

Avukatlar, Ticari Faaliyetle Uğraşabilir mi?- I

AVUKATLAR, TİCARİ FAALİYETLE UĞRAŞABİLİR Mİ?-I

Yazar: Cumhuriyet BİLEN(*)

Yaklaşım Dergisi/ Mayıs 2008 / Sayı: 185

I- GİRİŞ

Ünlü Baro Başkanı PAYEN, “İnsanlar arasındaki uyuşmazlıkların yumrukla çözümlenemediği günden beri avukatlık vardır.” görüşündedir(1). Günümüzde avukatlar, bir yandan bireyin hukuksal sorunlarının çözümünde görev almakta ve onları savunmakta, bir yandan da yargının kurucu ögesi olarak bağımsız savunma makamının temsilcileri olarak hukuk kurallarının “herkese”, “eşit”, “adil” ve “etkin” bir şekilde uygulanmasını gerçekleştirmekle, bu düşüncenin toplumun her kesimindeki insanların yer etmesini sağlamakla çok önemli bir kamu hizmeti yapmaktadırlar(2).

Serbest meslek erbabı olan ve kamusal hizmet ifa eden bir meslek grubu olan avukatların kendi meslek hukukuna ilişkin düzenlemeler, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda yapılmıştır. Söz konusu Kanun’da avukatların mesleklerini ifa ederken eş anlı olarak yapamayacakları faaliyetler de düzenlenmiştir. Avukatlıkla birleşmeyecek faaliyetlerden birisi de mezkur Kanun’da, “tacirlik” olarak sayılmıştır. Yazımızda öncelikle TTK ve GVK açısından ticari işletme, ticari iş, ticari kazanç ve tacirlik kavramları incelenecek, ardından da Avukatlık Kanunu açısından avukatların ticari faaliyetle uğraşmasının sonuçları açıklanacaktır.

II- TÜRK TİCARET KANUNU (TTK) VE GELİR VERGİSİ KANUNU (GVK) AÇISINDAN

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 37. maddesinde, her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançların, ticari kazanç olduğuna hükmedilmiştir. Ticari ve sınai faaliyetin kapsamının ne olduğu konusunda ise; GVK’da açık bir tanımlama yer almamaktadır. Bu nedenle, madde metninde sınırlı olarak ticari kazanç sayılan hallerin dışında kalan durumlarda, ticari ve sınai faaliyetin varlığını genel esaslar dahilinde değerlendirmek gerekmektedir.

6762 sayılı TTK’da ticari işletme esası benimsenmiş olup; ticari işletme kavramının belirlenmesine bağlı olarak da ticari iş ve tacirin tanımı ortaya çıkmaktadır. TTK’nın 11. maddesi gereği; “**ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler ticari işletme**” sayılmaktadır. Aynı Kanun’un 12. maddesinde de ticarethane ve fabrika ile ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin neler olduğu düzenlenmiştir. Anılan madde gereği aşağıda yazılı ve mahiyetçe bunlara benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler ticarethane sayılırlar:

“1- Menkul malların satılmak veya kiraya verilmek üzere tedarik ve bunların aynen veya başka bir şekilde sokularak satılması veya kiraya verilmesi

2- Kıymetli evrakın satılmak üzere tedariki ve bunların satılması,

3- Her çeşit imal ve inşa,

4- Madencilik,

5- Matbaacılık, gazetecilik ve kitapçılık, yayın, ilan ve istihbarat,

6- Tiyatro, sinema, otel, han ve lokanta gibi umumi mahaller, hususi mektep ve hastane ve açık satış yerlerinin işletilmesi,

7- Umumi mağazalar, sair depo ve ambarların işletilmesi,

8- Borsa ve kambiyo işleri, sarraflık, bankacılık,

9- İçtimai sigortalar hariç olmak üzere, sigortacılık,

10- Kara, deniz ve havada, nehir ve göllerde yolcu ve eşya taşımak,

11- Su, gaz ve elektrik dağıtmak, telefon ve radyo ile haberleşme ve yayın,

12- Acentalık, tellallık, komisyonculuk ve sair bütün tavassut işleri.”

TTK bakımından ticari işletme konusunda kesin bir sınırlama yapılmayarak, ticari şekilde işletilen diğer müesseseler başlıklı 13. maddesinde; işlemlerinin hacim ve ehemmiyetinin, ticari muhasebeyi gerektiği ve ona ticari ve sınai bir müessese şekil ve mahiyetini verdiği takdirde bu işletmelerin de ticari işletme sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda bir müessesenin ticari veya sınai niteliğe sahip olup olmadığı her olaya göre ayrı değerlendirilmelidir.

TTK'nın 3. maddesinde; **“bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren muamele, fiil ve işler, ticari işlerdir.”** şeklinde düzenleme yapılmıştır. TTK'nın 14. maddesinde bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseler **“tacir”** sayılmıştır. Ayrıca, TTK'nın 12. maddesinde **“ister gezici olsunlar, ister bir dükkanda veya bir sokağın muayyen yerlerinde sabit bulunsunlar iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlayacak derecede az olan sanat ve ticaret erbabının”** tacir olmayacağı, esnaf sayılacağı hükme bağlanmıştır. TTK bakımından ticari faaliyetlerin, esas itibarıyla, bir sermaye organizasyonu ve belli bir kazanç potansiyelini gerektirdiği anlaşılmaktadır. TTK md. 28'e dayanarak çıkarılmış olan Ticaret Sicili Nizamnamesi'nde (Ticaret Sicili Tüzüğü'nde) ticari bir işletmenin genel unsurları olarak; gelirin sağlanmasının amaç edinilmesi, devamlılık, esnaf faaliyetlerinin sınırlarının aşılması ve faaliyetin bağımsız olması öngörülmüştür.

GVK'da yer alan ticari ve sınai faaliyeti kapsamı, TTK'nın kapsamından daha geniştir. GVK açısından ticari faaliyeti, emek-sermaye karışımı ve devamlılık arz eden bir organizasyona dayanan, GVK'da tanımı yapılmış olan zirai ve serbest meslek faaliyeti dışında kalan faaliyetler olarak tanımlamak mümkündür. Organizasyon veya çalışmadaki sermayenin azlığı veya çokluğu, emek unsurunun sermayeye nazaran çok daha hakim olması, Gelir Vergisi Kanunu açısından faaliyetin ticari sayılmasına etki etmez. Nitekim TTK'da esnaf sayılanların faaliyeti, GVK'nın 9. maddesindeki özel bir muafiyet hükmü ile verginin kapsamı dışında bırakılmıştır.

Ticari faaliyetin asıl unsurlarından biri, faaliyetin devamlı olarak yapılmasıdır. Ticari faaliyette dolayısıyla ticari kazançta devamlılık kasıt ve niyetinin varlığı ticari organizasyonun mevcudiyeti ile açık bir şekilde ortaya çıkar. Bir işyeri açılması, personel çalıştırılması, sermaye tahsisi, ticaret siciline kayıt olunması ... vs. ticari bir organizasyonun varlığını gösterir. Ticari bir organizasyonun bazı hallerde varlığı şekli ve belirli unsurları ile görünmez. Organizasyon fiilen doğmuş olur. Bu durumda, esas alınan ölçü, muamelelerin çokluğu, birden fazla oluşudur. Örneğin, bir defaya mahsus olmak üzere, borç para verildiğinde elde edilen faiz menkul sermaye iradidir. Bir takvim yılı içinde birden fazla borç para verilerek faiz elde edilmesi halinde ticari faaliyet söz konusudur.

Nitekim, GVK'nın 4369 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki 82. maddesinde, devamlı bir surette yapılmayan arızı olarak gerçekleşen ticari muamelelerden doğan kazançlar arızı ticari kazanç olarak sayılmış ve bu şekilde vergilendirilmiştir. 01.01.1999 tarihinden itibaren 4369 sayılı Kanunla gelirin tanımında yapılan değişikliğe paralel olarak, devamlı bir surette yapılmayan yani arızı olarak gerçekleşen ticari muamelelerden doğan kazançların kaynağı ne olursa olsun diğer her türlü kazanç ve irat olarak vergilendirilmesi öngörülmüştür. Bu değişiklik vergi uygulamasında hayat bulmadan 4444 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle GVK'ya eklenen geçici 56. madde hükmü ile 1999-2002 yılları gelirlerinin vergilendirilmesinde 4369 sayılı Kanunla değişmeden önceki hükümlere geri dönmüştür.

Yürütülen faaliyetin ticari olup olmadığı konusunda Danıştay'ca verilmiş bir Karar'ın özeti aşağıdaki gibidir:

“Bir kazancın ticari kazanç sayılabilmesi için bulunması gereken en önemli unsur, faaliyetteki devamlılıktır. Bu ise işin niteliği, özellikleri, organizasyonu ve ticari faaliyetlerdeki işlemlerin sayısal çokluğuna göre saptanır.”(3)

Yukarıda yer alan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; ticari faaliyetin asıl unsurlarından biri faaliyetin devamlı olarak yapılmasıdır. Ticari faaliyette dolayısıyla ticari kazançta devamlılık kasıt ve niyetinin varlığı ticari organizasyonun mevcudiyeti ile açık bir şekilde ortaya çıkar.

III- AVUKATLIK KANUNU AÇISINDAN

A- GENEL OLARAK

Avukatlık mesleği ve bu mesleğe ilişkin kurallar, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda hükme bağlanmıştır. Mezkur Kanun'un 1. maddesinde avukatlık mesleği tanımlanmıştır. Buna göre; **“Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.”** Aynı Kanun'un Üçüncü Kısmının 11. maddesinde ise; **“avukatlıkla birleşmeyen işler”** sayılmıştır. Söz konusu madde hükmünde **“Aylık, ücret, gündelik veya kesenek**

gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnaflik veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş avukatlıkla birleşemez.” ifadelerine yer verilmiştir.

Bir hizmet sözleşmesiyle olsun veya olmasın aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler ile bir başkasının emrinde ve hizmetinde çalışan kişilerin avukatlık mesleğinin “**bağımsızlık**” niteliğine uygun davranış içinde olamayacakları düşüncesiyle avukatlık mesleğini yapmaları engellenmektedir(4).

Niteliği itibariyle sigorta prodüktörlüğü de, TTK'nın yukarıda yer verilen 12. maddesinin 9. bendinde sayılan ticari işletmeye dahil işlerden olması ve TTK'nın 3. maddesi gereği ticari iş sayılması gerektiğinden; avukatlık mesleğiyle birleşmeyen bir iştir. Bu kişilerin de avukatlık yapması doğru bulunmamaktadır(5).

Danıştay, genel giderlerin bir kısmından muaf olma koşulu ile hiçbir ücret almadan görülen apartman yöneticiliğini ticari faaliyet kapsamında görmemektedir(6). Satış bedeli üzerinden tayin edilen bir ücret karşılığında, taşınır eşya satışına aracılık etmek, müşteri aramak, bulunduğu satış gerçekleştirme Borçlar Kanunu'nda yer alan komisyonculuk faaliyeti olup; komisyonculuk, avukatlıkla birleşmeyen işlerdendir(7). Yine, lokanta sahipliği ve işletmeciliği, avukatlıkla birleşmeyen işlerden sayılmaktadır(8).

1136 sayılı Kanun'un 12. maddesinde ise; avukatlıkla birleşebilen ve 11. maddesinde yer verilen hükmün istisnası şeklindeki işler sayılmıştır:

“Aşağıda, sayılan işler 11. madde hükmü dışındadır:

- a) Milletvekilliği, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeliği,***
 - b) (Değişik: 02.05.2001 - 4667/9 md.) Hukuk alanında profesör ve doçentlik,***
 - c) Özel hukuk tüzel kişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık,***
 - d) Hakemlik, tasfiye memurluğu, yargı mercilerinin veya adli bir dairenin verdiği herhangi bir görev veya hizmet,***
 - e) Kamu iktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de başka iş veya hizmetle uğraşmaları yasaklanmamış bulunmak şartıyla; bu Kanun Hükmünde Kararname'nin kapsamına giren İktisadi Devlet Teşekkülleri, Kamu İktisadi Kuruluşları ve bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ve iktisadi Devlet Teşekkülleri ile Kamu İktisadi Kuruluşları dışında kalıp sermayesi Devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine ait bulunan kuruluşların yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği, denetçiliği,***
 - f) Anonim, limited, kooperatif şirketlerin ortaklığı, yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği ve komandit şirketlerde komanditer ortaklık,***
 - g) Hayri, ilmi ve siyasi kuruluşların yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği,***
 - h) Gazete ve dergi sahipliği veya bunların yayım müdürlüğü,***
- Milletvekilleri hakkında, 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.***

(Değişik: 02.05.2001 - 4667/9 md.) (e) bendinde gösterilenlerin, Hazinesinin, belediye ve özel idarelerin, il ve belediyelerin yönetimi ve denetimi altında bulunan daire ve kurumların, köy tüzel kişiliklerinin ve kamunun hissedar olduğu şirket ve kuruluşların aleyhinde; il genel meclisi ve belediye meclisi üyelerinin de bağlı buldukları tüzel kişilerin ve yüksek öğretimde görevli profesör ve doçentlerin yüksek öğretim kurum ve kuruluşları aleyhindeki dava ve işleri takip etmeleri yasaktır.

Bu yasak, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsar.

Bir kadroya bağlı olarak aylık veya ücreti Devlet, il veya belediye bütçelerinden yahut Devlet, il veya belediyelerin yönetimi ve denetimi altındaki daire ve müessese yahut şirketlerden verilen müşavir ve avukatlar, yalnız bu daire, müessese ve şirketlere ait işlerde avukatlık yapabilirler.”

(Devamı Gelecek Sayımızda)

(*) Hesap Uzmanı

- (1) Yekta Güngör ÖZDEN, “Yeni İnsan Hakları, Yeni Hukuk Devleti”, ABD, 1993, S. 3, s. 331
- (2) Semih GÜNER, **Avukatlık Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, Genişletilmiş 3. Baskı, s. 46
- (3) Dn. 4. D.'nin, 13.11.1990 tarih ve E.1988/2497, K.1990/3120 sayılı Kararı.
- (4) GÜNER, age, s. 167
- (5) GÜNER, age, s. 167
- (6) Dn. 8. D.'nin, 21.06.1999 tarih ve E.998/441, K.999/4092 sayılı Kararı.
- (7) Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun, 11.10.1997 tarih ve E.997/103, K.997/109 sayılı Kararı.
- (8) TBB Disiplin Kurulu'nun, 02.02.2007 tarih ve E.2006/455, K.2007/45 sayılı Kararı, http://www.barobirlik.org.tr/calisma/disiplin_kararlari/detay.aspx?karar=127

Yazarlar : 'CUMHUR İNAN BİLEN'