

الشروط الموضوعية للعلامة التجارية الشمية (دراسة قانونية مقارنة)

الباحثة. زينب عزيز هاشم

أ.م.د. جعفر كاظم جبر

جامعة ميسان/ كلية القانون / الدراسات العليا/ القانون الخاص

journalofstudies2019@gmail.com

الملخص:

لا تخرج شروط تسجيل العلامة التجارية الشمية عن تلك الشروط المقررة لتسجيل العلامات التجارية التقليدية، الا فيما يتعلق بمدى انطباق كل شرط من هذه الشروط على العلامة التجارية الشمية ومدى تمتعه بها حتى يقبل تسجيلها , اذ تواجه هذه العلامة صعوبة وتحدي كبير من الناحية القانونية في مدى انطباق شروط تسجيل العلامة التجارية عليها, بسبب طبيعتها الذاتية وصعوبة عملها كمؤشر موثوق عن مصدر السلع والخدمات، فليس كل رائحة تصلح لاستخدامها كعلامة تجارية لاسيما اذا كانت الرائحة خاصة طبيعية للمنتج او كانت ضرورية لاستخدامه.
الكلمات المفتاحية: (الشروط الموضوعية، العلامة التجارية).

Objective conditions for the olfactory trademark

(comparative legal study)

Researcher. Zainab Aziz Hashem

dr. Jaafar Kazem Jabr

Maysan University/ College of Law/ Graduate Studies/ Private Law

Abstract:

The conditions for the registration of the olfactory trademark do not deviate from those conditions prescribed for the registration of traditional trademarks, except with regard to the extent to which each of these conditions applies to the olfactory trademark and the extent to which he enjoys it in order to accept its registration, as this mark faces great difficulty and challenge from a legal point of view in the extent of its applicability The conditions for registering a trademark on it, due to its intrinsic nature and the difficulty of its work as a reliable indicator of the source of goods and services, not every smell is suitable for use as a trademark, especially if the smell is a natural characteristic of the product or was necessary for its use.

Keywords: (objective terms, trademark).

المقدمة:

اولا : التعريف بالموضوع .

العلامة التجارية هي اهم ما يميز منتج عن اخر او خدمة معينة عن اخرى فهي بهذا الوصف تعتبر هوية او وبطاقة تعريفية لمنتج او خدمة معينة ,أي انها تشكل وسيلة تخاطب او تفاهم حسية . حيث انها تمكن المستهلك الذي يفضل سلعة او منتج معين من التعرف على ما يفضل من خلالها ,مما يعني انها تشكل احد عناصر المحل التجاري وكذلك احد حقوق الملكية الفكرية وابرز عناصرها . تعمل العلامة التجارية على عدم تقليد المنتجات ولها دور في نجاح المشروع التجاري ,ولا ننسى الدور الذي تلعبه هذه الوسيلة في تمييز المنتجات المتشابهة . عرفت معظم التشريعات العلامة التجارية بأنها (اشارات) فهذه الاشارات التي يستعين بها التجار لتمييز منتجاتهم غير قابلة للحصر وان اطلاق وصف العلامة التجارية على هذه الاشارات محكوم بدور العلامة التجارية وليس بنوعها , وهذه الاشارات اما ان تكون تقليدية وهي التي اعتاد عليها الناس في تعاملاتهم وهي على سبيل المثال (كلمات ,ارقام , خطوط.....الخ)

لكن مع مرور الوقت ومع تطور الاساليب التسويقية ظهرت علامات حديثة او ما تسمى بالعلامات المرئية وتشمل (العلامة الصوتية ,والرائحة , والذوق) وما يهمننا في هذا البحث هي علامة الرائحة او (العلامة الشمية) التي هي عبارة عن علامات تدرك بحاسة الشم يستطيع من خلالها تمييز السلع والخدمات. ان استخدام الرائحة لتمييز الاشياء عن بعضها لم يكن حديث العهد حيث يقال ان كليوباترا السابعة كانت تعطر اشربة سفنها من اجل معرفة ان اسطولها قد وصل , وكذلك استخدمت الرائحة في القرن العشرين في باريس حيث كانت السجائر ترش بالعبور لتكون اكثر جاذبية للنساء . هكذا كان لتطور العصر والتكنولوجيا الفضل في ظهور صناعات معاصرة استخدمت الروائح بوصفها مصدراً للميزة التنافسية بين المصنعين والتجار , وبذلك اصبحت الروائح تشكل جزء من راس المال الذهني للعديد من الشركات . ان العلامات الحسية ومنها علامة الرائحة تلعب دوراً في انشاء رابطة حسية بين المستهلكين والمنتجات , حيث ان المنتج الذي يخاطب احد حواس المستهلكين يكون اكثر اقناعاً لهم .

والخلاصة ان الروائح تلعب دوراً مهماً كعلامة تجارية تدرك بحاسة الشم ترتبط بعقول المستهلكين وتمكنهم من تمييز المنتجات ذات الجودة من خلال الرائحة المميزة التي تفوح منها وتوفر عليهم عناء البحث عن السلع الاصلية وتجنبهم السلع المقلدة . فعلمة الرائحة تمثل للمستهلك اشارة مميزة لمعرفة خصائص السلع ومدى جودتها واصا

ثانياً :اهمية الدراسة .

تكمن اهمية الدراسة في كونها تسلط الضوء على نوع جديد من العلامات التجارية غير المرئية على اعتبارها من المفاهيم المستحدثة التي ظهرت في حقول العلامات التجارية , حيث توضح هذه الدراسة شروط هذه العلامة , لأن اغلب من يقوم باستخدام هذه العلامة يكون هدفة استخدام علامة متميزة وقادرة على جلب المستهلكين , فهذه الدراسة تحاول بيان هذه القدرة للعلامات الشمية ,ومدى تعلقها في ذهن المستهلكين بحيث يعتمد عليها في تمييز السلع والخدمات .

ثالثاً :مشكلة الدراسة .

١ . مدى قدرة العلامة التجارية الشمية على اداء الوظيفة الاساسية العلامة التجارية في تمييز السلع والخدمات؟

٢ . هل تخضع هذه العلامة لذات الشروط التي تخضع لها العلامات التجارية؟

٣ . مدى قدرة العلامة التجارية الشمية في عدم استخدام ميزه المنتج كعلامة تجارية؟

٤ . هل جميع الروائح تصلح لتخاذها كعلامة تجارية شمية؟

٥ . كيف يتحقق شرط التميز في العلامة التجارية الشمية؟

رابعاً : منهجية الدراسة .

المنهج الذي اعتمدنا في هذه الدراسة هو المنهج المقارن بين القانون العراقي وقوانين بعض الدول العربية التي اعترفت بالعلامة التجارية الشمية مثل قوانين دول مجلس التعاون الخليجي وكذلك بعض القوانين الاجنبية كقانون الفرنسي والانكليزي والامريكي كما تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي في دراسة هذه القوانين لإيجاد الحلول والاجابة عن جميع التساؤلات المطروحة بقدر الامكان في هذا البحث، مع الاشارة الأحكام والقرارات القضائية ذات الصلة المباشرة بموضوع الدراسة. خامساً هيكلية البحث.

سوف نقوم بدراسة موضوع البحث في مبحث واحد من خلال تقسيمة الى مطلبين نتناول في المطلب الاول شرط الصفة المميزة اما المطلب الثاني فنتناول فيه انعدام الدور الوظيفي ، ثم نختم بحثنا بما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات.

المبحث الأول

الشروط الموضوعية للعلامة التجارية الشمية

من اجل حماية العلامة التجارية الشمية لابد من تسجيلها وان تسجيلها ليست بالمسألة البسيطة خصوصاً عندما يرغب شخص بتسجيل رائحة عامة أو وصفية وكذلك عندما يسجل رائحة تعتبر خصيصة طبيعية أو رائحة وظيفية. الامر الذي دفع الباحث إلى البحث عن شرط الصفة المميزة في (المطلب الأول) وعن انعدام الدور الوظيفي في (المطلب الثاني)

المطلب الأول

شرط الصفة المميزة (الفارقة)

يعد شرط التمييز من بين اهم الشروط الواجب توفرها في الاشارة كي تكون قادرة على القيام بدور العلامة التجارية، اذ يشترط ان يكون فاذا لم تكن العلامة مميزة فأنها تفقد احد الشروط الاساسية للحق في العلامة التجارية وبالتالي تفقد استحقاقها في الحماية القانونية^(١) كما ان اتخاذ الصفة المميزة امر اساسي حتى تؤدي العلامة التجارية وظيفتها الاساسية المتمثلة بتمييز المنتجات لجمهور المستهلكين وتمكنهم من التعرف على السلع التي يفضلونها بما تحمله من علامة مميزة فضلاً عن حماية صاحبها من منافسيه الذين ينتجون أو يبيعون سلعاً أو خدمات مماثلة^(٢)،

وقد اكدت التشريعات على وجوب توفر هذا الشرط فقد نصت المادة (٥) من قانون العلامات التجارية العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ المعدل على "لا تسجل علامة لهذا الغرض في هذا القانون: -
١- العلامات الخالية من الصفة المميزة...." والمادة (٢١) الفقرة الثانية التي تنص "بصرف النظر عن الفقرة ١ من هذه المادة يمكن طلب الغاء تسجيل العلامة في اي وقت:
أ- الذي تصبح فيه العلامة اسم شائع للسلع أو الخدمات أو جزء منه بالنسبة لتلك التي سجلت لأجلها).
اما بالنسبة إلى قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية^(٣) فإنه اشار إلى شرط التمييز في المادة (٣) اذ نصت "لا تعد علامة تجارية أو جزء منها. ولا يجوز ان يسجل بهذا الوصف ما يأتي:-

١ - العلامة الخالية من اية صفة مميزة....." ومن التشريعات العربية التي اشارت إلى شرط الصفة المميزة التشريع الكويتي اذ اشار في المادة (٦١) من قانون التجارة رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل في تعريف العلامة التجارية حيث عرفها بانها "هي كل ما يأخذ شكلاً مميزاً من الكلمات والامضاءات...." وكذلك التشريع البحريني رقم (١١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن العلامات التجارية اشار إلى شرط التمييز في المادة (٢) و(٣) منة حيث نصت المادة (٢) "يقصد بالعلامة التجارية كل ما يأخذ شكلاً مميزاً من اسماء... " و المادة (٣) (لا يعد أي مما يلي علامة تجارية ولا يقبل طلب تسجيله كعلامة تجارية أو عنصر من عناصرها: -

١ - العلامات الخالية من أي صفة مميزة...). وكذلك بالنسبة للتشريع العماني اذ نص في المادة (٣٦) ٢/ من المرسوم السلطاني رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٨ بإصدار قانون حماية حقوق الملكية "لا تعتبر علامة تجارية، ولا تسجل بهذا الوصف ما يأتي: أ- العلامات غير القادرة على تمييز السلع أو الخدمات التي تنتجها احدى المنشآت عن تلك التي تنتجها منشآت اخرى...." وكما اشار المشرع الكويتي في المادة (٣) من المرسوم الاتحادي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٢١ بشأن العلامات التجارية على شرط التمييز اذ نص "لا تعد علامة تجارية أو جزء منها ولا يجوز ان يسجل بهذا الوصف ما يأتي: ١- العلامات الخالية من أي صفة مميزه...". اما المشرع الفرنسي فقد اشار إلى شرط الصفة المميزة بالعلامة التجارية

بطريقة غير مباشرة حيث حدد بصفة اقصائية العلامات التي ينتقي فيها التمييز ومنها الرموز والتسميات النوعية أو الضرورية لتعيين السلعة أو الخدمة والرموز الوصفية والرموز المكونة حصراً من الشكل بطبيعة السلعة ووظيفتها التي تعطيها قيمتها الجوهرية^(٤) وكذلك اشار اكما اكد قانون العلامات التجارية الإنكليزي لسنة ١٩٩٤ على شرط التميز في القسم الثالث المادة (١ / ب) التي بينت من بين الأسباب رفض تسجيل العلامة ومنها العلامة الخالية من اي صفة مميزة^(٥). اما الولايات المتحدة فأنها اشارت كذلك لشرط الصفة الفارقة في المادة (٤٥) من قانون لانهام^(٦) القانون الفدرالي للولايات المتحدة الامريكية^(٧). وقد كرست كذلك الاتفاقيات الدولية هذا الشرط فقد نصت المادة (١٥ / ١) من اتفاقية ترينس أو (اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة) لسنة ١٩٩٤ على هذا الشرط في تعريف العلامة التجارية "تعتبر اي اشارة أو مجموعة اشارات تسمح بتمييز السلع أو الخدمات التي تنتجها منشأة عن تلك التي تنتجها المنشآت الاخرى صالحة لأن تكون علامة تجارية"^(٨).

مما تقدم يمكن القول ان من المتفق عليه فقهاً وتشريعاً وجوب توفر شرط التمييز أو الصفة المميزة كي تكون الاشارة قادرة على القيام بدورها كعلامة تجارية. بيد انه اذا كان الامر واضحاً بالنسبة للإشارات التقليدية المرئية الا ان السؤال الذي يطرح هو مدى توفر هذا الشرط في العلامة التجارية غير المرئية وبالتحديد العلامة التجارية الشمية حيث لا ينكر بوجود صعوبة في تقدير مدى توفر هذا الشرط في العلامة التجارية الشمية، فبالرغم من ان الروائح لديها القدرة على نقل واستحضار الاحاسيس والذكريات في اذهان المستهلكين إلا أنه لا يمكن دائماً تأكيد قدرتها على استخدامها كعلامة تجارية اذ يجب ان تسمح العلامة التجارية الشمية للجمهور بتعيين المنتج على وجه التحديد وتحديد مصدره وبالتالي فإن امكانية استخدام اي رائحة كعلامة تجارية ستعتمد على الاهلية المميزة للعلامة المعروضة. لذلك عند تحديد الصفة المميزة في العلامة التجارية الشمية يجب مراعاة الطبيعة الخاصة بها في انها علامات مميزة مدمجة في المنتج نفسه وبالتالي فإن دمجها في المنتج لن يجعلها وسيلة تواصلية، لكن من الممكن ان تكون الرائحة عنصر يتوافق مع طبيعة المنتج أو يؤدي وظيفة تقنية أو زخرفية تساهم في منحها قيمة جوهرية، وبالتالي فإن تقدير هذه الصفة لهذه الفئة يجب ان يتم من خلال ربط نوع الرائحة المعينة والمنتج الذي تنوي تمييزه والوظيفة التي تهدف من اجلها. لذا من المهم ان تكون العلامة التجارية الشمية بالنسبة للمستهلك بمثابة رسالة تعريفية وليست خاصية بسيطة للمنتج أو الخدمة^(٩). لذا قد تكون الرائحة مميزة في منتج ولكنها ليست مميزة في اخر^(١٠)، ذلك لأن الاشارات عموماً قادرة على ان تكون علامة تجارية بشرط ان تكون لديها القدرة على تمييز منتجات وخدمات تاجر معين عن المنتجات المنافسة^(١١).

استناداً إلى اجتهاد محكمة العدل الأوروبية يمكن للمستهلك ان يلاحظ شرط التمييز فيما يتعلق بالعلامات الشمية في حال لصق الرائحة على منتج غير معطر أو عندما تكون الرائحة فريدة من نوعها بشكل يجذب المستهلك بحيث ينشأ ارتباط عقلي في ذهن المستهلك مثل رائحة العشب الطازج لكرات

التس حيث اعتبرت هذه الرائحة مميزة وبالتالي قبولها كعلامة تجارية شمية كون ان صاحب هذه العلامة هو الوحيد الذي ينتج كرات التس المعطرة بحيث تمكن المستهلكين من التعرف على منتجاته على الفور لتحقق شرط التميز فيها^(١٢).

على الرغم من ان العلامة التجارية الشمية في كثير من الاحيان تكون ذات طابع مميز لكن في احياناً اخرى تكون خالية من الطابع وهذا ما يحدث في العلامة العامة والعلامة الوصفية، ويقصد بالعلامة العامة هي كل اشارة يستطيع المستهلكون ادراكها مباشرة وبسهولة كونها شائعة وتدل على الخدمة والسلعة^(١٣). ويمكن ان تكون العلامة التجارية الشمية علامة عامة عندما تكون في روائح عامة للسلع والخدمات التي تم تطبيقها عليها كالعلامات التجارية التقليدية، ومن الامثلة على العلامة التجارية العامة هي رائحة الليمون الملصقة على منظفات الغسيل حيث تعتبر رائحة الليمون شائعة الاستخدام وعامة فيما يتعلق بهذه المنتجات وبالتالي لا يمكن احتكارها كعلامة تجارية خاصة لشخص لأنها تفقد للصفة المميزة ومن ثم لا يمكن تسجيلها كعلامة تجارية، ولذات الاسباب لا يمكن تسجيل رائحة الورد كعلامة تجارية شمية لمعطرات الجو وكذلك رائحة الفانيليا كعلامة تجارية لمنتجات الاليس كريم^(١٤).

إما العلامات الوصفية فيقصد بها تلك العلامات التي تشير إلى طبيعة السلعة أو تكوينها أو صفتها الاساسية أو إلى هدفها^(١٥) وكذلك تستعمل لبيان الغرض من المنتجات أو مصدرها أو زمن انتاجها^(١٦) هذا النوع من العلامات لا تعتبر علامة تجارية لافتقارها لصفة التمييز وتسجيلها لا يعطي لصاحبها حق الملكية والاحتكار ما دام انه ليس لها صفة فارقة، حيث ان هذه العلامات اما ان تدل على مصدر المنتجات أو المواد الداخلة في تركيبها أو صفاتها الاساسية أو وصفها بأوصاف جذابة^(١٧) وهي بهذا الوصف لا يمكن ان تستفيد من الحماية المقررة للعلامة التجارية لأنها تشكل معلومات مفيدة للمنافسين تمكنهم من معرفة اسرار العلامة ومن ثم بيع منتجاتهم وخدماتهم وهي بذلك لا تسجل كعلامة تجارية لأنها لا تفي بشرط التمييز^(١٨)، ومن العلامات الوصفية الواضحة للجمهور هي على سبيل المثال وضع رائحة الليمون على وعاء عصير الليمون، اما العلامات الوصفية المضللة للجمهور فهي على سبيل المثال نفس رائحة الليمون توضع على عبوة تحتوي على عصير الليمون والبرتقال^(١٩).

وإذا كان السبب في عدم منح الحماية للعلامات لتجارية غير المميزة هو ان هذه العلامات متاحة للاستخدام للجميع دون اي عائق وذلك من اجل تعزيز المنافسة في الاسواق، إلا أنه يجوز منح الحماية للعلامة غير المميزة بطبيعتها عندما تكتسب التمييز من خلال الاستخدام^(٢٠)، وبذلك يتم اللجوء إلى التمييز المكتسب في حال عدم تمتع العلامة التجارية بتمييز اصيل على ان يثبت صاحب العلامة التمييز من خلال الاستعمال و، وهذا يعني انه قد ارتكز على الرائحة موضوع العلامة التجارية الشمية بهدف تمييز منتجاته والدلالة على مصدرها لفترة زمنية طويلة، تسمح لمستهلكي هذه المنتجات والخدمات بإقامة رابط ذهني بين الرائحة والمصدر. وقد نص المشرع العراقي على شرط التمييز من خلال الاستعمال والذي ينطبق على عموم العلامات التجارية بما في ذلك حسب اعتقادنا العلامة الشمية عند

تعريفه العلامة التجارية حيث نص "العلامة التجارية.... اذا كانت الاشارات غير قادرة بحد ذاتها على تمييز السلع أو الخدمات فإن امكانية التسجيل تتوقف على السمة المميزة المكتسبة من الاستعمال...." (٢١) كما نصت على ذلك اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية في المادة (٦ / ب) على انه "يمكن رفض أو ابطال.

٢- الماركات الخالية من كل تمييز. يجب ان يراعي في تحديد الصفة المميزة للماركات جميع ظروف واقع الحال لاسيما مدة استعمال تلك الماركة" (٢٢).

لذلك هنالك من يذهب إلى ان الروائح بشكل عام هي خاصية طبيعية للمنتج ولا يمكن ان تكون مميزه بطبيعتها وبالتالي تصنف على انها مجرد علامات وصفية للبضائع وغير قابلة للتسجيل في السجل الرئيسي الخاص بتسجيل العلامات التجارية دون تمييز مكتسب من خلال الاستخدام انما تسجل في سجل يعرف بالسجل الثانوي (٢٣). لذلك فالجهة المختصة بتسجيل العلامات أو المسجل يرفض طلب صاحب العلامة الشمية مالم يثبت التميز المكتسب لهذه العلامات، اي يثبت انه استخدم العلامة بطريقة تمكن المستهلك من معرفة مصدر المنتجات أو الخدمات التي ترتبط بها على ان يتم اثبات التميز المكتسب على اساس كل حالة على حده (٢٤). فعلى سبيل المثال قدم احد الاشخاص طلباً لتسجيل علامة شميه عبارة عن رائحة العنب لزيتوت تشحيم المحركات وقد قدم ادلة منها:

- انه قد استخدم رائحة العنب لمدة خمس سنوات قبل تاريخ الطلب.
- انه قد باع ما لا يقل عن ٥٠٠٠ زجاجة سنوياً خلال تلك الفترة.
- انه قد اعلن عن المنتج في العديد من كتالوجات المبيعات.

ومع ذلك لاحظ المسجل هذه العلامة كانت قيد الاستخدام منذ اقل من ١٠ سنوات وان حجم المبيعات كان منخفضاً نسبياً خلال الفترة التي تم استخدامها فيها ، علاوة على ذلك لم يقدم صاحبها ارقاماً دقيقة بشأن نفقات الاعلان التي تم اجرائها وبذلك اعتبرت ادلته غير كافية لدعم تمييز العلامة (٢٥).

عليه يمكننا ان نستخلص ان تقدير توافر التمييز في العلامة الشميه يستند إلى معيارين، الأول تقدير أو قياس التمييز بالنسبة للرائحة والمعيار الثاني هو تقدير التمييز بالنسبة للمنتج أو الخدمة.

وفي اعتقادنا يمكن اثبات التمييز في العلامة الشميه من خلال العديد من الادلة منها:

- ان يكون صاحب العلامة هو الشخص الوحيد الذي استخدم الرائحة في منتجه.
- ان تكون الرائحة ليست سمة متأصلة أو خصيصة طبيعية للمنتجات أو الخدمات انما هي ميزه لهذه المنتجات أو الخدمات من اجل تمييزها عن غيرها.
- اثبات قدرة الرائحة في انشاء ارتباط ذهني بين السلعة ومصدرها اي امكانية الرائحة في الاشارة إلى مصدر السلعة وتحديد اصل المنتج بدقة.

المطلب الثاني انعدام الدور الوظيفي

يقصد بنظرية الدور الوظيفي بالعلامة التجارية هو حظر استخدام ميزة المنتج كعلامة تجارية، سواء كانت ميزة المنتج ضرورية لاستخدامه أو تؤثر في تكلفة المنتج أو جودته^(٢٦).

من اجل اثبات ان الرائحة يمكن ان تعمل كعلامة تجارية يجب على مقدم الطلب ان يثبت بالإضافة إلى اثبات التميز ان يثبت عدم توفر الدور الوظيفي في الرائحة، يجب وتكون ميزة المنتج وظيفية اذا كانت ضرورية لاستخدام السلع والمنتجات أو الغرض منها^(٢٧)، واذا كانت الميزة تؤثر على تكلفة المنتج وجودته. وبذلك ان قدرة العلامات غير التقليدية عموماً والعلامة التجارية الشمية خصوصاً على تمييز منتجات أو خدمات تاجر معين عن مثيلتها المقدمة من منافسيه وان كانت جوهرية فأنها لا تكفي بمفردها بإضفاء وصف العلامة التجارية، بل ان ذلك يفترض التأكد فيما اذا كانت للعلامة أو الإشارة غير التقليدية عموماً والإشارة الشمية خصوصاً دور وظيفي بالترابط مع الخدمة أو المنتج المقدم وبذلك يعتبر شرط الدور الوظيفي من اهم القيود المفروضة على العلامة التجارية الشمية لأنها تعتبر ضماناً ضرورية لتعزيز المنافسة العادلة بين التجار والمصنعين^(٢٨).

ان نظرية الدور الوظيفي تجد اساسها القانوني في العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية، اذ نجد قانون العلامات الامريكي ينص في المادة § ٢ (U.S.C. § 1052 ١٥). على انه لا يمكن لمكتب تسجيل العلامات التجارية الامريكي رفض تسجيل علامة تجارية بالاستناد إلى طبيعتها مالم تكن تلك العلامة مضطلة بدور وظيفي^(٢٩)، وايضاً نظرية الدور الوظيفي تجد اساسها في اتفاقية باريس نصت على الدور الوظيفي في المادة (٦) اذ نصت هذه المادة على ما يأتي:

"..... يمكن رفض أو ابطال: -

٢ - الماركات الخالية من علامة مميزة أو الماركات المؤلفة فقط من علامات أو اشارات يمكن استخدامها في التجارة للدلالة على الجنس والصفة والكمية ومحل التصدير والقيمة ومصدر اصل الحاصلات أو تاريخ انتاجها أو الماركات التي اصبحت مستعملة في الكلام الدارج أو في العادات التجارية النزيهة الراهنة في البلد المطلوب فيه الحماية"^(٣٠). وايضاً نظرية الدور الوظيفي تجد اساسها في المادة (٧/١/هـ)^(٣١) من لائحة العلامة التجارية الجماعية^(٣٢) حيث رفضت هذه المادة العلامات التي تتكون حصرياً من الشكل الناتج عن طبيعة البضائع نفسها، وشكل البضائع الضروري للحصول على نتيجة فنية، والشكل الذي عطي قيمة جوهرية للبضائع، حسب هذه المادة يرفض تسجيل العلامات التي تعطي قيمة نفعية أو اقتصادية. اما على المستوى الأوربي فقد منع التنظيم الاتحادي المتعلق بالعلامات التجارية في المادة (٧/١/د) تسجيل الاشارات لشائعة الاستعمال في المجال التجاري وقد اعتبر الاجتهاد الأوربي ان هذه المادة تنطبق على العناصر المستعملة في الاعلانات والتي لا تستعمل كدلالة تعريفية

انما كوسيلة استجلاب للزبائن^(٣٣). وهذا يعني انه عندما تستعمل هذه العلامات لاستجلاب الزبائن تكون وظيفتها نفعية واقتصادية وتبتعد عن وظيفة العلامة التجارية الاساسية. وهنا لا بد من الاشارة إلى ان الاساس المنطقي وراء الدور الوظيفي هو ان الاسواق لن تكون قادرة على المنافسة الحقيقية اذا لم يتمكن التجار أو المصنعون الجدد من صنع منتج بميزة يطلبها المستهلكون^(٣٤) وهو بذلك يعكس الغرض من العلامة التجارية وهو تمييز المنتج من اجل حمايته وليس احتكاره^(٣٥). واستناداً إلى ما طورته واستقرت عليه الاجتهادات الغربية يمكننا القول ان الدور الوظيفي للرائحة كعلامة تجارية متوفر في احدي الحالتين: -

١ - عندما تؤدي الرائحة وظيفة نفعية (وظيفة اقتصادية).

٢ - عندما تؤدي الرائحة وظيفة جمالية (وظيفة زخرفية).

أولاً الوظيفة النفعية:

- ويقصد بالوظيفة النفعية ان وظيفة المنتج ضرورية لاستخدامه أو تعطي قيمة كبيرة للبضائع أو الخدمات وبالتالي لا يمكن حمايتها كعلامة تجارية. وتعتبر الوظيفة نفعية في الحالات الآتية:
١. اذا كانت الميزة ضرورية لاستخدام المنتج أو الغرض منه أو علامة عامة للمنتج.
 ٢. اذا كانت الميزة تؤثر على تكلفة المنتج وجودته.
 ٣. اذا كان منح العلامة التجارية للاستخدام الحصري للميزة من شأنه ان يضع المنافسين في وضع يضر بسمعتهم اي انه يؤثر على المنافسة المشروعة^(٣٦).
 ٤. اذا كانت العلامة خصيصة من خصائص المنتج أو يدخل في تكوينه^(٣٧).

• الحالة الأولى تتمثل في معطرات الجو والطور فهذه الروائح سوف يرفض تسجيلها لأنها تعد ضرورية للمنتج وكذلك لان هذه المنتجات مشهورة بهذه الميزات في حين يجب ان لا تعد الرائحة سمة متأصلة أو خاصية طبيعية للمنتج^(٣٨) وهذا ما يحدث مع فئة (الروائح الأولية)^(٣٩) وهي منتجات ذات رائحة طبيعية يتم استهلاكها بشكل منفرد وحصري بسبب روائحها التي تهدف فقط إلى انبعاث العطر^(٤٠). مثل العطور ومعطرات الجو، حيث ان العطر هنا يجذب المستهلك لغرض الشراء^(٤١). اي ان هذه المنتجات تكون عديمة الفائدة ولا وجود لها اذا انتزع العطر منها. حيث يكون التعطير هو الوظيفة الرئيسية للمنتج على سبيل المثال، رائحة اللافندر لمعطرات الجو للاستخدام المنزلي فهذه لا يمكن تسجيلها كعلامة تجارية شمية لعدة اسباب منها ان الرائحة هنا تستخدم بطريقة وظيفية وتعد خصيصة طبيعية أو ذاتية للمنتج الملاصقة به وتخدم الغرض النفعي للمنتج.

وكذلك يحدث في الفئة الثمانية وهي فئة الروائح الثانوية وتشمل الروائح التي تضاف إلى منتجات ذات وظائف لا ترتبط بحاسة الشم^(٤٢) اي ان الرائحة لا تشكل الوظيفة الاساسية فيها^(٤٣) ولكن

وجود الرائحة يمثل سمة ضرورية للمنتجات^(٤٤). على سبيل المثال المناديل المعطرة والصابون ومساحيق التنظيف ومستحضرات التجميل^(٤٥). ولو اخذنا الصابون مثلاً نجد أن الغرض الاساسي منه هو التنظيف ام الغرض الثانوي هو الرائحة، وكذلك مستحضرات التجميل الغرض الاساسي هو الجمال و الغرض الثاني هو الرائحة^(٤٦).

استناداً إلى ما سبق يمكن القول أن هذه المنتجات يمكن أن تكون موجودة ومفيدة ومرغوب بها وتؤدي وظيفتها من دون الحاجة إلى الروائح.

وكذلك يمكن القول أن في هذه الفئة ستحدد كل حالة أن الرائحة تعتبر وظيفية فيها ام لا من خلال الفحص، حيث أن المنتجات التي ليس لها رائحة طبيعية وضرورية ولكن تكون مطلوبة حسب تقاليد الصنعة أو من متطلبات السوق الاستهلاكية مثل منتجات النظافة الشخصية ومعظم المنتجات الطبية حيث ان هذه المنتجات تخضع للفحص لتحديد ما اذ كانت الرائحة تقوم بدور وظيفي ام لا^(٤٧)، على سبيل المثال الشامبو حيث أنه بالأصل عديم الرائحة لكن تضاف له الرائحة لجعله اكثر جاذبية اي أن الغرض الاساسي للشامبو هنا هو التنظيف والغرض من الرائحة هنا ثانوي بالنسبة للشامبو فإن الرائحة هنا مؤهلة لكي تسجل كعلامة تجارية. اما اذا كان الغرض من الشامبو هو التنظيف وللمعان والتقوية والرائحة اللطيفة نجد هنا أن الرائحة قد تجاوزت وظيفتها الثانوية إلى الوظيفة النفعية وبالتالي سوف تحظر من التسجيل كعلامة تجارية لأنها سوف تؤثر على المنافسة المشروعة^(٤٨).

وبالتالي يجب على صاحب العلامة الشمية من هذا النوع أن يثبت أن الرائحة شكلت بالنسبة للمستهلك رابطة عقلية بين السلعة ومصنعها ودون أن يكون لها علاقة بخصيصه من خصائص المنتج الرئيسية^(٤٩).

ومع ذلك قد لا تكون الرائحة هي الوظيفة الأساسية للمنتج ورغم ذلك لا يمكن تسجيلها كعلامة شمية عندما تكون الرائحة عامة، وهذا ما يحدث مثلاً مع رائحة الصنوبر أو رائحة الليمون لمنتجات التطهير أو التنظيف للاستخدام المنزلي لأن هذه الروائح تستخدم عادة مع هذه المنتجات واغلب المستهلكون يعرفونها ويعرفون أن هناك شركات مختلفة تباع هذه المنتجات فهذه الرائحة لا تؤثر على اختيار المستهلك بطريقة حاسمة لأن العطر الذي يبحثون عنه سيكون متاحاً على الأرجح في جميع العلامات التجارية المعروضة في الاسواق^(٥٠).

• الحالة الثانية وهي الرائحة التي تعطي قيمة جوهرية للمنتج، ولهذا السبب تم رفض طلب تسجيل عطر شانيل لعام ١٩٩٤ حيث ان سبب شراء المستهلك لعطر شانيل هو رائحتها وبالتالي هذه الرائحة قد زادت من قيمة المنتج لأن الغرض الاساسي من العطر و وظيفته هو انبعاث العطر، وتعتبر رائحة العطر هي السلعة نفسها^(٥١).

• الحالة الثالثة ويكمن سبب هذه الحالة في حماية المصلحة العامة من خلال المحافظة على المنافسة المشروعة بين المصنعين، حيث كان هذا السبب احد الأسباب وراء رفض طلب تسجيل السيدة كلارك لرائحة خيوط الغزل والخياطة كعلامة شميه، حيث كانت حجة الرفض تستند إلى الحاجه التنافسية وحتى يتمكن المصنعون من إضافة الروائح اللطيفة بحرية إلى خيوط الحياكة فيجب رفض هذا الطلب إلا أن السيدة كلارك دفعت هذه الحجة بالقول بأنها تسعى إلى تسجيل نوع معين من رائحة الازهار وهذا لا يمنع الشركات المصنعة الاخرى من استخدام روائح الازهار الاخرى فيما يتعلق بخيوط الحياكة وأن نطاق الحماية يقتصر على واحده محده للغاية وهذا لا ينبغي أن يمثل عقبة امام المنافسين تؤثر على المصلحة العامة، وبالتالي تم قبول الطلب وسجلت كعلامة تجارية^(٥٢).

• الحالة الرابعة وهي أن تكون علامة الرائحة وظيفيه اي ان الرائحة تكون خصيصة من خصائص المنتج أو تدخل في تكوينه وقد اكدت على هذه الحالة المادة (٣٦/٢ أ) من المرسوم السلطاني رقم (٦٨) لسنة ٢٠٠٨ الخاصة بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الصناعية تنص على أنه التي تنص "لا تعتبر علامة تجارية ولا تسجل بهذا الوصف ما يأتي: أ العلامات غير القادرة على تمييز السلع أو الخدمات التي تنتجها احد المنشآت عن تلك التي تنتجها منشآت أخرى ولا تعتبر الرائحة أو المذاق أو الخصائص المادية الاخرى الناشئة عن التركيب المألوف لتلك السلع قادرة على تمييزها" وبذلك لا يجوز تسجيل العلامة التجارية الشميه اذا كانت ناتجة عن التركيب المألوف للسلعة المراد تسجيلها بالرائحة، فعلى سبيل المثال لا يجوز تسجيل رائحة الورد لتمييز منتج زيت الورد لأن رائحة الورد ناتجة عن طبيعة السلعة ذاتها، يجوز تسجيل رائحة الورد لتمييز بعض الاقمشة وذلك لأنها لا تنشأ عن التركيب المألوف للسلعة كما أنه قادرة على تمييزه^(٥٣). وجدير بالذكر اكد دليل فحص العلامات التجارية الامريكي الصادر من مكتب البراءات والعلامات التجارية الامريكي قد اشار صراحةً في المادة (§ 1202.13) بشأن تسجيل علامة الرائحة في أن علامة الرائحة يمكن تسجيلها اذا استخدمت بطريقة غير وظيفية، اي أن الرائحة ليست خصيصة للمنتج الملاصق به اي أنها لا تخدم الغرض النفعي للمنتج اما اذا كان العكس فلا يمكن تسجيلها كعلامة تجارية^(٥٤) لذلك رفض مكتب البراءات والعلامات التجارية الامريكي تسجيل رائحة البرتقال لمنتج يستخدم في ازالة الطلاء تأسيساً على أن رائحة البرتقال نابعة من خصائص المنتج حيث أن هذا المنتج يدخل في تكوينه حمض البرتقال الذي تفوح منه رائحة تشبه رائحة فاكهة البرتقال، وبذلك تصبح رائحة البرتقال مجرد وصف لأحد مكونات المنتج لذا لا يمكن تمييز منتج صاحب العلامة عن المنتجات الشبيهه وبالتالي لا يمكن تسجيلها كعلامة تجارية^(٥٥).

وعليه يمكن أن يستخلص أن المنتجات التي يتم ادخال الرائحة إليها لجعلها اكثر متعة أو مرغوبة أو مفيد والرائحة هنا لا تكون علامة تجارية شميه بسبب الوظيفة ولكون الرائحة تستخدم لغرض نفعي وتزيد من قيمة المنتج وبالتالي ستخلق عقبة امام المنافسة المشروعة، كما لا يستطيع المنافسون

الذين يمتلكون منتجات تحتوي على رائحة مشابهة لها من تقديم هذه المنتجات للسوق وبالتالي عدم القدرة على جذب المستهلكين. حيث أن وظيفة العلامة التجارية ليست ضمان المزايا لأصحابها وإنما هي إمكانية التمييز بين السلع والخدمات، فهذه الأسباب تمنعها من التسجيل كعلامة تجارية شمية.

• ثانياً الوظيفة الجمالية: يقصد بالوظيفة الجمالية في مجال العلامات التجارية بأنه تصميم العلامة التجارية بشكل يجعل المنتج أكثر رغبة لدى المستهلكين من الناحية التجارية^(٥٦)، والسبب في رفض تسجيل العلامات ذات الميزة الوظيفية الجمالية هو اجتناب الخلط بين العلامة التجارية وبين غيرها من حقوق الملكية الفكرية وما ينتج عنها من مشاكل خاصة مع براءات الاختراع وحقوق النشر والتأليف وذلك لأن الهدف من براءات الاختراع هو تحقيق التوازن بين المصالح العامة والخاصة وذلك من خلال منح الاختراع احتكاراً لفترة معينة من الوقت مقابل الكشف عن بيانات الاختراع من أجل استخدامها في اختراعات جديدة أما العلامات التجارية فيمكن الاحتفاظ بها لفترة أطول وهذا ما يجعل المنتجين والمصنعين يميلون إلى العلامات التجارية للاحتفاظ بالاحتكار حتى بعد انتهاء صلاحية الاختراع، ولذلك لا بد من استبعاد هذا التداخل أو الخلط للمحافظة على المصلحة العامة والمبادرة الإبداعية، وذات الأمر بالنسبة لحقوق النشر. كما أن استبعاد العلامة التجارية الجمالية هو لمنع المنافسين من استخدام العلامة في شكل يجلب القيمة لإنتاج السلع التي يميل المستهلكون فيها لشراء منتج معين ليس بسبب جودته وإنما بسبب شكله^(٥٧) فهنا ترفض العلامة التجارية من التسجيل لأن المستهلك ينجذب إلى التصميم أكثر من المنتج ولأن التمييز هنا يعمل على تحديد المنتج بدلاً من تحديد المصدر وبالتالي من غير المناسب حمايتها كعلامة تجارية إلا إذا اكتسبت معنى ثانوياً (تمييز مكتسب)^(٥٨). فالمهم مراعاة القيمة الجمالية للعلامة التجارية في التأثير إذ أنه إذا كانت العلامة التجارية تمنح ميزة مهمة لا يمكن تكرارها من خلال استخدام بدائل لكن هذه الميزة وظيفية ففي مثل هذه الحالة لا يمكن حمايتها كعلامة تجارية، على سبيل المثال قضية شركة (Brunswick.v.) حيث أراد مصنع للقوارب أن يسجل اللون الأسود كعلامة تجارية لقواربه إلا أنه تم رفض الطلب لأن مصنعي القوارب يستخدمون الألوان التقليدية المحايدة لقواربهم وأن إعطائه الحق في تسجيل اللون الأسود سوف يحرم الشركات الأخرى من استخدام اللون الأكثر حيادية إلا وهو (اللون الأسود) وهذا من شأنه يعيق المنافسة بين التجار^(٥٩). وكذلك الأمر بالنسبة للرائحة التي تؤدي وظيفة جمالية إذا تم دمجها في منتج لغرض إخفاء الروائح الكريهة لمنتج ما أو لطرد الحشرات أو لإطالة التأثير العطري للرائحة، وحتى إذا تم استخدام الرائحة لأغراض علاجية فقد يؤدي احتكار الرائحة إلى أضرار جسيمة بالمنافسين الذين لن يتمكنوا من إرضاء الوظيفة الفنية المعنية من خلال تطبيق الرائحة في منتجاتهم وبالتالي فإن هذه الرائحة قد تحمي بوسائل أخرى بعيدة عن العلامات التجارية^(٦٠). مثال ذلك استخدام رائحة البرتقال على نطاق واسع في الصناعة الطبية وصناعة الأدوية من أجل إخفاء

الرائحة المزعجة وتحسين طعمها، فإن منح شركة ما رائحة البرنقال كعلامة تجارية شموية يعيق المصنعين الجدد وبالتالي التأثير على المنافسة العادلة^(٦١).

لذلك فالعلامة التجارية الوظيفية أو الوصفية لا يمكن تسجيلها تخدم غرض نفعي أو جمالي أو وصفي. بل أن البعض يرى أنه بالقياس مع العلامات اللونية فيما يتعلق بقدرة المستهلك على تمييز المنتجات من النادر ما يستطيع المستهلكون المقارنة بين السلع والخدمات ذات الرائحة المختلفة حتى لو تذكر الروائح بشكل دقيق، كما أن عدد الروائح المستخدمة كعلامة تجارية تكون عادة محدود للغاية كونها متاحة للجميع فضلاً عن أنه ليس كل الروائح مناسبة لكل منتج فمثلاً رائحة الاسماك اذا استعملت كعلامة تجارية لمنتجات التنظيف حتى وأن كانت مميزة لكنها تعد طاردة في نفس الوقت ذلك لأنها تجعل المنتج غير مرغوب فيه لدى المستهلكين وبالتالي تعد علامة الرائحة هنا عديمة الفائدة، وكذلك بالقياس مع علامة المذاق بخصوص المستحضرات الصيدلانية أو الطبية فيما يتعلق بالمنتجات ذات الرائحة الكريهة فإنه على الاغلب أن الرائحة سوف تؤدي وظيفية جمالية وبالتالي سوف تحرم من الحماية الخاصة بالعلامات التجارية^(٦٢)

وبالتالي من اجل ان يجتاز مقدم الطلب اختبارات عدم الوظيفة عليا أن يثبت ان علامة الرائحة الخاصة به تؤدي وظيفة تحديد الهوية ولا تؤدي اي وظيفة اخرى.

وعليه يمكن القول بأن الروائح التي يمكن استخدامها كعلامة تجارية شموية وتخلو من الدور الوظيفي هي (الروائح الفريدة) وهي الفئة الاخيرة من الروائح، ففي هذه الفئة تضاف الرائحة إلى منتجات لا تحتوي على الرائحة اطلاقاً حيث تستخدم الرائحة من اجل جذب المستهلكين. ومن الامثلة الاكثر شهرةً في هذا النوع من العلامات التجارية هي رائحة خيوط الخياطة المعطرة بعطر الياسمين للسيدة كلارك^(٦٣) فهذا النوع من الرائحة عند استخدامه كعلامة تجارية لا يثير مشاكل ولن ينتج عن اضافة هذه الرائحة على المنتج اي مكاسب نفعية كما أنها لا تهدد المنافسة المشروعة كونها غير وظيفية ومنفصلة عن طبيعة المنتجات اي لا توجد علاقة بين المنتج والرائحة المزعومة كعلامة تجارية شموية سواء كانت العلاقة تبعية أو وظيفية أو غير ذلك، كل هذه الاسباب تجعل من هذه الرائحة علامة تجارية شموية جاهزة للتسجيل ومحللاً للحماية القانونية^(٦٤).

لذا يمكن القول أن الدور الوظيفي للعلامة التجارية الشموية تعني أن العلامة الشموية المطلوب تسجيلها يجب ألا تكون الرائحة سمة أساسية أو جوهر المنتج نفسه. وذلك لمنع الشركات المصنعة من حماية ميزات المنتجات ذات العلامات التجارية حتى لا تمنع المنافسة المشروعة، لأن هدف قانون العلامات التجارية هو منع المنافسة غير العادلة وليس المنافسة المشروعة.. على سبيل المثال، الرائحة

الفعلية لرائحة العطر لن تكون مؤهلة لحماية العلامة التجارية لأن ميزة المنتج (رائحته) هي النقطة الأساسية للمنتج.

وكذلك نستنتج مما سبق أنه على طالب التسجيل اذا اراد تسجيل علامة تجارية شموية عالية أن يثبت أن الرائحة ليست من خصائص المنتج ومميزة وذلك للوفاء بالمعيار غير الوظيفي، وكذلك يجب ألا تكون ميزة المنتج عطرية ويجب الا تؤثر على تكلفة جودة المنتج، ويجب أن لا تكون طبيعية للمنتج أو نتيجة عملية التصنيع.

الخاتمة:

أولاً : النتائج .

١. لا تصلح الرائحة كعلامة تجارية اذا كانت هذه الرائحة تمثل خاصية طبيعية للمنتج، اذ يجب أن تكون ذات تمييز مكتسب وبخلافه تكون مجرد علامة وصفية للمنتج. وعلى صاحب العلامة الشموية اثبات تحقق ذلك في علامته عند تقديمه طلباً بتسجيلها.

٢. من اجل اكتساب الرائحة صفة العلامة التجارية يجب ان لا تكون ذات وضيفة نفعية أو جمالية .

٣. يجب أن تكون الرائحة المتخذة كعلامة تجارية رائحة فريدة من نوعها.

ثانياً : المقترحات .

١. نقترح على المشرع العراقي اصدار نظام خاص بالعلامات التجارية غير المرئية يسمى (نظام تسجيل العلامات التجارية غير المرئية) وبما ينسجم وطبيعة هذه العلامات ومنها العلامة التجارية الشموية، وذلك لعدم ملائمة نظام العلامات التجارية الحالي لهكذا نوع من العلامات لاسيما وأن المشرع العراقي قد اعترف بها بموجب التعديل الذي اورده على المادة (١) من قانون العلامات.

٢. نقترح على المشرع العراقي أن يثبت في هذا النظام معايير اثبات شرط التمييز في العلامة التجارية الشموية وهي أن يكون صاحب هذه العلامة هو الشخص الوحيد الذي يستخدم الرائحة في منتجاته، وأنها - الرائحة - ليست سمه متأصلة أو خاصية طبيعية او وصفية لمنتجاته، وأن تكون قادرة على تمييز تلك المنتجات عن غيرها من المنتجات المماثلة.

٣. نقترح على المشرع العراقي النص في هذا النظام على رفض استخدام الروائح الوظيفية كعلامة تجارية شموية.

٤. نقترح على المشرع العراقي النص في هذا النظام على حظر ومنع استخدام الروائح الطبيعية كعلامة تجارية شموية.

الهوامش:

(١) احمد داود القسراوي، الحماية المدنية للعلامة التجارية المشهورة وفق التشريع الاردني والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٤.

(٢) سميحة القليوبي، الوجيز في التشريعات الصناعية، مصدر سابق، ص ٢٣١، يوترفاس حفيظة، حماية العلامة التجارية في المجال الالكتروني، الالكتروني، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٣٩.

(٣) قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (رقم م / ٥١) لسنة ١٤٣٥ هـ الذي اعتمده المجلس الاعلى في دورته (٣٣) المعقودة في مملكة البحرين لسنة ٢٠١٦.

(٤) Art. L711-2 C. fr. propr. intell: « Le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'appécie à l'égard des produits ou services désignés.

Sont dépourvus de caractère distinctif:

a) Les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service

b) Les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service.

c) Les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle. »

(٥) The following shall not be registered—

(a) signs which do not satisfy the requirements of section 1(1),

(b) trade marks which are devoid of any distinctive character ,

(٦) قانون تسجيل العلامة التجارية الاتحادية لسنة ١٩٤٦، المعروف بقانون لانهام (أو قانون العلامة التجارية)، المعدل فعلياً بتاريخ ١٦ / نوفمبر تشرين الثاني ١٩٨٩، يقدم الإطار القانوني لمعاينة وتسجيل العلامات التجارية على الصعيد الاتحادي

(٧) § 45 (15 U.S.C. § 1127).، The term "trademark" includes any word, name, symbol, or device, or any combination thereof—

(1) used by a person, or

(2) which a person has a bona fide intention to use in commerce and applies to register on the principal register established by this chapter.

to identify and distinguish his or her goods, including a unique product, from those manufactured or sold by others and to indicate the source of the goods, even if that source is unknown.

(٨) م (١/١٥) من اتفاقية تريبس لسنة ١٩٩٤ حيث نصت (تعتبر اي اشارة او مجموعة اشارات تسمح بتمييز السلع او الخدمات التي تنتجها منشأة عن تلك التي تنتجها المنشآت الاخرى صالحة لأن تكون علامة تجارية).

(٩) Mati hernández alfaro, los nuvos productos y lasmarcas clfativa anuario facultad de derecho – universidad de alcalá i (2008) mati hernández alfaro, los nuvos productos y lasmarcas clfativa anuario facultad de derecho – universidad de alcalá i (2008) ,p 144 ,

https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6414/nuevos_hernandez_afdua_2008.pdf?sequ ,date vist:15 /1 /2020,pm.

(١٠) Stavroula karapapa ,registering scents as community trade marks ,the law journal of the international trademark association ,vol. 100 ,november–december ,2010 ,no. 6,p8 .

(١١) Mishra, neha. "registration of non–traditional trademarks." journal of intellectual property rights 13.1.2008, p44.

(¹²) Karapapa, Stavroula, op.cit, p8 .

(¹³) Amanda e. compton, acquiring a flavor for trademarks: there's no common taste in the world.northwestern journal of technology and intellectual property, volume.8, no.3, 2009 ,p.340.

(¹⁴) Mishra neha, registration of non-traditional trademarks, national law school of india, received ,journal of intellectual property rights, vol 13, January 2008, p43-50.

-Karapapa,op.cit. p9.

(¹⁵) نعيم مغيب، نعيم مغيب، الماركات التجارية والصناعية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥. ياسر حورية، الكيمياء، منشورات جامعة الشام الخاصة، الاردن، ٢٠٢٠، ص٩٨.

(¹⁶) برايم سليمان، العلامة التجارية المشهورة، ط١، مكتبة زين الحقوقية والديبية، لبنان، ٢٠١٣، ص ١١٣.

(¹⁷) شذى احمد عساف، شطب العلامة التجارية في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١١، ص٥٥.

(¹⁸) نسيم خالد، العلامة التجارية وحمايتها من اعمال المناقصة غير المشروعة: دراسة مقارنة في ضوء القانون الاردني والمغربي والاتفاقيات الدولية، ط١، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٧، ص ٦٩.

(¹⁹) Karapapa, Stavroula. op.cit, p 10.

(²⁰) Fleck, lorraine m. "what makes sense in one country may not in another: a survey of select jurisdictions re scent mark registration and a critique of scents as trademarks." ,master thesis ,faculty of law, queen's university ,2003 ,p 15.

(²¹) المادة (١) من قانون العلامات والبيانات التجارية العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ المعدل.

(²²) م (٦) من اتفاقية باريس لحقوق الملكية الفكرية لسنة ١٩٧٩.

(²³)Robin klingberg,the future of scent as trademarks in the european union.a comparative study of the challenges and possibilities for protection of olfactory signs in the european union and the united states , master thesis.school of business.economics and lawe ,university of gothenburg ,Sweden ,2017 ,p 20.

(²⁴)Sara ettaoum ,l'appréhension des marques non traditionnelles par le droit des maques: approche comparatiste francocanadienne ,master's thesis.université laval ,canada ,2019, p 66.

(²⁵)Kassandra bastas ,La protection juridique de la marque olfactive dans l'Union européenne ,Mémoire , Faculté de Droit ,de Science Politique et de Criminologie ,Université de Liège ,Liège ,Belgique ,2017, , p 27.

(²⁶)Greg r. vetter (,trademark basics ,university of houston low center ,houston, 2010,p 44.

(²⁷) Functionality doctrine (trademark).

[https://www.law.cornell.edu/wex/functionality_doctrine_\(trademark\)](https://www.law.cornell.edu/wex/functionality_doctrine_(trademark)), visit time, 32 /2 /2022, 12: 15 pm.

(²⁸) Franco Galbo, making sense of the nonsensical: a look at scent trademarks and their complexities , december 21, 2017 <https://ipwatchdog.com/2017/12/21/scent-trademarks-complexities/id=91071/> ,visit team 27 /2 / 2020. 12:19 pm.

(²⁹) No trademark by which the goods of the applicant may be distinguished from the goods of others shall be refused registration on the principal register on account of its nature unless it—

(e) Consists of a mark which, (1) when used on or in connection with the goods of the applicant is merely descriptive or deceptively misdescriptive of them, (2) when used on or in connection with the goods of the applicant is primarily geographically descriptive of them, except as indications of regional origin may be registrable under section 1054 of this title, (3) when used on or in connection with the goods of the applicant is primarily geographically deceptively misdescriptive of them, (4) is primarily merely a surname, or (5) comprises any matter that, as a whole, is functional.

(³⁰) م (٦) من اتفاقية باريس لحقوق الملكية الفكرية لسنة ١٩٧٩.

(³¹) Article 7

Absolute grounds for refusal

1 The following shall not be registered:

(e) signs which consist exclusively of:

- (i) the shape which results from the nature of the goods themselves; or
- (ii) the shape of goods which is necessary to obtain a technical result; or
- (iii) the shape which gives substantial value to the goods.

(³²) Council Regulation (EC) No 40/94 of December 20, 1993 on the Community trade mark (1994) OJ L11/1, now replaced by Council Regulation (EC) No. 207/2009 of February 26, 2009 ('Community Trademark Regulation').

(³³) Article 7 (1) (d) CTMR excludes from registration signs which consist exclusively of words or indications which have become customary in the current language or in the bona fide and established practices of the trade. In this context, the customary nature of the sign may refer to something other than the properties or characteristics of the goods or services themselves. For example, the CTM registration 'STIMULATION' was cancelled on the grounds that it has become a term customarily used in relation to energy drinks

(³⁴) Functionality Doctrine (Trademark),

[https://www.law.cornell.edu/wex/functionality_doctrine_\(trademark\)](https://www.law.cornell.edu/wex/functionality_doctrine_(trademark)), visit time: 32/2/2022, 12: 55 pm.

(³⁵) Sarah Ettaoumi, op.cit.p

(³⁶) Functionality Doctrine (Trademark)

[https://www.law.cornell.edu/wex/functionality_doctrine_\(trademark\)](https://www.law.cornell.edu/wex/functionality_doctrine_(trademark)), visit time: 32/2/2022, 12: 58.

(³⁷) Robin Klingberg, op.cit, p 25.

(³⁸) Gilson, jerome, and anne gilson lalonde. "cinnamon buns, marching ducks and cherry-scented racecar exhaust: protecting nontraditional tradem.", vol 95, 2005, p 797.

(³⁹) تقسم الروائح الى ثلاث فئات حسب نوع المنتج الذي ترتبط به الفئة الأولى هي الروائح الاولية اما الثانية هي الروائح الثانوية اما الثالثة هي الروائح الفريدة و Mati Hernández Alfaro, op.cit, p 142.

(⁴⁰) Olaga morgulova, op.cit.p 30.

(⁴¹) Mati Hernández Alfaro, op.cit, p 146.

(⁴²) محمد مرسي، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

(⁴³) Mati Hernández Alfaro, op.cit p 146.

(⁴⁴) Yaroslava kudruna, op.cit.p 27

(⁴⁵) Stanislav odintsov, Mohammad Mansour, Marina V. Trubina, comparative legal analysis of protectability of olfactory trademarks, volume 9 – issue 27 / march 2020, p 3.

(⁴⁶) Jeffrey S. Edelstein and Cathy L. Lueders, recent developments intrade dress in fin gement law the journal of law and technology 2000, p 9

https://ipmall.info/sites/default/files/hosted_resources/IDEA/4.Edelstein00.pdf, date vist:15/1/2020, 5: 40 PM.

(⁴⁷) Bettina ellas. Do Scents Signify Source ? – An Argument Against Trademark Protection for Fragrances. In: Trademark Reporter, Vol. 82. Estados Unidos: INTA. 1992. P. 476.

(⁴⁸) Barbas, leandro moreira valente. "marcas não tradicionais: mapeamento, problemática e experiência internacional, thèse de maîtrise, phd thesis, université Mackenzie Le Presbytere, brazil, 2015, p287.

(⁴⁹) محمد مرسي، مصدر سابق، ص ٣٠١.

(⁵⁰) Mati Hernández Alfaro, op.cit.p 148

- (⁵¹) Advocate Marilena Shambarta ,Can non-traditional signs ,such as colours ,scents and sounds be protected under Trade Mark law? If not ,what are the alternatives to do so? A comparative analysis between Europe and United States of America ,http://www.mslawyers.eu/images/publication_documents/Can_nontraditional_signs,_such_as_colours,_scents_and_sounds_be_protected_under_Trade_Mark_Law.pdf.p 28.
- (⁵²) Robin Klingberg.op.cit ,p 26.
- (⁵³) Kassandra BASTAS ,op. cit. ,p 26.
- (⁵⁴) Trademark manual of examining procedure. §1202.13 scent or fragrance: «the scent of a product may be registrable if it is used in a non-functional manner». available at: <http://www.bitlaw.com>., date vist:15 /1 /2020, 10: 41 pm.
- (⁵⁵) Faye m. hammersley. the smell of success: trade dress protection for scent mark, marquette intellectual property law review. volume 2. issue 1. article 4,1998,p 119.
- (⁵⁶) Functionality doctrine (trademark).
[https://www.law.cornell.edu/wex/functionality_doctrine_\(trademark\)](https://www.law.cornell.edu/wex/functionality_doctrine_(trademark)),visit time,23/2/2022 ,11: 03 PM.
- (⁵⁷) Pavel Medvedev. Purposes and criteria to determine aesthetic functionality in trademark law ,2020 ,
<https://www.linkedin.com/pulse/purposes-criteria-determine-aesthetic-functionality-law-medvedev> ,visit tame 27 / 2 / 2022, 11: 08PM.
- (⁵⁸) Functionality Doctrine (Trademark),
[https://www.law.cornell.edu/wex/functionality_doctrine_\(trademark\)](https://www.law.cornell.edu/wex/functionality_doctrine_(trademark)), visit time, 32/2/2022 ,11:10.
- (⁵⁹) Kassandra BASTAS ,op. cit. ,p 29.
- (⁶⁰) Mati Hernández Alfaro ,op.cit.,p 148,149.
- (⁶¹) Shuju, f. u. "new challenge on Intellectual property: smell trademark." 2021 international conference on enterprise management and economic development (ICEMED 2021). Atlantis pressadvances in economics, business and management research. volume 178, 2021 ,p 2
- (⁶²) Robin Klingberg.op.cit ,p 28.
- (⁶³) Olaga morgulova.op.cit. p30.
- (⁶⁴) Barbas. Leandro Moreira Valente ,op.cit.,p299

المصادر والمراجع

اولاً : الكتب .

١. سميحة القليوبي، الوجيز في التشريعات الصناعية، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٧.
٢. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، ط ١، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠.
٣. عامر محمود الكسواني، التزوير المعلوماتي للعلامة التجارية، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٠.
٤. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، ط ١، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠.

٥. نعيم مغيب، الماركات التجارية والصناعية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.

٦. ياسر حورية، الكيمياء، منشورات جامعة الشام الخاصة، الاردن، ٢٠٢٠.

٧.

ثانياً : الرسائل والأطرح .

١. احمد داود القصرابي، الحماية المدنية للعلامة التجارية المشهورة وفق التشريع الاردني والاتفاقيات

الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٤.

٢. يوترفاس حفيظة، حماية العلامة التجارية في المجال الالكتروني، رسالة ماجستير كلية الحقوق،

جامعة ابو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، ٢٠١٧.

٣. برايم سليمان، العلامة التجارية المشهورة، ط١، مكتبة زين الحقوقية والديبية، لبنان، ٢٠١٣.

٤. شذى احمد عساف، شطب العلامة التجارية في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا، ط١، دار الثقافة

للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١١.

٥. نسيم خالد، العلامة التجارية وحمايتها من اعمال المنافسة غير المشروعة: دراسة مقارنة في ضوء

القانون الاردني والمغربي والاتفاقيات الدولية، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٧.

البحوث .

١. محمد مرسي، اشكالية تسجيل الرائحة كعلامة تجارية غير تقليدية بين الفقه و التشريع: دراسة

مقارنة، مجلة كلية الكويت القانونية العالمية، المجلد ٦ العدد ٤، ٢٠٠٨.

المصادر الاجنبية

1. Stavroula karapapa، registering scents as community trade marks، the law journal of the international trademark association، vol. 100، november–december، 2010، no. 6.

2. Mishra، neha. "registration of non–traditional trademarks." journal of intellectual property rights 13.1.2008.

3. Amanda e. compton، acquiring a flavor for trademarks: there's no common taste in the world،northwestern journal of technology and intellectual property، volume.8، no.3، 2009.

4. Mishra neha. registration of non-traditional trademarks, national law school of india, received ,journal of intellectual property rights, vol 13, January 2008.
5. Fleck, lorraine m. "what makes sense in one country may not in another: a survey of select jurisdictions re scent mark registration and a critique of scents as trademarks." ,master thesis ,faculty of law, queen's university ,2003.
6. Robin klingberg,the future of scent as trademarks in the european union, a comparative study of the challenges and possibilities for protection of olfactory signs in the european union and the united states, master thesis,school of business,economics and lawe ,university of gothenburg ,Sweden ,2017.
7. Sara ettaoum ,l'appréhension des marques non traditionnelles par le droit des maques: approche comparatiste francocanadienne ,master's thesis,université laval, canada ,2019.
8. Kassandra bastas ,La protection juridique de la marque olfactive dans l'Union européenne ,Mémoire ,Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie ,Université de Liège, Liège, Belgique ,2017.
9. Gilson, jerome, and anne gilson lalonde. "cinnamon buns, marching ducks and cherry-scented racecar exhaust: protecting nontraditional tradem." , vol 95 , 2005.
10. Bettina ellas. Do Scents Signify Source ? ,– An Argument Against Trademark Protection for Fragrances. In: Trademark Reporter, Vol. 82. Estados Unidos: INTA, 1992.
11. Barbas, leandro moreira valente. "marcas não tradicionais: mapeamento, problemática e experiência internacional ,thèse de maîtrise ,phd thesis, université Mackenzie Le Presbytere ,brazil ,2015.

12. Faye m. hammersley, the smell of success: trade dress protection for scent mark, marquette intellectual property law review, volume 2, issue 1, article 4, 1998 .

13. Shuju, f. u. "new challenge on Intellectual property: smell trademark." 2021 international conference on enterprise management and economic development (ICEMED 2021). Atlantis press advances in economics, business and management research, volume 178, 2021.

