

חובות התאמה 2.0? התאמה אישית והשלכות חלוקתיות תגובה על מאמרם של ליאור סטרכילביץ' ואריאל פורת

מאת
הילה שמיר*

תקציר

האם התאמת כללי המשפט ובררות-המחדל החוזיות לטעמים ולצרכים של נמעני המשפט – או "פרסונליזציה של המשפט" – תקדם יעילות מצרפית וצדק חלוקתי? מאמר זה מבקש לטעון כי יש סיבות טובות להניח שלא. אכן, רעיון הפרסונליזציה תוך שימוש בנתוני עֵתָק טומן בחובו הבטחה פרוגרסיבית – עידן של התאמה מלאה יותר בין תנאי החוזה לבין ההעדפות של כל אישה ואיש. הבטחה זו משפרת לכאורה את המצב הקיים, שבו תניות חוזיות רבות מוכתבות על-ידי אינטרס תאגידי או על-ידי רגולטור פטרנליסטי. עם זאת, מאמר זה טוען כי בעוד חלק מהפרטים עשויים אומנם להרוויח, פרטים רבים אחרים – ובעיקר אלה המשתייכים לקבוצות מוחלשות – עלולים להינזק מגישה זו. המאמר ממשיג את הפרסונליזציה של המשפט כזן חדש של חובות התאמה המכוננות במאמר זה "חובות התאמה 2.0". חובות התאמה קלסיות הן סוג של חקיקת-מגן המבקשת ליצור הגנות ייחודיות לקבוצות שמזוהות כפגיעות להפליה בשוק. בעוד שחובות התאמה קלסיות ביקשו להגן על קבוצות בשל ההנחה שכוח המיקוח שלהן חלש מכדי לבטא את העדפותיהן, חובות התאמה 2.0 אינן עוסקות בקידום שוויון, אלא בקידום יעילות והתאמה בין העדפות אישיות (להבדיל מקבוצתיות) לבין תנאים חוזיים. עם זאת, התאמות אלה לוקות בחסרונותיהן של חובות ההתאמה הקלסיות. התוצאות החלוקתיות הרגרסיביות ייגרמו, ראשית, בשל גלגול עלויות מפרטים חזקים לחלשים בתוך הקבוצות שכללי בררת-המחדל מבקשים להגן עליהן, ושנית, מכיוון שהן יובילו לפרגמנטציה של קבוצות אלה לפרטים ויפוררו את בסיס הסולידריות. פרסונליזציה תגביל הן את הרצון לפעולה משותפת (עקב הגברת תפיסות עצמי אינדיווידואליסטיות) והן את היכולת לפעולה משותפת (בשל הקושי בזיהוי הקבוצה ומציאת מכנה משותף פוליטי, חברתי ומשפטי), וכתוצאה משני אלה תתאפשר הפליית מחירים או גלגול מלא של עלות ההתאמות מהקבוצות החזקות אל הקבוצות המוחלשות. לבסוף, המאמר

* פרופסורית חברה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

מזיע כי ככל שהעולם אכן צועד לשימוש בנתוני עתק לעיצוב תניות חוזיות מותאמות אישית, יש להשלים את הדיון בדבר עיצוב כללים אלה בתוכנות מניתוח הכלכלה הפוליטית שיאפשרו לרכך או להפחית את הסרונותיה של הפרסונליזציה ולהעצים את יתרונותיה.

מבוא

א. חובות התאמה וגלגול עלויות בעידן ההתאמה האישית
 ב. "בזכות האוניברסליות" – פרסונליזציה וסולידריות חברתית
 סיכום – לקראת חובות התאמה 3.0?

מבוא

התאמת כללי המשפט ובררות המחדל החוזיות לטעמים ולצרכים של נמעני המשפט – או "פרסונליזציה של המשפט", כפי שמכנים זאת סטרכילביץ' ופורת (להלן: הכותבים) במאמרם¹ – אמורה לקדם את היעילות המצרפית, שכן היא תפחית עלויות עסקה. יש להניח (אם כי אין זו שפתם של הכותבים, אשר מתמקדים ביעילות) כי התאמה כזו אף תקדם את האוטונומיה של הפרטים, שכן היא תביא לידי ביטוי בצורה מלאה יותר את העדפותיהם בחוזים שהם נקשרים בהם ובמערכות יחסיהם המתוכות דרך המשפט. למעשה, הפרסונליזציה שהכותבים מתארים, בתצורתה המושלמת, תקרב את החוזה – ובכלל זה גם את החוזה האחיד – לאידיאל הליברלי של החוזה ככלי השוקי היעיל ביותר להגשמת רצון הצדדים.² בעוד בעולם המעשה של היום חוזים רבים הם חוזים אחידים, כלומר חוזי-מדרף שהלקוח יכול לקבלם כמות שהם או לוותר כליל על ההתקשרות (take it or leave it), בעידן הפרסונליזציה גם בחוזים אחידים יותאמו בררות-המחדל לרצון הפרטי של שני הצדדים, קרי, לא רק לרצון התאגיד, אלא גם לרצונו של הפרט שבוחר לעשות שימוש בשירותיו או לקנות את מוצריו. הכותבים מציעים במאמרם שהפרסונליזציה תיעשה באמצעות גזירת מידע בדבר העדפות, צרכים וטעמים מנתוני-עֵתָק (big data). ההנחה היא כי ניתן לאסוף מידע מהימן בדבר העדפותיהם של הפרטים באמצעות טכנולוגיות שעוקבות אחר התנהגותם בהקשרים שונים (דפוסי השימוש שלהם בטלפון הנייד, מילות החיפוש שהם מקלידים במנועי חיפוש, התנהגותם במדיה חברתית ועוד) או על-ידי יצירת פרופיל העדפות חברתי (איש או פרנקסי, באמצעות שפני-ניסיון). התנהגות הפרט בהקשרים שונים, או התנהגות של פרט שדומה לו במרכיבים מרכזיים (שפן-הניסיון), ילמדו את הגוף המחליט – המדינה, התאגיד או בית-המשפט – איזה כלל ישקף בצורה הטובה ביותר את רצון הצדדים ולכן צריך לחול בנסיבות העניין.

1 ליאור סטרכילביץ' ואריאל פורת "פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל וחובות גילוי באמצעות נתוני-עֵתָק (Big Data)" בחוברת זו.

2 Hanoch Dagan, *Autonomy, Pluralism, and Contract Law Theory*, 76 LAW & CONTEMP. PROBS. 19, 21 (2013).

חבריי, המגיבים האחרים, העלו שאלות נוקבות על תיאוריית הפרסונליזציה ויישומה משלל היבטים מעניינים וחשובים, ביניהם פרטיות (בירנהק),³ הפליה (ז'רסקי)⁴ והנחות המשפט הכלכלי המניעות אותה (קרן-פז).⁵ תגובתי שלי תמקד בהשלכותיה החלוקתיות של התיאוריה ככל שהיא נוגעת בבררות-מחדל חוזיות.

הטיעון שאציע בתגובה זו יתחיל, בחלקו הראשון, בתיאור ההבחנה והרצף שבין כללים קוגנטיים לכללים דיספוזיטיביים, ובהצבת הדיון שבמאמרם של סטרכילביץ' ופורת במסגרת ספרות הניתוח הכלכלי של המשפט העוסקת בחקיקת-מגן ככלל ובחקיקת-מגן מזון חובות ההתאמה בפרט. אטען כי אף שמאמרם עוסק לכאורה בכללי בררת-מחדל, הלכה למעשה הוא מציע פיתוח של זן חדש של חובות התאמה (accommodation mandates), שאכנה אותן "חובות התאמה 2.0". חובות התאמה הן סוג של חקיקת-מגן המבקשת ליצור הגנות ייחודיות לקבוצות שמזוהות כפגיעות להפליה בשוק.⁶ דוגמאות לחובות התאמה קלסיות הן החובות המוטלות על מעסיקים להתאים את מקום העבודה לצורכיהם של עובדים עם מוגבלות, עובדים עם מחויבות משפחתית או עובדים בני דתות שונות. דוגמה בולטת בדין הישראלי היא החובה הנקובה בסעיף 8(ה) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, הקובע כי "הפליה" כוללת "אי-ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו".

עם זאת, הפרסונליזציה לוקה בשתיים. ראשית, בניגוד לחובות התאמה קלסיות, פרסונליזציה אינה מבקשת לקדם שוויון, אלא מתמקדת בקידום יעילות. עם זאת, בהתחשב בפערי הכוחות בין הצדדים, ובהעדר תשומת-לב מספקת לשאלות של הפליה, אין סיבה לחשוב שהפרסונליזציה לא תנוצל על-ידי התאגיד להשאת רווחיו על-חשבון קבוצות בעלות כוח מיקוח חלש ולכן תיצור או תשעתק אי-צדק חלוקתי. שנית, ובאופן משלים, אטען כי הפרסונליזציה תאפיין בחיסרון המרכזי שהגישה הכלכלית למשפט מייחסת לחובות התאמה קלסיות: חשש לגלגול עלויות. בעוד ביחס לחובות התאמה קלסיות ניתן למתן חשש זה על-ידי כללי איסור הפליה ביחס לקבוצות שהמשפט מבקש להגן עליהן, אין בנמצא הגנה דומה במצב של פרסונליזציה. מכיוון שהפרסונליזציה עדינה יותר ואינה נשענת על הבחנות גסות על בסיס מאפיינים נראים, נדמה שאין בנמצא (לפחות לא כיום) כלי משפטי לריסון כוחם של תאגידים להפלות בין קבוצות שונות ופרטים שונים על בסיס כוח המיקוח היחסי שלהם.

בחלקה השני של התגובה אעבור מהדיון הפנימי של הניתוח הכלכלי של המשפט אל ספרות שהיא חיצונית לעולם ההנמקות והטיעונים של הכותבים. אעסוק בהשלכותיה החלוקתיות של הפרסונליזציה לאור גישת הכלכלה הפוליטית בנוגע ליתרונותיה ולמעלותיה של חקיקה אוניברסלית במדינת הרווחה, תוך עיסוק בקשר שבין כללים משפטיים, סולידריות חברתית ותוצאות חלוקתיות. בחלק זה אטען "בזכות האוניברסליות" ובזכות תחולה אחידה

3 מיכאל בירנהק "פרטיות מותאמת אישית" בחוברת זו.

4 טל ז'רסקי "הפליה והבחנה בעידן ההתאמה האישית" בחוברת זו.

5 צחי קרן-פז "סיפור חייו או סיפורו של חייב? על בעיית ההסללה הנובעת מאימוץ כללים אישיים" בחוברת זו.

6 ראו, לדוגמה, Christine Jolls, *Accommodation Mandates*, 53 STAN. L. REV. 223 (2000).

של כללים משפטיים ככלי ליצירת סולידריות חברתית ובסיס משותף לפעולה פוליטית וחברתית של נמעני המשפט. תוך הישענות על ספרות מתחום מדינת הרווחה, אטען כי יש חשש שפרסונליזציה תיצור אפשרות קלה להבטחת שקט תעשייתי/צרכני בשיטת "הפרד ומשול": התאמה כזו תביא לידי פיצול האינטרס של קבוצות בעלות אינטרס משותף (כגון צרכנים, עובדים, דיירים וכולי), ותקשה פעולה משותפת בקרב קבוצות אלה.

אמשיך ואבסס את הדיון הביקורתי ברעיון הפרסונליזציה באמצעות בחינת יחסי הכוח וניתוח חלוקתי לאורך שני צירים: מערכת היחסים החוזית שבין תאגידים לפרטים, וזו שבין יחידים שונים בחברה. תחילה אבחן את ההשלכות החלוקתיות של פרסונליזציה על הציר שבין התאגיד לפרטים, ואטען כי פרסונליזציה תעניק כוח רב לתאגידים בעיצוב חוזים. כוח זה קיים לכאורה כבר עתה, אבל אבקש לטעון כי בעת הנוכחית דווקא העדר הפרסונליזציה ואחידות החוזה הם כלי חשוב לבלימת כוח חד-צדדי בלתי-מוגבל של התאגידים. לאחר-מכן אמשיך ואבחן את ההשלכות החלוקתיות של פרסונליזציה בקרב פרטים, ואבקש לטעון כי פרסונליזציה עלולה להוביל לתוצאה גרסיבית – במקרה הטוב לשעתוק הסטטוס-קוו המעמדי (החברתי-הכלכלי), ובמקרה הרע להרחבת ההבדלים המעמדיים ולהעמקת השלכותיהם.

בחלקה האחרון של התגובה אסכם ואומר כי על-אף הערכתי הרבה לכתיבתם היצירתית של סטרכילביץ' ופורת, אקווה שמערכת המשפט לא תפנה לפרסונליזציה במודל המוצע על-ידיהם, וזאת מהסיבות שאפרוש בתגובה זו, ובראשן השלכותיה החלוקתיות האפשריות של הפרסונליזציה. עם זאת, אציע מתווה ראשוני להצעה חלופית – קריאה לחשיבה על חובות התאמה 3.0 – שתבקש לאפשר פרסונליזציה אך מבלי לוותר על השאיפה לקידום שוויון וצדק חלוקתי.

א. חובות התאמה וגלגול עלויות בעידן ההתאמה האישית

הבחנה מרכזית בדיני החוזים עומדת על ההבדל בין כללים שהינם כללי בררת-מחדל ולכן ניתן להתנות עליהם (כללים דיספוזיטיביים) לבין כללים שאינם ניתנים להתניה (כללים קוגנטיים).⁷ מקובל להציג הבחנה זו כדיכוטומיה, במובן זה שכל כלל משפטי מסווג כניתן להתניה בחוזה בין הצדדים או ככזה שאינו ניתן להתניה כזו. הבחנה זו עומדת גם בלב "העידן החברתי" בדיני החוזים (The Social) – תקופה אשר חוקר המשפט הפרטי ואבי הגישה הביקורתית למשפט דנקן קנדי מכנה "הגלובליזציה השנייה של המשפט".⁸ על-פי קנדי, בעידן החברתי הכירה החקיקה, במקרים מסוימים, בפערי הכוחות בין הצדדים המנהלים משא-ומתן ומגיעים להסכמות בשוק, וכן בתפקידו של המשפט באשרורם ובחיזוקם של פערי כוחות אלה. בשל כך החל המחוקק בעידן זה – אשר קנדי מזהה את שיאו בשנים

Richard Craswell, *Passing On the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 STAN. L. REV. 361, 363–64 (1991)

Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000*, in THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT: A CRITICAL APPRAISAL 19, 25–71 (David Duncan Kennedy, ;(Kennedy 2006 (להלן: M. Trubek & Alvaro Santos eds., 2006) *Two Globalization of Law & Legal Thought: 1850–1968*, 36 SUFFOLK U. L. REV. 631, (Kennedy 2003 (להלן: 648–51 (2003)

1968-1900 אך שעקרונותיו ממשיכים להשפיע על חלקים של המשפט גם כיום – ליצור כללי בררת-מחדל (דיספוזיטיביים) וחקיקת-מגן (קוגנטית) שמטרתם לאזן את פערי הכוחות האלה ולהגן על הצד החלש בעסקה. הגנה זו התמקדה בקבוצות שווהו כמתאפיינות בכוח מיקוח חלש בשל סיבות מבניות בשוק, ביניהן עובדים, שוכרי דירות, צרכנים וכן פרטים אחרים שנקשרים בחוזים אחרים.⁹ בשלב מאוחר יותר – בערך בסוף שנות השישים של המאה העשרים, עם תחילת עלייתה של הפוליטיקה של הזהויות – החלו להתפתח הגנות חדשות שהתמקדו לא בקבוצת-האינטרס כולה, אלא בקבוצות-זהות בתוך הקבוצה הרחבה שווהו כפגיעות במיוחד להפליה. כך היתוספו חובות ההתאמה (accommodation mandates) כזן מיוחד של חקיקת-מגן קוגנטית שאינה חלה על כלל הצדדים הפגיעים לחווה (עובדים, שוכרי דירות וכולי), אלא על תת-קבוצה פגיעה מתוכם, כגון אנשים עם מוגבלות, נשים, מיעוטים דתיים ועוד.¹⁰

זה עשורים מתנהל דיון ער בקרב חוקרי הניתוח הכלכלי של המשפט ובקרב מבקריה של גישה זו אם חובות התאמה – אשר "מתערבות" במשפט הפרטי לשם קידום מטרות חלוקתיות – אכן מועילות מבחינה חלוקתית או שמא הן פוגעות ביעילות ומוכילות לגלגול עלויותיהן אל אותן קבוצות שהמשפט מבקש להגן עליהן.¹¹ הטיעון החד ביותר בהקשר זה, שפותח על-ידי חוקרי המשפט והכלכלה קפלו ושבל, הוא שחקיקת-מגן תפגע ביעילות השוק (תרתיע התנהגויות יעילות) יותר מאשר ניסיון להשיג אותן מטרות באמצעות מיסוי ותשלומי העברה.¹² מעבר להעדר היעילות הטמון בחקיקה כזו, קפלו ושבל טוענים כי היא גם לא תשיג את מטרותיה החלוקתיות בשל גלגול עלויות.¹³ למשל, לפי הטענה, אם

- 9 Kennedy 2006, לעיל ה"ש 8, בעמ' 37; Kennedy 2003, לעיל ה"ש 8, בעמ' 653-654. ראו גם Hila Shamir, *The Public/Private Distinction Now: The Challenges of Privatization and of the Regulatory State*, 15 THEORETICAL INQ. L. 1, 6-7 (2014).
- 10 Jolls, לעיל ה"ש 6, בעמ' 225. לדיון בהקשר הישראלי ראו שרון רבין-מרגליות "עריכת התאמות במקום העבודה: דרך נוספת לקדם קבוצות מוגנות" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 439 (ענת מאור עורכת, 2004).
- 11 ראו, למשל, את מאמרו הקלסי של הכלכלן לורנס סמרס בנושא זה: Lawrence H. Summers, *Some Simple Economics of Mandated Benefits*, 79 AM. ECON. REV. 177 (1989) מקיפה של הספרות בעניין זה ראו Jolls, לעיל ה"ש 6, בעמ' 230-242, וכן Hila Shamir, *Markets of Care*, 30 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 404, 419-26 (2009) לשני טקסטים קלסיים שהציעו ביקורת על הגישה הכלכלית בהקשר זה ראו Craswell, לעיל ה"ש 7; Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law; with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 609-14 (1982).
- 12 Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare*, 114 HARV. L. REV. 961 (2001). ראו גם את ספרם SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE STEVEN & KAPLOW LOUIS (2002).
- 13 Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994).

מעסיקים נדרשים מכוח חובות ההתאמה לספק חופשות לידה בתשלום לנשים, אזי מעסיק רציונלי המבקש להפחית את עלויות השכר שלו יעסיק פחות נשים ו/או יפחית את שכרן של הנשים שהוא שוכר. כתוצאה מכך יפגע הכלל המשפטי בקבוצה שעליה ביקש המשפט להגן. קצרה היריעה במסגרת תגובה זו מלסקור את הדיון המורכב החשוב והמרתק הזה, אך אציין בקצרה שני מענים עיקריים שהעלו מי שביקשו להצדיק את חקיקת-המגן לנוכח טענת ההשלכות החלוקתיות הפוגעניות, שכן אלה יהיו רלוונטיים להמשך טיעוניי. ראשית, מגיני חובות ההתאמה טענו כי אין לבחון את העלות רק דרך הפריזמה של הפחתת שכר, שכן ייתכן שגם לאחר גלגול העלות ההתאמה עורנה יעילה מנקודת-מבטה של הקבוצה המוגנת, אם משום שהמעסיק לא יגלגל על קבוצה זו את מלוא העלות (בין בשל סבסוד צולב על-ידי קבוצה אחרת ובין בשל דיני איסור ההפליה),¹⁴ ואם משום שערך ההתאמה עצמה לקבוצה – למשל, אפשרות הכניסה לשוק העבודה וההשתלבות בו – יהיה גבוה מן העלות שהושתה עליה.¹⁵ שנית, נטען כי כל עוד קיימת חקיקה אפקטיבית למניעת הפליה, הצד שנדרש לערוך התאמה יוכל לגלגל את העלות רק כאשר מדובר בשוק הומוגני שלכל צרכניו/עובדיו יש מאפיינים זהים ביחס לחובות ההתאמה. בשוק הטרוגני שקיימת בו חקיקה אפקטיבית לאיסור הפליה לא יהיה אפשר לגלגל את העלות במלואה על הקבוצה שהמשפט מבקש להגן עליה, שכן הדבר יהווה הפליה אסורה. במצב כזה התוצאה תהיה גלגול העלות על כלל קבוצת העובדים/הצרכנים, באופן שייצור סבסוד צולב של ההתאמה לקבוצה המוגנת על-ידי כלל האוכלוסייה.¹⁶ חובות ההתאמה, לפי גישה זו, לא ייצרו אומנם חלוקה מחדש בין עבודה להון, אך בהתקיים התנאים הנדרשים הן אכן ייצרו חלוקה שוויונית יותר בתוך קבוצת העובדים, ויקדמו את הקבוצה שעליה ביקש המשפט להגן.¹⁷

חובות ההתאמה הינן קוגנטיות ברובן המכריע.¹⁸ ברין הישראלי, למשל, אישה שיוולדת חייבת לצאת לחופשת לידה בתשלום (מהביטוח הלאומי) למשך חמישה-עשר שבועות, ואין היא יכולה לוותר על זכות זו.¹⁹ הסיבה לכך נעוצה בחשש שאם הכלל יהיה דיספוזיטיבי, כוח

14 להצדקת השתתן של העלויות על בעלי ההון, ובהקשר הספציפי של שכירות על בעלי הדירות, ראו Bruce Ackerman, *Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: Of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy*, 80 YALE L.J. 1093 (1971).

15 Craswell, לעיל ה"ש 7. לדיון נקודתי בטיעון זה ביחס לחופשת לידה לנשים ראו Gillian Lester, *A Defense of Paid Family Leave*, 28 HARV. J.L. & GENDER 1 (2005).

16 Jolls, לעיל ה"ש 6, בעמ' 242-270.

17 לדיון בהשתת עלויות על חברים אחרים בקבוצה הפגיעה (במקרה זה – כלל העובדים) באמצעות סבסוד צולב ראו Sharon Rabin-Margalioth, *Cross-Employee Redistribution Effects of Mandated Employee Benefits*, 20 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 311 (2003).

18 Sharon Rabin-Margalioth, *Anti-Discrimination, Accommodation and Universal Mandates—Aren't They All the Same?*, 24 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 111, 152 (2003).

19 ס' 6(א) לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, אוסר על המעסיק להעסיק אישה ב"תקופת הלידה וההורות". ס' 6(ב) (1) קובע את אורכה של תקופה זו, וס' 6(ב) (2) מתיר לעובדת לקצרה, אך קובע כי בכל מקרה לא תפחת התקופה מחמישה-עשר שבועות. ס' 6(ח) (1) קובע כי האם נדרשת ליטול חופשה בששת השבועות הראשונים של התקופה, ויכולה לחלוק את תשעת השבועות

השוק החלש של הקבוצה המוגנת יביא לידי כך שפרטים רבים מקרבה יוותרו על הזכות, מה שיהפוך את הזכות לאות מתה בספר החוקים. למעשה, במידה רבה, זהו ההיגיון שעומד בבסיס משפט העבודה המגן כולו.²⁰ כך, למשל, בארצות-הברית, שבה נשים אינן נדרשות לצאת לחופשת לידה, 23% מהנשים שבות לעבודה בתום פחות משבועיים, וכ-66% מהנשים שאין להן השכלה גבוהה יוצאות לחופשה למשך פחות משישה שבועות, וזאת אף שסקרים מראים כי רבות מהן היו רוצות, אילו יכלו, ליטול את מלוא שנים-עשר השבועות שהחוק האמריקני מאפשר. לחצם של מעסיקים, צורך כלכלי בהכנסה וחשש לאבד את עבודתן הם שמניעים אותן לחזור לשוק העבודה.²¹ דוגמה זו מלמדת כי חובת התאמה שאינה קוגנטית אינה עומדת בפני לחצי השוק – הפרטים נאלצים להתאים את עצמם לשוק, והדבר מונע את התאמת השוק לקבוצה שהמשפט מבקש להגן עליה.

אם כן, כיצד חובת התאמה רלוונטיות לדיון שלפנינו, העוסק בתניות דיספוזיטיביות? כפי שצינתי לעיל, ההבחנה בין כלל קוגנטי לבין כלל דיספוזיטיבי נחשבת דיכוטומית. עם זאת, במציאות פעמים רבות חובות ברורות יכולות להיטשטש ולהתרכך, ואילו בררות-מחדל הן לעיתים נוקשות וקשות לשינוי.²² כך, למשל, בשל קשיי הוכחה או עלות הוכחה בהליך משפטי, פעמים רבות צדדים מתפשרים על זכות קוגנטית, והלכה למעשה מתנים עליה. לדוגמה, רבים מהתיקים המובאים לפני בית-הדין לעבודה בישראל נסגרים בפשרה,²³ וזאת אף שרוב הזכויות הנתבעות הן זכויות קוגנטיות שמקורן בחקיקת-מגן. במסגרת הפשרה קיומה של חובה בחוק מחזקת את כוח המיקוח של העובד, אך אינה מבטיחה את מימושה. עם זאת, גם כאשר הליך מגיע לפסק-דין, החובות הקוגנטיות מתרככות לעיתים. למשל, בשיטת המשפט הישראלית הוכרה סטייה מחקיקת-מגן קוגנטית בנסיבות שבהן העובד שמבקש להפעיל את הגנת החוק נחזה על-ידי בית-הדין לעבודה כעובד חזק, אופורטוניסט, שמנצל את כוחו ונוהג בחוסר תום-לב.²⁴ בשל כך נדמה שגישה ריאליסטית למשפט – כזו

הנוספים עם בן/בת-זוגה. עם זאת, רק אחוז זניח מהנשים עושות כן, מסיבות שחורגות מהדיון במאמר זה. למשל, בשנת 2018 יצאו רק 1,300 גברים לחופשת לידה והורות. ראו הודעות הכנסת "השכר הממוצע של הגברים שיצאו לחופשת לידה הוא מעל השכר הממוצע במשק" אתר הכנסת 30.4.2018 <http://www.knesset.gov.il/News/PressReleases/pages/press30.04.18j.aspx>.

20 לדיון כללי בנושא זה ראו SIMON DEAKIN & GILLIAN S. MORRIS, LABOUR LAW 4.11 (6th ed. 2012); Guy Davidov, *Nonwaivability in Labour Law*, OXFORD J. LEGAL STUD. 8–14 (forthcoming 2020), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3559244.

21 Sharon Lerner, *The Real War on Families: Why the U.S. Needs Paid Leave Now*, IN THESE TIMES (Aug. 18, 2015), <http://inthesetimes.com/article/18151/the-real-war-on-families>.

22 איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 62–67 (1996).

23 לדיון בפשרות בבית-הדין לעבודה ראו מיכל אלברשטין "על החיפזון והצדק הפרוצדורלי בבית הדין לעבודה: תצפיות בגישור ושפיטה" מאזני משפט ז 119 (2010); הוועדה לבדיקת בתי הדין לעבודה דין וחשבון 115–117 (2006).

24 לסקירת ההתפתחות בתחום זה ראו אלישבע ברק-אוסוסקין "הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 59 (סטפן אדלר

שבוחנת את תוצאות המשפט, ולא מסתפקת בכחינת כלליו עלי ספר – תכפור בגישה הדיכוטומית, ותבין את היחס בין כללי בררת-מחדל לכללים קוגנטיים כספקטרום. על-פי גישה זו, במקרים שונים ובהקשרים שונים חקיקה שנחזית כדיספוזיטיבית יכולה הלכה למעשה, מבחינת התוצאה, להיות כזו שהצדדים אינם מתנים עליה (למשל, בשל "דביקותה" של בררת-המחדל), ואילו חקיקה שנחזית כקוגנטית יכולה, מבחינת תוצאתית, להיות כזו שמתנהל משא-ומתן לגבי היקפה ותחולתה (למשל, בשל קשיי הוכחה או עלות ההוכחה). מעבר לכך, שיטות משפט שונות מכריעות באופן שונה ביחס לשאלה אם כלל מסוים הינו קוגנטי או דיספוזיטיבי. בהתחשב בכל אלה, בבחינה תיאורטית של הנוקשות הראויה ומידת ההתאמה הנדרשת בעיצוב כלל משפטי כזה או אחר, כפי שעושים הכותבים במאמרם, יהיה זה אך הגיוני לא להניח גבול נוקשה בין כלל קוגנטי לדיספוזיטיבי, אלא לבחון מחדש שאלות אלה לכל אורך הציר שבין נוקשות קוגנטית לריכוך דיספוזיטיבי.

גישה הדרגתית זו, אשר בוחנת את עיצוב הכלל לאורך הציר שבין כללים קוגנטיים לדיספוזיטיביים ללא הבחנה חדה או הכרחית בין הקצוות, באה לידי ביטוי, אם כי באופן לא-מודגש, במאמרם של סטרכילביץ' ופורת. טיעונם של הכותבים אומנם מגביל את עצמו לכאורה לבררות-מחדל חוזיות ולחובות גילוי. עם זאת, חלק מהדוגמאות נושקות לחובות קוגנטיות. הדוגמאות שנבחרו על-ידיהם הן כאלה שמשקפות את הלך-הרוח בעידן החברתי, דהיינו, כאלה שמבקשות להגן על הצד החלש באופן מבני במערכת היחסים, בין באמצעות בררת-מחדל ובין באמצעות כלל מחייב. שלוש הדוגמאות המרכזיות הנדונות במאמרם עוסקות במקום מסירת הטובין בחוזים צרכניים, בהיקף חובת הגילוי של רופאים ובהגנות על שוכרי דירות בחוזה שכירות.²⁵ הכללים בשתי הדוגמאות האחרונות אינם בני-התניה במשפט הישראלי כיום: חובת הגילוי של הרופא לפני הליך רפואי היא קוגנטית,²⁶ וכך גם הכלל ביחס לאי-התאמה במושכר, לפחות ככל שזו נוגעת באי-התאמה שמובילה לכך שהדירה אינה ראויה למגורים.²⁷ עם זאת, כפי שהכותבים מציינים, במדינות שונות כללים אלה הינם דיספוזיטיביים. כמורכך יש להניח כי במציאות הצדדים מוותרים פעמים רבות על זכותם על-אף החוק הקוגנטי, וזאת לא רק בשל הפרתו החד-צדדית על-ידי הצד החזק, אלא גם משום שהכלל הגלום בה, כפי שמדגימים סטרכילביץ' ופורת, אינו משקף את העדפתם (ולכן אינו יעיל). בכל אופן, בתרגיל המחשבתי שהכותבים מציעים לנו, ואשר אמשיך אותו בתגובה זו, נדמה שאין מניעה לחשוב על היתרונות והחסרונות הגלומים בנטילת כלל משפטי שכיום מופיע בספר החוקים כקוגנטי ועיצובו ככלל בררות-מחדל, ולהפך. מסיבה זו אני סבורה כי יש מקום להחלת המסגרת של חובות התאמה, שיוחדה בדרך-כלל לחובות קוגנטיות, על הדיון כאן. בהתאם לכך, בהמשך המאמר ארחיב את הדיון בחובות התאמה גם

ואח' עורכים, 2012). לדיון כללי בכיוון הראוי של התפתחות ההלכה ברבר ויתור על זכויות

קוגנטיות ראו Davidov, לעיל ה"ש 20, בעמ' 18-19.

25 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 1, חלקים ב2(א)-(ג).

26 ס' 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, קובע כי לא יינתן טיפול רפואי ללא הסכמה מדעת, ומבהיר, בס"ק (ד), כי ניתן לסטות מחובות היידוע הקבועות בס"ק (ב) רק "אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל".

27 ס' 125 לחוק השכירות והשאיילה, התשל"א-1971, קובע כי המשכיר חייב למסור את הדירה המושכרת "כשהיא ראויה למגורים". ס' 25(1) לחוק קובע כי ס' 125 אינו ניתן להתנאה.

לתניות דיספוזיטיביות, וכן אתייחס לטיעונם של סטרכילביץ' ופורת כחל על כללים מגינים באשר הם – בין קוגנטיים ובין דיספוזיטיביים – ולא כמוגבל לכללי בררת-מחדל בלבד. בררת-המחדל או החובות הקוגנטיות שנקבעו בחקיקה בדוגמאות שבחרו הכותבים נועדו להגן על הצד החלש בעסקה ולהבטיח כי תנאי העסקה ייטיבו עימו, אלא אם כן נקבע במפורש אחרת על-ידי הצדדים. אך הכותבים מזהירים כי כללים אלה, שנועדו להגן, אינם מתאימים בהכרח לכל הנקשרות והנקשרים בחוים. זהו למעשה לב טיעונם, שנטען בשפת היעילות אך ניתן לתרגום קל ומהיר לשפת העידן החברתי, אשר עוסק ומתעניין בהגנות על הצד החלש בעסקה. במידה מסוימת טיעון זה מהדהד גרסה מעודנת של הטיעון שהעלו קפלו ושבל ביחס לתוצאותיהן החלוקתיות של חובות התאמה, אשר באו להגן ונמצאו פוגעות. גם כאן, לגישת הכותבים, כלל שנועד להגן עלול דווקא להוביל לתוצאות פוגעניות. כך, למשל, הכלל המחייב חובת גילוי נרחבת של רופאים עלול להצית תגובה פסיכוסומטית אצל חלק מהחולים ובכך לפגוע בבריאותם;²⁸ באופן דומה, כלל המחייב התאמה של דירה מושכרת למגורים יחייב תיקונים והשקעה בדירה, שעלולים לייקר את שכר-הדירה ולהציבו מחוץ להישג-ידו של השוכר;²⁹ וכלל שמבקש להקל על הצדדים על-ידי הקביעה כי ההספקה תיעשה במקום עסקו של המוכר יכביד על רוכשים עם מוגבלויות שמקשות את ניידותם.³⁰ בכל המקרים האלה, אומרים הכותבים, יש הצדקה ליצירת כלל אחר שיותאם להעדפותיו, לטעמיו ולמאפייניו הקונקרטיים של הצד החלש לחוזה.

אם כן, דרך אחת להבין את המאמר היא שהכותבים מבקשים ליצור כאן סוג חדש של חובות התאמה, שאכנה אותן "חובות התאמה 2.0". אלא שחובות אלה כופרות לכאורה (וכפי שאבהיר בהמשך – זה אכן רק לכאורה) ברצינול הקבוצתי של חובות ההתאמה הקלסיות ("1.0"), והן אישיות ומותאמות ככל האפשר לכל אחת ואחד מנמעני המשפט. אם חובות ההתאמה 1.0 זיהו תתי-קבוצות פגיעות במיוחד, כגון נשים, אנשים עם מוגבלות ומיעוטים דתיים, וביקשו להבחין ביניהן לבין יתר הקבוצה המוחלשת (עובדים, צרכנים, שוכרים וכולי) ולהתאים את החוזה (למשל, חוזה העבודה) לסיפור חייהן ולהעדפותיהן, על-מנת להבטיח את השתלבותן ללא הפליה בשוק, חובות התאמה 2.0 מבקשות לזהות באופן מורכב יותר העדפות של פרטים מקבוצות אלה. עם זאת, חשוב להדגיש כי חובות התאמה 2.0 לא נועדו להפחית הפליה, אלא להתאים את המשפט להעדפות האישיות ולהגביר את היעילות. הן מספקות למעשה מענה לעיסוק הביקורתי של קפלו ושבל בחובות התאמה 1.0, שכן חובות התאמה 2.0 הן בראש ובראשונה יעילות. הבדל זה הוא הבדל חשוב, שכן ייתכן בהחלט, כפי שנראה בהמשך, שחובות התאמה 2.0 יאשררו ואף יעצימו דפוסי הפליה. הכותבים מציגים את ההבחנה הזו בין הקבוצתי לאישי כהבחנה בין "פרסונליזציה גסה" – שמבוססת על מאפיין נראה לעין – לבין "פרסונליזציה עדינה", אשר על-מנת ליצור אותה יש ללמוד

28 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 1, חלק ב(ב).

29 שם, חלק ב(ג).

30 שם, חלק ב(א).

על מתאם גבוה בין התנהגויות עקביות לבין העדפות הפרטים בהקשר החוזי הספציפי.³¹ הכותבים מבהירים כי הם מתעניינים בפרסונליזציה העדינה יותר.³² חובות התאמה 2.0 יאפשרו לנו, מחד גיסא, ליצור כלל משפטי שמביא בחשבון את כוח היחסי של חבר הקבוצה החלשה (מעין כלל-רקע מגן שקובע, למשל, כי העדפת הצרכן גוברת על העדפת התאגיד) ובו-בזמן ליצור כלל משפטי יעיל שיתאים להעדפות הפרטים. לכאורה מדובר בפתרון למבוי הסתום כביכול שאליו הגיע הדיון בחובות התאמה. אם נמשיך עם הדוגמאות שהובאו לעיל, חובות התאמה 2.0 יאפשרו, למשל, להגן על קבוצת החולים ובה-בעת לזהות את העדפותיהם של מי שמשתייכים לקבוצת ההיפוכונדרים בקרב החולים ולממשן; לקבוע כלל מגן לצרכנים, אך להגן על צרכנים הלוקים במוגבלות שמקשה עליהם את היציאה מהבית; ולכבד את העדפותיהם של אותם שוכרי דירה מתוך קבוצת השוכרים הכללית שמעדיפים חיסכון בהוצאות דיור על שיפור מצבה של הדירה. מכיוון שזיהוין של תת-קבוצות אלה לא ייעשה בנקל (בניגוד לזיהוי ביחס לחובות התאמה 1.0), לגבי חובות התאמה 2.0 נשתמש במידע שייאסף באמצעות נתוני-העתק. במובן זה טיעונם של סטרכילביץ' ופורת אינו אלא המשך התפתחותו של הדיון בחובות התאמה הקורא לשינוי כללי בררת-המחדל וחוקי-המגן החוזיים כך שיתאימו לתת-קבוצות חברתיות רבות ומגוונות יותר – תת-קבוצות עדינות עד כדי כך שמוטב לדבר לא על חובות התאמה לקבוצות, אלא על התאמה אישית לפרטים. פרטים אלה אינם מצליחים כיום לבטא את העדפותיהם במשא-ומתן החוזי שמתנהל בצילו של המשפט שעוצב בעידן החברתי – אם משום שמשא-ומתן זה אינו מתקיים הלכה למעשה, ואם משום שחולשתם המבנית או המספרית מונעת אותם מלבטא את העדפותיהם.

אם הניתוח שהצעתי עד כאן משכנע, אזי הצעד הבא הוא לבחון כיצד חובות התאמה 2.0 מתמודדות עם אחת הביקורות המרכזיות נגד חובות התאמה 1.0, הלא היא גלגול עלויות. לכאורה, אם הכלל המשפטי שנוצר הוא אכן היעיל ביותר, הבעיה אינה צריכה להתעורר. אך סטרכילביץ' ופורת מציעים תניות חוזיות שישקפו העדפות שלעיתים ישיתו עלות נוספת על התאגיד, ויש להניח שזו תגולגל לפרטים אחרים. אכן, בפרק ההתנגדויות במאמר ההתנגדות הראשונה שהם מבקשים להתמודד איתה היא זו העוסקת בסבסוד צולב.³³ הם משתמשים בדוגמה של חקיקת-המגן המחייבת להתיר לרוכש להחזיר מוצר לאחר רכישתו, ומסבירים כיצד בהינתן כלל כזה מתקיים סבסוד צולב לא-יעיל ולא-צודק שבמסגרתו הצרכנית הזהירה, שאינה רוכשת לפני שהיא עורכת מחקר שוק מקיף, מסבסדת את הצרכן הפזיז ואוהב הסיכונים, שנוטה יותר להחזיר מוצרים. דוגמה זו מלמדת לדעתם שפרסונליזציה היא הפתרון, שכן תחת משטר פרסונליזציה לא תצטרך הצרכנית הזהירה לסבסד את הצרכן הפזיז, והוא יצטרך לשלם יותר על המוצר. לדבריהם, "כלל בררת-מחדל מותאם אישית, אם נלווה אליו גם מחיר מותאם אישית, פותר לחלוטין את בעיית הסבסוד ואת אי-הצדק ואי-היעילות הנלווים אליה".³⁴ עם זאת, הם מוסיפים, גם אם יש איסור משפטי המונע הפליית

31 שם, תחילת פרק ב.

32 שם, אחרי ה"ש 37.

33 שם, תת-פרק 1ג.

34 שם, לפני ה"ש 91.

מחירים, בעיית הסבסוד תהיה עדיין חמורה פחות במקרה של התאמה אישית, כי הצרכנית הוזירה תקבל את אפשרות ההחזרה בעוד שהצרכן הפזיז לא יקבלה, ולכן הוא יסבסד אותה ו"התנהגותו תהיה יעילה יותר"³⁵. בהמשך אדון בהשלכות החלוקתיות של ניתוח זה, אבל בשלב זה אומר כי המענה של הכותבים לשאלת הסבסוד הצולב אינו מתמודד עם הטענה העומדת בבסיס הביקורת, שלפיה חובות התאמה יפגעו בקבוצה שהן מבקשות להגן עליה. אסביר את דבריי.

לגישה, חובות התאמה 2.0 נתקלות באותה בעיה קלסית של גלגול עלויות שמאפיינת את חובות התאמה 1.0, ואף ביתר עוצמה, וזאת משום שהלכה למעשה גם הן מזהות קבוצות (גם אם מדובר בתת-קבוצות), ולא פרטים, ואינן מציעות התאמה אישית "מושלמת". אם את גלגול העלויות בחובות התאמה 1.0 ניתן לבלום או למתן, באופן תיאורטי, על-ידי הטרוגניות של קבוצת הצרכנים/העובדים שמגובה בחקיקת איסור הפליה, ביחס לחובות התאמה 2.0 אין בנמצא כרגע – וקשה לדמיין – חקיקת איסור הפליה שמגיעה לרוולוציות כה עדינות בהבחנה פנים-קבוצתית בתוך הקבוצה הפגיעה. כתוצאה מכך, ובהעדר חקיקה שמונעת הפליית מחירים (קביעת מחירים שונים לשני סוגי הצרכנים) או הפליית תנאים (בדומה להפליה בזכויות להחזרת מוצר, כפי שהיא מוצגת בדוגמה של הכותבים), חובות התאמה 2.0 יאפשרו גלגול עלויות מלא, ללא סבסוד צולב, על חלק מהקבוצה שעליה נבקש להגן (בדוגמה של החזרת מוצר – צרכנים שחוו חרטה לאחר הרכישה). הסבסוד הצולב, אשר בדיון בחובות התאמה 1.0 הוא הגורם שממתן את ההשלכות החלוקתיות השליליות שמובילות לפגיעה בקבוצה שעליה מבקשים להגן, לא יתקיים עוד, וכל שייוותה הוא יצירת הבחנה משמעותית בין קבוצות בשם ההתאמה האישית. אם נניח, למשל, שאחת הקבוצות שנוטות יותר להחזיר פריטים היא בעלי הכנסה הנמוכה, אשר לאחר הריגוש מהרכישה מגלים כי העלות גבוהה מדי ולכן מעדיפים להחזיר את המוצר (הנחה שמחייבת בדיקה, כמוכן)³⁶, אזי יצרנו כלל הרגיבי לתפארת, שבמסגרתו העניים מסבסדים את העשירים. עתה, כאשר הכלל המשפטי מגבה ומצדיק שוני משמעותי בתנאים לבעלי העדפות שונות – וזאת בשם היעילות וכיבוד האוטונומיה וההעדפות של פרטים אלה, ותוך התעלמות מההשלכות החלוקתיות הקבוצתיות בשם החשיבה האינדיווידואליסטית – ייווצרו תוצאות חלוקתיות מעוותות בתוך קבוצת הצרכנים, וניתן גם להניח שהתאגיד ייצור כללים שיגדילו את רווחיו על-חשבון הקבוצות שהכי קשה להן להתנגד לכך. יש לציין כי הנחת-העבודה שלי כאן אינה הכרחית. ייתכן בהחלט שבדיקה אמפירית תוכיח שההשפעה הפוכה – שכלל כזה ייטיב עם בעלי הכנסה נמוכה, כי אולי אין להם פנאי לעשות בדיקות ממצות לפני הקנייה אך גם אין להם פנאי להתעסק בהחזרת המוצר. עם זאת, נדמה שמכיוון שבעלי הכנסה נמוכה לא ייצרו ככלל לספק תועלת מוניטין מכך שהם נמנים עם לקוחותיו, סוחרים רבים יבחרו לעצב כללים שלא ימשכו אליהם דווקא את הלקוחות האלה, אלא ייטיבו עם לקוחות בעלי

35 שם, אחרי ה"ש 91.

36 ראו, למשל, את הדיון הבא בריגוש שברכישה שמניע חלק מהקונים: Katie Hope, *The People Who Return Most of What They Buy*, BBC News (Nov. 28, 2018), <https://www.bbc.com/news/business-46279638>.

הכנסה גבוהה. לכן המסקנה שאליה הגעתי, בדבר התוצאות החלוקתיות המעוותות כלפי בעלי הכנסה נמוכה, אינה בלתי-סבירה.

ניתן לטעון בתגובה כי בעיה זו תיפתר אם אכן נצליח להגיע להתאמה אישית מלאה להעדפותיו של כל פרט ופרט. הכותבים יכולים לגרוס כי טיעונם רדיקלי יותר מיצירת קטגוריות חדשות, וכי טענתי בפסקה הקודמת משקפת חוסר הבנה של הפרויקט, שקורא לפרסונליזציה מלאה. החשיבה במאמרם, כך יסבירו, אינה קבוצתית כלל, אלא אישית – אין אדם אחד רומה למשנהו ולכן החוזה (או הכלל המשפטי) בעולם המשפט שהם מתארים בעידן נתוני-העתק ייתפר למידותיו של אדם, ולא למידותיה של קבוצה. פרסונליזציה כשמה כן היא – אישית. הטיעון שהשמעתי בפסקה הקודמת בדבר השלכות חלוקתיות רגרסיביות הוא דמגוגי, תטען גישה זו, ומשתמש בחלוקה קטגוריאלית כנגד סוגיה שאין בה בהכרח מאפיין קבוצתי. החזרת מוצרים, למשל, אינה קשורה אולי כלל למאפיינים חברתיים-כלכליים, אלא רק למאפיינים אישיותיים של הקונה ולנטייתו להתחרט ולפעול בגין חרטתו.

עלי לדחות טענה זו. טענתי היא כי אף-על-פי שזו אכן שאיפת הכותבים – להגיע להתאמה אישית מלאה – כלל לא ברור שהדבר אפשרי ושהחשיבה שהם מציעים היא אכן פרסונלית, ולא קטגוריאלית. השאלה שעולה מכאן, ואשר תהדהר בשאר הערותיי, היא אם התניות החוזיות שייצרו התאגידים באמצעות נתוני-העתק אכן יובילו לחוזים תפורים ומותאמים אישית או שמא ליצירת קטגוריות חדשות. במאמר יש מתח בין ההתאמה המושלמת של החוזה להעדפותיו האידיוסיוניקרטיות של פרט כזה או אחר לבין המתודולוגיות הנדונות והידועות לנו כיום. מן המאמר עולה כי קשה לדמיין חוזים אישיים "באמת" גם בעידן נתוני-העתק. כל שניתן לחשוב עליו הוא יצירת שורה של קטגוריות חדשות – והנה חזרנו לחובות התאמה! – שיאתרו תת-קבוצות לאורך צירים שרלוונטיים למְטְרִיה החוזית הספציפית. אכן, גם הפרסונליזציה העדינה שהכותבים מתמקדים בה עוסקת במציאת דפוסים. כך, למשל, הם סוקרים בהרחבה את השימוש בניתוח הפסיכולוגי של "חמשת הגרולים". מתודולוגיה זו – אשר מזהה חמישה מאפייני אישיות מרכזיים מתוך תבניות התנהגות שונות: מוחצנות, נירוטיות, סתגלנות, מצפוניות ופתיחות³⁷ – אכן מדברת על יצירת קטגוריות של אנשים בהתאם לכך ועל בחינת העדפותיהם החוזיות והאחרות. אם כן, ההתאמה החוזית בהתאם לקטגוריות קבוצתיות, גם אם עדינות, היא בלתי-נמנעת. לכן אני טוענת כי הקריאה לפרסונליזציה – או לחובות התאמה 2.0, כפי שכינתי אותן כאן – יוצרת סיכון גבוה ליצירת תוצאות חלוקתיות רגרסיביות שיפגעו בקבוצה המזוהה כחלשה יותר, שעליה ביקש המשפט בעידן החברתי להגן. אעמיק טיעון זה בחלקה הבא של התגובה, אך הפעם מפרסקטיבה שחורגת במידת-מה מגבולות הניתוח הכלכלי של המשפט ומצויה בעולם הכלכלה הפוליטית של מדינת הרווחה.

37 ראו סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 1, תת-פרק 11 וההפניות שם, ביניהן Murray R. Barrick & Michael K. Mount, *The Big Five Personality Dimensions and Job Performance: A Meta-Analysis*, 44 PERSONNEL PSYCHOL. 1, 1–5 (1991)

ב. "בזכות האוניברסליות"³⁸ – פרסונליזציה וסולידריות חברתית

סטרקילביץ' ופורת קוראים כאמור במאמרם להתאמה אישית של המשפט לנמעניו. בתגובתי עד כה מיקמתי את טיעונם כתגובת-נגד על כללי המשפט המגן הפטרנליסטיים, שקובעים כללים "במידה אחת שמתאימה לכולם" (one size fits all). בחלק זה של התגובה ברצוני להרחיק ממחוזות הניתוח הכלכלי של המשפט העוסקים ביעילות אל ניתוח הכלכלה הפוליטית של מדינת הרווחה ומשאבי הכוח (power resources) במסגרתה, ובפרט אל הכתיבה העוסקת בעיצוב מנגנונים אוניברסליים או סלקטיביים במדינת הרווחה. פנייה זו חיצונית לעולם הטיעונים של הכותבים, אך אני מקווה שאצליח לשכנע אתכן, הקוראות, כי מסגרת ניתוח זו הולמת היטב את נושא מאמרם. זאת, מן הטעם שחקיקת-מגן היא אחד המאפיינים המובהקים של עליית מדינת הרווחה במאה העשרים, אשר שאפה לערוך חלוקה מחדש לא רק באמצעות מנגנוני מיסוי והעברה, אלא גם, בעידן החברתי, באמצעות עיצוב כללי המשפט הפרטי, הלא הוא נושא מאמרם של סטרקילביץ' ופורת.

במסגרת מושגית זו הפרסונליזציה שהכותבים קוראים לה היא בבחינת התרחקות רדיקלית מרעיון החקיקה האוניברסלית – שמבקשת ליצור כללים אחידים לכלל האוכלוסייה – וחתירה לכללי משפט פרטי וכללים חוזיים מותאמים אישית לא רק ברמת הקבוצה (חובות התאמה 1.0), אלא גם ברמת הפרט (חובות התאמה 2.0). שאלת הבחירה בין חקיקה אוניברסלית לסלקטיבית נדונה בהרחבה בכתיבה על עיצובה של מדינת הרווחה המודרנית. במסגרת דיון זה עלתה השאלה כיצד ניתן להסביר את "פרדוקס החלוקה" במדינות הסוציאל-דמוקרטיות. הפרדוקס, שהוצג בצורה הבהירה ביותר על-ידי הסוציולוגים השוודים קורפי ופלמה,³⁹ מצוי בכך שדווקא מדינות שמאופיינות כמדינות רווחה סוציאל-דמוקרטיות⁴⁰ ואשר יצרו מנגנוני

38 הכותרת שאולה מספרו של חוקר מדינת הרווחה אברהם דורון, שכתב בהרחבה על יתרונותיה של האוניברסליות בהקשר של מדינת הרווחה בכלל ובהקשר של מדינת הרווחה הישראלית בפרט. ראו אברהם דורון בזכות האוניברסליות: האתגרים של המדיניות החברתית בישראל (1994).

39 Walter Korpi & Joakim Palme, *The Paradox of Redistribution and Strategies of Equality: Welfare State Institutions, Inequality, and Poverty in the Western Countries*, 63 Am. Sociological Rev. 661 (1998).

40 חוקר מדינת הרווחה החשוב יוסטה אספינג-אנדרסן (Esping-Andersen) זיהה במחקרו פורץ-הדרך שלושה משטרי מדינת רווחה קפיטליסטיים שנבדלים זה מזה בכמה היבטים, ובכלל זה בידה המוסדית המרכזית שבה מתבצעת חלוקה וכן במנגנון החלוקתי המרכזי שנעשה בו שימוש במסגרתה. אספינג-אנדרסן מוצא כי מדינות סוציאל-דמוקרטיות הן מדינות שנשענות על המדינה כזירה חלוקתית מרכזית (state-centered), והמנגנון המרכזי לחלוקה בהן הוא אוניברסלי – כזה שמעניק זכויות רווחה לכלל האזרחים או התושבים, ללא שימוש במבחני אמצעים. מדינות ליברליות, לעומתן, הן מדינות שנשענות על השוק להספקת שירותי רווחה, והמנגנון המרכזי לחלוקה בהן הוא סלקטיבי, כלומר, החלוקה מחדש ממוקדת בקבוצות שעומדות במבחני אמצעים או מזוהות כזקוקות להגנה מיוחדת. לבסוף, מדינות קורפטיסטיות או שמרניות הן מדינות שנשענות על המשפחה והחברה האזרחית לשם הספקת שירותי רווחה, והמנגנון המרכזי לחלוקה בהן הוא ביטוחי. ראו Gøsta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare*

רווחה והגנה אוניברסליים – קרי, כאלה שחלים על כלל אזרחי המדינה או תושביה ללא תלות בצורך הכלכלי שלהם – מובילות לתוצאה חלוקתית שוויונית יותר.⁴¹ השאלה נובעת מכך שהכלי החלוקתי האוניברסלי נראה על פניו כלי פגום מבחינה תוצאותית החלוקתית, שכן אם העני והעשיר כאחד מקבלים תשלום העברה ברמה זהה או הגנות זהות במשפט הפרטי, אזי אי-השוויון ביניהם אמור להיוותר בעינו. לכאורה היה אפשר להניח שדווקא במדינות רווחה שמאופיינות כליברליות ואשר נוקטות מנגנוני רווחה סלקטיביים – שמכוונים את תשלומי ההעברה וההגנות לאוכלוסיות החלשות והנזקקות ביותר – תמצא חלוקה שוויונית יותר, שכן כל סכום כסף שהמדינה מוציאה על רווחה מכוון לעניים ולכן יצמצם ישירות את אי-השוויון. אולם מן הנתונים בפועל עולה כאמור תמונה הפוכה.

קורפי ופלמה, וכן חוקרים וחוקרות אחרים שבחנו את הדברים בעקבותיהם,⁴² מוצאים כי ההסבר לפרדוקס החלוקה מצוי בבסיס התמיכה הפוליטית בחלוקה מחדש במדינה ובכך שעוגת החלוקה אינה אחידה בגודלה. כך, הם מסבירים, העובדה שבמדינות סוציאל-דמוקרטיות האזרחים בכל המעמדות החברתיים-הכלכליים מקבלים דבר-מה מהמדינה מגבירה את נכונותם לתת למדינה (דרך מיסוי גבוה של מעמד הביניים והשכבות החזקות) וכן את נכונותם לקבל את תפקידה החלוקתי של המדינה. במצב כזה בסיס התמיכה במדינת הרווחה רחב, חוצה שכבות אוכלוסייה, ומאפשר הוצאות רווחה גדולות יותר. מנגנונים חלוקתיים שמשלבים מרכיבים של ביטוח עם מנגנונים אוניברסליים, וכן התועלת השולית הפוחתת של הכסף, הופכים את החלוקה האוניברסלית לאפקטיבית, מקטינים את אי-השוויון בהכנסות במדינות אלה, והופכים אותן למדינות השוויוניות בעולם על-פי מדדי שוויון שונים, כגון מדד ג'יני. לעומת זאת, מדינות רווחה ליברליות שעושות שימוש במנגנונים סלקטיביים הן בין המדינות הפחות-שוויוניות בעולם על-פי מדד ג'יני.⁴³ אומנם, כל סכום שמדינת

CAPITALISM (1990); GOSTA ESPING-ANDERSEN, SOCIAL FOUNDATIONS OF POSTINDUSTRIAL ECONOMIES (1999)

Korpi & Palme, לעיל ה"ש 39, בעמ' 681-682. 41

42 למחקר שמפתח את התיאוריה של קורפי ופלמה מנקודת-מבט משפטית, וכן סוקר ספרות נוספת שתומכת בממצאיהם, ראו Gillian Lester, *Can Joe the Plumber Support Redistribution?* *Law, Social Preferences, and Sustainable Policy Design*, 64 TAX L. REV. 313 (2011) (להלן: Lester 2011); Gillian Lester, "Keep Government Out of My Medicare": *The Search for Popular Support of Taxes and Social Spending*, in WORKING AND LIVING IN THE SHADOW OF ECONOMIC FRAGILITY 176 (Marion Crain & Michael Sherraden eds., 2014).

43 Andreas Kammer, Judith Niehues & Andreas Peichl, *Welfare Regimes and Welfare State Outcomes in Europe*, 22 J. EUR. SOC. POL'Y 455 (2012). מדד ג'יני בוחן את חלוקת ההכנסה בחברה. ערכיו נעים בין 0 ל-1, כאשר 1 משמעו שכל ההון מרוכז בידי אדם אחד, ו-0 משמעו שיש חלוקה שווה בין כל האזרחים. מדד זה מלמד שמדינות סקנדינביה (המאופיינות כסוציאל-דמוקרטיות) הן מהמדינות השוויוניות בעולם (למשל, בשנת 2017 היה מדד ג'יני במדינות אלה כדלקמן: נורווגיה – 0.27; שוודיה – 0.288; פינלנד – 0.274), בעוד מדינות המאופיינות כליברליות הן מהמדינות האי-שוויוניות בעולם (כך, למשל, בשנת 2016 היה מדד ג'יני במדינות אלה כדלקמן: ארצות-הברית – 0.414; בריטניה – 0.348; אוסטרליה

הרווחה מוציאה מוכוון לאוכלוסייה נזקקת, אבל חלקים נרחבים מהציבור – ובכלל זה מעמד הביניים – רואים את עצמם כמי שאינם מקבלים כמעט דבר מהמדינה, מה שמפחית את נכונותם לשלם מיסים גבוהים ואת תמיכתם במדינת רווחה רחבה כלפי העניים. כתוצאה מכך בסיס התמיכה במדינת הרווחה חלש, והדבר מביא לידי הקטנת הסכומים שמוצאים על רווחה במדינה.

עם זאת, חשוב להבהיר שכוחן של הקצבאות והחקיקה האוניברסלית טמון לא רק ביצירת בסיס תמיכה במדינת רווחה רחבה, אלא גם ביצירת תחושת סולידריות לאומית חזקה.⁴⁴ כך, המנגנון האוניברסלי יוצר סובייקטים שרואים את עצמם כחולקים גורל משותף עם אחרים שנהנים מאותם מנגנונים. הסולידריות החברתית מביאה לידי כך שפגיעה בזכויות של חלק מהקבוצה הנהנית מהטבות נתפסת כבעיה של הקבוצה כולה, ויכולה להוות בסיס לפעולה פוליטית במקרה של נסיונות קיצוץ בתקציבי רווחה או הפחתת ההגנה על אוכלוסיות שונות דרך כללי המשפט הפרטי. כך, למשל, בעוד קיצוץ בקצבאות סלקטיביות נתפס כבעיה של העניים, קיצוץ בקצבאות אוניברסליות נוטה להיתפס כ"בעיה של כולם". ברוח ניתוח זה מצביעה חוקרת המשפט ג'יליאן לסטר על הקשר העמוק בין כללים משפטיים, העדפות חברתיות ועיצוב מדיניות חברתית יציבה. לסטר מסבירה שרמת האוניברסליות של מדיניות רווחה מעצבת במידה רבה את הנכונות הציבורית לחלוקה מחדש, ולכן היא סבורה כי יש לקדם מדיניות אוניברסלית על-אף מראית-העין הלא-יעילה של מדיניות זו.⁴⁵

סוגיה זו נדונה בספרות בהקשרים נוספים, ביניהם תפקידם של דיני העבודה ומשפט העבודה הקיבוצי. חוקר דיני העבודה גיא מונדלק, למשל, רואה את אחד מתפקידיו המרכזיים של משפט העבודה כמחלק כוח ומשאבים לא רק בין עבודה להון, אלא גם בין קבוצות עובדים, ומציין את הקשר ההדוק בין מבנים של ייצוג עובדים וסולידריות לבין כללי המשפט. אכן, אין זה מפתיע שפערי ההכנסות בין העובדים קטנים יותר במקומות עבודה מאורגנים ובמדינות שבהן יש כיסוי רחב יותר של הסכמים קיבוציים.⁴⁶ פיצולן של יחידות המיקוח של העובדים (הן ברמת מקום העבודה היחיד והן ברמת האסדרה המדינתית) מפחית את כוח המיקוח שלהם ומקשה יצירת מאבק חברתי סולידריסטי. ניתן לראות את ההסכם הקיבוצי

(2014) – 0.344). ראו *Gini Index (World Bank Estimate)*, THE WORLD BANK, <https://data.worldbank.org/indicator/si.pov.gini>

44 לסקירת מחקרים מתחום הפסיכולוגיה ההתנהגותית שמלמדים כי אוניברסליות מעצימה את תחושת ההזדהות עם האחר ואת הנכונות לשתף עימו פעולה ולנהוג כלפיו באלטרואיזם ראו Lester 2011, לעיל ה"ש 42, בעמ' 340-352. עם זאת, מחקרים מלמדים כי לא רק מנגנונים אוניברסליים יצרו סולידריות במדינות סקנדינביה, אלא גם הומוגניות יחסית של האוכלוסייה מבחינת מוצא, דת ושפה. לתפקידה החשוב של ההומוגניות במודל הסוציאלי-דמוקרטי ראו, למשל, Eric S. Einhorn & John Logue, *Can Welfare States Be Sustained in a Global Economy? Lessons from Scandinavia*, 125 POL. SCI. Q. 1, 12, 24 (2010).

45 Lester 2011, לעיל ה"ש 42, בעמ' 317.

46 Guy Mundlak, *The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities Among Workers*, in THE IDEA OF LABOUR LAW 315 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2011); GUY MUNDLAK, *FADING CORPORATISM: ISRAEL'S LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN TRANSITION 188-89* (2007)

ככלי שמקדם את זכויות העובדים, בין היתר, על-ידי האחדה של חוזי העבודה של קבוצות עובדים באופן שיוצר אחידות אינטרסים ביניהם ומאפשר לעובדים לפתח סולידריות לצורך מאבק מעמדי משותף. זוהי אחת הסיבות, למשל, שבית-הדין לעבודה בישראל מתנגד ככלל לפיצול יחידת המיקוח במקום העבודה לתת-קבוצות.⁴⁷

הפרסונליזציה של כללי בררת-המחדל ושל כללי המשפט שסטרכילביץ' ופורת מציעים נועדה אומנם לקדם את העדפותיהם של פרטים, אך עלולה לעשות זאת במחיר של דילול הסולידריות הקבוצתית, באופן שיביא לידי החלשה משמעותית בכוח המיקוח וכתוצאה מכך באוטונומיה של רבים מהפרטים בקבוצה. מדובר בחקיקה היפר-סלקטיבית, שמבקשת ליצור תנאים שונים לתת-קבוצות ולפרטים בעלי העדפות שונות. פרגמנטציה אינטנסיבית זו של קבוצות, כגון קבוצת הצרכנים, קבוצת השוכרים או קבוצת העובדים, תקשה יצירת בסיס פעולה משותף נגד אינטרסים חזקים של תאגידים, בעלי דירות, המדינה או מעסיקים. אחידות בתנאים מחזקת את בסיס הכוח של פרטים, שכן היא מאפשרת להם להבין את מצבם כחלק ממצבה של הקבוצה, ולפעול – כפרטים או כקבוצה – בשם קבוצה זו תוך הפעלת כוחם המאוחד (למשל, כעובדים או כצרכנים). בעוד תאגיד יכול לוותר על צרכן אחד או עובד אחד שעומד על זכותו, פערי הכוחות מתאזנים במידת-מה כאשר קבוצות עומדות מול התאגיד בפעולה מאוחדת – למשל, כאשר מדובר באובדן נתח שוק צרכני משמעותי (חרם צרכנים) או באובדן כוח העבודה כולו (שביתה).

האחדה בתנאים חוזיים מאפשרת לא רק סולידריות קבוצתית, אלא גם העברת מידע. לא מעט מידע הנוגע בזכויות ובמיצוין עובר בין קבוצות בשוק דרך רשתות חברתיות של פרטים במצב דומה. כך, צרכן יכול לעמוד על זכותו להחזיר מוצר פגום משום ששמע מחברו שהוא עשה כן, ועוברת יכולה לדרוש תנאי עבודה מסוימים שכן אלה ניתנו לחברתה לעבודה. הפרסונליזציה תקשה במידה משמעותית העברת מידע אפקטיבית בתוך הקבוצה, שכן כל פרט יניח שמצבו ייחודי ושתנאיו של האחר אינם נוגעים בהכרח בתנאיו שלו. הקושי בהעברת המידע ינבע מכך שעתה החלוקה לקבוצות תיעשה לא על בסיס מאפיין זיהוי גלוי (גבר/אישה; שחור/לבן; אנשים עם/בלי מוגבלות; מוסלמי/יהודי וכו'), אלא על בסיס תת-מאפיינים סמויים מן העין. ייתכן שחברי הקבוצה שהכלל מבקש לכאורה לשרת (עובדים, צרכנים, שוכרים וכו') יוכלו להתגבר על בעיה זו באמצעות הרשתות החברתיות, ולאחר שותפים פוטנציאליים לקבוצה, אך ניתן להניח שהדבר יסייע רק לאחוז קטן מכלל האוכלוסייה המושפעת מהתניות החוזיות. הפרסונליזציה תוביל לכן לבעיה באיתור השותפים לקבוצה, ותקשה על פרטים למצות את זכויותיהם.

לאור ניתוח הכלכלה הפוליטית שהוצע לעיל יש להבין את השלכת הפרסונליזציה כהשלכה כפולה – הן ברמת יצירת הסובייקט, שאינו רואה את עצמו כאחראי לאחר או כבעל אינטרס משותף עימו, והן ברמת המאבק הקבוצתי, אשר בהעדר אחידות בתנאים חוזיים לא יתגבש לכלל מאבק חברתי סולידריסטי.⁴⁸ על כך יש להוסיף השלכה משפטית

47 עידו עשת "גבולות הוויכוח סביב יחידת המיקוח – בעקבות פרשות ויטה פרי הגליל, מכון דוידסון ואקרטטיין" עבודה, חברה ומשפט יג 57, 77-83 (2012).

48 לסטר מציעה ניתוח מפורט של השלכה כפולה זו, תוך הישענות על מחקר מתחום הפסיכולוגיה ההתנהגותית. ראו Lester 2011, לעיל ה"ש 42, בעמ' 340-352.

משמעותית: הפרסונליזציה תמנע יצירת בסיס משפטי לטענות בתחום. טלו, לדוגמה, את כלי התובענה הייצוגית – כלי משפטי שנועד לאחד תביעות של פרטים רבים בפוזיציה חזית משותפת, ובדרך זו ליצור אכיפה אזרחית אפקטיבית בהעדר אכיפה מדינתית. יקשה מאוד לרמיין את התובענה הייצוגית בעידן הפרסונליזציה. בעקבות הפרסונליזציה של החוזה ניתן להניח שיהיה קשה מאוד לעמוד בתנאים הבסיסיים לאישורה של תובענה ייצוגית, דוגמת התנאי בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, שלפיו על התובענה להעלות שאלה מהותית המשותפת לכל חברי הקבוצה. תחת חובות התאמה 2.0 החוזים של פרטים שונים יהיו שונים זה מזה באופן שימנע יצירת דמיון קבוצתי שיעלה שאלה מהותית שעל בסיסה יוכלו להיווצר פעולה משותפת – משפטית או אחרת – וסולידריות פנים-קבוצתית. מעבר לכך, בעקבות הפרסונליזציה יהיה קשה אף לדעת מיהם הפרטים הרלוונטיים למאבק חברתי, שכן יש להניח שהתאגיד, מסיבות של פרטיות, לא יחשוף אילו חוזים הוא כרת עם אנשים שונים, כך שמי שיבקש לארגן את הקבוצה יתקשה באיתור חבריה ובהוכחת האינטרס המשותף להם. כך, למשל, ניתן להניח שתאגידים לא יחשפו את שמות הפרטים שעזמו הם נקשרו בתניה חזית מסוימת בשל זיהוים, בעזרת נתוני-עתק, כבעלי מאפיינים נורמטיביים במסגרת ניתוח האישיות המבוסס על עקרונות "חמשת הגדולים". שי לביא, במאמרו על תובענות ייצוגיות, כינה אסטרטגיות פיצול חזיות מעין אלה "הפרד ומשול אקס-אנטה", והסביר כי הבחנות חזיות מרובות יוצרות אינדיווידואליזציה של הקבוצה ומקשות יצירת אינטרס קולקטיבי משותף שסביבו תוכל קבוצה לזכות בהכרה לצורך תובענה ייצוגית.⁴⁹ ניתוח זה מספק לנו, אם כן, סל כלים מורכב יותר להבנת הבעייתיות בחובות התאמה 2.0. ניתן להבין את גלגול העלויות הפנים-קבוצתי שתואר בחלק הקודם של תגובה זו – למשל, בתוך קטגוריית הצרכנים, בין צרכנים זהירים לפזיזים – ככזה שמפרק את בסיס הסולידריות הצרכני. חובות התאמה 2.0 יוצרות פיצול הולך וגובר בין תת-קבוצות ופרטים בעלי אינטרסים שונים, שיעדיפו לגלגל עלויות זה על זה במקום לנקוט פעולה משותפת נגד תאגיד המשיית את העלות על אחת הקבוצות. פרטים אלה יתפסו את עצמם כשונים זה מזה באופן מהותי, ולכן כמי שאינם ערבים זה לזה ואינם מצויים בשותפות-גורל המצדיקה מאבק משותף.

החשש להתפוררות הסולידריות החברתית, הרעועה ממילא, בסוגיות מעמדיות משמעותי במיוחד לנוכח ההשלכות האפשריות של הפרסונליזציה על פרטים במעמד חברתי-כלכלי נמוך, אשר ייוותרו עתה לברם – כל פרט בפני עצמו – בהתמודדותם עם כוחות השוק החזקים מהם לאין שיעור. כפי שמסביר צחי קרן-פז בתגובתו על מאמרם של סטרקילביץ' ופורת, יש חשש שהפרסונליזציה תוביל "לתוצאות חלוקתיות גרסרבייות ובלתי-רצויות בהיבטים חומריים ובהיבטים סמליים כאחד".⁵⁰ אין צורך שאחזור כאן בפירוט על טיעוניו המשכנעים של קרן-פז ביחס להחרפת פערי המידע בין תאגידים לצרכנים, אשר תאפשר לתאגידים לחלץ חלק גדול יותר מהערך העודף שהעסקה יוצרת ולהגביר הפליית מחירים, ובדבר החשש שיעשה שימוש בנתוני-עתק על-מנת להדיר – באמצעות הפליית מחירים –

49 ראו Shay Lavie, *The Malleability of Collective Litigation*, 88 NOTRE DAME L. REV. 697, 717–19, 728–31 (2012).

50 קרן-פז, לעיל ה"ש 5, לפני ה"ש 10.

עניים, חולים מסוכנים ומבוטחים מוחלשים.⁵¹ אך לעניין טיעוני בתגובה זו חשוב לי במיוחד להדגיש ולהרחיב טיעון אחד בכיוון זה, הנוגע בחלקה של הפרסונליזציה בהעצמת פערי הכוחות בין תאגידים לפרטים ובהיבט באשרור או הגדלה של אי-השוויון בתוך קבוצת הצרכנים, קבוצת העובדים או קבוצת החולים.

בבסיס הפרסונליזציה עומד הרעיון שבעידן נתוני-העתק ניתן לגזור מהתנהגותם של פרטים בזירות שונות מידע על העדפותיהם החוזיות. עם זאת, יש לתת את הדעת לכך שגזירת העדפותיהם של פרטים מנתוני-עתק הינה בהכרח מהלך פרשני. כך, למשל, אחת הדוגמאות שהכותבים מספקים במאמרם היא זו של שוכר דירה שמשלם שכר-דירה נמוך מהממוצע ומקבל דירה עם טיח מתקלף באחד מחדרי השינה.⁵² לגישתם, חיוב המשכיר לתקן את הטיח המתקלף לא ישקף את העדפותיו של שוכר אשר הנתונים לגביו "מצביעים על כך שהוא מוכן לגור בתנאי מגורים צנועים בשכר-דירה נמוך". זאת, להבדיל משוכר שנתונו מלמדים כי "הוא נוהג להתאכסן במלונות-יוקרה, מעסיק תמיד עובד משק-בית לניקוי ולתחזוקה של הדירה שבה הוא גר, ומוציא כסף על מותרות ואסתטיקה". לגבי האחרון, קובעים הכותבים "המסקנה תהיה שונה כנראה", ויהיה מקום לחייב את המשכיר לבצע את התיקון בנכס.⁵³ דוגמה זו מלמדת אותנו כי גזירת תנאי החוזה המתאימים להעדפות הפרטים הינה תרגיל פרשני קלסי. את נתונו של השוכר שמוכן להתגורר בתנאים צנועים ניתן לפרש כנובעים מהעדר משאבים, ולא מבחירה חופשית. במצב כזה הסרת הדרישה מן המשכיר להתאים את המושכר למגורים תפגע הן בשוויון בין שוכר עני לעשיר והן בקידום האוטונומיה של השוכר העני, שהיה רוצה, אילו היה יכול, לגור בדירה שבה הטיח בחדר השינה אינו מתקלף.⁵⁴ מי ראוי שיקיים את המהלך הפרשני הזה? אפשרות אחת היא ליצור גוף ציבורי ריכוזי שיקבע את הפרשנות הראויה של כלל המידע הנאסף על פרטים ואת הדרך המתאימה לתרגמם לתניות חוזיות. משמעותו של מהלך זה היא יצירת גוף מדינתי שיהיה מעורב באופן פרטני ברובם המכריע של החוזים בשוק, ותוך כדי כך יהיה חשוף למידע פרטי ומסחרי רב לגבי כלל התאגידים והאזרחים. גופים ריכוזיים כאלה מאפיינים כלכלות סוציאליסטיות, ואינם מקובלים במדינות רווחה קפיטליסטיות. בהנחה שלא לכך כיוונו הכותבים, אנו נותרים עם האפשרות האחרת, והיא שאת הפרשנות יספק התאגיד. ניתן להניח שהתאגיד לא יקיים מהלך פרשני שמשקף איזון ציבורי ראוי ביחס לחלוקת הכוחות בשוק תוך הגנה על עניים וקבוצות מופלות, אלא יפרש את המידע באופן שיפחית את סיכוניו. כך, התאגיד יפרש העדפות בדבר נכונות לשלם, נטייה ליטול סיכונים ומוכנות להסתפק במועט – העדפות שנובעות פעמים רבות מיכולת כלכלית מוגבלת או מפערים בגישה למידע – כסיבה להפלות לרעה פרטים עניים. בכך קורס הרעיון של חקיקת-המגן, אשר ביקשה בעידן החברתי למתן את כוחות השוק על-ידי יצירת כללים מגינים וחובות התאמה.

אם כן, חובות התאמה 2.0 מעצימות את כוחו של התאגיד ומקנות לו כוח חד-צדדי רב לעצב את תנאי החוזה. ניתן לטעון שזה המצב גם כיום, וסטרכילביץ' ופורת אכן טוענים

51 שם, ליד ה"ש 50.

52 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 1, ליד ה"ש 77 ואילך.

53 שם, אחרי ה"ש 81.

54 קרן-פו, לעיל ה"ש 5, ליד ה"ש 53-63.

זאת בהתמודדותם עם טענת הניצול לרעה על-ידי סוחרים. הם סבורים כי הצעתם "תגדיל את יתרונם של הסוחרים רק בשוליים"⁵⁵, שכן "עסקאות מותאמות אישית הן יעילות יותר לצרכנים מאשר עסקאות אחידות, וצפויות להגדיל את רווחיהם"⁵⁶. אך כפי שהראיתי בתגובה זו, הדבר אינו כך בהכרח, שכן גלגול העלויות בין קבוצות צרכנים שונות (חובות התאמה 2.0) ופיצול הקבוצות באופן שמונע סולידריות חברתית ופעולה משותפת יסירו את מעט משאבי הכוח שמצויים כיום בידי הצרכנים. אומנם, גם כיום רובנו חותמים על טופסי הסכמה פורמליים מבלי לקרוא את החוזה האחד המוצע לנו ומבלי שהיה לנו כל חלק ביצירתו.⁵⁷ עם זאת, כיום מה שמאפשר לרבים מאיתנו ללחוץ על כפתור ההסכמה (I agree) הוא האמונה שאחידות החוזה מהווה גורם מרסן לתאגיד. אנו מניחים, אף אם לעיתים במידה רבה מדי של אופטימיות, כי מכיוון שהחוזה אחיד, יש מי שיתבע וייצג את האינטרס של הצרכנים אם יתברר כי מדובר בחוזה לא-הוגן עם תניות נצלניות או בעייתיות אחרות. בעידן הפרסונליזציה, לעומת זאת, הנחה זו נעלמת. כל אחת מאיתנו עומדת מול כפתור ההסכמה כשחקנית יחידה. החוזה המותאם אישית שלי יהיה שונה מהחוזה המותאם אישית שלך. ייתכן שההבדלים נובעים מכך שאני אישה או ערבייה או שחורה או עם מוגבלות, אבל ייתכן גם שהם נובעים מהיבט נירוטי באישיותי או מאהבת הסיכון שלי. שלב השיום של הנזק שלי (naming) והתביעה (claiming) נעשה קשה יותר לגילוי ולהוכחה. זהו אם כן התיאור של הרגע הפרטי – אישה יושבת מול צג המחשב ולוחצת על I agree – של התפוררות הסולידריות כתוצאה מפרסונליזציה. החשש, אם כן, הוא שללא כוחה הממתן של האחידות, ללא בסיס לפעולה קולקטיבית משותפת, בהעדר סולידריות, כוחו של התאגיד יועצם, לא רק בשוליים, ללא כוח נגדי ממתן. הפרטים החזקים בקבוצה, ככל שהיו כאלה, קרי הצרכנים/העובדים/השוכרים המועצמים ובעלי המשאבים, אולי יוכלו לעמוד על זכויותיהם החוזיות ולמצותן, אבל עתה הדבר לא יסייע לקבוצה כולה. רובם המכריע של הצרכנים, ובוודאי אלה המוחלשים יותר מביניהם, לא יוכלו לעשות כן.

סיכום – לקראת חובות התאמה 3.0?

רעיון הפרסונליזציה טומן בחובו הבטחה פרוגרסיבית – עידן של התאמה מלאה יותר בין תנאי החוזה לבין ההעדפות של כל אישה ואיש. הבטחה זו משפרת את המצב הקיים, שבו תניות חוזיות רבות מוכתבות על-ידי אינטרס תאגידי או על-ידי רגולטור פטרנליסטי. עם זאת, בתגובה זו ביקשתי להראות כי בעוד חלק מהפרטים עשויים אומנם להרוויח, פרטים רבים אחרים – ובעיקר אלה המשתייכים לקבוצות מוחלשות – עלולים להינזק מגישה זו. התוצאות החלוקתיות הרגרסיביות ייגרמו, ראשית, בשל גלגול עלויות בתוך קבוצת הצרכנים/העובדים/החולים. גלגול עלויות זה מאפיין חובות התאמה באשר הן, אך ימצא

55 סטרקילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 1, לפני ה"ש 95 ("לסוחרים יש כבר עתה מידע רב על צרכנים, והם עושים בו שימוש לתועלתם. לפיכך קבלת הצעתנו לפרסונליזציה תגדיל את יתרונם של הסוחרים רק בשוליים").

56 שם, אחרי ה"ש 95.

57 OMRI BEN-SHAHAR & CARL E. SCHNEIDER, MORE THAN YOU WANTED TO KNOW: THE FAILURE OF MANDATED DISCLOSURE (2014).

ביתר שאת בחובות התאמה בעידן הפרסונליזציה (2.0). חובות התאמה 2.0 מבוססות על הבחנות עדינות בין פרטים או תת-קבוצות מגוונות, ולכן לא ירוסנו על-ידי חקיקה למניעת הפליה. התוצאות החלוקתיות יהיו ככל הנראה גרסיביות מסיבה נוספת: הפרגמנטציה של קבוצות לפרטים תפורר את בסיס הסולידריות, ותגביל הן את הרצון לפעולה משותפת (עקב הגברת תפיסות עצמי אינדיווידואליסטיות) והן את היכולת לפעולה משותפת (בשל הקושי בזיהוי הקבוצה ומציאת מכנה משותף פוליטי, חברתי ומשפטי). אני סבורה כי החשיבה היצריתית של סטרכילביץ' ופורת, השואפת לעולם שבו כולנו מגשימים את העדפותינו בשוק וכפופים פחות לשלטונם של התאגידים, מחד גיסא, ושל המדינה, מאידך גיסא, הוא פרויקט נורמטיבי ראוי וחשוב מאין כמותו. אולם אני סבורה כי המענה שהם מציעים – פרסונליזציה – ירחיק אותנו מחזון חברתי זה.

עם זאת, העולם צועד לעבר פרסונליזציה. בעידן נתוני-העתק ברור ונהיר לכל, כפי שהראו הכותבים באופן משכנע במאמרם, שהמידע בדבר העדפות הפרטים נאסף ונצבר, ובאופן הדרגתי מיתרגם (וימשיך להיתרגם במהירות בעתיד) לתניות חזויות ולכללים משפטיים. איני מבקשת לטעון כי על המשפט להתנגד לפרסונליזציה ולעוצרה. אכן, לאפשרות של התאמה אישית יש יתרונות פוטנציאליים רבים בהיבטים של הגברת האוטונומיה והגברת היעילות. עם זאת, יש לגשת אל עידן זה תוך חשיבה יסודית על השלכותיה החלוקתיות של הפרסונליזציה, ולאזנה באמצעות מנגנונים מוסתים וממתנים שיביאו בחשבון את הצורך לאזן את פערי הכוחות בין קבוצות ופרטים לבין תאגידים.

דרך אחת לעשות כן היא להציג לפני פרטים שתי אפשרויות חזויות: האחת היא חוזה אחיד שמעוצב לאור דרישותיה של חקיקת-מגן קוגנטית, והאחרת היא חוזה מותאם אישית. הרגולטור יוכל לדרוש את הצגת שתי האפשרויות החזויות כאשר ההבדלים בין החוזים מודגשים ומובלטים, כך שהם יהיו נהירים לצד הנקשר בחוזה. יהיה אפשר אף להוסיף דרישה להצגת מידע בדבר האפשרות שרוב הפרטים בוחרים. עתה יוכל הפרט לבחור אם הוא מעוניין בחוזה המותאם אישית או בחוזה הסטנדרטי, וכן ידע באיזה חוזה רוב חברי הקבוצה בוחרים. אם יבחר בחוזה המותאם אישית או בגרסה חזוית שרוב חברי הקבוצה אינם בוחרים בה, הוא ידע כי זנח את סירת הסולידריות של קבוצת-האינטרס (למשל, קבוצת הצרכנים). לעומת זאת, אם יבחר בחוזה הסטנדרטי, הוא ידע כי יצידו עומדים פרטים אחרים, כי הרגולטור הגביל את החוזה תוך חשיבה על צרכיה וחולשתה היחסית של קבוצה זו, וכי תיתכן פעולה משותפת במקרה שהחוזה ימצא לא-הוגן או בלתי-אכיף. יהיה מעניין לראות באיזה חוזה יבחרו רוב הפרטים, ואם יהיה אפשר לזהות הבדלים בדפוסי הבחירה בין קבוצות אוכלוסייה שונות.

סטרכילביץ' ופורת מציעים פתרון דומה בחלק האחרון למאמרם, אך מטעמים שונים. בהתייחסם ל"שינויי אישיות", הם מציעים להתאים את המשטר לשינוי העדפות בקרב פרטים.⁵⁸ לדבריהם, "פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל היא עצמה כלל בררת-מחדל אשר פרטים יכולים להתנות עליו אם רק יחפצו בכך".⁵⁹ הם מוסיפים כי "אפשר אף לחשוב על משטר משפטי שבו כלל בררת-המחדל באשר לפרסונליזציה של כללי בררת-מחדל יהיה שכל

58 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 1, תת-פרק ג.

59 שם, אחרי ה"ש 123.

עוד אדם לא הביע רצון אחר, יחולו עליו כללי בררת־מחדל אחידים".⁶⁰ הכותבים חושבים על כך כמנגנון להתמודדות עם שינוי העדפות של פרט יחיד במהלך תקופת החוזה, ולא ככלי למיתון השלכות חלוקתיות רגרסיביות. הדבר משמעותי, שכן ההצדקה השונה יכולה להשפיע על עיצוב המנגנון ועל הנסיבות שבהן תאגידים יעשו בו שימוש.

מכל מקום, גם הצעה זו – על הנמקותיה השונות – אינה חפה כמובן מבעיות: ראשית, היא מחייבת השקעת זמן ומאמץ בהבנת שתי האפשרויות החוזיות וההבדלים ביניהן, וייתכן שרבים יימנעו מהשקעה זו; שנית, היא פותחת פתח למניפולציות של התאגיד על-ידי אופן הצגת המידע; ושלישית, ואולי החשוב מכל לענייננו, היא פותחת פתח לשבירת הסולידריות הקבוצתית של קבוצת הצרכנים, אשר ייתכן שדווקא הצרכנים החזקים או המתוחכמים – ורק הם – ינצלו. פתרון זה הינו אחד מני רבים אפשריים, והוא בוודאי מחייב עוד חשיבה ופיתוח על-מנת להבטיח שהוא לא יהווה רק נדבך בירוקרטי נוסף, אלא דרך ממשית לקידום שוויון, לצד אוטונומיה ויעילות. עם זאת, אני מאמינה שפיתוח סוג חשיבה כזה – חובות התאמה 3.0? – יאפשר למצות את הפוטנציאל הטמון בפרסונליזציה, וזאת מבלי לוותר על ערכים חברתיים חשובים המעוגנים בחקיקת־המגן הקיימת, ובראשם השאיפה לשוויון ולמיתון כוחם הרב וההולך וגדל של תאגידים.

60 שם, בפסקה האחרונה של תת־פרק ג9.

