

أثر العادات التجارية في مشروعية حق المنافسة

-دراسة مقارنة- (*)

د. مهند إبراهيم علي

مدرس القانون التجاري

كلية الحقوق/ جامعة الموصل

المستخلص

تتأثر المنافسة التجارية إلى حد كبير بالأعراف والعادات التجارية، التي تحدد المعايير والأصول التي ينبغي مراعاتها من قبل المتنافسين عند ممارستهم للعمل التجاري، إذ يصعب على المشرع أن يواكب التطورات والتغيرات السريعة فيما يستجد من أعمال تجارية أو وسائل ممارسة الأعمال التجارية المتعارف عليها، فالتطورات الاقتصادية والتكنولوجية تنعكس بشكل مباشر على البيئة التجارية، فتنشأ تبعاً لذلك قواعد ومعايير عملية يتوافق عليها التجار، ويتدخل المشرع في مرحلة لاحقة لتنظيم هذه المستجدات والمتغيرات.

Abstract

Affected commercial competition to a large extent the norms and customs of Commerce, which sets standards and assets that should be observed by competitors when exercising for business, it is difficult to legislator to keep pace with developments and rapid changes in emerging business or means of doing business accepted, developments economic and technological reflected directly on the business environment, arise depending on the rules and standards process agreed upon by traders, and interfere with the

(*) أستلم البحث في ٢٣/٤/٢٠١٢ *** قبل للنشر في ٤/١٠/٢٠١٢ .

legislature at a later stage to organize these developments and changes

القدمة

يعد الحق في المنافسة من أهم الأسس التي تقوم عليها التشريعات التجارية الحديثة، التي تكفل تحقق فلسفة الدولة في الانفتاح على القطاع الخاص والاستثمار، فمن شأن المنافسة أن تحفز الاقتصاد الوطني وتعمل على تحسين جودة السلع والخدمات التي يقدمها التجار، و أنها تعمل على تخفيض الأسعار لغرض جذب العملاء من قبل المتنافسين، فلا شك إذن في أهمية المنافسة بالنسبة للتجار والمستهلكين، فضلاً عن أهميتها بالنسبة للاقتصاد الوطني، لذا أولت التشريعات المعاصرة عناية خاصة في تنظيم الحق في المنافسة المشروعة، فقررت هذه التشريعات القواعد التي ينبغي على التجار مراعاتها في أعمال المنافسة، على نحو لا تنحرف فيه هذه المنافسة عن غايتها، فتكون منافسة غير مشروعة تلحق ابلغ الضرر بالتجار المتنافسين والمستهلكين والاقتصاد الوطني على حد سواء.

وتتأثر المنافسة التجارية إلى حد كبير بالأعراف والعادات التجارية، التي تحدد المعايير والأصول التي ينبغي مراعاتها من المتنافسين عند ممارستهم للعمل التجاري، إذ يصعب على المشرع أن يواكب التطورات والتغيرات السريعة فيما يستجد من أعمال تجارية أو وسائل ممارسة الأعمال التجارية المتعارف عليها، وتنعكس التطورات الاقتصادية والتكنولوجية بشكل مباشر على البيئة التجارية، فتنشأ تبعاً لذلك قواعد ومعايير عملية يتوافق عليها التجار، ويتدخل المشرع في مرحلة لاحقة لتنظيم هذه المستجدات والمتغيرات.

لذا، ارتأينا أن نبحث في أثر العادات التجارية في مشروعية الحق في المنافسة، لنبين أثر هذا الحق في الطبيعة القانونية لدعوى المنافسة غير المشروعة وشروط هذه الدعوى وآثارها، خاصة وإن فقهاء و شراح القانون التجاري عادة ما يسلطون الضوء على الأعراف التجارية ولا يولون العناية بالعادات التجارية وفيما إذا كان لها اثر في مشروعية المنافسة.

منهجية البحث

انتهجنا في هذا البحث أسلوب الدراسة المقارنة، عبر بيان موقف التشريعات المقارنة من الحق في المنافسة، فضلاً عن بيان موقف بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الشأن، واعتمدنا في هذا البحث على أسلوب الدراسة التأصيلية والتحليلية عبر عرض الأساس التاريخي لبعض النصوص وتحليلها للتوصل إلى علة هذه النصوص واحكامها بشكل دقيق.

نطاق البحث

ينصب البحث على دراسة أثر العادات التجارية على الحق في المنافسة المشروعة من حيث تأثير هذه العادات على الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة.

لذا لن نتطرق في هذا البحث إلى ما يتفرع عن الالتزام بالامتناع عن المنافسة غير المشروعة من مواضيع قد تحتاج إلى دراسات مستقلة ومفصلة كالجرائم الجنائية المترتبة على المنافسة غير المشروعة، وما يترتب على الإخلال بالمنافسة الحرة من خلق احتكارات وغيرها.

وفضلاً عن ذلك، فإن للمنافسة مفهوم اقتصادي يختص الباحثون في المجالات الاقتصادية ببحثها ومن ثم لن يكون الجانب الاقتصادي للمنافسة ضمن دراستنا لهذا الموضوع إذ تقتصر دراستنا على الجانب القانوني فحسب.

خطة البحث

يستلزم البحث في أثر العادات التجارية في مشروعية حق المنافسة، تقسيم البحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول، الأصل التاريخي للمنافسة غير المشروعة وأثره في القوانين المعاصرة، أما في المطلب الثاني فنفصل فيه نظرية المسؤولية التقصيرية بوصفه أساس دعوى المنافسة غير المشروعة، لبيان موقف الفقه من شروط هذه الدعوى ومدى ملائمتها لطبيعة حق المنافسة والغايات التي توخاها المشرع في إقرار هذا الحق، لإن أثر العادات التجارية في حق المنافسة يتمثل في أثر هذه العادات على الدعوى التي تحمي هذا الحق أي الحق في المنافسة، أما المطلب الثالث، فيخص للبحث في الاتجاهات الفقهية المعارضة لفكرة المسؤولية التقصيرية، وبيان رأينا في الموضوع لإبراز أثر العادات التجارية في دعوى المنافسة غير المشروعة.

المطلب الأول

الأصل التاريخي للامتناع عن المنافسة غير المشروعة وأثره في

القوانين المعاصرة

إن الأصل في ممارسة الأعمال التجارية هو حرية التجارة، فلكل شخص حرية ممارسة العمل التجاري متى ما توفرت الشروط التي يستلزمها القانون لممارسة هذا العمل، ويعني ذلك حرية المنافسة بين التجار، ولا جدال في الوقت الحاضر على أهمية المنافسة بالنسبة للتجار والمستهلكين والاقتصاد الوطني، إذ تعمل المنافسة على زيادة جودة السلع والخدمات وخفض أسعارها لاجتذاب العملاء مما يعود بالنفع على المستهلكين وبالأرباح على التاجر، الذي ينجح في اجتذاب العملاء إلى البضاعة أو الخدمة التي يقدمها، وهذا يستتبع أيضاً رواج التجارة وازدهارها، ومن ثم المصلحة العامة للاقتصاد الوطني^(١).

فلا ضير في أن يتنافس التجار والمنتجون لسلعة معينة في تقديم خدمة أفضل للعملاء، وتوفير الشروط الملائمة لهم وإدخال التحسينات على السلع التي ينتجونها أو يبيعونها، إذ تهدف المنافسة إلى اجتذاب أكبر عدد ممكن من العملاء، وهؤلاء غير ملزمين بالتعامل مع تاجر معين من دون آخر، إذ يكون العميل حراً في ترك التعامل مع هذا التاجر والتعامل مع تاجر آخر على وفق ما يحقق مصالحه ويرضي رغبته في إشباع حاجته للسلع أو الخدمات التي يقدمها التاجر، والمنافسة بهذا الوصف، لا يمكن أن تكون عملاً غير مشروع وأن أدت إلى أن يكتسب أحد التجار عملاء تاجر آخر، ولا يمكن لهذا الأخير أن يتأذى بسبب هذا العمل، ففي ذلك يتنافس المتنافسون^(٢).

وتؤدي المنافسة دورها بالكامل في دول الاقتصاد الحر، إذ تقوم فلسفة الدول السياسية والاقتصادية في هذه الدول على فكرة المنافسة، في حين ينحصر دور المنافسة في دول الاقتصاد المخطط الذي تؤدي فيه الدول دوراً مهماً في

(١) د. حسني المصري، القانون التجاري، دار وهدان للطباعة والنشر، ط ١، ١٩٨٦، ص ٢٨٧.

(٢) علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، بدون تاريخ نشر، ص ١٣٠.

الحياة الاقتصادية وتترك هامشاً محدوداً للقطاع الخاص وتعتمد إلى رسم السياسات الاقتصادية وتسعى إلى تحقيقها بشكل مباشر^(١). وعلى الرغم مما تتقدم، فإن أهمية المنافسة في ميدان العمل التجاري، لا تعني إن " حق المنافسة " هو حق مطلق، إذ ينبغي على التجار عدم ممارسة هذا الحق بطريقة تحرفه عن الغاية التي قرر من أجلها واعترف به المشرع لتحقيقها، إذ ينبغي أن تكون المنافسة مشروعة بأن تتم بوسائل مشروعة^(٢)، لا تتعارض مع معطيات العمل التجاري سواء كانت هذه المعطيات مقررة قانوناً أو عرفاً أو اتفاقاً.

ويعاد يجمع الفقه^(٣) على أن حرية المنافسة هي " حق " يقره المشرع لكل العاملين في التجارة، فإن التشريعات المقارنة تقر بهذا الحق^(٤)، غير إنها لا تحدد الأبعاد الموضوعية لهذا الحق " حق المنافسة " فهي تقره بوصفه أصلاً عاماً، إذ أن الأصل في المنافسة أنها مشروعة، وهي غير مشروعة إذا خالفت هذا الأصل، أي إذا ما انحرفت - استثناء - عن الغاية التي توخاها المشرع من وراء إقرار الحق في المنافسة.

(١) لمزيد من التفاصيل عن دور المنافسة في النظام الاشتراكي: د. طالب حسن موسى، مبادئ القانون التجاري، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٥-١٩٧٦، ص ١٨٦.

(٢) يلحظ أن معيار " وسيلة المنافسة " هو الذي يميز ما بين المنافسة غير المشروعة والمنافسة الممنوعة، فالمنافسة تكون غير مشروعة إذا ما كانت وسيلتها غير مشروعة، أما المنافسة الممنوعة، فهي ممنوعة لذاتها ودون النظر إلى وسيلتها، كمن يمارس عمل الصيدلة دون الحصول على المؤهل العلمي المطلوب، فالمنافسة ممنوعة دون النظر إلى الوسيلة. أنظر: د. حسني المصري، المرجع السابق، ٢٨٥.

(٣) يظر على سبيل المثال: د. مصطفى كمال طه ود. علي البارودي ود. مراد منير فهيم، أساسيات القانون التجاري والبحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٣، ص ١١٠، وكذلك: د. طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص ١٨٦.

(٤) ينظر مثلاً: نص المادة (٢) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠. كذلك المادة (٦٦) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

لذا يثار التساؤل عن الحالة التي تكون فيها المنافسة مشروعية والحالة التي تكون فيها غير مشروعية؟

وقد تبدو الإجابة على هذا التساؤل يسيرة، بالقول إن المنافسة تكون مشروعية متى ما كانت متفقة مع نصوص القانون وتكون غير مشروعية متى ما خرقت النصوص القانونية المنظمة لها، غير إن هذا التصور لا يستقيم مع طبيعة " حق المنافسة " إذ لا يمكن للمشرع أن يحرص على وجه التحديد الحالات التي تكون فيها المنافسة مشروعية، حتى يمكن القول أنه متى ما اتفقت المنافسة مع إحدى هذه الحالات تكون مشروعية، وبخلافه تكون غير مشروعية، فطبيعة حق المنافسة في العمل التجاري من حيث تنوع أساليبها وتطورها تبعاً للتقدم التكنولوجي في المجال الاقتصادي واختلافها باختلاف الزمان والمكان، ويستتبع ذلك كله تعذر حصر حالات المنافسة المشروعة على وجه التحديد، مما يستتبع ضرورة ترك تحديد حالات المنافسة غير المشروعة " للأعراف والعادات التجارية " ولعل ما يشير إليه تاريخ القانون المقارن في إن دعوى المنافسة غير المشروعة وجدت أساسها في الأمانة والأخلاق يؤكد ذلك، فقد قرر القانون الألماني الصادر في ٧ حزيران ١٩١٩ " إن كل من أتى في تجارته بقصد المنافسة فعلاً مخالفة للأمانة توقف أعماله ويتعرض للتعويض " وكان الفقه السويسري يؤسس فكرة المنافسة غير المشروعة على أساس منافاتها للأخلاق، وكان القضاء الفرنسي يقيم المنافسة غير المشروعة أول الأمر على فكرة حسن النية والأمانة فقد جاء في قرار لمحكمة فرساي صادر في ٢٣ نيسان ١٨٥٢ إنه " إذا كانت الحرية التجارية تدرج تحت مبدأ مقدس إلا أنه يجب تجنب الأضرار وهذه الحرية لا تلائم استخدام وسائل غير معترف بها ولا تشكل جزءاً من العادات وأن على التجار أن يسترشدوا بحسن النية والأمانة"^(١).

ويبدو إن هذا الأصل التاريخي لقيام المنافسة غير المشروعة على أساس أخلاقي، لازال واضحاً في التشريعات المعاصرة، فتنص المادة (٢) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني صراحة على ذلك إذ جاء فيها " يعد عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة كل منافسة تتعارض مع الممارسات الشريفة في الشؤون الصناعية، أو التجارية... " فالمشرع الأردني يستعمل تعبير " الممارسات الشريفة " للدلالة على هذا الأساس الأخلاقي للمنافسة غير المشروعة، ويلحظ هذا الأساس في صياغة نص المادة (٦٦) من قانون

(١) ينظر: د. محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، دار عمار للطباعة والنشر،

عمان، الأردن، ١٩٨٥، ص ٢١٠.

التجارة المصري إذ جاء فيها " يعد منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية ... " (١).

ولا يتوقف الأمر عند حدود التشريعات الوطنية فحسب، بل إن الاتفاقات الدولية المتعلقة بالعمل التجاري متأثرة أيضاً بهذا الأساس الأخلاقي لفكرة المنافسة غير المشروعة فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٠) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لعام ١٨٨٣ أنه "يعد من أعمال المنافسة غير المشروعة كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية".

غير إن استخدام التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الدولية لمثل هذه التعابير، العادات الشريفة أو العادات والأصول المرعية، يثير التساؤل عن المقصود بهذه التعابير لاسيما وإن كثير من الفقهاء يستعلمون هذه التعابير في تعريفهم للمنافسة غير المشروعة، إذ عرفت المنافسة غير المشروعة بأنها " استخدام التاجر لطرائق منافية للقوانين أو العادات أو الشرف" (٢)، وعرفت أيضاً بأنها " استخدام التاجر للأساليب المخالفة للقوانين أو العادات التجارية أو المنافسة للأمانة والصدق عند التعامل في ميدان التجارة" (٣).

هنالك فرق بين العرف والعادة وفقاً للمفهوم القانوني المتعارف عليه في التشريعات المقارنة فالعرف في نظر فقهاء القانون الوضعي هو " اعتياد الناس

(١) يستعمل المشرع المغربي تعبير " أعراف الشرف " أنظر المادة (١٨٤) من الظهير الصادر عام ٢٠٠٠، وتستعمل المادة (٣٣) من القانون النموذجي للدول العربية بشأن العلامات والأسماء التجارية والمنافسة غير المشروعة تعبير العادات الشريفة " للدلالة على هذا الأساس الأخلاقي للمنافسة غير المشروعة، ويلحظ أن المشرع العراقي لم ينظم الالتزام بالامتناع عن المنافسة غير المشروعة لا في قانون التجارة النافذ، ولا في القوانين الخاصة، وعلى الرغم إصدار قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم (١٤) لسنة ٢٠١٠، إذ هذا القانون يخلو من أية إشارة للالتزام بالامتناع عن المنافسة غير المشروعة.

(٢) د. مصطفى كمال طه وآخرون، المرجع السابق، ص ١١١.

(٣) د. نوري طالباني وآخرون، القانون التجاري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٩، ص ٣٢٢.

على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة وواجبة الاحترام قانوناً، وإن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي" ^(١)، وتتمثل العرف المعروفة بالركن المادي وهو العادة والتي يجب أن تكون عامة وقديمة وثابتة وغير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، فضلاً عن الركن المعنوي والمتمثل بالاعتماد بلزوم العادة فالعادة ما هي إلا الركن المادي للعرف، وهي تفتقد إلى العنصر المعنوي، أي الشعور بالإلزام في إتباعها. لذا نتساءل هل المقصود، بتعابير " العادات الشريفة أو الأحوال المرعية الخ " الواردة في النصوص المذكورة وتعريف الفقهاء للمنافسة غير المشروعة هو المعنى الدقيق للعادة أم إن المقصود هو العرف بمفهومه القانوني المشار إليه؟ للإجابة على هذا السؤال، نقول صحيح إن العرف على وفق مفهومه القانوني المتقدم يعد مصدراً من مصادر القانون كما أشار إلى ذلك القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ في المادة (١ فقرة ب) وذلك طبعاً إذا ما توفر فيه العنصرين المادي والمعنوي، ومفهوم المخالفة، يقتضي منا القول إن العادة لا تعد من مصادر القانون طالما لم ترقى إلى مستوى العرف لعدم توفر عناصر العرف فيها ^(٢).

وعلى الرغم من إقرارنا بصحة الفكرة التي أشرنا إليها، فإننا نعتقد بأن المشرع في موضوع المنافسة غير المشروعة، قد تعمد إسباغ نوع من المرونة على المفهوم القانوني للعرف على نحو يتسع هذا المفهوم ليشمل العادات أو الأصول المرعية في ميدان التعامل التجاري، على الرغم من عدم توفر بعض شروط العرف في هذه العادات أو الأصول. وسندنا فيما نذهب إليه من اعتداد المشرع بالعادات التجارية في ميدان المنافسة غير المشروعة يتمثل بما يأتي:

(١) د. سمير عالية، العرف في الفقه الإسلامي، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد (٣) لسنة ١٩٨٦، ص ١٨.

(٢) لا يقر الفقهاء المسلمون مثل هذا التمييز بين العرف والعادة، فهم لا يقرون بالعنصر المعنوي للعرف، وإن كان هناك اتجاهات عديدة للتمييز بين العرف والعادة في الفقه الإسلامي. لمزيد من التفصيل أنظر: د. حسنين حمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة والقانون، العدد (٣)، تموز ١٩٨٩، ص ٩٩.

١. إن النصوص القانونية التي سبقت الإشارة إليها، واضحة في دلالتها الصريحة إذ أنها تستخدم ألفاظ " العادات " أو " الأصول " الشريفة وغير ذلك.

ولا نعتقد إن ما ورد في هذه النصوص هو من قبيل الخطأ في الصياغة، لاسيما وإن هذه التشريعات حديثة نسبياً، وإن مفهوم العرف وتميزه عن العادة واضح لدى المشرعين بشكل دقيق، لذا ينبغي أن تفسر هذه النصوص على أساس ما ورد فيها من عبارات صريحة، لا على أساس دلالتها، إذ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح.

٢. لا يخلو إضفاء المرونة على مفهوم العرف والاعتداد بالعادة فيما يتعلق بالمنافسة غير المشروعة أمر من الفائدة، لإن العادات السائدة في البيئة التجارية متطورة ومتغيرة تبعاً للتغيرات الاقتصادية والتكنولوجية، كظهور الوسائل الحديثة للاتصالات والتعاقد كالانترنت مثلاً ، والقول بالأخذ بالعرف من دون العادة في هذا المجال، قد يستتبع قصور العرف عن الاشتغال على هذه العادات والأصول، إذ يشترط للعادة كي تكون عرفاً أن تكون قديمة، وهذا ما قد لا يتوفر في العادات التجارية السريعة التطور.

٣. يدعم ما نذهب إليه أيضاً، الأصل التاريخي لفكرة المنافسة غير المشروعة الذي يقوم على أساس أخلاقي من الأمانة والنزاهة في ميدان التعامل التجاري وقد سبق أن بينا ذلك.

وعلى أية حال، نجد من المناسب أن نذكر في هذا المجال أيضاً، إن دور العرف التجاري فيما يتعلق بتحديد معيار المنافسة المشروعة لا يقف عند حد كونه مصدراً من مصادر القانون، إذ إن للعرف دوراً في تفسير العقود التجارية، وتقرير الالتزامات التي قد لا تذكر صراحة في هذه العقود ومنها الالتزام بالامتناع عن المنافسة غير المشروعة، فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً " والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم^(١).

وثمة فرق بين الحالتين، ففي الحالة التي يعد فيها العرف مصدراً من مصادر القانون، يكون القاضي ملزماً بأخذ هذا العرف، أما في الحالة الثانية التي تتعلق بدور العرف في تفسير العقود التجارية، فإنه يكون خاضعاً لسلطة القاضي التقديرية في تفسير العرف وفهمه، وهو في هذا غير خاضع لرقابة محكمة التمييز خلافاً للحالة الأولى.

(١) ينظر نص المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي.

لذا يكون مجاناً للصواب القول بأن دور العرف في دعوى المنافسة غير المشروعة، قاصراً على حالة كونه مصدراً من مصادر القانون. فالمنافسة غير المشروعة عرفاً، تكون أيضاً في حالة المنافسة غير المشروعة اتفاقاً، فللعرف دور مهم في تفسير العقود التجارية كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

المطلب الثاني

نظرية المسؤولية التقصيرية

على الرغم الجدل الذي تثيره دعوى المنافسة غير المشروعة من حيث أساسها القانوني، فإن الرأي الغالب في الفقه يميل، إلى أن هذه الدعوى تستند إلى فكرة المسؤولية التقصيرية، وأنه ينبغي أن تتوفر فيها أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية^(١).

ويؤسس القضاء المصري دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس المسؤولية التقصيرية التي نصت عليها المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري إذ جاء فيها " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه " الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة لا تخرج عن أن تكون دعوى مسؤولية عادية أساسها الفعل الضار فيحق لكل من أصابه ضرر من فعل المنافسة غير المشروعة أن يرفع الدعوى بطلب تعويض ما أصابه من جرائها على كل من شارك في إحداث هذا الضرر متى توفرت شروط تلك الدعوى وهي الخطأ والضرر ورابطة السببية بين الخطأ والضرر"^(٢).

ولما كانت دعوى المنافسة غير المشروعة تستند – على وفق هذا الرأي – إلى ذات الأساس الذي تقوم عليه دعوى المسؤولية التقصيرية، فإن شروط

(١) د. عصمت عبدالمجيد بكر، د. صبري حمد خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١، ص ١٩٣؛ د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٥٧٩؛ د. طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية الصادر في ١٤/٦/١٩٥٦ أشار إليه: عز الدين الدناصوري، د. عبدالحاميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ١٩٨٨، ص ١٢٠٦.

الدعويين تكون واحدة، وعلى ذلك يجب أن يقوم الشخص بعمل من أعمال المنافسة غير المشروعة وأن يترتب على هذا العمل ضرر للغير، وأن توجد علاقة سببية بين الضرر والعمل غير المشروع، على وفق التفصيل الآتي:

الشرط الأول: قيام حالة المنافسة غير المشروعة

يتضمن هذا الشرط قيام حالة المنافسة أولاً، ومن ثم يجب أن تكون هذه المنافسة غير مشروعة.

١. قيام حالة المنافسة

التنافس هو التزاحم بين تجار أو صناعات متماثلين في مهنتهم على استقطاب العملاء، ولا يكون العمل من أعمال المنافسة إلا إذا كان لمصلحة نشاط على حساب نشاط آخر، وهو ما يستوجب وجود النشاطين وقت قيام العمل، فإذا سعى شخص إلى حرق بعض العملاء عن المحل التجاري الذي اعتادوا التعامل معه دون أن يكون له نشاط يمارسه ويريد اجتذاب هؤلاء العملاء إليه فلا توجد منافسة، وإن كان مثل هذا العمل يعد من قبيل الخطأ الذي يوجب مسؤولية فاعله على وفق أحكام المسؤولية التقصيرية، غير إنه إذا كان المقصود بالعمل هو جذب هؤلاء العملاء للتعامل في مشروع مستقبلي فإن ذلك يعد منافسة غير مشروعة^(١). وفضلاً عما تقدم، يشترط لقيام حالة التنافس وجود تماثل في النشاط التجاري لأن المنافسة لا تقوم إلا بين التجار الذين يقدمون للجمهور سلع أو خدمات متماثلة أو على الأقل متشابهة، ذلك إن حالة التشابه قد تؤدي قيام خلط في ذهن الجمهور، وأنها تمكن أحد المتنافسين من التغرير بعملاء المنافس الآخر بغية جذبهم إليه وترك التعامل مع ذلك المنافس، وإمكانية تحقق التغرير مسألة وقائع يختص بتقديرها قاضي الموضوع، فلا توجد المنافسة إذا لم يكن هناك تأثير على الزبائن، كما لو كان أحد المحليين يتجر في سلعة مختلفة عن السلعة التي يتجر فيها المحل الآخر، فالتنافس يقتضي إمكانية تخلي الزبائن عن التعامل مع أحد المحليين من خلال التعامل مع المحل الآخر فقط^(٢).

وبالرغم مما تقدم، يجوز مباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة ضد شخص لا يمارس عملاً تجارياً مماثلاً، متى ما كان للمدعي اسم تجاري أو علامة تجارية مشهورة تجذب الزبائن للتعامل معه، وأدى استخدام المدعي عليه لذات

(١) عز الدين الدناصوري، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ١٢٩١.

(٢) د. محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص ٢١٦-٢١٧.

الاسم أو العلامة في تجارته المختلفة إلى اعتقاد العملاء بتعلق هذه التجارة بالمدعي صاحب الاسم أو العلامة ويعرف هذا النوع من المنافسة بـ " المنافسة المتطفلة" (١).

غير إنه ينبغي إن يلحظة، التماثل في النشاط التجاري بوصفه شرطاً لقيام حالة المنافسة لا يعني التطابق، بل يكفي ألا يكون النشاطان متقاربين إلى الحد الذي يمكن فيه لأحد المتنافسين أن يؤثر في زبائن المنافس الآخر، كالمنافسة بين من ينتج السلعة وبين من يتجر بها، ويشترط لقيام حالة التماثل في النشاط التجاري ومن ثم المنافسة بين النشاطين أن يكون التماثل قائماً في مجموع النشاط التجاري، إذ يكفي لقيام التماثل، أن يكون هناك تماثل جزئي في نوع واحد من النشاطات، وفي الحالة التي يمارس فيها التاجر أكثر من نشاطاً واحداً في محله التجاري، فالتماثل يكون قائماً بالنسبة لهذا التاجر مع التاجر الذي يمارس نوعاً واحداً من الأنشطة التجارية التي يمارسها التاجر الأول، كذلك لا توجد المنافسة إذا لم يهدف النشاط إلى تحقيق ربح كما هي عليه الحال بالنسبة لنشاط الجمعيات التعاونية، التي تهدف من وراء ممارسة نشاطها رعاية مصالح الأعضاء من دون أن يكون هدفها الرئيس هو الربح (٢).

ويذهب رأي في الفقه (٣) إلى القول إن قيام المنافسة تستلزم توفر ذات الصفة القانونية في المتنافسين، فلا وجود للمنافسة بين التاجر وغير التاجر، كما لو قام شخص لا تتوافر فيه الصفة التجارية باستخدام وسيلة غير مألوفة في العرف التجاري لتصريف سلعة كان قد اشتراها، لأن أثر فعله لن يتكرر إلا نادراً ولأن من قام به لا يستهدف توفير إمكانية مستمرة للاتصال بالزبائن.

ويبدو، إن اشتراط توفر الصفة التجارية في المتنافسين كشرط لقيام حالة المنافسة، أمر يتضمن تقييداً لنطاق دعوى المنافسة غير المشروعة، من دون أن يكون هناك سبباً يسوغ هذا التقييد، فالصفة التجارية قد لا تتوافر في بعض الأشخاص لافتقارهم لشرط من الشروط التي يستلزمها القانون لاكتساب الصف التجارية، كالشخص الذي يمارس الأعمال التجارية المنفردة، ككشراء المنقول أو العقار من أجل بيعه ثانية بربح فهذه الأعمال تجارية بنص القانون (٤) حتى لو

(١) د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

(٢) د. علي حسين يونس، المرجع السابق، ص ١٣٨-١٣٩.

(٣) د. محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(٤) ينظر نص المادة (٥) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

وقعت لمرة واحدة وكان القائم بها لا يتمتع بالصفة التجارية، والقول بضرورة توفر الصفة التجارية في المتنافسين، من شأنه أن يحرم من يقوم بمثل هذه الأعمال من مباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة، ولا يمكن - بحسب تقديرنا - القول أن ذلك ممكن طالما أن العمل لن يتكرر إلا نادراً فمنطق هذا الرأي إذن هو أن على المتضرر أن يتحمل ضرره الناجم عن المنافسة غير المشروعة طالما أنه سيقع لمرة واحدة لن يتكرر إلا نادراً، ولاشك في أن هذا المنطق لا يستقيم مع النصوص القانونية التي تهدف إلى دعم المنافسة المشروعة، وجبر الضرر الناجم عن المنافسة غير المشروعة، وفي حالة قيام شخص بممارسة العمل التجاري دون أن يكون متمتعاً بالأهلية التجارية، ومن ثم لا ينطبق عليه وصف التاجر، إذ يجب في هذه الحالة أيضاً أن لا يحرم المتضررون من أعمال هذا الشخص من مباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة.

وخلاصة رأينا، تكون العبرة لقيام حالة المنافسة شرطاً لمباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة، هي بصفة العمل، إذ يجب أن يكون العمل تجارياً، لا بصفة القائم بهذا العمل سواء كان تاجراً أن غير تاجر، وسواء كان معتاداً على ممارسة العمل التجاري، أو أنه يباشره لمرات محدودة أو نادرة.

وفضلاً عما تقدم، نجد أن القول بأن حالة المنافسة تستلزم أن تكون الغاية من العمل هو تحقيق الربح وجذب العملاء، صحيح بالنسبة لحالة المنافسة بين التجار والجمعيات التعاونية، إذ لا تتصور المنافسة في مثل هذه الحالة، لأن الجمعيات التعاونية لا تستهدف الربح، غير إننا نؤكد أنه في الحالات الأخرى، تبقى المنافسة قائمة حتى في الحالات التي يقوم فيها أحد التجار مثلاً بعمل معين لا يهدف من وراءه إلى تحقيق الربح أو إلى اجتذاب الزبائن، بل يقصد فقط الإضرار بالغير، ففي مثل هذه الحالة أيضاً تعد المنافسة غير المشروعة قائمة.

٢. أن تكون المنافسة غير مشروعة

اختلف الفقهاء في تصنيف أفعال المنافسة غير المشروعة، فمنهم من يصنف هذه الأفعال على أساس القاعدة التي تمت مخالفتها إلى^(١):

(١) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ط٢،

١. منافسة غير مشروعة قانونياً: وهي تلك المنافسة التي تقع جراء أي فعل يتعارض مع معطيات التعامل التجاري، سواء كانت تلك المعطيات مقررة قانوناً أو عرفاً.
 ٢. منافسة غير مشروعة اتفاقاً: وهي التي تتعارض مع أحكام الاتفاقات الخاصة بين التجار التي تنظم المنافسة فيما بينهم، كاشتراط المشتري على بائع المحل التجاري بعدم فتح محل تجاري مماثل في المنطقة نفسها عبر مدة محددة. في حين يقسم جانباً آخر من الفقه أفعال المنافسة غير المشروعة استناداً إلى أثرها إلى ثلاث حالات^(١) وهي:
 ١. أعمال من شأنها إحداث اللبس والخط بين المنشآت أو المنتجات.
 ٢. أعمال تهدف إلى أحداث الاضطراب في مشروع منافس أو في السوق.
 ٣. إدعاءات غير مطابقة للحقيقة.
- يتفق غير إن الفقه^(٢) على أنه لا يمكن حصر الأعمال جميعها التي تعد من قبيل المنافسة غير المشروعة، وأساس ذلك هو مهارة التجار في ابتكار وسائل جديدة للمنافسة بشكل دائم، لذا فإن التشريعات التي تنظم دعوى المنافسة غير المشروعة تعتمد إلى ذكر حالات المنافسة غير المشروعة، وهي الحالات الأكثر شيوعاً، وتترك تحديد الحالات الأخرى للعرف والعادات التجارية من ذلك ما نصت عليه المادة (٦٦) من قانون التجارة المصري إذ جاء فيها أنه " يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات غير التجارية أو على اسمه التجاري أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية التي يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين في متجره على إذاعة أسرارهم أو ترك العمل عنه وكذلك كل فعل أو إدعاء يكون من شأنه إحداث اللبس في المتجر أو في المنتجات أو إضعاف الثقة في مالكة أو في القائمين على إدارته أو منتجاته"^(٣).

(١) د. مصطفى كمال طه وآخرون، المرجع السابق، ص ١٦١.

(٢) د. طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص ١٨٩؛ كذلك عز الدين الدناصوري ود.

عبدالحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ١٢٩٤.

(٣) تقابلها المادة (٢) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم ١٥

لسنة ٢٠٠٠.

ونورد فيما يأتي تفصيلاً للصور الأكثر شيوعاً من صور المنافسة غير المشروعة:

١. الأعمال التي تحدث اللبس والخلط بين المنشآت أو المنتجات

إن أبرز الأمثلة التي يسوقها الفقه^(١) على هذه الصورة من صور المنافسة غير المشروعة، تتمثل بالاعتداء على عناصر الملكية الصناعية والتجارية، كاتخاذ التاجر اسم تجاري مشابه لاسم سابق، أو تقليد العلامات التجارية أو الاختراعات أو الرسوم والنماذج الصناعية، وتقليد الإعلانات والدعاية التي يقوم بها المنافس، فمن شأن هذه الأعمال أن تؤدي إلى وقوع خلط في ذهن الجمهور بشأن المنشآت التجارية أو المنتجات، وتكون الغاية منها بالطبع اجتذاب الزبائن الذين اعتادوا على التعامل مع المنافس، ويلحظ أن التشريعات المقارنة تسعى بشكل عام إلى تقرير الحماية القانونية اللازمة لحماية عناصر الملكية التجارية والصناعية، عبر إصدار تشريعات خاصة بهذا الشأن، تقرر لهذه العناصر وسائل الحماية اللازمة^(٢).

وعلى الرغم من ذلك، فإن إحداث الخلط واللبس بين المنشآت التجارية له صور عديدة لا تدخل ضمن نطاق قوانين حماية الملكية الصناعية أو التجارية، مثال ذلك أن يقوم التاجر بإنشاء واجهة محلة التجاري على نمط واجهة المحل التجاري المنافس، أو يستخدم لون الطلاء نفسها أو زخارف مميزة سبق لمنافسه استخدامها^(٣)، كل ذلك يعد من قبيل المنافسة غير المشروعة.

أما فيما يتعلق بتقليد إعلانات المنافس، فينبغي التأكيد على أنه يمكن أن تتمتع الإعلانات بالحماية المقررة للعلامات التجارية، إذ غالباً ما تستخدم العلامات التجارية وسيلة للإعلان، لأن عديد من المبتكرات الإعلانية ما هي إلا

(١) د. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(٢) لمزيد من التفصيل حول الحماية القانونية للملكية الصناعية، أنظر: زينة غانم عبدالجبار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية - دراسة مقارنة، مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط ١، ٢٠٠٢.

(٣) د. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص ١٤٠.

تجسيد للعلامة التجارية التي اختارها المنتج لتمييز منتجاته من غيرها الموجودة في السوق^(١).

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن، هو مسألة حماية الفكرة الإعلانية ذاتها، لأن التشريعات الخاصة بحق المؤلف لا تضيء الحماية على الفكرة ما لم تتجسد بشكل مادي، و يعني هذا إن الفكرة الإعلانية لا تتمتع بهذه الحماية ما لم تتجسد بشكل مادي، بأن يتم التعبير عنها بالصوت أو الصورة أو الحركة، ما يعني إجازة استخدام تاجرين للفكرة نفس عند الإعلان عن منتجاتها أو خدماتها دون أن يكون في وسع التاجر صاحب الفكرة الإعلانية عن منتجاتها أو خدماتها ودون أن يكون في وسع التاجر صاحب الفكرة الإعلانية أن يعترض على استخدام التاجر الآخر لها إلا إذا ترتب ضرر نتيجة لذلك يوجب المسؤولية التقصيرية، لذا يقترح أصحاب هذا الرأي أن يتم تسجيل الفكرة الإعلانية لدى جهة معينة، أسوة بالعلامات التجارية وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، كي تخضع لحماية قانونية مشابه لتلك التي تخضع لها حقوق الملكية التجارية والصناعية^(٢).

ولاشك عندنا في أن حماية الفكرة الإعلانية بذاتها بدعوى المنافسة غير المشروعة، من شأنه يجسد مدى أهمية العرف التجاري في تحديد نطاق دعوى المنافسة غير المشروعة، مع تأكيد ضرورة فهم العرف بشكل مرن يتناسب مع التطورات الحديثة الناجمة عن التطور في الوسائل التكنولوجية والتي تؤثر بدورها في وسائل العمل التجاري والإعلان والدعاية وغيرها.

وعلى الرغم من وجهة الاقتراح المتعلق بتسجيل الفكرة الإعلانية، إلا أننا لا نتفق مع الرأي المتقدم، في جواز استخدام أحد التجار لفكرة إعلانية تعود لتاجر آخر، على الرغم من أن هذه الفكرة لا يمكن أن تتمتع بالحماية على وفق قانون حق المؤلف أو غيره من القوانين الخاصة، فالفكرة الإعلانية تعد ملكاً لصاحبها ولا يجوز تقليدها من قبل تاجر آخر، بحسب ما تقرره الأصول والعادات الشريفة في التجارة، أي أن الفكرة الإعلانية يمكن حمايتها بدعوى المنافسة غير المشروعة عرفاً، ولا يشترط لحماية الفكرة الإعلانية بدعوى المنافسة غير المشروعة أن يكون هناك ضرر يصيب صاحب الفكرة جراء

(١) هالة مقداد الجليلي، الإعلان دراسة قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية

القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص ١٢٨.

(٢) المصدر نفسه، ص ١٢٩.

تقليدها من تاجر آخر إذ لا يعد الضرر شرطاً من شروط دعوى المنافسة غير المشروعة على النحو الذي سنفصله في موضعه المناسب.

٢. أعمال تهدف إلى إحداث اضطراب في مشروع منافس

يعتمد التجار في جذب الزبائن والمحافظة عليهم على التنظيم الداخلي لمحلاتهم التجارية، ويعمد التاجر في سبيل تحقيق التنظيم المنشود إلى اختيار العاملين والمستخدمين والإداريين الذين تتوفر فيهم الصفات التي يجدها التاجر مناسبة لتحقيق هذا التنظيم. ويترتب على اختلال هذا التنظيم اضطراب نشاط المحل التجاري وانصراف زبائنه عنه، وعلى هذا الأساس يعد منافسة غير مشروعة، قيام المنافس بتحريض العمال على الإضراب أو ترك العمل بالمحل وإفشاء أسرارهم، وقد يعمد المنافس إلى إغراء العمال الذي يعملون في المحل الآخر على ترك العمل لاستخدامهم بأجور مرتفعة، وذلك لغرض معرفة الأسرار التجارية والصناعية للمنافس، غير إن جذب زبائن المحل إلى التاجر المعتدي لا يعد شرطاً لمباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة، إذ يكفي لإقامة هذه الدعوى أن يترتب على تحريض المعتدي للعمال في المحل المنافس، اضطراب في نشاط المحل مما يؤثر على زبائنه^(١).

٣. أعمال تتضمن الاعتداء على التنظيم العام للسوق

قد لا تقتصر أعمال المنافسة غير المشروعة على حالة الاعتداء على محل تجاري معين، فقد يشمل هذا الاعتداء التجار جميعهم الذين يمارسون أعمالاً تجارية متشابهة إلى حد ما، كتجار الملابس أو الأخشاب وغيرها وهذا ما يعرف بالاعتداء على التنظيم العام للسوق.

ومن أمثلة هذه الحالة أن يعمد التاجر إلى توزيع إعلانات أو نشرات يذكر فيها مزايا مبالغ فيها للسلع التي يبيعهها أو تحتوي هذه السلع على عناصر لا وجود لها في الحقيقة، فمن شأن ذلك أن يؤدي اجتذاب الزبائن الذين يتعاملون مع تجار آخرين سعياً وراء هذه الصفات الوهمية في السلعة مما يحدث اضطراباً في سوق السلعة^(٢)، ومن الصور الشائعة لهذه الحالة أيضاً أن يعمد التاجر إلى بيع سلعة أو تقديم خدماته بأسعار منخفضة جداً تتجاوز الحد المألوف، كأن يبيع بسعر التكلفة أو حتى بأقل منه، لاستبعاد المنافسين ودفعهم إلى ترك التعامل بهذه السلعة، ومن ثم يعمد إلى رفع سعرها بعد أن يكون قد حقق احتكاراً بنسبة معينة لسوق هذه

(١) د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

(٢) د. عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ١٢٩٤.

السلعة وينبغي أن يلحظ لا يعد تخفيض الأسعار من قبيل المنافسة غير المشروعة، إذا كان هذا التخفيض مسوغاً، كالبيع في مواسم التصفية أو المناسبات الدينية أو الوطنية بأسعار مخفضة، إذ لا يقصد التاجر في مثل هذه الحالات الاعتداء على التنظيم العام للسوق، بل يقصد التخلص من السلع المتراكمة لديه في موسمها، أو التعبير عن مشاعره تجاه المناسبة الوطنية أو الدينية وغير ذلك^(١).

ولعل من المناسب أن نذكر في هذا المجال، بصورة من صورة المنافسة غير المشروعة، التي قد يكون المقصود منها هو الاعتداء على التنظيم العام للسوق، أو على أحد التجار عبر خلق الالتباس مع محله التجاري أو سلعته، و تعرف هذه الحالة بالإعلان المقارن.

ويعرف الإعلان المقارن بأنه " الإعلان الذي يحط من قيمة المنتجات المنافسة للمنتجات المعلن عنها أو المؤسسة التي أنتجتها بما ينشأ عنه من إيقاع المستهلك في لبس حول هذه المنتجات أو الخدمات أو مقدمها"^(٢).

فالإعلان المقارن إذن يحدث تأثيراً في المستهلك عبر مقارنة السلعة المعلن عنها بسلع أخرى، وإبراز مزايا السلع المعلن عنها وعيوب السلع الأخرى المنافسة، مما قد يترتب عليه عزوف المستهلكين عن التعامل بالسلع التي حط من قيمتها الإعلان، ومن ثم التعامل بالسلع المعلن عنها فحسب، وقد يكون الإعلان المقارن بالمقارنة فيما بين التاجر والتاجر الآخر المنافس، والحط من السمعة التجارية للمنافس أو نشر معلومات غير صحيحة عن بضاعته أو محله التجاري^(٣).

ولاشك عندنا، في أن الإعلان المقارن يعد من قبيل المنافسة غير المشروعة عرفاً متى ما كان غير حقيقياً وأدى إلى إلحاق الضرر بالسوق والمستهلكين أو كانت الغاية منع إلحاق الضرر بالمنافسين^(٤).

(١) د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

(٢) د. حسين فتحي، مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، مجلة مصر المعاصرة، السنة الثالثة والثمانون، العدد ٤٢٧، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٣ نقلاً عن: هالة الجليلي، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٣) هالة الجليلي، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٤) أورد المشرع الفرنسي في المادة الأولى من قانون الإعلان المقارن تعريفاً له وحدد فيه مدى مشروعية هذا الإعلان فقد جاء في هذه المادة أنه " الإعلان الذي يقارن ◀◀

والتساؤل حول اشتراط سوء نية التاجر، كي ينطبق على فعله وصف المنافسة غير المشروعة.

للإجابة على هذا التساؤل، يشير البعض إلى تطور موقف القضاء الفرنسي بهذا الشأن، إذ كان يشترط أول الأمر سوء نية التاجر وقصد الإضرار بالمنافس لمباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أنه " إذ إن عدم الأمانة في التنافس يفترض سوء النية، وإن حسن النية معترف به من قضاة الموضوع، وإن قرارنا بأن مجموعة الوقائع المنسوبة إلى المدعى عليهم لم يكن لها طابع المنافسة غير المشروعة، فإن حكم محكمة الاستئناف كان مسبباً، ولم تفعل برفضها للإدعاء إلا استخدام سلطتها التقديرية لتقدير ظروف الدعوى "، لذا يفقد المتضرر دعواه إذا لم يستطع إثبات سوء النية لدى المنافس الآخر، غير إن القضاء الفرنسي تراجع تدريجياً عن اشتراط سوء النية، على أساس أن الإضرار بالغير أمر حتمي ملازم لأفعال المنافسة مشروعة كانت أم غير مشروعة، ولذا أصبح يكفي بوقوع الخطأ عمدياً أم غير عمدي على أساس أن دعوى المنافسة غير المشروعة تستند إلى قواعد المسؤولية المدنية^(١).

الشرط الثاني: الضرر

سبقت الإشارة إلى أن شروط دعوى المنافسة غير المشروعة هي ذاتها شروط دعوى المسؤولية التقصيرية، ويعد الضرر أهم أركان المسؤولية وجوهرها سواء كانت تقصيرية أم عقدية، فلا يكفي أن يكون هناك خطأ لتقرير المسؤولية، بل يجب أن ينجم عنه ضرر، سواء كان ضرراً مادياً أو معنوياً، لذا يعد الضرر شرط من الشروط الموضوعية اللازمة لقيام المسؤولية في حالة المنافسة غير المشروعة، وسواء كان هذا الضرر مادياً أو أدبياً، ويستوي أن يكون الضرر حالاً أو مستقبلاً، كما إن المسؤولية عن المنافسة غير المشروعة تتقرر بتحقق الضرر ولا أهمية لما إذا كان الضرر صغيراً أو كبيراً^(٢)، لذلك لا

◀◀ الممتلكات والخدمات والعلامات التجارية والاسم التجاري أو علامة المتجر مع مثيلاتها لا يكون مشروعاً إلا إذا كان حقيقياً وليس له طبيعة من شأنها إحداث ضرر للمستهلك"، هالة الجليلي، المرجع السابق، ص ١٦٦-١٦٧.

(١) د. محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص ٢١٩؛ د. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص ١٤٥.

(٢) د. علي حسين يونس، المرجع السابق، ص ١٤٦.

يشترط في الضرر الذي يبرر مباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة أن يكون محققاً، بأن يكون قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً، يل يكفي أن يكون الضرر محتملاً، فإذا كان الضرر محققاً فإنه يستلزم التعويض، أما إذا كان محتملاً فإن المحكمة قد تقرر اتخاذ الإجراءات التي تحول دون وقوع هذا الضرر، فإذا وقع الضرر على الرغم من ذلك، وجب التعويض عنه، لذا تبدو دعوى المنافسة غير المشروعة كدعوى وقائية تمنع وقوع الضرر، وليس فقط كدعوى علاجية تهدف إلى جبر الضرر^(١)، فعلى سبيل المثال إذا قام تاجر بعمل من شأنه أن يحدث الخلط واللبس فيما بين محله التجاري ومحل آخر مملوك لمنافسه، فإن لهذا الأخير أن يباشر دعوى المنافسة غير المشروعة من دون الحاجة إلى إثبات الضرر، إذ إن المقصود بالدعوى في هذه الحالة هو وقف هذه الأعمال التي أدت إلى إحداث اللبس فيما بين محله ومحل المدعى عليه، ومع ذلك فإن الضرر الذي يعتد به في تقدير التعويض هو الضرر المحقق وليس الضرر الاحتمالي، ويقدر التعويض بمقدار ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب^(٢).

الشرط الثالث: العلاقة السببية

تبين لذا عبر ما تقدم، أنه لا يشترط أن يكون الضرر محققاً في دعوى المنافسة غير المشروعة، إذ يمكن أن يكون احتمالياً، لذا فإن افتراض تحقق العلاقة السببية فيما بين الخطأ – فعل المنافسة غير المشروعة – و لا يتصور الضرر، إلا في الحالة الأولى من دون الحالة الثانية التي يكون فيها الضرر احتمالياً وغير محتم الوقوع، فالمقصود من دعوى المنافسة غير المشروعة في هذه الحالة هو الحكم بإزالة الوضع غير المشروع بالنسبة للمستقبل، وفي هذه الحالات تفترق دعوى المنافسة غير المشروعة عن دعوى المسؤولية المدنية، التي يكون الغرض فيها تعويض الضرر^(٣).

وعلى أية حالة، متى توفرت أركان المسؤولية التقصيرية، من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ترتب عليها أثرها وهو وجوب التعويض، والأصل في

(١) د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ٣٠٠-٣٠٦.

(٢) لمزيد من التفصيل عن ركن الضرر أنظر: د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ط ٤، ١٩٧٤، ص ٥٢٥ وما بعدها.

(٣) عز الدين الدناصوري، د. عبدالحاميد الشواربي، المرجع السابق، ص ١٢٩٧.

التعويض أن تقدره المحكمة بحسب اجتهادها، فقد جاء في المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي أنه " تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطاً... " والأصل في التعويض في المسؤولية التقصيرية أن يكون نقدياً، ولا يصار إلى الالتزام بالقيام بعمل إلا على سبيل الاستثناء، خلافاً للمسؤولية التعاقدية التي يكون التنفيذ العيني فيها هو الأصل ولا يصار إلى التنفيذ بمقابل إلا على سبيل الاستثناء، والتعويض إذا كان بإزالة الضرر سمي تعويضاً عينياً، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي على أنه " ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو أن تأمر تحكماً بأداء أمر معين أو بر المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض ".
والأصل في التعويض في هذه الحالة أن يشتمل على كل ما أصاب المتضرر من ضرر ويستوي في ذلك أن يكون التعويض عينياً أم نقدياً، ويستوي في ذلك أيضاً أن يكون الضرر مادياً أو أدبياً، ويشمل التعويض الضرر المباشر كله متوقعاً كان أو غير متوقع، ويشتمل التعويض على الكسب الذي يفوت المتضرر^(١).

هذا، وإذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب عبر مدة معقولة بإعادة النظر في تقدير التعويض^(٢).

المطلب الثالث

الاتجاهات الفقهية المعارضة لفكرة المسؤولية التقصيرية

على الرغم من شيوع الفكرة القائلة بإقامة دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس أنها دعوى مسؤولية تقصيرية، فقهاً وقضاً، على النحو الذي عرضناه من ضرورة توفر أركان المسؤولية التقصيرية بوصفها شرطاً لمباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة، إلا أن الفقه يكاد يجمع^(٣) على أن دعوى

(١) لمزيد من التفصيل، ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٥٥٠ وما بعدها.

(٢) المادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص ١٤٦-١٤٧؛ د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٩٦.

المسؤولية التقصيرية تختلف عن دعوى المنافسة غير المشروعة في وجوه وتمثل عديدة أوجه الخلاف بما يأتي:

١. من المتفق عليه فقهاً إن قيام المسؤولية التقصيرية يستلزم توفر ثلاثة أركان، وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، فلا يمكن تصور قيام المسؤولية التقصيرية من دون تحقق هذه الأركان، في حين يلحظ إن دعوى المنافسة غير المشروعة، لا تتوقف على وجود الضرر، كما إذا كان من شأن العمل الذي قام به التاجر المنافس إحداث الخلط بين محله التجاري ومحل آخر مملوك لمنافسه، ففي هذه الحالة لا يشترط حصول ضرر لمن يتأذى من هذا العمل، بل يكون له في كل الأحوال أن يطلب من القضاء إزالة العمل الذي تسبب في إحداث الخلط من دون أن يتوقف ذلك على إثبات أن ضرر ما قد أصابه، بمعنى أنه لا يشترط لمباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة وقوع الضرر فعلاً إذ يكفي لإقامة الدعوى أن تكون هناك خشية من وقوع الضرر مستقبلاً، في حين يشترط أن يكون الضرر محقق الوقوع وليس ضرراً احتمالياً لمباشرة دعوى المسؤولية التقصيرية^(١).

٢. إذ توفرت أركان المسؤولية التقصيرية، من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ترتب عليها أثرها وهو وجوب التعويض الذي يشمل كل ما أصاب المضرور من ضرر وما فاتته من كسب، في حين أن الأمر لا يتوقف عن حد التعويض في حالة دعوى المنافسة غير المشروعة، بل يتعداه إلى وظيفة وقائية تهدف إلى حماية التاجر من الضرر المستقبلي، فضلاً عن جبر الضرر، لذا يكون للقاضي أن يأمر بأداء أمر معين متصل بأعمال المنافسة غير المشروعة مثال ذلك أن يأمر التاجر الذي اتخذ اسماً تجارياً مشابهاً لاسم المنافس من استعمال هذا الاسم، أو نزع العلامات التجارية المقلدة من بضاعته أو منع تداولها أو مصادرتها، فضلاً عن نشر الحكم في الصحف وغير ذلك، وللمحكمة في سبيل تنفيذ قرارها الحكم بغرامات تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه المخالف عن المخالفة^(٢).

يتضح مما تقدم، إن هناك اختلافاً فيما بين حكم المسؤولية التقصيرية وحكم دعوى المنافسة غير المشروعة، فإذا كان حكم توفر أركان المسؤولية التقصيرية هو وجوب التعويض، وإن الأصل في التعويض في المسؤولية التقصيرية هو التعويض النقدي، فإن الأمر على ذلك في دعوى المنافسة غير

(١) عز الدين الدناصوري، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ١٢٩٧.

(٢) د. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص ١٤٩.

المشروعة، إذ أن الأصل فيها هو الحكم بأداء معين، كإزالة العلامة المقلدة عن السلع وغير ذلك، ولا يمكن القول بأن هذا الأمر يعد من التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية، لأن التعويض العيني هو من الاستثناء عن الأصل العام الذي يتمثل بالتعويض النقدي في مجال المسؤولية التقصيرية، كما إن القاضي يكون ملزماً بالحكم بأداء أمر معين في دعوى المنافسة غير المشروعة إذا ما استلزم الأمر ذلك كحالة منع التاجر من اتخاذ اسم مشابه للاسم التجاري لمنافسه، في حين إن القاضي غير ملزم بأن يحكم بالتعويض العيني إذا طلب الدائن أو تقدم به المدين وكان ممكناً في دعوى المسؤولية التقصيرية، لإن نص المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي ينص على الجواز لا الوجوب في مثل هذه الحالة إذ جاء فيه " يجوز للمحكمة وتبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه... " (١).

وسندنا في أن الأصل في دعوى المنافسة غير المشروعة هو الأمر بأداء معين ما نصت عليه المادة (٩) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، فقد جاء فيها أنه " ١ - كل منتج يحمل بطريق غير مشروع علامة صناعية أو تجارية أو اسماً تجارياً يصدر عند الاستيراد في دول الاتحاد التي يكون فيها أو لهذه العلامة أو لهذا الاسم حق الحماية القانونية"، فالحكم الوارد في هذه المادة يتمثل بالمصادرة وهو بالطبع لا يخل بحق المتضرر بالمطالبة بالتعويض عن الضرر المتحقق والكسب الفائت.

أما الفقرة (٢) من المادة (٦٦) من قانون التجارة المصري، فقد نصت على أنه " كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناجم عنها وللمحكمة أن تقضي - فضلاً عن التعويض - بإزالة الضرر وبنشر ملخص الحكم على نفقة المحكوم عليه في إحدى الصحف اليومية ".

ويبدو إن موقف المشرع المصري من مسألة (إزالة الضرر عينياً) غير ملائم لطبيعة دعوى المنافسة غير المشروعة، إذ أن مسألة إزالة الضرر عينياً يعد أمراً جوهرياً في هذه الدعوى، وهو لا يعد مسألة جوازية للمحكمة خاصة في حالات المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، كالأمر بإزالة العلامات المقلدة في السلع، وغير ذلك من الحالات.

(١) لمزيد من التفصيل حول التعويض العيني ينظر: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، الاثبات - آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٠، ص٧٠٨ وما بعدها.

أما المشرع الأردني، فقد كان أكثر دقة في معالجة هذا الموضوع، إذ أجاز لصاحب المصلحة عند إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة أو في أثناء النظر في هذه الدعوى أن يقدم طلباً إلى المحكمة المختصة مشفوعاً بكفالة مصرفية أو نقدية تقبلها لاتخاذ الإجراءات التي من شأنها وقف ممارسة تلك المنافسة ذات الصلة^(١)، غير إن المشرع الأردني لم يجعل مصادرة المنتجات موضوع المنافسة غير المشروعة والمواد والأدوات المستعملة فيها أمراً وجوباً، بل جعله أمراً جوازياً للمحكمة، إذ لها أن تقرر مصادرتها أو إتلافها^(٢).

وبسبب هذه الفوارق بين دعوى المنافسة غير المشروعة ودعوى المسؤولية التقصيرية، ذهب جانب من الفقه^(٣) إلى أن دعوى المنافسة غير المشروعة لا تستند إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية بل إنها تستند إلى أساس آخر، فدعوى المنافسة غير المشروعة على وفق هذا الرأي تهدف إلى حماية المحل التجاري من كل اعتداء يؤدي إلى انصراف الزبائن ونقص رقم الأعمال في الحاضر والمستقبل، لذلك فهي تختص بحماية الملكية المعنوية المتمثلة في " ملكية المحل التجاري "، وهي بذلك تشبه دعوى الحيازة أو الاستحقاق.

على وفق هذا الرأي، ينبغي عدم الخلط مع ذلك فيما بين دعوى الحيازة أو الاستحقاق ودعوى المنافسة غير المشروعة، لأن هذه الأخيرة تهدف إلى حماية المحل التجاري وهو منقول معنوي، في حين إن دعوى الحيازة أو الاستحقاق تهدف إلى حماية الملكية المادية، ومع ذلك تبقى دعوى المنافسة غير المشروعة خاضعة للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية في كل ما لا يتعارض مع طبيعتها الخاصة.

ويتضح، إن أصحاب هذا الرأي يؤسسون دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس فكرة الملكية المعنوية، على أساس إن هذه الدعوى مقررة لحماية المحل التجاري وإن المحل التجاري، هو منقول معنوي.

(١) الفقرة (ب) من المادة (٣) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني لسنة ٢٠٠٠.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (٣) من القانون الأردني المشار إليه.

(٣) د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢٩٢-٢٩٣.

غير إن هذا الرأي، لم يسلم من النقد، إذ يرى جانب من الفقه^(١) إن القول بأن دعوى المنافسة غير المشروعة دعوى عينية، محل نظر لأنه يصعب القول بأن تحول الزبائن الناجم عن المنافسة غير المشروعة يلحق ضرراً بحق الملكية، فإذا كان من المقبول أن عنصر الزبائن يعتد به في تقدير قيمة المحل التجاري لحظة بيعه، وإن هذا العنصر يساوي رقم حجم المبيعات في هذه اللحظة، فإن الملكية المعترف بها عند بيع المحل التجاري للمشتري لا تمنحه حقاً على حجم العملاء الموجودين لحظة البيع، لأن هذا الحجم يمكن أن يتغير بالزيادة أو النقصان.

ويبدو إن إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس أنها دعوى عينية، تقارب دعوى الحيازة أو الاستحقاق، أمر لا يخلو من النقد، ففضلاً عن وجهة النقد الذي يوجه الفقه إلى هذه النظرية، هناك ملاحظات يمكن أن نوردتها عليه وتتمثل بما يأتي:

١. إن القول بأن الهدف من دعوى المنافسة غير المشروعة هو حماية المحل التجاري لا يمكن القبول به على إطلاقه، لأن ذلك يستتبع حرمان التاجر المتجول أو التاجر الذين يمارسون أعمالهم من خلال شبكة الانترنت من الحماية التي توفرها دعوى المنافسة غير المشروعة، على أساس أنه لا يملك محلاً تجارياً. وهو ما يصعب قبوله، فالتاجر الذي لا يملك محلاً تجارياً يمكن أن يتعرض أيضاً للمنافسة غير المشروعة مثال ذلك التاجر المتجولون، والتجار الذين يمارسون أعمالهم عن طريق الاعتداء على أسماء النطاق على الانترنت^(٢).

٢. إن نظرية الملكية المعنوية، القائلة بأن دعوى المنافسة غير المشروعة، هي دعوى عينية تهدف إلى حماية المحل التجاري بوصفه منقولاً معنوياً، لا تصح بالنسبة للتشريعات التي لا تأخذ بفكرة المحل التجاري، كما هي عليه الحال بالنسبة لقانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ إذ لم يتناول هذا القانون المحل التجاري بالتنظيم ومن ثم لا يصح القول بأن دعوى

(١) د. محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص ٢١٤.

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر: د. هادي مسلم يونس، أسماء النطاق على الانترنت وطبيعتها القانونية - دراسة مقارنة في القواعد الوطنية والدولية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (٧)، العدد (٢٥)، السنة العاشرة، ٢٠٠٥، ص ١٣٩ وما بعدها.

المنافسة غير المشروعة تقوم على أساس فكرة الملكية المعنوية التي تتمثل بالمحل التجاري في القانون العراقي.

٣. إن القول بأن قيام دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس فكرة الملكية المعنوية للمحل التجاري، لا يحول من دون خضوع هذه الدعوى للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، ينطوي على تناقض يصعب قبوله قانوناً. فثمة فرق كبير بين الدعوتين، فدعوى الملكية هي دعوى عينية ودعوى المسؤولية التقصيرية هي دعوى شخصية، والقول بأن دعوى المنافسة غير المشروعة تتضمن سمات الدعوتين العينية (الحياسة أو الاستحقاق) والشخصية (المسؤولية التقصيرية)، لا يحسم الخلاف حول الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة.

لذا ، يبدو إن نظرية الملكية المعنوية تعجز عن تقديم الوصف القانوني الملائم الذي تقام على أساسه دعوى المنافسة غير المشروعة.

وفضلاً عما تقدم، يلحظ إن جانب من الفقه^(١) يرى إمكانية مباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة، على أساس إنها من تطبيقات نظرية الكسب بلا سبب، في حالة إفشاء أسرار المعرفة التقنية^(٢)، وقد طبق القضاء الأمريكي هذه النظرية في قضية Goloni V. Prater، التي أفشلت فيها عاملة غسيل رسالة لشركة تتضمن الرسالة أسرار صناعة مسحوق صابون لماكنة غسيل، غير إن هذا الرأي لم يسلم من النقد أيضاً، إذ ينتقدها جانب من الفقه على أساس أنه في حالة حصول الغير على الأسرار بوساطة الغش فإنه يرتكب خطأ يوجب قيام المسؤولية (المسؤولية التقصيرية) وبالتالي لا حاجة للبحث عن توفر شروط دعوى الإثراء من دون سبب إن التعويض في نطاق الإثراء من دون سبب هو أقل القيمتين، قيمة

(١) ينظر في عرض هذه النظرية والانتقادات الموجهة إليها: د. عصمت عبدالمجيد، ود.

صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٢٥١.

(٢) تنص المادة (٢٤٣) من القانون المدني العراقي على شروط دعوى الكسب من دون سبب، وهي حصول الإثراء في ذمة شخص وافتقار في ذمة شخص آخر وأن يكون الإثراء نتيجة الافتقار وبلا سبب، وقد جاء في هذه المادة إنه " كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيما بعد " .

الإثراء وقيمة الافتقار، لذا لا يحصل مالك المعرفة على تعويض كامل وفقاً لهذه الدعوى. فضلاً عن إن الغير قد يحصل على أسرار المعرفة من دون غش ومن ثم يكون هناك سبب لإثرائه، كما لو أذيعت الفكرة وأصبحت ملكاً عاماً يستطيع الناس جميعهم الاستفادة منه.

ويبدو إن إرساء دعوى المنافسة غير المشروعة في حالة إفشاء أسرار المعرفة التقنية على فكرة الإثراء من دون سبب، لا يصح أساساً لدعوى المنافسة غير المشروعة في الحالات جميعها، فضلاً عن إن هذه الفكرة منتقدة أساساً كما وضحنا.

وبسبب الانتقادات التي وجهت لهذه النظريات نجد أن الرأي الفقهي، القائل بإقامة دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق هو الأقرب للصواب.

فمنطق هذا الرأي، يستند على أساس أنه لا يوجد في الفقه من ينكر إن المنافسة هي حق، يقره المشرع وتقره الأعراف السائدة ومن ثم لا يتصور أن تؤدي ممارسة الحق إلى قيام مسؤولية صاحب هذا الحق " حق المنافسة " على أساس الخطأ الشخصي، وسندنا في هذا الترجيح يتمثل بما يأتي:

١. يجب أن تعد المصالح في الحقوق، أي غاية الحق، فكل حق يهدف الى تحقيق أو إشباع مصلحة، وينطبق هذا القول على الحق في المنافسة ذلك إن الهدف من تقرير هذا الحق هو تحقيق التقدم الاقتصادي، وانخفاض أسعار السلع، وزيادة جودتها، فضلاً عن إن الحق في المنافسة يعد من الحريات الاقتصادية التي تخول الأشخاص حرية ممارسة الأعمال، وإن كان الأمر كذلك فكيف يمكن أن نتصور أن يقر المشرع بحق ما تكون الغاية منه هو الإضرار بالغير. وعلى هذا الأساس يكون للانتقاد، الموجه إلى هذه النظرية، من إن حق المنافسة يعني بالضرورة الإضرار بالغير ليس في محله، إذ يجب أن نأخذ بنظر الاعتبار الواجهة الاقتصادية والاجتماعية للحقوق على أساس إن الحقوق لم تمنح للأفراد إلا لكي تصون مصالح يرى المجموع إن من صالحه صونها، إذا فهناك مصلحة من وراء تقرير حق المنافسة، ولا يستساغ القول بأن ممارسة حق المنافسة يعني بالضرورة الإضرار بالغير، فتعارض المصالح، في ميدان المنافسة ليس محلاً لنقاش أو جدل، إلا أن تعارض هذه المصالح لا يصل إلى حد الإضرار بالغير^(١).

(١) د، حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، بدون مكان نشر، ١٩٦٠،

٢. الأصل إن المنافسة حق مقرر للأشخاص الطبيعية والمعنوية كافة وإن المشرع يتدخل لبيان حدود هذا الحق، والقول بأن دعوى المنافسة غير المشروعة تقام على أساس المسؤولية التقصيرية، يجانب الصواب إذ لا يمكن أن تجتمع في فعل واحد صفتي الإباحة والحظر. فينبغي التمييز بين حالتين، الأولى: هي حالة التعسف في استعمال الحق، والثانية: هي حالة الخروج عن الحدود الموضوعية للحق، فلكل حق حدود موضوعية مقررة قانوناً أو عرفاً، وطالما إن الفعل كان ضمن هذه الحدود، فإنه لا يوصف (بالخطأ)، والحدود التي يتحدد بها الحق نوعين، مادية ومعنوية، فالأولى: تبرز الحيز المادي للحق، كتحديد ملكية الأرض ضمن حدود معنوية، وتحدد الثانية: موضوع الحق أو مضمونه، أي ما يمنحه لصاحبه من مكانات.

و يمثل الخروج عن الحدود الموضوعية للحق، خطأ يوجب المسؤولية وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، بما تتطلبه من أركان، مثال ذلك ما يعرف بالمنافسة الممنوعة، وهي حالة المنافسة التي يعد فيها الفعل بذاته محظوراً، كمن يمارس عملاً دون أن تتوفر فيه شروط ممارسة هذا العمل.

أما في بقية الحالات التي يبقى فيها الفعل مباحاً من حيث الأصل فلا نكون أمام مسؤولية تقصيرية بل أمام تعسف في استعمال الحق، طالما إن الفعل لم يخرج عن الحدود الموضوعية للحق.

فحالة الخروج عن حدود الحق الموضوعية، تظهر إن الفعل بذاته أي " المنافسة " لا يستند إلى وجود حق، ومن ثم فإن القيام به يعد خطأ موجباً للمسؤولية، وتشبه هذه الحالة في المنافسة الممنوعة من يتجاوز في بنائه حدود ملكه فيبني في أرض الغير.

ويذهب رأي في الفقه^(١) إلى القول بأنه يلحق بالقيود أو الحدود الموضوعية للحق، حالة القيود التي يقرها المشرع على هذا الحق على أساس إن هذه القيود إن كانت واردة على استعمال الحقوق إلا أنها تعد واردة على الحق ذاته، لأنها تستتبع تقليص المكانات التي يتضمنها.

وأعمال منطوق هذا الرأي، يستتبع القول، هو إن المنافسة غير المشروعة، تمثل خطأ يوجب قيام المسؤولية في الحالات التي يخرق فيها فعل المنافسة نصاً قانونياً، يحدد مكانة صاحب هذا الحق، كتقليد علامة تجارية، أو

(١) سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون - دراسة مقارنة، ط ١، دار الاتحاد العربي للطباعة، ١٩٧٥-١٩٧٦، ص ١١٨.

الاعتداء على الاسم التجاري للمنافس، فهذه الحالات يمنعها المشرع بنصوص قانونية صريحة.

أما في الحالات الأخرى التي لا يخرج فيها فعل المنافسة عن الحدود الموضوعية التي قررها المشرع لهذا الحق، فإن الضرر الذي ينجم عنها يجبر على أساس التعسف في استعمال الحق.

وعلى الرغم من وجهة هذا الرأي، إلا أننا لا نتفق معه في الخلط بين الحدود الموضوعية للحق، والقيود التي يفرضها المشرع على استعمال هذا الحق.

إذ إننا لا نجد مسوغاً للتمييز بين القيود الواردة على استعمال الحق المقررة عرفاً أو بحكم العادة، عن تلك القيود المقررة قانوناً، فلماذا يعد خرق الأولى تعسفاً في استعمال الحق، وخرق الثانية يعد من المسؤولية التقصيرية؟ فأى كان مصدر القيود الواردة على استعمال الحق، سواء كان العرف أو العادة أم نص القانون، فهي لا تمس بالحدود الموضوعية للحق، فالحق يبقى قائماً ضمن هذه الحدود، لكن استعماله قد قيد من أجل ضمان تحقيق المصلحة التي توأخاها المشرع في هذا الحق.

لذا فإن وضع علامة تجارية مقلدة أو مزورة، أو الاعتداء على الرسوم والنماذج الصناعية وغير ذلك من حالات المنافسة التي يحظرها المشرع صراحة، لا تعني إن المنافسة أصبحت بذاتها فعلاً غير مشروع، فكل ما في الأمر هو أن وسيلتها كانت غير مشروعة، أي إن حق المنافسة يبقى قائماً ضمن حدوده الموضوعية، غير إن طريقة استعماله قيدت.

والقول بأن الاستعمال غير المشروع للحق، يعدم الحق ذاته أمر غير متصور، فالشخص الذي يتخذ اسماً تجارياً مشابهاً لاسم منافسه، لا يندم حقه في المنافسة، إذ يمكنه أن يتخذ اسماً تجارياً مغايراً ويستمر في ممارسة حقه في المنافسة بمعنى إن الحق " المنافسة " يبقى قائماً ضمن حدوده الموضوعية، غير إن طريقة استعماله قيدت.

وينطبق هذا القول أيضاً على المنافسة غير المشروعة عرفاً، كإقامة واجهة لمحل تجاري مشابهة لمحل المنافس وغيرها من الحالات، فهذه الحالات تقيد استعمال الحق، لكنها لا تمس بحدوده الموضوعية.

٣. تصلح نظرية التعسف في استعمال الحق أساساً لدعوى المنافسة غير المشروعة، حتى لو نظر لهذه الدعوى على أساس أنها من دعاوى الملكية والحيازة، المقررة لحماية المحل التجاري وهو " منقول معنوي " على النحو الذي أشرنا إليه سالفاً، لأن التعسف في استعمال الحق يمكن أن يرد على حق

الملكية أيضاً، ولعل أبرز الأمثلة على ذلك حالة التزامات الجوار، إذ يذهب الرأي الراجح فقهاً إلى أن هذه الالتزامات، مقررة على وفق قواعد التعسف في استعمال الحق على أساس معيار الضرر غير المألوف أو الضرر الفاحش^(١).

٤. تقوم نظرية التعسف في استعمال الحق على أساس أخلاقي وهذا ما ينسجم مع فكرة المنافسة العادلة أو الشريفة، فهذه النظرية تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقصي حالات التعسف، إلى الحد الذي دفع البعض إلى انتقاد هذه النظرية، بالقول أنها تستبدل بالخطأ القانوني خطأ خلقياً وبعدئذ تقييم القاضي رقيباً لفحصه.

وأياً كان حظ هذا الانتقاد من الدقة والصواب، فإن تأثير القوانين بالعادات والأخلاق أمر ليس بمحل خلاف، كما في حالة المنافسة بل إن التشريعات الحديثة أكدت أن المنافسة تكون غير مشروعة إذا خالفت " العادات أو الأصول الشريفة " بمعنى إن هذه التشريعات قد أوردت عن قصد هذه التعبيرات وابتعدت عن استعمال لفظ " العرف " في تحديد مشروعية المنافسة من عدمها، كما مر بنا سلفاً.

فالمدعي في هذه الدعوى، يثبت بأن المدعى عليه قد خرق العادات التجارية التي تقرر الحدود الموضوعية للحق، ولا يكلف بإثبات الخطأ على وفق مفهومه التقليدي " أي خرق قاعدة مقررة قانوناً أو عرفاً ". ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقرير وجود هذه القيود على الحدود الموضوعية المقررة بحكم العادات لا الأعراف إذ ليس للقاضي مثل هذه السلطة فيها لو كانت الدعوى تقام على أساس إنها تستلزم إثبات خرق المدعى عليه للأعراف التجارية.

فالعادة التجارية لا ينظر إليها في هذا المجال على أنها تمثل مصدراً من مصادر القانون كما هي عليها الحال بالنسبة للعرف، بل أنها تمثل معياراً يستند إليه القاضي في تقديره للحدود الموضوعية لحق المنافسة، ومن ثم تحديد مدى مشروعية هذه المنافسة من عدمها.

(١) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، الدار الجامعية للطباعة

والنشر، بغداد، ١٩٨٢، ص ٧٢ .

الخاتمة

نورد في خاتمة هذا البحث أهم النتائج والتوصيات على وفق ما يأتي:

أولاً. النتائج

١. نشأت دعوى المنافسة غير المشروعة تاريخياً على أساس قواعد الأمانة والأخلاق، وهذا الأصل التاريخي لأساس هذه الدعوى لازال واضحاً في التشريعات المعاصرة التي تستخدم تعابير عدة للدلالة على هذا الأصل الأساس الأخلاقي، كتعبير " الممارسات الشريفة " أو " العادات والأصول " وغيرها.
٢. يشير تفسير النصوص القانونية المنظمة للحق في المنافسة على أساس ما ورد فيها من عبارات واضحة وصريحة، إلى إن المنافسة غير المشروعة تقوم على أساس خرق العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية، وليس على أساس خرق القواعد القانونية والعرفية فقط.
٣. على الرغم من إن الاتجاه الغالب في الفقه يذهب إلى إن دعوى المنافسة غير المشروعة تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية، بيد إن هذا الاتجاه يقر بالوقت ذاته بوجود فوارق بين دعوى المسؤولية التقصيرية ودعوى المنافسة غير المشروعة من حيث شروط الدعوى وآثارها.
٤. لا يشترط لمباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة توفر الصفة التجارية في طرفي الدعوى فهذه الدعوى تتعلق بفعل المنافسة أي بصفة العمل لا بصفة الشخص القائم بهذا العمل، فهذه الدعوى تتعلق بالعمل التجاري سواء كان القائم بهذا العمل تاجر أم غير تاجر.
٥. إن لدعوى المنافسة غير المشروعة، وظيفة وقائية، فضلاً عن وظيفتها في جبر الضرر المتحقق والاحتمالي المحقق الوقوع، فهي تقوم أيضاً بوظيفة وقائية " وهي منع وقوع الضرر المستقبلي " وإن كان هذا الضرر غير محقق الوقوع.
٦. بسبب الانتقادات الموجهة إلى نظرية المسؤولية التقصيرية بوصفها أساساً لدعوى المنافسة غير المشروعة، ظهرت اتجاهات فقهية تدعو إلى عد الدعوى من دعاوى العينية التي تحمي الأموال المعنوية المتمثلة بالمحل التجاري، غير إن هذا الرأي لم يسلم من النقد، ولا ينسجم مع إحكام التشريع العراقي الذي لم ينظم فكرة المحل التجاري بوصفه من المنقولات المعنوية.
٧. تقوم دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، إذ لا يوجد في الفقه من ينكر أن المنافسة حق مشروع، وإن هذا الحق

ينبغي أن يمارس ضمن حدوده الموضوعية، وهذه الحدود ترسمها القواعد القانونية والعرفية، فضلاً عن العادات والأصول المرعية في العمل التجاري، ويشمل هذا الأساس للدعوى صور المنافسة غير المشروعة المختلفة على الرغم من تعدد هذه الصور وأنه يفسر الوظيفة الوقائية للدعوى، خاصة وإن قواعد نظرية التعسف في استعمال الحق ومعاييرها متطورة ومرنة قياساً بنظرية المسؤولية المدنية.

ثانياً. التوصيات

١. نوصي المشرع العراقي بأن ينص صراحة على الالتزام بالامتناع عن المنافسة غير المشروعة، ولاسيما بعد انفتاح الاقتصاد العراقي على القطاع الخاص والاستثمار الأجنبي والمحلي، فحماية الحق في المنافسة المشروعة يعد من الأسس المهمة لضمان أداء المنافسة لدورها في التطور الاقتصادي وحماية التجار وانخفاض أسعار السلع والخدمات وزيادة جودتها.
٢. ينبغي على المشرع العراقي أن يراعي لدى معالجته لدعوى المنافسة غير المشروعة، الأصل الذي تقوم عليه هذه الدعوى الذي يتمثل بالعادات التجارية، فالمنافسة تكون غير مشروعة إذا ما خرقت قاعدة قانونية أو عرفية، فضلاً عن العادات والأصول المرعية في العمل التجاري.
٣. يجب أن يراعى في دعوى المنافسة غير المشروعة وظيفتها الوقائية، بأن لا يشترط لمباشرة هذه الدعوى، أن يكون الضرر محققاً، بل يكفي لمباشرتها أن يكون الضرر مستقبلياً وإن لم يكن محقق الوقوع.
٤. يكون للقاضي في دعوى المنافسة غير المشروعة أن يأمر بأداء أمر معين، كمنع المنافس من استعمال الاسم التجاري للمنافس الأخر أو نزع العلامات التجارية المزورة أو المقلدة من على السلع، إذ يجب أن لا تتوقف سلطة القاضي في هذه الدعوى عند حدود التعويض النقدي.
٥. ينبغي أن تمنح للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بمشروعية المنافسة من عدم مشروعيتها مسترشداً في ذلك بالعادات التجارية التي تبين الحدود الموضوعية لحق المنافسة، ومن ثم التوصل فيما إذا كان هناك تعسفاً في استعمال الحق في المنافسة.

المصادر

أولاً. الكتب والبحوث

١. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ط٢، ١٩٩٢.
٢. د. حسني المصري، القانون التجاري، دار وهدان للطباعة والنشر، ط١، ١٩٨٦.
٣. د. حسنين حمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد (٣)، تموز ١٩٨٩.
٤. د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، بدون مكان نشر، ١٩٦٠.
٥. زينة غانم عبدالجبار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية – دراسة مقارنة، مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٢.
٦. سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون – دراسة مقارنة، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، ط١، ١٩٧٥-١٩٧٦.
٧. د. سمير عالية، العرف في الفقه الإسلامي، بحث منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد (٣) لسنة ١٩٨٦.
٨. د. طالب حسن موسى، مبادئ القانون التجاري، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٥-١٩٧٦.
٩. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، الاثبات-اثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٠.
١٠. د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ط٤، ١٩٧٤.
١١. عز الدين الدناصوري ود. عبدالحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، بدون مكان نشر، ١٩٨٨.
١٢. د. عصمت عبدالمجيد بكر ود. صبري حمد خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١.
١٣. علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، بدون تاريخ ومكان نشر.
١٤. د. محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، دار عمان للطباعة والنشر، الأردن، ١٩٨٥.

١٥. د. مصطفى كمال طه ود. علي البارودي ود. مراد منير فهيم، أساسيات القانون التجاري والبحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٣.
١٦. د. نوري طالباني وآخرون، القانون التجاري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٩.
١٧. د. هادي مسلم يونس، أسماء النطاق على الانترنت وطبيعتها القانونية - دراسة مقارنة في القواعد الوطنية والدولية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (٧)، العدد (٢٥)، السنة العاشرة، ٢٠٠٥.
١٨. هالة مقداد الجليلي، الإعلان دراسة قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢.

ثانياً. القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم لسنة ١٩٥١.
٢. قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
٣. قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
٤. قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠.
٥. قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠.
٦. القانون النموذجي للدول العربية بشأن العلامات والأسماء التجارية والمنافسة غير المشروعة.