

סיפור חייו או סיפורו של חייב? על בעיית ההסללה הנובעת מאימוץ כללים אישיים תגובה על מאמרם של ליאור סטרכילביץ' ואריאל פורת

מאת
צחי קרן-פז*

תקציר

המאמר בוחן את הצעתם של סטרכילביץ' ופורת להשתמש בנתוני-עֵתָק (big data) לשם עיצובם של כללי בררת-מחדל אישיים במשפט ושל חובת גילוי מותאמת אישית. בעוד לאימוץ ההצעה יש פוטנציאל אנטי-הגמוני ולכן פרוגרסיבי, תוצאות אימוצם של כללי בררת-מחדל וחובות גילוי אישיים רחוקות מלהיות ברורות כרצויות. הבעיה העיקרית בהצעה היא תוצאות חלוקתיות גרסיביות, המבוססות על ניבוי המסליל ציבורים שונים לתניות שונות ובכך פוגע באפשרותם של אלה המוסללים לתנאים נחותים לכתוב את סיפור חייהם. תחולתו הפוטנציאלית הרחבה של הפרופיל האחוד של הצרכן – הנדרש לשם יצירת חובות הגילוי וכללי בררת-מחדל האישיים – בתחומים רבים ומגוונים מעוררת חשש ליצירת קסטות, עם כל בעיותיהן החומריות והסמליות. ההצעה מבוססת על ניבויים שדיוקם מוטל בספק, ואשר עלולים להתבסס על הטיות והפליה. זאת ועוד, ההליך משטיח את הפרט לצרכן ולמוצר, ומבוסס על איבוד שליטה במידע הפרטי. אימוץ ההצעה בהקשר של הסכמה מדעת מערער את ההבחנה בין יסודות ההפרה והקשר הסיבתי בעוולת הרשלנות, וההצעה מעוררת בעיות-רוחב מבחינת התאמתה למשפט הישראלי. המשפט הישראלי אימץ בצדק רגישות חלוקתית ומחויבות לאוטונומיה כזכות של כל אישה ואיש לכתוב את סיפור חייהם. אימוץ ההצעה עלול להוביל למצב שבו תיפגע יכולתו של חייב – מי שמצבו הכלכלי הרעוע גרע מדירוג האשראי שלו – לכתוב את סיפור חייו, בשל אימוץ הנחות שלפיהן "חוסר אחריותו" בעבר מצדיק את הסללתו למשטר שבו זכויותיו העתידיות נחותות.

* פרופסור מן המניין למשפט פרטי, בית-הספר למשפטים, אוניברסיטת שפילד. אני מודה לאיימי סקרוט ולג'יימס בראון על עזרה מצוינת במחקר.

מבוא

א. הנחות בעייתיות וטענות סותרות

1. הנחות בעייתיות

2. טענות סותרות

ב. תוצאותיה החלוקתיות של פרסונליזציה

ג. פגיעה באוטונומיה

ד. התאמה לדין הקיים – השפעות־הרוחב של אימוץ כללי בדרת־מחדל אישיים

1. המתח עם הלכת אבו חנא

2. יסודותיה של עוולת הרשלנות

3. מעמד ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה

4. כתיבתו המוקדמת של פורת

סיכום

מבוא

ניתן לסווג ביקורות של ניתוח כלכלי של המשפט לארבע קבוצות: ביקורת ההנחות האמפיריות, הנסבה בעיקר סביב הנחת הרציונליות של נמעני הכללים ומידת הדיוק במידול¹; ביקורת הטענה התיאורית שכללי המשפט הנוהגים משקפים יעילות או מהווים את המצפן השיפוטי, ולו באופן בלתי־מודע²; ביקורת נורמטיבית על המחויבות להשאה (מקסום) באופן כללי ולהשאת העושר בפרט³; וביקורת קשורה בדבר היות הפרדיגמה מוניסטית ואימפריאליסטית, דהיינו, על כך ששיקול היעילות מכריע בקביעת תוכן הכלל המשפטי, בלא התחשבות מספקת בשיקולים הנוגדים וללא קשר לשאלה באיזה תחום של המשפט מדובר⁴. באופן דומה, ניתן להעריך מחקרים או טיעונים ספציפיים במסגרת הפרדיגמה כבעייתיים ביותר, לעיתים אפילו דוחים מבחינה נורמטיבית⁵; כשעשוע אינטלקטואלי

1 ראו, לדוגמה, Duncan Kennedy, *Law-and-Economics from the Perspective of Critical* in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 465 (Peter Legal Studies Newman ed., 1998); BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS (Cass R. Sunstein ed., 2000)

2 ראו, לדוגמה, Lewis A. Kornhauser, *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in*, *the Law*, 8 HOFSTRA L. REV. 591, 610–34 (1980)

3 שם, בעמ' 597–604. ראו גם, WILL KYMLICKA, CONTEMPORARY POLITICAL PHILOSOPHY 18–30, 604–597 (1990); RONALD DWORIN, A MATTER OF PRINCIPLE 237–66 (1985); Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849, 1859–87 (1987). קורנהויזר וקימליקה מבקרים את עצם החתירה להשאה, כביקורת נגד תועלתנות. דוורקין ורדין מבקרים את השאת העושר כמטרת הניתוח הכלכלי.

4 ראו, לדוגמה, Morton J. Horwitz, *Law and Economics: Science or Politics?*, 8 HOFSTRA L. REV. 905 (1980)

5 דוגמאות לכך כוללות אימוץ הגנת אשם תורם בעברות מין; הבנת איסור האונס כשמירה על שוק לנישואים; ההנחה שניתן (ובמשתמע ראוי) לנהוג מהר יותר בשכונות עניות מאשר

שישיותו מוטלת בספק;⁶ או כתרומה ראויה וחשובה לשיח המשפטי.⁷ בניסוח אחר, אם תרצו – ממאיר, שפיר או מועיל.

במבט ראשון, מאמרם של סטרכילביץ' ופורת⁸ (להלן: המחברים) מועמד לקטגוריית ה"מועיל". אימוץ הצעתם אמור להוביל ליצירת כללים הצפויים לשקף טוב יותר את העדפותיהם הספציפיות של צרכנים, ובכך לשפר הן את רווחתם (ורווחת העוסקים) והן את האוטונומיה שלהם. ההסדר המוצע מסדיר את תחום דיני החוזים, שלגביו נשמעת הטענה כי אימוץ שיקול היעילות כערך עליון אינו בעייתי, וכי אף אי־אפשר לקדם מטרות חלוקתיות בשל היכולת לתמחר את עלות הכלל החלוקתי.⁹ נוסף על כך, כפי שהמחברים מרמזים, אם כי מבלי לעגן את ניתוחם בספרות הרלוונטית, לאימוץ כללי ברת־מחדל מותאמים אישית יש פוטנציאל פרוגרסיבי וטרנספורמטיבי, ככל שכלל ברת־המחדל הכללי משקף נמען פריווילגי, דהיינו, גבר, לבן, מבוסס, נטול מוגבלויות, טרוסקסואל, סיסג'נדר וכדומה. עם זאת, במבט שני, טיעונם של המחברים משקף (במידה משתנה) כמה מהחולשות הטיפוסיות של ניתוח כלכלי של המשפט. ראשית, חלק מההנחות בעייתיות. אדון בהנחות אלה, וכן באי־התאימות בין חלק מטיעוני המחברים, בפרק א של תגובה זו. שנית, בצד הפוטנציאל הפרוגרסיבי, יש רגליים לחשש שאימוץ הצעתם יוביל לתוצאות חלוקתיות גרסיביות ובלתי־רצויות בהיבטים חומריים ובהיבטים סמליים כאחד. בפרק ב אדון בבעיות אלה, תוך שימת דגש בדוגמה של היקף חובת הגילוי בהקשר של הטיפול הרפואי. שלישית, באופנים אחדים, שחלקם ברורים ואחרים מנוגדים לאינטואיציה הראשונית, ההצעה חותרת תחת האוטונומיה של הנמען. אחד מהיבטי האוטונומיה בהקשר זה הוא פוטנציאל הפגיעה

בעשירות, מכיוון שההשקעה המיטבית במניעת נזק נמוכה יותר בשכונות עניות; והמזכר של קרן המטבע הבין־לאומית המציע לרכז פסולת באפריקה. ראו Alon Harel, *Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative* 82 CAL. L. REV. 1181, 1209 (1994); Richard A. Posner, *An Economic Theory of Fault the Criminal Law*, 85.COLUM. L. REV. 1193, 1199 (1985); Richard A. Posner, *Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW 99, 110 (David G. Owen ed., 1995); Fred Pearce, *Why It's Cheaper to Poison the Poor*, THE NEW SCIENTIST (Feb. 1, 1992), <https://www.newscientist.com/article/mg13318060-500-why-its-cheaper-to-poison-the-poor>

6 ראו, לדוגמה, את טיעוניו של פורת כי ראוי שזנק חלופי שנמנע או טובות־הנאה שהועברו לצדדים שלישיים יפחיתו את היקף חבותו של הנתבע לתובע בנוזיקין. Ariel Porat & Eric Posner, *Offsetting Benefits*, 100 VA. L. REV. 1165, 1201 (2014); Ariel Porat, *Offsetting Risks*, 106 MICH. L. REV. 243 (2007)

7 דוגמה בולטת מכתבתו של פורת היא רעיון הנזק העצמי שראוי שיוכא בחשבון בחישוב העלות האפקטיבית של מניעת נזק לאחרים. Robert Cooter & Ariel Porat, *Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others? Law and Economics in Conflict*, 29 J. LEGAL STUD. 19 (2000)

8 ליאור סטרכילביץ' ואריאל פורת "פרסונליזציה של כללי ברת־מחדל וחובות גילוי באמצעות נתוני־עֵתָק (Big Data)" בחוברת זו.

9 Bengt Turner & Stephen Malpezzi, *A Review of Empirical Evidence on the Costs and Benefits of Rent Control*, 10 SWEDISH ECON. POL'Y REV. 11 (2003)

בפרטיות – נקודה אשר נדונה בהרחבה בתגובתו של פרופ' בירנהק.¹⁰ פרק ג יעסוק בקשיים אלה. רביעית, אימוץ הצעתם של המחברים יעורר מתח עם כמה כללים משפטיים הנהוגים בשיטת המשפט הישראלית. בפרק ד אבחן לפיכך את השפעות-הרוחב של אימוץ זה, ובשולי הדברים אעורר גם ספק אם גישת המחברים מתיישבת במלואה עם טענותיו של פורת בכתביה אחרת. ניתן לקרוא דיון זה כחלק מביקורת על ההיבט המוניסטי והאימפריאליסטי של הפרדיגמה או כביקורת הטענה התיאורית של הניתוח הכלכלי כי שיקול היעילות מתבטא במשפט הישראלי בכל אתר ואתר (ואציין כי המחברים אינם מקדמים טענה תיאורית זו במאמרם). בפרק האחרון אסכם.

א. הנחות בעייתיות וטענות סותרות

בפרק זה אבחין בין שתי טענות. הראשונה היא שכמה מהנחות המחברים לגבי העדפותיהם של נמעני המשפט, לגבי האופן שבו תיושם הצעתם וכדבר אופני התגובה של נמעני המשפט על הכלל המוצע הן בעייתיות, ואינן נתמכות במידה מספקת בראיות משכנעות. הטענה השנייה היא שבמהלך המאמר מצוינות כמה הנחות או טענות שאינן מתיישבות זו עם זו. התוצאה היא שההנחה המרכזית המקודמת על-ידי המחברים – דהיינו, שאימוץ ההצעה ישים יוביל לתוצאות חיוביות משמעותיות, כמעט ללא תוצאות שליליות – אינה מבוססת.

1. הנחות בעייתיות

ביקורת ההנחות הבעייתיות שתוצג להלן היא יישום של ביקורת כללית על מתודולוגיית הניתוח הכלכלי: מידול פורמלי כרוך בהנחות מפשטות המגבילות את ישימותו של המודל בחיי המעשה, ואילו ניתוח שאינו מבוסס על מידול נוטה לעיתים להסתמך על אינטואיציות שניתן להתווכח על נכונותן ולהעמיד מולן אינטואיציות נוגדות סבירות באותה מידה.¹¹

10 מיכאל בירנהק "פרטיות מותאמת אישית" בחוברת זו.

11 מגבלות זמן ומקום אינן מאפשרות לי לנתח הנחות נוספות, מעבר לאלה המבוררות בטקסט, המבוססות על אינטואיציות שניתן לחלוק על נכונותן. דוגמאות רלוונטיות כוללות את ההנחה של סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, בה"ש 5, שהעדפותיהם של כותבי צוואה אינן שונות מהעדפותיהם של אלה שאינם כותבים צוואות (שהרי אם כך, מדוע כותבי הצוואות טורחים לסטות מכלל בררת-המחדל?); את ההנחה (שם, אחרי ה"ש 24, מתחת לדוגמה 1) שניתן לזהות בנקל צרכנים הרתוקים לכיסא-גלגלים כאנשים עם מוגבלות פיזית (אשר אינה נכונה ברכישות מקוונות, שנעשות תדירות יותר ויותר); את ההנחה (שם, ליד ה"ש 57) שלרוכשי המידע האישי יש זכות קניינית לגביו (מבחינה נורמטיבית זוהי הנחת המבוקש, שהרי לזו השאלה הוא מי אמור לשלוט בזרימת המידע האישי, ומבחינה תיאורית ספק אם הנחת הבעלות של רוכש המידע מתיישבת עם דיני הגנת המידע האישי הנהוגים באירופה ובישראל – ראו בהקשר זה את תגובתו של בירנהק, לעיל ה"ש 10); את ההנחה (שם, אחרי ה"ש 99) שמעבך לכללים אישיים יגביר את הוודאות (אם צרכנים אינם קוראים בררות-מחדל, מדוע שיקראו בררות-מחדל אישיות? ואם הם אינם קוראים בכל מקרה, האם ודאות היא שיקול רלוונטי?); ואת ההנחה (שם, ליד ה"ש 114) שאמות-מידה דמוגרפיות כשלעצמן אינן מעוררות התנגדות (הן עלולות להוביל לתוצאה חלוקתית בעייתית וליצור "הסללה" הפוגעת באוטונומיה, כפי

לדוגמה, כמענה לחשש שהגדלת פערי המידע בין הצדדים תגדיל את שיעור הערך העודף המועבר לידי הסוחרים, המחברים מציינים כי הצעתם תחריף בעיה זו בשוליים בלבד, מכיוון שכבר עתה יש לסוחרים מידע רב על צרכנים, והם עושים בו שימוש לתועלתם. מעבר למה שהיה שמוא, אם זה אכן המצב, הפתרון הרצוי אמור להפחית את סחירות המידע האישי במקום להגבירה, ניתן לתהות מה הבסיס לסברה שיתרונות הפרסונליזציה משמעותיים בעוד חסרונותיה הם בשוליים בלבד. ממה נפשך, אם הסוחרים כבר מכירים את הצרכנים בדרכים אחרות (איך?), אזי כיצד התועלת מגישה למידע נוסף תהיה משמעותית? לעומת זאת, אם מידע אישי והפרופיל הנוצר בעקבותיו מרחיבים במידה משמעותית את מה שהסוחר יודע על הצרכן, ממילא בעיית חוסר הסימטריה של המידע – על השלכותיה הבעייתיות מבחינת הפרטיות, האוטונומיה ויכולת הסוחרים להגדיל את חלקם בערך העודף מהחווה – מוחמרת במידה משמעותית גם היא, ואינה זניחה.

חולשה מתודולוגית נוספת במאמר מתבטאת בפער בין הדיון ההיפותטי התיאורטי לבין ישימות הרעיון לנוכח הנתונים האמפיריים (פער המשקף את חולשת האינטואיציות בהעדר מידול). לדוגמה, בדיון על העדפות מתקבעות, בדוגמה של שינוי שם המשפחה לאחר נישואים, המחברים מסייגים את הודאתם שאימוץ כלל כזה אינו ראוי בקובעם כי הסתמכות על פרסונליזציה עדינה בהקשר זה היא ראויה מבחינה נורמטיבית. אולם בעוד שבדוגמה ההיפותטית שהם נותנים יש פער עצום בהעדפה להחלפת שם בין סטריאוטיפ השמרנית (98%) לבין סטריאוטיפ הליברלית (7%),¹² הנתונים האמיתיים שהם מציגים במאמרם הם ש-90% מכלל הנשים בארצות-הברית שינו את שמן, בעוד "רק" 80% מבוגרות הרווארד ו-71% מהנשים הניו-יורקיות ששמותיהן הופיעו במודעות נישואים עשו זאת.¹³ איזו נישואים מעשית נותרת להפעלת כלל פרסונליזציה עדין אם רובן המכריע של הנשים הליברליות משנות אף הן את שמן?¹⁴

שאפרט בשני הפרקים הבאים). נוסף על כך, הנחות אחדות קשורות בקשר בל יינתק לניתוח חלוקתי, ולכן ארון בהן בפרק הבא, ולא כאן. הנחות (לעיתים משתמעות) אלה הן שעלויות ההסתמכות על מידע אישי ועל מבחני ניבוי האישיות – לרבות הפגיעה בפרטיות, באוטונומיה ובצדק החלוקתי – אינן מוציאות את שכר המהלך בהפסדו, ושאי-אפשר להשיג את יתרונות ההתאמה האישית של כללי בררת-המחדל והיקף חובת הגילוי בדרך חלופית שפגיעתה תהא פחותה.

12 שם, אחרי ה"ש 113.

13 שם, ליד ה"ש 112.

14 מעבר לכך, איני משוכנע שכוונון עדין, אפילו על בסיס המספרים בדוגמה ההיפותטית של המחברים, מצדיק את המסקנה שכללי בררת-מחדל שונים הם מוצדקים מבחינה נורמטיבית. הבעיה שעליה עומד סנסטין Cass R. Sunstein, *Deciding by Default*, 162 U. PA. L. REV. (2013), של ההעדפות המתקבעות והקושי האקספרסיבי בעיצוב כלל בררת-מחדל התואם אותן, נותרת בעינה (ואולי אף מוחרפת על-ידי הגברת הקיטוב, ואולי גם ההסללה) תחת כלל בררת-מחדל המשנה את שמן של נשים שמרניות בלבד. במילים אחרות, יש לבחון אם המשמעות החברתית של שינוי השם או אי-שינוי השם משתנה – ואם כן, כיצד – תחת כלל "מסליל" שלפיו נשים ממעמדות וממוצאים שונים כפופות לכללי בררת-מחדל שונים. למשל, האם העדפתן של הנשים השמרניות להחליף את שמן לא תגבר ביתר שאת (בהשוואה לכלל

ההנחה המרכזית שניתן לחלוק עליה, ואשר ערעורה עלול למוטט את תזת המחברים, היא שיכולת הניבוי של אלגוריתמים טובה מספיק, כך שהסתמכות עליה תוביל לכללי בררת־מחדל מותאמים אישית אשר עדיפים על בררת־המחדל הכללית. יכולת הניבוי של אלגוריתמים אכן מרשימה, והמחברים מביאים דוגמאות לרוב לתמוך בכך. עם זאת, יכולת הניבוי מוגבלת, ומעבר לשאלות חלוקתיות – שיידונו בפרק הבא – בנוגע לניבוי תלוי־סטריאוטיפים הפוגע בקבוצות מוחלשות, יש סיבות טובות לפקפק בתבונתה של ההסתמכות על יכולת זו לצורכי החלטה אילו כללי בררת־מחדל להחיל ומה יהיה היקפה של חובת הגילוי.¹⁵

חולשת האלגוריתמים ניכרת בהקשר הדומה של זיהוי (להבדיל מניבוי) של פריטים רלוונטיים לצורך סינון תוכן פוגעני, וידועים המקרים שבהם הוסר תוכן שבבירור לא היה צריך להיות מוסר, כגון תמונה של עוגת פסחא שהוסרה מאינסטגרם – ככל הנראה על־ידי אלגוריתם – בשל דמיון (קלוש!) בין הקישוט לבין פטמות.¹⁶ ההקשרים של זיהוי וניבוי הם דומים מכיוון שבשני המקרים יש צורך בהפעלת שיקול־דעת על־מנת להכריע אם ראוי ליישם את הכלל בנסיבות הקונקרטיות: אם קישוט הוא עירום המחייב הסרה, ואם היסטוריית אשראי היא מנבא טוב של אי־נטילת תרופות לאורך זמן. לבי־ליבו של המהלך שהמחברים מציעים מסתמך על יכולתם של האלגוריתמים ליישם את הכלל לנסיבות הקונקרטיות. בכל הנוגע בניבוי, השאלה היא אם התנהגות קודמת בהקשרים א, ב ו־ג אשר מנבאת באופן סטטיסטי כי דינה תעדיף את כלל 1 על כלל 2 אכן תשקף את העדפתה האמיתית. ברם, קוצר־ידם של האלגוריתמים ביישום הכלל לנסיבות הקונקרטיות עומד בלב ביקורתם של מומחי משפט, טכנולוגיה וסייבר – בהקשר של זיהוי – על הישימות והרצייות של הטלת חובות ניטור וסינון על מִסְדוֹת (פלטפורמות) וספקי תוכן אחרים.¹⁷ בהקשר זה ניתן לתהות, לדוגמה, אם אין חשש שחוקר תנועות ימין קיצוניות, הנכנס לצורך מחקרו באופן תדיר לאתריהן, יסווג בטעות כתומך באידיאולוגיה שלהן, עם כל ההשלכות של סיווג כזה על ניבוי אישיותו, טעמיו ואולי אף גזעו, ועל כללי בררת־המחדל שיוחלו עליו. המחברים אינם דנים

בררת־מחדל אחיד, בעייתי כשלעצמו, שלפיו כל אישה משנה את שמה לאחר נישואיה) אם היא משתייכת לקבוצה אשר "אמורה" לשנות את שמה? האם תחת כלל אישי המשנה את שם נעוריה היא לא תיחשף ללחצים כבדים יותר מצד סביבתה לציית לכלל זה, אף אם היא חפצה לשמור על שם נעוריה? והאם כלל אישי לא יגביר את תחושת הקיטוב בין נשים ליברליות לנשים שמרניות? האם אין עלות חברתית בעצם תיוגן של הנשים כשמרניות או כליברליות על־ידי כלל בררת־מחדל מנהלי, ובביסוסה של תווית זו על נתונים דמוגרפיים בחלקם?
ראו את המקורות המצוטטים אצל בירנהק, לעיל ה"ש 10, בה"ש 22–25.

15 Daisy Dumas, *Facebook Censorship: Which Images Passed (and Failed) the Nudity Test?*, LIFE HACKER (May 12, 2016), <https://www.lifehacker.com.au/2016/05/facebook-censorship-which-images-passed-and-failed-the-nudity-test/>

16 ראו, לדוגמה, Daphne Keller, *Problems with Filters in the European Commission's Platforms Proposal*, CIS BLOG (Oct. 5, 2017), cyberlaw.stanford.edu/blog/2017/10/problems-filters-european-commissions-platforms-proposal. אציין כי איני מחויב לעמדה שקשיים אלה מהווים סיבה משכנעת להימנעות מהטלת חובות סינון בהקשרים מסוימים. אך מכיוון שמדובר בשאלה של איזון, ניתן להטיל ספק אם בהקשר של קביעת כללי בררת־מחדל ההסתמכות על אלגוריתמים כאלה היא ראויה, לנוכח העלויות (במובן הרחב) של טעות בניבוי.

די במגבלות אלה. יתר על כן, כאשר הם דנים בהשלמה אוטומטית על-ידי מנועי חיפוש, חוסר ההבחנה שלהם בין השלמה המבוססת על חיפושים פופולריים של אנשים אחרים לבין השלמה המבוססת על היסטוריית החיפוש של אותו משתמש¹⁸ (אשר בהכרח מוגבלת, דרך אגב, למשתמש על אותו מכשיר/כתובת IP) מעורר חשש שהמחברים מקילים ראש בספקות לגבי טיב הניבוי של אלגוריתמים, שהוא תנאי הכרחי לרציות הצעתם. כפי שציין בירנהק בתגובתו, גם ההנחה שאי-אפשר להפיק את הכלל המותאם אישית על-ידי שימוש בסדרת שאלות קצרה עובר להתקשרות במקום להתבסס על נתוני-עֵתָק (big data) – ובכך לחסוך את בעיית נכונות הניבוי וקשיים אחרים – מוטלת בספק.¹⁹

ההנחה בדבר יכולת הניבוי מוקשה במיוחד ככל שהחזוי מבוסס על העדפות ותחומי התנהגות בתחומים רחוקים מהתחום המוסדר על-ידי כלל בררת-המחדל. המחברים מציינים, לדוגמה, כי תכונות ומאפיינים בסיסיים של אדם בוגר אינם משתנים בנקל, וכי לחלקם לפחות יש בסיס גנטי.²⁰ עם זאת, רובם המכריע של המחקרים המנסים לקשר בין תכונות שונות לבין רכיב גנטי – וחשוב מכך לענייננו, בין תכונות מסוימות לבין היכולת לנבא תכונות או עמדות אחרות – מראים כי המתאמים, אף שהם מהימנים סטטיסטית, הם מתונים בלבד.²¹ פשיטא שנטילת מולטי-וייטימינים על-ידי נשים בגיל הפריור היא אינדיקציה להיריון, אולם ברור הרבה פחות אם אופן קבלת ההחלטות בעניינים כספיים מנבא היטב את היקף המידע שהחולה רוצה לקבל בנוגע לסיכונים מטיפול רפואי.²² ההיתר להסתמך על הניבוי לשם קביעת כללים אישיים בעייתי מבחינה חלוקתית ומבחינת כיבוד האוטונומיה, כפי שאפרט להלן, אולם במובחן מבעיות אלה, ככל שהניבוי מדויק פחות, הרעיון להסתמך עליו לצורך גזירת כללי בררת-מחדל אישיים נהיה אטרקטיבי פחות.

המחברים מניחים שצרכנים מודעים באופן כללי לתכונותיהם, ומכאן שהם יוכלו לדעת מה הכללים שיחולו עליהם (ובמשתמע, שהם ייהנו מכלל המיטיב עימם).²³ גם הנחה זו מוטלת בספק – הן בשל הטיות קוגניטיביות המפחיתות מודעות עצמית (כגון הטיה לטובת

-
- 18 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, לפני ה"ש 41.
- 19 בירנהק, לעיל ה"ש 10, בפסקה האחרונה של תת-פרק ג2. הקשיים האחרים לצד בעיית נכונות הניבוי כוללים הסללה (פגיעה באוטונומיה), פגיעה בפרטיות ופגיעה בצדק החלוקתי כתוצאה מהתבססות על הניבוי. ראו דיון להלן.
- 20 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, ליד ה"ש 122-123.
- 21 ראו JOHN R. HIBBING, KEVIN B. SMITH & JOHN R. ALFORD, PREDISPOSED: LIBERALS, CONSERVATIVES, AND THE BIOLOGY OF POLITICAL DIFFERENCES 18 (2014), המציינים כדוגמה כי המתאם בין שמרנות למצפוניות הוא 0.2 בלבד. סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 13, מזכירים מחקר המקשר בין שמרנות למצפוניות מבלי לתת את הדעת למתאם הנמוך בין שתי התכונות (המובוהר במחקר המצוטט לעיל), אשר מגביל במידה משמעותית את דיוק הניבוי. חולשתו של תוצא הניבוי מודגמת גם בסטטיסטיקה המובאת אצלם ליד ה"ש 114 לגבי שינוי שם המשפחה לאחר נישואים, שלפיו גם בקרב נשים ליברליות בארצות-הברית נמצא רוב מובהק שמשנות את שמן.
- 22 ראו דיון להלן בפרק ב, ליד ה"ש 55 ואילך, על בעייתיות ההסתמכות על היסטוריית אשראי לשם ניבוי התנהגות עתידית.
- 23 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, בתחילת חלק ב2(א).

העצמי)²⁴ והן בשל בורות רציונלית שבעטייה הם יימנעו מלכרר מהם הכללים האישיים החלים עליהם, ומלשנותם במקרה שהם אינם מתאימים. בהקשר זה אציין כי המחברים מניחים שהצרכנים יוכלו לראות בקלות את הפרופיל האחור שלהם,²⁵ אולם מאותן סיבות שצרכנים אינם קוראים חוזים אחידים, ומעטים בלבד מממשים את זכותם לראות את המידע האישי שנאסף עליהם, יש להניח שרק מעטים יבדקו את הפרופיל האישי שיש להם בסיוע נוצר הכלל האישי, ואת הכללים האישיים החלים עליהם.

זאת ועוד, פרסונליזציה של כללים משפטיים מחייבת את הצרכן להישאר עם הכלל הדביק (אשר בשל קשיי הניכוי עשוי לא להתאים) או לפעול על-ימנת לשנות את הפרופיל או את הכלל האישי. המחברים מציינים חלק מהעלויות הכרוכות בפעולת השינוי, אולם אינם מזכירים עלות נוספת, והיא הצורך להתעמת עם הפרופיל האישי, שאולי אינו מחמיא, ועם הידיעה שפרופיל זה ידוע לאחרים (או למצער הכללים האישיים ידועים לאחרים, וסביר שניתן להגיע לפרופיל בדרך של הנדוס חוזר מהכללים). התשובה הגורסת כי אין כלל בררת-מחדל שיהיה רצוי לכולם²⁶ אינה ממין העניין כאן. מדובר בעלות קונקרטי של יצירת כללים שונים לאנשים שונים – עלות המיון (sorting) או ההסללה, אם תרצו. זוהי עלות במישור הסמלי, הכוללת היבטים פסיכולוגיים והיבטים חברתיים כאחד. עלות זו נובעת מעצם ההקבצה של צרכנים שונים לקבוצות שונות, ויש לה היבט של פגיעה באוטונומיה בשל חשיפת הצרכן למידע שהוא היה מעדיף להימנע מלדעת. בשנים האחרונות הזכות לא לדעת זוכה בדיון נרחב באתיקה רפואית ומשפט רפואי, בעיקר בהקשר של חובות הגילוי בנושא הגנטי.²⁷ מן הראוי לבחון אם שיקולים אלה, התומכים בזכות לא לדעת, רלוונטיים גם לסוגיית הכללים האחידים והפרופיל האישי המונח ביסודם. אשוב לנקודה זו בדיון בנושא האוטונומיה בפרק ג.

גם הדוגמה של חובת הגילוי בהקשר הרפואי מבוססת על הנחות שרירותיות-משהו.²⁸ כלל לא ברור מדוע עלות הגילוי המשוערת (המתבטאת בתסמינים פסיכוסומטיים ובגידול בטעויות הקוגניטיביות) עולה על יתרונות הגילוי במקרה שבו הסיכון שתופעת-הלוואי תתממש נמוך אך אינה עולה על יתרונות הגילוי במקרה שבו הסיכון גבוה.²⁹ אבהיר. בהעדר אמת-מידה מהימנה למדידה של יתרונות הגילוי וחסרונותיו ולהשוואה ביניהם, המסקנה שעלות הגילוי במקרי הסיכון הנמוך עולה על יתרונותיו היא שרירותית, להבדיל מהמסקנה הטאוטולוגית שעלות הגילוי במקרי הסיכון הנמוך נמוכה יותר מאשר במקרי הסיכון הגבוה. מה שנדרש להראות הוא שבהשוואה ליתרונות הגילוי, העלויות גדולות יותר במקרה הראשון, אך לא בשני. הדוגמה שהמחברים מציינים מניחה שזה המצב מבלי לשלול את האפשרות שיתרונות הגילוי עולים על עלותו אפילו במקרי הסיכון הנמוך, ולכן ההנחה שרירותית. נוסף על

David M. Messick & Keith P. Sents, *Fairness and Preference*, 15 J. Exp. Soc. Psychol. 24
418 (1979).

25 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, ליד ה"ש 87.

26 שם, ליד ה"ש 101.

27 ראו, לדוגמה, Graeme Laurie, *Recognizing the Right Not to Know: Conceptual, Professional, and Legal Implications*, 42 J. L. Med. & Ethics 53 (2014).

28 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, חלק 2(ב).

29 הדוגמה מעוררת גם קשיים נורמטיביים ואנליטיים רציניים, שידונו להלן בפרקים ב-ד.

כך, הדוגמה מתעלמת מכך שדפוס של הימנעות מנטילת תרופה חושף את החולה לסיכון מוגבר מהמחלה עצמה, ומצריך לכן דפוס פעולה שונה מצד הרופא/ה מעבר להימנעות מגילוי המידע או במקומה. במקום אחר המחברים מצדיקים את תמיכתם בהתאמה אישית של מידע בצורך למנוע הצפת מידע, המצדיק הימנעות מאזהרה על סיכונים לנשים הרות הגלומים בתרופה הנרכשת על-ידי גבר.³⁰ אולם מה יהא על חברתו ההרה של רוכש התרופה החפצה להשתמש בה? במצב הדברים הנוכחי, אם היא תעיין באזהרה האחרת, היא תדע על הסיכון בהריון. לעומת זאת, אם היא תקרא את האזהרה המותאמת אישית לחבר שלה, היא לא תדע על הסיכון הנשקף לה, והיא עלולה ליטול את התרופה. ניתן לשער שהתשובה תהיה שהחברה ההרה תדע כי היא אינה יכולה להסתמך על האזהרה שקיבל החבר שלה תחת משטר המאמץ חובות גילוי מותאמות אישית. אולם תשובה זו מניחה הרבה – ובאופן בלתי-מבוסס – על ידיעתם של נמעני המשפט בדבר תוכנו של המשפט, ובכל מקרה חושפת עלות של אימוץ כללים אישיים שהמחברים אינם ערים לה (איי-כולתם של צדדים שלישיים להסתמך על אזהרה כללית למוצר).

2. טענות סותרות

בעיה מתודולוגית נוספת היא חוסר עקיבות בטיעון, בעיקר על-ידי הנחת הנחות סותרות במקומות שונים במאמר. אם המחברים מודים, כאשר הם דנים בדוגמת המוגבלות הפיזית, כי מתקשר חווי אינו שש להעביר לסוחר מידע פרטי ורגיש, אזי מדוע שימוש בנתוני-עתק החושף עובדה זו בדיוק (על-מנת לשנות את כלל בררת-המחדל לגבי מקום מסירת הממכר) מוצדק?³¹ כאשר הם דנים בשפנייניסיון, המחברים מציינים כי "רק בחירות של שפנייניסיון שנעשו לפני מועד כריתת החוזה המסוים אשר כללי בררת-המחדל האישיים מותאמים לו יובאו בחשבון".³² הרציונל לכך אינו מחוור, אולם נראה לי שהוא חייב להתבסס על כך שבחירות מאוחרות אינן משקפות נכונה את הפרופיל של הצרכן ולכן יש להתעלם מהן. אלא שרציונל זה אינו מתיישב עם טענתם במקום אחר כי "העדפות של צרכנים לכללי בררת-מחדל אינן משתנות בתדירות גבוהה כל-כך, ממש כשם שתכונות ומאפיינים בסיסיים של אדם בוגר אינם משתנים בנקל".³³ יתר על כן, ההנחה שבחירות האדם משתנות חותרת תחת ההנחה שנתוני-עתק ומבחני אישיות יכולים לנבא העדפות (והתנהגות) בעתיד, ובכך שומטת את ההצדקה שמאחורי ההסתמכות על נתונים אלה לצורך עיצוב כללים אישיים. לא ברורה גם עמדת המחברים לגבי השאלה אם ראוי ליצור כלל בררת-מחדל אישי המתנה על התאמת המושכר למגורים. במקום אחד נראה שהם תומכים בכלל כזה,³⁴ אך

30 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, פרק ד, בפסקה שאחרי ה"ש 127.

31 שם, פסקה שלישית מסוף פרק א ובפסקה השנייה בחלק ב(א).

32 שם, ליד ה"ש 85.

33 שם, ליד ה"ש 122. לעומת זאת, אם הרציונל הוא מניעת התנהגות אסטרטגית, אזי הטענה כאן אינה סותרת את טענת ההעדפות הקבועות. ברם, כפי שהמחברים מציינים (בפסקה שלאחר ה"ש 94), התנהגות אסטרטגית לאורך זמן אינה סבירה, ולכן הרציונל של מניעתה אינו יכול לתמוך בהחלטה להתחשב רק בבחירות הקודמות לחוזה.

34 שם, בחלק ב(ג).

מאוחר יותר הם סבורים שיש מקום לאמץ כלל אחיד.³⁵ דוגמה נוספת ל"נסיגה טקטית לאחור" היא הצעתם (החלופית?) להחיל משטר של כללים מותאמים אישית רק על אלה שהסכימו לכך. גרסה זו משככת את רוב החששות מפני אימוץ ההצעה, אך עושה זאת במחיר הקטנה משמעותית של תחום התפרשות הכלל, ולכן גם של חשיבות ההצעה. גם חובת הגילוי המוצעת לגבי עצם ההסתמכות על נתוני־עתק לשם קביעת היקף הגילוי המהותי המותאם אישית בהקשר הרפואי חותרת תחת ישימות ההתאמה האישית של חובת הגילוי.³⁶ לדוגמה, אם הסיבה להימנעות מגילוי מסוים היא מניעת חרדות מהיפוכונדר, אזי ציון המאפיינים האישיותיים עצמם (בוודאי אם מתלווה אליו הודאה מפורשת שמאפיינים אלה יפחיתו את כמות המידע הנמסר, אך בסבירות גבוהה גם ללא הודאה כזו) יגרום לחרדה או יוביל לדרישה לגילוי מידע נוסף, ובכך יחתור תחת המטרה שמאחורי ההימנעות מגילוי המידע. נוסף על כך, עצם חובת גילוי כזו מסדר שני מכפיפה את החולה למידע לגבי עצמו (אישיותו), שהוא היה מעדיף אולי לא לדעת, ולכן מעוררת את שאלת הזכות לא לדעת שהוזכרה לעיל. לבסוף, מתח סמוי יותר נוגע במידה שבה המחברים מסתמכים על הנחת רציונליות ניאוקלסית או לחלופין על ממצאים של הפסיכולוגיה הקוגניטיבית – למשל, שכללי בררת־מחדל הם דביקים.³⁷ הנחת הרציונליות מתעלמת ככלל מהטיות קוגניטיביות, ומניחה כי כללי בררת־מחדל שאינם רצויים יהיו מטריד ויניעו את הצדדים לנהל משא־ומתן בנוגע להתנאה עליהם.³⁸ ההנחה המשתמעת היא שכללי בררת־מחדל אינם מעצבים כשלעצמם את ההעדפות של נמעניהם, החיצוניות להם. ברם, הכרה בהטיות קוגניטיביות (למשל, בשל תוצא ההקניה – endowment effect) חותרת תחת ההנחה שהעדפות הצדדים לחוזה אנדוגניות, כלומר, שהן אינן מושפעות מכלל בררת־מחדל הכללי עצמו ולכן מצדיקות אימוץ כלל בררת־מחדל אישי. אכן, הדיון המאוחר בכללי בררת־מחדל ערכיים ובהעדפות מתקבעות מניח, לפחות באופן חלקי, שעצם הבחירה בכלל משפטי עשויה לשנות את העדפות הנמענים.

ב. תוצאותיה החלוקתיות של פרסונליזציה

הצעת המחברים מתבססת על הנחת־היסוד של ניתוח כלכלי של כללי בררת־מחדל, שלפיה אם הרווח מהעסקה יגדל, שני הצדדים, לרבות הצרכן, ירוויחו מכך.³⁹ על־פי הנחה זו, מכיוון שכללים מותאמים אישית מגבירים את הרווח הכולל מהעסקה, הם יגבירו את רווחתם של שני הצדדים. הנחה זו שנויה־משהו במחלוקת וטעונה עידון. הצד האחר של המטבע בדיון זה הוא ההנחה (שהמחברים אינם מתייחסים אליה במפורש במאמרם) שאי־אפשר להשיג מטרות חלוקתיות בדיני חוזים בשל היכולת לתמחר את עלות הכלל, שלכאורה מונעת תוצא חלוקתי. שתי ההנחות בעייתיות, ומסיבות דומות. ראשית, היכולת לתמחר את כלל בררת־מחדל, ובכך להשפיע על אופן חלוקת הרווח בין הצדדים, תלויה בגמישות

35 שם, ליד ה"ש 103 ואילך.

36 שם, בפסקה האחרונה בחלק ב(ב).

37 שם, ליד ה"ש 11.

38 שם, אחרי ה"ש 20.

39 שם, ליד ה"ש 21.

של עקומות הביקוש וההיצע⁴⁰ ובהעדר כשלים קוגניטיביים. אולם ממצאי הפסיכולוגיה הקוגניטיבית ברבר תוצא ההקניה מלמדים שעצם ההקצאה של זכות באמצעות כלל של בררת-מחדל מגדילה את שווייה בעיני מקבל הזכות, ובכך מאפשרת תוצאה חלוקתית אפילו אם הצדדים יתנו על הכלל או יתמחרו אותו.⁴¹

שנית, ניתוחי תיאוריה כלכלית שנעשו על-ידי ריצ'רד קרסוול, דנקן קנדי ואחרים מציעים כי חלק מנמעני הכלל המגן יפסידו ממנו וחלק ירוויחו ממנו.⁴² כך, לדוגמה, שכר-מינימום ישפר את מצבם של אלה שלא יאבדו את עבודתם וירוויחו כעת יותר, וירע את מצבם של אלה שיאבדו את עבודתם בשל העדר נכונות או העדר יכולת של מעסיקים לשלם את שכר-המינימום. אין סיבה אפרוירית להניח שכלל יעיל ייטיב בהכרח עם הצרכנים. נקודה זו חשובה במיוחד בשל בעיית פערי המידע, ונראה שהצעתם של המחברים, המתבססת על נגישותם של נתוני-העתק לסוחרים, רק תרחיב את פערי המידע ותאפשר – כפי שהמחברים עצמם מציינים (ומתייחסים לתוצאה זו כלא-בעייתית) – הפליית מחירים.⁴³ אולם הפליית מחירים היא תוצאה חשובה מבחינה חלוקתית, שכן היא קשורה ליכולת לשלם ובכך עלולה להדיר צרכנים עניים או להכביד עליהם ביתר, וכן מכיוון שהיא עלולה להתבסס על סטריאוטיפים. חשוב לנקודה חשובה זו בקרוב.

שלישית, תמחור אינו מונע השגת מטרה חלוקתית של שיפור מצבו של צד חלש, להבדיל משיפור מצבו על-חשבון הצד האחר להתקשרות, כל עוד העלות לצד המתמחר נמוכה מהתועלת לצד המקבל. נוסף על כך, כאשר קבוצת המרוויחים הפוטנציאליים מהכלל היא הטרוגנית, ייתכן שחלק יעריכו את ההטבה כגבוהה מעלותה ואילו חלק יעריכו כנמוכה מעלותה. אם חברי הקבוצה הראשונה הם מוחלשים, תושג תוצאה פרוגרסיבית של חלוקה מחדש, לפחות בהיבט התוך-קבוצתי (להבדיל מההיבט הבין-קבוצתי).⁴⁴

אפנה כעת לבחינה חלוקתית של אימוץ כללי בררת-מחדל אישיים. בראשית הדברים מן הראוי לציין כי לאימוץ כללי בררת-מחדל אישיים יש פוטנציאל פרוגרסיבי דווקא. מבחינה מסוימת, אפוא, החמיצו המחברים טיעון המחזק את טענתם המרכזית. טיעונם מבוסס על אינטואיציה לגבי הפוטנציאל הפרוגרסיבי של אימוץ כללים מותאמים אישית, אולם אינטואיציה זו לא פותחה ולא נתמכה בספרות הענפה הקיימת. בדונם בשימוש במאפייני המגדר והגזע, הם מציינים כי "בדרך-כלל הפרט היה רוצה כנראה שיעשה שימוש באמות-מידה אלה, כל עוד יש להן כוח ניבוי טוב באשר להעדפותיו, וכך אף באשר לכללי בררת-

Bruce Ackerman, *Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: Of Housing* 40

Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy, 80 YALE L.J. 1093 (1971);

Richard Craswell, *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in*

Buyer-Seller Relationships, 43 STAN. L. REV. 361 (1991); 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. 563, 611–13 (1982)

.TSACHI KEREN-PAZ, TORTS, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE 63 (2007) 41

ראו Craswell, לעיל ה"ש 41; Kennedy, לעיל ה"ש 41, בעמ' 619. 42

סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, סביב ה"ש 91. 43

כשלי שוק (כגון מידע חלקי) עשויים להצריך אסדרה כדי להשיג את התוצאה הרצויה. ראו 44

Craswell, לעיל ה"ש 41.

המחדל המתאימים לו".⁴⁵ אכן, חוקרות ביקורתיות של המשפט מבתי-המדרש של הפמיניזם וביקורת המשפט הגזעית, כגון לזלי בנדר, מרתה שמלס ואחרות (ואחרים), מדגישות את ההטיות האפיסטמיות והאתיות של המשפט, המעצב כללים בראותו לנגד עיניו גבר לבן ופריווילגי ובכך מדיר את נסיון החיים, ההעדפות והאתיקה של חברי קבוצות מוחלשות.⁴⁶ במובן זה, אימוץ כללי ברת-מחדל אישיים המשקפים את ההעדפותיהם ונסיון החיים של נמענים לא-הגמוניים הוא צעד ראשון, אם כי חלקי בלבד, בכיוון הנכון של שבירת ההגמוניה. עם זאת, בשל העובדה שכללים משפטיים מחלקים טובין שונים, בחלקם חומריים ובחלקם סמליים, ולנוכח פערי הכוחות בין צרכנים לעוסקים וכן פוטנציאל ההפליה שכללים שונים יוצרים, יש מקום לחשש שאימוץ הצעתם של המחברים יוביל לתוצאות חלוקתיות בלתי-רציונות. סטרכילביץ' ופורת מודעים לחשש זה ומתייחסים אליו במסגרת דיונם בביקורת אפשריות שונות – בדבר ניצול לרעה על-ידי סוחרים, כללי ברת-מחדל ערכיים, ההעדפות מתקבעות וסבסוד צולב – אולם נראה כי הם סבורים שאין בכוחו להכריע את הכף נגד פרסונליזציה. בשורות הבאות אנסה להראות כי הפוטנציאל הרגרסיבי של הצעתם גדול מכפי שהם סבורים, וכי דוגמאות אחדות במאמר מעוררות קשיים חלוקתיים שהם אינם ערים להם ככל הנראה.

ראשית, שימוש בנתוני-עתק מחריף את פערי המידע בין סוחרים לצרכנים, ובכך מאפשר לראשונים לחלק גדול יותר מהערך העודף שהעסקה יוצרת, וכפי שמציינים המחברים – להגביר הפליית מחירים. בתנאים כמו בישראל, שבה השוק אינו תחרותי והצרכנים אינם מיוודעים,⁴⁷ ולכן יוקר המחיה גבוה מלכתחילה, פרסונליזציה עלולה להוות חרבי-פיות לצרכנים. ספק בעיניי גם אם ההצעה שצרכנים יוכלו לברר מהם כללי ברת-המחדל החלים על החוזים שלהם "באמצעות גורמים מתווכים, שיספקו מידע זה בעלויות נמוכות"⁴⁸ משיגה איוון צרכני ראוי. מלכתחילה ההנחה שמידע אישי הוא קניינם של מעבדי המידע ורוכשיו, ולא של מושאי המידע, נתונה במחלוקת.⁴⁹ הרעיון שהצרכן יאלץ לשלם

45 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, אחרי ה"ש 114.

46 מתוך הספרות הענפה אציין את המקורות הבאים: Leslie Bender, *Feminist (Re)torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, 1990 DUKE L.J. 848; Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 U. PA. L. REV. 463 (1998); Elizabeth Handsley, *Mental Injury Occasioned by Harm to Another: A Feminist Critique*, 14 LAW & INEQ. 391 (1996).

47 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, תת-פרק ג3.

48 שם, בתחילת חלק ב2(א).

49 הספרות בנושא ענפה ומצויה בתנופה. ראו, לדוגמה, Lothar Determann, *No Data*, 70 HASTINGS L.J. 1 (2018); Andreas Boerding et al., *Data Ownership—A Property Rights Approach from a European Perspective*, 11 J. CIV. L. STUD. 323 (2018); Václav Janeček, *Ownership of Personal Data in the Internet of Things*, 34 COMPUTER L. & SEC. REV. 1039 (2018); Jeffrey Ritter & Anna Mayer, *Regulating Data as Property: A New Construct for Moving Forward*, 16 DUKE L. & TECH. REV. 220 (2018); Beate Roessler, *Should Personal Data Be a Tradable Good? On the Moral Limits of Markets in Privacy*, in SOCIAL DIMENSIONS OF PRIVACY: INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES 141 (Beate Roessler

בעבור תוצאת הכרייה של נתוניו האישיים, על-מנת לדעת מהו הפרופיל שהורכב לו, אינה אטרקטיבית מבחינה נורמטיבית (ואני בספק אם היא עומדת במבחני עיבוד המידע הנהוגים בישראל ובאירופה), וגורמת אף היא להעברת עושר מהצרכנים כקבוצה לסוחרים כקבוצה. שנית, השימוש בנתוני-עתק "על-מנת לסייע לעסקים לאתר לקוחות רווחיים, כגון חולים הזקוקים לשירותים רפואיים מיוחדים שהחברה מספקת או מבוטחים שסיכוניהם נמוכים ואשר כדאי על-כן לחברת הביטוח לבטחם"⁵⁰ עלול להדיר – בשל הפליית מחירים – עניים (אשר רווחיים פחות מעצם ההגדרה), אנשים הלוקים במחלה מסוכנת ומבוטחים מוחלשים. ניתן להתווכח אם תוצאה כזו רצויה מבחינה חברתית או שמא דווקא סבסוד צולב, המבוסס על כללים ומחירים אחידים, הוא מודל ראוי יותר של אמנה חברתית. בעוד המחברים רואים בסבסוד צולב בעיה, ובכללים אישיים המעודדים הפליית מחירים פתרון,⁵¹ רגישות חלוקתית תתמוך בסבסוד צולב אם הקבוצות המסובסדות מוחלשות. נוסף על כך, סבסוד צולב פרוגרסיבי (בדרך של הימנעות מכללים אישיים) יפצה על קיומו של סבסוד צולב גרסיבי בתחום ביטוח אחריות, בשל גביית פרמיה המבוססת על נזק ממוצע ושיפוי על בסיס עקרון הפיצוי המלא.⁵²

בהקשר זה קיים חשש, וזו הנקודה השלישית, שההיגיון השוקי שלפיו מי שמשלם יותר מקבל יותר יורחב לתחומים שבהם יצירת "קסטות" אינה רצויה, כגון הבטחת תנאי מגורים או שירות רפואי מינימליים. ספק אם רצוי להגיע לתוצאה שתשלוט שכר-דירה נמוך יוביל לכלל בררת-מחדל שתוצאתו היא אי-מתן סעד לשוכר שנתוני-העבר שלו "מצביעים על כך שהוא מוכן לגור בתנאי מגורים צנועים בשכר-דירה נמוך" ולעומת זאת מתן סעד לשוכר שנתוניו "מלמדים כי הוא נוהג להתאכסן במלונות-יוקרה".⁵³ סביר להניח שהשוכר הראשון עני ואילו השני עשיר. אם שניהם משלמים מחיר אשר נמוך במידה משמעותית ממחיר השוק, מדוע ייהנה העשיר מסעד בשל אי-התאמת המושכר אך לא העני? זוהי דוגמה בעייתית ביותר (שיש לה גם היבטים של פגיעה באוטונומיה, אשר יידונו בהמשך) שלפיה על העני מוחל סטנדרט מפלה בשל עוניו; הסתפקותו במועט, שהיא ככל הנראה תוצאה של כורח כלכלי, מסלילה אותו לקבלת תמורה חוזית מופחתת (בדרך פרשנית) בהשוואה לשוכר הפזרן והעשיר, אף ששניהם משלמים אותו שכר-דירה – בדומה למשל הצרצר והנמלה, רק במהופך. במילים אחרות, העני מוענש בשל היותו עני, מעל ומעבר לנחיתותו המובנית בחברה מבוססת-שווקים, שבה יכולת פחותה לשלם מפחיתה את איכותם של הנכס או השירות הנרכשים.

& Dorota Mokrosinska eds., 2015); Nadezhda Purtova, *Do Property Rights in Personal Data Make Sense after the Big Data Turn?: Individual Control and Transparency*, 10(2) Simon & Econ. Reg. 64 (2017). השו לריון למי ראוי להקצות את הזכות באיברי גוף: Douglas & Imogen Goold, *Property in Human Biomaterials: A New Methodology*, 75 CAMBRIDGE L.J. 478 (2016).

50 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, ליד ה"ש 48.

51 שם, תת-פרק ג1.

52 KEREN-PAZ, לעיל ה"ש 42, בעמ' 69.

53 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, אחרי ה"ש 81.

זאת ועוד, המחברים מאמצים ללא בחינה ביקורתית את ההסתמכות על היסטוריית האשראי של הצרכן כמדד למידת אחריותו ולאהבת הסיכון שלו, המשפיעות על היקפה של חובת הגילוי כלפיו לגבי תוצאות־לוואי מנטילת תרופות ממושכת⁵⁴ ועל גובה הפרמיות בביטוח שימוש ברכב מנועי,⁵⁵ וכן את ההסתמכות על הוצאות־עבר ברכישת אביזרי בטיחות למניעת שרפות כבסיס למתן אשראי,⁵⁶ בהתעלם משתי נקודות חשובות. ראשית, דומה שהיסטוריית אשראי היא מנבא בעייתי למידת האחריות ולשנאת הסיכון של נוטל האשראי, מכיוון שהיא מערבת תוצא עושר: התנהגות המושפעת ממצבו הפיננסי של נוטל האשראי, במובחן מתכונות אופי. במילים אחרות, הסיכוי שהחייב לא יפרע את חובותיו בזמן (וכן עצם הצורך שלו בנטילת אשראי, המעמיד את החייב בסיכון שהוא לא יפרע את חובותיו בזמן) גדל ככל שהוא עני יותר, וזאת בשל מצבו הכלכלי, במובחן ממידת שנאת הסיכון שלו וממידת אחריותו.⁵⁷ אין אומנם חולק שעניים אחראיים יחזירו הלוואות בזמן יותר מאשר עניים לא־אחראיים. ברם, הסיכוי שכישלון בהחזרת הלוואה נובע מנסיבות שאינן מלמדות על חוסר אחריות גבוה יותר ככל שהחייב עני יותר. במילים אחרות, הסתמכות על כישלון בהחזרת הלוואה כמדד לאחריות אינה מבחינה בין כשלונות שמקורם בחוסר אחריות של החייב לבין כשלונות שמקורם במצבו הכלכלי הרחוק, ובכך היא מפלה את העניים בשל עוניים. היא מסלילה אותם לתנאים חוזיים נחותים, וכן משעתקת נחיתות שמוצאה דוחק כלכלי (העדר יכולת להשיב הלוואה) לתחומים שבהם הנחיתות הכלכלית אינה רלוונטית (או לפחות רלוונטית הרבה פחות), כגון נטילת תרופות לאורך זמן. נוסף על כך, הספרות הרלוונטית של הגנת צרכני אשראי עמדה על ההפליה על בסיס גזע ומין בשוק זה,⁵⁸ והתוצאה

54 שם, חלק ב(ב).

55 שם, ה"ש 45.

56 שם, ליד ה"ש 93.

57 Robert B. Avery, Paul S. Calem & Glenn B. Canner, *Consumer Credit Scoring: Do Situational Circumstances Matter?*, 28 J. BANKING & FIN. 835, 836, 855 (2004) ("an individual who has experienced credit problems for transitory reasons, such as a local economic recession or a personal adverse trigger event such as a medical emergency, typically would be assigned a comparable score to an individual whose credit problems reflect chronic excessive spending or an unwillingness to repay debts... Failure to account for situational factors of any type is not neutral. Those subject to adverse situational changes are likely to be directly penalized by failure of credit score modelers to account for these factors")

58 Martha L. Garrison, *Credit-Ability for Women*, 25 FAM. COORDINATOR 241 (1976); Clifford B. Hawley & Edwin T. Fujii, *Discrimination in Consumer Credit Markets*, 17 E. ECON. J. 21 (1991); Loren Henderson et al., *Credit Where Credit is Due?: Race, Gender, and Discrimination in the Credit Scores of Business Startups*, 42 REV. BLACK POL. ECON. 459 (2015); Rourke L. O'Brien & Barbara Kiviat, *Disparate Impact? Race, Sex, and Credit Reports in Hiring*, 4 SOCIUS: SOCIOLOGICAL RES. DYNAMIC WORLD 1 (2018) שלושת המחקרים הראשונים מתמקדים בהטיה שלפיה מגדר, מוצא גזעי ושילובם עתידים להשפיע באופן שלילי על דירוג האשראי של הפרט. הנדרסון ואחרים מצאו כי נשים ומיעוטים סבלו גם מגישה נחותה לאשראי בהשוואה לגברים לבנים בעלי אותה היסטוריית אשראי. מחקרם

שמדרר בעייתי זה יסליל צרכנים על בסיס גזע, מין ומצב כלכלי לקבלת תנאים חוזיים נחותים ולחובת גילוי מופחתת כלפיהם היא מצערת, מדאיגה ובלתי-רצויה. שנית, אף אילו הייתה היסטוריית האשראי מנבא מדויק של התנהגות אחראית, במובחן מתוצא עושר, תוצאת ההסתמכות עליה היא שהעני (מכיוון שהוא חסר זהירות, כמסתבר מהיסטוריית האשראי שלו) חשוף יותר להעדר פיצוי במקרים של נזק רפואי משימוש בתרופה, ונאלץ לשלם יותר בעבור ביטוח רכב מנועי ובעבור אשראי.

ביקורת קשורה נוגעת בשימוש בפרופיילינג המערב הטיות גזעיות, מגדריות ואחרות. יש שני היבטים לבעייתיות החלוקתית של פרופיילינג: (1) העדר דיוק בניבוי במיוחד לגבי חברי קבוצות מוחלשות, מעבר למגבלות הניבוי הכלליות; (2) ההצדקה לשימוש בניבוי, אפילו אם הוא מדויק, כבסיס למתן תנאים נחותים לחברי קבוצות-שוליים. במצב זה פרופיילינג הוא בבחינת נבואה המגשימה את עצמה, ומטעם זה הוא גם עולה כדי פגיעה באוטונומיה, ושימוש בו מנציח את הנחיתות המובנית בהשתייכות לקבוצת-שוליים. בעוד המחברים מציינים אגב אורחא את בעיית הפרופיילינג, ודנים בקצרה בבעיית הסטריאוטיפים, הם אינם סוקרים ספרות הדנה בהרחבה בהטיה הגזעית בשימוש בפרופיילינג על-ידי רשויות אכיפת החוק,⁵⁹ ולא נראה שהם ערים לכך שבעייתיות זו רלוונטית גם בהקשר של כללי בררת-מחדל או חובות גילוי מותאמים אישית.⁶⁰ אמת, הם מודים שכללי בררת-מחדל ערכיים עשויים להצדיק אי-שימוש בכללי בררת-מחדל אישיים,⁶¹ אולם הודאה זו, וכן האפשרות שהם מעלים שכללים מותאמים אישית יחולו רק על מי שהסכים לכך מפורשות,⁶² מפחיתות באופן

של אובריאן וקוויאט מצא כי היסטוריית אשראי שלילית פגעה יותר בנשים ובמיעוטים בעת קבלה לעבודה מאשר בגברים ובלבנים.

ראו 59 Nicola Persico, *Racial Profiling, Fairness, and Effectiveness of Policing*, 92 AM. ECON. REV. 1472 (2002); Vani K. Borooah, *Racial Disparity in Police Stop and Searches in England and Wales*, 27 J. QUANTITATIVE CRIMINOL. 453 (2011); Frank H. Wu, *The Profiling of Threat Versus the Threat of Profiling*, 7 MICH. J. RACE & L. 135 (2001); Badi Hasis, Yoram Margalioth & Liav Orgad, *Ethnic Profiling in Airport Screening: Lessons from Israel, 1968–2010*, 14 AM. L. & ECON. REV. 517 (2012).

פרסיקו מציין כי פרופיילינג אינו מוביל בהכרח לתוצאות טובות יותר מבחינת מניעת פשיעה, כך שאין בהכרח מתח בין הוגנות ליעילות. בורואה מציין את בעיית האכיפה המוגברת, המתבטאת בכך ששיעורי העיכוב והבדיקה של מיעוטים עולים בהרבה על חלקם היחסי בפשיעה. וזו מציין כבעיה נוספת את הנבואה המגשימה את עצמה, דהיינו, שהטיה ראשונית באכיפת החוק נגד קבוצות-שוליים מחריפה את ההטיה ומנציחה אותה, בכך שהיא הופכת את הברירה לרציונלית יותר לכאורה (תחת ההנחה הבעייתית שהיסטוריה של עיכוב על-ידי המשטרה מצדיקה כשלעצמה אכיפה עתידית מוגברת). חסיס, מרגליות ואורגד עומדים על ההיבט האקספרסיבי של ההדרה הנובע מכך שאכיפה מוגברת נגד בני מיעוט מעמתת אותם עם עובדת הפלייתם ומעמדם הנחות בחברה באופן כללי.

השוו לביקורתו של בירנהק, לעיל ה"ש 10, בתת-פרק 3א, על העדר ההבחנה המספקת בין שחקנים ציבוריים, ובראשם המדינה, לבין שחקנים פרטיים, כגון סוחרים.

61 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, תת-פרק 6ג. ההצדקה לכך נשענת גם על הבעיה הקשורה של הערפות מתקבעות, אולם סטרכילביץ' ופורת אינם עומדים על כך.

62 שם, תת-פרק 9ג.

דרמטי את תחום פרישתה של הצעתם, ולכן את נפקותה וחשיבותה. קיים קושי ניכר לברר כלל ערכי מכלל שאינו ערכי: במידה מסוימת כל הכרעה דוקטרינרית מבוססת על הבחנות ערכיות, שחלקן גלויות וחלקן סמויות יותר מן העין. אכן, ההודאה והאפשרות האמורות מהוות דוגמה לחולשתם המתודולוגית של מודלים מופשטים של ניתוח כלכלי, אשר אופן יישומם מוגבל ביותר כאשר מביאים בחשבון שיקולים נורמטיביים נוספים והעדפות ותנאים קונקרטיים, להבדיל ממופשטים (ולעיתים אף מדומיינים).⁶³

דוגמת ההסכמה מרעית מדגימה היטב את בעייתיות ההסתמכות על פרופיילינג לשם קביעת חובת גילוי מותאמת אישית. כזכור, בהתבססה על היסטוריית האשראי של החולה, הרופאה מחליטה שהסיכוי שהוא ייטול את התרופה למשך זמן מספיק העלול לגרום לתוצאת-לוואי שלילית נמוך מספיק, ולכן היא אינה מזהירה אותו מהסיכון, אשר לימים מתממש. בהגדרה מדובר בניכוי כושל, מכיוון שהחולה המשיך ליטול את התרופה למשך תקופה ארוכה מספיק, אף שהיסטוריית האשראי שלו ניבאה שהוא לא יעשה זאת. אם הניתוח לעיל בדבר תוצא העושר נכון, משמעות הדבר היא שיש סיכוי רב יותר שחולים עניים יסוגו כמי שלא יתמידו בנטילת התרופה, לא תהיה כלפיהם חובת גילוי, והם לא יפוצו במקרה שהסיכון התממש. היבט אחד של תוצאה בעייתית זו הוא יצירת סטנדרט זהירות רפואי משופר לעשיר בהשוואה לעני (ואדגיש – במובחן משאלת היכולת לשלם בעבור שירות משופר), וזאת בדיוק להפך ממה שנדרש תחת גישה שוויונית.⁶⁴ היבט אחר הוא שחובת גילוי מותאמת אישית מסלילה את העני (או בהתעלם משיקולי שוויון חברתי-כלכלי – את מי שגילה אחריות פחותה בעבר) למשטר משפטי שבו זכויותיו נחותות, ובכך "מענישה" אותו על עונו (או על חוסר אחריותו בעבר) על-ידי הניכוי (שהופרך במבחן הזמן) שהוא יתנהג בחוסר אחריות בעתיד. הוא שאמרנו: הפרופיילינג מופעל באופן מוטעל כלפי קבוצות מוחלשות, ומרע את מצב חבריהן בשל השתייכותם לקבוצה המוחלשת.

ג. פגיעה באוטונומיה

לכאורה, אימוץ כללים אישיים אמור להגביר את האוטונומיה של הפרט, מכיוון שכללים אלה מאפשרים לכל אחד מנמעניהם לעצב את חייו במידה מוגברת לפי בחירתו. כלל בררת-מחדל מותאם אישית מגביר את הסיכוי – אם הניכוי נכון – שהתחום שהוא מסדיר ינוהל בהתאם לרצונו הממשי של הנמען, ובכך הוא מקדם את האוטונומיה שלו, בכך שהוא חוסך את הצורך לנהל משא-ומתן (שתוצאותיו תלויות בפערי הכוח בין הצדדים) ולהתנות על הכלל האחיד. בפרק זה אטען כי בשל שישה היבטים לפחות – הקשורים זה לזה במידה רבה – אימוץ כללים אישיים פוגע או עלול לפגוע באוטונומיה.⁶⁵

ההיבט הראשון כבר הוזכר לעיל – בעיית ההסללה למשטר נחות כעניין של ניכוי. התוצאה בעייתית במיוחד כאשר בעקבות הניכוי הנמען מוכפף לכלל נחות מזה שהוא היה כפוף לו תחת כלל אחיד, או נחות מזה שאחרים מוכפפים לו, בשל חברותו בקבוצה מודרת.

63 השוו לביקורתי על הדוגמה של שינוי שם המשפחה לאחר נישואים לעיל ליד ה"ש 12 ואילך.

64 ראו KEREN-PAZ, לעיל ה"ש 42.

65 להיבט שביעי ראו את הדיון בפרק הבא לעניין ההשפעה של אימוץ ההצעה על קיום ראש-נזק עצמאי של פגיעה באוטונומיה בעוולת הרשלנות.

כאשר זה מצב הדברים, ביקורות האוטונומיה והצדק החלוקתי שלובות זו בזו. הבעייתיות בניבי המסליל היא שהסללה מבוססת-ניבוי פוגעת בזכותו של אדם לכתוב את סיפור חייו.⁶⁶ לשם הצדקתה, ראוי לכל-הפחות שכפיות למשטר משפטי נחות תהווה תוצאה של בחירה ממשית שביצע הנמען, ולא תתבסס על ניבוי. זאת, אף אם יש לנו סיבות להאמין – בהתבסס על התנהגות הנמען או העדפותיו בעבר – שהניבוי מדויק. אם תרצו, שילוב של "הכל צפוי והרשות נתונה" עם "זכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לאדם שלא בפניו". המחברים מכירים בתקפותו של עיקרון זה בהקשר של כללי בררת-מחדל ערכיים, באומרם:

"כאן הטענה היא כי בשל אינטרסים חברתיים ומוסריים, רק ויתור מפורש על זכויות הניתנות מכוח כללי בררת-מחדל ערכיים צריך להיות אפשרי, ולפיכך אין לשלול זכויות אלה רק על-סמך מידע סטטיסטי המראה כי הפרט שבו מדובר היה מוותר ככל הנראה על הזכויות הללו אילו נשאל על-אודותיהן. אכן, יש כללי בררת-מחדל אשר חשיבותם החברתית עולה על היתרון שיש בקידום העדפותיהם המשווערות של הפרטים על-ידי פרסונליזציה של אותם כללים, אך לא על היתרון שיש בקידום העדפותיהם המפורשות."⁶⁷

אני מסכים, אך סבור כי העיגון התיאורטי של טענה זו נעוץ בזכות לאוטונומיה – שבעניינה אומץ היבט זה בדיוק (בצדק) בדין הישראלי, בהקשר של נזקי גוף, בהלכת אבו חנא⁶⁸ – וכי תחום ההתפרשות הראוי של העיקרון רחב יותר מ"ערכים מרכזיים בחיינו" המהווים בסיס לכללי בררת-מחדל ערכיים.⁶⁹ למצער, אותם ערכים מרכזיים בחיינו צריכים לכלול גם את הזכות לא להיות כפוף למשטר פיצויי נחות בהקשר של נזקי גוף בשל העדר הסכמה מדעת, לא כל שכן כאשר הנחיתות קשורה בטבורה – כמו בפרשת אבו חנא – למאפיינים חברתיים-כלכליים של השתייכות לקבוצות מוחלשות (שם נשים ערביות, ואילו כאן עניים המקבלים טיפול רפואי).

ההיבט השני עניינו אובדן השליטה במידע פרטי כמחיר של השגת המידע הנדרש ועיבודו לשם עיצוב כללים מותאמים אישית. עניין זה נדון בפירוט בתגובתו של בירנהק,⁷⁰ ואין ברצוני – וכנראה אף אין ביכולתי – להוסיף על כך רבות. הנקודות החשובות ביותר בהקשרנו הן ההבנה של פרטיות כשליטה וכביטוי של אוטונומיית הפרט, והתובנה שהמודל של המחברים מבוסס על שקלול תמורות (tradeoff) – אשר באופן אירוני הרצוניות שלו מבחינת הצרכן מוטלת בספק⁷¹ – שבמסגרתו התנאים המותאמים אישית מושגים במחיר של אובדן פרטיות ויצירת פרופיל אחוד אשר נגיש באופן עקרוני למספר רב של תאגידים.

66 הבנת אוטונומיה כזכותו של הפרט לכתוב את סיפור חייו מושפעת מכתבתו החשובה של רז:

Joseph Raz, *Autonomy, Toleration, and the Harm Principle*, in JUSTIFYING TOLERATION:

CONCEPTUAL AND HISTORICAL PERSPECTIVES 155–56 (Susan Mendus ed., 1988)

67 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, לפני ה"ש 103 (ההדגשות במקור).

68 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005).

69 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, בתחילת הפסקה הרביעית בתת-פרק 6ג.

70 בירנהק, לעיל ה"ש 10.

71 שם, ליד ה"ש 45 ואילך.

ניתן לנתח בכמה אופנים את אובדן הפרטיות כמחיר של השגת כללי בררת-מחדל וחובות גילוי אישיים. אופן אחד הוא לתהות אם המחיר הזה אכן בלתי-נמנע, ואם אי-אפשר לעצב כללי בררת-מחדל אישיים בדרך שאינה מתבססת על איסוף ועיבוד של מידע אישי. כך יהיה אפשר להשיג את יתרונותיהם של הכללים האישיים מבלי לשלם את מחיר אובדן הפרטיות. בעוד בהקשרים מסוימים הדבר אפשרי,⁷² הניתוח שהצגתי לעיל בתת-פרק 2 בנוגע לדוגמת ההסכמה מודעת – שבה עצם ציון העובדה שהיקף הגילוי מושפע מהפרופיל של החולה חותר תחת היתרונות הנובעים מצמצום חובת הגילוי – מלמד כי לא תמיד תוצאה זו אפשרית, ואז רצוי אולי להישאר עם כלל אחיד. אופן שני הוא לבחון אם עיבוד המידע הנדרש על-מנת ליצר כללים מותאמים אישית עומד בדרישות של חוקי הגנת המידע, ואם לא – אם ראוי לשנותם על-מנת לאפשר יצירת כללים מותאמים אישית. אם חלק מדרכי העיבוד אינן עומדות במבחני הגנת המידע הנהוגים בארץ ובאירופה (וכך אני מבין את תגובתו של בירנהק⁷³), אזי ספק בעיניי אם "הצר שווה בנזק המלך", דהיינו, אם היתרון מקביעת כללי בררת-מחדל וגילוי אישיים מצדיק את מחיר ההגנה המופחתת על המידע האישי והפרטיות. האופן השלישי הוא לבחון אם תחת ההנחה ש"הסוסים כבר ברחו מהאורווה", דהיינו שמידע אישי רב כבר זמין לעוסקים, אין זה ראוי לפחות להשתמש בו לשם עיצוב כללים מותאמים אישית. אפשר, אם כי קשה, להפריד ניתוח זה מהשאלה אם עיבוד המידע נעשה באופן חוקי. אמת, דיני הראיות בישראל מתירים, בתנאים מסוימים, לעשות שימוש בראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות, בהתבסס על הרעיון שלעיתים התועלת בשימוש במידע שהושג באופן לא-ראוי עולה על הנזק בהפרת הפרטיות.⁷⁴ ואחת היא אם מסקנה זו מתבססת על הבחנות תועלתניות, בדומה לאלה המְחשבות תמריצים לייצור מידע כנגד תמריצים לחלוקה מיטבית של מידע,⁷⁵ או על בסיס דאונטולוגי או של תורת המידות. בהקשר רחוק יותר ניתן גם לנסות ללמוד מהדיון אם ראוי להשתמש במידע שהופק בדרכים לא-מוסריות אשר מפרות זכויות אדם לשם טיפול רפואי מציל חיים.⁷⁶ מכל מקום, מכיוון שרציות השימוש בכללי בררת-מחדל אישיים ברורה פחות מכפי שהמחברים טוענים – בשל דיוק הניבוי, קשיים חלוקתיים ופגיעה באוטונומיה – ספק אם ראוי להכשיר פגיעה בפרטיות לשם יצירת כללים מותאמים אישית.

ההיבט השלישי של פגיעה באוטונומיה קשור לקודם, ועניינו ביצירת פרופיל אחוד של צרכן שעל בסיסו, כך נראה, יעוצבו כל כללי בררת-מחדל וחובות הגילוי המתאימות לאותו אדם.⁷⁷ פרופיל אחוד הוא בעייתי מכיוון שהוא (1) משעתק נחיתויות משרה אחד לשדה אחר, ולכן הוא דכאני ומסליל; (2) עלול להיות מוטה פוליטית. באשר לבעיה הראשונה, האסוציאציה המתאימה כאן – ובעיניי המבהילה – היא של האח הגדול במובנו האורוליאני המקורי.

72 כפי שמדגים בירנהק, שם, ליד ה"ש 68. הלך טיעונו של בירנהק מבוסס על אופן ניתוח ראשון זה.

73 שם, תת-פרק 2ג.

74 ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

75 השוו, Anthony T. Kronman, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contract*, 7 J. LEGAL STUD. 1 (1978).

76 לדיון בהקשר של ניסויי הנאצים בבני-אדם ראו Stephen G. Post, *The Echo of Nuremberg: Nazi Data and Ethics*, 42 MED. ETHICS 17 J (1991).

77 השוו בירנהק, לעיל ה"ש 10, ליד ה"ש 31-32.

יש פוטנציאל דכאני בפרופיל אחד ונגיש (כמעט) לכל, שבו חולשות ונטיות בלתי-רצויות משועתקות ונהיות חובקות-כל. פרופיל אחד חותר תחת מה שהפילוסוף הפוליטי מייקל וולצר מכנה "שוויון מורכב" (complex equality), דהיינו, הרעיון ש"מעמדו של אזרח בספֶרה אחת או זכאותו לטובין חברתיים מסוימים לא יושפעו לרעה ממעמדו בספֶרה אחרת לגבי זכאותו לטובין אחרים".⁷⁸ פרופיל אחד הוא בעייתי בדיוק מכיוון שהוא מוביל לשעתוק מעמד נחות בספֶרה מסוימת – בין שהוא נובע מעוני או מנטייה מסוימת לנטילת סיכונים בהקשר מסוים – לספֶרות אחרות, ובמובן מסוים לכל אתר ואתר, ומעניק מעמד מוגזם, ואולי אף מעמד-על, לנחיתות כלכלית (ולעיתים אחרת) בהקשרים שבהם נחיתות זו אמורה להיות לא-רלוונטית. אמת, זהו סוג של אסדרה (רגולציה) "רכה", במובן זה שהכלל הינו בררת-מחדל והוא לכאורה שוחר טוב, שכן הוא מנסה להתבסס על רצונותיו המשוערים של האדם. עם זאת, כללי בררת-מחדל רבים הם "דביקים" (כפי שהמחברים מודים) בשל הטיות קוגניטיביות (לרבות תוצא ההקניה) ועלויות עסקה. יתרה מזו, היכולת להתנות על כללי חובת גילוי מותאמים אישית מוטלת בעיניי בספק גדול, ולכן נמעני הכלל מוכפפים למשטר נחות עם יכולת חלקית מאוד (שעלויותיה בצידה) להשתחרר ממנו. מכל מקום, גם בהינתן "רכותה" של האסדרה וההִנְיָעה (המוטיווציה) שוחרת הטוב שלה, חלוקתה על כלל היבטי חייו של האדם היא דכאנית- היזכרו בדוגמה של היסטוריית האשראי של החולה אשר משעתקת נחיתות בשדה פיננסי לשדה הרפואי וגורמת להקטנה של היקף חובת הגילוי כלפי החולה.⁷⁹ הבעיה השנייה של הפרופיל האחד היא כאמור פוטנציאל ההטיה הפוליטית שלו. כפי שהמחברים מציינים, ייתכן שחלק מתכונותינו האישיות נשלטות גנטית באופן חלקי וסבוך שאינו מחזור במלואו. בין היתר קיימים מחקרים המצביעים על זיקה בין תכונות שונות, לכאורה לא-קשורות, כגון חוש טעם וריח, לבין העדפות פוליטיות.⁸⁰ נוסף על כך יש מחקרים העומדים על מתאמים בין תכונות אישיות שונות (לרבות "חמשת הגדולים", שהמחברים מסתמכים עליהם) לבין עמדות פוליטיות.⁸¹ פרופיל אחד – למשל, כזה המבוסס על "חמשת הגדולים", כפי שהמחברים מציינים⁸² – עשוי לכן להיות מוטה פוליטית, במובן זה שהוא

- 78 תרגום שלי למקור: ("no citizen's standing in one sphere or with regard to one social good can be undercut by his standing in some other sphere, with regard to some other good"). השוו לרעיון ההפרדה האקוסטית של מאיר דן-כהן לגבי ההבחנה בין כללי התנהגות כלכלי החלטה, המבוסס אף הוא על הערך הגלום במניעת זרימה בלתי-מוגבלת של מידע והאחדת-יתר של תחומים אשר היקף פרישתם והכללים שראוי שיחולו לגביהם שונים. Meir Dan-Cohen, *Decisions Rules and Conduct*. Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law, 97 HARV. L. REV. 625 (1984).
- 79 נראה לי כי תוצאה דכאנית זו אינה מקרית. היא מבטאת את הגישה המוניסטית והאימפריאליסטית של הניתוח הכלכלי (יעילות במקום הראשון ובכל תחום), את חולשתה המתודולוגית של הדיסציפלינה (הנחות פשטניות שמוליכות בין היתר לניבויים כוזבים) ואת עורוונה לשיקולים חלוקתיים (הסללת עניים וחברי קבוצות מוחלשות לתנאים נחותים).
- 80 Hibbing et al., לעיל ה"ש 21, בעמ' 110-114.
- 81 Jack Block & Jeanne H. Block, *Nursery School Personality and Political Orientation*. Two Decades Later, 40 J. RES. PERSONALITY 734 (2006).
- 82 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, ליד ה"ש 52-62.

יהווה בסיס לכללים מותאמים אישית מיטיבים יותר או פחות באופן שיקיים מתאם מסוים עם נטייה פוליטית שמרנית או ליברלית. תוצאה אפשרית זו היא כמובן נפיצה מבחינה פוליטית, ומוסיפה סיבה נוספת להתנגד ליצירת פרופיל אחוד ולהסתמכות עליו בעת קביעת משטרים משפטיים, מעבר לקושי של קביעת כללים משפטיים המגלים מתאם עם תכונות כגון מין ומוצא אתני. מבחינת הגנת מידע, גם עמדה פוליטית היא מידע אישי רגיש הכפוף למגבלות נוספות לגבי אופן עיבודו.⁸³ פרופיל אחוד שניתן להסיק ממנו על נטיותיו הפוליטיות של מושאו הוא בעייתי, כך שהמחשבה שהוא יהיה נגיש לכל ויבסס כללים משפטיים שיחולו על מושאו היא בעייתית במיוחד. לא למותר לציין גם כי אף אם לסוחר לא תהיה גישה לפרופיל האחוד, אלא רק לכלל בררת-המחדל הנגזר ממנו,⁸⁴ ניתן לגלות לפחות חלק ניכר מהפרופיל בהנדוס חוזר מהכללים החלים, כך שלא זו בלבד שכללים אישיים מבוססים על צמצום המרחב הפרטי (כשליטה) של מושא הפרופיל, הם עלולים אף להוביל לפגיעה נוספת בפרטיותו על-ידי השיפת הפרופיל האחוד שלו למשתמשים נוספים בדרך של הנדוס חוזר (ואולי אף מכירת הפרופיל לצדדים נוספים).

לסיכום ההיבט השלישי, באופן פרדוקסלי, בעוד רוממות הפרט והעדפותיו בגרונה, הצעת המחברים – ואיני מפקפק לרגע בטוהר מניעיהם – עלולה להוביל ליצירת קסטות, ואת אחידות הכללים החלים על כל נמעני הכלל תחליף אחידות הפרופיל האישי, שיחול על מכלול עסקותיו, דינו וריביו של החייב. בפרפרזה על אמרתו המפורסמת של לורד אטקין,⁸⁵ הצעת המחברים תאפשר לרוחות-הרפאים (העבר המקוון) לכבול את הפרט בשלשלותיהן (ניבויי הפרופיל האחוד) לתניות בררת-מחדל אישיות, מוסללות ונחותות.

היבט רביעי של פגיעה באוטונומיה בשל אימוץ כללי בררת-מחדל אישיים הוא רידוד נמעני הכללים מאזרחים לצרכנים, ואף המשגתם למוצרים במובנים מסוימים: המידע הפרטי עצמו, ובהרחבה מושאו, הנפכים למוצר הנסחר בשוק למטרות רווח, ובכך יש הסחרה (קומודיפיקציה); והכללים המותאמים אישית מבוססים בעצמם במידה רבה על כוח הקנייה של מושא המידע, ובכך רואים אותו בעיקר כצרכן ומבססים תפיסה קפיטליסטית וניאו-ליברלית שלפיה ערכו של אדם נמדד במידה רבה על-פי נכונותו ויכולתו לצרוך ולשלם. השטחת בני-אדם, על ריבוי הסטטוסים שלהם, לדמותם כצרכנים, והכפפת מעמדם כאזרחים למעמדם כצרכנים, ניכרות בהצעתם של המחברים שבתיה-המשפט יגזרו כללי הורשה אישיים "בהתבסס על ניתוח התנהגותו של המוריש, בעיקר כצרכן, לאורך זמן".⁸⁶ אפילו אם העדפה זו להתנהגות צרכנית על התנהגות אחרת יסודה בזמינותם של הנתונים בהקשר הצרכני, עדיין תוצאתה היא שהזנב, קרי הפרט כצרכן, מכשכש בכלל – הפרט כאזרח וכיצור חברתי ומשפחתי.⁸⁷

- 83 ראו ס' 9 ל-Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119/1 (להלן: GDPR). מידע רגיש כזה (המוגדר כקטגוריות מיוחדות) כולל עמדות פוליטיות ואמונות דתיות ופילוסופיות.
- 84 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, סביב ה"ש 89.
- 85 .United Australia Ltd v Barclays Bank Ltd [1941] AC 1, 29 (HL)
- 86 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, בפסקה שאחרי ה"ש 6 (ההרגשה הוספה).
- 87 שאלה נוספת, המהדהדת את עמדתו של וולצר (WALZER, לעיל ה"ש 79), היא אם העדפות

היבט חמישי של פגיעה באוטונומיה בשל אימוץ כללי בררת-מחדל אישיים הוא אימוץ פטרנליזם בהחלטה כמה ואיזה מידע לחשוף לפני החולה בדוגמת הטיפול הרפואי. הפטרנליזם ברור בדיון על החולה שצפוי להיות היפוכונדר על-פי הניבוי, כאשר המחברים קובעים כי "בהינתן הסכנה לבריאות החולה" הרופא "צריך להיות כפוף לחובת גילוי צדה יותר";⁸⁸ אולם הוא נוכח גם בדיון בנוגע לסיכוי שהחולה ייטול את התרופה לאורך זמן, שבו ההצדקה להעדר חובת הגילוי היא "שכל גילוי שהוא עלול לגרום לתסמינים פסיכוסומטיים או להגדיל את הסיכוי לטעויות קוגניטיביות של החולה".⁸⁹ בעיניי, ההתבססות על הנמקה פטרנליסטית לשם הצדקת פתרון שיתרונו המוצהר הוא הגשמת העדפות החולה היא אירונית. שורש הבעיה נעוץ בכך שלא ברור כלל שמלכתחילה (ex ante) אכן היה החולה מעדיף לא לקבל את המידע. במקרה של היפוכונדר יש מקום לסברה שהוא היה מעדיף דווקא לקבל מידע על סיכונים רפואיים (אפילו אם טובתו האובייקטיבית היא שהמידע יימנע ממנו – ואיני מביע דעה אם הנחה זו נכונה).⁹⁰ במקרה של החולה "חסר האחריות" לא ברור מדוע יש לו העדפה להימנע מקבלת מידע זה, במיוחד לנוכח ההנחה שממילא הוא לא ייטול את התרופות במשך זמן מספיק שיהפוך את הסיכון מהשימוש לממשי. כך או אחרת, פטרנליזם חותר תחת אוטונומיה, ושימוש בנתוני-עתק מגביר את הסיכוי להחלטות פטרנליסטיות – ואולי מוטעות – בהינתן אובדן השליטה במידע פרטי ולכן יצירת פערי מידע בין הרופא (או הסוחר) לבין החולה (או הצרכן). התוצאה היא אם כן פגיעה באוטונומיה, ולא חיזוקה. ההיבט השישי של פגיעה באוטונומיה נעוץ בחתירה תחת הזכות לא לדעת פרטים מסוימים על עצמן. אמת, המחברים מציינים בצדק שכלל בררת-מחדל בהכרח לא יעלה בקנה אחד עם רצונם של כל נמעניו, ועל-כן אימוץ כלל בררת-מחדל רובני אינו יכול להיות חשוף לטענה שהוא אינו רצוי לאלה החפצים בכלל חלופי.⁹¹ אולם כפי שציינתי לעיל, כלל מותאם אישית יוצר עלות מיוחדת לאלה החפצים לדעת מהו או להתנות עליו – הוא מצריך התעמתות עם תכונות בסיסיות שחלקן נחשבות כנראה בלתי-רצויות מבחינה חברתית (כגון קלוט-דעת), ואולי אף מביכות.⁹² מנגנוני הרחקה והטיות פסיכולוגיות שונים עשויים לרכך את פגיעתה הרעה של מודעות עצמית לתכונות בלתי-רצויות, אולם הסתמכות עליהן לשם קביעת כללי בררת-מחדל אישיים מחייבת את הכפוף לאותם כללים להיות מודע להן (לפחות אם ברצונו להתנות על הכללים), וכן לכך שהידע על תכונותיו אלה הוא במידה רבה נחלת הכלל ושתכונות אלה (והמודעות לגביהן) מעצבות את המשטר המשפטי החל עליו. פרופיל אחוד מסליל עלול אם כן להוביל לעלבון: מהידיעה שהפרופיל האחוד

בהקשרים לא-צרכניים – כגון יחסיו של אדם עם שכניו, חבריו, עמיתיו ומשפחתו – אינו בסיס איתן וראוי יותר מאשר העדפותיו כצרכן לניבוי העדפותיו בנוגע לאופן חלוקת עזבונו.

88 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, ליד ה"ש 74.

89 שם, אחרי ה"ש 69.

90 לאחרונה, בפסק-דין *Montgomery*, שעיגן את מבחן מהותיות המידע לחולה במשפט האנגלי, זוהיר בית-המשפט העליון מפורשות מניצול לרעה (abuse) של החריג לחובת הגילוי במקרים שבהם גילוי יגרום נזק בריאותי לחולה כתירוץ לאי-גילוי כלפיו. *Montgomery v Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11, [91].

91 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, ליד ה"ש 101.

92 ראו דיון לעיל בפרק א, לפני ה"ש 26.

מבוסס על תכונות "בעייתיות"; מכך שהמודעות לתכונות אלה היא נחלת הכלל (זכרו את בעיית ההנדוס החוזר); ומכך שמודעות זו מובילה להסללה, לתנאים נחותים, ובמובן מסוים להשתייכות לקסטה נמוכה.⁹³ העלבון מחמיר את הבעייתיות הנוצרת בעצם התוצאות החלוקתיות הנחותות הנובעות מאימוץ הכללים האישיים, ואולי אף מאפיל על בעייתיות זו. בעיית ההיחשפות לתכונות אישיות בלתי־רצויות או הצורך להתעמת עימן ועם השלכותיהן היא בחלקה עניין של אוטונומיה. סביר שנמענים רבים של כלל אישי "נחות" המבוסס על תכונות "בעייתיות" היו מעדיפים שלא הם ולא אחרים יהיו מודעים למידע זה.⁹⁴ התניית אפשרות היציאה מהכלל האישי בצורך לדעת מהו כלל זה, ומכאן גם מהו הפרופיל שעל בסיסו אומץ הכלל האישי, מחייבת את הפרט להיחשף למידע זה, אף שייתכן מאוד שהוא היה מעדיף להימנע מכך. עלות זו אינה קיימת במשטר המאמץ כלל ברת־מחדל כללי. תחת משטר כזה כל מי שסבור כי הכלל האחד אינו מתאים לו רשאי להתנות עליו, מבלי להיאליץ לשאת בעלות ההתעמתות עם תכונותיו הבלתי־רצויות ובהכרה כי תכונות אלה ידועות לאלה שעיימם הוא מתקשר (או לפחות ניתנות לגילוי בקלות באמצעות הנדוס חוזר).

ד. התאמה לדין הקיים – השפעות־הרוחב של אימוץ כללי ברת־מחדל אישיים

מעבר לשאלה אם אימוץ כללי ברת־מחדל אישיים רצוי כשלעצמו, נשאלת השאלה אם אימוץ כזה תואם כללים אחרים בשיטת המשפט הישראלית. אם התשובה שלילית, אזי מן הראוי לבחון אם זהו שיקול נוסף נגד אימוץ. בירנהק בתגובתו כבר עמד על השאלה אם איסוף ועיבוד של המידע הנדרש לצורך יצירת כללי ברת־מחדל אישיים עומד בדרישות של כללי הגנת המידע האישי.⁹⁵ בהקשר זה ניתן להוסיף ולתהות כיצד הצעת המחברים, לרבות בהקשר של שינוי הפרופיל,⁹⁶ עומדת ביחס לזכות להישכח,⁹⁷ ואם פרופיל אחד המנבא עמדה פוליטית אינו בבחינת מידע אישי רגיש הכפוף למגבלות מיוחדות לגבי דרך עיבודו.⁹⁸ בחלק זה אתמקד בשלוש סוגיות אחרות: המתח בין ההסללה הנובעת מעיצוב כללים אישיים לבין הלכת אבו חנא; טשטוש הגבולות שההצעה בעניין היקפה של חובת הגילוי בהקשר הרפואי יוצרת בין יסודות הפרטה והקשר הסיבתי; והשפעת ההצעה על מעמד הפגיעה באוטונומיה כראש־נזק עצמאי בהלכת דעקה ובנותיה.

1. המתח עם הלכת אבו חנא

לא ארחיב לגבי הנקודה הראשונה, משום שהמתח בין בעיית ההסללה לבין הלכת אבו חנא ברור, ואף צוין לעיל. על פני הדברים, שיטה המסרבת לנבא שילדה ערבייה תרוויח בשוק

93 השוו לטיעונם של Hasis, Margalioth & Orgad, לעיל ה"ש 60.

94 ראו Laurie, לעיל ה"ש 27.

95 בירנהק, לעיל ה"ש 10.

96 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 8, ליד ה"ש 66.

97 ראו ס' 17 ל-GDPR, לעיל ה"ש 84.

98 שם, ס' 9, וראו את הדיון בה"ש 84 ובטקסט שליטה.

העבודה פחות מהממוצע הכללי (או לא תרוויח כלל כמעט) רק בשל השתייכותה לקבוצה מגדרית ואתנית (או אף גיאוגרפית) מסוימת תסתייג מאימוץ כלל המנבא שאישה לא תשנה את שמה עם נישואיה או מהצדקת חובת גילוי מצומצמת כלפיה על-סמך הניבוי שהיא לא תיטול תרופה זמן רב מספיק. אמת, המחברים יכולים להשיב כי הניבוי בעניין אבו חנא לא התבסס על כל בחירה של הניזוקה עצמה, בעוד ניבוי על בסיס נתוני-עתק מתבסס, לפחות בחלקו, על בחירות כאלה. אולם איני סבור שתשובה זו מספקת. לזו הביקורת (שהמחברים עצמם מאמצים ביחס לכללי בררת-מחדל ערכיים⁹⁹) הוא שלא ייתכן שזכויות חשובות יישללו בהתבסס על ניבוי סטטיסטי, להבדיל מבחירה קונקרטי, ואחת היא אם הניבוי מבוסס על בחירות היסטוריות של המתדיין עצמו או של חבריו לאותה קבוצה מרוברת חברתית. התוצאה שחולה אינו מפוצה בגין נזק גוף שנגרם לו משום שהתמיד בנטילת התרופות לאחר שלא קיבל אזהרה בנוגע לסיכון הכרוך בשימוש ממושך בהן, וזאת בשל ניבוי סטטיסטי המבוסס על בחירות קודמות שלו, אינה מתיישבת עם הרציונל של הלכת אבו חנא: בשני המקרים הזכות לפיצוי על נזקי גוף אינה אמורה להיפגע בשל הנחות מכבידות בנוגע להתנהגות עתידית של הניזוק. הזכות לכתיבת סיפור החיים עומדת לא רק לאבו חנא, אלא אף לחולה, אף אם הפגין בעברו חוסר אחריות או נטייה מסוימת לקבלת סיכון.

2. יסודותיה של עוולת הרשלנות

דוגמת ההסכמה מדעת מעוררת את השאלה כיצד ישפיע אימוץ הצעתם של המחברים על ניתוח יסודותיה של עוולת הרשלנות בהקשר זה. תחת הדין הקיים, היקפה של חובת הגילוי נבחן על-פי מבחן החולה הסביר בנסיבות המקרה,¹⁰⁰ בעוד מבחן הקשר הסיבתי הוא מבחן משולב של החולה הסביר במצבו של החולה הספציפי.¹⁰¹ התוצאה היא שייתכן מצב שבו יש הפרה של חובת הגילוי, כלומר המידע מהותי לחולה הסביר, אולם החולה הסביר בנעליו של החולה הקונקרטי היה מחליט לעבור את הטיפול וליטול את הסיכון. הגיונה של החובה להשיג הסכמה מדעת לטיפול הוא שייתכן שמידע הוא מהותי לחולה הסביר ואף

99 ראו את דבריהם המצוטטים לעיל ליד ה"ש 68.

100 ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פ"ד סה(3) 164 (2012). כבריטניה המבחן הוא מידע מהותי לחולה הסביר או מידע שהרופאה יודעת או אמורה לדעת שמהותי לחולה הספציפי. עניין *Montgomery*, לעיל ה"ש 91.

101 זו לפחות העמדה המקובלת. בפרשת דעקה (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999)) נטתה דעת הרוב (מפי השופט אור, בפס' 7 לפסק-דינו) "למבחן הסובייקטיבי, כשהמבחן האובייקטיבי יכול לסייע, ככלי עזר, בהפעלתו". בפרשת קדוש, לעיל ה"ש 101, השופט ריבלין מציין את השאלה כ'מוקשה', מציג את שלושת המבחנים האפשריים, ואינו מכריע ביניהם (שם, פס' 26 לפסק-דינו). השופט עמית "סבור כי המבחן הראוי הוא 'המטופל הספציפי'... עם זאת, יש מקום לדעה כי גם בסוגיית הקשר הסיבתי יש לנקוט את המבחן המשולב – קרי, המטופל הסביר בנתונו של המקרה, ולוא כדי לשמור על קורלציה בין המבחנים להפרתה של חובת הגילוי לבין המבחנים לסיבתיות ההחלטה" (שם, פס' 55 לפסק-דינו). כפי שהשופט ריבלין מציין נכונה (שם, בפס' 8 לפסק-דינו, בהקשר של המבחן לחובת הגילוי), מבחן האדם הסביר מביא בחשבון תמיד את נסיבות המקרה, ומכאן שאין למעשה הבדל בין מבחן אובייקטיבי למבחן משולב.

לחולה הספציפי, ולכן יש צורך למוסרו, אף שהחולה היה מחליט בסופו של דבר לקבל את הטיפול, ובמובן זה "להתעלם" ממנו. בשיטת המשפט הישראלית – אשר מעניקה, באופן חריג, פיצוי נדיב למדי בעבור אי-מסירת מידע מהותי גם בהעדר סיבתיות החלטה, וזאת דרך ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה – ההבחנה בין שלב ההפרה (מהותיות המידע) לבין הקשר הסיבתי ברורה אף יותר. לעומת זאת, כללי חובת גילוי מותאמים אישית, והניתוח המוצע על-ידי המחברים בדוגמה של נטילת התרופה לאורך זמן, מטשטשים את ההבחנה בין יסודות ההפרה והקשר הסיבתי: הסיבה לכך שאין חובה לגלות לחולה מסוים על הסיכון מנטילה ממושכת של תרופה נעוצה בהנחה שהוא ממילא לא ייטול אותה במשך זמן ממושך מספיק. ספק בעיניי אם הטשטוש בין יסודות ההפרה והקשר הסיבתי ראוי – הן מבחינה אנליטית והן מבחינה נורמטיבית מעשית, כפי שאסביר.

לצורך הקביעה אם הסיכון משימוש ממושך משמעותי דיו לחייב גילוי, אין להביא בחשבון את הסיכוי שהחולה לא ייטול את התרופה במשך זמן מספיק (או בכלל). הסיכון הרלוונטי הוא הסיכון לאלה הנוטלים את התרופה במשך זמן ממושך מספיק, ולא לאלה שאינם נוטלים את התרופה.¹⁰² התחשבות בסיכוי לאי-נטילת התרופה לשם קביעת משמעותיות הסיכון מנטילתה הממושכת מערבת מין בשאינו מינו. בין היתר היא מתעלמת מהעובדה שהסיכון מנטילה ממושכת של התרופה מופצה על-ידי התועלת מנטילתה הממושכת, בעוד אי-נטילת התרופה במשך זמן ממושך מפחיתה את התועלת מנטילתה (לצד הפחתת הסיכון של תופעת-הלוואי משימוש ממושך). נמצא שערבוב שאלות ההפרה והקשר הסיבתי משבש ראייה נכוחה של מהותיות הסיכון מהטיפול המוצע, האמורה להיבחן תמיד כנגד החלופות הרלוונטיות של טיפול חלופי והעדר טיפול. במקום לאפשר לחולה להכריע בין החלופות של נטילת התרופה – לזמן ממושך, לזמן קצר או כלל לא – בהתבסס על הסיכונים והסיכויים של כל קו פעולה, חובת גילוי מותאמת אישית שוללת מהחולה הנחזה כלא-אחראי את כוח הבחירה בין החלופות האמורות, ולוקה בהסתמכות על ניבויים מוטעים, בעירוב סיכונים וסיכויים מקווי פעולה חלופיים ובחוסר עקיבות. שלילת כוח הבחירה מתבססת על הניכוי המוטעה שהחולה לא ייטול את התרופה לאורך זמן; ובה-עצם, ובאופן חסר עקיבות, היא מתבססת על הסיכונים של נטילה ממושכת, שאם לא כן אין היגיון באי-גילוי הסיכון של תופעת-הלוואי ממושכת. זאת ועוד, צמצום חובת הגילוי מתעלם מהיתרונות הגלומים בנטילה ממושכת של התרופה, ומסתמך באופן בעייתי על היתרונות מקו הפעולה החלופי של נטילת התרופה לטווח קצר, שלגביה אין סיכון של תופעת-לוואי, ועל החשש הלא-מבוסס מפני החסרונות הנובעים מבחירת החולה בקו הפעולה השלישי, של אי-נטילת התרופה כלל, אם ייוודע לו הסיכון של תופעת-הלוואי.

102 בהקשר זה אין זה משנה אם הסיבה לאי-נטילת התרופה היא חשש מהתממשות הסיכון בשל נטילה ממושכת, שכחה או כל סיבה אחרת. השוו לביקורתי על האופן שבו פרופ' ג'יין סטייפלטון מנתחת את סוגיית הנטייה הסיבתית בפרשת *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41. לניתוחה ראו, Jane Stapleton, *Occam's Razor Reveals an Orthodox Basis for Chester v Afshar*, 122 L.Q. Rev. 426 (2006) לביקורתי ראו, Tsachi Keren-Paz, *Liability for Consequences, Duty of Care and the Limited Relevance of Specific Reliance: New Insights on Bhamra v Dubb*, 32 J. Prof. Negligence 48, 63 (2016).

זאת ועוד, התחשבות בסיכויים לנטילת התרופה לאורך זמן לשם קביעה – דה־פקטו – שהסיכון מצריכה ממושכת אינו מהותי לחולה חותרת תחת הרציונל של אוטונומיה כשלטיה וכמתן אפשרות לחולה לכתוב את סיפור חייו. גם בהתעלם מההנחה שיש סיכוי רב יותר שהחלטה המיטבית לחולה תושג אם הוא יקבל את המידע הרלוונטי, חובת גילוי מבוססת על ההבנה שעצם האפשרות לבחירה מושכלת היא טובה כשלעצמה, בכך שהיא מאפשרת לחולה, ולא לאחרים, לכתוב את סיפור חייו (בין אם בחירתו נבונה ובין אם לא, ובהתעלם מותאומיה). הקביעה שהמידע אינו מהותי מכיוון שהחולה היה בכל מקרה מתעלם מהסיכון (או בדוגמה של המחברים – מכיוון שבלי קשר לסיכון ההנחה היא שהוא לא היה ממשיך ליטול את התרופה לאורך זמן¹⁰³) שוללת מהחולה את הזכות לכתוב את סיפור חייו בעצמו.

3. מעמד ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה

שאלה נוספת שעולה בהקשר של התאמת הצעתם של המחברים לכללים אחרים בשיטת המשפט הישראלית היא מה יהא על ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה תחת משטר של חובות גילוי מותאמות אישית. אם אין חובת גילוי לחולה שנתונת־עתק מלמדים כי הוא לא יתמיד בנטילת התרופה, אזי ממילא אין הפרה, ובהעדר הפרה אין מקום לראש־נזק של פגיעה באוטונומיה. נמצא שאימוץ חובת גילוי מותאמת אישית מוביל לייתור הלכת דעקה: אם החולה צפוי ליטול את התרופה לאורך זמן, יש חובת גילוי וקשר סיבתי, ולכן אין צורך בפיצוי נפרד בעבור פגיעה באוטונומיה; לעומת זאת, אם החולה אינו צפוי ליטול את התרופה לאורך זמן, העדר גילוי אינו הפרת חובה, ולכן אינו מצדיק מתן פיצוי כלשהו, לרבות בעבור ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה. ספק אם תוצאה זו ראויה, אפילו בהתעלם מהשלכותיה החלוקתיות.¹⁰⁴ הטשטוש האנליטי בין סוגיית ההפרה (מהותיות הסיכון בהנחה שהחולה יסכים לטיפול) לבין הקשר הסיבתי (אם בהינתן ידיעה על הסיכון המהותי יסכים החולה לטיפול) מוליך לכך שסיכון מהותי הנעדר סיבתיות החלטה לא ייחשב מהותי ולא יוביל לכל פיצוי.

4. כתיבתו המוקדמת של פורת

בשולי הדברים נראה לי כי הצעת המחברים עשויה לא לעלות בקנה אחד אף עם טיעונים אחרים של פורת עצמו בכתיבתו האחרת.¹⁰⁵ ראשית, כתיבתו של פורת תומכת בהיגיון של הלכת אבו חנא, והוא אף מצוטט שם כתמיכה לטענה שיעילות מחייבת פיצוי אחיד.¹⁰⁶ יתר על כן, פורת אף מציע פיצוי אחיד המתעלם מהבדלי השתכרות במקרי נזק גוף גם לניזוקים בעלי היסטוריית השתכרות.¹⁰⁷ בכך פורת מרחיק לכת מעבר להלכת אבו חנא, בשוללו רלוונטיות של בחירות קונקרטיים של הניזוק המשפיעות על היקף אובדן כושר

103 הנחה מוטעית, כאמור, מכיוון שהחולה נטל את התרופה לאורך זמן ונפגע מהתממשות הסיכון.

104 ראו לעיל פרק ב וכן צחי קרן־פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187, 228–235 (2007).

105 וככל שטיעונים אלה אומצו בשיטת משפטנו, הם מעוררים בעיות נוספות של חוסר התאמה.

106 עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 69, פס' 42 לפסק־דינו של השופט ריבלין.

107 Ariel Porat, *Misalignments in Tort Law*, 121 YALE L.J. 82, 101 (2011).

ההשתכרות (כגון כמה להשקיע בהשכלה גבוהה ובקריירה)¹⁰⁸ כמדד רלוונטי לגובה הפיצוי בשל מוות או נזקי גוף. עמדה זו מבטאת רגישות ראויה (וזרה ככלל לניתוח כלכלי של המשפט) לשיקולים חלוקתיים, שלפיה מן הראוי שדיני הנזיקין וניתוח יעילות לא ירעו את מצבם של חברי קבוצות מוחלשות. היא גם מראה כיצד ניתוח יעילות פרוגרסיבי עולה בקנה אחד עם מחויבות לקידום אוטונומיה במובן של כתיבת סיפור חיים. מדוע, אם כן, בחירות־עבר של החולה נחזות כלגיטימיות כאשר תוצאתן היא שלילת פיצוי בעבור נזקי הגוף של החולה שנטל תרופה לאורך זמן? שנית, פורת נודע בתרומתו לפיתוחה של דוקטרינת הנזק הראייתי.¹⁰⁹ נראה שבדוגמת ההסכמה מדעת (וכן בדוגמאות אחרות) ההסתמכות על נתוני־עתק יצרה נזק ראיתי של העדר יכולת לדעת אם העדר הגילוי הוא שגרם לנזק אם לאו, ולכן ראוי שחוסר הבהירות יעמוד לחובתו של מי שיצר אותה – הרופא המסתמך על נתוני־עתק.

סיכום

הדרך לגיהנום רצופה כידוע כוונות טובות. אין ברצוני להגזים בעוצמת הביקורת על הצעתם של סטרכילביץ' ופורת. אימוץ ההצעה בוודאי לא יוביל לגיהנום, וייתכן שאף יש לו פוטנציאל אנטי־גמוני ולכן פרוגרסיבי דווקא. אולם, אף שכוונתם הטובה של המחברים ברורה לי, ביקשתי להראות בתגובה זו כי תוצאות אימוצם של כללי בררת־מחדל וחובות גילוי אישיים רחוקות מלהיות ברורות כרצויות. הבעיה העיקרית בעיניי היא תוצאות חלוקתיות רגרסיביות, המבוססות על ניבוי המסליל ציבורים שונים לתניות שונות ובכך פוגע באפשרותם של אלה המוסללים לתנאים נחותים לכתוב את סיפור חייהם.¹¹⁰ תחולתו הפוטנציאלית הרחבה של הפרופיל האחד בתחומים רבים ומגוונים מעוררת חשש ליצירת קסטות, עם כל בעיותיהן החומריות והסמליות. ההצעה מבוססת על ניבויים שדיוקם מוטל בספק, ואשר עלולים להתבסס על הטיות והפליה. זאת ועוד, ההליך משטיח את הפרט לצרכן ולמוצר, ומבוסס על איבוד שליטה במידע הפרטי. אימוץ ההצעה בהקשר של הסכמה מדעת מערער את ההבחנה בין יסודות הפרה והקשר הסיבתי, וההצעה מעוררת בעיות־רוחב מבחינת התאמתה למשפט הישראלי. המשפט הישראלי אימץ בצדק רגישות חלוקתית ומחויבות לאוטונומיה כזכות של כל אישה ואיש לכתוב את סיפור חייהם. אני חושש שאימוץ ההצעה יוביל למצב שבו תיפגע יכולתו של חייב – מי שמצבו הכלכלי הרעוע גרע מדירוג האשראי שלו – לכתוב את סיפור חייו, בשל אימוץ הנחות שלפיהן "חוסר אחריותו" בעבר מצדיק את הסללתו למשטר שבו זכויותיו העתידיות נחותות.

108 העמדה הליברלית, המבססת פיצוי אישי (נמוך) על בסיס בחירה של הניזוק, מניחה כמוון שמדובר בבחירה חופשית, וזוהי הנחה שנויה במחלוקת שאיני מאמץ כפשוטה.

109 ראו, לדוגמה, אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראיתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של א־ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (1998).

110 הילה שמיר, בתגובתה בחוברת זו ("חובות התאמה 2.0: התאמה אישית והשלכות חלוקתיות"), מתמקדת באובדן הסולידריות הנובע מאימוץ כללים אישיים המוביל לתוצאות חלוקתיות שליליות. אכן, אובדן הסולידריות הוא אחת מתוצאותיה – או שמא אחד מביטוייה – של ההסללה הנובעת מאימוץ כללים אישיים.