

- Araştırma Makalesi -

№ 657 SAYILI KANUN KAPSAMINDA KAMU
GÖREVLİLERİNİN TİCARET VE DİĞER KAZANÇ GETİRİCİ
FAALİYETLERDE BULUNMA YASAĞI*

(THE INHIBITION HAVING COMMERCIAL AND OTHER GAINFUL
OCCUPATIONS OF PUBLIC EMPLOYEES WITHIN THE MEANING OF THE CIVIL
SERVANT CODE NO:657)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Mustafa AVCI**
Arş. Gör./Res. Asst. Gökhan GÜNCAN***

ÖZ

Türk hukukunda çoğu kamu görevlisi için ticari ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak yasaklanmıştır. Dahası, bu yasağın çiğnenmesi halinde bazı yaptırımlar yürürlüktedir. İnsan olması nedeniyle, diğer insanlar gibi, kamu görevlileri de kendi ihtiyaçlarını karşılamak ve hayatta kalmak için bazı ekonomik ve ticari ilişkiler ve faaliyetlerde bulunmak zorundadır. Bazen sadece yatırım yapmak veya kâr elde etmek için kamu görevlileri ekonomik ve ticari faaliyetlerde bulunmak isteyebilir. Dolayısıyla bu yasakların kapsamını belirlemek çok önemlidir. Çünkü kamu görevlileri buldukları ekonomik aktivitelerin yasak olup olmadığını bilmelidir. Bu makalede kamu görevlilerinin ekonomik ve ticari faaliyetleriyle ilgili yasaklar ve yaptırımlar açıklanmış ve bunların kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Devlet Memuru, Kamu Görevlisi, Kazanç Getirici Faaliyette Bulunma Yasağı, Ticari Faaliyet, Kazanç Getirici Faaliyet.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 16.01.2019 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 18.01.2019 tarihinde birinci hakem; 21.01.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Anadolu Üniversitesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, av.mavci4@gmail.com (ORCID ID: orcid.org/0000-0002-5182-2499).

*** Yalova Üniversitesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, gguncan@gmail.com (ORCID ID: orcid.org/0000-0001-5055-1001).

ABSTRACT

In Turkish Law, having commercial and other gainful occupations are forbidden for most of public employees. What is more, some sanctions are in force in case of transgressing this inhibition. Because of being a human, like other people, public employees must have some economic and commercial relationships and occupations in order to supply their needs and survive as well. Sometimes they may want to have economic and commercial occupations just for making an investment or having profit. So it is very important to determine extent of these prohibitions. Because they should know whether the economic activities they have are prohibited or not. In this article, the inhibitions and sanctions concerning having commercial and other gainful occupations of public employees are explained and of which tried to determine the extent.

Keywords: *Civil Servant, Public Employees, The Inhibition of Having Gainful Occupation, Commercial Occupation, Gainful Occupation*

GİRİŞ

Devlet memurlarının ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına ilişkin temel düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun¹ 28. maddesinde yer almaktadır. "Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağı" başlıklı DMK 28'in birinci fıkrasına göre memurlar, Türk Ticaret Kanunu'na² 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. Fıkranın devamında bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, Devlet memurlarının görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler yasak kapsamında değildir. Ayrıca anılan fıkroda memurların, mesleki faaliyette veya serbest meslek icra-

¹ RG. 23.7.1965/12056. (Çalışmamızda DMK olarak kısaltılacaktır).

² Meri Türk Ticaret Kanunu, 6102 sayılı Kanun olup (RG. 14.02.2011/27846), çalışmamızda kısaca "TTK" olarak ifade edilecektir. Yer yer karşılaştırma yapmak için 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu'na da değinilecek ve bu Kanun da "eTK" olarak kısaltılacaktır.

sında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamayacağı; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamayacağı ifade edilmiştir.

Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına getirilen bir diğer istisna, maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Anılan hükme göre memurların üyesi oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmuş yardım sandıklarının yönetim, denetim ve disiplin kurulları üyelikleri ile özel kanunlarda belirtilen görevleri de yasak kapsamında değildir.

DMK 28 bir yandan memurların kazanç getirici faaliyetlerde bulunmasını yasaklarken, diğer yandan onlara eşi, ergin olmayan veya kısıtlanmış çocuklarının madde kapsamındaki yasaklanmış faaliyetlerde bulunması halinde bu durumu 15 gün içerisinde bağlı buldukları kuruma bildirme yükümlülüğü yüklemiştir.

Kanun, memurların ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerini yasaklamak ve kanunda sayılmış yakınlarının anılan faaliyetlerini kurumlarına bildirmekle yükümlü tutmakla kalmamış; gerek yasağın, gerekse bildirim yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımı bağlamıştır. Nitekim DMK 125/D-h hükmüne göre “ticaret yapmak veya Devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak” fiilinin karşılığı olarak kademe ilerlemesinin durdurulması; DMK 125/B-b hükmüne göre de “eşlerinin, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini belirlenen sürede kurumuna bildirmemek” fiilinin karşılığı olarak da kınama cezası öngörülmüştür. Devlet memurunun kazanç getirici faaliyeti her zaman sadece DMK 28 maddesinin ihlali ve DMK 125 hükmünde yer alan disiplin cezalarının uygulanması sonucunu doğurmayabilir. Kimi zaman memurun kazanç getirici faaliyete ilişkin fiilleri DMK dışındaki kanunları da ihlal edip, oradaki yaptırımların uygulanması sonucunu da doğurabilir. Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun³ “kamu görevlisinin ticareti” başlıklı 259. maddesi uyarınca yürüttüğü görevin sağladığı nüfuzdan yararlanarak, bir başkasına mal veya hizmet satmaya çalışan kamu görevlisi altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

³ RG. 12.10.2004/25611.

Gerek çalışma konumuzun temel düzenlemesi olan DMK 28, gerekse genel olarak Kanunun kapsamını belirleyen DMK 1 maddelerinin lafzından açıkça anlaşıldığı üzere kazanç getirici faaliyette bulunma yasağının asıl muhatabı “memurlar”dır. Devlet memuru statüsünde bulunmayan diğer kamu görevlilerinin kazanç getirici faaliyetlerde bulunup bulunamayacağı, bu tür faaliyetlerin DMK 28 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususları ise diğer kamu görevlilerinin tabi olduğu kanunlar ayrı ayrı ele alınarak ayrıca değerlendirilmelidir. Memurlar haricindeki diğer kamu görevlilerine bu yasağın uygulanıp, uygulanamayacağı veya nasıl uygulanacağı konusu bu çalışmanın çok ötesine geçecek kapsamdadır. Bu nedenle, kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının diğer kamu görevlilerine uygulanışı, bütün kamu görevlileri açısından değil; sadece örneklemek amacıyla, belli başlı kamu görevlileri açısından ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, yasağın ana hatları korunmak üzere DMK 28’de zaman içinde değişiklikler yapılmış ve madde bugünkü son halini almıştır. Yapılan değişikliklere yeri geldikçe değinmeden ve bunlara ilişkin naçizane değerlendirmelerimizi ifade etmeden önce Kanun’un yeni metniyle karşılaştırma yapılabilmesi açısından maddenin ilk şeklinin tam metnine burada yer vermek istiyoruz. DMK 28’in ilk hali şu şekildeydi:

"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."

I. YASAĞIN AMACI

Ticari hayat yüksek kazanç sağlama olasılığının yanında, aynı oranda zarara uğrama riskini de beraberinde barındırmaktadır. Ticari faaliyetlerde bulunan kimse olası zararlarla yüksek kayıplar yaşayabilmektedir. Örneğin, tacir ticari borçlarından dolayı tüm malvarlığıyla - yani sadece ticari malvarlığıyla değil, özel malvarlığıyla da- sorumludur. Aynı şekilde, kollektif ortakla komandit şirketlerdeki komandite ortağın şirket borçlarından dolayı sorumluluğu sınırsızdır; yani şirket alacaklılarına karşı kişisel malvarlığıyla da sorumludur. Dahası, sadece zarar görme olasılığının ötesinde, salt belli başlı sıfatları almak veya görevleri üstlenmek dahi bir kimsenin ekonomik mahvına yol açabilecek riskleri barındırır. Söz gelimi, tacir olmanın en önemli sonuçlarından biri iflas etmek olup, bunun için salt tacir sıfatını haiz olmak yeterlidir. Tacirler sadece ticari borçlarından değil, şahsi borçları nedeniyle dahi iflase tabidir. Benzer şekilde anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi veya limited şirketlerde müdür olmak da -şirketi yönetme ve temsil etme yetkisinin yanında- Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen özel sorumluluk halleriyle muhatap olmak anlamına gelmektedir. Bu şirketlerin iş hacmi ve bünyesindeki malvarlığı değeri dikkate alınır, şirket yöneticilerinin yönettikleri ekonomik değer; dolayısıyla bu şirketleri yönetirken yapılacak hatanın getireceği mali sorumluluğun boyutu gözler önüne serilecektir.

İşte kanun koyucunun Devlet memurlarına ticaret ve kazanç getirici diğer faaliyetleri yasaklarken güttüğü amaçlardan bir tanesi Devlet memurlarının ticari hayatta rol almalarını önleyerek onların büyük risk gerektiren sorumluluklar üstlenmesini ve yüksek ekonomik kayıplar yaşayarak kendilerini Devlet memuru sıfatına yakışmayacak durumlara sokmasını önlemeye çalışmaktır. Kanaatimizce kanun koyucu kazanç getirici faaliyetlerin hangilerinin yasak olduğunu belirlerken, bu kaygıyı gütmüştür. Örneğin, kanun koyucu Devlet memurları için kollektif ve komandite ortak sıfatını sakıncalı görüp yasaklar, diğer sıfatlarla ticaret şirketlerine ortak olarak girmede bir mahzur görmemiştir. Bu da göstermektedir ki, kanun koyucu yasaklayıcı hükümler getirirken ortakların sorumluluğunu esas alarak ayırım yapmış ve sınırsız sorumluluk sonucunu doğuracak ortaklık sıfatlarını Devlet memurluğu ile bağdaştıramamıştır.

Devlet memurlarının ticaret ve kazanç getirici faaliyetlerinin yasaklanmasının bir diğer sebebi ise Devlet memurunun kamu gücünü ve mesleki nüfuzunu kullanarak şahsi kazanç elde etmesini önlemek ve

ayrıca kamu hizmetini görürken muhatap olduğu kimselere karşı bağımsızlığını ve tarafsızlığını kaybetmeden iş ve işlemler tesis etmesini sağlamaktır. Bu husus Devlet Personel Başkanlığının bir görüşünde dile getirilmiş ve DMK 28 hükmünün amacının Devlet memurlarının çalışmalarını kamu hizmetlerine hasretmelerini ve verimli çalışmalarını sağlamak, memuriyet nüfuzunu suistimal ederek haksız kazanç sağlamalarını önlemek ve tarafsız hareket etmelerini temin etmek olduğu açıkça ifade edilmiştir⁴.

Devlet memurlarının kazanç getirici faaliyetlerinin yasaklanması'nın asıl amacının ne olduğunu Devlet memurlarının kamuda üstlendikleri görevler ve bu görevlerin niteliğini göz önüne alarak tespit edebiliriz. Devlet memurlarının temel görevi kamu hizmetini yürütmektir. Nitekim 1982 tarihli Anayasamızın 128. maddesi açıkça kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla bu yasağın asıl amacı Devlet memurlarının ticari veya kazanç getirici faaliyetlerle meşgul olmasını engelleyerek, kamu hizmetini yürütürken daha verimli ve etkin olmasını sağlamaktır. Başka bir ifadeyle bu yasağın asıl amacı kamu hizmetinin daha verimli ve daha etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamaktır. Zaten bir Devlet memurundan beklenen de bütün emeğini çalıştığı kamu kurumunda üstlendiği görevine özgülemek olduğundan; genel olarak memurların kazanç getirici özel etkinliklerde bulunmalarının Devlet memurluğu ile bağdaşmayacağı ileri sürülebilir⁵.

Belirtmek gerekir ki, DMK 28 ile getirilen yasaklar sadece Devlet memurunun aktif olarak mesai yaptığı saatlere özgülenmemiştir. Devlet memurlarının ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmama yükümlülüğü tatil, uzaklaştırma, izin vs. nedenlerle görev başında bulunmadığı zamanlarda da devam etmektedir. Devlet memurlarının çalıştığı kamu kurumlarına karşı yükümlülükleri izin veya görevden uzaklaştırıldığı hallerde de devam eder⁶. Başka bir ifadeyle, memurun izinli

⁴ Devlet Personel Başkanlığı 20.9.2000 tarihli görüşü (İbrahim PINAR, Açıklamalı Devlet Memurları Kanunu Şerhi, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 183).

⁵ Bu yönde bkz. Ender Ethem ATAY, İdare Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.822; Ramazan YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri I, Mimoza Yayınları, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Konya, 2012, s. 212.

⁶ Bu yönde Bkz. ATAY, s.822; YILDIRIM, s. 212.

veya tatilde olması bu esnada yürüteceği kazanç getirici faaliyetler nedeniyle kendisine yaptırım uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir⁷. Söz gelimi, uzun süreli hastalık izni almış bir memurun bu süre içinde bir içecek üretiminde çalışması bu yükümlülüğün ihlali anlamına gelir ve hakkında disiplin işlemi yapılır⁸.

II. YASAĞIN UYGULANMA ALANI

DMK 28'deki yasağın muhatabının esas olarak “memurlar” olduğunu ifade etmiştik. Ancak, ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı sadece memurlara değil, özel düzenlemeler ve atıflarla çoğunlukla diğer kamu görevlilerine de uygulanabilecek nitelikte bir düzenlemedir. Dolayısıyla, yasağın uygulanmasına, ihlali halinde uygulanacak yaptırımlara ve yasağın uygulanmasına getirilmiş istisnalara değinmeden önce Devlet memuru ve kamu görevlisinin ne anlama geldiğinin ve bu kavramlar arasındaki farkın ortaya konulması gerekir⁹. Bu bağlamda çalışmamızın bu kısmında öncelikle memur ve kamu görevlisi kavramları açıklanarak, bu kavramların farkları ortaya konulacak ve daha sonra kazanç getirici faaliyet yasağının memurlara ve diğer kamu görevlilerine nasıl uygulanacağı ortaya konulacaktır.

⁷ Devlet Personel Başkanlığı, Devlet memurunun aylıksız izin süresi içerisinde özel bir şirkette sigortalı olarak çalışıp çalışmayacağına ilişkin vermiş olduğu bir görüşte, kendilerine 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 108 inci maddesi kapsamında aylıksız izin verilenlerin aylıksız izin süresince ödev, sorumluluk, haklarının ve Devlet memuru sıfatının gerektirdiği yükümlülüklerinin devam ettiği, mezkûr Kanun ile belirlenen yasaklardan sorumlu olunacağı ve yasaklanan eylem ve faaliyetlerde bulunanlara uygulanacak müeyyidelerin aylıksız izinli personel için farklı bir sonuç doğurmayacağı yönünde mütalaa vermiştir (12.05.2016-2951).

http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/gorusler/p_m_i_g/ticaret/20.pdf (Çevrimiçi, 01.12.2018).

⁸ ATAY, s. 822.

⁹ Kamu görevlisi ve memur kavramlarının ne anlama geldiği ve bu kavramlar arasındaki farklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ATAY, s.781 vd.; Mustafa AVCI, Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 41 vd.; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 32 vd.; YILDIRIM, s.159 vd.

A. KAMU GÖREVLİSİ VE MEMUR KAVRAMLARI¹⁰

1982 Anayasasının 128 hükmü gereğince Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Hükümden anlaşıldığı üzere kamu hizmeti sadece memurlarca değil, aynı zamanda diğer kamu görevlileri aracılığıyla da yürütülmektedir. Dolayısıyla, kamu görevlisi bir üst kavram olup; memurlar kamu hizmetini yürüten kamu görevlileri niteliğindedir. Ancak, hükümden de anlaşılacağı üzere memur sıfatına sahip olmadığı halde asli ve sürekli biçimde kamu görevini ifa etmek üzere atanmış -Devlet memuru sıfatı olmaksızın çalışan- başka kamu görevlileri de bulunmaktadır.

1. Genel Olarak Kamu Görevlisi Kavramı

İdare teşkilatı hukuki tasarruflarını kamu görevlileri aracılığıyla gerçekleştirdiğine göre, kamu görevlilerinin kamu tüzel kişilerinin insan unsurunu oluşturduğu söylenebilir¹¹. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, bir kimsenin kamu görevlisi olarak nitelendirilebilmesi için bir kamu idare, kurum veya kuruluşuna bağlı olarak çalışması gerekir. Bir kamu idare, kurum ve kuruluşuna bağlı olmaksızın çalışan kişilerin -yürüttükleri faaliyet kamu hizmeti olsa dahi- kamu görevlisi olarak nite-

¹⁰ Kamu görevlisi ve memur kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız. ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.; ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.; SANCAKDAR, Oğuz, ve diğerleri, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 7.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 9.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 10.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.; AVCI, Mustafa ve diğerleri, Editör: Avcı, Mustafa/Akıncı, Müslüm, İdare Hukuku II, Lisans Yayıncılık, İstanbul, 2014.; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 10.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.; GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2011.; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt:1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.; ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2002.; GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

¹¹ ÇAĞLAYAN, s.302; YILDIRIM da idarenin insan unsurunun kamu görevlisi olduğunu savunur (YILDIRIM, s.161).

lendirilmesi mümkün değildir¹². Söz gelimi, Avukatlık mesleği Avukatlık Kanunu hükümlerine göre kamu hizmeti olarak nitelendirilmiş olsa da, bir kamu kurumunun emrinde olmayan, serbest meslek icra eden avukatların¹³ kamu görevlisi olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹⁴. Yine, kamu hizmeti yürütse dahi bir özel hukuk tüzel kişiliği bünyesinde çalışan görevliler kamu görevlisi olarak kabul edilemezler¹⁵. Örneğin, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun verdiği bir karara göre tarım satış kooperatifleri ve birliklerinde çalışan personelin -Bakanlık onayıyla göreve gelmiş olsalar dahi- kamu görevlisi olarak sayılması mümkün değildir¹⁶.

Doktrinde kamu görevlileri “geniş anlamda kamu görevlileri” ve “dar anlamda kamu görevlileri” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁷. Devletin siyasi yapısını oluşturan organda ya da kamu idare, kurum ve kuruluşlarında çalışan ve hukuki durumları farklı olan tüm görevliler geniş anlamda kamu görevlisi olarak kabul edilmekte; bu açıdan bakılırsa bakanlar, belediye başkanları, milletvekillerinden tutun, kamuya ait bir fabrikada çalışan işçiye kadar herkes geniş anlamda kamu görevlisi kapsamına girmektedir¹⁸. Ancak, belirtmek gerekir ki bu şekilde geniş bi-

¹² AVCI, s.41.

¹³ Kamu kurumu emrinde çalışan avukatların, kamu görevlisi olup olmadığını tayin edebilmek için, çalıştıkları kurumla avukat arasındaki sözleşmeye veya kurumun bu hizmeti hangi usule göre aldığına bakmak gerekir. Bu bağlamda, hizmet sözleşmesi ve daimi kadro ihdasıyla atanan, asli ve sürekli olarak kurumda çalışan avukatlar kamu görevlisi olarak kabul edilirken; sözleşmeli olarak atanan veya kamu kurumunun hizmet alımı biçiminde gerçekleştirdiği görevi ifa eden avukatların kamu görevlisi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

¹⁴ Avukatların kamu hizmeti görseler de kamu görevlisi olmadıklarına dair bkz. YILDIRIM s.162; Avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olmakla birlikte, serbest meslek olarak kabul eden yargı kararları bulunmaktadır. Örneğin, Danıştay 8. Daire, E.1993/117, K.1994/306, T.27.01.1994 ve Anayasa Mahkemesinin E.2002/132, K.2003/48, T.04.06.2003, RG. 19.12.2003/25321.

¹⁵ AVCI, s. 41,42

¹⁶ Buna ilişkin E.1985/6, K.1986/1,T.20.01.1986 tarih ve sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı (RG. 10.03.1986/19043).

¹⁷ Geniş anlamda kamu görevlisi ve dar anlamda kamu görevlisi ayrımına ilişkin bkz. ATAY, s. 781 vd; AVCI, s. 41 vd.; ÇAĞLAYAN, s.303 vd.; YILDIRIM, s. 162 vd.

¹⁸ Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 504; AVCI, s. 42; Geniş anlamda kamu görevlisi kamu kesiminde çalışan herkesi kapsar. Bu anlamda, Devlet Başkanı, Cumhurbaşkanı, bakanlar, milletvekilleri, valiler, belediye

çimde belirlenen kamu görevlisi tanımı idare hukuku bakımından kabul edilebilir bir tanım değildir¹⁹. Çünkü kamu hizmetini yerine getirenlerin -Cumhurbaşkanı, Milletvekilleri örneğinde olduğu gibi- bir kısmı siyasi nitelikte görev yürütürken, kamu tüzel kişileri bünyesinde çalışanların bir kısmı da işçi statüsünde olup, hukuki statü bakımından özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışmaktadır²⁰.

Dar anlamda kamu görevlisini belirlemede doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte²¹, kanaatimizce dar anlamda kamu görevlisini tayin edebilmek için 1982 Anayasasının 128. maddesinde yer alan kriterler ele alınmalıdır. Buna göre, Devlet tüzel kişiliği bünyesinde, kamu iktisadi teşebbüsünde veya diğer bir kamu tüzel kişisi bünyesinde çalışan bir kişinin kamu görevlisi olarak kabul edilebilmesi için genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlilerinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görev yapması gerekir²². Bu kriterleri esas alarak belirlediğimiz ve bu şekilde tanımladığımız dar anlamda kamu görevlileri, aynı zamanda idare hukuku anlamında kamu görevlilerini ifade edecektir²³.

başkanları, belediye meclisi ve encümen üyeleri, hâkimler, savcılar, zabıt kâtipleri, infaz koruma memurları, öğretmenler, fen memurları, zabıta memurları, subay ve astsubaylar üstlendikleri kamu hizmetlerinin yürütülmesinde fiilen çalıştıklarından kamu görevlisi kategorisine girerler (YILDIRIM, s. 160 ve 162). Doktrinde geniş anlamda kamu görevlisi için kamu tüzel kişiliği bünyesinde çalışma kriteri esas alınarak Cumhurbaşkanından, kamuda çalışan işçilere kadar herkes geniş anlamda kamu görevlisidir (ÇAĞLAYAN, s.302).

¹⁹ Bu yönde bkz. ÇAĞLAYAN, s.304

²⁰ ÇAĞLAYAN, s.304.

²¹ Örneğin, doktrindeki bir görüşe göre dar anlamda kamu görevlisini tayin ederken, Devletin siyasi yapısını oluşturan organdaki görevlilerle, özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar dışındaki herkesi kapsamaktadır (Cihan KANLIGÖZ, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlamı ve Kapsamı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, No: 1-4. Ankara. 1993, s. 182 vd.).

²² ATAY, s.738.

²³ ÇAĞLAYAN’a göre idare hukuku anlamında kamu görevlisini tayin ederken, yürütülen görevin niteliği esas alınarak “kamu tüzel kişilerinde kamu hukuku bağı ile çalışanların” kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekir (ÇAĞLAYAN, s.304); İdare hukuku dışında, farklı hukuk disiplinleri ilgili kanunların uygulanışı açısından kamu görevlisini farklı olarak ele almış veya tanımlamış olması mümkündür. Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.6 kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan herkesin TCK anlamında kamu görevlisi kabul edileceği vurgulanmıştır. Görüldüğü üze-

2. Memurlar

Kanunun kapsamını belirleyen DMK 1 maddesine göre 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanır. DMK 4/A hükmüne göre mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır²⁴.

Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre²⁵ Anayasanın 128. maddesinde geçen memurlar, idarenin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer alan ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, Devletten veya belediyeden maaş alan elemanlardır. Danıştay ise bir kararında memuru şu şekilde tanımlar: “*Kamu idare ve kurumlarında kamu hizmetlerini yürüten kişilerden; idare örgütüne ve hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onula kaynaşmış olan örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı ve kendilerine özgü statüleri bulunan görevliler dışında da bu statüleri ile resmi sıfat ve yetkilerini koruyan kamu hizmetlerinin gerektirdiği alanlarda uzmanlaşmış olanlar memur sayılırlar*”²⁶.

3. Diğer Kamu Görevlileri

Anayasanın 128. Maddesinde ifade edilen “diğer kamu görevlileri” deyiminden, 657 sayılı Kanun ve özel kanunlarda memur statüsünde olduğu belirtilenler dışında, genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren hâkim ve savcılar, Türk Silahlı Kuvvetleri personeli ve

re bir kimsenin TCK anlamında kamu görevlisi sayılabilmesi için yegâne kıstas, bu kimsenin gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır (AVCI, s. 43).

²⁴ DMK 4/A’daki memur tanımının yerinde olduğu ve idare hukuku açısından bu tanımın esas alınması gerektiği yönünde bkz. ÇAĞLAYAN, s.308.

²⁵ Anayasa Mahkemesi E.1987/18, K.1988/23, T.22.06.1988, RG. 26.11.1988/20001.

²⁶ Danıştay 1. Daire E.1996/131, K.1996/242, T.19.12.1996, Danıştay Bilgi Bankası (Çevrimiçi)

üniversitelerin akademik personeli gibi memurlar dışında farklı bir personel rejimine tabi tutulan kamu görevlileri anlaşılmalıdır²⁷.

B. YASAĞIN MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNE UYGULANIŞI

1. Yasağın Memurlara Uygulanışı

Gerek genel olarak Devlet Memurları Kanununun kapsamını belirleyen DMK 1, gerekse de lafzı itibariyle yasağın muhatabını açıkça “memurlar” olarak belirleyen DMK 28 hükümleri karşısında, DMK 28 hükmünün -yani kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının- memurlara doğrudan doğruya uygulanacağını ve bu yasağın ihlali halinde Kanunda öngörülen yaptırımların yine doğrudan uygulanabileceğini te reddütsüz söyleyebiliriz.

2. Yasağın Diğer Kamu Görevlilerine Uygulanışı

Genel olarak Devlet Memurları Kanununun ve özelde çalışma konumuzun temel düzenlemesi DMK 28 hükmünün kapsamı Devlet memurları olduğu için, bu hükmün diğer kamu görevlilerine doğrudan doğruya uygulanma imkânı bulunmamaktadır²⁸. Kazanç getirici faaliyette bulunma yasağının memurlar dışında kalan diğer kamu görevlilerine uygulanmasında esas alınacak düzenleme diğer kamu görevlilerinin atanma ve özlük haklarını düzenleyen özel kanunlar veya ikincil mevzuatlardır. Diğer kamu görevlilerinin atanma ve özlük haklarını düzenleyen özel kanunlar kimi zaman genel olarak Devlet Memurları Kanununa veya doğrudan DMK 28’e atıf yaparak yasağın uygulanmasını emredebileceği gibi; kimi zaman DMK 28’in ötesine geçerek, anılan hükme göre çok daha sert kurallar getirerek kamu görevlisinin kazanç getirici faaliyet

²⁷ Bu hususta bkz. AVCI, s. 47.

²⁸ Danıştay bir kararında, maden mühendisi olup, madencilik yapan davacının maden işletme ruhsatına sahip olduğu, ancak yerel seçimlere katılarak belediye başkanı seçildiği, bu durumun davalı idare tarafından öğrenilmesi üzerine maden ruhsatının feshedildiği bir olayda, 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 davacının maden ruhsatlarının feshine ilişkin tesis eden idari işlemi hukuka aykırı bulmuştur (Danıştay 8. Daire, E.2002/1638, K. 2003/358, T. 23.01.2003 (PINAR, s. 186)).

yapabilme alanını daha da daraltmakta; kimi zaman da yasağa çok daha fazla özel istisnalar getirerek kamu görevlisinin kazanç getirici faaliyet alanını genişletmektedir.

Kanaatimizce, memurların dışında kalan kamu görevlilerinin tabi oldukları kazanç getirici faaliyette bulunma yasağının kapsamı belirlenirken şu yol izlenmelidir: öncelikle bu kimselerin tabi oldukları özel kanunlara bakılmalı ve o kanunlarda kazanç getirici faaliyet yasağına ilişkin bir düzenleme varsa o uygulanmalıdır. Bu takdirde DMK 28 hükmünün uygulanma alanının tamamen ortadan kalkması veya sadece niteliği uygun düşüğü ölçüde uygulanma alanı bulması söz konusu olabilir. Bunun haricinde, diğer kamu görevlilerine ilişkin özel düzenlemelerde kazanç getirici faaliyetleri yasaklayan veya yasağı kaldıran veyahut istisnalar getiren özel bir düzenleme bulunmadığı hallerde yine özel kanunlarda genel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa veya özelde DMK 28 hükmüne yapılan bir atıf olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer böyle bir atıf varsa, memurlar için düzenlenen DMK 28 hükmünün, memur olmasa da tabi olduğu özel kanunun yollamasıyla diğer kamu görevlisine uygulanması mümkün olacaktır. Eğer diğer kamu görevlilerinin atanma ve özlük haklarını düzenleyen özel kanunda kazanç getirici faaliyetleri yasaklayan, kapsamını değiştiren özel bir düzenleme yoksa; ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa veya DMK 28 hükmüne atıf veren hiçbir düzenleme de mevcut değilse kanaatimizce anılan kamu görevlilerinin özgürce ticaret ve kazanç getirici faaliyette bulunabileceği savunulabilir. Ancak önemle belirtmeliyiz ki bu özgürlük sınırsız değildir. Her şeyden önce, kamu görevlisinin asıl işinin kamu görevini ifa etmek olduğu, kamu görevinin ifasında kamu yararının mevcudiyeti ve kamu görevlisinin yürüttüğü ticari veya kazanç getirici faaliyetle elde edeceği özel yarara göre kamu yararının üstün nitelikte olduğu tartışılmazdır. Bu nedenle kamu görevlisi, hiçbir sınırlayıcı düzenleme olmasa dahi kamu görevini aksatacak nitelikte bir ticari veya kazanç getirici faaliyette bulunamaz. Ayrıca, kamu görevini aksatmayacak olsa dahi yürütülen ticari veya kazanç getirici faaliyetin yürütülen kamu görevinin niteliğine aykırı düşmemesi gerekir.

Kazanç getirici faaliyet yasağının özel olarak düzenlenmesine ilişkin çeşitli örnekler verilebilir. Söz gelimi, Kamu görevlisi olmakla birlikte memur statüsünde olmayan hâkimler ve savcıların atanmaları, yük-

selmeleri ve özlük haklarına ilişkin 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu²⁹ bulunmakta olup; hâkim ve savcıların kazanç getirici faaliyetleri bu Kanunda özel olarak düzenlenmiştir. 2802 sayılı Kanunun “Başka İş ve Görevler” başlıklı 48. maddesinin 4. fıkrasında hâkim ve savcıların kanunlarda belirlenenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamayacakları, kazanç getirici faaliyetlerde bulunamayacakları ifade edilmektedir³⁰. Kanımızca burada özel düzenleme mevcut olduğundan artık hâkim ve savcıların kazanç getirici faaliyetlerinin kapsamını belirlerken DMK 28 hükmünün uygulanma imkânı bulunmayacaktır. Hâkimler ve savcılar için kazanç getirici faaliyetler bakımından, açıkça hâkim ve savcılar için bir istisna getirilmediği müddetçe hâkim ve savcıların kazanç getirici faaliyetleri kendi özel düzenlemeleri nedeniyle yasak kabul edilecektir. Buradan hareketle, kanaatimizce, Kanun koyucu, hâkim ve savcılarının buldukları görevin niteliği ve yürüttükleri kamu görevinin önemi gereği, özelde ticari faaliyetleri yürütmenin risklerinden³¹ ve genel olarak mesleki saygınlığına gölge düşürecek durumlardan korunması amacıyla kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağını çok daha sıkı biçimde uygulama yoluna gitmiştir.

657 sayılı Kanunun 28. maddesine doğrudan atıf yapılarak uygulanmasına örnek olarak da 2547 Yükseköğretim Kanununun³² 36. maddesinin ek fıkrası gösterilebilir. Anılan fıkarda “Yükseköğretim kurumlarının kadrolarında bulunan öğretim elemanları, kanunlarda belirtilen

²⁹ RG. 26.2.1983/17971.

³⁰ Aynı fıkarda hâkim ve savcılarının bilimsel araştırma ve yayınlarda bulunabileceği, davet edildikleri veya yetkili makamlarca görevlendikleri ulusal ve uluslararası kurul, kongre, konferans ve benzeri bilimsel toplantılarla meslekleri ile ilgili diğer toplantılara görevlerini aksatmamak kaydıyla (mesai gün ve saatlerinde izin almak koşuluyla) katılabileceklerini düzenlemektedir. Fıkranın devamında, hâkim ve savcılarının Adalet Bakanının izin vermesi koşuluyla adalet yüksekokulları ile hizmet öncesi, hizmet içi ve bir üst göreve hazırlama kurslarında meslek ile ilgili konularda ders ve konferans verebilecekleri düzenlenmektedir.

³¹ Kanun koyucunun hâkim ve savcılarını ticari faaliyetler yürütmenin risklerinden korumak istediğini gösteren bir hüküm de 2802 sayılı Kanunun 66. maddesinde yer almaktadır. Buna göre “ödeme gücünün üstünde borçlanmak suretiyle borçlarını ödeyemez duruma düşmek veya kesinleşmiş borcunu kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak” fiilinin yaptırımını olarak kademe ilerlemesinin durdurulması cezası öngörülmüştür.

³² RG. 6.11.1981/17506.

hâller dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesi hükmüne tâbidir” hükmü getirilerek açıkça DMK 28’e atıf yapılmıştır. Böylece yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının -Devlet memuru statüsünde olmasalar da, kendi özel kanunlarının yollamasıyla- DMK 28 hükmüne tabi olacaklarını ifade edebiliriz. Ancak, Kanun koyucu fıkranın devamında öğretim üyeleri bakımından özel bir istisna getirmiştir. Anılan hükme göre, öğretim üyeleri yükseköğretim kurumlarında yalnızca eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve döner sermaye faaliyetleri kapsamında gelir elde edilen hizmetlerde çalışmak kaydıyla mesai saatleri dışında yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde meslekî faaliyette bulunabilir ve meslek veya sanatlarını serbest olarak icra edebilir.

Kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının diğer kamu görevlilerine uygulanmasına ilişkin örnekleri çoğaltmak ve özel hükümleri ayrı ayrı değerlendirmek mümkün olsa da; böyle bir çalışma bir makale boyutlarının çok ötesinde bir hacim gerektirecektir. Böyle bir çalışma DMK 28 kapsamında ele aldığımız işbu çalışmamızın kapsam ve sınırlarını aşacaktır. Dolayısıyla bu çalışma kapsamında ticaret ve kazanç getirici faaliyet yasağının diğer kamu görevlilerine uygulanışı bakımından şimdilik bu örneklerle yetinilecektir.

C. YASAĞIN UYGULANMASINA GETİRİLEN KANUNİ İSTİSNALAR

DMK 28 ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyet yasağı getirmekle birlikte, saydığı bir takım faaliyetleri yasak kapsamı dışına almıştır. Kanunun düzenlediği ilk istisna memurların görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumu temsilen alacakları göreve ilişkindir. DMK 28’in ilk fıkrası Devlet memurlarının tacir veya esnaf sayılmalarını gerektirecek faaliyetlerle, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev almalarını, ticari mümessil veya ticari vekil olmalarını yasaklarken, memurların görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevleri bu yasağın kapsamı dışında tutmuştur. Kanunun bu açık hükmü karşısında bir Devlet memurunun görevli olduğu kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen görev alabileceklerini, bu görevlerin -kazanç getirici bir faaliyet niteliğinde olsa dahi- DMK 28 anlamında ticaret ve kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamında nitelendirilemeyeceğini söyleyebiliriz. Söz gelimi, bir belediyede çalışan müdürün belediyenin ortağı bulunduğu bir şirketin -çalıştığı belediyeyi

temsilen- yönetim kurulunda görev alması faaliyeti -anılan bu istisna sayesinde- ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alma yasağı kapsamında değerlendirilemeyecektir³³.

DMK 28 hükmünün ikinci fıkrasında bir başka istisnaya yer verilmiştir. Buna göre, memurların üyesi oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmuş yardım sandıklarının yönetim, denetim ve disiplin kurulları üyelikleri ile özel kanunlarda belirtilen görevler bu yasaklamanın dışındadır. Doktrindeki bir görüşe göre yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri ile yardım sandıklarının istisna tutulmalarının nedeni amaçlarının üyelerinin kalkındırılması ve üyelerine sosyal yardımda bulunmak olması; dolayısıyla bunların ticari amaç gütmemeleridir³⁴. Hükmün istisna tuttuğu özel kanunlarda belirtilen görevlere ilişkin olarak 399 sayılı KHK'nın 15. maddesi ve 4572 sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkındaki Kanunun 8. maddesi örnek gösterilmektedir³⁵.

399 sayılı KHK'nın 15. maddesi yönetim kademesindeki görevlilerle diğer her çeşit personelin teşebbüslerin iştiraki bulunan şirketlerin yönetim kurulu üyeliğine, denetçiliğine ve tasfiye kurulu üyeliğine getirilebileceklerini, ilgili bakanlık personelinin de kendi görevlerine ek olarak ilgili bakanın izni ile adı geçen görevlere atanabileceklerini düzenlemektedir. Benzer şekilde 4572 sayılı Kanunda yer alan özel düzenlemeye göre tarım satış kooperatif ve birliklerinin denetim kurulu üyeliklerine Devlet memurları arasından seçilenler hakkında ticaret yasağı hükmü uygulanmayacaktır. Yine bu konuda örnek olarak, tamamen Türk Ticaret u hükümlerine göre faaliyet sürdüren TARİŞ, ANTBİRLİK ve FİSKOBİRLİK gibi ticari kuruluşların yönetiminde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı mensuplarının olması gösterilmiştir³⁶. Burada vurgulamak gerekir ki, Devlet memurları 4572 sayılı özel Kanundaki düzenleme uyarınca kooperatif ve birliklerin denetim kurullarında görev almaları DMK 28 hükmündeki yasağa istisna tutulmuştur. Ancak, kanaatimizce bu koo-

³³ Mustafa DÖNMEZ, Açıklamalı- İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu, Ekin Yayın Pazarlama, Ankara, 2011, s. 189.

³⁴ PINAR, s. 181.

³⁵ PINAR, s. 181.

³⁶ PINAR, s. 181.

peratif ve birliklerin kurdukları iktisadi işletmeler veya anonim şirketi statüsündeki kuruluşlarda Devlet memurlarının görev alması ise anılan istisna kapsamına girmeyecek; böylece bu faaliyetler DMK 28 anlamında ticaret ve kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamında değerlendirilecektir³⁷.

DMK 28 hükmüne istisna niteliğindeki bir diğer özel düzenleme ise DMK 89/1 fıkrasında yer almaktadır. DMK 28’de memurların meslekî faaliyette bulunmak üzere gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamayacaklarını düzenlerken açıkça özel kanunlarda belirtilen görevlerin bu yasaklamanın kapsamı dışında olduğu düzenlenmiştir. Bu hükme istisna getiren DMK 89/1’e göre, her derecedeki eğitim ve öğretim kurumları ile Üniversite ve Akademi (Askeri Akademiler dâhil), okul, kurs veya yaygın eğitim yapan kurumlarda ve benzeri kuruluşlarda öğretmen veya öğretim üyesi bulunmaması halinde öğretmenlere, öğretim üyelerine veya diğer memurlara veyahut açıktan atanacaklara ücret ile ek ders görevi verilebilir³⁸. Bu bağlamda, öğretmenlerin, öğretim üyelerinin ve nitelik ve şartları uygun olan diğer Devlet memurlarının anılan düzenlemelere binaen kurumlarının izni ile ders vermesi DMK 28’e bir istisna teşkil edecek ve Devlet memuru bu faaliyetinden kazanç sağlasa dahi anılan faaliyet DMK 28 anlamında kazanç getirici faaliyette bulunma yasağı kapsamına girmeyecektir³⁹.

³⁷ PINAR, s. 181; Devlet Personel Başkanlığının bir görüşüne göre, Devlet memurlarının kalkınma kooperatiflerinin yönetim ve denetim kurullarında görev almalarını mümkün olsa da, bu kooperatiflerin kurmuş oldukları şirketlerde görev alamayacaklardır. Devlet personel başkanlığı, 16.9.1994 tarihli görüşü (PINAR, s. 182).

³⁸ Bu istisnayı destekleyen özel bir düzenleme 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.8’de yer almaktadır. Anılan maddenin 4. Fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır: “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”.

³⁹ Devlet Personel Başkanlığı DMK 28’in bir istisnası olarak, 5580 sayılı Kanununun 8 inci maddesinin 4. ve 5. fıkralarını özel kanunlarda belirtilen görevlerden sayarak bu anlamda Devlet memurları ile resmî okullarda görev yapan öğretmenlerin ders görevi alabilmelerinin mümkün bulunduğu yönünde mütalaa vermiştir (05/01/2012- 24471). http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/gorusler/p_m_i_g/ticaret/1t.pdf (Çevrimiçi,

Sonuç olarak -gerek DMK’de, gerekse özel kanunlarda- kazanç getirici faaliyette bulunma yasağına istisna olarak düzenlenmiş faaliyetleri yürütmek DMK 28’i ihlal etmeyecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, her ne kadar anılan faaliyetleri icra etmek DMK 28 hükmünü ihlal etmese de; kamu görevlisinin DMK 28 hükmüne getirilen istisnai faaliyetleri yerine getirebilmesi açısından kanaatimizce idarenin takdir hakkı bulunmaktadır. Danıştay bu konuda vermiş olduğu bir kararda özel motorlu sürücü kurslarında ders saat ücreti karşılığında çalışmayı 5580 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca DMK 28 kapsamı dışında değerlendirmiş; ancak burada çalışmak bakımından İdarenin izin verme yetkisi konusunda takdir yetkisi olduğuna ve idarenin izin konusunda yargı kararıyla zorlanamayacağına hükmetmiştir⁴⁰.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28. maddesinin 12 sayılı KHK ve 1897 sayılı Kanun⁴¹ ile değiştirilmeden önceki halinde bir takım faaliyetlerin yasaklanmasının hemen ardından şu hüküm yer almaktaydı: “*Yukarıdaki fıkrada gösterilenler dışında kalan kazanç getirici faaliyetlerden hangilerinin Devlet memurları tarafından yapılamayacağı, sınıfın tüzüğünde belirtilir*”. Görüldüğü üzere hüküm Kanunda yer alan yasak faaliyetler dışında kalan faaliyetlerin memurların kendi tüzükleriyle yasaklanabileceğine işaret etmektedir. Kanaatimizce, idarenin düzenleyici işlemleriyle kanunda yer almayan yasakların düzenlenmesi normlar hiyerarşisi bakımından uygun düşmeyeceği gibi, hak ve özgürlüklerin düzenleyici işlemle sınırlanması sonucunu da doğurabileceğinden sakıncalıdır. Bu nedenle anılan hükmün kaldırılması kanaatimizce isabetli olmuştur.

01.12.2018); Benzer şekilde Devlet Personel Başkanlığı Müsteşarlık müşaviri olarak görev yapan birinin uluslararası taşımacılık faaliyetlerinde sürücülük yapanlara yönelik olarak Sürücü Kursları Konfederasyonunca düzenlenecek S.R.C. Belgesi kursunda gümrük mevzuatı konularında ders verebileceği yönünde mütalaa vermiştir (27/06/2008-11440)

http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/gorusler/p_m_i_g/ticaret/2t.pdf (Çevrimiçi, 01.12.2018).

⁴⁰ Danıştay 5. Dairesi, E.2015/5982, K.2015/10849, T.23.12.2015, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-2015-5982.htm> 2/3 (Çevrimiçi, 16.11.2018)

⁴¹ RG. 26.05.1975/15247.

III. ÖZELLİK ARZ EDEN KAZANÇ GETİRİCİ FAALİYETLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışmamıza ilişkin temel düzenleme olan DMK 28'e göre 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. Ayrıca, memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamaz.

A. TACİR VEYA ESNAF SAYILMAYI GEREKTİRECEK FAALİYETLERDE BULUNMA

DMK 28 hükmüne göre memurlar Türk Ticaret Kanununa göre tacir veya esnaf sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz. Hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere tacir veya esnaf sayılmayı gerektirecek bir faaliyetin mevcut olup olmadığının tespiti Türk Ticaret Kanunu hükümlerine bakılarak yapılmalıdır. Başka bir ifadeyle, tacir veya esnaf sayılmadan bahisle bir faaliyetin DMK 28 hükmü kapsamında Devlet memurları için yasak olup olmadığını tespit edebilmenin ön koşulu olarak, o faaliyetin Türk Ticaret Kanunu hükümleri gereğince esnaf veya tacir sayılmayı gerektirip gerektirmediğini saptamak gerekir.

1. Tacir Kavramı ve Tacir Olmayı Gerektirecek Faaliyetler

Devlet memurluğu niteliği gereği gerçek kişilerin yürütebileceği bir kamu görevidir⁴². Dolayısıyla, çalışmamız kapsamında gerçek kişilerin tacir veya esnaf sayılmasını gerektirecek faaliyetlere ilişkin Türk Ticaret Kanununda yer alan hükümlerin değerlendirilmesi gerekir. Gerçek kişilerin tacir sıfatına ilişkin tanım ve şartlar TTK 12/1 hükmünde yer almaktadır. Hükme göre bir ticari işlemeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişiye tacir denir. Görüldüğü üzere gerçek kişi tacir “ticari

⁴² İdarenin insan unsuru kamu görevlileridir, kamu görevlileri gerçek kişilerdir (YILDIRIM, s.161). Kamu görevlileri kamu tüzel kişilerinin insan unsurunu oluşturmaktadır (ÇAĞLAYAN, s. 302).

işletme” kavramı üzerinden tanımlanmış bulunmaktadır. Buradan hareketle söyleyebiliriz ki bir gerçek kişinin tacir sıfatını kazanabilmesi için her şeyden önce bir ticari işletmenin mevcudiyeti şart olup, ayrıca bu işletmenin kısmen de olsa o kişi adına işletiliyor olması gerekir⁴³.

İşletme bir girişimcinin gelir sağlamak amacıyla emek ve sermayesini bağımsız bir organizasyon oluşturacak şekilde bir araya getirmesi olarak tanımlanır⁴⁴. Buna göre iktisadi anlamda bir işletmeden bahsedebilmek için emek ve sermayenin bir araya geldiği bir organizasyonun varlığı şarttır. Ayrıca, bir işletmenin varlığından söz edebilmek için bu organizasyon çerçevesinde yürütülen faaliyetin tesadüfi veya geçici nitelikte olmaması, devamlı olarak yürütülmesi ve işletme kimliğini kazanmak açısından bağımsız olması zorunludur⁴⁵. Böylece, bir defaya mahsus kira veya satış örneklerinde sürekli bir faaliyet bulunmadığından bir işletmeden söz edemeyeceğimiz gibi bir kimsenin sürekli olarak borsada oynaması örneğinde de işletme oluşturacak bir organizasyon bulunmadığından ticari işletme vücut bulmayacaktır⁴⁶. Buradan hareket edersek, bir Devlet memurunun borsada hisse senedi, tahvil gibi menkul kıymet alıp satması, bankada vadeli hesap açtırıp faiz geliri sağlaması, sahip olduğu motorlu araç, gayrimenkul ve diğer menkullerini satması veya bunları kiralayarak kira getirisi sağlaması örneklerinde bir iktisadi işletmeden bahsedemeyeceğimiz için Devlet memurunun bu faaliyetleri yürütmesi halinde tacir sıfatını kazanması da mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, Devlet memurlarının örnek olarak verdiğimiz faaliyetlerde bulunması DMK 28 hükmüne aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bir gerçek kişinin tacir sıfatını kazanması için işlettiği organizasyonun işletme niteliğinde olması yeterli olmayıp, ticari işleme niteliğine sahip olması gerekir. İktisadi anlamda işletme sayabileceğimiz her organizasyon Türk Ticaret Kanunu anlamında bir ticari işletme değildir ve dolayısıyla TTK 12/1’deki açık hükme binaen bu organizasyonu işleten

⁴³ Sabih ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, On beşinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), 23. Bası, Ankara, 2017, s. 121.

⁴⁴ Hüseyin ÜLGEN/Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA/N. Füsün NOMER ERTAN, Ticari İşletme Hukuku, XI Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 146; ARKAN, s. 26; Mehmet BAHTİYAR, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 18. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.17.

⁴⁵ KENDİGELEN (ÜLGEN, HELVACI), s. 146.

⁴⁶ KENDİGELEN (ÜLGEN, HELVACI), s. 146.

kimse tacir sıfatını kazanamaz. Ticari işletmenin tanımının yapıldığı TTK 11/1'e göre ticari işletme esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir. Görüldüğü üzere iktisadi anlamda bir işletmenin ticari işletme sayılabilmesi için gelir sağlama, devamlılık ve bağımsızlık unsurlarının ötesinde esnaf faaliyetleri sınırını da aşması gerekir. DMK 28 hükmündeki yasak tacir sayılmayı gerektirecek faaliyetlere uygulandığı gibi, esnaf sayılmayı gerektirecek faaliyetlere de uygulandığı için bu ayrımın konumuz bakımından önemi bulunmamaktadır⁴⁷. Başka bir ifadeyle, ticari işletme kapasitesine ulaşmasa dahi esnaf sayılmayı gerektirecek şekilde bir iktisadi işletmeyi işletmek de DMK 28 anlamında yasak faaliyettir.

Bir gerçek kişinin tacir sıfatını kazanabilmesi için ticari işletmenin varlığının şart olduğunu belirtmiştik. Ancak, kanun koyucu bazı kimse-lerin sahip olduğu veya işlettiği her hangi bir ticari işletmesi olmasa bile "tacir gibi sorumlu olacağını" düzenlemiştir. TTK 12/3'e göre, 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 işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur. Burada ticari işletme açmış gibi işlemlerde bulunan kişinin işlemlerde bulunduğu iyiniyetli üçüncü kişilerin "hukuki görünüş teorisi" gereği yaratılan dış görünüşe güvenleri korunmaktadır⁴⁸. Bu korumadan yararlanabilmek için işlem yapan üçüncü kişilerin iyi niyetli olması, yani gerçek durumu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerekir⁴⁹. Burada sözü edilen kişiler sadece sorumluluk bakımından tacirle eş tutulduklarından, ücret ve faiz talep edebilme gibi tacir olmanın nimetlerinden faydalanamayacak; ancak iflas etmek, defter tutmak,

⁴⁷ Esnaf faaliyeti sınırının ne zaman aşılabacağına dair TTK 11/2 fıkrası "Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Cumhurbaşkanlığı kararıyla belirlenir" hükmünü getirmiştir. Çalışmamızı yürüttüğümüz sırada bu konuya ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararı yayımlanmamıştır. Dolayısıyla bu belirlemenin, henüz ilga edilmemiş olduğundan yürürlüğü devam eden 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı esasları ile yapılması gerekir. Anılan kararnamedeki esaslar ve bu esaslara göre tacir veya esnaf işletmesi ayrımının nasıl yapıldığına dair ayrıntılı bilgi için bkz. ARKAN, s.28, BAH-TİYAR, Ticari İşletme, s. 19 vd.

⁴⁸ ARKAN, s. 122.

⁴⁹ ARKAN, s. 122.

basiretli bir iş adamı gibi davranmak gibi tacir olmanın külfetlerine katlanacaktır⁵⁰.

Burada çalışmamız kapsamında tartışılması gereken bir husus da TTK anlamında tacir gibi sorumlu olmayı gerektirecek faaliyetlerde bulunan Devlet memurunun DMK 28 hükmünü ihlal etmiş sayılıp sayılmayacağıdır. Bu hususu tartışmaya değer kılan şey ise tacir gibi sorumlu olanların tam anlamıyla tacir olarak kabul edilememesi, tacir olmanın hüküm ve sonuçlarına kısmen tabi olmasıdır. DMK 28’de açıkça tacir olmayı gerektirecek faaliyetler yasaklanmışken, tacir gibi sorumlu olmayı gerektirecek faaliyetlerden söz edilmemiştir. Kanaatimizce Devlet memurları için tacir olmayı gerektirecek faaliyetlerin yasaklanmasının nedeni tacirin kazanç elde etmesinden ziyade tacirlere “iflas etmek” başta olmak üzere “basiretli bir iş adamı gibi davranmak”, “defter tutmak” gibi çok ağır sorumluluklar ve sonuçlar yüklenmiş olmasıdır. Tacir gibi sorumlu olanlar -her ne kadar tacir olmanın nimetlerinden yararlanamasa da- bütün bu yükümlülüklerle ve sonuçlarına katlandığına göre Devlet memurunun tacir gibi sorumlu olmayı gerektirecek faaliyetleri de kanaatimizce DMK 28 anlamında yasak kabul edilmelidir.

TTK 12/1 hükmünden anlaşıldığına göre bir gerçek kişinin tacir sıfatını kazanabilmesi için ticari işletmenin mevcut olmasının yanında işletmenin faaliyete geçmiş olması, yani işletilmesi de gerekir. Ancak, TTK 12/3 hükmü ticari işletme işletilmeye başlanmasa dahi tacir sıfatının kazanılabileceği halleri sınırlı sayıda ve özel olarak düzenlemiştir. TTK 12/2’ye göre 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. Burada belirtmek gerekir ki, teknik anlamda “tacir sayılmak” ile daha önce bahsettiğimiz “tacir gibi sorumlu olmak” terimleri birbirinden tamamen farklı olup, farklı hüküm ve sonuçlara tabidir. Türk Ticaret Kanununa göre tacir gibi sorumlu olanlar sadece tacir olmanın külfetlerine katlanırken, tacir sayılanlar ise tacir olmanın külfetlerine katlanacağı gibi nimetlerinden de yararlanacaktır⁵¹. Tacir sayılmak, tacir olmanın nimetleri ve külfetleriyle birlikte

⁵⁰ NOMER ERTAN (ÜLGEN, HELVACI), s. 261; ARKAN, s. 122; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 100.

⁵¹ NOMER ERTAN (ÜLGEN, HELVACI), s. 261.

bütün hüküm ve sonuçlarının uygulanması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, “tacir olmak” ve “tacir sayılmak” uygulanan hüküm ve sonuçlar, özellikle tacir olmaya bağlanmış sonuçlar bakımından eşdeğerdir. Kanaatimizce tacir sayılmak ve tacir olmak arasında uygulanacak hüküm ve sonuçlar bakımından fark olmadığına göre, tacir olmayı yasaklayan DMK 28 hükmü tacir sayılmayı gerektirecek faaliyetler için de uygulama alanı bulacaktır.

TTK 12/1 hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere tacir sıfatının kazanılabilmesi için bir gerçek kişinin ticari işletmeyi kendisi adına işletmesi gerekir. Ticari işletmenin başkasının adına işletilmesi durumunda ise onu işleten kimse tacir sıfatını kazanamayacaktır. Dolayısıyla ticari işletmenin bir vekil aracılığıyla işletilmesi halinde tacir sıfatının vekile değil müvekkile ait olacağını belirtelim⁵². Ancak, her ne kadar bir kimse başkası adına ticari işletme işletmekle tacir sıfatını kazanmayacak olsa da, vekâleten ticari işletmeyi işleten kimse çoğunlukla kullandığı yetkilere göre “ticari temsilci”, “ticari vekil” gibi sıfatları kazanabilecek; bu sıfatları kazanamasa dahi ticaret ve sanayi müesseselerinde görev almış olacaktır. Bu durum ise kanaatimizce Devlet memurlarına ticari temsilci veya ticari vekil olmayı ve ayrıca ticaret ve sanayi müesseselerinde görev almayı açıkça yasaklayan DMK 28 hükmünün ihlali anlamına gelecektir.

TTK 21/1 hükmüne göre bir gerçek kişinin tacir sıfatını kazanabilmesi için “bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletmesi” yeterli olup, ticaret odasına kaydolmanın veya ticari işletmeyi ticaret siciline tescil ettirmenin tacir sıfatını kazanmak bakımından bir etkisi yoktur⁵³. Dolayısıyla, bir ticari işletmeyi kendi adına fiilen işletmeye başlayan bir memur, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmese, ticaret odasına kaydolmasa dahi TTK 12/1 uyarınca tacir sıfatını kazanacağından işlemiş olduğu bu fiil DMK 28 hükmünün ihlali anlamına gelecektir. Dolayısıyla memurun ticaret sicilinde tescil veya ticaret odasında kaydın olmadığını ileri sürerek DMK 28 hükmünün ihlali sonucunda uygulanacak cezai yaptırımlardan kurtulma şansı yoktur. Ancak burada belirtmek gerekir ki, Devlet memurunun ticaret odasına kaydolarak ve ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek ticari faaliyete girişmesi

⁵² ARKAN, s. 123.

⁵³ Ticari işletmesi ticaret siciline kayıtlı olmasa da TK 12’deki şartları taşıyan kimsenin tacir sıfatını kazanacağı yönünde bkz. ARKAN, s. 125.

halinde ticaret odası ve ticaret sicilindeki kayıtlar memurun ticaret veya diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunduğu ispatı açısından kolaylık sağlayacaktır.

2. Esnaf Kavramı ve Esnaf Olmayı Gerektirecek Faaliyetler

TTK 15'e göre esnaf ister 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 kişidir. Devlet memurları için sadece TTK anlamında tacir olmayı gerektirecek faaliyetler yasaklanmamış; bu faaliyetler esnaf faaliyeti sınırını aşmasa dahi DMK 28 kapsamına alınmıştır. Her ne kadar iflas etme, basiretli bir iş adamı gibi davranma gibi yükümlülük ve sonuçlar tacir için getirilmiş olsa da; gerek ticaret hayatının esnaf için de riskler barındırması; gerekse de Devlet memurunun bu faaliyetleri yürüterek sorumlu olduğu kamu hizmetlerini aksatması ve bu şekilde kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülemeyeceği kaygısıyla Kanun koyucu sadece tacirliği değil esnaf faaliyetlerini de DMK 28 kapsamına almıştır. Böylece, büyük bir mağaza, süpermarket, fabrika gibi işletmelerin işletilmesi kadar, küçük bir mahallede ancak bir ailenin geçimini sağlayacak çapta bir bakkal, terzi veya seyyar satıcılık faaliyetleri de DMK 28 anlamında yasaktır. Üstelik kazancın vergilendirilip, vergilendirilmediği; bu faaliyetleri yürüten kimselerin esnaf ve sanatkâr odalarına kaydolup, kaydolmadığı da DMK 28 hükmünün uygulanması bakımından sonucu değiştirmeyecektir.

B. ADİ ŞİRKETE ORTAK OLMA

TTK 12/1 gerçek kişi taciri tanımlarken kısmen de olsa ticari işletmeyi işleten kimseden söz etmektedir. Dolayısıyla bir gerçek kişinin tacir sıfatını kazanabilmesi için ticari işletmeyi tamamen kendi adına işletmesi şart olmayıp, adi şirket hükümleri çerçevesinde kısmen kendi adına işletmesi de mümkündür⁵⁴. Hükümde geçen "kısmen kendi adına işletmek" deyiminden, gerek eTK m.14 gerekçesi, gerekse de doktrindeki hâkim görüş uyarınca bir ticari işletmenin adi ortaklık biçiminde işle-

⁵⁴ ARKAN, s. 123

tilmesi anlaşılmaktadır⁵⁵. Sonuç olarak, adi şirket ilişkisi içerisinde ticari işletme işleten ortakların her biri ticari işletmeyi kısmen kendi adlarına işletmiş olacaklarından tacir sıfatını da kazanmış olacaktır. Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki, adi ortaklık çatısı altında herhangi bir işletmenin işletilmediği veya yürütülen faaliyetin esnaf sınırını aşmaması durumunda kısmen kendi adına işletilecek bir ticari işletmeden söz edilemeyeceği için ortakların tacir sıfatını kazanması da mümkün olmayacaktır⁵⁶.

TBK 620 hükmüne göre adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Bir ticaret şirketi çatısı altında olmadığı müddetçe bir kahvehanenin veya marketin alınıp birlikte işletil-

⁵⁵ NOMER ERTAN (ÜLGEN, HELVACI), s. 259; ARKAN, s.123, DÖNMEZ, s. 115; Maddede geçen “kısmen de olsa” ifadesinin yerinde olmadığı görüşüne ilişkin bkz. BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 101. Yazar, 6762 sayılı (mülga) Ticaret Kanununun gerekçesinden de hareket edilerek “kısmen de olsa” ifadesinin adi şirket ortaklarına yönlendirilmesini, adi şirket ilişkisinde elbirliği mülkiyeti söz konusu olması nedeniyle, haklı olarak eleştirmekte ve “kısmen de olsa kendi adına işleten” ifadesi yerine “kendi adına veya adi şirket ortağı sıfatıyla işleten” ifadesinin kullanılmasını önermektedir.

⁵⁶ Doktrinde bir görüş adi şirketlerde işlemlerin tüm ortaklar adına yapıldığı, dolayısıyla tüm hak ve borçları ortakların edindiği veya üstlendiğini ve yapılan işlemlerden dolayı ortakların 3. Kişilere karşı tüm mal varlığı ile sorumluluğunu ortaya koyduktan sonra genel bir ifadeyle adi şirket ortaklarının eTK 14 gereği tacir sayılacağını, dolayısıyla her bir ortağın tacir sıfatını kazanacağını ve bu sebeple bir Devlet Memurunun adi şirkete ortak olmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür (Yasin YEREBASMAZ, “657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. Maddesine Göre Memurların Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağının Kapsamı ve Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, 2011, C. LXIX, S. 1 -2, s. 1187). Hâlbuki yazarın dayanak noktası olan eTK 14 (TTK 12) bir TİCARİ İŞLETMEYİ kısmen de olsa kendi adına işleten kimseyi tacir kabul eder. Buradaki “kısmen” deyiimiyle, birden fazla kişinin adi ortaklık ilişkisi çerçevesinde bir araya gelip, böylece her bir ortağın ticari işletmeyi kısmen kendi adına işletmesi anlaşılır. Ancak, hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere adi şirket ilişkisi içerisinde ortakların tacir sıfatını kazanabilmeleri için birlikte ticari işletme işletmeleri gerekir. Şayet adi şirket çatısı altında yürütülen faaliyet ticari işletmeye vücut verecek büyüklüğe ve organizasyona sahip değilse, adi şirket ortaklarının tacir sıfatını kazanamayacağı aşikârdır. Yazarın ticari işletme işletmek şartına vurgu yapmadan genel ifadeyle adi şirket ortaklarının tacir olduğunu ileri sürmesi ve buradan hareketle mutlak bir yasağı ifade eden cümleyle Devlet memurlarının adi şirket ortağı olmalarının hukuka aykırı olduğunu savunması kanaatimizce isabetli olmamıştır.

mesi, bir ticari taksinin birlikte çalıştırılması adi şirket ilişkisine örnek verilebilir⁵⁷. Adi şirket çatısı altında küçük bir mahallede terzilik, bakkallık gibi esnaf işletmesi işletilebileceği gibi, elde ettiği gelir bağlamında esnaf faaliyeti sınırının ötesine geçmiş işletmelerin, yani ticari işletmelerin de işletilmesi mümkündür. Ancak, adi şirket ilişkisi için işletmesel bir faaliyetin olmasına bile gerek yoktur. Birlikte piyango bileti olarak ikramiyenin çıkması halinde paylaşmaya veya cep harçlıklarıyla bahçe sahibinden satın alacakları limonu semt pazarında satıp kazancı bölüşmeye veya sahip olduğu hayvanları bir araya getirip, süt üretmeye ve elde edilen sütü satmaya karar veren kişiler arasında da adi şirket ilişkisi vardır⁵⁸.

Kanaatimizce bir Devlet memurunun adi şirkete ortak olup, olmayacağını değerlendirirken faaliyetin niteliğine bakıp karar vermek gerekir. DMK 28 hükmü bir adi şirkete ortak olmayı açıkça yasaklamamıştır. Bu nedenle, kanaatimizce, salt adi şirkete ortak olmak DMK 28 hükmünü ihlal etmeye yetmeyecek; ancak faaliyetin niteliğine göre bu ortaklık DMK 28'deki yasak faaliyetlerden birini ihlal ediyorsa bu takdirde anılan adi şirkete ortak olmak DMK 28 anlamında yasak faaliyet olarak değerlendirilecektir. Örnek vermek gerekirse, adi şirket çatısı altında bir ticari işletme veya esnaf işletmesi işletiliyorsa ortak olan kimsenin “tacir” veya “esnaf” sıfatını kazanması söz konusu olacağı ve tacir veya esnaf sayılmayı gerektirecek faaliyetler DMK 28 anlamında yasak olduğu için o adi şirkete girmek Devlet memuru için yasak kapsamında olacaktır. Ancak, bir Devlet memurunun bir arkadaşıyla ortak milli piyango bileti alıp, ikramiye çıktığı takdirde kazancını paylaşmayı kararlaştırması halinde yine bir adi şirket ilişkisi söz konusu olacak; ancak bu faaliyet DMK 28 yasaklanmış faaliyetlerden her hangi birine dâhil edilemeyeceğinden, ticaret veya diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasasını da ihlal etmeyecektir.

⁵⁷ Örnekler için bkz. Mehmet BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, Beta Yayıncılık, 2017, s. 27.

⁵⁸ Örnekler için bkz. BAHTİYAR, Ortaklıklar, s. 27; hatta yazarın da belirttiği gibi, uluslararası boyutlara ve çok büyük bütçelere ulaşabilen konsorsiyum veya joint venture ilişkileri de adi şirket örneği oluşturur.

C. TİCARET ŞİRKETLERİNE ORTAK OLMA

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu açıkça kolektif şirket ortağı olmak ve komandit şirkette komandite ortak olmayı yasaklamış; ancak anonim ve limited şirketlerde ortak olmak ve komandit şirkette komandite ortak sıfatıyla girmek bakımından bir düzenlemeye yer vermemiştir. Kanaatimizce kanun koyucu ticaret şirketlerinde kolektif ve komandite ortak sıfatıyla şirkete girmeyi yasaklarken, diğer ortaklık tiplerini düzenlememekle kasıtlı susmuş; başka bir ifadeyle Devlet memurlarının sayılan sıfatlar dışında kalmak kaydıyla ticaret şirketlerine ortak olmasını serbest bırakmıştır. Kanun koyucunun Devlet memurunun ticaret şirketlerine ortak olmasını genel olarak engelleme arzusu olsaydı, hükmü “*kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar*” şeklinde değil, “*ticaret şirketlerine ortak olamazlar*” şeklinde düzenlerdi.

Başka bir açıdan bakılırsa Kanun koyucu Devlet memurlarının kolektif ve komandite ortak olmasını meslek bakımından sakıncalı bulurken, diğer pay sahipliği veya ortaklıkları Devlet memurluğu ile bağdaştırabilmiştir. Kolektif ortak ve komandite ortağın diğer ticaret şirketi ortaklarından farkını ortaya koyacak temel ortak özelliği sorumluluklarının ikinci dereceden (dolaylı), sınırsız (bütün malvarlığıyla) ve müteselsil oluşu⁵⁹ ve şirket yönetiminde söz sahibi olmalarıdır⁶⁰. Kanaatimizce Kanun koyucunun Devlet memurlarının kolektif ortak veya komandite ortak olmasını istememesinin nedeni onların ortaklık borçlarından dolayı sınırsız sorumluluk altına girip kendilerini zor durumda bırakmalarına engel olma, şirket yönetimi ve işleriyle ilgilenip kamu görevini aksatmalarını önleme ve böylece kamu hizmetlerinin aksamadan düzgün bir şekilde yürütülmesini sağlama amacı bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüş memurların şirket kurabilmesi veya ortak olmasını ortağın tacir unvanı kazanıp kazanamaması kriterine dayandırarak; bu bağlamda kolektif şirket ortakları ile komandite ortakların tacir sıfatına sahip olduğunu ileri sürerek memurların bu şirketlerde ortak olamayacağını savunmaktadır⁶¹. Hatta daha da ileri giderek, DMK 28’de

⁵⁹ Kolektif ortak için bkz. TTK 236/1, komandite ortak için TTK 317 (atıf)

⁶⁰ Kolektif ortak için bkz. TTK 218/1, Komandite ortak için bkz. TTK 309/2.

⁶¹ Atilla İNAN, “Memurlar İçin Ticaretle Uğraşma Yasağının Kapsamı”, Mali Hukuk Dergisi, Sayı 86, Mart-Nisan 2000, s. 17, 18; DÖNMEZ de memurların şirketlere ortak olup olamayacağını aynı kriterle dayanmıştır. DÖNMEZ’e göre memurların şirket

açıkça kolektif ve komandite ortak olmayı yasaklayan ifade olmasa dahi, kolektif ve komandite ortağın tacir olduğu gerekçesiyle yine yasağın geçerli olacağını ileri sürmektedir⁶². Ancak, kanaatimizce bu görüşün hukuki bir dayanağı yoktur. TK 16/1 hükmüne göre ticaret şirketleri tüzel kişilik kazandıkları andan itibaren tacir sıfatına sahiptir. Ancak ne TTK'da, ne de başka bir kanunda kolektif veya komandite ortakların tacir sıfatını kazanacağına dair bir hüküm bulunmaktadır. Tüzel kişi tacir olan ticaret şirketlerine ortak veya yönetici olmanın tacir sıfatını kazandıracığına dair hüküm olmadığı gibi, doktrinde ittifakla ticaret şirketlerine, dolayısıyla kolektif veya komandit şirketlere ortak veya yönetici olmanın tacir sıfatını kazandırmayacağı açıkça ifade edilmektedir⁶³. Do-

kurması veya ortak olması ticari şirket ortaklıkları kendilerine tacir sıfatını kazandırıyor olsa mümkündür; aksi halde DMK 28 anlamında yasak olduğunu ifade etmiştir. Kanaatimizce bu görüşün hiçbir hukuki dayanağı bulunmamakta olup, yazar memurların ticaret şirketine girebilmesine ilişkin belirlediği kriter "conta legem" bir yorumla oluşturulmuştur. TTK 125/1 gereği ticaret şirketleri tüzel kişiliğe ve TTK 16/1 gereği tüzel kişi olarak tacir sıfatına sahiptir. Ticaret şirketlerine, dolayısıyla kolektif şirkete veya komandit şirkete (komandite sıfatıyla dahi olsa) ortak olmakla ortak olan kimse tacir sıfatını kazanamayacaktır. Bu gerekçeyle, tamamen hukuk dışı bulduğumuz bu görüşe ve kritere katılmıyoruz.

Ayrıca yine DÖNMEZ'e göre "şahıs şirketlerinde ortakların tacir sıfatı kaybolmaz ve ortakların kazançları ticari kazanç olarak vergilendirilir" (DÖNMEZ, s. 191). Ortakların kazançlarının vergilendirilmesi şöyle dursun, şahıs şirketi niteliğine sahip olan kolektif ve adi komandit şirket ortaklarının salt bu şirketlere ortak olmakla tacir sıfatını kazanacağına dair hüküm ne TTK'da, ne de vergi mevzuatında mevcuttur. Dolayısıyla bu önermenin de hukuki bir dayanağı yoktur. Ayrıca yazar, 6762 sayılı Türk Ticaret Yasasına göre şahıs şirketlerinin adi şirket, kolektif şirket ve adi komandit şirket; sermaye şirketlerinin ise limited şirket ve anonim şirket olduğunu ileri sürmüştür (DÖNMEZ, s. 190, 191). Hâlbuki (mülga) 6762 sayılı Kanunda, meri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 124/2 hükmünün aksine, hangi şirketlerin şahıs, hangi şirketlerin sermaye şirketi olduğuna dair bir ayırım bulunmamaktaydı. Bu ayırım özellikle doktrinde kabul edilmiş bir ayırımdı. Dahası, adi şirket Ticaret Kanununda bile düzenlenmemiştir. Dolayısıyla yazarın bu ayırımı 6762 sayılı (mülga) Kanuna dayandırması, dahası adi şirketin şahıs şirketi olduğuna dayanak olarak TTK'yı göstermesi; ayrıca adi komandit şirketi değerlendirmeye tabi tutarken, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketi bu sınıflandırmaya tabi tutmaması anlaşılabilir bir husus değildir.

⁶² İNAN, s. 17, 18.

⁶³ Örneğin, ARKAN'a göre Ticaret şirketlerinin, tüzel kişiliğe sahip olması nedeniyle işletmenin şirket adına işletilmekte; dolayısıyla yönetici veya ortaklar değil bizatihi şirketin kendisi tacir sayılmaktadır (ARKAN, s. 124).

layısıyla, hukuki dayanağı olmayan anılan görüşe katılmak mümkün değildir.

Belirtmek gerekir ki, Devlet memurunun anonim, limited veya komanditer ortak olmasında bir sakınca bulunmadığı gibi; genel kurulda oy kullanmak, kâr payı veya tasfiye payı almak, genel kurul kararlarına karşı iptal davası veya yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açmak gibi ortaklıktan doğan haklarını kullanmasında da DMK 28 anlamında bir mahzur bulunmamaktadır. Anonim ve limited şirketlere ortak olmak ve komanditer ortak sıfatıyla komandit şirketlere girmek Devlet memurları için yasak faaliyetlerden olmadığına göre; kanaatimizce bu sıfatları kazanacak şekilde anılan şirketleri kurmak da DMK 28 anlamında bir hukuka aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, bir ticaret şirketine ortak veya o şirketin kurucusu olmak aynı zamanda yasa gereği kendiliğinden veya şirket sözleşmesi ya da genel kurul kararıyla şirket yönetime de katılmak anlamına geliyorsa; bu durumunda anılan faaliyet ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alma yasağını ihlal edeceğinden, DMK 28 anlamında hukuka aykırılık teşkil edecektir⁶⁴. Danıştay 1. Dairesinin bir üniversitede tam ve kısmi statüde kadrolu olarak çalışan beş öğretim üyesinin meslekleriyle ilgili bir anonim şirketin kurucu üyesi olup olamayacaklarına ilişkin vermiş olduğu istişari görüşte bir anonim şirkette kurucu ortak olan öğretim üyelerinin sırf bu sıfatları nedeniyle DMK 28'deki yasak kapsamında sayılamayacaklarına mütalaa etmiştir⁶⁵. Borsada hisseleri işlem görmeyen bir anonim şirkette pay sahibi olmanın DMK 28 anlamında bir hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği gibi, hisseleri borsada işlem gören halka açık anonim

⁶⁴ Devlet Personel Başkanlığı, Devlet memurunun anonim veya limited şirket ortağı olup olamayacağına ilişkin olarak, anonim şirketin esas sözleşmesinde veya limited şirketin şirket sözleşmesinde şirketi idare ve temsil edecek kişiler arasında sayılmamak ve bu şirketlerin yönetimi ile denetiminde de görev almamak kaydıyla 657 sayılı Kanuna tabi Devlet memurunun anonim veya limited şirket ortağı olmasında yasal acıdan bir sakınca olmadığı yönünde görüş bildirmiştir (12/02/2014-506).

http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/gorusler/p_m_i_g/ticaret/18.pdf (Çevrimiçi, 01.12.2018).

⁶⁵ Danıştay 1. Dairesi, E.1991/77, K.1991/105, T.19/06/1991 (Erdoğan DEDEOĞLU, Açıklamalı- İctihatlı Devlet Memurları Kanunu ve Harcırah Kanunu, İzden Yayıncılık, İzmir, 2009, s. 303,304; PINAR, s. 186).

şirketlerin hisselerini almak ve bunları alıp satmak şeklinde yürütülecek faaliyet sonucunda kâr elde etmek de DMK 28'i ihlal etmeyecektir⁶⁶.

Burada özellik arz ettiği için mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu zamanında limited şirket kuruculuğuna ayrıca değinmek gerekir. Gerçekten, eTK 540 limited şirketlerde şirketin idare ve temsiline ilişkin olarak aksi kararlaştırılmış olmadıkça ortakların hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecbur olduklarını düzenlenmişti. Özden organ ilkesi olarak da bilinen bu düzenleme gereği, aksi şirket sözleşmesinden veya genel kurul kararından anlaşılmadığı müddetçe kurucular, kanun hükmü gereği kendiliğinden müdür sıfatını kazanıyordu. Bu hususu bizim çalışmamız açısından değerli kılan şey, o dönemde limited şirket kurucusu olan bir Devlet memurunun özden organ ilkesi gereği Kanun hükmü gereği kendiliğinden müdürlük sıfatını kazanması olasılığı ve bu takdirde limited şirket kurma faaliyetinin DMK 28 kapsamına gireceğidir. Başka bir ifadeyle, her ne kadar Devlet memurlarının limited şirket ortağı veya kurucusu olmasında bir sakınca yoksa da, kurucusu olduğu bir limited şirkette eTK 540 maddesi gereğince müdür sıfatını kazanmaları olasılığında bu durum DMK 28 hükmünün ihlali sonucunu doğurmaktaydı⁶⁷. Buradan çıkaracağımız

⁶⁶ Bir polis memurunun borsada hisse senedi alım satımı yapıp yapamayacağına ilişkin Devlet Personel Başkanlığı bir mütalaasında polis memurlarının herhangi bir görev almamaları kaydıyla genel olarak anonim şirketler ile halka açık anonim şirketlerde pay sahibi olmalarına yasal bir engel bulunmadığı gerekçesiyle, polis memurunun borsada oynamasında hukuka aykırılık görmemiştir (02/01/2014-24719).

http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/gorusler/p_m_i_g/ticaret/19.pdf (Çevrimiçi, 01.12.2018)

⁶⁷ Uyuşmazlık konusu olan bir olayda, Danıştay kararından ilk derece mahkemesinin yasal mevzuata göre Devlet memurlarının kanuni temsilci sıfatını haiz olmadan limited şirketlere ortak olmalarına engel yasal bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte bir ticaret şirketi olan limited şirketlerde aksi kararlaştırılmış olmadıkça ortakların hep birlikte müdür sıfatıyla şirketin işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecbur oldukları, şirket mukavelesi veya umumi heyet kararı ile şirket işlerini idare ve temsil yetkisinin ortaklardan bir veya bir kaçına bırakılabileceği hususunun Türk Ticaret Kanunu'nun 540. maddesinin 1.maddesinin 1. fıkrasına göre hüküm altına alınmış olması nedeniyle herhangi bir belirleme yapılmadığı müddetçe şirketin ortaklarının tamamının şirket işlerini idare ve şirketi temsile mezun ve mecbur oldukları hükmü karşısında limited şirketlere memurların ortak olmalarının 657 sayılı Yasanın 28.maddesinde belirtilen yasak faaliyet kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, buna göre, 28.11.1996 tarihinden itibaren kurduğu Şah Sağlık Hizmetleri Limited Şirke-

sonuç, 6762 sayılı Kanun döneminde şirket sözleşmesiyle açıkça kendisi dışındaki kimselerin müdür atanması halinde bir Devlet memurunun limited şirket kurması DMK 28 hükmüne aykırılık teşkil etmemesidir. 6102 sayılı meri Türk Ticaret Kanununda özden organ ilkesi terk edildiği ve TTK 576/1-d gereği yöneticiler şirket sözleşmesi ile atanacağı için yukarıda bahsettiğimiz olasılığın ve böyle bir tartışmanın meri Kanun zamanında gündeme gelmeyeceğini söyleyebiliriz.

D. TİCARET VE SANAYİ MÜESSESELERİNDE GÖREV ALMA

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28. maddesinin ilk fıkrasında “*ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği ve murakıplık görevlerini deruhte edemezler*” hükmü bulunurken, bu ifade 1327 sayılı Kanunla⁶⁸ kaldırılarak “*ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz*” şeklinde değiştirilmiştir. DMK 28’in ilk halinde Devlet memurlarının ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği ve murakıplık görevlerinde bulunamayacakları açık bir biçimde belirtilmişken, yapılan deği-

tinde şirket müdürlüğü görevini üstlenen davacının doktorluk mesleğinin icrası dışında ticari faaliyetle iştigal ettiği anlaşıldığından, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/D-h maddesi uyarınca bir yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla cezalandırılmasına, ancak 1. derecenin 4. kademesinde bulunması nedeniyle brüt aylığının 1/4'ünün kesilmesi yolunda tesis olunan işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddettiği anlaşılmaktadır.

Danıştay’a göre ise İdare Mahkemesinin limited şirkete ortak olmanın Türk Ticaret Kanunu’nun 540.maddesi uyarınca 657 sayılı Yasa’nın 28.maddesinde belirtilen yasak faaliyet kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği yolundaki gerekçesinde isabet bulunmamakla beraber, “şirket müdürlüğü görevini üstlenen davacının eylemine uyan disiplin cezasıyla cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kararda hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Danıştay kararından anlaşıldığı kadarıyla ilk derece mahkemesi limited şirkete ortak olmayı yasak faaliyet olarak değerlendirmemiş; şirket sözleşmesi veya genel kurul kararı ile aksi kararlaştırılmış olmadıkça, yani müdürlük görevinin diğer ortaklardan biri veya bir kaçına bırakıldığında dair hüküm olmadıkça, limited şirket ortağı olmanın eTK 540 hükmüne göre müdürlük sıfatını kazanacağını ve bunun DMK 28 hükmüne aykırılık teşkil edeceğini ifade etmektedir. Bu nedenle, kanaatimizce, ilk derece mahkemesi kararının dayandığı bu gerekçede bir hukuka aykırılık veya isabetsizlik bulunmamaktadır. (DANIŞTAY 12. DAİRE E. 2008/7433 K. 2011/1316 T. 23.3.2011 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12d-2008-7433.htm> (Çevrimiçi, 16.11.2018).

⁶⁸ RG. 14.08.1970/13579.

şiklikle daha genel bir ifade kullanılarak Devlet memurlarının ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamayacağı biçiminde madde yeniden düzenlenmiştir. Dolayısıyla yapılan değişiklikle kapsamın genişletildiği; böylece Devlet memurlarının ticaret ve sanayi müesseselerinde alacakları müdürlük, yönetim kurulu üyeliği gibi görevlerin dışında kalan görevlerin de yasak kapsamına alındığını söyleyebiliriz⁶⁹. Sonuç olarak, yönetim kurulu üyeliği, müdürlük gibi görevleri açıkça yasaklayan ifade kanundan kaldırılrsa da; maddenin yeni halinde “ticaret ve sanayi müesseselerinde görev almak” açıkça yasaklandığına göre maddede geçen bu ifade nedeniyle -anonim ve limited şirkette dahi olsa- ticaret şirketlerinde yönetim kurulu üyeliği, müdürlük, yöneticilik görevlerini yine DMK 28 kapsamında Devlet memurları için yasak faaliyetler arasında değerlendirmek gerekir.

Danıştay, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı başmüfettişliği görevinde bulunan davacının diğer kişilerle birlikte anonim şirket kurmasının, bu şirketi ticaret siciline kaydettirerek durumu Ticaret Sicil Gazetesinde ilan ettirmesinin, şirkette yönetim kurulu üyesi ve bu şirkete ait özel bir okulda şirket temsilcisi olarak eğitim kurulu üyeliği görevlerini üstlenmesinin anlaşılması üzerine adı geçen eylemlerin 657 sayılı Kanunun 28 maddesine aykırı olduğu kararına varmıştır⁷⁰. Kanaatimizce, Devlet memurunun anonim şirket kurmasında, ticaret siciline kaydettirerek durumu Ticaret Sicil Gazetesinde ilan ettirmesinde DMK 28 anlamında hukuka aykırılık bulunmamakla birlikte; bu kimsenin şirketin yönetim kurulu üyesi olmasında ve bu şirkete ait özel bir okulda şirket temsilcisi olarak eğitim kurulu üyeliğini yürütmesi -bu faaliyetler sanayi ve ticaret müesseselerinde görev almak anlamına geleceğinden- DMK 28 hükmünü ihlal etmektedir.

E. TACİR YARDIMCILIĞI SIFATIYLA GÖREV ALMA

Tacirin ticari hayatta bütün işleri tek başına yürütmesi mümkün değildir; bu yüzden başkalarının hizmetine, mesaisine ihtiyaç duyar. İşte, tacirin işletmesel faaliyetleri için kendilerinin iş ve hizmetlerinden yarar-

⁶⁹ Yapılan değişiklikle yasağın kapsamının genişletildiği yönünde bkz. YEREBASMAZ, s.1179.

⁷⁰ Danıştay 5. Dairesi, E.1991/3960, K. 1992/2707, T.21.10.1992, (DEDEOĞLU, s. 304; PINAR, s.187)

landığı kimselere tacir yardımcısı denir⁷¹. Tacir yardımcılardan bir kısmı tacirin emir ve talimatları altında, genellikle bir hizmet sözleşmesiyle tacire “bağımlı” olarak çalışırken; bir kısmı da tacirinin işletmesinden ayrı bir organizasyon içerisinde ve onun emir ve talimatları olmaksızın bağımsız bir biçimde çalışır⁷². Bu ayırmda, tacire bağımlı olarak çalışan tacir yardımcılarına “bağımlı tacir yardımcısı” adı verilir. Tacir adına hukuki işlem tesis etme yetkisi olmayan tacir yardımcıları -örneğin oteldeki temizlikçi, çamaşırcı, restorandaki ahçı⁷³- bağımlı tacir yardımcılarındandır. Ancak burada özellik arz eden, tacir adına işlem yapma yetkisine sahip olan, yani taciri temsile yetkili olan tacir yardımcıları olup Türk Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenmiştir. İşte ticari temsilci ve ticari vekil (ayrıca pazarlamacı) taciri temsile yetkili bağımlı tacir yardımcılarıdır. Bağımsız tacir yardımcıları ise acente, komisyoncu ve simsardır.

Yasak kapsamından anlaşıldığı kadarıyla Devlet memurlarının ticari temsilci⁷⁴ veya ticari vekil olmaları yasaklanmıştır. Ticari temsilci ile ticari vekilin tanımları, yetkileri, ticari temsilci veya ticari vekilliğin hüküm ve sonuçları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer almaktadır⁷⁵. 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 kişi olarak tanımlanmıştır (TBK 547). Ticari vekil ise bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir (TBK 551). Yetki bakımından ticari temsilci işletmenin amacına

⁷¹ Bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 208.

⁷² Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 208

⁷³ Örnek için bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 209

⁷⁴ Belirtmek gerekir ki 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu 449'den farklı olarak 6098 sayılı meri Türk Borçlar Kanunu m. 547'de “ticari mümessil” terimi yerine, “ticari temsilci” terimi tercih edilmiştir. Bu nedenle, gerek ticari temsilciliğin tanımı, hüküm ve sonuçlarının Türk Borçlar Kanununda düzenlenmesi nedeniyle oradaki terimin kullanılmasının daha uygun olacağı, gerek anılan terimin daha güncel ve Türkçeleştirilmiş olması, gerekse de hukukumuzdaki terim birliğinin sağlanması açısından 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda da “ticari mümessil” terimi yerine güncel “ticari temsilci” teriminin tercih edilmesi yerinde olur. Bu gerekçelerle biz çalışmamızda “ticari mümessil” yerine “ticari temsilci” terimini tercih edip kullanacağız.

⁷⁵ RG. 4.2.2011/27836, (Kısaca, TBK).

dâhil olan her türlü işlemi yapma yetkisine sahiptir (TBK 548/1). Ancak ticari vekilin yetkileri ise sadece işletmenin alışılmış işleriyle sınırlıdır⁷⁶.

Ticari temsilcilik ve ticari vekillik görevleri açıkça yasaklanmış olup, bu görevler DMK 28 hükmünü ihlal edecektir. Burada tartışılması gereken husus DMK 28 hükmünde sayılmamış tacir yardımcılardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, temsil yetkisine sahip olmayan bağımlı tacir yardımcılığının ahçılık, temizlikçilik, şef, işçi, usta gibi statülerde sürekli çalışmayı gerektirdiğini, özünde bir hizmet sözleşmesine dayanıp karşılığında memurun ücret alacağını ve neticede Devlet memurunun emek ve sermayesini yoğun biçimde harcamasını gerektirecek bir faaliyet olacağını da göze alırsak, bu faaliyetlerin DMK 28 hükmünü ihlal edeceği görülecektir. Ayrıca, -DMK 28'de açıkça düzenlenmemiş olsa dahi- pazarlamacılık faaliyetinin de, ticari işletme sahibinin ataması, ücret karşılığında işletme dışında veya pazarlamacılık sözleşmesindeki işlemleri yapması ve sürekli olması unsurları incelendiğinde⁷⁷ DMK 28 hükmüne aykırılık teşkil edeceği görülecektir.

Bağımsız tacir yardımcılardan birisi acente olup, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir⁷⁸. Acentelik faaliyetinin DMK 28'e aykırılık teşkil edip, etmediğini değerlendirirsek, faaliyetin ücret karşılığı yapılıyor olması, dolayısıyla kazanç getirici faaliyet olduğunda şüphe olmaması; ayrıca acenteliğin meslek haline getirilmiş ve sürekli olması gerektiği hususlarını da dikkate alırsak, acentelik faaliyetinin de DMK 28 kapsamında olacağı sonucuna ulaşılacaktır. Acentelik faaliyetinin niteliği gereği işletmesel bir organizasyon içerisinde yapılması gerektiği -

⁷⁶ Devlet Personel Başkanlığı, Devlet memurunun kızına ait şirketin işlerini vekâleten yürütmesi örneğinde 657 sayılı Kanunun 28 inci ve 125 inci maddesi ile 6098 sayılı Kanunun 551 inci maddesi birlikte değerlendirildiğinde; ilgi yazı ekinde yer alan noterden tasdikli vekâletname örneğinde vekil tayin edilmesi, ilgilinin ticari vekil gibi değerlendirilmesi sonucunu doğurduğuna; bu durumda ilgilinin ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyette bulunma yasağını ihlal ettiğine mütalaa etmiştir (26/02/2013-904). Kararın tam metni için bkz: http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/gorusler/p_m_i_g/ticaret/10.pdf (Çevrimiçi, 01.12.2018).

⁷⁷ Tanım ve bu unsurlar için bkz. TBK 448

⁷⁸ TTK 102 gereğince acente, ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilediren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye denir.

özellikle seyahat acentesi, turizm acentesi, sigorta acentesi gibi acente faaliyetlerini ve bunların çapını da dikkate alırsak- acentelik faaliyetlerinin muhtemelen ticari işletmeye vücut vereceği ve bu faaliyeti yürüten kimsenin tacir olacağı da göz önüne alınmalıdır. Faaliyet, esnaf faaliyeti sınırında kalsa dahi, esnaflık da DMK 28 kapsamında yasak olduğuna göre, bu halde de acentelik faaliyetinin DMK 28'e aykırı olacağı görülecektir.

Komisyonculuk ve simsarlık sözleşmeleri genel olarak yine Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir (TBK 520). Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir (TBK 532). Komisyonculuk ve simsarlık faaliyetlerinin DMK 28 kapsamına girip girmediği somut olayın özellikleri ve özellikle faaliyetin niteliği dikkate alınarak belirlenmelidir. Komisyonculuk ve simsarlık faaliyeti DMK 28'de açıkça sayılan yasak faaliyetlere giriyorsa, örneğin tacir veya esnaf sayılmayı veyahut ticaret ve sanayi müesseselerinde görev almayı gerektiriyorsa yasak faaliyet kapsamında değerlendirilecektir. Bunun haricinde, bu faaliyetin memuriyet mesleğiyle bağdaşmayacak biçimde, özellikle mesleki bir faaliyet şeklinde yürütüldüğü takdirde de DMK 28 anlamında yasak faaliyet olarak değerlendirilecektir. Örneğin emlak ofisi şeklinde işletilmesi şeklinde karşımıza çıkan simsarlık faaliyetinin DMK 28 hükmünü ihlal edeceği aşikârdır.

F. DİĞER FAALİYETLER

Kanunda açıkça sayılmayan faaliyetlerin DMK 28'i ihlal edip etmediği değerlendirilirken kanaatimizce yasağın konuluş amacı göz önüne alınmalı ve olabildiğince DMK 28 hükmü dar yorumlanmalıdır. Belirtmek gerekir ki, DMK 28'i amacına aykırı biçimde geniş yorumlamak hak ve özgürlüklerin kanuna aykırı ve gereksiz yere sınırlandırılması anlamına gelir. DMK 28 hükmünde açıkça sayılmamış; ancak yürütülmesi halinde DMK 28 hükmünü ihlal edip etmeyeceği tartışılabilir sayısız örnek verilebilir. Bütün bu örnekleri tespit etmek ve bu örnekleri bir makale içerisinde sığdırmak imkânsızdır. Bu nedenle çalışmamızda örnek teşkil etmesi açısından serbest meslek faaliyetleri, tarım ve hayvancılık faaliyetleri, fikir ve sanat eseri üretme gibi tartışmalara yol açabilecek belli başlı faaliyetler değerlendirilerek bunların DMK 28 hükmünü ihlal

edip etmediklerinin tartışılması ve bunlara ilişkin naçizane görüşlerimizin dile getirilmesi ile yetinilecektir.

Her şeyden önce, insan olduğu için en azından hayatını sürdürebilmek bağlamında Devlet memurlarının da çeşitli iş ve işlemlerde bulunabileceğini, hatta bu anlamda bu faaliyetlerin bir kısmından kazanç da elde edebileceğini kabul etmek ve bunu doğal karşılamak gerekir. Benzer şekilde Devlet memurlarının hobi veya sportif amaçlı, özellikle kazanç amacı gütmeyen faaliyetlerini de yasak kapsamında değerlendirmemek gerekir⁷⁹. Örneğin, Devlet memurunun sahip olduğu dairesini kiralamasında, gayrimenkulünü veya arabasını satmasında DMK 28 anlamında herhangi bir hukuka aykırı durum yoktur. Yine, kanaatimizce, Devlet memurunun sahip olduğu menkul eşyalarını doğrudan veya internet üzerinden vereceği ilanla satmasında, hatta bu satıştan kâr elde etmesinde de bir aykırılık yoktur. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus gayrimenkul, ikinci el eşya alım satım veya kiralama işinin sürekli bir biçimde, adeta mesleki bir faaliyete dönüşecek şekilde veya işletmesel bir organizasyon dâhilinde yapılmamasıdır. Aksi halde bu faaliyetler DMK 28 hükmünü ihlal edecektir.

DMK 28 hükmünde tarımsal faaliyetlerle hayvancılık faaliyetleri yer almamaktadır. Bu nedenle, özgürlüklerin ancak yasayla sınırlanabileceği ve DMK 28'de de böyle bir sınırlama olmadığından memurun çalışma saatleri dışında genel olarak hobi veya ihtiyacını temin amaçlı tarımsal faaliyetlerde bulunmasının; hatta memurun vakar ve haysiyetine zarar vermediği sürece ürettiklerini satmasının yasaya aykırı bir tarafının bulunmadığını kabul etmek gerekir⁸⁰. Özellikle, memurun hobi bahçesi edinmesinde veya kendi ihtiyaçlarını karşılamak için tarla ekip, mahsul elde etmesinde hukuka aykırı bir taraf bulunmamaktadır. Tarımsal faaliyetlerde bulunduğu gibi Devlet memurları hayvancılık faaliyetlerinde de bulunabilirler. Hobi veya ihtiyaçlarının temini için hayvan yetiştirebi-

⁷⁹ Devlet Personel Başkanlığı bir mütalaasında ilköğretim okulu öğretmenliği yapan kamu personelinin Türkiye Güreş Federasyonunca tertip edilen yağlı güreşlerde bir sözleşmeye taraf olmadan ve doğrudan ya da dolaylı olarak menfaat temin etmeden, mesai saatleri dışında, sosyal bir faaliyet olarak cazgırlık yapmasına bir mani bulunmadığını savunmuştur (04/07/2011-12566).

http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/gorusler/p_m_i_g/ticaret/5t.pdf (Çevrimiçi, 01.12.2018)

⁸⁰ İNAN, s. 17; Aynı yönde bkz. DÖNMEZ, s. 188.

lir⁸¹. Ancak belirtmek gerekir ki tarım veya hayvancılık faaliyeti, gerek çapı, gerekse de sahip olduğu organizasyonu bakımından, sürekli yapılan mesleki bir faaliyete veya işletmesel bir faaliyete dönüşmemelidir. Bu takdirde yapılan faaliyet, tarımsal ve hayvancılık faaliyeti olsa da bunu yürüten memurun işin niteliğine göre esnaf veya tacir sıfatını kazanması veya belirlediğimiz kriterlerle faaliyetin DMK 28’i ihlal edecek bir faaliyete dönüşmesi mümkündür. Böyle bir durumda mesai saatleri dışında yürütülse dahi tarım veya hayvancılık faaliyeti ticari boyuta ulaşacak ve DMK 28 anlamında yasak faaliyet haline gelecektir. Söz gelimi, bir memurun çok büyük bir mandıraya sahip olup, süt ve süt ürünleri üretip ülke çapında toptan satış yapması elbette ki yasak kapsamında olacaktır⁸². Ancak, örneğin, kendi ihtiyaçlarını karşılamaya dönük olarak Devlet memurunun bir miktar inek, koyun vs. beslemesi ve onların et ve süt ürünlerinden faydalanmasında yasağa aykırı bir durum oluşmayacaktır. Benzer şekilde bir Devlet memurunun kendisine mirasla kalmış veya yatırım amaçlı aldığı bir arazide zeytin yetiştirmesinde, ürünlerden faydalanmasında veya ihtiyaç fazlasını zeytin veya fabrikada işlettirerek zeytinyağı halinde satışını yapmasında DMK 28 anlamında bir sakınca bulunmamaktadır.

Kural olarak memurların serbest meslek faaliyetlerini yürütmesi de DMK 28 hükmünün ihlali anlamına gelmektedir. Söz gelimi bir Devlet memurunun büro açarak serbest avukatlık yapması halinde bu durumun

⁸¹ Zabıta memuru iken mahalli idareler seçimine katılmak için istifa eden, ancak seçimi kazanamaması nedeniyle göre döndürülmesi isteminin reddine dair işlemin idare mahkemesince iptali üzerine, açıkta geçen sürelerde yoksun kaldığını öne sürdüğü maaş ve parasal hakları tutarının tazminat olarak ödenmesi istemiyle açtığı davada Danıştay, arıcılık faaliyetinden gelir elde etmiş olduğu ileri sürülse de, bu faaliyetin 657 sayılı Devlet memurları kanununun anılan maddesinde belirtilen faaliyetler kapsamına girmediği açık bulunduğundan bu gelirlerin tazminat miktarından düşülemeceğine karar vermiştir. (Danıştay 12. Dairesi, E.1995/275, K.1995/345 T.21.3.1995, (PINAR, s. 188)).

⁸² Konuya örnek teşkil edebilecek bir olguda Devlet Personel Başkanlığının vermiş olduğu bir görüşüne göre Devlet memurlarının gelir getirici damızlık küçükbaş hayvan yetiştiriciliği faaliyetinde bulunması, damızlık koyun keçi yetiştiricileri birliklerine asıl veya yedek olarak üye olarak girmesi, bu birliklerin yönetim ve denetim kurullarında görev alması faaliyetlerinin yasak kapsamında olacağına mütalaa edilmiştir (23/11/2016-6837).

http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/gorusler/p_m_i_g/ticaret/26.pdf (Çevrimiçi, 01.12.2018)

DMK 28 hükmünü ihlal edeceği açıktır. Danıştay konumuza örnek teşkil edebilecek bir kararında serbest muhasebeci ve mali müşavirlik görevlerinin vergilendirilen serbest kazanç getirici faaliyet olmasından hareketle DMK 28 hükmü gereği bu görevlerin öğretmenlik mesleği ile birlikte yürütülmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin aksi yöndeki kararını bozmuştur⁸³.

Burada Devlet memurunun fikir ve sanat eserleri üretmesi, kitap, makale vs. yayımlaması, bunlardan telif alması gibi konulara da değinmek gerekir. Kanaatimizce, genel olarak bu faaliyetler DMK 28 hükmünü ihlal etmeyecektir. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, bu faaliyetlerin DMK 28 hükmünü ihlal edip etmediğini tespit ederken işin niteliğine bakmak ve her bir somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir⁸⁴.

Devlet Personel Başkanlığı, Devlet memuru olan bir personelin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında eser çıkarmasının disiplin suçu olarak sayılamayacağını; ancak bir gazetede hizmet akdine bağlı olarak köşe yazarlığı yapmasının ise mümkün olmadığına mütalaa etmiştir (31/05/2012-8276)⁸⁵. Benzer şekilde bir akademisyenin akademik çalışmalar yapması, bu anlamda kitap ve makalelerini yayımlaması ve bunun sonucunda telif ücreti alması örneğinde DMK 28 anlamında bir sakınca yoktur. Hatta kitabın yazarı olarak görev yaptığı kurumun adını ve sahip olduğu akademik unvanı kullanması da hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir⁸⁶.

⁸³ Danıştay 2. Dairesi, E.2004/1469, K.2005/1669, (UYAP Çevrimiçi).

⁸⁴ Kanunda her hangi bir sınırlama olmamasından hareketle yazar ve sanatçıların beste, tablo, kitap gibi telif eserler üretmesi ve bu eserlerin satılması nedeniyle kazanç elde etmesi yasak kapsamında değerlendirmemek gerekir (İNAN, s. 17; DÖNMEZ, s. 188); Devlet Memurunun 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında her türlü eser çıkarabileceği, bu hususun 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesine aykırılık teşkil etmeyeceğine ilişkin bkz. Devlet Personel Başkanlığının 16/10/2006-20104 tarih ve sayılı görüşü.

http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/gorusler/p_m_i_g/ticaret/7t.pdf (Çevrimiçi, 01.12.2018)

⁸⁵ http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/gorusler/p_m_i_g/ticaret/6t.pdf (Çevrimiçi, 01.12.2018)

⁸⁶ Bu konuda bkz. Devlet Personel Başkanlığının 657 sayılı Kanunda Devlet memurunun kitabın yazarı olarak ismi ile birlikte kariyer unvanının ve görev yaptığı kurumun adının kullanılması hususunda herhangi bir yasal engel bulunmadığına ilişkin mütala-

Burada son olarak Devlet Personel Başkanlığının başka somut olaylarda da başvurabileceğimiz kriterlere dayanarak görüş bildirdiği mütalaasına değinmek istiyoruz⁸⁷. Devlet Personel Başkanlığının benimsediği bu kriterleri çalışmamız açısından değerli kılan şey, birçok görüşünde istikrarlı olarak bunları esas alarak somut olayları değerlendirmesi ve mütalaalarını buna göre tesis etmesidir. Müzik öğretmeni olarak görev yapan memurun Türk Sanat Müziği albümü yapma, bu eserlerle ilgili kliplerde oynama, televizyon ve radyo programlarına konuk olma, aynı ya da başka il ve ilçelerde yapılacak olan etkinliklere katılabilmesi hususunda Başkanlık şu kriterlerin yerine getirilmesi koşuluyla bu faaliyetlerin DMK 28’i ihlal etmeyeceğine mütalaa etmiştir⁸⁸:

I. Kanununun 28 inci maddesinde belirtilen davranış biçimine uyulması,

II. Faaliyetin mesai saatleri dışında icra edilmesi ve ticari kazanç elde edilmemesi

III. Bu faaliyetten 5846 sayılı Kanun kapsamında elde edilen mali haklar haricinde herhangi bir ticari kazanç sağlanmaması,

IV. Herhangi bir akit ile işverene bağlanılmaması, sosyal güvenlik kuruluşlarından biriyle ilişkilendirilmemesi

IV. YASAĞI İHLAL ETMENİN SONUÇLARI

A. KAMU GÖREVLİSİNİN YÜRÜTTÜĞÜ TİCARİ FAALİYETLERİN GEÇERLİLİĞİ

Devlet memurları kanununun tacir olmayı yasaklaması, bir ticari işletmeyi kısmen veya tamamen kendi adına işleten memurun TTK anla-

laası (05/02/2007-1855): <http://www.dpb.gov.tr/F/Root/image/pdf2.gif> (Çevrimiçi, 01.12.2018)

⁸⁷ Bkz. Devlet Personel Başkanlığının 21/01/2014-23850 tarih ve sayılı görüşü: http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/gorusler/p_m_i_g/ticaret/17.pdf (Çevrimiçi, 01.12.2018).

⁸⁸ Devlet Personel Başkanlığı, bir memurun ücret karşılığı heykel yapıp yapmayacağına ilişkin bir mütalaasında, yine aynı kriterlere dayanarak verdiği bir başka mütalaada faaliyetin müzelerle veya müzelerle anlaşmalı şirketlere sipariş ve bir ücret karşılığında yapılması halinde 657 sayılı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında yasak bir faaliyet olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşüne ulaşmıştır (14/6/2016- 3593). http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/gorusler/p_m_i_g/ticaret/28.pdf (Çevrimiçi, 01.12.2018)

mında tacir olmasına engel değildir⁸⁹. TTK 14/1 hükmü açıkça bu yargıyı doğrulamaktadır. Böyle bir durumda DMK 28 hükmünün ihlali nedeniyle Devlet memuruna uygulanacak cezai yaptırımlar saklı kalmak üzere, ticari işletme işleten memur tacir sıfatını kazanacak ve tacir olmanın bütün hüküm ve sonuçları kendisine uygulanabilecektir. Tacir sıfatıyla yapmış olduğu işlemler ise tamamen geçerli sayılacak ve Devlet memuru DMK 28 hükmüne dayanarak işlemin geçersiz olduğunu ileri sürerek ticari iş ve işlemlerinden doğan borçlarına ilişkin ifadan kaçınamayacaktır.

1982 Anayasasınının 48/1 hükmü der ki, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”. Devlet Memurları Kanunu, Devlet memurlarının ticari ve kazanç getirici faaliyetlerine yasak getirmekte ve bu yasağın ihlali halinde DMK 125 anlamında disiplin cezaları öngörmektedir. Dolayısıyla Devlet Memuru da dilediği alanda çalışabilme, dilediği kimselerle dilediği sözleşmeyi yapma ve özel teşebbüs kurma hürriyetine sahiptir. Bu takdirde, DMK 28 hükmünü ihlal eden bir kazanç getirici faaliyet söz konusu olduğunda DMK 125 anlamında Devlet memuruna yaptırımlar uygulanabilecektir; ancak Devlet memurunun kurduğu özel teşebbüsler, yaptığı ticari sözleşmeler ve bütün ticari iş ve işlemleri geçerli ve DMK 28 hükmünün ihlali ve bunun sonucunda kendisine uygulanacak idari yaptırımlar dışında hukuka uygun olacaktır.

Konumuza ilişkin örnek olayda taraflardan birinin memur olduğu bir tek satıcılık sözleşmesi gündeme gelmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Dairesinin karar metinlerinden anlaşıldığı kadarıyla ilk derece mahkemesi sözleşmenin geçersiz olduğunu öne sürmüştür. İlk derece mahkemesi taraflar arasındaki hukuki ilişkinin "tek satıcılık akdi" olduğu, ne var ki sözleşmenin düzenlendiği tarihte 657 sayılı Yasaya tabi Devlet memuru olduğu için davacılarından birinin ticaret yapmasının mümkün olmadığı, böylece sözleşme tarihinden önce ifa imkânsız olduğundan sözleşmenin geçersiz bulunduğu, geçersiz sözleşmeye dayanılmak cezai şart istenemeyeceği, ancak tarafların aldıklarını iade etmekle yükümlü oldukları, diğer davacının ise sözleşmede ve senette imzası bulunmadığı gerekçeleriyle dava konusu senetten dolayı

⁸⁹ Bkz. NOMER ERTAN (ÜLGEN, HELVACI), s. 261; ARKAN, s. 126; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 102.

davacıların borçlu olmadıklarının tespitine ve senedin iptaline karar verilmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi ise Devlet memurlarının ticaret yapması mümkün olmadığından bu amaçla yaptığı ticari sözleşmeler ve sözleşmelerdeki cezai şartın geçersiz olacağını kabul ederken, akdin imkânsız hale gelmesine memuriyetinin gizlenmiş olması sebep olursa, dürüstlük kuralına uygun davranmamış olan memurun sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle doğan zarardan CULPA IN CONTRAHENDO (Akit görüşmelerinden doğan sorumluluk) gereği sorumlu olduğuna karar vermiştir⁹⁰.

İlk derece mahkemesinin direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu şu hükme varmıştır:

“Devlet Memuru, bir tacir veya bir esnaf 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. Tüm açıklananların ışığında somut olay incelendiğinde; gerek Özel Daire, gerekse yerel mahkemenin taraflar arasında düzenlenen ve davada dayanan 08.09.1993 tarihli sözleşmenin hukuken geçersizliğine ilişkin görüş ve gerekçeler dayanaksız bulunmuş ve yerinde görülmemiştir”⁹¹.

Kanaatimizce DMK 28 hükmünden yola çıkarak gerek olaydaki tek satıcılık sözleşmesinin ve kararlaştırılan cezai şartın geçersiz olduğunu ileri süren ilk derece mahkemesinin; gerekse de sözleşmenin imkânsız hale gelmesinde ticaret yapmasına engel durumu olduğunu bildirmemek suretiyle doğan zarardan “Culpa In Contrahendo” gereği Devlet memurunun sorumluluğu olduğunu ileri süren Yargıtay 13. Dairesinin görüşü isabetli olmamıştır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, DMK 28’i ihlal ederek kazanç getirici faaliyetlerde bulunan Devlet memuruna fiiline uygun düşecek idari veya adli cezaların uygulanması dışında yapmış olduğu faaliyetlerin, ticari sözleşmelerin geçerli ve hukuka uygun olduğunun kabulü gerekir. Geçerli bir sözleşmeden bahsettiğimi-

⁹⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 1995/9375, K. 1995/9860, T. 13.11.1995. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-1995-9375.htm>, (Çevrimiçi 16.11.2018).

⁹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1996/13-850 K. 1997/186 T. 12.3.1997. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-1996-13-850.htm>, (Çevrimiçi, 16.11.2018).

ze göre cezai şart da geçerli olacak ve Devlet memurunun “Culpa In Contrahendo” sorumluluğu da gündeme gelmeyecektir. Olsa olsa Devlet memuru geçerli bir sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi gündeme gelebilecek, bu nedenle sözleşmeden doğan sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bütün bu gerekçelerle, gerek ilk derece mahkemesinin, gerekse de Danıştay 13. Dairesinin kararlarındaki isabet-sizliği tespit eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu görüşünü yerinde buluyoruz.

B. DEVLET MEMURUNA UYGULANACAK İDARİ VE CEZAI YAPTIRIMLAR

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine göre ticaret yapmak veya diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak fiilinin karşılığı olarak kademe ilerlemesinin durdurulması cezası öngörülmüştür (DMK 125/D-h).

DMK 28 hükmü Devlet memurlarının bazı kazanç getirici faaliyetlerini yasaklamakla kalmamış, onları eşleri, reşit olmayan veya kısıtlanmış çocuklarının da kazanç getirici sürekli faaliyetlerini 15 gün içinde kurumlarına bildirmekle yükümlü tutmuştur. Eşlerinin, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini belirlenen sürede kurumuna bildirmemenin karşılığı olarak da kınama cezası öngörülmüştür (DMK 125/B-b).

Ayrıca TCK 259, “yürüttüğü görevin sağladığı nüfuzdan yararlanarak, bir başkasına mal veya hizmet satmaya çalışan kamu görevlisi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, bir Devlet memurunun memurluk görevinin nüfuzunu kullanarak mal veya hizmet satmaya çalışması suç olarak düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki kazanç getirici faaliyet yasağını ihlal eden Devlet memuruna uygulanacak yaptırımlar bunlardan ibaret değildir. Yürütülen ticari faaliyetin niteliği ve Devlet memurunun istihdam edildiği kamu görevinin gerekleri ve özellikleri de göze alınarak Devlet memuruna fiiline uygun düşecek başka idari cezaların verilmesi de gündeme gelebilecektir. Örneğin, Danıştay bir kararında, Bakanlıkta başmüfettiş olan davacının bir anonim şirketi diğer kurucu ortaklarla birlikte

kurduğu ve bu şirkette yönetim kurulu üyesi ve şirket temsilcisi olarak görev aldığına ortaya çıkması üzerine şu kararı vermiştir⁹²:

“Müfettişlik mesleğinin önem ve özelliği de göz önünde bulundurulduğunda açıklanan davranışı nedeniyle hakkında soruşturma ve inceleme yapılarak sonucunda bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırıldığı anlaşılan davacının bu durumunun mesleğinin ve sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte olduğu açık bulunduğundan, 657 sayılı yasanın 76. maddesiyle tanınan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek adı geçenin başmüfettişlik görevinden alınmasında ve Afet İşleri Genel Müdürlüğüne mimar olarak atanması yönünde kullanılmasında sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılık görülmemiştir. “

SONUÇ

Çalışmamız Devlet memurlarının ve DMK hükümleri çerçevesinde bazı kamu görevlilerinin ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının, bu yasağın kapsamı, hüküm ve sonuçları ile tartışmalara yol açabilecek bir takım hususların incelenerek değerlendirilmesi ve naçizane görüşlerimizin dile getirilmesinden ibarettir. Gerek DMK 28 başta olmak üzere DMK hükümleri, gerekse de özel düzenlemeler sebebiyle değinilmesi ve tartışılması gereken çok fazla husus bulunmaktaysa da, böyle bir çalışmanın bir makalenin çapı ve sınırları içinde yapılması imkânsızdır. Bu nedenle çalışmamızda DMK 28’in Devlet memurları ve diğer kamu görevlilerine nasıl uygulanacağı çok sık karşılaşılan sorunlar ve temel uygulama örnekleri de ele alınarak açıklama ve görüş bildirilmekle yetinilmiştir. Bu çerçevede çalışmamızda ulaştığımız sonuçlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

Yasağın amacı kısaca Devlet memurunu ticari hayatın risklerinden, yüklediği ağır sorumluluk ve sonuçlardan korumak ve memurun zamanını ticari faaliyetten ziyade kamu kurumundaki mesaisine harcamasını sağlayarak kamu hizmetlerinin etkin ve verimli biçimde yürütmesini sağlamaktır. Dolayısıyla, yasağın kapsamı belirlenirken bu amacın göz önüne alınması ve kanunda açıkça sayılmayan gelir getirici faaliyetlerin bu amaç çerçevesinde yorumlanması ve yasağın memurun ekono-

⁹² Danıştay 5. Dairesi, E.1991/3960, K. 1992/2707, T.21.10.1992, (DEDEOĞLU, s. 304; PINAR, s. 187).

mik özgürlüğüne konuluş amacının ötesinde müdahale anlamı taşıyacak şekilde uygulanmaması gerekir.

Kazanç getirici faaliyet yasağına ilişkin temel düzenleme DMK 28 olup, yasağın asıl muhatabı Devlet memurlarıdır. Ancak, gerek özel düzenlemelerle Devlet Memurları Kanununun tamamına, gerekse özelde DMK 28 hükmüne yapılacak atıfla kazanç getirici faaliyet yasağının diğer kamu görevlilerine de uygulanması da mümkündür. Bunun yanında ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kamu görevlisinin tabi olduğu özel kanunlarda özel olarak düzenlenmiş de olabilir. Eğer diğer kamu görevlilerinin kazanç getirici faaliyetine ilişkin özel düzenleme varsa, öncelikle o uygulanmalıdır. Bu durumda DMK 28 hükmünün uygulanma imkânı ortadan kalkabilecektir. Eğer özel bir düzenleme yoksa bu durumda diğer kamu görevlilerinin tabi olduğu kanunlarda Devlet Memurları Kanununa atıf yapıp yapılmadığına bakılmalıdır. Özel kanunlarda DMK'ya atıf varsa niteliğine uygun olduğu ölçüde DMK 28 uygulanmalıdır. Ancak, Devlet memuru olmamakla birlikte özel kanunlarında kazanç getirici faaliyetlere ilişkin hiç bir düzenleme veya DMK'ya atıf yoksa bu durumda o kamu görevlisi bakımından kazanç getirici faaliyet yasağının olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Ancak, bu halde dahi anılan faaliyetin yürütülen kamu görevi ile bağdaşır nitelikte olması, kamu görevlisinin görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini aksatmaması şarttır.

Devlet memurlarının tacir olması Kanunun açık ifadesiyle yasaklanmıştır. Kanunda açıkça belirtilmese de, bir Devlet memurunun “tacir sayılacak” veya “tacir gibi sorumlu olmasını gerektirecek” faaliyetlerini de yasak kapsamında değerlendirmek gerekir. Nitekim tacir sayılmak tacir olmanın bütün hüküm ve sonuçlarını doğurmakta, tacir gibi sorumlu olmak ise bir kimseye tacir olmanın bütün külfetlerini yüklemektedir. Bir ticari işletmeyi başkası adına işleten kişi tacir sıfatını kazanamasa da, bu fiil ticari temsilci, ticari vekil gibi tacir yardımcılığı veya en azından ticaret veya sanayi müesseselerinde görev almayı gerektireceğinden yine DMK 28 kapsamına girecektir.

Adi şirkete ortak olmak, bu ortaklığın Devlet memuruna tacir, esnaf gibi sıfatları yüklenmediği, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev almak anlamına gelmediği, bir yerde büro, ofis vs. açarak sürekli faaliyet gerektirmediği; kısaca kanunlarda sayılmış diğer yasakların kapsamına girecek bir faaliyeti gerektirmediği sürece DMK 28 kapsamına girmeye-

cektir. DMK 28'in açık ifadesi gereği kollektif ve komandite ortak sıfatıyla ticaret şirketlerine ortak olmak yasak kapsamındadır. Ancak, anonim ve limited şirket ortaklığı ile komandit şirketlerde komanditer ortaklık sıfatı ile anılan şirketleri bu sıfatları kazanacak şekilde kurmak, kâr payı, tasfiye payı, iptal veya sorumluluk davası açma gibi ortaklıktan doğan hakları kullanmak DMK 28 hükmünü ihlal etmeyecektir. Ancak bu şirketlerde kuruculuk veya ortaklık yasak olmamakla birlikte şirketin yönetiminde yer almak, şirket bünyesinde ticari temsilci, ticari vekil, işçi gibi sıfatlarla çalışmak gibi faaliyetler DMK hükmünün ihlali anlamına gelecektir.

Tacir yardımcılığı bakımından Kanunun açık hükmü gereği ticari temsilcilik ve ticari vekillik yasaklanmıştır. Diğer tacir yardımcılarının adının hükümde geçmemesi bu faaliyetlerin serbestçe yürütülmesi sonucunu doğurmaz. Çünkü diğer tacir yardımcılıklarına ilişkin faaliyetler, faaliyetlerin niteliğine göre tacir veya esnaf sayılmayı, tacir veya esnaf sayılmasa dahi ticaret veya sanayi müesseselerinde görev almayı gerektirdiğinden yasak kapsamına girmesi sonucu doğabilecektir.

DMK 28 ve özel kanunlarda açıkça kapsama alınmamış diğer faaliyetlerin kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamına girip girmeyeceğinin tespitinde şu kıstaslara başvurulmalıdır: Şayet faaliyet Devlet memuruna tacir, esnaf, tacir yardımcısı gibi DMK ve özel kanunlardaki diğer yasaklara girecek sıfatlar kazandırmıyorsa, özellikle kazanç getirici nitelikte değilse; kazanç getirse dahi mesleki bir faaliyet gibi yürütülüyorsa, bir akitle bir işverene bağlanmayı gerektirmiyorsa, özellikle ticari kazançtan ziyade hobi, sanatın icrası gibi kaygılarla yapılan veya insan olmanın zorunlu kıldığı faaliyetlerdence bunların DMK 28 kapsamında olmayacağını kabul etmeliyiz.

DMK 28'in ihlali durumunda DMK 125 başta olmak üzere çeşitli idari veya adli cezaların uygulanması söz konusu olabilecektir. Ancak, DMK 28'i ihlal eden ticari faaliyetlerin, bu faaliyet kapsamındaki sözleşmelerin geçerli olduğu, hüküm ve sonuç doğuracağı ve Devlet Memurunun DMK 28 hükmünü gerekçe göstererek yaptığı ticari faaliyetler kapsamındaki işlem ve sözleşmelerin geçersiz olduğunu ileri sürmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 9.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, On beşinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), 23. Bası, Ankara, 2017.

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

AVCI, Mustafa ve diğerleri, Editör: Avcı, Mustafa/Akıncı, Müslüm, İdare Hukuku II, Lisans Yayıncılık, İstanbul, 2014.

AVCI, Mustafa, Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

BAHTİYAR Mehmet, Ortaklılar Hukuku, 12. Bası, Beta Yayıncılık, 2017.

BAHTİYAR Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 18. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2015,

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 10.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

DEDEOĞLU, Erdoğan, Açıklamalı- İctihatlı, Devlet Memurları Kanunu ve Harcırah Kanunu, İzden Yayıncılık, İzmir, 2009.

DÖNMEZ, Mustafa, Açıklamalı- İctihatlı Devlet Memurları Kanunu, Ekin Yayın Pazarlama, Ankara 2011.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2011.

GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 20.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt:1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.

İNAN Atilla, “Memurlar İçin Ticaretle Uğraşma Yasağının Kapsamı”, *Mali Hukuk Dergisi*, Sayı 86,, Mart-Nisan 2000, s.16-19.

KANLIGÖZ Cihan, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlamı ve Kapsamı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 43, No: 1-4. Ankara. 1993, s. 182 vd).

ÖZAY, İl Han, *Günüşığında Yönetim*, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2002.

PINAR, İbrahim, *Açıklamalı Devlet Memurları Kanunu Şerhi*, Gözden Geçirilmiş 9. Bakı, Seçkin, Ankara, 2006.

SANCAKDAR, Oğuz, ve diğerleri, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 7.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/ERTAN NOMER, N. Füsun, *Ticari İşletme Hukuku*, XI Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

YEREBASMAZ, Yasin, “657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. Maddesine Göre Memurların Ticaret Ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağının Kapsamı Ve Değerlendirilmesi”, *İÜHFİM*, 2011, C. LXIX, S. 1 -2, s. 1177-1198.

YILDIRIM, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri I*, Mimoza Yayınları, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Konya, 2012.

