

האפקט הרגרסיבי על הפסיקה קמא

מאת

אורי וייס*

לאי-ודאות משפטית יש אפקט רגרסיבי על הפשרה. במאמר זה אראה כי לאי-ודאות משפטית יש גם אפקט רגרסיבי על פסקי דין שניתן לערער עליהם. לשון אחר, כאשר פסק הדין הוא בר-ערעור, אי-ודאות משפטית גוררת פסיקה רגרסיבית. אראה, כי אם נניח כי מטרתו של השופט קמא היא למזער ערעורים, הרי שאי-ודאות משפטית מובילה לכך שהשופט קמא יישם את פסיקת העליון באופן רגרסיבי יחסית למה שהיה פוסק העליון. כלומר, במשטר משפטי לא ודאי פסיקת אותו שופט קמא תהא מוטה, כך ששונאי סיכון יזכו לסכומים נמוכים יותר ממה שהיה פוסק להם העליון. ככל שאי-הוודאות תהא גדולה יותר, כן ההטיה הרגרסיבית תהא גדולה יותר. מקובל לראות עניים ונשים כיותר שונאי סיכון, ובהינתן שכך יזכו לסכומים נמוכים יותר במשטר משפטי לא ודאי, שבו הפסיקה היא בת-ערעור.

* תחילתו של המאמר בעבודת תזה שכתבתי בהנחייתו של פרופ' עמרי ידלין. תודתי נתונה על אי-הותרת רעיון אחד בלי להיטיבו לפרופ' עמרי ידלין ולמנחיי בעבודת הדוקטורט, פרופ' ישראל אומן ופרופ' אהוד גוטל. אני מודה לד"ר אירית חביב-סגל שהסבה את תשומת לבי לכך שיש לפרסם את הרעיון שהגיתי בסמינר שלה, כמו גם לד"ר אברהם טבח, לפרופ' אורן ברגיל, לפרופ' אייל וינטר, לפרופ' אלחנן בן פורת, לפרופ' אלימלך ווסטרייך, לפרופ' אריאל פורת, לברק אתירם, לפרופ' דיוויד גילה, לפרופ' דניאל כהנמן, לפרופ' יוסף אגסי, לפרופ' מוטי פרי, לפרופ' מיכאל משלר, לפרופ' מנחם מאוטנר, לפרופ' סרג'יו הארט, לפרופ' עלי זלצברגר, לפרופ' קנת אירו, לד"ר שי לביא ולפרופ' שרון חנס על שיחותינו בעניין. כמו כן אבקש להודות למשתתפי סדנת התזה תל-אביב תשס"ה (המאמר הוצג שם והועלה לאינטרנט ביוני 2005), הסדנה למשפט וכלכלה באוניברסיטת תל-אביב; למשתתפי הסדנה בתאוריה כלכלית – המרכז לרציונליות והחוג לכלכלה האוניברסיטה העברית, למשתתפי הסמינרים "מיוזגים והשתלטויות", "פירוקים ופשיטת רגל" והקורס בדיני חברות של ד"ר אירית חביב-סגל; למשתתפי ההרצאה ב־Universidad Complutense de Madrid; למשתתפי Corsica Law and Economics Workshop 2006; לסמינר המחלקתי המכללה למנהל; לכנס החמישי של האגודה הישראלית למשפט וכלכלה ולכנס ה-12 של ה-FUR; לסמינר בתורת המשחקים בטכניון ול-The 17th International Conference on Game Theory, Stony Brook. זאת ועוד: אני מודה מאוד לקורא החיצוני, לעורכות משפטים מיטל ברחי וענת זוהר, לעורך הטכני סם ירמיהו ולחברות וחברי המערכת על הערותיהם המועילות מאוד. כמו כן אני מודה לאוניברסיטת תל-אביב ולאוניברסיטה העברית על המלגות לכתיבת העבודה. האחריות לטעויות מוטלת כמובן עליי.

פתיח. א. מבוא. 1. על מושג ה"אי־ודאות משפטית"; 2. האפקט הרגרסיבי של אי־ודאות משפטית על הפשרה; ב. האפקט הרגרסיבי של אי־ודאות משפטית על פסיקה בת־ערעור: יישום רגרסיבי של פסיקת העליון. ג. מדוע טווח החלטה רגרסיבי גורר פסיקה רגרסיבית בפועל? 1. מדוע צפויה הטיה רגרסיבית אפילו שתוחלת העליון נמצאת בטווח ההחלטה של השופט? 2. מדוע לפעמים תוחלת העליון צפויה להיות אף מלבד טווח ההחלטה של השופט? 3. סיכום: מדוע יוביל הטווח הרגרסיבי לפסיקה רגרסיבית בפועל? ד. בחינת ההנחה בדבר מטרת השופט. ה. הנחות אלטרנטיביות באשר לפונקציית המטרה של השופט. 1. מה קורה כשההנחה שפונקציית המטרה של השופט היא מזעור ערעורים אינה מתקיימת? 2. מה קורה כשפונקציית המטרה של השופט היא מזעור של טעות ממוצעת בתיקים המערערים? 3. אתגור הנחה אחרת: תחולת האפקט במקרים שבהם פסיקת בית המשפט קמא חייבת להיות בינארית; 4. מה קורה כשהשופט מתעלם מהאופציה שיערערו עליו ופוסק תמיד על־פי שיקול דעתו? ו. אפליקציות של האפקט הרגרסיבי על הפסיקה בת־הערעור. 1. זכות הערעור והקונפליקט המעמדי; 2. הערכת שופטים; 3. יחסי בית המשפט העליון ובית המשפט קמא; ז. נספח: עניים ונשים כשונאי סיכון. 1. עניים כיותר שונאי סיכון מעשירים; 2. נשים כיותר שונאות סיכון מגברים; סוף דבר.

פתיח

לאי־ודאות משפטית יש אפקט רגרסיבי על הפשרה. במאמר זה אראה כי לאי־ודאות משפטית יש אפקט רגרסיבי על פסקי דין שניתן לערער עליהם. לשון אחר: כאשר פסק הדין הוא בר־ערעור, אי־ודאות משפטית גוררת פסיקה רגרסיבית. אראה שאם נניח כי מטרתו של השופט קמא היא למזער ערעורים, אזי אי־ודאות משפטית מובילה לכך שהשופט קמא יישם את פסיקת בית המשפט העליון באופן רגרסיבי יחסית למה שהיה פוסק בית המשפט העליון. במשטר משפטי לא ודאי הפסיקה של השופט קמא תהא מוטה כך שיותר שונאי סיכון יזכו לסכומים נמוכים ממה שהיה פוסק להם העליון. ככל שאי־הוודאות תהא גדולה יותר כך ההטיה הרגרסיבית תהא גדולה יותר. מקובל לראות עניים ונשים כיותר שונאי סיכון, ובהינתן שכך נשים ועניים יזכו לסכומים נמוכים יותר במשטר משפטי לא ודאי שבו הפסיקה היא בת־ערעור.

המאמר בנוי כך: תחילה אעמוד, במבוא, על משמעות המונח "אי־ודאות משפטית"; אחר כך אסביר מדוע אי־ודאות משפטית גוררת טווח החלטה רגרסיבי של השופט בר־הערעור. בהמשך אסביר מדוע טווח ההחלטה הרגרסיבי הזה של השופט קמא יגרוור גם פסיקה רגרסיבית; ולאחר מכן אטעים מדוע ההנחה שמטרת השופט הינה למזער ערעורים היא סבירה. אחרי כן אבדוק מה מתחולל כשאנו מניחים הנחות אלטרנטיביות לגבי מטרת השופט קמא; כמו כן אצביע על כמה לקחים באשר ליחסים בין בית המשפט העליון לבית המשפט קמא במשטר משפטי לא ודאי. עיקר הלקחים הוא שאי־ודאות משפטית תהפוך את בית המשפט העליון לבית המשפט הפרוגרסיבי ביותר בכלל בתי

המשפט. בתי משפט תחתונים יוכלו להיות רגרסיביים מבית המשפט העליון, אך לא פרוגרסיביים ממנו. עם זאת, מי שיתרשם מהפסיקה קמא רק דרך הפסיקה שהתגלגלה לערעור, ייעלם מעיניו עד כמה הפסיקה קמא היא רגרסיבית. אחתום את המאמר בנספח שבו אדון בטענה כי עניים הם יותר שונאי סיכון מעשירים ונשים לפחות נתפסות כיותר שונאות סיכון מגברים.

א. מבוא

1. על מושג ה"אי־ודאות משפטית"

אי־ודאות משפטית היא השונות של התפלגות התוצאה בבית המשפט.¹ מדובר במידת הפיזור של ערכי הפסיקה הצפויים סביב תוחלת הפסיקה הצפויה. כך, למשל, אם התוצאה המשפטית מתפלגת נורמלית, הרי שככל שהפעמון מכונס יותר – צר יותר – כך התוצאה המשפטית קרובה יותר להיות ודאית.

על סמך הגדרה זו, אי־ודאות משפטית היא קטגוריה רציפה ולא בדידה. אין מדובר באפס או באחת, בכלל משפטי ודאי או בכלל משפטי לא ודאי, אלא בכלל משפטי לא ודאי יותר או בכלל משפטי לא ודאי פחות. משמע, אי־הוודאות היא בת־כימוי. ניתן למדוד אותה בערכים מתמטיים והיא משתרעת על פני ספקטרום.

הביטוי "אי־ודאות משפטית" מורכב משתי תיבות שנויות במחלוקת: "משפט" ו"אי־ודאות (משפטית)". ההגדרה הנקוטה במאמר זה היא למעשה ריאליסטית בהבנתה את המושג "משפט". לפי הגדרה זו, המשפט הוא מה שבית המשפט צפוי לפסוק. לכן, אי־ודאות משפטית היא אי־הוודאות של התוצאה הצפויה בבית המשפט. זאת להבדיל, למשל, מגישות שיראו את המשפט כעובדה חברתית – כחוק או כתקדים מחייב תקפים בשיטה נתונה (פוזיטיביזם), או כמה שראוי לבית המשפט לפסוק (נונ־פוזיטיביזם).

את התיבה "אי־ודאות" אני תופס כחוסר פרדיקטיביליות, קרי: אי־ודאות משפטית היא חוסר הפרדיקטיביליות של התוצאה המשפטית, זאת באופן בלתי־תלוי בתוכנה ובראויותה. מכאן שאי־הוודאות המשפטית, לשיטתי, היא חוסר הפרדיקטיביליות של התוצאה המשפטית.

1 השונות מודדת את ממוצע ריבועי הסטיות מן התוחלת. אי־הוודאות המשפטית היא אפוא ממוצע ריבועי הסטיות של התוצאות המשפטיות הצפויות מתוחלת התוצאה המשפטית הצפויה. כך, למשל, אם יש סיכוי של 1/3 שבית המשפט יפסוק 1 שנת מאסר, סיכוי של 1/3 שבית המשפט יפסוק 2 שנות מאסר, וסיכוי של 1/3 שבית המשפט יפסוק 3 שנות מאסר, הממוצע הוא 2 שנות מאסר והשונות היא: $Var = [(1-2)^2 + (2-2)^2 + (3-2)^2]/3 = 0.667$.

מובן כי אין צורך לאחוז בתפיסה ריאליסטית של המשפט כדי לקבל את הנאמר במאמר זה. בלתי-ריאליסטים פשוט יבינו את המושג "אי-ודאות משפטית" שאני נוקט כחוסר פרדיקטיביליות של התוצאה בבית המשפט. לשיטתם, אני למעשה טוען כי לחוסר פרדיקטיביליות משפטית (או לאי-ודאות של תוצאת המשפט) – הנמדדת על-פי שונות ההתפלגות – יש אפקט רגרסיבי על הפסיקה בת-הערעור. מה שאני אומר לגבי אי-ודאות משפטית היא תקף, לשיטתם, לגבי חוסר פרדיקטיביליות של התוצאה המשפטית. ומתי תהא מחלוקת אם מדובר במשפט לא ודאי או רק בפסיקה בפועל לא ודאית? למשל, במקרה שבו יש סיכוי של 50% שבית המשפט יפסוק 1 ו-50% שיפסוק 0, ובכל זאת לנון-פוזיטיביסט ברור כשמש כי ראוי שבית המשפט יפסוק 1: מבחינתו, הכלל המשפטי הוא ודאי אבל התוצאה המשפטית אינה פרדיקטיבילית. מנגד, על-פי גישה ריאליסטית, הכלל המשפטי הוא גם לא ודאי. כמו כן, אם הפוזיטיביסט סבור כי הכלל המשפטי הוא 1, וזאת נכון כנכון היום, אך כאמור יש רק סיכוי של 50% שבית המשפט יפסוק 1 ולא 0 – לדידו הכלל הוא אמנם לא פרדיקטיבילי אבל הוא עדיין ודאי. לעומתו יטען הריאליסט כי הכלל הוא גם לא ודאי.

זאת ועוד: לא רק התיבה 'משפט' בביטוי "אי-ודאות משפטית" היא טעונית. ההגדרה הנקוטה במאמר לאי-ודאות משפטית היא סטטיסטית-פורמלית. הכתיבה התורת-משפטית הנורדית מבקרת את הגדרת אי-הודאות המשפטית כחוסר פרדיקטיביליות משפטית על כך שהיא מנטרלת את היסודות המהותיים שהוצעו לאי-הודאות המשפטית. ההיבט המהותי הוא ה-*Acceptability of the law*. כדי שהחוק יהיה ודאי, התוצאה הסופית צריכה להיות צודקת מבחינה מהותית. כך, למשל, לדעת ארניו (Aarnio), ההיבט המהותי של אי-ודאות משפטית הוא שהפרשנות השיפוטית תהא בהתאם לחוק ותענה על קריטריונים מינימליים של צדק ויושר, וזאת לצד ההיבט הפורמלי של פרדיקטיביליות.² כאמור, ההגדרה במאמר זה אינה חשה כלל ועיקר לעקרונות מהותיים. היא חשה אך ורק לשונות ההחלטה הצפויה בלי לבחון את יסודותיה. כך, למשל, לפיה, הכלל במושבת העונשין של קפקא³ כי "האשמה ודאית תמיד" הוא כלל ודאי, חרף אי-הצדק המהותי ואי-המקובלות הטמונים בו. לעומת זאת, מדעת ארניו יוצא, שהכלל האמור במושבת העונשין אינו ודאי, באשר הוא סותר קריטריונים בסיסיים של צדק ויושר. לעומת זאת, על-פי ההגדרה הנקוטה במאמר זה, הכלל הוא ודאי לחלוטין משום שהתוצאה המשפטית המונבעת ממנו צפויה לחלוטין.

2 ראו AULIS AARNIO, REASON AND AUTHORITY: A TREATISE ON THE DYNAMIC PARADIGM OF LEGAL DOGMATICS §§ 189-193 (1997). כמו כן ראו ALEKSANDER PECZENICK, ON LAW

AND REASON (Lund, 1989), כמו גם את הקדמתו של ארניו לספר זה, ובעיקר עמ' 4-14 בה.

3 ראו פרנץ קפקא "במושבת העונשין" רופא כפרי 169, 176 (אילנה המרמן מתרגמת, 2000).

על כל פנים, כל הדיון היוריספרודנטלי כאן אינו אלא להגדלת תורה ולהאדרתה, שכן משעה שהגדרתי את המונח "אי־ודאות משפטית" הוא משוחרר מהאסוציאציות הנלוות לו והוא ברייה עצמאית שניתקה מחבל הטבור של לשון המשפטים.

2. האפקט הרגרסיבי של אי־ודאות משפטית על הפשרה

בטרם נציג את התזה על האפקט הרגרסיבי של אי־ודאות משפטית על הפסיקה בת־הערעור, תוצג התזה שפיתחתי במאמר אחר,⁴ בדבר האפקט הרגרסיבי של אי־ודאות משפטית על הפשרה. אי־ודאות משפטית איננה ניטרלית מבחינה חלוקתית. במהלך הפשרה היא מעבירה עושר משונאי סיכון לאדישים לסיכון. בהינתן שעניים הם יותר שונאי סיכון מעשירים, ושנשים לפחות נתפסות כיותר שונאות סיכון מגברים, אי־הוודאות למעשה מעבירה עושר מעניים לעשירים ומגברים לנשים. בניגוד למה שניתן היה לסבור, כי מכל בחינה היא פוגעת בכלום, הרי שלאי־ודאות משפטית יש אפקט חלוקתי מסוים, שהעשירים והגברים יוצאים ממנו מרווחים והעניים והנשים – מופסדים. חשוב מאוד להבין את ההשלכות החלוקתיות של אי־ודאות משפטית, שכן מידת אי־הוודאות המשפטית אינה פרי גורל אלא פרי בחירה חברתית. החברה היא שקובעת את מידת אי־הוודאות המשפטית.

כעת נראה בדוגמה את האפקט הרגרסיבי של אי־ודאות משפטית על הפשרה: אדיש לסיכון⁵ ושונא סיכון⁶ (למשל, בנק ולקוח) מתדיינים על נכס השווה 100. במשטר משפטי ודאי הכלל הוא, למשל, "שניים או חזין בטלית, יחלוקו": לכל צד יש סיכוי של 100% לקבל 50 במשפט וכל צד רואה התפלגות תשלומים של $1 \cdot 50$. לכן, היא אפס. לעומת זאת, במשטר משפטי לא ודאי יש לכל צד, לדוגמה, סיכוי של 50% לזכות בכל הסכום וסיכוי של 50% לא לזכות במאום. התפלגות התוצאה המשפטית היא אפוא $0.5 \cdot 100 + 0.5 \cdot 0$, והשונוה היא 50^2 . אלו הם פני הדברים, למשל, כשהמשפט מוכרע בדרך של הטלת מטבע הוגנת. בקירוב טוב לפעמים כך הם פני הדברים, גם כשהמשפט מוכרע בדרך של מאזן הסתברויות.

4 Uri Weiss, *The Regressive Effect of Legal Uncertainty*, in Tel Aviv University Legal Working Paper Series, Tel Aviv University Law Faculty Papers, Working Paper 30, 2005, available at <http://law.bepress.com/taulwps/fp/art30>

5 אדיש לסיכון הוא מי שההגרלה שקולה מבחינתו לתוחלתה. כאשר יש לו סיכוי של 50% לקבל 0 ו-50% לקבל 100, הוא לא יסכים להמיר את ההגרלה בסכום הנמוך מ-50, ויסכים להמירה ב-50.

6 שונא סיכון הוא מי שמוכן להמיר הגרלה בסכום הנמוך מתוחלתה. כאשר יש לו סיכוי של 50% לזכות ב-100 וסיכוי של 50% לזכות באפס, הסכום הבטוח המינימלי שהוא מעדיף לקבל על פני ההגרלה נמוך מ-50.

בשני המשטרים המשפטיים המתוארים – ודאי ולא ודאי – תוחלת התוצאה המשפטית היא (50, 50). נניח עולם בלי עלויות התדיינות ובלי עלויות התפשרות. מכאן שבפשרה בין הצדדים במשטר משפטי ודאי הצד האדיש לסיכון (הבנק) צפוי לזכות ב-50 והצד השונא סיכון (הלקוח) צפוי לזכות ב-7.50 לעומת זאת, במשטר משפטי לא ודאי, תשלום האיום (threat payoff) של האדיש לסיכון (הבנק) הוא 50, ואילו תשלום האיום של שונא הסיכון (הלקוח) קטן מ-8.50. דהיינו: במקרה שלא נגיע להסכמה על פשרה, האדיש לסיכון יישאר עם תשלום של 50, שהוא שווי המשפט עבורו, ושונא הסיכון יישאר עם תשלום הנמוך מ-50, שכן שווי המשפט עבורו נמוך מ-50. משמע: הסכום המינימלי שהאדיש לסיכון יסכים להמיר בו את המשפט הוא 50, ואילו הסכום המינימלי ששונא הסיכון יסכים להמיר בו את המשפט נמוך מ-50. נניח, למשל, כי הוא 25.9 לפיכך, אם נניח מכניזם של חלוקה שווה של החלק העודף (ה-surplus), האדיש לסיכון (הבנק) צפוי לקבל בפשרה 62.5, ואילו השונא סיכון (הלקוח) צפוי לקבל 37.5. הנה כי כן, במעבר ממשטר משפטי ודאי למשטר משפטי לא ודאי עברנו מפשרה של (50, 50) לפשרה של (62.5, 37.5) לטובת הבנק.

ב. האפקט הרגרסיבי של אי-ודאות משפטית על פסיקה בת-ערעור: יישום רגרסיבי של פסיקת העליון

כפי שהוסבר לעיל, לאי-ודאות משפטית יש אפקט רגרסיבי על הפשרה. במאמר זה אראה כי לאי-ודאות משפטית יש גם אפקט רגרסיבי על פסיקת בית המשפט קמא כשהפסיקה היא בת-ערעור. הדמיון בין שני האפקטים הללו נעוץ בכך שהלכה למעשה פסק דין

- 7 גם שונא הסיכון וגם האדיש לסיכון יודעים כי בהסתברות של 100% הם יקבלו 50, ולכן אף אחד מהם לא יסכים להתפשר על סכום הנמוך מ-50.
- 8 תשלום האיום (threat payoff) של צד כלשהו הוא התשלום שהוא יקבל במקרה שלא נגיע להסכם, קרי: התשלום משקף את מצבו בהיעדרו של הסכם פשרה. זהו הסכום המינימלי שהוא יסכים להתפשר עליו. האדיש לסיכון לא יסכים להתפשר על סכום הנמוך מתוחלת ההגרלה – מתוחלת המשפט, ולכן תשלום האיום שלו הוא 50; שונא הסיכון יסכים להתפשר על סכום הנמוך מתוחלת ההגרלה – תוחלת המשפט, ולכן תשלום האיום שלו נמוך מתוחלת המשפט, קרי: תשלום האיום שלו נמוך מ-50. תשלום האיום מתקרא גם disagreement payoff וגם reservation payoff. במאמרו הקנוני השתמש נאש במונח anticipation; ראו John F. Nash Jr., *The Bargaining Problem*, 18(2) *ECONOMETRICA* 155 (1950).
- 9 זאת כאשר פונקציית התועלת מן הכסף היא של $x^{0.5}$, ההון הראשוני של הלקוח הוא אפס וההון הראשוני של הבנק הוא אינסופי, והתפלגות הפסיקה היא של $100*0.5 + 0*0.5$.

בר-ערעור כמוהו כהצעת פשרה לצדדים.¹⁰ אי-הגשת הערעור כמוהו כהסכמה להצעת הפשרה, והגשת ערעור כמוהו כסירוב להצעת הפשרה. נראה שהצדדים לא יגישו ערעור אם פסק הדין ישכון בתווך בין תשלומי האיום המעודכנים שלהם.¹¹ נניח כי השופט קמא צריך להכריע בסכסוך בין שני צדדים וכי כל צד יכול לקבל את הפסיקה או לערער עליה. אם אף צד לא יערער, תעמוד הפסיקה על מכונה, אבל אם צד אחד יערער או שני הצדדים יערערו, בית המשפט הגבוה הוא שיכריע בסכסוך. כמו כן, נניח כי הערכאה דלמטה שמה לה למטרה למזער את מספר הערעורים עליה. מכאן נובע, כפי שנבחר להלן, שכדי לבלום את הערעור נדרש השופט קמא ליתן פסק דין הנמצא בתווך בין שני תשלומי האיום של הצדדים, הלוא הוא קו החוזה. זאת, משום שכדי שצד יעדיף לא לערער על פסק הדין הוא צריך להעדיף את התשלום שלו מפסק הדין על-פני התשלום שלו מערעור (למשל, הגרלה של $0.5 * 100 + 0.5 * 0$). התשלום שלו מערעור הוא בדיוק תשלום האיום שלו. לכן, כדי שצד לא יערער השופט צריך לפסוק לו לפחות את תשלום האיום שלו, וכדי שאף צד לא יערער השופט צריך לפסוק לכל צד לפחות את תשלום האיום שלו. במילים אחרות: כדי שאף צד לא יערער השופט צריך לפסוק פסיקה הנמצאת בתווך בין תשלומי האיום של הצדדים. אם פסק הדין נמצא בתווך בין שני תשלומי האיום, אף אחד מהצדדים לא יכול להרוויח מערעור. כל צד יעדיף לא לערער שכן הערעור מקנה לכל צד "הגרלה" (משפט), ששוויה עבורו הוא לפחות תשלום האיום שלו, ואילו הישארות עם פסק דין הנמצא בתווך בין תשלומי האיום מקנה לכל צד תשלום הגדול מתשלום האיום שלו. לכן, פסק דין הנמצא בין תשלומי האיום (ושמבין הנקודות הנמצאות בטווח הנ"ל אין נקודה המועדפת בעיני השופט) מהווה שיווי משקל נאש.¹² זוהי פשרה המקיימת את עצמה.

כעת נשווה באמצעות דוגמה בין טווח ההחלטה של השופט במשטר משפטי ודאי לטווח ההחלטה של השופט במשטר משפטי לא ודאי. גם כאן לפנינו התדיינות בין בנק, אדיש לסיכון, ללקוח, שונא סיכון. במשטר משפטי ודאי, שבו התפלגות תוצאת המשפט היא, דרך משל, $50 * 1$ (קרי: כל צד מקבל 50 ב-100%), תוצאת המשפט היחידה שלא תגרור ערעור היא (50, 50), ולכן זהו טווח ההחלטה של השופט. לעומת זאת, במשטר המשפטי הלא ודאי התפלגות תוצאת המשפט היא, דרך משל, $0.5 * 100 + 0.5 * 0$. כאשר

10 ברי שכאשר נדבכים מפסק הדין אינם ברי-ערעור, הפשרה היא רק על הנדבך בר-הערעור. כך, למשל, כאשר לא ניתן לערער על הממצאים העובדתיים אלא רק על השאלה המשפטית השנויה במחלוקת, הצעת הפשרה היא רק לגבי החלק המשפטי.

11 ודוק: מדובר בתשלומי האיום החדשים לאור העדכון הבייסיאני כפועל יוצא מפסק הדין החדש, שזורים אינפורמציה לצדדים.

12 שיווי משקל נאש הוא נקודה שכאשר הצדדים נמצאים בה אף צד לא יכול להרוויח על-ידי סטייה ממנה.

צד אחד אדיש לסיכון והשני שונא סיכון, תשלום האיום של הבנק הוא (50, 50) ותשלום האיום של הלקוח שונא הסיכון הוא נמוך יותר, שכן הלקוח יסכים לשלם פרמיה לנטרול הסיכון. נניח, למשל, שתשלום האיום של הלקוח הוא (75, 25).¹³ במצב זה הצדדים לא יערערו על פסיקה שבין (75, 25) לבין (50, 50) ועל כן זהו טווח ההחלטה של השופט.¹⁴ הנה כי כן, בעוברנו ממשטר משפטי ודאי למשטר משפטי לא ודאי, טווח ההחלטה של השופט קמא השתנה מטווח של נקודה יחידה (50, 50) לטווח רגריסיבי של פסיקה בין (50, 50) לבין (75, 25) לרעת הלקוח.

מה קורה בעולם המציאותי, עולם שבו יש גם עלויות התדיינות (Litigation Cost)?¹⁵ נסמן את Litigation Cost של האדיש לסיכון ב-LCr ואת Litigation Cost של הצד החלש ב-LCp. כעת תשלום האיום של הצד החזק אינו (50, 50) אלא (50-LCr, 50+LCr) משום שהוא אדיש בין לקבל 50-LCr לבין לערער, שכן אם יערער יקבל "הגרלה" (משפט) ששווה לו 50 אך יצטרך גם לשאת בעלויות התדיינות של LCr, ולכן התשלום שלו מערערור הוא 50-LCr. זה גם תשלום האיום שלו במשטר משפטי ודאי. לעומת זאת, תשלום האיום של הצד החלש במשטר משפטי לא ודאי הוא (75+LCp, 25-LCp) משום שהוא אדיש בין לקבל 25-LCp לבין ערעור. לעומת זאת, במשטר משפט ודאי תשלום האיום שלו הוא תוחלת המשפט פחות עלויות ההתדיינות שלו, קרי: (50+LCp, 50-LCp). לכן, התשובה היא שבעולם שבו יש עלויות התדיינות טווח ההחלטה של השופט ינוע כדלקמן: במשטר משפטי ודאי ינוע טווח ההחלטה של השופט בין (50+LCp, 50-LCp) לבין (50-LCr, 50+LCr), ובמשטר משפטי לא ודאי ינוע טווח ההחלטה של השופט בין (75+LCp, 25-LCp) לבין (50-LCr, 50+LCr). עלויות ההתדיינות הגדילו את טווח ההחלטה של השופט: כעת האופציה של ערעור נהפכת יקרה יותר ואטרקטיבית פחות, ולכן טווח גדול יותר של פסקי דין יוכלו לשרוד מפני ערעור.

נמחיש בתרשים: נסמן בקו את טווח ההחלטה של השופט, ועל הציר נציין את הנתח שיקבל הצד שונא הסיכון. מעל הציר נסמן את טווחי ההחלטה בעולם שיש בו עלויות התדיינות. מתחתיו נסמן את טווחי ההחלטה בעולם שאין בו עלויות התדיינות.

- 13 זאת כאשר פונקציית התועלת של שונא הסיכון מכסף היא של $x^{0.5}$ וההון הראשוני שלו הוא אפס.
- 14 למודלים המסבירים את טווח שיקול הדעת של בית המשפט כמשא ומתן בינו לבין הרשות המחוקקת ראו עמרי ירלין "שיקול-דעת שיפוטי" ו"אקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט (2) 665 (2003). כן ראו ROBERT D. COOTER, THE STRATEGIC CONSTITUTION 211 (2000).
- 15 יש לזכור שמדובר רק ב-Litigation cost השולי של הערעור, קרי: החלק האינקרמנטלי שהערעור מגדיל בו את עלויות ההתדיינות. העלות של הלימוד הראשוני של התיק היא כבר בגדר "הוצאה שקועה".
- 16 הפעם הנחתי כי עלויות ההתדיינות של הצד העני הן ההון הראשוני שלו. זאת, בניגוד למה שהנחתי בה"ש 9 – שההון הראשוני של הצד העני הוא אפס. גם הפעם פונקציית התועלת מכסף היא $x^{0.5}$.

במשטר משפטי ודאי בעולם בלי LC X

$$\frac{\frac{x-25}{25-LCp} \quad \frac{x-50}{50-LCp} \quad x}{50+LCr}$$

במשטר משפטי לא ודאי
במשטר משפטי ודאי

ג. מדוע טווח החלטה רגרסיבי גורר פסיקה רגרסיבית בפועל?

כפי שהראינו, טווח ההחלטה של השופט הוא רגרסיבי. זאת, משום שהוא נמתח בין הנקודה המהווה את תוחלת פסיקת העליון (+ ה־ Litigation Cost של הצד החזק) לבין תשלום האיום של הצד החלש (שהוא פונקציה של תוחלת פסיקת העליון, של מקדם שנאת הסיכון שלו ושל ה־ Litigation Cost שלו). ברם, ניתן לטעון כי תוחלת פסיקת העליון עדיין שוכנת בטווח ההחלטה. בית המשפט קמא עדיין יכול לפסוק את תוחלת פסיקתו של בית המשפט העליון. לכן, על פניו, מבחינה נורמטיבית אין מדובר בבעיה כה חמורה, שהרי פסיקה שתשקף אחת לאחת את פסיקת בית המשפט העליון נתפסת כצודקת. אף-על-פי שטווח ההחלטה נמתח מנקודה צודקת אל נקודה בלתי-צודקת באופן המוטה לרעתם של שונאי הסיכון, בית המשפט קמא צפוי לבחור בנקודה הצודקת. לכן, לכאורה, אל לנו לחוש לשאלה מהו הטווח, אלא להסתפק בשאלה אם הנקודה הצודקת נמצאת בו. אלא מאי? תחילה אראה כי גם כשתוחלת העליון נמצאת בטווח ההחלטה של השופט, עדיין רובצת לפתחנו בעיה של הטיה רגרסיבית – לא רק הטווח, אלא גם הפסיקה בפועל צפויה להיות רגרסיבית. לאחר מכן אראה כי כשאנו מנסים להרעיד הרעדות טבעיות את ההנחות ולבדוק מצבים אחרים – כשם שהצדדים יכולים להגיע לפשרה לאחר הערעור, או שהצדדים למשפט הם שחקנים חוזרים היכולים לצבור מוניטין של מערערים או שיש בעיות אינפורמציה מסוימות – טווח ההחלטה של השופט יצומצם ופסיקת תוחלת העליון כבר תימצא מלברו.

1. מדוע צפויה הטיה רגרסיבית גם כשתוחלת העליון נמצאת בטווח ההחלטה של השופט?

כעת אראה כי גם כשתוחלת העליון אכן בטווח ההחלטה, ושופט שיחפוץ בכך יוכל לפוסקה ואין מערערין עליו – עדיין ככלל תהא הפסיקה קמא רגרסיבית יחסית לפסיקת העליון. הבעיה נעוצה בכך שאותו טווח החלטה איננו מתפלג סימטרית סביב תוחלת העליון. לכן, במשטר משפטי לא ודאי השופט קמא יכול להיות רגרסיבי מן העליון, אך

לא פרוגרסיבי ממנו. נניח כי ב-50% מן המקרים, למשל בדיני נזיקין, השופט קמא סבור שפסיקת בית המשפט העליון היא פרוגרסיבית מדי, ואילו ב-50% מן המקרים, למשל בדיני חוזים, הוא סבור כי פסיקת העליון היא רגרסיבית מדי. באותם 50% של דיני חוזים, שבהם הוא סבור כי בית המשפט העליון הוא פרוגרסיבי מדי וכי האמת היא שצריך לפסוק 25 – הוא אכן יפסוק 25, שכן היא תוצאה הנמצאת בטווח שיקול הדעת שלו (אנו ממשיכים להדגים באמצעות הדוגמה המספרית שבפרק הקודם). לעומת זאת, באותם 50% של דיני נזיקין שבהם יסבור השופט קמא כי בית המשפט העליון הוא רגרסיבי מדי וכי האמת היא שהיה צריך לפסוק 75, הוא בכל זאת יפסוק 50 שכן 75 היא תוצאה הנמצאת מחוץ לטווח שיקול הדעת שלו. יוצא, כי בממוצע אותו שופט פוסק 37.5. אילו היה טווח ההחלטה של השופט מתפלג באופן סימטרי סביב תוחלת הפסיקה של העליון כי אז תוחלת הפסיקה שלו עצמו הייתה שווה לתוחלת פסיקת העליון. ברם, כפי שהראינו, כפועל יוצא מאי-הוודאות המשפטית, פסיקת העליון (+LCr) היא נקודה הנמצאת בקצה של טווח ההחלטה, ולכן במשטר משפטי לא ודאי פסיקת בית המשפט קמא תהא מוטה באופן רגרסיבי יחסית לפסיקת העליון. כאשר יסבור בית המשפט קמא שתוחלת פסיקת העליון היא פרוגרסיבית מדי הוא ינקוט פסיקה רגרסיבית יחסית לתוחלת פסיקת העליון; כאשר הוא יסבור שתוחלת פסיקת העליון היא רגרסיבית מדי הוא יפסוק – לכל היותר – את תוחלת פסיקת העליון (+LCr) ולא פסיקה פרוגרסיבית יותר. פסיקה פרוגרסיבית יותר תימצא מחוץ לטווח ההחלטה שלו.

נמחיש בטבלה:

ממוצע	דיני נזיקין	דיני חוזים	
50	50	50	התוחלת של פסיקת העליון
50	25	75	ההעדפה של בית המשפט קמא
50	50	50	פסיקתו בפועל של בית המשפט קמא במשטר משפטי ודאי
37.5	25	50	פסיקתו בפועל של בית המשפט קמא במשטר משפטי לא ודאי

מה שאמרנו לגבי השופט היחיד יפה גם לכלל בתי המשפט. נניח כי 50% מבתי המשפט סבורים כי פסיקת העליון היא פרוגרסיבית מדי ו-50% מבתי המשפט סבורים כי פסיקת העליון היא רגרסיבית מדי. מה שיקרה הוא שבמשטר משפטי לא ודאי יוכלו בתי המשפט הרגרסיביים לפסוק על-פי ה"אני מאמין" הרגרסיבי שלהם, שכן אף צד לא יערער עליהם. הצדדים לא יערערו על הפסיקה הרגרסיבית, שכן הצד האדיש לסיכון ייצא נשכר יחסית לצפוי לו בעליון, ואילו הצד שונא הסיכון יסתפק בציפור אחת ביד כדי לא ליטול את הסיכון. לעומתם, בתי המשפט הפרוגרסיביים לא יוכלו לממש את ה"אני מאמין"

הפרוגרסיבי שלהם ויאלצו לפסוק את פסיקת העליון. אם יסו אל נקודה פרוגרסיבית ממנה יוגש עליהם ערעור על-ידי הצד האדיש לסיכון. שמע מיניה, בתי המשפט הרגרסיביים יחסית לבית המשפט העליון יוכלו להתרחק מפסיקת העליון הצפויה ב-25 + LCp, ובתי המשפט הפרוגרסיביים יוכלו להתרחק רק ב-LCr.¹⁷

כך, למשל, בארצות-הברית, שופטי העליון ממונים על-ידי הנשיא. הנשיא משקף את דעת הבוחר החציוני מבין האלקטורים הנבחרים על-פי מפתח מדינתי.¹⁸ לכן, בקירוב טוב ניתן לומר כי 50% מבתי המשפט המדינתיים הם פרוגרסיביים יחסית לעליון ו-50% מבתי המשפט המדינתיים הם רגרסיביים יחסית לעליון. לטענתי, ככל שתגבר אי-הוודאות יוכלו בתי המשפט של המדינות השמרניות להיות רגרסיביים יחסית לבית המשפט העליון (עד הנקודה 25) ובתי המשפט של המדינות הליברליות ימשיכו לפסוק על-פי תוחלת העליון. במשטר משפטי ודאי כל בתי המשפט יאלצו לפסוק 50; לעומת זאת, במשטר משפטי לא ודאי יפסקו בתי המשפט הפרוגרסיביים מבית המשפט העליון 50 ובתי המשפט הרגרסיביים יפסקו בין 25 ל-50.¹⁹

הנה כי כן, אנו רואים כי במשטר משפטי ודאי יחרי-יחזיקו כל בתי המשפט המדינתיים אחר פסיקת העליון המחייבת אותם. לעומת זאת, במשטר משפטי לא ודאי ימשיכו בתי המשפט המדינתיים הפרוגרסיביים להחרות-להחזיק אחר פסיקת העליון,

17 הוא הדין אף בבתי הדין הרבניים בעוסקים בעניינים אזרחיים מאז בג"ץ 1000/92 בבלי ג' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994). בפרשת בבלי חייב בג"ץ את בית הדין הרבני להחיל את הדין האזרחי, אך הותיר בידי את סמכות השיפוט. כאשר פסיקת העליון איננה ודאית הרי הדבר מעורר שתי בעיות: ראשית, בית הדין לא צפוי לפסוק פסיקה המשקפת את תוחלת העליון. אמנם פסקי הדין שלו כפופים לביקורת בג"ץ, אך כפי שראינו לא ניתן להשליך את יהבנו על מנגנון ה"ערעור" לבג"ץ. מדובר במשענת קנה רצון, משום שבית הדין יוכל לפסוק כל נקודה הנמצאת בטווח ההחלטה שלו ולא דווקא את תוחלת העליון. הדין ימשיך אפוא להיות פונקציה של הטריבונל הדין בעניין, ובודאי לא תושג המטרה של "קוהרנטיות של הדין". שנית, נניח כי דוקטרינת "פיצוי גירושין" שפיתה בית הדין הרבני הייתה ברוב המקרים רגרסיבית מדוקטרינת "חזקת השיתוף" שפיתה בית המשפט העליון. ברם, לפעמים היא דווקא הייתה פרוגרסיבית מבג"ץ. באותם מקרים שבהם היא הייתה רגרסיבית יותר יוכל בית הדין להמשיך בפסיקתו הרגרסיבית עד תשלום האיום של הצד החלש, אך באותם מקרים שבהם היא הייתה פרוגרסיבית יותר לא יוכל בית הדין להמשיך להיות פרוגרסיבי יותר אלא יאלץ לפסוק את תוחלת העליון. הבעיות המתעוררות לרעת שונאי הסיכון הן לרעת הנשים. זאת, הן משום שיש קורלציה חיובית בין נשים גרושות לבין עוני, והן אם נניח כי בית הדין הרבני אינו משוחרר מהסטריאוטיפ הרואה נשים כשונאות סיכון. הבעיה המגדרית תתעצם אם נניח כי בתי הדין הרבניים יסברו שיש לגברים אופי של מערערים ואילו נשים מקבלות עליהן את הדין. הדבר יקרב את פסיקתם עוד יותר אל הקוטב של תשלום האיום של האשה.

18 ראו Harold Hotelling, *Stability in Competition* 39 ECON. J. 41 (1929); COOTER, THE STRATEGIC CONSTITUTION, לעיל ה"ש 14, בעמ' 25.

19 בנקודה 25 יהיה ריכוז של כמה בתי משפט אולטרה-רגרסיביים, המאמינים שהיה צריך לפסוק אף פחות מ-25, אך נבלמים בידי מנגנון הערעור ונאלצים לפסוק 25.

ולא יפסקו באופן פרוגרסיבי ממנה, בעת שבתי המשפט הרגרסיביים מן העליון יוכלו לפסוק באופן רגרסיבי עד הנקודה 20.25²⁰. לכן, באופן דטרמיניסטי, במשטר משפטי לא ודאי בית המשפט העליון יהיה אפוא בית המשפט הפרוגרסיבי ביותר, בעוד שורה של בתי משפט יהיו רגרסיביים ממנו. מעבר לבעיה של היישום הרגרסיבי של פסיקת העליון מתעוררת בעיה נוספת: בשוק הרעיונות השיפוטי לא תוצג אלטרנטיבה פרוגרסיבית מתחרה לפסיקת העליון, אלא רק

20 דומני כי דוקטרינת ה-Deference, המרחיבה ימינה ושמאלה את טווח ההחלטה של השופט המדינתי, מעוררת התנגדות בקרב ליברלים דווקא בשל תפיסת בית המשפט העליון כמעוז נאור, שיש לגלגל לידי את ההחלטה במקום לאפשר לבתי המשפט של המדינות הרגרסיביות להשליט את האידאולוגיה שלהם. ברם, דווקא דוקטרינת ה-Deference מקהה את בעיית הא-סימטריה הרגרסיבית של טווח ההחלטה. היא מאפשרת לבתי משפט להיות אף פרוגרסיביים מהחלטת העליון. עם זאת, המחיר הוא בכך שכעת בתי המשפט האולטרה-רגרסיביים – אלה המעדיפים לפסוק אף פחות מתשלום האיום של הצד החלש – יוכלו להשליט את האידאולוגיה שלהם. מחיר נוסף של הדוקטרינה הוא שלעתים הדבר מאפשר לשחקנים חוזרים להציע לשופט קמא הצעות take it or leave it נמוכות אף יותר מההעדפה האידאולוגית של בית המשפט קמא הרגרסיבי. זאת ועוד: דומני כי יתרונה של דוקטרינת ה-Deference הוא פונקציה של ודאות המשטר המשפטי. נניח כי 50 המדינות מתפלגות אחיד בין 25.5 ל-74.5. נניח כי דוקטרינת ה-Deference תאפשר לכולן לפסוק על-פי רצונן. במשטר משפטי ודאי, ביטול דוקטרינת ה-Deference אכן יחייב את כולן לפסוק 50 במקום להתפלג כאמור לעיל. לעומת זאת, במשטר משפטי לא ודאי, שבו טווח שיקול הדעת בעקבות ביטול ה-Deference יהא בין 30 ל-50, הרי שמחד גיסא 25 מדינות ינועו באופן רגרסיבי אל ה-50 (סך התנועות הרגרסיביות – 325), ואילו רק חמש מדינות ינועו אל ה-30 (סך התנועה הפרוגרסיבית – 12.5). לכן, מנקודת מבט רולסיאנית המבכרת את ה-Maxmin – קרי: את מזעור סבלו של האדם הסובל ביותר – עדיין יש לדחות את ה-Deference. לעומת זאת, מנקודת מבט סוציאליסטית, שלפיה יש למקסם את הרווחה של העניים, במשטר משפטי לא ודאי יש לברך על ה-Deference. למעשה, במשטר משפטי לא ודאי יש לדוקטרינת ה-Deference אפקט דומה לזה של שכר המינימום, משום שעל-פי הניתוח הנאו-קלאסי שכר המינימום אמנם מגדיל את רווחת קבוצת העובדים, אך פוגע בעובדים החלשים ביותר שיוודו משוק העבודה. לכן סוציאליסטים אמורים לתמוך בשכר מינימום, המגדיל את הרווחה של קבוצת העובדים, ובה בעת לתמוך בדוקטרינת ה-Deference, המגדילה את הרווחה של קבוצת החלשים. לעומת זאת, רולסיאנים המבכרים את ה-Maxmin אמורים להתנגד לשכר מינימום, הפוגע בעובד החלש ביותר בדוחקו אותו משוק העבודה, ובה בעת להתנגד לדוקטרינת ה-Deference, הפוגעת באדם החלש ביותר בדוחקו הוא שבפועל דמוקרטים תומכים בשכר מינימום אך מתנגדים ל-Deference, ואילו רפובליקנים מתנגדים לשכר מינימום אך תומכים ב-Deference. מעניין לציין כי הבורגנים של מסצ'וסטס מבקרים את דוקטרינת ה-Deference על כך שהיא מאפשרת לבתי המשפט של טקסס לפסוק פסיקות אולטרה-רגרסיביות. למעשה, הדבר משרת גם את האינטרסים שלהם שכן ביטול הדוקטרינה לא יאפשר לבית המשפט של מסצ'וסטס לפסוק פסיקות פרוגרסיביות יותר מה-U.S. Supreme Court. זהו הסבר אחד לתופעה; הסבר אחר הוא שאנשים פשוט לא נתנו דעתם על כך.

אלטרנטיבה רגרסיבית (עוד על היחסים בין בית המשפט העליון לבתי המשפט קמא ראו להלן בפרק 3.1).

2. מדוע לפעמים תוחלת העליון צפויה להיות אף מלבר טווח ההחלטה של השופט?

במודל שהצגנו עד כה (להלן: המודל הפשוט), טווח ההחלטה של השופט היה רגרסיבי יחסית לעליון, אך תוחלת העליון נמצאה בו. כעת נשנה קמעא את ההנחות ונראה כי לפעמים תוחלת העליון אפילו לא נמצאת בטווח ההחלטה. בסיטואציה הראשונה שנבחן הצדדים יכולים להגיע לפשרה לאחר שאחד מהם הגיש ערעור וטרם הפסיקה בו. נראה, כי אם הסיכוי לפשרה גדול מאפסילון, תוחלת העליון כבר אינה נמצאת בטווח ההחלטה של השופט. לאחר מכן נראה כי אם שחקנים יכולים לצבור מוניטין של מערערים, ייתכן שתוחלת העליון תצא מחוץ לטווח ההחלטה של השופט. בהמשך נבחן סיטואציה שבה יש לשופט אינפורמציה לא מושלמת על אמונות הצדדים, ואז תוחלת העליון תצא מחוץ לטווח ההחלטה. ההרעדות האלו של המודל הפשוט מחזקות את מסקנתנו בדבר האפקט הרגרסיבי של אי-ודאות משפטית.

ראשית, עד כה הנחנו כי כל אחד מהצדדים בוחר אם לערער או לא לערער, ואם אחד מהצדדים בוחר לערער – בית המשפט הגבוה הוא שיכריע בעניין. כעת נרעיד את המודל כך שהפסיקה קמא אינה התחנה האחרונה טרם פסיקת העליון. לבנק תהא הזדמנות נוספת לשאת ולתת עם הלקוח על פשרה שתעביר עושר מהלקוח לבנק. לכן נניח כי הצדדים יכולים להגיע לפשרה גם לאחר שצד אחד בוחר לערער, ורק אם לא יתפשרו יכריע בעניין בית המשפט הגבוה. לכן, תחת ההנחה שהצדדים יכולים גם להתפשר לאחר הגשת הערעור ולפני הפסיקה החדשה, אם הפסיקה תהא של 50 יהא לבנק אינטרס מובהק לערער (אנו מניחים שאין עלויות ערעור), משום שיתכן שהלקוח יסכים לפשרה שתעביר עושר מהלקוח לבנק.²¹ אף-על-פי שהבנק יעדיף את פסיקת השופט קמא מפסיקת העליון כדאי לו לערער, משום שהוא מעדיף את הפשרה הצפויה מהפסיקה קמא. הערעור יכול להוביל אותו לפשרה או לפסיקת העליון. מאחר שלצד השני יש

21 עם זאת, יש לסייג בכך שמנקודת מבט של Prospect Theory ניתן לטעון שיש לערעור אפקט של שינוי תחושת הרווח/הפסד של הצדדים. הלקוח שתבע את הבנק סבר עד כה שהשאלה היא כמה ירוויח; לאחר פסיקת בית המשפט קמא השתנה הסטטוס-קו: מבחינתו עכשיו השאלה היא כמה הוא יפסיד. הדבר יהפוך אותו לפחות שונא סיכון. לכן, ראשית, התמריץ של הבנק לערער על תביעה שהגיש הלקוח כדי לגרום לו להתפשר – מוקהה. במיוחד כך הדבר משום שגם קודם לכן, עת היה הלקוח שונא סיכון גדול יותר, הוא לא ניאות להתפשר. עם זאת, עצם הגשת הערעור מקנה לבנק מוניטין של קשיחות. כמו כן דומני שאם יודיע הבנק על-אתר כי הוא מגיש ערעור, אפשר שהדבר יקהה את האפקט. מכל מקום דברים אלה נאמרו במאמר מוסגר שכן הדיון דלעיל מתקיים בפרדיגמת ה-Rational Choice.

אינטרס להגיע לפשרה ולא לפסיקת העליון, גם הוא צפוי לבחור בפשרה. אם לא ניתקל בכשלים במשא ומתן, ערעור יוביל לפשרה ולא לפסיקת העליון. לכן, גם אם פסיקת העליון צפויה להיות נמוכה מהפסיקה קמא, לפעמים כדאי לערער.²² נוסף על כך, ייתכן גם שכשלים של אינפורמציה א-סימטרית ושל אופטימיות-יתר – שקודם מנעו את הפשרה – הגלידו בעקבות הפסיקה החדשה.²³ אם כך, הפעם האפשרות להתפשר – ובכך למכור פוליסת ביטוח במחיר מונופוליסטי לצד החלש – תהא ריאלית יותר, ותמריץ את הצד האדיש לסיכון לערער. לפיכך, כדי לבלום את הערעור יצטרך השופט לבחור בנקודה הרגרסיבית מתוחלת העליון.

שנית, כעת נרעיד את ההנחה כי השחקנים משחקים את המשחק רק פעם אחת, ונבדוק מה קורה כשמדובר במשחק חוזר. שחקנים חוזרים בבתי המשפט – כמו, למשל, חברות ביטוח ותאגידים גדולים – מסוגלים לצבור מוניטין של מערערים עקשנים. כמו כן, אדם עשיר מסוגל לשכור את עורכי-הדין שיש להם מוניטין של מערערים עקשנים.²⁴ לכן יסבור השופט כי הסיכויים שאותם שחקנים חוזרים עקשנים יערערו רבים יותר. כיצד תשנה החזרה מאפשרת-המוניטין את פסיקת השופט? קודם לכן, במשחק החד-פעמי,

22 נסמן:

$P(s)$ – הסיכויים שנגיע לפשרה;

$[1 - P(s)]$ – הסיכויים להכרעה במשפט;

S – תוחלת הפשרה בהינתן שמגיעים לפשרה (קרי, אנחנו עושים כאן עדכון בייסיאני: התיק מסתיים בפשרה);

J – תוחלת פסיקת העליון בהינתן שהתיק מסתיים במשפט;

J' – פסיקת בית המשפט קמא.

לצד החזק יהיה כדאי לערער, אם ורק אם: $J' < P(s)*S + [1 - P(s)]*J$.

מובן כי האפשרות להתפשר לאחר ערעור מגבילה גם את השופט מפסיקה אולטרה-רגרסיבית שקודם יכול היה לפוסקה. אם נניח, למשל, כי הפשרה הצפויה היא של (37.5, 62.5), וכי הסיכוי לפשרה הוא של 0.5, כעת מבחינת הצד החלש ערעור שקול להגרלה של $0.25*0 + 0.5*37.5 + 0.25*100$. אם פונקציית התועלת שלו מכסף היא $y = x^{0.5}$, ההגרלה שווה לו 30.934, ולכן היא שקולה מבחינתו לפשרה של (30.934, 69.07). לעומת זאת, לצד האדיש לסיכון ההגרלה שווה 56.25 ולכן היא שקולה מבחינתו לפשרה של (43.75, 56.25). על כן, טווח ההחלטה של השופט הוא לפסוק לצד החלש בין 30.934 לבין 43.75, בעוד קודם הוא נע בין 25 ל-50. הנה כי כן, אנו רואים כי כעת כל נקודה בטווח ההחלטה היא רגרסיבית יחסית לפסיקת העליון.

23 מעבר לכן שהיה בה כדי להזרים אינפורמציה, ייתכן שאחד הצדדים לא חשף מידע שהיה ברשותו כל העת כדי לשמור על אפקט ההפתעה בבית המשפט. הנה כי כן, אפקט ההפתעה מוצה – וכעת המידע היוניטרלי הוא נחלת הכלל, מצב המכשיר את הקרקע לפשרה במסגרת הערעור.

24 גם אם הבנק לא יתכוון במודע לשכור את עורכי-הדין בעלי המוניטין של המערערים, אלא רק את עורכי-הדין בעלי מוניטין של "מצליחים", אלו שיש להם מוניטין של מערערים או של תכונות של מערערים – כמו אופטימיות – צפויים לשרוד את האבולוציה של עורכי-הדין המצליחים. הם גם אלה שצפויים להתקדם במחלקה המשפטית של התאגיד.

כשהעדיף השופט את הנקודה 50 מכל הנקודות בין 25 לבין 50, הוא היה פוסק 50 ואף צד לא היה מערער עליו. לעומת זאת, במשחק החוזר אפשרי גם שהשופט יפסוק נקודה רגרסיבית יותר מ-50 (למשל: 35), אפילו שהוא מעדיף את הנקודה 50. זאת משום שכעת אם הצד החזק יקבל רק 50, ייתכן שהוא יערער ערעור אסטרטגי כדי "להעניש" את השופט, קרי: לצבור מוניטין של מערער. קודם לכן הצד החזק לא היה יכול לצבור מוניטין של מערער כי הנחנו שמדובר בסיטואציה חד-פעמית. במילים אחרות, ייתכן שכעת, באמצעות צבירת המוניטין, ישיג הצד החזק נקודה טובה יותר עבורו מבין הנקודות הנמנות בטווח ההחלטה.

דבר שיכול לעזור לצד החלש הוא שגם השופט הוא שחקן חוזר, ולכן הוא יכול לצבור מוניטין של מישהו שממשיך לפסוק 50 גם אם מערערים עליו מטעמים אסטרטגיים. לכן, אף-על-פי שהנקודה 50 – המועדפת במקרה זה על השופט קמא – לא תהא תוצאה הכרחית של המשחק, הרי היא עדיין תוצאה תאורטית אפשרית שלו. כל הנקודות בין 25 לבין 50 הן תוצאות תאורטיות אפשריות במשחק הזה, והנקודה שתיבחר בין 25 לבין 50 תלויה בשאלה מי יהיה יותר עקשן – השופט או המערער.²⁵

שלישית, כעת נרעיד את ההנחה שיש לשופט אינפורמציה מלאה על אמונות הצדדים. ההרעדה הזו חשובה, שכן אנו מדברים על מקרים שבהם התיק לא הגיע לפשרה, והמקרים הבלתי-פשריים הם מדגם מרוכז של תיקים שיש בהם בעיית אינפורמציה. שתי בעיות אינפורמציה מרכזיות בדרך לפשרה הן אופטימיות ואינפורמציה א-סימטרית. הבה נבחן כעת מהו טווח ההחלטה של השופט אם אחד הצדדים הוא אופטימי. אם הפשרה נתקלה בכשל של הערכה אופטימית,²⁶ אפשר שהצד האדיש לסיכון הוא אופטימי,²⁷ ואז תוחלת העליון אינה נמצאת עוד בטווח ההחלטה. השופט כבר אינו יכול להניח כי אם יפסוק את תוחלת העליון אזי הצד החזק, האדיש לסיכון, בוודאי לא יערער. זאת משום

25 במשחק החוזר הנ"ל, על-פי ה-Folk Theorem, כל הנקודות בין 25 לבין 50 הן נקודות אפשריות של שיווי משקל נאש. במשחק החד-פעמי הנקודה המועדפת על השופט מבין הנקודות 25 לבין 50 היא שיווי משקל נאש היחיד, אך במשחק החוזר כלל לא בטוח שנקבל את הנקודה המועדפת על השופט מבין הנקודות 25-50: כל הנקודות בין 25 ל-50 הן נקודות אפשריות של שיווי משקל נאש.

26 הפעם אין יכול להתקיים במצטבר, כי הערכות הפסיקה והרציונליות של הצדדים הן common knowledge וכי לצדדים אותה אמונה ראשונית על התפלגות הפסיקות בעולם. כך בשל משפט ההסכמה של אומן. ראו Robert J. Aumann, *Agreeing to Disagree*, 4(6) ANNALS OF STATISTICS 1236 (1976).

27 אם כי נראה שהוא יהיה בעל עורכי-דין מיומנים יותר, ועל פני הדברים נדמה שהם הריאליים יותר – מה שמקשה את עוקץ הטיעון. ברם, אפשר שעורכי-הדין האופטימיים הם השורדים את האבולוציה של שוק עריכת-הדין, הן בשל יתרוןם של עורכי-הדין האופטימיים בפשרות, כפי שהסביר אורן בר-גיל (Oren Bar-Gil, *The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation*, 22(2) J.L. (2006) ECON. & ORG. 490), והן משום שעקב המוניטין שלהם כאופטימיים השופט מתומך לפסוק לטובתם, שמא יערערו.

שאם הצד החזק, האדיש לסיכון, הוא האופטימי, הרי הוא סבור שתוחלת העליון מיטיבה איתו יותר מתוחלת העליון בעיני השופט. לכן, במקרה זה, אם יפסוק השופט את תוחלת העליון, הצד האדיש לסיכון, האופטימי, יערער בכגון דא – ומכאן שטווח ההחלטה של השופט מצטמק; תוחלת פסיקת בית המשפט העליון כבר אינה נמצאת בו. לכן, השופט לא יפסוק את תוחלת העליון אלא פסיקה רגרסיבית ממנה. טלו דוגמה: אם השופט סבור ששני הצדדים הם ריאליים בהערכתם את פסיקת העליון, שתוחלת העליון היא 50, שהצד השונא סיכון נכון להסתפק במחצית הסכום כדי לנטרל את הסיכון וששני הצדדים הם ריאליים בהערכתם את הפסיקה – הרי טווח ההחלטה שלו נע בין 25 לבין 50. תוחלת העליון נמצאת אפוא בטווח ההחלטה. לעומת זאת, אם צד אחד הוא אופטימי וסבור שהוא עומד לזכות ב-20% יותר ממה שהשופט צופה לו, הרי שאם האדיש לסיכון הוא האופטימי הוא יערער על פסיקה של יותר מ-40, ואילו אם הצד שונא הסיכון הוא האופטימי הוא יערער על פסיקה של פחות מ-30. מאחר שהשופט יודע רק שכנראה לפחות צד אחד הוא אופטימי אך אינו יודע מיהו, הרי שמחיתוך שתי האפשרויות אנו מקבלים כי טווח ההחלטה של השופט נע בין 30 ל-40. כאמור, הנקודה 50 – תוחלת העליון – היא לבר טווח ההחלטה שלו.²⁸ השופט, כאמור, לא יוכל לפסוק את תוחלת העליון – "הנקודה הצודקת" – אלא פסיקה המוטה לרעת הצד שונא הסיכון.

הנה כי כן, ראינו כי עצם אי-ההגעה לפשרה תאותת לשופט כי אכן מדובר בתיק שיש בו, כנראה, בעיית אינפורמציה. אם יחשוד השופט שיש בעיה של אופטימיות, הוא יראה לנגד עיניו טווח החלטה מצומצם יותר שתוחלת העליון כבר לא תימצא בו, ולכן יפסוק פסיקה רגרסיבית מתוחלת העליון.²⁹ אולם, ייתכן שבעיה של אינפורמציה א-סימטרית היא שהכשילה את הפשרה. מאוד ייתכן שבעיה זו אינה קיימת עוד לאחר הינתן פסק הדין קמא, בהתחשב בכך שלצדדים יש אינטרס לחשוף את מלוא האינפורמציה שברשותם עוד טרם מתן פסק הדין קמא. אם בכל זאת נניח שבעיית האינפורמציה הא-סימטרית עדיין קיימת (למשל: אינפורמציה א-סימטרית על הלך הרוח בעליון או על טיעון משפטי שיכול לקנות את לבו של שופט עליון), אנו נידונים לתהליך דומה של

28 יש להטעים כי המסקנה האחרונה נכונה גם כששני הצדדים הם אופטימיים ולא רק אחד מהם. אם כל אחד מהצדדים הוא אופטימי בשיעור של 20% – קרי: כל צד סבור כי יזכה ל-20% יותר ממה שהשופט צופה – טווח ההחלטה נע כמקודם בין 30 ל-40.

29 למעשה, גם בתיקים שכן תושג בהם פשרה תשלום האיום של הצד החזק משתפר, שכן ה-common knowledge הוא שאם לא תושג פשרה יעדכן השופט את ציפיותיו. אם ירצה לחסן את פסיקתו מערעור, יפסוק פסיקה רגרסיבית. למעשה, הצד החזק אומר לצד החלש "אם לא תסכים להתפשר, הרי שהשופט יסבור שמדובר בתיק שיש בו בעיית אינפורמציה". לכן, כדי לבלום ערעור יש לפסוק פסיקה רגרסיבית. הטענה נשענת על ההנחה שהפשרה היא פונקציה גם של תוחלת הפסיקה של בית המשפט קמא ולא (רק) של תוחלת פסיקת העליון.

צמצום טווח ההחלטה והוצאת תוחלת העליון מטווח ההחלטה. אבל אם אין בעיה כזו³⁰ – מה שסביר מאוד להניח – היא לא תצמצם את טווח ההחלטה. אלא מאי? אפשר מאוד שהשופט לא ידע איזו בעיית אינפורמציה היא שהכשילה את הפשרה – אינפורמציה א-סימטרית או אופטימיות. ולכן, גם אם נניח שבעיית האינפורמציה הא-סימטרית אינה קיימת לאחר מתן פסק הדין קמא, הרי לעתים עצם אי-ההגעה לפשרה תיתן לשופט איתות שהייתה בתיק בעיית אינפורמציה – של אופטימיות או של אינפורמציה א-סימטרית – ועקב כך הוא לא יפסוק את תוחלת העליון. זאת, משום שעצם אי-ההגעה לפשרה נותנת לשופט איתות רועש: הוא אינו יודע להבחין אם לפניו בעיית אינפורמציה של אופטימיות (שעודנה קיימת), המצמצמת את טווח ההחלטה, או בעיה של אינפורמציה א-סימטרית (שכבר נפתרה), שאינה מצמצמת את טווח ההחלטה. שופט, שפונקציית המטרה שלו היא מזעור ערעורים, יגיב לאיתות הרועש הזה בכך שיפסוק פסיקה רגרסיבית מתוחלת העליון שכן היא גוררת סיכון קטן יותר לערעור.³¹ אם במקרה דנן יפסוק השופט 50, יש סיכון שיוגש ערעור (אם הבעיה היא של אופטימיות). אך אם יפסוק פסיקה בין 30 ל-40 הוא יהיה חסין מערעורים.

3. סיכום: מדוע יוביל הטווח הרגרסיבי לפסיקה רגרסיבית בפועל?

הנה כי כן, ראינו כי לא ניתן לפטור את בעיית היישום הרגרסיבי בכך שתוחלת העליון נמצאת אף היא בטווח ולכן השופט צפוי לבחור בה. זאת, ראשית, הואיל וגם כשתוחלת העליון כן נמצאת באותו טווח החלטה יש בעיה של הטיה רגרסיבית, שכן השופט יכול לבחור בנקודה רגרסיבית מתוחלת העליון אך לא בנקודה פרוגרסיבית ממנה. במשטר משפטי לא ודאי, שופטים רגרסיביים יוכלו לממש את האידאולוגיה הרגרסיבית שלהם, ושופטים פרוגרסיביים יאלצו לפסוק לאור האידאולוגיה של בית המשפט העליון. שנית, משום שהטענה שתוחלת העליון נמצאת בטווח ההחלטה שהשופט רואה לנגד עיניו איננה מדויקת כשאנחנו מרעידים קמעא את הנחות היסוד.

ככל שתגדל מידת אי-הוודאות יחריפו הבעיות דלעיל, משום שיהא באי-הוודאות כדי להרחיב את טווח ההחלטה של השופט. הרחבה זו אף תחול באופן א-סימטרי, המוטה לרעתו של הצד החלש. יהא בה כדי להרחיק את תשלום האיום של השונא סיכון מתוחלת העליון, מה שימעט עוד יותר את הזכויות שיקבל יחסית לתוחלת זכויותיו בעליון (שכן על-פי ההנחה דלעיל, פסק הדין קמא הוא פונקציה של תשלומי האיום של

30 למשל, בשיטות משפט שבהן כללי הפרוצדורה אוסרים הצגת ראיות חדשות בערעור, סביר שלא תתקיים בעיה כזו בערעור.

31 בטענה כי טווח ההחלטה נע בין 25 ל-50 הובלעה הנחה עדינה של אינפורמציה מלאה על תשלומי האיום של שני הצדדים. ברם, רק כשהשופט יודע במדויק מהו תשלום האיום של הצד החזק, תוחלת פסיקת העליון (+ הוצאות המשפט של הצד החזק), נמצאת בטווח ההחלטה שלו.

הצדדים). זאת, בעוד נקודת הקצה האחרת של טווח ההחלטה – תשלום האיום של הצד האדיש לסיכון – נשארת בלי שינוי. לעומת זאת, במשטר של כללים משפטים ודאיים הבעיה נפתרת לחלוטין. במקרה דנן, במשטר משפטי ודאי היה טווח ההחלטה של השופט כולל רק את הנקודה 50, ואילו במשטר משפטי לא ודאי היה טווח ההחלטה נע בין הנקודה 25 לנקודה 50.

ד. בחינת ההנחה בדבר מטרת השופט

מדוע ההנחה דלעיל – שמטרת השופט היא למזער ערעורים – היא סבירה? לאחר שהראינו כיצד אי-ודאות מובילה לרגרסיביות של הפסיקה קמא בעולם שבו מטרת השופט קמא היא לבלום ערעורים, נסביר למה ההנחה הזאת היא גם סבירה. אדגיש כי איני טוען שהיא מתקיימת בכל מקרה ומקרה; בפרק הבא אבחן מה קורה כשיש לשופט פונקציית מטרה אחרת.

לעיל הנחנו אפוא, כי השופט – או לפחות שופט כלשהו – אכן שם לו למטרה למזער את מספר הערעורים על פסיקותיו. הנחה זו יכולה להישען (ובמשולב) הן על האינטרס העצמי של השופט³² והן על עמדה מוסרית או הלך-רוח מוסרי של השופט, שלפיהם אם פסיקה אחת שולטת פארטו על השנייה – יש לבכר אותה. המעבר מפסיקה הנמצאת ימינה או שמאלה מטווח ההחלטה של השופט, לפסיקה הנמצאת באותו טווח, יש בה משום שיפור פארטו.³³ זאת, משום שכל צד מעדיף פסיקה השוכנת בטווח ההחלטה

32 אם פרקטיקה (לא מוסרית) משרתת את השופט במובן זה שהיא מאדירה את המוניטין שלו, באופן אבולוציוני דווקא השופטים הנוקטים אותה צפויים להתקדם ואף להשליט את ערכיהם. יתר על כן: מנקודת מבט מטריאליסטית השופט צפוי לאמץ דווקא את העמדה האידאולוגית שתשרת את האינטרס המטריאלי שלו. אליבא דפרויד, כוחו של המרקסיזם טמון בהשכילו להצביע על ההשפעה המכרעת שיש לנסיבות הכלכליות של בני האדם על מצבם האינטלקטואלי והמוסרי. ראו זיגמונד פרויד "לסוגיית השקפת העולם" *התרבות והדת*, 7, 27 (2000). לביקורת ראו, KARL R. POPPER, *CONJECTURES AND REFUTATIONS: THE GROWTH OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE* §§ 33-39 (London: Routledge and Kegan Paul, 1963). לגישה רדיקלית על פעולת שופטים כמקסמי רווחים ראו Richard A. Posner, *What do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, 3 SUP. CT. ECON. REV. 1 (1993).

33 השיפור פארטו הוא כמובן ביחס למצבם של שני הצדדים הקונקרטיים להתדיינות. ייתכן שכאשר פונקציית המטרה של השופט היא מקסום האינטרסים של קבוצת שונאי הסיכון בהתדיינותם מול האדישים לסיכון, האסטרטגיה של השופט הרציונלי תהא דווקא לא להרכין ראש לפני הצד האדיש לסיכון. על מתח דומה בתחום "דיני העבודה" בין האינטרס של העובד התובע היחיד לאינטרסים של קבוצת העובדים ועל האסטרטגיה האטומיסטית – קרי: פסיקה המשרתת את הפרט ולא את הקבוצה

מאשר ערעור (שהוא למעשה "הגרלה"), ופסיקה מחוץ לטווח ההחלטה תגרור ערעור. משמע: מעבר מפסיקה מחוץ לטווח ההחלטה לפסיקה בתוך טווח ההחלטה משפר את מצבם של שני הצדדים להתדיינות. שני הצדדים נהנים ממעבר זה. למעשה, הפרט שונא הסיכון הרציונלי מבכר כל פסיקה הנמצאת בתוך טווח ההחלטה על-פני פסיקה של כל נקודה הנמצאת מלבד טווח ההחלטה.³⁴ אותו פרט חפץ לנטרל את הסיכון שבערעור, והוא יעדיף לקבל פסיקה של סכום השוכן בטווח ההחלטה – גם נמוך יותר מתוחלת העליון – מאשר פסיקה של סכום גבוה שתגרור ערעור. סכום השוכן בטווח ההחלטה הוא סכום ודאי ואילו סכום מחוץ לטווח ההחלטה מקנה "הגרלה". למרבה הצער, אפילו פסיקה המשקפת את תוחלת פסיקת העליון – "פסיקה צודקת" – עלולה לעתים להיות מבחינתו משום "תפסת מרובה" (הדברים אמורים, כמובן, בפסיקה שהיא בת-ערעור).³⁵ לחלופין, השופט הפרוגרסיבי יכול גם להיות מונע בידי הלך רוח דומה, שאין לו להעניק לצד החלש "עושר השמור לבעליו לרעתו". אל לו להעניק לו סכום גבוה מדי – כזה שיגרור ערעור – מצב שאותו צד אינו חפץ בו. הצד החלש הרי מעדיף לקבל נקודה הנמצאת בטווח ההחלטה (למשל: 40), על פני כל נקודה גבוהה ממנה הנמצאת מחוץ לטווח ההחלטה. כמו כן, השופט יכול לבחור למזער ערעורים, שכן אם פסק דין בר-ערעור ייצא מחוץ לטווח ההחלטה שלו, יאבד פסק הדין ממשמעותו. מי שיכריע בסופו של דבר במקרה יהיה בית המשפט הגבוה, ולכן נדבכיו ברי-הערעור של פסק הדין יאבדו ממשמעותם. כמו כן, ההנחה כי השופט שם לו למטרה לבלום ערעורים יכולה להישען גם על האינטרס של מערכת המשפט לחסוך עלויות הנובעות מערעורים. כך,

– שבתי המשפט בישראל נוקטים בפועל בעניין, ראו עמרי ידלין "תום-לב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב(3) 867 (1999).

34 איני טוען טענה נורמטיבית שלפיה השופטים אכן צריכים לנקוט פרגמטיזם שיפוטי כמתואר. הטענה שלי היא פוזיטיבית: שופטים צפויים לפסוק פסיקות הנמצאות בטווח ההחלטה המתואר, ושיקולים של פרגמטיזם שיפוטי יחזקו נטייה זו. מי שמחזיק בעמדות יוריספרודנטליות אנטי-פרגמטיסטיות דווקא צריך להיות מוטרד מכך שאתן פסיקות, הנמצאות בטווח בלתי-צודק, תשרודנה.

35 טונק (Tunc) הביא דוגמה משיחה שקיים עם סוחר מכוניות שתבע את יצרן המכוניות. כך סיפר לו הסוחר: "I shall not receive the money for at least three years: one for the decision of the first instance, two others for the decision of the court of appeals" "The law is so uncertain that the parties feel that a case must be settled only on appeal". חשש כגון דא אכן קיים במקרים שבהם יתעקשו השופטים לקלוע לפסיקת העליון או לפסוק פסיקה המשקפת את תוחלת העליון. אז באמת הערעור לפתחנו רובץ, מה שפוגע באינטרסים של הצד החלש – במקרה זה, סוחר המכוניות (ולא כפי שצייר זאת טונק כבעיה של שני הצדדים). לכן יש להניח כי השופטים ינסו לבלום את הערעור. אם הנחה זו נכונה, יש להרהר עוד אחרי דבריו של טונק: דווקא כשא-הוודאות גדלה גם טווח ההחלטה של השופטים גדל, מה שמפחית את הסיכויים שיוגש ערעור (ראו André Tunc, *The Quest for Justice, in ACCESS TO JUSTICE AND THE WELFARE STATE* 315, 326 (Mauro Cappelletti ed., 1979)).

כאשר יתנקה שולחן המערכת מתיק אחד יזורז הטיפול בתיק השני, והדבר יצמצם את בעיית "עינוי הדין".³⁶ האינטרס האישי של השופט למזער ערעורים יכול לנבוע הן מכך שזהו אחד הקריטריונים בפועל להערכת שופטים ולקידום הנהוגים במערכת פלוניית, הן מהרצון להרגיש ו/או להיראות כמי שהצליח לרצות את שני הצדדים והן מנטייה אנושית טבעית לרצות להיות בר-סמכא שאין מערערים עליו. כמו כן, אסטרטגיה של בלימת ערעור ממלטת את השופט אף מבקרה ופיקוח על דרך עבודתו. בפסקה הבאה אראה כי בשל הטעם של הימלטות מבקרה ופיקוח, גם כשהשופט מעוניין במטרות אחרות ההנחה בדבר מטרתו למזער ערעורים תמשיך להיות תקפה ברוב המכריע של התיקים.

נטעים כי סביר שמטרתו של שופט היא מזעור ערעורים לגבי רוב פסיקותיו, גם אם לגבי מיעוטן יש לו מטרה אחרת. זאת משום שסביר להניח כי כל שופט נוהג כלאחר יד בחלק מן התיקים, ואותם הוא רוצה לבלום מלהגיע לעליון. הוא אינו מעוניין כי הם יעברו דרך עינם הבוחנת של השופטים העליונים שהכוח אצור בידם. יתר על כן: בכל קבוצה סגורה יש מינימום ומקסימום, וכך גם בקבוצת פסקי הדין של כל שופט. סביר שהשופט מעוניין כי רק המיטב של פסיקותיו יגיע לעליון. השופט, ככל שוחר, צפוי להניח דווקא את פירותיו המלבליים בראש הערימה. לכן, לפחות לגבי רובם המכריע של המקרים – כל הפסיקות הבלתי-מצטיינות – ההנחה שמטרת השופט היא למזער ערעורים היא סבירה ביותר.³⁷ לשון אחר: לגבי רובם המכריע של המקרים, פונקציית המטרה של השופט היא אכן מינימום ערעורים, גם כשלגבי הפסיקות המצטיינות יש לו פונקציית מטרה אחרת (כגון מזעור טעויות).

ה. הנחות אלטרנטיביות באשר לפונקציית המטרה של השופט

1. מה קורה כשההנחה שפונקציית המטרה של השופט היא מזעור ערעורים אינה מתקיימת?

כעת נניח כי פונקציית המטרה של השופט היא מזעור טעויות, ולחלופין מזעור פסיקות נהפכות. לשון אחר: הפעם השופט אינו רגיש לערעורים שנדחו. הוא רוצה רק למזער את כמות הערעורים שהתקבלו או את סך הטעויות (גודל הטעות הוא ההפרש בין פסיקת

36 שיש לה גם אפקט רגרסיבי בשל הפער ב-Time Discount של כל צד.

37 השופט יכול לנקוט את האסטרטגיה דלהלן: לגבי 90% הפסיקות הבלתי-מצטיינות הוא יפסוק פסיקה הנמצאת באופן מובהק בטווח ההחלטה שלו, למשל: 30. לגבי הפסיקות המצטיינות הוא יפסוק פסיקה הנמצאת על מצר טווח ההחלטה שלו, למשל: 35. מקרב הפסיקות הבלתי-מצטיינות, יוגשו ערעורים רק במתי מעט של מקרים (טעות גסה בהערכת השופט); לעומת זאת, לגבי הפסיקות המצטיינות יוגשו מעט ערעורים. כך השופט יבטיח הן מספר קטן מאוד של ערעורים והן כי באותו מספר קטן של ערעורים יהא נתח גדול ולא פרופורציונלי של פסיקות מצטיינות.

העליון לפסיקת בית המשפט קמא). לטענתי, גם אז הוא עדיין צפוי לנקוט אסטרטגיה של בלימת ערעורים, קרי: פסיקה הנמצאת בטווח ההחלטה. זוהי הדרך המיטבית להשגת מטרות אלה, להבדיל מאסטרטגיית קליעה לפסיקת העליון (קרי: לפסוק את השכיח, במקרה דנן: 0 או 100) או מאסטרטגיית פסיקה של תוחלת העליון (במקרה שלנו: לפסוק 50; 38³⁸ בהמשך אצביע על מודיפיקציה באסטרטגיה). כעת נסביר מדוע. תחילה נדון באסטרטגיה של קליעה לפסיקת העליון לעומת אסטרטגיה של בלימת ערעורים, ולאחר מכן באסטרטגיה של תוחלת העליון לעומת אסטרטגיית הבלימה.

אסטרטגיה של קליעה לפסיקת העליון היא פחות מוצלחת מאסטרטגיה של בלימת ערעורים, משום שהיא תוביל להגשת ערעורים שבחלקם אכן יתקבלו בשל טעויות צפויות בניחוש השופט את פסיקת העליון הבלתי-ודאית. אם השופט במקרה שלנו ינסה לקלוע לפסיקת העליון ויפסוק 0 או 100, הרי שבכל תיק יוגש נגדו ערעור ו-50% מן הערעורים יתקבלו. לכן זו אינה הדרך האופטימלית להשגת המטרה. אסטרטגיית הבלימה היא אפקטיבית יותר מאסטרטגיית הקליעה.

לעומת זאת, מה יקרה אם השופט יפסוק את תוחלת העליון (50)? האם יוביל הדבר לתוצאות טובות יותר מבחינתו מאשר אסטרטגיית הבלימה? לפני שנענה על שאלה זו נבחין בין שני מצבים: מצב אחד הוא שמתקיימות הנחות המודל הפשוט שהצענו בתחילת המאמר, שאז תוחלת העליון נמצאת בטווח ההחלטה ולכן פסיקה של תוחלת העליון נמצאת בטווח ההחלטה. האסטרטגיה של תוחלת העליון היא אז תת-קבוצה של אסטרטגיית הבלימה. לכן תוביל פסיקת תוחלת העליון לאפס ערעורים – ולכן גם לאפס טעויות או ערעורים מתקבלים, ממש כמו פסיקה של כל נקודה בטווח ההחלטה. אם כך, כל שופט יוכל לבחור בין פסיקת תוחלת העליון לבין פסיקה הנמצאת בטווח ההחלטה על-פי ההעדפה האידאולוגית שלו, מבלי להסתכן בערעור. גם אסטרטגיית פסיקה של תוחלת העליון וגם אסטרטגיה של פסיקה הנמצאת בטווח ההחלטה יובילו אפוא לאפס טעויות ולאפס פסיקות נהפכות. אלא מאי? סביר בעיניי שהשופט לא יסתפק אז בפסיקה של תוחלת העליון אלא ייתן גם מקום להעדפה אידאולוגית ויפסוק פסיקה הנמצאת בטווח ותואמת את ההעדפה האידאולוגית שלו. או אז הוא יוכל להשיג גם את המטרה של אפס טעויות/פסיקות נהפכות וגם לפסוק באופן הקרוב יותר למצפוננו. לעיל הראנו כי כאשר כל שופט יכול לפסוק כל נקודה הנמצאת בטווח ההחלטה, כולל תוחלת העליון, על-פי ההעדפה האידאולוגית שלו, יש לכך אפקט רגרסיבי. זאת, משום ששופטים פרוגרסיביים יפסקו את תוחלת העליון, ואילו שופטים רגרסיביים יפסקו נקודה רגרסיבית מתוחלת העליון – ולכן הפסיקה קמא הממוצעת תהא רגרסיבית מאשר תוחלת העליון. מה קורה כשאנו מרעידיים את הנחות המודל הפשוט? האם אז יעדיף השופט את אסטרטגיית הבלימה על האסטרטגיה של תוחלת העליון?

38 בהתפלגות של $0.2 * 100 + 0.8 * 0$, אסטרטגיה של קליעה לפסיקת העליון תוביל לפסיקה של 0 ואסטרטגיה של פסיקת התוחלת תוביל לפסיקה של 20.

אם אנו מניחים כעת שניתן להתפשר גם לאחר הגשת ערעור (ואין לכך עלויות, הסיכוי להתפשר גדול מאפס), אזי תוחלת העליון תצא אל מחוץ לטווח ההחלטה. לכן כעת האסטרטגיה של תוחלת העליון תגרור ערעור בהסתברות 1 ואילו אסטרטגיית הבלימה תגרור אפס ערעורים, ולכן גם כשפונקציית המטרה של השופט היא מזעור טעויות או ערעורים מתקבלים הוא ינקוט את אסטרטגיית הבלימה.

מה קורה כשאנו מרעידים את הנחת המשחק החד-פעמי? במקרה הזה אפשרי שתוחלת העליון תהיה בטווח ההחלטה, ואז השופט יכול לנקוט את תוחלת העליון (גם אז יש בעיה של רגרסיביות: כפי שהסברנו לעיל, הדבר מותנה בהיות השופט פרוגרסיבי, והפעם הוא גם נדרש להיות עקשן ולא רק פרוגרסיבי). ייתכן גם שתוחלת העליון תהא מחוץ לטווח ההחלטה. הדבר תלוי, כאמור, בדינמיקה של המשא ומתן בין השופט לצד החזק.

מה קורה כשאנו מרעידים את הנחת האינפורמציה המלאה?

איזו אסטרטגיה ינקוט השופט כשאנו מניחים שיש בעיית אינפורמציה? כפי שהצבענו לעיל, כשיש בעיית אינפורמציה תוחלת העליון מועדת לצאת מטווח הפסיקות שהשופט יודע שעליהן לא יערערו הצדדים. תוחלת העליון היא תשלום האיום של הצד החזק (כשאינן עלויות לטיגציה בערעור) או נקודה הרחוקה רק LCr מתשלום האיום שלו (כשיש עלויות לטיגציה בערעור). לכן מדובר בנקודה הנמצאת בקצה טווח ההחלטה או מרחק LCr מקצה טווח ההחלטה; ולכן, אם אנו מניחים כי בעקבות בעיית האינפורמציה השופט אינו יודע מהו טווח ההחלטה אך הוא יודע מהו טווח ההחלטה שלו פלוס מינוס X, הרי שטווח ההחלטה שהוא רואה לנגד עיניו מצטמצם ותוחלת העליון מועדת לצאת ממנו, שכן היא בקצה או בקרבת הקצה של טווח ההחלטה. נדגים: אם נניח כי השופט חושב שהתפלגות העליון היא של $0.5 * 100 + 0.5 * 0$, אז הוא חושב שטווח ההחלטה הוא בין 25 לבין 50. מאחר שיש בעיית אינפורמציה השופט חושב במקרה שלנו שהצדדים רואים לנגד עיניהם טווח החלטה הרחוק בפלוס מינוס 5 מטווח ההחלטה שהוא רואה. כעת ייקח השופט טווח ביטחון של 5 לכל צד, ולכן הוא יפסוק פסיקה שתנוע בין 30 לבין 45 והיא תגרור אפס ערעורים. לעומת זאת, אם השופט יפסוק את תוחלת העליון – 50 – ייתכן שהוא טועה בסרטוט טווח ההחלטה, ולכן פסיקה כזו עלולה לגרור ערעור – מה שיגביר את סך טעויותיו.

לכן, אם יש בעיית אינפורמציה, כך שהשופט יכול לדעת רק את טווח ההחלטה המצומצם – קרי: אותו חלק של טווח ההחלטה שנשאר לאחר שניכינו ממנו את טווח הביטחון – הרי ששופט שרוצה למזער טעויות או פסיקות נהפכות יפסוק נקודה הנמצאת בטווח ההחלטה המצומצם שתוחלת העליון, כאמור, מועדת להיות מלברו.³⁹

39 אני גם מוכן לקבל שבבעיות אינפורמציה מסוימות, הקיימות בעולם האמיתי, השופט ממזער הפסיקות הנהפכות או הטעויות יבחר בתוחלת העליון ולא בנקודה שנמצאת בטווח ההחלטה הרגרסיבי. נניח, למשל, כי אסטרטגיית הבלימה יכולה לכל היותר לבלום את הערעור ב-95%, ואילו

2. מה קורה כשפונקציית המטרה של השופט היא מזעור של טעות ממוצעת בתיקים המעורערים?

זאת ועוד: ניתן להקשות כי פונקציית המטרה של השופט היא בכלל מזעור הטעות הממוצעת בתיקים המעורערים. לכן, אם תוצאת העליון מתפלגת בהתפלגות נורמלית,⁴⁰ הרי הוא צפוי לכאורה לבכר דווקא את תוחלת העליון. אלא מאי? שופט השואף למזער את הטעות הממוצעת ינסה לשלוט גם בשאלה אלו תיקים יתגלגלו לעליון. הוא יבכר כי תיקים שהשונות של תוצאת העליון בהם נמוכה הם שיגיעו לעליון – הם ורק הם. לפיכך, באותם תיקים שבהם השונות מתוצאת העליון היא גבוהה הוא צפוי לנקוט את אסטרטגיית הבלימה. דווקא בתיקים אלה – קרי: תיקים שבהם הדין אינו ודאי – יש השלכות רגרסיביות לאסטרטגיית הבלימה.

3. אתגור הנחה אחרת: תחולת האפקט במקרים שבהם פסיקת בית המשפט קמא חייבת להיות בינארית

גם במקרים שבהם – בניגוד למה שהנחנו עד כה – פסיקתו של בית המשפט קמא חייבת להיות בינארית (קרי: 0 או 100) ולא רציפה,⁴¹ המסקנה בדבר האפקט של יישום רגרסיבי נשארת על מכונה. האפקט יהא אף חמור יותר.

נניח כי החלטתו של בית המשפט העליון תהא בינארית ומתפלגת $(1-P_w)*0+P_w*100$. הוא הסיכוי של הצד החלש לנצח במשפט. נסמן: הסיכוי שהצד החלש יערער אם בית

פסיקת תוחלת העליון תגרוור ערעור בהסתברות של 60%. השופט ממזער הטעויות יעדיף את תוחלת העליון מאסטרטגיית הבלימה אם ורק אם תוחלת הטעות בפסיקה של תוחלת העליון תהא קטנה פי 12 מתוחלת הטעות שבאסטרטגיית הבלימה. ברם, הטענה דלעיל אינה סותרת את הטענה כי לא-יודאות משפטית יש אפקט רגרסיבי על הפסיקה קמא. גם אם יהיו מקרים שבהם יפסוק השופט את תוחלת העליון, וביתר המקרים הוא יפסוק פסיקה הנמצאת בטווח ההחלטה שהוא רגרסיבי, יוצא בממוצע שבמשטר משפטי לא ודאי השופט קמא פוסק פסיקה רגרסיבית מתוחלת העליון. יודגש, כי אם נגיע למסקנה שבמשטר משפטי בלתי-ודאי ב- $P < 1$ מהמקרים, השופט קמא נוקט אסטרטגיה של פסיקת תוחלת העליון וב- $(1-P)$ מהמקרים הוא נוקט אסטרטגיה של בלימת הערעורים – קרי: פסיקה הנמצאת בטווח הרגרסיבי – הרי המסקנה היא שלא-יודאות משפטית יש אפקט רגרסיבי על הפסיקה קמא.

40 אם תוצאת העליון מתפלגת באופן אחיד הרי בין כה וכה הטעות הממוצעת לתיקים מעין אלו אינה תלויה בהחלטה של בית המשפט קמא. לכן נראה שבתיקים כגון דא הוא היה נוקט את אסטרטגיית הבלימה, משום שגם אם הוא מקנה עדיפות לקסיקלית לאי-הפרכת פסיקותיו, נראה שהוא מייחס חשיבות גם למזעור התיקים המעורערים. זאת ועוד: אם חלק מהתיקים מתפלגים אחיד וחלק נורמלית, הרי שבתיקים המתפלגים אחיד השופט צפוי לנקוט אסטרטגיה של בלימת ערעורים.
41 בעיני ההנחה הראשונית היא יותר סבירה. הסעד שמעניק בית המשפט איננו בינארי.

המשפט יפסוק (0, 100) הוא P_{ap} . הסיכוי שהצד החזק יערער אם בית המשפט יפסוק (0, 100) הוא P_{ar} .

אם מטרתו של השופט היא למזער את מספר הערעורים, בית המשפט יפסוק לטובת הצד החזק אם הסיכוי שהוא יערער גדול יותר מהסיכוי שהצד החלש יערער ורק אם הוא גדול שווה ממנו, קרי: אם $P_{ar} > P_{ap}$, ורק אם $P_{ar} \geq P_{ap}$. יש להטעים כי הסיכוי שכל צד יערער הוא פונקציה, בין היתר, של הסיכוי שלו לזכות בעליון, כמו גם של שיעור הריבית הסובייקטיבית שלו, שנאת הסיכון שלו לגבי הסכום הכרוך בערעור, מגבלת המקורות שלו, האינטרס שלו לצבור מוניטין והמוניטין של עורך-דינו. לכן אם, למשל, סיכויי הזכייה הם של (0.5, 0.5), סביר יותר שהצד החזק יערער,⁴² ולכן הוא צפוי לזכות אז ב-100% מן המקרים, בעוד הצד החלש צפוי לזכות ב-0% מן המקרים. מנגד, במשטר משפטי ודאי, שבו ב-50% מן המקרים הסיכוי הוא של (1, 0) וב-50% מן המקרים הסיכוי הוא של (0, 1), מסתמא הצד החלש יערער כל פעם שהתוצאה צפויה להפוך בעליון לטובתו ורק בה, וכך ינהג גם הצד החזק. לכן, במשטר משפטי ודאי הצד החלש צפוי לזכות ב-50% מן המקרים והצד החזק צפוי לזכות ב-50% מן המקרים. כאן השופט צפוי לפסוק על-פי תוחלת העליון.

אם מטרתו של השופט היא למזער את סך פסקי הדין הנהפכים, הרי שיפסוק לטובת הצד החזק כל אימת ש $(1-P_w) * P_{ar} > P_w * P_{ap}$. אף כאן, כשסיכויי הזכייה הם (0.5, 0.5) השופט יפסוק לטובת הצד החזק ב-100% מן המקרים. מנגד, במשטר משפטי ודאי, שבו סיכויי הזכייה הם של (0, 1) ב-50% מהמקרים ושל (1, 0) ב-50% מן המקרים, כי אז ב-50% מן המקרים יזכה הצד החזק וב-50% מהמקרים יזכה הצד החלש. לכן, גם הפעם השופט במשטר משפטי ודאי יפסוק על-פי תוחלת העליון, ולכן גם הפעם יש לאי-ודאות משפטית אפקט רגרסיבי על הפסיקה קמא.

4. מה קורה כשהשופט מתעלם מהאופציה שיערערו עליו ופוסק תמיד על-פי שיקול דעתו?

לאחר שדנו בשופטים אסטרטגיים הבה נדון בשופט לא אסטרטגי, הפוסק תמיד לפי הנכון בעיניו, באופן בלתי-תלוי בשאלה מה תהיה ההשלכה של פסיקתו על הערעור. אם

42 סביר שאנשים עשירים יערערו יותר מאנשים עניים. וזאת ממספר סיבות: ראשית, הריבית הסובייקטיבית של העשירים גבוהה, ולכן משתלם להם יותר להוציא את ההוצאות הכרוכות בערעור כדי לקבל בעתיד סכום גבוה יותר; שנית, הם פחות שונאי סיכון לגבי ההימור הכרוך בהוצאת הוצאות משפט. שלישית, הם "משחקים" יותר בזירה המשפטית ולכן האינטרס שלהם במוניטין של מערערים מובהק יותר. רביעית, לעשירים יש אינטרס לערער משום שתוחלת הרווח שלהם מפשרה (אם הצדדים יתפשרו בטרם משפט) גדולה יותר. חמישית, בשל מגבלת המקורות: לעתים העני פשוט לא יוכל להשיג את הכסף הנדרש לערעור. שישי, יותר סביר שעשירים יערערו מאשר שעניים יערערו משום שהעשירים יוכלו לשכור עורכי-דין שיש להם מוניטין של מערערים.

השופט פוסק תמיד על-פי שיקול דעתו הרי יוגש ערעור על כל פסיקה שיפסוק אלא אם זו נמצאת בטווח ההחלטה. משמע, במקרה זה, כאשר שופט יפסוק בין 25 לבין 50 פסיקותו תשרוד ותהא משמעותית, ואם יפסוק פסיקה בין 0 לבין 25 או בין 50 לבין 100 יוגש ערעור על פסיקתו; מי שיכריע במקרה (כמובן, בחלקיו ברי-הערעור) יהיה בית המשפט הגבוה. משמע: הפסיקות שתשרודנה הן אלה שנמצאות בטווח ההחלטה. הן אלה שתהיינה בעלות המשמעות. מאחר שטווח ההחלטה הוא רגרסיבי יחסית לתוחלת של פסיקת העליון, פסיקות של אותו שופט שתשרודנה תהיינה רגרסיביות יחסית לפסיקת בית המשפט העליון. לכן, גם כשמדובר בשופט לא אסטרטגי יש לאי-ודאות משפטית אפקט רגרסיבי מסוים על הפסיקה קמא בת-הערעור. בניגוד לאפקטים שעליהם הצבענו לעיל – שהם אפקט של אי-הוודאות המשפטית על פסיקת השופט קמא – הפעם אנחנו מדברים על אפקט של אי-ודאות משפטית על הישרדות הפסיקות של השופט קמא. לשון אחר, גם כשהשופט הוא לא אסטרטגי לחלוטין, לאי-ודאות משפטית יש אפקט רגרסיבי על הפסיקה בת-הערעור. זו תהא משמעותית – קרי: לא יערערו עליה – אם ורק אם היא תיפול בטווח ההחלטה הרגרסיבי.

1. אפליקציות של האפקט הרגרסיבי על הפסיקה בת-הערעור

החלק הנוכחי ידון בכמה אפליקציות על התזה דלעיל בדבר האפקט הרגרסיבי של הפסיקה בת-הערעור. החלק הנוכחי בא להצית את הדיון בסוגיות אך לא לגמור את הדיון בהן.

1. זכות הערעור והקונפליקט המעמדי

ברי כי מכך שעל פסקי דין שניתן לערער עליהם פועל אפקט רגרסיבי, אף נגזר טעם חזק לכך שלצד החלש עדיף שפסקי הדין יהיו חלוטים. בעוד פסקי דין ברי-הערעור חשופים לאפקט הרגרסיבי של אי-ודאות משפטית על הפסיקה קמא, הרי שפסקי דין שאינם ברי-הערעור אינם חשופים לאפקט הרגרסיבי של אי-ודאות משפטית על הפסיקה קמא. הערעור מפעיל אפוא את האפקט הרגרסיבי של אי-ודאות משפטית על הפסיקה. במובן זה, זכות הערעור משרתת את האינטרס של הצד החזק ופוגעת באינטרסים של הצד החלש. מנקודת מבט של סוציולוגיה ביקורתית הדבר מספק הסבר לצמיחתה של זכות הערעור.⁴³ לכאורה היא תהא קשה לסוציולוגיה הביקורתית, שכן הערעור ממלא

43 הסבר סוציולוגי ביקורתי נוסף לזכות הערעור העולה מהמאמר הוא האפשרות לעצב באמצעותה את ה-Framing. הדבר משרת כמובן את הליטיגטור המתחכם, קרי: העשיר.

פונקציה של קוהרנטיזציה של הדין, מה שיש בו כדי ליצור ודאות.⁴⁴ הנה כי כן, גם אם יש בזכות הערעור כדי להקטין את אי-הוודאות ובכך להקלות את האפקט הרגרסיבי שלה, יש לערעור אפקט רגרסיבי משל עצמו. ההבנה שהערעור מפעיל את האפקט הרגרסיבי של אי-ודאות על הפסיקה מאתגרת את ראיית הערעור כזכות נאצלת וכמוסד משפטי מתקדם.

2. הערכת שופטים

זאת ועוד: ההיגיון המוצע אף חושף את המשמעות של הערכת שופטים על-פי אמת-מידה של מספר הערעורים על פסיקותיהם. ראשית, הקריטריון הלז מעדיף שופטים אסטרטגיים, הפוסקים באופן רגרסיבי כדי לבלום ערעורים. לעתים דווקא שופטים אופורטוניסטים יצליחו לחמוק מן הערעור. ברי כי לנקיטת תבחין זה יש אף אפקט מתמרץ. שנית, אמת-מידה כגון דא תתניע אבולוציה שבמסגרתה דווקא השופטים הרגרסיביים הם שצפויים לקידום. זאת משום שגם אם אלו פוסקים על-פי צו מצפונם, החף מכל שיקול אסטרטגי, פסיקותיהם תהיינה מחוסנות מערעורים. מסקנה נוספת היא שיש להיזהר מהערכת שופטים על סמך קריאת פסיקותיהם, שבסופה של דרך הגיעו לעליון. ראשית, זאת כיוון שמדובר במדגם מרוכז של מקרים. הערעור צפוי דווקא על החלטותיהם היותר פרוגרסיביות. שנית, זאת כיוון ששופטים יכולים לברור, כאמור, את החלטותיהם שתתגלגלנה לעליון.

3. יחסי בית המשפט העליון ובית המשפט קמא

(א) פסקי הדין קמא שעליהם מוגש ערעור הם פרוגרסיביים ביחס לכלל הפסיקה קמא. פסקי הדין שעליהם יוגש ערעור מהווים אפוא מדגם בלתי-מייצג של כלל המקרים. מדובר בפסקי דין הנמצאים מחוץ לטווח ההחלטה של השופט. אם טווח ההחלטה הוא בין 30 ל-40 הצדדים יגישו ערעור כשפסקי הדין נמצאים בין 0 ל-30 או בין 40 ל-100. זאת, בזמן שהתוחלת של פסיקת העליון היא 50 ומרבית הפסיקות של השופטים קמא נעות בין 30 ל-40. שמע מיניה, פסקי הדין המערערים מוטים באופן פרוגרסיבי יחסית לכלל פסקי הדין קמא.⁴⁵ פסקי הדין שערערו עליהם מהווים אפוא מדגם מרוכז של פסקי דין פרוגרסיביים לעומת כלל פסקי הדין קמא (ככל שאי-הוודאות תגבר כך תגדל

44 מרגע שידוע איזה שופט יענה בעניין האפקט הפרוגרסיבי של הקוהרנטיזציה נחלש עד מתאיין. זאת, משום שנראה ששונות של פסיקת השופט הקונקרטי אינה צריכה לקטון באופן משמעותי. לכן, למשל, במשטר פדרלי, כשברור איזה דין חולש על הסוגיה, הקוהרנטיות של דיני המדינות השונות אינה משרתת אינטרס חזק של ודאות. הא לנו טעם לכך שבכגון דא עדיף לצד החלש שבית המשפט הפדרלי לא ייאותר לשמוע ערעורים על הפסיקה המדינתית.

45 להלן אטען כי עם זאת הם מוטים באופן רגרסיבי יחסית לתוחלת פסיקת העליון.

ההטיה). כפועל יוצא שופטי העליון צפויים לקבל איתות רועש ומוטה לגבי המתחולל בבתי המשפט דלמטה. הם לא ישכילו להבין עד כמה הפסיקה קמא היא רגרסיבית; ⁴⁶ הם צפויים ללקות בפטה מורגנה המייפה את המציאות ולחשוב כי פסיקתם מיושמת בעיוותים קלים בלבד, והרים ייחזו כצל הרים.⁴⁷

(ב) פסקי הדין של העליון יהיו פרוגרסיביים יותר מפסקי הדין קמא שעליהם הוגש ערעור

יתר על כן: בעוד פסקי הדין המעורערים הם פרוגרסיביים יחסית לפסקי הדין קמא הם רגרסיביים יחסית לפסיקת העליון. אמנם הם פרוגרסיביים מיתר פסקי הדין קמא, אך גם הם נופלים לקבוצה הרגרסיבית של פסקי הדין קמא. זאת בהנחה שרבים מהערעורים נובעים מכך שהשופט קמא טעה בסרטוט טווח ההחלטה בדמיונו. כך, למשל, אם טווח ההחלטה הוא בין 30 ל-40, אפשר כי השופט סבר בטעות שהוא בין 28 ל-42, וכדי להגיע לתוצאה המתקרבת אל פסיקת העליון אך עדיין בולמת ערעור הוא יפסוק 41 או 42. לכן, עיקר ההחלטות שיוגש עליהן ערעור תהיינה אלה שממקומות ב-41, 42. טווח ההחלטה המשוער שבידי השופט אינו יכול לחבוק את כל הטיפוסים. השופט יכול רק לשער מהו טווח ההחלטה שרובם המכריע של פסקי הדין יפלו בו. אותו טווח החלטה משוער הוא רגרסיבי יחסית לפסיקת העליון, אך עדיין יחלחלו ממנו ערעורים; הוא אינו הרמטי. אף אותן החלטות מעורערות תשכונה בטווח ההחלטה המשוער. אותו טווח החלטה משוער הוא רגרסיבי יחסית לפסיקת העליון. אף-על-פי שסביר שאותן החלטות מעורערות תהיינה על המצר של טווח ההחלטה המשוער – קרי: פרוגרסיביות יותר מכלל ההחלטות קמא – הן עדיין תהיינה בתוך טווח הרגרסיבי יחסית לפסיקת העליון.

(ג) האשליה האופטית של המשפטן

הבעיה היא שעמדתם של חלק ניכר מן המשפטנים כלפי מערכת המשפט תתגבש בעיקר מקריאת פסקי הדין של בית המשפט העליון, ובייחוד מקריאת פסקי הדין הקנוניים שבהם אף רגילה להיפרש הפסיקה קמא בשאלה הנדונה. התמונה שתצטייר משם היא שבית המשפט העליון מוביל התפתחות פרוגרסיבית של המשפט. על דרך הכלל, פסקי

46 יתר על כן: השופט המנמק את פסיקותיו חייב בעקביות מסוימת. לכן, כאשר יש אסימטריה מובהקת בין עשירים לעניים – למשל בדיני נזיקין, שבהם ברגיל הניזוקים הם צדדים חלשים והמזיקים הם צדדים חזקים – השופט צפוי ליישם את פסיקת העליון באופן רגרסיבי לרעת הניזוקים. כך, למשל, הוא יפרש את דין העליון כ-30 במקום 50. מי שצפוי לערער על פסיקתו הוא דווקא הניזוק העשיר, האדיש לסיכון. כפועל יוצא מבכך יסברו בתי המשפט שאין קורלציה בין עשיר לבין ניזוק ולא ישיתו ליבם לממד הרגרסיבי של פסקי הדין.

47 כך אף גורלם של חוקרי המשפט ושל תלמידיו, שיקראו רק את פסיקת העליון בלי להיות ערים לאפקט המוסבר כאן.

הדין קמא המגוללים בפסקי הדין העליונים יהיו רגרסיביים מפסיקת העליון.⁴⁸ אין לתמוה אם מרבית התקדימים יסמנו פרוגרסיביזציה של הדין. לשון אחר, על כך שבמרבית פסקי הדין המְתַקְמִים, החלטת בית המשפט דלמעלה תהא פרוגרסיבית יותר מהחלטת בית המשפט דלמטה שעליה הוגש הערעור.⁴⁹ על פניו הדבר נעוץ בכך שבית המשפט העליון הוא פרוגרסיבי יותר מבית המשפט קמא. הוא קובע לכאורה הלכות פרוגרסיביות יותר. בית המשפט העליון עלול אפוא להיראות בעינינו כמי שמקדם את המשפט באופן פרוגרסיבי גם כשלא היא. החלטת בית המשפט העליון היא פרוגרסיבית יותר משום שלא ניתן לערער על פסקי הדין שלו; הוא אינו נאלץ ליטול טווח ביטחון. יתר על כן: אף הפסיקה החדשה של העליון צפויה להיות מיושמת באופן רגרסיבי. לכן יש להעריך את פסיקת בית המשפט העליון אל מול פסיקה קודמת של בית המשפט העליון ולא אל מול יישומה בפועל של הפסיקה הקודמת.

כאמור, הדבר אינו טמון בכך שבערכאות דלמטה יושבים שופטים ריאקציונרים, אלא במבנה ההיררכי של בתי המשפט. הגורם אינו פרסונלי אלא מוסדי. פשוט, שופט שאינו בר-ערעור מתומרץ פחות לפסוק פסיקה רגרסיבית. לפיכך אף אין להפריז בכתרי פרוגרסיביות (או בביקורות על כך) הנקשרים לשופטי העליון. אין הם אלא מתקנים עיוותי פסיקה של שופטים, שבעודם מגששים בערפל מבכרים לעלות על עגלת הצד החזק.⁵⁰ משמע, השופטים קמא מעדיפים להקטין משמעותית את הסיכון לכך שהצד החזק יערער עליהם, במחיר של סיכון מזערי שהצד החלש יערער עליהם. לעומתם, שופטי העליון פטורים מחשש זה. ויתר על כן, גם האחריות לאותה אי-ודאות משפטית רובצת לעתים קרובות לפתחם של השופטים דלמעלה, שלא הוציאו מתחת ידם הלכות ברורות דיין.

זאת ועוד: כפי שראינו לעיל, גם כשבתי המשפט דלמטה מנסים מטעם זה או אחר להשליט את האידאולוגיה שלהם, הדבר יעלה רק בידם של בתי המשפט הרגרסיביים יחסית לעליון. פסיקותיהם של בתי המשפט הפרוגרסיביים יחסית לעליון לא תשרודנה בשל בעיית הא-סימטריה של טווח ההחלטה שהוצגה לעיל. שמע מיניה, משטר משפטי לא ודאי מאפשר לכל בית משפט קמאי להיות רגרסיבי מבית המשפט העליון אך לא פרוגרסיבי ממנו. לפיכך, אין להשתומם על כך שבית המשפט העליון יהא הפרוגרסיבי ביותר מבין כל בתי המשפט הכפופים לו. בית המשפט העליון צפוי להיתפס כנאור

48 מעבר לכך, כאשר האקלים החברתי הוא כזה שבו בית המשפט ירצה להצטייר כפרוגרסיבי ביותר, סביר שגם באותם מקרים שבהם בית המשפט קמא יהיה פרוגרסיבי יותר, בית המשפט העליון יקצוב מילותיו ויקמוץ בתיאור הפסיקה קמא. ככלות הכול, הוא בעל הכוח לספר את הסיפור הרשמי.

49 לבטח ולבטח היא תהא פרוגרסיבית יחסית לזרם ההחלטות של בית המשפט קמא שעליהן לא הוגש ערעור. בפסקי דין קנוניים גם הן מועדות להיפרש בפסק העליון, דבר שיחזק את האשליה האופטית של תקדים פרוגרסיבי.

50 ולו כדי שלא תתנגש בעגלת הצד החלש ותעיף מרכולתה השמימה.

ביותר, כ"מעוז הבטוח ביותר לאזרח בריכו עם השלטון", אך לאמיתו של דבר יש להיזהר מייחוס הפסיקה הפרוגרסיבית לאישיותם של שופטי העליון. הדבר אינו נובע מהפרסונות המאיישות את העליון אלא מהמבנה המוסדי. מובן כי מי שעלול ללקות באשליה האופטית הזו הוא גם מי שמברך את בית המשפט העליון על הפרוגרסיביות שלו וגם מי שמבקר את בית המשפט העליון על עודף פרוגרסיביות. כפי שראינו, ככל שתגבר אי-הוודאות המשפטית יצטייר בית המשפט העליון כבית המשפט פרוגרסיבי יותר מכלל בתי המשפט הכפופים לו. לכן, כאשר בית המשפט העליון מעוניין להצטייר ככזה יש לו אינטרס להגביר את אי-הוודאות בשיטת המשפט הנתונה. לעומת זאת, כאשר בית המשפט העליון דווקא יחפוץ שלא להצטייר כפרוגרסיבי אזי ישתלם לו להקטין את אי-הוודאות המשפטית.

ז. נספח: עניים ונשים כשונאי סיכון

מאמר זה מראה כי אי-וודאות משפטית גוררת פסיקות של בתי משפט נמוכים המוטות לרעתם של שונאי סיכון. כעת נטעים כי עניים הם יותר שונאי סיכון מעשירים, דבר הגורר אפקט רגרסיבי מעמדי, ונשים למצער נתפסות כיותר שונאות סיכון מגברים, דבר הגורר אפקט רגרסיבי מגדרי.

1. עניים כיותר שונאי סיכון מעשירים

הטענה הרווחת בספרות הכלכלית היא שעניים הם יותר שונאי סיכון מעשירים.⁵¹ זאת, משום שמבחינת אדם עני הסכום המוטל על כף המאזניים הוא גדול יותר יחסית למסת הנכסים הכוללת שלו מאשר מבחינת אדם עשיר כשמדובר בסכום זהה. כלומר: אותו הסכום יהיה משמעותי יותר לעני מאשר לעשיר, ולכן האדם העני יהיה שונא סיכון יותר לגביו. לכן הוא יסכים להמיר את ההגרלה לזכות בסכום מסוים בסכום נמוך יותר מאשר אדם עשיר יסכים להמיר בו את אותה הגרלה. זאת ועוד: הפרופוזיציה שעניים הם יותר שונאי סיכון מעשירים אומתה בכמה ניסויים. כך, למשל, מחקרם של הרטוג ועמיתיו – שבדק את הסכום הבטוח המינימלי שמשותף נכון להמיר תמורתו הגרלה – הסיק את קיומו של קשר שלילי בין עושר לשנאת הסיכון.⁵²

51 להעמקה ראו ANDREU MAS-COLELL, MICHAEL D. WHINSTON & JERRY R. GREEN, MICROECONOMIC THEORY 192 (1995), כמו גם שמואל זמיר, מיכאל משלר ואילון סולן תורת המשחקים 50 (2008).

52 Joop Hartog, Ada Ferrer-i-Carbonell & Nicole Jonker, *On a Simple Measure of Individual Risk Aversion*, Tinbergen Institute Discussion Paper, available at <http://www.finint.ase.ro/>

כמו כן, תאגידיים גדולים הם שחקנים חוזרים בשדה המשפטי ולכן הם נהנים מיכולת לבזר את סיכוניהם.

סייג לכך שעניינם הם יותר שונאי סיכון מתקיים במקרים שבהם מדובר בעני פושט רגל. פושט הרגל נהנה מהכוח של היעדר כוח (the power of no power).⁵³ כך, למשל, אם אדם נתון בחובות של 60 הוא יעדיף ללכת למשפט שבו יש לו סיכוי של 50% לזכות ב-100 ו-50% לזכות ב-0 על-פני להסתפק בסכום בטוח של 50 שאותו הוא יכול לקבל, למשל, בפשרה או באי-ערעור על פסיקה קמא. במקרה כזה הוא אוהב סיכון: הוא מעדיף את המשפט על פשרה של 50 משום שמ-50 לא יפיק שום תועלת, שהלוא נושיו הם שיזכו בכל הכסף. לעומת זאת, במשפט יש לו סיכוי של 50% לזכות ב-100: 60 ילכו לנושיו והוא ייותר עם 40 שמהם יוכל להפיק תועלת.

2. נשים כיותר שונאות סיכון מגברים

הטענה כי נשים הן אכן יותר שונאות סיכון נטענת בספרות הכלכלית. שורת מחקרים אמפיריים מצביעה על כך. המחקרים נסמכים על בדיקה של תיקי ההשקעות, בדיקת החלטות צרכניות יומיומיות ובדיקת נכונות להמיר הגרלות. מחקרים של Jianakoplos & Bernasek מצביע על כך שגברים לא נושאים מגלים פחות שנאת סיכון מנשים לא נושאות בבחירה של תיק ההשקעות, היינו: הם בוחרים בהשקעות יותר מסוכנות, שמקנות תוחלת תשואה גבוהה יותר. משתנה העושר נשלט.⁵⁴ מחקרה של הירש (Hersch) מצביע על כך שבקבלת החלטות על אודות עישון, חגירת חגורות בטיחות, צחצוח שיניים, שימוש בחוט דנטלי ובדיקת לחץ דם נשים הן יותר שונאות סיכון; לעומת זאת, גברים עוסקים יותר בפעילות גופנית.⁵⁵ מחקרים של הרטוג ועמיתיו מצביע על כך שנשים נכונות להמיר הגרלות תמורת סכומים נמוכים יותר מאשר גברים.⁵⁶ מחקרים של דונקס, מלנברג

Hans :ראו גם: Cercetare/Aversiuinea_la_risc/Testarea_aversiunii_la_risc_pe_categorii.pdf

P. Binswanger, *Attitudes Toward Risk: Experimental Measurement in Rural India*, 62 AM.

J. AGRICULTURAL ECON. 395 (1980); Hans P. Binswanger, *Attitudes Toward Risk:*

Theoretical Implications of an Experiment in Rural India, 91 ECON. J. 867 (1981)

53 על כוח האין כוח של פושט הרגל ראו: CHESTER L. KARRASS, *THE NEGOTIATING GAME* 68 :ראו (1970).

54 ראו: Nancy Ammon Jianakoplos & Alexandra Bernasek, *Are Women More Risk Averse?*

ECON. INQUIRY 620 (1998) 36(4). לדידי, ניתן להסביר ממצא זה גם בכך שגברים מעבירים יותר

משאבים מנשים לפול המשותף. לכן, לא נושאים מקבלים את החלטותיהם הפיננסיות בתנאים פחות

לא ודאיים מאשר לא נושאות, זאת גם כאשר הם עשירים באותה מידה.

55 Joni Hersch, *Smoking, Seat Belts, and Other Risky Consumer Decisions: Differences by*

Gender and Race, 17 MANAGERIAL & DECISION ECON. 471 (1996)

56 ראו לעיל, ה"ש 52.

וסואסט הציג לנדגמים שמונה שאלות. בחמש שאלות הם נתבקשו לבחור בין הגרלה אחת לשנייה (או בין הגרלה לסכום בטוח – choice questions), ובשלוש שאלות הם נתבקשו לציין את הסתברות הזכייה המינימלית בהגרלה של סכום מסוים, שתוביל אותם לרצות להשתתף בה, בתמורה לסכום מסוים שאותו קיבלו (probability equivalence question). גם מחקר זה מצביע על כך כי נשים הן אכן יותר שונאות סיכון.⁵⁷ מנגד, הביקורת על המחקרים הללו היא כי הם רק משקפים סטריאוטיפ שוביניסטי שקרי. כך, למשל, לדעת שוברט ועמיתיו טענת המחקרים דלעיל – כי נשים הן יותר שונאות סיכון מגברים – היא ייצוג של אותו סטריאוטיפ רווח.⁵⁸ לדידם, הפגמים העיקריים במחקרים נעוצים בכך שהם אינם מנטרלים את גורם השוני ב-individual opportunities set. אין בהם כדי לנטרל את ההבדלים באינפורמציה על אודות אופציות ההשקעה. זאת ועוד: מחקרים המשווים בין נכונות להשתתף בהגרלות נשענים על שאלות מעבדה אבסטרקטיות ולכן אינם יכולים לבא החלטות קונטקסטואליות. הסטריאוטיפ שלפיו נשים הן יותר שונאות סיכון מגברים – מושג תורת-משחקי – מתווך לדידי באמצעות הסטריאוטיפים הרואים גברים כתחרותיים, דומיננטיים, בעלי ביטחון עצמי, החלטיים, תחרותיים ואינם כה זקוקים לביטחון (security), ובה בעת רואים נשים כנטולות ביטחון עצמי, כנועות, לא החלטיות ובעלות צורך חזק בביטחון.⁵⁹ אלא מאי? גם אם נניח כי הסטריאוטיפ הקיים שנשים הן יותר שונאות סיכון מגברים הוא שקרי, עדיין תהיה לסטריאוטיפ הזה השלכה על המציאות, ולא-ודאות משפטית תהא אפקט רגרסיבי מגדרי על הפסיקה קמא. זאת בהנחה ששופטים – שגם הם תבנית נוף תרבותם – יחזיקו בסטריאוטיפ הזה. שופטים שמאמינים בסטריאוטיפ השקרי הזה יפעלו כאילו שהוא נכון. מה שיקרה הוא ששופטים ישרטטו את טווח ההחלטה שלהם בדמיונם על-פי הסטריאוטיפ השקרי, ולכן יפסקו כאילו אותו סטריאוטיפ נכון – ולכן לא-ודאות משפטית תהיה השלכה רגרסיבית מגדרית. עם זאת, המסקנה משתנה במקרים שבהם

- 57 ראו: Bas Donkers, Bertrand Melenberg & Arthur Van Soest, *Estimating Risk Attitudes Using Lotteries: A Large Sample Approach*, 22(2) J. RISK AND UNCERTAINTY 165 (2001)
- ראו גם: Malenie Powell & David Ansic, *Gender Differences in Risk Behavior in Financial Decision-Making: An Experimental Analysis*, 18 J. ECON. PSYCHOL. 605 (1997)
- 58 ראו: Renate Schubert, Martin Brown, Matthias Gysler & Hans Wolfgang Brachinger, *Financial Decision-Making: Are Women Really More Risk-Averse?*, 89(2) AM. ECON. REV. 381 (1999)
- כדי להתגבר על בעיות אלה, בוחן מחקרו שלו את המחירים שמוכנים גברים ונשים לשלם על ביטוח ועל השקעות. מסקנת המחקר היא שמחד גברים ונשים מגלים אותה מידה של שנאת סיכון. מאידך, כי בתחום של רווחים – נשים מגלות יותר שנאת סיכון, ובתחום של הפסדים – נשים הן יותר אוהבות סיכון.
- 59 ראו: Inge K. Broverman, Susan Raymond Vogel, Donald M. Broverman, Frank E. Clarkson & Paul S. Rosenkrantz, *Sex-Role Stereotypes: A Current Appraisal* 28(2) J. SOCIAL ISSUES 80 (1972)
- 78 college women ו-78 college men של מבוססת על תגובות של

השופט מתעלם מטווח ההחלטה ואינו מנסה לבלום ערעור אלא פוסק לפי צו מצפוננו. במקרים האלו סטריאוטיפ שקרי לא ישפיע על השאלה, אלה פסיקות תשרודנה. לכן, אם אנו מקבלים את ההנחה שהסטריאוטיפ, שנשים הן יותר שונאות סיכון, הוא שקרי, הרי שלא־ודאות משפטית לא יהיה אפקט רגרסיבי מגדרי על פסיקת שופט הפוסק לפי צו מצפוננו תוך התעלמות מן האופציה שיערערו עליו. אם הסטריאוטיפ הוא שקרי, יהיה לו אפקט רגרסיבי מגדרי על שופט שמתחשב באופציה שיערערו עליו, אך לא על שופט שמתעלם מכך. הנה כי כן, אם הסטריאוטיפ שנשים יותר שונאות סיכון הוא אמיתי, התוצאה תהא שרק פסיקות רגרסיביות־מגדרית תשרודנה, וזאת גם אם השופט פוסק לפי צו מצפוננו ומתעלם משיקולים אסטרטגיים. לעומת זאת, אם נניח שהסטריאוטיפ שקרי, לא נידון לתופעה דומה ולא תהא לא־ודאות משפטית אפקט רגרסיבי מגדרי על הישרדות פסיקות אותם שופטים הפועלים על־פי צו מצפוננו. אם הסטריאוטיפ שקרי, האפקט הרגרסיבי המגדרי על הפסיקה יחול רק על שופטים אסטרטגיים.

סוף דבר

לא־ודאות משפטית יש אפקט רגרסיבי על פסיקה בת־ערעור. לשון אחר, אי־ודאות משפטית גוררת יישום רגרסיבי של פסיקת העליון. כדי לבלום את הערעור, במשטר משפטי לא ודאי בתי המשפט דלמטה פוסקים פסיקות רגרסיביות מתוחלת בית המשפט העליון. הצד שונא הסיכון, שמקבל בהן פחות מתוחלת העליון, לא יערער עליהן שכן ערעור יחשוף אותו לסיכון; לכן הוא יעדיף לקבל סכום נמוך מתוחלת העליון על פני ערעור. יתר על כן: במשטר משפטי לא ודאי בתי המשפט דלמטה יכולים לפסוק בהתאם לאידאולוגיה שלהם כשזו רגרסיבית במידת מה מהאידאולוגיה של בית המשפט העליון, אך לא כן כשהאידאולוגיה שלהם פרוגרסיבית מזו של בית המשפט העליון. כפועל יוצא, במשטר משפטי לא ודאי יצטייר בית המשפט העליון כפרוגרסיבי ביותר מבין כלל בתי המשפט.