

הפליה והבחנה בעידן ההתאמה האישית תגובה על מאמרם של ליאור סטרכילביץ' ואריאל פורת

מאת
טל ז'רסקי*

תקציר

עידן המרשתת הביא עימו שינויים רבים, אשר חלקם נשאו הבטחה גדולה. אחד מאותם שינויים הוא בשורת הממשק המותאם אישית. המעבר להתאמה אישית של ממשקים לבני-אדם שונים מהווה שינוי משמעותי ביותר בהתנהלותם של עסקים כמורגם של רשויות המדינה, ומתאפשר לנוכח כמה התקדמויות והתפתחויות טכנולוגיות (כגון יכולות מעקב ועיבוד מידע מתקדמות). למשפט יש תפקיד של כבוד במעבר לפרסונליזציה. המשפט יכול למנוע מעבר זה או לחלופין לעודדו ואף לחייבו בהקשרים מסוימים. אך מעבר לכך, ייתכן שהמשפט עצמו צריך לעבור שינוי ולתת מענה מותאם אישית לאזרחים שונים. המעבר למשפט מותאם אישית יוכל לקדם ערכים של יעילות, שוויון והגינות. אך בצד זאת עולה החשש מפני התגברות סכנות ההפליה, ואותן יש לאתר ולמנוע.

במאמריהם המרתקים בעברית ובאנגלית מסבירים פורת וסטרכילביץ' כיצד מהפכת הפרסונליזציה עשויה להתרחש במשפט. הם מדגימים זאת בכמה הקשרים, תוך התמקדות בקביעת כללי בררת-מחדל בדיני החוזים ובכללי גילוי אשר יותאמו לאנשים שונים בהתאם למאפייניהם. באופן טבעי, כאשר מוצגת מערכת הפונה ליחידים בצורה שונה ומותאמת, מתעורר חשש לבעיות הקשורות להפליה. ברשימה זו אתייחס לכמה ביקורות הנוגעות בסוגיות של הפליה (במובנה הרחב) אשר עשויות לנבוע מן הפעולה שהכותבים מציעים. הרשימה מתמקדת בבעיות הנוגעות בערך האקספרסיבי של ההפליה, ובעיקר בחיזוק סטריאוטיפים קיימים כתוצאה מהבחנות שונות הנגזרות מהמודלים שהכותבים מציעים. אבחן אם המענה שנתנו הכותבים לביקורות הנוגעות בהפליה מספק או שמא יש בביקורות אלה ואחרות משום אתגר משמעותי. כן אבחן אם ניתן להציע פתרונות שיאפשרו את הרחבת השימוש בהתאמה אישית במערכת המשפט תוך מתן מענה לבעיות הקשורות להפליה.

* סגן דקן ופרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; מנהל משותף, המרכז לסייבר, משפט ומדיניות, אוניברסיטת חיפה.

מבוא

- א. הפליה בעידן ההתאמה – מה הבעיה?
 ב. הערך האקספרסיבי של ההפליה/ההבחנה
 1. הצגת הבעיה הייחודית
 2. הערך האקספרסיבי של ההפליה – התייחסות הכותבים והבהרות קצרות
 ג. הפליות והבחנות עדינות
 סיכום ומסקנות

מבוא

עידן המרשתת הביא עימו שינויים רבים, אשר חלקם נשאו הבטחה גדולה. אחד מאותם שינויים הוא בשורת הממשק המותאם אישית – ה"פרסונליזציה". המעבר להתאמה אישית של ממשקים לבני-אדם שונים מהווה שינוי משמעותי ביותר בהתנהלותם של עסקים כמו- גם של רשויות המדינה. זאת, לאחר שחלק ניכר מהמאה העשרים הוקדש לשכלול מודל הפוך – זה אשר כלל פנייה רחבה לציבורים שלמים במסרים זהים. בתחום התקשורת באו הדברים לידי ביטוי בעליית השידור להמונים (broadcast) – תחילה במדיום הרדיופוני ולאחר-מכן בזה הטלוויזיוני. אמצעי מדיה אלה נתמכו בטכנולוגיה מתקדמת ובמודלים עסקיים חדשים (לזמנם).¹ הם הציגו דרך חדשנית להעברת מידע, אשר חרגה מפנייה לקהלים מצומצמים באמצעות נאומים בכיכרות או באולמות, כפי שהיה נהוג עד אז. על- פי מודל אחרון זה הועברו, בשל אילוץ, מסרים שונים במועדים שונים ולקהלים שונים. הפנייה הישירה אפשרה למנהיגים לפנות ישירות לציבור ולגשר על פערי מרחק. הפנייה השוויונית והרחבה להמון התבטאה אף בתחום הקמעונאי, עם עלייתן של חנויות ה"כלבו" (department stores) והמרכולים (supermarkets), אשר הציגו מגוון עצום של מוצרים לכל דכפין ובמחיר מוגדר וקבוע.² זאת, להבדיל מהשוק (האמיתי – לא המטפורי), שבו נקבעו המחירים לעיתים קרובות אד-הוק ובהתאם ליכולת המיקוח של הצרכן, ואף הוצעה בו מרכולת שונה בזמנים שונים.³

הפרסונליזציה מתאפשרת כעת בזכות כמה התקדמויות והתפתחויות טכנולוגיות. עליית השימוש במרשתת באמצעות מחשבים אישיים, וכיום גם דרך יישומנים במכשירים ניידים חכמים, מאפשרת חויית משתמש שונה לכל לקוח-קצה. הפרוטוקול המקוון תומך בהעברת מידע וממשק ייחודיים לכל משתמש בקלות יחסית. אך מהפכת הפרסונליזציה מתאפשרת גם בזכות היכולת לאסוף כמות רבה מאוד של נתונים אישיים על כל יחיד במהלך שימושו ברשת. נוסף על כך היא מסתמכת על היכולת לעבד את המידע באופן משמעותי (גם באמצעות מערכות אוטומטיות של כריית מידע ואף בינה מלאכותית), כדי

1. PETER SIMONSON, REFIGURING MASS COMMUNICATION: A HISTORY 9 (2011)

2. JOSEPH TUROW, THE AISLES HAVE EYES 30–32 (2017)

3. שם, בעמ' 27.

לספק תוכנות בדבר רצונותיהם והעדפותיהם של כל משתמשת ומשתמש ולהתאים תכנים אליהם בזמן-אמת.⁴

הטכנולוגיות האמורות של איסוף מידע, עיבודו ושימוש בו⁵ הובילו לשינוי משמעותי בעולם המדיה והשיווק במאה העשרים ואחת. חלף השידור להמונים, עתה ניתן להעביר מסרים, תכנים וחדשות בצורה שמותאמת ליחידים.⁶ פייסבוק, באמצעות הממשק הייחודי שהיא מציעה, הינה מספקיות התוכן המובילות בכלל, ובתחום החדשות בפרט (לפחות בקרב קהלים צעירים).⁷ יכולות אלה של מיקוד תכנים עוררו גל של חששות מהיעלמות "מדורות השבט" של ימים עברו ומהיווצרות חברה מבוזרת שמורכבת מתת-קבוצות המסוגרות בתוך עצמן.⁸ נוסף על כך עלה חשש מפני מניפולציות מתוחכמות שעלולות להתור תחת הדמוקרטיה.⁹ גם עולם הקמעונאות עבר שינוי משמעותי עם הפיכתן של אמזון ועליבאבא לשתיים מארבע הקמעונאיות הגדולות בעולם.¹⁰ אמזון במיוחד נסמכת על פרסונליזציה, בהציעה ממשקים ייחודיים לכל גולש תוך הסתמכות על רכישות-עבר. גם שינויים אלה מובילים לגל של חששות מפני פגיעות צרכניות, הפליות מחירים¹¹ ופגיעה בתחרות.¹² למשפט יש תפקיד של כבוד במעבר לפרסונליזציה. ככל שהדבר נוגע בגופים פרטיים, המשפט יכול לעודד מעבר זה, ואף לחייבו בהקשרים מסוימים, מטעמים צרכניים (שכן כך יובטח שירות טוב יותר לחלק מהצרכנים). זאת ועוד, המשפט יכול להתיר לרשויות המדינה

- 4 Tal Z. Zarsky, *Mine Your Own Business!": Making the Case for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public Opinion*, 5 *YALE J.L. & TECH.* 1 (2003)
- 5 Tal Z. Zarsky, *Desperately Seeking Solutions: Using Implementation-Based Solutions for the Troubles of Information Privacy in the Age of Data Mining and the Internet Society*, 56 *ME. L. REV.* 13, 17–32 (2004)
- 6 תופעה שאותה כינה נגרוֹפּוֹנטה, לפני יותר משני עשורים, "The Daily Me". ראו NICHOLAS NEGROPONTE, *BEING DIGITAL* (1995)
- 7 Amy Mitchell et al., *1. Pathways to News*, PEW RESEARCH CENTER – JOURNALISM & MEDIA (Jul. 7, 2016), <http://www.journalism.org/2016/07/07/pathways-to-news/>; Jeffrey Gottfried & Elisa Shearer, *Americans' Online News Use Is Closing In on TV News Use*, PEW RESEARCH CENTER (Sep. 7, 2017), <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/09/07/americans-online-news-use-vs-tv-news-use/>
- 8 ELI PARISER, *THE FILTER BUBBLE: HOW THE NEW PERSONALIZED WEB IS CHANGING WHAT WE READ AND HOW WE THINK* (2012)
- 9 YOCHAI BENKLER, ROBERT FARIS & HAL ROBERTS, *NETWORK PROPAGANDA: MANIPULATION, DISINFORMATION, AND RADICALIZATION IN AMERICAN POLITICS* 269–88 (2018)
- 10 Peter Carbonara, *Walmart, Amazon Top World's Largest Retail Companies*, FORBES.COM (Jun. 6, 2018), <https://www.forbes.com/sites/petercarbonara/2018/06/06/worlds-largest-retail-companies-2018/#3b2938d313e6>
- 11 Frederik Zuiderveen Borgesius & Joost Poort, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, 40 *J. CONSUMER POL'Y* 347 (2017)
- 12 Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, *Access Barriers to Big Data*, 59 *ARIZ. L. REV.* 339 (2017)

לפעול בצורה מותאמת למגמת הפרסונליזציה, או אף לקבוע כי הן נדרשות לעשות כן מכוח חובותיהן כלפי האזרחים.¹³ מצד אחר, המשפט יכול גם למנוע או לעכב פרסונליזציה באופן ישיר או עקיף. הוא יכול לאסור פנייה פרטנית ליחידים, ולדרוש שכל החברים בקבוצה יקבלו יחס שווה על-אף השוני ביניהם.¹⁴ הוא יכול גם להגביל את דרך ביצועה של ההתאמה האישית, וזאת באמצעות צמצום המשתנים שניתן להסתמך עליהם (לדוגמה, מניעת שימוש במשתנים הנוגעים בגזעו של אדם או בעובדה שהוא אסיר משוחרר).¹⁵ הגבלה אפשרית נוספת היא צמצום המניפולציות שניתן לעשות במידע לצורך ביצוע ההתאמה האישית – לדוגמה, באמצעות אכיפת העיקרון של "צמידות המטרה", המחייב הסכמה פרטנית לכל עיבוד במידע אישי שנאסף.¹⁶ המשפט יכול להסדיר גם את תוצאות המהלכים שהשימוש הפרסונלי עשוי להוביל אליהם. זאת, לדוגמה, באמצעות איסור פעולות מסוימות, כגון אלה המובילות לפער משמעותי בין נשים לגברים. כדוגמה פשוטה נציין כי המשפט יכול (ולעיתים צריך) לאסור הנהגת כללים אישיים שיקנו יתרונות לאנשים שגובהם 1.80 מטרים ומעלה, משום שבסופו של יום שיעור הגברים מבין אלה שיוזכו בהעדפה זו יהיה גבוה בהרבה משיעורם באוכלוסייה.¹⁷

אך מעבר לכל אלה, המשפט עצמו עשוי להיות חלק ממהפכת הפרסונליזציה, בכך שהוא יציב דרישות וכללים שונים לגורמים שונים. כבר לפני כמה שנים החל פרופ' קס סנסטין לפתח את הרעיון של הבניית ההתאמה האישית באמצעות המשפט. זאת, לדוגמה, בדמות חיוב חברות המספקות מוצרים חיוניים, כגון סלולר או מסלולי פנסיה, להציע לצרכנים חבילות ומסלולים מותאמים אישית מסוגים שונים כבררת-מחדל.¹⁸ המלצה זו אכן אומצה בישראל בהקשר הפנסיוני החל בינואר 2016.¹⁹ אך את המהלך המשמעותי של הבאת ההתאמה האישית למשפט קידמו במידה רבה אריאל פורת וליאור סטרכילביץ' במחקריהם אשר יידונו כאן.

-
- 13 במידה מסוימת, קיומה של מדינת הרווחה מושתת על מערך של פרסונליזציה אסדרתית, המעניק הטבות שונות לאזרחים שונים על בסיס צורכיהם.
- 14 כך קורה, לדוגמה, בתחום הביטוחים, שבו נאסרת הבחנה על בסיס אמות-מידה מוגדרות. Jane
The Algorithm Game, 94 NOTRE DAME L. REV. 1, 6 (2018), Bambauer & Tal Zarsky
- 15 לדיון בעניין זה ראו Lior Jacob Strahilevitz, *Privacy Versus Antidiscrimination*, 75 U. CHI. L. REV. 363, 365 (2008).
- 16 ס' 1, (9)2, 3 (הגדרת "הסכמה") ו-8 (ב) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.
- 17 לדוגמה מובהקת מהאיחוד האירופי של הוראת חוק האוסרת הפליה בתוצאה בין גברים לנשים
 ראו *Association Belge des Consommateurs Test-Achats and Others v Council (Case C-236/09)*, EU:C:2011:100, [2011] ECR I-773 (Mar. 1, 2011).
- 18 *Deciding by Default*, 162 U. PA. L. REV. 1 (2013), Cass R. Sunstein
- 19 משרד האוצר – אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון "מסלולי השקעה בקופות גמל" (16.9.2015)
<https://mof.gov.il/hon/documents/%D7%94%D7%A1%D7%93%D7%A8%D7%94-%D7%95%D7%97%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%94/mosdiyem/memos/2015-9-29.pdf>

במאמרם המרתק המתפרסם עתה בעברית,²⁰ כמו־גם במאמר המקיף יותר שהם פרסמו לפני שנים אחדות בשפה האנגלית,²¹ מסבירים פורת וסטרכילביץ' (להלן: הכותבים) כיצד מהפכת הפרסונליזציה עשויה להתרחש במשפט. הם מדגימים זאת בכמה הקשרים, תוך התמקדות בקביעת כללי בררת־מחדל דיני החוזים ובכללי גילוי. מעבר לכך, הם מציינים כיוונים רבים נוספים שניתן להרחיב אליהם מהפכה זו.²² למן פרסום מאמרם של הכותבים באנגלית המשיך התחום להתפתח, ולאחרונה נדונה סוגיית המשפט המותאם אישית בהרחבה בכרך מיוחד של כתב־העת של אוניברסיטת שיקגו.²³

כפי שצוין לעיל, המעבר לפרסונליזציה בתחומים שונים (כגון מדיה וקמעונאות) עורר גל של ביקורות ובעיות. על־כן אך טבעי הוא שאימוץ מודלים מותאמים מעין אלה בתחום טעון כמו הסדרה משפטית יעורר גם הוא דיונים וספקות. הכותבים, בהגינותם הרבה, מציינים כמה ביקורות מרכזיות להחלת הפרסונליזציה במשפט, ומתמודדים עימן בצורה מקיפה, ולרוב משכנעת. בעמודים הבאים אציין כמה ביקורות שהציגו הכותבים (ואותר הערות אחרות למגיבים אחרים בחוברת זו), תוך התמקדות בסוגיות של הפליה (במובנה הרחב) העשויות לנבוע מדגמי הפעולה שהכותבים מציעים. אבחן אם המענה שנתנו הכותבים לביקורות האמורות מספק או שמא יש בכיקורות אלה ואחרות משום אתגר משמעותי למודלים החדשניים שהכותבים מציעים. כן אבחן אם ניתן להציע פתרונות מסוגים אחרים אשר יאפשרו את הרחבת השימוש בהתאמה אישית במערכת המשפט.

בטרם אמשיך לחלק הבא, אציג הערה מבואית אחרונה. הניתוח שלהלן יתמקד בכמה סוגים של "הפליה" ובקשיים שהתנהלות מעין זו גורמת. הבחנה שימושית, המאפשרת להפריד בין כמה סוגיות של הפליה, בודקת אם החלטת הגורם המבדל היוצרת את הפליה נסמכת על משתנה שמוגדר מבחינה חברתית (ולעיתים קרובות גם מבחינה משפטית) כ"רגיש". במקרים אלה של שימוש במשתנים "רגישים" או היווצרות הפליות "רגישות" יש מקום לחשוב היטב אם היה מקום להשתמש במשתנה זה או לנקוט את הצעדים שהובילו לכך. מאמר זה יתמקד בהבחנות ובהפליות "רגישות" מעין אלה.²⁴

לצורך העניין, משתנים "רגישים" מתייחסים, בין היתר, להבחנות על בסיס גזע, דת, מין ונטייה מינית. משתנים נבחרים אלה מייצגים הפליות שסומנו כ"רגישות" במדינות שונות.²⁵ זאת, בעיקר משום שהפליות אלה ננקטו בעבר (ובמידה מסוימת ננקטות עדיין בהווה) כדי

20 ליאור סטרכילביץ' ואריאל פורת "פרסונליזציה של כללי בררת־מחדל וחובות גילוי באמצעות נתוני־עתק (Big Data)" בחוברת זו.

21 Ariel Porat & Lior Jacob Strahilevitz, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, 112 MICH. L. REV. 1417 (2014).

22 סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 20, תת־פרק 2; Porat & Strahilevitz, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1440-1449.

23 ראו U. CHI. L. REV. 86(2) (2019). לפרטים לעניין הכנס ראו <http://lawreview.uchicago.edu/symposium-personalized-law>.

24 Tal Z. Zarsky, *Understanding Discrimination in the Scored Society*, 89 WASH. L. REV. 1375 (2014).

25 שם, בעמ' 1385; Kenji Yoshino, *The New Equal Protection*, 124 HARV. L. REV. 747, 756-57 (2011).

לפגוע בקבוצה חלשה ואף מוחלשת. אולם איסור הפליה המסתמכת על משתנים "רגישים" אלה אינו רק צופה פני עבר בניסיון לכפר על עוולות שנעשו; כללים המונעים הפליה ומתמקדים במשתנים רגישים מכוונים בעיקר למניעת הישנותן של הפליות שמועדות לפורענות (קרי, שיש חשש שהציבור ינקוט אותן) ולתיקון דפוסים מבוססים של הפליה, הדרה והתנהלות. לכאורה, עידן נתוני-העֵתָק (big data) היה אמור לסמן את תום עידן ההפליות על בסיס משתנים רגישים, ולנתב את הדין המורכב הנוגע בהפליה לסוגיות אחרות, וזאת מכמה סיבות. ראשית, בימינו יש להניח כי ארגונים פרטיים וממשלתיים מונהגים על-ידי אנשים מהוגנים. חזקה על פקידים אלה שהם אינם אווזים בדעות קדומות ומפלול אשר נראה כי רוב האוכלוסייה סולרת מהן כיום. מעבר לכך, אם יתברר כי חברה או גוף ממשלתי נוקטים הפליה על בסיס מידע רגיש, יסב הדבר נזק משמעותי לגוף ולעומדים בראשו. בעידן הדיגיטלי החשש מפני דליפת מידע (כנוגע להפליה) והפצתו המהירה ברשת גדול מאוד, ועל-כן אמור לכאורה למנוע כשלעצמו הפליה פסולה. נוסף על כך, גופים המבקשים לערוך בידולים בעידן נתוני-העֵתָק יכולים להיעזר באינ-ספור משתנים אחרים העומדים לרשותם, וקשה להבין ולהאמין שהם יבחרו דווקא באותם גורמים מעטים המעוררים סערה ציבורית כדי להגשים יעד של חלוקה יעילה (בהקשר העסקי) והוגנת (בהקשר הממשלתי).

אולם אמירות אחרונות אלה נותרות לעת עתה רק בגדר ציפיות וניחוח לכאורי. בפועל החשש מפני הפליה על בסיס משתנים רגישים רחוק מלהתפוגג.²⁶ נראה שקשה להיפטר מהרגלים מושרשים, הגם שהם מגונים. הפליה על בסיס מידע רגיש עודנה מרימה את ראשה, אם כי לעיתים בצורה מתוחכמת מעט,²⁷ דהיינו, תוך הסתמכות על משתנים שאינם נחשבים רגישים אך מהווים "קירוב" (proxy) למשתנה רגיש.²⁸ לדוגמה, המשתנה הפסול המתייחס לגזעו של אדם מוחלף במיקוד, ומשתנה המין מוחלף בגובה. גם צורות עיבוד מורכבות הרבה יותר, אשר מתיימרות ליצור בצורה אוטומטית מערכת לקבלת החלטות יעילה, מקיימות לפעמים (ולעיתים מבלי דעת) מערך החלטות מפלה. זאת, כאשר הן מסתמכות על מאגר של החלטות מפלות של בני-אדם שפעלו כך בעבר ומשתמשות בו כבסיס ללמידת המערכת בהווה.²⁹ לא כאן המקום לעסוק בסיבות הפליות הפסולות הנובעות ממערכות חדשניות. בקצרה ייאמר כי הן נובעות מהטיות ומטעויות של ציבור עובדים בעלי רקע

26 לדיון בסוגיה זו ראו, Solon Barocas & Andrew D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, 104 CAL. L. REV. 671 (2016).

27 להתמודדות עכשווית עם בעיה זו ראו, לדוגמה, Jacob Snow, *Amazon's Face Recognition Falsely Matched 28 Members of Congress With Mugshots*, ACLU (Jul. 26, 2018), <https://www.aclu.org/blog/privacy-technology/surveillance-technologies/amazons-face-recognition-falsely-matched-28>; UK Investigates Crime-Fighting AI for GOVERNMENT (Mar. 20, 2019), <https://www.ACCESS Racial Discrimination, OPEN.openaccessgovernment.org/ai-for-racial-discrimination/61272/>

28 Anya E.R. Prince & Daniel Schwarcz, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, 105 IOWA L. REV. 1257 (2020)

29 ראו Barocas & Selbst, לעיל ה"ש 26.

הומוגני (מהנדסים ומתכנתים, שהינם לרוב גברים לבנים),³⁰ מהתיאבון הציבורי לתוצאות מפלות אשר מנתבות את קבלת החלטות לכיוון זה, או מהסתמכות על מאגרי מידע וצבר של החלטות-עבר אשר מוכתמים בהתנהלות מפלה. לפיכך נקודת הפתיחה (הסבירה למדי) של תגובה זו היא כי החשש מפני הפליה המסתמכת על משתנים רגישים מבוסס, וכי יש לבחון בזהירות גם כיום את תוצאותיהן של הפליות אלה.

א. הפליה בעידן ההתאמה – מה הבעיה?

מנגנון הפרסונליזציה המוצע על-ידי הכותבים נסמך על מערך של הבחנות, ועל-כך גורר באופן בלתי-נמנע דיון בדיני ההפליה (לרבות דיני המאבק בה – anti-discrimination) ובניתוחים העקרוניים העומדים בבסיסם. במילים אחרות, ברגע שיחידים אשר עד אתמול קיבלו יחס שווה מקבלים יחס שונה (ובאופן דומה – כאשר שונים מקבלים יחס שווה) על-פי המתווה שהכותבים מציעים, הקורא הנבון נזקק באופן אינטואיטיבי לבחון טענות בדבר הפליה בלתי-ראויה ביניהם.³¹ אולם האינטואיציה הזו אינה מסייעת בהכרח לדיון. ההפליה נראית בלתי-ראויה, אך קשה לחשוב על מושג משפטי ועקרוני מורכב וטעון יותר מ"הפליה". לפיכך ראוי לבחון ברמה העקרונית והתיאורטית את הזכויות אשר ייתכן שנפגעות במהלך המוצע על-ידי הכותבים.³² דיון עקרוני כאמור נדרש גם כדי לאזן נכונה בין יתרונות ההתאמה שהוצגו על-ידי הכותבים לבין הבעייתיות אשר טענות ההפליה עשויות לבסס. בהתאם לאמור לעיל, בחלק זה נתמודד עם המלצות אפשריות לעריכת הבחנות על-פי פרמטרים הכוללים משתנה רגיש, כגון יצירת בררת-מחדל שונה ליהודים ולערכים או לגברים ולנשים. דוגמה לכך היא זו שהכותבים מציעים – יצירת בררת-מחדל שונה לגברים ולנשים בדיני הירושה בנוגע לחלוקת הנכסים בין הילדים ובני-הזוג לאחר המוות.³³ דוגמה אפשרית נוספת היא יצירת כללי בררת-מחדל שונים לדתיים ולחילונים בתוכניות פנסיוניות וקצבות שאירים (לנוכח ההבדל בין שני המגזרים במספר הילדים הממוצע). כן נבחן השלכות של קביעת כלל גילוי שונה בהסתמכות על משתנה רגיש.

הכותבים, בתבונתם, מנסים "לנטרל" את עוצמת ההתנגדות האפשרית למודלים שהם מציעים העשויה לעלות מכיוונם של טיעונים הנוגעים בהפליה. זאת, באמצעות בחירת דוגמאות מושכלות. בבואם להתמודד עם טענות הפליה, הם מזכירים כי הדוגמאות המרכזיות שנדונות במאמרם (ואשר עשויה לצמוח מהן טענת הפליה) נוגעות ביצירת התאמה אישית בכללי בררת-מחדל ובמנגנוני גילוי. הם מסבירים כי מצבים אלה של התאמה אינם מעוררים

Kari Paul, 'Disastrous' Lack of Diversity in AI Industry Perpetuates Bias, Study Finds, THE GUARDIAN (Apr. 17, 2019), <https://www.theguardian.com/technology/2019/apr/16/artificial-intelligence-lack-diversity-new-york-university-study>

ראו סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 20, ליד ה"ש 106-109.

Larry Alexander, *What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies*, 141 U. PA. L. REV. 149, 151 (1992)

ראו סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 20, ליד ה"ש 1-6 וכן בתחילת פרק ב.

חששות משמעותיים בדבר הפליה, בין היתר משום שיחידים יכולים לבקש את סיווגם מחדש אם נדמה להם שהוא פוגעני, ובכך לאיין את נזקי ההפליה, ככל שהם קיימים.³⁴ אסביר בדרך-כלל, בהקשר של הפליה, החששות נוגעים בכך שהתנהלות פסולה מצד המפלה תוביל לשלילת זכויות מקבוצות מוחלשות, תוך החלשתן או הדרתן באופן עקבי. זאת, לדוגמה, על-ידי קביעת כללים מפלים או מוטים לגבי הקצאת אשראי, גיוס עובדים, גישה להשכלה ועוד. נראה כי בדוגמאות שצוינו חששות אלה לא יתממשו לרוב. אומנם, כללי בררת-מחדל עשויים להכתיב תנאים נחותים לאוכלוסייה מסוימת, אך אם כך אכן יקרה, הנזק לאותה קבוצה לא יהיה גדול, שכן אלה אך בררות-מחדל, וניתן לעוקפן באמצעות משא-ומתן. בדומה לכך, כללי גילוי מותאמים אשר יתעדפו בצורה בלתי-ראויה תכנים מסוימים לאוכלוסייה מסוימת עשויים לגרום לה נזק. אך הגילוי המותאם אישית לא ימנע על-פירוב גישה למידע באופן מוחלט; הוא רק ידגיש פריטים מסוימים על-חשבון אחרים. כמו-כן, מנגנון הגילוי המותאם ניתן ל"נטרול" (תוך החלפתו במידע המלא והכללי שניתן כיום).³⁵ לפיכך, חברי אותה קבוצה יוכלו לקבל את המידע הנחוץ מהחברה או מצדדים שלישיים תוך השקעת מאמץ קטן.

מובן שתשובות אלה בדבר חולשתו של טיעון ההפליה כאן אינן יכולות לספק מענה הרמטי ומוחלט. הכללים המותאמים הנדונים יוכלו עדיין להוביל לעיתים לתוצאה פוגענית ומפלה, וזאת בשל כשלים ידועים בקוגניציה האנושית, אשר ייתכן אף שינוצלו בהקשר זה. לדוגמה, גורם אשר יתכנן ויִישם כללי גילוי מותאמים אשר ייבנו במפורש (בצורה נבזית, יש לומר) כדי למנוע מידע חשוב ממיעוטים יצליח ללא ספק במשימתו לפגוע במיעוטים כאמור. זאת, אם "יקבור" פרטים חשובים ויבליט תחתיהם מרכיבים אחרים אשר יתפסו את מירב תשומת-הלב בממשק שיותאם למיעוטים אלה (תוך ניצול מגבלות קשב ידועות).³⁶ בדומה לכך, אם אלה המעצבים כללי בררת-מחדל ידאגו להתאים לקבוצה מוחלשת כללים הפוגעים בהם, מתוך תקווה להמשיך להחלישם, נראה שגם משימה זדונית זו תצלח. זאת, לנוכח העובדה שבררות-מחדל הן לרוב "דביקות", משמע, חלק ניכר מחברי אותה קבוצה לא ישנו את בררת-המחדל.³⁷ העלויות (הכספיות והקוגניטיביות) הכרוכות בעקיפתה של בררת-המחדל יובילו לפגיעה, לפחות חלקית, בבני אותה קבוצה שנפלו קורבן להפליה דגן.³⁸ מובן שהפגיעה תהיה משמעותית אם ההפליה תהיה עקבית (קרי, לאורך זמן ובהקשרים חברתיים רבים). היא תהיה משמעותית עוד יותר אם בני הקבוצה הנפגעת מההפליה סובלים מחולשה מובנית (כגון קשיי שפה או מחסור במידע או בכלים) המקשה עליהם לנהל משא-ומתן אפקטיבי להפיכת בררת-המחדל.

34 ראו Porat & Strahilevitz, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1446.

35 ראו סטרכליביץ' ופורת, לעיל ה"ש 20, חלק ב(ב) וליד ה"ש 130-131.

36 להתייחסות לכשלים קוגניטיביים בתפיסת מכלול תניות החווה ראו, בכלליות, Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. Chi. L. Rev. 1203 (2003).

37 Omri Ben-Shahar & John A.E. Pottow, *On the Stickiness of Default Rules*, 33 Fla. St. U. L. Rev. 651 (2006).

38 ראו פורת וסטרכליביץ', לעיל ה"ש 20, ליד ה"ש 11-12.

אך נראה כי חששות אלה אינם משמעותיים בהקשר שלפנינו. זאת, משום שמדובר (כך יש לקוות) בכללים שאותם תבנה המדינה בשקיפות ובתום-לב, ואשר ייאכפו על-ידי בית-המשפט אם יגיע אליו דיון בחוזה כזה. יצוין כי יש עדיין חשש שהפרסונליזציה והפיצול בדרך ההתממשקות של חברות עם לקוחותיהן ייעשו על-ידי חברות פרטיות, אשר יערימו על הגורם המסדיר בעשותן כן, או שהכללים המפלים יעוצבו על-ידי פקידי מדינה שיבקשו להפלות במפגיע. כדי להימנע מבעיות אלה, רצוי שגוף מדינתי העוסק בקידום השוויון (לדוגמה, האגף לשוויון מגדרי בנציבות שירות המדינה³⁹ או נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות⁴⁰) או גוף ייעודי אחר יבחנו את כללי בררות-המחדל והגילוי (הן את אלה היוצאים מתחת ידי המדינה והן את אלה הנפוצים בפרקטיקה בכלל) כדי לוודא שהם אינם יוצרים מצבים כאלה של חוסר שוויון מכוער.

הכותבים מתייחסים בכלליות גם לרבדים אחרים של בעיית ההפליה אשר עשויה להתהוות כתוצאה מהפעלת כללי בררת-מחדל וגילוי אשר מותאמים אישית בהסתמך על משתנים רגישים. לדוגמה, ניתן לסבור כי הפעלת המנגנון המותאם תגרום להפליה במובן של הפרת עקרון השוויון, בכך שיינתן לעיתים יחס שונה לשווים יחס שווה לשונים. זאת, בשל טעויות עקביות הנפוצות בניתוחים של נתוני-עתק.⁴¹ טעויות אלה מטרידות בעיקר בשל הקושי לאתרן, משום שהמערכות עובדות לעיתים כ"קופסאות שחורות": הן מספקות פלטים בהתאם לקלט מידע המוזן להם, מבלי להסביר מדוע.⁴² טיעון זה מתחבר לספרות פופולרית המדברת בגנותה של מהפכת המידע, בגורסה כי זו מסתמכת על ניתוחים הנראים מדויקים ומדעיים אך בסופו של דבר מתבררים כמופרכים במידה רבה.⁴³

הכותבים מצביעים על כמה שסתומים אשר ימנעו הסתמכות על מתאמים כוזבים (spurious) ויקטינו בכך את הסיכוי לטעויות עקביות מעין אלה. במאמרם באנגלית הכותבים מסבירים כי הם אינם קוראים ליצור את הכללים המשפטיים המותאמים תוך הסתמכות על מתאמים גרידא בין משתנים המתארים קבוצות לבין תופעות חברתיות וכלכליות שונות. תחת זאת הם בודקים אילו משתנים מתארים התנהלות של יחידים בהתאם לטקסונומיה פסיכולוגית מוכרת של "סוגי אישיות" (לדוגמה, "מוחצנות" או "ניורוטיות"), ולאחר-מכן הם מציעים לכרוך כיצד ההתנהלות האנושית מתחלקת על-פי טקסונומיה זו (לדוגמה, אם גברים מוחצנים מעדיפים שמסירת מוצר תהיה בבית הלקוח).⁴⁴

בהחלטה על דרך פעולה זו הכותבים נוקטים איזון מחושב. מצד אחד, דרך פעולה זו מקטינה את רמת הדיוק שניתן להשיג ביצירת ההתאמה בין מאפיינים לבין כלל בררת-מחדל ייחודי. הקטנת דיוק זו מיתרגמת לפגיעה ביעילותו של מנגנון התאמת הכללים כולו. זאת,

39 לאתר האגף לשוויון מגדרי בנציבות שירות המדינה ראו https://www.gov.il/he/departments/units/woman_unit

40 לאתר של נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ראו https://www.gov.il/he/departments/moj_disability_rights

41 לרמיזה בעניין ראו סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 20, תת-פרק 63; Porat & Strahilevitz, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1461-1462.

42 ראו, לדוגמה, FRANK PASQUALE, THE BLACK BOX SOCIETY (2015).

43 לדוגמה מובהקת של טיעון זה ראו CATHY O'NEIL, WEAPONS OF MATH DESTRUCTION (2016).

44 ראו Porat & Strahilevitz, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1438.

משום שהתאמת כלל בררת-מחדל באופן ישיר למשתנים המצויים במתאם גבוה עם התופעה הנבדקת (לדוגמה, העדפת סוג מסוים של חלוקת רכוש לאחר המוות) הייתה מאפשרת זיהוי יחידים רבים יותר שלגביהם הכלל הנבחר מתאים להעדפותיהם או למאפייניהם (כמו-גם זיהוי אלה שהכלל אינו מתאים להם בעליל ועל-כן יש להציע להם כלל אחר). במילים אחרות, אסטרטגיית פעולה זו עשויה לייצר עלויות רבות יותר הנגזרות משימוש בכלל בררת-מחדל אשר אינו מיטבי. אך מצד אחר, הישענות על ממצאים באופן ישיר, ללא סיווג על-פי החלוקה לסוגי אישיות, עלולה להיות שגויה ולהוביל לתוצאות לא-שוויוניות, שבמסגרתן קבוצות שאין ביניהן הבדל משמעותי יזכו ביחס שונה בשל הישענות על מתאמים מקריים. לפיכך ההישענות על החלוקה לסוגי האישיות משמשת מנגנון לבקרת איכות (ולהקטנת הפליה). לנוכח זאת ניתן להסכים עם טענת הכותבים כי החשש מפני בעיית ההפליה האחרונה המתוארת כאן (טעויות עקביות) אינה משמעותית במודל המוצע.

אולם להפליה יש תוצאות שליליות רבות, וברכדים נוספים. מעבר לרכדים של הפגיעה המיידית (אשר קשה כאמור לראותה מתקיימת) ושל הפגיעה בעקרון השוויון (אשר אף היא אינה משמעותית), ההפליה יוצרת השפעות ארוכות-טווח, בעיקר כתוצאה מהמסרים המועברים לקבוצות המופלות ולעניינן. טענות אלה מקבלות מענה חלקי בלבד במודל המוצע על-ידי הכותבים, ולכן אעבור עתה לדון בהן.

ב. הערך האקספריסיבי של ההבחנה/ההפליה

1. הצגת הבעיה הייחודית

כאשר המדינה מייצרת הבחנות והפליות על בסיס משתנים מוגדרים, ובוודאי כאשר עולם המשפט עושה כן, הדבר מהווה איתות חברתי חשוב. ראשית, הוא מעיד כי המדינה סבורה – או לפחות מכירה בכך – כי יש שוני בין הקבוצות, וכי השוני האמור רלוונטי להקשר הנדון. למרות ההכרה בסכנה הטמונה בכך, מקובל לסבור כי הבחנה כאמור היא הכרחית לעיתים. זאת, לדוגמה, כאשר מדובר בקבוצה שיש לה צרכים מיוחדים שיש לתת להם מענה⁴⁵ או בהקשרים של הפליה מתקנת.⁴⁶ אך למעט מקרים חריגים אלה, הבחנה המתבססת על משתנים רגישים עלולה להיות מסוכנת ובלתי-רצויה מבחינה חברתית. אי-הרצויה נגזרת בעיקר מכך שהבניית השוני המבוסס על משתנה רגיש יוצרת מסר שלילי לגבי קבוצה מסוימת. לדוגמה, אם מדובר בבררת-מחדל העוסקת בתחום מסחרי, יהיה אפשר להקיש מאופי הכלל כי הקבוצה הזוכה ביחס המותאם מתווכמת פחות מבחינה עסקית. אך העניין לא יסתים שם. היקש זה עלול להתגלגל להיקשים נוספים שלפיהם קבוצת המיעוט מוצלחת פחות, עצלנית יותר וכולי. בדומה לכך, אם מדובר בכלל גילוי הקשור לעולם הבריאותי, יהיה אפשר להקיש כי קבוצה מסוימת נוטה למחלות, ומשם הדרך קצרה לרצון להתרחק ולנידודי חברתי, וכל זאת, כאמור, בגיבוי מסר המגיע מהמדינה.

45 ס' 3(ד)2 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

46 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994).

המפתח להבנת החשש האמור בהקשר שלפנינו הוא ההכרה בסיכון ליצירה ולחזיון של סטריאוטיפ שלילי ביחס לקבוצה הנדונה. המסר שמועבר ביצירת הכלל המותאם אינו החלטי ומובהק; להפך, המסר השלילי הוא נסתר ועמום על-פירוב. אך מצד אחר, הסטריאוטיפ אינו נופל על אוזניים ערלות, אלא מחזק דעות קדומות שכבר קיימות בתודעתם של אנשים. הוא גם מתייחס להבחנות אשר למרות היותן לא-רלוונטיות, הן בולטות בתודעת הציבור מסיבות סוציולוגיות, היסטוריות ואפילו אבולוציוניות.⁴⁷ בולטות זו הופכת את עקירת הסטריאוטיפ והתודעה השגויה לפעולה קשה ביותר. מסיבה זו הפליה המתבססת על משתנים רגישים ואשר מקורה במדינה (או נעשית באישורה או בהסכמתה) היא מסוכנת, שכן יש חשש לחזיון ולהעצמה של סטריאוטיפ קיים. כאמור, חשש זה מתקיים גם אם המסר חלש ולא יוביל לפגיעה ישירה בפועל ביחידים שהינם חלק מקבוצת המיעוט. זאת ועוד, החשש עודנו משמעותי גם אם ניתוח סטטיסטי מושכל יראה כי השימוש במשתנה הרגיש אינו מעיד על פגם בקבוצה הרלוונטית, שכן ניתוח סטטיסטי מושכל זה לא ישכנע את ההמונים (או את התת-מודע שלהם).

הטיעון המובא כאן בדבר החשש מאימוץ כללים מותאמים אישית לוקה בשני קשיים לפחות – הוא ספקולטיבי, והוא קשה למדידה. אולם לנוכח חומרת הבעיות הקשורות להפליה נגד קבוצות מוחלשות, ולנוכח השלכותיהן המשמעותיות של אותן בעיות, ראוי להתייחס לחשש זה בכובד-ראש. זאת, במיוחד כאשר ההקשרים נוגעים בסוגיות חברתיות מרכזיות, כגון בריאות, תעסוקה ורווחה כלכלית. במילים אחרות, גם חשש ספקולטיבי להעצמת סטריאוטיפ שעלול להשפיע בצורה מהותית על יכולת ההשתלבות של מיעוט בתעסוקה או להוביל להדרתו משירותי בריאות עקב סטיגמה בריאותית מצדיק צמצום או שינוי של אסטרטגיית התאמה אישית של כללי משפט.

על פניהם, המודלים המוצעים, היוצרים משפט מותאם אישית, מייצרים לעיתים איתותים בעייתיים,⁴⁸ בוודאי כאשר ההבחנות הגלומות בהם מסתמכות על משתנים רגישים. אולם הם עלולים לייצר איתותים בעייתיים לא פחות גם אם ההבחנות לא יסתמכו על המשתנים הרגישים באופן מפורש, אלא רק יובילו במישור התוצאתי להענקת יחס שונה – ולו בקירוב – לחברים בקבוצה מוגנת. במילים אחרות, הבעייתיות תעלה גם אם מנגנון ההתאמה מסתמך על עשרה משתנים סטטיסטיים שונים אבל מוביל בסופו של יום לכידול בין גברים לנשים או בין קבוצות אתניות שונות. במצב מעין זה, משיגיע הדבר לידעית הציבור, הוא יסיק מכך מסקנות שיובילו לחזיון הסטריאוטיפ השלילי באופן דומה לדינמיקה שתוארה לעיל. כנגד החשש המובא כאן אי-אפשר לטעון כי ההתאמות ניתנות לעקיפה או כי בפועל נזקן הישיר קטן או אפסי. הנזק שנגרם במקרה זה הינו אגבי וחיצוני. הוא מתבטא בכך שהוא מאותת לחברה בכללותה שחברי הקבוצה האמורה שונים ולכן היחס אליהם צריך להיות שונה.

Mark Schaller et al, *Selective Pressures on the Once and Future Contents of Ethnic Stereotypes: Effects of the Communicability of Traits*, 82 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 861 (2002).

48 זאת, בניגוד לעמדת הכותבים כי החשש ליצירת סטריאוטיפים בהפעלת המודלים המותאמים אינו רב – ראו סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 20, ליד ה"ש 34.

העובדה שההבחנות האמורות נשענות על ממצאים סטטיסטיים אשר "נחשפו" בניתוחים של נתוני-עתק אינה מקטינה את החששות האמורים בדבר הפליה ופגיעה חברתית; להפך, היא לעיתים מחמירה אותם. הכותבים מסבירים כי השילוב של ניתוח נתוני-עתק עם היכולת להשתמש בתת-קבוצות מסוימות מאוד (נקודה שאחזור אליה בהמשך) יכול להוביל לרמת דיוק גבוהה מאוד, ולפיכך לתוצאה יעילה אשר תצמצם בצורה ניכרת את העלויות הקשורות לבחירת תניות בהסכמים. אולם כאשר נוטלים אסטרטגיה של בחירת בררת-מחדל אשר מאותתת (ולו בעקיפין) כי היחס למיעוט צריך להיות שונה בשל שוני מהותי, וקושרים אותה לניתוח סטטיסטי מובהק (להבדיל מאינטואיציה של בירוקרט גזען בכוח), הדבר מעניק ניחוח מדעי לסטריאוטיפ שנגזר מההליך. ניחוח מדעי זה, אשר ייתכן ששורשו בעיוות הממצאים האמיתיים (בטעות או על-ידי דמגוג בעל עניין),⁴⁹ עלול להוביל לנזקים חברתיים משמעותיים בכך שהוא יחזק סטריאוטיפים קיימים ומובהקים.

לכל זאת מצטרף מרכיב טכנולוגי נוסף – עלייתן של הרשתות החברתיות ודרכים חלופיות להפצת מידע, לרבות מידע מוטה ומעוות. אם במאות האחרונות הגיעה התקשורת ליחידים בעיקר באמצעות המדיה המסורתית, כיום הציבור ניזון במידה רבה מאמצעים חלופיים.⁵⁰ כאשר יצטברו ממצאים בדבר אופיין של ההתאמות הנעשות על-ידי המדינה (לרבות השפעותיהן בפועל), כמו-גם בדבר המתאם בינן לבין משתנים חברתיים רגישים, ניתן בהחלט להניח כי הם יופצו ברבים ויזכו בהד משמעותי. לפיכך חייבים להביא בחשבון את החשש מההדרת שיתלווה לצורות ההתאמה האישית ומהשלכותיו של הד זה, ובראשן חיזוק סטריאוטיפים קיימים.

2. הערך האקספרסיבי של ההפליה – התייחסות הכותבים והבהרות קצרות

הכותבים (בעיקר במאמרם המקיף באנגלית) מכירים בנזק האפשרי והאגבי שעלול לנבוע מהפעלת בררת-מחדל שונות על בסיס משתנים רגישים. במאמרם הנוכחי (בעברית) הם קובעים כי כאשר מדובר בכללים משפטיים הניתנים להתנאה, החשש ליצירת סטריאוטיפים אינו רב⁵¹ – טיעון שניתן לחלוק עליו, כפי שהסברתי לעיל. בהמשך הם מתייחסים ביתר הרחבה לסוגיה, ומסכימים כי שימוש בסטטיסטיקה עשוי להוביל ליצירת סטריאוטיפ. לטעמי, כאן היה חשוב שהכותבים יבהירו כי החשש המרכזי, לפחות ככל שהדבר נוגע במשתנים רגישים, הוא מפני חיזוק סטריאוטיפים קיימים, ולא דווקא מפני יצירת חדשים. הסוגיה של יצירת סטריאוטיפים המושגתים על ניתוחים של נתוני-עתק בלבד (אשר יצביעו על קשרים לא-מוכרים בין משתנים אישיים לבין תופעות חברתיות) הינה מורכבת אך שונה. בחינה אם החשש מפני יצירת סטריאוטיפים חדשים משמעותי מצריכה בדיקה ייחודית. הכוונה לבדיקה אם מוחו של בן-האנוש ותרבותו גמישים דיים לשנות פרקטיקות מושרשות הנסמכות על סוג אחד של אמות-מידה (אמות-המידה הרגישות שנדונו עד עתה) לפרקטיקות נלוות חדשניות הנסמכות על אמות-מידה אחרות ומורכבות פי כמה לצורך ביצוע הפליה. אך כאמור, לא בכך תתעמק ביקורת זו, אשר מתמקדת בחשש מפני חיזוק סטריאוטיפים מוכרים.

49 Tal Z. Zarsky, *Transparent Predictions*, 2013 U. Ill. L. Rev. 1503, 1560–63

50 ראו לעיל ה"ש 6–7 והטקסט שלידן.

51 ראו סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 20, ליד ה"ש 34.

הכותבים מתייחסים לחשש מהעצמת סטריאוטיפים מהסוג הישן והמוכר כתולדה של אימוץ כללים משפטיים מותאמים. הם מודגימים זאת באמצעות התייחסות לבררת-מחדל אפשרית המבחינה בין גברים לנשים לעניין העדפותיהם בדבר שינוי שמם לאחר הנישואים.⁵² הכותבים מסבירים כי כללים מעין אלה עלולים להוביל לבעיה של "קבוע מוסכמות חברתיות" אצל חברי הקבוצה באמצעות יצירת בררות-מחדל.⁵³ נקודה אחרונה זו רלוונטית פחות לדיון כאן, המתמקד כאמור בהשפעות העקיפות על ההפליה, באמצעות השפעה על גורמים חיצוניים (כגון מוסכמות חברתיות, כאמור). בעניין זה הכותבים מסבירים כי יש לתת בהחלט את הדעת לצד ה"אקספרסיבי" של המשפט, ולהימנע מלכלול במשפט בררות-מחדל הטומנות בחובן מסר שיש לו השפעה חברתית שלילית על הצדדים עצמם ועל גורמים אחרים. אולם הכותבים מוסיפים ומראים כי מבחינת ניתוח פוזיטיבי של המשפט החוקתי האמריקני, במצבים מסוימים בניית בררות-מחדל המבחינות בין המינים אינן פסולות, למרות התוצאה האקספרסיבית האפשרית.⁵⁴

בסכמם את התייחסותם לסוגיה זו מציינים הכותבים כי הזהירות בשימוש במגדר או בגזע ליצירת כללי בררת-מחדל תהיה מוצדקת "רק כאשר שימוש כזה תורם ליצירת סטריאוטיפים או מקבע העדפות – או מוסכמות חברתיות – שהן בעייתיות מבחינה מוסרית או חברתית".⁵⁵ על כך בהחלט אין לחלוק, לדעתי, אך מדובר כאן באיזון כללי שקשה ליישמו. עם זאת, ובהתחשב באפשרות של זרימת מידע בנוגע לאופי ההבחנה בעידן הרשתות החברתיות, הנושא מחייב התמודדות ישירה ומשמעותית יותר. לפיכך בפרק הסיכום יוצגו כמה המלצות לפעולה.

הכותבים מציעים אסטרטגיה נוספת להתמודדות עם בעיית ההפליה – הסתמכות על הבחנות עדינות. הצעה זו מחייבת עיון נפרד, שאגש אליו כעת.

ג. הפליות והבחנות עדינות

כדי להתגבר על החששות בנוגע להפליה ולצד האקספרסיבי של המשפט, הכותבים מציעים לעבור מהבחנות גסות להבחנות עדינות. ההבחנה הגסה נראית לעין ונוגעת בגורם בולט ומרכזי. ההבחנה העדינה מסתמכת על גורמים רבים, ומאפשרת לפיכך יצירת תת-קבוצות אין-ספור.⁵⁶ במאמרם באנגלית קובעים הכותבים בעניין זה כך:

52 ראו Porat & Strahilevitz, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1464.

53 ראו סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 20, תת-פרק 7; Porat & Strahilevitz, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1463.

54 יצוין כי הדוגמה שהם דנים בה אינה כזו שיוצרת סטריאוטיפ שלילי, שכן היא מתייחסת להוכחת הורות ולהבדלים בין גברים לנשים בעניין זה. אך במקרים רבים אחרים הפעלת ההבחנה על-ידי המשפט עלולה ליצור בעיה. ראו Porat & Strahilevitz, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1465.

55 ראו סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 20, בסוף תת-פרק 7.

56 ראו שם, אחרי ה"ש 36.

“Crude personalized default rules that are dependent on mere stereotypes are undesirable, but granular personalized default rules based on hard data and sound science may be desirable.”⁵⁷

הכותבים מוסיפים ומדגימים כי הבחנה בין גברים לנשים (שהיא הבחנה גסה) תהא פסולה ברוב המקרים (למעט אולי במצבים שבהם היא אינה מקדמת קיבוע סטריאוטיפי פסול), שכן המסר האקספרסיבי שלה בדבר ההבדלים בין המינים מובהק ובוולט. אולם הבחנה בין תת-קבוצות מסוימות מאוד (קרי, הבחנה עדינה) – לדוגמה, בין נשים בעשור הרביעי לחייהן ברמות הכנסה והשכלה מסוימות לבין גברים בגילאים אחרים עם השכלה והכנסה אחרות – אינה בעייתית (או בעייתית פחות במידה משמעותית). הכותבים אינם מבהירים במדויק מדוע, לדעתם, הבחנות עדינות אינן מעוררות את הבעיה האקספרסיבית שעולה מהבחנה גסה, אולם מדבריהם אפשר להעלות שתי סברות: ההבחנה העדינה מדויקת יותר, וההבחנה העדינה מסתירה את ההיבטים האקספרסיביים הבעייתיים.⁵⁸

לטעמי, שתי סברות אלה אינן משכנעות, ועליכן קשה לגרוס כי דווקא ההבחנות העדינות ירפאו את בעיית ההפליה. ראשית, העובדה שההבחנה העדינה מדויקת יותר מתמודדת עם טענות אי-שוויון והפליה במעגל הראשון בלבד, הנוגע בפגיעות ישירות ומיידיות בקבוצה החלשה. הבחנה מדויקת אכן תמנע מצבים שבהם חברים בקבוצה המוגנת אשר אינם מתאימים לקווי המתאר הדמוגרפיים של הקבוצה כולה ייפגעו ויקבלו יחס שלילי רק בשל השתייכותם לקבוצה. לדוגמה, כללי בררת-מחדל אשר יותאמו לנשים העוסקות בהנדסת מכונות (להבדיל מכללים שיותאמו לנשים בכלל) ימנעו מצב שבו נשים אלה, בהנחה שיש להן מערך העדפות שונה בנושאים מסוימים, יצורפו לאוכלוסיית הנשים הכללית בתהליך הקצאת בררות-המחדל ובכך יופלו לרעה (שכן הן יוכפפו לבררת-מחדל שאינה מתאימה להן). אולם הדיוק האמור אינו משפיע בהכרח על היקף הנזק הגלום באמירה האקספרסיבית של המשפט שלפיה גברים ונשים הם שונים ובעיוותים האפשריים של מסר כזה (לדוגמה, שיש שוני בין מהנדסות מכונות למהנדסי מכונות), שיש בהם כדי לחזק סטריאוטיפים קיימים ודעות קדומות. ניתן אפילו להעריך כי ריבוי הבחנות הכוללות מרכיב רגיש יוביל מתישהו לנתון מסוים שיהיה אפשר לעוות, ולפיכך לתוצאה בלתי-רצויה אך גם בלתי-נמנעת.

שנית, ספק אם במקרים שהכותבים מתארים אכן תסתיר ההבחנה העדינה את דרך הביצוע של פעולות המדינה במידה שתאיין את ההשפעות האקספרסיביות של המשפט. שוב, יש להזכיר כי הליך חיזוקו של הסטריאוטיפ אינו רצינונלי. העובדה שהמרכיב המגדרי יהיה רק חלק אחד ואף שולי בנוסחה הכללית היוצרת את ההבחנה אין בה כדי לנטרל את החשש הנדון. עצם קיומו של המשתנה הרגיש בתוך המשוואה הכללית (והגלויה) עלול להספיק לחיזוק הסטריאוטיפ השלילי, ובכך לחתור תחת יעילותו והגיונותו של רעיון ההתאמה. הנה כי כן, אף אם בסופו של יום לא תוביל ההבחנה העדינה להפליה ישירה נגד הקבוצה

57 Porat & Strahilevitz, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1465.

58 סברתי מבוססת על אמירתם הבאה של הכותבים: “What is more, the law’s discomfort with relying exclusively on problematic classifications like race and gender may become less pronounced if these factors are mixed with a number of nonsuspect classifications to generate a default rule” שם.

המוגנת, לא יהיה בכך כדי לנחם או לסייע; קיומו של מסר מבדל היוצא מפי המדינה עלול להזיק כשלעצמו (במיוחד בעידן ההפצה ברשתות החברתיות).

סיכום ומסקנות

בהקשרים רבים העולם צועד במהירות לכיוון של עריכת התאמות אישיות, וקשה להאמין שהמשפט ייותר מאחור לאורך זמן. המעבר למשפט מותאם אישית יוכל לקדם ערכים של יעילות, שוויון והגינות. אך בצד זאת עולה החשש מפני התגברות סכנות ההפליה. לפיכך יש לנקוט כמה צעדי מנע עם המעבר למערכות מותאמות אישית.

המעבר להתאמות אישיות נראה צעד שהינו חלק מהקדמה. אולם, כפי שהפסקאות הראשונות ברשימה זו מדגימות, ייתכן שהמעבר להתאמה אישית הינו חלק ממהלך מעגלי דווקא – חזרה למסורת של אלפי שנים שבה יחידים זכו (עם או בלי מירכאות) ביחס אישי מגורמים ציבוריים ופרטיים. מנקודת־מבט זו, וכחלק ממהלך מעגלי זה, אין זה מפתיע שמתעורר החשש שהחזרה להתאמה אישית תביא עימה גם את חוליי־העבר, בדמות בעיית ההפליה, ועם חשש זה ראוי להתמודד בכמה מישורים.

ראשית, יש לאסור (בכפוף לחריגים קפדניים מבוססי־צורך) שימוש במשתנים "רגישים" (אשר יגדרו מפעם לפעם על־ידי המחוקק בהתאם למוסכמות החברתיות, אך יכללו מן הסתם את המשתנים מגדר, גזע, דת, לאום ונטייה מינית)⁵⁹ בכל מודל שעורך הבחנה, ובמיוחד באלה המוכתבים על־ידי מקור בר־סמכות, כגון המדינה. זאת, לרבות במצבים שבהם מופעלת הבחנה "עדינה" והמשתנה ה"רגיש" הוא אך אחד מני רבים.⁶⁰ עם זאת, לא צפוי קושי משמעותי בהפעלת הבחנות עדינות מורכבות המסתמכות, בין היתר, על משתני תעסוקה, השכלה ושלל העדפות אישיות, כגון תחביבים ותחומי עניין כלליים, כמרגם העדפות פנאי (ככל שהם יעברו גם את המשוכה השנייה, שאתאר מיד). שנית, רשות ממשלתית מוגדרת תידרש לערוך כמה בדיקות באשר למשתנים העדינים שנבחרו. בדיקות אלה ייערכו לפני הפעלת המודל וכן כביקורת עיתית לבדיקת המודל לאחר הפעלתו. הבדיקות יכללו ניתוח של תוצאות הבחנה (לרבות תוצאות הרצה מקדמית של המודל על נתוני־דמה, הכוללים מאפיינים של אזרחים שונים, במטרה לבדוק את השלכותיו הצפויות) והערכה אם הבחנה מובילה להפליה של קבוצות אוכלוסייה מוגנות. בדרך זו יהיה אפשר לקדם את יעדי ההגנות והיעילות שהכותבים שואפים אליהם תוך צמצום החששות מבעיית ההפליה. לצורך בדיקות אלה יהיה אפשר להשתמש במידע המקיף שנאסף ממאגר של "שפני־ניסיון"⁶¹ אשר

59 להסבר מדוע דווקא קטגוריות אלה ייכללו ברשימת המשתנים ה"רגישים" ראו לעיל ה"ש 24-25 והטקסט שלידן.

60 בנקודה זו אני חולק על הכותבים, אשר סבורים כי הציבור לא יתנגד להכללת גורם "רגיש" אחד בתוך מקבץ של גורמים אם הוא ישפר את הדיוק והיעילות שבחיוזי. ראו Porat & Strahilevitz, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1467: "Most people would probably prefer an algorithm that knows their race and gender and, as a result, more accurately predicts their preferences over a system that excludes their race and gender from consideration and consequently provides them with less accurate default rules"

61 ראו סטרכילביץ' ופורת, לעיל ה"ש 20, תת־פרק ב3.

סטרכילביץ' ופורת מציעים ליצור (לרבות מידע ייעודי שייאסף במיוחד למטרת בדיקה זו). נוסף על כך, אם ייעשה שימוש במרכיבים מפלים בבררות-המחדל, ראוי שרשות מרכזית תנסה לאתר ולחסום שימוש בבררות-מחדל מעין אלה או לכל-הפחות תוודא שהן לא יהיו "דביקות" מדי, ושאכן יהיה אפשר לעוקפן כפי שהכותבים מציעים. רק כך יהיה אפשר ליהנות מכל אותם יתרונות שהכותבים מצייגים הגלומים במעבר למשפט מותאם אישית.