

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2010/10

Karar Sayısı : 2011/110

Karar Günü : 30.6.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Trabzon 2. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 329. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının "anonim şirketler" yönünden, Anayasa'nın 2., 10., 20., 38. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tebliğ edilen idari yaptırım kararına karşı yapılan itirazda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin gereği olarak özellikle kanunda ceza yaptırımına bağlanan eylemlerin kapsamının açık ve net olarak düzenlenmesi ve tereddüt oluşturmaması gerekmektedir, iptali istenen madde ile getirilen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu kapsamı açık ve net değildir. 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35. maddesinde yalnız avukatların yapacağı işler olarak hukuki danışmanlık hizmeti, dava ve iş takip hizmeti belirlenmiş olup anılan yasa maddesinin zorunlu sözleşmenin hangi hizmeti veya hizmetleri kapsayacağı açık ve net olarak belirlenmemiştir. Yasal düzenlemede, düzenleniş şekli ve düzenleme öncesi cümle dikkate alındığında anonim şirketin açtığı ve hakkında açılan davada avukat sözleşmesi zorunluluğu öngörüldüğü izlenimi vermekte ise de, uygulamada danışmanlık hizmeti sözleşmesi yapılması istenmekte ve bu şekilde uygulama yapılmaktadır. İptali istenen yasa maddesinde sözleşme konusu hizmetin niteliği belirtilmemiş olması farklı yorum ve uygulamaya yolaçmakta hukuki kargaşa ve karmaşaya sebebiyet vermektedir. Özel hukuka ilişkin ve sözleşme özgürlüğü kapsamında bulunan tarafların özgür iradeleri ile yapmaları veya yapmamaları gereken bir hukuki ilişkinin kanunla zorunlu tutularak yaptırma bağlanması ve bu düzenlemenin de kapalı ifadeler ile uygulamada karmaşa oluşturacak şekilde yapılması öncelikle Anayasanın 2. maddesi düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

2- İptali istenen kanun hükmü ile, sermayesi belli bir miktarı geçen anonim şirketler için sözleşmeli avukatlık zorunluluğu getirilmesi, diğer şirketler için benzer düzenleme getirilmemiş olması Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır.

3- Anayasanın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü düzenlenmiş olup sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasaya yansımaları olup özel hukuk alanında kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak istedikleri sonuca ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Bu anlamda bir grup anonim şirket için belli meslek grubu mensupları ile sözleşme zorunluluğu getirilmesi ve uyulmaması halinde idari para cezası yaptırımı öngörülmesi sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliğindedir. Sermayesi belli bir miktarı aşan anonim şirketler zorunluluk olması bile avukat ile sözleşme yapmakta kendilerini davalarda avukat vasıtası ile temsil ettirmektedir. Bu kanun hükmüne dayanılarak Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinde yapılan değişiklik ile, sözleşmenin ne şekilde yapılacağı, hangi şartları ihtiva edeceği, anlaşmazlık durumunda ne şekilde çözümleneceğine dair sözleşmeye konacak hükümler belirlenerek yazılı sözleşme ile serbest meslek makbuzunun baroya verilmesi gibi hususlara yer verilmiştir. HUMK, CMUK gibi temel usul yasalarında dahi temsil için avukatın herhangi bir makama sözleşmenin verilmesi öngörülmemiş ve vekaletnamenin verilmesi yeterli görülmüş iken bu yasa hükmü ile Avukat ile müvekkili arasında ticari sır niteliğinde bulunan sözleşmenin sır olmaktan çıkarılarak hiç gerekmediği halde sözleşmenin bir yerlere verilmesinin öngörülmesi hem sözleşme özgürlüğüne hem de Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesine aykırıdır.

4- İptali istenen yasa maddesinde düzenlenen eylemin yaptırımının 4857 sayılı oluşturulmuş Asgari Ücret Tespit Komisyonu belirlediği asgari ücrete endekslenmiş olması Anayasanın 38/3. maddesinde konulan ceza ve ceza yaptırımı yerine geçen güvenlik tedbirlerinin yasayla düzenlenmesi ilkesine aykırıdır.

SONUÇ VE TALEP: Yukarıda Anayasa'ya aykırılık nedenlerini ayrıntılı olarak belirttiğimiz 1136 sayılı Kanunun 35/3. maddesinin mahkememizde görülen davanın Anonim Şirketler ile ilgili olması nedeniyle anonim şirketler ile sınırlı olarak İPTALİNE karar verilmesini saygı ile arz ederim. 22.01.2010"

III- YASA METİNLERİ**A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları**

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 329. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrası şöyledir:

“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 bulundurmamak 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.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10., 20., 38. ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, SacitADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 25.2.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu fıkra ile Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde belirtilen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketlerin, aksine davranışlarının idari para cezası ile cezalandırılacakları belirtilerek, avukatlık sözleşmesi yapmaya zorlanmalarının ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde yalnız avukatların yapacağı işlerin hukuki danışmanlık ile dava ve iş takip hizmetleri olarak belirlenmesi karşısında, anonim şirketler için getirilen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kapsamının açık bir şekilde belirlenmemesinin, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletine ve 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğüne; bu zorunluluğun sadece esas sermayesi belirlenen miktarı geçen anonim şirketler için getirilmiş olmasının Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine; idari para cezasının miktarının Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenen asgari ücrete endekslenmiş olmasının Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen ceza ve ceza yaptırımı yerine geçen güvenlik tedbirlerinin yasayla düzenlenmesi ilkesine; ayrıca 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 ticari sır niteliğinde bulunan sözleşmenin sır olmaktan çıkarılmasının, sözleşme özgürlüğüne ve Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrasında dava açmaya yeteneği olan herkesin kendi davasına ait evrakı düzenleyebileceği, davasını bizzat açabileceği ve işini takip edebileceği belirtildikten sonra, Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketlerin sözleşmeli bir avukat bulundurmamak zorunda oldukları, bu zorunluluğa uymayan 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 verileceği hükme bağlanmıştır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu 269. ve devamı maddelerinde düzenlenen anonim şirket, en az beş kişinin belli bir iktisadi gaye ve konu ile uğraşmak üzere bir unvan altında kurdukları, esas sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, borçlarından dolayı yalnız mameleki ile sınırlı sorumlu ve ortaklarının sorumluluğu yükledikleri sermaye payları ile sınırlandırılmış bulunan, hak ehliyeti işletme konusu ile sınırlı, tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirkettir.

Küçük sermaye birikimlerini büyük malî, ticarî ve sanayi kuruluşlar durumunda toplayan anonim şirketler, günümüzde en önemli iktisadî ve sosyal müesseseler arasında yer almışlardır. Bünyelerinde pay sahiplerine, şirket çalışanlarına, şirket alacaklılarına ve topluma ait birbiriyle çatışan farklı çıkarları barındıran anonim şirketler, sağladıkları büyük sermayelerle, sınırlı sorumluluğun ve tüzelkişi olmanın verdiği olanaklardan da yararlanarak, önemli girişimler gerçekleştirmişler ve ülkelerinin kalkınmalarında yararlı olmuşlardır. Bu bakımdan özellikle esas sermayesi büyük olan anonim şirketlerin, bünyelerinde barındırdıkları farklı çıkarlar arasında denge kurulabilmesi ve halkın bu şirket türüne olan güveninin sarsılmaması için kârlılık ve çağdaş işletmecilik esaslarına uygun olarak verimli biçimde çalıştırılmaları büyük önem taşımaktadır. Anonim şirketlerin çok sayıda ortağı ilgilendiren faaliyetleri, bu kuruluşların toplumda pay sahibi ve yatırımcı kitlesini, çalışanları ve üretilen mal ve hizmetlerin pazarlandığı piyasayı aşan sosyal ve ekonomik etkiler oluşturmalarına yol açmıştır.

Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan, *“...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak...”* (madde 5), *“...Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır (madde 48); ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı... planlamak...”* (madde 166); *Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini*

sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır...” (madde 167); şeklindeki hükümler, Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek ve gerektiğinde bu alana müdahalede bulunmakla görevli kılındığını ortaya koymaktadır.

İtiraz konusu fıkranın ikinci cümlesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketlerin sözleşmeli bir avukat bulundurmamak zorunda oldukları belirtilerek, 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 uyumsuzluğa yol açmayacak şekilde, sağlam bir hukuk temelinde yapılması ve bu şekilde kârlılık ve çağdaş işletmecilik esaslarına uygun olarak verimli biçimde çalıştırılabilmeleri amaçlanmıştır. Başvuru kararında itiraz konusu kural ile getirilen avukat bulundurma zorunluluğunun kapsamının açık ve net olarak belirlenmediği ileri sürülmekte ise de, itiraz konusu kuralın gerekçesinde yargı önüne giden uyumsuzlukların büyük bir kısmının hukukî ilişki kurulurken gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklandığı belirtildiğinden, yapılan düzenleme ile anonim şirketlerin sadece taraf oldukları davalarda değil, hukuki uyumsuzluk doğmadan önce de avukat bulundurarak, avukatın hukuki yardımından yararlanmalarının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. 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.

Yasal unsurları açısından aynı yapısal özelliklere sahip olmakla birlikte, esas sermayeleri büyük miktarlara ulaşan anonim şirketler, sosyal ve ekonomik hayattaki işlevleri bakımından diğerlerine göre farklılık arz etmektedir. Bu nedenle toplumun sosyal ve ekonomik düzenini önemli ölçüde etkileyebilecek büyüklüğe sahip olan anonim şirketlerin işlevlerini sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmeleri için kamu otoritesi tarafından bu şirketlerin faaliyetlerine diğerlerine göre farklı şekillerde müdahale edilebilmektedir. Yasakoyucu itiraz konusu kural ile anonim şirketlerin işlevlerinin farklılaşmasına yol açan sermaye miktarının sınırını “*Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazlası*” olarak takdir etmiştir. Bu kapsamda esas sermayesi bu miktar 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.

Yasakoyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılırsa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici ögeler olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır. Bu yetki, idari yaptırımlar bakımından da geçerlidir.

Anayasa'nın 38. maddesinde “*...Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur...*” denilerek suç ve cezanın yasallığı ilkesine yer verilmiştir. Bu ilkenin zorunlu sonuçlarından biri de belirlilik ilkesidir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesi, suçun unsurlarının ve verilecek cezanın tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir, nesnel, makul bir düzeyde öngörülebilir ve keyfi uygulamalara yol açmayacak biçimde belirlenmiş olmasını gerektirir.

İtiraz konusu fıkranın üçüncü cümlesi ile sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna uymayan anonim şirketlere verilecek idari para cezasının miktarı, 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 olarak belirlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 39. maddesinde asgarî ücretin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgarî Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile en geç iki yılda bir belirleneceği, Komisyon kararlarının kesin olduğu ve Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

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.

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 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.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 329. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının "anonim şirketler" yönünden, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 30.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Fettah OTO

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2010/10

Karar Sayısı : 2011/110

Karar Günü : 30.6.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Trabzon 2. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 329. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının "anonim şirketler" yönünden, Anayasa'nın 2., 10., 20., 38. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tebliğ edilen idari yaptırım kararına karşı yapılan itirazda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin gereği olarak özellikle kanunda ceza yaptırımına bağlanan eylemlerin kapsamının açık ve net olarak düzenlenmesi ve tereddüt oluşturmaması gerekmektedir, iptali istenen madde ile getirilen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu kapsamı açık ve net değildir. 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35. maddesinde yalnız avukatların yapacağı işler olarak hukuki danışmanlık hizmeti, dava ve iş takip hizmeti belirlenmiş olup anılan yasa maddesinin zorunlu sözleşmenin hangi hizmeti veya hizmetleri kapsayacağı açık ve net olarak belirlenmemiştir. Yasal düzenlemede, düzenleniş şekli ve düzenleme öncesi cümle dikkate alındığında anonim şirketin açtığı ve hakkında açılan davada avukat sözleşmesi zorunluluğu öngörüldüğü izlenimi vermekte ise de, uygulamada danışmanlık hizmeti sözleşmesi yapılması istenmekte ve bu şekilde uygulama yapılmaktadır. İptali istenen yasa maddesinde sözleşme konusu hizmetin niteliği belirtilmemiş olması farklı yorum ve uygulamaya yolaçmakta hukuki kargaşa ve karmaşaya sebebiyet vermektedir. Özel hukuka ilişkin ve sözleşme özgürlüğü kapsamında bulunan tarafların özgür iradeleri ile yapmaları veya yapmamaları gereken bir hukuki ilişkinin kanunla zorunlu tutularak yaptırma bağlanması ve bu düzenlemenin de kapalı ifadeler ile uygulamada karmaşa oluşturacak şekilde yapılması öncelikle Anayasanın 2. maddesi düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

2- İptali istenen kanun hükmü ile, sermayesi belli bir miktarı geçen anonim şirketler için sözleşmeli avukatlık zorunluluğu getirilmesi, diğer şirketler için benzer düzenleme getirilmemiş olması Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır.

3- Anayasanın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü düzenlenmiş olup sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasaya yansımaları olup özel hukuk alanında kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak istedikleri sonuca ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Bu anlamda bir grup anonim şirket için belli meslek grubu mensupları ile sözleşme zorunluluğu getirilmesi ve uyulmaması halinde idari para cezası yaptırımı öngörülmesi sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliğindedir. Sermayesi belli bir miktarı aşan anonim şirketler zorunluluk olması bile avukat ile sözleşme yapmakta kendilerini davalarda avukat vasıtası ile temsil ettirmektedir. Bu kanun hükmüne dayanılarak Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinde yapılan değişiklik ile, sözleşmenin ne şekilde yapılacağı, hangi şartları ihtiva edeceği, anlaşmazlık durumunda ne şekilde çözümleneceğine dair sözleşmeye konacak hükümler belirlenerek yazılı sözleşme ile serbest meslek makbuzunun baroya verilmesi gibi hususlara yer verilmiştir. HUMK, CMUK gibi temel usul yasalarında dahi temsil için avukatın herhangi bir makama sözleşmenin verilmesi öngörülmemiş ve vekaletnamenin verilmesi yeterli görülmüş iken bu yasa hükmü ile Avukat ile müvekkili arasında ticari sır niteliğinde bulunan sözleşmenin sır olmaktan çıkarılarak hiç gerekmediği halde sözleşmenin bir yerlere verilmesinin öngörülmesi hem sözleşme özgürlüğüne hem de Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesine aykırıdır.

4- İptali istenen yasa maddesinde düzenlenen eylemin yaptırımının 4857 sayılı oluşturulmuş Asgari Ücret Tespit Komisyonu belirlediği asgari ücrete endekslenmiş olması Anayasanın 38/3. maddesinde konulan ceza ve ceza yaptırımı yerine geçen güvenlik tedbirlerinin yasayla düzenlenmesi ilkesine aykırıdır.

SONUÇ VE TALEP: Yukarıda Anayasa'ya aykırılık nedenlerini ayrıntılı olarak belirttiğimiz 1136 sayılı Kanunun 35/3. maddesinin mahkememizde görülen davanın Anonim Şirketler ile ilgili olması nedeniyle anonim şirketler ile sınırlı olarak İPTALİNE karar verilmesini saygı ile arz ederim. 22.01.2010"

III- YASA METİNLERİ**A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları**

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 329. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrası şöyledir:

“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 bulundurmamak 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.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10., 20., 38. ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, SacitADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 25.2.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu fıkra ile Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde belirtilen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketlerin, aksine davranışlarının idari para cezası ile cezalandırılacakları belirtilerek, avukatlık sözleşmesi yapmaya zorlanmalarının ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde yalnız avukatların yapacağı işlerin hukuki danışmanlık ile dava ve iş takip hizmetleri olarak belirlenmesi karşısında, anonim şirketler için getirilen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kapsamının açık bir şekilde belirlenmemesinin, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletine ve 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğüne; bu zorunluluğun sadece esas sermayesi belirlenen miktarı geçen anonim şirketler için getirilmiş olmasının Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine; idari para cezasının miktarının Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenen asgari ücrete endekslenmiş olmasının Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen ceza ve ceza yaptırımı yerine geçen güvenlik tedbirlerinin yasayla düzenlenmesi ilkesine; ayrıca 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 ticari sır niteliğinde bulunan sözleşmenin sır olmaktan çıkarılmasının, sözleşme özgürlüğüne ve Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrasında dava açmaya yeteneği olan herkesin kendi davasına ait evrakı düzenleyebileceği, davasını bizzat açabileceği ve işini takip edebileceği belirtildikten sonra, Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketlerin sözleşmeli bir avukat bulundurmamak zorunda oldukları, bu zorunluluğa uymayan 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 verileceği hükme bağlanmıştır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu 269. ve devamı maddelerinde düzenlenen anonim şirket, en az beş kişinin belli bir iktisadi gaye ve konu ile uğraşmak üzere bir unvan altında kurdukları, esas sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, borçlarından dolayı yalnız mameleki ile sınırlı sorumlu ve ortaklarının sorumluluğu yükledikleri sermaye payları ile sınırlandırılmış bulunan, hak ehliyeti işletme konusu ile sınırlı, tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirkettir.

Küçük sermaye birikimlerini büyük malî, ticarî ve sanayi kuruluşlar durumunda toplayan anonim şirketler, günümüzde en önemli iktisadî ve sosyal müesseseler arasında yer almışlardır. Bünyelerinde pay sahiplerine, şirket çalışanlarına, şirket alacaklılarına ve topluma ait birbiriyle çatışan farklı çıkarları barındıran anonim şirketler, sağladıkları büyük sermayelerle, sınırlı sorumluluğun ve tüzelkişi olmanın verdiği olanaklardan da yararlanarak, önemli girişimler gerçekleştirmişler ve ülkelerinin kalkınmalarında yararlı olmuşlardır. Bu bakımdan özellikle esas sermayesi büyük olan anonim şirketlerin, bünyelerinde barındırdıkları farklı çıkarlar arasında denge kurulabilmesi ve halkın bu şirket türüne olan güveninin sarsılmaması için kârlılık ve çağdaş işletmecilik esaslarına uygun olarak verimli biçimde çalıştırılmaları büyük önem taşımaktadır. Anonim şirketlerin çok sayıda ortağı ilgilendiren faaliyetleri, bu kuruluşların toplumda pay sahibi ve yatırımcı kitlesini, çalışanları ve üretilen mal ve hizmetlerin pazarlandığı piyasayı aşan sosyal ve ekonomik etkiler oluşturmalarına yol açmıştır.

Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan, *“...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak...”* (madde 5), *“...Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır (madde 48); ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı... planlamak...”* (madde 166); *Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini*

sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır...” (madde 167); şeklindeki hükümler, Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek ve gerektiğinde bu alana müdahalede bulunmakla görevli kılındığını ortaya koymaktadır.

İtiraz konusu fıkranın ikinci cümlesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketlerin sözleşmeli bir avukat bulundurmamak zorunda oldukları belirtilerek, 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 uyumsuzluğa yol açmayacak şekilde, sağlam bir hukuk temelinde yapılması ve bu şekilde kârlılık ve çağdaş işletmecilik esaslarına uygun olarak verimli biçimde çalıştırılabilmeleri amaçlanmıştır. Başvuru kararında itiraz konusu kural ile getirilen avukat bulundurma zorunluluğunun kapsamının açık ve net olarak belirlenmediği ileri sürülmekte ise de, itiraz konusu kuralın gerekçesinde yargı önüne giden uyumsuzlukların büyük bir kısmının hukukî ilişki kurulurken gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklandığı belirtildiğinden, yapılan düzenleme ile anonim şirketlerin sadece taraf oldukları davalarda değil, hukuki uyumsuzluk doğmadan önce de avukat bulundurarak, avukatın hukuki yardımından yararlanmalarının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. 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.

Yasal unsurları açısından aynı yapısal özelliklere sahip olmakla birlikte, esas sermayeleri büyük miktarlara ulaşan anonim şirketler, sosyal ve ekonomik hayattaki işlevleri bakımından diğerlerine göre farklılık arz etmektedir. Bu nedenle toplumun sosyal ve ekonomik düzenini önemli ölçüde etkileyebilecek büyüklüğe sahip olan anonim şirketlerin işlevlerini sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmeleri için kamu otoritesi tarafından bu şirketlerin faaliyetlerine diğerlerine göre farklı şekillerde müdahale edilebilmektedir. Yasakoyucu itiraz konusu kural ile anonim şirketlerin işlevlerinin farklılaşmasına yol açan sermaye miktarının sınırını “*Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazlası*” olarak takdir etmiştir. Bu kapsamda esas sermayesi bu miktar 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.

Yasakoyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılırsa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğeler olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır. Bu yetki, idari yaptırımlar bakımından da geçerlidir.

Anayasa'nın 38. maddesinde “...*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur...*” denilerek suç ve cezanın yasallığı ilkesine yer verilmiştir. Bu ilkenin zorunlu sonuçlarından biri de belirlilik ilkesidir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesi, suçun unsurlarının ve verilecek cezanın tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir, nesnel, makul bir düzeyde öngörülebilir ve keyfi uygulamalara yol açmayacak biçimde belirlenmiş olmasını gerektirir.

İtiraz konusu fıkranın üçüncü cümlesi ile sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna uymayan anonim şirketlere verilecek idari para cezasının miktarı, 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 olarak belirlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 39. maddesinde asgarî ücretin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgarî Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile en geç iki yılda bir belirleneceği, Komisyon kararlarının kesin olduğu ve Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

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.

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 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.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 329. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının "anonim şirketler" yönünden, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 30.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Fettah OTO

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN