

657 SAYILI DEVLET MEMURLARI KANUNU'NUN 28. MADDESİNE GÖRE MEMURLARIN TİCARET VE DİĞER KAZANÇ GETİRİCİ FAALİYETLERDE BULUNMA YASAĞININ KAPSAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Araş. Gör. Yasin Yerebasmaz*

GİRİŞ

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, memurların, bir yandan bütün çalışmalarını kamu hizmetine hasretmeleri, diğer yandan da bu hizmeti ifa ederken kamu gücünü kullanmaları sebebiyle bazı faaliyetlerde bulunmalarını yasaklamıştır.¹ Başka bir ifadeyle, memurların, içinde buldukları statülerini korumak ve kamu hizmetinin görülmesinde meydana gelebilecek aksaklıkları önlemek amacıyla hizmet içinde yahut dışında, bazı davranışlarda bulunmaları engellenmek istenmiştir.²

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun koymuş olduğu yasaklardan biri de Kanununun 28. maddesinde yer alan ticaret ve kazanç getirici diğer faaliyetlerde bulunma yasağıdır. Kanununun 28. maddesindeki bu yasağın kapsamı, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ilgili hükümlerden yararlanılarak tespit edilmelidir. "Tacir", "esnaf", "ticaret şirketleri", "ticari mümessil" ve "ticari vekil" gibi Borçlar Hukuku'nda ve Ticaret Hukuku'nda çokça kullanılan bu kavramların, ilgili kanunlarda geçen tanımları ve içerdiği hükümler, DMK'nın 28. maddesinin kapsamının belirlenmesinde önemli rol oynayacaktır.³

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Siddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C: II, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1175.

² İsmet Giritli/ Pertev Bilgen/ Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, 3.bs., İstanbul, Der Yayınları, 2008, s. 614.

³ Makalemizin içeriğinde yer alan Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümleri, halen uygulanmakta olan 6762 sayılı "Türk Ticaret Kanunu" ve 818 sayılı "Borçlar Kanunu" hükümleridir. Bununla birlikte 1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı "Türk Ticaret Kanunu" ve 6098 sayılı "Türk Borçlar Kanunu" hükümlerine ve bu kanunlar yürürlüğe girdiğinde, Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinde yer alan ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına ilişkin herhangi bir değişiklik olup olmayacağına dair çeşitli açıklamalar ise ilgili bölümlerin dipnotlarında yer almaktadır.

1. 28. MADDEYE GENEL BAKIŞ

1.1. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. Maddesinin Görünümü ve Günümüze Kadar Geçirmiş Olduğu Değişiklikler

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesi "**Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağı**" düzenlemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda 28. madde:

"TİCARET VE DİĞER KAZANÇ GETİRİCİ FAALİYETLERDE BULUNMA YASAĞI:

Madde 28 - (Değişik madde: 30/05/1974 - KHK-12; Değiştirilerek kabul: 15/05/1975-1897/1 md.)

Memurlar Türk Ticaret Kanununa göre (Tacir) veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar. (Görevli oldukları kurumların işti-raklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler hariç).

Memurların üyesi oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri ile ka-nunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim ve denetim kurulları üyelikleri görevleri ve özel kanunlarda belirtilen görevler yasaklamanın bu dışındadır.

Eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları, yasaklanan faaliyet-lerde bulunan memurlar bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildir-mekle yükümlüdürler."

şeklinde düzenlenmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenen "**Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağı**" birçok kere değişiklikler geçirmiş ve yukarıda belirtilen son şeklini almıştır.

657 sayılı Kanunun 28. maddesinin tarihi gelişimine baktığımızda, mad-denin ilk biçiminde⁴, Devlet memurlarının tacir veya esnaf sayılmalarını gerektirecek faaliyetlerde bulunamayacağı belirtilirken bugünkü mevcut halin-den farklı olmak üzere, açık bir biçimde Devlet memurlarının ticaret şirketle-rinde müdürlük, idare meclisi üyeliği ve murakıplık görevlerinde bulunamaya-cağı da ifade edilmiştir.⁵

Ayrıca eski metnin 2. fıkrasında, yine bugünkü halinden farklı olmak üzere, her memur sınıfının kendi tüzüğünde yer alacak hükümlerle, bir takım

⁴ Kemalettin Alikashiöğlu, **Devlet Memurları Kanunu**, 2. bs., Ankara, Yarıcaık Cezaevi Matbaası, 1979, s. 49.

⁵ 657 sayılı DMK madde 28'deki metnin ilk hali:

"Devlet memurları Türk Ticaret Kanununa göre tacir veya esnaf sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamazlar, ticari mümessil ve ticari vekil olamazlar, kolektif şirket ortaklığı ile komandit şirkette komandite ortaklığa giremezler ve ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği ve murakıplık görevlerini deruhte edemezler. Devlet memurlarının üyesi oldukları yapı ve tüketim kooperatiflerindeki yönetim ve denetim görevleri bu yasaklamanın dışındadır. Yukarıdaki fıkrada gösterilenler dışında kalan kazanç getirici faaliyetlerden hangilerinin Devlet memurları tarafından yapılamayacağı, sınıfın tüzüğünde belirtilir. Eşleri birinci fıkrada gösterilen faaliyetlerde bulunan Devlet memurları, bu durumu 15 gün içinde bağlı buldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler."

kazanç getirici faaliyetlerin yasaklanabileceği belirtilerek, ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının sadece 657 sayılı Kanunun 28. madde metni ile sınırlı olmadığı belirtilmiştir. Yine ilk halinde, sadece yapı ve tüketim kooperatiflerindeki yönetim ve denetim görevleri istisna olarak sayılmıştır.

28. maddenin belirtilen ilk metni, 1327 sayılı kanunla⁶ değiştirilmiş, madde metninde bulunan “*ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği ve murakıp olamayacağı*” hükmü kaldırılmış, buna karşın memurların ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamayacağı hükmü getirilmiş ve kapsam genişletilmiştir. Bunun yanında sınıf tüzüklerine yapılan atıf, kuruluşların kendi yönetmeliklerine yapılmış ve son paragrafa da ticaret yahut kazanç getirici diğer faaliyetlerde bulunan eşin yanı sıra benzer faaliyetlerde bulunmaları halinde reşit olmayan veya mahcur çocukların da yaptığı bu faaliyetlerin, bildirim yükümlülüğüne kapsamına gireceği hükmü eklenmiştir.

12 sayılı KHK değişikliği ve ardından 1897 sayılı kanun⁷ ile değiştirilen ve son haline gelen madde metninde, bir önceki metne göre yine 1. fıkradaki yasaklar korunmakla birlikte, memurlara görevli oldukları kurumların iştiraklerinde verilecek görevlerin bu yasağın kapsamı dışında olduğu belirtilmiş ancak 657 sayılı Kanunun 28. maddesinde belirtilen yasaklar yanında “*memurların kendi tüzük veya yönetmeliklerinde bulunabilecek birtakım kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının da olabileceğine*” dair hüküm kaldırılmıştır. O halde 657 sayılı Kanunun göstermiş olduğu yasakları aşan birtakım hükümlerin, memurların kendi tüzük yahut yönetmeliklerinde bulunması mümkün değildir. Ancak kanun hükümleri uyarınca, kanunun koymuş olduğu yasakları somutlaştıran, onların uygulanmasını gösteren birtakım hükümler yasak kapsamına alınabilecektir.

1.2. Devlet Memurları Kanunu'nun 28. Maddesinin Genel Özellikleri

Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesi, ticari ve bir takım kazanç getirici faaliyetlerde bulunmayı yasaklamıştır. Fakat memurlar da herkes gibi bazı faaliyetlerde bulunabilir. Örneğin; gayrimenkulunu kiraya vermek yahut satmak, borsa da hisse senedi almak satmak, parasını bankada mevduat hesaplarında yahut altın ve döviz olarak değerlendirmek gibi.⁸

Yukarıdaki örneklerde belirttiğimiz bu gibi faaliyetler ile madde başlığında bulunan ve yasaklanan “*Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma*”nın nasıl bir ayrıma tabi tutulacağı meselesi çözüm beklemektedir. Daha sonraki bölümlerde verilecek örnekler ve yargı kararlarıyla bu ve buna benzer farklılıklar ortaya konacaktır.

DMK'nın 28. maddesinin amacı, Devlet memuru olarak idari teşkilat içinde yer alan personelin çalışmalarını; kamuda görev aldığı alanda yoğunlaşmasına özgülemek, verimli ve düzgün çalışmasını sağlamak, tarafsızlığını ve bağımsızlığını koruyarak mevkiinin getirdiği birtakım güvenceleri ve yetkileri

⁶ RG, 14.08.1970, sy. 13579.

⁷ RG, 26.05.1975, sy. 15247.

⁸ Yaşar Güçlü, **Devlet Memurunun El kitabı: Devlet Memurlarının Hak ve Yükümlülükleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 351.

haksız olarak kullanılmasını engellemektir. Bununla beraber tacirin iflasa tabi şahıslardan olduğu düşünülürken bu yasağın amacının, Devlet memurlarını, bu tür risklerden korumak olduğu söylenmelidir. Danıştay'ın ifadesi ile "mesleğinin ve sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarstığı" düşünülünce bu faaliyetlere girişmesi Devlet memurları için tehlike arz etmektedir.⁹

Maddeyi ayrıntılı bir şekilde incelemeyen önce bazı hususlara değinmek gerekmektedir. Öncelikle madde metnine bakıldığında bu yasak 657 sayılı DMK'nın 4. maddesinde düzenlenen istihdam şekillerinden esas olarak **sadece memurlar** için getirilmiştir. Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda; belediye başkanının, görev süresi bakımından süreli bir hizmet ifade ediyor olması, memur olmaması, Anayasanın tanımıyla diğer kamu görevlileri içine girmesi nedeniyle ticari bir faaliyet olan madencilik faaliyetini sürdürmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir (TTK 12'ye göre madencilik faaliyeti ile ilgili müesseseler ticarethane kapsamında sayılmıştır).¹⁰ Tabii ki diğer kamu görevlileri için kendi mevzuatlarında birtakım yasaklar getirilmiş yahut 657 sayılı DMK'ya atıf yapılmak suretiyle kamu görevlileri bu yasağın kapsamına dahil edilmiş olabilir. Bilindiği üzere 657 sayılı DMK'nın 1. maddesi, bu Kanunun kapsamını belirlemiştir. 657 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan kamu görevlileri ise kendi kanunlarına tabi olmakla birlikte kendi kanunlarında hüküm bulunmayan durumlarda söz konusu kanunların 657 sayılı Kanuna atıf yapması yoluyla bu kanun maddelerinin onlar için de uygulanması yoluna gidilmektedir.

⁹ Dan.5. D., E.1991/3960, K.1992/2007, T.21/10/1997. DBB, (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 01.03.2011.

¹⁰ "...Maden Kanununun 6. maddesi ile madde gerekçesinin birlikte değerlendirilmesinden, maddenin, maden hakkını ilk defa alacaklara, maden hakkına sahip iken kaybedeceklerle ilişkin olarak ayrı düzenleme getirdiği, maddenin 3. fıkrasında maden hakkını almayacak kişiler sayılırken, geniş bir yorumla "memur" ve "diğer kamu görevlileri" ile ilgili dairede çalışan, personele yasak getirildiği ve bu suretle yasa koyucunun memur ve memur işlevi gören diğer kamu görevlileri için 657 sayılı Kanun ve diğer kanunlarda mevcut ticaret yasağı hükümlerine paralel bir düzenleme yapmayı amaçladığı, maddenin 4. fıkrasında ise, maden hakkına sahip iken bu hakkı kaybedecekler sayılırken; dar bir yoruma gidilerek sadece "memur" olanlar için yasak getirildiği... Bu durumda, kanunlarda belediye başkanlarına ticaret yasağı getiren bir hüküm bulunmadığından ve belediye başkanlığı sürekli değil, süreli bir hizmet olduğundan, belediye başkanının "memur" olmadığı da göz önüne alındığında davacıya Maden Kanununun 6. maddesi hükmü dayanarak alınarak ruhsatlarının feshine ilişkin olarak edilmiş işlemde hukuki isabet bulunmamaktadır." Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2001/ 850, K. 2001/1031, T.28/12/2001, Dan. 8. D., E.2002/1638, K.2003/358, T.23/1/2003. DBB, (Çevrimiçi)

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 01.03.2011.

"belediye başkanının memur olmadığı, belediye başkanlığının ve bu nedenle elde edilen gelirin geçici nitelik taşıması" Dan. 8. D., E. 2002/1959, K. 2003/1403, T.31/3/2003, DBB, (Çevrimiçi)

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 01.03.2011.

2. DEVLET MEMURLARI KANUNU'NUN 28. MADDESİNİN KAPSAMI VE DANIŞTAY KARARLARI İŞİĞİ ALTINDA İNCELENMESİ

2.1. Memurların Türk Ticaret Kanunu'na göre Ticari Faaliyette Bu- lunma Yasağının Kapsamı ve Esasları

2.1.1. Devlet Memurları Kanunu'nun 28. Maddesi Kapsamında Tacir ile Esnaf Faaliyetlerinin Değerlendirilmesi

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 14. maddesinde "Tacir" kavramı "*Bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir denir.*" şeklinde tanımlanmış, 14. maddenin 2. ve 3. fıkralarında ise kimin tacir sayılacağı yahut tacir gibi mesul olacağı ifade edilmiştir.¹¹ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Tacir"i tanımlarken "Ticari İşletme" kavramını esas aldığını görmekteyiz. O halde kimin tacir sıfatını kazanacağı hususunda "Ticari İşletme" kavramının büyük önem taşıdığı anlaşılmaktadır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11.maddesi "Ticari İşletme" kavramını: "*Ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır.*" şeklinde tanımlamıştır.

Kanunun 12. maddesinde ise "Ticarethane" tahdidi olmayan bir biçimde sayılmış ve bu yolla 11. maddedeki ticarethane kavramının içi doldurularak ticari işletme kavramı genişletilmiştir.¹² 13. maddede ise ticari işletme sayılabilecek diğer müesseseler hakkında bilgi verilmiştir.

6762 sayılı TTK'nın 16. maddesi ticari işletme işletmesi yasak olan kimşelerin, bu yasaklamaya rağmen faaliyetlerini yerine getirmesi halinde ne olacağına dair hüküm koymaktadır.¹³Buna göre konumuzla ilgili olarak, 657 sayılı Kanunun 28. maddesi memurların ticari faaliyet yapmasını yasaklasa da, yukarıda bahsettiğimiz ticari faaliyetlere girişildiği takdirde memurlar tacir sayıla-

¹¹6762 sayılı TTK md. 14: "*Bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir denir. Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo ve sair ilan vasıtalarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline kaydettirerek keyfiyeti ilan etmiş olan kimse fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır.*

Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adı bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukukan var sayılmıyan diğer bir şirket adına (Ortak sıfatıyla) muamelelerde bulunan kimse, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı tacir gibi mesul olur."

¹²"Madde 12 - Aşağıda yazılı veya mahiyetçe bunlara benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler, ticarethane sayılır:

1. Menkul malların satılmak veya kiraya verilmek üzere tedariki ve bunların aynen veya başka bir şekle sokularak satılması yahut kiraya verilmesi;
2. Kıymetli evrakın satılmak üzere tedariki ve bunların satılması;
3. Her çeşit imal veya 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; vd....."

¹³ 6762 sayılı TTK md. 16: "*Şahsi halleri veya yaptığı işlerin mahiyeti yahut meslek ve vazifeleri itibariyle kanuni veya kazai bir yasağa aykırı olarak veyahut başka bir şahsın iznine veya resmi bir makamın ruhsatına lüzum olup da izin veya ruhsatname almadan bir ticari işletmeyi işleten kimse de tacir sayılır.*"

caklardır.¹⁴ Danıştay, TTK'nın 16. maddesinin uygulamasını gösteren bir olayda, ticari faaliyet yapması mevzuatta yasaklanmış olan fakat eşinin üzerine kayıtlı olan işyerinde ticari faaliyetler yerine getiren öğretim üyesinin, her ne kadar işyeri, resmi olarak kendi üzerine olmasa da ve bu faaliyeti yapması yasak olsa da, fiili olarak yaptığı bu faaliyeti "ticari faaliyet" kapsamında kabul etmiştir.¹⁵

TTK'nın 17. maddesi ise esnafı tanımlarken esnaflık faaliyeti için esas olan iki önemli hususu dile getirmiş, bunları da kazancının nakdi sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanması ve yine bu kazancın geçimini sağlamaya ancak yetecek kadar olması olarak iki şartı da birlikte aramak suretiyle ilgili maddede belirtmiştir.¹⁶

TTK'nın 20. maddesi, tacirlerin bir ticaret unvanı seçmesini ve kullanmasını, işletmelerini ticaret siciline kaydettirmesini ve ticari defterler tutmasını mecbur kılmıştır. Bahsedilen hükümlerden de anlaşılacağı üzere bu sayılanlar, tacir olmanın neticesinden doğan yükümlülüklerdir. Çünkü bu yükümlülükler yerine getirilmese bile tacir sıfatı kazanılmıştır.¹⁷

¹⁴ Konuyla ilgili daha geniş bilgi için bkz. Nomer Ertan, N. Füsün (Ülgen, Hüseyin/ Teoman, Ömer/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan) **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s 213. Nomer Ertan, (Ülgen, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 213.

¹⁵ Dan. 8. D., E.1991/1201, K.1992/929, T.15/05/1992, DBB. (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 01.03.2011.

¹⁶ 6762 sayılı TTK md. 17: "İster gezici olsunlar, ister bir dükkanda veya bir sokağın muayyen yerlerinde sabit bulunsunlar, iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan sanat ve ticaret sahipleri tacir değildirler..."

¹⁷ 1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesi "Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir. Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilir." şeklindedir. Tacir ise "Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir.(2)Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır. (3)Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işletmelerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur." biçiminde tanımlanmış ve yürürlükte bulunan TTK'da geçen mevcut "tacir" tanımıyla benzerlik taşıyan bir tanımlama yapılmıştır. Buna göre yeni 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda "tacir" kavramı, yine "ticari işletme" kavramı baz alınarak tanımlanacaktır. Fakat görüldüğü gibi yeni kanunda ticari işletme kavramının tanımı değişikliğe uğramıştır. Yeni kanun, ticari işletmeyi; esnaf işletmesi için öngörülen gelir sınırını aşan bir faaliyet olarak tanımlamış ve bu sınırın aşılmış ve aşılmadığının da Bakanlar Kurulu'nun çıkartacağı kararname ile belirleneceğini ifade etmiştir. **6103 sayılı "Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun"** un 10. maddesi "Türk Ticaret Kanununun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen Bakanlar Kurulu kararı çıkarılıncaya kadar yürürlükte bulunan düzenlemeler uygulanır." demek suretiyle Bakanlar Kurulu Kararı çıkıncaya kadar mevcut uygulamayı göstermiştir. O halde yeni TTK'da "ticari işletme"yi tanımlarken esnaflık faaliyeti ile arasındaki fark Bakanlar Kurulu Kararı

2.1.2. Devlet Memurları Kanunu'nun 28. Maddesi Kapsamında Ticari Mümessillik ve Ticari Vekillik Kavramlarının Değerlendirilmesi

DMK'nın 28. maddesine göre Devlet memurları ticari vekil yahut ticari mümessil olamaz. Ticari mümessil Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun 449. maddesine göre: *"Ticari mümessil, bir ticarethane veya fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından işlerini idare ve müessesenin imzasını kullanarak bilvekele imza vazetmek üzere sarih veya zımnî kendisine mezuniyet verilen kimsedir."*¹⁸

Ticari mümessil, dış ilişkide taciri temsil bakımından kural olarak sınırsız yetkilere sahiptir. Taciri 3. kişiler nezdinde hak sahibi kılıp, borç altına sokmaya yetkilidir. Ticari mümessil, yapamayacağı yasa da açıklanmış olan işlemler dışında kalan tüm iş ve işlemleri tacir adına işletme konusu içinde yapabilir. Kanunda bir hüküm bulunması ve bu hükme dayanılarak tacirin bu sınırlamayı tescil ve ilan ettirmesi ile yetkilerinin sınırlanması mümkündür.¹⁹ Bu nedenlerle Devlet memurlarının ticari mümessil olması yasaktır.

temel alınarak belirlenecek, ardından bu faaliyetin devamlı ve bağımsız bir şekilde yürütülüp yürütülmediği dikkate alınacaktır.

Yine 6102 sayılı yeni TTK'nın 14. maddesinde *"Kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi de tacir sayılır."* denilerek, mevcut uygulanan kanun hükümleriyle paralel bir düzenleme getirilmiştir. Aynı şekilde *"esnaf"* faaliyeti de mevcut uygulanan kanunla benzerlik taşıyan bir şekilde yeni TTK'nın 15. maddesinde *"İster gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır"* şeklinde tanımlanmış fakat mevcut 6762 sayılı kanunda geçen *"kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede"* ibaresi yerine *"... geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan"* ibaresi konulmuştur. Bu tanımlamalar dikkate alındığında mevcut uygulamaların ve yasakların, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle de devam edeceği vurgulanmalıdır.

¹⁸1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 547. maddesi "Ticari Temsilci" başlıklı olup *"Ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir."* şeklinde, 548. maddede ise ticari temsilci *"Ticari temsilci, iyniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılır. Ticari temsilci, açıkça yetkili kılınmadıkça, taşınmazları devredemez veya bir hak ile sınırlandıramaz."* biçiminde açıklanmıştır. O halde yeni kanuna göre de ticari temsilci kural olarak 3. kişilerle hak ve borç ilişkisine girebilir ve ticari temsilcinin kendine özgü sorumlulukları olabilir. Bu nedenle, yeni kanunun yürürlüğe girdiği dönemde de ticari temsilci sıfatını kazanmanın, Devlet memurları için yasak kapsamında olacağı belirtilmelidir.

¹⁹ Oğuz İmregün, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, 12. bs. Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s.120.

Ticari vekil ise yine aynı kanununun 453. maddesinde yer almıştır. Buna göre “*Ticari vekil, ticari mümessil sıfatını haiz olmaksızın bir ticarethane veya fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından müessesenin bütün işleri veya muayyen bazı muameleleri için temsile memur edilen kimsedir.*”²⁰ Bu nedenle Devlet memurlarının ticari vekil olması yasaktır.

2.1.3. Tacir ile Esnaf Faaliyetlerinin Yargı Kararlarında Nitelendirilmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki TTK'nın 14. ve 16. maddelerinden de anlaşılacağı üzere, bir gerçek kişinin ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletmesi tacir olmasına yetecektir. Bununla ilgili olarak yukarıda yer verdiğimiz kararda Danıştay; eşi üzerine kayıtlı bir işyeri olmasına rağmen gerçekte işyerini kendisi işleten ve yöneten öğretim üyesinin bir ticari işletmeyi işlettiğini ve bu faaliyetin, iş saatleri dışında yapılmış olsa bile ticari faaliyet yasağına konu olacağını belirtmiştir.²¹ Buna karşın, Danıştay bir başka kararda, bir komiserin işletilen bir kahvehaneye ortak olduğu iddiası karşısında, **resmi** veya **gayri resmi** olarak ortak olmadığı anlaşılan memura disiplin cezasının verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.²² Bu kararda memur her ne kadar resmi olarak ortak görünmese de, Danıştay bu bilgi dışında fiili duruma da önem atfetmiş ve fiili durumu da inceleme konusu yaparak kararını bunların incelenip incelenmediği hususlarını da dikkate alarak vermiştir.

Bunun yanında 6762 sayılı TTK'nın 14. maddesi uyarınca, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu dikkate alındığında, sadece ticari işletmeyi işleten ve tacir sıfatına sahip olan değil, “*tacir sayılan*” kişilerin de bu yasak kapsamında olduğunu belirtmek gerekmektedir.²³

²⁰ 1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 551. maddesi “*Ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir.*” şeklindedir. Eski düzenleme ile yeni düzenleme arasındaki benzerlik nedeniyle yeni kanunun yürürlüğe girdiği dönemde de ticari vekillik yapmanın Devlet memurları için yasak kapsamında olacağı belirtilmelidir.

²¹ “...*Dosya içeriğine göre, davacının eşinin üzerine kayıtlı olan işyerinde, baca filtresi yapıldığı, davacının bu işyerinde düzenlediği basın toplantısı ile bu sistemin tanıtımını yaptığı, fakülteadaki çalışma saatleri dışında ve tatil günlerinde atölyeye gelerek çalışmalarını yönettiği, Belediye Başkanlığı binası ile bir kısım özel bina ve işyerlerine bu filtreden taktığı, pazarlanması konusunda bazı kişilerle görüşmeler de bulunduğu soruşturmacı tarafından alınan tanık anlatımları ve gazete kopyaları ile belirlenmiştir. Davacı bu işyerinin eşine ait olduğunu, resmi görevi dışında bu iş yerinde herhangi bir çalışması olmadığı savını ileri sürmekte ise de; dosyadaki tanık anlatımları ve diğer belgeler karşısında, eşi üzerine kayıtlı olan bu işyerini gerçekte kendisinin çalıştırdığı ve yönettiği anlaşılmaktadır... Yasalardaki bu tanımlamalar ve belirlemeler ışığında, davacının resmi görevi dışında yaptığı çalışmanın ticari çalışma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır...*” Dan. 8. D., E. 1991/1201, K. 1992/929, T.15/05/1992, DBB., (Çevrimiçi)

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 01.03.2011.

²² Dan. 10. D. E. 1988/696, K. 1988/1765, T. 31/10/1988, DBB.(Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 02.03.2011.

²³ Nomer Ertan, (Ülgen, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 209 vd.

Devlet memurları için TTK'da sayılan ve ticari faaliyet yasağı kapsamına giren bu faaliyetler, **arızî** olarak yapıldığı takdirde kişiyi tacir yahut esnaf kılmayacaktır.²⁴ Nitekim Danıştay, EGO'da çalışan bir memurun faaliyetine yönelik olarak verdiği kararda söz konusu memurun "ücretsiz izinli olduğu yaz döneminde bir kır lokantasını işlettiğinin tartışmasız olduğuna, ancak davacı tarafından yapılan ve süreklilik göstermeyen bu işin, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan tacir ve esnaf takımı kapsamına girmediğine" hükmetmiştir. 6267 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 12/6 maddesi, lokanta işletme faaliyetinin ticarethane kapsamında olduğunu belirtmiştir. Daha önce de bahsettiğimiz gibi TTK'nın 11. maddesi, ticarethane şeklinde işletilen yerin ticari işletme sayıldığını belirtmiştir. Bu nedenle bu ticari işletmeyi işleten memurun "tacir" sıfatını kazanması ve yaptığı faaliyetin ticari bir faaliyet olması gerekirken, Danıştay "**arızî**" olarak yapılan bu faaliyeti TTK'da yer alan tacir ve esnaf faaliyeti kapsamında görmemiştir.²⁵

Ticari kazanç ile kazanç getiren fakat yasak olmayan faaliyetler ayrımı, en basit şekildele arızilik kriteri de dikkate alındığında, örneğin TTK'nın 12. maddesi gereği menkul malların satılmak veya kiraya verilmek üzere tedariki ve bunların aynen veya başka bir şekilde sokularak satılması yahut kiraya verilmesi ticari faaliyet iken, bunun arızî olarak yapılması ve gelir elde edilmesi yani örneğin memurun sahibi olduğu bir otomobili satması ticari faaliyet kapsamına girmeyecektir, şeklinde açıklanabilir.

Buna karşın bir başka olayda; bir polis memurunun babasının adına kayıtlı olan ticari oto 3. kişi tarafından çalıştırılmakta, fakat hasılat polis memuruna verilmekte ve polis memuru ise bu otoy sadece boş vakitlerinde kullanılmaktadır. Bu olayda Danıştay 10. Dairesi polis memurunun tacir yahut esnaf sıfatını kazanmadığını belirterek bu faaliyeti TTK'nın 16 ve 17. maddeleri kapsamında görmemiştir.²⁶ Halbuki polis memurunun tabi olduğu 1979 tarihli

²⁴ Güçlü, **a.g.e.**, s. 353.

²⁵ Dan.10. D., E.1988/2094, K.1989/414 T.27/02/1989 DD., sayı:76-77, s. 749-750. (Olayımızda EGO Çalışanlar Yönetmeliği'nin 102/g bendinde "Yükümlülükteki hükümlerce yasaklanan işleri **ücretsiz** de olsa yapmak veya ticaretle uğraşmak" fiiline, memuriyetten çıkarma cezası verileceği belirtilmiştir. O halde bu faaliyeti ücretsiz de olsa yapmak yasaktır. Fakat Danıştay'ın, faaliyetin ücretsiz yapılp yapılmadığı hususunu göz önüne almadan, süreklilik arz etmediği durumunu dikkate alarak, idarece verilen cezayı hukuka aykırı bulduğunu söyleyebiliriz). Ayrıca 1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin ticari işletmeyi "*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.*" şeklinde tanımladığını yukarıda ifade etmiştik. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bir işletmenin yeni kanun düzeninde ticari işletme sayılabilmesi için "*devamlılık*" arz etmesi gerekmektedir.

²⁶ "...davacının, babasının adına kayıtlı ticari otoy Nimet isimli bir şoförün çalıştırdığı ve hasılatı davacıya teslim ettiği, davacının ise boş zamanlarında bu otoyu kullandığı anlaşılmakta ise de, bu hallerin, Türk Ticaret Kanununun yukarıda açıklanan 16. ve 17.maddelerinde belirlenen tacir ve esnaf tanımı kapsamında bulunmadığı açıktır." Dan. 10. D., E.1987/178 K.1987/792 T. 15/4/1987 DD; Sayı: 68-69, s. 686 vd. Yargı kararları için bkz Süleyman Arslan, Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **İdare Hukuku Mevzuatı**, 6. bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 770 vd.)

Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8. maddesinin 29. bendi "Devlet Memurları tarafından yapılamayacağı Devlet Memurları Kanununda gösterilen kazanç getirici uğraşılarda bulunmak" fiilini yasaklamıştır. O halde kararda, tacir yahut esnaf sıfatını kazanmadığı belirtilen polis memurunun bu faaliyetini, devamlı surette bu geliri kazanıp kazanmadığını dikkate almadan, "kazanç getirici faaliyetler" kapsamında değerlendirmemek uygun düşmemiştir. Bu sebeple bu faaliyetin yasak faaliyetler içinde tartışılması ve TTK'nın 12. maddesinin de dikkate alınarak ticari işletme ve tacir sıfatlarının kazanılıp kazanılmayacağına belirlenmesi gerekirdi.

Bir başka olayda Danıştay 12. Dairesi "Açıkta geçirmiş olduğu zaman sürecinde arıcılık faaliyeti yapan" memurun arıcılık faaliyetinden elde ettiği geliri, ticari ve diğer kazanç getirici faaliyetler içinde görmemiştir.²⁷ Bazı yazarlar da tarımla uğraşmanın kural olarak 28. madde kapsamına girmediğinden bahsetmektedir.²⁸

Buna karşın Danıştay 7. Dairesi 1982 yılında verdiği bir kararda memurların zirai faaliyet ile uğraşmasını DMK'nın 28. maddesi kapsamı dahilinde ve yasak kapsamında görmüştür.²⁹

Öte yandan zirai faaliyetten elde edilen mahsulün satılması ve bundan gelir elde edilmesi hususunda TTK'nın 13/1 maddesi "Bir toprak sahibinin veya çiftçinin, mahsullerini olduğu gibi veya zirai sanatı dolayısıyla bir tezgahta şeklini değiştirerek satması" şeklinde bir hüküm koymuştur. Buna göre, hacim ve ehemmiyeti, ticari muhasebeyi gerektirdiği ve ona ticari veya sınai bir müessese şekli ve mahiyetini verdiği takdirde bu müessesenin de ticari işletme sayılacağı anlaşılmaktadır.

28. madde ile getirilen yasağın bir başka boyutunda ise, memurun tacir sıfatı haricinde esnaf sayılıp sayılamayacağı da göz önüne alınmalıdır.

O halde, memurun ticari faaliyette bulunmadığı hususunun tespitinde, TTK'nın 11. maddesindeki "ticari işletme" kavramının mevcut olup olmadığına ve buradan hareketle tacir sayılıp sayılamayacağına dikkat edilmeli, burada ticari işletmenin 12. maddede örneksime yoluyla sayıldığına önem

²⁷ "... 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinde Devlet Memurlarının Türk Ticaret Kanununa göre tacir veya esnaf sayılmalarını gerektirecek nitelikte bir faaliyette bulunamayacakları, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamayacakları, ticari müessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamayacakları belirtilmiştir. Bakılan uyuşmazlıkta davacının açıkta geçirmiş olduğu sürelerde arıcılık faaliyetinden gelir elde etmiş olduğu idarece ileri sürülmüş ise de, bu faaliyetin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun anılan maddesinde belirtilen faaliyetler kapsamına da girmediği açık bulunduğundan..." Dan. 12. D. E.1995/275, K.1995/345, T. 21.3.1995, DD, sayı: 90, s. 1235 vd. Kararın içeriğine bakıldığında Danıştay'ın faaliyeti baz alarak "faaliyetin yasak kapsamında olmadığını" ifade etmiş olduğunu görmekteyiz.

²⁸ Mustafa Dönmez, **Devlet Memurları Kanunu: Açıklamalı-İçtihatlı**, Ankara, Kamusal Eğitim Derneği Yayını, 2008, s. 140; Güçlü, **a.g.e.**, s.353.

²⁹ "Memurların zirai faaliyetlerle uğraşmaları 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun yasaklar düzenliyen 28.maddesi kapsamına girmekle beraber...." Dan. 7. D., E. 1980/1364, K. 1982/230, T.5/3/1982. DD., sayı: 48-49, s. 236 vd.

verilmeli ve 13. madde gereği, kapsamı ve önemi bakımından bir işletmenin dahi ticari işletme sayılabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

2.2. Devlet Memurlarının Ticaret Şirketlerine Ortak Olup Olamayacağı Meselesi

2.2.1. Genel Olarak

DMK'nın 28. maddesine göre Devlet memurları "Ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar. (Görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler hariç).

Doktrindeki mevcut baskın görüş doğrultusunda Türk Ticaret Kanunu'na göre şirketlerin "numerus clauses" prensibine göre sınırlı sayıda sayıldığı³⁰ ve bundan hareketle, ticaret şirketlerinin kollektif şirket, komandit şirket, anonim şirket, limited şirket ve kooperatifler olduğunu söyleyebiliriz. Burada kollektif ve komandit şirketlerin şahıs şirketleri olarak anıldığını da belirtmek gerekir.³¹

Kural olarak ticaret şirketleri tüzel kişiliğe sahip olduklarından, şirket mal varlığının sahibi ortaklar değil; tüzel kişiliğin kendisidir. Bu yüzden pasif dava ehliyetine sahip olan yine şirkettir.

Devlet memurları, DMK'nın 28. maddesine göre ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari vekil yahut ticari mümessil olamazsa da görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen görev alabilirler. Örneğin belediyede çalışan bir müdür, belediyenin ortak bulunduğu bir müessesenin yönetim kurulunda görev alabilir.³² Fakat kural olarak memurlar ticaret şirketlerinin organlarında (yönetim kurulu, disiplin kurulu vs) veyahut şirket müdürlüğü, müessese müdürlüğü gibi alanlarda görev alamaz.³³

Bunun yanında 28. maddeye göre özel kanunlarda belirtilen görevler de bu yasaklamamanın dışındadır. Buna göre özel kanunlardaki hükümlere göre yönetim ve denetim kurullarında yer almak yasak kapsamında değildir. Buradaki iş ticari bile olsa yasa kapsamı dışındadır.³⁴ Bununla ilgili kanunlarda özel hükümler bulunmaktadır.³⁵

³⁰ Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku**, 6. bs., Karahan Kitabevi, Adana, 2007, s. 8.

³¹ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 8. (6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu bu hususu açık bir biçimde ifade ederek 124/2'de "Bu Kanunda, kollektif ile komandit şirket şahıs; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirketi sayılır" ifadesini kullanmıştır).

³² Dönmez, **a.g.e.**, s. 141.

³³ Güçlü, **a.g.e.**, s. 355.

³⁴ Pınar, **a.g.e.**, s. 221.

³⁵ 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 8/4 maddesi " İhtiyaç halinde, resmî okullarda görevli öğretmenlere asıl görevlerini aksatmamak ve aylık karşılığı okutmakla yükümlü bulunduğu haftalık ders saati sayısını doldurmaları kaydı ve çalıştıkları kurumların izni ile sadece okullarda, aylık karşılığı okutmakla yükümlü bulunduğu haftalık ders saati sayısının yarısı kadar ücretli ders verilebilir. Öğretmenlerin toplam ders saati sayısı haftada otuz saati geçemez." şeklindedir. Örnekler için bkz. Giritli/ Bilgen/ Akgüner, **a.g.e.**, s. 624.

2.2.2. Adi Şirketler Bakımından

Adi şirket Borçlar Kanunu'nda düzenlenmektedir. Adi şirketin tüzel kişiliği yoktur ve adi şirket ticaret şirketi de değildir. Kanunun 520. maddesinde düzenlenmiştir.³⁶ Doktrinde, TTK'nın 11. maddesindeki "kısmen de olsa" ifadesi ile adi şirketin kastedildiği ifade edilmektedir.³⁷ Ayrıca adi şirketlerde işlemler tüm ortakların adına yapılır ve dolayısıyla tüm hak ve borçları şirket değil, ortaklar edinir veya üstlenir. Bundan dolayı adi şirkette ortaklar, yapılan işlemlerden dolayı 3. kişilere karşı tüm mal varlığı ile sorumludur. Bununla beraber TTK'nın 14. maddesi gereği tacir sayılırlar.³⁸ Dolayısıyla adi şirketin her bir ortağı ayrı ayrı tacir sıfatını kazanır.³⁹ Bu sebeple bir Devlet memurunun adi şirkete ortak olması hukuka aykırıdır.

2.2.3. Kollektif ve Komandit Şirketler Bakımından

DMK'nın 28. maddesi açık bir biçimde Devlet memurlarının kollektif şirketlere ortak olamayacağını belirtmektedir. TTK'nın 153. maddesine göre göre kollektif şirket: *"Ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek maksadiyle hakiki şahıslar arasında kurulan ve ortaklarından hiçbirisinin mesuliyeti şirket alacaklarına karşı tahdid edilmemiş olan şirket, kollektif şirkettir."*

Kollektif şirket⁴⁰ ortakları mutlaka gerçek kişi olmalıdır ve TTK'nın 178. maddesi gereğince bu ortaklar, şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı

³⁶ BK md. 520 "Şirket bir akitir ki onunla iki veya ziyade kimseler, saylerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam ederler. Bir şirket, ticaret kanununda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını haiz değil ise bu bap ahkâmına tabi adi şirket sayılır."

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 620. maddesi adi ortaklığı "Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır." şeklinde tanımlamıştır. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 12. maddesinin "Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir." tanımından yola çıkarak, yukarıda belirtilen 1 Temmuz 2012'de uygulanacak adi şirket ile ilgili bu hükümlerin, tanımlardaki nitelik ve içerik benzerliğinden ötürü yeni kanunlar yürürlüğe girdikten sonra da uygulanabilirliğini koruyacağı söylenmelidir.

³⁷ Nomer Ertan, (Ülgen, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 211.

³⁸ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 17.

³⁹ Nomer Ertan, (Ülgen, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 211.

⁴⁰ 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 211. maddesi "Kollektif şirket ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla, gerçek kişiler arasında kurulan ve ortaklarından hiçbirinin sorumluluğu şirket alacaklılarına karşı sınırlanmamış olan şirkettir." ve 218. maddesi "Ortaklardan her biri, ayrı ayrı şirketi yönetme hakkını ve görevini haizdir. Ancak, şirket sözleşmesiyle veya ortakların çoğunluğunun kararıyla yönetim işleri ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebilir" şeklindedir. Bu durumda mevcut TTK ile 1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe girecek yeni TTK'nın bu maddeleri arasındaki nitelik ve içerik benzerliği dikkate alındığında, mevcut uygulamanın devam edeceği kanaatine ulaşmak mümkündür.

müteselsilen ve bütün malları ile sorumludurlar.⁴¹ Şirkete yeni giren kimse, girme tarihinden evvel meydana gelmiş olsa bile şirketin borçlarından, diğer ortaklarla birlikte müteselsilen ve bütün malları ile sorumludur. (3. kişilere karşı- iç ilişkide sorumluluğu sınırlayabilir)⁴² Bunlara aykırı olarak sözleşmeye konan şartlar, üçüncü şahıslar hakkında hüküm ifade etmez. Yani ortaklar sadece şirkete koymayı taahhüt ettikleri ile değil **tüm malvarlıkları** ile sorumludurlar.⁴³ Bunun yanında TTK'nın 160. maddesi gereği kural olarak ortaklardan her biri ayrı ayrı ortaklığı **yönetme** hak ve görevini haiz ve ayrıca 167. maddesi gereği yönetim hakkını haiz olsun olmasın şirketi denetleme hakkına sahiptir.⁴⁴ O halde memurlar hiçbir şekilde kolektif şirket ortağı olamazlar. Bu nedenle de DMK'nın 28. maddesi, memuru korumak amacını taşımış, borç ve taahhütlerde memuru mali yönden sıkıntıya sokacak bir durumla karşı karşıya bırakmak istememiştir. Bunlara ek olarak kolektif şirket ortakları tacir olmadıkları halde iflasa tabidir.⁴⁵ Bu sebeple de kolektif şirkete ortak olmak mümkün değildir.⁴⁶

657 sayılı DMK'nın 28. maddesinde yine memurlar için "....komandit şirkette komandite ortak olamazlar...." ifadesi kullanılmaktadır. Komandit şirket TTK'da "adi komandit şirket" ve "sermayesi paylara bölünmüş şirket" olarak ikiye ayrılır. Gerek adi gerekse sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette, komandit ve komandite olmak üzere iki türlü ortak vardır.

Adi komandit şirket Kanununun 243. maddesinde "*Ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek maksadiyle kurulan ve şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir veya bir kaçının mesuliyeti tahdit edilmemiş ve diğer ortak veya ortakların mesuliyeti muayyen bir sermaye ile tahdit edilmiş olan şirket komandit şirkettir.*" şeklinde tanımlanmıştır. Komandite ortak için TTK'nın 264. maddesinde "*Şirketin mevcudu şirket alacaklılarına yetmiyecek olursa, bu alacaklılar geri kalan alacaklarından dolayı komanditelerin şahsi mallarına müracaat edebilir.*" ifadesi kullanılmıştır.

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ise 475. maddede "*Sermayesi paylara bölünen ve ortaklarından bir veya birkaçı şirket alacaklılarına karşı bir kolektif şirket, diğerleri bir anonim şirket ortağı gibi mesul olan şirkettir*" biçiminde tanımlanmış, 484. maddenin son fıkrasında da "*Komandite ortaklar murakıp olamazlar.*" ifadesi kullanılmıştır.

⁴¹ Reha POROY/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu (Çamoğlu/ Poroy- Tekinalp, Ortaklıklar), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 11. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.184.

⁴² Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 139.

⁴³ **A.e.**, s. 122.

⁴⁴ Oğuz İmregün, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, 4. bs., İstanbul, Gün Matbaası, 1977, s. 170.

⁴⁵ Nomer Ertan, (Ülgen, **Ticari İşletme Hukuku**), s.221.

⁴⁶ Pulaşlı, **a.g.e.**, s.122. Kural olarak kolektif şirketlerde ortakların sorumlulukları ikinci dereceden sorumluluktur. Birinci dereceden sorumlu şirket tüzel kişisidir. Yani ortakların sorumlulukları fer'i sorumluluktur. Fakat kanunda bunun bir takım istisnaları mevcuttur. Bununla birlikte ortakların, tüm malvarlıklarıyla sorumlu oldukları unutulmamalıdır.

Bu bilgiler ve kanun maddeleri dikkate alındığında Devlet memurlarının komandite ortak olamayacağı görülmektedir. Çünkü komandite ortak kural olarak şirketin borç ve taahhütlerinden 3. kişilere karşı tüm kişisel malvarlığı ile sorumludur.⁴⁷ Komanditer ortak ise şirkete koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarı ile sorumludur. Bu sorumluluk kişisel, sınırlı ve ikinci dereceden bir sorumluluktur.⁴⁸ Yine bu durum sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket için de geçerlidir. O halde kural olarak komandite ortak olarak ortak olması yasak olan Devlet memurlarının esas olarak sınırlı sorumlu yani komanditer ortak olarak komandit şirkete ortak olmak hakları mevcuttur.⁴⁹ Bununla birlikte TTK'nın 484. maddesinde sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket için komandite ortakların murakıp olamayacağı hususu yer almaktadır. Bu ifadenin aksinden murakıpların ya komanditer ortaklar yahut ortak olmayan 3. şahıslar arasından seçilebileceği anlaşılmaktadır.⁵⁰ Buna göre, özel sorumluluk hali bulunduğu için, Devlet memuru olan komanditer ortağın denetçi olması hukuken mümkün görülmemektedir.

2.2.4. Anonim Şirketler Bakımından

Anonim şirket TTK'nın 269. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre *"Anonim şirket, bir unvana sahip, esas sermayesi muayyen ve paylara bölünmüş olan ve borçlarından dolayı yalnız mamelekiyle mesul bulunan şirkettir. Ortakların mesuliyeti, taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile mahduttur."*

⁴⁷ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 122, s. 168. Fakat kolektif şirkette olduğu gibi komandit şirkette de, komandite ortağın sorumluluğu yine ikinci dereceden sorumluluktur.

⁴⁸ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 168.

⁴⁹ 1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda komandit şirket 304. maddede *"Ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla kurulan, şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir veya birkaçının sorumluluğu sınırlandırılmamış ve diğer ortak veya ortakların sorumluluğu belirli bir sermaye ile sınırlandırılmış olan şirket komandit şirkettir. Sorumluluğu sınırlı olmayan ortaklara komandite, sorumluluğu sınırlı olanlara komanditer denir."* ve 319. maddede *"Bir komanditerin sorumluluğu koyduğu veya taahhüt ettiği sermaye miktarını aşamaz."* biçiminde, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ise *"Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, sermayesi paylara bölünen ve ortaklarından bir veya birkaçı şirket alacaklılarına karşı bir kolektif şirket ortağı, diğerleri bir anonim şirket pay sahibi gibi sorumlu olan şirkettir. Sermaye, paylara bölünmeksizin sermayesi sadece birden çok komanditerin sermayeye katılma oranlarını göstermek amacıyla kısımlara ayrılmış bulunuyorsa komandit şirket hükümleri uygulanır. Komanditelerin birbirleriyle, komanditerlerin tüümüyle ve üçüncü kişilerle hukuki ilişkileri, özellikle şirketin yönetimine ve temsiline ilişkin görev ve yetkileri, şirketten ayrılmaları, komandit şirketlerdeki hükümlere tabidir. Birinci fıkrada gösterilen hususların dışında, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça anonim şirket hükümleri uygulanır."* şeklinde tanımlanmıştır. Fakat sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket için denetçilerle ilgili yukarıda bahsettiğimiz durum yeni kanunda yer almamaktadır. Bu bilgiler ışığında, yürürlükteki kanun ile 1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı TTK'nın ilgili maddeleri açısından, nitelik ve içerik bakımından benzerlik olduğu dikkate alındığında, mevcut uygulamanın yeni TTK yürürlüğe girdiğinde de devam edeceğini belirtmek gerekmektedir.

⁵⁰ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 178.

Anonim şirketlerde ortakların şirket borçlarından dolayı sorumluluğu, sadece koymayı taahhüt ettikleri sermaye payları ile sınırlıdır.⁵¹ 657 sayılı DMK'da Devlet memurlarının anonim şirkete ortak olup olamayacağına dair hüküm bulunmaması birlikte Kanunda herhangi bir yasaklama olmaması ve ortakların sınırlı sorumlu olmaları nedeniyle anonim şirket ortağı olmaları mümkündür. Çünkü Danıştay kararlarında da belirtildiği gibi, esas olarak 657 sayılı Kanunun şirketlerle ilgili bu tür yasakları koymasından maksat memurların sınırsız sorumluluk yüklenmelerini önlemektir.⁵² Buna göre Devlet memurlarının anonim şirkete pay sahibi olması kanunen mümkündür. Buna karşılık yönetim kuruluna üyesi olması mümkün değildir. Çünkü yönetim kurulu üyelerinin, hukuki sorumlulukları ve özel sorumluluk halleri bulunmaktadır. Bu nedenle her ne kadar anonim şirket ortağı olmak hukuken mümkünse de bu şirketin organlarında görev almak mümkün değildir.⁵³

Danıştay vermiş olduğu bir kararda, Devlet memurlarının anonim şirkete kurucu üye olabileceklerini ancak şirket organlarında görev almalarının mümkün olmayacağını belirtmiştir.⁵⁴ Danıştay 5. Dairesi verdiği bir kararda, anonim şirket kurucu ortağı olmakla kalmayıp aynı zamanda yönetim kurulu üyeliği ve şirket temsilciliği yapmanın 28. madde kapsamına gireceğini belirtmiş ve bunun yasak kapsamında olduğunu ifade etmiştir.^{55 56}

⁵¹ İmregün, **a.g.e.**, s. 249; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 197.

⁵² "... kolektif şirketlerde ortak veya bir komandit şirkette komandite ortak olarak sınırsız sorumluluklar yüklenemeyecekleri gibi..." Dan. 1.D., E. 1991/77, K.1991/105, T. 19/06/1991., DBB. (Çevrimiçi)

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 11.03.2011.

⁵³ Dan. 5. D. E. 1971/18888, K.1972/6464 T. 2/11/1972, **Danıştay 5. Daire Kararları (1970-1981 Birinci Kitap)**, C:I, Danıştay Başkanlığı, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1983, s. 467.

⁵⁴ "Sözle geçen 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 278.maddesinde tanımlanan kurucu üye sıfatının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28.maddesinde öngörülen memuriyete engel faaliyetlerden sayılmayacağı, ancak, anılan kişilerin anonim şirketin yönetimini üstlenmeleri halinde; ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamayacakları, ticari mümessil, ticari vekil, idare meclisi üyeliği gibi yöneticilik görevlerini yapamayacakları ve ayrıca, kolektif şirketlerde ortak veya bir komandit şirkette komandite ortak olarak sınırsız sorumluluklar yüklenemeyecekleri gibi yasaklar kapsamına gireceği açıktır. Bu durumda, bir anonim şirkete kurucu ortak olan öğretim üyelerinin sırf bu sıfatları nedeniyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28. maddesindeki yasak kapsamında sayılmayacakları düşünüldü." Dan. 1.D., E. 1991/77, K.1991/105, T. 19/06/1991., DBB. (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 11.03.2011.

⁵⁵ "..., memurların Türk Ticaret Kanununa göre tacir veya esnaf sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamayacakları, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamayacakları, ticari mümessil veya ticari vekil veya kolektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamayacaklarına işaret edilmektedir. Davacının(Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü Başmüfettişi) diğer kişilerle birlikteEğitim ve Yayın A.Ş. adlı anonim şirketini kurduğu bu şirketi ticaret siciline kaydettirerek durumu Ticaret Sicil Gazetesinde ilan ettirdiği, şirkette yönetim kurulu üyesi ve bu şirkete ait İlkem Özel Okulunda şirket temsilcisi olarak eğitim kurulu üyeliği görevlerini üstlendiği dosyadaki belgelerden anlaşılmış olup; adı geçenin **bu eylemlerinin***** 657 sayılı Kanunun 28.maddesine aykırı olduğu açıktır." Dan. 5. D. E.1991/3960, K. 1992/2007,

2.2.5. Limited Şirketler Bakımından

Limited şirket, TTK'nın 503. maddesinde tanımlanmış ve "İki veya daha fazla hakiki veya hükmi şahıs tarafından bir ticaret unvanı altında kurulup, ortaklarının mesuliyeti koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile mahdut ve esas sermayesi muayyen olan şirkete limitet şirket denir." şeklinde tarif edilmiştir.

Limited şirket ortakları, borçlarından ötürü sadece mal varlığı ile sınırlı olarak sorumludur. Fakat limited şirket ortakları için sınırlı sorumluluk ve memurların ortak olup olamayacağı hususuyla ilgili bazı noktalara dikkat çekmek gerekir. Limited şirketin organlarından biri olarak karşımıza "Müdürler" çıkmaktadır. Müdürler limited şirkette yönetim ve temsil görevlerinde bulunmaktadırlar.⁵⁷ TTK'nın 540. maddesine göre "Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecburdurlar."⁵⁸ Bununla birlikte bu hususta esas sözleşme ile münferit idare ve temsil esası da mümkündür. Yani aksi kararlaştırılarak ortakların müdür sıfatını kazanmaları engellenebilir. Bunun yanında kanunen müdür sıfatı kazanılması sadece kuruluş için geçerlidir.⁵⁹ Kuruluştan sonra şirkete giren ortaklar kural olarak müdür sıfatını kazanmazlar ve ancak genel kurul kararıyla müdür olabilirler. Burada müdürlerle ilgili bu bahsin sebebi şudur ki limited şirkette müdür olmak Devlet memurları için yasaktır.

Devlet memurları kuruluşta sözleşme ile idare ve temsil belli kişilere bırakılmışsa kural olarak limited şirkette kurucu olarak pay sahibi olabilir, aksi takdirde limited şirkette ancak sonradan ve müdür sıfatını kazanacak haller

T. 21/10/1997, DBB, (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 11.03.2011.

**Kararın bu paragrafında Danıştay 5. Dairesi "Şirketi Kurmak", "Yönetim Kurulu Üyesi Olmak" ve "Şirket Temsilcisi Olmak" fiillerini saymış ve paragrafın sonunda bir ayırım yapmaksızın bu fiillerin 657/28'e aykırı olduğunu belirtmiştir. Halbuki kararın bu kısmından şirketin, Devlet memurları tarafından kurulması ve şirkete sadece ortak olunması aşamalarının da yasak kapsamında olduğu anlaşılmaktadır ki yukarıdaki bilgiler ışığında yasağın bu doğrultuda genişletilmesi mümkün değildir.

⁵⁶ Temmuz 2012 yılında yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirket 329. maddede "Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir. Pay sahipleri, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumludur." şeklinde tanımlanmış olup bu madde hükmü dikkate alındığında mevcut uygulamanın 6102 sayılı yeni TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da devam edeceği anlaşılmaktadır.

⁵⁷ Pulaşlı, a.g.e., s. 520.

⁵⁸ TTK 540 "Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecburdurlar. Şirket mukavelesi veya umumi heyet kararı ile şirketin idare ve temsili ortaklardan bir veya birkaçına bırakılabilir. Kuruluştan sonra şirkete giren ortaklar, bu hususta umumi heyetin ayrı bir kararı olmadıkça, idare ve temsile mezun ve mecbur değildirler. Limitet şirketin temsilcileri arasında bir hükmi şahıs bulunduğu takdirde, ancak o hükmi şahıs adına limitet şirketin temsil ve idaresini üzerine almış bulunan hakiki şahıs limitet şirketin temsilcisi olarak tescil ve ilan edilir"

⁵⁹ Pulaşlı, a.g.e., s. 521.

olmamak şartıyla pay sahibi olabilir. Yani Devlet memurlarının “Müdür” sıfatıyla limited şirkette görev yapmaları yasaktır. Çünkü “Müdür”ün örneğin anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin olduğu gibi hukuki sorumlulukları ve özel sorumluluk halleri bulunmaktadır. Kanunun 556. maddesi “*Şirketin kuruluşuna iştirak edenlerle şirketin idare veya murakabesine memur edilen kimselerin ve tasfiye memurlarının mesuliyeti, cezai mesuliyetler ve şirketin vekaletlerce murakabesi hakkında anonim şirketin bu hususlara mütaallik hükümleri tatbik olunur.*” demek suretiyle bu gerçeği ifade etmiştir. Bu sebeplerle Devlet memurlarının müdür olmaları yasaktır.

Danıştay kararlarına bakıldığında, Danıştay 8. Dairesi 2005 yılında verdiği bir kararda; limited şirkete sonradan ortak olan fakat şirket yönetiminde görev almayan ve kendi kanununun gereği olarak da ticari faaliyet yasağı kapsamında olan üniversite öğretim görevlisinin bu faaliyetinin, sadece ortak olması ve şirkette üçüncü şahısların müdür olması nedeniyle, ticari faaliyet yasağı kapsamına girmeyeceğine ve bu faaliyet ile öğretim görevlisinin serbest meslek icra etmediğine dair İdare Mahkemesi kararını onamıştır.⁶⁰ Yine Danıştay’ın bir başka kararında Danıştay 12. Dairesi, “*şirkete sonradan katılan davacı için, şirket genel kurulu, karar almadıkça davacının yönetici sıfatını kazanamayacağı ve 657 sayılı Kanun’da limited şirket ortağı olmayı yasaklayan bir hükmün de bulunmadığı yani limited şirkete sadece pay sahibi olarak katılmanın DMK 28 çerçevesinde değerlendirilemeyeceği*” yönündeki İdare Mahkemesi’nin kararını onamıştır.⁶¹ Bir başka kararda ise Danıştay 8. Dairesi:

“*Ankara Onkoloji Hastanesi Radyasyon Onkoloji Kliniği Şef Yardımcısı olan davacının ONKO Ankara Onkoloji Merkezi Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti kurarak 5 yıl süreyle şirket müdürlüğünü üstlenmesi nedeniyle 657 sayılı Yasanın 12/D-h maddesi uyarınca 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasını*” hukuka uygun bularak limited şirket müdürlüğünü, 28. madde kapsamında yasak faaliyetler içerisinde görmüştür.^{62 63}

⁶⁰ Danıştay 8. Dairesi. E.2004/2703 K.2005/187 T.17/01/2005, DBB, (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 11.03.2011.

⁶¹ Danıştay 12. D., E.2002/3538, K. 2003/197, T. 28/04/2003 DBB, (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 12.03.2011.

⁶² Dan. 8. D. E. 1996/2509, K. 1999/551, T. 18/02/1999. DBB, (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 12.03.2011.

Bu karardan anlaşılması gereken limited şirkete ortak olmanın değil, şirkete müdür olmanın yasağın kapsamına girmesi gerektiğidir.

⁶³ 1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda limited şirket 573. maddede “*Limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulur; esas sermayesi belirli olup, bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşur. Ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler.*” ve 602. maddesi “*Şirket, borç ve yükümlülükleri dolayısıyla sadece malvarlığıyla sorumludur.*” şeklinde açıklanmıştır. Müdürler ise kanunun 623. maddesinde “*Şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. En azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir.*” biçiminde açıklanmıştır. Mevcut 6762 sayılı kanun, aksi belirtilmedikçe, şirket

2.2.6. Kooperatifler Bakımından

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesine göre memurların üyesi oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri ile kanunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim ve denetim kurulları üyelikleri görevleri bu yasaklamanın dışındadır.

Yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri ile yardım sandıklarının amacı, üyelerinin bu yönden kalkındırılması ve üyelerine sosyal yardımda bulunmaktır. Burada ticari bir amaç yoktur. Bu yüzden burada yasaklama istisna tutulmuştur.⁶⁴ Kısacası, kooperatifler bakımından memurlar her türlü kooperatife ortak olabilirler fakat ancak maddede belirtilenlerle sınırlı olmak üzere bu kooperatiflerde görev alabilirler.⁶⁵

Danıştay 12.Dairesi vermiş olduğu bir kararda, İlçe Halk Eğitim Müdürü'nün, aynı zamanda Fındık Tarım Satış Kooperatifi Denetleme Kurulu üyesi olamayacağına hükmetmiştir.⁶⁶ Buna benzer bir olayda Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği Yönetim Kurulu üyesi olan ilkokul öğretmenin bu durumunun öğrenilmesinin ardından 657 sayılı Kanunun 28. maddesi dikkate alınarak, hakkında disiplin cezası uygulanması işlemini Danıştay 12. Dairesi hukuka uygun bulmuştur.⁶⁷

Sonuç itibarıyla memurların, sadece kanunda sayılan ilgili kooperatiflerin belirtilen kurullarında görev alabileceği, kural olarak belirtilmektedir.⁶⁸ Yargı kararları da açıklandığı üzere bu yöndedir.

2.3. Memurların Eşleri ve Çocuklarının Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunması

28. maddenin son fıkrasına göre *“Eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları, yasaklanan faaliyetlerde bulunan memurlar bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler.”*

Burada, memurların; memur olmayan eşi veya reşit olmayan yahut kısıtlanmış çocuklarının ticari faaliyetlerde bulunmaları halinde, bunun 15 gün

ortaklarının müdür sıfatını kazanacağını belirtirken, yeni 6102 sayılı kanunda ise kimin/kimlerin müdür olacağını, şirket sözleşmesi ile düzenlenmesi gerekliliğinden bahsedilmiştir. Buna göre yeni TTK döneminde, şirket sözleşmesinde, kimin/kimlerin müdür olacağı belirtilecektir. O halde, şirket sözleşmesinde müdür olarak gösterilmeyen ortağın, limited şirket ortağı olmasında hukuken bir sakınca yoktur. Bu durumda yukarıda belirttiğimiz mevcut durumun, 6102 sayılı yeni TTK yürürlüğe girdiğinde de devam edeceğini söyleyebiliriz.

⁶⁴ İbrahim Pınar, **Devlet Memurları Kanunu Şerhi**, 10. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 221.

⁶⁵ Güçlü, **a.g.e.**, s. 359.

⁶⁶ Dan. 12. D., E. 1976/3001, K. 1978/ 5329, T. 29/12/1978 DD. sayı:34-35, 1980, s. 568. Bkz. Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.572

⁶⁷ Dan. 12. D., E. 1978/8503, K. 1981/298, T. 23/02/1981, DD. sayı: 44/45, 1982, s.532/533.

⁶⁸ Nezir Kardoğan/ Mehmet Ünver/ Salim Kahramanoğlu, **Açıklamalı Devlet Memurları Kanunu**, 2. bs., Ankara, Yargı Yayınevi, 2006, s. 291.

içinde ilgili birimlere bildirilmesi istenmiştir. Burada amaç dürüstlüğü ve kontrolü sağlamak, memurun mesai saatleri haricinde, kendi ailesinin bile olsa bu gibi faaliyetlerine katılması önünde caydırıcı rol oynamak istenmesidir.

3. Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunmanın Hukuki ve Cezai Sonuçları

DMK'nın 28. maddesine göre Devlet memurlarının ticari ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmayacağını gördük. Buna rağmen memurların yapmış oldukları bu yönde sözleşme yahut bu tür aykırılık varsa ne olacaktır?

Yargıtay'ın bu konuyla ilgili kararından bahsetmek gerekirse Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bu konuyla ilgili kararında; olayda var olan tek satıcılık aktinin taraflarından birinin memur olduğunu, bunun DMK'nın 28. maddesinin kapsamına gireceğini ve BK'nın 20. maddesi gereğince, DMK madde 28'e göre bu sözleşmenin geçersiz olduğunu ancak "Akit Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk "(CULPA IN CONTRAHENDO)" gereği memurun hukuken sorumlu olacağını belirtmiştir.⁶⁹

Bu olay daha sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir. Burada durumu daha ayrıntılı inceleyen YHGK ise özel dairenin verdiği kararda isabet bulmamış ve TTK 16 ve BK 19/2, 20/1 hükümlerini birlikte inceleyerek sözleşmenin geçersiz olmadığını, hukuken geçerli ve bağlayıcı olduğunu ancak cezai mesuliyetinin saklı olduğunu ifade etmiştir.⁷⁰

⁶⁹"Mahkemece az yukarıda açıklandığı şekilde sözleşme geçersiz kabul edilmiş, ne var ki sözleşme geçersiz olsa da (BK. md. 20/) davacıların sözleşme öncesi sorumluluklarını gerektirir bir kusurları bulunup bulunmadığı üzerinde durulup düşünülmemiştir... olaya "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk (CULPA IN CONTRAHENDO) kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır;... Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir.... Yanlar arasında sözleşmenin kurulması sırasında belirlenen maddi olgular açıklanan hukuk kuralları ışığında değerlendirildiğinde davacı Yüksel'in öğretmen olduğunu, o nedenle ticaretle iştiğal edemeyeceğini davalıya bildirmemekle dürüstlük kuralına uygun davranmadığının kabulü kaçınılmaz olmaktadır. O nedenle, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla vücut bulan güven ilişkisini anılan davacı ihlal ettiğinden, bundan doğan zarardan da sorumlu olduğunun kabulünde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır."

Yargıtay 13. HD, E. 1995/9375, K.1995/9860, T.13/11/1995, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 12.03. 2011.

⁷⁰"Diğer bir anlatımla sözü edilen, yasal yasağa rağmen, Devlet Memurunun Ticari bir ilişkiyi kapsar nitelikte sözleşme yaptıktan sonra B.K.19.'ncü maddesine dayanıp, bu sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek, edimlerinden kurtulması mümkün müdür sorusunu yanıtlamak önem taşımaktadır. Bir kuralın emredici norm niteliği saptanırken, öncelikle yasada, açıkça yazılı olup olmadığına bakılır. 657 sayılı yasanın 28. maddesinin metninde, açıkça batıldır, hükümsüzdür vb. gibi sözcüklere yer verilmemiştir....Her ne kadar, ilk görünümde Devlet Memurları tarafından Ticari mahiyette düzenlenen sözleşmelerin geçersiz olduğu düşünülebilir ise de, esasen Türk Ticaret Yasasının 16'ncı maddesinde açıkça belirtildiği üzere; "kişisel durumları veya yaptığı işlerin mahiyeti yahut meslek ve vazifeleri itibariyle Kanuni veya kazai bir yasağa, tabi bulunan hakiki şahısların" yaptığı sözleşmeler geçersiz sayılmamış, ancak bu davranışlar inzibati yaptırımına bağlanmıştır. Bu durum karşısında, 657 sayılı Yasanın 28'nci maddesi, TTK'nın 16'ncı maddesi ile bağdaştırılarak, yorumlandığında TTK'nın anılan maddesi 657

Disiplin cezaları bakımından 657 sayılı Kanununun 125. maddesi D bendinde kademe ilerlemesinin durdurulması fiilleri sayılmış, DMK 125/D-(h) ise “Ticaret yapmak veya Devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak” fiilinin cezasını kademe ilerlemesinin durdurulması olarak belirlemiştir. Danıştay yukarıda da bahsedilen kararda “Ankara Onkoloji Hastanesi Radyasyon Onkoloji Kliniği Şef Yardımcısı olan davacının ONKO Ankara Onkoloji Merkezi Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti kurarak 5 yıl süreyle şirket müdürlüğünü üstlenmesi nedeniyle 657 sayılı Yasanın 125/D-h maddesi uyarınca 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkemenin kararının hukuka aykırı olmadığını” ifade etmiş ve kararı onamıştır.⁷¹

125. maddenin (B) bendi ise kınama cezasını gerektiren fiilleri belirtmiş ve DMK 125/B-b ise: “Eşlerinin, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini belirlenen sürede kurumuna bildirmemek” fiiline disiplin cezası olarak kınama cezasının verileceğini belirtmiştir.

Ceza Hukuku boyutunda ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 259. maddesi “**Kamu Görevlisinin Ticareti**” başlıklı olup yürüttüğü görevin sağladığı nüfuzdan yararlanarak, bir başkasına mal veya hizmet satmaya çalışan kamu görevlisini altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırmaya yöneliktir.

4. Değerlendirme ve Sonuç

Devlet Memurları Kanunu’nun 28. maddesi uyarınca, memurlar için öncelikli ve esas olarak ticari faaliyet yasağı getirildiği görülmektedir. Bu halde ticari faaliyet ve kapsamı ticaret hukuku esasları göz önüne alınarak belirlenmeli ve bu hususta maddenin ticari faaliyet ve diğer faaliyetlerin tanımlanmaları ile ilgili çizgileri Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca kalın bir şekilde çizilebilmelidir. Tacir, esnaf, ticari şirketler gibi kavramlar Türk Ticaret Kanunu ve ticaret hukuku alanında yapılan değerlendirmeler de göz önüne alınarak tanımlanmalıdır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 28. maddesi yukarıdaki bölümlerde de açıklandığı gibi ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetleri yasaklamıştır. Fakat önemli olan husus bu yasaklamanın sebebine olan yaklaşımdır. Madde metnine ilk bakışta Kanun, tacir ve esnaf faaliyetini kesin bir biçimde

S.K.’nin 28. maddesini tamamladığı görülmektedir. Gerçekte de TTK’nun 16. maddesi, Devlet Memurunun, Ticari nitelikteki sözleşmeleri düzenlenmesini, yasaklamamış olmakla, 657 sayılı Yasanın 28’nci maddesindeki yasaklamanın, salt inzibati cezalara yönelik yaptırım içerikli nisbi emredici bir hüküm olduğunu doğrulamaktadır. O nedenle, Devlet Memuru bir Tacir (TTK. Md. 14) veya bir esnaf (TTK. Md. 17) gibi, Ticari faaliyette bulunurken bu tür faaliyetleri gereği, ticari nitelikte bir sözleşme ilişkisine girmiş ise, memuriyet sıfatından kaynaklanan inzibati sorumluluğu, aynen devam etmek koşuluyla, sözleşme sorumluluğu kabul edilmeli ve bu tip sözleşmelerde hukuken geçerli ve bağlayıcı olmalıdır... Bu durumda, uyumsuzluğun anılan nitelikteki sözleşmenin, tarafları bağlayacağı esasından hareket edilerek çözümlenmesi kaçınılmazdır...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, E. 1996/13-850, K. 1997/186, T. 12.3.1997, (Çevrimiçi)

<http://www.kazanci.com>, 12.03.2011.

⁷¹ Dan. 8.D., E. 1996/2509 K.1999/551 T. 18/02/1999. DBB, (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 12.03.2011.

yasaklarken, tüm ticaret şirketleriyle ilgili kesin bir açıklama yapmamış, ancak kollektif ve komandit şirket ile ilgili belli başlı bazı açıklamalarda bulunmuştur. Ayrıntılı açıklama yapmadığı şirketlerle ilgili olarak bunlara ortaklığın koşulsuz bir biçimde olmadığını vurgulamalıyız. Çünkü gerek mevcut uygulanan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, gerekse 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ticaret Kanunu'nda, sınırlı sorumlu ortakların dahi çeşitli durumlarda sınırsız sorumluluk kapsamında sorumlu olabileceğini görmekteyiz. O halde her olayı kendi çerçevesinde değerlendirmek ve her şirket bakımından kanunun ilgili tüm maddelerine bakarak hareket etmek gerektiği kanaatine ulaşılması mümkündür.

1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümlerin ticaret ve kazanç getirici faaliyetler bakımından mevcut uygulanan 6762 sayılı kanun hükümleri ile büyük ölçüde paralellikler taşıdığını ve mevcut yasakların veya tanınan serbestliklerin yeni kanunun yürürlüğe girdiği dönemde de büyük ölçüde devam edeceğini söyleyebiliriz.

Bununla birlikte bu yasağın, Devlet Memurları Kanunu'ndaki diğer yasaklarla örneğin ikinci görev yasağı ile tamamlanmakta olduğu belirtilmelidir.

Sonuç olarak 657 sayılı DMK'nın bu yasağı koymasının temel sebebinin; memurları sınırsız sorumluluk hallerinden koruyarak, özellikle ekonomik bakımdan zarara uğramalarını önlemek, bu faaliyeti yapmaları halinde ortaya çıkabilecek olan çeşitli olumsuzlukların önünü tamamen kapatmak ve bu yolla da memurların düzgün ve verimli çalışması sağlamak düşüncesi olduğu söylenmelidir. 18 Nisan 2011

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Alikaşifoğlu, Kemalettin: **Devlet Memurları Kanunu**, 2. bs., Ankara, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, 1979.

Arslan, Süleyman /Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil: **İdare Hukuku Mevzuatı**, 6. bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Dönmez, Mustafa: **Devlet Memurları Kanunu: Açıklamalı—İçtihatlı**, Ankara, Kamusal Eğitim Derneği Yayını, 2008.

Giritli, İsmet/ Bilgen, Pertev/ Akgüner, Tayfun: **İdare Hukuku**, 3.bs., İstanbul, Der Yayınları, 2008.

Güçlü, Yaşar: **Devlet Memurunun El kitabı: Devlet Memurlarının Hak ve Yükümlülükleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

İmregün, Oğuz: **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, 4. bs., İstanbul, Gün Matbaası, 1977.

Kardoğan, Nezir/ Ünver, Mehmet/ Kahramanoğlu, Salim: **Açıklamalı Devlet Memurları Kanunu**, 2. bs., Ankara, Yargı Yayınevi, 2006.

Onar, Sıddık Sami **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C: II, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Pınar, İbrahim: **Devlet Memurları Kanunu Şerhi**, 10. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

POROY,Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 11. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

Pulaşlı, Hasan: **Şirketler Hukuku**, 6. bs., Adana, Karahan Kitabevi, 2007.

Ülgen, Hüseyin/ Teoman, Ömer/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, N.Füsün

Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.