

לקראת ניתוח התנהגותי של דיני משפחה

מאת

איל זמיר* ושחר ליפשיץ**

אחד הזרמים המובילים בניתוח המשפטי בעשורים האחרונים הוא הגישה ההתנהגותית. הניתוח ההתנהגותי של המשפט צמח כביקורת על הנחת הרציונליות שביסוד הניתוח הכלכלי של המשפט, אולם עם הזמן הוא כבש לעצמו מקום מרכזי בתאוריה המשפטית שאינו קשור דווקא לניתוח הכלכלי. אחד התחומים שבהם ההשפעה של הניתוח ההתנהגותי קטנה יחסית, בארץ ובעולם, הוא דיני משפחה. מאמר זה קורא למלא את הפער. הוא עומד על הסיבות לדלותו היחסית של הניתוח ההתנהגותי של דיני המשפחה ומנתח את המאפיינים המיוחדים של היחסים בין בני משפחה ואת משמעותם לעניין הניתוח ההתנהגותי. מאפיינים אלה כוללים את שכיחותם של מניעים לא אנוכיים, את התפקיד המרכזי של רגשות ואת החשיבות של כיבוד האוטונומיה הפרטית. הוא אף טוען שניתוח התנהגותי של דיני משפחה יכול להעשיר את הניתוח ההתנהגותי בכלל.

מבוא. א. ניתוח התנהגותי של המשפט. ב. הניתוח ההתנהגותי של דיני משפחה. 1. הניתוח הקיים. 2. הסיבות לדלותו היחסית של הניתוח ההתנהגותי של דיני משפחה. ג. המאפיינים המיוחדים של דיני המשפחה. 1. זולתנות. 2. רגשות. 3. אוטונומיה אישית והאוטונומיה של הדין הדתי. ד. התרומה הפוטנציאלית של דיני המשפחה למחקר ההתנהגותי. ה. סיכום.

מבוא

הניתוח ההתנהגותי של המשפט צמח כביקורת על הנחת הרציונליות שביסוד הניתוח הכלכלי של המשפט. בשנים האחרונות לא זו בלבד שהארות התנהגותיות הפכו חלק בלתי נפרד מהזרם המרכזי של הניתוח הכלכלי, אלא שנודעת להן השפעה רבה על החשיבה המשפטית ועל המדיניות המשפטית אף במנותק מהגישה הכלכלית. עם זאת, תחומי משפט שונים נבדלים אלה מאלה במידה שבה הוטמעו בהם ההארות ההתנהגותיות. אחד התחומים שבהם השפעה זו קטנה יחסית הוא דיני משפחה. מאמר זה קורא למלא את הפער. הוא עומד על הסיבות לדלותו היחסית של הניתוח ההתנהגותי של דיני המשפחה ומנתח את המאפיינים המיוחדים של היחסים בין בני

* איל זמיר מחזיק בקתדרה למשפט מסחרי ע"ש אוגוסטו לוי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** שחר ליפשיץ הוא ראש מרכז מנומדין למשפט יהודי ודמוקרטי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

אנו מודים לדורון טייכמן, לאורי כץ, לאלה קורן, לרם ריבלין, לפנחס שיפמן, לשרון שקרגי ולמשתתפי הסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית על הערות מעולות לטיזות קודמות של המאמר, ולעדי בר-און, ליובל וילסון, לאוראל יוסף, לליאורה ישיב, לשמעון לנג, לעדי נרגסי ולתמרה צייג על עזרת מחקר מצוינת.

משפחה ואת משמעותם לעניין הניתוח ההתנהגותי. הוא אף טוען שניתוח התנהגותי של דיני משפחה יכול להעשיר את הניתוח ההתנהגותי בכלל.

כדי לשכנע שהניתוח ההתנהגותי אכן יכול לסייע להבנה ולפיתוח של דיני המשפחה, יש להדגים תרומה זו בסוגיות ספציפיות. דא עקא, שבשל אילוצי אורך לא נוכל לערוך ניתוח כזה במאמר הנוכחי. על כן מאמר זה הוא הראשון מתוך (לפחות) שני מאמרים. ניתוח התנהגותי של סוגיות ספציפיות – לרבות של ההחלטות להינשא או להתגרש, השפעת הנישואין על שמות משפחה, יחסי רכוש בין בני זוג, הסכמי ממון והסכמים להסדרת הליכי הגירושין – ייערך במאמר המשך.¹

יש להודות שלביטוי "ניתוח התנהגותי" אין משמעות ברורה. כמתואר בהמשך, בלב הניתוח הכלכלי-התנהגותי עומדים ממצאים, הארות ותאוריות מתחום הפסיכולוגיה של שיפוטיות וקבלת החלטות (judgment and decision-making, JDM), שהתפתח במיוחד מסוף שנות השבעים של המאה העשרים. אולם הגבולות בין המחקר של שיפוטיות וקבלת החלטות לבין תחומים משיקים בפסיכולוגיה קוגניטיבית ובפסיכולוגיה חברתית אינם חדים; וגם גופי מחקר אחרים, כגון תורת המשחקים הניסויית (Experimental Game Theory), תרמו לביקורת על ההנחות המסורתיות של הניתוח הכלכלי. אף ההבחנה בין ההארות ההתנהגותיות לבין התרומה של גופי ספרות סמוכים, כמו ביקורות שהשמיעו כלכלנים תאורטיים על הניתוח הכלכלי הסטנדרטי וכמו מחקרים העוסקים בהשפעה האקספרסיבית של המשפט, אינה תמיד ברורה.² המאמר הנוכחי מאמץ גישה גמישה ופונקציונלית: הוא מתייחס הן לממצאים, להארות ולתאוריות שבלב הניתוח ההתנהגותי הן לאלה שבשוליו – ובלבד שהם תורמים לליבון הסוגיות המשפטיות, וזאת ברוח המחקר המשפטי האינטגרטיבי.³

יש להדגיש כי הניתוח ההתנהגותי של דיני המשפחה – כמו של המשפט בכלל – אינו תורה נורמטיבית, ולפיכך לא ניתן לגזור מסקנות נורמטיביות ישירות מהממצאים ההתנהגותיים. תחת זאת, הטענה היא שהממצאים ההתנהגותיים יכולים לתרום לעיצוב דיני המשפחה בשלוש דרכים לפחות. ראשית, הדיונים הנורמטיביים מבוססים על הנחות שונות, מפורשות או משתמעות, בנוגע לפסיכולוגיה האנושית. כך למשל הם כוללים הנחות בנוגע למרכיבים של רוחה אנושית ולאופנים שבהם הכללים המשפטיים משפיעים עליה. באמצעות המחקר ההתנהגותי ניתן להבטיח (או לפחות לשאוף) שההנחות הללו תהיינה ריאליסטיות. שנית, תהיינה המטרות של דיני המשפחה אשר תהיינה, על מעצבי הדין לבחור בין דרכים שונות להגשמת מטרות אלה. הבנה טובה יותר של הפסיכולוגיה האנושית יכולה לשפר בחירות אלה. שלישית, על מעצבי הדין להביא

¹ שחר ליפשיץ ואיל זמיר "ניתוח התנהגותי של דיני משפחה: על נישואין, גירושין ומה שביניהם" משפטים נו (צפוי להתפרסם 2026).

² ראו Eyal Zamir & Doron Teichman, Behavioral Law and Economics 19–21 (2018).

³ ראו איל זמיר "על המחקר המשפטי האינטגרטיבי" דין ודברים ד 131 (2008) (להלן: זמיר "על המחקר המשפטי").

בחשבון את ההטיות הקוגניטיביות של מי שמופקדים על יישום הדין, כמו שופטים, מגשרים ועובדים סוציאליים.

מאמר זה מתמקד בניתוח שיפוטם והחלטות של האנשים שהדין חל עליהם (כגון בני זוג), להבדיל מהאנשים המופקדים על עיצוב הדין ויישומם (כגון שופטים). זאת ועוד, דיני המשפחה בישראל מורכבים במיוחד בשל התחולה המשלימה (ולעיתים המתחרה) של הדין האזרחי והדינים הדתיים החלים על ענייני נישואין וגירושין. מבלי להתעלם ממורכבות זו, המאמר הנוכחי ומאמר ההמשך יתמקדו בדין האזרחי. הדין הדתי יוזכר בעיקר כרקע להבנת הסביבה שבו פועל המשפט האזרחי וכנסובה המשפיעה על הניתוח ההתנהגותי של הדין האזרחי.⁴

המאמר הנוכחי כולל ארבעה פרקים. פרק א מציג את הניתוח ההתנהגותי של המשפט ממעוף הציפור. פרק ב סוקר בקצרה את היישומים הקיימים של הארות התנהגותיות בדיני משפחה ועומד על הסיבות לדלותו היחסית של הניתוח ההתנהגותי בתחום זה. פרק ג עומד על שלושה מאפיינים עיקריים של יחסי משפחה הדורשים התאמות ודגשים מיוחדים כאשר עורכים ניתוח התנהגותי שלהם: המשקל המרכזי של מניעים לא-אנוכיים ביחסים שבין בני משפחה, התפקיד הבולט של רגשות והרתיעה של המשפט מלהתערב בספרה המשפחתית. לבסוף, פרק ד מעלה את האפשרות שלא רק דיני המשפחה יכולים לצאת נשכרים מהניתוח ההתנהגותי של המשפט, אלא גם הניתוח ההתנהגותי של המשפט בכלל עשוי לצאת נשכר מהעיסוק בדיני משפחה.

א. ניתוח התנהגותי של המשפט

למן שנות השבעים של המאה העשרים התחוללה בתאוריה המשפטית (תחילה בארצות הברית ומאוחר יותר בשיטות משפט נוספות, לרבות הישראלית) מהפכה בין-תחומית.⁵ אחת הגישות הבין-תחומיות המשפיעות ביותר הייתה ועודנה הניתוח הכלכלי של המשפט. לניתוח הכלכלי יש פן פוזיטיבי ופן נורמטיבי. ניתוח כלכלי פוזיטיבי מבקש להסביר ולחזות את ההתנהגות האנושית ואת תוצאותיה באמצעות בניית מודלים. הוא מבקש להסביר ולחזות את התוצאות של כללים והכרעות משפטיים שונים לפי הנחות מסוימות בנוגע למניעיהם של אנשים, לאופן התנהגותם ולנסיבות האובייקטיביות שבהן הם פועלים. ניתוח כלכלי נורמטיבי של המשפט מעריך עד כמה

⁴ כשנתייחס לדין הדתי, מפאת קוצר היריעה וקוצר הידיעה, נתמקד בדין החל על יהודים, אם כי מפעם לפעם נציג גם השלכות על מי שאינם יהודים. תחימה זו של הדיון אינה משמיעה שהדינים הדתיים בכלל או הדינים הדתיים החלים על מי שאינם יהודים חשובים פחות או יכולים לצאת נשכרים פחות מניתוח התנהגותי. כמו כן הגם שהמאמר נוגע בסוגיות הקשורות לזוגיות הומוסקסואלית, הדיון יתמקד בזוגות הטרוסקסואליים. לבסוף, בהעדר צורה דקדוקית ניטרלית מבחינה מגדרית בעברית וכדי להימנע מסרבול, נשתמש בלשון זכר לא רק כאשר ההתייחסות היא לגברים, אלא גם כאשר מדובר בהתייחסות לנשים ולגברים כאחד.

⁵ ראו אוריאל פרוקציה "בועות-משפט" משפטים כ 9 (1990); זמיר "על המחקר המשפטי", לעיל ה"ש 3, בעמ' 134-140.

כללים והכרעות משפטיים הם רצויים, וקורא לאימוץ כללים והכרעות יעילים.⁶ הניתוח הכלכלי של המשפט, ובמיוחד של המשפט הפרטי, משתמש בכלים של כלכלת מיקרו, microeconomics, ענף של הכלכלה העוסק בהחלטות של יחידים וקבוצות קטנות, כמו פרטים, פירמות ומשפחות. כלכלת מיקרו עוסקת בהקצאה של משאבים בהתחשב בתופעת המחסור – כיצד אנשים בוחרים בין רכישה של טובין שונים, בין ייצור מוצרים שונים באמצעות אמצעי הייצור העומדים לרשות הפירמה וכדומה.⁷

כאמור, מודלים כלכליים מבוססים על הנחות מפשטות. המודלים הכלכליים המסורתיים מבוססים על תאוריית הבחירה הרציונלית, Rational Choice Theory. הנחת הרציונליות הכלכלית כוללת שני מרכיבים: קוגניטיבי ומוטיבציוני. רציונליות קוגניטיבית ("רזה") משמעה שלכל אדם יש מערכת העדפות המקיימת דרישות של שלמות (היכולת להשוות בין כל שני דברים), עקיבות (אם אדם מעדיף את א על פני ב ואת ב על פני ג, הרי שהוא בהכרח מעדיף את א על פני ג), דומיננטיות (אם אדם מעדיף את א על פני ב מבחינות מסוימות או בנסיבות מסוימות, ואינו מעדיף את ב על פני א מבחינות אחרות או בנסיבות אחרות, הרי שהוא בהכרח מעדיף את א על פני ב) וכדומה. כמו כן הבחירה בין חלופות מתבססת על כל המידע הרלוונטי ומתעלמת ממידע שאינו רלוונטי, נעשית בשימוש נכון בכללי הסתברות וכדומה. רציונליות מוטיבציונית (או "עבה") משמעה שהמניע היחיד של כל אדם הוא, בסופו של דבר, השאת הרווחה האישית שלו (ובמקרה של פירמות – השאת הרווחים שלהן), בהתעלם מהרווחה של אחרים וממחויבות לנורמות מוסריות. הנחה זו שוללת למשל זולתנות ונקמנות.⁸

הניתוח הכלכלי המסורתי מכיר בכך שהנחת הרציונליות על שני חלקיה אינה תיאור מדויק של המציאות. אולם הוא מניח שהסטיות מהנחת הרציונליות הן קטנות יחסית ואקראיות, ולכן מודלים המבוססים על הנחת הרציונליות מסוגלים בכל זאת להסביר ולחזות את ההתנהגות האנושית, או לכל הפחות, שהם מסוגלים לעשות זאת טוב יותר מאשר מודלים שאינם מבוססים על הנחה זו. מעצם מהותם, מודלים אינם מתיימרים לתאר את המציאות על כל מורכבותה אלא להתמקד במספר קטן של משתנים ובאמצעותם להסביר ולחזות תופעות מורכבות.

בד בבד עם התרחבות ההשפעה של הניתוח הכלכלי על החשיבה המשפטית התרחבה גם הביקורת על הניתוח הכלכלי המסורתי ובמיוחד על הנחת הרציונליות הכלכלית. אין-ספור מחקרים אמפיריים העלו שהסטיות מהנחת הרציונליות אינן קטנות ואקראיות, אלא גדולות למדי ושיטתיות. לפי תאוריה מובילה במחקר הפסיכולוגי של שיפטים וקבלת החלטות (judgment

⁶ ספר היסוד בניתוח כלכלי של המשפט הוא RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (9th ed. 2014). לתיאור תמציתי של הניתוח הכלכלי הפוזיטיבי והנורמטיבי של המשפט ראו ZAMIR & TEICHMAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 7-18.

⁷ על כלכלת מיקרו ראו N. GREGORY MANKIW, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS (9th ed. 2021); HAL R. VARIAN, INTERMEDIATE MICROECONOMICS: A MODERN APPROACH (9th ed. 2014).

⁸ לתיאור של הנחת הרציונליות המוטיבציונית ולביקורת עליה ראו Amartya K. Sen, *Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory*, 6 PHIL. & PUB. AFF. 317 (1977).

Dual-Process Theory, and decision-making), אנשים קולטים מידע, מעבדים אותו ומחליטים בשתי דרכים לפחות. באורח בסיסי, מערכת 1 (system 1) מתפקדת באורח אוטומטי ומהיר, ללא מאמץ, ומשתמשת בכללי אצבע (heuristics). היא אינטואיטיבית, ספונטנית ותלויה הקשר. מנגד, מערכת 2 (system 2) היא דליברטיבית, אנליטית, כרוכה במאמץ ואיטית. מערכת 1 משמשת אותנו ברוב המשימות היום-יומיות שלנו, כמו זיהוי פנים מוכרות ונהיגה בדרך ריקה. מערכת 2 משמשת להתמודדות עם משימות כמו איתור כתובת בשכונה לא מוכרת או כתיבה של מאמר משפטי. מערכת 1 היא יעילה ביותר. בלעדיה לא היינו יכולים לתפקד. אולם מאחר שהיא מבוססת על קיצורי דרך, היא מועדת לטעויות שיטתיות. מקובל לכנות סטיות מהנחת הרציונליות הקוגניטיבית "הטיות קוגניטיביות" (cognitive biases), הגם שלא תמיד ברור אם אומנם מדובר בשיפוטיות והחלטות שאינם רציונליים, או שמא רק בסטיות מ"תאוריית הבחירה הרציונלית", שמקצת המרכיבים שלה אינם הכרחיים.⁹ מערכת 2 יכולה לשמש לתיקון הטעויות של מערכת 1, אך במקרים רבים אנשים משתמשים בה כדי להצדיק אותן טעויות.¹⁰ כך למשל הטיות לטובת העצמי (self-serving biases) קשורות לתופעה של חשיבה מונעת (motivated reasoning). מחקרים מלמדים שתפיסת המציאות של אנשים, השיפוטיות שלהם והחלטותיהם – כולם מונעים במידה זו או אחרת מן הרצון לקדם את האינטרסים של עצמם, לאשש את האמונות שלהם ולהגשים את ציפיותיהם. בכלל זה, הטיית האישוש (confirmation bias) גורמת לאנשים לתור אחר מידע התומך בהשקפות ובאמונות שלהם; להתעלם ממידע הסותר אותן השקפות ואמונות, או לפחות להעניק לו משקל חסר; ולפרש את המידע פירוש התואם אותן אמונות והשקפות.¹¹ כיוצא בזה, אנשים סובלים מעודף אופטימיות בדבר העתיד של עצמם; מעריכים את הכישורים של עצמם כטובים מאלה של אחרים (גם כשאין בסיס להערכה זו); נוטים לחשוב שהם תופסים את המציאות באובייקטיביות, ואילו מי שחולק עליהם סובל מחוסר מידע או מונע מהטיות; ומאמינים שיש להם שליטה על חייהם ועל הצלחת

⁹ כך למשל תאוריית הבחירה הרציונלית מניחה שאנשים אינם מבחינים בין רווח למניעת הפסד או בין הפסד לאי-השגת רווח, וכי פרטים הם בדרך כלל שונאי סיכון. לעומת זאת, תאוריית הערך (Prospect Theory), שפיתחו דניאל כהנמן ועמוס טברסקי, קובעת שאנשים נוטים לתפוס את המציאות במונחים של רווח והפסד. אנשים שונאים להפסיד יותר משהם אוהבים להרוויח; הם שונאי סיכון בעולם הרווחים, אך דווקא אוהבי סיכון בעולם ההפסדים. ראו Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 47 *ECONOMETRICA* 263 (1979). הבדלים אלה בין תאוריית הבחירה הרציונלית לבין תאוריית הערך אינם משמיעים ששנאת הפסד או שאהבת סיכון בעולם ההפסדים אינן רציונליות. ראו EYAL ZAMIR, LAW, PSYCHOLOGY, AND MORALITY 205–207 (2015).

¹⁰ למבט כללי על תאוריית ה-Dual Process ראו Keith E. Stanovich & Richard F. West, *Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate?*, 23 *BEHAV. & BRAIN SCI.* 645 (2000); דניאל כהנמן **לחשוב מהר, לחשוב לאט** 122–25 (יעל סלע שפירו ועידית נבו מתרגמות) (2013).

¹¹ למבט כללי על הטיית האישוש ראו Raymond S. Nickerson, *Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises*, 2 *REV. GEN. PSYCH.* 175 (1998).

תוכניותיהם, מעל ומעבר לשליטה שיש להם למעשה.¹² ההטיות לטובת העצמי מסייעות לאנשים לשמור על דימוי עצמי חיובי גם כאשר הם סוטים מהנורמות המוסריות של עצמם, מנורמות חברתיות ומהנורמות המשפטיות.¹³

מחקרים אמפיריים מלמדים על סטיות שיטתיות לא רק מהנחת הרציונליות הקוגניטיבית, אלא גם מהנחת הרציונליות המוטיבציונית: אנשים מונעים לא רק מרצון להשיא את תועלתם האישית. הם עשויים להסתפק ברמה משביעת רצון של תועלת ולא דווקא לשאוף להשיא אותה (satisficing), להתחשב ברווחה של אנשים אחרים ולציית לציוויים מוסריים אף כאשר הפרה של אותם ציוויים הייתה מגדילה את רווחתם. אנשים רבים נוטים להדדיות: הם נכונים לשאת בעלויות כדי להיטיב עם מי שמיטיב עם זולתם וכדי להעניש את מי שאינם מתחשבים בזולתם.¹⁴ רוב הניתוחים ההתנהגותיים של המשפט עוסקים בסטיות מהנחת הרציונליות הקוגניטיבית, להבדיל מהמוטיבציונית. הם מתמקדים בתופעות כמו שגיאות בשיפוט הסתברותיים, אפקט העיגון או חוכמה בדיעבד,¹⁵ ועוסקים פחות בזולתנות, בנקמות או ברגשות כמו אהבה, שנאה או קנאה. בין היתר, הדבר נעוץ בכך שמבחינה נורמטיבית, קל להצדיק התערבויות משפטיות המיועדות להתגבר על סטיות מרציונליות קוגניטיבית, יותר מאת אלה שנועדו להתגבר על סטיות מהנחת האנוכיות. כאשר מדובר בסטיות מרציונליות קוגניטיבית, ניתן לומר שהמשפט נוקט צעדים המיועדים לסייע לאנשים להגשים את המטרות שהם עצמם חפצים להגשים. קשה יותר להצדיק צעדים המיועדים להניא אנשים מלפעול מתוך קנאה או נקמות – לא כל שכן מתוך זולתנות או אידיאליזם.

מאפיין נוסף של המודלים הכלכליים המסורתיים הוא הסתמכות על ההנחות המפשטות שההעדפות של אנשים הן אקסוגניות וקבועות. כלומר, המודלים המסורתיים מניחים שהעדפות של אנשים אינן תלויות בהעדפות או בהתנהגות של אנשים אחרים, אינן תלויות בכללים המשפטיים המסדירים את האינטראקציות בין אנשים, והן נותרות ללא שינוי, לפחות בטווח הזמן

¹² לסקירה כללית של הטיות לטובת העצמי וחשיבה מונעת ראו ZAMIR & TEICHMAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 58–76.

¹³ ראו MAX H. BAZERMAN & ANN E. TENBRUNSEL, BLIND SPOTS: WHY WE FAIL TO DO WHAT'S RIGHT AND WHAT TO DO ABOUT IT (2011); YUVAL FELDMAN, THE LAW OF GOOD PEOPLE: CHALLENGING STATES' ABILITY TO REGULATE HUMAN BEHAVIOR (2018).

¹⁴ ראו in, Simon Gächter, *Human Prosocial Motivation and the Maintenance of Social Order* THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 28 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014).

¹⁵ אפקט העיגון (anchoring) מתייחס לנטייה של אנשים לאמוד ערכים כמותיים ביחס לנקודות ייחוס שתשומת הלב שלהם הוסבה אליהם בעת עריכת האומדן. לפיכך האומדנים נוטים להתקרב לעוגן גם כאשר אין כל סיבה טובה לכך. הטיית החוכמה בדיעבד (hindsight bias) משמעה שכאשר אנשים נדרשים להעריך בדיעבד מה הייתה ההסתברות מראש שאירוע כלשהו יתרחש, העובדה שהאירוע אכן התרחש גורמת להם להפריז בהסתברות זו. לסקירת הספרות ההתנהגותית על שגיאות בשיפוט הסתברותיים ראו ZAMIR & TEICHMAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28–42. לסקירת הספרות ההתנהגותית על אפקט העיגון ועל הטיית החוכמה בדיעבד ראו שם, בעמ' 79–82 ו-38–39, בהתאמה.

הקצר והבינוני שבו עוסקים רוב המודלים הכלכליים.¹⁶ על הנחות אלה נמתחו ביקורות מכיוונים שונים, לרבות מצד הניתוח ההתנהגותי. בין היתר, ההעדפות של אנשים תלויות בנסיבות החיים הנוכחיות שלהם. כך למשל נשים החיות בחברה פטריארכלית ולא-שוויונית עלולות להשלים עם מצב זה ואפילו לחשוב שזהו המצב הטבעי והרצוי.¹⁷ אנשים אינם תופסים את מצבם (ושינויים במצבם) בערכים מוחלטים, אלא לעומת המצב של אנשים אחרים בסביבתם.¹⁸ אנשים מושפעים מאוד מההעדפות של אנשים אחרים, נוטים לחשוב שמצב העניינים הקיים הוא גם המצב הרצוי ("what is, is good"),¹⁹ ונוטים לחקות את ההעדפות וההתנהגויות של אנשים אחרים (אפקט העדר).²⁰ כיוצא בזה המשפט משפיע על ההתנהגות של פרטים לא רק באמצעות קביעת התוצאות של התנהגותם אלא גם באמצעות מתן ביטוי למה שנתפס בעיני החברה כצודק וכראוי.²¹ לבסוף, הניתוח הכלכלי הסטנדרטי מניח שהרווחה של אנשים תלויה במה שיש להם, אך מחקרים התנהגותיים מלמדים שלאנשים חשובה לא פחות הדרך שבה הם קיבלו או השיגו דבר-

¹⁶ George J. Stigler & Gary S. Becker, *De Gustibus Non Est Disputandum*, 67 AM. ECON. REV. 76 (1977); Martin Jacobs, *Accounting for Changing Tastes: Approaches to Explaining Unstable Individual Preferences*, 67 REV. ECON. 121 (2016).

¹⁷ Amartya K. Sen, *Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984*, 82 J. PHIL. 169, 190–91 (1985); DANIEL HAUSMAN, MICHAEL MCPHERSON & DEBRA SATZ, *ECONOMIC ANALYSIS, MORAL PHILOSOPHY, AND PUBLIC POLICY* 138 (3rd ed. 2016). על הקשר בין השאיפות של אנשים לבין המשאבים העומדים לרשותם להגשמת אותן שאיפות ראו גם Ed Diener & Frank Fujita, *Resources, Personal Strivings, and Subjective Well-Being: A Nomothetic and Idiographic Approach*, 68 J. PERSONALITY & SOC. PSYCH. 926 (1995).

¹⁸ Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Choices, Values, and Frames*, 39 AM. PSYCHOLOGIST 341, 349 (1984); George F. Lowenstein, Leigh Thompson & Max H. Bazerman, *Social Utility and Decision Making in Interpersonal Contexts*, 57 J. PERSONALITY & SOC. PSYCH. 426 (1989).

¹⁹ Craig R.M. McKenzie, Michael J. Liersch, & Stacey R. Finkelstein, *Recommendations Implicit in Policy Defaults*, 17 PSYCHOL. SCI. 414 (2006); Scott Eidelman & Christian S. Crandall, *Bias in Favor of the Status Quo*, 6 SOC. & PERSONALITY PSYCH. COMPASS 270, 272 (2012).

²⁰ Solomon E. Asch, *Effects of Group Pressure upon the Modification and Distortion of Judgments*, in *GROUPS, LEADERSHIP AND MEN: RESEARCH IN HUMAN RELATIONS* 177 (Harold Guetzkow ed., 1951); Donelson R. Forsyth, *Social Influence and Group Behavior* in *HANDBOOK OF PSYCHOLOGY*, Vol. 5: PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY 305 (Irving B. Weiner, Howard A. Tennen & Jerry M. Suls eds., 2d ed. 2012).

²¹ על האפקט האקספרסיבי של הדין ראו למשל: Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021 (1996); Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U. PA. L. REV. 1503 (2000); RICHARD H. MCADAMS, *THE EXPRESSIVE POWERS OF LAW THEORIES AND LIMITS* (2015).

מה, והמקור שממנו הם קיבלו אותו.²² הוא הדין לגבי דברים שאנשים נדרשים לתת ובזהות הגורם שלו הם נותנים את הדבר.²³ בין היתר, חשוב לאנשים עד כמה ההליך שהוביל לתוצאה כלשהי היה הוגן ומכבד, ועד כמה התאפשר להם ליטול בו חלק ולהשמיע את דעתם.²⁴ בעשורים האחרונים נודעה להארות ההתנהגותיות השפעה חזקה על הניתוח הכלכלי בכלל ועל הניתוח הכלכלי של המשפט בפרט. כיום הארות ההתנהגותיות משולבות בניתוח הכלכלי של המשפט דרך שגרה והן אף מצאו את דרכן לטקסטים המכוננים בתחום זה.²⁵ זאת ועוד, תרומתן של ההארות ההתנהגותיות לתאוריה המשפטית ולקביעת מדיניות משפטית חורגת מהניתוח הכלכלי של המשפט. היסטורית, ההארות ההתנהגותיות צמחו מתוך ביקורת על התאוריה הכלכלית המסורתית, ולכן השפעתן על התאוריה המשפטית קשורה לניתוח הכלכלי של המשפט. אולם מהותית, גם חוקרי משפט וקובעי מדיניות שאינם משתמשים במתודולוגיה הכלכלית או אינם מקבלים את ההכרעות של הניתוח הכלכלי הנורמטיבי יכולים לצאת נשכרים מהתחשבות בהארות ההתנהגותיות.

חשוב להבחין בין תרומתו של המחקר ההתנהגותי לזיהוי בעיות בשיפוטיות ובקבלת החלטות לבין תרומתו לפתרון בעיות. אין קשר הכרחי בין סוג הבעיה שעומדת על התנהגותיות או אחרת – לבין סוג הפתרון ההולם אותה – התנהגותי או אחר. כל ארבעת השילובים המתוארים להלן באים בחשבון. ראשית, הטיות קוגניטיביות עשויות להצדיק שימוש באמצעי כפייה כדי להמריץ אנשים להתנהג באורח רציונלי. כך למשל ההטיות הפסיכולוגיות שבגינן אנשים נוהגים ברכב כשאינם חגורים בטיחות עשויות להצדיק הטלה של חובה משפטית לחגור חגורות בטיחות, שהפרתה תגרור ענישה פלילית. כיוצא בזה, קוצר הראות שממנו סובלים רוב האנשים עשוי להצדיק הטלה של חובה לחסוך לפנסייה.

שנית, הטיות פסיכולוגיות עשויות להצדיק שימוש בכלים התנהגותיים לשם התגברות על אותן הטיות. למשל, בתגובה להטיות שבגינן אנשים אינם חוסכים מספיק לפנסייה, אפשר לקבוע ברירת מחדל שלפיה חלק ממשכורתם של עובדים יופרש לחיסכון לפנסייה. אמצעי זה מנצל את הטיית הסטטוס קוו – הנטייה של אנשים להימנע מסטייה מהמצב הקיים²⁶ – כדי לסייע לאנשים להתגבר על קוצר הראות שלהם, מבלי לשלול מהם את האפשרות להימנע מחיסכון לפנסייה, אם

²² Daphna Lewinsohn-Zamir, *In Defense of Redistribution through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326, 362–74 (2006) (להלן: Lewinsohn-Zamir, *Redistribution*); Daphna

Lewinsohn-Zamir, *Taking Outcomes Seriously*, 2012 UTAH L. REV. 861

²³ Uri Gneezy & Aldo Rustichini, *A Fine is a Price*, 29 J. LEGAL STUD. 1 (2000); Yuval Feldman & Doron Teichman, *Are All "Legal Dollars" Created Equal?*, 102 NW. U. L. REV. 223 (2008)

²⁴ TOM R. TYLER, *WHY PEOPLE OBEY THE LAW* (2006); DENIS J. GALLIGAN, *DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES: A STUDY OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE* (1996)

²⁵ Doron Teichman, Avishalom Tor & Eyal Zamir, *If You Can't Beat Them, Join Them: Richard Posner and Behavioral Law and Economics*, 31(3) HIST. ECON. IDEAS 67 (2023)

²⁶ על הטיית הסטטוס קוו ראו ZAMIR & TEICHMAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 48–50.

זה רצונם.²⁷ אמצעים התנהגותיים מעין אלה, המכונים הינדים (nudges), עוררו עניין רב בשנים האחרונות והשימוש בהם מתרחב בתחומים שונים.²⁸

שלישית, הינדים עשויים לסייע בהתמודדות עם בעיות שאינן נובעות מהטיות פסיכולוגיות. למשל, לפי ההגדרות המקובלות, אין שום דבר לא רציונלי בצריכת אנרגייה התורמת להתחממות הגלובלית. אולם התנהגות "רציונלית" זו מזיקה לחברה בכללותה. אחת הדרכים להתמודד עם אתגר זה היא להביא לידיעתם של אנשים הצורכים אנרגייה רבה, שהם חורגים מהצריכה המקובלת בקרב אנשים דומים, לרבות השכנים שלהם.²⁹ מדובר בהינד המנצל את הקונפורמיזם של אנשים לנורמות חברתיות כדי להתמודד עם בעיות שאינן נובעות מהטיות קוגניטיביות. רביעית, בעיות רבות אינן נובעות מהטיות קוגניטיביות, וגם ההתמודדות עימן אינה נסמכת על הארות פסיכולוגיות אלא על שימוש ב"גזרים ומקלות" שנועדו להרתיע מפני התנהגויות לא רצויות ולעודד התנהגויות רצויות. דוגמה לכך היא הטלת מס גבוהה על צריכת דלק מזהם.

תהא זו אפוא טעות להניח שיש קשר הכרחי בין סוג הבעיה – התנהגותית או אחרת – לבין סוג הפתרון – התנהגותי או אחר. הפתרון הראוי לבעיות התנהגותיות רבות הוא באמצעות אסדרה כופה, ואמצעים התנהגותיים יכולים לסייע בפתרון בעיות שאינן קשורות להטיות פסיכולוגיות.³⁰ דברים אלה מתקשרים לטעות רווחת אחרת, שלפיה יש קשר הכרחי בין שימוש בכלים התנהגותיים לבין פטרנליזם. אכן, יש הינדים – כמו שימוש בברירת המחדל כדי לעודד אנשים לחסוך לפנסיה – שמטרתם המרכזית היא לסייע לאנשים לפעול לטובת עצמם. בהינדים כאלה יש יסוד פטרנליסטי. אולם הינדים אחרים – כמו שימוש בברירת המחדל כדי לעודד אנשים להסכים לתרומת האברים שלהם אחרי מותם – מיועדים לגרום לאנשים להתנהג באופן שייטיב עם החברה בכללותה, ואז אין מדובר כלל בפטרנליזם.³¹

לבסוף, מחקרים התנהגותיים שופכים אור על האפקטיביות של דרכים שונות להשפעה על התנהגותם של אנשים.³² לפי הניתוח הכלכלי המסורתי, ככל שהסנקציה המשפטית הצפויה על

27 ראו Brigitte Madrian & Dennis Shea, *The Power of Suggestion: Inertia in 401(k) Participation and Savings Behavior* 66 Q. J. ECON. 1149 (2001).

28 RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, *NUDGE: THE FINAL EDITION* 253–80 (2021); *NUDGE AND THE LAW: A EUROPEAN PERSPECTIVE* (Alberto Alemanno & Anne-ZAMIR & TEICHMAN; Lise Sibony, eds, 2015), לעיל ה"ש 2, בעמ' 177–185.

29 Ian Ayres, Sophie Raseman & Alice Shih, *Evidence from Two Large Field Experiments that Peer Comparison Feedback Can Reduce Residential Energy Usage* 29 J. L. ECON. 992 (2013).

30 לביקורת על הנטייה לזהות בין הממצאים בדבר קשיים של אנשים בקבלת החלטות לבין שימוש באמצעים התנהגותיים כדי להתמודד עם קשיים אלה ראו למשל Ryan Bubb & Richard H. Pildes, *How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why*, 127 HARV. L. REV. 1593 (2014).

31 ראו גם ZAMIR & TEICHMAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 178.

32 למבט כללי ראו BENJAMIN VAN ROOIJ & ADAM FINE, *THE BEHAVIORAL CODE: THE HIDDEN WAYS THE LAW MAKES US BETTER ... OR WORSE* (2021).

התנהגות כלשהי מחמירה יותר, כך אנשים יימנעו מאותה התנהגות;³³ וככל שהגמול החומרי על התנהגות רב יותר, כך תגבר אותה התנהגות. לעומת זאת, מחקרים התנהגותיים מעידים שהטלת סנקציה על התנהגות לא רצויה, או מתן תמורה בעד התנהגות רצויה, עלולים לגרוע מהמוטיבציה הפנימית "לעשות את הדבר הנכון" (crowding out).³⁴ לכן לאכיפה המשפטית עלולה להיות תוצאה הפוכה מזו שכיוונו לה. ברוח דומה, ככל שהסנקציה על התנהגות כלשהי מחמירה יותר, כך עולה החשש שאנשים יצייתו לכלל רק בשל החשש מהסנקציה, ואילו הסתפקות בתגובה מתונה עשויה ליצור דיסוננס קוגניטיבי בין ההעדפה המקורית של הפרט לבין התנהגותו על פי הכלל, אשר יוביל לשינוי ההעדפות שלו כדי שיעלו בקנה אחד עם הכלל המשפטי.³⁵ במישור שונה במקצת, כאשר הערך של פעולה קשור בקשר הדוק למניע שביסודה (למשל סיוע לזולת מתוך רצון להיטיב עימו), גם אם תמריצים משפטיים, מקלות וגורים, יכולים לגרום לביצוע הפעולה, הם עלולים לגרוע מהערך הפנימי שלה. לכך עשויה להיות חשיבות יתרה דווקא ביחסים משפחתיים. לעיתים מוטב אפוא להימנע כליל מאכיפה משפטית ולהסתפק בדרכים לבר-משפטיות כדי לעודד התנהגות רצויה.

ב. הניתוח ההתנהגותי של דיני משפחה

1. הניתוח הקיים

כמתואר לעיל, לניתוח ההתנהגותי נודעת בשנים האחרונות השפעה רבה על התאוריה המשפטית והשפעה מסוימת על עיצוב הדינים בכל תחומי המשפט. אולם עוצמתה והיקפה של השפעה זו משתנים מתחום משפטי אחד למשנהו – ובתחום של דיני משפחה הם קטנים במיוחד. מבלי להתיימר למצות את כל מה שנכתב בנושא, ניתן לסווג את הספרות הרלוונטית לפי שתי אבני בוחן: (1) זהות האנשים שהחלטותיהם עלולות לסבול מהטיות קוגניטיביות ו-(2) העניינים שאליהם מתייחסים השיפוט וההחלטות.

באשר לאנשים העלולים להיות מושפעים מהטיות קוגניטיביות, ניתן להבחין בין (1) ההחלטות של האנשים שעליהם חלים דיני המשפחה – כמו בני זוג (לרבות בני זוג פוטנציאליים או עתידיים) והורים (לרבות הורים בפוטנציה) – לבין (2) החלטות של בעלי תפקידים המעצבים ואוכפים את דיני המשפחה – בראש ובראשונה שופטים (ומחוקקים), אך גם מומחים מקצועיים, כגון פסיכולוגים, עובדים סוציאליים ועדים מומחים אחרים.

³³ ראו Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968).

³⁴ ראו למשל Edward L. Deci, Richard Koestner & Richard M. Ryan, *A Meta-Analytic Review of Experiments Examining the Effects of Extrinsic Rewards on Intrinsic Motivation*, 125 PSYCH. BULL. 627 (1999); Gneezy & Rustichini, לעיל ה"ש 23.

³⁵ ראו Daphna Lewisohn-Zamir, *The Importance of Being Earnest: Two Notions of Internalization*, 65 U. TORONTO L.J. 37, 54–58 (2015) (להלן: Lewinson-Zamir, *Internalization*).

בהקשר של החלטות של הפרטים הכפופים לדיני המשפחה, הסוגיות העיקריות שנדונו בספרות מנקודת מבט התנהגותית הן (1) ההחלטה להתחתן והבחירה אם לערוך הסכמי קדם-נישואין; (2) ההחלטה לסיים את קשר הנישואין; (3) החלטות של פרטים אם להביא ילדים לעולם וכיצד לטפל בהם.³⁶ בהקשר של החלטות של בתי המשפט והגורמים המקצועיים המסייעים להם, נדונו בעיקר הטיות קוגניטיביות העלולות להשפיע על החלטות בדבר היבטים שונים של פירוק קשר הנישואין, ובפרט בדבר משמורת הורית וחלוקת הרכוש בין בני הזוג.

כשמדובר בהחלטה להתחתן, תופעה בולטת שנחקרה היא אופטימיות היתר שמגלים אנשים העומדים להתחתן, או שהתחתנו לא מכבר, בדבר הסיכויים שהנישואין שלהם יחזיקו מעמד לאורך זמן ובדבר מידת שיתוף הפעולה וההתחשבות שיגלה בן הזוג במקרה של פירוק הנישואין: גם אנשים המודעים לשיעור הגירושין הכללי באוכלוסייה משוכנעים בדרך כלל ש"להם זה לא יקרה", וכי במקרה של גירושין הצד השני יגלה נדיבות והתחשבות.³⁷ אופטימיות יתר זו משפיעה הן על ההחלטה להתחתן הן על ההיערכות – על פי רוב ההימנעות מהיערכות – לאפשרות של גירושין, כמו למשל עריכת של הסכם קדם-נישואין. כמובן, לאופטימיות היתר המאפיינת את שלב הנישואין עשויה להיות השפעה גם על עיצוב דיני הגירושין.³⁸

הטיות פסיכולוגיות עשויות להשפיע גם על ההחלטה אם לסיים את קשר הנישואין. בהקשר זה הטיות שונות עלולות להשפיע בכיוונים סותרים: דבקות לא רציונליות בנישואין שמבחינת כל הנוגעים בדבר היה מוטב לסיימם,³⁹ או סיום נמהר של נישואין שמוטב היה לנסות לשמרם

³⁶ סוגיה נוספת שנדונה בספרות היא שינוי (או אי-שינוי) של שמות משפחה בעת הנישואין. ראו Eve M. Brank, *The Psychology of Family Law* 37–39 (2019).

³⁷ ראו למשל: Lynn A. Baker & Robert E. Emery, *When Every Relationship is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage*, 17 L. & HUM. BEHAV. 439, 443–44 (1993); Tara K. MacDonald & Michael Ross, *Assessing the Accuracy of Predictions about Dating Relationships: How and Why Do Lovers' Predictions Differ from Those Made by Observers?*, 25 PERSONALITY & SOC. PSYCH. BUL. 1417 (1999). על הדרכים השונות לקבוע מהי "הערכה נכונה" של המציאות בהקשר זה, על אפשרויות שונות למדוד את קיומן של הטיות ועל ההשפעה החיובית האפשרית של הטיות אלה על התנהלותם של בני הזוג ראו: Faby M. Gagné & John E. Lydon, *Bias and Accuracy in Close Relationships: An Integrative Review*, 8 PERSONALITY & SOC. PSYCH. REV. 322 (2004); Lisa Bortolotti, *Optimism, Agency, and Success*, 21 ETHICAL THEORY & MORAL PRAC. 521 (2018).

³⁸ ראו למשל: Melvin Aron Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 STAN. L. REV. 211, 217–18, 254–58 (1995); Sean Hannon Williams, *Sticky Expectations: Responses to Persistent Over-Optimism in Marriage, Employment Contracts, and Credit Card Use*, 84 NOTRE DAME L. REV. 733, 742–47, 757–67 (2009).

³⁹ ראו Bruno S. Frey & Reiner Eichenberger, *Marriage Paradoxes*, 8 RATIONALITY & SOC'Y 187, 192–93 (1996); Gul Gunaydin et al., *I have, Therefore I Love: Status Quo Preference in Mate Choice*, 44 PERSONALITY & SOC. PSYCH. BULL. 589 (2018); Terri D. Conley, Staci Gusakova & Jennifer L. Piemonte, *Love Is Political: How Power and Bias Influence Our*

ולשקמם.⁴⁰ אך גם בהקשר זה, ההתחשבות המשפטית בממצאים הפסיכולוגיים דלה למדי. הרגשות העזים הנלווים לעיתים להליך הגירושין, לרבות תחושות של בגידה, עלבון, שנאה ורצון לנקום, אף הם עלולים להעיב על ההחלטה אם להתגרש ולפגוע בהצלחת המשא ומתן על ההיבטים השונים של פירוק הקשר ועל איכות היחסים בין בני הזוג (ובינם לבין ילדיהם המשותפים) לאחר הגירושין.⁴¹ לבסוף, מחקרים אחדים בחנו מנקודת מבט התנהגותית את ההחלטה של אנשים להביא ילדים לעולם והחלטות מסוימות של הורים בנוגע לגידול הילדים,⁴² ואחרים עסקו בהחלטה של אנשים אם לערוך צוואה.⁴³ גם בנושאים אלה המחקר ההתנהגותי עודנו בחיתוליו.

לבסוף, המחקר ההתנהגותי על החלטות של שופטים ושל בעלי מקצוע אחרים העוסקים בדיני משפחה מתמקד בשלב הגירושין – השלב שבו באורח טיפוסי בני זוג נזקקים למערכת המשפט. מחקרים רבים יחסית עוסקים בהטיות העלולות להשפיע על ההכרעה בשאלות הנוגעות למשמורת

in THE NEW PSYCHOLOGY OF LOVE 117, 124–26 (Robert J. Sternberg & Karin Sternberg eds., 2d. ed., 2019); Samantha Joel & Geoff MacDonald, *We're Not That Choosy: Emerging Evidence of a Progression Bias in Romantic Relationships*, 25 PERSONALITY & SOC. PSYCH. REV. 317 (2021).

⁴⁰ ראו למשל Elizabeth S. Scott, *Rational Decisionmaking about Marriage and Divorce*, 76 VA. L. REV. 9, 68–69 (1990).

⁴¹ ראו Solangel Maldonado, *Cultivating Forgiveness: Reducing Hostility and Conflict after Divorce*, 43 WAKE FOREST L. REV. 441 (2008).

⁴² ראו BRANK; Meredith J. Harbach, *Nudging Parents*, 19 J. GENDER RACE & JUST. 73 (2016). לעיל ה"ש 36, בעמ' 100–79.

⁴³ על הרתיעה הלא-רציונלית מפני עריכת צוואה ראו Adam J. Hirsch, *Default Rules in Inheritance Law: A Problem in Search of Its Context*, 73 FORDHAM L. REV. 1031, 1047–50 (2004).

ילדים,⁴⁴ ולצידם אי אלו מחקרים עוסקים בהטיות המשפיעות על הכרעות בנושאים ממוניים.⁴⁵ רוב המחקרים מתמקדים בשופטים, אך מחקרים אחדים עוסקים בבעלי מקצוע אחרים, ובפרט בעדים מומחים המסייעים לבית המשפט בהכרעותיו.⁴⁶ מחקרים אחרים עוסקים בהטיות מגדריות של שופטים הדנים באישור צוואות.⁴⁷

מלבד הכמות הקטנה יחסית של מחקרים המיישמים הארות התנהגותיות בדיני משפחה, ראיה נוספת להשפעה המוגבלת של המחקר ההתנהגותי בתחום זה היא המיעוט של מחקר משפטי אמפירי. בתחומים אחרים, כמו דיני חוזים ודיני נזיקין, הדור הראשון של מחקרים התנהגותיים הסתמך על הממצאים של מחקרים התנהגותיים שנערכו בידי פסיכולוגים וכלכלנים, לאו דווקא בהקשרים משפטיים, ויישם אותם בסוגיות משפטיות. הדור השני לא הסתפק בממצאים של מחקרים התנהגותיים שנערכו בהקשרים לא-משפטיים, אלא כלל מחקרים אמפיריים שנערכו בידי משפטנים או בהשתתפותם, ונועדו לשפוך אור על סוגיות משפטיות ספציפיות.⁴⁸ מאחר

⁴⁴ ראו למשל: Carolyn J. Frantz, *Eliminating Consideration of Parental Wealth in Post-Divorce Child Custody Disputes*, 99 MICH. L. REV. 216 (2000); David A. Martindale, *Confirmatory Bias and Confirmatory Distortion*, 2 J. CHILD CUSTODY 31 (2005); Solangel Maldonado, *Bias in the Family: Race, Ethnicity, and Culture in Custody Disputes*, 55 FAM. CT. REV. 213 (2017); Benjamin D. Garber, *Sherlock Holmes and the Case of Resist/Refuse Dynamics: Confirmatory Bias and Abductive Inference in Child Custody Evaluations*, 58 FAM. CT. REV. 386 (2020); Claire P. Donohue, *The Unexamined Life: A Framework to Address Judicial Bias in Custody Determinations and beyond*, 21 GEO. J. GENDER & L. 557 (2020); Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Benevolent Sexism in Judges*, 58 SAN DIEGO L. REV. 101, 110–16, 121–26 (2021); Stephanie Tabashneck, Beth Crawford & Robert Kinscherff, *Decision-Making in in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF PSYCHOLOGY, Contested Divorce Child Custody Case AND LEGAL DECISION-MAKING* 412 (Monica K. Miller et al. eds. 2024)

⁴⁵ על הטיות מגדריות בתחום זה ראו למשל: Jennifer Bennett Shinall, *Settling in the Shadow of Sex: Gender Bias in Marital Asset Division*, 40 CARDOZO L. REV. 1857 (2019); Joni Hersch & Jennifer Bennett Shinall, *When Equitable Is Not Equal: Experimental Evidence on the Division of Marital Assets in Divorce*, 18 REV. ECON. HOUSEHOLD 655 (2020). על תופעות קוגניטיביות אחרות, ראו Lewinsohn-Zamir, *Redistribution*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 385–389; BRANK, לעיל ה"ש 36, בעמ' 108–110.

⁴⁶ למחקרים העוסקים בהטיות של מומחים מקצועיים בנושא של משמורת ילדים ראו למשל: Martindale, לעיל ה"ש 44; Garber, לעיל ה"ש 44; Aaron Robb, *Strategies to Address Clinical Bias in the Child Custody Evaluation Process*, 3 J. CHILD CUSTODY 45 (2006).

⁴⁷ ראו: Veena K. Murthy, *Undue Influence and Gender Stereotypes: Legal Doctrine or Indoctrination?*, 4 CARDOZO WOMEN'S L.J. 105 (1997); Patricia R. Recupero et al., *Gender Bias and Judicial Decisions of Undue Influence in Testamentary Challenges*, 43 J. AM. ACAD. PSYCHIATRY & L. 60 (2015).

⁴⁸ למבט כללי על המחקר המשפטי האמפירי ראו דורון טייכמן ואיל זמיר, "מחקר משפטי אמפירי – הארות והערות" משפטים 671 (2015).

שההשפעה של הטיות קוגניטיביות היא במידה רבה תלויה הקשר, למחקרים כאלה יש חשיבות רבה. הניתוחים ההתנהגותיים הקיימים בדיני משפחה משתייכים ברובם לדור הראשון של מחקר משפטי-התנהגותי, הנסמך על ממצאיהם של מחקרים שנערכו בדיסציפלינות אחרות ולא על מחקרים משפטיים אמפיריים ייעודיים.⁴⁹

דלותו של המחקר ההתנהגותי של דיני המשפחה בולטת במיוחד במשפט הישראלי. בניגוד לתחומים כמו דיני חוזים, דיני הגנת הצרכן והחלטות שיפוטיות, שבהם יש לא מעט מחקר התנהגותי,⁵⁰ אין כתיבה רבה בעברית על ניתוח התנהגותי של דיני משפחה. פער זה בולט במיוחד נוכח העובדה שבניגוד לתחומי משפט אחרים, דיני המשפחה הישראליים ייחודיים למדי בשל התחולה של דינים דתיים לצד הדין האזרחי. על כן גם כאשר קיים ניתוח התנהגותי של דיני משפחה בשיטות אחרות, במקרים רבים קשה ליישם אותו ישירות במציאות הישראלית.

2. הסיבות לדלותו היחסית של הניתוח ההתנהגותי של דיני משפחה

כמתואר לעיל, הניתוח ההתנהגותי התפתח בתגובה לניתוח הכלכלי המסורתי, שהתבסס על תאוריית הבחירה הרציונלית, וכביקורת עליו. כך למשל המאמר של דניאל כהנמן ועמוס טברסקי משנת 1979, שהניח את הבסיס לתאוריית הערך (Prospect Theory) – התאוריה המשפיעה ביותר בתחום ההתנהגותי, שעל פיתוחה הוענק לדניאל כהנמן בשנת 2002 פרס נובל לכלכלה (טברסקי נפטר בשנת 1996) – פורסם בכתב העת *ECONOMETRICA*.⁵¹ בעקבות זאת ככל שההשפעה של הניתוח הכלכלי המסורתי בתחום משפטי כלשהו הייתה רבה יותר, כך נודעה בו השפעה רבה יותר לביקורת ההתנהגותית על הניתוח המסורתי. לא ייפלא אפוא שהניתוח ההתנהגותי השפיע במיוחד על הדינים העוסקים בהסדרה של השוק, כמו דיני חוזים ודיני הגנת

⁴⁹ מיעוט המחקר האמפירי בתחום הניתוח ההתנהגותי של דיני משפחה בולט לא רק בהשוואה למחקרים כאלה בתחומי משפט אחרים, אלא גם בהשוואה למחקרים אמפיריים לא התנהגותיים בתחום של דיני משפחה, שההזיקות להם בעשורים האחרונים עולה בהתמדה. ראו Clare Huntington, *The Empirical Turn in Family Law*, 118 COLUM. L. REV. 227 (2018). כדוגמאות למחקרים כאלה בישראל ראו למשל: Daphna Hacker, *The Gendered Dimensions of Inheritance: Empirical Food for Legal Thought*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 322 (2010); דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושין (2008); רות הלפרין קדרי, רינה בוגוש ואייל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין: השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדיני המשפחה בישראל" *עיוני משפט* לד 603 (2011).

⁵⁰ ראו למשל: שמואל בכר "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים צרכניים" *עיוני משפט* לג 277 (2010); אבישלו תור "תיקון הטיות באמצעות המשפט: מתי וכיצד" *משפט ועסקים* יב 41 (2010); עומר דקל ויואב דותן "ההשפעה השונה של הטיות קוגניטיביות על סוגים שונים של החלטות – ניסוי בתחום המכרזים" *משפטים* מד 689 (2015); איל זמיר ודורון טייכמן "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות: הישגים ואתגרים" *משפט ועסקים* יט 57 (2015); דורון טייכמן, איל זמיר ויובל פרקש "ניתוח התנהגותי של דיני החוזים: ממצאים אמפיריים, תובנות תאורטיות והשלכות משפטיות" *ספר גבריאלה שלו – עיונים בחוקת החוזה* 3 (אהרן ברק, יהודה אדר ואפי צמח עורכים) 2021; דורון טייכמן ואיל זמיר "התגובה המשפטית למגפת הקורונה בישראל: ניתוח התנהגותי" *משפט וממשל* כד 543 (2022).

⁵¹ Kahneman & Tversky, לעיל ה"ש 9.

הצרכן, שכן מאז ומתמיד ניצב השוק במוקד התאוריה הכלכלית. וככל שהתרחב והעמיק הניתוח הכלכלי של תחומים לבר-שוקיים, כמו דיני נזיקין ודיני עונשין, כך התפשט גם הניתוח ההתנהגותי אל תחומים אלה.

אכן, קיימת ספרות כלכלית המציעה מודלים שמטרתם להסביר ולחזות את ההתנהלות של אנשים באיתור בני זוג, בניהול התא המשפחתי ובפירוקו, וביחסי הורים וילדים.⁵² אולם ספרות זו מעולם לא הטביעה חותם ממשי על התאוריה של דיני משפחה. למציאות זו ניתן להציע הסבר מהותי והסבר סוציולוגי. מהותית, הנחת הרציונליות הכלכלית נשמעת בעייתית במיוחד בתחום של יחסים בין בני משפחה.⁵³ ההנחה שכל אחד מבני הזוג שוקל בסופו של דבר רק את תועלתו האישית (ולכל היותר מייחס חשיבות אינסטרומנטלית להגדלת הרווחה של בן הזוג האחר), ועוד יותר מכך ההנחה שלהורים אכפת מהרווחה של ילדיהם רק במידה שהיא משפיעה על הרווחה של עצמם – מנוגדות לניסיון האישי ולתפיסות של רוב האנשים.⁵⁴

זאת ועוד, כמתואר בהמשך,⁵⁵ הן הניתוח הכלכלי המסורתי הן הביקורת ההתנהגותית עליו מייחסים משקל שולי יחסית לרגשות. הניתוח הכלכלי הסטנדרטי מניח שאנשים מתנהגים באורח מחושב ושכלתני (או לפחות שהנחה זו היא קירוב טוב של המציאות). הגישה ההתנהגותית מכירה בקיומו של קשר בין רגשות לבין שיפוטיות וקבלת החלטות, אולם אפילו היא נוטה להתחשב ברגשות רק אם הם משפיעים על הרציונליות של החלטות ולא כבעלי חשיבות טבועה ועצמאית. מאחר שהתפקיד שממלאים רגשות ביחסים משפחתיים בולט אולי יותר מכל תחום אחר, הן הניתוח הכלכלי המסורתי הן הניתוח ההתנהגותי נחזים כמתאימים פחות לדיני המשפחה.⁵⁶ מלבד הסיבות המהותיות ניתן להציע הסבר סוציולוגי למיעוט ההיזקקות לניתוח כלכלי – ועל כן גם לניתוח כלכלי-התנהגותי – בתחום של דיני משפחה. המשפט נוצר ומפותח בידי משפטנים. משפטנים משתייכים לקהילות מקצועיות. קהילות של משפטנים, לרבות של משפטנים אקדמיים, נבדלות אלה מאלה מבחינת הערכים שחבריהן חולקים, עולם המושגים שלהם, תפיסותיהם בנוגע למהות המשפט והיחס שבינו לבין מוסדות חברתיים אחרים, המתודולוגיות המחקריות שבהן הם משתמשים וכדומה.⁵⁷ בהקשר זה סקירה היסטורית של המחקרים

⁵² ראו למשל: GARY S. BECKER, A TREATISE ON THE FAMILY (enlarged ed., 1993); JOHN F. ERMISCH, AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE FAMILY (2003).

⁵³ לביקורת על כך שהניתוח הכלכלי של יחסי משפחה עוסק במודלים מופשטים שאינם תואמים את המציאות ראו Frey & Eichenberger, לעיל ה"ש 39.

⁵⁴ משום כך, לא מפתיע שבעשרות השנים האחרונות כלכלנים העוסקים בניתוח של יחסים משפחתיים בונים מודלים מתוחכמים יותר, שבהם למשל התועלת של אנשים כוללת גם את הרווחה של ילדיהם ושל בני משפחה אחרים. ראו ERMISCH, לעיל ה"ש 52. ראו גם תת-פרק ג.1. להלן.

⁵⁵ ראו תת-פרק ג.2. (ג) להלן.

⁵⁶ כמובן, אם נתקבל הצעתנו לשלב את נושא הרגשות בניתוח ההתנהגותי של המשפט (תת-פרק ג.2. (ג) להלן), הסבר זה יאבד את כוחו.

⁵⁷ למבט כללי על קהילות אפיסטמיות ראו Claire A. Dunlop, *Epistemic Communities*, in ROUTLEDGE HANDBOOK OF PUBLIC POLICY 229 (Eduardo Araral et al. ed., 2012). לדיון בהשפעה של

המשפטיים בדיני משפחה בישראל שערכו איילת בלכר-פריגת ורות זפרן, על רקע המהפכה הבין-תחומית שהתחוללה גם במשפט הישראלי בכל התחומים, העלתה ש"סוגי המפגשים התיאורטיים בתחום זה מצומצמים בהשוואה לתחומים אחרים, ונדמה כי ההרחבה התיאורטית המרכזית – אם לא היחידה – בהקשר של דיני המשפחה היא אל התיאוריה הפמיניסטית".⁵⁸ יש מקום לסייג התרשמות זו, שכן יש בארץ (ובוודאי בעולם) מחקרים העוסקים בדיני משפחה מנקודות המבט של זכויות אדם,⁵⁹ פילוסופיה אנליטית,⁶⁰ תאוריה פוליטית⁶¹ ועוד. עם זאת, ניתן להתרשם שהשיח הדומיננטי בדיני משפחה, בארץ ובעולם, משתייך לזרם המכונה "משפט וחברה". כלומר, חוקרים בדיני משפחה המשלבים בעבודתם הארות מדיסציפלינות אחרות נוטים להתמקד במחקרים סוציולוגיים בדבר מקומה של המשפחה בחברה בכלל,⁶² וביחסי הכוחות בין קבוצות שונות בחברה, כמו גברים, נשים, להט"בים וילדים בפרט.⁶³

כך או אחרת, מבחינה אידאולוגית ומתודולוגית כאחת, רוב החוקרים של דיני משפחה נוטים להתעלם מהניתוח הכלכלי,⁶⁴ או אף לסלוד ממנו – ועל כן הם פחות מתעניינים בהארות

מאפיינים סוציולוגיים של קהילות של משפטים בהקשר אחר ראו Moshe Hirsch, *Invitation to the Sociology of International Law* 128–56 (2015).

ראו איילת בלכר-פריגת ורות זפרן, "ארבעים (ומשהו) שנה של עיוני משפחה" **עיוני משפט** מ' 547, 593 (2017).⁵⁸
ראו למשל: אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" **משפט ועסקים** טז' 13 (2013);⁵⁹
in The International, Rhona Schuz, The Developing Right to Parenthood in Israeli Law (Bill Atkin ed. 2013) SURVEY OF FAMILY LAW 2013 197; רות זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים" **משפטים על אתר** 1 ח' (2015); פנחס שיפמן "מעמד המשפטי של זוגות בני אותו מין" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 309 (עניב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים, 2016); שחר ליפשיץ "הזכות להורות של בני זוג מאותו מין לנוכח אתיקת ההורות" **מחקרי משפט** לד' 865 (2022).

ראו למשל: Ram Rivlin, *The Puzzle of Intra-Familial Commodification*, 67 U. TORONTO L.J. 68 (2017); Ram Rivlin, *The Morality of Get-Threats: Withholding Divorce as Extortion*, 18 I-CON – INT'L J. CONST. L. 849 (2020); Ram Rivlin, *Fairness in Allocations of Parental Responsibilities, and the Limits of Law*, 33 CAN. J. L. & JURIS. 397 (2020).

ראו למשל: שחר ליפשיץ "נשואים בעל-כרחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" **עיוני משפט** כה' 741 (2002); שחר ליפשיץ ורם ריבלין "אשמה בהסכמה? חוזים זוגיים הקובעים השלכות רכושיות לבגידה, והליברליזציה של דיני המשפחה" **משפטים** נד' 455 (2026).

ראו למשל הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 49; דפנה הקר ורונן שמיר "אמהות", "אבהות", "משפחה": בין אינטואיציה להלכה פסוקה" **סוציולוגיה ישראלית: כתב-עת לחקר החברה הישראלית** ה' 311 (2003).

ראו למשל Zvi Triger, *Introducing the Political Family: A New Road Map for Critical Family Law*, 13 THEORETICAL INQUIRIES L. 361 (2012).

כמובן, גם להכללה זו יש חריגים. ראו למשל: Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979); Ram Rivlin, *Religious Norms between Ethics and Law: The Death and the Afterlife of Jewish Divorce*, 4 OXFORD J. L. & RELIGION 469, 479–81 (2015); בנימין שמואלי "מי רוצה לקנות את הגט שלי? היבטים משפטיים וכלכליים של סחירות (commodification) הזכות להתגרש" **מחקרי משפט** לא' 107

פסיכולוגיות שיש בהן כדי להעשיר או לסייג ניתוח זה. ככל שהמחקר בדיני משפחה משתמש בהארות מתחום המחקר הפסיכולוגי, על פי רוב מדובר בפסיכולוגיה קלינית או התפתחותית ולא בפסיכולוגיה קוגניטיבית.⁶⁵

לבסוף, ייתכן שגם מאפיינים ייחודיים של המשפט הישראלי תרמו לשוליותם של הניתוח הכלכלי והניתוח ההתנהגותי של דיני המשפחה במקומותינו. כידוע, חלקים ניכרים מדיני המשפחה בישראל, ובמיוחד דיני נישואין וגירושין, כפופים לדינים דתיים. הכפפה זו, השנויה במחלוקת אידאולוגית חריפה, השפיעה רבות גם על המחקר האקדמי. למעשה, בעשורים הראשונים של המדינה התמקד המחקר בשאלות של סמכות שיפוט ומתחים בין דת ומדינה, וגם כיום מוקדשת לנושאים אלה תשומת לב ניכרת.⁶⁶ באורח טבעי, מחקר זה עסק פחות בשאלות המהותיות של עיצוב דיני המשפחה. רק בשלב מאוחר יחסית פנה המחקר המשפטי בישראל להתמודדות עם אתגר זה, ואין אפוא להתפלל שההסתייעות בניתוח כלכלי והתנהגותי של הדינים עודנה בחיתוליה בישראל.

העובדה שכיום התרומה של הניתוח ההתנהגותי לדיני המשפחה עודנה דלה וההסברים שהצענו למציאות זו אינם מלמדים שהמצב המצוי הוא רצוי. להפך, בהמשך נבקש לטעון – במאמר זה בכלליות ובהמשך באמצעות ניתוח של סוגיות ספציפיות – שלניתוח ההתנהגותי יכולה להיות תרומה רבה לדיני המשפחה, הן בזיהוי בעיות הן בעיצוב פתרונות.

ג. המאפיינים המיוחדים של דיני המשפחה

דיני המשפחה עוסקים בהשלכות של אחדות מההחלטות החשובות ביותר בחייהם של אנשים. בשל חשיבותן יוצאת הדופן של החלטות אלה, לפי תאוריית הבחירה הרציונלית היה אפשר לצפות שאנשים ישקלו בקור רוח את כל החלופות העומדות בפניהם בכל אחד מעניינים אלה, תוך כדי הבאה בחשבון את כל העלויות, התועלות, הסיכויים והסיכונים הכרוכים בכל חלופה ומתן משקל הולם להם. למעשה, במקרים רבים אין הדבר כך, וההטיות ההתנהגותיות המשפיעות על

Benjamin Shmueli, *Sticks, Carrots, or Hybrid Mechanism: The Test Case of* (2017); 18 I-CON – INT'L J. CONST. L. 893 (2020), *Refusal to Divorce*

⁶⁵ ראו למשל: Peter G. Jaffe et al., *Custody Disputes Involving Allegations of Domestic Violence: Toward a Differentiated Approach to Parenting Plans*, 46 FAM. CT. REV. 500 (2008); Sanford L. Braver & Michael E. Lamb, *Shared Parenting After Parental Separation: The Views of 12 Experts*, 59 J. DIVORCE & REMARRIAGE 372 (2018); Jelena Zumbach et al., *International Perspective on Guidelines and Policies for Child Custody and Child Maltreatment Risk Evaluations: A Preliminary Comparative Analysis Across Selected Countries in Europe and North America*, 13 FRONT. PSYCH. 900058 (2022) <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2022.900058>; תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ "אמא, אבא, ומה איתי? אני זקוק לשניכם: עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין" **דין ודברים** 375 (2012).

⁶⁶ ראו למשל אריאל רוזן-צבי **דיני משפחה בישראל: בין קודש לחול** (1990); לאפיון זה של המחקר על דיני המשפחה בישראל ראו שחר ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביוכל הבא: בין 'ליברטריאניזציה' ובין בית המשפט ה'מחשק'" **מחקר משפט** יז 159, 159–165 (2001). ראו גם בלכר-פריגת וזפרן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 569–576, 589.

התנהגותם של בני אדם בהקשרים חברתיים אחרים עשויות להשפיע גם בהקשר המשפחתי.⁶⁷ לבד מהתופעות המשותפות לכל התחומים, לתחום המשפחה יש מאפיינים מיוחדים המגבירים את החשש מפני החלטות לא רציונליות. מאפיין בולט כזה הוא התפקיד המרכזי של רגשות בהחלטות הקשורות לנישואין, לשמירת אמונים בין בני הזוג, לגירושין וכדומה. מאפיין חשוב נוסף של היחסים בין בני משפחה הוא המשקל הרב שבני משפחה מייחסים לרווחה של בני משפחה אחרים, בניגוד להנחת הניתוח הכלכלי, שלכל אדם אכפת רק מרווחתו האישית. לבסוף, מאפיין מובהק של דיני המשפחה הוא הרתיעה של המשפט מהתערבות בספרה הפרטית והמשפחתית של אנשים. הרתיעה מהתערבות כופה בתחום זה מבליטה את התרומה האפשרית של התערבויות מתונות ומרומזות יותר, הכרוכות בפגיעה קטנה יחסית באוטונומיה ובחופש הפעולה של אנשים. זאת ועוד, לא רק האוטונומיה הפרטית מציבה מכשול ממשי בפני הסדרת עניינים אלה בידי הדין הכללי, אלא גם האוטונומיה של הדינים הדתיים החלים בישראל על ענייני נישואין וגירושין עושה זאת. ושוב, גם בהקשר זה יכולה להיות חשיבות מיוחדת להינדים. פרק זה עוסק אפוא בזולתנות, ברגשות ובאוטונומיה כמאפיינים בולטים של יחסי משפחה, שבגינם יש חשיבות מיוחדת לשימוש בהארות התנהגותיות.

1. זולתנות

הענף הנורמטיבי של הניתוח הכלכלי (המכונה "כלכלת רווחה", welfare economics) מבוסס על תורת מוסר תוצאתנית (consequentialist), וולפריסטית (welfarist) ואוניברסלית (universal), הדוגלת בהשאת הרווחה האנושית הכוללת.⁶⁸ כתורת מוסר תוצאתנית, לפחות בצורתה הבסיסית, כלכלת רווחה אינה מכירה במגבלות מוסריות (אילוצים) על השאת הרווחה החברתית הכוללת ואף לא באופציות להימנע מהשאת רווחה זו.⁶⁹ לכאורה, נובע מכך שעל כל אדם לבחור תמיד בדרך הפעולה שתשיא את הרווחה החברתית הכוללת, גם אם דרך זו גורעת מתועלתו האישית או מפירה אילוצים מוסריים רווחים, כמו האיסור לפגוע באורח אקטיבי או מכוון בזולת.

⁶⁷ טענה שבחירת בני זוג והחלטות להתחתן לוקות בהטיות רבות ראו Frey & Eichenberger, לעיל ה"ש 39.
⁶⁸ לפי תורת מוסר תוצאתנית, הגורם היחיד הקובע את מוסריותם של התנהגות, כלל או כל דבר אחר, הוא התוצאות שלהם. לפי תורת מוסר וולפריסטית, התוצאות היחידות שיש להביאן בחשבון הן רווחה אנושית (תוצאות אחרות, כמו למשל השפעה על ערכי טבע, חשבויות רק במידה שבה הן משפיעות על רווחה אנושית). תורת מוסר אוניברסלית מביאה בחשבון את הרווחה של כל בני האדם, ובצורתה הבסיסית מייחסת משקל שווה לרווחה של כל אדם. תורת מוסר דוגלת בהשאת הרווחה האנושית הכוללת, אם היא מתעניינת רק בסך כל הרווחה האנושית ולא באופן שבו היא מתחלקת בין אנשים (אף כי כדי להשיא את הרווחה הכוללת עשויה להידרש חלוקה מחדש של משאבים בשל עקרון התועלת השולית הפוחתת). למבט כללי על מושגים אלה ראו SHELLY KAGAN, NORMATIVE ETHICS 25–69 (1998). על הניתוח הכלכלי הנורמטיבי ראו HAUSMAN, MCPHERSON & SATZ, לעיל ה"ש 17.
⁶⁹ על מאפיינים אלה של הניתוח הכלכלי הנורמטיבי ראו EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY 11–40 (2010).

כאשר מדובר בחובה להשיא את הרווחה החברתית הכוללת בהתעלם מאינטרסים עצמיים, למעשה הניתוח הכלכלי אינו שותף למסקנה זו. הניתוח הכלכלי מניח שעובדתית, אנשים פועלים אך ורק כדי להשיא את תועלתם האישית (אם כי כמובן מאחר שפגיעה בזולת עלולה לגרור פעולות תגמול מצידו או מצד המדינה, התחשבות בזולת עשויה להידרש משיקולים אינסטרומנטליים). מלבד הנחה עובדתית זו, הניתוח הכלכלי נוטה להניח שבמקרים רבים מאוד – ובפרט בתנאים של שוק משוכלל – המפתח להשאת הרווחה החברתית הכוללת נעוץ בכך שכל אדם יפעל להשאת תועלתו האישית. בתנאים אלה היד הנעלמה של חוקי ההיצע והביקוש גורמת להשאת הרווחה הכוללת דווקא כאשר כל שחקן בשוק פועל באופן אנוכי. על כן בניגוד לתועלתנות (utilitarianism), הניתוח הכלכלי הנורמטיבי אינו קורא לאנשים לפעול להשאת הרווחה החברתית הכוללת.

יתר על כן, גם במצבים שבהם ברור שהתנהגות אנוכית אינה צפויה להשיא את הרווחה החברתית הכוללת משום קיומם של כשלי שוק כמו השפעות חיצוניות או מונופולין, הניתוח הכלכלי כמעט לעולם אינו מסיק מכך שחלה על אנשים חובה להעדיף את טובת הכלל על פני טובתם האישית. לפי הנחת האנוכיות, הניתוח הכלכלי תר אחר דרכים לצמצם ככל האפשר את הפער בין השאת התועלת האישית להשאת התועלת החברתית הכוללת, על מנת שהתנהגות אנוכית בכל זאת תועיל לחברה בכללותה. כך למשל דיני הנזיקין ממריצים אנשים להתנהג באורח יעיל כשהם גורמים להם להפנים את העלויות שהתנהגותם צפויה להטיל על אחרים.⁷⁰

אכן, מאחר שהגישה הכלכלית מגדירה רווחה אנושית במונחים של הגשמת העדפות, ולכאורה אינה נוקטת עמדה בנוגע לתוכן של העדפות אלה, אין מניעה לערוך ניתוח כלכלי המביא בחשבון גם העדפות הנוגעות לאנשים אחרים (other-regarding preferences). אף מבחינה מתודולוגית ניתן לבנות מודלים שבהם השאת הרווחה של פלוני היא חלק מעקומת התועלת של אלמוני (במיוחד כאשר בין השניים יש יחסי קרבה). אולם הלכה למעשה הניתוח הכלכלי הסטנדרטי מניח בדרך כלל שכל אדם שואף להשיא אך ורק את הרווחה שלו עצמו.

לעומת זאת, מחקרים פסיכולוגיים מלמדים שלעיתים אנשים אינם פועלים להשאת הרווחה שלהם בלבד, אלא מביאים בחשבון גם את הרווחה של אחרים – ויש בסיס לסברה שהם עושים זאת לא רק במקרים שהאחר קרוב אליהם מאוד, כלומר כאשר רווחתו משפיעה ישירות על הרווחה שלהם, אלא גם בהיעדר קרבה כזו, משום מחויבותם לערכים מוסריים. כמו כן יש ראיות לכך שאנשים מתחשבים ברווחה של אחרים לא רק משום שבעקיפין הדבר משיא את רווחתם האישית.⁷¹ אנשים רבים נוטים לגמול לצדיקים כצדקתם ולרשעים כרשעתם, גם אם הדבר כרוך בהפסד לעצמם.⁷²

הניתוח הכלכלי-התנהגותי של דיני המשפחה יכול אפוא לתרום להבנת ההשפעה של העדפות לא אנוכיות על התנהלותם של אנשים בהקשר המשפחתי ולפיתוחם של דינים שיביאו

⁷⁰ ראו למשל אריאל פורת "דיני נזיקין" הגישה הכלכלית למשפט 271, 276–279 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

⁷¹ לסיכום קצר של הספרות ראו ZAMIR & TEICHMAN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 106–110.

⁷² ראו Gächter, לעיל ה"ש 14.

מניעים אלה בחשבון. בהקשר זה ניתן להזכיר כי לצד העובדה שבדרך כלל אנשים מעוניינים בהגדלת הרווחה של בני משפחותיהם (גם אם הדבר כרוך באובדן רווחה לעצמם), לעיתים – כמו למשל בהליכי גירושין – הם עלולים לרצות ברעתו של הזולת (שוב, גם אם הדבר כרוך באובדן רווחה לעצמם). הניתוח ההתנהגותי יכול לשפוך אור גם על תופעות אלה. למשל, הארות התנהגותיות יכולות לסייע בעיצוב הסדרי מזונות ילדים לאחר הגירושין, כך שהם ייתפסו כהוגנים יותר ולכן גם יקוימו ביתר הקפדה בידי הצד החייב במזונות. בייחוד, תשלום המזונות ישירות לילדים – להבדיל מתשלום לבן הזוג לשעבר, עבור הילדים – עשוי להועיל, משום שהוא יסייע למסגר את התשלום ככזה הנעשה לילדים של המשלם. גם כאשר האהבה ששררה בין בני הזוג הופכת לטינה ואפילו לשנאה, ניתן לשער שכלפי הילדים יש רגשות חיוביים, ולמצער פחות שליליים.⁷³ באורח כללי יותר, ייתכן שניתן לשקול עיצוב מחדש של הסדרים הנטועים כיום בדיני הרכוש הזוגי ככאלה שעניינם יחסי הורים וילדים וכמיועדים להבטיח את טובתם.⁷⁴

2. רגשות

תת-פרק זה עוסק במהותם של רגשות, בוויסות (רגולציה) שלהם, ביחס שבין משפט לרגשות, ובניתוח התנהגותי של משפט ורגשות. מאחר שהמחקר הכלכלי-התנהגותי טרם הקדיש לנושאים אלה את תשומת הלב הראויה, תת-פרק זה פותח בהצגה של מושגי יסוד במחקר על רגשות, ולכן הוא ארוך מתת-הפרקים האחרים בפרק זה.

(א) הפסיכולוגיה של רגשות

אחד מתחומי המחקר התוססים ביותר בפסיכולוגיה בעשורים האחרונים הוא המחקר על רגשות ועל ויסות שלהם.⁷⁵ מבלי להיכנס לנבכי המחקר הפסיכולוגי, שלושה מושגים עיקריים הם affect (שבהיעדר ביטוי מתאים בעברית יכונה אֶפֶקט), emotion (רגש) ו-mood (מצב רוח).⁷⁶ הגם

⁷³ ליתרון של גישה גישורית בהקשר הממוקדת בצרכים המשפחתיים העתידיים, ובראשם צורכי הילדים, ראו ענת ליפשיץ ושחר ליפשיץ "מזונות ילדים בגיל 6 עד 15, בעקבות בע"מ 919/15 "מחקרי משפט לב 545, 609–616 (2020).

⁷⁴ לצורך להתחשב בשיקולי טובת הילד במסגרת דיני הרכוש הזוגי ראו שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א 227, 306–310 (2009).

⁷⁵ למבט-על ראו, James J. Gross & Brett Q. Ford ed., HANDBOOK OF EMOTION REGULATION (3rd. ed. 2024); Gaurav Suri, Gal Sheppes & James J. Gross, *Emotion Regulation and Cognition*, in HANDBOOK OF COGNITION AND EMOTION 195 (Michael D. Robinson, Edward R. Watkins & Eddie Harmon-Jones eds., 2013).

⁷⁶ מושג רביעי, שלא נעסוק בו משום שהוא קרוב יותר לפתולוגיה, הוא עקה, או סטרס (stress). עקה היא התגובה הפיזיולוגית או הפסיכולוגית לגורמי לחץ פנימיים או חיצוניים. עקה כרוכה בשינויים המשפיעים על כמעט כל המערכות בגוף, לרבות על התחושות וההתנהגות של אנשים. היא עשויה להתבטא בדפיקות לב מהירות, בהזעה, ביושב בפה, בקוצר נשימה, בעצבנות, בדיבור מואץ, בהגברת רגשות שליליים ובעייפות נמשכת. עקה תורמת ישירות להפרעות ולמחלות פסיכולוגיות ופיזיולוגיות, משפיעה על הבריאות הנפשית והפיזית ופוגמת באיכות החיים. ראו

שאינן למושגים אלה משמעות מוסכמת בספרות הפסיכולוגית,⁷⁷ נתייחס למשמעותם המקובלת. המושג הראשון, אָפֶקט, הוא הרחב ביותר. לפי הגדרה רווחת, הוא כולל כל חוויה של תחושה או רגש, מסבֵל ועד התרוממות רוח, מהתחושות הפשוטות ביותר ועד המורכבות ביותר, אם נורמליות ואם פתולוגיות. אָפֶקט עשוי להתייחס לחוויות חיוביות או שליליות, והוא כולל רגשות ומצבי רוח כאחד.⁷⁸

רגש מתואר כתגובה מיידית וקצרת טווח לעניין או לאירוע בעלי משמעות, הכוללת אלמנטים חווייתיים, התנהגותיים ופיזיולוגיים, המיועדים להתמודד עם אותו עניין או אירוע. התוכן של הרגש תלוי במשמעות הספציפית של האירוע. לדוגמה, אם מדובר באיום, סביר להניח שהרגש שייווצר הוא פחד, ואם מדובר בגינוי מצד אדם אחר, סביר להניח שתיווצר בושה.⁷⁹ רגשות כוללים הן עוררות (arousal) פיזיולוגית, כגון דפיקות לב מהירות או הסמקה, הן תיוג קוגניטיבי של עוררות זו.⁸⁰ במילים אחרות, רגש מניח פרשנות קוגניטיבית של המצב הפיזיולוגי, שבתורה תלויה בתפיסות הרווחות בחברה. משמע שרגשות הם גם פרי של הבניה חברתית ותרבותית.⁸¹ יתר על כן, התגובה הרגשית למצבים תלויה במקרים רבים בתהליכים קוגניטיביים. למשל, תחושה של כעס מבוססת על אמונה כלשהי בנוגע למציאות, על הערכת ההתנהגות של האדם שעליו כועסים וכדומה.⁸²

APA (American Psychological Association) Dictionary of Psychology, <https://dictionary.apa.org/stress> (updated 2018)

77 ראו למשל Terry A. Maroney, *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, 30 LAW & HUM. BEHAV. 119, 123–24 (2006) (להלן: Maroney, *Law and Emotion*).

78 ראו APA (American Psychological Association) Dictionary of Psychology, <https://dictionary.apa.org/affect> (updated 2018)

79 ראו APA (American Psychological Association) Dictionary of Psychology, <https://dictionary.apa.org/emotion> (updated 2018); James J. Gross, *Conceptual Foundations of Emotion Regulation*, in HANDBOOK OF EMOTION REGULATION, לעיל ה"ש 75, בעמ' 3, 4–5.

80 ראו Stanley Schachter & Jerome E. Singer, *Cognitive, Social and Physiological Determinants of Emotional State*, 69 PSYCH. REV. 379 (1962)

81 Lubomir Lamy, *Beyond Emotion: Love as an Encounter of Myth and Drive*, 8 EMOTION REV. 97, 99 (2016)

82 על הקשר שבין חשיבה לרגשות ראו: Dacher Keltner & E.J. Horberg, *Emotion-Cognition Interactions*, in APA HANDBOOK OF PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY, VOL. 1: ATTITUDES AND SOCIAL COGNITION 623, 637–52 (Mario Mikulincer et al. eds., 2015); Jennifer S. Lerner et al., *Emotions and Decision Making*, 66 ANN. REV. PSYCH. 799 (2015). לתאוריה של רגשות המדגישה את היותם מבוססים על פרשנות קוגניטיבית של אירועים, של התנהגותיות ושל אובייקטים אחרים, ראו ANDREW ORTONY, GERALD L. CLORE & ALLAN COLLINS, THE COGNITIVE STRUCTURE OF EMOTIONS (2d ed. 2022). ראו גם MARTHA NUSSBAUM, LOVE'S KNOWLEDGE: ESSAYS ON PHILOSOPHY AND LITERATURE 40–42 (1990); Terry A. Maroney,

מצבי רוח מתוארים כנטייה להגיב רגשית בצורה מסוימת, העשויה להימשך שעות, ימים או אפילו שבועות, מבלי שהאדם יודע בהכרח מה הסיבה למצב רוחו. במקרים קיצוניים מדובר במצבים פתולוגיים.⁸³ בניגוד לרגשות, מצבי רוח אינם מתייחסים לעניין או לאירוע ספציפיים והם מאופיינים בהיותם עמומים וממושכים יותר. כפי שתיאר זאת אחד החוקרים, "מצבי רוח מציקים לנו, רגשות צורחים עלינו".⁸⁴ כמו רגשות, גם למצבי רוח יש בדרך כלל ביטוי חיצוני שאנשים אחרים יכולים להבחין בו. רגשות עשויים להניע לפעולה בנוגע למה שגרם להם (למשל לברוח או להילחם נוכח איום מפתיד), ואילו מצבי רוח אינם בהכרח מניעים פעולה בנוגע לאירוע ספציפי. עם זאת, מצבי רוח משפיעים על תגובתם של אנשים על אירועים מגוונים.⁸⁵

מאחר שהמחקר הפסיכולוגי על ויסות של רגשות עשיר ומפותח מהמחקר על ויסות של מצבי רוח, ומאחר שקיימת חפיפה ניכרת בין האמצעים המשמשים לוויסות של רגשות לאלה המשמשים לוויסות של מצבי רוח,⁸⁶ נתמקד ברגשות ובוויסות שלהם.

מאות מחקרים פסיכולוגיים עוסקים בוויסות עצמי של רגשות. מחקרים אלה מלמדים שאנשים יכולים "לנהל" את הרגשות שלהם ולהשפיע עליהם. הם יכולים להימנע מהיחשפות לגירויים העלולים לגרום רגשות שליליים ולבחור להימצא במצבים הצפויים לגרום לרגשות חיוביים. הם אף יכולים לשנות את המצב שבו הם נמצאים, למשל בהסתרת מידע על התנהגותם שהיה גורם לאנשים אחרים לבקר אותם. כאשר הם כבר נמצאים בסיטואציה כלשהי, הם מסוגלים לווסת את השפעתה הרגשית בהסתת תשומת הלב מהיבטים מטרידים של הסיטואציה והתמקדות בהיבטיה החיוביים. אנשים אף יכולים להעריך מחדש את הסיטואציה באופן שימתן רגשות שליליים ויחזק רגשות חיוביים (cognitive reappraisal). למשל, הם עשויים לתת פירוש אוהד להתנהגות שלהם שהובילה לתגובה שלילית כלפיהם, לתת פירוש אוהד לתגובה של אנשים אחרים כלפיהם, לתכנן דרכים לשינוי המצב שהוליד את הרגשות השליליים או לשמר מצב שהוליד רגשות חיוביים. לבסוף, אנשים נוקטים צעדים שיסייעו להם להתגבר על רגשות שליליים: הם נושמים נשימות עמוקות, מבצעים פעילות גופנית או שופכים את ליבם לפני ידיד, בתקווה שהלה יספק להם תמיכה רגשית.⁸⁷ כמובן, לצד דרכים חיוביות ומסתגלות (adaptive) לוויסות רגשות יש גם דרכים לא מסתגלות (nonadaptive) ואף מזיקות, כמו הדחקת רגשות וצריכה של

Law and Emotion, in RESEARCH HANDBOOK ON LAW AND PSYCHOLOGY 64, 74–76 (Rebecca Hollander-Blumoff ed., 2024).

⁸³ ראו APA (American Psychological Association) Dictionary of Psychology, <https://dictionary.apa.org/mood>.

⁸⁴ ראו Randy J. Larsen, *Toward a Science of Mood Regulation*, 11 PSYCH. INQ. 129, 130 (2000).

⁸⁵ עוד על מצבי רוח והשוואה בינם לבין רגשות ראו Larsen, שם, בעמ' 129–130.

⁸⁶ ראו Sander L. Koole, *The Psychology of Emotion Regulation: An Integrative Review*, 23 COGNITION & EMOTION 4, 7 (2009). על ויסות של מצבי רוח ראו Larsen, לעיל ה"ש 84.

⁸⁷ על אסטרטגיות שונות לוויסות רגשות ראו Gross, לעיל ה"ש 79, בעמ' 6–12; Suri, Sheppes & Gross, לעיל ה"ש 75.

סמים. המחקר הפסיכולוגי מלמד כי ויסות של רגשות אינו בהכרח פעולה מודעת ומכוונת; הוא יכול להיעשות גם מבלי משים.⁸⁸

ויסות של רגשות עשוי לשרת שני סוגים של מטרות: הדוניסטיות ואינסטרומנטליות. מאחר שרגשות שליליים פוגעים ברווחה הסובייקטיבית של אנשים ורגשות חיוביים משפרים אותה, ויסות רגשי יכול להיעשות כדי להגביר רגשות חיוביים ולהיפטר מרגשות שליליים. אולם לעיתים המטרה היא אינסטרומנטלית: מאחר שרגשות משפיעים על הטיב של החלטות ועל האפקטיביות של פעולות, אנשים מווסתים את רגשותיהם כדי לשפר את האיכות ואת האפקטיביות של החלטותיהם ופעולותיהם.⁸⁹ ויסות של רגשות מטעמים הדוניסטיים מתמקד בהגברת של רגשות חיוביים והפחתת של רגשות שליליים, ואילו בוויסות אינסטרומנטלי לפעמים נדרשת דווקא הפחתת של רגשות חיוביים והגברת של רגשות שליליים. למשל, במהלך הלוויה חשוב לאנשים שלא לחוש ולא לתת ביטוי לרגש של שמחה, ואילו במהלך יום הולדת הם משתדלים שלא לחוש או לבטא עצב, ובמהלך משפט על השופטת לכבוש את חיוכה גם אם ההתנהלות של מתדיין או של בא כוחו נראית לה מגוחכת.

המחקר הפסיכולוגי עוסק בעיקר בוויסות עצמי של רגשות, אולם הוא אינו מתעלם מצעדים שנוקטים אנשים כדי לסייע לאחרים לווסת את רגשותיהם. צעדים כאלה עשויים לכלול הסתרת ידיעה מזעזעת מחבר, הבלטת ההיבטים החיוביים של אירוע מצער או הסחת הדעת מאירוע כזה.⁹⁰ מתעוררת אפוא השאלה אם גם המשפט יכול למלא תפקיד בוויסות של רגשות של אנשים.

(ב) רגשות במשפט

המשפט בכלל, הניתוח הכלכלי של המשפט ואפילו הניתוח ההתנהגותי של המשפט לא נהגו לייחס חשיבות רבה לרגשות. לפי תפיסה מסורתית, עולם הרגשות ועולם הזכויות והחובות המשפטיות הם שני עולמות נפרדים. על המשפט להימנע מלהתערב בעולם הרגשי והאינטימי של אנשים (בראש ובראשונה, ביחסים שבתוך המשפחה), ועל רגשות להישאר מחוץ לספרה הציבורית, המוסדרת באמצעות המשפט.⁹¹ לפי תפיסה זו, המשפט הוא רציונלי, כלומר ההפך מאמוציונלי.⁹² כך למשל השופט האידיאלי הוא מי שמסוגל "לשים בצד" את רגשותיו כאשר הוא

⁸⁸ ראו: Anett Gyurak, James J. Gross & Amit Etkin, *Explicit and Implicit Emotion Regulation: A Dual-Process Framework*, 25 COGNITION & EMOTION 400 (2011).

⁸⁹ ראו Maya Tamir, *Why Do People Regulate Their Emotions? A Taxonomy of Motives in Emotion Regulation*, 20 PERSONALITY & SOC. PSYCH. REV. 199 (2016).

⁹⁰ Gross, לעיל ה"ש 79, בעמ' 6.

⁹¹ ראו Kathryn Abrams & Hila Keren, *Who's Afraid of Law and the Emotions*, 94 MINN. L. REV. 1997, 2027–33 (2010). כמתואר בתת-פרק 3.3 להלן, המשפט נרתע מהתערבות בתא המשפחתי גם מטעמים של כיבוד האוטונומיה.

⁹² ראו למשל Richard A. Posner, *Emotion versus Emotionalism in Law*, in THE PASSIONS OF LAW 309, 309 (Susan Bandes ed., 1999), Abrams & Keren; לעיל ה"ש 91, בעמ' 2003–2004.

בא להכריע בסכסוך.⁹³ לתפיסה זו יש היבט מגדרי בולט, שכן רציונליות זוהתה כתכונה גברית ואמוציונליות כתכונה נשית. לפי תפיסה גברית של המשפט, המשפט הוא מערכת כללים רציונלית שנועדה להסדיר את פעולתם של מוסדות השלטון ושל השוק – תחומים שנשים הודרו מהם במידה רבה.⁹⁴

אכן, עשורים של ביקורות פמיניסטיות ואחרות על תפיסות אלה הובילו להתרחבות ההתחשבות של המשפט ברגשות.⁹⁵ במישור הדוקטרינרי, דיני הנזיקין מזכים נפגעים בפיצויים על סבל נפשי גם אם אינו נלווה לפגיעה פיזית או כלכלית בניזוק,⁹⁶ חוק העונשין כולל עבירות של פגיעה ברגשות דתיים,⁹⁷ דיני האומנה מתייחסים לרגשות של ילדים,⁹⁸ וחוק השמות מאפשר לפסול בחירה בשם העלול לפגוע ברגשות הציבור.⁹⁹ כיוצא בזה, פחד עשוי לשחק תפקיד בהכרעות שיפוטיות בקשר לכפייה ולעושה בכריתת חוזה.¹⁰⁰

במישור התאורטי, בעשורים האחרונים עשרות מאמרים וספרים דנים בנקודות מפגש שונות בין משפט ורגשות. מחקרים אלה חושפים את ההיבטים הרגשיים של סוגיות משפטיות, מנתחים היבטים אלה כשהם משתמשים בהארות פסיכולוגיות וגוזרים מניתוח זה מסקנות נורמטיביות והמלצות למדיניות משפטית.¹⁰¹ מחקרים אלה נבדלים בנקודות המוקד שלהם: מקצתם מתמקדים

⁹³ ראו Terry A. Maroney, *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, 99 CAL. L. REV. 629 (2011) (להלן: Maroney, *Cultural Script*).

⁹⁴ ראו Frances E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497 (1983); Ruth Gavison, *Feminism and the Public/Private Distinction*, 45 STAN. L. REV. 1 (1992).

⁹⁵ על התחום המתפתח של משפט ורגשות ראו למשל: THE PASSIONS OF LAW, לעיל ה"ש 92; Maroney, *Cultural Script*, לעיל ה"ש 93; Abrams & Keren, לעיל ה"ש 91; Maroney, *Law and Emotion*, לעיל ה"ש 77; Susan A. Bandes & Jeremy A. Blumenthal, *Emotion and the Law*, 8 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 161 (2012); RESEARCH HANDBOOK ON LAW AND EMOTION (Susan A. Bandes et al. eds., 2021).

⁹⁶ ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 142–138 (1985).

⁹⁷ ראו ס' 172 ו-173 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁹⁸ ראו ס' 4, 7, 11, 12 ו-33 לחוק אומנה לילדים, התשע"ו-2016.

⁹⁹ ס' 16(א) לחוק השמות, התשט"ז-1956. הוא הדין בס' 28 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, המורה שלא לרשום חברה בשם העלול לפגוע ברגשות הציבור.

¹⁰⁰ ראו למשל ע"א 784/81 שפיר נ' אפל, פ"ד לט(4) 149, 153–154 (1985). דוגמה נוספת מצויה בס' 403 לכללי הראיות הפדרליים בארצות הברית, המסמך את השופט למנוע הגשת ראיות העלולות להטות את שיקול הדעת של המושבעים, משום שההשפעה הרגשית שלהן עולה במידה ניכרת על ערכן הראייתי. ראו Jessica M. Salerno, *The Impact of Experienced and Expressed Emotion on Legal Factfinding*, 17 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 181 (2021).

¹⁰¹ ראו Abrams & Keren, לעיל ה"ש 91, בעמ' 2073–2033, Maroney, *Law and Emotion*, לעיל ה"ש 77.

ברגש מסוים, כמו בושה או גועל, ובביטויי הקיימים והרצויים במשפט;¹⁰² מקצתם עוסקים בדוקטרינה משפטית כלשהי, כגון התפקיד של רגשות בעבירות פליליות שונות;¹⁰³ אחרים מתרכזים בשחקנים משפטיים, כמו שוטרים ושופטים.¹⁰⁴ כלומר, המחקרים עוסקים הן באנשים הכפופים לדין הן באנשים המעצבים אותו ואוכפים אותו. כך, למשל, נדונה השאלה כיצד יכול המשפט לסייע בוויסות הרגשות של נשים העומדות בפני הפלה. הטענה היא שחובה משפטית למסור לאישה מידע על מצבו של העובר ועל הרגשות השליליים שהיא עלולה לחוש בעקבות ההפלה צפויה למסגר את ההפלה כהחלטה שלילית, להניא נשים מלבצע הפלה ולחזק רגשות שליליים בקרב נשים שעברו הפלה. לעומת זאת, מסירת מידע על התוצאות השליליות של היריון ולידה לא רצויים, המלווה בהדגשת זכותה של האישה על גופה, עשויה למסגר את ההפלה כהחלטה חיובית, לעודד נשים לבצע הפלות ולעורר רגשות חיוביים (או לפחות, לצמצם רגשות שליליים) בקרב נשים שעברו הפלה.¹⁰⁵ מהצד של השחקנים המשפטיים נדונה השאלה כיצד למשל שופטים יכולים להשתמש בטקטיקות של ויסות עצמי של רגשות כדי לשפר את תחושותיהם ובמיוחד את התנהלותם ואת החלטותיהם.¹⁰⁶ להלן נתמקד בחיבור בין משפט ורגשות לבין הניתוח הכלכלי והכלכלי-התנהגותי של המשפט.

(ג) ניתוח התנהגותי של משפט ורגשות

בניגוד לתועלתנות, המבוססת על תאוריית רוחה הדוניסטית (כלומר על התפיסה שלפיה רוחחו של אדם עולה ככל שהוא חווה תחושות רבות וחזקות יותר של הנאה ואושר ופוחתת ככל שהוא חווה תחושות רבות וחזקות יותר של צער וסבל), הניתוח הכלכלי הסטנדרטי מבוסס על תאוריית רוחה של הגשמת העדפות: רוחחו של אדם עולה ככל שרצונותיו מתגשמים.¹⁰⁷ על כן הניתוח הכלכלי מתמקד ברצונות ובהחלטות של אנשים, ופחות בתחושות האושר או הסבל שלהם. הניתוח הכלכלי המסורתי מבוסס על תאוריית הבחירה הרציונלית, המתייחסת להעדפות של

¹⁰² ראו למשל: in THE PASSIONS OF, Dan M. Kahan, *The Progressive Appropriation of Disgust* (Susan Bandes ed., 1999) LAW 63; יאיר אלדן ויופי תירוש "איזה גועל: מבט אחר על פרשת תנובה נ' ראבי" לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל 375 (יופי תירוש ואייל גרוס עורכים 2017).

¹⁰³ ראו למשל Dan M. Kahan & Martha C. Nussbaum, *Two Conceptions of Emotion in Criminal Law*, 96 COLUM. L. REV. 269 (1996).

¹⁰⁴ ראו למשל: Terry A. Maroney, *Emotional Regulation and Judicial Behavior*, 99 CAL. L. REV. 1485 (2011) (להלן: Maroney, *emotional regulation*); Katie M. Snider, Paul G. Devereux & Monica K. Miller, *Judges' Emotion: An Application of the Emotion Regulation Process Model*, 29 PSYCHIATRY, PSYCH. & L. 256 (2022). למבט כללי על קטגוריות אלה וקטגוריות נוספות של מחקרי משפט ורגשות ראו Maroney, *Law and Emotion*, לעיל ה"ש 77, בעמ' 125–133.

¹⁰⁵ ראו Jeremy A. Blumenthal, *Abortion, Persuasion, and Emotion: Implications of Social Science Research on Emotion for Reading Casey*, 83 WASH. L. REV. 1 (2008) Abrams & Keren, לעיל ה"ש 91, בעמ' 2029–2031.

¹⁰⁶ ראו למשל Maroney, *Cultural Script*, לעיל ה"ש 93.

¹⁰⁷ לניתוח של עמדה זו ולביקורת עליה ראו HAUSMAN, MCPHERSON & SATZ, לעיל ה"ש 17, בעמ' 126–145.

אנשים כאל עובדה נתונה מבלי להתעניין בשאלה כיצד הן נוצרות, לרבות לא בקשר שבין העדפות לרגשות.

הניתוח הכלכלי-התנהגותי מעולם לא התעלם כליל מרגשות. בין היתר, לפי התאוריה ששיפוטיות והחלטות נעשים בשתי מערכות שונות, האחת אינטואיטיבית והאחרת דליברטיבית, רגשות ממלאים תפקיד מרכזי במערכת האינטואיטיבית.¹⁰⁸ הוא הדין בתאוריית הערך של כהנמן וטברסקי. מרכיב מרכזי בתאוריה זו הוא היחס השונה של אנשים לרווחים ולהפסדים, ובפרט העובדה שאנשים שונאים להפסיד הרבה יותר מאשר הם אוהבים להרוויח.¹⁰⁹ לשנאת הפסד (loss aversion) יש היבט רגשי בולט, הבא לידי ביטוי גם באזורי המוח הפעילים במהלך שיפוטיות והחלטות הקשורים להפסדים.¹¹⁰ המחקר ההתנהגותי אף עוסק בשאלה כיצד הבחירה בין חלופות שונות מושפעת מהציפייה של הבוחר בנוגע לרגשות שהוא יחוש כאשר תגלנה התוצאות של בחירתו.¹¹¹

אף על פי כן, יש מקום לטענה שהניתוח הכלכלי-התנהגותי בכלל והניתוח ההתנהגותי של המשפט בפרט אינם מייחסים משמעות מספקת לרגשות. הניתוח ההתנהגותי אינו מייחס לרגשות חשיבות עצמאית אלא רואה בהם גורם המשפיע על שיפוטיות והחלטות – ובדרך כלל כגורם העלול להוביל לסטיות משיפוטיות ומהחלטות רציונליים, כלומר כמוביל להטיות קוגניטיביות.¹¹² מאחר שהגישה ההתנהגותית התפתחה בתגובה לתאוריה הכלכלית המסורתית, אף היא מתמקדת בקבלת החלטות ופחות בתחושות סובייקטיביות. זה, מכל מקום, היה המוקד של עבודתם של כהנמן וטברסקי, האבות המייסדים של התחום, שהשפיעה רבות על התפתחותו.¹¹³ מבחינה זו הניתוח הכלכלי-התנהגותי של המשפט משקף את הניתוח הכלכלי-התנהגותי בכלל. על כן למשל

¹⁰⁸ ראו למשל, Seymour Epstein, *Integration of the Cognitive and Psychodynamic Unconscious*, 49 AM. PSYCH. 709 (1994). אם כי אין קשר הכרחי בין רגשות לבין ההבחנה בין שתי המערכות של שיפוטיות והחלטות: לא כל ההחלטות והשיפוטיות האינטואיטיביות קשורים לרגש, ורגש משחק תפקיד גם בהחלטות ובשיפוטיות דליברטיביות. ראו Susan A. Bades, *Emotion and Deliberation: The Autonomous*, in 53 NOMOS, PASSIONS AND EMOTIONS 189 (James E. ,*Citizen in the Social World* Fleming ed., 2013).

¹⁰⁹ ראו לעיל ה"ש 9, הטקסט הסמוך לה והמקורות הנזכרים בה.

¹¹⁰ ראו ZAMIR, לעיל ה"ש 9, בעמ' 15–16.

¹¹¹ ראו Marcel Zeelenberg & Rik Pieters, *A Theory of Regret Regulation 1.0*, 17 J. CONSUMER PSYCH. 3 (2007). על ניתוח כלכלי-התנהגותי ורגשות ראו גם SANJIT DHAMI, THE FOUNDATIONS OF BEHAVIORAL ECONOMIC ANALYSIS 1223–1335 (2016).

¹¹² ראו למשל: Bades & Blumenthal, לעיל ה"ש 95, בעמ' 161, ה"ש 1; Paul Slovic et al., *The Affect* in HEURISTICS AND BIASES: THE PSYCHOLOGY OF INTUITIVE JUDGMENT 397, *Heuristic* (Thomas Gilovich, Dale Griffin & Daniel Kahneman eds., 2002); Daniel Västfjäll & Paul in HANDBOOK OF Slovic, *Cognition and Emotion in Judgment and Decision Making* COGNITION AND EMOTION 252 (Michael D. Robinson, Edward R. Watkins & Eddie Harmon-Jones eds., 2013).

¹¹³ אם כי לימים עסק דניאל כהנמן גם בתיעוד התחושות הסובייקטיביות של אנשים. ראו כהנמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 463–427.

מחקרים התנהגותיים על החלטות שיפוטיות נוטים להתייחס להשפעה של אמפתיה כלפי מי מהצדדים כאל הטיה פסולה.¹¹⁴ כיוצא בזה, מחקרים על רגולציה של סיכונים מציעים להתעלם מהתגובות הרגשיות של הציבור הרחב לסיכונים שונים ולהתמקד בניתוח עלות-תועלת מקצועי שלהם.¹¹⁵

המשפט יכול כמובן להתחשב ברגשות ללא קשר לניתוח ההתנהגותי של המשפט, ובהקשרים מסוימים הוא כבר עושה זאת, כמודגם לעיל. אולם התחשבות ברגשות כחלק מהניתוח ההתנהגותי של המשפט יכולה לתרום הן לניתוח ההתנהגותי הן לקביעה של מדיניות משפטית. ההכרה בהיותם של רגשות תלויים בתהליכים קוגניטיביים ושתהליכים קוגניטיביים מושפעים מרגשות מהווה שיקול נגד הפרדה בין השניים. יש מקום להתחשב בתפקיד שרגשות משחקים בשיפוט ובקבלת החלטות במנותק מהשאלה אם מדובר בסטיות מהנחת הרציונליות הכלכלית. שילוב הדוק יותר של שיטות מחקר אמפיריות שפותחו בתחום של פסיכולוגיה ניסויית בדיונים על המשמעות ועל ההשפעות של רגשות במשפט עשוי לתרום לריגורוזיות של דיונים אלה. לבסוף, ההכרה בתלות בין רגשות לתהליכים קוגניטיביים עשויה לשמש בסיס לשימוש מושכל במנגנונים התנהגותיים לצורך השפעה על רגשות.

רגשות ממלאים תפקיד מרכזי וחיוני ביחסים בין בני משפחה. ביחסים אלה, יותר מבתחומים אחרים, הם משפיעים על ההחלטות של אנשים ועל הרווחה האישית שלהם. למרות זאת (ואולי באורח מפתיע), השילוב של מחקרי משפט ורגשות בדיני משפחה היה מאוחר יותר ועודנו מצומצם מבתחומים אחרים, כמו דיני עונשין או דיני רווחה.¹¹⁶ אחד ההסברים שהוצעו לכך הוא החשש של חוקרים שהנטייה לקשור בין רגשות למגדר תחמיר את ההשפעה של הבחנות מגדריות בעייתיות, הקיימת ממילא בדיני המשפחה.¹¹⁷ הסבר אחר הוא שבניגוד לרגשות העומדים בלב דיני העונשין, כמו נקמה וחרטה, הרגשות האופייניים לדיני משפחה, כמו קנאה, ייאוש ואשמה, הם בעלי אופי אינטימי יותר, ולכן פחות נוח לעסוק בהם.¹¹⁸ לבסוף נטען שלעומת תחומים כמו דיני חוזים, שבהם הנטייה המסורתית הייתה להתעלם כליל מרגשות, בתחום של דיני משפחה

¹¹⁴ ראו למשל Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski & Chris Guthrie, *Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings*, 93 TEX. L. REV. 855 (2015). לביקורת על תפיסה זו ראו למשל Maroney, *emotional regulation*, לעיל ה"ש 104. לתפיסה מאוזנת יותר של ההשפעה של אמפתיה על החלטות שיפוטיות במחקר התנהגותי ראו Ori Katz & Eyal Zamir, *Law, Justice, and Reason-Giving*, 22 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 243 (2025).

¹¹⁵ ראו למשל CASS R. SUNSTEIN, LAWS OF FEAR: BEYOND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE (2005). לביקורת על תפיסה זו ראו למשל Rachel F. Moran, *Fear Unbound: A Reply to Professor Sunstein*, 42 WASHBURN L.J. 1 (2002); Dan M. Kahan, *Two Conceptions of Emotion in Risk Regulation*, 156 U. PA. L. REV. 741 (2008).

¹¹⁶ ראו Clare Huntington, *Repairing Family Law*, 57 DUKE L.J. 1245, 1254–57 (2008); Kathryn Abrams, *Barriers and Boundaries: Exploring Emotion in the Law of the Family*, 16 VA. J. SOC. POL'Y & L. 301, 301 (2009).

¹¹⁷ ראו Abrams, שם, בעמ' 307.

¹¹⁸ שם, בעמ' 307–308.

קיים קושי מיוחד להתחשב ברגשות מסוימים: מאחר שהמשפחה מזוהה עם רגשות של אהבה וחביבה, דיני המשפחה מתקשים לעסוק ברגשות כמו שנאה וכעס.¹¹⁹ כך או אחרת, ברור למדי שהניתוח ההתנהגותי של דיני משפחה יכול וצריך להתחשב במחקרים הפסיכולוגיים על רגשות ועל הוויסות שלהם – ובדרך זו להעשיר את ההבנה של דיני המשפחה ולתרום לעיצוב שלהם.¹²⁰

3. אוטונומיה אישית והאוטונומיה של הדין הדתי

עמדנו על יכולתו של הניתוח ההתנהגותי לתרום לא רק לזיהוי של בעיות ואתגרים אלא גם להתמודדות עימם. בהקשר זה עשויה להיות חשיבות ניכרת להינדים: אמצעים להשפעה על ההתנהגות של אנשים בהתבסס על הארות התנהגותיות, שאינם שוללים מאנשים את חופש הבחירה ואשר עלותם נמוכה.¹²¹ דוגמה מרכזית היא קביעה של ברירות מחדל המיטיבות עם המחליט או עם החברה בכללותה. טקטיקה זו מנצלת את הטיית המחדל – הנטייה הרווחת של אנשים לא לסטות מהסטטוס קוו גם כאשר העלות של סטייה כזו נמוכה מאוד. דוגמה אחרת היא מתן מידע על ההתנהגות של אנשים אחרים כדי להניע אנשים לאמץ התנהגות דומה. טקטיקה זו מנצלת את הנטייה של אנשים לקונפורמיזם.¹²²

המצדדים בהינדים מעלים על נס את העובדה שהם אינם פוגעים (כמעט) באוטונומיה של אנשים ובחופש הבחירה שלהם. לכך חשיבות יתרה בחברות שבהן יש התנגדות חזקה לרגולציה ממשלתית של השוק ולכל התערבות בחיי הפרט, כמו בחברה האמריקאית. בחברות כאלה יש המתנגדים להינדים בטענה שאפילו הם מהווים התערבות מופרזת ומניפולטיבית בחיי הפרט, במיוחד כאשר מדובר בהינדים המיועדים להיטיב עם המחליט עצמו.¹²³ אולם הביקורת המשכנעת יותר על הינדים באה מהכיוון ההפוך: האפקטיביות של הינדים מוגבלת, במיוחד בהקשרים שבהם לגופים חזקים יש רצון ויכולת לנטרל את השפעת ההינדים, כמו בתחום הצרכני. לפי ביקורת זו, מוטב להשתמש באמצעים רגולטוריים חריפים יותר, לרבות הסדרה כופה של פעילויות, כדי להגן על אנשים מפני עצמם, כדי למנוע ניצול של אנשים בידי אחרים (בפרט מצד פירמות מסחריות גדולות) וכדי לקדם את טובת הכלל (כמו הגנת הסביבה ובריאות הציבור).¹²⁴

¹¹⁹ שם, בעמ' 308–310.

¹²⁰ ראו למשל in RESEARCH, Family Law and Emotion, June Carbone & Naomi Cahn (eds.), 197 HANDBOOK ON LAW AND EMOTION (Susan A. Bandes et al. eds., 2021). ראו גם

Maldonado, לעיל ה"ש 41; Huntington, לעיל ה"ש 116.

¹²¹ ראו לעיל ה"ש 26–29, הטקסט הסמוך להן והמקורות הנזכרים בהן.

¹²² ראו לעיל ה"ש 26 ו-29, הטקסט הסמוך להן והמקורות הנזכרים בהן.

¹²³ לסקירה תמציתית של המחלוקת בנושא זה ראו Doron Teichman & Eyal Zamir, Normative Aspects of Nudging in the International Sphere, 15 AM. J. INT'L L. UNBOUND 263 (2021).

¹²⁴ ראו למשל: Bubba & Pildes, לעיל ה"ש 30; Lauren E. Willis, When Nudges Fail: Slippery Defaults, 80 U. CHI. L. REV. 1155 (2013); Stephanie Stern, Outpsyched: The Battle of Expertise in Psychology-Informed Law, 57 JURIMETRICS 45 (2016).

אין זה מפתיע אפוא שבמדינות שבהן אין התנגדות חזקה לרגולציה ממשלתית, ובפועל יש אסדרה נמרצת למדי של כל תחומי החיים, השימוש בהינדים קורץ פחות מאשר במדינות כמו ארצות הברית. כך למשל כאשר כל העובדים מחויבים לחסוך לפנסיה, כפי שהדבר בישראל, אין צורך בברירת מחדל של הצטרפות לקופת פנסיה, שממנה העובדים חופשיים לסטות.¹²⁵ כיוצא בזה, כאשר אוסרים על חברות הטלפונים הסלולריים להתקשר בחוזים לתקופות ארוכות ואף להעלות את התעריפים במהלך התקופה המוגבלת שבה החוזה בתוקף, כפי שהדבר בישראל,¹²⁶ אין צורך לשקול שימוש בהינדים שיסייעו ללקוחות פרטיים להתמודד עם טקטיקות בעייתיות אלה.

על רקע זה דווקא בידינו משפחה הינדים עשויים להיות אטרקטיביים במיוחד. אכן, בימינו התא המשפחתי אינו חסין בפני התערבות המשפט. לפעמים – כמו במקרים של האיסורים על פוליגמיה, על יחסי מין בכפייה בין בני זוג נשואים ועל ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם – המשפט קובע איסורים פליליים שנועדו להגן על ערכים בסיסיים של כבוד האדם ושוויון (אם כי האכיפה של איסורים אלה רחוקה מלהיות שלמה).¹²⁷ אולם בהיבטים רבים אחרים המשפט עודנו נזהר מהסדרה כופה של היחסים בתוך המשפחה מטעמים של אוטונומיה, פרטיות וחשש מהשפעה שלילית של חובות משפטיות על המוטיבציה הפנימית להתנהג כראוי. הרתיעה מהתערבות ביחסים הפנים-משפחתיים עולה בקנה אחד עם הנטייה המודרנית של המשפט בארצות המערב להימנע משיפוט מוסריים בנוגע ליחסים אינטימיים ומשפחתיים.¹²⁸ בדרך כלל היא אף עולה בקנה אחד עם ההעדפות של בני זוג ובני משפחה להימנע ממתן נופך משפטי למערכת היחסים האינטימית ביניהם, נופך שאינו עולה בקנה אחד עם האהבה ועם הזולתנות השוררות, או האמורות לשרור, בתוך המשפחה. לבסוף, הרתיעה מהתערבות ביחסים המשפחתיים עשויה להיות מוצדקת במיוחד בחברות רב-תרבותיות, שבהן הפערים בין מעצבי הדין לנמעניו עלולים לגרום שהתערבויות שנועדו להיטיב עם האחרונים, למעשה יזיקו להם. לרתיעה זו יש כמובן מחיר: היא פותחת פתח להשתרשות של התנהגויות פסולות, ניצול, אי-שוויון, ובמקרים קיצוניים – אף השפלה והתעללות. על רקע זה שימוש בהינדים עשוי להיות אטרקטיבי כפתרון לא מושלם אך אפשרי לדילמה הניצבת בפני קובעי המדיניות המשפטית.

¹²⁵ ראו: צו הרחבה לביטוח פנסיוני מקיף במשק, התשס"ח–2008; ס' 3 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז–2016; לילך לוריא "פנסיה חובה בישראל: בחקיקה או בצו הרחבה כללי?" **עבודה, חברה ומשפט** יב 469 (2010); אביה ספיבק "הפנסיה בישראל ועולם ההפרטה" **משפט, חברה ותרבות** ה 139 (דורר גולדברג ורון חריס עורכים 2022).

¹²⁶ ראו למשל רישיון לפלא-פון תקשורת בע"מ למתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית (רט"ן) **משרד התקשורת** ס' 1.א56 ו-74.5, (03.03.2024), <https://www.gov.il/he/pages/pelephone>.

¹²⁷ ראו: ס' 176 לחוק העונשין, התשל"ז–1977; הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 31), התשמ"ז–1989; חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח–1988; ע"פ 4596/98 **פלוגית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד (1) 145 (2000); ראויה אבורביעה **בתוך החוק, מחוץ לצדק: פוליגמיה, אורחות ממוגדרת וקולוניאליזם במשפט הישראלי** (2022).

¹²⁸ ראו, Carl E. Schneider, *Moral Discourse and the Transformation of American Family Law*, 83 MICH. L. REV. 1803 (1985); Jana B. Singer, *The Privatization of Family Law*, 1992 WIS. L. REV. 1443, 1527–31 (1992).

לדוגמה, המשפט נרתע מהתערבות באופן שבו בני זוג מקצים ביניהם את נטל הפרנסה, את נטל הטיפול בילדים ואת הביצוע של שאר המטלות הביתיות והמשפחתיות. אולם המשפט יכול להשפיע על הקצאה זו בדרכים שאינן כרוכות בכפייה. כך למשל מתן הזכות לחופשת לידה גם לגבר לא רק מעניקה לבני הזוג אופצייה שלא עמדה לרשותם לפני כן, אלא גם משדרת שבעיני החברה לגיטימי ואף רצוי שלגברים יהיה חלק בטיפול בפעוטות. כיוצא בזה, הפיכת ברירת המחלף שלפיה עם נישואיה מקבלת אישה את שם המשפחה של הגבר בברירת מחדל הפוכה – או אף בכלל הדורש בחירה אקטיבית בין האפשרויות השונות – מכרסמת בנורמות המסורתיות של יחסי גברים ונשים בתא המשפחתי ואף מחוצה לו. הוא הדין בכללים העוסקים במשמורת ילדים בעת פירוק הקשר, גם אם מדובר בברירות מחדל בלבד.

במקרים כאלה לברירות מחדל יש השפעה כפולה: ראשית, גם כאשר הן אינן משקפות בהכרח את ההעדפות של בני הזוג או אחד מהם, במקרים רבים יש להן השפעה חזקה על המציאות בשל הטיות המחלף והסטטוס קוו. ככל שאנשים נמנעים מלהתנות על הדין הדיספוזיטיבי, כך גוברת השפעתו של הדין. על כן כשם שאי-הרצון של אנשים לחשוב על היותם בני תמותה מחזק מאוד את ההשפעה המעשית של ברירת המחלף באשר לתרומת איברים לאחר המוות – כך אי-הרצון של זוגות רומנטיים לחשוב על האפשרות שיחסייהם יעלו על שרטון וסלידתם מניהול משא ומתן בנוגע להסדרים המשפטיים שיחולו במקרה כזה מעצימים את ההשפעה של ברירות המחלף שקובע הדין.

שנית, כפי שמלמדת ספרות עשירה על ההשפעה האקספרסיבית של המשפט, הקשר בין נורמות משפטיות לתפיסות חברתיות הוא דו-סטרי. המשפט לא רק משקף את השיפוטיות ואת ההעדפות הרווחים בחברה, אלא גם מעצב אותם.¹²⁹ המשפט משפיע על התנהגות לא רק באמצעות מקלות וגזרים, באמצעות המחירים שהוא גובה וההטבות שהוא מעניק בגין פעולות שונות, אלא גם באמצעות עיצוב של נורמות חברתיות.¹³⁰ השפעה זו עשויה לחרוג מהעניין הספציפי שבו עוסקת הנורמה המשפטית. לכללים המשפטיים בנושא שמות משפחה וחופשת לידה יכולה להיות השפעה על תפיסות רחבות הרבה יותר של היחסים בין גברים ונשים, בתוך התא המשפחתי ואף מחוץ לו. כיוצא בזה, שינויים משפטיים הדרגתיים וצנועים יחסית בקשר למעמדם של בני זוג מאותו מין יכולים לשנות את התפיסה בנוגע ליחסים הומוסקסואליים בכלל.¹³¹ עם זאת, יש לזכור שבמקרים מסוימים פער גדול מדי בין הערכים שהדין מבקש לבטא

¹²⁹ ראו לעיל ה"ש 21, הטקסט הסמוך לה והמקורות הנזכרים בה.

¹³⁰ על ההבחנה בין שתי השפעות אלה של כללים דיספוזיטיביים, בהקשר של דיני חוזים, ראו איל זמיר **פירוש והשלמה של חוזים** 66–71 (1996).

¹³¹ ראו Margaret E. Tankard & Elizabeth Levy Paluck, *The Effect of a Supreme Court Decision Regarding Gay Marriage on Social Norms and Personal Attitudes*, 28 PSYCH. SCI. 1334 (2017); איילת בלכרפריגט וצבי טריגר "גירושין לכולם – המקרה של גירושין חד-מיניים כמקרה מבחן" **משפט ועסקים** כא 81 (2018); אייל גרוס "הסיפור של דנילוביץ: 'תנו לדייל להתרומם אל-על'" **מעשי משפט** י 13 (2019); שחר ליפשיץ "הזכות להורות", לעיל ה"ש 59. כמובן, כשם ששינויים משפטיים נקודתיים יכולים לקדם תפיסות

לבין המציאות החברתית הנוהגת עלול דווקא לפגוע בקבוצות מוחלשות שאת האינטרסים שלהן מבקשים לקדם. חשש כזה נדון למשל בהקשר של אחריות הורית בגירושין, שבו יש מתח בין המציאות החברתית שבה נשים נושאות בעיקר הנטל של גידול הילדים לבין ניסיונו של הדין לעצב מציאות שבה נטל זה מתחלק בין ההורים באורח שוויוני.¹³²

בהקשר זה יש להעיר כי ניתן לצפות שהינדים יהיו אפקטיביים בתחום של דיני משפחה יותר מבתחומים אחרים, כמו דיני החוזים, הגנת הצרכן או העבודה, משום שבתחומים האחרונים הצד החזק (הספק המנסח חוזה אחיד, העוסק המתקשר בעסקה צרכנית או המעביד) מצליחים במקרים רבים לנטרל את השפעת ההינד. למשל, לברירת המחל המושפעת החלה ביחסי ספק-לקוח אין השפעה ממשית על המציאות כאשר הספקים מתנים עליה בחוזים אחידים שהלקוחות אינם טורחים לקרוא.¹³³

נתון נוסף שיש להביאו בחשבון כאשר שוקלים את השימוש בהינדים בדיני משפחה הוא שבישראל, לצד קווי הגבול העדינים שבין המשפט לבין מערכות נורמות אחרות, מוסריות וחברתיות, יש גם קווי גבול לא פשוטים בין הדין האזרחי לדינים הדתיים. הדין הדתי חל בישראל על נישואין וגירושין של אנשים, בין שהם דתיים ובין שהם חילוניים. מאבק הסמכויות בין בתי המשפט האזרחיים לבין בתי הדין הדתיים הוא אחד המוקדים העיקריים של המתח בין דת למדינה בישראל. גם בתחום זה שימוש בהינדים עשוי להועיל במקרים שבהם התערבות בוטה של הדין הכללי אינה אפשרית או אינה רצויה בשל תחולת הדין הדתי, אך ניתן להשתמש באמצעים עדינים יותר כדי לקדם מטרות ראויות. למשל, אפשר לעודד בני זוג לערוך ביניהם הסכמי קדם-נישואין שיקדמו ערכים של שוויון במהלך החיים המשותפים ויתוו פרוצדורה מקילה ומכבדת לסיום הקשר, במידת הצורך.

ד. התרומה הפוטנציאלית של דיני המשפחה למחקר ההתנהגותי

עמדנו לעיל על ההתאמות והדגשים הנדרשים בניתוח ההתנהגותי כאשר מיישמים אותו בדיני משפחה, ובפרט ההתחשבות בהעדפות שאינן אנוכיות וברגשות. ייתכן שההתאמות אלה תהיינה "השפעות חיצוניות חיוביות" על הניתוח ההתנהגותי של המשפט בכלל. כלומר, ייתכן שחוקרים העוסקים בניתוח התנהגותי של המשפט, אשר בעקבות העיסוק בדיני משפחה יפנימו את החשיבות של זולתנות ואת המרכזיות של רגשות – הן מבחינת ההשפעה שלהם על שיפוטם והחלטות, הן כמרכיבים מרכזיים של הרווחה האנושית – יישמו לקחים אלה גם בתחומי משפט

חיוביות של יחסים הומוסקסואליים, כך הם יכולים לחזק תפיסות שליליות של יחסים אלה. ראו, למשל, Netta Barak-Corren, *Religious Exemptions Increase Discrimination Toward Same-Sex Couples: Evidence from Masterpiece Cakeshop*, 50 J. LEGAL STUD. 75 (2021); Netta Barak-Corren & Noam Shlomei-Kunitz, *Minimalism, Law, Ideology, and the Public Impact of the Supreme Court*, 1 J.L. & EMPIRICAL ANALYSIS 182 (2024).

¹³² ראו דפנה הקר ורות הלפרין קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" **משפט וממשל** טו 91 (2013); Carbone & Cahn, לעיל ה"ש 120, בעמ' 209–210.

¹³³ ראו Willis, לעיל ה"ש 124.

אחרים.¹³⁴ להלן נדגים את התרומות האפשריות הללו לניתוח ההתנהגותי של תחומים אחרים, ונפתח בזולתנות.

שאלה חשובה בדיני חוזים היא עד כמה להתחשב בהתנהגות הצדדים במהלך קיומו של חוזה כאשר מתעוררת מחלוקת על פירושו. בדרך כלל מדובר בויתורים ובגמישות שמגלים הצדדים איש כלפי רעהו, מעל ומעבר למה שנדרש מהם לפי החוזה הפורמלי. לפי הניתוח הכלכלי הסטנדרטי, התחשבות של הפרשן בהתנהגות זו אינה רצויה, משום שהיא תרתיע צדדים לחוזה מגילויי התחשבות במהלך קיום החוזה, פן יגרע הדבר מזכויותיהם המשפטיות במקרה של סכסוך.¹³⁵ דיון מקיף בשאלת ההתחשבות בהתנהגותם של הצדדים במהלך קיומו של החוזה ערך אחד מאיתנו במקום אחר, ולא זה המקום להאריך.¹³⁶ לעניינו, חשובה התובנה שאם סוטים מההנחה המקובלת בניתוח הכלכלי של דיני חוזים שלפיה בסופו של דבר כל אחד מהצדדים לחוזה מעוניין רק בתועלתו האישית וממירים אותה בהנחה שכל אחד מהצדדים מעוניין גם להיטיב עם רעהו, הדבר עשוי לשנות את מסקנות הניתוח הכלכלי. ניתוח כלכלי-התנהגותי כזה עשוי הן להסביר טוב יותר את המציאות המסחרית והמשפטית, שבה צדדים לחוזים מגלים התחשבות רבה בצד השני, הן להניב מסקנות נורמטיביות משכנעות יותר – כמו למשל צמצום החשש שפירוש החוזה בהתחשב בהתנהגות הצדדים במהלך קיום החוזה יכחיד או יפחית מאוד את שיתוף הפעולה בין הצדדים.

הדוגמה השנייה לקוחה מתחום המשפט הציבורי. התאוריה הכלכלית המובילה בניתוח החלטות של בעלי תפקידים ציבוריים, נבחרים ולא נבחרים כאחד, היא תאוריית הבחירה הציבורית (Public Choice Theory).¹³⁷ תאוריה זו מניחה שממלאי תפקידים ציבוריים הם ממקסמים רציונליים של תועלתם. על תאוריית הבחירה הציבורית, ובפרט על ההנחה שעובדי ציבור אינם מתחשבים באינטרס הציבורי (אלא אם קידומו משרת את האינטרס העצמי שלהם), נמתחה ביקורת רבה. מחקרים מגלים שלעיתים קרובות ממלאי תפקידים ציבוריים מונעים מהרצון לקדם אינטרסים ציבוריים וחברתיים. בין היתר, תאוריית המוטיבציה של השירות הציבורי (public service motivation) גורסת שבקרב המצטרפים לשירות הציבורי יש ייצוג רב במיוחד לאנשים המונעים מהרצון לקדם את טובת הכלל – עובדה הממתנת את חומרתה של

¹³⁴ יש להודות שהאפשרות הנדונה היא ספקולטיבית במידת-מה. חוקרים הסבורים שדיני המשפחה נבדלים הבדל יסודי מתחומים אחרים עשויים להתנגד להרחבת ההתחשבות בהארות הנדונות לתחומים אחרים, ואולי אפילו לחשוב שמוטב לייחד את ההתחשבות בהן לדיני המשפחה בלבד.

¹³⁵ ראו: Lisa Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, 144 U. PA. L. REV. 1766, 1808–11 (1996); Omri Ben-Shahar, *The Tentative Case against Flexibility in Commercial Law*, 66 U. CHI. L. REV. 781 (1999).

¹³⁶ ראו שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "חוזה ויחסים – המקרה של שינוי חוזה בהתנהגות" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 567 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים 2021).

¹³⁷ למבט כללי ראו DENNIS C. MUELLER, PUBLIC CHOICE III (2003); THE ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC CHOICE (Charles K. Rowley & Friedrich Schneider eds., 2004).

“בעיית הנציג” בתחום זה.¹³⁸ שוב, לא זה המקום להעמיק חקר בתאוריית הבחירה הציבורית או בביקורת עליה.¹³⁹ די לומר כי, ככל שבמציאות ממלאי תפקידים ציבוריים מעוניינים לקדם את טובת הכלל ולא רק את טובתם האישית, מודלים כלכליים שייתנו ביטוי למוטיבציה זו עשויים להסביר טוב יותר את המציאות ולהניב מסקנות נורמטיביות מבוססות יותר.

הוא הדין בהתחשבות ברגשות. על הגישה ההתנהגותית למשפט (ועל המשפט בכלל) להקדיש תשומת לב רבה יותר לרגשות, הן משום היותם מרכיב מרכזי של רוחה אנושית הן משום שהם משפיעים על החלטות ועל התנהגויות, לטוב ולמוטב. שיקול מרכזי בעיצובה של כל נורמה או מוסד משפטיים הוא ההשפעה שלהם על רוחה אנושית, ורווחה אנושית תלויה בין היתר ברגשות החיוביים והשליליים שאנשים חווים.¹⁴⁰ בין שהמטרה או אחת המטרות של המשפט היא להשיא את סך כל הרווחה האנושית ובין שהיא להקצות רוחה אנושית באורח שוויוני, להרתיע מפני פגיעות ברווחה של אנשים או לרפא פגיעות כאלה באמצעות חיוב הפוגעים לפצות את האנשים שבהם פגעו – על המשפט להתחשב ברגשות. מלבד זאת, רגשות משפיעים על ההחלטות ועל ההתנהגות של אנשים לא רק בהקשר המשפחתי אלא בהקשרים משפטיים רבים אחרים, כמו

¹³⁸ ראו למשל James L. Perry, *Measuring Public Service Motivation: An Assessment of Construct Reliability and Validity*, 6 J. PUB. ADMIN. RSCH. & THEORY 5 (1996); Yannis Georgellis, Elisabetta Iossa & Vurain Tabvuma, *Crowding Out Intrinsic Motivation in the Public Sector*, 21 J. PUB. ADMIN. RSCH. & THEORY 473 (2011).

¹³⁹ על תאוריה זו ועל הצלחתה היחסית להסביר ולחזות את המציאות למרות הפשטנות של הנחותיה ראו Eyal Zamir & Raanan Sulitzeanu-Kenan, *Explaining Self-Interested Behavior of Public-Spirited Policymakers*, 78 PUB. ADMIN. REV. 579 (2018). ראו גם Eyal Zamir, *Refounding Law and Economics: Behavioral Support for the Predictions of Standard Economic Analysis*, 16(2) REV. L. & ECON. (2020) <https://doi.org/10.1515/rle-2019-0023>.

¹⁴⁰ לעניין זה אין הכרח לאמץ תאוריה הדוניסטית של רוחה אנושית, המתמקדת באושר, בסבל או בתחושות אחרות של אנשים. גם תאוריות אובייקטיביות של רוחה אנושית (objective list theories) כוללות בין יתר המרכיבים של רוחה תחושות סובייקטיביות של הנאה לעומת סבל. ומאחר שבדרך כלל אנשים מעדיפים להיות שמחים ומרוצים ולא עצובים ומתוסכלים, הרי שגם תאוריות העדפות של רוחה אנושית (preferences theories) מובילות לאותה מסקנה. על התאוריות השונות של רוחה אנושית ראו KAGAN, לעיל ה"ש 68, בעמ' 29–41.

למשל החלטות של מתדיינים בקשר להצעות פשרה,¹⁴¹ התנהלות של שוטרים כלפי חשודים בביצוע עבירה¹⁴² והחלטות של שופטים בסכסוכים המובאים לפניהם.¹⁴³ לדוגמה, מקובל לסווג נורמות משפטיות לכללים ולסטנדרטים. כללים מתנים תוצאות משפטיות בקיומן של עובדות מעטות שקל לקבוע את התקיימותן. דוגמאות לכללים מובהקים הן קביעת כשרות משפטית על פי גיל בלבד או הטלת קנס קבוע על נהגים החורגים ממגבלת מהירות מסוימת. לעומת זאת, סטנדרטים מבטאים מטרות וערכים מהותיים, כמו סבירות ותום לב. הכרעות המבוססות על סטנדרטים מחייבות בחינה של מכלול נסיבות המקרה והערכתן לאור הערכים שהסטנדרט מבטא. ספרות עשירה עוסקת בבחירה בין כללים לסטנדרטים, לרבות בעלויות שבחירה זו מטילה על המחוקק ועל בתי המשפט, בהשפעת הבחירה על הודאות המשפטית ובמידה שבה היא מאפשרת התאמה של הנורמות המשפטיות לשינויים טכנולוגיים, חברתיים ואחרים.¹⁴⁴

התחשבות ברגשות מוסיפה נדבך חשוב לדיון זה. מחקרים רבים מעידים שהחלטות עשויות להיות מושפעות מהמזוהות (Identifiability) של האנשים המושפעים מההחלטה: תגובתם של מקבלי החלטות לאנשים מזוהים חזקה מתגובתם לפרטים אנונימיים או סטטיסטיים, גם כאשר הפרטים המזוהים (כמו שם פרטי) אינם מוסיפים מידע רלוונטי. כך למשל הנכונות של אנשים לתרום לנזקקים מזוהים גבוהה במידה ניכרת מנכונותם לתרום לנזקקים שאינם מזוהים.¹⁴⁵ גורם מרכזי לאפקט המזוהות הוא היחס הרגשי החזק יותר הנלווה להתייחסות לאדם ספציפי לעומת

¹⁴¹ ראו למשל Peter H. Huang & Ho-Mou Wu, *Emotional Responses in Litigation*, 12 INT'L REV. L. & ECON. 31 (1992); Jeremy A. Blumenthal, *Law and the Emotions: The Problems of Affective Forecasting*, 80 IND. L.J. 155, 204–208 (2005).

¹⁴² ראו למשל: Laura Huey & Hina Kalyal, *'We Deal with Human Beings': The Emotional Labor Aspects of Criminal Investigation*, 19 INT'L J. POLICE SCI. & MGMT. 140 (2017); David A. Makin et al., *Contextual Determinants of Observed Negative Emotional States in Police-Community Interactions*, 46 CRIM. JUST. & BEHAV. 301 (2019); Mikaela Magnusson et al., *Swedish and Norwegian Police Interviewers' Goals, Tactics, and Emotions When Interviewing Suspects of Child Sexual Abuse*, 12 FRONTIERS PSYCH. (2021) <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2021.606774>.

¹⁴³ ראו למשל Terry A. Maroney, *Angry Judges*, 65 VAND. L. REV. 1205 (2012); Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski & Chris Guthrie, *Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings*, 93 TEX. L. REV. 855 (2015).

¹⁴⁴ ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321, 325–329 (1987).

¹⁴⁵ ראו למשל: Tehila Kogut & Ilana Ritov, *The 'Identified Victim' Effect: An Identified Group, or Just a Single Individual?*, 18 J. BEHAV. DECISION MAKING 157 (2005); Paul Slovic et al., *Psychic Numbing and Mass Atrocity*, in THE BEHAVIORAL FOUNDATIONS OF PUBLIC POLICY 126, 132–33 (Eldar Shafir ed., 2013).

ההתייחסות לאדם שאינו מזוהה.¹⁴⁶ לענייננו, מחקרים שערכו דפנה לוינסון-זמיר, אילנה ריטוב ותהילה קוגוט הראו שניסוח של אותה הכרעה משפטית בצורה מופשטת, ללא אדם מזוהה המושפע ממנה (כפי שהדבר נעשה בידי המחקר) או בצורה קונקרטית, לעומת אדם שזוהה בשמו (כפי שהדבר נעשה בידי שופטים) ואשר כלפיו הייתה למחליט תגובה רגשית חזקה יותר, השפיע על תוכן ההכרעה.¹⁴⁷ יש להתחשב בשיקול זה כאשר בוחרים בין כללים לסטנדרטים, משום שככלל, סטנדרטים מעניקים לבתי המשפט שיקול דעת רחב יותר, העשוי להיות מושפע מרגשות – לטוב ולמוטב.

אכן, אף ללא העיסוק בדיני משפחה המחקר המשפטי בכלל והמחקר המשפטי-התנהגותי בפרט יכולים עקרונית לתת ביטוי נרחב יותר למניעים זולתניים ולרגשות – והם יכולים להתעלם מנושאים אלה למרות העיסוק בדיני משפחה. אולם סביר להניח שהעיסוק ההתנהגותי בדיני משפחה יחזק מגמה רצויה זו.

ה. סיכום

בעשורים האחרונים תרם הניתוח ההתנהגותי של המשפט רבות לתאוריה ולמדיניות המשפטיות במגוון רחב של דינים, אולם בתחום דיני המשפחה הוא עודנו בחיתוליו. בין היתר הדבר נובע מכך שהיסטורית, הגישה ההתנהגותית צמחה כתגובה לניתוח הכלכלי של המשפט, והשפעתו של הניתוח הכלכלי על דיני המשפחה מעולם לא הייתה רבה. אולם לניתוח ההתנהגותי יש חשיבות עצמאית, שאינה קשורה דווקא לניתוח הכלכלי. במאמר זה קראנו לעריכת ניתוח התנהגותי של דיני משפחה, הצבענו על התרומות האפשריות של הארות התנהגותיות לעיצוב דינים אלה ועמדנו על התרומה הפוטנציאלית של הניתוח ההתנהגותי של דיני משפחה לניתוח ההתנהגותי של המשפט בכלל. בין היתר הצבענו על האתגרים המיוחדים שמציבים דיני המשפחה בהקשר זה, בשל התפקיד המרכזי שממלאים בתחום זה מניעים זולתניים, ההשפעה הבולטת של רגשות על התנהגותם של אנשים והאיזון העדין הנדרש בין הסדרה משפטית לבין כיבוד האוטונומיה הפרטית. בד בבד עמדנו על כך שהתמודדות עם אתגרים אלה יכולה לתרום לניתוח ההתנהגותי של תחומי משפט אחרים. עוד הראינו שבשל המאפיינים המיוחדים של הדין הישראלי, ובפרט יחסי הגומלין המורכבים בין הדין האזרחי לדינים הדתיים החלים על ענייני נישואין וגירושין, להארות התנהגותיות עשויה להיות חשיבות מיוחדת דווקא בתחום זה.

לפי ביטוי אנגלי ישן, The proof of the pudding is in the eating. כדי לשכנע שהניתוח ההתנהגותי אכן מספק הארות חדשות ומועילות לתאוריה של דיני משפחה ולעיצוב

¹⁴⁶ Paul Slovic, 'If I look at the Mass I Will Never Act': *Psychic Numbing and Genocide*, 2 JUDGEMENT & DECISION MAKING 79, 88–90 (2007); Arvid Erlandsson, Frederik Björklund & Martin Bäckström, *Emotional Reactions, Perceived Impact and Perceived Responsibility Mediate the Identifiable Victim Effect, Proportion Dominance Effect and In-Group Effect Respectively*, 127 ORG. BEHAV. & HUM. DECISION PROCESSES 1 (2015).

¹⁴⁷ Daphna Lewinsohn-Zamir, Ilana Ritov & Tehila Kogut, *Law and Identifiability*, 92 IND. L.J. 505, 519–32 (2017).

הדינים בתחום זה, אין די בטענות כלליות ומופשטות. יש לערוך ניתוח כזה הלכה למעשה ולהדגים כיצד הוא מעשיר את התאוריה, את הדין ואת הפרקטיקה של דיני המשפחה. לכך מוקדש מאמרנו הבא: "ניתוח התנהגותי של דיני משפחה: על נישואין, גירושין ומה שביניהם".¹⁴⁸

¹⁴⁸ ליפשיץ וזמיר, לעיל ה"ש 1.