אירוע או נסיבה. עקב פשטותם ואי יכולתם לכסות את מרחב האירוע מכל צדדיו, מביא השימוש באותם יוריסטיקות וקיצורי דרך, ככל הנראה, להטיות קוגניטיביות⁶⁸ שהן, בין היתר, שגיאות סטטיסטיות

67 לעתים, נעשה שימוש בידע הפסיכולוגי הקשור להטיות קוגניטיביות. לדוגמה, בבש"א (שלום ת"א) 160016/08 **אסא נ' סעדיה**, תק-של 2008 (2) 16331, התבקשה פסילתה של שופטת מחשש שדעתה נעולה. בעל הדין צירף לבקשתו חוות דעת פסיכולוגית שבה נטען כי השופטת אינה מסוגלת להכריע באובייקטיביות בתיק, מאחר ששיפוטה מוטה בשל "הטיית אישוש". חוות הדעת הפסיכולוגית שהתבססה על מחקרים קבעה כי, בנסיבות המקרה, תעדיף השופטת מידע התומך בעמדתה ותעבד אותו באופן הגורר את שימור עמדתה. בעל הדין טען כי קיים חשש סביר שהשופטת תתעלם ממידע סותר שיוצג לה ותתבצר בעמדתה. השופטת אלמגור, שפסילתה נתבקשה, דחתה את בקשת הפסילה בציינה כי "מדובר בבקשה 'מיוחדת, שלא לומר משונה', שאין בה כל נימוק פסלות. 'חירות מפליגה נטלה לה עורכת חוות הדעת יחד עם המבקש, כבואם לתלות בקשה רעועה לפסילת שופט על קולב כה בלתי מבוסס ובלתי מציאותי'". לדברי אלמגור, "אם נכונה התאוריה שחוות הדעת מבוססת עליה, אזי היה מוצדק להגיש בקשות דומות באינספור הליכים המתנהלים מידי יום בבתי המשפט השונים, החל בתיקי תעבורה שבהם מופיע תיר פרקליט מסוים לפני אותו שופט, וכלה בדיונים בבתי המשפט העליון, שבהם מופיע אותו עו"ד מפרקליטות המדינה לפני אותם שופטים – ושורת הדוגמאות ארוכה".

68 מאמרנו מצטמצם לתחום ההטיות הקוגניטיביות וגם בתחום זה מציג המאמר רק את חלקן. קיימות הטיות אחרות, כגון הטיות מוטיבציוניות (שמקורן בצרכים או בשאיפות ספציפיות המשפיעים על תהליך הסקת המסקנות שלנו), הטיות שמקורן בהגנה על האגו (ייחוס ההצלחות לנו והכשלונות לאחרים), הטיות שמקורן בשליטה (רצוננו לשלוט בסביבתנו), הטיות שמקורן בדיסוננס קוגניטיבי (עיוות המציאות על מנת להסדיר אי עקיבות פנימית), ועוד. כן קיימים גורמים רבים המשפיעים על התנהגותנו, ובהם מגבלות התפישה האנושית (שמוצאת ביטויה גם ביוריסטיקות העיגון והזמינות). אלה מתוארות על ידי מודל "צוואר בקבוק" המעביר אלינו כמות מוגבלת של מידע ומאופיינות בסלקטיביות ובהבדלי עוצמה של קליטה, עיבוד ומידע וכן גורמים רגשיים המשפיעים על החלטותינו ולו התבוניות ביותר. גלבוץ, לעיל ה"ש 51.

ושגיאות זיכרון פשוטות האופייניות בחשיבתנו (הן זוהו לראשונה כשיתיות על ידי עמוס טברסקי ודניאל כהנמן), המטות באופן ניכר (בתחום מאמר זה) את אמינותם של ממצאים עובדתיים ומשפטיים. כלומר, בעת השימוש בקיצורי הדרך ובאיריסטיקות, עלולות להיווצר טעויות שיטתיות, במיוחד בהערכת הסתברויות (לדוגמה, הערכת סיכונים) ובהחלטות המבוססות על מידע.

במאמרם הקלאסי "שיפוט בתנאי אי ודאות: יוריסטיקות והטיות" ⁶⁹ טוענים טברסקי וכהנמן כי בני האדם מסתמכים על מספר מוגבל של עקרונות יוריסטיים המצמצמים את המשימות הסבוכות של הערכת הסתברויות וניבוי ערכים לכלל פעולות שיפוט פשוטות יותר. בדרך כלל, היוריסטיקות הללו שימושיות למדי אך לעתים הן מובילות לטעויות חמורות ושיטתיות. טעות מקרית אינה מעניינת מבחינה מחקרית, אך טעות שיטתית היא מעניינת במיוחד משום שניתן לנבא כיצד ישגו בני אדם בהערכות ובשיפוט מסוימים, וכך בכך ניתן לחפש אמצעים להקטנת טעויות אלה או להקטנת נזקן התוצאתי.

באותו מאמר קלאסי מתוארות שלוש יוריסטיקות ⁷⁰ (יציגות, זמינות ועיגון) ⁷¹ המשמשות להערכת הסתברויות ולניבוי ערכים והטיות שאותן יוריסטיקות מובילות אליהן, וכן נערך דיון בהשלכות התיאורטיות והמעשיות של תצפיות אלה. ⁷² נציג, להלן, את היוריסטיקות וההטיות הללו וכן קיצורי דרך מנטליים אחרים, ונבחן את יישומיהם בהקשרים של החלטות שיפוטיות.

69 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 45 ואילך.

70 בשנים האחרונות מצטרפת יוריסטיקה חדשה אל היציגות והזמינות: יוריסטיקת הרגש. תגובה רגשית בסיסית עשויה לשמש תכונה יוריסטית למגוון רחב של הערכות מורכבות, כגון יחס העלות-תועלת של טכנולוגיות, מידת הריכוז הבטוחה של כימיקלים ואף הביצועים הכלכליים הצפויים של תעשיות... ראו כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 173-174 "נקודת מבט על שיפוט ובחירה".

71 ניתן להעלות על הדעת יוריסטיקות נוספות שחלקן ודאי נחקר, כגון יוריסטיקת המומחיות (קבלת דעת המומחה במיוחד כאשר הוא מוכר קודם לניתוח דבריו), הרגש (נטייה לקבל שיפוט אינטואיטיבי ותחושות בטן יותר מאשר התייחסות לעובדות), המשכיה (נטייה להסכים עם אלה שאנו מחבבים יותר מאשר עם אלה שאין אנו מחבבים), אורך המסר (אורך המסר "קובע" את נכונותו, ולא המסר עצמו).

72 ראה עוד עמוס טברסקי "הפסיכולוגיה של החלטה ושיפוט" **רבעון לכלכלה** 3, 327 (1997); דניאל כהנמן ועמוס טברסקי "קבלת החלטות – בחירה, ערכים ויציגים" בתוך בנימיני ואחרים **עיון יישום בפסיכולוגיה** 96 (ק' בנימיני, ע' דולב, מ' אמיר, ע' כהן ו' מ' שלזינגר עורכים, 1990).

1. יציגות

ניתן להציג בעיות הסתברות רבות כשייכות למשפחת השאלות הבאה: "מה ההסתברות שעצם א' שייך לקבוצה ב'?" או "מה ההסתברות שאירוע א' נובע מתהליך ב'?"⁷³ כדי לפתור בעיות אלה, מסתמכים אנשים, בדרך כלל, על **יוריסטיקת היציגות**⁷⁴ שבה הסתברויות מוערכות לפי מידת הדמיון או הקרבה של א' ל-ב'. ככל שהדמיון בין א' ל-ב' רב יותר תהיה נטיית רבים לקבוע כי ההסתברות שא' שייך ל-ב' תהיה גבוהה יותר. דוגמה ליוריסטיקה זו היא של סטיב, ששכנו מתאר אותו כביישן וכמסוגר מאוד, תמיד מוכן לסייע אך יש לו עניין מועט באנשים או בעולם המציאות. הוא טיפוס כנוע ומסודר ויש לו צורך בסדר ובארגון ותשוקה לפרטים הקטנים. רבים שיתבקשו להעריך מהו מקצועו של סטיב מתוך חמשת אלה: רופא, טייס, ספרן, חקלאי או איש מכירות, יעריכו כי סטיב הינו ספרן, כי נטייתם של בני אדם היא לסדר את חמשת המקצועות מרמה של סביר מאוד עד לרמה של סביר פחות ולקבוע הסתברות גבוהה לכך שסטיב ספרן, על פי **הדמיון** של התיאור דלעיל לסטריאוטיפ של ספרן. יוריסטיקה זו, על פי טברסקי וכהנמן, מובילה לטעויות חמורות שכן דמיון או יציגות אינם מושפעים מגורמים נוספים בעלי משקל, שהם חשובים לא פחות, כגון משקלה היחסי באוכלוסייה של קבוצת הספרנים לעומת קבוצת החקלאים, האמורים להשפיע על שיפוטית ההסתברות.⁷⁵

א. חוסר רגישות לשיעורי הבסיס

אחד הגורמים בעלי המשקל שהיו צריכים להשפיע על שיקולי הסתברות, אך הוא נעדר מהשיקולים של רובנו ואינו משפיע על יציגות, הוא ההסתברות מלכתחילה (prior probability) או **שיעור הבסיס** (base rate) – שבכל הערכה **הגיונית** של הסתברות היה מקום להביא אותו בחשבון. במקרה דלעיל, שיעור הבסיס המתאים לתיאור של סטיב היה חייב להביא בחשבון את גודלה של כל קבוצה ואת הסיכוי של סטיב להשתייך אליה, בטרם התקבל מידע ספציפי על סטיב. לאחר מכן צריך היה לשקלל את

73 זו שאלת הקשר הסיבתי שלה נזקק השופט בהליך המשפטי. ההכרעה השיפוטית בדבר הקשר הסיבתי היא מהותית לתוצאת המשפט, ועל כן הטיה הכרוכה בקביעתו עלולה לשנות את גורל המשפט. מכאן החשיבות שבהבנת הטיות הקשורות ליוריסטיקת היציגות.

74 שוורץ ושלינגר מכנים את התופעה בשם "שימוש במקרים מייצגים" (Representativeness), לעיל ה"ש 51, בעמ' 119-120. בהציגם את היוריסטיקה הזו, טוענים שוורץ ושלינגר כי בבואו לקבל החלטה בוחר האדם במדגם בלתי מייצג, תוך שהוא מתעלם מנתונים חשובים אחרים, כמו אירועי עבר או איכות ירודה של ראיות, וכי הנטייה האנושית היא להעניק חשיבות יתר למספר נמוך של דוגמאות ונתונים ולסמנם כמייצגים. ראו, דורון מנשה **הלוגיקה של קבילות ראיות** 236 (2008), בהערה 320, המציגה את מחקריהם של טברסקי וכהנמן והטעויות נוספות; וכן שם, בעמ' 282, הערות 63 ו-64.

75 כגון שיעור הבסיס, כפי שנראה להלן. ראו כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 46.

התיאור של סטיב עם גודל הקבוצה ולהקיש מכך את ההסתברות המשוקללת להשתייכות לכל קבוצה. סביר מאוד שנקיטת גישה זו הייתה מביאה לשיוכו של סטיב אל קבוצת החקלאים, שכן קיימים הרבה יותר חקלאים מספרנים! אנשים המעריכים את ההסתברות על פי יוריסטיקת היציגות, לא יתחשבו בשיעורי הבסיס (כלומר, במספרם הנמוך מאוד של ספרנים ביחס למספר החקלאים) ולכן עלולים לשגות בהערכתם.

טברסקי וכהנמן ערכו ניסוי, שבו נעשה שימוש בכמה שיעורי בסיס, וגילו כי כאשר סופקו לנחקרים נתונים חסרי ערך או שלא סופקו להם נתונים כלל, הם אמרו את ההסתברות באמצעות יוריסטיקת היציגות תוך כדי התחשבות מעטה בשיעורי הבסיס; ואילו בעת שלא סופקו להם נתונים מפורשים לגבי התיאור (היציגות), הם השתמשו נכונה בשיעורי הבסיס. באותו ניסוי קיבלו הנחקרים תיאורי אישיות קצרים של כמה אנשים שנדגמו, לכאורה, באקראי מתוך קבוצה של 100 איש המורכבת ממהנדסים ומעורכי דין. הנחקרים התבקשו להעריך, לגבי כל תיאור, מה ההסתברות שהוא מהנדס. בתנאי ניסוי אחד נאמר לנחקרים כי הקבוצה שממנה נלקחו התיאורים מונה 30 עורכי דין ו-70 מהנדסים, ובקבוצה האחרת נאמר כי הקבוצה מונה 30 מהנדסים ו-70 עורכי דין. ברור כי הסיכוי להיות מהנדס בקבוצה הראשונה רב יותר מסיכויי להיות עורך דין, ובקבוצה השנייה המצב הפוך. למרות זאת, ציינו הנחקרים בשני המצבים אותם שיעורי הסתברות – כלומר בהתעלם מן הנתון המדויק של יחס 70:30 (לכאן או לכאן)! ההסבר שניתן לכך היה השימוש ביוריסטיקת היציגות: האומדן של הנחקרים התבסס על מידת הדמיון של התיאור לסטריאוטיפ של עורך דין או מהנדס שהיה להם, תוך כדי התחשבות מעטה בשיעורי הבסיס, או תוך כדי התעלמות משיעורים אלה. ואילו כאשר לא היה בידי הנחקרים מידע סטריאוטיפי, הם ביצעו שימוש נכון בשיעורי הבסיס – הם העריכו נכון כי בהיעדר תיאור אישיות, ההסתברות שאדם יהיה מהנדס היא 30% או 70%, בהתאמה. כלומר, בעת שנוסף מידע, אפילו סתמי ובלתי מועיל, התעלמו הנחקרים משיעורי הבסיס, ובהיעדר מידע הם השתמשו נכון בשיעורי הבסיס.⁷⁶ תוצאה מדהימה זו מדגימה כשל בסיסי בחשיבתנו – השפעתם של סטריאוטיפים על יצירתה של הטיה קוגניטיבית – ומכאן ליישום כשל אפשרי גם אצל שופטים⁷⁷ במהלך המשפט, כפי שיודגם להלן:⁷⁸

בניסוי אחר הוצגו לפני נחקרים הנתונים הבאים: בעיר פלונית פועלות שתי תחנות מוניות – מוניות ירוקות ומוניות כחולות. 20% מהמוניות בעיר הן ירוקות ו-80% כחולות. בתאונת "פגע וברח" שהתרחשה בלילה הייתה מעורבת מונית. עד ראייה שנכח במקום טען בתוקף כי ראה שהמונית היא ירוקה. במבחני ראייה שנערכו לעד

76 תיאור מפורט של הניסויים וההפניות למאמרם של כהנמן וטברסקי משנת 1973, מופיעים שם, בעמ' 46-47.

77 אורן גול-אייל, רענן סוליציאנו-קין, גל עינב ועטאללה שובאש "ערכים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" **משפטים** לח(3) 627 (2008).

78 מתוך כהנמן וטברסקי, לעיל ה"ש 72, בעמ' 146-147.

הראייה כדי לבחון את כושר ההבחנה שלו בתנאי הראייה ששררו במקום התאונה, נמצא כי הוא מזהה נכון את צבע המונית ב-70% מהמקרים. מידע זה סופק כולו לנחקרים שנשאלו מה ההסתברות שהמונית הפוגעת הייתה ירוקה. רובם קבע כי ההסתברות קרובה ל-70%, ואולם הם טעו. חישוב ההסתברות המבוקשת במקרה זה צריך לקחת בחשבון את ההסתברות להימצאות מכונית ירוקה או כחולה בכלל ועל כן החישוב ייעשה על פי נוסחת בייז (העוסקת בהסתברות של אירוע פלוני המותנית באירוע אלמוני והמאפשרת לחשב הסתברות זו).⁷⁹

התוצאה על פי תורת ההסתברות היא שההסתברות שהמונית הפוגעת תהיה ירוקה היא כ-0.38 ולא 0.7, כפי שסבר רוב הנשאלים. כלומר, למרות שהעד מהימין ולמרות שעל פי עדותו המונית הפוגעת היא ירוקה, סביר יותר שהיא כחולה! הסיבה לכך היא שהשיעור הבסיסי של מוניות ירוקות הוא נמוך ביחס למוניות הכחולות. להערכתי, כמו רוב הנחקרים, גם רוב השופטים (שקיימת הסתברות גבוהה שאינו מכיר את חוק בייז), היה קובע על פי העדות ועל פי האינטואיציה שלו כי המונית הפוגעת היא ירוקה!⁸⁰ קביעה כזו, נוסף לכך שהיא שגויה, עלולה לשאת עימה פוטנציאל של פגיעה בציבור, בצדק ובאמת. גם אם נניח שהציבור היה מגיע למסקנה דומה לזו של השופט, ולא

הייתה מתעוררת בו תחושה של אי צדק, עדיין התוצאה המשפטית אינה צודקת, והיא,

79 החישוב נעשה באופן הבא:

תהא G מונית ירוקה ו-B מונית כחולה ותהא D עדותו של עד הראייה שאמר כי המונית הפוגעת היא ירוקה. ההסתברות המבוקשת R על פי חוק בייז היא:

$$R = \frac{P(G/D)}{P(B/D)} = \frac{P(D/G)}{P(D/B)} \cdot \frac{P(G)}{P(B)}$$

ראו שימוש בחוק בייז לאיפיון ולקביעת רלוונטיות אצל מנשה, לעיל ה"ש 74, בעמ' 90.

80 זו אכן טעות מהותית, אך המשפט אינו זקוק לאמת על מנת להכריע, אלא לאמת המשפטית, ולכן, דווקא בתחומי המשפט, שבו מקובל לקבל אמת משפטית כ"אמת" לא תהיה טעות זו מהותית. ייתכן שעקב ההלימה שבין השיפוט האינטואיטיבי של האדם לבין זה של השופט, מקבל השופט את אמון הציבור ואת הערכתו כלפי מלאכת שיפוט ראויה. הצגת האמת המשפטית כ"אמת" (ואף השימוש בחזקות משפטיות על מנת להכריע במשפט) אכן מחייבת אמון גבוה של הציבור במערכת המשפט או, למצער, בורות של המתבונן...

ועוד, המשפט לרוב אינו מכריע על סמך נתונים סטטיסטיים, אלא על סמך ראיות קונקרטיות במקרה הנתון. דהיינו, מקרה כזה, אם היה לפני בית המשפט, לא היה מוכרע על סמך תוצאות הסתברותיות. במצב כזה, היה התובע מפסיד מחמת אי הרמת נטל ההוכחה. מאמר של עו"ד טל חבקין, שטרם פורסם, עוסק, בין היתר, בכך ששופטים אינם ערים לחזקה הטמונה בנטל להטות את מאזן ההסתברות המוטלת על התובע. טל חבקין "חזקות במחשבה ובמשפט" (לא פורסם); אבן חן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 276.

כמובן, באחריות מקבל ההחלטה – קרי, השופט.⁸¹

ב. חוסר רגישות לגודל המדגם

אנשים מפעילים, בדרך כלל, את יוריסטיקת היציגות בעת שהם מעריכים את ההסתברות להשגת תוצאה מסוימת במדגם הלקוח מתוך אוכלוסייה נתונה. הבעיה היא שאין הם מביאים בחשבון את גודל המדגם ואין הם מעריכים נכונה את נפקות גודלו, גם כשהוא מודגש בניסוח הבעיה. טברסקי וכהנמן ביקשו מהנחקרים להעריך תוצאה לפי הסיפור הבא –

בעיר פלונית פועלים שני בתי חולים. בבית החולים הגדול יותר, נולדים בכל יום כ-45 תינוקות, ובקטן יותר כ-15. כידוע, בממוצע שנתי, כ-50% מהתינוקות הנולדים הם זכרים (האחוז המדויק משתנה מדי יום, לפעמים גבוה מ-50 ולפעמים נמוך מ-50). במשך שנה שלמה תיעד כל בית חולים את הימים שבהם יותר מ-60% מן התינוקות היו זכרים. איזה בית חולים רשם, לדעתך, מספר גבוה יותר של ימים כאלה?

התברר שבעיני רוב הנחקרים היה מספר הימים שבהם היו יותר מ-60% לידות של תינוקות זכרים זהה בשני בתי החולים, למרות שעל פי תורת הדגימה, התוחלת של מספר הימים שבהם יותר מ-60% מהתינוקות הם זכרים גדולה בהרבה בבית החולים הקטן מזה של בית החולים הגדול, שכן למדגם קטן יש סיכוי גבוה יותר לסטות מ-50% מאשר למדגם גדול יותר. מסתבר, קובעים טברסקי וכהנמן, כי מושג סטטיסטי יסודי זה אינו חלק מאוצר האינטואיציות של הבריות. הם מסבירים זאת בכך ששני האירועים הללו מתוארים באמצעות אותו נתון סטטיסטי ולכן הם יציגים באותה מידה ביחס לאוכלוסייה בכללותה. זו הטיה קוגניטיבית הנובעת, בין היתר, מאי הפנמת חשיבותו של גודל המדגם שהוא נתון בסיסי מהותי בתורה הסטטיסטית.

יתר על כן, מדגמים קטנים עלולים לשכנע אותנו לא-פחות מאשר מדגמים גדולים. ידוע כי מאמרים מדעיים רבים, בפרט בתחום הרפואה, מסתמכים על מרחבי מדגם קטנים מאוד. הדיוטות המתבוננים בתוצאות המחקריות המתגלות באותם מאמרים עלולים שלא להבין אותן ולקבל את מלל המסקנה ללא בקרה מספקת.

ג. תפישות מוטעות של מקריות

טברסקי וכהנמן הראו עוד כי אנשים מאמינים כי רצף אירועים – בין קצר ובין ארוך – המיוצרים על ידי תהליך מקרי, מייצג את המאפיינים היסודיים של התהליך. לדוגמה, אנשים מאמינים כי רצף של הטלות מטבע (כל הטלה היא, כידוע, אירוע עצמאי שאינו

81 ניתן להדגים עוד כשל זה בנטייתם של עורכי דין, של נחקרים או של נאשמים להעריך את הסיכויים לזכות במשפט הפלילי כגבוהים ביותר, בלי להתחשב בעובדה ששיעור הזיכויים הכללי נמוך מ-10%. ראו גלבווע, לעיל ה"ש 51. ראו עוד מאיה בר הלל "כשל השיעור הבסיסי – תופעה והסבר" עיון וישום בפסיכולוגיה 111 (1990).

תלוי בקודמו) שייתן את התוצאה "עץ-פלי-עץ פלי-פלי-עץ" סביר יותר מאשר הרצף "עץ-עץ-עץ-פלי-פלי-פלי". יתר על כן, כאשר מתבוננים ברולטה ונוצר שם רצף של חמש פעמים "אדום", נוטים אנשים להאמין בהסתברות גבוהה כי בהטלה הבאה יעגון הכדור ב"שחור". טברסקי וכהנמן רואים בתפישה שגויה זו תוצאה של יוריסטיקת היציגות. שכן עגינת הכדור בהטלה השישית במיקום הצבע השחור תיצור רצף יציג יותר מאשר רצף של שישה "אדומים" רצופים⁸² (הטיה זו נקראת גם בשם **כשל המהמר**). יש לפנינו השפעה של הדעה הרווחת באשר למקורות – שהיא "ההליך המתקן את עצמו"⁸³. זוהי, למעשה, "תגובת יתר" של הכרתנו כלפי אירועים מקריים. היבט אחר של הטיה זו מכונה **כשל היד החמה**, שמתבטא בתחושה שגם ברצף אקראי קיימת סדירות סיבתית⁸⁴ (רצף המכונה גם **כשל המהמר ההפוך**). המוח האנושי מחפש תבניות והוא מוטה באורח ממש לאמץ את ההשערה שלפיה גורם סיבתי פועל מאחורי כל רצף-אירועים בולט.⁸⁵ המשפט מאמץ תפישה שגויה זו בשל היותו מעשי ובשל תפישתו כפותר סכסוכים וכמביאם אל קצם. לצורך הכרעה בסכסוכים, משתמש השופט בקשרים סיבתיים המתיישבים לדעתו עם רצף האירועים שהובאו לעיונו, יותר מאשר עם היעדרה של סיבתיות. באופן זה העדפת גרסה פלונית (הניתנת, לדעת השופט, להסבר סיבתית) עלולה להיות מושפעת מהטיה זו ולהביא לתוצאה שגויה – מקום שבו ראה השופט קשר סיבתי, לא היה כזה במציאות. אולם, כללי המשפט מתירים לשופט להשתמש בסיבתיות על אף האזהרות הקיימות בספרות המקצועית, המטילות על השופט חובת זהירות בכגון דא.⁸⁶

אנשים נוהגים לטעות גם בייחוס **משקל יתר** להסתברויות נמוכות ומשקל **חסר** להסתברויות בינוניות או גבוהות.⁸⁷ טברסקי וכהנמן הוכיחו כי תפישות שגויות אלה אינן אופייניות להדיוטות בלבד. גם חוקרים מנוסים בתחום הפסיכולוגיה, המכירים את כללי הסטטיסטיקה וההסתברות, "נפלו בפח". ואם בחוקרים מנוסים ויודעי סטטיסטיקה והסתברות נפלה שלהבת, מה יגידו השופטים?

ד. אשליית התוקף

82 "כשל המהמר" כולל הנחה, שלפיה יש הסתברות קטנה יותר לחזרה של אירוע אם הוא התרחש כמה פעמים ברצף.

83 דוגמאות רבות והסבר מורחב להטיה זו ראו כהנמן וטברסקי, לעיל ה"ש 72, בעמ' 182-209.

84 כשל המהמר ההפוך הוא כשל לוגי שבו מיוחסות משמעות וסיבתיות לאירוע אקראי. אם שורה של אירועים, שהסתברותם נמוכה אירעה, מעיד הדבר כי קיימת לכך סיבה.

85 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 287 "היבטים בפסיכולוגיה של משקיעים". עוד ראו אבן חן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 276.

86 מנשה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 103.

87 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 288.

כאמור לעיל, בדוגמת סטיב הספרן, מידת ביטחונם של האנשים בניבוי המקצוע הייתה תלויה ברמת היציגות, קרי – ברמת ההתאמה שבין התוצאה שבחרו לבין המידע שניתן. לביטחון בלתי מוצדק זה, הנובע מהתאמה טובה בין התוצאה המנובאת לבין המידע שעליו היא מבוססת, נותנים טברסקי וכהנמן את הכינוי **אשליית התוקף**. אשליה זו נותרת בעינה אפילו האדם המנבא מודע לגורמים המגבילים את הדיוק של ניבוי, כלומר ליוריסטיקת היציגות. מחקרים מלמדים כי פסיכולוגים העורכים ריאיונות מיון מפגינים ביטחון רב בניבוייהם על אף ידיעתם את הספרות המחקרית העצומה המוכיחה שריאיונות מיון הם לקויים ביותר. ההסתמכות הנרחבת על ריאיון קליני לשם מיון מעידה עד כמה עוצמתי אפקט זה.

בהקשר זה, נקל לשער כי שופטים יגלו ביטחון במסקנתם המשפטית (כגון קביעת ממצא, מתן משקל לראיה, קביעת מהימנות) הנובעת, בין היתר, מהמידע שהובא לפניהם. בלי להתייחס לשאלה עד כמה צודקים השופטים במסקנותיהם אלה, קיימת אפשרות סבירה לקיומה של אשליית התוקף דנן. נדמה כי יוריסטיקת היציגות שימושית ביותר בהתרשמות השופט. ניתן להדגים זאת בדיונים שעניינם הארכת מעצר וקדמי משפט. בדיונים להארכת מעצר, שבהם הנאשם אינו מיוצג (שכן אם הנאשם מיוצג הוא אינו מדבר אלא עורך דינו), נדמה כי התרשמותו הישירה של השופט מהנאשם (העלולה להיות מוטה כתוצאה משימוש ביוריסטיקת היציגות) משפיעה על התוצאה המשפטית. ועוד: במהלך קדם משפט נמצא לא-אחת כי השופט משוחח עם הצדדים למשפט, שומע את דבריהם באופן בלתי פורמלי ואף שואל שאלות בלי שהצדדים יהיו על דוכן העדים. ניתן להניח כי התרשמותו של השופט מדברים שנאמרו עשויה להשפיע על גורל ההליך.⁸⁸ התרשמותו הראשונית של השופט המושפעת מיוריסטיקת היציגות עשויה להשפיע על התוצאה המשפטית, ולצדה גם על מידת בטחונו של השופט בתוצאה שאליה הגיע. כלומר, דברים הנאמרים על ידי בעלי הדין מחוץ לפרוטוקול עשויים

להשפיע על שיקול הדעת של השופט ואולי אף לקבל משקל יתר,⁸⁹ ובמקביל השופט

88 לפי שיטה הנהוגה אצל חלק מהשופטים העוסקים בקדם משפט, שומעים את בעלי הדין כבר בישיבה הראשונה של קדם המשפט. חקירה קצרה וישירה של השופט, ללא הכנה וללא מיקוד בשאלה העיקרית עשויה להוביל להתרשמות שעשויה שלא להשתנות גם לאחר העדויות. לדעת, התרשמות זו מיעלת את הדיון ועשויה להוביל לתוצאה צודקת, שכן הנחת יסוד היא שהשופט לעולם פתוח לשנות את התרשמותו כאשר נוסף מידע רלוונטי. לפיכך, חרף סיכויי ההטיה (שהשופט חייב, לדעת, להביאם בחשבון), חשיבה סדורה ומבוקרת תמנע ברוב המקרים את השפעתה של הטיית היציגות על ההתרשמות הראשונית דנן.

89 הדיונים הבלתי פורמליים, בקדם משפט או בהארכת מעצר, עלולים להיות מכריעים בשלב מאוחר יותר של המשפט. ככל שבהחלטת בית המשפט יש מרכיב אינטואיטיבי יותר וסדר פחות עלול להיות סיכון שמא שיחה עם הצדדים תשפיע על התרשמות בית המשפט.

עשוי להפגין ביטחון יתר בהכרעתו.⁹⁰

ה. תפישות מוטעות באשר לתסוגה (רגרסיה)

פרנסיס גלטון, מדען שחי במאה ה-19, גילה את תופעת התסוגה (רגרסיה) לממוצע. הוא חקר את הקשר שבין תכונות ילדים לתכונות הוריהם. כשבדק את הקשר בין גובה ההורים לגובה ילדיהם מצא, כצפוי, כי לאבות גבוהים היו ילדים גבוהים ולאבות נמוכים ילדים נמוכים. אולם הוא מצא עוד כי לאבות גבוהים במיוחד היו ילדים גבוהים בממוצע פחות וכי לאבות נמוכים במיוחד היו ילדים גבוהים בממוצע יותר. לתופעה זו הוא קרא **תסוגה לממוצע**.⁹¹ בחיי היומיום נתקלים בתופעות רבות של רגרסיה אל הממוצע: לנשים מבריקות יש בדרך כלל בעלים משעממים יחסית, ולראשי ממשלה מצטיינים יש בדרך כלל שרי חוץ בולטים פחות. תופעות דומות מצויות סביבנו ולכולן מכנה משותף: תסוגה מנתון קיצוני אל נתון הקרוב יותר לממוצע. ההסבר לתופעת התסוגה אל הממוצע הוא כדלקמן: ערכים של ביצועים נובעים מצירוף של גורמים סיסטמטיים וגורמים אקראיים. ערכים קיצוניים נובעים בדרך כלל משילוב של הגורמים הסיסטמטיים עם הגורמים האקראיים באופן שהגורמים האקראיים תורמים באופן חריג במקרה הספציפי לערך הקיצוני. בביצועים נוספים, סביר שלא יהיה הבדל ממשי בתרומת הגורמים הסיסטמטיים אך סביר שהגורמים האקראיים לא יתרמו פעם נוספת באופן חריג לכיוון הערך הקיצוני, ולכן תהיה תסוגה אל הממוצע.

חרף עדויות כה רבות מחיי היום-יום, מודעותם של אנשים לתופעה זו אינה רבה וכאשר הם נתקלים בה הם מנסים לספק לה הסבר אחר מאשר התסוגה. אם נניח כי קבוצה גדולה של ילדים נבחרת בשני נוסחים שקולים של מבחן יכולת, ובוחרים עשרה ילדים מבין אלה שהצליחו במיוחד באחד משני הנוסחים, יהיו ביצועיהם בנוסח האחר של המבחן בדרך כלל מאכזבים; ואילו אם נבחר עשרה ילדים שהשיגו תוצאות גרועות במיוחד בנוסח מסוים, נגלה כי הם מצליחים בממוצע יותר בביצוע הנוסח האחר. באופן דומה, נדרשים מנהלים להסביר מדוע עסקים שהצליחו באופן יוצא דופן בשנה מסוימת נוטים להידרדר בתקופות שלאחר מכן, או מדוע תלמיד שהצליח במיוחד במבחן פלוני אינו מתמיד בהצלחתו, בעוד רגרסיה לבדה עשויה להסביר תופעות

90 ואולי שופטים מפגינים בטחון רב בתוצאה המשפטית אליה הגיעו בעיקר מתוך הסתמכות על התאמת תקדימים ומקרים דומים לעניין שלפניהם במקום להפגין זהירות עקב קיומה של הטיה זו?

91 ראו ורדה ליברמן **חשיבה ביקורתית** 157-158 (ענת אראל-גפני עורכת, 1996). יש להעיר כי מקרה ספציפי זה אינו מהווה כיום דוגמה מוצלחת, שכן קיים גורם שיטתי שהוא התרומה הגנטית של האם. חשוב להבחין בין תסוגה לממוצע כתוצאה מגורם שיטתי שלא הובא בחשבון – אזי אין זו תסוגה לממוצע אלא סתם שגיאה בניתוח – לבין תסוגה לממוצע כתוצאה מכך שהגורמים האקראיים הלא-מייצגים לא הובאו בחשבון. דוגמה דומה (שאינה מוצלחת) נוספת היא שלאבות יוצאי דופן יש ילדים מאכזבים במקצת. גם כאן יש לבחון את התסוגה לממוצע יחד עם הפרמטר הגנטי.

אלה.⁹²

כלל סטטיסטי הוא שכאשר צריך לנבא ערך של תכונה פלוניית לפי תכונה אלמונית, יש להתחשב במידת הקשר שבין שתי התכונות, וכאשר הקשר אינו מושלם יש לנבא באופן רגרסיבי, והרגרסיה לממוצע גדלה ככל שהקשר חלש יותר. אולם, הסתבר כי שיפוטם אינטואיטיביים לא תמיד מקיימים כלל זה והם נוטים לנבא ערכים קיצוניים דווקא. אי הכרה בכלל התסוגה וחוסר מודעות לו עלולים להביא לתוצאות קשות ולמסקנות מופרכות. נתבונן בהישגיהם של חניכים בקורס מסוים. מדריכים הגיעו למסקנה כי אחרי שהם נזופים בחניך על ביצוע גרוע, ביצועיו משתפרים ואילו אחרי שהם משבחים אותו ביצועיו יורדים. מכאן הם מסיקים את המסקנה (המופרכת) כי עדיף לנזוף באדם ולא לשבח אותו וכך יהיו ביצועיו גבוהים תדיר. אילו הכירו המדריכים את השפעת התסוגה לממוצע הם לא היו מגיעים למסקנה זו, שכן התסוגה לממוצע מסבירה היטב מדוע לאחר ביצוע כושל יבוא שיפור ומדוע לאחר ביצוע מוצלח עלול לבוא ביצוע טוב פחות.

במערכת המשפט, אי היכולת להבין את השפעת התסוגה לממוצע עלולה להוביל לאומדן יתר של יעילות העונש ולאומדן חסר של יעילות הגמול החיובי. באופן זה ניתן להניח כי שופט בתחום הפלילי ייטה להשית על הנאשם עונש כבד יותר מתוך אמונה בכך שהגדלת העונש מועילה חברתית. נדמה כי הטיה זו חלה כאשר שופט של בית המשפט העליון מחליט להעלות את רף הענישה בתקופה שפשע מסוג פלוני הופך ל"מכת מדינה" או כאשר הוא מבסס את הכרעתו הפלילית על ראיות נסיבתיות ולא על סיבתיות (כלומר, מוריד את הרף של רמת הראיות המבססות אחריות פלילית).⁹³ אליבא דטברסקי וכהנמן, אנשים אינם מפתחים אינטואיציות נכונות לגבי תופעות אלה, הן משום שאינם מצפים לתסוגה בהקשרים רבים שבהם אין ספק כי תגלה והן משום שהם מספקים הסבר סיבתי מלאכותי לתופעה רגרסיבית.⁹⁴ אי הבנה של מקום התסוגה לממוצע, כמכשיר המסביר תופעה ממין אלה שהוצגו, מביא לניבוי מוטה לערכים קיצוניים או להסברים סיבתיים מלאכותיים לתופעות שתסוגה לממוצע מסבירה אותן היטב. מודעות להטיה זו עשויה להביא להנמקה ולניבוי מדויקים יותר.

1. כשל ה"צירוף"

92 ליברמן, לעיל ה"ש 91, בעמ' 181.

93 המציאות האנושית היא כזו שלא פעם, באופן מקרי לחלוטין, אדם מתוגמל כאשר הוא מעניש אחרים ונענש כאשר הוא מיטיב אתם. כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 52-53.

94 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 52.

אנו מועדים לטעות גם כאשר נוסף מידע לתיאור פלוני.⁹⁵ אנו עלולים לסבור בטעות כי תוספת המידע הופכת את התיאור לסביר יותר, אך לא כך היא: הוספת פרטים לתיאור פלוני עשויה להפכו, אולי, למייצג יותר אך לא לסביר יותר בהכרח. הכשל נוצר כאשר מספקים תיאור מפורט ההופך, מתוך שיקול דעת מוטעה לכאורה, לתואם יותר את המציאות מאשר תיאור מפורט פחות. נתבונן, לדוגמה, בענת הרווקה בת ה-32, שהכול יודעים כי היא תקיפה ונבונה מאוד, בעלת תואר שני בפילוסופיה. כסטודנטית הייתה מעורבת בפעילות פוליטית הקשורה בצדק חברתי ובהתנגדות לאפליה וכן הייתה חברה באגודה לזכויות האזרח. לאור תיאור זה, נסו אתם הקוראים לדרג את האפשרויות הבאות לפי סיכוייהן:⁹⁶

1. ענת היא מורה בבית ספר תיכון.
2. ענת עובדת בחנות ספרים ולומדת רפואה משלימה.
3. ענת היא עובדת סוציאלית.
4. ענת פעילה בתנועה הפמיניסטית.
5. ענת היא פקידה בבנק.
6. ענת היא סוכנת ביטוח.
7. ענת היא פקידה בבנק וחברה בתנועה הפמיניסטית.

בדקו בבקשה כעת כיצד סידרתם את האפשרויות 4, 5 ו-7. המחקר העלה, כצפוי, כי רוב הנחקרים חשבו כי האפשרות שענת חברה בתנועה הפמיניסטית סבירה יותר מאשר האפשרות שענת היא פקידה בבנק. מצד שני, התקבלה תוצאה מפתיעה: רוב הנחקרים קבעו כי סביר יותר שענת פקידה בבנק וגם חברה בתנועה הפמיניסטית מאשר שהיא פקידה בבנק בלבד. נתון זה מפתיע משום שהסתברות של אירוע היא מספר חיובי בין 0 ל-1, והסתברות של צירוף אירועים (שהיא מכפלה של שני שברים חיוביים שכל אחד מהם נמוך מ-1) קטנה מהסתברות כל אחד ממרכיביה. כלומר, ההסתברות להיות פקידה בבנק גבוהה מההסתברות להיות פקידה בבנק וגם חברה בתנועה הפמיניסטית; וההסתברות להיות חברה בתנועה הפמיניסטית גבוהה מההסתברות להיות חברה בתנועה הפמיניסטית וגם פקידה בבנק! התוצאה המוזרה התקבלה עקב הטיה – אנו "מוסיפים" בטעות ערך להסתברות הצירוף בלא שהפעלנו את חשיבתנו המכוונת שידעת כי התוצאה של מכפלת שני שברים חיוביים נמוכים מ-1, קטנה מכל אחד מהכופלים. אם כן, כאמור לעיל, הוספת מידע אינה מגדילה בהכרח את הסתברות

95 יש אפילו הכרעות משפטיות במשפט הפלילי המבוססות על מידע נוסף המאפשר את ההכרעה ושבלעדיו לא ניתן היה להכריע את המשפט. קל להניח כי מידע נוסף בהליך אזרחי עשוי להיתפס כמגדיל את "מאזן ההסתברויות" שהוא הטכניקה המביאה להכרעה בהליך כזה.

96 מתוך כהנמן וטברסקי, לעיל ה"ש 72, בעמ' 137-139.

האירוע ובמקרים רבים אף מקטינה אותו.⁹⁷ נתון מעניין הוא שלא רק נחקרים אקראיים טועים בנקודה זו אלא גם מומחים.⁹⁸

ז. עדות מוטה/חשיבה מוטה

אנו נוטים להתרשם מעדות בלי לבחון אם היא מוטה. שופטים, בלא ספק, מיומנים מאתנו בהתרשמותם מעדות. סביר להניח כי הם מפעילים ניסיון, כלי חשיבה ויכולת התרשמות בעת שהם מעריכים עדויות. חרף זאת, קיים סיכון כי חלק מההטיות בעדות יחלוף על פני סף הקשב של השופט בעת שהוא משתמש ביוריסטיקת היציגות. בניסויים שנעשו נמצא כי הנחקרים המעיטו בחשיבות שייחסו לדרך קבלת הנתונים או שהושפעו ממיתוסים ומאמונות במקום להסיק מסקנות ישירות ממראה עיניהם. אנשים אינם מתחשבים די הצורך בעובדה שעדות ספציפית אינה יציגה והפעילו את יוריסטיקת היציגות, למרות שהתבקשו להתחשב בספציפיות של העדות. שימוש ביוריסטיקת היציגות מטה במקרים רבים את שיפוטנו ומביא להתייחסות שגויה לעדות ספציפית בכך שאנו מייחסים משקל יתר לתפישותינו הכלליות על פני ההתבוננות האמפירית הספציפית. סביר להניח כי שופטים הם ביקורתיים וספקניים כלפי עדויות ספציפיות ומפתחים רגישות גבוהה לעדות ולהתנהגות העד. יחד עם זאת, קשה למנוע את חדירת השקפותיהם הכלליות אל התרשמויותיהם מהעדויות הספציפיות, ועל כן קשה למנוע הטיות שמקורן בשימוש (אפילו בלא משים) במידע יציג.

לצד החשיבה המוטה קיימת "משפחה" אחרת של הטיות הנובעת מחשיבה סלקטיבית. חשיבה כזו עשויה לייצר הטיה קוגניטיבית הנקראת בשם הטיית האישוש. בהתרחשה, בוחר האדם לזכור ממצאים מועדפים ולהתמקד בהם, תוך כך שהוא זונח או מתעלם מממצאים שאינם תומכים באמונתו. אולם יש להבחין בין חשיבה סלקטיבית לחשיבה מוטה: בחשיבה המוטה מתבצעת בחינה של ממצאים תומכים ושוללים אך היא ביקורתית מאוד כלפי סוג אחד של ממצאים וליברלית לגבי סוג אחר. בחשיבה

97 יש לציין כי בנקודה זו נעשה פישוט יתר של הניתוח. יש להבחין בין אירועים בלתי תלויים לבין אירועים העלולים להיות תלויים. באירועים בלתי תלויים, משתמשים בחוק ביזו. נדמה כי במחקר זה החוקרים הניחו שאירועים, כגון "פקידה בבנק" או "חברה בתנועה הפמיניסטית", הם בלתי תלויים וכך האירוע "פקידה בבנק לאומי וגם חברה בתנועה הפמיניסטית" היה צריך להניב הסתברות נמוכה יותר מהסתברותם של שני האירועים האחרים. אולם, אילו הנחנו כי יש תלות בין האירועים, התוצאה שאליה הגיעו החוקרים הייתה עשויה להיות שונה. תודה לד"ר פלוצקי שהאיר את עיניי בנקודה זו (ד"ר פלוצקי הינו ד"ר לגנטיקה, עורך דין, מרצה וקולגה). כשל הצירוף בולט יותר על רקע אירועים בלתי תלויים שהסתברות התרחשותם היא מכפלת ההסתברויות של כל אירוע. ואילו כאשר קיימת תלות בין האירועים, ההסתברות אינה ניתנת בהכרח לביטוי באמצעות מכפלה פשוטה (יש להביא בחשבון עד כמה הם תלויים וכד'), ועל כן במקרים כאלה כשל הצירוף אינו חד.

98 ראו מבוא למאמר זה בעמ' 178.

הסלקטיבית, לעומת זה, בוחר האדם לזכור חלק מהממצאים ולהתעלם מאחרים. הטיות האישוש (המכונה בספרות גם בשם **הטיית אישור**), היא סוג של חשיבה סלקטיבית המתרחשת כאשר המחליט חותר באופן פעיל אל ממצאים המאשרים את השערותיו ומייחס משקל רב למידע מאשר, תוך ייחוס משקל חסר לממצאים הסותרים את השערותיו, או התעלמות מהם. אי פתיחות, יוהרה וזחיחות דעת עלולות להביא לחשיבה מוטת ולחשיבה סלקטיבית כמו גם להטיית האישור, וכך יקבלו ראיות מסוימות משקל יתר וראיות מפריכות או בעייתיות, העלולות להביא לתוצאה שבה אין מעוניין בית המשפט, יקבלו משקל חסר. נפרט.

הטיית האישוש מביאה לכך שאנו נוטים לחפש מידע התואם את ציפיותינו. תמיכתנו בהשערה מסוימת מביאה לכך שנטייתנו לחפש עדות התומכת בהשערותנו ולפרש אירועים כעדויות התומכות בהשערותנו תגבר, ובמקביל תגבר נטייתנו לדחות עדויות הסותרות השערה זו. נאשם ייתן משקל רב יותר למידע שעל פיו נוטים שופטים לאשר עסקות טיעון וידחה מידע שהשופט – שלפניו הוא עומד לדין – הוא שופט מחמיר, וכי עסקת טיעון נתונה לשיקול דעתו של השופט ותלויה באישורו ואינה נעשית אוטומטית עם הסכמת פרקליטי הנאשם והמאשימה (המדינה). הטיה זו עלולה להביא לכך כי בעל הדין או פרקליטו יתעלמו מהאפשרויות הממשיות הפתוחות לפניהם וייתפסו להסתברויות שאינן ריאליות בקשר לאפשרויות מסוימות.⁹⁹ זה לא כבר הוגשה בבית המשפט בקשה לפסלות שופטת המסתמכת על כך שבמקרה הנדון עלולה דעתה של השופטת להיות נעולה כתוצאה מה**הטיית האישוש**. טענה זו נתמכה בחוות דעת של פרופ' לפסיכולוגיה שקבעה כי, בנסיבות אותו מקרה, תעדיף השופטת שנחשפה למידע מסוים, מידע התומך בעמדתה ותעבד אותו באופן הגורר את שימור עמדתה, גם אם עמדה זו אינה מוצדקת על סמך המידע הנגיש, בעוד שופט שנחשף לראשונה למידע זה יתנהג אחרת, קרי, לא יפול ברשתה של הטיית האישוש.¹⁰⁰

הטיית הסלקטיביות (או "חשיבה סלקטיבית"), מתבטאת בכך שאדם בוחר לחפש, לזכור ולהשתמש בממצאים המוכיחים את צדקתו. הוא מעדיף אותם ומתמקד בהם, תוך שהוא זונח או מתעלם מממצאים שאינם תומכים בצדקתו או באמונתו.¹⁰¹ הוא נוטה לאסוף עובדות התומכות במסקנתו או בכיוון החלטה שגיבש, בדחותו עובדות

99 הטיה זו ניתן למצוא, לדעתי, בכל תביעה בגין רשלנות מקצועית – ניתן לטעון כי הטיה זו הביאה לשיקול הדעת המוטעה שבית המשפט מכנה אותו, לימים, כסטייה מהתנהגות האדם הסביר/ המומחה הסביר – קרי, רשלנות. לעתים מביאה בחירת דרך כושלת לפגיעה מהותית בבעל הדין. ראו מ"ח 10392/02 **עמיאל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 297 (2003).

100 פרשת **אסא**, לעיל ה"ש 67.

101 מרדכי קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" **הפרקליט** לה 407 (1984).

מפריכות או מחלישות או בהתעלם מהן. בעת קבלת החלטה, ייטה המחליט להתמקד במידע הבולט על רקע המידע הכולל (כתב יד נאה במיוחד, מילים מודגשות, סימני קריאה, שימוש במדגש ובצורת הצגה גרפית בולטת, וכד') ולהתעלם ממידע צבעוני פחות ושאינו מזדקר לעין. קל להניח כי הטיה זו גורמת לטעויות שיפוט רבות ברמת הזיכרון, הערכת העדויות, ועוד.¹⁰² **אפקט החזרה** שייך אף הוא לקבוצת ההטיית הסלקטיביות (ויתכן שגם להטיית הזמינות שתוארה לעיל): ניתן להניח כי מידע החוזר על עצמו פעמים רבות (וממקורות שונים) עשוי להשפיע על מקבל ההחלטות בהיותו זמין יותר לפניו. ייתכן שניתן לייחס להטיית הסלקטיביות גם את **התפישה האופטימיסטית (wishful thinking)**, שתוארה באופן דומה בהטיית האיטיות קודם לכן, ולפיה ייטה המחליט להתייחס למידע פלוני באופן חיובי ומוגזם ויפחית באופן מוגזם מערכו של מידע העלול להשפיע על ההחלטה. להטיית הסלקטיביות ניתן לייחס גם את **הטיית החיוב** (נטייה להעריך ביתר מידע המנוסח באופן חיובי מאשר מידע המנוסח באופן שלילי), **הטיית השלילה** (נטייה להמעיט בערכו של עובדות השוללות או הפוגעות במסקנת המחליט),¹⁰³ ו**הטיית הניגודיות** (הנטייה לראות מידע סותר כחריג ולא כמידע העומד בניגוד למסקנת המחליט או המחליש אותה). נדמה כי הטיה זו עלולה להתבטא בשקילת הראיות – התעלמות מחלקן, החלשת משקלן או העמדתן כחריגות ולא כמאפיינות את הסיפור שהיה לפני השופט. יתר על כן, אנו נוטים **לחדול מלחפש מידע נוסף** לאחר שמצאנו מידע התומך בכיוון שנראה לנו ככיוון מתאים.¹⁰⁴ הפסקת החיפוש בטרם הבשילה ההחלטה עלולה להביא להחלטה פגומה. אל הטיית הסלקטיביות ניתן לשלב גם את **השמרנות**, שלפיה מידע יתקבל כאשר הוא הולם את תבניות המחשבה שלנו (בעיקר אלה שכבר גובשו בעבר) ויידחה כשאינו תואם תבניות אלה.

יחד עם כך, כאמור לעיל, יש להדגיש כי חשיבה סלקטיבית עשויה להתקיים רק כאשר ניצבים לפני אדם ממצאים תומכים ושוללים כאחד. חשוב גם להבחין בין חשיבה סלקטיבית לחשיבה **מוטה** או חשיבת **משאלה**. בראשונה, מתבצעת בחינה של ממצאים תומכים ושוללים, אך היא ביקורתית מאוד כלפי סוג אחד של ממצאים. בחשיבת משאלה קיימת הבעת רצון שדברים מסוימים יהיו נכונים, והיא עשויה להתקיים בלי כל תלות בקיומם.

102 מנשה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 102.

103 ראו גם דיסוננס קוגניטיבי להלן.

104 הטיה זו עשויה לחול אצל התביעה, שמעת שיש לה נאשם מוביל, היא ממקדת את כל המאמץ בניסיון להרשיעו, תחת בחינת חלופות אחרות. נראה לי כי גם הסכמת בית המשפט לעסקת טיעון בלי שמעמיקים חדור אל נבכי המקרה נובעת מהטיית האיטיות המביאה להפסקת חיפוש אחר מידע נוסף – באמצעות עסקת טיעון המפסיקה את החיפוש דגן.

2. יוריסטיקת הזמינות

קיצור דרך קוגניטיבי אחר הוא הזמינות. אנשים נוטים לסמוך על זיכרונם ועל ניסיונם תוך שליפת מידע "זמין" מזיכרונם במקום לנתח את העובדות ואת ההסתברות האובייקטיבית להתרחשות אירוע פלוני.¹⁰⁵ עיקרה של יוריסטיקה זו הוא ההסתמכות על דוגמאות העולות בדעתנו על מנת להעריך את שכיחותה של קבוצה או את הסתברותו של מאורע. על פי מנגנון זה, ההתייחסות אל השכיחות המבוקשת היא פועל יוצא של מספר הדוגמאות שניתן להעלות על הדעת או על פי הקלות שבה ניתן לחשוב על דוגמאות אלה.¹⁰⁶ במילים אחרות, שיפוטנו על שכיחותה של קבוצה מושפעים מזמינותם של מקרים פרטיים: אנו נוטים לזכור אירועים דרמטיים שקרו לאחרונה חרף נדירותם ולהתעלם משכיחות גבוהה של אירועים שאירעו בעבר; אנו מגינים על עצמנו מסיכונים שזמינים במוחנו יותר מאשר מפני סיכונים ששכיחותם גבוהה בהרבה אך אינם זמינים בו. בקצרה, אנו מושפעים מהקלות שבה ניתן להעלות דבר מה על דעתנו, יותר מאשר משכיחותו והסתברותו האובייקטיביים.¹⁰⁷ טברסקי וכהנמן טוענים כי ההסתמכות על יוריסטיקת הזמינות עלולה להביא להטיות שיפוט ולהערכות מוגזמות של סיכונים.

על פי יוריסטיקה זו, אדם עשוי לאמוד את הסיכון להתקף לב בקרב בני גיל העמידה על ידי כך שיעלה בזיכרונו מקרים כאלה בקרב חבריו או סביבתו. כמו כן, אדם עשוי לאמוד את הסיכוי למות מדלקת ריאות כנמוך יותר מהסיכוי למות בתאונת דרכים – ובכך הוא שוגה, שכן הסיכוי למות מדלקת ריאות גבוה פי שניים מהסיכוי למות בתאונת דרכים.¹⁰⁸ טברסקי וכהנמן מסבירים טעות זו בכך שתאונות הדרכים מסוקרות באופן בולט ורב יחסית לסיקור התמותה מדלקת ריאות.¹⁰⁹

105 שוורץ ושלניגר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 120-121; עוד ראו אבן חן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 278 ואילך.

106 ליברמן, לעיל ה"ש 91, בעמ' 121-122.

107 שם, בעמ' 124.

108 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 53.

109 הערכת ההסתברות על בסיס הקלות שבה אפשר לדמיין את התוצאות. כך, תוצאות שניתן לתארן ולדמיין בקלות, (ויתר על כן, המוצגות באופן טעון מבחינה רגשית) תיחשבנה פשוטות יותר להצגה מתוצאות שקשה להבינן. דוגמה טיפוסית ליישום זה ניתן למצוא בסברה הנפוצה שהסיכון למות מטריפה על-ידי כריש גבוה יותר מהסיכון למות מנפילה של חלקי מטוס, למרות שהסיכון לאחרון גבוה פי 30. הסיבה לכך נעוצה, ככל הנראה, בעובדה שהתקפות כריש זוכות לכיסוי רחב יותר באמצעי התקשורת ובסרטים, ובגלל שקל לנו לדמיין את מלוא אימתן. נפילת חלקי מטוס, לעומת זאת, זוכה לכיסוי רחב פחות ויש בה מידה רבה של אקראיות. ועוד, יש חשיבות בעניין זה גם למידת השליטה הממשית או הנתפשת של אנשים באירועים מסוימים. לדוגמה, אנשים חוששים יותר מהתרסקות מטוס או מפעולה טרוריסטית מאשר מנהיגה במכונית, למרות שמבחינה סטטיסטית הסיכוי להיפגע בתאונת מכונית גבוה לאין שיעור מהסיכוי להיפגע בפעולה טרוריסטית או מנפילת מטוס. סיבה מסייעת חשובה ליחס ההפוך של החשש היא העובדה שבהתרסקות מטוס

שיקולי זמינות משפיעים גם על הערכת הסתברות של מאורע יחיד, כגון ההסתברות שתפרוץ מלחמה אזורית או ההסתברות שזוג מסוים יתגרש: ההערכה אינה מבוססת בדרך כלל על דוגמאות, אלא שכאשר אנשים מתבקשים להעריך מאורע ספציפי או יחיד, הם בונים בעיני רוחם סיפור או תרחיש סביר שעשוי לסייע במידת ההערכה. אם לא יצליחו לחשוב על השתלשלות מאורעות שתוביל למלחמה אזורית, הם יעריכו את אפשרות התקיימותה של מלחמה כזו כבלתי סבירה; אם יצליחו לדמיין כמה תרחישים המובילים למלחמה כזו, הם יעריכו כי התקיימותה היא סבירה. באופן דומה, סרט המתאר באופן מפורט ומפחיד תאונה גרעינית מעלה את סבירותה של תאונה כזו בעיני אנשים יותר מאשר לפני שצפו בסרט.¹¹⁰ באופן דומה, יעדיף שופט סיפור אחד מכמה סיפורים העולים מתוך עדויות שונות או שיבנה תסריט המורכב מחלקי עדויות שונים על מנת להצדיק (לנמק) אפשרות שאותה הוא רואה כסבירה.

זמינות היא, כאמור לעיל, כלי שימושי (ולא בהכרח מדויק) להערכת שכיחות או הסתברות, ודוגמאות של קבוצות גדולות עולות בקלות רבה יותר בזיכרון מאשר דוגמאות של קבוצות קטנות. אולם קיימים דגמים נוספים של יוריסטיקת הזמינות המובילים לטעויות בשיפוטנו. כהנמן וטברסקי סבורים כי כאשר גודל קבוצה נשפט על ידי זמינות הדוגמאות שלה, תיראה קבוצה שמרכיביה עולים בנקל בזיכרון גדולה יותר מאשר קבוצה בעלת שכיחות דומה שדוגמאות של מרכיביה קשות יותר לאחזור. הטיה זו נובעת אם כן מתוך **קלות האחזור של דוגמאות**. דוגמה להטיה כזו היא השאלה מה יש יותר בעולם: מדינות שהאות הראשונה בהן היא "י" או מדינות שהאות הראשונה בהן היא "ק"? רוב האנשים סבור כי יש מדינות רבות יותר ששמן מתחיל באות "י", שכן פשוט יותר להעלות בזיכרון את ישראל, ירדן יפן ויוון מאשר את קניה, קפריסין, קרואטיה וקמרון. אך אין זה נכון: מספר המדינות שהאות הראשונה בהן היא "ק" גבוה יותר ממספר המדינות שהאות הראשונה בהן היא "י". בנקודה זו ניתן להעלות השערה כי קלות האחזור של פסקי דין מסוימים המופיעים תדיר בהנמקת החלטותיהם של שופטים, דוגמת "הלכת חניון חיפה", משפיעה על התוצאה המשפטית.¹¹¹ ייתכן כי

או בפעולה טרוריסטית מידת השליטה הנתפשת והממשית של המעורב בתאונה קטנה מאוד, בעוד שבנהיגה במכונית קיימת תחושת שליטה רבה יותר.

110 ליברמן, לעיל ה"ש 91, בעמ' 124-125.

111 ר"ע 103/82 **חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ**, פ"ד לו(3) 123 (1982) (להלן: הלכת **חניון חיפה**), הביאה ומביאה לדחייה "סיטונת" של בקשות לרשות ערעור. לדחייה סיטונת ממין זה יש הנמקה מערכתית (שיקולי יעילות הנמזגים לעילות שבשלן תהיה פתיחה מחדש של המסכת שבין המתדיינים), אך גם היבט אחר: הקלות שבה עולה הלכה זו בליבו של שופט הדין בבקשות לרשות ערעור, ואלפי השימושים הקודמים שלה עשויים להיות בין הגורמים שהביאו את השופט לדחות רשות ערעור במקרה פלוני. אמנם, קל לנמק דחייה סיטונת של רשות ערעור בצורך מערכתי אך אין להוציא, לדעתי, מכלל חשבון שיקול שמקורו ביוריסטיקת הזמינות, שכן הלכת **חניון חיפה** היא נתון העולה בנקל במוחו של שופט ובאמצעותה הוא חוסך דיון סכך בשאלות של צדק ואמת.

קלות האחזור משפיעה גם על מבחנים ועל חזקות שנוצרו בפסיקת בתי המשפט. בעבירות מין, לדוגמה, ידוע כי על אף סתירות קשות בדברי המתלוננת, אם הגרעין הקשה של הגרסה אינו מתמוטט, מרשיעים מתוך כך שקיים חשש כי עברייני המין ייצא לחופשי. באשר לחזקות, תכליתן היא לספק כללי הכרעה במצבים של חסר ראיית¹¹². השימוש בהן בשל קלות אחזורן, עלול לגרום לתוצאה בלתי צודקת.

הטיה אחרת נובעת מתפישת **מידת יעילותה של מתכונת החיפוש**: ככל שהחיפוש נראה סבוך יותר או טריוויאלי פחות, הדוגמאות הרלוונטיות זמינות פחות ועל כן נוצרת תחושה כי קבוצה זו היא קטנה, בעוד שייתכן כי היא גדולה יותר מאשר קבוצה שהחיפוש של דוגמאות שלה אינו סבוך. ננסה לחשוב לרגע על מילים בנות שלוש אותיות לפחות: מה יש יותר – מילים המתחילות באות "ג" או מילים שהאות השלישית בהן היא "ג"? קל יותר לחשוב על מילים כגון גנב, גינה, גדר וגיבור. קשה יותר לחשוב על מילים כגון זוג, מסגד, אוגר וליגה. קל יותר, הרי, לחפש מילים לפי האות הראשונה שלהן מאשר לפי האות השלישית. על כן, רוב האנשים סבור כי יש מילים רבות יותר שמתחילות באות "ג" מאשר מילים שהאות השלישית בהן היא "ג". בפועל, המצב הפוך: יש מילים רבות יותר שהאות השלישית בהן היא "ג" מאשר מילים שהאות הראשונה שלהן היא "ג"!

ניתן להעלות על הדעת מצב שבו חיפוש שגוי או בלתי מדויק אחר פסקי דין קודמים או נתונים שיסייעו לשופט בהכרעתו בסוגיה פלוניא, מביא למסקנה שיפוטית כי אין בנמצא נתונים כאלה ולכן הוא מחליט באורח תקדימי או משיקולים אחרים, בעוד חיפוש נכון היה מציידו במידע רלוונטי שהיה מוביל, אולי, לתוצאה משפטית שונה.¹¹³ כלומר, מה שקובע את המצב המשפטי הוא יעילות החיפוש...

הטיה נוספת באה מתוך דוגמאות של קבוצה הניתנת להגדרה על פי כלל נתון, אך אינה מייצרת דוגמאות השמורות בזיכרון. טברסקי וכהנמן קוראים לה **הטיה של קלות דמיון**. במצב זה אומדים אנשים את השכיחות על פי הקלות שבה ניתן לייצר דוגמאות רלוונטיות. ניטול לדוגמה את השאלה: מתוך קבוצה בת 10 אנשים יש יותר צירופים של קבוצות בנות שני אנשים או צירופים של קבוצות בנות שמונה אנשים? היוריסטיקה הפשוטה ביותר היא לחלק את מספר האנשים לקבוצות זרות זו מזו – אין ספק שבדמיוננו עולות יותר קבוצות זרות של 2 אנשים מאשר של 8 אנשים. מכאן או משיקולים דומים אחרים, מגיעים רבים למסקנה כי יש קבוצות רבות יותר (לא בהכרח זרות) בנות 2 אנשים מאשר של 8 אנשים. אולם, חישוב פשוט מעלה כי יש בדיוק אותה כמות של קבוצות!¹¹⁴ טברסקי וכהנמן סבורים כי קלות הדמיון ממלאת תפקיד חשוב

112 טל חבקין "חזקות במחשבה ובמשפט" 12 (לא פורסם).

113 למשל, לאחר שבית המשפט העליון הכריע בבש"א 7338/01 **וינברג-דורון ושות' נ' כהנא**, פ"ד (2) 913 (2001), כי לא ניתן להפוך ערעור לבקשת רשות לערער, ניתנו החלטות שחזרו על הלכה זו בלי לאזכר כי עניין דומה שעלה בהן כבר הוכרע וכי יש דין סדור בו.

114 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 54-55.

בהערכת הסתברויות במצבי אמת בחיים. לדעתם, הסיכון הכרוך במשלחת הרפתקנית נאמד תוך כדי העלאתם בדמיון של מקרי חירום שהמשלחת אינה מצוידת להתמודד אתם. ככל שקשיים אלה מתוארים בלשון חיה יותר, כך נדמה כי הסיכונים גדולים יותר. ניתן לסבור כי לתמונות העולות במוחו של שופט (דוגמאות למצבים כאלה או אחרים, לדוגמה בתיקי נזיקין, העולים מפסקי דין שצירפו הצדדים בכתבי טענותיהם או בתחשיבי נזק שהגישו) יש השפעה על אומדני הנזק שהוא מייחס לדוגמאות אלה. במקביל, פרקליט המכיר תופעה זו או שיש לו תחושה טובה בקשר לכך, יצייד את כתבי טענותיו או את תחשיבי הנזק שלו בדוגמאות מהלכות אימים ובמילים קשות ונוקבות, ובכך יגדיל את הסיכויים להשפיע על דמיונו של השופט ועל הדוגמאות העולות בעיני רוחו.¹¹⁵

הטיה נוספת כתוצאה מיוריסטיקת הזמינות מצויה בשיפוטינו לגבי שכחות התרחשות יחדיו של אירועים היא מכונה בשם **המתאם המדומה**: השיפוט לגבי תדירות ההתרחשות המשותפת של שני אירועים עשוי להיות מבוסס על עוצמת הקשר האסוציאטיבי ביניהם – כאשר האסוציאציה חזקה, יש סיכוי רב להגיע למסקנה כי האירועים הופיעו יחד לעתים קרובות, ולהיפך. מכאן, אירועים שניכר ביניהם קשר של ממש ייראו ככאלה המתרחשים יחד לעתים קרובות.¹¹⁶ טברסקי וכהנמן מביאים במאמרם מחקר שבו הציגו לנחקרים מידע בנוגע לכמה חולי נפש מדומים. המידע היה מורכב מאבחנה קלינית ומציור של דמות אדם שצייר ה"חולה". מאוחר יותר העריכו הנחקרים את השכיחות שבה התלוו לכל אבחנה (למשל: פרנויה או חשדנות) מאפיינים שונים של הציור (למשל: עיניים מוזרות). הנחקרים נתנו אומדן-יתר ניכר של תדירות ההופעה המשותפת של מאפיינים בעלי קשר טבעי (למשל: חשדנות ועיניים מוזרות). מסקנתם של טברסקי וכהנמן הייתה כי אנו משתמשים ביוריסטיקת הזמינות כדי לאמוד את גודלה של קבוצה, את סבירותו של אירוע או את תדירותה של התרחשות משותפת, על פי הקלות שבה ניתן לבצע פעולות מנטליות של אחזור, בנייה או אסוציאציה. מכל מקום, הליך הערכה זה עלול להניב טעויות שיטתיות.¹¹⁷

מבחינה משפטית, קל מאוד לקשור ריב בין בני זוג, הטלת חפצים הדדית ומותו של אחד מהם שקרו בסמיכות זמנים מאשר להגיע לסברה כי המוות נגרם כתוצאה

115 האם שופט שישב בכמה תיקי פריצה יסבור בטעות שתופעת הפריצה הפכה ל"מכת מדינה", ולכן יש להעניש בעניינה בחומרה? הכיצד יודע בית המשפט העליון שהגיעה העת להחמיר בענישה כאשר תופעה מסוימת הגיעה לכדי "מכת מדינה"? האם יש לו נתונים סטטיסטיים לעניין מספר המקרים? סביר יותר שהתשובה שלילית, והוא מושפע ממקרים שפורסמו בתקשורת וממספר המקרים שהובאו לפניו. הגידול במספר המקרים יכול להיות אפוא אשליה בלבד, בהיותו מושפע מיוריסטיקת ההטיה של קלות הדמיון. ראו דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) (1995) 616, 589.

116 ראו הרחבה אצל כהנמן וטברסקי, לעיל ה"ש 72, בעמ' 210-213.

117 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 56.

מהתערבות גורם נוסף, אלא אם כן קיימות ראיות איתנות להתערבות זו. ככל שראיות בדבר התערבותו של גורם נוסף הן קלושות יותר, קל להגיע למסקנה ראיתית בדבר הקשר שבין האירועים שהולך (כך סבור השופט) מריב וחיכוך אל המוות. לא פעם קשורה סברה זו להתעלמות או למתן משקל חסר לראיות בדבר מעורבותם של צדדים שלישיים. אולם, מרכז העניין הוא ביצירתה של קבוצת ראיות המתאימות לתדירות הרבה של ההופעה המשותפת של מקרים מעין אלה בעבירות (לדוגמה, של אלימות בתוך המשפחה) ולא ביצירת ראיות מפריכות. הנטייה לערב תפישת עולם ("ידיעה שיפוטית"), המשפיעה על אומדן היתר של סבירות האירוע, עלולה להסתיים ביצירתה של קבוצת ראיות מכריעות המתעלמות מהמציאות.

הטיה אחרת השייכת, לדעתי, למשפחה זו על אף שטברסקי וכהנמן עסקו בה בנפרד, היא הטיית המסגור (The Framing Effect), המכונה גם בשם **תיאוריית הפרוספקט** (The Prospect Theory). על פי תיאוריה זו, מושפע המחליט מאופן הצגת המידע, קרי – מניסוח החלופות לבחירה. שלא כמו בזמינות הקלאסית שבה קלות האחזור של דוגמאות היא העיקר, בתיאוריה זו אופן ארגון של החלופות להחלטה הוא זה המשפיע על האופן שבו יעריך המחליט את המידע.¹¹⁸ פעולת הבחירה וההכרעה בין החלופות מושפעת ממסגרת הבחירה שקשורה להצגתן ולארגונן של החלופות. ניסוח שונה לחלופות עשוי להוליך להחלטה שונה, ובכך מהווה הטיה זו סטייה מהמודל הרציונלי, שלפיו המחליט אינו צריך להיות מושפע מדרך **תיאור** החלופות אלא לבחור בחלופה האופטימלית.

מחקרם של טברסקי וכהנמן העלה כי כאשר התבקשו סטודנטים להשיב לשתי גרסאות של השאלה שלהלן, השפיע אופן הצגת הנתונים על בחירתם. השאלה ל-152 סטודנטים בגרסה הראשונה נוסחה כך:

בארה"ב עומדת להתפרץ מגיפה נדירה. מצפים לכך שימותו 600 איש. על מנת להילחם במגיפה מוצעות שתי תוכניות חיסון: על פי תוכנית א' יינצלו 200 איש, ועל פי תוכנית ב' יש הסתברות של שליש שיינצלו 600 בני אדם והסתברות של שני-שלישים שלא יינצל איש.

לקבוצה נוספת של 155 סטודנטים הוצגה גרסה שנייה שכוללת אותו סיפור אך תוכניות החיסון הוצגו באופן שונה: לפי תוכנית ג' ימותו 400 בני אדם, ואילו לפי תוכנית ד', יש הסתברות של שליש שאיש לא ימות והסתברות של שני-שלישים שימותו 600 בני אדם.

ברור כי תוכניות א' וג' הן זהות וכי תוכניות ב' וד' הן זהות. למרות זאת, אחוז המעדיפים את תוכנית א' על תוכנית ב' (72%) מצביע על כך שהמשיבים העדיפו את ודאות הצלתם של 200 איש; ואילו אחוז המעדיפים את תוכנית ד' על תוכנית ג' (78%) מראה כי הנבדקים העדיפו את ההימור שאיש לא ימות על פני הוודאות שימותו 400 איש.

118 שוורץ ושלניגר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 128.

ההבדל העיקרי בין הגרסאות היה שהראשונה מציגה את התוצאות במונחים של רווח (כמה יינצלו) בעוד שהאחרת מציגה את התוצאות במונחים של הפסד (מספר אלה שימותו). זהו שינוי-נוסח ולא שינוי-מהות, אך די היה בו כדי להביא להטיה.¹¹⁹

דוגמה נוספת להטיה זו מכונה גם **תופעת הפירוט**: יש בנו נטייה לייחס הסתברות גבוהה יותר לאירוע המתואר במפורט מאשר לאירוע שתיאורו מפורט פחות. לדוגמה, התבוננו בשתי השאלות שלהלן:

- א. בכל שנה מתים בישראל כחמישים אלף איש. העריכו איזה אחוז מהם מתים מוות לא-טבעי?
- ב. בכל שנה מתים בישראל כחמישים אלף איש. העריכו איזה אחוז מהם מתים לדעתכם מתאונות דרכים, מתאונות עבודה, מטביעה, משריפה, מהרעלה, מהתאבדויות או מכל דרך אחרת של מוות לא-טבעי?

שתי השאלות מתייחסות למוות לא-טבעי, ובשאלה השנייה התיאור מפורט יותר. באורח הגיוני, היה עלינו לתת אומדן זהה בשני המקרים. אולם, כאשר מציגים את השאלות הללו לנחקרים, האומדן בשאלה השנייה גבוה מהאומדן בשאלה הראשונה. נדמה כי האזכור המפורש של שלל האפשרויות למוות לא-טבעי מגדיל את זמינותן ובכך מגדיל את האומדן הכולל.¹²⁰

דוגמה נוספת להטיה שמקורה בתופעת הפירוט נמצא בהערכת שלושת ההיגדים הבאים:

- א. מהו אחוז האנשים שנרצחו מבין כלל האנשים שמתו בישראל בשנה האחרונה?
- ב. מהו אחוז האנשים שנרצחו בידי אדם שהכירו מבין כלל האנשים שמתו בישראל בשנה האחרונה?
- ג. מהו אחוז האנשים שנרצחו בידי אדם זר מבין כלל האנשים שמתו בישראל בשנה האחרונה?

סכום האומדנים ("האחוזים") של היגדים ב' ו-ג' חייב להיות שווה לאומדן ("אחוז") של היגד א'. בפועל, סכום האומדנים ("האחוזים") שנתנו הנחקרים להיגדים ב' ו-ג' עלה על האומדן ("האחוז") שנתנו להיגד א'. הפירוט אינו מוסיף מידע אך מגדיל את זמינותן של האפשרויות השונות, ובכך – את האומדן לאפשרות התרחשותן. תופעת הפירוט משפיעה גם על קבלת החלטות: אנשים היו מוכנים לשלם תמורת ביטוח טיסה,

119 הטיה זו מוצגת באופן בהיר בספרם של שוורץ ושליוגר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 128-130. ניתן להסביר את תוצאת המחקר באמצעות תכונות אנוש שנחקרו אף הן על ידי טברסקי וכהנמן, כגון

"שנאת סיכון" או ל"אהבת סיכון".

120 ליברמן, לעיל ה"ש 91, בעמ' 129-130.

שכלל מוות עקב פעולת טרור או תקלה טכנית במטוס, יותר מאשר לשלם תמורת ביטוח על "מוות מכל סיבה שהיא"...

תוצאה נוספת אפשרית של מנגנון הזמינות היא **הערכת הסיכונים השגויה**. רבים סבורים כי, כאמור לעיל, הסיכון להיטרף על ידי כריש גבוה מהסיכון להיפגע מנפילתם של חלקי מטוס, בעוד הסיכון לפגיעה מחלקי מטוס גבוה פי כמה מהסיכון להיטרף על ידי כריש. הסבר אפשרי לכך הוא כי סרטי האימה שעניינם כרישים והתקפות של כרישים בחופים אלה או אחרים מקבלים כיסוי תקשורתי ניכר יחסית לכיסוי התקשורתי לעניין פגיעה מחלקי מטוס נופלים, ולכן קל לנו לדמיין את הפגיעה מכריש בעוד שנפילת חלקי מטוס נחשבת לאקראית יותר. באופן דומה, אנשים חוששים יותר מפגיעה בפעולת טרור מאשר בתאונת דרכים, שכן נראה כי בפעולת טרור יש למעורב שליטה פחותה מאשר בנהיגה במכונית. זמינותן של הדוגמאות המובילות לחששות ולפחדים משפיעה, ככל הנראה, על שיפוטנו וכתוצאה מכך – על מידת החרדה שלנו ובמקביל על החלטות הקשורות לחרדות אלה.¹²¹

כשלים לוגיים מסוג **הכללה חפוזה**, הקשורים אף הם, לדעתי, ליוריסטיקת הזמינות, עלולים להביא להטיות בשיפוט, בהיותם מבססים מסקנה אינטואיטיבית רחבה על מקרה פרטי אחד. בטיעון מסוג זה המסקנה אינה נובעת בהכרח מההנחות, אלא היא זמינה יותר ממסקנות אחרות. לדוגמה:

- א. הקפיטליזם הוא תורה פסולה ומזיקה. היה מקרה של מפעל בדרום הארץ, שבו הכריח הבעלים את הפועלים לעבוד 16 שעות ביום תמורת אלפיים שקל לחודש.¹²²
 - ב. סוציאליזם הוא תורה פסולה ומזיקה – הבט מה קרה בברית המועצות.¹²³
 - ג. מהתבוננות באנשים המכורים לאלכוהול ניתן להגיע למסקנה כי כל משקה חריף הוא מזיק.
 - ד. מהתבוננות בחולי אמפיזמה ניתן להגיע למסקנה כי יש לאסור על העישון בחוק.
 - ה. התבוננות בחולי צליאק מובילה למסקנה כי לחם הוא מוצר מזיק.
- אין ספק כי מסקנה גורפת ומרחיקת לכת אינה תוצאה הכרחית של ההתבוננות בפרט אחד או בפרטים אחדים, ויש צורך בתהליך מסודר יותר של שיקול דעת. אולם קל

121 **הערכת יתר** קשורה אף היא, לדעתי, למנגנון הזמינות. הערכת יתר – בעיקר של עצמנו כלפי זולתנו – עלולה להוביל לטעויות בשיפוט. ידוע הניסוי שבו מתבקשת קבוצת בני אדם המכירים אלה את אלה להעריך כל אחד את עצמו – האם הוא "מעל לממוצע" או מ"תחת". מסתבר כי לרובנו יש הערכת יתר של עצמנו ביחס לקבוצה (כי רובנו קובע כי הוא "מעל לממוצע") וייתכן שהערכת יתר זו של עצמנו היא כר ההערכה שגויה בכלל של עצמנו ביחס לסביבתנו.

122 כמובן, אם יובאו דוגמאות נוספות שיאירו את הטענה שמדובר בשיטה ולא באנקדוטה, הטיעון לא יכלול כשל.

123 כמובן, אם יובאו דוגמאות למדינות נוספות שבהן התורה כשלה, זו לא תהיה אנקדוטה. שתי הדוגמאות לקוחות מהוויקיפדיה.

להעלות על הדעת הליך שיפוטי המסתיים במסקנה גורפת מתוך התבוננות בעובדות של מקרה פרטי או של מקרים פרטיים אחדים.¹²⁴

משפחת טיעונים נוספת המצויה בזיקה ליוריסטיקת הזמינות היא טיעוני **המדרון החלקלק**. טיעון השייך למשפחה זו נשען על הכללה חפוזה מתוך פריט אחד או מספר פריטים ומגיע למסקנות הגובלות באבסורד. לדוגמה:

- א. אם נתיר חינוך מיני בבתי ספר יסודיים תשרור הפקרות מינית בקרב בני הנוער.
- ב. אם ניתן למשטרה סמכות לבצע האזנות סתר לחשודים, נהפוך מחר למדינת משטרה.
- ג. אם לא נאסור על הפלות, נגיע לרצח עם.
- ד. אם נרשה ביטויי מרי אזרחי והפרות חוק אידיאולוגיות, תהיה כאן אנרכיה כבר מחר.

האבסורד בכל אחת מטענות אלה ברור, ולכולן מכנה משותף: אחרי מקרה פרטי אחד או כמה מקרים, מבצע מוחנו "השלמת טיעון" באמצעות הנחת מקרים פרטיים נוספים שאינם קיימים בהכרח, והוא מגיע למסקנה הגורפת והשגויה. השלמת הפרטים נעשית, לדעתי, באמצעות יוריסטיקת הזמינות.

בתוך משפחה זו ניתן להבחין בכמה סוגי טיעונים:

1. **השלמת פרטים מתוך הבדלים קטנים** העלולה להביא למסקנות אבסורדיות. בטיעון זה מתבצעת סדרה של צעדים מהסוג הבא: אין הבדל של ממש בין עובדה א' לעובדה ב'; אין הבדל של ממש בין עובדה ב' לעובדה ג'; אין הבדל של ממש בין עובדה ג' לעובדה ד' וכן הלאה, ולכן אין הבדל (לדוגמה) בין עובדה ק"נ לעובדה א'. נדגים: אדם נתפס נוהג בדרך עירונית במהירות 51 קמ"ש. הוא אומר לשוטר שעצר אותו "ההבדל בין 50 קמ"ש ל-51 קמ"ש אינו כה גדול ועל כן אני מבקשך לוותר לי". השוטר מוותר ולמחרת הוא תופס אותו אדם במהירות 52 קמ"ש. אותו אדם אומר: על 51 קמ"ש כבר ויתרת, מה אכפת לך לוותר על 52 קמ"ש, שהרי ההבדל בין 50 ל-51 זהה להבדל שבין 51 ל-52 וכן הלאה...
2. טיעוני **אפקט הדומינו**, שלפיהם אסור לעשות אף לא צעד ראשון שכן כבר טמונה בו המסקנה (האבסורדית). עשיית הצעד הראשון, כשלעצמה, מביאה למסקנה

124 ההטיה עלולה לקרות בעת שפוסקים פיצוי על פי הסתברות. ראו בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה – עמומה מדיי! על הגברת סיכון מאזן הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" **מחקרי משפט** כג(3) 855 (2007); קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עולתית באינטרס" **עיוני משפט** כז(1) 323 (2003).

שצריכה להתבסס על כמות מידע גדולה בהרבה שמנגנון "השלמת הפרטים" אחראי לה. לדוגמה:

- א. אם תתנסה בסמים/באלכוהול אפילו פעם אחת, הדבר יוליך להתמכרות.
ב. אומר נשיא ארה"ב: אם נותר על דרום וייטנאם ויתרנו על דרום מזרח אסיה; אם נותר על דרום מזרח אסיה, ויתרנו על אסיה. אם נותר על אסיה, ויתרנו על העולם. לכן אסור לוותר על דרום וייטנאם.

טיעוני משפחה זו שימשו מאז ומתמיד כטקטיקת הפחדה וכתחליף לטיעונים רציונליים.¹²⁵ הדרך לחוסם בהם היא פשוטה ומבוססת על המבנה הלוגי שלהם: מכיוון שעסקינן בהשלמת פרטים שאינם קיימים למעשה, עלינו לבקש מהטוען מידע נוסף, ראיות נוספות להוכחת טיעונו, ובעיקר תשובה לשאלה מדוע הפרוצדורה המוצעת מוליכה למסקנה האמורה. הדרישה לבסס את הטיעון חושפת את נואלותו: המשתמש במשפחת טיעונים זו אינו מסוגל, למעשה, לבסס את טענתו, שכן הטיעון שגוי.

3. עיגון

קיצור דרך אחר הוא כאשר בני אדם מתבקשים להעריך הערכה מספרית של דבר מה, והם נוקבים בהערכה אינטואיטיבית כלשהי ומתקבעים בה. הם ימשיכו לדבוק בהערכה זו אף אם יוכח להם כי הערכתם מוטעית, ואותה הערכה תשמש נקודת מוצא להערכות אחרות באותו תחום או עניין. אותה הערכה אינטואיטיבית ראשונית, המהווה **נקודת עיגון**, משמשת אותנו כבסיס להשוואה בעת שאנו מעריכים הסתברות של אירוע ובמהלך החלטותינו, ונטייתנו היא שלא להמיר אותה בנקודה חדשה לחלוטין, לכל היותר אנו מוכנים לשנות את הערכותינו במעט, לכאן או לכאן.¹²⁶ כלומר, במצבים

שבהם מתבקש אדם להעריך גודל או לאמוד אותו, הוא נוקט את היוריסטיקה הבאה: הוא קובע לעצמו ערך ראשוני כנקודת עיגון ועורך לו התאמות ותיקונים (כגון:

125 טיעון מסוג זה הוא לדוגמה: "מה יקרה אם כולם יעשו זאת". החלת טיעון זה על פעולות טריוויאליות עלולה להוליך לקטסטרופות: מה יהיה אם כולם יפתחו ביחד את ברוז המים? מה יקרה אם כולם יחליטו לנסוע היום לירושלים? מה יקרה אם כולם יוציאו את כספם באותו יום מחשבון הבנק... וכד'.

126 שוורץ ושלינגר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 123-124. לטענתם, העיגון קשור בתופעה כללית יותר: הערכת סיכון מוטעית. אדם העומד לפני החלטה, נוטה לטעות בהערכת הסיכון באשר לתוצאותיה משום שהוא מתעלם מסיכונים שסיכויי התרחשותם נמוכה, מתוך אמונה שאלה לא יתרחשו. הם מדגימים זאת בנטייתנו לבטח את עצמנו מפני סיכונים בעלי סיכויי התרחשות גבוהים, המייצגים נזקים נמוכים, ולא לבטח את עצמנו מפני סיכויי התרחשותם נמוכים אך הם מייצגים נזקים גבוהים. עוד ראו אבן חן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 280 ואילך; אלברשטיין לעיל ה"ש 62, בעמ' 674 ואילך.

אקסטרפולציה, איטרציה, ועוד) כדי להגיע להערכה הסופית. אותו ערך ראשוני שנקבע כנקודת העיגון או כנקודת ההתחלה עשוי לנבוע מניסוח הבעיה, מנקיבה מכוונת במספר מסוים (כפי שנעשה לדוגמה במהלך המשפט, ויודגם בהמשך), או שהוא תוצאה של חישוב חלקי. אולם תיקונו של ערך זה בדרך לתוצאה הסופית אינו מספיק: בדרך כלל, האומדן הסופי מוטה מטה/מעלה לכיוון נקודת העיגון אף שלא אחת אין היא רלוונטית ואין בה כל מידע ממש. לפיכך, נקודות עיגון שונות יגרמו להערכות שונות.¹²⁷ טברסקי וכהנמן טוענים כי עיגון זה מביא להערכות מוטעות של סיכונים, לשיפוטים מוטעים ולהחלטות שגויות. לדוגמה, כתבי עת כלכליים מבקשים ממומחים ומהדיוטות לנבא לפני סוף דצמבר מה תהיה האינפלציה בשנה הבאה. הנשאלים מתחילים ברובם באינפלציה שהייתה באותה שנה כנקודת התחלה, ולאחר מכן מתקנים אותה כדי להגיע לשיעור שאותו הם מנבאים. נאשמים, לדוגמה, ייטו לקבל את המלצתו של עורך דינם להסכים לעסקת טיעון אם ייאמר להם ששיעור ההצלחה הוא 50% יותר מאשר אם ייאמר להם ששיעור הכישלון הוא 50%.¹²⁸ כלומר, אנשים נוטים להיות מושפעים ממספר אינטואיטיבי המתקבע במוחם, וכמובן – מדרך הצגת הדברים.

מחקר של בר הלל הוסיף נדבך להשערת העיגון. הנחקרים התבקשו להמר על אחד משני אירועים¹²⁹ מתוך קבוצה של שלושה אירועים בעלי הסתברות קרובה. התברר כי רוב הנחקרים הימר על האירוע בעל ההסתברות הנמוכה יותר להתקיים מבין השניים – ולא להיפך, כפי שהיה צפוי. בר הלל מצאה כי דפוס זה ממחיש ממצא כללי שלפיו אנשים נוטים לתת אומדן-יתר להסתברותו של אירוע חיתוך ואומדן-חסר להסתברותו של אירוע איחוד. מנגנון העיגון מספק הסבר טוב להטיה זו. כהנמן וטברסקי משליכים מכאן על הטיות בהקשר של תכנון משימות והשלמתן. השלמה מוצלחת של פיתוח מוצר חדש נושאת, לדעתם, אופי של אירוע חיתוך. כדי שהמשימה תצליח, כל אחד מבין סדרה של אירועים חייב להתרחש. גם אם כל אחד מן האירועים הללו הוא סביר, ההסתברות הכוללת שלהם נמוכה מהסתברותו של כל אחד מהאירועים, משום שהחיתוך של ההסתברויות לעולם נמוך מכל אחד ממרכיביו. הנטייה הכללית להערכת

127 ליברמן לעיל ה"ש 91, בעמ' 132; כהנמן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 56.

128 גלבו, לעיל ה"ש 51.

129 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 57-58. במחקר היו שלושה סוגים של אירועים: אירוע פשוט, כגון הוצאת גולה משק המכיל 50% גולות אדומות ו-50% גולות לבנות; אירוע חיתוך, כגון הוצאת גולה אדומה שבע פעמים ברצף עם החזרה משק המכיל 90% גולות אדומות ו-10% גולות לבנות; ואירועי איחוד, כגון הוצאת גולה אדומה פעם אחת לפחות מתוך שבעה ניסיונות רצופים עם החזרה משק המכיל 10% גולות אדומות ו-90% גולות לבנות. רוב הנחקרים העדיף להמר על אירוע החיתוך שהסתברותו 0.48 מאשר על האירוע הפשוט שהסתברותו 0.5. הם העדיפו להמר על האירוע הפשוט שהסתברותו 0.5 ולא על אירוע האיחוד שהסתברותו 0.52. לדעתי, אגב, ההבדלים הם קטנים מאוד, ועל רקע זה דווקא מודגש השימוש במנגנון העיגון, שכן מי שמכיר את תורת ההסתברות היה מחשב ולא מהמר...

יתר של אירועים נחתכים מובילה לאופטימיות יתר שאינה מוצדקת. במקביל, במערכות מורכבות, ייטו אנשים לאומדן-חסר של הסתברות לכשל.¹³⁰ מנגנון העיגון ממלא תפקיד חשוב בתהליכי מיקוח. במחקר אודות הערכת מחירי דירות השתתפו מתווכים מקצועיים וסטודנטים. כל הנחקרים חולקו לארבע קבוצות באופן אקראי, וכל אחד התבקש להעריך את שווי של נכס שעמד למכירה. ההבדל בין הקבוצות היה במידע שקיבלו – לקבוצה הראשונה הוצג כי המחיר המבוקש בעבור הבית הוא K. אולם K היה למעשה גבוהה ב-11% מהמחיר שדרש המוכר. לקבוצה שנייה הוצג מחיר L שהוא ב-4% גבוה יותר מהמחיר שאותו דרש המוכר. לקבוצה השלישית הוצג מחיר M הנמוך ב-4% מהמחיר שדרש המוכר, ולקבוצה הרביעית הוצג מחיר T הנמוך ב-11% מהמחיר שדרש המוכר. כל הנחקרים סיירו בנכס והתבקשו להעריך את שווי. התברר שהן הסטודנטים והן המתווכים המקצועיים הושפעו ממצג המחיר ה"מבוקש" והציגו אומדן הקרוב ל"מחיר" שהוצג להם – מה שמחזק את ההשערה כי גם מומחים חשופים להטיות.¹³¹ ושופטים?

סדר הצגת הבעיות עשוי אף הוא להשפיע על האומדנים. נניח כי קבוצת נחקרים התבקשה להתבונן בשאלה "מהו מספר תושבי באר שבע" ולאחר מכן לענות על השאלה "מהו מספר תושבי ערד", וקבוצת נחקרים אחרת התבקשה לענות בסדר הפוך. בדרך כלל, האומדנים על מספר תושבי ערד יהיו גבוהים יותר לאחר התבוננות בשאלה לעניין מספר תושבי באר שבע מאשר מספרם כאשר סדר השאלות הפוך. ההסבר האפשרי לכך הוא שהאומדן העונה לשאלה הראשונה משמש מנגנון עיגון לאומדן העונה על השאלה השנייה. להדגשת תוצאה זו נעשה בשנת 1984 ניסוי מרתק בעיר טורונטו: שם נשאלו אנשים בטלפון אם יהיו מוכנים לשלם תמורת ניקויים של שני אגמים בשני אזורים של אונטריו. כל מרואיין נשאל תחילה אם יהיה מוכן לשלם סכום נתון למטרה זו – ואם הסכים לשלם, הוא נשאל אם יהיה מוכן לשלם סכום גבוה יותר. מנגד, נחקר שענה בשלילה לשאלה הראשונה, כלומר, סירב לשלם, נשאל לאחר מכן אם יהיה מוכן לשלם סכום נמוך יותר. התוצאות הראו כי לשאלה הראשונה הייתה השפעה רבה על הנכונות לשלם אחר כך: כאשר נשאלים הסכימו בתחילה לשלם 25 דולר, רק 18% הסכימו לשלם 50 דולר. וכאשר סירבו בתחילה לתשלום 200 דולר, 63% מהמסרבים הסכימו לשלם 50 דולר.¹³²

השפעתה של יוריסטיקת העיגון בנקודה זו ניכרת, דרך משל, באותה נקודה במהלך המשפט שבה פונה השופט אל הצדדים ומציעה לאחד מהם לשלם לחברו סכום פלוני

130 כהנמן, שם, בעמ' 58.

131 נתון מעניין הוא שבעוד הסטודנטים הודו כי הערכתם הושפעה מהמחיר שהוצג להם, הרי שהמתווכים המקצועיים הכחישו השפעה כזו. האם גם השופט המקצועי יכחיש כי הוא נתון להטיה שמקורה ביוריסטיקת העיגון?

132 ליברמן, לעיל ה"ש 91, בעמ' 133-134.

לשם סיום הסכסוך ביניהם. בהנחה שהוא מסרב לשלם את הסכום המוצע, סביר שיסכים לשלם סכום נמוך יותר. אולם, סכום המקסימום כבר "נקבע" באמצעות הצגתו לצדדים על ידי השופט ונותר רק "מקצה שיפורים", כלומר, צד שהסכים כבר לשלם ייטה שלא לשלם יותר מהסכום שהציע בית המשפט עקב העיגון לאותו הסכום. מנגד, אם הסכום שקבע בית המשפט הוא מוגזם למעלה או למטה (בכוונה תחילה) ובעל הדין סירב לשלם סכום זה, סביר כי הוא ייטה לקבל הצעה "הגיונית" יותר. כלומר, שופטת או בוררת בעלת אינטואיציות טובות המכירה את ההטיות שיוצרת יוריסטיקת העיגון, תוכל להגיע להסכמה בין הצדדים באמצעות "תרגיל" דו שלבי המתחיל בהצעת מחיר מתוכננת כראוי לשם סיומו של התיק, ולאחר הסירוב, תבצע "נסיגה" אל הסכום ה"הגיוני" יותר (שאליו נתכוונה מלכתחילה).¹³³

הטיות עיגון נובעות גם מהפעלה בלתי מספקת של יכולת הביקורת שלנו. כבר ראינו כי אנשים המגלים קשרים מדומים בין תופעות ותלות סדרתית שאינה קיימת במציאות, מתמידים בדעה זו אף אם נאמר להם או נוכיח להם שהיא מוטעית. יתר על כן, כאשר אמונתם מבוססת על נתוני אמת, קשה יהיה להם עוד יותר לוותר על אמונתם, גם כאשר עדות חדשה מבטלת את תוקפם של אותם נתונים.

מתמחה שסיים התמחותו אצל שופט פלוני מקבל מהשופט מכתב המלצה מלא שבחים והוא מאמין כי יהיה עורך דין מעולה. מאוחר יותר, בכנס מתמחים של אותו שופט, הוא מגלה כי כל המתמחים קיבלו מכתב דומה. עדות זו צריכה הייתה לשמוט את הקרקע מאמונתו כי יהיה לעורך דין מצטיין, אך הוא בשלו – הוא נוטה להתמיד באמונתו גם לאחר שהתברר לו כי היא מבוססת על נתונים שגויים.

יש להבחין, כמוכח, בין תפישה שמרנית – שלפיה אדם המחזיק בדעה או באמונה מסוימים המבוססים על עדות מוצקה לא ידחה אותם בפזיזות לאור עדות חדשה שאינה מתיישבת עם הקודמת – ובכך אין פגם – לבין מי שממשיך להחזיק בדעה הקודמת למרות עדות מכרעת המפריכה את העדות הקודמת ובכך שומטת לחלוטין את הבסיס לאמונה או לדעה דגן.¹³⁴

133 לכן, יש לגלות זהירות בניסוח סקרי דעת קהל שכן ניתן להשפיע, אף שלא במתכוון, על תשובת הנשאלים ועל העדפותיהם עקב מנגנוני העיגון. ועוד, ניתן להניח כי מעורב כאן מנגנון פסיכולוגי נוסף "איני מסכים למחיר הגבוה, אולם אם אקבל 'הנחה' / מחיר נמוך יותר אשקול הסכמה בחיוב".

134 כהנמן וטברסקי, לעיל ה"ש 72, בעמ' 213-214. בניסוי שנערך הציגו לאנשים מכתבי התאבדות ונאמר להם כי חלק אכן נכתב על ידי אנשים שהתאבדו, וחלק – מכתבים מדומים. על הנחקרים היה לשפוט לגבי כל מכתב אם הוא אמיתי או מדומה. לאחר שהשיבו ניתן להם משוב על הצלחתם. בלי שהנבדקים ידעו זאת, המשוב שקיבלו היה קבוע מראש: כל נבדק קיבל אחד משלושת סוגי המשוב הבאים: הצלחת במשימה מעל לממוצע; הצלחת קרוב לממוצע; הצלחת מתחת לממוצע. עם סיום הניסוי גילו לנבדקים כי המשוב לא היה תלוי בתשובותיהם כלל ולא היה בו מידע לגבי טיב ביצועיהם. יתר על כן, הציגו לפנייהם את ההוראות שניתנו לנסיינים ובהן ההוראה כיצד ומה לומר לנבדקים. למרות זאת, כאשר התבקשו הנבדקים באותו שלב להעריך את רמת ביצועם האמיתית,

כאשר העדות החדשה אינה מכרעת אך מעלה תהיות, סביר להניח כי מידע חדש זה יערער ולו במעט את העמדה הקודמת. הנחה זו מתנפצת אל מול נטיית בני אדם להתעלם מפירוש שאינו מתיישב עם עמדתם¹³⁵ ולבחור להתייחס רק לפירוש המתיישב עמה.¹³⁶

4. הטיות קוגניטיביות אחרות

חשיבה סדורה (או אינטואיטיבית פחות) עשויה אף היא להיות נגועה בהטיות קוגניטיביות שמקורן בשקלול ובעיבוד פגומים של עובדות רלוונטיות (כל אחת כשלעצמה או ביניהן), במגבלות זיכרון, בגורמים רגשיים, בסביבה החברתית והמקצועית, בנטייה ל"שנאת סיכון" או ל"אופטימיות יתר", ועוד. הטיות אלה, כשהן מתלוות להחלטות בעלות פוטנציאל השפעה, עלולות ליצור סיכונים במציאות שנוצרת אחריהן. ניתן להעלות על הדעת סיכונים של ממש המתלווים להחלטות שיפוטיות כגון באישורה של שביתה או הפגנה, בשחרורו למעצר בית או בערבות של מי שמסוכן לעדי התביעה, בהחלטה שיפוטית הקשורה לביצועה של מדיניות מסוכנת, בהחלטה לנתק חולה ממכשיר ההנשמה, באי מתן צו הרחקה או בהחלטה להותיר ילד אצל הוריו המסכנים אותו. החלטות אלה, בהנחה שנוצרו לאחר חשיבה סדורה, תלויות, כאמור לעיל, בין היתר, בנטייתו, ביכולותיו ובמבנה אישיותו של השופט.

הנחת היסוד של המחקר הפסיכולוגי מראה כי רובנו "שונא סיכון" או "שונא הפסד". מבנה האישיות והגישה של "שונא הפסד" עלולים להשפיע, כאמור לעיל, לא

לאור המידע החדש, וכן לנבא כיצד יצליחו בעתיד במשימה דומה, התברר כי הנבדקים שנאמר להם כי ביצועיהם היו מעל לממוצע, המשיכו לדרג עצמם כבעלי יכולת גבוהה, ואלה שנאמר להם כי יכולתם נמוכה המשיכו לדרג עצמם כבעלי יכולת נמוכה. זאת, על אף שהיה ברור להם כי המשוב הראשון שקיבלו לא הכיל כל מידע. ההסבר שנתנו החוקרים היה שהנבדקים גיבשו לעצמם דעה לגבי כישוריהם מתוך המשוב המוטעה ולא תיקנו אותה במידה מספקת לאחר שהתברר כי אותו משוב לא היה רלוונטי כלל.

135 פרשת **גלברט**, לעיל ה"ש 64, בעמ' 608, אהרון ברק התבטא כי "שופט חי בתוך עמו. גם אם הוא חי במגדל שן, זהו מגדל שן בהריה של הארץ ולא באולימפוס היווני. חיי השופט, כחיי המשפט, הם לא רק היגיון אלא גם ניסיון. ניסיון זה הוא גם ניסיון החיים של השופט, המביא לא פעם לגיבוש עמדות, ולרכישת השקפות. אכן, שופט ללא דעה קודמת לא רק שאינו מצוי, אלא אף אינו רצוי. רוצים אנו בשופטים חושבים, המגבשים לעצמם דעות ומחשבות. השופט חי בעולם קיים והוא נולד לתוך מציאות קיימת ומגוונת.

פסילת שופט בשל דעה קודמת מוצדקת רק כאשר אותה דעה קודמת הופכת לדעה קדומה, כלומר כאשר קיים חשש ממשי – ולענייננו מוכן אני להניח גם מבחן קל יותר מבחינת העותר – כי בשל אותן דעות קדומות תהא דעתו של השופט 'נעולה' באופן שאין כל 'טעם' בניהול המשפט לפניו, שכן המשפט הוא אבוד מראש...".

136 כהנמן וטברסקי, לעיל ה"ש 72, בעמ' 215-223.

רק על חשיבה אינטואיטיבית אלא גם על חשיבה סדורה. אחת ההשלכות של שנאת הפסד¹³⁷ היא הנטייה להישאר במצב הקיים המכונה **הטיית המצב הקיים**. מאמר של כהנמן ואחרים חיזק את ההשערה של נטייתנו לדבוק במצב הקיים ולבחור בחלופה הכוללת אותו, והוא מסביר את ההטיה באמצעות "שנאת ההפסד"¹³⁸. לאור זאת, ניתן להניח כי לשופטים תהיה נטייה לפסוק על פי תקדימים, "לאליץ" את עובדות המקרה שבו הם עוסקים להיות "דומות" לעובדות מקרה אחר שבו ניתנה כבר החלטה שיפוטית של ערכאה מקבילה או גבוהה יותר, או לפסוק באופן המקשה על ערכאת הערעור להפוך את החלטתם (לדוגמה, כאשר הם מכריעים על סמך מהימנות העדות ובכך מבצרים את עליונותה של הערכאה הדיונית בהסתמך על המגע הישיר שהיה לה עם הראיות והעדויות, כשהשופטים דלמטה יודעים כי ערכאת הערעור אינה מתערבת, בדרך כלל, בממצאים אלה).¹³⁹

הטיית האופטימיות הלא-מציאותית עשויה להתבטא בכמה צורות: הערכה עצמית חיובית באופן שאינו מציאותי (**אפקט פורר**);¹⁴⁰ אופטימיות שאינה מציאותית כלפי אירועים ותוכניות בעתיד;¹⁴¹ ואשליה של שליטה. אופטימיות יתר זו ממשיכה להתקיים גם כאשר נמצאים ברשותנו נתונים אובייקטיביים האמורים להוליכנו למסקנה שונה.¹⁴² בהרצאותי אני מבקש לעתים מהנוכחים להשיב לשאלונים שבהם מצויה השאלה "בחדר זה, אני מעל הממוצע/מתחת לממוצע (מחק את המיותר)". ניתוח התשובות מלמד כי נוסף לכך שאיש כמעט אינו שואל לאלו תכונות התכונותי בשאלתי (שגם בכך יש טעם לפגם), רובם המכריע של המשתתפים עונה כי הוא "מעל לממוצע".

137 על "שנאת הפסד" ראו אלברשטיין, לעיל ה"ש 62, בעמ' 672-674.

138 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 90 "אפקט הבעלות, שנאת הפסד, והטיית המצב הקיים"; עמ' 104 "בחירות זהירות ותחזיות נועזות". לצד תובנה זו ניתן לטעון כי האדם מבקש להימנע ככל האפשר ממצבי אי-ודאות. מחקרים הראו כי אנשים סולדים ממצבים ומתנאים של אי-ודאות, ומוכנים לשאת במחיר על מנת להגיע למצבי ודאות (Ambiguity Aversion). ראו אבן חן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 281.

139 ראו בן-נון **הערעור האזרחי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 221-269.

140 אפקט פורר, המכונה גם אפקט בארנום, מאופיין בנטייתנו להעניק דירוג-נכונות גבוה לתיאור חיובי, המתייחס כביכול אלינו באופן מיוחד, גם אם בפועל התיאור הוא כללי ומעורפל דיו כדי להיות ישים למגוון רחב של אנשים. על "אופטימיות מופרזת" ראו אלברשטיין, לעיל ה"ש 62, בעמ' 671-672.

141 ניתן לדמיין בקלות מצב שבו מנהל פרויקט מגלה אופטימיות לגבי סיכויי של הפרויקט, למרות שהסתברות להצלחתו אינה גבוהה בשל העובדה שכל תקלה במהלכו עלולה לפגוע בו, והרי הצלחת הפרויקט תלויה במכפלת ההסתברויות של כל אחד מחלקיו.

142 אבן חן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 274. ראו גם נסים ניקולס טאלב **תעוועי האקראיות** (2008), ספר נפלא המראה כיצד אופטימיות היתר מתנפצת מול תעוועיה של האקראיות שאינה מאפשרת לשער את העתיד.

כלומר, ללא תלות בהרכב האנושי של הפורום הנשאל; ההסתברות לתשובה "אני מעל לממוצע" עולה על 80% ! מסתבר כי הערכת היתר עלולה להביא לטעויות בשיפוטיו. הערכת יתר של עצמך ואשליית שליטה עלולות אף הן לגרום לנטילת סיכונים ולשגיאות בשיפוט. הערכת יתר ואשליית שליטה עלולות להוביל ליוהרה, לאטימות ולאדישות לגורל בעלי הדין (ענישתם, ההוצאות המושגות עליהם, המילים הקשות שבהם מתארים שופטים את אי מהימנותם של בעלי הדין או של עדים, ההשלכות הציבוריות והחברתיות של הנורמה המשפטית שאותה ביקשו להחיל, התוצאה הכלכלית והחברתית של החלטה פגומה, ועוד). הערכת יתר ואשליית שליטה עלולות להוביל לתוקפנות ולליטיגציה בלתי הוגנת בקרב עורכי דין המנסים להגן על שולחם גם מפני בית המשפט.¹⁴³ כששופטים מגיבים לבקשת פסלות, הם מנמקים את דחיית הבקשה בכך שהם מקצוענים ויש בכוחם לנהל את המשפט ללא משוא פנים.¹⁴⁴ אופטימיות כלפי העתיד עלולה להביא לטעויות שיפוט, כגון הטלת עונש מינימלי על עברייני פלוני, עונש יתר על עברייני מין¹⁴⁵ או להפעלת לחץ על בעלי דין, לסיים את העניין שביניהם בפשרה מתוך "בטחון" שזהו הפתרון הנכון.

הטיות שיפוט נוספות מתוארות בספרות. הנפוצה בהן קרויה **ביטחון יתר**,¹⁴⁶ ועניינה טעות גדולה בהרבה מהצפוי בעת שמנבאים או מנחשים את התנהגותו של משתנה באירוע עתידי.¹⁴⁷ מחקרים הראו כי בני אדם נוטים להיות בעלי ביטחון עצמי מופרז באשר ליכולותיהם, יחסית לאחרים. בניסוי אחד נשאלו נבדקים מהו מקומם היחסי בטבלת הכנסות שהורכבה מהכנסותיהם של כלל הנבדקים באותו ניסוי. התוצאה הייתה כי כ-90% מהנבדקים סברו כי הכנסותיהם נמצאות בחצי העליון של הטבלה בעוד ברור כי מחצית מהנבדקים אמורה להימצא בחצי התחתון של הטבלה.¹⁴⁸ במחקר אחר שנעשה, התבקשו עורכי דין בהולנד להעריך את סיכויי הצלחה בתיק חשוב שבו הם מטפלים באותה עת. התברר, כי רובם העריכו את סיכוייהם הרבה מעבר לשיעור הצלחותיהם בפועל – עורכי הדין הפריזו בניבוי הצלחתם במשפט. הערכת יתר זו נובעת, ככל הנראה, **מעדות מוטת** – שאף היא הטיה המצויה בזיקה לאשליית שליטה ולהערכת היתר – מכיוון שהיה להם מידע רב על הצד שאותו הם מייצגים ועל

143 איני מתכוון לנקות את עורכי הדין הפוגעים, מסיבות טקטיות או אישיות, בעבודת בית המשפט ועל כן נענשים לא אחת בהוצאות אישיות או בסילוקם מאולם המשפט. כוונתי היא שאישיותו של השופט, כשנוצרים מצבי התנגשות, עלולה לגרום לפגיעה ב"מוג השיפוט", ומכאן להתנהגות רציונלית פחות (אך לחלוטין אנושית...) של השופט.

144 ע"פ 6752/97 פרידן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 322 (1997) (להלן: עניין פרידן); ע"פ 9571/01 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על(1) 810 (2002).

145 זרחין, לעיל ה"ש 40.

146 ניתן למצוא דמיון ונקודות השקה להטיית **אופטימיות היתר** שתוארה לעיל.

147 כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 283-284 "היבטים בפסיכולוגיה של משקיעים".

148 אבן חן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 271.

טיעוניהם, בניגוד למידע המועט שהיה להם אודות הצד שכנגד וטיעוניהם. נוסף לכך, טיעוניהם שלהם נראו להם מוצלחים ומשכנעים יותר מטיעוניהם יריביהם, בלי שידעו רבות אודות טיעוניהם אלה¹⁴⁹ וכלי שהביאו בחשבון את ההטיות שעלולות היו להיווצר אצל השופט וכל אי וודאות אחרת באשר לתוצאות המשפט.¹⁵⁰

הטיות אחרות נובעות מגורמים רגשיים, ובפרט מאי הנוחות ומהחרטה¹⁵¹ שמקורן בקשיינו להשלים עם השלכותיהם של החלטותינו ושיפוטנו. אחת ההטיות הידועות בספרות המקצועית באה בעקבות ה"דיסוננס הקוגניטיבי". ליאון פסטינגר פיתח את תורת הדיסוננס הקוגניטיבי לפני יותר מ-50 שנה. עיקרה של תיאוריה זו הוא בשאיפתו של האדם לעקביות – עקביות במעשיו, בתוך עולמו הרגשי-קוגניטיבי ובין אמונותיו לבין התנהגותו. כוחו של דחף זה לעקביות הוא קו מנחה בהתנהגות האדם והוא עשוי להשפיע בדרכים שונות על הדיוק שבתפישותיו והערכותיו (לדוגמה, כאשר שתי אמונות המוחזקות בידי הפרט מצויות בסתירה, או כשמתגלה חוסר עקביות בין אמונותיו לבין מעשיו או בתוך עולמו הקוגניטיבי-רגשי או כאשר האדם פועל בניגוד לאינטרס שלו או בניגוד לדימוי העצמי שלו או בשאר מצבי אי-עקביות). פסטינגר הניח כי בעקבות כל החלטה בא דיסוננס (הפרעה, אי נוחות) קוגניטיבי(ת), הואיל והחלופה שנבחרה כוללת תמיד אי אלו תכונות שליליות, בעוד שהחלופות שנדחו כוללות אי אלו תכונות חיוביות. אחרים סברו כי הקונפליקטים שעליהם דיווח פסטינגר עשויים להופיע גם טרם החלטה.¹⁵² כלומר, בתהליכים שלפני החלטה ולאחריה עלולים לצוץ הפרעות: לבטים, הגזמות לכאן או לכאן של החלופות, טיפול לקוי או שגוי במידע מקדים, ובהמשך – אף קונפליקטים של בתר-החלטה. הפרעות אלה שלפני החלטה, בזמן ההחלטה ואחריה, ממשכות להשפיע גם לאחר שהאדם מגיע לכלל הכרעה ויוצרות דחף "לתקן" ו"לשפץ" את המציאות שנוצרה (על מנת להחזיר את העקביות והיציבות הקוגניטיבית לעולם הפנימי). למעשה, נוצרת היערכות מחדש הטומנת בחובה, בין היתר, האדרת (האדרה = רציונליזציה, מציאת הצדקה רציונלית) ההחלטה שהתקבלה. במלאכת השפיטה קל לזהות את ההאדרה באמצעות בחינת ההנמקה שניתנה להחלטה. לעניות דעתי, משקפת ההנמקה את המתרחש בעולמו הפנימי של המחליט, וסגנונה, כמו גם המבנה שלה, הם ראי לעוצמת הדיסוננס הקוגניטיבי שבו שרוי היה השופט לפני החלטתו, בעת שהחליט ובעיקר – לאחר שהחליט. בפסיכולוגיה מקובלת ההנחה

149 ליברמן, לעיל ה"ש 91, בעמ' 240-247.

150 יוער כי ביטחון היתר עשוי להתקשר למנגנון השלמת הפרטים, שם, בעמ' 247, שכן לא אחת השופט משוכנע שהוא יודע מה התרחש בפועל באירוע פלוני, על אף שהוצגה לפניו תשתית עובדתית שהיא לעולם חלקית. הטיה זו קשורה, לדעתי, גם להטיית האישוש. שם, בעמ' 253, 255.

151 מקור החרטה עשוי להיות החלטה פוויטיבית כמו גם הימנעות מהחלטה שרוצה היה לתת. על חרטה בקבלת החלטות ראו יוסי יסעור **ההחלטה לרצוח** 37 (1995); כן ראו, דן זכאי **קבלת החלטות**

טובות נכונות ולא חרטה (1998).

152 ראו ג'ניס ומאן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 77 ואילך.

שהאדם יחפש את הדרך ה"זולה" ביותר להתמודדות עם הדיסוננס הקוגניטיבי, ומכאן הדרך ה"נפוצה" ביותר להתמודדות עם הדיסוננס היא הרציונליזציה (ההאדרה).
 רציונליזציה (האדרה) היא מונח גג הכולל כמה טקטיקות פסיכולוגיות והיא באה לידי ביטוי, במידה מסוימת, על ידי הגברת כוח המשיכה של החלופה שנבחרה – היתרונות שבה זוכים להדגשת יתר (טקטיקת ההגזמה בתוצאות החיוביות), בעוד שהנזקים הפוטנציאליים הגלומים בה נתקלים ביחס של המעטה (טקטיקת המעטה בתוצאות השליליות). האדרה עשויה לכוון צורה של הפחתת כוח המשיכה של החלופות שלא נבחרו, תוך הקלת ראש בתכונותיהן החיוביות והדגשת תכונותיהן השליליות. קו הפעולה שנבחר זוכה להערכה רבה יותר והחלופות האחרות להערכה מעטה יותר. האדרה עשויה להתבטא בהתכחשות לאופיין השלילי של התוצאות העלולות לנבוע מקו הפעולה שהועדף (טקטיקת ההתכחשות להרגשות הרעות), ובכך לצמצם את הקונפליקט הפנימי. האדרה עשויה להתבטא בהרחקת מועד פרוסום הנימוקים או בקבלת ההחלטה השיפוטית (טקטיקת הרחקת מועד הביצוע) ועוד.¹⁵³
 ועוד, במצבים שלפני ההחלטה, כאשר מקבל ההחלטה סבור כי מיצה את המידע שבעין על החלופות השונות, גובר הסיכוי כי הוא יאדיר את החלופה שהיא הרע במיעוט. מנגד, כאשר מקבל ההחלטה סבור כי צפוי מידע רלוונטי חדש בנוגע לחלופות השונות, גובר הסיכוי כי הוא יוסיף לקוות (שימצא פתרון טוב), יהיה זהיר ויגלה פתיחות. כתוצאה מכך הוא ימנע מלגבש החלטה ולא יתפס להאדרת החלופה המבטיחה ביותר.¹⁵⁴ ניתן להסביר פעולה בניגוד לאינטרס העצמי באמצעות תורה זו: מדובר במחויבות גדלה והולכת של האדם במטרה לפצות על הפסדי העבר. כך, לדוגמה, האדם המשקיע בכל שבוע סכומים הולכים וגדלים בהימורים, הסטודנט הממשיך את לימודיו בתחום שאינו מעניין אותו, המשקיע במניה ההולכת וצונחת והוא אינו מוכר, המחזיק במכונת מקרטעת ובעייתית כי כבר השקיע בה כל כך הרבה והאישה הנשארת בתחנת האוטובוס שבושש להגיע כי אם תעזוב, בדיוק יגיע האוטובוס... מנגנון הסלמת המחויבות הלא-רציונלית לדרך הפעולה ההתחלתית שבה בחרנו מובילה להפסדים.¹⁵⁵

להחלטותינו יש השלכות רגשיות וכלכליות¹⁵⁶ לאורך זמן: הן מקור לדאגה, לגאווה, להתעלות הנפש, לחרטה ואף לרגשי אשמה. קשה להתעלם מכך שכמעט כל החלטה שלנו מעוגנת בעולמנו הרגשי (מתפישתנו את עצמנו ועד יחסינו עם האחרים, לרבות עמדות ואמונות שלנו ועמדות ואמונות, כולל יחס הסביבה אלינו). להחלטות

153 שם; בן מאיר, לעיל ה"ש 14.

154 ג'ניס ומאן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 83.

155 עוד על תופעת החרטה (Regret Theory) ותופעת הדיסוננס הקוגניטיבי ראו שוורץ ושלנינגר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 130-133; אלברשטיין, לעיל ה"ש 62, בעמ' 669 ואילך.

156 ראו לדוגמה, אפקט הזיקה (The Disposition Effect) אבן חן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 282 ואילך.

השיפוטיות יש בוודאי השלכות דומות.¹⁵⁷ שופט המתקשה להתמודד רגשית עם השלכותיה של מלאכתו יגיב בשלל דרכים אפשריות: הגדלת חוסנו הרגשי, התעמתות עם הנטייה לחרטה וקונפליקטים רגשיים אחרים, עירוב גורמים נוספים בהחלטה (התייעצות פנימית בין שופטים),¹⁵⁸ הסכמה עם פסק דין של חבר להרכב (כאשר יש הרכב), הגדלת משקלם של גורמים אובייקטיביים בניתוח החלטותיו (שימוש בחזקות משפטיות, היתלות בפסיקה קודמת או בתקדימים המתאימים באופן כזה או אחר למקרה שבו הוא דן, שימוש בכלי פרשנות המהווים פורמט אובייקטיבי להנמקת החלטתו או כל כלי משפטי או דרך המזוהים עם הכרעה על פי כללים יותר מאשר הכרעה סובייקטיבית או אינטואיטיבית), ובמקביל – הקטנת משקל הגורמים הסובייקטיביים. במקרים קיצוניים ישקול את עזיבת כס השיפוט.

נוסף על ההטיות שהובאו לעיל, קיימת משפחת הטיות שמקורן ב**תיאוריה של הייחוס**. מקורה של תיאוריית הייחוס בהשערה אודות נטיית האדם להבין את התנהגותו ואת התנהגות בני האדם שסביבו. מכיוון שהוא אינו בעל מקצוע, בדרך כלל, ניתן לראותו כ"פסיכולוג נאיבי" ואת ניתוחיו כ"פסיכולוגיה בפרוטה". ה"פסיכולוג הנאיבי" בוחן את עצמו ואת סביבתו ומנסה להסיק מתוך תצפיותיו מה "באמת" קורה, תוך כך שהוא מייחס תכונות וכוונות לסביבתו. על פי התיאוריה, אנשים משתמשים בדרך כלל במודלים רציונליים בכואם לייחס סיבות או תכונות לזולת או ליצור ציפיות ותחזיות אודות אנשים ואירועים. אולם הם אינם מביאים בחשבון הנחה הפוכה שעל פיה התנהגות האדם אינה בהכרח רציונלית. ועל כן, נעשות לא אחת טעויות בתהליך הייחוס – לעתים הטעויות מקריות ולעתים שיטתיות וניתנות לחיזוי ומקורן קוגניטיבי או מוטיבציוני. הפסיכולוג והחוקר בן מאיר¹⁵⁹ מציג שלוש מהן –

1. **טעות הייחוס הבסיסית** (Fundamental Attribution Error): מונח בפסיכולוגיה חברתית שלפיו בעת שאנו שופטים את זולתנו אנו מעניקים משקל יתר לגורמים פנימיים, כגון תכונות ונטיות, ומשקל חסר להשפעת הנסיבות והגורמים שהובילו להתנהגות זו. כלומר, מדובר בנטייה כללית להגזים במשקלם של גורמים פנימיים ואישיים בהתנהגות הזולת לעומת משקלן של נסיבות חיצוניות והשפעות סביבתיות. אנו ממהרים להסיק מסקנות על סמך התנהגות הזולת, בהתעלם מגורמים סביבתיים ומאילוצים חיצוניים על התנהגות זו.¹⁶⁰ נטייה זו הביאה, דרך משל, לייחוס גורמים גנטיים להתנהגותם של הנאצים, בעוד שניתן להסביר את

157 מספרים על השופט חיים כהן כי נהג לבקר בבתי הסוהר ולפגוש אסירים ובהם גם אלה שהגיעו לשם לאחר שדחה את ערעורם.

158 יובל יעזו "אהרון ברק מגלה איך מתבשלים פסקי דין בעליון: המדיניות היא של נסיון לשכנוע הדדי" **גלובס** (4.6.09).

159 ספרו של בן מאיר, לעיל ה"ש 14.

160 יש, לדעתי, קרבה בין הטיית הזמינות לטעות הייחוס הבסיסית: קל להעלות מן הזיכרון גורמים פנימיים ואישיותיים מאשר דוגמאות חיצוניות.

התנהגותם האכזרית גם בעוצמתן של הנסיבות החברתיות והקבוצתיות שאליהן נקלעו. מנגנון דומה עלול להביא לכך כי שופט השולח עבריין לשנים רבות לכלא ייתפש כאדם רע, ללא קשר לחומרת העבירה. במקביל, שופט שהשית עונש קל, ייתפש כרחמן וכטוב לב, גם אם נניח כי מקורו של העונש הקל הוא התחמקות השופט מתדמית "אוהד התביעה".¹⁶¹ טעות הייחוס הבסיסית עשויה להסביר מדוע שופטים עלולים לתת משקל יתר לראיות התומכות בגורמים פנימיים, כגון תכונותיו של הרמאי או נטיותיו של הפושע האלים, ולהסתמך על חוות דעת של פסיכולוגים, פסיכיאטרים ועובדים סוציאליים, תוך מתן משקל חסר לנסיבות שהביאו למעשה הפלילי.¹⁶²

2. **עיוות פרופורציה בין מקרה קונקרטי לבין מידע מהימן:** אנשים מושפעים ומודרכים מדוגמאות מוחשיות וקונקרטיות בלי פרופורציה למשקלן היחסי בסך כל המידע העומד לרשותם.¹⁶³ בניגוד לכל היגיון, מושפע האדם מן ההקשר והמוחשיות של המקרה הקונקרטי ופחות מהאופי המופשט של מידע כללי, סטטיסטי או מצטבר. המשקל הניתן למקרה הקונקרטי הוא מעבר לכל יחס סביר.¹⁶⁴

3. **הקונסנסוס המזויף – טעות הייחוס האגוצנטרית:** נטיית אנשים לראות את התנהגותם שלהם ואת הערכותיהם על עצמם כמקובלות על כולם וכמתאימות

161 הדוגמה מתוך גלבווע, לעיל ה"ש 51.

162 קיימת ביקורת עזה בתיאוריה הקרימינולוגית על תפישות הרואות בגנטיקה כאחראית להיווצרותו של הפושע הגם שהמחלוקת "תורשה/סביבה" עדיין פועמת בכל עוז. קיימת ספרות עשירה המייחסת למעשי הפרת חוק מסוימים הילה של גבורה (נטייה פנימית), תוך מתן משקל חסר או התעלמות מגורמים סביבתיים שהיו עשויים להסביר אותה הפרת חוק גם ללא התייחסות לגורמים הפנימיים. בספר **עלובי החיים** של הוגו, לדוגמה, שבר אדם חלון כדי להביא לחם לבתו הרעבה. התיאור מביא להזדהות עם אותו אדם תוך הדגשת תכונותיו וכוונותיו הטהורות ומתן משקל חסר לגורמים המיידים למעשיו. בנובלה **מיכאל קולהאס** של היינריך פון קלייסט, לדוגמה, מתואר אדם ישר דרך ששאיפתו לצדק גרמה לאסונות נוראיים. יושרו ונוראות מעשיו מודגשים בעוד הגורמים הסיטואציוניים שהביאו למעשיו מודגשים פחות. ראו אסף טבקה "דם, צדק, נקמה ודמעות על מיכאל קולהאס מאת היינריך פון קלייסט" **המשפט** ח 711 (התשס"ג). עוד ראו עדי פרוש "הרחף לנקמה והשאיפה לצדק בנובלה 'מיכאל קולהאס' משפט וספר 75 (2007).

163 נקודה זו קרובה להטיית היציגות: אנשים מושפעים מסיפורים לא פחות מאשר מנתונים ומראיות מדויקים ומוצקים.

164 באופן זה יחליט אדם שלא לרכוש סוג מסוים של רכב שהיצרן קבע כי במכונית אחת מתוך כעשרת אלפים יש פגם במערכת הבלמים לאחר ששכנו אמר לו כי אצל סבו התגלתה תקלה במערכת הבלמים בסוג רכב זה. סביר להניח כי החלטתו לא תשתנה גם אם יש בישראל רק 500 מכוניות כאלה...

ביותר לנסיבות נתונות.¹⁶⁵ כמו כן, אנו נוטים להפריז במידה שבה אחרים מסכימים לראייתנו ולמסקנותינו הנסובות על המציאות שסביבנו. כלומר, אנו מניחים שהאנשים בכללם דומים לנו, ואם אנו מתנהגים בדרך מסוימת, חייבת התנהגות זו לאפיין גם את האחרים. כאשר אין הם מתנהגים כמונו, אין אנו מסיקים מכך שהם שונים מאיתנו אלא שהם חריגים ושהתנהגותם אינה במקומה.

טעות הייחוס האגוצנטרית מתבטאת, לדוגמה, ביצירתם של "האדם הסביר" וה"ציבור הנאור" ובשימוש בהם. ה"אדם הסביר" ו"הציבור הנאור" אינם אלא בני דמותם של השופטים,¹⁶⁶ הם משמשים כנקודת מוצא של השופט בכואו להכריע את הדין. אולם, הנשיא ברק שהרבה את השימוש במונחים אלה על מנת לתייג את החלטותיו – הנסמכות על מונחים אלה – כאובייקטיביות, עושה, כדברי רונן שמיר, שימוש בהיגיון מעגלי, כאילו אין השופט פוסק על פי נהמת לבו כי אם אובייקטיבית, כדעת הציבור הנאור (שאליו הוא משתייך), אולם, למעשה, שיקול דעתו של הציבור הנאור זהה תמיד לזה של השופט. השימוש באדם הסביר ובציבור הנאור – בני דמותו של השופט – נועד לתייג את מי שהתנהגותו אינה דומה להתנהגותו של השופט. תיוג זה מביא לכך שבנסיבות משפטיות מסוימות יהא המתויג ראוי לגנאי.¹⁶⁷ יתר על כן, צורת החשיבה של האדם הסביר וראייתו את המציאות מגדירות מיהו אדם שהתנהגותו אינה סבירה (הוא אינו כמוני, כי אני סביר) ולהגדרה זו מוסיפים את ההתייחסות המשפטית הרלוונטית.

ההטיה לטובת העצמי משתייכת אף היא, לדעתי, למשפחה זו. מדובר בנטייתנו לייחס את כשלונותינו לגורמים ולנסיבות חיצוניים ואת הצלחותינו לגורמים פנימיים. הטיה אחרת המשתייכת למשפחה זו היא, לדעתי, **ההטיה הקבוצתית** (הקרויה בספרות גם בשמות **חשיב קבוצה** או **groupthink**), שתוארה בהרחבה בספרם של ג'ניס ומאן.¹⁶⁸ מקורה של הטיה זו הוא בלחץ קבוצתי המוביל לקונפורמיות, כך שהמחליט ייטה להתאים את שיפוטיו לכיוון המוסכם על ידי הקבוצה ולזנוח החלטות שאינן מתיישבות עם קו זה. אמנם, על השופט להחליט על פי מיטב מצפוננו, וקיומן של דעות רוב ומיעוט מחזק את המסקנה שעל פיה עצם קיומן של דעות חולקות מאפיין טוהר אישי בשיפוט. יחד עם כן, אין להוציא מכלל חשבון שיחות-מסדרון והשפעות גומלין שבין השופטים,¹⁶⁹ או אף "דילים", על אף שאין, למיטב ידיעתי, אישושים מחקרניים

165 אבן חן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 281.

166 רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" **תאוריה וביקורת** 5 (1994). עוד ראו מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" **תאוריה וביקורת** 5 (1994).

167 על תיוג ראו גיורא שלמה שהם **טרוף סטייה ויצירה** (2002).

168 ג'ניס ומאן, לעיל ה"ש 14.

169 יועז לעיל ה"ש 158.

לתופעות אלה. כמו כן, אין להוציא מכלל חשבון שופטים ה"מתיישרים" עם קו ענישה, עם שיטת פרשנות או התייחסות שמקורם בפסקי הדין של חבריהם לערכאה או של בית המשפט העליון. קשה לסמן קו גבול בין קונפורמיות שמקורה בלחץ קבוצתי לבין כזו שמקורה ב"הבנה" כי כזו מעדיף "ראש המערכת". מכל מקום, יצירה של חזית משפטית אחידה (שהחריגים לה "נענשים" בכך שהערכאה הגבוהה יותר הופכת חזרה את פסקי דינם ה"נועזים" עם גינוי או בלעדיו) אינה נדירה במשפט הישראלי.

הטיה אחרת השייכת, לדעתי, למשפחה זו היא **אפקט ההילה**. מחקרים הראו כי אנשים אינם נוטים לחשוב על אחרים במונחים מעורבים, והם מתארים אותם כרעים באופן כללי או כטובים באופן כללי בכל המדרים. נטייה זו יוצרת את אפקט ההילה המתבטא בכך שתכונות (חיוביות או שליליות) של אדם מוחלות על סביבתו, ו"צובעות" אותו ואת סביבתו בגוון אחיד. דוגמה לאפקט ההילה היא בהנחה המשותפת לרובנו, כי אדם המרכיב משקפיים הוא חכם יותר משהיה אותו אדם עצמו נתפש לולא הרכיב משקפיים, או כי מי שנראה כחוזר בתשובה מזיק פחות לחברה מאשר אותו אדם שהיה מופיע בבית המשפט ככריון מצולק ומקועקע.

ניתן לשער כי שיפוטנים אינטואיטיביים (ואולי אף שיפוטנים שמקורם בחשיבה סדורה) שלנו ושל שופטים מושפעים מאפקט זה. כך, ניתן "לצבוע" עד כשקרן אף שנכשל, אולי, בנקודה אחת בכל עדותו. לא פעם מוכרע עניין משפטי כתוצאה מכך שהשופט מצא כי העד אינו מהימן או שאינו דובר אמת ועל כן עדותו הופכת לבסיס להחלטת השופט בעניין כולו. ייתכן בהחלט כי העד דיבר אמת בכל עדותו וכי דווקא חלק עדותו שהיה אמת לא השפיע על התוצאה המשפטית. אין זה אומר, כמובן, שהשופט מועד לטעות, אלא שייחכנו החלטות המבוססות על "צביעת" העד ועדותו כבלתי מהימנים, בעוד שניתן היה ברזולוציה עדינה יותר להגיע לתוצאה משפטית אחרת.

ייתכן כי קיומו האפשרי של אפקט זה היה במקרים מסוימים בבסיס האינטואיציה של הנשיא ברק בעת שפסל שופטים מלשבת בדין. בפרשת פרידן, שם התבקש שופט לפסול עצמו וסירב, אמר הנשיא ברק –

העובדה בלבד, שהשופט בעצמו מאמין בכנות שבכוחו להשתחרר מן הדעה הקדומה הנדונה, אינה מכריעה בשאלת פסלותו מלשבת בדין בעניין החדש, ולו רק מהטעם שאותה דעה עלולה להשפיע עליו אפילו מתחת לסף הכרתו.¹⁷⁰

במקום אחר קבע הנשיא ברק כי –

לא כל מידע על עברו של הנאשם או המתדיין ולא כל אמירה המגלה מידע כלשהו על הרשעה קודמת צריכים להביא לפסילתו של שופט.

170 עניין פרידן, לעיל ה"ש 144.

– ובהמשך –

יש גבול למידת ההישענות על מקצועיותו של השופט. לעתים המידע המתקבל הוא כה מקיף ויסודי עד שקיים החשש שגם שופט מקצועי לא יוכל להדחיקו; וגם אם שופט פלוני יוכל למידע זה, אין זה ראוי, מבחינתה של שיטת המשפט הישראלית, להעמידו במבחן זה.

משפחה אחרת של הטיות נוצרת על רקע כשלים לוגיים. כשל ידוע הוא **פוסט הוק** (נקרא גם **אחריו ולכן בגללו**, **סיבה שקרית**, **מתאם מקרי**, ובלטינית *post hoc ergo propter hoc*). צורתו המסורתית של כשל זה היא טיעון (סדרת טענות ומסקנה) שמסקנתו היא שאירוע א' הוא סיבתו של אירוע ב', פשוט משום שכרונולוגית הוא קדם לו. ניתן להציג זאת גם באופן אחר: מתוך שיש קורלציה חיובית בין האירועים הרי שהראשון בהם הוא סיבתו של האירוע שלאחריו. קל ללכת שולל לפני כשל זה משום שרצף זמנים של אירועים עשוי לחזק קשר סיבתי ביניהם ובכשל זה יש רצף זמנים. אולם, במקרה של כשל זה, רצף הזמנים מוביל לאמונה המוטעית כי יש קשר סיבתי בין האירועים בעוד שבפועל אין כזה.¹⁷¹ ניתן לתאר את המבנה הכשלי באופן הפורמלי הבא:

כאשר אירוע א' קורה, קורה אירוע ב' גם כן (ואחריו);

אירוע ב' התרחש;

לכן: אירוע א' גרם/חייב היה לגרום לאירוע ב'.

הפרכת טיעון זה נעשית, למשל, באמצעות הדוגמאות הבאות שיש להן אותו מבנה:

1. לאחר קריאת התרנגול – השמש זורחת; השמש זורחת; לכן, קריאת התרנגול גרמה לשמש לזרוח.
2. בכל פעם שאני שוטף את מכוניתי מתחיל לרדת גשם זמן קצר לאחר מכן. מכאן, שרחיצת מכוניתי מביאה לירידת גשם.
3. נוסעת במעבורת לילה שלחצה על מתג החשמל בדיוק בעת שאירעה התנגשות בין המעבורת לבין סירת דייגים, רצה במסדרון והסבירה לאדם הראשון שפגשה כי "בטעות לחצה על מתג החירום של המעבורת..."

ברור כי מתוך שאירוע פלוני בא אחרי אירוע אלמוני אין להסיק כי אירוע אלמוני הוא הגורם לכך שאירוע פלוני בא לעולם. העובדה, שיש בין האירועים סדר כרונולוגי, אינה

171 על הקשר הסיבתי ועל ההבדל שבין קשר סיבתי עובדתי לקשר סיבתי משפטי, ראו עמוס הרמן **מבוא לדיני נזיקין** 161-169 (2006).

צריכה להוביל למסקנה כי יש ביניהם קשר סיבתי. אמנם, בתחום המשפט ניתן להניח לעתים כי קשר כזה קיים, ובמקרים מסוימים אף נוצרת חזקה בדבר קשר סיבתי אף שאין כזה בפועל, אולם יצירת חזקה או הנחה משפטית בדבר קיומה לכאורה של סיבתיות, היא רק קיצור דרך לקביעת האמת המשפטית ואינה קובעת את האמת העובדתית. ועוד באותו עניין: חוקרים טוענים כי שיפוטנו הסיבתיים מבוססים על אינטרפרטציה אישית של מידע עקב **מנגנון השלמה לוגי** המשלים אל תוך צבר העובדות שחוינו (באמת) עובדות נוספות. ייתכן שמעולם העובדות הנוספות לא היו (או לא היו באופן שבו אנו מפנימים אותן) באופן היוצר מערכת קוהרנטית לכאורה של סיבות ותוצאות שבעצם מעולם לא היו כפי שאנו טוענים להן. מנגנון כזה הממלא פערים סיבתיים או יוצר אותם יש מאין, מתיישב עם כשל ה"פוסט הוק" ומחזק מסקנה סיבתית שאינה קיימת.¹⁷² מנגנון השלמת הפרטים חל, לדעתי, גם בטיעוני מדרון חלקלק והכללה חפוזה.¹⁷³

5. חקר ההטיות – הבהרות ודגשים

חוקרים רבים סבורים כי יש להבחין בין "אינטואיציה" ל"חשיבה" (או ל"חשיבה מכוונת/סדורה") ובכך ניתן להסביר, לדוגמה, כיצד מומחים עלולים לטעות כאשר הם מגיבים אינטואיטיבית למצבי אי ודאות וכיצד הם טועים פחות כשהם חושבים באופן מכוון. הבחנה זו נעשתה מקובלת בין חוקרי התחום בשנים האחרונות ויש בכוחה כדי להסביר את הטעויות שטועים המומחים במצבי שיפוט אינטואיטיביים שלא היו מתרחשות באותה עוצמה ובאותה דרגה בשיפוטם המבוססים על **חשיבה מכוונת**. לאור זאת, יש להניח כי החלטות של מומחים בכל תחום (ושל שופטים במיוחד), כל עוד הן מבוססות-חשיבה, יכילו טעויות שיטתיות פחות מאשר בעת שהם מחליטים

172 תערוכת זו של כשל לוגי וכשל פסיכולוגי עשויה להביא למסקנה שיפוטית שגויה ולתוצאות משפטיות וחברתיות שאינן פשוטות. קיים ניסוי ידוע בפסיכולוגיה שלפיו נכנס אדם במהלך הרצאה ושודד את תיקו של המרצה לעיני הסטודנטים. זמן מה לאחר מכן מתבקשים הסטודנטים לזהות מתוך כמה תמונות את השודד. מתברר שרובם טועים ב"מסדר הזיהוי". ויתר על כן, כאשר הם מתבקשים לתאר את האירוע, מתקבלים סיפורים שונים בערך כמספר הנחקרים: ככל הנראה, אותו מנגנון השלמה המצוי בהכרתנו מביא ליצירת סיפור שדומה בבסיסו לאירוע המקורי אך שונה ממנו בנוסף שהוסף. לא פעם נופך זה – שלא היה ולא נברא – הופך למהותי בעדות, והקשרים הסיבתיים שנוצרו יש מאין עלולים לשכנע את השופט המקשיב לעדות. כלומר, מנגנון השלמת הפרטים עלול להוביל לעדות שגויה, על אף שהעד משוכנע לחלוטין שהוא דובר אמת וכי כך בדיוק התנהלו הדברים (ורק צילום וידאו של ההתרחשות האמיתית המוצג לו ישנה את אמונתו זו).

173 על טיעוני מדרון חלקלק וטיעוני הכללה חפוזה ראו לעיל בפרק העוסק ביוריסטיקת הזמינות. מחקריה של אליזבת לופטוס בנושא הזיכרון מצא כי לעתים אנשים מדווחים על אירוע שמעולם לא התקיים, הם מפרטים כל שהתרחש בו ומאמינים בכל לב כי כל האירועים הללו אכן התרחשו. ראו Elizabeth F. Loftus, *Memory*; ELIZABETH F. LOFTUS, EYEWITNESS TESTIMONY (1996) *Faults and Fixes*, SCIENCE & TECHNOLOGY 41 (2002)

אינטואיטיבית. הבחנה זו חשובה ביותר לאור מסקנות מוטעות ופשטניות של חלק מקוראי המחקרים, ובעיקר – אלה שעשו להם פופולריזציה בלתי מבוקרת, הסבורים כי החשיבה האנושית כולה פגומה מיסודה. מסקנה זו שגויה, כמובן, ומקורה בהבנה חלקית של מחקריהם של טברסקי וכהנמן ושל מחקרים אחרים שעסקו בהטיות הקוגניטיביות. חשיבתנו ככלל (וחשיבתם של שופטים) אינה פגומה בהכרח, אלא שהפגמים צצים בעיקר בהפעלת חשיבתנו האינטואיטיבית. חשיבה מכוונת, מנגד, אינה חסונה מהטיות והיא עלולה להיות מושפעת מהטיות אחרות, כגון **ראייה בדיעבד, שנאת סיכון או אופטימיות יתר**.

קיימת הסכמה בין החוקרים באשר למאפיינים המבחינים בין שני סוגי התהליכים הקוגניטיביים הללו. מאפייני האינטואיציה הם מהירות, אוטומטיות, היעדר מאמץ, אסוציאטיביות, רגשיות, היעדר חשיפה לבחינה עצמית, למידה איטית וכן שההכרעה נעשית מתוך הרגל (יוריסטיקה); בעוד שמאפייני החשיבה המכוונת הם איטיות, טוריות התכנים, מאמץ, בקרה מכוונת, גמישות ושליטה באמצעות כללים.¹⁷⁴

ניתן להניח כי חלק ניכר של התהליכים המנטליים המלווים את עבודת השופט אינו אינטואיטיבי אלא מבוסס על חשיבה מכוונת, ומכאן סביר שיהיו פחות פגימות בהחלטותיו מבוססות החשיבה. עם זאת, ייתכנו טעויות שמקורן בהחלטות אינטואיטיביות או בהשפעה של האינטואיציה ושל יוריסטיקות על שיקול הדעת השיפוטי. מכיוון שמאמרנו מתייחס בעיקרו להטיות קוגניטיביות בחשיבה האינטואיטיבית – זו המכריעה במהירות ואולי גם בשטחיות – נמצא בעיקר פגמים בעבודת השיפוט בהתייחסה לסוג חשיבה זה. כאשר שופט בוחן תיק אזרחי ומעלה במוחו את העדויות, את התרשמותו מהן, את הראיות ואת טענות הצדדים והופך בהן ארוכות, מדובר בחשיבה שאינה אינטואיטיבית, ושיקול הדעת ככל הנראה מוטה פחות. אולם, כאשר שופט מתבקשת לפסול את עצמה, ועל פי הדין עליה להחליט בבקשה מיד ולפני שתיתן כל החלטה אחרת; או כאשר מתבקשת במהלך הדיון בקשה פלונית ועל השופט להכריע בה מיידית; ולמעשה בכל נסיבה שבה חייב השופט להגיב במהירות ואין לו די זמן לשיקול דעת רחב – עלולה חשיבתו להיות מוטה באחת או ביותר מבין ההטיות שפורטו לעיל ובכך יגיע להחלטה פגומה.

מחקריהם של טברסקי וכהנמן התמקדו בהטיות הקוגניטיביות בשיפוטים **האינטואיטיביים**: כאשר מצאו טעויות שיטתיות בשיפוטים סטטיסטיים שגרתיים אצל חוקרים המיומנים והבקיאים בסטטיסטיקה, היווה הדבר הפתעה. הממצא כי השיפוטים האינטואיטיביים של המומחים אינם מתיישבים עם העקרונות הסטטיסטיים שאותם הכירו היטב, הביא לפיתוח ההבחנה שבין אינטואיציה לבין חשיבה מכוונת. הסתירות שנצפו בין האינטואיציה הסטטיסטית לבין הידע הסטטיסטי ניתנות להסבר מתוך הבחנה זו.

174 ראו כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 147-149.

טברסקי וכהנמן סברו כי טעויות שיפוט אינטואיטיביות כוללות שתי מערכות: זו היוצרת את הטעות ("מערכת 1") וזו שאינה מצליחה לאתר את הטעות ולתקנה ("מערכת 2").¹⁷⁵ המחקר המודרני מנסה לאפיין הן את הגורמים הפוגמים בפעולות התיקון של מערכת 2 והן את אלה המייעלים אותה. בין הגורמים הפוגמים נמצא את לחץ הזמן, המעורבות הבו-זמנית במשימה קוגניטיבית אחרת ("רעש"), מועד הביצוע (ביצוע המשימה בערב כאשר מדובר ב"אנשים של בוקר" או ביצוע המשימה בבוקר כאשר מדובר ב"אנשים של ערב"), מצב רוח טוב (עד כמה שממצא זה מפתיע), ועוד. בין הגורמים המסייעים למערכת 2 לתקן נמצא את האינטליגנציה, את הצורך בהכרה ואת החשיפה לחשיבה סטטיסטית. מנגד, עלולה להתעורר בעיה דווקא כאשר אנשים מודעים לכך שהם משתמשים ביוריסטיקה: מודעות זו עלולה ליצור "תיקון יתר" המהווה כשלעצמו עיוות.

מנגד, קיימת ביקורת חשובה כלפי ההטיות והניסויים שהוצגו לעיל, בספרות המקצועית נקראת ביקורת זו בשם **אפקט הצופה**. זהו מונח המתאר את האופן שבו אדם הצופה באירוע והמודד אותו עשוי לשנות את הנצפה על ידיו. האפקט מתייחס גם לאופן שבו אדם משנה את התנהגותו עת אחרים צופים בו. אנשים אינם מתנהגים לרוב באופן רגיל עת הם מודעים לכך שאחרים צופים בהם.¹⁷⁶ **הטיית הצופה** במדעי החברה היא שגיאה בניסוי המתקיימת כאשר הצופים מדגישים יתר על המידה את ההתנהגות שהם מצפים לקבל ואינם מבחינים בהתנהגות שאותה אינם מצפים לקבל. ייתכן כי המחקר הפסיכולוגי העוסק בהטיות, מוטה הוא עצמו ועל כן ביסוסו מפוקפק. יתר על כן, ייתכן שהמחקר האמור נגוע בהטיית הממצא האנקדוטלי שהוא כשל לוגי של מעגליות, ולפיו מסקנות המחקר הוסקו ממקרים שנבחרו באופן מסוים כדי לתמוך במסקנות, לעתים קרובות, תוך התעלמות ממקרים שיחלישו אותה. כך או כך, במאמר זה אקבל את המחקר הפסיכולוגי כהנחת יסוד תוך שאני מביא בחשבון את הפרכת ממצאיו ומסקנותיו הנובעים מהטיית הצופה ומהטיית הממצא האנקדוטלי.

ד. פרק שלישי: שיפור תהליכי קבלת החלטות

פרק זה אינו מתיימר לספק פתרונות ושיטות לשיפור מלאכת הסקת המסקנות וקבלת ההחלטות של בני האדם ושל השופטים. יומרתו צנועה בהרבה: הוא מבקש להציג השערות ורעיונות שעשויים לתרום לתהליכי החלטה מוטים פחות. הנחת היסוד שלי היא כי ההטיות אינן מולדות, אך הן נעוצות עמוק בהכרתנו וכי היוריסטיקות אינן

175 שם, בעמ' 147, 185-188.

176 ייתכן כי העובדה שמתנהל דיון שבו הנוכחים באולם המשפט צופים בשופט תביא לאפקט הצופה. ייתכן שזו סיבה חשובה לסירוב השופטים להכניס לאולם המשפטים מכשיר הקלטה בלי שנתנו הסכמתם לכך.

מזיקות, בדרך כלל, פרט למקרים שבהם הן מופעלות ללא בקרה ראויה. יתר על כן, כפי שהראינו קודם, למידה והכרה של ההטיות ומודעות להן לא יביאו בהכרח לשיפור ההחלטות, שכן ניטור מוגזם שלהן וזהירות-יתר עלולים להביא לתיקון-יתר שהוא עצמו מהווה עיוות. השאלה היא מהם המידה והמינון הנכונים לשם ניטור הכרתנו, שיביאו לשיפור מיומנותנו להחליט.¹⁷⁷ מנגד, אין לזלזל בכוחה של הגדלת מודעותנו לקיומן של הטיות, למבנה שלהן, לאחיותן החזקה בהכרתנו ולשימוש הנעשה ביוריסטיקות העלול להביא להטיות ולכשלים. הגדלת המודעות היא כלי עיקרי ב"ארגון הכלים" שלנו, בתנאי שהיא נלקחת בזהירות הראויה. מודעות לכשלי הלוגיקה, החשיבה הקבוצתית, טעויות הייחוס ושאר הטעויות הקוגניטיביות הקשורות יותר לחשיבה הסדורה, עשויה להביא לגיבוש מערכת בקרה יעילה שתקטין את הנזקים העלולים לנבוע מהטיות ומפגמים אלה. הכשרה מתאימה לנושאים בתפקידי שיפוט עשויה להגדיל מודעות זו ולספק כלים ומיומנויות שיקטינו את השפעתן של ההטיות הקוגניטיביות.¹⁷⁸ ההכשרה עשויה להתבסס על סימולציות ועל טכניקות אחרות שייעודן להקנות מיומנויות חדשות או לשפר מיומנויות קיימות באופן שיתרום למקצועיות. נוסף למודעות קיימות דרכים נוספות. הצגתן תיעשה תוך הבחנה בין שיפור החשיבה האינטואיטיבית לבין שיפור החשיבה הסדורה.¹⁷⁹

1. שיפור החשיבה (והחלטה) האינטואיטיבית

מאמריהם של טברסקי וכהנמן שמסקנותיהם מתחזקות מתוך תוצאות מחקריהם של אחרים, מעלים את ההשערה כי קיימות בנו הטיות קוגניטיביות וכי הן נובעות מהסתמכות על יוריסטיקות שיפוט. לטענתם, הטיות אלה עשויות להיווצר אצל מומחים

177 בדיון שהיה בתת הפרק "תסוגה לממוצע" הצגנו שאלה שהופנתה במקור לפרופ' דניאל כהנמן: מדריכים בקורס טיס הגיעו למסקנה כי לאחר שהם נזופים בחניך בשל ביצוע גרוע ביצועי משתפרים, ואילו לאחר שהם משבחים אותו ביצועיו יורדים. מכאן הם מגיעים למסקנה המופרכת כי עדיף לנזוף באדם ולא לשבח, וכך יהיו ביצועיו גבוהים תדיר. התסוגה לממוצע מסבירה היטב מדוע לאחר ביצוע כושל יבוא שיפור ומדוע אחרי ביצוע טוב עלול לבוא ביצוע טוב פחות. ועל כן, לא הנזיפה משפרת ולא השבח מפריע אלא המינון הנכון של שבחים ונזיפות.

178 דורון מנשה סבור כי הכשרתו המקצועית של השופט מבטיחה, במידת מה, יתר מומחיות בתהליכי קבלת ההחלטות העובדתיות. אימוץ הנחה זו מביא למסקנה כי הכשרה ראויה הלוקחת בחשבון את ההטיות הקוגניטיביות הן בחשיבה הסדורה והן בוו האינטואיטיבית תביא להשאת אותה מומחיות. ראו מנשה, לעיל ה"ש 74 בעמ' 262 ואילך.

179 תרומה למערכת הבקרה עשויה לבוא מתוך "שלא לשמה": רטוריקה המכסה על הדרך שהביאה להחלטה שיפוטית, חזקות משפטיות, ידיעה שיפוטית ודרכים אחרות מביאות לצמצום ההטיות, משום שהן מונעות את הצורך להביא אותן בחשבון במלאכת השפיטה. אותם תחליפי נימוקים מקטינים את הצורך בשיקול הדעת העלול להיות מוטה קוגניטיבית...

(בעת שהם חושבים אינטואיטיבית), וגם אצל הדיוטות,¹⁸⁰ והן עשויות להיווצר אף בקרב נחקרים שתומצו להיות מדויקים ותוגמלו על תשובות נכונות. כלומר, עיוותי שיפוט אינם תלויים בהכרח במשאלות לב, בכישרון, במומחיות או בתגמול, והם ככל הנראה חלק בלתי נפרד מהכרתנו. חלק מהטיות אלה הוא שיטתי וצפוי, והבנה טובה יותר שלהן ושל היוריסטיקות המולידות אותן עשויה לשפר את שיפוטנו ואת החלטותינו הנעשים בתנאי אי ודאות.¹⁸¹ בהשלכה לענייננו, ההטיות עשויות לצוץ אצל העוסקים במלאכת השיפוט ללא קשר לכישרונם, להבנתם הסטטיסטית, לניסיונם, לתמריצים שיקבלו או לתגמול אחר: הן יקרו עקב קלות השימוש ביוריסטיקות המובנות בקוגניציה של האדם. ניתן לחלק באופן פשוט את תהליכי שיפור מיומנותנו להתגבר על ההטיות, ולו בחלקן, לשניים: שיפור "כללי" הנוגע למוכנותנו ולהבנתנו את תחום ההטיות, ושיפור "פרטני" העוסק בהטיות ספציפיות.

א. אם נקבל כהנחת יסוד את המודל שהציעו טברסקי וכהנמן – לראות את הכרתנו בעת שהיא מבצעת טעות שיפוט אינטואיטיבית, כמכילה שתי מערכות – הרי שעל מנת לשפר את מיומנותנו להחליט, יש לטפל בשתי המערכות הללו. אני מציע, כהשערה, כי יש לטפל בהן במשולב ולא בכל אחת כשלעצמה, כלומר, שיפור שיפוטנו האינטואיטיביים יקרה באמצעות שילוב של טיפול בגורמים הפוגעים והדגשת הגורמים המייעלים. לשם כך נציע לכל מחליט תזמון (עד כמה שניתן) של מועד ההחלטה והליך היווצרותה באמצעות אלה:

1. בחירת הרגע שבו מתבצעת הפעולה הקוגניטיבית. כלומר, אם אתה "איש של בוקר", השתדל להחליט בבוקר, ואם אתה "איש של ערב", השתדל להחליט בערב.
2. הקטנת "רעש" הנובע מעיסוק בו-זמני ביותר ממשימה קוגניטיבית אחת.
3. הקטנת יסוד "לחץ הזמן". ייתכן שנכון לצורך זה להאריך את זמן פעולת השיפוט (על מנת שהשיפוט יהא אינטואיטיבי פחות). ידוע כי החלטה בתנאי לחץ מועדת לטעות יותר מאשר החלטה בתנאים רגילים.¹⁸²
4. מתן תשומת לב להשפעתו של מצב הרוח על ביצוע ההחלטות: מצב רוח טוב משפר את איכות ההחלטה.

180 במאמר אחר הציגו כי דווקא בקרב חוקרים המכירים היטב את הסטטיסטיקה, יש נטייה לנבא את התוצאה המייצגת באופן הטוב ביותר את הנתונים, בלי להתחשב יתר על המידה בהסתברות מלכתחילה. ראו כהנמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 61.

181 שם, בעמ' 63.

182 זכאי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 81-82.

5. הגברת המודעות להטיות, לכוחן ולתוצאתן. כלומר, להכיר את הממצאים המחקרניים שבזיקה להטיות ולנהוג במידע זה באופן מידתי: לדאוג לכך שהמידע שהופנם בקשר להטיות לא יתבטא בתיקון-יתר, כך שתהיה הטיה לכיוון ההפוך וכן אימוץ פתיחות והקטנת ה"הינעלות".

שיפור בתחום ה"גורמים הפוגעים" עשוי להיות תוצאה של הדרכה, הכוונה, מפגשי שופטים, הכשרות וימי עיון למיניהם. הנחת המוצא שלי היא שהכשרתו של אדם כמשפטן ולאחר מכן כשופט עשויה להביא להתמקצעות ולהקטנת השפעתן של ההטיות על ההחלטות השיפוטיות.¹⁸³ ההכשרה כמשפטן מביאה, בין היתר, ליכולת החלה של אסטרטגיות ושל כללי החלטה;¹⁸⁴ לכך, שהערכות הנעשות בהקשרים של הכרעות הדורשים "פרשנות ראיות" תהיינה מודעות ומבוקרות יותר ורוויות פחות בדעות קדומות;¹⁸⁵ ולהשערה כי כישורי המשפטן בניתוח עדויות, בהשוואתן ובבנייה או בשחזור של סיפור עובדתי קוהרנטי בפרק זמן קצר, גבוהים מאלה של הדיוטות.¹⁸⁶ הדגשת ה"גורמים המייעלים" תיעשה באמצעות בחירת אנשים בעלי אינטליגנציה גבוהה, בעלי צורך בהכרה ביכולותיהם ובמיומנותיהם, בעלי יכולת ביקורת והמודעים להטיות הסטטיסטיות והאחרות.¹⁸⁷

ב. ברצוני להציע דיון ראשוני בתהליכי שיפור פרטניים של חשיבתנו האינטואיטיבית. השערתני היא כי הטיות ספציפיות דורשות תהליכי שיפור ספציפיים: לא הרי עמידה בפני תוצאותיו של הדיסוננס הקוגניטיבי כהבנת טיעונים בלתי רלוונטיים או עיסוק בעיגון. תחת הנחה זו, אציג לכל הטיה השערה כיצד להתמודד עמה.

הטיית היציגות מביאה להערכת הסתברות של שיוך א' לקבוצה ב' על פי דמיון של א' לחברי קבוצה ב'. מודעות ספציפית לעניין זה ולמחקרים שנעשו, עשויה לשפר את החלטת בית המשפט באופן שהטיה זו לא תשפיע על תוצאת ההחלטה (בהנחה שלא נעשה תיקון "יתר" לכיוון ההפוך). לא אחת מופיע בבית המשפט בשלב גזר הדין אדם עוטה זקן וכיפה על ראשו ומבקש את רחמי בית המשפט. בהנחה שהשופט אינו יודע שאדם זה משחק את ה"דתי" ואין הוא כזה לאמיתו של דבר, קיימת הסתברות שיוטה

183 מנשה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 105-106. מנשה סבור, בניגוד לדעתו של השופט כך – שלפיה מלאכת קביעת העובדות נשענת על ניסיון חיים אנושי יותר מאשר על שיקול דעת שיפוטי – כי להכשרה המקצועית עשויה להיות השלכה רצינית לניהול דיון "עובדתי".

184 שם, בעמ' 106.

185 שם, בעמ' 107.

186 שם.

187 מודעות זו ניתן להעשיר באמצעות ימי עיון והרצאות במסגרת הכשרת השופטים, ובעקיפין – דרך הכשרת עורכי דין וסטודנטים, כך שתובנות של התחום יחלחלו למערכת ויהדהדו בה.

וישית עונש כבד פחות משהיה משית על אדם מכוער, לבוש בלואים או בעל צבע עור שונה. כאמור לעיל, מודעות והכרת המחקרים בנקודה זו עשויים להשפיע על טיב החלטתו של השופט.

דרך ההתמודדות עם הטיית חוסר הרגישות לשיעורי הבסיס, תתמקד באימוץ חשיבה המביאה בחשבון ראשית לכל את שיעורי הבסיס הכלליים כנתון מהותי, ורק לאחר מכן – יוטלו עליהם נתוני המקרה הספציפי. באופן זה נמנעת ההטיה, ולמצער – השפעתה קטנה. מנגד, התייחסות לשיעורי הבסיס חייבת להיעשות בזהירות הראויה על מנת שלא תשפיע על משקלן של עובדות המקרה.

דרך ההתמודדות עם חוסר הרגישות לגודל המדגם, תהיה הכרה בסיסית של התורה הסטטיסטית בעניין גודלו של המדגם המייצג. יש להביא בחשבון את גודל המדגם בטרם תינתן החלטה מוטת בעניין זה, ובמיוחד יש להיזהר מכוח השכנוע של מדגמים קטנים. ידוע כי מסקנותיהם של מאמרים רבים בתחום הרפואה מבוססות על קבוצות נחקרים הקטנות באופן ניכר מגודל מייצג, ועל כן מסקנות אלה צריכות לבוא בחשבון בזהירות רבה. באופן דומה, כל חוות דעת של מומחה המבוססת על מחקרים חייבת לפרט את גודל המדגם שעליו הסתמך המומחה ואת הפגמים הסטטיסטיים האפשריים המתלווים למסקנותיו.

ההתמודדות עם תפישות מוטעות של מקריות חייבת להביא את השופט לגלות יתר זהירות בקביעת סיבתיות. במקרים רבים, מתבסס פסק הדין על קביעה של סיבתיות. אמנם, נאמר לא אחת כי מדובר בסיבתיות "משפטית" אשר, במקרים רבים, אינה "מדעית" או "מבוססת מחקרית" אלא היא תולדת הצירוף של הממצאים ושל אמות מידה שיצרו החוק והתקדימים המחייבים. מכאן, ייתכן שיש לבקש יתר פתיחות של ערכאת הערעור לקביעת הסיבתיות על ידי הערכאה קמא, על אף היותה מבוססת בעיקר על עובדות, בניגוד לתפישה הכללית שלפיה ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בממצאי בית המשפט קמא, אלא במקרים נדירים בלבד.

אשליית התוקף עצמה, המשקפת את ביטחונם של מחליטים בטיב ניבויים, נותרת בעינה אפילו האדם המנבא מודע לגורמים המגבילים את ניבוי. לפיכך, מודעות לקיומה של אשליה זו אינה מספיקה ויש לתקוף את השפעתה בדרך דרמטית יותר. ייתכן שבאותם מקומות במשפט שבהם יש סיכוי להתגשמותה, יצור המחוקק, או אף בתי המשפט, מנגנון בקרה רב עוצמה המקטין את השפעתה של הטיה זו. יש, לדוגמה, למזער את משקל אמירותיהם של צדדים למשפט שנאמרו מחוץ לפרוטוקול; ייתכן שיש ליצוק תוכן אובייקטיבי ל"אותות האמת" ולנטר בכך את הסובייקטיביות של ההתרשמות מנאשמים או מבעלי דין ועדים; יש ליצור מסגרת ביקורת לאמירות הצדדים בקדם המשפט, וכיו"ב.

בעניין התפישות המוטעות באשר לתסוגה לממוצע, נדמה כי יש להביא בחשבון את השפעתה של התסוגה במקומות קריטיים במהלך המשפט, כגון בשלב גזר הדין, בשלב קביעת העונש והרכבו. במסגרת זו יש להביא בחשבון את השפעתם של גיליון ההרשעות הקודמות, של מקרים אחרים שבהם טיפל השופט באופן "סיטוני" (כגון

אישומים בתחום התכנון והבנייה או עבירות הנחשבות ל"מכת מדינה" ועניינים דומים על התוצאה המשפטית שנרשמה על ידי השופט.

בעניין כשל הצירוף, שלפיו שפיתנו מוטית בעת שנוספים פרטים לתיאור פלוני ההופכים לכאורה את התיאור לסביר יותר, ראוי להביא בחשבון כי תוספת מידע אינה מחזקת בהכרח את המסקנה המשפטית ואינה הופכת אירוע למסתבר יותר. אמנם, טענה זו מצויה בניגוד לכללים המשפטיים בעניין "דבר-מה נוסף" או "דבר לחיזוק" העשויים לחרוץ את גורל ה"אשמה" במשפט, אך המדובר הוא בתוספת מידע שאינה רלוונטית ושקשה לזהות זאת ממבט ראשון. לפיכך, בנסיבות המשפטיות שבהן נפרש מידע נוסף, יש להפעיל מערכת בקרה לזיהוי הרלוונטיות של תוספת המידע ולא לייחס לה משקל ראייתי נוסף ללא בקרה כזו.

בעניין העדות המוטה, חשוב לשפר את מיומנות הביקורת העצמית כך שההטיות לא יחלפו מעל סף הקשב והביקורת של השופט. בעניין זה, לפי דעתי, ניתן לשפר מיומנות על ידי משחקי סימולציה והצגת אירועים שבהם כשלו שופטים. סימולציות ומשחקי תפקידים עשויים לתרום להיכרות טובה ולמודעות להטיות שמקורן בחשיבה סלקטיבית, בהטיית האישוש או האישור ובהטיית השלילה – אותן הטיות העלולות להביא לעיוותי תפישה, וכתוצאה מכך – להחלטות שגויות.

יוריסטיקת הזמינות היא כלי שימושי להערכת הסתברותם של אירועים. הטיית הזמינות נוצרת, בין היתר, מתוך הסתמכות על הזיכרון במקום ניתוח עובדתי וקביעת הסתברות אובייקטיבית. שיפור המיומנות בעניין זה עשוי להיווצר כאשר בנסיבה המתאימה ישאל השופט את עצמו אם מסקנתו באותו עניין אינה בעיקרה תוצאה של זיכרון זמין ושליפת נתונים קלה, במקום להעניק משקל מתאים לנתונים האובייקטיביים. שאלה זו עשויה להוות מערכת-בקרה מקומית שתקטין את השפעתה של הטיית הזמינות.

נאמר קודם, כי הטייה זו פוגעת פגיעה של ממש בערעורים המכונים "ערעורים בגלגול שלישי". בערעורים מסוג זה, קלה ידם של שופטי בית המשפט העליון לסלק את הערעור על הסף תוך כדי הסתמכות על הלכת **חניון חיפה**. מדוע, אם כן, יתאמצו בעלי דין ויגישו בקשות לרשות ערעור או ערעורים חוזרים ונשנים? האם רק משום הנטייה להגיש ערעורי סרק? האם לא ייתכן כי לא אחת יש צדק בערעורים כאלה? בהנחה כי לא אחת יש צדק בהגשת ערעורים מסוג זה, ניטורה של יוריסטיקת הזמינות עשוי לאפשר התבוננות מעמיקה יותר והקטנת התרעומת של מתדיינים.

מידת הדמיון שבין המקרה שבו מטפל השופט למקרים אחרים עלולה להביא את השופט למסקנות שגויות. הדמיון שבין מקרים אינו מוליך בהכרח למסקנה משפטית דומה. מכאן, שכל אימת שעומד לפני שופט מקרה הדומה למקרה אחר שבו טיפל או למקרה המוכר לו מפסק דין שקרא, יציג לעצמו את השאלה "האם הדמיון שבין המקרים הוא כזה שאף מסקנת המשפטית תהיה דומה, או שיש בעניין זה נסיבות העשויות להולכני לתוצאה שונה?". לעניות דעתי, שאלה כזו די בה כדי ליצור מערכת-בקרה יעילה ל"ידיעה השיפוטית". שאלה דומה תישאל במקרים של הערכת סיכונים.

על השופט לשאול את עצמו אם ההסתברות שהוא מייחס לסיכון פלוני עומדת במבחן המציאות או שמה ניתנה לה הערכת-יתר או הערכת-חסר.

בלימת הטיות שיפוט, הנובעות מהכללות חפוזות ומטיעוני מדרון חלקלק, תיעשה באמצעות הכרה טובה של מבני טיעונים אלה. זיהוי המבנה הפורמאלי של טיעונים כאלה די בו כדי לבלום את השפעתם על הכרתו של השופט. בתוספת לכך, בעת שמוצגים לפניו טיעונים כאלה, על השופט לבקש פרטים וראיות נוספים שיבססו את הטיעון. קיים קושי לבסס טיעונים השייכים למשפחת ההכללות החפוזות והמדרון החלקלק, כי פרטים או ראיות נוספים אינם יכולים לתרום לביסוס מסקנת הטיעון ועל כן, בקשת הפרטים הנוספים ודרישת אישוש מסקנת הטיעון מהווים מערכת בקרה העשויה למנוע השפעתם של טיעונים ממשפחה זו.

יוריסטיקת העיגון מביאה להטיית הערכותינו אל נקודה שנוצרה באקראי או במכוון, אך אין בה רלוונטיות אמיתית. שופטים משתמשים ביוריסטיקה זו במכוון כאשר הם מעוניינים שצדדים יתפשרו סביב תוצאה מסוימת. הם נוהגים לציין את המספר הספציפי, ומתוך ניסיונם קיימת הסתברות גבוהה שצדדים יתפשרו סביב מספר זה. צדדים למשפט נוהגים באופן דומה על מנת להביא את הצדדים שכנגד ואת בית המשפט לתוצאה הרצויה להם. השימוש בעיגון – אינטואיטיבי או מכוון – רב בתהליכי משא ומתן. כתוצאה משימוש זה עלול השופט להיות מוטה, ולעתים – להמשיך להחזיק באמונה המבוססת על נתונים בלתי רלוונטיים. מכאן, שהשיפור אצל השופט חייב להיות הן באיתור טכניקת העיגון והן בחידוד יכולת הביקורת העצמית. אלה נעשים מתוך הכרת התחום, מודעות לאפשרויות השונות שבהן מתבצעת יוריסטיקה זו, סימולציות והצגת אירועים שבהם משתמשים ביוריסטיקה זו, ושימוש בבקרה על דרך הרהור נוסף המביא בחשבון את תוצאותיה של יוריסטיקה זו.

2. שיפור החשיבה (וההחלטה) הסדורה

שיפור מיומנויות החשיבה הסדורה דורש בעיקר תהליכים¹⁸⁸ שעיקרם תכנון, מודעות ובקרה, אישיים ומערכתיים. התכנון יספק תרשים זרימה גמיש לקבלת החלטה נכונה. הבקרה תספק מערכת מנטרת לשיפור ההחלטה, והמודעות תשלים את התכנון והבקרה תוך יצירת ספירלת שיפור מתמדת וגמישה.

188 יש להבחין בין תהליך של יצירת החלופות להכרעה לבין ההכרעה עצמה העשויה להתבסס על העדפה והעשויה להיות, במקרים סבוכים, פועל יוצא של הבניית שיקול הדעת כפי שיצר הנשיא (בדימוס) פרופ' אהרן ברק בספרו **שיקול דעת שיפוט** (1987). במבוא לספר זה הוא מבהיר כי לא יעסוק במלוא התהליך האינטלקטואלי של החשיבה והשקילה (שבו עוסק מאמרי) אלא במצב **שלאחר** תהליך זה – עת מוצא השופט את עצמו לפני כמה אפשרויות שכולן חוקיות. במצב זה מציע ברק דרכים ואופנים להפעלת שיקול הדעת במקרים הסבוכים, ולהכרעה. מכיוון שספרו זה של ברק מוליך להבניית שקילת החלופות **לאחר** תהליך יצירתן והכרעה ביניהן, מדובר בחשיבה סדורה. ברק מעמיד לפני המחליט גישות, מקורות וערכים, כמו גם מגבלות ובעיות.

ברמת מערכת המשפט, הוועדה לבחירת שופטים יצרה רשימת דרישות ותכונות שהמועמד לשפיטה יהא ניחן בהן.¹⁸⁹ מובן שרמתו של המועמד כמשפטן היא קרדינלית, אך נבדקים גם היבטים אישוריים, תרבותיים והתנהגותיים של המועמד. הדרישות העיקריות הן מזג שיפוטי המתבטא בסבלנות, בסובלנות, בפתיחות ובאופי יציב; בשקט נפשי; ביכולת עמידה בלחצים; ביכולת ליצור קשר עם אנשים; בגיוני משפט; באינטגריטי וביושר אינטלקטואלי; בהגינות כלפי הזולת; באמות מידה מוסריות; בעצמאות חשיבתית;¹⁹⁰ באי תלות; בחכמה; בתבונה, ועוד. דרישות אלה מגדילות את הסיכוי לפתיחות השופט ולשילוב יסודות של תכנון, בקרה ומודעות להחלטותיו.

ברמה האישית, נוסף לתכונות האישיות ולהתנהגותו של המועמד, נדרשת מקצוענות החובקת יכולות משפטיות וניהוליות גבוהות ויכולת הביקורת העצמית הכוללת, בין היתר, מודעות לקיומן של טעויות והכרת דפוסייהן. ג'ניס ומאן ליקטו מהספרות הנרחבת העוסקת בקבלת החלטות שבעה קריטריונים עיקריים שיש להשתמש בהם "כדי לקבוע, אם הליכים מסוימים של קבלת החלטות הם בעלי איכות גבוהה ואם לאו".¹⁹¹ לטענתם, "סביר להניח כי החלטות העונות על שבעה תבחינים 'אידיאליים' אלה, [שיוצגו להן – ח' ב'] סיכוייהן רבים משל האחרות להביא להשגת מטרותיו של מקבל ההחלטות ולהגשמתן הלכה למעשה בטווח הארוך".¹⁹² אלה שבעת הקריטריונים המוצעים שליקטו ג'ניס ומאן:

1. על המחליט לבדוק ביסודיות מגוון רחב של קווי פעולה אפשריים.
2. על המחליט לסקור את מכלול המטרות שיש להגשימן ואת הערכים המתחייבים מן הבחירה.
3. על המחליט לשקול בזהירות את המחירים ואת הסיכונים הכרוכים בתוצאות החיוביות או השליליות העשויות לנבוע מכל חלופה.
4. על המחליט לחפש באינטנסיביות מידע רלוונטי חדש שיש בו כדי לקדם את הערכת החלופות.
5. על המחליט להטמיע באופן נכון ולהביא בחשבון כל מידע חדש המובא לידיעתו, אף במקרים שהמידע אינו תומך בקו הפעולה שהועדף על ידיו בתחילה.

189 כללי השפיטה (סדרי העבודה של הוועדה לבחירת שופטים), התשנ"ד-1993 ק"ת 218. כן ראו מרכזי בן דרור **התנהגות שופטים** 47 (2005). עוד ראו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 408 (2004).

190 באשר להתייעצות השופט עם עמיתים בשאלות שלפני הכרעה, ראו בן דרור, שם, בעמ' 356-357.

191 ג'ניס ומאן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 11.

192 שם.

6. על המחליט לחזור ולבדוק את התוצאות החיוביות והשליליות של כל החלופות הידועות, לרבות אלה שנחשבו בתחילה לבלתי קבילות, בטרם יבחר סופית באחת מהן.

7. על המחליט לערוך סידורים מפורטים לביצוע או להוצאה לפועל של קו הפעולה שעליו החליט.

ג'ניס ומאן הניחו כי התעלמות מאחד הקריטריונים הללו לפני החלטה רבת משקל, מהווה פגם מפורש בהליך קבלת ההחלטות. הם סברו כי לפגמים אלה יש פוטנציאל ליצור תחושות חרטה. מנגד, זה העומד בכל שבעת הקריטריונים ייחשב למעבד מידע זהיר שהוא תנאי הכרחי, גם אם לא מספיק, לגיבוש החלטה שתשביע את רצון מקבלה לאורך ימים. שימוש בקריטריונים אלה והפנמתם עשויים לסייע ביצירת הליך ראוי לקבלת החלטות.¹⁹³

החלטות שלאחר חשיבה סדורה תלויות בנטייתו, ביכולותיו ובמבנה אישיותו של השופט. מכאן, אפשר שהכרתו של השופט תוטה בשל מגבלות זיכרון, בשל גורמים רגשיים כגון דיסוננס קוגניטיבי, בשל סביבה חברתית ומקצועית, בשל לחצים חברתיים וארגוניים, בשל נטייה ל"שנאת סיכון" או ל"אהבת סיכון", בשל נטייה לאופטימיות יתר, וכיו"ב.

כדי ללחום בהטיית המצב הקיים, שמקורה ככל הנראה בנטייה ל"שנאת הפסד", יש להקים מערכת ניטור ובקרה שתפעל לאורך שלבי ההחלטה השיפוטית ותנפק שאלות, כגון: עד כמה עובדות המקרה שבו אתה עוסק עתה דומות לעובדות מקרה שבו נפסקה הלכה המוכרת לך; עד כמה אתה פתוח לביקורת, ולחלופין – האם אינך "נעול" סביב קו מסוים; עד כמה אתה מתעלם מראיות מסוימות ה"מפריעות" לביטחונך בקו פלוני; עד כמה אתה זוכר אירועים שהתרחשו באולם בית המשפט והאם אתה מודע למגבלות זיכרוןך ובעיקר למגבלות הפרוטוקול המובא לעיוןך זמן רב לאחר שנרשם; עד כמה אתה מגביל את התערבותה של ערכאת הערעור באמצעות ביצור עמדתך, ועוד. מערכת ניטור ובקרה דומה חייבת לעמוד לפני השופט בעת שהוא מוטה עקב ביטחון יתר או אופטימיות חסרת בסיס.

לגורמים הרגשיים, כגון לדיסוננס הקוגניטיבי שתואר לעיל, עלולה להיות השפעה עצומה על הכרתו של השופט, ומכאן – על החלטותיו. קשה להניח כי יש דרך אחת לרסן הפרעות רגשיות אלה, המתבטאות בעוצמות שונות ובאופנים שונים אצל אנשים שונים. נדמה כי מודעות לכוחן של ההפרעות הרגשיות עשויה לסייע במידת-מה, אך מנגד אין זה ברור עד כמה אכן תסייע מודעות זו. האם ניתן לנבא כיצד יחליט שופט בפעם הבאה שבה יהיה עליו לגזור את הדין, לאחר שהתברר לו כי שלח מאן דהוא

193 אמנם ג'ניס ומאן מדרו את טיב ההחלטה באמצעות מידת שביעות הרצון של מקבלה, אך ניתן למדוד את טיב ההחלטה גם בדרכים אחרות.

לתקופת מאסר ארוכה מזו שהיה צריך לשלוח אותו? האם ישנה שופט את עמדתו לגבי פשרה כשהתברר לו כי במקרה אחר בעבר הלחץ שהפעיל על מנת שצדדים יגיעו לפשרה היה כזה שפגע באחד מהם? כיצד ישפיע על השופט הדיסוננס הקוגניטיבי שיווצר אצלו כאשר הכריע את המשפט עוד בתחילתו, עוד לפני שנשמע כל חומר הראיות בתיק (מה שמכונה בספרות: ה-hunch) ולאחר מכן הצביע חומר הראיות הכולל על כיוון שונה?¹⁹⁴ נראה לי שסוגיה זו יש עוד ללבן ואני מאמין כי מחקר רב תחומי שישתתפו בו לכל הפחות פסיכולוגים ומשפטנים עשוי ליצור דרכים לשיפור מיומנותו של המחליט בעת שהוא חש את עוצמת הדיסוננס הקוגניטיבי או כל הפרעה רגשית אחרת.

מעבר לאלה, קיימים מקורות רבים נוספים העלולים לגרום לטעויות בשיקול הדעת. הסחת הדעת על ידי היבטים בלתי רלוונטיים, תנאי לחץ תמידיים, טעויות ייחוס ועודף מידע עלולים לעמוד אף הם לרועץ בפני החשיבה הסדורה. הסחת דעת זו עלולה להביא לתוצאות שגויות של שיקול הדעת; לחצים חברתיים (חשיבה קבוצתית שעליה עמדנו קודם לכן) וארגוניים עלולים אף הם לשבש את שיקול הדעת; בתנאי לחץ ועודף מידע, נוטים אנשים להשתמש בכמות מצומצמת בלבד של מידע מתוך זה העומד לרשותם, וככל הנראה גם במשאבים קוגניטיביים מעטים מתוך שלל כלי החשיבה. על אלה ניתן להתגבר באמצעות היכרות עם מגבלותינו וסימולציה של מקרים שמהם ניתן ללמוד כיצד לנהוג במקרים דומים. ניתן להתעמת עם טעויות ייחוס ועם עיוותי פרופורציה באמצעות אימון, ניסיון מצטבר וסימולציות. נוסף לאלה, תכונות אישיות, כגון דחיינות (המתבטאת בנטייה לדחות החלטות עד אשר כלו כל הקיצין), אימפולסיביות (המתבטאת בקבלת החלטות המהווה "שליפה מן המותן"), שמרנות והתבצרות (שעליהן עמדנו קודם לכן) או נטייה ליטול סיכונים, עלולות לשבש אף הן את שיקול הדעת. לכן, הכרת מקורות השיבוש יחד עם צמצום השפעתם עשויים לשפר את רמת ההחלטות.

3. שיפור קבלת החלטות בצוות

ניתן לצמצם את הסכנות שבחשיבה הקבוצתית על ידי בחירת אנשים בעלי חשיבה פתוחה ועצמאית לכס השיפוט, יצירת מודעות לסכנות החשיבה הקבוצתית והדגשת מקומו של המצפון הפרטי במלאכת השיפוט. מעבר לאלה ניתן למנוע קבלת החלטות "קבוצתית" באמצעות אלה:

1. יצירת נהלים המסדירים באופן פורמלי את דרכי קבלת ההחלטות.
2. יצירת מערכות בקרה שימנעו חשיבה קבוצתית או קונפורמיות, כגון מתן תשומת לב מרבית להשפעת דעה של חבר על שיפוטן; מיסוד תפקיד העוזר המשפטי

194 בעניין זה אני חב תודה לשופט האנונימי של מאמרי שהצביע על אפשרות זו.

כ"פרקליט השטן" (Devil's Advocate) – שיהא עליו להפעיל שלב ביניים של "התנגדויות" טרם ההכרעה.

3. פיתוח תרבות צוותית-ארגונית הנטועה באקלים של פתיחות.
4. יצירת מערכת של איזונים ובלמים אל מול לחצים העשויים להגיע מכיוונה של הנהגת הקבוצה.
5. הדרכה והקניית מיומנויות באמצעות ימי עיון והשתלמויות ובהם, לדוגמה, לנסות להתמודד עם סימולציות ומצבים היפותטיים של השפעה קבוצתית.

4. דרכים נוספות לשיפור תהליכי החלטות

דרך יצירתית ומרתקת לשיפור ההחלטות – אינטואיטיביות כסדורות – היא שילוב של פתרון חידות מתמטיות ושימוש בהומור בתהליכי ההכשרה וההעשרה. פתרון של חידות מתמטיות (גם לחסרי השכלה מתמטית גבוהה) עשוי, כך משערים חוקרים, להביא לביצועים טובים יותר של חשיבתנו.¹⁹⁵ השימוש בחידות המתמטיות אמור להדגים עקרונות חשיבה ולהקנות אסטרטגיות חשיבה חדשות. שימוש במתודולוגיה של חידות מתמטיות עשוי לסייע בהערכה מחדש של מערכת ה"אמיתות" של כל אחד מאתנו.¹⁹⁶ יתר על כן, חידות מתמטיות מאפשרות להדגים כשלים קלאסיים בקבלת החלטות ובהסקת מסקנות.¹⁹⁷ השימוש בהומור מביא, ככל הנראה, לפיתוח רבדים נוספים בהבנתנו ולהרחבת תחומי האינטלקט.

במחשבה לעתיד, ייתכן שראוי לבנות או לשכלל תהליכי בקרה וניטור המתייחסים למלאכת ההכרעה השיפוטית, כגון בהערכת עדויות או בהחלטה בסעדים זמניים ובבקשות ביניים, באופן שמערכת בקרה פנים-מערכתיות זו תשלים את מערכות הבקרה החיצוניות (הליכי השגה, עיון מחדש, ביטול, ערעור ודומיהם).

ה. סוף דבר

מאמר זה סקר הטיות קוגניטיביות עיקריות שנמצאו במחקרים בתחום והדגים חלק מהן במלאכת ההכרעה של השופטים. הנחת היסוד שלו שנתחזקה בספרות עשירה של התחום, היא שהשופט הוא אחד האדם, ונוטה כמו כל אחד אחר להיות מוטה בנסיבות של החלטות, בפרט אלה הנעשות באופן אינטואיטיבי. הטיות עלולות לצוץ

195 דרך זו הוצעה במאמרו של אייל סולגניק "הכשרת מנהלים באמצעות חידות מתמטיות: אוקסימורון או גישה יעילה?" **משפט ועסקים** ז 298 (2007).

196 שם, בעמ' 300.

197 שם, בעמ' 305.

גם בחשיבה הסדורה, אלא שיש להניח כי משקלן ונזקן אינם רבים כמו בהטיות הנעשות תוך חשיבה אינטואיטיבית. נדמה כי ככל שהחלטה השיפוטית מתגבשת בשלב מוקדם יותר (קריאת כתבי הטענות, תצהירים, עדויות הצדדים), משקלה של החשיבה האינטואיטיבית בקבלת ההכרעה השיפוטית כבד יותר, ומאליו גדלה כמות המכשולים וההטיות הרובצים לפתחה של הכרעה זו. במיוחד ניתן לשער כי הטיות יצוצו בהחלטות בסעדים זמניים, בהחלטות ביניים ובהחלטות של שופטים לאחר שהוגשה נגדם בקשת פסלות.

השאלות המבקשות תשובה – ומאמר זה מנסה ליתן להן ראשית תשובה – הן אם הפעלת "מערכת 2", על הכשלים המובנים שבה, מסוגלת לתקן באופן יעיל כשלים שמקורם בחשיבה אינטואיטיבית, במיוחד כאשר ההכרעה התגבשה בשלב מוקדם. האם ניתן ליצור, במסגרת הכישורים השיפוטיים, מנגנון אשר מונע/ממזער התגבשות החלטה שיפוטית בשלבים הראשוניים ומשאיר, באמת ובתמים, את כל האופציות פתוחות עד לשלב הסופי של המשפט? ולבסוף, האם לצורך כך ניתן להסתפק בפיתוח המודעות מצד השופטים לכשלים בחשיבה האינטואיטיבית, או שיש צורך לפתח מנגנון הכשרה מובנה וגמיש אשר יעצים באופן ניכר את יכולותיהם של השופטים בהקשר זה? אני מאמין כי ניתן לתקן כשלים והטיות, כי ניתן לפתח ולהקנות כלים ומיומנויות שימנעו או ימזערו את ההטיות בהחלטות השיפוטיות, וכי ראוי לצייד את השופטים בכלים ובמיומנויות אלה ולמעשה ניתן להחליף את המילה ה"אם" במילים "באלו תנאים או נסיבות" ולאתר תנאים ונסיבות לשיפור המיומנויות.

נוסף לכך, אני סבור שראוי לבצע מחקר יסודי, תיאורטי ויישומי שיתבצע דרך קבע במרכזו אקדמי, שיבחן תהליכי החלטה בכלל, והחלטות במשפט בפרט, שיעסוק בשאלות אלה ואחרות בתחום זה ושיגדיל את הבנתנו בתהליכי קבלת ההחלטות ובגורמים הדומיננטיים המשפיעים עליהן.