

TÜRK HUKUKUNDA MEMURLARIN TİCARET YAPMA YASAĞI
(Devlet Memurları Kanununun 28. Maddesi Üzerinde
Bir İnceleme)

Prof. Dr. Akar ÖÇAL

I. GİRİŞ

Anayasamızın (1) 40/I. maddesi «herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir», 58/I. maddesi de «her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir» hükümlerini öngörmektedir. Kamu hizmetine giren meselâ memur sıfatını kazanan bir kimse, bu görevinden ayrı olarak «ticari faaliyetler»de de bulunabilir mi? Anayasamız, çalışma hürriyetinin ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceğini ifade etmektedir (Mad. 40/II).

Devlet Memurları Kanunumuz (2) (DMK), memurluğa girişte aranılan şartları saptadığı gibi (Mad. 48 vd.), memurların haiz oldukları hakları ve yükledikleri borçları (Mad. 17 vd.; 6 vd.) ve nihayet bu gibi şahısların tabi oldukları yasakları da (Mad. 26 vd.) sıralamıştır. İşte memurların tabi oldukları yasaklardan biri

(1) RG. 20/7/1961 — 10859.

(2) RG. 23/7/1965 — 12056.

de «ticaret yapma» yasağıdır. Gerçekten DMK. 28. maddesi «ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı» (3) başlığı altında, yasaklanan ticari faaliyetleri saymaktadır. (3a) Memurların, ileride ayrıntılı olarak ele alacağımız sebepler dolayısıyla (4), kamu hizmetlerinin gereği olarak (5), (6), ticari faaliyetten yoksun bırakılmaları, bugün, yerleşmiş bir uygulama teşkil etmektedir (7). Hatta yasaklar, bazı memurlar için, birtakım faaliyetler bakımından, bu sıfatın sona ermesi haline de teşmil edilmiştir (8).

(3) Bkz. An. 117/II.

(3a) Ticaret yapma yasağına ilişkin hükümler başka kanunlarda da yer almıştır. Gerçekten 6197 sayılı «Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun»un (RG. 24-12-1953 — 8591) 19. maddesine göre, bir eczane sahibi mesleki dışında bizzat ticaret yapamaz; 1219 sayılı «Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun»un (RG. 14-4-1928 — 863) 12/1. maddesine göre «sanatını icra etmek üzere bir mahalde kayıtlı olan herhangi bir tabibin bizzat dükkan ve mağaza açmak suretiyle her türlü ticaret yapması memnudur»; 1136 sayılı «Avukatlık Kanunu»nun (RG. 7-4-1969 — 13168) 11. maddesine göre, sigorta produktörlüğü, tacirlik ve esnafılık avukatlıkla bağdaşamaz; 1512 sayılı «Noterlik Kanunu»nun (RG. 5-2-1972 — 14090) 50/III. maddesine göre «noterler borsa oyunu oynamak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki anlamda ticaret yapmak (tan) yasaklıdır». Örnek olarak saydığımız bu hükümleri, konumuzla doğrudan ilgili bulunmadığından, açıklamalarımız dışında bırakmış bulunuyoruz.

(4) Bkz. bu inceleme: III/1.

(5) An. 40/II.

(6) HAMZA EROĞLU: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1974, s. 248.

(7) İncelememizde sorun yalnızca Türk hukukunda ele alınacaktır. Öteki ülkelerdeki durum için bkz. Fransa: JEAN-MARIE AUBY/ROBERT DUCOS-ADER: *Droit administratif*, Paris 1973, s. 140 vd.; M. WALINE: *Droit administratif*, Paris 1959, s. 96; ALFRED JAUFFRET: «Commercant», Répertoire de droit commercial et des sociétés, T. I, Paris 1956, s. 467, No. 178 vd.; GEORGES RIPERT: *Traité élémentaire de droit commercial*, Cinq. éd. Paris 1963, No. 250; HASAN ŞÜKRÜ ADAL: *Kamu Personeli İdaresi*, İstanbul 1968 s. 256; MUKBİL ÖZYÖRÜK: *Devlet Memurlarının Hürriyetleri*, Ankara 1956, No. 215; CEMAL MIHÇIOĞLU: «Devlet Personelinin Hak ve Hürriyetleri», Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 2-3, s. 200; BRIAN CHAPMAN: *İdare Mesleği*, Avrupada Devlet Memurluğu (Çev. CAHİT TUTUM), Ankara 1970, s. 130 vd.; CAHİT TUTUM: «Memurların Hak ve Ödevleri», Amme İdaresi Dergisi, C. 2, S. 2, 1969, s. 129. İngiltere: ÖZYÖRÜK, No. 216; ADAL, s. 256; TUTUM: «Memurların..», s. 129; MIHÇIOĞLU, s. 201; CHAPMAN, s. 132. İsviçre: ANDRE GRISEL: *Droit administratif suisse*, Neuchâtel 1970, s. 252; CHAPMAN, s. 130-131; ADAL, s. 256. Almanya: ADAL, s. 256; CHAPMAN, s. 132; TUTUM: «Memurların..», s. 129. Amerika Birleşik Devletleri: HURŞİT ÇALIKA: *Amerika Birleşik Devletleri Amme İdaresinde Personel Rejimi*, Ankara 1953, s. 59. Belçika: D. MASUY: *Belçikada Devlet Memurları Statüsü* (Çev. M. EREZ), Ankara 1956, s. 6.

(8) Bkz. 1339 sayılı «Orduya Mütteahhitlik ve Komisyonculuktan Memnu Olanlar Hakkında Kanun» RG. 3-6-1928 — 903); 3762 sayılı «Hizmetten Ayrılan Bazı Memur ve Müstahdemlerin Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun» (RG. 3-1-1940 -- 4406). Ayrıca bkz. bu inceleme: III/2.

İncelememizde önce konuyla ilgili ana mevzuatımızdaki gelişmelere kısaca değinecek, sonra da DMK. 28. maddesindeki hükmün tahliline geçeceğiz.

II. TARİHİ GELİŞME

1. 788 Sayılı Memurin Kanunundaki Hüküm :

18 Mart 1926 gün ve 788 sayılı «Memurin Kanunu»nun (9) 8. maddesi, «memurların ziraat, sınaat ve ticaretle iştigalleri» başlığı altında şu hükmü ihtiva etmekteydi: «Memurlar ticaret ve sınaatla iştigal edemezler. Kendi emlak ve arazilerini bizzat veya bilvasıta işletebilirler. Şirketlerde vazife deruhte edemezler. Ancak kooperatif şirketlerinde meclisi idare azalığı ve hesap müfettişliği edebilirler». Daha sonra, 1496 sayılı kanunla (10), anılan maddeye, «şirketlerde» kelimesinden sonra «ticaret ve sanayi müesseselerinde» ibaresi eklendi (11). Öte yandan 16/7/1973 gün ve 241 sayılı bir Meclis kararıyla (12) bu hükmün, kadro sebebiyle açıkta kalan veya vekâlet emrine alınan memurları kapsamadığı kabul edildi. Nihayet 3656 sayılı Devlet Memurları Aylıklarının Tevhit ve Teadülüne Dair Kanunun (13) değişik 18/II. maddesi ile, anılan 8. madde hükmünün ücretli memurlara da uygulanması esası benimsendi (14).

(9) RG. 31-3-1926 — 336.

(10) RG. 8-6-1929 — 1210.

(11) Bu hükümle ilgili olarak bkz. SÜHEYP DERBİL: İdare Hukuku, Cilt: I, Dördüncü Bası, Ankara 1955, s. 404; SİDDİK SAMİ ONAR: İdare Hukunun Umumi Esasları, Birinci Cilt, İkinci Tabı, İstanbul 1960, s. 853; MIHÇIOĞLU, s. 200; ÖZYÖRÜK, No. 214; Danıştay D.D. Umumi Heyetinin 16-10-1953 gün ve E. 133/K.139 sayılı kararı, Devlet Şûrası Kararlar Dergisi, S. 62-63, Yıl: 19, s. 56; Danıştay 1. D. 21-2-1950 gün ve E. 6/K. 5 sayılı kararı, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 46-49, Yıl: 13-14, s. 13; D8D. 8-6-1965 gün ve E. 64-8310/K. 65-2280 sayılı kararı, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, Ankara 1974, No. 815.

(12) RG. 23-7-1943 — 5466.

(13) RG. 8-7-1939 — 4253.

(14) 788 sayılı kanundan önceki mevzuat için bkz. HAYRİ ORHUN: Türkiyede Devlet Memurlarının Hukuki Rejimi, İstanbul 1946, s. 196, vd.: «İlk evvel 1274 tarihli ceza kanunuyla vali, mutasarrıf, kaymakam, defterdar, hükkâm, malmüdürü ve kaza müdürlerinin memuriyet mntıkları dahilinde, ahalinin havaici zaruresinden olan hububat erzak vesair malzemeleri bizzat alıp satmaları veyahut açık veya gizli bir şekilde bu ticarete iştirak eylemeleri memuriyetten tart ve para cezası müeyyidesi altında menedilmiş ve ancak bunların buldukları mahallerde kendi emlak ve arazileri varsa mahsulâtın ticareti bu memnuiyetten istisna edilmişti. 3/Ağustos/1332 tarihli memurini mülkiye mazûliyet maaşlarına dair olan kanun «mazul memurların bilfiil ticaret ve sanata sulûk etmeleri veya Osmanlı bir şirket ve idarenin

2. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunundaki Hüküm :

788 sayılı kanundaki hüküm uzun süre yürürlükte kaldı. Daha sonra 14 Temmuz 1965 gün ve 657 sayılı «Devlet Memurları Kanunu»nun (15) «ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı» başlıklı 28. maddesi, bu konuda şu hükmü getirdi: Devlet memurları, Türk Ticaret Kanununa göre «tacir» veya «esnaf» sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamazlar, ticari mümessil ve ticari vekil olamazlar, kollektif şirket ortaklığı ile komandit şirkette komandite ortaklığa giremezler ve ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği ve murakıplık görevini deruhte edemezler. Devlet memurlarının üyesi oldukları yapı ve tüketim kooperatiflerindeki yönetim ve denetim görevleri bu yasaklamanın dışındadır (I). Yukarıdaki fıkrada gösterilenler dışında kalan kazanç getirici faaliyetlerden hangilerinin Devlet memurları tarafından yapılamıyacağı, sınıfının tüzüğünde belirtilir (II). Eşleri birinci fıkrada gösterilen faaliyetlerde bulunan Devlet memurları, bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler (III) (16), (17).

hizmetine girmeleri mazuliyet maaşı talep ve ahzına mani olamaz» hükmüyle mazul memurların ticaret yapmalarına cevaz verilmişti. 1274 tarihli Ceza Kanununun bazı yüksek memurlar hakkında tahdidi bir şekilde koyduğu ticaret memnuiyeti 2 Ekim 1333 tarihli bir kararname ile bütün memurlara mutlak bir surette teşmil edilmişti. Bu kararnameye göre; devlet ve vilâyet bütçeleriyle bunlara mülhak bütçelerden maaş alan hakimler ve bütün memurlar ile belediyenin mansup memurları temettü maksadıyla doğrudan doğruya veya bilvasita ticari muamele ile iştigalden memnudur. Yukarıda zikrolunan memurlar sermayesi eshama münkasem şirketlerde hisse senedi sahibi olabilirler. Ancak bu nevi şirketlerin idare ve teftiş hey'etlerine dahil olamazlar. Memnuiyet hilâfına hareket edenler bir daha devlet hizmetinde istihdam olunmamak üzere tart ve yaptıkları ticari muamelenin derecesine göre beş liradan bin liraya kadar para cezasına mahkûm edilirler», Ayrıca bkz. ONAR, s. 853.

(15) RG. 23-7-1965 — 12056.

(16) Hükümet tasarısında 28. madde aşağıdaki biçimde kaleme alınmıştı: (Devlet memurları, Türk Ticaret Kanununa göre «tacir» veya «esnaf» sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamazlar, ticari mümessil ve ticari vekil olamazlar, kollektif şirket ortaklığı ile komandit şirkette komandite ortaklığa giremezler ve ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği ve murakıplık görevlerini deruhte edemezler (I). Yukarıdaki fıkrada gösterilenler dışında kalan kazanç getirici faaliyetlerden hangilerinin Devlet memurları tarafından yapılamıyacağı, sınıfının tüzüğünde belirtilir (II). Devlet memuru olmayan eşleri birinci ve ikinci fıkrada gösterilen faaliyetlerde bulunan devlet memurları, bu durumu 15 gün içinde bağlı buldukları kuruma bildirmekle yükümlüdür (III), bkz. Millet Meclisi S. Sayısı : 977, Tasarı., s. 10, Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 1, Toplantı: 4, C. 42, 1965. Gerekçede ise şunlar ifade edilmiştir: «Devlet memurlarının ticaret-

3. 1327 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik :

657 sayılı kanununun 28. maddesi, 1970 tarihinde çıkarılan 1327 sayılı kanunla (18) değiştirilerek şu şekle getirildi: «Devlet memurları Türk Ticaret Kanununa göre (Tacir) veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamazlar. Ticarî mümessil veya ticarî vekil, veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar. Ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamazlar. Devlet memurlarının üyesi oldukları yapı veya tüketim kooperatiflerinde yönetim ve denetim görevleri ile 25/6/1965 tarihli ve 641 sayılı Kanununun (19) 5 ve 6 ncı maddesi 8/10/1968 tarihli ve 1066 sayılı Kanununun (20) 2 nci maddesi hükümleri bu yasaklamanın dışındadır (I). Yukarıdaki fıkrada gösterilenler dışında kalan kazanç getirici faaliyetlerden hangilerinin Devlet memurları tarafından yapılamıyacağı kurumların kuruluş kanunlarında, yoksa bu kanuna göre hazırlanacak görev ve çalışma yönetmeliklerinde gösterilir (II). Eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları yukarıdaki fıkralarda gösterilen faaliyetlerde bulunan Devlet memurları bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler (III)» (21).

- le (...) uğraşmaları hakkındaki hüküm, şimdiye kadar yerleşmiş içtihatlarla ve çeşitli çevrelerden alınan mütalâalara uygun olarak yeniden düzenlenmektedir (...), Millet Meclisi S. Sayısı: 977, s. 12.
- (17) Bu konuda bkz. TUTUM: «Memurların..», s. 130; ADAL, s. 256-257; AKAR ÖÇAL: «Anonim Ortaklıklara Murakıp Seçileceklerde Aranılan Şartlar», Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi (ESADER), C.V.S. 1, 1969, s. 371 - 372.
- (18) RG. 14-8-1970 — 13579.
- (19) Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumlarıyla Esenleştirme «Rehabilitasyon» Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkındaki 209 Sayılı Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine ve Bazı Maddelerin Değiştirilmesine Dair Kanun, RG. 6-7-1965 — 12041.
- (20) Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenleştirme «Rehabilitasyon» Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkındaki 209 Sayılı Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine, Bazı Maddelerin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Geçici Bir Madde Eklenmesine Dair Kanun, RG. 21-10-1968 - 13032.
- (21) Hükümet tasarısında 28. madde şu şekilde ifade edilmişti: «Devlet Memurları Türk Ticaret Kanununa göre (Tacir) veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamazlar. Ticari mümessil veya ticari vekil, veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar. Devlet Memurlarının üyesi oldukları yapı ve tüketim kooperatiflerinde yönetim ve denetim görevleri bu uygulamanın dışındadır (I). Yukarıdaki fıkrada gösterilenler dışında kalan kazanç getirici faaliyetlerden hangilerinin Devlet memurları tarafından yapılamıyacağı kurumların kuruluş ve görev yönetmeliklerinde gösterilir (II). Eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları yukarıdaki fıkrada gösterilen faaliyetlerde bulunan Devlet Memur-

4. 12 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Yapılan Değişiklik :

1974 tarihinde kabul edilen 12 sayılı kanun hükmünde kararname (22) ile anılan 28. madde, şu şekle dönüştürüldü: «Memurlar Türk Ticaret Kanununa göre (Tacir) veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticarî mümessil veya ticarî vekil veya kolektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar. (Görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler ile gençlik ve spor hizmetlerinde verilecek görevler hariç) (I). Memurların üyesi oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri ile kanunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim ve denetim kurulları üyelikleri görevleri ve özel kanunlarda belirtilen görevler bu yasaklamanın dışındadır (II). Eşeleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları, yasaklanan faaliyetlerde bulunan memurlar bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler (III)» (23).

5. 1897 Sayılı Kanunla Benimsenen Metin :

657 sayılı «Devlet Memurları Kanunu»nun «ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı» başlıklı 28. maddesi hükmü, 1897 tarihli kanunla (24) bir kez daha değişikliğe uğramıştır. Bugün için yürürlükte olan hüküm, işte bu kanunla değişikliğe uğramış olan hükümdür: «**Memurlar Türk Ticaret Kanuna göre (Tacir veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticarî mümessil veya ticarî vekil veya kolektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar. (Görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler hariç) (I). Memurların üyesi oldukları yapı, kalkın-**

ları bu durumu 15 gün içinde bağlı buldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler (III)», bkz. Millet Meclisi S. Sayısı: 200, s. 146, Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 3, Toplantı: 1, C. 7, 1970. Yapılan değişiklik hakkında gerekçede ifade edilenler ise şunlardı: (Kanunun 28 nci maddesinin 1 nci fıkrasında yer alan «ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği, murakıplık görevini deruhte edemezler» ibaresi kaldırılmıştır (..) «reşidolmayan mahcur olan çocukların da faaliyetlerini bildirme» yükümlülüğü eklenmiştir), Millet Meclisi S. Sayısı: 200, s. 12.

(22) RG. 31-5-1974 — 14901.

(23) Bu konuda bkz. CAHİT TUTUM: «Devlet Memurları Kanununun Genel Bir Eleştirisi», Amme İdaresi Dergisi, C. 7, S. 4, s. 57 vd.

ma ve tüketim kooperatifleri ile kanunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim ve denetim kurulları üyelikleri görevleri ile kanunlarda belirtilen görevler bu yasaklamanın dışındadır (II). Eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları, yasaklanan faaliyetlerde bulunan memurlar bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler (III)» (25).

III. YASAĞIN AMACI VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

1. Yasağın Amacı :

Memurların ticari faaliyette bulunmaktan yasaklanmış olmalarının amacı bunların «mesailerini, deruhte ettikleri âmme hizmetine hasrını temin etmek ve ihtisaslarını serbest sahada istismar etmek suretiyle hizmette vaki olacak herhangi bir tedahül ve zarara meydan vermemekten ibarettir» (26). Gerçekten herşeyden önce memurların «gördükleri kamu hizmetlerinin sürekli hizmetler olması, kamu menfaatlerini doğrudan doğruya ilgilendirmesi ve bütün çalışmalarını devlete vakfetme durumunda olmaları», onların ticari faaliyetlerde bulunmalarını kabule imkân vermemektedir (27). Öte yandan memur «mevkii, görevi ve taşıdığı yetkiler dolayısıyla genellikle imtiyazlı bir durumdadır. Bu durumdan yararlanarak özel iş ilişkileri kuran bir memur hem haksız bir rekabet yaratmış hem de tarafsız hareket etme inisiyatifini (28) tehlikeye sokmuş hem de hizmetin verimliliğini olumsuz etkilemiş olur» (29). Başka bir ifade ile ticari faaliyette bulunmanın tabii sonucu olan «ilişkilerin doğurabileceği

(24) RG. 26-5-1975 — 15247.

(25) 12 sayılı kanun hükmünde kararname ile saptanan metnin I. fıkrasında parantez içinde yer alan ibaredeki «ile gençlik ve spor hizmetlerinde verilecek görevler» kelimeleri Millet Meclisi Bütçe Plân Komisyonunca metinde çıkartılmış (Millet Meclisi S. Sayısı: 155, s. 11, Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 4, Toplantı: 2, C. 11, 1975) ve madde bu değişiklikle Millet Meclisinde (Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönemi: 4, Toplantı: 2, C. 11, Birleşim: 72, 6-5-1975, Oturum: 1, s. 606) ve Cumhuriyet Senatosunda (Cumhuriyet Tutanak Dergisi, Toplantı: 14, C. 22, Birleşim: 57, 15-5-1975, Oturum: 1, s. 127) münakaşasız kabul edilmiştir.

(26) Danıştay D.D. Umumi Heyetinin 16-10-1953 gün ve E. 133/K. 139 sayılı kararı, Devlet Şûrası Kararlar Dergisi, S. 62-63, Yıl: 19, s. 56.

(27) ADAL, s. 255. Ayrıca bkz. LOUIS FOUGERE: La fonction publique, Bruxelles 1966, s. 295; CHARLES DEBBASCH: Science administrative, Paris 1971, s. 454; WALINE, s. 796.

(28) Bkz. DMK. 7.

(29) TUTUM: «Memurların..» s. 129; WALINE, s. 796.

tahrik ve teşvikler kişinin karakter bütünlüğü üzerinde makul olmayan zorlamalara sebebiyet verir. Özellikle bu kimsenin resmi görevi ona belli bir iş dalında kontrol sorumluluğu yüklüyor ya da idare adına özel iş ilişkilerinin yönetiminden sorumlu kılıyorsa bu zorlama daha da belirli olur» (30).

2. Yasağın Düzenleniş Biçimi :

«Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı» başlıklı 28. madde, Devlet Memurları Kanununun «yasaklar» ismini taşıyan 4. bölümde yer almaktadır. Madde «memurlardan» söz etmekte olduğundan, hükmün uygulanması, bir kişinin «memur» sıfatını kazanmış olması şartına bağlı olmaktadır. Ancak anılan maddenin memuriyete girişte (DMK. 48) de uygulanabileceği hatta uygulanmasının gerekli olduğu kanısındayız. Meselâ bir otel işletmekte olduğu için tacir sıfatını taşıyan (DMK. 28/I; TK. 12/I,6) ya da bir kolektif şirkette ortak bulunan bir kimsenin, DMK. 28. maddesinin âmir hükmü karşısında memur olarak atanması anlamsızdır (31). Öte yandan, bazı kanunlar muayyen bazı faaliyetlerde bulunma yasağını memurluk sıfatının sona ermesi haline de teşmil etmiş bulunmaktadırlar. Meselâ 1339 sayılı kanun, memurların «ayrıldıkları tarihten itibaren beş sene zarfında Müdafaa-i Milliye Vekâletine ve müessesat ve kıtaatı askeriye bilâvasıta, bilvasıta ve biliştirak veya mümessil sıfatıyla her nevi esliha ve teçhizatı harbiye ile Devletin kuvayi müdafaaasına taallük eden tesisat için müteahhitlik ve komisyonculuk» yapmalarını yasaklamaktadır (Mad. 1). Aynı şekilde 3762 sayılı kanun da 1/I. maddesinde «umumi veya mülhak bütçe ile idare olunan daireler, belediyeler ve hususi idarelerle sermayesinin en az yarısı Devlete ait müesseselerde maaş veya ücretle vazife alanlardan ayrılmış (32) veya ayrılacak olan yüksek mühendis, yüksek mimar, mühendis, mimar ve fen memurları ayrıldıkları Vekâlet şubelerinde veya idare ve müesseselerde alâkalı oldukları veya kontrolleri altında buldukları bilûmum taahhüt işlerini, ayrıldıkları tarihten itibaren iki sene müddetle doğrudan doğruya bizzat veya bilvasıta her-

(30) CHAPMAN, s. 130.

(31) Kar. ÖÇAL: «Anonim..», s. 371.

(32) «Yaş haddine varmış olmalarından dolayı mecburi tekaüde sevk edilenler veya tebeyyün eden bir malûliyet sebebiyle vazifeden ayrılanlar bu hükümden müstesnadır. (Mad. 1/II)

hangi bir nam ile olursa olsun alamıyacakları gibi bunları almış olanların yanında hiçbir suretle çalışamazlar ve bunlardan bu işleri alamazlar»; 2/I. maddesinde de «Nafia Vekâletinin, Nafia Şirket ve Müesseseleri Reisliği kadrosuna dahil vazifelerde bulunmuş ve bulunacaklardan ayrılmış (33) ve ayrılacak memur ve müstahdemlerden, Nafia Vekâletinin mürakabesi altında bulunan imtiyazlı şirketlerden Devlet, belediye ve hususi idarelere ait bulunanların maadasında vazifeden ayrılış tarihinden itibaren iki sene müddetle ve hiçbir nam ile hizmet alamazlar» hükmünü öngörmektedir.

DMK. 28. maddesinin başlığına göre burada iki çeşit yasak söz konusudur: Ticaret yasağı ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı. Maddede yer alan yasaklardan hangisinin birincisine hangisinin ötekine girdiğini kesinlikle ayırmak güçtür. Bu sebeptendir ki «memurların ticaret yapma yasağı» ismi altında 28. maddenin tamamını incelemeyi uygun bulduk. Yalnız şu hususu ifade edebiliriz ki, 657 ve 1327 sayılı kanunlarla kabul edilen metinlerde «diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı» belki bir anlam ifade ediyordu (34). 1897 sayılı kanunla benimsenen metin, böyle bir ibarenin kullanılmasını da faydasız kılmıştır (35). 28. maddede, yasaklardan ayrı olarak, «istisnalar» ve eşlerle bazı çocukların birinci fıkrada öngörülen faaliyetlerde bulunması halinde memura düşen yükümlülük de hükme bağlanmaktadır.

IV. TACİR YA DA ESNAF SAYILMAYI GEREKTİRECEK FAALİYETLERDE BULUNMA YASAĞI

1. Tacir Sayılmayı Gerektirecek Faaliyetlerde Bulunma Yasağı :

DMK. 28. maddesi «memurlar (ın) Türk Ticaret Kanununa göre (Tacir) (..) sayılmalarını gerektirecek faaliyette» bulunamayacaklarından söz etmektedir. Bu sebeple «tacir» sıfatının ortaya çıkmasına yol açabilecek faaliyetler üzerinde durmak gerekmektedir (36).

(33) «Yaş hadine varmış olmalarından dolayı mecburi tekaüde sevk edilenler bu hükümden müstesnadır» (Mad. 2/II).

(34) Bu hususun tenkidi için bkz. TUTUM: «Devlet..», s. 57 - 58.

(35) Bkz. bu inceleme: XI/1.

(36) Memur, gerçek şahıs olduğundan, DMK. 28. maddesinin yaptığı atıfla, yalnızca TK. 14. maddesinin kastedildiğini kabul zarureti vardır.

Ticaret Kanunumuz «bir ticarî işletmeyi, kısmen dahi olsa kendi adına işleten» kimseyi tacir saymaktadır (Mad. 14/I) (37). İstisnalar hariç bırakılırsa (TK. 14/I, II), tacir sıfatının ortaya çıkması bir «ticari işletme»nin mevcudiyetini gerekli kılmaktadır. Ticari işletme olarak telâkki edilen işletmeler ise Ticaret Kanunumuzda (Mad. 11/I) üç gruba ayrılmıştır: Ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseseler. Bu hükümler karşısında, memurların tacir sayılmalarına yol açabilecek faaliyetleri şöylece sıralamak mümkündür:

A) Ticarethanenin Doğumuna Yol Açtığı İçin Devlet Memurlarının Yapamayacakları Faaliyetler: TK. 12/I. maddesi, hangi müesseselerin ticarethane sayılacağını hükme bağlamaktadır. Bu sebeple, aşağıda belirtilen veya bunlara mahiyetçe benzeyen faaliyetler, ticarethane kavramının ortaya çıkmasına yol açacağından, memurlar tarafından yapılamaz (38) :

a) Menkul malların satılmak veya kiraya verilmek üzere **tedariki** ve bunların aynen veya başka bir şekle sokularak **satılma-**

- (37) Cumhuriyet Senatosunda cereyan eden müzakereler sırasında bir işletmenin miras yoluyla iktisap edilmesi halinde memurun durumunun ne olacağına ilişkin bir soruya cevap veren zamanın Devlet Personel Dairesi Başkanı, memurun bir vekil atama suretiyle işleri sürdürebileceğini ifade etmişse de (Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, Dönem: 1, Toplantı: 4, C. 30, Birleşim: 114, 9-7-1965, Oturum: 3, s. 259) bu düşünceye katılmaya imkân görmemekteyiz. Zira gerek ticari mümessil gerek ticari vekil işletme sahibi tarafından atanır (BK. 449/I, II, 453/I). Bu sebeple, işletmeyi, vekil tayin eden işletiyor demektir. Öte yandan, TK. 15. maddesi de ticari işletmenin küçük ya da mahcur adına veli veya vasice işletilmesi halinde tacir sıfatının temsil edilene ait olduğunu açıkça öngörmektedir. Bu hükümler karşısında, memur bir vekil atasa bile, kendisini tacir olmaktan kurtaramaz.
- (38) Ticari işletmenin ortaya çıkabilmesi için herşeyden önce bir «iktisadi işletme»nin mevcudiyetinin gerekli olduğu genellikle kabul edilmektedir (YAŞAR KARAYALÇIN: Ticaret Hukuku Dersleri, I. Giriş-Ticari İşletme, Üçüncü Baskı, Ankara 1968, s. 158 vd.; ALİ BOZER: Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi, Dördüncü Bası, Ankara 1974, s. 8 vd.; MAHMUT TEVFIK BİRSEL: Ticari İşletme Hukuku, Cilt: I, İzmir 1970, s. 68 vd.; REHA POROY: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1973, s. 29 vd.; TURGUT S. EREM: Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, Ticari İşletme, Beşinci Baskı, İstanbul 1973, s. 50; SAİT KEMAL MİMAROĞLU: Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, İkinci Baskı, Ankara 1970, s. 142 vd.; HAYRİ DOMANIÇ: Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1970, s. 64 vd.; HAYDAR ARSEVEN: Ticaret Kanununun Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1960, s. 8). İktisadi işletmenin mevcudiyetinin şartlarından biri de devamlılıktır (TSN. 14/II). Başka bir deyişle tesadüfen ve geçici olarak iktisadi faaliyette bulunma halinde bir iktisadi işletme binnetice ticari işletmenin varlığından söz edilemez. Bu sebeple sayılan faaliyetlerin tesadüfen ve geçici olarak ifası halinde ticarethane ortaya çıkamayacağından, bu gibi davranışlarda bulunan memur da tacir sayılamaz.

çe bu çeşit faaliyetlere benzediği için (40), memurlar gayrimenkul alım-satımıyla de uğraşamazlar ;

b) Kıymetli evrakın satılmak üzere tedariki ve bunların satılması;

c) Her çeşit imal veya inşa;

d) Madencilik;

e) Matbaacılık, gazetecilik, kitapçılık, yayın, ilân ve istihbarat (41);

f) Tiyatro, sinema, otel, han ve lokanta gibi umumi mahaller, hususi mektep ve hastahane ve açık satış yerlerinin işletilmesi;

(39) Bu vesile ile eczane işleten eczacılarla ilgili uygulamaya da kısaca değinmekte yarar görmekteyiz. Eczaneler tıbbi ilaçların yapıldığı (bkz. 6197 sayılı kanun, Md. 19) ve satıldığı yerler (bu konuda bkz. *Meydan Larousse*, İstanbul 1971, C. 4, s. 54; ALFRED JAUFFRET: «*Actes de commerce*», Répertoire de droit commercial et des sociétés, T. I, Paris 1956, s. 10, No. 127; JEAN ESCARRA: *Manuel de droit commercial*, I. Paris 1947, s. 67) durumunda olduklarından, bunları işleten eczacılar da tacirdir (JAUFFRET: «*Actes..*», No. 128; JAUFFRET: «*Commerçant*», No. 192; RIPERT, No. 150, 188; LEON JULLIOT DE LA MORANDIERE/RENE RODIERE/ROGER HOUIN: *Droit commercial*, T. I, quat. éd., Paris 1965, s. 36). Bu sebeple memurların eczane işletmeleri mümkün değildir. Gerçekten 6197 sayılı kanununun 17/I. maddesi, bu hususu, ayrıca ve açıkça hükme bağlamıştır. Ancak, aynı kanunun 19. maddesinin, eczane sahiplerinin aynı zamanda öğretmenlik de alabileceklerini öngörmekte olması sebebiyle, DMK. 28. maddesindeki yasağa bir istisna ortaya çıkmış olmaktadır. Öğretmenlikten ne kastedildiği konusunda değişik kararlar mevcuttur: D8D. 2-12-1961 gün ve E. 60-8989/K.61-3918 sayılı bir kararında (SAMİ AKURAL/ÇETİN ZİYLAN: *Danıştay Sekizinci Daire Kararları (1980-1963)*, Ankara, No. 318 «eczacıların öğretmenlik alabileceklerine dair fıkra hükmü, eczacıların ek vazife olarak deruhte edecekleri **muvaakkat vazifeleri** tanzim zımında kabul edilmesi gerekli bir hüküm olup öğretmenlere teşmilline imkân olmadığı» ifadesine yer verildiği halde, daha sonraki bir kararda (D8D 8-6-1965 gün ve E. 64-8310/K. 65-2280 sayılı kararı, *Danıştay Sekizinci Daire Kararları*, No. 815) ise şu sonuca ulaşılmıştır: «(..) hükmünde söz konusu öğretmenlik görevini, ek veya asli olarak yapılacağına ilişkin bir ayırım yapılmadığına ve 788 sayılı Yasanın 8. madesi ile de, olayın bir ilgisi bulunmadığına göre, açılmasına izin verilmiş bulunan eczanenin, sahibinin daha sonra asli öğretmenlik alması nedeniyle kapatılacağı yolundaki işlemde isabet bulunmadığından (..)». Müdürlük görevi ile ilgili olarak bkz. D12D. E. 67-1832/K. 67-2408 sayılı kararı, AHMET ÖZEREN/EROL DÜNDAR/ORHAN DİKBAŞ/UZDEM AKYÜZ: *Belirli Konularda Bütün Emsalleriyle Danıştay Kararları*, Ankara 1969, No. 930. Memurlar eczane işletemezlerse de resmi doktorlar, bazı şartlarla, ecza dolabı açabilirler (6197 sayılı kanun, Mad. 14/I, c).

(40) KARAYALÇIN, I, s. 167.

(41) Bkz. MIHÇIOĞLU, s. 200.

- g) Umumi mağazalar ve sair depo ve ambarların işletilmesi;
- h) Borsa ve kambiyo işleri (42), sarraflık, bankacılık (43);
- i) Sigortacılık (44);
- j) Kara, deniz ve havada, nehir ve göllerde yolcu ve eşya taşımak;
- k) Su, gaz (45) ve elektrik (46) dağıtma, telefon (47) ve radyo (48) ile haberleşme ve yayın;
- 1) Acentelik, tellâllık, komisyonculuk ve sair bütün tavassut işleri.

B) Fabrikanın Ortaya Çıkmasına Yol Açtığı İçin Devlet Memurlarının Yapamayacağı Faaliyetler: TK.12/II. maddesi «hammadde veya diğer maların makine yahut sair teknik vasıtalarla işlenerek yeni veya değerli mahsuller vücuda» getirilmesini «fabrikacılık» olarak nitelediğinden, memurlar, hammadde veya diğer maları makine yahut sair teknik vasıtalarla işleyerek yeni veya değerli mahsuller elde edici faaliyetlerde bulunamazlar.

- (42) Bkz. ERHAN KOTAR: Menkul Kıymet Borsalarında Borsa Emirleri ve Muhasebesi, Ankara 1971, s. 59 vd.
- (43) 7397 sayılı «Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Hakkında Kanun»un (RG. 30-12-1959 - 10394) 2. maddesine göre, sigorta muamelelerinin yapılabilmesi, anonim veya karşılıklı sigorta şirketi olarak organize olmayı gerekli kılmaktadır.
- (44) 7129 sayılı «Bakanlar Kanunu»nun (RG. 2-7-1958 - 9944) bankaların anonim şirket şeklinde kurulmaları gereğine işaret etmektedir (Mad. 3/D).
- (45) Müktesep hakları ihlâl etmemek üzere, belediye sınırı dahilinde, doğrudan doğruya yapılmak ve işletilmek şartıyla, su ve havagazı tesisatı kurmak ve işletmek hakkı belediyelerdedir. Ancak, belediyeler, bu işlerin tesis veya işletilmesi için, müddeti kırk yılı aşmamak ve şartları devletçe öngörülen esaslara uygun olmak üzere, imtiyaz da verebilirler (1580 sayılı Belediyeler Kanunu, RG. 14-4-1930 - 1471, Mad. 19/4,A).
- (46) İstisnalar hariç, yurdun ihtiyacı bulunduğu elektriğin üretim, iletim, dağıtım ve ticaretini yapmak tekeli Türkiye Elektrik Kurumuna verilmiştir (1312 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Kanunu, (RG. 25-7-1970 - 13559; Mad. 1, 3/II).
- (47) 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun (RG. 21-2-1340 - 59) 1. maddesi, «telefon muhaberesi (...) inhisara dahil ve işbu inhisarın tatbikatı ve istimali (...) Posta ve Telgraf ve Telefon İdaresine mevdudur» hükmünü öngörmektedir. Ayrıca bkz. 6145 sayılı kanun (RG. 17-7-1953 - 8460), Mad. 2/I,A.
- (48) Anayasanın 121/I. maddesi, «Radyo ve televizyon istasyonları, ancak Devlet eliyle kurulur ve idareleri tarafsız bir kamu tüzelkişiliği halinde kanunla düzenlenir» hükmünü kapsamakta; buna dayanılarak yürürlüğe konulan 359 sayılı kanunla (RG. 2-1-1964 - 11596), «Radyo ve Televizyon postaları ile yurt içine ve yurt dışına radyo ve televizyon yayınları» yapma görevi, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna verilmiş bulunmaktadır (Mad. 2/I, a).

C) Ticari Şekilde İşletilen Diğer Müesseselerin Doğumuna Yol Açan Faaliyetler: TK. 13. maddesi, bazı faaliyetleri, ancak bazı şartların gerçekleşmesi halinde ticari işletme olarak kabul etmektedir. Bu şartlar tahakkuk ederse, bu gibi işletmeleri işletenler tacir sayılacaklarından, anılan maddede öngörülen faaliyetler üzerinde de durmak gerekmektedir.

a) Tarımsal Faaliyetler : TK. 13/I, 1. maddesine göre, «bir toprak sahibinin veya çiftçinin, mahsullerini olduğu gibi veya zirai sanatı dolayısıyla bir tezgâhta şeklini değiştirerek satması», kural olarak, ticari işletmenin doğumuna yol açmaz (49). Bu sebeptir ki, «toprak sahibi memurun» arazisini işleterek mahsul elde etmesi ve onu satmasına engel bir durum, kural olarak, mevcut değildir (50), (51). Ancak işlerin hacim ve ehemmiyeti ticari muhasebeyi gerektirir ve ticari veya sınai bir müessesenin doğumuna yol açarsa, ticari işletme (TK. 13/I) ortaya çıkar ve onu işleten memur da tacir sayılır. Bu hüküm karşısında, TK. 13/I. maddesindeki şartların gerçekleşmesine imkân verebilecek tarımsal faaliyetler, memurlar tarafından yapılamaz.

b) Güzel Sanatlara İlişkin Faaliyetler : TK. 13/I, 2. maddesi, «güzel sanatlar erbabından birinin gerek bizzat, gerek işçi çalıştırarak veya makine kullanarak eserler vücuda getirmesi ve bu eserleri satması»nı, kural olarak, ticari işletme

- (49) Bu konuda bkz. AKAR ÖÇAL: «Tarım İşletmelerinin Hukuki Yapıları», ESADER, C. IV, S. 1, 1953, s. 228 vd.
- (50) Bu sebeple, DMK. 28. maddesinde, tarımsal faaliyetlerin istisnalar arasında sayılmadığı, oysa Cumhuriyetten beri geleneksel olarak memurlara kendi bağ, bahçe ve küçük tarlasını ekip biçmek ve işlemek haklarının tanınmış olduğu, yeni düzenlemede bu noktanın açıkta bırakıldığını ileri süren görüşe (TUTUM: «Devlet..», s. 59) tamamen katılmak mümkün değildir.
- (51) Bu konuda bkz. D3D. 23-2-1973 gün ve E. 20/K. 107 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 3, S. 12-13, 1974, S. 149 vd.: «Devlet Memurları Kanununun 28-31 nci maddeleriyle memurlara yasaklanan faaliyetler arasında çiftçiliğe yer verilmemiş ve kazanç getirci faaliyetlerden hangilerinin Devlet memurları tarafından yapılamıyacağı hususunda bu kanuna göre hazırlanacak görev ve çalışma yönetmeliği henüz yürürlüğe konulmamış olduğu cihetle, kuruluş kanunlarında bu konuda bir hüküm bulunmayan kurumlar memurlarının çiftçilikle uğraşmasına kanuni bir engel bulunmamaktadır. Bir toprak sahibinin veya çiftçinin, mahsullerini olduğu gibi veya zirai sanatı dolayısıyla bir tezgâhta şeklini değiştirerek satması ancak Türk Ticaret Kanununun 13 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında belirtildiği üzere, ticaret muhasebeyi gerektirdiği veya ticari veya sınai müessese şekil ve mahiyetini aldığı takdirde ticari faaliyetten sayıldığından, maddenin bu tarifine uymayan çiftçilik faaliyeti, Devlet memurları için yasaklanan ticaret ve kazanç getirci faaliyet olarak kabul edilemez».

saymamaktadır. Bu sebeple de meselâ memur olan bir ressamın, heykeltraşın vs. eserler vücuda getirerek bunları satması mümkündür. Bu hareket de, esas olarak, ticaret yasağına girmez (52). Ancak bu işleri yapmak üzere açılan bir müessesenin işlerinin hacim ve ehemmiyeti ticari muhasebeyi gerektirir ve ona ticari veya sınai bir müessese şekil ve mahiyetini verirse, o zaman ticari işletme ve binnetice tacir sıfatı ortaya çıkar ve memur da ticaret yasağını ihlâl etmiş olur.

2. Esnaf Sayılmayı Gerektirecek Faaliyetlerde Bulunma Yasağı :

DMK. 28. maddesi, devlet memurlarını «Türk Ticaret Kanununa göre (..) (esnaf) sayılmalarını gerektirecek faaliyette» bulunmaktan alıkoymaktadır. Bu sebeple «esnaf» kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. TK. 17. maddesi «ister gezici olsunlar, ister bir dükkânda veya bir sokağın muayyen yerlerinde sabit bulunsunlar, iktisadi faaliyeti nakdî sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan sanat ve ticaret» sahiplerini «esnaf» olarak telâkki etmektedir. Bundan dolayı, memurlar, kendilerinin esnaf sayılmalarına yol açabilecek sanat ve ticaretle iştigal edemezler.

V. TİCARET VE SANAYİ MÜESSESELERİNDE GÖREV ALMA YASAĞI

DMK. 28. maddesi, ikinci tür yasak olarak, devlet memurlarının ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alma yasağını hükme bağlamaktadır. Hükümün kısılalığı ve belirsizliği üzerinde durulması gereğini ortaya koymaktadır.

1. Yasağın Kanuna Girişi :

«Ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alma yasağı», aslında yepyeni bir yasak, ibare olarak telâkki edilemez. Gerçekten

(52) ADAL, «sanat'a ilgili çalışmalara müsaade edilmesi açıkça belirtilmemiştir. Uygulamalarda, bazı güçlüklerin çıkması beklenebilir» (s. 257) demek suretiyle, TK. 13/I, 2. fıkrasının, yapılan atıf sebebiyle, bu çeşit faaliyetlere de uygulanabileceğini nazarı itabare almamış olmaktadır. 788 sayılı kanunla ilgili olarak bkz. Danıştay D.D. Umumi Heyetinin 16-10-1953 gün ve E.133/K. 139 sayılı kararı, *Devlet Şurası Kararlar Dergisi*, S. 62-63, Yıl: 19, s. 56.

bu ibare ilk olarak 788 sayılı eski «Memurin Kanunu»nun 8. maddesinde 1929 yılından beri yer almaktaydı. Ancak 657 sayılı kanuna ilişkin tasarıda böyle bir ibareye yer verilmemiş (53), aksine memurların ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği ve murakıplık yapamayacakları açıkça hükmü bağlanmıştı. Bu ibare 1327 sayılı kanunun tasarısında da yer almamıştı. Üstelik 657 sayılı kanunda yer alan ve memurların ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği ve murakıplık yapamayacaklarını öngören ifade de tasarıda yoktu. Memurların ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamayacaklarını öngören bu ibare, Millet Meclisi Bütçe Plân Komisyonunca eklenmiş (54) ve 1897 sayılı kanunda da mevcudiyetini sürdürmüştür.

2. Yasağın Kapsamı :

A) «Ticaret ve Sanayi Müesseseleri» Kavramı: DMK. 28. maddesi, memurlar «ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamazlar» hükmünü öngörmektedir. Doktrinde «malların tevziinde ve müstehlike dağıtılmasında vazife alan, toptan, perakende olarak mal satan» müesseseler «ticaret müessesesi»; «ham maddeleri işleyip, mamul maddeler istihsal eden, toprak altı maddeleri istihraç eden» müesseseler de «sanayi müesseseleri» olarak kabul edilmektedir (55). DMK. 28. maddesinin lâfzına bakılırsa görev alma yasağı yalnızca «ticaret ve sanayi müesseseleri» için söz konusu olacak, öteki tür müesseselerde (56) meselâ hizmet ya da nakliye işletmelerinde memurların görev almaları mümkün olabilecektir. Böyle bir sonuca ulaşmanın anlamlı olamayacağı aşikârdır. Biz bu ibareyi bu kadar dar tefsir edemiyoruz (57). (58). Öte yandan bu ibare hem şirketleri hem de şirket biçiminde organize olmayan işletmeleri kapsamaktadır. Ancak kazanç paylaşmak dışında belirli

(53) Bkz. bu inceleme: II/2.

(54) Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönemi: 3, Toplantı: 1, C. 7, 1970, S. Sayısı: 200, s. 134.

(55) İSMET ALKAN: Genel İşletme Ekonomisi, İstanbul 1944, s. 50-51.

(56) Ayırım için bkz. İ. CEMALCILAR/D. BAYAR/İ. C. AŞKUN/Ş. ÖZ-ALP: İşletmecilik Bilgisi, Ankara 1974, s. 15; MEHMET OLUÇ: İşletme Organizasyonu ve Yönetimi, Birinci Cilt, 2. Bası, İstanbul 1963, s. 16; LÜTFULLAH TENKER: İşletme İktisadı, C. I, Ankara 1969, s. 11.

(57) Kar. TUTUM: «Devlet..», s. 58; Danıştay 1. D. 21-2-1950 gün ve E.6/K. 5 sayılı kararı, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 46-49, Yıl: 13-14, s. 13.

(58) 788 sayılı kanunda «şirketlerde» görev alınamayacağı ayrıca hükme bağlanmış olduğundan, bu kanunun yürürlüğü zamanında bu türlü bir kapsam sorunu bu kadar kuvvetli şekilde hissedilmemişti.

ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulan dernekler (59) bu kavram içine mütalâa olunamazlar. Fakat bir derneğin gayesine ulaşmak için işlettiği işletme (TK. 18/I), kuşkusuz, «ticaret ve sanayi müesseseleri» kavramı içine girer.

B) Görev Kavramı : Ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alma yasağının hangi çeşit görevleri kapsamakta olduğu hususu, üzerinde durulması gereken önemli bir husus teşkil etmektedir (60). Ancak «ticari mümessillik» ve «ticari vekillik» ayrıca hükme bağlanmış olduğu için, bu görevler, burada ele alınmayacaktır (61), (62). Ticaret ve sanayi işletmelerinde alınması yasaklanan görevlerden bazıları olarak şunlar belirtilebilir: Hizmet akdiyle çalışma, adi şirkete idari görev alma (BK. 525), kollektif şirkette tasfiye memurluğu (TK. 212/III) (63), limited ve anonim şirketlerde tasfiye memurluğu (TK. 441/I, 552) vs.

Bu konuda halli gereken en önemli sorun, memurların ticaret şirketlerinde müdür, denetçi ya da idareci olarak görev alıp alamayacakları sorunudur. Kanun koyucu, daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, 657 sayılı kanunla bu yolda bir yasak öngörmüş, ancak 1327 sayılı kanuna ilişkin tasarıda böyle bir ifadeye yer verilmemişti. Bu durum, hükümetin bu yasağı kaldırmak niyetini göstermekteydi. Ancak Millet Meclisi Bütçe Plân Komisyonu bu yasağı metne sokunca, ister istemez, bu yasağın kapsamına bu tür görevlerin de girmekte olup olmadığı sorunu ortaya çıkmış oldu. Bize göre, görevlerin mahiyeti icabı idare meclisi üyeliği (TK. 312

-
- (59) Bkz. 1630 sayılı Dernekler Kanunu (RG. 2-12-1972 - 14379), Mad. 1.
- (60) 788 sayılı kanun zamanında bu ibarenin kapsamı bir bakıma daha dardı; zira şirketlerde görev alınamayacağı ayrıca hükme bağlanmıştı.
- (61) Bu sebeple DMK. 28. maddesinde tekrarların bulunduğunu ifade hatalı bir görüş olarak nitelenemez.
- (62) 788 sayılı kanunda ticari mümessillik ile ticari vekillikten ayrıca söz edilmediği için, şirketler dışında bu tür görevleri yüklenmek, bu kavram içinde alınan bir görev olarak telâkki ediliyordu. Bu sebeple eski kanunda yer alan «ticaret ve sanayi müesseseleri» ibaresi bir bakıma daha genişti.
- (63) Tasfiye memurlarının yapmakla görevli oldukları işler (TK. 225 vd.) nazara alınırca, bunların rahatlıkla «ticaret yasağı» kavramı için sokulabilecekleri sonucu ortaya çıkar.
- (64) Aynı kanaatta; E. HİRŞ: *Ticaret Hukuku Dersleri*, Üçüncü Bası, İstanbul 1948, s. 308; KEMAL ŞÜKRÜ ONSUN: *Ticaret Şirketleri*, Ankara 1949, s. 223; ORHAN ÇEVİK/KENAN AZIK: *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, Ankara 1971, s. 64. Kanunun memurlar için öngördüğü yasakların amacı göz önünde tutulursa, ARSLANLI tarafından ileri sürülen düşüncelere (*Anonim Şirketler*, II-III, İstanbul 1960, s. 101) katılmanın imkânsız olduğu

vd.) ve müdürlük (TK. 342 vd., 541/I) devlet memurluğu ile bağdaşmazsa da (64) denetçilik görevi için (TK. 347 vd.) aynı sonuca kesin olarak varmak mümkün değildir. Bununla beraber, kanun koyucunun tercih ettiği ibarenin bu tür görevleri de içine aldığı kanısındayız (65), (66).

VI. TİCARİ MÜMESSİL VEYA TİCARİ VEKİL OLARAK ATANMA YASAĞI

Ticari mümessil işletme «sahibi tarafından işlerini idare ve müessesenin imzasını kullanarak bilvekilâle imza vazetmek üzere» kendisine mezuniyet verilen kimsedir (BK. 449/I). Ticari mümessil, bir istisna dışında (BK. 450/II), «müessesenin gayesine dahil olan bilûmum tasarrufları yapmak yetkisini haiz sayılır» (BK. 450/I). Ticari vekil ise «müessesenin bütün işleri veya muayyen bazı muameleleri için temsile memur edilen kimsedir» (BK. 453/I). Ancak onun yetkisi «müessesenin mutad olan» muamelelerini kapsar (BK. 453/II). Bu hükümler şunu ortaya koymaktadır ki, gerek ticari mümessilliği gerek ticari vekilliği memurluk ile bağdaştırmaya imkân yoktur (67) (DMK. 28). Başka bir deyişle, memurlar, her türlü işletmede bu görevleri yüklenemezler. Kanun koyucu ticari vekillikten söz etmekte olduğundan, memurlar, yetkileri özel biçimde saptanmış ticari vekil (satış mağazası memurluğu, seyyar tüccar memurluğu) (68) de olamazlar.

- (65) Aynı düşüncede, YILMAZ ULUSOY: **Mukayeseli Sermaye Şirketleri**, Ankara 1974, s. 252-253.
- (66) Bazı kooperatiflerde idare meclisi üyeliği ile denetçilik görevlerinin yasak dışı bırakılmış olması da, burada ele aldığımız görev yasağına, idare meclisi ile denetleme kurulu üyelikleri görevlerinin de girmekte olduğunun bir delilini teşkil etmektedir. Aynı şekilde anılan yasağa bu tür görevlerin de girmekte olduğunu göz önünde tutan kanun koyucu, memurların görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevleri de yasak dışı bırakmıştır. Aksi halde anılan istisnaların (Bkz. bu inceleme: VIII/1; VIII/2) bir anlamı olmazdı.
- (67) Bu yasak ilk kez 657 sayılı kanunla kabul edilmiş ve mevcudiyetini 1897 sayılı kanunda da korumuştur. Bu vesile ile şunu belirtelim ki, 788 sayılı kanunda olduğu gibi bu yasak açıkça anılmıyorsa da, aynı sonuca «ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alma yasağı» sayesinde ulaşılabilecekti. Yalnız 1327 sayılı kanuna ilişkin tasarıda «ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği ve denetçilik» görevlerini yapma yasağına yer vermeyen hükümetin ticari mümessillik ile ticari vekilliği hangi gerekçe ile yasaklar içine dahil etmiş olduğu hususu, doğrusu ilginç bir husustur. Gerçekten metin böyle geçmiş olsaydı, bir memur meselâ bir anonim şirkette idareci olabilecek fakat ticari vekil olamayacaktı.
- (68) Ticari vekilliğin ayırımı için bkz. KARAYALÇIN, I, s. 494 vd.

VII. ŞİRKETLERE VE KOOPERATİFLERE ORTAKLIK DURUMU

1. Şirketlere Ortaklık Durumu :

Devlet memurlarının şirketlere ortak olup olamayacakları sorunu önem arz etmektedir. Bu sebeple, sorunu şirket tiplerine göre ayrı ayrı ele alıp incelemede yarar vardır.

A) Adi Şirkete Ortaklık Durumu : DMK. 28. maddesi adi şirketlere ortak olmayı yasaklayan bir hüküm ihtiva etmemektedir. Buna rağmen kollektif şirket ortaklığını yasaklayan hükmün amacından (69) hareket edilirse, aynı sonucun burada da geçerli olacağını ifade, hatalı bir düşünce teşkil etmez. Gerçekten adi şirketlerde şirketin idaresi (BK. 525) ve temsili (BK. 533, 534), kural olarak, bütün ortaklara aittir ve ortaklar, aksi mukavele edilmiş olmadıkça, birlikte yahut bir mümessil vasıtasıyla üçüncü şahıslara karşı deruhte etmiş oldukları borçlardan dolayı, müteselsilen sorumludurlar (BK. 534). Bu sebeple, ister idareci ortak durumunda olsunlar ister olmasınlar, memurların adi şirkete ortak olmaları sakıncalıdır. Esasen bir ticari işletmeyi adi şirket ortakları ve kendi adına işleten ortak tacir sayılır (70).

B) Kollektif Şirkete Ortaklık Durumu : DMK. 28. maddesi, memurların kollektif şirketlere ortak olamayacaklarını açıkça hükme bağlamış bulunmaktadır. Bunun nedeni, kural olarak ortaklardan herbirinin ayrı ayrı şirketi idare (TK. 160/I) ve temsil (TK. 175) yetkisine sahip oluşudur. Başka bir deyişle, şirketi temsile yetkili olan kimse, şirketin gayesine giren her türlü iş ve hukuki muameleleri şirket namına yapmak ve şirketin ünvanını kullanmak hakkını haiz olduğundan (TK. 176/I), bizzat ticari muamele yapıyor demektir (71). Bir başka neden de ortakların şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı müteselsilen ve bütün malları ile sorumlu olmalarıdır (TK. 178/I) (72), (73). Bu yasak ölen ortağın mirasçısının memur olması halinde de uygulanır. Bu sebep-

(69) Bkz. bu inceleme: VII/1, B.

(70) YAŞAR KARAYALÇIN: Ticaret Hukuku, II, Şirketler Hukuku, Ankara 1972, s. 184.

(71) ONAR, s. 853.

(72) DERBİL, s. 404; ONAR, s. 853.

(73) Kollektif şirket ortağının iflâsının talep edilebileceğine ilişkin hüküm de (TK. 182/I), sebepler arasında sayılabilir.

le şirket mukavelesinde şirketin ölen ortağın mirasçisiyle devam edeceğine dair hüküm yoksa, mirasçı memur payını alarak şirketten ayrılmalıdır (TK. 195/I). Eğer şirketin ölen ortağın mirasçisiyle devam edeceği mukavelede yer almaktaysa, o zaman, mirasçı memur, komanditer olarak kalmak şartıyla şirketin devamını sağlamaya çalışmalıdır (TK. 195/II; DMK. 28/I).

C) Komandit Şirkete Ortaklık Durumu : DMK. 28/I. maddesi, memurların komandit şirketlere ortaklığı konusunda bir ayırım yapmakta, bunların komandite ortak (TK. 243/II) olarak şirkete giremeyecekleri başka bir deyişle ancak komanditer ortak sıfatıyla şirkete sermaye getirebilecekleri öngörmektedir (74). Böyle bir ayırıma gitmenin nedeni, şirketin idare ve temsiline komandite ortağa ait bulunması (TK. 257/I, II, 476/I) ve komanditerlerin sorumluluklarının sınırlı olmasıdır (TK. 243/II, 475) (75). Başka bir deyişle, komanditer ortaklar «fiilen ticaret yapma» durumunda değildirler (76). Öte yandan memur komanditer ortaklar, ticari mümessil veya ticari vekil sıfatıyla de (TK. 257/II) komandit şirketlerde görev alamazlar (DMK. 28/I).

D) Limited Şirketlere Ortaklık Durumu : Limited şirketlere ortak olunup olunamayacağı konusunda kanun bir hüküm ihtiva etmemektedir. Kanun koyucunun yasakları teker teker belirtmesinden hareket edilirse, bir memurun bir limited şirkete ortak olmasının mümkün bulunduğu sonucuna ulaşılabacaktır (76a). Bu sonucu destekleyen bir delil de, limited şirketlerde ortakların sorumluluklarının koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı oluşudur (TK. 503/I, 532/I). Ancak ortakların kural olarak «hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun» ve mecbur oluşları (TK. 540/I), gerçekten hukuki bir engel teşkil etmektedir.

E) Anonim Şirketlere Ortaklık Durumu : Yasaklanan ortaklık durumları içinde anonim şirketlere ortak olmaya yer verilmiş olduğu için (DMK. 28/I), memurların anonim şirketlere ortak

(74) 788 sayılı kanunda böyle bir hüküm öngörülmediği halde, doktrinde, memurların komandite ortak olamayacakları kabul edilmekteydi, bkz. DERBİL, s. 404; ONAR, s. 853.

(75) DERBİL, s. 404.

(76) Bkz. ONAR, s. 853.

(76a) KARAYALÇIN, I. s. 201, dipnot: 14.

olması doktrinde kabul edilmektedir (77). Memurların anonim şirketlere yatırım yapmasını kabul eden düşüncenin nedenleri olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür: Bir düşünceye göre «bu halin ortaya çıkması imkânsız»dır (78). Bir başka neden de «bir kaç hisse senedine sahip olmanın normal dengeli bir memurun namus ve karakteri üzerinde önemli bir tesir icra» etmeyeceği düşüncesi- dir (79). Ancak bize göre asıl neden, bir anonim şirkete ortak olmanın, bizatihi ticaretle iştigal etmek anlamını taşımaması (80) ve ortakların sorumluluklarının, bu çeşit şirketlerde, sınırlı olu- şudur (TK. 269/II). Gerçekten ortaklar doğrudan doğruya idare ve temsil hakkına sahip değildirler; bu hak «esas mukaveleyle tâ- yin veya umumî heyetçe intihap edilmiş» (TK. 312/I) idare meclisi- ne aittir (TK. 317) (81).

2. Kooperatiflere Ortaklık Durumu :

Memurların kooperatiflere ortak olarak girmesi yasaklanmış değildir. Bunun nedeni, herşeyden önce, kooperatiflerin «ortak- larının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek ve ge- çimlerine ait ihtiyaçlarını karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla» kurulan (Koop. K. 1) bir hükmi şahıs olması (Koop. K. 7); başka bir deyişle kooperatiflerin bir ticaret şirketi olarak telâkki edilmelerine imkân bulunmama- sıdır (82). Öte yandan ortakların sorumluluğu kural olarak sınırlıdır (Koop. K. 29) ve ortaklar, yönetim kuruluna seçilmedikçe (Koop. K. 42/II,2), yönetim ve temsil işlerine karışmazlar. Üstelik kanun koyucu «memurların üyesi oldukları (..) kooperatifler»den söz etmekle, memurların kooperatiflere ortak olabileceklerine de işaret etmiş olmaktadır (DMK. 28/II).

(77) DERBİL, s. 404; ONAR, s. 853; CHAPMAN, s. 131.

(78) CHAPMAN, s. 131.

(79) CHAPMAN, s. 131.

(80) DERBİL, s. 404. ONAR'ın, hisse sahibi olmanın ve bu sıfatla şirketin genel kuruluna katılmanın kendi mallarını idare etmekten ibaret bulunduğunu delil olarak ileri sürmesi (s. 853), 788 sayılı kanunda yer alan hüküm karşın- da, gerçekten kuvvetli bir dayanak teşkil etmekteydi.

(81) 657 sayılı kanuna ilişkin olarak Millet Meclisinde cereyan eden görüşme- lerden, bazı milletvekillerinin, hisse senedi sahibi olarak memurun bir ba- kımına ticarete katılmış olduklarını ifade etmiş olduklarını hatta «hisse se- nedi sahibi olarak yapılan iştirakler 1. fıkra dışında kalır» biçiminde kale- leme alınmış bir de teklifte bulduklarını öğrenmekteyiz. Ancak bu teklif reddedilmiştir. bkz. *Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, Dönemi: 1, Toplantı: 4, C. 42, Birleşim: 131, 18-6-1965. Oturum: 2. s. 267-268.

VIII. YASAKLAMA DIŞI BIRAKILAN FAALİYETLER

Kanun koyucu, getirmiş olduğu yasaklara ilişkin olarak bazı istisnalar da kabul etmiş bulunmaktadır. Bu istisnaları şöylece sıralayabiliriz :

1. Kooperatiflerde Görev Alma :

DMK. 28/II. maddesi kooperatiflerde görev almaya kısmen imkân sağlayan řu hükmü öngörmektedir: «Memurların üyesi oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri(nin (..)) yönetim ve denetim kurullara üyelikleri görevleri (..) bu yasaklamanın dışındadır» (83).

A) İstisnanın Anlam ve Amacı : Bu istisna, DMK. 28/I. maddesinde «memurlar (..) ticaret ve sanayi müesseselerinde görev almazlar» şeklinde öngörülen yasakla ilgilidir. Gerçekten, kooperatifler de birer işletme durumunda olduklarından (84), istisnai hüküm kanunda yer almamış olsaydı, memurların kooperatiflerde görev alması da mümkün olmayacaktı. İstisnanın amacını ise yine kooperatiflerin mahiyetlerinde aramak gerekecektir. Kanun koyucu, kooperatiflerin, «ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını karşılıklı yardım, dayanışma (..) suretiyle sağlayıp korumak» amacına dayalı olması sebebiyledir ki, memurları yakından ilgilendiren kooperatif türlerinde, görev alma yasağına istisna getirmiş bulunmaktadır.

B) İstisnanın Şartları : Kooperatiflerde görev alma istisnası mutlak değildir (85); başka bir deyişle, kanun koyucu bu istisnayı bazı şartlara bağlamış bulunmaktadır.

a) Yapı, Kalkınma ya da Tüketim Kooperatifleri Söz Konusu Olmalıdır : Memurlar ancak yapı, kalkınma (86) ya da tüketim kooperatiflerinde görev alabilir,

(83) Memurların kooperatiflerde görev alması ilkesi, 788 sayılı kanundan beri mevcudiyetini sürdürmektedir. Ancak 657 sayılı kanuna ilişkin tasarıda böyle bir ilkeye yer verilmemişti. Anılan istisnai hüküm Millet Meclisinde eklenmiştir, bkz. Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, Dönemi: 1, Toplantı: 4, C. 30, S. Sayısı: 664.

(84) Bu konuda bkz. RIDVAN KARALAR: Teoride ve Türkiye Uygulamasında Tarımsal Pazarlama Açısından Kooperatif İşletmeler, Eskişehir 1975, s. 49.

(85) 788 sayılı kanundaki şartlar daha azdı.

(86) 12 sayılı kanun hükmünde kararname ile metne dahil olmuştur.

bunlar dışındaki kooperatiflerde görev alamazlar (87). Kanun koyucu, bu hükümle, meselâ üretim kooperatifleri gibi memurlarla doğrudan ilgili bulunmayan kooperatifleri, «genel yasak» içinde bırakmış olmaktadır (87a).

b) Memur Kooperatifin Üyesi Bulunmalıdır : İstisnanın ikinci şartı, memurun anılan kooperatiflere üye olmasıdır (87b). Başka bir ifadeyle, memurlar ancak üye oldukları yapı, kalkınma ya da tüketim kooperatiflerinde görev alabilirler. Memur, üyesi olmadığı bir kooperatifte, kooperatif anılanlardan da olsa, görev yapamaz (88).

c) Memurlar Ancak Yönetim ya da Denetleme Kurulu Üyeliği Yapabilirler : Memurlar, üye de olsalar, ancak yönetim ya da denetleme kurulu üyeliği yapabilirler, başka bir görev (89) kabul edemezler.

C) İstisnanın Değerlemesi : İstisnaya ilişkin şartların yerinde olup olmadığı, üzerinde gerçekten durulması gereken bir sorun teşkil etmektedir. Bir kere memurların bu tür istisnadan yararlanarak en azından (90) üç ayrı çeşit kooperatifte görev alması mümkün bulunmaktadır. Hele kooperatiflerin faaliyet alanları yaygınsa, devlet memuruna, ana görevini ifa için ne kadar zaman

(87) ŞEHBENDER ERGİN/YILMAZ ULUSOY: Anonim Şirketlerle Mukayeseli Kooperatif Teşekküller ve Örnek Anasözleşmeleri, Ankara 1970, s. 113.

(87a) Memurun tarımsal faaliyette bulunması kural olarak yasaklanmadığı için (bkz. bu inceleme: IV/1, C, a), onun, bir üretim kooperatifinde görev alabilmesinin de normal karşılanması gerektiği ifade edilebilir. Gerçekten, kalkınma kooperatifinde görev almaya imkân sağlayan kanun koyucunun, tarımsal faaliyette bulunmasını yasaklamadığı memurun, bu çeşit faaliyetlerle ilgili bir kooperatifte görev yapmasını kabul etmemesi, biraz sert bir tedbir olarak gözükmektedir.

(87b) Bu vesile ile şunu belirtelim ki, Koop. K. 55/II. maddesi, kooperatiflerin yönetim kurulunda görev alacakların üye olmasını aradığından, bir memurun üyesi olmadığı bir kooperatifin idare heyetine dahil olması esası mümkün bulunmamaktadır. Denetleme kurulu üyeliğine gelince; denetleme kurulunda görev alabilmek için ortak olma şartı aranmadığından (Koop. K. 65/II), DMK. 28/II. maddesindeki bu şart, ancak denetleme kurulu üyeliği için bir anlam ifade etmektedir. Başka bir ifade ile, Koop. K. göre mümkün bulunmakla beraber, memur DMK. 28/II. maddesindeki bu hüküm sebebiyledir ki, üyesi olmadığı bir kooperatifin denetçisi olarak görev yapamaz.

(88) ERGİN/ULUSOY, s. 113.

(89) Meselâ tasfiye memurluğu (Koop. K. 81/II).

(90) Daha fazlasının belki «hakkın suistimali» teşkil edeceği ifade edilebilir. Meselâ bir memurun üç tüketim kooperatifinde birden görev almasında, istisnanın amacının dışına çıktığını iddia, gerçekten yerinde bir düşünce olarak kabul edilebilir.

kalacağı sorusu, ister istemez zihinlere takılmaktadır. Öte yandan, meselâ aynı büyüklük ve genişletikteki bir anonim şirkette görev almayı kabul etmezken, bir kooperatifte görev almaya, yalnızca kooperatifin mahiyetinden hareketle müsaade etmek, biraz fazla iyimserlik gibi gözükmektedir, zira her iki halde de, memurların ticaret yapmasını engellemekteki sakıncaların aynısı mevcuttur. Özellikle tüketim kooperatiflerine ilişkin istisna sebebiyle ticaret yapma yasağı büyük ölçüde gücünden kaybetmiştir.

2. İştiraklerde Görev Alma :

A) İstisnanın İfade Şekli ve Benimsenişi : Memurlar için kabul edilen ikinci istisnayı «iştiraklerde görev alma» şeklinde ifade edebiliriz. Gerçekten DMK. 28/I. maddesi, memurların «görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler»i yasak dışında bırakmıştır. Bu ibare 657 ve 1327 sayılı kanunlarda yer almamıştı; ilk kez 12 sayılı kanun hükmünde kararname ile metne girmiş, 1897 sayılı kanun da bunu benimsemiştir. Bu sebeple hükmün gerekçesi hakkında fazla bilgi sahibi değilsek de, amacının, en azından, ilgili kamu kuruluşunun çıkarlarını daha iyi ve yakından izlemek olduğunu ifade edebiliriz.

B) İstisnanın Şartları : İştiraklerde görev almaya imkân sağlayan hüküm, bazı şartlara bağlı kılınmıştır. Bunları şöylece sıralamak mümkündür :

a) İştirak Söz Konusu Olmalıdır : Memurlar ancak **iştiraklerde** (91) görev alabilirler. Kurumun, kuruluşuna katıldığı bir müesese mevcut olmadan, memurun görev alması da imkânsızdır. Bunun en güzel örneği, TK. 275/I. maddesinin hükmüdür. Gerçekten, anılan maddeye göre, «devlet, vilâyet, belediye gibi âmme hükmî şahıslarından birisine esas mukaveleye dercedilerek bir kayıtla **pay sahibi olmasa dahi**, mevzuu âmme hizmeti olan anonim şirketlerin idare ve murakabe heyetlerinde temsilci bulundurmak hakkı verilebilir». Bu hükme göre meselâ bir belediye (DMK. 1/I), pay sahibi olmasa dahi, mevzuu amme hizmeti olan bir anonim şirkete temsilci yollayabilecek, fakat iştiraki olmadığı için, temsilciyi kendi memurlarından seçemeyecektir. Uy-

(91) İştirak kavramı hakkında bkz. TURGUT S. EREM: «İştirak Mefhümü», III üncü Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 13-18 Mayıs 1963, Ankara 1964, s. 93 vd.

gulamada DMK. 1. maddesinde sayılan kuruluşların iştiraklerinin hayli fazla olduğu görülmektedir (92). İstisnanın uygulamasında kuruluşların iştirak oranı önemli değildir. Başka bir deyişle küçük bir iştirak halinde dahi anılan istisnadan yararlanmak mümkündür.

b) İştirak Memurun Görev Aldığı Kuruma Ait Olmalıdır : Memurun bu istisnadan yararlanabilmesi, iştirakin, onun görevli olduğu kuruma ait olması şartına bağlanmıştır. Başka bir ifade ile, memur başka bir kuruma ait iştirakin bulunduğu ortaklıkta görev alamaz (93).

c) Memur Kurumunu Temsilen Görev Almalıdır : DMK. 28/I. maddesindeki istisnai hükmün uygulanabilmesinin bir başka şartı da, memurun, kurumunu temsilen görev almasıdır. Memur, kurumunun iştirakinin bulunduğu bir ortaklıkta temsilen değil de, meselâ kendi payı (94) sebebiyle görev almaya kalkarsa, istisnadan yararlanamaz (96) Bu şartın uygulanmasına imkân verecek hükümlere örnek olarak TK .312/II (96) ve TK. 540/IV. maddeleri gösterilebilir (97). Öte yandan, «temsilen görev alma» niteliğinde olmadığından, memurların şu görevleri yap-

- (92) Örnekler için bkz. NECMETTİN AKIN/KAYA ERDEM/GÜVEN DİNÇER : **Gerekçeli - Açıklamalı İktisadi Devlet Teşekkülleri Mevzuatı**, Ankara 1966, s. 266 vd.: Denizcilik Bankası A.Ş. (Hazine: % 99,966); Türkiye Halk Bankası A.Ş. (Hazine: % 61,56); Türkiye Cumhuriyeti Turizm Bankası (Hazine A: % 4,81, Belediye ve il özel idareleri: % 0,06); Aksaray Azmi Milli T.A.Ş. (Aksaray Belediyesi: % 12,4); Ankara Çimento Sanayii T.A.Ş. (Ankara Belediyesi: % 11,11); Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri T.A.Ş. (Antalya Belediyesi: % 3,48); İstanbul İmar Limited Şirketi (İstanbul Belediyesi: % 50); Bursa Soğuk Depoculuk Limited Şirketi (Bursa belediyeleri: % 48); Gelibolu Soğuk Depoculuk Limited Şirketi (Gelibolu Belediyesi: % 25); Otel işletmelerinin hukuki yapılarını incelerken yaptığımız dar kapsamlı bir anket, bu alanda da bazı ortaklıkların mevcut olduğunu ortaya koymuştur; bkz. AKAR ÖÇAL: «Otel İşletmelerinin Hukuki Yapıları», ESADER, C. XII, S. 1, 1976, s. 396 vd.
- (93) Meselâ belediyede görevli bir memurun başka bir belediyenin iştirakinin bulunduğu ortaklıkta görev alması olanak dışıdır.
- (94) Bkz. bu inceleme: VII/1, D ve E.
- (95) Bkz. bu inceleme: VI/2, B.
- (96) Geniş bilgi için bkz. ÜNAL TEKİNALP: **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**, Ankara, 1965:
- (97) Hükmi şahısların denetleme kurulunda görev alıp alamayacakları (bkz. ÖÇAL: «Anonim..», s. 365) ve ticari mümessil olarak atanabilip atanamayacakları (bkz. KARAYALÇIN, I, s. 487 ve dipnot: 6; MAHMUT T. BİRSEL: «Ticari Mümessil Tarifinde Şahsi Unsur», BATİDER, C. III, S. 1, 1963, s. 10 ve dipnot: 13) konularındaki ticaret hukukuna ilişkin münakaşalar açıklamalarımız dışında bırakılmıştır. Konu, Ticaret Kanununun temsile müsait hükümleri içinde örneklendirilmiştir.

maları, görevli oldukları kurumun bir iştiraki söz konusu olsa bile, mümkün değildir: Anonim şirketlerde müdürlük (TK. 342 vd.); anonim ve limited şirketlerde tasfiye memurluğu (TK. 441/I, 552) (97a).

C) İstisnanın Değerlemesi : İştiraklerde görev alma imkânını veren hükmün amacının, en azından, kamu kurumlarının çıkarlarını daha iyi ve yakından koruyabilme olmasına rağmen, bu esas, tenkitlere muhatap olmayacak bir nitelik de taşımamaktadır. Bir kere «iştirak oranı» aranmamıştır. Sonra bir memurun birden fazla kurumda temsilci olarak görev almasını önleyememektedir (98). Buna karşı, bu yolla sağlanacak faydanın, memurun asıl görevinden uzaklaştırılmasının sebep olacağı sakıncalardan fazla olacağı düşüncesi ileri sürülebilir. Ancak çok küçük orandaki iştirakler için bu düşünceye dayanmanın anlamlı olacağı iddia edilemez. Öte yandan, istisnalar ayrı bir fıkırdaki sayılmışken, yasaklarla ilgili fıkraya bir istisna hükmü konulması da kanun yapma tekniği ile dağdaşamaz (99).

3) Kanunla Kurulmuş Yardım Sandıklarında Görev Alma :

DMK. 28/II. maddesi, memurların «üyesi oldukları (..) kanunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim ve denetim kurul-

(97a) Memurun idare meclisi üyesi sıfatıyla tasfiye işlerini de yürütme durumunda kalması hariç (TK. 441).

(98) TUTUM: «Devlet..», s. 58.

(99) Konuyu yakından ilgilendiren bir hüküm de 440 sayılı «İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakler Hakkında» ki kanunun (RG. 21-3-1964-11662) 26. maddesinde yer almaktadır: «Devlet hissesinin % 15 ten fazla olduğu ortaklıkların yönetim kurullarında Maliye Bakanlığını temsilen bir üye bulundurulabilir (..) (I). Maliye Bakanlığı temsilcileri, buldukları ortaklıkların faaliyetleri ve mali durumları hakkında belirtilecek esaslara göre, Maliye Bakanlığına ve Devlet Yatırım Bankasına bilgi vermekle yükümlüdürler (III). Maliye Bakanlığı temsilcileri ve Bakanlık veya ilgili Bakanlık mensupları arasından veya dışardan atanırlar (IV)». Anılan hükmün amacı, hem devlet iştiraklerinin bulunduğu ortaklıkların faaliyetlerini yakından izlemek hem de memurlara devletin iştiraklerinin bulunduğu ortaklıkların yönetim kurullarında görev almalarını sağlamaktır. Gerçekten DMK. 28/I. maddesindeki istisna, daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, ilk kez 12 sayılı kanun hükmünde kararname ile 1974 yılında kabul edilmişti. Bu sebeple de 440 sayılı kanunun yürürlüğü zamanında memurların ortaklıklarda görev almasını yasaklayan hüküm (788 sayılı kanun, Mad. 8) uygulanmaktaydı. Ancak DMK. 28/I. maddesindeki yeni ifade karşısında 440 sayılı kanunun 26. maddesi bir bakıma darkapsamlıdır; zira soruna her şeyden önce yalnız devlet iştirakleri bakımından eğilmekte öteki kamu kuruluşlarının iştirakleriyle ilgili bulunmamaktadır. Sonra iştirak hissesinin % 15'ten fazla olması halinde uygulanacaktır. 26. madde bir bakıma daha şumullüdür; çünkü dışarıdan da görevlendirmeye müsaade etmektedir.

ları üyelikleri görevleri»ni de yasaklama dışı bırakmıştır. Başka bir deyişle, kanun koyucu, memurların, kanunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim ve denetleme kurullarında görev almalarına müsaade etmektedir. Bu ibare de ilk kez 12 sayılı kanun hükmünde kararname ile metne girmiştir. Hükmün amacını, bu çeşit kuruluşların mahiyetlerinde aramak gerekecektir. Kanun koyucu «yardım sandıkları»nın, memurların sosyal yaşantılarındaki rollerini nazara alarak, onların buralarda görev almalarının bir sakinca yaratmayacağı düşüncesinden hareket etmiş, belki de memurların bu gibi görevlerde bulunmalarının, sandığın istikbali için gerekli olduğunu ifade etmek istemiştir.

A) İstisnanın Şartları : Anılan istisnadan yararlanabilmek için şu şartların bir arada bulunması gerekir :

a) Bir Yardım Sandığı Söz Konusu Olmalıdır : Memurun görev almasına yardım sandıklarında müsaade edilmiştir. Başka bir nitelik taşıyan bir sandıkta (99a) görev almak mümkün değildir.

b) Sandık Kanunla Kurulmuş Olmalıdır : Memurlar, ancak kanunla kurulmuş (99b) bulunan bir sandıkta görev yapabilirler; kanunla kurulmuş bulunmayan sandıklar için böyle bir imkân söz konusu değildir.

(99a) Meselâ Kefalet sandıkları (2489 sayılı Kefalet Kanunu, Mad. 1/I, 13; RG. 6-6-1934 - 2720); Tasarruf sandıkları (1711 sayılı Tasarruf Sandıkları Hakkında Kanun, Mad. 1; RG. 17-6-1930 - 1522). Ayrıca bkz. DMK. 1/I.

(99b) Kanunla kurulmuş yardım sandıklarına örnek olarak şunlar verilebilir: İlk- okul Öğretmenleri Sağlık ve İhtimal Yardım Sandığı (4357 sayılı kanun, Mad. 11; RG. 19/Kânunsani/1942 - 5308); Posta Telgraf ve Telefon Umum Müdürlüğü Biriktirme ve Yardım Sandığı (4157 sayılı kanun, Mad. 1; RG. 28/Kânunevvel/1941 - 4994); Ordu Yardımlaşma Kurumu (205 sayılı kanun; RG. 9-1-1961 - 10702); Bankalar, Sigorta ve Reasürans Şirketleri, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Borsalar ve Bunların Teşkil Ettikleri Birlikler Yardım Sandığı (506 sayılı kanun, geçici mad. 20; RG. 29,30,31-7-1964 ve 1-8-1964 - 11766/11799); Avukatlar Yardımlaşma Sandığı (6207 sayılı Avukatlar Yardımlaşma Kanunu, Mad. 1136 sayılı kanunla değişik 1/I,II,IV,V; RG. 29-12-1953 - 8595; 1136 sayılı kanun; RG. 7-4-1969 - 13168); Eczacılar Yardımlaşma Sandığı (6643 sayılı Türk Eczacılar Birliği Kanunu, Mad. 4/g, 58/I; RG. 2-2-1956 - 9223). Ayrıca bkz. AKAR ÖÇAL: «5590 Sayılı Kanuna Tabi Kurumlarda Görev Yapanların Sosyal Güvenliği Sorunu», ESADER, 50. yıl özel sayısı, 1973, s. 324 vd.). Yeri gelmişken, uygulamada çok rastlanan dernek ya da vakıf şeklinde yürütülen yardım sandıklarına da değinmek isteriz. Gerek 1630 sayılı Dernekler Kanunu (Mad. 15) gerek 903 sayılı kanunla (RG. 24-7-1967 - 12655) değiştirilen Medeni Kanunumuzun vakıfla ilgili maddeleri arasında (73 vd.) bir yasaklama hükmü bulunmadığı için, bu tür kuruluşların da yardım sandıkları olarak kabul edilmesinde bir engel yoktur.

c) Alınan Görev Yönetim ya da Denetleme Kurulu Üyeliği Olmalıdır : Memurlar, kanunla kurulmuş olsalar dahi, yardım sandıklarının ancak yönetim ya da denetleme kurulu üyeliği görevlerinde bulunabilirler; başka bir görev yüklenemezler.

d) Memur Sandığının Üyesi Olmalıdır: Memurlar, görev alacakları yardım sandıklarının üyesi olmalıdırlar. Memurların, üyesi olmadıkları yardım sandıklarında görev almalarına, kanun koyucu izin vermemektedir (100).

B) İstisnanın Değerlemesi : Yardım sandıklarında görev almaya imkân veren bu hükmün yerinin burası olup olmadığı hususu, üzerinde durulması değer bir nokta teşkil etmektedir. Anılan hükmün istisna teşkil etmesi, memurların bu çeşit görevlerinin yasaklamaya giren görevlerden olması halinde bir anlam ifade edebilecektir. Başka bir deyişle «kanunla kurulmuş yardım sandıkları» bir ticaret ve sanayi müessesesi olarak telâkki edilebilirse, ancak o zaman istisna bir anlam kazanabilecektir. Kanun koyucunun davranışından, onun, yardım sandıklarını da ticaret ve sanayi müessesesi olarak benimsediği anlamı çıkmaktadır. Aksi halde, istisnanın burada düzenlenmemesi gerekirdi. Biz, yardım sandıklarını ticaret ve sanayi müessesesi olarak telâkki edemediğimizden, istisnaya burada yer verilmesini de doğru bir hareket olarak kabul edemiyoruz.

4. Özel Kanunlarla Belirtilen Görevler :

Memurlar için öngörülen yasağın bir başka istisnası da, yine 12 sayılı kanun hükmünde kararname ile metne girmiş olan ve özel kanunlarda belirtilen görevleri yasaklama dışı bırakmayı sağlayan hükümdür. Burada üzerinde durulması gereken nokta, «özel kanunlarda belirtilen görevler(in) bu yasaklamanın» dışında olduğunu öngören ibarenin anlam ve kapsamını tâyin işidir. «Bu ya-

olabilmekte; bunun tabii bir sonucu olarak da yöneticilik ya da denetçilik görevlerini yüklenebilmektedirler. Bu tür sandıklar kanunla kurulmamış olduğu için, buralarda memurların görev almalarının yasaklanmış olduğu sonucu, DMK. 28/II. maddesindeki hükme dayanılarak ileri sürülemez. Esasen, yardım sandığı tesis etmek amaçlarından biri de olsa, söz konusu olan dernek ya da vakıftır.

(100) Bu şart sebebiyle memurların yardım sandıklarında görev almaları hayli kısıtlanmış olmaktadır.

saklama» ibaresi ile birinci fıkra kastedilmektedir; çünkü yasaklamayı getiren fıkra budur. Özel kanunlarda belirtilen görevlerin yasaklama dışı bırakılması keyfiyeti, birinci fıkradaki her yasakla da ilgili olamaz; olsa olsa ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alma yasağı ile ilgili olabilir; zira yasaklar arasında sadece orada bir görevden söz edilmektedir. Ancak, bu fıkrada parantez içindeki ibare ile esasen bir istisnaya yer verilmiş olduğundan, bu yeni ibarenin amacı da, ilk istisnaya girmeyen bazı görevlerin yasak dışı bırakılmasından ibaret kalmaktadır. Kullanılan ifadeden, bize göre, çıkan anlam budur. Eğer bir başka anlam kastedilmişse (101), onu ,bu ibareden çıkarmak mümkün olamamaktadır. Bu konuda son olarak şunu da ifade edelim ki, aynı yasakla ilgili istisnaların ayrı ayrı fıkralarda yer almasını da kanun yapma tekniği açısından isabetli olarak telâkki etmek mümkün değildir

IX. EŞ YA DA ÇOCUKLARIN YASAKLANAN FAALİYETLERDE BULUNMASI

1. Genel Olarak :

DMK. 28/I. maddesinde öngörülen yasaklar, memurlar hakkında olup, onların eş ya da çocukları için böyle bir yasak söz konusu değildir (102). Başka bir deyişle memurların eş ya da çocukları, onlara yasaklanan faaliyetlerde bulunabilirler. Ancak eş ya da çocukların böyle bir faaliyette bulunması halinde «hizmet bakımından bazı aksaklıkların doğması» (103) ihtimalinin mevcudiyeti sebebiyle, kanun koyucu, memura «durumu kuruma bildirme» mü kellefiyeti yüklemiştir. Gerçekten, idarenin devamlı olarak özel sektörle karşı karşıya oluşu, memurları suiistimallere karşı koruyabilmek için, onlar üzerinde bir denetleme sisteminin kurulmasını gerektirmektedir (104). Bu nedenleri göz önünde tutan kanun koyucu, denetleme imkânının yaratılmasını sağlayabilmek bakımından, «eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları, yasaklanan faaliyetlerde bulunan memurlar bu durumu 15 gün

(101) Karş. TUTUM: «Devlet..», s. 59.

(102) Özellikle eşin ticari faaliyette bulunması ile ilgili olarak bkz. ADAL, s. 255-256; CHAPMAN, s. 131; TUTUM: «Memurların..», s. 129.

(103) ADAL, s. 255.

(104) ADAL, s. 256.

içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler» hükmünü (DMK. 28/III) getirmiş bulunmaktadır (105).

2. Bildirme Yükümlülüğünün Kapsamı :

Bildirme yükümlülüğü, memurların «eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları»nın, «yasaklanan faaliyetlerde bulunması» ile sınırlıdır. Bu sebeple, bu yükümlünün kapsamını saptarken, «faaliyette bulunanlar» ile «faaliyetleri» ayrı ayrı ele almak gerekecektir.

A) Faaliyette Bulunanlar Yönünden Bildirme Yükümlülüğünün Kapsamı : Kanun koyucu, yalnızca «eş», «reşit olmayan çocuklar» ya da «mahcur olan çocuklar» ((MK. 369)ın yasaklanan faaliyetlerde bulunması halinde bildirme yükümlülüğünü öngörmektedir. Bunlar dışındakiler için böyle bir mükellefiyet söz konusu değildir (106).

B) Faaliyetler Yönünden Bildirme Yükümlülüğünün Kapsamı :Memur, eşinin ya da reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının her türlü faaliyetini değil, onların, ancak DMK. 28/I. maddesi ile memurlara yasaklanan faaliyetlerini bildirme yükümlülüğü altındadır. Başka bir deyişle, memur, eş ya da reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının :

- a) Türk Ticaret Kanununa göre (tacir) ya da (esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunması (107);
- b) Ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alması (108);
- c) Ticari mümessil ya da ticari vekil olarak atanması (109);
- d) Kollektif şirketlere ortak olması;
- e) Komandit şirketlere komandite ortak olarak girmesi hallerinde, bildirme yükümlülüğü altına girmiş olur.

(105) Bildirme yükümlülüğü ilk kez 657 sayılı kanunla ve yalnızca eşlerle ilgili olarak getirilmiştir. 1327 sayılı kanun bu yükümlülüğü «eşit olmayan veya mahcur olan çocuklar»ın faaliyetlerine de teşmil etmiştir.

(106) Meselâ «reşit çocuklar» için böyle bir mükellefiyet söz konusu değildir.

(107) Eşle ilgili olarak bkz. MK. 159/I. Küçük ya da mahcur çocuklarla ilgili olarak bkz. TK. 15.

(108) Reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarla ilgili olarak bkz. bu inceleme: IX/6.

(109) Reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarla ilgili olarak bkz. bu inceleme: IX/6.

3. Bildirilecek Hususlar :

Memurlar, bildirme yükümlülüğünün doğumuna yol açan faaliyetleri (110) bildirmekle mükelleftirler.

4. Bildirme Süresi :

Bildirme süresi 15 gündür. Bu sürenin başlangıcı, bildirme yükümlülüğünü ortaya çıkartan faaliyete girişildiği andır: Tacir ya da esnaf sayılmayı gerektirecek bir faaliyetin söz konusu olması halinde işletmenin açılması (TK. 20/I); ticari mümessil ya da ticari vekil olarak atanma halinde atanma tarihi (BK. 449/I-II); kolektif ya da komandit şirketlere ortak olma halinde de ortak olarak şirkete giriş tarihidir (TK. 154, 172/II, 178/II, 195/II).

5. Bildirme Yapılacak Kurum :

Memur, bildirme yükümlülüğünün doğumuna sebep olan faaliyetleri, bağlı olduğu kuruma bildirecektir.

6. Bildirme Yükümlülüğünün Değerlemesi :

DMK. 28/III. maddesi, I. fıkrada öngörülen «yasak faaliyetler»e «toptan atıf»ta bulunmaktadır. Bu usul, «reşit olmayan veya mahcur olan çocuklar»la ilgili olarak isabetli değildir. Bu atıfla, bu gibi çocukların meselâ ticari mümessil tâyin edilmesinin ya da anonim şirketlerin idare meclisi ile denetleme kurulunda görev almasının çok normal bir davranış teşkil ettiği kanaati uyanmaktadır. Oysa reşit olmayan ya da mahcur olanların ticari mümessil olarak atanması ile bunların anonim şirketlerin idare meclisi ile denetleme kurulunda görev alabilmesi hususları ihtilâflıdır (111). Hatta Türk hukukunda ticari mümessilin tam ehliyetli olması gerektiği görüşü ağır basmaktadır (112). Bu sebeple, yapılan atıf, bu

(110) Bkz. bu inceleme: IX/2, B.

(111) Ticari mümessille ilgili olarak bkz. BİRSEL: «Ticari..», s. 9 ve dipnot: 12, TURHAN ESENER: *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Selâhiyete Müstenid Temsil*, Ankara 1961, s. 138 ve dipnot: 30. Karş. KARAYALÇIN, I, s. 493; BOZER, s. 185. Anonim şirket idare meclisi ve denetleme kurulu üyeliği ile ilgili olarak bkz. ÖÇAL: «Anonim..», s. 366, dipnot: 23; ALAIN HIRSCH: *L'organe de contrôle dans la société anonyme*, Genève 1965, s. 77; OĞUZ İMREGÜN: *Kara Ticaret Hukuku Dersleri*, İstanbul 1974, s. 340; F. von STEIGER: *İsviçrede Anonimi Şirketler Hukuku* (Çev. T. ÇAĞA), İstanbul 1968, s. 261.

(112) BİRSEL: «Ticari..», s. 9 ve dipnot: 12. Kar. KARAYALÇIN, I. s. 493; BOZER, s. 185.

düşüncelerin ışığında değerlendirilmelidir. Bize göre, en azından, ticari mümessillik ile anonim şirket denetçiliği açısından, yapılan atıfta isabet yoktur.

X. YASAKLAMAYA UYMAMANIN YA DA BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİREMEMENİN SONUÇLARI

1. Yasaklamaya Uymamanın Sonuçları :

A) Ticaret Hukuku Açısından : Memur, yasağa rağmen bir ticari işletme işletirse, tacir sayılır (TK. 16/I) (112a).

B) İdare Hukuku Açısından : Yasaklanan faaliyetlerde bulunan memurlara disiplin cezası verilir (113). Gerçekten DMK. değişik 125. maddesi, «devlet memurları tarafından yapılamıyacağı Devler Memurları Kanunu(nda) gösterilen kazanç getirici faaliyetlerde» bulunan memur hakkında «kısa süreli durdurma cezası» verileceğini öngörmektedir. Ancak, memur, bu cezanın sicile işlenmesinden (DMK. 133/I) itibaren beş sene içinde (DMK. 125, 133/I) yasaklanan faaliyetlerden meselâ birini yapmaya yeniden kalkışrsa, o zaman kendisine, bir üst ceza olan «uzun süreli durdurma cezası» uygulanır (DMK. 125).

C) Ceza Hukuku Açısından : 1339 sayılı kanunun (114) 5. maddesi, «kanuna muhalif harekâta bulunanlar üç aydan üç se-

(112a) Bkz. YTD. 10-10-1942 gün ve E. 2312 sayılı kararı, HASAN HALİS ŞUNGUR/M. KÂMİL BORAN: Türk Ticaret Kanununun Şerhi ve Tatbikatı ve İlgili Mevzuat, I. İstanbul 1957, No. 725: «Memurin kanununun 8 inci maddesiyle memurlar ticaret yapmaktan memnu oldukları halde ticari bir muamele yaptıkları surette (..) bu muamele bâtil olmayıp muteber ve hatta bu muameleden dolayı icabettiği surette iflâs kaidesine tâbi tutulmaları icabeder»; YİİD. 4-3-1939 gün ve E. 466/K. 1359 sayılı kararı, SUNGUR/BORAN, No. 726: «Memur olan bir kimse kanunun vazettiği memnuiyete rağmen ticari muamelelere tevessül ettiği takdirde yapmış olduğu bu muamelelerden dolayı iflâs kaidelerine tâbi tutulmak lâzımgelir. Ticareti terkeylediğini Ticaret Kanununun tarifâtı dairesinde ilân etmemiş olan bir memurun mücerret hayli müddet memuriyette bulunması kanunun kasdettiği mânada terk hükmünde tutulamaz»; YTD. 17-12-1959 gün ve E.3074/K. 3220 sayılı kararı, İSMÂİL DOĞANAY: İzahlı ve İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu İle Tatbikat Kanunu ve Tahkim Müessesesi, Ankara 1964, No. 154:» (..) Dâvacının Belediyede memur bulunması (..) kendisinin inzibati ve cezai mes'uliyetini mucip olup ettiği dellâllik ücretini istemesine mâni değildir (..).

(113) Bu konuda bkz. TK. 16/II; ÖZYÖRÜK, No. 214; ADAL, s. 257; 657 sayılı kanun tasarıasına ilişkin gerekçe, s. 13.

(113a) Bkz. Ş. BODUR/O. OZULU: Kamu Görevlileri Memurlar ve Öğretmenlerin Disiplin Cezaları, İstanbul 1976, s. 23-24.

(114) Bkz. bu inceleme: III/2.

neye kadar hapis ve yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır cezai nakdî ile cezalandırılır»; 3762 sayılı kanunun (115) 3. maddesi de «bu kanuna muhalif harekette bulunan memur(ların) (..) üç aydan üç seneye kadar hapis ve yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezasıyla «cezalandırılacaklarını hükme bağlamaktadır.

2. Bildirme Yükümlülüğünü Yerine Getirmemenin Sonuçları:

Memur, eş, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının kendisi için yasaklanan faaliyetlerde bulunması halinde durumu 15 gün içinde bağlı olduğu kuruma bildirmezse, hakkında «kınama cezası» uygulanır (DMK. 125). Ancak cezanın sicile kaydından itibaren üç yıl içinde böyle bir bildirme yükümlülüğü yeniden doğar da memur yine buna uymazsa, o zaman, hakkında bir üst ceza olan «kısa süreli durdurma cezası» tabik olunur (DMK. 125, 133/I).

XI. SONUÇ

DMK. 28. madesindeki hükmün tahlili, bizi şu sonuçlara götürmektedir :

1. Herşeyden önce, maddenin başlığı yerinde değildir. Birinci fıkrada dört çeşit yasak mevcuttur. Bu türlü bir yasağın öngörülmesindeki amaç, daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi (116), asla ön plânda kazanç sağlamaya dayanmamaktadır. Eğer bu husus ön plânda olsaydı, anonim şirketlere ortak olarak girmenin ya da komandit şirketlere komanditer olarak girmenin de yasaklanması gerekirdi. Bu başlık belki 657 ve 1327 sayılı kanunlarda yer alan 28. madde metni için uygun olabilirdi. Bize göre, 28. maddenin yeni metni karşısında, «ve diğer kazanç getirici faaliyetler bulunma» ibaresi yerinde kullanılmış bir ibare olarak kabul edilemez.

2. «Ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamazlar» ibaresi de hem belirsiz hem de ifade olarak hatalıdır (117).

3. Ortak olma ile ilgili yasak da bize göre eksiktir (118).

4. Kooperatiflerde ve iştiraklerde görev almaya ilişkin istisna sakıncalı durumlar yaratabilecek bir nitelik arz etmektedir (119).

(115) Bkz. bu inceleme: III/2.

(116) Bkz. bu inceleme: III/1.

(117) Bkz. bu inceleme: V/2.

(118) Bkz. bu inceleme: VII/1, A ve D.

(119) Bkz. bu inceleme: VIII/1, C ve 2/C.

5. 28/III. maddesindeki «atıf» isabetli değildir (120).

6. «Ticaret Yasağı», kanunda kesin biçimde öngörölmüştür (121). Başka bir deyişle, bir memur, meselâ çalışma saatleri dışında bile olsa «tacir» ya da «esnaf» sayılmayı gerektirecek faaliyetlerde bulunamaz; bir anonim şirket yönetim kurulu ya da denetleme kurulu üyeliği görevini mesai saatleri dışında yapmakta olduğunu ileri süremez.

7. Yasaklar ile istisnalar arasında ahenk tesis edilememiştir.

(120) Bkz. bu inceleme: IX/6.

(121) CAHİT TUTUM: **Personel Yönetimi**, Ankara 1976, s. 277.