

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ANABİLİM DALI**

**MARKA REHNİ SÖZLEŞMESİ VE UYGULANACAK
HUKUK**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özlem TÜZÜNER

Doç. Dr. Hatice Özdemir KOCASAKAL

Haziran – 2006

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR

GİRİŞ

I- MARKA REHNİ

A- HUKUKİ NİTELİK SORUNU

- 1- Marka Hakkının Hukukî Niteliği
- 2- Marka Hakkı Üzerindeki Rehin Hakkının Hukukî Niteliği

B- MARKA REHNİ SÖZLEŞMESİ

- 1- Konusu ve Kuruluşu
 - a- Marka Rehninin Konusu
 - b- Marka Rehninin Kuruluşu (Rehin Sözleşmesi)
 - ba- Rehin sözleşmesinin hukukî niteliği
 - bb- Rehin sözleşmesinin geçerlilik şartları
 - bba- Tescilli markanın rehinle kayıtlanması
 - bbb- Tescilli olmayan markanın rehini
- 2- Marka Rehninin Hükümleri
 - a- Doğrudan Doğruya Marka Rehni Sözleşmesinden Kaynaklanan Borç İlişkisi (Sözleşmesel Borç İlişkisi)
 - b- Doğrudan Doğruya Kanundan Kaynaklanan Borç İlişkisi (Kanunî Borç İlişkisi)
 - ba- Marka sahibi bakımından
 - baa- Rehinli markayı özenle yönetme borcu
 - bab- Marka sahibinin rehinli marka üzerindeki tasarrufları
 - baba- Marka üzerinde art rehin
 - babb- İyiniyetin korunması
 - bac- Masrafları ödeme borcu
 - bb- Rehin hakkı sahibi bakımından
 - bba- Markayı özenle yönetmesi için marka sahibini zorlama yetkisi
 - bbb- Rehinli markanın yok olmasına ve değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama borcu
 - bbc- Paraya çevirme yetkisi
 - bbd- Rehin hakkı sahibinin rehinli marka üzerindeki tasarrufları
 - bbe- İade borcu

C- MARKA REHNİNİN SONA ERMESİ

- 1- Marka Rehninin Kurulmasından Önce Marka Rehni Sözleşmesinin Sona Ermesi
 - a- Rehin kurma borcunun sona ermesi

b- Rehin sözleşmesinden doğan borç ilişkisinin sona ermesi

2- Marka Rehni Kurulduktan Sonra Marka Rehninin Sona Ermesi

- a- Marka rehninin rehinle temin edilen alacağa bağlı olarak sona ermesi
 - aa- Rehinle temin edilen alacağın sona ermesi
 - ab- Borçtan şahsen sorumlu olmayan marka sahibinin ifası
 - ac- Marka rehninin rehinle temin edilen alacağın zamanaşımına etkisi
- b- Marka rehninin doğrudan sona ermesi
 - ba- Rehnin paraya çevrilmesi
 - bb- Rehinli markanın sona ermesi
 - bc- Marka rehninin iptali ve marka rehninden cayılması

II- MARKA REHNİNE UYGULANACAK HUKUK

A- Marka Rehni Sözleşmesinde Yabancılık Unsuru

B- Marka Rehni Sözleşmesinde Vasıflandırma

C- Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

- 1- Genel Olarak
 - a- Ön açıklamalar
 - b- Ön sorunlar
- 2- Sözleşmesel Statüye Uygulanacak Hukuk
 - a- Hukuk seçimi yapılması
 - aa- Serbestinin sınırları
 - ab- Hukuk seçimine ilişkin irade beyanları
 - ac- Hukuk seçiminin zamanı
 - ad- Hukuk seçiminin şekli
 - ae- Hukuk seçiminin kapsamı
 - b- Hukuk seçimi yapılmaması
 - ba- Genel olarak
 - bb- Marka rehni sözleşmesi bakımından
- 3- Yasal Statüye Uygulanacak Hukuk
 - a- Ulusal markalar
 - b- Uluslararası tescilli markalar
 - c- Topluluk markası
- 4- Yetkili Hukukun Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar
 - a- Markanın ihlâllere karşı korunması
 - b- Şekil
 - c- Ehliyet ve tasarruf yetkisi
 - d- Kamu düzeni
 - e- Doğrudan uygulanan kurallar

SONUÇ YERİNE

KAYNAKÇA

KISALTMALAR

Art	: Madde (<i>article</i>)
Bkz	: Bakınız
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Türk Borçlar Kanunu
BKT	: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
C	: Cilt
CC	: Fransız Medenî Kanunu (<i>Code Civil</i>)
CPC	: Fransız Medenî Usul Kanunu (<i>Code de Procédure Civile</i>)
CPI	: Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu (<i>Code de Propriété Intellectuelle</i>)
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E	: Esas
EHFD	: Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
EHVK	: Memalikî Osmaniyede Bulunan Tab'ayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Muvakkat Kanun
EMK	: Eski Medenî Kanun
Eski Yön	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik
f	: Fıkra
FMR	: Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GSÜHFM	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HPD	: Hukukî Perspektif Dergisi
HUMK	: Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JO	: Resmî Gazete (<i>journal officiel</i>)
K	: Karar
KHK	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
Konvansiyon	: 19 Haziran 1980 tarihli Sözleşmesel Yükümlülüklerle Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu
LDIP	: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (<i>Loi Fédéral sur le Droit International Privé</i>)
L	: Yasa (<i>loi</i>)
m	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MHAD	: Milletlerarası Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	: Türk Medenî Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
n°	: Numara (<i>numero</i>)
Not	: Dipnot
p	: Sayfa (<i>page</i>)
Règ	: Topluluk Markası Hakkında Tüzük (<i>règlement</i>)

RG	: Resmî Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
TİRK	: Ticarî İşletme Rehni Kanunu
TK	: Türk Ticaret Kanunu
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması
vd.	: Ve devamı
Y	: Yıl
Yarg	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yön	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kararnamenin Uygulanmasına Dair Yönetmelik

GİRİŞ

Marka, tahsis edildiği ticarî işletmeden bağımsız olarak, sahibine malvarlıksal bir hak bahşetmektedir. Zira marka, mal ve hizmet piyasasındaki hayatî fonksiyonları icabı değerli bir aktiftir¹. Bu nedenle, her devredilebilen ve iktisadî değeri olan hak gibi marka hakkının da rehinle kayıtlı olması mümkündür. Üstelik, ticarî hayatta, tek başına menkul bir malın rehin verilmesi yerine, marka hakkının rehin verilmesi tercih sebebidir. Çünkü, menkul rehnin aksine, marka rehninde zilyetlik yitirilmez, dolayısıyla rehinli “şey”i kullanma olanağından mahrum kalınmaz.

Hemen belirtmek gereklidir ki, marka hakkı üzerindeki hukukî işlemler konusuna “ayrılık ilkesi”² (*principe de l’indépendance*)³ hâkimdir. Ayrılık ilkesi uyarınca, marka hakkı ticarî işletmenin ayrılmaz bir parçası değildir. Marka hakkı, tahsis edildiği ticarî işletmeden ayrı bir malvarlıksal değerdir. Gerek Türk, Fransız⁴ ve Topluluk⁵ Marka Hukuklarında gerek Türkiye’nin dâhil olduğu Paris

¹ “Markanın ekonomik değerini göstermek için, sadece COCO COLA markasının 150 milyar ABD Doları değerinde olduğunu; bunun da Türkiye’nin gayri safî millî hâsılasına eşit olduğunu belirtmek yeterlidir”; **Pekdiğer Tamer**, “Markanın Devri”, I. İstanbul Fikrî Mülkiyet Hukuk Sempozyumu: 05-06 Mayıs 2005, İstanbul, 2005, s. 164-172, s. 164.

² Ayrılık ilkesi hakkında bkz. **Tekinalp Ünal**, Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2005, s. 430, **Poroy Reha/Yasaman Hamdi**, Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul, 2004, s. 439; **Arkan Sabih**, Marka Hukuku, Ankara, 1997, s. 176; **Yasaman Hamdi/Altay Anlam (Ayoğlu Tolga, Yüksel Sinan, Yusifoğlu Fülurya)**, Marka Hukuku, İstanbul, 2004, s. 698, 711.

Nitekim, Ticarî İşletme Rehni Kanunu (21.7.1971, S. 1447, RG. 28.7.1971-13909) uyarınca, marka hakkı ticarî işletme rehninin zorunlu muhtevasından değildir. Taraflar dilerse marka hakkını ticarî işletme rehni kapsamına dâhil etmeyebilir (TİRK. m. 3/c).

³ **Szalewski Schmidt Joanna**, Le droit des marques, Paris, 1997, s. 52.

⁴ Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu (*Code de Propriété Intellectuelle*) için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimplePartieCode?commun=CPROIN&code=CPR OINTL.rcv>

⁵ Avrupa Birliği Hukuku’nda ise, ulusal üstü karakteri haiz olan Topluluk markası, 20 Aralık 1993 tarih ve 40/94 sayılı Topluluk Markası Hakkında Tüzük ile yürürlüğe girmiştir. Topluluk markasına, üye ülkelerin mevzuatlarından bağımsız bir şekilde yalnızca anılan Tüzük uygulanmaktadır.

20 Aralık 1993 Tarih ve 40/94 Sayılı Topluluk Markası Hakkında Tüzük;

Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire Journal officiel n° L 011 du 14/01/1994 p. 0001 – 0036 için bkz. <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994R0040:FR:HTML>.

13 Aralık 1995 Tarih ve 2868/95 Sayılı Topluluk Markası Hakkında Tüzük’ün Uygulama Yöntemleri Hakkında Tüzük;

Règlement (CE) n° 2868/95 de la Commission, du 13 décembre 1995, portant modalités d’application du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil sur la marque communautaire; Journal officiel n° L 303 du 15/12/1995 p. 0001 – 0032 için bkz.

<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995R2868:FR:HTML>.

Topluluk Markası Hakkındaki 40/94 Sayılı Tüzük’ün Uygulama Yöntemleri Hakkında Tüzük’ü Değiştiren 29 Haziran 2005 Tarih ve 1041/2005 Sayılı Tüzük

Règlement (RégCE) n° 1041/2005 de la Commission, du 29 juin 2005 modifiant le règlement (CE) n° 2868/95 portant modalités d’application du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du Conseil sur la marque communautaire; Journal officiel n° L 172 du 05/07/2005 p. 0004 – 002 için bkz.

Sözleşmesi'nde⁶ ve Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması'nda⁷, markanın işletmeden bağımsız olarak (*indépendamment de l'entreprise*) hukukî işlemlere konu edilmesi ilkesi benimsenmiştir (KHK. m. 18; CPI. art. L714-1; Règ. art. 17/1; TRİPS. m. 21; Paris Sözleşmesi. 3. mükerrer m. 6).

Bu nedenle, marka hakkının rehinle kayıtlanması için iki farklı hukukî yöntem bulunmaktadır. Marka hakkı ticarî işletmeden bağımsız olarak rehin verilebileceği gibi, ticarî işletme rehni çerçevesinde de rehin verilebilir. Ancak “markanın ticarî işletme rehnine dâhil edilerek rehinle kayıtlanması”, tezimizin kapsamı dışında bırakılmıştır. “Markanın ticarî işletmeden bağımsız olarak rehinle kayıtlanması” konusu üzerinde yoğunlaşmıştır. İşte tam bu noktada, “marka rehni sözleşmesi” karşımıza çıkmaktadır.

Ancak, marka hakkının ve marka üzerindeki rehin hakkının hukukî nitelikleri doktrinde tartışmalıdır. Bunun yanı sıra, marka rehni sözleşmesinin hukukî niteliği de incelenmelidir. Marka rehni, bütün fikrî hakların rehniinde olduğu gibi, borçlandırıci işlem ve tasarruf işlemi ayrımı yapılmasına izin vermeyen bir “tek işlem” ile tesis edilmektedir. Aslında fikrî sınaî haklar üzerinde aynı etki doğuran bütün işlemlerde, bu hakların doğaları gereği, Roma-Germen Hukukundaki ikili sistem şaşılacak şekilde ve istisnâ olarak ortadan kalkmaktadır. Kısaca, marka rehni sözleşmesinde, klasik ikili sistemden ziyade, **işlemden birlik ilkesi (tek işlem ilkesi)** geçerlidir. Sonuç olarak, marka rehni sözleşmesinden, iki farklı borç ilişkisi doğmaktadır. Birincisi, yani marka rehni kurulmadan önce, doğrudan doğruya marka rehni sözleşmesinden kaynaklanan sözleşmesel bir borç ilişkisi; ikincisi, yani marka rehni kurulduktan sonra, doğrudan doğruya Kanun'dan kaynaklanan kanunî borç ilişkisi.

<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005R1041:FR:HTML>.

Ayrıca bkz. www.wipo.org/dea/docs_new/fr/eu/eu015fr.html+2868/95+marque&hl=tr.

Topluluk markası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Poroy/Yasaman**, s. 355, 356; **Arkan**, s. 5 vd.; **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 25 vd.; **Szalewski**, s. 67 vd.

⁶ Türkiye, aslen 20 Mart 1983 tarihli olan Paris Sözleşmesi'nin Stockholm Metnine katılmıştır (8.8.1975, Bakanlar Kurulu Kararı S. 7/10464, RG. 20.11.1975-15418); **Poroy/Yasaman**, s. 361'den naklen. Ayrıca bkz. **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 8, 29-57; **Hirş Ernst**, Fikrî ve Sınai Haklar, Ankara, 1948, s. 46, 47; **Erdem B. Bahadır**, Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2002, s. 333.

⁷ Türkiye'nin de onayladığı (26.1.1995, S. 4067, RG. 25.1.1995-22176) “Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması” (TRİPS) ise Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) önderliğinde gerçekleşen bir düzenleme olup “Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması”nın 1C sayılı ekini teşkil etmektedir; **Poroy/Yasaman**, s. 362'den naklen. Ayrıca bu konuda bkz. **Yalçın G. Uğur**, Sınai Mülkiyetin İlkeleri, Ankara, 2000, s. 49-51.

Diğer taraftan, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁸ ve Medenî Kanun'un hak rehnine ilişkin hükümleri (MK. m. 954 vd.; KHK. m. 15/f.I), hukukî niteliği itibariyle bir hak rehni sözleşmesi olan marka rehni sözleşmesinde de şüphesiz uygulama alanı bulmaktadır. Ancak bu hükümler marka rehni sözleşmesinden doğan ihtilâfları çözmekte yeterli değildir. Böylece, marka rehni sözleşmesini, Rehin Hukuku, Marka Hukuku ve Borçlar Hukukundan oluşan bir kanunlar yumağı idare etmektedir.

Bunlara ek olarak, milletlerarası ticaretin gelişmesi, yabancılık unsuru taşıyan marka rehni sözleşmesine uygulanacak hukuk üzerinde çalışmayı zorunlu kılmaktadır. Ne var ki, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nda (MÖHUK)⁹ fikrî ve sınaî haklar konusunda henüz bir düzenleme bulunmadığı için, marka rehni sözleşmesinden doğan kanunlar ihtilâfının çözümü güçtür. Zira marka rehnine uygulanacak hukuk konusu üzerinde söz konusu sözleşmenin “tek işlem” yapısı dikkate alınarak çalışılmalıdır. Böylece, çalışmamızın temel amacı, öncelikle marka rehnini Medenî Hukukumuz açısından incelemek ve buradan çıkacak sonuç uyarınca marka rehni sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmektir.

Bu nedenle çalışmamız, “Marka Rehni Sözleşmesi” ve “Marka Rehni Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk” şeklinde iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümün açılışında “Hukukî Nitelik Sorunu”na mercek tutulmaktadır. Daha sonra, marka rehni sözleşmesinin “konusu, kuruluşu ve hükümleri” incelenmektedir. İlk bölüm, “Marka Rehninin Sona Ermesi” konusuyla kapanmaktadır. İkinci bölümde, öncelikle marka rehni sözleşmesinde Yabancılık Unsuru’na, ardından “Vasıflandırma” sorununa değinilmektedir. Daha sonra “Uygulanacak Hukuk”un belirlenmesi aşamasına yoğunlaşmaktadır. Bu aşamada tezimiz tekrar ikiye bölünmektedir: “Sözleşmesel Borç İlişkisine Uygulanacak Hukuk” ve “Kanunî Borç İlişkisine Uygulanacak Hukuk”. İkinci bölüm, “Yetkili Hukukun Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”ın incelenmesiyle sona ermektedir. Bu konular, “markanın ihlâllere karşı korunması, şekil, ehliyet ve tasarruf yetkisi, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar”dan ibarettir. Nihayet “Sonuç” bölümü, çalışmamızın genel bir değerlendirmesinden ibarettir.

⁸ 24.6.1995, S. KHK. 556, RG. 27.6.1995-22326.

⁹ 20.5.1982, S. 2675, RG. 22.6.1982-17701.

I- MARKA REHNİ

A- HUKUKİ NİTELİK SORUNU

1- Marka Hakkının Hukukî Niteliği

Marka, Kararname’de şu şekilde tanımlanmıştır: “Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajlarının çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işareti içerir” (KHK. m. 5).

Karşılaştırmalı Hukuklarda da benzer tanımlar yapılmaktadır. Fransız Hukuku’nda, marka “grafiksel olarak ifade edilmeye elverişli olan ve bir kimsenin mallarını veya hizmetlerini ayırt etmeye yarayan her türlü işaret” şeklinde tanımlanmaktadır (CPI. art. L711-1). Topluluk Hukuku’nda ise daha ayrıntılı bir tanım yapılmıştır. Öyle ki, grafiksel olarak ifade edilmeye elverişli olan bütün işaretler yanı sıra, insan isimleri de dâhil olmak üzere bütün isimler, desenler, harfler, rakamlar, ürünün veya ürün içeriğinin şekli dâhi Topluluk markası teşkil edebilir. Yeter ki, söz konusu işaret, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerinkilerden ayırt etmeye uygun olsun (Règ. art. 4).

Bu tanımlardan iki unsur çıkarılabilir. Bu unsurlardan ilki işaret, ikincisi ise ayırt edici niteliktir. Hükümde işaret, genel ve geniş anlamda kullanılmıştır. Öyleyse marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinin, başka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan ve baskı yoluyla çoğaltılabilen her türlü işarettir¹⁰.

¹⁰ **Poroy/Yasaman**, s. 345; **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 16. Ayrıca bkz. **Tekinalp Ü.**, s. 343, 344; **Aslan Adem**, Türk ve AB Hukukunda Fikrî Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli), İstanbul, 2004, s. 11 vd.; **Taylan Esin Çamlıbel**, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001, s. 33; **Arkan**, s. 38 vd.; **Öçal Akar**, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara, 1967, s. 5 vd.; **Arıkan Serdar**, Tescilsiz Markalar ve Uygulama Sorunları, Yargıtay Dergisi, C. 32, Ocak-Nisan 2006, S. 1-2, s. 187-218, s. 191 vd. Fransız Hukuku’nda marka hakkının tanımı için bkz. **Szalewski**, s. 1. Markanın beş duyudan birine hitap eden ve ayırt edici niteliği olan her hangi bir işaret olduğuna dair bkz. **Dreyfus Nathalie/Thomas Béatrice**, Marque, dessins, modeles, Stratégie de protection, de défense et de valorisation, Paris, 2002, s. 30.

Marka hakkının hukukî niteliği üzerine çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Marka hakkının, kişilik haklarından sayılması¹¹ yanı sıra, gayri maddî mülkiyet hakkı¹² olarak da nitelendirildiği görülmüştür. Buna ek olarak, marka hakkı, gayri maddî mal üzerinde mutlak hak¹³ olarak vasıflandırılmıştır. Diğer bir görüş uyarınca, marka hakkı, özel bir koruma ihtiyacından doğan hem mamelekî hem ticarî nitelikte *sui generis* bir haktır¹⁴.

Gerçekten “marka, bir mal veya hizmeti çağrıştıracı kimlik yaratarak, onu belirli bir işletme bağlamında bireyselleştirip temsil eden tanıtmaya simgesidir”¹⁵. Buna göre, mal veya hizmetlerin tanıtılmasına, müşteri çevresi tarafından tercih edilmesine hizmet eden markanın, şahsın manevî dünyasına ilişkin olan kişilik haklarından sayılamayacağı açıktır. Çünkü, marka hakkının mal ve hizmet piyasasında icra ettiği fonksiyonlar¹⁶ hakkın sahibinin kişisel durumuna değil, iktisadî durumuna hitap etmektedir. Marka yaratılması ve olgunlaştırılması için emek harcadığı ve ayırt etme işlevini yerine getirdiği ölçüde değerli bir aktiftir. Sonuç olarak, marka hakkı ekonomik değeri olan, yani değeri para ile ölçülebilen malvarlıksal bir haktır. Nitekim, markanın malvarlıksal hak olarak nitelendirilmesi, bu hakkın rehin verilmesi konusuna ışık tutacaktır. Çünkü bu vasfı dolayısıyla, söz konusu hak temlik ve terhin edilebilmektedir¹⁷.

Öte yandan, marka hakkı tekel karakterli (*caractère exclusif*) olup, hakkın sahibine işareti tekel hâlinde kullanma yetkisi bahşetmektedir. Bu durumda marka hakkı, hak sahibi tarafından hakkı ihlâl etmesi söz konusu olan herkese karşı ileri sürülebilen

¹¹ **Mimaroğlu**, Ticaret Hukuku, C. I, İşletme Hukuku, Ankara, 1978, s. 349.

¹² Bu görüş hakkında bkz. **Arkan**, s. 175; **Poroy Reha/Yasaman Hamdi**, Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul, 1998, s. 345; **Poroy/Yasaman**, s. 358 vd.

¹³ **Arseven Haydar**, Nazarî ve Tatbikî Alâmeti Farika Hukuku, İstanbul 1951, s. 12 vd.; **Erdem**, s. 16; **Erel N. Şafak**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 1988, s. 2; **Poroy/Yasaman**, s. 357, 358.

¹⁴ **Ayoğlu Tolga**, Marka Hakkının Tüketilmesi, İstanbul, 2001, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 5. Ayrıca bkz. **Poroy/Yasaman**, 1998, s. 346; **Yasaman/Ayoğlu**, s. 488.

¹⁵ **Saka Zafer**, Ticaret Hukuku, Ticarî İşletme, İstanbul, 1998, s. 191.

¹⁶ Doktrinde, markanın üç ayrı fonksiyonu bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlar, mal ya da hizmetin menşei gösterme, belirli bir kaliteyi garanti etme ve reklam aracı olarak kullanmadır. Bu konuda bkz. **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 18 vd.; **Arkan**, s. 38 vd.; **Tekinalp Ü.**, s. 355, 356; **Ayoğlu**, s. 6, 7; **Baştuğ İrfan/Erdem H. Ercüment**, Ticarî İşletme Hukuku Ders Notları, Ankara, 1993, s. 115; **Dirikhan Hanife**, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003, s. 10 vd.; **Meran Necati**, Marka Hakları ve Korunması, Ankara, 2004, s. 27 vd.; **Özel Çağlar**, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002, s. 30, 31.

¹⁷ **Poroy/Yasaman**, s. 358; **Yasaman/Altay**, s. 700; **Oğuzman Kemal/Barlas Nami**, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, 2004, s. 106, 107; **Poroy Hamdi/Tekinalp Ünal**, “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, Tandoğan’a Armağan, Ankara, 1990, s. 336; **Hırş**, s. 57, 58; **Jourdain Patrice**, Les Biens, Paris, 1995, s. 518; **Arkan**, s. 175.

(*opposable aux tiers*) mutlak karakterli (*caractère absolu*) bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak marka hakkı, eşya mülkiyeti gibi sürekli karakterli (*caractère perpétuel*) değil, geçici karakterlidir (*caractère temporaire*)¹⁸. Çünkü, marka hakkının varlık kazanması kadar varlığını devam ettirmesi de, markanın marka sahibi tarafından kullanılmasına, keza idarî ve yargısal iş ve işlemlerin takip edilmesine bağlıdır. Aslında marka hakkının mutlaklığını somut gerekçelerle sunmanın en iyi yolu, marka hakkının aynî hak olup olmadığını tartışmaktır. Acaba mutlak hak seviyesinde olan marka hakkı aynı zamanda bir aynî hak mıdır?

Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu'nda açıkça, marka mülkiyeti (*propriété de la marque*) ibaresi kullanılmaktadır (CPI. art. L712-1). Gerçekten, Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu uyarınca, markanın tescil edilmesi, sahibine, tescil edilen mal ve hizmet sınıfları için bu marka üzerinde mülkiyet hakkı (*droit de propriété sur cette marque*) bahşeder (CPI. art. L713-1). Aslında, Fransız Hukuku'nda, anılan hükümlerin yürürlüğe girmesinden önce bile, kendi siciline göre sahibine ait gözüken bir gayri maddî eşya üzerindeki hak, doğası çok özel ve istisnâî olan menkul mülkiyeti (*propriété mobilière de nature spéciale ou exceptionnelle*) addedilmektedir¹⁹.

Fransa'da, hem Medenî Hukuk, hem Milletlerarası Özel Hukuk doktrininde, eşyalar, maddî eşya (*bien corporel*) ve gayri maddî eşya (*bien incorporel*)²⁰ şeklinde sınıflandırılmakta; marka hakkı da gayri maddî eşyalardan sayılmaktadır²¹. İşte bu nedenle, fikrî sınaî haklar, Fransız Hukuku'nda, gayri maddî eşya şeklinde vasıflandırılabilir.

¹⁸ **Terre François/Simler Philippe**, Droit Civil, Les Biens, Paris, 1992, s. 92, not. 3, 94, 99, 100; **Cornu Gérard**, Droit Civil, Paris, 2003, s. 695, not. 1; **Bergel Jean-Louis/Bruschi Marc/Cimamonti Sylvie**, Droit Civil, Les Biens, Paris, 2000, s. 106, 238.

¹⁹ Civ. 23 mai 1954, S. 1954. I. 316; Civ. 11 nov. 1957, S. 1958. I. 55; **Jourdain**, s. 515'ten naklen.

²⁰ "*Corporel*", cismi, vücudu, gövdesi olan anlamına gelmektedir; **Yalt A. Rıza**, Grand Dictionnaire, Français-Turc, İstanbul, 1971, s. 269; **Çankaya Birsen/Kıvanç Murat/Bouchot Cécile**, Fransızca Modern Sözlük, İstanbul, 2000, s. 111.

²¹ **Jourdain**, s. 486 vd.; **Audit Bernard**, Droit International Privé, Paris, 2000, s. 630 vd.; **Bartin E.**, Principes De Droit International Privé Selon La Loi Et La Jurisprudence Française, Paris, 1935, s. 24 vd.; **Batiffol Henri/Lagarde Paul**, Traité De Droit International Privé, Paris, 1993, 465 vd.; **Pillet A./Niboyet J.-S.**, Droit International Privé, Paris, 1924, s. 464; **Mayer Pierre**, Droit International Privé, Paris, 1994, s. 417; **Loussouarn Yvon/Bourel Pierre**, Droit International Privé, Paris, 1999, s. 504-507; **Holleaux Dominique/Foyer Jacques/Pradelle Géraud de Geouffre**, Droit International Privé, Paris, 1987, s. 616; **Terre/Simler**, s. 11; **Bergel/Bruschi/Cimamonti**, s. 30-32; **Cornu**, s. 30, 399, 400; **Bergel Jean Louis**, La propriété, Paris, 1994, s. 21.

Üstelik, Fransız Hukuku'nda, gayri maddî eşyaları maddî eşyaların rejimine tâbi kılma, kanunî bir ilkedir (CC. art. 527)²². Buna göre, Fransız Hukuku'nda menkuller, doğaları gereği menkul olanlardan ve yasal belirleme uyarınca menkul addedilen haklardan ibarettir. Fransız Medenî Kanunu uyarınca, fıkırî sınaî mülkiyet, menkul mülkiyeti gibi (*considérés comme des meubles*) kabul edilmektedir (CC. art. 529). Bu ilke sayesinde, Fransız mülkiyet rejiminde hukukî birlik (*universalité juridique*) sağlandığı kabul edilmektedir²³.

Ancak yine de, mülkiyet kavramının tarihsel ve teorik anlamı dikkate alınınca, bu hakların gerçek bir aynî hak, yani mülkiyet hakkı bahşetmediği ifade edilmektedir. Nitekim, bu haklar üzerindeki mülkiyet hakkının, bu haklara sahip olmaya (*titularité de droit*) indirgendiği itiraf edilmektedir. Gayri maddî eşya sahipliği (*possession des biens incorporels*), eşya sahipliğinden (*appropriation des choses*) farklı olup, organize edici veya yaratıcı insan aktivitesine (*activité humaine inventrice ou organisatrice*) bağlıdır. Çünkü, bu haklar, gerçek anlamda hâkimiyet (*dominium*), daha doğrusu maddî mülkiyet (*propriété corporel*) sağlamamakta; gayri maddî mülkiyet (*propriété incorporelle*) sağlamaktadır²⁴.

Türk Hukuku'nda ise, durum farklıdır. Medenî Kanun'umuzda, fıkırî sınaî hakları menkul sayan açık bir hüküm yoktur. Marka “üzerindeki hakkın aynî hak olup olmadığını belirlemek Türk Medenî Kanunu'nun mülkiyet sistemi üzerinde durmayı gerektirmektedir. Eşya Hukukunda aynî hakkın varlığı üç unsurun bulunmasına bağlıdır”²⁵: eşya, eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet, bu hâkimiyeti herkese karşı ileri sürülebilme yetkisi²⁶.

²² Fransız Medenî Kanunu (*Code Civil*) için bkz. www.legifrance.gouv.fr

²³ Jourdain, s. 511-512.

²⁴ Jourdain, s. 511-514; Terre/Simler, s. 29, 58, 99; Bergel/Bruschi/Cimamonti, s. 106, s. 238; Cornu, s. 695, not. 1.

²⁵ Özdemir Oktay Saibe, Fıkırî Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukukî Niteliği, Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004, s. 574.

²⁶ Aynî hak kavramı için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 97 vd.; Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Özdemir-Oktay Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2004, s. 2 vd., özellikle s. 4; Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s. 8 vd.; Gürsoy Kemal T./Eren Fikret/Cansel Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984, s. 1 vd.; Saymen F. H./Elbir H. K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1963, s. 3 vd.; Karahacıoğlu Ali Haydar/Doğrusöz M. Edip/Altın Mehmet, Türk Hukukunda Rehin, Ankara, 1996, s. 1, 2; Terre/Simler, s. 30 vd.; Foex, s. 36 vd.; Bergel/Bruschi/Cimamonti, s. 32 vd.; Cornu, s. 30, 420.

Gerçekten, marka hakkının yegâne konusu, bir işareti kullanan veya tescil ettiren kişi lehine doğan ayırt edici niteliklidir. İşte ayırt edilme vasfına erişmiş bir işaret üzerinde, marka sahibi, doğrudan doğruya hâkimiyet yetkisini haizdir. Doğrudan doğruya hâkimiyet ile kast edilen, “hak sahibinin eşyadan hakkına uygun şekilde yararlanması için kimsenin araya girmesine, aracılık etmesine ihtiyacı bulunmamasıdır”²⁷. Marka sahibinin de, markasından yararlanması için kimsenin aracılığına ihtiyacı yoktur. Öyleyse, marka sahibinin markası üzerinde tek hak yanı sıra, doğrudan doğruya hâkimiyeti de bulunmaktadır.

Oysa ki, “marka eşya değildir ve bütünleştiği eşyadan ayrı soyut bir varlığa sahiptir”²⁸. Medenî Kanunun’un hak rehnine ilişkin hükümlerinde, haklara menkuller gibi muamele edilmesi (MK. m. 954/f.II), sadece uygulama kolaylığı sağlamak içindir. Yoksa, hakların menkullerle eşdeğerde sayılması demek değildir.

Markanın eşya olmamasının doğal sonucu ise, bunun üzerindeki hakkın aynî hak şeklinde vasıflandırılmamasıdır. Gerçekten, “aynî hakları diğer mutlak haklardan ayırmaya yarayan unsur, aynî hakkın konusunun eşya olmasıdır”²⁹. Demek ki, her ne kadar marka hakkı aynî haklar gibi herkese karşı ileri sürülebilse de ve hatta marka sahibinin markası üzerinde doğrudan hâkimiyeti bulunsun da, bu benzerlikler marka hakkının aynî hak sayılması için yeterli değildir.

Ancak, marka hakkı, bir nispî hak değildir. Çünkü, herkese karşı ileri sürülebilir ve doğrudan doğruya hâkimiyete elverişlidir. Nitekim, marka hakkı, daha başka özellikleriyle de alacak haklarından ayrılmaktadır. Marka hakkı bir alacak hakkı gibi, para ile değerlendirilebilir; haciz, devir ve rehin edilebilir; miras yoluyla intikal

²⁷ Oğuzman/Barlas, s. 102. Ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 14; Saymen/Elbir, s. 5; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 2; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 8; Serozan, s. 15, 16. Doktrindeki başka bir görüş uyarınca, fikrî sınâî haklar, aynî haklarla birlikte ve fakat onlardan bağımsız olarak “hâkimiyet hakları” çatısı altındadır; Fikenscher, s. 21; Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 1985, C. I, s. 49’dan naklen. “Hâkimiyet hakları sadece aynî haklarla fikrî ve sınâî hakları kapsar”; Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2003, s. 46.

²⁸ Poroy/Yasaman, s. 357, 358; Yasaman, s. 175 vd.; Yasaman/Altay, s. 699. Aynı yönde Özel Ç., s. 34; Erdem, s. 12-14. Bu haklar için kullanılan fikrî mülkiyet teriminin, mülkiyetin klasik anlamı dışında kullanıldığı yönünde bkz. Öztrak İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara, 1977, s. 2. Ayrıca bkz. not. 18-21.

²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 16. “Aynî hakların egemenlik hakları arasındaki ayırdedici özelliği, egemenliğin konusunun eşya olmasıdır”; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 9. “Konusu bir şey olan mutlak hak”; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 18. Özellikle, marka üzerindeki mutlak hakkın mülkiyet hakkı olmadığı hakkında bkz. Yasaman, s. 176, not. 12.

edebilir (KHK. m. 15, m. 19). Üzerinde intifa hakkı bile kurulabilir³⁰. Fakat, alacak haklarından farklı olarak, lisans da verilir (KHK. m. 15; CPI. art. L714-1). Üstelik, menkullerin paraya çevrilmesini andıran bir usulle paraya çevrilir³¹ (MK. m. 954/f.II, 946/f.I; İİK. m. 23, 145 vd., 121). En önemlisi, müflise ait malvarlığının bir unsuru olarak iflâs masasının aktif kısmına kaydedilir³². Bu nedenlerle, marka hakkı, ne nispî haktır, ne aynî haktır. Marka hakkı, malvarlıksal değeri olan bir mutlak haktır.

Diğer taraftan, geniş anlamıyla fikrî mülkiyet haklarından biri olan marka hakkının, dar anlamda fikrî hak niteliği arz edip etmediği de tartışılmaya değer görülmektedir. Çünkü markaya fikir ve sanat eseri niteliği atfedilecek olursa, onu yaratan kişiye malî haklar yanı sıra manevî haklar da bahşedilecek ve eserden doğan manevî hakların devir ve rehin edilemeyeceği sonucuna varılacaktır. Lâkin, “markanın yaratılması için, marka sahibinin yaratıcılığını kullanması zorunlu değildir”. Anlamsız bir işaret marka olarak kullanılabilir ve bir işaretin marka olması için orijinal olması gerekmediği gibi, yeni veya estetik olması da gerekmemektedir³³. Nitekim marka sahibi onu yaratırken veya olgunlaştırırken özgün bir yaratıcı güç sergilememekte, aksine ticarî emek sarf etmektedir. Bu yönüyle marka hakkı, yaratıcı kişiliğin değil, ekonomik kişiliğin uzantısıdır. Öyleyse, marka hakkı bir sınaî haktır, dar anlamda fikrî hak değildir.

³⁰ Marka üzerindeki tasarrufların Kararname’de sayılı olanlarla sınırlı olmadığı (*numerus clausus* olmadığı); markanın intifa hakkına konu edilebileceği gibi iflâs masasına dâhil olabileceği yönünde bkz. **Tekinalp Ü.**, s. 430; **Arkan**, s. 174; **Yasaman/Altay**, s. 677; **Szalewski**, s. 51. Gayri maddî mallar üzerinde intifa hakkı (*usufruit des droits de propriétés incorporelle*) kurulmasını, tükenen mallar üzerinde intifa hakkı kurulmasına (*quasi-usufruit*) benzeten bir görüş için bkz. **Terre/Simler**, s. 521, 530, 531, 518. Nitekim, Topluluk Hukuku’nda, markanın rehinle kayıtlanması yanı sıra “başka bir aynî hakkın objesi kılınabileceği” de açıkça belirtildiğinden, Topluluk markası üzerinde de intifa hakkı tesis edilebilir (Règ. art. 19/1).

³¹ Bu konuda bkz. not. 200.

³² “Marka sahibinin iflâsı hâlinde, marka müflise ait malvarlığının bir unsuru olarak iflâs masasına girecek ve külli tasfiyeye konu olacaktır”; Schluep, Das Markenrecht als subjektives Recht, s. 199; **Yasaman/Altay**, s. 719’dan naklen. Aynı yönde bkz. **Arkan**, s. 174. “Marka iflas masasına girer, yani, mevcudat defterine yazılır”; **Tekinalp Ü.**, s. 434. Aynı yönde bkz. **Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, 2005, s. 563; **Üstündağ Saim**, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004, s. 243, not. 774, s. 170, not. 505; **Üstündağ Saim**, İflâs Hukuku, İstanbul, 2002, s. 63, 64.

³³ **Poroy/Yasaman**, s. 356; **Yasaman Hamdi**, “Marka olabilecek İşaretler”, I. İstanbul Fikrî Mülkiyet Hukuku Sempozyumu: 05-06 Mayıs 2005, İstanbul, 2005; s. 135-147, s. 135; **Tekinalp Ü.**, s. 344. Markayı yaratan şahsın, marka hakkından müstakil olarak, aynı işaret üzerinde bir fikrî hakka da sahip olabileceği; ancak, bu hakların birbirinden tamamen bağımsız oldukları yönünde bkz. **Arseven**, s. 37-38. Aksi görüş için bkz. **Erel**, s. 5.

Hemen belirtmek gereklidir ki, Rehin Hukukuna hâkim olan belirlilik ilkesi (*principe de specialité*)³⁴ icabı, doğumu beklenmediği sürece henüz doğmamış bir hakkın, rehinle kayıtlı olması mümkün değildir³⁵. Fransız Hukuku’nda da, sadece mevcut (*meuble incorporel présent*) veya belirlenebilir (*déterminable*) durumdaki beklenen gayri maddî mallar (*meuble incorporel futur*) rehinle kayıtlı olabilir (CC. art. 2333/2, 2355/1). Üstelik beklenen bir hak üzerindeki rehin hakkı, ancak bu hak doğduğu zaman elde edilmektedir (CC. art. 2357). Öyleyse marka hakkının nasıl ve ne zaman doğduğu sorularının yanıtlanması gerekmektedir.

Marka hakkının doğum şekline ilişkin iki farklı sistem bulunmaktadır. “tescil ilkesi” uyarınca, marka hakkı tescille doğar. Buna karşılık, “kullanma ilkesi” uyarınca, bir işareti ilk defa kullanmak suretiyle ona ayırt edici nitelik kazandıran kişi söz konusu işareti tescil ettirmemiş de olsa markanın gerçek sahibi sayılır³⁶.

Fransız Fikrî Mülkiyet Hukuku’nda, marka hakkının doğumu bakımından tescil ilkesi benimsenmiştir. Şöyle ki, 23 Haziran 1857 tarihli Yasa’da, marka hakkının ilk kullanımla doğduğu ve tescilin ihtiyarî olduğu kabul edildiği hâlde; 31 Aralık 1964

³⁴ Belirlilik ilkesi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 21, 772, 773; **Sirmen**, s. 17-20; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 67, 725 vd.; **Saymen/Elbir**, s. 530-538, 644 vd.; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 750 vd.; **Ergüne Mehmet Serkan**, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul, 2002, s. 181-184; 192-194; **Foex Bénédicte**, Le contrat De Gage Mobilier, Genétérsvé, 1997, s. 119; **Serozan Rona**, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul, 2002, s. 276 vd. “Tahsis ilkesi” adı altında bkz. **Cansel Erol**, Türk Menkul Rehni Hukuku, Ankara, 1967, C. I, s. 20-23; **Karacahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 31. Tasarruf muamelelerinde belirlilik ilkesi için bkz. **Eren**, 1985, C. I, s. 206, 209; **Eren**, s. 164; **Zevkliler**, s. 413, 414.

³⁵ Türk Hukuk doktrininde, sadece mevcut bir hukukî ilişkiden doğacak hakların temlik ve terhini geçerli kabul edilmektedir. “Henüz mevcut olmayan bir hukukî ilişkiden doğacağı ümit edilen hakların” (**Özdemir-Oktay Saibe**, “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, İÜHFD, C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, s. 265 vd., s. 285), yani “temlik anında hiçbir hukukî temeli olmayan hakların” (**Oğuzman/Öz**, s. 929) temlik ve terhini geçerli kabul edilmemektedir. Bu yönde ayrıca bkz. **Engin Baki İlkay**, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002, s. 32; **Tekinay Selâhattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altıp Atilla**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 248; **Eren**, s. 1186, 1187. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesindeki beklenen hak için bkz. **Antalya Gökhan**, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe ve Muayene (Alicının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul, 1993, s. 107 vd. Miras Hukuku uyarınca beklenen hak kavramı için bkz. **Antalya Gökhan**, Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul, 1999, s. 160 vd. Buna karşılık Alman Hukuk doktrininde, alacağı doğuracak olan hukukî ilişkinin mevcudiyetine bakılmaksızın, bütün gelecekteki alacakların temlik edilebileceği savunulmaktadır. Alman Hukuku’ndaki bu yazarlar için bkz. **Engin**, s. 32, not. 80. Kanımızca önemli olan, gelecekteki hakkın kurucu unsurlarının tasarruf anında mevcut olmasıdır. Hakkın etkinlik unsurlarının veya tamamlayıcı olgularının yahut hukukî şartın eksik olması önemli değildir. Bu son hâlde, “tam beklenen hak” söz konusu olup, bunun üzerinde tasarruf mümkündür; **Antalya Gökhan**, “Gelecekteki Hakta Tasarruf”, Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, s. 545 vd., s. 547.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yasaman**, s. 176 vd.; **Tekinalp Ü.**, s. 358, 359; **Arkan**, s. 53, 54.

tarihli Yasa’da, marka hakkının münhasıran tescille doğduğu kabul edilmiştir³⁷. Son olarak 1 Temmuz 1992 tarihli düzenlemede ise, “marka mülkiyeti tescille kazanılır” denilmek suretiyle tescil ilkesi (*principe d’acquisition du droit par l’enregistrement*)³⁸ yinelenmiştir (CPI. art. L712/1).

Bununla birlikte, tescilsiz bir işaretin, Fransa’da tescilli olan markalar karşısında, tamamen korumasız kaldığını söylemek pek mümkün değildir³⁹. Gerçekten, Fransa’da tescilli olmasa bile bir işaret, Paris Sözleşmesi uyarınca tanınmış marka⁴⁰ ise (1. mükerrer m. 6) veya önceki kullanımdan ötürü ayırt edici nitelik kazanmış ise (CPI. art. L711-2/c), gerek tescili bakımından red sebebi olarak (CPI. art. L712-11) gerek hükümsüzlük davası açma hakkı tanınarak (CPI. art. L711-4) korunmaktadır. Tescil ilkesinin Fransız Hukuku’ndaki bir başka istisnası, Fransa’da tescilli olmayan ve fakat iyiniyetli bir kişi tarafından en az beş yıldır kullanılıyor olmakla artık Fransız toplumunda tanınmış hâle gelen markalardır (CPI. art. L714-4).

Avrupa Birliği Hukuku’nda da, 40/94 sayılı Tüzük’ün “iktisap şekli” (*mode d’acquisition*) başlıklı maddesinde, Topluluk markasının tescille kazanıldığı hükme bağlanmıştır (Règ. art. 6). Bununla birlikte, üye devlet hukuklarından biri uyarınca tescilli olmayan marka hakkı sahibi olan kişilere, bazı hâllerde, Topluluk Marka Sicilindeki tescile itiraz etme imkânı tanınmıştır (Règ. art. 8/4). Şöyle ki, tescil tarihinden veya tescil talebine dayanan öncelik hakkı tarihinden önce, bir işaret üzerinde üye devlet hukuklarından biri uyarınca başkalarının kullanımını yasaklayabilecek nitelikte bir hak edinilmişse, bu işaretin başkası lehine tescili için yapılan talep reddedilebilir (Règ. art. 8/4-a, 8/4-b). Diğer bir deyişle, tescilli olmayan bir işaret üzerinde üye devlet hukuklarından biri uyarınca mutlak hak elde edilmesi, Topluluk Hukuku’nda kabul edilmektedir. Demek ki, kullanma ilkesi Avrupa Birliği Hukuku’nda tamamen yok sayılmamakta, bilâkis bir nispî red nedeni olarak kabul edilmektedir.

³⁷ **Vigier Claudette**, Le dépôt et l’enregistrement des marques de fabrique, de commerce et de service selon la loi du 31 décembre 1964, Paris, 1980, s. 8, 512, 513.

³⁸ **Szalewski**, s. 15, 16.

³⁹ **Dreyfus/Thomas**, s. 12; **Szalewski** s.5, 6, 21, 22; **Yasaman**, s. 179-181; **Arıkan**, s. 196.

⁴⁰ Tanınmış Marka (*marque notoire*) kavramı hakkında bkz. **Poroy/Yasaman**, s. 387 vd.; **Yasaman**, s. 247 vd.; **Dirikkan**, s. 10 vd.; **Yasaman Hamdi**, “Tanınmış Markalar”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 691 vd.; **Yasaman Hamdi**, “Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Marka”, GSÜHFM, Y. 2002, S. 1, Oğuzman Armağanı, s. 300 vd.; **Yasaman Hamdi**, “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında 11. HD.’nin Kararı Üzerine Düşünceler”, GSÜHFM, Y. 2003, S. 2, s. 151 vd.; **Eyüboğlu Samiye**, “Tanınmış Marka”, FMR, Y. 2001, C. I, S. 2, s. 109 vd.; **Yalçın**, s. 238.

Türk Hukuku'nda ise, kural, Kararname ile sağlanan marka korumasının tescil yoluyla elde edilmesidir (KHK. m. 6). Anılan hükmün mefhumu muhalifi, marka hakkının tescilden önce doğmuş olabileceği, ancak tescil edilmedikçe Kararname kapsamında korunmayacağıdır. Tescilsiz bir marka hakkı haksız rekabete ilişkin genel hükümler (TK. m. 56 vd.) çerçevesinde korunacaktır. Zira, KHK. m. 6 hükmüne göre, tescille elde edilen, marka hakkı değil, Kararname'nin sağladığı marka korumasıdır. Öyleyse, Hukukumuzda marka hakkı iki yolla doğabilir: birincisi, bir işareti ayırt edici nitelik kazandıracak sıklıkta kullanarak; ikincisi, sadece tescil ettirerek. Diğer bir deyişle, Türk Marka Hukuku'nda, bir işareti ayırt edici nitelik kazandıracak sıklıkta kullanarak veya sadece tescil ettirerek, bu işareti seçen lehine marka hakkı doğabilir. Nitekim, Kararname'nin tescilsiz marka hakkı sahibine tanıdığı haklar (KHK. m. 7/son, 8/f.III-a ve 42/f.I-b), marka üzerindeki hakkın kullanma yoluyla da doğabileceğine işaret etmektedir⁴¹.

2- Marka Hakkı Üzerindeki Rehin Hakkının Hukukî Niteliği

Her rehin hakkı gibi marka üzerindeki rehin hakkı da, sahibine, rehinle temin edilen alacak tahsil edilmediği zaman rehin konusu markanın paraya çevrilmesi suretiyle elde edilecek bedelden bu alacağını öncelikle alma yetkisi bahşetmektedir⁴². Ancak eşya üzerindeki rehin hakkının bir sınırlı aynî hak çeşidi olduğu tartışmasız kabul edildiği hâlde, hak rehninin, dolayısıyla marka rehninin hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Gerek karşılaştırmalı gerek Türk Hukuk doktrinindeki görüşler ana hatlarıyla değerlendirilirse, temelde hak rehnin iki farklı şekilde nitelendirildiği tespit edilmektedir. Gerçekten kimi yazarlar hak rehninin aynî hak olduğunu, kimileri aynî hak olmadığını düşünmektedir.

⁴¹ **Poroy/Yasaman**, s. 356, 357; **Yasaman**, s. 181 vd.; **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 34, 35; **Arkan**, s. 53,54, 124, 129; **Arkan**, s. 198-200. Tescilin kurucu ve tescil edilmemiş markanın marka değil de "işaret veya simge" olduğu yönünde bkz. **Tekinalp Ü.**, s. 359, 360. Kararname'de kullanma ilkesinin terk edilip tescil ilkesinin benimsendiği, fakat buna bazı istisnalar getirildiği yönünde bkz. **Erdem**, s. 30; **Erdem B. Bahadır**, Fikrî Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul, 2003, s. 38. Marka hakkının doğması için tescilin şart olduğu; tescilden önce işareti kullanmakta olan kişilerin muntazar hak sahibi olduğu yönünde bkz. **Öztrak**, s. 3.

⁴² **Oğuzman/Barlas**, s. 101; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 776, 798; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 348, 361; **Saymen/Elbir**, s. 623, 688; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 703, 1091, 1128; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 1-3; **Cansel**, s. 10, 11; **Zevkliler Aydın**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004, s. 411.

Aynî hak olduğunu düşünenler, hak rehnine, rehin penceresinden bakmakta ve rehin verilen hakkın rehin müessesinin hukukî kimliği içinde eridiğini ileri sürmektedir. Karşıt görüştekiler ise, hak rehnine, rehin verilen hakkın penceresinden bakmakta ve hak rehninin rehin verilen hakla eş nitelikte olduğunu savunmaktadırlar⁴³. Bu son görüş, kulaklarımızı şu soruyu fısıldamaktadır: Marka hakkı aynî hak olarak vasıflandırılmadığına göre, marka üzerinde kurulan rehin hakkı nasıl aynî hak olarak vasıflandırılabilir?

Bilindiği gibi, Fransız Hukuku'nda kanunun belirlediği bazı gayri maddî haklar, açık hükümle menkul sayılmaktadır (CC. art. 527, 529). Aynı şekilde, gayri maddî hakların rehni (*nantissement de meubles incorporels*) de, açık hükümle sınırlı aynî hak sayılmaktadır (CC. art. 2329). Bu kabule uygun olarak, hak rehlinde menkul rehni hükümlerine atıf yapılmıştır (CC. art. 2355/5).

⁴³ Müsterek hukuk doktrininde, hak rehni alacak rehni üzerinden tartışılmıştır. Öncelikle, alacak rehni ile eşya rehni arasında sadece amaçta benzerlik bulunduğu, alacak rehninin en çok alacağın temlikine yaklaştığı ifade edilmiştir; von Tuhr, n. 98; **Sirmen**, s. 6'dan naklen. Öyle ki, kıymetli evraka bağlanmamış alacaklar üzerindeki rehlin, ne aynî, ne mutlak hak olduğu, bunlara eşya hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı da ileri sürülmüştür; Kleyling, s. 53; Piotet, s. 539 vd.; **Sirmen**, s. 7'den naklen. Bunun gibi, hak üzerinde kurulan rehlin, etkisi sınırlanmış mutlak hak olduğu fikri de savunulmuştur; Zobl, ST. N. 153; **Sirmen**, s. 9'dan naklen; **Foex**, s. 190, not. 87'den naklen. Yine, haktan doğan yetkiler rehin hakkının hukukî kalıbı içerisinde eridiği için, rehin hakkının nispi bir hak üzerinde kurulsa da mutlak etki göstereceği de ileri sürülmüştür; Westermann, No. 136 I; **Göksoy Y. Can**, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kavramı ve Hukukî Niteliği; Ankara, 2001, s. 66'dan naklen. Kanunun sistemini esas alan bir başka görüşe göre ise, alacak üzerinde kurulan rehin hakkı, sınırlı aynî haktır; Oftinger/Baer, Art. 899, N. 5-6; **Göksoy**, s. 65, 66'dan naklen. Rehinli hakkın, yetkili makamlar tarafından değil de, bizzat rehinli alacaklı tarafından paraya çevrilebilmesi durumunda hak rehninin bir aynî hak bahsettiği de ifade olunmuştur; Rougin, p. 904 vd. Nr. 1146; **Cansel**, s. 11, not. 19'dan naklen. Diğer taraftan, "haklar üzerindeki rehin hakkının hukukî niteliğinin, rehin konusu hakkın hukukî niteliğine bağlı olduğu, ancak bu durumun haklar üzerindeki rehin hakkının hukukî niteliğini etkilemediği; söz konusu aynî karakterin, rehin hakkının hak ya da alacağın her sahibine karşı ileri sürülebilmesi ve rehinli alacaklının diğer alacaklılara karşı önceliğe sahip olması özelliklerinde ortaya çıktığı" görüşü de ileri sürülmüştür; Wolf/Raiser, No. 175 I; **Göksoy**, s. 65, 66'dan naklen. Diğer bir görüş uyarınca, alacak üzerinde kurulan rehin hakkının alacağın her sahibine karşı ileri sürülebilmesi, rehin hakkının üzerinde kurulduğu hakka bağlı olmayıp, her hâlde aynî karakterli olduğunu ortaya koymaktadır; Baur, s. 609; **Göksoy**, s. 66'dan naklen. Son olarak hak üzerinde rehin hakkının bir aynî hak olduğu, çünkü rehinli alacaklının rehin konusu üzerinde doğrudan doğruya haklara sahip olduğu ve bunların sözleşmesel haklar gibi sınırlı olmadığı ileri sürülmüştür; Schwab, s. 314; **Göksoy**, s. 66'dan naklen.

Türk Hukukunda ilk olarak, "Medenî Kanun'da menkul rehni sadece mülkiyet hakkı bakımından menkul telakki edilen şeylere inhisar ettirilmediği, bilâkis bilcümle mal ve haklara teşmil ettirildiği için, hak rehninin bir menkul rehni türü olduğu" sonucuna varılmıştır; **Saymen/Elbir**, s. 684, 758. Ardından, hak üzerinde tesis edilen rehlin rehinle kayıtlanan hakla eş nitelikte olduğu ifade edilmiştir; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 765, 799; **Ergüne**, s. 35. Ayrıca, hak rehninin bir tür eksik alacak temliki olduğu, dış aynılık bulunduğu ve fakat iç aynılık bulunmadığı da belirtilmiştir; **Serozan**, s. 285; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 362. Bunlara ek olarak hak rehninin, sahibinin diğer alacaklılar karşısında öncelikli olmasını sağlayan bir mutlak hak olduğu ileri sürülmüştür; **Köprülü Bülent/Kaneti Selim**, Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul, 1982, s. 536.

Buna karşılık, alacak rehninin sınırlı aynî hakların bir nev'i olduğu da ifade edilmiştir; **Jourdain**, s. 486-488; **Bergel/Bruschi/Cimamonti**, s. 238; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 29.

Nihayet, bu tartışmanın pratik bir sonucu olmadığı belirtilmiştir; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1127, dn. 1; **Cansel**, s. 11.

Bu atıf, Türk Hukuku'ndaki (MK. m. 954/f.II) gibi yalnızca uygulama kolaylığı sağlayan bir atıf değildir. Çünkü söz konusu hükümde, hak rehninin, aykırı bir özel hüküm olmaması kaydıyla menkul rehni hükümlerine tâbi olduğu (*soumis aux règles prévues pour le gage de meubles corporels*) ifade edilmektedir. Gerçekten Fransız Medenî Kanunu'nun hak rehnine ilişkin hükümleri 23 Mart 2006 tarihinde yenilenmiştir⁴⁴. Ancak bu düzenlemeden önce de Fransız doktrininde, gayri maddî haklar üzerindeki rehin hakkının aynî hak olduğu savunulmaktaydı⁴⁵. Topluluk Hukuku'nda da, markanın rehin verilebileceği veya başka bir aynî hakka konu edilebileceği belirtilmiştir (Règ. art. 19). Gerçekten ilgili hükmün başlığı bile, aynî haklar (*droits réels*) şeklindedir. Oysa, Hukukumuzdaki durum henüz çok farklıdır.

Hak rehninin Hukukumuzdaki yerini tespit ederken, Türk Medenî Kanunu'nun sistematigiinden yola çıkmak en doğrusudur. Çünkü aynî haklar sınırlı sayı prensibinin (*principe du numerus clausus*)⁴⁶ hâkimiyetindedir. Kısaca, herhangi bir kanunî dayanak olmaksızın aynî hak ihdas edilmesi mümkün değildir. Hak rehni müessesesi, Medeni Kanun'umuzun “Sınırlı aynî haklar” kısmının “Taşınır rehni” bölümü içinde ve fakat ayrıca “Alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin” başlığı altında düzenlenmiştir. MK. m. 954/f.II hükmündeki atıf da, hak rehninin menkul rehnine benzeyen, ancak ayrı bir rehin türü olduğuna işaret etmektedir. Kaldı ki, hak rehninin sınırlı aynî haklar kısmında yer almasının nedeni, eşya rehni ile hak rehni arasındaki amaç benzerliğinden ibarettir. Bu amaç benzerliğinden yararlanarak uygulama kolaylığı sağlanmaktadır. Yoksa Fransız Hukuku'nda olduğu gibi, bazı gayri maddî hakların menkul addedilmesi söz konusu değildir.

Gerçekten, hak rehni ile eşya rehninin ortak özelliği, her ikisinin de rehin müessesesinin çatısı altında yer almasıdır. Ancak her iki rehin türünün konularındaki farklılık, bunları birbirinden ayırt etmemizi sağlamaktadır. Zaten eşya rehninde “rehinli şey” eşya olduğu içindir ki, bu rehin türü bir sınırlı aynî hak olarak

⁴⁴ Yeni hükümler, Fransız Medenî Kanunu'na, 2006-346 sayılı ve 23 Mart 2006 tarihli düzenleme, 24 Mart 2006 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanarak eklenmiştir (*inséré par Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 art. 9-14 Journal Officiel du 24 mars 2006*).

⁴⁵ Jourdain, s. 486-488, 511-513, 520; Bergel/Bruschi/Cimamonti, s. 238.

⁴⁶ Aynî haklardaki sınırlı sayı (tipe bağlılık) prensibi için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 98; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 22, 23; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 24, 41, 144, 392; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 6, 7, 696, 705; Saymen/Elbir, s. 20, 30, 259, 520, 667; Serozan, s. 58, 59; Cansel, s. 10; Foex, s. 118.

nitelendirilmektedir. Zira her mutlak hak aynî hak değildir, sadece “ayın” üzerinde kurulan mutlak haklar aynî haktır. Eşya ve sınırlı aynî hak arasındaki sıkı bağdan ötürü, hak rehninin hukukî vasfı da rehinle kayıtlanmış hakkın hukukî vasfına göre tâyin edilmelidir. Bu sebeptendir ki, kanaatimizce de, hak üzerinde rehin hakkı sahibi olan kişi, rehinle kayıtlanmış hakla eş nitelikte bir hakka sahiptir.

Demek ki, hak rehninin aynî karakter arz edip etmediği, üzerinde rehin kurulan “şey”in kaderine bağlı olarak belirlenir. Dolayısıyla, marka rehninin hukukî mâhiyetini tayin ederken, yegâne rehberimiz marka hakkıdır. Yukarıda marka hakkının mutlak hak olduğu, aynî hak olmadığı açıklanmıştır. Hiç şüphesiz ki, marka üzerindeki rehin hakkı, sadece belirli bir kişiye, yani rehin verene ileri sürülebilen bir nispi hak değildir. Ancak marka hakkı bir aynî hak olmadığı için, bunun üzerindeki rehin hakkı da aynî hak değildir.

Her ne kadar marka üzerindeki rehin hakkı aynî hak olmasa da, mutlaklığı ile aynî hakları andırmaktadır. Zira, marka rehni, hem herkese karşı ileri sürmeye hem de doğrudan doğruya hâkimiyet kurmaya elverişli bir hak üzerinde kurulmaktadır. Üstelik, halefiyet koruması⁴⁷ uyarınca, rehin hakkı sahibi, rehin hakkını, rehin verenden bağımsız bir şekilde markayı daha sonra iktisap edenlere karşı ileri sürülebilmektedir (MK. m. 946). Diğer bir deyişle, yeni malik, rehinle temin edilen alacak tahsil edilmediği zaman markasının paraya çevrilmesine karşı çıkamamaktadır. Buna ek olarak, rehin hakkı sahibinin rehin hakkı, rehinli marka üzerindeki bir kişisel haktan, meselâ lisans hakkından ve sıra bakımından sonra gelen bir mutlak haktan, meselâ art rehin hakkından üstündür. Kaldı ki, alacak üzerindeki rehin hakkının aksine marka üzerindeki rehin hakkı, iflâs masasına bir alacak hakkı olarak kaydedilmez veya hacze iştirak etmez. Aksine, öncelikli olarak haczi yapan alacaklıya veya iflâs masasına karşı ileri sürülebilir⁴⁸. Demek ki, hem ihlâli söz konusu olan herkese karşı ileri sürebilen, hem de doğrudan doğruya hâkimiyet kurmaya elverişli olan, hem de iflâs masasının aktif kısmına kaydedilebilen marka rehni, bir mutlak haktır. Nitekim, alacak rehninin aksine, marka rehni, bir mutlak hak üzerinde tesis edilmektedir. Madem ki, hak rehninin hukukî niteliği rehinle

⁴⁷ Halefiyet koruması kavramı için bkz. **Yasaman/Altay**, s. 703; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 732, 769; **Serozan**, s. 18-20. Halefiyet ilkesi (*principe de subrogation*) için bkz. **Foex**, s. 121.

⁴⁸ Bu konuda bkz. not. 32. Ayrıca bkz. **Üstündağ**, İflâs Hukuku, s. 66, 67.

kayıtlanan hakla eşdir; marka rehninin hukukî niteliği de rehinle kayıtlanan mutlak hakla eşdir.

B- MARKA REHNİ SÖZLEŞMESİ

1- Konusu ve Kuruluşu

a- Marka rehninin konusu

Marka üzerinde rehin tesis etmenin amacı, markanın paraya çevrilmesi neticesinde elde edilecek para ile bir alacağı temin etmektir. Söz konusu amaca yönelik tanımdan anlaşılacağı üzere, marka rehnini kuran hukukî işlemin konusu iki temel unsurdan oluşmaktadır. Terazinin bir kefesinde rehinle temin edilen alacak, diğer kefesinde rehinli marka bulunmaktadır.

Hemen belirtmek gereklidir ki, Türk Rehin Hukuku'ndaki belirlilik ilkesi icabı marka rehninin her iki cephesi de belirli olmalıdır. Fransız Hukuku'nda belirlilik ilkesi açık hükümle düzenlenmiştir. Şöyle ki, rehinle temin edilen alacak (*créance garantie*) ve rehin verilen alacak (*créance nantie*) veya hak (*meuble incorporel nanti*) sözleşmede belirli kılınır (CC. art. 2356/2). Eğer rehinle kayıtlanan hak veya rehinle temin edilen alacak, beklenen bir hak ise, bunun ferdileştirilmesi (*individualisation*) gereklidir (CC. art. 2336, 2356/3). Ancak taşınmaz rehninden farklı olarak marka rehninde, temin edilen alacağın ne miktar ne de nitelik olarak tayin edilmesi zorunludur, belirlenebilir olması yeterlidir⁴⁹. Yine müstakbel bir alacağın, yani geciktirici şarta veya vâdeye bağlı bir alacağın marka ile temin edilmesi mümkündür⁵⁰.

⁴⁹ **Sirmen**, s. 18; **Ergüne**, s. 193; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1093; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 348, 349; **Serozan**, s. 277. Taşınır ve hak rehninde temin edilen alacağın rehin sözleşmesinde kâfi derecede (BK. m. 2) belirtilmiş olmasının yeterli olduğuna dair (Dudan, s. 133; **Saymen/Elbir**, s. 645'ten naklen). Aynı yönde bkz. **Foex**, s. 214, 226 vd. Alacağın miktarının, paraya çevrilme anında bilinmesinin kâfi olduğuna dair bkz. **Cansel**, s. 22; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 773.

⁵⁰ Marka rehni, hakkın doğumuna ilişkin geçerlilik şartlarına uyulmasıyla doğar. Ancak rehin hakkı sahibi, markayı paraya çevirme yetkisini geciktirici şartın gerçekleşmesi veya vadenin dolmasıyla elde eder; **Köprülü/Kaneti**, s. 470. Aslında “kanun koyucu taşınmaz rehninde, geciktirici şarta veya vâdeye bağlı alacakların ipotek hakkı ile teminat altına alınabileceğini açıkça düzenlemiş (MK. m. 881/f.I) olmasına rağmen, taşınır ve hak rehni bakımından bu tarzda bir hüküm getirmemiştir. Bununla birlikte doktrin anılan hükmün taşınır rehninde de uygulanabileceğini kabul etmektedir” (**Ergüne**, s. 110'dan naklen; ayrıca bkz. not. 44 ve s. 191). Aynı yönde bkz. **Göksoy**, s. 375. İleride vücut bulacak alacağın istikbalde doğacağına dair şimdiden yeter derecede emare bulunması kâfidir; **Cansel**, s. 22, 80, 81; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1102-1103. “Bu hâlde taşınır rehninin şekli bir mevcudiyeti vardır. Rehnin sırası, rehnin kurulması tarihine göre belirlenir; alacağın doğum tarihi bu hususta bir rol oynamaz”; Haffter, s. 21, BGE 51 II 277 (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.

Ancak her ne kadar taraflar sadece ana alacağı belirli veya belirlenebilir hâle getirmiş olsa da, marka rehninin rehinle temin edilen alacak bakımından kapsamı sadece ana alacaktan ibaret değildir⁵¹. Marka rehni, ana alacak yanı sıra, takip masrafları ile akdî faizi ve “gecikme” faizini⁵² de temin etmektedir (MK. m. 946/II). Fransız Hukuku’nda da, rehin hakkı, sadece ana alacağı değil, bununla ilgili faiz ve sair masrafları (*intérêts et frais*) da temin etmektedir (CC. art. 2339).

Rehin yükünden ziyade, marka rehninin konusu bakımından asıl önemli nokta, marka sahibinin kullandığı işaretin değil, markadan doğan hakkın rehinle kayıtlıdır⁵³. Hukukumuzda, marka hakkının doğumunda tek yol tescil olmadığı için, hem tescilli olan hem de tescilli olmayan marka hakkı üzerinde rehin kurulabilir (MK. m. 954 vd.; CC. art. 2355 vd.). Çünkü tescilli olmayan marka hakkı da, tescilli marka hakkı gibi, bağımsız, bireyselleştirilmiş, devredilmesi ve parayla değerlendirilmesi mümkün bir haktır.

Buna karşılık, Fransız Hukuku’nda ve Topluluk Hukuku’nda, yalnızca tescilli bir marka üzerinde rehin kurulabilir. Çünkü, yukarıda açıklandığı üzere⁵⁴, anılan hukuk sistemlerinde, marka hakkı sadece tescille elde edilmektedir. Tescilli olmayan bir işaret ayırt edici niteliğe sahip olsa bile, marka sayılmamakta; sadece markaya benzer bir şekilde korunmaktadır (CPI. art. L712/1; Règ. art. 6). Diğer bir deyişle, marka üzerinde rehin kurulması, öncelikle, marka hakkının tescille kazanılmış olmasına bağlıdır (CPI. art. L714-1, Règ. art. 23).

769’den naklen). Böylece, sıkı fer’ilik ilkesinin, taşınır rehninde yara aldığına dair bkz. **Hatemi/Serozan /Arpacı**, s. 350.

⁵¹ **Yasaman/Altay**, s. 706; **Sirmen**, s. 17-20, 27-31, 69-72; **Oğuzman/Seliçi**, s. 775; **Ergüne**, s. 171-184, 192-194; **Göksoy**, s. 228. **Cansel**, s. 155-158. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 11005, 1106; **Saymen/Elbir**, s. 647; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 357.

⁵² Türk Medenî Kanunu’nda “gecikme faizi” terimi tercih edilmiştir. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu’nda “temerrüt faizi” terimi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda “direnim faizi” terimi kullanılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda temerrüt yerine “direnim” teriminin benimsenmesi hakkında bkz. **Yavuz Cevdet**, “Genel hükümlere 30 madde eklendi”, HPD, Ağustos 2005, S. 4, Türkiye’de Hukuk Reformu Toplantıları 3, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli, s. 66-68, s.67; **Öz Turgut**, s. 74-76, s. 74. Her direnmenin temerrüt teşkil etmediği yönünde bkz. **Kuntalp Erden/Barlas Nami/Ayanoğlu Ahu/İşintan Çavuşoğlu Pelin/İpek Mehtap/Yaşar Mert/Koç Sedef**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, BKT. m. 122 vd., s. 73. Ayrıca bkz. **Yavuz Cevdet**, Borçlar Kanunu –Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Ve Gerekeşi, Karşılaştırmalı Liste İle Birlikte, İstanbul, 2005, s. 122 vd.

⁵³ Berat vesikasının değil, berattan doğan hakkın rehin konusu olduğuna dair bkz. **Ayiter Nuşin**, İhtira Hukuku, Ankara, 1968, s. 104, 105.

⁵⁴ Bkz. I/A/1, “Marka Hakkının Hukukî Niteliği”.

Türk ve Fransız Marka Hukuklarında, tescilli markaların kısmen rehin verilmesi mümkündür (KHK. m. 16/f.I; CPI. art. L714-1). Markaların tescili esnasında, bunların kullanılabileceği mal ve hizmet sınıfları⁵⁵ tayin edilir (KHK. m. 24; Yön. m. 11; CPI. art. L712-2). Meselâ, bir işaret aynı tescil numarası altında hem gıda sektöründe hem de tekstil sektöründe kullanılmak üzere tescil edilebilir. Şu hâlde, kural olarak, tescilin kapsamına giren mal veya hizmet sınıflarından sadece biri veya bir kaç ile sınırlı olarak tescilli bir marka üzerinde rehin tesis edilebilir. Kaldı ki, markanın temsil ettiği mal ve hizmetlerin bir kısmının devrine cevaz veren Kararname hükmü (KHK. m. 16/f.I) markanın kısmen terhin edilebileceğine ilişkin görüşümüzü desteklemektedir⁵⁶.

Diğer taraftan, marka üzerindeki bütün tasarruf ihtimallerinde olduğu gibi kısmî tasarruf ihtimallerinde de, KHK. m. 16/f.IV ve V hükümleri dikkate alınmalıdır⁵⁷. Şöyle ki, tescilli bir markanın devri sırasında “aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin de bulunması hâlinde, bu markaların da devredilmesi şarttır” (KHK. m. 16/f.V). Aksi takdirde, söz konusu kısmî devir işlemi, Enstitü tarafından yapılmaz (KHK. m. 16/f.IV). Anılan hükümlerin marka rehninde de uygulama alanı bulacağı açıktır (MK. m. 955/f.III). Kaldı ki, rehnin paraya çevrilmesi ve sonuçta markanın yine üçüncü kişilere devredilmesi kuvvetle muhtemel olduğundan, devirde olduğu gibi rehinde de, sadece

⁵⁵ Mal ve hizmet sınıfları için bkz. **Yasaman/Altay**, s. 767 vd.; **Tekinalp Ü.**, s. 357; **Arkan**, s. 60.

⁵⁶ Diğer taraftan, Eski Yönetmelik’ten farklı olarak Yeni Yönetmelik’te “marka tescil başvurusunun bölünmesi” meselesi düzenlenmektedir (Yön. m. 15). Buna göre, “marka tescil başvurusu ... iki veya daha fazla sayıda başvuruya bölünebilir. Tescilli markaların bölünmesi mümkün değildir. ... Bölünmüş başvuruların tekrar birleştirilmeleri mümkün değildir”. Demek ki, artık aynı işaret, farklı başvuru numaraları altında, değişik hizmet sınıflarına inhisar ettirilebilecektir.

Bu hüküm, Yönetmelik’in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Enstitü’ye yapılacak tescil başvurularının bölünmesini düzenlemektedir. Diğer bir deyişle, bu hüküm, tescilli bir markanın hukukî işlemlere konu edilirken bölünmesini değil, marka tescil başvurularının bölünmesini açıklayan bir düzen hükmüdür. Dolayısıyla söz konusu Yönetmelik hükmü, markanın kısmen devri ve rehni ile ilgili değildir. Bu konular birbirinden bağımsızdır.

Bu bağımsızlığı örneklerle açıklamak faydalı olacaktır. Meselâ “özlem” işaretinin tescil başvurusu esnasında başvuru sahibi bu işareti ikiye bölsün. Enstitü de bölünme talebini Yön. m. 15 hükmüne uygun bularak kabul etsin. Sonuç olarak, 12345 numaralı “özlem” markası sadece 6 ve 12 inci sınıfları kapsarken, 67890 numaralı “özlem” markası sadece 18 ve 24 üncü sınıfları kapsasın. İşte Yön. m. 15 hükmü, henüz tescil edilmemiş “özlem” markasının iki ayrı numara altında bölünmesine yönelik başvuruyu düzenlemektedir. Öyle ki, “özlem” markası bir kere tescil edildikten sonra, artık tekrar ayrı tescil numaralarına bölünemeyecektir. Buna karşılık, tescilden sonra, 12345 numaralı “özlem” markası bütünüyle devir veya terhin edilebileceği gibi, sadece 6 numaralı sınıfla sınırlı olarak da devir veya terhin edilebilir. Aynı şekilde, 67890 numaralı “özlem” markası da bütünüyle veya sadece 24 üncü sınıfla sınırlı olarak devir veya terhin edilebilir (KHK. m. 16).

⁵⁷ **Pekdiğer**, s. 165, 168; **Arkan**, s. 178; **Yasaman/Altay**, s. 682, 683.

biraz daha gecikmeli olarak, bağımlı markaların halkı yanılgıya düşürecek şekilde kullanılması tehlikesi ile karşılaşılmaktadır.

Anılan hükümlerde sanki tasarruf edilmek istenen “asıl” marka”ya ayrılmaz bir şekilde bağlı olan “bağımlı markalar” tayin edilmiştir. Asıl marka üzerinde tasarruf edilince, “bağımlı markalar” üzerinde de kanun icabı (*ipso iure*) tasarruf edilmiş olmaktadır. Çünkü, kanımızca, burada, Rehin Hukukuna ait olan bölünmezlik ilkesi (*principe de l’accession*)⁵⁸ devreye girmektedir. Nasıl ki, bir menkulun aslından ayrılamayan bütünleyici parçaları bağımsız olarak devir ve terhin edilemezse (MK. m. 947/f.I, keza MK. m. 854; CC. art. 2359, 2365/1); aynı şekilde, bir markaya KHK. m. 16/f.V hükmü anlamında bağımlı olan markalar da asıl markadan bağımsız olarak devir ve terhin edilemez⁵⁹.

Şu hâlde, *asıl* marka üzerinde tasarruf edilince kanun icabı *bağımlı* markalar üzerinde de gerçekleşen tasarrufun ayrıca mahkeme kararına bağlanmasına gerek yoktur. Diğer bir deyişle, mahkemeden kurucu yenilik doğuran karar alınmasına gerek yoktur. İhtilâf hâlinde, yalnızca, devir veya rehin tasarrufuna dahil olduğu iddia edilen markaların KHK. m. 16/f.V hükmü anlamında *asıl* markaya bağımlı oldukları hususunun tespiti istenebilir⁶⁰.

Ancak, devir veya rehin sözleşmesinin tarafları menfaatlerine uygun şekilde tespit veya menfî tespit davası açmasalar bile, aslında kanun icabı *bağımlı* markaları da kapsayan ve fakat lafzen eksik olan devir veya rehin sözleşmesi, geçerlidir. Çünkü, her ne kadar Enstitü eksik devir veya rehin işlemini marka siciline tescil etmekten imtina etse de, devir ve rehinin tescili kurucu olmadığından, bu durum söz konusu

⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 773-775; Serozan, s. 280; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1166, 1167; Cansel, s. 24; Foex, s. 121; Terre/Simler, s. 161.

⁵⁹ Türk Medenî Kanunu’nun hak rehnine ilişkin hükümlerinde, rehinli hakkın fer’ilerinin de hak rehni tabağına dahil olduğu hakkında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa ki, Fransız Medenî Kanunu’nun alacak rehnine ilişkin hükümlerinde bu konuda açık hüküm bulunmaktadır. Buna göre, “taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, alacak rehni alacağın fer’ilerini (*accessoires*) de kapsar” (CC. art. 2359). Ve, rehin hakkı sahibinin paraya çevirme yetkisi, sadece rehinli alacağı değil, bunun yanı sıra rehinli alacağa bağlı olan bütün hakları da kapsar (CC. art. 2365/1).

⁶⁰ Kurucu yenilik doğuran karar gerektiği yönünde bkz. Arkan, s. 180; Poroy/Yasaman, s. 440. Diğer bir görüş uyarınca, asıl markaya ilişkin devir sözleşmesi, bağımlı markaları kapsamadığından kesin hükümsüzdür. Çünkü KHK. m. 16/f.IV hükmü emredicidir; Pekdincer, s. 169 vd. Diğer bir görüş uyarınca, asıl marka devredilince bağımlı markaların devri için ayrıca kurucu yenilik doğuran karara gerek yoktur. Devir alan, bağımlı markaların da kendisine devredilmesini Enstitü’den talep edebilir; Yalçın, s. 233, 234.

hukukî işlemin geçerliliğine etki etmez⁶¹. Fakat *asıl* marka üzerinde rehin kuran sözleşmede *bağımlı* markalar açıkça dışlanmışsa (hariç tutulmuşsa), söz konusu rehin sözleşmesi kesin hükümsüzdür.

Topluluk Hukuku'nda ise, markanın kısmen rehin verilmesi mümkün değildir⁶². Buna karşılık, topluluk markası tescil talebi üzerinde rehin kurulması mümkündür. Nitekim, Tüzük'te, topluluk markası talebinin, aynen bir topluluk markası gibi, mülkiyet konusu edilebileceği ve rehin verilebileceği ifade olunmaktadır (Règ. art. 24). Anılan hükmün başlığı “mülkiyet konusu olarak topluluk markası talebi; *demande de marque communautaire comme objet de propriété*” şeklindedir. Bu hükümde “16 ilâ 23 üncü hükümler topluluk markası talebine de uygulanır.” denildiği için, topluluk markası talebinin de Règ. art. 19 hükmü uyarınca rehin verilebileceği kabul edilmelidir. Oysa, Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu'nda, sadece, marka tescil talebinden vazgeçilebileceği belirtilmiş (CPI. art. L714-2); tescil talebi (*demande d'enregistrement*) üzerinde tasarruf edilebileceğine dair bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Türk Hukuku'nda ise marka tescil talebi üzerinde rehin kurulabilir. Çünkü marka tescil talebinden, tescil başvurusunun kesinleşmesi üzerine, Enstitü'ye karşı, tescilin yapılmasına yönelik bir talep hakkı doğmaktadır. Ancak bu talep hakkı, mutlak veya nispi red nedenlerinin tescili talep edilen markada bulunmaması bozucu şartına bağlıdır. Görüldüğü gibi, markanın tescili için yapılan başvurunun kesinleşmesi ile marka tescil talebi üzerinde ferdileştirilmiş bir hak doğmaktadır. İşte ekonomik değeri olan hakkın, gerek devredilmesi gerek rehnedilmesi mümkündür⁶³.

Bu bakış açımız, Kararname'de yer alan “devir, lisans, intikal, haciz, rehin ... ile ilgili hukukî işlemler marka başvurularına da uygulanır” hükmünün belirsizliğini de

⁶¹ Çünkü, KHK. m. 16/f.IV'teki “TPE'nün devri yapmayacağı” ibaresinin anlamı, devrin taraflardan birinin talep etmesine rağmen, tescil edilmeyeceğidir”; **Tekinalp Ü.**, s. 431. İşte bu cümleden yola çıkarak yukarıdaki sonuca varılmıştır.

⁶² Nitekim “Topluluk Markası Hakkındaki 40/94 sayılı Tüzüğün Uygulama Yöntemlerini Gösteren 2868/95 sayılı Tüzük, 1041/2005 sayılı Tüzük ile değiştirilmiştir (Règ. n° 1041/2005 art. 21). Değişiklikten önce markanın tescil edildiği mal ve hizmet sınıflarından bir kısmı ile sınırlı olarak devredilmesi mümkün olduğu ve bunu düzenleyen hükme rehin konusunda atıf yapıldığı için, markanın belirli mal ve hizmetleri kapsayacak kadarıyla kısmen rehin verilmesi mümkündür (Règ. n° 2868/95 art. 33/1'de art. 31/1-c'ye atıf vardı). Değişiklik uyarınca artık, topluluk markası üzerinde kısmî rehin kurulamayacağı kesinleşmiştir (Règ. n° 1041/2005 art. 21/a, art. 31/1-a).

⁶³ Bu konuda bkz. **Arkan**, s. 67, 68, 178; **Yasaman/Altay**, s. 755. Beklenen ihtira beratı hakkının devredilebileceğine dair bkz. **Hirş**, s. 120, 121.

gidermektedir (KHK. m. 22). Kaldı ki, Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kararname'nin Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te⁶⁴, marka başvurusu üzerinde rehin tesis edilmesi kabul edilmiştir (Yön. m. 23). Eski Yönetmelik'te de, marka müracaatlarının devrinden bahsedilmekteydi (Eski Yön. m. 22/f.I). Fakat Eski Yönetmelik'ten farklı olarak Yeni Yönetmelik'te, "marka tescil başvurusunun haczi veya rehni, marka başvuru işlemlerinin yürütülmesi için istenen belgelerin süresi içerisinde gönderilmemesi sebebi ile marka başvurusunun işlemde kalkmasına engel olmaz" denilmektedir (Yön. m. 23/f.II).

Şu hâlde, rehin tasarrufunun konusu, henüz bir marka değil, tescil başvurusu kesinleşen bir markaya yönelik beklenen haktır. Kısaca, Enstitü marka tescil talebini kabul ve tescil edinceye kadar, ortada bir marka rehni değil, marka tescil talebi rehni bulunmaktadır. Şayet marka tescil talebi kabul edilirse, marka hakkı rehinle kayıtlı olarak doğar. Çünkü söz konusu marka hakkı, marka tescil talebinden doğan hakkın kaim değeridir. Kısaca, marka tescil talebi üzerindeki rehin hakkı, tescil talebinin yerine geçen markaya da sirayet eder. Şayet marka tescil talebi kabul edilmezse, marka tescil talebi üzerindeki rehin, rehinle temin edilen alacaktan bağımsız bir şekilde⁶⁵, rehin verene yüklenemeyen imkânsızlıktan sona erer (BK. m. 117). Ancak marka başvurusu, tescil için gerekli olan belgelerin Enstitü'ye sunulmaması nedeniyle işlemde kaldırılırsa, "marka tescil talebi rehni sözleşmesi" sona ermez; başvuru sahibi rehin veren sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olur (BK. m. 96; Yön. m. 23/f.II).

Buna karşılık, tescilli olmayan marka hakkının aslen iktisabında ferdileştirilmiş bir beklenen hak olduğu ileri sürülemez. Çünkü tescilli olmayan bir marka hakkı ya kullanılmakla çoktan elde edilmiştir; ya da henüz bunun doğup doğmayacağı şüphelidir, yani muhtemeldir. Bunun gibi, tescilli olmayan marka hakkının kısmen rehin verilmesi de mümkün değildir. Çünkü, alacak haklarının aksine⁶⁶, tescilli olmayan marka hakkı kaynağı aynı olan ayrı haklara bölünemez. Tescilli olmayan marka hakkı, âdeti "1" rakamı gibidir; bir tek kendisine bölünebilir. Nitekim Fransız

⁶⁴ RG. 9.4.2005-25781. Bu Yönetmelik ile, "Markaların Korunması Hakkında 556 Sayılı Kararname'nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik ()" yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶⁵ Bkz. I/C/2/b, "Marka rehninin doğrudan sona ermesi".

⁶⁶ **Erdoğan İhsan**, "Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri", Jale G. Akipek'e Armağan, Konya, 1991, s. 489, 490.

Medenî Kanunu'nda da, sadece bölünebilir alacakların kısmî rehne konu edilebileceği ifade edilmektedir (CC. art. 2358/2).

Diğer taraftan, marka hakkı sadece bir bölge ile sınırlı olarak devredilemez⁶⁷. Fransız Marka Hukuku'nda, marka devrinin, belirli bir bölgeye inhisar ettirilmesi açık hükümle yasaklanmıştır (CPI. art. L714-1/1). Türk Marka Hukuku'nda ise, bölgesel devri veya rehni yasaklayan açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Buna rağmen, kanımızca, markanın bir bölge ile sınırlı olarak devredilmesi veya rehnedilmesi mümkün değildir. “Bölgesel sınırlı devir” veya benzeri bir ibare sözleşmede kullanılmış olsa da, bu sözleşme gerçek bir devir sözleşmesi olmaz. Hatta, marka hakkı, kısmen bile, devredilmiş olmaz. Böyle bir sözleşme aynı etkiler doğurmaz, ancak şahsî etkiler doğurur. Sadece karşı tarafa, sözleşmenin konusuna göre, o bölge ile sınırlı ya bir lisans ya da bir çeşit imtiyaz tanınmış sayılır. Çünkü marka hakkının bölünebilirliği sadece tahsis edildiği mal ve hizmet sınıfları ile sınırlıdır. Marka hakkının bölge ile sınırlandırılması, marka hakkının bölgelere bölünebilmesi anlamına gelmez; kullanım yetkisinin bölge ile sınırlandırılması anlamına gelir.

Nihayet, ister marka hakkı ister marka tescil talebi rehin verilsin, bunlar, rehin veren ve rehin alan tarafından rehin sözleşmesinde belirlenlenmeli ve ferdileştirilmelidir. Tescilli bir markanın belirlenmesi için, bu markanın tescil numarasının rehin sözleşmesine yazılması zorunlu ve yeterlidir. Çünkü, Türkiye’de tescilli bir markanın tescil numarası, bu markanın diğer markalardan ayırt edilmesini sağlar. Buna karşılık marka yurt dışında tescilli ise, bu markanın rehin sözleşmesinde belirli hâle getirilmesi, sadece tescil numarası ile değil, buna ek olarak tescil edildiği ülke sicili ile de anılmasına bağlıdır. Gerçekten Yönetmelik’te de “rehne konu markanın tescil numarası ile marka adının yer aldığı rehin sözleşmesi” ifadesi kullanılmıştır (Yön. m. 22/f.II-b). Her halü kârda, markanın tecessüm ettiği işaret, tescil tarihi, markanın sahibinin kimliği ve tâbiyeti, markanın çeşidi ve hangi emtia sınıfları için tescil edildiği, varsa yenileme tarihi hususlarının da rehin sözleşmesinde açıklığa kavuşturulması faydalı olacaktır. Fakat tescilli olmayan bir markanın yeterince belirli

⁶⁷ Szalewski, s. 54.

kılınması için, bu markanın sözcüğü veya işareti yanı sıra, diğer bütün ayırt edici özellikleri ile rehin sözleşmesine yazılması faydalı değil, zorunludur.

b- Marka Rehninin Kuruluşu (Rehin Sözleşmesi)

ba- Rehin sözleşmesinin hukukî niteliği

Marka rehninden kaynaklanan ilişkinin doğumu, öncelikle iki tarafın irade beyanlarının teminat amacıyla örtüşmesine bağlıdır. İşte bu hukukî işlem, teminat amacına yönelik sözleşmelerden⁶⁸ biri olan “rehin sözleşmesi” kılığına bürünecektir. Nitekim Fransız Medenî Kanunu’nun alacak rehni hükümlerinde, alacak rehninin, sözleşmesel veya yargısal yolla kurulabileceği hükme bağlanmıştır (CC. art. 2355/2).

Ancak karşımıza çıkan ihtilâfların çözümünde hangi hükümlerden yararlanılabileceği, oldukça çetrefilli bir sorundur. Çünkü marka rehni konusu Türk Hukuku’nda ayrıntılı hükümlerle düzenlenmiş değildir. Bunun gibi marka rehni, Fransız Hukuku ve Topluluk Hukuku’nda da ayrıntılı düzenlenmiş değildir.

Fransız Hukuku’nda konuyu düzenleyen iki hüküm bulunmaktadır: “Markaya bağlı haklar, bunları yöneten veya yönettiren şirketten bağımsız olarak kısmen veya topluca devredilebilir” (CPI. art. L714-1/1); “ Markaya bağlı haklar, kısmen veya topluca, inhisarî veya inhisarî olmayan bir lisans sözleşmesine, aynı şekilde bir rehin sözleşmesine konu edilebilir” (CPI. art. L714-1/2). Topluluk Hukuku’nda ise, konuyu düzenleyen bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, topluluk markası tâbi olduğu işletmeden bağımsız bir şekilde rehin verilebileceği gibi başka bir aynî hakka da konu edilebilir (Règ. art. 19/1).

Türk Hukuku’na gelince, rehin konusu hak marka hakkı olunca, marka rehni konusundaki ihtilâfların çözümünde, 556 sayılı Kararname’ye ve bu Kararname’nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik’e başvurmak kaçınılmazdır. Ne var ki, söz konusu Kararname ve Yönetmelik hükümleri marka rehninden doğan hukukî ilişkileri aydınlatmaktan uzaktır.

⁶⁸ Teminat amacına yönelik sözleşmeler için bkz. **Yavuz Cevdet**, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 2004, İstanbul, s. 7; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 58; **Aral Fahrettin**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2000, s. 47. Teminat amacı için bkz. **Zevkililer**, s. 48; **Saymen/Elbir**, s. 519; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 949, 1195.

Gerçekten şekil konusu hariç, sadece, “Tescilli bir marka işletmeden bağımsız olarak teminat gösterilebilir” (KHK. m. 18) hükmüyle genel bir çerçeve çizilmiş; “Rehin hakkı bakımından Medenî Kanun’un rehin hakkına ilişkin hükümleri uygulanır” (KHK. m. 15) hükmüyle Medenî Kanun’a atıf yapılmıştır.

Doğal olarak, Medenî Kanun’un “Alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin” kısmındaki hükümleri, şayet tescilli bir markanın rehni söz konusu ise Kararname’deki atfa da uygun olarak⁶⁹, hem tescilli hem tescilli olmayan marka hakkının rehninde doğrudan uygulama alanı bulmaktadır.

Her ne kadar marka rehni sözleşmesinin özü, kısaca esaslı unsurları, Medenî Kanun’un hak rehnine ilişkin hükümlerinde düzenleniyor olsa da, bu kısım marka rehin sözleşmesinden kaynaklanan bütün ihtilâflara cevap vermekte yetersizdir⁷⁰.

Hemen belirtmek gereklidir ki, gerek Türk gerek Fransız Hukuklarında tescil edilmiş veya tescil edilmemiş olsun marka üzerinde tesis edilen rehine, aksine bir hüküm bulunmadıkça ve marka hakkının bünyesine uygun düştüğü ölçüde “Teslime bağlı

⁶⁹ Bu noktada, söz konusu atıf olmasaydı da, tabî ki Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümleri ile Medenî Kanun’un, bilhassa hak rehnine ilişkin hükümlerinin marka rehnine uygun düştükleri ölçüde uygulanacağını belirtmeliyiz (MK. m. 1, 5). Öyleyse bu atıf, tabiri caizse kurucu değil, açıklayıcıdır. Kanun koyucu, âdeta, marka rehnini, marka mevzuatı kapsamında düzenlemekten kaçınmak yönündeki tercihini bildirmektedir.

⁷⁰ Anlaşılabacağı üzere, marka rehni sözleşmesinin kural olarak, tipik bir sözleşme olduğu düşünülmektedir. Çünkü, tipik sözleşmelerin Borçlar Kanunu’nun özel hükümlerinde düzenlenmiş olması zorunlu değildir (Borçlar Kanunu’ndan başka kanunlarda düzenlenen sözleşmelerin de tipik sözleşme olduğu yönünde bkz. **Yavuz**, Borçlar Özel, s. 9, 10). Bir sözleşme, bütün esaslı unsurlarını kapsayacak şekilde, her hangi bir kanunda düzenlenmişse ortada bir tipik sözleşme vardır. Marka rehni sözleşmesinin esaslı unsurları üç tanedir; rehinle kayıtlanan marka, rehinle temin edilen alacak ve o markanın o alacak için rehin verilmekte olduğuna dair anlaşma. Nitekim, Medenî Kanun’umuzda, hem sözleşmenin esaslı unsurlarına hem de hak rehninin hükümlerine ilişkin çoğunlukla emredici nitelikte düzenlemeler getirilmiştir. Taşınır rehni sözleşmesinin atipik bir sözleşme olduğu yönünde bkz. **Ergüne**, s. 117. Menkul rehni sözleşmesi hakkında Kanun’da sadece mırıltılar (*contrat balbutié*) bulunduğu; Kanun’daki yetersiz düzenlemeler nedeniyle bu sözleşmenin isimli sözleşme (*contrat nommé*) değil, isimsiz sözleşme (*contrat innommé*) olduğu yönünde bkz. Engel, s. 129; **Foex**, s. 70’ten naklen. Menkul rehni sözleşmesinin, Borçlar Kanunu’nun özel hükümlerinde yer almamakla beraber, borç doğuran diğer âkitlerden farklı olmadığına dair bkz. **Cansel**, s. 45, 48. “Örneğin, hak rehninin geçerlilik şeklini, art marka rehni tesisi için ön sıradaki rehinli alacaklıya yazılı ihbarname gönderilmesini, rehinli alacaklının rehin konusu markaya malik olamayacağını (*lex commissoria yasağını*) düzenleyen hükümleri emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu hükümlere aykırı olacak şekilde marka rehni sözleşmesine konulan kayıtlar, BK. m. 20/f.II uyarınca emredici hükümlere aykırılık sebebiyle batıl sayılacaktır (kısmî butlan). Eğer bu kayıtlar olmaksızın tarafların marka rehni sözleşmesi hiç yapmayacakları anlaşılıyorsa; bir başka deyişle, marka rehni sözleşmesini bu kayıtlar olmaksızın ayakta tutmak tarafların farazî iradelerine uygun düşmüyorsa rehin sözleşmesinin tamamı bätül kabul edilir”; **Ergüne**, s. 117 ve not. 67. Foex, menkul rehni sözleşmesini borçlandırıcı işlem kabul ettiği için esaslı unsurları da farklı tayin etmiştir. Ona göre, üçüncü esaslı unsur, rehin kurma borcundan ibarettir; **Foex**, s. 179 vd.

rehin” (MK. m. 939 vd.; CC. art. 2333 vd.) hükümleri uygulanabilir (KHK. m. 15; MK. m. 954/f.II; CC. art. 2355/5).

Hak rehninde, “hakların rehninde hakların devrine ilişkin kurallardan yararlanmak” ilkesi geçerlidir. Nitekim, “hakların rehninde, yazılı rehin sözleşmesi ile birlikte, bu hakların devri için öngörülen şekle uyulması gerekir” (MK. m. 955/f.III) hükmü de, anılan ilkenin Medenî Kanun’umuza yansımasıdır. Gerçekten bu ilke doktrinde de kabul görmektedir⁷¹.

İşte “hakların rehninde hakların devrine ilişkin kurallardan yararlanmak” ilkesine uygun olarak, yukarıda anılan hükümlerden arda kalan boşluklar, marka hakkının bünyesine uygun düştüğü ölçüde, “marka devri” ve alacağın temliki” (KHK. m. 15 vd.; BK. m. 162 vd.) hükümlerinden yararlanılarak doldurulacaktır⁷².

⁷¹ Alacağın temliki hükümlerinden yararlanılabileceği yönünde bkz. **Tekinalp Ü.**, s. 431; **Göksoy**, s. 75 vd; Zobl, M. 900, N. 14; Oftinger/Baer, M. 899, N. 6 (**Göksoy**, s. 69 ve 75’ten naklen). Aynı yönde açıklamalar için bkz. Petits Codes Dalloz, Code Civil, 84. Baskı, Paris, 1984-1985, s. 1187, not. 3. Alacak rehlinin, “bir tür eksik alacak temliki olduğu” yönünde bkz. **Serozan**, s. 285; **Sirmen**, s. 74 vd.

⁷² Hemen çözülmesi gereken bir sorun bulunmaktadır. Söz konusu ilkeye ve alacağın temlikine ilişkin hükümlere ne oranda başvurulabileceği tespit edilmelidir. Gerek mukayeseli gerek Türk Hukuk doktrininde, alacağın temlikindeki alacağın varlığını tekeffül borcuna (BK. m. 169) kıyasen, rehin verenin rehin verdiği alacağın varlığını ve değerini tekeffül ettiği savunulmaktadır; Oftinger/Baer, M. 891, N. 12 (**Sirmen**, s. 74’ten naklen); **Sirmen**, s. 74-77; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 38.

Yukarıda, marka üzerindeki rehin hakkının hukukî niteliği, aynî hak değil de, mutlak hak olarak tespit edilirken, MK. m. 955/son hükmü ve mevzu bahis temel ilkemize de uygun olarak, aslında marka rehlinin alacağın temlikine yaklaştığı görüşü de benimsenmiş olmaktadır (Bkz. I/A/2, “Marka Üzerindeki Rehin Hakkının Hukukî Niteliği”). Ancak bu demek değildir ki, alacağın temlikini düzenleyen bütün hükümler marka rehninde de uygulansın. Çünkü her ne kadar “hakkın devrine ilişkin hükümlerin hakkın intifa veya rehin gibi haklarla kayıtlanması hâlinde de kıyasen uygulanması” ilkesi temelde kabul edilse de, söz konusu kıyaslamanın elbette ki bir sınırı vardır. İşte bu sınır, mevzu bahis konuda Kanun’da özel bir hüküm bulunmaması ve kıyas yoluyla yararlanılan hükmün işin niteliğine ve menfaatler dengesine uygun düşmesidir. Gerçekten, meselâ, Kanun’da alacağın temlikinde de bulunan bildirim külfeti (BK. m. 165) rehin verilen alacağın borçlusunu için ayrıca özel hükümle düzenlenmiştir (MK. m. 961/f.II,III; CC. art. 2362). Dolayısıyla alacağın temlikindeki BK. m. 165 hükmünden yararlanılamaz. Alacağın temliki hükümlerine, yalnızca taşınır ve hak rehnine ilişkin Kanun hükümleri arasında o soruna ilişkin özel bir hüküm bulunmaması ve kıyasen yararlanılmak istenilen alacağın temlikindeki hükmün marka hakkının bünyesine uygun düşmesi kayıtlarıyla başvurulmalıdır.

Nitekim, marka sahibine, markanın varlığını veya markayı tekeffül şeklinde bir borç yüklemeye ihtiyaç olmadığı; zaten bunu karşılayan başka bir temel ilke yanı sıra özel bir hükmün de bulunduğu düşünülmektedir. Gerçekten, hak rehni sözleşmesinde rehin verilen hakkın mevcut veya en azından beklenen (müstakbel) bir hak olması zorunluluğu, Rehin Hukukuna hâkim olan belirlilik ilkesi icabıdır ve rehlin geçerliliği ile ilgilidir. Rehin veren böyle bir marka olmadığı hâlde varmış gibi davranarak rehin sözleşmesi akdetmişse, marka rehni belirlilik ilkesine aykırılıktan geçersizdir. Ancak marka rehni sözleşmesi borçlandırıcı yüzüyle ayakta durmaktadır (Bkz. I/1/bb, “Rehin sözleşmesinin geçerlilik şartları”. Alacağın temlikinde de, BK. m. 169’un BK. m. 20’nin istisnası olduğu, dolayısıyla borçlandırıcı işlemin ayakta olduğu -objektif imkansızlık teorisi- yönünde bak. **Engin**, s. 80-84). Diğer bir deyişle, mağdur durumdaki rehin alan, marka rehni kurma borcuna aykırılıktan genel hükümler uyarınca tazminat isteyebilir (BK. m. 96 vd.). Şayet marka sahibi mevcut markası hakkında gerçek dışı bir itibar uyandırmışsa, rehin hakkı sahibinin *culpa in contrahendo* veya hata hükümlerine

Yine, Türk Medenî Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin genel nitelikli hükümlerinden⁷³, hak rehninin bünyesine uygun düştüğü ölçüde yararlanılabilir (MK. m. 850-880). Bunlara ek olarak, Türk Medenî Kanunu'nun başlangıç (MK. m. 1-7) hükümleri, meselâ ehliyet meselesinde, somut olayın ihtiyaçları göz önünde tutulmak kaydıyla uygulama alanı bulacaktır (MK. m. 1, 5). Öyle ki, rehin sözleşmesinin borç doğuran bir sözleşme olması itibarıyla, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri de kıyasen uygulama alanı bulmaktadır (BK. m. 544). Ayrıca, MK. m. 2 hükmünde ifadesini bulan dürüstlük kuralının da, her hak üzerinde olduğu gibi, burada da etkisi bulunmaktadır⁷⁴. Görüldüğü gibi, marka rehninde karşımıza çıkacak ihtilâflar âdeta bir kanunlar yumağından yararlanılarak çözülecektir.

Diğer taraftan, diğer fikrî sınâî hak rehinlerinde olduğu gibi, marka üzerindeki rehin hakkı da, eşya rehninin aksine, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi olmak üzere iki safhanın tatbik edilmesiyle kurulmamaktadır. Aslında fikrî sınâî haklar üzerinde aynı

başvurması mümkündür. Şu hâlde, rehin verenin, sözleşmeye ekleyeceği kayıtlarla, rehin konusu markanın sözleşmenin akdedildiği andaki durumunu netleştirmesi yararlı olacaktır. Meselâ, tescilli bir markanın rehninde, “rehin alan marka sicilini incelemiş ve rehin işlemi bu kayıtlara göre yapılmıştır” şeklinde bir kayıt marka rehni sözleşmesine konulursa, rehin verenin sorumluluğu sınırlandırılmış olur (Bu kayda ilişkin görüş için bkz. **Arkan**, s. 179).

Diğer taraftan BK. m. 169/f.I'de ifadesini bulan tekeffül borcu, alacağın temlikten sonraki durumu ile ilgili olmayıp, alacağın temlik anındaki mevcudiyetine ilişkindir. Zira “alacağın varlığına ilişkin garanti, alacağın doğmuş olduğunu veya ileride doğma imkânı bulunduğunu ve alacağın sona ermiş olmadığını kapsar. Eski alacaklının yeni alacaklıya bir alacağı temlik ettikten sonra bu alacağın ortadan kalkmasına veya azalmasına sebep olması durumları, garanti yükümlülüğü ile, dolayısıyla BK. m. 169/f.I hükmüyle ilgisizdir. Böyle durumlarda, temlik eden, temlik işleminin temelini oluşturan (temlik taahhüdünü içeren) sözleşmenin hükmünü icra etmesine engel olmuş sayılır ve BK. m. 96 uyarınca sorumlu tutulmalıdır” (**Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut**, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2000, s. 921, 922. Sadece son iki cümle için bkz. **Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut**, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2005, s. 950. Alacağın temlikindeki garanti yükümlülüğünün kapsamını aynı şekilde tanımlayanlar için bkz. **Reisoğlu Safa**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s. 410; **Tekinay/Burcuoğlu/Altop**, s. 261; **Engin**, s. 91 vd.). Alacağın temlikindeki garanti borcunun, alacağın temlik anındaki varlığına münhasır olduğu (*garantir l'existence au temps du transport*) Fransız Medenî Kanunu'nda açık hükümle düzenlenmiştir (CC. art. 1693).

Gerçekten, rehin verilen markanın teminat fonksiyonuna hâle gelmemesi, markanın hiç olmazsa rehin sözleşmesinin kurulduğu andaki değerini korumasına bağlıdır. Ancak marka rehninin hukukî amacından kaynaklanan bu ihtiyaç, kanunî dayanak olmaksızın, rehinli hakkın değerini tekeffül borcu şeklinde adlandırılmamalı, BK. m. 169/f.I hükmünün içeriğini genişletmek suretiyle alacağın varlığını tekeffül borcu ile geçiştirilmemelidir. Aslında hak rehninde, hakkın varlığını tekeffül borcuna gerek olmadığı gibi, hakkın değerini tekeffül borcuna da gerek yoktur. Çünkü rehinli markanın sonradan değer kaybetmesine yol açan ve rehin verenin kusuruna dayanan hukukî vakıalar zaten Kanun'da özel bir hükümle düzenlenen “hakkı özenle yönetme” borcuna aykırılık teşkil eder. Şöyle ki, eğer marka sahibi rehin sözleşmesinin inikadından sonra markanın değer kaybetmesine neden olmuşsa, kanunî yükümlülüklerinden birine, özenli yönetim borcuna aykırı davranmış olur (MK. m. 961/f.I). Bütün bunlara ek olarak, tabî ki, ayrıca, markanın değerinin arttırılacağı taahhüt edilebilir. Söz konusu taahhüde aykırılık durumunda da BK. m. 96 vd. hükümleri uygulama alanı bulur.

⁷³ Doktrinde, menkul rehni bahsinde geçen bu çözüm yolu, doğal olarak hak rehninde de geçerlidir. **Saymen/Elbir**, s. 621, 622; **Serozan**, s. 270; **Köprülü/Kaneti**, s. 454; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 768; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1091, 1092; **Cansel**, s. 16-19; **Sirmen**, s. 5; **Göksoy**, s. 74.

⁷⁴ **Ergüne**, s. 118; **Sirmen**, s. 73; **Foex**, s. 122 vd..

etki doğuran bütün işlemlerde, bu hakların doğaları gereği, Roma-Germen Hukukundaki ikili sistem şaşılacak şekilde ve istisnâ olarak ortadan kalkmaktadır. Kısaca, marka rehni sözleşmesinde, klasik ikili sistemden ziyade, **işlemden birlik ilkesi (tek işlem ilkesi)** geçerlidir. Zaten, marka hakkı üzerinde rehin kurulması vaadi ile sınırlı kalan bir borçlandırıcı işlemde ne Medenî Kanun’da ne de Kararname’de bahsedilmiştir. Nitekim, MK. m. 955 ve KHK. m. 15 hükümlerinde düzenlenen sözleşme, hem teslimle bağlı taşınır rehinindeki borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemine, hem de hakların teslimi mümkün olmadığından⁷⁵ aynî sözleşmeye karşılık gelen bir “tek işlem”dir⁷⁶.

Bu sebeple, marka rehni sözleşmesi, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin unsurlarını aynı anda kaynaştıran çift karakterli bir “tek işlem”den ibarettir. Diğer bir deyişle, rehin sözleşmesi, ne salt borçlandırıcı işlem, ne de salt tasarruf işlemidir⁷⁷. Aynî etkili sözleşmenin hukukî sebebini teşkil eden klasik anlamdaki borçlandırıcı işlemin, bağımsız bir hukukî işlem çatısı altında yapılması, fıkri sınaî haklarda pek nadir bir olasılıktır. Meselâ, rehin verenin marka üzerinde tasarruf yetkisi elde etmek

⁷⁵ Dolayısıyla marka rehni sözleşmesi bir *real* sözleşme değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ergüne**, s. 118; **Akyazan Sıtkı**, Menkul Rehninde Teslim Koşulu ve Ayrıcalıkları”, BATİDER, C. 9, Ankara, 1979, s. 326-327; **Eren**, s. 200; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 55.

⁷⁶ Anılan hükümlerde düzenlenen sözleşmelerin teslimi meşrut rehinindeki aynî sözleşmeye karşılık geldiği hakkında bkz. **Ergüne**, s. 38, 39, not. 97; **Sirmen**, s. 41; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 800.

⁷⁷ Gerçekten “hukukî muamelelerin borçlandırıcı ve tasarruf muameleleri şeklinde bir ayrıma tâbi tutulması, bir muamelenin mutlak olarak ya borçlandırıcı, ya da tasarruf muamelesi olmasını gerektirmez. Zira, öyle muameleler vardır ki; bunlar bünyelerinde hem borçlandırıcı muamelenin, hem de tasarruf muamelesinin unsurlarını toplamış bulunmaktadır. Meselâ kurtarıcı borç üstlenme, borcun değiştirilmesi akdi ve sulhta durum böyledir”; **Eren**, 1985, C. I, s. 207. Aynı cümleler için bak. **Eren**, s. 164, 165.

Yayın sözleşmesinin, borçlanma ve tasarruf sözleşmelerini aynı anda kaynaştırıp bütünleştirdiği hakkında bkz. **Ayiter Nuşin**, Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, Ankara, 1972, s. 223 vd. “Yayın sözleşmesi, borçlanma ve tasarruf sözleşmelerini kaynaştırıp bütünleştirerek aynı anda gerçekleştirir”; **Serozan Rona**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, s. 145.

Yine, elden yapılan işlemlerin arkasında yatan borçlandırıcı işlemin bir farazîyeden başka bir şey olmadığı hakkında bkz. Gauch/Schlupe, N. 265 vd. (**Kocayusufpaşaoğlu Necip**, Borçlar Hukuku Dersleri, I. Fasikül, 2. Baskı, İstanbul, 1985, s. 156’dan naklen).

Buna karşılık, borçlandırıcı ve tasarruf işlem ayrımının hak rehninde de yapılması gerektiği; Medenî Kanun’da borç doğurucu sözleşmenin düzenlenmediği, tasarruf işleminin düzenlendiği yönünde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 800, not. 183; **Ergüne**, s. 38, 51; **Foex**, s. 49-53; **Yasaman/Altay**, s. 702; **Arkan**, s. 180, 204. Lisans sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olarak karşımıza çıkabileceği gibi, bir borçlandırıcı işlem olarak da karşımıza çıkabileceği yönünde bkz. **Özel Ç.**, s. 100. Yine, hak ve alacak üzerinde rehin kurma borcu doğuran işlem ve tasarruf işlem ayrımı yapılması gerektiği, bunlardan ilkinin şekle tâbi olmadığı yönünde bkz. **Köprülü/Kaneti**, s. 538. Bunun gibi, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemlerinin birleştiği ve fakat bu birleşmenin borçlandırıcı işlemin bağımsız varlığına etkili olmadığı yönünde bkz. **Ergüne**, s. 59 (taşınır rehni açısından); **Ergüne**, not. 6’daki yazarlar (taşınmaz alım-satım sözleşmesi açısından); **Sirmen**, s. 41, 42, 73 (alacak rehni açısından). Alacak rehinindeki tasarruf işleminin, adi yazılı şekil şartına tâbi kılındığı, söz konusu yazılı rehin sözleşmesinin “aynî sonuç” doğurduğu, yani rehlin kurulmasını sağladığı yönünde bkz. **Saymen/Elbir**, s. 764-765; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1203, 1204.

için zamana ihtiyacı olabilir. Hatta markanın temsil ettiği mallardaki satış grafiğinin istikrarı gibi ticarî kaygılarla marka sahibi rehin neticesinde oluşacak itibar kaybını mümkün olduğunca geciktirmek isteyebilir.

Ancak, marka rehnini konu edinen her hangi bir işlemde birlik ilkesi ancak tarafların açık iradesiyle bertaraf edilebilir. Çünkü ana kural işlemde birlik ilkesi ise, şüphe hâlinde bu kural uygulanır. Böylece ana kuraldan sapmak için zımnî irade beyanı yeterli sayılmamalıdır. Meselâ, “*işbu sözleşme ile marka rehninin henüz kurulmadığı veya sadece marka rehni kurma borcunun yüklenildiği*” benzeri bir ibare kullanılarak söz konusu sözleşmeden sadece marka rehni kurma borcunun doğması sağlanabilir. Hiç böyle bir ibare kullanılmaksızının, marka rehni kurma borcu (marka rehni değil) şarta veya vadeye bağlanırsa da, söz konusu sözleşme salt borçlandırıcı işlem olur.

Dikkat edilmelidir ki, birlik ilkesinin açık bir irade beyanı ile bertaraf edilmesi sonucunda gerçekleşen bu borçlandırıcı işlem, BK. m. 22 hükmü anlamında bir ön sözleşme olmadığından rehin sözleşmesinin geçerlilik şekline tâbi değildir. Hatta, böyle bir sözleşme, ileride kurulacağı vaat edilen marka rehni sözleşmesinin bütün esaslı unsurlarını bünyesinde barındırsa ve hatta asıl sözleşmenin yazılılık sıhhat şartına uysa bile, ön sözleşme olarak nitelendirilmemelidir. Çünkü, her hâlde ileride yapılacak sözleşme yine bir “tek işlem” olacağından, muhakkak tasarruflı hükümler doğuracaktır⁷⁸.

İşlemde birlik kuralımıza geri dönecek olursak, marka rehni sözleşmesini bir madalyona benzetip, bunun iki yüzü olduğu söyleyebiliriz⁷⁹. Madalyonun bir yüzü, doğrudan doğruya marka rehni sözleşmesinden kaynaklanan ve sadece sözleşmesel borç (*obligation contractuelle*) veya borçlardan oluşan rızâî borç ilişkisidir. Şöyle ki, karşı edimi olsun veya olmasın sözleşmesel borç ilişkisinin temel konusu, marka üzerinde rehin kurulması şeklinde ifade ettiğimiz anî edimden ibarettir. Prensip

⁷⁸ Önsözleşme kavramı için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 142 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu Necip**, Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959, s. 163 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 101-103.

⁷⁹ Geniş anlamda sözleşme kavramından iki sonuç doğduğu, bunlardan birinin bağlayıcı, diğerinin kurucu sonuç olduğu hakkında bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 153, 154; **Eren**, 1985, C. I, s. 233, 234; **Eren**, s. 187, 188. Gerçekten, bu bakış açısı çalışmamıza bir güneş gibi doğmaktadır. Çünkü geniş anlamıyla marka rehni sözleşmesinden, birincisi sadece rehin vereni ve rehin alanı bağlayıcı nitelikte, ikincisi, marka üzerindeki rehin hakkını kurucu nitelikte iki sonuç doğmaktadır. Marka üzerindeki rehin kurulur kurulmaz da, marka sahibi ve rehin hakkı sahibi ve üçüncü kişiler üçgenini düzenleyen kanun hükümleri devreye girmektedir.

olarak rehin sözleşmesinden doğan sözleşmesel borç ilişkisi tek tarafa borç yüklemektedir⁸⁰. Fakat, rehin alanın rehin kurma borcuna karşılık gelen başka bir borç altına girmesi, meselâ rehin vereni kefaletten kurtarmayı yüklenmesi mümkündür. Bu durumda söz konusu borç ilişkisi tam iki tarafa borç yükler⁸¹.

Madalyonun diğer yüzü ise, doğrudan doğruya Kanun'dan kaynaklanan ve sadece kanunî borçlar (*obligation legale*)⁸² içeren kanunî borç ilişkisidir. Zira, rehin hakkının doğmasıyla, marka sahibi ile rehin hakkı sahibi arasında, marka rehni sözleşmesinden bağımsız olarak, Kanun gereği (*ipsu iure*), irade serbestisinin pek işlemediği kanunî bir ilişki meydana gelmektedir⁸³. Şöyle ki, hak rehninin hükümlerini düzenleyen madde metinlerinde (MK. m. 960, 961), “rehneden” yerine “pay sahibi” ve “asıl alacaklı” öznelerinin kullanılmış olması tesadüf değildir. Payı kim rehin vermiş olursa olsun, oy hakkı pay sahibindedir (MK. m. 960). Yine alacağı kim rehin vermiş olursa olsun, rehin hakkı sahibinin muhatabı asıl alacaklıdır (MK. m. 961). Çünkü bu hükümlerde söz konusu olan, tesis edilen rehni sonuçlarının düzenlenmesidir (*il s'agit de régler une conséquence de la constitution du gage*); yoksa sözleşmesel borç ilişkisinin değil⁸⁴.

Diğer taraftan, marka sahibi ile rehin hakkı sahibi arasındaki bu yasal borç ilişkisi, rehin hakkı kurulduğu andan itibaren rehin hakkı sona erinceye kadar, yani marka rehni hükümlerini doğurduğu müddetçe devam etmektedir. Hatta, marka devredilse veya rehin hakkı temlik edilse bile, halîhazırdaki marka sahibi devraldığı marka ile halîhazırdaki rehin hakkı sahibine teminat sağlamaya devam etmek durumundadır. Böylece zaman içine yayılan söz konusu çerçeve davranış yükümünden, aralıksız

⁸⁰ Menkul rehniindeki borçlandırıcı işlem için aynı yönde **Ergüne**, s. 118-119; **Foex**, s. 58 vd.

⁸¹ “Menkul rehniindeki borçlandırıcı işlemin taraflarından biri karşı edim üstlenirse, o zaman rehin sözleşmesi tam iki taraflı hâle gelebilir”; **Foex**, s. 59.

⁸² Borç kavramının sadece Kanun'da zikredilen üç nedenden kaynaklanmadığı; doğrudan doğruya kanundan kanunî borç (*obligation legale*) doğabileceği; kanunî borçların kitabında sayılanlarla sınırlı olmadığı yönünde bkz. **Tandoğan Halûk**, *Theorie Generale Des Obligations*, Geneve, 1972, s. 63, 64. Taşınır rehni bakımından aynı sayfaları alıntılararak aynı yönde bkz. **Foex**, s. 66.

⁸³ Kanunî borç ilişkisinin taraflarını rehin veren ve rehin alan yerine, marka sahibi ve rehin hakkı sahibi şeklinde adlandırmak bilinçli tercihimizdir. Çünkü birincisi, marka üzerinde rehin tesis eden kişi ve marka ile temin edilen alacağın borçlusu farklı kişiler olabilir. Bu gerçek Fransız Medenî Kanunu'nda açıkça ifade edilmiştir (CC. art. 2334). Rehni kuran kişi (*constituant*) ile, temin edilen alacağın borçlusunun (*débiteur*) aynı kişiler olması, Hukuk tekniği açısından önemli olmayıp, sadece bir tesadüften ibarettir; **Foex**, s. 49, 50, 146-148, 201, 202. İkincisi, rehni kuran kişi veya kurucu terimi de kanımızca yerinde değildir. Çünkü ileride görüleceği üzere (Bkz. I/B/2/baba, baba, “Marka üzerinde art rehin”, “İyiniyetin korunması”; ayrıca bkz. not. 46), rehinli marka üçüncü kişiye devredilse de, bu devir rehin hakkı sahibinin hakkına hâlel getirmez. Rehni hakkı sahibi, rehin hakkını, tarih itibarıyla sonra gelen marka sahiplerine karşı ileri sürebilir.

⁸⁴ Mehz Kanun'da öznesiz olan MK. m. 945 hükmünü örnek vererek aynı yönde bkz. **Foex**, s. 64, 65.

şekilde ifası gereken olumlu ve olumsuz edimler doğmaktadır. Marka sahibi, kural olarak rehinle temin edilen alacak ödeninceye kadar, hem markasının paraya çevrilmesi riskine katlanmak, hem de markasının mümkün mertebe rehin kurulduğu andaki değeriyle kalmasına özen göstermek durumundadır. Bu nedenlerle, doğrudan doğruya marka rehni sözleşmesinden kaynaklanan borç ilişkisi ani karakter arz ettiği hâlde, doğrudan doğruya Kanun'dan kaynaklanan marka rehni ilişkisi sürekli karakter arz etmektedir⁸⁵.

Nihayet, doğrudan doğruya sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisi, kural olarak, tek taraf borç yüklediği hâlde, yasal borç ilişkisi eksik iki tarafa borç yüklemektedir. Öncelikle, rehin hakkı sahibinin iade borcunun varlığı, kanımızca, rehin sözleşmesinin kefalet sözleşmesi gibi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak nitelendirilmesine⁸⁶ engel teşkil etmektedir. Ancak, rehin hakkı sahibinin iade borcu, marka sahibini özen borcu ile değişik tokuş edilen mahiyette değil, rehinle temin edilen alacağın sona ermesi olgusuna bağımlı mahiyettedir. Demek ki, doğrudan doğruya Kanun'dan kaynaklanan ve sürekli edimlerin ifasını gerektiren marka rehni ilişkisi, tam iki tarafa değil, eksik iki tarafa borç yüklemektedir⁸⁷.

⁸⁵ Doğrudan doğruya Kanun'dan kaynaklanan kanunî rehin ilişkisinin sürekli borç ilişkisi olarak adlandırılmasının tek nedeni, rehin hakkının sona ereceği zamanın belirsiz olması değildir. Gerçekten ileride görüleceği üzere (Bkz. I/B/2/b/ba/baa, "Rehinli markayı özenle yönetme borcu"; I/B/2/b/bb/bbb, "Rehinli markanın yok olmasına ve değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama borcu"), marka rehininin doğrudan doğruya Kanun'dan kaynaklanan hükümleri arasında yer alan, marka sahibinin markasını özenle yönetmesi ve rehin hakkı sahibinin markanın değer kaybetmesine veya yok olmasına kusuruyla sebep olmaması ve özensiz davranan marka sahibinin kusuruna ortak olmayarak onu özenli davranmaya teşvik etmesi ve zorlaması, zaman içinde bir süre devam eden olumlu ve olumsuz edimlerin ifasını zorunlu kılmaktadır. İşte bu durum, rehinden doğan kanuni borç ilişkisinin kefaletten farklıdır. Çünkü, kefaletteki süreklilik, ancak sözleşme hüküm ve sonuç doğurduğu sürece kefilin borcu ödemeye hazır beklemesinden, yani eylemsizliğinden kaynaklanır ki, kanımızca gerçek bir süreklilik değildir. Oysa ki, hak rehni organizması, her iki tarafın sürekli ve eylemli davranışları sayesinde yaşamını sürdürmektedir. Anılan her iki borç ilişkisinin ortak paydaları ise, istikrar ve güvendir. Nitekim, rehin hakkı sahibi, marka sahibine güvenmektedir; çünkü, ondan markasını paraya çevirme anına kadar en azından rehinle kayıtlı olduğu andaki değerde tutmasını beklemektedir. Foex de, rehin sözleşmesine iki tarafa borç yükleyen sözleşme demiş olsaydı, ona süreklilik karakterini de atfedebileceğini; ancak, tek tarafa borç yükleyen sözleşme dediği için bunun mümkün olmadığını dile getirmektedir; **Foex**, s. 73. Lisans sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi karakteri hakkında bkz. **Özel Ç.**, s. 128. Sürekli edim ve sürekli borç ilişkisi hakkında bkz. **Seliçi Özer**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977; **Serozan**, Dönme, s. 169-171 (ayrıca, kefillik sözleşmesinin sürekli sözleşme olabileceğine dair bkz. s. 174). **Oğuzman/Öz**, s. 10, 155, 247, 279, 450; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 10, 11; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 6, 35, 36; **Eren**, s. 99, 196. "Marka ile sorumluluk" meselesinin açıklığa kavuşması için "ile sorumluluk" kavramı hakkında bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 29; **Eren**, s. 80 vd.; **Kuntalp Erden**, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995, s. 266 vd.

⁸⁶ **Yavuz**, Borçlar Özel, s. 497.

⁸⁷ Menkul rehni akdini salt borçlandırıcı işlem kabul ederek aynı yönde **Cansel**, C. I, s. 47. Rehinli alacaklının borçlularının, rehin kurma borcunun karşılığı olmadığı yönünde bkz. **Foex**, s. 61. Gerçekten, rehin hakkı sahibinin "iade borcu aslî nitelikte bir karşı edim değildir"; **Eren**, 1985, C. I, s. 242; **Eren**,

İşte anılan iki borç ilişkisi marka rehni sözleşmesine “tek işlem” niteliği bahsetmektedir. Gerçekten ilk borç ilişkisi diğerinin içeriğini de somutlaştırmaktadır. Aslında, ancak marka rehninin hükümleri ayrıntılarıyla incelendiği vakit, marka rehni sözleşmesinin hukukî niteliği tam anlamıyla çözümlenmiş olur. Ne var ki öncelikle, başka önemli bir konunun, marka rehni sözleşmesinin geçerlilik şartlarının, özellikle de şekil konusunun açıklığa kavuşturulması gereklidir.

bb- Rehin sözleşmesinin geçerlilik şartları

Marka rehni sözleşmesi, sözleşmesel veya yasal, ama eninde sonunda borç doğuran bir sözleşme olduğu için, Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri, aksine bir özel hüküm bulunmaması ve marka rehninin bünyesine uygun düşmesi kaydıyla konumuz açısından uygulama alanı bulur. Bunun en önemli sonuçlarından biri, marka rehni sözleşmesinin de ehliyet eksikliği, BK. m. 11, 19 ve 20/f.I hükümlerine aykırılık veya muvazaa nedenleriyle hükümsüz sayılabilmektedir. Ancak, imkânsızlık, tasarruf yetkisi noksanlığı ve sıhhat şekline aykırılık ihtimalleri marka rehinde özelliğidir. Diğer bir önemli sonuç ise, marka rehni sözleşmesinin hata, hile, ikrah veya şartları varsa gabin nedenleriyle iptale maruz kalmasıdır. Fakat bu sonuncusu, marka rehninin sona ermesi başlığı altında incelenecektir⁸⁸.

Marka rehni sözleşmesinin sıhhatini etkileyebilecek imkânsızlık hâli, akdin yapıldığı anda mevcut olan objektif imkânsızlıktır. İşaret edelim ki, bu imkânsızlığın farkına sonradan varılması sonucu değiştirmez⁸⁹. Ancak tescilli markalar için öyle bir ihtimal vardır ki, bu ihtimalin başlangıçtaki imkânsızlık mı yoksa sonraki imkânsızlık mı teşkil ettiği tereddüt uyandırmaya müsaittir.

Eğer rehinli markanın mahkeme kararı ile hükümsüzlüğüne karar verilirse (KHK. m. 42, 45/son), her ne kadar mahkemenin bozucu yenilik doğuran kararı markanın geçmişe etkili olarak ortadan kalkması sonucunu doğursa da, kanımızca söz konusu durum başlangıçtaki hukukî imkânsızlığa uymamaktadır. Aslında, markanın

s. 195. Aynı yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 53, 54; **Oğuzman/Öz**, s. 264, 265. “Muhtemelen iki taraflı sözleşme” kavramı altında bkz. **Reisoğlu**, s. 46.

⁸⁸ Bkz. I/C/2/b/bc, “Marka rehninin iptali ve marka rehninden cayılması”.

⁸⁹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 985; **Oğuzman/Öz**, s. 308, 76, 227, 295; **Reisoğlu**, s. 116, 117.

hükümsüzlüğüne yol açan mutlak veya nispî red nedeni, markanın rehninden de önce, tescili sırasında mevcuttur. Ne var ki, Kararname’de, markanın hükümsüzlüğündeki geçmişe dönüklüğün, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce kurulmuş sözleşmeleri etkilemeyeceği hükme bağlanmıştır (KHK. m. 44/f.II-b). Şu hâlde, marka rehni sözleşmesi, başlangıçtaki objektif imkânsızlık nedeniyle hükümsüz değildir. Marka sahibi, yasal borç ilişkiden doğan kanunî borçlarından, sonraki objektif imkânsızlık nedeniyle, kurtulmuştur (BK. m. 117/f.I). Bununla birlikte, doğrudan doğruya sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisi ayaktadır. Fakat, rehin veren marka hakkının hükümsüzlük tehlikesi altında olduğunu bilerek ve karşı tarafa bunu söylemeden rehin sözleşmesi akdetmişse, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanılarak bu davranışı yüzünden rehin alanın uğradığı zararı tazminle yükümlü tutulur⁹⁰.

Yukarıda bahsedildiği üzere, marka rehni sözleşmesine hâkim olan işlemde birlik ilkesi icabı, söz konusu sözleşme tasarruf işlemi borçlandırıcı işlem ayrımına bünye itibarıyla uygun değildir. Bu nedenle, sözleşmesel borç ilişkisi, rehin kurulduğu anda meydana gelen kanunî borç ilişkisinin içeriğini somutlaştırdığı hâlde, biri diğerinin hukukî sebebini teşkil ediyor değildir.

Gerçekten, kanımızca, marka rehninin sebebe bağlı olup olmadığı sorusunun yanıtı, İsviçre-Türk Hukuk doktrinlerinde taşınır mülkiyetinin devri için ileri sürülen klasik görüşlerde bulunamaz⁹¹. Çünkü, prensip itibarıyla marka rehni kurma borcu, marka rehni sözleşmesinin potasında erimektedir.

Daha doğrusu, marka rehni kurma borcunun var olması ile yok olması kural olarak eşzamanlıdır; meğer ki, salt borçlandırıcı etki yaratan bir marka rehni sözleşmesi yapılsın⁹². Ortada öncül bir borçlandırıcı işlem bulunmadığı için, illîlik-mücerretlik konulu klasik tartışmalar marka rehni sözleşmesinin bünyesine aykırıdır. Zaten, tek

⁹⁰ *Culpa in contrahendo* hakkında bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 35, 54, 68-70, 78, 91, 92, 321 vd.; **Reisoğlu**, s. 297, 298; **Eren**, s. 1089-1091; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 975 vd.

⁹¹ Yazılı şekil şartına tâbi olan tasarruf işlemi, “ taraflar arasındaki, rehin hakkının kurulmasının hukukî nedeni (*causa*’sı) olan borç senedinden ayırmak gerekir”; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1203. Teslime bağlı taşınır rehninin sebepten soyut olduğu yönünde bkz. **Ergüne**, s. 123-124; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 779. Taşınır rehni sözleşmesinin İsviçre Hukuku’nda sebebe bağlı olduğu yönünde bkz. **Cansel**, s. 30, 31; **Foex**, s. 120. Marka devri sözleşmesinin illî olmadığı yönünde bkz. **Tekinalp Ü.**, s. 432. Bunlara karşılık, alacağın temlikinin illî olduğu yönünde bkz. **Eren**, s. 1181-1184.

⁹² Bkz. I/B/1/b/ba, “Rehin sözleşmesinin hukukî niteliği”.

işlem ilkesi, soyutluk veya sebebe bağıllık tartışmalarını bertaraf etmektedir. Zira, aynı çatı altında bulundukları üzere, sözleşmesel borç ilişkisinde bulunan geçersizlik nedeni, meselâ ayırt etme gücü eksikliği, işlemde birlik ilkesinin zorunlu sonucu olarak zaten rehni kuran tasarruf işlemine de sirayet eder. Elbette ki, her hukukî işlem gibi, marka rehni sözleşmesinin de mutlaka bir sebebi vardır. Ancak borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayrımı yapılamadığı için, marka rehninin gerçek sebebi, marka rehni kurma taahhüdünde değil, temin edilen alacağın doğduğu temel ilişkide gizlidir.

Görüldüğü gibi, hak rehninde sebebe bağıllık ilkesinin (*principe de causalité*)⁹³ yerini fer'ilik ilkesi (*principe d'accessorité*)⁹⁴ almaktadır. Diğer bir deyişle, marka rehni sözleşmesinin sebebinin rehinle temin edilen alacağı doğuran hukukî ilişkide gizli olması, sebebe bağıllık ilkesi ile açıklanamaz. Çünkü zaten, Rehin Hukukundaki başka bir ilke, fer'ilik ilkesi bu bağlantıyı kurmaktadır. Fer'ilik ilkesi gereğince, rehinle temin edilen alacak geçersizse marka rehni de geçersizdir. Hukuken geçerli bir alacak olmadığını, meselâ markanın bir kumar alacağını temin ettiğini ispatla, rehin veren yükümlüdür⁹⁵.

Her halü kârda marka rehni sözleşmesi, temel ilişkinin geçersizliği ispat edilene kadar geçerlidir. Ancak eğer ispat edilirse, paraya çevirmenin gerçekleşmiş olup

⁹³ Sebebe bağıllık ilkesi için, alacak rehni konusunda bkz. **Sirmen**, s. 49, 50. Anonim ortaklık payının rehni konusunda bkz. **Göksoy**, s. 85. Taşınır rehni konusunda bkz. **Ergüne**, s. 123-126; **Foex**, s. 120, 121; **Saymen/Elbir**, s. 634, s. 699, not. 50; **Serozan**, s. 272; **Cansel**, s. 29-31; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 779, 557; **Köprülü/Kaneti**, s. 480, 481; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 350; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1098, 1099. Taşınır devri konusunda bkz. **Serozan**, s. 200 vd.; **Cansel Erol**, “Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İllîliği Meselesi ve Aynî Sözleşme Kavramı”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara, 1970, s. 333 vd.; **Serozan Rona**, “Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde Aynî Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 400 vd.; **Öz Turgut**, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 27 Şubat 1989 tarihli Kararının Düşündürdükleri”, MHAD, No. 18, İstanbul, 1990, s. 105 vd.; **Sungurbey İsmet**, Medenî Kanun Ön Tasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi, İstanbul, 1972, s. 365 vd.; **Kocayusufoğlu**, s. 119,120; **Eren**, s. 166, 1181; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 49 vd. **Reisoğlu**, s. 47.

⁹⁴ Fer'ilik ilkesi için bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1167; **Cansel**, s. 26-28; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. s. 768, 769; **Serozan**, s. 271-273; **Foex**, s. 119, 120; **Sirmen**, s. 11 vd.

⁹⁵ Evlenme tellâllığından doğan bir alacağın marka ile temin edilmesi durumunda da aynı kural geçerlidir. Ancak ahlakî görevlerden doğan bir alacak veya zamanaşımına uğramış bir alacak marka ile temin edilmişse durum farklıdır. Çünkü her iki hâlde de alacak hukuken geçerli olup, sadece talep ve dava edilemez. Üstelik bir alacağın zamanaşımına uğraması ve ahlakî bir görevin borçlanması hukuk düzenince kınanan bir olay değildir. Kanımızca, anılan iki durumda, menkul rehnine ilişkin olan “zamanaşımına uğramış alacağın alacaklısının rehin hakkından istifade edebileceği” kuralı işler (BK. m. 138). Ana alacağa bağıllık konusunda aksi yönde ve fakat zamanaşımı konusunda aynı yönde bkz. **Sirmen**, s. 11, 12. Sadece ahlakî bir borcun taahhüdü bakımından farklı yönde bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1174; **Cansel**, s. 76. Ayrıca bkz. **Saymen/Elbir**, s. 629, 630; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 769, not. 20; **Ergüne**, s. 113.

olmadığına göre, ya marka üzerindeki rehin hakkı, ya da paraya çevirme neticesinde elde edilen bedel sebepsiz iktisap teşkil eder; bunların iadesi gerekir (BK. m. 61 vd.).

Öte yandan, kanımızca, tasarruf işlemlerinde, tasarruf yetkisi eksikliği hükümsüzlük değil⁹⁶, noksanlık⁹⁷ yaratır. Çünkü, tasarruf yetkisi ile tasarruf ehliyeti farklı kavramlardır⁹⁸. Meselâ temyiz kudreti olmayan bir kimsenin, tasarruf ehliyeti de olmadığından, yaptığı bütün tasarruf işlemleri tabîî ki hükümsüzdür.

Bunun gibi, ayırt etme gücü olan küçük'ün, önemli bağışlama, kefalet ve vakıf kurma işlemlerine tasarruf ehliyeti olmadığından, bu tasarrufları da hükümsüzdür. Fakat, aslında tasarruf ehliyeti olan ve fakat tasarruf yetkisi olmayan bir şahsın yaptığı tasarruf işlemleri, tasarruf ehliyeti olmayan bir şahsın yaptığı tasarruf işlemleri ile aynı müeyyideye mahkûm edilmemelidir.

Nitekim, yetkili olmadan yapılan tasarruf işleminin sonradan yetki elde edilirse geçerli hâle geleceği kabul edilmektedir⁹⁹. Buna ek olarak, bir kimsenin başkasının

⁹⁶ Tasarruf yetkisi olmayan kimsenin rehni kuramayacağı yönünde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 779; **Göksoy**, s. 92. Rehin hakkının doğmayacağı yönünde bkz. **Cansel**, s. 55, 128, 129; **Sirmen**, s. 50. Yetkisizliğin etkisizlik olduğu yönünde bkz. **Serozan**, s. 17, 278; tasarruf yetkisinin tasarruf işlemi için geçerlilik şartı olduğu yönünde bkz. s. 198. Borçlandırıcı işlem esnasındaki tasarruf yetkisi eksikliği tasarruf işleminin geçerliliğine etki etmez; fakat, tasarruf işlemi esnasındaki tasarruf yetkisi eksikliği rehlin kurulmasına engel olur; **Ergüne**, s. 126.

⁹⁷ Noksanlık hakkında bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 140, 141; **Oğuzman/Barlas**, s. 154, 155.

⁹⁸ “Tasarruf ehliyeti hukuki muamele yapacak olanın kişisel özelliği (rüşt ve temyiz kudreti) olduğu hâlde; tasarruf yetkisi bir hak üzerinde tasarruf muamele yapabilmek imkânını ifade eder”; **Cansel**, s. 122. “Tasarruf ehliyeti bulunan bir kimsenin tasarruf yetkisine de sahip olması tabîîdir”; **Cansel**, s. 128.

⁹⁹ Doktrinde, tasarruf yetkisinin tasarruf edende hiç bulunmaması durumunda geçersizlik yaptırımı, tasarruf yetkisi tasarruf edende olduğu hâlde sınırlandırılmışsa noksanlık yaptırımı uygun görülmektedir; **Oğuzman/Barlas**, s. 141, 143. Yargıtay da, ikinci durumu, tasarruf muamelesinin butlanına bir istisna olarak kabul etmiştir (Yarg. 1. HD. 6.3.2002, 10578/2892; YKD, 2003/3, s. 350 vd; **Oğuzman/Barlas**, s. 148, not. 229). Diğer bir görüş ise, tasarruf yetkisi eksikliğini, yani yetkisizliği etkisizlikle; etkisizliği de hükümsüzlükle eş görmekte ve iyiniyetin yetkisizliği onardığı hâlleri de bu eşliğe sınırlayın etmektedir; **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 17,18. Ayrıca bu görüşlere, “Eğer yetkisiz temsille yapılan işlem bir tasarruf işlemi ise, sonradan verilen icazet geçmişe etkili olur ve tasarruf işlemi geçerli sayılır” görüşü eklenmelidir; **Oğuzman/Öz**, 2000, s. 182, not. 654.

Aslında, “bir kimsenin sahip olduğundan fazla hakkı başkasına geçirememesi” (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipso habet*) kuralı, bu tartışmaların özüdür. Ancak bu kuralın kırılma noktası, bir hak üzerinde tasarruf etmeye sadece hakkın sahibinin yetkili olmadığıdır. “Öyle hâller vardır ki, hak sahibi olmayan bir kimse dâhi tasarruf yetkisine sahip olur. Keza, yine öyle hâller vardır ki, bizzat hak sahibi tasarruf yetkisinden yoksun olur”; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 47. İşte bu hâllerin ikisine de cevap veren bir yaptırım neden kabul edilmesin? Naçizane görüşümüz, böylesine tasnif etmelere veya istisna sayımlara gerek olmadığı; istisnayı kural yapmanın daha isabetli olduğu yönündedir. Çünkü her iki durumda da, sonuç olarak tasarruf yetkisi eksiktir. Tamamlanabilir de, tamamlanamayabilir de. Kaldı ki, tasarruf yetkisinin bulunmaması hâlinde tasarruf muamelesi prensip olarak geçersizdir” dersek, artık “sonradan yetki elde edilince, meselâ icazet verilince muamelenin baştan itibaren geçerli hâle geleceği” kabul edilemez. Bu iki ifade çatışır.

alacağını ancak onun rızasıyla temlik veya terhin edebileceği, bu rızanın önceden veya sonradan verilebileceği savunulmaktadır¹⁰⁰.

Gerçekten, kanımızca da, tasarruf yetkisi olmadığı için tasarruf işlemi kuruluştaki imkânsız gözükmekle beraber, ifa zamanında mümkün olacaksa tasarruf işlemi muteberdir. Tasarruf yetkisi ifa zamanında elde edilmemişse, tasarruf işlemi baştan itibaren hükümsüzdür. Mamafih, tasarruf yetkisinin elde edileceği kuruluştaki hiç öngörülmemişse, tasarruf işlemi tasarruf yetkisi eksikliğinden değil, başlangıçtaki imkânsızlıktan hükümsüzdür (BK. m. 19).

Ancak, marka rehni sözleşmesi bir yüzüyle tasarrufi bir yüzüyle borçlandırıcı etkiler doğurduğundan, yukarıdaki görüşümüzü tek işlem ilkesine uyarlamak icap etmektedir. Tabii ki, kural, rehin verenin sözleşmenin yapıldığı anda marka üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmasıdır; meğer ki, marka rehninin kuruluşu şarta veya vadeye bağlanmış olsun. Tabii ki, aksi hâlde, henüz rehin hakkı doğmamıştır. Marka rehni sözleşmesi, tasarruf yetkisinin elde edilemeyeceği kesinleşinceye kadar noksandır ve askıdadır. Doğal olarak, tasarruf yetkisini elde etmesi için rehin alan rehin verene münasip bir süre tanıyabilir.

İşte bu noktada marka rehni sözleşmesinin “tek işlem” niteliğinin göz önüne alınması gereklidir. Rehlin verenin tasarruf yetkisini bu süre doluncaya kadar elde edememesi veya süre dolmadan elde edemeyeceğinin kesinleşmesi durumunda, meselâ marka sahibi icazet vermeyeceğini açıklarsa, rehin veren sübjektif imkânsızlıktan sorumludur (BK. m. 96). Çünkü doğrudan doğruya marka rehni sözleşmesinden kaynaklanan rehin kurma borcuna aykırı davranmıştır.

Çünkü batıl bir muamele sonradan zaman geçince geçerli hâle gelemez. Sadece noksan bir muamele, noksanlık tamamlanınca geçerli hâle gelebilir. Üstelik, tasarruf yetkisi eksikliğinin uygulamada çok sık karşımıza çıkan şekli yetkisiz temsildir. Tasarruf yetkisi eksikliğinin müeyyidesini noksanlık olarak kabul edersek, yetkisiz temsil hükmü (BK. m. 38) ile de uyumlu olacaktır, hukukun yeknesaklaşmasına hizmet etmiş oluruz. Şu hâlde, tasarruf işlemleri için gerekli olan tasarruf yetkisi, bu işlemin muteberlik şartı veya kurucu unsuru olarak değil, tamamlayıcı olgusu veya etkinlik unsuru olarak kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle can çekişen her tasarruf muamelesinin yetki elde edilinceye kadar noksan ve askıda olduğunu; ancak, yetki elde edildikten sonra baştan itibaren geçerli hâle geleceğini söylemek daha yerinde olabilir. Ancak, daha sözleşme kurulurken tasarruf yetkisinin elde edilemeyeceği açıkça belirli ise veya tasarruf yetkisinin elde edileceği hiç öngörülmemişse, o vakit tasarruf işlemi, yetki eksikliğinden değil, başlangıçtaki objektif imkânsızlıktan hükümsüzdür (BK. m. 19).

¹⁰⁰ Sirmen, s. 51; Erdoğan, s. 482.

Diğer bir deyişle, tasarruf yetkisinin arandığı zamanda tasarruf yetkisi yoksa, marka rehni sözleşmesi, salt tasarruflî etkiler doğuran sözleşmelerin aksine, baştan itibaren hükümsüz sayılamaz. Çünkü, marka rehni sözleşmesi salt tasarruf işlemi değildir. Aynı zamanda sözleşmesel borçlar da ihtiva etmektedir.

Bununla birlikte, rehin veren yetki elde edemeyeceğini bilerek ve karşı taraftan gizleyerek marka rehni sözleşmesi akdetmişse, rehin alacak olana karşı, ayrıca sözleşme öncesi müzakerelerde dürüst davranmamaktan (*culpa in contrahendo*) dolayı sorumlu olur (MK. m. 2).

Nitekim Fransız Medenî Kanunu'nun menkul rehnine ilişkin kısmında, başkasının malı üzerinde kurulan rehnin geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. Yoksa rehin sözleşmesinin geçersizliği bahis konusu değildir (*La gage ... est nul*). Aksine, rehinli alacaklının malın başkasına ait olduğunu gözden kaçırdığı dönem boyunca, başkasının malının rehinle kayıtlı olmasının zararlara veya haksız yararlar sebebiyet verebileceği ifade edilmektedir (CC. art. 2335).

Geçerlilik şekli konusuna gelince, aslında salt “marka rehni kurma taahhüdünden ve marka rehninin istisnâ olarak henüz kurulmadığına yönelik irade beyanından ibaret olan borçlandırıcı işlem¹⁰¹, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde hiçbir şekle bağlı değildir¹⁰². Çünkü, aksi belirtilmediği sürece sözleşmelerde şekil serbestisi kuralı geçerlidir (BK. m.11/f.I).

Buna karşılık, bilfiil marka rehni kuran tek işlemin geçerliliği gerek Türk gerek Fransız ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında şekil şartına tâbi kılınmıştır. Fransız Hukuku'nda marka rehni sözleşmesinin adi yazılı şekilde¹⁰³ yapılması gerekli ve

¹⁰¹ Bkz. I/B/1/b/ba, “Rehin sözleşmesinin hukukî niteliği”.

¹⁰² **Saymen/Elbir**, s. 694, 699; **Ergüne**, s. 38, 51, 39, not. 97; **Köprülü/Kaneti**, s. 538, 539; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 800, not. 183; **Sirmen**, s. 34-36, 41; **Erdoğan**, s. 489. Bu görüşteki yazarların tamamı, hak rehnindeki borçlandırıcı işlemin şekle tâbi olmadığı; tasarruf işleminde ise, yazılı rehin sözleşmesi ile bu hakların devri için aranan şekillere riayetini yeterli olduğunu düşünmektedir. Buna karşılık, menkul rehnindeki borçlandırıcı işlemin şekle tâbi olmadığı, alacak rehnindeki borçlandırıcı işlemin şekle tâbi olduğu hakkında bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 354; **Serozan**, s. 276; **Cansel**, s. 29, 45. Hatta, alacak rehnindeki yazılı sıhhat şekline tâbi sözleşmenin borçlandırıcı işleminden ibaret olduğu; tasarruf işleminin de alacağın temlikine benzeyen ancak onun eksiği bir işlem olduğu yönünde bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 354; **Serozan**, s. 276.

¹⁰³ Fransız Medenî Hukuku'nda da, alacak rehni sözleşmesi yazılı şekil şartına tâbi kılınmıştır (CC. 2356/1). Aksi takdirde rehin sözleşmesi geçersizdir (*peine de nullité*). İsviçre Hukukunda da, menkul rehni sözleşmesinin resmî şekilde yapılması gerektiği iddia edilmiş; ancak taraftar bulamamıştır. Zira,

yeterlidir, aksi takdirde rehin sözleşmesi geçersizdir (CPI. art. L714-1/4). “Tescilli bir markaya bağlı hakların devrinin veya sınırlandırılmasının, üçüncü kişilere ileri sürülebilmesi için, Ulusal Markalar Sicili’ne tescil edilmesi gereklidir” (CPI. art. L714-7).

Öyleyse, marka üzerinde kurulan rehnin tescili, açıklayıcı nitelikte olup, rehinli alacaklının önceliğini iyiniyetli üçüncü kişilere karşı korumaya yaramaktadır. Kısaca, marka üzerindeki rehin hakkı rehnin sicile tescilinden önce doğmaktadır. Rehnin tescili ihtiyari olup¹⁰⁴, rehin hakkı sahibi veya marka sahibi tek başlarına veya birlikte rehin sözleşmesini sicile tescil ettirilebilir (CPI. art. L714-4/1). Ancak sözleşmede belirtilen marka sahibi ile sicilde kayıtlı olan marka sahibinin aynı kişi olması gerekmektedir (CPI. art. L714-4/2).

Bunlara ek olarak, bir de bildirim yükümü bulunmaktadır. Şöyle ki, marka devri veya rehni sözleşmesi, Fransa’da meskeni veya ikametgâhı bulunan bir şahıs ile Fransa’da meskeni veya ikametgâhı bulunmayan bir şahıs arasında akdedilmişse, bu sözleşme, sözleşmenin akdedildiği tarihten itibaren bir ay içinde Ulusal Fikri Mülkiyet Enstitüsü’nün dış ticaretten sorumlu bölümüne bildirilmelidir (CPI. art. R624-1’den R624-7’ye kadar)¹⁰⁵.

Topluluk markası da, 40/94 sayılı Tüzük dahilinde, tâbi olduğu işletmeden bağımsız bir şekilde rehin verilebilmektedir. Fransız Hukuku’nda olduğu gibi Topluluk Hukuku’nda da, marka rehni sözleşmesi yazılı şekle tâbidir; marka rehninin sicile kaydedilmesi tarafların ihtiyarındadır (Règ. art. 19). Fransız Hukuku’nda olduğu gibi

Kanun’da aksine bir düzenleme olmadıkça, geçerlilik şeklinin adi yazılı şekilden daha ağırlı, meselâ noter tasdik veya tanzimine bağlanması mümkün değildir; **Foex**, s. 170-174.

¹⁰⁴ **Szalewski**, s. 51; **Jourdain**, s. 522; **Terre/Simler**; s. 250-251.

¹⁰⁵ Gerçekten, Fransız Hukuku’nda, gerek Kanun ve gerek uygulama sayesinde, marka rehninin tescili Türk Hukuku’na kıyasla daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Şöyle ki, “Bir sözleşme, sözleşmedeki marka sahibinin veya tescil başvurusunda bulunma yetkilisi olarak gösterilen kimsenin sicildeki kayıtlarda da aynı sıfatla gözüktüyor olması hâlinde, tescil edilebilir”. “Tescil başvurusu, üç adet tescil talebi yanı sıra, sözleşmenin bir kopyası, tescil ücretinin ödendiğini ispatlayan belge ve varsa fikri mülkiyet konusunda tavsiye vermeye yetkili olması koşuluyla vekilin vekâletname belgelerini ihtiva etmelidir” (CPI. art. R714-4/2).

Yine, Ulusal Sınâî Mülkiyet Enstitüsü’nün (*Institut National de la Propriété Industrielle*) web sitesinde (www.inpi.fr) başkaca ayrıntılara da değinilmiştir. Meselâ, sözleşme veya sözleşmenin tasdikli kopyası yerine, marka üzerindeki mülkiyet hakkının sınırlandırıldığını gösteren başka bir resmî belgenin de verilebileceği belirtilmektedir. Öte yandan, marka rehni kuran bir mahkeme kararının da tescile dayanak teşkil etmesi mümkündür. Bu hususta Enstitü, “marka sahibinin yetkilerini kısıtlayan mahkeme kararlarından sadece olağan temyiz yolu kapanmış olanların tescil edilebileceğini duyurmakta; “temyiz mahkemesi kararı veya temyiz yolunun kapandığına ilişkin bir sertifikanın eklenmesi kaydıyla istinaf mahkemesi kararı” şeklinde örnek bile vermektedir.

Topluluk Hukuku'nda da marka rehni sözleşmesinin sicile tescili için, rehni tesis edecek kişinin sicilde gözüken marka sahibi veya onun tarafından usulüne uygun yetkilendirilmiş kişi olması şarttır (Règ. n° 2868/95 art. 31)¹⁰⁶.

Diğer taraftan, marka rehni sözleşmesinden doğan aynî hakkın üye ülkelerdeki üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, söz konusu sözleşmenin sicile işlenmesi gerekmektedir. Bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır. Birincisi, rehin hakkı, sonradan rehinli marka üzerinde aynî hak iktisap eden ve bu hakkı iktisap ederken kendinden önceki rehin sözleşmesinden haberdar olan üçüncü kişilere tescilden önce de ileri sürülebilir (Règ. art. 23/1)¹⁰⁷. İkinci istisna ise, üçüncü kişinin topluluk markasını bağlı olduğu ticari işletme ile birlikte devir veya rehin almasıdır (Règ. art. 23/2)¹⁰⁸.

¹⁰⁶ “Topluluk Markası Hakkındaki 40/94 sayılı Tüzüğün Uygulama Yöntemlerini Gösteren 2868/95 sayılı Tüzük, marka üzerinde kurulan aynî hakların tesciline ilişkin işlemleri, marka devrinin tesciline ilişkin maddeye atıfta bulunarak düzenlemektedir (Règ. n° 2868/95 art. 31, 33). Buna göre, aynî hakkın tesciline ilişkin talepte, üzerinde aynî hak kurulan markanın tescil numarası, yeni hak sahibinin ayrıntılı kimlik bilgileri, aynî hakkı kuran belgeler (Règ. n° 2868/95 art. 31/1), yeni hak sahibinin temsilcisi varsa bu kişinin ismi ve iş adresi bulunmalıdır (Règ. n° 2868/95 art. 31/2). Aynî hakkı kuran belgelerle ilgili olarak, tescil talebinin yeni hak sahibi ve markanın tescilli sahibi veya bunların temsilcileri tarafından imzalanması; şayet talep sadece yeni hak sahibi tarafından yapılıyorsa, onun tarafından imzalanmış tescil talebi yanı sıra, marka sahibi veya temsilcisi tarafından imzalanmış söz konusu aynî hak tesciline cevaz veren yazılı beyan veya bizzat markanın tescilli sahibi ve yeni hak sahibi veya bunların temsilcileri tarafından doldurulmuş ve imzalanmış matbu aynî hak kurma formu yeterli delil olarak kabul edilmiştir (Règ. n° 2868/95 art. 31/5). Ayrıca markanın topluluk markası sahibi olamayacak bir kişiye devredilmesi durumunda bu devir işleminin sicile tescil edilmesi yasaklanmıştır (Règ. n° 2868/95 art. 31/3). Buna karşılık, topluluk markasına sahip olamayacak her hangi bir kişiye rehin veya lisans verilmesi mümkündür (Règ. n° 2868/95 art. 33/1’de art. 31/3’e atıf bulunmamaktadır). Kanımızca, anılan yasağın anlamı şöyledir. Topluluk markası, topluluk markasına sahip olamayacak bir kişiye devir veya rehin edilebilir; ancak, bu aynî hak sicile işlenmeyeceğinden, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (Règ. art. 23). Zira hükümde tasarruf yasağı değil, tasarrufun tescili yasağı getirilmiştir (Règ. n° 2868/95 art. 31/3).

Yukarıdaki hükümler korunduğu hâlde 2868/95 sayılı Tüzük’ü değiştiren 1041/05 sayılı Tüzük (Règ. n° 1041/05 art. 21) uyarınca artık, rehlin tescilini markanın tescilli sahibinin talep etmesi durumunda, rehni kuran belgeler ile ispata yarayan diğer doküman ve belgelerin ofise ibraz edilmesi gerekli değildir (Règ. n° 1041/05 art. 21/a, yeni Règ. n° 2868/95 art. 31/1-b).

¹⁰⁷ Bu hükmün çevirisi şöyledir: “Topluluk markasını ilgilendiren ve 17, 19 ilâ 22 inci maddelerde düzenlenen hukukî işlemler ancak sicile tescil edildikten sonra bütün üye ülkelerdeki üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Bununla birlikte, tescilden önce, böyle bir hukukî işlem, marka üzerinde söz konusu hukukî işlemin yapıldığı tarihten sonra hak iktisap eden ve hakkını iktisap ederken bu hukukî işlem hakkında bilgi sahibi olan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir” (Règ. art. 23/1).

¹⁰⁸ Dolayısıyla, topluluk markasını veya bunun üzerindeki rehin hakkını tâbi olduğu işletme ile birlikte veya herhangi başka bir külli intikal yoluyla iktisap eden kişi hakkında, hakkın üçüncü kişilere ileri sürülmesi için getirilen tescil şartı uygulanmaz (Règ. art. 23/2). Çünkü anılan hükümde, “Topluluk markasını veya topluluk markası üzerinde bir hakkı, bir işletmenin bütünüyle devir alınması veya her hangi başka bir külli intikal yoluyla iktisap eden kişi hakkında 1 inci paragraf uygulanmaz” denilmektedir. Bu durumda ticarî işletmeyi rehin veya devir alanın hakkı, kendinden önce marka üzerinde ticarî işletmeden bağımsız olarak hak iktisap eden kimsenin hakkından üstün veya öncelikli değildir. Kanımızca istisnanın mahiyeti, ticarî işletmeyi rehin veya devir alan kimsenin aynî hakkına ve dolayısıyla bu hakkının üçüncü kişilere karşı vaziyetine uygulanacak hukukun Topluluk Hukuku değil, ticarî işletmeyi idare eden hukuk olduğudur.

Nihayet **belirtilmelidir** ki, incelediğimiz her üç hukuk düzeninde de, tescilli olsun veya olmasın, marka üzerindeki rehnin geçerliliği, hiç bir şekilde marka rehni sözleşmesinde tarih bulunmasına bağlı tutulamaz. Tarafların uzlaşan beyanlarının marka rehninin kurulduğu tarihi de kapsaması, sadece rehnin tesis edildiği tarihte markanın ne durumda olduğunu ve sıra itibarıyla önce gelen hak sahipliğini saptamaya yarar¹⁰⁹. Demek ki, marka rehni sözleşmesinde belirtilen tarih, rehnin geçerliliğini etkilemediği hâlde, ileride çıkabilecek ihtilâfların çözümünde çok önemli bir veridir. Görüldüğü gibi, mukayeseli hukuklarda, kural olarak marka hakkı sadece tescille kazanıldığı için, problemler, hep rehnin tescilinde ve bu tescilin üçüncü kişilere etkisinde odaklanmaktadır. Fakat Hukukumuzda, marka hakkının doğumu tescile bağlı olmadığı içindir ki, marka rehninin kuruluşu, tescilli ve tescilli olmayan markalar ayrımı yapılarak incelenmelidir.

bba- Tescilli markanın rehinle kayıtlanması

Kararneme uyarınca, “Tescilli bir marka üzerindeki sağlararası işlemler yazılı şekle tabidir” (KHK. m. 15/f.II). Yine, “Tescilli bir marka işletmeden bağımsız olarak teminat gösterilebilir¹¹⁰. Markanın teminat gösterilmesi, taraflardan birinin yazılı talebi üzerine, sicile kayıt edilir ve yayınlanır” (KHK. m. 18). Eski Yönetmelik’te anılan Kararname hükümleri harfiyen yinelenmekteydi (Yönetmelik m. 26). Yeni Yönetmelik’teki düzenleme ise, sadece marka rehninin sicile kaydedilmesi meselesi ile sınırlıdır. Medenî Kanun uyarınca da, hakların rehni yazılı bir rehin sözleşmesinde somutlaşmalıdır (MK. m. 955/f.III).

¹⁰⁹ Jourdain, s. 521, 522.

¹¹⁰ İlk bakışta, Rehin Hukukundaki teminat amacına yönelik tiplerin sınırlı sayıda olması (bu konuda bkz. Kuntalp, Teminat, s. 275 vd.) nedeniyle, KHK. m. 15 hükmünün akabinde KHK. m. 18 hükmünde yeniden markanın teminat gösterilebileceğinin yazılması isabetli değilmiş gibi gözükebilir. Lâkin, markanın teminat gösterilmesi, sadece rehinle kayıtlanması yoluyla değil, teminat amacıyla temlik edilmesi vesilesiyle de gerçekleşebilir. Ancak, markayı teminat amacıyla temellük eden, rehin alanın aksine, markayı paraya çevirme yetkisi kazanmayacaktır; bilâkis, markanın sahibi konumuna gelecektir. Markanın teminat amacıyla temlik, yani inancılı olarak devrolunması konusunu aydınlatmak için bkz. Arkan, s. 203; Sirmen, s. 39 vd.; Foex, s. 38 vd.; Göksoy, s. 56. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir-Oktay, Teminat Amaçlı Alacak Devri, s. 265 vd. Nasıl ki bir kimsenin birden fazla markası üzerinde toplu rehin kurulması mümkündür; aynı şekilde, bir kimsenin birden fazla markasının teminat amacıyla toplu olarak temlik edilmesi de mümkündür. Ancak dikkat edilmelidir ki, toplu rehinde olduğu gibi, toplu marka devri sözleşmesinde de, temlik edilen markaların ferdileştirilmesi gereklidir. Şu halde, bir işletmenin gelecekte sahip olacağı bütün markaların terhin veya temlik edilmesini konu edinen bir sözleşme, gerek belirlilik ilkesine gerek BK. m. 19, 20 hükümlerine aykırıktan geçersizdir. Bu konuda bkz. Özdemir-Oktay, Teminat Amaçlı Alacak Devri, s. 287.

Öncelikle, KHK. m. 15/f.II hükmündeki “sağlararası işlemler” tamlamasına dikkat edilmelidir. Kanun koyucu, marka hakkı üzerindeki ölüme bağlı tasarrufları Miras Hukukunun özel kurallarına bırakmış; bunun dışında kalan Özel Hukukun cevaz verdiği diğer bütün hukukî işlemleri de adi yazılı şekle tâbi kılmıştır. Nitekim, Medenî Kanun’da, yazılı şekle tâbi kılınan sözleşme, “rehin sözleşmesi” olarak somutlaştırılmıştır. İşte bu hükümlerde ifadesini bulan adi yazılı şekil şartı (KHK. m. 15/f.son¹¹¹ ve MK. m. 955/f.III), “tek işlem” işlem özelliği taşıyan marka rehni sözleşmesine ilişkindir. Şüphesiz ki, iradesi yazılı şekle bürünmesi gereken kişi, kanunî borç ilişkisinin borçlusu, yani marka sahibidir (BK. m. 13). Öyleyse, marka sahibinin veya marka üzerinde tasarruf etme yetkisine sahip olan kişinin yazılı metni imzalaması, marka rehninin sıhhati bakımından gerekli ve yeterlidir¹¹².

Alacak rehninde, senedin rehin alana teslimi, rehin zilyetliğinin kurulması ve rehin hakkının doğması bakımından zorunludur (MK. m. 955/f.I). Bu hüküm Hukuk güvenliğini ve Rehin Hukukuna hâkim olan aleniyet ilkesini sağlamak maksadına yöneliktir. Bu bağlamda, tıpkı alacak rehninde olduğu gibi marka rehninde de hakkı belli eden belgelerin rehin alana tesliminin (MK. m. 955/f.I) gerekip gerekmediği tartışılmalıdır. Fakat, tescilsiz marka hakkını tevsik eden her hangi bir belge bulunmadığı hâlde, sadece tescilli markalar bakımından “Marka Tescil Belgesi” ile “Koruma Marka Belgesi”nin rehin alana teslim edilmesi gerektiği düşünülebilir.

Ancak kanımızca, alacak rehninde geçerli olan “senedin maddî olarak teslimi” kuralı, yani sıkı teslim ilkesi, marka rehninde uygulanamaz. Çünkü zaten, marka rehni sözleşmesi menkul rehni sözleşmesindeki aynı sözleşmenin de yerine geçmektedir¹¹³. Kaldı ki, senedin zilyetliğinin rehin alana geçirilmesi zorunluluğunun temeli, alacağın bir sicili olmaması nedeniyle alacak rehninde aleniyetin ve dolayısıyla hukukî güvenliğin sağlanmasında güçlük çekilmesidir. Bu yolla hiç olmazsa senede

¹¹¹ Yönetmelik’te, marka devrindeki yazılı şekil şartı ağırlaştırılmıştır. Ayrıca noter tasdiki eklenmiştir (Yönetmelik. m. 22). Bu hükmün “hukukî dayanağı ve geçerliliği yoktur”; **Tekinalp Ü.**, s. 431. Aslında Yönetmelik’teki noter tasdiki rehin sözleşmesi için değil, rehin sözleşmesinin örneği için kullanılmaktadır. Gerçekten, anılan maddedeki ifade şu şekildedir: “rehin sözleşmesi veya aslına uygunluğu noter tarafından tasdikli örneği”.

¹¹² **Sirmen**, s. 37; **Köprülü/Kaneti**, s. 540; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 800; **Ergüne**, s. 39, ayrıca not. 97; BK. m. 1-40 hükümlerinin uygulanacağına dair bkz. **Cansel**, s. 45; **Oğuzman/Öz**, s. 50, not. 55; **Reisoğlu**, s. 72, 73. Ayrıca “tek taraflı şekil” ve “iki taraflı şekil” ayrımı için bak. **Eren**, s. 246, 247.

¹¹³ Bkz. I/B/1/b/ba, “Rehin sözleşmesinin hukukî niteliği” ve not. 73.

bağlı alacaklar açısından, aleniyet ilkesinin hayata geçirilmesi beklenmektedir¹¹⁴. Oysa ki, tescilli markaların bir sicili mevcuttur ve bu sicil alenidir (KHK. m. 39/f.III). Üstelik “Marka Tescil Belgesi”nin veya “Koruma Marka Belgesi”nin zilyetliğinin rehin verenden rehin alana geçirilmesiyle, üçüncü kişilerin rehin verenin ödeme gücü konusunda yanılmalarına ve rehin verenin rehin konusu marka üzerinde teminatı azaltacak veya yok edecek tasarruflarda bulunmasına engel olunamaz. Nihayet, markayı kullanma hakkı kural olarak marka sahibinde kaldığı için, markanın tescilli olduğunu tevsik eden söz konusu belgelerin markayı kullanma hakkı bulunmayan rehin alana verilmesinin bir anlamı da yoktur.

Diğer taraftan, Karamame’de marka rehninin taraflardan birinin talebi üzerine sicile kayıt edileceği ve yayınlanacağı öngörülmüştür (KHK. m. 18/f.son)¹¹⁵. Anılan hükümde öngörülen tescilin kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğu tespit edilmelidir¹¹⁶. Bunun için öncelikle, hak rehni için Medenî Kanun’da öngörülen şekil şartları incelenmelidir. Zira MK. m. 955/f.III hükmüne göre, “Diğer hakların rehinde, yazılı rehin sözleşmesiyle birlikte, bu hakların devri için öngörülen şekle uyulması gerekir”. Markanın hakkının devri için öngörülen şekil şartları, KHK. m. 16 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, marka hakkının devri yazılı sözleşmeyle yapılır ve devir, sicile kaydedilip yayınlanır. Aynı hükmün son fıkrasında tescilin hukukî mahiyetinden bahsedilmiştir: “Devir, sicile kayıt edilmediği sürece, taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez” (KHK. m. 16/f.VII). Demek ki, sicile kayıt edilmese de, marka devri sözleşmesinin yazılı şekil şartına uyularak yapılması ile devir işlemi gerçekleşmektedir.

Marka devrindeki tescilin hukukî niteliği bakımından varılan bu sonuç, marka rehindeki tescil için de geçerlidir. Çünkü birincisi, “hakların rehinde hakların devrine ilişkin kurallardan yararlanmak” ilkesi buna izin vermektedir. İkincisi,

¹¹⁴ Sirmen, s. 45; Köprülü/Kaneti, s. 540; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 800.

¹¹⁵ Marka başvurusuna ilişkin hükümler marka üzerinde rehin tesis edilmesi hâlinde de uygulanır (KHK. m. 22). Marka hakkının rehnedilmesi, marka tescil başvurusu ile ilgili bültende yayınlanır (KHK. m. 33). Marka rehninin sicile kaydedilmesi için “talep dilekçesi, rehin sözleşmesinin aslı veya noter tasdikli sureti, ücretin ödendiğini gösterir belge, tescil işlemi vekil eliyle yapılıyor ise vekâletname belgelerinin Türk Patent Enstitüsü’ne verilmesi zorunludur (Yön. m. 22/f.II). Anılan maddede, “ücretin ödendiğini gösterir belge” ibaresi yer almaktadır. Fakat, “ücret” derken, rehnin sicile kaydı için ödenen ücretin kast edildiği düşünülmektedir. Çünkü, rehin sözleşmesinin noterde yapılmasına ilişkin bir zorunluluk mevzuatımızda bulunmamaktadır.

¹¹⁶ Markanın devrinde ve rehinde tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu hakkında bkz. Yasaman/Altay, s. 685, 686, 702; Tekinalp Ü., s. 432; Poroy/Yasaman, s. 443; Arkan, s. 181, 184, 204. İhtira beratı için aynı yönde bkz. Hırş, s. 122.

Medenî Kanun'da, diğer hakların rehni ile devri arasında açıkça bağlantı kurulmuştur (MK. m. 955/f.III). Kaldı ki, devir ve rehin hukukî işlemlerinin kuruluşundaki şekil benzerliği de buna imkân vermektedir. Zira marka devri de, aynen rehnindeki gibi, devre ilişkin sözleşmenin yazılı olarak yapılması ile gerçekleşir (KHK. m. 16/f.III). Üstelik, tescil kurucu olsaydı, KHK. m. 18/son ve Yön. 22/f.I hükümlerinde, “tarafardan birinin talebi üzerine” ibaresi kullanılmazdı.

Dolayısıyla, KHK. m. 16/f.VII hükmü, ilk kelimesi rehin şeklinde okunmak suretiyle, marka rehnine de uygulanabilir. Şöyle ki “rehin, sicile kayıt edilmediği sürece, taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez”. Öyleyse, yazılı rehin sözleşmesinin tamamlanmasıyla çoktan kurulmuş olan marka rehninin tescili açıklayıcı niteliktedir. Ancak garanti markaları ve ortak markalar bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Garanti markası ve ortak markanın devrinde sicile tescil geçerlilik şartı olduğu üzere (KHK. m. 60), bu çeşit markaların rehninde de tescil, kurucu olup yazılı rehin sözleşmesi ile birlikte geçerlilik şartı teşkil etmektedir¹¹⁷.

¹¹⁷ **Yasaman/Altay**, s. 689; **Arkan**, s. 180, 181; **Poroy/Yasaman**, s. 440. Her ne kadar KHK. m. 15/f.I hükmündeki atıf ve MK. m. 955/f.III hükmünde ifadesini bulan “hakların rehninde ... bu hakların devri için öngörülen şekle uyulması” kuralı icabı yukarıdaki sonuca varılabilse de, kanımızca KHK. m. 60 hükmüne devir ve lisans hukukî işlemlerinin yanı sıra, garanti markası ile ortak markanın rehin verilmesi ihtimalinin de eklenmesi yerinde olacaktır. Garanti markası ve ortak marka hakkında bkz. **Arkan**, s. 44 vd; **Poroy/Yasaman**, s. 350 vd; **Tekinalp Ü.**, s. 352, 353; **Özel Ç.**, s. 33-34. Ortak marka (*marque collective*, CPI. art. L. 715-1) hakkında bkz. **Szalewski**, s. 63.

bbb- Tescilli olmayan markanın rehni

Tescilli markanın rehni gibi tescilli olmayan markanın rehni de, markanın kullanıldığı menkullerin rehin edilmesinden farklı olarak, menkul rehni değil, hak rehni hükmündedir. Ancak tescilli marka rehni ile tescilli olmayan marka rehni tâbi olduğu hükümler birbirinden farklıdır. Zira tescilli olmayan marka, Kararname uyarınca korunmadığı için, yalnızca Medenî Kanun'daki alelade hak rehni hükümlerine tâbidir (MK. m. 954/f.I). Buna göre, tescilli olmayan marka rehni hakkında da, aksine bir hüküm bulunmadıkça teslim bağli rehin hükümleri uygulama alanı bulmaktadır (MK. m. 954/f.son).

Bu noktada, MK. m. 939/f.I hükmüne uygun olarak markanın zilyetliğinin rehin alana nasıl geçirileceği düşünülmemelidir. Çünkü, marka üzerinde zilyetlik tesis edilmesi mümkün değildir¹¹⁸. Demek ki, tescilli olmayan marka hakkının rehnedilmesi esnasında, yukarıda açıklanan adi yazılı şekil şartına uyulması rehniin sıhhati açısından gerekli ve yeterlidir (MK. m. 955/f.III). Buna mukabil, şayet tescilli olmayan marka, söz konusu işarete ayırt edici nitelik kazandıran kişinin elinden çıkmış ve bir veya birkaç devir sözleşmesine konu edilmişse, yeni marka sahibinin tasarruf yetkisini ispatlayan devir sözleşmesini rehin sözleşmesine eklemesini talep etmek, rehin alan açısından olumlu sonuçlar doğuracaktır.

2- Marka Rehninin Hükümleri

a- Doğrudan Doğruya Marka Rehni Sözleşmesinden Kaynaklanan Borç İlişkisi (Sözleşmesel Borç İlişkisi)

Bilindiği gibi, rehin sözleşmesinin ilk görünümü, rehin verenin rehin alan lehine sözleşmede kararlaştırılan marka üzerinde rehin kurma borcudur. Aslında rehin verenin rehin kurma borcu, ne Medenî Kanun'da ne de Kararname'de açıkça zikredilmiştir. Buna rağmen, marka rehni sözleşmesi güvence sağlama amacını güden bir akit olduğu içindir ki, marka üzerinde rehin kurma borcu marka rehni sözleşmesinin tipini belirlemektedir. Kural olarak, bu borcun doğmasıyla sona ermesi aynı anda, yani rehin sözleşmesinin inikadıyla gerçekleşir. Ancak rehin verenin marka rehni kurma borcunu hiç veya usulüne uygun ifa etmemesi, meselâ tasarruf

¹¹⁸ Bkz. I/A/1, “Marka Hakkının Hukukî Niteliği”.

yetkisi olmadığı için marka rehni tesis edememesi veya müzakereler esnasında bahsedilen markadan başka bir marka üzerinde rehin kurması veya sözleşmede belirlenen markanın aslında zannedildiği kadar itibarlı olmaması hâllerinde, marka rehni sözleşmesi hükümsüz addedilmemekte, bilâkis buna aykırılık rehin verenin sorumluluğuna sebep olmaktadır¹¹⁹.

Açıklandığı üzere, şayet rehin verenin rehin sözleşmesinde belirlenen marka üzerinde tasarruf yetkisi yoksa, marka rehni sözleşmesi askıdadır. Rehin alan dilerse, rehin vereni belirli bir süre içersinde tasarruf yetkisi elde etmeye davet edebilir. Rehin alanca tayin edilen veya makul olan süre dolunca veya süre dolmadan bile rehin verenin tasarruf yetkisi elde edemeyeceği kesinleşebilir. Dikkat edilmelidir ki, tasarruf yetkisinin elde edilemeyeceği kesinleşince, sonuç, salt tasarrufî etki doğuran işlemlerdekinden farklıdır. Marka rehni sözleşmesi yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüzleşmez. Rehin kurulmamıştır; fakat marka rehni sözleşmesi sözleşmesel boyutu ile ayaktadır. Rehin veren, rehin kurma borcuna aykırılıktan sorumludur (BK. m. 96). Buna karşılık, rehin veren tasarruf yetkisi elde ederse, noksanlık tamamlanmış olacağından, marka rehni sözleşmesi askıdan kurtulur, yapıldığı andan itibaren geçerli addedilir¹²⁰.

Şüphesiz ki, rehin verenin rehinle kayıtlaması gereken marka, gerek sözleşme öncesi müzakerelerde, gerek marka rehni sözleşmesinde tayin ve/veya vaat edilene uygun olmalıdır. Aksi hâlde, marka rehninin rehin alan açısından hiçbir yararı kalmaz veya daha az yararı olur. Sonuçta, rehin veren ya sözleşmeye aykırılıktan (BK. m. 96 vd.) ya da müzakereler esnasında rehin alanda yarattığı güvene aykırılıktan (MK. m. 2, *culpa in contrahendo*) sorumlu olur. Tabî ki, esaslı bir hataya düşer olan rehin alanın hata hükümlerine dayanarak marka rehni sözleşmesini iptal ettirme hakkı saklıdır¹²¹.

Unutulmamalıdır ki, bir sözleşmenin hata nedeniyle iptal edilmesinin ön koşulu söz konusu sözleşmenin BK. m. 1 anlamında kurulmuş olmasıdır. Meselâ rehin alan, (x) markası yerine (y) markası üzerinde rehin hakkı elde etmişse ve diğer şartlar da uygunsa hata hükümlerine başvurabilir. Lâkin, marka sahibinin iradesi, marka

¹¹⁹ Bkz. I/B/1/b/bb, “Rehin sözleşmesinin geçerlilik şartları”.

¹²⁰ Bkz. I/B/1/b/bb, “Rehin sözleşmesinin geçerlilik şartları”.

¹²¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 126 vd. Hata kavramı için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 80 vd.; **Reisoğlu**, s. 97 vd.; **Eren**, 1985, C. II, s. 33 vd.; **Eren**, s. 340 vd. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 427 vd.

üzerinde rehin kurulması; karşı tarafın iradesi, teminat amacıyla temlik yönünde ise, karşılıklı iradeler uzlaşmadığı için marka rehni sözleşmesi kurulmuş sayılmaz. O zaman da ortada geçerli bir sözleşme olmadığı için hata hükümlerine gidilemez. Ama hükümsüz bir marka rehni sözleşmesinin müzakere safhasında, rehin alacak şahısta hukuken korunması gereken bir güven uyandırılmışsa, sözleşme öncesi müzakerelerde dürüst davranma borcuna aykırılıktan dava açılabilir (MK. m. 2).

Hemen belirtmek gereklidir ki, şayet rehin veren rehin sözleşmesine derc edilmiş bir hükümle veya ayrı bir sözleşme ile markanın değer ve/veya niteliğine ilişkin ayrıca bir taahhütte bulunmuşsa, rehin alanın hata hükümlerinden ziyade borçlunun temerrüdü hükümlerine (BK. m. 96) başvurması yararınadır.

Öte yandan, rehin alanın marka rehni kurma borcuna karşılık teşkil eden bir yükümlülük altına girmesiyle, marka rehni sözleşmesinden kaynaklanan borç ilişkisinin tam iki taraflı niteliğe bürünmesi mümkündür. Meselâ rehin alan, rehin vereni kefaletten kurtarmayı veya ona bir bedel ödemeyi veya başka bir teminat sağlamayı borçlanmış olabilir. Bu hâllerde rehin verenin, marka üzerinde rehin kurma borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi üzerine rehin alan diğer şartların da müsait olması kaydıyla ödemezlik def'i ileri sürebilir (BK. m. 81). Buna ek olarak, rehin alan çok sınırlı hâllerde BK. m. 82 hükmünden de yararlanabilir. Meselâ şarta veya vadeye bağlanmış bir marka rehni sözleşmesinde henüz şart gerçekleşmeden veya vade dolmadan rehin veren aciz hâline düşmüşse, aynı zamanda söz konusu aciz hâli hayatın olağan akışına göre rehin alanın rehin hakkını elde etmesini ciddi boyutta tehlikeye sokmuşsa, rehin alan, rehin veren başka bir teminat gösterinceye kadar kendi borcunu ifadan kaçınabilir; munasip bir süre içinde teminat gösterilmezse akitten dönebilir¹²².

b- Doğrudan Doğruya Kanundan Kaynaklanan Borç İlişkisi (Kanunî Borç İlişkisi)

Marka rehni sözleşmesinin ikinci görünümü, marka rehinle kayıtlandığı anda Kanun gereği doğan ve rehin hakkı sona erinceye kadar devam eden kanunî borç ilişkisidir. Yasal borç ilişkisinin en temel özelliği, marka sahibinin rehinli marka üzerindeki

¹²² Henüz rehin hakkı doğmadığı için marka rehni sözleşmesinden dönülmesi mümkündür. Fakat marka rehni kurulmuş olsaydı, başka hukukî olasılıklar karşımıza çıkacaktı. Bu konuda bkz. I/C/2/bc, “Marka rehninin iptali ve marka rehninden cayılması”.

mutlak hakkını yitirmemesidir. Şöyle ki, marka sahibi markasını rehinle kayıtlamakla, marka sahipliği sıfatını yitirmiş olmaz. Marka sahibinin markayı tekel hâlinde kullanma ve üçüncü kişilerin ihlâllerinden koruma yetkileri aynen devam etmektedir. Zira, senede bağlı alacakların rehni hariç hak rehninde, zilyetliğin nakli müessesesi bulunmadığı için, rehin verilen hak üzerinde hak sahibinin hâkimiyeti fiilen, ancak rehinle sınırlı olarak devam etmektedir. Diğer bir ifadeyle, marka sahibinin mutlak hakkı, keza tasarruf yetkisi daraldığı hâlde, “marka hakkının özü hâlâ marka sahibinin hak alanında kalmaktadır”¹²³.

Rehin hakkı sahibi ise, rehinle temin edilen alacak muacceliyet kasbettiği hâlde ödenmeyince, rehinli markayı paraya çevirterek elde edilen bedelden alacağının karşılanmasını talep edebilir¹²⁴. Buna ek olarak, rehin hakkı sahibi, markanın özenle yönetilmesine yönelik haklı beklentisi dolayısıyla, marka sahibine karşı, başkaca talep ve dava haklarıyla da donatılmıştır.

Nitekim, rehin hakkı sahibi, bir taraftan marka hakkının sona ermesine veya markanın değer kaybetmesine kusuru ile sebep olmamalı, diğer taraftan rehin hakkı paraya çevirme gerçekleşmeden sona ererse marka sahibinin rehnin kaldırılması için ihtiyaç duyduğu irade beyanını esirgememelidir. Böylece çerçevelemeye çalıştığımız yasal borç ilişkisinde, marka sahibi ile rehin hakkı sahibinin menfaatleri birbirine zıttır. Doğal olarak, birinin borcu diğerinin alacağını teşkil etmektedir¹²⁵. İşte bu zıt menfaatler arasında kanun koyucu tarafından kurulan hassas denge, marka sahibi ve rehin hakkı sahibi ayrımı yapılarak aşağıda incelenecektir.

ba- Marka sahibi bakımından

baa- Rehinli markayı özenle yönetme borcu

Alacak hakkına sahip olan şahsın, rehinli alacağı özenle yönetmesi gerektiği Medenî Kanun’da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre “Özenli bir yönetim, rehnedilmiş alacağın muacceliyetinin ihbarını ve tahsil edilmesini gerekli kılıyorsa alacaklı bu işlemleri yapabilir; rehin alacaklısı da alacaklıyı bu işlemlerin yapılmasına zorlayabilir” (MK. m. 961/f.I). Kararname’deki atfa (KHK. m. 15/f.I,c.II) da uygun

¹²³ Yasaman/Altay, s. 703; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 802.

¹²⁴ Bkz. I/A/2, “Marka Üzerindeki rehin Hakkının Hukukî Niteliği” ve not. 41.

¹²⁵ Sirmen, s. 73.

olarak, fakat aslında marka rehni esasen bir hak rehni türü olduğu için, anılan hüküm marka rehninin bünyesine uygun düştüğü ölçüde marka rehnine de uygulanır. Şu hâlde, marka sahibi markanın özenle yönetilmesi için gereken işlemleri yapabilir; rehin hakkı sahibi de, marka sahibini bu işlemleri yapmaya zorlayabilir. Hakikaten rehin hakkı sahibinin yegâne amacı, marka rehni ile temin edilen alacak ifa edilmeyince hemen rehinli markayı paraya çevirtmek ve buradan elde edilen bedelle alacağını kısmen veya tamamen karşılamaktır. Dolayısıyla rehin hakkı sahibinin haklı beklentisi, rehinli markanın paraya çevrilmesinden elde edilen bedelin en azından rehnin kurulduğu andakinden az olmamasıdır. Bunun için, marka sahibi, mülkiyete dayalı haklarını özenle kullanmalıdır. Diğer bir deyişle, marka sahibi, markasını, teminat sağlama işlevine zarar vermeyecek şekilde kullanmalıdır.

Markanın teminat sağlama işlevine zarar verilmemesi ile kast edilen, rehin sözleşmesi hüküm ve sonuç doğurduğu sürece rehinli markaya sahip olan her şahsın markasını asgari rehin sözleşmesinin kurulduğu andaki nitelik ve değerinde tutmaya gayret göstermesidir¹²⁶. İşte bu gayretin sınırını, her somut olayda, dürüstlük kuralı belirleyecektir¹²⁷. **Şu halde, marka sahibinin bir hukukçu olması veya yıllardır sahip olduğu pek çok markayı idare eden bir tüzel kişi olması, subjektif kıstasa göre dikkate alınabilecek ihtimallerdir. Bunun gibi, rehinli markanın değeri, tanınmışlık derecesi, kullanıldığı sektör gibi hususlar da, objektif kıstas uyarınca marka sahibinin özen borcunu tayinde belirleyicidir.** Güven teorisi?

Söz konusu özenli yönetim borcunu somutlaştırmaya gelince, marka sahibinin evvel emirde marka hakkının sona ermesine (KHK. m. 45, 46; CPI. art. L714-2 vd.)¹²⁸ veya itibarını yitirmesine neden olmaması, markanın değerinin düşmesine yol

¹²⁶ **Sirmen**, s. 74.

¹²⁷ Borçlar Kanunu’muzda, vekilin özen borcunun kapsamını belirleyen iki kıstasa yer verilmiştir: “objektif kıstas”, yani görülecek işin gerektirdiği bilgi derecesi; “subjektif kıstas”, yani vekilin kişisel özelliklerinin gerektirdiği bilgi derecesi (BK. m. 321/f.II). Vekilin özen borcu hakkında bkz. **Yavuz**, Borçlar Özel, s. 586, 587. Ancak kanımızca, marka sahibinin özen borcu bakımından vekalet kurumundan yardım alınmamalıdır. Çünkü marka sahibi, kendi markasını yönetmekte, başkasının işini görmemektedir. Ayrıca bkz. I/B/2/bac, “Masrafları ödeme borcu”. Marka sahibinden beklenen markaya artı değer kazandırması değil, sadece markanın rehnin tesis edildiği andaki değerini muhafaza etmesidir. Bu nedenle, vekaletle ilişkin kurallardan yararlanılması marka rehninin bünyesine uygun düşmemektedir. Ancak, marka rehni sözleşmesinden doğan sözleşmesel borç ilişkisinde, rehinli markanın değerinin artırılması taahhüt edilirse, işte bu borcun ifasında vekilin özen borcundan yardım alınması kaçınılmaz olur.

¹²⁸ Marka hakkının sona ermesi hakkında bkz. **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 915 vd.; **Tekinalp Ü.**, s. 453, 454; **Arkan**, s. 155 vd.; **Poroy/Yasaman**, s. 444 vd.; **Saka**, s. 224 vd.; **Szalewski**, s. 24-28.

açacağı malum olan davranışlardan kaçınması, keza markanın rehin sözleşmesinin akdedildiği andaki değerini mümkün mertebe korumaya çalışması gerekmektedir.

Öyleyse, marka sahibinin, tescilli markasının Kararname uyarınca korunmaya devam etmesi için gereken “yenileme” işlemlerini yapmaması (KHK. m. 40, 41; CPI. art. L712-9; Rêg. art. 47), tescilli olsun veya olmasın markasını haklı bir neden olmaksızın kullanmaması¹²⁹ (KHK. m. 14; CPI. art. L714-5¹³⁰; Rêg. art. 15¹³¹) özenli yönetim borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Yine, marka sahibinin tescilli ve rehinli markasını mevcut ve muhtemel tecavüzlere karşı koruması¹³², bu maksatla gerekli hukuk ve ceza davalarını açması (KHK. m.9, 61/A, 62; CPI. art. L 713-5, L716-5 vd.; Rêg. art. 91 vd.), benzer başka bir işaretin tescili talep edilirse bu tescile itiraz etmesi (KHK. m. 35; CPI. art. L712-3 vd.; Rêg. art. 42), tecavüz teşkil eden bir marka varsa bunun hükümsüzlüğünü talep etmesi (KHK. m. 42, 43; CPI. art. L714-3, L714-4; Rêg. art. 50-56), tecavüz teşkil eden bir Türk Patent Enstitüsü kararı varsa karara itiraz etmesi (KHK. m. 47 vd.; CPI. art. L712-14, L411-4, L411-5; Rêg. art. 57 vd.) markayı özenle yönetme borcu icabıdır¹³³.

¹²⁹ Markanın kullanılması zorunluluğu hakkında bkz. **Yasaman/Yüksel**, s. 626 vd.; **Tekinalp Ü.**, s. 427-429; **Kaya Arslan**, I. İstanbul Fikrî Mülkiyet Sempozyumu: 05-06 Mayıs 2005, İstanbul, 2005, Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali, s. 195-203; **Arkan**, s. 145 vd.; **Poroy/Yasaman**, s. 434, 450, 451; **Saka**, s. 216 vd.

¹³⁰ Anılan hüküm uyarınca, ilgili herkes, bir markanın sahibi tarafından beş yıldır kesintisiz kullanılmadığını iddia ederek, söz konusu markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini mahkemeden talep edebilir (*déchéance pour non-exploitation*). Böyle bir davada, kullanımın ispatı (*preuve de l'exploitation*) davacının değil, davalının külfetidir. İspat edilecek husus, ciddi kullanımdır (*exploitation sérieuse*). Diğer bir deyişle, markasını ciddi şekilde kullanmakta olduğunu marka sahibi ispat etmelidir (CPI. art. L714-5). Bu konuda bkz. **Szalewski**, s. 25-27.

¹³¹ Topluluk Hukuku'ndaki hüküm, Fransız Hukuku'ndaki hükme çok benzemektedir. Ancak marka sahibinin, sadece markasını ciddi şekilde kullandığını ispat etmesi ile yetinilmemiş, marka sahibine, kullanamamasının haklı nedene dayandığını ispat etme olanağı da tanınmıştır (Rêg. art. 15).

¹³² Markanın korunması ve kapsamı hakkında bkz. **Tekinalp Ü.**, s. 401 vd. İhlâller, hukuk ve ceza davaları hakkında bkz. **Tekinalp Ü.**, s. 455 vd.; **Szalewski**, s. 28 vd.; **Meran**, s. 222 vd.

¹³³ Bu noktada, dikkat edilmelidir ki, şayet özenli yönetim borcuna aykırı davranışlar sonucunda, marka hakkı sona ermişse, meselâ markanın zamanında yenilenmemesi veya hükümsüzlüğüne karar verilmesi üzerine ortaya ayırt edici niteliği haiz tescilsiz bir marka hakkı bile kalmamışsa veya marka yeterince kullanılmaması üzerine iptal edilmişse (KHK. m. 14/f.I) veya ayırt edici niteliğini yitirmişse, yine marka hakkından rehin alanın rızası olmaksızın vazgeçilmişse (KHK. m. 46), marka sahibi özen borcuna aykırı davranmaktan değil, artık sonraki sübjektif imkânsızlıktan sorumlu addedilecektir (BK. m. 96). Buna karşılık, marka sahibi, tedbirli bir marka sahibi gibi markasını korumamışsa, aynı zamanda özen borcuna aykırı davranmış olur (MK. m. 961/f.I). Ancak, marka sahibinin mahkum edileceği tazminat, rehin hakkı sahibinin ileride anlatacağımız dava ve talep haklarını (MK. m. 97, 961/f.I, KHK. m. 21/f.VII) kullanarak marka sahibini yönlendirmemesi veya hükümsüzlük davasına müdahale etmemesi nedeniyle tenkis edilebilir (BK. m. 96, 98/f.II, 44). Bu konuda daha ayrıntılı inceleme için bkz. I/B/2/b/bb/bbb, “Rehinli markanın yok olmasına ve değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama borcu”. Ne var ki, markanın sona ermesi nedeniyle ortaya çıkan sonraki imkânsızlık hâli objektif karakteri haizse, yani marka hakkı rehin verene isnat edilemeyen nedenlerle sona ermişse, zaten marka sahibi rehinden kaynaklanan bütün yasal borçlarından kurutulmuş olur (BK. m. 117/f.I). Bu konuda daha ayrıntılı inceleme için bkz. I/B/1/a, “Marka Rehninin Konusu” ve I/B/1/b/bb, “Rehin sözleşmesinin geçerlilik şartları”.

Bunun gibi, tescilli olmayan markasını rehin veren de, marka hakkına tecavüz hâlinde Ticaret Kanunu hükümlerine göre dava açmalı (TK. m. 56 vd.; CC. 1382, 1383), rüçhan hakkı (*droit de priorité*) bulunuyorsa bu hakkını öngörülen hak düşürücü süreler içinde kullanmalıdır (KHK. m. 25, 26; CPI. art. L712-12; Règ. art. 29-31). İşte bu borçlarını yerine getirmeyen marka sahibi de özenli yönetim borcuna aykırı davranmış olup, markanın değerinin düşmesine kusuru ile yol açtığı ölçüde rehin hakkı sahibinin zararını tazmin etmek zorundadır (MK. m. 961/f.I).

Fransız Hukuku'nda ise, hak rehnine ilişkin hükümlerde özen borcu veya buna benzer bir borç bulunmamaktadır. Ancak, menkul rehnine ilişkin hükümler arasında, saklama borcu (*obligation de conservation*) bulunmaktadır (CC. art. 2344). Anılan hüküm, rehinli menkulün zilyetliğinin rehinli alacaklıda olması ve olmaması ihtimalleri uyarınca iki fıkraya ayrılmıştır. Birinci fıkra, rehinli “şey”in zilyetliğine sahip olan rehinli alacaklının saklama borcundan bahsedilmektedir. İkinci fıkra ise, rehinli “şey”in zilyetliğinin rehinli alacaklıda olmaması ihtimalinden bahsedilmektedir. Bu sonuncusu marka rehnine uymaktadır (CC. art 2355/5). Buna göre, rehni kuran kişi özen borcuna aykırı davranırsa, rehinli alacaklı rehinle temin edilen alacağın vadesinin azaltılmasını (*déchéance du terme de la dette garantie*) veya rehnin tamamlanmasını (*complément de gage*) talep edebilir (CC. art. 2344/2). Demek ki, Fransız Hukuku'nda, marka sahibi rehinli markayı özenle yönetmezse, rehin hakkı sahibi, markanın uğradığı değer kaybının tamamlanmasını veya rehinle temin edilen alacağın vadesinin kısaltılmasını talep edebilir.

Son olarak, marka sahibinin özen borcunun hukukî niteliği ve kapsamı hakkında iki hususa daha değinerek bu konuyu kapatmak yerinde olacaktır. Birinci husus, MK. m. 961/f.I hükmünün emredici niteliği haiz olmadığı, dolayısıyla marka sahibinin özen borcundan kaynaklanan sorumluluğunun BK. m. 99 hükmüne uygun olarak daraltılabileceğidir¹³⁴.

Buna karşılık, yukarıdaki açıklamalar mukayeseli hukuklar bakımından geçerli değildir. Çünkü, Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu veya Topluluk markası hakkındaki 40/94 sayılı Tüzük uyarınca marka hakkı sona ermişse, meselâ marka hakkından vazgeçilmişse (*renonciation*; CPI. art. L714-2; Règ. art. 49), vazgeçilen işaretin ayırt edici niteliği devam ediyor olsa bile, artık ortada bir marka kalmamıştır. Çünkü bu hukuk düzenlerinde, kural olarak, tescil ilkesi geçerlidir.

¹³⁴ Ancak, böyle bir anlaşma, marka sahibi özen borcuna aykırı davranıp da tazminat borcu doğduktan sonra yapılırsa, ibra olur; BK. m. 99 hükmüne tâbi olmaz. Bu konuda bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 359; **Reisoğlu**, s. 348, 349; **Eren**, s. 1043; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 880.

İkinci husus ise, marka sahibinin özenli yönetim borcunun, rehinli marka üzerinde lisans veya intifa hakkı sahibi olan kişilerin davranışlarını da kapsayacak şekilde geniş algılanması gerektiğidir. Çünkü, rehinli marka üzerinde lisans veya intifa hakkı sahibi olan kimseler, markanın özenle yönetilmesi borcunun ifasında marka sahibinin yardımcı şahsı konumundadırlar (BK. m. 100). Nitekim, Rehin Hukukunun marka sahibine tanıdığı rehinli markayı kullanma yetkisi, rehinli marka üzerinde lisans veya intifa hakkına sahip olan kimselere tanınmıştır. Hem de, söz konusu yardımcı şahısların rehinli markayı kullanması, marka sahibinin onlarla akdettiği sözleşmelerden kaynaklanan muvafakatine dayanmaktadır. Bu nedenle, söz konusu yardımcı şahıslar markanın özenle yönetilmesi borcuna aykırı davranırlarsa, onların ikâ ettiği zararlardan da marka sahibi sorumlu tutulur. Hatta, marka sahibinin sorumlu tutulması için kusurlu olması da zorunlu değildir. Demek ki, marka sahibi, lisans veya intifa hakkı tanıdığı kimselerin özen borcuna aykırı davranışlarına engel olmak için bütün talep ve dava haklarını kullanmış da olsa, yine onların yol açtığı zararlardan sorumludur¹³⁵. Meselâ, inhisarî lisans alan rehinli markayı beş yıl boyunca kullanmayarak markanın ayırt edici niteliğini yitirmesine, dolayısıyla marka hakkının sona ermesine sebep olursa, bundan marka sahibi sorumludur. Ancak, şüphesiz ki, rehin veren ve rehin alan, rehin sözleşmesinde, yardımcı şahısların fiillerinden sorumluluğu kısmen veya tamamen kaldırmışlarsa, bu husus dikkate alınmalıdır (BK. m. 100/f.II).

bab- Marka sahibinin rehinli marka üzerindeki tasarrufları

Rehinli bile olsa marka hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi, kural olarak yine marka sahibine aittir. Ancak, rehinli marka üzerinde tasarruf etmeye hâlâ marka sahibi yetkili olsa da, söz konusu yetkinin özü rehin hakkı ile daralmıştır¹³⁶. Rehinli marka üzerindeki tasarruf yetkisinin rehinle daralmasının iki anlamı bulunmaktadır.

Diğer taraftan, rehin veren, rehin tesis edilmesi ile paraya çevrilmesi arasındaki zaman fasılasında rehinli markanın uğrayacağı değer kaybını tamamlamayı ayrıca taahhüt etmiş olabilir. Fakat, dikkat edilmelidir ki, bu taahhüt özen borcunun ağırlaştırılması demek değildir. Aksine, doğrudan doğruya sözleşmeden doğan borç ilişkisinde ayrıca kefalet benzeri garanti verilmesidir. Çünkü rehin veren, o andaki ve gelecekteki marka sahiplerinin özen borçlarını yerine getirmelerinden sorumlu olmayı yükümlenmektedir. Kefalet benzeri garanti hakkında bkz. **Yavuz**, Borçlar Özel, s. 523.

¹³⁵ Yardımcı şahıs kavramının, marka sahibi ile birlikte yaşayan veya onun yanında çalışan şahıslarla sınırlı olmadığı hakkında bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 364, 365; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 892; **Reisoğlu**, s. 313; **Eren**, s. 1032.

¹³⁶ **Yasaman/Altay**, s. 703.

Birincisi, marka sahibinin rehinli marka üzerinde tasarruf etmesi, rehin hakkı sahibine yazılı bildirimde bulunulmasına (MK. m. 958) bağlanmıştır¹³⁷. Ancak Medenî Kanun'da tarih itibarıyla önce gelen rehin hakkı sahibinin durumu, art rehin açısından hükme bağlandığı hâlde, devir, intifa veya lisans ihtimalleri açısından hükme bağlanmamıştır. Eski Yönetmelik'te, marka sahibinin yenileme ve adres değişikliği haricindeki değişiklikleri rehin hakkı sahibinden muvafakat almaksızın yapamayacağı iki kez hükme bağlanmıştı (Eski Yön. m. 25, 27). Yeni Yönetmelik'te ise, bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde de, hak sahibinin hakkın mevcudiyetini etkileyen işlemleri ancak rehin hakkı sahibinin rızasıyla yapabileceği" ifade edilmektedir¹³⁸. Bu görüş benimsenirse, marka sahibi sadece rehinli marka üzerinde art rehin kurarken değil, bunu devrederken veya lisans verirken de rehin hakkı sahibinden onay almalıdır.

Oysa MK. m. 958 hükmünde, sadece art rehin için ve sadece yazılı bildirim zorunluluğu konulmuş; rehinli menkul üzerindeki diğer tasarruflardan hiç bahsedilmemiştir. Aslında bu hükmün temel nedeni, menkuller üzerindeki art rehinde sıkı teslim ilkesinin gerçekleştirilememesidir. Nitekim, önce gelen rehin hakkı sahibi, kendi rehin hakkı sona erince, rehinli menkulün zilyetliğini sonra gelen rehin hakkı sahibine geçirsın diye yazılı bildirim konulmuştur.

Zilyetlik yoksunu marka hakkının rehninde olduğu gibi art rehninde de zilyetliğin geçirilmesi imkânsızdır. Dolayısıyla, doktrindeki sonuca, MK. m. 958 hükmünün kapsamını genişletmek suretiyle ulaşmak kanımızca mümkün değildir. Fakat Medenî

¹³⁷ Eski Yönetmelik uyarınca, rehinli marka üzerinde rehinden sonra yapılacak tasarruflı nitelikteki bütün işlemler rehin hakkı sahibinden izin alınmasına bağlanmıştı (Eski Yön. m. 25/f.I, 27). Hemen belirtmek gereklidir ki, anılan Yönetmelik hükümleri sadece, rehni sicile kayıtlı olan tescilli markalar bakımından geçerli olan düzen hükümleriydi. Eğer söz konusu Yönetmelik hükümleri emredici mahiyette kabul edilseydi, rehinli marka üzerinde rehin hakkı sahibinden onay alınmadan yapılan tasarruflı işlemler, icazet için makul bir süre beklendikten sonra icazet verilmezse baştan itibaren hükümsüzleşirdi. Kanımızca, anılan Yönetmelik hükümleri düzen hükümleri olarak kabul edilmeliydi. Çünkü birincisi, kanunlar hiyerarşisi ilkesi icabı, yönetmelikler vesilesiyle Kanun hükümleri ağırlaştırılmaz, sadece uygulamayı kolaylaştıracak şekilde düzenlenebilir. İkincisi, bu yönetmelik hükümleri rehni sicile kayıtlı markalar üzerindeki değişikliklerin yine sadece sicile kaydedilmesini düzenlediği için, zaten kurucu karakteri haiz olamaz. Artık Yeni Yönetmelik ile Eski Yönetmelik yürürlükten kaldırıldığı (Yön. m. 40) için, Kararname'ye aykırı yönetmelik hükümlerini yukarıdaki gibi aşma gerekliliği ortadan kalkmıştır.

¹³⁸ von Tuhr/Siegrwart, 98 II 5; Leemann, M. 906,mN. 13; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 802'den naklen.

Kanun'da MK. m. 954/f.II ve MK. m. 958 hükümleri bulunduğu sürece, en azından art rehin bakımından hiç olmazsa yazılı bildirim zorunluluğu geçerlidir.

MK. m. 958 hükmündekine benzer bir bildirim yükümüne, BK. m. 165 ve MK. m. 961/f.II hükümlerinde de rastlanmaktadır. Gerçekten, rehinli markayı devralan kişi, rehinden kaynaklanan kanunî borçlarını kime ödeyeceğini şaşırabilir. Ancak bu hükümlerin marka rehnine uygulanması MK. m. 958 hükmünden farklı bir sonuca bizi götürmemektedir. Demek ki, böylesine bir kıyasa ihtiyaç yoktur. Diğer bir deyişle, bu hükümler vesilesiyle de, “rehinli marka devredilirken rehin hakkı sahibinden onay alınması gereklidir” şeklinde bir sonuca yine ulaşamamaktadır. Bununla birlikte, incelenen üç hükümden çıkan ortak sonuç şudur: üçlü ilişkilerde habersiz kalan üçüncü kişinin son durum hakkında bilgilendirilmesi Medenî Hukuk düzenimize yabancı bir kural değildir.

Kanımızca, rehin hakkı sahibine yazılı bildirim yapılması veya ondan izin alınması, rehinli markanın lisansında zorunlu değildir. Ancak, doktrindeki görüşe rehinli markanın devri bakımından katılmak mümkündür. Rehinli marka devredilirken rehin hakkı sahibinden izin alınması gereklidir. Gerçekten, rehinli markanın devredilmesi, önce gelen rehin hakkını art rehinden çok daha fazla tehdit eder. Çünkü, kanunî ilişkinin borçlusu değişince, rehin hakkı sahibinin kanunî alacakları tehlikeye düşmektedir. Bunun nedeni ise, borcun nakli müessesesinde gizlidir (BK. m. 173 vd.). Nitekim, marka sahibi rehinli markasını devredince, rehin ilişkisindeki kanunî borçlarını da yeni marka sahibine nakletmiş olmaktadır (BK. m. 173, 174). Meselâ, rehinli markanın özenle yönetilmesi borcu markanın devriyle birlikte yeni marka sahibine nakledilmektedir.

İşte bu nedenlerle, rehin hakkı sahinden izin alınmalıdır. Fakat buradaki izin, MK. m. 958 hükmündeki yazılı bildirimin aksine, rehnin kurulmasıyla veya markanın devredilmesiyle ilgili değildir; sadece, rehinle ilgili kanunî borçların eski marka sahibinden yeni marka sahibine nakli ile ilgilidir. Buradaki izin, eski marka sahibinin, rehin hakkı sahibine karşı olan kanunî borçlarından beraatini sağlar. Ancak rehin hakkı sahibinin marka devrine izin vermesiyle, eski marka sahibi kanunî borçlarından kurtulur (BK. m. 173/f.I). Fakat rehin hakkı sahibinin devirden sonraki

davranışları, yeni marka sahibini tanıdığı veya devre icazet verdiği şeklinde yorumlanabilir (BK. m. 174/f.III).

Eğer rehin hakkı sahibi markanın devrine açık veya örtülü izin veya icazet vermemişse, eski marka sahibi, yeni marka sahibinin özen borcuna aykırı davranışından sorumlu olur. Bununla birlikte, eski marka sahibi, marka devrinden kaynaklanan kanunî borçlarını ifa etmişse, yeni marka sahibine rücu edebilir (BK. m. 173/f.II). Diğer taraftan, rehin hakkı sahibi yeni marka sahibini özenli yönetime zorlamasa bile, bu durum özen borcuna aykırı davranıştan doğan tazminatta tenkise mahal vermez. En önemlisi, eğer rehin hakkı sahibinden onay alınırsa, eski marka sahibinin rehin hakkı sahibine karşı ileri sürebileceği def'ilerden yeni rehin hakkı sahibi istifade edebilir (BK. m. 177/f.I). Her halde, yeni marka sahibi, eski marka sahibine karşı ileri sürebileceği def'ileri ve eski marka sahibine ait olan şahsî def'ileri rehin hakkı sahibine karşı ileri süremez (BK. m. 177/f.II, III).

Marka sahibinin rehinli marka üzerindeki tasarruf yetkisinin rehinle daralmasının ikinci anlamı ise, marka rehnine asıl kıymetini bahşeden halefiyet korumasıdır¹³⁹. Şöyle ki, tarih itibariyle önce gelen rehin hakkı, markayı rehinden sonra devir veya tekrar rehin keza lisans alanlara karşı ileri sürülebilir. Pekiye, acaba markayı rehinden sonra devir veya tekrar rehin veya lisans alanların iyiniyeti korunmalı mıdır; korunacaksa ne ölçüde korunmalıdır? Böylece, öncelikle art rehin müessesine, bilhassa rehin hakkı sahiplerinin sırasına, ardından rehinli marka üzerinde iyiniyetle¹⁴⁰, yani rehini bilmeksizin veya bilmesi gerekmeksizin mutlak hak veya şahsî hak edinenlerin durumuna sıra gelmiştir.

baba- Marka üzerinde art rehin

Medenî Kanunu'muzda, marka sahibinin rehinli markasını tekrar rehin vermesine, yani rehinli markası üzerinde bir art rehin tesis etmesine cevaz verilmiştir. Ancak, marka üzerindeki art rehnin geçerli bir şekilde kurulması, marka sahibinin veya sonra

¹³⁹ Bkz. not. 153.

¹⁴⁰ Burada iyiniyetin anlamı, meselâ art rehinde tarih itibariyle sonra gelen rehinli alacaklının veya devirde rehinli markayı devir alanın kendisinden önce gelen rehini bilmemesi ve bilmesi gerekmemesidir. Gerçekten, marka sahibi, markayı devir veya tekrar rehin alana önceki rehni kaldıracığını vaad etmişse, artık rehni bildiği açık olan bu kimseler, iyiniyetlerinin korunmasına değil, borca aykırılığa dayanabilir (BK. m. 97/f.I). İyiniyet kavramı için bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 170; **Eren**, s. 21; **Cansel**, s. 131-135; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 771, 772.

gelen rehin hakkı sahibinin durumu önce gelen rehin hakkı sahibine yazılı¹⁴¹ olarak bildirmesine bağlıdır (MK. m. 958). Buna göre, rehinli markanın bir başkasına da rehin verildiğine dair yazılı bildirim, art rehin sözleşmesinin kurucu unsuru¹⁴² olup, önce gelen rehin hakkı sahibine ulaşınca art rehin hakkı doğmaktadır¹⁴³.

Öte yandan, aynı marka üzerinde birden fazla rehin tesis edilince, rehin hakkı sahipleri arasında bir sıra bulunmalıdır. Aslında rehin konusu markanın paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen tutar, masraflar yanı sıra bütün rehinli alacaklıların tatminine yeterli geliyorsa rehnin sırası önem taşmaz. Ancak elde edilen tutar bütün rehin hakkı sahiplerinin alacaklarını karşılamaya yetmiyorsa bu tutarın rehin haklarının sırasına göre rehin hakkı sahiplerine paylaştırılması gerekir.

Hak rehninde özel bir hüküm bulunmadığından, rehin hakkı sahiplerinin sırasına ilişkin sorun, alışlageldiği gibi, menkul rehni kurumundan yararlanılarak çözümlenmelidir (MK. m. 954/f.II). Şöyle ki, “aynı marka üzerinde birden çok rehin hakkı bulunduğu takdirde, rehin haklarının sırası marka rehinlerinin kuruluş tarihlerine göre belirlenir” (MK. m. 948)¹⁴⁴. Nitekim Fransız Medenî Kanunu’ndaki düzenleme de, rehin hakkı sahiplerinin sırasının rehin sözleşmesinin tarihine (*date de l’acte*) göre belirlenmesi yönündedir (CC. art. 2361)¹⁴⁵.

Gerçekten, rehinin kurulduğu tarih tasarruf işleminin yapıldığı tarihe tekabül etmektedir. Öyleyse, rehin hakkı sahiplerinin sırası, kural olarak, rehin verilen markanın tescilli olup olmadığına ya da markanın veya rehinlerin tescil tarihlerine bakılmaksızın, yazılı rehin sözleşmesinin yapıldığı tarihe göre tayin edilmelidir. Ne var ki, tescilli bir marka üzerindeki rehin hakkı sicile tescil edilmemişse iyiniyetli

¹⁴¹ Unutulmamalıdır ki, asıl rehin sözleşmesinin tarafları tacir sıfatını haiz kimselerdense veya marka sahibi tacir olmasa da önce gelen rehin alacaklısı tacirse, söz konusu bildirim, noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır (TK. m. 20/f.III).

¹⁴² **Sirmen**, s. 104-106; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1131; **Saymen/Elbir**, s. 699; **Göksoy**, s. 178.

¹⁴³ Eski Yönetmelik uyarınca, art rehin sicile tescil edilmek isteniyorsa yazılı bildirim yeterli olmamakta, yukarıda anılan eski yönetmelik hükümleri karşımıza çıkmaktaydı. Art rehnin sicile kaydedilmesi için, önce gelen rehin hakkı sahibinden art rehine muvafakat ettiğine dair noter tasdikli bir belge alınması zorunluydu (Eski Yön. m. 25/f.IV, 27). O dönemde dahi, sadece önce gelen rehin hakkı sahibine yazılı bildirim yapılarak tescilli marka üzerinde sicil dışı art rehin kurulabilirdi. Kısaca tescilli marka üzerinde art rehin kurulurken de, önce gelen rehin hakkı sahibine yazılı bildirim yapılması yine yeterli olmaktadır. Ayrıca bkz. not. 113 ve I/B/1/b.

¹⁴⁴ Öncelik ilkesi (*principe de priorité dans le temps*), yani tarih itibariyle önce kurulan rehnin sıra itibariyle de önce geleceği” kuralı için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 776; **Serozan**, s. 278; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1168, 1169; **Foex**, s. 121; **Cansel**, s. 28; **Sirmen**, s. 25, 26.

¹⁴⁵ Oysa ki, Fransız Hukuku’nda, menkul rehnindeki sıra, sicile kayıt sırasına göre (*par l’ordre de leur inscription*) belirlenmektedir (CC. art. 2340).

ikinci rehin alanın ve hatta iyiniyetli devir alanın korunup korunmayacağı tartışılmalıdır. İşte bu konu aşağıda incelenecektir.

babb- İyiniyetin korunması

Sorun şudur ki, rehinli bir marka üzerinde iyiniyetle, yani rehni bilmeksizin ve bilmesi gerekmeksizin mutlak veya şahsî hak edinenlerin iyiniyetlerinin korunup korunmayacağı konusunda ne Medenî Kanun'da ne Kararname'de özel bir hüküm vardır. Diğer bir deyişle, rehin hakkı sahibinin, rehin hakkını aynı marka üzerinde kendisinden sonra hak edinen kimselere karşı ileri sürebilmesi, yani halefiyet korumasının sınırı Kanun'da tayin edilmemiştir. Aslında bu sorun, marka rehnine bir türlü aynî hak diyemememizin, sadece mutlak hak diyebilmemizin bir sonucudur.

Fransız doktrininde, menkul mallarda geçerli olan iyiniyetle aynî hak iktisabı (MK. m. 939; CC. art. 2279) prensibinin, gayri maddî mallar bakımından aslında geçerli olmadığı, hatta tersine işlediği ileri sürülmektedir. Fakat bunun bir istisnası bulunmaktadır. İşte bu istisna, menkuller gibi muamele gören ve sicili olan gayri maddî haklardır (*bien incorporel immatriculé et considéré comme s'identifiant à la chose corporolle*). Çünkü, marka üzerindeki tescilli rehin hakkı da, sahip olunmaya müsaittir (*susceptibles de possession*)¹⁴⁶. Görüldüğü gibi, Fransız Hukuk doktrininde, gayri maddî malları maddî malların rejimine tâbi kılma, bir dil sürçmesi değil, giderek popülerleşen bir eğilimdir. Böylece, gayri maddî mallar üzerindeki Eşya Hukukuna ilişkin ihtilâflar çeşitlendikçe, maddî mallara ilişkin kurallardan yararlanma eğilimi de giderek genişlemektedir¹⁴⁷.

Fransız Hukuku bakımından, öncelikle Fransız Medenî Kanunu'nundaki bir hükme değinmek gereklidir. Buna göre, alacak rehni, alacak rehni sözleşmesinin yapıldığı tarihten itibaren (*à la date de l'acte*) taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (CC. art. 2361). Diğer taraftan, Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu uyarınca, marka devri veya rehninin üçüncü kişilere ileri sürülmesi, devrin veya rehnin sicile işlenmesine bağlıdır (CPI. art. L714-7). Anılan iki hükmün birlikte yorumlanmasından iki sonuç ortaya çıkmaktadır.

¹⁴⁶ Jourdain, s. 486-488. Fransız Medenî Kanunu'na CC. art. 2361 hükmü derc edilmeden önce, "Mülkiyet Hukukunun gerçek kapsamının dışında kalsalar bile, gayri maddî haklar üzerindeki rehin, intifa gibi aynî hakların iyiniyetle aynî hak iktisabına elverişli olduğu" yönünde bkz. Bergel/Bruschi/Cimamonti, s. 238.

¹⁴⁷ Jourdain, s. 511-513.

Birincisi, marka rehni, rehnin sicile kaydedildiği andan itibaren üçüncü kişilere ileri sürülebilir. Dolayısıyla, marka üzerindeki rehin hakkı sicile kayıtlı ise, markayı rehinsiz aldığını zanneden kişi korunmaz (CPI. art. L714-7). Zira, Fransız Marka Hukuku'nda marka sicili sadece alenî değildir. (CPI. art. R714-8). Aynı zamanda, marka siciline tescil, mülkiyet karinesi (*présomption de propriété*) teşkil etmekte¹⁴⁸ ve marka üzerindeki tescilli iktisaplar üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesini sağlamaktadır (CPI. art. L714-7). Nitekim Fransız yargısı da, sicile kayıtlı olmayan devir alanın, devraldığı markanın tecavüzlere karşı korunması için dava açamayacağını kabul etmektedir. Şöyle ki, marka devri, devrin sicile kayıt edildiği andan itibaren, geçmişe etkili olmaksızın (*sans rétroactivité*), üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hâle gelmektedir¹⁴⁹.

İkincisi, marka rehni sicile kayıtlı değilse, CC. art. 2361 hükmü uygulama alanı bulur. Rehin hakkı sahibi, marka üzerindeki rehin hakkını, marka rehni sözleşmesinin yapıldığı tarihten itibaren iyiniyetli olsun olmasın herkese karşı ileri sürebilir. Dolayısıyla, yine, tarih itibariyle sonra gelen rehin hakkı sahibi veya yeni marka sahibi, önce gelen rehni bilmeseler ve bilmeleri gerekmesi bile korunmazlar.

Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu'ndaki ilgili hüküm şu şekildedir: “Tescilli bir markaya bağlı hakların devrini veya sınırlandırılmasını, üçüncü kişilere ileri sürülebilmek için, Ulusal Markalar Sicili'ne tescil ettirmek gereklidir” (CPI. art. L714-7). İşte buna benzer bir hüküm, Topluluk Hukuku'nda da bulunmaktadır (Règ. art. 23).

Ancak, Topluluk Hukuku'ndaki konuya ilişkin hüküm, Fransız Hukuku'ndaki kadar katı değildir. Şöyle ki, marka üzerindeki tasarruflar sadece sicile kaydedildikten sonra üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Fakat yine de, böyle bir tasarruf, sicile kayıttan önce bile, söz konusu tasarruftan sonra aynı marka üzerinde hak sahibi olan kişilerden söz konusu tasarrufu bilenlere karşı ileri sürülebilir (Règ. art. 23).

¹⁴⁸ **Jourdain**, s. 520. Fransız Marka Hukuku'ndaki, “marka sicili, marka mülkiyetini sınırlandıran tasarruf işlemlerini de gösterir” (CPI. art. R714-2) hükmü de bizi aynı sonuca sürüklemektedir.

¹⁴⁹ Bununla birlikte sicilde gözükmeyen devir alan, markasını korumak için haksız rekabete (*concurrency déloyale*) ilişkin hükümlerden (CC. art. 1382, 1383) yararlanabilir. Bu karar için bkz. TGI Paris 3e ch. 2e sect., 13 novembre 1998, Sté Agaphone c. Sté Burodafer, Sté Computers and Telecommunications System et autres; **Bensoussan Alain/Bréban Yann**, Les arrêts-tendances de l'internet, Paris, 2000, s. 193, 196'dan naklen.

Topluluk Hukuku'ndaki bu hükümden anlaşılmaktadır ki, marka üzerinde edinilen haklar, sicile kaydedildikten sonra, kayıttan haberi olmayan üçüncü kişilere dahi ileri sürülebilir¹⁵⁰. Fakat, sicile kayıtlı olmayan bir marka rehni, bu rehni bilmeyen ve bilmesi gerekmeyenlere ileri sürülemez. Pekiyi, aynı sorunun Türk Hukukundaki cevabı acaba nasıl olmalıdır?

Tescilli rehin hakkından başlamak gerekirse, öncelikle, rehni sicile kayıtlı olan bir marka üzerinde rehinden sonra yapılacak tasarruf işlemlerinin Medenî Kanun uyarınca rehin hakkı sahibine bildirim yapılmasına (MK. m. 958) bağlandığı hatırlanmalıdır. Şöyle ki, önce gelen rehin hakkı sahibine yazılı bildirim yapılarak, ondan ayrıca izin alınmasına gerek olmaksızın, marka üzerinde art rehin geçerli olarak kurulabilir. Fakat yukarıda, art rehin ve lisans bakımından değil ama rehinli markanın devri bakımından, rehin hakkı sahibinden izin alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁵¹.

Şu hâlde, art rehinde sadece marka sahibi tarafından rehin hakkı sahibine bildirim yapıldığı ve fakat art rehin hakkı sahibinin kendisinden önce gelen rehinden hiç haberdar edilmediği veya devirde sadece marka sahibi tarafından rehin hakkı sahibinden izin alındığı ve fakat yeni marka sahibinin kendisinden önce gelen rehinden hiç haberdar edilmediği hâllerde, ayrıca söz konusu üçüncü kişilerin rehni bilmesini gerektiren bir durum da yoksa, hem tescilli hem tescilsiz markalar açısından üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması meselesi karşımıza çıkar. Çünkü, marka üzerindeki art rehin, aynen marka devri gibi, yazılı sözleşme yapılmakla gerçekleşir, yani tescil kurucu değil, yalnızca açıklayıcı mahiyettedir (MK. m. 955/f.III; KHK. m. 16/f.III)¹⁵². Diğer bir deyişle, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı meselesini tartışmak için, öncelikle, art rehinde önce gelen rehin hakkı sahibine yazılı bildirim yapılmış; devirde önce gelen rehin hakkı sahibinden izin alınmış olmalıdır. Yazılı bildirim veya izin alma işlemleri, sonra gelen üçüncü kişi tarafından veya onun katılımıyla yapılmışsa, zaten bu kişinin iyiniyetinden bahsedilemez.

¹⁵⁰ Nitekim, Fransız Medenî Kanunu'ndaki yeni düzenleme uyarınca, menkul rehni de, özel bir sicile kayıt edilir ve yayınlanır (CC. art. 2338). Menkul rehni, yayın tarihinden itibaren üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (CC. art. 2337/1). Ancak, rehin konusu şey, rehin hakkı sahibinin veya üçüncü kişinin eline geçmişse, yine üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (CC. art. 2337/2).

¹⁵¹ Bkz. I/B/2/b/ba/bab “Marka sahibinin rehinli marka üzerindeki tasarrufları”.

¹⁵² Bkz. not 113 ve I/B/1/b, “Marka Rehninin Kuruluşu (Rehin Sözleşmesi)”.

Tescilli marka üzerindeki rehin hakkının Marka Siciline kaydedilerek açıklığa kavuşturulması mümkündür. Aslında anılan hukukî işlemlerin tescil edilince açıklanmış sayılmasının temel nedeni, marka sicilinin alenî olmasıdır (KHK. m. 39/f.III). Ancak, “sicilin bu alenileştirme özelliği, tapu sicilinde olduğu gibi (MK. m. 1023), marka sicil kayıtlarına güvenerek işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilerin bu güvenlerinin korunacağı anlamına gelir mi? Genellikle kabul edildiği üzere marka sicilinin böyle bir fonksiyonu yoktur”¹⁵³. Çünkü sicile güven ilkesinin gündeme gelmesi için, söz konusu sicile yapılan tescillerin başlı başına hak kazandırıcı, yani kurucu nitelikte olması gereklidir. Kanun koyucu aksini öngörmediği sürece, tescilin kurucu olmadığı bir sicilde sicile güven ilkesi olmaz. O sicil, hak sahipliğine karine teşkil etmez¹⁵⁴.

Gerçekten, Kararname’imizde, “marka sicil kaydına güvenerek markayı iktisap eden kişinin bu iktisabının korunacağı yolunda bir hükme yer verilmemiştir”¹⁵⁵. Öyleyse, “Devir, sicile kayıt edilmediği sürece, taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez” ve “Lisans, sicile kayıt edilmediği sürece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez” (KHK. m. 16/f.VII, 21/f.X) hükümlerinin anlamı nedir¹⁵⁶? Dikkat edilmelidir ki, ilk anılan hükümde “tescilden doğan yetkiler” denilmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, tescilden doğan yetkiler, markanın Kararname uyarınca korunmasını somutlaştıran yetkililerdir. Meselâ, marka devri sicile tescil edilmişse, devri bilmeyen lisans hakkı sahibi eski marka sahibine iyiniyetle ödeme yapsa da, borcundan kurtulamaz. Yine, rehin hakkı sicile tescil edilmişse, rehin hakkı sahibi markayı bizzat korumak için BK. 97/f.I veya KHK. m. 21/f.VII hükümleri uyarınca elde ettiği talep ve dava yetkilerini Kararname’den yararlanarak kullanır ve iyiniyetli yeni marka sahibine ileri sürebilir. İkinci anılan hükme gelince, lisans hakkı sahibinin ileri süreceği yetkiler, zaten bir mutlak haktan değil, bir nısbî haktan doğan yetkililerdir. Dolayısıyla, bu hükümlerin marka siciline güvenerek marka üzerinde mutlak hak iktisap edilmesi ile ilgisi yoktur. Diğer bir

¹⁵³ David: Art.17, Nr.16; Straub: s.21, Nr.45. Bu hususta ayrıca bkz. Fezer: 28, Anm.8, 41, Anm.4; Troller, s.467-468; Uysal, s.162-163 (**Arkan**, s. 184, not. 42’den naklen). Ayrıca bkz. **Ayiter**, s. 105, 106.

¹⁵⁴ **Cansel Erol**, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara, 1964, s. 8.

¹⁵⁵ **Arkan**, s. 123, 124.

¹⁵⁶ Anılan hükümlerde markanın rehni ve haczi unutulmuş olsa da (**Arkan**, s. 128), hem devir hem lisans için öngörülen bu kuralı markanın rehninde de tartışmak çalışmamızın temel ilkesi icabı kaçınılmazdır.

deyişle, bu hükümlerdeki iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürülen yetkiler, mutlak hak iktisabına ilişkin değildir. Mutlak hakkın Kararname hükümleri uyarınca korunmasına ilişkin yetkililerdir. Bu nedenlerle, tarih itibariyle kendisinden önce gelen devri veya rehni bilmeyen rehin hakkı sahibinin iyiniyeti, rehin sicile tescil edilmiş bile olsa, Türk Marka Hukuku'nda korunmamaktadır.

Sonuç olarak, tapu sicilinin aksine marka sicilinin, sicile güven ilkesi ile desteklenmediği açıklığa kavuşturulmuştur. Bu noktada karşımıza başka bir temel ilke çıkmaktadır. Zira sicile itimat ilkesi, aslında “hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez; *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipso habet*” ilkesinin Kanun'dan doğan bir istisnasıdır. Dolayısıyla, sicile güven ilkesi bertaraf edilince, “hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez” ilkesi gündeme gelir¹⁵⁷.

Bu son ilke uyarınca, tasarruf yetkisi olmayan bir kişiden marka siciline güvenerek herhangi bir mutlak hak iktisap edilemez. Nitekim sonuncu ilkemizi, Rehin Hukukunda geçerli olan bir başka ilke, halefiyet koruması¹⁵⁸ ilkesi desteklemektedir. İlkelerin birleşmesinden çıkan sonuç şöyledir: Tarih itibariyle sonra gelen marka üzerindeki mutlak hak, önce gelen marka rehni ile çakışınca, önce gelen rehin hakkı halefiyet ilkesi icabı korunur. Çünkü, kimse, marka hakkını sahip olduğundan daha iyi şekilde devir veya terhin edemez. Önemli olan, sonra gelen mutlak hakkın kazanıldığı sırada markanın ne vaziyette olduğudur. Marka üzerinde önce gelen rehin hakkı vardı ise, üçüncü kişi bunu bilmesi ve bilmesi gerekmesi bile, marka önce gelen rehinle kayıtlı olarak devredilmiş veya tekrar terhin edilmiş olur¹⁵⁹.

En sağlıklı ve nihaî çözüm, Kararname'mize, “marka siciline iyiniyetle güvenerek mutlak hak kazanan üçüncü kişilerin, bu kazanımlarının korunacağı” şeklinde bir hüküm eklenmesidir¹⁶⁰. Bu gerçekleşinceye kadar, çıkabilecek olumsuzlukların önlenmesi için, marka üzerinde mutlak hak iktisap edecek kişiler tedbirli

¹⁵⁷ Cansel, Tapu Sicili, s. 9, not. 19.

¹⁵⁸ Bkz. not. 46, 80.

¹⁵⁹ Arkan, s. 202. Sicile kayıtlı lisansta devir alanın lisansla bağlı olduğu; ancak sicile kayıtlı olmayan lisansta iyiniyetle hak kazanan kişilerin bu haklarının korunmayacağı yönünde bkz. Özel, s. 59. Sadece adi alacakların rehni bakımından, iyiniyetin kural olarak korunmadığı yönünde bkz. Sirmen, s. 50 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 772; Leemann, M. 884, N. 76; von Tuhr/Siegmart, 96, Not. 49-50 (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 772, not 31'den naklen); Köprülü/Kaneti, s. 547; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 357; Serozan, s. 278.

¹⁶⁰ Arkan, s. 186.

davranmalıdır. Meselâ, markanın Marka Sicili’nde rehinsiz gözükmesi yeterli addedilmeli, ayrıca Ticari İşletme Rehni Sicili, ve hatta markayı kullanmakta olan Ticarî İşletme’nin kayıtlı olduğu çevredeki noterin kayıtları dahi tetkik edilmelidir.

Tescilli olmayan rehin hakkına sıra gelince, elbette ki, “MK. m. 1 anlamındaki bu açık boşluğu doldururken, benzer menfaat çatışmaları için öngörölmüş olan başka bir Kanun hükmü varsa onu dikkate almaktan kaçınamayız”¹⁶¹. Ancak konumuzla bağlantısı olan tek hüküm, menkuller üzerinde iyiniyetle aynî hak iktisap edilmesine izin veren hükümdür (MK. m. 988). Her ne kadar, bu hüküm kanun koyucu tarafından menkul rehnine yansıtılmışsa (MK. m. 939/f.II) da, hak rehnine yansıtılmamıştır.

Gerçekten, Hukukumuzda bir hakkın iyiniyetle iktisap edilebilmesi için, “zilyetlik veya sicil kayıtları gibi aynî temele dayanan bilgi kaynaklarının var olması gereklidir”. “Tescilli olmayan marka hakkının rehninde ise, rehin alanın tasarruf yetkisi konusundaki güveninin tek dayanağını, rehin verenin bu yoldaki beyanı oluşturur”. Diğer bir deyişle, tescilli olmayan markanın rehninde zilyetliğin nakli veya sicile kayıt gibi korunmaya değer objektif veriler yoktur. Kaldı ki, “ortada zilyetliğe konu olabilecek” tescilsiz marka hakkını “temsil eden bir belge de yoktur”. Bu nedenle, “sadece rehin verenin beyanına dayalı bu güven, marka üzerindeki rehin hakkının iyi niyetle iktisabı için yeterli değildir”¹⁶². Demek ki, marka hakkı üzerinde zilyetlik olmadığından, markanın emin sıfatıyla zilyedi de olamaz. Böylece yine “hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez” ilkesine dönölür ve yukarıda tescilli rehin hakkı bakımından varılan sonucun aynısına ulaşılır.

bac- Masrafları ödeme borcu

Markanın varlığını sürdürmesi ve özenle yönetilmesi, bilhassa tecavüzün men’i ve ref’i maksadıyla üçüncü kişilere karşı taleplerde bulunulması ve davalar açılması, son olarak markanın paraya çevrilmesi için iki taraftan birinin masraflarda bulunacağı açıktır.

¹⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 211-212.

¹⁶² Bircher, s. 36; Oftinger/Bär, Art. 900, N. 103; Zobl, Art. 900, N. 100; Sirmen, s. 50; Göksoy, s. 93’ten naklen.

Fransız Rehin Hukuku'nda, "rehinli alacaklının veya üçüncü kişinin rehinle kayıtlanan menkulü korumak için yapacağı faydalı veya gerekli masrafların (*dépenses utiles ou nécessaires*) rehni kuran kişi tarafından karşılanacağı" hükme bağlanmıştır (CC. art. 2343). Türk Hukuku'nda ise, sadece, İcra İflas Kanunu'nda, paraya çevirme masraflarının rehinli markanın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen bedelden öncelikle karşılanacağı düzenlenmiştir (İİK. m. 151, 138)¹⁶³. Ancak, diğer masrafları, yani rehinli "şey"ın korunmasına yönelik masrafları, kimin yükleneceği Medenî Kanun'da açıkça düzenlenmiş değildir. Doktrinde masrafları ödeme borcunun, vedia sözleşmesine ilişkin BK. m. 464 ve vekâletsiz iş görmeye ilişkin BK. m. 413 hükümlerinden kıyasen çıkarılabileceği ifade edilmiştir¹⁶⁴.

Kanımızca bu hükümlerin marka rehnine kıyasen tatbik edilmesine gerek yoktur. Öncelikle saklama amacı ile teminat amacı bağdaştırılamamaktadır. Çünkü saklama amacında, başkasına ait bir eşyanın borçlu tarafından belirli bir süre saklanarak süre sonunda alacaklıya geri verilmesi söz konusudur¹⁶⁵. Oysa senede bağlı alacakların rehni hariç hak rehninde, zilyetliğin geçirilmesi müessesesi bulunmadığı için, başkasına ait bir eşyanın veya hakkın saklanması da söz konusu değildir. İkincisi rehin ilişkisinde vekâlet verilmediği hâlde bir başkası hesabına iş görülmesi de mümkün değildir¹⁶⁶. Zira rehinli markanın mülkiyeti ve zilyetliği marka sahibinde kaldığı için, marka sahibi hem mülkiyet hakkı hem de kanunî yükümlülüğü olan özenli yönetim borcu icabı, markayla ilgili işleri yaparken vekâlete ihtiyaç duyamaz, dolayısıyla da vekaletsiz iş görmüş sayılamaz. Çünkü, marka sahibi marka ile ilgili bütün iş ve işlemleri yapmaya, mülkiyet hakkı uyarınca haklı ve yetkili, özen borcu uyarınca da zorunludur.

Üstelik aşağıda açıklanacağı üzere, Kanun, marka sahibine rehinli markayı özenle yönetme borcu yüklerken, rehin hakkı sahibine de bu işleri görmesi için marka sahibini zorlama yetkisi bahşetmiştir (MK. m. 961/f.I). Şüphesiz, aksi kanunda veya sözleşmede öngörülmedikçe, herkes kendi borcunu ifa maksadıyla yapacağı

¹⁶³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 83, 84, 382, 475; Üstündağ, İcra Hukuku, s. 57-61, 330; Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul, 2005, s. 620-624, 698.

¹⁶⁴ Oftinger/Baer, M. 890, N. 15; Sirmen, s. 80'den naklen; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1109; Cansel, s. 179; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 781.

¹⁶⁵ Zevkliler, s. 48.

¹⁶⁶ Vekâletsiz iş görme için bkz. Yavuz, Borçlar Özel, s. 728 vd.; Zevkliler, s. 376; Oğuzman, s. 735.

masrafları karşılamalıdır (BK. m. 97; İİK. m. 30). Nitekim, anılan her iki hükümde de, “masrafı borçluya ait olmak üzere” denilerek, yapma borçlarında masrafların borçlu tarafından karşılanacağı genel bir kurala bağlanmıştır¹⁶⁷. Kaldı ki, masrafların rehin hakkı sahibi tarafından karşılanacağını kabul etseydik, onu başkasına ait bir marka için harcama yapmaya zorlanmış olurduk ki, bu sonuç ne âdil ne de dürüstlük kuralına uygun olurdu.

Görüldüğü gibi, marka sahibi tarafından rehinli markanın yönetilmesi için yapılan masraflar, başkası lehine harcama yapılmasından çok bir edimin ifası şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ne var ki, rehin veren, hareketsiz kalan rehin vereni hiç uyarmaksızın ve hâkimden izin almaksızın veya icra dairesini harekete geçirmeksizin kendiliğinden bu işleri yaparsa, bu durumda vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümler rehin ilişkisinden bağımsız bir şekilde uygulama alanı bulabilir.

bb- Rehın hakkı sahibi bakımından

bba- Markayı özenle yönetmesi için marka sahibini zorlama yetkisi

Öncelikle şunu ifade etmek gereklidir ki, marka sahibi markayı özenle yönetme borcunu yerine getirmemezse, rehin hakkı sahibi tarafından bu borcunu ifaya, özellikle “marka hakkının korunmasına yönelik hukukî kurumlara başvurmayla”¹⁶⁸ zorlanabilir (MK. m. 961/f.I). Ancak, zorlama yetkisini düzenleyen söz konusu özel hükümde bu yetkinin nasıl kullanılacağı netleştirilmiş değildir. İşte bu noktada iki çözüm yolu karşımıza çıkmaktadır: Birincisi Borçlar Kanunu’ndaki genel hükümlere başvurulabilir. İkincisi, sadece tescilli markalar bakımından, marka rehni ile pek çok noktada örtüşen başka bir müessesenin, marka lisansının aynı konuyu düzenleyen hükmünden yararlanılabilir (KHK. m. 21/f.VII).

Gerçekten marka sahibi, rehin hakkı sahibi tarafından uyarılmasına ve zorlanmasına rağmen hareketsiz kalır ve markayı özenle yönetme yükümünün gerekli kıldığı işlemleri yapmazsa, bu sefer rehin alan rehinli markanın korunmasına yönelik hukukî kurumlara bizzat başvurmak konusunda kendisine izin verilmesini hâkimden talep

¹⁶⁷ Kuru/Arslan/Ejder, s. 454, 455; Üstündağ, İcra Hukuku, s. 2, 376; Muşul, s. 759.

¹⁶⁸ Yasaman/Altay, s. 704.

edebilir (BK. m. 97)¹⁶⁹. Ayrıca, dilerse rehin verene karşı ifa davası açıp, bu dava sonucunda alacağı ilâmı icraya koyabilir. Rehlin veren markanın korunması için gerekli işlemleri yaparsa mesele kalmaz. Yapmazsa, artık yeni bir ilâma hacet kalmaksızın işin başkasına yaptırılması masrafları rehin verenden tahsil edilir (İİK. m. 30)¹⁷⁰.

Anılan genel hükümler bir yana, görüldüğü üzere, marka hakkını koruyabilmesi maksadıyla Kanun ve Kararname tarafından marka sahibine tanınan dava, itiraz ve talep yetkileri, marka rehnine sıra gelince Kanun tarafından marka sahibine yüklenen borçlar niteliğine bürünmektedir. Bunun temel nedeni, marka rehninde, marka üzerindeki mutlak hakkın devredilmemesi fakat rehinle kayıtlı olması; dolayısıyla, taraflar arasında Kanun gereği sürekli bir borç ilişkisi doğmasıdır. Nitekim marka lisansında da, marka üzerindeki mutlak hak lisans hakkı sahibine devredilmemekte, ancak markayı kullanma yetkisi ya tamamen (inhisarî lisans) kaybedilmekte ya da lisans hakkı sahibi ile paylaşılmaktadır (inhisarî olmayan lisans).

Gerçekten, bilhassa inhisarî olmayan lisansla, aynen rehinli marka sahibi gibi lisanslı marka sahibinin markasını kullanma hakkı rehinle veya lisansla kayıtlı şekilde hâlâ devam etmektedir. Kaldı ki, marka rehindekine benzer şekilde marka lisansında da, marka hakkı sahibi ile lisans hakkı sahibi arasında da sürekli bir borç ilişkisi meydana gelmektedir.

Üstelik, her iki hukukî ilişkide de, marka sahibinin karşında olan tarafın, markanın tecavüze uğramamasına yönelik haklı menfaati bulunmaktadır. Hâl böyleyse, kanımızca, yalnızca nispî hak sahibi olan lisans hakkı sahibine tanınan yetkilerin, bir mutlak hak sahibi olan rehin hakkı sahibine de tanınması, yerinde ve adil olduğu kadar, pratik açıdan da faydalıdır.

Anılan benzerliklerin çalışmamız açısından büyük faydası bulunmaktadır. Zira, uygulamadaki sıklığından ötürü olacak, Kararname’de, lisans sözleşmesinin tarafları

¹⁶⁹ Oftinger/Baer, M. 906, N. 14.; Von Tuhr/Escher, no. 98, II, 4; Leemann, M. 906, N. 4 (Sirmen, s. 90’dan naklen). Rehlin hakkı sahibinin markaya tecavüz davalarını açabileceğine dair bkz. Tekinalp Ü., s. 476; Arkan, s. 253.

¹⁷⁰ Oğuzman/Öz, s. 375. BK. m. 97 ve İİK. m. 30 hükümlerinin, yapma borcunun aynen ifasının cebrî icra yoluyla sağlanması değil, yapma borcunu ifa etmemeden doğan zararın özel bir tarzda tazmini olduğuna dair bkz. Oğuzman/Öz, s. 374, 375.

arasındaki ilişki daha ayrıntılı hükümlerle düzenlenmiştir. Öyle ki, “inhisarî olmayan lisans sahiplerinin, noter vasıtasıyla yapacağı bildirimle, lisans konusu markaya tecavüz dolayısıyla gereken davayı açmasını lisans verenden isteyebileceği; marka sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim aldığı tarihten itibaren üç ay içinde dava açmaması hâlinde, lisans alanın yaptığı bildirim de ekleyerek, kendi adına dava açabileceği; hatta lisans alanın, ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ve söz konusu sürenin dolmasından önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebileceği” Kararname’de hükme bağlanmıştır (KHK. m. 21/f.VII)¹⁷¹.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, anılan hükmün, kuşkusuz sadece tescilli markalar üzerindeki sicile kayıtlı olan marka rehninde¹⁷², kıyasen uygulanabileceği düşünülmektedir¹⁷³. Şöyle ki, rehinli markaya tecavüz durumunda, ilk etapta rehin veren rehin alana gerekli davayı açması hususunda, noter vasıtasıyla bildirimde bulunacaktır. Bu bildirim üzerine, rehin veren dava açmayı kabul etmez veya bildirim aldığı tarihten itibaren üç ay boyunca hareketsiz kalırsa, rehin alan dilekçesine yaptığı bildirim de ekleyerek kendi adına tecavüzün men’i veya ref’i ve tazminat davalarını açabilecektir. Şayet ciddi zarar tehlikesi varsa, yani rehinli markanın azımsanamayacak miktarda değer kaybetmesi kuvvetle muhtemelse, rehin alan üç aylık sürenin dolmasını beklemeksizin ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden isteyebilecektir (KHK. m. 21/f.VII, 73/f.V). Böylece tescilli bir marka üzerinde rehin hakkı sahibi olan şahıslar da, inhisarî olmayan lisans hakkına sahip olanlar gibi, Kararname’nin sağladığı koruma sistemine dahil edilmiş olur.

¹⁷¹ Fransız Hukuku’nda da, sözleşmede aksi belirtilmediği sürece, inhisarî kullanım hakkından yararlananlar, marka sahibinin hareketsiz kalması üzerine, marka hakkının korunmasına yönelik dava açabilir (CPI. art. L716-5). Bkz. **Szalewski**, s. 41, 42.

¹⁷² Inhisarî olmayan lisans hakkı sahibinin veya rehin hakkı sahibinin söz konusu dolaylı dava hakkını kullanması, kanımızca, lisansın veya rehlin Marka sicili’ne işlenmiş olmasına bağlıdır. Nitekim, söz konusu talep ve dava hakları, marka hakkının ve dolayısıyla marka üzerindeki hakların Kararname uyarınca korunması ile ilgilidir (KHK. m. 16/f.VII, 21/f.X). Bu konuda bkz. I/B/2/b/ba/bab/babb, “İyiniyetin korunması”. Ayrıca bkz. **Arkan**, s. 185, 186.

¹⁷³ Aslında, inhisarî lisans hakkı sahiplerinin, markaya tecavüz nedeniyle marka sahibinin açabileceği davaları doğrudan doğruya kendi adına açabileceği Kararname’de hükme bağlanmıştır (KHK. m. 21/f.VI, 73/f.I). Dikkat edileceği üzere, yukarıda inhisarî olmayan lisans hakkı sahiplerine ilişkin hüküm tercih edilmiştir. Çünkü kıyas yaparken, kanun koyucunun mevcut seçimlerine karşı çıkılmaz. Şayet kanun koyucu Medenî Kanun’da, hak üzerinde rehin hakkı sahibi olan kimselere doğrudan doğruya dava hakkı bahşetmeyip, sadece hakkın sahibini zorlama yetkisi tanıdıysa (MK. m. 961/f.I); marka hakkı üzerinde rehin hakkı sahibi olan kimseler için de en uygun çözüm, KHK. m. 21/f.VI hükmü değil, KHK. m. 21/f.VII hükmü olur.

Tescilli olmayan bir marka üzerinde rehin hakkı sahibi olanlar ve tescilli bir marka üzerinde rehin hakkı sahibi olup da rehin hakları sicile kayıtlı olmayanlar ise, Kararname Hükümlerinden yararlanamaz. Bu kişiler, marka hakkının korunmasına ilişkin hukukî işlemleri, masrafları marka sahibine ait olmak üzere bizzat yapabilmek için, öncelikle hâkimden bu hususta izin almalıdır (BK. m. 97/f.I).

Görüldüğü gibi, sicile kayıtlı olan marka rehni ile sicile kayıtlı olmayan marka rehni arasında uygulamaya yönelik bir fark ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, marka sahibinin rehinli markasını özenle yönetmemesi üzerine, markanın korunmasına yönelik davaları rehin hakkı sahibinin bizzat açabilmesi için, farklı prosedürler söz konusudur. Birincisinde rehin hakkı sahibinin, hareketsiz kalan marka sahibine noter vasıtasıyla bildirimde bulunması yeterlidir; ikincisinde, noter vasıtasıyla bildirimde bulunması yeterli olmaz, derhal mahkemeye başvurması gerekir.

Ancak, her halü kârda, rehin hakkı sahibinin marka sahibi yerine açacağı bu davalarda marka sahibi lehine bir tazminata hükmedilirse, rehin hakkı sahibi bu tazminat üzerinde de rehin hakkına sahip olur¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Fezer: 29, Anm.7; **Arkan**, s. 253'ten naklen. Anılan sayfada, her hangi bir gerekçe belirtilmemiştir.

Doktrinde, “rehinli menkulün hukukî ürünlerinin, bütünleyici parça olmadıklarından, MK. m. 947 hükmü anlamında teminatın kapsamına dâhil edilmemesi; bu şekilde ivaz karşılığı taşınırardan yararlanmanın malike ait olması gerektiği” kabul edilmektedir. Aynı şekilde, “Kanun’da açık bir hüküm olmadığından, rehnin konusu yerine geçen kaim değerler üzerinde de rehin hakkının devam etmeyeceği” kabul edilmektedir; **Cansel**, s. 163, 164; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 774. Gerçekten, ilk kabule katılmak mümkündür. Böylece, markanın hukukî semereleri, meselâ lisans bedeli, markayı kullanmaya yetkili olan marka sahibine ait olur. Zira, bu duruma, MK. m. 947 hükmünün uygulanamayacağı açıktır. Ayrıca bu duruma, MK. m. 959/f.I hükmü de uygulanamaz. Çünkü, lisans bedeli, kupona bağlı olmayan alacak getirileri gibi, markaya kaçınılmaz bir şekilde bağımlı değildir. Lâkin, kanımızca, ikinci kabule katılmak mümkün değildir. Gerçekten, sigorta alacağı veya tazminat alacağı, rehinli şeyin hukukî semeresi değil, kâim değeridir. Diğer bir deyişle, rehinli “şey”in tamamının veya bir kısmının yerine geçmektedir. Aslında, Kanun’da açık hüküm bulunması gerekli değildir. Zira, hukuken tazminat veya sigorta alacağı mevcutken, ortada bir imkânsızlık bulunmadığından, zaten rehnin sona erdiği kabul edilemez. Üstelik, tazminat veya sigorta alacaklarını rehne dahil etmekle, teminatın kapsamı genişletilmiş olmaz, içeriği değişmiş olur. Kaldı ki, tazminat alacağı markaya öylesine bağımlıdır ki, tecavüz nedeniyle eksilen markanın eksikliğini tamamlamaktadır.

Mutlaka bir hükme ihtiyaç varsa, BK. m. 168/f.I hükmünden kıyas yolu ile yararlanarak, marka ile sağlanan teminatın içeriğinin değişebileceği kabul edilebilir. Şöyle ki, rehin ilişkisi esnasında ve paraya çevrilmeden önce, rehinli markanın tecavüze uğraması dolayısıyla hükmedilen tazminatlar da rehin tabağına dahildir. Çünkü, bunlar, marka sahibinin şahsına has olmayıp, markanın müteferri haklarıdır.

Oysa Fransız Medenî Kanunu’nun alacak rehni hükümleri arasında, bu konuyu çözen bir hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca, rehinli alacakla bağlantılı bütün ödemeler rehinle temin edilen alacağı temin eder. Eğer ödeme rehinli alacaklıya yapılırsa, rehinli alacaklı bu parayı, rehinle temin edilen alacak ödeninceye kadar saklar (CC. art. 2364/1). Rehlinli alacağın borçlusunun temerrüde düşmesinden itibaren sekiz gün içinde rehinle temin edilen alacak için ödeme yapılmazsa, rehinli alacaklı söz konusu bedeli ödenmemiş olan kısım nisbetinde alıkoyar (CC. art. 2364/2). Demek ki,

bbb- Rehinli markanın yok olmasına ve değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama borcu

Rehin hakkı sahibinin bu borcunu izah etmek için en doğru yol, Fransız Hukuku'ndan başlamaktır. Çünkü Eski Fransız Medenî Kanunu'nun alacak rehnine ilişkin hükümleri arasında, mevzu bahis konuyu düzenleyen açık bir hüküm bulunmaktaydı. “Alacaklı, rehinle kayıtlanan alacağın kendi özensizliğinden ötürü kayıp veya telef olmasından, sözleşmeler veya sözleşmesel yükümlülüklerle ilişkin genel hükümler uyarınca sorumludur” (CC. art. 2080/1) hükmüne yer verilmişti. Oysa ki, Yeni Fransız Medenî Kanunu'na bu hüküm alınmamıştır.

Türk Medenî Kanunu'nun alacak rehnine ilişkin hükümleri arasında da, konuyu düzenleyen açık bir hüküm yoktur. Ancak taşınır rehnine ilişkin bir hüküm uyarınca, “Alacaklı, rehinli taşınırın kaybolması, yok olması veya değerinin azalması yüzünden meydana gelen zararlardan, bunların kendi kusuru olmaksızın doğduğunu ispat etmedikçe sorumludur (MK. m. 945/f.I). Temelini rehinli taşınırın zilyetliğinin nakledilmesinde bulan bu hükmün ilk bakışta marka rehninde uygulama alanı bulmayacağı düşünülebilir. Ancak, kanımızca, taşınır üzerinde rehin hakkı sahibi olan kişi kadar ağır olmasa da, marka üzerinde rehin hakkı sahibi olan kişinin de, “rehinli markanın yok olmasına ve değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama borcu” bulunmaktadır (MK. m. 945/f.I). Tabii ki, hak üzerinde rehin hakkı sahibi olan kimselerin bu sorumluluğunun sınırını MK. m. 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralı çizecektir¹⁷⁵.

Gerçekten, marka sahibi rehinli markasını fiilen kullanmaya devam ettiği için, rehin hakkı sahibinin kullanmadığı bir markanın değerinin düşmesine sebebiyet vermesi, sonuçta kendi hakkına zarar vermesi ihtimal dâhilinde görülmeyebilir. Hatta

Fransız Hukuku uyarınca, böyle bir davada, rehin hakkı sahibi, marka sahibi lehine hükmedilen tazminatı alıp saklayabilir. Eğer rehinle temin edilen alacak ödenmezse, belirli bir sürenin sonunda, rehinle temin edilen alacağın ödenmemiş kısmına mahsup edebilir. Nitekim Fransız Medenî Kanunu'nun menkul rehnine ilişkin hükümleri arasında da aynı yönde bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, eğer borçlu ve rehinli malın sahibi aynı kişilerse, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, rehinin kapsamına malın yan getirileri (*fruits de ce bien*) de dâhildir (CC. art. 2345). Demek ki, Fransız Hukuku uyarınca, marka ile temin edilen alacağın borçlusu ve rehinli markanın sahibi aynı kişilerse, marka rehni sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı sürece, sadece rehinli markanın tecavüz dolayısıyla uğradığı değer kaybının yerine geçen tazminat alacağı değil, rehinli markadan doğan lisans bedelleri de rehin tabağına dâhildir.

¹⁷⁵ Bu borcun taşınır rehnindeki uygulamasında, rehin hakkı sahibinin sorumluluğunun sınırını, MK. m. 2 hükmünün çizdiği yönünde bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1107.

denilebilir ki, “rehin hakkı sahibinin zilyetliğe elverişli olmayan marka hakkı üzerinde fiili hâkimiyeti yok ki, rehinli markaya zarar versin”.

Oysa ki, bütün üçüncü kişiler gibi rehin hakkı sahibinin de, ihmal veya kasıtlı davranışlarla, özellikle Kanun’un kendisine bahsettiği yetkileri savsaklayarak markaya zarar vermesi, hatta tecavüz etmesi mümkündür. Tabii ki, rehin hakkı sahibi de, bilinen yollarla marka sahibinin marka hakkını ihlâl edebilir. Bunun yanı sıra, kendisini marka sahibi gibi tanıtabilir. Hatta markanın rehinli olduğu hususunu gereksiz yere ulu orta açıklayarak markanın itibarını zedeleyebilir. İşte böyle haller göz önüne alındığında, MK. m. 954/f.II ve KHK. m. 15 hükümlerindeki atıflara da uygun olarak, MK. m. 945/f.I hükmünden yararlanmak bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Şu hâlde, rehin sözleşmesine yabancı olan üçüncü kişilerin tecavüzleri sadece haksız fiil temelinde değerlendirilirken, rehin hakkı sahibinin böyle bir davranışı hem haksız fiil hem de Kanun’dan doğan bir borcuna aykırılık temelinde değerlendirilir. Öyleyse, rehin hakkı sahibinin rehinli markaya tecavüzü durumunda, marka sahibi bakımından, marka tescilli ise KHK. m. 9, 61 vd. hükümleri veya marka tescilli değilse TK. m. 56, 57 hükümleri ile MK. m. 945/f.I hükmü yarışacaktır. Öyle ki, rehin veren MK. m. 945/f.I hükmünden faydalanırsa, ispat külfeti, zamanaşımı ve yardımcı kişiden sorumluluk konuları açısından daha elverişli koşullara sahip olacaktır¹⁷⁶. İşte böyle hâllerde, marka sahibi olayın mâhiyetine göre Ticaret Kanunu veya Kararname’deki haksız fiil temelindeki hükümlerden birine dayanmak yerine, MK. m. 945/f.I hükmüne dayanırsa, rehin hakkı sahibinin kusurunu ispat etmek zorunda kalmayacak, rehin hakkı sahibi kendi kusursuzluğunu ispat etmek zorunda kalacaktır.

Diğer taraftan, hatırlanacağı üzere, rehin hakkı sahibine, marka sahibini, rehinli markayı özenle yönetmesi için zorlama yetkisi¹⁷⁷ bahşedilmiştir (MK. m. 961/f.I). Ayrıca bu yetkiyi somutlaştıran talep ve dava hakları da tanınmıştır (BK. m. 97/f.I; İİK. m. 30; KHK. m. 21/f.VII). Şu halde, yönetim bozukluğundan haberi olduğu hâlde marka sahibini uyarmayıp, zorlamayıp onun hareketsizliğine katılan, âdeta

¹⁷⁶ Akdî sorumlulukla haksız fiil sorumluluğunun yarışması için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 702 vd.; **Reisoğlu**, s. 339, 340; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 902, 903; **Eren**, s. 1092.

¹⁷⁷ Bkz. I/B/2/bbb/bba, “Markayı özenle yönetmesi için marka sahibini zorlama yetkisi”.

teminatının değer kaybetmesine göz yuman rehin hakkı sahibi de doğan zarardan marka sahibi ile birlikte sorumlu tutulmalıdır. Çünkü, rehin hakkı sahibinin söz konusu hareketsizliği aynı zamanda kendi borcuna, markanın değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama borcuna aykırılık teşkil etmektedir.

Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, rehin hakkı sahibinin markaya tecavüz durumunu bilmesi ve buna rağmen marka sahibini uyarmaması, markayı korumaya hizmet eden hukukî yollara başvurmaya zorlamaması, yani marka sahibine noter marifetiyle bildirimde bulunmaması veya bizzat bu yollara başvurmak gayesiyle derhal hâkimden izin istememesi durumunda, marka sahibinin özenli yönetim borcuna aykırı davrandığı için mahkum edileceği tazminatın tenkisi mümkündür. Böylece marka sahibi, özenli yönetim borcuna aykırılık nedeniyle mahkûm edileceği tazminattan, hâkimin rehin hakkı sahibine isnat ettiği kusur oranında kurtulmaktadır (MK. m. 945/f.I'e aykırılık üzerine BK. m. 96 vd. uygulanırken, BK. m. 98/f.II dolayısıyla BK. m. 44).

bbc- Paraya çevirme yetkisi

Marka rehni, rehin hakkı sahibine, markayı kullanma yetkisi vermemekte, yalnızca markanın değerine yönelme yetkisi vermektedir. Markanın değerine yönelmek ile kast edilen, markanın paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen bedelin markayla temin edilen alacağı karşılamasıdır. İşte rehin hakkı sahibi, rehin hakkı dolayısıyla başvurabileceği değere, markayı nakde dönüştürmek, yani paraya çevirtmek suretiyle ulaşmaktadır (MK. m. 946; CC. art. 2346)¹⁷⁸. Yoksa, rehin hakkı sahibi, markanın değerine yönelmek yerine, markanın doğrudan doğruya kendisine devredilmesini talep edemez (MK. m. 946; CC. art. 2347).

Aslında anılan hükümler taşınır rehninde “*lex commissoria*” yasağını düzenlemektedir. Ancak, paraya çevirme dışındaki tatmin yollarını kapatan bu yasağın öngörülmesinin temel nedeni rehniyle kayıtlanan “şey”in malikini korumaktır. Gerçekten, rehlinli “şey”e malik olan şahıs “nasıl olsa borcun vadesinde ödeneceği kanaat ve inancında olduğu için, rehniyle temin edilen alacak muaccel oluncaya kadar kendisini bekleyen tehlikeyi idrak edememekte, kolaylıkla böyle bir anlaşmaya

¹⁷⁸ **Kuntalp Erden**, “Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı”, İnan Kırış’a Armağan, İstanbul, 1994, s. 151, 152.

girmek hatasına düşebilmektedir”¹⁷⁹. Buna ek olarak, genelde rehinli “şey”in değeri temin ettiği alacağın miktarından daha yüksek olduğu için, nesnenin değerinden alacaklı tatmin edildikten sonra arta kalan değer rehin hakkı sahibi tarafından istismar edilmesi de engellenmelidir¹⁸⁰. İşte açıklanan bu gerekçeler eşya rehninde geçerli olduğu kadar, hak rehninde de geçerlidir. Söz konusu yasak bütün Rehin Hukukuna hâkimdir. Şu hâlde, marka ile temin edilen alacağın ödenmemesi durumunda rehinli markanın doğrudan doğruya rehin hakkı sahibine devredileceğine yönelik her anlaşma bâtıldır (BK. m. 19). Fakat böyle bir anlaşma hükmü marka rehni sözleşmesine konulursa, bütünüyle marka rehni sözleşmesi değil, sadece ilgili hüküm geçersizdir (BK. m. 20/f.II).

Ancak Türk Hukuk doktrininde, söz konusu yasak daraltılmakta; böylece bu yasağın uygulama alanı bulması için başka şartların da gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir. Öyle ki, borç ödenmediği takdirde rehinli markanın rehin hakkı sahibine devredileceğine dair yapılan anlaşma, borcun muacceliyetinden önce yapılmışsa veya markanın değeri ile alacağın değeri arasındaki farkı da içine alacak şekilde devredilmişse bu yasak uygulama alanı bulabilir¹⁸¹. Şu hâlde, rehinli markanın rehin hakkı sahibine devredileceğine ilişkin anlaşma, markanın değeri ile alacağın miktarı arasındaki farkın rehin verene ödenmesi (ifayı hedef tutan eda; *dation en vue de paiement*) şartını içeriyorsa söz konusu yasak uygulama alanı bulmayacaktır.

Nitekim Fransız Medenî Kanunu’ndaki *lex commissoria* yasağına ilişkin hükümler (CC. art. 2347, 2348), Türk Medenî Kanunu’ndaki hüküm (MK. m. 946) kadar sert değildir. Öncelikle belirtmek gereklidir ki, Fransız Hukuku’nda da kural, rehinli markanın icra yoluyla paraya çevrilmesidir. Bununla birlikte taraflar, sözleşmelerinde icra vasıtasıyla paraya çevirme yolunu kaldırabilir (CC. art. 2346). Her hâlde, alacaklı, ödeme yerine malın kendisinde kalmasını mahkemeden talep edebilir (CC. art. 2347/1).

¹⁷⁹ **Postacıoğlu İlhan E.**, “İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızaî Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi”, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 536; **Oğuzman/Seliçi**, s. 759.

¹⁸⁰ **Kuntalp**, Lex Commissoria, s. 151-162, s. 153.

¹⁸¹ Bu konuda bkz. **Yasaman/Altay**, s. 703; **Saymen/Elbir**, s. 701; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1109, 1110, 1132; **Cansel**, s. 188-195; **Foex**, s. 270-273; **Serozan**, s. 280, 281; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 357, 358; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 776, 781, 784, 798, 802.

Ancak, eğer malın değeri temin edilen borcun değerini aşıyorsa, fark borçluya verilmelidir; meğer ki, başka rehinli alacaklılar olsun (CC. art. 2347/2). Ayrıca, taraflar, rehin kurulurken veya temin edilen borcun ödenmemesi üzerine sonradan, rehinli malın rehinli alacaklının mülkiyetine geçeceğine dair anlaşabilirler (CC. art. 2348/1). Malın değeri, mülkiyetin geçeceği günde, karşılıklı uzlaşma yoluyla veya mahkeme kanalıyla atanan bir eksper tarafından tayin edilir; meğer ki, kanun uyarınca düzenlenen bir pazarda resmen rayici belirli olsun. Buna aykırı her kayıt yazılmamış sayılır (CC. art. 2348/2). Eğer söz konusu değer temin edilen borçtan fazla ise, fark borçluya geri döner; meğer ki, başka rehinli alacaklılar olsun (CC. art. 2348/3). İşte kanımızca da uygun olan, *lex commissoria* yasağının gerekçeleri dikkate alınarak, Fransız Medenî Kanunu’nun son anılan hükmüne benzeyen bir hükmün Medenî Kanunumuza eklenmesidir¹⁸².

Diğer taraftan, markanın nasıl paraya çevrileceği tartışmalıdır¹⁸³. Hemen belirtelim ki, aslında çalışmamızın konusu ile doğrudan ilgisi olmayan bu konuya, yukarıda, sadece genel olarak değinilmiştir. Zira bu aşamada bizi ilgilendiren, rehin hakkı sahibinin paraya çevirme yetkisini ne zaman kullanabileceği; bu yetkisini kullanması üzerine elde edilen tutarın, temin edilen alacağın tutarını aşması veya aksine bu tutarın alacağı karşılamaya yetmemesi ihtimallerinde ne olacaktır.

Kanun’un lafzıyla “Alacaklı, ödenmeyen alacağının rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ödenmesini isteyebilir” (MK. m. 946/f.I)¹⁸⁴. Derhal işaret edilmelidir ki, marka ile

¹⁸² İsviçre Hukuk doktrininin örnek alınarak Türk Hukuk doktrininde de, BK. m. 427 hükmüne kıyasla, rehin hakkı sahibinin rehinli “şey”i –borsa’da veya piyasada fiyatının belirli olması kaydıyla- bizzat satın alabileceği ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. **Göksoy**, s. 355.

¹⁸³ Bu konuda ayrıca bkz. I/B/2/b/bb/bbc, “Paraya çevirme yetkisi”.

¹⁸⁴ Ancak söz konusu emredici hükme aykırı kayıtlar, genellikle rehin alan tarafından rehin sözleşmesine koydurulmaktadır. Gerçekten doktrinde, İsviçre’deki bankaların sıklıkla kullandığı bazı kayıtlardan bahsedilmektedir. Bunların içeriği, “rehin aldıkları şeyin değeri düştüğü takdirde eşit bir miktar ödemede bulunulması ya da ek teminat gösterilmesi, aksi takdirde rehnin paraya çevrileceği” yönündedir. Bu konuda bkz. **Sirmen**, s. 85. Almanya’daki bankalarda da aynı kayıtların kullanıldığına dair bkz. **Cansel**, s. 180, 236. Bu tür kayıtlar, marka rehniinde de önem arz etmektedir. Zira çok güçlü markalar bile her an değer kaybetme riski ile karşı karşıyadır. Çünkü “markanın değerinin korunması, markanın yaratılması ve olgunlaştırılması kadar zahmetli ve masraflı bir faaliyeti gerektirmektedir”; **Yasaman/Altay**, s. 701. Lâkin, söz konusu kayıtlar tamamen geçersiz sayılırsa (BK. m. 20/f.II), markanın teminat fonksiyonuna olan güven azalır ve marka rehni kurumu çekiciliğini yitirir. Gerçekten, MK. m. 946/f.I hükmünün İcra Hukukundaki yansıması olan İİK. m. 45 hükmü bile emredici sayılmıyorken (**Gürdoğan Burhan**, Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 1967, s. 14 vd.), bu hükmü emredici saymanın manası yoktur. Kanımızca anılan kayıtlar ikiye bölünerek incelenmelidir. Birincisi, rehin verenin markanın değeri düştüğü takdirde ek teminat göstereceğini veya bir miktar ödemede bulunacağını taahhüt etmesi, marka rehniinden doğan kanunî borç ilişkisinden bağımsız bir şekilde, garanti sözleşmesi (kefâlet benzeri garanti) şeklinde değerlendirilmeli ve doğrudan marka rehni sözleşmesinden doğan borç ilişkisi kapsamında geçerli

temin edilen alacağın mutlaka rehin hakkı sahibine ait olması zorunlu olmadığı gibi, bunun para alacağı olması da zorunlu değildir¹⁸⁵. Rehın hakkı sahibinin paraya çevirme yetkisini kullanabilmesi açısından önemli olan, marka ile temin edilen alacağın evvel emirde mevcut ve ayrıca muaccel olduğu hâlde hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olmasıdır. İşte paraya çevirtme yetkisinin kullanılabilir hâle geldiği yegâne an, marka ile temin edilen alacağın hâlâ mevcut ve artık muaccel olduğu hâlde hiç veya gereği gibi ifa edilmediği ilk andır¹⁸⁶.

Nitekim Fransız Medenî Kanunu'nda da, rehın kaldırılmasının talep edilebileceği an, “rehinle temin edilen alacağın faiz ve masrafları da kapsayacak şekilde tamamen ödendiği an” şeklinde tanımlanmıştır (CC. art. 2339). Demek ki, rehınle temin edilen alacağın aslı yanı sıra, faiz ve masrafları da ödenmedikçe, rehın hakkı sahibi paraya çevirme yetkisini elinde tutmaktadır.

Öte yandan, öncelikle, paraya çevirme neticesinde elde edilen tutar, marka ile temin edilen alacağı aşırıyorsa marka sahibinin aşın kısmı geri alıp alamayacağı tespit edilmelidir. İkincisi, bu tutar alacağa yetmiyorsa marka sahibinin sorumlu kalmaya devam edip etmeyeceği tespit edilmelidir. Eğer bu tutar rehınle temin edilen alacağı aşırıyorsa, rehın hakkı sahibi kanımızca sebepsiz zenginleşme teşkil eden bu fazla miktarı rehni kuran marka sahibine iade etmekle yükümlüdür (BK. m. 61 vd). Fakat bu tutar alacağı kısmen karşılıyorsa, rehın hakkı sahibinin, şahsî sorumluluğu devam eden borçluya başvurmadan başka çaresi kalmaz. Çünkü, marka sahibinin sorumluluğu rehın verdiği marka ile sınırlıdır. Nitekim Fransız Medenî Kanunu'nda da ifade edildiği üzere, rehınle kayıtlanan “şey”in maliki ile temin edilen alacağın borçlusu aynı kişiler değilse, rehın hakkı sahibi talep ve dava haklarını sadece rehınle kayıtlanan “şey” üzerinde kullanabilir. Bununla birlikte, rehınlı markanın sahipliği ve marka ile temin edilen alacağın borçlusu sıfatları aynı şahısta birleşirse veya

addedilmelidir. İkincisi, rehın konusu markanın değeri düştüğü takdirde ek teminat gösterilmezse markanın paraya çevrileceğinin kararlaştırılması, yukarıdaki garanti sözleşmesinden doğan alacağın da ilk rehinden bağımsız olarak aynı marka ile temin edilmesi anlamına gelmektedir. Her ne kadar marka sahibi ve garanti veren aynı şahıslar olsa da, asıl alacak yanı sıra, garanti sözleşmesinden doğan alacağın da aynı marka üzerindeki rehınle temin edilebilmesi için usulüne uygun art rehın kurulmalıdır. Buna uyulmaması durumunda kaydın ikinci kısmı geçersiz, paraya çevirme yetkisi de tek kabul edilmelidir (MK. m. 958).

¹⁸⁵ Verme, yapma, yapmama borçları yanı sıra, bir aynî istihkak talebi bile marka rehni ile temin edilmiş olabilir. Fakat bunların, rehın paraya çevrileceği anda, para ile değerlendirilebiliyor olması lâzımdır. Bu konuda bkz. **Cansel**, s. 214, 215.

¹⁸⁶ **Saymen/Elbir**, s. 688, 701; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1128, 1132; **Cansel**, s. 214; **Serozan**, s. 269, 280; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 348, 357; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 780, 781.

sonradan birleşmişse, görünüşte marka sahibinin, aslında yine borçlunun markası dışındaki malvarlığı değerlerine başvurmak imkân dâhilindedir.

bbd- Rehin hakkı sahibinin rehinli marka üzerindeki tasarrufları

Şüphesiz, markanın mülkiyeti rehin verilmekle rehin hakkı sahibine intikal etmemekte, marka sahibinde kalmaktadır. Dolayısıyla rehin hakkı sahibi markayı kullanamayacağı gibi, devir veya terhin de edemez. Gerçekten rehin hakkı sahibinin, rehinli markayı kendiliğinden devir veya rehin etmesi durumunda, bundan doğan bütün zararlardan sorumlu olacağı Medeni Kanun’da düzenlenmiştir (MK. m. 945/f.II).

Aslında taşınır rehninde böyle bir hükmün bulunmasının temel nedeni, rehinli taşınırın zilyetliğinin rehin hakkı sahibine nakledilmesi zorunluluğudur (MK. m. 939). Çünkü, rehin hakkı sahibi, haklı zilyet olduğu için, rehinli taşınır üzerinde hâkimiyet yetkisini haizdir. İşte bu hâkimiyet yetkisinden ötürü, rehin hakkı sahibinin, rehinli taşınırın maliki gibi davranması ihtimal dâhilindedir. Üstelik, rehin hakkı sahibinin rehinli taşınırın maliki gibi davranması, üçüncü kişilerin gözünde inanılır bir kanaat uyandırabilecek niteliktedir. Acaba aynı nedenler, marka rehni için de geçerli midir? Acaba marka üzerinde rehin hakkına sahip olan kişinin de, “rehinli markayı devir ve terhin etmeme borcu” var mıdır?

Markanın tasarruflı işlemlere konu edilmesinde, markanın teslim edilmesi, ne mümkün ne de gereklidir. Diğer bir deyişle, marka rehni ilişkisinde, zilyetlik ne rehin hakkı sahibinde ne de marka sahibindedir. Marka üzerindeki hâkimiyet yetkisi, kural olarak, üçüncü kişiler nezdinde somutlaşmış değildir. Dolayısıyla, MK. m. 945/f.II hükmünün yukarıda sayılan varlık nedenlerinin tamamı, marka rehni için de evleviyetle geçerlidir. Bu nedenle, marka üzerinde rehin hakkı sahibi olan kişi de, rehinli markayı, sahibinden izinsiz bir şekilde art rehinle kayıtlayabilir veya üçüncü kişilere devredebilir. Yukarıda, “rehin hakkı sahibi, kendisini marka sahibi gibi tanıtarak, markanın itibarının zedelenmesine ve/veya değerinin düşmesine sebebiyet verirse sorumlu tutulur” (MK. m. 945/f.I) denilmiştir¹⁸⁷. İşte bu noktada, MK. m. 945/f.II hükmü de uygulama alanı bulmaktadır. Şöyle ki, rehin hakkı sahibi kendisini

¹⁸⁷ Bkz. I/B/2/b/bb/bbb, “Rehinli markanın yok olmasına ve değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama borcu”.

rehinli markanın sahibi gibi tanıtmakla kalmaz; aynı zamanda, rehinli marka üzerinde tasarruflı nitelikte işlemler de yaparsa, bu işlemlerinden doğacak bütün zararlardan kusuru olmasa bile sorumlu tutulur (MK. m. 945/f.II).

Diğer taraftan, yeri gelmişken, MK. m. 945/f.II hükmüyle bağlantılı olan MK. m. 942 hükmüne değinilmelidir. İkinci anılan hüküm, alt rehin kurumuna ilişkindir. Şöyle ki, taşınır rehninde, rehin hakkı sahibinin, “rehinli taşınırı ancak rehnedenin rızasıyla bir başkasına rehnedebileceği” hükme bağlanmıştır (MK. m. 942). Bu hükümden yola çıkarak, rehinli markanın da alt rehinle kayıtlanması mümkün görülebilir.

Ancak kanımızca, marka rehninde alt rehin kurumuna şüpheyile bakılmalıdır. Çünkü, taşınır rehninde alt rehine cevaz verilmesinin temel nedeni, yine, rehinli taşınırın zilyetliğinin ilk rehin alana nakledilmiş ve alt rehin sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için gereken zilyetlik naklini ilk rehin alanın gerçekleştirebilecek olmasıdır. Kaldı ki, alt sözleşme müessesesi, sözleşme konusu şeyin zilyetliğinin devredildiği istisnaî hâllerde karşımıza çıkmaktadır. Kira sözleşmesinde de kiralanan şeyin zilyetliği kiralayana nakledildiği içindir ki, Borçlar Kanunu’nda alt kiraya cevaz verilmiştir. Üstelik, Medenî Kanun’da hakların alt rehnine cevaz veren bir hüküm bulunmadığı gibi, Kararname’de de markanın alt rehnine cevaz veren bir hüküm bulunmamaktadır. İşte bu nedenlerle, marka rehninde alt rehin kurumunun uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır.

bbe- İade borcu

Rehin hakkı her hangi bir şekilde sona erdiğinde, rehin hakkı sahibinin rehin aldığı “şey”i iade etmekle yükümlü tutulması, konusu eşya veya hak olsun her türlü rehlin doğası icabıdır. Ancak rehin hakkı sahibinin geri verme borcu Medenî Kanun’un menkul rehni kısmında düzenlenmiş olup (MK. m. 944/f.I), hak rehni için bu hususta özel bir düzenlemeye gidilmemiştir¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Saymen/Elbir, s. 655, 656; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1109; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 783; Cansel, s. 242 vd. Bu noktada belirtmek gereklidir ki, marka rehninde kural olarak anılan hükmün ikinci fıkrası, yani rehin hakkının bölünmezliği ilkesi uygulama alanı bulmaz. Çünkü, bölünebilen bir “şey” olmadığından, markanın kısmen iadesi mümkün değildir; meğer ki, birden çok marka toplu olarak rehinle kayıtlanmış olsun. Böyle bir durumda ise, markalarla temin edilen alacağın tamamı ödenmedikçe, rehin hakkı sahibi, ödenen kısma tekabül eden bir veya birkaç marka üzerindeki rehin hakkını iadeye mecbur tutulamaz (MK. m. 944/f. II).

Bu eksikliğin yol açtığı sorun şudur ki, marka rehinde rehinli şeyin eylemli olarak geri verilmesi mümkün değildir. Hatta tescilli olmayan markanın ve tescilli markanın sicile işlenmemiş rehinde, geri verme borcundan hiç bahsedilemez. Buna mukabil, tescilli markanın rehni sicile işlenmişse, rehin hakkı sahibinin geri verme borcu, rehlin sicilden terkin için gerekli olan hukukî işlemlere katılma şeklinde tezahür etmektedir.

Sicile kayıtlı marka rehlinin nasıl terkin edileceği, Kararname’de değil, Yönetmelik’te düzenlenmiştir. Eski yönetmelikte şöyle bir ifade bulunmaktaydı. “Teminatın marka sicilinden kaldırılabilmesi için, teminat sözleşmesinin karşılıklı olarak feshini gösterir belge veya teminatı kabul edenin noter tasdikli beyanının verilmesi zorunludur” (Eski Yön. m. 25/f.IV)¹⁸⁹. Yeni Yönetmelikte, “alacağın ortadan kalkması veya rehinli alacaklının alacağından vazgeçmesi durumunda, marka sahibi, alacaklıdan rehni terkin ettirmesini isteyebilir. Rehlin terkin için alacaklının noter tasdikli beyanı aranır. Rehin hakkı sahibi terkin isteminde bulunmadığı takdirde, marka sahibi terkin davası açmak suretiyle bunu sağlayabilir. Marka sahibi rehin hakkının sona erdiğini gösterir kesinleşmiş mahkeme kararını ibraz etmek suretiyle Enstitü’den sicildeki rehin kaydının terkinini isteyebilir” (Yön. 22/f.III-a).

Şu hâlde, marka rehni sona erdiği zaman rehin hakkı sahibi, rehlin sicilden terkin edilmesi için gerekli olan irade beyanını marka sahibinden esirgememelidir. Rehin hakkı sahibinin bu yöndeki irade beyanını açıklaması için tek yol, rehin hakkı

¹⁸⁹ Yeri gelmişken, anılan Eski Yönetmelik hükmündeki yanlış işaret edilmelidir. Şöyle ki, bozucu yenilik doğuran fesih muamelesi, hak sahibinin tek taraflı irade beyanından ibarettir. Zira konumuz açısından fesih, rehin verenin veya rehin alanın tek taraflı bildirimle rehin sözleşmesinden doğan sözleşmesel bağı ileriye etkili olarak sona erdirmesidir. Bu nedenle “karşılıklı fesih” ibaresi yerinde değildir. Söz konusu hükümde, borç ilişkisinin iki tarafın karşılıklı uzlaşması neticesinde sona ermesi kast ediliyorduydu, bu sefer de “bozma sözleşmesi”, yani “ikale” terimi kullanılmalıydı. İkale hakkında bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 110, 113; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 965, 984; **Oğuzman/Öz**, s. 427, not. 1).

Kanımızca, rehin hakkı sahibinin sicil memuru huzurunda bizzat terkine muvafakat edebileceğine; marka sahibinin ise, rehin hakkı sahibinin varlığına ihtiyaç duymaksızın, rehlin sona erdiğini gösteren bir mahkeme ilamını veya noter tarafından tanzim edilmiş bir resmî belgeyi veya marka üzerindeki rehlin kaldırılmasına rehin hakkı sahibinin muvafakat ettiğini gösteren noter tasdikli bir belgeyi sicil memuruna sunarak rehni terkin ettirebileceğine” dair bir hüküm yazılması yeterli olabirdi.

Nitekim Topluluk Marka Hukuku’nda da, “Lisansın veya diğer hakların terkin veya değiştirilmesine ilişkin başvuruya, tescilli hakkın artık mevcut olmadığını gösteren bir belgenin veya lisans alanın veya diğer hak sahibinin terkine muvafakat eden irade beyanının eklenmesi yeterlidir” (Règ. n° 2868/95 art. 35/4). “Eğer tescilin terkin için gerekli koşullar yerine getirilmemişse, Ofis başvuru sahibine aykırılığı bildirir. Eğer başvuru sahibi aykırılığı Ofis tarafından belirlenen sürede gidermezse, terkin başvurusu reddedilir” (Règ. n° 2868/95 art. 35/5).

sahibinin bizzat sicil memuru huzurunda terkine muvafakat etmesi değildir. Şöyle ki, rehin hakkı sahibinin bu yöndeki iradesini, noter tarafından tasdik edilmiş bir belge de gösterebilir. Sicilde rehin hakkı sahibi olarak gözüken kişi, rehin hakkı sona erdiği halde, sicilde veya noterde terkin beyanında bulunmazsa iade borcuna aykırı davranmış sayılır. Bu durumda marka sahibi, bozucu yenilik doğuran dava niteliğinde olan terkin davasını açar. Bu davada mahkeme, rehin hakkının akıbetini tespit eder ve terkine gerek olup olmadığına karar verir. İşte bu davada marka sahibi, kanımızca, rehin hakkı sahibinin iade borcuna aykırı davrandığını iddia ederek, bundan doğan zararının karşılanmasını talep edebilir. Her halde marka sahibi, rehin hakkının sona erdiğini gösteren kesinleşmiş bir mahkeme ilâmı ile, ayrıca rehin hakkı sahibinin bilfiil katılmasına ihtiyaç duymaksızın, rehnin sicilden terkin edilmesini sağlayabilir.

Bununla birlikte, bozucu şarta veya süreye bağlı bir rehin hakkı söz konusu ise, marka sahibinin terkin davası açması gerekli değildir. Bozucu şart gerçekleştiğinde veya süre dolduğunda, marka sahibinin bu durumları ispat ederek rehni sicilden tek başına terkin ettirmesi mümkündür. Bunun gibi, marka cebri icra yoluyla paraya çevrilmişse, yine rehin hakkı sahibinin irade beyanına ihtiyac duyulmaz. Şöyle ki, marka sahibi, paraya çevirmeye ilişkin belgenin aslını veya noter tasdikli suretini Enstitü'ye sunarak rehin kaydını terkin ettirebilir. Görüldüğü üzere, anılan iki ihtimalde, rehin hakkı sahibinin iade borcuna aykırılığı zaten söz konusu olamaz; çünkü marka sahibinin gerekli belgeleri Enstitü'ye ibraz ederek rehin kaydını sildirmesi mümkündür.

C- MARKA REHNİNİN SONA ERMESİ¹⁹⁰

Marka rehni kurulduktan sonra Kanun gereği ortaya çıkan yasal borç ilişkisi sona erince, elbette marka rehni de sona erer. Yasal borç ilişkisini sona erdiren iki neden bulunmaktadır: birincisi, marka rehni ile temin edilen alacağın son bulması; ikincisi, marka rehninin doğrudan son bulması. Aslında rehin hakkının doğrudan sona ermesiyle kast edilen, rehnin, temin ettiği alacağa bağlı olmaksızın sona ermesidir.

¹⁹⁰ Derhal belirtilmelidir ki, marka hakkının sona ermesi yerine “rehinli markanın sona ermesi” başlığı özellikle tercih edilmiştir. Çünkü, marka rehninin kurulmasından önce marka hakkının sona ermesi, marka rehni sözleşmesinden doğan rızâ borç ilişkisinin sona ermesini ilgilendirir. Oysa ki, marka hakkı, rehne kayıtlandıktan sonra sona ererse, kanunî borç ilişkisi sona ermiş olur.

Nitekim, rehinli markanın sona ermesiyle veya markanın paraya çevrilmesiyle, marka rehni doğrudan, yani markayla temin edilen alacağa bağlı olmaksızın son bulur¹⁹¹.

Buna ek olarak, Fransız Hukuku'nda, hak rehninin süreye bağlanması mümkündür. Şu hâlde, Fransız Hukuku'nda, marka rehni sözleşmesinde belirtilen sürenin dolmasıyla da, marka rehni sona erebilir (CC. art. 2358/1). Ancak marka rehninin sona ermesi konusu, sadece yasal borç ilişkisinin sona ermesinden ibaret değildir. Doğrudan doğruya marka rehni sözleşmesinden kaynaklanan borç ilişkisi de, marka üzerindeki rehnin kurulmasından önce¹⁹² sona erebilir. Şöyle ki, marka rehninin kurulmasına yönelik nihaî amaç henüz gerçekleşmediği hâlde, rehin kurma borcu veya doğrudan doğruya marka rehni sözleşmesinden kaynaklanan sözleşmesel borç ilişkisi sona erince, marka rehni sözleşmesi de son bulur. İşte bu ihtimal de hesaba katıldığı için, bu konuyu üç ana başlık altında incelemek gerekmiştir.

1- Marka Rehninin Kurulmasından Önce Marka Rehni Sözleşmesinin Sona Ermesi

a- Rehin kurma borcunun sona ermesi

¹⁹¹ Bu sona erme nedenleri için bkz. **Yasaman/Altay**, s. 705; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1111, 1112, 1132, 1133; **Cansel**, s. 201 vd.; **Saymen/Elbir**, s. 657, 658, 703, 704; **Serozan**, s. 282; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 359; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 783-785, 803.

¹⁹² Kural olarak, marka rehni sözleşmesinin yapıldığı anda, sözleşme konusu marka rehinle kayıtlanmış olur. Ancak, marka rehni sözleşmesinin veya marka rehninin askıda olması mümkündür. Gerçekten, geniş anlamıyla marka rehni sözleşmesinde, “askı” terimi pek çok şaşırtmacalı ihtimali bünyesinde barındırmaktadır. Birincisi, marka rehni ile temin edilen alacak şarta veya vadeye bağlı olsa da, marka rehni kurulmuştur. Bu durum marka rehni sözleşmesinin askıda sayılmasını gerektirmez. Ancak rehin hakkı sahibinin paraya çevirme yetkisini elde etmesi için, öncelikle, rehinle temin edilen alacanın bağlı olduğu geciktirici şartın gerçekleşmesi veya vadenin dolması gereklidir. Ayrıca, marka üzerindeki böyle bir rehin hakkının sırası, şartın gerçekleştiği veya vadenin dolduğu tarihe göre değil, yine rehnin kurulduğu tarihe göre belirlenir (Bkz. not. 49). İkincisi, marka hakkının doğumu geciktirici şarta bağlı olabilir. Nitekim sadece tescilli markalar bakımından mümkün olan bu ihtimal, marka tescil talebi üzerinde rehin kurulmasından kaynaklanan gerçek olmayan bir askıdır (Bkz. I/B/1/a, “Marka Rehninin Konusu”). Çünkü burada beklenen bir marka hakkı üzerinde değil, başlı başına ekonomik değeri olan marka tescil talebi üzerinde rehin kurulmaktadır. Üçüncüsü, MK. m. 943/f.II anlamında askı durumunun, marka rehniinde gerçekleşmesi mümkün değildir. Çünkü markanın zilyetliği yoktur. Dördüncüsü, rehin verenin rehin konusu marka üzerinde tasarruf yetkisi yoksa, ama olacağı öngörülmüşse, rehin sözleşmesinin noksan kaldığı süre boyunca, marka rehni sözleşmesi gerçekten askıdadır. Beşincisi, marka rehni kurma borcunun ifası şarta (geciktirici veya bozucu) veya vadeye bağlanmış olabilir. Bu durumda, marka rehni sözleşmesinin hükümleri askıda değildir; aksine hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır; ancak rehnin tesis edilmesi gelecekteki bir tarihe ertelenmiştir. İşte yukarıdaki cümlede bahsedilen, rehnin kurulmasından önceki döneme ilişkin olan bu son iki askı ihtimalidir.

Her borç gibi, rehin verenin rehin kurma borcu da ibra, tecdit, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ifa imkânsızlığı¹⁹³, zamanaşımı¹⁹⁴, takas ihtimalleri gerçekleşince sona erecektir. Aşağıda, ayrı paragraflar hâlinde, sadece marka rehnini ilgilendiren hususlara değinilecektir.

Öncelikle, ne rehin sözleşmesinden ne marka rehninin kurulmasına yönelik olacak haktan rehin alanın tek taraflı irade beyanıyla vazgeçemeyeceği belirtilmelidir¹⁹⁵. Çünkü rehin sözleşmesi iki taraflı bir hukukî işlemdir. Bunun için, rehin sözleşmesinden doğan borç ilişkisinin sona erdiğini veya rehin verenin rehin kurma borcundan ibra edildiğini gösteren karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı gerekmektedir (BK. m. 1)¹⁹⁶. Meğer ki, tam iki tarafa borç yükleyen istisnâ bir marka rehni sözleşmesinde taraflardan biri karşı tarafı temerrüde düşürdükten sonra, seçimlik haklarından biri olan sözleşmeden dönmeyi seçsin (BK. m. 106/f.II).

Marka rehni kurma borcunun yenilenmesi için, başka bir şekilde teminat sağlanması, yani teminat amacına yönelik yeni bir sözleşme yapılması gerekmektedir. Öyle ki,

¹⁹³ Maddî varlığı olmayan markalar konusunda, hukukî ifa imkânsızlığı, maddî ifa imkânsızlığına nazaran daha sık karşımıza çıkar. Rehin sözleşmesinde rehin kurulması şarta veya vadeye bağlanmışsa ve sözleşme konusu marka hakkı rehin verene isnat edilemeyen bir nedenle sona ererse, rehin veren rehin kurma borcundan kurtulur (BK. m. 117). Meselâ, rehin veren elinde olmayan nedenlerle sözleşme konusu markayı ayırt edici niteliğini kaybedinceye kadar kullanamamış ve kullandırılamamışsa, keza ani ve hiç beklenmedik bir hükümsüzlük davası ile karşılaşmış ve dava sonucunda markanın hükümsüzlüğüne karar verilmişse rehin veren marka rehni kurma borcundan kurtulur. Maddî ifa imkânsızlığını örneklemeye gelince, yine şart veya vade gerçekleşinceye kadarki dönemde, ses, melodi, logo, kokudan ibaret olan tescilsiz markaların somutlaştığı nota veya formül tekrar somutlaştırılmayacak şekilde yok olursa, rehin kurma borcunun ifası maddî anlamda imkânsızlaşmış olur. Ses, koku veya soyut renkten ibaret olan markalar ve üç boyutlu markalar hakkında bkz. **Eroğlu Sevilay**, “Soyut Renk, Ses, ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1, İzmir, 2003, s. 95 vd.

¹⁹⁴ Marka üzerinde rehin kurulmasına yönelik alacak hakkının, marka üzerinde rehin kurulmadan ve fakat rehin sözleşmesi akdedildikten sonra zamanaşımına uğraması, istisnâf de olsa mümkündür (BK. m. 125, 128). Bu hâlde, rehin verenin marka üzerinde rehin kurma borcu sona ermiş olmaz; yalnızca rehin veren borcunu ifadan kaçınmak hususunda süresiz bir def’i hakkı kazanır. Böylece, rehin alan, rehin kurma borcunun ifa edilmesine yönelik talep ve dava haklarını yitirmiş olur; meğer ki, rehin veren zamanaşımı def’inden feragat etsin. Buna ek olarak, şayet marka rehni kurulmadan önce, marka ile temin edilmek istenilen alacak zamanaşımına uğrarsa, marka rehni kurma borcu da zamanaşımına uğramış olur (BK. m. 131). **Oğuzman/Öz**, s. 479, 481; **Reisoğlu**, s. 373; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 1073, not. 45b. Fakat, marka rehni kurulduktan sonra, rehin hakkı sona ermediği sürece, rehinle temin edimiş olan alacak zamanaşımına uğrayamaz (BK. m. 138). Sonuncu ihtimal için bkz. not. 49 ve I/B/b/bb, “Rehin sözleşmesinin geçerlilik şartları”.

¹⁹⁵ Aksi yönde görüş için bkz. **Sirmen**, s. 111; **Cansel**, s. 202; **Göksoy**, s. 374, 375. Ancak tabî ki, markayı paraya çevirtme yetkisi kullanılabilir hâle geldikten sonra, rehin hakkı sahibi, rehin paraya çevrilmesi yoluyla takip haktan vazgeçip adi takip yoluna gidebilir; **Gürdoğan**, s. 17.

¹⁹⁶ Rehin vereni marka rehni kurma borcundan kurtaran ibra sözleşmesi, marka rehni sözleşmesinin nihaî olarak değiştirilmesi anlamına gelmektedir. İbranın bu şekilde nitelendirilmesi için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 989; **Reisoğlu**, s. 348; **Oğuzman/Öz**, s. 126, not. 381, s. 431 vd. Bu nedenle, rehin vereni marka rehni kurma borcundan ibra eden sözleşme, marka rehni sözleşmesinin sıhhat şekline, yani yazılı şekil şartına tâbidir (BK. m. 12/c.I).

rehin sözleşmesinin yenilenmesi ile rehin kurma borcunun yenilenmesi örtüşmektedir. Ancak marka rehni sözleşmesinin, dolayısıyla markayla teminat sağlama borcunun tecdit edilmesi, yeni teminat sözleşmesinin ve dolayısıyla yeni teminat sağlama borcunun muteber olarak doğmasına bağlıdır¹⁹⁷.

Öte yandan, rehin alan rehinli markayı “*lex commissoria*” yasağına girmeyecek şekilde, meselâ rehinle temin edilen alacak muaccel olduktan sonra devralırsa veya miras yoluyla iktisap ederse, borçlu ve alacaklı sıfatları birleşmiş olduğundan rehin kurma borcu da son bulur (BK. m. 116).

Diğer taraftan, markanın hükümsüzlüğüne ilişkin mahkeme kararı, markanın tescilli bulunduğu mal veya hizmetlerin bir kısmına teşmil edilmiş olabilir (KHK. m. 42/f.II). Bu durumda, her hâlde, rehin verenin hiç bir kusuru olmasa bile, marka üzerinde rehin kurma borcu imkânsızlaşmış olmaz, hükümsüzlüğün teşmil edilmediği mal ve hizmetleri kapsayan, bir bakıma daralmış marka hakkı üzerinde devam eder¹⁹⁸. Başka bir deyişle, markanın hükümsüzlüğüne ilişkin mahkeme kararı, markanın tescilli bulunduğu mal veya hizmetlerin bir kısmına teşmil edilmişse (KHK. m. 42/f.II), rehin kurma borcu hükümsüzlüğün teşmil edilmediği kısım üzerinde devam eder.

Takas konusuna gelince, rehin verenin rehin alan lehine marka rehni kurma borcu yanı sıra rehin alanın da rehin veren lehine başka bir şekilde teminat sağlama borcu olsa bile, aynı amaca yönelik bu iki alacak takas edilemez. Çünkü, söz konusu alacak haklarının konusu ne para ne de misli “şey”dir (BK. m. 118/f.I)¹⁹⁹.

Son olarak, açıklığa kavuşturulmalıdır ki, marka üzerinde rehin kurma borcu şahsa sınırlı ve sıkıya bağlı bir borç olmadığından ve bu borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde rehin alanın menfaati bulunmadığından, yani başkaları tarafından ifası

¹⁹⁷ Oğuzman/Öz, s. 435-439; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 989-996; Reisoğlu, s. 349-351.

¹⁹⁸ Tabii ki, markanın kısmen hükümsüzlüğüne karar verilmesi rehin verene isnat edilebiliyorsa veya rehin veren bunu bilerek gizlemişse, rehin veren, birincisinde marka ile teminat sağlama borcuna, ikincisinde sözleşme öncesi müzakerelerde dürüst davranma borcuna aykırı davranmış olacaktır (BK. m. 96).

¹⁹⁹ Takas konusu alacakların misli şey alacağı olması gerektiği hakkında bkz. Oğuzman/Öz s. 455; Reisoğlu, s. 362; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 1015; Nomer N. Halûk, “Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”, İÜHFİM, C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, s. 241 vd., s. 249.

mümkün olduğundan (BK. m. 67), rehin verenin ölmesi ile bu borç imkânsızlaşmaz; aksine rehin verenin mirasçılara intikal eder (MK. m. 599/f.II).

b- Rehni sözleşmesinden doğan borç ilişkisinin sona ermesi

Marka rehni sözleşmesinden doğan borç ilişkisinin sona ermesi, kural olarak, bu sözleşmeden doğan bütün borçların sona ermesine bağlıdır. Lâkin rehin veren ve rehin alan, henüz rehin sözleşmesinden doğan bütün borçlar sona ermediği hâlde, marka rehnini kapsayan borç ilişkisini sona erdirmek için anlaşma yapabilirler. Bu anlaşmaya ikale denilmektedir. Adi yazılı sıhhat şekline bağlanmış olan marka rehni sözleşmesinin son kez değiştirilmesi anlamına gelen ikalesinde de, tarafların sözlü mutabakatı yeterli addedilmemelidir (BK. m. 12/c.I)²⁰⁰.

2- Marka Rehni Kurulduktan Sonra Marka Rehninin Sona Ermesi

a- Marka rehninin rehinle temin edilen alacağa bağlı olarak sona ermesi

aa- Rehniyle temin edilen alacağın sona ermesi

Bütün rehin hakları gibi, marka rehni de bir alacağı teminat altına almak amacıyla kurulduğundan, marka rehninin varlığı ve hukukî kaderi temin ettiği alacağın varlığına ve kaderine bağlıdır. Rehni kavramının doğasından kaynaklanan bu bağıllık, marka üzerindeki rehin hakkının fer'i bir hak olduğunu göstermektedir²⁰¹.

İşte fer'ilik ilkesinin en önemli görünümlerinden biri de rehin hakkının sona ermesinde karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki, bir alacak sona erdiği takdirde, bunu temin eden rehin hakkı da sona ermektedir (BK. m. 113/f.I).

Dolayısıyla, her ne kadar Kararname'de bu hususu düzenleyen bir hüküm bulunmasa da, marka rehni ile temin edilen alacak sona erince marka rehninin de sona ereceğinden şüphe edilmemelidir. Şu hâlde marka rehniyle temin edilen alacak ifa (BK. m. 113), yenileme (BK. m. 114), alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi (BK. m. 116), imkânsızlık (BK. m. 117) ve takas (BK. m. 118) gibi nedenlerle son bulunca, marka üzerindeki rehin hakkı da son bulur. Lâkin marka cari hesap sözleşmesine kayıtlı bir alacağı temin maksadıyla rehin verilmişse, bu alacak hesap

²⁰⁰ Oğuzman/Öz, s. 427, not.1. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 984, not. 1a.

²⁰¹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1184; Cansel, s. 202; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 783; Sirmen, s. 11, 14.

kesilip bakiyenin taraflarca kabul edilmesiyle sona ermiş olsa bile, marka üzerindeki rehin hakkı bakiye üzerinde devam eder (BK. m. 115/f.III).

Diğer taraftan, bölünmezlik ilkesi²⁰², rehinle kayıtlanan hak bakımından geçerli olduğu kadar rehinle temin edilen alacak bakımından da geçerlidir. Buna göre, rehin hakkının sona ermesi ve rehinli markanın iadesi borcunun gündeme gelmesi için, rehinle temin edilen alacağın tamamamen sona ermesi (MK. m. 946/f.II) gereklidir (MK. m. 944/f.I; CC. art. 2349/1). Diğer bir deyişle, rehinle temin edilen alacağın kısmen sona ermesi, meselâ eksik ifa edilmesi, rehinli markanın veya aynı alacağı temin eden markaların bir kısmının iadesini gerektirmez (MK. m. 944/f.II; CC. art. 2349/2).

ab- Borçtan şahsen sorumlu olmayan marka sahibinin ifası

Rehinle temin edilen alacağın borçlusu marka sahibinden farklı bir kimse olsa da, borçtan şahsen sorumlu olmayan marka sahibi markası ile temin edilen alacağı ifa edebilir. İşte böyle bir durumda, marka sahibi rehinli alacaklının kanunî halefi olacağından rehin hakkı da sona erer (BK. m. 109/b.1). Nitekim, “malikin bizzat kendi “şey”i üzerinde rehin hakkı kurması Medenî Kanun’da kabul edilmemiştir”²⁰³.

Ancak, doktrinde savunulan bir görüş uyarınca, rehinle temin edilen alacağa halef olan marka sahibinin kendi markası üzerinde rehin hakkı elde etmekte haklı bir menfaati varsa, istisnaî olarak marka rehni devam eder. Böylece, marka üzerinde usulüne uygun bir art rehin kurulmuşsa, rehin verenin önce gelen rehin hakkı sahipliğini korumakta haklı menfaati bulunduğundan, halefiyet kuralı bertaraf edilebilir²⁰⁴.

Lâkin, kanımızca bu bakış açısı, rehin kurumunun varlık amacına ters düşmektedir. Aynı zamanda, adalete aykırı sonuçlar da doğurabilir. Öncelikle, rehin kurumunun

²⁰² Bkz. not. 56, 181.

²⁰³ “Malik rehni yalnız ipotekli borç senedi ile irat senedinde (MK. m. 914/f.II; EMK. m. 828/f.II) ve bir de irtifak hakkında (MK. m. 782; EMK. m. 706) istisnaî olarak düzenlenmiştir”; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1111, 1112.

²⁰⁴ Böyle kabul edenler için bkz. Oftinger/Baer, M. 888, N. 12; Leemann, M. 889, N. 12 (**Sirmen**, s. 113’ten naklen); **Köprülü/Kaneti**, s. 548, 549; **Serozan**, s. 46; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 720; **Saymen/Elbir**, s. 704; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 779, 803. Aksi yönde bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1111, 1112, 1132; **Cansel**, s. 203.

varlık amacı mevcut bir alacağı temin etmektir. Şayet marka sahibi markasının temin ettiği alacağı ifa yoluyla sona erdirirse, artık marka rehninin varlık amacı ortadan kalkar. Hatta bu gerçek markanın ne için paraya çevrileceği sorusu ile iyice somutlaşır. Üstelik, sırf marka sahibinin menfaati öyle gerektiriyor diye, şahısların kendi “şey”leri üzerinde rehin hakkı sahibi olmalarına cevaz verilirse, bu sefer de markanın müstakbel sahiplerinin ve en önemlisi art rehin hakkı sahiplerinin menfaatleri çiğnenmiş olur.

Gerçekten anılan örnekten yola çıkılırsa, marka sahibi markasını iki kez rehin vermekle, hem birinci hem ikinci rehnin doğuracağı olumsuz sonuçlardan korunma menfaatini çoktan yitirmiştir. Kaldı ki, hukuk düzeni zaten, halefiyet kuralı vesilesiyle, başkasının alacağını temin eden marka sahibine korunmaya değer menfaatini koruma imkânı tanımaktadır (BK. m. 109). Nihayet, marka sahibinin kendi markası üzerindeki rehin hakkını kabul edersek, bu marka ileride -üzerinde eski sahibinin rehin hakkı ile kayıtlı olarak- temlik edilir. Böylece, temlik edilebilen hakların doğası icabı, hak rehninde zaten yeterince tatbik edilemeyen aleniyet ilkesinin daha çok zedelenmesine cevaz vermiş oluruz.

ac- Marka rehninin rehinle temin edilen alacağın zamanaşımına etkisi

Bir alacağın marka rehniyle temin edilmiş olmasının, bu alacak hakkında zamanaşımının işlemesine engel olup olmayacağı tespit edilmelidir. Aslında BK. m. 133/f.I hükmündeki genel kural, alacağın rehinle temin edilmesi durumunda zamanaşımının kesilmesidir. Ancak anılan hükümdeki “rehin” kelimesi, “taşınmaz rehni” şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü, bu hükmün akabinde, aynı konuyu taşınır rehni için düzenleyen başka bir hüküm bulunmaktadır (BK. m. 138/f.I). Öyle ki, taşınır rehninde, taşınmaz rehnindeki kuralın aksi öngörülmüştür. Elbette ki, çalışma konumuz bakımından, marka rehninin bünyesine en uygun olan hüküm, yani taşınır rehni hakkındaki hüküm dikkate alınmalıdır (MK. m. 954/f.II).

Şu hâlde, “zamanaşımı süresi dolunca rehinle temin edilen alacak artık talep ve dava edilemiyorsa da, rehin hakkı sahibi, sırf rehin hakkına dayanarak rehin konusu

markanın paraya çevrilmesi suretiyle alacağını elde etme yetkisini muhafaza eder”²⁰⁵.

b- Marka rehninin doğrudan sona ermesi

ba- Rehnin paraya çevrilmesi

Marka, cebri icra yoluyla veya özel yollardan paraya çevrilebilir. Her ne suretle olursa olsun, marka hakkı usulüne uygun bir şekilde paraya çevrilince marka rehni doğrudan son bulur. Hemen belirtmek gereklidir ki, Fransız ve Türk Hukuklarında kural, markanın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesidir (MK. m. 946; İİK. m. 23, 145 vd.; CC. art. 2360). İstisna ise, rehin verenin markanın özel yollarla paraya çevrilmesi hususunda rehin alana veya üçüncü kişiye yetki vermesidir²⁰⁶.

Oysa ki, markanın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi²⁰⁷, genellikle, zaman kaybedilmesine ve markanın değerinden daha az bedelle paraya çevrilmesine sebep olur. Nitekim, uzman kuruluşların yardımı alınarak markanın değerine en yakın bedel üzerinden devredilmesi, hem marka sahibinin hem de rehin hakkı sahibinin menfaatlerine ve ticarî işlerin akışına daha uygun düşebilir²⁰⁸.

²⁰⁵ **Sirmen**, s. 108. “Alacak yıllansa da rehin yıllanmaz”, **Serozan**, s. 282; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 769; **Cansel**, s. 202.

²⁰⁶ **Yasaman/Altay**, s. 706 vd.; **Saymen/Elbir**, s. 701; **Cansel**, s. 214 vd.; **Serozan**, s. 280; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 357; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 802.

²⁰⁷ Marka rehninin paraya çevrilmesi konusunda, İcra İflas Kanunu’ndaki taşınır rehninin paraya çevrilmesine ilişkin hükümler (İİK. m. 145-147) ve rehnin paraya çevrilmesine ilişkin müşterek hükümler (İİK. m. 150/e-153) uygulama alanı bulur. Şöyle ki, marka hakkı bakımından, İİK. m. 150/g hükmünün atfı sayesinde, İİK. m. 121 hükmüne ulaşılır. Nitekim, İİK. m. 121 hükmünde, intifa hakkı ve miras, şirket, iştirak hâlinde mülkiyet hisseleri yanı sıra, “yukarıki maddelerde gösterilmeyen başka nevi malların” paraya çevrilmesi de düzenlenmektedir. İşte marka hakkı, “yukarıki maddelerde gösterilmeyen başka nevi mallardan” sayılmalıdır. Üstelik, icra mahkemesinin, bütün hakların paraya çevrilmesinde olduğu gibi marka hakkının paraya çevrilmesinde de geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Şu hâlde, icra müdürü, paraya çevirme usulünü belirlemek ve marka paraya çevrilinceye kadar değerinin düşmemesi için tedbirler almak konularında geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Nitekim, icra müdürü, satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorar. İcra mahkemesi yerleşim yeri bilinen alâkadarları davet eder ve onları dinler. Bunun üzerine ilgililerin haklı menfaatlerini de gözeterek satışın açık artırma veya pazarlık suretiyle veya takdir edeceği diğer bir tarzda yapılmasına karar verir (İİK. m. 121/f.II). Öyle ki, markanın piyasada rayıcı yoksa, itibar kıymeti ile rehin hakkı sahibine bile devredilebilir (İİK. m. 120). İcra mahkemesi kararından başka, ayrıca, marka üzerinde rehin hakkı sahibi olan bütün diğer kişilerin de, markanın takibi başlatan rehin hakkı sahibine devredilmesine muvafakat etmesi lâzımdır. Bu konuda bkz. **Yasaman/Altay**, s. 718, 719; **Tekinalp Ü.**, s. 433, 434; **Üstündağ**, İcra Hukuku, s. 246, 247, s. 243, not 774. Taşınır rehninin paraya çevrilmesi hakkında bkz. **Öğütçü/Doğrusöz**, s. 239-250; **Kuru/Arslan/Ejder**, s. 464 vd.; **Üstündağ**, İcra Hukuku, s. 249 vd.; **Gürdoğan**, s. 32-53; **Muşul**, s. 695 vd.; **Göksoy**, s. 334 vd.

²⁰⁸ **Yasaman/Altay**, s. 706.

Gerçekten, Türk Hukuk doktrini, icra vasıtasıyla paraya çevirme imkânı bertaraf edilmeksizin, özel yollardan paraya çevirme yetkisinin, rehin hakkı sahibine veya üçüncü kişiye tanınabileceği kanaatindedir²⁰⁹. Ancak bunun için, rehin hakkı sahibi ile marka sahibinin anlaşması gereklidir. Eğer, rehin veren aynı zamanda marka sahibi ise, sorun yoktur. Eğer aynı kişi değilse ve marka sahibi bunu kabul etmezse, rehin veren borca aykırılıktan sorumlu olur (BK. m. 96). Ayrıca rehin hakkı sahibi, rehni kuran kişiyle yaptığı bu anlaşmayı, yani markanın özel yollardan paraya çevrilmesine ilişkin şahsî hakkını, gelecekte rehinli markayı devralanlara karşı ileri süremez. Çünkü, icra yoluyla paraya çevirme yetkisi kanunî ilişkiye dâhil olduğu hâlde, özel yollardan paraya çevirme yetkisi, sözleşmesel ilişkinin ardıl etkisidir.

Diğer taraftan, bu yetki marka rehni sözleşmesine derc edilebileceği gibi, marka rehni sözleşmesi akdedildikten sonra ayrı bir sözleşmeyle de verilebilir. Her hâlde, rehin hakkı sahibine özel yollardan paraya çevirme yetkisi tanıyan bu ardıl sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerekmektedir (BK. m. 12/c.I). Ayrıca her hâlde, özel yollardan paraya çevirme yetkisi, bir sözleşme mucibince tanındığından, bunun tek taraflı irade beyanı ile geri alınması mümkün değildir²¹⁰.

Nihayet, bu yetkinin, bir takım koşullara bağlı olarak tanınması uygun olur. Bu noktada, Fransız Medenî Kanunu'ndaki konuya ilişkin hüküm örnek alınabilir. Hatırlanacağı üzere, bu hükümde, rehin hakkı sahibinin paraya çevirme sonucunda elde edilen bedelden alacağı miktarın temin edilen alacağın miktarı ile sınırlandırılması ve bilirkişi incelemesi yaptırılması şart koşulmaktadır (CC. art. 2348)²¹¹. Bununla birlikte, özel yollardan paraya çevirme yetkisinin asgari bir bedel elde etme²¹² veya önce borçluya bildirim yapılarak bir süre verilmesi²¹³ koşullarına bağlanması, daha sağlıklı sonuçlar verebilir.

Ancak, özel yollardan paraya çevirme yetkisi böyle koşullara bağlanmasa bile, kanımızca rehin hakkı sahibinin bu yetkisini öncelikle iyiniyetle ve ayrıca markanın değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama borcuna uygun şekilde kullanması

²⁰⁹ Leemann, M. 906, N. 7; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1132'den ve **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 802 not. 197'den naklen; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 358; **Gürdoğan**, s. 18-20; **Cansel**, s. 235 vd.; **Sirmen**, s. 124, 125; **Gürdoğan**, s. 18-20; **Foex**, s. 32, not. 65.

²¹⁰ Oftinger, M. 891, Nr. 50; **Cansel**, s. 236'dan naklen.

²¹¹ Bkz. I/B/2/b/bb/bbc, "Paraya çevirme yetkisi".

²¹² **Postacıoğlu**, İpotek, s. 538.

²¹³ Oftinger/Bär, Art. 891, N. 49; **Göksoy**, s. 353'ten naklen.

gereklidir (MK. m. 2, 945/f.I)²¹⁴. Şu hâlde, özel yollardan paraya çevirme yetkisini kullanan rehin hakkı sahibi, rehinli markanın mümkün mertebe gerçek bedeli üzerinden paraya çevrilmesi maksadıyla, dürüstlük kuralının gerektirdiği tedbirleri almakla ve netice itibarıyla markanın gerçek bedelinden daha düşük bir bedelle paraya çevrilmesine kusuruyla sebep olmamakla yükümlüdür (MK. m. 2, 945/f.I). Meselâ markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerin bir kısmı ile sınırlı olarak paraya çevrilmesi neticesinde elde edilecek bedel, marka ile temin edilen alacağı karşılamaya yetiyorsa, marka bütünüyle paraya çevrilmemelidir²¹⁵. Aksi takdirde rehin hakkı sahibi, marka sahibinin uğrayacağı zararlardan, kusursuzluğunu ispat edemediği ölçüde sorumlu tutulur (MK. m. 945/f.I)²¹⁶. Bunun gibi,

Nihayet, rehin hakkı sahibi, böyle bir yetki kendisine tanınmadığı hâlde, markayı İcra İflâs Hukuku dışında kalan yollardan paraya çevirmeye kalkışırsa, kusuru olmasa bile, bu işleminden doğan bütün zararlardan sorumlu olur (MK. m. 945/f. II)²¹⁷. Ancak özel yollardan paraya çevirme yetkisi, rehin hakkı sahibine değil de, üçüncü kişiye, meselâ uzman bir kuruluşa tanınmışsa, bu yetkiyi veren sözleşmede veya sözleşme hükmünde aksi öngörülmediği sürece, üçüncü kişinin yalnızca özen borcu vardır (MK. m. 2). Üçüncü kişi marka rehninden doğan ilişkilere yabancı olduğundan, ona, markanın değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama borcu (MK. m. 945/f.I) yüklenemez.

²¹⁴ Acaba, markayı serbestçe paraya çevirme yetkisini haiz olan rehin hakkı sahibi, İcra İflâs Hukukundaki ödeme emrine benzer bir ihtarla marka sahibine durumu haber vermeli midir? Öncelikle, İcra İflâs Hukukunun uygulanmasını kural diğerini ististisna gören kanun koyucu tarafından böyle bir ihtardan bahsedilmemiş olması olağandır. Elbette ki bu boşluk, MK. m. 1 hükmü uyarınca doldurulacaktır. Kanımızca, özel paraya çevirme, İcra İflâs Hukukunun kapsamı dışında kalsa da, rehin hakkı sahibinin marka sahibine ve marka ile temin edilen alacağın borçlusuna markanın paraya çevrileceğini ihtar etmesi, yine hem dürüstlük kuralı hem de rehinli markanın değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama borcu icabıdır (MK. m. 2, 945/f.I). Zira, marka sahibinin rehin hakkı sahibini, paraya çevirme işlemini gereği gibi organize edip etmediği konusunda kontrol etmesi en doğal hakkıdır. Keza, marka sahibinin özel paraya çevirme yetkisini kullanan rehin hakkı sahibini kontrol etmesi, ancak paraya çevirmeden haberdar kılınması üzerine mümkün olur. Aksi yönde bkz. Oftinger, M. 891, N. 57; **Cansel**, s. 238'den naklen.

²¹⁵ “rehinli paylardan alacağını karşılamaya yetecek kadarını paraya çevirmeli ve bunun fazlasını satmaktan kaçınmalıdır” cümlesinden esinlenilmiştir. Bu cümle için bkz. **Göksoy**, s. 355. Bu yönde bkz. Oftinger/Bär, Art. 891, N. 56; **Cansel**, s. 237; **Köprülü/Kaneti**, s. 463; **Göksoy**, s. 355'ten naklen.

²¹⁶ Kanımızca, MK. m. 2 hükmü yanı sıra, özellikle MK. m. 945/f. I hükmünün varlığı, başka hükümlerden kıyas yoluyla yararlanma ihtiyacını gidermektedir. Buna karşılık, “İsviçre Federal Mahkemesi, söz konusu özen yükümlülüğünün, vekâlet sözleşmesindeki vekilin özen yükümlülüğüne kıyasen belirlenmesi gerektiği görüşündedir (İBK. m. 398/II)”; **Yasaman/Altay**, s. 706'dan naklen.

²¹⁷ **Cansel**, s. 236. Aynı yönde bkz. Oftinger/Bär, Art. 891, N. 50; **Göksoy**, s. 354'ten naklen.

bb- Rehinli markanın sona ermesi

Yukarıda, rehinin tesis edilmesinden önce ve rehin verenin kusuruna isnat edilemez bir şekilde marka hakkının sona ermesi üzerine rehin kurma borcunun da sona erdiği açıklanmıştı²¹⁸. Burada ise, rehinin kurulmasından sonra ve marka sahibinin kusuruna isnat edilemez bir şekilde marka hakkının sona ermesi üzerine, rehin hakkının sona ereceği açıklanacaktır. Gerçekten, ortada paraya çevrilecek bir “şey” kalmayınca, doğal olarak rehin hakkı da sona ermektedir. Çünkü, eskiden temin edilmekte olan alacağı temin eden “şey” ortadan kalkınca, artık o alacağın o “şey”le temin edilmesine yönelik hakkın da içi boşalmış olmaktadır. Bir benzetme ile anlatmak gerekirse, nasıl ki, gebe bir bayanın vefat etmesi ile onun karnındaki ceninin vefat etmesi eş zamanlıdır; aynı şekilde, rehinli markanın hukuk aleminden yok olması ile marka üzerindeki rehin hakkının sona ermesi de eş zamanlıdır.

Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır: Markanın Kararname hükümleri uyarınca korunması imkânının yitirilmesi ile marka hakkının tamamen sona ermesi her zaman aynı ana denk gelmeyebilir. Dolayısıyla, markanın Kararneme uyarınca korunması sona erdiği hâlde, marka henüz ayırt edici niteliğini yitirmemişse, marka üzerindeki rehin hakkı da sona ermiş olmaz. Meselâ, marka sahibi yenileme işlemlerini zamanında yapmadığı için markanın Kararname uyarınca olan koruması sona ermiş ve fakat marka hâlâ ayırt edici niteliğini yitirmemişse, bu marka hakkı ve bunun üzerindeki rehin hakkı varlığını sürüdürür. Çünkü, kural olarak, marka hakkı ayırt edici niteliğini yitirdiği vakit sona ermektedir. Diğer taraftan, markanın tamamen sona ermesi veya kararneme uyarınca korunmasının sona ermesi, her hâlde, Resmî Sinaî Mülkiyet Gazetesinde ilan edilir. Ancak her iki hâlde de, sona erme ilandan önce gerçekleşmiştir.

Bu bilgiler ışığında, sicile kayıtlı olan marka rehninde karşımıza çıkabilecek bir dizi ihtimaller de incelenmelidir. Kararname’de, Türk Patent Enstitüsü’nün tescil süresinin dolmakta olduğunu sürenin bitiminden önce ve Yönetmelik’te öngörülen süre içinde marka hakkı sahibine haber vereceği hükme bağlanmıştır (KHK. m. 41/f. II). Kanımızca, marka üzerinde tescilli bir rehin hakkı bulunuyorsa, Enstitü’nün

²¹⁸ Bkz. I/B/1/b/bb, “Rehin sözleşmesinin geçerlilik şartları”; I/B/1/b, “Marka Rehninin Konusu”.

koruma süresinin dolmakta olduğunu rehin hakkı sahibine de haber vermesi yerinde olacaktır.

Aslında, Enstitünün bu bildirimi yapmamış olması, Enstitüye herhangi bir sorumluluk yüklemes (KHK. m. 41/f.II). Ancak, Enstitü tarafından marka sahibi ile rehin hakkı sahibine aynı anda bildirim yapılması, MK. m. 941, 958 hükümleri dolayısıyla Medenî Kanun'un ruhuna uygun olduğu gibi, rehin ilişkisinin tarafları arasındaki sorumluluk yumağının da daha kolay çözümlenmesini sağlayacaktır. Çünkü, çifte bildirim sayesinde, rehin hakkı sahibine, yenileme işlemlerini yapması için marka sahibine ihtar çekme, dolayısıyla MK. m. 961/f.I'deki zorlama yetkisinden yararlanma olanağı tanınmış olur.

Şayet rehin hakkı sahibi koruma süresinin dolmasından resmen haberdar edildiği hâlde, hareketsiz kalırsa marka sahibinin ödeyeceği tazminat rehin hakkı sahibinin ortak kusuru oranında indirilebilir (BK. m. 96, 98/f.II, 44). Buna karşılık, marka sahibi rehin hakkı sahibinin ihtarına rağmen hareketsiz kalırsa, o vakit rehin hakkı sahibi yenileme işlemlerini bizzat yapmak hususunda mahkemeden kendisine izin verilmesini talep edebilir (MK. m. 961/f.I; BK. m. 97).

Görüldüğü gibi, söz konusu bildirimin, marka sahibi ile birlikte sicilde gözüken rehin hakkı sahibine de yapılacağı yönünde bir hükmün Kararname veya Yönetmelik'e eklenmesi hem yerinde hem de yararlı sonuçlar doğuracaktır.

bc- Marka rehninin iptali ve marka rehninden cayılması

Öncelikle belirtmek gereklidir ki, doğrudan doğruya marka rehni sözleşmesinden kaynaklanan borç ilişkisinde, rehin alanın markanın rehinle kayıtlanmasına yönelik alacak hakkından tek taraflı irade beyanı ile feragat etmesi ne mümkün ne de caizdir²¹⁹. Oysa yasal borç ilişkisinde, rehin hakkı sahibi, markayı paraya çevirtme yetkisinden feragat edebilir.

Ancak, rehin hakkı sahibinin, markayı paraya çevirtmeye yönelik aynî nitelikli yetkisinden tek taraflı irade beyanı ile feragat edebilmesi için, mutlaka, marka rehni

²¹⁹ Bkz. I/C/1/a, "Rehin kurma borcunun sona ermesi".

ile temin edilen alacağın muaccel hâle geldiği hâlde ifa edilmemiş olması lâzımdır²²⁰. Ancak, bazı istisnâî hâllerde, hatta henüz rehinle temin edilen alacak müeccelken bile, tarafların hukuka uygun menfaatleri, doğrudan doğruya Kanun'dan kaynaklanan marka rehni ilişkisinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesini gerektirebilir.

Gerçekten, marka rehnini kuran irade beyanları hata, hile (özellikle rehinle kayıtlanan markaya ilişkin), ikrah ile sakatlanmışsa, marka rehninden doğan yasal borç ilişkisi, rehin kurulduktan sonra, hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun ortadan kalktığı tarihten itibaren işleyen bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal²²¹ edilebilir (BK. m. 23-31). Yine, marka rehni sözleşmesi yapılmasından, yani rehnin görünüşte kurulmasından ve belki tescil bile edilmesinden uzunca bir süre sonra, marka ile temin edilen alacağın geçerli olmadığına ispat edilmesi üzerine, marka rehninin hükümsüzlüğü tespit edilebilir.

Diğer taraftan, marka rehni kurulduktan sonraki süreç içinde, marka sahibi veya rehin hakkı sahibi, rehnin kurulduğu anda öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenemeyen²²² bir şekilde, aşırı ifa güçlüğüne düşebilir ve bu nedenle işlem temeli çökebilir²²³ (MK. m. 2). Meselâ, rehin hakkı sahibinin rehinli marka ile rekabet hâlinde olan başka bir marka ihdas veya temellük etmesi durumunda, sırf rehin verenin rakip markayı kullanması nedeniyle artık rehinli marka piyasadan silinmek üzereyse, rehinli markanın sahibi bakımından rehin ilişkisinin temeli çökmüştür.

Bunun gibi, marka rehninin kurulduğu esnada taraflar hiç öngörmediği hâlde, rehinli markanın kullanıldığı malları üreten ticarî işletme artık üretime devam edemiyorsa ve bu nedenle rehinli marka uzun süredir kullanılamıyorsa, henüz beş yıllık süre dolmadan, yani marka kullanılmaması nedeniyle iptal edilmeden, bu sefer de rehin hakkı sahibi bakımından işlem temeli çökmüştür. Hatta, marka rehni sözleşmesi istisnâî olarak tam iki tarafa borç yüklüyorsa, taraflardan birinin iflâs etmesi veya

²²⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 986.

²²¹ İrade beyanındaki sakatlıklar için bkz. Öğuzman/Öz, s. 79 vd., Reisoğlu, s. 96 vd.; Eren, s. 337 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 425 vd.

²²² Öngörülemezlik kavramı için “sezilemezlik” adı altında bkz. Gözübüyük Pulat, Mücbir Sebepler Beklenmeyen Hâller, Ankara, 1977, s. 67 vd.

²²³ Öğuzman/Barlas, s. 198 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 368, 369, 383, 1005-1007; Reisoğlu, s. 355 vd. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın genel hükümler kısmında da “aşırı ifa güçlüğü” konusuna bir hüküm (BKT. m. 143) atfedilmiştir. Bu konuda bkz. Yavuz, Borçlar Kanunu, s. 159; Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu/Çavuşoğlu Işınan/İpek/Yaşar/Koç, s. 83-85; Serozan Rona, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanında Örneklerle Sergilenmesi”, HPD, Y. 2006, S. 6, s. 38-54, s. 46, 47.

acze düşmesi de karşı tarafın sözleşmeyi sona erdirmesini gerekli kılabilir (BK. m. 82). Kanımızca, bu durumlarda, taraflara, sürekli borç ilişkisinden cayma hakkı tanınmalıdır²²⁴.

İşte bu istisnaî hâllerde, akdin iptalini, hükümsüzlüğünü ve akitten cayılmasını geriye etkili sayan klasik kural, iptal veya cayma tarihine veya hükümsüzlüğün tespit edildiği tarihe kadar geçen süre zarfında ifa edilen edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iadesini zorunlu kılar.

Lâkin, doğrudan doğruya Kanun'dan kaynaklanan kanunî borç ilişkisi açısından, klasik iptal veya caymanın “geri verdirici etkisi, hem pratik değildir, hem de adalete ters düşebilir”²²⁵. Çünkü, bilindiği üzere, marka rehni kurulduktan sonra ortaya çıkan yasal ilişkinin aslî borçlarından ikisi, yani marka sahibinin “markayı özenle yönetme borcu” ile rehin hakkı sahibinin “markanın yok olmasına veya değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama” borcu sürekli edimler gerektirdiği için, yasal borç ilişkisi de sürekli bir borç ilişkisidir.

Gerçekten, markanın özenle yönetilmesi uğruna sarfedilen emek ve harcamaların, marka üzerinde rahatça tasarruf edilememesinden kaynaklanan kayıpların, markanın rehinle kayıtlanmasının markada ve marka sahibinde yarattığı itibar eksikliğinin iadesi bazen çok güç, bazen de imkânsızdır. Dolayısıyla, yasal borç ilişkisinde iptalin, hükümsüzlüğün ve caymanın geçmişe etkili (*rétroactif*) olması işin niteliğine uygun düşmemektedir. Bu nedenle, dürüstlük kuralından yararlanılarak, sona ermenin o ana kadarki edimleri etkilemeyeceği; sadece iptal veya cayma anından veya hükümsüzlüğün tespit edildiği andan sonraki edimleri geleceğe yönelik olarak (*pour l'avenir uniquement*) etkileyeceği kabul edilmelidir. Şu hâlde, marka rehninden doğan yasal borç ilişkisi organizma olarak tamamen sona ermemekte, sadece içerik değiştirmektedir. Ama, sürekli edimi gerektiren iki yükümlülüğün ifasına hiç başlanmamışsa, meselâ marka sahibi özen borcuna zaten hiç uymuyorduyorsa veya somut ilişkideki menfaatler dengesi dürüstlük kuralına böylesine

²²⁴ Son anılan ihtimal ve benzerlerinde, fesih değil de, cayma kavramının tercih edilmesinin nedeni, caymanın, kendiliğinden, rehin tasarrufunu ortadan kaldıracı etki doğurması; yani, marka sahibini rehinle kayıtlanmamış marka hakkına tekrar kavuşturmasıdır. Bu konunun ayrıntılı açıklaması için bkz. **Serozan**, Dönme, s. 145 vd.

²²⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 383. Aynı yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 965, 966, dn. 46; **Eren**, s. 100.

başvurmayı gerektirmiyorsa, yasal ilişkinin iptali, hükümsüzlüğünün tespiti veya yasal ilişkiden cayılması geleceğe etkili olmaz²²⁶.

²²⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 10, 38, 102, 418-420; **Seliçi**, s. 210-214, 223; **Serozan**, Dönme, s. 152, 176, 177, 181, 182. Nitekim anılan Tasarı hükmünde de, sürekli borç ilişkilerine mahsus bu istisnâî sona erme hâli dikkate alınmıştır. Buna göre, “Sürekli edimli sözleşmelerde dönme hakkının yerini kural olarak fesih hakkı alır” (BKT. m. 143/c. son). Bu konuda bkz. **Yavuz**, Borçlar Kanunu, s. 159; **Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu/Çavuşoğlu Işintan/İpek/Yaşar/Koç**, s. 84, 321. Ayrıca bu yönde bkz. **Bensoussan/Bréban**, s. 223.

II- MARKA REHNİNE UYGULANACAK HUKUK

A- Marka Rehni Sözleşmesinde Yabancılık Unsuru

Marka rehni sözleşmesi yabancılık unsuru içeriyorsa, bu sözleşmeye uygulanacak hukuk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun²²⁷ uyarınca tespit edilir (MÖHUK. m. 1). Buna karşılık, marka rehninden doğan hukukî ilişkiler yabancılık unsuru içermiyorsa, söz konusu marka rehni, kanunlar ihtilâfı sahasının dışında kalır ve Milletlerarası Özel Hukuk açısından bir mana ifade etmez²²⁸.

Şu hâlde, ilk olarak, marka rehni sözleşmesini kanunlar ihtilâfı sahasına sokan yabancılık unsurları tespit edilmelidir. Bunun için, yabancılık unsurunu tanımlamaya ihtiyaç vardır. Kısa bir tanım yapmak gerekirse, birden fazla devletin Özel Hukuk düzeni ile temas hâlinde olan ilişki veya olayların yabancılık unsuru taşıdığı kabul edilmektedir²²⁹.

Meselâ, tarafların vatandaşlığı (*nationalité des parties*), yerleşim yeri (*domicile*), mutad meskeni (*résidence habituelle*), işlemin yapıldığı (*lieu de la conclusion du contrat*) veya ifa edildiği yer (*lieu d'exécution*), malın bulunduğu yer (*lieu de la situation du bien*), fiilin ikâ edildiği yer (*lieu de la commission de l'action*) yabancılık unsuru teşkil edebilir (*critère juridique*, hukukî kriter)²³⁰.

²²⁷ 2675 sayılı Kanun, RG. 22.05.1982, S. 17701.

²²⁸ **Berki Osman Fazıl**, Türk Hukukunda Kanunlar İhtilâfları, Ankara, 1971, s. 175.

²²⁹ **Nomer Ergin**, Devletler Hususî Hukuku, İstanbul, 2003, s. 4.

²³⁰ **Tekinalp Gülören**, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, İstanbul, 2004, s. 14; **Kassis Antoine**, Le Nouveau Droit Européen Des Contrats Internationaux, Paris, 1993, s. 28-33, 46; **Vischer Frank**, Traité De Droit Privé Suisse, Droit International Privé, C. I-4, Bâles, 1974, s. 31-34, 35, 61; **Knoepfler François/Schweizer Philippe**, Droit international privé suisse, Berne, 1995, s. 191-200, 219, 224, 228. Benzeri bağlama noktalarının kullanıldığı bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, 14.06.1988, E. 1988/1918, K. 1988/3940; **Gökkaya Şevket**, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı, Ankara, 1996, s. 27-30; **Ruhi Ahmet Cemal**, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı, Ankara, 2003, s. 12-13.

Demek ki, marka rehni sözleşmesinin taraflarından birinin vatandaşlığı, yerleşim yeri, mutlak meskeni, fiilî veya idarî merkezi; marka rehni sözleşmesinin yapıldığı veya ifa edildiği yer; rehinli markanın tescil edildiği veya fiilen kullanıldığı yer yabancı bir ülkeyi işaret ediyorsa, marka rehninden doğan hukukî ilişkilerin yabancılık unsuru içerdiği kabul edilebilir.

Bununla birlikte, marka rehni sözleşmesi Milletlerarası Ticaret Hukukunun sahasına giriyorsa, yani marka rehninden doğan hukukî ilişkiler yumağı bir yönüyle uluslararası mal, para veya hizmet akışını ilgilendiriyorsa (*critère économique*, ekonomik kriter), Türk rehin veren ve rehin alan arasında Türkiye’de akdedilen ve ifa edilen ve hatta menşei itibariyle de Türk olan bir markanın rehnine ilişkin sözleşmenin bile, uluslararası sözleşme (*contrat international*) olduğu kabul edilebilir. Bunun için, marka rehni sözleşmesinin, ekonomik niteliği itibariyle, uluslararası ticaretin yarar alanına girmesi yeterlidir. Diğer bir deyişle, marka rehni sözleşmesinin sınırlar üstü para akışına (*flux de capital au-dessus des frontières*)²³¹ hizmet etmesi yeterlidir. Şu hâlde, markanın rehin verilmesinin nedeni yabancı kaynaklı kredi alınması ise, marka rehni sözleşmenin yabancılık unsuru ihtiva ettiği kabul edilebilir²³².

Ancak, marka rehni sözleşmesinin yabancılık unsurunu haiz olup olmadığı, sözleşmenin esaslı unsurlarından biri olan marka hakkından hareketle tespit edileceği zaman, bir dizi problemle karşılaşmaktadır. Bu problemlerin çözümü Rehin Hukukuna hâkim olan “belirlilik”²³³ ve Marka Hukukuna hâkim olan “bağımsızlık” ilkelerinden geçmektedir. Hemen belirtmek gereklidir ki, menşei ve işareti aynı da olsa her marka belirli bir ülkenin hukuku uyarınca doğar ve bu ülke kanuna göre korunur. İşaretleri tıpa tıp aynı da olsa, her ülkede tescil edilen marka hakları

²³¹ Ekonomik kriteri bu şekilde tanımlayan görüş için bkz. **Pommier**, s. 149.

²³² Ekonomik kriter ve hukukî kriter ayrımı ve bu ikisinin karşımından (*combinaison des deux critères*) ibaret olan bizim de katıldığımız karma görüş için bkz. **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 591, 592. Ekonomik kriter hakkında ayrıca bkz. **Kassis**, s. 72-74; **Pommier**, s. 149, 150; **Şanlı Cemal/Ekşi Nuray**, Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul, 2005, s. 3-5; **Şanlı Cemal**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2002, s. 3-7; **Kocasakal Özdemir Hatice**, MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları, İBD, Y. 1999, S. 4, s. 926-941. Hukukî kriter hakkında bkz. **Kassis**, s. 74-91. Bu konuda, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda (21.6.2001, RG. 5.7.2002-24453, S. 4686) yer alan “Yabancılık Unsuru” başlıklı hükümden (MTK. m. 2) yararlanılabileceğine dair bkz. **Akıncı Ziya**, Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003, s. 31-33, 57-60; **Çelikel Aysel**, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2004, s. 252.

²³³ Bkz. not 34.

birbirlerinden bağımsızdır (ülkesel bağımsızlık ilkesi; *principe de l'indépendance territoriale*)²³⁴. Bu nedenle, bunlardan birinin rehin verilmesi diğerine sirayet etmez. Tabii ki, bir işaretin hem ulusal hem uluslararası tescilli karakteri ile toplu rehine konu edilmesi mümkündür. Nitekim bu noktada yine, belirlilik ve bağımsızlık ilkeleri yardıma koşmaktadır. Çünkü, marka rehni sözleşmesinde, rehinle kayıtlanan marka veya markalar tanımlanmıştır. Bu tanım da zaten, “şu ülke ülke hukuku veya şu uluslararası sistem uyarınca tescilli olan veya korunmakta olan şu işaretli marka” şeklinde olur. Böylece, hangi marka veya markaların rehinle kayıtlandığı marka rehni sözleşmesinden ya doğrudan anlaşılır, ya da anlaşılabilir.

İşte anılan iki ilke sayesinde tespit ettiğimiz rehinli markanın, tanınmış marka²³⁵ olması veya bir uluslararası sözleşme sistemi tarafından korunması, meselâ markanın Paris Sözleşmesi veya TRİPS.²³⁶ uyarınca korunması, Madrid Sistemi²³⁷ uyarınca uluslararası sicilde tescilli olması veya topluluk markası²³⁸ olması gibi hususlar, kanımızca tek başına marka rehni sözleşmesinden doğan özel hukuk olayına yabancılık unsuru katmamaktadır²³⁹.

²³⁴ Szalewski, s. 103; Yasaman/Yusufoğlu, s. 5; Yasaman/Altay, s. 683.

²³⁵ Bkz. not. 39.

²³⁶ Bkz. not. 7.

²³⁷ Madrid Sistemi, Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü (WIPO-World Intellectual Property Organisation) tarafından idare edilmektedir. Markaların uluslararası tescili ile ilgili olan Madrid sistemi, 14 Nisan 1891 tarihli “Madrid Anlaşması” ve Madrid Anlaşması’nı değiştiren 1989 tarihli “Madrid Protokolü”nden oluşmaktadır. Türkiye, bu Protokole katılmıştır; 5.8.1997, Bakanlar Kurulu Kararı S. 97/9731, RG. 22.8.1997-23088; Yasaman/Yusufoğlu, s. 30’dan naklen. Madrid Sistemi için bkz. Poroy/Yasaman, s. 361-363; Yasaman/Yusufoğlu, s. 29-57. Madrid Protokolü için bkz. Meran, s. 459 vd.

²³⁸ Bkz. not. 5.

²³⁹ Aslında gerek Madrid Sisteminin, gerek Topluluk markası sisteminin pratik faydası, marka sahiplerini zaman ve para israfından korumaktadır. Çünkü marka korunması istenilen her ülkede ayrı ayrı tescil yapılması hem zaman ve emek hem de para kaybına yol açar. Oysa ki, Paris Sözleşmesi ve TRİPS., ülkeler arasındaki mevzuat ve uygulama farklarını gidermek amacına hizmet eder. Kısaca amaç, değişik ülkelerde yürürlükte olan Marka Hukuklarını yeknesaklaştırmaktır. Aynı işaretin her ülkede ayrı ayrı tescil ettirilmesinin zaman ve para kaybına yol açacağı hakkında bkz. Arminjon P., Précis de Droit International Privé, C. II, Paris, 1929, s. 99; Yasaman/Yusufoğlu, s. 35, 36. Dolayısıyla, anılan uluslararası sistemler sadece ülkesellik ilkesinin sorgulanmasından doğmakta, yabancı ile vatandaş arasında ayırım yapmama (vatandaşla eşit işlem ilkesi; *principe de traitement national* veya *même traitement que nationaux ou assimilation de l'étranger au national* veya millî işlem ilkesi; *traitement national*) esasına dayanmakta ve âkit devletlere asgari koruma (*protection minimum*) yükümü içeren maddî sözleşme hükümleri (*jus conventionis*) dikte etmektedir. Vatandaşla eşit işlem ilkesi için bkz. Arminjon, s. 97; Hırş, s. 47; Audit, s. 645; Dardağan Esra, Fikir Ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara, 2000, s. 30, 39; Yasaman/Yusufoğlu, s. 36; Tekinalp Ü, s. 56, 57; Szalewski, s. 102; Yalçiner, s. 44.

Öncelikle, marka rehni sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması için, mutlaka markanın maruf veya tanınmış karaktere sahip olması gerekmektedir. Meselâ “mavi jeans” hem maruf (*marque connue*) ve hem de iyi ve çok tanınmış markadır (*marque bien connue; marque de haute renommée*). Ayrıca, dünyaca, yani uluslararası tanınmış markadır (*marque mondiale; marque de notoriété internationale*). Ancak, sırf “mavi jeans” markasının tanınmışlığı noktasından hareket edilerek, bu markanın rehnine ilişkin sözleşmede yabancılık unsuru var kabul edilemez. Çünkü anılan tanınmışlık derecelendirilmesine ilişkin terimler, markanın hitap ettiği çevrenin ne kadarında bulunduğu, tüketicinin zihninde ne hızda ve nasıl bir fikir uyandırdığı hususları ile ilgili olup, yabancılık unsuru kavramı ile ilgili değildir.

Yine, Paris Sözleşmesi uyarınca bir markanın olduğu gibi korunabilmesi için, bu markanın sözleşmeye üye olan menşe ülkesinde tescilli olması gereklidir (4. mükerrer m. 6/A-1). Buna göre, Paris Sözleşmesi uyarınca korunan bir markanın menşei Türk ise, sırf bu marka diğer üye devletlerde de o devletin markaları ile eşit şekilde korunuyor diye marka rehni sözleşmesinde yabancılık unsuru var denilemez.

Öte yandan, gerek Madrid Protokolü gerek Madrid Anlaşması uyarınca, uluslararası tescil için başvurmanın ön koşulu, başvuran kişinin âkit devletlerden birinin vatandaşı olması veya orada ikâmet etmesi veya âkit devletlerden birinde gerçek ve aktif sınaî veya ticarî müessese sahibi olmasıdır (Anlaşma. m. 3; Protokol. m. 2/1). Anılan maddelerde geçen ikinci ön koşul ise, bu kişinin markasını, Madrid Anlaşması’na göre söz konusu âkit devlette tescil ettirmiş; Madrid Protokolü’ne göre âkit devlet sicilinde tescil ettirmiş veya tescil için ulusal başvuruda bulunmuş olmasıdır²⁴⁰. Demek ki, uluslararası sicilde kayıtlı olan bir markanın menşei Türk ise, yani bir Türk vatandaşı veya Türkiye’de ikâmet eden veya Türkiye’de sınaî veya ticarî müessesesi olan bir şahsa ait ise, sadece rehinli markanın Uluslararası Büro’daki kaydına dayanılarak, marka rehni sözleşmesinde yabancılık unsuru var denilemez.

Nihayet, rehinli markanın Topluluk markası olması da sözleşmenin yabancılık unsuru taşıması bakımından tek başına yeterli bir gerekçe değildir. Çünkü, Tüzük uyarınca, Paris Sözleşmesi’ne ve Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması’na Türkiye’nin de taraf olması dolayısıyla, Türk vatandaşları da Topluluk markası için

²⁴⁰ Yasaman/Yusufoğlu, s. 30, 33.

başvurabilir (R  g. art. 5/1-b). Böylece, rehinli Topluluk markasının menşei Türkiye ise, sırf aynı zamanda Topluluk markası diye rehin sözleşmesinden doğan   zel Hukuk olayında yabancılık unsuru var denilemez.

Acaba rehin veren ile rehin alan marka rehni sözleşmesine şu veya bu devlet hukukunun uygulanacağını serbest ve açık iradeleri ile kararlaştırmışlarsa (M   HUK. m. 24), sırf bu nedenle marka rehninden doğan hukukî ilişkisi yabancılık unsurunu haiz sayılır mı?   şte bu soruna verilen yanıt hem Türk hem Fransız Hukuku'nda tartıřmalıdır²⁴¹. Kanımızca tarafların yabancı bir devlet hukukunu sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmesi, tek başına söz konusu hukukî ilişkiye yabancılık unsuru katmamaktadır²⁴². Ayrıca, marka rehni sözleşmesi, hukukî veya ekonomik kriterlerden en az biri uyarınca, yabancı bir devleti işaret ediyor olmalıdır. Ancak, hukukî veya ekonomik kriterlerden biri uyarınca, marka rehni sözleşmesinin işaret ettiği ülke ile seçilen hukukun ait olduğu ülke, aynı ülkeler olmak zorunda değildir.

²⁴¹ Fransız Hukuku'nda bir sözleşme, "hükümleri itibariyle bizatihi doğrudan yabancılıkla bağlantılı unsur taşıyorsa veya sınırlar arası mal, hizmet veya para akışı ile karakterize edilebiliyorsa veya milletlerarası ticarete hizmet ediyorsa (ekonomik kriter, *critere   conomique*)" milletlerarası sözleşme şeklinde tanımlanmakta ve tek başına hukuk seçiminin bir sözleşmeye yabancılık katmayacağı ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. not. 223 ve **Audit**, s. 678 ve not. 1.

Ayrıca, Fransa dahil diğer Avrupa Birliği   lkelerinin de taraf olduğu "19 Haziran 1980 tarihli Sözleşmesel Y  k  ml  klere Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, *La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*" da, sadece "kanunlar ihtilâfı taşıyan durumları (*situations comportant un conflit de droit*) düzenlemektedir (Konvansiyon. art. 1/1). Bunun gibi "hukuk seçiminin, Konvansiyon uyarınca belirlenen yetkili hukukun emredici hükümlerini bertaraf etmeyeceği" de hüküm altına alınmıştır (Konvansiyon art. 3/3). Böylece, Konvansiyon uyarınca borç ilişkisi başka bir devlet hukukuna bağlanabiliyorsa, seçilen hukuk akit serbestisinden öte konularda bir sonuç doğurmamaktadır. Bu Konvansiyon, Avrupa Birliği   lkelerinin kanunlar ihtilâfı kurallarını yeknesaklaştırmak için yapılmıştır. Bu konuda bkz. **Audit**, s. 676-678; **Mayer**, s. 462, 463; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 589; **Uluocak Nihâl**, Milletlerarası   zel Hukuk Dersleri, İstanbul, 1989, s. 185; **  elikel**, s. 250, 251. Konvansiyon'un çevirisi için bkz. **Ekşi Nuray**, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, MHB. S. 17-18, Y. 1997-1998, s. 163-181.

Ayrıca bkz. europa.eu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/498y0126-3/498y0126-3_FR.doc; www.sg.cnrs.fr/daj/international/doc/convention_de_rome.pdf

²⁴² Bu yönde bkz. **Uluocak**, s. 184-186; **Berki**, s. 175; **Tekinalp G.**, s. 280. Aksi yönde bkz. **Nomer**, s. 292; **  elikel**, s. 251, 252. Aksi yönde, yani yabancı hukukun seçilmesi ile sözleşmenin uluslararasılaşması (*internationalisation du contrat*) yönünde bkz. **Pommier**, s. 131-133.

B- Marka Rehni Sözleşmesinde Vasıflandırma

Teminat amacına yönelik hukukî işlemlerin Anglosakson ve Avrupa Hukuklarındaki çeşitliliği²⁴³ nedeniyle, yabancılik unsuru taşıyan marka rehni sözleşmelerinin vasıflandırılması (*qualification*)²⁴⁴ zorunluluk arz etmektedir²⁴⁵. Diğer bir deyişle, marka hakkı ile bir alacağın temin edilmesi amacına hizmet eden hukukî işlemlere değişik devlet kanunlarında farklı isim ve içerikler atfedilmesi, söz konusu hukukî işlemlerin ait olduğu hukukî kategoriyi belirleme işini hem güç hem de sonuçları bakımından önemli kılmaktadır. Çünkü markanın teminat gösterilmesi amacına hizmet eden hukukî ilişki vasıflandırılmakla, aslında, bu ilişkiye uygulanacak hukuk da belirlenmiş olmaktadır²⁴⁶.

Vasıflandırmanın hangi kanuna göre yapılacağı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür²⁴⁷. Kanımızca, marka rehni sözleşmesindeki vasıflandırma problemi, iç hukuka (*lex fori*), yani hâkimin hukukuna göre çözümlenmelidir. Çünkü böylesi, hem Milletlerarası Özel Hukukun esaslarına, hem de rehin hakkının mutlak

²⁴³ Meselâ İngiliz Hukuku'ndaki "mülkiyet devredilmeden teminat ve mülkiyet devredilerek teminat" ayrımı, "trust" kurumu ve diğerleri için bkz. **Marie France/Papandréou Deterville**, Le droit Anglais, Des Biens, Paris, 2004, s. 391 vd., 406 vd. Ayrıca Anglosakson Hukuku'nda yer alan "Conditional, Sale Hire Purchase", "Chattel Mortgages" ve "Pledge" müesseseleri için bkz. **Çelikel**, Menkul Eşya Üzerinde Aynı Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı, İstanbul, 1972, s. 10 vd.

²⁴⁴ "Milletlerarası Özel Hukukta vasıf ihtilâfı, yabancılik unsuru taşıyan hukukî olay ve ilişkilere uygulanması söz konusu olan birden fazla hukukun, o hukukî olay ve ilişkiye ve bu ilişkiyi düzenleyen kurallarda kabul edilen bağlama noktalarına farklı hukukî nitelik tanınmış olmasından doğan ihtilâflardır"; **Çelikel**, s. 70. Vasıflandırma hakkında bkz. **Knoepfler/Schweizer**, s. 134 vd.; **Tekinalp G.**, s. 27 vd.; **Çelikel**, s. 69 vd.; **Nomer**, s. 99 vd.; **Loussouarn/Bourel**, s. 200 vd. Patent hakkının vasıflandırılması için bkz. **Erdem**, s. 83 vd. Menkul rehlinin vasıflandırılması hakkında bkz. **Çelikel**, Menkul, s. 14-18.

²⁴⁵ **Çelikel**, Menkul, s. 10-12.

²⁴⁶ **Çelikel**, Menkul, s. 14, 15.

²⁴⁷ Vasıflandırmaya uygulanacak hukuk konusunda, *lex fori*'nin, esasa uygulanacak hukukun (*lex causae*) ve karşılaştırmalı hukukun uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bu teorilere ek olarak, vasıf ihtilâfını iki safhaya bölen ve birinci derecede *lex fori*, ikinci derecede *lex causae*'nin uygulanacağını söyleyen bir görüş daha bulunmaktadır. Ayrıca, "yeni literatürde tek bir vasıflandırma hukukundan vazgeçerek vasıflandırma problemini somut olaya göre çözümlmek eğilimi belirli hâle gelmiştir". İlk görüşün açıklaması için bkz. Kahn, Gesetzes Kollisionen, Jhering's Jahrbücker, 30 (1891) 1. vd.; Bartın, Clunet, 24, 1987, 225, 466 (**Çelikel**, s. 75'ten naklen); **Nomer**, s. 102; **Aybay Rona/Dardağan Esra**, Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul, 2001, s. 129, 130; **Knoepfler/Schweizer**, s. 138, 139. İkinci görüşün açıklaması için bkz. Wolff, Das Internationale Privatrecht, dritte auflage, 1954, 50 vd.; Despagne, Clunet, (1988), 233 vd. (**Çelikel**, s. 76'dan naklen); **Nomer**, s. 103, 104; **Aybay/Dardağan**, s. 130, 131; **Knoepfler/Schweizer**, s. 139, 140. Üçüncü görüş için bkz. Rabel, vol. 1, 54-56; Rabel, Das Problem der Qualifikation, Rabels Z. 5. (1931), 241 vd. (Rabel, görüşünün bir doktrinden ziyade bir metod olduğunu açıklamaktadır); Beckett, (1934), 15 ByIL, 46, 58-60 (**Çelikel**, s. 78'den naklen). Aynı görüşün "Bağımsızlık Teorisi" adı altında açıklanması için bkz. **Nomer**, s. 104, 105; **Aybay/Dardağan**, s. 131, 132. Aynı görüşü "théorie d'adaptation" olarak bkz. **Knoepfler/Schweizer**, s. 140. Son görüş için bkz. Robertson, 118, 157; Cormack, (1941), 14. So Calif Law Rew., 226 (Dicey-Morris, 37); Cheshire, Private International Law, 4. ed., 46-60; Uluocak, Kanunlar İhtilâfı, İstanbul, 1971, s. 202; Seviğ, Kanunlar İhtilâfı, İstanbul, 1974, s. 143 (**Çelikel**, s. 79, 80'den naklen).

hak karakterine uygun düşmektedir²⁴⁸. Öyleyse, marka rehninden doğan vasıf ihtilâflarını, kural olarak, *lex fori* çözer. Ancak bu kuralın konumuzla ilgili iki istisnası bulunmaktadır.

İlk olarak, markanın teminat gösterilmesi amacına hizmet eden sözleşme rehin sözleşmesinden farklı bir kalıba bürünmüş ve dolayısıyla Türk Hukuku'nda tanınmıyorsa²⁴⁹ (*prima facie, inconnu du droit Turque*)²⁵⁰, söz konusu hukukî ilişkiyi *lex causae*'ya göre vasıflandırmak en doğrusudur. Çünkü, *lex fori*'ye göre vasıflandırma yapılarak ihtilâf konusu sözleşmeyi sırf Türk Hukuku'nda tanınmıyor diye geçersiz saymak veya buna Kara Avrupa'sı Hukuku'ndaki hak rehninin hükümlerini uygulamak, hem söz konusu yabancı hukukî ilişkinin bünyesine hem Milletlerarası Özel Hukukun esaslarına ve hakkaniyet ilkesine aykırı sonuçlar doğurur. İkincisi, zaten yabancılik unsuru ihtiva eden bir marka rehni sözleşmesinde yetkili hukukun açık olarak belirlenmiş olması ihtimalinde de, vasıflandırmanın *lex causae*'ya göre yapılması uygun olur²⁵¹.

Öncelikle, marka hakkının bünyesinden kaynaklanan bir vasıflandırma meselesine değinilmelidir. Bilindiği gibi, Fransa'da hem Medenî Hukuk hem Milletlerarası Özel Hukuk doktrininde de mallar, maddî olan ve maddî olmayan mallar şeklinde ikiye ayrılarak incelenmekte ve marka maddî olmayan mallardan sayılmaktadır²⁵².

²⁴⁸ Aksi yönde, yani fikrî haklar konusunda vasıf ihtilâfı ile pek nadir karşılaşılabileceği ama yine de karşılaşırsa bunun esasa uygulanan hukuka tâbi kılınması gerektiği yönünde bkz. **Erdem**, s. 90.

²⁴⁹ Bkz. II/C/2/a/ab “Hukuk seçimine ilişkin irade beyanları” ve not 234.

²⁵⁰ Böyle bir durumda, karşılaştırmalı vasıflandırma (*qualification comparative*) yapılması gerektiği; bunun için, sözleşmede kullanılan terimler (*termes utilisés*), sözleşmenin nihai amacı (*finalité du contrat*), tarafların yükümlülükleri (*comportement des parties*) dikkate alınarak sözleşmenin amaçsal analize tâbi tutulması gerektiği yönünde bkz. **Dutoit Bernard/ Knoepfler François/Lalive Pierre/Mercier Pierre**, Répertoire de droit international privé suisse, C. I, Berne, 1982, s. 19, 207.

²⁵¹ **Çelikel**, s. 82, 83; **Nomer**, s. 105, 106'da yer alan Dölle'nin görüşleri (Dölle, IPR 78 vd). Fransız Hukuk doktrininde ise, istisnai tuttuğumuz hukuk seçimi yapılması ihtimali (*qualification et choix des règles étrangères applicables*) ile sınırlı olarak, vasıflandırmanın esasa uygulanan hukuk uyarınca yapılması uygun bulunmaktadır. Çünkü zaten bir kere hukuk seçimi ile *lex causae*'ya bağlanılınca, bundan sonraki vasıflandırmalar (*qualification secondaire*), söz konusu hukuk düzeni altında (*qualification en sous-ordre*) sayılmaktadır. Nitekim, Konvansiyon da vasıflandırma konusunda suskun kaldığından, her üye ülke kendi geleneğine göre hareket etme hakkını haizdir. Konvansiyon'da sadece, uygulanacak hukukun yetkili hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını kapsamadığı ifade edilmektedir (art. 15). Ancak bu hüküm atıfla ilgili olup, vasıflandırma ile ilgili değildir. Aslında Konvansiyon'da atfın yasaklanmasının nedeni, seçilen hukukun bir bütün olarak sözleşmeye uygulanmasını engellemek değildir. Aksine, seçilen hukuk düzeninin kanunlar ihtilâfı kurallarındaki atıflar neticesinde, tarafların seçmediği bir hukuka ulaşılmasını engellemektir. Bu konuda bkz. **Mayer**, s. 468, 470; **Loussouarn/Bourel**, s. 212-215.

²⁵² Bkz. not. 20, 21. Ayrıca, “Maddî Olmayan Mallar Üzerindeki Aynî Haklar” için bkz. **Uluocak**, s. 176-180; **Nomer**, s. 288-289. “Maddî Olmayan Mallar Üzerindeki Mutlak Haklar” için bkz. **Tekinallp G.**, s. 263- 270. Fikrî Mülkiyet haklarının gayri maddî mallar üzerinde kurulabilme özelliği için bkz. **Erdem**, s. 12-15. Fikrî hakların maddî olmayan mal özelliği için bkz. **Dardağan**, s. 12, 13.

Çalışmamızın birinci bölümünde saptandığı üzere, *lex fori* uyarınca, marka hakkı ve dolayısıyla marka üzerindeki rehin hakkı, mutlak haktır. Demek ki, *lex fori* uyarınca vasıflandırma yapılan hâllerde, marka maddî olmayan mal addedilse bile, sonuçta eşya olmadığından marka üzerindeki rehin hakkı bir aynî hak değildir.

Son olarak, bilindiği gibi, iç hukukumuzda bir hukukî ilişkiden doğan nısbî ve aynî karakterli hükümler birbirlerinden ayırt edilmiş; her birinin doğuşları, hükümleri ve sona erişleri farklı esaslara bağlanmıştır. Buna çok benzer bir şekilde, çalışmamızda da, marka rehni sözleşmesinin hükümleri, sözleşmeden doğan/kanundan doğan borç ilişkisi şeklinde iki ana başlığa bölünerek incelenmiştir. İşte Milletlerarası Özel Hukukta da, bu ayrımın uygulama alanı bulacağı şüphesizdir. Gerçekten, her ne kadar marka üzerinde rehin kurma borcunu içeren sözleşmesel borç ilişkisi ile marka üzerinde rehin kurulduktan sonra Kanun'dan doğan kanunî borç ilişkisi bir tek hukukî işlemin çatısı altında erimişse de, bu ikisinin kural olarak yine *lex fori* uyarınca ve fakat birbirlerinden bağımsız olarak vasıflandırmaya tâbi tutulması gereklidir. Çünkü, rehin verenin rehin alana karşı marka rehni kurmayı borçlandığı sözleşmesel ilişki ile marka rehni ile kayıtlandıktan sonra rehin sözleşmesinin taraflarını aşarak marka sahibi-rehin hakkı sahibi-üçüncü kişiler üçgeninde hüküm ve sonuç doğuran kanunî ilişkinin içerik ve esasları farklıdır²⁵³. Ancak, *lex causae*'ya göre vasıflandırma yapmayı gerektiren istisnâî hâllerden biri söz konusu ise ve esasa uygulanan hukukta böyle bir ayrım yoksa, hem sözleşmesel hem de kanunî ilişkiyi *lex causae* yönetebilir.

C- Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

1- Genel olarak

a- Ön Açıklamalar

Fikrî ve sınâî haklara uygulanacak hukukun belirlenmesi konusu, teorik açıdan bazı tartışmaları da gündeme getirmektedir. Çünkü hukukî ilişki küllen belirli bir hukukî kategoriye dâhil edilememektedir.

²⁵³ **Çelikel**, Menkul, s. 18. Ayrıca, taşınmaz satış vaadinin *lex rei sitae* (MÖHUK. m. 23) kuralına bağlı olmadığı hakkında bkz. **Aybay/Dardağan**, s. 207, 208.

Nitekim marka rehni sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesinde çözümünü güç **üç sorunla** karşılaşmaktadır. Aslında bu sorunlar, rehin konusu “şey”in soyut bir hak olmasından ve marka rehni sözleşmesinin **iki boyutlu** yapısından kaynaklanmaktadır.

Bilindiği gibi, marka rehni sözleşmesi, iki farklı hukukî ilişkinin kaynağıdır. Öncelikle, rehin veren ve rehin alan arasındaki doğrudan doğruya rehin sözleşmesinden doğan borç ilişkisine (sözleşmesel statü) kaynak teşkil etmektedir. Marka rehni kurulduktan sonra ise, marka sahibi ile rehin hakkı sahibi arasındaki doğrudan doğruya Kanun’dan doğan borç ilişkisi (kanunî statü) karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan, yasal statünün bir cephesi de markanın marka sahibi tarafından özenle yönetilmesini ilgilendirmektedir. Özenli yönetim ise, öncelikle, marka sahibinin markasını üçüncü kişilerin tecavüz teşkil eden fiillerine karşı korumasını gerektirmektedir. İşte bu noktada, markanın tecavüzlere karşı korunması (koruma statüsü) işe karışmaktadır. Dikkat edilmelidir ki, marka sahibinin markasını özenle yönetme borcunun ve rehin hakkı sahibinin bu konuyla ilgili talep ve dava haklarının varlığı yine yasal statüye dâhildir. Ancak salt marka hakkının tecavüzlere karşı korunması meselesi, yani koruma statüsü uygulanacak hukukun kapsamı dışındadır²⁵⁴.

Öyleyse, Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda, marka rehni sözleşmesinden doğan ihtilâflara uygulanacak hukuk ikiye ayrılmaktadır: yasal statüyü idare eden hukuk ve sözleşmesel statüyü idare eden hukuk. Ancak, eğer söz konusu ihtilâfın bir parçası markanın korunmasını ilgilendiriyorsa, o zaman da yalnızca o parça için koruma statüsünü yöneten kanundan yardım almak gereklidir.

²⁵⁴ Haksız fiil statüsünün (*statut délictuel*) sözleşmesel statüden (*statut contractuel*) ayrı olduğu hakkında bkz. **Vischer**, s. 210; **Çelikel**, s. 264; **Nomer**, s. 311; **Tekinalp G.**, s. 297, 298, 349. Fikrî hak statüsü-sözleşme statüsü-koruma statüsü ayrımı için bak, **Dardağan**, s. 263, 266. Maddî olmayan mallar üzerindeki aynî haklarda ve bunların korunmasında farklı bağlama noktalarından yararlanılması gerektiği yönünde bkz. **Nomer**, s. 288. Maddî olayın mallar üzerindeki mutlak haklara uygulanacak hukuk ve bunların korunmasına uygulanacak hukuk ayrımı için bkz. **Tekinalp G.**, s. 263, 264. Doğrudan doğruya aynî hak devri ile ilgili olmayan konuların aynî hakla uygulanacak hukukun dışında kaldığı hakkında bkz. **Çelikel**, s. 247. Gayri maddî malların aynî hak rejimi (*régime des droits réels*) ve bunlar hakkındaki sözleşmelerin rejimi (*régime contractuel*) ayrımı için bkz. **Loussauarn/Bourel**, s. 506, 507. Taraflar arasındaki akdî münasebet ile aynî münasebetin farklı kanunlar ihtilâfı kurallarına tâbi olduğu yönünde bkz. **Çelikel**, Menkul, s. 17, 86, 89, 105; **Loussauran/Bourel**, s. 459. Bulunma yeri hukukunun (*loi de la situation*), aynî hakkı kuran sözleşmesel ilişkiye uygulanmayacağı; kurucu sözleşmenin (*contrat constitutif*) sözleşmelere özgü kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca idare edileceği yönünde bkz. **Guiho Pierre**, Droit International Privé, Lyon, 2000, s. 115, 116.

Gerçekten, Türk²⁵⁵ ve Fransız²⁵⁶ Hukuklarında sözleşmelere ve aynî haklara ilişkin iki farklı kanunlar ihtilâfı kuralı bulunması, marka rehninde de benzer bir ayrımın yapılmasını zorunlu kılmaktadır (MÖHUK. m. 23, 24; CC. art. 3/2, Konvansiyon. art. 3, 4, 5).

İsviçre Hukuku'nda²⁵⁷ ise, fikrî sınai hakları konu edinen sözleşmelere ve hak rehnine uygulanacak hukuk ayrı hükümler altında düzenlenmiştir (LDIP. art. 105, 122). “Fikrî mülkiyet hakkındaki sözleşmeler, fikrî mülkiyet hakkını devreden veya sınırlayan tarafın mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku tarafından idare edilir. Hukuk seçimi caizdir” (LDIP. art. 122). Demek ki İsviçre Hukuku'nda, sözleşmesel statüyü öncelikli olarak tarafların seçtiği hukuk idare eder. Hukuk seçimi yoksa, sözleşmesel statüyü rehin verenin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku idare eder. Diğer taraftan, İsviçre Hukuku'nda, hakların rehnine, kural olarak, tarafların seçtiği hukuk uygulanmaktadır. Fakat, tarafların seçtiği hukuk üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Hukuk seçimi yoksa, hakların rehni, rehinle kayıtlanan hakka uygulanan hukuk uyarınca idare edilir. Borçlu kendisini, rehinle kayıtlanan hakka uygulanan hukuktan başka bir hukuk uyarınca savunamaz (LDIP. art. 105). Öyleyse İsviçre Hukuku'nda, yasal borç ilişkisini de öncelikli olarak tarafların seçtiği hukuk idare eder. Hukuk seçimi yoksa, yasal statüyü marka statüsüne uygulanacak hukuk idare eder²⁵⁸. Ancak her hâlde, marka hakkının korunmasına, korumanın talep edildiği ülke hukuku uygulanır (LDIP. art. 110/1).

²⁵⁵ Çelikel, Menkul, s. 17, 18, 85 vd.; Çelikel, s. 242; Uluocak, s. 180, 181; Fikrî hak statüsü ve akit statüsü ayrımı için bkz. Dardağan, s. 213 vd.

²⁵⁶ Batifoll/Lagarde, s. 466-472; Audit, s. 633, 634, 639, 640; Holleaux/Foyer/Pradelle, s. 624, 625; Sözleşmeye uygulanacak hukukla markaya uygulanacak hukukun ayırt dilmesi gerektiğine dair bkz. Dreyfus/Thomas, s. 315, dn 1. Aksi görüş (Fransa'da bulunan menkul ve gayri menkuller haricinde bir aynî hak doğuran sözleşmenin bütünüyle sözleşmeyi idare eden hukuk tarafından idare edileceğine dair) için bkz. Mayer, s. 424, 425.

²⁵⁷ Uluslararası Özel Hukuk Hakkında Federal Yasa (*Loi Fédérale Sur Le Droit International Privé*); www.wipo.org/clea/docs_new/fr/ch/ch039fr.html. Fikrî mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin olan maddede (LDIP. art. 110), “Fikrî mülkiyet hakları ile ilgili sözleşmelere bu kanunun sözleşmelere özgü hükümleri uygulanır” (LDIP. art. 110/3) hükmü ile, fikrî mülkiyet hakları hakkındaki sözleşmeleri düzenleyen başka bir maddeye (LDIP. art. 122) atıf yapılmıştır.

²⁵⁸ Sözleşmelere uygulanacak hukuk ve alacak rehnine uygulanacak hukuk hakkında bkz. Dutoit/Knoepfler/Lavive/Mercier, s. 29 vd., 46 vd.

b- Ön sorunlar

Şimdi, bahsedilen üç sorunu çözümlemeye sıra gelmiştir. Karşımıza çıkan birinci sorun, sözleşmesel statü ile yasal statünün sınırlarının çizilmesinden ibarettir. Elbette ki, her iki statünün muhtevasını çalışmamızın başındaki açıklamalarımız ışığında somutlaştıracğız.

Ancak, marka rehni sözleşmesinde yabancılik unsuru bulunduğı zaman, bu sözleşmenin hükümleri adeta filizlenmektedir. Öyle ki, akit statüsü salt rehin kurma borcu ile sınırlı kalmadığı gibi, kanunî statü de salt rehinin kurulması üzerine ortaya çıkan hak ve borçlarla sınırlı kalmamaktadır. Nitekim, birincisinde, karşılık edim, yetkili hukuk ve/veya yetkili mahkeme seçimi, geciktirici şart ve/veya vade; ikincisinde ise, rehin kurumunu ilgilendiren pek çok ön mesele karşımıza çıkmaktadır.

İşte bu karışıklığı gidermek, yani iki statü arasındaki sınır çizgisini belirginleştirmek için “hakkın niteliğı” ölçüsü esas alınmalıdır²⁵⁹. Bu ölçüt uyarınca, hakkın üçüncü kişilere sirayet edip etmediğı²⁶⁰, doğrudan markaya sahip olmaktan mı, yoksa sözleşen tarafların uzlaşan iradelerinden mi kaynaklandığı hususları tahlil edilmelidir.

Diğer bir deyişle, marka rehni ilişkisinin, marka sahipliğı tarafından organize edilen unsurları ve tarafların uzlaşan iradeleri ile düzenleyebilecekleri, yani yabancı bir hukuka tâbi kılabilecekleri unsurları birbirlerinden ayırt edilirse²⁶¹, akit statüsü ile yasal statü de ayırt edilmiş olur.

Buna göre, rehin veren ve rehin alan arasındaki borç ilişkisi bütünüyle akit statüsüne tâbidir. Öyle ki, sözleşmenin yorumu, akdin kuruluş koşulları (icap, kabul, icaba davet, irade beyanının geçerlilik koşulları, yani hata, hile ikrah, gabin), rehin kurma borcunun ve varsa bunun karşılığını teşkil eden borcun ifasının ve ifa edilmemesinin

²⁵⁹ Ulmer E., La propriété intellectuelle et le droit international privé, Commission des Communautés Européennes, Série études, no. 3, 1980, 56; **Dardağan**, s. 214’ten naklen.

²⁶⁰ Desbois, H., “Note de jurisprudence”, RTDC 1972, 626. (Raynard, 593 not. 346’dan naklen); **Dardağan**, s. 214’ten naklen.

²⁶¹ Hukukî ilişkinin mülkiyet rejimi tarafından organize edilen unsurlarının ayırt edilmesi gerektiğı yönünde bkz. **Despagnet Frantz**, Précis de Droit International Privé, Paris, 1909, s. 1158.

neticeleri, yine henüz rehnin kurulmasından önceki dönemde bu borçların veya borç ilişkisinin sona ermesi, akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hâlinde ödenmek üzere kararlaştırılan cezaî şart ve borcu sona erdiren sebep niteliğindeki zamanaşımı akit kanununa tâbidir²⁶².

Buna karşılık, marka hakkının varlığı, sahibi, kazanılması, devir veya rehin edilebilirliği, sona ermesi (marka statüsü) yanı sıra, marka sahibinin markayı özenle yönetme ve masrafları ödeme borçları, alt ve art rehin dahil olmak üzere rehinli marka üzerindeki tasarruflar, tasarruf yetkisi yokluğunda iyiniyetli üçüncü kişilerin korunup korunmayacağı, rehin hakkı sahiplerinin sırası, *lex commissoria* yasağı, paraya çevirme yetkisinin kullanılabilir hâle gelmesi, özel yollardan paraya çevirme yetkisinin geçerliliği ve rehin hakkının sona ermesi konuları yasal statüye tâbidir.

Ancak, hemen aşağıda açıklanacağı üzere, markanın özenle yönetilmesi borcunun varlığı, ne zaman tam ne zaman kötü ifa edilmiş veya hiç ifa edilmemiş sayılacağı, çerçeve itibariyle sözleşmesel statüye girdiği hâlde, markanın özenle yönetilmesinin zorunlu muhtevası olan markanın ihlâllere karşı korunması konusu, koruma yeri hukukunu ilgilendirmektedir.

Her ne kadar markanın korunmasına uygulanacak hukuk teorik olarak marka rehnine uygulanacak hukukun kapsamı dışında kalsa da, bunların birbirlerine müdahâlesi kaçınılmaz olduğundan, ikinci sorunumuzu da, koruma yeri hukuku, teşkil etmektedir. Çünkü, rehinli markanın özenle yönetilmesi, aynı zamanda markanın varlığının ve değerinin tecavüzlere karşı korunmasını da içermektedir. İşte bu son ihtimal, çalışma konumuz açısından, marka sahibin özenli yönetim borcunu ilgilendiriyor olsa da, marka rehnine uygulanacak hukuklardan biri uyarınca değil, koruma yeri hukuku uyarınca idare edilir.

²⁶² Sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulama alanı (*champ d'application de la loi applicable au contrat*) hakkında bkz. **Dutoit/Knoepfler/Lavive/Mercier**, s. 38-41; **Berki**, s. 182-185; **Uluocak**, s. 195-199; **Guiho**, s. 115, 116, 120. Nitekim, Konvansiyon'da da, sözleşmeye uygulanacak hukukun kapsamı (*domaine de la loi du contrat*) yukarıdan ibarettir (Konvansiyon. art. 10/1). “Zamanaşımı hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tâbidir” (MÖHUK. m. 7). Ayrıca zamanaşımı için bkz. **Berki**, s. 184; **Uluocak**, s. 198; **Tekinalp G.**, s. 110 vd.; **Çelikel**, s. 175, 176.

Bu konuyu örneklerle somutlaştırmak gereklidir. Meselâ marka sahibi markayı korumak için hukukî kurumlara başvurmazsa, yani hareketsiz kalarak markayı özenle yönetme borcuna aykırı davranırsa²⁶³, aynı zamanda rehin hakkı sahibinin marka üzerindeki mutlak hakkını da ihlâl etmiş olur. Diğer bir deyişle, marka sahibi markasını ihlâllere karşı korumamışsa ve marka hakkı değer kaybetmişse, marka sahibi, rehinli markasını özenle yönetme borcuna aykırı davranmış olur. İşte marka sahibinin rehinli markayı özenle yönetip yönetmediğine, rehin hakkı sahibinin markanın özenle yönetilmesi için marka sahibini zorlama yetkisine, rehin hakkı sahibinin markanın korunmasına yönelik talep ve dava haklarını marka sahibinin yerine kullanıp kullanamayacağına, markanın değer kaybetmesi üzerine rehin alanın ek teminat veya paraya çevirme talep edip edemeyeceğine yasal statüyü idare eden hukuk uygulanır. Ancak söz konusu marka hakkının ihlâli, ihlâl devam ediyorsa markanın söz konusu ihlâle karşı korunması, bu konuda tedbir kararı alınması ve markanın uğradığı değer kaybının tazmini hususları korumanın talep edildiği yer hukukuna tâbidir.

Birinci bölümde, rehin hakkı sahibinin marka hakkının yok olmasına veya markanın değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama borcundan da bahsedilmiştir. Çünkü bütün üçüncü kişiler gibi rehin hakkı sahibinin de, ihmal veya kasıtlı davranışlarıyla rehinli markaya zarar vermesi mümkündür²⁶⁴. Ancak, marka rehni sözleşmesine yabancı olan üçüncü kişilerin tecavüzleri haksız fiil temelinde değerlendirildiği hâlde, rehin hakkı sahibinin aynı türdeki davranışı kanunî borç ilişkisine aykırılık temelinde değerlendirilir. Dolayısıyla, rehin hakkı sahibinin marka hakkını ihlâl eden davranışı, marka sahibi nezdinde, hem haksız fiilden sorumluluk hem kanunî borca aykırılıktan sorumluluk doğurmaktadır. Fakat, marka sahibi bakımından (rehin hakkı sahibine karşı) kanunî sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu yarışıyor olsa da, marka hakkının tecavüze uğramasından kaynaklanan ihlâl, tedbir ve tazminat sorunlarına yine koruma yeri hukuku uygulanır²⁶⁵.

²⁶³ Bkz. I/B/2/b/ba/baa, “Rehinli markayı özenle yönetme borcu”.

²⁶⁴ Bkz. I/B/2/b/bb/bbb, “Rehinli markanın yok olmasına ve değer kaybetmesine kusuruyla sebep olmama borcu”.

²⁶⁵ Aslında yukarıdaki duruma paralel bir durumda doktrinde farklı bir uygulama yapılmaktadır. Haksız fiil ile akde aykırılıktan kaynaklanan sorumlulukların yarıştığı hâllerde, doktrinde haksız fiilin akdî ilişki ile irtibatının dikkate alınacağı, haksız fiile de sözleşmeyi idare eden hukukun uygulanabileceği, hatta taraflar hukuk seçmişlerse haksız fiilin dolaylı olarak seçilen hukuka tabî kılınabileceği ifade olunmaktadır;” **Tekinalp G.**, s. 352; **Çelikel**, s. 264. Ancak marka rehinde kanunî statü ile koruma statüsü örtüştüğü vakit, her zaman koruma yeri statüsü üstün gelir.

Ancak, gerek Türk Milletlerarası Özel Hukukunda gerek mukayeseli Hukukta koruma yeri hukukunun içeriği hâlâ tartışmalıdır. Üstelik Kanun'da, sadece haksız fiillere ilişkin bir hüküm bulunmakta (MÖHUK. m. 25); fikrî ve sınaî hakların korunmasına ilişkin bir hüküm henüz²⁶⁶ bulunmamaktadır. Buna ek olarak, koruma yeri hukukunun temelinde yatan ülkeli ilkesi ve bu ilkeye uluslararası sözleşmeler yoluyla getirilen istisnalar da incelenmeye muhtaçtır.

Konumuz açısından ülkesellik ilkesi²⁶⁷, marka sahibinin markası üzerindeki haklardan yalnızca marka hakkını kazandığı ülke topraklarında yararlanabilmesi, başka bir ülkede bu haklardan yararlanamaması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, marka hakkının bir ülkede ileri sürülmesi, söz konusu marka hakkının o ülkenin mevzuatı uyarınca iktisap edilmiş olmasına bağlıdır. Bunun gibi, marka hakkının ileri sürülmek istendiği ülkede tescil ilkesi geçerli ise, tescile ilişkin formalitelerin de bu ülkede yerine getirilmiş olması gereklidir²⁶⁸. Diğer bir deyişle, ülkesellik ilkesi uyarınca, marka hakkı, sadece tescil edildiği veya kullanılmak yoluyla ayırt edici nitelik kazandığı ülke kurallarına göre varlık kazanır, hukukî işlemlere konu olur ve korunur.

Fakat, bütün fikrî ve sınaî haklar gibi, marka hakkı da her ülkede eşit şartlarda tanınmamakta ve korunmamaktadır. Gerçekten, marka korumasını uluslararası boyutta yeknesaklaştıran sistemlerden, yukarıda kısaca bahsedilmiştir²⁶⁹. Anılan sistemler sayesinde gelişen modern anlayışa göre, ülkesellik ilkesi yumuşayarak daha çok Milletlerarası Özel Hukuka ait bir kavram hâline gelmiştir. Artık marka hakkına tecavüz teşkil eden fiil dünyanın neresinde gerçekleşirse gerçekleşsin, tecavüzün etkilerini doğurduğu yerde koruma talep edilebilmektedir. Böylece, hukuka aykırı

²⁶⁶ MÖHUK. reformu hakkında bkz. **Kaplan Yavuz**, "Yeni MÖHUK. Tasarısının Tahkime İlişkin Hükümleri Hakkında Eleştirel Bir Yaklaşım ve Düzenleme Önerileri", EHFD., Y. 2003, C. VII, S. 1-2, s. 407-422.

²⁶⁷ Ülkesellik ilkesi (*principe de territorialité*) hakkında bkz. **Tekinalp Ü.**, s. 47, 403, 404; **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 4 vd., 796; **Szalewski**, s. 23; **Erdem**, s. 34-38; **Erdem**, Yetki, s. 46-53; **Loussouarn/Bourel**, s. 92, 93; **Mayer**, s. 50-55; **Nomer**, s. 288; **Dardağan**, s. 138-146; **Tekinalp G.**, s. 263; **Uluocak**, s. 178; **Yalçiner**, s. 48.

²⁶⁸ **Dardağan**, s. 141; Ülkesellik ilkesine dayandırılan çözümlerin yeknesak bir yapı arz etmediğine dair bkz. **Dardağan**, s. 138 vd.; **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 5, 6; **Szalewski**, s. 23.

²⁶⁹ Bkz. not. 5, 7, 228.

fiilin etki doğurduğu memleketin hukuku uyarınca markanın korunması sağlanabilmektedir. Ancak, her hâlû kârda, koruma talep edilen ülke tarafından sağlanan koruma yine sadece bu ülke toprakları ile sınırlı kalmakta ve koruma koşulları yine sadece bu ülkenin hukukuna göre belirlenmektedir²⁷⁰.

Üçüncü sorun ise, markanın gayri maddî yapısından kaynaklanmaktadır. Yukarıda, Karşılaştırmalı Milletlerarası Özel Hukuk doktrinde markanın maddî olmayan mallardan sayıldığı; ne var ki, marka bir maddî olmayan mal addedilse bile vasıflandırmasının, kural olarak, *lex fori* uyarınca yapılacağı; bu nedenle, marka üzerindeki rehin hakkının aynî hak olarak değil, mutlak hak olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir²⁷¹. Kaldığımız yerden devam etmek gerekirse, marka rehninin kurulmasıyla vücut bulan kanunî borç ilişkisi bakımından, marka rehninin “rehin” kısmı dikkate alınır, “malın bulunduğu yer”, yani *lex rei sitae* kuralı uygulama alanı bulur (MÖHUK. m. 23). Ne var ki, “marka” dikkate alınır, anılan kural elenip yeni bir kural aranır.

Öyleyse marka hakkı üzerindeki tasarruf işlemlerinde *lex rei sitae* kuralının geçerli olup olmadığı, geçerli değilse yerinin nasıl doldurulacağı hususları irdelenmeye muhtaçtır. Gerçekten, marka hakkı söz konusu olunca, malın bulunduğu yer kuralı klasik anlamdaki mallarda olduğu gibi rahatlıkla uygulanamamaktadır. İşte tam da bu nedenle, yukarıda, marka rehninden doğan yasal borç ilişkisi, aslında birer ön mesele oldukları hâlde (çünkü, marka statüsü, ihlâl fiilinden veya tasarruf işleminden önce de mevcuttur²⁷²), marka statüsü ile birlikte anılmıştır.

Nitekim, marka statüsüne ilişkin ihtilâflar, ya marka üzerindeki tasarruf işlemine ilişkin bir ihtilâf esnasında, ya da marka hakkının tecavüze karşı korunmasına ilişkin bir ihtilâf esnasında karşımıza çıkacaktır. Gerçekten, kişiler, hak sahipliği kargaşası üzerine, bir markanın varlığını veya yokluğunu tespit ettirmek için tespit veya menfî tespit davası veya markanın baştan itibaren geçersizliğine hükmedilmesi için hükümsüzlük davası açabilir. İşte bu davalarda, marka hakkının ihlâl edilip edilmediği incelenmemekte; marka statüsü tek başına ele alınmaktadır. İşte bu ayrılık

²⁷⁰ Dardağan, s. 131 vd.; Dirikkan, s. 271 vd.

²⁷¹ Bkz. I/A/2, “Marka Hakkı Üzerindeki Rehin Hakkının Hukukî Niteliği”.

²⁷² Batiffol Lagarde, T.II, 203; Boytha, “Analyse”, 433; Raynard, 382; Batiffol, H.: “Note de jurisprudence”, RCDIP, 1972, 272; Lucas/Lucas, 790; Dardağan, s. 168, s. 169’den naklen. Ayrıca bkz. Dardağan, s. 138.

bile, bizzatihi markanın statüsü ile markanın ihlâllere karşı korunması statüsünü birleştirip bir tek yetkili hukukla çözümlenmenin mümkün ve yerinde olmadığını göstermektedir.

Oysa ki, marka üzerindeki tasarruf işlemlerinden doğan yasal borç ilişkisinin marka statüsüne bağımlılığı, anne karnındaki bebeğin annesine bağımlılığı gibidir. Diğer bir deyişle, marka statüsü ve marka üzerindeki tasarruf işlemlerinden kaynaklanan yasal borç ilişkisi bir bütünün ayrılmaz parçasıdır.

Kanımızca, marka hakkının varlığına ilişkin problemler ile marka üzerindeki tasarruflar arasındaki bağlantı, markanın ihlâllere karşı korunmasındakinden çok daha fazla kuvvetlidir. Çünkü, ülkesellik ilkesi icabı, marka hakkı dünyanın her hangi bir köşesinde ihlâl edildiğinde, marka hakkının varlığı marka statüsünü idare eden hukuk uyarınca tespit edildikten sonra, bunun korunması dünyanın o köşesinin hukuku uyarınca yapılır. Zaten aksi durumda, marka statüsü, ihlâlin gerçekleştiği yerin, dolayısıyla davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tabi kılınmış olurdu. O zaman da, yetkili hukuk davacının ihtiyarına bırakılmış olacağından, hukuk güvenliği ilkesi çiğnenmiş olurdu. Kaldı ki, marka hakkı, somutluk yoksunu bir hak olduğu için, marka sahibi markasını tasarruf ettiği ülkeye taşıyamaz. Böylece, marka hakkı, menkullerin aksine, tasarruf işleminin yapıldığı ülkede bulunamaz. Bu nedenle, kabul edilmelidir ki, markanın vakti zamanında elde edildiği ülke hukuku, ardıl etkiler doğurur ve varlık bahşettiği markayı sona erinceye değin takip eder.

İşte bu meseleleri çözerken, Marka Rehnine Uygulanacak Hukuk konusu iki ana başlık altında ele alınacaktır: “Rehin Veren ile Rehin Alan Arasındaki Borç İlişkisine (Sözleşmesel Statüye) Uygulanacak Hukuk” ve “Marka Sahibi ile Rehin Hakkı Sahibi Arasındaki İlişkiye (Kanunî Statüye) Uygulanacak Hukuk”. Lâkin, markanın özenle yönetilmesi borcu, markanın tecavüzlere karşı korunmasını ve tescile dayanan marka hakkının devamı için bir takım idari işlemlerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle, marka rehnine uygulanacak hukuk konusunun ardından, “Yetkili Hukukun Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar” başlığı altında, öncelikle “Markanın İhlâllere Karşı Korumasına Uygulanacak Hukuk” konusuna değinilecektir. Yine aynı başlık altında, “Şekil”, “Ehliyet ve Tasarruf Yetkisi”, “Kamu Düzeni” ve “Doğrudan Uygulanan Kurallar” konuları da işlenecektir.

2- Sözleşmesel Statüye Uygulanacak Hukuk

Tarafları rehin veren ve rehin alandan ibaret olan ve doğrudan marka rehni sözleşmesinden doğan akdî ilişkiye uygulanacak hukuk, Türk Hukuku’nda iki şekilde belirlenmektedir (MÖHUK. m. 24). Birincisi, taraflar açıkça marka rehni sözleşmesine uygulanacak hukuku seçebilirler (sübjektif bağlanma). İkincisi, taraflar yetkili hukuku seçmemişlerse, sözleşmenin veya borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku veya sözleşmenin en yakın irtibat hâlinde bulunduğu yer hukuku sözleşmeyi idare eder (objektif bağlanma).

Karşılaştırmalı Hukuklardaki durum da, Türk Hukuku’ndan farklı değildir. İsviçre Hukuku’nda, hukuk seçimi yapılması ve hukuk seçimi yapılmaması (*élection de droit, à défaut d’élection de droit*) şeklinde iki ihtimalden ibaret olan aynı sistem geçerlidir (LDIP. art. 116, 117). Zira İsviçre Hukuku’nda, fikrî mülkiyet haklarını konu edinen sözleşmeler bakımından da, hukuk seçimi kabul edilmektedir (LDIP. art. 122).

Fransız Mevzuatı’nda ise, seksenli yıllardan önce, sözleşmelerden kaynaklanan kanunlar ihtilâfı hakkında hiç bir pozitif hüküm bulunmamaktaydı. Sözleşmelere uygulanacak hukuk konusu içtihatlar uyarınca belirlenmekteydi. Günümüzde ise, bütün Avrupa Birliği’nde geçerli olan bir Konvansiyon, 19 Haziran 1980 tarihli Sözleşmesel Yükümlülükler Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu yürürlükte²⁷³. Tabî ki, Konvansiyon’daki boşluklar, yine Fransız içtihatları ile doldurulmaktadır. İşte bu Konvansiyon’da da sözleşmelere uygulanacak hukuk, iki farklı sistem altında düzenlenmektedir (*système dualiste*): Tarafların uygulanacak hukuku seçmesi ve seçmemesi²⁷⁴.

²⁷³ Konvansiyon metni için bkz. not. 232.

²⁷⁴ **Audit**, s. 675-677; **Mayer**, s. 471, 472. “Düalist sisteme karşı çıkan monist sisteme (*système moniste*) göre, irade serbestisi ilkesi, bağlanmanın tek temelidir. Hukuk seçiminin ifade edilmediği

Bu açıklamalar ışığında, rehin veren ve rehin alan arasındaki borç ilişkisine uygulanacak hukuku, hukuk seçimi yapılması ve yapılmaması şeklinde iki ayrı başlık altında incelemek kaçınılmaz olmuştur.

a- Hukuk seçimi yapılması

aa- Serbestinin sınırları

Hukukumuzda seçilen hukukun, özgülendiği sözleşme ile bağlantılı olması zorunlu değildir²⁷⁵. İsviçre Hukuku'nda da hem genel anlamda bütün sözleşmeler hem de fikrî ve sınaî haklara ilişkin sözleşmeler ile hak rehnine ilişkin sözleşmeler bakımından, hukuk seçimi serbestisi tanınırken, seçilen hukukun sözleşmeyle irtibatlı olması gibi bir sınırlandırma getirilmemiştir (LDIP. art. 116, 105, 122). İsviçre Hukuk doktrininde de, seçilen hukukun, sadece, akla uygun olması yeterli kabul edilmektedir (*Il suffit que ce choix soit raisonnable*)²⁷⁶. Demek ki, Türk ve İsviçre Hukuklarında, marka rehni sözleşmesinde seçilen hukukun, rehinli marka ile veya tarafların yerleşim yeri veya vatandaşlığı ile bağlantılı olması zorunlu değildir.

Konvansiyon uyarınca da, marka rehniyle hiç bağlantısı olmayan bir hukukun marka rehni sözleşmesine seçilmesi mümkündür. Nitekim Konvansiyon'da, "Seçilen hukukun borç ilişkisi ile irtibatının bulunması şart değildir" (Konvansiyon. art. 3/1) hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca Konvansiyon'da, karşılıklılık şartı da aranmamaktadır (Konvansiyon. art. 2). Bu nedenle, Konvansiyon'a evrensel bir karakter (*caractère universel*) atfedilmektedir²⁷⁷.

Karşılıklılık şartı aranmaması ile kast edilen, Konvansiyon'a taraf olmayan bir ülkenin hukukunu seçme hakkının sözleşen taraflara tanınmasıdır. Zira Konvansiyon'da, "Bu Konvansiyon uyarınca belirlenen hukuk Konvansiyon'a taraf olmayan bir ülkeye ait olsa bile uygulanır" (Konvansiyon. art. 2) hükmüne yer

hâllerde, tarafların "tahmin edilen veya farazî iradesi (*volonté supposée ou hypothétique*) kavramına dayanılmalıdır. Bu konuda bkz. **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 592.

²⁷⁵ **Tekinalp G.**, s. 283. Hukuk seçiminin sınırları konusunda mukayeseli inceleme için bkz. **Tekinalp G.**, s. 281, 282; **Sargın**, s. 42 vd.; **Uluocak**, s. 189.

²⁷⁶ Oysa, eski İsviçre içtihatlarında, sözleşmenin, biraz önemli ve doğal olan bağlama noktalarından (*attaches naturelles et de quelque importance*) her hangi birinden yararlanılarak seçilen hukukla sözleşme arasında bağlantı kurulabileceği ifade edilmekteydi. ATF 78 II 74, Chevalley; **Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier**, s. 30'dan naklen.

²⁷⁷ Bu konuda bkz. **Mayer**, s. 464; **Loussouarn/Bourel**, s. 448; **Audit**, s. 678.

verilmiştir. Demek ki, taraflar marka rehni sözleşmesine uygulanması için Türk Hukuku’nu seçmişlerse, Türkiye Konvansiyon’a taraf olmadığı hâlde, Fransız mahkemeleri marka rehni sözleşmesinin sözleşmesel statüsüne Türk Hukuku’nu uygulayabilir. İlk bakışta, hukuk seçimi bakımından, Konvansiyon’da geniş bir serbesti bulunduğu zannedilmektedir. Ancak, aslında bu serbesti bir dizi ilkelerle sınırlandırılmıştır (Konvansiyon. art. 3/1, 1/1, 1/2, 3/3). Öncelikle, marka rehni sözleşmesi, kanunlar ihtilâfı içermelidir (Konvansiyon. art. 1/1). Diğer taraftan, marka rehni sözleşmesine uygulanması gereken bir doğrudan uygulanan kural²⁷⁸ varsa, söz konusu doğrudan uygulanan kural seçilen hukuku bertaraf etmektedir.

Ancak en önemlisi, marka rehni sözleşmesinden doğan ilişkinin bütün unsurları tek bir ülkeye yerleştirilebiliyorsa, söz konusu ülke hukukuna ait emredici hükümlerin hukuk seçimi yoluyla bertaraf edilmesi yasaktır (Konvansiyon. art. 3/3). Anılan hükmün çevirisi şöyledir: “Tarafların yetkili mahkeme ile uyuşan veya uyuşmayan yabancı hukuk seçimi, seçim anında ilişkinin bütün unsurlarının tek bir ülkeye yerleştirilmesi hâlinde, söz konusu ülkenin sözleşme ile karşı gelinemeyecek, yani emredici hükümlerini bertaraf edemez”. Bunlara ek olarak, rehin alan ile rehin verenin, seçtikleri hukukun emredici hükümlerinden birini veya bir kaçını elemeleri de mümkün değildir²⁷⁹.

Nihayet, incelediğimiz her üç hukuk düzeninde de, sözleşen taraflardan birinin korunmasının gerekli görüldüğü hâllerde, meselâ iş veya tüketici sözleşmelerinde, hukuk seçimi yine sınırlandırılmıştır (LDIP. art. 114, 115; Konvansiyon. art. 1/2, 5, 6; MÖHUK. m. 5).

Ancak kanımızca, iş ve tüketici sözleşmelerinin aksine, rehin sözleşmelerinin sosyal bir yönü bulunmamaktadır. Gerçekten, rehin veren, tüketici veya işçi gibi korunmaya muhtaç değildir. Çünkü, her borçlu alacaklıya nazaran zayıf konumda kabul edilmemektedir. Bunun için, borçluyu korunmaya lâyık kılan özel bir hukukî neden aranmaktadır. Ancak, işçinin işverene bağımlılığına veya tüketicinin şahsî ve ailevî ihtiyaçlarının elzemliğine benzeyen özel bir neden, marka rehni sözleşmesinde mevcut değildir.

²⁷⁸ Bu konuda bkz. II/C/4/e, “Doğrudan uygulanan kurallar”.

²⁷⁹ Hukuk seçimine ilişkin Konvansiyon’daki sınırlamalar için bkz. **Loussouarn/Bourel**, s. 448, 451; **Audit**, s. 678; **Mayer**, s. 463; **Uluocak**, s. 185.

Marka rehni sözleşmesinde rehin veren, iktisadî veya sosyal bakımdan zayıf durumda bulunmadığı gibi, rehin alanca dikte ettirilen akit içeriğini kabul etmek suretiyle kendisi için daha uygun olan pozitif normlardan vazgeçmek zorunda da bırakılmamaktadır²⁸⁰. Kaldı ki, marka hakkının dar anlamda fikrî haklar misalî manevi cephesi yoktur²⁸¹.

Zaten, rehinli şeye malik olan kişinin korunması düşüncesinin temelinde, rehinle temin edilen alacağın miktarı ile rehinli şeyin değeri arasındaki orantısızlığın paraya çevirme anında ortaya çıkması, yani malikin rehni kurarken borcu nasıl olsa ödeyeceğini düşünmesi yatmaktadır²⁸². Oysa ki bu konu, doğrudan doğruya Kanun'dan kaynaklanan ilişkiye girmekte; rehin veren ve rehin alan arasındaki borç ilişkisinin ve dolayısıyla onların seçtikleri hukukun dışında kalmaktadır. Öyleyse, mülîkin rehin hakkı sahibine karşı korunması gerektiği düşüncesi benimsense bile, bu koruma zaten yasal statüye uygulanacak hukuk vesilesiyle sağlanmaktadır.

Demek ki, ne iktisadî veya sosyal nedenlerle, ne de marka sahibinin manevi haklarının korunması veya marka sahibinin rehin kurumuna karşı korunması gerekçeleriyle, marka rehni sözleşmesine veya bu sözleşmedeki hukuk seçimine müdahâle edilebilir.

ab- Hukuk seçimine ilişkin irade beyanları

Hukukumuzda, hukuk seçimine ilişkin irade beyanları “açık” olmalıdır (MÖHUK. m. 24/c.1). Bununla kast edilen, tarafların belirli bir hukuku seçme konusundaki iradelerinin mevcudiyetinin ve hangi hukuku seçtiklerinin tereddüde yer vermeyecek şekilde sözleşmenin lafzından anlaşılmasıdır.

²⁸⁰ Milletlerarası Özel Hukukta irade prensibi ile bağlanmanın bastırılması yoluyla zayıf tarafın korunması (*protection de la partie faible par la suppression du rattachement de principe de la volonté*) hakkında bkz. **Pommier**, s. 159 vd. Kren Jolanta, s. 48; **Doğan Vahit**, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması”, MHB., Y. 15, S. 1-2, İstanbul, 1995, s. 21’den naklen. İş ve tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda bkz. **Uluocak**, s. 189; **Tekinalp G.**, s. 287; **Çelikel**, s. 256; **Mayer**, s. 478, 479; **Loussouarn/Bourel**, s. 455, 456.

²⁸¹ Fransız Hukuku’nda, fikrî hak sahibinin manevi haklarına ilişkin hükümler (CPI. art. L111-4, 121-1), doğrudan uygulanan kural sayılmakta, böylece seçilen hukuk veya objektif olarak belirlenen *lex causae* bertaraf edilmektedir. Bu konuda bkz. **Dardağan**, s. 275, 276.

²⁸² Bkz. not. 173, 174; I/B/2/b/bb/bbc, “Paraya çevirme yetkisi”.

Diğer bir deyişle, Kanun’umuzda hukuk seçimi konusunda örtülü irade beyanı, yani “akdin hâl ve şartlarından, sebebinden hareketle belirlenebilecek kapalı bir seçim” reddedilmiştir²⁸³. Demek ki Türk Hukuku’nda, hukuk seçimi konusundaki irade beyanlarının mevcudiyeti yeterli değildir. Rehin veren ve rehin alanın uzlaştıkları beyanın içeriği de, marka rehni sözleşmesinden açıkça anlaşılmalıdır.

Şu hâlde, yetkili kılınan hukukun hangi devlet hukuku olduğu her türlü şüpheden uzak bir şekilde belirlenemiyorsa, meselâ taraflar “marka rehnini kabul eden herhangi bir hukuk” şeklinde bir ibare kullanmışlarsa, hukuk seçiminden bahsedilemez.

Diğer taraftan, marka rehni sözleşmesinde bir kanunun yalnızca sınırlı sayıda hükmüne atıf yapılıyorsa, kural olarak, söz konusu kanunu çıkaran devlet hukuku bütünüyle seçilmiş sayılmaz. Çünkü, anılan beyanda hukuk seçimine yönelik bir arzu (işlem iradesi) bile bulunmadığı için, hukuk seçimine yönelik “örtülü irade beyanı”ndan değil, sadece “kanaat verici davranış”tan (*factum concludens*)²⁸⁴ bahsedilebilir. Zaten böyle bir durumda, hukuk seçimi yapılmasından ziyade, bir hukukun belirli hükümlerine atıf yapılması söz konusudur. Diğer bir deyişle, atıf yapılan yabancı kanun hükümleri, marka rehni sözleşmesine derc edilmiş (*incorporation*)²⁸⁵ sayılır. Ancak rehin veren ve rehin alan, yabancı hükümlere atıf yapmakla, yani yabancı hükümleri marka rehni sözleşmesine eklemekle kalmayıp, aynı zamanda bu hükümlerin ait olduğu hukuku bütünüyle seçmişlerse, istisnâ olarak bu ülke hukukunun seçildiği sonucuna varılabilir²⁸⁶.

²⁸³ Uluocak, s. 194. Ayrıca bkz. Nomer, s. 292, 293; Çelikel, 252, 253; Tekinalp G., s. 290.

²⁸⁴ Kanaat verici davranış (*factum concludens*) için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 133.

²⁸⁵ *Incorporation* için bkz. Ekşi Nuray, “Kanunlar İhtilâfı Alanında Incorporation”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB., S. 19-20, Y. 1999-2000, s. 263-291.

²⁸⁶ Nomer, s. 293.

Öyleyse, marka rehni sözleşmesinde yabancı bir kanun metnine atıf yapılmışsa (*convention de renvoi*)²⁸⁷, Türk Hukuku'nda zımnî hukuk seçimi kabul edilmediği için, kural olarak hukuk seçimi yapılmamış sayılır. İsviçre ve Fransız Hukuk mevzuatlarında ise, hukuk seçimine ilişkin irade beyanı bakımından çok daha serbest bir yaklaşım kabul edilmiştir (LDIP. art. 116/2; Konvansiyon. art. 3/1). Hukuk seçimi açık (*élection expresse*) olabileceği gibi, kapalı (*élection tacite*) da olabilir. Şöyle ki, hukuk seçimine ilişkin taraf iradesi, kesin bir şekilde sözleşmenin hükümlerinden veya hâl ve şartlardan da anlaşılabilir (*ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances*)²⁸⁸.

Hukuk seçimine ilişkin irade beyanının bu şekilde formüle edilmesi, söz konusu mukayeseli Hukuklarda, örtülü hukuk seçimine ilişkin tartışmaları sonlandırmaktadır. Böylece, Konvansiyon'dan önce Fransız içtihatlarıyla netleştirilmiş olan geleneksel zımnî seçim (*choix implicite*) kavramı tekrar işlerlik kazanmaktadır. Ancak her hâlde, tarafların salt farazî veya varsayımsal istekleri (*volonté purement hypothétique, volonté présumée*) hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir. Çünkü, farazî hukuk seçimi (*hypothèse d'un choix*) ile hukuk seçilmemesi (*absence de choix*) eşdeğerde kabul edilmektedir²⁸⁹.

Fransız Hukuku'nda, hâkimin, nesnel kriterlere dayanmak şartıyla, önüne gelen sözleşmeden veya bunun hükümlerinden yorum yoluyla seçilen hukuku çıkarabileceği ifade edilmektedir²⁹⁰. Dolayısıyla, marka rehni sözleşmesinde somut bir kanun hükmüne veya mahkeme kararına atıf yapılmışsa, Türk Hukuku'ndaki *incorporation* sonucunun aksine, Fransız Milletlerarası Özel Hukuku'nda hukuk seçiminin “sözleşmenin hükümleri”nden doğduğu sonucuna varılır²⁹¹.

²⁸⁷ Atıf anlaşması (*convention de renvoi*), “belirli bir hukukun maddî hükümlerinin sözleşmeye uygulanması için bu hükümlere atıf yapılmasına yönelik anlaşma” demektir. Atıf anlaşması, zımnî hukuk seçimi başlığı altında incelenmektedir. Bu anlaşma *lex fori*'ye tâbidir. İsviçre Hukuku'nda başka bir hukukun maddî hükümlerine (*règles matérielles d'un ordre juridique donné*) atıf yapılması (*renvoi au premier degré*) kabul edilmekte, ancak kanunlar ihtilâfi kurallarına (*exclusion des normes de conflit*) atıf yapılması (*renvoi au deuxième degré*) kabul edilmemektedir. Bu konuda bkz. **Vischer**, s. 175, 178.

²⁸⁸ **Loussouarn/Bourel**, s. 448; **Audit**, s. 679; **Dutoit/Knoepfler/Lavive/Mercier**, s. 32; **Vischer**, s. 177; **Knoepfler/Schweizer**, s. 218, 219; **Pommier**, s. 97 vd.

²⁸⁹ **Loussouarn/Bourel**, s. 448; **Audit**, s. 679.

²⁹⁰ **Audit**, s. 679, 682.

²⁹¹ Meselâ bir satım sözleşmesinde, gizli ayıplar bakımından Fransız Medenî Kanunu'na (CC. art. 1641) atıf yapılmışsa, tarafların sözleşmenin bütünü için Fransız Hukuku'nu seçtikleri kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. **Audit**, s. 680; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 595.

Şöyle ki, marka rehni sözleşmesindeki atıf, sözleşmenin genelini veya önemli unsurlarını kapsıyorsa; yani, marka rehni sözleşmesinden veya tarafların atfa yönelik irade beyanlarından atıf yapılan kanunun ait olduğu hukukun bütünüyle seçildiği anlaşılabilir²⁹². Meselâ, hem rehinle kayıtlanan marka Fransız hem de atıf yapılan kanun Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu ise Fransız Hukuku'nun seçildiği sonucuna varılabilir.

Fakat, marka rehni sözleşmesinin yazıldığı dil (*langue du contrat*), dilin ait olduğu ülke hukukunun seçildiği anlamına gelmemektedir. Çünkü, sözleşmenin yazıldığı dil, dilin ait olduğu ülkenin hukukunun seçildiğine dair bir işarettir (*indice*). Aynı ülkeyi işaret eden başka bağlamalarla birleştiği (*cumul d'indices ou combinaison avec d'autres indices*) zaman dikkate alınabilir²⁹³. Bunun gibi, sözleşmede teknik terimler kullanılması (*utilisation des termes techniques*), belirli bir para biriminin kullanılması (*utilisation d'une certaine monnaie*), sözleşmenin yapıldığı yerin sözleşmede belirtilmesi (*détermination du lieu de conclusion*) hususları da hukuk seçimine ilişkin birer işarettir²⁹⁴.

Diğer taraftan, bir hukukî işlemin, sadece belirli bir devlette kullanılan tipik bir sözleşme (*contrat-type*) olması ve sadece o ülkenin hukuk kuralları yorumlanarak söz konusu modelin anlaşılabilmesi durumunda, zımnî hukuk seçiminden bahsedilmektedir²⁹⁵. Meselâ, markanın teminat gösterilmesi amacına yönelik bir sözleşme sadece İngiliz Hukuku'nda kabul edilen bir tipte yapılmışsa, zımmen İngiliz Hukuku'nun seçildiği sonucuna varılmaktadır. Bunun gibi, bir ülkenin resmî memuru veya resmî makamının sözleşmeye katılması durumunda da, “hâl ve şartlar” uyarınca, memurun veya makamın bağlı bulunduğu devletin hukukunun seçildiği kabul edilmektedir. Ancak resmî memurun, görevini ifa ettiği ülke sınırlarında sözleşmeye katılmış olması şarttır. Şu hâlde, marka üzerindeki rehin hakkının tescille kurulduğu bir ülkede, söz konusu ülkenin sicil memurunun katılımıyla akdedilen marka rehni sözleşmesi bakımından, zımmen seçilen hukuk kolaylıkla belirlenebilir.

²⁹² Loussouarn/Bourel, s. 443. Türk Hukuku bakımından da aynı yönde bkz. Nomer, s. 293.

²⁹³ Audit, s. 681 ve aynı sayfadaki not. 2; Mayer, s. 474; Loussouarn/Bourel, s. 444; Vischer, s. 177; Dutoit/Knoepfler/Lavive/Mercier, s. 32.

²⁹⁴ Dutoit/Knoepfler/Lavive/Mercier, s. 32; Vischer, s. 176; Knoepfler/Schweizer, s. 219.

²⁹⁵ Mayer, s. 473; Audit, s. 680; Loussouarn/Bourel, s. 443; Knoepfler/Schweizer, s. 218. Ayrıca, “belirli bir hukuk düzeninin özel sözleşme formu, *forme spécifique du contrat d'un droit donné*” nitelendirmesi altında aynı yönde bkz. Holleaux/Foyer/Pradelle, s. 599, 600.

Yine, doktrinde, belirli bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi, mahkemenin ait olduğu ülkenin hukukunun zımnen seçildiğı şeklinde yorumlanmamaktadır²⁹⁶. Buna göre, marka rehni sözleşmesinde ulusal bir mahkeme yetkilendirilmişse, söz konusu mahkemenin tâbi olduğu ülke hukukunun zımnen seçildiğı sonucuna varılır. Gerçekten, marka rehni sözleşmesinde taraflar davanın ikame edileceğı mahkemenin veya paraya çevirmenin talep edileceğı icra dairesinin hukukunun yetkili olacağını kararlaştırmışlarsa, seçilen hukuk dava açılıncaya veya paraya çevirme talep edilinceye kadar belirli değildir²⁹⁷. Konvansiyon ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu uyarınca, anılan şekildeki hukuk seçimi, sonradan yapılan bir hukuk seçimi gibi muamele görmektedir. Şöyle ki, sonradan belirli hâle gelen hukuk, şekil hariç diğer akit statüsü hükümlerine, üçüncü kişilerin haklarını ihlâl etmemek kaydıyla uygulanır (Konvansiyon. art. 3/4; LDIP. art. 116/3).

ac- Hukuk seçiminin zamanı

Rehin veren ve rehin alan, aralarındaki ilişkinin sözleşmesel kısmına uygulanacak hukuku, marka rehni sözleşmesinin içinde veya sonradan ayrı bir sözleşme akdederek belirleyebilirler. Çünkü, hukuk seçiminin zamanı konusundaki serbestiye engel teşkil eden açık bir hüküm Türk Hukuku'nda bulunmamaktadır. İsviçre ve Fransız Hukuklarında ise, anılan serbesti açık hükümle düzenlenmiştir. Şöyle ki, sözleşmeyi önceden idare etmekte olan hukuku değiştirmek veya sonradan hukuk seçmek için tarafların her zaman uzlaşabileceğı açıkça hükme bağlanmıştır (LDIP. art. 116/3; Konvansiyon. art. 3/4). Demek ki, incelediğimiz üç Hukuk düzeninde de, rehin veren ve rehin alan hukuk seçimini veya önceki seçimlerine dair değişikliği, sözleşme akdedilirken veya sözleşme kurulduktan sonra her zaman, hatta dava derdest iken bile yapabilirler²⁹⁸.

Diğer taraftan, marka rehni sözleşmesi akdedildikten sonra hukuk seçimi yapılırsa veya önceki hukuk seçimi sonradan değiştirilirse, bu değişikliğin geçmişe etkili olarak mı, yoksa yapıldığı andan itibaren ileriye etkili olarak mı hüküm ve sonuç doğuracağı tartışmalıdır. Türk Hukuku'nda, sonradan yapılan hukuk seçiminin

²⁹⁶ **Audit**, s. 681; **Mayer**, s. 474; **Loussouarn/Bourel**, s. 444; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 599, 600; **Vischer**, s. 176; **Knoepfler/Schweizer**, s. 218.

²⁹⁷ Bu konuda bkz. **Nomer**, s. 295.

²⁹⁸ **Uluocak**, s. 190; **Nomer**, s. 294; **Audit**, s. 684; **Mayer**, s. 469; **Knoepfler/Schweizer**, s. 217; **Guiho**, s. 118.

tarafların arzusuna bağılı olarak *ex nunc* veya *ex tunc* etkili olabileceğı ifade olunmaktadır. Bununla beraber, aksi kararlařtırılmadıķa, tarafların iyiniyetine uygun olarak, akdin inikadı anından itibaren etkili olacağı kabul edilmektedir. “Zira, akdin birbirini takip eden iki farklı hukuka tâbi olmasında, tarafların kaideten menfaati yoktur”. Ancak, sözleşmesel statüye uygulanacak hukukun sonradan değışikliğe uğraması, gerek marka rehni sözleşmesinin şeklen geçerliliğı, gerek üçüncü kişilerin hakları üzerinde etkili olmayacaktır²⁹⁹.

Gerçekten, İsviçre Hukuku’nda, sonradan seçilen hukukun sözleşmenin kurulduğı ana kadar (*au moment de la conclusion du contrat*) yürüyeceğı, yani geçmişe etkili olacağı (*rétroactivité*) ve fakat her hâlıkarda üçüncü kişilerin haklarının saklı olduğı³⁰⁰ özel bir hükümle düzenlenmiştir (LDIP. art. 116/3).

Fransız Hukuku’nda ise, konu tartışmalıdır. Bir görüş uyarınca, sözleşme statüsünün parçalara bölünmesine izin veren bir sistemde, önceki akit kanunun değışiklik anına kadar geçerli kalacağı kabul edilmelidir³⁰¹. Diğerk bir görüş uyarınca, hukuk seçiminin geçmişe etkili olduğı veya ileriye yönelik sonuç doğuracağı sorunu tarafların ihtiyarındadır. Değışiliğın, sözleşmenin o ana kadar gerçekleşmiş olan sonuçlarını etkileyememesi gerekir; meğerk ki, taraflar aksini belirtsin³⁰². Buna karşılık, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece geçmişe etkili olduğı da ifade edilmiştir³⁰³. Nihayet, önceki akit statüsüne göre daha avantajlı durumda olan üçüncü kişilerin hakları ve sözleşmenin şekil yönünden geçerliliğı yenilenen statüden nasıl etkilenecektir? Anılan Fransız doktrini, bu soruyu tamamen aynı yönde cevaplamaktadır. Şöyle ki, akdin kuruluşundan sonra hukuk seçimi konusunda yapılacak her değışiklik, sözleşmenin şekil yönünden geçerliliğini ve üçüncü kişilerin haklarını etkilemez³⁰⁴.

²⁹⁹ **Nomer**, s. 294. Aynı yönde bkz. **Uluocak**, s. 190.

³⁰⁰ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden çok önce, anılan hükümle tamamen aynı yönde bkz. **Vischer**, s. 178. Ayrıca bu konuda bkz. **Knoepfler/Schweizer**, s. 218.

³⁰¹ **Loussouarn/Bourel**, s. 450, 451.

³⁰² **Audit**, s. 685.

³⁰³ **Mayer**, s. 469.

³⁰⁴ **Audit**, s. 684; **Loussouarn/Bourel**, s. 450; **Mayer**, s. 469.

ad- Hukuk seçiminin şekli

Hukuk seçiminin sıhhat şekline tâbi olup olmadığı Kanun’umuzda belirtilmiş değildir. Aslında, yetkili hukuk konusundaki anlaşmanın, özellikle rehin sözleşmesinde, şekilsiz olarak yapılması pratikte pek rastlanacak bir olay değildir. Yine de, istisnâ bir şekilde sözlü hukuk seçimi ile karşılaşılsa, Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda hukuk seçiminin geçerlilik koşulları özel bir hükümle düzenleninceye kadar, bu boşluk genel hükümlere başvurularak doldurulmalıdır³⁰⁵.

Fransız Hukuku’nda da, tarafların uygulanacak hukuku seçme anlaşmasının varlığı ve geçerliliğinin (*l’existence et la validité du consentement des parties aux choix de la loi applicable*) *lex fori*’ye mi yoksa *lex causae*’ya mı tâbi olduğu, uzunca bir süre tartışılmıştır. Hukuk seçimine ilişkin irade beyanlarının geçerliliği sorununun yine seçilen hukuka tâbi kılınması, kısırdöngü (*cercle vicieux*) yarattığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Her iki görüşün ortak noktası ise, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği sorunu ile asıl sözleşmenin geçerliliği sorununun ayırt edilmesi gerektiği yönündedir³⁰⁶.

Ancak son olarak, Konvansiyon’da hukuk seçimine ilişkin irade beyanlarının varlığı, geçerliliği, şekli ve boyutu, kural olarak esasa uygulanacak hukuka, sübjektif bağlanma ihtimalinde yine seçilen hukukun kendisine tâbi kılınmıştır (Konvansiyon. art. 3/4, 8/1, 9, 10). Fakat, sözleşmenin akdedilmesinden sonra yapılan hukuk seçiminin veya buna dair değişikliğin şekli konusunda Konvansiyon net bir düzenleme içermemektedir. Hukuk seçimine ilişkin değişikliğin şeklinin de doğrudan Konvansiyon’un hukuk seçimine ilişkin maddesi (Konvansiyon. art. 3/1) uyarınca çözüleceği söylenmektedir. Zımnî hukuk seçiminin değiştirilmesi konusunda ise, sözleşmenin hükümlerinin veya sebebinin veya hâl ve şartların da aynı yönde değişmiş olması şart koşulmaktadır³⁰⁷.

³⁰⁵ Doktrinde ifade edildiği üzere, marka rehni sözleşmesine uygulanacak hukukun seçildiği anda hangi hukukun *lex fori* olduğu belirli değildir. Bu nedenle, hukuk seçimi anlaşmasının meydana gelmesi ve hükümleri *lex fori*’ye tâbi tutulamaz. Buna göre, tarafların hukuk seçimi yapmak için ehil olup olmadıkları konusunda yetkili hukuk MÖHUK. m. 8; bu irade beyanlarının şekli konusunda yetkili hukuk, MÖHUK m. 24’teki “açık”lık şartı saklı kalmak üzere, MÖHUK m. 6 uyarınca tespit edilir. Bu konuda bkz. **Nomer**, s. 293; **Uluocak**, s. 187. Bkz. I/B/1/b/bb, “Rehin sözleşmesinin geçerlilik şartları”.

³⁰⁶ Bu konuda bkz. **Pommier**, s. 85 vd.

³⁰⁷ **Loussouarn/Bourel**, s. 450; **Audit**, s. 684; **Pommier**, s. 107, 108.

Dolayısıyla, marka rehni sözleşmesine özgülenen hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve geçerliliği, Fransız Hukuku'nda seçilen hukukun kendisine; Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda ise, MÖHUK. m. 24 hükmündeki açıklık şartı saklı kalmak kaydıyla genel hükümlere tâbi kılınmıştır. Öyleyse, MÖHUK. m. 6 hükmü uyarınca tespit edilen hukukta, sözlü hukuk seçimi mümkünse, rehin veren ile rehin alanın yaptıkları sözlü seçim geçerli kabul edilebilir. Ancak her hâlde, marka rehni sözleşmesine hukuk seçilip seçilmediğine veya seçilen hukukun değiştirilip değiştirilmediğine dair ispat problemleri, mahkemenin usul hukukuna, yani *lex fori*'ye göre çözülecektir³⁰⁸.

ae- Hukuk seçiminin kapsamı

Gerek mukayeseli Hukuklarda gerek Türk Hukuku'nda, seçilen hukukun maddî hükümlerinin seçildiği tartışmasız kabul edilmektedir. Buna göre, tarafların seçtiği hukukun usulî hükümleri değil, sadece maddî hükümleri sözleşmesel borç ilişkisi bakımından uygulama alanı bulur. Fakat, hukuk seçiminin taraflar arasındaki hukukî yumağa ne oranda tesir edeceği, hararetli tartışmalara yol açmıştır.

Acaba, hukuk seçimi, marka rehni sözleşmesinin yalnızca bir kısmına özgülenebilir mi? Türk ve İsviçre Hukuklarında “yapılmasını mümkün kılan bir hüküm olmamakla beraber, kısmî hukuk seçimini engelleyici geçerli bir sebep de yoktur”³⁰⁹. Hatta, fikrî ve sınaî haklara ilişkin tasarruf işlemlerinde yapılan akdî ve kanunî statü ayrımı, bu tür sözleşmelerdeki hukuk seçiminin kısmî algılanmasını, yani sadece sözleşmesel statüyü kapsayacak şekilde algılanması gerektirmektedir.

³⁰⁸ Türk Hukuku'nda ispata *lex fori*'nin uygulandığı yönünde bkz. **Çelikel**, s. 292; **Nomer**, s. 242 vd., 342, 343. Usulî ülkesellik (*territorialité judiciaire*) için bkz. **Erdem**, s. 35, 36.

Oysa ki Konvansiyon'da, dolayısıyla Fransız Hukuku'nda ispat bakımından çok daha serbest bir yaklaşım kabul edilmiştir. Kural olarak, sözleşmeyi idare eden hukuktaki kanunî karineler öngören ve ispat külfetini belirleyen kurallar uygulanır. Ancak, sözleşme hukukundaki ispat usulünün mahkemece yerine getirilmesi mümkün değilse, mahkemenin hukukundaki veya sözleşmeyi şeklen geçerli sayan hukuktaki her türlü ispat usulü ile ispat mümkündür (Konvansiyon. art. 14). İspata uygulanacak hukuk konusunda bkz. **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 402; **Mayer**, s. 329, 330; **Loussouarn/Bourel**, s. 440.

Nitekim Topluluk Hukuku'nda ise durum farklıdır. Topluluk markası mahkemeleri, usul ve ispata ilişkin konularda, kural olarak, Topluluk Marka Hukuku'nu, yani Tüzük'ü uygular. İstisnâî hâllerde ise, kendi ulusal hukukunu uygular (Règ. art. 97/3). Anılan hüküm uyarınca, Tüzük farklı bir düzenleme öngörmediği sürece, Topluluk markası mahkemeleri, söz konusu mahkemenin kurulu olduğu topraklarda geçerli olan Usul Hukuku uyarınca ulusal bir markanın aynı tipteki davasında, hangi usul kurallarını uygulayacaklıysa, o usul kurallarının aynısını uygular.

³⁰⁹ **Nomer**, s. 294; **Çelikel**, s. 253; **Tekinalp G.**, s. 283; **Uluocak**, s. 193.

Türk ve İsviçre Hukuklarındaki suskunluğun aksine Konvansiyon'da, kısmî hukuk seçiminin mümkün olduğu açıkça hükme bağlanmıştır (Konvansiyon. art. 3.1). Gerçekten marka rehni sözleşmesinin bölünerek farklı hukuklara tâbi kılınması, rehin veren ve rehin alana hiçbir hukuk düzeninin bir bütün olarak hitap etmediği şeklinde yorumlanabilir³¹⁰. Diğer taraftan, rehin veren ve rehin alan, kısmî hukuk seçimi sayesinde, marka rehni sözleşmesinin bir kısmını bu kısmı çok daha ayrıntılı hükümlerle düzenleyen bir devlet hukukuna tâbi kılma avantajından yararlanmış olur³¹¹.

Peki, kısmî hukuk seçimi yaparak sözleşmeyi bölme hakkı (*système de dépeçage*) sınırsız bir hak mıdır? Öncelikle, doktrinde, kısmî hukuk seçiminde bir ön şart bulunduğu düşünülmektedir. Şöyle ki, sadece nesnel olarak ayrılabilen parçalardan oluşan sözleşmelerde, kısmî hukuk seçimi yapılabilir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin parçalara ayrılabilmesi (*dépeçage du contrat* veya *morcellement du contrat*), kısmî hukuk seçiminin ön şartıdır³¹². Meselâ, bir markanın rehni ve lisansı atipik bir sözleşmenin çatısı altında birleştirilmişse, lisans sözleşmesinden doğan borç ilişkisine farklı bir hukuk, rehin sözleşmesinden doğan borç ilişkisine farklı bir hukuk seçilebilir³¹³.

Buna ek olarak, parçalanabilen sözleşmelerde bile, başka bir sınırla daha karşılaşılmaktadır. Bu sınırı, sözleşmesel denge ilkesi (*respect de l'équilibre contractuel*) tâyin etmektedir. Şöyle ki, tam iki taraflı bir sözleşmeden doğan karşılıklı edimlerin farklı hukuklara tabi kılınması mümkün değildir. Çünkü sözleşme parçalarına farklı hukuklar uygulandığında birbiriyle uyumsuz sonuçlar ortaya çıkmamalıdır³¹⁴. Meselâ, marka rehni kurma borcunun karşılığını teşkil eden bir kefaletten kurtarma borcu olsun. İşte bu iki borç için bir tek hukuk seçilmesi, yani her ikisinin de aynı hukuk tarafından idare edilmesi kaçınılmazdır.

Fransız Hukuku'ndaki hukuk seçimine mahsus diğer bir tartışma konusu da bağlı sözleşmelerle (*contrats liés*) ilgilidir. Acaba bağlı sözleşmelerden birinde hukuk seçimi yapıp diğerinde yapılmaması durumunda, bütün bağlı sözleşmelere

³¹⁰ **Audit**, s. 682, 683

³¹¹ Beier, s. 167; Boggiano, s. 437; **Sargın**, s. 50, not. 177'den naklen.

³¹² **Audit**, s. 682, 683; **Loussouarn/Bourel**, s. 448-449; **Guiho**, s. 118.

³¹³ **Mayer**, s. 464. Bu sayfadaki satım-*know how* ayrımından esinlenilmiştir.

³¹⁴ **Loussouarn/Bourel**, s. 449.

bunlardan birinde seçilmiş olan hukuk uygulanabilir mi? Bu konuda, sözleşmelerin sırf fonksiyonel açıdan bağlı bulunması yeterli görülmemekte, yapıları itibariyle birbirlerinden bağımsız olanların her biri kendi hukukuna tâbi sayılmaktadır. Öyleyse, bağlı sözleşmeler sadece konuları değil, yapıları itibariyle de birbirlerine bağımlı ise, birindeki hukuk seçimi diğerinde de geçerli sayılabilir. Meselâ Fransız Hukuku'nda, birbirini yenileyen sözleşmelerden ilkinde yapılan hukuk seçimi, diğerlerine de tesir edebilir³¹⁵.

Marka rehni sözleşmesinin başka bir teminat amacına yönelik sözleşmeyi yenilediğini kabul etmek için, tecdit kurumunu *lex fori* uyarınca vasıflandırmak³¹⁶ gereklidir (BK. m. 114). Bu vasıflandırma sonucunda, yenilemenin mevcut olduğu anlaşılırsa, marka rehni sözleşmesi sayesinde yenilenmiş ve böylece sona ermiş olan teminat amacına yönelik sözleşmeden doğan borç ilişkisindeki hukuk seçimi, marka rehni sözleşmesinden doğan sözleşmesel borç ilişkisine tesir edebilir.

Buna karşılık, marka rehni ile temin edilen alacağın doğduğu sözleşmede hukuk seçimi yapılması, marka rehni sözleşmesinin de bu hukuka tâbi kılındığı şeklinde yorumlanamaz. Çünkü, markanın temin ettiği alacağın tâbi olduğu hukukî ilişkiye uygulanacak hukuk ile marka rehninden kaynaklanan sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuk birbirlerinden bağımsızdır. Kısaca, bunlar bağlı sözleşmeler değildir. Gerçekten, içerik ve amaçlarındaki farklılık dikkate alınacak olursa, fer'ilik ilkesinin anılan iki sözleşme arasında sadece işlevsel bir bağ kurduğu sonucuna varılır³¹⁷.

b- Hukuk seçimi yapılmaması

ba- Genel olarak

Türk Hukuku'nda, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, hukuk seçimi yapılmaması hâlinde, kademeli olan üç objektif bağlama noktasından hareketle tespit edilmektedir. Şöyle ki, “borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin

³¹⁵ **Audit**, s. 681. Başka bir sözleşmenin aksesuarı olan sözleşmeler (*l'accessoire d'autres contrats*) için bkz. **Mayer**, s. 474. Aynı konu etrafında toplanan sözleşme grupları (*groupes de contrats*) için bkz. **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 600.

³¹⁶ Bkz. II/B, “Marka Rehni Sözleşmesinde Vasıflandırma”.

³¹⁷ Kefaletin doğumuna neden olan ilişki ile kefalet ilişkisinin birbirlerinden bağımsız değerlendirilmesi gerektiğine dair bkz. **Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier**, s. 214, 216. Garanti sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. **Vischer**, s. 188.

birden fazla olması hâlinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edim de yoksa, sözleşmenin en yakın irtibat hâlinde bulunduğu yer hukuku” uygulanmaktadır (MÖHUK. m. 24/f.II).

Fransız Milletlerarası Özel Hukuku’nda ise, Konvansiyon’dan önce, açık veya kapalı hukuk seçimi yoksa “yerleştirme teorisi” (*théorie de localisation*) uygulanıyordu³¹⁸. Bu teoriye göre sözleşmenin herhangi bir ülkeye yerleştirilmesi, bir taraftan “özel ipuçları” (*indices particuliers*), diğer taraftan “genel ipuçları” (*indices généraux*) bulunmasına bağlıydı. Genel ipuçları, “inikad yeri” (*lieu de formation*) ve ifa yerinden (*lieu d’exécution*) ibaretti. Bunların içerisinde en önemlisi ifa yeri idi. Çünkü, hem sözleşmenin nihaî hedefine hem de hangi ülkenin ekonomisini etkilediğine işaret etmekteydi. Şayet sözleşmede ifa edilecek birden çok edim varsa, karakteristik edimin ifa yeri hukuku esas alınırdı. Ancak karakteristik edim da tespit edilemiyorsa “sözleşmenin kurulduğu yer” (*lieu de conclusion*) hukukuna geçilirdi. Bununla birlikte sözleşme hukukî doğası veya objesi itibarıyla kendine özgü bir ipucu taşıyorsa, genel veya özel bağlama noktalarından birini seçmek hâkimin iradesine bırakılmıştı. Özel bağlama noktalarından en önemlisi ise, sözleşmenin objesinin bulunduğu yerdi (*lieu de situation de l’objet du contrat*)³¹⁹. Şu hâlde, eski Fransız sisteminde marka rehni sözleşmesi, genel bağlama noktalarına göre belirlenen yetkili hukuka tabi kılınabileceği gibi, markanın bulunduğu yer³²⁰ hukuku tarafından da idare edilebilirdi.

Eski Fransız sistemi, Türk Hukuku’ndaki güncel sisteme çok benzemektedir. Oysa Konvansiyon’daki objektif bağlanma, Türk Hukuku’ndaki üç kademeli objektif bağlanmanın aksine, tek unsurludur (*un élément de rattachement unique*): “sözleşmenin en yakın bağlarla bağlı olduğu ülke” (*pays avec lequel il présente les*

³¹⁸ Aslında bu teori, Batifoll’ün önderliğindeki objektif eğilim (*réaction objectiviste*), hukuk seçimi konusunda salt taraf iradesine değer veren sübjektif eğilime (*réaction subjectiviste*) karşı yaratılmıştır. Buna göre, uygulanacak hukuk bir sözleşme hükmünün ürünü değildir. Her hangi bir hukukun uygulanabilir olmasının nedeni, taraf iradesini de kapsar şekilde sözleşmeyi çerçeveleyen olgular ve sonuçlardır. Diğer bir deyişle, hukuk seçiminin anlamı, sözleşmenin bir ülkeye yerleştirilmesi (*localisation*) yönündeki basit iradenin açıklanmasıdır. Bu nedenle, hukuk seçimi yoluyla sözleşmeyi idare eden hukuk reddedilemez. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. **Mayer**, s. 458, 459; **Loussouarn/Bourel**, s. 444, 445; **Guiho**, s. 118.

³¹⁹ **Loussouarn/Bourel**, s. 445, 446; **Mayer**, s. 475; **Uluocak**, s. 185 vd.

³²⁰ Markanın farazî bulunma yeri hakkında bkz. not. 333 ve II/C/3, “Yasal Statüye Uygulanacak Hukuk”.

liens les plus étroits). Bununla birlikte, yakınlık ilkesinin (*principe de proximité*)³²¹ doğasından kaynaklanan belirsizliğin azalması için, sözleşmelerin çeşitliliği ve ulusal hukuk sistemlerindeki deneyimler dikkate alınarak bir takım karineler (*présomptions*)³²² öngörülmüştür (Konvansiyon. art. 4/2, 4/3, 4/4). Daha doğrusu, bazı karineler vasıtasıyla, “olaya en yakın irtibatlı yerin bulunmasında, hâkime kolaylık sağlanmak” istenmektedir³²³. Ancak hâkim, hâl ve şartlar icabı, sözleşmenin başka bir ülke hukukuna daha yakın bağlarla bağlı olduğu kanaatine varırsa, anılan karineleri bertaraf edebilir (Konvansiyon. art. 4/5)³²⁴.

Görüldüğü gibi, Türk Hukuku’ndaki objektif bağlanmada son aşamada kabul edilen “en sıkı yersel ilişki kanunu”, Konvansiyon’da tek başına kabul edilmektedir³²⁵. Diğer bir deyişle, “borcun ifa yeri” kriterine hiç başvurulmaksızın kısa yoldan çözüme ulaşılmaktadır³²⁶. Zira “karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni” kriteri karinelerden ilki olarak hâkimin takdirine sunulmaktadır (Konvansiyon. art. 4/2)³²⁷. Diğer taraftan, aynen kısmî hukuk seçimindeki gibi, ayrılabilen kısımlardan oluşan bir sözleşmenin iki farklı hukuk uyarınca idare edilmesi de imkan dâhilindedir (Konvansiyon. art. 4/1)³²⁸.

³²¹ Yakınlık ilkesi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Jacquet Jean Michel/Philippe Delebecque**, *Droit De Commerce Internationale*, Paris, 2002, s. 105.

³²² **Mayer**, s. 475, 476. Genel karineler ve özel karineler (*présomption général ve présomptions particulières*) ayrımı için bkz. **Loussouarn/Bourel**, s. 451.

³²³ **Uluocak**, s. 194. Aynı yönde bkz. **Mayer**, s. 476.

³²⁴ “Karakteristik edim tespit edilemiyorsa, 2. paragraf bertaraf edilir. Hâl ve şartların tamamından, sözleşmenin başka bir ülkeye daha yakın bağlarla bağlı olduğu sonucu çıkıyorsa, 2, 3 ve 4 üncü paragraflardaki karineler bertaraf edilir” (Konvansiyon. art. 4/5). Doktrinde bu hüküm “*clause de réserve*” şeklinde adlandırılmakta, böylece bağlama noktalarının gruplandığı yer, ağırlık merkezi, *proper law, localisation* gibi çeşitli ulusal formüllerin sentezlendiği ifade edilmektedir; **Audit**, s. 685.

³²⁵ “Tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda, sözleşme, en sıkı bağlarla bağlı olduğu ülkenin hukuku uyarınca idare edilir” (Konvansiyon. art. 4/1).

³²⁶ **Uluocak**, s. 194; **Tekinalp G.**, s. 288.

³²⁷ “Karakteristik edimi ifa eden tarafın sözleşmenin kurulduğu andaki mutad meskeninin; şirket, dernek veya tüzel kişilik söz konusu ise , yönetim merkezinin bulunduğu ülke, sözleşmenin en yakın bağlarla bağlı olduğu ülke kabul edilir” (Konvansiyon. art. 4/2). Bu noktada, bir bankanın kredi alacağını temin etmek maksadıyla müşterisinden marka rehni alması ihtimalinde, bankanın mutad meskenin bulunduğu yer hukukunun uygulama alanı bulacağı düşünülebilir. Oysa kredi verme edimi, marka rehni sözleşmesinin değil kredi sözleşmesinin karakteristik edimidir (Kredi sözleşmesi için bkz. **Kostakoğlu Cengiz**, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, İstanbul, 2001, s. 145, 146. Kredi sözleşmesine uygulanacak hukuk hakkında bkz. **Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier**, s. 216, 217). Yukarıda da belirtildiği gibi, marka ile temin edilen alacağı doğuran sözleşme ile marka rehni sözleşmesi bağlı sözleşmeler değildir (Bkz. II/C/2/a/ae, “Hukuk seçiminin kapsamı”). Bu nedenlerle, kredi verme edimi dikkate alınarak, marka rehni sözleşmesine uygulanacak hukuk tespit edilemez.

³²⁸ “Bununla birlikte, eğer sözleşmenin bir kısmı geri kalan kısmından ayrılabilir ve bu kısım başka bir ülkenin hukukuna daha sıkı bağlarla bağlanabiliyorsa, sözleşmenin bu kısmına, istisnâî bir şekilde, o başka ülkenin kanunu uygulanabilir” (Konvansiyon. art. 4/1). “Sözleşmenin böylece bölünmesi, kamu düzeni ile ilgili olmayıp, istisnâî olarak sözleşmenin bir kısmının başka bir hukuka daha yakın bağlarla bağlı olmasından kaynaklanmaktadır”; **Audit**, s. 686, not. 2. Aynı yönde bkz. **Mayer**, s. 476.

bb- Marka rehni sözleşmesi bakımından

İncelemeye Türk Hukuku açısından başlanacak olursa, marka rehni sözleşmesi, kural olarak tek tarafa borç yüklediğinden, sözleşmesel borç ilişkisine uygulanacak hukuk marka rehni kurma borcunun ifa yeri hukukudur. Ancak, marka rehni kurma borcunun karşılığında veya buna ek olarak başka borç veya borçlar da tayin edilmişse, o zaman birden fazla borç ve buna bağlı olarak birden fazla ifa yeri karşımıza çıkar. Dolayısıyla, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edim, yani karakteristik edim kriterine sıra gelir. Gerçekten, marka rehni sözleşmesinde, marka rehni kurma borcunun karşılığını teşkil eden meselâ bir kefaletten kurtarma borcu bulunuyorsa, marka rehni kurma borcunun karakteristik edim sayılması doğru sonuç vermeyebilir.

“Ancak karakteristik edim doktrini doğrudan bir sonuca yöneltmemektedir. Zira karakteristik edimin her somut sözleşme için ayrıca tespiti gerekmektedir”³²⁹. Acaba rehin sözleşmesinde, sözleşmenin tipini belirleyen bir karakteristik edim var mıdır; varsa hangi edimdir?

Doktrinde para tediyesinin karşılığı olan edimin karakteristik edim olduğu kabul edilmektedir³³⁰. Ancak bu kural bir tarafın sadece para edimi yüklediği, diğer tarafın ise markanın devrini üstlendiği basit devir sözleşmelerinde işe yaramaktadır³³¹. Oysa ki, marka rehlinde para borcu bulunmamaktadır. Bu nedenle, marka rehni sözleşmesinin karakteristik edimi, başka kriterlerden yardım alınarak tespit edilmelidir.

Doktrinde karakteristik edimi esas alan bazı yazarlar telif hakkı sözleşmelerini, “iktisaden yararlanma zorunluluğu” içerip içermemesine göre sınıflandırmaktadır³³². Bunun gibi, “risk yüklenme ve aktif davranışta bulunma” kriterinin iktisaden yararlanma olgusunun doğal sonucu olduğu ileri sürülmektedir³³³.

³²⁹ **Audit**, s. 688.

³³⁰ **Nomer**, s. 296; **Çelikel**, s. 254; **Mayer**, s. 477.

³³¹ **Erdem**, s. 182.

³³² Ulmer, DIP, 62 vd.; Raynard, 573 vd.; **Dardağan**, s. 239, 240’dan naklen.

³³³ **Dardağan**, s. 246. “Rizikolu olduğu düşünülen edim” kriteri için bkz. **Tekinalp G.**, s. 290. Sözleşmenin ekonomik ağırlık merkezini dikkate alarak karakteristik edimi tayin eden bir görüş için bkz. **Sargın**, s. 113-115.

Gerçekten, marka rehni sözleşmesinde marka teminat gösterildiği üzere, zorunlu olarak markadan iktisaden yararlanılmaktadır. Her ne kadar, rehin alan ileride markanın değer kaybetmesi riskini yüklenmekte ise de, bu husus yasal statüyü ilgilendirdiğinden rehin alanın riski ardıl niteliktedir. Zira asıl önemlisi, rehin verenin teminat altına alınan alacağın ödenmemesi riskini yüklenmesidir. Bunlara ek olarak, marka rehni sözleşmesindeki aktif davranışı rehin kurma borcu teşkil etmektedir. Dolayısıyla, marka rehni sözleşmesindeki aslî borç, rehin verenin rehin kurma borcudur. Rehin alanın borçları ise, rehin kurma borcuna karşılık teşkil etmeyen talî nitelikte borçlardır.

Görüldüğü gibi, risk yüklenme ve aktif davranışta bulunma kriteri bizi sonuca ulaştırmaktadır. Bu sonuç ise, marka rehni sözleşmesinin akit statüsündeki karakteristik edimin marka rehni kurma borcu olduğudur. Marka rehni kurma borcunun ifa yeri ise, marka rehni sözleşmesinin yapıldığı yerdir. Nitekim, marka rehni kurma borcu kural olarak zaten, marka rehni sözleşmesinin kurulmasıyla ifa edilmiş olmaktadır (MK. m. 955/f.III; KHK. m. 18). Çünkü, Türk Hukuku'nda marka rehninin tescili açıklayıcı niteliktedir (MK. m. 955/f.III; KHK. m. 16/f.VII). Sözleşmemizin yapılması adi yazılı şeklin harfiyen tatbik edilmesiyle, yani rehin verenin yazılı metne imzasını atmasıyla gerçekleşir (BK. m. 13)³³⁴. Öyleyse, Hukukumuzda, marka rehni sözleşmesinin akit statüsüne uygulanacak hukuk, kural olarak, marka rehni sözleşmesinin yapıldığı yer, diğer bir ifadeyle rehin verenin yazılı metni imzaladığı yer hukukudur.

Konvansiyon'dan önceki Fransız Milletlerarası Hukuku uyarınca da, marka rehni sözleşmesinin karakteristik edimi, marka rehni kurma borcudur. Çünkü, Fransız Marka Hukuku'nda da, marka rehni, yazılı sözleşmenin yapılması ile doğmakta; bunun tescili sadece rehin hakkının üçüncü kişilere ileri sürülmesini sağlamaktadır (CPI. art. L714-1/4, L714-7)³³⁵. Fakat, marka rehninin tescille doğduğu bir ülke hukukunda, marka rehni kurma borcunun ifa yeri, rehnin tescil edildiği yer olurdu.

Yalnız, marka rehni kurma borcu dışındaki bütün edimler her zaman hesaba katılmalıdır. Bunların sözleşmedeki ağırlığı tek tek dikkate alınmalıdır. Öyle ki,

³³⁴ Bu konuda bkz. Bölüm I/B/1/b/bb/bba, “Tescilli markanın rehinle kayıtlanması”.

³³⁵ Bu konuda bkz. I/B/1/b/bb, “Rehin sözleşmesinin geçerlilik şartları”; I/B/2/b/ba/bab/babb, “İyiniyetin korunması”.

marka rehni kurma borcu ihtiva eden bir karma sözleşmede, gerek marka rehni kurma borcu gerek bunun karşı edimi karakteristik edim olmayabilir. Diğer bir ifadeyle, şayet taraflar marka rehnini atipik bir sözleşmeye katık etmişlerse anılan her iki edim de karakterisitik edim olmayabilir.

Kısaca, marka rehni sözleşmesindeki karakteristik edim her zaman sabit değildir. Dolayısıyla, vardığımız sonuç daima somut olayın şartları ve marka rehni sözleşmesinin istisnai içerikleri dikkate alınarak kontrol edilmelidir. Marka rehni kurma borcunun karakterisitik edim olduğu şüpheli ise, sözleşmenin en yakın irtibat noktasını araştırmak gereklidir (MÖHUK. m. 24). Böylece, Konvansiyon uyarınca ilk aşamada, Türk Hukuku'nda ise istinaî olarak son aşamada, marka rehni sözleşmesinin “en yakın irtibat hâlinde bulunduğu yer”, yani “en yakın bağlarla bağlı olduğu yer” kriterine sıra gelmiştir.

İncelediğimiz bütün hukuk düzenlerinde, en çok bağlantılı ülkenin tespiti hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ancak doğaldır ki, en yakın irtibatlı hukuk tespit edilirken de, objektif kriterlerden hareket edilmelidir. Bu noktada, rehin alan ve rehin verenin vatandaşlığı, ikametgâhı veya mutad meskeni müşterekse, bu ortaklıktan yararlanılabilir. Gerçi tarafların kişisel statülerindeki müşterekliğe bağlanınca, ilişkinin malvarlıksal boyutu reddedilmiş olmaktadır. Ancak sözleşen tarafların bu müşterekliği bildikleri, müşterek hukuka güvendikleri ve bunun uygulanmasını bekledikleri kabul edilebilir³³⁶. Yine de, kanımızca, marka rehni sözleşmesinden doğan sözleşmesel borç ilişkisinin en yakın irtibatlı olduğu yer, ya marka rehni sözleşmesinin yapıldığı yer ya da marka hakkının doğduğu yerdir. Zira en yakın irtibat hâlinin tespiti esnasında ideal olan, güvenilirlik-belirlilik-birlik gibi Milletlerarası Özel Hukuk prensiplerine uygun davranmaktır. Bunun için ise, taraflar için sürpriz teşkil eden keyfî bir hukuka meyledilmemesi gereklidir³³⁷.

3- Yasal Statüye Uygulanacak Hukuk

Bilindiği üzere, marka hakkının rehinle kayıtlanması üzerine rehin hakkı sahibi rehinli marka üzerinde bir mutlak hak elde etmektedir. Böylece, rehin hakkı sahibi

³³⁶ **Audit**, s. 686.

³³⁷ **Çelikel**, Menkul, s. 36; **Audit**, s. 685; **Uluocak**, s. 194.

ile marka sahibi arasında doğrudan doğruya Kanun'dan kaynaklanan bir borç ilişkisi meydana gelmektedir.

İşte bu doğrudan doğruya Kanun'dan doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk, öyle bir hukuftur ki, hem rehinli markaya ilişkin sorunları hem de bunun üzerindeki rehin hakkına ilişkin sorunları idare eder³³⁸. Öyleyse, yasal statüye uygulanacak hukuku tespit ederken hareket noktamız, rehinli marka hakkının kendisi olmalıdır.

Ne var ki, Türk Hukuku'nda kanun koyucu, ne fikri sınaî haklara, ne de bunlar üzerinde kurulan mutlak haklara uygulanacak hukuku düzenlemiştir. Oysa ki, Hukukumuzda taşınır rehininin tâbi olduğu hukuk belirlidir. Zira maddî mallar üzerinde kurulan aynî haklar malların bulunduğu yer hukukuna (*lex rei sitae*) tâbi kılınmıştır (MÖHUK. m. 23).

Fransız Hukuku'nda ise aynî hak statüsüne uygulanacak hukuk konusundaki tek yasal düzenleme Fransız Medenî Kanunu'nda yer alan “taşınmazlar yabancıların tasarrufunda olsalar dahi, Fransız Kanunu'na tabi olurlar” hükmüdür (CC. art. 3/2). Fransız içtihadı bu kuralı genel bir prensip olarak kabul etmekte ve taşınırlar üzerindeki aynî hak ihtilâflarına da uygulamaktadır³³⁹. Nitekim “eşyalar üzerindeki aynî hakların *lex rei sitae*'ye tâbi olması, Milletlerarası Özel Hukukta fikir birliği içinde kabul edilen ender bağlama kurallarındandır”³⁴⁰.

Ancak maddî olmayan malların somut ve fizikî varlıkları bulunmadığı için, bunlar hakkında *lex rei sitae*'nin klasik anlamıyla uygulanması imkansızdır. Çünkü, “maddî olmayan mallar uzayda yer kaplamadıkları için bunların doğal bulunma yeri (*situation naturelle*) olamaz³⁴¹. Diğer bir deyişle, somut varlığı olmayan marka, evrende bir yer işgal edemez. Demek ki, diğer maddî olmayan mallarda olduğu gibi, markada da *lex rei sitae*'nin klasik içeriğine bağlı kalmanın anlamı yoktur. Bu nedenle, “maddî bulunma yeri (*situation matérielle*) veya doğal bulunma yeri

³³⁸ Bu konuda bkz. I/B/2/b, “Doğrudan Doğruya Kanundan Kaynaklanan Borç İlişkisi”; II/C/1/b, “Ön sorunlar”.

³³⁹ Uluocak, s. 162 ve Batiffol/Lagarde, s. 463'dan naklen.

³⁴⁰ Tekinalp G., s. 249. Aynı yönde bkz. Batiffol/Lagarde, s. 464, 465, not. 5.

³⁴¹ Batiffol/Lagarde, s. 465.

(*situation naturelle*)” kavramlarının yerini “farazî bulunma yeri (*situation fictive*)” kavramı almaktadır³⁴².

Fransız Hukuk doktrinde marka hakkını konu edinen sözleşmelere uygulanacak hukuku tespit ederken, markanın menşeyinden hareket eden yazarlar yanı sıra, marka sahibinden hareket eden yazarlar da bulunmaktadır. Markanın menşeyini esas alan yazarlardan bazıları, temelde, bu hakkı bahşeden devletin hukukunu³⁴³, meselâ tescille elde edilen bir sınaî mülkiyet hakkı için ilk defa tescil eden devletin hukukunu³⁴⁴ uygun görmektedir.

Bununla birlikte, fikrî sınaî hakların yaratıldıkları yerde bulunduğunu ileri süren bir yazar da, sıra markalara gelince fabrika markaları için markanın ilk korunduğu ülke, uluslararası markalar içinse markanın orijin ülkesi (*pays d’origine*) kriterlerini önermiştir³⁴⁵. Buna karşılık, marka sahibini esas alan yazarlar ise, tekel hakkını kullanan işletmenin³⁴⁶ veya tescil ettiren kişinin esas işletmesinin bulunduğu³⁴⁷ yer hukukunu uygun görmektedir.

Türk hukuk doktrininde ise, önceleri sadece fikrî sınai hakların korunması meselesi incelenmiş; fikrî sınaî haklar üzerinde kurulan mutlak haklar hakkında fikir beyan edilmemiştir. Böylece, iç Hukukumuz ve Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler incelendikten sonra, gayri maddî haklar konusunda hukukumuzda “korumanın talep edildiği yer” hukukunun genelde kabul edilmiş olduğu” sonucuna varılmıştır³⁴⁸. Oysa, yukarıda da açıklandığı üzere, marka hakkının korunması ayrı

³⁴² **Bartın**, s. 24. Farazî olarak bir ülkede bulundukları (*fictivement considérés comme situés*) yönünde bkz. **Mayer**, s. 435. Fikrî hakların sınırsız olarak her yerde bulunması (*ubiquity* özelliği) hakkında bkz. **Erdem**, s. 14, 15; **Erdem**, Yetki, s. 24, 25. Alacak hakkının farazî bulunma yerinin, borçlunun veya alacaklının yerleşim yeri olduğu hakkında bkz. **Knoepfler/Schweizer**, s. 205.

³⁴³ **Audit**, s. 644; Patent hakkı bakımından aynı yönde, yani patent hakkını sahibine bağışlayan adarenin bağlı olduğu devlet hukuku yönünde bkz. **Batiffol/Lagarde**, s. 465.

³⁴⁴ **Audit**, s. 646; **Mayer**, s. 435; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 616.

³⁴⁵ Ancak, marka hakkının ticarî işletme fonundan ayrı olarak devredilmesinin mümkün olmadığı hukuk düzenleri istisna tutulmaktadır. Zira, markanın ticarî işletmeden bağımsız olarak devir veya terhin edilmesi yasak ise, söz konusu bağımlı marka rehnini, ticarî işletmenin fonlarının bulunduğu yer hukuku idare eder. Bu konuda bkz. **Niboyet J. –S.**, *Traité de Droit International Privé Français*, C. IV, Paris, 1947, s. 713, 720, 724-726.

³⁴⁶ Bu görüş uyarınca, Fransız markası, Fransa’da tescilli marka değildir. Yabancı marka da, yabancı ülkede tescilli marka değildir. Fransız markası, bir Fransız tarafından veya Fransa’da işletmesi bulunan bir yabancı tarafından Fransa’da kullanılan markadır; **Bartın**, s. 98-99.

³⁴⁷ **Arminjon**, s. 93.

³⁴⁸ **Uluocak**, s. 180.

bir statüdür; markanın rehinle kayıtlanması üzerine doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan yasal borç ilişkisi ayrı bir statüdür³⁴⁹.

Gerçekten, daha sonra, gayri maddî mallar üzerindeki mutlak hak ihtilâfları incelendiği vakit, farklı bir sonuca ulaşılmıştır. “Maddî olmayan mallar üzerindeki aynî hak ihtilâflarında, bu hakların iktisap veya devir edildiği veya sona erdiği yer hukukunun *lex rei sitae* olarak anlaşılması gerektiği” savunulmuştur³⁵⁰.

Görüldüğü üzere, sonuçta, markanın devrine veya rehnine uygulanacak hukukun, yani markanın farazî bulunma yerinin hangi kriter uyarınca tespit edileceği konusunda doktrinlerde henüz fikir birliğine varılamamıştır. Aslında fikir birliğine varılamaması doğaldır. Çünkü, her maddî olmayan malın farklı teorik yapısı ve kendine has unsurları bulunmaktadır.

Dolayısıyla, gayri maddî malların statüsüne ve bunlar üzerindeki tasarruflardan doğan yasal borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, “her gayri maddî hakkın kurucu unsuru ayrı ayrı analiz edilerek” tespit edilmelidir. Bunun için, “her birinin kendi doğası” dikkate alınmalıdır³⁵¹. Ancak hepsi için geçerli olabilecek bir ortak noktadan da hareket edilmelidir ki, Milletlerarası Özel Hukukta maddî olmayan malların tâbi olduğu rejim bakımından hukukî güvenlik sağlansın³⁵².

Maddî olmayan malların en önemli ortak özelliği ise, hepsinin birer menşei, yani orijini bulunmasıdır. Kanımızca, marka hakkının statüsüne ilişkin ihtilâflarda yetkili hukuku tespit edebilmek için, marka hakkının orijinine inmek gerekmektedir. Aslında “sınaî hakların, dolayısıyla marka hakkının yerleştirilmesi daha az sorun teşkil etmektedir. Çünkü marka hakkının doğumu, ya tescil edilmesi için, zorunlu

³⁴⁹ Bkz. II/C/1/a ve b, “Ön açıklamalar”, “Ön sorunlar”.

³⁵⁰ **Tekinalp G.**, s. 263; **Nomer**, s. 288.

³⁵¹ **Batiffol/Lagarde**, s. 465; **Mayer**, s. 435.

³⁵² **Bartın**, s. 25, 28-29. Kanımızca da, “Hukuk güvenliğinin sağlanması için en iyi yol, maddî olmayan mallara uygulanacak hukuk konusunda mümkün olduğunca evrensel bir uluslararası sözleşme yapılmasıdır”; **Audit**, s. 645.

olarak kamu makamlarının katılımını³⁵³; ya da ayırt edici nitelik kazanması için, bir ülke topraklarında uzun müddet kullanılmasını gerektirmektedir.

Hatırlanacağı üzere, başlangıçta markanın fonksiyonlarından bahsedilmiş, asıl markayı marka yapan unsurun onun ayırt edici karakteri olduğu söylenmiştir³⁵⁴. Çünkü, bir işaret marka mertebesine çıkınca, ayırt etme fonksiyonu sayesinde adeta anonimlikten kurtulmaktadır. Nitekim, markanın köken gösterme fonksiyonu da, markanın anonimlikten kurtulmasına hizmet etmektedir. Öte yandan, “markanın garanti, reklam ve alıcıyı çekme işlevleri de markanın imajını kökeninden aldığına delâlet etmektedir³⁵⁵.

Nitekim Topluluk Marka Hukuku’nda da, markaların ayırt etme ve köken gösterme özelliklerinden sıklıkla bahsedilmektedir (Règ. art. 3, 5, 10). Avrupa Topluluğu Adalet Divanı da, markanın temel işlevini, “markalı ürünlerin orijinel kimliklerini garanti etme” (*fonction de garantie de l’identité d’origine des produits marqués*) şeklinde tanımlamaktadır³⁵⁶.

Keza Paris Sözleşmesi uyarınca da, bir markanın diğer ülkelerde aynen korunabilmesi için, bunun menşe ülkesinde tescilli olması gerekmektedir³⁵⁷. Hatta, markanın menşe ülke dışındaki ülkelerde tescil edilebilmesi için, tescili talep edilen marka ile menşe ülkedeki markanın aynı olması veya markanın ilk tescil edildiği ülkedeki ayırt edici karakterine zarar vermeyecek kadar küçük değişikliklerin

³⁵³ Holleaux/Foyer/Pradelle, s. 616.

³⁵⁴ Bkz. I/A/1, “Marka Hakkının Hukukî Niteliği”.

³⁵⁵ Poroy/Yasaman, s. 345 vd.; Arkan, s. 38-40; Yasaman/Yusufoğlu, s. 18 vd.; Aslan, s. 14 vd.; Taylan, s. 33 vd.; Meran, s. 29; Dirikkan, s. 10, 11; Dreyfus/Thomas, s. 23-25. Ayrıca bkz. Heinzelmann, s. 32; Schweer, s. 31; Andreas Meyer, Grur Int. 1996, s. 605; Thomasberger, s. 168; Sawner, s. 5 (Dirikkan, s. 12’den ve 15’ten naklen). Ayrıca aynı yönde bkz. Dirikkan, s. 17, not. 48’deki yazarlar.

³⁵⁶ Gerçekten mahkeme, marka hakkının özünde (*objet spécifique ou substance*) iki işlev bulunduğunu; birincisinin, ayırt etme; ikincisinin ise, kimlik veya kaynak garanti etme olduğunu pek çok kararında dile getirmiştir. CJCE, 11 Nov. 1997, Ballantine : rec., s. I-6227; CJCE, 8 Juin 1971, Deutche Grammophon : Rec., s. 487; CJCE, 3 Juill. 1974, Hag 1: Rec., s. 371; CJCE, 22 Janv. 1981, Dansk Supermarked c/ Imerco : Rec., s. 181; 17 Oct. 1990, Hag 2: Rec., s. 3711; Passa Jérôme, Distribution et Usage de Marque, Paris, 2002, s. 26 ve not. 39 ve s. 16 ve not. 9’dan naklen. Ayrıca bkz. ASLAN, s. 14. Ayrıca bkz. <http://curia.eu.int/fr/content/juris/index.htm>

³⁵⁷ Yasaman/Yusufoğlu, s. 8; Erdem, s. 333; Bartın, s. 98; Arminjon, s. 99.

yapılmış olması ve markanın kimliğinin bu değişiklikten etkilenmemiş olması gerekmektedir (4. mükerrer m. 6/A-2).

“Menşe” kavramı, Madrid Protokolü’nün hükümlerine de serpilmiştir. Gerçekten bu kavram, uluslararası tescilli markalar sisteminde önemli bir yere sahiptir (Protokol. m. 2, 3, 3/A)³⁵⁸. Görüldüğü gibi, “markanın menşe ülkesi” kavramı, yarım yüz yılı aşkın bir süre boyunca, gerek fıkri ve sınaî haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerde, gerek mukayeseli Milletlerarası Özel Hukuk doktrininde³⁵⁹, gerek Türk ve yabancı mahkeme kararlarında kullanılmaktadır³⁶⁰. Bütün bunlar göstermektedir ki, Türk,

³⁵⁸ Bkz. II/C/3/b, “Uluslararası Tescilli Markalar”.

Kanımızca, menşe ülkesi kavramının Paris Sözleşmesi’nde ve Madrid Protokolü’nde kabul edilmiş olmasının, Devletler Genel Hukukumuz ve Anayasa Hukukumuzdaki değeri dikkate alınmalıdır. “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir” (Anayasa m. 90/f. V). “Bu hükmün birinci cümlesinden anlaşmaların Türk Hukuk düzeninde yasa gücünde olduğu ve doğrudan hüküm doğurduğu hemen anlaşılmaktadır”; **Pazarıcı Hüseyin**, Uluslararası Hukuk Dersleri, C. I, Ankara, 1999, s. 30. “Anayasa’nın 90. maddesinde ... öngörülmek suretiyle, Uluslararası Hukukun önemli bir bölümünü oluşturan anlaşmaların iç hukuk düzenimizde doğrudan etki doğurması kabul edilmiş bulunmaktadır”. “Bu hükmün birinci cümlesinden anlaşmaların Türk Hukuk düzeninde yasa gücünde olduğu ve doğrudan hüküm doğurduğu hemen anlaşılmaktadır”; **Pazarıcı Hüseyin**, Uluslararası Hukuk, Ankara, 2003, s. 23, 26. Gerçekten, Kararname’nin “Milletlerarası Anlaşmaların Öncelikle Uygulanması” başlıklı maddesi ile, “Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinden daha elverişli olması hâlinde, 3 üncü maddede belirtilen kişiler, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkını sahiptir” hükmü getirilmiştir (KHK. m. 4). Ayrıca “Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır” (MÖHUK. m. 1/f.II). Nitekim Yargıtay da “O hâlde usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş anlaşmaların iç hukuktaki kanunlar gibi olaylara uygulanacağı açıktır” sonucuna varmıştır; Yarg. 11. HD, T. 30.04.1999, E. 825, K. 3429, BATIDER, Y. 1999, S. 2, s. 199-200. Aynı karar için bkz. **Sakmar Atâ/Ekşi Nuray/Yılmaz İlhan**, Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve Mahkeme Kararları, İstanbul, 2001, s. 5-6. Son olarak “Hâkim Türk Kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular” (MÖHUK. m. 2/f.I) ve “Hâkim re’sen Türk Kanunları mucibince hüküm verir” (HUMK. m. 76) İşte bunların hepsi, Paris Sözleşmesi’nde ve Madrid Protokolü’nde kullanılan menşe ülkesi kriterinin Hukukumuzdaki önem ve itibarını desteklemektedir.

Aynı çözüm yolu başkaca uluslararası belgelerde de kabul edilmiştir. Bunun için bkz. Edebiyat ve Sanat eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi’nin 24 Temmuz 1971 ve 2 Ekim 1979 tarihlerinde tadil edilen Paris Belgesi m.5/f.4 (7.7.1995, S. 4117, RG.12.7.1995-22341; **Erdil Engin**, İçtihatlı ve Gereçeli Fikir ve Sanat eserleri Kanunu, İstanbul, 2004, s. 434, 438 ve **Dardağan**, s. 28’den naklen). Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 4/b.25. 1952 tarihli Telif Hakları Evrensel Cenevre Sözleşmesi, m. 2 (Bu sözleşme için bkz. **Dardağan**, s. 37, 38; **Audit**, s. 646, not. 2).

Nitekim, Tekinalp de, Bern sözleşmesinde aslen “kaynak ülke” kavramının kabul edildiğini, eser sahibinin millî hukukuna istisnâ olarak gidildiğini ifade etmektedir; **Tekinalp Ü.**, s. 50.

³⁵⁹ **Arminjon**, s. 99. Sadece uluslararası sicilde kayıtlı olan markalarla sınırlı olarak bkz. **Niboyet**, s. 725; **Bartın**, s. 95 vd.; **Audit**, s. 646. Portekiz ve Romanya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarının, *lex originis* kuralını fıkri mülkiyete uygulanacak hukuk olarak belirlediğine dair bkz. **Tekinalp Ü.**, s. 48.

³⁶⁰ Yarg. 11. HD, E. 3866, K. 4995, T. 1.6.2000 (**Yasaman**, s. 12’den ve **Meran**, s. 112-113’ten naklen); Yarg. 11. HD, E. 2000/7590, K. 2000/9528, T. 1.12.2000 (**Yasaman**, s. 13’ten naklen).

Fransız ve Avrupa Hukukları yanı sıra 162 ülkenin taraf olduğu Paris sözleşmesi’nde de, markanın olmazsa olmazı olarak kabul gören ayırt etme ve köken gösterme fonksiyonları, hep kaynağını markanın menşeyinden almaktadır. Madem ki, markanın fiziki varlığı yoktur, o zaman markanın farazî bulunma yeri, nesneden (*objet*) hareket edilerek tayin edilemez. Madem ki, aslında soyut olan marka, tüketici kitlesi gözünde ait olduğu köken ile somutlaşmaktadır, öyleyse markanın farazî bulunma yerini tayin ederken ona ilk defa varlık bahşeden ülkeyi, yani özneyi (*sujet*) esas almak kaçınılmazdır. Görüldüğü üzere, icra ettiği bütün fonksiyonlar dikkate alınacak olursa, marka hakkı, salt menşeyinden aldığı enerji ile var olmakta ve varlığını sürdürmektedir.

Öyleyse, markanın farazî bulunma yerini, hem markanın fonksiyonlarının hem de evrensel düzenlemelerin işaret ettiği markanın menşe ülkesi ile bağdaştırmak en doğrusudur. Şu hâlde, markanın farazî bulunma yeri, markanın menşe ülkesidir.

Böylece, marka statüsünü ve marka rehni sözleşmesinden doğan yasal borç ilişkisini idare eden hukukun, menşe yeri hukuku (*lex loci originis*) olduğunu tespit etmiş bulunuyoruz. Ancak ulusal markalar ile uluslararası sicillerde tescilli markalar bambaşka sistemlere tâbi kılınmıştır. Bu nedenle, üç ayrı başlık altında inceleme yapma ihtiyacı duyulmaktadır: ulusal markalar, Madrid Sistemi uyarınca tescilli markalar ve Topluluk markası.

a- Ulusal markalar

Marka hakkının en önemli özelliği mutlak hak olmasıdır³⁶¹. Ulusal markalar açısından “mutlak” kelimesi ile kast edilen, markanın kullanıldığı veya tescil edildiği mal veya hizmetlerle sınırlı olarak, marka hakkını tanıyan ülke tarafından ve sadece bu topraklarda geçerli olmak kaydıyla, söz konusu işaret üzerinde marka sahibine tekel hakkı (*monopole*) bahşedilmesidir³⁶².

³⁶¹ **Poroy/Yasaman**, s. 359, 360.

³⁶² **Arminjon** , s. 93; **Bartun**, s. 98; **Audit**, s. 646. Ayrıca bkz. I/A/1, “Marka Hakkının Hukukî Niteliği”.

Bu tekel hakkı iki şekilde doğmaktadır. Birincisi, söz konusu işareti ilgili ülkenin marka siciline tescil ettirerek; ikincisi, söz konusu işarete ayırt edici nitelik kazandıracak sıklıkta kullanarak marka hakkı elde edilebilir³⁶³. Şu hâlde, tescilli bir ulusal markanın menşei söz konusu işaretin ilk defa tescil ettirildiği; tescilsiz bir ulusal markanın menşei ise, bu işaretin ilk defa ayırt edici nitelik kazandırılacak sıklıkta kullanıldığı ülkedir.

Görüldüğü gibi, ulusal markaların statüsünü ve onları konu edinen tasarruf işlemlerini idare eden hukukun tespiti kolaydır. Zaten, Rehin Hukukunda geçerli olan belirlilik ilkesinin de yardımı dokunacaktır. Çünkü, rehin konusu marka sözleşmede belirlenirken, çoğunlukla markanın tescilli olduğu ülkeye ve hatta tescil numarasına değinilir.

Ancak, şayet marka hakkı kullanma yoluyla elde edilmişse ve marka rehni sözleşmesinde marka hakkının hangi ülke hukukuna göre kazanıldığı hususunda bir açıklık yoksa, karşımızda bir ön mesele (*question préalable*)³⁶⁴ olduğu kabul edilmelidir. Zira marka üzerindeki rehin hakkının varlığı veya yokluğu marka hakkının varlığı veya yokluğuna bağlıdır. Bu durumda, kullanma ilkesinin kabul edildiği bütün hukuk sistemlerinde böyle bir marka hakkının doğup doğmadığı araştırılamayacağına göre, kanımızca, hâkimden geniş çapta bir araştırma yapması beklenmemelidir. Taraflar aksini ispat etmediği sürece, araştırmanın çapı, tarafların iddia ettiği hukuklara ek olarak, sözleşmesel ilişkiyi idare eden veya etmesi hâkimin takdirine bırakılan hukuklarla sınırlı tutulmalıdır. Çünkü aksi hâlde, varlığından ve

³⁶³ Bkz. “Marka Hakkının Hukuki Niteliği” başlıklı bölüm.

³⁶⁴ “Ön mesele” kavramı için ayrıca bkz. **Tekinalp G.**, s. 33; **Çelikel**, s. 120 vd.; **Nomer**, s. 138 vd.; **Loussouarn/Bourel**, s. 219 vd.; **Mayer**, s. 173 vd.; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 257 vd.; **Knoepfler/Schweizer**, s. 142 vd.; **Vischer**, s. 16 vd. Doktrinde “ön meselenin *lex fori* veya *lex causae* gibi tek bir çözüm yoluna bağlanmasının her zaman hakkaniyetli sonuçlar vermeyeceği, her iki çözüm yolunun kendi içinde taşıdığı mahzurların ancak her olayın özelliğine göre adaleti sağlamak amacı ile birinin veya diğerinin tercihi suretiyle hafifletilebileceği” ifade edilmektedir; **Çelikel**, s. 127. Aynı yönde ayrıca bkz. **Nomer**, s. 140; **Tekinalp G.**, s. 34; ; **Knoepfler/Schweizer**, s. 146; **Vischer**, s. 17. Fransız Hukuku’nda, “asıl meseleye uygulanacak hukukun belirli olduğu durumlarda, kullanılan kanunlar ihtilâfı kuralı ile güdülen amacın dikkate alınması” gerektiği ifade edilmektedir. Diğer bir deyişle, olayda kullanılan kanunlar ihtilâfı kuralı ile güdülen amaç dikkate alınarak, *lex fori* veya *lex causae*’dan biri tercih edilebilir. Ancak Fransız mahkemeleri, ön meseleyi, ilk zamanlar, miras statüsü hukukuna göre; daha sonraları, şahsî statü hukukuna göre çözmüştür. Son olarak, Fransız Temyiz Mahkemesi, ön meseleleri millî hukuka göre çözmekte karar kılmıştır (sırasıyla Ponnoucanamale, Req. 21 avr. 1931, Rev. Dr. İnt. pr., 1932.526, note Niboyet; Cass. Civ. 3 janv. 1980, Rev. Cr. Dr. İnt. pr., 1980.331, note Batiffol; Rev. Cr. Dr. İnt. pr., 1988.302, note Bischoff, Clunet, 1986.1025, note Sinay-Cytermann); **Loussouarn/Bourel**, s. 221’den naklen.

geçerliliğinden şüphe edilen bir markanın farazî bulunma yeri tayin edilecek diye, dava bir kısır döngüye sokulmuş olur.

b- Uluslararası Tescilli Markalar

Ülkesellik ilkesinden hareketle ulusal markalar açısından varılan bu sonuç, Madrid Sistemi³⁶⁵ uyarınca korunan markaların menşeyini belirlemek için yeterli değildir. Çünkü, uluslararası sözleşmeleri hazırlayanlar, markaları, adeta ülkesizleştirmek (*déterritorialiser*) istemişlerdir. Zira, bu markalar, Madrid Sistemi’ne tâbi kılındıkları oranda vatansız (*apatride*) ve statüsüzdür (*sans statut*) ve fakat, menşe ülkeleri nezdinde millîdir³⁶⁶. Acaba hem millî hem uluslararası karakteri haiz olan bu markaların menşeyi nasıl tespit edilebilir? Madrid Sistemini düzenleyen hükümler bu sorunun cevabını vermektedir.

Ancak bu noktada öncelikle, Rehin Hukukuna hâkim olan “belirlilik ilkesi”³⁶⁷ ve Marka Hukukuna hâkim olan “bağımsızlık ilkesi”³⁶⁸ hatırlanmalıdır. Çünkü bu ilkeler sayesinde, bir markanın hem ulusal hem de uluslararası sicilde tescilli olmasının yol açacağı karışıklık çözülebilir. Bağımsızlık ilkesi uyarınca, ulusal sicilde kayıtlı marka hakkı ile uluslararası sicilde kayıtlı marka hakkı birbirlerinden bağımsız marka haklarıdır. Belirlilik ilkesi uyarınca, bu markalardan hangisinin rehinle kayıtlı olduğu marka rehni sözleşmesinden anlaşılır. Diğer bir deyişle, marka rehni sözleşmesinin lafzından, ulusal sicilde tescilli olan markanın mı yoksa uluslararası sicilde tescilli olan markanın mı rehinle kayıtlı olduğu anlaşılır.

Şöyle ki, bu ilkeler sayesinde sadece ulusal sicilde kayıtlı olan marka hakkının rehinle kayıtlı olduğu tespit edilirse, Madrid Sistemi hiç uygulama alanı bulmaz. Ulusal markaların menşeyi hakkında yaptığımız açıklamalar uyarınca belirlenen menşe yeri hukuku (*lex loci originis*) uygulanır. Eğer rehinle kayıtlı olan marka sadece Cenevre’deki tescil numarası ile anılmışsa, artık bu markanın statüsü hakkında söz konusu Anlaşma veya Protokol’ün hükümleri öncelikle

³⁶⁵ Bkz. not. 228.

³⁶⁶ **Niboyet**, s. 728, not. 1. Niboyet, Uluslararası Sözleşmeler uyarınca uluslararası sicile tescil edilen markaları, “uluslararası markalar” (*marques internationales*) şeklinde adlandırmakta ve bunlar için hukuki güdubetlik (*monstruosité juridique*) benzetmesini kullanmaktadır.

³⁶⁷ Bkz. not. 34.

³⁶⁸ Bkz. not. 225 ve II/A, “Marka Rehni Sözleşmesinde Yabancılik Unsuru”.

uygulanmalıdır³⁶⁹. Eğer ulusal sicilde kayıtlı marka ve uluslararası sicilde kayıtlı marka toplu olarak rehinle kayıtlanmışsa, bunlar tek başlarına rehin verilmişçesine ayrı ayrı değerlendirilir. Bu durumda, yine, ulusal marka bakımından Madrid Sistemi uygulanmaz. Sadece uluslararası marka için, Madrid Sistemi hükümlerine başvurulur.

Madrid Sistemi'nde ancak, menşe ofisinde tescilli olan (Anlaşma. m. 3) veya menşe ofisine tescil talebinde bulunulmuş (Protokol. m. 2) bir marka uluslararası sicile tescil edilebilir. Nitekim, bu sistemde, marka sahipleri uluslararası tescil başvurularını bir âkit devlet üzerinden yapmaktadır. Meselâ, marka sahibi Türk vatandaşı ise Türk Patent Enstitüsü aracılığıyla Cenevre'deki Büro'ya başvuruda bulunur. İşte markanın uluslararası sicile tescili için her hangi bir âkit devlet ofisine yapılan başvuru “esas başvuru”dur. Esas başvurunun, dolayısıyla esas tescilin yapıldığı ofise “menşe ofis” denilmektedir³⁷⁰.

Şu hâlde, Madrid Sistemi uyarınca, uluslararası tescilli bir markanın menşei, uluslararası tescilin hangi devlet ofisi üzerinden yapıldığına bakılarak belirlenir. “Uluslararası tescile başvuracak kişinin âkit devletlerden birinin vatandaşı olması veya orada ikamet etmesi veya söz konusu âkit devlette gerçek ve aktif sınâi veya ticarî bir müessese sahibi olması gerekmektedir” (Anlaşma. m. 3). Demek ki, bir işaret üzerinde uluslararası marka hakkına sahip olan kişi, aynı işaret üzerinde ulusal marka hakkına (Anlaşma. m. 3) veya ulusal marka tescil başvurusuna (Protokol. m. 2) da zaten sahiptir. Diğer bir deyişle, marka sahibi, önceden sahip olduğu bir ulusal markaya veya ulusal marka tescil talebine istinaden, uluslararası marka hakkı kazanabilir. Uluslararası markanın atası olan ulusal markanın tescil edildiği ofis veya bu markanın tescil başvurusunun yapıldığı ofis, menşe ofistir. İşte bu ofisin tâbi olduğu ülke hukuku, Madrid Sistemi hükümleri ile birlikte, uluslararası marka hakkının statüsünü ve bunun üzerindeki tasarrufların yasal statüsünü idare eder.

³⁶⁹ Ulusal üstü (*supra-national*) fikrî mülkiyet hakları bakımından, sadece söz konusu sisteme yapılan başvuru esnasında *lex loci protectionis*'in uygulanacağı, bunun dışındaki hususlarda fikrî mülkiyet hakkının bağlı olduğu ulusal üstü sistemin hükümlerinin uygulanacağı” hakkında bkz. **Torremans Paul L. C.**, Choice of Law in Intellectual Property Matters: The Role of the International IP Conventions, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, XXXII/NO. 48 – 1998, s. 177-198, 196.

³⁷⁰ **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 30-33; **Szlewski**, s. 109, 110; **Meran**, s. 21, 22, 459, 463 vd.

Ayrıca, menşee ülkenin Madrid Anlaşması'na mı, yoksa Madrid Protokolü'ne mi katıldığı tespit edilmelidir. Çünkü “Madrid Anlaşması ve Madrid Protokolü ayrı ve bağımsız düzenlemeler olup, birine taraf olan devlet kendiliğinden diğerine de taraf sayılmaz”³⁷¹. Markanın Madrid Protokolü'ne mi yoksa Madrid Anlaşması'na mı tâbi olduğu, menşee ofisin bulunduğu ülkenin bunlardan hangisine taraf olduğuna göre belirlenir. Şayet menşee ülke sadece Madrid Anlaşması'nın tarafı ise sorun yoktur; uluslararası tescilli markanın menşee yukarıdaki paragrafta açıklanan hükümlere göre tespit edilir. Ancak, esas tescilin yapıldığı ülke sadece Protokol'e taraf ise, bir dizi sorunla karşılaşmaktadır.

Madrid Sistemi uyarınca yapılan uluslararası tescil, uluslararası tescil tarihinden itibaren beş yıl boyunca esas tescile bağlıdır. Bu süre dolunca uluslararası tescil esas tescilden bağımsızlaşır (Protokol. m. 6/2). Bir marka Madrid Sistemi uyarınca ulusal tescilden bağımsızlaşmışsa, artık markanın menşee esas tescilin bulunduğu ülke değildir. Karşımızda, birden fazla devlette korunan ancak menşee olmayan, adeta vatansız bir marka vardır.

Diğer taraftan, beş yıldan ibaret olan ulusal tescile bağımlılık süresi dolmadan önce, menşee ülkede ulusal tescilden doğan hakkın ortadan kalkmasına ilişkin kesin bir karar alındığıyorsa, kural olarak uluslararası tescil koruması da sona erer.

Lâkin, Anlaşma'dan farklı olarak Protokol'de, beş yıl içinde markanın tescilinden doğan hakkın her hangi bir şekilde sona ermesine rağmen, uluslararası tescilin ulusal veya bölgesel tescile dönüşmesine imkan tanınmıştır (Protokol. m. 9/D)³⁷². Bu durumda da, yine karşımızda vatansız bir marka vardır. Çünkü, uluslararası tescilli marka, beş yıllık bağımlılık süresi dolmadan önce bile, menşee ülkesinde tanınmayan ve fakat başka âkit devlet veya devletlerde korunan ilginç bir hakka dönüşmektedir. İşte bütün bu ihtimallerde, kanımızca, sırf taraf iradelerinin ayakta tutulması için, menşee yeri hukuku (*lex loci originis*) tarafından tanınmayan ve fakat başka âkit devletlerde korunan bu uluslararası tescilli markaya ve bunun rehninden doğan yasal

³⁷¹ **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 30, 32.

³⁷² “Uluslararası tescilin ulusal veya bölgesel tescile dönüşmesi hâlinde, marka uluslararası tescile konu olduğu veya ülke kapsamının genişletildiği tarihte dosyalanmışçasına işlem görür” **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 33. Bunun için, “başvurunun uluslararası tescilin iptal edildiği tarihten itibaren üç ay içinde yapılması ve başvuruda listelenen mal ve hizmetlerin, ilgili âkit devlet bakımından uluslararası tescilde yer alan mal ve hizmetler listesince kapsanması ve bu başvurunun ücretlere ait hususlar dâhil, ilgili mevzuatın bütün esaslarına uygun olması şarttır” (Protokol. m. 9/D).

statüye, söz konusu uluslararası markayı koruyan âkit devlet hukuklarından en uygun olanının uygulanması kaçınılmazdır. Diğer bir deyişle, menşei olmayan bu markalarda, menşe yeri hukukunun yerini, söz konusu markayı tanıyan ve koruyan âkit devlet hukuklarından en uygun olanı almaktadır³⁷³.

Son olarak, hem Protokol’de hem Anlaşma’da yer alan “devir sınırlaması”ndan bahsetmek gerekmektedir. Madrid Sistemi’nde, “Markanın uluslararası tescili, Madrid Sistemi uyarınca uluslararası başvuruda bulunmaya yetkili olmayan bir kişiye devredilemez” (Anlaşma. 2. mükerrer m. 4; Protokol. m. 9) hükmü bulunmaktadır.

Kanımızca bu hüküm, bir devir yasağı olarak değerlendirilmemeli; “devredilemeyen bir hak rehin de verilemez, öyleyse rehin kurulmamıştır” sonucuna varılmamalıdır. Zira rehin alanın Madrid Sistemi’ne göre başvuru yetkisini haiz olup olmadığı uluslararası tescilli marka rehninin kurulması bakımından önem arz etmez. Hatta uluslararası tescilin ulusal tescilden bağımsızlaşmış olması bile rehnin kurulduğu gerçeğini değiştiremez. Çünkü burada devir yasağı değil, tescil yasağı bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, uluslararası markayı devir alan kişilerin tescil talep hakkına bir sınırlama getirilmektedir.

Böyle bir sınırlamaya gidilmesinin nedeni, uluslararası başvuruda bulunmaya yetkili olmayan ve fakat uluslararası tescilli markaya devir yoluyla sahip olan kişilerin, Madrid Sistemi’nin korumasından faydalanmasına engel olmaktır. Kısaca, uluslararası tescilli markaların uluslararası tescil başvurusunda bulunamayacak kimselere devir edilmesi suretiyle Madrid Sistemi’nin sağladığı korumanın kapsamının genişletilemeyeceğini beyan edilmektedir. Nitekim, Madrid Sistemi’nin, sadece tescil başvurularının tek elde depolanmasını sağlayan bir mekanizma getirdiği unutulmamalıdır. Kural şudur ki, Madrid Sistemi marka hakkının özüne dokunan hükümler içermemektedir. Uluslararası marka hakkının özüne dokunma konusunda da, tescil başvurusunu ileten ulusal otoriteler yetkilidir³⁷⁴.

³⁷³ Kurumu reddeden hukukun yerine kabul edenin geçmesi (*substitution à la loi qui ignore l’institution, de celle qui la connaît*) için bkz. **Mayer**, s. 174.

³⁷⁴ **Szalewski**, s. 108.

Şu hâlde, uluslararası markanın paraya çevrilmesi sonucunda, uluslararası marka uluslararası tescil başvurusunda bulunma yetkisine sahip olmayan bir kişiye devredilirse bile, bu devir, yasal statüyü idare eden ülkenin hukuku ve markanın paraya çevrildiği ülkenin hukuku uyarınca geçerli ise, geçerlidir. Fakat Madrid Sistemi nezdinde “ileri sürülemez”, yani Madrid Sistemi’nin sunduğu “uluslararası korumadan faydalanamaz” kabul edilmelidir³⁷⁵. Şöyle ki, uluslararası tescilli markanın yeni sahibi, uluslararası tescilden doğan marka hakkının malvarlığı cephesini, yani markadan kaynaklanan alacak haklarını devralır ve menşe ülkesinden bağımsızlaşmamışsa menşe ülkesinin korumasından da yararlanabilir. Meselâ yeni mâlik olarak lisans ücretini alabilir veya tekrar markayı devredebilir. Hatta, kendisinden sonra markaya sahip olan kişi, Madrid Sistemi uyarınca başvuruya yetkili bir şahıssa, Uluslararası Büro artık onu kaydetmekten kaçınmaz.

c- Topluluk markası

Avrupa Birliği mevzuatına tâbi olan 40/94 sayılı Tüzük ile, üye devletlerin hukuklarından bağımsız bir şekilde tüm Topluluk’ta geçerli olan bir marka hakkı yaratılmıştır. Topluluk markası, ulusal markaların bir devamı değildir. Bunun gibi, Topluluk Markası Hukuku da ülkesel marka hukuklarından bağımsızdır. Diğer bir deyişle, Topluluk Markası Hukuku, üye ülkelerin marka hukuklarının yerine geçmez; bilâkis onlarla aynı anda yürürlüktedir.

Topluluk Markası Hukuku özgün bir marka hukukudur. Çünkü anılan düzenin kendine has tescil merkezi, inceleme görevlileri, itiraz ve iptal birimleri ile temyiz kurulu vardır. Böylece farklı tescil şartları ve prosedürü, ihlâllere karşı değişik koruma yöntemleri getirilmiştir. Diğer bir deyişle, üye ülkelerin marka

³⁷⁵ Aslında buradaki sorun, bağlı nama yazılı senedin devrinde, ortaklığın bağlama uymayan yeni pay mâlikini pay defterine kaydetmemesi hâlinde ortaya çıkan sorunla aynıdır. Anılan konuda iki görüş bulunmaktadır: Birlik teorisi ve bölünme teorisi (Bu konuda bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul, 2003, s. 650 vd.). Yukarıdaki görüşümüzde bölünme teorisinden esinlenilmiştir. Çünkü, Madrid Sistemi’nde marka devrinin sicile kaydedilmesi, marka devrinin sıhhatini etkilemez. Devralan kişinin, markanın korunduğu âkit devletlerde de marka korumasından yararlanmasını sağlar. Böylece, devralan, ileride uluslararası markası âkit devletlerden birinde ihlâl edildiğinde, bu devletlerde markasının korunmasını talep edebilir. Kısaca, markaların birden fazla ülkede aynı anda korunmasını kolaylaştırma fonksiyonu yeni marka sahibi için de mümkün olur. Diğer bir deyişle, Madrid Sistemi uyarınca devrin uluslararası sicile kaydedilmesi, ne kurucudur ne de açıklayıcıdır, aracıdır. Kaldı ki, birlik teorisi kabul edilseydi, uluslararası markaların devir kabiliyeti ve dolayısıyla ekonomik itibarı azalardı.

hukuklarından bağımsız olan Topluluk Markası Hukuku'nun, kendine has esas ve usul kuralları, idaresi, organizasyonu ve yargı sistemi bulunmaktadır³⁷⁶.

Nitekim, Topluluk markası başvurusunun üye ülke enstitüleri veya Cenevre'deki ofis üzerinden yapılması da mümkün değildir. Çünkü zaten Topluluk Markası Hukuku'nu yeknesak bir şekilde uygulamak üzere merkezî bir ofis (*office de l'harmonisation dans le marché intérieur, office for the harmonisation of the internal market*) kurulmuştur (Règ. art. 2)³⁷⁷. Zira Topluluk markasına sahip olabilmenin ön şartı kural olarak sadece Avrupa Birliği'ne veya Paris Sözleşmesi'ne üye devletlerden birinin vatandaşı veya bu devletlerde mukim veya ticarî veya sınaî işletme sahibi olmaktan ibarettir. Şu hâlde, topluluk marka siciline tescil edilecek işaretin menşe ülkede tescilli olması zorunlu olmadığı gibi, tescil başvurusunun menşe ülkedeki ulusal ofisler üzerinden yapılması da mümkün değildir³⁷⁸.

Gerçekten, Topluluk markasına ilişkin davalarda uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme meseleleri, söz konusu Tüzük'te açıklığa kavuşturulmuştur (Règ. art. 97 vd.). Buna göre, “Topluluk markası mahkemeleri, bu Tüzük'ün hükümlerini uygular” (Règ. art. 97/1). “Topluluk markası mahkemeleri, bu Tüzük'te düzenlenmeyen konularda, kendi Milletlerarası Özel Hukuklarını da kapsayacak şekilde ulusal hukuklarını uygular” (Règ. art. 97/2). Bununla birlikte, Topluluk markası mahkemeleri, Topluluk markasının geçerliliğine ve tecavüze uğramasına ilişkin ihtilâflarda münhasıran yetkilidir (Règ. art. 92). İşte Règ. art. 92 hükmünde belirlenen münhasır yetki alanı dışında kalan ihtilâflarda, ulusal mahkemeler, Topluluk markasını geçerli saymaya mecburdur (*doit tenir cette marque pour valide*; Règ. art. 103).

Bütün bunlar göstermektedir ki, Topluluk markası ulusal markalardan bağımsız olup, bunun menşei bizzatihi Topluluk'un kendisi, yani Avrupa Birliği'dir. Dolayısıyla Topluluk markasının statüsünden doğan ihtilâflara bizzatihi Topluluk Markası

³⁷⁶ **Yasaman/Yususfoğlu** s. 25, 26-29; **Meran**, s. 25; **Szalewski**, s. 67, 68. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Szalewski**, s. 69-98. Topluluk markası için ayrıca bkz. not. 5 ve II/C/3/c, “Topluluk markası”.

³⁷⁷ <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994R0040:FR:HTML>. Ayrıca bkz. **Yasaman/Yususfoğlu**, s. 25.

³⁷⁸ Bunun tek istisnası karşılıklılık ilkesi uyarınca tescil yaptıracak kişiler için öngörülmüştür (Règ. art. 5/1-d). Topluluk markasına sahip olabilecek kişilerin sayıldığı maddede karşılıklılık ilkesi şu şekilde tanımlanmıştır: “üye devletlerin vatandaşlarından menşe ülkesindeki tescilin ispatını talep ettiğinde, Topluluk markasına ilişkin sicil kaydını yeterli kanıt kabul eden bir devlet” (Règ. art. 5/1-d). Bu konuda ayrıca bkz. **Yasaman/Yususfoğlu**, s. 27, not. 42.

Hukuku'nun uygulanması gereklidir. Ancak, Topluluk markası mahkemeleri, Tüzük'te düzenlenmeyen konularda, kendi Milletlerarası Özel Hukuk kurallarını da kapsayacak şekilde ulusal hukuklarını uygulayabilir.

4- Yetkili Hukukun Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar

Marka rehni sözleşmesine uygulanacak hukuk iki başlık altında tespit edildikten sonra, artık, yetkili hukukun kapsamı dışında kalan ve yetkili hukuku bertaraf eden konuların incelenmesine sıra gelmiştir. Öncelikle, marka hakkının ihlâllere karşı korunmasına uygulanacak hukukun marka rehnine uygulanacak hukuktan bağımsız olduğu hatırlanmalıdır. Bunun yanı sıra, marka rehnine ilişkin bir ihtilâf esnasında, koruma yeri hukukunun yetkili hukuklardan bağımsız bir şekilde uygulama alanı bulabileceği hatırlanmalıdır. Öte yandan, diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi marka rehni sözleşmesinde de ehliyet ve şekil sorunları esasa uygulanan hukukun kapsamı dışında kalmaktadır. Marka rehni sözleşmesinin şekli ve sözleşen tarafların ehliyeti meseleleri, şekil ve ehliyete has olan bağlama noktalarından hareketle çözümlenmelidir. Ayrıca, yetkili hukukun, kamu düzeni gerekçesiyle bertaraf edilmesi mümkündür. Nihayet, belirli durumlarda, doğrudan uygulanan kuralların, marka rehni sözleşmesine müdahâle etmesi de mümkündür. İşte bu konuların tamamı, “Yetkili Hukukun Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar” başlığı altında açıklanacaktır.

a- Markanın ihlâllere karşı korunması

Gerek Türk gerek karşılaştırmalı Milletlerarası Özel Hukuk doktrininde, fikrî ve sınâî hakların korunmasına “korumanın talep edildiği ülke hukukunun, *lex loci protectionis*” uygulanacağı evrensel bir prensiptir³⁷⁹. Ancak “korumanın talep

³⁷⁹ **Uluocak**, s. 180; **Nomer**, s. 288 ve not. 139'daki yazarlar; **Dardağan**, s. 131 vd., not. 716-748'de anılan yazarlar; **Sargin**, s. 26 vd., 171 vd.; **Erdem**, s., 100 vd.; **Verbiest Thibault/Vandeveldt Bertrand**, Proposition de règlement “loi applicable aux obligations non-contractuelles (Rome II): adaptée aux NTIC, 11 octobre 2003, 216.239.59.104/search?q=cache:1LmwsRQa_DIJ:www.droit-technologie.org/1_2.asp%3Factu_id%3D832+lex+loci+protectionis&hl=tr, s. 5, 6; **Audit**, s. 646; **Loussouarn/Bourel**, s. 506; **Mayer**, s. 417; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 616. **Swierczynski Marek**, *Unification des règles des conflit en matiere de violations des droits de propriété intellectuelle*, 7 juin 2005, www.invention-europe.com/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=826&newlang=fra&topic=21 s. 1-4.

Word Intellectual Property Organisation, Standing Committee on the law of trademark industrial designs and geographical indications, Third Session, Geneva, November 8 to 12, 1999, www.wipo.org/sct/en/documents/session_3/pdf/sct3_4.pdf+lex+loci+protectionis&hl=tr s. 3.

edildiği ülke” deyimi ile, içerisinde koruma talep edilen ülkenin (*pays dans lequel la protection est demandée*) mi yoksa koruması için talepte bulunulan ülkenin (*pays pour lequel la protection est demandée*) mi kast edildiği tartışmalıdır. Daha doğrusu, marka sahibinin markasının korunması için dava açtığı mahkemenin hukuku mu uygulanacaktır? Yoksa, bu davada marka sahibi markasının başka bir ülke hukuku, meselâ markanın statüsüne uygulanacak hukuk, yani menşe yeri hukuku (*lex loci originis*) uyarınca korunmasını talep edebilir mi? İşte bu sorun tartışmalıdır.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda “*lex loci protectionis*”, “korumanın talep edildiği ülke hukuku” şeklinde düzenlenmiştir (LDIP. art. 110/1). İsviçre doktrininde çoğunluk görüşü, bu bağlama kuralı ile “haksız fiilin veya yararlanmanın meydana geldiği ülke hukuku”nun kastedildiği yönündedir³⁸⁰.

Fransız Hukuku’nda, ülkesellik ilkesi baskın gelmektedir. Öyle ki, sınaî hakların korunmasına ilişkin ihtilâfların, “patentin verildiği, markanın tescil edildiği, modelin kaydedildiği ülkenin hukuku (*loi de l’Etat dans lequel le brevet a été délivré, la marque enregistrée, ou le modele déposé*), yani koruması için talepte bulunulan ülkenin hukuku uyarınca idare edileceği ifade olunmaktadır³⁸¹.

³⁸⁰ Vischer, 677, not. 96, 98, 99; **Dardağan**, s. 134’ten naklen. Ancak Vischer aksi fikirde olup, hukuksal korumasını istenilen ülkenin mahkemeye bildireceğini, fikrî hakkın bu hukuka göre korunacağını ifade etmektedir; Vischer, 678 (**Dardağan**, s. 134-135’ten naklen). Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Erdem**, s. 91, 100-103.

³⁸¹ Koruma için talepte bulunulan ülke hukuku için bkz. **Verbiest/Vandeveld**, s. 5. Aynı yönde bkz. **Torremans**, s. 195 (*the law of the contry for which protection is requested*). Anılan bağlama kuralının davanın açıldığı mahkemenin hukuku (*lex fori*) veya içerisinde koruma talep edilen ülkenin hukuku (*loi du pays dans lequel la protection est réclamée*) veya ihlâlin gerçekleştiği yer hukuku (*loi du pays dans lequel la violation a eu lieu*) şeklinde anlaşılabileceğine; endüstriyel mülkiyet haklarının, markanın patentin veya modelin bahşedildiği ülke hukuku tarafından idare olunacağı ve korunacağı yönünde bkz. **Swierczynski**, s. 2. Her sınaî hakkın belirli bir ülkenin topraklarında o ülkenin formalitelerine uyularak kazanıldığı; bu ülke hukukunun, korumanın talep edildiği hukuk olduğuna dair bkz. **Loussouarn/Bouerel**, s. 506. Endüstriyel mülkiyet hakkının, bu hakkın elde edildiği ülke hukuku uyarınca korunacağı; yani bir buluş için patentin veya bir marka için tescilin hukukuna (*auctor regit actum*) göre koruma yapılacağı yönünde bkz. **Mayer**, s. 417. Endüstriyel mülkiyet hakları açısından korumanın talep edildiği ülke hukuku kavramının kolaylıkla tespit edilebileceğine, bunların düzenlenmesi için mutlaka bir kamusal makamın (*service public*) devreye gireceğine, işte bu kamusal makamın ait olduğu hukuk uyarınca koruma yapılacağına dair bkz. **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 616. Fikrî sınaî hakların mutlaka belirli bir ülke tarafından tanındığına ve sadece bu ülkede hakkın sahibine tek hak bahşedildiğine dair bkz. **Audit**, s. 645, 646. Tescilli bir markanın hangi ülke hukuku altında korumadan yararlanıyorsa o ülke hukuku tarafından korunacağına dair bkz. Word Intellectual Property Organisation, Standing Committee on the law of trademark industrial designs and geographical indications, Third Session, Geneva, November 8 to 12, 1999, s. 3.

“Sözleşmesel Olmayan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Tüzük Önerisi” (*proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles*) de, Fransa’daki baskın görüşe yakın bir hüküm içermektedir. Söz konusu Tüzük Önerisi’nde, fikrî sınaî hak ihlâllerine uygulanacak hukuk, koruması için talepte bulunulan ülke hukuku (*loi du pays pour lequel la protection est revendiquée*) şeklinde düzenlenmektedir (art. 8)³⁸².

Buna karşılık, Topluluk markasının korunmasına uygulanacak hukuk meselesine, Topluluk Marka Hukuku’nun verdiği yanıt çok farklıdır. Topluluk Hukuku, Topluluk markasına ilişkin tecavüzleri bir haksız fiil gibi değerlendirmektedir. Şöyle ki, Topluluk markası mahkemesi, tecavüz veya tecavüz tehlikesi teşkil eden fiilin işlendiği üye devlet hukukunu kendi Milletlerarası Özel Hukukunu da kapsayacak şekilde uygular (Règ. art. 98/2). Öyleyse Topluluk markasının *lex loci protectionis* uyarınca korunması, dolaylı bir ihtimaldir. Çünkü Topluluk Marka Hukuku’nda, davaya bakan mahkemenin tâbi olduğu üye devletin Milletlerarası Özel Hukukuna bağlı olarak, *lex loci protectionis* kuralına ulaşılabilir.

Şu hâlde, davaya bakan Topluluk markası mahkemesinin ait olduğu üye devletin Milletlerarası Özel Hukukunda *lex loci protectionis* kuralı varsa korumanın talep edildiği ülke kanunu uygulama alanı bulur. Ancak böyle bir kural yoksa, o vakit, mahkemenin kendi Milletlerarası Özel Hukukundaki haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralı uygulama alanı bulur. Bununlara ek olarak, belirtilmelidir ki, Topluluk markası mahkemesi, tecavüz veya tecavüz tehlikesi bulunduğu karar verip de, söz konusu fiil veya fiillere devam edilmesini yasaklarsa, bu yasağa uyulması için gerekli olan önlemleri kendi ulusal hukuku uyarınca alır (Règ. art. 98/1).

³⁸² *Proposition De Règlement Du Parlement Européen Et Du Conseil Sur La Loi Applicable Aux Obligations Non Contractuelles (Rome II)*; COM (2003) 427(01); <http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=ServiceSearch&LANGUAGE=fr&GUILANGUAGE=fr&SERVICE=all&COLLECTION=com&DOCID=503PC0427>; http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/lip/latest/doc/2003/com2003_0427fr01.doc
Ayrıca söz konusu tüzük önerisine dair şerh için bkz. **Verbiest/Vandeveld**, s. 5. Sadece ilgili hükmün eleştirisi için bkz. **Swierczynski**, s. 3 vd.

Türk Hukuk doktrinde de, korumanın talep edildiği ülke kavramı derinlemesine incelenmiştir. Uluocak, maddî olmayan mallara ilişkin Türk mevzuatında yer alan ve Milletlerarası Özel Hukuku ilgilendiren bütün kuralları³⁸³ inceledikten sonra *lex loci protectionis*'in Hukukumuzda genelde kabul edildiği sonucuna ulaşmıştır³⁸⁴. Tekinalp ve Nomer, gayri maddî hakların doğum, muhteva, devir ve sona ermesinin, bu hakların doğduğu, devredildiği ve sona erdiği yer hukukuna, bu hakların korunmasının ise korumanın talep edildiği, yani hakkın ihlâl edildiği ülke hukukuna tabî olması gerektiğini belirtmişlerdir³⁸⁵. Dardağan da, koruma yeri hukukunu, ihlâl yeri (veya yararlanmanın gerçekleştiği yer) hukuku olarak somutlaştırmıştır³⁸⁶. Buna karşılık, Erdem, *lex loci protectionis*'i, korunma probleminin ortaya çıktığı devlet hukuku şeklinde tanımlayan görüşe katılmaktadır³⁸⁷. Sargın ise, koruyan ülke hukukunu, hakkın doğduğu ülkenin, yani tescil yoluyla kazanılan marka hakkı için tescil talebinin yapıldığı, tescilsiz kazanılan marka hakkı için ilk kullanım yeri hukuku olarak açıklığa kavuşturmuştur³⁸⁸.

Bahsedilen tartışmalar bir yana, “*loci protectionis*” bağlama noktasının içeriğini günümüzde ülkesellik ilkesi somutlaştırmaktadır. Çünkü marka hakkı “hâlâ millî bir haktır ve söz konusu hakkı bahşeden ülkenin, ülkesel sınırları dahilinde koruma sağlamaktadır”. Dolayısıyla marka koruması memleketten memlekete değişiklik göstermektedir³⁸⁹. Ancak, bilindiği gibi, marka korumasını yeknesaklaştıran milletlerarası sözleşmeler sayesinde markaların diğer üye ülkelerde de menşe ülkesinde korunduğu gibi korunması sağlanmış veya aynı anda birden fazla ülkede tescilleri kolaylaştırılmıştır. Bu gelişmeler, ülkesellik ilkesinin içeriğini her geçen gün değiştirmektedir. Böylece, Fikrî Hukuk bakımından, ülkesellik ilkesinin önemi, giderek azalmaktadır.

³⁸³ Yeri gelmişken bu hükümleri anmak gereklidir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (RG. 3.11.19983, S. 2936 ve 12.6.1995-22311, S. 4110 ve RG. 3.3.2001-24335, S. 4630 ile değişik RG. 13.12.1951-7931, S. 5846) m. 88; Endüstriyel tasarımların Korunması Hakkında KHK (27.7.1995-22236, KHK N. 554) m. 2, 4; Bern Sözleşmesi m. 4; TRIPS m. 1, 3; Paris Sözleşmesi m. 2; Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK (RG. 7.11.1995, S. 4128 ve 22.9.1995-22412, KHK. S. 556 ile değişik RG. 27.7.1995, KHK S. 551) m. 2 ve 4; Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK (27.7.1995-22236, KHK S. 555) m. 2. KHK. m. 3 için bkz. bu bölümün devamı.

³⁸⁴ **Uluocak**, s. 180. Nitekim, Tekinalp de, FSEK. m. 8 hükmünde *lex loci protectionis* kuralının kabul edildiğini ifade etmektedir; **Tekinalp Ü.**, s. 55.

³⁸⁵ **Tekinalp G.**, s. 263, 264; **Nomer**, s. 288.

³⁸⁶ **Dardağan**, s. 160.

³⁸⁷ Novier 149; **Erdem**, s. 104'ten naklen.

³⁸⁸ **Sargın**, s. 171, 172, 176.

³⁸⁹ Fawcett/Torremans, s. 545 (**Sargın**, s. 172'den naklen). Aynı yönde görüş için bkz. Modiano, s. 610; Chao, s. 150 (**Sargın**, s. 26'dan naklen).

İşte bu nedenle, gayri maddî hakların korunmasına uygulanacak hukuk konusu, çoğu zaman sadece hakkın statüsüne uygulanan hukukla hâlledilememekte, koruması için talepte bulunulan hukuktan bağımsız düşünülememektedir. Çünkü, hakkın korunmasına uygulanan hukuk ile koruması için talepte bulunulan mahkemenin hukuku, yani yetkili mahkemenin hukuku³⁹⁰ arasında üstü kapalı bir çakışma bulunmaktadır. Bu nedenle, markanın statüsüne uygulanan hukuk (*lex loci originis*) ve korumanın talep edildiği ülke hukuku (*lex loci protectionis*) ve bu ülkelerin ortaklaşa katıldıkları milletlerarası metinler (*ius convensus*) birleşmektedir. Dolayısıyla, korumanın talep edildiği ülke hukuku, adeta karma bir koruma hukukuna dönüşmektedir. Diğer bir deyişle, markanın ihlâllere karşı korunmasına uygulanacak hukuk, bu hakların doğduğu yer hukukunu, ihlâl yeri sıfatıyla davaya bakan mahkemenin hukukunu (yani *lex fori*'de geçerli olan fikrî haklara ilişkin Milletlerarası Özel Hukuk kurallarını) ve bu ülkelerin katıldığı uluslararası sözleşme hükümlerini de kapsamaktadır³⁹¹.

Milletlerarası sözleşmelerden doğan yükümlülükler icabı, Türk ve Fransız Marka mevzuatı *lex loci protectionis* kuralına yabancı kalmamıştır. İsviçre Hukuku'ndaki kadar açık olmasa da, söz konusu kural ülkesellik ilkesiyle uyumlu bir şekilde Türk ve Fransız marka mevzuatına yansıtılmıştır (TRIPS. m. 1, 3; Paris Sözleşmesi. m. 2, 3; KHK. m. 3; CPI. art. L712-11).

Gerçekten, Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu'nda, bu Kanun'un sağladığı korumadan yararlanabilecek kişileri sayan ve söz konusu yararlanmanın şartları düzenleyen bir hüküm bulunmaktadır (CPI. art. L712-11). Anılan hüküm uyarınca, Fransa 'da tescilli olan markaların sahipleri ve Fransa'da yerleşik olan kişiler Fransız marka mevzuatının korumasından yararlanabilir. Bununla birlikte, Fransa'nın katıldığı uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bazı hâllerde, Fransa'da yerleşik olmayan bir yabancı dâhi, Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu'nun

³⁹⁰ Kararname uyarınca, marka sahibi, dilerse kendi ikametgâhı dilerse tecavüz fiilinin işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin ortaya çıktığı yer mahkemesinde dava açabilir (KHK. m. 63). Marka sahibi KHK. m. 3 hükmünde sayılan kişilerden biriye, bu mahkemelerden birinde dava açtığı anda, markası Kararname uyarınca korunacaktır. Görüldüğü gibi, yasa koyucu, markanın korunması konusundaki yetkili mahkemeyi tayin ederken, haksız fiillere uygulanacak hukuktaki bağlama noktalarından hareket etmiştir. Böylece, hükümde, davalının ikametgâhı yetki kuralından (HUMK. m. 9) farklı olarak, davacıya kolaylık sağlayan başka mahkemeler tayin edilmiştir. Bu mahkemelerin davacıya sağladığı kolaylık, davaya uygulanmasını arzu ettiği hukuku uygulayabilecek mahkemede dava açabilmesidir. Bu konuda bkz. **Erdem**, Yetki, s. 133-135.

³⁹¹ **Sargın**, s. 27, 176.

korumasından yararlanabilir. Bunun için, koruma talebinde bulunan kişi, yerleşik olduğu ülkede markasını tescil ettirmiş olmalı veya tescil başvurusunda bulunmuş olmalıdır. Ayrıca bu kişinin yerleşik olduğu ülkenin, Fransızlara aynı şekilde marka koruması sunuyor olması gerekmektedir.

Kararname'mizde de, Kararname'nin sağladığı korumadan yararlanabilecek kişiler sayılmıştır (KHK. m. 3). Bu hükümde öncelikle, Türkiye sınırları içinde yerleşik olan veya ülkemizde sınaî ve ticarî faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile Paris Sözleşmesi ve Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması uyarınca başvuru hakkına sahip kişilerin Kararname'nin öngördüğü korumadan faydalanabileceği hükme bağlanmıştır (KHK. m. 3/f.I). Nitekim "Paris Sözleşmesi'ne üye olan devletlerin vatandaşları veya üye devlet vatandaşı olmamakla beraber bu ülkelerden birinde oturan veya gerçek ve ciddi sınaî veya ticarî bir müesseseye sahip olan kişiler, markaları menşe ülkelerinde tescilli olmak kaydıyla Paris Sözleşmesi uyarınca başvuru hakkına sahiptir. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'na göre de Anlaşmaya üye olan ülkelerin vatandaşları işbu Anlaşma uyarınca başvuru hakkına sahiptir"³⁹². Anılan hükümde ayrıca, yabancı uyruklu kişilerin karşılıklılık ilkesi çerçevesinde Kararname'nin korumasından yararlanabileceği öngörülmüştür (KHK. m. 3/f.II). İşte Türkiye'de başvuru hakkını haiz olan bu kişiler, markalarını Türk siciline tescil ettirebilir, hatta tescil ettirmeseler bile bir rüçhan hakkından yararlanabilir ve markalarının Kararname uyarınca korunmasını talep edebilirler (KHK. m. 3, 25).

Kanımızca, KHK. m. 3 hükmü, Kararname'nin uygulama kapsamını belirleyen, kimlerin bu Kararname'nin korumasından yararlanabileceğini tayin eden tek taraflı bir kanunlar ihtilâfı kuralıdır (*règle de conflit unilatérale*)³⁹³. Gerçekten, "tek taraflı kanunlar ihtilâfı kuralları yalnız vatandaşlar, yalnız yabancılar veya yalnız o ülkede bulunan mallar için, mahalli hukukun veya yabancı hukukun tatbiki amacını taşıyan kurallardır"³⁹⁴. İşte incelediğimiz hüküm de, yalnız Kararname'nin korumasından faydalanabilecek kişiler için ve yalnız *lex fori*'nin tatbiki amacını taşıyan bir hükümdür. Dikkat edilecek olursa, söz konusu hükümde "Hukuk" yerine "Bu

³⁹² Yasaman/Yusufoğlu, s. 42, 45-47.

³⁹³ Tek taraflı kanunlar ihtilâfı kuralı hakkında bkz. Uluocak, s. 5, 6; Nomer, s. 95-98; Çelikel, s. 65-68; Tekinalp G., s. 16, 17; Mayer, s. 96-98; Loussouarn/Bourel, s. 97-104; Knoepfler/Schweizer, s. 115-117; Holleaux/Foyer/Pradelle, s. 184-187.

³⁹⁴ Çelikel, s. 65.

Kararname” ibaresi kullanılmaktadır. Çünkü bu hüküm, *lex fori*’deki maddî hukukun, yani Türk Marka Hukukunun, hangi hâllerde ve ne kapsamda uygulanacağını göstermektedir. Bu nedenle, bu hüküm “Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk Hukuku uygulanır” (MÖHUK. m. 22/c.2) hükmüne benzemektedir. Dolayısıyla, markanın korunması söz konusu olduğunda, MÖHUK’a hiç başvurulmaksızın öncelikle ve doğrudan doğruya Kararname’nin ilgili hükmüne başvurulmalıdır³⁹⁵.

Böylece, Türkiye’de koruma talep edilirse, Türkiye’de başvuru hakkını haiz olan yabancılara ait markaların, ihlâllere karşı Kararname’miz uyarınca korunması gerekmektedir. Bununla birlikte, söz konusu kişilerin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalarda yer alan ve Kararname’mize kıyasla daha elverişli olan hükümlerin uygulanmasını talep etmesi mümkündür (KHK. m. 4).

Lâkin başvuru hakkını haiz olmayan kişilere ait ulusal markalar, topluluk markası ve ulusal tescilden bağımsızlaşmış uluslararası tescilli markalar Kararname uyarınca korunmamaktadır. Bu durumda, Türk Mevzuatı’na fikrî sınaî hak ihlâllerine ilişkin bir bağlama kuralı konuluncaya kadar haksız fiil yeri hukuku (*lex loci delicti commissi*)³⁹⁶ uygulama alanı bulmaktadır (MÖHUK. m. 25).

Şu hâlde yetkili hukuk, marka hakkını ihlâl eden fiilin işlendiği yer hukukudur (MÖHUK. m. 25/f.I). Ancak, ihlâl fiilinin işlendiği ülke ile zararın meydana geldiği ülke birbirinden farklı ise, zararın meydana geldiği yer hukukuna üstünlük tanınmıştır (MÖHUK. m. 25/f.II). Bununla birlikte, haksız fiilden doğan borç ilişkisi, başka bir ülke hukuku ile daha yakın irtibat hâlindeyse, bu ülke hukuku uygulanır (MÖHUK. m. 25/f.III).

³⁹⁵ Tek taraflı kanunlar ihtilâfı kurallarının bağlama noktası formüle etmediği; bu nedenle, bu hükümlerin diğer çok taraflı kanunlar ihtilâfı kuralları (*règles de conflit bilatérales*) tarafından tayin edilen bağlama noktalarının kullanılmasını yasakladığına dair bkz. **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 184. Aynı yönde doğrudan metot (*méthode directe*) ile uygulanacağı yönünde bkz. **Mayer**, s. 98-99.

³⁹⁶ Haksız fiillere uygulanacak hukuk hakkında bkz. **Uluocak**, s. 215 vd.; **Nomer**, s. 306 vd.; **Çelikel**, s. 259 vd.; **Tekinalp G.**, s. 343 vd.

Meselâ, Fransa’da tescilli ve fakat Türkiye’de daha yoğun olarak kullanılan bir marka İtalya’da taklit edilirse, kural olarak, zararın meydana geldiği yer hukuku sıfatıyla Fransız marka koruması, İtalyan marka korumasına üstün gelir. Ancak markanın fiilen kullanıldığı yer sıfatıyla Türk marka korumasının, ihlâlle daha yakın irtibatlı hukuk olarak devreye girmesi mümkündür. Her hâlde, MÖHUK. m. 25 hükmü uyarınca Türk Hukukuna varılırsa, Kararname uyarınca koruma talep etme hakkı olmayan kişilere Kararname uygulanamayacağından, Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabete ilişkin hükümleri (TK. m. 56 vd.) söz konusu markanın korunmasında uygulama alanı bulacaktır.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku’nun aksine, Türk ve Fransız Milletlerarası Özel Hukuklarında *lex loci protectionis* kuralı açık hükümle düzenlenmiş değildir (CPC. art. 46; MÖHUK. m. 25). Bu konuda, haksız fiiller hakkındaki kanunlar ihtilâfı kuralından yararlanılmaktadır. Bu nedenle marka ihlâlleri bakımından, bağlama noktasını tespit ederken güçlük çekilmektedir.

Gerçekten, marka hakkını ihlâl eden her fiil, aynı zamanda bir haksız fiildir. Ancak, gayri maddî nitelikteki marka hakkı söz konusu olunca, gerek ikâ yerinin gerek zarar yerinin tespiti çok zordur. Kaldı ki, yabancılık unsuru içeren marka ihlâllerinde, zarar yerinin (*lieu du dommage*) zarara sebep olan olayın ika yeri (*lieu de l’événement causal*) ile sınırlı kalması pek mümkün değildir. Bu nedenle, ihlâl fiilinin işlendiği yer hukuku değil, çoğunlukla zararın meydana geldiği yer hukuku uygulama alanı bulacaktır³⁹⁷. Bilhassa, aynı anda bir çok ülkede korunmakta olan uluslararası markalar bakımından zarar yerinin çokluğu önemli bir sorundur. Üstelik, markanın sanal ortamda veya sair sınır ötesi yayınlar aracılığıyla ihlâl edilmesi durumunda, ihlâllerin ne zaman ve nerede başladığını ayırt etmek çok daha güçtür. Çünkü, ihlâl teşkil eden verilerin aynı anda birden fazla coğrafi sınır aşması mümkündür. Böylece, birden çok ülkede markaya tecavüz edilirken, aynı anda ve aynı yerlerde

³⁹⁷ Marka ihlâllerinde zarar verici olay kavramının vasıflandırılması (*qualification de la notion de fait dommageable*) sorunu için bkz. **Bensoussan/Bréban**, s. 204-210. Fikrî hak ihlâllerinde ikâ yerinin saptanması sorunu için bkz. **Dardağan**, s. 190 vd.

marka sahibi de zarara uğratılmaktadır³⁹⁸. Bu durumda ise, marka ihlâlinin en yakın irtibatlı olduğu hukuk gündeme gelmektedir. Dolayısıyla, ihlâl fiilinin ika edildiği yer ve zararın meydana geldiği yer kriterleri elenince, fikrî sınaî hak ihlâlleri bakımından MÖHUK. m. 25 hükmü, en yakın irtibat bağlamasından ibaret olan tek basamaklı bir hükme dönüşmektedir. Oysa sadece fikrî sınaî hakları kapsamına alan *lex loci protectionis* kuralı, en yakın irtibatlı hukuk şeklinde bir alternatifte sahip değildir³⁹⁹.

Bu nedenlerle ve anılan karışıklıkların yarattığı keyfî görünümün giderilmesi amacıyla, *lex loci protectionis* (korumanın talep edildiği ülke hukuku) kuralının en kısa zamanda pozitif hukuk düzenimize eklenmesi gereklidir. Gerçekten, bu kural milletlerarası sözleşmelerin saklı olması kuralı (MÖHUK. m. 1/f.II) ile bütünleşince, kanımızca, marka hakkının korunmasına uygulanacak hukuk meselesi çözümüne mükemmel bir şekilde kavuşturulmuş olacaktır.

b- Şekil

Gerek ulusal gerek uluslararası düzenlemelerde, hukukî işlemin şekli konusunda, işlemin yapıldığı yer kanununa (*loi du lieu de conclusion*) veya işlemin esasına uygulanan kanununa (*loi applicable au fond*) alternatifli bağlanma (*rattachement facultatif*) benimsenmiştir (MÖHUK. m. 6; Konvansiyon. art. 9; LDIP. art. 124). İşte bu alternatifli bağlanma, marka rehni sözleşmesi için de geçerlidir.

İsviçre Hukuku ve Konvansiyon uyarınca, esasa uygulanacak hukukun veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun öngördüğü şekil koşulları yerine getirilmişse marka rehni sözleşmesi şekil bakımından geçerlidir (LDIP. art. 124/1; Konvansiyon.

³⁹⁸ Geller Edward Paul, International Intellectual Property, Conflicts of Laws and Internet, Remedies, European Intellectual Property Review, 2000, vol. 22, no. 3, s. 125; **Swierczynski**, s. 5, 6'dan naklen. Sanal ortamda gerçekleşen haksız fiillerin fiziksel olarak lokalize edildiği yeri saptamaya çalışmanın anlamsız olduğu yönünde bkz. **Özel Sibel**, "İnternet Yoluyla Kişilik Hakkı İhlâllerinde Uygulanacak Hukuk", MHB., Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, Y. 2004, S. 1-2, s. 609-617, s. 613. Medya yoluyla gerçekleşen kişilik ihlâllerinde, ihlâl yerini belirlemenin, eylem ve zarar yerlerinin çokluğu nedeniyle çok güç olduğuna dair bkz. **Özel Sibel**, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, İstanbul, 2002, s. 97. İnternette marka ihlâlleri hakkında bkz. **Yalçın**, s. 83-88. Farklı mal veya hizmetler sunmakta olan benzer isimli iki şirketin aynı veya benzer alan adı (*domaine name*) kullanabileceğine (*principe de spécilité*) dair bkz. **Bensoussan/Bréban**, s. 152-155. Tescilli bir markanın sahibinden izinsiz bir şekilde *domaine name* olarak kullanılmasının marka hakkına tecavüz teşkil edeceğine dair bkz. **Bensoussan/Bréban**, s. 156, 221.

³⁹⁹ Daha yakın irtibatlı hukuk şeklinde bir istisna kuralının fikrî haklar açısından geçerli olmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. **Erdem**, s. 99.

art. 9/1). Anılan bağlama noktalarından biri diğerinden üstün değildir. Buradaki bağlanma alternatiflidir (*coupure facultative*)⁴⁰⁰. Buna göre, ihtilâf konusu marka rehni sözleşmesinin şekli, esasa uygulanan hukuku veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukunu sağlıyorsa, sıhhat şekli itirazı reddedilmelidir.

Ancak mukayeseli hukuklarda, mesafeli sözleşmelerin şekli için iki alternatif daha tayin edilmiştir. Şöyle ki, farklı ülkelerde bulunan şahıslar arasında akdedilen bir sözleşme, bu ülkelerden her hangi birinin belirlediği şekil şartlarını sağlıyorsa geçerlidir (LDIP. art. 124/2; Konvansiyon. art. 9/2). Şu hâlde, farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında akdedilen marka rehni sözleşmesi, sözleşmenin akdedildiği anda rehin verenin veya rehin alanın bulunduğu ülke hukuklarından biri uyarınca geçerli kabul edilebilir. Örneğin, rehin alan Almanya’da, rehin veren Fransa’da iken mektupla marka rehni sözleşmesi akdedilsin. İşte böyle bir marka rehni sözleşmesi, esasa uygulanacak hukuk uyarınca geçerli sayılamasa bile, Alman veya Fransız Hukuklarından birinin şekil şartlarını sağlıyorsa geçerli kabul edilir.

Türk Hukuku’nda da, marka rehni sözleşmesinin şekli meselesi, esasa uygulanan hukuk veya işlemin yapıldığı yer hukuku alternatifleriyle çözümlenmektedir (MÖHUK. m. 6). Ancak, Türk Hukuku’nda henüz, mesafeli sözleşmeler bakımından özel bir düzenleme getirilmemiştir. Doktrinde, hazır olmayan kişiler arasında yapılan sözleşmelerde, taraflardan her birinin irade beyanlarının, bu beyanların yapıldıkları yer hukukunun şekil şartlarına uygun olmasının gerekli ve yeterli olduğu ifade olunmaktadır⁴⁰¹. Ancak doktrindeki bu son görüş, henüz kanun hükmünde somutlaşmadığı için, mesafeli sözleşmelerin şeklen geçerli sayılması imkânını mukayeseli hukuklardaki gibi genişletmeye yeterli gelmemektedir. Bu nedenle, Konvansiyon ve İsviçre Hukuku’ndaki mesafeli sözleşmelere ilişkin istisnâ alternatiflerin (LDIP. art. 124/1; Konvansiyon. art. 9/1), Türk Hukuku’na da eklenmesi yararlı olabilir.

⁴⁰⁰ Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier, s. 42; Knoepfler/Schweizer, s. 122; Dardağan, s. 265; Çelikel, Menkul, s. 110 vd. Hukukî işlemin şekline uygulanacak hukuk hakkında bkz. Çelikel, s. 170 vd.; Uluocak, s. 34 vd.; Tekinalp G., s. 84 vd.; Nomer, s. 199 vd.; Batiffol/Lagarde, s. 469 vd.; Loussouarn/Bourel, s. 186, 437 vd., 457, 458; Mayer, s. 491 vd.; Holleaux/Foyer/Pradelle, s. 202, 206, 601-603; Guiho, s. 120, 121; Jacquet/Delebecque, s. 112-113.

⁴⁰¹ Nomer, s. 202, 203; Tekinalp G., s. 88; Çelikel, s. 172; Knoepfler/Schweizer, s. 128. Marka Lisans sözleşmesinin şekline sözleşmenin yapıldığı yer hukuku ile koruyan ülke hukukunun alternatifli olarak uygulanacağı yönünde bkz. Sargın, s. 68.

Şimdi, mukayeseli hukuklarda ve Türk Hukuku'nda ortak olan bağlama kurallarını marka rehni sözleşmesine uygulamaya sıra gelmiştir. Ancak öncelikle şekle ilişkin vasıflandırma sorununun çözümlenmesi gereklidir. Bu noktada, hangi hususların şekil hangi hususların marka statüsüne ait olduğu meselesi ortaya çıkmaktadır. İşte bu vasıflandırma sorunu, *lex fori* uyarınca çözülmelidir. Nitekim, Hukukumuzda, marka rehni'nin sıhhat şekli meselesi, aslen Kararname'de düzenlendiğinden, marka statüsüne ilişkin bir mesele olarak değerlendirilmektedir (KHK. m. 16/f.VII, 18). Marka rehni'nin doğumuna ilişkin şekil şartının tatbik edilmemesi, marka üzerindeki rehin hakkının özünü etkilemekte, onun doğuma mâni olmaktadır⁴⁰². Şu hâlde, marka rehni'nin sıhhat şekli ile marka rehni sözleşmesinden doğan sözleşmesel statünün şekli ayırt edilmelidir. Demek ki, marka rehni'nin kurulmasını sağlayan sıhhat şekli, marka statüsünü ve yasal statüyü idare eden hukuka dâhil bir meseledir. Yasal statüye uygulanacak hukuk da, Topluluk markasının ve menşe ofisten bağımsızlaşan uluslararası markaların haricinde, menşe yeri hukukudur (*lex loci originis*).

Burada, çalışmamızın başındaki sıhhat şekli ispat şekli ayrımı⁴⁰³ dikkate alınmalıdır. Gerçekten, rehni'nin geçerlilik şeklinin çözümü için, mutlaka, marka siciline tescilin menşe yeri hukukunda (*lex loci originis*) açıklayıcı mı yoksa kurucu mu olduğu tespit edilmelidir. Çünkü, *lex loci originis*'te devrin veya rehni'nin tescili kurucu niteliği haiz olmasına rağmen o ülkenin marka siciline tescil yapılmamışsa, marka rehni hükümsüzdür. Ancak marka rehni sözleşmesi sözleşmesel statüsü ile ayakta olabilir.

Marka rehni sözleşmesinin sözleşmesel statüsünün şekli bakımından karşımıza çıkan ilk alternatif, marka rehni sözleşmesinin yapıldığı yer hukukudur (*locus regit actum*). Marka rehni sözleşmesinin yapıldığı yer çeşitli ihtimallerin değerlendirilmesiyle somutlaştırılabilir. Bilindiği üzere, istisnâ bir şekilde salt marka rehni kurma borcu doğuran bir marka rehni sözleşmesi akdedilebilir. Bu nedenle, somut marka rehni sözleşmesinin gerçek bir tek işlem olup olmadığı özellikle kontrol edilmelidir. Eğer istisnâ bir şekilde salt marka rehni kurma borcu doğuran bir sözleşme söz konusu ise ve bu sözleşmenin sözlü olarak yapıldığı iddia ediliyorsa, MÖHUK. m. 6 hükmü uyarınca tespit edilen hukuklardan birinin, Türk Hukuku'nda olduğu gibi, sözlü

⁴⁰² Taşınırılar üzerindeki tasarruf işlemleri için ileri sürülen bu görüş için bkz. **Çelikel**, Menkul, s. 112.

⁴⁰³ Bkz. I/B/1/b/bb, "Rehin sözleşmesinin geçerlilik şartları"; I/B/1/b/bb/bba, "Tescilli markanın rehinle kayıtlanması".

borçlandırııcı işlemi kabul edip etmediği araştırılmalıdır. İşte böyle bir sözlü sözleşmenin yapıldığı yer, tarafların irade beyanlarının uzlaştığı (BK. m. 1) veya kabul haberinin beyan edildiği (BK. m. 4) veya icapçıya ulaştığı yer hukukudur (BK. m. 10).

Yazılı bir marka rehni sözleşmesinin yapıldığı yer ise, rehin verenin yazılı metne imzasını attığı yerdir (MK. m. 955/f.III; KHK. m. 16/f.VII, 18; BK. m. 13). Öyleyse, yazılı marka rehni sözleşmesinde *locus regit actum*, markanın rehinle kayıtlanmasına yönelik uzlaşan iradeleri yansıtan yazılı metnin rehin veren tarafından imzalandığı yer hukukudur⁴⁰⁴. Yazılı bir sözleşme olmaksızın sadece menşe ülkede marka siciline kayıt edilerek kurulmuş bir marka rehni söz konusu ise, marka rehni sözleşmesinin yapıldığı yer, kural olarak, marka rehninin tescil edildiği yer (*lieu d'immatriculation*)⁴⁰⁵, yani menşe ülkesidir. Ancak yazılı sözleşmenin yapıldığı yer ile tescil edildiği yer farklı ülkeler ise ve yazılı sözleşmenin yapıldığı yer hukuku sözleşmesel statünün şeklini sağlamıyorsa, menşe yeri hukukundan yararlanılabilir. Çünkü, hukukî işlemin geçerliliğine en uygun olanı nazara almak (*favor negotii*)⁴⁰⁶ ve işlem güvenliği ilkeleri, her iki ülke hukukunu da denemeyi gerektirmektedir. Böyle bir durumda, yazılı sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun şekil kuralları uyarınca geçerli olmayan bir marka rehni sözleşmesi, rehin kaydının yapıldığı yer hukuku uyarınca geçerli kabul edilebilecektir.

Nihayet, sözleşmenin yapıldığı yer (*locus regit actum*) hukukunun alternatifi olan esasa uygulanacak hukuk (*lex causae*) konusuna sıra gelmiştir. Eğer yukarıdaki gibi tespit edilen *locus regit actum* marka rehni sözleşmesini şeklen geçerli kılmıyorsa, hemen *lex causae*'ya geçilir. Bilindiği gibi, esasa uygulanan hukuk, ya tarafların seçtiği hukuk, ya da, istisnaî durumlar hariç, marka rehni kurma borcunun ifa yeri hukukudur⁴⁰⁷. İşte bu hukuk uyarınca da, sözleşmesel statünün şeklen geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilir.

⁴⁰⁴ Fikrî haklar üzerindeki tasarruf işlemlerine yönelik beyan edilen bu görüş için bkz. **Dardağan**, s. 267. İcap ve kabul açısından, bu beyanların gönderilme ile mi, yoksa ulaşma ile mi hukukî sonuç doğuracağı şekle ilişkin bir sorun değildir. Vasıflandırmaya ilişkin bir sorundur; **Çelikel**, s. 173. Bu nedenle Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümleri kullanılmıştır.

⁴⁰⁵ **Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier**, s. 36.

⁴⁰⁶ **Nomer**, s. 201, **Tekinalp G.**, s. 88; **Uluocak**, s. 35; **Çelikel**, s. 173. "*Favor validitatis; faveur pour la validité*" olarak bkz. **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 602; **Mayer**, s. 494; .

⁴⁰⁷ Bkz. II/C/2, "Sözleşmesel Statüye Uygulanacak Hukuk".

c- Ehliyet ve tasarruf yetkisi

Türk Hukuku'nda, diğer hukukî işlemlerde geçerli olan ehliyet kuralı, marka rehni sözleşmesinde de geçerlidir. Buna göre, rehin veren ve rehin alanın hak ve fiil ehliyeti, yetkili hukuktan bağımsız olarak, tarafların kişisel statüsüne (*statut personnel*), esasen millî hukuklarına (*loi nationale*) tâbidir (MÖHUK. m. 8/f.I). Öyleyse, rehin veren ve rehin alan, millî hukukları uyarınca ehilse, sorun yoktur. Ancak rehin veren veya rehin alan millî hukuku uyarınca ehil değilse, derhal marka rehni sözleşmesinin yapıldığı yer tespit edilmelidir. Çünkü, marka rehni sözleşmesi Türkiye'de akdedilmişse ve millî hukukuna göre ehil olmayan yabancı rehin veren veya rehin alan Türk Hukuku'na göre ehilse, Türkiye'de yaptığı marka rehni sözleşmesi ile bağlıdır (MÖHUK. m. 8/f.II).

Tüzel kişilerde ise, idare merkezi hukuku millî hukukun yerine geçmektedir. Buna göre, rehin veren veya rehin alan tüzel kişi ise, söz konusu tüzel kişinin hak ve fiil ehliyeti idare merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre tespit edilir. Ancak tüzel kişinin idare merkezi yurt dışında olsa da, fiilî idare merkezi Türkiye'de ise, bu tüzel kişinin ehliyetine Türk Hukuku uygulanabilir (MÖHUK. m. 8/f.IV).

Buna karşılık İsviçre Hukuku'nda, hak ve fiil ehliyeti farklı bağlama noktalarına tâbidir. Medenî haklardan yararlanma (*jouissance des droits civils*) ehliyeti, yani hak ehliyeti, kural olarak *lex fori* tarafından idare edilir. Bununla birlikte, medenî haklardan yararlanılmasını gerektiren hukukî ilişkiyi idare eden hukuk, kişiliğin başlangıcı ve sona ermesini de idare eder (LDIP. art. 34). Medenî hakların kullanılmasında (*exercice des droits civils*) ise kural değişmektedir. Şöyle ki, medenî hakların kullanılması kural olarak, yerleşim yeri hukuku (*droit du domicile*) tarafından idare edilir (LDIP. art. 35). Ancak medenî hakları kullanma ehliyeti yerleşim yeri hukuku uyarınca bir kere kazanıldıktan sonra, yerleşim yerinin değişmesi medenî hakları kullanmayı etkilemez (LDIP. art. 35).

Bunlara ek olarak hukukî işlemlerin geçerliliği, işlem güvenliği (*securité des transactions*) kuralı ile desteklenmiştir. Şöyle ki, taraf olduğu hukukî işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehliyetli (*capable*) olan kişi, yerleşim yeri hukukuna göre ehliyetsiz (*incapable*) olduğunu ileri süremez; meğer ki, karşı taraf onun ehliyetsizliğini kabul etsin veya kabul etmek zorunda olsun (LDIP. art. 36/1). Fakat

bu kural, Aile hukukundan, Miras Hukukundan ve taşınmazlar üzerindeki aynı haklardan doğan hukukî işlemlerde uygulanmaz. Görüldüğü gibi, İsviçre Hukuku'nda rehin verenin veya rehin alanın hak ehliyetleri kural olarak millî hukuka tâbidir. Ancak, marka rehni sözleşmesinin esasına uygulanan hukuk, bu kişilerin kişiliklerinin başlangıcını ve sona ermesini de idare eder. Marka rehni sözleşmesi yapma ehliyeti ise, yerleşim yeri hukuku tarafından idare edilir. Bununla birlikte, rehin veren veya rehin alan, yerleşim yeri hukuku uyarınca ehliyetsiz ise, bu sefer marka rehni sözleşmesinin yapıldığı yer hukuku devreye girer. Eğer yerleşim yeri hukuku uyarınca ehliyetsiz olan kişi, marka rehni sözleşmesinin yapıldığı yer hukuku uyarınca ehliyetliyse, ehliyet konusu sorun olmaktan çıkar.

Konvansiyon'daki ehliyetle ilişkin hüküm, İsviçre Hukuku'ndaki kadar ayrıntılı değildir. Konvansiyon uyarınca, “aynı ülkede bulunan şahıslar arasında yapılan bir sözleşmede, ehliyetli olması gereken gerçek kişi, ehliyetsizliğini, sözleşmenin yapıldığı yer hukukundan başka bir hukuka dayandıramaz; meğer ki, karşı taraf sözleşmenin yapıldığı anda bu ehliyetsizliği bilsin veya kendisinden kaynaklanan bir zorunluluktan ötürü göz ardı edemesin” (Konvansiyon. art. 11). Demek ki, Konvansiyon, gerçek kişi rehin alan ve rehin verenin hukukî işlem ehliyetlerini, hazırlar arası yapılan marka rehni sözleşmesinin yapıldığı yer hukukuna tâbi kılmıştır. Ancak, rehin veren ve rehin alanın hak ehliyetlerini ve gaipler arası yapılan marka rehni sözleşmesindeki ehliyet meselesini düzenlememiştir⁴⁰⁸.

Türk Hukuku'ndaki ve mukayeseli hukuklardaki ehliyet meselesini marka rehni sözleşmesinden hareketle açıklığa kavuşturduktan sonra, başka bir önemli konuya sıra gelmiştir. Aslında bizi asıl ilgilendiren, rehin sözleşmesi akdetme, yani hukukî işlem ehliyeti değil (*capacité de faire des actes juridiques*)⁴⁰⁹, markayı rehinle kayıtlama yetkisi, yani tasarruf yetkisidir. Zira, rehin verenin sözleşme konusu marka üzerinde tasarruf etme yetkisine sahip olup olmadığı, yani söz konusu markayı

⁴⁰⁸ Konvansiyon'da düzenlenmeyen bu meseleler, Fransız Hukuku'nda, Medenî Hukukta yer alan eski bir hüküm uyarınca çözülmektedir. Fransız Medenî Kanunu'nda, vatandaşlığını değiştiren bir fransızın ehliyetine, yeni millî hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır (CC. art. 3/3). Sadece fransızlara hitap eden bu hükmün, yabancılara da kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. Böylece, yabancılarda ehliyetine, ilgilinin millî hukuku uygulanmaktadır (*loi nationale de l'intéressé*). Bu konuda ayrıca bkz. **Guiho**, s. 110.

⁴⁰⁹ Bu konuda bkz. **Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier**, s. 43, 44; **Vischer**, s. 57 vd.; **Loussauran/Bourel**, s. 332 vd.; **Tekinalp G.**, s. 56; **Nomer**, s. 213, 214; **Çelikel**, s. 167-170; **Çelikel**, Menkul, s. 105.

rehinle kayıtlama yetkisine sahip olup olmadığı, bu kişinin şahsî statüsüne tâbi değildir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, kanımızca, marka üzerindeki tasarruf yetkisi meselesinin de yasal statüye dâhil kılınması gerekmektedir⁴¹⁰. Çünkü, önemli olan rehin verenin şahsî kanununa göre yetkili olması değil, marka statüsünü idare eden kanuna göre yetkili olmasıdır. Nitekim, rehin verenin şahsî kanunu, marka hakkını bahşeden ülkede nazara alınmaz.

Kaldı ki, marka üzerinde rehin kurma yetkisi rehin verenin şahsiyetinden ziyade markaya ait, marka üzerinde hüküm ve sonuç doğuran bir konudur. Marka üzerindeki tasarruf yetkisi, marka sahibinin şahsî statüsü ile ilgili olmadığı gibi, akit statüsü ile, yani rehin verenin rehin kurma borcu ile de ilgili değildir. Üstelik, marka üzerindeki tasarruf yetkisinin marka sahibinin millî hukukundan ziyade marka statüsüne tâbi kılınması, pratik açıdan da daha faydalıdır⁴¹¹.

d- Kamu düzeni

Milletlerarası Özel Hukukta, istisnai hâllerde, kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tayin edilen yetkili hukukun somut olaya uygulanması, iç hukuk düzeninin temel prensipleriyle, keza davayı gören mahkemenin ait olduğu toplumun (güncel hâlinin; *actualité de l'ordre public*)⁴¹² temel yapısı ve temel çıkarlarıyla çatışan bir sonuç doğurabilir. İşte bu istisnai hâllerde, davayı gören mahkemenin tâbi olduğu kamu düzeni, daima yetkili hukuka üstün gelir. Nitekim, kamu düzenin müdahâlesi gerekçesiyle, gerçekte yetkili olan yabancı hukukun bertaraf edilerek yerine *lex*

⁴¹⁰ Bkz. II/C/1/a, “Ön açıklamalar”; II/C/1/b, “Ön sorunlar”.

⁴¹¹ **Çelikel**, Menkul, s. 108, 109. Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki tasarruf yetkisinin, şahsî statüden bağımsız olarak *lex rei sitae*’ye tâbi olduğu yönünde bkz. **Vischer**, s. 61. Şahsî kanunun uygulama alanının (*domanine de la loi personelle*) aynı kanunun uygulama alanından (*domaine de la loi réelle*) ayırt edilmesi gerektiği ve aynı hak kurmaya ilişkin yetkinin *lex rei sitae*’ye tâbi olduğu yönünde bkz. **Loussauarn/Bourel**, s. 337, 338. “Tasarruf yetkisine kimin sahip bulunduğu da, özel kanunlar ihtilâfı kaidelerince tayin edilir”; **Nomer**, s. 214. “Tasarruf yetkisi, tasarruf edilecek şeye uygulanan hukuka tâbi olur”; **Tekinalp G.**, s. 56, 57.

⁴¹² Milletlerarası kamu düzenine aykırılığın, davaya bakan mahkemenin ait olduğu toplumun güncel yapısı dikkate alınarak saptanacağı, yani “kamu düzeninin güncelliği ilkesi; *actualité de l'ordre public*” hakkında bkz. **Mayer**, s. 142. “Toplumun bilinç altına yer etmiş değerler, şartlar sebebiyle o ülkenin esash çıkarlarından sayılan yazılı yazısız Hukuk kurallarının bütünü” yönündeki tanım için bkz. **Altuğ Yılmaz**, Amme İntizamı ve Tesirleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XXVII, S. 3, s. 385; **Altuğ Yılmaz/Yasan Mustafa**, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, Prof. Dr. Ergün Önen’e Armağan, İstanbul, 2003, s. 139 vd., s. 140’tan naklen. Yine kamu düzeni kavramının zamana bağlı olarak geliştiği (*évolue avec le temps*) yönünde bkz. **Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier**, s. 49. Aynı yönde bkz. **Vischer**, s. 26.

fori'nin uygulanması incelediğimiz bütün hukuk sistemlerinde⁴¹³ istisnasız kabul edilmiştir (MÖHUK. m. 5; Konvansiyon. art. 16; LDIP. art. 17).

Ancak, milletlerarası ilişkilerdeki kamu düzeni müdahâlesi, iç hukuktaki kamu düzeni müdahâlesinden daha ihtiyatlı olarak ele alınmaktadır. Gerçekten, gerek doktrin gerek Yargıtay, kamu düzenine aykırılığın Milletlerarası Özel Hukuk anlamında kabul görmesi için, bu aykırılığın “açık ve somut” olmasını aramaktadır⁴¹⁴. Açıklıktan kasıt, Milletlerarası Özel Hukuktaki kamu düzeni kavramının iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlı olmasıdır. Nitekim, Türk maddî hukukuna aykırı olan her yabancı hüküm Milletlerarası Özel Hukuk anlamında kamu düzeninin müdahâlesini gerektirmez⁴¹⁵. Önemli olan iç hukuk düzeninin temel yapısını kökünden sarsan bir aykırılığın meydana gelmesidir. Somutluktan kasıt, öncelikle mevzubahis özel hukuk olayına uygulanacak yetkili hukukun saptanması ve bunun olaya bilfiil uygulanması üzerine, kamu düzenine aykırılığın tespit edilmesidir. Yoksa, yetkili hukuk olaya uygulanmaksızın, sadece farazî olarak, yani salt vakıaların görünüşünden ve yabancı hükmün soyut hâlinde yola çıkılarak kamu düzenine aykırılık tespit edilemez. Bunlara ek olarak, yetkili hukukun dava konusu olaya uygulanması üzerine ortaya çıkan açık ve somut kamu düzeni ihlâli, aynı zamanda, etkileri itibariyle iç hukukun temel değerlerini sarsan sonuçlar doğurmalıdır. Öyle ki, “kamu düzenine aykırılığın, aşikâr olması yanı sıra, Türk kamu düzeni ve vicdanında tahammül edilmez sonuçlar doğurması gereklidir”⁴¹⁶.

Kamu düzeni istisnası (*exception d'ordre public*), Fransız Doktrini ve Yargıtay'ı tarafından, aynen Türk Hukuku ve İçtihatlarındaki anlam ve içeriği ile, yıllardır

⁴¹³ Ayrıca Alman Milletlerarası Özel Hukuku'nda kamu düzeni kavramının teorik ve pratik yeri hakkında bkz. **Özden Bülent**, Alman Mahkemelerinde “Kamu Düzeni” Kavramının Uygulanması, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 19, İstanbul, 1993, s. 101-106.

⁴¹⁴ Milletlerarası Özel Hukuktaki kamu düzeni kavramı ve Yargıtay'ımızın bu konudaki içtihatları için bkz. **Çelikel**, s. 129 vd.; **Nomer**, s. 159 vd.; **Tekinalp G.**, s. 36 vd.; **Uluocak**, s. 47, 82, 87, 107, 111, 152, 206, 219, 229,235, 271, 290; **Dardağan**, s. 268 vd.; **Sargın**, s. 149 vd.; **Ökçün Gündüz**, Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara, 1997, s. 60; **Altuğ/Yasan**, s. 142-146.

⁴¹⁵ **Çelikel**, s. 137. Aynı yönde **Nomer**, s. 169; **Tekinalp G.**, s. 37; **Ökçün**, s. 9; **Altuğ/Yasan**, s. 140-142. Uluslararası kamu düzeni (*ordre public international*) ve iç kamu düzeni (*ordre public interne*) kavramlarının, içerikleri bakımından her zaman örtüşmediği; İsviçre Hukuku'ndaki emredici hükümlere aykırılığın yetkili yabancı hukukun bertaraf edilmesi için yeterli olmadığı yönünde bkz. **Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier**, s. 49.

⁴¹⁶ **Çelikel**, s. 137. Aynı yönde bkz. **Nomer**, s. 167, 170, 172; **Tekinalp G.**, s. 36, 37.

kullanılmaktadır⁴¹⁷. Nitekim, Konvansiyon’da kamu düzeninin müdahâlesine izin vermektedir (Konvansiyon. art. 16). Anılan hüküm uyarınca, eğer uygulanacak hukuktaki bir kuralın uygulanması mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturuyorsa, bu kuralın uygulanması reddedilebilir. Görüldüğü üzere, Konvansiyon’da sadece kamu düzeni müdahâlesinin olumsuz etkisi (*effet négatif*) düzenlenmiştir. Bu hükmün olumlu etkisi (*effet positif*) ise, kamu düzeni gerekçesiyle reddedilen yabancı hükmün yerini *lex fori*’nin almasıdır⁴¹⁸.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku’nda da, kamu düzeninin müdahâlesi özel bir hükümle düzenlenmiştir (LDIP. art. 17). İsviçre kamu düzeninin saklı tutulduğu (*réserve de l’ordre public suisse*) bu hüküm uyarınca, “yabancı hukukun hükümlerinin uygulanması, İsviçre kamu düzenine aykırı bir sonuç (*résultat incompatible*) doğuruyorsa, bu hükümler dışlanır”. Görüldüğü gibi, İsviçre Hukuku’nda, kamu düzenine aykırılığın açık olması şart koşulmamış; fakat yabancı hükmün uygulanması sonucunda ortaya çıkacak somut sonucun (*résultat concret*) dikkate alınması şart koşulmuştur⁴¹⁹. Ayrıca İsviçre doktrini ve mahkeme kararlarında ifade edildiği üzere, kamu düzeni gerekçesiyle yabancı unsurlu bir olaya

müdahâle edebilmek için, söz konusu mahkeme kararının sonuç itibariyle İsviçre’de icra edilecek (*devrait être exécutée en Suisse*) olması veya en azından İsviçre’de etkiler doğuracak (*déploie des effets en Suisse*) olması gereklidir⁴²⁰. Diğer bir deyişle, mahkemenin önündeki ihtilâfın, sonuçları bakımından, İsviçre ülkesi ile yeterli düzeyde mekansal bağlantısı (*relations territoriales suffisantes*) olmalıdır⁴²¹.

Mukayeseli Hukukları da inceledikten sonra nihayet, bu konuyu örneklerle somutlaştırmaya sıra gelmiştir. Meselâ, Almanya’da tescilli bir marka, birinci

⁴¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Loussouarn/Bourel**, s. 296 vd.; **Mayer**, s. 139 vd.; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 172, 290 vd.; **Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier**, s. 48; **Guiho**, s. 116. Kamu düzeninin yetkili hukuku bertaraf etmesi (*principe de substitution* veya *éviction de la loi contraire*) hakkında bkz. **Loussouarn/Bourel**, s. 312; **Mayer**, s. 145-150; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 294-296. “Fransız Hukuku’ndaki milletlerarası kamu düzeni (*ordre public international*) kavramının “bizim mahallî kamu düzenine” uyduğu yönünde bkz. **Nomer**, s. 163.

⁴¹⁸ **Loussouarn/Bourel**, s. 312; **Vischer**, s. 24; **Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier**, s. 48; **Altuğ/Yasan**, s. 146-148.

⁴¹⁹ **Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier**, s. 48.

⁴²⁰ Söz konusu baskın görüş ve bu konudaki mahkeme kararları için bkz. **Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier**, s. 50.

⁴²¹ **Vischer**, s. 27.

ihhtimalde nazi işaretli, ikinci ihtimalde haçlı bir logo olsun. Birinci ihtimaldeki nazi işaretli markanın statüsüne, devrine veya rehnine Alman Hukuku’nun uygulanması bilfiil Türk Hukuku’nun temel değerlerini sarsan sonuçlar doğurmayabilir. Ancak söz konusu markanın statüsü Alman Marka Hukuku uyarınca kabul görse dahi, somut olaydaki markanın Türk Marka Hukuku uyarınca Türkiye’de korunması kamu düzenimizi açıkça sarsan sonuçlar doğurur. İşte bu durumda, Türk kamu düzeni müdahâle eder. İkinci ihtimalde ise, haçlı markanın statüsüne Alman Hukuku’nun uygulanması zaten Türk kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurmaz. Bununla birlikte, haçlı markanın Türk Marka Hukuku tarafından korunması bile, kanımızca Türk kamu düzenine aykırı bir sonuç doğurmaz. Çünkü, Türk kamu düzeninin temel değerleri açıkça sarsılmış değildir. Hukukî bir kavram olan kamu düzeni, her hâlde dinî değer ihtiva etmez. Buna karşılık, marka rehnine uygulanacak hukukta *lex commissoria* yasağı⁴²² hiç yoksa, yani rehin hakkı sahibinin rehinli markayı devralması hiçbir kayıt ve şarta bağlanmamışsa, kanımızca bu durum Türk kamu düzeninin temel değerlerini derinden sarsıyor kabul edilmelidir.

e- Doğrudan uygulanan kurallar

Doğrudan uygulanan kurallar (*lois d’application immédiate*), daha dar bir deyişle emniyet ve asayiş kuralları (*lois de police*), Milletlerarası Özel Hukuktaki tartışmalı konulardan biridir. Hiç şüphesiz, bunlar emredici niteliktedir; ancak alelade emredici kurallardan farklı olarak ayrıca, ait oldukları devletin sosyal, ekonomik ve politik örgütlenmesinin devamlılığına hizmet ederler. Doğrudan uygulanan kurallar, devletlerin İdare-Vergi-Ceza Hukuklarına ilişkin olabileceğı gibi, sosyal içeriğı olan bir sözleşmenin zayıf tarafının korunmasına ilişkin de olabilir.

Her ne kadar, doğrudan uygulanan kurallar, sosyal nedenlerle, yani zayıf tarafın korunması gayesiyle marka rehni sözleşmesini etkileyemez⁴²³ olsa da; sırf devletin politik, sosyal ve ekonomik örgütlenmesinin korunması (*sauvegarde de l’organisation politique, socilae, économique du pays*) gayesiyle etkileyebilir. Davaya bakan hâkimin doğrudan uygulanan kuralları ne ölçüde uygulayacağı sorusuna, doktrinde söz konusu kuralın iç hukuka veya esasa uygulanan hukuka

⁴²² Bu konuda bkz. not. 173, 174 ve I/B/2/b/bb/bbc, “Paraya çevirme yetkisi”.

⁴²³ Marka rehni sözleşmesinde korunması gereken bir zayıf taraf olmadığı yönünde bkz. II/C/2/a/aa, “Serbestinin sınırları”.

yahut üçüncü bir devletin hukukuna ait olması ihtimalleri yanı sıra, kamu hukukunu ilgilendirip ilgilendirmemesi ihtimali de göz önüne alınarak çok çeşitli cevaplar verilmektedir⁴²⁴.

Herşeyden önce, doğrudan uygulanan kurallar, yetkili hukuk ve dolayısıyla kamu düzenine açık aykırılık tespit dahi edilmeden önce, düzenleme alanına giren her hukukî olay, ilişki veya “şey”e derhâl ve doğrudan uygulanır. Dolayısıyla, doğrudan uygulanan kurallar ihtilâfçı metodun dışında kalmakta ve kamu düzeninin müdahâlesi (MÖHUK. m. 5) ile ört bas edilememektedir⁴²⁵. Meselâ, rehinli marka Hollanda’da satışı yasal olan bir uyuşturucu madde için kullanılıyor olsun. Bu markanın rehinle kayıtlanması veya devredilmesi hususunun, sonuçları itibariyle Türk kamu sağlığını ne derece tehdit ettiği Türk kamu düzenini ilgilendirir (MÖHUK. m. 5). Ancak söz konusu markalı ürünlerin Türk piyasasına girmesi durumunda, Türk Ceza Hukukuna aykırılık (TCK. m. 188-190, 191) teşkil eden bu durumun ortadan kaldırılması için uyuşturucuların toplatılması, imhası konularında Türk Hukuku doğrudan müdahâle eder.

Türk hâkiminin ne kendi Hukukundaki ne de yabancı Hukuklardaki doğrudan uygulanan kuralları doğrudan uygulayacağına dair açık bir hüküm Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda bulunmamaktadır. Ancak, MÖHUK’dan önce yürürlükte olan Muvakkat Kanun’da⁴²⁶, doğrudan uygulanan kurallar konusu, “Memleketin emniyet ve asayişine ilişkin bütün kanun ve nizamların, Türkiye’de bulunan yabancılar hakkında da mer’îdir” hükmüyle düzenlenmekteydi (EHVK. m.

⁴²⁴ Ne var ki, çalışma konumuzun dışında kalan bu görüşleri açıklamak burada mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocasakal Özdemir Hatice**, Doğrudan Uygulanan Kurallar Ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul, 2001. Ayrıca bkz. **Çelikel**, s. 134-136; **Tekinalp G.**, s. 298 vd.; **Dardağan**, s. 273 vd.; **Sargın**, s. 124 vd., 244 vd. Doğrudan uygulanan kurallara ilişkin yeni teorilerin henüz Milletlerarası Özel Hukuku etkileyecek güce sahip olmadığı hakkında bkz. **Nomer**, s. 63. Ayrıca bkz. **Nomer**, s. 7, 39, 62 vd. Fransız Milletlerarası Özel Hukuku’ndaki görüşler için bkz. **Loussouarn/Bourel**, s. 124 vd.; **Mayer**, s. 89 vd.; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 316 vd.; **Jacquet/Delebecque**, s. 115 vd.

⁴²⁵ Yargıtay’ımız da, aslında doğrudan uygulanan kuralların kapsam alanına giren ihtilâflarda MÖHUK. m. 5 hükmünden yararlanmışır (Yarg. 11. HD. 31.1.1995, 6650/679; **Çelikel Aysel/Nomer Ergin**, Devletler Hususî Hukuku-Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları, İstanbul, 1997, s. 486, 487’den naklen. Bu Yargıtay kararının eleştirisi için bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 23, 24, 111.

Doğrudan uygulanan kural kavramını Fransız Yargıtayı’nın da “yaygınlaştırıcı, *extensif*” şekilde uyguladığı kararları için bkz. **Dardağan**, s. 275, 276; **Loussouarn/Bourel**, s. 305, not. 3, s. 311, not. 3; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 299. Kamu düzeninin müdahâlesi ile doğrudan uygulanan kuralların doğrudan uygulanması arasındaki farklar için bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 19 vd.; **Sargın**, s. 245; **Loussouarn/Bourel**, s. 301, 302; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 300; **Ökçün**, s. 36, 37; **Pommier**, s. 192.

⁴²⁶ MÖHUK ile yürürlükten kaldırılan 23.2.1330 (1915) tarihli Kanun; **Sargın**, s. 244’ten naklen.

2)⁴²⁷. Oysa ki, incelediğimiz mukayeseli hukukların güncel hâlleri, bu konuya ilişkin özel hükümler içermektedir (Konvansiyon. art. 7; LDIP. art. 18, 19).

Konvansiyon uyarınca⁴²⁸, “akit, sübjektif veya objektif yolla tespit edilen uygulanacak hukuk yanı sıra başka bir hukukla da irtibatlı olursa ve bu ülke hukukunda söz konusu akde başka bir kuralın uygulanmasını imkansız kılacak biçimde emredici kurallarla düzenlenmişse, bu zorunlu kurallar, özel amaçları haklı kıldığı ölçüde dikkate alınır” (Konvansiyon. art. 7/1). “Konvansiyondaki hiçbir hüküm, mahkemenin hukukunda yer alan ve sözleşmeye uygulanacak hukuka rağmen doğrudan uygulanması gereken kuralların doğrudan uygulanmasına engel olmaz” (Konvansiyon. art. 7/2).

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda doğrudan uygulanan kural kavramı yerine, fakat bu kavramı karşılayacak şekilde “emredici hükümler” (*dispositions impératives*) kavramı kullanılmaktadır. Bu konu İsviçre kanun koyucusu tarafından iki ayrı hükümle düzenlenmiştir (LDIP. art. 18, 19). İsviçre Hukuku’nun emredici hükümlerinin uygulanması (*application des dispositions impératives du droit suisse*) başlığı altında, “Bu kanunun hükümleri uyarınca hangi hukuk tespit edilirse edilsin, İsviçre Hukuku’nun özel amaçları nedeniyle emredici olan hükümleri saklıdır” (LDIP. art. 18) hükmü bulunmaktadır. Yabancı hukukun emredici hükümlerinin dikkate alınması (*prise en considération des dispositions impératives du droit étranger*) başlığı altında ise, iki fıkra bulunmaktadır (LDIP. art. 19). Buna göre, İsviçre Hukuku uyarınca yasal ve açıkça üstün kabul edilen menfaatler zorunlu kıldığı takdirde, bu Kanun uyarınca tespit edilen hukuktan başka bir hukukun emredici hükümleri, söz konusu hukukun olayla yakın irtibatlı olması kaydıyla, dikkate alınır (LDIP. art. 19/1). Böyle bir hükmün dikkate alınıp alınmayacağını takdir etmek için, hükmün güttüğü amaçların ve uygulanması durumunda ortaya çıkacak sonuçların İsviçre Hukuku nezdinde uygun ve eksiksiz bir karar (*décision adéquate*) doğurup doğurmadığına bakılır (LDIP. art. 19/2).

⁴²⁷ Bu konuda bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 1, 35; **Sargın**, s. 244, not. 310; **Göger Erdoğan**, Devletler Hususî Hukukundaki Çağdaş Akımlar, Ankara, 1970, s. 169, 170; **Ökçün**, s. 35.

⁴²⁸ Konvansiyon bakımından doğrudan uygulanan kural kavramı için bkz. **Tekinalp G.**, s. 339; **Loussouarn/Bourel**, s. 459; **Mayer**, s. 499; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 324, 329.

Gerçekten marka rehni sözleşmesinde öyle ihtilâflar karşımıza çıkabilir ki, bu ihtilâflar Türk Hukuku'ndaki veya söz konusu marka rehni ile yakın irtibat hâlinde olan bir yabancı hukuktaki doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını zorunlu kılabilir. Marka rehni sözleşmesinde meselâ, yabancı sermaye yatırımlarının bağlı olduğu sınırlamalarla⁴²⁹ veya rekabet hukukuyla ilgili yasaklarla⁴³⁰ veya bizzat tescil işlemleriyle⁴³¹ veya markanın paraya çevrilmesinin fiilen icrasıyla (meselâ borsa veya açık arttırma yoluyla satışların gerçekleşme şekliyle)⁴³² veya yabancı para borcunun ifa yerindeki kura veya kambiyo mevzuatına göre ifasıyla⁴³³ veya rehinli

⁴²⁹ Meselâ, Türkiye'deki kamu ve özel sektör kuruluşlarının fikrî sınâî haklarla ilgili olarak yapacağı yurt dışı bağlantılı sözleşmelerin gerek geçerlilik şekli gerek yürürlüğe girmesi, Yabancı Sermaye Çerçeve Kanunu m. 3/g ve Yabancı Sermaye Çerçeve Kararına bağlı olarak çıkarılan 2 numaralı Tebliğ m. 7/f.II, f.III hükümleriyle, Müsteşarlıkça tescil edilmesi yanı sıra Türk Konsolosu tarafından veya Yabancı Belgelerin Tasdikine İlişkin La Haye Sözleşmesi uyarınca onaylanması gibi özel şartlara bağlanmıştır. Bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 157. Anılan hükümlerde lisans işlemi yer aldığı hâlde, rehin işlemi yer almamaktadır. Ancak kanımızca, marka lisansına uygulanan bu hükümlerin marka rehni de uygulama alanı bulması evleviyet ilkesi icabıdır.

⁴³⁰ Meselâ, bir markanın, kullanıldığı veya tescilli olduğu mal veya hizmet sınıfından anlaşılan sektörünü kapatarak, bölüşerek veya kontrol altına alarak kartel yaratmak amacıyla, kardeş veya rakip bir firmaya, devri yerine, buna eş değer durum yaratacak şekilde hem rehin hem lisans verilmesi durumunda, “rekabeti kısıtlayıcı etkilerin meydana geldiği yer; pazarı etkilediği yer” hukukundaki Rekabet Hukuku kuralları uygulama alanı bulur. Bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 126; **Sargın**, s. 145, 146, 254 vd. Ayrıca bkz. **Tiryakioğlu Bilgin**, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara, 1997; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 324; **Jacquet/Delebecque**, s. 119; **Vischer**, s. 181.

⁴³¹ Meselâ menşei Fransa olan bir rehinli marka üzerindeki rehin kaydının silinmesi esnasında rehin hakkı sahibinin iade borcu ile ilgili olarak, rehin hakkı sahibinin sorumluluğunu tespit bakımından, Fransa'daki rehin kaydının silinmesi için sunulması gereken belgeleri, doldurulması gereken formları ve yatırılması gereken harçları düzenleyen kurallar doğrudan uygulanır. Çünkü rehlin sicile kaydedilmesi veya sicilden silinmesi için elzem olan belgeleri düzenleyen kurallar, söz konusu ülkenin ekonomik idari yapılanmasını ilgilendirmektedir. Bu konuda bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 153.

⁴³² Rehinli marka hangi ülke topraklarında paraya çevrilecekse, ister açık arttırma veya ister borsa yoluyla gerçekleşsin, devlet iktidarının rol oynamadığı özel yollardan paraya çevrime hariç, o ülkenin bilfiil paraya çevirmenin şeklini düzenleyen icra iflâs ve satışı düzenleyen borsa kuralları doğrudan uygundur. Nitekim, Türkiye'nin taraf olmadığı iki konvansiyonda da (Menkul Malların Satışına İlişkin 1955 Tarihli La Haye Sözleşmesi ve Menkul Malların Uluslararası Satışına İlişkin 1986 Tarihli La Haye Sözleşmesi), arttırmanın yapıldığı yerde yürürlükte olan hukukun uygulanacağı ayrı bir hükümle kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 158 vd., 165 vd. Ayrıca bkz. **Tiryakioğlu Bilgin**, “Menkul malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 186 Tarihli La Haye Sözleşmesi”, MHB., 1994, S.1-2, s. 121-137, s. 129. Resmî müzayedede yapılan satışların müzayedenin yapıldığı yer hukukuna; pazar ve borsalarda yapılan satışların pazarın veya borsanın bulunduğu yer hukukuna tâbi olduğuna dair bkz. **Tekinalp G.**, s. 304.

⁴³³ Aslında marka rehni sözleşmesinin akit statüsünden doğan edimleri, akit statüsünü idare eden kanun idare eder. Ancak bu edimlerin ifasının ne şekilde yapılacağı (*modalité d'exécution*) konusunda, edimlerin fiilen ifa edileceği yer kanununun uygulanması kaçınılmazdır. Bu konuda bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 172, 173. Ayrıca bkz. **Tekinalp G.**, s. 301; **Holleaux/Foyer/Pradelle**, s. 323. Nitekim, İsviçre Hukuku'nda, “ifa şekillerinin, edimlerin fiilen ifa edildiği ülke hukuku uyarınca idare edileceği” açıkça hükme bağlanmıştır (LDIP. art. 125). Bu konuda bkz. **Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier**, s. 45. Nitekim Konvansiyon'da da, ifanın şekli bakımından, ifanın gerçekleştiği yer hukuku (*loi du pays où l'exécution a lieu*) yetkilendirilmiştir (Konvansiyon. art. 10/2). Meselâ, marka ile temin edilen alacağın yabancı bir para birimi üzerinden kararlaştırılmış olması ihtimalinde, bu alacağın ifa edilerek sona erip ermediğini veya ne oranda sona erdiğini saptamak için ifa yeri hukukunun kambiyo mevzuatı devreye girer. Bu konuda bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 121 vd., 176 vd.

markanın korunması vesilesiyle taklit ürünlere müdahâle edilmesinin şekliyle⁴³⁴ veya marka rehni sözleşmesine bir devletin taraf olmasıyla⁴³⁵ ile ilgili ihtilâflar bulunabilir. İşte bu durumlarda, MÖHUK. m. 5 uygulanamayacağına göre, Kanunumuzdaki bu boşluğun doldurulması gerekmektedir⁴³⁶. Kanımızca, doğrudan uygulanan kurallar konusu kanun koyucu tarafından yeniden düzenlenirken yukarıda andığımız Konvansiyon hükmünden (Konvansiyon. art. 7) ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'ndaki hükümlerden (LDIP. art. 18, 19) yararlanılabilir.

⁴³⁴ Meselâ, taklit ürünlerin bulunduğu veya gümrüklerinden geçirildiği ülkelerde geçerli olan el koyma, toplama, imha işlemlerine ilişkin kurallar doğrudan uygulanır.

⁴³⁵ Meselâ, ülkemizde, Danıştay'ın kamu hizmetleri ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki denetim yetkisi, marka rehni sözleşmesinin taraflarından biri Türk kamu tüzel kişisi ise devreye girer. Yine, böyle bir sözleşmede tahkimin caiz olup olmadığı konusunda, 4446 sayılı Kanun m. 2 ve 4686 sayılı Kanun m. 1/f.V hükümleri derhâl uygulama alanı bulur. Bu konuda bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 188-192; özellikle s. 191, 192.

⁴³⁶ Anılan iki kavram arasındaki temel farklılığı belirtmek üzere, MÖHUK. m. 5 hükmünün hemen akabine denk gelecek şekilde bir hüküm konulması gerektiği hakkında bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 214.

SONUÇ

Hak üzerindeki rehin hakkının hukukî niteliği, rehinle kayıtlanan hakkın hukukî niteliğine eşittir. Marka hakkı mutlak bir hak olduğu için, marka üzerindeki rehin hakkı da, mutlak haktır.

Marka rehni sözleşmesi, borçlandırıcı işlem- tasarruf işlemi ayrımı yapmaya uygun bir sözleşme değildir. Çünkü, marka rehni sözleşmesinde, işlemde birlik ilkesi geçerlidir. Diğer bir deyişle, marka rehni sözleşmesi ne salt borçlandırıcı işlem, ne de salt tasarruf işlemidir. Marka rehni sözleşmesi bir “tek işlem”dir.

Bu nedenle, marka rehni sözleşmesi, iki farklı borç ilişkisine kaynak teşkil etmektedir : doğrudan doğruya marka rehni sözleşmesinden kaynaklanan borç ilişkisi (sözleşmesel borç ilişkisi); doğrudan doğruya Kanun’dan kaynaklanan borç ilişkisi (yasal borç ilişkisi). Sözleşmesel borç ilişkisi, kural olarak, tek tarafa borç yükleyen ve anî edimli bir borç ilişkisidir. Ancak, taraflar, marka üzerinde rehin kurma borcuna karşılık teşkil eden başka bir borç, meselâ kefaletten kurtarma borcu yaratırlarsa, tam iki tarafa borç yükleyen bir ilişkiye dönüşmüş olur. Yasal borç ilişkisi, eksik iki tarafa borç yükleyen sürekli edimli bir borç ilişkisidir.

Marka rehni sözleşmesine uygulanacak hukuk, iki basamaklıdır : sözleşmesel borç ilişkisine (sözleşmesel statüye) uygulanacak hukuk ve yasal borç ilişkisine (yasal statüye) uygulanacak hukuk. Sözleşmesel ilişkinin karakteristik edimi, kural olarak, rehin kurma borcudur. Bu borcun ifa edildiği yer hukuku, sözleşmesel ilişkiyi idare eder. Ancak sözleşmesel ilişki tam iki tarafa borç yükler hâle getirilmişse, karakteristik edim kriterinden yararlanmakta güçlük çekilebilir. O vakit, karşımıza, sözleşmesel borç ilişkinin en yakın bağlarla bağlı olduğu ülke hukuku çıkar. Yasal borç ilişkisine uygulanacak hukuk, markanın bulunduğu yer hukukudur. Ancak, marka hakkının fiziksel olarak bir mekan işgal etmesi mümkün değildir. Bu nedenle, malın bulunduğu yer, yani *lex rei sitae* kuralını fikrî haklara uyarlamak gereklidir. Marka hakkının farazî bulunma yeri, markanın menşe (kaynak) ülkesidir. Böylece,

marka hakkı üzerindeki tasarruf işlemlerinden doğan yasal borç ilişkilerini, menşe yeri hukuku, yani *lex loci originis* idare eder. Marka hakkının menşe yeri, bu hakkı sahibine bahşeden devlettir. Diğer bir deyişle, marka hakkının menşe yeri, dava konusu marka hakkı tescille elde edilmişse, tescil edildiği yer; kullanmakla elde edilmişse, ayırt edici nitelik kazanıncaya kadar kullanıldığı yerdir.

Marka rehni sözleşmesine uygulanacak hukuk, ehliyet ve şekle ilişkin meseleleri kapsamamaktadır. Bu konular, Milletlerarası Özel Hukukun genel hükümlerine tâbidir. Buna karşılık, marka üzerindeki tasarruf yetkisi, yasal statüye dâhil bir meseledir. Bu nedenle, marka üzerindeki tasarruf yetkisi, yasal statüyü idare eden hukuk uyarınca idare edilir.

Marka hakkının ihlâllere karşı korunmasına uygulanacak hukuk da, marka rehni sözleşmesine uygulanacak hukukun kapsamı dışındadır. Bu konuyu, koruma yeri hukuku, yani *lex loci protectionis* idare eder. Ancak buna ilişkin bir hüküm Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda henüz bulunmamaktadır. Nihayet, marka rehni sözleşmesine uygulanacak hukukun, kamu düzeni gerekçesiyle bertaraf edilmesi veya doğrudan uygulanan kurallarca müdahaleye uğraması da mümkündür.

KAYNAKÇA

a. Türkçe Kaynaklar

Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003.

Altuğ Yılmaz/Yasan Mustafa, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, Prof. Dr. Ergün Önen’e Armağan, İstanbul, 2003, s. 139 vd.

Antalya Gökhan, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe ve Muayne (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul, 1993.

Antalya Gökhan, Mirastan Fergat Sözleşmesi, İstanbul, 1999, s. 160 vd.

Antalya Gökhan, “Gelecekteki Hakta Tasarruf”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, s. 545 vd., s. 547.

Aral Fahrettin, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2000.

Arıkan Serdar, “Tescilsiz Markalar ve Uygulama Sorunları”, Yargıtay Dergisi, C. 32, Ocak-Nisan 2006, S. 1-2, s. 187-218.

Arkan Sabih, Marka Hukuku, Ankara, 1997.

Arseven Haydar, Nazarî ve Tatbikî Alâmeti Farika Hukuku, İstanbul, 1951.

Aslan Adem, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli), İstanbul, 2004.

Ayiter Nuşin, İhtira Hukuku, Ankara, 1968.

Ayoğlu Tolga, Marka Hakkının Tüketilmesi, İstanbul, 2001, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Baştuş İrfan/Erdem H. Ercüment, Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, Ankara, 1993.

Berki Osman Fazıl, Türk Hukukunda Kanunlar İhtilâfları, Ankara, 1971.

Cansel Erol, “Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İllîliği Meselesi ve Aynî Sözleşme Kavramı, İmran Öktem’e Armağan”, Ankara, 1970, s. 333 vd.

Cansel Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara, 1964.

Cansel Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku, Ankara, 1967.

Çelikel Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2004.

Çelikel Aysel/Nomer Ergin, Devletler Hususî Hukuku-Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları, İstanbul, 1997.

Dardağan Esra, Fikir Ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara, 2000.

Dirikkan Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, 1. Bası, Ankara, 2003.

Doğan Vahit, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması”, MHB., Y. 15, S. 1-2, İstanbul, 1995, s. 20 vd.

Ekşi Nuray, “Kanunlar İhtilâfı Alanında Incorporation”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB., S. 19-20, Y. 1999-2000, s. 263-291.

Ekşi Nuray, “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon”, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, MHB., S. 17-18, Y. 1997-1998, s. 163-181.

Engin Baki İlkay, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002.

Erdem B. Bahadır, Fikrî Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul, 2003.

Erdem B. Bahadır, Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2002.

Erdil Engin, İctihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat eserleri Kanunu, İstanbul, 2004.

Erdoğan İhsan, “Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri”, Jale G. Akipek’e Armağan, Konya, 1991, s. 489 vd.

Erel N. Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 1988.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 1985.

Eroğlu Sevilay, “Soyut Renk, Ses, ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1, Y. 2003, s. 95 vd.

Ergüne Mehmet Serkan, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul, 2002.

Eyüboğlu Samiye, “Tanınmış Marka”, FMR., Y. 2001, C. I, S. 2, s. 109 vd.

Gökkaya Şevket, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Açıklamalı, Gerekçeli, İctihatlı, Ankara, 1996.

Göksoy Y. Can, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kavramı ve Hukukî Niteliği; Ankara, 2001.

Gürdoğan Burhan, Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 1967.

Gürsoy Kemal T./Eren Fikret/Cansel Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984.

Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.

Hirş Ernst, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, 1948.

Kaplan Yavuz, “Yeni MÖHUK Tasarısının Tahkime İlişkin Hükümleri Hakkında Eleştirel Bir Yaklaşım ve Düzenleme Önerileri”, EHFD., Y. 2003, C. VII, S. 1-2, s. 407-422.

Karahacıoğlu Ali Haydar/Doğrusöz M. Edip/Altın Mehmet, Türk Hukukunda Rehin, Ankara, 1996.

Kassis Antoine, Le Nouveau Droit Européen Des Contrats Internationaux, Paris, 1993.

Kaya Arslan, “Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali”, I. İstanbul Fikrî Mülkiyet Sempozyumu: 05-06 Mayıs 2005, İstanbul, 2005, s. 195-203.

Kocasakal Özdemir Hatice, “Doğrudan Uygulanan Kurallar Ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri”, İstanbul, 2001.

Kocasakal Özdemir Hatice, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları”, İBD., Y. 1999, S. 4, s. 926-941.

Kocayusufpaşaoğlu Necip, Borçlar Hukuku Dersleri, I. Fasikül, 2. Baskı, İstanbul, 1985.

Kocayusufpaşaoğlu Necip, Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959.

Kostakoğlu Cengiz, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, İstanbul, 2001.

Kuntalp Erden, “Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı”, İnan Kıracı’a Armağan, İstanbul, 1994.

Kuntalp Erden, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 266 vd.

Kuntalp Erden/Barlas Nami/Ayanoğlu Ahu/Işıntan Çavuşoğlu Pelin/İpek Mehtap/Yaşar Mert/Koç Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005.

Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, 2005.

Meran Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara, 2004.

Mimaroglu, Ticaret Hukuku, C. I, İşletme Hukuku, Ankara, 1978.

Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul, 2005.

Nomer Ergin, Devletler Hususî Hukuku, İstanbul, 2003.

Nomer N. Halûk, “Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”, İÜHFM., C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, s. 241 vd.

Oğuzman Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, 2004.

Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2000.

Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2005.

Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Özdemir-Oktay Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2004.

Öçal Akar, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara, 1967.

Ökçün Gündüz, Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara, 1997.

Öz Turgut, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 27 Şubat 1989 tarihli Kararının Düşündürdükleri”, MHAD, No. 18, İstanbul, 1990.

Özdemir Oktay Saibe, “Fikrî Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukukî Niteliği”, Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, 2004.

Özdemir-Oktay Saibe, “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, İÜHFM., C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, s. 265 vd.

Özden Bülent, “Alman Mahkemelerinde “Kamu Düzeni” Kavramının Uygulanması”, MHB., S. 19, İstanbul, 1993, s. 101-106.

Özel Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002.

Özel Sibel, “İnternet Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Uygulanacak Hukuk”, MHB., Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, Y. 2004, S. 1-2, s. 609-617.

Özel Sibel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, İstanbul, 2002.

Öztrak İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara, 1977.

Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, C. I, Ankara, 1999.

Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Ankara, 2003.

Pekdiğer Tamer, “Markanın Devri”, I. İstanbul Fikrî Mülkiyet Hukuk Sempozyumu: 05-06 Mayıs 2005, İstanbul, 2005, s. 164-172.

Poroy Hamdi/Tekinalp Ünal, “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Tandoğan’a Armağan, Ankara 1990.

Poroy Reha/Yasaman Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1998.

Poroy Reha/Yasaman Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004.

Postacıoğlu İlhan E., “İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızaî Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi”, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 536 vd.

Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2006.

Ruhi Ahmet Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı, Ankara, 2003.

Saka Zafer, Ticaret Hukuku, Ticari İşletme, İstanbul, 1998.

Sakmar Atâ/Ekşi Nuray/Yılmaz İlhan, Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve Mahkeme Kararları, İstanbul, 2001.

Saymen F. H./Elbir H. K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1963.

Seliçi Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977.

Serozan Rona, “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanında Örneklerle Sergilenmesi”, HPD., Y. 2006, S. 6, s. 38-54.

Serozan Rona, “Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde Aynî Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 400 vd.

Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975.

Serozan Rona, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul, 2002.

Sungurbey İsmet, Medenî Kanun Ön Tasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi, İstanbul, 1972.

Şanlı Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2002.

Şanlı Cemal/Ekşi Nuray, Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul, 2005.

Tandoğan Halûk, Theorie Generale Des Obligations, Geneve, 1972.

Taylan Esin Çamlıbel, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001.

Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul, 2003.

Tekinalp Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, İstanbul, 2004.

Tekinalp Ünal, Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2004.

Tekinay Selâhattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altıp Atilâ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

Tiryakioğlu Bilgin, “Menkul malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 186 Tarihli La Haye Sözleşmesi”, MHB., 1994, S.1-2, s. 121-137.

Tiryakioğlu Bilgin, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara, 1997.

Uluocak Nihâl, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul, 1989.

Üstündağ Saim, İflâs Hukuku, İstanbul, 2002.

Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004.

Yalçın G. Uğur, Sinaî Mülkiyetin İlkeleri, Ankara, 2000.

Yasaman Hamdi, “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında 11. HD.’nin Kararı Üzerine Düşünceler”, GSÜHFM, Y. 2003, S. 2, s. 151 vd.

Yasaman Hamdi, “Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Marka”, GSÜHFM, Y. 2002, S. 1, Oğuzman Armağanı, s. 300 vd.

Yasaman Hamdi, “Tanınmış Markalar”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 691 vd.

Yasaman Hamdi/Altay Anlam/Ayoğlu Tolga/Yüksel Sinan/Yusufoğlu Fülurya, Marka Hukuku, İstanbul, 2004.

Yavuz Cevdet, “Genel hükümlere 30 madde eklendi”, HPD., Ağustos 2005, S. 4, Türkiye’de Hukuk Reformu Toplantıları 3, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli, s. 66-68.

Yavuz Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 2004, İstanbul.

Yavuz Cevdet, Borçlar Kanunu –Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Ve Gerekçesi, Karşılaştırmalı Liste İle Birlikte, İstanbul, 2005.

Zevkliler Aydın, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004.

b. Yabancı Eserler

Audit Bernard, Droit International Privé, Paris, 2000.

Bartın E., Principes De Droit International Privé Selon La Loi Et La Jurisprudence Française, Paris, 1935.

Batiffol Henri/Lagarde Paul, Traité De Droit International Privé, Paris, 1993.

Bensoussan Alain/Bréban Yann, Les arrêts-tendances de l'internet, Paris, 2000.

Bergel Jean Louis, La propriété, Paris, 1994.

Bergel Jean-Louis/Bruschi Marc/Cimamonti Sylvie, Droit Civil, Les Biens, Paris, 2000.

Cornu Gérard, Droit Civil, Paris, 2003.

Despagnet Frantz, Précis de Droit International Privé, Paris, 1909.

Dreyfus Nathalie/Thomas Béatrice, Marque, dessins, modèles, Stratégie de protection, de défense et de valorisation, Paris, 2002.

Dutoit Bernard/ Knoepfler François/Lalive Pierre/Mercier Pierre, Répertoire de droit international privé suisse, C. I, Berne, 1982.

Foex Bénédicte, Le contrat De Gage Mobilier, Genéve, 1997.

Guiho Pierre, Droit International Privé, Lyon, 2000.

Holleaux Dominique/Foyer Jacques/Pradelle Géraud de Geouffre, Droit International Privé, Paris, 1987.

Jacquet Jean Michel/Philippe Delebecque, Droit De Commerce Internationale, Paris, 2002.

Jourdain Patrice, Les Biens, Paris, 1995.

Knoepfler François/Schweizer Philippe, Droit international privé suisse, Berne, 1995.

Loussouarn Yvon/Bourel Pierre, Droit International Privé, Paris, 1999.

Marie France/Papandréou Deterville, Le droit Anglais, Des Biens, Paris, 2004

Mayer Pierre, Droit International Privé, Paris, 1994.

Niboyet J. –S., Traité de Droit International Privé Français, C. IV, Paris, 1947.

Passa Jérôme, Distribution et Usage de Marque, Paris, 2002.

Pillet A./Niboyet J.-S., Droit International Privé, Paris, 1924.

Swierczynski Marek, Unification des règles des conflit en matiere de violations des droits de propriété intellectuelle, 7 juin 2005,
www.inventioneurope.com/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=826&newlang=fra&topic=21

Szalewski Schmidt Joanna, Le droit des marques, Paris, 1997, s. 52.

Terre François/Simler Philippe, Droit Civil, Les Biens, Paris, 1992.

Torremans Paul L. C., Choice of Law in Intellectual Property Matters: The Role of the International IP Conventions, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, S. XXXII/48, Y. 1998, s. 177-198.

Verbiest Thibault/Vandeveldt Bertrand, Proposition de reglement “loi applicable aux obligation non-contractuelles” (Rome II): adaptée aux NTIC, 11 octobre 2003, 216.239.59.104/search?q=cache:1LmwsRQa_DIJ:www.droittechnologie.org/1_2.asp%3Factu_id%3D832+lex+loci+protectionis&hl=tr

Vigier Claudette, Le dépôt et l'enregistrement des marques de fabrique, de commerce et de service selon la loi du 31 décembre 1964, Paris, 1980.

Vischer Frank, Traité De Droit Privé Suisse, Droit International Privé, C. I-4, Bâles, 1974.

c. Internet Adresleri

<http://curia.eu.int/fr/content/juris/index.htm>

<http://europa.eu.int/cgi-bin/eurlex/udl.pl?REQUEST=ServiceSearch&LANGUAGE=fr&GUILANGUAGE=fr&SERVICE=all&COLLECTION=com&DOCID=503PC0427>

<http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994R0040:FR:HTML>.

<http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994R0040:FR:HTML>.

<http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995R2868:FR:HTML>.

<http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005R1041:FR:HTML>.

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/lip/latest/doc/2003/com2003_0427fr01.doc

www.inpi.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.sg.cnrs.fr/daj/international/doc/convention_de_rome.pdf

www.wipo.org/clea/docs_new/fr/ch/ch039fr.html

www.inventioneurope.com/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=826&newlang=fra&topic=21

www.wipo.org/sct/en/documents/session_3/pdf/sct3_4.pdf+lex+loci+protectionis&hl=tr