

*I- Anayasa 'ya aykırılığı itiraz yoluyla ileri sürülen hüküm*

*Somut olayda Mahkememiz önündeki uyumsuzluğa uygulanması söz konusu olan ve fakat Anayasa 'ya aykırı olduğu değerlendirilen hüküm 5194 sayı ve 22.6.2004 tarih ve 5194 sayılı kanunun 13. maddesiyle değişik 556 sayılı KHK'nın 7/1-b madde ve bendidir. 556 sayılı KHK'nin 7. maddesinde sayılan tescil engelleri kamu düzeni ile ilgilidir ve mutlak ret 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, yanılıcı, 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 "**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 markalar**" ifadesini içermektedir. Bu düzenleme şekliyle anılan bendin tek başına uygulanabilirliği olmadığı açıktır. Zira bent metni KHK'nın 7. maddesinin 1. fıkrası ilk cümlesi olan metninde mevcut "**Aşağıda yazılı işaretler marka olarak tescil edilemez**" ifadesiyle birlikte bir anlam taşımaktadır.*

*Şu halde, somut olayda uygulanması söz konusu hüküm bir bütün olarak, KHK ile öngörülen 7. maddenin 1. fıkrası ilk cümlesi ile birlikte KHK'ya Kanun ile eklenen 7/1-b bendidir. Bu nedenle itiraz yoluna başvuru olan bir KHK hükmüdür. Anılan düzenleme bir bütün olarak, "**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 markalar**"ın "**marka olarak tescil edilemeyeceğini**" belirtmektedir.*

*Bu düzenlemeden hareketle Türk marka hukukunda bir markanın tek bir sahibi olması ilkesinin bulunduğu kabul edilir (Yasaman, age, s. 227). Bu nedenle TPE tescil başvurusu 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 konulan, artık günümüzde tamamen liberal ve serbest piyasa koşullarının ihtiyacına göre, TC Anayasasının 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 yada 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 yada 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'nın somut uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan 7/1-b hükmünün, birbiriyle bağlantılı temelde üç noktada Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindeyiz. Bunlar, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan ve bir sınai 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'nın 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 Cumhuriyeti'nin, 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 tekdirde, 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 kullanılamaz. 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 siyasî 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 uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK'nin 7/1-b bendi, normun hüküm ifade eden KHK 7. madde 1. fıkrasının ilk cümlesi olan "Aşağıda yazılı işaretler marka olarak tescil edilemez" ifadesiyle birlikte anayasanın 2 ve 91. maddelerine aykırı bulunmaktadır. Bir diğer söyleyişle, tek başına uygulanma kabiliyeti olmayan KHK'nin 7/1-b hükmünün 5194 sayılı Yasa ile değiştirilmesi, Anayasa'nın 91. maddesine aykırılığı ortan kaldıran bir husus değildir. Açıklanan nedenlerle 556 sayılı KHK'nin 7/1-b hükmü AY'nın 91. maddesine aykırı olup iptali gerekir.*

**III- Hukuk Devleti İlkesine Aykırılık**

*Yukarıda belirtildiği üzere, hukuk devleti ilkesine TC Anayasasının Cumhuriyetin nitelikleri başlığını taşıyan 2. maddesinde yer 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 maddî ve manevî 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’nın 7/1-b hükmün 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’nın 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 Kulavuzu 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; 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 tıp 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 nedendir 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 zedelen, 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 güvenden yoksun bir uygulama anlamını taşımaktadır.*

*Nitekim yürürlüğe girdiği 1995 tarihinden bu yana binlerce benzer uygulamada olduğu üzere, Y. 11 HD'nin 13.12.2013 tarih ve E.2012/1398, K.2013/2416 kararına da konu olan en sık karşılaşılan tipik uyuşmazlıklara da örnek verilebileceği gibi; somut olayda davacıya ait*

2006/15583 s.  biçimindeki, 7, 9, 11, 16, 37, 42. Sınıfları içeren başvuru

yönünden; 200/1831 sayılı ve  ibareli yine ve 190002 sayılı ve  ibarele içekişmeli sınıflarda tescilli markalar KHK'nin 7/1-b bendi uyarınca MUTLAK RED nedeni olarak TPE tarafından re'sen redde gerekçe gösterilebilmiştir. Anılan uyuşmazlığa ilişkin yerel mahkeme gerekçesinde belirtildiği ve Yargıtay tarafından da benimsendiği üzere, somut olayda "başvurudan re'sen KHK'nin 7/1-b bendi uyarınca çıkarılan 16, 37 ve 42. Sınıflardaki mal ve hizmetlerin itiraza dayanak markalarda da yer aldığı, ne var ki işaretler yönünden aynı ve ayırt edilemeyecek derecede benzerlik söz konusu olmadığı" gibi; redde dayanak alınan 2000/01831 sayılı "HAS" ibareli markanın tescil edildiği 29.01.2002 tarihinden itibaren tescil kapsamında son beş yıldır kullanılmadığı tespit edilmiş ve anılan bu son marka KHK m. 42/1-c ve 14 maddeleri uyarınca hükümsüz kılınmıştır. Ne var ki, gerçek hak sahibinin marka başvurusu, tescili ve piyasaya girişi KHK 7/-b hükmündeki yapay bariyer nedeniyle uzun bir yargılama sürecinden sonra mümkün olabilmektedir. Oysa önceki marka sahiplerinin de başvurunun ilanına hiçbir itirazı olmadığı tekrar vurgulanmalıdır. Esasen bir nisbi red nedeni niteliği taşıyan önceki tescilli markalardan kaynaklanan tescil engelinin KHK m. 7/1-b hükmünde ve mutlak red nedenleri arasında düzenlenmesi, dahası geniş yoruma elverişli bir şekilde 'aynı' ibaresine ilave olarak 'ayırt edilemeyecek derecede' benzer ifadesine de yer verilmesi, idarenin ölçüsüz bir şekilde marka tescil sürecine müdahalesine neden olmuştur.

*Oysa marka hukukunun esası, serbest rekabet ilkesi çerçevesinde yarışan çıkarlar arası bir dengenin kurulması düşüncesine dayanır. Bu dengede, genel kamu yaran, her şeyden önce sisteminin işlevsel ve aynı zamanda rekabet ilkelerine uygun olmasını gerektirir. Genel kamu yararını gözeten ve KHK'da yansımaları bulan düzenlemeler arasında, kamu düzenine aykırı işaretlerle, dini değer ve sembollerin marka olarak tescil edilemeyeceğine dair hükümler (KHK m. 7/1-j, k) gösterilebilir. Yine tüketicilerin yaran başvurusuna konu işaretin markasal ayırt ediciliğe sahip olması (KHK m. 5, 7/1-a); işaretin tanımlayıcı olmaması (KHK 7/1-c); serbest piyasa ortamındaki rakiplerin yaran ise, tanımlayıcı işaretlerin herkese açık tutulması (marka tesciline konu olmaması) (7/1 -c, d); teknik zorunluk, doğal yapı, asli değere karşılık gelen ürün görünümlerinin marka olarak bir kişinin tekeline verilmemesi (KHK m. 7/1-e); ayırt ediciliği olmayan / zayıf işaretlerin iltibasta etkisiz olması gibi kural ve ilkelerle dengelenmeye çalışılmıştır. Önceki marka, telif ve sınai hak sahiplerinin yaran ise, esasen bir nisbi red nedeni olarak KHK'nın 8. maddesinde ve hak sahibinin itirazı üzerine dikkate alınabilecek nisbi haklar olarak göz önüne alınmıştır.*

*Gerçekten de, günümüzde marka koruması serbest rekabetin en temel unsurudur. Modern bir devlette serbest rekabet, firmaların mal ve hizmetlerinin kaynağını ve kalitesini garanti eden markaların sayesinde, tüketicileriyle sürekli bir iletişim kurmalarını gerektirir (ABAD-HAG-II, Case C-10/89). Bu iletişimin önünde KHK m. 7/1-b hükmü gibi yapay engeller bulunmamalıdır. Aksi bir durum rekabetin yine devlet eliyle bozulması anlamını taşır. Zira, 4054 s. Kanun'da tanımlandığı üzere, **rekabet; mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarıştır.** Aynı Kanununun 4. maddesi uyarınca, Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, ... eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Bu haller, arasında özellikle, **Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması ...yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,** sayılmıştır.*

*Şu halde serbest rekabet ilkesi, marka tescili ve korunmasında tercih edilecek sistemin belirlenmesi kadar, yasal düzenlemelerin açık, herkese eşit ve öngörülebilir bir şeffaflıkta uygulanmasının en temel çerçevesi ve hukuki güvencesini oluşturur. Bu amaçla, marka tesciline devletin müdahalesi anlamını taşıyan mutlak red nedenlerine ilişkin normlar (ve KHK 7/1-b hükmü) ölçülü, eşit, şeffaf, öngörülebilir netlikte olmalıdır. Ancak iptali talep olunan 556 sayılı KHK'nın 7/1-b hükmünün, hukuk devletinin en temel gereği olan anılan bu koşulları karşılayacak biçimde düzenlenmediği, esasen salt bu nedenle dahi Anayasa'ya aykırı olup iptali gerektiği Mahkememizin görüş ve anlayışı bakımından bir kristal kadar berrak bir gerçekliktir.*

*Zira marka sistemi ve buna ilişkin düzenlemeler, çağdaş ve serbest rekabeti ilke edinmiş modern ekonomilerde, tescilde kolaylık, müteşebbüslerin irade serbestisini ve girişim isteklerini önceleyen, eşitlik esasına tabi olmalıdır. Böyle bir ekonomide ve marka sisteminde piyasaya yeni girenleri engelleyen yapay bariyerlere yer yoktur. Yine tescil sisteminde yapay yığılma ve tikanlıklar olmamalıdır. Öte yandan tescil edilen bir marka makul bir süre içinde gerçekten ve fiilen kullanılmalıdır (556 KHK m 42/1-c, 14). Aksi halde bir başkasının marka başvurusuna veya kullanımına (önceki marka sahibinin itirazı halinde dahi) engel olamamalıdır. KHK 7/1-b hükmü anıları bu koşulların yerine getirilmesi amacına yönelik bir marka sistemi ve hukuk devleti ilkesi bakımından en temel sorunu oluşturmaktadır.*

*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 oluşturan bu düzenlemenin esasen mehz AB Marka Direktifinde öngörülmemesi yeni marka hukuku anlayışı ve sistematığı ile ilgili bir durumdur. Dolayısıyla 1995 tarihinde kabul edilen 556 sayılı KHK ile benimsenen yeni marka sitemiyle 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. Yine anılan maddenin ikinci fıkrasına göre, “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, **güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.**” 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.*

*Yine Anayasa'nın “Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi” başlığını taşıyan 167. Maddesi “Devlet, para, kredi, sermaye, **mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır**” hükmünü içerir. Esasen bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğerlerinden ayırmaya yarayan ticari bir işaret olan marka ile ilgili düzenlemelerde de devletin işlev ve müdahalesi **mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı tedbirler** ile sınırlı olmalıdır.*

*Oysa 556 sayılı KHK'nın 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 Anayasa Mahkemesinin 13.05.2015 tarih ve 2015/49 esas, 2015/45 karar sayılı kararı ile iptal edilen KHK'nın 16/5 maddesinde açıkça belirtilmiştir. Anılan hükme 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'nın 7/1-b bendindeki düzenleme, marka sahibi olma ve bunu devretme hürriyetine getirilmiş açık bir sınırlandırmadır.*

*Gerçekten de, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer bulunan önceki marka sahibi başvurunun tesciline somut olayda olduğu üzere hiç bir itiraz ileri sürmediği halde, hatta kimi vakılarda karşılaştığı üzere açıkça muvafakat verse dahi, 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 alman marka sahibinin de sözleşme hürriyeti kapsamında kalması gereken ticari çalışmaları engellenmiş olmaktadır.*

*Uygulamada da, Anayasa Mahkemesi'nin 13.05.2015 tarih ve 2015/49 esas, 2015/45 karar sayılı karar ile iptal edilen 556 s. KHK m. 16/5 hükmü de dikkate alınarak anılan iptal öncesinde, KHK 7/1-b düzenlemesi itibariyle aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik koşulları bulunan bir kişiye ait birden fazla markadan sadece bir kısmı devir edilmek istendiğinde, bu istem TPE tarafından re'sen reddedilmekteydi. Bu nedenledir ki, Mahkememiz*

*16/5 fıkrasında olduğu gibi, 7/1-b hükmünün de Yüksek mahkemece iptal edilmesi gerektiği kanaatindedir.*

*Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla ve ilgili maddelerdeki sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilceği de gözetilerek, KHK ile marka sahipliği ve üzerinde tasarrufta 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.*

**KARAR:**

*1- Mahkememiz önündeki uyuşmazlığın çözümü için uygulanması gereken 556 sayılı KHK'nın 7/1 -b hükmünün TC Anayasa'sının 10, 13, 35, 48, 91. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmakla Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi önünde, Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesine ve iptalinin istenilmesine,*

*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,*

*3- Anayasa Mahkemesinden verilecek kararın yasa gereği 5 ay süreyle beklenilmesine,*

*Dosya üzerinden yapılan inceleme sonucu karar verildi."*