

## תגובות על הביקורות

מאת

אריאל פורת\*

זכינו בחוברת זו של עיוני משפט בארבעה מאמרי ביקורת מצוינים. רוב הביקורות אינן שוללות את הרעיון הבסיסי של פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל, אלא מזהירות מפני דרכי יישומו. לחלקן אני מסכים, ולחלקן לא. בשורות הבאות אתיחס בקצרה לארבעת מאמרי הביקורת.

### א. הילה שמיר

במאמר הביקורת שלה טוענת פרופ' שמיר כי פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל, הנקבעים בחוקים שנועדו להגן על קבוצות חלשות, עלולה לסכל את מטרתם של חוקים אלה. זאת, מכיוון שחוקי-המגן מבוססים (בין היתר) על ההנחה של סבסוד צולב של קבוצה חלשה של צרכנים על-ידי הקבוצה החזקה, וזה אפשרי רק אם מדובר בצרכנים הטרוגניים אשר מתקשרים בחוזים אחידים. חוזים מותאמים אישית, לעומת זאת, לא יאפשרו סבסוד כזה.<sup>1</sup> לביקורת זו יש כמה תשובות.

ראשית, יש להדגיש כי ביקורתה של שמיר רלוונטית רק ביחס לכללי בררת-מחדל שיש להם אופי מגן, ואשר ייוותרו כנראה כמות שהם למרות היותם כללי בררת-מחדל (בין שהכללים אחידים או אישיים). הרוב המוחלט של כללי בררת-המחדל אינם כאלה. לכן ביקורתה של שמיר רלוונטית בראש ובראשונה לפרסונליזציה של כללי-מגן מנדטוריים, שהצדדים אינם יכולים לשנות גם אם ירצו בכך. על פרסונליזציה של כללים כאלה כתבתי בהרחבה במקום אחר, במשותף עם פרופ' עמרי בן-שחר.<sup>2</sup>

שנית, על-מנת להשיג את המטרה של הגנה על קבוצה חלשה, אין צורך בסבסוד צולב דרך קביעת כללים מגינים אחידים שיחולו על כולם. הדרך הישירה יותר – ולדעתי, המוצדקת ביותר – לעשות זאת היא להבחין בין אלה שזקוקים להגנה לבין אלה שאינם זקוקים לה, ו"לתפור" לכל אחד את ההגנה המתאימה לו. למשל, אם חוקי-המגן נועדו להגן על צדדים לא-רציונליים או נעדרי מידע מפני הוראות חוזיות שעלולות לפגוע בהם, פרסונליזציה של הוראות החוק המגינות תביא לידי כך שרק אלה שחשופים לסיכונים יוגנו, ולא אחרים.<sup>3</sup>

\* נשיא אוניברסיטת תל אביב.

1 הילה שמיר "חובות התאמה 2.0? התאמה אישית והשלכות חלוקתיות" בחוברת זו, פרק א.

2 ראו Omri Ben-Shahar & Ariel Porat, *Personalizing Mandatory Rules in Contract Law*, 86 U. Chi. L. Rev. 255 (2019).

3 שם.

פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל (או של כללים מנדטוריים) יכולה להיעשות עם הפלייט מחירים (כלומר, מחירים הנקבעים באופן אישי) או בלעדית.<sup>4</sup> הפלייט מחירים משמעה שצד שמקבל את ההגנה המיוחדת נושא בעלויותיה. אם ננקטת הפלייט מחירים כזו, ממילא אין כל סבסוד צולב. ספק בעיניי אם סבסוד צולב מוצדק כאשר ניתן להגן על הצדדים הזקוקים להגנה אף בלעדיו, אך זהו נושא אחר שלא כאן המקום לדון בו. החשוב לענייננו הוא שאם אין הפלייט מחירים, וההגנה ניתנת רק למי שזקוק לה, הסבסוד הצולב ששמיר מעוניינת בו לא רק יישמר, אלא אולי אף יגדל, ובכל מקרה ייעשה באופן פרוגרסיבי (בהנחה שאלה הזקוקים להגנה הם הקבוצה החלשה מבחינה כלכלית).

שלישית, פרסונליזציה של הכללים המגינים, עם או בלי הפלייט מחירים, יכולה לעשות כוונן עדין (fine-tuning) למטרה של סבסוד צולב, אם המשפט אכן מעוניין לקדמה. כאשר ההגנות הן אחידות, הסבסוד הצולב נעשה באופן גס, לעיתים מעבר לרצוי, ולעיתים אפילו באופן גרסיבי. הדוגמה של הזכות להחזיר מוצר ממחישה את הדברים.<sup>5</sup> הגנה אחידה במקרה זה מביאה לידי כך שהקונים חסרי הזהירות, שרוכשים מוצרים מבלי לחשוב פעמיים, מסובסדים על-ידי הקונים הזהירים. אין זה מן הנמנע שבין הקונים הזהירים יהיו קונים עם אמצעים דלים, ושבין הקונים הלא-זהירים יהיו קונים עם אמצעים רבים יותר. אם כך הדבר, בשיטה של הגנה אחידה לכולם ימצאו דלי האמצעים מסובסדים את מרובי האמצעים. פרסונליזציה של ההגנה המביאה בחשבון את אמצעיהם של הצרכנים תקדם טוב יותר את המטרה של סבסוד צולב (אם המשפט אכן מעוניין לקדמו).

ביקורת נוספת של שמיר היא שכללי בררת-מחדל אישיים יפגעו בסולידריות של צרכנים (או עובדים), באופן שיפגום בהגניעה שלהם לפעול יחדיו נגד קיפוחם על-ידי המוכרים (או המעבידים). שמיר מניחה שהתאגידים הגדולים הם שיקבעו את כללי בררת-המחדל. אף לביקורת זו ניתן להשיב בכמה אופנים.

ראשית, חוזים שונים, אשר מותאמים אישית, אינם שוללים בהכרח סולידריות, וחוזים אחידים אינם יוצרים בהכרח סולידריות (ממש כשם שמידות שונות (ולא אחידות) של נעליים אינן משפיעות על הסולידריות בין הצרכנים). סולידריות נוצרת בדרך-כלל סביב ערכים. כללי בררת-מחדל רבים אינם נוגעים בערכים מיוחדים, אלא פשוט בהתאמה אישית של החוזה, איש-איש לפי מידותיו וצרכיו. אך גם כאשר מדובר בכללים משפטיים מגינים שנועדו להגנת החלש, ערך זה לא יקודם בהכרח טוב יותר אם המשפט ייתן הגנה גם לחלש הזקוק לה וגם לחזק שאינו זקוק לה, כפי שקורה כאשר ההגנות אחידות.

שנית, הוראות חוזיות אחידות שאינן מתחשבות בהבדלים רלוונטיים בין בני-אדם יוצרות הפליה, ולא סולידריות. כפי שהדגמנו לעיל, אם לכל הצרכנים יש זכות להחזיר מוצר ולקבל את כספם בחזרה, ייווצר סבסוד צולב, שעלול להיות גרסיבי. קשה לראות מה ערך יש במתן זכות חזרה לכולם במחיר אחיד.

שלישית, שמיר מניחה שכללי בררת-מחדל ייקבעו על-ידי המוכרים, כלומר, על-ידי התאגידים הגדולים. אלא שלפי הצעתנו, לא כך צריך שיהיה. האחריות לפרסונליזציה של

4 שם, בעמ' 261-265.

5 ראו תת-פרק 13 במאמרנו בחוברת זו.

כללי בררת-המחדל צריכה להיות בידי המדינה, כפי שהיא בידיה כאשר מדובר בכללי בררת-מחדל אחרים.

## ב. מיכאל בירנהק

טענתו העיקרית של פרופ' בירנהק היא שאיננו מתייחסים ברצינות הראויה להגנת הפרטיות, או במילים עדינות פחות – שיש לנו תפיסה רזה מדי של פרטיות.<sup>6</sup> בירנהק טוען, בין היתר, שכאשר אוספים מידע על אדם, בין לשם פרסונליזציה של כללי בררת-המחדל שיחולו עליו ובין לשם פרסונליזציה של כללי בררת-המחדל שיחולו על אחרים, יש לקבל מראש את הסכמתו לכך.<sup>7</sup> עם זאת, הוא ער לכך שהגנת הפרטיות אינה ערך מוחלט,<sup>8</sup> ואף ער ליתרונות שיש בפרסונליזציה של המשפט.<sup>9</sup>

נראה שהמחלוקת העיקרית בינינו לבין בירנהק היא שרטוט קווי הגבול. מחלוקת זו נובעת מן התועלות השונות שאנחנו והוא מייחסים לפרסונליזציה של כללי בררת-מחדל, מן ההערכות השונות שלנו ושלו באשר לפגיעה בפרטיות אגב איסוף המידע על הפרטים השונים, ומן הרעות השונות שלנו ושלו באשר לאמצעים שנקיטתם הכרחית לשם פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל. אך נראה שהמחלוקת בינינו נובעת גם מן הערך המופרז, לדעתי, שבירנהק מייחס להגנת הפרטיות.

ארון בנקודות אלה אחת לאחת.

ראשית, עמדנו בהרחבה על התועלת שיש לפרטים לחוזה מכללי בררת-מחדל מותאמים אישית. בירנהק מצוין, בין היתר, כי פעמים רבות כללי בררת-המחדל האישיים לא יעלו בקנה אחד עם רצונותיהם של הצדדים, וכי הצדדים יתקשו לשנות את הפרופיל שלהם. מכאן שיש סימן שאלה באשר לתועלת בכללי בררת-מחדל אישיים. איני מסכים לכך. גם אם כללי בררת-המחדל האישיים לא יהיה מדויקים לעיתים, קשה לראות איך הם יהיו מדויקים פחות מכללי בררת-מחדל אחרים. ובעידן נתוני-העֵתָה, ועם השתכללות האמצעים הטכנולוגיים, יש להניח שרמת הדיוק שלהם תעלה מאוד עם השנים. אף הטענה שפרטים לא יוכלו לשנות את הפרופיל שלהם, אשר עלי-פיו נקבעים כללי בררת-המחדל האישיים החלים עליהם, אינה מקובלת עליי. אדרבה, צרכנים יוכלו גם יוכלו לערוך שינוי כזה.<sup>10</sup> מאחר שפרופילים אלה ישפיעו על עסקות רבות שהם יעשו בעתיד, יהיה כדאי להם לבחון מדי פעם את התאמת הפרופיל (ובשל הביקוש הצפוי, יש להניח שיהיו מומחים שיוכלו לסייע להם בכך).

שנית, הפגיעה בפרטיות עקב פרסונליזציה אינה חייבת להיות רבה. זאת, במיוחד אם נבחן את הפגיעה השולית, דהיינו, את זו שתיתוסף על הפגיעה הקיימת בלאו הכי, בהינתן שלמוכרים יש די תמריצים לאסוף מידע על צרכנים, בין לצורכי שיווק ובין לשם ביצוע הפלייט מחירים. התוספת שלנו היא שמידע זה על הצרכן צריך להיות נגיש גם למערכת המשפט. זאת ועוד, המוכר צריך לדעת רק מהם כללי בררת-המחדל החלים על הצרכן בעסקה

6 מיכאל בירנהק "פרטיות מותאמת אישית" בחוברת זו.

7 שם, ליד ה"ש 28.

8 שם, ליד ה"ש 34.

9 שם, תת-פרק 3ג.

10 ראו תת-פרקים ב3 ו-9 במאמרנו בחוברת זו.

נתונה, ולא את הפרופיל המלא שלו, אשר מורכב, בין היתר, מנתונים אישיים שהצרכן אולי לא ירצה לחשוף. אכן, יהיה הכרח לנקוט אמצעי זהירות, אשר יאפשרו לצרכן שליטה בפרופיל שלו, ויבטיחו כי לאיש לא תהיה גישה ישירה אליו בלי רשותו של הצרכן. כאמור, כל שיוכל המוכר לדעת הוא מהם כללי בררת-המחדל החלים על העסקה המסוימת עם הצרכן המסוים, מבלי לדעת את תוכן הפרופיל אשר מכתוב את כללי בררת-המחדל האלה. שלישית, בירנהק סבור כי פרסונליזציה תהיה ראויה רק אם איסוף מידע על אדם ייעשה בהסכמתו המפורשת. לדעתו, אם נדרוש שמכל אדם שרוצים לאסוף לגביו מידע תתבקש תחילה הסכמתו שמידע זה אכן ייאסף, יסכל הדבר את הפרסונליזציה של כללי בררת-המחדל (כמו גם השגת טובין חברתיים רבים אחרים), ואיני רואה בכך כל טעם. איסוף מידע על בני-אדם נעשה כדי לתפור להם את כללי בררת-המחדל המתאימים להם, וכן כדי שהמידע עליהם ישמש לעיצוב כללי בררת-המחדל האישיים לאחרים. ניחא לדרוש הסכמה של אדם כדי שיתאימו לו כללי בררת-מחדל אישיים: גם אנחנו מעלים את האפשרות שהמחוקק ידרוש הסכמה מפורשת של אדם לפני שהוא יוכפף למשטר של כללי בררת-מחדל אישיים.<sup>11</sup> אך דרישת הסכמה לאיסוף כל מידע שהוא על צרכנים, כדי להתאים כללי בררת-מחדל לאחרים, אינה מתקבלת על דעתו. האם ספירת מכוניות העוברות בצומת על-ידי רשות ציבורית, כדי לדעת איך לווסת את התנועה, פוגעת בפרטיותם של הנהגים? נכון שעלולות להיות פגיעות נלוות, שאותן יש להפחית או למנוע כליל (אם ניתן לעשות זאת בעלויות סבירות). אך החשש לפגיעות כאלה אינו מצדיק את איסור הספירה או את התנאתה בהסכמתו של כל נהג ונהג, ממש כשם שסיכון לתאונות-דרכים אינו מצדיק איסור מוחלט של נהיגה ברכב או את התנאתה בהסכמתם של הולכי-הרגל הכפופים לסיכון.

כפי שאמרתי בתחילת הדברים, נראה שיש לנו מחלוקת עמוקה יותר עם בירנהק באשר להגנה הראויה על הפרטיות. אם תפיסתנו בעינינו רזה מדי, תפיסתו בעיני עבה מדי. מגיני הפרטיות אינם מקפידים תמיד לבדוק אם בני-האדם שעל פרטיותם הם מגינים אכן מעוניינים בהגנה עבה כל-כך כאשר אגב כך נשללים מהם טובין אחרים. מעטים הנהגים שיעמדו על כך שלא יספרו את מכוניתם כאשר היא עוברת בצומת, אם הם יודעים שאגב כך יימנעו תאונות או אפילו "רק" שהתנועה תהיה שוטפת ומהירה יותר. פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל מספקת לבני-אדם חוזים יעילים יותר ומגדילה את רווחתם. עסקאות שכיום אינן מבוצעות יבוצעו עם כללי בררת-מחדל כאלה, ואלה שמבוצעות כיום יהיה יעילות יותר. השאלה עד כמה ירצו צדדים לעסקה להגן על פרטיותם במחיר ויתור על טובין אלה, כפי שבירנהק סבור שהם ירצו, היא שאלה פתוחה.

## ג. טל ז'רסקי

במרכז ביקורתו של פרופ' ז'רסקי<sup>12</sup> עומד החשש מהפליה ומיצירת סטריאוטיפים אגב הפרסונליזציה של כללי בררת-המחדל. לפיכך הוא מציע שיהיה גוף ייעודי שתפקידו יהיה לשמור מפני סיכונים אלה. הוא אף סבור כי יש להימנע משימוש במשתנים "רגישים" לשם

11 שם.

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

ביצוע פרסונליזציה (כגון מין, גזע ועוד). לדבריו, גם פרסונליזציה "עדינה" (granular) – ולא רק פרסונליזציה "גסה" (crude) – עלולה ליצור סטריאוטיפים.<sup>13</sup> אני מסכים עם ז'רסקי שיש להיזהר מהפליה ומיצירת סטריאוטיפים, ואף הרעיון שיהיה גוף ייעודי שיפחית סיכונים כאלה מקובל עליי. עם זאת, אין להפריז בחשש מהפליה ומסטריאוטיפים.

ראשית, כפי שכבר הדגשתי, יחס שונה לשונים אינו הפליה. איננו מציעים לאפשר עסקאות טובות יותר לאחדים ועסקאות טובות פחות לאחרים, אלא עסקאות מתאימות יותר לכולם. אם צרכנים מסוימים יהיו זכאים לתרופת פיצויים ואחרים לתרופת אכיפה,<sup>14</sup> ואף ישלמו מחיר בהתאם, כל הצרכנים יקבלו חוזים שמתאימים להם יותר, ואין מדובר על-כן בהפליה. ייתכנו אומנם טעויות, שבעטיין יהיו כאלה שלא יקבלו חוזים שמתאימים להם. אך אין מדובר פה בהפליה, אלא בסיכוני טעות, ואלה קיימים בכל שיטה משפטית באשר היא. שנית, החשש ליצירת סטריאוטיפים אכן קיים. אם נחזור לדוגמת ההורשה, אפילו אם לכלל בררת-מחדל שלפיו אם מורישה לילדיה יותר מאשר אב ניתן לתת הסבר פשוט, הנשען על כך שגיל הפוריות של נשים שונה מזה של גברים,<sup>15</sup> אין זה בלתי-אפשרי שייווצר או יתחזק סטריאוטיפ שנשים דואגות לילדיהן יותר מאשר גברים. באופן דומה, כלל בררת-מחדל שלפיו נשים מקבלות את שם המשפחה של הבעל כל עוד הן אינן דורשות אחרת עלול גם הוא לחזק סטריאוטיפים קיימים באשר ליחסים בין בני-זוג, ובמקרים מסוימים הוא עלול אף לתרום להנצחת הכפפתן של נשים לגברים.<sup>16</sup>

אנחנו טענו שכאשר הפרסונליזציה עדינה, חשש זה קטן, שכן מובאים בחשבון משתנים רבים, אשר מדללים את האפקט הסטריאוטיפי של המשתנים הרגישים.<sup>17</sup> עם זאת, ז'רסקי צודק שחשש זה אינו נעלם, ויש על-כן לשים אליו לב. במקרים אלה יכול שיהיה מתח בין החשש ליצירה או לביסוס של סטריאוטיפים לבין היתרונות השונים שיש בפרסונליזציה.

נניח שפרסונליזציה מחייבת מתן אזהרות או גילוי מידע מוגבר לקבוצת אוכלוסייה אשר חשופה לסיכון מיוחד של מחלה מסוימת, ושצבע העור או המוצא האתני הם המזהים הטובים ביותר של הקבוצה. מתן אזהרות לחברי הקבוצה עלול ליצור רושם מוטעה עליהם, וכך ליצור או לחזק סטריאוטיפים. אך אפילו כך הדבר, ספק רב אם יש להימנע מפרסונליזציה במקרה זה, לנוכח התועלת הרבה שיש בה – מניעת מחלות. כל שיש לעשות הוא לנסות לעקר את האפקט הסטריאוטיפי עד כמה שניתן, על-ידי מתן הסברים מדוע האזהרות מופנות דווקא לקבוצה שבה מדובר, ופחות לאוכלוסייה הכללית.

שלישית, לפרסונליזציה, ככל שהיא מבוססת על משתנים רבים יותר וככל שהיא מדויקת יותר, יש לעיתים הכוח דווקא לעקור סטריאוטיפים או להחליש את השפעתם. הדבר נכון במיוחד בתחומים שבהם סטריאוטיפים הם בעיה חמורה במיוחד, כגון בתחום אכיפת החוק. כידוע, רשויות אכיפה נוקטות לעיתים תדירות שיטות של profiling כדי לעצור

13 השוו לטיעונו בתחילת פרק ב במאמרנו בחוברת זו.

14 שם, בחלק א2(ב).

15 שם, במבוא.

16 שם, בתת-פרק 7ג.

17 שם.

חשודים ולערוך עליהם חיפושים. חמור עוד יותר, מחקרים מלמדים כי שופטים ומושבעים בארצות-הברית מושפעים לא אחת מסטריאוטיפים, ומרשיעים שחורים, למשל, בקלות רבה יותר מאשר לבנים.<sup>18</sup> אילו במקום זאת הופעלו אלגוריתמים מתוחכמים רבי משתנים, נראה שהיו נעצרים ומורשעים פחות שחורים ויותר לבנים. תוצאה זו הייתה ממצאת הפליה ואף מחלישה סטריאוטיפים.

## ד. צחי קרן-פז

חלק מביקורתיו של פרופ' קרן-פז אינן אלא ביקורות מוכרות, כלליות, על הניתוח הכלכלי של המשפט, ובהן לא אעסוק כאן. לפיכך אתייחס להלן רק לאחדות מנקודות הביקורת הרבות שהעלה, ואענה עליהן בקצרה.

נקודת ביקורת אחת של קרן-פז נוגעת ביכולת הניבוי של אלגוריתמים ובטעויות שעלולות להיווצר עקב כך.<sup>19</sup> למשל, אם אדם חוקר תנועות ימניות קיצוניות ומבקר עקב כך פעמים רבות באתרי מרשתת של תנועות אלה, יש חשש שהוא יסוג עקב כך כימני קיצוני, ויותאמו לו בררות-מחדל שאינן מתאימות לו.

תשובתי לכך פשוטה: ככל שהאלגוריתם משוכלל יותר וניזון ממשתנים רבים יותר, לשום משתנה כשהוא לעצמו לא תהיה השפעה מכרעת על תוכנם של כללי בררת-המחדל. נוסף על כך, אם הפרט יראה כי הפרופיל שלו אינו משקף נכונה את העדפותיו, הוא יוכל לשנותו.<sup>20</sup> לבסוף, בכל שיטה משפטית יש טעויות ואי-דיוקים. השאלה היא על-כן: האם שיטה של כללי בררת-מחדל אחידים, שחלים על כולם באופן שווה, עדיפה על שיטה של כללי בררת-מחדל אישיים משום שלפעמים ההתאמה האישית אינה מדויקת?

נקודת ביקורת שנייה של קרן-פז מתייחסת לאמירתנו כי במקרה של כללי בררת-מחדל ערכיים יהיה על הפרט להסכים במפורש לוותר על ההגנה של כלל בררת-המחדל, ועל-כן פרסונליזציה לא תהיה מוצדקת.<sup>21</sup> לדבריו, מגבלה זו הופכת את הצעתנו למצומצמת.<sup>22</sup> האומנם? רובם המוחלט של כללי בררת-המחדל החוזיים אינם משקפים ערכים שנדרשת לשיטתנו הסכמה מפורשת כדי לוותר על הגנתם.

נקודת ביקורת שלישית היא שבעולם שבו למוכר יש מידע רב על הצרכן, הוא ייטול את עודף הצרכן, ולכך יהיו תוצאות רגרסיביות.<sup>23</sup> אנחנו דנים בכך במאמרנו, ואומרים שממילא למוכר יש מידע על הצרכן כבר במצב המשפטי הנוכחי.<sup>24</sup> קרן-פז עונה שמידע רב יותר

18 ראו, למשל, Neil Boast & Paul Chesterman, *Black People and Secure Psychiatric Facilities—Patterns of Processing and the Role of Stereotypes*, 35 BRIT. J. CRIMINOL. 218 (1995).

19 צחי קרן-פז "סיפור חייו או סיפורו של חייב? על בעיית ההסללה הנובעת מאימוץ כללים אישיים" בחוברת זו, תת-פרק א1, ליד ה"ש 15-22.

20 ראו תת-פרקים ב2 ו-ג2 במאמרנו בחוברת זו.

21 שם, בתת-פרק ג2.

22 קרן-פז, לעיל ה"ש 19, ליד ה"ש 61-63.

23 שם, פרק ב.

24 תת-פרק ג3 במאמרנו בחוברת זו.

למוכר (בעקבות מעבר למשטר של פרסונליזציה) יחמיר את הבעיה. הוא ער לטענתנו כי בשוק תחרותי לא יוכל המוכר לקחת את כל עודף הצרכן,<sup>25</sup> אך סבור כי בישראל השוק אינו תחרותי דיו ולכן הבעיה נותרת בעינה.

תשובתי היא שכל עוד יש תחרות על מחירים – וקשה לפקפק בכך שיש תחרות כזו בישראל – ספקים לא יוכלו לקחת את כל עודף הצרכן, שכן מתחריהם יציעו לצרכנים מחיר טוב יותר, שיותר ביריהם עודף זה (או את חלקו).

נקודת ביקורת רביעית היא שפרסונליזציה עלולה לאפשר הטבות לפרטים מסוימים באופן מוטא (פוליטי, למשל): יהיו כאלה שיקבלו תנאים טובים יותר בשל מאפיינים שאינם רלוונטיים.<sup>26</sup>

תשובתי לכך – וכבר עמדתי על כך לעיל – היא שכללי בררת-מחדל במקרה השכיח אינם טובים יותר או טובים פחות כשלעצמם: הם טובים יותר לאלה שהם מתאימים להם וטובים פחות לאלה שהם אינם מתאימים להם. כך לפחות אם מניחים פרסונליזציה לא רק של כללי בררת-מחדל, אלא אף של המחיר (הפליית מחירים).

## סיכום

אני מודה למבקרים על נקודות הביקורת החשובות שהם העלו. גם אם איני מסכים עם חלקן, אני מבין שלכולן יש ערך רב, והן עשויות וצריכות להשפיע על האופן שבו תיושם פרסונליזציה של בררות-מחדל הלכה למעשה. חלק מהביקורות הללו נוגעות בפרסונליזציה של המשפט בכלל, ולא רק של בררות-מחדל, והן ישרתו אותי בהמשך הדרך בעיסוקי בנושא חשוב זה.<sup>27</sup>

25 שם.

26 קרן-פז, לעיל ה"ש 19, ליד ה"ש 80-84.

27 OMRI BEN-SHAHAR & ARIEL PORAT, DIFFERENT RULES FOR DIFFERENT PEOPLE: PERSONALIZED

LAW IN THE ERA OF BIG DATA (forthcoming 2021) (שם הספר טנטטיבי).

