

הקדמה

מאת

השופט ד"ר גרשון גונטובניק

כושר ההמצאה של המין האנושי הוא מקור להשתאות מזה אלפי שנים, ומאז שאנו מתעדים את קורותינו ניתן מקום של כבוד למפתחים ולממציאים. דמיונו של מי לא ניצת נוכח הרשימות שרשם ליאונרדו דה-וינצ'י, שהרעיונות העולים מהן הקדימו את זמנן במאות שנים; הטלסקופ שבנה גלילאו גליליי; קרב האיתנים שבין אדיסון לטסלה; הכלים היצירתיים שפיתחה מרים העברייא באלכסנדריה הקדומה; ההקרבה של פרנץ רייכלט שקפץ אל מותו ממגדל אייפל בניסיון (כושל) להוכיח את תקינותה של חליפת המצנח שלו; ומה לגבי מותו של ארכימדס שלא היסס למחות מול החייל הרומאי שהפריע לו בחשיבתו היצירתית, המתעלמת מגורלה של העיר סירקוסאי שנפלה אותה עת בידי הכוח העולה.

היה מי שאמר ש"שמו של הממציא הגדול ביותר – מקרה"; ואחר העיר שאכן כך "אלא שאותו מקרה אינו מזדמן לרוב בני האדם".¹ ייתכן שכך ביחס לאמצאות רבות אך לא כך ביחס לכוח ההמצאה. זה מתגבר והולך ומביא אותנו לגבהים חדשים. גבהים אלה אינם תוצר של מקריות גרידא. תחילתו של ספר הספרים כוללת את הפועל "ברא". ומדובר ב"פועל שיוחד במקרא ליצירה ע"י אלוהים או ע"י כוח אלוהי בלבד".² אלא שכוח ההמצאה הפך לכה אמתני עד שהוביל ומוביל את האנושות לקרבה, אולי מסוכנת מידי, לכוח הבריאה. היום הוזה ההמצאות שלנו מסוגלות להקיץ את הקץ על האנושות כולה, ומנגד להנדס את הילודה ולשלוט במאפייניהם של הבאים בשערי החיים. הטכנולוגיות של היום משבשות סדרי עולם.³ קשה לעקוב אחר כל החידושים והמהפכות הפוקדות אותנו בקצבים מתגברים. האם מישהו יכול היה להעלות על דעתו, לפני עשרים שנה בלבד, את כל החידושים והאמצאות שאנו נהנים מהם היום הזה? ומה צופן לנו העתיד?

¹ דברי מארק טווין מזה ופרידריך ניטשה מזה. ספר הציטטות הגדול 540-541 (ליקט וערך: פרופ' אדיר כהן; 1996).

² אברהם אבן-שושן המלון החדש 271 (כרך ראשון; מהדורה מתקנת; תשמ"ח).

³ יובל נח הררי 21 מחשבות על המאה ה-21 "האתגר הטכנולוגי" 21 (2018).

דיני הפטנטים משקפים את אחד הכלים החשובים ביותר שבאמצעותם מנסה המשפט להסדיר את הקדמה. לעודד את כוח ההמצאה, לרתום אותו ולתגמל את הממציאים, אך בה בעת להבטיח נגישות חברתית ראויה לאמצאות ולהפוך אותן בסיס לפיתוח עתידי, לטובת החברה כולה. דינים אלה נכללים תחת משפחת הזכויות המרכיבות את הזכות לקניין, ואף את הזכות החוקתית לקניין. על מנת להבין את מורכבותה של זכות זו מעניין יהיה לעצור לרגע, ולהביט בהוראות סעיף 14 של חוק היסוד הגרמני (ה- Grundgesetz), המכיר בזכות החוקתית לקניין. וכך קובע הסעיף, בתרגום לאנגלית:

Article 14

- (1) Property and the right of inheritance shall be guaranteed.
Their content and limits shall be defined by the laws.
- (2) Property entails obligations. Its use shall also serve the public good.
- (3) ...

לכאורה, מדובר בהגדרה חוקתית ברורה ופשוטה אך מורכבותה העמוקה נגלית עד מהרה לאחר התבוננות נוספת. ראו את האמור בס"ק (1) ולפיו *תוכן* הזכות לקניין יוגדר בחוק. מהות זו של זכות יסוד אינה מובנית מאליה כלל ועיקר. הגדרה דומה אינה מצויה ביחס לחופש הביטוי או לחופש התנועה, ואין המדובר במקרה או בטעות שבניסוח. חירויות אלה עומדות לו לאדם מעצם בריאתו. ניתן אמנם להגבילן, אך כל אחד מאתנו זכאי להן. אין הן מותנות בחוק שיגדירן מלכתחילה. והנה, ולהבדיל, תוכנה של הזכות לקניין תלוי בהגדרה שהחוק ייתן לה. החוק הוא שיכונן אותה. ויותר מכך; בא ס"ק (2) ומבהיר שהזכות לקניין כרוכה גם במחויבות. עליה לשרת גם את האינטרס הציבורי.

לגישה הגרמנית קדם ביטוי בכתביו של בנתהם (Bentham), הוגה הדעות האנגלי הדגול, שציין כי אין בנמצא קניין "טבעי". הוא כולו תוצר של הדין. הקניין והדין קמים יחדיו ומתים יחדיו.⁴ אלא שחוק היסוד הגרמני מאיר את מורכבותה של *ההבניה* המשפטית את תוכנו של הקניין. האיזון החוקתי, הנעשה אגב הגדרת הזכות לקניין, הוא מרובד ועדין. על הגדרת הזכות לעמוד באמות המידה החוקתיות. מחד גיסא, על

⁴ מופיע אצל יהושע ויסמן דיני קניין - חלק כללי 23-24 (תשנ"ג).

המחוקק לשמור על גרעין שיאפשר מרחב פרטי ובו מימוש אוטונומי באמצעות הקניין. ומאידך גיסא, עליו להביא לידי ביטוי בהגדרה זו גם את האינטרס הציבורי ולתת לו את המשקל הנאות.⁵ כך באופן כללי, וודאי שכך ביחס לקניין הרוחני ולדיני הפטנטים. ואכן, בגרמניה נחשב הקניין הרוחני, ובכלל זה הפטנט, כחלק מזכות היסוד החוקתית לקניין. אלא שביחס לקניין זה גדל במיוחד משקל האינטרס הציבורי שבהסדרתו,⁶ והדברים באים לידי ביטוי בהגדרת הזכות.

עד כמה ההבנה החוקתית הזו של הזכות לקניין רלוונטית למציאות המשפטית הנוהגת אצלנו? אכן, יש להבנה החוקתית הגרמנית הד בפסיקתו של בית המשפט העליון בתחום דיני הקניין.⁷ ברור כי אין חפיפה בין הפרשנות החוקתית הגרמנית של המונח ובין הגישה החוקתית הישראלית. ועדיין, נראה לי כי דווקא בתחום דיני הקניין הרוחני בכלל ודיני הפטנטים בפרט, ניתן לשאוב ממנה השראה. הזכות החוקתית לקניין כוללת את הקניין הרוחני ובכלל זה את הפטנט.⁸ אלא שברור שבתחום זה גדל משקל האינטרס הציבורי באיזון הכולל. כך, פרופ' ויסמן ציין כי בתחום הקניינים הרוחניים (לצד המקרקעין) היעוד החברתי הוא מודגש. ומכאן ש"בנכסים מסוג זה, שיעודם החברתי נראה בברור, מוצדקת התערבות רחבה יותר של המדינה, כדי להבטיח את האינטרס הציבורי."⁹

ואמנם, פסיקתם של בתי המשפט שבה והדגישה כי גם אם הזכות לקניין כוללת את הקניין הרוחני, הרי שמשקלו של האינטרס הציבורי הוא ניכר מאוד בהסדרתה. השופט רובינשטיין ציין כי "דיני הקניין הרוחני עניינם הגנה על פרי רוחו של האדם, העשוי להיות בעל ערך כלכלי, ולכן ייכלל בגדרי הקניין המוגן חוקתית בסעיף 3 לחוק-יסוד:

⁵ BVerfGE 58, 300, 336 (1981; Nassauskiersungsentscheidung).

⁶ DONALD P. KOMMERS AND RUSSEL A. MILLER, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 650 (2012). וראו שם את ניתוח פסק הדין 1 BvR 1864/95 (2001) בעניין Neue Juristische Wochenschrift.

⁷ ראו את פסק דינו של הנשיא ברק בע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 937 (2002); למען שלמות התמונה ראו גם את דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004).

⁸ אהרן ברק "הזכות החוקתית לקניין: החירות הכלכלית והאחריות החברתית" מבחר כתבים: עיונים חוקתיים 490, 479 (2017).

⁹ היושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258, 275 (תשנ"ה-תשנ"ו).

כבוד האדם וחירותו" ועדיין "יש לקחת בחשבון כי אחד הטעמים החשובים להגנת הקניינים הרוחניים הוא השאיפה לעודד את יוצרי התוצרים הרוחניים לפתח תוצרים חדשים לתועלת החברה כולה, באמצעות תיגמול מתאים. על-כן, ההגנה החוקתית על הקניין הרוחני מוגבלת בהכרח ומלכתחילה בהגבלות הנעוצות באינטרס הציבורי".¹⁰ בית המשפט העליון עמד גם על כך שהכללת דיני הפטנטים בזכות החוקתית לקניין אינה מובנית מאליה.¹¹ המורכבות האמורה עולה גם מהכתיבה העיונית. כך, פרופ' בירנהק הזהיר מפני זליגה בלתי מוסברת מהמשפט החוקתי לפרטי,¹² ובהמשך הבחין בין דיני זכויות היוצרים ובין דיני הפטנטים. הראשונים מבקשים להעשיר את הביטוי, ולכן כוללים מימד חוקתי שאינו מצוי בהכרח בדיני הפטנטים, המבקשים להשיג קידמה טכנולוגית.¹³ כשלעצמי, אני סבור שראוי להכיר במימד החוקתי גם של דיני הפטנטים. אכן, וכפי שראינו, מרכיב האינטרס הציבורי הוא דומיננטי מאוד בדינים אלה, ועדיין יש להתחשב גם במאמצים הרבים שמקדישים הממציאים בפיתוח ההמצאות, ובחיוניות העידוד הנאות של כוח ההמצאה לשם קידומה של הקדמה. על רקע זה, בבוא המחוקק להסדיר את האיזון בין הערכים המתנגשים, ובקביעת היחס שבין התגמול לממציא ולמפתח ובין האינטרס הציבורי, טוב יהיה לקחת בחשבון גם את קיומה של הגנה חוקתית לראשונים. בכך יגדל הסיכוי להגיע לאיזון ראוי יותר בסופו של יום, בתחום מורכב זה.

והנה, על רקע האיזון המורכב בין האינטרסים המתנגשים המלווה את דיני הפטנטים בכל רובדיהם, הגיע עו"ד יונתן דרורי, ובא להרביץ תורה. עו"ד דרורי נמנה על הקבוצה המיוחדת של עורכי הדין המהלכים בשדותיו של הקניין הרוחני. כל היושב בדין לא יכול שלא למצוא בקבוצה זו סימנים. חבריה ניחנים באהבת המקצוע ובאהבת התחום. הם בעלי ניסיון וידע מקצועי מרשימים, הבאים מפעילות וצבירת הניסיון בתחום מורכב זה מול המפתחים, מול רשות הפטנטים, מול הרגולטורים השונים ומול השופטים היושבים בדין. אינך יכול שלא להתרשם מהזיק בעיניים הנלווה לטיעון בסוגיה הנדונה באולם,

¹⁰ ע"א 9191/03 V&S Vin Spirit Aktiebolag נ' אבסולוט שוויצ'ר בע"מ, פ"ד נח(6) 869, 877 (2004). אותו מקרה עסק בסימני מסחר אך הניתוח הכללי יפה גם לענייננו.

¹¹ ראו את הניתוח של השופט הנדל ברע"א 8127/15 התאחדות התעשיינית בישראל נ' Merck Sharp & Dohme Corp. f/k/a (פורסם במאגרים; 2015).

¹² מיכאל בירנהק "צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין" מחקרי משפט כא 439, 472 (תשס"ד-תשס"ה). דברים אלה נכתבו ביחס לזכויות היוצרים.

¹³ מיכאל בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 169, 174 (2003).

המלווה לעיתים בשליפת ההמצאה או מרכיבים שלה, תהיה זו קופסת פלסטיק בעלת רכיב סגירה מורכב, או חלקים מצינור בעלי הברגה ייחודית, או הצגת מעלותיה של מולקולה חמקמקה וכיו"ב; אינך יכול שלא להעריך את הגישה הקולגיאלית המופגנת, ולצידה ציניות מדודה.

תוצרי ניסיונו וכישוריו של עו"ד דרורי באים לידי ביטוי ביצירה שלפניכם. בראשית האלף הנוכחי באה לעולם המהדורה הראשונה של הספר פטנטים, פרי עטו של עו"ד עמיר פרידמן. העשורים שחלפו הביאו עמם שינויים וחיידושים. אין תחום משפטי הקופא על שמריו, וודאי שכך שעה שאנו עוסקים בתחום משפטי שעניינו ממצאים והמצאות. עו"ד דרורי עמל מזה שנים על הוצאת המהדורה המעודכנת של מפעל חשוב זה, והדבר ניכר בתוצאה שהתקבלה, הראויה לכל שבת. שני הכרכים שלפנינו מלאים בכל טוב. בשפה בהירה ומדויקת מוצגים הרקע ההיסטורי של התחום; מושגיו הבסיסיים; האיזונים שעל הפרק; הוראותיה המעשיות של החקיקה, והתיאוריות העומדות בבסיס התחום, והרלוונטיות לפרשנות; עבודתה של רשות הפטנטים; וגישתם של בתי המשפט; מצב הדברים במקומותינו ומעבר לארצות ים. גם התחומים השונים שבהם נעשים פיתוחים ומתגבשות המצאות זוכים לבחינה ולעיון, יהיו אלה אמצאות בתחום הרפואה, הכימיה, האנרגיה הגרעינית והצבא, המחשבים, הבינה המלאכותית ועוד ועוד. בכל אלה ניתן למצוא ניתוח חד של הדין הכללי כפי שהוא מיושם בהם. יש בספר תיאור של מצב הדברים הנוהג לצד הערות ותכנים המסייעים בגיבוש תובנות לגבי הדין הרצוי. קצרה היריעה מלתאר את המכלול. כולנו מוזמנים לעיין.

אין לי ספק שהספר, על שני כרכיו, ישמש כספר יסוד בתחום דיני הפטנטים. המבקשים לקבל תשובות לדילמות מעשיות, המבקשים להתרומם לגובה התיאוריה והעקרונות, המבקשים לקבל תמונה של הנוהג אצלנו ועל האופן בו דיני הפטנטים שלנו מהווים חלק מהדינים הבינלאומיים המתהווים, יפנו כולם לעיין בדפיו, יקראו ויחכימו. רוחב היריעה של הפרויקט הוא מרשים ביותר. דיוק הניתוח ובהירותו ראויים לשבח. ברכותי אפוא לעו"ד דרורי, וברכותי לדיני הפטנטים שלנו על שזכו בספר זה.

תל-אביב-יפו, ט"ו טבת, התשפ"ג; 8 בינואר 2023.