

"...

### **“I- Anayasa’ya Aykırılığı İtiraz Yoluyla İleri Sürülen Hüküm**

*Somut olayda Mahkememiz önündeki uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan ve fakat Anayasa’ya aykırı olduğu değerlendirilen hüküm 556 sayılı KHK’nin 7/1-b madde ve bendidir. 556 sayılı KHK’nin 7. maddesinde sayılan tescil engelleri kamu düzeni ile ilgilidir ve mutlak red nedenleri olarak adlandırılırlar. Bu nedenle TPE tescil sürecinde mahkemeler ise yargılama sürecinde resen dikkate almalıdır (Yasaman, Marka Hukuku, 1. Bası İstanbul 2004, C. I, s. 224). Zira bu nedenler, herhangi bir ayırt edici gücü bulunmayan ya da ticaret alanında herkesin kullanımına açık tutulması gereken, yanıtıcı, kamu düzenine, toplumun dini ve ahlaki değerlerine aykırı olduğu kabul edilen işaretlerin tescil edilmemesi amacını taşırlar (Y. 11. HD, 26.11.1999 T. ve E. 99/5790; K. 9490).*

*İşte mutlak red nedenleri arasında öngörülen 556 sayılı KHK’nin 7/1-b bendi ise “Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların” tescil edilemeyeceği hükmünü amirdir. Bu düzenlemeden hareketle Türk marka hukukunda bir markanın tek bir sahibi olması ilkesinin bulunduğu kabul edilir (Yasaman, age, s. 227). Bu nedenle TPE tescil başvuruyu mutlak red nedenleri yönünden incelerken, KHK’nin 7/1-b bendini de, re’sen dikkate alıp; bir başvurunun aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerleri olup olmadığını, sicildeki koruma süresi devam eden tüm marka ve başvurular göz önüne alarak denetler.*

*Oysa, çağdaş marka hukuku ve 556 sayılı KHK’ya mehz teşkil eden AB Marka Direktifi (Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks) ve ilgili düzenleme itibariyle aynı içeriğe sahip olan anılan Direktifi değiştiren 2008/95/EC sayılı Direktifte bu maddenin ve ilkenin bir karşılığı yoktur. Zira marka başvuru ve tescili ile önceki marka ya da hak sahiplerinin bir başvuruya yönelik itirazları konuları, artık günümüzde tamamen liberal ve serbest piyasa koşullarının ihtiyacına göre, TC Anayasasınının 48. maddesi kapsamında, çalışma ve sözleşme hürriyeti çerçevesinde düzenlenmektedir. Bu nedenle, 556 sayılı KHK’nin 7/1-b bendinin karşılığı, Direktifte, önceki haklara dayalı diğer red veya hükümsüzlük nedenleri başlığı altında 4. maddenin l-(a) bendinde ve nisbi red nedeni olarak önceki marka veya başvuru sahibinin itirazı halinde incelenebilecek bir itiraz gerekçesi olarak düzenlenmiştir. Mehzdan bu farklı düzenleme nedeniyledir ki, 556 sayılı KHK’nin 8/1-a bendinde aynı red nedenine bir kez de ilgilinin itirazı halinde incelenecek olan nisbi red sebebi olarak yer verilmiştir.*

*Esasen bu düzenleme biçimi, devletin (TPE’nin) kime hangi markanın verileceğini ya da devredileceğini temel hak ve hürriyetlerin, serbest piyasa ekonomisi ilkelerinin önüne geçerek kamusal yönü bulunmayan nisbi red nedenlerine dayalı olarak belirleme, hiç bir görev ve yetkisi olmadığı halde tescil edilmiş (bir kısım) markaları koruma ya da korumama, dahası tüm bu uygulamaları 556 sayılı KHK ile yapılmış ve TBMM’nin onayından geçmeyen idari bir tasarruftan ibaret düzenlemeye dayalı olarak, 1995 yılından bu yana yaklaşık 20 yıldır devam ettirilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu nedenledir ki, Mahkememiz 556 sayılı KHK’nin somut uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan 7/1-b hükmünün, birbiriyle bağlantılı temelde üç noktada Anayasa’ya aykırı olduğu kanaatindedir. Bunlar, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan ve bir sınıai hak türü olan marka hakkına ilişkin düzenleme ve sınırlandırmaların, kanun yerine bir Kanun Hükmünde Kararname ile yapılmış olması; marka hakkının doğumu,*

*sınırlandırılması, devri ve korunması hususlarıyla ilişkili nisbi nedenlerin, mutlak red nedeni olarak düzenlenmesi suretiyle, hukuk devleti ilkesine aykırılık yapılması ile çalışma ve sözleşme hürriyeti ilkelerine aykırılıktır. Dolayısıyla 556 sayılı KHK'nin 7/1-b bendine ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı üç başlık altında açıklanacaktır.*

## **II- Temel Hak ve Hürriyetlerden Olan Marka Hakkına İlişkin Düzenlemenin KHK ile Düzenlenmesi**

*TC Anayasası'nın Cumhuriyetin nitelikleri başlığını taşıyan 2. maddesi "Türkiye Cumhuriyetinin, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti" olduğunu belirler. Dolayısıyla hukuk devleti olma vasfı Cumhuriyetin, insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir devlet olmasının temeli ve teminatıdır. Zira bir devlet hukuk devleti olduğu takdirde, hangi yetkinin hangi otorite tarafından ve nasıl kullanılacağı, açık, denetlenebilir ve öngörülebilir, adalet ve eşitlik ilkelerine uygun şekilde hukuk kuralları ile belirlenir.*

*Dolayısıyla dayanağını Anayasa ve yasalardan almayan hiç bir yetki kullanamaz. Yasama yetkisi de "Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kullanılır. Bu yetki devredilemez" (AY m. 7). Bununla birlikte AY m. 91 uyarınca, sınırlı ve belirli hallerde, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilemeyecek konular ise maddede, "sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler" olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın ikinci kısmının birinci bölümünde düzenlenen temel haklardan mülkiyet hakkının (AY:m.35) bir türü olan marka ve markadan doğan hakların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi mümkün değildir. Salt bu nedenle somut uyumsuzluğa uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK'nin 7/1-b bendi Anayasanın 2. ve 91. maddelerine aykırı olup iptalinin talep edilmesi gerekmiştir. Nitekim bu husus 556 sayılı KHK'nin 42/1-c hükmünün iptaline ilişkin AYM'nin 9.4.2014 tarih ve 2013/147 esas, 2014/75 karar sayılı kararı ile de benimsenmiştir.*

## **III- Hukuk Devleti İlkesine Aykırılık**

*Yukarıda belirtildiği üzere, hukuk devleti ilkesine TC. Anayasası'nın Cumhuriyetin nitelikleri başlığını taşıyan 2. maddesinde ver verilmiştir. Bu ilke, Devletin her türlü eylem ve işlemlerinde uyması gereken hukuk kurallarının olduğu, böylece vatandaşlar yönünden tam bir hukuki belirliliğin ve güvencenin sağlandığı bir toplum düzenini ifade eder. Ancak hukuk devleti ilkesinin salt Anayasa'da yer alması yeterli olmayıp, ilkenin hayata aktarılması bazı somut koşulların gerçekleştirilmesine bağlıdır. Anayasa Mahkemesi 'Hukuk Devleti ilkesi bir kararında tanımlamıştır. Buna göre, "Anayasa'nın 2. maddesine göre, Cumhuriyetin temel ilkeleri arasında sayılan hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır" (Anayasa Mahkemesinin, 1.7.1998 tarih ve Esas 1996/74; Karar 1998/45 sayılı kararı).*

*Şu halde hukuk devleti ilkesinin salt Anayasa'da yer alması yeterli olmayıp, devletin tüm organlarının yetkileri, yaptığı işlem ve aldıkları kararların, yasalarda objektif, açık ve herkese eşit uygulanabilir bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Aksi halde vatandaşlar yönünden*

*hukuki güvenliğin yeterince sağlandığını söylemek olanaklı değildir. Bunun yanında, öncelikle yasa koyucu, norm koyarken insan hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlandırmanın sınırı olarak ölçülülük ilkesi ile bağlıdır. Nitekim AY'nın. 5. maddesi, Devletin temel amaç ve görevleri arasında, "kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya" çalışmayı da saymıştır. 13. maddesinde ise, "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini; bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını" belirtmiştir. Temel hak ve hürriyetlerden birisi olan marka hakkına ilişkin düzenlemelerde bu hakkın elde edilmesine getirilen sınırlandırmalar, açık, net, denetlenebilir, herkese eşit uygulanabilir ve ölçülülük ilkesi ile bağdaşır bir düzenleme ile yapılmak gerekir.*

*Somut uyuşmazlıkta uygulanması söz konusu olan KHK'nin- 7/1-b hükmü ile yapılan düzenleme anılan bu ilkelere tamamen aykırıdır. Zira madde ile bir işaretin ancak bir kişiye marka olarak verilebileceğine dair bir ilke tercih edilmiş ise, yapılan düzenlemenin de bu amaca uygun, bununla sınırlı ve ölçülü, öngörülebilir ve tüm marka başvurusunda bulunan vatandaşlara eşitlik ve adaletli bir şekilde uygulanabilir olması gerekir.*

*Oysa 556 sayılı KHK'nin 7/1-b bendi sadece "Aynı mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı markaların" değil, "aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların da tescil edilemeyeceğini benimsemiştir. Bu düzenleme biçimi, bir (ve aynı) işaretin ancak tek bir kişiye marka olarak verilebileceği ilkesinin amacını aşan bir düzenlemedir. Zira başvuru önceki marka ile aynı olmasa bile, tescil makamına tamamen nisbi red nedenleri arasında bulunması gereken, önceki marka ile iltibas teşkil eden ve "ayırt edilemeyecek derecede" benzer işaretlerin de aynı tür mal/hizmetler için tescil edilmemesi yetkisi vermektedir. Bu değerlendirme ise sübjektif, somut olayın, çekişmeli mal ve hizmetlerin niteliği ve ortalama tüketicilerinin algısına göre yapılan bir değerlendirmedir.*

*Nitekim, Marka İnceleme Kılavuzu ve Yargıtay kararları (Yargıtay 11. HD 12.10.2010 tarih ve 2008/14092 esas ve 2010/10118 karar sayılı; 07.02.2011 tarih ve 2009/7924 esas; 2011/1228 karar sayılı kararlar) çerçevesinde başvuruya konu işaretin daha önce tescil edilmiş (veya başvurusu yapılmış) marka ile aynı olması, karşılaştırılan işaretlerin özdeş, farksız, tıpa tıpa taklit, aynen veya bire bir kopya olmalarını ifade ederken; ayırt edilemeyecek kadar benzerlikte, orta düzeydeki alıcıda bıraktığı genel izlenimlerinin hemen hemen aynı olması şeklinde, tanımlanmakta, müşteri kitlesi nezdinde markaların yazılış, okunuş, görsel veya işitsel olarak aynı imiş gibi algılanıp algılanmayacağı üzerinde sübjektif bir değerlendirmeye girilmektedir.*

*Bu nedenledir ki, uygulamada bir başvurunun KHK 7/1-b bendindeki tescil engeline takılıp takılmayacağı tamamen incelemeyi yapan görevlinin sübjektif değerlendirmesine ve takdirine bağlı olarak gerçekleşmektedir. Bu durum, başvuru sahipleri bakımından, nisbi red nedeni olarak ve itiraz halinde tartışılması gereken durumların, kamu otoritesinin re'sen dikkate alarak başvuruyu reddetmesi anlamına gelmekte, marka hakkının elde edilmesi sürecinde, hakkın özünü zedeleyen, ölçüyü aşan, kişi hak ve hürriyetlerine demokratik bir ülkede beklenebilecek müdahaleyi aşan bir sınırlamaya zemin oluşturmaktadır. Oysa, somut olayın şartlarına ve takdire bağlı iltibas değerlendirmesi KHK 8/1-b bendinde düzenlenmiş*

*olan bir nisbi red nedeni sorunudur. Anılan red nedeninin değerlendirilebilmesi için de önceki bir marka veya hak sahibinin itirazının bulunması gerekir. Esasen KHK m. 7/1-b bendinin ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretlerle aynı tür mal ve hizmetleri de içerecek şekilde nisbi red nedenleri alanına taşan genişletilmiş bir mutlak red gerekçesine yer vermesi ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü gibi, başvuru sahipleri bakımından da, belirsiz, öngörülemeyen, hukuki güvenlikten yoksun bir uygulama anlamını taşımaktadır.*

*Görüldüğü üzere, kökeni 1995 tarih ve 556 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan 551 sayılı önceki Marka Kanunu'na uzanan, kamu otoritesinin markaların verilmesi sürecine maksadını aşar şekilde müdahalesine gerekçe ve zemin oluşturma potansiyelini barındıran bu düzenlemenin esasen mehz AB Marka Direktifinde öngörülmemesi yeni marka hukuku anlayışı ve sistematigi ile ilgili bir durumdur. Dolayısıyla 1995 tarihinde kabul edilen 556 sayılı KHK ile benimsenen yeni marka sistemiyle de çelişen bu düzenleme, Anayasa'nın 2, 5. ve 13. maddelerine de aykırıdır.*

#### **IV- Çalışma ve Sözleşme Hürriyetine Aykırılık**

*Diğer taraftan AY'nın sözleşme hürriyetini düzenleyen 48. maddesi "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir" hükmünü içerir. Dolayısıyla ilke olarak herkes marka hukuku alanında da serbestçe sözleşme yapma ve markasını dilediği gibi bir başkasına devretme sonucunu doğuran sözleşmeler yapma hürriyetine sahip olmalıdır. Bu hürriyetin sınırlandırılması istisnai ve AY'nın 13. maddesindeki genel ilkelere uygun bulunmak zorundadır.*

*Oysa 556 sayılı KHK'nin 7/1-b hükmüyle öngörülen düzenleme, bir marka sahibinin markasını devrederken devredeceği marka ile "aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer ve aynı ya da aynı tür mal/hizmetler için tescilli" diğer tüm markalarının da devri zorunluluğunu içinde barındıran bir hükümdür. Nitekim bu husus markanın devrine ilişkin KHK'nin 16/5. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, "Tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, bu markaların da devredilmesi şarttır. Şu halde KHK'nin 7/1-b bendindeki düzenleme, marka sahibi olma ve bunu devretme hürriyetine getirilmiş açık bir sınırlandırmadır.*

*Gerçekten de, somut uyuşmazlıkta yargılama konusu TPE YIDK kararında da açıkça ifade edildiği üzere, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer bulunan önceki marka sahibi başvurunun tesciline açıkça muvafakat verdiği halde, KHK 7/1-b hükmü kamu düzenine ilişkin mutlak red nedenlerinden sayıldığından, başvurunun tesciline izin verilmemektedir. Görüldüğü üzere, sadece başvuru sahibi değil, re'sen redde esas alınan marka sahibinin de sözleşme hürriyeti kapsamında kalması gereken ticari çalışmaları engellenmiş olmaktadır.*

*Oysa Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetler ancak kanunla ve ilgili maddelerdeki sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilir. Bu nedenle KHK ile marka sahipliği ve üzerinde tasarrufla bulunma hürriyetine getirilen bu sınırlama, mülkiyet hakkının bir türü olan marka hakkının ve sözleşme hürriyetinin özünü zedeleyen, amacıyla tutarsız ve ölçüsüz olup, Anayasa'nın 13, 48. ve 91. maddelerindeki temel düzenlemelere aykırı bulunmaktadır.*

*Öte yandan, her ne kadar mahkememiz önündeki davada 556 sayılı KHK'nin 16/5 hükmü doğrudan uygulanacak bir hüküm değilse de, 7/1-b madde ve bendindeki düzenlemenin iptali halinde anılan ilk hükmün de iptali zorunludur. Zira KHK 16/5. hükmü 7/1-b'nin marka*

**Esas Sayısı : 2015/15**  
**Karar Sayısı : 2015/118**

*devirlerine bir yansıması olup, KHK 7/1-b de kabul edilen düzenleme ortadan kalktığında, uygulanma yeri ve gerekçesi kalmayacaktır. Uygulamada da, KHK 7/1-b düzenlemesi itibariyle aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik koşulları bulunan bir kişiye ait birden fazla markanın sadece bir kısmı devir edilmek istendiğinde, bu istem TPE tarafından re'sen reddedilmektedir. Bu nedenledir ki, Mahkememiz KHK 7/1-b bendi ile birlikte 16/5. fıkrasının da, yüksek mahkemece iptal edilmesi gerektiği kanaatindedir.*

**KARAR:**

*1- Somut olayda uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK'nin 7/1-b hükmünün Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının, 2, 5, 13, 48, 91. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına ve Anayasanın 152. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi önünde itiraz yoluyla iptal talebinde bulunulmasına,*

*2- 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Ve Görevleri Hakkındaki Kanunun 40. maddesi uyarınca gerekçeli başvuru kararı ve dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı bir örneğinin dizi pusulası ile ANAYASA MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNE,*

*Dosya üzerinden yapılan inceleme sonucu karar verildi. ""*