

ANONİM ŞİRKETLERİN SÖZLEŞMELİ AVUKAT BULUNDURMA ZORUNLULUĞU

The Legal Requirement of Joint Stock Companies to Hire an Attorney

Dr. Ahmet Fatih ÖZKAN¹

Geliş Tarihi: 24.07.2017

Kabul Tarihi: 01.11.2017

ÖZET

1136 sayılı Avukatlık Kanunu, esas sermayesi 250.000 TL veya üzeri olan anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu öngörmektedir. Bu yasal yükümlülüğü yerine getirmek üzere anonim şirketlerin, baroya kayıtlı bir avukat veya avukatlık bürosu ile yazılı ve kapsamı kanunen belirlenmiş sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi yapması gerekmektedir. Sözleşmeli avukat bulundurmayan anonim şirketlere, yükümlülüklerini yerine getirmedikleri her ay için Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürürlükteki brüt asgari ücretin iki katı oranında idari para cezası verilecektir. Her ne kadar barolar bu düzenlemenin, yargıdaki dava sayısı ve iş yükünü azaltma amacını taşıdığını savunsa da düzenleme; sözleşme özgürlüğünü ihlal ettiği, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, şirket bünyesinde bir avukat istihdam edilse bile serbest avukatlarla sözleşme yapılmasını zorunlu tuttuğu, yalnızca avukatların lehine olduğu, şirketlere gereksiz yere bir mali yük getirdiği ve ülke çapında eşit bir biçimde uygulanmadığı gerekçeleriyle eleştiriye açıktır. Bu makalede sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün kapsamı, nasıl yerine getirileceği, yerine getirilmemesi halinde doğacak yasal sonuçlar, kabul edilmesi ardındaki nedenler, yükümlülüğe yapılan itirazlar ve Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili kararı incelenmektedir. İlgili yasal mevzuatın gözden geçirilmesinin bir zorunluluk haline geldiği öne sürülen makalede, bu bağlamda birtakım önerilere de yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, Sermaye, Serbest avukat, Şirket avukatı, Sözleşme özgürlüğü, Zorunlu istihdam

ABSTRACT

Attorneyship Act no: 1136 requires joint stock companies with a capital of 250.000 Turkish Liras or above to hire an attorney. In order to fulfil this legal requirement, joint stock companies must sign a written attorney agreement with an attorney registered with a bar or a law office, the content of which is predefined by the law. Public prosecution office is authorised to issue a monetary fine of twice the amount of the current gross minimum wage to companies for each month of non-compliance. Although bar associations claim that this legal rule aims to decrease the number of cases and thus the caseload of the judiciary, it can be criticised for breaching freedom of contract, violating the principle of equality, requiring companies to hire a freelance attorney even though they already employ a full-time in-house counsel, rendering benefits only to attorneys, unnecessarily increasing the costs of companies and not being uniformly implemented across the country. This article analyses the content of this legal requirement, how to comply with it, the legal consequences in case of non-compliance, the reasons behind the adoption of this legal rule, the criticisms levelled against the requirement and the decision of the Constitutional Court on the matter. Arguing that this legal rule is in need of revision, the article makes certain policy recommendations in this respect.

Keywords: Joint-stock company, Capital, Freelance Attorney, In-house Counsel, Freedom of contract, Mandatory employment

¹ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi. PhD (University of Sussex/İngiltere), LL.M. (Ekonomi Hukuku, Bilkent Üniversitesi). Yazar, gönderdikleri kaynaklar ile bu makaleye katkıda bulunan Ar. Gör. Sinem Kızılkaya'ya ve Dr. Ekrem Solak'a teşekkür eder.

Giriş

Ticari hayatın merkezinde olan şirket türleri arasında kendisine en sık rastlananlardan biri şüphesiz anonim şirketlerdir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) düzenlendiği üzere anonim şirketler; kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve faaliyetleri gerçekleştirebilmeye uygun bir şirket türü olma (m.331), tek ortakla kurulabilme kolaylığı (m.338), ortaklar açısından ticari hayatın riskleri karşısında tüm malvarlığıyla sorumlu olmaksızın yalnızca sermaye payıyla ve şirkete karşı sınırlı sorumlu olabileme imkanı (m.329(2)), pay senedi çıkarma imkanı ve bu sayede şahıs şirketleriyle kıyaslandığında şirkete girişin de şirketten çıkışın da görece kolay oluşu (m.484 vd.), ortakların şahsi durumlarında meydana gelen değişikliklerden şirketin büyük ölçüde etkilenmeyip tüzel kişiliğini sürdürmesi (m.529 vd.) gibi pek çok avantajı bünyesinde barındırmaktadır.

Buna karşın, anonim şirket bünyesinde ticaret yapmak isteyen kişiler açısından pek çok yükümlülüğün olduğu da bir gerçektir. Yine TTK uyarınca anonim şirket esas sermayesinin en az 50.000 TL oluşu (m.332(1)), şirket kuruluş sürecindeki bürokrasi (m.335 vd.), bazı faaliyet alanları için Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alma gereği (m.333),² her faaliyet dönemi sonunda genel kurul yapılması (m.409), kuruluş sürecinde bakanlıktan izni alınan anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisi (hükümet komiseri) çağırma zorunluluğu (m.407(3)),³ şirket hesaplarının profesyonel olarak bağımsız (dış) denetime konu olması (m.397 vd.),⁴ esas sözleşme değişikliği, sermaye arttırımı ve azaltımı gibi birtakım işlemlerin tamamlanabilmesi açısından takip edilmesi gereken ayrıntılı kuralların varlığı (m.456 vd.), internet sitesi oluşturma yükümlülüğü (m.1524) gibi pek çok yükümlülük bulunmaktadır.

² Bkz. Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Miktarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ, Resmi Gazete (RG) tarih: 15.11.2012, no: 28468.

³ Bkz. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, RG tarih: 28.11.2012, no: 28481.

⁴ 6102 sayılı TTK ile getirilen yeniliklerden biri olmasına rağmen TTK daha yürürlüğe girmeden 6335 sayılı Kanun ve daha sonraki 6455 sayılı Kanun ile önemli değişikliklere maruz kalan ve bazı açılardan hala belli bir hukuki rejime kavuşmamış olan bağımsız (dış) denetim ile ilgili mevzuat için bkz. 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG tarih: 02.11.2011, no: 28103), Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı (RG tarih: 23.01.2013, no: 28537), Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine Dair Kararda Değişiklik Yapılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı (RG tarih: 01.02.2015 ve no: 29254).

Anonim şirketler için mevzuatta öngörülen yükümlülükler yalnızca TTK ile sınırlı değildir. Bir örnek vermek gerekirse, vergi mevzuatı açısından anonim şirketler, kurumlar vergisi mükellefi olup, ortaklara dağıtılabilecek kâr paylarından önce şirketin gelirlerinden kurumlar vergisi ödenecektir (5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m.1). Bu bağlamda anonim şirketler açısından TTK dışı mevzuatta öngörülen önemli bir yükümlülük de “sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu”dur. Buna göre sermayesi belli bir büyüklükte olan anonim şirketler, ister ihtiyaç duysun ister duymasın, hukuki iş ve davalarında kendilerine yardımcı olmak üzere bir sözleşmeli avukat ile çalışmak zorundadır. Ancak diğer yükümlülüklerin aksine, anonim şirketlere sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu getirilmesinin pek çok noktada tartışmaları da beraberinde getirdiği görülmektedir.

TTK dışı mevzuatta düzenlenen bir yükümlülük olması sonucu, anonim şirketlerde sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yasal dayanağını TTK değil, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (Avukatlık Kanunu) oluşturmaktadır. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, 1969 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe giren Avukatlık Kanunu’na ilk kez 2001 yılında 4667 sayılı Kanun⁵ ile yapılan bir yasa değişikliği sonrası eklenmiştir.⁶ Söz konusu yasa değişikliği sonrası Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesinin 3. fıkrasına göre:

“Kişiler kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara mahallin en büyük mülkî idare amiri tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin bir aylık brüt tutarı kadar para cezası verilir. Verilen para cezalarına dair kararlar ilgililere

⁵ 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG tarih: 10.05.2001, no: 24398.

⁶ Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesinin ilk hali şu şekildeydi: “Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda özel ve tüzel kişilere ait hakları dâva etmek ve savunmak, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, adli işlemleri ve resmî dairelerde çekişmeli ve çekişmesiz işleri takibetmek, yalnız baroda yazılı avukatlara, aittir. Dâva açmaya yeteneği olan herkes kendi dâvasını bizzat açabilir ve işini takibedebilir. Usul ve fûru ile nesep ve sebepten ikinci dereceye kadar (bu derece dâhil) civar baroları ve eşler birbirlerinin yargı mercileri ve adalet daireleri dışında kalan resmî dairelerdeki işlerini vekâleten takibedebilirler. Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulleri kanunları ile diğer kanun hükümleri saâdîdir.” Görüldüğü üzere söz konusu maddenin ilk halinde sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

Tebliğat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir. Bu cezalar 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre tahsil edilir ve Hazineye gelir kaydedilir.”

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi yaklaşık 7 yılı aşkın bir süre yürürlükte kalmış, ancak daha sonra kısmen değişikliğe uğramıştır. Söz konusu madde 2008 yılında bir kez daha, 5728 sayılı Kanun⁷ ile değiştirilmiş ve bugün yürürlükteki son halini almıştır. Buna göre:

“Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara Cumhuriyet Savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verilir.”⁸

2008 yılında yasalaşarak yürürlüğe giren sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu uzun bir süre uygulama alanı bulmamış, bu yükümlülüğe tabi pek çok anonim şirket sözleşmeli avukatla çalışma yoluna gitmemiştir. Bu durum, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun “ölü doğmuş” bir hükümden öteye gitmediğine ilişkin yorumlara yol açmıştır. Özellikle yasa hükmünün yürürlüğe girdiği 2008 yılında dünya çapında görülen ve Türkiye’de de etkileri hissedilen ekonomik kriz de bu yükümlülüğün derhal uygulanmasını geciktirmiştir. Ancak yaklaşık 8 yılın ardından, 2016 yılı sonu ve 2017 yılı başından itibaren, özellikle Ankara ve Antalya Barosu Başkanlığı başta olmak üzere bazı barolar söz konusu yükümlülüğün şirketlerce yerine getirilip getirilmediğinin takipçisi olmaya başlamıştır.

⁷ 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG tarih: 08.02.2008, no: 26781.

⁸ Madde metninden açıkça görüleceği üzere sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü yalnızca anonim şirketler açısından geçerli olmayıp, bazı kooperatif şirketlerin de adı geçen madde uyarınca sözleşmeli avukat bulundurmaları zorunludur. Esas olarak yükümlülüğün niteliği itibarıyla anonim şirketler ile kooperatif şirketler arasında fark bulunmamakla birlikte, bu makalede sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu anonim şirketler açısından incelenmektedir. Yine de söz konusu yükümlülüğün kooperatif şirketler açısından farklı olan boyutlarına da değinilmiştir. Konuyla ilgili olarak bkz. ALTAŞ, S. (2012) “Kooperatiflerde Avukat Bulundurma Zorunluluğu ve Bunun Cezası”, *Leges Hukuk Dergisi*, Yıl: 3 Sayı: 25, s.57-61.

Bu doğrultuda anonim şirketlerin merkezlerinin kayıtlı olduğu yer barosu tarafından şirketlere bir tebligat yapılmaya başlanmış ve sözleşmeli avukat ile yaptıkları sözleşmelerin bir örneğini belli bir süre içinde baroya bildirmeleri istenmiş, aksi takdirde sözleşmeli avukat bulundurmadıkları her ay için haklarında brüt asgari ücretin iki katına kadar idari para cezası uygulanması açısından Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacağına yönelik uyarı yazıları gönderilmiştir. Böylece anonim şirketler, bir anda yıllık 42.000 TL gibi (kuruluşunda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın iznini gerektirmeyen) anonim şirketler için TTK'da kabul edilen minimum esas sermaye tutarına varacak derecede yüksek idari para cezalarına maruz kalma riskiyle karşı karşıya kalmıştır. Anonim şirketlerin bu durumu, ticari hayatta geniş yankı uyandırmış, yazılı basında da kendisine sıkça yer verilir hale gelmiştir. Ancak bu önemli konu öğretilerde neredeyse hiç ele alınmamıştır.

TTK dışı mevzuatta düzenlenen ve niteliği itibarıyla bir zorunlu istihdam yükümlülüğü olan anonim şirketlerin sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun incelendiği bu makale altı bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde söz konusu yükümlülüğün kapsamı üzerinde durulmaktadır. İkinci bölümde bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceğine, üçüncü bölümde ise yerine getirilmemesi halinde doğacak yasal sonuçlarına değinilmektedir. Dördüncü bölümde ilgili yükümlülüğün kabul edilmesi ardındaki nedenler açıklanmaktadır. Beşinci bölümde adı geçen yükümlülüğe yapılan itirazlar ele alınmaktadır. Altıncı ve son bölümde ise söz konusu yükümlülüğe karşı Anayasaya aykırılık iddiası ve Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili kararı değerlendirilmektedir. Makalenin sonuç kısmında ise sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne ilişkin birtakım önerilere yer verilmektedir.

I. GENEL OLARAK

TTK dışı mevzuatta düzenlenen bir yükümlülük olması sonucu, anonim şirketlerde sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün yasal dayanağını Avukatlık Kanunu oluşturmaktadır. Konu Avukatlık Kanunu'nun "*Avukatın hak ve ödevleri*" başlıklı beşinci kısmının, "*Yalnız avukatların yapabileceği işler*" başlıklı 35. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında ilk olarak hukuki işlerde mütalaa vermenin, mahkeme, hakem veya yargı yetkisine sahip bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmanın, adli işlemleri takip etmenin, bu işlere ait belgeleri düzenlemenin, yalnız baroya kayıtlı avukatlara ait olduğu belirtilmiştir. Bu işleri kendinden başka bir kişi adına yalnız avukatlar yapabilecek olduğundan, maddedeki düzenlemenin bir "avukatlık tekeli" veya "avukat tekeli" oluşturduğu görülmektedir.⁹

⁹ GÜNER, S. (2015) *Avukatlık Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s.156-157; ASLAN, A.Ç.

35. maddenin üçüncü fıkrasında ise, birinci madde hükmüne rağmen, dava açmaya yeteneği olan herkesin, kendi davasına ait belgeleri düzenleyebileceği, davasını bizzat açabileceği ve işini takip edebileceği vurgulanmıştır. Başka bir deyişle, herkesin herhangi bir avukat tarafından temsil edilmeksizin maddede sayılan işleri yapabileceği kabul edilmiştir. Ancak üçüncü fıkranın devamında buna önemli bir istisna getirilmiş ve anonim şirketler ile kooperatif şirketler açısından farklı bir düzenleme yapılmıştır. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yasal dayanağını oluşturan bu düzenleme uyarınca, TTK'da öngörülen *“esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmamak zorundadır.”*

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin üçüncü fıkrası, sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün kapsamının belirlenebilmesi açısından esas sermaye miktarı kriterini esas almış ve bu miktarın tespiti açısından TTK'ya gönderme yapmayı tercih etmiştir. Avukatlık Kanunu, her ne kadar TTK'nın 272. maddesine atıf yapmış olsa da bu madde, 6102 sayılı (yeni) TTK ile birlikte yürürlükten kaldırılan ve dolayısıyla bugün yürürlükte olmayan 6762 sayılı (eski) Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesidir. Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin atıf yaptığı, eski TTK'nın 272. maddesinde yer alan hüküm şöyledir: *“Özel kanunlarda aksine hüküm olmadıkça esas sermaye miktarı ellimilyar Türk lirasından aşağı olamaz. Bu miktar, Bakanlar Kurulunca on katına kadar artırılabilir.”*

6762 sayılı TTK'nın 272. maddesi, 6102 sayılı TTK'nın 332. maddesini karşılamaktadır.¹⁰ 6102 sayılı TTK'nın *“En az sermaye tutarı”* başlıklı 332. maddesinin birinci fıkrasında, 6762 sayılı TTK'nın aksine, ikili bir sistem benimsenmiştir. Buna göre sermaye sistemi açısından anonim şirketler, *“esas*

(2015) “Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16 (Özel Sayı), s.1672.

¹⁰ 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesinde hüküm altına alındığı üzere *“[b]u Kanunun ve Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesiyle, 6762 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen maddelerine diğer mevzuat tarafından yapılmış bulunan yollamalar, Türk Ticaret Kanununda o maddeleri karşılayan hükümler varsa onlara yapılmış sayılır.”* Dolayısıyla 6762 sayılı TTK'nın 272. maddesini karşılayan hüküm 6102 sayılı TTK'nın 32. maddesidir.

sermaye"¹¹ veya "kayıtlı sermaye"¹² sahip olup olmamasına göre iki farklı şekilde olabilir. TTK 332(1). madde uyarınca "[t]amamı esas sözleşmede taahhüt edilmiş bulunan sermayeyi ifade eden esas sermaye ellibin Türk Lirasından ve sermayenin artırılmasında yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bulunan halka açık olmayan anonim şirketlerde başlangıç sermayesi yüzbin Türk Lirasından aşağı olamaz..." Sermaye miktarının belirlenmesinde ticaret sicili kayıtları esas alınacaktır.

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi ile TTK'nın 332. maddesi beraber yorumlandığında sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, esas sermaye sistemine sahip anonim şirketler açısından geçerli olacaktır. Buna göre, esas sermayesi 250.000 TL ve daha fazla olan anonim şirketler açısından sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu bulunmaktadır. Anonim şirketler eğer kuruluş anında 250.000 TL ve üzeri bir miktarda esas sermayeye sahipse, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu şirketin ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte doğacaktır (TTK m.355(1)). Kuruluşta daha az olmakla birlikte daha sonra esas sermayenin 250.000 TL ve üzerine artırılması durumunda ise bu zorunluluk şirket genel kurulunun ilgili sermaye arttırımı kararının ticaret siciline tescili ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilanının ardından doğacaktır (TTK m.455 ve m.456(5)).

¹¹ Esas sermaye (*Grundkapital*), anonim şirket esas sözleşmesinde gösterilen ve şirketin kurucu ortakları tarafından tamamının şirkete getirilmesi taahhüt edilen sermaye paylarının toplamından oluşan sermayedir. Esas sermaye sisteminin nitelikleri arasında önceden belirlenmiş ve sabit olma, asgari miktarın altında olmama, şirket malvarlığının esasını oluşturma, nakitle ifade edilebilme, itibari değerli paylara bölünebilme ve tamamen taahhüt edilme bulunmaktadır. AKKALE, R.G. (2013) "Kayıtlı Sermaye Yapısı Hakkında Genel Bilgi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Kayıtlı Sermayenin Arttırım Usulü", *GÜHFD*, Cilt: 17, Sayı: 1-2, s.25.

¹² Esas sermaye sisteminin aksine, kayıtlı sermaye (*genehmigtes Kapital*) sisteminde sermayenin arttırılması veya azaltılması için genel kurul kararı gerekmez; yönetim kurulunun, genel kurul tarafından üst sınırı daha önceden belirlenen sermaye miktarına ulaşacak şekilde şirketin başlangıç sermayesini arttırma yetkisi bulunmaktadır. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (Sermaye Piyasası Kanunu) 18(2). maddesinde ifade edildiği üzere "[k]ayıtlı sermaye sisteminde, yönetim kurulu, 6102 sayılı Kanunun esas sermayenin arttırılmasına ilişkin hükümlerine bağlı kalmaksızın esas sözleşmelerinde tespit edilen kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayelerini arttırmaya yetkilidir." Bilgi için bkz. KIRCA, İ., ŞEHİRALİ ÇELİK, F. ve MANAVGAT, Ç. (2013) *Anonim Şirketler Hukuku: Cilt I*, BTHAE Yayınları, Ankara, s.232-234; İPEKEL, F. (2013) "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Kayıtlı Sermaye Düzenlemesi ve Bu Düzenlemenin Sermaye Piyasası Hukuku Işığında Değerlendirilmesi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt: 8 (Özel Sayı), s.1413-1456.

Uygulamada kendilerine fazla rastlanmasa da kayıtlı sermayeye sahip halka açık olmayan anonim şirketler¹³ açısından ise, Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin yalnızca esas sermayeye gönderme yapması nedeniyle, durum net değildir. Buradan hareketle iki farklı görüş ileri sürülebilir. Bir görüşe göre burada amaca göre yorum yapılmalı ve kayıtlı sermaye sistemine sahip anonim şirketlerin, başlangıç sermayesinin, yasal minimum başlangıç sermayesi tutarının beş katı ve üzeri (yani 500.000 TL ve daha fazla) olması halinde yine sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna tabi olacakları kabul edilmelidir.¹⁴ Diğer bir görüşe göre ise 35(3). madde kayıtlı sermayeye ilişkin herhangi bir ibare içermediğinden, lafzi (sözel) yorum yöntemi uyarınca kayıtlı sermayeye sahip halka açık olmayan anonim şirketler açısından sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu da hukuken doğmayacaktır.¹⁵

Düşüncemize göre sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kayıtlı sermaye sistemine sahip halka kapalı olan anonim şirketler için uygulanması hukuken mümkün değildir. Her ne kadar TTK'da anonim şirket tanımlanırken yalnızca "sermaye" kavramı dile getirilmiş olsa da,¹⁶ esas sermaye ile kayıtlı sermaye birbirinden farklı iki ayrı sermaye sistemini oluşturmaktadır ve Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi de yalnızca esas sermayeye gönderme yapmaktadır. Ayrıca sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yerine getirilmemesi halinde, aşağıda inceleneceği üzere, idari para cezası bulunmakta olup, bu yaptırıma esas teşkil eden fiilin (kabahatin) yasada açıkça düzenlenmediği anlaşıldığından, "*suçların kanuniliği ilkesi*" uyarınca

¹³ Belirtmek gerekir ki kayıtlı sermaye sistemi, mevcut düzenlemede gerek halka açık, gerekse halka açık olmayan anonim şirketler tarafından benimsenebilir. Kayıtlı sermaye sistemi, 2499 sayılı (eski) Sermaye Piyasası Kanunu (m.12) ile Türk hukukuna girmiş olup, ilk başta yalnızca halka açık anonim şirketler için uygulanabilir nitelikteydi. 6102 sayılı TTK ile beraber ise kayıtlı sermaye sistemi, esas sermaye sistemine alternatif olarak, halka açık olmayan anonim şirketler için de uygulanabilir hale gelmiştir. Dolayısıyla TTK'nın 332. maddesinde yalnızca kayıtlı sermayeye sahip halka açık olmayan anonim şirketler açısından 100.000 TL asgari sermaye tutarının getirildiği gözden kaçırılmamalıdır. 100.000 TL olan asgari başlangıç sermayesine ilişkin tutar, her ne kadar kayıtlı sermayeye sahip halka açık olan anonim şirketler açısından da mevzuatta aynen benimsenmişse de bu tutar, Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) Kayıtlı Sermaye Sistemi Tebliği'nin (Seri II-18.1) 15. maddesi uyarınca her yıl yeniden değerlendirme oranı göz önünde bulundurularak SPK tarafından yeniden belirlenecektir.

¹⁴ YAVUZ, M. (2014) "Sermayesi En Az İkiyüzelli Bin Türk Lirası Olan Anonim Şirketlerin Avukat Bulundurma Zorunluluğu", *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı: 124, s.239.

¹⁵ ALTAŞ, S. (2015) "Kayıtlı Sermaye Sistemine Tabi Anonim Şirketler Sözleşmeli Avukat Bulundurmaya Zorundadır?", *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı: 132, s.56.

¹⁶ TTK m.329'da anonim şirket, "*sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirket*" olarak tanımlanmıştır. Anonim şirket tanımında şirketin sermaye yapısı ayrıntılı bir biçimde tarif edilmemişse de, tanım maddesinin ardından 332. maddede konuyla ilgili daha detaylı bir hüküm yer almaktadır.

hukuki sorunların doğma ihtimali bulunmaktadır.¹⁷ Burada amaca göre yorum yapılması kıyasa yol açar ve bir eylem için öngörülen cezanın kıyasen başka bir eyleme de uygulanmasına neden olur.¹⁸ Bu nedenle yasada açıkça değişiklik yapılmadığı sürece, bu zorunluluk yalnızca esas sermayeli anonim şirketlere uygulanmalıdır.

Son olarak sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü, kooperatif şirketler açısından da öngörülmüştür. Anonim şirketlerin aksine kooperatif şirketlerin bu yükümlülüğe tabi olabilmesi için sermayeleri değil ortak sayıları belirleyici olmaktadır. Kooperatif şirketler açısından sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün doğabilmesi için şirketin 100 veya daha fazla ortağa sahip olması¹⁹ ve işletme konusunun (iştiğal alanı) yapı işleri, yani yapı kooperatifi olması gerekmektedir. Yapı işleri dışında başka bir işletme konusunun bulunması halinde, örneğin tarım veya ecza kooperatifi, bu bağlamda herhangi bir zorunluluk da söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (m.28 vd.) uyarınca sınırlı veya sınırsız sorumlu şekilde kurulabilecek kooperatif şirketlerin bu özelliği sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu açısından herhangi bir önem arz etmemekte olup, asıl belirleyici olan yukarıda ifade edildiği üzere ortak sayısıdır.

¹⁷ Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün yaptırımı yalnızca idari para cezası olduğundan burada adli değil, "idari suç" bulunmaktadır ve kanunilik ilkesi, idari suçlar bakımından da geçerlidir. AYGÜN EŞİTLİ, E. (2013) "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 104, s.235. Avukatlık Kanunu'nda kayıtlı sermaye sistemine sahip anonim şirketlerin sözleşmeli avukat bulundurmaması açıkça yaptırıma tabi bir fiil olarak öngörülmediğinden, yasada belirtilen idari para cezasının da bu fiile uygulanması düşüncemize göre mümkün değildir. Ulusoy ise suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin idari cezalara da "prensipte olarak" uygulanmasının zorunlu olduğunu belirttiğinden sonra, idari suç olarak öngörülen fiillerin somut olarak idari düzenlemelerle belirlenebilmesinin mümkün olduğunu, bu nedenle idari suçlara ilişkin olarak söz konusu ilkenin "daha esnek" uygulanmasının "doğal karşılanması" gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre eğer idari para cezası verilecek her idari suçun bizzat yasada belirlenmesi zorunlu tutulursa, çok fazla ayrıntıya giren yasalara ihtiyaç duyulacaktır ve bu da "pratik açıdan" mümkün olmayacaktır. ULUSOY, A. (2013) *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.26 ve 91.

¹⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasında açıkça belirtildiği üzere "*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*"

¹⁹ Yapı kooperatiflerinde yönetim kurulunun genel kurul tarafından kararlaştırılan sayının üzerinde şirkete ortak kaydememesi sonucu şirketin ortak sayısının 100 veya üzerine arttırılabileceğine ilişkin bir genel kurul kararı bulunmalıdır (1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m.8(3)).

II. SÖZLEŞMELİ AVUKAT BULUNDURMA ZORUNLULUĞUNUN YERİNE GETİRİLMESİ

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi uyarınca esas sermayesi 250.000 TL ve daha fazla olan anonim şirketler ile 100 veya daha fazla ortağa sahip yapı kooperatiflerinin sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü bulunmaktadır. Doğrudan kuruluş aşamasında yukarıda belirtilen miktarda esas sermayeye sahip olan ya da daha sonra sermaye arttırımı ile belirtilen sermaye miktarına ulaşan anonim şirketlerin bu yükümlülüğü yerine getirmek üzere sözleşmeli bir avukata sahip olmaları gerekecektir. Bu noktada sözleşmeli avukat ile neyin kastedildiği konusunda duraksama yaşanabilir. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunu yerine getirebilmek adına burada "sözleşme" ile kastedilenin Avukatlık Kanunu (m.163 vd.) bağlamında "avukatlık sözleşmesi" (vekalet sözleşmesi) mi, yoksa 4857 sayılı İş Kanunu (İş Kanunu) (m.8 vd.) uyarınca "iş sözleşmesi" (hizmet sözleşmesi) mi olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Şüphesiz bu iki tür sözleşme, birbirinden farklı hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (Borçlar Kanunu) düzenlenen (m.502 vd.) vekalet sözleşmesinin, taraflardan birinin avukat olması durumunda özel bir türünü oluşturan avukatlık sözleşmesi,²⁰ Avukatlık Kanunu ile Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde²¹ (Avukatlık Kanunu Yönetmeliği) düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu, avukatlık sözleşmesinin kapsamını ve bu sözleşmeye bağlanan birtakım sonuçları düzenlemekte olup, iş bu sözleşmenin nasıl kurulacağı konusunda ayrıntı vermemiştir. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde ise avukatlık sözleşmesinde bulunması gereken unsurlar (sözleşmenin içeriği) düzenlenmiştir. Avukatlık sözleşmesinin nasıl kurulacağı Borçlar Kanunu'nun 503. maddesinde hükme bağlanmıştır:

²⁰ Literatürde avukatlık sözleşmesi; baro levhasına kayıtlı olup da mesleğini serbest olarak yapan avukat ile iş sahibi arasında yapılan, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, hukuki sorun ve uyuşmazlıkların çözülmesini konu edinen ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Güner (2015), s.297. Yazara göre avukatlık sözleşmesi; vekalet sözleşmesine çok benzeyen, onunla pek çok ortak yönü bulunan, Avukatlık Kanunu'nda boşluk olması durumunda vekalet sözleşmesine ilişkin kuralların uygulandığı, ancak yine de vekalet sözleşmesinden temel farklılıkları olan bir sözleşmedir. Bu bağlamda yazar avukatlık sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasında şekil, ücret, kişi, tarafların yükümlülükleri, işi kabul, işe son verme ve işten çekilme, zamanaşımı, yorum ilkeleri gibi pek çok bakımdan farklılıklar bulunduğunu ileri sürmektedir. *ibid*, s.300-314.

²¹ RG tarih 19.06.2002, no: 24790. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 15. maddesindeki "29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorundadır" hükmü ile Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesindeki düzenleme tekrar edilmiştir. Söz konusu yönetmeliğin 73/A, 73/B, 73/C ve 73/D maddeleri ise sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün uygulanmasına yönelik ayrıntılı hükümler içermektedir.

“Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sifata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.”

Avukatlık sözleşmesinin nasıl kurulacağına oranla şekil şartına tabi olup olmadığı daha fazla önem arz eden bir konu olarak öne çıkmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 1. fıkrasında avukatlık sözleşmesinin “serbestçe” düzenlenebileceği ve sözleşmenin yazılı olarak yapılmaması durumunda “genel hükümlere göre” ispatlanacağı kaydedilmiştir.²² Böylece söz konusu kanunda avukatlık sözleşmesi için şekil serbestisi kabul edilmişken, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde ise farklı içerikte bir hükme rastlanmaktadır. Adı geçen yönetmeliğin 73/A maddesine göre “[s]ürekli avukatlık hizmeti içeren çalışma şekillerinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanununa ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine uygun, yazılı sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi düzenlenmesi zorunludur. Bu sözleşme taraf sayısından bir fazla nüsha olarak hazırlanır. Birer nüshası taraflara, bir nüshası da sözleşmenin tarafı olan avukat tarafından kayıtlı olduğu baroya verilir..”

Avukatlık Kanunu'nun 163(1). maddesi ile Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/A maddesi birlikte değerlendirildiğinde, avukatlık sözleşmesinin serbestçe mi düzenleneceği, yoksa yazılı olarak mı yapılacağı konusunda ilk bakışta bir çelişkinin olduğu düşünülebilse de 73/A maddesinin konuyla ilgili önemli bir ayrıntıyı içerdiği gözden kaçırılmamalıdır. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/A maddesi “sürekli avukatlık hizmeti içeren çalışma şekli”ne gönderme yapmaktadır. Yani avukat ile müvekkili arasındaki avukatlık hizmeti ilişkisinin “sürekli” olması aranmakta ve yalnızca bu durumda avukatlık sözleşmesinin yazılı olması gerekmektedir. Adı geçen yönetmelik bu durumda yapılan sözleşmeyi “yazılı sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi” olarak nitelendirmektedir. Anonim şirketlerde esas sermayenin 250.000 TL'nin,²³ yapı

²² Avukatlık sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması durumunda ispat 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki (HMK) genel hükümlere göre yapılacaktır. Avukatlık sözleşmesi, bir hukuki işlem olması sonucu ancak HMK'da öngörülen belli delillerden yararlanılarak ispat edilebilir. Bu doğrultuda kesin delille ispat (senetle ispat) kuralı geçerli olacaktır. ARSLAN, R., YILMAZ, E. ve TAŞPINAR AYVAZ, S. (2016) *Medeni Usul Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s.407; KALE, S. ve KESER, S. (2015) “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, s.711. Kesin delilin bulunmaması durumunda ise (yazılı) delil başlangıcına başvurulabilir, örneğin avukatın vekaletname bilgilerini vermesi veya avukatın yapacağı işi ya da istediği ücreti bir kağıt parçasına (elle) yazarak anonim şirket yetkilisine vermiş olması vb. Delil başlangıcından yararlanabilmek için ilgili belgenin avukat tarafından verilmesi veya gönderilmesi ve avukatlık sözleşmesini tam olarak ispata yeterli olmamakla birlikte varlığını muhtemel kılması gerekmektedir. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz (2016), s.414-415.

²³ Elbette anonim şirketin sona ermesi, feshi, iflası veya başka bir nedenle tüzel kişiliğini

kooperatiflerinde ise ortak sayısının 100'ün altına düşmediği sürece şirket ile avukat arasındaki ilişkinin bu bağlamda "sürekli" olacağı açıktır. Dolayısıyla sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunu yerine getirmek üzere yapılan avukatlık sözleşmeleri açısından serbestçe düzenleme ilkesi geçerli değildir.

Belirtmek gerekir ki Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/A, 73/B, 73/C ve 73/D maddelerini içeren "Sürekli Avukatlık Hizmetlerinde Uygulanacak Esaslar" başlıklı onüçüncü bölüm, Eylül 2008 tarihinde yapılan bir değişiklikle söz konusu yönetmeliğe eklenmiştir.²⁴ Bu değişiklik, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yasal dayanağını oluşturan Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin Şubat 2008 tarihinde yukarıda da değinildiği üzere 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmesini takiben yapılmıştır. Buradan hareketle Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin adı geçen maddeleri, Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesindeki sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun hayata geçirilmesini sağlamak, yasanın uygulanmasını göstermek üzere hazırlanmıştır. Kaldı ki Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/C maddesi, açıkça Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesine gönderme yaparak, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu bağlamında avukatlık sözleşmesine işaret etmekte, böylece İş Kanunu'nu devre dışı bırakmaktadır.

Dolayısıyla Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin, Avukatlık Kanunu'na atıf yapması sonucu, sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüyle kastedilenin avukatlık sözleşmesi olduğu, yoksa iş sözleşmesi olmadığı anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, anonim ve kooperatif şirketlerin bulundurmaları zorunda olduğu avukat, "serbest avukat" (bağımsız avukat) olup,²⁵ yoksa şirket bünyesinde "iş sözleşmesiyle çalışan avukat" (şirket avukatı) değildir.²⁶ Bu doğrultuda sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmek

kaybetmesi durumlarında da sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kanun gereği (*ipso jure*) sona ereceği açıktır.

²⁴ RG tarih: 06.09.2008, no: 26989.

²⁵ Serbest (bağımsız) avukat (*freelance attorney, Rechtsanwalt als Freiberufler*), herhangi bir kişiye bağlı olmaksızın bir avukatlık bürosu bünyesinde çalışan, avukatlık hizmetini serbest meslek faaliyeti şeklinde sunan ve sunduğu bu hizmet karşılığında müvekkillerine serbest meslek makbuzu kesen avukat olarak tanımlanabilir. Serbest meslek faaliyetini tercih etmiş olan avukatın, büro edinme zorunluluğu olup, bürosunun bulunduğu yer vergi dairesine işe başladığını bildirmesi ve serbest meslek kazanç defteri tutarak, serbest meslek makbuzu düzenlemesi gerekmektedir. ÇİNE, Ö. (2014) *Avukatlık Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, s.53-55.

²⁶ İş sözleşmesiyle çalışan avukat (şirket avukatı) (*in-house counsel/lawyer, In-house Jurist*) ise bir ticaret şirketi bünyesinde iş sözleşmesiyle maaşlı olarak istihdam edilen, çalıştığı şirketin hukuk işlerini yerine getiren ve davalarını takip eden, dolayısıyla avukatlık mesleğini şirketine bağlı olarak yapan avukattır. İş Kanunu'nda iş sözleşmesi tanımlanırken kullanılan "bir tarafın (işçi) *bağımlı olarak* iş görmeyi..." ibaresindeki gibi burada avukat, şirkete "bağımlı" olarak çalışmakta olduğundan "işçi" durumundadır. Aksi görüş için bkz. Çine (2014), s.58.

üzere anonim şirketlerin, Türkiye'nin herhangi bir yerindeki bir baroya kayıtlı bir avukat (veya birden fazla avukattan oluşan bir avukatlık bürosu) ile avukatlık sözleşmesi yapması gerekmektedir. Şirket bünyesinde bir şirket avukatı bulursa bile bu yükümlülük yerine getirilmiş olmayacaktır. Zira bu takdirde şirket ile avukat arasında bir avukatlık sözleşmesi değil, iş sözleşmesi söz konusu olacaktır.²⁷

Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü kapsamındaki avukatlık sözleşmesinin yazılı olarak yapılması, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği uyarınca, yasal bir zorunluluktur. Bu nedenle anonim şirketlerin, sözlü olarak bağımsız bir avukat ile avukatlık sözleşmesi yapması durumunda bu yasal zorunluluk yerine getirilmiş olmayacaktır. Buna ek olarak, bu sözleşmenin kapsamında yer alması gereken hususlar, yine aynı yönetmelik tarafından önceden belirlenmiştir. Sözleşme en az üç nüsha olarak düzenlenmeli, taraflarda kalacak birer nüshası dışında bir nüshası da avukat tarafından bağlı bulunduğu baroya iletilmelidir (m.73/A). Baroların da bu sözleşmeler için ayrı bir kayıt defteri tutacağı, sözleşmeleri sıra numarasına göre bu deftere kaydedeceği, sözleşmelerin bir fotokopisini de ilgili avukatın sicil dosyasında saklayacağı hükme bağlanmıştır (m.73/A). Sözleşme karşılığında anonim şirketler, sözleşme süresi boyunca her ay avukata Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ndeki ücreti ödemeyi taahhüt etmekte olup, avukat da tahsil ettiği aylık ödemeler karşılığında kestiği serbest meslek makbuzlarının birer fotokopisini yıl sonunda yine bağlı bulunduğu baroya iletmelidir (m.73/B).

III. SÖZLEŞMELİ AVUKAT BULUNDURMA ZORUNLULUĞUNUN YERİNE GETİRİLMEMESİ

A. Anonim Şirketlerin Cezai Sorumluluğu

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi uyarınca esas sermayesi 250.000 TL ve daha fazla olan anonim şirketler ile 100 veya daha fazla ortağa sahip yapı

²⁷ Kaldı ki 73/A ve 73/B maddelerinde kullanılan sözcük seçimleri, sözleşmeli avukat ile ifade edilmek istenenin avukatlık sözleşmesi kapsamında serbest avukatlar olduğunu göstermektedir. Örneğin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne yapılan atf serbest avukatları çağrıştırmaktadır. Zira söz konusu tarife serbest avukatlara ödenecek ücreti belirlemektedir ve buna karşın, şirket avukatlarının ücreti şirket tarafından serbest piyasa koşullarına uygun olarak serbestçe kararlaştırılabilir. Yine 73/A maddesinde avukatlık sözleşmesinde "Avukatın / avukatlık bürosunun /avukatlık ortaklığının adı, soyadı, unvanı, vergi/TC kimlik numarası"nın bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki şirketin kendi bünyesinde iş sözleşmesiyle çalışan bir avukat olabilse de, bir avukatlık bürosu veya avukatlık ortaklığının bulunması mümkün değildir. Şirket bünyesinde bir avukatlık bürosu veya ortaklığı oluşturmanın hukuken mümkün olmadığı açık olduğundan, kanun koyucunun avukatlık bürosu veya ortaklığına yaptığı atfın nedeninin, sözleşmenin tarafının serbest avukatlar esas alınarak maddenin hazırlanmış olması olduğu söylenebilir.

kooperatiflerinin sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü bulunmakta olup, bu yükümlülüğü yerine getirmek üzere adı geçen şirketlerin Türkiye'nin herhangi bir yerindeki bir baroya kayıtlı bir avukat (veya bir avukatlık bürosu) ile Avukatlık Kanunu bağlamında avukatlık sözleşmesi yapması gerekmektedir. Bu noktada sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne tabi anonim veya kooperatif şirketlerin kendi bünyelerinde iş sözleşmesiyle çalışan avukatları bulunsa dahi bu yükümlülük yerine getirilmemiş olacaktır. Bunun dışında, şirket ile avukat arasındaki "sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi"nin (her ne kadar uygulamada bu ismi taşımak zorunda olmasa da) yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Adi yazılı şekil şartının bulunması sonucu, sözlü olarak yapılan sözleşmeler geçerli olmayacaktır.²⁸ Sözleşmenin üç nüsha yerine tek nüsha olarak düzenlenmesi ise sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne tabi olup da bu yükümlülüğü yerine getirmeyen anonim ve kooperatif şirketler için uygulanacak yaptırım yine Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmeli avukat bulundurmayan anonim ve kooperatif şirketlere, "*Cumhuriyet Savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verilir.*" Dolayısıyla sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda idari para cezası bulunmakta olup, bu ceza kanunda maktu olarak değil, nispi olarak belirlenmiş ve yürürlükteki brüt asgari ücret tutarına²⁹ endekslenmiştir. Bu tutar 2017 yılı için **3,555 TL**'dir (1,777.50 TL x 2).³⁰ Söz konusu idari para cezası tek sefere mahsus değil, yükümlülüğün yerine

²⁸ Şüphesiz anonim şirket adına sözleşmeyi, şirketi temsile yetkili yönetim kurulu üye veya üyeleri imzalamalıdır. Bu bağlamda anonim şirket esas sözleşmesinde aksi öngörülmemişse veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa, avukatlık sözleşmesini imzalama yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna ait olacaktır (TTK m.370(1)). Ancak yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya birden fazla murahhas üyeye veya murahhas müdüre devretmişse, bu kişi veya kişilerin sözleşmeyi imzalaması şarttır (TTK m.370(2)). Herhalükarda şirketi temsile yetkili olmayan ortakların veya üyelerin şirketin ticaret unvanı altında imzalayacağı sözleşmeler şirketi bağlamayacağından, sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü de yerine getirilmiş olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki şirketin tabi olduğu bu yükümlülüğü yerine getirmek üzere yönetim kurulu üyesi veya üyelerinin şirket adına avukatlık sözleşmesi imzalamaları için, bunun kanuni bir yükümlülük olması ve şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olması sonucu, genel kurul kararına ihtiyaç bulunmamaktadır (TTK m.374).

²⁹ Her ne kadar 2008 yılında Avukatlık Kanunu'na eklenen 35(3). maddede "*on altı yaşından büyük işçiler*" için asgari ücrete gönderme yapılmış olsa da, 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren asgari ücrette 16 yaş altı ve 16 yaş üstü ayrımı ortadan kaldırıldığından, maddedeki gönderme de Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından her yıl Aralık ayı sonunda belirlenen 16 yaş altı ve üstü için geçerli asgari ücret oranına yapılmış sayılacaktır.

³⁰ Asgari ücrete bağlı olarak her yıl değişen bu tutar 2016 yılında 3,395 TL'ydi (1,697.50 TL x 2). 2015 yılı ve öncesinde ise yıllık tek bir tutar yerine, 6 aylık dönemlerde geçerli iki farklı asgari

getirilmediği her ay için uygulanacaktır. Bu doğrultuda 2017 yılı içerisinde sözleşmeli avukat bulundurmayan ilgili anonim şirketlere yıl sonunda uygulanacak ceza tutarı toplam **42,660 TL**'yi (3,555 TL x 12) bulabilecektir. Bu ceza mahkeme veya baro tarafından değil, Cumhuriyet Başsavcılığı (Kabahatler Bürosu) tarafından verilecektir.³¹

Avukatlık Kanunu Yönetmeliği, sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne aykırı davranan anonim şirketler hakkında bahsi geçen yaptırımın uygulanabilmesi açısından, ilgili şirket merkezinin bulunduğu yerdeki baro tarafından, o yerdeki Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacağını hükme bağlamıştır (m.73/C). Böylece Cumhuriyet Başsavcılığının re'sen harekete geçmesine ek olarak, barolara da yükümlülüklerine aykırı davrandığını tespit ettiği şirketler hakkında yetkili makamlara başvurma yetkisi tanınmıştır. Bu yetki barolar için aynı zamanda bir görevdir. Suç duyurusunda bulunan baro başkanlıkları, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği uyarınca konuyla ilgili çalışmalarının sonuçlarını rapor haline getirerek, her yıl sonunda Türkiye Barolar Birliği'ne (TBB) bildirme yükümlülüğü altındadır (m.73/C). Suç duyurusunun ardından veya re'sen harekete geçen Cumhuriyet savcısı, başlatacağı soruşturma kapsamında öncelikle ilgili şirketin sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne tabi olup olmadığını belirleyecek, yükümlülüğün bulunduğu karar verdikten sonra da avukatlık sözleşmesinin olup olmadığını araştıracaktır.

Her ne kadar sözleşmeli avukat bulundurmayan anonim şirketlere uygulanacak yaptırım olarak idari para cezası öngörülmüşse de, burada idari işlem den çok yargısal nitelikte bir yetki söz konusudur. Bu nedenle Cumhuriyet Başsavcılığının yaptırım kararlarına karşı yargı yolu adli yargı olacaktır.³²

ücret oranı bulunmaktaydı. Sözleşmeli avukat bulundurmama nedeniyle şirketlere (2015 ve öncesine yönelik olarak idari para cezası kesilmesi durumunda, ilgili yıl ikiye ayrılarak ilk altı aydaki tutar ayrı, ikinci altı aydaki tutar ayrı hesaplanacaktır. Örneğin 2015 yılında bu tutar 01.01.2015-30.06.2015 arası için yükümlülüğün yerine getirilmediği her ay için 2,403 TL (1,201.50 TL x 2) ve 01.07.2015-31.12.2015 arası için ise yine her ay için 2,546 TL'dir (1,273 TL x 2).

³¹ Hatırlanacağı üzere Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde yaptırımı uygulayacak makam "*mahallin en büyük mülkî idari amiri*" idi. Yani illerde valilik, ilçelerde ise kaymakamlık tarafından yaptırım uygulanmaktaydı. 5728 sayılı Kanun sonrası ise bu makam artık Cumhuriyet Başsavcılığıdır.

³² Buna benzer bir olayda 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 20(j). maddesine aykırılık nedeniyle Bakanlık yetkililerince tutanak tutulup daha sonra ilgili maddeyi ihlal eden şirkete idari para cezası verilmesi için Cumhuriyet Başsavcılığına başvurulmuştur. Cumhuriyet savcısı idari yaptırımı hükmetmiş, söz konusu şirket de bu karara karşı sulh ceza mahkemesine başvurmuştur. Sulh ceza mahkemesi görevsizlik kararı vermiş, bunun üzerine davacı davasını yetkili idare mahkemesinde açmıştır. İdare mahkemesinin de görevsizlik kararı vermesi üzerine dosya Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen idari para cezalarına karşı başvurulacak yargı

Avukatlık Kanunu'nda Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilecek idari para cezalarına karşı başvuru mercii belirtilmediğinden,³³ konuya ilişkin olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmeyen anonim şirketler, Cumhuriyet savcılarının yaptırım kararına karşı, kararın kendilerine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliklerine başvurabilir (Kabahatler Kanunu m.27(1)). Sulh ceza hakimliğinin "başvurunun reddi" kararı vermesi halinde ise şirketler, durumu öğrenmelerinden itibaren 7 gün içerisinde bir sonraki numaralı sulh ceza hakimliğine itiraz edebilecektir (CMK m.268(3)(a)). İtiraz üzerine verilecek kararlar kesin olup (CMK m.271(4)), istinaf veya temyiz kanun yoluna başvuru imkanı bulunmamaktadır.

B. Sözleşmeli Avukatların Disiplin Sorumluluğu

Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü elbette anonim ve kooperatif şirketler için geçerli olmakla birlikte, bu yükümlülüğe aykırı hareket nedeniyle yaptırım uygulanacak tek (tüzel) kişi anonim ve kooperatif şirketler değildir. Başka bir deyişle, sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü kapsamında hazırlanan avukatlık sözleşmelerinin, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'ne uygun olarak yapılmaması durumunda avukatın da sorumluluğu bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin "*Disiplin Sorumluluğu*" başlıklı 73/D maddesinde avukatın disiplin sorumluluğuna işaret edilmiştir. Buna göre söz konusu yönetmeliğin "*73/A ve 73/B maddelerine aykırı davranışlar ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılması Meslek Kurallarına aykırılık oluşturur.*" Adı geçen maddede avukatlar hakkında, sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne tabi şirketlerde olduğu gibi bir idari para cezası öngörülmemiş, bunun yerine (Avukatlık) Meslek Kuralları'na³⁴ atıfta

yolunun adli yargı (karar tarihi itibarıyla sulh ceza mahkemeleri) olduğuna karar vererek, somut olayda adli-idari yargı mahkemeleri arasındaki olumsuz görev uyumsuzluğunu çözmüştür. Uyuşmazlık Mahkemesi, 09.04.2012 tarih ve E.2011/65 ve K.2012/65 sayılı karar. Bu karardan anlaşılacağı üzere sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün ihlali gerekçesiyle baronun suç duyurusu üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından anonim şirketler hakkında verilebilecek idari para cezalarına karşı da başvuru yolu adli yargı olacaktır.

³³ Hatırlanacağı üzere Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde Cumhuriyet savcılarının verdiği idari para cezalarına karşı "*tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir*" hükmü bulunmaktaydı. 5728 sayılı Kanun ile birlikte itiraz yolu ve süresi Avukatlık Kanunu'ndan çıkarılmış ve genel hükümlere tabi kılınmıştır.

³⁴ Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca bütün avukatların uymakla yükümlü olduğu Meslek Kuralları, doğrudan Avukatlık Kanunu'nda veya Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde düzenlenmemiş olup, TBB'nin 1971 tarihli bir genel kurulunda kabul edilerek aynı yıl TBB Bülteni'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

bulunularak mesleki açıdan disiplin cezası³⁵ verilebileceğine işaret edilmiştir.

Öncelikle sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü bulunmasına rağmen avukatlık sözleşmesinin hiç yapılmaması durumunda yalnızca ilgili şirketin sorumluluğu doğacak ve hakkında idari para cezası uygulanabilecek, bir avukatlık sözleşmesi kurulmadığından dolayı avukatın ise haliyle herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/A maddesine aykırı olarak avukatlık sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması durumunda, ortada geçerli bir sözleşme olmayacağından hem şirkete idari para cezası uygulanabilecek, hem de sözleşmeyi yazılı yapmayan avukatın disiplin sorumluluğu doğabilecektir. Başka bir ihtimal olarak, sözleşmenin yazılı yapılmasıyla birlikte içeriğinin 73/A maddede belirtilen hususlardan bir veya birkaçını içermemesi durumunda, ortada maddi hukuk açısından yine de geçerli bir sözleşme olacağından şirketin sorumluluğu doğmayacak, ancak avukatın disiplin sorumluluğu doğabilecektir. Son olarak, avukatlık sözleşmesinin üç nüsha düzenlenmemesi durumunda da, en azından bir nüshası şirkette bulunduğu sürece³⁶ şirketin sorumluluğu doğmayacak, ancak bir nüshayı baroya iletmediğinden dolayı avukatın disiplin sorumluluğu doğabilecektir.

Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/A maddesinde avukatın avukatlık sözleşmesini baroya iletme yükümlülüğü düzenlenmişken, 73/B maddesinde ise şirketten ay bazında tahsil ettiği ücretlere ilişkin olarak kestiği serbest meslek makbuzu örneklerini, her yılsonunda kayıtlı olduğu baroya bildirme yükümlülüğüne yer verilmektedir. Bu doğrultuda avukat her takvim yılı sonunda³⁷ şirkete kestiği serbest meslek makbuzlarının bir örneğini

³⁵ Avukatlık Kanunu'nun 134. maddesinde avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunan avukatlar hakkında disiplin cezalarının uygulanabileceği kabul edilmiş, 135. maddede ise bu kapsamda uygulanabilecek disiplin cezalarının neler olduğu sayılmıştır. Bunlar arasında uyarma, kınama, disiplin para cezası, işten çıkarma ve meslekten çıkarma bulunmaktadır. Baro yönetim kurulu tarafından verilecek karar ile hakkında disiplin kovuşturması başlatılan avukata (m.141(1)), ilk defasında en az kınama, tekrarında ise davranışın ağırlığına göre para veya işten çıkarma cezası uygulanabilir (m136(1)).

³⁶ Aslında ne Avukatlık Kanunu, ne de Avukatlık Kanunu Yönetmeliği sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne tabi anonim şirketlere sözleşmelerini baroya bildirme yükümlülüğü getirmektedir. Ancak uygulamada şirket merkezinin kayıtlı olduğu yer barosu tarafından şirketlere uyarı yazısı gönderilmekte ve avukatlık sözleşmesinin bir nüshasını, ücret ödemelerini gösteren serbest meslek makbuzlarının fotokopileriyle birlikte, 10 gün içinde baroya bildirmeleri, aksi takdirde haklarında idari para cezası uygulanması açısından Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacağı ihtar edilmektedir. Böyle bir ihtar muhatap olma ihtimali göz önüne alındığında, şirketlerin sözleşmenin bir nüshasını kendi kayıtları için saklamaları ispat açısından faydalı olacaktır.

³⁷ Burada "yıl" ile hangi zaman diliminin kastedildiği açıklanmamakla birlikte, şirketlere idari para cezasının sözleşmeli avukat bulundurmadıkları her ay için aylık bazda uygulanacağı

bağlı bulunduğu baroya iletilecek ve bu örnekler avukatın sicil dosyasında saklanacaktır. Dolayısıyla avukatlık sözleşmesi kapsamında avukatın, serbest meslek makbuzlarını baroya ilememesi veya hiç serbest meslek makbuzu kesmemesi durumunda disiplin sorumluluğu doğacak, ancak bu durumda ilgili şirketin bir sorumluluğu olmayacaktır. Burada bir ihtimal de ilgili şirketin avukata her ay yapması gereken ücret ödemelerini yerine getirmemesidir. Şüphesiz bu durum avukatlık sözleşmesine aykırılık oluşturacak ve şirketin özel hukuk sorumluluğuna yol açacak olsa da, avukat tarafından feshedilmediği sürece³⁸ ortada hala geçerli bir sözleşme olduğundan sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü yerine getirilmiş olacaktır.

73/D maddesinde avukatın disiplin sorumluluğu açısından hükme bağlanan son durum ise sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu kapsamında düzenlenen avukatlık sözleşmelerinde Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi altında bir vekalet ücretinin kararlaştırılmış olmasıdır. Avukatlık Kanunu'nun 164(4). maddesinde kabul edilen, avukatlar ile müvekkileri arasında asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılmayacağına ilişkin genel kural burada da tekrarlanmıştır. Anonim şirketler tarafından sözleşmeli avukatlara ödenecek aylık asgari ücret 2017 yılı için **1,650 TL**'dir.³⁹ Şayet sözleşmeli avukata bu miktarın altında ödeme yapılırsa avukatın disiplin sorumluluğu doğacak, ancak şirketin bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ayrıca Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre sözleşmeli avukatın takip ettiği davaların veya yaptığı işlerin söz konusu tarifedeki karşılığının, yıllık toplam ücret olan **19,800 TL**'den (1,650 TL x 12) fazla olması durumunda, aradaki eksik miktar avukata ayrıca ödenecektir. Dolayısıyla 1.650 TL asgari bir tutar olup, iş yüküne göre sözleşmeli avukata daha fazla ücretin ödenmesi mümkün olacaktır.

düşünüldüğünde, bu ibareyi takvim yılı olarak anlamak uygun olacaktır. Bu doğrultuda avukat, her takvim yılı sonunda sözleşmenin bir örneği ve o yıla ilişkin kestiği serbest meslek makbuzlarını baroya iletilecektir. Sözleşmenin bir sonraki takvim yılında yenilenmesi durumunda ise eski sözleşmenin aynı koşullarla yenilendiğini içerir bir beyan ile yeni dönemdeki serbest meslek makbuzlarının baroya iletilmesi gerekecektir.

³⁸ Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/A maddesi uyarınca sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu kapsamında hazırlanacak yazılı avukatlık sözleşmelerinin, sözleşmenin "sona erme koşulları"nı içermesi gerekmektedir. Uygulamada sona erme hali olarak tarafların karşılıklı olarak anlaşması durumunun veya ücretin ödenmemesi durumunda avukat tarafından tek taraflı olarak feshetme imkanının düzenlendiği gözlemlenmektedir.

³⁹ Kooperatif şirketler için ise bu tutar 2017 yılı için **1,100 TL**'dir.

IV. SÖZLEŞMELİ AVUKAT BULUNDURMA ZORUNLULUĞUNUN KABUL EDİLMESİ ARDINDAKİ NEDENLER

A. Yasama Süreci ve Komisyon Raporları

Yukarıda Avukatlık Kanunu'nun esas sermayesi 250.000 ve üzeri olan anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu içerdiği ifade edilmiş, bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği ve yerine getirilmemesi halinde yaptırımlarının neler olduğu açıklanmıştı. Ancak yanıtlanması gereken önemli bir soru ise söz konusu yükümlülüğün neden kabul edilmiş olduğu, başka bir deyişle bu yükümlülüğün arkasında hangi hukuki veya ekonomik ya da rasyonel gerekçelerin bulunduğudır. Yükümlülüğün yerine getirilmesinin anonim şirketlere maliyetinin yıllık yaklaşık 20.000 TL, buna karşın yerine getirilmemesinin maliyetinin ise yaklaşık 42.000 TL -ki bu miktar neredeyse kuruluşunda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın iznini gerektirmeyen anonim şirketler için TTK'da kabul edilen minimum esas sermaye tutarı kadardır- olmasından hareketle, her ne kadar rasyonel şirketlerin bu yükümlülüğü yerine getirme yoluna gidecekleri düşünülse de,⁴⁰ söz konusu yükümlülüğün hiç olmaması durumunda şirketler açısından hiçbir maliyetin olmayacağı da hesaba katılırsa, bu yükümlülüğü haklı kılacak yasal gerekçelerin bulunması gerekmektedir.

Hatırlanacağı üzere sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yasal dayanağını oluşturan Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi, 2008 yılında 5728 sayılı Kanun ile değiştirilerek mevcut halini almıştır. 5728 sayılı Kanun'un,

⁴⁰ Burada hukuk ve ekonomi (*law and economics*) öğretisindeki kavramlarla durum daha net biçimde anlaşılabilir. Hukuk kurallarının ekonomik analizinde yer tutan davranış teorilerinden olan rasyonel seçim teorisi (*theory of rational choice*) ve özellikle beklenen fayda teorisi (*expected utility theory*) ışığında anonim şirketlerin sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, tipik bir fayda-maliyet analiziyle açıklanabilir (bu kavramların açıklaması için bkz. SANLI, K.C. (2007) *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, Arıkan Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, s.25-35). Şirketlerin avukat bulundurmasının maliyeti yıllık yaklaşık 20.000 TL, buna karşın bulundurmamasının maliyeti ise yıllık yaklaşık 40.000 TL'dir. Buna ek olarak, avukat bulundurmanın şirkete faydası ilk olarak yaptırımdan kurtulmaktır ve bunun dışında, aşağıda değinileceği üzere, başkaca faydaları da olabilir. Rasyonel şirketler avukat bulundurmanın faydasının, maliyetinden fazla olduğuna karar verdiği an, avukat bulunduracak, buna karşın maliyetin, faydadan fazla olduğunu düşündükleri an ise avukat bulundurmayacaktır. Belirsizlik altında bir seçim yaparken şirketler denetimlerin sıklığı, denetim yapmanın maliyetinin düşük olup olmadığı ve böylece yaptırıma muhatap olma olasılığını göz önünde bulunduracaktır. Bu doğrultuda özellikle kurumsal anonim şirketlerin, yükümlülüğün faydalarının, maliyetinden yüksek olduğunu hesap edip, 2016-2017 sonrası denetimlerin de arttığını göz önünde bulundurarak risk almak istemeyip, sözleşmeli avukat bulundurma yoluna gidecekleri söylenebilir. Buna karşın, daha küçük ölçekli anonim şirket sahiplerinin, yükümlülüğün faydalarından çok maliyetine yoğunlaşmış, denetimlerin de tam anlamıyla yaygınlaşmamasını fırsat bilerek risk alıp, sözleşmeli avukat bulundurmaya tahmin edilebilir.

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesini değiştiren 329. maddesinin madde gerekçesi ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (Meclis) Adalet Komisyonu Raporu incelendiğinde sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne ilişkin olarak herhangi bir açıklamada bulunulmadığı, sadece maddede öngörülen ceza hükmündeki değişikliğin nedenine ilişkin bilgi verildiği görülmektedir.⁴¹ 5728 sayılı Kanun'un, adından da anlaşılacağı üzere, temel ceza kanunlarına uyum amacıyla çeşitli kanunlarda değişiklik yapılması için hazırlandığı düşünüldüğünde bu durum normal karşılanmalıdır. Şu durumda Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesini değiştirerek iş bu kanuna ilk kez sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunu ekleyen 4667 sayılı Kanun'un 22. maddesinin madde gerekçesi ve adı geçen kanunun genel gerekçesi incelenmelidir.

1999-2000 yılları arasında Meclis'te Avukatlık Kanunu'nda birtakım değişiklikler öngören ve önceki hükümet döneminden kalan (kadük olan) çeşitli kanun teklifi ve tasarılarının görüşülmesi sırasında, bunların daha sonra 4667 sayılı Kanun'u oluşturacak tek bir metinde birleştirilmesine karar verilmiştir.⁴² Yasama çalışmaları sürecinde başta tüm tüzel kişilerin yargı makamları önünde avukatlar tarafından temsil edilmesi teklif edilmiş ve anonim şirketler için "hukuk müşaviri avukat" bulundurma zorunluluğunun getirilmesi önerilmiştir. Görüşmeler sonucunda hazırlanan taslak metinde ise tüzel kişilerin yargı makamları önünde avukatlar tarafından temsil edilmesi zorunluluğu çıkarılmış, ancak anonim şirketler için olan avukat bulundurma zorunluluğu yapılan bazı değişikliklerin ardından kabul edilmiştir. Buna göre anonim şirketlerin bulundurması gereken avukatın, "hukuk müşaviri avukat" yerine "sözleşmeli avukat" olmasına karar verilmiş, ayrıca tüm anonim şirketler yerine bugün yürürlükteki kriter olan yalnız esas sermayesi TTK'daki aşgari esas sermaye tutarının beş katı veya daha fazlası olma kriteri eklenmiştir.⁴³

⁴¹ İlgili madde gerekçesine göre: "[m]addeyle, fıkrada yer alan para cezasının idarî para cezası olduğu belirtilmiş ve bu para cezasının mahallî mülkî amir tarafından verileceği hükme bağlanmıştır. Diğer yandan, idarî yaptırım kararlarının verilmesi, kanun yolu, kesinleşmesi, takip ve tahsil usulü Kabahatler Kanununun genel hükümler kısmında ayrıntılı olarak düzenlendiğinden bu hükümlere madde metninde yer verilmemiştir." 5728 sayılı Kanun'a ilişkin Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf> (Erişim tarihi: 02.07.2017).

⁴² Bunlar "Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" (1/422), "Avukatlık Kanununa Bazı Maddelerin Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı" (1/411) ve bir milletvekilinin hazırladığı "1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Teklifi"dir (2/317).

⁴³ Adalet Komisyonu Raporu'nda konuyla ilgili şu tespitlere yer verilmiştir: "Teklifin çerçeve 29 uncu maddesiyle Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının değiştirilmesi öngörülmektedir. Maddenin birinci fıkrası ile ilgili değişiklik, yürürlükteki düzenleme daha uygun görülerek metinden çıkarılmış, üçüncü fıkranın başında yer alan 'Gerçek' kelimesi tüzel kişileri de madde kapsamına almak amacıyla metinden çıkarılmış, fıkra yapılan ilave ile Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde öngörülen esas

4667 sayılı Kanun'un yasalaşma sürecinde Adalet Komisyonu Raporu incelendiğinde sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun gerekçelerine rastlanılamamakta, anonim şirketlere neden sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü getirildiği sorusunun yanıtı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, adı geçen rapora muhalefet şerhi koyan komisyon üyesi bir milletvekilinin tespitleri incelenmeye değerdir. Gerek tasarının genel amaçlarına, gerekse sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna itiraz eden milletvekilinin muhalefet şerhinden, yasama faaliyetleri sırasında birtakım tartışmaların yaşandığı anlaşılmaktadır. Öncelikle söz konusu milletvekili, komisyon başkanı ve üyelerinin “%85-90’ına yakını[nın] avukat olan kişiler”den oluştuğunu belirtmiş ve tasarıyla birlikte komisyonun, vatandaşların haklarının korunmasını temel ilke edinmek yerine, bu hususu tamamen göz ardı ederek “tek amaç olarak avukatları korumaya yönelik düzenleme” yapma yoluna gittiğini, böylece halk ve ülke yararının rafa kaldırıldığını, hatta tasarının “avukata avantadan kazanç sağlamaktan başka bir amaç taşı[madığını]” ileri sürmüştür.

Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin olarak ise söz konusu milletvekili, bu yükümlülüğün aslında “tüm kurumlar vergisi mükellefleri ile vakıf ve kooperatiflere teşmil edilmek isten[diğini]” kaydetmiştir. Buradan hareketle sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun aslında sadece anonim şirketlerle sınırlandırılmak istenmediği ve doğrudan anonim şirketlerin hedef alınmadığı anlaşılmaktadır. Buna ek olarak, söz konusu milletvekili bu düzenlemenin yasalaşması durumunda avukatlık mesleğinin ekonomik yönden çok cazip hale geleceğini, “başta milletvekili olan avukatlar olmak üzere çevresi olan avukatlar[ın] [pek çok] anonim veya kooperatif şirketin avukatlığını alaca[ğını]” ve bu suretle çok yüksek kazanç elde edeceklerini, vatandaşların normal avukatlık ücret tarifesi ile avukat bulamayacağını, çünkü “her biri 25-50 anonim veya kooperatif şirket avukatlığını çok yüksek ücretle alma avantajına sahip olacak avukatın gidip mahkeme salonlarında normal avukatlık ücret tarifesiyle iş yapma ihtiyacı da kalmayaca[ğını]” vurgulamıştır. Yapı kooperatifleri için aynı yükümlülüğün getirilmesi de söz konusu milletvekilinin eleştirilerden nasibini almıştır.⁴⁴

sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatiflerine sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu getirilmiş, bu hususa uymayanlar hakkında müeyyide konulmuş ve çerçeve madde yapılan bu düzenlemeye uygun olarak değiştirilmek suretiyle 22 nci madde olarak kabul edilmiştir.” 4667 sayılı Kanun’a ilişkin Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c062/tbmm21062094ss0413.pdf> (Erişim tarihi: 04.07.2017).

⁴⁴ Söz konusu milletvekili yapı kooperatiflerine getirilen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuyla ilgili olarak ise şu tespitlerde bulunmuştur: “...amacı ortaklarına bir konut sağlamak olan yapı kooperatiflerinin avukat tutma zorunluluğu bu kooperatifleri kuramaz

B. Kurumsal Yönetim

Her ne kadar Adalet Komisyonu'nda tartışılmasa da (veya Komisyon'da tartışılmış ama Adalet Komisyonu Raporu'na yansımış olmasa da) anonim şirketlere sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü getirilmesini "kurumsal yönetim" (*corporate governance*) ilkeleri ile açıklamak mümkündür. Kurumsal yönetim kavramı, anonim şirketler için sözleşmeli avukat ile çalışma zorunluluğunun teorik temelini ve haklı gerekçesini oluşturabilir. Diğer bir ifadeyle, anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kabul edilmesi kurumsal yönetim ilkelerinin gereği olarak değerlendirilebilir. Genel bir tanım yapmak gerekirse, kurumsal yönetim; bir şirketin düzgün, etkin ve şeffaf bir şekilde yönetilmesini sağlamak suretiyle gerek ticari amaçlarını gerçekleştirmede şirketin kendisine, gerekse şirketin malvarlığının ve bu vesileyle pay sahipleri ile alacaklılarının menfaatlerinin korunmasına yardımcı olan bir yönetim biçimidir.⁴⁵ Kurumsal yönetim özellikle pay senetleri borsada işlem gören, yani halka açık anonim şirketler açısından gündeme gelmektedir.⁴⁶

hale getirecek ve ayrıca tasfiyeleri yılları alan bu kooperatiflerde avukat hiçbir iş yapmadan ayda milyarlarca varan ücret alacaktır." Bu ifade kooperatif şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu öngörülmesini eleştirmekte, ancak söz konusu zorunluluğunun hangi gerekçeyle getirildiğini açıklamamaktadır. 4667 sayılı Kanun'un Meclis Genel Kurulu'nda görüşüldüğü sırada tutanaklara geçen beyanları inceleyen bir yazar, "yapı kooperatiflerindeki usulsüzlükler ve yolsuzluklar ve aynı zamanda işi bilememe, sözleşmeleri düzgün yapamama yüzünden üyeleri[ni] zarar uğrattıkları" gerekçesiyle yapı kooperatifi için de sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun getirildiğini ortaya koymuştur. Güner (2015), s.165.

⁴⁵ Kurumsal yönetimin amaçları ve özellikleri arasında şirketlerin yöneticileri ile pay sahipleri (ortakları), alacaklıları ve diğer paydaşlar (çıkarcı grupları) arasındaki ilişkileri düzenlemek, pay sahiplerinin her daim menfaatlerini gözetecek şekilde şirketlerin yönetilmesine yardımcı olmak, şirket çatısı altında yeterli ve uygun bir kontrol mekanizmasının işlemlerini temin ederek şirketin malvarlığının korunmasını sağlamak, şirkette tüm güçleri elinde toplayacak tek adamların oluşmasını önlemek ve yatırımcıların şirkete yatırım konusunda göz önünde bulundurduğu şeffaflık ve hesap verilebilirliği arttırmak bulunmaktadır. MALLIN, C.A. (2015) *Corporate Governance*, 5. Bası, Oxford University Press, Birleşik Krallık, s.8-9.

⁴⁶ TTK'da bazen "halka açık anonim şirket", bazen de "pay senetleri borsada işlem gören şirket" kavramları kullanılmaktadır. TTK'da tanımlanmayan "pay senetleri borsada işlem gören şirket" (veya bazı yerlerde geçtiği üzere "sermaye piyasası araçları borsada veya teşkilatlanmış diğer bir piyasada işlem gören şirket") kavramı, halka açık anonim şirketlerden başka bir şirket değildir. Ancak her halka açık şirketin payları borsada işlem görmeyebilir. Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca 250 ve daha fazla ortağa sahip olmaları sonucu halka açık sayılan anonim şirketlerin pay senetleri derhal borsada işlem görmeyebilecektir. Belirtmek gerekir ki halka açık anonim şirket olup da payları borsada henüz işlem görmeye başlamayan şirketler için bu statü, söz konusu kanunun 16(2). maddesi uyarınca en fazla iki yıl sürebilir. İki yılın bitiminin ardından SPK, bu şirketleri halka açık anonim şirket statüsünden çıkarabilir. MEMİŞ, T. ve TURAN, G. (2017) *Sermaye Piyasası Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, s.97-99.

Kurumsal yönetim, daha çok şirketin iç işleyişi, organizasyonu, şirket ile yöneticiler ve pay sahipleri arasındaki ilişkiler vs. ile ilgili olsa da bu süreçte avukatlara da rol düşebilir. Örneğin şirket işlerindeki hukuka aykırılıkların daha doğmadan önlenmesi veya doğduktan sonra ortaya çıkarılması ve bu bağlamda pay sahipleri ile yatırımcıların bilgilendirilmesi, şirket açısından uyulması zorunlu yasal mevzuatın tespiti ve gerekli uyumun sağlanması, şirketin ve yöneticilerin mevzuata uyum sağlanamamasından doğabilecek yaptırımlarla muhatap olmasının önüne geçilmesi, şirketin işçilerine veya alacaklılarına olan borçlarının veya tazminatların zamanında ödenmesi suretiyle ileride doğabilecek faiz ve diğer giderler nedeniyle sermayenin eksilmesinin engellenmesi, kaybetme riski yüksek olan davaların daha başından açılmamasının sağlanması suretiyle şirketin varlıklarının ve ticari itibarının korunması, bağımsız denetime tabi olsa da şirket hesaplarının bir de hukukçu gözüyle mercek altına alınması, bu sayede şirketin içinin boşaltılmasının önlenmesi gibi pek çok konuda avukatların da şirketin düzgün, etkin ve şeffaf bir şekilde yönetilmesine katkı yapabileceği yadsınamaz.

Sonuç olarak, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin yasama süreci incelendiğinde düzenlemenin kabul edilmesi ardındaki nedenlere ulaşılamamaktadır. Adalet Komisyonu'nun raporlarından söz konusu zorunluluğun, daha çok avukatların lehine olması durumunun tartışıldığı, bunun dışında anonim şirketlere fayda ve maliyetlerinin etraflıca değerlendirilmediği gözlemlenmektedir.⁴⁷ Ayrıca yükümlülüğün ayrıntılı olarak da düzenlenmediği, ilk halinde tüm anonim şirketleri kapsadığı, sonrasında ise esas sermayenin beş katı kriterinin benimsendiği görülmektedir. Her ne kadar dikkate alınmamış olsa da, kurumsal yönetim ilkelerinin gereği olarak şirket avukatı bulunmayan halka açık anonim şirketler için böyle bir yükümlülük öngörülebilir. Ancak kanundaki düzenleme, şirketin halka açık olup olmamasını değil, esas sermayesini dikkate almaktadır. Kurumsal yönetimin son 20 yılda, özellikle 2000'li yılların başından itibaren telaffuz edilmeye ve global çapta

⁴⁷ Hukuk ve ekonomi öğretisi jargonuyla durum açıklanmak istenirse, sözleşmeli avukat bulundurmaya ilişkin olarak bir piyasa aksaklığının (*market failure*) bulunmadığı, bu nedenle giderilmesinde toplumun geneline fayda sağlayabilecek bir yararın (kamu yararının) söz konusu olmadığı, daha ziyade burada bir lobi faaliyetinin olduğu ve düzenleme tuzağına (*regulatory capture*) benzer bir durumun yaşandığı anlaşılmaktadır. Düşüncemize göre hukuk ve ekonomi öğretisi; şirketlerin hukuk işlerinin akıbetine ilişkin olarak sözleşmeli avukatların fayda-maliyet analizi yapabileceklerini, bu sayede şirketlere belli katkılarının olabileceğini, sözleşmeli avukat bulundurmaya zorunlu hale getiren bir yasal düzenlemenin de bu bağlamda şirketlerde avukatlara daha yaygın görev verilmesine imkan vereceğini kabul etmekle birlikte, son tahlilde sözleşmeli avukatla çalışmaya ilişkin yasal bir zorunluluğun getirilmemesini ve bu kararı şirket sahiplerinin kendilerinin vermesini, zira burada sosyal maliyetlerin aşgariye indirilmesi açısından çözüme kavuşturulması zorunlu bir piyasa aksaklığının olmadığını öne sürecektir.

bir ivme kazanmaya başladığı,⁴⁸ buna karşın söz konusu yükümlülüğün 2001 yılında getirilmiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kanundaki kriterin esas sermaye yerine halka açıklık olarak güncellenmesi düşünülebilir.

V. SÖZLEŞMELİ AVUKAT BULUNDURMA ZORUNLULUĞUNA YAPILABİLECEK İTİRAZLAR

İlk kez 2001 yılında mevzuata eklenen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, 2008 yılında Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinde yapılan değişiklikle son halini almıştır. Bunca yıldır mevzuatta bulunan bu hüküm, uzun bir süre uygulama alanı bulmamış, bu yükümlülüğe tabi pek çok anonim şirket sözleşmeli avukatla çalışma yoluna gitmemiştir. Durum böyle olunca, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun "ölü doğmuş" bir hükümden öteye gitmediğine ilişkin yorumlar yapılmıştır. Ancak 2016 yılı sonu ve 2017 yılı başından itibaren Türkiye çapında çeşitli barolar tarafından söz konusu zorunluluğun yerine getirilip getirilmediği denetlenmeye başlanmıştır. Denetimlerin artmaya başlamasıyla birlikte konu kamuoyunun dikkatini çekmiş, yazılı basında da kendisine sıkça yer bulur hale gelmiştir. Gerçekten kanunda ve yönetmelikte sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun mevcut düzenleniş biçimi değerlendirildiğinde, bu yükümlülüğün pek çok açıdan tartışmalı noktalarının bulunduğu görülmektedir.

Öncelikle anonim ve kooperatif şirketlere zorunlu olarak bir avukat bulundurma yükümlülüğünün getirilmesi, Anayasa'da güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün ihlaline yol açabilir. Bunun dışında, uygulamanın yalnızca esas sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan anonim şirketler ile ortak sayısı 100 ve üzeri olan yapı kooperatifleri için olması ve hukuki iş ve davalarının sıklığı ile iş yükleri dikkate alınmadan tüm bu şirketlerin, tek tip bir ücreti sözleşmeli avukatlara ödemek zorunda kalmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabilecektir. Ayrıca şirket avukatı bulunsa bile sırf ilgili yükümlülüğü yerine getirmek üzere serbest avukatlarla sözleşme yapılmak zorunda kalınması da eleştiri konusu olabilir. Buna ek olarak, ilgili düzenlemenin yalnızca avukatların lehine olduğu, şirketler açısından gereksiz yere bir mali yük getirdiği de sıkça dile getirilmektedir. Son olarak, denetimlerin keyfi yapılması, yalnızca bazı illerde veya bazı şirketler hakkında baroların konunun takipçisi olmasına da itiraz edilmektedir. Bu bölümde bu eleştiriler değerlendirilmektedir.

A. Sözleşme Özgürlüğünün İhlali

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinde anonim ve kooperatif şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün öngörülmesi sonucu söz konusu şirketler, ister hiç ihtiyaç duymasın ister duysun, hukuki iş ve

⁴⁸ Mallin (2015), s.15

davalarında kendilerine yardımcı olmak üzere bir sözleşmeli avukat ile çalışmak zorundadır.⁴⁹ Başka bir deyişle, Avukatlık Kanunu'nun ilgili hükmü, esas sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan anonim şirketler ile ortak sayısı 100 ve üzeri olan yapı kooperatiflerine, yükümlülüklerini yerine getirmek adına bir avukatla (veya avukatlık bürosuyla) sözleşme yapmaya zorlamaktadır. Buradan hareketle sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün, 1982 Anayasası'nın 48. maddesinde⁵⁰ düzenlenen sözleşme özgürlüğü karşısında sorunlara yol açabileceği ileri sürülebilir. Aşağıda incelendiği üzere, Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi aleyhine Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, ancak Yüce Mahkeme söz konusu hükmü Anayasa'nın 48. maddesine aykırı bulmamıştır.⁵¹

Ancak sözleşme özgürlüğünün ihlali iddiası, avukat bulundurma zorunluluğu getirilmesinin bizzat kendisiyle sınırlı değildir. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği ve yürürlükteki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca sözleşmeli avukata ödenecek ücretin asgari tutarı da kanunen belirlenmiştir. Başka bir deyişle, anonim ve kooperatif şirketlerde bulundurulması zorunlu olan sözleşmeli avukata şirketin ödeyeceği ücret için de uyulması zorunlu bir tarife bulunmaktadır. Burada aslında taraflar arasında yapılmış bir sözleşme olsa da sözleşme konusu edimin bedeli sözleşme ilişkisi çerçevesinde değil, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri uyarınca belirlenmiştir. Yani hem sözleşmeli avukat bulundurma zorunlu tutulmakta, hem de bu avukata ödenecek asgari ücret TBB tarafından belirlenmektedir. Bu ücretin altında bir ücret kararlaştırılması durumunda ise yukarıda incelendiği üzere avukatın disiplin sorumluluğu doğacak, ancak sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü yine de yerine getirilmiş olacaktır.

⁴⁹ Belirtmek gerekir ki sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, ilgili anonim şirketin tüm hukuki iş ve davalarının o avukat tarafından yapılması veya takip edilmesi anlamına gelmemektedir. Sözleşmeli avukat bulundurmak yasal bir zorunluluk iken, davalarda ilgili avukatın şirketi temsil etmesi yasal bir zorunluluk değildir. Başka bir deyişle, şirketi temsile yetkili olan yönetim kurulu üyesi veya üyeleri ya da murahhas üyenin, şirketin bir sözleşmeli avukatı olmasına rağmen şirket adına dava açma ve bu davalarda taraf sıfatına sahip olma imkanı her zaman bulunmaktadır. Bu nedenle sözleşmeli avukat için anonim şirketin hukuki iş ve davalarında şirkete "yardımcı olmak" ibaresinin kullanımı, şirketi "temsil etmek" ibaresine göre daha isabetli olacaktır.

⁵⁰ 1982 Anayasası'nın 48. maddesi uyarınca "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir...*" ilgili maddede hem çalışma özgürlüğü, hem de sözleşme özgürlüğü düzenlenmiştir. Çalışma özgürlüğü, gerçek ve tüzel kişilerin dilediği alanda çalışma veya çalışmama serbestisidir. Sözleşme özgürlüğü ise kişilerin dilediği kişilerle, dilediği konularda ve dilediği şartlarda sözleşme yapma serbestisidir. Çalışma ve sözleşme özgürlüğü, negatif statü hakları olup, devletin çalışmak veya sözleşme yapmak isteyen ya da istemeyen kişilere engel olmaması halinde gerçekleşecektir. GÖZLER, K. (2016) *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 20. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa, s.154. Ayrıca bkz. TİRYAKİ, R. (2008) *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.121 vd.

⁵¹ Bkz. aşağıda "VI. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu".

Diğer tarifelerde⁵² olduğu gibi Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde de ücretin (fiyatın), alınan hizmete göre belirlendiği, bu doğrultuda avukatlara ödenecek ücretin, yapılan işe veya açılan davaya göre değiştiği görülmektedir. Başka bir deyişle, ödenen ücrete göre avukattan bir hizmet alınmaktadır. Serbest piyasa ekonomilerinde mal ve hizmetlerin fiyatlarının piyasa koşullarında arz ve talebe göre serbestçe belirlenmesi gerekirken devletin hala belli mal ve hizmetler için resmi fiyat tarifeleri düzenlemesinin ne derece isabetli olduğu tartışması bir yana,⁵³ burada ödenen ücrete göre hizmet alma durumu dahi söz konusu değildir. Sözleşmeli avukat için TBB tarafından tespit edilen asgari ücret, bu avukat şirkete herhangi bir hizmet vermese, yani şirket lehine herhangi bir iş takip etmese veya dava açmasa bile yasa gereği ödenmek zorundadır. Yani ortada sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ek olarak bir de sözleşmeli avukata zorunlu olarak ödenecek bir asgari ücret bulunmaktadır.⁵⁴ Bu durum ise aşağıda incelenen Anayasa Mahkemesi

⁵² Ülkemizde fiyat (ücret) tarifeleri, yalnızca avukatlık hizmetleri için söz konusu değildir; serbest meslek faaliyeti kapsamında sunulan hizmetlerin fiyatlandırılmasında asgari fiyat tarifelerinden sıkça yararlanılmaktadır. Buna ek olarak, esnaf ve sanatkârlar ile ticaret odaları gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından ekmekten ulaşıma, saç kesiminden kuru temizlemeye kadar pek çok mal ve hizmet için de azami fiyat tarifeleri bulunmaktadır.

⁵³ Eski zamanlardaki ahilik geleneğini andıran ve lonca örgütlenmesinin günümüzdeki karşılığına denk gelen odalar ile odaların hazırladıkları fiyat tarifelerinin, her ne kadar ülkemizde serbest piyasa ekonomisinin gerekleriyle birlikte aynı anda varlığını koruduğu söylenebilir. Fiyat tarifelerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle Rekabet Kurulu'nun (RK) önüne taşındığı görülmektedir. RK'nın TBB, Türkiye Esnaf ve Sanatkârları Konfederasyonu, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Türk Eczacılar Birliği, Türk Tabipler Birliği, Türk Dişhekimleri Birliği, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği gibi çeşitli kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının hazırladıkları fiyat tarifelerinin 4054 sayılı Kanun'a aykırılık oluşturduğu iddiasını incelediği pek çok kararı bulunmaktadır. Bu kararlar incelendiğinde RK'nın, özellikle faaliyete başladığı ilk yıllarda fiyat tarifeleriyle mücadele etmeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Genel olarak bu kararlarda RK'nın, ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kuruluş kanunlarında kendilerine fiyat tarifesi hazırlama yetkisi ve görevi veren bir düzenleme olup olmadığına baktığı, böyle bir düzenlemenin bulunması halinde de 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem yap(a)madığı ve rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabileceğini düşündüğü bu tarz düzenlemelerin ilgili mevzuattan kaldırılması için Meclis, Başbakanlık ve ilgili Bakanlığa 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (g) bendi çerçevesinde görüş yazısı gönderilmesine karar verdiği görülmektedir. ÖZKAN, A.F. (2009) "Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları", *Rekabet Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 3, s.172-180. Her ne kadar fiyat tarifeleriyle mücadele RK'nın yetkilerini aşıyorsa da bu durum, literatürde de ifade edildiği üzere, uyulması zorunlu resmi ücret tarifelerinin, "ülkemizde en fazla rastlanan" ve "rekabete en çok zarar veren rekabet kısıtlamaları" olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. ÖZDEN, M. (2004) *Profesyonel Meslek Birlikleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 60, Ankara, s.57 ve 68.

⁵⁴ Anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yasal dayanağı

kararında ele alınmamıştır. Bu açıdan sözleşme özgürlüğünün ihlali iddiasının halen geçerliliğini koruduğu ileri sürülebilir.

B. Eşitlik İlkesine Aykırılık

Yukarıda incelendiği üzere Avukatlık Kanunu, anonim şirketlere ve yapı kooperatiflerine sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu getirmektedir. Her ne kadar sözleşmeli avukat bulundurmakla yükümlü olan tek iki şirket türü anonim ile kooperatif şirketler olsa da, TTK'da "kollektif şirket", "komandit şirket", "sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket" ve "limited şirket" de yer almaktadır. Belirtmek gerekir ki burada eşitlik ilkesine aykırılıkla ifade edilmek istenen, söz konusu yükümlülüğün adı geçen diğer şirket türleri için benimsenmiş olmaması değildir. Yani diğer şirket türlerinde, örneğin limited şirketlerde, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu olmadığından bahisle bunun TTK'da düzenlenen ticaret şirketleri arasında eşitliğe aykırı sonuçlar doğurduğundan söz etmek mümkün değildir. Zira ortak sayısı, asgari sermaye oranı, sorumluluğun sınırı, yönetim ve temsil, halka açıklık, kurumsal yönetim ilkeleri, vergi mükellefiyeti gibi pek çok açıdan anonim şirketler ile diğer şirket türleri arasında farklılıklar olduğu açıktır.

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi olup, bu husus konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Sözleşmeli avukatlar için ödenecek ücretin TBB tarafından belirlenmesinin yasal dayanağı ise eskiden tartışmalı idi. TBB'nin avukatlar için Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hazırladığı ve söz konusu tarifede her yıl sözleşmeli avukatlara ödenecek asgari ücreti de kendisinin belirlediği, bu uygulamanın rekabeti sınırlayıcı etki doğurduğu ve 4054 sayılı Kanun'a aykırılık oluşturduğu gerekçeleriyle RK'ya başvurulmuştur. Başvuruyu inceleyen RK, Avukatlık Kanunu ile TBB'ye açıkça asgari ücret belirleme yetkisi verildiğinden, kendisine yapılan şikayete ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında "*yapılacak herhangi bir işlem bulunma[dığını]*" belirtmiştir. Sözleşmeli avukatlar için de asgari ücretin belirlenmesine ilişkin olarak ise RK, Avukatlık Kanunu'nun TBB'ye asgari ücret düzenleme yetkisi verdiğini kabul etmekle birlikte, sözleşmeli avukatlara ödenecek ücretlerin TBB tarafından belirlenmesini, "*kanunla kendisine tanınan yetkinin aşıl[ması]*" olarak nitelendirmiştir. RK, sözleşmeli avukatlara ödenecek ücreti belirlemek noktasında TBB'in yetki aşımı yaptığını, ama en başta fiyat belirleme yetkisinin bizzat kendisininin 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak RK, "*1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. ve 168. maddeleri ile verilen yetki kapsamında Türkiye Barolar Birliğinin asgari ücret tarifeleri belirlemesinin rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin bulunması ve ilgili Kanun hükümleri ile 4054 sayılı Kanun'un arasında ihtilaf olması nedeniyle, aynı Kanun'un 27 (g) ve 30 (f) maddeleri çerçevesinde yasal düzenlemede değişiklik talebi ile TBMM, Başbakanlık ve ilgili Bakanlık nezdinde girişimlerde bulunulmasına*" karar vermekle yetinmiştir (13.11.2003 tarih ve 03-73/876(a)-374 sayılı Türkiye Barolar Birliği kararı). Belirtmek gerekir ki RK'nın söz konusu kararı 2003 tarihli olup, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'ne 2008 yılında eklenen 73/A maddesinde, "*[s]ürekli avukatlık hizmeti içeren çalışma şekillerinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanununa ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine uygun, yazılı sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi düzenlenmesi zorunludur*" denilmek suretiyle sözleşmeli avukatlara da asgari ücret ödenmesi yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

Eşitlik ilkesine aykırılık, anonim şirketlerin bizzat kendileri arasındaki farklılıklar açısından tartışılabilir. Başka bir deyişle, farklı sermaye miktarları ve yapılarına sahip anonim şirketler açısından oluşan farklı durumlar eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabilecektir. Yukarıda ifade edildiği üzere sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, tüm anonim şirketler için değil, yalnızca esas sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan anonim şirketler için geçerlidir. Bu açıdan sermaye miktarı esas alınarak anonim şirketler arasında farklılık yaratıldığından, esas sermayesi 250.000 TL'den az ve fazla olan anonim şirketler açısından farklı hukuki sonuçlar doğmaktadır. Üstelik pratikteki sonuçları bu kadar önemliyken, bu rakamın hangi ekonomik veya rasyonel gerekçeyle 250.000 TL (asgari esas sermaye tutarının beş katı veya daha fazla) olarak belirlendiği, örneğin neden 100.000 TL (asgari esas sermaye tutarının iki katı) veya 1.000.000 TL ve üzeri (asgari esas sermaye tutarının on katı) olmadığı bilinmemektedir. Buradan hareketle söz konusu miktarın “kabaca” belirlenen bir asgari tutar olduğu anlaşılmaktadır.

Sermaye miktarı kadar, sermaye sistemi de sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun tayininde belirleyici olmaktadır. Bu doğrultuda sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan her anonim şirket değil, yalnızca esas sermaye sistemine sahip anonim şirketler düzenlemenin kapsamındadır. Başka bir deyişle, asgari sermaye tutarı başlı başına bir hüküm ifade etmemekte olup, yalnızca esas sermaye sistemine sahip anonim şirketler sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle esas sermaye sistemine sahip anonim şirketler ile kayıtlı sermaye sistemine sahip anonim şirketler arasında eşit olmayan bir durum yaratılmıştır. Belirtmek gerekir ki sırf sermaye sisteminin farklı olması, anonim şirketlerin tabi olduğu TTK'daki diğer hükümler dikkate alındığında pratikte fazla bir farklılık yaratmamaktadır. TTK uyarınca kayıtlı sermaye sisteminin şirketin sermayesini arttırmada sağladığı esnekliğin, avukat bulundurma zorunluluğu açısından nasıl farklı bir hukuki düzenlemeye yol açtığı objektif gerekçelerle açıklanamamaktadır.⁵⁵

Ayrıca kayıtlı sermaye sistemine ek olarak, TTK dışında diğer mevzuatta düzenlenen farklı sermaye türleri de bulunmaktadır. Örneğin Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili ikincil mevzuat uyarınca anonim şirket şeklinde kurulacak yatırım ortaklıkları, “değişken sermaye”⁵⁶ sistemine sahip

⁵⁵ Burada tek ihtimalin yukarıda açıklandığı üzere Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin 2008 yılında kanuna eklenmesine karşın, esas sermaye sistemine ek olarak kayıtlı sermaye sistemini halka açık olmayan anonim şirketler için de uygulanabilir hale getiren 6102 sayılı yeni TTK'nın 2012 yılında yürürlüğe girmesidir.

⁵⁶ Sermaye Piyasası Kanunu'nun 50(1). maddesinde değişken sermayeye (*veränderliches Kapital*) ilişkin olarak “[d]eğişken sermayeli yatırım ortaklıkları, sermayesi her zaman net aktif değerine eşit olan yatırım ortaklıklarıdır” hükmü yer almaktadır. Konuyla ilgili daha detaylı bir hüküm ise Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği'nin (Seri

olabilecektir. Sermayenin her zaman şirketin net aktif değerine eşit olduğu sermaye türünü ifade eden değişken sermaye, tıpkı “sabit sermaye”⁵⁷ gibi, Avukatlık Kanunu’ndaki düzenlemede yer almamaktadır. Üstelik değişken sermayeli yatırım ortaklıklarının en az 2.000.000 TL ile kurulmaları yasal bir zorunluluktur.⁵⁸ Buradan çıkan tuhaf sonuç ise esas sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurmaları zorunluysen, başlangıç sermayesi 2.000.000 TL olan ve belli bir süre sonra bu tutarı en az 4.000.000 TL’ye arttırmaları zorunlu olan,⁵⁹ üstelik anonim şirket şeklinde kurulan yatırım ortaklıklarının bu yükümlülüğe tabi olmamasıdır. Bu örnek, salt sermaye kriteri esas alınarak yapılan bu düzenlemenin uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceğini göstermektedir.

Eşitlik ilkesiyle yakından ilgili başka bir itiraz ise Avukatlık Kanunu’ndaki düzenlemenin anonim şirketlerin hukuki iş ve davalar açısından iş yükünü dikkate almadan, tek tip bir düzenleme olma özelliği taşımasıdır. Bu bağlamda sözleşmeli avukattan sadece bir kez danışmanlık hizmeti alan veya açılmış bir davada temsil edilen bir şirket ile sözleşmeli avukata pek çok iş yaptırılan, ondan çok daha fazla yararlanan şirketler aynı yükümlülüğe tabi tutulmaktadır. Yine yukarıda değinildiği üzere sözleşmeli avukata ödenecek ücret özel hukuk sözleşmesi aracılığıyla değil de TBB tarafından asgari olarak belirlendiği için,

III-48.5) 41(1). maddesinde bulunmaktadır. Buna göre “[d]eğişken sermayeli ortaklık, sermayesi her zaman net aktif değerine eşit olan, Kanun hükümleri uyarınca aşağıda belirtilen varlıklar ve araçlardan oluşan portföyü işletmek amacıyla anonim ortaklık şeklinde kurulan ve bu Tebliğde izin verilen diğer faaliyetlerde bulunabilen sermaye piyasası kurumudur.” Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere her ne kadar ilgili mevzuatta değişken sermaye tanımlanmamışsa da, “değişken sermayeli yatırım ortaklıkları”nın tanımından değişken sermaye hakkında bilgi sahibi olunabilmektedir. Buna göre değişken sermaye, sermayenin her zaman şirketin net aktif değerine eşit olduğu sermaye türüdür. Bilgi için bkz. NOMER ERTAN, F. (2013) “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı”, İÜHFM, Cilt: 71, Sayı: 2, s.131-144.

⁵⁷ Sabit sermaye (*konstantes Kapital*), yatırım ortaklıkları açısından değişken sermaye sisteminin alternatifidir. Buna göre değişken sermayeli olmayan yatırım ortaklıkları, sabit sermaye sistemine göre kurulacaktır. Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği’nin 4. maddesi uyarınca sabit sermayeli yatırım ortaklığı, “...belirtilen varlıklar ve araçlardan oluşan portföyü işletmek amacıyla anonim ortaklık şeklinde ve kayıtlı sermaye esasına göre kurulan ve Kanununun 48 inci maddesinde sınırı çizilen faaliyetler çerçevesinde olmak kaydı ile bu Tebliğde izin verilen diğer faaliyetlerde bulunabilen sermaye piyasası kurumudur.” Bu düzenlemeden görüldüğü üzere sabit sermaye sistemi, kayıtlı sermaye sisteminden farklı bir sistem değildir.

⁵⁸ Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği m.45(1)(c).

⁵⁹ Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği’nin 45(1)(b) maddesi uyarınca değişken sermayeli yatırım ortaklığı kurabilmek için, diğerleri meyanında, kurucuların ortaklığın net aktif değerini, tebliğde belirtilen süre ve esaslar dahilinde yatırımcı payları ihracıyla asgari olarak 4 milyon TL’ye artıracaklarını SPK’ya taahhüt etmiş olması gerekmektedir.

sözleşmeli avukatlarından tek bir kez hizmet alan şirketler de, pek çok kez hizmet alan şirketler de aynı, tek tip ücreti ödemek durumunda kalmaktadır. Parça başına ücret gibi bir durum da mümkün olmadığından, düzenlemenin bu açıdan da hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabildiği anlaşılmaktadır. Tüm bu nedenlerle, Avukatlık Kanunu'ndaki düzenlemenin, pek çok açıdan aynı hükümlere tabi olan ancak farklı sermaye yapılarına sahip anonim şirket örnekleri açısından farklı hukuki sonuçlara yol açması nedeniyle "nispi eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturduğu söylenebilir.⁶⁰

C- Şirket Avukatı Bulunan Şirketlerin Yükümlülüğü Yerine Getirmemiş Sayılması

Yukarıda sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu bağlamında "sözleşme" ile kastedilenin Avukatlık Kanunu anlamında avukatlık sözleşmesi mi, yoksa İş Kanunu uyarınca iş sözleşmesi mi olduğu konusunda duraksama yaşanabileceği, ancak Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin açıkça Avukatlık Kanunu'na gönderme yaparak bu bağlamda avukatlık sözleşmesine işaret ettiği, ayrıca söz konusu yönetmelikteki maddelerde kullanılan sözcük seçimi de dikkate alındığında serbest avukatların kastedilmiş olduğu, bu nedenle anonim ve kooperatif şirketlerin bulundurmamak zorunda olduğu avukatın serbest avukat olduğu, yoksa şirket bünyesinde iş sözleşmesiyle çalışan şirket avukatı olmadığı, dolayısıyla sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere anonim şirketlerin, Türkiye'nin herhangi bir yerindeki bir baroya kayıtlı bir avukat veya avukatlık bürosu ile sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi yapması gerektiği, şirket bünyesinde bir avukat bulunsa bile bu yükümlülüğün yerine getirilmiş olmayacağı açıklanmıştır.

Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna getirilebilecek en önemli eleştirilerden biri de şirketlerin halihazırda bir şirket avukatı istihdam

⁶⁰ Hukukta tanımlaması en zor olan kavramlardan biri olan eşitlik, genellikle farklı türleri üzerinden açıklanmaya çalışılmaktadır: "mutlak eşitlik" ve "nispi eşitlik". Mutlak eşitlik ile kastedilen, kişisel ve özel durumlarına bakılmaksızın, hukuk kurallarının herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Burada kişiler arasında dil, din, mezhep, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce vs. dikkate alınmaksızın eşit davranılması ve ayrımcılık yapılmaması söz konusudur. Nispi eşitlik ise aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme, farklı durumda olanların ise farklı işlemlere tabi tutulması anlamına gelmektedir. Nispi eşitlik anlayışına göre eşit olmayanların farklı kurallara tabi olması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında nispi eşitlik ilkesine vurgu yaptığı bilinmektedir. Bkz. Gözler (2016), s.99. Buradan hareketle tüm ticaret şirketleri açısından bir düzenleme yapmak, bu düzenleme mutlak eşitlik anlamına geleceğinden, hukuken zorunlu değildir. Uygulamanın yalnızca anonim şirketlerle (ve yapı kooperatifleriyle) sınırlı olması ilk bakışta nispi eşitlik ilkesine uygun gibi görünse de, anonim şirketlerin farklı sermaye sistemlerine sahip olabilmeleri ve bu durumun yaratacağı farklılıklar dikkate alındığında, yalnızca anonim şirketler için bile böyle bir zorunluluk getirmek hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

etmelerine rağmen, serbest avukatla sözleşme yapmadıkları sürece Avukatlık Kanunu'nda öngörülen yükümlülüğü yerine getirmemiş sayılmalarıdır. Yasada hangi gerekçeyle şirket avukatlarının kabul edilmediği, illa serbest avukatlarla, üstelik kapsamı ve ücreti önceden belirlenmiş şekilde avukatlık sözleşmesi yapılmasının zorunlu tutulduğu bilinmemektedir. Belirtmek gerekir ki serbest avukatlara oranla şirket avukatlarının şirketin iç işleyişi ve karşılaştığı hukuki sorunlar hakkında çok daha fazla bilgi sahibi olduğu, bu doğrultuda şirketin hukuki iş ve davalarında daha hızlı ve etkin müdahalelerde bulunabileceği açıktır. Durum böyle olmakla birlikte, şirketin işleyişinden çoğu zaman bihaber olan ve ancak şirketin kendisine verdiği bilgi ve belgelerle sınırlı olarak şirkete hukuki iş ve davalarında yardımcı olabilecek serbest avukatlarla şirketlerin sözleşme yapılmak zorunda bırakılması, pek çok kişi tarafından kabul edilemeyecek bir çelişkidir.

Burada değinilebilecek bir husus da Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/B maddesinde yer alan "serbest meslek makbuzu" ibaresine "veya" bağlacı ile bağlanan "*bordro örnekleri*" ibaresinin nasıl yorumlanması gereğidir. Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü bağlamında serbest meslek makbuzu, şirketlere sürekli avukatlık hizmeti veren serbest avukatların bu hizmet karşılığı her ay düzenleyip ilgili şirkete gönderdiği vesikadır.⁶¹ Yukarıda da ifade edildiği üzere yalnızca serbest avukatlar, serbest meslek makbuzu edinebilir ve düzenleyebilir. Haliyle bir bürosu ve vergi kaydı bulunmadığından şirket avukatlarının serbest meslek makbuzu düzenlemesi söz konusu değildir. Buna rağmen, ilgili maddede "*bordro örnekleri*" ibaresinin kullanılması düşündürücüdür. Zira şirket avukatları, anonim şirketin bordrolu çalışanları olduğundan şirket tarafından maaşlarını gösterir bordro düzenlenmektedir.⁶² Serbest avukatların bordrosunun olması mümkün değildir.

İlgili maddede geçen bu ibare, şayet şirket avukatlarının da serbest avukatlar gibi sözleşmeli avukat olabilmesine örtülü olarak (zımnen) izin verildiği şeklinde yorumlanmak istenirse, bu kadar önemli bir hususun neden yasada veya yönetmelikte hiçbir tereddüte yer vermeyecek biçimde ifade edilmediği ve akıbetinin neden yorum yöntemlerine bırakıldığı sorularına da tatmin edici bir yanıt verilmesi gerekecektir. Kaldı ki Avukatlık

⁶¹ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 236. maddesi gereği serbest meslek mensupları, "*mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha serbest meslek makbuzu tanzim etmek ve bir nüshasını müşteriye vermek, müşteri de bu makbuzu istemek ve almak mecburiyetindedir.*"

⁶² VUK'un "Ücret bordrosu" başlıklı 238. maddesi işverenlerin, işçilerine her ay ödedikleri ücretler için ücret bordrosu tutmak zorunda olduklarını hükme bağlamıştır. Buradan hareketle bir anonim şirket bünyesinde iş sözleşmesiyle çalışan avukatlar için şirketin ücret bordrosu hazırlaması yasal bir zorunluluktur. Ücret bordrosunun onaylı bir örneğinin avukata verilmesi durumunda da "bordro örneği"nden söz edilecektir.

Kanunu Yönetmeliği'nin 73/B maddesinin gerekçesinde bu yönde herhangi bir açıklamaya yer verilmediği ve söz konusu yönetmeliğin 73/A, 73/C ve 73/D maddelerinin de şirket avukatlarını içerir biçimde kaleme alınmadığı ortadadır. Her ne kadar "*bordro örneği*" ibaresi şirket avukatlarını çağırıştırır bir ibare olsa da, düşüncemize göre mevcut düzenleme uyarınca şirket avukatı bulundurma söz konusu yükümlülüğü yerine getirmek üzere yeterli olmayacaktır. Uygulamadan görüşlerin de ağırlıklı olarak bu yönde olduğu görülmektedir.⁶³ Güncel bir gelişme olarak İstanbul Barosu, şirketlere yolladığı uyarı yazılarında şirketin "sigortalı çalışan" avukatını da yeterli gördüğünü ima etmiştir.⁶⁴

D. Düzenlemenin Sadece Avukatların Lehine Olması

Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna yapılan diğer bir itiraz da söz konusu düzenlemenin yalnızca avukatların lehine olduğu, anonim şirketler açısından gereksiz yere şirkete bir mali yük getirdiğidir. Öncelikle anonim şirketler için gerek TTK'da, gerekse TTK dışındaki mevzuatta pek çok yükümlülük bulunmaktadır. Bu yükümlülükler arasında bazılarının yerine getirilmesinin şirkete herhangi bir menfaati bulunmamaktadır. Örneğin vergi mükellefi olmak anonim şirketler açısından Anayasal bir yükümlülüktür

⁶³ EFENDİOĞLU ÇİÇEK, E. (2017) "Anonim Şirketlerde Avukat Bulundurma Zorunluluğu", Milas'ın Gazetesi Önder 5 Nisan 2017, <http://www.milasonder.com/kose-yazisi/739/anonim-sirketlerde-avukat-bulundurma-zorunlulugu.html> (Erişim tarihi: 24.06.2017) ("*Anonim şirket bünyesinde İş Kanunu hükümleri uyarınca çalışan avukatlar sözleşmeli avukat sayılmadığından, bu düzenlemenin dışında kalmaktadırlar. Anonim şirketin daimi çalışan bir avukatının bulunması da bu bağlamda anonim şirketi idari para cezası ödemekten kurtaramayacaktır.*"); Kaynak: <http://www.avukatlar.info/sirketlere-ve-kooperatiflere-avukat-bulundurma-zorunlulugu> (Erişim tarihi: 24.06.2017) ("*Avukat bulundurma zorunluluğundan maksat sigortalı ve kadrolu çalıştırmak değil, bir avukat ile avukatlık sözleşmesi yapmak ve ücretini ödüyor olmaktır... anonim şirketlerin... bir avukat ile sözleşme imzalamış olmaları ve bunu kesilen avukatlık serbest meslek mabuzu ile belgelendirmeleri gerekmektedir.*"); Kaynak: <http://cetinhukukburosuna.net/index.php?route=product/category&path=85> (Erişim tarihi: 24.06.2017) ("*Söz konusu hükümdede özellikle 'sözleşmeli bir avukat'tan bahsedilmiştir. Dolayısıyla anonim şirket bünyesinde İş Kanununa göre sigortalı olarak çalışan avukatlar bu kapsama girmeyecektir.*" Aksi bir görüş için ise bkz. ERASLAN, H. (2017) "Anonim şirketler için avukat bulundurma zorunluluğu", SuperHaber 6 Eylül 2017, <http://www.superhaber.tv/asler-icin-avukat-bulundurma-zorunlulugu-77302-makale> (Erişim tarihi: 31.10.2017) ("*[K]anunun bütününe, bazı anonim şirketler için getirilen zorunluluğun kapsamına ve amacına bakıldığında, pek tabii ki şirket bünyesinde İş Kanununa göre sigortalı olarak çalışan avukat bulundurma zorunluluk yerine getirilmiş olacaktır... ister bağımlı ister bağımsız çalışan avukat olsun, kanaatimizce yükümlülük yerine getirilmiş olacaktır.*").

⁶⁴ Kaynak: "Avukat Bulundurma Yükümlülüğüne Uymayan Şirketler İçin Savcılıklara Başvurulacak" <http://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=12695> (Erişim tarihi: 31.10.2017).

(m.73) ve bu yükümlülüğün şirketin lehine olup olmadığı tartışması anlamsızdır. Bununla birlikte, bazı yükümlülüklerin ise anonim şirketlerin de lehine olabileceği ileri sürülebilir. Örneğin TTK'daki internet sitesi oluşturma yükümlülüğü düşünüldüğünde, şirket açısından yine zorunlu bir hizmet alımı söz konusudur,⁶⁵ ancak bunun sonucunda şirket kendisine ait bir internet sitesine sahip olmaktadır. Buradaki yükümlülüğün yerine getirilmesi için şirketin katlandığı maliyetin, şirkete geri dönme potansiyeli bulunmaktadır: internet sitesiyle birlikte şirket belki de daha çok tanınırlık elde edecek, daha fazla mal veya hizmet satacak, büyüyecek ve yeni pazarlara yönelebilecektir.

İnternet sitesi oluşturma yükümlülüğünün, anonim şirketin kendisi dışında kamuya da yararı bulunmaktadır. İnternet sitelerinde açıklayacakları bilgiler sonucu şirketlerin mesela ortaklık yapıları, organizasyon şemaları, faaliyet alanları, üretim sattıkları mal veya hizmetleri, kampanyaları, iletişim bilgileri vs. kamuoyu tarafından kolayca öğrenilebilecektir. Buna ek olarak, örneğin bir anonim şirkete karşı dava açmak isteyen bir kişi, söz konusu şirketin internet sitesinden ticaret unvanına ve yerleşim yeri bilgilerine ulaşabileceğinden, dava dilekçesinde taraf sıfatını (husumet) doğru olarak belirtebilir, böylece davası husumet yönünden reddedilmez ve bundan doğabilecek yargılama giderleri ile vekalet ücreti üzerinde kalmaz. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunda ise böyle bir durum söz konusu değildir. Sözleşmeli avukatın ne şirkete, ne de kamuya doğrudan bir yararı bulunmaktadır. Hukuki yardıma ihtiyacı olduğunda şirket, her zaman bir avukata vekalet verebilir. Bunun için avukatın sürekli olarak şirketle sözleşmesi olması gerekmez. Ayrıca şirket, istediği ücret üzerinden avukat ile anlaşabilmelidir; hizmetlerinden hiç yararlanmasa bile sırf yükümlülüğü yerine getirmek için avukata her ay ücret ödemek zorunda olmamalıdır.

Bu doğrultuda sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun, anonim şirketlerden çok avukatların lehine olduğu ortaya çıkmaktadır. Denetimlerin artmasıyla birlikte; şirket sahipleri, sanayi ve ticaret odaları temsilcileri

⁶⁵ İnternet sitesi oluşturma yükümlülüğünün düzenlendiği TTK'nın 1524. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "[TTK] 397 nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca denetime tabi olan sermaye şirketleri, kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır". Aynı maddenin 6. fıkrasına göre ise "[i]nternet sitesiyle ilgili olarak bu Kanunun ilgili maddelerinde ve bu maddede öngörülen düzenlemeler denetime tabi olmayan sermaye şirketleri hakkında uygulanmaz." Bu fıkralar birlikte yorumlandığı takdirde, internet sitesi oluşturma yükümlülüğünün yalnızca bağımsız (dış) denetime tabi anonim şirketler (örneğin bankalar, sigorta şirketleri, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri vb.) için olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu yükümlülük tüm anonim şirketler için değil, yalnızca bağımsız denetime tabi olanlar için öngörülmüştür. Başka bir deyişle, burada Avukatlık Kanunu'nun aksine esas sermayenin beş katı olma kuralı bulunmamaktadır.

başta olmak üzere toplumun pek çok kesiminden eleştiri ve tepkilerin gelmeye başladığı görülmektedir. Ankara Ticaret Odası Başkanı hukuki uyuşmazlıkların daha doğmadan kaynağında çözülmesi amacıyla getirildiğini belirttiği bu zorunluluğun uygulamada sadece şekil şartı haline gelerek amacından uzaklaştığını vurgulamış ve uygulamaya tepkisini “*Bankamatik avukat istemiyoruz!*” şeklinde göstermiştir.⁶⁶ Yine Antalya Organize Sanayi Bölgesi Başkanı sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin olarak “*Herkesin eli sanayicinin cebinde!*” demiş,⁶⁷ Antalya Ticaret Odası Başkanı zorunluluğu “*Sorma ver parası*” olarak nitelendirmiş⁶⁸ ve Kayseri Ticaret Odası Başkanı ise “*Böyle bir mantığın kabul edilmesi mümkün değildir!*” yorumunda bulunmuştur.⁶⁹ Bazı mali müşavirlerce zorunluluğun, “*art niyetli*

⁶⁶ Ankara Ticaret Odası Başkanı konuyla ilgili şunları söylemiştir: “*Bu düzenleme bankamatik avukatlar dönemini başlattı... Bankamatik avukatlar şirketlerimize sadece ek yük getiriyor... Hiçbir davası, ihtilaflı olmayanlara avukat zorunluluğu anlamsız yük oluşturuyor... Üyelerimiz zaten hukuki konularda ihtiyaçları varsa avukatlarla çalışıyor... Bu uygulama sözleşmeli avukatlar dışında kimseye fayda getirmiyor... Bizler sanal istihdam değil gerçek istihdam yaratma derdindeyken bize bu tür yükleri getirmenin bankamatik avukatlar dışında kimseye bir faydası yok... Devletimizin mevzuatta değişikliğe giderek, on binlerce anonim şirketi ve kooperatifi yakından ilgilendiren bu sorunu çözmesini bekliyoruz.*” Kaynak: “*İş dünyası bankamatik avukat istemiyor!*” <https://www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=4032&l=1>; “*ATO bankamatik avukat istemiyor*” <https://www.dunya.com/ekonomi/ato-bankamatik-avukati-istemiyor-haberi-352875> (Erişim tarihi: 07.07.2017).

⁶⁷ Antalya Organize Sanayi Bölgesi Başkanı şunları kaydetmiştir: “*Sanayici 300 bin lira gibi bir rakamla karşı karşıya... 40-50 sanayicimize geriye dönük yüklü miktarda ceza geldi... Birileri gidiyor Ankara’da lobi yapıyor. Lobinin cezasını iş adamı cebinden çekiyor. Biz buna itiraz ediyoruz. Herkesin eli bizim cebimizde... Avukatlarımız zaten var, öyle ya da böyle bir yardım alma ilişkileri var. Ama bu adrese teslim iş oluşturma metodu. Bunların olmaması gerekiyor. Bu doğru bir hukuk sistemi değil... Yılda 2 kere gördüğümüz kişiye her ay para mı vereceğiz? Ücrette ayda bin 500 lira para ödeyeceksiniz, hiç gelmeyecek belki hiç iş yapamayacak ama parasını alacak. Bu olabilecek bir şey midir?... Bu dayatmayla istihdam yaratma konusudur.*” Kaynak: “*9 yıl geriye dönük avukat cezaları Antalyalı sanayicileri çileden çıkardı*” <http://www.malatyagercek.com/genel/9-yil-geriye-donuk-avukat-cezaları-antalyalı-sanayicileri-çileden-çıkardı-h1375029.html> (Erişim tarihi: 07.07.2017).

⁶⁸ Antalya Ticaret Odası Başkanı konuyla ilgili şu görüşlere yer vermiştir: “*Normal koşullarda baktığımızda bugün ihtiyaç olup olmadığına bakılması gerekiyor. Kaldı ki zaten pek çok şirketin birlikte çalıştığı avukatlar bulunmakta. Sözleşmeli avukat sistemi ile birlikte tüm işlemler tek avukatın elinden çıkarken alacağı ücret de belli olacak. Bunun adı sorma ver parasıdır... Her avukat her konudan anlayacak diye bir durum söz konusu değil. Avukatların uzmanlaştığı konular var. Bir konu geldiğinde sözleşmeli avukat anlamıyor ise ne olacak. Bazı zamanlar geliyor Antalya dışındaki avukatlara da danışılabilir. Sözleşmeli avukat sistemi ile tıkanılan bir noktada ne olacak? Bunun cevabını verebiliyorlar mı?*” Kaynak: “*Sorma ver parası mı?*” <http://www.antalyahilal.com/sorma-ver-parasi-mi.html> (Erişim tarihi: 07.07.2017).

⁶⁹ Kayseri Ticaret Odası Başkanı konuyla ilgili şunları ifade etmiştir: “*Avukatlık Yasası’nın getirdiği mükellefiyetten dolayı, firmalar yıllarca hiçbir fayda sağlamayan sözleşmeli avukata maaş ödemek zorunda kalıyor. Kanun gerekçesinde (işletmeler avukat bulundurmazsa yanlış işler yapıyorlar) deniliyor. Eğer bu mantıkla gidersek, bizim veya her bir avukatın*

ve kamu yararı bulunmayan” bir düzenleme olduğu ima edilmiştir.⁷⁰ Akademik camiada konu henüz yeterince ele alınmamış olsa da iktisatçı bir akademisyen yükümlülüğün, “Türk şirketlerini uluslararası rekabette başarısızlaştıran bir mikro engel” olduğunu kaydetmiştir.⁷¹

Eleştiri ve tepkilere karşın uygulamayı savunanlar da bulunmaktadır. Örneğin Kayseri Barosu düzenlemenin amacının “*şirket ve kooperatifleri zora sokmak veya avukatlara haksız, hak etmedikleri, havadan ve bedavadan, hiçbir iş yapmadan, hukuki hizmet ve danışmanlık vermeden para kazandırmak*” olmadığını hatırlatarak, asıl amacın şirketlerin işlem faaliyetlerinin hukuka uygun olmasını sağlamak, davaları kaybetmeleri nedeniyle zarara uğramalarını engellemek, profesyonel anlamda danışmanlık ve hukuki hizmet olarak her türlü hukuki konuda bilgilenmelerini sağlamak, yargıdaki dava sayısını ve iş yükünü azaltmak, uyuşmazlıkların daha oluşmadan önlenmesini sağlamak vb. olduğunu öne sürmüştür.⁷² Ankara Barosu uygulamayı savunmuş, uygulamanın yargıdaki iş yükünü azaltmayı amaçladığını belirtmiş ve “bankamatik avukat” nitelendirmesine karşı çıkmıştır.⁷³ Sakarya Barosu Başkanı ise sözleşmeli avukatlara ödenen ücretin “cüzi” olduğunu iddia etmiştir.⁷⁴ Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun lehine olan görüşler incelendiğinde

ilerde alacağı evin depreme dayanıklı olup olmadığını kontrol etmesi için şimdiden bir inşaat mühendisiyle sözleşme yapması lazım. Böyle bir mantığın kabul edilmesi mümkün değildir... Üretimin ve istihdamın üzerindeki yüklerin azaltılmasının büyük önem taşıdığı bu günlerde firmaların böylesine yüklerle karşılaşmaması gerekmektedir. SSK primi, vergi oranlarının düşürülmesi gibi konulardaki düzenlemelerin yapıldığı bir ortamda, avukat çalıştırma zorunluluğuna ilişkin de mutlaka yeni düzenleme yapılmalıdır.” Kaynak: “Başkandan ilginç çıkış: O ücret ödenmemeli” <http://www.hukukihaber.net/mesleki-hukuk/baskandan-iliginc-cikis-o-ucret-odenmemeli-h86522.html> (Erişim tarihi: 07.07.2017). Benzer biçimde Kayseri Ticaret Odası’nın eski Başkanı da uygulamayı eleştirerek şirketlere getirilmiş bir “istihdam yükümlülüğü” olarak nitelendirmiştir. Kaynak: “KTO Başkanı Kilci’den sözleşmeli avukat zorunluluğuna tepki” http://www.kayserikent.com/site/page.asp?dsy_id=36792 (Erişim tarihi: 07.07.2017).

⁷⁰ KUTSAL, A. ve BASAT, Ö. (2008) “Sözleşmeli Avukat Bulundurma”, MuhasebeTR 28 Ağustos 2008, <http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/ahmetkutsalozkanbasat/001/> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁷¹ YÜLEK, M. (2015) “Şirketlere neden avukat bulundurma zorunluluğu getirdik?”, Dünya 21 Eylül 2015, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/sirketlere-neden-avukat-bulundurma-zorunlulugu-getirdik/25447> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁷² Kaynak: “Baro Başkanlığımızın, KTO oda başkanının açıklamasına ilişkin, konu hakkındaki hukuki basın açıklaması” <http://www.kayseribarosu.org.tr/Detay.aspx?ID=74831> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁷³ Kaynak: “ATO ile Ankara Barosu Arasında ‘Bankamatik Avukat’ Tartışması” <http://www.haberankara.com/ato-ile-ankara-barosu-arasinda-bankamatik-avukat-tartismasi/57733/> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁷⁴ Kaynak: “Anonim şirket ve yapı kooperatifleri dikkat” <http://www.sakaryabarosu.org.tr/Detay.aspx?ID=74583> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

düzenlemenin tek savunucularının barolar ve avukatlar olduğu ortaya çıkmaktadır. Hatta avukatların sorunlarının tartışıldığı bazı platformlarda çözüm önerileri arasında söz konusu zorunluluğun kapsamının genişletilmesi dahi savunulmaktan çekinilmemiştir.⁷⁵ Tüm bu gelişmeler kanun yapmanın objektif, adil ve makul gerekçelere dayanmasını dahi sorgulatacak niteliktedir.⁷⁶

E. Denetimlerin Keyfi Yapılması

Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna yönetilen usule ilişkin bir eleştiri de yükümlülüğünü yerine getirmediği tespit edilen anonim şirketler hakkında barolar tarafından yapılan suç duyurularının yalnızca bazı illerde olduğu, diğer illerdeki baroların bu konuda aktif bir tutum sergilemediği, ilgili düzenlemenin tüm Türkiye çapında eşit bir biçimde uygulanmadığı, dolayısıyla belli başlı illerle sınırlı kalan keyfi denetimlerin de adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, Avukatlık Kanunu'na ilk kez 2001 yılında yapılan bir yasa değişikliğiyle eklenmiş, ilgili madde Şubat 2008 tarihinde güncellenmiş, buna rağmen 2008 yılından bu yana uzun bir süre uygulama alanı bulmamış, hatta “ölü doğmuş” bir hükümden öteye gitmediğine ilişkin yorumlara yol açmıştır. Yine de yürürlükten kaldırılmayan bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak üzere, 2016 yılı sonu ve 2017 yılı başından itibaren denetimler yapılmaya başlanmıştır. Ankara Barosu⁷⁷ ve Antalya

⁷⁵ Örneğin 10-11 Ekim 2015 tarihlerinde Antalya’da düzenlenen “Türkiye 8. Stajyer Avukatlar Kurultayı”nın sonuç bildirgesinde yer alan maddelerden biri de şöyledir: “Avukatlık Kanunu kapsamında A.Ş.’ler ve Kooperatiflerde bulunan Avukat Bulundurma Zorunluluğu olan şirketlerin kapsamı genişletilmeli ve Baroların bu husustaki denetleme görevini aktif olarak yerine getirmesi sağlanmalıdır.” Kaynak: <http://www.baroturk.com/tbb-8-stajyer-avukatlar-kurultayi-sonuc-bildirgesi-13190h.htm> (Erişim tarihi: 13.07.2017). Yalnızca bu örnek bile sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün, özellikle mesleğe yeni başlamış veya başlayacak olan avukatlar tarafından bir “gelir kapısı” olarak görüldüğünü ve çeşitli mecralarda düzenlemeye gerekçe olarak gösterilen uyuşmazlıkların önlenmesi, yargıda iş yükünün azalmasının vs. aslında “göstermelik” birer gerekçe olmaktan öteye gitmediğini ortaya koymaktadır.

⁷⁶ Hatırlanacağı üzere 4667 sayılı Kanun’un yasalaşma sürecinde Adalet Komisyonu Raporu’na muhalefet şerhi koyan komisyon üyesi bir milletvekili, düzenlemenin tek amacının avukatları korumak ve avukatlara kazanç sağlamak olduğunu ileri sürmüştü.

⁷⁷ Kaynak: “Anonim şirketler ve kooperatiflerin avukat bulundurma zorunluluğu hakkında Baromuzca yapılan işlemler” <http://www.ankarabarusu.org.tr/HaberDuyuru.aspx?DUYURU&=490> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

Barosu⁷⁸ başta olmak üzere İstanbul Barosu,⁷⁹ İzmir Barosu,⁸⁰ Hatay Barosu,⁸¹ Erzincan Barosu,⁸² Batman Barosu⁸³ ve Mardin Barosu⁸⁴ şirketlere uyarı yazıları gönderdiğini açıklamıştır.

4667 sayılı Kanun, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunu düzenleyen 22. maddenin uygulanması için bir geçiş hükmü öngörmüştür (m.97): buna göre ilgili yükümlülük söz konusu kanunun RG’de yayımlanma tarihinden itibaren 6 ay içerisinde yürürlüğe girecektir. Dolayısıyla ilgili düzenleme 10.11.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İşlendiği zamandaki mevzuata göre suç olarak kabul edilmeyen fiillere mevzuatta sonradan yapılan değişiklikler uyarınca ceza verilmeme ilkesi (suç ve cezaların geriye yürümemesi ilkesi), sadece suçlar için değil, aynı zamanda idari suç ve idari para cezaları için de geçerli olduğundan,⁸⁵ bu tarihten önceye ilişkin olarak şirketlere bir ceza kesilmesi hukuken mümkün değildir. Ayrıca geçmişe etkili olarak ceza verilemeyeceği, bir cezanın sonraki mevzuat değişikliğiyle ağırlaştırılması durumunda da geçerli olduğundan, ilgili cezayı ağırlaştırın normun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş fiiller için sonraki norm değil, fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan norm uygulanır.⁸⁶ Yani şirketlere Şubat 2008 tarihi öncesine ilişkin olarak, Şubat 2008’den itibaren geçerli olan yaptırım uygulanamaz.⁸⁷ Burada Şubat

⁷⁸ Kaynak: “Anonim şirketlere avukat cezası şoku” <http://www.sabah.com.tr/akdeniz/2017/01/02/anonim-sirketlere-avukat-cezasi-soku> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁷⁹ Kaynak: “Avukat Bulundurma Yükümlülüğüne Uymayan Şirketler İçin Savcılıklara Başvurulacak” <http://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=12695> (Erişim tarihi: 31.10.2017).

⁸⁰ Kaynak: “Avukatlık Kanunu 35/3. madde gereği sözleşmeli avukat bulundurmayan şirketler hakkında suç duyurusunda bulunulmuştur” <http://www.izmirbarosu.org.tr/HaberDetay/864/suc-duyurusu.aspx> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁸¹ Kaynak: “Baro suç duyurusu yaptı” <http://www.antakyagazetesi.com/baro-suc-duyurusu-yapti/> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁸² Kaynak: “Anonim şirketler ve kooperatiflerin avukat bulundurma zorunluluğu hakkında Baromuzca yapılan işlemler hk.” http://www.erzincanbarosu.org.tr/Haberler/duyuru/549/anonim_sirketler_ve_kooperatiflerin_avukat_bulundurma_zorunlulugu_hakkinda_baromuzca_yapilan_islemler_hk_.html (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁸³ Kaynak: “Anonim şirket ve kooperatiflerin sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu” <http://www.batmanbarosu.org.tr/Detay.aspx?ID=74738&Tip=Haber> (Erişim tarihi: 09.07.2017).

⁸⁴ Kaynak: “Baro’dan şirketlere uyarı” <http://www.mardinlife.com/Barodan-sirketlere-uyari-haberi-29573> (Erişim tarihi: 09.07.2017).

⁸⁵ Ulusoy (2013), s.66.

⁸⁶ *ibid*, s.67.

⁸⁷ Hatırlanacağı üzere Avukatlık Kanunu’nun 35(3). maddesinin 5728 sayılı Kanun ile Şubat 2008 tarihinde değiştirilmeden önceki halinde uygulanacak idari para cezası, asgari ücretin “bir aylık brüt tutarı” iken, Şubat 2008 sonrası bu oran asgari ücretin “iki aylık brüt tutarı” olarak değiştirilmiştir. Böylece 5728 sayılı Kanun ile Şubat 2008 sonrası sözleşmeli avukat bulundurmamanın yaptırımı ağırlaştırılmıştır. Bu durumda “lehe kanun” ilkesi gündeme gelecek ve şirketin aleyhine olan Şubat 2008 sonrasındaki yaptırım, Şubat 2008 öncesinde

2008 öncesi ve sonrası ayrımı yapılmalıdır.

Hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin ilkeler dikkate alındığında, ilgili düzenlemenin, ilk kez yürürlüğe girdiği 2001 yılından itibaren uygulanması gerekirdi. Buna rağmen o tarihlerde denetim yapılmamıştır. İlgili hükmün değişikliğe uğradığı 2008 yılından 2016-2017 yıllarına kadar da, basına yansıyan birkaç istisna dışında, denetimler yaşanmamıştır. Bu nedenle ülke genelinde uygulamanın yeknesak bir başlangıç tarihi (miladi) bulunmamaktadır. Buna ek olarak, şirketlere gönderilen uyarı yazılarında yalnızca gönderildiği yıla ilişkin değil, sözleşmeli avukat bulundurmadıkları geçmiş yıllara ilişkin olarak da işlem yapılmaktadır. İlgili düzenlemenin Şubat 2008 tarihinde yürürlüğe girdiği düşünüldüğünde, her ne kadar geçmişe yönelik denetim yapmak zamanaşımı süresi içerisinde⁸⁸ mümkün olsa da, böyle bir uygulamanın, denetimlerin Türkiye geneline yayılmadığı da hesaba katıldığında, pratikte hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu söylenebilir. Belli başlı illerle sınırlı kalan ve geçmişe yönelik denetimlerin şirketler açısından olumsuz sonuçlarının giderilmesi açısından, belli bir yıl milat olarak belirlenmeli ve bu tarihten itibaren sözleşmeli avukat bulundurulup bulundurulmadığı barolarca araştırılmalıdır.

VI. ANAYASA'YA AYKIRILIK SORUNU

Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunu düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiş ve konu 2010 yılında Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Trabzon Cumhuriyet

avukat bulundurmeyen anonim şirketlere uygulanmayacaktır. Evrensel bazda kabul gören hukukun genel ilkelerden biri olan bu ilke adli cezalar kadar, idari para cezalarına da uygulanmaktadır. *ibid*, s.71.

⁸⁸ İdari para cezalarında zamanaşımı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasında soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişiler hakkında idari para cezasına karar verilemeyeceği hükme bağlandıktan sonra, 2. fıkrasının (c) bendinde 50.000 TL'den düşük idari para cezaları için zamanaşımı süresinin 3 yıl olduğu belirtilmiştir. İlgili maddenin 4. fıkrasında ise zamanaşımı süresinin, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacağı kaydedilmiştir. Bu hükümler uyarınca sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yerine getirilmemesine ilişkin olarak uygulanacak zamanaşımı süresi 3 yıl olup, bu süre sözleşmeli avukat bulundurulmadığı andan (ilgili ayın başından) itibaren işleyecektir. Örneğin Ocak 2017 tarihinde denetim yapılması ve Cumhuriyet savcısının karar vermesi durumunda, sözleşmeli avukat bulundurmeyen şirkete en fazla Ocak 2014 sonrası için idari para cezası verilebilecektir. Diğer bir deyişle, sözleşmeli avukat bulundurulmamış olsa bile Ocak 2014 öncesi için işleyebilecek cezalar zamanaşımına uğramış olacaktır. Böylece yalnızca geriye yönelik son 3 yıl için şirketlere ceza uygulanabilecektir. Son olarak, Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinin 5. fıkrasında kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş olsa da, sözleşmeli avukat bulundurmamanın suç teşkil etmemesi nedeniyle bu hükmün uygulama alanı bulunmamaktadır.

Başsavcılığı tarafından sözleşmeli avukat bulundurmamayan bir anonim şirkete verilen idari para cezasına itiraz üzerine konunun önüne geldiği Trabzon 2. Sulh Ceza Mahkemesi, yargılama sırasında davacı anonim şirketin Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmuş ve ilgili düzenlemenin anonim şirketler yönünden 1982 Anayasası'nın; hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesi, eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi, özel hayatın gizliliği ilkesini düzenleyen 20. maddesi, suç ve cezalara ilişkin bazı esasların düzenlendiği 38(3). maddesi ile çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesini düzenleyen 48. maddesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. 2011 yılında verdiği kararında ise Anayasa Mahkemesi, Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin 1982 Anayasası'na aykırı olmadığını oybirliğiyle hükme bağlamıştır.⁸⁹

İlk derece mahkemesi sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kapsamının açık ve net olmadığını, ilgili maddede anonim şirketlerin taraf olduğu davalarda sözleşmeli avukatla temsil zorunluluğu öngörüldüğü izlenimi verildiğini, uygulamada ise yapılan denetimlerde avukatlık sözleşmesinin olup olmadığına bakıldığını, dolayısıyla yapılan bu farklı yorumların hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığını; sermayesi belli bir miktarı geçen anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu getirilmesinin, buna karşın diğer şirketler için benzer bir zorunluluğunun getirilmemiş olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu; anonim şirketler için avukatlarla sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesinin sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığını, avukat ile müvekkili arasındaki sözleşmenin hiç gerekmediği halde baroya ibraz edilme zorunluluğunun özel hayatın gizliliği ilkesini ihlal ettiğini, son olarak yükümlülüğü yerine getirmemenin yaptırımının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesindeki Asgari Ücret Tespit Komisyonu'nun belirlediği asgari ücrete endekslenmiş olmasının Anayasa'nın 38(3). maddesinde öngörülen ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin yasayla düzenlenmesi ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, anonim şirketlerin günümüzde en önemli ekonomik ve sosyal kurumlar arasında yer aldığını, bünyelerinde pay sahiplerine, şirket çalışanlarına, şirket alacaklılarına ve topluma ait birbiriyle çatışan farklı çıkarları (çıkar gruplarını) barındırdığını, sağladıkları büyük sermayelerle, sınırlı sorumluluğun ve tüzel kişi olmanın verdiği olanaklardan da yararlanarak ülkelerinin kalkınmalarında yararlı olduğunu, özellikle esas sermayesi büyük olan anonim şirketlerin, bünyelerinde barındırdıkları farklı çıkarlar arasında denge kurulabilmesi ve halkın bu şirketlere olan güveninin sarsılmaması için kârlılık ve çağdaş işletmecilik esaslarına uygun olarak verimli biçimde faaliyet göstermelerinin önemli olduğunu ifade ettikten sonra itiraz konusu

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi 30.06.2011 tarih ve E.2010/10, K.2011/110 sayılı karar.

düzenlemenin amacını incelemiştir. Yüce Mahkeme Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesindeki düzenlemenin amacının, *“esas sermayesi belli büyüklüğe ulaşmış anonim şirketlerin, kurumsal varlıklarını bünyelerinde barındırdıkları farklı çıkarlar arasında adil bir denge kurarak devam ettirebilmeleri için başlangıçtan itibaren yaptıkları her türlü işlemin daha sonra hukuki uyusmazlığa yol açmayacak şekilde sağlam bir hukuk temelinde yapılması[nı]”* sağlamak olduğunu belirtmiştir.

Düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılığına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, ilk olarak eşitlik ilkesinin amacının, *“hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek”* olduğunu ortaya koyduktan sonra,⁹⁰ her ne kadar yasal unsurları açısından aynı yapısal özelliklere sahip olmakla birlikte, *“esas sermayeleri büyük miktarlara ulaşan anonim şirketlerin”, sosyal ve ekonomik hayattaki işlevleri bakımından esas sermayeleri büyük miktarlara ulaşmayanlara göre farklı olduğunu öne sürmüştür. Yüce Mahkeme'ye göre “esas sermayesi [250.000 TL] ya da üzerinde olan anonim şirketler ile esas sermayesi bu miktardan az olan anonim şirketler, toplumun sosyal ve ekonomik düzenini etkileyecek işlevsel özelliklere sahip olmaları bakımından aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından, bunlara farklı kurallar uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.”* Bunun dışında düzenlemenin yaptırımının yürürlükteki asgari ücrete endekslenmiş olması ve bu ücretin Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenmesi, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 38(3). maddesine aykırı bulunmamıştır.⁹¹ Sözleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılık iddialarına ilişkin olarak ise hiçbir inceleme yapılmamıştır.⁹²

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesiyle ilgili olarak şunları kaydetmiştir: *“...Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi zedelenmiş olmaz.”*

⁹¹ Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi ise şöyledir: *“İptali istenen Yasa kuralı uyarınca, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna uymayan anonim şirketlere verilecek idari para cezasının hesabında, sanayi sektöründe onaltı yaşından büyük işçiler için belirlenen yürürlükteki asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı esas alınacağından, kişiye suç işlediği zaman o suç için öngörülen ceza, suç gününden önce belirlenmiştir. Bu nedenle kuralın cezaların yasallığı ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”*

⁹² Kararda sadece şu bölüm yer almaktadır: *“Başvuru kararında Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde itiraz konusu fıkraya dayanılarak yapılan değişiklik ile avukatlık sözleşmenin ne şekilde yapılacağına, hangi şartları ihtiva edeceğine, sözleşmeden doğan anlaşmazlıkların nasıl çözümleneceğine ve yazılı sözleşme ile serbest meslek makbuzunun baroya verilmesi gerektiğine dair hükümlere yer verilerek avukat ile müvekkili arasında*

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu yasal düzenlemeyi hiçbir açıdan Anayasaya aykırı bulmamıştır. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı son derece tartışmalı olup, pek çok açıdan eleştiriye açıktır. Yüce Mahkemenin argümanları doyurucu gerekçelerden uzaktır. Örneğin en temel Anayasaya aykırılık iddiası olan sözleşme özgürlüğünün ihlaline ilişkin olarak şaşırtıcı bir biçimde hiçbir bir değerlendirme yapılmamış, buna rağmen kararın sonuç kısmında düzenlemenin, sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddeye aykırı olmadığına hükmedilmiştir. Diğer bir tartışma olan eşitlik ilkesine aykırılık iddiası ise esas sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan anonim şirketler ile esas sermayesi bu miktarın altında olan anonim şirketlerin "aynı hukuksal konumda bulunmadıkları" şeklinde basit bir açıklamayla geçiştirilmiştir. Tüm bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi, sorunu yalnızca bir yönüyle incelemiş, bu bağlamda yasadaki 250.000 TL'nin hangi gerekçeyle şirketleri ayrı hukuksal konuma getirdiğini açıklayamamış, esas sermaye dışındaki sermaye türlerinin farklılıklarını tartışmamış, anonim şirketlerde halka açıklık konusunu değerlendirmemiş, şirket avukatlarının rolüne girmemiş ve sözleşmeli avukata verilecek ücretin kanunen asgari miktarının düzenlenmesine değinmemiştir.

Sonuç ve Öneriler

TTK dışı bir mevzuat olan Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinde, TTK'da anonim şirketlerin kuruluşu için öngörülen asgari esas sermaye miktarının beş katı ve üzeri (yani 250.000 TL ve üzeri) olan anonim şirketler ile ortak sayısı 100 ve üzeri olan yapı kooperatifleri için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu öngörülmüştür. İş bu yükümlülüğe tabi olmak için anonim şirketlerin, (i) TTK'ya tabi olması (anonim şirket şeklinde kurulsada dahi Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi kuruluşlar kapsam dışıdır), (ii) esas sermaye sistemine sahip olması (kayıtlı sermaye, değişken sermaye gibi farklı sermaye sistemlerine sahip anonim şirketler yine kapsam dışıdır) ve (iii) esas sermayelerinin 250.000 TL veya üzeri olması gerekmektedir.

Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu bağlamında "sözleşme" ile kastedilenin Avukatlık Kanunu anlamında "avukatlık sözleşmesi" mi, yoksa İş Kanunu kapsamında "iş sözleşmesi" mi olduğu konusunda duraksama yaşanabileceği düşünülse de, anonim şirketlerin bulundurmaları zorunda olduğu avukatın serbest (bağımsız) avukat olduğu, yoksa şirket bünyesinde iş sözleşmesiyle çalışan avukat (şirket avukatı) olmadığı anlaşılmaktadır.

ticari sır niteliğinde bulunan sözleşmenin sır olmaktan çıkarılmasının, hem sözleşme özgürlüğüne hem de Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de, Anayasa Mahkemesinin yönetmeliklerin Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görevi bulunmadığından, ileri sürülen aykırılık nedenleri inceleme konusu yapılmamıştır."

Bu nedenle yükümlülüklerini yerine getirmek üzere anonim şirketlerin, Türkiye'nin herhangi bir yerindeki bir baroya kayıtlı bir avukat veya avukatlık bürosu ile "sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi" yapması gerekmektedir. Şirket bünyesinde bir şirket avukatı bulunsa bile bu yükümlülük yerine getirilmiş olmayacaktır.

Avukatlık Kanunu Yönetmeliği hükümleri uyarınca söz konusu sözleşme adi yazılı şekle tabi olup, yönetmelikte belirtilen hususların tümünü içerecek şekilde ve bir nüshası daha sonra avukat tarafından bağlı bulunduğu baroya iletilmek üzere, üç nüsha olarak düzenlenmelidir. Sözleşme süresi boyunca anonim şirketler, TBB tarafından yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde tespit edilen ücreti her ay avukata ödemek durumunda olup, avukat da tahsil ettiği aylık ödemeler karşılığında kestiği serbest meslek makbuzlarının fotokopilerini yıl sonunda bağlı bulunduğu baroya iletmek yükümlülüğü altındadır. Sözleşmenin iletildiği barolar da bu sözleşmeler için ayrı bir kayıt defteri tutacak ve sözleşmelerin bir fotokopisini ilgili avukatın sicil dosyasında saklayacaktır.

Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suç oluşturmayıp, yalnızca ilgili anonim şirket hakkında idari para cezası verilmesini gerektirmektedir. Bu ceza yasa da maktu olarak değil, nispi olarak belirlenmiş ve yürürlükteki brüt asgari ücret tutarına endekslenmiştir. Söz konusu yaptırım tek sefere mahsus değil, yükümlülüğün yerine getirilmediği her ay için brüt asgari ücretin iki katı olarak uygulanacak olup, mahkeme veya baro tarafından değil, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilecektir. Yaptırımın uygulanabilmesi açısından ilgili şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki baroya, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunma yetki ve görevi tanınmıştır.

Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere yapılan sözleşmelerin Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'ne uygun olarak yapılmaması durumunda avukatın da sorumluluğu bulunmaktadır. Bu bağlamda sözleşmenin yazılı olarak yapılmaması veya içeriğinin söz konusu yönetmelikte belirtilen hususları tamamen veya kısmen içermemesi ya da üç nüsha olarak düzenlenmemesi, sözleşmeli avukata ödenmek üzere sözleşmede yürürlükteki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi altında bir vekalet ücretinin kararlaştırılmış olması, avukat tarafından düzenlenen serbest meslek makbuzlarının baroya iletilmemesi veya hiç serbest meslek makbuzu düzenlenmemesi durumunda sözleşmeli avukatın disiplin sorumluluğu doğabilecektir.

Anonim şirketler için böyle bir yükümlülüğün kabul edilmesinin arka planında hangi hukuki veya ekonomik gerekçelerin bulunduğu sorusunu yanıtlamak üzere 4667 sayılı Kanun'a ilişkin Meclis Adalet Komisyonu Raporu incelendiğinde sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun

gerekçelerine rastlanılamamaktadır. Rapordan, söz konusu zorunluluğun daha çok avukatların lehine olup olmadığı tartışmasının yaşandığı, bunun dışında anonim şirketlere ne gibi fayda ve maliyetlerinin olacağına etraflıca değerlendirilmediği gözlemlenmektedir. Düzenlemenin tek savunucusu olan barolar ve avukatlar, amacın şirketlerin faaliyetlerinin hukuka uygun olmasının ve hukuki konularda bilgilendirilmelerinin sağlanması, bu doğrultuda yargıdaki dava sayısı ve iş yükünün azaltılması olduğunu savunmaktadır.

Ancak düzenlemenin sözleşme özgürlüğünü ihlal etmesinin ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmasının, şirket bünyesinde bir avukat istihdam edilse bile serbest avukatlarla sözleşme yapılmasının zorunlu tutmasının, yalnızca avukatların lehine olmasının ve şirketlere gereksiz yere bir mali yük getirmesinin ve tüm Türkiye çapında eşit bir biçimde uygulanmamasının eleştirilerin merkezinde yer aldığı gözlemlenmektedir. Yine de Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin Anayasa'da güvence altına alınan eşitlik ilkesine, sözleşme özgürlüğüne, özel hayatın gizliliği ilkesine ve suç ve cezalara ilişkin esaslara aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan başvuruyu reddederek, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun Anayasaya aykırı olmadığına oybirliğiyle karar vermiştir.

İlk kez 2001 yılında mevzuata eklenen ve 2008 yılında güncellenerek yürürlüğe giren sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, ülkemizde uzun bir süre uygulama alanı bulmamış, bu durum yasadaki ilgili maddenin "ölü doğmuş" bir hükümden öteye gitmediğine ilişkin yorumlara yol açmıştır. İlgili yasal düzenleme 2008 yılından beri yürürlükte olmasına karşın, birkaç istisnai durum dışında, özellikle 2016 yılı sonu ve 2017 yılı başından itibaren bazı barolar söz konusu zorunluluğun şirketlerce yerine getirilip getirilmediğinin takipçisi olmaya başlamıştır. Denetimlerin artmasıyla birlikte de şirket sahipleri ile sanayi ve ticaret odaları temsilcileri başta olmak üzere toplumun farklı kesimlerinden düzenlemeye karşı yoğun eleştiri ve tepkiler gelmeye başlamıştır.

Tüm bu nedenlerle anonim şirketler için bir zorunlu istihdam yükümlülüğü niteliğinde olan sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, düşüncemize göre mevcut haliyle sürdürülebilir olmaktan uzaktır. Söz konusu yükümlülüğün aleyhine ifade edilen görüşler, kanun yapmanın objektif, adil ve makul gerekçelere dayanmasını dahi sorgulatacak niteliktedir. Konuya ilişkin mevzuatın yeniden gözden geçirilmesi artık bir zorunluluk haline gelmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda aşağıda birbirlerine alternatif veya bir arada uygulanabilecek birtakım önerilere yer verilmektedir:

1. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu yürürlükten kaldırılmalıdır: Anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, Türk hukukuna ilk kez 2001 yılında girmişse de, 2016-2017 yıllarına kadar aradan geçen bunca yıl boyunca uygulanmayan, “ölü doğmuş” bir hüküm olmaktan öteye gidememiştir. Uygulanmaya başlamasıyla birlikte de yoğun olarak itirazların odağı haline gelmiştir. Yıllardır zaten uygulanmaması, kendisine neredeyse hiç ihtiyaç duyulmaması, kabul edilmesinin ardındaki gerekçenin inandırıcı olmaması, toplumun farklı kesimlerince eleştirilmesi ve yalnızca barolar ve avukatlar tarafından savunulması göz önüne alındığında, en nihai çözüm önerisi ilgili düzenlemenin yürürlükten kaldırılarak, tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıdır. Bu sayede Cumhuriyet Başsavcılıklarınca açılmış soruşturmalar sona erecek, kesilen cezalar ise infaz edilemeyecektir.
2. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kapsamı daraltılmalıdır: Yükümlülüğün şirketler üzerinde ciddi bir mali yük getirmesi karşısında olumsuz etkilerinin azaltılabilmesi açısından kapsamının daraltılması gerekmektedir. Bu bağlamda zorunluluk, ya esas sermayesi 1.000.000 TL ve üzeri olan anonim şirketlerle sınırlandırılmalı ya da sermaye miktarına bakılmaksızın yalnızca halka açık anonim şirketler için uygulanmalıdır. Bağımsız denetim gibi önemli bir konuda dahi denetime tabi anonim şirketlerin kapsamının TTK’da 6335 ve 6455 sayılı Kanunlarla yapılan değişikliklerle daraltılması ve anonim şirketler için TTK’daki internet sitesi oluşturma yükümlülüğü gibi neredeyse kimsenin itiraz etmeyeceği bir yükümlülüğün bile kapsamının bu denli geniş olmaması dikkate alındığında, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna tabi anonim şirketlerin kapsamı daraltılmalıdır.
3. Sözleşmeli avukat bulundurmamanın yaptırımı kaldırılmalı veya hafifletilmelidir: Düzenlemenin ilk halinde yaptırım, asgari ücretin bir aylık tutarı kadar idari para cezasıyken, daha sonra iki aylık brüt tutara çıkarılmıştır. Buna ek olarak, nispi idari para cezası olması sonucu yaptırımın miktarı, asgari ücret oranıyla birlikte her geçen yıl artmakta, böylece şirketler açısından daha da ağırlaşmaktadır. Öyle ki bir yıl boyunca avukat bulundurmayan bir anonim şirkete verilecek ceza, birkaç yıl sonra 50.000 TL’ye kadar artacak ve böylece neredeyse yeni bir anonim şirket veya beş farklı limited şirket kuracak rakamlara ulaşacaktır. Sözleşmeli avukatla çalışma kararı şirketlere bırakılmalı, avukat bulundurmamak istemeyen şirketlere yaptırım uygulanmamalıdır. Son yıllarda asgari ücret miktarındaki ciddi artışlar karşısında daha da ağırlaşan mevcut yaptırım en azından hafifletilmeli ve bir aylık brüt asgari ücretin yarısına indirilmelidir.

4. Sözleşmeli avukata ödenecek ücrete şirket ile avukat karar vermelidir: Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde belirtilen ücretler, bir işin veya açılan bir davanın karşılığı olarak düzenlenmiştir. Bunun tek istisnası ise sürekli danışmanlık hizmeti veren sözleşmeli avukatlar için belirlenen asgari ücrettir. Herhangi bir somut karşılığı bulunmayan bu ücret, avukattan hiçbir hizmet almayan şirketler açısından gereksiz bir mali yüküdür. Oysa şirketler sözleşmeli avukata iş bazında bir ücret ödeyebilecek olsa, hem avukatlar çalıştığı kadar kazanacak, hem de şirketler harcamalarında tasarruf yapabilecektir. Yükümlülüğün kendisine itiraz edilmeyecek olsa bile, bu iş için asgari bir ücretin öngörülmesi kabul edilemez. Dolayısıyla tarifedeki asgari ücret kaldırılarak şirketlerin, sözleşmeli avukatlarına ödemek isteyeceği ücretin taraflar arasında özel hukuka tabi bir sözleşmeyle serbestçe belirlenmesi sağlanmalıdır.
5. Bünyelerinde şirket avukatı bulunan şirketler için muafiyet getirilmelidir: Özellikle belli bir büyüklüğe ulaşmış, halka açılmış, kurumsal yönetim ilkeleriyle yönetilen anonim şirketler çoğu zaman zaten kendi bünyelerinde bir avukat çalıştırmakta, hatta bir hukuk departmanına sahip olmaktadır. Bu şirketler için bir de serbest avukatla sözleşme yapılmasını zorunlu tutan bir hukuk kuralı "abesle iştigal" etmektedir. Farklı sermaye sistemlerine ve miktarlarına sahip, halka açık olan veya olmayan türlerinin bulunduğu anonim şirketlerin hepsini aynı kefeye koyan mevcut düzenleme bu nedenle özensizce kaleme alınmıştır ve günün koşullarına uymamaktadır. Düzenleme revize edilerek en azından kendi bünyesinde bir şirket avukatı çalıştıran anonim şirketler, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğundan muaf tutulmalıdır.
6. Düzenlemenin yürürlük tarihi ileri bir tarihe ertelenmelidir: Her ne kadar sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin düzenleme halen yürürlükte olsa da, denetimlerin belli bir başlangıç tarihi bulunmamaktadır. Bunun yarattığı hakkaniyete aykırı sonuçların giderilebilmesi adına mevcut düzenleme için en azından yeni bir yürürlük tarihi kabul edilmeli, anonim şirketler de kendilerini bu tarihe göre ayarlamalıdır. Bağımsız denetim, iş sağlığı ve güvenliği, işyeri gibi kimi hukuk kurallarının yürürlüğe girmesinin çeşitli nedenlerle ileri bir tarihe ertelenmesi ülkemizde alışılmışın dışında bir uygulama değildir. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin olarak da bir defaya mahsus erteleme yapılabilir. Bu süre içerisinde konu paydaşların da katılımıyla etraflıca tartışılır, uygulamada yaşanan sorunlar ışığında eksiklikler giderilebilir, uygulama için bir milad belirlenir ve böylece sorun çözülmüş olur.

KAYNAKÇA

- AKKALE, R.G. (2013) “Kayıtlı Sermaye Yapısı Hakkında Genel Bilgi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Kayıtlı Sermayenin Artırım Usulü”, *GÜHFD*, Cilt: 17, Sayı: 1-2, s.21-44.
- ALTAŞ, S. (2012) “Kooperatiflerde Avukat Bulundurma Zorunluluğu ve Bunun Cezası”, *Leges Hukuk Dergisi*, Yıl: 3 Sayı: 25, s.57-61.
- ALTAŞ, S. (2015) “Kayıtlı Sermaye Sistemine Tabi Anonim Şirketler Sözleşmeli Avukat Bulundurmak Zorundadır?”, *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı: 132, s.51-62.
- ARSLAN, R., YILMAZ, E. ve TAŞPINAR AYVAZ, S. (2016) *Medeni Usul Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ASLAN, A.Ç. (2015) “Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16 (Özel Sayı), s.1669-1711.
- AYGÜN EŞİTLİ, E. (2013) “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 104, s.225-246.
- ÇİNE, Ö. (2014) *Avukatlık Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- EFENDİOĞLU ÇİÇEK, E. (2017) “Anonim Şirketlerde Avukat Bulundurma Zorunluluğu”, *Milas’ın Gazetesi Önder* 5 Nisan 2017, <http://www.milasonder.com/kose-yazisi/739/anonim-sirketlerde-avukat-bulundurma-zorunlulugu.html> (Erişim tarihi: 24.06.2017).
- ERASLAN, H. (2017) “Anonim şirketler için avukat bulundurma zorunluluğu”, *SuperHaber* 6 Eylül 2017, <http://www.superhaber.tv/asler-icin-avukat-bulundurma-zorunlulugu-77302-makale> (Erişim tarihi: 31.10.2017)
- GÖZLER, K. (2016) *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 20. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa.
- GÜNER, S. (2015) *Avukatlık Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.
- İPEKEL, F. (2013) “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Kayıtlı Sermaye Düzenlemesi ve Bu Düzenlemenin Sermaye Piyasası Hukuku Işığında Değerlendirilmesi”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt: 8 (Özel Sayı), s.1413-1456.
- KALE, S. ve KESER, S. (2015) “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, s.701-725.
- KIRCA, İ., ŞEHİRALİ ÇELİK, F. ve MANAVGAT, Ç. (2013) *Anonim Şirketler Hukuku: Cilt 1*, BTHAE Yayınları, Ankara.

KUTSAL, A. ve BASAT, Ö. (2008) “Sözleşmeli Avukat Bulundurma”, MuhasebeTR 28 Ağustos 2008, <http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/ahmetkutsalozkanbasat/001/> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

MALLIN, C.A. (2015) *Corporate Governance*, 5. Bası, Oxford University Press, Birleşik Krallık.

MEMİŞ, T. ve TURAN, G. (2017) *Sermaye Piyasası Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara.

NOMER ERTAN, F. (2013) “6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı”, İÜHFİM, Cilt: 71, Sayı: 2, s.131-144.

ÖZDEN, M. (2004) *Profesyonel Meslek Birlikleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 60, Ankara.

ÖZKAN, A.F. (2009) “Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları”, *Rekabet Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 3, s.115-209.

SANLI, K.C. (2007) *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, Arıkan Basın Yayın Dağıtım, İstanbul.

TİRYAKİ, R. (2008) *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Yetkin Yayınları, Ankara.

ULUSOY, A. (2013) *İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.*

YAVUZ, M. (2014) “Sermayesi En Az İkiyüzelli Bin Türk Lirası Olan Anonim Şirketlerin Avukat Bulundurma Zorunluluğu”, *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı: 124, s.235-243.

YÜLEK, M. (2015) “Şirketlere neden avukat bulundurma zorunluluğu getirdik?”, Dünya 21 Eylül 2015, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/sirketlere-neden-avukat-bulundurma-zorunluluğu-getirdik/25447> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

Anayasa Mahkemesi kararları

Anayasa Mahkemesi, 30.06.2011 tarih ve E.2010/10, K.2011/110 sayılı karar

Uyuşmazlık Mahkemesi kararları

Uyuşmazlık Mahkemesi, 09.04.2012 tarih ve E.2011/65 ve K.2012/65 sayılı karar

