

**ALÂMETİ FARİKA HAKKININ MAHİYETİ,
GAYRİ KANUNÎ REKABETLE MÛNASEBETİ
VE DOĞUMU**

Doçent Dr. Haydar Arseven

GİRİŞ

I — Mefhum ve Têbirler :

1 — Alâmeti Farika iktisadî teşebbüs sahiplerinin müesseselerinden çıkan emtiayı emsallerinden tefriğe yarayan işaretlerdir.

2 — Alâmeti Farika tâbiri mevzuatımızda 24/Cemaziyülahır/1288 tarihli bu mevzuu tanzim eden Nizamname ile kullanılmış ve 28/Nisan/1304 tarihli ve halen mer'î olan Nizamnamede de tekrar edilmiştir.

Almanca alâmeti farika karşılığı olarak «Warenzeichen» veya «Marke» tâbiri kullanılır. İngilizler «Trade - Mark», Fransızlar ise «Marques de Fabrique» ve «Marques de Commerce» derler.

Her üç yabancı dilde ve diğer bir çok dillerde ekseriya kullanılan tâbir markadır. Bizde de Milletlerarası Paris İttihadı Mukavelenamesi, Madrid Mukavelenamesi ve markaların beynelmilel tescili hakkındaki Nizamname, bu mukavelename ve nizamnamelerin aslında olduğu gibi «Marka» «Fabrika ve Ticaret Markaları» tâbirlerini kullanmıştır. Sayın hocamız Ord. Prof. Dr. Hırş, Ticaret Hukuku adlı eserinde¹ alâmeti farika tâbiri yerine «Marka» terimini istimal etmektedir.

Alâmeti farika terimi, mefhumu en sabetli şekilde anlatan tâbirdir. Hakikaten alâmeti farikada, bunun ayırıcı, tefrik edici mahiyette bir alâmet olduğu gösterilmektedir. Ancak gerek «Farika» sıfatının, gerek ter kibin eskimiş olması, yerini «Marka» tâbirine bırakmayı icap ettireceğe benzemektedir. Henüz mer'î bulunan Nizamname alâmeti farika

1) 3. bası, 153 v. m.

tâbirini kullandığından biz her iki terimi aynı mânada istimal etmekte devam edeceğiz.

3 — Bilhassa Fransız dilinde yerleşen bir tefrik vardır. Bu ayırmaya göre markalar, fabrika markası ve ticaret markası diye iki ayrı isim ile zikredilir (Marques de Fabrique, Marques de Commerce). Almanlar da çok defa bu ayırmaya uyarak (Fabrik u. Handelsmarken) tâbirlerini kullanırlar. Bu ayırma neticesinde aynı zamanda imalâtta bulunmayan tüccarların bir malı kendi markası altında satışa çıkarması da anlatılmış olur. Fransız dilinde ötedenberi kullanılagelen «Marques de Fabrique» terimi yanlış bir zehaba meydan verebileceği için «ou de commerce» kelimeleri ile tamamlanır. Milletlerarası mukavelelerde aynı sebepten «Fabrika ve Ticaret Markaları» tâbirini alâmeti farika yerine kullanmışlardır. Fakat bu ayırma, mefhumu içersine almağa kâfi değildir. İlerde göreceğimiz gibi ticarî telâkki edilen mevzular dışında da, meselâ, ziraatta alâmeti farika ittihazı mümkündür. Halbuki çok defa ziraat ne «Fabrika» ne de «Ticaret» mefhumu içersine girer. Bu bakımdan ikili tâbir tam sayılamaz. Almanların dediği gibi «Emtia Alâmeti», bizim kullandığımız gibi «Alâmeti Farika» veya sadece «Marka» dersek ikili tâbire hiç lüzum kalmaz. Kaldı ki, markaları, «Fabrika Markası» ve «Ticaret Markası» diye ikiye ayırmanın pratik bir faydası da yoktur. Zira her iki marka aynı hukukî tanzime tâbi tutulmuştur, hukukî bakımdan doğuşları, nihayet buluşları, ihlâlleri farklı neticeler doğurmamaktadır.

II — Tarihçe :

1 — Haksız rekabetin bir nevini önleme gayesini güden alâmeti farika, çok eski devirlerdenberi kullanılmakta idi. Braun eserinde, markanın menşeiini eski Mısır medeniyetine kadar götürür. Eski Mısır çanaklarında bu günkü mânasında alâmeti farikanın bulunduğunu iddia eder. Bu iddialarına mesnet olarak J. Capart ve J. Maspero'nun Mısır sanat ve medeniyetine ait eserlerini gösterir.

Aynı müellife ve Kohler'e göre Roma'da marka istimali çok taammüm etmişti ve çok mütenevvi eşya üzerinde kullanılıyordu. Çanak eşyası, madenî eşya, camlar, şarap ve hattâ peynir ekmek dahi bunlar arasında idi. Marka bazen tüccarın isminden, bazen bulunduğu mahallin isminden ve bazen de bir resimden ibaretti. Roma'da imalâtçılardan başka, tüccarlar da satışa çıkardıkları mallar üzerine lâmeti farika koyarlardı.

Roma Hukukunda marka hakkının ihlâllerine karşı actio injurianum veya actio doli dâvası mümkündür.

2 — Orta zamanlar markanın çok yayıldığı bir devreye rastlar.

Resmî makamların kontrol işaretleri bir tarafa bırakıldığı takdirde, loncaların malın kalitesini temin eden işaretleri ve münferit imalâtçı ve sanatkârların alâmeti farikaları göze çarpmaktadır. Bu devrin hukukunu izah eden Stracca «Tractatum Mercatoribus» adlı eserinde, markanın mukadderatını da tetkik etmiş ve ticarethanenin sona ermesinden sonra, markanın da ortadan kalkması, aksi takdirde halkın aldanabileceği neticesine varmıştır. Orta zamanlarda, marka müteşebbisin imzası olmaktan çıkmış ve bir ticarethaneye aidiyeti göstermiye başlamıştır. Vakıa bu inkişaf eski Romada da husule gelmişse de, açık bir şekilde orta zamanlarda kendisini göstermiştir. Braun'un zikrettiği Gottlieb Struvius'a ait eserler daha orta zamanlarda markaya hâkim prensipleri, bugünkü telâkkilere yakın bir şekilde tesbit etmiştir.

Orta zamanlarda ve yeni zamanlara geçiş devrelerinde de muhtelif memleketlerde mevcut bir çok mevzuat alâmeti farika haklarını korumakta ve ihlâlleri tecziye etmekte idi. Bu devirlerde marka sıkı bir şekilde müteşebbise ve teşebbüse bağlı olarak mütalâa edilmiştir².

3 — Yeni zamanlarda, bilhassa XIX uncu asırda teknik inkişaf neticesinde iktisadî sistemlerde büyük bir devrim husule gelmiş ve alâmeti farikalar da eskisine nisbetle çok daha başka ehemmiyet kazanmıştır. Markanın fonksiyonunu tetkik ederken göreceğimiz üzere markanın yeni fonksiyonları meydana çıkmış veya eskiden belirli belirsiz olanlar da bugün büyük bir ehemmiyet kazanmıştır. Fransız İhtilâlinin hürriyeti bütün tahditlerden azade kılmak niyeti ile hareket ederek lonca teşkilâtlarını, eski mevzuatları ortadan kaldırması neticesinde ticaret ve say hürriyeti hakiki bir tehlike ile karşılaşmış ve bunun üzerine Fransa da alâmeti farika hususunda yeni kayıtlar konulmuştur. Nihayet bu kayıtlar son şeklini 1857 Tarihli Fransız Kanununda bulmuştur. Avusturya

2) Biz burâda tarihi malûmat vermek üzere hareket etmek istemedik. Bu mevzua kısaca teması düşündük. Kohler'in «Alâmeti Farika Hukuku» adlı eseri ile Braun'un aynı mevzua müteallik eserinde, eski devirler ve Avrupa memleketleri hakkında geniş malûmat vardır. Bu eserlerden nakiller yapan Pouillet de, E. M. - Achard da daha muhtasar malûmat bulmak mümkündür. Fransız Hukuku hakkında ise Goujet et Mercier'nin «Dictionnaire de Droit Commercial» adlı eserinde bilgi verilmektedir. Bizim hukukumuzda gelince, Eski İslâm Hukukunda ve lonca teşkilâtlarında bu mevzuu tetkik etmek ayrı ve yorucu bir etüd mevzuu teşkil eder. Bu husus tarihci olmayan hukukçular için, İslâm ve Türk Ticaret Hukuku Tarihi'nin yazılmasından sonra mümkün olacaktır.

aynı mevzuda 1858 yılında. İngiltere 1862 yılında, İtalya 1868 yılında, Almanya ilk defa 1874 yılında, Belçika ve İsviçre 1879 yılında mevzuu hususî bir kanun ile tanzim etmişlerdi. Bunlardan Almanya, İngiltere, Avusturya, İsviçre gibi memleketler kanunlarını yenilemiş, Belçika ve Fransa gibi memleketler ise eski kanunlarını bazı tadillerle idame ettirmişlerdir.

Bize gelince, alâmeti farika mevzuu ilk defa 24/Cemaziyelahir/1288 tarihli Nizamname ile tanzim edilmiş, bu nizamnameye 29/Rebiülâhır/1289 ve 26/Rebiülevvel/1296 tarihinde iki zeyli çıkarılmıştır. Ancak, 28/Nisan/1304 tarihli «Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alâmeti Farikalara Dair Nizamname» 1288 tarihli nizamnamenin yerine geçmiştir. 1304 tarihli Nizamname 24 üncü maddesinde evvelki nizamnameyi ve bunun birinci zeylini ilga etmişse de, birinci tertip düsturun bir sayılı zeylinin 13 üncü sayfasında mevcut ikinci tâdili ilga etmeyi unutmuştur.

Her iki Nizamname 1857 tarihli Fransız Kanunundan bazı ufak tâdillerle iktibas edilmiştir. Son Nizamnamenin ihtiva ettiği para cezaları 17/Nisan/1338 tarih ve 222 numaralı kanunla beş misline çıkarılmıştı. Bu sonuncu kanunu ilga eden 5435 sayılı kanunun 2 nci maddesi ise nizamnamedeki para cezalarını 10 misline çıkarmış bulunmaktadır. Diğer taraftan 5383 numaralı yeni Gümrük Kanunu, Alâmeti Farika Nizamnamesinin 23 üncü maddesini ilga etmiş ve 10 uncu maddesi ile yanlış menşe işaretlerine ait bir hüküm koymuştur. Nizamnamenin yanında halen Mer'i T. K. muz 56 ncı maddesinde diğer ticaret isim ve alâmetleri yanında alâmeti farikayı da tanzim etmiş ve ilerde tetkik edeceğimiz üzere bu mevzuda üzerine büyük bir rol almıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İKTİSADİ ROLÜ VE HAKKIN MAHİYETİ

§ 1

MARKANIN İKTİSADİ ROLÜ

I — Markanın himayesi çok eski zamanlardanberi mevcuttur. Fakat markanın bugünkü mânada kullanılışı yeni zamanların ve bilhassa XIX uncu asrın iktisadî gelişmesinin bir mahsulüdür.

Teknik terakkiler neticesinde münakalât imkânları, evvelce tasavvur dahi edemeyeceğimiz şekilde artmış, mesafe mefhumu eski mânasını kaybetmiş ve bununla müvazi olarak iktisadî gelişme de yeni bir şekil almıştır. Bugün bir fabrikanın, bir ticarî teşebbüsün iş sahası, bulunduğu mahal, kasaba, şehir hattâ memleket hudutları değil, muhtelif memleketleri içersine alan bölgeler, kıt'alar hattâ bazen bütün dünyadır. Artık ticarî teşebbüsler yeni iktisadî icaplar sebebiyle «Müşteri istihsalâtından stok imalâtına, küçük işletmeden büyük işletmeye, hayatını kazanmak için istihsalden (Alimentationsprinzip) kapitalist düşünce tarzına ve toptan imalâta ve bu imalâtın tipleştirilmesine geçtiğinden, bu mahsulleri sürmek için mahreç tevsii zarureti doğmuştur¹⁾. Bu ihtiyaç sebebiyle iş sahası çok genişlemiş, yukarda söylediğimiz gibi müteşebbislere dünya piyasası açılmış ve artık müteşebbisler müşterileri ile, müstehlikler ile doğrudan doğruya temasta bulunmak imkânından mahrum kalmışlardır. Bu kadar geniş ve dağınık piyasada araya pek çok mutavassıtlar girmişler ve müteşebbis mallarının mukadderatı hakkında tam ve salim bir fikir edinmekten mahrum kalmıştır. İşte bu sebepten müteşebbis, mallarını sürebilmek, kendisini yabancı piyasalarda tanıtabilmek, malların menşeiini müşterilerine izah edebilmek için yeni bir aracıya ihtiyaç duymuş ve bu rolü alâmeti farika ifa etmiştir.

II — Himaye mevzuu :

Alâmeti Farika Hukuku da umumiyet itibariyle gayrı kanunî rekabeti muayyen bir sahada önlemek için vaz edilmiş hükümlerden ibarettir. Gayrı kanunî rekabet, kabul ettiğimiz esasa göre, iktisadî nizamın himayesini koruma mevzuu olarak almıştır. Bu bakımdan iktisadî rekabet hak ve hürriyetinin suiistimali hareketleri kanun dışı rekabeti teşkil etmektedir. Alâmeti farikada, gayrı kanunî rekabetin bir nevi olmak sebebi ile aynı gayeye matûftur.

Bu umumî himaye konusu dışında, alâmeti farikanın doğrudan doğruya himaye konusu olarak aldığı mevzuları görmek icap eder. Bunlar da mallarını piyasaya arzeden tüccarlar, müşteriler ve âmme menfaatıdır. Alâmeti farikanın ilk ve en önemli himaye konusu şüphe yok ki, bizzat müteşebbislerdir. Ancak bunların yanında müşteriler de çok defa dolayısıyla himaye edilmektedir. Fakat Alâmeti Farika Nizamnamesinin 15 inci maddesinin müteşebbisler bahis mevzuu olmadan doğrudan doğruya müşterileri himayeye matûf bir hükmü de vardır. Burada kanun koyucu

1) Brüggli s. g. e.

bir alâmeti farika kullanma suretile malın cinsi, mahiyeti hususundan müşterilerin aldatılmasını önlemek istemiştir. Bu takdirde başkasına ait bir alâmeti farikanın istimali, bir alâmeti farikanın taklit veya tağyiri, başkasına ait bir alâmeti farika ile iltibasa mahal verme mevzuubahis değildir. Bu ihtimaller bulunmasa dahi ceza müeyyidesi doğar, yeter ki bu aldatma, bir alâmeti farika kullanma suretile yapılsın. Meselâ bir tüccar öküz etinden yapılan salamlar için bir «Domuzbaşı» alâmeti farikası alır ve kullanır ise, bu alâmeti farika başka birinin alâmeti farika hakkını ihlâl etmese dahi, Nizamnamenin 15 inci maddesinin 2 nci hükümüne göre tağyir suçunu meydana getirir. Kanun koyucu bu halde, himaye konusu olarak doğrudan doğruya müşterileri almıştır.

Bilhassa XX nci asırdanberi geniş bir şekilde himaye konusu olan müstehlikler, alâmeti farikaya müteallik her mevzuda kanun koyucunun gözü önündedir. Hattâ aşağıda göreceğimiz gibi bir çok memleketlerde alâmeti farikanın ticarethaneden müstakil olarak devrine mâni olmak üzere gösterilen başlıca sebep de müstehliklerin menfaatıdır. Müstehlikin menfaatına verdiği kıymeti gösterme bakımından burada Sovyet Kanununun 3 üncü maddesinden bahsetmeden geçmiyelim. Bu maddeye göre her alâmeti farikada firmanın ve ticarethanenin merkezinin de bildirilmesi lâzımdır. Alâmeti farika ile mal ve bunun müstahsili arasında yakın bir alâka kurmayı ve müstehlikin aldatılmasına mâni olmayı derpiş eden bu kayıt ile alâmeti farika adeta unvanı ticaretin eki durumuna düşmektedir. Sovyet iktisadi sistemi bakımından bunun o derece ehemmiyeti yoktur^{1a}.

Bu iki himaye konusu yanında bilhassa mecburi alâmetlerde bir de âmme menfaati koruma mevzuu olarak derpiş edilmiştir. Bilhassa millî mahsullerin dış piyasalardaki itibarı bakımından bu husus nazara alınmaktadır.

III — 1 — Alâmeti farikanın müteşebbis bakımından rolü :

a) Menşe gösterme fonksiyonu : (Fonction d'indication de provenance, Herkunfftfunktion).

Tarihî bakımdan markalar evvelce umumiyet itibariyle müteşebbisin imzasından ibaretti. Alâmeti farikanın tarihî bakımdan başlıca fonksiyonu bir malın hangi müstahsile ait olduğunu göstermeğe yarardı.

Bir çok müellifler alâmeti farikanın başlıca fonksiyonunu bugün dahi bir malın hangi müteşebbise ait olduğunu göstermesinde bulurlar. Koh-

1a) Beerli s. 10, kanun metni için E. Katz, Weltmarkenrecht URSS kelimesi.

ler, Dunant gibi bir çok müellifler bu kanaattedir². Fransız müellifleri gibi Fransız Mahkeme İctihatları ve Anglo - Amerikan Mahkemeleri bilhassa alâmeti farikanın bu fonksiyonu üzerinde dururlar. Bir alâmeti farikanın malın menşeyini, hangi müteşebbise ait olduğunu gösteren fonksiyonu bugün dahi ehemmiyetlidir. Fakat eskisi gibi başlıca fonksiyon olmaktan çıkmıştır. Bunun yanında iktisadî bakımdan aynı ehemmiyette daha başka fonksiyonları da vardır. Bu günkü iktisadî gelişme karşısında artık halk muayyen alâmeti farikayı taşıyan malların muayyen bir teşebbüs veya müteşebbisten çıktığını çok defa düşünmez. Alıcıyı alâkadar eden husus muayyen markayı taşıyan malların, muayyen bir kalitede malı göstermesi bakımından ehemmiyetlidir.

b) Tefrik fonksiyonu :

Emtiaya, mamûl ve mahsullere şahsiyetini veren markadır. Markanın başlıca fonksiyonlarından biri üstüne va'edilen emtiayı emsali arasında tefrik etmektir. Emtiayı arasında tefrike yararıyan bir alâmet, alâmeti farika vasfını alamaz. Bu vasıf isimden de anlaşıldığı üzere alâmeti farikanın varlığı icabıdır³.

Diğer dillerde kullanılan tâbirlerden daha isabetli olan Türkçedeki terim bu vasfı tebarüz ettirmektedir. Zira «alâmeti farika» tefrik edici, emsalinden ayırıcı alâmet demektir.

c) Himaye fonksiyonu :

Bazı müelliflerin ayrı bir fonksiyon olarak mütalâa ettikleri⁴ bu fonksiyona göre alâmeti farika bir taraftan müteşebbisi, marka sahibini rakiplerine karşı korur, satışa çıkarılan malları piyasada takip etmesini kolaylaştırır Diğer taraftan da müstehlikî himaye eder. Müstehlik de marka sayesinde aradığı evsiftaki malı, miktarı pek mebzul mallar arasında kolayca bulur ve teşhis eder.

ç) Reklâm fonksiyonu :

Alâmeti farika son iki asrın iktisadî gelişmesi sayesinde çok kuvvetli bir reklâm vasıtası olmuştur. Bu sayededir ki, bir ticarethane ve malları herkesin zihninde yer eder ve uzak diyarlara dahi tanınır. Bugün

2) E. M—Achard s. 35.

3) E. M—Achard s. 34.

4) E. M—Achard s. 31.

bir alâmeti farika seçilirken onun reklâm kabaliyetine, dikkat çekici ve hafızada yer edici olmasına çok ehemmiyet verilir. Bu fonksiyon üzerinde ilk defa ehemmiyetle duran müellifler Becher, Zetsche, Isay'dır⁵⁾.

Isay'a göre bir markanın reklâm vazifesini gereği gibi görebilmesi bilhassa aşağıdaki şartlara bağlıdır :

aa) Bir alâmeti farika orijinalliği, husule getirdiği tesirler ve istidlâl ettirdiği fikirler ilâh... sayesinde hattâ henüz kullanılmadan evvel büyük bir kıymet kazanabilir. Bu kıymet müteşebbisin vasıflarından, malların kalitesinden, ticarethanenin iyi organizasyonundan ve şöhretinden değil, doğrudan doğruya alâmeti farikanın hususiyetinden doğmaktadır. Bu sebeptendir ki, bir müteşebbis bir alâmeti farika seçerken, onun bilhassa reklâm kıymet ve kuvvetine dikkat eder.

bb) Bazen alâmeti farikalar husule getirdikleri fikir tedaisinden kuvvet alırlar. Meselâ bizde Gripin alâmeti farikası grip hastalığını hatırlattığından, hem hafızada çabuk yer eder, hem de bu hastalığa veya benzeri hastalıklara tutulanlarda alma arzusunu arttırır. Ancak muayyen bir hastalıkta kullanılan bir ilâca, hastalığı çok andıran bir alâmet konulmasının caiz olup olmadığı caî sualdir. Hiç olmazsa iltibas dâvalarında çok geniş tefsire yol açabilecektir.

cc) Bazı alâmetler ise evvelce haklarında yapılmış reklâmlardan kuvvet alırlar. Müellif burada türlü sebeplerden evvelce büyük bir şöhret kazanmış isim ve resimlerin alâmeti farika olarak ittihazından bahsetmektedir. Meselâ dünya şampiyonluğunu alan bir boksörün veya güreşçinin isim ve resmî alâmeti farika olarak alınması veya son zamanlarda herkesin duyduğu atom bombası sebebiyle atom isminin alâmeti farika olarak ittihazı gibi.

çç) Müteşebbis alâmeti farika altında muayyen tipte mal istihsal etmek zorunda bulunduğundan, bu mecburiyet kendisine alıcıların durumu itibarile dikte edildiğinden imalât ve istihsalâtını tiplendirmek mecburiyetinde kalır. Mallar muayyen tiplere irca edilince istihsal masrafları azalır ve tedavül imkânları artar, bu tiplendirme aynı derecede müstehlikler için de faydalıdır. Zira maliyeti düşen malın satış fiyatı da düşecektir. Diğer taraftan bu tiplendirme neticesinde müstehlik aradığı malın cinsini tayin hususunda da müşkülâta maruz kalmıyacaktır. Tetkik ve muayene, araştırma mükellefiyetinden kurtulacaktır⁶⁾.

5) E. M.—Aehard s. 37.

6) Beerli s. 10.

Reklâm fonksiyonu, müteşebbisin iyi çalışması, ticarethanenin iyi organizasyonu, malların iyi kalitesi sayesinde tanınan bir alâmeti farika yüz binlerce lira değerinde bir meta haline girebilir. Bir markanın çok aranması müteşebbisin emtiasını perakendecilere asgarî bir iskonto ile satmasını temin eder. Perakendeci de sürümden kazanacağı için ufak bir kâr ile sözü geçen malları satmaya razı olur. Bazen kârsız dahi satmaya katlandığı mallar dahi bulunabilir. Müşterisini boş çevirmemek ve başka mağazalara alışmasına meydan vermemek isteyen bir perakendeci kârsız dahi o malı satabilir. Zira bu sebepten mağazasına alışan müşterilerin diğer alışverişlerinden faydalanacaktır.

2 — Alâmeti farikanın müstehlik bakımından rolü :

Teminat fonksiyonu : (Fonction de Garantie de Qualité, Garantiefunktion).

Bilhassa XX nci asırdanberi markanın müstehlik bakımından bir garanti rolü ifa ettiği kabul edilmiştir. Marka muayyen bir kalitede malın teminatı olmuştur. Müşteri muayyen markayı havi bir malı aldığı zaman, muayyen evsafa bir mal aldığını bilmektedir. Artık malın istediği cins mal olup olmadığını, arzuladığı kalitede bulunup bulunmadığını araştırmaz, soruşturmaz; bu mükelfiyetlerden bir dereceye kadar kurtulmuştur. Müşteri için bir markanın aynı kalite malda bulunduğu mütadır. Müstehlikin bu inancı hakikata da uygundur. Zira müteşebbisler müşterilere itimat vermek ve elde ettikleri itimadı zayi etmemek ve ticaretlerini müsmir bir şekilde geliştirebilmek için mallarının kalitesini bozmamaya gayret ederler. Zira kalite düşüklüğü husule geldiği takdirde bir müddet alıcılar eski inançlarına binaen aynı malı almakta devam ederler, fakat zaman ile bu tenezzülün farkına varırlar ve artık tüccarın markası kıymetini zayi eder ve satışı da düşer. Her ne kadar çok defa tüccarlar, imalâtçılar piyasaya ilk sürdükleri mallara daha dikkat ederler, normalden daha iyi evsafa emtia arzederlerse de bu, kaideyi değiştirecek önemde değildir.

Bugün mülliflerin çoğu alâmeti farikanın garanti fonksiyonunu ifa ettiğine kanidirler⁷. Yukarıda gördüğümüz üzere gayrı kanunî rekabette

7) Isay; Matter; Schapira; E. M—Achard; Pouillet; Dunant; Carroll; Reimer—Rufier—Lanche, Maçonnet; Haesler (E. M—Achard'dan sah. 37); Edwin Katz, Adler, Pinzger—Heinemann, Magnus (Magnus'dan sah. 215) bu kanaattadır.

olduğu gibi alâmeti farikada da müstehlikler himaye konusu teşkil etmektedirler. Markanın müstehlik bakımından malın kalitesini göstermesi marka mevzuatının vaz'ında kanun koyucuları dikkatle harekete sevk etmektedir. Kanun koyucular marka hukukunu tanzim ederken müstehlikin aldanması ihtimalini, müteşebbisin menfaati icabı olarak değil, mücerret müstehlikin menfaati icabı olarak nazarı dikkate almaktadırlar. Hattâ alâmeti farikanın bir çok memleketlerde ticarethaneden müstakil olarak devrini men eden hükümlerin başlıca sebebi de bu teminat fonksiyonudur. Bir tüccar ticarethaneden müstakil olarak bir alâmeti farikayı iktisap ettiği takdirde, imal şekli değişeceğinden malın kalitesi de değişecek ve dolayısıyla müstehliklerin inancı tahakkuk etmiyecektir, diyorlar. Kanaatımızca ticarethaneden müstakil olarak alâmeti farikanın devri ile bu meselenin pek de yakından alakası yoktur. Vaki bu teminat fonksiyonu icabı bazı kanunî tedbirler alınabilir, meselâ bir kalite değişikliği halinde, bunun, halin gerektirdiği şekilde müstehliklere bildirilmesi, ilân edilmesi gibi bazı tedbirler belki derpiş edilebilir. Fakat alâmeti farikanın müstakil devri bu fonksiyona mâni değildir. Bir defa, bugün bir tüccar, alâmeti farikasını devir etmeden de malın kalitesini değiştirme imkânına maliktir. Sonra alâmeti farikayı müstakil olarak iktisap eden şahsın yeni kurduğu ticarî organizasyon çok daha modern, çok daha elverişli olabilir. Malın kalitesi bozulmaz, bilâkis iyileşebilir. Sonra bir alâmeti farika sahibi alâmeti farikasını vaz'ettiği esyayı kısmen veya tamamen başka müesseselerde imal ettirdiği takdirde bu mahzur gine vardır. Kanaatımızca müteşebbisin büyük bir maddî kıymet haline getirdiği alâmeti farikasını devre mâni bir müstehlik menfaati bahis mevzuu değildir.

3 — *Âmme menfaati bakımından :*

Alâmeti farika ittihazı ve kullanılması kaide olarak ihtiyaridir. Bir tüccar mallarını ister bir alâmeti farika koyarak piyasaya arzeder, ister alâmeti farika koymaz. Kaide bu olmakla beraber Alâmeti Farika Nizamnamesi ikinci maddesinde : «... Fakat hini hacette bunların bazıları için alâmeti farika ittihazı tarafı Devletten sadır olan emir üzerine mecburî olur.» demek suretile alâmeti farika kullanma mecburiyetini istisnâî bazı hallerde derpiş etmektedir. Bazı müellifler alâmeti farikanın kaide olarak mecburî olmadığına esef etmektedirler. Zira bu sayede aynı zamanda müstehlikler de himaye edilmiş olacaktır⁸⁾.

8) Huard, Propr. Ind. No. 133, Bry No. 210.

§ 2

ALÂMETİ FARİKANIN MAHİYETİ

I — Alâmeti farikanın mahiyetini görmeden evvel bunun yerini, yani hususî hukuka mı, âmme hukukuna mı ait olduğunu, hususî hukuka ait ise, sübjektif bir hak olup olmadığını, sübjektif bir hak ise mutlak bir hak olup olmadığını ve hangi nevî mutlak haklardan olduğunu göreceğiz.

1 — *Hukuk nizamında ve taksimatındaki yeri :*

Roma Hukukundan gelen bir tefrike göre hukuk, hususî hukuk ve âmme hukuku diye bir ayırmaya tâbi tutulur. Bugün çok münakaşa edilen bu taksime karşı hukukun menşeinin bir olması ve bütün hukukun devletten sadır olması itibarile ikili taksimi reddeden bir moniste telâkki vardır. Bu ikinci telâkki hukukun menşei itibarile belki hakikate daha uygundur. Fakat bir defa menşeinden çıktıktan sonra hukuk muhtelif şekiller almakta ve bu sebepten ikili taksimi haklı göstermektedir. İkili taksim âmme menfaati, hususî menfaat kıstasına istinat ettirilmekle beraber, umumiyet itibarile her hususî menfaatin tanziminde bir âmme menfaati da görülmektedir. Bilhassa alâmeti farika hukuku bir taraftan müteşebbislerin şahsî menfaatlarını himaye etmekte, diğer taraftan müstehliklerin, yani halkın menfaatını ve bilhassa mecburî alâmetlerde doğrudan doğruya âmme menfaatını himaye mevzuu olarak almaktadır. Âmme menfaati ile hususî menfaat alâmeti farika hukukunda oldukça karışıktır. Âmme hukuku — hususî hukuk tefrikinin diğer bir kriterini, bilhassa âmme hukukunun hâkimiyet hakkına istinaden hareket eden Devlet ile fert arasındaki münasebeti, hususî hukukun ise müsavî şahıslar ve fertler arasındaki münasebeti tanzim etmesinde görürler. Bu kriter daha umumî olarak kabul edilen bir kriterdir".

Her iki hukuk branşları ayrı mevzuları tanzim ettiğinden prensipleri de birbirinden farklıdır. Her ne kadar hususî hukukun bir çok prensipleri âmme hukukuna da hülûl etmiş ise de, bunlar daha ziyade âmme hukukunun ana hatlarına uyan prensiplerdir. Diğer taraftan sosyalist cerayanların tesiri altında âmme hukukunda bir genişleme ve hususî hukuk

9) Hukukun taksimi için Del Vecchio, s. 193 - 195.

alanında ise bir daralma müşahede edilmekte, âmme menfaati icabı bir çok tahditler göze çarpmaktadır. Her hususî hukuk münasebetinde âmme menfaati görüşü aynı zamanda yer almaktadır. Bu sebepten Ripert «Le régime démocratique et le droit civil moderne» adlı kitabında hususî hukukun yavaş yavaş yerini âmme hukukuna terk ettiğini mütalâa etmektedir. Demek oluyor ki, bu ikili taksimin hakikatte kesin bir şekilde hududunu çizmek çok güçtür ve günden güne de güçleşmektedir.

Bu iki görüşün yanında bilhassa Almanya'da O. v. Gierke ile başlayan üçlü bir taksim de bahis mevzuudur. Yine O. v. Gierke'ye göre hususî hukuk ve âmme hukukunun yanında bir de birlikler hukuku (Verbandsrecht) vardır. Gayri kanunî rekabet, nevi şahsına münhasır olan bu sonuncu hukuk grubuna dahildir. Bir taraftan burada mafevk idare ile onun emirlerine tâbi fert yoktur ki, âmme hukuku münasebetleri cari olsun. Bazı ceza hükümleri ise bütün gayri kanunî rekabet hukukunu ve bunun içersinde alâmeti farika hukukunu âmme hukukuna ithal etmeğe kâfi değildir. Diğer taraftan burada hususî hukukun fert ile fert arasındaki münasebetlerini tayin eden esasları yegâne cari prensip de değildir. Zira gayri kanunî rekabet hareketleri ferdin ferd ile olan münasebetlerini aşar ve bütün meslekdaşları ve hattâ müstehlikleri, halkı, dolayısıyla âmmeyi ilgilendirir. Burada şahıs, fert karşısında değil, âmmenin karşısında, umumun karşısında yer alır. Bu sebeptendir ki, meslekî teşekküller, ticaret odaları, savcılar gayri kanunî rekabet hareketlerinde dâva hakkını haizdirler. Vakıa bu sonuncu hukuk gurubu henüz inkişafını tamamlamamış ve nevine mahsus müesseseleri meydana getirmemiştir. Hususî hukukun müesseseleri ancak bu yeni hukuk grubunun mahiyeti ile kabili telif olduğu müddetçe tatbik yeri blunur¹⁰.

Görüşümüze göre, monist telâkki bugün umumiyet itibarile kabul edilmiş değildir. Hukuk tedrisatında, hukuk tatbikatında bahsettiği kolaylık ve az çok işimize yarayan kıstasların da bulunması bakımından Roma'dan gelen ve bugün henüz hükmünü icra eden ikili taksimi kabul ederek alâmeti farika hukukunun yerini tayin ediyoruz. Üçlü taksime gelince, henüz bu üçüncü kategori farik vasıfları ve kendisine mahsus kaideleri haiz bir hukuk nevi olarak doğmuş değildir. Daha ziyade sosyalleşmiş bir hususî hukuk durumundadır.

Biz esas itibariyle fertler arasındaki münasebetleri tanzim etmesi, hattâ oldukça liberal bir düşünceden hareket etmesi itibarile, alâmeti farika hukukunu müelliflerin büyük ekseriyetinin yaptığı gibi hususî hukukun içersinde yer almış görüyoruz. Fakat nazardan uzak tutmamak

10) Werner Bruch, sah. 16 ve m.

gerektir ki sosyalleşen hususî hukukun içerisinde gayri kanunî rekabet ve bunun bir nevi olan alâmeti farika hukuku daha ziyade sosyalleşmiş ve sosyalleşmeye müsait cüzülendir.

2 — *Alâmeti farika sübjektif hukuk mudur ? Yani hak mıdır ?*

Umumiyetle sübjektif hukuk, gaye bakımından beşerî menfaatleri tatmine yarayan bir vasıta ve objektif hukuk tarafından fertlere tanınan bir salâhiyet (Macht) olarak tarif edilir. Sübjektif hukuktan bahsedilebilmek için pozitif hukuk tarafından, hukuk nizamı tarafından fertlere tanınan bir salâhiyetin mevcudiyeti lâzımdır. Bu salâhiyetin, salâhiyet olabilmesi için kullanılması şahsın ihtiyarına bağlı bulunmalıdır. Kullanılması şahsın ihtiyarına bağlı olmayan bir şey ise bir hak değil bir vecibe, bir mükellefiyettir. Objektif hukuk bir şahsa salâhiyet vermeden bir himaye bahşetmiş ise henüz bir hak yoktur. Sübjektif hukuk şahsa mevzuu üzerinde bir hâkimiyet hakkı, bir talep hakkı ve inşai bir hak tanır¹¹.

Acaba alâmeti farika da bu neviden bir hak mıdır ?

Alâmeti farikanın sübjektif bir hak olup olmadığı çok defa mütalâa edilmiş fakat her defasında da bu vasıf kendisine tanınmıştır. Zira hak sahibi kaide olarak hakkı iktisap edip etmemekte serbesttir. İktisap ettikten sonra bunu kullanıp kullanmamakta, başkasına devir edip etmemekte de serbesttir. Diğer taraftan başkalarının bu hakkı ihlâl etmeleri de memnudur. Öyle bir hukukten himaye gören salâhiyettir ki, değiştirilebilir, tasarruf edilebilir, terk edilebilir ve bazı haklar le tahmil edilebilir.

3 — *Mutlak hak mıdır, nisbî hak mıdır ?*

Borçlar hukuku esas alınarak işlenen nisbî haklarda prensip bunların muayyen veya evvelden kabili tayin olan şahıslara karşı dermeyan edilebilmesidir. Nisbî haklar ancak muayyen şahıslara karşı dermeyan ve ancak bunlar tarafından ihlâl edilebilir. Borçlar hukukunun dışında da aynı mahiyette olan nisbî haklar kabul edilmektedir. Meselâ aile hukukundaki nafaka mükellefiyeti bunlar arasındadır (v. Tuhr § 38; Sandreuter s. 12).

Dunant'a göre ancak muayyen bir zümre tarafından ihlâl edilebilen her hak nisbî haktır. Bir alâmeti farika ise mumasili eşya satan veya imal eden tüccarlar tarafından ihlâl edildiğine göre bu hak da nisbî bir haktır.

11) Enneccerus, 13, bası, s. 197 v. m.

Pouillet de «esas itibarile nisbî mülkiyet hakkı» ndan bahseder ve fikrî hakları da alâmeti farika hakkı gibi nisbî haklar arasına karışmış yeni bir hak nevi olarak görür.

Bu telâkki doğru değildir. Doktrinin büyük ekseriyeti gibi biz de alâmeti farika hakkını mutlak haklardan telâkki etmekteyiz. Hiç bir hak herkes tarafından ihlâl edilemez. Mutlak hakların en tipiği olan mülkiyet hakkı dahi, meselâ, hakları kullanma ehliyeti olmayan şahıslar tarafından ihlâl edilemezler. Mülkiyet hakkında olduğu gibi, alâmeti farika hakkında da her şahsın mümasili bir ticaret yaparak aynı alâmeti veya bununla iltibas doğuran bir alâmeti kullanmama hususunda bir mükellefiyeti vardır. Bu bakımdan alâmeti farika hakkı da diğer mutlak haklar gibi herkese karşı kabili dermeyeran bir haktır. Nasıl herkes benim mülkiyet hakkımı rızam hilâfına kullanamaz ise, aynı şekilde herkes benim alâmeti farikamı mümasili bir eşya istihsal ederek veya tedavüle çıkararak bunlar üzerinde istimal edemez.

Bugün alâmeti farika hakkının mutlak bir hak olduğu umumiyetle kabul edilmektedir¹². Ancak münakaşalı olan husus bu hakkın mutlak hakların hangi nevine girdiği hususudur. Acaba alâmeti farika hangi nevi mutlak haklardandır? Bu mevzuu müteakip paragraflarda tetkik etmeğe çalışacağız.

§ 3

MÜLKİYET HAKKI

I — Roma Hukukuna göre mallar, maddî, gayri maddî diye bir tefrik ve tasnife tâbi tutulmuştu (res corporales — les incorporales). Roma Hukukundaki bu tasnif, maddî eşya ile karıştırılan mülkiyet hakkı ile, diğer haklar arasındaki farkı gösterme ve bu iki nevi hakkın iktisabındaki farkları tebarüz ettirme bakımından ehemmiyetli idi¹³. Orta çağlarda ise markalar için (rei vindicatio) istihkak dâvaları ve (uti possidetis) dâvaları açma hakkı tanındığına göre alâmeti farika hakkı o zamanlarda bir nevi mülkiyet hakkı şeklinde mütalâa edilmekte idi¹⁴.

12) Matter, s. 42.

13) Ripert, c. III, No. 54.

14) Eismann (E. Martin - Achard s. 18).

Fransada mülkiyet hakkı tâbiri edebî ve sınaî mülkiyet hakları için sarahat ile Fransız ihtilâlinde kullanılmıştı. Mirabeau, Milli Mecliste «sanayi ve zanaatin buluşları, Milli Meclisin kabulünden evvel bir mülkiyetti» demek suretile¹⁵. Milli Meclisin zaten mevcut olan ve yazılı olmayan hukuk tarafından kabul edilmiş bulunan sınaî hakların bir mülkiyet hakkı olduğu ve bu sebep ile himayeyi gerektirdiğini, zaten mevcut olan bu hakkı meclisin ancak tanzim ve mevcudiyetini izhar edeceğini beyan etmişti. 24/VI/1793 tarihli Fransız İnsan Hakları Beyannamesi 6 ncı maddesinde mülkiyet hakkını şu şekilde tarif etmişti:

«Mülkiyet hakkı ,her vatandaşın malları, gelirleri, çalışmasının **mahsulleri** ve ticaretinden (industrie) istifade etme ve onlara arzusu veçhile tasarruf etme salâhiyetidir».

Bu tarif Fransada telif hakları, ihtira beratı ve alâmeti farika hakkının doğum ve inkişafına yaramış ve edebî, bediî mülkiyet hakları ile sınaî mülkiyet hakkının vücade gelmesini tevlit etmiştir.

Fransız tesiri altında olan İsviçre'de de bu mefhum yer tutmuş ve mülkiyet tâbiri kullanılmıştır. İsviçrenin 1864 yılında Fransa, 1869 yılında Şimalî Alman İttihadı, 1869 yılında da İtalya ile yaptığı mukavele ile 31/X/1879, 23/IV/1883 tarihli kanunlarda mülkiyet tâbiri kullanılmış, fakat Federal Mahkeme ötedenberi mülkiyet tâbirini kullanmaktan çekinmiştir. Federal Mahkeme XIX uncu asırda «Markanın kullanılması hususunda iktisap edilmiş bir hak» dan bahsetmiş (F. M. K. c. 7, 394), fakat sonraları Kohlerin tesiri altında şahsiyet hakkına geçmiştir. Bize de Fransız Terminolojisinden naklen edebî ve sınaî mülkiyet hakkı tâbirleri girmiş ve meselâ, Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu Alman mevzuatından mülhem olduğu halde 344 üncü maddesinin 8 inci bendinde «gewerbliches Urheberrecht» yerine Fransız tâbirleri tesiri altında sınaî mülkiyet ibaresini kullanmıştır. Halbuki Almanca aslında mülkiyetten bahsedilmemektedir.

II — Almanyada O. v. Gierke (Deutsches Privatrecht II. 367) F. Leinhard (Allg. Schuldverhaeltnisse (1929) 60) gibi müellifler mülkiyet mefhumunu geniş mânada almışlardır. O. v. Gierke'ye göre bir hak üzerinde intifa hakkı, rehin hakkı tanıdığımızı göre tam hâkimiyeti gösteren mülkiyet hakkını da tanımak icap eder¹⁶.

Fransada Pouillet nisbî bir mülkiyet nakkından, yani nevi şahsına münhasır bir mülkiyet hakkından bahseder. Marçonnet et Rufier - Lanche

15) Plaisant, s. 6.

16) M. Wolf, 9. bası.

ise mülkiyet hakkına müteallik diğer hükümlerin de tatbik sahası bulduğu mutlak bir mülkiyet hakkının mevcudiyetini kabul eder. Alexandrofi Roma Hukukunda olduğu gibi markanın mevzuu ile, vaz'olunduğu eşyayı tefrik etmez ve markayı, kullanıldığı eşya ile birlikte mütalâa ederek, mutlak mânasında bir mülkiyet hakkından bahseder¹⁷.

Pouillet, marka esas itibarile menkul bir maldır, bu itibar ile aksi kararlaştırılmadığı takdirde iştirake, mal ortaklığına tâbidir, dedikten sonra Rendu et Delorme'in da aynı fikirde olduğunu sözü geçen müellifin «*Traité Pratique de droit industriel*» adlı eserinin 104 üncü numarasına atıfta bulunarak ilâve eder¹⁸. Moreau ise, alâmeti farikanın bir mülkiyet hakkı olduğunu inkâr, mülkiyetin mevzuunun ancak «eşya» yani maddi mallar olduğunu kabul etmekle beraber, alâmeti farika üzerinde Fransız Medenî Kanununun 2228 inci maddesi gereğince bir zilyetlik hakkının bulunduğunu kabul etmek suretile bir tenakusa düşer. Zira mülkiyet hakkı yalnız maddi mallara şamil olduğu gibi zilyetlik de ancak maddi mevcudiyeti olan eşya üzerinde mümkündür¹⁹. Müellif Dunant da nevi şahsına münhasır bir mülkiyet hakkının mevcudiyetini kabul eder²⁰.

III — Fransız Medenî Kanunu mülkiyeti tarif eden 544 üncü maddesinde «Şey» den (Chose) bahsettiğine göre, mülkiyete müteallik Medenî Kanunun hükümlerini alâmeti farikaya teşmit etmeye imkân yoktur. Her nekadarsa Fransada mülkiyet tâbiri, maddi mevcudiyeti olmamakla beraber herkese karşı kabili dermeyan bütün haklara teşmil ediliyor ve gayri maddi mülkiyet haklarından bahsediliyorsa da, bu takdirdemülkiyet tâbiri teknik mânada kullanılmış olmuyor, hakkın mutlak ve inhisari mahiyette olduğu anlatılmak isteniyor²¹.

Bu bakımdan Ord. Prof. Dr. Hirsch'in, Fransız Hukukunda şey mefhumu içerisine alacakların ve gayri maddi malların da girdiği hususundaki telâkkisine iştirak edememek zorunda kalıyoruz²².

Medenî Kanunumuza gelince, mülkiyet hakkını yalnız maddi eşyaya hasretmektedir²³. Demek oluyor ki, ne İsviçre - Türk Hukukunda, ne

17) E. M.—Achard, s. 17.

18) Pouillet, No. 92, 3. tabii.

19) E. M.—Achard, s. 18.

20) E. M.—Achard, s. 19.

21) Planiol, *Traité élém. de droit civil*, 3. bası. c. I, No. 2705.

22) Hirs, *Ticaret Hukuku*, 3. bası. No. 194.

23) Haab, *Sachendeucht*, s. 9. v. m.

Alman Hukukunda²⁴ ne de hattâ Fransız Hukukunda mülkiyet hakkı gayri maddî mallara teşmil edilmiş değildir. Wolf'a göre umumî lisanda kullanıldığı gibi gayri maddî mallara bir tâbir olarak takılan mülkiyet mefhumu şümullendirildiği ve gayri maddî mallara da teşmil edildiği takdirde, mülkiyet hakkı vuzuhunu kaybedecek ve tatbik imkânı azalacaktır. Zira, müellife göre mülkiyete müteallik hükümlerin hiç biri, Gayri maddî mal üzerindeki haklara kabili tatbik değildir. Meselâ, istihkak dâvası, mülkiyetin iktisabı şekilleri burada bahis mevzuu olmaz. Biz de E, M—Achard'la birlikte bu kadar ileri gitmiyoruz, ve mülkiyet hakkı ile, gayri maddî mal üzerindeki hakların bir çok benzerlikler arzettiğini kabul ediyoruz.

Ancak bugünkü mevzuatımız, bizde ve başlıca yabancı memleketlerde mülkiyet mevzuu olarak maddî eşyayı aldığından gayri maddî bir mal olan alâmeti farika üzerindeki hakkı bir mülkiyet hakkı olarak tavsif etmemize imkân yoktur. Eğer Medenî Kanununun 618 inci maddesi mülkiyet hakkını yalnız maddî mevcudiyeti olan eşyalara, şeylere tahsis ve diğer müteferri hükümleri ile de bu hususu teyit etmese ve şahsiyet hakları dışındaki para ile ölçülebilen diğer mutlak ve inhisarî mahiyetteki haklara da teşmil etse idi mesele kalmazdı.

§ 4

ŞAHSİYET HAKKI

I — Bu nazariyenin alâmeti farikanın mahiyetini tayin bakımından olan değerine geçmeden evvel menşesine, mazisine ve izahına, lüzum ve faydasına ait bir kaç söz söylemek icap edecektir.

Şahsiyet hakkı nazariyesi Donellus gibi bazı hukukçular tarafından daha evveleri de ele alınmış olmakla beraber bu nazariyeyi ilk işliyenler tâbiî hukuk mektebi müntesipleri olarak gösterilebilir. Tabii hukukçulardan bilhassa Martini, Zoller tarafından geliştirilen bu nazariye ilk olarak Avusturya Medenî Kanununda tesirini göstermiştir²⁵. Tabii Hukuk Mektebi tarafından ilk olarak işlenen bu nazariye yeni zamanların ferdiyetçiliğinin bir tezahürü olarak görünmektedir. Ferdiyetçi hukuk sistemine

24) B. G. B. §. 90; Wolf 9 Bearbeit. §. 51, II, 1.

25) Kohler, U. Wettbewerb, s. 21.

göre hayat münasebetlerini hür ve müstakil bir şekilde geliştirecek olan şahısları, tabii, doğum ile iktisap edilen oir takım haklar ile techiz etmek icap eder. Bu hakların Devlete karşı kabili dermeyan olanlarına sübjektif âmme hakları, şahıslara karşı kabili dermeyan olanlarına ise şahsiyet hakları veya ferdiyet hakları denilmiştir.

Tabii Hukuk Mektebi şahsiyet haklarını uzun bir liste halinde saymakla beraber, bu saymayı tahdidi olarak telâkki etmemiş ve sonraları bunları «şahsiyetin tanınması ve sayılması» hususunda umumî bir şahsiyet hakkının tezahürleri olarak görmüştür. Fransız doktrininde ve mahkeme içtihadlarında da Medenî Kanunun 1382 nci maddesinin izahı sebebiyle düessir olan bu nazariye ilk defa Savigny tarafından, hudutsuzluğu sebebiyle red ve umumî bir şahsiyet hakkının mevcudiyeti inkâr edilmişti. Savigny'nin görüşü Alman Medeni Kanununun 823 üncü maddesinde kanunî mesnedini bulmuş ve tesirini bugüne kadar göstermekte devam etmiştir.

Alman Hukukunda umumî bir şahsiyet hakkının mevcudiyetini müdafaa eden müellifler bilhassa O. v. Gierke, Kohler, Regelsberger, Hachenburg, Dernburg, Gareis, Liszt ve ilâh... dır. Buna karşı Cosak, Crome, Oertmann, v. Tuhr, Plank - Kunke gibi müellifler ve Alman Temyiz Mahkemesi de umumî bir şahsiyet hakkının mevcudiyetini kabul etmemektedir.

Umumî bir şahsiyet hakkının mevcudiyetini kabul eden ve Almanya da bu telâkkiyi yeniden ihya ve müdafaa eden O. v. Gierke ve bir dereceye kadar Kohler gibi müellifler şahsiyet hakkını çok geniş bir mânada almakta ve âdeta bütün hakların menşei olarak şahsiyet haklarını kabul etmektedirler.

Mevzuatlar içersinde ilk defa bu mefhuma ayrı bir yer vermiş ve bütün hususî hukuka hâkim bir prensip haline getirmiş olan memleket İsviçredir. 1881 tarihli Federal Borçlar Kanunundan evvel bazı İsviçre Kantonları bu mefhumu benimsemiş ve tatbik etmeğe başlamıştır. Bilhassa 1881 tarihli Federal Borçlar Kanununun 55 inci maddesine dayanılmak ve Alman doktrininden de faydalanmak suretile şahsiyet hakları İsviçre tatbikat ve nazariyatına girmişti. Nihayet yeni Medenî Kanunun 28 inci ve tekrar gözden geçirilen Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde bu günkü mühim yerini almıştır. Aynı hükümler dolayısıyla bizim Medenî Kanun ve Borçlar Kanunumuza 24 ve 49 uncu madde şeklinde intikal etmiş bulunmaktadır.

İsviçre Medenî Kanunundan mülhem olarak Lichtenstein Devletçığı de şahsiyet haklarını Medenî Kanunlarına almış, ancak doktrinde belirtilen şekli ile kanuna geçirdiğinden mevzua daha ileri bir nizam vermiştir.

Bu küçük Devlet evvelâ, «şahsiyetin tanınması ve sayılması» hususunda umumî bir şahsiyet hakkını kanunda tasrih eder ve sonra da korunan şahsî varlıkların başlıcalarını tahdidi olmamak üzere sayar. Macar Medenî Kanunu da 22 nci maddesi ile İsviçre Medenî Kanununun şahsiyetin himayesine müteallik hükmünü almıştır. Aynı hüküm daha geniş bir himaye bahşetmek suretile Polonya Medenî Kanununda da yer bulmuştur. Nihayet Fransız - İtalya Borçlar Kanunu projesi de 85 inci maddesinde şahsiyet hakkını tasrih etmiş bulunmaktadır.

II — Şahsiyet haklarının diriimesi ve yeniden işlenerek revaç bulması üzerine, ekseri memleketlerde umumî bir şahsiyet hakkı tanınmış ve bugün böyle bir hakkın mevcudiyeti muhtelif memleket doktrinlerinde hâkim telâkki olmuştur. Ancak şahsiyet haklarının da bir geniş, bir de dar telâkkisi vardır.

Şahsiyet hakkını son asırlarda ilk işleyenler O. v. Gierke ve Kohler şahsiyet hakkını geniş mânada almışlardır. Kohler bütün hukukun esasını şahsiyet hakkında görmekte ve şahsiyet hakkının bazen mülkiyet hakkı şeklinde de tecelli edebileceğini söylemekte, ticarî teşebbüs üzerindeki hakkı buna misal olarak vermektedir. Bu hususu izah için de, nasıllı uzvî hayatta hücreler birbirinden ayrılıyor ve buna rağmen uzviyetin bir parçası olduğu inkâr edilemiyor ise, teşebbüsün de menbaı olan şahsiyetten ayrılabilmesi esasının şahsiyet olmasına mâni değildir²⁶. Aynı geniş telâkki Bürgi'nin makalesinde de kendisini göstermektedir. Bu müellife göre «en geniş mânası ile şahsiyet haklarına, şahsın sübjektif haklara sahip olduğu ve onları kullandığı her yerde tesadüf edebiliriz. Bütün nisbî ve aynı haklar, şahsın hukuku, aile hukuku, miras hukuku bu mânada birer şahsiyet hakkıdır²⁷.

Bugün umumiyetle doktrin ve tatbikatta kabul edilen daha dar telâkkiye göre ise şahsiyet hakları mamelek haklarının dışındadır. Mamelek hukukuna dış âlemin nizamı, şahsın mevcudiyet ve faaliyetinin iktisadî vasıtaları girer²⁸. Şunu da tebarüz ettirelim ki, şahsiyet haklarının muhtevası zaman ve mekâna göre değişebilmektedir. Umumî Formülün içersine, yeni şahsiyet hakları girebilmekte ve bazı haklar da zaman ve muhitin telâkkileri icabı şahsiyet hakkı vasfını zayi edebilmektedir. Meselâ evvelki devirlerde çok tabii görünen esaret müessesesi bize

26) Kohler U. Wettbewerb, s. 22 v. m.

27) Bürgi, s. g. m.

28) H. Veldet, Şahsın Hukuku, s. 114 v. m.; Oser, H. Urtheils, s. 20; v. Tuhr s. 328; F. H. Saymèn c. II s. 121, 122; Egger Mad. 28. Hâh...

bugün şahsiyet hakları ile gayri kabili telif, şayanı hayret bir şey olarak görünmektedir. Şahsiyet hakları kesin olarak tarifi verilmesi imkânsız haklardandır ve müelliften müellife, zamandan zamana, mekândan mekâna ayrı bir şekilde mütalâa edilmekte, hudutları biraz bulanık bir manzara arz etmektedir. Bu mahzuru arttıran sebeplerden biri de şahsiyet hakkını çok geniş tutan ve mamelek hakları ile karıştıran O. v. Gierke'den gelen eski nazariyedir.

Bugünkü dar telâkkinin güzel örneklerini, mamelek hakları ile şahsiyet haklarını açık bir şekilde ayırmak suretile Smoschewer, Callmann vermektedir (tarifler için Bk. H. Urlichs s. 25 - 26, 47).

III — Şahsiyet hakkının hususiyetleri :

a) Şahsiyet hakları sıkı surette şahsa bağlı haklardır. Bunlar hakiki veya hükmi şahısların doğumu ile meydana gelirler ve bunların mevcudiyeti icabı olarak vardır. Sona ermeleri hak sahibinin sona ermesi veya hakkın ortadan kalkması ile mümkündür.

b) Şahsiyet hakları miras yoluyla geçemezler. Mirascıların dâva ettiği hak müteveffanın şahsiyet hakkı değil, kendi şahsiyet haklarıdır. Mirascıların müteveffa sebebi ile açtığı şeref, hatıra, sır sahasının himayesi hakkındaki dâvalar kendi şahsiyetlerinin ihlâllerine matûftur. Yoksa müteveffaya ait bir şahsiyet hakkının kullanılması mânasını taşımamaktadır.

c) Şahsiyet hakları kaide olarak devir ve ferağ edilemezler. Cebri icra ve haciz mevzuu teşkil edemez ve iflâs masasına giremezler.

ç) Şahsiyet hakları da aynı haklar gibi mutlak haklardandır. Herkes bunlara riayet etmekle mükelleftir. Sahibine, mekân ile bağlı olmadan hak üzerinde inhisar hakkı verir. Bu hak her şahsa şahsi hürriyet üzerinde ihlâl edici bir tesir de bulunmama vecibesini yükler (F. M. K. c. 52 II, 376).

d) Şahsiyet hakları mamelek hakkı olmaması sebebiyle para ile kabili takdir değildir²⁹.

IV — Şahsiyet haklarının vaz'ı sebebi ve faydası :

Yukarıda da temas ettiğimiz gibi tabii hukuk mektebinin işlediği şahsiyet hakları, ferdi gerek Devlete, gerek diğer fertlere karşı himaye

29) Bu kriterler için B. Egger No. 28, H. Veldet, Ş. Hukuku 117 - 118; F. H. Saymen, Şahsın Hukuku s. 121 v. m.; H. Urlichs s. 42 - 44.

etmek üzere vaz'edilmiştir. Ferdîyetçi hukuk telâkkisinde ferd, hür bir şekilde çalışmak, inkişaf etmek üzere hayatın faaliyet sahasına bırakılmıştır. Bu hürriyet içerisinde ferdin inkişafı daha ziyade mümkün olacak ve dolayısıyla bütün cemiyet faydalanacaktır, diye düşünülmüştür. Fakat hürriyet fikri himaye fikrini gerektirir. Yalnız başına bozkırlara, ormanlara bırakılan bir şahsın hayatını idame edebilmesi, çalışabilmesi ve tabii kabiliyetlerini inkişaf ettirebilmesi için, türlü tabii engellere, vahşi hayvanlara karşı nasıl silâhlendirilmek icap ederse, fert de serbest hayatta o şekilde teçhiz edilmek gerekir. İşte ferde tanınan şahsiyet hakları bu silâhı temin etmektedir. Şahsiyet hakkı ferdi iki bakımdan korur. Ferd, Anayasasının tanıdığı ticaret, çalışma serbestisi gibi şahsi hürriyeti, iktisadî rekabet serbestisini emniyet altına alan hükümlere ve yazılı olmayan hukuka dayanan «şahsiyetin tanınması ve sayılması» hususundaki hakkına istinaden Devletin müdahalelerine karşı kendisini korur. Devlete karşı kabili dermeyan olan bu hak sübjektif âmme hakkıdır.

Adil bir hukuk nizamı, âmme hukukunun tanıdığı bu hakkı, hususî hukuk sahasında da emniyet altına almakla mükelleftir.

Hususî hukuk sahasındaki bu şahsiyet hakkı evvelâ ferdi bizzat kendisine karşı korur³⁰. Cari olan mukavele serbestisi prensibi, tehlikesi çok bir hürriyettir. Mukavele serbestisinin zararlarını bazen Devlet kanunî hükümler isdarı sureti ile önler, fakat bunun dışında şahsiyet hakları fertleri kendi aşırı hareketlerine karşı korur. O. v. Gierke'nin de dediği gibi mukavele serbestisi insanları bazen mukavele esaretine kadar götürür.

Ancak şunu da ilâve edelim ki, her hak gibi, şahsiyet hakkı da hudutsuz değildir. Bunun hududu başkalarının şahsiyet haklarıdır. Zira hudutsuz hürriyet anarşiden ibarettir. Şahsî hürriyetler bir taraftan başkalarının şahsiyet hakları, diğer taraftan da âmme intizamı kaideleri ile tahdit edilmiştir.

Demek oluyor ki, ferdiyetçi hukuk sistemlerinin çoğunda ve bu arada bizim hukukumuzda şahısların, kanun ile kendilerine verilmiş münferit sübjektif haklardan başka umumî bir şahsiyet hakları da vardır ve bunun ihlâl edilmemesini isteme salâhiyetine maliktirler.

V — İsviçre Hukukunda ifa ettiği rol :

Şahsiyet hakkının İsviçre Hukukunda ifa ettiği hususî bir rol, doldurduğu mühim bir kanun boşluğu vardır. Bizim Medenî ve Borçlar

30) Simonius s. g. m.

Kanunumuz da İsviçre kanunlarından alındığından, şahsiyet haklarının ifa ettiği bu role temas etmeden geçmeyelim.

Malûm olduğu üzere İsviçre Borçlar Kanunu ve dolayısıyla bizim kanunumuz haksız fiiller hususunda objektif nazariyeyi kabul etmiştir. Bir fiilin haksız fiil olabilmesi için failin kusurlu olması, fiil ile netice arasında bir illiyet rabitasının bulunması, bir zararın doğmuş olması ve bunlardan başka bir de fiilin «haksız bir şekilde» daha doğrusu hukuka aykırı bir şekilde yapılmış olması lâzımdır. Buna objektif haksızlık nazariyesi denilmektedir. Halbuki bizim 41 inci maddeye tekâbül eden Fransız Medenî Kanununun 1382 nci maddesinde failin kusuru, zarar ile fiil arasında bir illiyet rabitasının mevcudiyeti aranır, fakat ayrıca fiilin bir hukuk kaidesini ihlâl etmesi şartı aranmaz. Bu sebepten 41 inci maddenin tatbik sahası, ancak bir hukuk kaidesini ihlâl etmiş bulunan fiillere şamildir. Hukuk kaideleri de muhtemel olan her nevi himayeye değer menfaatları derpiş etmiş bulunamayacağından, bunun dışında kalan hallerde zarar doğuran kusurlu fiiller haksız fiil telâkki edilmeyecektir. İşte şahsiyet hakkı bu hallerde imdada yetişmiş ve başkaca bir hukuk kaidesinin ihlâli ispat edilemediği takdirde şahsiyet haklarının ihlâlinden hareket edilerek 41 inci madde tatbik olunmuştur. Ancak bu tatbik sahası şahsiyet hakkının biraz mevzuu dışındaki bir tatbik sahasıdır. Federal Mahkeme son zamanlarda objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketlerde de haksızlık unsuru gördüğünden, artık şahsiyet hakkından bu vadiye istianeye pek lüzum kalmayacaktır. Bu sebeptendir ki, oynadığı rolden değil de ifa etmiş bulunduğu rolden bahsettik³¹.

VI — Şahsiyet hakkı nazariyesinin alâmeti farıkaya tatbiki :

Alâmeti farıkayı şahsiyet hakkı telâkki edenlere göre alâmeti farıka şahsiyet hakkının iç varlıklarından biri olan çalışma mahsulü üzerindeki hakkın bir tezahürüdür, ve aynı zamanda şahsiyeti cemiyet içerisinde teşhise yarar. Kohler «Marka, onu yaratan şahsın bir tezahür vasıtasıdır. Müstahsilin istihsal faaliyetinin bir ifadesidir. Marka müstakil bir varlık değildir, o bir malın menşeiini, bir şahıs veya ticarethanedan geldiğini gösterir» (Das Recht des Warenzeichens s. 62) der ve şahsiyetten ayrılamıyacağını ileri sürer. Alâmeti farıkayı şahsiyet haklarından sayan Kohler bunun kabill devir olmadığını da kabul eder. Ancak her kaidenin istisnaları olduğu gibi şahsiyet hakları da, bazen devir edilebilmektedir. Bu da ancak ticarethane ile birlikte mümkün olmaktadır. Zira müellife

31) Simonius s. g. m.

göre şahsiyetten teşebbüse bir parça intikal etmiş ve teşebbüs, içerisine aldığı şahsî unsurlarla birlikte şahsiyetten ayrılmış ve müstakil bir varlık olmuştur³². İsviçre Federal Mahkemesi de henüz kendisini bu telâkkiden kurtarmış değildir. Federal Mahkemeye göre de, alâmeti farika üzerindeki hak bir şahsiyet hakkıdır.

Şahsiyet hakkı, alâmeti farika hakkının beynelmilel olması neticesini doğurur, zira bir tek şahsiyet hakkı vardır ve bunun milli hudutlar ile tahdidine imkân yoktur. Aynı alâmeti farika üzerinde İsviçrede bir şahsın, Fransada bir başka şahsın şahsiyet hakkı bulunamaz. Bu netice şahsiyet hakkı nazariyesinin zarurî bir sonucudur. Gerçi Federal Mahkeme alâmeti farika hususunda bu esası bırakıp mülkîlik prensibine döner görünüyorsa da (F. M. K. C. 63 II s. 125) henüz şahsiyet hakkı esasını terk etmiş sayılamaz.

Alâmeti farikanın bir şahsiyet hakkı olduğu hususu Kohler ve O v. Gierke'den başka Almanya'da Rhenius, Kent, Gareis, Regelsberger, Pinzger - Heinemann, Gulland - Queck, Osterrieth, Pinzger, Riezler, Lobe tarafından ve İsviçrede Regamy, Specker, Weiss, Hafter, Oser, Egger gibi müellifler tarafından kabul edilmektedir³³.

VII — Tenkidi :

1 — Şahsiyet hakları devredilemez demiştik. Alâmeti farika hakkı ise kabili devirdir. Bu husus münakaşalı değildir. Ancak alâmeti farikanın ticarethane ile birlikte mi, yoksa ticarethaneden müstakil olarak mı devir edileceği hususu münakaşalıdır. İster ticarethane ile birlikte, ister ticarethaneden müstakil olarak devir edilsin, alâmeti farika üzerindeki hakkın devir edilebilmesi, bunun mamelek hakkı olduğunu gösterir ve şahsiyet hakkı olmasına ciddi bir mânidir. Bilhassa bizim hukukumuzda olduğu gibi ticarethaneden müstakil olarak devri kabul edilen sistemlerde bu husus daha münakaşasızdır ve Kohler'in bu husustaki sun'î konstrüksiyonuna da imkân kalmaz.

2 — Şahsiyet hakkı şahsın ölümü ile sona erer. Zira şahsiyet hakkının izafesi sebebinin izah ederken bunu fertlere, bir ferdiyette rejim içerisinde benliklerini şahıslara ve Devlete karşı müdafaa edebilmeleri için verildiğini söylemiştik. Ferd öldükten sonra artık böyle bir hakkın devamına ne lüzum, ne de imkân kalmıştır. Lüzum kalmamıştır, zira himaye edilecek olan menfaat ortadan kalkmıştır. İmkân kalmamıştır, zira

32) Kohler U. W. s. 22 v. m.

33) Bu müelliflerin eserlerine atıflar için bk. Sandreuter s. 24, Magnus s. 213-214

şahsiyet hakkının süjesi olan fert ve aynı zamanda hakkın objesi olan şahsiyet ortada yoktur. Şahsiyet haklarının Specker, Kohler, Smoschewer gibi bazı müelliflerin kabul ettiği gibi devamına istisnaen de olsa cevaz vermek şahsiyet hakkını inkâr demek olacaktır³⁴.

Halbuki marka üzerindeki hak şahsın ölümünden, hükmi şahsın sona ermesinden sonra da devam edebilmektedir. Ya başkalarına devir edilmek suretile veya hakikî şahısların mirasçuları, hükmi şahısların da, var ise eğer, esas mukavelelerindeki hukukî halefleri vasıtasile kullanılmak suretile.

3 — Diğer taraftan modern şahsiyet hakkı telâkkisine göre şahsiyet hakkı mamelek hakkı olmayan haklardır. Bir hak hem mamelek hem şahsiyet hakkı olamaz. Halbuki alâmeti farikanın bir mamelek hakkı olduğu, para ile kabili takdir olduğu, bugün münakaşa mevzuu teşkil etmemektedir. Mücerret bu kıstas alâmeti farikayı şahsiyet hakkı olmaktan çıkarır ve bir mamelek hakkı yapar.

4 — Şahsiyeti geniş mânada alan telâkkiye göre, iktisadî faaliyet üzerinde bir şahsiyet hakkı vardır ve alâmeti farika da ferdin bu iktisadî faaliyet ve çalışma hakkının bir neticesidir. Bu telâkki doğru değildir. Vakıa, fert şahsiyet hakkının himayesinde olarak markayı bir kıymet olmak üzere yaratmıştır, fakat hak yaratıldıktan sonra artık bir şahsiyet hakkının ihlâli değil, bir mamelek hakkının ihlâlidir. Aksi takdirde bir ziraatçi de ziraî mahsulleri hususunda, bir fabrikatör de imal ettiği mallar hususunda, aynı haklara binaen değil, şahsiyet hakkına binaen himaye görmek icap ederdi.

Şahsiyet hakkını çok geniş tutarak, bir mamelek hakkı olan alâmeti farikaya kadar teşmil etmek bu hakkı hudutsuz kılar, bulanıklaştırır ve mevcudiyetinden şüphe edenlere hak vermekten başka bir şeye yaramaz. «Mevcut hukukî sistemimiz mevzuu muayyen olan sübjektif haklara dayanır, yoksa şahsiyet hakkının intişarlarından teşekkül etmez³⁵».

5 — Tenkitlerimizi sona erdirmeden şunu da ilâve edelim ki, marka gibi haklar, artık bugünün iktisadî gelişmeleri karşısında çok defa bir şahsın, meselâ hak sahibi olarak görünen müteşebbisin çalışmasından doğmuş değildir. Bugünkü büyük teşkilâtlarda mühendisinden iktisat-

34) H. Urlichs, s. 44 - 47.

35) Alman Temyiz Mahkemesi, Hukuk kısmı, C. 118, s. 76 (81), Hagens. Warenzeichenrecht (1927) s. 32, Sandreuter, s. 16 v. m.; E. Martin — Achard s. 19 v. m.; H. Urlichs, s. 44 - 47 ilâh... da aynı kanzattadır.

çısına, teknik müdüründen desinatörüne ve patronuna kadar herkesin, yahut bir çok şahısların marka üzerinde, onun bir iktisadi kıymet olarak yaratılmasında emeği vardır.

Teşebbüsün sahibi olmayan bir veya bir çok şahısların buluşları, bilgisi, çalışması sayesinde ki, marka bir kıymet kazanmıştır. Nasıl olur da bu şartlar altında teşebbüs sahibinin şahsiyet hakkından bahsolunabilir³⁶.

§ 5

İSİM ÜZERİNDEKİ HAK

Alâmeti farika hakkını isim üzerindeki bir hak olarak görenler, şahsiyet hakkı nazariyesine dayananlardan bazılarıdır. Bu hususun mütalâası şahsiyet hakkı ile birlikte yapıldığından, burada yeniden gözden geçirmeğe belki lüzum yoktu. Ancak şahsiyet hakkının hususiyet arzeden bir nevi olması sebebiyle biz de bazı müellifler ile birlikte bu hususa kısaca temas edeceğiz. Alâmeti farikayı isim üzerindeki bir hak şeklinde gören müelliflerin başında şahsiyet hakkı taraftarı olan Kohler gelir. Kohler'e göre «marka, şahsiyeti içersine alan bir çerçevedir, şahsiyetin ifadesini bulduğu bir şey, şahsiyetin görüldüğü bir muhtevadır.

... Şahıs alâmet sayesinde kendisini tanıtır. Alâmet şahsiyeti aksettirmesi itibariledir ki, bir kıymet ifade eder³⁷».

İsim bir şahsiyet hakkı telâkki edilmektedir. Biz ise şahsiyet hakkına müteallik tenkitlerimizi evvelce yapmıştık. Burada münhasıran isim üzerindeki hakka, yani şahsiyetin bu nevine müteallik munzam tenkitlerimizi ilâve etmekle iktifa edeceğiz.

Bu görüşe göre iki nevi marka vardır. Biri tüccarın firmasının marka olarak kullanılması, diğeri ise herhangi bir fantezi isim veya resmin marka olarak kullanılması halî. Birinci halde, isim üzerindeki hak bir şahsiyet hakkı olduğuna göre, marka üzerindeki hak da bir şahsiyet hakkı olmak icap eder. Tatbikat göz önünde tutulur ise, markaların pek küçük bir kısmının isim şeklinde olduğu görülür. Kohlerin bu telâkkisinin markaların mazisi ile, isim ve imza şeklindeki markaların kullanılmakta olduğu devirler ile alâkalı olduğu görülür.

36) E. Reimer s. 7 E. M—Achard, s. 21.

37) Kohler, Das Recht des Warenzeichens s. 64 (Sandreuter s. 30).

Bir firmanın marka olarak kullanıldığı hallerde dahi müstehlik marka ile onun müteşebbisini değil, daha ziyade alacağı malın kalitesini düşünür. Müstehlike, muayyen markalar muayyen kalitede malları hatırlatır. Bu sebepten kanun koyucu isim şeklindeki alâmeti farikalar ile, isimden gayri şekildeki alâmeti farikalar arasında bir tefrik yapmamıştır. Zira her iki markanın da iktisadî rolü aynıdır. Her iki nevi marka da aynı hukukî duruma tâbidir, her ikisi de devir edilebilir, tevarüs edilebilir, haciz ve terhin edilebilir. Kaldı ki, firma üzerindeki hakkın bir mamelek hakkı olup olmadığı da caî teemmüldür³⁸.

§ 6

TEŞEBBÜSÜN TEFERRÜATI NAZARİYESİ

Bir çok hukuk çevrelerinde bugün ticarî teşebbüs üzerindeki hak gayrı maddî mal üzerindeki bir hak olarak tanınmaktadır³⁹. W. Bruch'a göre alâmeti farikalar, diğer bazı gayrı maddî mallar gibi teşebbüsün mütemmim cüzülerini teşkil etmektedir⁴⁰. Hâkim telâkkiye göre ise alâmeti farikalar, ihtira beratları, firmalar ilâh... ticarethanenin teferruatını meydana getirmekte ve bunların teşebbüs ile olan birleşmesi müteşebbisin iradesi ile meydana gelmektedir.

Tenkidî : Bu telâkki bize alâmeti farikanın mahiyeti hakkında yeni bir şey öğretmiş olmamaktadır. Alâmeti farika ister teşebbüse, ister müteşebbise bağlı olsun, ister birinin, ister diğerinin iktisadî gayesine hizmet etsin, müstakil bir mahiyeti haizdir. Bu nazariye, alâmeti farikanın mahiyetini araştırırken, bu hakkın gayesi ile bizi karşılaştırmakta ve meselenin hallini temin etmemektedir. Mademki teşebbüs gayrı maddî bir maldır, mademki alâmeti farika da teşebbüsün bir unsurudur, o halde o da gayrı maddî bir maldır, neticesine varmağa, bu şekilde bir syllogisme yapmağa imkân yoktur. Zira teşebbüse dahil maddî malları da bu takdirde gayrı maddî mal telâkki etmek gerekecektir ki, bu da tabii imkânsızdır.

38) Meiliger s. 28, Crome, Lobe, H. Urlichs s. 73, Callmann s. 34, Hagens s. 33, Smoschewer s. 242 (Urlichs'den); Sandreuter s. 31, ilh... mamelek hakkı olduğunu kabul ederler. İsim üzerindeki hak hususunda dahi bu şüphe bazılarında vardır. Bk. : Sandreuter s. 31.

39) H. Urlichs s. 73 - 78.

40) W. Bruch, s. 20 - 22.

Sonra gayesi itibarile de marka münhasıran teşebbüsün iktisadi menfaatlarına hizmet etmez, müstehliklerin de menfaatlarına yardım eder. Diğer taraftan hukukumuzda göre marka ticarethaneden müstakil olarak devir edilebildiğine göre müstakil bir sübjektif hak mahiyetindedir. Bilhassa mütemmim cüzü telâkkisi hukukumuzdaki alâmeti farikasının durumu ile kabili izah değildir. Alâmeti farikayı bu şekilde izah meseleyi halle yaramadığı gibi bu noktayı nazarın tatbiki bir kıymeti de olmayacaktır. Zira teferruat ve mütemmim cüzü'e ait hükümlerin tatbikine imkân yoktur. Mülkiyete müteallik kaideler nasıl alâmeti farikaya tatbik edilemez ise, maddi eşya için mevzu teferruat ve mütemmim cüzü hükümleri de aynı şekilde tatbik edilemez.

§ 7

GAYRI MADDİ MAL ÜZERİNDEKİ HAK

I — Gayri maddi mal üzerindeki haklar XIX uncu asrın endüvidüalizminden ve şahsiyet haklarından ayrılmak suretile çıkmıştır. Yukarıda işaret ettiğimiz gibi bu haklar ilk tavsiflerini mülkiyet tâbiri altında İnsan Hakları Beyannamesinde bulmuş, bir takım fikir mahsulleri teknik inkişaf neticesinde, bilhassa teksir imkânı sayesinde ihmal edilmez bir kıymet haline gelmiş ve böylece gayri maddi mallar kategorisi vücut bulmuştur. Fransız Hukukunda, maddi bir mevcudiyeti olmadığı halde para ile kıymetlendirilebilen bu haklar mülkiyet tâbiri ile isimlendirilmektedir. Alman Pandekt Hukukunda ise, son devirlerde, aynı haklar ile iltibasa meydan bırakmamak için mülkiyet tâbiri yerine «Gayri Maddi Mallar Üzerindeki Haklar» (Immaterialgüterrecht) tâbiri ihdas edilmiş ve böylece yeni bir hukuk kategorisi doğmuştur⁴¹.

Maddi mallar teslim ile, zilyetliğin nakli suretile başkalarının hâkimiyet sahasına girdiği halde, gayri maddi mallar teslimde lüzum kalmadan herkes tarafından tesahüp edilmekte ve kullanılabilir. Bu fiili imkânın mevcudiyeti bu nevi hakların, sahibine iktisadi bir fayda temin etmemesini intaç edebilmektedir. Maddi bir mevcudiyetleri olmadığından, bir mesafe içerisinde lokalize edilmiş bulunmadığından bu

41) Almanyada bu vadiye ilk yol gösteren eser Kohler'in 1877 yılında yayınladığı «Deutsches Patentrecht» adlı eseridir. Bunun yanında Bekker'in «Pandekten» isimli eseri de müessir olmuştur. (c. I, s. 62 ve m.). (Sandreuter s. 34-35).

hakların sahibine bir iktisadî menfaat temin etmesi, tasarruf imkânını vermesi için kanun koyucuların hususî bir himaye şekli bulmasını icap ettirmiştir. Burada Devletin himayesi bir inhisar hakkı izafesi şeklinde tecelli eder⁴².

Gayrı maddî mal üzerindeki hak telâkkileri, her yeni hak gurubunda olduğu gibi değişiktir. Henüz konun koyucular bu hak nevinin umumî hatlarını tesbit etmiş değildir. Doktrinde muhtelif gayrı maddî mal telâkkileri vardır.

Gerek mahiyetinin izahı, gerek içersine aldığı mevzular itibarile bu husustaki görüşler müelliften müellife değişmektedir. Biz burada alâmeti farikayı izah bakımından faydalı olacak şekilde bir taksime tâbi tutarak muhtelif telâkkileri tetkik edecek ve bir neticeye varmağa çalışacağız.

II — Dar telâkki :

Kohler yukarıda sözü geçen eserinde (s. 8) «yeni bir varlık yaratan şahıs, yarattığı mal iktisaden inhisarî olarak faydalanmaya salih olduğu takdirde, o maldan iktisaden inhisarî bir şekilde faydalanma hakkını haizdir. Bu kaide mamelek hukukunun ana kaidesidir.» der ve gerek mülkiyet hakkının gerek gayrı maddî mal üzerindeki hakkın ana prensibin tatbikinden ibaret olduğunu ilâve eder.

Ancak gayrı maddî mallarda yaratma şartından başka fikrî bir mesai neticesinde yaratılma unsuru da aranır. Demek oluyor ki, yaratılan nesne maddî bir mal ise mülkiyet hakkı doğar, gayrı maddî bir mal ise gayrı maddî mal üzerindeki hak doğar. Gayrı maddî mal olmak için yaratılan varlığın maddî bir mevcudiyeti olmaması, iktisaden kıymetlendirilebilmesi, teknik vasıtalar ile maddî bir şekilde tesbit edilebilmesi ve bu tesbit edilmiş şekli ile de iktisaden kullanılabilmesi lâzımdır. Bu haklar yalnız sanat ve edebiyat eserlerine değil, aynı zamanda ihtiralara, faydalı resim ve modellere de şamildir. Her ne kadar sonuncular tamamen iktisadî tatbikat sahasında kalırlarsa da, bunlar da birer fikir mahsulüdürler. Fikir mahsulleri olan bu malların gayeleri iktisaden kıymetlendirilmelerine matûftur, himayeleri de zaman ile mahduttur.

Bu haklar birer mamelek hakkı olmak hasebile şahsiyetin dışındadır. şahsiyet hakkından ayrılırlar; gayri maddî olmaları sebebiyle de mülkiyet hakkından tefrik edilirler⁴³. Aynı müellife göre alâmeti farika

42) Cornus s. 6 (E. M. — Achard s. 25)

43) H. Ullrichs s. 89 - 90; Sandreuter s. 36.

üzerindeki hak ne zaman ile tahdit edilmiştir ve ne de bir fikir mahsulüdür. O sadece şahsî tefrik vasıtasıdır ve bu sıfat ile bir şahsiyet hakkıdır. (Bu hususta diğer müellifler için bk.: Sandreuter, s. 36, not 78).

III — Daha geniş telâkki :

Bu telâkki de hareket mebdetini Kohler'in prensibinden alır. Bu nazariye taraftarları, bir mal yaratan şahıs onu iktisaden kıymetlendirmek hakkına sahiptir esasını alır ve gayrı maddî malların yaratılabilmesi için bunun fikrî bir mesai mahsulü olmasını kabul eder, ancak alâmeti farikanın da böyle bir fikrî ibda eseri olduğu neticesine varırlar. Marquardt : «Marka da yaratıcı bir faaliyet neticesi meydana getirilen hukukî bir varlıktır.» demektedir ve marka üzerine konulduğu malın emsalinden tefrikini, kolayca yayılmasını temin eden bir alâmet olarak alınmak suretiyle yaratıcı fikrin tesbitinden ibaret olduğunu ilâve etmektedir⁴⁴.

Hagens de⁴⁵, marka seçilirken sarfedilen zihni mesai' ihtira hakkında olduğu gibi bir fikir mahsulü meydana getirir; bir şahıs alâmeti farikasını seçerken bir çok imkânlar içinden, duruma en uygun olanını, tefrik imkânı verenini, hafızalarda yer edenini, sempatik olanını ve müşterilerde mal alma iştiağını uyandıranını seçer, der.

Alâmeti farikanın fikrî bir mesai mahsulü olduğu hususundaki telâkki Elster'de de bir başka şekilde ifadesini bulur. Bu müellife göre markanın seçilebilmesinde fikrî bir mesai vardır. Marka rekabet sahasına intikal etmeden evvel bir «fikrî kıymet» dir (Geisteswert) ve bunun üzerinde bir şahsiyet hakkı vardır; rekabet sahasına intikal ettikten sonra bir «fikrî mahsul» (Geisteswerk) olur ve hukukî himaye gördüğü andan itibaren de (meselâ ihtiralarda beratın verilmesiyle) «fikrî mal» (Geistesgut) olur, yani bir mamelek varlığı (Vermögensgut) şekline inkilâp eder^{45a}. Eğer alâmeti farikayı ihdas eden şahıs aynı

44) GRUR 1914 c. 19, s. 142, ve m. (Sandreuter s. 37).

45) Warenzeichenrecht, 1927, s. 32.

45a) Prof. Yavuz Abadan da «fikrî hakları ne tamamen aynî haklara ne de tamamen şahsî haklara mal etmenin imkânı yoktur. Onun içindir ki, edebî ve sınıal mülkiyet tâbiri isabetsiz ve kıfayetsizdir. Burada rekabet unsuruna dayanan şahsiyet hukuku ile mal hukukundan kombine edilmiş orijinal bir fikrî nüvenin şekil alarak maddî mevcudiyet kazanmasından doğan hususî karakteri haliz bir takım haklar mevzuubahistir.» (Yavuz Abadan s. 29) demek suretile Elster'in yukarıda işaret ettiğimiz fikrî mal - rekabet hakkı veya gayrı maddî mal - rekabet hakkı nazariyesine taraftar olduğunu belirtmiştir (Bk.: Hirs, Fikrî Haklar, s. 124).

zamanda kullanırsa alâmeti farika üzerinde muhtelit bir hakka, «Şahsiyet hakkı - sınayi hak» a (Persönlich - gewerbliches Urheberrecht) sahiptir. İhdas edenden başkası kullanırsa yalnız sınai bir hakka (Gewerbliches Urheberrecht) sahiptir.

Burada birkaç kelime ile, gayrı maddî malların mahiyetini izaha çalışan noktai nazarlara temas edelim. O. v. Gierke hemen hemen bütün hakların mahiyetini şahsiyet hakları ile izah ettiğine göre, ona göre gayrı maddî mal üzerindeki haklar da şahsiyet haklarından ibarettir. Dualiste dediğimiz ve bilhassa Michaelis tarafından temsil edilen telâkkiye göre ise, gayrı maddî mal üzerindeki haklar mahiyet ve hükümleri itibarile birbirinden tamamen ayrı ve müstakil iki kısım haktan ibarettir: Gayrı maddî mal üzerindeki bir hâkimiyet hakkı ile sahibinin «Ben» i üzerindeki bir şahsiyet hakkı. Demek oluyor ki, bu telâkkiye göre gayrı maddî mal üzerindeki haklar şahsiyet hakları ile mamelek haklarından mürekkep bir haktır. Fakat şahsiyet hakları, ferağı mümkün olmama, devir edilmeme, tevarüs edilmeme ilâh... vasıflarını muhafaza etmekte devam ederler. Allfeld'in de taraftar olduğu ve moniste denilen ikinci bir telâkkiye göre gayrı maddî mal üzerindeki haklar her ne kadar mamelek ve şahsiyet haklarından mürekkep ise de nevi şahsına münhasır bir hak mahiyetini almıştır ve şahsiyet hakları da mamelek haklarının mukadderatına tâbi olur ve devir ve tevarüs edilebilir.

Gerek Elster'in gerek moniste, dualiste telâkkilerin görüşlerine göre gayrı maddî mal üzerindeki haklarda şahsiyet ve mamelek hakları aynı zamanda mevcuttur⁴⁶. Bu husustaki tenkitlerimizi ilerde yapacağımızdan aynı kısma girebilen Picard'ın fikrî mülkiyet telâkkisine de kısaca temas edelim.

E. Picard 1879 yılında yayınladığı «Pandectes Belges» adlı eserin ikinci cildinin girişinde ve 1908 de neşrettiği «Le Droit Pur» adlı kitabında ilk defa müdafaa ettiği üzere hakları, şahsiyet hakları, aynı haklar, nisbî haklar (borç münasebetleri) kısımlarına ayırmış ve bunlara bir de fikrî haklar (Droits Intellectuels) kategorisini ilâve etmiştir. Müellif Romalı'ların fikrî mülkiyet (Propriété Intellectuelle) ile meşgul olmadığına işaret ettikten sonra bu yeni kategorinin lüzumundan bahsediyor ve bu takdirde bu nevi hakları mülkiyet hakları arasına sokmak müşkülü de yenileceğini ilâve ediyor. Fikrî haklar, müellife göre, fikrî mahsullerin himayesine matûftur. Bu himayenin mahiyet ve derece itibarile alelâde mülkiyet hakkına tanınan himayeden başka olduğunu ve bediî mülkiyetin,

46) Ullrichs, s. 51 ve m.

edebî mülkiyetin, plânlar üzerindeki hakkın, ihtira beratlarının, model ve fabrika desenlerinin, alâmeti farikaların ve ticarethane işaretlerinin buraya dahil olduğunu söylüyor. Görülüyor ki, isim değişikliğine rağmen esas itibarile burada da bu kısımda mütalâa ettiğimiz gayrı maddî mal telâkkisi başka bir isim altında arzedilmektedir⁴⁷.

IV — Geniş telâkki :

Alexander Katz⁴⁸ ilk defa olarak Kohler'in «bir mal, bir varlık yaratan şahıs onun iktisaden kıymetlendirilmesinden faydalanır» esasını almış ve fakat gayrı maddî mallar için ilâve ettiği fikrî, zihni mesai mahsulü olma şartını red, aynı prensibin gerek maddî, gerek gayrı maddî mallarda cari olduğu esasını tecviz etmiştir. A. Katz alâmeti farikayı şahsiyet hakkından kurtarmak üzere ilk büyük teşebbüsü yapmış, ancak unvanı ticaretin ticarethane ile birlikte devri mümkün olduğu halde bunu şahsiyet hakkı telâkki etmek suretile nazariyesini son hadde kadar götürmemiştir.

Yukarıda söylediğimiz gibi bu müellifin büyük hizmeti gayrı maddî mallar üzerindeki hakları şahsiyet haklarından tamamen tafrik etmesindedir. Vakıa Alexander Katz da gayrı maddî mallarda bir şahsiyet hakkının bulunduğunu kabul eder, fakat bu şahsiyet hakkı gayrı maddî mal üzerindeki haktan, bu mamelek hakkından tamamen ayrıdır. Aynı zamanda gayrı maddî mal üzerinde müstakil bir şahsiyet hakkı da bulunabilir. Fakat bu hak muhakkak bulunmak icap etmez. Her alâmeti farikada bu hak bulunmak gerekmediği gibi, alâmeti farikayı devren alan şahıslarda da tabii böyle bir hak yoktur. Dernburg, Lobe, Tuhr gibi müellifler de⁴⁹ umumî bir şahsiyet hakkını reddettiklerinden bir mamelek hakkı olmak itibarile alâmeti farikayı gayrı maddî mallardan yani mamelek haklarının bir nevinden ibaret sayarlar.

V — Gayrı maddî mallarda bir fikir mahsulü arama şartı bizce de elzem değildir. Bu şartın aranması daha ziyade şahsiyet hakkının alâmeti farikadaki bir artığından ibarettir. Gayrı maddî mal hukuku ilk defa edebî, bedii haklar ve ihtira beratları gibi bu unsuru kaide olarak ihtiva eden mevzular hakkında düşünüldüğünden fikrî semere şartı bütün gayrı maddî mallara teşmil edilmektedir.

47) E. M. Achard, s. 20 - 22; Plaisant, s. 6.

48) GRUR, 1901, 102 (Sandreuter, s. 46 - 47).

49) Sandreuter, s. 43 - 44.

Alâmeti farika hakkını tetkik ettiğimiz takdirde bu unsuru her zaman görmeğe imkân yoktur. Filhakika fikrî bir mahsul olan ve mücerret bu vasfı icabı iktisadî bir kıymet ifade eden, estetik bir reklâm kabiliyeti olan markalar vardır. Bu husus inkâr edilemez. Kohler alâmeti farikada fikrî mahsul olma şartı bulunmadığından gayrı maddî mal değildir, gayrı maddî mal olmayınca maddî mal da olamayacağından şahsiyet hakkıdır dediği zaman bu nevi alâmeti farikaları nazarı itibara alamamıştır. Vakıa bu şekildeki alâmeti farikalar Kohler'in yaşadığı ve ilk eserlerini verdiği devirlerde enderdi ve onun telâkkisine amil olan da zamanın tatbikatı idi⁵⁰. Fakat öyle markalar da vardır ki, bunların kıymeti fikir mahsulü olmalarından değildir. Bu bakımdan belki hiç bir kıymet ifade etmezler. Alelâde bir terzinin yaptığı bir elbiseden, bir demircinin torna işlerinden daha az şahsiyetin damgasını taşırlar. Marka kıymetini müteşebbisin ticaretinde iyi ve müsmir bir şekilde çalışmasından, malların uzun müddet iyi kalitesini muhafaza etmesinden almıştır. Kıymet markayı yaratan fikirde değil, muhtelif unsurların tesiri altında kalan müstehliklerin ona bu kıymeti izafesindedir.

Diğer memleketlerin alâmeti farika mevzuatı da bu iki tip markayı tefrik ederek ayrı şekilde tanzim etmiş değildir. Zaten buna pek imkân da yoktur. Zira şahsiyet unsuru, fikrî mesai mahsulü olma şartı birinde mutlak surette var, diğerinde yoktur denilemez. Bu var ile yokun arasında bir çok dereceler mevcuttur ki, varın mı, yoksa yokun mu hududu içersine girdiği kestirilemez. Zira alâmeti farika hukuku ile tanzim edilmek istenilen husus, müteşebbisin rekabet imkânını arttırmak ve tanzim etmektir. Markanın gayesi ticarete kullanılmaktır, yoksa estetik bir tezyinat vücade getirmek değildir. Alâmeti farikada fikrî bir mesainin mevcudiyeti şartını aramayan sayın hocamız Ord. Prof. Dr. Hırş de, alâmeti farika hukukunun, markaları resim olarak yaratan kimselerin menfaatini, değil mezkûr markaları kendi malları üzerine koyan tüccarların menfaatlarını koruduğuna işaret eder (Fikrî Say, s. 7).

Bu bakımdan malları, mümasil eşya arasında tefrikeye yarayan bir marka, ister bir fikrî mesai mahsulü olsun, ister olmasın bu husus kanun koyucuyu pek alâkadar etmez, yeter ki, marka iktisadî fonksiyonunu ifaya yeter bulunsun.

Alâmeti farika üzerindeki inhisar hakkının, diğer bir kısım gayrı maddî mallardan farklı olarak zaman ile tahdit edilmemiş olması keyfiyetine gelince bu da tabiidir, alâmeti farikanın mahiyeti icabıdır.

50) Sandreuter, s. 95.

Madem ki alâmeti farika müteşebbisin menfaatini korumaktadır, müteşebbisin teşebbüsü devam ettiği müddetçe markanın da himaye görmesi lâzımdır. Aksi takdirde alâmeti farika kendisine tevdi edilen iktisadî rolü ifa edemez. Bir ticarî müessese bazen şahısların hayatından çok daha uzun olabilir, bilhassa asırlarca devam eden anonim şirketler mevcuttur. Bunların yıllarca emek sarfı ile alelâde bir isim ve resimden muazzam bir iktisadî kıymet meydana getirmeleri halinde, bu kıymete hiç bir emeği geçmemiş şahısları ortak etmeğe imkân yoktur. Zaten başka müteşebbisler ortak olduğu andan itibaren bu markanın kıymeti de kalmayacak ve serbest işaretlerden biri olacaktır. Diğer bir çok gayri maddî malların zaman ile mahdut bir himayeden faydalanması, onların mahiyeti icabıdır ve bu fark markanın gayri maddî mal sayılmasına engel teşkil etmez^{50a}. Hiç bir hukuk kategorisi yoktur ki, içerisine aldığı hak neveleri bütün vasıfları itibarile birbirinin aynı olsun. Sübjektif hakların en az münakaşalılarından ve en eskidenberi tanınanlarından olan mülkiyet hakkı dahi birbirinden çok farklı menkul ve gayrimenkul eşyayı içersine almaktadır. Biri zilyetliğe elverişlidir, taşınabilir, bu bakımdan zilyetlik mülkiyete karine olarak kabul edilir; diğeri ise zemine sıkı sıkıya bağlıdır, taşınabilir vasfı yoktur. Bu bakımdan zilyetlik değil, tapu kaydı mülkiyete karine teşkil eder. Bu sebepten mülkiyetin iktisabı, nakli, ziyai, rehin, irtifak ve intifa hakları hep aynı esaslara tâbidir. Halbuki alâmeti farikayı diğer gayri maddî mallardan ayıran fark bu kadar derin de değildir. Daha ziyade bahsettiği imtiyaz hakkının zaman ile mahdut olmamasındadır. Fikrî mesai mahsulü olma hususuna gelince, bu şart diğer gayri maddî mallarda da her zaman bulunmayabilir. Zaten ilk yaratıldığı zaman mevcut olup da tedavüle çıktıktan sonra aranmayan bir şart hakkın mahiyetini tayine medar olamaz. Bir hakkı tarif ederken onun devamlı unsurlarını araştırmak lâzımdır. Şu hususu da tebarüz ettirelim ki, Türk - Fransız Hukuku gibi bir çok hukuk çevrelerinde bilhassa tescilli olmayan alâmetlerde hak ilk kullanma ile iktisap edilir, yaratma şartı aranmaz. Hakkın daha doğuşu anında fiilî bir unsura ehemmiyet verildiğine göre alâmeti farika vasfı bu bakımdan da fikrî unsurdan tecrit edilmiş bulunmaktadır^{50b}.

50a) Sayın hocamız Ord. Prof. Dr. Hirs'in de işaret buyurdukları gibi alâmeti farikalara tanınan imtiyaz haklarının amilleri ihtira berati ve sînal modellerden tamamen başkadır. Kendi mamûllerini diğerlerinin mamûllerinden ayırabilmek maksadı ile bir fabrika markasını kullanan kimse cemiyetin fikrî servetini çoğaltmış değildir ki, himayeyi zaman ile tahdit edelim (Fikrî Say, No. 7).

50b) E. Ulmer de aynı kanaattedir. S. 42.

Ancak burada şuna da işaret edelim ki, alâmeti farikayı ihdas eden şahsın alâmeti farika üzerinde haiz olduğu gayrı maddî mal üzerindeki hakkından müstakil olarak bir şahsiyet hakkı da bulunabilir. Alâmeti farika estetik bir buluş ise şahsiyet hakkı vardır. Alâmeti farikayı bulan şahıs bir ressam olabilir, mücerret sipariş üzerine bu şekilde bir alâmeti farika bulmuş olabilir. Bu takdirde ressamın bir şahsiyet hakkı bulunmakla beraber gayrı maddî mal üzerinde bir inhisar hakkı, kısacası bir alâmeti farika hakkı yoktur. Yok eğer alâmeti farikayı bulan şahıs aynı zamanda sözü geçen alâmeti ticaretinde kullanmış ise bu takdirde şahsiyet hakkından müstakil bir mamelek hakkı vardır. Ancak bu haklar ne muhtelit, ne de bir hak halinde birleşmiştir. Bu haklar birbirinden ayrı yanyana iki hak şeklindedir. Mahiyetleri, tesir sahaları ayrıdır. Biri şahsiyete bağlı, şahsiyet hakkının bütün kriterlerini taşıyan, gayrı kabili devir, gayrı kabili ferağ, gayrı kabili tevarüs bir haktır. Diğeri ise mamelek haklarının vasıflarını haiz kabili tedavül bir haktır^{50c}.

Yalnız şu hususu tekrar tebarüz ettirelim ki, dualiste telâkkideki gibi gayrı maddî mal üzerindeki hak şahsiyet ve mamelek haklarının bir ihtilâtından ibaret değildir. Marka üzerindeki hak, gayrı maddî mal hakkı münhasıran bir mamelek hakkıdır. Bu gayrı maddî mal üzerindeki haktan müstakil, markayı yaratana raci olarak bir şahsiyet hakkı bulunabilir. Burada İsviçre Medenî Kanununun 28 inci ve bunun bir tercümesinden ibaret olan Türk Medenî Kanununun 24 üncü maddesine temas etmeden geçmiyelim. Bir hakkın hem şahsiyet hakkı, hem de mamelek hakkı olamayacağını iddia etmiştik. Halbuki Medenî Kanunun 24 üncü maddesi şahsiyet haklarından bahsettiği halde 2 nci fıkrası failin kusuru halinde maddî ve manevî tazminat haklarından bahsediyor. Manevî tazminatın şahsiyet haklarının ihlâli halinde doğması normaldir. Ancak maddî zarar bir mamelek hakkının ihlâli halinde bahis mevzuudur. Mamelek hakkının bahis mevzuu olmadığı yerde maddî zarardan bahsedilemez. Bu madde adeta mamelek hakkı ile şahsiyet hakkını bir arada mevcut gibi gösteriyor. Maddenin tanzim tarzı bu şüpheyi doğurmak ile beraber, burada bahis mevzuu olan husus şahsiyet hakkının ihlâli sebebiyle, dolayısıyla bir mamelek hakkının ihlâl edilmesi hususudur. Mücerret şahsiyet hakkının ihlâli maddî zarar ziyan talebini doğurmaz. Maddenin mânası bu olmakla beraber tanzim şekli pek de isabetli olmadığından Specker'in tenkidine maruz kalmıştır⁵¹.

50c) Bir çok müellifler gibi H. Ullrichs (s. 73 v. m.), Magnus (s. 214) da aynı kanaattedir.

51) Sandreuter, s. 20; Egger Art. 28, No. 84.

Demek oluyor ki, maddî bir mevcudiyeti olmayan, iktisadî bir fayda temin eden, iktisadî bir kıymet ifade eden ve tedavül edebilen haklar gayri maddî haklardır. Fikrî mahsul olma vasfı ise, gayri maddî mallarda lüzumlu değildir. Vakıa bu şartı arayan müelliflerin çoğu alâmeti farikalarda da bu vasfın mevcudiyetini kabul etmektedirler. Kanaatımızca her alâmeti farikada bu vasıf yoktur, bulunması da şart değildir. Bu vasıf hakkın doğumunda bulunsa da hak tedavül ettikten sonra hakkı takip eden bir vasıf olarak kalmaz. Edebî ve bediî mülkiyet hakları, ihtiralar, markalar, ticaret ünvanları, müessese işaretleri, emtia tezyinatları ve hattâ ticarethane, ticarî teşebbüs üzerindeki haklar gayri maddî mal üzerindeki haklardandır ve bunların listesi de iktisadî ihtiyaçlara göre zaman ve mekân ile azalıp çoğalabilir. Herhalde şimdi azalmaktan ziyade çoğalma istidadını göstermektedir. Alâmeti farika üzerindeki hakkı gayri maddi mallardan mâdüt bir mamelek hakkı telâkki eden müellifler bilhassa Dernburg, Zivilrecht, I s. 308; Finger, s. 44, 285. U. W, III s. 59; Hagens, s. 32; Elster, s. 361; Ulmer, s. 9; biraz değişik bir şekilde Baumbach, s. 68; Freund - Magnus - Jüngel, s. 214; Matter, s. 10; H. David, s. 52; Pintzger, s. 19; E. M. - Achard, s. 25; Ostertag; Hachenburg; E. His (Handelsregister G., s. 242; Sandreuter, s. 46 v. m.; H. Urlichs, s. 72 - 73; Callmann; Lobe c. I, s. 163; Smöschewer, s. 242 ilâh...dır. Bunlar ve eserleri hakkında Magnus, s. 214, Sandreuter, s. 37 ve m.; E. M. Achard, s. 23 v. m.; H. Urlichs, s. 72 v. m. daha etraflı malûmat bulmak mümkündür. Diğer taraftan muhterem hocam Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet «Medenî Hukukun Umumî Esasları» adlı kitabında (II, bası, s. 185 v. m.) ve sayın Prof. Dr. F. H. Saymen, Türk Medenî Hukukunun Umumî Prensipleri isimli eserinde (s. 193 v. m.) alâmeti farikayı da gayri maddi mallardan sayarlar. Ancak gayri maddî malları şahsiyet ve mamelek haklarından tereküp etmiş gösterirler. Yalnız bu hususun alâmeti farikada da aranıp aranmadığını ve şahsiyet hakkı veçhesinin veya fikrî mahsul olma şartının gayri maddî malların hepsinde lüzumlu bir kriter olup olmadığını tasrih etmezler.

§ 8

NETİCE

Yukardaki tetkikatımız bize alâmeti farika hukukunun hususi hukukun mutlak sübjektif haklarından bulunduğunu göstermiştir. Evvelki incelemelerimize göre ötedenberi malûm olan mülkiyet hakkının alâmeti

farikayı izaha kâfi gelmediği, şahsiyet hakkının da kabili tatbik olmadığı neticesi çıkmaktadır. O halde Medeni Kanunumuzda mevcut hukuki müesseselerin hiç bir nevi alâmeti farika için bir muhteva teşkil edememektedir. Bu husus yalnız memleketimizde değil diğer memleketlerde de aynı vaziyettedir. Fakat iktisadî ve içtimai icaplar neticesinde maddî mevcudiyeti olmayan ve değişik şekiller arz etmekle beraber müşterek noktaları da bulunan yeni bir takım sübjektif haklar doğmuş ve pek çok memleketlerin hususî kanunları da bunları tanzim etmiştir. İşte mevcut sübjektif hak nevelerinden birine girmeyen mutlak mahiyetteki imtiyaz ve inhisar hakları, maddî bir mevcudiyetleri olmaması sebebiyle gayrı maddî mal sayılmış ve yeni bir sübjektif hak nevi olarak diğer mutlak haklar yanında ayrı bir yer işgal etmiştir. Fakat yenilikleri icabı muhteva ve hudutları ile mahiyetleri hakkındaki münakaşaların henüz sonu alınmış değildir. Bugün gayrı maddî malların bir mamelek hakkı olduğu artık kabul edilmekle beraber, şahsiyet haklarından da unsurları ihtiva ettiği veya fikrî bir mesai mahsulü olduğu iddia edilmek suretile alâmeti farika bunların dışında bırakılmak istenilmiştir. Kohler tarafından ileri sürülen bu mütalâa, gayrı maddî mallarda fikrî bir unsur gören müellifler tarafından da kabul edilmemektedir. Ancak bize göre gayrı maddî mallar şahsiyet haklarından ayrı, devir edilebilir, tevarüs edilebilir, ferağı mümkün, hacız edilebilir mutlak mamelek haklarıdır ki, mevzuları tedavüle ve münhasıran istifadeye salih ve maddî mevcudiyeti olmayan mallardır.

Vakıa bugün hukuk nizamları aynı haklarda, şahsiyet hakkında olduğu gibi, gayrı maddî mal dediğimiz inhisar haklarının umumî kriterlerini tesbit ederek müşterek vasıflarını havi umumî hükümler koymuş değildir. Fakat bu husus doktrinde yapılmıya çalışılmaktadır ve bunun mevzuatlardaki inikâsları da gecikeceğe benzemektedir. Netekim Prof. Hırş'in yayınladığı «Ön Tasar» mühim gayrı maddî malların çoğunu içersine almış bulunmaktadır. Bu husus diğer bir kısım yabancı mevzuatlarda da kendisini göstermiştir.

Bütün gayrı maddî malları içersine alan umumî hükümlerin bulunmaması veya henüz berraklaşmış olmaması böyle bir hakkın ademî mevcudiyetine delil olamaz. Netekim bir çok memleketlerde olduğu gibi bizde de «kıymetli evrak» a ait umumî hükümler yoktur. Fakat hakkın senede bağlı olduğu ve muayyen şekil şartlarını ihtiva eden bir çok kıymetli evrak T. K. numuzun muhtelif kısımlarında, Medeni Kanun ve B. K. nda ve bazı hususî kanunlarda tanzim edilmiştir. Bunların fonksiyonları da çok defa birbirinden farklıdır. İki taraflı senetler, üç taraflı senetler, emtia senetleri, ticari senetler, hisse senetleri ilâh...

buna rağmen müşterek bir kıymetli evrak kategorisi mevcuttur. Gayrı maddî mallardaki müşterek noktalar en az bunlar kadar vardır. Her yeni hak kategorisi son ve kat'î şeklini almadan uzun bir tereddüt devresi geçirir, hukuk, hayatın ihtiyaçlarından daha yavaş hareket eder, muhafazakârdır.

Alâmeti farikayı bir mamelek hakkı, gayrı maddî bir mal telâkki etmenin pratik faydaları da yok değildir. Bu sayededir ki, marka üzerindeki hakkın ticarethaneden müstakil olarak devri de kolayca kabul edilebilecek, gayrı maddî mallardaki mülkîlik esası burada da cereyan edecektir. Federal Mahkeme, markada bir şahsiyet hakkı gördüğü içindir ki, alâmeti farikanın beynelmilleliğini kabul etmek zorunda kalmış ve bir çıkmaza girdiğini farketmiştir. Bu hususu ilerde üçüncü bölümde «Kullanma Şartı» nı tetkik ederken inceleyeceğiz.

İKİNCİ BÖLÜM

ALÂMETİ FARİKANIN KANUNSUZ REKABET HUKUKU İLE MÜNASEBETİ VE UMUMİ HÜKÜMLERİN TATBİKİ

I — Rekabet hukuku esas itibarile tüccarı, tüccarın iktisadî rekabet kabiliyet ve imkânlarını rakiplerine karşı koruduğu gibi halkı da rekabet hareketlerinin kötüye kullanılmasına karşı koruyan bir müessesedir. Bu son himaye konusu bilhassa son devir kanunlarında, meselâ yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanununda daha ziyade tebarüz etmektedir. Alâmeti farika hukuku da esas itibarile müteşebbisi ve talî olarak da halkı himaye mevzuu olarak alır.

Acaba ualâmeti farika hukukunun, rekabet hukuku ile münasebeti nedir ? Bu hususta muhtelif memleketlerin kanun, içtihad ve doktrinleri ayrı görüşlere varmaktadır. Biz de evvelâ başlıca yabancı hukukları gözden geçirdikten sonra, memleketimizdeki doktrini, tatbikatı tetkik edecek ve görüşümüzü ilâve edeceğiz.

II — Alman Hukuku :

Alman Hukukunda markaların tescili ihdasî mahiyettedir. Marka hakkı tescil ile doğar. Tescil edilmeyen bir marka ötedenberi kullanılmış olsa dahi hukukî himayeden faydalanamaz. 1936 yılından evvelki Alman Alâmeti Farika Kanunu §/2 de, yalnız müseccel alâmeti farikalara himaye

bahşetmekle kalmamış, aynı zamanda müseccel olmayan alâmeti farikaların himaye görmeyeceğini de tasrih etmiştir derler. Bu bakımdan Alman Hukukunda, Alâmeti Farika Kanununa göre himaye görmeyen markalar gayrı kanunî rekabet kanununa ve bilhassa bu kanunun § 16/3 e göre de himaye edilemez. (O. Pisko, Ehrenberg, s. 375, c. II/I ve orada zikredilen müellifler). Mademki Alâmeti Farika Nizamnamesi müseccel olmayan alâmetlerden himayesini esirgemiştir, o halde ne gayrı kanunî rekabet hükümleri, ne de haksız fiillere müteallik Medenî Kanunun esasları bir himaye bahşedebilir. Bir kanunun himayeye değer bulmadığı bir hususu diğer kanunların hükümleri ile himaye etmeğe imkân yoktur. Bunun neticesi olarak bir şahıs ötedenberi kullandığı bir alâmeti farikayı tescil ettirmemiş ise, sonradan bunu tescil ettiren tarafından kullanılmaktan men edilebilir².

Kanunun bu dar tatbik şekli, nazariyatın tesiri altında 1925 yılından itibaren bir dereceye kadar terk edilmiş ve alâmeti farika hukuku gayrı kanunî rekabetin bir cüzü olarak telâkki edilmiştir. Bunun neticesinde de gerek Medenî Kanunun 826 ncı maddesine gerek 1909 tarihli Gayrı Kanunî Rekabete Mütellik Kanununun 1 inci maddesindeki ana kaideye, yani «İyi âdetler» (Gute Sitten) e aykırı bir şekilde tescile dayanılamıyacağı esası kabul edilmiştir. Bu şekilde «İyi âdetler», adabı umumîye kıstası, alâmeti farika hukukunda da bir üst mefhum haline gelmiş, buna aykırı bir şekilde kanunun formel hükümlerine dayanılamıyacağı derpiş edilmiştir³. Bu yeni esasa göre, bir şahıs bir alâmeti farikanın başkası tarafından ötedenberi kullanıldığını bilir ve iyi âdetlere, adâba aykırı bir şekilde bunu benimser ve tescil ettirirse, bu takdirde ilk kullanan şahsa karşı tescilden doğan himayeyi görmez. Bu esas bizim Borçlar Kanunumuzun 41 inci maddesinin 2 nci fıkrasındaki hükme tetabuk eden Alman Medenî Kanununun 826 ncı maddesine göre tesbit edilmektedir. Bunun gibi alâmeti farika kendisinden daha kuvvetli bir hakla, meselâ ötedenberi kullanılan bir emtia zarfı ve tezyinatı (Ausstattung) üzerindeki hakla tearuz ederse, tescil karinesi bir himaye bahşetmemektedir. Firma, isim üzerindeki haklar ile tearuz da aynı mahiyettedir³.

Paris ittifadının ecnebler için tanıdığı hukukdan mülhem olan ve beynelmilel mukavelenin yabancılara tanıdığı bu haktan Almanları mahrum etmemek gayesi ile 1913 tarihli kanun projesinde derpiş edilen bir hüküm, nihayet 5/5/1936 tarihli Alman Alâmeti Farika Kanununun 25

1) Alman Temyiz Mahkemesi Kararları, c. 18, s. 93; c. 25, s. 120.

2) Dr. E. Reimer (Isay — Mettetal s. 92).

3) Magnus, s. 563; Dr. E. Reimer (Isay — Mettetal s. 92); Ulmer s. 57, v. m.

inci maddesinde kanunî bir mesnet bulmuştur. Bu hükme göre, aynı veya benzeri emtia için ilgili ticarî çevrelerde başkasının alâmeti olarak tanınan alâmetleri, kendi malları, ambalajları, ilânları, faturaları, katalogları ilâh... üzerinde kullanan şahıs, men', kusur halinde zarar ziyan ve kasıt halinde ise ceza dâvası ile karşı karşıya bırakılmıştır^{3a}.

Demek oluyor ki, Alman hukukunda, Alâmeti Farika Kanunu mevzuu tamamen ihata eder şekilde mütalâa edilmekte ve ne aynı zamanda, ne de alternatif olarak gayrı kanunî rekabete müteallik hükümlerin tatbiki kaide olarak tecviz edilmemektedir. Bunun pratik neticesi olarak da müseccel olmayan alâmeti farikalar haksız rekabet hükümlerine göre himaye görememektedir. Ancak 1936 Alâmeti Farika Kanunu ilgili çevrelerde, uzun zaman kullanılmak suretile tanınmış bulunan gayrı müseccel markalar için bir istisna vaz'ederek, yukardaki kaidenin mahzurlarını mühim bir nisbette bertaraf etmeğe çalışmıştır. Alman tatbikatının bilhassa eski kanun devrindeki tefsir tarzı Alman müellifleri tarafından da çok defa fazla formalist telâkki edilmiştir⁴.

III — İsviçre Hukuku :

İsviçrede gayrı kanunî rekabete müteallik hükümler 1945 yılından evvel Borçlar Kanununun 48 nci maddesi ve bunun yanında haksız fiillere müteallik diğer hükümlerden ibarettir. 1945 yılından sonra ise yeni Haksız Rekabet Kanunu mer'iyet mevkiine girmiş bulunmaktadır. Demek oluyor ki, İsviçrede umumî kanun, umumî hüküm 1945 yılına kadar Borçlar Kanunu ve o tarihten sonra ise yeni Gayrı Kanunî Rekabet Kanunudur. Alâmeti Farika Kanunu ise hususî kanun durumundadır. Umumî kanun ile hususî kanun arasındaki münasebet ise şu kaide ile ifade olunmaktadır: «Hususî kaide umumî kaideye tekaddüm eder. Yeterki bu hususî kaide mevzuu tamamen tanzim etmiş bulunsun»⁵. Federal Mahkeme bu esas mevzua tatbik ederek daha etraflı bir şekilde şöyle ifade etmektedir⁶: «Müstakar içtihadı ve buna uygun olan doktrine göre, sınaî mülkiyete ve telif hakkına müteallik hususî kanunlar, mevzuunu eksiksiz bir şekilde tanzim ettikleri ve umumî hükümlere nisbetle daha üstün bir hukukî himaye bahsettikleri taktirdedir ki, haksız fiilden mütevellit mesuliyete ve bilhassa gayrı kanunî rekabete müteallik hükümlere yer vermezler.

3a) Seligsohn, Banyasz, Markenr. s. 19.

4) Müller — Erzbach, s. 104.

5) Oser mad. 48 No. 2.

6) F. M. K., c. 54, II, s. 63

Hususî Kanunlar ile men edilmeyen, fakat men edilen diğer vak'alara benzeyen fiiller, Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin aradığı şartları muhtevi iseler, bu hükümlere göre takibe tâbi tutulabilirler».

Matter bu esası alarak soruyor : acaba Alâmeti Farika Kanunu mevzuu eksiksiz bir şekilde tanzim etmiş midir ? Eksiksiz bir şekilde tanzimde iki kriter vardır. Hususî Hanun umumî hükümlere nisbet ile daha üstün bir himaye bahşetmiş olmalı ve her iki kanun aynı zamanda tatbik edildiği takdirde zıt neticelere varılmış bulunmalıdır. Hâdisede ise her iki kriterin de mevcut olduğunu ilâve ederek devam ediyor :

1 — *Üstün himaye :*

a) Alâmeti Farika Kanunu, gayrı kanunî rekabet hukukundan fazla olarak ceza müeyyideleri de ihtiva etmektedir⁷.

b) Alâmeti Farika Nizamnamesi dâva haklarını tasrih etmiştir.

c) Himaye bahşedilirken rekabet şartı aranmamıştır. Meselâ alâmeti farikanın esaslı unsurlarından biri tağyir edildiği takdirde, isterse bu tağyir edilmiş alâmet bütünü itibarile diğer alâmet ile iltibasa meydan vermeyecek bir anbalâj ve tezyinat içerisinde kullanılsın tağyir fiili vardır. Halbuki bu takdirde müşterilerin karıştırma ihtimali bulunmadığından iltibas unsuru bulunmamaktadır. Gayrı Kanunî rekabet hukukuna göre bir ihlâl yok, fakat alâmeti farika hukukuna göre bir ihlâl vardır. Diğer taraftan alâmeti farika hukuku bütün memlekete şamildir. Rekabet ihtimali, iltibas ihtimali bulunmayan bir memleket köşesinde vaki taklit veya tağyir fiilleri dahi Alâmeti Farika Kanununu ihlâl ettiği halde, gayrı kanunî rekabet hükümlerini ihlâl etmez. Demek oluyor ki, rekabet hukuku bakımından ehemmiyetli olmayan bir tağyir veya taklit halinde de Alâmeti Farika Kanununa göre dâva hakkı vardır⁸ ve bu itibar ile üstün bir himaye mevzuubahistir.

ç) Müseccel alâmeti farikalarda hakkın mevcudiyetine bir karine vardır. Alâmeti farika kimin namına müseccel ise aksi isbat edilinceye kadar hak sahibi odur. Üstelik bir de ilk kullanma hususu isbat edilirse artık müseccel alâmeti farika hususundaki hak münakaşa mevzuu teşkil edemez. Halbuki gayrı kanunî rekabet hükümlerinin tatbiki bakımından ilk kullanma keyfiyeti kâfi değil, ticarî hayatta, ilgili çevrelerde tanınmış

7) Müellif tarafından 1939 yılında kriter vaz'edildiği zaman henüz yeni gayrı kanunî rekabet kanunu proje halinde idi.

8) F. M. K., c. 52, II, s. 166.

olmak lâzımdır⁹. Bu bakımdan her iki kanunun tatbiki zıt neticelere müncer olmaktadır.

Diğer taraftan iki kanunun ihlâli halinde mercilerin bazı kantonlarda ayrı olması da İsviçrenin hususiyeti icabı bir zıddiyet doğurur denilmektedir.

Bu sebeplerden, ancak Alâmeti Farika Kanununa göre bir dâva hakkının mevcut olduğu, bunun yanında gayrı kanunî rekabet hükümlerine dayanılarak dâva açılmıyacağı ve hattâ gayrı kanunî rekabete müteallik hükümlerin, Alâmeti Farika Kanununu tamamlama ve düzeltme vazifesini üzerine alamıyacağı iddia edilir¹⁰. Bunun neticesi olarak marka ittihazi tecvîz edilmeyen işaretlerin gayrı kanunî rekabet hükümlerine göre himaye mevzuu teşkil edemeyeceği¹¹ ve Alâmeti Farika Kanununda derpiş edilmiş bulunan (M. 28/3) iki senelik zaman aşımı geçtiği takdirde Borçlar Kanununun 48 inci maddesine dayanılarak haksız fiillere müteallik zaman aşımına binaen dâva açılmıyacağı kabul edilir. Her ne kadar Alâmeti Farika Kanununun koyduğu zaman aşımı iki sene ise de, bu müddetin başlangıcı son ihlâl tarihidir. Halbuki haksız fiillerdeki bir yıllık müddetin başlangıcı fiile ve failine ittila tarihidir. Bu bakımdan Alâmeti Farika Kanununun zaman aşımı işlediği halde haksız fiillere müteallik olanı işlememiş olabilir. Demek oluyor ki, İsviçre Hukukunda müseccel alâmeti farikalar için, hususî bir kanun daha üstün bir himaye temin ettiğinden yalnız Alâmeti Farika Nizamnamesi tatbik olunur. Gayrı kanunî rekabet hükümlerine gitmek dâvacının ihtiyarında değildir. Ancak gayrı kanunî rekabet hükümleri ikinci derecede, fer'i olarak tatbik sahası bulur, Alâmeti Farika Nizamnamesi tatbik edilemediği hallerde boşlukları doldurur¹². Müseccel olan hak sahibi değil de, menfaatı haleldar olan üçüncü şahıslar, meselâ, umumî mümessil Alâmeti Farika Kanununa dayanmadığından bu kanun onu himaye etmediğinden umumî hükümlere müracaat eder¹³. Diğer taraftan müseccel olmayan alâmeti farikalarda da Alâmeti Farika Kanunu tatbik sahası bulmadığından gayrı kanunî rekabet hükümleri tatbik yeri bulur. Federal Mahkeme ve doktrinin büyük ekseriyeti müseccel olmayan alâmeti

9) Matter, s. 34, Sandreuter, s. 78; Bolla, s. 72.

10) F. M. K., 27, II, 625.

11) F. M. K., 59, II, 83 v. m.

12) F. M. K., c. 38, II, s. 701 .

13) H. David, s. 50.

farikalar hususunda bu kanaattadır¹⁴. Markalar, marka olarak kullanılmadığı takdirde dahi umumî hükümlere göre himaye görürler¹⁵. Markanın marka dışı bazı alâmetler şeklinde kullanılması halinde mesele münakaşalıdır.

Hülâsa olarak İsviçrede haksız rekabet kanunu ve umumî hükümler dâvacının aynı zamanda dayanacağı hükümlerden değildir. Dâvacı alternatif olarak ister Alâmeti Farika Kanununa, ister Haksız Rekabet Kanununa istinat edemez. Haksız Rekabet hükümleri umumî hüküm mahiyetindedir; hususî kanun mahiyetindeki Alâmeti Farika Kanunundaki boşlukları doldurur, fer'î olarak tatbik sahası bulur^{16a}.

İsviçrede vaziyet son zamanlara kadar bu merkezde olduğu halde 30/9/1943 tarihinde kabul edilen ve 1945 yılında yürürlüğe giren yeni Gayrı Kanunî Rekabet Kanunundan sonra durum değişmiştir. Artık Alâmeti Farika Kanununun mevzuu inhisarî bir şekilde tanzim ettiği ve üstün bir himaye bahşettiği kaidesi carî olmamak gerekir. Bu sebeple Alâmeti Farika Kanunu yanında gayrı kanunî rekabete müteallik hükümlerin himayesine müracaat etmek imkânı doğmuş bulunmaktadır^{15b}. Federal Mahkeme de son bir kararı ile durumu bu şekilde mütalâa etmiştir^{16c}.

IV — Fransız Hukuku :

Fransada hakkın doğumu ve himayeye değer olması müseccel olmasına bağlı değildir. Hak alâmeti farikayı kullanana aittir. Tescil ancak hakka bir karine teşkil eder ve aksi her zaman kabili ispattır. Tescil Fransızların tâbiri ile izharı (Déclaratif) mahiyettedir. Ancak, Fransada da hukukî emniyet icabı, prensip muhafaza edilmekle beraber, bazı tadiller nazarı itibara alınmaktadır. Bu istekler 28/1/1907 tarihli kanun lâyihasında mâkes bulmuştu. Bu kanun lâyihasında ilk kullanma esası muhafaza edilmekle beraber tescil edilen bir marka iyi niyetle kullanıldığı takdirde ilk kullanma esasına binaen terkin edilemiyordu.

14) H. David, s. 50 - 51; Sandreuter, s. 74; Bolla, s. 83; Dunant, s. 216, v. m.; F. M. K., c. 22, s. 587 ilâh.. Matter ise, her iki kanunun hükümleri zat neticelere vardığından müseccel olmayan markaların B. K. 48 e göre himaye görmeyeceğini iddia eder (Alman Hukukunda olduğu gibi).

15) H. David, s. 51; F. M. K., c. 48, II, 142; c. 50, II, 201.

15a) H. David, s. 50.

15b) T. Gühl, 1948 tab'ı s. 616.

15c) F. M. K., c. 73, II, s. 110, 126, 180.

Ötedenberi kullanan şahıs ise evvelki hudutlar dahilinde şahsen kullanma hakkını muhafaza edebiliyordu. Diğer taraftan ilk kullanma hususu ancak vesikalar ile ispat edilebiliyor, yoksa şahit dinlenemiyordu¹⁶. Bu lâyiha yeniden işlenerek 4/Haziran/1931 tarihinde Millet Meclisinden ve 8/Aralık/1932 tarihinde Senatodan geçmiş fakat öğrendiğimize göre bugüne kadar yürürlüğe girmemiştir. Fransız Hukukunda ilk kullanma esası marka hukuku ile haksız rekabet hukukunun bir kombinasyonundan doğmaktadır. Müseccel olmayan markalar Medenî Kanunun haksız fiillere, dolayısıyla haksız rekabete müteallik 1382 nci maddesine göre himaye görmekte ve müseccel markalardan önce kullanıldığı ispat edilmek şartı ile müseccel olanlara tercih edilmektedir. Bu husus 1857 tarihli Fransız Kanununda tasrih edilmediği, hattâ 2 nci maddesinde bizim Nizamnamemizde olduğu gibi aksine delâlet edebilecek ibareler de mevcut olduğu halde doktrin ve mahkeme içtihatları^{16a} müstemirren Kanunu bu şekilde tefsir etmiş ve Alâmeti Farika Hukukunu haksız rekabetin bir kısmı olarak ve haksız rekabet prensipleri altında mütalâa etmiştir. Burada Medenî Kanunun 1382 nci maddesi umumî hüküm rolünü ifa etmektedir.

O halde Fransız Hukukunda tescilin faydaları,

- a) Kullanmanın başlangıcını muayyen bir tarih ile tesbit etmesinde,
- b) Aksi ispat edilinceye kadar ilk kullanmaya karine olmasında,
- c) Cezaî müeyyidelerin tatbikini isteme hakkını doğurmasında.

ç) İltibas ihtimalinin bulunup bulunmadığını araştırma külfetini ortadan kaldırmamasındadır. Bundan anlaşılan husus şudur. Alâmeti farika bütün memlekete şamildir. Mahallî değil millîdir. Halbuki bir alâmeti farika memleketin her mıntakasında tanınmış olmayabilir, binaenaleyh o alâmetin tanınmamış olduğu mıntakalarda iltibas ihtimali, müşterilerin aldanması ihtimali yoktur. Bu unsur olmayınca da gayrı kanunî rekabet

16) Ulmer, s. 43; J. Blng (Banyasz Markenr. s. 44).

16a) 1 — Tescil, buna mukaddem olarak tescilsiz bir şekilde alâmeti kullandığını ispat eden şahsa karşı bir hak teşkil etmez (Lyon Mah. 3. 3. 1909).

2 — F., ilk defa sözü geçen markayı ihdas ederek kullandığına göre tereddütsüz markanın sahibidir (Bordeaux Mahkemesi 13.7.1914).

3 — Markayı tescil ettiren şahıs, tescilden evvel aynı markayı kullandığını iddia eden şahsa karşı, ancak ondan da evvel markayı kullandığını ispat ettiği takdirde tescil katinesine dayanabilir (Provins Mhkemesi 28.7.926). Reynoard s. 36-37.

hükümlerinin tatbikine imkân kalmaz. Zira ihlâl edilmiş bir menfaat ve hak yoktur. Halbuki alâmeti farika bütün memlekete şamil olduğundan aranacak husus alâmetler arasında iltibas ihtimalinin bulunup bulunmadığı hususudur, yoksa ticaret yapılan mıntakalar bakımından fiili bir imkânın bulunup bulunmaması hususu değildir¹⁷.

Tescil müessesesine dayanmayan şahıs haksız rekabete müteallik 1382 nci maddeye istinat edecek ve her türlü deliller ile ilk kullananın kendisi olduğunu isbat edecektir. Ancak bu ispat külfeti zannedildiği kadar kolay değildir. Tatbikatta çok müşküller çıkabilir, bilhassa her iki müessesenin kullanma tarihleri arasında büyük bir zaman farkı yoksa iş çok nazikleşebilir. Etiketler, faturalar, diğer neşir vasıtaları, şahitler ilâh.. bu hususta ispat vasıtası olarak ibraz edilebilirler.

Fransız Kanununda bizde olduğu gibi cezaî müeyyideler ve tedbirler zikredilmiştir, yoksa tazminata müteallik hükümler yoktur. Ancak zarar ziyan talebi hakkının mevcudiyetinden bahsedilmektedir. Bu sebepten alâmeti farika hakkının ihlâlinden doğan zarar ziyan dâvaları, bu alâmet ister müseccel olsun, ister tescilsiz olsun, Medenî Kanununun 1382 nci maddesine tâbidir.

Fransada bu sebepten alâmeti farika ve haksız rekabet dâvalarının aynı zamanda açılması terviç edilmektedir. Bu hususta Fernand-Jacq : «Çok defa bir ihtira berati, bir markanın hamili aynı zamanda rakibini meslekî inhisar hakkına ve gayrı kanunî rekabete binaen takip edebilir. Tüccarlar arasında haksız rekabete bakma hakkı ticaret mahkemelerinin vazifesi dahilinde bulunduğu halde; Hukuk Mahkemeleri de, eğer bu hareket ihtira ve markaların taklidi ile alâkalı ise gayrı kanunî rekabeti tetkik selâhiyetini haizdir. Diğer taraftan dâvacı Hukuk ve Ceza Mahkemelerinden birini seçmekte de serbesttir. Hukuk Mahkemesini seçerse aynı zamanda gayrı kanunî rekabete göre de takipte bulunabilir, Ceza mahkemesini tercih ederse yalnız taklit dâvası açabilir. Zira gayrı kanunî rekabetin cezaî müeyyidesi yoktur»¹⁸. Kaide bu olduğuna göre Fransız Hukukunda Alâmeti Farika Kanununun tatbik imkânı bulunmayan hallerin hepsinde gayrı kanunî rekabet kaideleri tatbik edilecektir. Meselâ müşteriyi aldatmak maksadı ile başkasına ait bir alâmeti farika şifahen kullanıldığı takdirde, 1382 nci maddeye dayanılarak dâva açılabilir¹⁹.

17) Reynoard, s. 38; Isay Mettetal, s. 121 - 122.

18) Banyasz Ü. W., s. 227, v. m.

19) Isay Mettetal, s. 121. Belçika'da aynı esaslar caridir. V. Haeghen, no: 888, 891 ve burada zikredilen müellifler (Braun et Capitain, no: 76, 76 bis; Moreau, no: 126 - 128, 149 - 155).

V — Bizde :

1 — *Doktrin* :

Bu mevzuda ilk sözü söyleyen 1934 yılında «Türk Ticaret Kanununun Esaslarına göre Ticaret Hukuku» adlı eseri veren Ord. Prof. Dr. Hırş'dır. Bu eserlerinde şu neticeye varmaktadırlar : müseccel olmayan alâmeti farikalar hakkında, Alâmeti Farika Nizamnamesinin 11-13 üncü maddeleri ve bunlar ile birlikte Ticaret Kanununun 56, 62 nci maddeleri tatbik sahası bulur. Diğer taraftan umumî hüküm mahiyetindeki Borçlar Kanununun 48 inci maddesi ile şahsiyet haklarının ihlâlüne ait Medenî Kanunun 24 ve 25 inci maddeleri tatbik edilebilir. Netice olarak müseccel olmayan bir alâmeti farikayı ihlâl edenler aleyhine :

- a) Zarar ziyan dâvası,
- b) Men'i istimal dâvası,
- c) Kaydın terkini dâvası,
- ç) T. K. m. 64 e göre ceza dâvası açılabilir.

Bu telâkki en geniş telâkkidir. Bu görüşe göre müseccel olmayan markalar hakkında dahi Alâmeti Farika Nizamnamesinin, ceza hükümleri müstesna, diğer hükümleri tatbik sahası bulacaktır. Dâvacı haksız rekabet hükümlerine göre ceza dâvası açabileceği gibi, zarar ziyan dâvası, men dâvası açabilecek ve icabında Borçlar Kanununun, Medenî Kanunun hükümlerine de müracaat edebilecektir.

Sayın Profesör, aynı zamanda müseccel markalara tanınan haklardan meselâ nizamnamede derpiş olunan tedbir hakkından da faydalanmak imkânını, müseccel olmayan markanın sahibine tanıyor. Yani gerek Alâmeti Farika Nizamnamesi, gerek haksız rekabet hükümleri aynı zamanda tatbik yeri buluyor (s. 203).

Sayın Profesör 1939 yılında çıkardığı «Ticaret Hukuku Dersleri» adlı kitabın 1. cildinde ise, evvelki noktâi nazarlarını terk ediyorlar ve hukukî himayeyi ancak müseccel markalara tanıyorlar. Mucip sebep olarak da nizamnamenin 3. maddesindeki hükmün takyidi mahiyette olduğunu ileri sürüyorlar (No. 157). Alman tatbikatının ise, bunu tecviz ettiğinden, yani müseccel olmayan alâmeti farikaya haksız rekabet hükümlerinin tatbik edilebileceğinden bahsediyorlar. Alman Hukukunun durumunu yukarda gördüğümüzden bu hususta oraya atıfta bulunmakla iktifa ediyoruz.

Sayın Profesör son eserlerinin 2 ve 3 üncü tab'ılarında da aynı kanaati müdafaa ediyor ve bunun şahsi menfaatlara aykırı da olsa daha emin, bu sebepten umumî menfaata daha hadim olduğunu ilâve ediyor (3 üncü bası, No. 187).

Muhterem hocam Ord. Prof. Şevket M. Bilgiş'in ise Alâmeti Farika Nizamnamesinin üçüncü maddesine dayanarak bizde Alâmeti Farika Nizamnamesinin Almanyada olduğu gibi hak doğurucu mahiyette (attributif de droit) olduğunu, yoksa mehazını teşkil eden Fransada olduğu gibi izharî mahiyette (déclaratif) olmadığını söylüyorlar, ancak Ord. Prof. Dr. Hırş'den ayrı olarak, tescil edilmeyen markaların haksız rekabet hükümlerinin tatbikine yol açabileceğini ilâve ediyorlar²⁰.

Haksız rekabet hükümlerinin, tefsiri veya alternatif bir şekilde tatbikinden ise bahis buyurmuyorlar. Demek oluyor ki, her iki hocamızın birleştikleri husus tescilin hak doğurucu mahiyette olduğu hususudur. Ayrıldıkları husus ise, müseccel olmayan alâmetlerin haksız rekabet hükümlerine göre himaye görüp görmeyeceği meselesidir.

2 — Tatbikat :

Yargıtay Fransız doktrin ve tatbikatında olduğu gibi, iki dâva nevini ayırmaktadır :

- a) Alâmeti Farika Nizamnamesine göre taklit ve tagyir dâvası.
- b) Ticaret Kanununun 56 ncı maddesine göre iltibas dâvası.

Yargıtayın, kararları ile vaz'ettiği prensipleri gözden geçirelim :

a) Yargıtaya göre Alâmeti Farika Nizamnamesine dayanılarak dâva açılabilmesi için markanın tescil edilmiş olması lâzımdır. Tescil edilmemiş markalar ise, Alâmeti Farika Nizamnamesinin bahsettiği hükümlerden faydalanma imkânını doğurmamakla beraber, Ticaret Kanununun 56 ncı maddesine göre, gayri kanunî rekabet hükümlerine binaen iltibas dâvasına mevzu teşkil edebilirler. Yargıtay bu hususta «taklit dâvası ile iltibasın kaldırılması dâvası başka başka dâvalar olmasına ve tescil edilmeyen alâmetler dahi iltibas dâvasına mevzu teşkil edebileceğine göre...»²¹ demek suretile yukarıda zikrettiğimiz prensibi koymuş bulunmaktadır.

20) Ş. M. Bilgiş'in, 2. bası, s. 211.

21) YI. T. D. K: 1470 — 13.6.944, Ş. Arıc. No. 295.

b) Yargıtay yukardaki prensibi vaz'ettikten sonra ikinci meseleye geçmiş, müseccel markalar ile müseccel olmayanlar karşılaştığı takdirde, markayı ilk kullanan şahsı haklı olarak görmüştür. Demek oluyor ki, Yargıtayın kabul ettiği esasa göre, bir markayı ilk kullanan şahıs, bu marka müseccel olmasa da, himaye görür. Sonradan tescil edilen bir marka ile iltibas doğurduğu takdirde ise, ilk kullananın kim olduğu araştırılır, hak, ilk tescili yaptıranın değil, ilk kullananındır. Bu prensip de Fransız doktrin ve tatbikatında ötedenberi kabul edilen esastır. Bu esasa göre markayı ilk kullanan şahıs, markası müseccel olmasa, iltibasa mahal veren marka müseccel de olsa, iltibasın men'i ve şrtları varsa zarar ziyan dâvası açabilir²².

c) Yargıtay bu hususta çok mühim bir karara daha varmış ve bir prensip vaz'etmiştir. Bu esasa göre, Alâmeti Farika Nizamnamesi, haksız rekabete müteallik hükümlerin bir cüzüdür ve burada cari olan esasın Alâmeti Farika Nizamnamesinin tatbik ve tefsirinde de nazarı itibara alınması lâzımdır. Kararın tatbik edildiği hâdisedeki isabet derecesini bir tarafa bırakıyoruz. Dosya önümüzde olmadığı için bunu tetkik imkânından mahrumuz. Fakat ilk nazarda her iki müessesenin imalâtı aynı olmamakla beraber, nev'en aynı gibi görünüyor ve iltibasa meydan verebileceği zehabını uyandırıyor. Biz Bu hususa istitraten temas ediyoruz. Meseleye ve prensibe gelelim. Hâdisede dâvacı «Çapa» isim ve resmini alâmet olarak almış ve piriç, yulaf ve sair hububat unları ile bazı baharat ve sofrâ tuzu ve kahve müstahzarlarında kullanmak üzere tescil ettirmiştir. Dâvalı ise aynı markayı almış ve makarna ile şehriye için tescil ettirmiş ve kullanmıştır. Yargıtay Ticaret Dairesi bu vesile ile : «tarafaların ticaretleri aynı mevzua müteallik bulunmamış ve dâva edilenin yaptığı makarnalar üzerine «Çapa Marka» isim ve resmini alâmet olarak koymasının müşterilerinin eksilmesi, çalışma ve inkişafı imkânlarının ve rekabet kabiliyetinin azalması gibi bir tehlikeye maruz bıraktığı ispat edilememiş olmasına rağmen yalnız benzerlik sebebine müsteniden dâva edilenin elindeki alâmeti farika ilmühaberinin iptaline ve ünvanı ticaretindeki Çapa isimni kullanmaktan men edilmesine karar verilmesi yolsuzdur.» demiş ve Ticaret Mahkemesi de bu karara uymuştur²³.

22) Yt. T. D. K: 268 — 3.2.945, Ş. Arıc, No. 286.

Yt. T. D. K: 1314 — 2.7.943, Ş. Arıc, No. 293

Yt. T. D. K: 2296 — 3.10.941, Ş. Arıc, No. 294.

23) Yt., T. D. K: 1681 — 8.7.944.

Kararın mucip sebebinden de anlaşıldığı gibi Alâmeti Farika Nizamnamesinin tefsirinde dahi gayrı kanunî rekabete müteallik esaslar nazarı itibara alınacak ve alâmeti farika ilmühaberinin iptali dâvasının mesmu olması için, markâ kullanılan malların aynı neviden olması ve müesseseler arasında bir intibasın doğabilmesi, dâvacının rekabet imkânlarının haleldar olması lâzımdır.

ç) Yargıtay kararlarında bir prensip olarak vaz'edilmemekle beraber, kabul ettiği dâvalardan ve verdiği kararlardan anlaşıldığına göre Alâmeti Farika Nizamnamesi ve haksız rekabete müteallik hükümlerin alternatif bir şekilde tatbikini tecviz etmektedir. Yani dâvacı ister Alâmeti Farika Nizamnamesine, ister haksız rekabete müteallik hükümlere dayanabilmektedir. Hattâ kanun mahiyetindeki nizamname ile, haksız rekabete müteallik Ticaret Kanunu hükümlerinin aynı hâdisede aynı zamanda tatbikinin de mümkün olacağını derpiş etmektedir. Meselâ 6/11/930 tarihinde tescil edilmiş bulunan «Kolman Öküzbaş» markasının sahibi Ticaret Mahkemesinde açtığı dâvada hem Ticaret Kanununun haksız rekabet hükümlerine, hem de Alâmeti Farika Nizamnamesine dayanmış ve anlaşılan Yargıtay da bu talebi tecviz etmiştir²⁴.

3 — Görüşümüz :

a) Alâmeti Farika Hukuku, ihtisadî rolünü incelerken de gördüğümüz üzere, rekabet hukukunun hususî bir sahasını tanzim etmek üzere vaz'edilmiştir. Bu sebepten alâmeti farika hukuku ile haksız rekabet hukuku birbirinden ayrı değil, birbirine bağlı hukuk müesseseleridir.

Her ne kadar alâmeti farikanın saiki rekabet hükümlerini tanzim etmek ise de, bu hukuk, gayrı kanunî rekabet hukukunun aksine olarak formel hükümlerden ibarettir, diyenler vardır²⁵. Bu telâkkiye göre alâmeti farika hükümlerine muhalefet halinde hukukî ve cezaî müeyyideler doğar, burada saik himayesi (Motivenschutz) yoktur. Halbuki kanunsuz rekabette ise esas itibarile hüsnüniyet kaidelerine, iyi âdetlere (Gute Sitten) muhalefet nazarı itibara alınmıştır. Hiç bir kanun hükmü sebepsiz vaz'edilmiş olamaz. Kanunlar beşer ihtiyaçlarını tatmine matufturlar. Hattâ ihtiyaçlar kanunun ilk vaz'ındaki şeklini değiştirirse, kanunlar da ilk isdarlarındaki saike göre değil, günün sosyal ihtiyaçlarına en uygun şekilde tefsir edilmelidirler. Aksi takdirde kanunlar kendilerinden beklenen sosyal gayeyi tahakkuk ettirmiş olmazlar. Kanun koyucuların

24) Yt., T. D. K: 1482 — 24.5.937, Ş. Arıc. No. 287.

25) Bing (Banyasz, Markenr. s. 32).

batî hareketlerinin mahzurları tatbikatçıların günün ihtiyaçlarını karşılayan tefsirleri ile giderilmelidir. Bu sebepten Alâmeti Farika Nizamnamesi de, haksız rekabetin bir nevi olmak itibarile, haksız rekabeti bertaraf etmek ve müteşebbislerin rekabet imkânlarını arttırmak gayesi ile sevk edildiğinden, bu nizamnamenin tatbikinde haksız rekabet hükümlerine yer vermek icap eder. Hattâ rekabet nizamının hâkim kaideleri değıştikçe, hâkimler, Nizamnameyi, değışen bu kaideleri nazara alarak tatbik etmelidirler²⁶.

Ancak řu hususu da nazardan uzak tutmamak lâzımdır. Haksız rekabete müteallik hükümlerle alâmeti farika hukuku tanzim edilemez. Meğerki alâmeti farikaya müteallik hükümler, ekseriyeti itibarile haksız rekabet kanununun içerisine ve ayrı bir fasıl olarak alınsın. Alâmeti farika hakkı uzun yıllardır, hattâ bir iki asırdır işlenmiş bir sübjektif haktır. Haksız rekabet hukukunun mühim bir kısmı sübjektif inhisar hakları ile tanzim edilmiştir. Bunlar ötedenberi ayrı bir tanzim tarzına tâbi tutulmuşlardır ve haksız rekabet hukuku ile bazı gaye farkları bu ayrı tanzim tarzını da terviç etmektedir. Ulmer²⁷ in de dediğı gibi alâmeti farika hukuku, olmakta olanı tanzim ve alâmeti farikanın bir kıymet olarak meydana çıkmasını temin eder, inkişafı kolaylaştırır. Haksız rekabet ise bir kıymet halinde meydana gelmiş varlıkları himaye eder. Her şeyi umumî hükümler ile halle çalışmak, bir hukukçunun dediğı gibi, bizi umumî hükümlerin suüstimaline götürür.

Alâmeti farika hukuku ve rekabet hukukunun diğeri sübjektif hakları hususî bir tanzim tarzına tâbi tutulmak, fakat gerek bu tanzimin, gerek tatbikinin rekabet hukukunun ışığı altında olmak icap eder.

Alâmeti farika hukukunun inkişafında ve maksada uygun bir şekilde tanziminde haksız rekabet hüküm ve kaidelerinin büyük rolü ve faydası olmuştur. Alman Hukukunda tescilin hak doğurucu mahiyetinin hâkim olduğu devirlerde, haksız rekabet hükümleri sayesinde ki, bu sistemin çok aykırı neticelere varması bir dereceye kadar önlenmiştir. Haksız rekabetin «iyi âdetler» kıstasına aykırı bir şekilde sicil müessesesine dayanılmak terviç edilmemiştir. Gene haksız rekabete müetallik hükümlerin tesiri sayesinde ki, tescil sisteminin lideri olan Alman Hukukunda ve onu takip eden diğeri memleketlerde ilgili ticarî çevrelerde tanınmış markalara, müseccel olmasalar da hi, himaye bahşedilmiştir. Diğeri taraftan tasvirî alâmetler ve bazı hukuk çevrelerinde marka vasfı kabul edilmeyen harfler ve rakkamların, (haksız rekabet hükümlerinin ışığı altında), ticarî

26) Bing (Banyasz, Markenr. s. 33).

27) Sayfa 69.

hayatta kullanma neticesinde bir marka vasfını kazanabilmesine, tescillerine cevaz verilmiştir.

Bizde kanunsuz rekabetin umumî prensibi Borçlar Kanununun 48 inci maddesinde tanzim edilmiştir. Bu hüküm, İsviçrede son zamanlara kadar hâkim telâkkiye göre şahsiyetin iktisadî cephesinin himayesine matuftur, himaye konusu şahsiyet haklarıdır. Başka bir vesile ile bir tetkikimizde izaha çalıştığımız gibi biz bu telâkkiyi kabul etmemekteyiz. Bize göre bu hükmün himaye mevzuu rekabet nizamıdır. Bu nizamın ihlalleri ise hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler şeklinde tecellî eder. Bu sebepten 48 inci madde Medenî Kanunun 2 nci maddesine dayanmakta ve afâki hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketleri müeyyidelemektedir²⁸.

Rekabet hak ve hürriyeti afâki hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde ihlâl edildiği takdirde Borçlar Kanununun 48 nci maddesi tatbik edilir. Alâmeti farika hukukunda da Borçlar Kanununun 48 inci maddesi, dolayısıyla Medenî Kanunun 2 nci maddesi her zaman tatbik yeri bulur. Hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde Alâmeti Farika Nizamnamesinin hükümlerine istinat edilemez. Zira bu takdirde hak tahsis edildiği sosyal gayeye uygun şekilde kullanılmış olmaz²⁹.

Diğer taraftan alâmeti farika hukuku ile ilgili bir başka hüküm vardır. Bu hüküm Ticaret Kanununun 56 ncı maddesidir. 56 ncı madde Borçlar Kanununun 48 inci maddesine nisbetle hususî hüküm mahiyetindedir. Ticaret Kanununun 56 ncı maddesi Alâmeti Farika Nizamnamesine nisbetle bir bakıma daha geniş, bir bakıma daha dar bir hükmü ihtiva etmektedir. Daha geniştir, zira yalnız alâmeti farika iltibaslarında değil, bir tüccarın ticaretinde kullanabileceği her türlü isim ve alâmetlerde kabili tatbiktir. Bu sebepten unvanı ticaretler, müessese işaretleri, ambalâj ve tezyinatlar da alâmeti farikalar gibi buraya girer. Diğer taraftan alâmeti farikanın, unvanı ticaret ve sair isim ve alâmetler ile iltibası halinde de tereddütsüz kabili tatbiktir. Daha dardır, zira Alâmeti Farika Nizamnamesinin tatbiki için, ilerde göreceğimiz üzere, tüccar vasfına

28) Gerrmann da aynı kanaattedir. s. 235, v. m.

29) Dr. Topçuoğlu değerli eserinde M. K. n. 2 yi İsviçreden ayrı bir şekilde tefsir etmektedir. Bizce ikinci maddenin birinci fıkrası muvacehesinde kanunun metnine rağmen bu tefsir tarzına pek imkân yoktur. Diğer taraftan bizim metnin mahzurunu bertaraf etmek üzere teklif edilen ve metinlerinde sarahat bulunmayan memleket kanunlarına atıfta bulunulmak suretile vazedilen zarar nisbetini ölçme prensibi de metnin sarahatine aykırıdır. Bir bakıma metne uyulmak istenirken, diğer taraftan metinden fedakârlık edilmektedir (s. 240 - 244).

İhtiyaç yoktur. Meselâ ziraatçılar da alâmeti farika ittihaz edebilirler. Sonra iltibas ihtimali, yer bakımından ve mevzu bakımından arada bir fark husule getirebilmektedir. Alâmeti Farika Nizamnamesi haddizatında teşebbüs halinde bulunan ihlâlleri cezalandırdığı halde, 56 ncı maddenin tatbiki için iltibas doğuracak surette kullanılmak şarttır. Ancak 56 ncı madde, nizamnamenin tatbik edilmediği veya edilemediği hallerde alâmeti farika hukuku bakımından, ikinci derecede hususî bir hüküm olarak büyük bir rol ifa etmektedir.

b) Alâmeti Farika Nizamnamesi henüz haksız rekabete müteallik hükümler yokken, rekabet sahasının hiç olmazsa bir kısmını, bir nevi inhisar hakkını tanzim etmek üzere vaz'edilmiştir. Bu kısmî olma vasfı itibarile Borçlar Kanununun 48 inci ve Ticaret Kanununun 56 ncı maddesine nisbet ile muhakkak ki hususî hüküm ve hususî kanun mahiyetindedir. İradeyi seniyyeye iktiran etmiş olmak itibarile, nizamname ismini taşımakla beraber, kanun hükmünde olan Alâmeti Farika Nizamnamesi umumî hükümlerin tatbikini bertaraf eder mi ?

Federal Mahkemenin kararında formülünü bulan hukuk prensibine göre hususî kanun, mevzuunda münhasıran tatbik edilebilmek için, konusunu eksiksiz kavramış olması, umumî kanuna nisbetle daha üstün bir himaye bahşetmiş bulunması lâzımdır. Hususî kanunda hakikaten bir boşluk var ise, bu boşluklar umumî hükümler ile doldurulur. Hususî kanun muayyen bir husustan himayesini esirgemiş ise, bu takdirde umumî hükümler tatbik olunamaz. Zira hususî kanunun himayeye lâyık görmediği bir husus umumî hükümler ile himaye edilemez. Bu takdirde kanunda bir boşluk yoktur ki, umumî hükümler tatbik yeri bulsun.

Bu esasî hâdisemize tatbik ettiğimiz zaman görürüz ki, nizamname ne mevzuunu eksiksiz nizamlamış, ne de her zaman üstün bir himaye bahşetmiştir.

aa) Nizamname mevzuunu eksiksiz nizamlamamıştır. Zira nizamnamede ancak ceza hükümleri, ceza müeyyideleri derpiş edilmiş, zarar ziyan dâvasından bahsedilmekle beraber bunun hangi hallerde açılacağı gösterilmemiştir. Sonra istimalin men'i, kaydın iptali, zararlı neticenin izalesi için umumî kaideler konulmuş değildir. Bu bakımdan nizamname, meselâ İsviçre Kanununda, Alman Kanununda olduğu gibi mevzuunu eksiksiz denilebilecek bir şekilde nizamlamış değildir.

bb) Üstün himaye hususuna gelince, vakıa bir çok hallerde bir dereceye kadar üstün himayeden bahsedilebilir. Meselâ taklit veya tağyir edilmiş alâmetler mevzu malların müsaderesi ve bunlar üzerinde alına-

bilecek tedbirler tasrih edilmiştir. Fakat tedbir umumî usul kanunları ile, müsadere ise zararlı neticenin izalesi hususundaki dâva hakkı ile gene umumî hükümlere göre temin edilebilir. Buradaki hususiyet bu mevzuda bir sarahatin bulunmasındadır ki, açık bir üstünlük sayılamaz.

Ceza müeyyidelerine gelince, vakıa nizamnamenin 14, 15 inci maddelerindeki ceza müeyyideleri, Ticaret Kanununun 64 üncü maddesine nisbetle daha ağırdır. Bilhassa hapis cezalarının aşağı ve yukarı hadlerinde bu husus kendisini göstermektedir. Fakat unutulmamak gerekir ki, para veya hapis cezası bahismevzuu olduğu, bunlardan birinin verilmesi hâkimin takdirine bırakıldığı zaman, umumiyet itibarile hapis cezaları nazari olmaktan kurtulamamakta ve pek istisnai hallere inhisar etmektedir. Halbuki Ticaret Kanununun 64 üncü maddesine göre ceza verildiği takdirde böyle bir ihtiyarilik yoktur. Hâkim para ve hapis cezasını takdir ile mükelleftir. Bu nevi suçlarda ise, ihlâl fiillerinde bulunanları bilhassa korkutan hapis cezalarıdır. Bu bakımdan ceza müeyyidesi dolayısıyla bir üstün himayeden bahsedilemez.

Vakıa taklide müteallik bazı hallerde ceza müeyyidesinin tatbiki için kusur karine olarak alınmıştır. Halbuki Ticaret Kanununun 64 üncü maddesinin tatbiki için kötü niyetin ispatı lâzımdır. Bu bakımdan yalnız taklit edenler veya taklit edilen alâmeti kullananlar bakımından bir üstün himayeden bahsedilebilir. Yalnız bu da taklit fiillerinin iki haline münhasırdır.

Üstün himaye daha ziyade tescilin, hukuk ve ceza dâvalarında hakka karine teşkil etmesinde, bütün memlekete şamil bir himaye bahşetmesinde ve Alâmeti Farika Nizamnamesinin tatbiki için bilfiil bir iltibasa mahal verecek surette kullanmanın şart olmamasındadır. Nizamname henüz teşebbüs halinde bulunan taklit ve tağyir fiillerini de, müstakil suç sayarak cezalandırmıştır. Halbuki kabahatlerde teşebbüs fiili ceza görmez.

Demek oluyor ki, Alâmeti Farika Nizamnamesi mevzuunu eksiksiz olarak ve tahdidi bir şekilde nizamlamış değildir, sonra üstün bir himaye bahşetmekle beraber bu da istisnasızdır sayılamaz.

c) Hususî kanunun durumunu bu şekilde gözden geçirdikten sonra Alâmeti Farika Nizamnamesi ile haksız rekabetin ve haksız fiillere müteallik hükümlerin münasebetine geçelim.

Mademki nizamname hukukî müeyyideleri tanzim etmiş değildir, o halde hukuk dâvası, zararlı neticenin izalesi dâvası, tesbit dâvası açabilmek için umumî hükümlere müracaat gerekecektir. Talepler hakikî bir umumî hüküm mahiyetinde olan B.K. m. 48 e göre yapılacak ve bir haksız fiil olmak itibarile B.K. m., 41 ve takip eden maddeler tatbik yeri

bulacaktır. Alâmeti farika hakkının ihlâli sebeble şahsiyet hakkı da ihlâl edilmiş bulunuyorsa B.K. 49 uncu maddesine göre manevî tazminat talebi de mümkün olacaktır. Demek oluyor ki, hukuk dâvaları için herhalde Alâmeti Farika Nizamnamesinden başka hükümler tatbik edilecektir.

O halde Alâmeti Farika Nizamnamesi ile umumî hükümler ve bilhassa Borçlar Kanunu aynı zamanda tatbik edilir. Alâmeti Farika Nizamnamesine göre tescil hakka karinedir, himaye bütün Türkiyeye şamildir, Borçlar Kanununa göre de sübjektif bir hak kusurlu bir şekilde ihlâl edilmiştir, maddî veya manevî tazminat hakkı doğmuştur.

ç) Acaba bir alâmeti farika hakkı sahibi, alâmeti farika hakkı ihlâl edildiği takdirde nizamnamenin 14 ve 15 inci maddelerine değil de Ticaret Kanununun 56 ncı maddesine dayanarak 64 üncü maddenin tatbikini isteyebilir mi ? Gene 56 ncı maddeye dayanarak men dâvası veya zarar ziyan talebinde bulunabilir mi ? Başka bir ifade ile alternatif olarak Nizamname veya Ticaret Kanununa istinat etmek hakkını haiz midir ?

Alâmeti farika hakkı sahibi bazı hallerde 56 ncı maddenin tatbikini menfaatine daha uygun bulabilir. Bir markanın başka bir marka ile değil de başka bir unvanı ticaret, ambalaj tezyinatı ile, bir müessese işareti ile iltibası halinde 56 ncı madde münakaşasız tatbik yeri bulmaktadır. Bunun gibi hapis cezasının takdirinin hâkime bırakılmamış olması da 56 ncı maddenin seçilmesinde bir tercih sebebi olabilir. Bizce dâvacıyı bu hususta men edecek bir sebep yoktur. Dâvacı alternatif olarak ister Alâmeti Farika Nizamnamesine, ister Ticaret Kanununun 56 ncı maddesine göre dâva açar. Ancak 56 ncı maddeye dayandığı takdirde iltibasın mevcudiyetini ispat etmekle mükelleftir. Meselâ müseccel olarak İstanbulda kullandığı bir marka Karsda taklît edilmiş ise ve Karsda kendi markası hiç tanınmamış ise ve bu bakımdan Karsdaki müşterilerin iki markayı karıştırmaması ihtimali yoksa, dâva Ticaret Kanununa göre reddedilecektir. Artık Alâmeti Farika Nizamnamesi markayı bütün Türkiyeye şamil olarak himaye etmektedir iddiasında bulunamaz. Zira dâvasını Alâmeti Farika Nizamnamesine göre değil, Ticaret Kanununun 56 ncı maddesine göre açmıştır, bu hükmün şartlarını ispat etmekle mükelleftir.

Nsıl bir fiil aynı zamanda akdın ihlâli ve haksız fiil teşkil edebiliyor, dâvacıya iki ayrı dâva hakkı bahşediyor ve davacı da bunlardan biri veya diğerine dayanmakta muhtar kalıyor ise, burada da ister Alâmeti Farika Nizamnamesine, ister 56 ncı maddeye istinaden dâva açmakta serbesttir.

d) Müseccel olmayan markaların durumuna gelmeden evvel bizde Alâmeti Farika Nizamnamesinin hak doğurucu mahiyette mi, yoksa izharî mahiyette mi olduğu hususunu tetkik edelim.

Tatbikatın kabul ettiği gibi biz de alâmeti farika sicilini hak doğurucu, ihdasî mahiyette değil izharî mahiyette telâkki ediyoruz. Hak doğurucu mahiyette olsa idi, alâmeti farika üzerindeki hak ancak tescil ile doğardı ve müseccel olmayan alâmetler, sonradan tescil edilen alâmetler muvacehesinde himaye görmezdi. Müseccel olmayan alâmetler üzerinde bir sübjektif hak doğmadığından ne nizamnameye göre ne de Ticaret Kanununa veya haksız fiillere müteallik kaidelere binaen himaye edilmezdi.

Biz Nizamnamenin 3 üncü maddesindeki, müseccel olmayan marka sahipleri inhisar haklarına binaen dâva açamaz hükmünü. Nizamnameye göre dâva açamaz şeklinde tefsir ediyoruz. Netekim Fransız Kanununda da bu hüküm aynen mevcut olduğu halde, gerek doktrin, gerek tatbikat maddeye ötedenberi yukardaki mânayı vermektedir.

Bu gün tescil prensibinin mi, ilk kullanma şartının mı müreccah olduğu, tescilin hak doğurucu, ihdasî mahiyette olmasının mı, yoksa izharî mahiyette olmasının mı daha iyi olduğu münakaşa edilmektedir. Her iki sistemin de bir dereceye kadar ifrata gittiğinin bugün farkına varılmış ve her ki sistemde de bazı değişiklikler yapılmaya başlanmıştır.

Tescil sisteminin alemdarı olan Alman Hukuku 1936 yılında kabul ettiği yeni kanun ile ötedenberi derpiş edilen tadilâtı yapmıştır. Bu maddeye göre bir marka, bir emtia ve anbalaj tezyinatı, müseccel olmasa da, ilgili ticarî çevrelerde bir müessesenin ve malların tefrik edici alâmeti olarak tanınmış ise, müseccel markalar gibi hukuk ve ceza müeyyidelerinin himayesinden istifade eder. Bu suretle ihdasî sistemde büyük bir değişiklik vücade gelmiş demektir.

Diğer taraftan ilk kullanma esasına, tescilin izhariliği prensibine dayanan sistemlerde yeni bir gelişme görülmüş, bu sistemde de şikâyet mevzuu olan başıboşluktan kurtulmaya doğru bir temayül uyanmıştır. Derpiş edilen tâdillere göre, üç yıl, beş yıl veya yedi yıl gibi bir müddet müseccel olarak kullanılan markalar, başkalarının daha evvel kullanılan markaları veya hakları ile tearuz da etseler, himaye görmektedir. Bu suretle bir nevi iktisabî müruruzaman tanınmaktadır. Diğer taraftan ilk kullanmanın ispatı hususunda da daha sıkı şartlar aranma yolu tutulmuştur. Bu temayüller, sistemin öncüsü bulunan Fransada kanun lâyhaları şeklinde de görülmektedir. Belçika Hukukunda ise, ilk kullanma şartı muhafaza edilmekle beraber, dâvayı açma hakkı tescil şartına bağlanmıştır. Hak ilk kullanma ile doğmakta, mahkemeye müracaat hakkı ise ancak tescil ile meydana gelmektedir.

Milletlerarası mukavele de, her iki sistemin ortalamasını terviç etmiştir. Paris İttihadı Mukavelenamesine göre, alenen tanınmış markalar, müseccel olmasa da ittihadada dahil memleketlerde himaye görmektedir. Yabancı memleketlerde uzun tecrübeler neticesinde elde edilen neticeleri de içersine almak üzere ve sistemi değiştirmemek şartı ile artık eskimiş bulunan nizamnamenin yeniden ve Alâmeti farikaya ait hukukî ve cezaî hükümleri aynı zaman içersine alır bir şekilde tanzimi gerekmektedir³⁰.

e) Alâmeti farika sicilinin mahiyetini tetkik ettikten sonra müseccel olmayan alâmetlerin durumuna geçelim. Müseccel olmayan alâmetler, yukarda da arzettiğimiz gibi, Alâmeti Farika Nizamnamesine göre himaye görmezler. Buna mukabil müseccel olmayan bir alâmeti farika üzerinde bir hak doğabilir. Bu hak kullanma ve kendisini tanıtmaya suretile meydana gelir. Böyle bir hakka sahip olan şahıs alâmetini tescil ettirmediği takdirde, Ticaret Kanununun 56 ncı maddesine göre dâva hakkını haizdir. Yeterki bu maddenin şartlarının tahakkuk ettiği ispat edilsin. Dâvacı bu takdirde alâmeti farika üzerinde bir hakkı olduğunu, bu hakkın müşterilerin aldanmasını tevlit edebilecek şekilde dâvalı tarafından ihlâl edildiğini ispat etmelidir. Tabii zarar ziyan dâvası için dâvalının kusurlu olduğunu ve 64 üncü maddeye göre ceza dâvası için de kötü niyetli bulunduğunu ispat edecektir.

Fransa doktrin ve tatbikatı hakkın doğumunu ilk kullanma şartına bağladığından, iltibas dâvasının mevcudiyeti için de bu şartın bulunmasını kâfi görürler. Yargıtay, rastladığımız kararlarından anlaşıldığına göre, bu mesele ile hususî bir şekilde meşgul olmuş değildir. Fakat kararlardaki ibarelerden ilk kullanma şartının kifayetini kabul eder görünmektedir. Biz bu hususta biraz daha sıkı davranılmak icap ettiği kanaatindeyiz. Ticaret Kanununun 56 ncı maddesi «iltibasa meydan verebilecek surette» isim ve alâmet kullanılmasını men etmektedir. İltibasdan bahsedilebilmek için ilk defa kullanılan markanın piyasada bir dereceye kadar tanınmış olması, müşterilerin bu marka ile ünsüyeti bulunması lâzımdır, bir defa kullanılmış ve piyasada hiç bir iz bırakmamış bir marka karşısında bulunulduğu takdirde, müşteriler gerek bu markayı gerek bunu taklit eden markayı hiç tanımamaktadırlar, her ikisini tamamen yabancı birer alâmet telâkki etmektedirler. Bu şartlar altında iltibas bahismevzuu olmaz. Ancak denilebilir ki, bazı hallerde bir

30) Bu mevzu için, «La protection des marques non enregistrées» (Etude générale) Propr. Industr. 1943, no: 8.

şahıs çok cazip bir alâmeti farika bulur ve bunu kullanmaya başlar başlamaz, bir rakibi hemen aynı markayı istimal eder. Bu takdirde ne için marka sahibini himaye etmiyelim ? Müdebbir bir tüccar markasını herhalde tescil ettirir, tescil ettirmemenin bu kadarcık bir neticesine de katlanmalıdır. Kaldı ki, bu takdirde dâvacı Borçlar Kanununun 48 inci maddesine dayanarak ve hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde rekabet hakkı ihlâl edildiğinden dâva açabilir. Bu takdirde ceza müeyyidelerine yer yoktur. Tekrar edelim ki, kanaatimizce iltibasa meydan vermekten bahsedebilmek için bir alâmet herhalde ilgili ticarî çevrelerde bir dereceye kadar tanınmış olmalıdır. Hiç olmazsa bir defalık kullanma, eğer bu kullanma ilgili ticarî çevrelerde tanınma sebebi teşkil etmiyorsa, 56 ncı maddenin tatbikini gerektirmemelidir.

Müseccel olmayan marka sahibi, bir tüccar ise ve hakkı ihlâl eden şahıs da bir tüccarsa, bu takdirde Ticaret Kanununun 56 ncı 62 ve 64 üncü maddelerine dayanabilir. Zira 56 ncı madde tüccarlar arasındaki rekabet hareketlerine kabili tatbiktir. Faraza tüccar olmayan ziraatçılar, madenciler hakkında bu madde tatbik edilmez. Dâvacı veya dâvalı tüccar değilse, fakat alâmeti farika gasbı, iktisadî alanda faal bulunan diğer şahıslar, meselâ ziraatçılar, madenciler tarafından yapılmış ise, bu takdirde doğrudan doğruya Borçlar Kanununun 48 inci maddesi tatbik olunur ve sadece hukukî müeyyideler doğar.

Diğer taraftan Ticaret Kanununun 56 ncı, Borçlar Kanununun 48 inci maddeleri, iltibas unsuruna ve müşterilerin aldanması ihtimaline dayanmaktadır. Bu sebepten meselâ İstanbulda kullanılan bir alâmeti farika, Malatyada tanınmamış ise, oradaki müşterilerin her iki markayı karıştırmaları mümkün olamayacağından, Malatyada bir gayrı kanunî rekabet dâvası bahis mevzuu olamaz. Halbuki müseccel markalar Nizamnameye dayandığından, bütün Türkiye'ye şamil bir himaye bahşeder.

VI — Markanın diğer işaretler ile çarpışması :

Bir tüccar ticaretinde markadan başka isim, unvanı ticaret, müessese işareti, mahfaza tezyinatı gibi diğer bir kısım isim ve alâmetler de kullanılabilir. Bunlar ilk defa ihdas etme ve kullanma ile doğan haklardır ve T. K. nun haksız rekabet hükümlerine göre himaye görürler. Vakıa unvanı ticaret aynı zamanda T. K. nun unvanı ticarete müteallik hükümleri ile de himaye edilirse de bu himaye yer itibarile mahallî olduğundan, bunun yanında 56 ncı maddeye göre haksız rekabet hükümlerinin himayesinden de faydalanmak kanaatimizce mümkündür. Alâmeti farika üzerindeki hak rakiplerin diğer haklarını ihlâl edemez. Kendisine mukad-

dem bir unvanı ticaret, bir müessese işareti veya anbalaj tezyinatı bahis mevzuu olduğu ve iltibas ihtimali doğduğu takdirde, markasını değiştirmesi lâzımdır. Ancak burada gayrı kanunî rekabet hükümleri tatbik edildiğinden, himaye, diğer isim ve alâmetlerin ilgili çevrelerde tanındığı ve müşterilerin aldanması ihtimalinin bulunduğu yerlerde mevzuu bahistir.

VII — Bu bahiste tetkik edilmesi gereken hususlardan biri de bir markanın, marka olarak taklit veya tagyiri değil de bir rakip tarafından unvanı ticaret, müessese işareti şeklinde kullanılması halidir. Meselâ, A markası bir rakip tarafından marka olarak alınmaz, fakat unvanı ticaret olarak veya bir müessese işareti olarak kullanılır. Acaba bu takdirde haksız rekabet hükümleri mi tatbik edilecek, yoksa alâmeti farika nizamnamesine göre taklit ve tagyir suçundan mı bahsedilecektir.

Müseccel marka sahibi haksız rekabete müteallik hükümlere dayandığı takdirde mesele yoktur. Acaba Alâmeti Farika Nizamnamesine göre de dâva hakkı var mıdır ?

Fransız Mahkemeleri, uzun tereddütlerden sonra bir markanın müessese işareti veya unvanı ticaret olarak kullanılması halinde taklit suçunu görmüştür. Cherbourg Mahkemesi 10.2.931 tarihli bir kararında: «Markanın başka herhangi bir şekilde kullanılması halinde bilhassa müessese işareti ve unvanı ticaret olarak istimali halinde taklit ve tagyir vardır.» demektedir³¹.

İsviçrede mesele münakaşalıdır. H. David³² e göre, marka hakkı herhangi bir şekilde ihlâl edilse, meselâ unvanı ticaret olarak kullanılsa da marka hukukuna göre himaye görür. Matter³³ ise, bu takdirde de bir himaye tanınacağını, fakat bu himayenin marka hukukuna göre değil haksız rekabet hukukuna göre olduğunu söylemektedir.

Tatbikatımızda bu hususta yeni kararlara rastlamadık. Ancak 1329 tarihli iki Temyiz Mahkemesi kararı bu halde taklit suçundan bahsedilemeyeceğini kabul etmiştir. Bu zararları zikredelim :

«Başkasına ait alâmeti farikayı bir mağazaya tabelâ halinde asmak, kâğıt üzerine basmak taklit telâkki edilemez».

(Temyiz Mhkemesi 4/ Temmuz/1329 Temyiz Mukarreratı No. 98 s. 195).

31) Reynoard, s. 63 - 64.

32) H. David, s. 277.

33) S. 56.

«Başka bir ticarethaneye ait bir alâmeti farikayı kendi mağazasına asmak veya kâğıtlarına basmak taklit değildir».

(Temyiz Mahkemesi 19/Şubat/1329 — Temyiz Mukarreratı No. 344, s. 626) (Rizzo s. 34).

Vakıa başkasına ait bir alâmeti farikanın bu şekilde kullanılmasının istimal suçunu meydana getirdiği düşünülebilirse de, mer'i Alâmeti Farika Nizamnamesinin hükümleri umumiyet itibarile bir markanın, rakiplerin eşyası üzerine vaz'ını menetmeyi derpiş etmiştir. Müsadere hükmü, taklit veya tağyir edilmiş alâmet mevzu malların satılması veya satılığa çıkarılmasına ait hükümler ilâh., bu meyandadır. Sonra bugünkü hukukî durum eskisi gibi değildir. Eski Ticaret Kanunumuzda haksız rekabete müteallik hükümler yoktu. Fakat bugünkü haksız rekabete müteallik hükümler ile alâmeti farika hukuku dışında da hukuk ve ceza müeyyideleri konulmuş bulunmaktadır. Sonra iltibas ihtimali bulunmadığı takdirde Muş'daki bir şahsın bir alâmeti farikayı unvanı, ticaret olarak almasına ne diye mani olalım. Bihassa alâmeti farika bir isimden ibaret ise ve Muş'taki tüccar da aynı ismi taşıyor ve iltibas ihtimali de bulunmuyorsa.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALÂMETİ FARİKA HAKKI, DOĞUMU VE DEVAM ŞARTLARI

§ 1

GİRİŞ

I — Alâmeti farika hakkının ihlallerinden bahsedebilmek için marka üzerinde bir hakkın sübutu lâzımdır. Bu bakımdan marka üzerindeki hakkın ne zaman doğduğunun, hangi hallerde devam ettiğinin ve mevcudiyet şartlarının neler olduğunun bilinmesi gerekir. Alâmeti farika hakkının hangi hallerde mevcut olduğunu bilmeden bunun ihlâl edilip edilmediğini tetkik etmeğe imkân yoktur. Bu bakımdan girişini yapmağa çalıştığımız bölümde alâmeti farika hakkının doğumundan, devamından ve buna müteferri olan meselelerden bahsedeceğiz. Ancak hakkın doğumunun şartlarını araştırmadan evvel, alâmeti farikanın ihtiyariliği ve tescil müessesesi hakkında umumî bazı bilgiler vermeğe çalışalım.

II — Alâmeti farika ittihazının ihtiyarılığı :

Alâmeti Farika Nizamnamesi 2 nci maddesinde, fabrika mamulâtına ve eşyayı ticariyeye mahsus alâmeti farika ittihazı ve kullanılması mecburi değildir, demektir. Demek oluyor ki, kaide olarak ne bir alâmeti farika almak, ne de alınan alâmeti farikayı kullanmak mecburiyeti vardır. 1857 Fransız Kanununda da, bugün umumiyetle cari olan bu prensip açık bir şekilde ifadesini bulmuştur. Her nekad 1857 Fransız Kanununa takaddüm eden devrede, âmme menfaati icabı alâmeti farikanın mecburiliği kaidesinin konulması ve müteşebbisini gösterir bir ibarenin ilâvesi şiddetle müdafaa edilmiş ise de, pratik faydası olmayacağı ve hattâ zararlı olabileceği mülâhazası ile reddedilmişti¹. Kaide bu olmakla beraber bizde de Fransada olduğu gibi, âmme menfaati icabı, alâmeti farika ittihazı mecburiyeti vaz'edilebilir.

III — Alâmeti farika ittihazı ve kullanılması mecburi olan haller :

Nizamnamenin 2. maddesi «fakat hinihacette bunlardan bazıları için alâmeti farika ittihazı tarafı devletten sadır olan emir üzerine mecburi olur» demek suretile alâmeti farika ittihazı ve kullanılması mecburiyetinin istisnaen vaz'edilebileceğini derpiş etmiştir. Bu hususta 15 Teşrinisani 1341 tarihinde bir kararname çıkmış ve üzüm, incir, tütün, halı, sabun, ipek böceği tohumu ve gül yağlarının mahfazalarında alâmeti farika kullanmayı mecburi addetmişti. Fakat tatbikattaki bazı müşkülâtlara binaen yürürlüğe bir türlü vaz'edilemeyen bu kararname, nihayet 6635 sayılı diğer bir kararname ile ilga edilmişti. 1705 sayılı «Ticarette tağşişin men'i ve ihracatın mürakabesi ve korunması hakkında kanun» ile «dahili ve harici ticaret menfaatlarını korumak ve ticaret malları üzerinde tağşiş ve hilelere mâni olmak üzere menşei nebatî, hayvanî, madenî bilûmum mevad ile bunların nim mamûl ve mamûllerini veyahut bunların terkibinden husule gelen mevadın.. ve bu gibi mevad için hususî veya millî muayyen alâmet.. istimali mecburiyetine müteallik tedbirleri almağa hükûmet mezundur.» esası konulmuştur. Bu mezuniyete binaen çıkan kararnamelerin bir kısmında İcra Vekilleri Hey'eti selâhiyetini kullanmış ve marka mecburiyetini vaz'etmiştir. Bu kararnamelerin çoğunda «firma veya marka» vaz'ı mecburiyeti vardır. Fakat 24/8/938 tarih ve 2-9476 sayılı «Türk Kontrplâk Normları Hakkında Nizamname» nin 9 uncu maddesinde; 18/3/938 tarih ve 8304 sayılı yumurta ihracatının mürakabesine dair nizamnamenin 18 inci maddesinde; 3/9/937 tarih ve 7332 sayılı

1) Bry, No. 110.

palamut ihracatının murakabesine dair nizamnamenin 16 ve 21 nci maddesinde «marka» vaz'ı mecburiyetinden bahsedilmektedir. 3/2/940 tarih ve 2-12690 sayılı «Yerli Sınai Mamûlâtın İşaretlenmesi Hakkında Nizamname» ise «Türk Malı» ibare ve remzini ihtiva eden milli markalardan bahsetmektedir ki, bizim anladığımız mânada bir alâmeti farika değildir.

IV — İkinci bölümde izah ettiğimiz üzere, marka sicili bizde de Fransa, İsviçre ve diğer bir çok memleketlerde olduğu gibi izharî mahiyettedir. Hak doğurmaz, ancak hakka bir kârine teşkil eder. Markanın sahibi onu ilk kullanan şahıstır. Yani kaide şöyledir: Hak ilk kullanma ile doğar, A. aynı markayı B. nin tescil ettirmesinden evvel kullanmakta ise, A. hak sahibidir, B. tescil ettirmiş fakat henüz kullanmamış ise, A, B. nin tescilinden sonra, fakat kullanmasından evvel aynı markayı istimal etmiş ise hak B. dedir. Zira bu takdirde tescil kullanmadan evvel dahi hakkı doğurmuş olur.

Bu neticeden tescilin hak doğurduğu esasını çıkarmak doğru değildir. Zira tescil anında kullanma niyetinin bulunmadığı ispat edilir, veya tescilden sonra mazeret sebebi olmadan uzun müddet marka kullanılmaz ise tescilden doğan hakka dayanılmaz. Bu hususu ilerde mütalâa ve münakaşa edeceğiz.

1 — Bizim sistemimize göre :

a) Her iki marka müseccel ise, markayı ilk defa tescil ettiren değil, ilk defa kullanan himaye görür.

b) Markayı biri tescil ettirmiş, diğeri tescil ettirmeden kullanıyorsa, ilk defa markayı kullanan marka üzerinde hak sahibidir. Tescil ettirmeyen şahıs, diğerrinin tescilinden evvel markayı kullandığını ispat ederse hak iddiasında bulunabilir. Tescil muamelesi, diğerrinin kullanmasına takaddüm ediyorsa, tescil ettirmiş bulunan şahıs kullanmayı ispat etmeden hak sahibidir. Tescil ettirmeyen şahıs, diğerrinin tescilinden evvel kullandığını ispat ettiği takdirde, tescil ettiren şahıs, berikinden de evvel müseccel olmayarak markayı kullandığını ispat etmekle haklı çıkar.

c) Müseccel olmayan marka ikinci bölümde gördüğümüz üzere T. K. nun 56 ncı ve 62, 64, 65 inci maddelerine ve B. K. nun 48 inci maddesine göre himaye görür.

2 — *Tescilin netice ve faydaları :*

a) Tescil hakka karinedir. İzharî sistemi kabul eden memleketlerin hemen hepsinde bu prensip kabul edilmiştir. Fransız ve İsviçre müellifleri

ve mahkeme içtihatları da bu hususta müttefiktir. Markası müseccel olan şahıs, ne hukuk mahkemesinde, ne de ceza mahkemesinde hakkını ispat etmekle mükelleftir. Tescilin batıl olduğunu, hakkın kendisinde olduğunu ispat dâvacıya düşmektedir. Bilhassa memleket dışı markalarda bunun ehemmiyeti büyüktür. Bizim de iltihak etmiş bulunduğumuz Madrit anlaşmasına göre Bern'deki milletlerarası tescil bürosuna markasını tescil ettiren şahıs, ittihadı dahil her memlekette hak sahibi olarak tanınır. Ancak Bern bürosuna tescil edilebilmek için evvelâ millî tescili yaptırmak gerekir.

b) Markanın tescili Alâmeti Farika Nizamnamesine göre dâva açma, tedbir alma, müsadere hakkından faydalanma neticesini doğurur. Bilhassa ceza dâvaları bakımından büyük oir kolaylık vardır.

c) Alâmeti farika hakkına millî hudutlar içinde ve dışında himaye imkânı bağışlar. İkinci bölümde gördüğümüz gibi müseccel olmayan markalara çok defa ancak mahallî bir himaye bahşedilmektedir.

Millî ve milletlerarası tescilin ne şekilde yapılacağını burada tekrar edeceğimiz değiliz. Bu formaliteler 9/7/928 günlü «10/Mart/926 tarihli ihtira beratı kanunu ile 28/Nisan/1304 tarihli Alâmeti Farika Nizamnamesinin sureti tatbiki hakkında talimatname» de ve 12229 sayı ve 31/12/932 günlü «Markaların Beynelmilel Tescili Nizamnamesi» nde gösterilmiştir.

§ 2

KİMLER ALÂMETİ FARİKA ALABİLİRLER

I — Hakiki veya hükmî şahıs olsun herkes alâmeti farika ittihazına ehildir. Hakiki şahısların bir alâmeti farika ittihaz edebilmeleri için tabii, hakları kullanma ehliyetini haiz bulunmaları gerekir. Bunun dışında acaba ticarî ehliyete lüzum var mıdır? Meselâ, Ticaret Kanununun 4. maddesindeki 18 yaş kaydını mutlak mânada alırsak, 17 yaşında evli bir erkek alâmeti farika ittihaz edebilecek midir? Alâmeti farika ilerde göreceğimiz gibi Ticaret Kanununun ticarî saymadığı işlerde de alınabileceğine göre ticarî ehliyeti olmayan şahısların da bir alâmeti farika ittihazına mâni yoktur. Sonra alâmeti farika alma çok defa kurulması düşünülen işletmelere bir hazırlık mahiyetindedir. Bu bakımdan hakları kullanma selâhiyetini haiz herkes, hattâ evli kadın dahi kocasının iznine lüzum olmadan alâmeti farika ittihaz edebilir. Ancak ilerde ticarethane

açtığı takdirde hakları kullanma ehliyetinden başka ticarî ehliyetinin de bulunup bulunmadığı araştırılır. Hakları kullanma ehliyetini haiz bulunmayanlar namına ise, umumî hükümlere göre velî veya vasileri alâmeti farika ittihaz edebilirler.

Hükmi şahıslara gelince, bunların başında ticaret şirketleri gelir. Ticaret şirketleri malûm olduğu üzere kollektif, adi ve eshamlı komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerdir. Esas gayeleri yanında Medenî Kanununun 54 üncü maddesi gereğince ticarî gaye güden cemiyetler de alâmeti farika ittihaz edebilirler².

Devlete gelince «mademki devlet de ticarî bir iş yapabiliyor, iktisadî sahada faaliyette bulunabiliyor, mahsullerini, mamûllerini teşhis için bir alâmet ittihaz etme hakkını her zaman haizdir. Meselâ inhisar altına aldığı kibrit, sigara, tütün ve bazı içkiler gibi.. Bunun ehemmiyeti bilhassa ihraç emtiasında mühimdir. Zira orada emtiasını rakiplerin mallarından tefrik ve reklâm sebebi ile marka vaz'ı lüzumu doğmaktadır»³.

Demek oluyor ki, gerek devlet, gerek iktisadî sahada faal âmme hükmi şahısları alâmeti farika ittihaz edebilirler. Sümerbank gibi iktisadî devlet teşekkülleri ve İnhisarlar İdaresi bizde bunlara misal olarak gösterilebilir⁴.

Diğer taraftan hükmi şahsiyeti haiz olmamakla beraber, iştirak halinde mülkiyet şeklinde bulunan şirketler yani adi şirketler de alâmeti farika alabilirler. Ancak bunların unvanı ticareti olmadığından, adi şirket namına iktisap edilen alâmeti farikalar, şirketlerin namlarına tescil edilir⁵. Hususî şirketlerde alâmeti farika hakkı âkit şirket tarafından iktisap edilir. Hususî şirket mukavelesindeki iç münasebete müteallik hükümler tabii mahfuzdur.

II — Ecnebler :

Alâmeti Farika Nizamnamesinin 6 ncı maddesine göre ecnebler de alâmeti farika iktisap edebilir ve bu takdirde nizamnamenin bahsettiği

2) Sayın hocamız Ord. Prof. Dr. İhîzâ Veldet, Karahisar maden suyunu satan «Kızılay» cemiyeti ile kavacık menba suyunu satan «Çocuk Esirgeme Kurumu» nu bu arada zikrediyor. Bu bahiste hocamızın «Türk Medenî Hukuku c. 1, Başlangıç ve Şahsın Hukuku» adlı kitabı ile (s. 255 ve m.); Egger'in 59, 61 nci maddeleri serhine bakılabilir.

3) Pouillet, No: 22.

4) H. David, s. 71; Magnus, s. 217 - 218.

5) Magnus, s. 217; H. David, s. 71; Alâmeti Farika Nizamnamesinin sureti tabiki hakkında talimatname, mad. 2, f. 2.

himayeden faydalanabilirler. Ancak bu himayeden faydalanabilmek için ecneblerin Osmanlı İmparatorluğunda sanayi ve ticaret ile meşgul bulunması lâzımdır. 23/6/1857 tarihli Fransız Kanununun 5 inci maddesinden iktibas edilen bu hükmü, Fransada bir 6 ncı madde de takip etmektedir. Bu maddeye göre, Fransa ile yabancının mensup olduğu memleket arasına diplomatik bir muahede var ise, ve bu muahede de Fransızlara mütekebil bir himaye tanıyorsa, yabancı Fransada bir ticarethane sahibi bulunmasa dahi Fransız Kanunlarına göre himaye görür. Makul olan bu hüküm bizim metnimizde yer almıştır. Ancak hususî muahedelere bu kayıt ilâve edilmek şartı ile aynı neticeye varılabilir.

Demek oluyor ki, Nizamnameye göre yabancıların marka hakkından faydalanması Türkiyede bir ticarethane sahibi olmak şartı ile mümkündür.

Ancak 10/I. Teşrin/925 tarihinde La Haye tadilâtlı sınaî mülkiyetin himayesi hususundaki Paris İttihadı ile «Fabrika ve Ticaret Markalarının Beynelmilel Tescili Hakkında» ki Madrid İtilâfnamesinde 6/11/925 tarihli tadilâtına iştirakimize dair 15/5/930 gün ve 1619 sayılı kanun gereğince, milletlerarası bu iki mukavele bizde de mer'î olmuş ve Nizamnamenin dar himayesi yerine beynelmilel mukavelelerin ecnebler hakkındaki geniş himayesi cari olmuştur. Bugün artık ecnebler, ister hakikî, ister hükmî şahıs olsun, ister hususî hukukun, ister, iktisadî sahada faal, âmme hukukunun hükmî şahısları olsun Türkiyede bir ticarethane sahibi olma şartı aranmadan nizamnamenin himayesinden faydalanabilmektedir. La Haye de muaddel Paris İttihadı Mukavelesinin 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre ittihadada dahil memleket tebalarının himayeden istifade edebilmeleri için Türkiyede ikametgâh veya müessese sahibi olmaları şartı aranmaz. İttihadada dahil olmayıp da, ittihadada dahil memleketlerden birinde mukim bulunanlar veya hakikî veya ciddi mahiyette sınaî veya ticarî bir müessese sahibi olanlar da aynı himayeden faydalanırlar (m. 3).

§ 3

HANGİ MEVZULARDA ALÂMETİ FARİKA ALINABİLİR

I — Bu konuda bilhassa tetkik edeceğimiz husus, Ticaret Kanununa göre ticarî sayılmayan işler için de alâmeti farika ittihaz edilip edilemeyeceğidir. Buna müteferri olan ve hukukumuzu tetkik ederken göreceğimiz bazı meseleler de var ise de mühim olanı bu husustur. Meselâ Ticaret Kanununa göre (Mad. 19), ziraatçılık ve madencilik ticarî mua-

melelerden sayılmamaktadır. Ancak ziraat ve maden mahsullerini imal etmek veya satmak için sınıai veya ticari bir müesseseye şekil ve ehemmiyetini haiz daimi bir müesseseye açılmış ise, bu müesseseye ait muamelât, muamelâtı ticariyedendir (T. K. mad. 19 - fıkra 2). Görülüyor ki, bilhassa toprak mahsulleri satanların büyük bir kısmının muameleleri ticari muamele değildir. Alâmeti Farika Nizamnamesi hep «fabrika mamulâtı» «eşyayı ticariye» den bahsettiğine göre acaba Alâmeti Farika Nizamnamesi münhasıran Ticaret Kanununun ticari saydığı mevzularda mı tatbik edilir ?

II — Bizdeki durumu tetkik etmeden evvel yabancı memleket hukuklarına bir nazar atalım :

1 — *Alman hukuku :*

Alman Alâmeti Farika Kanunu 1 inci maddesinde alâmeti farika ittihazi için bir işletmenin (Geschaeftsbetrieb) mevcudiyeti şartı aranıyor, fakat bunun mevzuunun Ticaret Kanunu mânasında ticari olması istenmiyor. Bu sebepten Alman hukukunda kâr gayesine matuf, malların istihsalı ve tdavüle sevki ile meşgul devamlı bir işletmenin bulunması kâfidir. Ancak bu işletmenin mevzuu maddi mallar olmak gerekir. Serbest meslek faaliyetleri, sanatkârlar, mimarlar, doktorlar, haritacılar, avukatlar, noterler, istihbarat büroları mevzuları maddi mallar olmadığından alâmeti farika iktisap edemezler. Buna mukabil ziraatçılar, madenciler küçük mikyasta da faaliyette bulunsalar alâmeti farika alabilirler⁶.

2 — *İsviçre Hukuku :*

Son olarak 22/6/1939 tarihli kanun ile değiştirilen 26/9/1890 tarihli İsviçre Kanununun 1 inci maddesi ziraat mahsulleri için de alâmeti farika alınabileceğini tasrih etmiştir.

İsviçre hukukuna göre, ister kurulmuş, ister kurulmak üzere bulunmuş olsun bir iktisadi işletmenin mevcudiyeti şart olup, bunun dışında mevzuunun ticari olması kaydı yoktur. Madenciler, ziraatçılar yukarıda söylediğimiz gibi alâmeti farika iktisap edebilirler. Serbest meslekler, mevzuu maddi olmayan işler için durum Alman hukukunda olduğu gibidir⁷.

6) Magnus, s. 219 - 220.

7) H. David, mad. 1 serhi.

3 — *Fransız Hukuku:*

Fransada 1857 Kanunundan evvel, kanunî bir sarahat bulunmadığından, mesele münakaşa edilmiş, fakat içtihatlar tabii mahsuller hususunda da alâmeti farika ittihazına cevaz vermeğe başlamışlardı⁸. 1857 kanunu ise meseleyi 20 nci maddesi ile halletmiştir. Bu madde tabii mahsulleri de alâmeti farika mevzuu olarak göstermiş bulunmaktadır⁹.

8) Pouillet, No. 16.

9) Diğer memleketlere gelince,

a) 23/11/900 tarihli Arjantin Kanununun 1 inci maddesi ziraat mahsullerini de içersine almıştır.

b) 1/4/1879 tarihli Belçika Alâmeti Farika Kanununu mer'iyet mevkliline koyan 7/7/1879 tarihli arrêté royale 2 nci maddesi ile ziraatçıları da mevzuu içersine almıştır.

c) 31/2/1925 tarihli Kolombiya sınaî mülkiyetin himayesine müteallik kanunun 20 nci maddesi zirai markaları içersine almıştır.

c) 21/8/1884 tarihli Küba Alâmeti Farika Kanununun 1 inci maddesi, fabrika, ticaret, ziraat ve diğer sınaî markalarından bahsetmektedir.

d) Danimarkanın 11/4/1890 tarihli Alâmeti Farika Kanununun 1 inci maddesi fabrika işleten, ziraat, madencilik ticaret yapan... şahısların mahsul ve mamûlleri için alâmeti farika alabileceğinden bahsetmektedir.

e) Yunanistan 22/10/1893 tarihli Alâmeti Farika Kanununun 1 inci maddesi ile ziraatçılığı, hayvancılığı da içersine almıştır.

f) 30/8/1868 İtalyan Kanununun 1 inci maddesinde hayvan mahsullerini de tasrih eder.

g) 17/2/922 tarihli Yugoslac sınaî mülkiyet kanunu 49 uncu maddesinde ziraat mahsullerini ve benzerlerini de tasrih eder.

h) 2/7/1910 tarihli Norveç Kanunu 1 inci maddesinde ziraat ve madenciligi de alâmeti farika mevzuu olarak alır.

i) 15/12/1894 - 21 tarihli Portekiz Kanunu 58 inci maddesi ile ziraat mahsullerini de alâmeti farikaya salih olarak gösterir.

j) 5/7/1884 tarihli İsvec Kanununun 1 inci maddesi ziraatı ve madenciligi de içersine almıştır.

Biz burada kanunlarında bu hususta sarahat bulunan ve kanunlarını bulabildiğimiz başlıca devletleri saydık. Guatemala gibi daha bir çok devlet var ise de bunları da ilâveye lüzum görmedik. Diğer bir kısım devletlerin kanunlarında bu hususta sarahat yoksa da tatbikatları ile bunu teviz etmektedirler.

III — Bizde :

1 — Alâmeti Farika Nizamnamesi «mamulât ve eşyanın» imal edilmesinden ve satılmasından (mad. 1), «fabrika mamulâtı ve eşyayı ticariye» den bahsettiğine göre, alâmeti farika mevzuu olan şeylerin maddi eşya olması ve menkul olması icap eder. Maddi olmayan hususlar meselâ, bir hizmetin arzı, alâmeti farika mevzuunu teşkil edemez. Bu sebeptendir ki, serbest meslekler, yukarda Alman hukukundan misal verirken gösterdiğimiz gibi alâmeti farika mevzuunu teşkil edemezler. Hangi halde bir hizmetin, hangi halde bir eşyanın bahis mevzuu olduğu, bazen bunların aynı zamanda bulunması sebebiyle tereddüdü mucip olabilir. Bu takdirde hâkim olan unsur nazara alınmalıdır. Hakim unsur hizmet ise, alâmeti farika ittihaz edilemez, hâkim olan unsur bir eşyanın tedavüle çıkarılması ise alâmeti farika alınabilir.

Bu sebepten nakliyeciler, nakliye komisyonları, elbise temizleyiciler, cilâcı veya boyacılar alâmeti farika ittihaz edemezler. Fakat mekanik ve kimyevî boya ve kumaş apresi yapanlar, meselâ İngilterede bu sahada çalışan büyük fabrikalar asilleştirilmiş ve mevcuttan başka hale getirilmiş adeta yeni bir şey meydana çıkardıklarından ve imal etmiş olduklarından alâmeti farika alabilirler¹⁰.

Kitaplar, mecmua ve gazeteler, maddi mevcudiyetleri itibarile eşyadan madûtturlar ve alâmeti farika mevzuu teşkil ederler. Bu bakımdan tâbi, nâşir bakımından alâmeti farikaya salih addedildikleri halde, müellif bakımından telif hakkıdır¹¹. Bir lokantanın yemekleri gibi, o mahalde satılacak ve dışarı, tedavül sahasına intikal etmeyecek şeyler ne alâmeti farikaya lüzum gösterirler, ne de alâmeti farika mevzuu olabilirler. Ancak aynı zamanda tedavül sahasına çıkabiliyorlarsa, meselâ meşhur bir pastahanenin yaptığı çikolata, bonbonlar gibi alâmeti farikanın mevzuu olarak alınabilirler.

2 — Diğer taraftan röprodüksiyonlar, heykel kopyaları, meşhur sanat eserlerinin teksiri veya fotoğrafları ilâh ... ticari meta mahiyetini aldığı ve bu şekilde tedavül sahasına çıktığı takdirde alâmeti farikanın mevzuunu teşkil ederler¹².

10) Magnus, s. 220.

11) Gazete, kitap, mecmua ilâh... başlıkları, yardımcı maddeler gibi hususların alâmeti farika mevzuu olarak kabulü münakaşalıdır. Film isimleri, filmin muhtevasını değil de maddesini tefrik ettiği takdirde alâmeti farika olarak alınabilmektedir (Magnus, s. 223 - 227); (Beerli, s. 26 - 27).

12) H. David müsbet kanaatta, s. 70 - 71; Matter ise, aksi kanaattadır.

3 — Mevzuu iktisadî tedavül sahasına ait eşya olmakla beraber ticarî muameleler dışındaki mevzulara gelelim.

Alâmeti Farika Nizamnamesini tefsir ederken, alâmeti farikaya müteallik hükümler ile takip edilmek istenen gayeyi gözönünde tutmak icap eder. Alâmeti farika hukuku, piyasaya mal arzeden iktisadî sahada faal şahısları gayrikanunî rekabetin bir nev'ine karşı korumak maksadını gütmektedir. Borçlar Kanununun 48 inci maddesi, yalnız Ticaret Kanununda tüccar olarak gösterilen şahıslara değil, iktisadî alanda faal olan ve müşteriler ile münasebette bulunan herkese karşı kabili dermeyandır. Zaten Ticaret Kanununun 19 uncu maddesinin sevkinden maksat ziraatçı, küçük madenci, ticarî bir işletme halinde çalışmayan sanatkârlar ve zanaatkârları tüccarın tâbi olduğu mükellefiyetlere tâbi kılmamaktır, yoksa bunları iktisadî rekabet sahasında himayesiz bırakmak değildir. Mademki bunlar da iktisadî rekabet sahasında faaldirler, o halde bu rekabetin tanzimi olan gayri kanunî rekabet hükümlerine de tâbidirler. Durum bu şekilde mütalâa edildiğine göre, alâmeti farika nizamnamesi de gayri kanunî rekabetin muayyen bir sahadaki tecellisi olmak itibarile ziraatçılar, madenciler hakkında da kabili tatbiktir. Aksi takdirde bu şahısları Borçlar Kanununun 48 inci maddesine göre himaye etmek gerekecektir. 48 inci maddeye göre himayeye lâyık görünen şahısların Alâmeti Farika Nizamnamesine göre himaye edilmemesinin bir sebebi yoktur. Nizamnamenin hep mamulâtta bahsetmesi, mahsulâtı zikretmemesi bizce bu tefsire mâni olmasa gerekir.

Kaldığı bir kanun ile aynen kabul ettiğimiz Paris İttihadı Mukavelesinin La Haye tadilatı 1 inci maddenin 2 nci fıkrasında «sınai mülkiyet en geniş mânası dahilinde nazarı itibara alınır ve yalnız asıl sınai ve ticarete münhasır olmayıp (şarap, hububat, tütün yaprakları, meyvalar, hayvanat ilâh.. gibi) ziraî sanatlara ve (madenler, maden suları ilâh.. gibi) istihracî sanatlar sahasında tatbik olunur.» demek suretile alâmeti farikaya mevzu olacak şeyleri çok geniş tutmuştur. Beynelmilel mukavele 2 nci maddesinde de, dahili hukuk tebalarına daha az hak tanısa da, milletlerarası mukaveleminin tanıdığı haklar mahfuzdur demektedir.

Mukavelename gereğince yabancılar için geniş bir şekilde himaye tanıdığımız bir sahada Türkleri bu himayeden mahrum etmeye hiç bir sebep yoktur. Teb'alara da aynı himayeyi tanımak dahili hukukun işi ve manevî vazifesidir. Fransa 4/6/931 tarihli bir kanun ile, yabancılar daha iyi bir himaye bahşeden Paris Mukavelesinin hükümlerinin Fransız hukukunda da cari olacağını kabul etmiştir.

Alâmeti Farika Nizamnamesini de Paris Mukavelenamesinin 1 inci maddesi şeklinde tetkik etmek hem hukuk tekniği, hem menfaatlar vaziyeti, hem de alâmeti farikanın mevzuatımızda işgal ettiği yer ve mukayeseli hukuktaki gelişme bakımından elzemdir. Bahususki memleketimiz ziraatçı bir memlekettir.

Haydar Arseven

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- ABADAN, Yavuz, Fikri Haklara Ait Bazı Mülâhazalar, C. H. P. Konferansları c. 9.
- ARIC, Şahap, Yargıtay İçtihatlarına Göre Hısyeli Ticaret Kanunu. İst. 1946.
- BANYASZ, Leitgedanken des Internationalen Wettbewerbsrechts in Europe - Budapeste, 1937.
- Leitgedanken des Intern. u. national. Marken — und Musterschutzrechts in Europa 1937.
- BEAU de LOMÈNE et A. ARMENGAUD, La législatons et les marque de fabrique et de comm, Paris 1939.
- BECKER, Felix, Der zivilrechtl. Rechtsschutz im Marken -, Muster — und Patentrecht unter Berücksichtigung des Wettbewerbsgesetzes. 1947 Zürich.
- BEERLI, Die Markenunfaehigen Warenzeichen. Zürich, 1937.
- BEITZEN, Ulrich, Gemeinnutz u. Eigennutz in Wettbewerbsrecht. Hildesheim, 1936.
- BELGESAY, M. R., Devletler Hüsusi Hukukunda Adliye. 1938.
- H. U. M. K. Şerhi 1939.
- Yeni İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 1934.
- İ. İ. K. Şerhi, 1948.
- BILGIŞIN, Ş. M., Ticaret Hukuku Prensipleri, 1 ve 2 nci bası.
- BING, J., Die Zukunft des Markenrechtes im Verhaeltnis zum Gesetz gegen der Unl. Wettbewerb. (Banyasz, Markenr. s. 30 v. m.).
- BÜHLER, W., Die Zivilrechtliche Bekaempfung des Unl. Wettbewerbsr. in der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts. Zürich, 1930.
- BRUCH, Werner, Die gewerbl. Kennzeichen u. ihr zivilrechtl. Schutz. Köln, 1936.
- BRY, G., La propriété industrielle, Litteraire et Artistique 3. bası, 1914.
- BÜRGI, F. W., Z. S. R. 1947, c. 66 Wessen u. Entwicklung der Pesönlichkeitsrechte u. Schweiz. Privatrecht.
- CASTELBERG, Carlo von, Grundlagen des schweiz. Wettbewerbsrecht. Zürich, 1948.
- CURTI, A., Das Recht der Marken, Zürich, 1909.
- DAVID, H., Kommentar zum Markenschutzgesetz. Basel, 1940.
- DEL VECCHIO, Hukuk Felsefesi Dersleri, 1940 İst. (Terc. Suut Kemal Yetkdn).
- DOHNA, Graf zu, Das Strafprozessrecht, 3. Aufl. Berlin, 1929.
- EGGER, Das Personenrecht (Kommentar z. schweiz. Zivilgesetzbuch) 2. bası, 1930.
- ENNECCERUS, NIPPERDAY, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 19. bası, 1931.
- EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Ankara, 1949.
- Gerekeçli T. C. K. ve Meriyet Kanunu 2. bası 1948, Ankara.
- ERLEMANN, E., Die Lauterkeit im wirtschaftlichen Wettbewerb. Emsdetten, 1937.
- ESCARRA, Principes de droit commerc. c. I Paris, 1934.
- F. M. K., Federal Mahkeme Kararları.

- FERNAND, Jacq — Banyasz, Unl. Wettb. deki makale.
- FUNK, Fr., Borçlar Kanunu Şerhi, I. Umumi Hükümler (Terc. Dr. H. Veldet — C. H. Selek) İst., 1938.
- GERMANN, Concurrence déloyale — Unl. Wettbewerb. 1945 Zürich.
- GIERKE, J. v., Handels u. Schiffahrtsrecht 4. bası Leipzig, 1933.
- GÖNENSAY, Samim, Medeni Hukuk, c. I. 1936, İst.
— Borçlar Hukuku 1943-48.
- GOUJOT et MERCIER, Dictionnaire de droit commercial, 1852.
- GOUSENBERG, V., La concurrence déloyale et sa répression en Suisse. Genève, 1945.
- GUHL, Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 1944.
- HAAB, Kommentar z. Schweizerischen zivilgesetzbuch, Das Sachenr. 1930 dan itibaren.
- HAEGHEN, V., Brevets d'invention, Marques et Modèles, Bruxelles, 1928.
- HAESLER, Der intern. Schutz der Fabrik- oder Handelsmarken, Aarau 1937.
- HİRS, E. Türk Ticaret Kanunu Esaslarına Göre Ticaret Hukuku, 1935.
— Ticaret Hukuku Dersleri İst. 1939, c. I.
— Ticaret Hukuku, 2 ve 3. bası, 3. bası, 1948.
— Fikri Sây, I. cilt, 1942.
— Fikri Haklar, 2. cilt, 1943.
— Sınal Mülkiyetin himayesine dair beynelmîlel itilâfnamelerin Türk Mevzuatında icra ettikleri tesirler, Armağan, 1939.
— Fikri eserler hakkında kanun projesi. H. F. Mec. 1941, sayı, 2, 3.
— Fikri ve Sınal Haklar. Ankara, 1948.
- HİS, E., Handelsregister, Geschäftsfirmer u. kaufmännische Buchführung. Basel 1940.
- ISAY - METTETAL, Internationales Wettbewerbsrecht. 1937, c. I.
- JAEGER Loi, Fédéral sur la poursuite pour dettes et la Faillite. 1920.
- KATZ, Edwin, Weltmarkenrecht, Berlin, 1926.
- KANTAR, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, c. I. 1944.
- KOHLER, Der Unlautere Wettbewerb, Berlin 1914.
- KÖSEOĞLU, C., Hâşiyeli T. C. K. 5 ve 6. bası, 1946-1948.
- LEEMANN, Sachenrecht II, Abteilung. Bern, 1925.
- LUCAS - DÜRR, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis I. Teil, Das formelle Strafrecht. 5. bası, 1931.
- MAGNUS, Freund - Magnus - Jüngel, Warenzeichenrecht I, Internationale Verträge Leipzig, 1924.
— Jüngel - Magnus - Das Deutsche Warenzeichenrecht. 6. bası, 1933 Leipzig.
- M. ACHARD, E., Edmond Martin - Achard, La cession libre de la marque. Genève 1946.
- MATTER, Kommentar zum Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik u. Handelsmarken. Zürich, 1939.
- MEYER, C., Die Historische Entwicklung der Handelsmarke in der Schweiz. Bern, 1905.
- MOROSOW, N., La concurrence illicite en droit suisse et d'après l'avant projet de loi fédéral. Lausanne, 1930.
- MÜLLER - ERZBACH, Deutsches Handelsrecht 2/3, 1928.
- OSER, OSER - Schönenberger, Das Obligationenrecht, 1929 dan itibaren Zürich.
- PAHUD, J. D., La Marque collectif en Suisse et à l'étranger Lausanne, 1940.
- PLAISANT, Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle. Paris, 1949.

- PİSKO, O, Ehrenbergs Handbuch der gesamten Handelsrecht adli eseride c. II. 1918.
- POUILLET, Traité des marques de fabrique et de concurrence déloyale 3. bası, Paris, 1892.
- Brevets d'inventions, 3. bası, Paris, 1909.
- PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, Revue mensuelle du Bureau International pour la protection de la propriété industrielle, Berne.
- REIMER, E., İsay - Mettetalin toplama eserinde Almanya makalesi.
- Neue Wege für Markenabtretung u. Markenlizenz im Nationalen u. internat. Geschaeftsverkehr.
- REYNOARD, Précis Théorique et pratique des marques de fabrique, Paris, 1939.
- RIPERT, Le régime démocratique et le droit civil moderne. 2. bası Paris, 1948.
- Traité élément. de droit commercial 1948, Paris.
- RIPERT et PLANIOL, Traité de droit civil français (3. ciltlik) son tabı.
- 14 ciltlik, 1932.
- RIZZO, La Législation Turque, Brevet d'invention et marques de fabrique İst, 1929.
- ROSSEL, V., Droit Fédéral des obligation Lausanne 1920.
- SALEILLES, R., Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire Allemand. 3. bası Paris, 1923 (Terc. Mison Ventura).
- SANDREUTER, Rechtl. Natur, Entstehung u. Endigung des Markenrechts Basel 1932.
- SAVATIER, R., Tarité de la responsabilité en droit Français, Paris, 1939.
- SAYMEN, F. H., Medeni Hukukun Umumi Prensipleri İst. 1948.
- Şahsın Hukuku İst. 1948.
- Borçlar Hukuku İst. 1950.
- SCHAPIRA, M., Das Unternehmen u. seine Kennzeichen, Zürich. 1935.
- SCHNEIDER et FICK, Commentaire du code Fédéral des obligations Neuchatel 1911.
- SEILER, Peter, Die Entstehung des Rechts an auslaendischen Marken in der Schweiz. 1943.
- SELIGSOHN, Das Rechtsverhaeltnis zwischen dem Wettbewerbsrecht u. den Gesetzen für gewerbl. Rechtsschutz (Banyasz - Markenr. s. 18 v. m.)
- SEVİG, M. Raşit, Devletler Hususı Hukuku I. cilt. 2. bası, 1947; II. cilt. 1943, İst.
- T. C. Kanunlar ihtilafı kaidelerinin sentezi.
- SIMONIUS, A., Les droits de la personnalité, Zeitschrift für Schweiz. Recht, 1947
- SPRINKMEIER, Lorenz, Der Kennzeichenmissbrauch. Bonn, 1935.
- TANER, T., Ceza Hukuku, umumı kısım, İst. 1949.
- Ceza Muhakemeleri Usulü, İst. 1945.
- TANSU, Ö. C., Ticaret Hukukunda alameti farika İltibası, Baro Mec. 1945. s. 297 v. m.
- THALLER, E., Traité de droit commercial 7. bası 1925.
- v. TUHR, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerl. Rechts.
- Allg. T. des Schweizerischen O. R.
- TOPÇUOĞLU, H. Kanuna karşı hile, İzmit, 1950.
- TROLLER, Gewerblicher Rechtsschutz, 1944.
- TRUMPLER, H., Unlauterer Wettbewerb u. Anti - Trust - Recht der Vereinigten Staaten, Amerika Basel, 1944.
- ULMER, E., Warenzeichen u. Unlauterer Wettbewerb 1929 Berlin.
- URLICHS, H., Das Wesen des Immaterialgüterrechts im neueren Schrifttum. Köln, 1937.
- VELDET, H., Medeni Hukukun Umumi Esasları, 3. bası, 1948, İst.

- Şahsın Hukuku, 2. bası, 1945 İst.
- Şahsiyet Hakları ve Fikri Haklar, H. F. Mec., 1939, c. V, s. 136.
- WOLFF, M., Sachenrecht 9. bası (Eneccerus Wolff - Kipp).
- YÖRÜK, A. K., Devletler Hususî Hukuku, 1937 - 1938, İst.
- ZOGA, Fehmi Ziya ve H. MURADOĞLU, Yargıtayın hususî kanun ve nizamnamelere ait yasıyan bütün icthad ve kararları, Ankara 1949.

Bibliyografyanın bu ikinci kısmında bizzat tetkike imkân bulamadığımız ve fakat eser ve fikirlerine naklen atıfta bulunduğumuz müellifleri ve eserlerini göstermeği lüzumlu bulduk.

- ADLER, System des österreichischen Markenrechts. 1909.
- ALEXANDROFF, Traité théorique des marques et de la concurrence déloyale T. II, Paris 1935.
- ALEXANDER - KATZ, Das Patent - u. Markenrecht aller Kulturländer. 2. bası 1924 Berlin GRUR 1901.
- ALLFELD, Kommentar zu den Reichsgesetzen über das gewerbl. Urheberrecht. 2. aufl. München.
- BAUMBACH, Wettbewerbsrecht, Berlin 1931.
- BECHER, Warenzeichengesetz u. Internationale Markenregistrierung; Berlin 1931.
- Wettbewerbsrecht, Berlin.
- Zur Frage der Übertragbarkeit v. Warenzeichen, Berlin 1929.
- BECKER, Pandekten.
- BÉDARRIDE, Commentaire des lois sur les brevets d'invention, sur les noms des fabricants et sur les marques de fabrique - Paris, 1869.
- BOLLA, Ferruccio, Protezione dei marchi e concorrenza sleale in diritto Svizzero, Diss. Lausanne, Bellinzona, 1936.
- BOZÉLAN, La convention Intern. du mars 1883 pour la protection de la propr. Industr. Paris, 1885.
- BRAUN, A., Nouveau traité des marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale. Bruxelles, 1880.
- BRAUN et CAPITAIN, Nouveau traité des marques de fabrique et de commerce Bruxelles, 1908.
- CALMANN, Der Unlautere Wettbewerb. 1929.
- CARROLL, C. A., Rapport a la Commission permanente pour la propriété industrielle de la CCI. Procès - verbal de la session de 25 février 1937 (Document 6143).
- CORNU, Jaques, Le principe de l'universalité de la marque, Paris 1930.
- DUNANT, Traité des marques de fabrique et de commerce en Suisse 1898.
- EISMANN, B. K., Die Rechtsnatur des Warenzeichenrechts u. die materiellen Voraussetzungen seiner Erwerbung. Fürth, 1913.
- ELSTER, Urheber - u. Erfinder -, Warenzeichen - u. Wettbewerbsrecht 2. bası 1928.
- FALB, E., Die Übertragung der Fabrik - und Handelsmarke nach Art II. M. Sch. G. Bern, 1943.
- FINGER, Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894. 3. bası Berlin, 1926.
- GIERKE, O. v., Deutsches Privatrecht in Bindings Handbuch II 3/1895.
- HAGENS, Warenzeichenrecht, Berlin 1927.
- HUARD, Répertoire de légis., de doctrine et de jurispr. en matière de marques 1885.

- ISAY, H., Die Selbstaendigkeit des Rechts an der Marke. GRUR 1929, s. 23.
 — Bericht über die Frage der leeren Übertragbarkeit der Marke. GRUR 1930 s. 645.
- KOHLER, Deutsches Patentrecht, 1877.
 — Handbuch des Deutschen Patentrechts 1910.
 — Kunstwerkrecht, 1908.
 — Recht des Markenschutzes, 1884.
 — Warenzeichenrecht, 1910.
- KOLB, W., Die Voraussetzung der Schutzfaehigkeit eines Markenzeichens Bern 1930.
- KUBLI, H., La Cession des marques. Annuaire AIPPI, Congrès de Rome, 1928 s. 281.
- LEGNHARD, F., Allgemeiner Teil der Schuldverhaeltnisse 1929.
- LOBE, Bekaempfung des unlauteren Wettbewerbs.
- MARQUARDT, GRUR 1914 c. 19 s. 142 v. m. dekl makalesl.
- MICHAELIS, Persönlichkeitsrechtliche Befugnisse im deutschen Urheberrecht und droit moral des französischen Rechts. Berlin 1926.
- MEILLIGER, Das Verhaeltnis des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten. Bern 1929.
- OSTERRIETH, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes. Leipzig 1908.
- OSTERTAG, Territorialitaet oder Universalitaet im Markenrecht. Basel 1935.
 — Festgabe Götzinger s. 212 v. m.
- PATAILLE, Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire. Paris 1885-1891.
- PICARD, Pandectes belges, 1879.
 — Le droit pur.
 — La théorie des droits intellectuels (L'ingénieur Conseil 1511, 1923, s. 142).
- PINZGER, E., Der Schutz der nicht eingetragenen Marke nach deutschen u. internationalen Recht. Göttingen 1932.
- PINZGER, W., Das deutsche Warenzeichenrecht. Berlin, 1937.
- PINZGER-HEINEMANN, Das deutsche Warenzeichenrecht Berlin, 1926.
- REIMER, E., Wettbewerbs u. Warenzeichenrecht. Berlin, 1933.
- RENDU et DELORME, Traité pratique de droit industriel Paris, 1855.
- RENDU, Codes de la Propriété industrielle c. 3, Marque de fabrique et de commerce. Paris, 1881.
- RIEZLER, Deutsches Urheberrecht u. Erfinderrecht c. 1.
- ROSENTHAL, Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichengesetzes S. basl 1930.
- SELIGSOHN, Gesetz zum Schutze der Warenzeichnungen. 3. basl, Berlin 1925.
- SMOSCHEWER, Das Persönlichkeitsrecht im allgemeinen u. in Urheberrecht, Archiv für Urheberrecht, c. 3, 1930.
- SPECKER, Die Persönlichkeitsrechte, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, c. 150.
- ZETSCKE, Die Übertragbarkeit v. Warenzeichen mit oder ohne Geschäftsbetrieb (Mu. W. 1937).