



אוניברסיטת תל אביב
מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג

הגבול המוסרי של הקניין הרוחני

עורכים:

מיכאל בירנהק ואור כהן-ששון

קובץ חיבורים בנושא סוגיות מוסריות בדיני הקניין הרוחני

מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג

הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן

אוניברסיטת תל אביב

יוני 2018

תוכן העניינים

מיכאל בירנהק ואור כהן-ששון

3 הקדמה

אלדר הבר

10 הגנה על יצירות בלתי חוקיות

קים טרייגר-בר-עם

19 הגבול המוסרי לזכויות המוסריות

נעמה דניאל

29 על שיקולי מוסר וצדק בעיצוב דיני העיצובים

אסא קלינג

40 סימני מסחר – במי הם פוגעים? על מוסר, תקנת הציבור וסימני מסחר

חגי ויניצקי

54 הגבולות המוסריים של דיני סודות מסחר

אמיר חורי

61 אמצאה וחרטה: על שאלת המוסר ברישום אמצאות כפטנטים

טל בנד

71 על פטנטים ומוסר: שאלת הנגישות לתרופות

אור כהן-ששון

82 דיני הפטנטים כמאסדרי מוסר סמויים: התבוננות על ענף הפטנטים הגנטיים

הגבול המוסרי של הקניין הרוחני

הקדמה

מיכאל בירנהק* ואור כהן-ששון**

היחס בין המשפט למוסר היא שאלת יסוד בתורת המשפט: האם המשפט צריך לשקף ערכים מוסריים, וכיצד? כיצד עלינו לנהוג כאשר כלל משפטי מסוים שותק בקשר לעקרונות מוסריים – האם בית המשפט יכול ואולי אף חייב – לפתח כללים משפטיים שמשקפים ערכי מוסר בסיסיים של החברה, או שמא זה עניין למחוקק בלבד? שאלות אלה מתעוררות גם בענפי משפט מסוימים, ולענייננו, קניין רוחני.

כידוע, הקניין הרוחני הוא גג לכמה ענפים נפרדים, של פטנטים וזכויות יוצרים, סימני מסחר ומדגמים (עיצובים), סודות מסחר, ועוד ענפים פרטניים. יש בין הענפים האלה דמיון, בכך שהם מגנים על משאבים לא מוחשיים שהם יציר האדם, ויש קווי דמיון בין חלק מהענפים במבנה הכללי של הדין: הגדרת המשאב המוגן ותיחומו, תנאים להגנה, היקף ההגנה ועוצמתה, וכלי אכיפה שונים. יש גם שוני ניכר בין הענפים, למשל בין אלה שבהם הרישום הוא תנאי להגנה, כמו פטנטים, עיצובים וסימני מסחר, לבין אלה שבהם אין רישום כלל, כמו זכויות יוצרים וסודות מסחר. גם בענפים שבהם נדרש רישום, יש בקיעים: כיום גם עיצוב לא רשום יזכה להגנה מסוימת,¹ וסימן מסחר שלא נרשם עדיין עשוי לזכות בהגנה כחלק מהמכלול של המוצר או השירות המדוברים, תחת הגג של דיני עוולות מסחריות בכלל, והעוולה של גניבת עין בפרט.

עיון בחקיקה שמסדירה את ענפי הקניין הרוחני מלמד שבחלקם, יש התייחסות מפורשת לסוגיות של מוסר, בין במפורש ובין בנוסח אחר: בדיני סימני מסחר, קובע סעיף 11 לפקודת סימני המסחר כי סימנים אלה אינם כשרים לרישום... (5) סימן הפוגע או העלול לפגוע בתקנת הציבור או במוסר,² ובדיני העיצובים, קובע סעיף 5 לחוק העיצובים, התשע"ז-2017, כי "עיצוב שיש בו משום פגיעה בתקנת הציבור לא יהיה כשיר להגנה". בענפים אחרים, נמצא מגבלות-תוכן מסוימות, שניתן להסבירם תוך פנייה לשיקולי מוסר. כך, בדיני הפטנטים בולטת ההחרגה של "ההליך לטיפול רפואי בגוף האדם."² בדיני זכות יוצרים, לעומת זאת, החוק שותק ואינו מחריג שום סוג של יצירה בשל שיקולים של מוסר או תקנת הציבור באופן כללי או סוג מסוים של תכנים.

כיצד ניתן להסביר את השוני המשפטי הזה? האם שתיקת המחוקק בהקשרים מסוימים, כמו בדיני זכות יוצרים, פירושה כי חל הסדר שלילי, כלומר שהמחוקק סבר שאין מקום לשקול שיקולים מוסריים שכאלה? האם רשאי הרשם או בית המשפט לשקול שיקולים כאלה? החשש הוא שאחרת מכשיר המשפט, או לפחות נוצר הרושם שהמשפט מכשיר, יצירות, המצאות וכדומה, בלתי מוסריים. בהתאם,

* סגן דקאן למחקר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, ומנהל מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג.

** תלמיד מחקר, מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

¹ חוק העיצובים, התשע"ז-2017, סעיפים 61-65.

² סעיף 1(17) לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967.

שאלת היסוד שאנחנו מבקשים לברר באסופת המאמרים שלפניכם היא המקום של שיקולי מוסר בדיני הקניין הרוחני.

הנה כמה שיקולים שמתעוררים בסוגיה:

ראשית, שאלה פרשנית-משפטית: האם התייחסות החוק, במקרים בהם הוא מתייחס לכך, לשיקולי מוסר, היא התייחסות ממצה, או שניתן להוסיף ולשקול שיקולי מוסר נוספים? האם שתיקת המחוקק שוללת התייחסות לשיקולי מוסר? האם כאשר החוק מדבר על "תקנת הציבור", ניתן להוסיף שיקולי מוסר שהם אולי רחבים או נפרדים משיקולי תקנת הציבור?

שנית, שאלה מוסדית: מי הגורם המתאים לשקול שיקולי מוסר כאלה? כאשר מדובר בזכות שטעונה רישום, מתבקש שהרשם ישקול את השיקולים האלה, אולם האם יש לרשם מומחיות מספקת לשקול שיקולי מוסר? ההליך אינו בהכרח אדברסרי, ורק כאשר יש גורם שמתנגד, הליך הרישום הופך לכזה. גם כאשר יש התנגדות ודיון אדברסרי בפני הרשם, והגם שהוא אמור להיות כשיר להיות שופט מחוזי, הרקע המקצועי של הרשם הוא בדרך כלל בתחום דיני הקניין הרוחני – ובתחום הנדסי. במקרים אחרים, אין מעורבות של המדינה בהגנה, אלא רק אם וכאשר היא מגיעה לבית משפט. כך, בזכות יוצרים, ההגנה קמה מרגע שנוצרת יצירה מקורית שקובעה כנדרש, וכמובן שרק מעט יצירות מגיעות לדיון בבית משפט. האם במקרים כאלה יכול בית המשפט לעורר ביוזמתו את הדיון המוסרי? ומה כאשר הצדדים אינם מתייחסים לכך? שופטים נרתעים, או לכל הפחות מצהירים על זהירות, מביסוס ההגנה על תוכן היצירה או על איכותה. הגישה הרווחת היא כי לא לשופטים להכריע מהי אמנות גבוהה או נמוכה, מהי יצירה טובה או גרועה, אלא זו מלאכתו של השוק.³ ניסיון שיפוטי זה לניטרליות לתוכן היצירות משקפת את הקושי להעריך מראש את ערכה החברתי של יצירה, וכמובן, משקפת בחירה

³ ידועה אמרתו של השופט הולמס מלפני למעלה ממאה שנה, בעניין *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 251-252 (1903).

"It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits. At the one extreme, some works of genius would be sure to miss appreciation. Their very novelty would make them repulsive until the public had learned the new language in which their author spoke. It may be more than doubted, for instance, whether the etchings of Goya or the paintings of Manet would have been sure of protection when seen for the first time. At the other end, copyright would be denied to pictures which appealed to a public less educated than the judge. Yet if they command the interest of any public, they have a commercial value -- it would be bold to say that they have not an aesthetic and educational value -- and the taste of any public is not to be treated with contempt."

ובישראל, דבריו של המשנה לנשיאה ריבלין, ברע"א 7774/09 ויינברג נ' ויסהוף, פסקה 14 (2012).

"הניסיון לעמוד על ערכה האמנותי של תמונה באמצעים משפטיים נועד, לעיתים קרובות, לכישלון. ... קביעת היקף שונה של הגנה ליצירות שונות לפי "ערכן האמנותי" עשויה להוביל להתערבות מסוכנת ובלתי מיומנת בשדה היצירה והאמנות, ומתן עידוד לביטויים מסוגים מסוימים על חשבונם של ביטויים אחרים. קביעה כי לאמנות מסוג מסוים אין מקום בעולם המשפט, ושליטת ההגנה על זכויותיהם של יוצריה – כפועל יוצא מכך, עלולה להדירה מן העולם האמיתי. היא עשויה להקים התערבות פסולה בחופש הביטוי והיצירה."

חברתית, שזהו עניין לציבור להכריע בו, ולא לשקף העדפה תרבותית של קבוצה מסוימת, שנוטה להימנות על האליטה החברתית-תרבותית, ולכן עלולה להזיר תרבות פופולרית.⁴

שלישית, שאלה עיונית בקשר לתכלית של כל אחד מענפי הקניין הרוחני הרלוונטיים: לפי ההצדקה שהמשפט מייחס לענף הרלוונטי, האם ניתן והאם ראוי להוסיף שיקול מוסרי? למשל, תכליתם של דיני הפטנטים היא לעודד את החדשנות, המחקר והפיתוח, על ידי מתן תמריץ לממציאים להמציא ולהשקיע בפיתוח המצאותיהם, וזאת על ידי הכרה בהמצאה כפטנט, והגנה מפני ניצול לא מורשה של ההמצאה על ידי אחרים, לפרק זמן של 20 שנה מיום הגשת הבקשה, ובכפוף לתנאים שונים.⁵ האם ניתן לומר שהציבור מעוניין רק בפיתוח המצאות מוסריות, ואינו מעוניין בהמצאות שאינן מוסריות, ולכן לא ראוי לתמרץ המצאות מהסוג השני מלכתחילה? מתכלית העל של דיני הפטנטים נגזרת תכלית של הנגשת הידע לציבור. בקשות הפטנט מתפרסמות כיום בחלוף שנה וחצי מהגשתן. לעתים גם חשיפה של ידע שנחשב ללא מוסרי יכולה לקדם את המחקר, למשל בכך שהידע חוסך מאחרים לבצע פעולות זהות, או שהוא משמש בסיס לשימושים חיוביים. בדיני זכויות יוצרים, שבהם התכלית היא לעודד יצירה וגיוון של עולם הביטויים, לטובת החברה בכללותה, על ידי מתן תמריץ בדרך של הגנה על יצירות מקוריות⁶ – האם ראוי לומר שהציבור מעוניין רק ביצירות מוסריות?

רביעית, שאלה פרשנית-מוסרית: מהם שיקולי המוסר, וכיצד ניתן לאתרם ולזהותם? למשל, האם פורנוגרפיה שאינה אסורה בחוק הפלילי נחשבת למוסרית, או שיש פער בין הרף המשפטי לרף המוסרי? כיצד עלינו לנהוג במקרה של יצירה שניתן לייחס לה משמעויות שונות? צילום עירום עשוי להיראות בעיני האחד כפורנוגרפיה ובעיני האחרת כאמנות. האם "לוליטה" של ולדימיר נבוקוב היא יצירה לא מוסרית? או במקרה של המצאה שהיא דו-שימושית (dual use) באופייה, במובן שניתן להשתמש בה לצרכים שליליים ומזיקים, אך גם לצרכים חיוביים, האם המוסריות – או חוסר המוסריות – טבועים בהמצאה, או שהם מתעוררים רק בשלב של השימוש בהמצאה? למשל נשק שיכול לשמש להגנה עצמית או לתקיפה אסורה, סמים שיכולים לשמש כתרופה או כסם ממכר, וכדומה.

⁴ למתח שבין עידוד כמות לבין עידוד איכות, ראו: Michael Birnhack, *More or Better? Shaping the Public Domain*, in: THE PUBLIC DOMAIN OF INFORMATION, 59-86 (Lucie Guibault & P. Bernt Hugenholtz, eds., 2006). ליישום בהקשר של הגנה משפטית על מטבח עילי, ראו עמרי רחום-טוויג "משפט, מטבח עילי ותרבות: המקרה (המוזר) של הגנת זכות יוצרים על מנות גורמה" לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל 463 (יופי תירוש ואיל גרוס עורכים, 2017).

יתרה מכך, התשובה לשאלה "מהי אמנות איכותית?" הינה דינאמית, ומשתנה בהתאם לחברה, מקום וזמן. ראו למשל המקרה של המוזיקה המזרחית והערבית במדינת ישראל. במדינות המקור (במקרה של יהודי מדינות ערב והמזרח) וכן טרם הקמת מדינת ישראל (במקרה הפלסטיני) נחשבה המוזיקה המזרחית והערבית לאיכותית ביותר, אולם במדינת ישראל, לפחות עד שנות ה-80 של המאה ה-20, מוזיקה זו הודרה כמעט לחלוטין על בסיס "נחיתות אמנותית". ראו: יוחאי אופנהיימר "עוד חוזר הניגון בעורקים: מוזיקה וזהות יהודית-ערבית" **פעמים** 125-127, 377, 383-379 (2010).

⁵ לתכלית דיני הפטנטים שאומצה במשפט הישראלי, ראו: ע"א 665/84 סאנופי בע"מ נ' אוניפארם בע"מ, פ"ד מא(4) 729, 741 (1987) ("מטרת הפטנט אינה רק מתן תגמול לממציא כתמורה לאמצאתו שתביא תועלת לציבור. המטרה היא גם לעודד מחקר. חילופי דעות, מידע ומחשבה הכרחיים הם להפרייתו ולקידומו של המחקר").

⁶ לתכלית דיני זכות יוצרים שאומצה בדן הישראלי, ראו: ע"א 513/89 *Interlego S/A* נ' *Exin Lines Brots. S/A*, פ"ד מח(4) 133 (1994) (בעמ' 154: "הטובין הציבוריים שאת יצירתם שואפים דיני זכויות יוצרים לקדם הם גיוון עולם הביטויים (expressions) והעשרתו", ובעמ' 163: "מטרתם של זכויות יוצרים היא לעודד את הגיוון הביטויים ובידע הקיים ולהעשיר את עולם הביטויים"). ראו גם ע"א 326/00 **עיריית חולון נ' אן.אם.סי מוסיקה בע"מ**, פ"ד נז(3) 658, 671 (2003) ("במשפט האנגלו-אמריקאי נתפשת ההצדקה הבסיסית לדינים אלו כרצון לתת תמריץ ליוצר על מנת להשיג נגישות מכסימלית של היצירה לציבור הרחב. מורשתם של דיני זכויות היוצרים הישראלים היא מורשת זו.")

חמישית, שאלה משפטית בדבר הממשק בין ענפי הקניין הרוחני לענפים משפטיים אחרים. דיני הקניין הרוחני אינם פועלים בחלל ריק. ענף מתבקש הוא הדין הפלילי: כאשר החוק הפלילי אוסר על ביטוי מסוים, משום שהוא בגדר הסתה לגזענות או המרדה,⁷ האם ניתן והאם ראוי לרושמו כסימן מסחר? כאשר חוק העונשין אוסר על פרסום "תועבה",⁸ בלי להגדיר מהי תועבה, האם ראוי שבית משפט יגן על "יצירה" כזו? ממשק מרכזי נוסף שמתעורר פה הוא זכויות של מי שמבקשים את ההגנה: בעיקר, חופש הביטוי, חופש העיסוק וזכות הקניין שלהם. כאשר אדם מתבטא בצורה בוטה, אך כזו שאינה אסורה בדין הפלילי, האם יכול הרשם לסרב לרשום סימן מסחר שמסקף את הביטוי? האם יכול בית משפט לסרב להגן על "יצירה" מחמת תוכנה, גם אם התוכן חוקי?

שאלות אלה הן מסוגים שונים. חלקן מסדר ראשון – מה נחשב למוסרי ומה לא, מהי התכלית הראויה של ענפי הקניין הרוחני השונים, וחלקן מסדר שני – מיהו הגורם המוסדי המתאים להכריע, ומה היחס בין ענפי משפט שונים.

לכך יש להוסיף שיקולים נוספים. למשל, כדבריה של ד"ר אורית קמיר בדיון השולחן העגול שערך מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני בנובמבר 2017 – אנחנו עלולים להגיע למצב של "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי": כאשר מדובר ב"יצירה" פורנוגרפית, שהיא חוקית במובן של חוק העונשין, וכעת מועתקת, ובעלי הזכויות תובעים את המפרים, אנו נתקלים בקושי. אם המשפט יעניק הגנה ליצירה, המשפט עשוי להיתפס כמכשיר את התוכן, גם אם זה לוקה בחוסר מוסריות מובהק. אם בית המשפט יסרב להעניק הגנה, המשמעות היא כי כל אחד יכול להעתיק את התכנים, ואז, יש להניח שהתפוצה שלהם תגדל בהרבה, ונזקם יגדל עוד יותר. אמנם, ההגנה ליצירה או לסימן המסחר אינה הופכת את התוכן לביטוי של המדינה, אולם יש בה משום הכשר ציבורי.

שיקול נוסף הוא שכל ענפי הקניין הרוחני, הם וולונטריים ואופציונליים: עסק אינו חייב לרשום עיצוב או סימן מסחר, ויכול להשתמש בשם העסק גם בלי הגנה משפטית. למשל, בית קפה רשאי לקרוא לעצמו "קפה", סימן שבוודאי לא יזכה להגנה משום שהוא גנרי ותיאורי. עסק יכול לעצב אביזר פלסטיק לאמבטיה, ואינו חייב לרושמו כעיצוב מוגן (כיום, לפי חוק העיצובים, יזכה בהגנה מסוימת ומוגבלת בזמן גם ללא רישום). יצירה יכולה להתקיים ואף להצליח גם ללא טענה להגנה מפורשת של דיני זכות יוצרים. במקרים כאלה, אין הגנה משפטית כלל (למשל במקרה "קפה"), או שהטוען להגנה יצטרך להוכיח ולהראות כיצד הוא נהנה מהגנה כלשהי, והנטלים הראייתיים והמשפטי מוטלים עליו.

הסוגיה כמעט שלא התעוררה בפועל במסגרות הפורמליות של הדין הישראלי. לא מצאנו סימני מסחר שנפסלו לרישום מחמת היותם נוגדים את תקנת הציבור. בית משפט מחוזי דן בסרט פורנוגרפי ישראלי שהועתק, והעיר בקצרה ש"בסיכומיהם זנחו הנתבעים את הטענה כי 'מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה' (ביזוי המדים ו'חומר תועבה'), וגם לא חזרו על הטענה כי הסרט אינו מוגן בזכות יוצרים, וטוב

⁷ ראו חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיף 144ב – לעניין הסתה לגזענות; סעיף 144א לעניין הסתה לאלימות; סעיף 134 לעניין המרדה.

⁸ סעיף 214א(1) לחוק העונשין.

שכך.⁹ זה המקום להעיר שכמה פסקי דין עקרוניים בדיני זכויות יוצרים בארצות הברית עסקו ביצירות שתוכן היה פורנוגרפי.¹⁰

אולם ממיעוט הפסיקה אין להסיק שהשאלה פתורה. ייתכן שיוצרים, מעצבים וממציאים נמנעו מלהביא את פיתוחיהם לרישום או לבית המשפט בגלל חשש מהמגבלות. כמו כן, שאלות אלה מספקות לנו אפשרות להבין עוד רובד של ענפי הקניין הרוחני: את התכלית של כל ענף בנפרד, את המשמעות החברתית של ההכרה המשפטית ביצירה, עיצוב, סימן מסחר וכדומה, ובסופו של דבר, את הסביבה של היצירתיות והחדשנות שאנחנו מבקשים לעודד ולקדם.

במדינות הים התעוררו לעתים מקצת השאלות האלה. מקרה בולט הוא בתחום דיני סימני המסחר, בארצות הברית. חוק סימני המסחר (המכונה Lanham Act) מסמיך את הרשם שלא לרשום סימנים שעלולים לפגוע באנשים אחרים.¹¹ ועדות ערר פסלו רישום של שמות כמו Redskins לקבוצות ספורט שונות, בנימוק שמדובר בשם פוגעני כלפי ילידים אמריקניים.¹² במקרה אחר, להקת רוק של אמריקנים ממוצא אסייתי קראה לעצמה The Slants, וביקשה לרשום את השם כסימן מסחר. Slants הוא כינוי גנאי לאמריקניים-אסייתיים. המקרה כאן שונה ממקרה ה-Redskins, משום שכאן מי שנפגעים לכאורה מהביטוי הם אלה שביקשו לרושמו כסימן מסחר – כדי לנכס אותו לעצמם. זו פרקטיקה תרבותית מקובלת, למשל הקהילה הגאה שאימצה את מה שנחשב בעבר לקללה "הומו" כשם לגיטימי, או את המשולש הוורוד שהנאצים הכריחו את ההומואים לענוד, כסימן לזהות המגדרית שלהם. פרשת ה-Slants הגיעה עד לבית המשפט העליון שם, וזה הורה לרשום את הסימן.¹³ יתרה מכך, בית המשפט פסל את הסעיף המסמיך בחוק סימני המסחר כלא-חוקתי, בהיותו מגביל את חופש הביטוי. נקבע שם שהעיון של רשם סימני המסחר בתוכן הסימן הוא בגדר אפליית-תוכן (viewpoint discrimination) אסורה.

*

המאמרים הקצרים שמתפרסמים כאן בוחנים היבטים שונים של הממשק בין דיני הקניין הרוחני לסוגיות מוסריות, בענפים השונים של הקניין הרוחני.

⁹ ת"א (מחוזי, תל אביב) 1932-07 הרפז נ' שעשוע, פסי' 6 (2012).

¹⁰ ראו למשל *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007), שבו נפסק כי הצגת תמונות ממוזערות בתוצאות של מנוע חיפוש הן בגדר שימוש טרנספורמטיבי, ולכן שימוש הוגן.

¹¹ 15 U.S.C. §1052, שקובע כך:

No trademark by which the goods of the applicant may be distinguished from the goods of others shall be refused registration on the principal register on account of its nature unless it—

(a) Consists of or comprises immoral, deceptive, or scandalous matter; or matter which may disparage or falsely suggest a connection with persons, living or dead, institutions, beliefs, or national symbols, or bring them into contempt, or disrepute ...”

¹² *Pro-Football, Inc. v. Blackhorse, et al.* (E.D. Va., 2015)

¹³ *Matal v. Tam*, 582 U.S. _ (2017)

ד"ר אלדר הבר מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, בוחן את השאלה של יצירות בלתי-חוקיות. הוא טוען שהדין הישראלי מסדיר יצירות בלתי-חוקיות באופן חלקי ולא בהכרח הרמוני: בעוד שדיני זכות יוצרים אדישים לתוכן היצירה, הדין מאפשר חילוט רווחים מיצירות שבאו בעבירה. הבר מציע תיקון חקיקה להתמודדות נאותה יותר עם תופעה זו, כזו שתאפשר גם את שלילת זכויות היוצרים ביצירות בלתי-חוקיות.

ד"ר קים טרייגר-בר-עם, עוסקת בזכות המוסרית לשלמות היצירה, שבדיני זכות יוצרים. ההתמקדות היא באיזון הדרוש בשמירה על האינטרסים המנוגדים: אלו של היוצר, ואלו של החברה, בדגש על יוצרים מאוחרים העושים שימוש ביצירה המקורית. טרייגר-בר-עם בוחנת את ההגנה על הזכות המוסרית ומציעה להשתמש בה לשמירה על שני צדדי המתנס.

עו"ד נעמה דניאל, בעת שהייתה במשרד המשפטים, הייתה שותפה להליך החקיקה של חוק העיצובים, התשע"ז-2017, דנה בשיקולי מוסר שבאו לידי ביטוי בהליכי החקיקה של החוק. דניאל טוענת ומראה כיצד סעיפים בחוק העיצובים, שנראים על פניו טכניים, משקפים שיקולים ערכיים שהוטמעו בחוק העיצובים כחלק משיח משפטי בין רשויות השלטון.

עו"ד אסא קלינג, לשעבר רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר, עוסק בשיקולי מוסר ותקנת הציבור בעת רישום סימני מסחר. קלינג סוקר את המסגרת המשפטית בישראל המסדירה את היחסים בין סימני מסחר לבין מוסר ותקנת הציבור, ובוחר אותה בראי הדין האירופי והדין האמריקני. קלינג טוען כי שאלות מוסדיות דוגמת תקנת הציבור ומוסר, שהינן חיצוניות לדיני סימני המסחר, חורגות מתחום מומחיותה של הרשות הבוחנת.

ד"ר חגי ויניצקי, מבית הספר למשפטים במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט, דן בממשק שבין מוסר לסודות מסחר. ויניצקי בוחן את הגבולות הראויים של הגנת הסוד המסחרי תחת סייג תקנת הציבור, ומסיק כי הסייג, במתכונת הנוכחית, לוקה בכשלים. הוא מציע לאמץ בחקיקה את המודל האמריקני, שלפיו המגלה סוג מסחרי לרשות מנהלית, כחלק מחשיפת עוול, זוכה לפטור מאחריות בגין חשיפת הסוד.

ד"ר אמיר חורי, מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, עוסק בשאלה האם ראוי לשלב שיקולים מוסריים בהליך רישום פטנטים. חורי מציע מקרים לאורך ההיסטוריה, בהם התחרטו ממציאיים שונים על אמצאות שהמציאו, בשל השימוש השלילי שנעשה בהן. חרף זאת, טוען חורי כי אין להגביל רישום פטנטים מטעמי מוסר.

עו"ד טל בנד, שותף בכיר וראש קבוצת קניין רוחני במשרד עוה"ד ש. הורוביץ ושות', דן בסוגיית פטנטים ומוסר בהקשר של נגישות לתרופות. לאחר סקירת מגמה של עליית מחירי תרופות וההשלכות של מגמה זו, הוא בוחן את הגורמים שבבסיס מגמה זו ומברר האם מדובר במגמה מוצדקת או מוסרית.

אור כהן-ששון, תלמיד מחקר במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, מציע מבט על מערכת הפטנטים כגורם סמוי להסדרת מוסר בקרב החברה.

תוך התמקדות בענף הפטנטים הגנטיים, כהן-ששון מראה כיצד החברה מאפשרת ואף מעודדת פיתוח המצאות גנטיות, מבלי להתמודד ישירות עם סוגיות מוסריות הנובעות מהמצאות אלו. כך, הוא מציע לראות בדיני הפטנטים גורם שמשפיע על אמות המוסר בחברה, ולא כמערכת ניטרלית כפי שנהוג להציגה.

*

המאמרים מבוססים ברובם על שולחן עגול שערך מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג בנובמבר 2017, בכותרת "הגבול המוסרי של הקניין הרוחני". בדיון השתתפו גם פרופ' אביחי דורפמן, פרופ' טליה פישר, פרופ' דותן אוליאר, עו"ד אופיר אלון – רשם הפטנטים וסימני המסחר, השופטת בדימוס ד"ר דפנה אבניאלי, ד"ר אורית קמיר, פרופ' אורית פישמן אפורי, ד"ר קטיה אסף-זכרוב, עו"ד אסא קלינג – רשם הפטנטים לשעבר, והשופטים בדימוס ד"ר עמירם בנימיני וד"ר איריס סורוקר. אנחנו מודים להם על תרומתם לדיון – שניכרת גם במאמרים כאן. היוזמה להפוך את הדברים לכלל פרסומים היא של ד"ר חגי ויניצקי, ושמחנו להרים את הכפפה הזו.

קריאה מהנה.

הגנה על יצירות בלתי-חוקיות

מאת

אלדר הבר*

הקדמה * יצירות בלתי-חוקיות – הגדרה *

ההגנה על יצירות בלתי-חוקיות * סיכום

א. הקדמה

דמיינו לעצמכם תרחיש בו אדם ניצל קטינים לשם הפקת סרט פורנוגרפי. הוא הורשע בפלילים, ומבין כותלי בית הסוהר, הפיץ את הסרט, ואף דורש תשלום עבור גישה אליו. יתרה מכך, כבעל זכות היוצרים ב"יצירה", הוא אף בחר לתבוע את אלו שהעתיקו את "היצירה", ללא הסכמתו. לאחר שנים מספר, אותו אדם הוציא לאור ספר אוטוביוגרפי שהשיא לו רווחים נאים. תרחישים אלו מהווים דוגמאות לשלל מצבים בהם נוצרות יצירות המוגנות בזכות יוצרים, אך בד בבד מעלות שאלות ערכיות הנוגעות למהות ההגנה של זכות היוצרים ותפקידו של המשפט כמכוון התנהגות. האם מעילה בת עוולה תצמח זכות משפטית? האם וכיצד ראוי להגן על יצירות שבבסיסן עבירה פלילית? האם ראוי לאפשר לאדם שהורשע בפלילים להרוויח מהמוניטין שצבר בחסות המשפט? בשאלות סבוכות אלו תעסוק רשימה זו.¹

אטען כי ההסדר המשפטי הנוכחי בישראל מסדיר את שאלת היצירות הבלתי-חוקיות באופן חלקי בלבד. בעוד דיני זכות יוצרים אדישים לשאלת תוכנה של יצירה, ובכך אינם נוגעים בשאלות הנורמטיביות העולות מיצירות בלתי-חוקיות, החקיקה שמאפשרת חילוט רווחים מפרסומים שעניינים עבירות, על-אף היותה ראויה, איננה מספיקה דיה על-מנת להתמודד עם שלל הבעיות שמעלות יצירות-בלתי-חוקיות. לפיכך, אציע כי המחוקק ירחיב את סמכות בית-המשפט להתמודד עם שלל המקרים הקשורים ליצירות בלתי-חוקיות, ובין-היתר, יעניק סמכות לבית-המשפט להפקיע את זכות היוצרים ביצירות מסוימות (אלו בהם רמת הפגיעה עולה בהיקף ניכר ובולט על התרומה שלהם לידע האנושי) ואף להעביר את השליטה בה לנפגעי העבירה.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; חבר המרכז למשפט וטכנולוגיה והמרכז לחקר סייבר, משפט ומדיניות, אוניברסיטת חיפה; עמית-סגל (faculty associate), מרכז ברקמן-קליין לחקר האינטרנט והחברה, אוניברסיטת הרווארד.

¹ רשימה זו נכתבה, בין היתר, על-סמך מחקר קודם שערכתי בעבר. ראו: Eldar Haber, *Copyrighted Crimes: The Copyrightability of Illegal Works*, 16 YALE J.L. & TECH. 454 (2014).

ב. יצירות בלתי-חוקיות – הגדרה

על-אף הבדלים בין ההגנה על זכות יוצרים במחוזות משפטיים שונים, זכות היוצרים בדרך-כלל נולדת בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים: מקוריות וקיבוע.² בפשטות, על-מנת לזכות בהגנה של זכות יוצרים על יצירה ספרותית, אמנותית, דרמטית או מוסיקלית, היצירה חייבת להיות מקורית דיה, ומקובעת בצורה כלשהי. כבר בשלב זה, נדמה כי הדרישות הפרוצדורליות העומדות בבסיס מתן הגנה בזכות יוצרים אינן נוגעות כלל לשאלת תוכנה של היצירה המוגנת. עמידה בתנאים אלו משמעה הגנה שוות-ערך ליצירות שונות, בין אם מדובר בסרט דרמה, ספר אקדמי, או חומר פדופילי.

יתכן שיש בגישה זו, שמתעלמת מתוכן היצירה, הבעת עמדה של המחוקק בכל הנוגע לדיני זכות יוצרים. על פניו, זכות היוצרים אדישה לכאורה לשאלת תוכנה של היצירה. היא אינה מתיימרת לבחון את תרומתן האפשרית – או אף נזקן הפוטנציאלי – של יצירות מעבר לדרישות שקבע המחוקק.³ היא אינה בוחנת האם יצירה מסוימת איננה מוסרית או את ההקשר בו היצירה נוצרה. במילים אחרות, דיני זכות היוצרים באופן כללי אדישים לתוכן של יצירות.

אך לא כל היצירות שוות אחת לשנייה. אינני מכוון לבחינה הסובייקטיבית שיצירה אחת היא איכותית יותר או פחות מן השנייה, אלא לכך שקיימות יצירות שתורמתן לחברה אינו רק מוטל בספק, אלא לעובדה שהן עשויות אף לגרום לנזק. גם בנקודה זו ניתן לטעון כי קיימות יצירות רבות שמצריכות בחינה סובייקטיבית באשר לתרומתן לחברה – למשל, יצירות שתוכן נתפס אצל רבים כ"בלתי-מוסרי", דוגמת פורנוגרפיה.⁴ אך ברשימה זו אינני מכוון לתחום אפור וסבוך זה.⁵ אני מכוון לאותן יצירות הקשורות במעשים בלתי-חוקיים בלבד. אותן יצירות שאופיין הבלתי-רצוי אינו מוטל בספק באופן כללי. כך, למשל, חומר פדופילי, סרטי סנאף (Snuff films),⁶ סרטי קראש (Crush films),⁷ או כל פעילות אחרת המורכבת מפעולה בלתי-חוקית מהוות דוגמה ליצירות כאלו. במילים אחרות, רשימה זו עוסקת באופן ישיר רק באותן יצירות שנוגעות ישירות

² כך למשל, בדין הישראלי, ראו ס' 1(א)4 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007. השוו לדין האמריקני ב- 17 U.S.C. § 102(a).

³ לדיון בנושא מידת המקוריות הדרושה, ראו למשל ע"א 513/89 *Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros S.A.*, פ"ד מח(4) 133 (1994); ע"א 7996/11 *סייפקום בע"מ נ' רביב* (פורסם בנבו).

⁴ לדיון על זכות יוצרים ופורנוגרפיה, ראו למשל: Ann Bartow, *Copyright Law and Pornography*, 91 OR. L. REV. 1 (2012).

⁵ לקריאה נוספת בנושא מוסר וזכות יוצרים ראו למשל: Ann Bartow, *Pornography, Coercion, and Copyright*; Robert C. Summers, *Constitutional Protection of Law 2.0*, 10 VAND. J. ENT. & TECH. L. 799 (2008); *Obscene Material Against Censorship as Correlated with Copyright Protection of Obscene Material Against Infringement*, 31 S. CAL. L. REV. 301 (1958).

⁶ סרט סנאף, הידוע גם כסרט לבן, הוא סרט המציג רצח מכוון של אדם לשם צרכי הצילום. להגדרת סרטי סנאף, לדיון, ראו למשל: Arnold H. Loewy, *Obscenity, Pornography, and First Amendment Theory*, 2 WM. & MARY BILL RTS. J. 471, 476 (1993).

⁷ סרט קראש מתייחס לסרטון המציג את מחיצתם של חפצים שונים ובעיקר בעלי-חיים קטנים. ראו [כאן](#).

לעבירות פליליות או לעבריינים מורשעים שיצירתם קשורה בצורה ישירה או עקיפה למעשה הפשיעה. את אלו ניתן לסווג כיצירות בלתי-חוקיות.

הגדרה זו אינה ממצה כמובן. על-כן, ראוי לבצע טקסונומיה זריזה של המונח "יצירות בלתי-חוקיות" בהקשר הנוכחי. לשם כך, אחלק את היצירות האלו לשלוש קטגוריות: הראשונה מכילה יצירות שעצם עשייתן מהווה עבירה פלילית מסוג פשע.⁸ דוגמה לכך היא הפקה של חומר פדופילי.⁹ השנייה, מכילה יצירות שנעשו בצורה אגבית לעבירה פלילית, קרי, אין ביצירה עצמה או אף בעשייתה עבירה פלילית כשלעצמה. טלו למשל שודד בנק שצילם את מקרה השוד או אמן גרפיטי אשר צייר על רכושו של אחר ללא הסכמתו.¹⁰ השלישית, מכילה יצירות שנוצרו על-ידי מי שהורשע בפלילים בעבירה מסוג פשע ומתארות באופן ישיר את מקרה הפשיעה, או שיש זיקה מסוימת לרווחיות יצירה עקב המוניטין שצברו ממקרה הפשיעה. שוו לעצמכם, למשל, אנס סדרתי שפרסם ספר על אודות מקרי האונס או כתב שיר שאינו קשור למקרים אלו, אך רווחיותו גדלה עקב ההיכרות של הציבור עמו (המוניטין שצבר, גם אם המוניטין שלילי). אלו שלוש הקטגוריות השונות שייחשבו ל"יצירות בלתי-חוקיות" למטרת רשימה זו.

ג. ההגנה על יצירות בלתי-חוקיות

סוגיית ההגנה על יצירות בלתי-חוקיות העסיקה בתי-משפט רבים במרוצת השנים. כך, למשל, בתי משפט אמריקניים רבים שללו הגנה של זכות יוצרים על יצירות בלתי-חוקיות (וגם בלתי-מוסריות). אף רשם זכות היוצרים האמריקני היה מוסמך בעבר להפקיע את רישומה של יצירה בלתי-חוקית.¹¹ ניתן לראות כי לפחות עד שנת 1979, בתי-משפט רבים פירשו את חוק זכות יוצרים האמריקני ככזה שאינו מתיר הגנה על יצירות בלתי-חוקיות,¹² ועצם הקישור האפשרי בין יצירה

⁸ מחוקקים רבים נוהגים לסווג סוגי עבירות לפי חומרתן. כך למשל, בישראל, חוק העונשין מבדיל בין עבירת פשע (עבירה שנקבע לה עונש חמור ממאסר לתקופה של שלוש שנים) לעבירת עוון (עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים ושאינה עולה על שלוש שנים; ואם העונש הוא קנס בלבד - קנס העולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום) לעבירת חטא (עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה שאינה עולה על שלושה חודשים, ואם העונש הוא קנס בלבד - קנס שאינו עולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום). ראו ס' 24 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. ניתן כמובן להרחיב את היריעה של יצירות בלתי-חוקיות מעבר לסיווג של עבירת פשע, בהתאם לאופייה של העבירה, אך כוונתי העיקרית היא להדגיש את אותן עבירות פליליות שהמחוקק קבע כחמורות ביותר.

⁹ ראו למשל בישראל, ס' 214 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

¹⁰ במקרה של גרפיטי, מובן שמדובר ביצירה שעצם עשייתה מהווה עבירה פלילית (עוון), אך ביצירה עצמה, במנותק מן המעשה הפלילי, אין עבירה על חוקי העונשין.

¹¹ ראו: [44th Annual Report of the Register of Copyrights, COPYRIGHT OFFICE 29 \(1941\)](#). בשנת 1959 נקבע כי ההחלטה נתונה לשיקול דעת הרשם. ראו: Walter J. Derenberg, *Copyright Law*, 35 N.Y.U. L. REV. 650, 654 (1979); Dan W. Schneider, *Authority of the Register of Copyrights to Deny Registration of a Claim to Copyright on the Ground of Obscenity*, 51 CHI.-KENT L. REV. 691, 704 n.79 (1975).

¹² ראו למשל: *Barnes v. Miner*, 122 F. 480 (S.D.N.Y. 1903); *Broder v. Zeno Mauvais Music Co.*, 88 F. 74 (N.D. Cal. 1898); *Richardson v. Miller*, 20 F. Cas. 722 (No. 11791) (C.D. Mass. 1877); *Bullard v. Esper*, 72 F. Supp. 548 (N.D. Tex. 1947); *Hoffman v. le Traunik*, 209 F. 375, 379 (N.D.N.Y. 1913); *Dane v. M. & H. Co.*, 136 U.S.P.Q. 426 (N.Y. Sup. Ct. 1963); *Shook v. Daly*, 49 How. Pr. 366 (N.Y. Sup. Ct. 1875); *EATON*

לעבירה פלילית הקנה פעמים רבות הגנה למי שהיה מפר לכאורה.¹³ מנגד, נדמה כי קיים שינוי מהותי בגישה זו כיום. שינוי זה החל עם פסיקת בית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז החמישי בשנת 1979, שקבע כי הסרט הפורנוגרפי "Behind the Green Door" זכאי להגנה של זכות יוצרים ללא צורך בבחינת השאלה האם מדובר בסרט תועבה.¹⁴ חיזוק למגמה זו ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז התשיעי, בו נקבע כי הפרה של יצירות "תועבה" איננה מקנה הגנה למפר.¹⁵ פסיקות אלו אמנם אינן מהוות הלכה מחייבת, אך יש בהן כדי להצביע על שינוי מהותי בגישת בתי המשפט האמריקנים בכל הנוגע ליצירות בלתי-חוקיות. על-אף שבמחוזות אחרים התנערו מפסיקה זו,¹⁶ נדמה כי הדעה הרווחת כיום לפרשנות ההסדרה המשפטית בכל הנוגע לזכות יוצרים היא שיצירות בלתי-חוקיות מוגנות ככל שאר היצירות. האם מדובר בגישה ראויה?

לשם בחינת שאלה זו, ראוי לבחון תחילה האם "גישת האדישות לתוכן" של דיני זכות יוצרים נבונה.¹⁷ יתכן שמענה לשאלה סבוכה זו יימצא בבסיס התיאורטי להצדקת מתן ההגנה. לכך קיימות מספר גישות שונות התלויות במידה רבה בשיטת המשפט המדוברת. באופן מסורתי, נהוג לייחס חשיבות יתרה לתיאוריית העבודה, תיאוריית האישיות ותיאוריית התמריצים כתיאוריות המרכזיות בתחום.¹⁸ כך, תיאוריית העבודה שמבוססת על משנתו של ג'ון לוק, גורסת כי הזכות הקניינית נרכשת עקב העמל שהושקע בעבודה;¹⁹ תיאוריית האישיות מצדיקה את מתן ההגנה עקב הכרה בזכות הטבעית של היוצר ביצירותיו;²⁰ ולבסוף, תיאוריית התמריצים גורסת כי יש לתת ליוצר תמריץ כלכלי על-מנת שיצור יצירות שיתרמו לרווחת הכלל.²¹ בנקודה זו, ניתן להצביע כי רק זו האחרונה – תיאוריית התמריצים – מתייחסת באופן ישיר לשאלת האדישות

.S. DRONE, A TREATISE ON THE LAW OF PROPERTY IN INTELLECTUAL PRODUCTIONS 185 (1879)

¹³ Bonnie Wilkinson, *Recent Development*, 46 FORDHAM L. REV. 1037, 1038-40 (1978)

¹⁴ Mitchell Bros. Film Grp. v. Cinema Adult Theater, 604 F.2d 852 (5th Cir. 1979)

¹⁵ FlavaWorks, Inc. v. Gunter, 689 F.3d 754, 755 (7th Cir. 2012) ("the prevailing view is that even illegality is not a bar to copyrightability."); Jarotech, Inc. v. Clancy, 666 F.2d 403, 408 (9th Cir. 1982)

¹⁶ ראו למשל, במחוז השני, Next Devil Films, Inc. v. Nectar Video, 29 F. Supp. 2d 174 (S.D.N.Y. 1998); Phase Distrib., Inc. v. Does 1-27, 284 F.R.D. 165, 171 (S.D.N.Y. 2012)

¹⁷ ניתן לטעון כמובן, שדיני זכות יוצרים אינם אדישים כלל לתוכן, שכן אף שאלת המקוריות של יצירה נוגעת בבסיסה בבחינת מידה מסויימת של יצירתיות ובחינה האם היצירה מפרה יצירות מוגנות.

¹⁸ ראו: Neil W. Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283 (1996)

¹⁹ אך לכך יש חריג, בו אסור לאדם ליטול מנחלת הכלל יותר מהסביר. ראו: JOHN LOCKE, THE SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT (1690); Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO L.J. 287 (1988)

²⁰ נהוג לייחס תיאוריית זו למשנתו של הגל. ראו: GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, ELEMENTS OF THE PHILOSOPHY OF RIGHT (1821)

²¹ לניתוח תיאוריית התמריצים, ראו למשל: William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEG. STUD. 325 (1989)

לתוכן, שכן היא מציבה שיקולים תועלתיים-חברתיים כחלק מהמשוואה הנוגעת למתן הזכות. אך מבלי לקבוע מסמרות לעניין זה, ניתן לפחות לקבוע כי התאוריות המרכזיות בבסיס הקניינית ההגנה על זכות יוצרים אינן בהכרח חד-משמעיות בכל הנוגע לגישת האדישות לתוכן.

פגיעה אל מחוץ למחוזות התיאורטיים, עשויה לרמוז שאף בתי מחוקקים סברו כי הקניינית ההגנה על זכות יוצרים קשורה ישירות לקידום ערכים מסוימים בלבד. ראו לדוגמה את כותרתו של חוק זכות יוצרים המודרני הראשון – "חוק המלכה אן" בבריטניה – שהוגדר כ-"חוק לעידוד לימוד".²² דוגמה נוספת מגיעה מחוק זכות היוצרים האמריקני, שנולד מתוך הסמכות החוקתית של הקונגרס לחוקק חוקי קניין רוחני שמטרתם "לעודד את ההתקדמות של הידע והאמנות השימושית".²³

ככל שקידום ידע מהווה בסיס למתן הגנה בזכות יוצרים, ניתן לומר שיצירה שאינה מקדמת את הידע אינה ראויה להגנה של זכות יוצרים. בנקודה זו צריך לחלק את הטענות לשתי תובנות אפשריות: טענת הידע **במובן הרחב** תגרוס כי כל יצירה מקורית תורמת לידע, ללא קשר לתוכנה, וזהו קו הגבול בו דיני זכות יוצרים עוצרים וחדלים מלהתערב בבחינת תוכן היצירה. מנגד, טענת הידע **במובן הצר** תדחה על הסף את קודמתה, ותגרוס כי רק ידע אשר יש בו תרומה מהותית לידע האנושי – או לכל הפחות תרומה מעבר למומחים בתחום – היא זו שיש להגן עליה כדיני זכות יוצרים ותו לא. אדגים גישות אלו. אם נבחן את המקרה של חומר פדופילי כדוגמה, על-אף התחושה הקשה שמעוררת "יצירה" זה בקרב מרבית הציבור, טענת הידע במובן הרחב תגרוס כי יצירות מעין אלו תורמות למומחים בתחום דוגמת קרימינולוגים. מנגד, טענת הידע במובן הצר תגרוס כי אין מדובר בקידום ידע ממשי של הידע האנושי, ועל-כן, אין הצילום ראוי להגנה של זכות יוצרים.

אולם, כאשר היצירה עצמה אינה מהווה עבירה פלילית כשלעצמה, אלא נעשתה בצורה אגבית לעבירה פלילית, אזי יתכן שנגיע למסקנה שונה. אם ניקח יצירת גרפיטי כדוגמה, אשר התבצעה על רכוש של אחר ללא הסכמתו, על-אף שהפעולה עצמה בלתי-חוקית,²⁴ יתכן שביצירה עצמה יש תרומה מספיקה לידע ולתרבות בכלל. מנגד, ניתן לטעון כי על-אף קידום הידע, יתכן שהוא מינימלי ביותר, ועל-כן ניתן לטעון כי אין זה רצוי שהחוק יתמרץ יצירות אלו מתוך ההתחשבות באינטרס הציבורי כנגד השחתה של קניין.

²² "An Act for the Encouragement of Learning". Copyright Act 1709, 8 Ann., c. 19. ראו:

²³ בנוסח המקורי: "To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries." U.S. CONST. art. 1 § 8; תרגום המונח science המתייחס לזכות יוצרים בעניין זה, הוא "מדע" במובן ידע ולמידה ולאן דווקא מדע במובנו הנוכחי, עקב העובדה שכך התייחסו למונח זה במאה ה-18 כאשר ההגדרה הומשגה. ראו לעניין זה: Edward C. Walterscheid, *To Promote the Progress of Science and Useful Arts: The Background and Origin of the Intellectual Property Clause of the United States Constitution*, 2 J. INTELL. PROP. L. 1, 51 (1994); Karl B. Lutz, *Patents and Science: A Clarification of the Patent Clause of the U.S. Constitution*, 32 J. PAT. OFF. SOC'Y 83, 84 (1950).

²⁴ ראו למשל בישראל, ס' 196 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (עבירת עוון).

בכל הנוגע ליצירות שנופלות בגדר הקטגוריה השלישית של יצירות בלתי-חוקיות – אותן יצירות "מוניטין" אשר נבנות על המוניטין הקודם של מבצע העבירה ולעיתים אף יהיו קשורות באופן ישיר לנושא העבירה – טענה בדבר חוסר קידום הידע צפויה להיכשל. יצירות אלו עשויות בהחלט להיות מועילות לחברה ואף לקדם את הידע. טלו, למשל, לוחמי-חירות אשר יצאו כנגד ממשלים מדכאים וקוטלגו על-ידי המדינה כעבריינים – דוגמת נלסון מנדלה – האם אין ליצירותיו ערך רב? גם יצירות הקשורות באופן ישיר לעבירות פליליות עשויות לעבור משוכה זו. יתרה מכך, ייתכן שיש תועלת ממשית ביצירות מעין אלו, שכן הן עשויות להוות חלק משיקומו של העבריין. מנגד, אל לנו לשכוח את נפגעי העבירה ואת האינטרס המדינתי לפצות כראוי ולהגן עליהם מפני נזק נוסף. דמיינו לעצמכם, למשל, שהאדם שפגע באדם קרוב לכם, כתב על כך רב-מכר מבין כותלי בית הסוהר. גם בהנחה שמדובר בתרומה ממשית לידע האנושי – האם הפגיעה בנפגעי העבירה מצדיקה את מתן הזכות?

מנקודת מבט נורמטיבית, קשה לטעון כי מדובר במצב ראוי כאשר החוק, בשוקלו שיקולי תמריצים, מעודד את שלל היצירות הבלתי-חוקיות. יצירות רבות אינן מקדמות את הידע, ואף גורמות לפגיעה נוספת בקורבנות העבירה. האם במקרים אלו הציבור מעוניין להגן על יוצרי היצירה בדרך של זכות קניינית? ובמילים אחרות, האם ראוי שדיני זכות יוצרים יתערבו ויחילו תניות ייחודיות לאותן יצירות בלתי-חוקיות? לשם בחינת שאלות אלו, ראוי תחילה לבחון את שאלת האדישות לתוכן בדיני זכות יוצרים בהקשר זה.

גישת האדישות לתכנים בלתי-חוקיים עשויה להיות רצויה ממספר רבדים: הטלת מגבלות עלולה ליצור חסם ליצירת יצירות מסוימות שעשויות להיות מועילות לחברה, ובכך להוביל לאפקט מצנן על יצירות ועל חופש הביטוי;²⁵ מגבלות על יצירות בלתי-חוקיות עלולות להוביל להגדלת תפוצתן של יצירות פוגעניות שכן ניתן להשתמש בהן ללא רשות וללא תשלום;²⁶ הטלת הקביעה בידי המדינה (בתי המשפט – בהיעדר רשם זכות יוצרים) בדבר מה נכנס לגדר יצירה בלתי-חוקית עלול להיות לא רצוי שכן הוא עלול להיתפש כצנזורה מדינתית;²⁷ לבסוף, שוני בין גישות של מדינות שונות בעניין זה עלול להוביל להבדלים מהותיים בין הגנה על יצירות במדינות שונות ולפגוע בנסיון ההרמוניזציה של דינים אלו.

מנגד, יתכן שאדישות לתוכן אינה בהכרח רצויה. יצירות בלתי-חוקיות לא רק שאינן בהכרח תורמות לידע ולחברה, הן עלולות להוביל לפגיעה נוספת בקורבנות העבירה ומשפחותיהן, ועל-כן יתכן שרצוי להסיר את התמריץ הכלכלי שעומד בבסיס הזכות.²⁸ בנוסף, ככל שלא נסדיר

²⁵ Ronald L. Green, *The Obscenity Defense to Copyright Revisited*, 69 Ky. L.J. 161, 182 (1980)

²⁶ ראו: Jeffrey M. Ferguson, *The Obscenity Defense Denied: The Rise of a Rational View of Copyright*, 9 W. St. U. L. Rev. 85, 95 (1981)

²⁷ Schneider, לעיל ה"ש 11, בעמ' 720.

²⁸ על התמריץ הכלכלי ליצור חומר פדופילי, ראו למשל: ("[T]he advertising and selling of child pornography provides an economic motive for and is thus an integral part of the production of such materials, an activity illegal throughout the nation.") New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 747 (1982)

את הרווחים מיצירות אלו, לא יהיה ניתן להשתמש בהם לפיצוי נפגעי העבירה; לבסוף, יתכן שהחברה תראה במתן הזכות כמעין חותמת ממשלתית שמאשררת ואף מעודדת יצירות מעין אלו, ובעקיפין, את הפשע שבוצע.²⁹

אין זו משימה קלה לאזן יתרונות וחסרונות אלו ולהכריע ידו של מי על העליונה. יתכן מאוד שדיני זכות היוצרים אינם האכסניה הראויה לטפל בבעיות אלו, ויש להשתמש בדינים קיימים אחרים – כגון דיני עשיית עושר ולא במשפט – על-מנת לבחון כל מקרה לגופו.³⁰ אך דינים אלו אינם ודאיים מספיק על-מנת להכיל את שלל פעולות הרווח מיצירות בלתי-חוקיות. הסדר חלקי לבעיית הרווחיות הנובעות מהמוניטין שנצבר מיוצר שהורשע בפלילים הוצע במשפט האמריקני באמצעות חילוט רווחים של עבריינים מיצירותיהם. חקיקה זו, המוכרת כ-חוקי "הבן של סאם" (Son of Sam),³¹ אף אומצה בישראל.³² כך, חוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות מאפשר לחלט רווחי פרסום דבר שעניינו עבירה, אשר הפיק אדם שהורשע בביצוע אותה עבירה.³³

נדמה כי חקיקה שמאפשרת חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות ראויה. בגרסתה במשפט הישראלי מתקיים גם איזון ראוי ומידתי של אינטרסים וזכויות כגון חופש הביטוי והזכות הקניינית. בית המשפט המחוזי הוא זה שיכריע באיזו מידה יחולטו הרווחים (כולם או חלקם), אם בכלל, ובבואו להכריע בסוגיה, ישקול את קיומו של ערך חינוכי או שיקומי לפרסום, ואת מידת ההשפעה של הפרסום על נפגע העבירה.³⁴ אך מלבד ביקורות שונות על חקיקה זו, דוגמת

²⁹ ראו: Christopher Thomas McDavid, *I Know It When I See It: Obscenity, Copyright, and the Cautionary Tale of the Lanham Act*, 47 U. LOUISVILLE L. REV. 561, 562 (2009).

³⁰ ראו בעניין זה בדין האמריקני: RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 1. Note, *Can Intellectual Property Law Regulate Behavior - A Modest Proposal for Weakening Unclean Hands*, 113 HARV. L. REV. 1503, 1504-05 (2000); Haber ה"ש 1, בעמ' 486-500.

³¹ חוקים אלו קיבלו את שמם עקב רצונו של הרוצח-הסדרתי דיוויד ברקוביץ' להרוויח ממכירת סיפורו. ראו: [David L. Hudson Jr., 'Son of Sam' laws, FIRST AMENDMENT CENTER \(June 4, 2004\)](#). החוק הראשון בארצות-הברית חוקק במדינת ניו-יורק בשנת 1977 וחייב כל אדם או חברה המתקשר עם אדם המואשם או מורשע בפשע למטרת הפקת סרט, ספר, מאמר, הקלטה או דומיהם כאשר אלו מתארים את מחשבותיו, רגשותיו ודעותיו לגבי הפשע, להעביר את הרווחים לגוף מנהלי שמטרתו לשפות נפגעי עבירה. ראו N.Y. EXEC. LAW § 632-a (McKinney 1982); חוק זה נפסל על-ידי בית המשפט העליון עקב הפגיעה בחופש הביטוי. ראו: *Simon & Schuster, Inc. v. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105 (1991). לאחר מכן, החוק תוקן ועדיין בתוקף, כמו גם במדינות רבות נוספות בארה"ב ואף ברמה הפדרלית. ראו: N.Y. EXEC. LAW § 632-a (McKinney Supp. 1994); 18 U.S.C. § 3681 (2012).

³² לניתוח המצב בישראל ראו צחי קרן-פז "פרסום אודות עבירה או פרסום בשל עבירה: על בעיית הכללת החסר בחוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות" הפרקליט מח 459 (תשס"ו).

³³ חוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות, התשס"ה-2005, ס' 2.

³⁴ שם.

משך תקופת ההתיישנות הקבועה כיום בחוק,³⁵ יש לציין כי החוק אינו נוגע לכלל הבעיות העולות מיצירות בלתי-חוקיות. כך, למשל, הוא אינו נוגע באופן ישיר לרווחים שנוצרו עקב המוניטין שצבר עבריו מורשע, כאשר יצירותיו אינן נוגעות לנושא העבירה. כך, פורץ מפורסם יכול להשיא רווחים מפרסום חברת אבטחה או יצרנית מנעולים. בנוסף, הוא אינו מתייחס באופן ישיר למצבים רווחיים נוספים אפשריים של יצירות בלתי-חוקיות אשר אינם נוגעים למוניטין – קרי, אינו אוסר על זכות תביעה בגין הפרת זכות יוצרים. אם, לדוגמה, יוצר חומר פדופילי יתבע מפריס על הפרת זכותו – החוק לא יחול. בנוסף, חוק זה גם אינו מונע את המשך הפצתה של היצירה, אלא עוסק רק בחילוט רווחיה. כך, יתכנו מצבים בהם השליטה ביצירה נותרת בידי העבריו, שעשוי להפיצה ללא קשר לשאלת רווחיותה ובכך לפגוע בנפגעי העבירה.

בד בבד, החוק מצליח לטפל במקרים רבים הקשורים ליצירות בלתי-חוקיות, ללא הזדקקות לחוק זכות יוצרים, ואולי בכך טמון כוחו. יתכן מאוד כי אין זה תפקיד משטר זכות היוצרים לעסוק בתוכן של יצירות באופן כללי. בחינה כזו מעוררת בעיות רבות הנוגעות לזכויות יסוד דוגמת חופש הביטוי, ועל-כן ראוי שכלל שיעשו, הן יעשו בזהירות המרבית ותחת ביקורת שיפוטית ראויה. אך בד בבד, בין אם במסגרת דיני זכות יוצרים או מחוצה להם, אל למשפט, ככלי להכוונת התנהגות, להתעלם מהבעיות הנובעות מיצירות בלתי-חוקיות. על המחוקק לבחון את שלל המצבים האפשריים של יצירות בלתי-חוקיות תחת חוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות, ולהותיר לבית המשפט מרווח פרשנות לבחון כל מקרה לגופו. תחת בחינה מדוקדקת וקפדנית זו, יתכן שיש להעניק לבית המשפט סמכות, במצבים מסוימים כמו אלו אשר רמת הפגיעה שבהם עולה בהיקף ניכר ובולט על התרומה שלהם לידע האנושי (דוגמת חומר פדופילי), להפקיע את זכות היוצרים ביצירה מידי העבריו, ואף להעביר את השליטה בה לנפגעי העבירה. כך, יוכלו נפגעי העבירה לקבל פיצוי מסוים עבור נזקם האפשרי ולנסות להפחיתו באמצעות שימוש באגד הזכויות הקנייניות שלהם ולנסות למנוע, או לכל הפחות להפחית, את תפוצתו.³⁶

ד. סיכום

שאלת ההגנה על יצירות בלתי-חוקיות – שאלה סבוכה היא. אין עוררין שהמדינה אינה מעוניינת לתמרץ יצירות שאינן מועילות לחברה, כל שכן כאשר עבריינים יוכלו להרוויח מעבירות אלו. ניתן לדמות זאת לשאלה עתיקת היומין "הרצחת וגם ירשת?" ואת הפתרון האפשרי למעין תקנת הציבור. מנגד, אין זה בהכרח תפקידם של דיני זכות היוצרים לערוך איזון שכזה. על-כן, מוצע באופן כללי לאפשר את היצירות הללו במסגרת דיני זכות יוצרים בישראל, אך להגביל את הרווחיות שלהן באמצעות תיקון חוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות. מוצע גם

³⁵ החוק קובע כי לא ניתן להגיש בקשה לחילוט רווחים במקרים בהם הפרסום נעשה למעלה מחמש שנים מיום ההרשעה או למעלה משלוש שנים מיום סיום ריצוי מאסר בפועל, לפי המאוחר או כאשר חלפו חמש שנים מיום הפרסום. ראו שם, ס' 3.

³⁶ קצרה היריעה מלפרט פתרונות אפשריים בדמות אלו המוצעים ברשימה זו. להרחבה, לפחות בכל הנוגע לשיטת המשפט האמריקנית, ראו Haber, לעיל ה"ש 1, בעמ' 486-500.

אלדר הבר "הגנה על יצירות בלתי-חוקיות" הגבול המוסרי של הקניין הרוחני 10-18 (מיכאל בירנהק ואור כהן-ששון עורכים,
(2018

להעניק לבית המשפט סמכות, במצבי-קיצון, להפקיע את זכות היוצרים באותן יצירות שרמת
הפגיעה שבהן עולה על מידת תרומתן לידע האנושי, ולהעבירה לשליטת נפגעי העבירה.

הגבול המוסרי לזכויות המוסריות

מאת

קים טרייגר-בר-עם*

מבוא * מוסר * הגבול המוסרי: האוטונומיה של כל צד

* הגבול המוסרי: חופש הביטוי של כל צד * סבירות *

כלים משפטיים ומוסריים נוספים * מסקנות

א. מבוא

הזכות המוסרית לשלמות היצירה מאפשרת ליוצרת למנוע עיוותים ושינויים אחרים ביצירתה, אשר עלולים לפגוע בשמה הטוב או בכבודה. אין בחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 ("החוק") הוראה מפורשת להגבלת הזכות מטעמים מוסריים, כפי שמופיעה בחוקים אחרים של קניין רוחני בישראל.¹ האם קיימים עקרונות הנובעים ממוסר בדוקטרינת הזכויות המוסריות? ניתן גם להעלות שאלה נורמטיבית בעניין זה: האם ראוי שיחולו עקרונות כאלו? רשימה זו עוסקת בהיבטים של החוק והמשפט שמשקפים מוסר. אטען, שראוי כי הדוקטרינה תשקף עקרונות של אתיקה בתקשורת בין היוצרים לציבור.

הדיון מתחיל בהגדרה של המושג מוסר. אמשיך בניתוח של ההגבלות בחוק ובמשפט לפי אמות המוסר. תחילה יידונו הגבלות ביחס לערכים של חירות וכבוד, ולאחר מכן ביחס לחופש הביטוי. ערכים מוסריים אלו מגנים על זכויותיהן של כל היוצרות, כלומר, היוצרת הקודמת והיוצרות המאוחרות לה. לכן, ראוי שהן הזכות והן ההגנה בתביעה להפרת הזכות תשקף ערכים אלו. בהמשך, הרשימה בוחנת את ההגנה הסטטוטורית של הזכות המוסרית. הדיון יסתיים בהצגה של כלים נוספים העומדים לרשות בית המשפט, שעה שהוא שוקל להגביל את אכיפת הזכות המוסרית בנסיבות שנראות בעיניו ראויות לכך.

המגבלה המוסרית שבמרכז הדיון היא בהגנה על זכות הנתבעת (כלומר, היוצרת המאוחרת). בחינת הגבול המוסרי של הזכות המוסרית מחזקת את תחושת אי המוסריות שיש בהתעלמות מאוטונומיית הביטוי ובכבוד של הנתבעת. ייתכן שיועלו שאלות נוספות על מגבלות אפשריות של אכיפת הזכות המוסרית כלפי תוכן היצירה, כגון האם על בית המשפט לדחות את בקשת התובעת או הנתבעת להגן על יצירה פורנוגרפית,² אולם באלה לא אדון כאן.

ב. מוסר

מהו מוסר? רשימה קצרה זו אינה המסגרת לפתח נושא כה רחב; אך, אציין את דרך השימוש במושג זה כאן, כפי שמוכרת בתחום החברה והמשפט, והחשיבות בשיקולי המוסר במשפט.

* המחברת (06 D.Phil. Oxford '98, M.Jur. Oxford '89, J.D. Yale '85, B.A. Yale '85) מלמדת בישראל ובאנגליה, וכותבת על משפטים ופילוסופיה.

¹ ראו סעיף 511(5) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 (סימן אינו כשר לרישום אם "לא ניתן לרשום סימן מסחר שיש בו ביטוי שאינו מוסרי"); סעיף 5 לחוק העיצובים, התשע"ז-2017 ("עיצוב שיש בו משום פגיעה בתקנת הציבור לא יהיה כשיר להגנה").

² לדוגמאות שהגיעו לבתי משפט בארצות הברית, ראו ROBERTA ROSENTHAL KWALL, THE SOUL OF CREATIVITY: FORGING A MORAL; RIGHTS LAW FOR THE UNITED STATES 8, 169 (2010).

(1) הגדרת המוסר

המושג מוסר מתייחס לעקרונות שמקובלים בחברה. אין הכוונה להביא את הדעה המקובלת על פי רוב אנשי קהילה או חברה מסויימת (popular morality), לפי המושג שפיתח לורד דבלין.³ הדין מתייחס לעקרונות שלפיהם מבוססים הערכים הבסיסיים של החברה, במובן שרונלד דוורקין פיתח (political morality). כפי שדוורקין כתב, הפרשנות המשפטית הראויה לתיקים קשים (hard cases) היא פרשנות הנסמכת על עקרונות אלו באופן עקבי.⁴

(2) ערכים מוסריים וקודים אתיים

רשימה זו דנה בעקרונות מוסריים ובקודים אתיים. מה ההבדל בין מוסר לבין אתיקה? השימוש כאן במונח מוסר מתייחס לעקרונות וכללים אוניברסליים שמנחים כל פרט. אתיקה מתייחסת לקודים באשר ליחסים חיצוניים של הפרט, וההתנהגות בין אנשים.⁵ ההתמקדות היא בעקרונות של אוטונומיה, חירות וכבוד, עקרונות מוסריים שמקובלים בחברה. בנוסף לעקרונות מוסריים אלו, יידונו קודים אתיים בנוגע להתנהגות הולמת בין פרט אחד לאחר, שמוכרים בדוקטרינת זכויות מוסריות. לדוגמה, התנהגות סבירה ותום לב.

(3) מחשבה יהודית וקאנטיאנית

שתי מערכות מוסר שנוגעות לעקרונות וקודים של התנהגות הן מחשבה קאנטיאנית ויהודית.⁶ הגישות המוסריות במערכות אלו יוזכרו כאן על מנת לעגן את העקרונות של אוטונומיה, חירות וכבוד של כל היוצרות, הקודמת והמאוחרות.

(4) מדינה יהודית ודמוקרטיה

עקרונות מוסריים של חירות וכבוד מהווים בסיס של חברה ליברלית. הם משתקפים בערכים היהודיים ודמוקרטיים אשר מהווים סטנדרט חוקתי במשפט הישראלי על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("חוק היסוד").

כאשר תביעה להפרת זכות מוסרית נוגעת בזכות החירות או הכבוד של יוצרת, ראוי לדון בחוק היסוד. כלומר, ייתכן שהכרה בזכות של היוצרת הקודמת (התובעת) תגביל את זכותה של יוצרת מאוחרת (הנתבעת), או שהכרה בהגנה של יוצרת מאוחרת תגביל את זכותה של היוצרת הקודמת. על בית המשפט לשקול את העקרונות המשפטיים והמוסריים בעניין אוטונומיה וכבוד של שני הצדדים לתביעה. במקרים אלו, על בית המשפט לשקול את הערכים הדמוקרטיים והיהודיים של מדינת ישראל.

³ PATRICK DEVLIN, THE ENFORCEMENT OF MORALS (1959)

⁴ RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986) (judicial integrity applied to hard cases, upon coherence and fit)

⁵ יש הגדרות שונות לביטויים "מוסר" ו"אתיקה", ראו למשל: RONALD DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS 25 (2011).

⁶ על ההתאמה בין הפילוסופיה הקאנטיאנית למחשבה היהודית בדוקטרינת זכויות מוסריות, ראו קים טרייגר-בר-עם "אוטונומיה של ביטויי כבסיס הנורמטיבי לזכויות יוצרים" קניין רוחני: עיוניים בינתחומיים 35 (מרים ביטון-מרקוביץ וליאור זמר עורכים, 2015).

(5) פונקציית המשפט: היעד של החברה

מדוע לנו לדון במוסר? התנגשות בזכויות של הצדדים לתביעה דורשת שקילת ערכים יהודיים ודמוקרטיים, שנובעים מעקרונות מוסריים. יתר על כן, ישנה גישה בולטת שרואה במשפט גשר לחברה ראויה יותר, שאליה ראוי לשאוף.⁷ בהתאם, ראוי להתחשב במוסר, כולל באוטונומיה ובכבוד של שתי היוצרות ביחס לזכות המוסרית.

ג. הגבול המוסרי: האוטונומיה של כל צד

הזכות המוסרית לשלמות היצירה היא זכות משפטית. השם "זכות מוסרית" הוא תרגום שגוי מצרפתית *droit morale*. המקור של הזכות הוא במשפט הצרפתי, ובצרפת הביטוי *droit morale* מקבל משמעות של זכות מנטלית, אינטלקטואלית, או ספיריטואלית.⁸ הזכות אינה מוסרית לעומת משפטית אלא משפטית לכל דבר, אך עם זאת, קיים גם מוסר בזכות המוסרית. יתואר כאן איך הגנת האוטונומיה של היוצרת הקודמת והמאוחרת משקפות מוסר.

הזכות מספקת ליוצרת שליטה על אופן הביטוי של יצירתה, כלומר מגנה על אוטונומיית הביטוי שלה. ערכים בחברה דמוקרטית-ליברלית מכירים באוטונומיה של האדם, ובכלל זה של יוצרות. הגנה על אוטונומיה הינה עמדה מוסרית.

הן הפילוסופיה הקאנטיאנית והן המחשבה היהודית מכירות באוטונומיה ובחירות האדם, ולכן גם באוטונומיית הביטוי של יוצר. הפילוסוף עמנואל קאנט הדגיש את חשיבות האוטונומיה בכלל, והתייחס גם בפרט לצורך באי-עיוות המילים ביצירתו של סופר,⁹ שכן עיוות מהווה דיבור כפוי.¹⁰ התנ"ך מבסס את החירות של האדם ואת אוטונומיית הביטוי שלו.¹¹ מקורות יהודיים דורשים אתיקה בתקשורת בין אנשים, ומתייחסים גם ליוצרים. למשל, במשך דורות התנגדו רבנים לסילוף דברים שנכתבו על ידי מחבר, כמו שלעיתים נמצא בליקוטים (ספרים אשר מביאים לקט מדברי אחרים).¹²

יש גם להגן על האוטונומיה של היוצרת המאוחרת בקונפליקט משפטי, שנתבעת על ידי היוצרת הקודמת, שיצירתה שונתה. היוצרת המאוחרת מבטאת את האוטונומיה שלה דרך השינוי שמבצעת ביצירה שקדמה ליצירתה. גם ההגנה על אוטונומיית ביטוי זו מהווה עמדה מוסרית.

הגנה לאוטונומיה של היוצרת המאוחרת נדרשת גם על ידי ערכים מוסריים בדמוקרטיה-ליברלית, ואכן מודגשות בפילוסופיה הקאנטיאנית ובמחשבה היהודית. קאנט כתב על המצבים שבהם סופר משתמש בספר שקדם לעבודתו שלו, ומשנה אותו. קאנט ראה את החשיבות בהגנה על הסופר המאוחר ואת החשיבות שיכתוב וידבר עם הציבור. גם המחשבה היהודית תומכת ביצירתו של היוצר המאוחר. הדרישה ההלכתית לאפשר עיבוד של יצירה נזכרת בפסק דין **דוד**

⁷ Robert M. Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4 (1983). שאיפה זו למשפט היא שאיפה מודרנית ומשקפת את העמדה של אפלטון ואריסטו ביוון העתיקה. ראו: ROGER COTTERELL, INTRODUCTION TO SOCIOLOGY OF LAW 49 (2d ed.)(1992).

⁸ יהושע ויסמן הציע שעדיף לקרוא לזכויות אלו זכויות אישיות. ראו יהושע ויסמן "הזכות האישית (Droit Moral) בדיני זכות יוצרים" **מחקרי משפט** ז 51 (1989).

⁹ ראו את מאמרו של קאנט: "On the wrongfulness of unauthorized publication of books" (1785).

¹⁰ בקשר לביטוי כפוי, ראו: ABRAHAM DRASSINOWER, WHAT'S WRONG WITH COPYING? (2015).

¹¹ חיים כהן **זכויות אדם במקרא ובתלמוד** (1988).

¹² נחום רקובר **זכות היוצרים במקורות היהודיים** 41-42, 76 (1991). בנוסף, נאמר כי שינוי בדברי חכמים על ידי אחרים עלול להוביל לזילות ביחס לחכמה. מסכת אבות א, יא. סילוף מביא לעדות כוזבת. טדסקי מתייחס לשינויים שהוכנסו ליצירה כעדות כוזבת לגבי היוצר. ראו ג'ד טדסקי "הקניין הרוחני וזכויות האישיות" **משפטים** י 392, 403 (1980).

"הכי טוב") **דבש נ' אדלר חומסקי & ורשבסקי**: "גזלן אשר עשה שינוי בנכס הנגזל פטור הוא מהשבה." ¹³

אף שרשימה זו מתרכזת בזכות לשלמות היצירה (סעיף 46(2) לחוק זכות יוצרים), ניתן לראות מוסריות גם בזכות המוסרית המאוחרת שיש בחוק, בקשר לייחוס שמו של יוצרת ליצירתו (סעיף 46(1) לחוק). קאנט הכיר בצורך לייחוס שם הסופר לספרו, ואילו את השינויים שנעשו בספר לסופר המאוחר. כמו כן, נאמר בתלמוד כי "כל האומר דבר בשם אומרו מביא גאולה לעולם". ¹⁴ יתר על כן, היצירתיות עצמה דורשת הגנה. יצירתיות היא פעולה של ביטוי דרך העתקות הכוללות שינויים ליצירות תרבותיות קודמות. ¹⁵ ניתן לטעון שיש פן מוסרי בהגנה על ההתפתחות התרבותית. ג'ון סטוארט מיל ראה את החשיבות לחברה בהתפתחות הפרט דרך ביטוי, וכן את מימוש חירותו של הפרט בעצם הביטוי. ¹⁶

לפיכך, יש להגן על האוטונומיה של כל היוצרות. נהוג לקרוא לצדדים לתביעה בשמות נפרדים: לתובע קוראים "היוצר המקורי", ולנתבע קוראים "המשתמש" או "המשנה", או פשוט "הנתבע". ¹⁷ אך במקרה של שימוש ושינוי קונסטרוקטיבי / טרנספורמטיבי (כפי שיתואר להלן), גם היוצרת המאוחרת היא יוצרת, ¹⁸ וקיים היבט מוסרי בהגנה על אוטונומיית הביטוי של כל אחת מהן.

ד. הגבול המוסרי: הכבוד של כל צד

מגבלה מוסרית נוספת על אכיפת הזכות ועל הגנתה נמצאת בערך של כבוד. הזכות המוסרית לשלמות היצירה מאפשרת ליוצרת הקודמת למנוע רק שינויים ביצירה שעלולים לפגוע בכבודה או בשמה הטוב, על פי סעיף 46(2) לחוק. הזכות המוסרית שמגנה על האוטונומיה של היוצרת-התובעת, מגנה על הכבוד שאוטונומיה מבססת. גם הגנה על האוטונומיה של היוצרת המאוחרת מגנה על כבודה. נראה שמקור הדאגה לכבוד של כל היוצרת הוא במוסר.

קאנט טען שאוטונומיה מבססת כבוד. ¹⁹ הכבוד שקאנט התייחס אליו הוא dignity. משום שזכות המוסרית מגנה על אוטונומיה, ניתן לטעון שהיא מגנה על כבוד. ²⁰ מספר בתי משפט בישראל התייחסו לזכות המוסרית כמגנה על כבוד. ²¹

¹³ ע"א (מחוזי י-ם) 6157/04 דוד ("הכי טוב") **דבש נ' אדלר חומסקי & ורשבסקי**, המצטט את ד' אלינר, "האמנם יכל מה שיוצא מתחת ידי אדם – שלו הוא?" **תחומין** כא, 460 (תשס"א).

¹⁴ בבלי, מגילה טז, ע"א.

¹⁵ Kim Treiger-Bar-Am, *Copyright, Creativity, and Transformative Use*, in *COPYRIGHTING CREATIVITY: CREATIVE VALUES, CULTURAL HERITAGE INSTITUTIONS AND SYSTEMS OF INTELLECTUAL PROPERTY* 169 (Helle Porsdam ed., 2015).

¹⁶ JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (chapter 3)(1859).

¹⁷ LAWRENCE LESSIG, REMIX: MAKING : לעיתים מתייחסים ליוצרת המאוחרת כ-"recoder, remixer", ראו: ART AND COMMERCE THRIVE IN THE HYBRID ECONOMY (2008).

¹⁸ ניתן להתייחס לצופה ולקוראת כיוצרים. ייתכן שאחת שקוראת ספר או צופה באמנות ויזואלית משתתפת באופן אפקטיבי ביצירת משמעות היצירה. לדיון, ראו ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים" **יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכויות יוצרים** 344 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009). על תפקידו של הציבור ביצירה, ראו ליאור זמר "העסקה החברתית בזכות יוצרים" **משפטים** מו 297 (2017).

¹⁹ IMMANUEL KANT, GROUNDWORK OF THE METAPHYSICS OF MORALS (1785).

²⁰ לטענתי זו, ראו קים טרייגר-בר-עם "הזכות המוסרית, הגנת הסבירות, והאיזונים החיוניים" **עלי משפט** ח 237, 249, 253, 267 (2010). אמנת ברן סעיף 6bis מתייחס ל-honour, אך דומני כי ניתן לפרש את הבטוי כ-dignity במובנו של קאנט. לניתוח ההיבטים של כבוד ראו אורית קמיר, **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** (2004).

המקורות ביהדות גם מתייחסים לקשר בין אוטונומיה לכבוד. המקורות מציינים שאדם נברא בצלם אלקים עם חירות וכבוד.²² המשפט מכיר בחשיבות של הגנת הכבוד של כל אחד ואחת על פי חוק היסוד. כאמור לעיל, כבוד הוא ערך מוסרי בחברה שמודגש בפילוסופיה הקאנטיאנית, במחשבה היהודית, ובערכים היהודיים ודמוקרטיים של מדינת ישראל אנו רואים שהזכות המוסרית מתייחסת לכבוד של היוצרות.

אדון כאן בתנאי לגבי זכותה של היוצרת הקודמת מפני פגיעה בכבודה. בהמשך אדון בכבוד היוצרת המאוחרת. נראה שראוי לכבד את כל היוצרות.

(1) אפשרות הפגיעה ורמתה

החוק אינו מתיר ליוצר להתנגד לכל שינוי ליצירה. על מנת לבסס תביעה של הפרת הזכות המוסרית לשלמות היצירה, השינוי ביצירה אמור להיות משמעותי. שינויים שנחשבים קלים או קטנים אינם מהווים הפרה. בתי משפט דוחים תביעות נגד טענה להפרה עקב "פגיעה מזערית", "דבר של מה בכך", או "זוטי דברים".²³ החוק גם דורש התחשבות בסיכוי שהפגיעה תתממש. טיב ואפשרות הפגיעה מאת השינוי נבחנים על ידי מבחן אובייקטיבי, שמהווה מגבלה על אכיפת הזכות.

החוק דורש לשכנע את בית המשפט באפשרות שהשינוי יביא פגיעה בכבודה של היוצרת. הזכות מונעת שינויים "אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר" (סעיף 46(2) לחוק). גם לפי הנוסח של הדין לפני שנחקק החוק הנוכחי בשנת 2007 (סעיף 4 לפקודת זכות היוצרים, 1924), התנאי לשינוי שהיה נחשב להפרה היה שינוי ש"עלול לפגוע" בכבודו או בשמו הטוב של היוצר.²⁴ ואכן, הנוסח בחוק 2007 מצביע על פגיעה אפשרית. כמו כן, נוסח הזכות במשפט הבין-לאומי מתייחס לפגיעה אפשרית: על פי אמנת ברן, שישראל חברה בה, הזכות המוסרית לשלמות היצירה מאפשרת ליוצר להתנגד לעיוותים "which would be prejudicial".²⁵ בעיניי, בפסק דין ויינברג נ' וייסהוף פירש בית המשפט העליון את החוק ככזה שמציב תנאי של פגיעה ממשית לשם הוכחת פגיעה בשלמות היצירה, וטעה בפרשנות זו.²⁶ בית המשפט דחה את התביעה להפרת זכות המוסרית לשלמות היצירה משום שלא השתכנע שהתקיימה פגיעה בכבודו או בשמו הטוב של התובע. ייתכן שהחלטה זו מסמנת דרישה להוכחת פגיעה

²¹ הכבוד של היוצר הוכר בקשר לזכות המוסרית לשלמות היצירה בענין ת"א (שלום ת"א) 043688/06 רובינגר נ' וואלה! תקשורת בע"מ (5.2.09); לגבי כבוד והזכות המוסרית לייחוס השם, ראו ת"א (שלום ת"א) 075851/04 דורפמן נ' YNET - ידיעות תקשורת בע"מ (2006) (להלן: עניין דורפמן); ולגבי זכויות יוצרים כלכלית ראו רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז (2) 629, 625 (2003).

²² JONATHAN SACKS, COVENANT & CONVERSATION - GENESIS: THE BOOK OF BEGINNINGS 21 (2009)

²³ ת"א (שלום פ"ת) 45536-07-11 אפלדורף נ' יצחק (29.1.13) (להלן: עניין אפלדורף); ת"א (מחוזי מרכז) 5311-04-08 נרקיס נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח' (29.12.2011); ת"א (שלום ת"א) 59647/06 פרי ארנון נ' ל.ה.ב. (1992) לימודי הכשרה בניהול בע"מ (25.12.2008). ראו גם פסק הדין האנגלי אשר דחה את התביעה להפרת זכות לשלמות היצירה לשינוי אשר היה *de minimis*: *Tidy v. Trustees of the Natural History Museum* [1995] 39 I.P.R. 501 (Ch).

²⁴ עלתה שאלה לפי הדין הקודם אם תנאי זה חל על כל שינוי אשר צויין בחוק, או לסוג השינוי אשר תואר מיד לפני ציון התנאי בסיפא של הסעיף. הנוסח החדש בחוק 2007 ברור: הדרישה חלה על כל סוג של שינוי אשר החוק מתאר. ראו רע"א 7774/09 ויינברג נ' וייסהוף (28.8.2012).

²⁵ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Text 1971) Article 6 bis

²⁶ עניין ויינברג, לעיל ה"ש 24, בפס' 28, 26.

ממשית. אני סבורה שחשוב שבית המשפט ישמור את מהות הזכות ויסתפק בפגיעה אפשרית בכבודה או בשמה הטוב של היוצרת הקודמת.²⁷ דיוק זה מכיר ומגן על כבוד היוצרת המוקדמת. יתרה מכך, על בית המשפט להחליט איזה שינוי מהווה פגיעה אפשרית. המבחן שהציעה השופטת שטרסברג-כהן באחד המקרים, עוד בכהונתה בבית המשפט המחוזי, הסמיך את השופט לערוך בחינה אובייקטיבית להתנגדות הסובייקטיבית של התובע לשינוי ביצירתו. העיקרון שהוצע שם היה ליישם בחינה טקסטואלית של אפיוני היצירה, לפני ואחרי השינוי.²⁸ דיון אובייקטיבי זה מגביל את הסובייקטיביות של הזכות. כעת, אפנה לכבוד היוצרת המאוחרת.

(2) כבודה של היוצרת המאוחרת

התחשבות בהיקף השינוי והפגיעה שומרת הן על האוטונומיה והן על הכבוד של היוצרת המאוחרת. כאשר שינוי לא מוביל לפגיעה או מהווה פגיעה מזערית, וכאשר נותנים לבית המשפט לשקול באופן אובייקטיבי את הפוטנציאל לפגיעה בכבוד, מגנים על הכבוד של היוצרת המאוחרת. במידה שמגבילים את הביטוי שלה, ייתכן שתהיה פגיעה (פוטנציאלית) ביוצרת המאוחרת. יש לתת ליוצרת המאוחרת לבצע יצירות עצמאיות או חדשות – וטרנספורמטיביות (כפי שיתואר בהמשך).

לכן, על בית המשפט לבחון את הכבוד של שתי היוצרות ובמידת הצורך, לאזן ביניהן. מוצע להחיל את מהות הזכות, שהיא כבוד האדם, ביחס לשתי היוצרות: ליוצרת הקודמת וליוצרות המאוחרת. מדובר במגבלה נוספת על אכיפת הזכות מטעמי מוסר.

ה. הגבול המוסרי: חופש הביטוי של כל צד

עד כה, התייחסתי לאוטונומיית הביטוי. ראינו שהמוסר תומך באוטונומיה הן של היוצרת הקודמת והן של היוצרות המאוחרות. המערכות הפילוסופיות המוסריות של קאנט והיהדות תומכות בכך. הדיון כעת עובר מפילוסופיה למשפט.

חופש הביטוי מושרש עמוק במשפט.²⁹ חופש זה הוא מוסרי: אחת ההצדקות המרכזיות לחופש הביטוי היא האוטונומיה של הדוברת.³⁰ נראה כאן את ההכרה בחופש הביטוי בדוקטרינות של דיני זכויות יוצרים בכלל וזכויות מוסריות בפרט. הזכות לשלמות היצירה מגנה על חופש הביטוי של היוצרת הקודמת, וראוי שהיא תפורש כך שתגן גם על חופש הביטוי של היוצרת המאוחרת. ההגנה על חופש הביטוי של היוצרת המאוחרת הינה מגבלה מוסרית על אכיפת הזכות.

²⁷ כמו כן, חשוב לפרש את ההתייחסות לפגיעה בסעיף 50(ג) לחוק כמתייחס לשינוי אשר עלול לפגוע, בהתאם לאמנת ברן (עם הנוסח: "which would be prejudicial").

²⁸ ת"א (מחוזי חיפה) 977/86 טאו נ' הטכניון-מכון טכנולוגי לישראל בע"מ, פ"מ תשנ"ב(3) 89 (1992).

²⁹ חופש הביטוי הוכר בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953), ובפסקי דין רבים על פי חוק היסוד. ראו אהרן ברק **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובוטתיה**, 707 – 754 (2014).

³⁰ חופש הביטוי הוא גם זכות דאונטולוגית וגם תועלתנית. ראו: FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL INQUIRY (1982).

(1) זכויות יוצרים

זכויות יוצרים נחשבות ל- "an engine of free expression"³¹, ובאות לעודד יצירתיות.³² דרך היצירתיות, יכולה היוצרת לבטא את עצמה. גם הגנת השימוש ההוגן נחשבת כמעודדת יצירה וביטוי.³³ במספר מדינות ההגנה נחשבת כזכות,³⁴ ומוסר עולה מהכרה זו. מוסר גם עולה מהחובה שהוטלה על התובעת להביא בחשבון שייתכן ששימוש הנתבעת מהווה שימוש הוגן, על פי המשפט האמריקני.³⁵

בישראל ובארצות הברית קבע החוק כי בהכרעה בדבר קיומה של הגנת שימוש הוגן, על בית המשפט לבחון (בין היתר) את מטרת הנתבעת בשימוש ביצירה.³⁶ היסוד המרכזי כיום בהגנת השימוש ההוגן בארצות הברית, הוא השימוש הטכנספורמטיבי.³⁷ אם הנתבעת עשתה שימוש טכנספורמטיבי ביצירה שלה, תעמוד לה הגנה.³⁸ בישראל, בית המשפט העליון הכיר ביסוד זה בהגנת השימוש ההוגן. בעניין **Premier League** הגדיר בית המשפט את השימוש הטכנספורמטיבי כך:

"היבט נוסף, אשר נבחן לעתים בגדר אופיו של השימוש, נוגע לשאלה עד כמה מדובר בשימוש 'טכנספורמטיבי' אשר יוצר בעצמו מוצר חדש. ככול שמדובר בשימוש פרודוקטיבי, אשר אמנם נשען על היצירה הקודמת (המוגנת) – אך זאת, לצורך הפקת מוצר או ביטוי חדש, בעלי אופי ותכלית שונים מן המוצר המקורי – גוברת הנטייה להכיר בשימוש כהוגן. התפישה היא שקל יותר להכיר בשימוש טכנספורמטיבי כ'הוגן', שכן הוא מגשים את תכליתו של ההיתר - לעודד את היצירה ולהעשיר את מאגר הידע המצטבר בחברה."³⁹

³¹ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 558 (1985); Pamela Samuelson, *Copyright, Commodification, and Censorship: Past as Prologue – But to What Future?*, in *THE COMMODIFICATION OF INFORMATION* (Neil W. Netanel & Niva Elkin-Koren eds., 2002) 68.

³² ע"א 513/89 *Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A.*, פ"ד מח(4) 133, 173-172 (1994); Statute of Anne 1710; U.S. Constitution, Art. 1, Sec. 8, Cl. 8) זכויות היוצרים באו במשפט הקונטיננטלי להגן על הזכויות הטבעיות של היוצר לבטא את עצמו ואת אישיותו (*droit d'auteur*). ע"א 2687/92 *גבע נ' חברת וולט דיסני*, פ"ד מח(1) 251, 266 (1993). ראו גם Paul Edward Geller, *Must Copyright be Forever Caught between Marketplace and Authorship Norms?*, in *OF AUTHORS AND ORIGINS* (Brad Sherman & Alain Strowel eds., 1994).

³³ על המשפט האמריקני והאנגלי, ראו: Treiger-Bar-Am, לעיל ה"ש 15. על המשפט הישראלי, ראו מיכאל בירנהק "יצירה משפטית: שימוש הוגן בדיני זכויות יוצרים" *משפט, תרבות וספר: ספר נילי כהן* 84 (שי לביא ועופר גרוסקופף, עורכים, 2018).

³⁴ במשפט האמריקני, ראו: *Lenz v. Universal Music Corp.*, 801 F.3d 1126, 1132 (9th Cir. 2015), *amended and superseded on denial of reh'g*, No. 13-16106, 2016 WL 1056082 (9th Cir., 2016) *CCH v. Law Society of Upper Canada* [2004] 30 C.P.R.4th 1. על האפשרות שההגנה תיחשב כזכות בישראל, ראו ע"א 5097/11 *טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ* (2013) (השופט זילברטל). ראו גם ע"א 7996/11 *סייפקום בע"מ נ' רביב*, פס' 35 (2013) (השופט דנציגר).

Lenz, 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015). ראו גם Kim Treiger-Bar-Am, *Copyright and Positive Freedom: Kantian and Jewish Thought on Authorial Rights and Duties*, 63(4) J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 551 (Fall, 2016). את מושג החובה אפתח במקום אחר.

³⁶ סעיף 19(1) לחוק הישראלי. בחוק האמריקני: Copyright Act, 17 U.S.C. §107(1).

³⁷ Neil Weinstock Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15(3) LEWIS & CLARK L. REV. 715 (2012).

³⁸ *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013). ראו גם *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569 (1994).

³⁹ ע"א 9183/09 *The Football Association Premier League Limited נ' פלוני*, פ"ד סה(3) 521 (2012) (להלן: עניין "פרמייר ליג") פס' 20 (השופט ריבלין).

בעניין **Premier League**, ובדומה לכך, בעניין **ויינברג נ' ויסהוף**,⁴⁰ בית המשפט העליון הזכיר את הגנה זו, אך לא מצא שבמקרים אלו היה שימוש טרנספורמטיבי. בנסיבות המקרים האלה, החליט בית המשפט שההגנה לא התקיימה. בכל זאת, בהכרת ההגנה לשימוש טרנספורמטיבי – או במילותיו של בית המשפט, "ביטוי חדש" – ניתן לראות הכרה ממשית בביטוי של היוצרת המאוחרת.⁴¹ הגנת השימוש ההוגן ובמיוחד השימוש הטרנספורמטיבי מגנים על חופש הביטוי. במבט על הזכות לחופש הביטוי כדאונטולוגית, ניכר המוסר בהגנת השימוש ההוגן.

(2) הזכות המוסרית

האפיון של הזכות המוסרית לשלמות היצירה הוא ביטוי. הזכות מגנה על חופש הביטוי של היוצרת הקודמת, ואכן, יש בתי משפט שמכירים בחופש הביטוי של היוצרת המאוחרת. במשפט האמריקני, שימוש הוגן נזכר במפורש כהגנה מתביעה של הפרת הזכות המוסרית.⁴² למרות שבישראל אין הכרה מפורשת בחקיקה לשימוש הוגן כהגנה לתביעה של הפרת הזכות המוסרית, ניתן למצוא הגנה דומה לכך. יש דמיון בין ההגנה בקשר לזכויות יוצרים חומרית לשימוש הוגן (סעיף 19), לבין ההגנה בקשר לזכויות מוסריות לסבירות (סעיף 50, כפי שיתואר בהמשך). שתי ההגנות מצביעות על שיקול של מטרת השימוש והשינוי. יתר על כן, יש בתי משפט שמפתחים גישה דומה להגנת השימוש ההוגן בהקשר של הזכות המוסרית, ואכן מוזכר כשימוש טרנספורמטיבי.

בפסק דין **רוטמן נ' כץ**, תמך בית המשפט ב"שינוי הוגן".⁴³ בעוד מספר מקרים, בתי המשפט דיברו על הטרנספורמציה בשימוש ושינוי שנעשה על ידי הנתבע. בתי המשפט הזכירו את הזכות ליוצרת המאוחרת לשנות את היצירה שקדמה ליצירתה, אם היצירה המאוחרת היא בעצם יצירה חדשה או יצירה עצמאית.⁴⁴

אני סבורה שראוי להגן, מחד גיסא, על הזכות המוסרית ועל חופש הביטוי של היוצרת הקודמת, ומאידך גיסא, על הזכות לשינוי הוגן של היצירה ועל חופש הביטוי של היוצרות המאוחרות. יש להכיר בשימוש ההוגן, ובמיוחד בשימוש הטרנספורמטיבי, כהגנה מפני תביעה להפרת זכות המוסרית לשלמות היצירה. כפי שהוזכר לעיל לגבי אוטונומיה ולגבי כבוד, על בית המשפט לבחון את רמת העצמאות של היצירה המאוחרת ולהגן עליה. דומני כי אף ששימוש הוגן ושימוש טרנספורמטיבי אינם מהווים הגנות מפורשות בדוקטרינת הזכות המוסרית בישראל, הן מתפתחות בכיוון זה.

⁴⁰ עניין **ויינברג**, לעיל ה"ש 24, פס' 22.

⁴¹ זאת, למרות שבית המשפט בעניין **פרמייר ליג** לא הצדיק את ההגנה של שימוש טרנספורמטיבי בחופש הביטוי של הנתבע, אלא מזכיר תמריץ לעידוד יצירה אשר הינו מטרת זכויות יוצרים. אך ראינו כי מטרות אלו משולבות.

⁴² Visual Artists Rights Act (§106A). לביקורת על הגנה זו, ראו Dane S. Ciolino, *Rethinking the Compatibility of Moral Rights and Fair Use*, 54 WASH & LEE L. REV. 33 (1997).

⁴³ ת"א (מחוזי מרכז) 7648-09-08 **כץ ואח' נ' רוטמן** (8.7.10).

⁴⁴ ת"א (מחוזי י-ם) 9430-07 **שפירו נ' רגן** (פשרה אושרה ע"א 4958/12 (2013)); עניין **אפלדורף**, לעיל ה"ש 23; ת"א (מחוזי מרכז) 9289-02-09 **גולני נ' כהן** (8.2.2012) ("יצירה עצמאית נוספת", פס' 61). לעוד פסקי דין שבחנו האם היצירה הנתבעת מהווה יצירה חדשה (אף אם לא במסגרת הדיון בזכויות מוסריות), ראו ת"א (מחוזי י-ם) 8303/06 **מחולה המרכז למחול בע"מ נ' חנן כהן** (14.8.2008); ת"א (מחוזי ת"א) 001437/02 **מוסינזון נ' האפרתי** (29.05.2003).

ו. סבירות⁴⁵

גבול נוסף על אכיפת הזכות המוסרית הוא הגנת הסבירות (סעיף 50 לחוק), שדומה להגנת שימוש הוגן. אם השינוי ליצירה נחשב כסביר לפי בית המשפט, לא תתקבל התביעה להפרת זכות המוסרית לשלמות היצירה הקודמת. הסעיף מאפשר התחשבות באוטונומיית וחופש הביטוי של היוצרת המאוחרת, קרי, מציעה הסתכלות מוסרית.

החוק מונה מספר שיקולים שבית המשפט רשאי להביא בחשבון בעת בחינת הגנה זו. בנוסף לשיקול של אופי פעולת השינוי ומטרותה, כאמור לעיל, החוק שואף לאיזון. השיקול שמוצע הוא "הצורך בעשיית הפעולה לעומת הפגיעה שנגרמה ליוצר כתוצאה ממנה." (סעיף 50(ג)). האם ניתן לומר שחופש הביטוי של הנתבע כלול ב"צורך בעשיית הפעולה"? ניתן לטעון כי ליוצרת המאוחרת יש "צורך" בביטוי. אם השינוי של היצירה על ידי היוצרת המאוחרת נחשבת סביר לפי שיקולי בית המשפט, הביטוי שלה מוגנת. יש מוסר בהגנת חופש הביטוי הן של היוצרת הקודמת והן בזו שחלה ביחס ליוצרת המאוחרת.

יתר על כן, השיקולים המוצעים על פי הסעיף מביאות את בית המשפט לבחון את נסיבות המקרה שלפניו. דרך בחינת השיקולים (בין היתר, לגבי אופי היצירה הקודמת ופעולת השינוי, יחסי עבודה בין הצדדים, הנוהג המקובל בענף והאיזון בין צורך הפעולה לגרימת פגיעה), בית המשפט מנסה לבחון את שקורה בפועל בין הצדדים, ויחסי הכוחות ביניהם. התבוננות שכזו היא יסוד חשוב במשפט ובחברה.⁴⁶ יש אלמנט מוסרי בדאגה ליחסים בפועל בין אנשים במציאות. דרך הגנת הסבירות, החוק סולל דרך להכרעת התביעה באמצעות התייחסות הערכית.

ז. כלים משפטיים ומוסריים נוספים

ניתן לראות היבטים של מוסרבכלים נוספים שזמינים לבית המשפט במקרים שבהם נראה לבית המשפט שהתביעה מהיוצרת הקודמת, או ההגנה ליוצרת המאוחרת, אינה ראויה. הכלים הללו הם משפטיים ואף מוסריים.

בפסקי הדין בנוגע לזכויות מוסריות, בתי משפט מעריכים את תום הלב שבהגשת התביעה. למשל, בעניין **רוטמן נ' כץ**, בית המשפט הצביע על תום הלב של הנתבע, ועל חוסר תום הלב של התובעת.⁴⁷ תום הלב של הנתבע הוא גם יסוד שבית המשפט רשאי לשקול בקביעת פיצויים ללא הוכחת נזק (סעיף 56(ב)). יתר על כן, במקרה שהמפר את הזכות המוסרית "לא ידע ולא היה עליו לדעת, במועד ההפרה, כי קיימת זכות יוצרים ביצירה, לא יחויב בתשלום פיצויים עקב ההפרה." (סעיף 58). בנוסף, יש מי שטוענים כי ראוי להעלות לדיון בתביעות להפרת זכויות יוצרים את תקנות הציבור, שלפיו: "חוזר שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל."⁴⁸

את השימוש בכלים אלו ניתן לפרש כשימוש ב"אינטואיציה המוסרית" של השופט. כדוגמה, יש חוקרים שמסווגים את הסטנדרט המשפטי של תום לב כסטנדרט מוסרי. פרופסור

⁴⁵ בענין הגנת הסבירות, ודמיון בינה להגבלות על הזכות במדינות אחרות, ראו טרייגר-בר-עם, לעיל ה"ש 20.

⁴⁶ CATHARINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW (1987)

⁴⁷ להבחנת תום לב בדיון הפרת הזכות המוסרית, ראו גם עניין **אפלדורף**, לעיל ה"ש 23. פסק דין זה הוזכר לעיל לגבי רמת השינוי, ולגבי שינוי טרנספורמטיבי. לדיון בתום לב בתביעה להפרת הזכות המוסרית לייחוס השם, ראו עניין **דורפמן**, לעיל ה"ש 21.

⁴⁸ לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. יוהנתן קלינגר "תקנות הציבור בזכויות יוצרים" (16.10.13). <https://2jk.org/praxis/?p=4896>

גבריאלה שלו כתבה: "עקרון תום הלב מעניק גושפנקה משפטית לצווי מוסר: התנהגות אנושית, ביושר ובהגינות." ⁴⁹ דומני כי אמנם הסטנדרט של תום לב משקף ערך חברתי בנוגע להתנהגות נורמטיבית בחברה, ולכן זהו ערך מוסרי.

כאשר האינטואיציה המוסרית מתאימה לערכים של החברה, הפעלת אינטואיציה זו ראויה. אולם, כפי שתואר לעיל, על בית המשפט להחיל את העקרונות והערכים המוסריים של החברה באופן עקבי.⁵⁰

ח. מסקנות

יש להגן על האוטונומיה, הכבוד, וחופש הביטוי של שני הצדדים לתביעה. ההגנה לחירות, לכבוד ולחופש הביטוי הן מיסודות במשפט, וראויות מטעמים מוסריים. על בית המשפט לאזן בין הזכויות של כל צד לתביעה בתיקים רלוונטיים, בעקביות. ייתכן שהאיזון בין הזכויות יוביל להגבלה על אכיפת הזכות, ובהגבלה זו משתקף מוסר.

⁴⁹ חוק החוזים (חלק כללי). גבריאלה שלו, **דיני חוזים** כרך א 65 (מהדורה שנייה 2008). חוק החוזים (סעיף 39) קובע כי "יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב" לגבי שימוש בזכות הנובעת כחווה. הוראות החוק יחולו גם על חיובים שאינם נובעים מחוזה, על פי סעיף 61(ב).

⁵⁰ ראו דוורקין, לעיל ה"ש 5 על עקביות.

על שיקולי מוסר וצדק בעיצוב דיני העיצובים

מאת

נעמה דניאל*

מבוא * עיצוב מוסר ואותיות * עיצוב

מוסר דמויות ומוצרים * סיכום

א. מבוא

האם דיני העיצובים צריכים להביא בחשבון שיקולי מוסר, צדק ותקנת הציבור? התשובה של דיני העיצובים החקוקים כיום חיובית בכל הנוגע לתקנת הציבור, בעת קביעת כשירותו להגנה על עיצוב זה או אחר. רשימה זו בוחנת את הסוגיה. אטען ששיקולי מוסר וצדק, אליהם לא מתייחס הדין החקוק מפורשות, מוצאים את דרכם אל תוך דיני העיצובים באופנים שונים ובצמתי הכרעה שונים, בידי הרשויות השונות – המחוקקת, המבצעת והשופטת.

סעיף 30(3) לפקודת הפטנטים והמדגמים, 1924, מטיל חובה על רשם המדגמים "לסרב לרשום מדגם אם סבור הוא כי בשימוש יהא מתנגד לחוק, למוסר או לסדרי הציבור".¹ סעיף 5 לחוק העיצובים, התשע"ז-2017, שייכנס לתוקפו באוגוסט 2018 ויחליף את הפקודה,² קובע: "... עיצוב שיש בו משום פגיעה בתקנת הציבור לא יהיה כשיר להגנה."³ דברי ההסבר לסעיף בהצעת חוק העיצובים, התשע"ה-2015, מבהירים כי הוא מחליף את סעיף 30(3) לפקודה ומוסיפים דוגמאות לפגיעה בתקנת הציבור: עיצוב שהמוצר הנושא אותו הוא מכשיר עינויים; עיצוב המכיל סמלים גזעניים או העושה שימוש פוגעני בסמלים דתיים, או כשבעיצוב יש אי-חוקיות מטעמים כלשהם.⁴

לכאורה, זהו הסעיף היחיד ששואב מפורשות עקרונות של ערכים כלליים מעין-מוסריים לתוך דיני העיצובים, והוא עושה כן ב"שער הכניסה" לקבלת ההגנה לפי החוק, ומתייחס לתקנת הציבור. ההתייחסות המפורשת למוסר שהופיעה בפקודה לא נכללה בחוק החדש ויתכן שניתן לראות בכך עמדה של המחוקק, שלפיה אין עוד מקום לבחון שיקולי מוסר כשלעצמם במסגרת בחינת שער הכניסה לדיני העיצובים (ככל שאלה אינם עולים כדי פגיעה בתקנת הציבור).⁵ יצוין כי בסעיף המקורי שבפקודה, שכלל גם שיקולי מוסר, לא נעשה כל שימוש משמעותי בפסיקה,

* עורכת דין בצוות הייעוץ המשפטי לוועדת הכלכלה של הכנסת; בעבר עורכת דין באשכול קניין רוחני, מחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי) במשרד המשפטים ובמסגרת זו שותפה להליך החקיקה של חוק העיצובים. תודתי נתונה לפרופ' מיכאל בירנהק, לעו"ד איתי עצמון, עו"ד שמרית גולן, עו"ד אור כהן-ששון ויעקב פאירמן על הערותיהם ותרומתם לרשימה זו. הדברים המובאים כאן הם על דעתי בלבד ואינם משקפים את עמדת משרד המשפטים או הכנסת.

¹ חוקי אי"י, כרך ב', עמ' (ע) 1053, (א) 1076.

² בכפוף להמשך תחולת הפקודה על מדגמים שנרשמו לפיה; ברשימה זו אשתמש במונחים "עיצוב" ו"מדגם" לפי הדין המתאים.

³ ס"ח התשס"ח, עמ' 1176.

⁴ ה"ח התשע"ה, 696, 702.

⁵ עם זאת, ניתן לטעון שאמירה זו סמנטית, ותקנת הציבור, בסופו של יום, מתבססת על ערכי החברה המוכתבים לפי שיקולי מוסר וצדק.

במחלקת מדגמים ברשות הפטנטים לא זכורים מקרים של שימוש בו,⁶ ואף בעת הכנת הצעת חוק העיצובים לקריאה השנייה והשלישית בוועדת הכלכלה של הכנסת לא התעורר דיון משמעותי בסעיף זה.⁷ אולם, אין משמעות הדבר ששיקולי מוסר לא מצאו את דרכם לתוך דיני העיצובים. נהפוך הוא.

ברשימה זו אראה כיצד נשאבים שיקולים מוסריים וערכיים לתוך סעיפים "טכניים" לכאורה המצויים בדיני העיצובים, שעל פניו אין ביניהם לבין שיקולי מוסר ולא כלום. אראה כיצד מתבטא הדבר בממשק שבין שלוש הרשויות – המחוקקת, המבצעת והשופטת, כיצד שלוש הרשויות מושפעות זו מהתפיסות המוסריות-ערכיות של זו, ומהן השלכות הדבר על הליכי החקיקה והשיפוט בישראל. זאת, באמצעות סקירת שני הליכים שהתנהלו לאחרונה, שעירבו חקיקה ופסיקה גם יחד, והיו שותפות להם שלוש הרשויות: הראשון הוא הדיון לגבי הגנת גופנים שהתעורר בכנסת במסגרת חקיקת חוק העיצובים; השני הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **פישר פרייס**,⁸ שעסק בהגנתם של מוצרים שלא נרשמו כמדגמים.

אטען שהמקום המתאים לשקילת שיקולי מוסר בדיני העיצובים הוא בעיקר בעת גיבוש ההסדר המשפטי בידי הרשות המחוקקת. אטען, שלאחר חקיקת החוק, הכנסת ערכי מוסר לתוך הדיון בדיני העיצובים שלא ב"שער הכניסה" צריכה להיעשות בזהירות רבה, אם בכלל. זאת, ביתר שאת בדיון בהיקף ההגנה – שבמסגרתו שקילת שיקולי מוסר בידי בית המשפט עלולה להוביל להכרעות בעייתיות ולחתימה מבלי משים תחת תכליות דיני העיצובים.

לעניין שיקולי מוסר ב"שער הכניסה" לפי סעיף 5 לחוק (וסעיף 30(3) לפקודה לפניו), אטען כי הגם ששקילתם עשויה לעיתים להיות בלתי-נמנעת (ככל שאלה הם חלק מתקנת הציבור), הרי שיש לאזנם מול ערכים אחרים ולהישמר מפגיעה בערכים אלה.⁹

ב. עיצוב מוסר ואותיות

יתכן שהדוגמה הבולטת ביותר לדיון מוסרי-ערכי-אתי שהשפיע על הדיון המשפטי בעת העבודה על חוק העיצובים בפני הרשות המחוקקת היה בעניין סיווג ההגנה על גופנים – עיצובי אותיות, עניין משפטי טכני לכאורה. הדיון התעורר משום שבדומה לאובייקטים רבים, גם גופנים עשויים להיות מוגנים באמצעות דיני זכות יוצרים, באמצעות דיני העיצובים, או באמצעות שתי מערכות הדינים גם יחד.

בישראל, סעיף 7 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007,¹⁰ שקדם לו סעיף 22 לחוק זכות יוצרים, 1911,¹¹ קובע כי לא ניתן להחיל את שתי שיטות ההגנה בו-זמנית, ואובייקט שהוא מדגם במהותו לא יוכל, ככלל, לזכות להגנת זכות יוצרים. על כן, נודעת חשיבות לסיווג מושא ההגנה

⁶ כך ב-15 השנים האחרונות, בידי מנהלת מחלקת מדגמים ברשות הפטנטים – שיחה עם גב' אליס מחליס-אברמוביץ', מנהלת מחלקת מדגמים, ביום 9.4.2018.

⁷ פרוטוקול 247 משיבת ועדת הכלכלה של הכנסת ה-20 מיום 7.6.2016, בעמ' 35.

⁸ ע"א 1248/15 Fisher Price Inc. נ' דוורון – יבוא ויצוא בע"מ (2017) (להלן: עניין **פישר פרייס**).

⁹ יוזכר כי הסעיף יופעל בידי הרשות המבצעת (רשות הפטנטים והמדגמים במשרד המשפטים) לעניין רישומו של עיצוב ובידי הרשות השופטת לעניין הגנתו של עיצוב לא רשום.

¹⁰ ס"ח התשס"ח, עמ' 34.

¹¹ חוקי א"י, כרך ג', עמ' (ע) 2633, (א) 2475.

ולקביעה איזו מערכת דינים חלה עליו. הבדלים בהיקף ההגנה ובתקופת ההגנה מחדדים את המשמעות הכלכלית של סיווג זה.¹²

פסיקות סותרות של בתי המשפט המחוזיים והיעדר הלכה של בית המשפט העליון בעניין זה הובילו לכך שבעת פרסום תזכיר חוק המדגמים, התשע"ג-2013, שהפך בהמשך להצעת חוק העיצובים, המצב המשפטי בנוגע לגופנים לא היה ברור.¹³

בעניין זה, לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין **נרקיס נ' מיקרוסופט**, שניתן בשנת 2010 והתבסס במידה לא מבוטלת על שיקולי צדק, מוסר והגינות, הייתה השפעה ניכרת על התוצאה שאליה הגיעה הרשות המחוקקת בעניין זה. השאלה המרכזית שעמדה בפני בית המשפט הייתה האם גופן הוא אובייקט שפקודת הפטנטים והמדגמים חלה עליו בהיותו מדגם, משום שאם כך הדבר – הוא אינו זכאי להגנת חוק זכרים בשל סעיף 7 לחוק זכות יוצרים. השופט עופר גרוסקופף פסק שלשון הפקודה אינה מהווה טענה מכריעה בשל היותה ישנה, ולכן יש לבחון שיקולי מדיניות בעניין זה. במסגרת זו העלה השופט טענות שבסיסן, בעיני, בשיקולי צדק ומוסר:¹⁴

ראשית, השופט ציין כי אם המחוקק מצא לנכון להעניק הגנה לפי דיני זכות יוצרים ליוצרים אחרים הפועלים תחת מגבלות טכניות, דוגמת קרטוגרפים שעוסקים במלאכת הכנת מפות ואדריכלים, קשה להצדיק את המאמץ לשלול באופן פרשני זכויות כאלה מטיפוגרפים, שעוסקים בעיצוב אותיות.¹⁵ הוא הוסיף ושאל, אם יש הצדקה לאפשר סילוף עבודתם של "מעצבי אותיות מוכשרים כאלהיה קורן ז"ל וצבי נרקיס ז"ל" או נטילתה מבלי להזכיר את שמם, בעוד שלכל יוצר אחר עומדת הזכות המוסרית.¹⁶ אין ספק בעיני שמדובר בשיקולי מוסר וצדק, המתחזקים בציון כשרונם של שני מעצבי הגופנים, שאף אינם עוד בין החיים. על סמך טעמים

¹² בקצרה, לבעל זכות יוצרים זכות למנוע העתקה בלבד, ואילו לבעל מדגם או עיצוב רשום יש מונופול; ליוצר של יצירה יש זכות מוסרית לציון שמו ולמניעת סילוף היצירה ואילו למעצב של מדגם או עיצוב אין זכות כזו; יצירה מוגנת, ככלל, למשך חיי היוצר ועוד 70 שנים לאחריהם ואילו מדגם – עד 15 שנים (לפי הפקודה, ועיצוב לפי חוק העיצובים – עד ל-25 שנים); זכות יוצרים קמה בלא רישום וזכות במדגם מחייבת רישום (לפי הפקודה); בחוק העיצובים מוענקת הגנה קצרה בת שלוש שנים לעיצוב לא רשום).

¹³ פרוטוקול 298 מיישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת ה-20 מיום 25.7.2016 בעמ' 5 (להלן – פרוטוקול 298); ת"א (מחוזי מרכז) 5311-04-08 **נרקיס נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ** (2010) (להלן: עניין **נרקיס**) פס' 25-26; ראו גם מיכאל בירנהק, **דברי פתיחה: עיצוב משפטי: על הצעת חוק העיצובים, טיפוגרפיה ומשפט** (שולחן עגול, מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, 7.1.16) (להלן – טיפוגרפיה ומשפט), בעמ' 1.

¹⁴ ונראה שניתן ללמוד על כך גם מהמינוח שנקט בפסק הדין. ראו עניין **נרקיס**, בפס' 38-40, ויצוין שהשופט אף הביע ברמז את מורת-רוחו מסעיף 7 לחוק זכות יוצרים (שם, פס' 24).

¹⁵ טיעון זה מעורר קושי, או לפחות חסר, לאור העובדה שמדינת ישראל מחויבת להגן על מפות ויצירות אדריכליות באמצעות דיני זכות יוצרים מכוח חברותה באמנות בין-לאומיות המונות מפורשות אובייקטים אלה כמוגנים בזכות יוצרים. זאת, בניגוד לגופנים, שאינם זכרים באמנות אלה כאובייקטים הזוכים להגנת זכות יוצרים (או בכלל). ראו סעיף 1(2) לאמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, כ"א 21, 259 (נפתח לחתימה ב-1886), כפי שתוקנה; סעיף 9 להסכם טריפס: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. (1994) 33 I.L.M. 299; השוו להסכם וינה להגנתם של גופנים והפקדתם הבין-לאומית: Vienna Agreement for the Protection of Type Faces and their International Deposit, June 12, 1973, WIPO publication 267 E International Unions, Industrial Property, p.263. הסכם וינה אמנם מעולם לא נכנס לתוקף, אולם הוא הוסכם ופורסם טרם התיקון האחרון לאמנת ברן (ושני אלה אף נערכו בידי אותו ארגון – WIPO (World Intellectual Property Organization)), וטרם חתימת הסכם טריפס. הדבר עשוי להשמיע לכל הפחות החלטה מודעת והסכמה בין-לאומית שלא לחייב הגנה על גופנים באמצעות דיני זכות היוצרים, במסגרת אמנות אלה.

¹⁶ עניין **נרקיס**, פס' 43. לביקורת ולהסבר ההסדר החקיקתי שנקבע בסופו של דבר בקשר לזכות המוסרית בגופנים, ראו פרוטוקול 424 מיישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת ה-20 מיום 31.1.2017 (להלן – פרוטוקול 424).

אלה (וטענות נוספות) הגיע השופט למסקנה לפיה "אין הצדקה של ממש לשלול מיוצרים טיפוגרפים את הגנת דיני זכויות היוצרים."¹⁷

דיוני ועדת הכלכלה של הכנסת נערכו לאחר מתן פסק הדין והתבססו על נוסח הצעת חוק העיצובים בה הוצע לעגן אמירה מפורשת, בדומה לחקיקה האירופית עליה התבססה הצעת החוק, כי גופנים הם מוצרים שניתנים לרישום כעיצוב.¹⁸ משמעות הדבר, בהתאם לסעיף 7 לחוק זכות יוצרים, היא שגופנים אינם מוגנים בדיני זכות יוצרים. בדיונים אלה הדגישו מעצבי הגופנים את הפן המוסרי-ערכי של הגנת הגופן, בניגוד לפן המשפטי הטהור: "השאלה כאן היא שאלה אתית ... משהו שהוא תרבותי עקרוני אתי ... האות העברית ... היא נכס תרבות עברי שמקדש את קיומה"; "ייצירה של גופן טוב היא עבודת קודש ... שיוך הגופנים לחוק העיצובים לא נכון, לא הגיוני, לא הוגן ומלאכותי." בדומה לכך, גם מפי חברי הכנסת נשמעו שאלות המתמקדות בפן הערכי של ההכרעה בסוגיה.¹⁹

פסק הדין בעניין **נרקיס** הוזכר בדיון מספר פעמים, תוך שנציגי מעצבי הגופנים מתייחסים אליו כנקודת המוצא – כלומר, כראייה לכך שגופנים מוגנים לפי המצב המשפטי הקיים באמצעות דיני זכות יוצרים, ואילו הצעת החוק מבקשת לשנות ממצב זה.²⁰ לעמדה זו משמעות לא מבוטלת: אם נקודת המוצא היא שגופנים מוגנים באמצעות דיני המדגמים, הרי שהדין החדש משפר את מצבם של מעצבי הגופנים. אם, לעומת זאת, המסגרת המשפטית היא של דיני זכויות יוצרים, וכעת מועברים הגופנים למסגרת חדשה, עשויה להיות בכך הרעה בהיקף זכויותיהם, לשיטתם.²¹

כאמור, העמדה המקצועית של הרשות המבצעת (משרד המשפטים) בעניין זה, כפי שבוטאה הן בתזכיר והן בהצעת החוק, הייתה כי בשל שיקולי מדיניות, האכסניה המשפטית הראויה והמתאימה להגנה על גופנים היא דיני העיצובים.²² בדיון הובהרה עמדת משרד המשפטים, לפיה "יחשוב ... להגיד שאנחנו לא מביעים עמדה ערכית אלא זה עניין של סיווג ... זה לא אומר שזה לא אמנות. יש עיצובים אחרים שאפשר להגיד [עליהם] שהם גם אמנות. אנחנו לא מביעים פה עמדה ערכית על עצם הדברים". דברים אלה נתמכו, מבחינה זו, בידי היועץ המשפטי לוועדת הכלכלה: "השאלה לא ערכית ... [אלא] ההשלכות המעשיות על אותם אנשים." בהמשך לכך הוצעו בידי נציגי הרשות המבצעת פתרונות שונים להגנה על גופנים במסגרת חוק העיצובים, על-ידי יצירת מצב משפטי שיפתור את הקשיים הפרקטיים שהועלו בדיון ויקרב את היקף ומשך

¹⁷ עניין **נרקיס**, פס' 48-41. לעניין הטענות האחרות, לטעמי יש מקום לבקרו, אך מאחר שבסיסן אינו בשיקולי מוסר – אין זה המקום לעשות כן.

¹⁸ ראו לדוגמה הגדרת "product" בסעיף 1(b) ל-Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of designs, 1998 O.J.L 289/28.

¹⁹ דברי גב' סהר וזכר סלע – פרוטוקול 298, בעמ' 11-12, ודברי חבר הכנסת דב חנין, שם, בעמ' 8-9.

²⁰ שם, בעמ' 4-5, 12-14.

²¹ יוזכר כי סיכון משפטי נוסף שטומנת בחובה ההסתמכות על דיני זכות יוצרים ללא קביעה מפורשת כזו בחוק, בהיעדר הלכה של בית המשפט העליון בעניין ובהינתן סעיף 7 והיעדר ההגנה למדגמים שאינם רשומים, הוא הסיכון שבית המשפט העליון, או אף בית משפט מחוזי אחר, יפסוק שהמסגרת המשפטית להגנתם של גופנים היא דיני המדגמים. במקרה כזה, הרי שגופן שלא נרשם לא היה זוכה לכל הגנה שהיא.

²² בין השאר, שיקולי מדיניות אלה מונים חשש מפני שיתוק השוק בשל הזכות ליצירה נגזרת ובשל היקף ההגנה, חשש מפני פגיעה במשתמש הקצה, ועוד – פרוטוקול 298, פרוטוקול 424, וכן ראו בהמשך.

ההגנה על גופנים במסגרת חוק העיצובים, להגנה שהייתה ניתנת להם במסגרת דיני זכות היוצרים, וזאת מבלי לפגוע באינטרסים הציבוריים הרלוונטיים לעניין.²³

אולם, בסופו של דבר, ההכרעה בעניין התקבלה בעיקר על סמך שיקולים ערכיים-מוסריים-אתיים, בידי יושב ראש ועדת הכלכלה, חבר הכנסת איתן כבל, במילים אלה, שמשקפות אולי טוב מכל את מהות העניין: "לבי אליהם, אני מודה שלבי יוצא אליהם. אני אומר את זה בצורה הכי ברורה. אני חושב שזו גם התחושה של שאר חברי הכנסת בתהליך הזה. אני כבר אומר לכם, נציגי הממשלה, תצטרכו לעשות מחנה אימונים שלם כדי לשכנע אותנו בעניין הזה."²⁴

התוצאה של דיון זה, כפי שנחקק בספר החוקים של מדינת ישראל, היא הבהרה מפורשת בחוק העיצובים לפיה גופן אינו "מוצר" לפי החוק, וקביעת הגנה מפורשת על גופנים במסגרת חוק זכות יוצרים. בעשותו כן, למעשה הביע המחוקק, יותר מכל, עמדה מוסרית לפיה גופנים הם יצירות ומעצביהם – יוצרים. תימוכין לכך שמדובר בעמדה שמעל לכל היא מוסרית, ניתן למצוא בכך שהדבר נעשה תוך יישום שורה של הוראות מיוחדות בתוך חוק זכות יוצרים, שנועדו לשמור על האינטרס הציבורי בעניין ואשר בפועל מקרבות מאוד את אופי ההגנה על גופנים לפי חוק זכות יוצרים, להגנה שהייתה ניתנת להם לפי חוק העיצובים אחרי התיקונים שהוצעו בידי נציגי משרד המשפטים במסגרת הדיון. כך, נקבעה לגבי גופנים תקופת הגנה מוגבלת (בדומה לזו שהוצעה במסגרת דיני העיצובים בדיון בכנסת), הוחרגו הזכות ליצירה נגזרת וחלק מהזכות המוסרית, נוסף סעיף שמטרתו להגן על משתמשי קצה מפני תביעה, ואף הושאלו מבחנים ספציפיים מדיני העיצובים עצמם, שיחולו בבחינת טענות להפרת הזכות בגופן.²⁵

כפי שטענתי במבוא, הכנסת שיקולים מוסריים לתוך החוק מקומה בעת חקיקתו בידי הרשות המחוקקת, משום שהמחוקק, נבחר הציבור, מבטא את רצון הציבור. במקרה זה נראה כי אכן, מרבית הדעות שנשמעו מהציבור תמכו בהגנתם של גופנים במסגרת דיני זכות היוצרים. במקביל לכך, במסגרת הליך החקיקה ניתן לכלול בחוק גם את האיזונים הנדרשים, כפי שנעשה במקרה זה. לעומת זאת, הכנסת שיקולי מוסר וצדק לאחר שאלה נקבעו בידי המחוקק, בשלב של פרשנות החקיקה בעת דיון במקרה ספציפי, טומנת בחובה סיכונים, כפי שאראה בדוגמה הבאה.

לסיכום הדיון בעניין זה, ראוייה לציון הנקודה הבאה: בפסק הדין בעניין **נרקיס** הדגיש השופט גרוסקופף שככל שהמחוקק הישראלי סבור שראוי להגביל את זכות היוצרים בגופן, ראוי הוא לעשות כן בחקיקה – דרך אשר אינה פתוחה בפני בתי המשפט.²⁶ ואכן, הרשות המחוקקת החליטה להגביל את זכות היוצרים בגופן, על סמך המלצות הרשות המבצעת, אולם לא קיבלה את המלצתה להסדיר את העניין בחוק העיצובים, וזאת במידה לא מבוטלת על סמך השיקולים הערכיים שמצאו ביטויים בהחלטת הרשות השופטת בעניין **נרקיס** וקיבוע החלטה זו, מבחינת ציבור מעצבי הגופנים, כ"נקודת מוצא". בעניין זה, אם כן, השפיעו שלוש הרשויות זו על זו. הפן המוסרי שהשתקף הן בהחלטות הרשות השופטת והן בדיוני הרשות המחוקקת, בא לידי ביטוי בתוצר הסופי – הוא החוק.²⁷

²³ פרוטוקול 298, עמ' 6-7.

²⁴ שם, עמ' 16.

²⁵ הגדרת "מוצר" בסעיף 1 לחוק העיצובים וסעיף 127 – תיקון עקיף לחוק זכות יוצרים העוסק ברובו בהגנת גופנים.

²⁶ עניין **נרקיס**, פס' 48.

²⁷ בהליך זה נטלה חלק גם האקדמיה, בדיון שולחן עגול שנערך בנושא באוניברסיטת תל אביב, בהשתתפות אנשי אקדמיה, עורכי דין מהמגזר הפרטי, מעצבי גופנים, נציגי הרשות השופטת ונציגי הרשות המבצעת. גם בדיון ציבורי

ג. עיצוב מוסר דמויות ומוצרים

כחודש לאחר השלמת הליכי חקיקת חוק העיצובים ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **פישר פרייס**. פסק דין זה עסק בעיצוב של כיסא נדנדה לתינוקות והעלה גם הוא שאלות של חפיפה בין דיני זכות יוצרים למדגמים. לענייננו רלוונטית טענת התובעת, חברת פישר פרייס, כי הנתבעים, יבואנים של מוצר שנטען כי הוא העתקו של הכיסא, הפרו את זכות היוצרים שלה בכיסא הנדנדה עצמו ובריפוד שלו, כולל דמות אריה המופיעה עליו, בכך ששיווקו העתקים בלתי מורשים של הכיסא. יצוין שלא נרשם מדגם לגבי הכיסא או לגבי הריפוד.

גם בעניין זה ניתן לראות השפעות של שלוש הרשויות, ותפיסותיהן הערכיות-מוסריות, זו על זו. עמדת הרשות המבצעת מצאה ביטויה בהתייבבות היועץ המשפטי לממשלה (להלן – היועץ), שעסקה בפרשנות סעיף 7 לחוק זכות יוצרים. לפי עמדת היועץ, הקושי ביישום סעיף 7 מתחדד במיוחד כשמדובר בהטמעת יצירה דו-ממדית במוצר. במקרה כזה עולה השאלה, האם הטמעה של יצירה דו-ממדית במוצר משמעה שלילת זכות היוצרים ביצירה מכל וכל.²⁸

השיקולים הערכיים בעמדת היועץ באו לידי ביטוי באמירה לפיה שלילה גורפת של הגנת זכות יוצרים מהיצירה, רק משום שהוטמעה במדגם כלשהו, "תהיה בלתי-סבירה, והיא אף אינה מתחייבת" מלשון החקיקה. בהמשך לכך, האיזון הראוי לאור לשון החוק, תכליתו של סעיף 7 ותכליות דיני הקניין הרוחני בכללותם, יהיה תחימת היקף שלילת ההגנה בזכות יוצרים, להיקף ההגנה שבעל מדגם היה זכאי לקבל לפי דיני המדגמים (בין אם האפשרות התממשה משום שהמדגם נרשם, ובין אם לאו).²⁹ עמדה זו מובילה לתוצאה מאוזנת משום שאינה מותירה "שטח בלתי מכוסה" מבחינת בעל הקניין הרוחני: תמיד עומדת לרשותו הגנה – בין אם לפי דיני המדגמים ובין לפי דיני זכות יוצרים, בין אם בחר לממש אותה בפועל באמצעות רישום בין אם לאו.³⁰

ניתן לראות עמדה זו כעמדה ערכית, השואפת לאזן בין האינטרסים המתגוששים בזירה – האינטרס הציבורי בקיומה של נחלת כלל משמעותית (ראו בהמשך), במניעת הרתעת יתר משימוש בנחלת הכלל ובעידוד ודאות בתחום; האינטרס של מעצב המדגם; והאינטרס הציבורי בעידוד עיצובם של מדגמים חדשים והורדת מחירים.³¹ עם זאת, לעניין שיקולי מוסר, ההנחה המובלעת בה היא שאלה כבר נסקלו בעת קביעת האיזונים הכלליים של דיני הקניין הרוחני בידי המחוקק, ולכן אין מקום לשקול אותם שוב כשלעצמם, שלא במסגרת האיזון האמור. מעבר לכך, במסמך השלמת טיעון שהגיש היועץ לאחר הדיון בבית המשפט העליון מצויה ההתייחסות הבאה: "יש להישמר מהאינטואיציה הראשונית ביחס למעשה העתקה (האינטואיציה הנוטה לראות בה מעשה פסול). זאת, משום שעל פי דיני הקניין הרוחני, אין בהעתקה כשלעצמה פגיעה בצדק. נהפוך הוא: דיני הקניין הרוחני יוצאים מנקודת הנחה שללא "נחלת כלל" מגוונת, אשר השימוש בה חופשי

זה הודגש הפן המוסרי של הסוגיה, ורבים מהטיעונים שנשמעו בדיון הציבורי בכנסת נשמעו, ונענו, גם בדיון זה. ראו טיפוגרפיה ומשפט, לעיל ה"ש 14.

²⁸ ראו כאן.

²⁹ שם, בפסקאות 26-27 לעמדת היועץ.

³⁰ שם, בפס' א.1 ב"נוסח ההודעה המלאה".

³¹ שם, בפס' 39 לעמדת היועץ.

לא תוכר זכות יוצרים היא מקרה של כפיות מדידה בצורת לב. לעומת זאת, עיטורים, קישוטים והדפסים על גבי חולצות יוכרו כיצירות משום שהם ניתנים להפרדה מהמוצר.³⁸

לדעתי, דוגמת כפיות המדידה מעידה על הבעייתיות שבפסק הדין, שנוצרת בשל הטיית הלב לשיקולי מוסר במקרה ספציפי, עד כדי התגברותם על תכליות ורציונלים כלליים של דיני הקניין הרוחני, והיא אף סותרת את המטרה שדומה כי אליה כיוון השופט, כפי שמשתקף בדוגמה הבאה: בפסק הדין ציין השופט כדוגמה את דמותו הידועה של העכבר מיקי מאוס של וולט דיסני, לגביה קבע, בדין כמובן, שאין חולק שמדובר ביצירה אמנותית הזוכה להגנה לפי דיני זכות יוצרים. השופט עמד על כך שחברת וולט דיסני ממסחרת דמות זו במוצרים רבים, שחלק גדול מהם ניתן לרישום כמדגמים, והביע הסתייגות מכך שהגנת זכות היוצרים במיקי מאוס תישלל כל אימת שדמותו מופיעה על מוצר שניתן לרשמו כמדגם.³⁹

אלא, שדומה כי יישום "מבחן ההפרדה" כפי שאומץ בפסק הדין יוביל לתוצאה אחרת. כך למשל, האמנם ניתן להפריד את דמותו של מיקי מאוס מבובה בדמות מיקי מאוס לפי המבחן שעוצב? על פניו יצירת הדמות התלת-ממדית תוביל בהכרח ליצירת הבובה, ונראה כי הדבר דומה לדוגמת כפיות המדידה (לגביהן נפסק, כאמור, כי אינן זכאיות להגנה באמצעות דיני זכות היוצרים). שאלה זו מתעוררת לגבי מוצרים נוספים, דוגמת ספלים בצורת מיקי מאוס (להבדיל מספלים שעליהם מודפסת דמותו של מיקי מאוס) ואף – כפיות מדידה בצורת מיקי מאוס. בפסק הדין אין התייחסות או הנחייה נוספת לעניין התמודדות עם מקרים כגון אלה, לכשיגיעו בפני בית המשפט.

בהמשך לעמדת היועץ, המזהירה מפני הכנסת שיקולי מוסר אינטואיטיביים לתוך פסקי הדין, נראה כי התחושה המוסרית-האינטואיטיבית הבלתי נוחה שהתעוררה בנסיבות העניין, והניסיון לעשות משפט צדק בהסתמך על מצב משפטי סבוך ומורכב, הובילה לקביעת כלל משפטי שאמנם מביא את שיקולי המוסר בעניין ספציפי זה על סיפוקם, אך בה בעת יוצר בעיות משפטיות רבות אחרות – אפילו לגבי דוגמת מיקי מאוס שהעלה בית המשפט עצמו. הקורא נותר תוהה, איזו הלכה הייתה נקבעת לו בעניין זה דמות האריה לא הייתה מודפסת על גבי ריפוד הכיסא, אלא מחוברת אליו כבובה. במקרה כזה, היו שיקולי המוסר מכתיבים אולי תוצאה אחרת לגמרי, והיא שהייתה חלה לגבי כלל המקרים שיגיעו בפני בתי המשפט. יצוין, כי באותו אופן ממש היה עלול פסק הדין לשלול בלי משים הגנה מגופנים, לולא היו אלה מוסדרים באופן מפורש במסגרת חוק העיצובים.⁴⁰

בעניין זה מעניין לעמוד על רובד נוסף בממשק בין שלוש הרשויות, שבא לידי ביטוי בדיונים בהצעת חוק העיצובים בפני הרשות המחוקקת, שהתקיימו זמן קצר קודם למתן פסק הדין, ובהם נדון נושא החפיפה בין זכות יוצרים ועיצובים באריכות. בניסיון להגיע להסכמות עם נציגי התעשייה הרלוונטיים במסגרת הליך החקיקה, הציעו נציגי הרשות המבצעת הסדר שונה מהקבוע בחוק וכן מהמוצע בעמדת היועץ לעניין הטמעת יצירות דו-ממדיות במוצרים.⁴¹ בדיון צוין

³⁸ פסי' נו ואילך, וראו ההפניות שם לעניין מקור המבחן שאומץ.

³⁹ שם, בפסי' מז.

⁴⁰ פרוטוקול 298, עמ' 5, 16-17. יצוין כי זהו אכן המצב בארצות הברית, שעל דיניה נשען פסק הדין בעניין **פישר פרייס** ושם, בשל מבחן ההפרדה, גופנים אינם מוגנים בדיני זכות יוצרים (ראו גם עניין **נרקיס**, פסי' 27).

⁴¹ זאת, בעקבות הנחיית הרשות המחוקקת לנסות להגיע להסכמות עם הציבור המעוניין בנושא זה – ראו פרוטוקול מס' 529 של ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 26.6.2017, בעמ' 49 ואילך; פרוטוקול מס' 522 של ועדת הכלכלה של

מפורשות בידי נציגי הרשות המבצעת כי השאלה מצויה גם לפתחה של הרשות השופטת, שטרם נתנה את החלטתה בעניין, וכי זו צפויה בקרוב ותהווה הלכה.⁴² ראויים לציון בהקשר זה גם דברי יו"ר ועדת הכלכלה, ח"כ איתן כבל, לפיהם: "יכול גם להיות, שההחלטה שלנו תסייע לבית המשפט לקבל הכרעה... גם הם יודעים שאנחנו עוסקים בסוגיה המונחת כאן לפנינו, ויכול להיות שההחלטה כאן תסייע לבית המשפט לקבל החלטה".⁴³

כאשר נראה שההצעה שהובאה בידי הרשות המבצעת אינה מתקבלת בשל מורכבות הנושא, הערות הציבור שנשמעו בדיון וחששות לעניין היעדר בשלות ההסדר שהוצע, נאמר בידי נציגי הרשות המבצעת כי "תהיה ההכרעה של בית המשפט, ונוכל ללמוד את המצב אחרי ההכרעה של בית משפט, לבדוק מה... לעשות הלאה – ... [להמשיך] עם ההכרעה של בית המשפט העליון... או... לעשות תיקון נוסף...".⁴⁴ גם יו"ר ועדת הכלכלה התייחס לעניין זה, ובמסגרת דבריו התייחס גם לשיקולים ערכיים: "בית המשפט העליון יפסוק את פסיקתו. בעקבותיה משרד המשפטים יישב וילמד את הטעון למידה. אני לא רוצה לייצר פגיעה... שלא התכוונתי אליה".⁴⁵ על רקע דברים אלה, בשל הטעמים שצוינו לעיל ובשל חשש זה מפני פגיעה בלתי מכוונת שהסדר המוצע עלול לגרום, הוחלט להותיר את סעיף 7 כלשונו, למעט תיקונים ניסוחיים.

אכן, גם בעניין זה ניתן לראות את הממשק בין שלוש הרשויות, שכל אחת מהן התייחסה למצב הראוי שבו באים בין השאר שיקולים של ערכים, מוסר וצדק על סיפוקם, או לפחות אינם נגרעים, תוך שיח והפניה זו לזו.

ואכן, כדברי יו"ר ועדת הכלכלה, יתכן כי גם הדברים שנאמרו בדיון בפני הרשות המחוקקת השפיעו על מתן פסק הדין בידי הרשות השופטת, בסוגיה מורכבת זו. לכל הפחות, הדיון בפני הרשות המחוקקת הציף שוב את מורכבות הנושא וחיידד את החשיבות בקביעת הלכה ברורה המפרשת את החוק ומאזנת כראוי בין כלל האינטרסים.

דווקא על רקע זה, התוצאה של פסק הדין נראית אולי כיוצרת בעייתיות כפולה – הן מהבחינה הפורמלית והן מהבחינה המהותית. מבחינה פורמלית, אומץ הסדר שאינו מעוגן בחקיקה הישראלית, סמוך לאחר שהמחוקק החליט שלא לשנות את החקיקה הקיימת בעניין (עובדה שצוינה אף בפסק הדין עצמו).⁴⁶

מהבחינה המהותית, דומה שהמצב הפרטני שהובא בפני הרשות השופטת, אשר ראתה בו חוסר צדק ומוסר פגום, והניסיון להביא לתוצאה צודקת בהסתמך על חקיקה שלא הניחה את דעת הרשות השופטת הובילו לקביעת הלכה כללית, שפרט לכך שהיא יוצרת בעיות משפטיות

הכנסת מיום 12.7.2017, בעמ' 15, 22 (להלן – פרוטוקול 522). ההצעה שהובאה בפני הרשות המחוקקת כללה, למשל, הגנה של זכות יוצרים שתמשיך לחול על דמויות – בין אם הדמות הודפסה על גבי מוצר ובין אם הוטמעה במוצר כך שנוצר מוצר בצורת הדמות, דוגמת בובות, ספלים וכפיות מדידה בדמותו של מיקי מאוס כפי שנוצר לעיל – שם בעמ' 14 ואילך.

⁴² פרוטוקול 522, בעמ' 16.

⁴³ שם, בעמ' 24.

⁴⁴ שם, בעמ' 26.

⁴⁵ שם בעמ' 27.

⁴⁶ עוד יצוין בעניין זה, כי על אף האמירה שבה הביע בית המשפט את אי-שביעות רצונו מסעיף 7 (ראו הטקסט הסמוך לה"ש 37), בית המשפט לא פנה למחוקק בבקשה שייתן דעתו לשינוי הדין, כפי שנעשה לא אחת.

ופרקטיות, אף עלולה להימצא בקונפליקט עם תכליות בסיסיות של דיני הקניין הרוחני, דוגמת עקרונות הוודאות ונחלת הכלל.⁴⁷

כאמור, לדעתי, שיקולי מוסר וצדק מקומם בגיבוש ההסדר בידי הרשות המחוקקת, וניתן לראות שאף הייתה התייחסות לכך בדיונים בעניין זה – בחשש מפני פגיעה לא מכוונת אליה יוביל אימוץ הסדר שאינו מספק. לעומת זאת, גיבוש הלכה כללית על-פי עקרונות מוסר וצדק במקרה פרטני, מבלי לאזנם באופן זהיר מול התכליות הכלליות של דיני הקניין הרוחני, טומנת בחובה סיכונים רבים, כפי שתואר לעיל.

ד. סיכום

כפי שניתן לראות מהדיונים בחקיקת חוק העיצובים, שיקולי מוסר, צדק וערכים נדונים באריכות ומשמשים בעיצוב החוקים בידי הרשות המחוקקת, וזאת בין השאר בהתחשב בהמלצות הרשות המבצעת ובהחלטות הרשות השופטת.

לאחר שהליך החקיקה נשלם, לדעתי יש לשקול שיקולי מוסר במשורה, אם בכלל, בקביעות שנעשות מכוח החוק שלא במסגרת "שער הכניסה" להגנה.

לעניין סעיף 5 לחוק – "שער הכניסה" – יש לשקול שיקולי מוסר רק ככל שאלה הם חלק מתקנת הציבור, לפי לשונו, ויש להתחשב בכך ששימוש בלתי זהיר בו עלול להוביל לפגיעה בערכים שונים ואף לחתירה תחת התכלית הבסיסית של דיני העיצובים עצמם – שהיא עידוד עיצובם של עיצובים חדשים.

לאור זאת, לדעתי אין לסרב לרישומו של עיצוב או להגנתו רק בשל היותו סר טעם, אם אין בו פגיעה של ממש בתקנת הציבור ואין במוצר שבו הוא מוטמע אי-חוקיות – וראו הדוגמאות שבדברי ההסבר. לדוגמה, שאלה שעשויה לעלות בעניין זה היא האם עיצוב שיש בו הפרה של זכות יוצרים, צריכה הגנתו להיחסם בשל פגיעה בתקנת הציבור. לדעתי, אם ניתן למצוא בחוק עצמו בסיס אחר לשלילת ההגנה (למשל, בשל העובדה שמגיש הבקשה אינו הבעלים של העיצוב, או לפחות חלקו) – ראוי יותר להסתמך על כך, ולשמור את השימוש בסעיף 5 למקרים חריגים וקיצוניים.⁴⁸ הכנסת שיקולי מוסר שאינם עולים כדי פגיעה בתקנת הציבור כאן אינה מתיישבת עם לשון החוק ועלולה להוביל לתוצאות בלתי-מאוזנות.

בהמשך לכך, מרגע שזכה להגנה, יש להגן על כל עיצוב, סר טעם ככל שיהיה, כעל כל עיצוב אחר, ולא לצמצם את ההגנה עליו בשל שיקולי מוסר. בדומה לכך, אף אין להקנות לעיצוב שאינו זוכה להגנה על פי החוק, או זוכה להגנה מוגבלת, הגנה נרחבת יותר בשל שיקולי מוסר. כך למשל,

⁴⁷ כך למשל, עמדת היועץ הדגישה את השיקול של קיומה של ודאות בשוק בשל האיזונים הנדרשים בדיני הקניין הרוחני עצמם. לעומתה, בעניין **פישר פרייס**, פס"ס, ציין השופט רובינשטיין כי "המביט אל היצירה יודע במה עסקיני". אולם, ספק בעיני אם מתחרה המעוניין לפעול בשוק אכן יוכל לדעת, על סמך פסק-הדין, האם המוצר בו הוא מתבונן שאינו רשום כמדגם או כעיצוב הוא "יצירה". לעניין משמעות ניכרת: אם מדובר ביצירה, הרי שהיא מוגנת למשך חיי היוצר וכן 70 שנים לאחר מכן, ומתחרה אינו רשאי לעשות בה שימוש במשך תקופה זו. אולם, אם מדובר בעיצוב או במדגם, היעדר הרישום משמעו שניתן יהיה להשתמש בו לכל המאוחר שלוש שנים לאחר מועד פרסומו, אם לא נרשם כאמור. שימוש כזה של מתחרה, פרט לכך שעשוי להרחיב את מרחק העיצובים העומד לרשות הצרכן (אם השימוש הוא חלקי), עשוי אף לייצר תחרות בשוק ולהוריד בסופו של דבר את המחיר לצרכן. אולם, הכלל העמום המובא בפסק הדין עלול לייצר הרעת יתר מפני שימוש כזה.

⁴⁸ אולם יצוין כי לפי דברי ההסבר עיצוב שיש בו משום אי-חוקיות עשוי להיכלל במסגרת זו. ניתן, בפרשנות מרחיבה, לומר כי גם עיצוב המפר זכות יוצרים, מפר את החוק ומשכך נוגד את תקנת הציבור אך כאמור, לטעמי לא ראוי לעשות כן כאשר ישנן דרכים חלופיות להתמודד עם העניין על-פי החוק.

הרחבת ההגנה על גופנים מעבר לגדרי החוק שעוצב בקפידה, אם יגיע בפני בית המשפט מקרה קשה, עלולה לסכל את האיזונים שנקבעו בחוק ובכך – לסכן את עולם עיצוב הגופנים בכללותו.⁴⁹ בפסיקת הרשות השופטת לאחר "שער הכניסה", כלומר בענייני הפרה, לכל הפחות יש לאזן בין הערכים והשיקולים במשנה זהירות, מבלי להעדיף שיקולי מוסר וצדק שעלולים להתעורר עקב מקרה פרטני קשה, על האינטרסים והאיזונים הכלליים שבבסיס דיני העיצובים דוגמת הצורך בוודאות, בנחלת כלל פתוחה לשימוש הציבור, וכדומה. זאת, משום שלאחר שהרשות המחוקקת יצקה לתוך החוק את שיקולי המוסר והצדק, הכנסת שיקולים אלה לתוך פסיקת הרשות השופטת על-מנת לפתור מקרה קשה המובא בפניה ללא שקילה זהירה של האיזונים המתאימים, טומנת בחובה סיכונים הנוגעים ללב לבם של דיני הקניין הרוחני, כפי שתואר ברשימה זו.

⁴⁹ למשל, בתחום עיצוב האותיות קיימות "משפחות" של אותיות: גופן חדש בדרך-כלל מבוסס ונשען על גופנים קיימים. מסיבה זו, על מנת לאפשר המשך פיתוחם של גופנים חדשים, הוחרגה הגנת היצירה הנגזרת לגבי גופן. לו תוכר זכות ליצירה נגזרת בנוגע לגופן, באופן פסיקתי, עלולה לדעתי להיווצר תקלה של ממש בעניין זה, שהסיכון בה הוא שיתוק השוק. ראו דבריו של השופט גרוסקופף בת"א (מחוזי מרכז) 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ (2012), פסי' 23-26 (והשוו לנימוקיו של השופט בעניין נרקיס); פרוטוקול 298 בעמ' 6.

סימני מסחר – במי הם פוגעים?

על מוסר, תקנת הציבור וסימני מסחר

מאת

אסא קלינג*

מבוא * הדין בישראל * יישום בהחלטות רשם
סימני המסחר בישראל * הדין באיחוד
האירופי ויישומו * הדין בארצות הברית *
סיכום ומבט לעתיד

א. מבוא

בשנים האחרונות התפתח דיון ער שתפס כותרות רבות בקרב הקהילה העוסקת בתחום דיני סימני המסחר בארצות הברית באשר לאפשרות הרישום כסימן מסחר של מילים שיש להן נופך פוגעני (disparaging). הדיון בסימנים פוגעניים עורר את השאלה מה היקף שיקול הדעת אותו רשאי הגורם הרושם – על פי רוב רשם סימני המסחר במדינות השונות – להפעיל, כאשר מדובר בסימנים שעשויים לפגוע ברגשותיו של מי מהציבור. בארצות הברית הגיע הדיון לנקודת ביניים משמעותית, בה ניתנה עדיפות לחופש הביטוי על פני האפשרות של מניעת רישומו של סימן מסחר. בדין האירופי כמו גם הישראלי לא נקבעה האפשרות לסרב רישום סימן מסחר על סמך היותו פוגעני בעוד ששמורה האפשרות לסרבו מטעמי תקנת הציבור או מוסר. מכאן, יש מקום לסקירת ביניים של פסקאות מניעת רישום מטעמי תקנת הציבור והמוסר המצויות בדין הישראלי והאירופי, שמשקפות את התחייבויות המדינות החברות באמנת פריס.

כפי שאדגים להלן, פגיעה מסימן מסחר היא פגיעה יחסית – ייתכן שיהיו כאלה מהציבור שייפגעו בעוד שמרביתו כלל לא. עצם טיבו של סימן מסחר עשוי לעורר רגשות מסוג כזה או אחר. פגיעה ברגשות היא עניין סובייקטיבי כפי שערכים ומוסר הם עניין לגיאוגרפיה. ניתוח אופי הרגשות המתעוררים בעת חשיפה לסימן מסחר הוא עניין סובייקטיבי שקשה לומר שיכול להיות בתחום שיפוטו של גוף מנהלי. עיון בהחלטות הגופים המנהליים בטריטוריות השונות יראה שקשה למצוא קו אחיד חוצה גבולות התוחם ומאבחן את תקנת הציבור, המוסר ומידת הפגיעה המסתבר מרישומו של סימן מסחר. כפי שעולה מהמצב בארצות הברית, ייתכן שעדיפה ההימנעות מכניסה לתחומים אלה ומתן קדימות לזכות היסוד לחופש הביטוי.

ברשימה קצרה זו אסקור תחילה את המסגרת המשפטית בישראל המאפשרת לרשם סימני המסחר לסרב רישום מטעמים של אי עמידה בתקנת הציבור או פגיעה במוסר, ואת החלטות הרשם המעטות בתחומים אלה. אמשיך בסקירת הדין באירופה, ואסיים בסקירה עדכנית של הפסיקה בארצות הברית הנוגעת לסימנים פוגעניים והמעידה על כיוון ההתייחסות לסימנים הפוגעים במוסר. בסיכום הסקירה אביא תובנות ראשונות באשר למשמעות הדיון בערכים שעל פניהם הם חיצוניים לשיטת סימני המסחר ומידת השפעתם על המשך עיצוב מערך הדינים והשיקולים ברישום סימני מסחר.

* רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר (2011 – 2017).

ב. הדין בישראל

סעיף 11 לפקודת סימני המסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 קובע רשימה של סימנים שאינם כשירים לרישום. ברשימה זו סעיף 11(5) קובע כי סימן הפוגע או העלול לפגוע בתקנת הציבור או במוסר לא יהיה כשיר לרישום. לשון זו הפוסלת כשירותו של סימן לרישום מופיעה גם בסעיף 16(א)(5) לפקודה, שלפיו לא יירשם בישראל סימן-חוץ הנוגד את תקנת הציבור או המוסר. התייחסות דומה נמצאת גם בסעיף 8 לקודמתה של הפקודה הנוכחית, פקודת סימני מסחר, 1938.¹ הוראות אלה משקפות את המגבלה על קבלתם לרישום של סימנים שאינם מוסריים או הנוגדים את תקנת הציבור הקבועה בהוראות סעיף 6quinquies B(iii) לאמנת פריס.² ההוראה האמורה באמנת פריס שמורה לסימני מסחר.³ אין הוראה דומה באמנת פריס המתייחסת לערכי מוסר או תקנת הציבור כשיקול במסגרת רישום זכויות הקניין הרוחני האחרות הנדונות באמנה.⁴

בחוק זכות מטפחים של זני צמחים, התשל"ג-1973 נקבעו קריטריונים דומים לאלה שנקבעו בפקודת סימני מסחר כמניעה לרישום שמות זני מטפחים שיש בהם לפגוע בסדר הציבורי או המוסר.⁵

בפקודת הפטנטים והמדגמים מוענקת לרשם המדגמים הסמכות לסרב לרשום מדגם "אם סבור הוא כי בשימוש יהא מתנגד לחוק, למוסר או לסדרי הציבור".⁶ בחוק העיצובים, התשע"ז-2017 יש התייחסות לתקנת הציבור כטעם שלא לרשום עיצוב.⁷ ההשמטה של פגיעה במוסר והסתפקות בתקנת הציבור כטעם לסירובו של רישום לא נומקה בדברי ההסבר לחוק ואף לא בדיוני הכנסת.⁸

¹ ע"ר מס' 843 מיום 24.11.1938, תוס' 1, עמ' 103 (א) 126. לשון סעיף 8(ד) שם: "(ד) סימנים המזיקים או עלולים להזיק לסדרי הציבור או למוסד הציבור או העשויים לרמות את הציבור; או סימנים המעודדים תחרות מסחרית בלתי הוגנת או המכילים ציוני מקור כוזבים";

² Article 6quinquies B. — Trademarks covered by this Article may be neither denied registration nor invalidated except in the following cases: ... 3. when they are contrary to morality or public order and, in particular, of such a nature as to deceive the public. It is understood that a mark may not be considered contrary to public order for the sole reason that it does not conform to a provision of the legislation on marks, except if such provision itself relates to public order.

³ כותרת הסעיף: "Marks: Protection of Marks Registered in One Country of the Union in the Other: Countries of the Union"

⁴ ר' סעיף 21(2) לאמנת פריס המתייחס בין היתר גם לפטנטים, עיצובים, וכינויי מקור: (2) The protection of industrial property has as its object patents, utility models, industrial designs, trademarks, service marks, trade names, indications of source or appellations of origin, and the repression of unfair competition.

⁵ סעיף 31(ב)(5) לחוק זכות מטפחים של זני צמחים, התשל"ג-1973: "לא יירשם שם זן לפי חוק זה אם נתקיימה בו אחת מאלה: ... יש בו כדי לפגוע בסדר הציבורי או במוסר". אין בדברי ההסבר להצעת החוק (ה"ח תשל"א מס' 925 עמ' 114) נימוק ללשון סעיף זה שכדוגמתו אינו מופיע באמנה הבין-לאומית להגנת זכות מטפחים של זני צמחים ([International Convention for the Protection of New Varieties of Plants](#)) על גרסאותיה השונות (בשנים 1961, 1978 ו-1991).

⁶ סעיף 33(3) לפקודת הפטנטים והמדגמים, 1924 אשר עודה בתוקף בזמן כתיבת שורות אלה.

⁷ חוק העיצובים, התשע"ז-2017, סעיף 5: "על אף האמור בסעיפים 3 ו-4, עיצוב שיש בו משום פגיעה בתקנת הציבור לא יהיה כשיר להגנה."

⁸ ה"ח 928 בעמ' 696, י"ט תמוז התשע"ה, 6.7.2015; בדיוני ועדת הכלכלה השמטה זו לא הוסברה וכל שנאמר לגבי סעיף 5 החדש הוא ש"הסעיף הזה קיים היום בפקודה" וכן ש"הסעיף הזה קיים גם בחקיקה האירופאית", פרוטוקול מס' 247 משיבת ועדת הכלכלה, א' בסיון התשע"ו (7 ביוני 2016), בעמ' 35. בהוראות הבחינה של משרד הקניין הרוחני האירופי (EUIPO – European Union Intellectual Property Office) יש התייחסות בהנחיות הבחינה ([Examination of Applications of Registered Community Design](#) (1.10.2017)) הן לדחייה על בסיס היות העיצוב נוגד את תקנת הציבור (הנחיה 4.2.2) ובנפרד לגבי דחיה מפאת היות העיצוב פוגע במוסר (הנחיה 4.2.3). הנחיות אלה נסמכות על דרך האנלוגיה על החלטות אירופיות שניתנו לגבי תנאים אלה לגבי סימני מסחר.

בדברי ההסבר הודגמה השמירה על תקנת הציבור על ידי מניעת רישומו של עיצוב שהמוצר הנושא אותו הוא מכשיר עינוויים, עיצוב המכיל סמלים גזעניים או העושה שימוש פוגעני בסמלים דתיים או כאשר יש בעיצוב אי-חוקיות מטעמים כלשהם.⁹

בחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967 יש התייחסות ל"טובת הציבור" כטעם להקדמת בחינתה של בקשת פטנט או כשיקול למתן רישיון כפיה או ביטולו של פטנט במקרה של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי באמצאה הדרושה לטובת הציבור.¹⁰ "טובת הציבור" המוזכרת בחוק הפטנטים היא נדבך ב"תקנת הציבור" הכללית אך ההתייחסות לשיקולים אלה בחוק הפטנטים אינה נעשית כטעם שלא לרשום את הזכות, כפי שזו נעשית בהקשרה של שאלת רישומם של סימן מסחר, מדגם ועיצוב או זני מטפחים.¹¹

מהאמור עד כה עולה שטעמי מוסר, תקנת הציבור והסדר הציבורי אינם סוגיות הנוגעות כיום לשאלת רישומם של פטנטים אך שמורים באופן ברור עבור סימני מסחר וזני מטפחים ובמידה מסוימת עבור מוצרים הנושאים עיצוב. ניכר שהמחוקק שומר שיקולים שכאלה לאפשרות רישומן של זכויות בלעדיות בעלות אופי מסחרי בהם עשוי להיעשות שימוש באופן גלוי בקרב הציבור הרחב, שכן זו טיבה ומטרתה של הזכות.¹²

המחוקק הישראלי כמו גם מנסחי אמנת פריס הציבו רף שמשמש בשני מונחים נפרדים: האחד, 'תקנת הציבור' או 'סדר ציבורי'; והשני, 'המוסר'. בפועל נראה שבמבחן היישום הפרדה זו אינה מקבלת ביטוי ברור.

ג. יישום בהחלטות רשם סימני המסחר בישראל

עיון בהחלטות רשם סימני המסחר מגלה שהוראות סעיף 11(5) לפקודה שמורות למקרים של פגיעה קיצונית במוסכמות חברתיות המקובלות בציבור הרחב.¹³ במקרה אחד, בו נדון שם מסחרי של תרופה, קבע רשם סימני המסחר שהשימוש בטיעון של תקנת הציבור כטעם למניעת רישומו של סימן נועד למקרים אשר תהיה בהם משום פגיעה בציבור הרחב, שלא בדרך השיקול המסחרי הרגיל, אלא לעיתים דווקא בניגוד לו, פגיעה אשר לפי מוסכמות חברתיות הציבור לא יכול לעמוד בה או כאשר קיים חשש מוחשי, כי עקב טעות, הציבור ירכוש דבר מה אשר עלול לסכן את בריאותו.¹⁴ החשש לסיכון חיי אדם העלול להיגרם עקב הטעיה של שמות מסחריים של מוצרים רפואיים נדון

⁹ ה"ח 928 בעמ' 696, 702.

¹⁰ סעיף 19א לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967 (להלן: "חוק הפטנטים") מתייחס ל"טובת הציבור" כטעם להקדמת בחינה; פרק ז לחוק הפטנטים עוסק בהגבלת זכויות בעל פטנט או ביטולן בשל טובת הציבור וזאת על דרך של מתן רישיון כפיה ואף ביטול הפטנט במקרה של ניצול לרעה על ידי בעל פטנט שבידו מונופולין הנובע מהאמצאה.

¹¹ בפקודת הפטנטים והמדגמים מ-1924 בסעיף 5(8) נקבע כי "הרשם יסרב לקבל כל בקשה ופירוט לאמצאה שהשימוש בהם יהא לדעתו מתנגד לחוק, או למוסר או לסדרי הציבור." לשון זו לא הוכנסה לחוק הפטנטים.

¹² להבדיל, ניצול אמצאה המוגנת בפטנט יכול להיעשות מבלי שהציבור ייחשף לדבר הניצול (השוו הוראות סעיף 50(ב) לחוק הפטנטים).

¹³ התנגדות לרישום סימן מסחר 164130 (מעוצב), בכור פוזלייב נ' כאוס מעצבים בע"מ (פורסם בנבו, 15.10.2007).

¹⁴ התנגדות לרישום סימן מסחר מספר 146483, "LENOPLAST" (לא מעוצב), BSN Medical GMBH & Co. נ' KG, Farmban, S.A (פורסם בנבו, 4.12.2005) (להלן: "עניין לנופלסט").

גם בהקשרו של סעיף 30 לפקודה המאפשר רישום מקביל של סימנים זהים או דומים.¹⁵ בית המשפט המחוזי דן בערעור על החלטת סגנית הרשם שלא לאשר רישום מקביל של סימנים הנוגעים שניהם לצנתרים. בית המשפט קבע שלעיתים מתבקשת החמרה לשם הגנה על בריאות הציבור כאשר אין המדובר במוצרי צריכה רגילים. שיקולים אלה נוגעים לטיבם של הטובין נושאי הסימנים, ולא לסימנים עצמם. רשם סימני המסחר אבחן גם שתקנת הציבור מיועדת למניעת רישום של סימנים המביעים אלימות קיצונית, או סימנים שעלולים לגרום לפגיעה בחלקים מסוימים בציבור.¹⁶ סוג שיקולים זה מעיד על כך שהשימוש בנימוק תקנת הציבור נעשה לאור שיקולים הנפרדים מטיבו ומאפייניו של סימן המסחר, ולמעשה הפנייה לנימוק תקנת הציבור קשור לשיקולים ציבוריים חיצוניים לסימן עצמו, ושנוגעים לטיבו של המוצר.

נראה שבהחלטות הרשם בישראל מותווה שיקול דעת נרחב באשר לסוגי המקרים שיבואו בשערו של המונח "תקנת הציבור" כטעם שלא לרשום סימן. כאשר הסימן המבוקש אינו עומד בהוראות הדין כגון סימן המפר זכויות יוצרים של אחר, נקבע שרישומו יהיה בניגוד לתקנת הציבור.¹⁷ נראה שלעיתים היקף הדברים חורג מהתחולה המידית של המונח. כך למשל, הודגם שסימן המעודד שוביניזם, גזענות או פגיעה ברגשות דת עלול להיפסל לרישום מסיבות של "תקנת הציבור".¹⁸ זאת למרות שלעניין פגיעה ברגשות דת שמורות הוראות סעיף 7(11) לפקודה, שאינו מאפשר רישום של "סימן הזהה עם סמל בעל משמעות דתית בלבד, או הדומה לו". אמנם היקפו של סעיף 7(11) מצומצם לסימנים שמשמעותם היחידה יכולה להיות דתית אך ברור שהשימוש בו ובהוראות סעיף 7(11) קרוב ואף מערב ביניהם.¹⁹ בארצות הברית, טוען Mellor שהוראות באשר לתקנת הציבור והמוסר מכסות גם את סוגיית סימנים הפוגעים מטעמי דת.²⁰ כך גם נדחה – בישראל – רישומה של המלה "חב"ד", בין היתר לאור הוראות סעיף 7(11), מהטעם שניכוס המלה לרשותו של גוף מסוים אחד ימנע מאחרים את השימוש בה לאור טיבה השמור לתנועה דתית או דרך חיים המצויים בנחלת

¹⁵ עש"א (מחוזי, ת"א) 48837-03-14 Biosensors Europe SA נ' רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר (פורסם בנבו, 22.2.2015), בעמ' 11 לפסק הדין: "יודגש, שלעיתים ההחמרה מתבקשת, לא רק בשל האינטרסים כלכליים של הצדדים, אלא מתוך הגנה על שלום הציבור. המקרה שלפנינו אמנם גבולי, אך כאשר אין עסקינן במוצרי צריכה רגילים, בשימוש שוטף, אלא במוצרים מיוחדים דוגמת ציוד רפואי שקשור לטיפולים מצילי חיים, אפילו הספק הקטן ביותר מטה את הכף לחומרה ולא לקולה, ולו בשל החשש לסיכון חיי אדם. הספק מצטרף לשיקולי שכל ישר, ניסיון החיים, האינטרס הציבורי והמדיניות המשפטית הראויה. במקרה כזה משיקולי מדיניות יש למנוע כל צל צילו של ספק הטעיה, והאינטרס הציבורי מצדיק פרשנות מחמירה במסגרת שיקול הדעת הרחב המוקנה לרשם סימני המסחר לפי סעיף 30 לפקודה."

¹⁶ עניין לנופלסט, לעיל ה"ש 14.

¹⁷ בקשה למחיקת סימן מסחר 102733, *Roots Canada Ltd.* נ' *Angel Jeronimo Agullo Esclapez* (פורסם בנבו 5.9.1999); התנגדות לרישום סימן מסחר 233272, *Abraham Berman* נ' ג'י.בי. הלבשה חסידית בע"מ (פורסם בנבו 1.12.2013).

¹⁸ עניין לנופלסט, לעיל ה"ש 14.

¹⁹ השוו בקשה לרישום סימן מסחר 97190 "JESUS BOAT", ג'יזוס בואוט בע"מ (פורסם בנבו, 6.12.1995), שם נתבקש רישום הסימן לגבי שירותי שיט בכנרת בסוג 41. בין העילות בבחינת הבקשה נטען שהסימן הוא סמל בעל משמעות דתית. באותו עניין הרשם מצא שמאחר שלטעמו אין לשם "Jesus" משמעויות דתיות בלבד אין הסימן נופל בגדר הקריטריונים הבלבדיים הקבועים בסעיף 7(11) לפקודה. השוו גם: בקשה לרישום סימן מסחר 226972 "הזוהר – הוצאה לאור", לימור טופז, (פורסם בנבו, 26.6.2013), בו, תוך ביקורת על עמדת הרשם בעניין ג'יזוס בואוט, עמדה סגנית הרשם, אגב אורחא, על כך שנוסף על הרצון שלא לפגוע ברגשות הדתיים של הציבור באמצעות שימוש בסמל דתי למטרות מסחריות, לסעיף 7(11) יש תכלית נוספת והיא למנוע הענקת זכות לשימוש ייחודי בסמל דתי לגורם אחד ויחיד, כאשר ראוי כי סמלים דתיים יישארו בנחלת הכלל.

²⁰ JAMES MELLOR et. al., *KERLY'S LAW OF TRADE MARKS AND TRADE NAMES* 254 (2011)

הכלל, ויהיה בכך לפגוע בתקנת הציבור.²¹ נקבע כי בצד המטרה היסודית של דיני סימני מסחר למנוע הטעייה בשוק, בא סעיף 11(5) לאזן באמצעות אמת המידה של תקנת הציבור ולהביא בחשבון גם את חופש הביטוי ובכלל זה את חופש הפולחן.²²

ההחלטות האמורות בישראל התמקדו בשאלה מהו סימן הנוגד את תקנת הציבור. מועט אם בכלל הדיון בשאלה מהו סימן שאינו מוסרי. כפי הנראה, לא בכדי בעת חקיקתו של חוק העיצובים החדש הושמטה המלה 'מוסר' שהופיעה בפקודת הפטנטים והמדגמים.²³ העדפת מונחים הדומים ל'תקנת הציבור' ניכרת גם ביישום הדין האירופי.

ד. הדין באיחוד האירופי ויישום

בדירקטיבה של האיחוד האירופי ובתקנות שהותקנו על פיה, כלולה הוראה שלא יירשם במדינה חברה סימן מסחר שיש בו לפגוע במדיניות ציבורית (Public Policy) או סימן שאינו מוסרי.²⁴ ככלל, מניעת רישום של סימנים הנוגדים מדיניות ציבורית או שאינם מוסריים מונעת מהרצון שלא להעניק חסות או אישור להתנהגויות בלתי חברתיות באמצעות המערכת המשפטית ממשלתית.²⁵

בהוראות הבחינה לרישום של סימנים באיחוד האירופי נדונה משמעות סעיף 7(1)(f) לתקנות.²⁶ מובהר שם שהמונחים 'מדיניות ציבורית' ו'עקרונות מקובלים של מוסר' הנם מונחים שונים בעיקרם אשר לעתים חופפים.²⁷ המונח 'מדיניות ציבורית' מוסבר שם כאמת מידה אובייקטיבית, המתייחסת למערך הכללים המאפשר התנהלות אזרחית דמוקרטית תקינה. בכלל זה – הוראות אמנות והסכמים שונים המבטיחים סדר ציבורי המבוסס על קיומם של ערכים המשותפים למדינות

²¹ בקשת סימן מסחר 232770 חב"ד, **אגודת חסידי חב"ד בארצנו הקדושה** (פורסם בנבו, 22.5.2016) (להלן: "עניין חב"ד").

²² עניין חב"ד, שם, בפס' 44.

²³ ראו ה"ש 8 לעיל.

²⁴ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, Section 2 - Grounds for refusal or invalidity - Article 4 - Absolute grounds for refusal or invalidity: "1. The following shall not be registered or, if registered, shall be liable to be declared invalid: ... (f) trade marks which are contrary to public policy or to accepted principles of morality"; Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (EUTMR), Article 7(1)(f): Absolute Grounds for Refusal - 1. The following shall not be registered: ... (f) trade marks which are contrary to public policy or to accepted principles of morality

²⁵ ראו למשל בבריטניה: **Hyde Park Residence Ltd v. Yelland** [2000] RPC 604; **Gartside v. Outram**; **Initial Services Ltd v. Putterill** [1968] 1 QB 396; **Hubbard v. Vosper** [1972] 2 (1856) 26 LJ Ch 113; **QB 84 (CA)**.

²⁶ [Guidelines for Examination of European Union Trade Marks European Union Intellectual Property Office](#) (EUIPO) Part B, Examination, Section 4 Absolute Grounds For Refusal, Chapter 7: Trade Marks in Conflict with Public Order and Acceptable Principles of Morality (Article 7(1)(F) EUTMR) (להלן: "Guidelines")

²⁷ Guidelines for Examination of European Union Trade Marks - European Union Intellectual Property Office, Part B – Examination, Section 4 - Absolute Grounds for Refusal — Chapter 7 - Trade Marks Contrary to Public Policy or Acceptable Principles of Morality: "Whether or not a mark is contrary to public policy or accepted principles of morality must be determined by the intrinsic qualities of the mark applied for, and not by the circumstances relating"

האיחוד וביניהם, גם הבטחת זכויות אדם בסיסיות כגון אלה המפורטות במגילה האירופית לזכויות
סוד.²⁸ בהנחיות הבחינה ניתנה גם דוגמה לכך שסימנים שיהיה בהם לעודד תמיכה באנשים או
גורמים שזוהו כארגוני טרור יהא בהם לפגוע במדיניות ציבורית.²⁹

על מנת שסימן ייפסל מטעמי אי-מוסריות, עליו לעמוד באופן מובהק ואובייקטיבי כנגד נורמות
יסודיות בסיסיות של החברה.³⁰ לא די בכך שיש פגיעה ברגשותיה של קבוצה מן הציבור, יהיו
עמדותיה אשר יהיו, בין אם פוריטניות ובין אם אדישות לתועבה. אמת המידה לדחיית הרישום
מטעמים אלה תהיה קבוצה תיאורטית מן הציבור, שעמדותיה הן אי שם באמצע בין שתי עמדות
קיצוניות אלה.³¹ אופן הפעלת מבחן זה ייעשה על פי דיני כל מדינה בנפרד – דבר אשר בפועל מקשה
על איתור תפישה קוהרנטית לכלל האיחוד. כך למשל, בהונגריה יידחה רישומו של סימן הכולל את
דמות החרמש הפטיש והכוכב המחומש בהיותו סממן שלטון טוטליטרי הפוגע בכבודם וקדושתם
של קרבנות משטרים אלה.³² סירוב זה לא ייעשה בהכרח במדינות אחרות באיחוד.

ככלל, הבדיקה של אמת המידה של המוסריות תיעשה בהקשרו של השימוש המבוקש בסימן וביחס
לסוג הטובין לגביהם מבוקש הרישום. סוג הטובין יצביע על אפיוני הקבוצה ביחס אליה יהיה מקום
לבדוק את העמידה במוסריותו של הסימן. הבחינה של המוסריות של סימן תיעשה לאור מידת
הפגיעה במאן דהוא, הנובעת מהשימוש בו. כך למשל, יש להניח כי אדם המעוניין בצעצועי מין לא
ימצא פגם בשם הכולל מילים בעלות הקשר מיני בוטה.³³ עם זאת, יש להתחשב בהיקפו של הציבור
שעשוי להיחשף לסימן לאור טיבם של הטובין ולא בהכרח להתמקד אך ורק בציבור המשתמשים
במוצרים.³⁴ כמסנתת ראשונית, המשמעות המילונית של מילים תצביע על היותם פוגעניים לכלל

[Charter of Fundamental Rights of the European Union](#) (OJ EC C 83/389, 30 March 2010)²⁸

Para 2.1 of the Guidelines²⁹

Para 3 of the Guidelines³⁰

Accepted : Guidelines ב-ראו גם decision of 06/07/2006, R 0495/2005-G – SCREW YOU, §21³¹
Principles of Morality: This objection concerns subjective values, but these must be applied as
objectively as possible by the examiner. The provision excludes registration as European Union trade
marks of blasphemous, racist, discriminatory or insulting words or phrases, but only if that meaning is
clearly conveyed by the mark applied for in an unambiguous Absolute Grounds for Refusal — Trade
Marks Contrary to Public Policy or Acceptable Principles of Morality Guidelines for Examination in the
Office, Part B, Examination Page 5 DRAFT VERSION 1.0 01/10/2017 manner; the standard to be
applied is that of the reasonable consumer with average sensitivity and tolerance thresholds (judgment
of 09/03/2012, T-417/10, ;Que bueno ye! HIJOPUTA (fig.), EU:T:2012:120, § 21). The concept of
morality in Article 7(1)(f) EUTMR is not concerned with bad taste or the protection of individuals'
feelings. In order to fall foul of Article 7(1)(f) EUTMR, a trade mark must be perceived by the relevant
public, or at least a significant part of it, as going directly against the basic moral norms of society. It is
not sufficient if the trade mark is only likely to offend a small minority of exceptionally puritanical
citizens. Conversely, a trade mark should not be allowed to be registered simply because it would not
offend the equally small minority at the other end of the spectrum who find even gross obscenity
acceptable. The trade mark must be assessed by reference to the standards and values of ordinary citizens
.who fall between those two extremes (decision of 06/07/2006, R 495/2005-G, SCREW YOU, §21)

Judgment of 20/09/2011, T-232/10, 'Coat of Arms of the Soviet Union'³²

Decision of 06/07/2006, R 0495/2005-G – 'SCREW YOU', §29³³

Judgment of 05/10/2011, T-526/09, 'PAKI', § 17-18 respectively; judgments of 09/03/2012, T-417/10,³⁴
'Que bueno ye! HIJOPUTA', § 24; 26/09/2014, T-266/13 'Curve' §§18-19

הציבור.³⁵ אך כאמור, המבחן המכריע הוא תפיסתו של הציבור הרלוונטי את המילה. לא רק מילים בעלות משמעות שלילית ייחשבו פוגעניות. גם מילים בעלות משמעות חיובית חזקה, אך כאלה שהשימוש בהן הוא בהקשר מבזה, עשויות להידחות מפאת היותן פוגעות במוסר. כך למשל, מילים בעלות משמעות דתית, רוחנית או פוליטית עשויות להיחשב פוגעניות. דוגמה היא שימוש מבזה בשם 'אטאטורק' על גבי מוצרים מפוקפקים – שימוש כזה עשוי לפגוע ברגשותיהם של בני הלאום הטורקי.³⁶

לעומת ההוראות האמורות לאורן ניתן למנוע רישומו של סימן, עומדים עקרונות חופש הביטוי הכלליים המעוגנים באיחוד בסעיף 10 למגילת זכויות היסוד האירופית. Griffiths טוען שהוראות התקנות המאפשרות מניעת רישומם של סימנים הנוגדים את תקנת הציבור או המוסר כבר מגלמות את עקרונות היסוד שבמגילה.³⁷ ההנחה היא שכאשר המחוקק קבע את אפשרות מניעת רישומו של סימן מטעמי מוסר או מדיניות ציבורית הביא כבר בחשבון את האיזונים הראויים ודי באלה כדי לקבוע באופן אינהרנטי אם לרשום אם לאו, מבלי להידרש לשיקולים חיצוניים של חופש הביטוי. ביסודה, הטענה היא שעקרונות חופש הביטוי נועדו להגן על חופש היצירה האמנותית האישית, בעוד שאופן הביטוי הגלום בסימן מסחר הוא ביטוי מסחרי שחשיבותו החברתית נמוכה יותר מיצירה אמנותית אישית.³⁸

לדוגמה, בבריטניה, סעיף 3(3) לחוק סימני המסחר כולל מניעה דומה לזו שבתקנות האיחוד האירופי.³⁹ סעיף זה מופעל בזהירות על מנת לזהות האם ישנה פגיעה במוסכמות יסוד רחבות בקרב הציבור. מודגש שיישומה של המניעה מרישום יופעל ביחס לטיבו של הסימן ולא בהכרח בקשר עם נסיבות חיצוניות כגון התנהגות או כוונות המבקש עצמו.⁴⁰ התבטאות סרת טעם או מינורית לא

³⁵ (Decision of 01/09/2011, R 0168/2011-1 – 'fucking freezing! by TÜRPIZ (BILDMARKE)', §25

³⁶ Decision of 17/09/2012, R 2613/2011-2 – ATATURK, § 31

³⁷ Jonathan Griffiths, *Is There a Right to an Immoral Trade Mark?*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS, 309-334 (P. Torremans, ed., 2008). ("Griffiths": להלן: "Griffiths").

³⁸ לצורך זה מפנה Griffiths לאמנת שטרסבורג המפרטת את המונח ביטוי – Expression – ככזה העוסק בפנים האמנותיים של יצירה אישית של אדם.

³⁹ Trade Marks Act, 1994, c. 26, § 3(3)(a) (U.K.): "A trade mark shall not be registered if it is— (a) contrary to public policy or to accepted principles of morality;"

⁴⁰ **Dick Lexic Ltd's Application** [2005] ETMR 99; [2007] ETMR 8, para [64]-[72]: The applicability of s 3(3)(a) depends on the intrinsic qualities of the mark itself rather than upon circumstances relating to the conduct of the applicant; The applicability of s 3(3)(a) is to be assessed at the date of application; Section 3(3)(a) is to be interpreted and applied consistently with Article 10 ECHR. Therefore, registration is only to be refused where refusal is justified by a pressing social need and is proportionate to the legitimate aim pursued. Any real doubt as to the applicability of the objection is to be resolved by upholding the right to freedom of expression by permitting the registration; Section 3(3)(a) is to be objectively applied. The personal views of the tribunal are irrelevant; While s 3(3)(a) may apply to a mark whose use would not be illegal, the legality or otherwise of use of the mark is a relevant consideration; For s 3(3)(a) to apply, there must be a generally accepted moral principle which use of the mark would plainly contravene; The fact that section of the public is offended by a mark (in the sense that they find it distasteful) is not enough to bring s 3(3)(a) into issue; Section 3(3)(a) will apply if the use of a mark would justifiably cause outrage, or would be the subject of justifiable censure, amongst an identifiable section of the public as being likely significantly to undermine current religious, family or social values; It is necessary to consider any usage that the public makes of the word or words of which the mark is comprised. Thus the slang meaning of a word may lead to an objection even if its normal meaning does not; A mark which does not proclaim an opinion, or contain an incitement or convey an

תיחשב בלתי מוסרית לצורך דחיית רישומה.⁴¹ בהקשרים דתיים המבחן לא ישתנה. כך למשל, התקבל לרישום הסימן "JESUS" לגבי רשימה נרחבת של טובין.⁴² נטען שככלל, במתן אפשרות לקישור שם דתי עם מוצרים מסחריים יש להתחשב ברגשותיהם של מאמינים ושל אלה הסבורים שיש לכבד את אמונתם של אחרים.⁴³ ההנמקות לניתוח סעיף 3(3) הבריטי נסמכות רבות על סעיף 10 למגילת זכויות היסוד האירופית. בחלק מהמקרים יש קריאה של זכויות אדם יסודיות לתוך תנאי המוסריות – דבר שמקטין את היקף ההידרשות לשיח של זכויות יסוד (בדומה לעמדתו האמורה של Griffiths). עם זאת, בהחלטות מאוחרות יותר יש פנייה דווקנית לעדיפות המוקנית לזכות היסוד של חופש הביטוי המובטחת באמנה האירופית על פני אפשרות סירובו של סימן לרישום.

בפועל נמצאו רק מעט התייחסויות ישירות לאופן הפעלת תקנה 7(1)(f), שכן, כאמור, פרשנות השאלה מה יהיה מוסרי או מתאים למדיניות ציבורית נקבע כממצא עובדתי ברמה המדינית, כך שהסוגיה עלתה לעתים לא רבות לערכאות הכלל אירופיות. במקרה אחד כזה הוסבר שאמנם סירוב לרישום סימן אינו מונע את השימוש החופשי בו במסחר – כלומר, לכאורה אין נזק מידי למבקש שבקשתו סורבה. אולם הודגש שבפועל יהיה בסירוב עצמו לא רק לצנן ולהגביל את חופש הביטוי אלא אף לפגוע במסחרו של המבקש שבקשתו הוכתמה כבלתי מוסרית.⁴⁴

ה. הדין בארצות הברית

בארצות הברית הוענקה לאחרונה עדיפות מובהקת לחופש הביטוי, גם כאשר מדובר בביטוי מסחרי, על פני אפשרות דחיית רישומו של סימן.

סעיף 15 U.S.C. §1052(a) לחוק סימני המסחר הפדרלי מונה מספר תנאים שיכולים להוות בסיס לסירוב לרישומו של סימן מסחר וביניהם היות הסימן פוגעני (disparaging) באדם או המביאו לכלל

insult is less likely to be objectionable than one that does; Different considerations apply to different categories of mark.

⁴¹ כך למשל הסימן "TINY PENIS" שנדון בעניין [50] ETMR 57, [2002] *Ghazilian's Application* לגבי ביגוד התקבל לרישום משום שלא חרג מגבולות הטעם הרע אל תחומי חוסר המוסריות. לא הוכחה פגיעה ישירה בערכי המשפחה והמדובר בעוול הנובע מהתבטאות בטעם רע. בית המשפט שם גזר הקבלות לחוק הבריטי למניעת פרסומי תועבה (Obscene Publications Act 1957) המציב רף של פגיעה או השחתה מוחשיים "degrade and corrupt".

⁴² *Basic Trademark SA's Application* [2006] ETMR 24

⁴³ [50] ETMR 57, [2002] *Ghazilian's Application* : its appropriation for general commercial use would be "anathema to believers and those who believe in the need to respect the religious sensibilities of others".

⁴⁴ [15] ETMR 7, [2007] *Application of Kenneth (trading as Screw You)*: "While it is true to say that a refusal to register does not amount to a gross intrusion on the right of freedom of expression, since traders can still use trade marks without registering them, it does represent a restriction on freedom of expression in the sense that businesses may be unwilling to invest in large-scale promotional campaigns for trade marks which do not enjoy protection through registration because the Office regards them as immoral or offensive in the eyes of the public".

ביזוי (contempt) או פוגע בשמו הטוב (disrepute). לפי לשון הסעיף ניתן לפסול מרישום גם סימנים שהם בלתי מוסריים (immoral) או שערורייתיים (scandalous).⁴⁵

בידי משרד סימני המסחר בארצות הברית אמצעים נוספים אחרים לסרב רישומו של סימן. כך למשל, לא יירשם סימן שעניינו מסחר בלתי חוקי ברמה הפדרלית.⁴⁶ נראה שאפשרות זו תימצא מקבילה למניעת רישומו של סימן מטעמי הסדר הציבורי – תקנת הציבור המוכרות באירופה ובישראל כטעם לסירוב רישומו של סימן. להלן אתמקד באפשרות סירוב רישומו של סימן מטעמי גניעה, מוסר או שערורייתיות אשר נדונה לאחרונה בארצות הברית בשני מקרים.

בשנת 1968 נרשם סימן המסחר הראשון בארצות הברית לגבי שם קבוצת הכדורגל, ה-REDSKINS, לאחר שהיה בשימוש בהקשר זה מאז שנת 1933.⁴⁷ בשנת 1992 הוגשה בקשה ראשונה לביטול סימן זה, כמו גם סימנים אחרים של הקבוצה הכוללים את השם "REDSKINS", בנימוק שאינם עומדים בדרישות פורמליות שונות, וכן משום שהם פוגעים בקבוצה מן הציבור – קבוצת הילידים-האמריקנים. בשלבים שונים של ההליכים השונים ידם של הילידים-האמריקנים הייתה על העליונה, ובית המשפט אף אישר את החלטת משרד סימני המסחר לדחות את הרישום מאחר שמצא שהביטוי REDSKINS פוגעני.⁴⁸

בסופו של דבר החלטות אלו נהפכו לאור פסיקת בית המשפט העליון של ארצות הברית בעניין להקת רוק אשר פעלה במשך מספר שנים תחת השם "The Slants" ושמנהיגה, Simon Shiao Tam ביקש לרשום כסימן מסחר. הלהקה מורכבת מאמריקנים ממוצא אסייתי. תחילה נדחתה הבקשה: משרד סימני המסחר מצא שהסימן פוגעני בהיות המלה "Slants" כינוי גנאי נפוץ לאמריקנים ממוצא אסייתי. העובדה שהמבקש היה אמריקני-אסייתי בעצמו, לא הועילה לו. בהמשך וכמתואר בפסקאות הבאות, בית המשפט העליון פסק שפסקת הפגיעה בסעיף 1052(a) אינה חוקתית וכי יש לאפשר רישום של סימנים שאף עשויים להיחשב פוגעניים שכן מניעת רישום תהא אפליה הפוגעת בחופש הביטוי. לאור הקביעה בעניין זה, הופסק ההליך לביטול של ששת הסימנים שנרשמו לגבי REDSKINS, וסימנים אלה נותרו במרשם.⁴⁹

בקשתו של מר Tam לרשום את הסימן "The Slants" נדחתה על ידי משרד סימני המסחר בארצות הברית על בסיס סעיף 1052(a) המאפשר סירוב רישומו של סימן מהטעם שיש בו לפגוע או לבזות

⁴⁵ "No trademark by which the goods of the applicant may be distinguished from the goods of others shall be refused registration on the principal register on account of its nature unless it— (a) Consists of or comprises immoral, deceptive, or scandalous matter; or matter which may disparage or falsely suggest a connection with persons, living or dead, institutions, beliefs, or national symbols, or bring them into contempt, or disrepute; ..."

⁴⁶ §2.69 Compliance with other laws - When the sale or transportation of any product : 37 C.F.R. §2.69 for which registration of a trademark is sought is regulated under an Act of Congress, the Patent and Trademark Office may make appropriate inquiry as to compliance with such Act for the sole purpose of determining lawfulness of the commerce recited in the application

⁴⁷ סימן מס' 0836122 שנרשם בארצות הברית ביום 11.7.1967, לגבי "THE REDSKINS" (מעוצב).

⁴⁸ **Blackhorse v. Pro-Football, Inc.**, USPTO TTAB No. 92046185 (2014)

⁴⁹ **Pro-Football, Inc. v. Blackhorse**, No. 15-1874 (4th Cir. 2018)

אחר. ערעור המנהלי הראשון נדחה אך בערעור לבית המשפט הפדרלי נקבע שסעיף החוק האמור אינו חוקתי משום שהוא פוגע בתיקון הראשון לחוקה שמגן על חופש הביטוי. משרד סימני המסחר ערער על קביעה זו. ב-2017 בית המשפט העליון דחה את הערעור, וקבע שהוראות סעיף 1052(a) באשר לאפשרות סירוב סימנים פוגעניים – המכונה בפסק הדין פסקת הפגיעה (disparaging clause) – נוגדות את התיקון הראשון של החוקה.⁵⁰

בית המשפט מצא שהסימן המבוקש אכן פוגעני.⁵¹ בית המשפט גם מציין שאכן מצויים במרשם סימנים שהם אכן פוגעניים אך אלה נכנסו בו לאור תפיסות משתנות של מה פוגע ולאור מידת מודעות נמוכה בעבר למידת הפגיעה שבסימנים הפוגעניים שנרשמו.⁵² משמצא בית המשפט שאכן מדובר בסימן פוגעני, פנה לדון בשאלה האם סירוב רישומו פגע בחופש הביטוי. בית המשפט העליון קבע שאל לו לבחון לדחות רישומו של סימן רק לאור הדעות שניתן להתרשם שיש בו להביע. בית המשפט העליון מצא את סעיף החוק האמור כפוגע בתיקון הראשון, מאחר שיש בו כדי לצנזר רעיונות שהממשל מוצא כפוגעניים. על חקיקה שיש בה להפלות כנגד תוכן וביטוי של השקפות ורעיונות לעמוד בסטנדרט גבוה ביותר של הכרחיות "compelling actual purpose". טענת משרד סימני המסחר הייתה שמאחר שמדובר ברישום ממשלתי – שהוא בגדר "government speech", הרי שאין החקיקה מגבילה את אופן ההתבטאות של הציבור אלא שיש בה כדי להגביל הגבלה לגיטימית של רישום ממשלתי ציבורי שעליו לעמוד בסטנדרט שלא יפגע באחר, ומכאן שניתן להגבילו. בית המשפט העליון דחה את הטענה, והדגיש שסימן המסחר הוא קניין פרטי של מבקש הרישום הקובע מה יכלול הרישום המבוקש ואינו בגדר ביטוי של הציבור. הפרט הוא זה שהגה את הסימן ולא הממשל הפדרלי. לכן, מגבלות אופן ביטוי היכולות לחול על המדינה כגוף ציבורי לא יחולו על מבקש פרטי.⁵³ אין במתן אישור לרישום במרשם ממשלתי להפוך אופן ביטוי פרטי לציבורי.⁵⁴ בהתאם, בית המשפט קבע כי סימני מסחר הם קניין פרטי ורישומם אינו הופך אותם לגדר ביטוי ממשלתי.⁵⁵

אחת מטענות משרד סימני המסחר בעניין זה, הייתה שבפועל, אי הרישום לא יגביל את חופש הביטוי של מר Tam, שיוכל להשתמש בציבור בסימן ואף לתבוע זכויות מכוח סימן מסחר לא

⁵⁰ Matal v. Tam, S.Ct. No. 15–1293 (19 June 2017) (להלן: "עניין Matal"); בעמ' 1 לפסק הדין: "We now hold that this provision violates the Free Speech Clause of the First Amendment. It offends a bedrock First Amendment principle: Speech may not be banned on the ground that it expresses ideas that offend"

⁵¹ עניין Matal שם, בעמ' 11–12.

⁵² עניין Matal שם, בעמ' 12: "Registration of the offensive marks that Tam cites is likely attributable not to the acceptance of his interpretation of the clause but to other factors—most likely the regrettable attitudes and sensibilities of the time in question"

⁵³ Pleasant Grove City v. Summum, 555 U.S. 460, 467 (2009).

⁵⁴ עניין Matal שם, בעמ' 2, 14–15, כהמחשה של חוסר סבירות ייחוס תוכן המרשם לביטוי של הגוף הרושם ציין בית המשפט את סכנת המדרון החלקלק לאור נפוצות הרישום של רישום זכויות יוצרים באצות הברית. במידה ותוכן סימני מסחר שנרשמו ייחוס כביטוי של הממשל הרי שגם מכלול תוכן העבודות הרשומות בקונגרס ייחשב כביטוי של הממשל. ישנו חוסר סבירות קיצוני בייחוס תכני העבודות שנרשמו לשם הבטחת הגנת זכות יוצרים או אופן הביטוי הגלום בסימן מסחר המכילים תכנים רבים, ערטילאיים ואף נוגדים, לגוף אחד. ייחוס כלל התכנים הללו לגוף אחד בהקשרו של מתן לגיטימיות להגבלת חופש הביטוי של מאן דהו – ובמקרה זה של הממשל ירוקן את המונח מכל תוכן. אם נניח שמדובר בביטוי של הממשל הרי שלאור ריבוי ושוניות הסימנים השונים כמו גם התכנים המגוונים של יצירות הנרשמות בקונגרס לרישום זכות יוצרים נמצא כי "Federal Government is babbling prodigiously and incoherently"

⁵⁵ שם, בעמ' 18.

רשום.⁵⁶ כלומר, לשיטתם אין באי הרישום של הסימן כדי להגביל את חופש הביטוי שלו.⁵⁷ טענה זו נתמכה גם בנימוק שרישום מעניק יתרון, שהוא בגדר סובסידיה ממשלתית, למבקש ושמכוח יתרון זה מוענקת למדינה כגוף המעניק את היתרון, אפשרות להתערבות מטעמי אי פגיעה בציבור זה או אחר על חשבון חופש הביטוי. טענה זו נדחתה, שכן המקרים בהם ניתן להתגבר על התיקון הראשון לחוקה מתייחסים למקרים שבהם המדינה מעניקה כספים ישירות לשם פעילות מסוימת. לעומת זאת, במקרה של סימני מסחר, המבקש משלם אגרה על מנת לקבל שירות של רישום הסימן.⁵⁸ בית המשפט דימה את שירותי הרישום לשירותים חיוניים כגון משטרה או מכבי אש, המחויבים להעניק את שירותיהם.⁵⁹

בית המשפט העליון אף הדגיש את הבעייתיות הטמונה בקביעה כי סימן כלשהו יכול להיות פוגעני. כפי שמדגים המקרה שבפנינו: היוצר, מר Tam, שכמו יתר חברי הלהקה הוא אמריקני ממוצא אסייתי, רואה בשם הלהקה שבחר הזדמנות להתייחס למיעוט האסייתי באוכלוסיה באופן קליל העשוי לשנות התייחסות תרבותית. בעוד שעמדת המדינה שמדובר בביטוי פוגעני בלבד בו אין להתיר שימוש, מדגים את הבעייתיות והפגיעה המסתברת בחופש הביטוי אשר ביכולתו לשנות דעות ועמדות בציבור.⁶⁰

יש להדגיש שהדיון האמור בבית המשפט העליון בארצות הברית נגע לשאלת הפוגעניות העומדת ביסוד הסימן כטעם לסירוב רישומו. בית המשפט שם לא דן במונחים הפוגעניים האחרים (offensive) המוזכרים בסעיף 1052(a) אך מקים יסוד לטענה הרחבה יותר שאין בסמכותו של משרד סימני המסחר להפלות בין סימנים על סמך השקפה הגלומה בהם (viewpoint discrimination).

בעקבות החלטת בית המשפט העליון עודכנו באוקטובר 2017 הנחיות הבחינה של משרד סימני המסחר האמריקני, כך שהיותו של סימן פוגעני בהתאם ללשון סעיף 1052(a) אינה יכולה להיות טעם לסירוב בקשה לרישומו של סימן.⁶¹ באשר לאופן הקביעה מה ייחשב סימן בלתי מוסרי או שערווייתי (scandalous) מופנים בוחני משרד סימני המסחר לאבחנה כי שינוי העיתים ישנה את הקביעה מה ייחשב ככאלה.⁶² למעשה, הבדיקה בארצות הברית לגבי מה ייחשב שערווייתי

⁵⁶ §43(a) of the Lanham Act

⁵⁷ השוו להתייחסות לטענה זו באיחוד האירופי, ה"ש 44 לעיל.

⁵⁸ עניין Matal, בעמ' 20-18.

⁵⁹ עניין Matal, בעמ' 20-19.

⁶⁰ עניין Matal, בעמ' 5-4 לחוות דעתו של השופט קנדי.

⁶¹ [Trademark Manual of Examining Procedure](#) (October 2017): 1201 - Immoral or Scandalous Matter

⁶² [Trademark Manual of Examining Procedure](#) (October 2017): 1203.03(b) - Refusal on Basis of Immoral : or Scandalous Matter; Deceptive Matter; Matter which May Falsely Suggest a Connection

The meaning imparted by a mark must be determined in the context of the current attitudes of the day. See **In re Mavety Media Grp. Ltd.**, 33 F.3d 1367 (Fed. Cir. 1994) (finding the evidence insufficient to establish that BLACK TAIL, used on adult entertainment magazines, comprises scandalous matter; noting that there were both vulgar and non-vulgar definitions of "tail," and that the record was devoid of evidence demonstrating which of these definitions a substantial composite of the general public would choose in the context of the relevant marketplace); **In re Michalko**, 110 USPQ2d 1949, 1953 (TTAB 2014) (finding the evidence sufficient to establish that ASSHOLE remains vulgar and offensive under modern standards of usage); **In re Old Glory Condom Corp.**, 26 USPQ2d 1216 (TTAB 1993) (holding

מתמקדת בסירובם של סימנים אשר ייחשבו וולגריים על ידי חלק ניכר מהציבור.⁶³ כלומר, בעוד שמידת הפגיעה התמקדה (עד עניין Matal) בשאלת הפגיעה בציבור ספציפי על מנת שלא לפגוע ברגשותיו של מיעוט, הרי שבשאלות של מוסר ושערורייתיות השאלה תהיה בחינתן של מוסכמות רחבות בקרב הציבור. על מנת שדבר מה ייחשב שערורייתי הוא צריך להיחשב ככזה על ידי חלק ניכר מהציבור, אם לא מרביתו.

בהנחיות הבחינה בארצות הברית אין אבחנה בין המונחים בלתי מוסרי ושערורייתי. קו זה ננקט בהתאם לפסיקה, שמצאה שדבר מגונה ייחשב על פי טיבו כבלתי מוסרי. כך גם נקבע שם שהרף להוכחת היות דבר מה מגונה הנו גבוה מזה הנדרש להוכחת היותו שערורייתי.⁶⁴

בצד תיקון אוקטובר 2017, נותרו ההוראות לגבי בחינת היותו של סימן בלתי מוסרי או שערורייתי המסבירות שאין בסירוב שכזה לסתור את הוראות התיקון הראשון לחוקה באשר לחופש הביטוי מאחר שאין מדובר בהדחת כל אמצעי מפורש של ביטוי.⁶⁵ ספק אם דברים אלה עומדים לאחר פסיקת בית המשפט העליון ואף לא לאור עמדות משרד סימני המסחר של ארצות הברית, שטען שמדובר בפגיעה לגיטימית ומותרת בחופש הביטוי. לפיכך, נראה שלעת עתה גם סירובם של סימנים מטעמי אי מוסריות או שערורייתיות יוגבל ביותר לאור הפסיקה האמורה.

בעקבות עניין Matal, בית המשפט הפדרלי לערעורים קיבל ערעור של מבקש בשם Brunetti, שבקשתו לרשום את המילה "FUCT" נדחתה מרישום על ידי משרד סימני המסחר מהטעם שהיא שערורייתית (Scandalous). בית המשפט מצא שאכן מדובר במלה מגונה ושערורייתית אך לאור פסיקת בית המשפט העליון בעניין Matal קבע שלאור אותם טעמים שלא לסרב רישומו של סימן

not scandalous OLD GLORY CONDOM CORP and design comprising the representation of a condom decorated with stars and stripes in a manner to suggest the American flag); **In re Thomas Labs., Inc.**, 189 USPQ 50, 52 (TTAB 1975) ("[I]t is imperative that fullest consideration be given to the moral values and conduct which contemporary society has deemed to be appropriate and acceptable.") Therefore, to support a refusal on the ground that a proposed mark is immoral or scandalous, the examining attorney must provide evidence that a substantial portion of the general public would consider the mark to be scandalous in the context of contemporary attitudes and the relevant marketplace. **Mavety Media**, 33 F.3d at 1371-72.

Red Bull, 78 USPQ2d at 1381-82 (finding multiple dictionary definitions indicating BULLSHIT is ⁶³ "obscene," "vulgar," "usually vulgar," "vulgar slang," or "rude slang" constitute a prima facie showing of a refusal that the term is offensive to the conscience of a substantial composite of the general public). is proper if the evidence shows that "the term would be perceived and understood as vulgar by a substantial portion of the purchasing public." Id.; see also **Fox**, 702 F.3d at 634

McGinley, 660 F.2d at 484-85: "It has been noted that the threshold is lower for what can be described ⁶⁴ as "scandalous" than for "obscene." Refusal to register immoral or scandalous matter has been found not to abridge First Amendment rights, because no conduct is proscribed and no tangible form of expression is suppressed. Also, the term "scandalous" has been held sufficiently precise to satisfy due process requirements under the Fifth Amendment"

It has been noted that the threshold is lower for what can be described as "scandalous" than for ⁶⁵ "obscene." Refusal to register immoral or scandalous matter has been found not to abridge First Amendment rights, because no conduct is proscribed and no tangible form of expression is suppressed. Also, the term "scandalous" has been held sufficiently precise to satisfy due process requirements under the Fifth Amendment. **McGinley**, 660 F.2d at 484-85

לאור היותו פוגעני לחלק מהציבור, כך גם לא ניתן לצמצם את חופש הביטוי של חלק קטן מהאוכלוסיה למרות שמרבית הציבור ימצא שמדובר בביטוי מגונה ושערורייתי.⁶⁶

בית המשפט הפדרלי בעניין Brunetti אבחן שלא כל סימן שעשוי להיות בלתי מוסרי או שערורייתי הוא גם בהכרח מגונה.⁶⁷ לאור החלטה זו, בפועל, בזמן כתיבת שורות אלה, הוציא משרד סימני המסחר של ארצות הברית הודעה על המשך השעיית בחינתן של בקשות שנמצאו ככאלה החורגות ממידת השערורייתיות (Scandalousness clause) עד אשר תחלוף תקופת הערעור על פסק הדין בעניין Brunetti.⁶⁸ כלומר, לעת עתה, סימנים שעשויים להיות בלתי מוסריים או מגונים אינם מסורבים, אך בחינתם מושעת.

1. סיכום ומבט לעתיד

בנספח להוראות הבחינה באיחוד האירופי נכללת רשימה של מקרים שנדונו במדינות שונות באיחוד, וסורבו או אושרו לרישום.⁶⁹ עיון ברשימה זו מעיד על חוסר עקביות בהפעלת הקריטריונים, תוך ניסיון לאבחנה מסוימת בין אלה שנוגעים לתקנת הציבור ובין אלה שנוגעים לפגיעה במוסר. בפועל, נראה שהסירוב נעשה לא פעם תוך התייחסות כוללנית לשני תנאי סל אלה יחדיו. זאת בעוד שהסקירה לעיל של הדין בארצות הברית מעידה כי לעת עתה נדיר יהיה המקרה בו חשש לפגיעה באחר או פגיעה במוסר תצדיק סירוב של רישום, על פני קיום זכות היסוד לחופש הביטוי העומדת למבקש הרישום. זאת אף שמדובר בביטוי מסחרי שאינו בהכרח ביטוי אישי. ממצב בו תקנת הציבור או המוסר היו אמצעי בידי הגוף הרושם לסרב את הרישום, הפכו אלה לטעם שיכביד על הסירוב ולמעשה העלה את רף ההנמקה לסירוב רישומו של סימן. מכאן נראה שהפניה לשיקולים חיצוניים לשיטת סימני המסחר, שיקולים שהפעלתם אינה בהכרח בתחום מומחיותו של הגוף האמון על רישום סימני מסחר, תיעשה במשורה. מיעוט המקרים מסוג זה שנדונו בישראל מעיד על כך שזה גם המצב בפועל גם כאן.

נראה שבחירתו של המחוקק בישראל להפריד בין תקנת הציבור לבין המוסר אינה יוצאת אל הפועל. כמתואר לעיל, עיקר הדיון המשפטי נוגע לסוגיית תקנת הציבור בעוד שההפרדה בינה לבין סוגיית המוסר מלאכותית. כאמור, גם בדיון האירופי האבחנה בין שני מונחים אלה הנה אבחנה שתדיר אינה ברורה. נראה כי השיח הרלוונטי לסימני מסחר הוא זה שנבחר בארצות הברית המתניח לסמנים שיש בהם פגיעה כלשהי. אבחנה זו מותירה את הדיון בשאלת תקנת הציבור למקרים הברורים של הפרת דבר חקיקה ספציפי.⁷⁰ נראה כי טרמינולוגיה זו של פגיעה עדיפה על שאלות מוסדיות של תקנת הציבור ולא כל שכן של מוסר.

⁶⁶ In re Erik Brunetti, 2015-1109

⁶⁷ "not all scandalous or immoral marks are obscene. All apples are fruit, but not all fruits are apples"

⁶⁸ Examination Guide 2-18 - Examination Guidance for Compliance with Section 2(a)'s Scandalousness Provision While Constitutionality Remains in Question during Period to Petition for Certiorari to U.S. Supreme Court (May 24, 2018). צפוי שתקופת הערעור תחלוף ביולי 2018.

⁶⁹ ראו הי"ש 26 לעיל.

⁷⁰ ראו הי"ש 46 לעיל.

נראה שהדיון שהתפתח בארצות הברית ובאירופה תוך איזון והשוואת אמצעי רישום סימן מסחר לזכות לחופש הביטוי מעניק משנה חשיבות לרישום סימן המסחר כאמצעי להבטחת חופש הביטוי. דיון זה מדגים את יצירתו של נדבך נוסף במארג המשמעויות של הזכות לסימן מסחר. אם הרישום מקורו במניעת הטעיית הצרכן שהתפתח לכדי יצירת זכות מעין קניינית במותג, הרי שהבטחת חופש הביטוי באמצעות הרישום יוצרת זכות ציבורית המביאה לעדיפותו של סימן מסחר רשום על פני כזה שאינו רשום.

עם זאת, ספק אם בריקון תנאי הסל הללו תימצא ברכה בלבד. על פי דיווחים שונים, במהלך הדיונים בעניין Matal הוגשו למשרד סימני המסחר בקשות רבות לרישום סימני מסחר חריגים לגבי שמות גנאי וקללות אשר הכרעה בהם נדחתה עד לאחר מתן פסק הדין.⁷¹ לפי ההנחיות הנוכחיות של משרד סימני המסחר של ארצות הברית, סימנים חריגים שכאלה לא יסורבו לאור הוראות סעיף 1052(a). ספק אם זו הייתה כוונת בית המשפט העליון עת התיר לרישום את שם הלהקה "The Slants". תגובה ציבורית מעוררת עניין העשויה להציב את חשיבות הרישום באור אחר היא תגובת עיתון הווינגטון פוסט, אשר ללא קשר לתוצאת ההליך המשפטי החליט לא להשתמש עוד בשם קבוצת הכדורגל REDSKINS במאמרי מערכת, ולצמצמו לדיווחים חדשותיים בלבד.⁷² הטיפול בסוגיית המוסר והסימנים הפוגעניים טרם הגיעה לכלל סיום בארצות הברית – בעולם גלובלי בו מותגים חוצים גבולות באופן תדיר, נראה שדיון זה ישפיע גם על טריטוריות אחרות החברות כולן באמנת פריס המחייבת התייחסות לנושא זה.

⁷¹ ראו: Jeff Kobulnick, *The Slants Win Big Supreme Court IP Battle*, FORBES (June 20, 2017); Andrew Chung, *Supreme Court Ruling Leads to Offensive Trademark Requests*, REUTERS (July 23, 2017).

⁷² ראו: Ian Shapiro, *A Brief History of the Word 'Redskin' and How it Became a Source of Controversy*, WASHINGTON POST (May 19, 2016).

הגבולות המוסריים של דיני סודות מסחר

מאת

ד"ר חגי ויניצקי*

מבוא * סייג תקנת הציבור בדיני סודות
מסחר * הכשלים בדין הקיים
ופתרונותיהם * הצעה לתיקון חוק עוולות
מסחריות, התשנ"ט – 1999 * סיכום

א. מבוא

הזכות לסוד מסחרי, המעוגנת בדין הישראלי בחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, היא תוצר של איזונים בין אינטרסים ציבוריים התומכים בהגנה על זכות זו לבין אינטרסים ציבוריים התומכים בהגבלתה. כך למשל, היקף ההגנה על הזכות כלפי צדדים שלישיים בדין הישראלי מצומצם בהשוואה לדין האמריקני, בשל שיקולים של חופש העיסוק, חופש התחרות וחופש המידע. בנוסף, ההצדקות לחרג המאפשר הנדסה חוזרת לגילוי סוד מסחרי, לחרג הכישורים המקצועיים הכלליים, ולדרישה לנקיטת אמצעי אבטחה מתבססות גם הן, בין היתר, על שיקולים אלו.¹ לעתים איזונים אלו בעיצוב הדין אינם מספקים, ונדרש איזון נוסף גם לאחר שהמידע העסקי עמד בדרישות הדין להגנת הזכות לסוד מסחרי. התרחשות של נסיבות בלתי צפויות שמעוררות שיקולים ציבוריים שלא הובאו בחשבון, מחייבת את קיומו של כלי משפטי שדרכו ניתן יהיה לאזן בין הזכות לסוד מסחרי לבין השיקולים הציבוריים האלה, גם במחיר פגיעה בוודאות של בעל הסוד. סייג תקנת הציבור בדיני סודות המסחר, המופיע במפורש בחוק, שמאפשר לבית המשפט לפטור מאחריות במקרים של גזל סוד מסחרי אם "השימוש בסוד המסחרי מוצדק בשל תקנת הציבור", נועד למטרה זו.² סייג זה מוכר גם בדיני סודות המסחר האנגלו-אמריקנים.³

ברשימה זו אטען כי סייג תקנת הציבור במתכונתו הנוכחית אינו אופטימלי, הן מבחינת הסיכון שנוטל על עצמו מי שמעוניין להסתמך על סייג זה, והן מבחינת התוצאה של השימוש בו - גילוי הסוד לציבור הרחב ואובדנו. כפתרון לכשלים אלו אציע לאמץ במשפט הישראלי הסדר שהתקבל לאחרונה בחקיקה

* ד"ר חגי ויניצקי הוא מרצה בכיר לדיני חוזים, דיני קניין ועוולות מסחריות במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט, מרצה מן החוץ לדיני חוזים הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים וראש מכון בגין למשפט וציונות. ברצוני להודות לפרופ' מיכאל בירנהק ולאור כהן-ששון על הערותיהם המעולות ולובל חיימוביץ על הסיוע המעולה למחקר.

¹ ראו חגי ויניצקי **מרשם לסודות מסחריים**, 75, 94-93, 124-122 (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, תשס"ו); (2014) 455, 460 PACE L. REV. 35 Chagai Vinizky, *Trade Secrets Registry*, דברי הסבר לסעיף 11 להצעת חוק לאיסור תחרות לא הוגנת, התשנ"ו-1996, ה"ח 2471 תשנ"ו, 346, 350.

² סעיף 7(א)(2) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 1709. ויניצקי, שם, 137; מיגל דויטש **עוולות מסחריות וסודות מסחר** 695-696, 698 (תשס"ב) (להלן: "דויטש - עוולות מסחריות"); מיגל דויטש "חוק עוולות מסחריות תשנ"ט-1999: הגינות בתחרות וסודות מסחר" הפרקליט מה 128, 160 (תש"ס) (להלן: "דויטש, הגינות בתחרות"); Miguel Deutch, *The Property*; (1997) 313, 323-324 U. RICH. L. REV. 31 *Concept of Trade Secrets in Anglo-American Law: an Ongoing Debate*, להשוואה ליכויות אחרות מתחום דיני הקניין הרוחני ראו דויטש - **עוולות מסחריות**, 107-109.

³ Restatement (Third) of Unfair Competition § 40 Cmt. c (1995); Uniform Trade Secrets act (Canada) § 10 (1989). עם זאת "החוק לדוגמה" הקנדי לא אומץ עד כה באף אחת מהפרובינציות והטריטוריות הקנדיות. ראו גם: Peter S. Menell, *Tailoring a Public Policy Exception to Trade Secret Protection*, 105 CAL. L. REV. 1, 30-31 (2017); ROBERT DEAN, *THE LAW OF TRADE SECRETS*, 273-292 (1990); ALLISON COLEMAN, *THE LEGAL PROTECTION OF TRADE SECRETS*, Vinizky (1992) 65-81; דויטש - **עוולות מסחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 697; דויטש, "תחרות והגינות", לעיל ה"ש 2, בעמ' 160; Vinizky (1992) 1, בעמ' 469.

האמריקנית, לרבות נוסח להצעת חוק, שלפיו מי שמבקש לחשוף עוול, והחשיפה כרוכה בגילוי סוד מסחרי, יוכל לגלות את הסוד לרשות מתאימה, וייהנה מפטור מאחריות.

ב. סייג תקנת הציבור בדיני סודות המסחר

מאחר שהמחוקק התחשב בשיקולים הציבוריים הכלליים של חופש עיסוק, חופש תחרות וחופש המידע בעיצוב הדין, סייג תקנת הציבור בדיני סודות המסחר לא נועד להתחשבות כפולה בערכים אלו, על אף שהם נכללים במונח זה בענפי משפט אחרים, כגון במסגרת דיני החוזים.⁴ דוגמה לניסיון להרחיב את סייג תקנת הציבור במסגרת דיני סודות המסחר לאינטרסים כלליים קיימת בהצעות לכלול במסגרתו גם חירויות כגון חופש הביטוי וחופש הקישור (Freedom to Link).⁵ רוברט דין (Dean), שהעלה אפשרות זו בספרו, קבע שגישה זו נדחתה בפסיקה ויש לאפשר להשתמש בהגנה של תקנת הציבור רק במקרים של רשע, אי צדק, או עוול.⁶

לאיזו מטרה, אם כן, כן נועד הסייג? אני סבור שהשימוש בסייג "תקנת הציבור" במסגרת דיני סודות מסחר אמור להתקיים כאשר השמירה על הסוד המסחרי יוצרת כשל מוסרי ספציפי. ואכן השימוש בסייג זה נעשה באופן זהיר ביותר במשפט האנגלו-אמריקני. כך למשל, נעשה שימוש בסייג זה במקרים של גילוי עבירות פליליות או עוולות נזיקיות, שכן אין סודיות ביחס לחשיפת עוולה.⁷

סוג נוסף של מקרים שעשויים לחסות תחת סייג תקנת הציבור הוא גילוי סוד מסחרי שנדרש לצורך גילוי פגם בתרופה, פגם במזון, תקלה במכשיר רפואי, סיכון בטיחותי או בריאותי.⁸ האם הסייג יוכל לחול גם על

⁴ ראו למשל ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 862-864 (2000).

⁵ נ' מזור "עוולות מסחריות באינטרנט האם החוק החדש מספק תשובות" עורך הדין 13 63 (2000).

⁶ Dean לעיל ה"ש 3, בעמ' 287 והאסמכתאות שם. ראו גם: דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט 569 (מהדורה שלישית, כרך א 2015) הסבורים שיש לכלול במסגרת חריג זה מידע אודות מעשי פשע, מרמה והתנהגות פסולה.

⁷ Restatement (Third) of Unfair Competition §40 Cmt. c; Church of Scientology of California v. Kaufman (1973) 7 R.P.C. 635. לפסקי דין שראו בחשיפת שחיתות/מרמה/פשע/בטחון הציבור/עניין ציבורי חריגים להתחייבות/חובת סודיות גם ללא קשר דווקא לסוד מסחרי ראו: 3 Gartside v. Outram (1856) 26 LJ Ch 113; Initial Services Ltd v. Putterill [1967] 2 All. E.R. 145 (CA), [1968] 1 QB 396; Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis (No. 2) [1979] 2 All. E.R. 620, [1979] 2 W.L.R. 700; Woodward v Hutchins [1977] 1 WLR 763; Khashoggi v. Smith (1980) CA Transcript 58; Lion Laboratories Ltd. v. Evans (1985) QB 526, (1984) 2 All. E.R. 417, (1984) 2 W.L.R. 539; W. v. Egddell (1989) 2 W.L.R. 682. אורן רכס סודות מסחר והגבלת עיסוק – 374-368 (תשנ"ט, בתוספת עדכון 2001); דויטש - עוולות מסחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 697; דויטש, "תחרות והגינות", לעיל ה"ש 2, בעמ' 160-161; פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 569. דוגמה לסוג זה של מקרים הוא המקרה שאירע בליכטנשטיין. עובד לשעבר של הבנק הגדול בליכטנשטיין מכר לממשלות גרמניה ובריטניה רשימת לקוחות של מעלימי מס זרים, שהייתה סוד מסחרי, תמורת 7.4 מיליון דולר (התשלום מממשלת גרמניה). גרמניה ומדינות אחרות החלו בחקירות נגד אזרחיהן שהעלימו מס בליכטנשטיין. העובד מכר את הרשימה לאחר שהחברה בעלת הסוד סירבה לשלם לו עליה כי ראתה בכך סחיטה. ראו דיווח אצל אשר שכטר "משטרת ליכטנשטיין הוציאה צו מעצר בינלאומי נגד המודיע שחשף את העלמות המס שהתבצעו במדינה" The Marker (12.3.08); סוכנויות הידיעות "ניסד ליכטנשטיין ינקוט באמצעים לשיתוף פעולה בנושא מסים עם מדינות" The Marker (17.8.08). תביעה היפותטית נגד אותו עובד בשל גילוי סוד מסחרי הייתה אמורה להידחות בשל הסייג של תקנת הציבור.

⁸ בדברי ההסבר לסעיף 11 להצעת חוק איסור תחרות לא הוגנת, התשנ"ו-1996, הצ"ח תשנ"ו 2471, 346. נכתב ביחס לחריג תקנת הציבור, שהוא נועד, בין היתר, למקרים בהם השימוש בסוד על ידי בעליו יזיק לבריאות הציבור. ראו גם: Restatement (Third) of Unfair Competition §40 Cmt. c; Habbard v. Vosper [1972] 2 QB 84, [1972] 1 All. E.R. 1023, [1972] 2 All. E.R. 241, 260. W.L.R. 389; Beloff v. Pressdram (1973) 1 All. E.R. 241, 260. Dean לעיל ה"ש 3, בעמ' 276-277; רכס, לעיל ה"ש 7, בעמ' 381-380; דויטש - עוולות מסחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 702; דויטש, "תחרות והגינות", לעיל ה"ש 2, בעמ' 160. ניתן להמחיש זאת גם באמצעות המקרה בו חברת תנובה הכניסה סיליקון לחלב עמיד דל שומן כדי למנוע קצף. ראו: ע"א 10085/08, תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' עזבון ראבי (פורסם בנבו, 12.12.2011); דני"א 9416/11, עזבון ראבי נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2012). לפרשה זו ראו גם אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 80-77, 89, 94, 233, 318, 337-336, 657, 662 (2017). עובדה זו התגלתה בתחקיר של רונאל פישר בעיתון מעריב שהתבסס בין היתר על מידע פנימי. ניח לצורך הדוגמה שהעובדה שסיליקון מונע קצף היא סוד מסחרי. גילוי

מקרים של גילוי מידע על ייצור של תרופה חדשה שיכולה להציל חיים, כאשר קיים מחסור בתרופה או שעלות רכישתה לאזרח אינה סבירה? סוגיה דומה קיימת בדיני הפטנטים, כאשר מדינה חייבת להכריע בין כיבוד פטנט על תרופה לבין האפשרות להתיר ניצול אמצאה באמצעות רישיון כפייה כאשר הדבר דרוש לקיום אספקה של תרופות.⁹ אפשרות נוספת היא מתן היתר לשימוש המדינה אם הדבר דרוש להגנת המדינה או לקיום אספקה או שירותים חיוניים.¹⁰ מיגל דויטש סבור שבדרך כלל אין להתיר לעשות שימוש בסייג של תקנת הציבור לצורך גילוי מידע על תרופה חדשה. לשיטתו, ראשית, אין הסדר לתמלוגים לבעל הסוד, ושנית קיים חשש לשיקול מוטעה של המגלה, שאין לו כיס עמוק מספיק לפיצוי בגין טעותו.¹¹ לדעתי, במקרים בהם קיים מחסור בתרופה או שהיא תהיה יקרה מדי, ראוי להתיר את הגילוי מטעמים של תקנת הציבור, במיוחד שבדיני סודות המסחר לא קיים המוסד של רישיון כפייה.¹² גישה זו הולמת גם את גישת המשפט העברי שמצביע על מקרים בהם אמוראים גילו תרופה סודית לציבור הרחב.¹³ הפתרון לקשיים אלה עשוי להיות באמצעות דרישה להיתר מבית המשפט לגלות את הסוד בנסיבות אלו, שיכלול תמלוגים לבעל הסוד.

סוג נוסף של אינטרס לגלות סוד מסחרי הוא חשש לפגיעה בזכויות קיום בסיסיות. כך למשל, פסק הדין בעניין עמיצור נ' לוי, דן במקרה בו בעל חברת כוח אדם הגיש בקשה לצו להגבלת עיסוק וצו לשמירה על סודות מסחריים. הסוד המסחרי היה רשימה של עובדים זרים שהועסקו בניגוד לחוק ובתנאים קשים. בית הדין קבע שקבלת הבקשה רק תנציח את מצבם של העובדים, שהרי לא ניתן יהיה להתחרות על האפשרות להעסיקם, וכך הם ימשיכו לעבוד בתנאים הנוכחיים. לפיכך קבע בית הדין שגם אם מדובר בסוד מסחרי קיים צידוק לגלות ולהשתמש ברשימת העובדים מתוך היקש לתקנת הציבור של דיני סודות המסחר.¹⁴

סייג תקנת הציבור מקנה כאמור פטור מאחריות, במקרה שהשימוש מוצדק בשל תקנת הציבור. ברם, אם המגלה גרף רווחים כתוצאה מהשימוש בסוד המסחרי, ראוי בית המשפט, אם ראה שהדבר מוצדק בנסיבות העניין, לחייב אותו להשיב את הרווחים כולם או חלקם לבעל הסוד.¹⁵ השאלה היא אם מדובר

השימוש בסיליקון לציבור מחייב לגלות גם את הסוד. אם החברה באופן היפותטי הייתה תובעת את העובד שגילה את הסוד, אזי תביעה שכזו הייתה נדחית ככל הנראה בשל סייג תקנת הציבור. ראו גם Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 22 לגבי גילוי האפקט הממכר של הניקוטין.

⁹ סעיפים 116-128 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק הפטנטים). מקרה שכמעט הצדיק זאת היה הפטנט על תרופת ה"סטימפלו" נגד שפעת העופות. לדיווח, ראו אבנר ארד "שפעת העופות, יש גם מרוויחים" NRG (19.3.06).

¹⁰ סעיפים 104-106 לחוק הפטנטים.

¹¹ דויטש - עוולות מסחריות, לעיל, ה"ש 2, בעמ' 709-711; דויטש, "תחרות והגינות", לעיל, ה"ש 2, בעמ' 161.

¹² לדיון באפשרות זו ושלילתה ראו דויטש - עוולות מסחריות, לעיל, ה"ש 2, בעמ' 714-718.

¹³ בגמרא מסופר שרבי גילה במקום ששמו מחוזה שלושה חומרים שטובים כתחבושת אחר ברית המילה: שעווה, שרף ואילן. לאחר שנודע למשפחת מינומי אסיא שרבי גילה את החומרים קרעו בניו של מינומי אסיא את בגדיהם מרוב צער שנודע לכל כיצד לעשות את התחבושת ולא יזדקקו להם. אמר להם רבא הנחתי לכם רפואה אחת שלא גיליתי, ותוכלו להשתמש בה ולהתפרנס, ראו תלמוד בבלי, מסכת שבת קלג, ב'; רש"י, שם, ד"ה קרעיהו; ע. אבן ישראל, שטינזלץ, שם, 589; ש. ורהפטיג, דיני מסחר במשפט העברי 234-235 (תש"ן). מקרה נוסף שמובא בגמרא לגבי שמירת תרופה בסודיות על ידי רופאה וגילויה על ידי ר' יוחנן לציבור הרחב ראו תלמוד בבלי, מסכת יומא פד, א'; ע. אבן ישראל, שטינזלץ, שם, 354; ורהפטיג, שם, 235. מקרים אלו מדגישים את התפיסות השונות. הרופאים ראו במידע הרפואי שהיה בחזקתם ושנשמר בסודיות, כקניין פרטי, שרק הם ראויים לנצלו לפרנסתם, ואילו תלמידי החכמים באותה התקופה סברו שמידע רפואי צריך להיות ידוע לכלל, ולפיכך ראוי שיהיה נחלת הכלל, ולכן חובה לפרסמו כדי שהציבור יוכל לעשות בו שימוש לצורך ריפוי, ורהפטיג, שם, 235. תחום נוסף שהתעורר בו המתח בין הזכות לשמירת סודיות לבין האינטרס לגלות את המידע הוא סודות בתחום המלאכות שבמסגרת עבודת הכהנים בבית המקדש, ראו תלמוד בבלי, מסכת יומא לח, א'. ראו גם ורהפטיג, שם, 234.

¹⁴ ב"ש"א 1687/00, עמיצור נ' לוי, פס' 19 (פורסם בנבו, 19.3.2000). ההיקש נעשה כלל הנראה מאחר שחוק עוולות מסחריות לא חל על נסיבות המקרה שהתרחשו לפני שהחוק נכנס לתוקף.

¹⁵ סעיף 7(ב) לחוק עוולות מסחריות. ראו גם עניין Initial Services, לעיל ה"ש 7, שם קבע בית המשפט שעל אף שהגילוי לעתים מוצדק בשל תקנת הציבור, המצב עלול להיות שונה במקרה בו העובד ימכור את הסוד לטובת רווח או פרס. אפשרות זו קיימת כמובן גם מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, דויטש - עוולות מסחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 713-714.

ברווחים שהתקבלו כתוצאה משימוש בסוד המסחרי בלבד, או מעצם הגילוי הכולל.¹⁶ אם האפשרות האחרונה היא הנכונה אין להעביר את הרווחים האלה לבעל הסוד, במיוחד לאור האינטרס לתמרץ עובדים לחשוף מחדלים דומים.¹⁷ נראה שרק במקרים של שימוש בסוד עצמו כגון שימוש בנוסחה שהתגלתה בשל אינטרס ציבורי הולם, יהיה מוצדק להשיב את הרווחים כולם או חלקם לבעל הסוד.¹⁸

ג. הכשלים בדין הקיים ופתרונותיהם

ההסדר הקיים מעורר שלוש בעיות מרכזיות:

1. **עמימות**: בהעדר יעוץ משפטי, ספק אם מי שאמור להסתמך על סייג תקנת הציבור יהיה בכלל מודע לו, שכן חוזה העבודה אינו מציין אפשרות זו, ולכן החשש מפני גילוי סוד מסחרי ירתיע את אותו אדם מלגלות את המידע שחיוני לציבור.¹⁹ יתרה מכך, גם אם המסתמך הפוטנציאלי על סייג זה יהיה מודע לקיומו, הוא מבצע למעשה עוולה של גזל סוד מסחרי, אלא שהוא מתעתד לטעון להגנה של סייג תקנת הציבור. במקרה זה הוא צפוי לתביעה כנגדו שתדרוש ממנו הוצאה ניכרת של משאבי זמן ומשאבים כלכליים למימון ייצוג משפטי כדי לנסות ולהוכיח את התקיימותו של סייג תקנת הציבור.²⁰ בנוסף, המסתמך על הסייג, שפועל בדרך כלל עבור הציבור ולא עבור אינטרס עצמי, נוטל סיכון שבית המשפט ידחה את הטענה והוא יימצא מעוול בעוולת גזל סוד מסחרי.²¹ חששות אלו עלולים להרתיע מפני הסתמכות על הגנה זו מלכתחילה. ואכן, במשפט הישראלי לא עלה בידי לאתר פסק דין נוסף (מעבר לעניין עמיצור), שדן בסייג תקנת הציבור וזאת על אף שחלפו כמעט שני עשורים מחקיקת חוק עוולות מסחריות.

2. **היררכיה משפטית**: האם הכרה בהתקיימות הסייג של תקנת הציבור ביחס לגילוי סוד מסחרי במקרה מסוים מתגברת גם על ההתחייבות החוזית שלא לגלות סודות מסחריים? בארצות הברית פנו בתי המשפט לעקרונות חוזיים המבטלים חוזים שנוגדים את תקנת הציבור. אולם גם במקרים אלו מי שמתלבט אם לגלות סוד מסחרי שחיוני לציבור עלול לחשוש מהאפשרות שהמידע שיתגלה לא יצדיק בסופו של דבר את ביטול ההתחייבות החוזית.²² הפתרון בדין הישראלי עשוי להיות במסגרת עקרון תום הלב. כאשר מוצדק לפטור מאחריות בעוולת גזל סוד מסחרי בשל תקנת הציבור, אזי פטור זה עשוי לחול גם במסגרת ההסדר

¹⁶ כך למשל, אם בעניין **תנובה**, לעיל ה"ש 8, עובד היה מגלה את העובדה שמוחדר סיליקון לחלב ומקבל בשל כך מאמצעי תקשורת תמורה עבור הגילוי, האם רווחים אלו אמורים להיות מושבים כולם או חלקם לבעל הסוד? הרי רווחים אלו הופקו לא כתוצאה משימוש בסוד המסחרי (סיליקון מונע בועות) אלא מגילוי הידיעה שהוחדר סיליקון לחלב.

¹⁷ לאינטרס זה ראו: דויטש, "תחרות והגינות", לעיל ה"ש 2, בעמ' 160; דויטש - **עוולות מסחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 713-714.

¹⁸ למרות שהמגלה הוא בדרך כלל חלש יותר ביחס לבעלת הסוד שהיא בדרך כלל חברה חזקה, ספק לדעתי אם ראוי להפעיל שיקולי צדק חלוקתי לטובתו. לדיון בנושא זה ראו: חגי ויניצקי ומיכל טמיר "מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי" **המשפט** יד 469 (תשע"א).

¹⁹ Menell לעיל ה"ש 3, בעמ' 30, 39.

²⁰ נטל ההוכחה הוא על הטוען לחריג תקנת הציבור, Dean, לעיל ה"ש 3, בעמ' 286. ככל שהאינטרס בשמירה על הסודיות יהיה גבוה יותר, כך יהיה גבוה יותר נטל ההוכחה של האינטרס הציבורי, שם. ראו גם: Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30, 41. Menell אף מציין שעצם חשיפת הסוד המסחרי לעורך הדין בהיקף רחב עלולה להיחשב כשלעצמה כגילוי אסור של הסוד המסחרי, שם, 35-36, 39. ראו גם רכס לעיל ה"ש 7, בעמ' 376-377.

²¹ Carol M. Bast, *At What Price Silence: Are Confidentiality Agreements Enforceable?*, 25 WM. MITCHELL L. REV. 627, 664-668 (1999); דויטש - **עוולות מסחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 698; Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30.

²² Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30-31.

החוזי כהשלמה באמצעות עקרון תום הלב, וגם כחלק מדיני הרשלנות, כך שהמשתמש בסוד המסחרי בנסיבות אלו לא ייחשב כמפר חוזה או כמעוול ברשלנות.²³

3. **צמצום הפגיעה**: מתעוררת השאלה מדוע בחלק ניכר מהמקרים שבהם מוצדק להסתמך על סייג תקנת הציבור, לא ניתן להסתפק בגילויי לרשויות המדינה הרלוונטיות חלף גילויי לציבור בכללותו, ובכך למזער את הפגיעה בסוד.²⁴ ואכן פיטר מנל (Menell) הציע לאפשר את חשיפת הסוד רק לעורכי דין או לרשויות המדינה שמוטלות עליהם חובות אמון וסודיות, וכך הסוד המסחרי לא ייפגע. חשיפת הסוד בפני עורך דין או גורם ממשלתי תאפשר לברר אם יש עוולה או הפרת חוק, מבלי לחשוף את הסוד, ובכך ייפתר חוסר הבהירות מבחינת מגלה הסוד. ציון אפשרות זו בחוזה העבודה יאפשר לעובד לדעת על קיומה.²⁵ יתרה מכך, חוקי חופש המידע בארצות הברית ובישראל מגבילים את היכולת של הרשויות לחשוף סודות מסחריים שהתקבלו מאנשים פרטיים.²⁶

הפתרון שהוצע על-ידי מנל לשלושת הקשיים דלעיל, ושאוּמץ בחקיקה הפדרלית בארצות הברית בשנת 2016 במסגרת ה-Defend Trade Secrets Act, הוא יצירת חסינות אזרחית ופלילית למי שידווח על הפרה של חוק לגוף פדרלי, מדינתי או של שלטון מקומי. החסינות היא הן למגלה והן לעורך דינו. בנוסף נקבע בחוק, שמעסיק חייב לדווח לעובד או ליועץ על החסינות בכל חוזה המסדיר את השימוש בסוד המסחרי. אי עמידה בחובת הדיווח תשלול פיצויים עונשיים ושכר טרחת עורך-דין. מנל הציע שאי עמידה בחובת הדיווח גם תשלול את אכיפת החוזה, אך התקבלו כאמור רק הסנקציות אחרות.²⁷ החסינות תעביר את נטל ההוכחה לבעל הסוד שיצטרך להוכיח שהמדווח לא עמד בתנאי החסינות (הגילוי לא היה לגורמים המורשים או שהגילוי היה למטרה שאינה מותרת על-פי החוק), חלף הצורך של המדווח לעמוד בנטל ההוכחה שהסייג של תקנת הציבור התקיים. חסינות זו לא תמנע את החשש מתביעה של בעל הסוד בטענה שהמדווח לא עמד בתנאי החסינות, אך תפחית במידת מה את התמריץ של בעל הסוד לתבוע ותפחית את עלויות ההתדיינות של מגלה הסוד. אם כי הן לא תופחתנה לגמרי, שכן בעת הגשת תביעה של בעל הסוד בטענה שהמדווח לא עמד בחסינות, המדווח לא יוכל להמתין עד שבעל הסוד יעמוד בנטל ההוכחה המוטל עליו ויפעל להביא את ראיותיו. בכל מקרה, מאחר שהגילוי הוא רק לגוף ממשלתי, ולא לציבור – ולמתחרים - לא ייגרם בדרך כלל נזק לערך של הסוד. ההצעה לשלול גם את אכיפת הסכם הסודיות בהעדר דיווח על החסינות, אכן טובה יותר מאשר רק הסנקציות שהתקבלו בחוק: שלילת פיצויים עונשיים ושכר

²³ ויניצקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 29-30, 137-138.

²⁴ ראו: עניין Initial Services לעיל ה"ש 7, שם קבע הלורד דנינג שמידע על דבר עבירה יש להעביר למשטרה. עם זאת, יש מקרים שבהם העניין לציבור הוא כה רחב עד כדי כך שיהיה ראוי להעביר את המידע גם לעיתונות. בעניין Lion Laboratories, לעיל ה"ש 7 נקבע כי במקרים רבים עניין הציבור נשמר טוב יותר כאשר המידע מועבר לגוף המוסמך לטפל בסוגיה כמו המשטרה או ביהמ"ש ולא לעיתונות. עם זאת, באותו מקרה היה מדובר באי דיוק של מכשירים למדידת אחוז אלכוהול בדם שנמצאים בשימוש המשטרה, ולכן נפסק שראוי לגלות לכלל הציבור. ראו גם עניין Franscome לעיל ה"ש 7, שם נקבע כי ניתן היה למלא את אינטרס הציבור באמצעות העברת הקלטות למשטרה או למועדון שהתובע חבר בו. ראו גם: עניין Malone, לעיל ה"ש 7. ראו גם: רכס, לעיל ה"ש 7, בעמ' 374-376. Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 44-46, מציין שגם מבחינת מי שמגלה את הסוד, לצורך חשיפת עוולה או הפרת חוק, אין עניין לפגוע ביתרון שמספק הסוד לבעליו, שם.

²⁵ Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 46-47.

²⁶ The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552(b)(3)-(4) (2012); סעיף 9(ב)(6) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998. ראו: Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 48-49.

²⁷ Defend Trade Secrets Act of 2016, § 7 (codified at 18 U.S.C. § 1833 (2012)). הסנאט אימץ את החוק בינואר 2016. להצעה ראו Menell לעיל ה"ש 3, בעמ' 54-55.

טרחת עורך-דין. הסדר פדרלי זה אינו מחליף את הסייג של תקנת הציבור בדין המדינתי,²⁸ שיחול גם במקרים של גילוי על הפרת חוק לציבור הרחב או גילוי עניינים ציבוריים שאינם הפרת חוק. ברם, גילוי שלא במסגרת כללי החוק החדש לא ייצור חסינות אלא רק הגנה במסגרת תביעה לגזל סוד מסחרי.

עם זאת, בפסק הדין הראשון שדן בחוק החדש לא התייחס בית המשפט לחוק כמקנה חסינות לעובד שרצה לחשוף שחיתות של מעבידו, אלא כהגנה לנתבע. מאחר שהנתבע לא הוכיח שהוא מתכוון להגיש תביעה ושלא יעשה שימוש לא נאות בחומר הסודי, הורה בית המשפט להחזיר את כל המסמכים לתובע ולהצהיר שהם לא הועברו לצד שלישי.²⁹ פסק הדין זכה לביקורת מטעם יוזם החוק, שכן לאור חסינות הנתבע, התובע היה צריך להוכיח שהנתבע חשף את הסוד לגורמים שאינם מנויים בחוק או למטרה שאינה מותרת על-פי החוק, ובהעדר הוכחה שכזו לנתבע הזכות, ביחד עם עורך דינו, לפעול עם הרשויות כדי לחשוף את העבירות.³⁰

ד. הצעה לתיקון חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999

לדעתי, ראוי לאמץ גם בישראל הסדר דומה בחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, שישמר את סייג תקנת הציבור, שהוא מונח גמיש וכולל גם מקרים שאינם מהווים עוולה או הפרת חוק ומאפשר גם גילוי לציבור, כהגנה לנתבע בשל גילוי סוד מסחרי. נטל ההוכחה במקרים אלו יהיה על הנתבע, וכן ייתוסף סעיף קטן (א1) לסעיף 7 לחוק כדלקמן:³¹

(1) "אדם יהיה חסין בפני כל פעולה משפטית, בשל גילוי סוד מסחרי לרשות ציבורית למטרת דיווח על עבירה פלילית, עוולה נזיקית, סיכון בריאותי או בטיחותי.

(2) חסינות זו תחול גם על עורך דינו של המגלה.

(3) חובה על כל רשות ציבורית או מעסיק לידע בכתב כל עובד או יועץ ביחס לחסינות זו. מחדל מעמידה בחובה זו תשלול כל סעד לטובת הרשות או המעביד בשל גזל סוד מסחרי על ידי עובדיהם או יועציהם.

מדרג זה יאפשר מצד אחד גילוי של סוד מסחרי לציבור הרחב במגוון מצבים שלדעת המגלה הגילוי מוצדק בשל תקנת הציבור. במקרה זה המגלה לוקח סיכון שהוא ייתבע בשל גזל סוד מסחרי, ונטל הוכחת ההגנה

²⁸ דיני סודות מסחר האזרחיים מוסדרים במשפט האמריקני בעיקר בדין המדינתי, ראו ויניצקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 24. עם זאת, קיימות דעות שקוראות לחוק פדרלי אזרחי לסודות מסחר, ראו: Christopher Rebel J. Pace *The Case for a Federal Trade Secrets Act* 8 HARV. J. LAW & TECH. 427 (1995); Marina Lao *Federalizing Trade Secrets Law in an Information Economy* 59 OHIO ST. L.J. 1633 (1998).

²⁹ *Unum Group v. Loftus*, No. 4:16–CV–40154–TSH, 2016 WL 7115967 (D. Mass. Dec. 6, 2016).

³⁰ Peter S. Menell, *Misconstruing Whistleblower Immunity Under the Defend Trade Secrets Act*, 1 NEV. L.J. FORUM 92 (2017).

³¹ כדי לוודא שהסעיף המוצע לא יתפרש כהגנה בלבד, כפי שקרה כאמור בארצות הברית, אלא כחסינות, השתמשתי בנוסח שקיים בסעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951. לא השתמשתי בנוסח שנמצא בסעיף 7(א) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) שעניינו חסינות של עובדי ציבור: "לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על... שכן החסינות צריכה להיות גם מפני הליכים פליליים. אמנם, גילוי סוד מסחרי בישראל אינו מהווה עבירה פלילית כשלעצמה, אך המגלה עלול לעבור עבירות אחרות כגון גילוי סוד מקצועי שנמסר לו אגב מקצועו או מלאכתו, ראו סעיף 496 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. לכן החסינות צריכה להגן גם מפני הליכים פליליים.

יחול עליו. אם המגלה אינו מעוניין בנטילת סיכון זה הוא יוכל לגלות את המידע לרשויות הציבוריות בלבד ורק במקרים של עבירה פלילית, עוולה נזיקית, סיכון בריאותי או בטיחותי. במקרה זה הוא ייחנה מחסינות שתאפשר לתובע רק להוכיח שהמגלה גילה את המידע לגורמים שאינם נחשבים לרשות ציבורית או שהגילוי אינו נמנה עם הסיבות הכלולות בהסדר החסינות.³² בנוסף, מוצע לשלול כל סעד בשל גזל סוד מסחרי מרשות ציבורית או ממעביד שלא יידעו את עובדיהם ויועציהם ביחס לחסינות זו, וזאת כדי לוודא שהם יהיו מודעים לקיומה.

ה. סיכום

סייג תקנת הציבור אכן מתאים לעיצוב הגבולות המוסריים של דיני סודות המסחר. עם זאת, סייג זה אינו נותן מענה למי שאינו מעוניין ליטול סיכונים משפטיים בהסתמכות על הגנה זו, וכן אינו מבחין בין גילוי לרשות ציבורית, שמפחית את הנזק לסוד לבין גילוי לציבור הרחב. מענה לכשלים אלו הוסדר בחקיקת ארה"ב אך לאחרונה, ולדעתי ראוי לכלול הסדר סטטוטורי דומה גם בישראל, בנוסף לסייג תקנת הציבור, בנוסח המוצע במאמר זה.

³² אמנם, קיימות הגנות מסוימות גם מכוח דינים אחרים, כגון הגנת הצורך בסעיף 34 יא' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אך מטרת החוק המוצע היא להעניק חסינות כללית.

אמצאה וחרטה: על שאלת המוסר ברישום אמצאות כפטנטים

מאת

אמיר חורי*

שאלת הגבול המוסרי בקניין הרוחני: שאלה רלוונטית אך שאינה תמיד במקום * מבנה הדיון * סיפור החרטה של ממציאים ומה ניתן ללמוד ממנו על אמצאות * הפילוסופיה של הכוח כנימוק לקביעת גבול מוסרי בתחום רישום פטנטים * מדוע אין לשלב דיון של מוסר בהליך רישום של פטנטים * סיכום

רשימה זו עוסקת בשאלת שילובם של שיקולים מוסריים בהליך רישום פטנטים. המחבר טוען שאין לשלב שאלות אלה לתחום ההגנה המשפטית על פטנטים בשלב רישום אמצאות כפטנט, וזאת חרף העובדה שממציאים שונים לאורך ההיסטוריה הביעו חרטה על אמצאה כזו או אחרת מפאת שימוש לרעה שנעשה בה על ידי אחרים.

א. שאלת הגבול המוסרי בקניין הרוחני: שאלה רלוונטית אך שאינה תמיד במקום

שאלת הגבול המוסרי של הקניין הרוחני אינה שאלה תיאורטית או שולית; זו שאלה שעולה תדיר, ועוד תעלה בעתיד, בדיון על אודות הצידוק במתן הגנה משפטית לתוצרים כאלה ואחרים שאינם, כך נדמה, עומדים ברמה נאותה של המוסר כפי שהוא מקובל בחברה האנושית. השאלה נוכחת בשיח הטכנולוגי ומצויה בכל תחומי הקניין הרוחני, ולא רק בתחום הפטנטים. מחקרים רבים עוסקים בעניין שאלות המוסר בקניין רוחני.¹ למשל, השאלה עולה בתחום סימני המסחר. כאן, החסם המוסרי יכול להביא למניעת רישומו של סימן בשל היותו לא מוסרי (פוגעני, משפיל או מעליב) או שנוגד את תקנת הציבור (שיש בו פגיעה בקבוצה מסוימת או שיש בו משום מסר גזעני).² בדיני זכויות היוצרים השאלה עולה בהקשר של תוצרים שמכילים תוכן בוטה, מסוכן או

* מרצה בכיר הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל אביב.

¹ David DuTremble, *Next Dance with Mary Jane? An Argument for the Patentability of Specific Genetic Strains of Marijuana Under Federal Patent Law*, 10 CHARLESTON L. REV. 445 (2016); Kenneth Himma, Einar, *Toward a Lockean Moral Justification of Legal Protection of Intellectual Property*, 49(1) SAN DIEGO, L. REV. 1105 (2013); Samuel A. Oddi, *Plagues, Pandemics, and Patents: Legality and Morality*, 51(1) IDEA 1 (2011).

² Christophe Geiger & Leonardo, *Trade Mark Registration, Public Policy, Morality and Fundamental Rights* Machado Pontes, [Trade Mark Registration, Public Policy, Morality and Fundamental Rights](#), in EUIPO: 20 years of the Boards of Appeal at EUIPO, Anniversary Book, Celebrating the Past, Looking Forward to the Future, Alicante, (Forthcoming, 2018). בעניין זה ראו גם סעיף 11(5) לפקודת סימני המסחר [נוסח חדש] תשל"ב-1972. שם נקבע: "סימנים אלה אינם כשרים לרישום: ... (5) סימן הפוגע או העלול לפגוע בתקנת

פוגעני באופן קיצוני, למשל יצירות שמתעדות רצח, תועבה או פדופיליה, או התאכזרות לבני אדם וגם (להבדיל) לבעלי חיים.³ אך, כאמור, גם בדיני פטנטים יכולה לעלות השאלה בדבר הצידוק בהגנה על אמצאה הנוגדת לכאורה את המוסר. הדבר עולה למשל בהקשר של אמצאות מזיקות, או בהקשר נגישות לתרופות (הנגשת תרופות לכלל).⁴ בעניין הנגישות לתרופות למשל, ניטש ויכוח מר על אודות מעמדו של בעל הפטנט אל מול זכותם של חולים לקבל תרופות מצילות חיים או מפחיתות סבל.⁵ בתחום הנגישות לתרופות עלו פתרונות שונים, למשל קיצור ההגנה המשפטית כדי להזיל את התרופות ולהגביר את הנגשתן לכלל. אולם, שאלת הגבול המוסרי בקניין רוחני אינה מצטמצמת לגרעין של הקניין הרוחני (פטנטים, זכויות יוצרים וסימני מסחר) אלא היא חלה גם על תחומים משיקים, או מה שאני מכנה, המעטפת של הקניין הרוחני. טלו למשל את דיני סודות מסחר. בתחום זה הדין מקים הגנה על מידע הנחשב לסוד מסחרי של אדם או עסק. הדין מגן על מידע זה מפני גזל, אבל באותה נשימה הדין מקים מספר הגנות לצד שהביא לחשיפת המידע. הגנות אלו כוללות את החריג הידוע של הנדסה חוזרת, אבל גם חריג אחר שאפשר לכנותו תקנת הציבור. לפי חריג זה, הדין מקים הגנה לשימוש במידע מושא הסוד המסחרי במידה שיש בכך משום צורך או צידוק ציבורי.⁶

הנה כי כן, דיני הקניין הרוחני, רוויים שיקולים המושתתים על ערכים של מוסר ציבורי. אותם שיקולים משפיעים על עיצוב הדין בתחום הקניין ועל רוחב ההגנה שלה זוכה בעל הקניין הרוחני בבואו לבקש הגנה ו/או לאכוף את זכויותיו.

ב. מבנה הדין

רשימה זו בוחנת את גבולות המוסר של הקניין הרוחני מכיוון שונה. אתייחס לגבולות המוסר בתחום רישום פטנטים. ואולם, הדין אינו מתמקד בהשקפתו של קובע המדיניות או הרגולטור. עיקר ההתמקדות הוא בבחינת הנושא מנקודת מבטם של ממציאים. אדרש לשאלת גבולות המוסר ברישום אמצאות כפטנט. בשל קוצר היריעה, אסתפק במספר מקרים שבהם ממציאים ומפתחים הביעו בצורה זו או אחרת חרטה על אשר המציאו. כיוון מחקרי זה מאפשר לחדד את השאלה הרחבה שעומדת על הפרק כאן, והיא: האם יש להימנע מרישום אמצאות בשל שיקולי מוסר? אציין שלמרות הדוגמאות העוצמתיות שאביא כאן, עמדתי היא שלא צריכה להיות לשיקולי מוסר או אפילו לחרטה של ממציאים כל השפעה על שאלת הרישום של האמצאות כפטנט. סבורני שהטיעון המוסרי, חרף היותו רלוונטי מבחינת השיח הציבורי ומבחינת ההשלכות

הציבור או במוסר."

³ Ann Bartow, *Copyright Law and Pornography*, 91(1) OR. L. REV. 1 (2012); Ned Snow, *The Regressing Progress Clause: Rethinking Constitutional Indifference to Harmful Content in Copyright*, 47 UC DAVIS L. REV. 1 (2013).

⁴ Annabelle Lever, [Intellectual Property Rights: A Political Theory Perspective](#), E-International Relations (June 23, 2011).

⁵ Amir H. Khoury, *The "Public Health" of the Conventional International Patent Regime & The Ethics of "Ethicals": Access To Patented Medicines*, 25 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 26 (2008).

⁶ ראו סעיף 7(א)2 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999. המחוקק לא תחם שימוש זה, ולכן אפשר גם לכלול כאן במונח שימוש מעשים שיש בהם משום חשיפת סודות מסחריים שיש בהם משום פגיעה בציבור ובטובתו.

של הפעילות המזיקה או הבלתי מוסרית, אינו טיעון שיש לו מקום ככל שהדבר מתייחס לעצם רישום האמצאה כפטנט. סבורני כי חסימת הרישום מפני אמצאות שנחזות להיות לא מוסריות תפגע בחופש המחקר, המדע והמידע, ותוביל להשתקת מדענים וכך תפגע בחברה האנושית בכלל. לפיכך, טענתי היא שאל לנו לבלבל בין האמצאה ככזו לבין השימוש שנעשה בה, שאולי הוא שמצדיק הטלת חבות נזיקית או אחריות פלילית (במקרים מסוימים).

אתייחס תחילה למקרים מסוימים של ממצאים שהתחרטו על אמצאתם ואבחן את הסיבות לכך. לאחר מכן, אבחן את הקשר בין עצם קיום האמצאה לבין אותה חרטה. ולבסוף, אציג נימוקים התומכים בעמדתי שלפיה הרישום של אמצאות כפטנט חייב להיות מנותק מכל שיקול של מוסריות. אראה מדוע לדעתי אין קשר בין הדברים.

ג. סיפור החרטה של ממצאים ומה ניתן ללמוד ממנו על אמצאות

בחלק זה אציג מספר דוגמאות מההיסטוריה של הקידמה והאמצאה, שבהם הממציא התחרט על אמצאתו מסיבות כאלו ואחרות. חרטה זו זורה אור על הדיסוננס שבין הממציא לבין אמצאתו שיצאה לאוויר העולם.

תחילה, אזכיר את אלברט איינשטיין (Albert Einstein). לפי כתבי לינוס פאולינג (Linus Pauling), איינשטיין התחרט בפניו על כך שחתם על מכתב המלצה שהועבר לנשיא ארצות הברית בעניין ייצור נשק אטומי. עם זאת פאולינג המשיך והזכיר שבאותה נשימה הוא שמע מאיינשטיין גם הודאה במציאות לפיה ההמלצה הייתה בבחינת הרע במיעוטו, שכן היה חשש אמתי שמא הנאצים יגיעו לפיתוח פצצה דומה תחילה.⁷ בדומה לאיינשטיין, גם אלפרד נובל (Alfred Nobel) ממציא הדינמיט התחרט עמוקות על אמצאתו בשל השימושים ההרסניים בה במלחמות ובכלל, וכידוע, הוא ביקש לייסד את פרס נובל ובעיקר את הפרס לשלום. על קברו של נובל נכתבו מילים שמשקפות במידה מסוימת את אותה חרטה: Swedish inventor, industrialist, philanthropist and humanist.

בעניין אחר, שעל פניו ההרס בו אינו בבחינת סכנה ברורה ומידית, הממציא ג'ון סילבאן (John Sylvan) שהמציא את כמוסות הקפה של *K-cups*, התחרט עמוקות על המצאתו בשל הכמות האדירה של פסולת פלסטית שהאמצאה הניבה, בדמות כמוסות פלסטיק משומשות. יצוין, שעד כדי כך הייתה כמות הפסולת אדירה, שהייתה יכולה להקיף את כדור הארץ בשלמותו לפחות עשר פעמים, אילו הוצבו כל הכוסות בטור אחד.⁸ בניסיון לכפר על כך מימן סילבאן מיזמי אנרגיה

⁷ ראו: Notes on Conversation of Linus Pauling with Albert Einstein on 16 November 1954, Linus Pauling diary: "I made one great mistake in my life – when I signed the letter to President Roosevelt recommending that atom bombs be made; but there was some justification – the danger that the Germans would make them"

⁸ Lindsey Bever, [K-Cups Inventor: 'I Feel Bad Sometimes that I Ever Did It'](#), THE WASHINGTON POST, March 5, 2015.

סולרית.⁹ בדומה לסילבאן, איתן צוקרמן ממציא הפרסומות הקופצות (*Pop Up Ads*) באינטרנט מצא את עצמו מתחרט על כך בשל אופיין הקנטרני והמפריע של פרסומות קופצות למשתמשי אינטרנט. הוא צוטט כמי שאמר "כוונותינו היו טובות".

רוברט פרופסט (Robert Propst), מפתח ה-*Action Office*, שהפך להיות חדרוני העבודה (*Cubicles*) התחרט עמוקות על אמצאתו. הוא הסביר שלא כיוון ליצירת מרחבים חונקים לעובדים אלא דווקא מרחבים אינטראקטיביים שמאפשרים לעובדים לתקשר אחד עם השני. בפועל, אמצאתו הובילה עם הזמן לצמצומים במרחב העבודה לכל עובד, דבר שלבסוף יצר מרחב עבודה חונק.¹⁰

סיפור דומה של חרטה אינו של אמצאה, אלא של יצירה, ובכל זאת הוא רלוונטי לדיון כאן. המדובר בסיפורו של דונג נגויאן (Dong Nguyen), שפיתח את משחק המחשב הידוע *Flappy Bird*. המשחק היה הצלחה מסחררת עם מיליונים רבים של שחקנים ברחבי העולם. ואולם המשחק גם היה ממכר ומשתמש רבים הפנו לממציא אצבע מאשימה בשל כך. הממציא לא עמד בלחץ הציבורי, והוריד את המשחק מהרשת. הוא הסביר שהמשחק היה בבחינת הצלחה, אבל אותה הצלחה גם הרסה את חייו ולכן הוא מוותר על המשחק.¹¹

הממציא קונרון (Wally Conron) שפיתח זן חדש של כלבים בשם *Labradoodle*, שהוא הכלאה בין פודל ללבראדור, התחרט גם הוא על אמצאתו. הוא אמר שההכלאה יצרה הרבה כלבים חולים ומשוגעים. הוא התחרט על הסבל שנגרם לכלבים וגם בחלק מהמקרים לבעלי אותם כלבים.¹² כך גם קרה לממציא של מתיו הפלפל קמראן לוגמן (Kamran Loghman), שהתחרט על אמצאתו בשל שימוש מופרז שעשו כוחות הביטחון בארצות הברית בהפגנות לא אלימות. לוגמן הסביר שהאמצאה שלו לא נועדה לדיכוי תנועות מחאה אזרחיות ולא אלימות.¹³

לבסוף מיכאל קלשניקוב (Mikhail Kalashnikov), הממציא הרוסי של הנשק שנושא את שמו, התחרט על מיליוני ההרוגים ברחבי העולם, אשר מצאו את מותם מקליעים שנורו מהנשק שפיתח. עד כדי כך התחרט קלשניקוב שהוא פנה לכנסיה האורתודוקסית הרוסית בתהייה אם נהג נכון כאדם נוצרי מאמין, בהביאו לפיתוח אותו כלי נשק. הממציא דיבר על "ייסורים ברמה הרוחנית" בשל כך.¹⁴

Katie Levans, [K-Cup Inventor Admits He Doesn't Have a Keurig, Regrets Inventing Them... Find Out](#)⁹ *Why*, ECOWATCH, March 5, 2015

Aaron Taube, [The Man Who Invented The Cubicle Went To His Grave Hating What His Creation Had Become](#), BUSINESS INSIDER October 7, 2014; Nikil Saval, [The Cubical You Call Hell Was Designed to Set You Free](#), WIRED, April 23, 2014

Paul Tassi, ['Flappy Bird' Creator Says He's Taking The Game Down](#), FORBES, February 8, 2014¹¹

Edward Malnik, [Breeder's Regret Over Creating Labradoodle](#), THE TELEGRAPH, February 8, 2014;¹² Kristina Pepelko, ['I've Done a Lot of Damage,' Says Creator of the First Designer Dog](#), ONE GREEN PLANET February 11, 2014

Steven Hoffer, [Inventor Of Pepper Spray: 'It's Being Misused'](#), HUFFPOST, November 15, 2016: "I¹³ saw it, and the first thing that came to my mind wasn't police or students, was my own children sitting down, having an opinion, and their being shot and forced by chemical agents...I feel it's my civic duty ".to explain to the public that this is not what pepper spray was developed for

ABC [AK-47 Rifle Inventor Mikhail Kalashnikov Wrote Letter Saying He Regretted Creating Weapon](#)¹⁴ NEWS, January 14, 2014; [Kalashnikov Rifle Designer Felt 'Spiritual Pain' from Mass Deaths](#), REUTERS,

לאור סיפורים אלה, עולה השאלה הבאה, שהיא חלק אינטגרלי משאלת הגבולות המוסריים של רישום פטנטים: אם יש ממצאים שמתחרטים בדיעבד על אשר המציאו, האם דבר זה מצדיק את התערבות המשפט וקביעת גבולות מוסריים בהקשר של רישומן של אמצאות כפנטט מלכתחילה? כלומר, האם החרטה של ממצאים מסוימים, מספקת צידוק מספק לעירוב השיקול המוסרי בתחום דיני הפטנטים?

כפי שציינתי לעיל, סבורני שיש לענות על שאלה זו בשלילה. בכל זאת, אין להתעלם מהעובדה שניתן לעשות שימוש לרעה בטכנולוגיה. כשאנו בוחנים את הפילוסופיה של הכוח, נגלית לעיננו השקפה לפיה הכוח במהותו עלול להשחית.¹⁵ דבר זה נכון גם בהקשר הטכנולוגי-אמצאתי. בחלק הבא אבחן שאלה זו (של מהות הכוח) ואציג נימוק נוסף (שאיני מסכים עימו) התומך בנטייה לקבוע גבולות מוסריים בתחום דיני הפטנטים.

ד. הפילוסופיה של הכוח כנימוק לקביעת גבול מוסרי בתחום רישום פטנטים

עניין השימוש לרעה באמצאות הוא עניין שעובר כחוט השני בסיפורי החרטה שנסקרו לעיל. ואכן, השימוש לרעה בכוח או בטכנולוגיה אינו חדש. מדובר בעניין, כך נדמה, שמלווה את האדם משחר ההיסטוריה הידועה. השאלה שניצבת למעשה היא שאלת טבעו של האדם בשעה שהוא מחזיק בכוח - האם יבכר שלא לנצל את הכוח באופן שלילי? על פי אפלטון, הכוח משחית. על מנת להסביר עמדה זו מביא אפלטון בחיבורו, *הרמבליקה*, אלגוריה ובה אדם הקרוי גאיגס (Gyges) מגלה טבעת קסמים. גאיגס עונד את הטבעת ונעשה בלתי נראה. גאיגס, בעינידת הטבעת, נעשה למעשה בלתי מנוצח בהיותו בלתי נראה. גאיגס, כך מספרת האלגוריה, מתלבט בשאלת אופן התנהלותו המוסרית, אך על פי אפלטון, אחרי התחבטות קצרה הוא מתחיל לנצל את הכוח הגלום בטבעת לרעה. לבסוף, גאיגס מפתה את המלכה ואף רוצח את המלך וממליך עצמו במקומו. על פי אפלטון, האלגוריה באה ללמדנו שברגע שניתן כוח לאדם, וכל עוד שאותו כוח נותר בלתי מרוסן, הרי שאותו אדם עתיד לנצל כוח זה לרעה.¹⁶

עניין זה גם נכון לפטנטים וניצולן לרעה של אמצאות. אולם, בעולם הפטנטים, אין לדעת מתי יתרחש ניצול לרעה. ניצול לרעה כזה יכול שיהיה בידי בעל האמצאה שנרשמה כפנטט או בידי אחרים שמשתמשים באמצאה בצורה הנוגדת את ייעודה המקורי. לכן, עניין הניצול לרעה של

January 14, 2014: "The spiritual pain is unbearable," reads the letter attributed to him. "One question keeps repeating itself; as my assault rifle killed so many people, does that mean that I, Mikhail Kalashnikov ... an Orthodox Christian, am responsible for people's deaths, even if they were enemies?"

Brian Green, *Is Power Evil? The Ethics of Power*, THE MORAL MINEFIELD, February 2011; Stephen F. Dennstedt, [PHILOSOPHY 101: WHY DOES POWER CORRUPT?](#), EXPAT JOURNAL: POSTCARDS FROM THE EDGE (2017); Adam D. Galinsky, Deborah H. Gruenfeld, & Joe C. Magee, From Power to Action, 85 J. PERS. & SOC. PSY. 453 (2003).

ADI OPHIR, PLATO'S INVISIBLE CITIES: DISCOURSE AND POWER IN THE REPUBLIC (1991).¹⁶

Matthew Elias, [Bitcoin: Tempering the Digital Ring of Gyges or Implausible Pecuniary Privacy](#), SSRN (2011), last visited March 6, 2018.

אמצאות הוא אתגר אמיתי שאין להתעלם ממנו. עם זאת, אינני סבור שעניין זה כשלעצמו מספק שיקול מספיק להצבת גבולות של מוסר ביחס לרישום פטנטים. בחלק הבא אסביר מדוע.

למען שלמות התמונה, אציין שאין נפקא מינה גם אם האמצאה נועדה לשימוש שלילי במהותה; הרי במקרה זה הפטנט לא מהווה תנאי או הכשר לשימוש בה, אך משמש ככלי לתיעוד הטכנולוגיה. לא זו אף זו, אם אכן אמצאה היא "שלילית" במהותה, הרי רוב הסיכויים שממציאה גם לא ירצה לחשוף את עצמו ואת זהותו ולא את מהות האמצאה ברבים. ואולם גם במקרה שבו הממציאה לא יהסס מלרשום את אמצאתו, הרי שאם המדובר באמצאה "שלילית", סביר שהצרכן בעצמו כנראה יבכר שלא לרכוש מוצר בשל חשש מהשלכות פליליות בשימוש בה. למעשה, האפשרות של הממציאה "שלילית", אינה מעלה אתגר רעיוני אמיתי העומד בפני המודל שאותו אני מציע כאן, הוא אי עירוב המוסר בהליכי רישום פטנט.

ה. מדוע אין לשלב דיון של מוסר בהליך רישום של פטנטים

עמדתי היא שאין לשלב שיקולים של מוסר במבחני הרישום של אמצאות כפטנטים. עמדתי זו אינה שקולה לאמירה שלמוסר אין מקום בשיח המשפטי בתחום האמצאות, אלא רק שהליך הרישום ככזה אינו האכסניה המתאימה לשילוב שיקולי מוסר. אבקש לשכנע בנימוקים הבאים:

ראשית, הניצול לרעה או השימוש הבלתי מוסרי באמצאה, או עצם מוסריות האמצאה (כפי שהערתי לעיל) אינם אמורים להשפיע על כשירותה לרישום. החוק קובע כיום (סעיף 3 בחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967) את התנאים המצטברים לפטנטביליות של אמצאה. החוק אינו יכול להיות מושתת על שיקולים סובייקטיביים של בוחנים (בדבר מוסריות האמצאה), והם אינם יכולים להיות תלויים בחשש (עתידי שטרם התממש) שמא ייעשה באמצאה שימוש לרעה.¹⁷ טלו למשל אמצאות שעניינן כלי נשק. הרי שבאותה מידה שנסק יכול להוות כלי של הגנה על חפים מפשע מפני סכנות כאלו ואחרות, הוא יכול להיות מנוצל לרעה על ידי אחרים לצורך ביצוע שוד או רצח. לכן, הפוטנציאל של שימוש לרעה אינו יכול למנוע את רישום האמצאה כפטנט. מעבר לטיעון הסובייקטיביות של בוחן הפטנט, סבורני שמערכת הפטנטים ברמה העקרונית אינה המערכת ההולמת להכרעה מוסרית. סבורני, כי בשל אופיים של דיני הפטנטים כמערכת מדעית-טכנית ובשל היותם כלי לניכוס משאבים (ולא היתר לשימוש בהם בפועל), עצם ההטמעה של שיקולים מוסריים בתוכם היא בעייתית. ודוק, דיני הפטנטים אינם מתפקדים כפלטפורמה שתכליתה הסדרת המוסר. למטרה זו יועדו כלים משפטיים אחרים, כגון: דין פלילי, סנקציות מנהליות ודין משמעתי.

הדוגמאות שפורטו לעיל בעניין החרטה של ממציאים, מראות שלאמצאות יש חיים נפרדים משל ממציאיהם. האמצאה לא תמיד משמשת בסופו של עניין לצרכים אליה היא יועדה מלכתחילה. תמיד יהיו מקרים שבהם אמצאה תנוצל או שהשימוש בה יביא לתוצאות הרסניות. הסוגיה דומה לדוקטרינת המיצוי בתחום הייבוא המקביל. שכן, כפי שבסוגיית המיצוי, מכירה ראשונה מנתקת

¹⁷ V. Lugagnani, *Ethical Limitations in Patenting Biotechnological Inventions*, 9(3) FORUM 93 (1999)

את הקשר בין בעל הסימן (או היצירה) לבין המוצר שנמכר בפועל, הרי גם בדיני הפטנטים, מרגע שהאמצאה יוצאת אל העולם (עם או בלי רישומה), הרי שאין ערובה לכך שכוונת הממציא וייעודה של האמצאה ימשיכו להכתיב את השימוש בה בפועל (למשל מקרה מתיז הפלפל שהוזכר לעיל). הקשר בין הממציא לבין אמצאתו מסתיים ומתנתק, והאמצאה מגיעה לידיהם של צדדים אחרים שעושים בה שימוש כאוות נפשם. גם כאשר מסתיימת ההגנה המשפטית על פטנט (בחלוף 20 שנה ממועד הגשת הבקשה, לרוב), הרי שאותה אמצאה מצויה בנחלת הכלל, שאז כל אדם רשאי ליטול אותה ולהשתמש בה, והזכות המשפטית של בעל הפטנט אינה עוד קיימת.

שנית, אין זה נכון שייעודה של אמצאה הוא להישאר מקובעת בידי הממציא. נהפוך הוא. מטרת דיני פטנטים היא להביא לכך שבסופו של תהליך אותה קידמה תצטרף לידע האנושי הכולל, כעוד משאב לבניית ידע וקדמה נוספים. יש לזכור גם שבפועל, אין לדעת מתי אמצאה מסוימת תניב תוצאות שליליות, ואין לרשמי הפטנטים כלים (כמערכת משפטית-מינהלית), בוודאי לא בשלב הראשוני של רישום האמצאה, יכולת לנבא את השימוש באמצאה ובדבר הסיכוי לניצולה הבלתי מוסרי בעתיד ex-post.

שלישית, המוסר הוא גם עניין תלוי תרבות וזמן, ולכן גם הוא משתנה ודינמי. לפיכך, קביעת וקביוע רמות מוסר כיום עלול להפוך את דיני הפטנטים למערכת תלוית-איכות (של מוסר רגעי). שיפוט זה בתחום המדע והטכנולוגיה הנו דבר מסוכן גם כן, שכן אין זה ברור כלל שמערכת רישום הפטנטים במדינה כלשהי מסוגלת או רוצה לעמוד כשומר סף מפני אמצאות לא מוסריות. כפי שכבר ציינתי לעיל, גם בהתקיים צידוק לקביעת גבולות מוסריים בתחומי המחקר ונקיטת פעולות כנגד עידוד טכנולוגיה כזו או אחרת, הרי שלא במערכת הפטנטים צריך להיעשות הדבר. יש לדעתי לראות במערכת הפטנטים מערכת מקבילה לשיח המדעי-ערכי, מערכת שאינה בליבה של שיח זה, אלא מגבה אותו באמצעות עזרים של קניין, הא ותו לא. אגב, ניתוק זה הינו נכון, וגם משתקף מדיני הפטנטים עצמם. ניתוק זה גם משחרר את דיני הפטנטים מהעול המוסרי ומאפשר להם להתמקד בקביעת זכויות ביחס להמצאות, וכך לדעתי ראוי שיהיה. נכון הוא שבחוק הפטנטים הישראלי קיימים מקרים שבהם המחוקק מחריג מהגנת פטנטים, אבל זאת בכדי להשאיר תכנים מסוימים בנחלת הכלל, ולא להחריגם בשל חוסר מוסריותם.¹⁸

רביעית, אני סבור שאין לערב בין האמצאה לבין השימוש הבלתי מוסרי בה. טלו את המקרה של ממציא כלי נשק קטלני במיוחד. הרי באותה מידה שכלי הנשק יכול לשמש אדם שמגן על עצמו מפני תקיפה, או חיילים בשדה הקרב, אותו נשק גם יכול שייעשה בו שימוש במעשה פלילי (שוד מזוין) או פשע מלחמה. לפיכך, הפגם לעולם אינו באמצאה עצמה אלא באדם שעושה באמצאה שימוש שאינו עומד ברמה המוסרית הצפויה. ודוקו - ייתכן שיש מקום לאסדרה ביחס לשימוש בחפץ או באמצאה, ואין חולק שיש טיעון משכנע לעמדה כזו, אבל עמדתי כאן היא שברישום פטנטים אין הדבר כך, הואיל וכאן לא מדובר על עצם השימוש בדבר אלא על ההגנה המשפטית על האמצאה ככזו. ולכן, בקרות מקרים כאלה (ואף לפני התרחשותם, באמצעות החינוך) אין לבוא

¹⁸ ראו סעיף 7 חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, שם נקבע: על אף האמור בסעיף 2 לא יוענק פטנט על -

(1) תהליך לטיפול רפואי בגוף האדם;

(2) זנים חדשים של צמחים או בעלי חיים, זולת אורגניזמים מיקרו-ביולוגיים שלא הופקו מהטבע.

חשבון עם הממציא או למנוע רישום אמצאות שצולחות את תנאי הפטנטביליות, אלא יש לכוון את האשמה לאדם שעשה שימוש בלתי מוסרי בחפץ מושא האמצאה. ניתוק זה בין האמצאה לבין השימוש בה מפחית את הלחץ על מערכת הפטנטים ומשאיר אותה בזירה היחידה הראויה לה, והיא הזירה הטכנולוגית (מבחיני הכשירות לפטנטים המקובלים כיום בעולם, כגון "חידוש" / Prior Art).

הממציא ארתור גלסטון (Arthur Galston) המציא חומר הדברה, שנודע בצבא האמריקני כ-Agent Orange. החומר נועד במקור לטפל בטפילים ובעשבים כדי לאפשר שימוש חקלאי בקרקע. אבל הצבא השתמש בו באופן נרחב לצורך חיפוש שטחי צמחייה במהלך מלחמת וייטנאם. שימוש זה הסב נזקים אדירים ליערות, וחמור מכך, גרם למותם של מאות אלפים, ולהיוולדם של תינוקות עם פגמים חמורים ומחרידים. ובכל זאת, הממציא לא התחרט על שימוש שלילי זה בהסבירו שגם אמצאה כשלו, שהנה במקורה ניטרלית מבחינת כוונותיה, עלולה להיות מנוצלת לרעה בידי אחרים ושה חלק מהסיכון בהבאת אמצאות חדשות לעולם.¹⁹ עמדה דומה בדבר ניטראליות האמצאה הובעה בכתבים של אלפרד נובל.²⁰

חמישית, נימוק נוסף הוא על דרך ההיקש מתחום דיני זכות יוצרים. בדיני זכות יוצרים המערכת נזהרת שבעתיים מפני התניית ההגנה על יצירה באיכותה של אותה יצירה. למעשה, החוק כלל אינו מקים תנאי זה אלא מסתפק בתנאים של מקוריות וקיבוע. בזכות יוצרים, איכות היצירה אינה מהווה שיקול רלוונטי לעצם הענקת ההגנה על יצירה. הרציונל בבסיס גישה זו הוא שאם איכות היצירה תקבע את מעמדה המשפטי, הרי שחיש מהר יהפוך עניין האיכות לחסם מפני הגנה, וכך יושתקו היוצרים ותיפגע זכות הביטוי האומנותית שלהם. כך גם עלול להיפגע חופש הביטוי של היוצרים; ולמעשה חופש הביטוי באופן כללי. כך גם צריכה, לדעתי, להיות הגישה ביחס לרישום של פטנטים. במילים אחרות כשם שביצירות אומנות, ספרות ומוזיקה לא נקבע את ההגנה בהתאם לאיכות, כך גם בתחום הפיתוח הטכנולוגי, אין לעשות כן. בשני המצבים נקודת ההתחלה והסיום צריכה להיות ממוקדת בעידוד האמצאה והיצירה. בשני המצבים צריכה להיות מטרה בסיסית אחת: הגברת התוכן (בזכויות יוצרים) והגברת התוצרים הטכנולוגיים (בתחום הפטנטים).

שישית, הניצול לרעה כלל אינו תלוי ברישום. בכל מקרה (עם או בלי רישום של אמצאות) אופן הניצול של אמצאה תלוי במי שעושה באמצאה שימוש ואין הוא תלוי בשאלה אם האמצאה נרשמה אם לאו. למעשה, שאלת רישום הפטנט אינה משליכה על בחירתו של המשתמש, ולכן אין לקשור בין שאלות של מוסר (שימוש לרעה) לבין שאלת רישום האמצאה.

¹⁹ Galston talked about the unintentional consequences of his research with host Steve Curwood: "You know, nothing that you do in science is guaranteed to result in benefits for mankind. Any discovery, I believe, is morally neutral and it can be turned either to constructive ends or destructive ends. That's not the fault of science." See Steve Curwood, [Chemical Bio-ethics](#), LIVING ON EARTH, January 17, 2017 (last visited Mar 6, 2018).

²⁰ Sven Tagil, [ALFRED NOBEL'S THOUGHTS ABOUT WAR AND PEACE](#), NOBLE PRIZE WEBSITE (1998) (last visited Mar 6, 2018). טאגיל מזכיר את דבריו של אלפרד נובל בשנת 1891 אודות מפעלי הדינמיט שלו, עת כתב נובל: "Perhaps my factories will put an end to war sooner than your congresses: on the day that two army corps can mutually annihilate each other in a second, all civilised nations will surely recoil with horror and disband their troops." Nobel did not live long enough to experience the First World War and to see how wrong his conception was"

שביעית ולבסוף, נראה שהמשפט אינו יכול להתגבר על הדחף האנושי של סקרנות. ההיסטוריה מלמדת שבני אדם הם בעלי סקרנות אינהרנטית. כל מה שאסור או בלתי נגלה מהווה משאת נפש. בני אדם לרוב לא הותירו אבן בדרכם מבלי להפוך אותה. הוא הדין ביחס לאמצאות ולטכנולוגיה. ההתלבטות שבאה לידי ביטוי בסיפור על תיבת פנדורה מקבלת משנה תוקף בעידן הנוכחי, שבו בני אדם עושים צעדי ענק לקראת יצירת מחשב עם בינה מלאכותית ומודעות קיומית.²¹ כיום כמו אז, מומחים מזהירים את האנושות מפני יצירת מחשבים עם בינה מלאכותית ומודעות קיומית. לדעתם הדבר עלול להביא לחורבן של האנושות; זאת משום שאותם רובוטים עלולים להחליט לפגוע בבני אדם. אבל, חרף האזהרות הללו, עדיין הפיתוח של אותם רובוטים דוהר קדימה באופן מהיר וללא כל סימן למחשבה שנייה או עצירה של התהליך. ברי שאנו כחברה, איננו יכולים עוד לעמוד בפיתוי ולהדוף את הסקרנות שלנו. זו תהיה תיבת הפנדורה המודרנית שלנו, ועדיין היא תיפתח. למעשה, כל שיקול של מוסר לא יעמוד בפרץ של הסקרנות האנושית, אפילו אם מהעבר השני קיימת סכנה קיומית כמתואר. זו למעשה האינרציה של הסקרנות האנושית וכללי המוסר ממילא לא יועילו כאן ואינם אפקטיביים.

ודוק, אין אני גורס שלמשפט אין תפקיד מוסרי. אין אני גורס שהקדמה שלוחת רסן. אני רק גורס שהמשפט אינו אמור להתערב בהליך רישום אמצאות של מאן דהוא כפטנט. אם יסתבר שאותה אמצאה מסוכנת, או מסכנת או שנעשה בה שימוש מסוכן הרי אדרבא, שם המשפט יתערב במלוא העוז וימנע את הדברים. מכאן, שקריאתי לאי התערבות המשפט ברישום אמצאה כפטנט על סמך נימוק מוסרי, אין פירושה שהמשפט משותק או שאין לו תפקיד מוסרי, אלא שתפקיד זה של המשפט אמור להיות בזירות אחרות, כאמור לעיל.

ו. סיכום

הדוגמאות בדבר חרטה של ממציאים הובילו אותי לעולם מרתק של סיפורים אישיים של חוקרים וממציאים, אבל באותה מידה גם אל המסקנה הברורה לפיה אמצאה היא לעולם תלוית-הקשר. אמצאה היא לעולם בבחינת חרב פיפיות. וכפי שאמצאה יכולה להביא תועלת חברתית, היא גם טומנת בחובה פוטנציאל לשימוש הרסני, שימוש לרעה או שימוש שלא נועד לה מלכתחילה. לפיכך, סבורני שאין להנהיג שיקולים של מוסר, שיהיו בבחינת חסמי רישום של אמצאות כפנטים. אין זה אומר שלמוסר אין ערך או שאין תפקיד בהקשר של אמצאות. כוונתי היא רק לומר שלמוסר אמורה להיות אכסניה שונה מדיני הפטנטים. להשקפתי אין בעיה, ואף חובה עלינו, לטפל בשימוש לא מוסרי או לשימוש שמביא לתוצאות חברתיות שליליות, או שגורם לפגיעה באינטרס הציבורי. ואולם, דברים אלו אמורים להתנהל בזירה הפלילית, הנזיקית, או הציבורית, ולא בזירת הרישום של פטנטים.

הטכנולוגיה, ודיני הפטנטים בכלל זה, צריכים להיות חופשיים משיקולים של מוסר מפאת החשש מהשתקה (ולו בעקיפין) של אפיקי הפיתוח והאמצאה. להשקפתי, הסקרנות האנושית והכוח

Amir H. Khoury, *Intellectual Property Rights for "Hubots": On the Legal Implications of Human-like Robots as Innovators and Creators*, 35 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 635 (2017)

המשחית הם הליכים דטרמיניסטיים הנטועים עמוק בטבע האדם, ולכן ריסונם של אלה באמצעות הצבת גבולות של מוסר בתוך דיני הפטנטים (בעיקר ברישום אמצאה או אי רישומה) אינם מהווים תשובה אמתית ואינם מציבים סכר בפני הפרץ האנושי. גם החרטה של ממציאים אינה מהווה שיקל משכנע להצבת חסמי מוסר בתוך דיני הפטנטים, שכן יש להבחין בין כוונת הממציא לבין השימוש בפועל והניצול לרעה של אמצאה כזו או אחרת בידי אחרים.

על פטנטים ומוסר: שאלת הנגישות לתרופות

מאת

טל בנד*

מבוא * עליית מחירי התרופות לאורך השנים *
התופעות השליליות הנובעות מעליית מחירי
התרופות * הגורמים העומדים בבסיס קביעת
מחירי התרופות * סיכום

א. מבוא

בחירת דיני הפטנטים דרך משקפי המוסר מעלה סוגיות מורכבות וכבדות משקל. בכל אחת מהסוגיות הללו ממלאים דיני הפטנטים תפקידים שונים, בהתאם למרכזיותם ביצירת הבעיה המוסרית ובהתמודדות עמה. כך לדוגמה, בסוגיית שיבוט בני האדם, הממשק עם דיני הפטנטים עשוי אמנם לעורר שאלות מוסריות, אך נדמה כי הכלים האפקטיביים ביותר להשפעה על המחקר בנושא זה, אינם מצויים בהכרח בארגז הכלים שמציעים דיני הפטנטים. למצער, יכולתם של דיני הפטנטים להכווין התנהגות כזו שזו תתאים לנורמות מוסריות - או להרתיע מהתנהגות שנתפסת בעייתית מבחינת המוסר, בדרך של שלילת האפשרות למתן פטנט - מוטלת בספק. נדמה, כי מי שרוצה למנוע שיבוט בני אדם משום שהדבר מנוגד לתפיסתו המוסרית (או הדתית), ייטיב עשות אם יאמץ כלים משפטיים מכוונים ומחודדים יותר לחסום אפשרות כזו.¹

לעומת זאת, קיימות סוגיות אחרות שבהן דיני הפטנטים עצמם ממלאים תפקיד מרכזי ביצירת הבעיה, כמו גם בפתרונה. כך, בסוגיות הנוגעות למוסר, פטנטים ונגישות לתרופות, דיני הפטנטים אינם רק שחקן משני בכל הנוגע לקביעת הנגישות של הציבור לתרופות; הם ממלאים תפקיד מרכזי בהתוויית העוצמה וההיקף שבה תתאפשר הנגישות לתרופות בקרב הציבור הרחב. כפי שיובהר בהמשך, דיני הפטנטים משפיעים בצורה משמעותית על מחירי התרופות, דרך הגבלת יכולתם של מתחרים לעשות שימוש בהמצאות העומדות בבסיס התרופות.

ברי אפוא, שהאיזון שדיני הפטנטים נדרשים לשקף, ביחס לסוגיית הנגישות לתרופות, כרוך בסוגיות מוסריות מורכבות. זאת, בראש ובראשונה, לאור העובדה שהרפואה בכלל, ושוק התרופות בפרט, טומנים בחובם פוטנציאל השפעה על תוחלת החיים ואיכות החיים של כמעט כל המין האנושי (כמו גם בעלי חיים). בעשור האחרון הוכר הצורך בהבטחת נגישות לתרופות חיוניות ברחבי העולם, כחלק מהזכות הבסיסית של האדם לבריאות, ועל כן, על מקבלי החלטות מוטלת האחריות להבטחת נגישות מקסימלית לתרופות עבור כלל האוכלוסייה. כך, לדוגמה, נכתב בדוח

* שותף בכיר במשרד עוה"ד ש. הורוביץ ושות', וראש קבוצת הקניין הרוחני של המשרד.

¹ ראו למשל חוק איסור התערבות גנטית (שיבוט אדם ושינוי גנטי בתאי רבייה), התשנ"ט-1999.

משנת 2011 של ארגון הבריאות העולמי, World Health Organization, ביחס למצב התרופות בעולם:²

"In the last decade, access to essential medicines was recognized as part of the fundamental right to the highest attainable standard of health (in short: "the right to health"). This new approach reinforces the arguments for universal access to essential medicines as part of the renewal of primary health care."

האידיאל שבהבטחת נגישות מירבית לתרופות מתייחס, לרוב, להגברת יכולתם של מטופלים להשיג את הטיפול התרופתי הדרוש להם. מידת הנגישות לתרופות משתנה בין מדינה למדינה ובין מטופל למטופל. היא מוגבלת על ידי גורמים מסוגים שונים: כספיים (לדוגמה, היעדר משאבים כספיים ועלות טיפול גבוהה); גיאוגרפיים (לדוגמה, מרחק רב מספקי תרופות או נותני שירות רפואי); ארגוניים (לדוגמה, היעדר ספקי תרופות); וסוציולוגיים (לדוגמה, הפליה במתן תרופות או קשיי תרבות ושפה).³

בחינה מוסרית של דיני הפטנטים - לאור האידיאל שבהבטחת מידה מירבית של נגישות לטיפול רפואי בכלל ולתרופות בפרט - מעוררת כאמור, שאלות מוסריות רבות. אחת השאלות שמתעוררות בהקשר זה, היא האם האופן שבו חברות התרופות בוחרות אילו תרופות לפתח הוא מוסרי כאשר, כידוע, יצרניות תרופות רבות בוחרות אלו תרופות לפתח על סמך שיקולים הנוגעים ליכולת הכלכלית של אוכלוסיית היעד של התרופה; זאת, חלף שיקולים הנוגעים לתוחלת הנזק מהמחלה, או לחסכון שהתרופה עשויה לתת בחיי אדם וביעילות הטיפול בו. בשל כך, נוצרת נטייה לפתח תרופות שפונות לשוק המערבי או למדינות המפותחות (לדוגמה, תרופות לטיפול בסוכרת, בשומנים בדם או תרופות Life Style) על פני פיתוח תרופות החיוניות לטיפול במחלות מסוכנות הנפוצות במדינות העולם השלישי (לדוגמה, אבולה, מלריה וכדומה), או אפילו על פני תרופות עבור אוכלוסיות חלשות גלובלית (למשל ילדים, "מחלות יתום" וכדומה).

שאלה מוסרית אחרת, שעשויה להתעורר בהקשר זה, נוגעת למידת המוסריות של הפרקטיקות שנוקטות לעיתים חברות תרופות, כדי להאריך את פרק הזמן שבו תרופותיהן יזכו להגנת פטנט ויחמקו מתחרות (תופעה אשר זכתה לכינוי "Evergreening").⁴

דיון בכל השאלות המוסריות העשויות להתעורר בממשק שבין דיני הפטנטים והנגישות לתרופות חורג הרחק מעבר לגבולות רשימה זו. ברשימה זו אתמקד רק בשאלה הנוגעת לדיני הפטנטים ומחירן של התרופות, וזאת בעיקר לאור עליית מחירי התרופות בשנים האחרונות. תחילה אדגים

² Hans V. Hogerzeil & Zafar Mirza, [THE WORLD MEDICINES SITUATION 2011 - ACCESS TO ESSENTIAL MEDICINES AS PART OF THE RIGHT TO HEALTH](#) 2-4 (2011).

³ World Health Organization, [ACCESS TO NEW MEDICINES IN EUROPE: TECHNICAL REVIEW OF POLICY INITIATIVES AND OPPORTUNITIES FOR COLLABORATION AND RESEARCH](#) 7 (2015).

⁴ לקריאה נוספת בנוגע לתופעת ה-"Evergreening" בישראל ראו ת"א (מחוזי, מרכז) 33666-07-11 **אוניפארם בע"מ נ' Sanofi** (8.10.2015). וראו גם פסק דינו של בית המשפט העליון בהודו, בעת שפרש תיקון לחוק הפטנטים ההודי שנועד, לדבריו, לאפשר הגנה על אמצאות אמיתיות ביחס לתרופות אך למנוע ניסיונות להארכת מונופולין פטנטי חוזר ונשנה ביחס לאותה תרופה. ראו: Novartis AG v. Union Of India & Ors., (April 1, 2013) S.C.R., Civil Appeal Nos. 2706-2716 (India).

את המגמה של עליית מחירי התרופות, בעיקר אלו המצילות חיים, ואת השלכותיה: הגבלת נגישות החולים לתרופות, גם במדינות מפותחות, ואפילו פגיעה אפשרית בבריאותו של המטופל. לאחר מכן אציג את מרכזיותם של דיני הפטנטים ככלי לשימור מחירי תרופות גבוהים ואף לליבוי עליית המחירים.

מטרתה של רשימה קצרה זו אינה לבסס מסקנות, ודאי לא להציע פתרונות, אלא אך להפנות זרקור לבעיה קשה מולה ניצבת החברה, המחייבת חשיבה מחודשת על תפקידם של דיני הפטנטים בתחום המיוחד של בריאות הציבור.

ב. עליית מחירי התרופות לאורך השנים

ביום 7.11.2017, לרקע דינוי הוועדה להרחבת סל התרופות לשנת 2018, התכנסה ועדת הכספים של הכנסת לשיבה חריגה במיוחד, במסגרתה שר הבריאות דאז, יעקב ליצמן, העלה לדיון את נושא מימון התרופה Spinraza, תרופה המיוצרת על ידי חברת Biogen ונחשבת לתרופה פורצת דרך ומצילת חיים בכל הנוגע לטיפול בחולי SMA, מחלת ניוון שרירים גנטית וקטלנית (להלן – "Spinraza").⁵ הדיון התמקד במחיר הבלתי-נתפס של Spinraza, אשר מגיע עד לשני מיליון שקלים לשנה בעבור מטופל בודד, מחיר שרובם המכריע של המטופלים אינו יכול לשאת בו. יתרה מכך, מדיוני הוועדה עלה, כי אף יכולתה של מדינת ישראל לשאת בעלות מימון התרופה לאורך זמן מוטלת בספק, מכיוון שהעלות המוערכת של מימון התרופה עבור 80 החולים בישראל, עומדת על כ-160 מיליון שקל בשנה, ואלו מהווים לא פחות משליש מתוך 460 מיליון השקלים שיועדו לתקציב התוספת לסל התרופות בשנת 2018.⁶

במסגרת הדיון בוועדת הכספים תיאר ליצמן את מחיר התרופה "טירוף". הוא ציין כי ניסה לקדם מהלך בקרב מדינות ה-OECD,⁷ שמטרתו הוזלת מחירי התרופות באמצעות החרמה קולקטיבית של תרופות חדשות ויקרות:

"... לא יהיה שום פתרון – ואת זה אני אומר לכם, וזה גם תפקידכם – כי 2 מיליון שקל לתרופה, זה טירוף. שלא יספרו לי סיפורים, סיפורי סבתא, 2 מיליון שקל לילד זה טירוף. אני יכול לגלות לכם שלפני כחצי שנה הייתי ב-OECD בדיון על יוקר התרופות. הצעתי שם שכל מדינות ה-OECD יחרימו כל תרופה חדשה שהיא יקרה. כולם. לא מכניסים, אוסרים להכניס למדינה. אז יבינו שאין דרך. אגב, זה נכנס לדיון ויכול להיות שזה יעלה בדיון הבא של ה-OECD. מדינה אחת לא יכולה לעשות את זה, יהרגו אותה, אבל אם כולם יחליטו שאם לא מורידים

⁵ פרוטוקול ישיבה מס' 845 של ועדת הכספים, הכנסת ה-20 (7.11.2017).

⁶ לקריאה נוספת בנוגע לדיון הציבורי שהתפתח בישראל בנוגע לעלותה הגבוהה של Spinraza ראו: רוני לינדר-גנץ "תרופה מצילת חיים במחיר אסטרונומי מכניסה את מערכת הבריאות למלכוד" *TheMarker* 12.11.2017; רוני לינדר-גנץ "ועדת הסל מול הפוליטיקאים: מי יממן את התרופה היקרה לטיפול בילדים?" *TheMarker* 14.11.2017; רוני לינדר-גנץ "בג"ץ לא יחייב מימון תרופה ל-SMA ב-2 מיליון שקל לילד" *TheMarker* 17.12.2017.

⁷ ב-OECD, Organisation for Economic Co-operation and Development, הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי, חברות 35 מדינות מפותחות, ובהן ישראל.

את המחיר – חייבים, ואני קורא לכם ללחוץ, להוריד את המחיר של התרופה. 2 מיליון שקל לילד – אני לא רוצה להתבטא בחריפות."

עלותה הגבוהה של התרופה אינה ייחודית רק למדינת ישראל; מחירה של התרופה מרקיע שחקים גם במקומות נוספים בעולם, ואף ביתר שאת. כך, עלותה הגבוהה של התרופה זכתה לדיון ציבורי גם בארצות הברית, כאשר בתחילת 2017 פורסם כי עלות הטיפול השנתית בתרופה עשויה להגיע ל-750,000 דולר למטופל.⁸

בנוסף ולמרבית הצער, מחירה של התרופה Spinraza אינו מקרה חריג ויוצא דופן, אלא משקף מגמה הולכת וגוברת של עליית מחירי התרופות ברחבי העולם. בשנת 2012 הדהימו את עולם הרפואה שלושה רופאים אונקולוגיים ממרכז הסרטן המפורסם, Memorial Sloan-Kettering Cancer Center שבניו יורק, כאשר פרסמו מאמר דעה בעיתון ה-New York Times שכותרתו "In Cancer Care, Cost Matters".⁹ במסגרת המאמר הצהירו הרופאים, כי הם לא ירשמו למטופליהם את התרופה החדשה לטיפול בסרטן המעי הגס, Zaltrap, השייכת לענקית התרופות Sanofi, מכיוון שהתרופה הושקה במחיר גבוה במיוחד - כ-11,000 דולר לטיפול חודשי. לטענת החוקרים, מדובר במחיר כפול ממחיר התרופה המקבילה המשמשת לאותה התוויה, Avastin, למרות ש-Zaltrap לא נמצאה יעילה יותר ממתחרתה. הרופאים הדגישו כי לאור ההשלכות השליליות של עלות הטיפול על המוסדות הרפואיים והמטופלים, רופאים אינם יכולים עוד להתעלם מעלות הטיפול במסגרת שיקוליהם לבחירת הטיפול המתאים עבור המטופל.¹⁰ בעקבות מחאת הרופאים הופנתה, באופן טבעי, האצבע המאשימה לחברת התרופות Sanofi אשר כשלושה שבועות לאחר פרסום המאמר הודיעה על הפחתת מחיר התרופה במחצית.¹¹

מקרה זה העלה למודעות ולדיון הציבורי נושא רחב בהרבה של עליית מחירי התרופות. במשך שנים, מחירי תרופות חדשות בכלל, ומחירי תרופות מצילות חיים לטיפול בסרטן בפרט, נוסקים בקצב מסחרר. תופעת עליית מחירי התרופות זכתה להתייחסות גם בדוח ה-OECD מינואר 2017 בנושא טכנולוגיות חדשות בתחום הרפואה, אשר במסגרתו נסקרו, בין היתר, המגמות בשוק התרופות בקרב מדינות ה-OECD (להלן – "דוח ה-OECD").¹² בדוח צוין בין היתר, כי בשנים האחרונות נצפית עלייה דרמטית במחירי התרופות, המציבה סימן שאלה בנוגע למודל תמחור התרופות הנוכחי שכן, על פי נתוני דוח ה-OECD, תרופות חדשות עולות כיום הרבה יותר מבעבר.

⁸ לדיון הציבורי בארצות הברית בנוגע לעלות התרופה Spinraza ראו: Julie Appleby, [Drug Puts A \\$750,000 Price](#); Tracy Staton, [Biogen's \\$375K Spinraza Price Puts; Tag On Life](#), NATIONAL PUBLIC RADIO (Aug 1, 2017); Arlene Weintraub, [a Sovaldi-style Spotlight on Rare Disease Meds](#), FIERCEPHARMA (Jan 3, 2017); [Biogen's Spinraza Sparks Pricing Concerns as Trump Renews Attack on Pharma](#), FIERCEPHARMA (Mar 13, 2017).

⁹ Peter B. Bach, Leonard B. Saltz & Robert E. Wittes, [In Cancer Care, Cost Matters](#), NEW YORK TIMES (Oct 14, 2012) (להלן – "עניין Zaltrap").

¹⁰ Ignoring the cost of care, though, is no longer tenable. Soaring "Zaltrap בעניין, שם, נכתב, בין היתר: "spending has presented the medical community with a new obligation. When choosing treatments for a patient, we have to consider the financial strains they may cause alongside the benefits they might deliver."

¹¹ Andrew Pollack, [Sanofi Halves Price of Cancer Drug Zaltrap after Sloan-Kettering Rejection](#), NEW YORK TIMES (Nov 8, 2012).

¹² OECD, [New Health Technologies: Managing Access, Value and Sustainability](#) 82-94 (2017) (להלן – "דוח ה-OECD").

בפרט, זוהתה שם מגמה לפיה, לאור העלייה הדרמטית במחירי התרופות, נתח הולך וגדל מתקציב התרופות של מדינות ה-OECD מתרכז במימון תרופות יקרות וייחודיות.

בצד האמור, דוח ה-OECD הצביע על נתון נוסף ומדאיג לא פחות: לא תמיד קיימת התאמה בין מחירן הגבוה של התרופות לבין תרומתן לבריאות המטופל ושרידותו. במקרים רבים, מחירי תרופות המשמשות לטיפול במצבים קשים, או במחלות שאין להן חלופה טיפולית, גבוהים במיוחד, וזאת ללא כל מתאם לתועלת שהם מייצרים עבור המטופל.

מסקנות אלו עולות גם ממחקר שפורסם בשנת 2013, במגזין *Journal of Economic Perspectives*¹³, במסגרתו, בחנו חוקרים אמריקנים את מחירי ההשקה של 58 תרופות לטיפול בסרטן, שאושרו בארצות הברית בין השנים 1995 – 2013. החוקרים מצאו, כי במהלך אותן שנים עלו מחירי התרופות בצורה דרמטית, מבלי שהשפעתם על סיכויי הישרדות המטופל עלתה בהתאמה. כך, עלות הטיפול של שנת חיים נוספת לחולה סרטן בארצות הברית עלתה בכעשרה אחוזים, בכל שנה בין השנים 1995 – 2013: מרמה של 54,000 דולר לשנת חיים נוספת, לרמה של 207,000 דולר לשנת חיים נוספת (בממוצע, מדובר בעליה של כ-8,500 דולר בשנה).

אמנם, בישראל מחירי התרופות בכלל, ומחירי התרופות לטיפול בסרטן בפרט, נמוכים משמעותית מרמות המחירים הנוהגות בארצות הברית (בראש ובראשונה בשל מנגנון קביעת מחירים שקבעה הממשלה, אך מן הסתם גם בשל כוח המיקוח של קופות החולים). עם זאת, התייקרות מחירי התרופות לא פסחה גם על השוק המקומי. מגר' טל מורגנשטיין, מנהלת האגף להערכת טכנולוגיות במשרד הבריאות והאחראית על עריכת הסקירה לחברי ועדת סל התרופות, טוענת כי גם בישראל אירעה עלייה ברמות המחירים של תרופות בכלל ותרופות לטיפול בסרטן בפרט. בשנת 2013 נכנסו לסל התרופות בישראל תרופות בעלות של 280,000, 355,000 ו-375,000 שקלים לתרופה בודדת עבור מטופל בודד.¹⁴

ג. התופעות השליליות הנובעות מעליית מחירי התרופות

1. הגבלת הנגישות לתרופות

בדוח ארגון הבריאות העולמי משנת 2011 בנושא מצב התרופות בעולם, נבחנה, בין היתר, מידת הנגישות לתרופות חיוניות בקרב מדינות העולם והגורמים המשפיעים עליה.¹⁵ בדוח צוין כי מחירי תרופות בני השגה ("Affordable Prices") הם גורם מרכזי בהבטחת נגישות לתרופות, הן ברמה המדינתית והן ברמת הפרט. בהתאם, הנתונים המופיעים בדוח מצביעים על פערים גדולים בנגישות לתרופות בין מדינות בעלות הכנסה נמוכה ובינונית לבין מדינות בעלות הכנסה גבוהה.

¹³ David H. Howard et al., *Pricing in the Market for Anticancer Drugs*, 29 J. ECON. PERSPECTIVES 139, 139-145 (2015).

¹⁴ לדבריה של מגר' טל מורגנשטיין ולדיון בנושא מחיר התרופות בישראל ראו רוני לינדר-גנץ "מה באמת עומד מאחורי המחיר המטורף של התרופות שמצילות חיים?" *TheMarker* 16.2.2016 (להלן – "מחיר תרופות מצילות חיים").

¹⁵ Hans V. Hoyerzeil & Zafar Mirza, *THE WORLD MEDICINES SITUATION 2011 - ACCESS TO ESSENTIAL MEDICINES AS PART OF THE RIGHT TO HEALTH* 2-4 (2011).

על פי נתוני הדוח, במדינות בעלות הכנסה נמוכה או בינונית, זמינותן של תרופות חיוניות במימון המדינה נמוכה יותר; משכך, במקרים רבים, נאלצים המטופלים לרכוש תרופות בעצמם. אותם מטופלים נאלצים לשאת במחירי תרופות גבוהים, אשר במקרים רבים אינם בבחינת מחירים בני השגה עבורם. כך לדוגמה, נטען בדוח, כי כאשר מחיר הטיפול בזיהום פשוט בדרכי הנשימה של אדם בוגר עומד על למעלה ממשכורת יומית של עובד מדינה זוטר, הרי שמדובר במחיר "לא נגיש".¹⁶ לא כל שכן, כאשר טיפול פשוט כאמור עולה בחלק מהמדינות סכום העולה על שכר עשרה ימי עבודה של עובד מדינה זוטר, אשר ממילא משתכר יותר ממרבית האוכלוסייה באותן מדינות.

יתרה מכך, לעלותן הגבוהה של תרופות קיימת השפעה גדולה עוד יותר בכל הנוגע לטיפול במחלות כרוניות. כך לדוגמה, כאשר טיפול חודשי לחולי סכרת עם יתר לחץ דם, עולה לעובד מדינה זוטר בגאנה, סכום השווה ערך לחמישה עשר ימי עבודה, ברור לכל שאין מדובר בסכום שניתן לשאת בעלותו לאורך תקופה ממושכת.

בהקשר זה, חשוב להדגיש שעלותן הגבוהה של התרופות אינה מגבילה את הנגישות לתרופות רק במדינות חלשות. לפי דוח ה-OECD, מחירי התרופות הגבוהים מגבילים את הנגישות לתרופות מצילות חיים גם בקרב המדינות המפותחות החברות בארגון ה-OECD, והם נאלצים מדינות אלו להגביל את הטיפול בתרופות לחולים מסוימים בלבד. כך לדוגמה, בשל מחירי התרופות הגבוהים, רק ל-2.4% מהחולים בצהבת נגיפית בארצות הברית יש נגישות לתרופות החדשות והיקרות לטיפול במחלה.¹⁷ בדומה, ועדת סל התרופות בישראל לשנת 2015 נאלצה לאפשר את הטיפול בתרופות חדשות לצהבת נגיפית רק לחולים מסוימים, הסובלים מסוג מסוים של המחלה, במצב מחלה מתקדם. זאת חרף העובדה שמימון עלותן של התרופות היקרות, היווה לא פחות משליש מתקציב התוספת לסל התרופות לשנת 2015 ובהמשך, מעט פחות מחמישית מתקציב התוספת לסל התרופות לשנת 2016.¹⁸

כמו כן, דוח ה-OECD הצביע על כך שמחירן הגבוה של תרופות יתום, תרופות המיועדות לטיפול באוכלוסיות ייחודיות הסובלות ממצבים רפואיים נדירים, פוגע באופן ברור בנגישות לתרופות גם בקרב מדינות האיחוד האירופי.¹⁹ מחקר שנערך ב-2010 בדק את זמינותן של 60 תרופות יתום במדינות השונות. נמצא שם כי בעוד שבצרפת, הולנד ודנמרק קיימת זמינות מלאה של התרופות, הרי שבבלגיה, הונגריה ואיטליה, רק כשני שלישים מהתרופות היו זמינות לציבור; בספרד ויוון - רק שליש מהתרופות היה זמין ונגיש לציבור.

לאור האמור, ברור אפוא, כי לעליית מחירי התרופות בשנים האחרונות, קיימת השפעה מכרעת על יכולתם של יחידים ואף מדינות, לרבות במדינות המערב, לרכוש תרופות, ובפרט תרופות מצילות חיים.

¹⁶ מחיר הטיפול בזיהום פשוט בדרכי הנשימה של אדם בוגר חושב כעלות הצריכה של התרופה Ciprofloxacin (500mg), פעמיים ביום, במשך שבעה ימים.

¹⁷ דוח ה-OECD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 93-94.

¹⁸ ראו ירון קלנר "סל הבריאות: שליש מהתקציב - לחולי צהבת" YNET 30.12.2014; עידו אפרתי "סל התרופות 2016: סרטן, צהבת והפרעות קשב בפנים - פרקינסון בחוץ" הארץ 7.1.2016.

¹⁹ דוח ה-OECD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 94.

2. רעילות כספית

מעבר להשפעה של מחירי התרופות על הנגישות לתרופות, הרי שמחקרים שנערכו לאחרונה, מצביעים על תופעה מפתיעה, ולפיה טיפול יקר עלול להיות גם, בשל כך, טיפול רע עבור המטופל.²⁰ בהקשר זה נכנס לאחרונה לספרות הרפואית מושג חדש: "רעילות כספית" (Financial Toxicity); המונח מתאר כיצד, בצד הרעילות הקלינית של תרופות, עשויות להיות להן גם תופעות לוואי הנובעות מעלותן הכספית הגבוהה. מחקרים שנערכו לאחרונה בנוגע ל"רעילות כספית" הצביעו על כך, שחולים המטופלים בתרופות בעלות גבוהה, עשויים לחוות תוצאות בריאותיות שליליות, כתוצאה מנטל עלות הטיפול. המחקרים הראו, כי הקשיים הכלכליים הכרוכים בטיפול יקר עשויים לגרום למטופלים להימנע או לדחות טיפול או שימוש בתרופות, ואף לגרום ללחץ נפשי, אשר עשוי לגרום לבעיות נפשיות ובריאותיות חמורות.²¹

יתרה מכך, מחקרים שנערכו בקרב חולי סרטן שנדרשו ליטול תרופות יקרות מצילות חיים, הראו כי טיפול בחולה באמצעות תרופות שעלותן גבוהה, עשוי אף לפגוע באופן ממשי בסיכוי לשרוד. במחקר שפורסם בשנת 2016 במגזין *Journal of Clinical Oncology*, בחנו החוקרים את הקשר שבין הגשות בקשות לפשיטות רגל לסיכויי השרידות של חולי סרטן, על סמך נתונים שנאספו ביחס ל-15 השנים האחרונות.²² החוקרים מצאו, כי סיכויי התמותה של חולי סרטן אשר הגישו בקשות לפשיטות רגל גבוהים פי 1.8 מסיכויי התמותה של מטופלים עם אבחון דומה, אשר זכו לטיפול דומה ולא הגישו בקשות לפשיטת רגל. לתוצאות מחקר זה יש משמעויות מרחיקות לכת, בעיקר נוכח נתוני מחקר נוסף, משנת 2013, שמלמד, כי חולי סרטן נוטים לפשוט רגל פי 2.65 מאנשים שאינם חולים בסרטן.²³

במחקר אחר, שפורסם בשנת 2016 במגזין *Cancer*,²⁴ מצאו החוקרים, כי חולי סרטן שסובלים מבעיות כלכליות רבות הנובעות מהעול הכספי הכרוך בטיפולים, דיווחו על ירידה משמעותית במצבם הפיזי והנפשי לעומת חולים ללא בעיות כלכליות.

לאור הממצאים של המחקרים האמורים, נדמה שכיום ברור, כי לעלות הטיפול הרפואי עשויות להיות השלכות שליליות, שעלולות לסכל את מטרתו של הטיפול. לפיכך, יש רופאים הסבורים כי המגמה של עליית מחירי התרופות מטילה על הרופאים את החובה לשקול, במסגרת שיקוליהם בבחירת הטיפול המתאים, גם את יכולתו של המטופל לשאת בעלות הטיפול, ולא לאפשר לחולה טיפול שעלותו עשויה לגרום לו יותר נזק מתועלת.²⁵

²⁰ Isaac D. Buck, *The Cost of High Prices: Embedding an Ethic of Expense into the Standard of Care*, 58 B.C. L. REV. 135-139 (2017).

²¹ Carolyn Y. Johnson, *The Burden of Cancer Isn't Just Cancer*, WASHINGTON POST (Apr. 8, 2016).

²² Scott D. Ramsey et al., *Financial Insolvency as a Risk Factor for Early Mortality among Patients with Cancer*, 34 J. CLINICAL ONCOLOGY 980 (2016).

²³ Scott D. Ramsey et al., *Washington State Cancer Patients Found to Be at Greater Risk for Bankruptcy than People Without a Cancer Diagnosis*, 32 HEALTH AFFAIRS 1143 (2013).

²⁴ Hrishikesh P. Kale & Norman V. Carroll, *Self-Reported Financial Burden of Cancer Care and its Effect on Physical and Mental Health-Related Quality of Life Among US Cancer Survivors*, 122 CANCER 283 (2016).

²⁵ עניין Zaltrap, לעיל הי"ש 9.

ד. הגורמים העומדים בבסיס קביעת מחירי התרופות

הגורמים המשפיעים על מחירי התרופות רבים ומגוונים. אולם, מבין שלל הגורמים המשפיעים על מחירי התרופות, נדמה שהתפקיד שממלאים דיני הפטנטים בקביעת מחירי התרופות הוא מרכזי. עובדה זו נלמדת בעיקר על רקע השפעת התחרות על קביעת מחיר התרופות עם תפוגת הגנת הפטנט.

כלל אצבע מקובל מדבר על כך שכניסתן של תרופות גנריות²⁶ לשוק מורידה את מחיר התרופה בשיעור שבין 80% ל-90%. כך למשל, בדוח מבקר המדינה לשנת 2007 צוין, כי עם כניסתו של תכשיר גנרי פוחתים מחירי התרופות המכילות את אותו חומר פעיל בכ-80% ואף יותר, מהמחיר המקורי טרם כניסת התכשיר הגנרי לשוק.²⁷ יתרה מכך, נתונים עדכניים יותר שנאספו בארצות הברית, מראים כי, לאורך זמן, הירידה במחיר התרופות עשויה להיות משמעותית עוד יותר. בדוח משנת 2016, של ה-IMS Institute for Health Care Informatics, צוין כי מחיריהן של תרופות גנריות שהושקו בין השנים 2011–2013 משקפים ירידה של 79% לעומת תכשיר המקור בשנת התחרות הראשונה.²⁸ באותו דוח אף פורסם, כי תכשירים גנריים במתן אוראלי משקפים ירידה של 90% ביחס למחירי תכשיר המקור, בפרק זמן של 30 חודשים ממועד ההשקה.

לפיכך, נדמה ששאלת המוסריות של מחירי התרופות כרוכה במידה לא מבוטלת במונופול שניתן, מכוח דיני הפטנטים, ליצרניות תרופות המקור ומאפשר להן, כבעלות הפטנטים, בהיעדר תחרות בשוק, לקבוע את מחיר התרופות.²⁹ עם זאת, חשוב להדגיש כי בבסיס קביעת מחיר התרופות על ידי יצרניות תרופות המקור, עומדים שיקולים מגוונים. לפיכך, דיון בשאלת המוסריות שבהענקת הגנת פטנט לתרופות יקרות, לא יהיה שלם מבלי לבחון את השיקולים שעומדים בבסיס קביעת המחיר הגבוה על ידי יצרניות תרופות המקור.

טענתן המרכזית של חברות תרופות המקור היא כי "על חדשנות צריך לשלם", שכן הזמן והעלויות הכרוכים בתהליך המחקר והפיתוח (מו"פ) בתעשיית התרופות החדשנית גבוהים במיוחד. לטענת חברות תרופות המקור, לאחר שהתגלתה תרופה חדשה פוטנציאלית, יש צורך ב-12 עד 15 שנים, ובכ-890 מיליון דולר על-מנת לפתחה.³⁰ הפטנט, שמעניק לחברת התרופות בלעדיות בייצור ושיווק התרופה, לפרק זמן של 20 שנה, מאפשר לחברות התרופות לכסות על הוצאות המחקר והפיתוח, כמו גם השאת רווחים בעבור השקעתם. לפיכך, לטענתן, הגנת הפטנט מתמרצת פיתוח של תרופות

²⁶ תרופה גנרית, בתמצית, היא תרופה המכילה חומר פעיל בחוזק ובצורת המינון השווים לתרופת המקור הרשומה בפנקס התכשירים שמנוהל במדינות השונות. תרופת מקור היא תרופה שבעת הגשת הבקשה לרישומה בפנקס התכשירים, מכילה חומר פעיל שטרם אושר בפנקס. לצורך רישומה בפנקס, קיים צורך להניח תשתית עובדתית רחבה המוכיחה את יעילותה ובטיחותה. להבדיל, רישומה של תרופה גנרית, מתאפיין בהליך מקוצר אך ככלל, הייצור והשיווק של תרופה גנרית מתאפשרים רק לאחר תפוגת הפטנט על תרופת המקור.

²⁷ מבקר המדינה דוח שנתי 2007 – לשנת 2007 ולחשבונית שנת הכספים 2006, 441 (2007).

²⁸ IMS Institute for Healthcare Informatics, [PRICE DECLINES AFTER BRANDED MEDICINES LOSE EXCLUSIVITY IN THE U.S.](#) (2016).

²⁹ במבט רחב יותר, היעדר תחרות בשוק התרופות הוא שמעודד מחיר גבוה, בין אם הוא נובע מפטנט החוסם גנריקה או תרופה מקורית שמתחרה על אותה התוויה, ובין אם, כעניין שבעובדה, אין מתחרים בשוק אף בהיעדר מניעה משפטית לכך.

³⁰ לקריאה נוספת, ראו "קניין רוחני בתרופות" פארמה ישראל (ארגון חברות התרופות מבוססות מחקר ופיתוח).

חדשניות ופורצות דרך, תוך שיתוף הידע הכרוך בפיתוחן עם כלל הקהילה המדעית, ידע אשר ישמש את יצרניות התרופות הגנריות לאחר פקיעת הפטנט.³¹

ואולם, מחקרים שנערכו ביחס להרכב ההוצאות של חברות התרופות עשויים ללמד, שהוצאות המחקר והפיתוח אינן בהכרח הגורם המרכזי. בספר שפרסם Hank McKinnell, יו"ר חברת Pfizer Inc., אחת מחברות התרופות הגדולות בעולם, הוא דוחה את הטענה לגבי ביסוס מחירן של תרופות על הוצאות המו"פ, ובלשונו: "The Fallacy of Recapturing R&D Costs" בקביעת מחירי התרופות.³² במחקר משנת 2009 שערכו פרופ' דן וייס, פרופ' רם וייס ופרופ' פראסאד נאיר, נבחן אופן הקצאת המשאבים של חברות תרופות גדולות בין השנים 1975–2007.³³ הם מצאו, כי בצד ירידה דרמטית לאורך השנים בהיקף ההוצאות הכרוכות בייצור תרופות, חלה אמנם עלייה בהוצאות המחקר והפיתוח, אך הוצאות אלו מהוות רק כ-17% מסך ההוצאות של חברות התרופות בשנת 2007, כאשר הוצאות השיווק והמכירה מהוות כ-39% מסך ההוצאות.

בהקשר זה, מעניין לציין את ממצאי דוח חקירת הסנאט האמריקני שפורסם בשנת 2016, בנוגע לאסטרטגיית התמחור של חברת Gilead לתרופות פורצות דרך לטיפול בצהבת נגיפית,³⁴ דוח שזכה להתייחסות גם במסגרת דוח ה-OECD.³⁵ התרופות (Sovaldi ו-Harvoni), שהושקו במחיר גבוה של 84,000 – 94,500 דולר לטיפול סטנדרטי של 12 שבועות, תרמו לעלייה של 12.2% בתקציב תרופות המרשם בארצות הברית; זאת, חרף העובדה שהטיפול המסובסד הוגבל רק ל-2.4% מהחולים בארצות הברית. בדוח הסנאט צוין, כי הכנסותיה הגלובליות של Gilead מהתרופות האמורות, עד לרבעון הראשון של 2016, עמדו על כ-35 מיליארד דולר. זאת, בעוד שעל פי הנתונים שנחשפו בדוח הסנאט, הוצאות המחקר והפיתוח לתרופה עמדו על כ-942 מיליון דולר בלבד, ועלות רכישתה של Pharmasset, שפיתחה את התרופה, עמדה על 11.2 מיליארד דולר בלבד. כלומר, הכנסותיה של Gilead עד לרבעון הראשון של 2016 בלבד, היו פי שלושה לערך מעלות רכישת Pharmasset, פי 40 כמעט מעלות המחקר והפיתוח של התרופות.

גם מפי הרגולטור בישראל נשמעת הטענה כי מחירן הגבוה של התרופות אינו מושפע בהכרח מההוצאות של חברות התרופות ובפרט, מהוצאות המחקר והפיתוח. בעמדה דומה מחזיקה מג'י טל מורגנשטיין, שכאמור משמשת כמנהלת האגף להערכת טכנולוגיות במשרד הבריאות ואחראית על עריכת הסקירה לחברי ועדת סל התרופות. לטענתה, העלות הכרוכה בפיתוח תרופות אינה משפיעה בהכרח על מחיר התרופה. לעומת זאת, לטענתה, "עלות הפחד" והדחף האנושי להמשיך ולחיות, משפיעים בהכרח על מחיר התרופה: "... אנחנו משלמים את עלות הפחד ולא את העלות

³¹ The Federal Economic Competition Commission (COFECE), [STUDY ON FREE MARKET AND COMPETITION IN THE EXPIRED-PATENT DRUG MARKETS IN MEXICO](#) 12-15 (2017)

³² Hank A. McKinnell, A Call to Action: Taking Back Healthcare for Future Generations 46 (2005)

³³ Dan Weiss, Prasad Naik & Ram Weiss, *The 'Big Pharma' Dilemma: Develop New Drugs or Promote Existing Ones?*, 8 NATURE REVIEWS DRUG DISCOVERY 533 (2009) MARCIA ANGELL, THE TRUTH : ראו גם: ABOUT THE DRUG COMPANIES 244-269 (2004)

³⁴ Committee on Finance United States Senate, [THE PRICE OF SOVALDI AND ITS IMPACT ON THE U.S. HEALTH CARE SYSTEM](#) (2015).

³⁵ דוח ה-OECD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 93.

האמיתית. מישהו עושה חישוב של כמה אתה מוכן לשלם כדי לא למות, להתאשפז, לסבול. וזה מתומחר...".³⁶

ה. סיכום

אין חולק על הצורך לשאוף להבטיח נגישות מירבית לתרופות מצילות חיים בקרב הציבור הרחב. ואולם, מגמת עליית מחירי התרופות בשנים האחרונות, מקימה אתגרים משמעותיים הפוגעים ביכולתם של יחידים, כמו גם מדינות, למימוש האידיאל שבהבטחת נגישות מקסימלית לתרופות, בייחוד תרופות המצילות חיים, בקרב הציבור הרחב.

דיני הפטנטים, דרך המונופולין המוענק לבעל הפטנט, ממלאים תפקיד מרכזי בקביעת מחירי התרופות. כיוון שכך, על רקע מגמת עליית מחירי התרופות בשנים האחרונות, מתעוררות שאלות ביחס למידת המוסריות שבמודל העומד בבסיסם. שאלות אלו מתחדדות לאור הממצאים המצביעים על כך, שדיני הפטנטים עשויים לאפשר לעיתים לבעל הפטנט לגבות מחירים גבוהים במיוחד, שאינם בהכרח משקפים את היקף ההשקעה במחקר ופיתוח של בעל הפטנט, אלא את כוחות השוק והמצוקה האנושית שבה שרויים המטופל ומשפחתו.

אחת השאלות שמתעוררות ביחס למידת המוסריות שבמודל הנוהג העומד בבסיס דיני הפטנטים, נוגעת למידת המוסריות שבהענקת הגנת פטנט למשך שנים כה רבות על תרופות, מבלי להגביל את מחיר התרופות או לאפשר תחרות. בתוך כך, עולה השאלה האם אין זה מוסרי להפקיע את הגנת הפטנט במקרים בהם בעל הפטנט דורש מחיר מוגזם, כאשר אנו יודעים שרק חלק קטן מההכנסות ישמשו למחקר ופיתוח של תרופות חדשות?³⁷

שאלות מעין אלו נדונו על ידי ארגון הסחר העולמי, במסגרת הוועידה המיניסטרילית של הארגון שהתקיימה בשנת 2001 בדוחה, קטאר.³⁸ באותה ועידה, מדינות העולם השלישי הביעו את מחאתן על ההגנה הדווקנית של זכויות הקניין הרוחני בהתאם להסכם TRIPs,³⁹ הגנה הגוררת אחריה מחירי תרופות גבוהים ופוגעת בזמינות ונגישותן של תרופות מצילות חיים, בייחוד בקרב השכבות החלשות. מחירי התרופות הגבוהים והפגיעה המתמשכת בשל כך בקורבנות האיידס, המלריה ומגפות נוספת, הניעו את המערכת הבין-לאומית ובראשן, מדינות העולם השלישי, להוביל שינויים תפיסתיים באמנת TRIPs ובתפיסת הזכויות הקנייניות בתעשיית הפרמצבטיקה, במסגרת הצהרת דוחה.⁴⁰ בהצהרת דוחה הותוו, בין היתר, שינויים המתירים למדינות לקדם את

³⁶ מחיר תרופות מצילות חיים, לעיל ה"ש 14.

³⁷ דוגמה מרתקת למהלכים שנקטה חברת תרופות כדי לשמר מונופולין וחסינות, תוך הפנית משאבים כספיים ניכרים לתחום "המשפטי", ולא לתחום המו"פ, אפשר למצוא בפרשה האחרונה בה המחתה חברת Allergan את הפטנטים שלה המגנים על התרופה Restasis לשבט האמריקני-ילידי מוהוק, כדי ליהנות מחסינותו כנגד הליכים פדרליים.

³⁸ World Trade Organization, Ministerial Conference 4th Session (Doha) (2001).

³⁹ World Trade Organization, Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement) (1994).

⁴⁰ World Trade Organization, Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health (2001).

נגישותן וזמינותן באמצעות התרת רישיונות כפייה במצבים אשר יוגדרו על ידיהן כמצבי חירום לאומיים.⁴¹

ואולם, מחקר שנערך בשנת 2012 בנוגע למידת ההשפעה של הצהרת דוחה על כמות רישיונות הכפייה שהוענקו על ידי מדינות החברות בארגון הסחר העולמי גילה, כי עיקר השימוש שנעשה ברישיונות הכפייה, התרכז במלחמתן של מדינות במגפות מתפרצות ובמצבי חירום לאומיים.⁴² כך לדוגמה, 16 מתוך 24 רישיונות הכפייה שניתנו מאז הצהרת דוחה נגעו לתרופות המשמשות למלחמה בנגיף האיידס. קרי, בשל אילוצים פוליטיים ואחרים הנובעים מהשימוש ברישיונות כפייה, נדמה שהצהרת דוחה לא סייעה להתמודד עם מגמת עליית מחירי התרופות למחלות שאינן בבחינת מגפה מתפרצת.

משכך, ולאור השאלות המוסריות המתעוררות ביחס למודל התמחור של מחיר התרופות, נדמה שהתמודדות עם מגמת עליית מחירי התרופות בשנים האחרונות, מחייבת את מקבלי ההחלטות במדינות השונות, למצוא פתרונות חדשים שישקפו איזון ראוי ונכון יותר בין השיקולים העומדים בבסיס דיני הפטנטים, לרבות השיקולים המוסריים הכרוכים בהבטחת נגישות לתרופות לחלקים גדולים יותר של אוכלוסיית העולם.

כאשר הפטנט, או דיני הפטנטים, הופכים יותר ויותר לכלי שאינו מוכוון, וודאי לא מוגבל, לתמרוץ מחקר ופיתוח ולהתקדמות טכנולוגית לתועלת החברה, אלא למכשיר לחסימת תחרות, במטרה להשיא עוד ועוד רווחים, נדרשת חשיבה מחודשת על הכלים המשפטיים שיש לפתח כדי להתמודד עם האתגר. אחריותן של ממשלות לאזרחיהן היא לעמוד בפרץ ולמצוא נקודת איזון חדשה, שתתגמל ותתמרץ חדשנות אמתית, אך תיטול את המושכות ממי שעושה בדיני הפטנטים שימוש לרעה.⁴³

⁴¹ לקריאה נוספת אודות הצהרת דוחה ורישיונות הכפייה בתעשיית הפרמצבטיקה ראו דורון בראש "רישיונות כפייה בתעשייה הפרמצבטית והצהרה בדבר הסכם ה-TRIPs ובריאות הציבור" **רפואה ומשפט** (27) 200 (נובמבר 2002).

⁴² Reed Beall & Randall Kuhn, Trends in Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Since the Doha Declaration: A Database Analysis, 9 PLOS MEDICINE 1 (2012).

⁴³ דיונים שמתקיימים מעת לעת על שינוי במנגנון קביעת מחירי תרופות מקור מתמקדים אך בניסיון מוגבל ונקודתי להשיג חסכון מוגבל. ברור כי חשיבה מחודשת על תפקידם של דיני הפטנטים בשוק התרופות מחייבת דיון ציבורי ומקצועי בזירה הגלובלית.

דיני הפטנטים כמאסדרי מוסר סמויים:

התבוננות על ענף הפטנטים הגנטיים

מאת

אור כהן-ששון*

מבוא * מוסר * בין פטנטים ומוסר (או על

אודות "חדשנות ערכית") * סוגיות

מוסריות בפטנטים גנטיים * סיכום

"I'll never understand what possessed my mother to put her
faith in God's hands, rather than her local geneticist."

Vincent Freeman, Gattaca

א. מבוא

עצם החלת דיני הפטנטים על סוג אמצאה פלוני והחרגתם לגבי אלמוני היא תמריץ כלכלי (חיובי או שלילי) לחדשנות מסוימת. כך, בכוחם של דיני הפטנטים לכוון מסלולי המצאתיות רצויים ולהאט את אלו שאינם רצויים. על בסיס הנחה זו, אני מבקש לטעון ברשימה קצרה זו כי דיני הפטנטים מהווים כלי להסדרה בפועל של מוסר בחברה, בין שהחברה ערה לכך ובין שלא.

ברשימה זו אתמקד במפגש שבין דיני הפטנטים לענף הגנטיקה ואמחיש מספר סוגיות מוסריות העולות מממשק זה. אמנע מלבחון את הסוגיות הללו במשקפי הגישה התוצאתנית (Consequentialism) והדאונטולוגית (גישות נפוצות בשיח המוסרי) שמבקשות לחתור למעשה "הנכון", אם זה כלל קיים, ואתמקד דווקא בקושי המוסרי עצמו הנובע מהן ובסיכונים השונים שהן מציבות. ברשימה זו אני מעלה תהיות ומייצר כר בסיסי לדיון מעמיק בסוגיות העולות מממשק פטנטים-גנטיקה-מוסר, בבחינת קול קורא לכתיבה נוספת בתחום.

הבחירה להתמקד בענף הגנטיקה נובעת משני טעמים מרכזיים: ראשית, אני סבור שענף הגנטיקה מעלה שאלות מוסריות ייחודיות, שאינן עולות (בוודאי לא בעוצמה רבה שכזו) במפגש שבין דיני הפטנטים לענפי מדע אחרים. שנית, מדובר בענף טכנולוגי חדשני יחסית, שעדיין מייצר שיח מוסרי פעיל אשר הולך ומתפתח בקרב החברה. רשימה זו היא הזדמנות להצגת זווית נוספת של ממשק גנטיקה-מוסר, כאן באספקלריה של דיני הפטנטים.

* תלמיד מחקר, מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב; עורך-דין, מוסמך במשפטים (LL.B., LL.M.) ובילוג (B.Sc.). תודותיי לפרופ' מיכאל בירנהק, עו"ד ועו"פ אסא קלינג ועו"ד ניר בר על הערותיהם המועילות. תודה מיוחדת לעו"ד ניצן וגנר וחנה כהן, שהאירו והפנו תשומת לבי לסוגיות חשובות.

חיבור זה זכה בפרס אמנון גולדנברג לקניין רוחני, המוענק על ידי מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב.

ב. בין פטנטים ומוסר (או על אודות "חדשנות ערכית")

המוסר שריר בכל, ומשיק לכל תחום בצורה וברמה כזו או אחרת. הוא צץ ומטריד את דעתנו גם במסגרת דיני הפטנטים; התינתן הגנת פטנט למכשיר עינויים? האם מניעת טיפול מציל חיים מחולה, בשל הגנת פטנט, יכולה להיחשב למעשה ערכי, ובאילו נסיבות? האם מוסרי לנתב את המחקר המדעי באמצעות פטנטים לצרכיהם של תושבי המדינות המפותחות דווקא, תוך זניחת בעיותיהם של תושבי מדינות נחשלות?¹ לא ניתן להחריש לגבי שאלות מעין אלו, והמענה להן מכיל משמעות מוסרית: תשובה חיובית תחייב עידוד של המצאתיות בכל מחיר, כולל במחיר עלות מוסרית לחברה; תשובה שלילית תייצג כפיפות של דיני הפטנטים לערכי המוסר ושימוש בפטנטים, בין היתר, כהכוונה חברתית ל"חדשנות ערכית". יוצא, אפוא, כי בפועל דיני הפטנטים משמשים כלי שמאסדר מוסר, תוך שהם מתערבים בסלילת הנתיב הטכנולוגי-מחקרי של האנושות.

המורכבות האמיתית היא כיצד לאזן בין עקרונות המוסר למטרות דיני הפטנטים, אשר לעתים סותרים אלו את אלו. בעוד שדיני הפטנטים חותרים לקידום החדשנות והידע, הרי ששמירת רף מוסרי מחייבת ריסון של החדשנות והידע הבלתי-ערכיים. האיזון אינו פשוט: מה דין בקשת פטנט לפיתוח גרעיני הרסני שאינה קושרת אותו עם שימוש ככלי נשק? מה בעניין מוצרים דו-שימושיים שבכוחם מחד גיסא לסייע ומאידך גיסא להזיק? האם נכון למנוע תמריץ כלכלי ממציא שפיתח טכנולוגיה בלתי-מוסרית, שעתידה להניב פיתוח אחר ומציל חיים? שאלות כגון אלו אמנם מקשות על יעילות דיני הפטנטים, אך העיסוק בהן חשוב לא פחות, שכן הוא כופה על החברה שיח מוסרי ומתווה היררכיה משפטית-ערכית.

לדעתי, החברה אינה ערה דיה, או שמא מעריכה בחסר, את פוטנציאל ההשפעה של דיני הפטנטים על תפישת המוסר המתגבשת בחברה. בהיעדר מודעות לכך, דיני הפטנטים משחקים תפקיד בתחום, פעמים רגיש יותר ופעמים פחות, שלא יועד עבורם; תפקיד שדורש הגדרה לאחר חשיבה יסודית ותלוי בקבלת החלטות נורמטיביות ופוזיטיביות.

מעניין לציין כי בעבר הורתה פקודת הפטנטים המנדטורית כי לא יירשם פטנט שנוגד את אמות המוסר,² אך בחוק הפטנטים הישראלי, שהחליף את הפקודה בשנת 1967, הושמטה הוראה זו.³ התחקות אחר דברי ההסבר לחוק מעלה את הדברים הבאים:

"החוק הקיים אומר, שאין להעניק פטנט לאמצאה שהשימוש בה יהא, לדעתו של הרשם, מנוגד לחוק או למוסר ולסדר הציבורי. הוראה זו מוצע לבטל, כי הוכח שהבחינות המוסריות דרכן להשתנות עם העתים. ... שינוי זה הוכנס בהתאם להוראת סעיף 4 רביעי לאמנת פריס הקובע ש'אין לסרב לתת פטנט, ואין לבטל פטנט, בנימוק שמכירתו

¹ לא פעם מדובר בבעיות חמורות יותר עם השלכות קיומיות (גישה למים, בריאות, מזון, תשתיות וכדומה). כמובן שאוכלוסיות אלו בדרך כלל אינן יכולות להרשות לעצמן רכישת טובין מוגני-פטנט (לאור מחירם הגבוה בשל המונופולין שנלווה להן), ולכן מחקר יישומי יימנע מראש מהניסיון לספק מענה לצרכי אוכלוסיות אלו.

² "הרשם יסרב לקבל כל בקשה ופירוט לאמצאה שהשימוש בהם יהא לדעתו מתנגד לחוק, או למוסר או לסדרי הציבור", סעיף 5(8) לפקודת הפטנטים והמדגמים, 1926, חא"י ב 1653.

³ חוק הפטנטים, התשכ"ז-1967, ס"ח 148.

של המוצר המוגן ע"י הפטנט או שהושג בתהליך המוגן ע"י הפטנט, כפופה להגבלות או לצמצומים הנובעים מהתחיקה הלאומית.⁴

המחוקק הציע אם כן שני טעמים להשמטת תנאי המוסריות. הראשון הוא "שהבחינות המוסריות דרכן להשתנות עם העתים". אכן, המוסר, כמו כל תפישה חברתית, מתאים עצמו אל העידן הרלוונטי – זו בדיוק הסיבה שאני סבור כי יש להתייחס אליו (גם) בדיני הפטנטים, בכדי שיובהר מקומו ביחס לחדשנות טכנולוגית לאור התהוותן של תמורות בחברה. הטעם השני להשמטה שנוצר בדברי ההסבר להצעת החוק, הוא המחויבות הבין-לאומית של ישראל להרמוניה גלובלית של דיני הפטנטים, כך שלא ישלל פטנט מאמצאה מסוימת לאור חקיקה מקומית. כלומר, אפשר שרצון המחוקק היה שונה, אולם הוא מחויב לדין הבין-לאומי. משני ההסברים נובע כי תנאי המוסר הושמט לא בשל השקפה עקרונית, אלא מתוך קשיי התמודדות עם הדינמיות של המוסר וכפיפות למחויבות בין-לאומית.

ג. סוגיות מוסריות בפטנטים גנטיים

בטרם ארחיב היריעה בעניין הסוגיות המוסריות והקשיים שהן מעלות, אסביר בתמצית מהו פטנט גנטי. פטנט הוא צֶבֶר זכויות שליליות המוענקות לממציא בגין אמצאתו (באופן מסורתי – זכות בלעדית לייצר, להשתמש, לשווק, למכור ולייבא את האמצאה) למשך תקופה קצובה, קרי מונופולין ארעי של זכויות. פטנט גנטי הוא פטנט אשר בתביעתו (Claim) מגן על מולקולת חומצות גרעין מסוג Deoxyribonucleic Acid (DNA) או Ribonucleic acid (RNA). בשערי הגדרה זו נכנסות אמצאות מגוונות, ומהמפורסמות הן בדיקות סקר גנטיות,⁵ אורגניזמים מהונדסים גנטיים,⁶ ריפוי גני,⁷ וכן טכנולוגיות וכלי מחקר ופיתוח בתחום הגנטיקה.⁸

בשורות הבאות אבחן כמה שאלות מוסריות שעולות בממשק פטנטים-גנטיקה. בהקשר הפטנטי, שאלות כאלה עשויות להתקיים באחת משתי רמות: במעגל הפנימי של דיני הפטנטים ובמעגל החיצוני של דיני פטנטים. בעיות מוסריות במעגל הפנימי קשורות לעצם דיני הפטנטים, למשל קשיים לעניין הבעלות בפטנט גנטי. בעיות במעגל החיצוני עוסקות בהשלכות מוסריות של דיני הפטנטים על תחומי חיים שונים, לדוגמה תמורות בתפישות האנתרופולוגיות והפסיכולוגיות של

⁴ סעיף 2(ב) לדברי ההסבר בהצעת חוק הפטנטים, התשכ"ה-1965, ה"ח 98.

⁵ בדיקות אשר חוזות פריצת מחלות בעתיד חיי הנבדק. קיימות ערכות לבדיקת מחלות שונות: סרטן, גלקטוזמיה, אנמיה חרמשית ועוד.

⁶ השימוש באורגניזמים מהונדסים גנטית לצרכים מסחריים שכיה מאד: למעלה מ-93% מגידולי התירס, הסויה והכותנה הנסחרים בארצות הברית הם גידולים מהונדסים גנטיים. ראו: Jorge Fernandez-Cornejo, Seth Wechsler & Michael Livingston, *Adoption of Genetically Engineered Crops by U.S. Farmers has Increased Steadily for Over 15 Years*, 1A AMBER WAVES (2014) Robert H. Devlin et al., *Growth of Domesticated Transgenic Fish*, 409 NATURE 781 (2001).

⁷ ריפוי גני מציע מודל בו מוחלפים גנים של חולה בגנים אחרים (לעתים נוספים ולא מוחלפים). במקרים בהם מחלה תלויה בגנטיקה של החולה, החולה אמור להחלים, שכן הפגם הגנטי גובה בעותק תקין. עד היום נערכו מחקרים רבים בתחום וישנם אף מספר מקרים קליניים של ריפוי גני: Jean-Antoine Ribeil et al., *Gene Therapy in a Patient with Sickle Cell Disease*, 376 N. ENGL. J. MED. 848 (2017).

⁸ דוגמה לכך היא מנגנון CRISPR (Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats), ששיפר באופן חסר תקדים את יעילות ההנדסה גנטית.

החברה עקב תמרוץ המצאת פטנט גנטי מסוים. התייחסותי לסוגיות המוסריות להלן תסווג לאחד משני מעגלים אלו.

סוגיות במעגל הפנימי

הוגנות הבעלות על זכויות פטנט

תכופות מצוירים דיני הפטנטים כעסקת חליפין – חשיפת הידע שגילה הממציא כנגד זכויות פטנט מצד החברה.⁹ בעוד שעסקה זו נתפשת כהולמת באמצאות קלאסיות, אמצאות גנטיות מטילות צל על מודל זה.¹⁰ אמצאות אלו מכילות מולקולות DNA/RNA, שבמקרים רבים מקור גילויין הוא בבני אדם (מטופלים ונסיינים).¹¹ לעתים גם הליך פיתוח האמצאה קשור בהם הדוקות. האם הוגן להעניק את הבעלות בפטנט לחוקר-ממציא בלבד? הרי ללא שיתוף פעולה מצד המטופל-נסיין, סביר להניח שהחוקר לא היה שם ידו על האמצאה. כיום, המטופל-נסיין אינו יוצא נשכר, קרי אין לו חלק בפטנט שניתן לחוקר-ממציא. האם לא מוסרי יותר לקבוע שותפות בפטנט באמצאות אלו, או לקבוע כלל ברירת מחדל? המצב הרווח כיום מחזק תפישה של עליונות המחקר על פני הוגנות הבעלות, וספק אם זהו המדרג החברתי המקובל.

אמצאה הסתברותית

חלק מהפטנטים הגנטיים, ובמיוחד בדיקות סקר גנטיות, מאופיינים במהימנות שמשנתנה על בסיס איסוף מידע. הפרדיקציה הרפואית שנקבעת תוך השימוש בהם, משתפרת והולכת ככל שמטופלים רבים יותר נבדקים באמצעותה.¹² ההסבר לתופעה זו הוא התלות הסטטיסטית והקלינית של פיתוחים גנטיים.¹³ למעשה, במקרים אלו דיני הפטנטים מתמרצים אמצאות "הסתברותיות", אשר יחד עם הפוטנציאל החיובי שבהן, מעוררות גם בעיות, שלחלקן היבטים מוסריים. מנקודת מבט מוסרית, השאלה היא האם אמצאה הסתברותית היא אמצאה "טובה"?

Jacob Adam Schroeder, *Written Description: Protecting the Quid Pro Quo Since 1793*, 21 FORDHAM J. INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 63 (2011); Adam Mossoff, *Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800*, 52(6) HASTINGS L.J. 1255, 1288 (2001)

Barbara Looney, *Should Genes Be Patented - The Gene Patenting Controversy: Legal, Ethical, and Policy Foundations of an International Agreement*, 26 LAW & POL'Y INT'L BUS. 231, 240 (1994) עולה גם בהקשר רחב יותר, ביחס לאמצאות ביוטכנולוגיות בכלל: Stephen R. Crespi, *Biotechnology Patents and Morality*, 15 TRENDS IN BIOTECHNOLOGY 123, 126 (1997)

¹¹ כמו המידע הסטטיסטי והקליני שנאסף במסגרת מחקרים וטיפולים גנטיים, אשר מוביל לקשר בין מרכיב גנטי למחלה מסוימת, עליו ניתן פטנט. והרחיבו אודות מקרה ג'ון מור (John Moore) ומקרה הרלקסין (Relaxin): *Biotechnology Patents and Morality, ibid*; Lori B. Andrews, *Gene Patents: The Need for Bioethics Scrutiny and Legal Change*, 5 YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 403, 409-410 (2005)

J. Cheon, J. Mozersky, R. Cook-Deegan, *Variants of Uncertain Significance in BRCA: A Harbinger of Ethical and Policy Issues to Come?*, 6: 121 GENOME MEDICINE (2014); Robert Cook-Deegan et al., *The Next Controversy in Genetic Testing: Clinical Data as Trade Secrets?*, 21 EUR. J. HUMAN GENETICS 585-58 (2012); MD Sluiter & E.J. van Rensburg, *Large Genomic Rearrangements of the BRCA1 and BRCA2 Genes: Review of the Literature and Report of a Novel BRCA1 Mutation*, 125(2) BREAST CANCER RES. TREAT., 325 (2011)

Paul Martin & Jane Kaye, *The use of Large Biological Sample Collections in Genetics Research: Issues for Public Policy*, 19 NEW GENET. SOC. 165 (2000)

דוגמה מעניינת היא השימוש בבדיקות סקר גנטיות, שנפקותן היא נקיטת צעדים בלתי-הפיכים של רפואה מונעת. אשתמש בדוגמה מפורסמת להמחשת הנקודה:¹⁴ אמה של אנג'לינה ג'ולי (Angelina Jolie) נפטרה בדמי ימיה כתוצאה מסרטן השחלות. אנג'לינה, שחיה בצל הטראומה, ביקשה לדעת האם צפוי לה עתיד דומה. חברת Myriad, שאחזה בזמנו בפטנט על הבדיקה הגנטית ל-*BRCA1/2* (גנים הקשורים בסיכון לחלות בסרטן השד והשחלות), הציעה פתרון: פיתוח גנטי שיכול לברר האם במכלול הגנים של ג'ולי ישנן מודיפיקציות גנטיות שמסכנות אותה. מהבדיקה התברר שלג'ולי סיכון גבוה (87%) ללקות בסרטן השד. לאחר שהתלבטה, בחרה על סמך הסתברות זו לבצע כריתת שדיים (Mastectomy) מניעתית ובכך להפחית את הסיכון לכ-5%. אלא שלפי הסתברויות אחרות (שג'ולי לא הייתה ערה להן, שכן Myriad היא הגורם היחיד שרשאי לבצע את הבדיקה בתור בעלת הפטנט), הסיכון למחלה אצל ג'ולי עמד על 54% בלבד.¹⁵ הסתברות זו משנה את התמונה: אפשר שג'ולי הייתה מקבלת החלטה אחרת. גם במיצוע של שתי ההסתברויות מתקבל נתון בעייתי – 70.5%, כך שעולה שאלה כללית יותר ביחס לעצם מוסריותם של פטנטים גנטיים הסתברותיים. האם מוסרי לאפשר פטנט על אמצאה גנטית הסתברותית? אם כן, מהו רף המהימנות ההסתברותית לרישום אמצאה כפטנט?¹⁶ אמנם, קיומו של פטנט אינו מכתוב את החלטה הרפואית, אך העובדה שלבעל הפטנט מונפול על הבדיקה מקשה על הופעת מידע נוסף ורלוונטי להחלטה הרפואית. כאמור, דיני הפטנטים הם עסקה בין החברה לממציא; היעדר תקן ראוי להמצאות הסתברותיות, מעודד המצאות בוסריות, שתרומתן לחברה נמוכה מזו שלה כוונו דיני הפטנטים.¹⁷ האם ייצוג האינטרס החברתי במסגרת עסקת הפטנט מתפקד כיאות?

עניין זה מעלה כמובן גם שאלות הנוגעות למעגל החיצוני של דיני הפטנטים: האם הרופאים היו מסכימים לערוך את הפרוצדורה המניעתית גם כאשר הסיכון להתפרצות המחלה נמוך? האם ג'ולי הייתה משנה את החלטתה אילו ידעה זאת? האם ההתמודדות הנפשית, ההשלכות החברתיות והמכאובים הפיזיים היו יכולים להימנע?

¹⁴ Angelina Jolie, *My Medical Choice*, THE NEW YORK TIMES, May 14, 2013, (last visited Jan 1, 2018)
¹⁵ Sining Chen, Giovanni Parmigiani & Show More, *Meta-Analysis BRCA1 and BRCA2 Penetrance*, 25 J. CLINICAL ONCOLOGY 1329 (2007)

¹⁶ Office of Protection from Research Risks, Protecting Human Research Subjects, Institutional Review Board Guidebook. Washington, DC, US Government Printing Office (1993)

¹⁷ ראו גם: Bernadine Healy, *BRCA genes — Bookmaking, Fortunetelling, and Medical Care*, 336 N. ENG. J. MED. 1448 (1997); Lori B. Andrews, *Past as Prologue: Sobering Thoughts on Genetic Enthusiasm*, 27 SETON HALL L. REV. 893 (1997). אמנם קיימים דינים ומנגנוני פיקוח נפרדים שמטרתם למנוע מאמצאה בוסרית לפגוע בציבור, אך אלו קשורים בדרך כלל למוצרים עם סיכון בטיחותי או בריאותי-גופני. כאן מדובר באמצאות שבמרבית המקרים אינן כפופות למאסָדָר (רגולטור) מכיוון שלא מותירות הזק פיזיולוגי כלשהו בגוף (בניגוד לפרוצדורות רפואיות, תרופות וכימיקלים אחרים). בנוסף, קיים ערך אינהרנטי לכך שדיני הפטנטים מאפשרים הגנה לאמצאות בוסריות. בעצם כך ישנה מוחמצת המטרה החברתית של דיני הפטנטים (חשיפת ידע מועיל לחברה), במנותק מהצורך בפיקוח על ידי דינים ומאסָדָרים מקבילים.

סוגיות במעגל החיצוני

גרימת סבל לבעלי-חיים

בחלק מהמדינות, בעלי-חיים מהונדסים גנטית הם פיתוח פטנטבילי. פטנטים אלו זכו לקיתונות של רותחין, כשאחד הטיועונים המרכזיים הוא גרימת סבל מולד לבעלי-חיים.¹⁸ דוגמה מפורסמת היא ה-Oncomouse, עכבר שהונדס גנטית על ידי חוקרים מאוניברסיטת Harvard לשאת נטייה מולדת לחלות בסרטן. ככזה, ה-Oncomouse הוא מודל ניסוי שימושי במיוחד עבור חקר האונקולוגיה. Harvard רשמה פטנט על ה-Oncomouse בארצות הברית ובמדינות נוספות.¹⁹ ביקורת רבה הושמעה נגד האכזריות שמונהגת בבעל-חיים, שבא לכתחילה אל העולם מתוך מטרה שיחלה. דוגמה אחרת היא זו של ה-AquAdvantage Salmon, שניתן עליו פטנט לחברת AquaBounty Technologies. מדובר בזן מהונדס גנטית של דג הסלמון אשר ניחן בעמידות לתנאי גידול קשים וקצב גדילה מהיר מהרגיל. אולם, עם יתרונותיו, הזן מאופיין ביכולות שחיה נמוכות ביחס לזן הבר (בשל מבנה שריריו שהונדס גנטית), ומתקשה לנוע במים.

מקרים אלו ודומיהם גורמים לאי-נוחות.²⁰ מהו המחיר אותו משלמים יצורים חיים עבור שיפור תנאי המחיה של החברה האנושית? האם יש להתייחס באופן שונה לסבל הנגרם למען קידום חקר הסרטן לעומת גרימת נכות מולדת בשם שיפור איכות המזון? האם ניטרליות המצאתית כלפי אמצאות שכאלו והגנה עליהן בפטנט מהוות גושפנקא חברתית ליחס שלילי יותר לבעלי-חיים? ספק מה הייתה הכרעת הציבור לגבי מתן פטנט לאמצאות מסוגים אלו, אילו היה שוקל בכובד ראש את המחיר המוסרי.

"מטופל הזנק" ויחסי מטפל-מטופל

תמרוץ אמצאות גנטיות באמצעות פטנט עשוי לחולל תמורות ביחסי מטפל-מטופל/חוקר-נסיין; למשל, בעתיד הלא רחוק, כאשר לכל אדם סקירה גנומית אישית, חוקרים עלולים לנסות לאתר פרטים המקימים סיכוי לפיתוחים רווחיים. קהילת המטופלים תהפוך ל-Hub של המצאתיות, ואם הזדמנה לפתחו של מטפל-חוקר מטופלת "טובה", היא עבורו מעין מיזם הֶזְנֵק (Start-up): המטפל יעדיף להשקיע בה טיפול, מחקר ופיתוח יתרים ואולי יגרוף הון. יש לדבר השלכות שליליות, שקצרות השורות מלפרט: אפליה בבחירת מטופלים, אוריינטציה טיפולית-מסחרית, ניצול כלכלי (אם אין למטופל בעלות בפטנט, כפי שדנתי לעיל), הֶקְפָּצַת מטופלים, ועוד. בעוד שבעבר המטופל-נסיין היה חלק סביל ומושא המחקר היה המחלה, היום (ובעיקר בעתיד) המוקד הוא המטופל-נסיין עצמו, או באופן מדויק יותר - מכלול הגנים שלו.

זהות עצמית

לפטנטים גנטיים גם השלכות על נפש האדם. אדגים תוך שימוש במוצרי ריפוי גני. ריפוי גנים הוא תהליך שבו מוחלפים גנים שהיו קיימים עד עתה בגופו של אדם בגנים אחרים.²¹ גנים מקנים תכונות

Report of the Committee to Consider the Ethical Implications of Emerging Technologies in the Breeding of Farm Animals, HMSO, London. BMA (1992)

¹⁸ EU, Patent EP-0169672-A1 ; Germany, Patent DE-3586020-D1 ; US, Patent US-4736866-A

¹⁹ Cynthia M. Ho, *Splicing Morality and Patent Law: Issues Arising from Mixing Mice and Men*, 2 WASH. U. J.L. & POL'Y 247, 257-274 (2000)

²¹ לעתים גנים אלו מתוספים ולא מוחלפים.

(Traits) לנושאם, כך שהחלפת גנים מקוריים באחרים עלולה לגרום לאדם לחוש שונה, "מזויף" או אפילו זר לעצמו. אפשר שבעיית הגדרת זהות עצמית שכזו לא תטריד אדם במקרה אחד (למשל לשם טיפול במחלה סופנית שצצה באמצע חיי האדם), אך תתעורר במקרה אחר (כמו טיפול בלקות שעצבה את זהות המטופל לאורך חייו או לדוגמה שינוי תכונת אופי). ריפוי גני יכול להיעשות גם בראשית חייו של אדם, והדבר מעלה שאלות נוספות, למשל: כיצד יחוש ילד שגילה כי בעודו עובר, הוחלפו כל גרעיני התא שבגופו כדי להטמיע בו תכונות שונות מאלו שהיו בו קודם?

מגמות חברתיות

אמצאות גנטיות מעבירות את הרפואה לעידן חדש, בו הדגש מושם על רפואה מונעת ועל טיפול גנטי במקום רפואה קלינית קלאסית. מגמה זו נתפשת חיובית בעיקרה, שכן היא מונעת סבל ונכויות מלכתחילה, אך היא אינה חפה מביקורת.²² כיצד תביט הסביבה על פרטים שבוחרים שלא להיבדק גנטית? מה יהיה היחס לחולים שמסרבים לקבל טיפול גנטי מטעמי דת או זהות? כיצד תתייחס החברה למי שאובחן כעתיד לחלות במחלה חשוכת מרפא? הדבר עלול להתבטא במישורים מגוונים: העסקה, זוגיות, ביטוח וכו'. כמו כן, כובד המשקל המוסרי יעבור מצדה של החברה לצדו של הפרט; בעוד שכיום העזרה לחולה או לנכה נחשבת למעשה המוסרי, בעתיד, משעה שיהיו לכך הכלים, מניעת המחלה או קבלת טיפול הם שייחשבו למעשה המוסרי הנכון. הימנעות מכך אולי תצדיק יחס שונה כלפי החולה או הנכה, יחס חסר נופך של עזרה או רחמים.

משעה שיהיה בידי האנושות להיפטר ממחלות קטלניות ("מחלות הורגות"), עשויים להגיע מוצרים גנטיים שיספקו ניבוי או החלפה של תכונות גנטיות אחרות, שאינן נחשבות בעינינו היום לפגמים. הדבר אמור ביתר שאת בהקשר של עוברים.²³ האם נכון לאפשר הגנת פטנטים בגין אמצאות שמאפשרות תינוקות בהזמנה אישית? מהם הגבולות המוסריים של אמצאות אלו? צבע עיניים, רמת אינטליגנציה, תכונות אופי? בסרטו המרתק של אנדרו ניקול (Andrew Niccol), "מה קרה בגטאקה?" (*Gattaca*), ההתקדמות הטכנולוגית בענף הגנטיקה הובילה לדטרמיניזם חוצה כל גבול: גנטיקאים מייעדים לעובר את מסלול חייו בעודו ברחם אמו. מאחר שהיכולות השכליות והגופניות ידועות, קבלה למוסדות לימוד וראיונות עבודה מוחלפים בבדיקה גנטית. על כן, הורים עושים שימוש בטכנולוגיה להשגת "גנום אופטימלי" אצל ילדיהם;²⁴ גיבור הסרט הוא ילד "טבעי", כזה שלא עבר שיפור גנטי, והוא מתאר את המצב החברתי כך: "I belong to a new underclass, no longer determined by social status or the color of your skin. We now have discrimination down to a science". ההשקעה בפרטים "כושלים" גנטית הופכת למיותרת, והחברה מקדשת אאווגניקה (Eugenics) – השבחת הגנים בחברה. כמתואר בסרט, אתוס של אאווגניקה הוא אולי הפרזה אמנותית, אך אין להפחית במהות המסר שביצירה. האם יש לעודד התקדמות בלתי-מבוקרת בתחום הגנטיקה או שמא ראוי להשתמש בדיני הפטנטים כמסננת מוסרית?

Rogeer Hoedemaekers, *Commercialization, Patents and Moral Assessment of Biotechnology Products*, 22
26 J. MED. & PHIL. 273 (2001); Timothy A. Caulfield & Richard E. Gold, *Genetic Testing, Ethical
Concerns, and the Role of Patent Law*, 57 CLINICAL GENETICS 370, 371 (2001)

²² הי"ש 18 לעיל, בעמ' 382.

²⁴ המונח "גנום אופטימלי" מעלה אף הוא שאלות: מהו "פגם" גנטי? מהו עולם ללא "פגמים" גנטיים, אם בכלל קיים? האם זהו עולם "טוב" יותר? כיצד תתייחס החברה לפרטים שלמרות האמצאות הגנטיות, נולדו עם פגמים כתוצאה מטעות או מסיבה עלומה? ראו: אפרים קציר "ובחרת בחיים" **מכון ויצמן למדע** 6.10.2002 heb.wis-wander.weizmann.ac.il.

תופעה חברתית אפשרית אחרת היא חלוקה לקבוצות על בסיס דמיון גנטי, במקום מכנה משותף קלאסי כמו דת, לאומיות, עמדה פוליטית, וכיוצא בזה. כבר עתה חברות מסחריות מאפשרות התחקות אחר השורשים הגנטיים באמצעות פיתוחים גנטיים.²⁵ האם בעתיד ימצאו אנשים עניין בבניית קהילות סביב רמת הזהות הגנטית? זהו חתך נוסף לפיו עשויה החברה להתפלג. אגב, סביר שקבוצות נפרדות יגדירו "גנום אופטימלי" שונה, והוא יהיה הליבה שסביבה תתאסף קבוצה ותשוסע חברה.

ד. סיכום

ההיסטוריה מלמדת שהעיסוק העקיף במוסר תוך יישום המשפט הפרטי, מסייע בהתוויית המציאות הערכית הרצויה בקרב החברה.²⁶ הקדמה הטכנולוגית בתחום הגנטיקה הביאה אל מפתן האנושות שאלות מוסריות חדשות, שאחת מחזיתות ההתמודדות עמן היא דיני הפטנטים. מן הראוי שנצל ההזדמנות שניתנה לנו כחברה להתבוננות מחודשת על המוסר.

ווילארד גיילין (Gaylin), ממייסדי מכון Hastings לביו-אתיקה, צוטט כך: "I not only think that we will tamper with Mother Nature, I think Mother wants us to." ובכן, אינני יודע להצביע על רצונותיה של אמא-טבע, אך במבחן המציאות האדם אכן מתערב בטבע, מבלי לצפות תמיד את ההשלכות הערכיות שבכך. על כן, מטרתי ברשימה זו לא הייתה קביעת מדיניות, אלא הארת הסיכון והסיכוי בהתייחסות למוסר (או נכון יותר – בהתעלמות ממנו) במסגרת דיני הפטנטים, בדגש על פטנטים גנטיים, ועידוד שיח באוריינטציה זו.

ניסיתי להמחיש כי "הניטרליות" המוסרית בדיני הפטנטים, היא כשלעצמה בעלת משמעות ערכית: המוסר נפקד מדיני הפטנטים וממילא נדחק מפני "חדשנות" בכל קרב מולה. זהו תהליך מסוכן: כאשר החברה עיוורת להשפעתו של גורם, הוא נשאר משולח רסן גם אם השפעתו מנוגדת לרצון החברה. ובהיקש לסוגיה של פטנטים ומוסר – על החברה להכיר בכך שלפטנטים השלכה על עולם התוכן המוסרי. שוב, אין אני מציע כי המוסר אמור לגבור על תמרוץ החדשנות או להפך; זהו עניין שתלוי בהשקפת החברה בזמן ובמקום נתונים. יתרה מכך, אפשר שהגישה הרווחת כיום היא אכן זו המשקפת את התפישה החברתית – אלא שנראה לי, כעולה הן מהדוגמאות שהובאו כאן והן מדברי ההסבר של חוק הפטנטים שהובאו לעיל, שההתעלמות לא באה מתוך הכרעה שקולה ואמיתית. על כן כוונתי היא להציג את ההשפעות האפשריות של דיני הפטנטים על המוסר, לאפשר לחברה להכיר בהן ולהציע לבצע הסדרה ישירה, מודעת ונכוחה של התנגשות זו שתייצר מדרג ערכים חברתי-משפטי.

דיני הפטנטים אמנם אינם הכלי היחיד והממצה לאסדרת מוסר, אבל הם בהחלט חלק מסל כלים לאסדרתו. מעבר לתמרוץ כלכלי חיובי של חדשנות פלונית (ותמרוץ שלילי של חדשנות אלמונית),

The DNA Journey, וכן *Journey Through You're DNA*, 23andMe <https://www.23andme.com/dna-travel> ²⁵
Journey, YouTube www.youtube.com/watch?v=tyaEQEmt5ls&index=1&list=PLyon3Rc2gtzci-FrBfPLcHRS_hfHY9peQ

²⁶ למשל פסק-דין בעניין *Zong*, שעסק בדיני הביטוח, תרם לביטול מוסד העבדות באנגליה (Anita Rupprecht, 'A Very Uncommon Case': *Representations of the Zong and the British Campaign to Abolish the Slave Trade*, 28 J. LEGAL HISTORY 329 (2007)) או תובענות ייצוגיות כנגד חברות ששיתפו פעולה עם השלטון הנאצי. ראו: LEORA BILSKY, *THE HOLOCAUST, CORPORATIONS, AND THE LAW: UNFINISHED BUSINESS* (2017).

אור כהן-ששון "דיני הפטנטים כמאסדרי מוסר סמויים : התבוננות על ענף הפטנטים הגנטיים" הגבול המוסרי של הקניין הרוחני
90–82 (מיכאל בירנהק ואור כהן-ששון עורכים, 2018)

החלטה על סירוב למתן פטנט על בסיס שיקולי מוסר מכילה גם אמירה חברתית ביחס לממציא
ולאמצאתו.