

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI TALEPLİDİR.

DANIŐTAY İLGİLİ DAİRESİ BAŞKANLIĞI'NA

DAVACI : ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI
Adliye Sarayı 5. Kat Sıhhiye/Ankara

DAVALI : TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI
OĞuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sok. No: 8
Balgat/Ankara

T. KONUSU : Yabancı avukatlık ortaklıklarının yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye'de faaliyette bulunabileceğine ilişkin Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nden izin belgesi alması zorunluluğunu kaldıran ve 28/12/2011 tarih ve 28156 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Türkiye Barolar Birliği'nin Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliği'nin 1. maddesinin öncelikle YÜRÜTMESİNİN DURDURULMASI ve bilahare İPTALİ talebidir.

ÖĞRENME TARİHİ: 28/12/2011

OLAYLAR :

1- Yabancı avukatlık ortaklıklarının yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye'de faaliyette bulunabileceğine ilişkin Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nden izin belgesi alması zorunluluğu, 28/12/2011 tarih ve 28156 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Türkiye Barolar Birliği'nin Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliği'nin 1. maddesi ile kaldırılmıŐtır.

2- Davalı kurumca yayınlanan dava konusu Yönetmelik; YETKİ, ŞEKİL, SEBEP, KONU ve MAKSAT öğeleri yönünden hukuka açıkça aykırıdır. Hukuka aykırılık nedenleri aŐaĐıda Yüce Heyetinizin tensip ve takdirlerine arz olunmuŐtur.

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

HUKUKA AYKIRILIK NEDENLERİ :

I- DAVA KONUSU YÖNETMELİK, YETKİ YÖNÜNDEN AÇIKÇA HUKUKA AYKIRIDIR.

1- Malumları olduğu üzere, Anayasa ve kanunlar idari makamlara genel bir yetki vermemiştir. İdari makamların karar alma yetkisi konu bakımından sınırlıdır. Bir idari makamın Anayasa ve kanunlarla yetkili kılınmadığı bir konuda aldığı kararlar konu bakımından yetkisizlik ile sakattır.

2- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 44/B maddesinin c bendinde; yabancı avukatlık ortaklılarıyla ilgili olarak Türkiye Barolar Birliği'nin yönetmelikle düzenleme yapabileceği hususlar sayma yoluyla belirtilmiştir (**EK-1**, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 44/B-c). Türkiye Barolar Birliği'nin düzenleme yetkisinin olmadığı ve ancak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılacak bir değişlikle mümkün olan düzenleme, dava konusu yönetmelikle yapılmaya çalışılmıştır. Kaldı ki; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 44. maddesinin B bendinin dördüncü cümlesinde, **yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde** Türkiye'de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıklarının, bu kanuna ve avukatlık ortaklığı düzenlemesine uygun olarak kurulmak koşuluyla, yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilecekleri açıkça belirtilmiştir (**EK-2**, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun m. 44/B).

3- Dava konusu yönetmelik ile kaldırılan Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği'nin 7/e-1 maddesinde, yabancı avukatlık ortaklıklarının yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye'de faaliyette bulunabileceğine ilişkin Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nden izin belgesi alma zorunluluğu getirilmiştir. Dava konusu işleme kaldırılan bu hükümde, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun yukarıda belirttiğimiz 44/B maddesinin dördüncü cümlesine paralel bir düzenleme yapılmıştır. Oysa 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 44/B maddesinin dördüncü cümlesi halen yürürlükte olduğu ve değiştirilmediği halde dava konusu yönetmelikle bu hükmü zımnen ilga edecek bir değişiklik yapılmıştır. Dava konusu yönetmeliğin yasal dayanaktan yoksun olduğu açıktır.

4- Diğer yandan, yürürlükteki Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği'nin "*Kapsam*" başlıklı 2. maddesinde; Türkiye'de kurulacak avukatlık ortaklıkları ile Türkiye'de salt yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti vermek üzere **yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde** ve müteakabiliyet esasına göre kurulabilecek olan yabancı avukatlık ortaklıklarını kapsadığı açıkça belirtilmiştir. Yine yürürlükteki Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği'nin 11. maddesinde de, yabancı avukatlık ortaklıklarının **ancak yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde** faaliyet gösterebilecekleri hükme bağlanmıştır. Buna göre; yabancı avukatlık ortaklığı; 1136 sayılı **Avukatlık Kanunu'nda ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği'nde belirlenen şartları yerine getirmek ve belgeleri temin etmekte** yükümlüdür. Görüldüğu üzere, dava konusu yönetmelik, hem

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na ve hem de Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği'nin yürürlükteki diğer maddelerine açıkça aykırıdır.

5- Yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı, İRTİBAT BÜROSU olarak nitelenen yabancı avukatlık ortaklıklarının Hazine Müsteşarlığı (Ekonomi Bakanlığı) Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nden (Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü) izin alınmasını emretmektedir (**EK-3**, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu). 6224 sayılı Yabancı Sermaye Teşvik Kanunu'nun yerini 05/06/2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu almıştır. Mevzuatta 6224 sayılı kanuna yapılan atıflar, bu kanunun ilgili hükümlerine yapılmış sayılır. 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3/h maddesine göre, Hazine Müsteşarlığı, yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere, Türkiye'de ticari faaliyette bulunmak kaydıyla İRTİBAT BÜROSU açma izni vermeye yetkilidir. Aynı şekilde, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 6/1 maddesinde de, Müsteşarlığın, yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere, Türkiye'de ticari faaliyette bulunmamak kaydıyla irtibat bürosu açma izni vermeye ve bu izinlerin süresini uzatmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir (**EK-4**, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği).

6- Bu arada, Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 637 Sayılı KHK ile Ekonomi Bakanlığı'na bağlanan Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nün görevlerinden biri de, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve buna ilişkin mevzuat çerçevesinde belirtilen işleri yapmaktır (**EK-5**, 637 sayılı KHK m. 11/1-b). Aynı KHK'nın Geçici 2/7 maddesine göre; Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü ile Teşvik ve Uygulama Genel Müdürlüğü'ne yapılan atıflar bu KHK ile kurulan Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'ne yapılmış sayılacaktır.

II- DAVA KONUSU YÖNETMELİK ŞEKİL YÖNÜNDEN HUKUKA AÇIKÇA AYKIRIDIR.

1- 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 4/1 maddesine göre; doğrudan yabancı yatırımları ilgilendiren mevzuatta yapılacak değişiklik ve yeni mevzuat taslakları hakkında Müsteşarlığın uygun görüŐünün alınması zorunludur.

2- Dava konusu yönetmelik, bu yasal zorunluluk yerine getirilmeden hazırlanıp yayımlandığından, ŞEKİL yönünden hukuka açıkça aykırıdır.

III- DAVA KONUSU İŞLEM, SEBEP ve KONU YÖNÜNDEN AÇIKÇA HUKUKA AYKIRIDIR. KALDI KI DAVA KONUSU YÖNETMELİK, DAVALI KURUMUN ÖNCEKİ UYGULAMALARINA DA TÖMÜYLE TERSTİR.

1- Malumları olduğu üzere, hukuka bağlı bir devlette idarenin mutlak takdir yetkisi söz konusu olamaz. İdare her işleminde belli sebeplere dayanmak zorundadır. **İŞleme esas alınan sebebin fiilen veya hukuken gerçekte olmuş olması kadar bu yetkinin kullanılmasını hukuken haklı kılacak bir nitelik de taşıması gerekir.** Hukuk devleti ve onun bir gereği olan "kanuni idare ilkesi"ne göre, idarenin hukuka bağlı olması ve hukuk kaideleri içinde hareket etmesi esastır. En geniş anlamıyla kanuni idare ilkesi, idareye ve faaliyetlerine kanunun ve bu arada genel hukuk ilkelerinin egemen olması

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

anlamına gelir. İdare, üstlendiği görevleri yerine getirirken yürürlükteki kanunlara ve diğer hukuk ilkelerine uygun davranmak zorundadır. İdare, belirli bir konuda davranıŐta bulunabilmek için kanuni yetkiye muhtaçtır. İdarenin, üst hukuk kaynaklarının kendi yetki ve takdirine bıraktığı konularda, bunların nitelikleriyle eldeki tecrübe ve imkânların elverdiği ölçüde, birtakım objektif kurullarla düzenleme yapması gerekir.

2- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 44/B maddesindeki; yabancı avukatlık ortaklıklarının yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde faaliyet gösterebileceklerine ilişkin düzenleme halen yürürlükte olduğu halde, davalı kurum tarafından yönetmelik hükmünün hangi gerekçe ve sebeple değiştirildiği anlaşılamamaktadır. **1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 44/B maddesine açıkça aykırı olan dava konusu yönetmelik, KANUNİ DAYANAKTAN YOKSUNDUR.**

3- Diğer yandan, dava konusu yönetmelik, davalı kurumun önceki uygulamalarıyla da çeliŐmektedir. Baro kayıtları olmadan ve genelde "danışmanlık Őirketi" baŐlıĐı kullanılarak faaliyet sürdüren "yabancı hukuk/danışmanlık" ortaklıklarının saptanamaması ve haklarında Avukatlık Kanunu hükümlerinin uygulanamaması karşısında 04/10/2006 tarihinde Hazine Müsteşarlığı'ndan davalı TBB'nin çalıŐmalarına esas olmak üzere ülkemizde faaliyette bulunan yabancı danışmanlık Őirketlerinin isim ve adreslerini gösterir bir listenin gönderilmesi istenmiŐ, T.C. BaŐbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından davalı TBB'ye gönderilen "yabancı sermayeli hukuk/danışmanlık ortaklıkları" listesindeki 219 adet yabancı ortaklığın tamamına yazı yazılarak; faaliyetlerinin Avukatlık Kanunu'nun 44/B maddesi kapsamında tanımlanması, adreslerinin bulunduğu yer baro baŐkanlıklarına durumlarını bildirir bir baŐvuruda bulunup bulunmadıkları, hakim sermayenin ait olduğu ülkedeki mesleki kayıt bilgileri ile ortaklıkları bünyesinde çalıŐan avukatların kayıtlı oldukları baro bilgilerinin davalı TBB'ye bildirilmesi istenmiŐtir. Alınan yanıtlar değerlendirilerek ilgili barolardan, belirlenen firmaların/avukatların durumunun Avukatlık Kanunu'nun 35, 44/B ve 48. maddeleri kapsamında incelenerek gereğinin yapılması istenmiŐtir. Bu süreçte Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na baŐvurularak yabancı sermayeli müŐavirlik Őirketlerinin hukuk müŐavirliĐi yapmalarının Avukatlık Kanunu'na aykırılığı belirtilerek Őirket ana sözleşmelerindeki bu aykırılıkların giderilmesi gerektiği bildirilmiŐtir. "Danışmanlık" türünden tescil talep eden yabancı sermayeli Őirketlerin ana sözleşmelerinde Őirket faaliyet alanına ilişkin maddede "hukuk müŐavirliĐi hariç" ibaresi bulunmasının ve ayrıca bu tür baŐvuruda bulunanlara Avukatlık Kanunu'nun 44/B-1 maddesi kapsamında "avukatlık ortaklığı" kurmaları gerektiğinin hatırlatılmasının ticaret sicili müdürlüklerinden istenilmesinin uygun olacağına karar verilmiŐtir (**EK-6**, Yazışma örnekleri). Bu süreç sonunda davalı TBB tarafından İstanbul'da toplam beŐ adet yabancı avukatlık ortaklığının Avukatlık Kanunu'na uygun kuruluŐu ve baro kayıtları sağlanmıştir. Önceki TBB Başkanı Sayın Av. Özdemir ÖZOK döneminde verilen bu mücadeleye rağmen davalı kurumun tamamen aksi yöndeki dava konusu yönetmeliği yayımlamasının hukuken izahı mümkün

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

olmadığı gibi Önceki TBB Sayın Başkanı'nın emeğinin de hiçe sayılmış olması ziyadesiyle üzücüdür.

4- Tüm bu gerekçelerle, yetki gaspıyla malûl dava konusu yönetmelik; oransız, elverişsiz ve gereksiz olup, sebep ve konu yönünden açıkça hukuka aykırıdır.

IV- DAVA KONUSU YÖNETMELİK, MAKSAT YÖNÜNDEN HUKUKA AÇIKÇA AYKIRIDIR. AVUKATLIK, BİR KAMU HİZMETİDİR. BARO MENSUPLARININ GENEL MENFAATLERİNİ KORUMAK, DAVALI KURUMUN EN BAŞTA GELEN GÖREVLERİNDENDİR. DAVALI KURUMUN AVUKATLIKLA İLGİLİ İŞ VE İŞLEMLERİNDE KAMU HİZMETİ GEREKLERİNE VE KAMU YARARINA UYGUN HAREKET ETMESİ YASAL ZORUNLULUKTUR. FİİLİ ve GERÇEK DURUM DİKKATE ALINDIĞINDA, YETKİ SAPTIRMASIYLA MALÛL ve KAMU HİZMETİ İFA EDEN AVUKATLARIN GENEL MENFAATLERİNE AYKIRI OLAN DAVA KONUSU İŞLEMDE AMAÇ YÖNÜNDEN HUKUKA UYARLIK YOKTUR.

1- HUZURUNUZA GETİRDİĞİMİZ TEMEL HUKUKİ MESELE; TÜRK AVUKATLARININ BAĞIMSIZLIK MÜCADELESİDİR. KAMUOYU BASKISINDAN ENDİŞE EDİLMİŞ OLMALI Kİ, 1136 SAYILI AVUKATLIK KANUNU'NUN İLGİLİ HÜKMÜNÜN DEĞİŞTİRİLEMeyeCEĞİ ANLAŞILINCA YÖNETMELİK DEĞİŞİKLİĞİ YAPILMASI İHTİYACI DUYULMUŞTUR. DAVA KONUSU YÖNETMELİK İLE YABANCI AVUKATLIK ORTAKLIKLARININ DENETİMSİZ OLARAK FAALİYET GÖSTERMELERİNİN ÖNÜ AÇILARAK TÜRK AVUKATLARININ YILLARDIR VERDİĞİ MÜCADELEYLE ELDE ETTİKLERİ KAZANIMLAR VE BAĞIMSIZLIK YOK EDİLMEKTEDİR. 1136 SAYILI AVUKATLIK KANUNU'NUN 44/B MADDESİNİ ZİMNEN İLGA EDEN YÖNETMELİK DEĞİŞİKLİĞİ KAMU YARARINA AÇIKÇA AYKIRIDIR.

2- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 110/3 maddesi gereğince baro mensuplarının genel menfaatlerini korumak, Türkiye Barolar Birliği'nin en başta gelen görevlerindedir. Avukatlık faaliyeti, bir kamu hizmetidir. Bu nedenle davalı kurumun da avukatlıkla ilgili iş ve işlemlerinde kamu hizmeti gereklerine ve kamu yararına uygun hareket etmesi yasal zorunluluktur. Dava konusu işlem, kamu hizmeti ifa eden avukatların genel menfaatlerine aykırıdır. Fiili ve gerçek durum dikkate alındığında, yetki saptırmasıyla malûl dava konusu işlemin amaç yönünden hukuka aykırı olduğu açıktır.

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI TALEBİMİZ :

1- Dava konusu Yönetmelik yukarıda arz ve izah edilen nedenler ve özellikle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 44/B maddesinin dördüncü cümlesine

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

açıkça aykırı olması nedeniyle yetki, şekil, sebep, konu ve maksat ögeleri yönünden **hukuka açıkça aykırıdır.**

2- Dava konusu yönetmelik yüzlerce yabancı avukatlık ortaklığının denetimsiz olarak faaliyette bulunmalarının önünü açmaktadır. Bu itibarla **iptal davaları ile sağlanmak istenen hukuki menfaatin özüne uygun olarak sağlıklı bir yargısal denetimin yapılabilmesini teminen HEMEN UYGULANMASI GEREKLİ BİR İŞLEM OLMASI ve UYGULANMASI DURUMUNDA TELÂFİSİ İMKÂNSIZ ZARAR DOĞURABİLECEK NİTELİKTE BULUNMASI NEDENİYLE DAVA KONUSU YÖNETMELİĞİN 1. MADDESİNİN DAVALI KURUMUN SAVUNMASI BEKLENMEKSİZİN ÖNCELİKLE YÜRÜTMESİNİN DURDURULMASINA karar verilmesini talep ediyoruz.**

Bu davayı açmak Baromuzun asıl iştiğal alanıdır. Kaldı ki hukukun üstünlüğünü korumak Barolara ve Baro Yönetim Kurullarına Avukatlık Kanunu ile getirilen bir yükümlülük ve sorumluluktur. **1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76.** maddesinde Baroların hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten tüzel kişiliği bulunan meslek kuruluşları olduğu belirtilmiş, **95.** maddesinde de Baro Yönetim Kurullarının avukatlık onurunu ve meslek düzenini korumak, meslekin adalet amaçlarına uygun olarak bağlılık ve onurla yapılmasını sağlamak, mesleğe ve meslek mensuplarına yönelik hak ihlallerine karşı avukatlık mesleğini ve meslektaşları savunmak, bu konularda her türlü yasal ve idari girişimde bulunmakla görevli oldukları hükme bağlanmıştır. Avukatlık Kanunu'nun ilgili maddeleri gereği iş bu davayı açmak zorunluluğu doğmuştur.

SONUÇ VE TALEP: Arz edilen nedenler ve resen tespit buyurulacak hususlar karşısında; yabancı avukatlık ortaklıklarının yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye'de faaliyette bulunabileceğine ilişkin Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nden izin belgesi alması zorunluluğunu kaldıran ve 28/12/2011 tarih ve 28156 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Türkiye Barolar Birliği'nin Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliği'nin 1. maddesinin **DAVALI KURUMUN SAVUNMASI BEKLENMEKSİZİN ÖNCELİKLE YÜRÜTMESİNİN DURDURULMASINA** ve bilahare **İPTALİNE**, yargılama giderlerinin davalı kuruma yükletilmesine karar verilmesini saygı ile arz ve talep ederiz. **05/01/2012**

DAVACI
ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI
Vekili
Av. Mehtap CEVİZCİ

Ekler:

- 1-1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 44/B-c
- 2- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 44/B

Adliye Sarayı B Blok Kat:5 06251 Sıhhiye/Ankara Tel: 416 72 00 Faks:(0312) 309 22 37

Web: <http://www.ankarabarosu.org.tr> e-mail: ankarabarosu@ankarabarosu.org.tr.

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

- 3- 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu
- 4- Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği
- 5- 637 sayılı KHK m. 11/1-b
- 6- Yazışma örnekleri
- 7- Vekaletname sureti

DANIŐTAY İLGİLİ DAİRESİ BAŞKANLIĞI'NA

Adliye Sarayı B Blok Kat:5 06251 Sıhhiye/Ankara Tel: 416 72 00 Faks:(0312) 309 22 37

Web: <http://www.ankarabarusu.org.tr> e-mail: ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr.