

משפט פרטי

תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט בראי הגישה הכלכלית למשפט

מאת

אמל ג'באריין*

השימוש ההולך וגובר ברשת האינטרנט ככר נרחב לאינטראקציות חברתיות ומסחריות עורר בין כותלי האקדמיה ואצל קובעי המדיניות במדינות השונות, שאלה בדבר תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט. רשימה זו בוחנת שאלה זו מנקודת המבט של הגישה הכלכלית למשפט.

הניסיון המעשי והניתוח התיאורטי מצביע על כך שהמשפט איננו המוסד החברתי היחיד העוסק בהסדרת רשת האינטרנט. למלאכה זו מבקשים להצטרף לפחות שלושה מוסדות חברתיים נוספים: השוק, הטכנולוגיה ומוסדות הסדרה פרטית למיניהם. המאמר יראה כי כל אחד ממוסדות אלו מתיימר להציע הסדרה מלאה של רשת האינטרנט בלא תלות במוסדות אחרים. המאמר בוחן את היתרונות והחסרונות שבהסדרת רשת האינטרנט באמצעות כל אחד ממוסדות אלו. כיוון שמאמר זה מבוסס על ניתוח על פי הגישה הכלכלית למשפט, הערכת המוסדות מבוססת בעיקרה על בחינת העלות והתועלת של השימוש בכל אחת מהן.

לאחר בחינת האפשרויות להסדרה בלעדית באמצעות המוסדות השונים, מציע המאמר כי, משטר ההסדרה המועדף יהיה משטר הסדרה משותף, שבו שותף המשפט ביחד עם לפחות אחד משאר המוסדות. במשטר הסדרה משותף זה, על המחוקק לבחור, מבין שאר המוסדות, את המוסד המועדף להסדרה: שחקני השוק (הצדדים הישירים לפעילות המוסדרת), מוסדות ההסדרה הפרטית או הטכנולוגיה. בחירה שכזו חייבת להיות מבוססת על הכרה, הבנה וניתוח הן של הדינאמיקה הכלכלית בשווקים והן של מאפיינים של הטכנולוגיה הרלוונטית.

* מרצה, הקריה האקדמית אונו.

א. מבוא

1. הצגת השאלה: תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט
2. תפקידו של המשפט בהסדרת הרשת: גישות הקיצון
3. תרומתה של הגישה הכלכלית לוויכוח המתנהל סביב הסדרת הרשת
4. הצגת התזה ומפת הדרכים לביסוסה
- ב. השפעת הרשת על הרובד הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט
- ג. השפעת רשת האינטרנט על הרובד הממסדי-פוליטי של הגישה הכלכלית למשפט
 1. הסדרה בין-לאומית לרשת האינטרנט
 2. הסדרה פרטית
 - א) הסדרה פרטית מהי?
 - ב) הסדרה פרטית כמכניזם להשאת הרווחה המצרפית
 - ג) יתרונותיה של הסדרה פרטית
 - ד) חסרונותיה של הסדרה פרטית
 - ה) האם שוק ההסדרה הפרטית יכול לספק פתרון לבעיות ההסדרה הפרטית?
 3. הטכנולוגיה כמוסד חברתי להסדרת רשת האינטרנט
 - א) הטכנולוגיה כמכניזם להסדרה כיצד?
 - ב) הטכנולוגיה והשאת הרווחה המצרפית
 - ג) יתרונות הטכנולוגיה כמכניזם להסדרה
 - ד) חסרונות הטכנולוגיה כמכניזם להסדרה
 - ה) האם שוק הטכנולוגיה יכול לספק פתרון?
 4. המעבר מצנטרליזם לפלורליזם משפטי
- ד. שוק, טכנולוגיה, משפט, מוסדות הסדרה פרטית ומה שביניהם
- ה. סיכום

א. מבוא

1. הצגת השאלה: תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט

רשת האינטרנט החלה את צעדיה הראשונים בשנות השישים של המאה הקודמת כרשת של מחשבים אשר שירתו את הצבא ואת משרד ההגנה האמריקני.¹ בשנות השבעים הורחב השימוש ברשת גם בתחומים אחרים והצטרפו אליה בעיקר מכוני מחקר מאוניברסיטאות שונות ברחבי העולם. מתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת, לאחר שהסתיימה ההגמוניה שהיתה לאקדמיה על רשת האינטרנט, רשת זו משמשת כר נרחב לאינטראקציות חברתיות ומסחריות. כיום השפעותיה של רשת האינטרנט ניכרות

1 לסקירה היסטורית מקיפה על התפתחות רשת האינטרנט, לרבות השימושים שנעשו בה, בקרו באתר www.isoc.org/internet/history. כמו כן ראו אברהם טננבוים "השלכות רשת האינטרנט על המשפט המהותי" שערי משפט א 133 (1997); Jay P. Kesan & Rajiv C. Shah, *Fool Us Once Shame on You — Fool Us Twice Shame on Us: What We Can Learn From The Privatizations of the Internet Backbone Network and The Domain Name System*, 79 WASH. U. L. Q. 89 (2001).

בהיבטים רבים בחיי היום-יום – עבודה, חינוך, שירותי בריאות, תרבות, צרכנות, פנאי ועוד. למקצת האנשים רשת זו משמשת מקור לחיפוש מידע, ולאחרים – מקור לתמונות זימה; לצעירים היא מאפשרת לראות ולשמוע "קליפים" חדשים; ל"משוגעים למחשב" – מקור לתוכנות חנם; לצרכנים היא "שוק" שאפשר לבצע בו קניות מבלי לצאת מהבית, מעין גרסה פוסט-מודרניסטית לכיכר השוק הקלסית; המפלגות רואות בה מדיום לתעמולה בעת בחירות;² ולאחרים היא משמשת רשת תקשורת המאפשרת התקשרות ביניהם.

השימוש ההולך וגובר ברשת האינטרנט ככר נרחב לאינטראקציות חברתיות ומסחריות והתעוררות הסכסוכים בין הצדדים המעורבים בהן עוררו בין כותלי האקדמיה ואצל קובעי המדיניות במדינות השונות שאלה בדבר תפקידו של המשפט בהסדרת אינטראקציות אלו.³ שאלה זו היא העומדת במוקד הדיון של מאמר זה.

2. תפקידו של המשפט בהסדרת הרשת: הצגת גישות הקיצון

בספרות אפשר למצוא שתי גישות קוטביות בכל מה שנוגע לתפקידו של המשפט בהסדרת הרשת. גישה קוטבית אחת נכנה אותה "הגישה האוטופית", שלפיה, אין למשפט, ולא צריך שיהיה לו, תפקיד כלשהו בהסדרת המציאות המתהווה ברשת האינטרנט.⁴ אפשר להצביע על כמה נימוקים העומדים ביסודה של גישה זו. נימוק ראשון הוא הטריטוריאלי. על פי נימוק זה, הלגיטימיות של מדינה טריטוריאלית להסדרת אינטראקציה כלשהי על ידי המוסדות והאורגנים שלה נסמכת על עקרונות טריטוריאליים במהותם. רשת האינטרנט מנתקת כל זיקה טריטוריאלית בין האינטראקציה המתרחשת בתוכה ובין טריטוריה כלשהי. רשת האינטרנט יוצרת בתחומיה מרחב אחד –

2 לשימוש ברשת האינטרנט כמדיום לתעמולה בחירות ראו תב"מ 16/01 סיעת ש"ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' ח"כ אופיר פינס, סגן יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נה(3) 159 (להלן: עניין ש"ס).

3 מאמר זה מתמקד בהסדרת הרשת "Internet Governance" במובן הצר, קרי: הסדרה משפטית לפעילויות החברתיות המתחרשות ברשת האינטרנט, להבדיל מהסדרה במובן הרחב הכוללת גם הסדרת התשתית הטכנולוגית של רשת האינטרנט עצמה, כגון החומרה המרכיבה את הרשת, הקצאת שמות וכתובות IP. להרחבה על ההבחנה בין המובן הצר למובן הרחב להסדרת הרשת ראו JOHN MATHIASON, MILTON MUELLER, HANS KLEIN, MARC HOLITSCHER & LEE MCKNIGHT, INTERNET GOVERNANCE: THE STATE OF PLAY (2004) available at www.internetgovernance.org.

4 בין השאר האמור בחלק זה של הדיון מבוסס על הספרות הבאה: David R. Johnson & David Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367, 1378 (1996); David G. Post, *Governing Cyberspace*, 43 WAYNE L. REV. 155, 162 (1996); STUART BIEGEL, *BEYOND OUR CONTROL?: CONFRONTING THE LIMITS OF OUR LEGAL SYSTEM IN THE AGE OF CYBERSPACE* (2001); Gregory E. Perry & Cherie Ballard, *A Chip by any Other Name Would Still Be a Potato: The Failure of Law and Its Definitions to Keep Pace with Computer Technology*, 24 TEX. TECH. L. REV. 797, 800 (1993).

cyberspace (מרחב וירטואלי) השונה מהמרחב הפיסי שאנו מכירים. האינטראקציה המתרחשת במרחב זה מורגשת באורח סימולטני ובאותה מידה אצל כל המדינות השוכנות במרחב הפיסי. היעדר זיקה טריטוריאלית שוללת את הלגיטימיות של המדינות הריבוניות להסדרת רשת האינטרנט.⁵ זאת ועוד: התערבות של מדינה ריבונית

5 לביקורת על תפיסה זו ראו John Rothchild, *Protecting The Digital Consumer: The Limits of Cyberspace Utopianism*, 74 Ino. L. J. 893, 955-968 (1999); Jack L. Goldsmith, David, *Against Cyberanarchy*, 65 U. Chi. L. Rev. 1199 (1998). לביקורת על הביקורת ראו G. Post, *Against Cyberanarchy*, 17 BERKELEY TECH. L. J. 1365 (2002). בכל הכבוד הראוי ולעניות דעתנו, וכדעתה של הביקורת כפי שהובעה במאמרים הללו, רשת האינטרנט אינה מערערת את הלגיטימיות של המדינות הריבוניות בהסדרת רשת האינטרנט. להלן נציג שני טיעונים — האחד חלש והאחר משכנע יותר לטעמנו: ראשית, מספר לא מבוטל של מומחים בתחום טכנולוגיית האינטרנט טוענים, כי אפשר להשתמש בטכנולוגיות מבוססות רשת אינטרנט (או לפתח טכנולוגיות אלו) כדי לאתר את המיקום המדויק של פעילות ו/או משתמשים במרחב הווירטואלי. טכנולוגיות אלו, המכונות "Geolocation Technologies", מאפשרות ליצור זיקה בין הפעילות ו/או המשתמשים ברשת האינטרנט ובין טריטוריה כלשהי. כך, למשל, חברת Quova מציעה באתר שלה www.quova.com תוכנה לחברות מסחריות לאתר את המיקום הפיסי (הכתובת הפיסי) של המבקרים באתרים שלהן על ידי התאמת כתובתם הווירטואלית לכתובת הפיסי. שירותים דומים מציע אתר www.ip2lacoation.com. למעשה טכנולוגיה זו מנסה ליצור גבולות פיסיים במרחב הווירטואלי באופן שכל גבול פיסי יתאים למדינה טריטוריאלית כלשהי (Digital Ring Fence). נכון לכתיבת שורות אלו, לאחר יותר מעשור ממסחורה של רשת האינטרנט לא נמצאה טכנולוגיה היכולה לבצע את הפונקציות האמורות במלואן, מה גם שטכנולוגיה זו אינה משנה את אופיה הבין-לאומי של הפעילות המתרחשת ברשת האינטרנט. ראו Maureen A. O'Rourke, *Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World*, 82 MINN. L. REV. 609 (1998). יש לציין, כי בפסיקה ישנן דעות נוגדות באשר ליכולתם של האתרים ליישם טכנולוגיות אלו, דבר שהביא לקבלת הכרעות שונות. כך, למשל, באחד מפסקי הדין היותר ידועים בהקשר של רשת האינטרנט *Reno v. ACLU*, 521 U. S. 844, 853 (1997), ציין בית המשפט במפורש, שספק התוכן ברשת האינטרנט אינו יכול להגביל את המקומות שתוכן זה יכול להגיע אליהם. בפרשה אחרת, פרשת יאהו!, שנידונה בבתי המשפט בצרפת, ניתן צו כנגד החברה המונע ממנה לאפשר באתר שלה מסחר בפריטים נאציים. החברה סירבה בטענה, שבשל היעדר גבולות ברשת אין אפשרות למנוע מסחר זה המותר במקומות אחרים. נימוק זה שימש בסיס להחלטת בית המשפט האמריקני שלא לאכוף את פסק הדין של בית המשפט בצרפת *Yahoo!, Inc., v. LICRA*, 169 f. Supp. 2d., 1181 (N.D. Cal., 2001). שנית — וזה, לדעתנו, הטיעון החשוב — גם אם נניח שאי-אפשר להתאים בין הפעילויות המקוונות המתרחשות ברשת האינטרנט/במרחב הווירטואלי ובין כתובת פיסי כלשהי, הרי בסופו של דבר פעילויות אלו גם כשהן בין-לאומיות אינן שונות מבחינה מהותית מכל עסקת חליפין בין-לאומית אחרת המתרחשת מחוץ לרשת, קרי: במרחב הפיסי. הצדדים לפעילויות אלו הם אזרחים או תושבים של מדינות טריטוריאליות, והם אשר יוצרים את הזיקה שבין אותן מדינות ובין אותן פעילויות. יפים לעניין זה דבריו של השופט שחר טל, בבש"א (ת"א) 185147/03 פלונית נ' פלונית ואח', תק"ש 2003 (4) 2183, 2185 (2003), בהחלטתו לאשר הסכם פשרה שאליו הגיעו הצדדים: "משכך הוא, חובה על הגולשים לציית לחוקי העולם הממשי, שגם כך חלים חלק מהם על תוכן הגלישה באינטרנט, כהלכה הפסוקה, וברור שהחוק פורש את כנפיו על מקרים כגון אלה, בהם לא הדמויות הווירטואליות שחות זו עם זו בעולם וירטואלי דמיוני גרידא, אלא משחושפות הן פרטים אמיתיים על הנמענים או על הכותבים, ומשמתקיים לכאורה חשש שמא מתבצעת גלישה תרתי

אחת במרחב הווירטואלי משפיעה על מדינות ריבוניות אחרות (spillover effect); או בז'רגון הכלכלי, המדינה המתערבת מחצינה את השפעותיה של התערבות זו למדינות ריבוניות אחרות. לבסוף, מתן לגיטימיות למדינה ריבונית להסדיר את רשת האינטרנט גורר בהכרח מתן לגיטימיות לכל המדינות הריבוניות האחרות לעשות כמות. במצב זה התוצר הסופי של כל ההתערבויות הללו הוא משטר נורמטיבי, פלורליסטי ובלתי-שקוף לחלוטין, דבר הנוטל ממשטר זה את הלגיטימיות שלו לשמש משטר הסדרה. ודוק: גישה זו איננה דוגלת בחלל נורמטיבי, אלא בכך שהרשת צריכה להיות מוסדרת על ידי קהילת המשתמשים עצמם ולא על ידי המדינות הריבוניות (הסדרה פרטית) ו/או על ידי התשתית הטכנולוגית של רשת האינטרנט (הסדרה טכנולוגית).⁶ לפי תפיסה אחרונה זו, המציאות המתהווה ברשת האינטרנט היא מציאות טכנולוגית המתפתחת על פי כללים המוכתבים על ידי התשתית הטכנולוגית של רשת האינטרנט. במובן זה התשתית הטכנולוגית של רשת האינטרנט משמשת מכניזם להכוונת התנהגות אפילו במקומה של מערכת המשפט ומכאן, שאין למדינות הריבוניות כל תפקיד נורמטיבי בהסדרתה של מציאות זו. בדיוק כמו שהמשפט יוצר קוד של חקיקה המסדיר מערכות יחסים בין בני האדם החיים בחברה נתונה, כך גם התשתית הטכנולוגית יוצרת קוד טכנולוגי להסדרת המציאות הווירטואלית של רשת האינטרנט.⁷ הקוד הטכנולוגי, בניגוד לקוד המשפטי, מתפתח בצורה מתמדת, מבוזרת, אנרכיסטית, "מלמטה למעלה" ובלא כל זיקה טריטוריאלית למדינה ריבונית כלשהי. לפי תפיסה זו, בניגוד למשפט של המדינה שנוצר לשם השגת מטרות מוגדרות מראש, אי-אפשר לקבוע מראש (*ex ante*) את אופיה של התשתית הנורמטיבית שתחול על סוג מסוים של אינטראקציה חברתית ברשת האינטרנט, אלא יש לצפות להתפתחותן של כמה תשתיות נורמטיביות, כאשר בסופו של דבר אחת מהן תהפוך להיות הדומיננטית. זאת ועוד: במאבק שבין המציאות המתהווה ברשת האינטרנט ובין הדין של המדינות הריבוניות ידה של המציאות על העליונה. המציאות ברשת האינטרנט היא בבחינת נתון, שכל דין מדינה חייב להתחשב בו בבחינת "המנהג מבטל הלכה". הניסיון של

משמע לעולם הממשי ולעבר האסור בחוקיו, כי אז אין לטעון שהחוק למניעת הטרדה מאיימת אינו חל על מקרה שכזה, או כי לא להגנת תכלית חקיקתו יכולה המבקשת להיזקק". זיקתן של המדינות לתושביהן והאפשרות שהם ייפגעו בגין אינטראקציות שמקורן ברשת, היא שמקנה למדינות אלו את הלגיטימיות שהגישה האוטופית מתכחשת לה. זאת ועוד: יש לציין, שהגישה האוטופית התפתחה באמצע שנות התשעים על רקע המאפיינים המיוחדים של רשת האינטרנט בתקופה זו כרשת תקשורת גלובלית להחלפת מידע ושיתוף רעיונות, בהשפעת ההגמוניה שהיתה לאקדמיה על הרשת עד תחילת שנות התשעים. גישה זו נעשית פחות מתאימה לעידן השימושים המסחריים של רשת האינטרנט. אין פלא אפוא, שמדינות ריבוניות טריטוריאליות רבות, ולמעשה כמעט כולן, דחו כליל את הגישה האוטופית.

6 להרחבה על הסדרה פרטית והסדרה טכנולוגית ראו להלן דיון בסעיפים 2.2, 3.3, בהתאמה.

7 ראו Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 Tex. L. Rev. 553 (1998).

המדינות הריבוניות להנחיל ערכים למציאות של רשת האינטרנט, בין השאר מתוך כוונה להילחם בתופעות הנפוצות במציאות זו ובהתעלמות ממאפייניה המיוחדים של רשת האינטרנט, נידון לכישלון. החלת משפט המדינה על המציאות המתהווה ברשת האינטרנט לא תעלה יפה, משום שאוכלוסיית רשת זו אינה מוכנה לאמץ את הדין ואף רואה בו התערבות באורחות חייה בלא הצדקה. במקרה זה עדיף למדינות הריבוניות להניח למציאות של רשת האינטרנט להתפתח מעצמה ולהניח לקהילות המשתמשים ברשת זו לשלוט בנעשה ברשת, תוך קביעת הערכים שיכוונו את אורח חייהם בתוכה. לעומתם ישנם הסוברים, כי למשפט יש תפקיד בהסדרת המציאות של רשת האינטרנט.⁸ לפי תפיסה זו, אסור להניח לטכנולוגיות האינטרנט להכתיב את התוצאה: במאבק שבין הדין ובין המציאות המתהווה ברשת ידו של הדין תמיד על העליונה. התשתית הטכנולוגית מעוצבת על ידי בני אדם הפועלים בסביבה חברתית. לתשתית זו אין קיום בנפרד מבני האדם שיוצרים אותה. רשת האינטרנט אינה מתפתחת בחלל הריק, אלא מתוך מציאות כלכלית-חברתית הפועלת על פי הכללים של הדין. המציאות המתהווה ברשת האינטרנט היא חלק בלתי-נפרד מהמציאות היום-יומית, החברתית והכלכלית, שהמשפט נדרש להסדירה. אמנם, רשת האינטרנט משנה, במידה זו או אחרת את המציאות החברתית שבה אנו חיים, אולם מכאן ועד המסקנה כי למשפט אין תפקיד בהסדרתה של המציאות החדשה המרחק רב. לכל היותר השינויים שרשת האינטרנט מחוללת מחייבים את התאמת הדינים הקיימים כך שיתנו מענה הולם למציאות החדשה.⁹

8 ראו ניבה אלקין-קורן "כיצד המשפט מעצב את סביבת המידע ברשת" טכנולוגיה של צדק: משפט, מדע וחברה 223, 225 (שי לביא עורך, תשס"ג).

9 ואולם על פי רוב, גם בין אלה המייעדים למשפט תפקיד בהסדרת המציאות הווירטואלית של רשת האינטרנט ישנה מחלוקת באשר למידת השינוי הנדרשת במשפט הנוהג — קרי: בהסדרים החקיקתיים הקיימים — לצורך התאמתו למציאות זו. מחלוקת זו חורגת ממסגרת הדיון ועל כן אסתפק בהצגתה בקצרה. ישנם הסוברים, כי רשת האינטרנט היא מדיום חדש לחלוטין הגורם לשינויים מרחיקי לכת בסדר החברתי. תפיסה זו שואבת את חיותה מגישת הדטרמיניזם הטכנולוגי, שלפיה המדיום הוא המסר להרחבה. על גישת הדטרמיניזם הטכנולוגי ראו דב שנער ויעקב בעל שם תקשורת: טכנולוגיה, חברה, תרבות 191, 192 (1996); MARSHALL MCLUHAN, UNDERSTANDING MEDIA: THE EXTENSIONS OF MAN (1964); HAROLD A. INNIS, THE BIAS OF COMMUNICATION (1964). לפי תפיסה זו, רשת זו אינה פיתוח או הרחבה של טכנולוגיות קיימות, אלא טכנולוגיה חדשה שלה מאפיינים ייחודיים משלה, היוצרים לחצים להתהוות רשתות חברתיות חדשות וגבולות חברתיים חדשים. השינוי שמחוללת רשת האינטרנט במציאות החברתית אינו מתמצה ברמה הפוזיטיבית, אלא אף ברמת הערכים ועקרונות היסוד של החברה. עקרונות היסוד אינם אלא משבצות. במציאות של רשת האינטרנט קמות משבצות חדשות, ומשבצות אחרות נעלמות. המציאות המתרחשת ברשת האינטרנט משנה את סדר העדיפויות הערכי. הריאקציה הנורמטיבית למציאות החדשה והאמורפית הנוצרת ברשת האינטרנט מתבססת על עקרונות ודוקטרינות נורמטיביים השונים מאלו הקיימים בשיטות המשפט השונות. ריאקציה נורמטיבית זו היא בבחינת יש מאין. פירושה אינו אלא בניית מבנים נורמטיביים חדשים שאינם מבוססים על יסודות קיימים. לפי תפיסה זו, הריאקציה הנורמטיבית לשינויים שמחוללת רשת האינטרנט יוצרת ענף משפטי חדש בעולם המשפט — "The Law of the Internet". לעומתם ישנם הסוברים, כי

השינויים במשפט הבאים בשל השינויים במציאות החברתית קיימים תמיד.¹⁰ הניסיון של העשור האחרון מעלה, כי מדינות ריבוניות טריטוריאליות רבות, ולמעשה כמעט כולן, דחו כליל את הגישה האוטופית. כמעט כל אחת ממדינות הגלובוס חוקקה חוקים במידה זו או אחרת להסדרת מגזר פעילות מסוים ברשת האינטרנט.¹¹ נוסף על המשטר המדינתי נעשו בשנים האחרונות, נסיונות להסדרה בין-לאומית למגזרי פעילות שונים ברשת האינטרנט.¹²

ודוק: ניצחון הגישה השנייה ברמה הפוזיטיבית איננו מבטיח את עליונותה ברמה הנורמטיבית. בחינת קשרי הגומלין בין המשפט לאינטרנט, ובכלל זה קביעת תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט, אינה יכולה להיעשות על בסיס קזואליסטי-ספורדי-פוזיטיביסטי, אלא על סמך גישה רציונליסטית-דוגמטית-נורמטיבית, שנסמכת על תשתית תיאורטית מוצקה. בחלק הבא של הדיון נרחיב את הדיון על כך.

רשת האינטרנט אינה אלא מדיום נוסף לביצוע אינטראקציות חברתית, בלא מאפיינים ייחודיים כלשהם. למאמרים הבולטים שמייצגים גישה זו ראו Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L. J. 1145 (2000); Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 510 (1999); Alan Heinrich, Karl Manheim & David J. Steele, *At the Crossroads of Law and Technology*, 33 LOY. L. A. L. REV. 1035 (2000); ENRICO PATTARO & GIOVANNI SARTOR, NORMS, LAWS AND THE INTERNET, PAPER PRESENTED TO THE II CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO INFORMATICO (23.9.2002) available at www.ieid.org/congreso/ponencias/sartorpattaro.pdf. השינוי שמחוללת רשת זו באינטראקציות החברתיות והמסחריות הוא שינוי כמותי, שאינו עולה לכדי שינוי איכותי ועל כן אינו מחייב שינוי של סדרי עולם המשפט. הדינים שקיימים כיום בשיטות המשפט השונות ואשר פותחו עוד בטרם הופעת רשת האינטרנט יכולים להיות ישימים להסדרת האינטראקציות החברתית והמסחריות המתבצעות.

10 ראו אהרן ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן 71 (1984).

11 אחד ממשרדי עורכי הדין המובילים בתחום המסחר האלקטרוני בארה"ב, Baker & McKenzie, מעדכן באתר שלו www.bakernet.com את החקיקה הקיימת במדינות שונות בהקשר של המסחר האלקטרוני. די לעיין ברשימת המדינות המופיעות שם כדי להיווכח שכמעט כל מדינות הגלובוס חוקקו חוקים, כאלו או אחרים, להסדרת המסחר האלקטרוני באינטרנט. לרשימה המלאה של המדינות ראו E-TRANSACTION LAW RESOURCES AND LEGISLATION REGULATION AND POLICY-BY-COUNTRY available at www.bakernet.com/ecommerce/intlegis-htm. ברשימה זו מצוינות מדינות מתועשות, כגון ארה"ב, האיחוד האירופי (כגוף אחד), אנגליה, גרמניה, צרפת, יפן וישראל. לצדן מוזכרות מדינות מתפתחות מהעולם השלישי, כגון מאוריטניה, ירדן, קולומביה ועוד. מעשי החקיקה עניינם קשת רחבה של נושאים, כגון דואר זבל, הגנת הפרטיות, זכויות יוצרים, הימורים באינטרנט ועוד. ברוב המקרים למעשי חקיקה אלו קדמו ועדות וניירות עמדה שהוכנו במדינות השונות לבחינת התאמתה של אותה מדינה לעידן המידע. זאת ועוד: בתי המשפט במדינות הריבוניות השונות לא נמנעו מלדון בסכסוכים שמקורם בפעילות שהתרחשה ברשת, מה שמצביע על כך שהאורגנים השונים של רשויות אכיפת החוק אכן רואים את עצמם כסמכות לגיטימית להסדרתה של הפעילות המתרחשת ברשת האינטרנט.

12 להסדרה בין-לאומית של רשת האינטרנט, ראו להלן דיון בסעיף ג.1.

3. תרומתה של הגישה הכלכלית לוויכוח המתנהל סביב הסדרת הרשת

ההזקקות לתשתית תיאורטית לבחינת תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט היא חיונית ביותר ואף מובנת מאליה. תשתית זו משמשת מעין מפת דרכים שתסייע בידנו להבין את מהותם של קשרי הגומלין בין המשפט ובין רשת האינטרנט. תשתית תיאורטית זו אמורה בין השאר לנתח את השינויים שמחוללת הרשת במציאות הרלבנטית, לקבוע את תפקידו של המשפט בהסדרת מציאות זו; והכול בהסתמך על תפיסת עולם מוקדמת, מבית המדרש של תשתית תיאורטית זו, באשר לתפקידו של המשפט בחברה, בכלל.

במסגרת מאמר זה לא ניתן לדון בכל התיאוריות המשפטיות הקיימות, ובחרנו להתמקד באחת התיאוריות המשפטיות החשובות בעשורים האחרונים – הגישה הכלכלית למשפט. במובן זה המאמר מבקש לבחון את תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט מנקודת המבט של הגישה הכלכלית למשפט, ובפרט של אחת האסכולות היותר דומיננטיות בה¹³ – זו הדוגמטית של פוזנר.¹⁴ הבחירה באסכולה זו נעשתה משום שממנה צמחו רוב הזרמים המחשבתיים של הגישה הכלכלית למשפט.¹⁵ כמו כן לגישתו הדוגמטית של פוזנר השפעה על עיצובם והתפתחותם של רוב ענפי המשפט כפי שהם כיום.¹⁶

יחידת הניתוח הבסיסית של הגישה הכלכלית היא השוק שהוא המכניזם במסגרתו מתרחשת האינטראקציה בין הצדדים.¹⁷

13 לדיון באסכולות השונות של הגישה הכלכלית ראו: ROBIN PAUL MALLOY, *LAW AND ECONOMICS: A COMPARATIVE APPROACH TO THEORY AND PRACTICE* (1990).

14 ספרו העיקרי של פוזנר בנושא, RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 17–19 (5th ed., 1998). לדיון מעניין בעברית בגישתו של פרופ' פוזנר תוך השמעת ביקורת על גישה זו, ראו עלי זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב 261, 291–279 (תשנ"ג).

15 לסקירת ההתפתחות של הגישה הכלכלית למשפט, ראו: Niva Elkin-Koren & Eli Salzberger, *Law and Economics in Cyberspace*, 19 INT. REV. L. & ECON. 553 (1999).

16 הבחירה שלי בגישה הכלכלית כתיאוריה לבחינת קשרי הגומלין בין המשפט לרשת, אינה מעידה על העדפה נורמטיבית כלשהי של הגישה הכלכלית על פני גישות אחרות, ובפרט הגישה הערכית (גישת הזכויות), אלא נעשית בעיקר בשל אופיה הבין-לאומי של הרשת. רשת האינטרנט היא רשת גלובלית באופיה, המבנאמת את האינטראקציות המתרחשות במסגרתה ומערערת את האפקטיביות של המדינות הריבוניות בהסדרה בלעדית של אינטראקציות אלו. כפי שיובהר בהמשך, מצב זה מחייב את המדינות הריבוניות ליצור מנגנון בין-לאומי להסדרת רשת האינטרנט. הצורך בשיתוף פעולה בין-לאומי מחייב הסכמה רחבה בין שיטות המשפט השונות באשר למדיניות המונחת ביסוד הסדרה זו. נראה, כי הגישה הכלכלית, בהיותה גישה מינימליסטית, יכולה לשמש תיאוריה נורמטיבית מקובלת על כלל המדינות השותפות לגבי כל משטר בין-לאומי שיקום.

17 למושג "שוק" כמה הגדרות. להגדרות של השוק בתורת הכלכלה ראו S. E. Grund, *Reconsidering the Market A dissertation*, Submitted To The Graduate Division of The University of Hawai (2000). על פי ההגדרה הנפוצה יותר בספרות הכלכלית, שוק (market) במובנו הכלכלי

התשתית התיאורטית של הגישה הכלכלית למשפט מספקת מודל תיאורטי, המורכב מרבדים שונים, לבחינת קשרי הגומלין בין המשפט ובין השוק. ברובד הנורמטיבי הגישה הכלכלית רואה בערך היעילות – השאת הרווחה המצרפית – כערך הנורמטיבי היחיד שיש לשאוף אליו, וממנו יש לגזור את ההחלטה באשר לעצם המעורבות של המשפט בנעשה בשוק והיקפה.¹⁸ למעשה אופיים של קשרי הגומלין בין המשפט ובין השוק מונחה על ידי יעילות. ברובד הפוזיטיבי, הגישה הכלכלית, ובאמצעות המודלים הכלכליים השונים, אמורה לסייע בידנו להבין, לנתח, להסביר ואף לנבא את המציאות המתרחשת בשוק.¹⁹ בין השאר מודלים אלו אמורים לספק לנו תשובה כיצד אפשר להשיא את הרווחה המצרפית מאינטראקציה נתונה. ההנחה היא, וכפי שאנו למדים מהמודל המיקרו-כלכלי הניאו-קלסי בשוק משוכלל שמאפייניו, בין היתר, הם: היעדר מונופולים, מבנה שוק ביזורי, מידע מושלם, היעדר החצנה וכדומה – שחקני השוק מתנהגים על פי חוקי ההיצע והביקוש באופן שמשיא את הרווחה המצרפית.²⁰ הטעם לכך הוא, שבשוק משוכלל אינטראקציה מתבצעת רק אם כל הצדדים לה מרוויחים מכך, ובכך היא מגדילה את סך הרווחה המצרפית. זאת ועוד: מנגנון השוק מבטיח, כי כל אינטראקציה יעילה סופה להתבצע. בנסיבות אלו למשפט של המדינה אין תפקיד של ממש בקביעת המדיניות החברתית הראויה, למעט אכיפת תנאי האינטראקציה שהצדדים סיכמו ביניהם. לעומת זאת, כאשר מתקיים כשל שוק אחד או יותר – כגון כשל מידע, מונופולין, קרטל, החצנה וכדומה – אזי על

מוגדר כאוסף של מוכרים וקונים, העוסקים בחליפין של מוצר או שירות (טובין) נתון, בכפיפות למערכת נתונה של כללים, נהלים ומנהגים. בספרות הכלכלית מקובל לדרמות את השוק למגרש כדורגל, כאשר לכל אחד משחקניו אסטרטגיה משלו כדי להשיג יעד מסוים. בהמשך למטפורה זו, המוכרים והקונים במסגרת השוק מכונים "שחקני השוק".

18 יעילות היא מושג רב-משמעי. במאמר זה הכוונה היא להשאת הרווחה המצרפית, קרי: מקסום העושר. על ריבוי המשמעויות של המונח "יעילות" ראו, Jules Coleman, *Markets, Morals, and the Law* 129–130 (1988).

19 הגישה הכלכלית למשפט מכירה בכוחה של תורת הכלכלה להבין את המציאות ולנתחה. במובן זה תורת הכלכלה היא תורה פוזיטיבית, שתפקידה לנבא את המציאות ולהסביר את כלליה. בפילוסופיה של מדעי החברה מוגדרת תיאוריה פוזיטיבית כתיאוריה המיועדת להבנת המציאות, להבדיל מתיאוריה המיועדת לקביעת כללי התנהגות נורמטיבית. לעניין זה ראו, Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in *Philosophy and Economic Theory* (Frank Hahn & Martin Hollis ed., 1979).

20 אין זו הרשימה היחידה של התנאים לקיומו של שוק משוכלל. בספרות קיים שוני בין התנאים, אך מבחינה עקרונית תנאים אלו דומים. ראו Brian W. Harvey & Debora L. Parry, *The Law of Consumer Protection and Fair Trading* 20 (5th ed., 1996); Louis B. Lundborg & Henry G. Manne, *Regulation, Economics and the Law*, ch. 4 (Bernard H. Siegan ed, 1979); J. Iain Ramsay, *Rationales for Intervention in the Consumer Market Place* (1984). לדין מקיף בכשלי השוק השונים ראו, Neil W. Averitt & Robert h. Lande, *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, 65 *ANTITRUST L. J.* 713, 724 (1997).

המשפט להתערב בשוק כדי לטפל בכשל באופן נקודתי ובכך להבטיח בעקיפין השאת הרווחה המצרפית. תוכן ההתערבות — קרי: תוכנם של הכללים המשפטיים החלים על האינטראקציה — נגזרים מכשל השוק שהתערבות זו נועדה לתקנו. במובן זה הגישה הכלכלית, ברובד הממסדי-פוליטי שלה, דוגלת בגישת צנטרליזם המשפט. גישה זו מייעדת למדינה, באמצעות מערכת המשפט שלה, מונופול בהסדרת האינטראקציות המתרחשות בשווקים הנמצאים בטריטוריה שלה.²¹

התשתית התיאורטית של הגישה הכלכלית למשפט אמורה לספק לנו מענה פשוט לשאלה בדבר תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט. לשם כך יש הכרח בהבהרתם של כמה מושגים. להלן נכנה כל אחת מהאינטראקציות המתרחשות ברשת האינטרנט חליפות "אינטראקציה מקוונת", "עסקה מקוונת" או "טרנסאקציה מקוונת". האינטראקציות המקוונות אינן מתרחשות בחלל ריק. להלן נכנה את המכניזם שבו אינטראקציות אלו מתרחשות חליפות "שווקים אלקטרוניים" או "שווקים דיגיטליים". יישום דווקני של התשתית התיאורטית של הגישה הכלכלית למשפט מצביע על כך, שלמשפט תפקיד גם בהסדרת האינטראקציות המתבצעות ברשת האינטרנט כל אימת שבשווקים האלקטרוניים מתקיים כשל שוק אחד או יותר. תוכנם של הכללים המשפטיים להסדרת אותן אינטראקציות הוא פונקציה של הכשל המתרחש.

גישה זו, המיישמת את התשתית התיאורטית של הגישה הכלכלית בצורה פשטנית ודווקנית לשם בחינת תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט, מוקשית בעיני. עיקר הקושי מקורו בהתעלמותה של גישה זו מכל השפעה אפשרית שיש לרשת האינטרנט על התשתית התיאורטית של הגישה הכלכלית למשפט ברבידה השונים. כידוע, במהלך שנות השישים של המאה הקודמת פותחה תשתית זו ועוצבה על רקע מציאות טכנולוגית-כלכלית השונה מהמציאות הטכנולוגית של עידן האינטרנט. בזמן פיתוחה של תשתית תיאורטית זו לפני שנות השמונים של המאה הקודמת רשת האינטרנט לא שימשה כלל ערוץ לתיעול אינטראקציות חברתיות ומסחריות. גישה פשטנית זו, כמו רוב האסכולות הקלסיות של הניתוח הכלכלי למשפט, נדרשת למצב הטכנולוגיה הקיים (Technological state of art) כאל נתון חיצוני וקבוע שאין לו השפעה כלשהי על הגישה הכלכלית למשפט. גישה זו מתעלמת מהאפשרות של שינויים טכנולוגיים שיש בהם כדי להשפיע על הנדבכים החשובים שמהם היא מורכבת. לפי תפיסה זו, לפלטפורמה הטכנולוגית, שבמסגרתה מתבצעות האינטראקציות החברתיות, אין השפעה לא על התכלית החברתית — השאת הרווחה המצרפית — ולא על המודל המיקרו-כלכלי הניאו-קלאסי ובוודאי לא על היותה של המדינה האורגן המוסמך לקבוע את הכללים הנורמטיביים לתיקון הכשלים בשוק. לדעתי, אין לקבל באופן א-פריורי התכחות לכל השפעה אפשרית שיש לרשת

21 להרחבה על גישה זו וטעמיה ראו להלן דיון בטקסט ליד ה"ש 40-50.

האינטרנט על התשתית התיאורטית של הגישה הכלכלית למשפט על רבדיה השונים. רשת האינטרנט חותרת תחת התקפות של מודלים כלכליים רבים שהלכו והתגבשו להם במשך עשרות ואף מאות שנים. מובן שחתירה זו תחת תורת הכלכלה והמודלים הכלכליים, שהם מרכיב דומיננטי בתשתית התיאורטית של הגישה הכלכלית, משפיעה על תקפותה של הגישה הכלכלית כתיאוריה נורמטיבית לעיצוב הסדרים משפטיים ולמצער מחייבת את התאמתה של גישה זו לעידן האינטרנט.

הגישה הכלכלית מבטאת תפיסת עולם, כלכלית במהותה, באשר לתפקידו של המשפט בחברה. שורשיה של תפיסה זו נעוצים בעיקר בתורתו של אדם סמית, שהתפתחה על רקע מציאות טכנולוגית, פוליטית, פילוסופית וערכית השונה מזו של ימינו. לאורך זמן תפיסת עולם זו התעלמה מהשינויים הטכנולוגיים, בהסתמך על ההנחה ששינויים אלו אינם מתחרשים בקצב מהיר.²² בעידן האינטרנט, שבו השינויים הטכנולוגיים מתרחשים בקצב מהיר, הנחה זו איננה עוד בהכרח נכונה. השינויים שמחוללת רשת האינטרנט חותרים תחת תפיסת עולם זו על רבדיה השונים ומחייבים את בדיקתה מחדש. אין להבין מהאמור, שרשת האינטרנט אכן משנה את תפיסת העולם של הגישה הכלכלית או המודלים הכלכליים המונחים ביסודה. הטענה המועלית במאמר זה פשוטה יותר: רשת האינטרנט מאתגרת את תפיסת העולם של הגישה הכלכלית והמודלים המונחים ביסודה. אשר על כן, בחינת תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט מחייבת תחילה את בחינת תקפותה של התשתית התיאורטית של גישה זו על רבדיה השונים.

4. הצגת התזה ומפת הדרכים לביסוסה

מטרת המאמר היא לבחון מנקודת המבט של הגישה הכלכלית למשפט את תפקידו של המשפט בהסדרת האינטראקציות המקוונות המתרחשות ברשת האינטרנט. לשם כך היה אפשר להסתפק ביישומה של התשתית התיאורטית מבית מדרשה של גישה זו, כפי שהיא מוכרת לנו, והסקת המסקנות המתחייבות מכך. אלא שהאתגר אשר מציבה רשת האינטרנט בפני התשתית התיאורטית עצמה מחייב אותנו לבצע בדיקה מעמיקה באשר לתקפותה של התשתית התיאורטית של הגישה הכלכלית על רבדיה השונים ורק לאחר מכן להסיק את המסקנות המתחייבות באשר לתפקידו של המשפט בהסדרת הרשת. להלן נקדים את המאוחר ונציג את עיקר המסקנות של מאמר זה, תוך פירוט מפת הדרכים שבאמצעותה הגענו למסקנות אלו. בפרק ב נבחן את השפעתה של רשת האינטרנט על הרובד הנורמטיבי של הגישה הכלכלית, תוך הצגת הגישות השונות לעניין זה. השאלה היא, האם רשת האינטרנט חותרת תחת ערך היעילות כערך

22 השו, Elkin-Koren & Salzberger, לעיל ה"ש 15, בעמ' 571; Fred E. Foldvary & Daniel B. Klein, *Technology and Market Failure*, 24 (2) REGULATION (2001).

הבלעדי שאליו יש לשאוף? המסקנה העיקרית של פרק זה היא, שאין כל ביטחון כי רשת האינטרנט מאיימת על מעמדו של ערך היעילות כערך הנורמטיבי שעל החברה לשאוף אליו. מנקודת המבט של הגישה הכלכלית למשפט, מקסום העושר המצרפי היה, ועודנו, הערך הנורמטיבי שממנו יש לגזור את תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט והשווקים האלקטרוניים המתהווים במסגרתה. המסקנה המתבקשת היא, שהתערבותו של המשפט בשווקים האלקטרוניים נדרשת כל אימת שמתרחש בשווקים אלו כשל שוק אחד או יותר. מכאן נשאלת השאלה: האם השווקים האלקטרוניים הם יעילים שמתקיימת בהם תחרות משוכללת דבר המייתר כל צורך בהתערבות משפטית, או שמא מדובר בשווקים שאינם יעילים הנגועים בכשל שוק אחד או יותר? מובן כי אי־אפשר לתת תשובה חד־משמעית לשאלה זו מאחר שהדבר תלוי בשוק הרלבנטי לאינטראקציה הנידונה, כאשר רמת היעילות משתנה משוק לשוק. עם זאת, המשך המאמר מבוסס על ההנחה כי השווקים האלקטרוניים, ולכל הפחות חלקם, אינם כה יעילים ומתרחשים בהם כמה כשלים – דבר המחייב התערבות חיצונית לשם תיקונם של כשלים אלו. הצורך בהתערבות חיצונית מעלה את השאלה, מיהו המוסד החברתי המופקד על מלאכה זו? בפרק ג תידון שאלה זו. המסקנה העיקרית של הדיון בפרק זה היא, שרשת האינטרנט, בהיותה רשת תקשורת גלובלית שתשתיתה הטכנולוגית משתנה בקצב מהיר, מערערת את האפקטיביות של המשפט מבית היוצר של המדינה בהסדרת השווקים האלקטרוניים, ומעלה את קרנם של משטרי הסדרה אחרים מבית היוצר של מוסדות חברתיים אחרים. משטר הסדרה אחד הוא ההסדרה הטכנולוגית. במשטר הסדרה זה הטכנולוגיה היא המוסד החברתי שאמור להסדיר את האינטראקציות המתרחשות בשווקים האלקטרוניים. משטר הסדרה אחר הוא הסדרה פרטית מבית היוצר של שחקני השוק עצמם. בחלק זה של הדיון נדון ביתרונות ובחסרונות של כל אחד מהמוסדות הללו בהשוואה למשפט. ודוק: קיומם הסימולטני של המוסדות החברתיים – הטכנולוגיה, מוסדות פרטיים והמשפט כמקור ליצירת הסדרים נורמטיביים להסדרת רשת האינטרנט – מעורר שאלות נורמטיביות שעוסקות בעיקר בקשרי הגומלין ביניהם, ובפרט באלה שבין המשפט ובין שאר המוסדות. בהקשר זה השאלות שמתעוררות הן, באיזו מידה צריך המשפט של המדינות הלאומיות לאפשר למוסדות החברתיים האחרים לפעול בלא התערבותו? ובאיזו מידה צריך המשפט להתערב בהסדרים הנורמטיביים שמציעים מוסדות אלו? שאלות אלו, שהן השאלות העיקריות העומדות ביסוד בחינת תפקידו של המשפט בהסדרת המציאות המתהווה ברשת האינטרנט, יידונו בפרק ד, כאשר נקודת המוצא היא שקביעת קשרי הגומלין בין המוסדות השונים ובין עצמם נעשית על פי שיקולים של יעילות כלכלית. המסקנה העיקרית מדיון זה היא שקשרי הגומלין בין המוסדות השונים והתוצר הסופי של ההסדרה אינם עשויים מקשה אחת ועשויים להשתנות לפי סוג האינטראקציה מושא ההסדרה. עם זאת, יש להצביע על כיוון ברור שלפיו משטר

ההסדרה האופטימלי יהיה משטר הסדרה משותף (Co-Regulation), שבו המשפט שותף, בצורה זו או אחרת, עם אחד או יותר ממוסדות ההסדרה האחרים בין ביצירת הנורמות (הכללים) שיחולו על האינטראקציה בין באכיפתן של נורמות אלו. בפרק ה מובא סיכום המסקנות.

ב. השפעת רשת האינטרנט על הרובד הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט

כאמור, הגישה הכלכלית רואה ביעילות — השאת הרווחה המצרפית — כערך הנורמטיבי היחיד שאליו יש לשאוף וממנו יש לגזור את הכללים המשפטיים. הן השוק הן המשפט הם מוסדות חברתיים שתפקידם לשאוף להשגת ערך זה. השאלה היא, האם רשת האינטרנט והשינויים הטכנולוגיים שהיא מביאה, חותרים תחת הדומיננטיות של ערך היעילות כערך המונח ביסוד כל הסדר נורמטיבי? שאלה זו היא חלק משאלות רחבות יותר, שעניינן מהות השפעתה של הטכנולוגיה על החברה ועל מערכת הערכים שלה.²³ שאלות אלו אינן חדשות, אם כי הקצב המהיר שבו מופיעים שינויים טכנולוגיים בשנים האחרונות מבלית אותן בהווה יותר מאשר בעבר. לפני הופעת האינטרנט שאלות אלה הועלו לגבי הטלוויזיה, ולפניה — לגבי הרדיו, הטלפון, הטלגרף, הדפוס, הכתב וציורי המערות. מבחינה עקרונית מקובל לעסוק בשלוש גישות תיאורטיות.

על פי הגישה האחת, שתכונה "הגישה האינסטרומנטלית", הטכנולוגיה אינה אלא אינסטרומנט (כלי) שנועד לספק את צורכי החברה. לפי תפיסה זו, הטכנולוגיה היא נייטרלית, נטולת ערכים, היא איננה משנה לא את המציאות הפוזיטיבית שבה אנו חיים ולא כל שכן, אין בה כדי לשנות תפיסות ערכיות באשר למציאות הנורמטיבית שבה החברה שואפת לחיות. השאלה היחידה שיש לשאול לגבי הטכנולוגיה היא, כיצד הטכנולוגיה פועלת? בני האדם, ורק בני האדם, הם האחראים לשימושים שנעשים בטכנולוגיה — לתעל את הטכנולוגיה לשימושים חיוביים או לשימושים שליליים. ולענייננו, על פי גישה זו, השינויים הטכנולוגיים של רשת האינטרנט אין בהם כדי לחתור תחת מעמדה של היעילות כערך הנורמטיבי שמנחה את עיצובם של כללים משפטיים.

הגישה השנייה, הידועה כגישת "הדטרמיניזם הטכנולוגי", רואה בטכנולוגיה גורם מרכזי בחברה שמניע תהליכים — מעין מנוע של ההיסטוריה. לפי תפיסה זו, השינוי הטכנולוגי, בעיקר בתחום אמצעי התקשורת, כמו רשת האינטרנט, מקשר בין האנשים; יוצר לחץ להתהוות רשתות חברתיות חדשות וגבולות חברתיים חדשים;

²³ הדיון על הקשר שבין שינוי טכנולוגי לשינוי חברתי לפי הגישות התיאורטיות השונות מבוסס על האמור בספרם של שנער ובעל שם, לעיל ה"ש 9, בעמ' 191–205.

ומשפיע בכך על הסדר החברתי.²⁴ אם נבחן את המצב הטכנולוגי היום נראה, כי הטכנולוגיה מילאה תפקיד מרכזי בחיים החברתיים של האדם. תוכנות מסרים מיידיים, כמו ICQ ו-MSN Messenger, תוכנות VOIP (Voice Over IP), כמו Skype, המאפשרות שיחות קוליות ושיחות וידאו חיים; מהפכת ה-Web 2.0 הכוללת בלוגים, תוכנות שיתוף תמונות ועוד, שמאפשרת לכל אדם להפיץ תוכן בקלות וביעילות ולשוחח באופן סינכרוני או א-סינכרוני עם אחרים; משחקי מחשב מבוססי רשת ומרובי משתתפים (Massive Multiplayer Online Role Playing Games); ואפילו הטלפונים הסלולריים הכוללים שירותי הודעות טקסט כתובות (SMS), כמו גם אפשרות להעברת אנימציות ותמונות (MMS) ושיחות וידאו – כל אלו חוברים יחדיו והופכים כל אחד מאתנו לנגיש יותר מאי פעם, אך בה בעת הופכים אותנו לתלויים בטכנולוגיה ופוגעים ביכולת האינטראקציה החברתית שלנו, ובמיוחד של הצעירים.

השפעת הופעתם של אמצעי תקשורת חדשים, כמו רשת האינטרנט, אינה נובעת מהמסרים המועברים באמצעותם, אלא מטבעו של כל אמצעי או סוג אמצעים, או כדברי מרשל מקלוהן: "המדיום הוא המסר".²⁵ השפעת הטכנולוגיה איננה נעצרת אך ורק ברכי החשיבה והארגון, אלא אף בתפיסת העולם (אפיסטמולוגיה).²⁶ על פי רוב, תפיסת העולם שלנו נקבעת בכל תקופה על פי המדיום המרכזי בתרבות. ההטיה האפיסטמולוגית יכולה להיות חזקה או חלשה בהתאם להשפעת המדיום על תפיסת המציאות של החברה. למעשה הטיעון הוא, כי השינוי שמחוללת הטכנולוגיה במציאות החברתית אינו מתמצה ברמה הפוזיטיבית, אלא אף במציאות הנורמטיבית, ברמת הערכים ועקרונות היסוד של החברה.²⁷ לפי תפיסה זו, הטכנולוגיה מכילה כמה ערכים המקודדים בתוכה. מרגע שהטכנולוגיה נכנסת לפעולה היא מתפשטת בחברה, הופכת להיות חמדנית, אימפריאליסטית, נוגסת בעוד ועוד תחומי חיים, עד שהחיים כולם הופכים לתמונת ראי של הערכים שהיא נושאת. תפקידם של בני האדם מתמצה בהיותם עדים לתהליכים המתרחשים מבלי שתהיה להם יכולת להשפיע על הכיוון שאליו צועדים תהליכים אלו. למעשה גישת הדטרמיניזם הטכנולוגי מכירה בכך, שבמאבק בין הטכנולוגיה ובין הערכים החברתיים ידה של הטכנולוגיה על העליונה.

24 שם, בעמ' 192. כך, למשל, טכנולוגיית הפירוס במצרים העתיקה היא שאפשרה את התפתחותה של הקיסרות האדירה, משום שהיא שכללה את יחסי הפיקוח והדיווח בין המרכז החזק ובין הפריפריה הכפופה לו.

25 ראו McLuhan, לעיל ה"ש 9.

26 יובל דרור הפוליטיקה של הטכנולוגיה (2006).

27 יפים לעניין זה דבריו של השופט חשין בעניין ש"ס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 5 לפסק הדין: "אכן, התשתית משנה עצמה מעיקר. השינוי אינו אך בכללים הפוזיטיביים. השינוי מגיע עד הדוקטרינות שבמשפט אף-הן. עידן זה שאנו על סיפו, לא עוד נוכל להחיל עליו באורח ראוי נורמות שידענו והיכרנו. ניסיון כי נעשה ליישם על המחשב והאינטרנט נורמות הידועות לנו מכבר, נדמה בעינינו למי שמבקשים להעביר פיל בקופה של מחט".

עליונות זו מתבטאת בכך, שהטכנולוגיה מצליחה לשנות את סדר העדיפויות הערכי של החברה.²⁸

בהקשר שלנו השאלה היא, האם רשת האינטרנט מגלמת ערכים המנסים לחתור תחת מעמדו של עקרון היעילות? ישנם הסבורים שכן, אם כי מעטים. כך, למשל, במאמריו של אחד הכלכלנים, גולדהבר, נטען, כי בניגוד לכלכלת השוק החופשי, המבוססת על ערכים אנכרוניסטיים הנגזרים מכלכלת השוק החופשי ועקרון מקסום העושר, הערכים של הכלכלה החדשה הם ערכים של סוציאליזם חברתי במובן של חלוקה שוויונית וצודקת של המשאבים הכלכליים. מלומד זה דן בכך באומרו:

“From the start the values of a humane socialism have largely, if unconsciously, been built into the Internet, as I shall show. These values differ sharply from the capitalist values built into most prior technology, which explains two crucial facts: the failure of previous socialism, and the incompatibility of capitalism and the Internet...”²⁹

לפי תפיסה זו, כמו שהטכנולוגיות של מנועי הקיטור במאה השמונה עשרה ומנועי החשמל במאה התשע עשרה יצרו הפרדה מעמדית בין בעלי ההון ובין העובדים וגרמו את היווצרותה של כלכלת השוק והטמעת הערכים הקפיטליסטיים המונחים ביסוד כלכלה זו, כך טכנולוגיות המידע של המחצית השנייה של המאה העשרים, ובראשן רשת האינטרנט, מתחילות להנחיל ערכים של סוציאליזם המבוססים על שיתוף, סולידריות ודאגה לזולת. תפיסה זו מושתתת בין השאר על מאפייניה של רשת האינטרנט כרשת תקשורת פתוחה ומבוזרת המאפשרת יצירת שוויון בין כל המשתמשים ומגלמת ערכים של שוויון עד כדי יצירת “קומוניזם דיגיטלי”.³⁰

בכל הכבוד, אין אנו יכולים להסכים עם עמדה זו. אנו סבורים, כי נכון לתקופה שבה אנו חיים, גם הגישה הדטרמיניסטית אין בה כדי לערער את מעמדו של עקרון היעילות. ראשית, הגם שנדמה כי רשת האינטרנט היא אתנו מאז ומתמיד, חדירתה של הרשת לפעילות החברתית היא צעירה יחסית — בת מעט יותר מעשר שנים. מדובר בתקופה קצרה בפרספקטיבה היסטורית. במצב זה נדרשת פרספקטיבה

28 כך, למשל נטען, כי בעידן האינטרנט ואמצעי התקשורת המודרניים ערך הפרטיות מפנה את מיקומו לטובת ערך הפתיחות והסולידריות החברתית. טיעון זה מבוסס על התרבות המודרנית, המעריכה חשיפה ופתיחות על פני פרטיות, קרי: על מציאות שבה אנשים מנהלים שיחות פרטיות בפרהסיה; מוכנים לחשוף את חייהם האינטימיים ביותר בתוכניות מציאות המוצגות בטלוויזיה חדשות לבקרים.

29 ראו MICHAEL H. GOLDHABER, VALUES, TECHNOLOGY, THE INTERNET, AND A NEW OPENING FOR HUMANE SOCIALISM (Draft, 15.9.2003) available at www.well.com/user/mgoldh/technosocialism.html

30 דרור, לעיל ה"ש 26, בעמ' 54–55; Andrew Sullivan, *Dot-Communist Manifesto*, THE NEW YORK TIMES (10.4.2000).

רחבה, שתאפשר ידיעה ודאית באשר לכיוון שאליו צועדת רשת האינטרנט, לרבות הערכים שהיא מגלמת. למעשה עיקר הטיעון הוא, שקשה ללמוד על הערכים שרשת האינטרנט מגלמת. הטכנולוגיות של רשת האינטרנט אינן עשויות מקשה אחת. ישנן טכנולוגיות המבקשות לקדם ערכים של שיתוף וקהילה, למשל: בהקשר של שיתוף קבצים; ישנן טכנולוגיות המבקשות לקדם ערכים של הגנה על הפרטיות;³¹ וישנן טכנולוגיות שנועדו לפגוע בפרטיות ולקדם ערכים של פתיחות.³² ואם לא די בכך, הרי ישנם הרואים בטכנולוגיה מסוימת כמקדמת ערך מסוים, בעוד שאחרים רואים באותה טכנולוגיה ממש כמקדמת ערכים אחרים. יתירה מכך: כיצד אפשר ללמוד על הערכים שהטכנולוגיה מגלמת? האם לפי הכוונה המקורית של יוצרי/מפתחי הטכנולוגיה, או שמא לפי השימושים הרווחים שנעשים באותה טכנולוגיה? בהחלט ייתכנו מצבים שבהם הטכנולוגיה נועדה במקורה לקדם ערך מסוים, אך השימושים שנעשים באותה טכנולוגיה מקדמים ערכים אחרים המנוגדים לערכים המקוריים. שנית, ישנם הטוענים, כי היעילות היא הערך הדומיננטי המגולם בכל טכנולוגיה באשר היא. לפי תפיסה זו, הלוגיקה הפנימית הטבועה ברשת היא מונחית-יעילות.³³ הטכנולוגיה מכפיפה את עצמה ליעילות. אין טעם בטכנולוגיה אלא אם כן היא מקדמת את הרווחה המצרפית של החברה בכלל. אפשר להסביר זאת גם על רקע הנחת הרציונליות. על פי הנחה זו, הפרטים מונעים על ידי חתירה בלעדית לקדם את הרווחה שלהם. גם מפתחי הטכנולוגיה למיניהם לא היו מפתחים אילולא היה בפיתוח זה משום השאת רווחתם האישית ועל כן הם מטמיעים את ערך היעילות בתוך הטכנולוגיה שהם מפתחים.

אין תימה אפוא, שככל שיגענו לחפש לא מצאנו אפילו מחקרים כלכליים המנסים להתחקות אחרי הערכים המקודדים בטכנולוגיית האינטרנט, והאם ערך היעילות הוא אחד מערכים אלו. אמנם, אפשר לייחס זאת לקשיים מתודולוגיים בעריכת מחקרים אלו, אשר עסקנו בהם לעיל; אך אפשר פשוט להניח, כי חוקרים מאסכולת הגישה הכלכלית למשפט לא ראו צורך לחקור סוגיה זו, בעיקר בשל אמונתם כי הרשת בוודאי מונחית על ידי ערך היעילות.

גישה שלישית, המכונה "הגישה הביקורתית", שאנו מסכימים עמה, איננה מוכנה להשלים עם העליונות של הטכנולוגיה על הערכים. לפי גישה זו, הטכנולוגיה יכולה לאתגר ערכים קיימים, אך לא לאיינם. לפי תפיסה זו, ערכים חברתיים אינם חסינים מפני שינוי. מעמדו החברתי היחסי של ערך חברתי — ומכאן גם משקלו של אותו ערך — אינו קבוע. הוא עשוי להשתנות במשך השנים. שינויים טכנולוגיים, וזאת בניגוד לעמדתה של הגישה האינסטרומנטלית, יכולים לשמש גורם לשינוי שכזה. לטכנולוגיה (וליתר דיוק: ליוצריה) אג'נדה שהיא מבקשת לקדמה. היא מנסה לגרום לחברה לשנות

31 להרחבה על טכנולוגיות אלו ראו להלן דיון בטקסט ליד ה"ש 118–119.

32 דוגמת העוגיות. ראו להלן דיון בטקסט ליד ה"ש 114.

33 דרור, לעיל ה"ש 26, בעמ' 10.

את סדר העדיפויות הערכי שלה באופן המתיישב עם תפיסות העולם המוטעמות (המקודדות) בה. עם זאת, אין לקבל באופן א-פריורי את הגישה הדטרמיניסטית הטוענת, כי במאבק זה בין הערכים ובין הטכנולוגיה, ידה של הטכנולוגיה תמיד על העליונה. זהו מאבק פתוח, שבו כל תוצאה היא בגדר האפשרי. אין להכריע במאבק בין הטכנולוגיה ובין ערך כלשהו מבלי לדון בהצדקות המונחות ביסוד אותו ערך ולבחון, האם הן עדיין תקפות בסביבה הטכנולוגית החדשה שנוצרה.

בהקשר שלנו עלינו להכריע בעימות בין הטכנולוגיה ובין ערך היעילות (מקסום העושר המצרפי), בהנחה שעומות זה אכן מתקיים. לשם כך עלינו לדון בהצדקות העומדות ביסודו של ערך זה ולבחון את תקפותן של הצדקות אלו בסביבה האינטרנטית. במאמר המוקדש רובו ככולו לעקרון מקסום העושר פרופ' זלצברגר סוקר את הטענות וההנמקות של פוזנר בעד עיקרון זה.³⁴ בין השאר המחבר מחלק את הנימוקים לכאלה במישור המעשי, המושגי³⁵ והמוסרי,³⁶ מצד אחד, ובין נימוקים במישור הנורמטיבי, מצד אחר.³⁷ מבין שלל הנימוקים רלבנטי במיוחד נימוק אחד – נימוק ההסכמה – שהוא נורמטיבי באופיו. על פי נימוק זה, קיימת הסכמה כללית בין הפרטים בחברה לעקרון מקסום העושר ועל כן הוא העיקרון הנורמטיבי המועדף, שהרי כרי כי עקרון מקסום העושר משקף קונסנסוס חברתי. על הנמקה זו נמתחה ביקורת רבה החורגת ממסגרת דיון זה.³⁸ מכל מקום, כדי שעקרון מקסום העושר ימשיך להיות העיקרון הנורמטיבי שמנחה את עיצובם של כללים נורמטיביים, עליו לשקף קונסנסוס גם בין שחקני השווקים האלקטרוניים, שהם הצדדים לאינטראקציות המקוונות, והם הם מושא ההסדרה בסופו של דבר. על קיומו או היעדר קיומו של קונסנסוס זה אפשר ללמוד ממחקרים פוזיטיביים בתחום מדע הסוציולוגיה, הבוחנים את הערכים המנחים את שחקני השווקים האלקטרוניים.³⁹ בשל אותן סיבות שבהם דנו לעיל, ככל שיענו לחפש

34 ראו זלצברגר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 279–286.

35 שם, בעמ' 280. במישור המעשי פוזנר טוען, כי עקרון מקסום העושר פותר את הבעיות המושגיות ומסלק את העמימות של העיקרון התועלתני.

36 שם, בעמ' 283–285. במישור המוסרי פוזנר טוען, כי עקרון מקסום העושר הוא מוסרי ומונע תוצאות מפלצתיות של התועלתנות.

37 שם, בעמ' 285–289. מבחינה עקרונית יש לחלק את טענותיו של פוזנר בדבר עליונותו הנורמטיבית של עקרון מקסום העושר לשלושה נימוקי משנה: הנימוק האינסטרומנטלי, שלפיו עקרון מקסום העושר מספק את הצירוף האופטימלי של אושר, זכויות וחלוקה צודקת; נימוק ההסכמה, המחייב הסכמה כללית לעקרון מקסום העושר ולכן זהו העיקרון הנורמטיבי הטוב ביותר; נימוק אי-הוודאות, הקובע כי עקרון מקסום העושר הוא העיקרון שייבחר על ידי כל הפרטים במצב היפותטי של אי-הוודאות לפני הקצאת המקורות התחילית של החברה.

38 שם, בעמ' 286.

39 כל מחקר סוציולוגי נע על סקלה המצויה בין שתי תכונות מקבילות של הקיום החברתי: קיומם של גורמים מלכדים ומשמרים בחברה, המכונים קונסנסוס; וקיומם של גורמים המחלקים את החברה למרכיביה ויוצרים ניגוד בתוכה, המכונים קונפליקט. אף על פי שתכונות אלו אינן סותרות במהותן, הן מאפשרות את בחינת החברה משתי זוויות שונות (בפועל, כל מחקר סוציולוגי מכיל

לא מצאנו עדיין מחקרים אמפיריים הבודקים את הערכים הדומיננטיים ברשת האינטרנט בכלל. אפשר לייחס זאת לקשיים מתודולוגיים בעריכת מחקרים אלו, או פשוט יש להניח כי חוקרים המחזיקים בגישה הכלכלית למשפט לא ראו צורך לחקור סוגיה זו, בעיקר בשל האמונה שלהם כי עיקרון זה לא השתנה. זאת ועוד: קונסנסוס חברתי מתפתח במשך שנים. הוא פרי של השתכנעות משותפת אצל בני החברה בדבר אמיתותם וצדקתם של אותם ערכים. זהו תהליך של התפתחות הדרגתית הנמשך זמן רב ואף מתחדש מעת לעת. הוא משקף אמונות ארוכות טווח של החברה. חדירותה של הרשת לפעילות החברתית היא צעירה יחסית — בת מעט יותר מעשר שנים. מדובר בתקופה קצרה בפרספקטיבה היסטורית שתתאפיין בתנודתיות רבה. במצב זה לא נראה לנו, שתקופה זו יש די בה לערער מוסכמות חברתיות שהתגבשו במשך עשרות, ואף מאות, שנים. ערך היעילות הוא ערך מושרש במדינות מתועשות רבות וקשה לראות כיצד רשת האינטרנט מערערת את מעמדו של עיקרון זה. ואם אין די בכך, הרי הארכיטקטורה של רשת האינטרנט והערכים המקודדים בתוכה אינם פרי הליך של השתכנעות משותפת (common conviction), אלא תוצר העדפותיהם ורצונותיהם של יוצריה ומפתחיה. על כן גם אם הרשת מגלמת בתוכה ערכים המתנגשים עם ערך היעילות, עדיין ערכים אלו אינם משקפים קונסנסוס חברתי, אלא את ערכיהם ועמדותיהם של מפתחי טכנולוגיה זו ויוצריה.

לסיכום נקודה זו: עשר שנים לאחר תחילת שגשוגה של רשת האינטרנט המוצא את ביטויו בממדיה ההמוניים, אין לקבוע כי רשת האינטרנט מאיימת על מעמדו של ערך היעילות כערך הנורמטיבי שעל החברה לשאוף אליו. מנקודת מבטה של הגישה הכלכלית למשפט, מקסום העושר המצרפי היה, ועודנו, הערך הנורמטיבי שממנו יש לגזור כללים משפטיים להסדרת רשת האינטרנט.

ג. השפעת רשת האינטרנט על הרובד הממסדי-פוליטי של הגישה הכלכלית למשפט: תפקידה של המדינה בהסדרת רשת האינטרנט

מהדיון לעיל עולה, כי ברובד הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט, היעילות — קרי: השאת הרווחה המצרפית — עדיין היא הערך הנורמטיבי היחיד שאליו יש לשאוף

מידות שונות של שתי הזוויות): מזווית הקונסנסוס אפשר לבסס הנחת מחקר, כי החברה היא שמרנית מטבעה וכל שינוי בה יהיה אטי, מקיף, יסודי ועמוק. זווית זו נוטה להיות הזווית הרווחת במחקר הסוציולוגי, ומבחינה היסטורית נהוג לציין את אמיל דורקהיים כסוציולוג מרכזי הנשען על הסתכלות זו. מזווית הקונפליקט אפשר לבסס הנחת מחקר, שלפיה החברה מקוטבת מטבעה ובנויה על התנגשות מתמידה של גורמים בתוכה. על פי גישה זו השינוי הוא המצב הטבעי של החברה והוא עשוי להיות מושג במהלכים ארעיים, חלקיים ומהירים (כדוגמת הפיכה בממשל של מדינה), בעוד השימור החברתי הוא תוצר של יתרון יחסי של כוח מרכזי בחברה, השואף לקבע את המצב הקיים באמצעות דיכוי נמשך של כוחות-הנגד. זווית זו מיוחסת בדרך כלל לסוציולוג מקס ובר או לגישת המרקסיזם, כגישה מרכזית הנשענת על הסתכלות זו.

וממנו יש לגזור את ההחלטה באשר למהותה ולהיקפה של מעורבות המשפט בהסדרת הרשת והשווקים האלקטרוניים הנוצרים במסגרתה. ברובד הפוזיטיבי הגישה הכלכלית אמורה לספק לנו תשובה כיצד יש להשיא את הרווחה המצרפית מאינטראקציה נתונה. ההנחה היא, וכפי שאנו למדים מהמודל המיקרו-כלכלי הניאוקלסי, בשוק משוכלל — שמאפייניו הם היעדר מונופולים, מבנה שוק ביזורי, מידע מושלם, היעדר החצנה וכדומה — שחקני השוק מתנהגים על פי חוקי היצע והביקוש באופן המשיא את הרווחה המצרפית. בתנאים של שוק משוכלל כוחות השוק הם הדרך הטובה ביותר להשאת הרווחה המצרפית.⁴⁰

המסקנה משני הרבדים, הנורמטיבי והפוזיטיבי, פשוטה: אם השווקים האלקטרוניים הם משוכללים, אזי אין נדרשת רגולציה חיצונית כלשהי, ובכלל זה רגולציה משפטית, לשווקים אלו.⁴¹ התערבות בשווקים האלקטרוניים נדרשת רק אם מתרחש כשל שוק אחד או יותר, כגון כשלי מידע, מונופולין, קרטל, החצנה וכדומה. במצב זה נדרשת רגולציה חיצונית, שעל טיבה נדון בהמשך, שמטרתה לטפל בכשל באופן נקודתי ובכך להבטיח בעקיפין את השאת הרווחה המצרפית. תוכן ההתערבות — קרי: תוכנם של הכללים החלים על האינטראקציות המתבצעות בשווקים — נגזר מכשל השוק שהתערבות זו נועדה לתקן.

ההידרשות להתערבות חיצונית להסדרת השווקים האלקטרוניים מעוררת שאלות ממסדיות-פוליטיות באופיין. בהקשר זה מתעוררות כמה שאלות ממסדיות-פוליטיות באופיין, כגון מיהו המוסד החברתי המופקד על ההתערבות בשווקים? במילים אחרות: מיהו המוסד החברתי המופקד על יצירת הכללים המשפטיים האמורים לחול על השווקים? מהי הפרוצדורה שלפיה כללים אלו אמורים להיות מיצרים? כאמור, שאלות אלו הן שאלות ממסדיות-פוליטיות במהותן, המוצאות להן מענה ברובד הממסדי-פוליטי של הגישה הכלכלית למשפט.

הגישה הדוגמטית של פוזנר, בשל היותה שייכת לזרם הקלסי של הגישה הכלכלית למשפט, מניחה את קיומה של סמכות ריבונית טריטוריאלית, המכונה "מדינה", עם

40 נקודת המוצא של הדיון היא, שרשת האינטרנט איננה משנה את חוקי הכלכלה (המודלים הכלכליים). דן בכך וריאן, באומרו: "Economy commerce will undoubtedly change the way business is done. But as we have said elsewhere: technology changes, economic laws do not. Despite the changes introduced by e-commerce, many of the fundamental principles of competition will still be relevant" ראו Hal. R. Varian, *Market Structure in the Network Age*, in UNDERSTANDING THE DIGITAL ECONOMY, DATA, TOOLS AND RESEARCH 137 (Erik Brynjolfsson & Brain Kahin eds., 2000). במובן זה המודל המיקרו-כלכלי הניאוקלסי עדיין משמש מודל כלכלי, שמסביר ומנתח את המציאות בשווקים האלקטרוניים, ובכלל זה הקשר שבין הרווחה המצרפית המופקת מהאינטראקציות המתבצעות בשווקים אלו ובין נתונים כלכליים אחרים.

41 ליתר דיוק, נדרשת התערבות מינימלית שעיקרה מתן תוקף משפטי מחייב להסכמות שהצדדים הגיעו באמצעותן לאינטראקציה.

שלטון מרכזי שמוקנית לו סמכות להתערב בשווקים במקרה הצורך.⁴² במובן זה גישה זו משתייכת לפרדיגמה המחקרית המכונה "צנטרליזם משפטי", המתמקדת במשפט שנוצר על ידי המוסדות המרכזיים של המדינה ותופסת את המשפט והשווקים באופן דיכוטומי כשתי ישויות שיש להתחקות אחרי קשרי הגומלין ביניהן.⁴³ לפי תפיסה זו, למדינה הטריטוריאלית מונופול על מלאכת ההסדרה של האינטראקציות המתרחשות בשווקים הנמצאים במסגרת הטריטוריה שלה. הסדרה זו מכונה "הסדרה ציבורית" מאחר שהמדינה איננה ארגון פרטי, אלא ארגון ציבורי השייך לכלל הציבור.

תפיסה זו מבוססת על כמה טיעונים:⁴⁴ ראשית, למונופול הנתון בידי המדינה באשר למתן שירותי הסדרה ישנה הצדקה כלכלית. מנקודת המבט הכלכלית, שירותי ההסדרה של המדינה מתאפיינים ב"יתרונות לגודל", כלומר: ההוצאה הממוצעת נמוכה ככל שהספקת שירותים אלו נעשית בקנה מידה גדול יותר. במובן זה שירותי ההסדרה נעשים יעילים יותר ככל שהם ניתנים בהיקפים יותר גדולים. תופעת היתרונות המיוחסים לגודל מתקיימת כאשר פונקציית העלות הכוללת (total cost) מכילה מרכיב של הוצאה קבועה (fixed cost), שאינה תלויה בהיקף השירותים הניתנים. בתנאים אלה העלות הממוצעת יורדת, מכיוון שככל שניתנים שירותי הסדרה, ההוצאה הקבועה מתחלקת למספר יותר גדול של אנשים. כך, למשל, ייצורו של מנגנון הסדרה – בית מחוקקים, בתי משפט, הוצאה לפועל, משטרה – אכן תלוי בקיומה של הוצאה קבועה. אילו רצו כל פרט או קבוצה קטנה של פרטים להקים לעצמם מנגנון הסדרה דומה, רמת ההוצאות המצרפית היתה מרקיעה שחקים. לפיכך מתן שירותי הסדרה על ידי ארגון אחד גדול כמו המדינה יעיל יותר ממתן שירותי הסדרה על ידי ארגונים קטנים יותר.⁴⁵ זאת ועוד: התאגדותם של יחידים לכדי ארגון קטן כרוכה בעלויות גדולות העולות על התועלת הצומחת להם מהשירותים שמספק ארגון זה. עלויות העסקה הכרוכות בהתאגדותם של היחידים מונעות את קיומם של ארגונים פרטיים שיספקו שירותי הסדרה.⁴⁶ שנית, דרך קבלת ההכרעות במדינה הטריטוריאלית מבוססת על קיומו של מוסד חברתי ציבורי השייך למדינה (מחוקק), המורכב מפוליטיקאים שנבחרים על ידי כלל תושבי המדינה.⁴⁷ דרך זו אמורה להבטיח כי ההכרעות שיתקבלו – קרי:

42 Elkin-Koren & Salzberger, לעיל ה"ש 15, בעמ' 571.
 43 מנחם מאוטנר "חווה, חוזה אחיד, תקנון אגודה שיתופית וסוגיית הפלורליזם המשפטי" הפרקליט מד 293 (1999); Robert W. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 STAN. L. REV. 57 (1984).
 44 מנקודת המבט הכלכלית הטיעונים הרלבנטיים הם הטיעונים הכלכליים, ומכאן שהטיעונים האחרים המבוססים על לגיטימיות של המדינה מכוח זיקה טריטוריאלית לשווקים הנמצאים בתחומה לא יידונו כאן. להרחבה על טענת הלגיטימיות של המדינות הריבוניות בעידן האינטרנט ראו לעיל דיון בטקסט ליד ה"ש 5-6.
 45 ראו ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 94 f.f (1988).
 46 ראו EIRIK G. FURUBOTN & RUDOLF RICHTER, *INSTITUTIONS AND ECONOMIC THEORY: CONTRIBUTIONS OF THE NEW INSTITUTIONAL ECONOMICS* 191 (1998).
 47 דרך חלופית לקבלת הכרעות היא באמצעות הכרעה ישירה על ידי הציבור עצמו. להרחבה על

תוכנם של הכללים המשפטיים — אכן יבטאו את ההעדפות הערכיות של כלל האזרחים (כלל שחקני השוק) מושא ההסדרה.⁴⁸ נקודת המוצא של הנחה זו היא, שרצונם של מקבלי החלטות (הפוליטיקאים), בהיותם ממקסמים רציונליים של תועלתם האישית, להיבחר שוב (public choice),⁴⁹ והתחרות המשוכללת ביניהם בשוק ההסדרה, גורמת להם לקבל החלטות המשקפות את העדפותיהם של כלל שחקני השוק מושא ההסדרה, ובמקרה זה לעצב דיני צרכנות ראויים.⁵⁰

Kirk J. Stark, *The Right to Vote on Taxes*, 96 Nw. U. L. Rev. 191 (2001).
 48 הנחה זו מבוססת על הנחה יותר בסיסית, שלפיה הגישה הכלכלית למשפט, לרבות הערכים המונחים ביסודה, היא הגישה שבה דוגל כלל הציבור.
 49 קיימת הנחה נוספת, שאינה מתחום הניתוח הכלכלי למשפט, שלפיה מקבלי החלטות פועלים מלכתחילה לשם קידום האינטרס הציבורי (public interest). לדיון בהנחות חלופיות באשר למניעיהם של מקבלי החלטות במשטר דמוקרטי ראו Ronald A. Cass, *Models of Administrative Action*, 72 VA. L. REV. 363 (1986); Jonathan R. Macey, *Cynicism and Administrative Action*, 87 CORNELL L. REV. 280 (2002); לספרות הטוענת כי מקבלי החלטות פועלים לפי מה שנתפס בעיניהם כקידום הרווחה החברתית, ולא בהתאם לאינטרס האישי שלהם, ראו Edward L. Rubin, *Public Choice, Phenomenology, and the Meaning of the Modern State: Keep the Bathwater, but Throw Out that Baby*, 87 CORNELL L. REV. 309 (2002); Mark Kelman, *On Democracy — Bashing: A Skeptical Look at the Theoretical and "Empirical" Practice of the Public Choice Movement*, 74 VA. L. REV. 199 (1988).
 50 ישנם החולקים על נקודת מוצא זו. לפי תפיסה זו, גם אם נסכים עם ההנחה המקובלת בגישה הכלכלית הקלאסית, שלפיה מקבלי החלטות פועלים אך ורק לקידום האינטרס הפרטי שלהם (בחירתם מחדש) או של מגזר מסוים (public choice), ספק רב אם שאיפה זו תביא לידי קבלת החלטות המשקפות את רצונותיהם של כלל שחקני השוק. יש לייחס את היעדר ההתאמה בין האינטרס הפרטי של הפוליטיקאים בהגדלת התועלת האישית שלהם (להיבחר מחדש) ובין האינטרס הציבורי בהגדלת הרווחה המצרפית (קבלת הכרעות אופטימליות, המשקפות את רצונם של כלל שחקני השוק), לקיומו של כשל שוק בשוק הפוליטי (שוק ההסדרה) המונע קיומה של תחרות מושכלת בין הפוליטיקאים. בראש ובראשונה בשוק ההסדרה הפוליטי מתקיים כשל מידע חריף במיוחד: בין האזרחים ובין מקבלי החלטות קיימים פערי מידע לפני ההצבעה ולאחריה. פעור זה שולל מהאזרחים את היכולת לקבל החלטות מודעות בשוק זה ומונע מהם להפעיל את הריבונות שלהם ולגרום למקבלי החלטות לקבל הכרעות המתיישבות עם הרצונות וההעדפות שלהם. שנית, בשוק הפוליטי האזרחים נעדרים יכולת ונכונות לפקח על דרך פעולתם של הפוליטיקאים בשל העלויות הגבוהות הכרוכות בכך. שלישית, גם אם נניח כי בידי האזרחים מידע מלא על אודות הפעילות והחלטות של מקבלי החלטות, עדיין אין זה מבטיח כי הם הריבון בשוק הפוליטי. הגם שמבחינה דמוקרטית לכל אורח ישנה השפעה שווה (קול אחד לכל אחד), הרי מבחינתו של הפוליטיקאי, לקבוצות לחץ מסוימות (ובדרך כלל המדובר בקבוצות חזקות) ישנה השפעה רבה יותר מאשר לקבוצות אחרות. היכולת של קבוצות המייצגות אינטרסים שונים משפיעה בסופו של דבר על התוצר הסופי של ההכרעה הציבורית. ראו Michael J. Trebilcock, *Winners and Losers in the Modern Regulatory System Must the Consumer Always Lose*, 13 OSGOOD HALL L. J. 619, 622–623 (1975); Claus Offe, *Alternative Strategies in Consumer Policy*, in CONSUMER LAW 39, 47 (Iain Ramsay ed.,

ההנחות דלעיל מייצגות תפיסת עולם של הגישה הכלכלית הקלסית באשר להיבט הממסדי של הכללים המשפטיים. לפי הנחות אלו, הגישה הכלכלית מבית מדרשו של פוזנר מתעלמת מהמרכיבים הממסדיים-פוליטיים של הכללים המשפטיים ומוציאה אותם ממתודת הניתוח שלה ואף מתייחסת אליהם כאל נתון חיצוני קבוע (אקסוגני) שאינו רלבנטי כלל. מבחינתה של הגישה הכלכלית הקלסית, התהליך הפוליטי-ממסדי-פרוצדורלי לעיצוב הכללים המשפטיים מתרחש בשוק פוליטי-הסדרתי המנותק מהשוק שבו מתבצעות האינטראקציות מושא ההסדרה ועל כן אין בו כדי להשפיע על תוצאות הפעלתו של המודל.⁵¹

השאלה היא, האם המדינה תזכה לאותו מעמד מונופוליסטי בהסדרת מגזרי הפעילויות השונות, המתרחשות במרחב הרשת (השווקים האלקטרוניים), או שמא הרשת מאפשרת הופעתם של מוסדות חברתיים אחרים שנאבקים על הבכורה בהסדרת פעילויות אלו?

התזה בחלק זה של הדיון היא, שרשת האינטרנט, בהיותה רשת תקשורת גלובלית המבנאמת את הפעילויות החברתיות, ובנויה על תשתית טכנולוגית המשתנה בקצב מהיר, מערערת את האפקטיביות (היעילות) של ההסדרה הציבורית המדינתית ומאפשרת יצירתן של מערכות הסדרה אחרות לצדה של מערכת ההסדרה הציבורית, שמתקיימים בהן במידה זו או אחרת מאפיינים דומים לאלו של ההסדרה הציבורית. ובמילים אחרות, רשת האינטרנט מאתגרת את המסגרת הממסדית-פוליטית של הגישה הכלכלית ומערערת את ההגמוניה שהיתה למדינה הריבונית בהסדרת האינטראקציות החברתיות.

מנקודת המבט הכלכלית, המונופול של ההסדרה הציבורית היה מוצדק כל עוד היה בכוחה של הסדרה זו לספק ערך ותועלת, היינו: שהתועלת הצומחת מהסדרה זו על ידי תיקון כשל השוק עולה על העלות הכרוכה בה. בשווקים האלקטרוניים ההסדרה הציבורית מאבדת מהאפקטיביות, ובעיקר מהיעילות שלה.

1992); Edward L. Rubin, *The Code, The Consumer, and the Institutional Structure of the Common Law*, 75 WASH. U. L. Q. 11 (1997); Jean Braucher, *Deadlock: Consumer Transactions Under Revised Article 9*, 73 AM. BANKR. L. J. 83 (1999); Michael Trebilcock, J. Robert Prichard & Leonard Waverman, *The Consumer Interest and the Regulatory Process in*, CONSUMER PROTECTION LAW AND THEORY 256, 258–259 (A. Duggan & L. Darvall ed., 1980).

51 התעלמותה של הגישה הכלכלית הקלסית מההיבט הממסדי-פוליטי וההנחות שביסוד התעלמות זו זכו לביקורת הן מצד הדיסיפלינה הכלכלית הן מכיוון הדיסיפלינה המשפטית. יותר ויותר מלומדים משתי הדיסיפלינות קוראים להכללת המרכיבים המוסדיים-פוליטיים בתוך המודלים הכלכליים והמשפטיים בפתרון השאלות הטעונות הכרעה. ראו A. Brooke Overby, *An Institutional Analysis of Consumer Law*, 34 VAND. J. TRANSNAT. L. 1219 (2001). ביקורת זו אינה רלבנטית בשלב זה כל אימת שהגישה הכלכלית היא גישה נורמטיבית המבקשת לאתר דינים אופטימליים ולא דינים מצויים.

ראשית, השווקים האלקטרוניים הם שווקים א-מורפיים ודינמיים, שיטת המסחר בהם משתנה באופן מתמיד, צורתן ואופיין של האינטראקציות החברתיות משתנים במהירות; ואילו מנגנון ההסדרה הציבורית המדינתית הוא מנגנון מסורבל שאינו מצליח להדביק את קצב השינויים המתרחשים בשווקים אלו. בנסיבות אלו קיים חשש מפני התיישנות מתמדת ומתחדשת של הנורמות הנחקקות, שכן ברי הוא כי בשל קשיים אובייקטיביים ובירוקרטיים ההסדרה הציבורית אינה מצליחה למצוא את התרופות היעילות לכשלים המתרחשים בשווקים האלקטרוניים. שנית, רוב האינטראקציות המקוונות המתבצעות ברשת האינטרנט הן בין-לאומיות. צרכן שמקום מושבו בחיפה יכול לקנות מאתר המופעל מחיפה באותה מידה ובאותה קלות שבהן אפשר לקנות מאתר המופעל מאוסטרליה.⁵² הבנאום של האינטראקציות החברתיות הופך כל אחד מהצדדים לאינטראקציה (משתמשי הרשת) מרחבי הגלובוס לצרכן פוטנציאלי של הנורמות הנחקקות על ידי המדינה הריבונית. עובדה זו מחייבת את כל אחת מהמדינות הריבוניות להתאים את הנורמות שלה למישור הבין-לאומי, דבר המקשה מאוד על הליך החקיקה.⁵³ שלישיית, וחשוב מכול, שירותי ההסדרה הציבורית, בייחוד שירותי השפיטה וההוצאה לפועל, לרוב אינם יעילים ואין בהם עזר רב לצדדים לאינטראקציות החברתיות, ובייחוד לצרכנים שביניהם. כך, למשל, הבנאום של העסקאות הצרכניות יוצר מצב שבו כל סכסוך בין שני צדדים לעסקה צרכנית הוא סכסוך בין-לאומי הגורם להם להיזקק לשיטות משפט זרות. עצם ההיזקקות של הצרכנים לשיטות משפט זרות והצורך בניהול התדיינות משפטית הכרוך באי-הוודאות המלווה התדיינות זו מבחינת הדין שחל על העסקה וסמכות השיפוט, יוצרים עלויות עסקה גבוהות יחסית לערכה הנמוך של העסקה עד כדי כך שעלויות אלו שוללות את הנכונות או את היכולת של הצרכנים להתקשר בעסקאות צרכניות ברשת האינטרנט, שאחרת היו לתועלתם של כל המתקשרים בעסקה. לבסוף, יעילותה של מערכת האכיפה המדינתית פוחתת בכל מה שנוגע להסדרת האינטראקציות המקוונות. רשת האינטרנט מאפשרת למשתמשי הרשת, שהם הצרכנים של שירותי ההסדרה, להסוות באופן יעיל את מיקומם וזהותם ולהקשות בכך על מימוש פסקי דין והחלטות שניתנו נגדם לאחר מאמץ ממושך.⁵⁴

52 Rothchild, לעיל ה"ש 5, בעמ' 893.

53 בעיה זו היא בעיקר בעיה של תיאום בין המדינות השונות כאשר לנורמות שיחולו על הרשת.

54 האתרים, מושא ההסדרה, יכולים לצאת מתחום שיפוטה של המדינה בקלות רבה, מבלי להצטרך לשאת בעונש כלשהו על מעשיהם. פירמה המחזיקה אתר בשרת הנמצא במדינה מסוימת יכולה פשוט לאחסן את האתר שלה במדינה אחרת לגמרי ובכך להימלט משיפוטה של המדינה הראשונה. כמו כן האתרים יכולים להחליף את זהותם בקלות רבה ובכך להימלט מכל עונש שהוא. דן בכך Rothchild, באומרו: "It is likewise trivially easy for the owner of a web site to disguise her identity. The content of the web site is entirely unverified, allowing the site owner to assume whatever identity she wishes". Rothchild, לעיל ה"ש 5, בעמ' 920. טיעון זה מבוסס על ההנחה שסמכות השיפוט נבחנת על פי המיקום של השרת – הנחה שלרוב אינה נכונה היום ברוב שיטות המשפט. עם זאת, למיקום של השרת עדיין משקל באשר

לסיכום נראה, כי עלות ההסדרה הציבורית להסדרת האינטראקציות המקוונות עולה על התועלת הצומחת ממנה ונוטלת בכך מההסדרה הציבורית את האפקטיביות שלה בהסדרת אינטראקציות אלו.⁵⁵

אל מול הדעיכה באפקטיביות של ההסדרה הציבורית, המאפיינים הטכנולוגיים של רשת האינטרנט, כרשת תקשורת פתוחה, מאפשרים יצירת משטרי הסדרה נוספים להסדרת האינטראקציות (הפעילות) ברשת האינטרנט. מבחינה עקרונית אפשר לחלק משטרי הסדרה אלו לשלוש קבוצות עיקריות: משטר הסדרה בין-לאומי, משטר הסדרה עצמי-פרטי והטכנולוגיה.

1. הסדרה בין-לאומית לרשת האינטרנט

ההיזקקות לנורמות מתחום המשפט הבין-לאומי על שתי הדיסציפלינות שלו – הפומבי והפרטי – להסדרת פעילות מסוימת אינו חדש. היזקקות זו, ההולכת וגוברת בשנים האחרונות, מיוחסת בין השאר לתהליך הגלובליזציה העובר על החברה האנושית ואשר מניע תהליכים נוספים במישורים שונים – תרבותיים, כלכליים וחברתיים. במישור המשפטי תהליך הגלובליזציה גורם לכמה תהליכים, כגון הכרוסום בעקרונות טריטוריאליים ובעקרון הסוברניות של המדינות הטריטוריאליות; הגברת תהליך היורדיזציה העובר על מערכת קשרי הסחר הבין-לאומיים, המתבטא ביצירת

להקניית סמכות השיפוט של מדינה כזו או אחרת, מכוח הזיקה הנוצרת בין האתר ובין המדינה מכוח הימצאותו של השרת במדינה זו.

55 מנגד, נשמעת טענה שלפיה רשת האינטרנט דווקא אמורה לשפר את הליך קבלת החלטות במוסדות ההסדרה הציבורית וליצור התאמה מחודשת בין האינטרסים הפרטיים של מקבלי ההחלטות ובין האינטרס הציבורי בקבלת החלטות המשקפות את הדעות של כלל הציבור. תפיסה זו מבוססת על כמה טיעונים: ראשית, רשת האינטרנט מפחיתה את העלויות הכרוכות בפיקוח על הפעולות של הנציגים הפוליטיקאים ועל כן יש לצפות לתחרות יותר משוכללת בין הפוליטיקאים בקבלת החלטות המשקפות יותר את ההעדפות של האזרחים. שנית, רשת האינטרנט מפחיתה את עלויות ההתאגדות, דבר הגורם ליותר קבוצות לחץ שונות להתארגן ומאזן את הלחץ שמופעל על הנציגים מכיוון של קבוצות שונות. שלישית, ברשת האינטרנט קיימת יכולת אצל האזרחים השונים "לצאת" מתחום שיפוטה של מדינה מסוימת ו"לעזוב" לתחום שיפוטה של מדינה אחרת. במצב זה הנציגים נמצאים בתחרות לא רק בינם ובין עצמם במסגרת טריטוריה מוגדרת, אלא גם עם נציגים מכל רחבי הגלובוס. למעשה רשת האינטרנט מערערת את המונופול שהיה למדינה במתן שירותי ההסדרה וחושפת את המדינה הריבונית לתחרות מהכיוון של מדינות אחרות. התחרות בין המדינות צריכה להביא לשיפור רמת שירותי ההסדרה שמספקת כל אחת ממדינות אלו. במצב זה יש לצפות לקידום ולחיזוק של "Citizen Sovereignty", היינו: את היכולת של האזרחים, להכתיב את התנאים שבהם יתנהל ההליך הפוליטי ובכך ליצור שוק פוליטי תחרותי שבו ההכרעות המתקבלות משקפות ביתר שאת את ההעדפות של האזרחים מושא ההסדרה. להרחבה בעניין זה ראו Viktor Vanberg & Wolfgang Kerber, *Institutional Competition*, 5 CONSTITUT. POLIT. ECON., 193 (1994); Aaron Burstein, Will Thomas; 573 בעמ' Elkin-Koren & Salzberger, לעיל ה"ש 15, בעמ' 573; Devries & Peter S. Menell, *Forward: The Rise of Internet Interest Group Politics*, 19 BERKELEY TECH. L. J. 1 (2004).

משטר נורמטיבי בין-לאומי להסדרת מערכת הקשרים בין המדינות בתחום מדיניות הסחר; הגברת ההשפעה של המשפט הבין-לאומי על המשפט המסחרי הפנימי של המדינות הריבוניות; והאחדת הדינים הפרטיים במדינות השונות.⁵⁶ רשת האינטרנט כרשת תקשורת גלובלית שמקרכת מרחקים, מקצרת זמנים, מגבירה את הניידות של המוצרים מקלה על יצירת התקשרויות בין יחידים ומחזקת את התלות הכלכלית והחברתית בין המדינות, היא בלא ספק אחד הגורמים להחשת תהליך הגלובליזציה ולהאצתם של תהליכים אלו.⁵⁷

בראש ובראשונה היה אפשר לצפות להיזקקות לנורמות מתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי להסדרת רשת האינטרנט. במרוצת המאה העשרים ועם התפתחות המסחר והתקשורת הבין-לאומיים, שיטות משפט שונות פיתחו כללים של משפט בין-לאומי פרטי שנועדו להתמודד עם בעיות של סמכות שיפוט ושל ברירת דין שעסקאות חליפין בין-לאומיות מעוררות. הסוגיות שמעוררת רשת האינטרנט מבחינה זו זהות במהותן לאותן סוגיות המתעוררות באותן עסקאות בין-לאומיות שמתבצעת במרחב הפיסי. רשת האינטרנט מבנאמת את האינטראקציות החברתיות, מגדילה את מספר הסכסוכים שבהם מעורבים צדדים השוכנים במדינות שונות ויוצרת אתגרים חדשים בפני כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי הקיימים כיום. עם זאת, שינוי כמותי זה אינו גורם לשינוי איכותי. דיסציפלינת המשפט הבין-לאומי הפרטי מגוונת דיה והוכיחה במידה מסוימת את יכולתה לכוון מערכת שלטון והסדרה פלורליסטית תוך הגנה על אינטרסים רגולטיביים של מדינות ריבוניות. דיסציפלינה זו תרמה, ויכולה לתרום גם להבא, להגדרת תפקידה של המדינה הריבונית בהסדרה עסקאות טרנס-לאומיות כמו אלו המתבצעות ברשת האינטרנט.⁵⁸ כך, למשל, בשנים האחרונות יותר ויותר מדינות מנסות, בשלב זה ברמת ההצהרות וההצעות, לשכלל או להתאים את כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי הנוגעים לסמכויות השיפוט ולברירת הדין, כך שיעלו בקנה אחד עם הפעילות הצרכנית ברשת האינטרנט.⁵⁹ בארצות הברית החשיבות של יצירת כללי משפט בין-לאומי פרטי לרשת האינטרנט הוכרה עוד במפת הדרכים שהתווה הנשיא קלינטון כאשר למדיניות המשפטית להסדרת המסחר האלקטרוני: "The global community must address complex issues involving choice of law and jurisdiction —

56 ראו אריה רייך "גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבין-לאומי על המשפט המסחרי בישראל ביוכל הבא" מחקרי משפט יז 17 (2001).

57 על רשת האינטרנט כקטליזטור לגלובליזציה ראו Christopher T. Marsden, *Cyberlaw and International Political Economy: Towards Regulation of the Global Information Society*, L. Rev. M. S. U.-D. C. L. 355 (2001).

58 לדעה שונה ראו ניבה כהן-צוריאלי "סמכות השיפוט באינטרנט" שערי משפט א 227 (1997).

59 ראו Madleine De Cock Buning, Ewoud Hondius, Corien Prins & Mark De Vries, *Consumer@Protection.EU. An Analysis of European Consumer Legislation in the Information Society*, 24 J. CONSUM. POL. 287, 315 (2001).

how to decide where a virtual transaction takes place and what consumer protection laws apply”⁶⁰. חרף הצהרה זו נראה, כי לא נעשה שינוי של ממש בכל הקשור לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, למעט שינויים בכללי ברירת הדין וסמכות השיפוט שנעשו בחוק UCITA.⁶¹ באיחוד האירופי נכנס לתוקפו במאוס 2002 תיקון של אמנת בריסל, המנהיג כללים חדשים בכל הנוגע לסמכות שיפוט בעסקאות צרכניות ברשת האינטרנט.⁶² תיקון זה יוצר אחידות בכללי סמכות השיפוט בכך שהוא קובע, כי “Online sellers be subject to suit in all fifteen Eu states when they sell over the Internet”⁶³. כדי שמדינה ריבונית תקנה לעצמה סמכות שיפוט על אתר מסחרי צריך שהאתר יהיה מיועד לפעילות מסחרית באותה מדינה.⁶⁴ הניסיון להנהיג שינוי דומה בכל הנוגע לכללי ברירת הדין על ידי הכנסת תיקון אמנת רומא בדבר ברירת הדין בהתחייבויות חוזיות עדיין לא נחל הצלחה.⁶⁵

עם זאת, ולמרות חוסנה של דיסציפלינת המשפט הבין-לאומי הפרטי, נראה כי אין די בפתרונות שמציעה דיסציפלינה זו כדי לפתור את בעיית הסדרתה של הרשת. הרי גם אם נניח כי לצדדים לאינטראקציה ברשת האינטרנט היתה מודעות מלאה באשר לדין החל ובאשר לערכאה השיפוטית המוסמכת, עדיין עצם ההיזקקות שלהם לשיטות משפט זרות והצורך בניהול התדיינות משפטית במדינה זרה כרוכים בעלויות גבוהות. מצב זה מחייב שילוב פתרונות גם מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי. שילוב פתרונות הסדרה מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי בהסדרת רשת

60 ראו Christopher William Pappas, *Comparative U.S. & EU Approaches to E-Commerce Regulation: Jurisdiction, Electronic Contracts, Electronic Signatures and taxation*, 31 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 325 (2002); U. S. Government Working Group on Electronic Commerce, First Annual Report (11/98) available at www.law.wayne.edu/litman/classes/cyber/1998/E-com.pdf

61 Uniform Computer Transaction Act (להלן: UCITA). חוק זה חל על עסקאות במידע ממוחשב. אם המידע הממוחשב הוא החלק המרכזי, אזי חוק זה חל על כלל העסקה. אם מידע זה תופס חלק משני בעסקה, אזי חוק זה חל רק על החלק של העסקה הנסוב על המידע הממוחשב. כללי ברירת הדין מעוגנים בסעיף 109 ל-UCITA, שקובע מבחינה עקרונית כי בהיעדר הסכמה בין הצדדים יחול דין מקום המושב של מעניק הרשיון. אם הדין החל הוא דין זר, אזי תחולתו של דין זה מותנית בכך שהוא מעניק לצדדים הגנה באותה רמה שהחוק מעניק, שאם לא כן יחול חוק המדינה שלה הזיקה הקרובה ביותר לעסקה.

62 ראו *Brussels Convention on Jurisdiction and the enforcement of judgements in Civil and Commercial Matters of 27 September 1968* (OJ C 27/1, 26.1.1998)

63 ראו Nicole Goldstein, *Brussels I: A Race to the Top*, 2 CHI. J. INT'L L. 521, 521–523 (2001).

64 ראו: Council Regulation No. 44/2001, art. 15(1)(c), 2001 O.J. (L 12) 1,6

65 ראו *Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations of 19 June 1980* (OJ C 27/34, 26/01/1998). לבעיות שמעוררת אמנה זו בהקשר של המסחר האלקטרוני ראו De Cock Buning, לעיל ה"ש 59, בעמ' 314. לנסיגות כושלים לתיקון האמנה ראו שם, בעמ' 314–316.

האינטרנט הוא אך טבעי. הבנאום של האינטראקציות החברתיות, הגידול בחשיבותן של אינטראקציות אלו גם לכללתן של המדינות הריבוניות, הגידול בתלות הכלכלית בין המדינות הריבוניות השונות וההכרה באזולת ידן להסדיר אינטראקציות אלו באופן בלעדי – אלה יביאו לשינוי במפת האינטרסים של המדינות הריבוניות, לויתור מצדן על חלק מסממני ריבונותן ולכבילת עצמן במשטר בין-לאומי שמבטיח הצלחה בכל הקשור להסדרת רשת האינטרנט.⁶⁶ הסיטואציה המתוארת לעיל מתיישבת היטב עם הגישה הליברלית הכלל-עולמית המאפיינת את עידן הגלובליזציה. על פי גישה זו, הדרך הטובה ביותר להתמודד עם עסקאות חליפין בין-לאומיות היא בחתירה ליתר אחידות וליתר הרמוניה בין שיטות המשפט הלאומיות. אפשר להשיג אחידות זו בשתי דרכים: על פי הדרך האחת, יש לגבש הסכמה בין-לאומית באופן פורמלי באמצעות אמנות בין-לאומיות שתבטחנה תיאום מדיניות ותאפשרנה שיתוף פעולה על בסיס ודאות ויציבות, תוך הקמת מוסדות בין-לאומיים בעלי סמכויות. אכן, בשנים האחרונות אנו עדים לנסיונות להסדיר בחקיקה בין-לאומית מגזרי פעילות שונים ברשת האינטרנט, כגון פרטיות, חופש הביטוי, זכויות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים, מסחר אלקטרוני, הגנת הצרכן, דיני תחרות, פשיעה וטרור באינטרנט.⁶⁷ מבין הארגונים הבין-לאומיים הקיימים כיום יש לציין במיוחד את נציבות האו"ם למשפט הסחר הבין-לאומי (UNCITRAL)⁶⁸ ואת הארגון לשיתוף פעולה כלכלי בין המדינות המפותחות (OECD).⁶⁹

66 ראו רייך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 24.

67 לסקירה כללית על החקיקה הבין-לאומית להסדרת הרשת ראו MATHIASON, MUELLER, KLEIN & HOLITSCHER, לעיל ה"ש 3; *Will it Ever Truly Realize Its Global Potential?*, 20 PENN ST. INT'L L. REV. 275 (2001); SARAH ANDREWS, *THE CONSUMER LAW SOURCEBOOK 2000: ELECTRONIC COMMERCE AND THE GLOBAL ECONOMY* (2000). ודוק: יצירת משטר הסדרה בין-לאומי לגבי הרשת אינה נקיה מקשיים. קשה מאוד למדינות הלאומיות להתאחד סביב אמנה שתסדיר את מכלול ההיבטים של רשת האינטרנט, בשל ההבדלים האידיאולוגיים בין המדינות השונות. כמו כן יש צורך כי מדינות אלו תתאחדנה לצורך יצירת מוסד בין-לאומי שישמש מקור אוטוריטיבי להסדרת הרשת. על כך יש להוסיף את הקשיים הרגילים בהפעלת מנגנון בירוקרטי, לאומי או בין-לאומי, להסדרת רשת האינטרנט. להרחבה בעניין זה ראו GLOBAL PUBLIC GOODS: INTERNATIONAL COOPERATION IN THE 21TH CENTURY (Inge Kaul, Isabelle Grunberg, & Mark Stern ed., 1999); ELINOR OSTROM, ROY GARDNER & JAMES WALKER, *RULES, GAMES, & COMMON-POOL RESOURCES* (1994).

68 ארגון זה היה החלוץ בנקיטת יוזמה בהסדרת המסחר האלקטרוני ופרסם בין השאר בשנת 1996 את החוק לדוגמה על מסחר אלקטרוני Model Law on Electronic Commerce (להרחבה בעניין חוק זה ראו רייך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 43–51 והערות השוליים שם). לאחרונה פרסם ארגון זה באתר שלו טיוטה של אמנה בנושא של חוזים אלקטרוניים *Draft Convention on Electronic Contracting* (March 2004) available at www.uncitral.org.

69 קיצור של Organization for Economic Co-operation and Development. בארגון זה חברות 30 מדינות המחויבות לממשל דמוקרטי ולכלכלת שוק. ארגון זה התמקד גם בכל הקשור למסחר אלקטרוני ופרסם קווים מנחים בנושאים שונים: (1) פרטיות – *Privacy Online*; (2) הגנת הצרכן – *OECD Guidance on Policy and Practice* (11.1.2003).

על פי הדרך האחרת, אפשר ליצור אחידות על ידי האחדת הדינים הפרטיים של המדינות השונות. לדעתו של אריה רייך במאמר שהוקדש לעניין הגלובליזציה והמשפט, המסחר האלקטרוני המתבצע באמצעות רשת האינטרנט הוא תחום שלגביו קיימת סבירות גבוהה להצלחת יוזמות ההאחדה הבין-לאומיות.⁷⁰

במידה מסוימת כללי המשפט הבין-לאומי, הפרטי והפומבי, מקורם במידה זו או אחרת במערכת המשפט של המדינות הריבוניות השותפות למשטר זה. כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי הם כללי המשפט הפנימי של המדינות הריבוניות. גם האחדת הדינים משמעה שהדין החל הוא דין המדינה, אם כי הוא דומה לדינים של מדינות אחרות. המדינות הריבוניות שותפות מלאות ביצירת כללי המשפט הבין-לאומי הפומבי ומשטר הסדרה בין-לאומי, והן המקור הנורמטיבי של הסדרים אלו. במאמר זה נעסוק אפוא גם במשטר ההסדרה הבין-לאומי כמשטר ציבורי לכל עניין ודבר, כדי להבחין בינו ובין משטר הסדרה אחר, ההסדרה הפרטית, שעליו נרחיב את הדיבור להלן. מכאן, שבמאמר זה הסדרה ציבורית עניינה הן הסדרה שמקורה במדינה הריבונית הן הסדרה שמקורה בשיתוף פעולה בין-לאומי בין המדינות הריבוניות.

2. הסדרה פרטית

(א) הסדרה פרטית, מהי?

בצד משטר ההסדרה הציבורית, הלאומית והבין-לאומית, שמקורו הנורמטיבי במוסדות הציבוריים של המדינות הלאומיות או במוסדות הבין-לאומיים, הולך ומתפתח לו משטר הסדרה נוסף ברשת האינטרנט, שמקורו הנורמטיבי בשחקני השווקים עצמם – הסדרה פרטית. במהלך ההיסטוריה הקצרה של הרשת שיטת הסדרה זו הולכת ותופסת לה מקום נכבד בהסדרתה.

כדי לדון בכלכלה הפוליטית (Political economy) של משטר הסדרה זה מן הראוי

Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce (9.12.1999); *OECD Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Practices Across Borders* (11.6.2003). לקווים המנחים הללו השפעה מכרעת בנוף של החקיקה הצרכנית. מדינות רבות מאמצות קווים אלו ומנסות להתאים את דיני הצרכנות שלהן כך שיתאימו לעקרונות שהותוו בקווים אלו. העיקרון הבסיסי בקווים אלו הוא, שהצרכנים בשווקים האלקטרוניים זכאים לאותה הגנה שהיתה להם בשווקים הקלסיים. לאחרונה פרסם ארגון זה דו"ח המתאר אימוץ הקווים משנת 1999 על ידי המדינות החברות (ראו *Consumers in the Online Markets: the OECD Guidelines Three Years Later* (2003)). כל המסמכים לעיל מצויים באתרו של הארגון www.oecd.org.

⁷⁰ ראו רייך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 42–43. אכן, בניירות עמדה שפורסמו מטעם מדינות לאומיות או גופים בין-לאומיים מודגש יותר ויותר הצורך בהאחדת הדינים בכל הנוגע להסדרת הפעילות המתרחשת ברשת האינטרנט, ובכלל זה עסקאות צרכניות.

לפרש את המונח "הסדרה פרטית"⁷¹. מונח זה עמום ואף זכה לכינויים רבים, כאשר הכינוי הידוע ביותר הוא "הסדרה עצמית" (Self-Regulation)⁷². בספרות המשפטית אין הגדרה חד־משמעית למושג זה.⁷³ לצורך הדיון נגדיר הסדרה פרטית ככל משטר הסדרה שאינו ציבורי.⁷⁴ לפי תפיסה זו, הסדרה פרטית מבטאת ניסיון של חברי קהילה מסוימת להסדיר את אורחות החיים שלהם. משטר זה אינו חדש⁷⁵ ברשת האינטרנט, שכן הסדרה פרטית נוגעת למצב שבו הצדדים המעורבים באינטראקציה (שחקני השוק), ולא שלטון מרכזי, הם המסדירים אותה. במשטר זה שחקני השוק יכולים לעשות לפחות אחד משלבי ההסדרה המסורתיים, כגון קביעת התשתית הנורמטיבית שתחול על

- 71 לסקירה היסטורית בנוגע להתפתחות מוסדות ההסדרה הפרטית ראו Mark Granovetter, *Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness*, 19 AMERICAN J. SOCIOLOGY 91, 481–510 (1985); Robert D. Cooter, *Structural Adjudication and The New Law Merchant: A Model of Decentralized Law*, 14 INT'L REV. L. AND ECON. 215, 215–231 (1994); Lisa Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, 141 U. PA. L. REV. 1765 (1996).
- 72 כינוי נוסף הוא הסדרה אזרחית. במאמר זה העדפנו את השימוש במונח הסדרה פרטית וזאת כדי להדגיש את המקור להסדרה, שחקני השוק עצמם, וזאת להבדיל מהסדרה ציבורית שהמקור שלה הם המוסדות הציבוריים של המדינה.
- 73 להגדרות השונות, ראו: Neil Gunningham & Joseph Rees, *Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective*, 19 LAW & POLY 363 (1997).
- 74 הסדרה פרטית מוגדרת גם כקביעת נורמות שלא על ידי המדינה, אלא על ידי הגורמים המעורבים בפעילות המוסדרת בדרך כלשהי.
- 75 להלן מספר דוגמאות לקהילות שחבריהן מסדירים את היחסים בינם ובין עצמם: (1) קהילת הסוחרים בימי הביניים. קהילה זו הסדירה מערכות היחסים, והליכות המסחר, לרבות הליכות המסחר הבין־לאומי, באמצעות כללים שמקורם במנהג הסוחרים עצמם ולא בבית מחוקקים לאומי כזה או אחר. למעשה, המשפט המסחרי שהתפתח בימי הביניים, ושלט במשך מאות שנים, והידוע בכינויו *Lex Mercatoria*, מקורו בסוחרים עצמם. מכוחו של משפט זה פותחו מוסדות משפטיים חשובים, כגון: שטר החליפין, שטר המטען, דיני הביטוח, דיני ההובלה הימית ועוד. להרחבה, ראו רייך, לעיל ה"ש 56, בעמ' 20. (2) דיירי בית משותף. מכוח ס' 61–62 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969, ס"ח 575, מערכות היחסים בין דיירי הבית המשותף, לרבות קביעת מערכת זכויותיהם וחובותיהם, מוסדרים באמצעות תקנון שנוצר על ידם (סעיפים 61, 62 לחוק). (3) הסטודנטים במוסדות ההשכלה הגבוהה. מערכת היחסים בין הסטודנטים ובינם לבין הממונים על מוסדות ההשכלה הגבוהה מתנהלת לרוב על פי התקנון הפנימי של המוסד שקובע נורמות התנהגות בהיבטים שונים לרבות דרך ליישוב סכסוכים וענישת סטודנטים שמפרים את הוראות התקנון. (4) קהילת עורכי הדין. מכוחו של חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961, ס"ח 178 (להלן: חוק לשכת עורכי הדין) נקבעו כללים שקובעים נורמות התנהגות של עורכי דין ואף הוקם בית דין משמעתי לעורכי הדין שמפרים כללים אלו. מדוגמאות אלו ניתן ללמוד כי רמת המיסוד של ההסדרה הפרטית ויחסי הגומלין בינה לבין ההסדרה הציבורית משתנה מקהילה לקהילה, כאשר רוב הדוגמאות לעיל אינן משקפות הסדרה פרטית טהורה אלא הסדרה השואפת את חיותה מההסדרה הציבורית. דוגמה מובהקת להסדרה פרטית טהורה היא קהילת העולם התחתון שפועלת ברמת מיסוד נמוכה למדי אם בכלל.

האינטראקציה (חקיקה), יישוב סכסוכים בין שחקני השוק (שפיטה) ואכיפת החלטות השיפוטיות שתינתנה (הוצאה לפועל).

הסדרה פרטית איננה עשויה מקשה אחת. יש להבחין בין יוזמות שונות של הסדרה פרטית בשני מישורים – המישור המוסדי (מקור ההסדרה) והמישור המהותי (תוכן ההסדרה). במישור הראשון יש להבחין בין שני סוגים: הראשון, הסדרה פרטית שמקורה בצדדים לאינטראקציות המוסדרות; והשני: הסדרה שמקורה בצדדים שלישיים (חיצוניים).⁷⁶ הדוגמה הנפוצה להסדרה מהסוג הראשון היא החוזה. כמעט כל אתר ברשת מציב תנאי שימוש באתר שלו. תנאי שימוש אלו הם בגדר חוזה המסדיר באופן פרטי את מערכת היחסים בין האתר ובין המשתמשים. כללי הנימוס בקבוצות הדיון באתרים השונים יכולים להשתייך לקטגוריה זו. גם את האמנות למסחר הוגן⁷⁷ (קוד התנהגות) למיניהן אפשר לשייך לסוג זה של הסדרה.

הסוג השני של ההסדרה הפרטית עניינו כל אותם מוסדות פרטיים, הפועלים כחידות כלכליות (שחקני שוק) בשווקים האלקטרוניים ומספקים שירותי הסדרה פרטיים לאינטראקציות המקוונות, הכוללים לפחות אחד ממנגנוני ההסדרה שאנו מכירים: שירותי חקיקה – על ידי קביעת הנורמות שיחולו על האינטראקציה; שירותי שפיטה – על ידי הפעלת מנגנון שלם ליישוב סכסוכים בין הצדדים לאינטראקציה; ושירותי אכיפה – על ידי הפעלת מכניזם לאכיפת הנורמות והחלטות הניתנות על ידי מנגנון זה. מוסדות אלו מוקמים לרוב על ידי יחידים או חברות חיצוניים שאינם חלק מהאינטראקציה המוסדרת. מקובל לכתום "מתווכים", והם פועלים בעיקר ממניעים כלכליים. הם נחשבים כחלק מהשחקנים בשווקים האלקטרוניים ויכולים להשפיע על חוקיותה של המערכת הכלכלית בשווקים אלו. מבין המתווכים הללו אפשר למנות, למשל, את כל האתרים שמנפיקים תווי תקן "חותמים" למיניהם. החותם יהיה סימן פשוט (לוגו) שמוטבע באתרים. הטבעת חותם באתר מסוים מעידה, כי אתר זה כפוף למשטר ספציפי של הסדרה פרטית. כך, למשל, בהקשר של מסחר אלקטרוני ישנם מתווכים כמו BBOnline, המנפיקים חותמים לאתרים העומדים

76 וזאת בשונה מההסדרה הציבורית, שהמקור הנורמטיבי שלה הוא מוסדות ציבוריים השייכים למדינה הריבונית.

77 המסורת של אמנות למסחר הוגן התפתחה בעיקר באנגליה, בשל המסורת של שיתוף הפעולה בין ארגוני המסחר ובין ארגוני הצרכנים. עיקר הסעיפים של האמנות הללו עניינם היקף חובות הגילוי, הוגנותם של תנאי החוזה, בורות מהירה וזולה. בישראל ישנן כמה אמנות, שהמפורסמת שבהן היא האמנה בין חברת החשמל ובין צרכניה באמצעות ארגוני צרכנים. אמנה זו מסדירה מגוון של שירותים לצרכנים, כגון מועד היענות הקריאה ללקוח, אופן הטיפול בתקלות ועוד. באמנות אלו ישנם לרוב סעיפים העדיפים מבחינתם של הצרכנים, כגון בורות מהירה וזולה, הוגנות של תנאי החוזה, החובה למסור מידע אמין וזמין. לדיון נרחב על האמנות למסחר הוגן ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן, יסודות ועקרונות 157–163 (2001). לרשימה מקיפה של ספרות זרה ראו שם, בה"ש 459–466.

בכללי מסחר הוגן.⁷⁸ אתר אשר לא ימלא אחרי התנאים שנקבעו על ידי המתווך לא יורשה עוד להציג את החותם באתר, ועליו להסירו.

גם תוכן ההסדרה (המישור השני) יכול להשתנות מיוזמה אחת לזולתה לפי סוג הפעילות המוסדרת. כך, למשל, הכללים להסדרת תופעת דואר הזבל שונים מאלו המסדירים סוגיות אחרות, כגון הימורים, פורנוגרפיה, מסחר אלקטרוני, פרטיות, זכויות יוצרים ועוד.

ב) הסדרה פרטית כמכניזם להשאת הרווחה המצרפית כמו ההסדרה הציבורית, המטרה המוצהרת של ההסדרה הפרטית היא לקדם את היעילות הכלכלית על ידי תיקון הכשלים שמתרחשים בשווקים האלקטרוניים, כדי להבטיח שווקים מושלמים עם תחרות משוכללת.⁷⁹

נדגים טענה זו בנוגע לאחת הסוגיות החשובות המתעוררות ברשת האינטרנט – זכותם של המשתמשים לפרטיות המידע האישי הנוגע אליהם.

ברשת האינטרנט ישנה תופעה רחבת-היקף, שלפיה אתרים רבים אוספים מידע אישי רב על אודות הצרכנים.⁸⁰ חלקו של מידע זה נמסר לאתרים בהסכמת המשתמשים, וחלקו נאסף בלא ידיעתם. חלק מהאתרים עושים שימוש במידע זה לצרכים שיווקיים, אך ישנם אתרים המוכרים מידע זה לגורמים אחרים גם בתמורה למידע אישי על משתמשים אחרים, המצוי בידי אותו גורם. לרוב בכל אתר מתפרסמת "מדיניות פרטיות" "Privacy Policy". מדיניות של פרטיות כשמה כן היא – מכילה הסברים והבטחות לגבי מדיניות הפרטיות של האתר, קרי: המדיניות שלו לגבי המידע האישי של הצרכנים, כגון השיטה שבה האתר אוסף את המידע האישי; השימושים שהוא עושה במידע ועוד.⁸¹ נוצר מצב שבו המידע האישי המופק אודות המשתמשים ברשת נחשב למצרך כלכלי שאפשר לסחור ברווח המופק ממנו. להלן נכנה את המכניזם שבו מתבצעת הפעילות במידע האישי אודות המשתמשים "שוק המידע האישי". שחקני שוק זה הם משתמשי רשת האינטרנט והאתרים השונים שאוספים מידע זה. על פי תורת השוק המשוכלל, בתנאים של שוק משוכלל – קרי: מספר רב של שחקנים בשוק, מוכרים וקונים כאחד; מידע מלא בידי שחקני השוק, ובפרט בידי אלה המשתמשים, באשר לזהותם של האתרים המעורבים בפעילות במידע האישי אודותיהם; היעדר השפעות חיצוניות

78 המתווך פועל באתר www.BBBOnline.com.

79 בין השאר, הסדרה פרטית נועדה להשיג יעדים ציבוריים, כגון שיפור היעילות הכלכלית, קידום השוק והגנה על זכויות. מנקודת המבט הכלכלית, שמבחינתה ערך קידום היעילות הוא הערך היחיד, אין כל רלבנטיות למטרות האחרות.

80 במאמר זה מידע אישי, עניינו כל מידע הקשור לחייו האישיים של האדם, לרבות שמו, כתובתו, מספר הטלפון שלו, מקום עבודתו, זהות החברים שלו, הרגלי הגלישה שלו ועוד.

81 לפעמים מדיניות של פרטיות מתפרסמת בעמוד נפרד (למשל: אתר www.nana.co.il), ולפעמים היא חלק מתנאי השימוש באתר (למשל: אתר www.tapuz.co.il).

וכיוצא באלה כשלי שוק, ובהנחה כי שחקני השוק הם רציונלים הממקסמים את תועלתם האישית — אזי עסקאות החליפין במידע האישי הן דבר רצוי, משום שהן מבטיחות העברתו לידי מי שמעריך אותו יותר. במצב זה יש לצפות, כי התחרות המשוכללת בין האתרים בשוק המידע האישי והחשש מפני "תגובה נזעמת של המשתמשים" תגרום להם להציע "מדיניות פרטיות" עם התנאים היעילים ביותר הנותנים ביטוי להעדפותיהם ולרצונותיהם של הצרכנים. פשיטא, שצרכן אשר איננו מרוצה ממדיניות הפרטיות של האתר, פתוחה בפניו הדרך לעזוב את האתר ולגלוש באתר מתחרה. חוקי ההיצע והביקוש מקנים לצרכנים את היכולת להשפיע בעקיפין על ההתניות הכלולות ב"מדיניות הפרטיות" של האתרים השונים גם אם לא היו שותפים מלאים לניסוחה. זאת ועוד: החשש של האתרים מפני מוניטין רע בכל הקשור לשימוש שהם עושים במידע האישי והלחץ התחרותי המופעל עליהם יוצרים אצלם "משמעת עצמית" בכך שהם ינהגו לפי מדיניות הפרטיות שהצרכנים הסכימו לה. בסופו של דבר, בהנחה שמדיניות הפרטיות אשר נקבעה על ידי האתרים השונים משקפת את ההעדפות והרצונות של הצרכנים והאתרים כאחד ובהנחה שהאתרים מתנהגים בהתאם למדיניות הפרטיות שנקבעת על ידיהם, התוצאה הסופית היא שאופן השימוש במידע האישי של הצרכנים והיקפו נעשה ברמה כזאת המבטאת את ההעדפות והרצונות של הצרכנים עצמם.

עם זאת, המחקר הכלכלי של שוק המידע האישי מצביע על כך, שמדיניות הפרטיות המוצעת באתרים השונים איננה משקפת הקצאת סיכונים יעילה שהצדדים היו מגיעים אליה בשוק משוכלל, ומכאן שהיקפו וטיבו של השימוש במידע האישי איננו אופטימלי. הטעם לכך הוא, שהתנאי להגיע להקצאה יעילה — היעדר כשלי שוק — אינו מתקיים בשוק המידע האישי למצער בכל מה שנוגע למדיניות הפרטיות. מדיניות הפרטיות, כמו שאר החוזים בשווקים האלקטרוניים, מוסדרת בחוזים אחידים שתנאיהם נוסחו על ידי האתרים עצמם. הסכמתם של הצרכנים לתנאים אלו היא במידה רבה פיקטיבית.

ראשית, חלק גדול מהצרכנים אינם קוראים כלל את מדיניות הפרטיות. זו זמינה לעיונם של הצרכנים לאחר לחיצה על קישור המוצב בדרך כלל בתחתית דף הבית של האתר. הצרכנים אינם נדרשים לעיין בתנאי המדיניות ולבטח אינם נדרשים להסכים להם כתנאי לשימוש באתר. האתר כולל במדיניות זו תנאי, שלפיו עצם השימוש באתר הוא קיבול למדיניות המוצעת. מחקרים מצביעים על כך, שפחות מ-25% מהגולשים טורחים לעיין במדיניות הפרטיות של האתר.⁸² שנית, גם אם נניח כי הצרכן הטריח את עצמו ולחץ על הקישור, אין כלל ביטחון כי הוא קורא את מדיניות הפרטיות. תנאי המדיניות מנוסחים בדרך כלל בשפה משפטית, טכנית ומקצועית, שקשה מאוד

82 ראו Rivka Ribak & Joseph Turow, *Internet Power and Social Context: A Globalization Approach to Web Privacy Concerns*, 47 J. BROAD. & ELEC. MEDIA 328 (2003)

לצרכן הממוצע להבינה.⁸³ כך, למשל, כיצד אפשר לצפות מצרכן ממוצע שיבין מושגים כגון "עוגיות", "כתובת וירטואלית" וכיוצא באלה?⁸⁴ אין תימה אפוא, שצרכנים רבים פשוט מוותרים על קריאת תנאי המדיניות, שכן הדבר כרוך בהשקעת זמן ומשאבים.⁸⁵ דנו בכך המלומדים, Sherwin & Avila באומרים: "When faced with the legal mumbo-jumbo of long-winded privacy policies, of course consumers will just agree to everything rather than torture themselves"⁸⁶ שלישיית, גם אם נניח כי הצרכן הבין את תנאי המדיניות, עדיין אין ביכולתו להעריך את הסיכון שהוא נוטל על עצמו בעצם הסכמתו למדיניות זו. כך, למשל, אין בידי הצרכן היכולת להעריך את הסיכון שמא האתר יפר את תנאי המדיניות שהוא קבע בעצמו.⁸⁷ בין השאר קיים החשש שמא האתר ישתמש במידע שלא למטרה שלשמה נמסר המידע. זאת ועוד: בחלק גדול מהמקרים האחרים מעבירים את המידע האישי לצדדים שלישיים, כגון גורמים מסחריים וסוכנויות פרסום למיניהם. מצב זה יוצר סיכון הכרוך בשימושים שיעשו על ידי אותם צדדים שלישיים. התוצאה היא, שעסקה במידע האישי כרוכה בסיכונים רבים שמטילה עלות סיכון השווה להסתברות שהסיכון יתרחש במכפלת הנזק אם הסיכון יתממש. עלות זו היא חלק מהתמורה שהצרכן משלם כאשר הוא נדרש להסכים על מדיניות הפרטיות. יוצא אפוא, שלצרכן אין כל יכולת לדעת את "המחיר האמיתי" שהוא עלול לשלם בעקבות מדיניות כזאת או אחרת.⁸⁸ רביעית, גם אם נניח כי בידי

83 Robert A. Hillman & Jeffrey J. Rachlinski, *Standard Form Contracting in the Electronic Age*, 77 N.Y.U.L. REV. 429, 478–481 (2002)

84 באחד המחקרים שניסה לבחון את מידת הקושי של "מדיניות הפרטיות" באתרים השונים ואת מידת ההבנה של הצרכנים את המדיניות נמצא, כי השפה שבה מדיניות הפרטיות מנוסחת מתאימה יותר לסטודנטים בשנה הרביעית להשכלתם הגבוהה. על פי מחקר זה, הקושי בהבנת מדיניות הפרטיות הולך ומתעצם לגבי צרכנים פחות משכילים. ראו Mark Hochhauser, *Lost in the Fine Print: Readability of Financial Privacy Notices*, available at www.privacyrights.org/ar/GLBReading.htm. למחקרים נוספים בעניין הקשיים שמעוררת מדיניות הפרטיות ראו www.caslon.com.au/privacyguide15.htm.

85 במחקר שניסה לבחון את התנהגות הצרכנים בכל הקשור למידע האישי שלהם — אצל צרכנים ישראלים ואמריקנים — נמצא, כי 46% מהישראלים בודקים אם לאתר ישנה מדיניות של פרטיות (לעומת 72% אמריקנים), כאשר רק 25% מהישראלים קוראים את מדיניות הפרטיות (לעומת 60% אמריקנים). מחקר זה מאשש את הניתוח לעיל, אך מעלה סימני שאלה בקשר להיותו של מושג הפרטיות תלוי תרבות. ראו Ribak & Turow, לעיל ה"ש 82.

86 ראו Greg Sherwin & Emily Avila, *Privacy or Piracy?, The ClickZ Network* (1999), available at www.clickz.com/showPage.html?page=818771.

87 מובן שאי-היכולת לפקח על יישום המדיניות מתמרץ את האתרים שלא למלא אחריה.

88 במחקר שנעשה לאחרונה נמצא, כי 47% ממשתמשי רשת האינטרנט טוענים כי הם מבינים את מדיניות הפרטיות. עם זאת, 64% מאלה שבטוחים בהבנתם את תנאי המדיניות מאמינים כי אתר המפרסם מדיניות פרטיות אינו משתף מידע עם צד שלישי. ראו Joseph Turow, *Americans & Online privacy: The system is Broken* (2003), available at www.asc.upenn.edu/usr/jturow/internet-privacy-report/36-page-turow-version-9.pdf.

הצרכנים מצוי כל המידע הדרוש לשם קבלת החלטה מודעת ומושכלת, עדיין מחקרים אמפיריים מהדיסציפלינות השונות מצביעים על כך שהחלטותיהם של הצרכנים בשוק המידע האישי אינן לגמרי רציונליות ואף אינן מתיישבות עם ההצטרות הקודמות שלהם.⁸⁹ כך, למשל, הצרכנים בשוק המידע האישי סובלים מאופטימיות-יתר. הצרכנים נוטים להפחית (ההסתברות) מתפיסת הסיכון שאכן האתר יפגע בפרטיות שלהם, קרי: שיפר את תנאי העסקה. הצרכנים קולטים מידע באופן סלקטיבי: בין כל התנאים הרבים של "מדיניות הפרטיות" שהאתר מציב הם תרים אחר מידע המתיישב עם אמונותיהם והערכותיהם (שכאמור, הן אופטימיות) ונוטים להתעלם ממידע שאינו תואם אמונות והערכות אלו. הצרכנים נוטים להקדיש פחות תשומת לב לכל אותן תניות הפטור במדיניות הפרטיות של האתר בשל הנטייה שלהם להתעלם ממידע מילולי ומשעמם.⁹⁰ חמישית, גם אם נניח, כי לאחר שהשקיע זמן ומשאבים הצליח הצרכן להבין את תנאי המדיניות ואת גודל הפגיעה בפרטיות שלו, עדיין האתר יכול לשנות מדיניות זו בן לילה.⁹¹ למעשה מעיון בחלק גדול מתנאי מדיניות הפרטיות המתפרסמים באתרים נראה, כי רוב האתרים שומרים לעצמם את הזכות לשנות את המדיניות שלהם בכל עת ומבקשים מהצרכנים להתעדכן בעצמם בשינויים אלו.⁹² במצב זה, לצרכנים אין היכולת לדעת בעת ההתקשרות בחוזה את הסיכונים האמיתיים שהם נוטלים על עצמם. שישית, מעיון בתנאים הכלולים במדיניות הפרטיות של האתרים השונים נראה, כי רוב האתרים משתמשים בשיטת "הדבק וגזור", הווה אומר: שהתנאים הכלולים במדיניות הפרטיות של האתרים השונים דומים עד מאוד, אם לא זהים. מכיוון שכך, במצב זה

89 להרחבה בנושא ההטיות הקוגניטיביות של הצרכנים בשוק המידע האישי ראו Alessandro Acquisti & Jens Grossklags, *Privacy and Rationality in individual decision making Preliminary Evidence from Pilot Data*, 3RD ANNUAL WORKSHOP ON ECONOMICS OF INFORMATION SECURITY (2004); Alessandro Acquisti, *Privacy in Electronic Commerce and the Economics of Immediate Gratification*, PROCEEDINGS OF THE 5th ANNUAL ACM CONFERENCE ON ELECTRONIC COMMERCE (2004); Mark S. Ackerman, Lorrie Cranor & Joseph Reagle, *Privacy in E-Commerce: Examining User Scenarios and Privacy Preference*, in PROCEEDINGS OF THE 1ST ACM CONFERENCE ON ELECTRONIC COMMERCE 1-8 (1999); Alessandro Acquisti & Jens Grossklags, *Losses, Gains, and Hyperbolic Discounting: An Experimental Approach to Information Security Attitudes and Behaviors*, 2ND ANNUAL WORKSHOP OF AN ECONOMICS AND INFORMATION SECURITY (2003).

90 Hillman & Rachlinski, לעיל ה"ש 83, בעמ' 435.

91 צורך זה של האתרים לשנות מדי פעם בפעם את מדיניות הפרטיות נובע מכך, שהדינמיות של השווקים האלקטרוניים אינה מאפשרת להם לצפות מראש את כל השימושים שהם יצטרכו לעשות במידע האישי.

92 כך, למשל, בתנאי השימוש של אתר www.nana10.co.il נאמר: "נטוויז'ן רשאית לשנות מעת לעת את הוראות מדיניות הפרטיות. אם יבוצעו במדיניות זו שינויים מהותיים, בהוראות שעניינן השימוש במידע האישי שמסרת, תפורסם על כך הודעה בנענע או בעמודי הבית של האתר".

השוק של "מדיניות הפרטיות" איננו שוק משוכלל. גם אם לצרכן יש מידע מושלם, הרי אין בפניו בחירה חופשית בין חלופות שונות. יוצא מכך, שהצרכנים בשוק המידע האישי סובלים מכשלי שוק שונים שמטעמי נוחיות נכנה אותם "כשל פרטיות". בפרט סובלים הצרכנים מליקויי מידע בבואם להתקשר בחוזה "מדיניות הפרטיות". הצרכנים נמצאים בעמדת נחיתות אינפורמטיבית ככל הקשור לתמורה שהם משלמים בהתקשרותם בעסקה שעניינה שימוש במידע האישי. בשל "ליקויי המידע" הללו נשללת מהצרכנים היכולת להתקשר בעסקאות רצוניות שעניינן השימוש במידע האישי; וגם אם יש יכולת כזאת, היא כרוכה בעלויות ניכרות במונחים של זמן ומשאבים ועלויות הכרוכות בפיקוח על יישום המדיניות. גם אם בסופו של דבר נכרת חוזה, הרי חופש החושים בתנאים אלו הוא מדומה. הסכמתם של הצרכנים למדיניות הפרטיות של האתרים אינה מבטאת בהכרח את העדפותיהם. במצב זה ניתנת לאתרים ההזדמנות לנצל את המצב לטובתם ולרעת הצרכנים. ניצול זה עלול להביא למצב, שבו מדיניות הפרטיות המופצת בשוק המידע האישי תתן ביטוי נורמטיבי אך ורק להעדפות האתרים, ואין בכך בהכרח ביטוי להקצאה יעילה. התוצאה היא, שפיקוח שווקי טהור אינו מצליח להשיא את הרווחה המופקת מהפעילות במידע האישי ברשת האינטרנט.

מצב זה שימש קרקע פורייה לצמיחתו של משטר הסדרה פרטית להסדרת שוק המידע האישי. אכן, בשוק המידע האישי אנו עדים להופעתם של גורמים, שנכנה אותם "מתווכי פרטיות", אשר מטרתם להסדיר באופן פרטי את הפעילות במידע האישי על אודות המשתמשים ולהביא אותה לרמת שימוש אופטימלית. מבין המתווכים השונים שנועדו להסדיר את השימוש במידע האישי, הידועים ביותר הם TRUSTe⁹³ ו-BBBOnline⁹⁴. המטרה העיקרית של מתווכים אלו היא להקנות לצרכנים מידע מושלם על אודות הנעשה במידע האישי שלהם ובכך להעניק להם שליטה מלאה על מידע זה. כך באו לידי ביטוי דברים אלו באתר של אחד המתווכים: TRUSTe "program was designed to ensure that your privacy is protected through open disclosure and to empower you to make informed choices"⁹⁵.

כדי לספק למשתמשים את המידע הדרוש להם המתווכים מנפיקים "חותם פרטיות" מעין תעודת הכשר (Privacy Seal), המוטבע רק באותם אתרים המבקשים זאת ואשר ממלאים קריטריונים מסוימים. הטבעת החותם באתר מספקת מידע למשתמשים, כי אתר זה ממלא אחר הקריטריונים שנקבעו על ידי המתווך. בין השאר אתר המבקש להטביע את החותם, עליו לקיים כמה קריטריונים, כגון חיובו של האתר לפרסם

93 ראו www.truste.org.

94 ראו www.bbbonline.com.

95 ראו www.truste.org/consu_mers/users_how.html (2004) available at How TRUSTe PROTECTS YOUR PRIVACY (2004) available at

מדיניות פרטיות; עמידתה של מדיניות זו בעקרונות ובסטנדרטים מסוימים (Fair Information Practices), שנקבעו על ידי רשות המסחר האמריקנית;⁹⁶ השתתפותו של האתר במנגנון ליישוב סכסוכים הנוגעים לפרטיות.⁹⁷

אתר המבקש להצטרף לתוכנית החותם ולהטביע אותו, עליו להגיש בקשה מפורטת למתווך, הבוחן אותה ובודק את עמידתו של האתר בתנאים שנקבעו. יתירה מזו: המתווכים אף מפעילים מנגנון בקרה שוטף כדי לוודא את עמידתו של האתר בתנאים אלו לאורך זמן. בין השאר המתווך מבצע ביקורות פתע, זורע סוכנים סמויים המתחזים לצרכנים כדי לבחון את המדיניות של האתר הלכה למעשה ומפעיל מנגנון לטיפול בתלונות הצרכנים במקרה של הפרת תנאי החותם.

המתווכים אף מפעילים מנגנון של אכיפה כנגד האתרים שנמצאו מפירים את תנאי החותם. הליך החקירה והאכיפה נגד אתר יכול לבוא בעקבות יוזמה עצמית של המתווך במהלך הבדיקות השוטפות שהוא מבצע או לאחר תלונה שהתקבלה מצרכנים שנפגעו מהתנהגותו של האתר. אם נפתחת חקירה נגד האתר, על האתר לשתף פעולה עם הגורמים החוקרים מטעם המתווך. לאחר החקירה יש להפעיל סנקציות כנגד האתר, הנעות בין אזהרה ובין שלילה מוחלטת של החותם, ואפילו דיווח לרשויות המוסמכות.

למעשה משטר ההסדרה הפרטית שמפעילים מתווכים אלו הוא משטר הסדרה שלם, הכולל את כל שלבי ההסדרה שאנו מכירים: חקיקה על ידי קביעת הסטנדרטים שעל האתר לעמוד בהם במובן זה, שמדיניות הפרטיות איננה יכולה לחרוג, לרעתו של הצרכן, מסטנדרטים אלו; שפיטה בין בשלב קבלת האתר לתכנית ובין בשלב מתן החלטה אם הפר האתר את תנאי התוכנית של החותם; אכיפה, המתבטאת בהפעלת סנקציות כנגד האתרים המפירים.

משטר הסדרה זה טומן בחובו פוטנציאל ממשי לתיקון הכשלים בשוק המידע האישי, שכן הוא אמור להפחית את עלויות העסקה במידע האישי על כל שלביה. דן בכך אחד החוקרים הבכירים בתחום, המלומד סוירי, באומרו:

96 על פי עקרונות אלו, אין כל מניעה שהאתר ישתמש במידע האישי, בכפיפות לארבעה תנאים: (1) הודעה (Notice) – על האתר לגלות לצרכנים את הפרקטיקות שלו בכל הנוגע למידע האישי. הגילוי צריך להתבצע קודם השימוש במידע האישי וצריך לכלול בין השאר את סוג המידע שנאסף, הדרך שבה המידע נאסף, השימושים שנעשים במידע זה ועוד. (2) בחירה (Choice): על האתר לאפשר לצרכנים לבחור בין המשך השימוש במידע האישי ובין הפסקתו. (3) גישה (Access): על האתר לאפשר לצרכנים גישה נוחה למאגרי המידע שבו מצוי המידע האישי וכן לאפשר לצרכנים לערער על הדיוק ועל שלמות המידע שנאסף עליהם. (4) אבטחה (Security): על האתרים שאוספים את המידע לנקוט אמצעים סבירים כדי להבטיח כי המידע שנאסף מן הצרכנים מוגן מפני שימוש בלתי-מורשה.

97 דרישות אלו הן של TRUSTe, שהתוכנית שלו מייצגת את רוב התוכניות שמציעים מתווכי הפרטיות. ראו www.truste.org/programs/pub_privacy_seal_program_available_at_.how.html.

"Perhaps the most important innovation, however, was the creation of the so called web seal program such as TRUSTe and BBBOnline".⁹⁸

הסדרה זו אמורה להפחית את עלויות העסקה על ידי כך, שהחוקים מספק מידע לצרכנים אודות האתר, ולצמצם את עלויות ניסוחם של תנאי העסקה (מדיניות הפרטיות), שכן התנאים כבר נקבעו מבעוד מועד. קביעת סטנדרטים מינימליים המחייבת את האתרים היא מעין חקיקה חצי קוגנטית שאפשר להתנות עליה רק לטובתו של הצרכן, בהנחה שהסטנדרטים אשר נקבעו הם הקצאת סיכונים יעילה בהיותם מבטאים את הרצונות וההעדפות של כלל שחקני השוק. וחשוב מכול: ההסדרה מפחיתה את עלויות הפיקוח והאכיפה הכרוכים בפיקוח על עמידתם של האתרים במדיניות הפרטיות שהם קבעו לעצמם.

ג) יתרונויה של הסדרה פרטית

כאמור, הסדרה פרטית איננה עשויה מקשה אחת ויכולה להשתנות הן מבחינת מקור ההסדרה הן מבחינת תוכנה, לפי מגזר הפעילות שמבקשים להסדיר. עם זאת, יש להצביע על כמה יתרונות המשותפים לרוב הצורות השונות של הסדרה הפרטית על פני הסדרה ציבורית:⁹⁹ ראשית, משטר זה טומן בחובו פוטנציאל לתיקון הכשלים בשוק. כך, למשל, מתווכי הפרטיות שמספקים מידע למשתמשים בכל מה שנוגע לנעשה במידע האישי על אודותיהם ואף מסייעים לו בקבלת החלטות רציונאליות, יוצרים פוטנציאל לתיקון כשל הפרטיות בשוק המידע האישי. מובן, שמידת האפקטיביות של ההסדרה הפרטית בתיקון כשל השוק הרלבנטי משתנה מתחום לתחום. שנית, אתרים רבים, שהם האובייקט העיקרי להסדרה, מעוניינים במשטר של הסדרה פרטית. מבחינתם הדבר כדאי: קיומו של משטר הסדרה פרטית מיתר את הצורך בהסדרה ציבורית והשתתפות במשטר של הסדרה פרטית יוצרת מוניטין חיובי לאתר. למרות רצונם של השחקנים בשווקים הקלסיים לכונן לעצמם משטר של הסדרה פרטית, לא היתה להם תמיד יכולת לעשות זאת עקב העלויות הגבוהות הכרוכות בכך. לעומת זאת, הקמת מוסדות להסדרה פרטית בשווקים האלקטרוניים אינה כרוכה בהוצאות גדולות, שכן עלויות רבות, כגון אלו הכרוכות בהעברת מידע על ההעדפות והרצונות של שחקני השוק, וההתאגדות ביניהם, מופחתות.¹⁰⁰ הפחתה זו מאפשרת ביתר קלות לשחקני השוק להתארגן יחדיו וליצור מוסדות הסדרה פרטיים. כל אחד משחקני השוק יכול להעביר בלא עלות את ההעדפות והרצונות שלו לשאר השחקנים, דבר המקל

98 ראו Peter P. Swire, *Trustwrap: The Importance of Legal Rules to Electronic Commerce and Internet Privacy*, 54 HASTINGS L. J. 847 (2003).

99 לסקירה מקיפה על היתרונות והחסרונות של ההסדרה העצמית ראו ROBERT BALDWIN & MARTIN CAVE, *UNDERSTANDING REGULATION: THEORY, STRATEGY, AND PRACTICE* (1999).

100 ראו Elkin-Koren & Salzberger, לעיל ה"ש 15, בעמ' 577.

עליהם להתארגן למטרות מוגדרות. עובדה זו לבדה שוללת מהמדינה את ה"יתרונות לגודל" שהיו לה בשווקים הקלסיים. נוסף על כך כשל השוק וכשל ההסדרה הציבורית בתיקון כשל זה יוצרים ביקוש לשירותי הסדרה פרטיים. הביקוש לשירותי הסדרה אלו גרם לשחקני שוק אחרים, שאינם צדדים ישירים לעסקה, לספק שירותים אלו. שלישיית, המוסדות הפרטיים הם גמישים למדי ויכולים להסתגל במהרה לשינויים הטכנולוגיים המהירים שמתרחשים בשווקים האלקטרוניים. למוסדות הפרטיים, הפועלים בתוך השווקים האלקטרוניים ובאופן טבעי מודעים יותר לצרכים המיוחדים שלהם, יכולת ליצור נורמות המותאמות במיוחד לצרכים המיוחדים של השחקנים בשווקים אלו.¹⁰¹ ההסדרה הפרטית יוצרת מסגרת מוסדית שהיא הרבה יותר גמישה, חדשנית ודינמית מאשר המסגרת המוסדית הביורוקרטית של ההסדרה הציבורית. וחשוב מכול: ברוב המקרים למוסדות הפרטיים ישנה יכולת אכיפה מושלמת של נורמות החלות על האינטראקציה החברתית. כך, למשל, מתווכי הפרטיות יכולים לשלול את החותם מאתר שמפרים בו את תנאי החותם. יתרון נוסף הוא, שלא כל משלמי המסים נושאים בנטל המימון של ההסדרה, אלא שחקני השוק עצמם. רביעית, הסדרה פרטית אמורה להיות תוצר של הסכמה רחבה ככל האפשר של הגורמים המעורבים ומביאה לידי ביטוי את רוב האינטרסים המעורבים. הגישה הכלכלית למשפט, בשל הנחת הרציונליות, מעדיפה מצב שבו הנורמות השולטות ישקפו ככל האפשר את ההעדפות של כלל שחקני השוק.

ד) חסרונותיה של הסדרה פרטית

למרות היתרונות הכלכליים, קיימים ספקות רבים באשר לאפקטיביות של מוסדות ההסדרה הפרטית בהשגת המטרה המונחת ביסודם – תיקון כשלי השוק. בראש ובראשונה הספקות הם באשר לנכונותם של שחקני השווקים האלקטרוניים במגזר הרלבנטי, ובעיקר האתרים, להשתתף באופן וולונטרי במוסדות אלו.¹⁰² הצלחתה של ההסדרה הפרטית מותנית ברצונם הטוב של האתרים להצטרף באופן וולונטרי למנגנון זה.¹⁰³ אין זה ברור כלל ועיקר אם ביכולתם של השווקים האלקטרוניים ליצור תמריצים כלכליים שיביאו את הצדדים השונים להתארגן במסגרת מוסדות פרטיים שיסדירו את האינטראקציות המקוונות. לא ברור באיזו מידה החשש מפני ידה הכבדה של ההסדרה

101 באותה מידה בידי מוסדות אלו היכולת לשנות ביתר קלות את תוכן ההסדרה, כך שיתאים למציאות המשתנה של השווקים האלקטרוניים.

102 מנגד, יש לטעון, כי דווקא וולונטריות היא יתרון הטמון בהסדרה הפרטית. האפשרות לצאת מהסדרה פרטית ולא להיות כפופים לה יוצרת תחרות בין מוסדות ההסדרה הפרטית, דבר המביא לשיפור באיכות שירותי ההסדרה הניתנים על ידם. למעשה הוולונטריות יוצרת אמצעי בקרה על התנהגות אנטי-תחרותית של מוסדות ההסדרה הפרטית.

103 כך, למשל, קיימת בעיה של הרוכב החופשי (Free Rider) של אתרים שלא יהיו מוכנים להצטרף למשטר ההסדרה העצמית וייהנו מכך שהאתרים יהיו כפופים לסטנדרטים יותר נוקשים.

הציבורית יוצר אצל שחקני השוק תמריץ ליטול חלק במאמצי ההסדרה העצמית. כך לאתרים שהוקמו במטרה להונות את המשתמשים לא יהיה תמריץ להשתתף במשטר של הסדרה פרטית. דן בכך רוטשילד באומרו: "Self regulation binds the good guys"¹⁰⁴. באופן דומה, במשטר של הסדרה פרטית, שהוא וולונטרי באופיו, קיימים קשיים באכיפת הנורמות בהיעדר מנגנון המבטיח מראש את אכיפתן.¹⁰⁵ נוסף על כך משטר של הסדרה פרטית מתאפיין בהיותו הליך מפוזר, הנעדר היררכיה כלשהי. במשטר זה רבים הם המוסדות המנסים ליטול חלק בתהליך ההסדרה. כל אחד ממוסדות אלו מנסה לבדל את עצמו מהאחרים ומציע שירותי הסדרה שונים הן מבחינת הצורה הן מבחינת התוכן של ההסדרה, דבר היוצר פלורליזם נורמטיבי. מצב זה מקשה מאוד על הצדדים לאינטראקציה לעמוד על התשתית הנורמטיבית הנכונה שחלה עליה ומגביר את אי-הוודאות הנורמטיבית. בעניין זה אמר למלי: "Because large number of organizations and groups try to be involved in the regulation of the cyberworld, the risks of increasing inconsistency and uncertainty are therefore quite large"¹⁰⁶. קושי זה מתגבר בשל העובדה, שבהליך של הסדרה פרטית טהורה אין מכניזם של "ברירת דין" בין צורות ההסדרה השונות. כך ייתכנו מצבים שבהם כל אחד מהצדדים לאינטראקציה מאמץ לעצמו מודל הסדרה שונה ממוסדות פרטיים שונים, דבר המביא להחלה בעת ובעונה אחת שתי קבוצות של נורמות על אותה אינטראקציה.¹⁰⁷ זאת ועוד: רוב המוסדות הפרטיים הם גופים כלכליים שנוסדו למטרות רווח, ועיקר המימון של מוסדות אלו מקורו בשחקני השוק עצמם. מחקרים מצביעים על כך, שעל פי המודלים העסקיים של מוסדות אלו, עיקר ההכנסות שלהם מקורן באתרים ולא במשתמשים. האתרים הם המממן העיקרי של מוסדות ההסדרה הפרטית. עובדה זו מעמידה בסימן שאלה גדול את האמינות והאובייקטיביות של מוסדות ההסדרה הפרטית.¹⁰⁸ מערכת התמריצים הכלכליים של המוסדות הללו מעוררת חששות

104 Rothchild, לעיל ה"ש 5, בעמ' 962.

105 דוגמה טובה לכך היא קוד התנהגות המכונה Netiquette, שאסר על קיום פעילות מסחרית ברשת. קוד זה בא לעולם לפני שנת 1995 על ידי הקהילות המקוונות הראשונות. הקוד היה מבוסס על חרם ונידוי של חברי הקהילה שמפירים אותו. מובן מאליו, שקוד זה נכשל ככל שקהילת משתמשי הרשת הלכה וגדלה.

106 ראו Mark A. Lemley, *The Law and Economics of Internet Norms*, 73 CHI-KENT L. REV. 1257 (1998).

107 ראו Brian W. Arthur, *Competing Technologies, Increasing Returns and Lock-in by Historical Events*, 99 ECONOMIC J. 116 (1989); Robin Cowan, *Nuclear Power Reactors: a Study in Technological lock*, J. ECON. HISTORY 541 (1990).

108 כך, למשל, המודל העסקי של מתווכי הפרטיות יוצר אצלם תמריץ שלילי המניע אותם שלא להיות אובייקטיביים בהסדרת השימוש במידע האישי של הצרכנים. עיקר ההכנסות של מתווכים אלו מקורן בדמי הרישוי המשולמים להם על ידי האתרים השונים. במצב זה נוצרים יחסי תלות בין המתווכים ובין האתרים, המניעים את המתווכים להעדיף את האתרים על פני הצרכנים. יתרה מזו: מבחינתם של המתווכים, בהפעלת משטר הסדרה יעיל יש כדי לצמצם את מספר

כבדים באשר לטיב ההסדרה שהם מספקים. למעשה בהליך של הסדרה פרטית לא כל האינטרסים של שחקני השוק מובאים בחשבון, כך שקשה מאוד לצפות לנייטרליות של הליך זה.¹⁰⁹ בעקבות תמריצים כלכליים של המוסדות הפרטיים המופקדים על ההסדרה הפרטית יש לצפות להעדפת קבוצה אחת על פני האחרת.

זאת ועוד: הסדרה פרטית יכולה לשמש כלי שרת בידי האתרים (שחקני השוק) השולטים לביצור השליטה שלהם. במשטר של הסדרה פרטית לאתרים השולטים השפעה מכרעת על הצורה ועל התוכן של ההסדרה העצמית, ואילו לאתרים הבינוניים והקטנים אין יכולת להשפיע עליהם. מצב זה מעורר חשש שמא האתרים השולטים ישתמשו במנגנון ההסדרה הפרטית כדי לדחוק את רגליהם של האתרים האחרים ואף ליצור חסמי כניסה המקשים על כניסתם של אתרים חדשים. למעשה מנגנון ההסדרה הפרטית עלול לשמש כלי שרת בידי האתרים הגדולים לחיזוק מעמדם ולחלוקה מחודשת של העושר באופן שיעדיף אותם בבחינת "החתול ששומר על השמנת". לבסוף, להסדרה פרטית כלשהי השפעה חיצונית (חיובית או שלילית) הן על אותו חלק משחקני השווקים האלקטרוניים שאינם שייכים לאותו משטר הסדרה מסוים הן על שחקני השווקים הקלסיים הנמצאים מחוץ לרשת. למעשה כל מוסד הסדרה פרטי המעצב משטר הסדרה מסוים יכול להשפיע על שאר שחקני השוק, לרבות אלו שלא

האתרים המשתתפים בתוכנית (סטנדרטים גבוהים להגנה על הפרטיות מונעים מראש *ex ante* את השתתפותם של האתרים, ואכיפה יעילה מוציאה *ex post* חלק מהאתרים מהתוכנית) ולהביא לפגיעה במקורות ההכנסה שלהם. נוסף על כן מנגנון פיקוח ובקרה יעיל כרוך בעלויות ניכרות שאין למתווכים כל תמריץ לשאת אותן. אין תימה אפוא, שקיים חוסר משוע בסטנדרטים ובתנאים (הנורמות) שנקבעו על ידי המתווכים כתנאי להטבעת החותם על ידי האתרים. כך, למשל, בתנאים של BBBOnline אין דרישה לקבלת הסכמה מפורשת של הצרכנים לעיבוד המידע האישי על ידי צדדים שלישיים ואין אפילו דרישה לפצות את הצרכנים במקרה של הפרת התנאים או פגיעה בפרטיותם, מה גם שאין כל הבחנה בין מידע רגיש למידע שאינו רגיש. זאת ועוד: במשך שש שנות הפעילות של אחד המתווכים היודעים TRUSTe, כמעט שלא נתקבלה החלטה אחת השוללת את החותם מאתר כלשהו בו בזמן שמתווך זה אינו מהסס לשלול את החותם מאותם אתרים שאינם משלמים דמי עמלה. המקרה הידוע ביותר הוא המקרה שבו TRUSTe נמנע מלהפעיל סנקציה כלשהי כנגד חברת מיקרוסופט חרף העובדה שחברה זו הפרה באופן בוטה את התנאים של החותם. להרחבה בנושא זה ראו Ya Ching Lee, *Will Self-Regulation Work in Protecting Online Privacy?*, 27 ONLINE INFORMATION REV. 276 (2003).

109 במובן מסוים בעיה זו דומה לבעיה הקיימת גם בהסדרה הציבורית. כמפורט לעיל, האינטרסים הצרים של מקבלי החלטות במוסדות ההסדרה הציבורית והלחץ שמפעילות קבוצות שונות עליהם משפיע בסופו של דבר על הליך קבלת ההחלטות, קרי: על עיצובם הסופי של דיני הצרכנות. עיקר הספרות שדנה בבעיה זו היא מתחום ענף הבחירה הציבורית (Public choice): DENNIS C. MUELLER, *PUBLIC CHOICE* (1979); DENNIS C. MUELLER, *PUBLIC CHOICE* 11 (1989); Iain Mclean, *Public Choice: An Introduction*, 82 AMERICAN POLITICAL SCIENCE REV. 690 (1988); DANIEL A. FARBER & PHILIP P. FRICKEY, *LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION* (1991).

הצטרפו למשטר ההסדרה של המוסד. כמו כן לכל משטר הסדרה פרטי ישנה השפעה חיצונית על שחקני השווקים הקלסיים שאינם שייכים כלל ועיקר לקהילה המקוונת.¹¹⁰

ה) האם שוק ההסדרה הפרטית יכול לספק פתרון לבעיות ההסדרה הפרטית? מוסדות ההסדרה הפרטית אינם פועלים בחלל ריק, אלא במסגרת מכניזם "שוק". להלן נכנה שוק זה "שוק ההסדרה הפרטית". שחקני שוק ההסדרה הם המוסדות המספקים את שירותי ההסדרה הפרטית. כך, למשל, אתרים "מתווכי פרטיות" המספקים "חותמי פרטיות" למיניהם פועלים במסגרתו של שוק שהם שחקניו, ביחד עם צרכני שירותי ההסדרה. על פי תורת השוק המשוכלל, אפשר לצפות, כי תחרות משוכללת בין מוסדות ההסדרה הפרטית השונים (מאותו סוג) תגרום לכך שרק אותם מוסדות הנכונים לספק שירותי הסדרה טובים, יעילים, זולים, אובייקטיביים ואמינים ביותר יזכו לאמונם של צרכני הסדרה זו (לרבות המשתמשים). בסופו של דבר תחרות משוכללת בשוק ההסדרה הפרטית אמורה לכונן צורה של הסדרה המתקנת את כשלי השוק בשוק שבו מתבצעת האינטראקציה מושא ההסדרה.

עם זאת, נדמה כי רוב השווקים של ההסדרה הפרטית, ובמיוחד שוקי המתווכים למיניהם, אינם שווקים משוכללים. הצרכנים בשוק ההסדרה, בפרט, סובלים מחוסר מידע הן באשר לעצם קיומם של מוסדות ההסדרה הפרטית הן לגבי הטיב והאיכות של שירותי ההסדרה המסופקים על ידם. לצרכנים בשווקים אלו קשה לעמוד מקרוב על הביצועים, האובייקטיביות והאמינות של כל אחד ממוסדות ההסדרה.¹¹¹ גם אם לצרכנים היה מלוא המידע על טיב שירותי ההסדרה הניתנים על ידי המוסדות השונים, נדמה כי כוחם של האתרים בשווקים אלו, שגם הם צרכנים של שירותי ההסדרה, עדיף על כוחם של הצרכנים, והם אשר מנצלים בסופו של דבר את תוכנה ואופיה של ההסדרה.¹¹²

מכל מקום, למרות החסרונות של ההסדרה הפרטית, אי-אפשר להתכחש לעובדה אחת בסיסית: ההסדרה הפרטית היא תופעה רבת-ממדים ברשת האינטרנט ששוב אין להתעלם ממנה. במובן זה תהליך ההסדרה של רשת האינטרנט עובר הפרטה, והסדרה זו נעשית יותר ויותר בידי מוסדות פרטיים הפועלים במסגרת השוק.

110 Lemley, לעיל ה"ש 106, בעמ' 1278.

111 אפשר לתקן כשלים אלו בכמה אמצעים. בין השאר אפשר להגביר את ההשתתפות הציבורית בדרך קבלת ההחלטות, כדי להרחיב את בסיס ההסכמה ולנטרל במידה מסוימת את כוחם של הגורמים השולטים בשוק. כמו כן יש לשתף בהליך קבלת ההחלטות במוסדות ההסדרה הפרטית דמויות ציבוריות נהנות ממעמד ציבורי ושאינן קשורות בצדדים המעורבים בשום דרך שהיא, כדי להבטיח יתר אובייקטיביות בהליך ההסדרה. הצעה נוספת היא להגביר את השקיפות של הליך קבלת ההחלטות בהסדרה הפרטית.

112 Lee, לעיל ה"ש 108, בעמ' 278.

3. הטכנולוגיה כמוסד חברתי להסדרת רשת האינטרנט

א) הטכנולוגיה כמכניזם להסדרה כיצד? מלומדים רבים, ובראשם ג'ואל ריידנברג ולארי ליסיג,¹¹³ טוענים כי הארכיטקטורה של רשת האינטרנט – קרי: הטכנולוגיה או הקוד, כלשונו של ליסיג – יכולה לשמש מעין מכניזם של הסדרה של האינטראקציות במרחב הרשת. מבחינה טרמינולוגית הקוד מורכב מהחומרה הפיסית, שממנה מורכבות הארכיטקטורה של רשת האינטרנט (הגוף) והתוכנה שמפיחה רוח חיים בחומרה זו. בספרות נעשה שימוש חלופי במונחים "טכנולוגיה" ו"קוד", אך הכוונה היא אחת. בדיון זה נשתמש חליפות במונחים אלו.

מבחינה פונקציונלית, כמו שהקוד האתי או הקוד המשפטי מכתיבים כללי התנהגות בעולם הפיסי שלנו, כך הקוד הטכנולוגי מכתיב כללי התנהגות במרחב הווירטואלי שנוצר במרחב רשת האינטרנט. למעשה מרחב הפעולה או ההתנהגות של המשתמשים ברשת האינטרנט מוכתב במידה רבה על ידי האופן שבו הקוד כתוב. כל פעולה, אפילו הפשוטה ביותר, שאפשר לעשותה ברשת, כגון גלישה פשוטה, משלוח דואר אלקטרוני (לרבות דואר זבל), השתתפות בקבוצות דיון, הורדת קבצי מוסיקה מהאתרים השונים ועוד, מתאפשרת מאחר שהקוד מאפשר זאת. מנגד, כל פעולה שהקוד אינו מאפשר אותה, ולא דווקא משום שהיא אסורה, אלא משום שהקוד אינו מפותח דיו באופן המאפשר אותה – משתמשי הרשת אינם יכולים לעשות אותה למצער במרחב הרשת. כך, למשל, השימוש שעושים האתרים השונים במידע האישי של המשתמשים מוכתב במידה רבה על ידי האופן שבו הקוד כתוב. באמצעות התוכנות השונות למיניהן הקוד הוא שמלכתחילה העניק לאתרים את האפשרות לעשות שימוש נרחב במידע האישי. טלו לדוגמא את המקרה של ה"עוגיות" (Cookies) – המנגנון הנפוץ ביותר לשימוש במידע האישי של המשתמשים.¹¹⁴ מנגנון זה הוא חלק בלתי-נפרד

113 Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace (1999); וכן ראו Reidenberg, לעיל ה"ש 7.

114 "עוגיות" (Cookies) – אחד המנגנונים הידועים ביותר לאיסוף מידע אישי רב על הצרכנים. סביב מנגנון זה התנהלו התדיינויות משפטיות רבות ועל כן דרוש הסבר קצר לדרך פועלו. בלשון פשוטה, "עוגיות" הן קבצי מחשב המשוגרים על ידי המחשב השרת (server) המאחסן את האתר שבו ביקר הצרכן, אל הדפדפן שבו הצרכן משתמש, ונשמרים בכונן הקשיח של המחשב של הצרכן. כל אחד מקבצים אלו מתחיל להתמלא במידע רב על הצרכן עם כל פעולה שהצרכן מבצע ברשת האינטרנט. המידע הרב שנצבר מוחזר לאתר ששיגר את העוגייה מלכתחילה (ישנם מקרים, שבהם המידע מוחזר גם לאתרים אחרים או שאתר שולף גם "עוגיות" של אתרים אחרים). בסופו של הליך זה יש בידי האתר מידע פרטי, אישי ורב ערך על הצרכנים, הכולל בין השאר את האתרים שביקר בהם הצרכן, את המוצרים שקנה, את המחירים ששילם וכן את ההעדפות והצרכים של הצרכן. "עוגיות" יכולות לסייע הלכה למעשה ביצירת פרופיל מפורט של המשתמש. נכון הוא, שבמקצת המקרים מדובר בפרופיל של משתמש וירטואלי שאינו מזהה בשמו של הצרכן, אלא רק בכתובתו הווירטואלית (IP) המשתנה בכל פעם שהצרכן מתחבר

מהקוד. יכולתם של האתרים להציב את ה"עוגיות" במחשב האישי של המשתמשים ולאסוף מידע אישי עליהם מתאפשר אך ורק משום שהקוד מאפשר זאת. זאת ועוד: הקוד עצמו, באמצעות תוכנות הדפדוף, מאפשר למשתמשים לחסום את המנגנון של ה"עוגיות" ובמקרה זה לא תהיה לאתרים כל יכולת להציב "עוגיות". הווה אומר: היכולת של המשתמשים לחסום את ה"עוגיות", בדיוק כמו היכולת של האתרים להפעיל את ה"עוגיות", מוכתבת על ידי האופן שבו הקוד כתוב. למעשה הקוד הוא המגדיר את גבולות המותר והאסור בכל הקשור במידע האישי: ברצותו הקוד יכול לאסור פרקטיקות מסוימות, וברצותו יכול להרשות אחרות; ברצותו הקוד יכול ליצור קירות גבוהים שיוצרים חיץ בין האתרים לבין המשתמש היחיד, וברצותו יכול לבטל קירות אלו לחלוטין ולאפשר חדירה נרחבת למתחם הפרטי של המשתמש. כפועל יוצא מכך הקוד משפיע על התנהגותם של שחקני השוק בכל הנוגע למידע האישי של המשתמשים. הוא הקובע את היקף השליטה שיש למשתמשים על המידע האישי שלהם ומכאן, שהקוד מגדיר את היקפה של זכות המשתמשים לפרטיות על המידע האישי שלהם. במובן זה פרטיות המידע האישי של המשתמשים — קרי: יכולתם לשלוט במידע זה — מתעצבת על פני זמן בממשק שבין הקוד (הטכנולוגיה) ובין המשתמשים.

בהיותו קובע את גבולות המותר והאסור במרחב הרשת (השווקים האלקטרוניים), הקוד פועל כמכניזם של הסדרה נורמטיבית — רגולטור המסדיר מרחב זה. משטר הסדרה זה אינו חדש. עם זאת נדמה, כי חשיבותו של הקוד כמכניזם של רגולציה הולכת וגדלה.¹¹⁵ אפשר לייחס חשיבות זו לעצם העובדה, שרוב הפעילות במרחב הרשת היא פעילות מקודדת שנעשית באמצעות הקוד (או חלק ממנו).

לרשת. עם זאת, די בכך שהצרכן מסר לפחות אחד מפרטיו האישיים — כגון שמו, מספר תעודת הזהות שלו או כתובתו — כי אז יכול הפרופיל המצטייר להציג פרופיל אישי הכולל שם, כתובת והרגלי צריכה. לדיון נרחב ב"עוגיות" ראו Jessica J. Thill, *The Cookie Monster: From Sesame Street to Your Hard Drive*, 52 S.C. L. REV. 921 (2001); Lawrence Jenab, *Will The Cookie Crumbles?: An Analysis of Internet Privacy Regulatory Schemes Proposed in The 106th Congress*, 49 U KAN. L. REV. 641 (2000); Rachel K. Zimmerman, *The Way The "Cookies" Crumble: Internet Privacy and Data Protection in the Twenty-First Century*, 4 N. Y. U. J. LEGIS. & PUB. POLY 439 (2001); Anna E. Shimanek, *Do You Want Milk With Those Cookies?: Complying With The Safe Harbor Privacy Principles*, 26 IOWA J. CORP. L. 455 (2001).

115 וכן היא מתפרסת על מספר רב של תחומים חברתיים, כגון חופש הביטוי, קניין רוחני, מלחמה בפשע ועוד. ראו Neal Kumar Katyal, *Criminal Saw in Cyberspace*, 149 U. OF PA. L. REV. 1003 (2001); Mark A. Lemley & Lawrence Lessig, *The End of End-to-End: Preserving The Architecture of The Internet in The Broadband Era*, 48 UCLA L. REV. 925 (2001); Lawrence Lessig & Paul Resnick, *Zoning Speech on the Internet: A Legal and Technical Model*, 98 MICH. L. REV. 395 (1999); Malla Pollack, *Opt-in Government: Using the Internet to Empower Choice — Privacy Application*, 50 CATHOLIC U. L. REV. 653 (2001); Dan L. Burk & Julie E. Cohen, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, 15 HARV. J. OF L. TECH. 41 (2001).

ב) הטכנולוגיה והשאת הרווחה המצרפית על פי הגישה הכלכלית למשפט, הדיון בקוד (הטכנולוגיה) כמכניזם של הסדרה מפגיש את תורת הכלכלה עם הקוד (הטכנולוגיה) וקובע את קשרי הגומלין ביניהם בשני מישורים – הפוזיטיבי והנורמטיבי. ברובד הנורמטיבי הכלכלה היא הקובעת את היעד הנורמטיבי ואת דרכי הגשתו, ואילו הקוד נתפס כמכשיר המסייע בהשגת היעד ככלי המשרת תכלית המזוהה עם הכלכלה – השאת הרווחה המצרפית. לפי תפיסה זו, הקוד משמש מכשיר שיייעודו להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית במונחים של נכונות ויכולת לשלם. קוד כלשהו ייחשב רצוי רק אם בכוחו להגדיל את הרווחה המצרפית. ככל שתגדל "תרומת הרווחה" של קוד נתון, כך ייחשב הקוד רצוי יותר, דהיינו: טוב יותר מקודים אחרים שתרומתם פחותה. הקוד האופטימלי ביותר הוא זה המניב רווחה מצרפית מרבית.¹¹⁶

תרומתו של הקוד לרווחה המצרפית מתבטאת ביכולתו לתקן את כשלי השוק. כך, למשל, בכל מה שנוגע למידע האישי על אודות המשתמשים אנו עדים להתפתחותן של טכנולוגיות, המכונות Privacy Enhancing Technologies, שנועדו לתקן את הכשלים בשוק המידע האישי בכך שהן מסייעות לצרכנים לקבל החלטה מודעת בכל הקשור למידע האישי על אודותיהם; כל זאת מבלי להתערב בתוכן העסקה עצמה ולהקנות בכך למשתמשים שליטה על הנעשה במידע זה. מבין הטכנולוגיות הללו הטכנולוגיה הידועה ביותר והמייצגת ביותר את דרך הפעולה שלהן מכונה "P3P" (The Platform for Privacy Preferences). טכנולוגיה זו פותחה על ידי W3C – אחד הארגונים המובילים את התפתחות הסטנדרטים ברשת האינטרנט.¹¹⁷ מפתחי הטכנולוגיה היו מודעים לקשיי המידע ולעלויות העסקה שעל המשתמשים לשאת בכואם לקרוא ולנתח את עמודי מדיניות הפרטיות באתרים השונים והציבו לעצמם מטרה:

"To enable users to exercise preferences over web site's privacy practices. P3p application will allow users to be informed about web site practices, delegate decisions to their computer agent when they wish, and tailor relationships with specific sites".¹¹⁸

116 לעניין זה הקוד כולל את כל מרכיבי החומרה והתוכנה המרכיבים אותו. שינוי כלשהו במערך החומרה או התוכנה משנה את הקוד ויוצר קוד חדש. כך, למשל, השימוש של המשתמש בדפדפן של Netscape מכיל קוד שונה מהקוד המופעל על ידי השימוש בדפדפן Explorer. גם הוספת תוכנה או חומרה כלשהי על הקוד הקיים יוצרת קוד חדש.

117 ההשקה הראשונה של טכנולוגיה זו היתה בשנת 1997. בשנת 2001 הושקה הגרסה האחרונה P3P 1.0 המוטמעת בתוך הדפדפן של Explorer. להסבר טכני ומפורט על טכנולוגיה זו בקרו באתר www.p3ptoolbox.org.

118 ראו JOSEPH REAGLE & LORRIE FAITH CRANOR, PLATFORM FOR PRIVACY PREFERENCES WORLD WIDE WEB CONSORTIUM NOTE (1998) available at www.w3.org/tr/1998/note-p3p-cacm.

באופן כללי טכנולוגיה זו נועדה לזהות את ההעדפות הפרטיות של המשתמש מבחינת מה מותר ומה אסור, ולהזהיר את המשתמש מראש בעת גלישתו ברשת מפני אתרים שאינם עונים על העדפות אלו. בשלב ראשון טכנולוגיה זו מאפשרת לכל משתמש להגדיר לדפדפן שלו בצורה פשוטה ביותר את המותר והאסור מבחינתו לגבי השימוש במידע האישי. בשלב שני, כאשר המשתמש מתעתד לגלוש לאתר מסוים ובהנחה שהאתר תומך בטכנולוגיה זו, הדפדפן מזהה ומנתח את מדיניות הפרטיות של האתר ומשווה אותה עם הסטנדרטים שקבע המשתמש מבעוד מועד. אם מדיניות הפרטיות אינה עונה על הסטנדרטים המינימליים שהגדיר המשתמש, אזי מוצג חלון אזהרה המזהיר אותו מפני מדיניות הפרטיות של האתר. במקור טכנולוגיה זו היתה מיועדת להזהיר את המשתמש מפני אתרים שאינם ממלאים אחר הקריטריונים שהוא קבע לגבי המידע האישי. עם הזמן השתכללה הטכנולוגיה וזו מאפשרת כיום ניהול משא ומתן בין הדפדפן של המשתמש ובין האתר סביב מדיניות המידע של האתר. זאת ועוד: טכנולוגיה זו אף מאפשרת אכיפה מיידית של חלק מהסטנדרטים שקבע המשתמש. כך אם המשתמש מגדיר לדפדפן שאינו מרשה שתילת "עוגיות" (Cookies) במחשב האישי שלו, הדפדפן חוסם מיד אפשרות זאת מהאתרים.

מאז פיתוחה של טכנולוגיה זו טענו רבים מקובעי המדיניות מהתעשייה ומהאקדמיה, כי בעיות הפרטיות של המשתמשים נפתרו.¹¹⁹ טיעון זה מבוסס על ההנחה הבסיסית, כי הטכנולוגיה מפחיתה עד למינימום את עלויות העסקה הכרוכות בקריאה, בהבנה ובעיבוד של מדיניות הפרטיות של האתרים; מפחיתה את עלויות העסקה הכרוכות בניהול משא ומתן עם האתר; הופכת את המשתמשים למודעים יותר לגבי הסיכונים והסיכויים הכרוכים בהתקשרות בעסקה ובהעברת המידע האישי לאתר כזה או אחר; ויוצרת תחרות משוכללת בשוק המידע האישי שתגרום לכך, כי כל העסקאות במידע האישי תהיינה עסקאות יעילות.

ג) יתרונות הטכנולוגיה כמכניזם להסדרה

כמו הקוד המשפטי שאנו מכירים מהעולם הפיסי, כך גם את הקוד הטכנולוגי מעצבים בני אדם.¹²⁰ לקוד אין קיום ומשמעות במנותק מבני האדם, היוצרים אותו ומשתמשים

119 סגן הנשיא של ארצות הברית Al Gore (כתוארו דאז) הביע תמיכה נלהבת בטכנולוגיה זו באומרו: "I welcome this important new Tool for privacy protection. It will empower individuals to maintain control over their personal information while using the World Wide Web". ראו WILLIAM J. CLINTON & ALBERT GORE, A FRAMEWORK FOR GLOBAL ELECTRONIC COMMERCE (1998) available at www.iitf.nist.gov/eleccomm/ecom.htm

120 למעשה ההתייחסות אל הקוד כאל מערכת הסדרה מציבה אותו בשורה אחת עם מערכת המשפט, שגם היא מתפקדת כמערכת של הסדרה. על כן בדיוק כפי שאפשר לחקור את השפעתן ההדדית של החברה והמשפט זו על זו, כך יש לבחון את קשרי הגומלין בין הטכנולוגיה ובין החברה. אכן, קיימים מחקרים, שאינם רבים במיוחד, הבוחנים את השפעת הטכנולוגיה על תופעות חברתיות. אחד המחקרים החשובים בעניין זה בחן את השפעת הטכנולוגיה על הפשע.

בו. בדרך כלל יהיו אלה שחקני השוק עצמם שיעדיפו לעצב את הקוד בעצמם. הניסיון של שחקני השוק לעצב את הקוד מבטיח בעקיפין, כי הסדרת הפעילויות החברתיות ברשת האינטרנט תיעשה על ידיהם. אין תימה אפוא, שישנם הרואים את ההסדרה על ידי הקוד כצומחת מתוך התפיסה של ההסדרה הפרטית. כפועל יוצא מכך חלק מהיתרונות של מוסדות ההסדרה הפרטית, כמכניזם של הסדרה, אפשר לייחס גם לקוד. בחלק זה של הדיון נמנה כמה יתרונות הייחודיים אך לקוד עצמו.

הקוד, וכפי שנתחוויר מהדוגמה לעיל, מגלם בתוכו פוטנציאל להפחתת עלויות עסקה. כך הקוד יכול לשמש מעין צינור להעברת מידע בין הצדדים ולהפחית בכך את העלויות הכרוכות באיסוף מידע. הקוד יכול לשמש גם מנגנון לעיבוד ולניתוח של המידע המועבר, לקבלת החלטות על סמך ניתוח זה ומנגנון המסייע בניהול משא ומתן בין הצדדים לקראת ביצוע האינטראקציה. במובן זה המשא ומתן באמצעות הקוד מפחית את הצורך במפגש פנים אל פנים עם החיסכון הכרוך בכך.

הקוד כולל הסדרים נורמטיביים מפורטים שחלים על האינטראקציה. המדובר בקוד שמעוצב בצורה מסוימת סטנדרטית כל עוד הצדדים לא משנים אותו. במובן זה הקוד הוא בבחינת דין מרשה (דיספוזיטיבי), שתחולתו על האינטראקציה מותנית בכך כי הצדדים נמנעו מסיייה ממנו. לדוגמה: על פי הקוד של רוב הדפדפנים, ברירת המחדל בכל הקשור ל"עוגיות" (Cookies) היא, שהאתרים יכולים להציב "עוגיות" במחשבים של המשתמשים כל עוד לא שינו זאת (opt-out). ברצותם, המשתמשים יכולים לשכתב את הקוד בעצמם ולשנות אותו כך שברירת המחדל תהיה איסור הצבת ה"עוגיות" כל עוד הם, המשתמשים, אינם מאפשרים זאת (opt-in).¹²¹ מנקודת המבט של הגישה הכלכלית, קביעת קוד סטנדרטי מרשה רצויה מבחינה כלכלית בשל השאיפה להוזיל את עלויות העסקה תוך שמירה והגנה על האוטונומיה של הרצון הפרטי. בהיעדר קוד כזה, היו הצדדים נאלצים לממן את יצירתה של תשתית נורמטיבית פרטית (חוזה) כתנאי לקיומה של אינטראקציה רצויה ביניהם. קוד סטנדרטי מרשה מן המוכן פוטר

ראו: Neal Kumar Katyal, *Architecture as Crime Control*, 111 YALE L. J. 1039 (2002); Rajiv C. Shah & Jay P. Kesan, *Incorporating Societal Concerns into Communication Technologies*, IEEE AND SOCIETY MAGAZINE 28 (2003)

121 בקוד, בכלל, ובקוד של רשת האינטרנט, בפרט, טמון יתרון נוסף בעצם הקלות שבה אפשר לשכתבו ולעצבו מחדש. כך אם הקוד כתוב בצורה שאינה מתיישבת עם ערכים חברתיים, אפשר לשכתב את הקוד כדי שיתאים לערכיה של החברה. בהקשר של המידע האישי אפשר בכל עת, לפחות מבחינה תיאורטית, לעצב את הקוד מחדש באופן המתיישב עם ערכי החברה בכל הקשור לפרטיותם של הצרכנים לגבי המידע האישי שלהם. דן בכך המלומד ליסיג, שאמר: "The architecture of the cyberspace could be changed. The values that cyberspace embrace could be different. There is no nature to the way that cyberspace is built — no nature, simply code. This code could be made to be very different from what it currently is. It could be made, that is, to embrace a very different set of values" (Lessig, 76). לעיל ה"ש 113, בעמ' 76.

את הצדדים מעלויות ההתנאה כל עוד תוכנו תואם את העדפותיהם הפרטיות. מכאן גם מתבקשת הגדרתו של הקוד המרשה ה"טוב". קוד סטנדרטי מרשה משיג את מטרתו כאמצעי להוזלת עלויות העסקה אך ורק אם תוכנו אכן תואם את העדפות הצדדים. מכאן, שמטרתו של מעצב הקוד המרשה היא לשער או "לחקות" את מה שרוצים רוב שחקני השוק ברוב הזמן ולחסוך מהם את הוצאות ההתנאה.

הקוד אף יכול לשמש מכניזם אכיפה מושלם, שביכולתו למנוע מראש (*ex-ante*) את התופעות הלא-רצויות. דוגמה מובהקת לטכנולוגיה מעין זו היא תוכנות הסינון למיניהן. כך, למשל, בהקשר של דואר זבל מקובל להשתמש בתוכנות סינון המסננות את דבר הדואר שמגיע למשתמש לאחר שסיווגו אותו כדואר זבל.¹²² תוכנות סינון אחרות משמשות לסינון אתרים על פי קריטריון שנקבע מראש. כך, למשל, ישנן תוכנות המסננות אתרים בעלי תוכן פורנוגרפי או אתרי הימורים למיניהם.

ד) חסרונות הטכנולוגיה כמכניזם להסדרה

כמו הקוד המשפטי שאנו מכירים מהעולם הפיסי, כך גם את הקוד הטכנולוגי מעצבים בני אדם. לקוד אין קיום ומשמעות במנותק מבני האדם היוצרים אותו ומשתמשים בו. מפתחי הקוד ומעצביו הם המחוקקים על פי שיטת הסדרה זו. ההצלחה של הקוד בהשגת המטרה – תיקון כשלי השוק – קשורה ביכולתם ובכונותם של מעצבי הקוד ומפתחיו להתחקות אחרי ההעדפות של שחקני השוק ולעצב את הקוד בצורה המתיישבת עם העדפות אלו.

הניסיון המעשי של עשר השנים האחרונות מלמד אותנו, כי בחלק מתחומי הטכנולוגיה אין יכולת טכנית-טכנולוגית לתקן את כשל השוק. כך, למשל, מתברר כי רוב תוכנות הסינון מועדות לטעויות רבות. בהקשר של דואר זבל חלק גדול מדברי דואר הזבל הצליח לעבור את המסננת של תוכנות הסינון ולהסתנן אל תיבת הדואר של המשתמש. זוהי בעיה של סינון חסר. אך הבעיה העיקרית היא סינון יתר, קרי: מצב שבו התוכנה מסננת דברי דואר לגיטימיים שהמשתמש מעוניין לקבלם. בעיה דומה קיימת גם בתוכנות לסינון אתרים למיניהם.¹²³

חשוב מכך: ההיסטוריה הקצרה יחסית של רשת האינטרנט מלמדת אותנו, כי ברוב התחומים למפתחי הקוד לא רק שאין את היכולת לתקן את כשלי השוק, אלא אף, ובעיקר, את הנכונות לכך. למעשה הקוד, כפי שהוא מעוצב כיום, איננו משקף את ההעדפות של כלל שחקני השוק, אלא את הרצונות וההעדפות של קבוצה קטנה של שחקני השוק, שהיא קטנה מבחינה מספרית, אך דומיננטית מבחינת כוחות השוק שבידי חבריה. טלו את הדוגמה הפשוטה של ה"עוגיות": בלא שום מחקר אמפירי

122 להרחבה ראו יניב דרוקמן ואח' "דואר או זבל? ההסדרה של דואר אלקטרוני לא רצוי" (2004). ניתן לצפות במאמר ב-www.cri.haifa.ac.il/technical/spam.pdf

123 שם, בעמ' 85.

ניתן להניח, שרוב המשתמשים היו מעדיפים שהקוד יתוכנת אחרת ממה שהוא כיום. רוב המשתמשים היו מעדיפים, שהקוד לא יאפשר את הצבת ה"עוגיות" במחשבים האישיים שלהם בלא הסכמתם המפורשת מראש (opt-in), אך הקוד הקיים בדפדפנים שפועלים כיום בשוק קובע ברירת מחדל אחרת, שלפיה הצבת ה"עוגיות" מותרת כל עוד אין הצרכנים מביעים את התנגדותם המפורשת לכך (opt-out). אמנם, אפשר לייחס כשל "חקיניות" זה להיעדר היכולת של מעצבי הקוד לבצע מעשה "חקיניות טוב", היינו: לעצב את הקוד באופן המשקף את העדפויותיהם הפרטיות של שחקני השוק. אך נראה, כי הסיבה האמיתית לכשל זה היא אחרת לחלוטין ונעוצה באינטרסים הפרטיים של מעצבי הקוד. למעצבי הקוד עצמם, בהיותם שחקני שוק וממקסמים רציונליים של תועלתם האישית, אינטרס לעצב את הקוד בצורה המתיישבת עם האינטרסים האישיים שלהם. כך, למשל, מעצבי הקוד החשובים ביותר הן שתי החברות Microsoft ו-Netscape, המעצבות את הדפדפנים השולטים בשוק. חברות אלו משמשות שחקניות בשוק ועל כן הן מעוניינות, למשל, לעשות שימוש נרחב במידע האישי של המשתמשים. במצב זה אין להתפלא, כי ברירת המחדל של הדפדפנים שמפתחות חברות אלו היא opt-out ולא opt-in. זאת ועוד: לתוכנו של הקוד, ובהיותו הדין החל, השפעה על התנהגותם ותפיסתם של שחקני השוק.¹²⁴ הללו תופסים את הקוד כברירה המועדפת על כלל שחקני השוק, מה שמקנה לו את הלגיטימיות הנדרשת (legitimizing effect). לגיטימציה זו גורמת לשחקני השוק להעדיף את חלוקת הסיכונים המוטעמת בקוד. לגיטימציה זו, יחד עם גורמים אחרים, שוללת את הנכונות של שחקני השוק, לרבות אלו הנפגעים על ידי תוכנו של הקוד, מלהתנות או לשנות את ברירת המחדל המצויה בקוד לברירת מחדל טובה יותר מבחינתם, גם אם הקוד מאפשר זאת. כך, למשל, מחקרים מצביעים על כך, שחלק גדול מהמשתמשים אינם משנים את ברירת המחדל בקשר ל"עוגיות" opt-out ל-opt-in, חרף העובדה ששינוי זה היה מיטיב עמם.

ה) האם שוק הטכנולוגיה יכול לספק פתרון?

אפשר היה לצפות, כי תחרות משוכללת בין מפתחי הקוד בשוק הטכנולוגיה תביא

124 על השפעת הקוד הקיים על העדפות שחקני השוק ועל ההסדרים שאליהם יגיעו אפשר ללמוד מהוויכוח המתנהל בעניין השפעתו של הדין המרשה הקיים על התנהגותם של הצדדים עובר להתקשרות בעסקה. להרחבה על ויכוח זה ראו אוריאל פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי-היסוד במשפט" משפטים יח 395 (1988); גד טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני משפט טו 5 (1990); אוריאל פרוקצ'יה "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופסור גד טדסקי" עיוני משפט טו 385 (1990); ברק מדינה "הכוונת התנהגות באמצעות דין מרשה – תכליתם של דיני התרופות בגין הפרת חוזה" עיוני משפט כב 685, 704–720 (1999); Robert Cooter, *Expressive Law and Economics*, 27 J. LEGAL STUD. 585 (1998); Richard A. Posner, *Social Norms, Social Meaning, and Economic Analysis of Law: A Comment*, 27 J. LEGAL STUD. 553 (1998).

אותם לידי יצירת הקודים היעילים והאובייקטיביים ביותר. עם זאת נראה, כי בשוק הטכנולוגיה מתרחשים שני כשלי שוק עיקריים המונעים את קיומה של תחרות משוכללת: ראשית, שוק הטכנולוגיה (הקוד) אינו שקוף כלל ועיקר, והצרכנים סובלים בו מבעיות מידע קשות. לצרכנים קשה מאוד לעמוד על המכניזם שבאמצעותו הקוד פועל. כך, לדוגמה, המשתמש אינו יכול לדעת מה טיב הממשק שקוד מסוג מסוים מציע לו ואת ההשפעה שיש לממשק זה על יכולת המיקוח שלו. קשה עוד יותר למשתמשים להשוות בין הביצועים השונים של הקודים השונים. יתירה מזו: המשתמש אינו יכול לעמוד על טיב הדין המרשה המוטמע בטכנולוגיה (קוד) זו או אחרת וכמובן נשללת ממנו היכולת להשוות בינו ובין דין מרשה אחר המוצע על ידי קוד אחר. למעשה למשתמש בשוק הטכנולוגיה אין מידע על השירות או על המצרך שמספק לו קוד מסוים.¹²⁵ שנית, שוק הטכנולוגיה הוא שוק מונופוליסטי הנשלט בעיקר על ידי כמה חברות שולטות, כגון Microsoft ו-Netscape, שתי חברות המפתח בשוק הטכנולוגיה המשפיעות ביותר על הקוד של רשת האינטרנט באמצעות הדפדפנים שלהן. לחברות אלה כוח שוק המעניק להן את היכולת להכתיב את הטכנולוגיה (הקוד) בצורה המתאימה עם האינטרסים האישיים שלהן. חברות אלו משתמשות בקוד ככלי שרת בדיהן כדי להכתיב מחדש את כללי המשחק.

4. המעבר מצנטרליזם לפלורליזם משפטי

רשת האינטרנט, בהיותה רשת תקשורת גלובלית שתשתיתה הטכנולוגית משתנה בקצב מהיר, מערערת את האפקטיביות של ההסדרה הציבורית, הלאומית והבין-לאומית, בהסדרת האינטראקציות החברתיות המתבצעות על גבי רשת זו ומעלה את קרנם של משטרי הסדרה אחרים. התוצאה היא, שמוסדות חברתיים שונים מנסים, כל אחד בדרכו, להחיל משטר של פיקוח והסדרה על אינטראקציות אלו. על הבכורה נאבקים ארבעה מוסדות חברתיים:

- (1) השווקים האלקטרוניים. שווקים אלו הם המכניזם הכלכלי שבאמצעותו מתבצעות האינטראקציות. נורמות ההיצע והביקוש הן הנורמות היחידות מבית היוצר של שווקים אלו.
- (2) הטכנולוגיה (הקוד). הקוד מורכב מהחומרה הפיסית, שממנה מורכבת הארכיטקטורה של רשת האינטרנט (הגוף) והתוכנה שמפיחה רוח חיים בחומרה זו. הקוד — וליתר דיוק: האופן שבו כתוב הקוד — הוא הסכימה

¹²⁵ על השפעת השקיפות של הקוד על איכות הביצועים הללו ניתן ללמוד מהניסיון של הקוד הפתוח, כאשר יש המייחסים את האיכות הגבוהה של הקוד הפתוח לשקיפותו המלאה. ראו: Shah & Kesan, לעיל ה"ש 120, בעמ' 33: "In fact, the transparency of the open source movement's code is a major reason for the high quality of its code"

הקובעת לצדדים מבחינה טכנית-טכנולוגית את גבולות המותר והאסור. במובן זה הנורמות הקובעות כללי ההתנהגות מוטמעות בקוד עצמו. (3) המוסדות הפרטיים. אלו מוסדות שהוקמו כיוזמה פרטית של שחקני השוק עצמם להסדרה נורמטיבית של האינטראקציות המקוונות. ברוב המקרים מוסדות אלו משמשים מתווכים הפועלים ממניעים כלכליים גרידא. (4) המשפט. המשפט הוא המערכת הנורמטיבית הציבורית שתפקידה להסדיר יחסים בין בני האדם, ובכלל זה את מערכות היחסים הנוצרות באינטראקציות המקוונות. להבדיל מהמוסדות הנורמטיביים הפרטיים, שמקורם בשחקני השוק עצמם, המשפט, הלאומי או הביין-לאומי, נוצר על ידי המוסדות המרכזיים של המדינות הלאומיות או גופים בין-לאומיים.

ריבוי המערכות הנורמטיביות המפקחות והמסדירות את רשת האינטרנט מחייב את נטישתה של פרדיגמת "הצנטרליזם המשפטי" לטובת פרדיגמה מחקרית חדשה – הפלורליזם המשפטי – הכופרת בהתמקדות בהסדרה הציבורית המדינתית וקוראת להחלת משטרי הסדרה חליפיים/משלימים להסדרה זו ולבחינת קשרי הגומלין ביניהם.¹²⁶

126 פרדיגמת הפלורליזם המשפטי אינה חדשה עמנו. פרדיגמה זו טוענת, כי המערכת המשפטית של המדינה אינה המערכת הנורמטיבית היחידה להסדרת היחסים בין בני אדם. לצדה של מערכת זו מתקיימות מערכות נורמטיביות נוספות, שלהן מאפיינים דומים במידה זו או אחרת לאלו של המערכת הנורמטיבית של המדינה, המסדירות יחסים בין בני אדם וקובעות דפוסים לאורחות החיים שלהם. כך, למשל, ללשכת עורכי הדין מערכת נורמטיבית משלה, הכוללת מנגנון לקביעת כללי התנהגות לחברי הלשכה ולשיפוט המשמעתי להם (ראו חוק לשכת עורכי הדין). ההתאחדות לכדורגל מפעילה מערכת נורמטיבית משלה, הכוללת מנגנון לקביעת הנורמות לשפיטה (ראו חוק הספורט, התשמ"ח-1988, ס"ח 271). במובן זה גם כללי המשפט הביין-לאומי החלים על תושבי מדינה ריבונית יכולים לשמש מערכת נורמטיבית לצדה של מערכת ההסדרה המדינתית. להרחבה על פרדיגמת הפלורליזם השיפוטי ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 43, בעמ' 296-300; Sally Engle Merry, *Legal Pluralism*, 22 L. & Soc'y Rev. 869 (1988); Boaventura De Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, 14 J. L. & Soc'y 279 (1987); Peter Fitzpatrick, *Law and Societies*, 22 OSGOODE HALL L. J. 115 (1984); BOAVENTURA DE SOUSA SANOTS, *TOWARD A NEW COMMON SENSE* (1995); Sally Falk Moore, *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, 7 L. & Soc'y Rev. 719 (1973); Stewart MacCaulay, *Crime and Custom in Business Society*, 22 J. L. & Soc. 248 (1995); רונן שמיר "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזכרון לאריאל רוזן צבי ז"ל 589 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1988); רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683 (1997).

ד. שוק, טכנולוגיה, משפט, מוסדות הסדרה פרטית ומה שביניהם

קיומם הסימולטני של ארבעת המוסדות החברתיים – השוק, הטכנולוגיה, המוסדות הפרטיים והמשפט – כמקור ליצירת הסדרים נורמטיביים להסדרת האינטראקציות המתבצעות ברשת האינטרנט מעורר שאלות נורמטיביות העוסקות בעיקר בקשרי הגומלין ביניהם, ובפרט באלה שבין המשפט ובין שאר המוסדות. בהקשר זה השאלות המתעוררות הן, באיזו מידה המשפט של המדינות הלאומיות צריך לאפשר למוסדות החברתיים האחרים לפעול בלא התערבותו? ובאיזו מידה המשפט צריך להתערב בהסדרים הנורמטיביים שמוסדות אלו מציעים? שאלות אלו הן השאלות העיקריות העומדות ביסוד בחינת תפקידו של המשפט בהסדרת המציאות המתהווה ברשת האינטרנט. בחלק זה של הדיון ננסה לענות על שאלות אלו מנקודת המבט של הגישה הכלכלית למשפט.

נקודת המוצא של הדיון היא הרובד הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט. ברובד זה הגישה הכלכלית רואה בהשאת הרווחה המצרפית את התכלית החברתית היחידה שעל המוסדות החברתיים השונים לשאוף להשגתה. השאלה היא, בידי מי מארבעת המוסדות הקיימים – השוק, הטכנולוגיה, מוסדות ההסדרה הפרטית והמשפט – יש להפקיד מלאכה זו?

בראש ובראשונה הגישה הכלכלית מייצגת תפקיד זה לשוק באמצעות כוחות השוק הטבעיים, או מה שמכונה "פיקוח שוקי טהור". העדפה זו מקורה במודל המיקרו-כלכלי הניאו-קלסי (תורת השוק המשוכלל), שלפיה בתנאים של שוק משוכלל השאת הרווחה המצרפית מובטחת מאליה בלא התערבות מיוחדת של שאר המוסדות החברתיים. מכאן, שכאשר הפעילות המוסדרת מתרחשת בסביבה תחרותית – שוק משוכלל – לא יהיה כל צורך בהתערבותם של המוסדות האחרים.

הצורך בהתערבות אחד או יותר מהמוסדות החברתיים מוצדקת כל אימת שמתרחש בשוק כשל שוק אחד או יותר. מטרתה של ההתערבות היא לתקן את אותו כשל שוק. מבין שלושת המוסדות החברתיים שנותרו – הטכנולוגיה, מוסדות ההסדרה הפרטית והמשפט – הגישה הכלכלית מבכרת את ההתערבות של הטכנולוגיה ו/או מוסדות ההסדרה הפרטית על פני ההתערבות של המשפט (הסדרה ציבורית). העדפה זו נעוצה בעובדה, שהטכנולוגיה ומוסדות ההסדרה הפרטית מקורם בשחקני השווקים עצמם והם אף נחשבים לחלק בלתי-נפרד מכוחות השוק.¹²⁷ ההשתייכות של המוסדות

127 אפשר למצוא הגדרות שונות למונח "כוחות השוק", אך ההגדרה המקובלת היא זו: "The term 'market forces' is typically applied to a variety of constraints on the conduct of actors on the economic stage, having the common characteristic that they operate primarily through decisions made by private entities, singly or in combination, rather than by government through commands backed by threat of sanction" ראו Rothchild, לעיל ה"ש 5, בעמ' 943.

הללו לכוחות השוק מקנה להם יתרון בתיקון כשלי השוק, על פני המשפט, שהוא תוצר המוסדות הבירוקרטיים של המדינות הריבוניות. בין השאר העדיפות של המוסדות הללו על פני המשפט מתבטאת ביכולת טובה יותר לנתח את הדינמיקה הכלכלית בשוק הרלבנטי; בהבנה מעמיקה את הכשלים המתרחשים בשוק זה; ביתר מודעות לצרכים המיוחדים של שאר שחקני השוק; ביכולתם למצוא תרופות יעילות לתיקון הכשלים בשוק וליצור נורמות הסדרה המותאמות במיוחד לצרכים אלו; בכושרם ליצור משטר הסדרה המבטא הסכמה רחבה של שחקני השוק; בגמישות הרבה וביכולת ההסתגלות המהירה שלהם לשינויים הטכנולוגיים המהירים; וביכולת האכיפה האפקטיבית שלהם של אותן נורמות.¹²⁸

הצלחתם של מוסדות אלו (הסדרה פרטית וטכנולוגיה) בתיקון הכשלים מייתרת, או למצער מצמצמת את התערבות של המשפט (הסדרה ציבורית) בנעשה ברשת האינטרנט.¹²⁹ במובן זה הופעתם של מוסדות ההסדרה הפרטית והטכנולוגיה מתיישבת עם גישתם של חסידי השוק החופשי, הדוגלים בצמצום התערבותה של המדינה בשווקים.¹³⁰ אין תימה אפוא, שמדינות רבות הדוגלות בגישה זו מעודדות יוזמות של הסדרה פרטית.¹³¹

128 העדפה זו מקורה בכך, שחלק גדול מהפעילויות ברשת האינטרנט מתרחשות במסגרת שווקים מתפתחים שעדיין לא השלימו את תהליך ההתפתחות שלהם וטרם הגיעו לשלב ההתייצבות. במצב כזה עדיף למשפט למשוך את ידו הכבדה ולהשאיר את מלאכת ההסדרה בידי שחקני השוק עצמם, לרבות מוסדות ההסדרה הפרטית והטכנולוגיה.

129 במובן זה השווקים האלקטרוניים אינם עוד מערכת של סדר טבעי (natural order), המורכבת מאוסף של יחידים המתקשרים והמנותקת משאר המוסדות החברתיים. על פי גישה זו, השווקים אינם עוד ערובה לחופש המוחלט. גם אם נניח כי אין כל צורך בהסדרה ציבורית של השווקים, עדיין שווקים אלו אינם חופשיים. בשווקים עצמם טבועים מוסדות המטילים הגבלות על חופש הפעולה של שחקניו. לשווקים האלקטרוניים, כמו לשאר המוסדות החברתיים, תפקיד מכריע בעיצוב ההעדפות והציפיות של הצדדים. תפקידם של השווקים אינו מתמצה עוד אך ורק בהיותם מכניזם טכני להתאמת הצדדים לאינטראקציה, אלא אף משפיע על ההתנהגות שלהם. השווקים עצמם מגדירים את האסור ואת המותר. שווקים אלו לעולם אינם יכולים להיות חופשיים ואינם בהכרח משקפים את חופש הפרט. זאת ועוד: עיקר העיקרים של הפיקוח על ידי השוק הוא, שהמשמעת של שחקני השוק נוצרת בעקבות השפעתה הכלכלית של ההחלטה המתקבלת על ידי שחקני השוק הפרטיים במקום האיום בסנקציה של המדינה. גם מוסדות ההסדרה הפרטית תוצר של משמעת עצמית. שחקני השוק נוטלים חלק במוסדות להסדרה פרטית ולעתים אף יוצרים אותם בתגובה לכוחות השוק: הם מאמינים, כי התועלת הכרוכה בציות להסדרה זו עולה על העלות הכרוכה בכך.

130 גישה זו יכולה אף להתיישב עם גישות מתחום זכויות האדם הקוראות למעורבות מינימלית של המדינה המייצגת את הרוב באורח החיים של המיעוט.

131 מדינות וגופים בין-לאומיים רבים מעודדים אימוץ מנגנונים של הסדרה פרטית. לסקירה מקיפה על היוזמות הבין-לאומיות לעידוד ההסדרה הפרטית ראו R. Ott, *Removing the E-Confidence Barrier*, E-COMMERCE LAW & POLICY 1213 (2001). ארה"ב היא המדינה הנלהבת ביותר להסדרה פרטית. מדינה זו היתה הראשונה לחבק ולאמץ משטר הסדרה זה. עוד בשנת 1997 הציג הנשיא קלינטון את עיקרי המדיניות של ממשלו בעניין זה, באומרו: "Governments should encourage industry self regulation wherever appropriate and

עם זאת, הניסיון המעשי בשווקים מלמד אותנו, כי האפקטיביות של הטכנולוגיה ומוסדות ההסדרה הפרטית בתיקון הכשלים והשאת הרווחה המצרפית יכולה להשתנות מתחום לתחום. לא יהיה זה מופרך לטעון, שהאפקטיביות של מוסדות ההסדרה הפרטית והטכנולוגיה בתיקון הכשלים מוגבלת ברוב מגזרי הפעילות השונים. אפשר לייחס את האפקטיביות המוגבלת לאי-היכולת, ובעיקר לאי-נכונותם, של מוסדות אלו לתקן את כשלי השוק. כפי שהסברנו על כך בהרחבה, מוסדות אלו הם בראש ובראשונה שחקנים המספקים שירותי הסדרה המתיישבים עם האינטרסים הפרטיים שלהם ולא דווקא עם האינטרס החברתי – תיקון כשלי השוק והשאת הרווחה המצרפית. מוסדות אלו, בהיותם מספקים שירותי הסדרה, אינם פועלי בחלל ריק אלא במסגרת מכניזם – שוק של שירותי הסדרה. היה אפשר לצפות, כי תחרות משוכללת בין מוסדות ההסדרה בשוק ההסדרה הרלבנטי תביא לשיפור רמת שירותי ההסדרה הניתנים על ידי המוסדות הרלבנטיים, לסילוק כל אותם מוסדות שאינם אפקטיביים, ובסופו של דבר – לתיקון כשלי השוק במגזר הפעילות הרלבנטי. עם זאת מתברר, כי מוסדות ההסדרה אינם פועלים תמיד בסביבה תחרותית מאחר שבשווקי ההסדרה השונים ישנם כשלים המונעים את קיומה של תחרות משוכללת.

במצבים שבהם הטכנולוגיה ומוסדות ההסדרה הפרטית אינם מצליחים בתיקון הכשל, או כאשר מוסדות אלה יוצרים כשלים חדשים, או אז נדרשת התערבותה של המערכת הנורמטיבית הציבורית (המשפט), באמצעות הארגונים המדינתיים והבין-לאומיים, לשם תיקון אותם כשלים. ודוק: התערבות משפטית-חיצונית כזו חייבת להתבסס על ניתוחה והבנתה של הדינמיקה הכלכלית המתרחשת בשוק הרלבנטי. תהליך זה מורכב משלושה שלבים עיקריים:

השלב הראשון כולל את זיהויו והגדרתו של השוק הרלבנטי, שבו הפעילות המוסדרת מתרחשת. הליך זיהויו של השוק כולל בין השאר את איתורם והגדרתם של הגורמים הבאים: שחקני השוק הפועלים בשוק, הטובין הנסחרים בשוק, תהליכי המסחר בשוק, התשתית הטכנולוגית התומכת בקיומו של המסחר בשוק והתשתית המוסדית (הפרטית והטכנולוגית) התומכת בקיומו של המסחר בשוק.¹³² בשלב השני

support the efforts of private sector organizations to develop mechanisms to facilitate the successful operation of the internet. Even where collective agreements or standards are necessary, private entities should, where possible, take the lead in organizing them" (ראו Clinton & Gore, לעיל ה"ש 119). דברים דומים באו לידי ביטוי בדיריקטיבה האירופית למסחר אלקטרוני. ראו Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000, Official Journal L 178, 17/07/2000 P.0001-0016 OECD Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Practices Across Borders (2003); OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce (1999) הארגון, לעיל ה"ש 69).

132 כאמור, יש להתייחס לתשתית המוסדית כאל חלק מכוחות השוק.

יש לנתח את הכשלים המתרחשים בשוק. תהליך זה מחייב בראש ובראשונה את הבנת הסיבות לכשל שמתרחש ואת הסיבות לכך שכוחות השוק הטבעיים נכשלים בתיקון אותו כשל. לאחר מכן יש לבחון את הנסיונות הפרטיים והטכנולוגיים לתיקון אותם כשלים. בכל מה שנוגע למוסדות ההסדרה הפרטית יש לבדוק את הכלכלה ואת האינטרסים הכלכליים שמניעים מוסדות אלו, את היוזמות השונות של מוסדות אלו, את החסרונות של אותן יוזמות, את הסביבה שבה מוסדות אלו פועלים ואת הסיבה להיעדר תחרותיות בסביבה זו. בהקשר של הטכנולוגיות יש לבחון את המאפיינים הטכנולוגיים של הטכנולוגיות, לרבות המגבלות הטכניות שלהן; את המניעים והאינטרסים הכלכליים של מפתחי הטכנולוגיות הללו; את הסביבה שבה פועלים מפתחי הטכנולוגיות; את הסיבות להיעדר תחרותיות בסביבה זו; את הכיוון (אבולוציה) שאליו צועדות טכנולוגיות אלו. למעשה שלב זה הוא שלב הדיאגנוזה למחלה. השלב השלישי הוא שלב קביעת התרופה (המרשם), ההתערבות, לשם ריפוי המחלה (תיקון הכשל). התערבות מעין זו משמעה, שעל המחוקק להתערב בנעשה בשוק ולהכתיב נורמות של התנהגות הקובעות את המותר ואת האסור במתרחש בו. זוהי רגולציה של השוק. היקפה של ההתערבות ותוכנה נקבעים על פי שיקולים של יעילות כלכלית. יש לבחור בהתערבות האופטימלית שהתועלת ממנה בניכוי העלות הכרוכה בה היא מקסימלית. ההתערבות האופטימלית איננה עשויה מקשה אחת ויכולה להשתנות ממגזר פעילות אחד למשנהו כפונקציה של הדינמיקה הכלכלית בשוק שבו מתרחשת אותה פעילות. מבחינה עקרונית אפשר להצביע על דרכים שונות של התערבות בשוק:

דרך אחת של התערבות יכולה להיות ישירה בכוחות השוק הטבעיים, קרי: התערבות ישירה בהתנהגותם של הצדדים במסגרת הפעילות המוסדרת, שמתעלמת מנסיונות ההסדרה הפרטיים והטכנולוגיים. כך, למשל, בכל מה שנוגע לסוגיית המידע האישי אפשר לקבוע כללים משפטיים האוסרים על האתרים השונים לאסוף מידע אישי על המשתמשים בלא הסכמתם; אפשר להעניק למשתמשים זכות לסגת באורח חד-צדדי מעסקאות הנוגעות למידע האישי שלהם; אפשר להגביל לזמן קצוב את תוקף ההסכמה הניתנת על ידי המשתמשים בכל מה שנוגע למידע האישי שלהם, וכיוצא בזה כללים המתערבים ישירות בכשל הפרטיות במידע האישי. הסדרה זו מבטאת ניסיון של הסדרה ציבורית טהורה.

דרך נוספת של התערבות יכולה להיות עקיפה על ידי הסדרת התשתית המוסדית, הפרטית והטכנולוגית, אשר תבטיח בעקיפין תיקון הכשלים המתרחשים בשוק. הסדרה מעין זה היא הסדרה משותפת (Co-Regulation), שבה שותפים מוסדות ההסדרה הפרטית ו/או הטכנולוגיה יחד עם המשפט.¹³³ גם להתערבות זו כמה צורות: צורה

133 הגם שהשם הוא "הסדרה משותפת", למשטר ההסדרה הציבורית ניתנת הבכורה על פני ההסדרה הפרטית. על פי המודל המוצע, משטר ההסדרה הוא עדיין משטר היררכי, שבו ההסדרה הציבורית נמצאת בראש סדר יומו. גם הספרות של הכלכלה המוסדית החדשה הקוראת לשילוב

אחת היא התערבות המסירה את השיבושים בשוק הטכנולוגיה ו/או מוסדות ההסדרה הפרטית באופן שיביא אותם לפעול בסביבה תחרותית. ההנחה היא, שתחרות משוכללת בין מוסדות ההסדרה השונים ו/או בין מפתחי הטכנולוגיה השונים תגרום להם לספק שירותי הסדרה פרטיים/טכנולוגיים אובייקטיביים יעילים המבטיחים את השאת הרווחה המצרפית. כך, למשל, ניתוח שוק מתווכי הפרטיות מעלה כי בשוק זה מתרחש כשל מידע. לשם תיקון כשל זה יש להטיל על מתווכי הפרטיות למיניהם חובות של גילוי מידע על אודותיהם, על אישיותם המשפטית, על דרך הפעולה שלהם, על הקריטריונים להענקת חותם הפרטיות, על הליך אישור האתרים להטבעת החותם, על הליך הפיקוח השוטף על האתרים שהטביעו את החותם, על כל קשר שיש לאורגנים של המתווך עם מי מהאתרים המפוקחים על ידם. ההנחה היא, שגילוי מידע מעין זה יגביר את התחרות בין המתווכים השונים ויגרום להם לשפר את איכותם של שירותי ההסדרה הניתנים על ידם באופן המבטיח את תיקון כשל הפרטיות. צורה נוספת של התערבות עקיפה יכולה להתבצע על ידי התערבות באופן פעולתם של מוסדות ההסדרה הפרטית/מפתחי הטכנולוגיה. במובן זה תפקידו של המשפט הוא לפקח על דרך פעולתם של מוסדות ההסדרה הפרטית והטכנולוגיה באופן המבטיח ששירותי ההסדרה הניתנים על ידם הם אובייקטיביים, יעילים ומביאים בחשבון את האינטרסים של כל הצדדים המעורבים. כך, למשל, אפשר לקבוע סף מינימום של דרישות שעל מתווך הפרטיות לדרוש מכל אתר המבקש להטביע את החותם שהמתווך מנפיק; ניתן להטיל חובת אmon מיוחדת על המתווכים, אשר תחייב אותם לספק שירותי הסדרה מקצועיים, שקופים, אמינים ואובייקטיביים; יתכן שבמקרים מסוימים ראוי להטיל פיקוח מנהלי על המתווכים בין על ידי הצבת תנאי רישוי שעל המבקשים לעסוק בהנפקת חותמים לעמוד בהם, בין על ידי פיקוח שוטף על דרך פעולתם של מתווכים אלו.¹³⁴ גם הטכנולוגיה איננה חסינה מהסדרה. כך, למשל, אפשר להטיל חובות גילוי מנדטוריות על מפתחי הטכנולוגיות השונות. אפשרות נוספת, אם כי מרחיקת לכת, היא לאסור בחקיקה את פיתוחן של טכנולוגיות מסוימות.¹³⁵ דרך נוספת להתערבות היא, שהמשפט יקבע את התשתית

המוסדות ולשיתופם, עדיין קוראת לקיומה של היררכיה בתוך המסגרת המוסדית. להרחבה בעניין זה ראו Eric Brousseau, *What Institutions to Organize Electronic Commerce?* *Private Institutions and the Organization of Markets*, 9(3) *ECONOMICS OF INNOVATION AND NEW TECHNOLOGY* 245 (2000).

¹³⁴ אפשר להעלות על הדעת צורות נוספות של התערבות, והכול תלוי בטיבו ובמהותו של כשל מוסדות ההסדרה הפרטית. כך, למשל, אם הכשל מתבטא ברמת האכיפה של ההסדרה הפרטית ולא ברמת החקיקה, אזי המדינה יכולה לאמץ את הכללים שנקבעו על ידי מוסדות ההסדרה הפרטית ולהפוך אותם לכללים מנדטוריים ובכך תיפתר בעיית האכיפה. בהנחה שהבעיה היא דווקא ברמת החקיקה ולא ברמת האכיפה, אזי תיקון הכשל ייעשה בהתערבות ברמת החקיקה באמצעות קביעת קווים מנחים להליך החקיקה על ידי מוסדות ההסדרה הפרטית או קביעת כללים שהם קוגנטיים, למחצה או בצורה מלאה, שממוסדות ההסדרה הפרטית נבצר לחרוג מהם.

¹³⁵ בהקשר של כשל הפרטיות ההצעה היא לאסור על פיתוחן של טכנולוגיות הפוגעות בפרטיותם של המשתמשים. דוגמה מובהקת להתערבות המשפט בהתפתחות הטכנולוגית ראו חוק איסור

הנורמטיבית, הכללים, שיחולו על פעילות מסוימת כאשר תשתית זו תוטמע כסטנדרט מינימלי בתוך הקוד הרלבנטי. כך, למשל, יש לקבוע כלל קוגנטי, לפיו אין לאסוף מידע אישי על המשתמש אלא בהסכמתו שניתנה מראש (Opt-In). במצב זה המחוקק יכפה על מפתחי הטכנולוגיה לשנות את ברירת המחדל בדפדפנים השונים מברירת מחדל של Opt-Out – שלפיה מותר לאסוף מידע אישי על המשתמש אלא אם כן הביע את התנגדותו לכך – לברירת מחדל של Opt-in.

ח. סיכום

מאמר זה בחן את סוגיית תפקידו של המשפט בהסדרת האינטראקציות המתבצעות ברשת האינטרנט על פי תפיסת עולמה של הגישה הכלכלית למשפט. ודוק, בחינה כזו צריכה להיעשות בהקשר של הסביבה הייחודית לרשת זו. הניסיון המעשי והניתוח התיאורטי מצביעים על כך, שהמשפט איננו המוסד החברתי היחיד להסדרת רשת האינטרנט. למלאכה זו מבקשים להצטרף שלושה מוסדות חברתיים נוספים – השוק, הטכנולוגיה ומוסדות הסדרה פרטית למיניהם. עקרונית אפשר להצביע על כמה אפשרויות של משטרי הסדרה מבית היוצר של מוסדות אלו – הסדרה שוקית טהורה, הסדרה פרטית טהורה, הסדרה טכנולוגית טהורה, הסדרה ציבורית טהורה (הסדרה ישירה), הסדרה משותפת (הסדרה עקיפה) (Co-Regulation). לכל אחד ממשטרי ההסדרה הללו יתרונות וחסרונות משלו והם יכולים להשתנות מתחום לתחום. מנקודת המבט של הגישה הכלכלית בחירת משטר ההסדרה נעשית על פי שיקולים של יעילות: מבין משטרי ההסדרה השונים יש לבחור במשטר שתרומתו לרווחה המצרפית היא מקסימלית. לרוב יישומה של נוסחה זו יכול להשתנות מתחום לתחום ומבלי לקבוע מסמרות בעניין, משטר ההסדרה המועדף יהיה זה המשותף, שבו שותפים למצער המשפט עם לפחות אחד משאר המוסדות. במשטר הסדרה משותף זה על המחוקק לבחור מבין שאר המוסדות את המוסד המועדף להסדרה – שחקני השוק (הצדדים הישירים לפעילות המוסדרת), מוסדות ההסדרה הפרטית או הטכנולוגיה. בחירה כזו חייבת להתבסס על הכרה, הבנה וניתוח הן של הדינמיקה הכלכלית בשווקים הן של מאפייני הטכנולוגיה הרלבנטית.

התערבות גנטית (שיבוט אדם ושינוי גני גנטי בתנאי רבייה), התשנ"ט–1999, ס"ח 47. עוד ראו חוק Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, האוסר על ייצורה או הפצתה של טכנולוגיה שנועדה לשמש לעקיפת אמצעים טכנולוגיים המגינים על גישה ליצירות המוגנות בזכויות יוצרים. חוק זה אוסר על הפצתה של טכנולוגיה עוקפת וכד כבד הוא מעודד ייצורה של טכנולוגיה המגינה על זכויות היוצרים. להרחבה על הקשר הדיאלקטי שבין טכנולוגיה למשפט ראו Elkin-Koren & Salzberger, לעיל ה"ש 15, בעמ' 567; Heinrich, Manheim & Steele, לעיל ה"ש 9.