

שער ראשון - קנינים, מקח וממכר, הלואה

סימן א

שימוש בשם מסחרי (מוניטין*) של אחר

ראשי פרקים

- א. האם יש זכות יוצרים על שם
- ב. תביעה מדין נהנה ממלאכת חברו
- ג. אימתי חייב נהנה ממעשה חברו
- ד. בהסבר מסקנת הנודע ביהודה
- ה. בנידון הדברי מלכיאל
- ו. מדין זה נהנה וזה לא חסר
- ז. הנזק שנגרם לבעל הרשיון
- ח. מרחיקין מצודת הדג מן הדג - בדעת רש"י והתוס'
- ט. שימוש ברשיון ובשם עיסקי של אחר - לאור דברי התוס'
- י. קצוה"ח - גזל גמור
- יא. בשיטות הראשונים בסוגיא
- יב. אונאת דברים
- יג. מוניטין שוה כסף
- יד. מדינא דמלכותא
- טו. גורם ההטעיה

* המושג מוניטין מופיע במדרש רבה בראשית לט, טז: "ר' ברכיה בשם ר' חלבו אמר, שיצא מוניטון שלו בעולם. ארבעה הם שיצא להם מוניטון בעולם. אברהם - ואעשך לגוי גדול, יצא לו מוניטון. ומהו מוניטון שלו, זקן וזקנה מכאן, בחור ובתולה מכאן...". ועיי"ש בעץ יוסף דמוניטון פירושו מטבע, והכונה לסמל שיצא על

מטבע שלו בעולם, ודומה הדבר לסמל מסחרי. ועיין בהמשך המדרש, ועיין גם בילקוט שמעוני נח, סב.

נשאלתי בענין ראובן שהיה עד לפני כחמש שנים בעלים על חנות לנעליים בר"ג בשם "איטלקיה" (שם בדוי), ולאחר שנתיים סגר את החנות. כשנה מאוחר יותר פתח שמעון חנות לנעליים וקרא לה באותו שם של החנות של ראובן שנסגרה (איטלקיה). חנותו של שמעון שגשגה, ושמעון פתח שני סניפים נוספים בערים אחרות. וירא ראובן כי טוב, החליט לחזור לעיסוקו הישן ולפתוח חנות נעליים ליד חנותו של שמעון. כעת בא ראובן בשאלתו, שהואיל והוא זה הראשון שהשתמש בשם החנות לנעליים, האם רשאי לקרוא לחנות הנעלים שפתח בשם "איטלקיה".

ובעקבות שאלה זו ראיתי לברר את השאלה הנ"ל במציאויות שונות:

- א. כנ"ל, ולראובן לא היה בעבר חנות לנעליים, ובא כעת לפתוח חנות בשם חנות שמעון.
- ב. משה א' פתח מעדניה בשם "מעדני משה". מעדניה זו הצליחה מאד. בא משה ב' ופתח בקרבת מקום מעדניה בשם "מעדני משה". בא משה א' וטען לזכויות על השם "מעדני משה". טען משה ב', וכי שמי אינו משה, וכי אתה בעל-בית או בעל זכויות על השם משה.
- ג. כנ"ל בשאלה ב, אך לבעל המעדניה השניה קוראים ראובן, וקרא למעדניה בשם "מעדני משה". לטענת ראובן, קרא את המעדניה ע"ש סבו שקראו לו משה.
- ד. לראובן מפעל מצליח לבשר בשם "פיקנטריה". בא שמעון פתח מפעל לדגים בשם "פיקנטריה".
- ה. כנ"ל בשאלה ד, ושמעון פתח מפעל לבשר בשם "ביקנטריה".
- ו. בעל מפעל לתמרוקים הוציא לשוק בושם וקרא לבושם כשמו של אחד האנשים המפורסמים.
- ז. עורך דין מתחיל שינה את שמו ואת שם משפחתו לשם של אחד מעורכי הדין המצליחים במקצועו.

א. האם יש זכות יוצרים על שם

ראשית נידוננו האם יכול בעל עסק לטעון לבעלות על שם מסחרי אותו "המציא" וקרא לעסקו. ולענ"ד שם - מוצלח ככל שיהיה - אינו יצירה במובן המשפטי הלכתי של זכויות יוצרים. יש להבחין בין יצירה ספרותית או מוזיקאלית לבין קריאת שם. ביצירה צריך להיות מן החידוש, יצר דבר שלא היה קודם לכן בעולם. החידוש יכול להיות בתחום ההמצאה וגם בתחום האיסוף והכינוס. תנאי בהיותה יצירה - שאין אדם יכול להגיע אליה אלא ע"י עמל וחכמה. קריאת שם אפילו ע"י הברקה, אף שלעיתים יש בזה משום חכמה, צריך לבחון אם אכן נוצרה כאן יצירה חדשה. בא בעל עסק לפרסומאי וביקש ממנו שם לעסק. ישב הפרסומאי וחשב, העלה הצעות שונות, לבסוף הציע שם שהוא שילוב של מילים הכתובות בתנ"ך, או שיבוש שם לועזי וכד', האם הוא יצר יצירה? השמות היו קיימים בעולם בצורה כזו או אחרת, חכמת הפרסומאי היתה ההתאמה המושלמת. לקחת דבר קיים ולהתאים אותו לדבר אחר, אין בכך משום יצירה. יש לבעל העסק זכויות בשם וכפי שיבואר להלן, אך לא זכויות יוצרים. הוא יוכל לטעון שעצם החשיבה וההתאמה הם דברים ששויים כסף וע"כ יש לו תביעה כספית כנגד המשתמש, אך אין לו בעלות על "יצירה" (ועיין הנפקות להלן). והוא הדין אם שילב מוסקאי בין מנגינה קיימת למילים ידועות, כגון שלקח מנגינה משיר א' והתאים למילים מסודר התפילה, האם זו תחשב כיצירה? משא"כ

יצירה ספרותית. נקח כדוגמה בעל מחבר שחיבר ספר וכנס בו את כל הלכות שבת. אמנם מהבחינה ההלכתית אין כאן "חידוש דין", אך עצם האיסוף והכינוס של כל הלכות שבת או של נושא אחד בהלכות שבת על כל פוסקים, יש בה משום יצירה והיא גופה החידוש, שאסף נושא בתורה באופן שלא אספו לפניו. ק"ו אדם שכתב חידושי תורה, או ניתח נושא לנתחיו, יש בזה משום חידוש ושייך לדון מדין "יצירה".

אדם ששמו כהן פתח בית מלון וקרא לו בשם "מלון כהן". איש לא יבוא ויטען שלמר כהן יש בעלות וזכויות על השם "כהן", ואסור לאדם אחר לפתוח באותה העיר או בעיר אחרת "מלון כהן" מכח "זכויות יוצרים". יש למר כהן זכויות אחרות שיכולות למנוע ממר כהן אחר לפתוח מלון ולקרוא לו בשם "מלון כהן", אך לא מכח "זכויות יוצרים". והוא הדין אם יקרא לעסק שלו ע"ש הרמב"ם, הבית יוסף, או שערי תשובה. וכי יש לו לקורא השם זכות על שמו של הרמב"ם, אף שמלפניו לא קרא איש לעסק דומה ע"ש הרמב"ם. גם אם לשם שאינו בבחינת יצירה, נוסף "לוגו" - כתיבה גראפית של השם העיסקי -, נראה שלא שייך לאסור מדין זכויות יוצרים אלא מדין אחר, וכפי שיתבאר להלן.

ואכן כד מעיינינו בדברי הפוסקים שעסקו בעניני זכויות יוצרים, נבחין שהפוסקים התייחסו לזכויות יוצרים במקרים של יצירה, מבלי לגרוע בזכויות אחרות שיש, כשאין לפנינו יצירה. הנודע ביהודה (תנינא, חח"מ סי' כג-כד) דן בתלמיד חכם שחיבר פרוש על סדר נזיקין וקדשים. ברצונו היה להדפיס את החידושים בתוך דף הגמרא. דהיינו - לסדר בדף את הגמרא, רש"י ותוס', ולהניח מקום בשולי הגליון למטה, שבו יופיע הפרוש שחיבר. לפני שניגש לגוף שאלת הנודע ביהודה ננסה לראות מה הן טענות הזכויות שיכולות להיות לבעל המחבר. נצא מנקודת הנחה שלפני אותו חיבור לא הופיע רש"י ותוס' באותו גליון עם הגמרא. יבוא תלמיד חכם אחר וידפיס אף הוא גמרא עם רש"י ותוס', אך לא ישתמש באותו סדר שעשה המחבר הראשון אלא יערוך את הגמרא עם רש"י ותוס' בסדר אחר. האם יכול התלמיד חכם הראשון לטעון כנגד השני שאסור לו להדפיס גמרא רש"י ותוס' אפילו בסדר אחר, מאחר והוא הבעלים על הרעיון להדפיס את הגמרא עם רש"י ותוס' על הדף? למש"כ לעיל, ברור ופשוט שלא יוכל הת"ח הראשון למנוע מהשני להדפיס גמרא עם רש"י ותוס' בסדר שונה, בטענה שהוא בעל הזכויות על הרעיון של הדפסת הגמרא עם רש"י ותוס'. יש כאן שילוב אך לא יצירה.

אפשרות אחרת יכולה להיות שירצה תלמיד חכם אחר להדפיס את חידושו של התלמיד חכם הראשון, בין תחת שמו של הראשון ובין תחת שם אחר. בכגון זה ברור ופשוט שהוא משתמש ביצירה של אחר. חידושי התורה הם ללא ספק בבחינת יצירה, ולכותב אותם יש זכויות על יצירתו, וכאשר בא אחר ומדפיס ללא רשות הבעלים, יכולים הבעלים להתנגד לכך.

ב. תביעה מדין נהנה ממלאכת חבירו

אפשרות נוספת - ועליה דן הנודע ביהודה הנ"ל - שיבוא אחר (ובנידון הנודע ביהודה מדובר בבעל הדפוס עצמו) וידפיס את הגמרא רש"י ותוס' ע"פ הסידור שסידר הראשון, כשהוא משמיט את החלק התחתון (יצירת המחבר הראשון). וכאן צריך להבחין בין שלושה סוגים של תביעות: א' - תביעה על יצירה. טוען הראשון שהוא זה שיצר וסידר את הסדר במתכונתו הקיימת, ויש לדון האם אכן יש כאן יצירה אם לאו. ב' - טוען הראשון שהוציא הוצאות של "סדר", וכעת משתמש השני בפרי הוצאתו. כאן הטענה היא על זכויות, לא על זכויות יוצרים. הנפק"מ בין טענה על זכויות יוצרים לטענה על זכויות מכח הוצאה כספית, בזכויות יוצרים היוצר הוא

הבעלים. זכותו המלאה למנוע מאחר כל שימוש. התביעה היא כנגד השימוש. בסוג התביעה השני התביעה היא כספית. השתתפות בהוצאות שהיו לראשון בסדר הדפוס. הוא לא בא למנוע את השימוש בסדר הדפוס. הוא בא לתבוע ממנו כבעל זכויות בסדר את דמי השימוש בו. בשביל לתבוע השתתפות בהוצאות, אין צורך להגיע לכך שיהיה לראשון זכויות יוצרים. מספיק שיהיו לו איזה שהם זכויות בסדר הדפוס. סוג תביעה שלישי - תביעת נזיקין. הואיל והשני יפיץ את הגמרות בסדר הדפוס של הראשון, ימנעו אחרים מלקנות את הגמרות שהדפיס הראשון ויגרם לו בכך נזק.

ועתה נפנה לדברי הנודע ביהודה. הנודע ביהודה (תנינא, חחוי"מ, סי' כג-כד) מביא את לשון השאלה שנשאל מקהילת ליורנו, בזה"ל:

"ראובן חיבר פירוש על סדר נזיקין וקדשים, והלך אצל שמעון המדפיס, ונתפטר עימו בסך ידוע בעד כל דף שידפיס לו אלו השני סדרים עם פרוש רש"י ותוס' ופירוש של המחבר הנ"ל למטה. והנה דרך המדפיסים אחר גמרם כל דף ודף, סותרים סידור האותיות לסדר מהם דף אחר, וזה המדפיס יש לו הרבה אותיות, לכן לא קלקל הסידור והניחו כמות שהוא, רק הסיר מלטה הפירוש החדש, והדפיס לעצמו שני סדרים הנ"ל עם פרש"י ותוס' שיהיו מוכנים בידו בעת הפנאי שישלים להדפיס כל הש"ס. וטען ראובן המחבר הנ"ל, יען שתשלומי שכירות המסדרים האותיות הוא היה משלם, ועתה למה יהנה שמעון מסדור אותיות חנם, ויחזיר לו חלקו מסדור האותיות כדין כל הנהנה ממלאכת חברו, כדין מעין המשקה שדות והמקיף את חברו משלוש רוחותיו. ושמעון טוען, מאחר שהאותיות הם שלו, יכול להשתמש בהם כרצונו ואין כח ביד ראובן לקלקל הסידור."

הטענה של ראובן כאן אינה על זכות יוצרים אלא תביעה לתשלום מדין נהנה ממלאכת חברו. כדי להגדיר את דפוס הסדר כמלאכת חברו, יש לקבוע את בעלותו של ראובן על האותיות הסדורות. על-כך עונה הנודע ביהודה, דכיון שראובן סיכם עם שמעון ע"פ מחירי קבלנות, כלומר מחיר לכל עמוד ועמוד כפול מספר עותקים, וראובן כלל לא היה לו דו"ד עם הסדרים והמדפיסים ועם סוחרי הנייר, כל הדו"ד שלו היה עם שמעון הקבלן, א"כ לראובן אין כל זכויות בסדר הדפוס:

"ויכול שמעון לומר מתחילה אדעתא דהכי נתפשרתי, לפי שידעתי שאוכל להיות נהנה גם אני מהסידור, והלא שמעון הוא המשלם למסדרים ולא ראובן. ואמנם אם המעשה היה כי חשבו מתחילה בעת השכירות כו"כ אני נותן למסדרים... אז שמעון הוא המשלם למסדרים בעד הסידור ולא ראובן, וראובן רוצה להנות מהסידור, אז שייך טענת הצדדים הנ"ל."

מדברי הנודע ביהודה עולה שהבעלות על הסדר תקבע ע"י אופן התשלום. אם שמעון סיכם עם ראובן על מחיר כללי ללא פרוט, לראובן אין זכויות אלא במוצר המוגמר. אבל כאשר נכנסו לפרוט ההוצאות, אף שבפועל את המחיר שילם שמעון, הרי זה כביכול ראובן המשלם לסדרים והוא הבעלים על הסדר. ולענ"ד צריך להוסיף בהסבר דעת הנודע ביהודה, שאין הפרוט בלבד קובע את העובדה שראובן הוא המשלם לסדרים. אחד המודדים שצריך להתחשב בו, מה יהיה אם שמעון פרט לראובן סכום מסוים עבור סדר ואח"כ התיקרה העבודה ורצו הסדרים תוספת משמעון. אם ע"פ הסיכום בין ראובן לשמעון המחיר שנקבע הוא סופי, אין לראות את ראובן כמשלם אלא את שמעון כקבלן, וזאת ע"א הפרוט, כיון שהפרוט כאן היה רק לצורך תחשיב

דמי הקבלנות ולא לצורך קביעת התשלום לסדרים. משא"כ אם המחיר הוא בבחינת הצעה בלבד ואין שמעון מתחייב שזהו מחיר סופי לסדרים, כאשר כל עליה תשפיע על המחיר הסופי, בכגון זה שמעון מהווה צינור לתשלום לסדרים, והבעלות על הסדר הינה של ראובן בלבד.

ומ"מ מבואר שעצם הסידור אינו יצירה, שאם יש כאן יצירה, אף אם ראובן אינו הבעלים על סדר האותיות, הרי הסדר הוא לכאורה יצירה. לקחו את הגמרא רש"י ותוסי' ועימדו אותם ע"פ סדר מסוים. סדר זה נעשה ע"י קבלן של ראובן. מה נפק"מ מי הבעלים על האותיות גופא או על הסדר, היצירה שייכת לראובן ואין איש יכול זולתו להשתמש ביצירה. אלא נראה שהנודע ביהודה סובר שסידור ועימוד כנ"ל, עצם הסידור והעימוד אין בו משום יצירה, וכל הדיון בנוגע ביהודה הוא מי הבעלים על סידור האותיות ולמי יש את זכות השימוש, האם הזכות שייכת לבעל הדפוס או לראובן, והמודד לכך הוא אופן התשלום. אם ראובן - בעל המחבר - הוא הבעלים על הסידור, אף שהאותיות גופא שייכות לשמעון, הרי שיכול לתבוע משמעון לפרק את הסדר או שישלם לו מדין נהנה ממלאכת חברו. ומדברי הנו"ב נראה שאם היה שמעון מפרק את הסדר ומרכיבו מחדש ע"פ המתכונת של ראובן, לא היה מקום לדיון למנוע משמעון לעשות כן, ואם היתה כאן יצירה, מדוע לא יאסר עליו להדפיס ע"פ מתכונת הסדר של ראובן?

[ונשאלתי במי שההדיר ספר של אחד הראשונים וכתב הערות וכן תיקן טעויות, והושקע בזה עמל רב, אם שרי לאחר להדפיסם. ובה נראה פשוט דלא מיבעיא ע"פ האמור להלן וע"פ דברי הנודע ביהודה לאסור מדין נהנה ממעשה חברו, אלא שיש לאסור גם מפני שיש כאן יצירה, ובה יש להדיר זכויות יוצרים. ועיין בבית יצחק בתשי' (יור"ד ח"ב עה,ה) מש"כ בזה.]

ג. אימתי חייב נהנה ממעשה חברו

הנודע ביהודה מתיחס בהמשך תשובתו לשתי הראיות שהעלה ראובן כנגד שמעון, לביסוס טענתו ששמעון חייב לשלם מדין נהנה. הראיה הראשונה - מעין המשקה את השדות והתקלקל המעין, דאיתא בגמ' ב"מ קח,א: חמש גנות המסתפקות מים ממעין אחד ונתקלקל המעין, כולם מתקנות עם העליונה, נמצאת התחתונה מתקנת עם כולן ומתקנת לעצמה. ומבואר שם בגמ', דאף שהעליונה היתה צריכה לתקן כיון שהמעין נסתם ולא יכלה להשקות את השדה, אין האחרות יכולות שלא להשתתף בעלות התיקון בטענה שממילא היה על העליון לתקן את הקלקול שמפריע למים להגיע לשדהו, דסו"ס הם נהנים ממלאכת העליון ועליהם לשלם. וא"כ מוכח דכל היכא שנהנה ממלאכת חברו חייב לשלם, והוא הדין לשמעון בעל הדפוס שנהנה ממלאכת הסדר של ראובן.

ודוחה הנודע ביהודה ראיה זו, דבגמ' בב"מ מיירי שבשעת הקלקול היו צריכים חמש השדות למעין, וכאשר הוציא העליון הוצאות תיקון, הוציא זאת על-דעת כולם, ובכגון זה צריך גם התחתון לשלם מה שנהנה ממלאכת העליון. משא"כ אם בשעת התיקון שתיקן העליון לא היה צריך התחתון למעין ורק אח"כ בקש להשקות מהמעין, שאין העליון יכול לתבוע את התחתון, אלא שיכול העליון לסתור את התיקון באופן ששניהם לא יוכלו להשתמש, ולא שייך בכגון זה לכופו על מידת סדום מטעם שכתב הנודע ביהודה שם, וע"כ יש לחלק בין מצב שבו כבר הדפיס שמעון ב"פלטות" של ספר ראובן לבין מצב של לכתחילה בו מבקש שמעון להדפיס. דבמציאות ששמעון עדיין לא הדפיס, יכול ראובן לתבוע את פירוק הסדר ולא שייך לכופו על מידת סדום, אך במציאות שכבר הדפיס, אין לו טענה מדין נהנה ממלאכת חברו.

והנה החילוק שהביא הנודע ביהודה בין מציאות שהוציא כשחבירו היה צריך ג"כ להוצאה זו לבין כשחבירו נזקק לזה רק לאחר התיקון, יש להביא לכאורה ראייה מדברי הרמ"א בחו"מ רסד, ד, בענין מי שהוציא הוצאות עבורו ועבור חבירו, וז"ל:

"ואם נראה לבית-דין שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשבילו, דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו, אינו חייב ליתן לו כלום דזה נהנה וזה אינו חסר, לכן יש מי שפסק מי שהציל ספריו וספרי חבירו, אם לא הוצרך להרבות הוצאות בשביל חבירו, אין חבירו חייב לשלם לו כלום (הגהות אלפסי פרק הגוזל). ונראה לי דוקא שירד תחילה להציל שלו אלא שהציל ג"כ של חבירו עימו, אבל אם ירד על-דעת שניהן, חייב ליתן לו מה שנהנה מאחר שהציל של חבירו, וכמו שנתבאר כן נראה לי."

מדברי הרמ"א עולים שני יסודות בחיוב נהנה מהוצאות שהוציא עבור חבירו. א - כאשר הוצרך להרבות בהוצאות עבור חבירו, גם כאשר הוציא את ההוצאות עבורו וחבירו נהנה. ב - גם כאשר לא הוצרך להרבות בהוצאות עבור חבירו, כאשר מלכתחילה בשעה שהוציא את ההוצאה ירד להוצאה זו על דעת להציל את שלו וגם את של חבירו, דבכגון זה חייב חבירו לשלם מה שנהנה.

וע"פ היסוד השני של הרמ"א ניתן לבסס את חילוקו של הנודע ביהודה בענין חצר עליונה שתיקנה את קלקול המעין. דכאשר התחתונה היתה זקוקה למעין בשעת תיקונו, הרי שתיקן העליון על דעת שניהם, משא"כ אם היתה התחתונה שדה שאינה זקוקה להשקית המעין בשעת תיקונו ע"י העליונה, הרי שהעליון לא ירד לתקן על-דעת שניהם וע"כ אין התחתונה צריכה לשלם מה שנהנית אף אם לבסוף נהנתה מהתיקון.

לגבי חילוק זה של הרמ"א היה נראה לענ"ד לבאר, שהבחנה היא אם ניתן לבצע את הפעולה רק עבור עצמו מבלי שחבירו יהנה, אומרים אנו שירד רק על-דעת עצמו. אולם כאשר הפעולה שנעשתה אינה יכולה להעשות רק עבור העושה ומן ההכרח הוא שחבירו יהנה, בכגון זה אמרינן שירד על-דעת שניהם וחייב לשלם מה שהנהנו. דוגמה למי שירד על-דעת להציל את שלו והציל את של חבירו, מביא הרמ"א מהשלטי גבורים בב"ק. בנידון שם ירד להציל ספריו וללא הוצאות מיותרות הציל את ספרי חבירו. ספריו וספרי חבירו הם גופים מחולקים. כשהוא יורד להציל את ספריו, אין הכרח שע"י כך יציל גם ספרי חבירו. בכגון זה דינו כיורד על-דעת שלו והציל גם את של חבירו. דוגמה למציאות של יורד על-דעת שניהם, ניתן להביא מדברי המרדכי בב"ק סי קסז הנ"ל. לראובן ושמעון היה משכון שנלקח מהם בכח. ראובן שילם לשר ופדה את המשכון. ברור שבפדיון המשכון יהנה גם שמעון. בכגון זה דינו כיורד על-דעת שניהם, שהרי מן ההכרח ששמעון יהנה, וע"כ משלם מה שהנהנו.

ועיין בחכמת שלמה (חו"מ רסד, ד) שדן בענין מקום שיש בו הגבלה על מספר החנויות, ובדרך זו ערך החנויות גדול יותר, וקם אחד והשתדל אצל השר לבנות עשרים חנויות חדשות, ושיחדו חלק מבעלי החנויות הקיימים את השר שלא יאפשר זאת. ותבעו בעלי החנויות שנפגשו עם השר מבעלי החנויות האחרים שיפרעו את חלקם בהוצאה זו, וטוענים בעלי החנויות (שלא היו בפגישה אצל השר) שאינם מעוניינים בפעילות זו. ופסק הגר"ש קלוגר שחייבים לפרוע את חלקם, וזאת ע"פ מה שפסק הרמ"א בחו"מ רסד, ד שמשלם מה שהנהנו. ונראה דבכגון זה חשיב כירדו בעלי החנויות על-דעת כולם, וכמש"כ לעיל שהגדר בדבר אם ניתן לבצע את הפעולה רק

עבור העושה או מן ההכרח שחברו יהנה, ובנדון זה מן ההכרח שכל בעלי החנויות ירויחו מפעולה זו, וע"כ חשיב כירדו על-דעת כולם, ועל כל בעלי החנויות לפרוע את מה שהוציאו. ועיי"ש בחכמת שלמה כיצד יבצעו את החלוקה בפועל.

לפי"ז צ"ע בנידון חמש שדות כשהתחונה אינה זקוקה כעת למעין, אך מ"מ יש צד לומר שכבר כעת היא נהנית בתיקון המעין, דסו"ס יש מעליותא לשדה שמעין עובר בצידה ויש לה את האפשרות להשקות מן המעין, גם אם התועלת אינה מיידית, הנאה יש. וא"כ להבחנה דלעיל יש לראות במציאות זו את העליון כמתקן על-דעת שניהם. וצ"ל לדעת הנודע ביהודה דכאשר אין לנהנה תועלת מיידית בשעת התיקון, לא חשיב כמתקן על-דעת שניהם.

ומש"כ הרמ"א בשם השלטי גבורים לחלק בין כשהוצרך להרבות בהוצאות לבין כשלא הוצרך להרבות בהוצאות - מקור דין זה הוא לכאורה גמרא ערוכה. דהנה על דברי המשנה בב"ב ד,ב: הקיף את חברו משלוש רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית, אין מחייבין אותו, הא רביעית מחייבין אותו, הקשתה הגמ' בב"ק כ,ב: ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב. ותירצה הגמ', שאני התם דאמר ליה את גרמת לי היקפא יתירה. ועיי"ש ברש"י ובתוס' (בד"ה את) את המציאות של הקפה יתירה. דלרש"י מיירי דמיירי בגדר של השדה שבין שתי השדות. ולתוס' מיירי בגדר החיצונית. והנה הרמב"ם והמחבר בחו"מ קנח, לא הביאו את תרוץ הגמ' להלכה "את גרמת לי היקפא יתירה", ורק הרמ"א הביאו בחו"מ שם. ולכאורה צריך באור אם הרמב"ם והמחבר ס"ל דאף אם לא גרם לו היקפא יתירה חייב הניקף להשתתף בתנאים האמורים הסוגיא שם, ואמאי דחו את תרוץ הגמ'.

אך לאחר העיון נראה דגם הרמב"ם והמחבר, שהסבירו את הסוגיא כרש"י, ס"ל דחייב לשלם דוקא כשגרם לו היקפא יתירה, אלא דס"ל לרש"י והרמב"ם והמחבר, דכיון שהסוגיא מיירי בגדר שבין ניקף למקיף, היא גופא ההיקפא יתירה שגרם לו הניקף, וכלשונו של רש"י בסוגיא בב"ק שם (בד"ה היקפא יתירה):

"דאי לאו שדה של שמעון בין שדותיו, הוי סגי ליה במחיצות חיצונות והווי כל שדותיו גדורים, והלכך חסר הוא בשבילו."

הרי שלא נצרכו לבאר במפורש שחייב לשלם דוקא כשגרם לו היקפא יתירה, כיון שההיקפא יתירה הוא במהות המקרה של הגדר שבין הניקף למקיף. וביתר ביאור נמצא מעין זה בדברי המאירי בב"ב ד,ב (ד"ה וקשה לי), וז"ל:

"ויראה לי שהם מפרשים: את גרמת לי היקפא יתירה, שלא נצטרחה לי כלל ולא עשיתיה אלא בשבילך."

וע"כ אינו חייב לשלם מה שנהנה במעשה חברו אלא כשחבירו גרם לו הוצאה נוספת. ועיין בנודע ביהודה הנ"ל מה שדחה את הראיה השניה שהביא ראובן בעל המחבר לחייב את שמעון המדפיס עקב היותו נהנה ממעשה חברו, מדין מקיף וניקף הנ"ל. והביא שם דהמחבר לא הזכיר את תרוץ הגמ' "את גרמת לי היקפא יתירה", עיי"ש. וגם לדבריו נראה דהמחבר שלא הזכיר כן, מפני שע"פ המציאות שמדבר המחבר - גדר בין ניקף למקיף - מהות המקרה שכל ההיקף של המקיף נגרם עקב הניקף וכמש"כ לעיל. ועיי"ש בנודע ביהודה דאף שגילה שמעון דעתו דניחא ליה בהוצאה, מ"מ אין לחייב היכא דגילה דעתו דניחא ליה בהוצאת חברו, אא"כ גרם לו למוציא הוצאה יתירה.

לפי בנידון הנודע ביהודה אין לחייב את שמעון מדין נהנה ממלאכת חבירו (ראובן), כיון שלא התקיים אחד משני התנאים הגורמים לחיוב. לכתחילה בשעת ההוצאה לא סידר ראובן את הסדר והוציא את ההוצאות על-דעת שניהם, וכן לא גרם שמעון לראובן הוצאה יתירה. אמנם לפי המבואר בנודע ביהודה כל הדיון הוא לענין בדיעבד - תשלום עבור מה שכבר הדפיס שמעון והשתמש, אולם כאשר הדיון הוא שימוש לכתחילה בסדר האותיות של ראובן, יכול ראובן למנוע משמעון את השימוש בסדר ולדרוש את סתירתו.

ד. בהסבר מסקנת הנודע ביהודה

אלא שהנודע ביהודה הסיק לחייב את שמעון עקב הנזק שנגרם לראובן, שאם לא היה שמעון מדפיס את הגמרות ע"פ הסדר של ראובן, היו רבים קונים את ספרו של ראובן בגלל הסידור של הגמרא עם רש"י ותוס', והיו מוכנים להוסיף מעט עבור החיבור של ראובן שבתחתית הדף. אולם כאשר הדפיס שמעון את הגמרא בנפרד, רבים מהקונים בכח של ספר ראובן יקנו את הגמרות שהדפיס שמעון, וע"פ המבואר בסוגיא בב"ק כ"ב דאף בדר בחצר חבירו צריך להעלות שכר אף בלא עבידא למיגר, היכא דאיכא שחורריתא דאשייתא וגרם לבעל הבית הפסד קצת. ואף שנחלקו הראשונים אם חייב לשלם רק מה שהפסידו או כל מה שנהנה, מ"מ בנידון דידן שאינו הפסד מועט, "כי ההפסד לדעתי הוא יתר על ההוצאה, לכן חייב שמעון לשלם כל מה שנהנה מסידור האותיות לפי חלקו, כל אחד לפי מספר מה שמדפיס". לפ"ז יוצא שהנודע ביהודה חייב את שמעון לשלם לפי הכמות היחסית שנהנה מההדפסה בסידור האותיות, דמכח הנזק שנגרם לראובן, חייב שמעון לשלם מה שנהנה, ולית ביה דין של זה נהנה וזה לא חסר. אך כל זה כשנהנה ממעשה חבירו. אמנם אם יסתור הסדר ויבנהו מחדש, שאינו נהנה ממעשה חבירו, לא שייך לאסור מדין מזיק, דכל הדיון הוא כאשר שייך הדין של זה נהנה וזה חסר, משא"כ כשאינו נהנה ממעשה חבירו.

זאת ועוד, נלענ"ד שאין כאן שאלה מי "הבעלים" על הסדר. השאלה אל מי מתיחס מעשה הסדר. האם הסדר הינו "מעשה" של ראובן או "מעשה" של שמעון, ובמידה והסדר הינו מעשה של ראובן, נהנה שמעון ממעשה ראובן, כאשר התשובה תלויה ומותנת באופן התשלום, וכמש"כ הנודע ביהודה בתחילת דבריו. כשם שמי שעשה טובה עבור חבירו, מעשה הטובה מתיחס לעושה כשחבירו נהנה ממעשה זה, כך גם בנדו"ד השאלה הינה מי עשה את מעשה הסדר, והאם חבירו חייב לשלם מדין נהנה ממעשה חבירו. לכן גם כשאנו מגדירים את ראובן כבעלים על הסדר, אין כאן בעלות ממונית אלא בעלות על המעשה, שהמעשה מתיחס אליו.

ובזה נראה לבאר בענין מה שהקשה הדברי מלכיאל (ח"ג סי' קנז בד"ה אכן בני"ד) על הנודע ביהודה, וז"ל:

"ואף לנו"ב שם סי' כד שכתב שלכתחילה היה יכול למחות שלא ידפיס באותיות ששילם הוא בעד סידורם, י"ל דשם אף שהאותיות הם של המדפיס מ"מ הסידור הוא שלו ויש לו קצת קנין בזה אי נימא אומן קונה בשבח כלי... והנו"ב צ"ע בזה, דאיזה קנין יש לו באותיות אחר ההדפסה שנאמר שיכול למחות לכתחילה, אם לא דנימא דהוי אומדנא דמוכח דאי הוי מסיק אדעתא שיעשה המדפיס כן להדפיס פעם אחרת, היה מתנה עמו שיסתור האותיות מסידורם, ואכמ"ל בזה."

אך למש"כ לעיל לא קשה קושית הדברי מלכיאל על הנו"ב. הנו"ב לא קבע שלראובן יש קנין בגוף האותיות אלא שמעשה סידור האותיות מתיחס לראובן, וכאשר בא

שמעון להנות ממעשה ראובן, יכול ראובן למחות לכתחילה שלא יהנה שמעון ממעשה שלו, לכן אין כאן קנין או אומדן דעת אלא מעשה המתחס אליו, דהיינו שרואים אנו את המעשה של הסידור כמעשה של ראובן, וכאשר שמעון בא להנות ממעשה ראובן, יכול ראובן למנוע ממנו להנות ממעשהו עד שישלם מה שנהנה. וע"ע במש"כ הר"י מקוטנא בשו"ת ישעות מלכו סי' כב (באמצע ד"ה עכ"פ זכיננו) שהקשה מעין הקושיא הנ"ל.

עוד ראיתי להביא ולישב מה שהקשה הגר"ב פרענקיל בהגהותיו על הנודע ביהודה (מובא בסוף הספר), וז"ל:

"מאד נפלאים דבריו, הכי בדף המסודר היה נשאר זכות לראובן המחבר אף אחר שכבר נעשה בו מלאכתו, וכל שעושה שמעון אח"ז באותו דף המסודר - בשלו עשה. ובלא טעמא דזה נהנה וכו' אין ככהאי גוונא מקום התחלת צידוד חיוב על שמעון, ואף לפי הנחתו של המחבר אין מזה ענין השתוות למפסיד שחורריתו דביתו, ששם נעשה ההפסד בבית של התובע בלא דעתו, אבל הכא הכי היה מונע ע"פ דין לשמעון שידפיס לעצמו ספרי המשניות בלי פרוש המחבר. וכיון שמותר היה לכתחילה להדפיס לצורך עצמו ספרי משניות, למה יקרא בשם הפסד. ואף שהדפיסם באותו דף שהיה מתוקן ומסודר תחילה לצורך ראובן, כיון שהשלים הדפסת צרכו רשות היה לשמעון להדפיס באותו דף כמו שהיה רשות בידו לדפוס באותיות אחרות, ואין בזה שום נדנד איסור בגרם מניעת ריוח לחבירו. נחזי אנו על דרך משל, ראובן שצריך לשלוח סחורתו לאיזה מקום, והשוה עמו שמעון שיעשה עגלה חדשה וגם יקנה סוסים להוליך בשכר סחורתו של ראובן למקום פלוני, היעלה על הדעת שאם שמעון מניח באותו עגלה גם סחורה של עצמו, יצטרך ליתן לראובן שעור הנאתו."

הגר"ב פרענקיל למד בדעת הנו"ב שהסדר שייך לראובן, דאל"כ אין לראובן כל זכות ואפשרות מניעה למנוע משמעון להשתמש בסדר. וע"ז הקשה, דמהיכי תיתי יהיה הסדר שייך לראובן. ולפמש"כ לעיל הנו"ב לא מיירי כלל לחיוב מכח קנין או בעלות שיש לראובן בסדר. החיוב של שמעון הוא מכח נהנה ממעשה חבירו, וגם בנהנה ממעשה חבירו חלים הכללים של זה נהנה וזה לא חסר, וכאשר חסר, חייב לשלם מה שנהנה, ואין דין זה תלוי רק בנהנה מממון חבירו. הוא הדין בנהנה ממעשה ופעולה של חבירו. וממילא מה שהמשיך הגר"ב פרענקיל, לא קשה. זה שיש לשמעון אפשרות להדפיס את הש"ס לאחר שישתור את הסדר וירכבו מחדש, אינו מהוה סיבה לפטור כאשר השתמש בסדר מבלי שהרכיבו מחדש. כאשר סתר והרכיב מחדש, לא נהנה ממעשה של חבירו, וע"כ אין ראובן יכול למונעו לעשות זאת (ומכאן רואים שהגר"ב פרענקיל נוקט בפשיטות שאין בעצם הסדר משום "יצירה" ע"פ מונח של זכויות יוצרים, שאם אכן היתה כאן יצירה, יכל ראובן למנוע משמעון את הדפסת הש"ס אפילו יסתור ויבנה מחדש את סדר האותיות). משא"כ אם השתמש ב"פלטות" של ראובן, הרי הוא נהנה ממעשה חבירו, ויש לדון ע"פ ההלכה והדינים של זה נהנה וזה לא חסר. והוא הדין לענין מה שהביא על דרך משל - שאם נהנה בעל העגלה ממעשה חבירו ע"י שמניח את סחורתו, יש לדון ע"פ הדינים של זה נהנה וזה לא חסר.

ה. בנידון הדברי מלכיאל

הדברי מלכיאל בתשי' (ח"ג סי' קנז) נשאל באחד "שהמציא לעשות מים מתוקים

ומריחים והשיג רשיון ע"ז מבית מועצות הרפואה בוארשה" (מעין מכון תקנים קדום), כשהדבר היה כרוך בהוצאות והשתדלות רבה, ואף הדפיס נירות ("שקורין עטיקטיין") כדי להדביק על אריזות המוצר, כשעל התויות הדפיס את שמו ואת הרשיון שקבל. לאחר זמן בא סוחר אחר במרחק ט"ז פרסה (בערך, כמרחק שבין ירושלים לת"א) ויצר מים מתוקים ומריחים כנ"ל, והדפיס תויות עם שם היצרן הראשון והרשיון שקיבל. טוען היצרן הראשון (בעל הרשיון) שאינו חפץ שאחר יהנה מזכות הרשיון שעלה לו בדמים והשתדלות מרובה, כמו-כן טוען שע"י הזיוף ימכור פחות, כי אם לא ימכור הלה אזי ימכור הוא למקומות ההם.

מעיון בשאלה יש כאן לכאורה מספר שאלות הנוגעות לזכויות יוצרים. הראשון יצר מים מתוקים ומריחים, בא השני ויצר מוצר דומה. האם יכול לבוא הראשון ולטעון לזכויות יוצרים על המוצר במתכונתו, ולמנוע מהשני ליצר מוצר זהה. מתשובת הדברי מלכיאל שלא העלה ענין זה כלל לדיון, מוכח שאין הראשון יכול למנוע מהשני ליצר מוצר זהה. אמנם יתכן והשני עשה מוצר דומה עם תרכובת חומרים שונה, אולם אם יצור תרכובת זהה לחלוטין, אין ראייה שהשני רשאי לעשות כן, אף שמסתבר שאין בזה משום "יצירה" במובן המשפטי הלכתי של זכויות יוצרים. שאלה אחרת היא השימוש בשם המוצר, שימוש בתויות יצור דומות לתויות של הראשון, שימוש בשמו של הראשון (כיצרן), וכן פרסום הרשיון שקבל הראשון על המוצר של השני. הדברי מלכיאל בתשובתו מתייחס רק לשאלה של השימוש ברשיון, דהיינו פרסום על התויות של מוצר השני, כביכול מוצר זה קיבל את רשיון המשרד בורשה, אך אינו מתייחס ישירות לשימוש שעושה השני בשמו של הראשון כבעיה בפני עצמה, אלא כנגזרת מבעית השימוש ברשיון.

ויצא הדברי מלכיאל לדון ולחייב את השני מדין מקיף את חבריו מגי רוחות ועמד ניקף וגדר את הרביעית, דמגלגלין עליו הכל עקב גילוי דעת דניחא ליה בהוצאה (ב"ב ד, ב, ב"ק כ, ב), וא"כ הוא הדין כשמדפיס תויות עם הרשיון שניתן לראשון הרי ניחא ליה בהוצאות שהוציא עבור הרשיון. ואף שהשני לא נהנה משל ראשון שהרי גוף הניר של הרשיון במקומו עומד, "רק יש מזה גרם הנאה לשני ע"י שמדפיס הניירות על-שם הראשון, אין מוחין בידו לעשות סחורה זו, וכן מצד שכבר נתפרסם טיב סחורתו של ראשון", מ"מ מוכיח הדברי מלכיאל מדברי התוס' דאף כשאין הניקף נהנה מגוף גדר המקיף, וכל הנאתו היא מפני שמבריא ארי, ג"כ מחיביים את הנהנה כשגילה דעתו. והסברא:

"דהא קי"ל דכל היכא שיש איזה הוצאה ופעולה שמשותף בה טובת שני אנשים, הרי הם שותפים בדבר וכופין זה את זה ליתן חלק בהוצאה ההיא ... אכן אם גילה דעתו דניחא ליה בהוצאה ע"ז, א"כ איגלאי מילתא דמיקרי שותף לפעולה זו ..."

ולכן כאשר הדפיס את התויות עם רשיון הראשון, הרי השגת הרשיון הינה פעולה וטובה משותפת וצריך לשלם חלקו היחסי, ואף שכשהוציא הראשון הוצאות לא עלה על דעתו (ועל דעת השני) להשתמש ברשיון, ולמה שנתבאר ברמ"א חו"מ רסד, ד (הנ"ל) דאין הנהנה צריך לשלם אלא כשירד העושה על דעת שניהם או הוצרך להרבות בהוצאות עבורו, "זה אינו, דאטו במקיף וניקף או בסמך לו כותל לא איירי בעומד וצווה דלא ניחא ליה בהיקפו או שהיה הניקף במדינת הים ולא ידע בהיקפו, ובכל זאת מתחייב אח"כ למפרע". ולכאורה צריך להבין כיצד שתי ההלכות חיות יחדיו בצוותא, דברי הרמ"א בסי' רסד והדין במקיף וניקף שחייב אף שלא ירד על דעת שניהם. ואין לחלק דבסי' רסד מיירי בפעולה ובניקף מיירי בשימוש בממונו גופא, דהא חזינן שהדברי מלכיאל מדמה אותם להדדי ומביא ראייה ממקיף וניקף, שהוא

שימוש בממונו, לנידון דידיה שהוא הנאה מפעולה. והנראה לחלק דבנידון הרמ"א
נהנה מפעולת חברו בלי גילוי דעת אלא ממילא נהנה (כנידון התפשרות עם השר,
עיי"ש), לבין כשיש גילוי דעת חיובי מצד הנהנה על רצונו בהוצאה. ע"כ בנידון
הדברי מלכיאל שהשתמש ברשיון שהשיג הראשון, יש גילוי דעת חיובי שחפץ בהוצאת
חברו, וחייב לשלם חלקו היחסי.

ו. מדין זה נהנה וזה לא חסר

והדברי מלכיאל ממשיך לדון מדין זה נהנה וזה לא חסר (שנהנה ממעשה חברו),
דהואיל שגורם השני לראשון נזק בהיקף המכירה של מוצרו, וגם לפעמים ינהג השני
שלא כהוגן במסחרו ויאשימו את הראשון (ששמו מודפס על התוויות), הרי הראשון
"חסר", ומגלגלין על השני הכל. וכל זה לענין מה שהשתמש כבר, אבל אם יכול
להשתמש לכתחילה כנ"ל, דן הדברי מלכיאל בדברי הראשונים שאדם יכול למנוע
לכתחילה להשתמש בדבר שהוא שלו, ואין לכופו מדין כופין על מידת סדום, עיי"ש.
"אכן בנידון דידן י"ל, דכיון שאינו משתמש בשלו, יכול לעשות זה לכתחילה".

יוצא מדבריו שמחלק בין כששתמש בגוף דבר השייך לפלוני, כגון בחפץ של
חברו, שיכול חברו למנועו לכתחילה, לבין כשאינו משתמש בדבר גופו. ואת
הסברא לחלק כתב שם (בד"ה והנה כ"ז) דכל מה שיכול לעכב לכתחילה שלא ישתמש
בדבר השייך לו, היינו דוקא כשיש לו טענה שיכול המשתמש לקלקל, כגון בשימוש
בבית, או כשטוען שלכשיצטרך להשתמש בחפץ יסרב חברו להחזיר לו את החפץ,
דבאמתלא מועטת יכול למנוע את השימוש בחפץ שלו, משא"כ כשאינו משתמש בשלו
וכנידון הדפסת הרשיון על תוויות שלו, ליכא כל הני טענות. אמנם בהמשך דבריו
כתב דגם בנידון הרשיון חסר הראשון, וכמו שיתבאר להלן.

בנקודה הנ"ל עולה מחלוקת בין הדברי מלכיאל לנודע ביהודה, דלנודע ביהודה
יכול למנוע לכתחילה להשתמש בפעולה שלו, דלפי ההסבר שכת' לעיל בנו"ב (דלא
כהבנת הדברי מלכיאל בנו"ב) הרי שאין לבעל המחבר קנין בגוף, ובכל זאת יכול
בעל המחבר למנוע את המדפיס להשתמש בסדר האותיות, א"כ יוצא שסובר שהדין
שיכול למנוע מלהשתמש לכתחילה גם כשזה נהנה וזה אינו חסר, הינו בין כשמדובר
בחפץ גופו ובין כשמדובר כששתמש בפעולה, וזה דלא כסברת הדברי מלכיאל.
והנראה לבאר בסברת הנודע ביהודה - דהנה הנימוק"י בב"ק (ח, ב - ט, א בעמוה"ר),
כתב וז"ל:

"כתב הרא"ה ז"ל, אע"ג דקיי"ל בעלמא דזה נהנה וזה אינו חסר כופין
אותו על מידת סדום, הני מילי בקרקע של שניהם שאין משתמש בשלו
כלל אלא שיכול לכופו ממידת הדין שלא לעשותו, וכגון הבונה כנגד
חלונו של חברו והלה מעכב עליו שלא לסתום אורה שלו והלה רוצה
לעשות לו חלונות במקום אחר שלא יפסיד מן האורה כלל, כגון זה
אמרינן כופין, אבל להשתמש בשלו כלל לא אמרו, שאם אי אתה אומר
כן, אין לך אדם שלא יכוף את חברו על כורחו."

מדברי הנימוק"י עולה שכל הדין שכופין על מידת סדום הינו רק כאשר לאדם יש
זכות מניעה למעשה של חברו, ורוצה אותו בעל הזכות לממש את זכותו באופן
שרירותי, אף שבנסיבות המקרה ניתן להמנע מהסיבה של זכות המניעה. כגון שני
שותפים בחצר ורוצה אחד השותפים לבנות כותל מול חלון חברו, שע"פ דין יכול
בעל החלון למנוע ממנו את בניית הכותל שלא יסתום אור ביתו. אולם אם קיימת
אפשרות גם לבנות את הכותל וגם שלשכן יהיה אור, באופן שיבנה חלון במקום אחר

(ואין אמתלא סבירה שחלון זה פחות מהחלון הקיים), בכגון זה כופין. לאמור - מידת סדום מסירה מניעה, כאשר הכופה משתמש בשלו ולא בשל חבירו. אולם כאשר באדם לחבירו ואומר לו הניחני להשתמש בביתך דלא עביד למיגר, כח הבעלות של הבעלים יכול למנוע ממנו את השימוש. דין כופין על מידת סדום לא בא לפגוע בכח הבעלות שיש לאדם על חפציו ורשותו. כח הבעלות מאפשר לבעלים לקבוע מה יעשה בדברים השייכים להם, שאם מידת סדום היה ביכולתה לפגוע בכח הבעלות, "אין לך אדם שלא יכוף את חבירו בעל כורחו" - השמטת מהבעלים את כוחם. וכל הדין בגמרא במי שדר בחצר חבירו שלא מדעתו בחצר דלא עבידא למיגר, שם הדיון הוא לא על כח הבעלות אלא על תביעה ממונית, האם חייב הדייר לשלם לבעלים, ואין באי התשלום פגיעה בכח הבעלות.

וברמ"א בחו"מ שסג, הביא דכל מה שיכולים הבעלים למנוע מאחר להשתמש לכתחילה, היינו דוקא בכגון דבר שאם היו רוצים הבעלים להנות היו יכולים, כגון שיש באפשרותם להשכיר אלא שאינם רוצים, אין אחר יכול לכופם לעשות בחינם, אולם כאשר אין הם יכולים להנות מרכושם, כופין אותם אף לכתחילה. ונראה בהמשך להסבר דלעיל, דכאשר אין באפשרותם להנות מרכושם, הרי שאין כאן כח בעלים. כח של בעלים לקבוע ולמנוע מאחר מלהשתמש ברשותם, היינו דוקא בדבר שיכולים הם להשתמש ולהנות, אך כאשר אינם יכולים להשתמש, אין להם כח בעלות על השימוש ויכול אחר לכופם לכתחילה להשתמש.

לפי"ז מובנים דברי הנודע ביהודה. כאשר אפשרות הבעלים למנוע את השימוש בחפץ שלהם לכתחילה גם כשזה נהנה וזה אינו חסר נובע מכח הבעלות שיש להם, אין חילוק בין אם משתמש בחפץ השייך להם או משתמש בפעולה המתיחסת אליהם. היות הפעולה מתיחסת אליהם, נותנת להם כח בעלות למנוע מאחר להנות ממעשיהם אף כשזה נהנה וזה אינו חסר. והוא הדין כאשר אחד משתמש ברשיון שקיבל יצרן אחר ע"י הדפסת תוויות ועליהם הרשיון, אף שאינו משתמש בגוף הרשיון שקיבל הראשון, מ"מ הרי הראשון הוא הבעלים על הרשיון, וכבעלים יש לו את הכח למנוע מאחרים מלהשתמש ברשיון אף כשאינו חסר.

ז. הנזק שנגרם לבעל הרשיון

אלא שהדברי מלכיאל מסיק שיש כאן "גרם היזק" לבעל הרשיון במה משתמש האחר ברשיון ע"י פרסום הרשיון בתוויות המוצר שלו, "שמגדיל את מסחרו בעיני העולם וידוע שאין אדם עשוי להשביע את עצמו". ובימינו נוסף טעם לפגם, שמגדיל עסקיו בעיני רשויות המס. נזק נוסף - שיתכן והשני ייצר סחורה הפחותה בטיבה ממוצר הראשון, ובפרסום שמו על המוצר מוציא שם רע למוצר של הראשון ויפגע מסחרו. וע"כ התיר הדברי מלכיאל לפרסם שהסחורה של השני אינה שלו, "וממילא לא יוכל לעשות כן כי ימחו בידו מהממשלה ועוד ענוש יענש על זה". אך מצד מה שהשיג הראשון רשיון מהממשלה, דבר שעלה לו במאמצים ובדמים מרובים, אין ביכולתו למנוע מאחר את השימוש, דלא כמו ברשיון של חזקת ישוב (חו"מ סו"ס קנו), דבחזקת ישוב השיג רשיון שהוא לבדו ידור שם ולא זולתו, משא"כ ברשיון לסחורה אין כאן מתן מונופול רק אישור שסחורתו טובה ותקינה, ואם אחרים ייצרו סחורה טובה יוכלו ג"כ לקבל רשיון כנ"ל, וכיון שאין כאן זכיון מונופולי, אין הוא יכול למנוע מאחרים מלהשתמש ברשיון אלא מטעם גרם הנזק שהתבאר לעיל.

וכוונת הדברי מלכיאל לשיטתו, שאין בעל הרשיון יכול למנוע מאחרים להשתמש ברשיון מדין זה נהנה וזה לא חסר, אא"כ נגרם לבעל הרשיון נזק, אולם טענה שהוציא הוצאות להשגת הרשיון אינה טענה, שהרי גם אדם מוציא הוצאות כדי לקנות

בית, ויכול חבירו לכופו להשתמש בבית כשאין חשש לנזק, וכמו שהתבאר בסברת הדברי מלכיאל לעיל. הכסף והטרחה בהשגת הרשיון אינם עולים על אלה של רכישת בית, וע"כ אינם מהוים לדעת הדברי מלכיאל עילה למניעה מאחרים להשתמש ברשיון.

ח. מרחיקין מצודת הדג מן הדג - בדעת רש"י והתוס'

אלא שעצם סברתו של הדברי מלכיאל שאין בטרחה שבהשגת הרשיון משום עילה למניעת שימוש אחר, צ"ב מדברי הגמרא בב"ב כא, ב: אמר רב הונא, האי בר מבואה דאוקי ריחא (לטחון ולשכור - רש"י) ואתא בר מבואה חברה וקמוקי גביה, דינא הוא דמעכב עילויה, דאמר ליה קא פסקת ליה לחיותי. לימא מסייע ליה, מרחיקים מצודות הדג מן הדג כמלא ריצת הדג. וכמה, אמר רבה בר רב הונא, עד פרסה. שאני דגים דיהבי סייארא. והנה נידון הגמרא שם במי שיורד לאומנותו של חבירו, דרב הונא ס"ל שאם העמיד אדם רחיים במבוי, שאסור לשכן אחר במבוי להעמיד שם רחיים מאחר ופוגע בפרנסתו (וצ"ב אם מדובר שמפסיק לו את פרנסתו לגמרי או שמונעו קצת מלהרויח, או שרק מפסיק את אומנותו זו ויש לו אומנות אחרת, ועיין בחתם סופר בתש"י חחו"מ סי' סא, ובפת"ש קנו"ג, ועיין מש"כ בזה בסי' כג). ורוצה הגמרא להביא ראיה לרב הונא שאסור לו לפגוע באומנותו/ פרנסתו של חבירו, מהדין שמרחיקים מצודות הדג מן הדג, ופירש רש"י שם (ד"ה מרחיקין), וז"ל:

"צייד שנתן עיניו בדג עד שהכיר חורו, מרחיקין שאר ציידין מצודתם משם. אלמא אע"ג דלא זכה ביה ולא מטא לידיה מרחיקין משם, דא"ל קא פסקת לחיותי."

ודוחה הגמרא, שאני דגים דיהבי סייארא. וז"ל רש"י (ועיין שם בהגהות הב"ח):

"נותנים עין בהבטם להיות רגילין לרוץ למקום שראו שם מזונות, הלכך כיון שהכיר זה חורו ונתן מצודה ומזונות בתוך מלא ריצתו, בטוח הוא שילכדנו והוה ליה כמאן דמטא לידיה ונמצא חבירו מזיקו, אבל הכא, מי שבא אצלי - יבוא, ומי שבא אצלך - יבוא."

הבעיה לדעת רש"י ביורד לאומנותו של חבירו - הרי היורד לא לוקח מהאומן דבר שיש לו כבר כעת "ביד". הוא עדיין לא "זכה" בלקוחות. הטענה שהוא מזיק לפרנסתו ע"י עיסוק שוה, עומדת בדבר קיים בהוה אך לא בדבר שעתיד לבוא. איך קנה הראשון "זכות" זו למנוע מהשני את העיסוק. ע"ז מביאה הגמרא ראיה שיכול למנוע מאחר עיסוק אע"פ "דלא זכה ביה ולא מטא לידיה". כלומר, כאשר יש לו פרנסה מסוימת, ורש"י בשלב זה מדבר על מציאות של "נתן עיניו בדג עד שהכיר חורו", לא מדובר שכבר פרש מצודות ונתן מזונות אלא רק נתן עיניו, אין לאחר לבוא ולצוד את הדג שהכיר בו הראשון. והטעם לרש"י - דבשעה שהכיר בו הרי זה חיותו של הראשון, ואין לאחר להפסיק ולמנוע חיותו. (ורש"י מיירי בדג אחד ולא בכמה דגים, ומשמע שמפרש "קא פסיק לחיותי" - לגמרי, שאם יצוד השני את הדג, לא יהיה לראשון כלום, ועדיין צ"ע). ודוחה הגמרא - דשם מיירי באופן שפרש מצודות ומזונות, אמנם אין לו בדג זכיה גמורה אך קיימת מידת בטחון שהדג אכן יפול ברשתו, ובדרגת סבירות כזו הוי "כמאן דמטא לידיה" ויכול למנוע מחבירו מלקחת דבר שבטוח יבוא לרשתו. וברחיים שמעמיד חבירו במבוי, הרי יתכן שאף אם חבירו לא היה מעמיד רחיים במבוי, איש לא היה בא לטחון אצל בעל הרחיים הראשון. אין כאן לקוחות מסוימים שכבר חפצו לבוא ולטחון אצל הראשון, שהשני "חוטף" אותם ממנו. מצב זה יכול להיות כאשר הלקוחות כבר בחנותו של הראשון ובא השני והולכים לחנותו. [ובחתם-סופר בתש"י, חחו"מ סי' עט בד"ה התנאי

הראשון, כתב דצריך שגם יגמרו פיסוק הדמים כדי יהיה עליהם שם של "לקוחות בטוחים". ונראה שדימה לדין עני המהפך בחררה, עיין ברמ"א חו"מ רלז, א, ומקורו מדברי המרדכי בב"ב ס"י תקנא, עיי"ש). אבל כאשר לא באו עדיין הלקוחות לחנותו, אין כאן מצב של "חיותו" של ממש שכבר קיימת כמו במציאות של הדג, ולכן אין ראייה שיכול למנוע מהשני את העיסוק במלאכתו.]

ומדברי רש"י רואים שתי נקודות לאפשרות למנוע מאחר לעסוק במלאכתו: א - שעשה הראשון פעולה (מצודה ומזונות). ב - שכתוצאה מהפעולה יש לראות כבר את הלקוחות (הדגים) כבטוחים. ועיין בר"ן קידושין (כד, א בעמוה"ר): "וכל שקרוב לו כמלא ריצת הדג, כניצודין דמו". ונראה דפירושו כפירושו רש"י. אך בתוס' בקידושין (נט, א ד"ה עני) משמע שעצם הפעולה שעשה הראשון, סגי כדי למנוע מהשני לעסוק במלאכתו. התוס' מקשים לשיטתם שאין דין עני המהפך בחררה של הפקר, מהגמ' בב"ב הנ"ל דמרחיקין מצודות הדג מן הדג. ותירצו תוס' שני תרוצים: תרוץ ראשון - דמרחיקין מצודות הדג מן הדג לא מייירי מדין עני המהפך בחררה אלא מדין יורד לאומנותו של חבירו, ובדין יורד לאומנותו יש איסור גם כשאומנותו מן ההפקר. ובתרוץ השני כתבו התוס', וז"ל:

"ועוד אומר רבינו מאיר אביו של ר"ת, דמייירי בדג מת, שכן דרך הדייגים לשים במצודות דג מת והדגים מתאספים שם סביב אותו הדג, וכיון שזה פירש מצודתו תחילה, ועיי מעשה שעשה זה מתאספים שם סביב, ודאי אם היה חבירו פורש הוה כאילו גוזל לו, ויכול לומר לו, תוכל לעשות כן במקום אחר."

מבואר מדברי התוס', דעצם העובדה שכל המציאות של האספות הדגים הינה מכח מעשה הראשון, כאשר בא השני ורוצה לקצור את פירות מעשה הראשון הרי הוא "כאילו גוזל ממנו", שהרי הראשון הוא שגרם לאסיפת הדגים. ומוכח מהתוס' דעצם העובדה שהלקוחות מתאספים ובאים מכח המעשה של הראשון, היא המונעת את השני לעסוק בעיסוקו. משא"כ בבעל רחיים, אין הלקוחות באים מכח מעשה הראשון. וכוונת תוס' לתרץ דאף דבעני המהפך בחררה של הפקר ובא אחר ונטלה אינו נקרא רשע, מ"מ בפורס מצודה הוי טפי שלו מהפקר, דבהפקר לא מעשיו גרמו. ובפשטות היה נראה דע"פ התרוץ השני ס"ל לתוס' דגם בדין מצודת הדגים יש איסור של עני המהפך בחררה. אך יותר נראה שאין התרוץ השני שונה מהתרוץ הראשון לענין האיסור, דהיינו יורד לאומנותו של חבירו, אלא שבעוד שלתרוץ הראשון אין בדין יורד חילוק בין הפקר לאינו הפקר, הרי שלתרוץ השני גם בדין יורד אינו יכול למנוע את השני בהפקר, ובמצודות הדגים אינו בדין הפקר. אלא שלתרוץ זה עיקר האיסור הינו מדין נהנה ממעשה חבירו, דמתאספים הדגים, חוץ ממה שיורד לאומנותו שפעמים אין איסור בכך, אך כשיורד וגם נהנה ממעשה חבירו, מרחיקין אותו משם. ואף שיש מקרים שכשנהנה ממעשה חבירו חייב השני לשלם ואין הראשון יכול למנועו, מ"מ בהצטרף ירידה לאומנותו, יכול למנועו לכתחילה.

ועיין בתוס' גיטין ס, ב (בד"ה מצודות). תוס' מתיחס לדברי הגמרא המעמידה את מחלוקת ת"ק ורבי יוסי (במשנה גיטין נט, ב) אם מי שלוקח חיה או עוף או דג ממצודת חבירו, אם יש בזה גזל גמור או רק גזל מפני דרכי שלום, דכל המחלוקת הינה במצודה דומיא דחכה שאין לה תוך (בית קיבול), דלת"ק הוי גזל מפני דרכי שלום ולרבי יוסי גזל גמור. אבל במצודה שיש לה בית קיבול, לכ"ע הלוקח ממנה עובר על גזל גמור. והקשו התוס', דאם לת"ק כשהדג נתפס בחכה הוי רק גזל מפני דרכי שלום, א"כ מדוע מרחיקים מצודות הדג מן הדג. וחילקו התוס' בין כשאומנותו בכך (בדין מרחיקין מצודות הדג) לבין כשאין אומנותו בכך (בנידון

המשנה והגמ' בגיטין), דכשאומנותו בכך "מן הדין שירחיק משם, דאמר ליה קא פסקת לחיותי, אבל הכא דאין אומנותו בכך, לא הוי גזל אלא מפני דרכי שלום". ומבואר מדבריהם, דכל מה שיכול לבוא ולטעון מדין יורד לאומנותו של חברו היינו דוקא באופן דאומנותו בכך, אבל כשאין אומנותו, יכול לטעון מדין גזל מפני דרכי שלום כשכבר נתפס בחכה. וצ"ע מה הדין כשלא נתפס בחכה, דאפשר שיכול לטעון מדין עני המהפך בחררה, דאף דהוי של הפקר, מ"מ כיון דע"י מעשיו התאספו הדגים, יכול למנוע מאחר אף שאין אומנותו בכך.

ט. שימוש ברשיון ובשם עיסקי של אחר - לאור דברי התוס'

נחזור לנידון הדברי מלכיאל. אחד הוציא הוצאות כדי להשיג רשיון עבור מוצר שיצר. בא אחר ועשה מוצר דומה, ועליו תויות עם רשיון הראשון. השני משתמש ברשיון שהוציא הראשון בדמים מרובים ובהשתדלות אצל השלטונות. הוא בא למנוע מהשני מלהשתמש ברשיון. סובר הדברי מלכיאל שהטענה גרידא שהוציא הוצאות וכו', אינה טענה כדי למנוע מאחרים להשתמש ברשיון. ולכאורה לפי הסבר התוס' בגמרא י"ל, דכיון שהוציא הראשון הוצאות כדי להשיג את הרשיון, ומטרת הרשיון כדי למשוך לקוחות שהסחורה עברה את התקן הממשלתי, ובא אחר ורוצה למשוך את הלקוחות ע"י ההשתדלות שעשה האחר ולקטוף את פירות עמלו, בזה יש לאסור מדין מרחיקין מצודות הדג מן הדג. אמנם לפי רש"י שיש כאן שני תנאים, גם השתדלות וגם שיהיה בטוח בלקוחותיו, אין לאסור מהדין הנ"ל בנידון הרשיון, כיון שאין לראות את הלקוחות כבטוחים, אולם לפירוש התוס' דסגי בהשתדלות, יש לאסור על אחר לפרוש מצודה (הדפסת תויות ועליהם הרשיון) ליד אותה מצודת חברו. אמנם אליבא דהדברי מלכיאל י"ל, שדן במציאות שכל טענתו היא מצד ההשתדלות של השגת הרשיון, ואין הדברי מלכיאל נכנס למצב בו יש לראשון הפסד ממון, דאם יש לראשון הפסד ממון, כבר כתב לעיל מינה שיכול הראשון למנוע מהשני, ורק מצד ההשתדלות גרידא אינו יכול למונעו.

ומ"מ יוצא להלכה דלפי דברי התוס' כאשר אדם עושה השתדלות מסוימת "לצוד" לקוחות, ובא אחר ומשתמש בהשתדלות הראשון, אף אם אין מגדירים את ההשתדלות של הראשון כיצירה, יש למונעו מלעשות כן מדין מרחיקין מצודות הדג מן הדג. והוא הדין כאשר לאדם יש עסק עם שם מסוים, ושמו של העסק הולך לפניו, ובעל העסק משתדל ע"י פרסומת וע"י עבודה מאומצת להשיג את שמו הטוב, ובא אחר ורוצה להשתמש בשם זה כדי "לצוד" את הלקוחות שיסברו שזהו העסק בעל השם המפורסם, "וכיון שזה פירש מצודתו תחילה, וע"י מעשה שעשה זה מתאספים שם סביב", ובנדון שלנו מתאספים הלקוחות בעסק, "ודאי אם היה חברו פורש הוה כאילו גוזל לו". כאשר בעל מפעל משקיע סכומים ניכרים בפרסומת, ובא מפעל אחר ומזדהה בשם הראשון, הרי שהוא בא לצוד במצודה שפרש הראשון.

יתירה מזו - כיון שלאמור לעיל אין לבעל העסק זכויות יוצרים בשם שנקב לעיסקו, א"כ גם בנידון השאלה שלנו שראובן פתח חנות נעליים בשם מסוים ("איטלקיה") וסגרו, ולאחר זמן פתח שמעון חנות נעליים וקרא לה בשם העסק של ראובן, ורוצה ראובן לפתוח מחדש את חנות הנעליים שסגר ושמה כשם החנות של שמעון וכשם החנות שסגר, היות ולראובן אין זכויות יוצרים על השם הנ"ל, והואיל ושמעון פתח עסק בשם זה והשקיע בפרסומת ובעבודה מאומצת כדי לרכוש את שמו הטוב, אין ראובן רשאי (לאמור לעיל לשיטת התוס') להשתמש בשם חנותו שסגר, הואיל ושמעון פרש את המצודה בהיתר לאחר שראובן סתר מצודתו, ואין ראובן רשאי לצוד את המתאספים בעקבות מצודתו של שמעון. לכן לא מיבעיא בנידון שאלה א (שלאובן לא היה לפני-כן חנות נעליים בשם דומה), שאין ראובן רשאי לבוא

וליטול את שם העסק של שמעון, אלא אפילו בנידון של שאלתנו המקדמית (שראובן היה הראשון שקרא לחנותו בשם הנ"ל), אין ראובן רשאי לקרוא לחנותו בשם הנידון.

ובנידון שאלה ב ושאלה ג - כשאדם בשם משה פתח מעדניה בשם "מעדני משה", ובא משה אחר ופתח מעדניה ג"כ בשם הנ"ל, או אדם בשם אחר קרא למעדניה שפתח בשם "מעדני משה" ע"ש סבו או חברו הטוב - אם היינו באים לדון על שם עיסקי מכח זכויות יוצרים, הרי שפשוט וברור שאין לבעל המעדניה כל זכות בשם הנ"ל ולא שייך זכויות יוצרים בזה, דאיזו יצירה יש כאן? וכי קיבל זכויות בלעדיות על השם משה? אבל כאשר נידוננו מדין מצודות הדג וכאמור לעיל, יש לשאלה זו שני צדדים. מצד אחד פרש משה א' מצודה, השקיע דמים ודמים כדי לבסס את המעדניה שבבעלותו, וא"כ דינו כפורס מצודה ובא אחר ופרש מצודה לידו כדי לצוד את הדגים שמתאספים מכח מעשה הראשון. אך לאידך גיסא יש טעם בטענת משה ב' שאך טבעי שבעל מעדניה הנקרא בשם משה שיקרא למעדניה שבבעלותו בשם "מעדני משה", ואין לדון את השם כתפוס ברשתו של משה הראשון שקרא כך למעדניתו. אך נלענ"ד יש לשקול אם אכן כונת משה ב' להשתמש בכח פעולת מצודת משה א'. הנתונים שצריכים להלקח בחשבון - מרחק המעדניות האחת מהשניה, המוניטין הריאלי של השם העיסקי הנ"ל וגודל השפעתו. אם מדובר בפתיחת מעדניה כנ"ל באותו רחוב, וכאשר שמה הטוב של מעדנית משה א' הולכת לפניו, יש למנוע ממשה ב' לקרוא למעדניה שבבעלותו בשם דומה, משא"כ כשמדובר בשתי שכונות שונות, כאשר מעדנית משה א' מתפרנסת בעיקר מאנשי השכונה הקרובה. אולם כאשר אדם בשם אחר קורא למעדניה שבבעלותו כנ"ל וטענה בפיו שקרא כן ע"ש סבו או חברו, רגליים לדבר שבא לצוד ממצודת משה א', וע"פ האמור לעיל יש למונעו מלעשות כן.

וכאשר לראובן מפעל מצליח לבשר בשם "פיקנטריה", ובא שמעון ופתח מפעל לדגים בשם זה (שאלה ד) - הגם ששמעון משתמש בשם של מפעל ראובן, הרי שאין שמעון לוכד את הדגים שהתאספו סביב למצודתו של ראובן. סביב למצודתו של ראובן מתאספים לקוחות החפצים בבשר, ואילו שמעון חפץ בלקוחות שקונים דגים. שמעון לא נוטל דבר ממצודתו של ראובן, ואף שעשה כאן תרגיל פרסומי, הרי שאין לראובן כל נזק בכך והוא ממש כדן זה נהנה וזה לא חסר, בפרט שכאן אין לראובן בעלות על שם זה, וכל הכח למנוע היה מדין מרחיקין מצודות הדג, ובנידון דידן לא שייך לבוא בטענה זו.

וכבר ראינו מקרים בהם מפעלים מוציאים לשוק מוצרים וקוראים להם בצליל דומה למוצר מפורסם, או פותחים מפעל וכנ"ל בשאלה ה, הדבר נתון לשיקול דעת ביי"ד אם אכן הדגים עלולים לטעות בין מצודה למצודה. אם מדובר בצליל דומה עד לכדי טעות, הרי שיש לאסור לשיטת התוס' מדין מצודות הדג, אך לעיתים אין חשש להטעיה וכל כונת השני רק כדי לזכות בתשומת הלב, אותה לעיתים מספקים הראשונים ביד נדיבה ע"י תביעות משפטיות כששני הצדדים נהנים מזרקורי הפרסום, בכגון זה נראה שאין למנוע מהשני את שיבוש שם הראשון.

בניגוד למקרים הנ"ל, הרי שאין לאסור מדין מרחיקין מצודות הדג לבעל מפעל לקרוא למוצר כשם אדם מפורסם (שאלה ו), מאחר ואין מדובר כאן במקרה שיכול לענות לדן של מרחיקין מצודות הדג מן הדג, שהרי אין כאן שם מסחרי במובן של השקעה ופרסומת מסחרית שבא אחר לקצור פירותיה. כמו-כן, כאמור לעיל, לא שייך לטעון מדין זכויות יוצרים, וכמובן. הרי סכ"ה מדובר כאן בגימיק פרסומי שאין מסחרו של האדם שע"ש נקרא המוצר, נפגע בכך. אמנם אם לאותו נגרם נזק, כגון בזילותא דשמיא, דהיינו שעלולים לשייך את אותו אדם למוצר הנ"ל ובכך יושם שמו

ללעג וקלס בעיני הציבור, הרי שיש לדון כאן מדין המביש את חברו (עיין שו"ע חו"מ סו"ס א ותכ, לח), אך אין מקום לדון מהדינים הנ"ל, ואף דין זה נהנה וזה חסר לא שייך כאן, כיון שאינו משתמש בדבר השייך או המתיחס כפעולה לאותו אדם.

ובנידון שאלה ז - עורך דין מתחיל שינה את שמו ואת שם משפחתו לשם של אחד מעורכי הדין המצליחים במקצועו. גם בכגון זה לא נראה לאסור מהדין הנ"ל מאחר ושמו של האדם אינו בבחינת שם מסחרי בבחינת כללי הדין של מרחיקין מצודות הדג מן הדג. כל הנידון בדין הנ"ל לא שייך בכגון זה, בפרט שעו"ד אינו מוצר שקונים במכולת ע"פ שם או קוד. יש מקרים רבים של בעלי מקצועות חופשיים בעלי אותו שם, וכל לקוח מוצא את דרכו לאותו בעל מקצוע בו הוא חפץ. וכי מה היה עושה אותו עו"ד אם שמו היה נפוץ במידה כה גדולה עד כי יש כמה בעלי מקצוע בעלי אותו שם. סביר להניח שאותו עו"ד לא יפגע עיסקית מכך שאחר קרוי בשמו. לקוחותיו - הקיימים והפוטנציאליים - ידעו להגיע ליעדם. לאמור, העובדה שאותו עו"ד אינו בעלים על שם זה, והעובדה שאין שמו בבחינת שם מסחרי, מונעת ממנו להיות בעל דין תובע כלפי הקורא לעצמו בשמו. כל זה מכח הדין הנ"ל, אך נראה שניתן יהיה למנוע ממנו את השימוש מדין אחר, וכפי שיבואר לקמן.

וכבר הזכרנו לעיל את פס"ד שפורסם בקובץ "שורת הדין" ב. הנידון שם - באחד שפתח מסעדה סינית בת"א, וקרא לה בשם מסעדה סינית מפורסמת בניו-יורק. השאלה המעשית היא, האם הפרסומת וכו' שהשקיע בעל המסעדה הראשונה והמוניטין שרכש בניו-יורק, יש לכך השפעה מצטברת גם על ארץ ישראל. יתכן בהחלט שבעל המסעדה יכול לבוא ולטעון שרצונו היה לפתוח רשת כזו בישראל. על-כך נענה לו, שבשעה שיחפוץ לפתוח רשת כזו בארץ, נחייב את הנתבע לשנות את השם, אך לא קודם לכן. לענ"ד גם אין לבוא ולהוכיח את ההשפעה החיובית מכך שהנתבע בחר לו את השם של התובעים. נראה שמדובר פשוט בשם מוצלח, אך אין כוונתו למשוך למסעדתו לקוחות מניו-יורק, ואף אם יבואו תיירים מניו-יורק למסעדתו, לא דמי לנידון מצודת הדגים שהתאספו הדגים מכח מעשה הראשון. מה עוד שלא מדובר גם שלתובעים יש רשת עולמית שהפרסום רחב ומגיע אף לישראל, ואין הלקוחות מתאספים מכח הראשון, כנלענ"ד בנידון שם. אולם אם אכן היה מדובר במסעדה בארץ ישראל עם מוניטין רחב, בהחלט היה מקום לאסור.

י. קצוה"ח - גזל גמור

ובקצוה"ח רעג, ד, לאחר שהביא את דברי התוס', כתב דבדין מצודות הדגים הו"ל גזל גמור:

"ומשום דכל כהאי גוונא קנה הראשון קנין גמור דהו"ל אזלי מחמתיה וכמש"כ תוס' בקידושין כו, א בהא דפריך פיל לר' שמעון במה יקנה ... וא"כ הכי נמי הדגים המה מגביהים עצמן ובאין סביב הדג המת, וחשיב הגבהה בהכי."

הרי שסובר הקצוה"ח דבכגון המצודה הוי גזל גמור כיון שקנה בעל המצודה בהגבהה. וענין הגבהה זו לא שייכת בנידון שם עיסקי שכת' לעיל, וא"כ לכאורה הדין הנ"ל לא שייך לדעת הקצוה"ח. אך אפשר דאין הקצוה"ח חולק בעקרון על הסבר התוס' בסוגיא דיש כאן תביעה להרחקה מאחר והדגים מתאספים מכוחו, אלא ס"ל דבנידון כנידון שם יש אפילו גזל גמור מדין ההגבהה. ועדיין צ"ע אם לקצוה"ח יש להרחיק במקום שלא קנה בהגבהה.

ועיין בנתיבות שם (רעג,ג) שכתב דלא שייך בכגון זה גזל גמור, דדוקא בפיל שמגביה עצמו לאכול החבילי זמורות בשעה שהקונה מחזיק את חבילי הזמורות, אז יש לדון מדין הגבהה, כיון שמעשה ההגבהה מתיחס למחזיק, אבל אם תלה חבילי זמורות על כלונס והלך משם, ואח"כ בא פיל הפקר והגביה עצמו לאכול את חבילי הזמורות, אין מעשה ההגבהה מתיחס לתולה ולא קנה. ולכאורה צ"ע דברי הקצוה"ח מדברי הגמ' בגיטין ס,ב (הנ"ל) בדין הלוקח ממצודת חבירו, דלת"ק הוא גזל מפני דרכי שלום ולר"י הוא גזל גמור, והעמידה הגמרא שם את מחלוקתם בחכה שאין לה בית קיבול. ולכאורה לפי הקצוה"ח, אף בחכה שאין לה בית קיבול היה לת"ק לאסור מדין גזל מפני שהגביהו הדגים עצמם. ודוחק לומר שהקצוה"ח כתב דבריו אליבא דרבי יוסי.

יא. בשיטות הראשונים בסוגיא

הרשב"א בסוגיא בב"ב כא,ב פירש את דברי הגמרא מרחיקין מצודות הדג מן הדג בב' אופנים, (ועיין ברמב"ן בסוגיא, והן הן הדברים), וז"ל:

"יש מפרשים מן הדג, אם נתן חבירו עיניו בדג גדול ופרש מצודה לצודו, מרחיק חבירו מצודתו משם כמלוא ריצת הדג. ויש מפרשים, מן הדג שנותן במצודתו, שדרך הדייגין לתת במצודתן דג כדי שיבואו הדגים לאכול שם אותם דגים ויצודו במצודה."

הרשב"א מבחין בשני הפירושים מאיזה דג מרחיקין. לפירוש הראשון מדובר בדג שעתיד להיות ניצוד. לפירוש השני - מהדג המשמש כפתיון. ולמעשה הפירוש הראשון הוא פירוש רש"י, וזכותו להרחיק מחבירו מכח היותו בטוח בלכידת הדג. והפירוש השני הוא פירוש התוס' (ר"מ אביו של ר"ת) דהדגים מתאספים מכח מעשיו. ובהמשך מביא הרשב"א פירוש של הערוך המתיחס לדחיית הגמרא "שאני דגים דיהבי סיהרא", וז"ל:

"כי לעיתים לאחר שיכנס הדג במצודה זו נותן עיניו ומביט למרחוק, וכשרואה מזונות במצודה אחרת יוצא מכאן ורץ לאכול באותה מצודה האחרת, ולפירושו נמצא זה כגוזל את הראשון. ורש"י פירש בענין אחר."

לפי הערוך צריך לפרש את דברי הגמרא דמרחיקין מצודות הדג מן הדג שכבר ניצוד. אבל אפשר היות והערוך כתב בלשון "לעיתים", א"כ אפשר לפרש גם כרש"י וגם כתוס' את הדין הנ"ל, ומרחיקין או מהדג שעתיד להיות ניצוד או מהדג המת שבחכה מחשש שיכנס לרשת ויצא בחזרה. והחילוק בדחית הגמרא בין רש"י ותוס' לבעל הערוך, דלרש"י ותוס' עוד לא זכה בדג ואילו לערוך כבר נכנס הדג במצודתו.

וראיתי לחתם סופר בתש" (חחו"מ סי' עט ד"ה שיטה ב) שהקשה לשיטה זו מדברי הגמרא בגיטין ס,ב (הנ"ל) דמבואר שם בגמרא דבמצודה שיש לה בית קיבול הוא גזל גמור בין לת"ק ובין לרבי יוסי, ועי"ש ברש"י סא,א (בריש העמוד) דכליו קונים לו, וא"כ הוא כאן מדין גזל גמור ולא מדין יורד לאומנותו של חבירו כדמשמע בגמרא בב"ב. וכתב החתם סופר לחלק בין מי שנוטל בידיו ממצודת חבירו (כנידון המשנה בגיטין) דהוי גזל גמור, לבין אם יצאו הדגים מעצמם (כנידון הגמרא בב"ב). ואילו תירוצו היה אפשר לישב דהיא גופא דחייית הגמרא, דבתחילה רצתה הגמרא להביא ראיה מדין זה של מרחיקין מצודות הדג למעמיד ריחים במבוי ויורד לאומנותו של חבירו. ודחתה הגמרא שאין להביא ראיה משם, דבדין מצודות הדג הוי

ואם נלך בשיטת הערוך בבאור דחיית הגמרא, אין להביא ראיה משם לנידון השימוש בשם המסחרי. דאם מיירי שכבר ניצוד הדג ברשתו, א"כ בהשוואה לנדו"ד צריך להיות שכבר קנה את מוצר החברה הראשונה ואח"כ חזר בו מכח מצודת השניה, ואין זה הנידון. וע"כ לפירושו אין להביא ראיה לנדו"ד.

כמו-כן אין להביא ראיה לנדו"ד מדין מרחיקין מצודות הדג, ע"פ פירוש של הר"י מיגאש בסוגיא (הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ב כא, ב ד"ה לימא) בדחיית הגמרא "שאני דגים דיהבי סיארא, וז"ל:

"משלחים שלוחים לראות אם יש שם מצודות אם לאו, וכשרואין מצודה הראשונה יודעים שיש שם מצודה והרבה בורחים מאותו מקום כולו ואין נכנסים אליו כלל, שנמצאת אותה מצודה מפסקת ליה לחיותיה כלל, אבל אלו לא יהבי סיארא ולא היו בורחים מאותו מקום שנמצא שממילא לא נאחו באותה מצודה, אפשר שילכד באותה מצודה האחרת, כמו רחיים שאפשר שיהו מקצת אנשים טוחנים בזו ומקצת אנשים טוחנים בזו דלא מפסיק ליה לחיותיה כלל, י"ל שאין מעכב עליו, ואע"ג דהא מפחית ליה לחיותיה, מצי א"ל את מטי לך מה דפסקי לך מן שמיא, ואנא מטו לי מה דפסקו לי מן שמיא."

וכדברי הר"י מיגאש נמצא בריטב"א בקידושין נט, א. ומדבריהם עולה שדחיית הגמרא באה לחלק בין מצב שבו מפסיק השני את פרנסתו של הראשון לגמרי לבין כשקיימת תחרות חופשית ביניהם. דהיינו, זכותו של כל אחד לפגוע במונופול של אחר מאחר וזכותו לעסוק באותו עיסוק. אולם כאשר השני פועל באופן שחיתו ופרנסתו של השני תפסק, וכגון במצודות הדגים, שאם פורש מצודה ומצליח ללכוד דגים, שאר הדגים בורחים מהאזור, זכותו של הראשון למנוע מהשני את פרישת המצודה המפסיקה את חיותו. לפי פרוש זה אין הנידון שם דומה לנדו"ד, שהרי בנדו"ד אין בשימוש בשם המסחרי מניעה מוחלטת של פרנסת הראשון אלא רק הפחתת פרנסתו, וע"כ אין להביא משם ראיה לנדו"ד.

והר"י, הרמב"ם ושו"ע, לא הביאו להלכה את הדין של מרחיקין מצודות הדג מן הדג. ואפשר דס"ל דכל דין זה הוא אליבא דרב הונא שבר מבואה שהעמיד רחיים יכול לעכב על בר מבואה חבריה להעמיד רחיים, וכיון דלהלכה קיי"ל כרב הונא בריה דרב יהושע דפליג על רב הונא, אין מרחיקין מצודות הדג. ועיין במאירי (ב"ב כא, ב ד"ה ממה) שכתב על הדין הנ"ל: "אין הלכה כן אלא פורש ואינו נמנע". ומ"מ לדברי התוס' בקידושין הנ"ל משמע דקיי"ל דמרחיקין מצודות הדג מן הדג באופן של יהבי סיארא, והוי ראיה לנדו"ד.

ועיין במהרי"ט בחידושיו לקידושין (נט, א ד"ה תו) בדין מלמד שהיה אצל בעל-בית אחד, ובא מלמד אחר ורצה להשכיר עצמו לאותו בעל-בית, אם יש בכך איסור של עני המהפך בחררה. וסובר המהרי"ט דדמי להפקר, שלא ימצא בעל-בית שדעתו תהיה נוחה כמוהו ושמא לא ישלם לו כפי שמשלם זה, וכיון דדמי להפקר, תלי במחלוקת רש"י ותוס' בקידושין שם אם יש דין של עני המהפך בחררה בהפקר. "אבל לפי מה שפירש ר"י אביו של ר"ת דאפילו בהפקר היכא דטרח כגון ההיא דמרחיקין מן הדג, א"כ גם זה שהוא כבר בביתו של בעל-בית ומסתמא טרח בראשית עימו בתלמוד כדי שינוח בסוף, יכול לומר לו חזור אחר אחר וטרח כמו שטרחת". וע"ע במהרש"ם (ח"ב סי' רב) "בראובן שהחזיק כמה שנים בעסק קניית חתיכות

הנושרים מן הפערקאל ... ועוד חותנו החזיק בזה והוא המציא המסחר הזה למחזיק הפאבריק, ומקודם לא ידעו כלל ממסחר הזה כי לא נחשבו לכולם וזלזלו בהם למכרם לעניי העיר בזול גדול, ובא אחר ופעל בתחבולות אצל הפאבריקאנט לקבל הוא שלושים מטר מחתיכות הנ"ל, ועי"ז פסק לחיותו של ראובן. וכתב המהרש"ם דהיכי שהוא המציא את הדבר וטרח בו הרבה, דמי למרחיקין מצודות הדג מן הדג, עיי"ש.

והנה הרא"ש בפ"ב דקידושין (סוף ה"ב) הביא את קושית התוס' מדין מרחיקין מצודות הדג, והביא רק את התירוץ הראשון של התוס' (לחלק בין יורד לאומנותו לדין עני המהפך בחררה) ולא הביא את התרוץ השני. אולם הקשה מדין עני המנקף בראש הזית ובא אחר ונטלם, דאמרינן בגיטין נט, ב דמה שתחתיו גזל מפני דרכי שלום, אע"פ דהתם הוי הפקר. ותירץ הרא"ש: "שאני התם שטרח בהם העני להפילם לארץ וסמכה דעתיה עלייהו". ונראה לחלק בין טירחא של מצודת הדג לטירחא של עני המנקף בראש הזית, דבטרחא של מצודה לא עשה פעולה בגוף הדגים אלא שעשה פעולה חיצונית שבעטיה מתאספים הדגים, משא"כ בעני המנקף שפעל בגוף הזיתים, שהפילם לארץ, הוי טפי זכיה לענין שיכול לסמוך דעתו עליהם שמיד יזכה בהם, משא"כ בדגים יתכן ואף שמתאספים לא יבואו לתוך המצודה.

יב. אונאת דברים

אמנם היה נראה לאסור את כל הנ"ל גם מדין אונאת דברים, ע"פ מה דתנן במשנה ב"מ ס, א: "אין מפרכסין לא את האדם ולא את הבהמה ולא את הכלים". וכ"פ בשו"ע חו"מ רכח, ט:

"אין מפרכסין לא אדם ולא בהמה ולא כלים, כגון לצבוע זקן עבד העומד למכור כדי שיראה כבחור, ולהשקות הבהמה מי סובין שמנפחין וזוקפין שערותיה כדי שתראה שמינה. וכן אין מקרדין ולא מקרצפין אותה כדי לזקוף שערותיה. ולצבוע כלים ישנים כדי שיראו כחדשים ..."

וא"כ נראה דהוא הדין כאשר קורא אדם לחנותו בשם של אחר, יש בכך משום נסיון להטעות את הציבור כביכול הסחורה שבחנותו טובה כשל החנות בשמה קרא. לפ"ז יש לשקול אם אכן הציבור עלול לטעות בין שתי החנויות ולשייך את השני לראשון. במערך השיקולים יש לבחון אם יש לראשון מוניטין כה רב עד שיש לשני אינטרס להטעות. אם נתיחס ישירות לשאלות המובאות בתחילת דברינו, הרי שבמקרים א, ב, ג, ה, יש לבחון אם יש כאן אפשרות להטעית הציבור. במקרה ד לא נראה שיש אפשרות להטעיה. אמנם בשאלה ז, אם עו"ד ישנה את שמו לשם של עו"ד אחר מצליח, יש בכך משום אונאת דברים, שהרי הוא מנסה להטעות את הציבור וליצור רושם כביכול הוא העו"ד המוצלח. אולם כאשר בעל מפעל ייצר בושם ויקרא לו בשם אדם מפורסם (שאלה ו), אין בכך משום הטעיה אלא תרגיל פרסומי.

החילוק בין אם האיסור הוא מדין מרחיקין מצודות הדג מן הדג לבין אם מקור האיסור הוא אונאת דברים - דמדין מרחיקין מצודות הדג יכול הראשון לתבוע את השני מאחר והוא הבעל דין והבעל דברים, שהרי הוא הניזק. משא"כ אם התביעה היא מדין אונאת דברים, אין הראשון בעל דברים יותר מכל אחד אחר, והתביעה היא של הציבור ושל בית דין שאסור לו להונות את הציבור ע"י הטעיה בשם. אמנם עיין להלן (סי' יד) שע"פ החוק האיסור הוא ג"כ אונאה, אך התובע הוא בעל המוניטין ולא הציבור, וכפי שיובא להלן.

עוד נראה לאסור שימוש בשם מסחרי של אחר, מאחר ומנהג הסוחרים שאין לסוחר אחד להשתמש בשם מסחרי של סוחר אחר, בין אם אותו שם ובין אם שם דומה שעלול ליצור הטעיה. בפרט שבימינו שם מסחרי שוה כסף, וכאשר רוצה בעל עסק למכור את העסק, המוניטין הינו אחד המרכיבים במחיר. ואם נקח כדוגמה את נידון הדברי מלכיאל באחד שיצר נוזל מבושם ובא אחר ויצר נוזל דומה ופרסם תוויות על המוצר עם שם הראשון והרשיון שקבל, הרי שבזמננו כדי להוציא לשוק מוצר ולהשתמש בשם זה, הדבר כרוך בקבלת זכיון. מפעלי המשקאות הקלים בארץ התחרו ביניהן על הזכיון ליצר מוצרים בשם של חברות גדולות בעולם, וכ"א משלמת טבין ותקילין למפעל עבור הזכיון של השימוש בשם ובנוסחה הכימית של תרכיב המשקה.

לפי"ז גם כאשר מפעל מיצר מוצר וקורא למוצר בשם אדם מפורסם, הואיל ומנהג הסוחרים שאין להשתמש בשם אדם - גם אם אינו שם מסחרי - הואיל והציבור יזהה את המוצר עם אותו אדם מפורסם ויגדלו המכירות, נהוג ומקובל שהמפעל משלם עבור הזכות להשתמש בשם אותו אדם, וע"כ אין מפעל יכול להשתמש בדבר השוה כסף ללא רשות מאותו אדם, ויתכן דיש לנוהג זה, בנוסף לתוקף החוקי שיובא להלן, גם תוקף מדין מנהג הסוחרים ותקנותיהם, עיין שו"ע חו"מ רלא, כח.

יד. מדינא דמלכותא

עוד יש מקום לאסור שימוש בשם מסחרי, במקום שע"פ החוק יש איסור בכך. כן מבואר מדברי הבית יצחק בתשי' (יור"ד ח"ב, עה,ה) בענין להדפיס ספר בלי רשות יורשי המחבר, וז"ל:

"אמנם מצד דינא דמלכותא אסור במדינתנו להדפיס, וכת"ה שאל אם נאמר בכגון דא דינא דמלכותא דינא הואיל שסותר לדין תורה. הנה בהל' אבידה סי' רנט מבואר דמציל מזוטו של ים צריך להחזיר מצד דינא דמלכותא, ובסי' שנו מבואר דצריך להחזיר מכח דינא דמלכותא דהכי נהיגי, וכתב הש"ך דמצד המנהג חייב להחזיר. ולפי"ז י"ל הוא הדין בזה שכבר נהגו שלא להדפיס מיראת המלכות, חייב להחזיק בדינא דמלכותא, בשגם שי"ל דדוקא מה שהוא נגד דין תורה להפסיד ממון על ידו, הדין תורה בתוקף, אבל בדבר שהדינא דמלכותא הוא להפסיד מניעת הריוח, דלא מיקרי היזק, ההכרח מצד דין תורה לקיים הדינא דמלכותא, מהאי טעמא דאבידה צריך להחזיר. וכ"ש בדין זה שכבר כתבתי שהגאון מלבוב (השו"מ) כתב שכן הוא ע"פ דין תורה, על כן צריך להחזיק בדינא דמלכותא. ועיין חת"ס חחו"מ סי' מד מבואר ג"כ דכל שהיא תקנה לטובת בעלי אומנים, מחויבים להחזיק בדינא דמלכותא, וכ"ש הכא שהוא תקנה לטובת המחברים."

הרי שיסוד ההגנה על זכויות שקונה אדם, הינם מכח דינא דמלכותא, ואם הדינא דמלכותא מקנה לו זכות על שם מסחרי, הרי שע"פ ההלכה אסור לאחר לבוא ולהשתמש בשם המסחרי, ובכח הדינא דמלכותא למנוע מהשני ריוח ע"י שימוש בשם המסחרי, אף אם במקום שע"פ ההלכה אין איסור להשתמש בשם מסחרי. הדינא דמלכותא יכול לקבוע מה הם זכויות שיש לאחד ולקבוע את בעלותו על הזכויות. לפי"ז עלינו לברר את עמדת החוק לענין שימוש בשם מסחרי, ומסתבר שלענין זה גם לפסיקה המקובלת בבתי המשפט יש דין של דינא דמלכותא.

החוק העוסק בענין זה הוא סעי' 59 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) שכותרתו "גניבת עין":

"מי שגרם או מנסה לגרום, על-ידי חיקוי השם, התיאור, הסימן או התווית או בדרך אחרת, שטובין יחשבו בטעות כטובין של אדם אחר, עד שקונה רגיל עשוי להניח שהוא קונה טובין של אותו אדם, הריהו עושה עולה כלפי אותו אדם: אך אין אדם עושה עולה רק ע"י שהוא משתמש בשמו למכירת טובין."

וכך גם בסעי' 6(24 לפקודת החברות:

"החברה רשאית לפנות לבימ"ש בבקשה למנוע ... כל חברה שנטלה לעצמה שם שהוא זהה עם שמה עצמה או הדומה לו כל-כך עד שיש בו כדי להטעות, מלהשתמש באותו השם ..."

מקור נוסף בחוק המתיחס לשאלה זו הינו בסעי' 1(2 לפקודת סימני המסחר, כפי שתוקן ע"י החוק לתיקון פקודת סימני המסחר (מס' 3) תשכ"ה - 1965 שם הוגדרה המילה "הפרה" כדלהלן:

"שימוש, על-ידי מי שאינו זכאי לכך, בסימן מסחר שנרשם ע"פ הוראת פקודה זו, או בסימן הדומה לו, לענין סחורות שלגביהן נרשם או לגבי סחורות מאותו הגדר."

ולפי סעי' 34 של הפקודה, בעל הסימן רשאי להגיש תביעה על הפרה. חוק נוסף שעלה לדיון במסגרת ההתדיינויות המשפטיות שעסקו בשימוש בשם מסחרי, היה סעיף 1 בחוק עשיית עושר ולא במשפט (תשל"ט - 1979):

"(א) מי שקיבל שלא ע"פ זכות שבדין, נכס, שרות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה) חייב להשיב למזכה את הזכיה. ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.
(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת."

נחזור לסעיף 59 לפקודת הנזיקין. יש בסעיף זה בחוק מספר נקודות שראויות להבחנה. על-פניו נראה שענין סעיף זה מניעת אונאה, שכאשר יצרן מנסה להשתמש בשם של אחר על-מנת ליצור את הרושם כביכול מדובר כאן במוצר של אחר. וזאת בניגוד לסעי' 6(24 לפקודת החברות ולסעי' 1(2 לפקודת סימני המסחר, ששם משמע שמדובר בזכות של החברה ולא מכח הטעית הציבור. אמנם ביהמ"ש (פ"ד, כז 2)עמ' - 361ג'והן ווקר ובניו בע"מ נגד נשיונל דיסטילרס בע"מ) פירש סעיף זה שלא הטעית הציבור היא מעיקרה של העילה, ולא איש מהציבור יכול לתבוע בעילה זו, אלא שכדרך שבכל פגיעה בזכות קנין אחר יוחדה זכות התביעה לבעליו, כך גם בקנין שבעסקו של אדם או במוניטין שלו. לאמור - הבעל דין הוא בעל המוניטין ולא הציבור, אף שלכאורה יש כאן ענין של אונאה, אולם כיון שהחוק קבע שהעול נעשה כנגד בעל המוניטין, הוא התובע ובעל הדין ודברים. וכך גם חזרו הדברים בביהמ"ש (פ"ד מא (-) 4)מלחי יריחו בע"מ נגד מפעלי ים המלח), שעוולת גניבת עין אינה עוולה שמניעתה נועדה להגנת הצרכן אלא להגנת היצרן. להגנת הצרכן קיים חוק הגנת הצרכן תשמ"א - 1981 לאמור - אין הצרכן בעל דין ובעל עמדה

כתובע במשפט נגד המטעים.

כמוכן עלתה לדיון הגדרת המושג "טובין" (goods) המופיע בסעי' 59הני"ל. לכאורה מושג זה משתרע על מכירת מוצרים ולא מכירת שרות. אמנם היו שאמרו לענין זה את הדעה המקובלת בחוק האנגלי ולפיה אין סיבה שהאינטרס במוניטין של עסק נותן שרות לא יוגן ע"י סעיף זה. כך גם פסק ביהמ"ש (פ"מ תשמ"ט (ג) עמ' 108) שיש לפרש את המונח טובין ע"פ המטרה התחיקתית, כשהמושג "טובין" מגלם בחובו את מיגוון נכסיו ומגוון זכויותיו הקניניות של בעל העסק, ואפילו הם נכסים שאינם חפצים מטלטלין. אמנם היו שפירשו את המושג טובין במתכונת המצומצמת (ראה: פ"מ תשל"ח (), 1תנובה בע"מ נגד יוסף אבישר).

טו. גורם ההטעיה

נקודה נוספת שקיימת גם ביסוד ההלכתי של מרחיקין מצודות הדג, כאשר קיימת סכנה שאדם סביר מציבור הלקוחות יוטעה ע"י הדמיון שבין מוצרי הנתבע והנתבע. ע"פ החוק - על התובע להוכיח כי ציבור הלקוחות נוהג לזהות בינו לבין האופן בו הוא מזהה את סחורתו, לאחר שעיגן בתודעת הציבור את תיאורו ושמו, ואחר בא להנות ולקטוף מפירות המוניטין שצבר בעמל ויגיעה ע"י התובע (פ"מ תשמ"ו (ג) עמ' 89עמינח נגד טרנסוורלד מטרס קומפני).

מקרה הדומה במהותו לשאלה ה שבתחילת דברינו, נידון בביהמ"ש (תיק מס' 1378/85 בורגראנץ נגד בורגרץ). השאלה שנבחנה ע"י ביהמ"ש היתה אם הדמיון בשמות עלול להביא לידי הטעיה, וממילא גם בשם ובמוניטין של התובעת ולגרום למסחר בלתי הוגן. וכבר כתבתי לעיל בסי' ט שע"פ ההלכה זהו המבחן אם יש למנוע מכח הדין של מרחיקין מצודות הדג. בנידון זה נראה שניתן לטעות בין השמות, וכך גם נפסק בביהמ"ש.

דוגמא נוספת להטעיה נמצא בתיק ביהמ"ש (3572/91עזרא לוי נגד לכיש מושב עובדים להתישבות חקלאית שיתופית). מדובר בחבר מושב לכיש - בו מגדלים ענבים, כאשר המושב משווק את סחורתו במסגרת אגודה שיש לה מוניטין על השם "ענבי מושב לכיש", בעוד התובע פרש מהאגודה ורוצה לשווק את סחורתו תחת השם "ענבי מושב לכיש" או "ענבי לכיש". ביהמ"ש קבע כי המוניטין שייך לאלה המשווקים את ענביהם במסגרת האגודה, ואין המוניטין שייך לכל מי שמתגורר במושב. אם נשתמש בהגדרות ההלכתיות - הרי שהאגודה היא זו שגרמה בזכות מאמציה למוניטין הטוב של ענבי מושב לכיש, ואף שהתובע מתגורר במושב, הרי שבשימוש בשם הוא בא להנות ממעשה אחרים. (מקרה זה דומה לשאלה ב שבתחילת דברינו. בשני המקרים יש לשני זיקה לשם המסחרי).

אמנם כאשר אדם משתמש בשם מסחרי של חברו למטרה אחרת (וכנידון שהובא בתחילת דברינו - שאלה ד), אין כאן גורם של הטעיה, שהרי המוניטין שרכש לעצמו הראשון היה על מוצר אחר מהמוצר אותו חפץ השני ליצר. אמנם ביהמ"ש (פ"מ תשמ"ט (ג) עמ' 108ולהלן - חברת בואינג נגד בואינג נסיעות ותיירות) פסק שיש כאן עשיית עושר ולא במשפט (ע"פ סעי' 1 לחוק הני"ל), כאשר הנתבעת מקבלת יתרון מהמוניטין שצברה לעצמה התובעת.

אמנם כדי שתתקיים העולה בשימוש בשם המסחרי ובמוניטין, על התובע להוכיח שאכן רכש לו כבר מוניטין, וכי ציבור הקונים חפץ דוקא במוצר שלו. כך פסק ביהמ"ש (פ"מ תשמ"ח (א) עמ' 99).השאלה אם ע"פ ההלכה של מרחיקין מצודות הדג

מן הדג וע"פ הסבר התוס', צריך שהמוניטין יהיה קיים בשעת החיקוי. לאמור - האם כאשר פרש מצודה של דגים והדגים עדיין לא התאספו, האם בכגון זה יכול השני לטעון הרי לא התאספו בגרמתך, או שסו"ס אם לא היה מגיע היו מתאספים. ונראה דע"פ מש"כ בבאור דעת התוס', הרי שענין מרחיקין מצודות הדג יש בו שני ענינים, יורד לאומנותו של חברו וכן שנהנה ממעשה חברו. כאשר הדגים עדיין לא התאספו, אף שיוורד לאומנותו של חברו, אין כאן נהנה ממעשה חברו, וע"כ אינו יכול להרחיק. כמו-כן אין לדון בכגון זה מדין אונאת דברים, שהרי ברגע שאין מוניטין של מוצר שהציבור חפץ בו, אין מקום לאונאת הציבור. ומה שמשמש בשם מסחרי שבעטיו שילם לפרסומאי, יתכן ויש כאן מקום לתביעה מסוג אחר של נהנה ממעשה חברו (התשלום לפרסומאי), אך זו כבר תביעה מסוג אחר שאינה מונעת מהשני להשתמש בשם המסחרי, אא"כ יש כאן דין "חסר".

בפ"ד הנ"ל נטען ע"י ביהמ"ש שדי במאמצים שעשו הנתבעים כדי לחקות מוצר של התובעים, כדי להוכיח שהענין בר מוניטין. כך גם נפסק בתיק אזרחי 1620/91 (אשר קרדי נגד מאוזנר אקסלוסיב) בענין חיקוי פריטי לבוש, שניתן לקבוע את המוניטין ע"י עצם החיקוי. וכך גם לגבי שם מסחרי. עצם העובדה שאדם בוחר לו שם מסוים, מוכיח שלשם זה יש מוניטין. אמנם בנידון הפס"ד של ביה"ד הרבני (שפורסם בשורת הדין ב, הנ"ל) נראה ששם המסעדה בישראל לא הוכיח על מוניטין של מסעדה הקיימת בניו-יורק, וכפי שכת' לעיל.

גורם ההטעיה מהוה משקל גם בתביעה מכח סעי' 34 לפקודת סימני מסחר. השאלה המכרעת היא אם בפועל מטעה השם של השני או עלול להטעות את הציבור הנזקק לו, מפאת הדמיון לסימן של הראשון (פ"ד כ"ג () 2עמ', 43ביסקויט כפר-סבא נגד פרומין ובניו, וראה עוד: פ"ד מה () 4עמ', 32אורלי ש. נגד חברת דנדי תעשיות מזון בע"מ). וכך גם לענין שימוש בכינוי ספרותי, כאשר אדם בשם בנימין גפנר הוציא לאור אלבום על מלחמת ששת הימים תחת השם ג. בנימין. באותה תקופה היה עיתונאי בעל טור קבוע בעיתון בשם בנימין גלאי, שכינויו הספרותי ג. בנימין. ביהמ"ש קבע שעלול הציבור לחשוב שאותו עיתונאי הוא זה שהוציא את האלבום, וקיימת סכנה של הטעיה בזהות העורך. אמנם לענ"ד בנידון כזה ע"פ ההלכה אין מקום לאסור. זה הרי שמו, וזכותו ליצור את הקיצור. ומדין מצודות הדג אין מקום לאסור, שהרי העיתונאי לא הוציא אלבום. ומדין אונאת דברים ג"כ אין מקום לאסור, שהרי זה שמו, וכך מקובל לקצר ולכנות ע"י שימוש בשם הפרטי והאות הראשונה של שם המשפחה. אין באופן השימוש משום כוונה להונות, וע"כ אין נראה ע"פ ההלכה לאסור בכגון זה.

מענין לציין שהנלמד מדברי התוס' בקידושין לאסור קצירת פירות מסחריים שניטעו ע"י אחר, בניגוד למצב של יורד לאומנותו של חברו ללא קצירת פירות כנ"ל, מוצאת את ביטויה גם בפס"ד של בתי המשפט, מבלי להזכיר שענין זה נזכר בדיני ישראל. עיין בפ"מ תשמ"ח (א) עמ' 199 ולהלן (ד.י.ג. ביח"ר למצרכי חשמל נגד ויסברוד ובניו). היתה שם התלבטות מהסכנה שמא תפגע התחרות ההוגנת החופשית, רק מפני שפלוגי הקדים לייצר מוצר פלוני ולתפוס את השוק, האם משום כך יהפוך השוק לקנינו, ולזולתו לא תנתן הזכות ליצר ולהתחרות? אבן הבוחן הינה ההגינות של התחרות. כל עוד התמונה היא של מניעת תחרות, כלומר מניעת כניסתו של יצרן לתחרות על ליבו וכיסו של הצרכן, אין לתת יד, וחסות למשתלט ובעל "חזקה". אך ככל שיצרן עמל, חרש, זרע והצמיח יבול של צרכנים ושוק, אינו דין ואינו בגדר הגינות שיורשה אחר לקצור פרי עמלו.

והן הן הדברים שכתבנו. אך יש מקום לשיקול דעת עד היכן מגעת זכותו של

מיצר השוק. אם כדוגמא - יבואן ייבא מכונות כביסה מגרמניה. ובמשך שנים הציבור יחפוץ דוקא במכונה גרמנית. יבוא יבואן אחר וייבא גם הוא מכונות כביסה מביח"ר אחר בגרמניה. האם נאמר שלראשון זכות למנוע מהשני, מאחר וזרע והצמיח יבול של צרכני מכונות כביסה תוצרת גרמניה. לענ"ד מבחינת ההלכה של מרחיקין מצודת הדג, המקרה הזה אינו בכלל, ואין למנוע מאחר ליבא כנ"ל. הרי היבואן השני לא משתמש כלל בפתיון שהניח הראשון. הוא אינו משתמש בשם המסחרי של הראשון, ועל הרעיון של יבוא מכונות כביסה מגרמניה, אין כמוהו להחיל את הדין של "יצירה". נכון שהראשון הרגיל את הצרכנים לקנות מכונות כביסה מתוצרת מסוימת, אך על הצרכנים אין לאיש בעלות, ואין לראשון זכות יוצרים על יבוא מכונות כביסה מגרמניה. שאם לא תאמר, א"כ בכל יורד לאומנותו של חבירו יוכל הראשון ללמנוע את השני מכח הטענה שהציבור התרגל לבוא למקום בגלל חנותו. בכגון אלו מדובר בטענה נטו של יורד לאומנותו של חבירו, משא"כ כאשר משתמש בשם המסחרי של הראשון. (ואם מיבא מכונות כביסה מאותה חברה, דמי לכאורה לנידון המהרש"ם בח"ב סי' רב הנ"ל. ואפשר לחלק בין אופי הזכיון בזמנו לזכיון היבוא בזמנו, כשבדרך כלל בחוזה בין היבואן ליצרן קיימת אפשרות שהיצרן יעביר את הזכיון לאחר בתנאים מסוימים, וצ"ע וברור למעשה.)

לסיכום: יש לאסור שימוש בשם מסחרי של אחד ע"י גורם אחר, כאשר נראה שהשני יבוא לקצור את פירות עמלו ומוניטין מסחרו של הראשון. ע"פ ההלכה, הראשון אינו בעל זכות קניינית על שם מסחרי, אך הוא בעל זכות למנוע מאחר את השימוש במוניטין של עיסקו. כמו-כן חל על השני איסור להונות את הציבור ולהטעותו, באופן שהציבור יזהה את עיסקו של השני עם הראשון. [לסיכום מפורט על השאלות הנידונות, עיין סעי' ט, סעי' יב, וסעי' יג.]

מסקנות

א. הנידון בשימוש בשם מסחרי של אחר אינו מכח זכויות יוצרים אלא מכח זכויות אחרות, מאחר ובשם מסחרי אין משום יצירה.

ב. ביצירה צריך להיות מן החידוש כדי שיהיה בזה זכויות יוצרים.

ג. מי שסידר את הגמרא עם רש"י ותוס', ובתחתית הגליון פרסם חידושי תורה שחיבר, ורוצה בעל הדפוס להשתמש בסדר שסידר עבור הנ"ל כדי להדפיס את הגמרא עם פרוש רש"י ותוס' (ללא חדו"ת של המחבר), יש לדון לאסור מדין נהנה ממעשה חבירו.

ד. יש לבחון את טענת בעל הדפוס כי הוזיל ממחיר הסדר כדי שיוכל להשתמש בו לצורך הדפסת הגמרא.

ה. הקובע בזה הוא אופן התשלום, כדי לקבוע אם הפועלים הינם שכירים של הלקוח או של בעל הדפוס הקבלן.

ו. עצם סידור ועימוד של דבר קיים אין בזה משום יצירה, אך יש כאן נהנה ממעשה חבירו. ונפק"מ אם יסדר מחדש ע"פ סדר שסידר הראשון, שאין כאן כל תביעה, והתביעה קיימת רק אם משתמש בסדר עצמו (ב"פלטות") של הראשון.

ז. בהידור ספר, כאשר מתקן טעויות וכותב הערות וכו', יש בזה משום יצירה. וכן

הדין באיסוף וקיבוץ חומר קיים.

ח. המוציא הוצאות לתיקון דבר מסוים, וכתוצאה מכך נהנה גם חברו, אם לא הוצרך להרבות בהוצאות עבור חברו, אין חברו חייב לשלם, אא"כ ירד גם על-דעת חברו.

ט. כאשר למדפיס הספר נגרם נזק, שיקנו פחות אנשים את הגמרא שהדפיס עם חדו"ת שחיבר, יכול למנוע מבעל הדפוס את השימוש בסדר שסודר עבורו מדין זה נהנה וזה חסר.

י. לשיטת הנודע ביהודה, אף שאין כאן קנין על הסדר, מ"מ כאשר הסדר מתיחס אל פלוני וחשיב כמעשהו, אסור לאחר להנות ממעשה חברו.

יא. אם בעל הדפוס יסתור את הסדר ויסדרו מחדש, הואיל ואין כאן יצירה ואינו נהנה ממעשה חברו, יכול אף לכתחילה לעשות כן.

יב. מי שמיצר מים מתוקים ומריחים, ובא אחר ויצר מוצר זהה, מהדברי מלכיאל נראה שאין לראשון טענה מכח זכויות יוצרים.

יג. כאשר היצרן הראשון הוציא הוצאות כדי לקבל רשיון על המוצר, ובא אחר ומדפיס את הרשיון של הראשון על המוצר שלו, אף על הצד שאין הראשון יכול למנוע ממנו לעשות כן, מ"מ צריך השני לשלם את חלקו היחסי בהוצאות השגת הרשיון.

יד. כאשר עלול להגרם נזק לראשון, יש למנוע מאחרים להשתמש ברשיון של הראשון.

טו. עשה פעולה להשיג דבר מסוים, וכתוצאה מאותה פעולה יש לראות את הדבר "כניצוד בידו", יכול למנוע מאחר להשיג את הדבר הניצוד, והוא דין "מרחיקין מצודות הדג מן הדג".

טז. בדין מרחיקין מצודות הדג מן הדג התחדש שכאשר מציאות אסיפת הדגים באה עקב מעשה הראשון, אין אחר יכול להנות מפירות מעשהו ועליו להרחיק מצודתו.

יז. כאשר עושה השתדלות להביא אליו לקוחות, יש לאסור לאחר להשתמש בהשתדלות הראשון.

יח. ע"כ גם בשם מסחרי, כאשר עושה פעולות רבות להביא אליו לקוחות, והלקוחות מזהים אותו ע"פ אותו שם מסחרי, אסור לאחר להשתמש בשם המסחרי המזוהה עם הראשון.

יט. אם קרא לעסקו בשם מסוים ואח"כ סגר העסק, ובא אחר וקרא לעסקו בשם שקרא הראשון, הואיל והשם הטוב מתיחס אל השני, אסור לראשון להשתמש בשם מסחרי זה, אף שהוא היה הראשון שהשתמש בו.

כ. כאשר מדובר בעסקים המוכרים מוצרים שונים, אין מקום לאסור שימוש בשם מסחרי של אחר מדין מרחיקין מצודות הדג מן הדג.

כא. יש לאסור שימוש בשם אדם מפורסם כשם מסחרי, אם הדבר גורם לו נזק, או אם

מנהג הסוחרים שהדבר שוה כסף.

כב. לדעת קצוה"ח דין מרחיקין מצודות הדג מן הדג אינו מפני שנהנה ממעשה הראשון וכשיטת התוס', אלא מפני שבמצודה הוי גזל גמור.

כג. נחלקו הראשונים בפרוש הדין של מרחיקין מצודות הדג מן הדג, ונפק"מ גם לנדו"ד.

כד. הרי"ף והרמב"ם והשו"ע לא הביאו להלכה דין מרחיקין מצודות הדג מן הדג, אך יש שלמדו מדברי התוס' לאסור להנות ממעשה חבירו בדין הדומה לזה.

כה. בשימוש בשם מסחרי יש לאסור גם מדין אונאת דברים, שמטעה בכך את ציבור הקונים.

כו. כמו-כן יש לאסור מאחר ומנהג הסוחרים שמוניטין שוה כסף ודבר הניתן למכירה.

כז. כמו-כן יש לאסור מדינא דמלכותא, מאחר וע"פ החוק הדבר אסור.