



Devlet Memurlarının Yapabilecekleri ve Yapamayacakları İşler

Hazırlayan
Taner SARISOY
Vergi Denetmeni

GİRİŞ

Devlet Memurları Kanununun (DMK) 28 inci maddesinde; Devlet memurlarının ticari kazanç ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmaları ile ilgili 'yasakların' neler olduğu belirtilmektedir. Söz konusu maddedeki düzenleme, anlamı itibariyle 'yasakları' hüküm altına alma iddiasıyla kaleme alınmış olduğundan; ismen zikredilmeyen faaliyetlerin yasak olmadığını, Devlet memurları tarafından yapılabileceğini söylemek mümkün olmaktadır. Her ne kadar, çok çeşitli görevlerde bulunan Devlet memurlarının; tek bir madde ile hangi faaliyetlerde bulunup bulunamayacaklarını düzenlemenin zor olduğu söylenebilirse de, maddedeki düzenlemeye ilaveten Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının çıkardığı yönetmeliklerde ve ilgili birimlerin kuruluş yönetmeliklerinde yasaklayıcı hükümlerin düzenlenmemiş olması durumunda, dikkate alınması gereken bir tek DMK'nun 28 inci maddesi kalmaktadır. Bu anlamda DMK'nun 28 inci maddesinin neleri kapsayıp kapsamadığı önemlidir. Yazımızın konusunu; bu maddedeki düzenlemenin 'yasakladıkları' ile 'yasaklamadıkları' ve ortaya çıkabilecek muhtemel durumların değerlendirilmesi oluşturmaktadır.

I. Genel Olarak Soruşturma

DMK'nun 28 nci madde hükmü soruşturma açısından da önem arz etmektedir. Bilindiği gibi memurlar, görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı ayrıcalıklı bir soruşturma usulüne tabi kılınmaktadırlar. Bu usul, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar eliyle görülmesinin tabii bir sonucudur. Memurlar hakkında soruşturma yapmak ve soruşturma sonucunda karar vermek özel bir bilgi birikimini (uzmanlığını) gerektirmektedir. Aynı şekilde, memurların yaptıkları eylemlerin suç teşkil edip etmediğini belirlemek memur suçlarının iyi etüd edilmesi ile mümkündür. Bu anlamda 657 sayılı Kanunda bahsedilen 'yasaklayıcı hükümler' özellik arz etmektedir. DMC'nun 28 inci maddesi de bu yasaklayıcı hükümlerden birisidir. Bu nedenle bu maddenin 'soruşturma' bakımından da iyi analiz edilmesi gerekmektedir.

II. Memur Tanımı

Konunun analizine geçmeden önce kimlerin bu düzenleme kapsamına girdiğinin ortaya konulması gerekmektedir. 657 sayılı DMC'nun 4 üncü maddesinde; 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 sayılmışlardır. Bu tanımın dışında kalan kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılmıştır.

Türk Ceza Kanununun 279 uncu maddesinde ise; Ceza Kanununun tatbikatında;

1- Devamlı veya muvakkat suretle teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri,

2- Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler,

memur olarak sayılmışlardır.

Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazaf olanlar :

1- Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri,

2- Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimseler,

olarak tanımlanmıştır.

1982 Anayasası'nın 128 inci maddesine göre ise; "Devlet, Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." hükmü ile memuru tanımlamıştır.

Memur kavramı, ceza hukukunu pek çok yönden ilgilendirmektedir. Memur sıfatını haiz kişilerin, suç işlemelerine ayrı bir önem verilmiştir. Bu önem memur sıfatıyla işlenen bazı suçların ağırlaştırılması anlamındadır. Bunun önemi ise memurların daha kolay suç işleme imkanına sahip olmaları ve bu suçların Devlet idaresine karşı duyulan güvenin yitirilmesine bağlı olarak Devlet idaresinin bundan zarar görmesi dolayısıyladır.

Memur tanımlarında geçen kamu hizmeti kavramından ise; Devletin, vatandaşlarının yararına yerine getirilmesi zorunlu veya gerekli ödevlerin tümü anlaşılması gerekmektedir.

Kamu hizmeti; Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetimi veya denetimi altında diğer kişilerce kamunun genel ve ortak ihtiyaçlarını sağlamak için yapılan ve kamuya dönük olarak tanımlanabilecek geniş ve değişken içerikli bir kavramdır.

Bu tanıma göre kamu hizmetlerinin özelliklerini şu şekilde sıralamak mümkündür :

1- Kamu hizmetlerinden söz edebilmek için Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetimi altında kurulan ve işleyen bir teşebbüs olmalıdır.

2- Genel, ortak ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını sağlamak için kurulmalıdır.

3- Genellik arz edilmelidir.

4- Devamlı ve düzenli bir şekilde işlenmelidir.

III- 657 sayılı Kanunda Yer Alan Yasaklayıcı Hükümler

III.1- İlgili Düzenleme

657 Sayılı Kanun; 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 uygulanmaktadır.

Sözleşmeli ve geçici personel hakkında bu Kanunda belirtilen özel hükümler uygulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi üye ve yedek üyeleri ile raportörleri; hakimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay savcı ve yardımcıları, Üniversitelerin, İktisadi ve Ticari İlimler Akademilerinin, Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin, Devlet Güzel Sanatlar Akademilerinin, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün öğretim üye ve yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri, Genel Kurmay Mehtaran Bölüğü Sanatkarları, Devlet Tiyatrosu ile Devlet Opera ve Balesi ve Belediye konservatuvar ve orkestralarının sanatkar memurları, uzman memurları ve stajyerleri; Spor Toto teşkilatında çalışan personel; subay, astsubay, uzman çavuş ve uzman jandarmalar ile Emniyet Teşkilatı mensupları özel kanunlarında yer alan hükümlere tabidirler.

Kanunun amacı; Devlet memurlarının hizmet şartlarını, niteliklerini, atanma ve yetiştirilmelerini, ilerleme ve yükselmelerini ödev, hak, yüküm ve sorumluluklarını, aylıklarını ve ödeneklerini ve diğer özlük işlerini düzenlemektir.

657 sayılı Kanunun dördüncü bölümü 'yasaklar'a ayrılmıştır. Bu bölümün; 26 ncı maddesinde, "Toplu Eylem ve Hareketlerde Bulunma Yasağı", 27 nci maddesinde, "Görev Yasağı", 28 inci maddesinde, "Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağı", 29 uncu maddesinde "Hediye Alma,

* Bu açıklamalar bakımından daha detaylı bilgiler için Gelirler Başkontrolörü Nadir ARICA'nın Memur Suçları ve Soruşturma, Ankara, 2000 kitabına bakılabilir.

Menfaat Sağlama Yasağı", 30 uncu maddesinde "Denetimindeki Teşebbüsten Menfaat Sağlama Yasağı", 31 inci maddesinde "Gizli Bilgileri Açıklama Yasağı" düzenlemiştir.

Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı, 28 inci maddede şu şekilde düzenlenmiştir :

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

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

Eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları, yasaklanan faaliyetlerde bulunan memurlar bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler.

III.2- İlgili Düzenlemede Geçen Kavramların Açıklanması

Maddede geçen kavramların ilgili kanunlardaki tanımlarına bakılması gerekmektedir. Buna göre tanımlanması gereken kavramlar; tacir; esnaf faaliyetleri, ticaret ve sanayi müesseseleri, ticari vekil, ticari mümessil, kolektif şirketlerde ortak, komandit şirkette komandite ortaktır.

Tacir: Tacir tanımına geçmeden önce, ticari işletmenin (ticari müessese) tanımının yapılması gerekmektedir. Ticari işletmeye ilişkin unsurlar Türk Ticaret Kanunu 11, 12 ve 13 üncü maddelerinde açıklanmıştır.

TTK'nın 11 inci maddesine göre; ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler ticari işletme sayılır. TTK'nın 12 nci maddesine göre ise aşağıda yazılı veya mahiyetçe bunlara benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler, ticarethane sayılır :

1. Menkul malların satılmak veya kiraya verilmek üzere tedariki ve bunların aynen veya başka bir şekle sokularak satılması yahut kiraya verilmesi,

2. Kıymetli evrakın satılmak üzere tedariki ve bunların satılması,

3. Her çeşit imal veya inşa,
4. Madencilik,
5. Matbaacılık, gazetecilik ve kitapçılık, yayın, ilan ve istihbarat,
6. Tiyatro, sinema, otel, han ve lokanta gibi umumi mahaller, hususi mektep ve hastane ve açık satış yerlerinin işletilmesi,
7. Umumi mağazalar ve sair depo ve ambarların işletilmesi,
8. Borsa ve kambiyo işleri, sarraflık, bankacılık,
9. İhtimai sigortalar hariç olmak üzere sigortacılık,
10. Kara, deniz ve havada, nehir ve göllerde yolcu ve eşya taşımak,
11. Su, gaz ve elektrik dağıtma, telefon ve radyo ile haberleşme ve yayın,
12. Acentalık, tellallık, komisyonculuk ve sair bütün tavassut işleri.

Fabrikacılık (**sanayi müessesesi**), hammadde veya diğer malların makine yahut sair teknik vasıtalarla işlenerek yeni veya değerli mahsuller vücuda getirilmesidir.

TTK'nın 13 üncü maddesine göre; aşağıdaki işleri görmek üzere açılan bir müessesenin işlerinin hacim ve ehemmiyeti ticari muhasebeyi gerektirdiği ve ona ticari veya sınai bir müessese şekil ve mahiyetini verdiği takdirde bu müessese de ticari işletme sayılır.

1. Bir toprak sahibinin veya çiftçinin, mahsullerini olduğu gibi veya zırai sanatı dolayısıyla bir tezgahta şeklini değiştirerek satması,

2. Esnaf ve güzel sanatlar erbabından birinin gerek bizzat, gerek işçi çalıştırarak veya makine kullanarak eserler vücuda getirmesi ve bu eserleri satması,

Bu hüküm, işlerinin mahiyetine göre, 12 nci madde gereğince ticarethane veya fabrika olarak vasıflandırılmayan diğer müesseseler hakkında da tatbik olunur.

TTK'nın 14 üncü maddesinde ise, bir işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir denilmektedir.

Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo ve sair ilan vasıtalarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline kaydettirerek keyfiyeti ilan etmiş olan kimse fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır.

Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukukten var sayılmayan diğer bir şirket adına (ortak sıfatıyla) muamelelerde bulunan kimse, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı tacir gibi mes'ul olur.

TTK'nın 15 inci maddesine göre; küçük ve mahcurlara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten veli ve vasi, tacir sayılmaz. Tacir sıfatı temsil edilene aittir. Şu kadar ki; kanuni mümessil ceza hükümleri bakımından tacir gibi mes'ul olur.

TTK'nın 16 ncı maddesine göre; şahsi halleri veya yaptığı işlerin mahiyeti yahut meslek ve vazifeleri itibariyle kanuni veya kazai bir yasağa aykırı olarak veyahut başka bir şahsın iznine veya resmi bir makamın ruhsatına lüzum olup da izin veya ruhsatname almadan bir ticari işletmeyi işleten kimse de tacir sayılır.

Esnaf: TTK'nın 17 nci maddesine göre; ister gezici olsunlar, ister bir dükkanda veya bir sokağın muayyen yerlerinde sabit bulunsunlar, iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan sanat ve ticaret sahipleri tacir değildirler.

TTK'nın 18 inci maddesine göre; ticaret şirketleriyle gayesine varmak için ticari bir işletme işleten dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, vilayet, belediye gibi amme hükmi şahısları tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler dahi tacir sayılırlar.

Devlet, vilayet ve belediye gibi amme hükmi şahısları ile umumi menfaate hadim cemiyetler bir ticari işletmeyi ister doğrudan doğruya, ister amme hukuku hükümlerine göre idare edilen ve işletilen bir hükmi şahıs eliyle işletsinler kendileri tacir sayılamazlar.

Ticari vekil: Ticari vekil, Borçlar Kanununun (BK.) 453 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Aşağıda tanımını yaptığımız ticari mümessile göre ticari ve-

kilin yetkileri daha dardır. Ticari vekilin yetkisi, müessesenin olağan işleri ile sınırlıdır. Tüccar yardımcılardan sayılan diğer bir ticari vekil türü de seyyar tüccar memurudur. Seyyar tüccar memurları da, müessesenin merkezinin dışında işlem yaparlar, müessese adına sattıkları malların bedelini alırlar ve makbuzunu verirler. Yine satış mağazası memuru da ticari vekilin bir türüdür. Toptan, yarı toptan veya perakende satış mağazalarının müstahdemleri o mağazanın olağan satış işlemlerinin hepsini yaparlar. Bu anlamda bu memurların da ticari vekilliğin bir türü olmaları bakımından aynı değerlendirmeye tabi tutulmaları gerektiği açıktır.

Ticari mümessil: Ticari mümessil BK.'nın 449 ile 452'nci maddeleri arasında yer almaktadır. Ticari mümessil temsil müessesesi içinde değerlendirilmiştir. Borçlar Kanununun 449'uncu maddesinde ticari mümessil; bir ticarethane veya fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından işlerini idare ve müessesenin imzasını kullanarak bilvekele imza vazetmek üzere sarıh veya zımni kendisine mezuniyet verilen kimse olarak tanımlanmıştır.

Kollektif şirket: TTK'nın 153 üncü maddesine göre; ticari bir işletmeyi bir ticaret ünvanı altında işletmek maksadıyla hakiki şahıslar arasında kurulan ve ortaklarından hiçbirisinin mesuliyeti, şirket alacaklarına karşı tahdit edilmemiş olan şirket, kollektif şirkettir.

Komandit şirket: TTK'nın 243 üncü maddesine göre; ticari bir işletmeyi bir ticaret ünvanı altında işletmek maksadıyla kurulan ve şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir veya bir kaçının mesuliyeti tahdit edilmemiş ve diğer ortak veya ortakların mesuliyeti muayyen bir sermaye ile tahdit edilmiş olan şirket komandit şirkettir.

Mesuliyetleri mahdut olmayan ortaklara komandite, mesuliyeti mahdut olanlara komanditer denir.

Komandite ortakların hakiki şahıs olmaları lazımdır. Hükmi şahıslar ancak komanditer ortak olabilirler. TTK'nın 246 ncı maddesine göre, bir komanditer şahsi emeğini ve ticari itibarını sermaye olarak koyamaz.

TTK'nın 248 inci maddesine göre, komanditerler, şirket işlerini görmeye mezun ve mecbur olmadıkları gibi, idare hakkını haiz olanların selahiyetleri

dahilinde gördükleri işlere de engel olamazlar. Şu kadar ki, idare hakkını haiz olanların yetkileri dışında kalan hususlar hakkında rey verebilirler.

TTK'nın 249 uncu maddesine göre, her komanditer, iş yılı sonunda ve iş saatleri içinde şirketin envanteriyle bilanço muhteviyatını ve bunların sıhhatini incelemeye mezundur. Bu incelemeyi bizzat yapabileceği gibi, ekspere de yaptırabilir. Ekspere şahsı hakkında bir itiraz dermeyan edilirse komanditerin talebi üzerine mahkeme tarafından ehlivukuf tayinine karar verilir. Bu karar kat'idir.

Önemli sebeplerin bulunması halinde, mahkeme, komanditerin talebi üzerine şirketin işlerinin ve mevcudunun bizzat veya eksper marifetiyle incelenmesine her vakit izin verebilir.

TTK'nın 251 inci maddesine göre; komanditerler, iş yılı sonunda tahakkuk eden kâr paylarını ve mukavelede kararlaştırılmış olan faizleri nakden alırlar. Fakat koydukları sermayeler herhangi bir sebeple azalmış ise noksanı tamamlanıncaya kadar kâr ve faiz isteyemezler. Şu kadar ki; gelecek yıllarda elde edilecek kâr paylarından sermayenin noksanı tamamlandıktan sonra artan kısımdan ilk önce evvelki yıllara ait birikmiş faizler ödenir. TTK'nın 255 inci maddesine göre ölen bir komanditerin yerine mirasçıları geçer.

Memurların komanditer ortak olabilmeleri için TTK'nın 257 nci maddesine göre, komanditer ortağın ticari mümessil, ticari vekil veya ticari memur olarak atanmamış olması gerekir. TTK'nın 260.ncı maddesine göre; ticari mümessil, ticari vekil veya ticari memur olarak hareket ettiğini açıkça bildirmeksizin şirket namına muamelelerde bulunan komanditer ortak, bu muamelelerden dolayı hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı komandite ortak gibi mesul olur.

Komanditerlerin işlerin idaresine müdahaleye tazammun etmeyecek veçhile rey ve nasihat vermeleri ve şirketin iş ve muameleleri üzerinde haiz oldukları murakabe haklarını kullanmaları ve kanunda yazılı hallerde idare işlerini gören kimselerin tayin ve azillerine iştirak eylemeleri ve şirket içinde tali hizmet ve memuriyetlerde istihdam edilmeleri, komanditer vasfına halel vermez.

Anonim şirket : Anonim şirket, bir ünvana sahip esas sermayesi muayyen ve paylara bölünmüş olan ve borçlarından dolayı yalnız mamelekiyle mesul

bulunan şirkettir. Ortakların mesuliyeti, taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile mahduttur.

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket : Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, sermayesi paylara bölünen ve ortaklarından bir veya bir kaç şirket alacaklılarına karşı bir kollektif şirket, diğerleri bir anonim şirket ortağı gibi mesul olan şirkettir. Sermaye, paylara bölünmeksizin sadece birden çok komanditerin iştirak nispetlerini göstermek maksadıyla kısımlara ayrılmış bulunuyorsa adi şirket hükümleri tatbik olunur.

IV.Çeşitli Kanunlarda Yer Alan Düzenlemelere Göre Memurların Yapabilecekleri ve Yapamayacakları İşler

IV.1- Kooperatif Kanunu

1163 sayılı Kanuna göre; tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve kamu tüzel kişileri ile özel idareler, belediyeler, köyler, cemiyetler ve dernekler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli teşekküllere kooperatif denir. 657 sayılı Kanunun 28 inci maddesine göre, memurlar, üyesi oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri ile kanunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim ve denetim kurulları üyelikleri görevlerinde bulunabilmektedirler.

IV.2- Dernekler Kanunu

Dernekler Kanununun 1 inci maddesine göre dernekler; kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir gayeyi gerçekleştirmek üzere kurulurlar. Anayasanın 33 üncü maddesine paralel olarak; fiil ehliyetine sahip ve 18 yaşını bitirmiş olan herkesin, önceden izin almaksızın dernek kurabileceğini 4 üncü maddesinde öngörmüş olmakla birlikte aynı madde de bazı kimselerin sürekli olarak, bazı kimselerin ise beş yıl süreyle dernek kuramayacaklarını hükme bağlamıştır. Bunlar içinde sayılanların bazıları memurdur. Yüksek Mahkeme Üyeleri, hakim ve savcılar, Sayıştay meslek mensupları ile savcı ve yardımcıları, mülki idare amirliği hizmetlerine dahil kadrolarda çalışanlar, Türk Silahlı Kuvvetleri ile genel ve özel kolluk kuvvetleri mensupları, resmi ve özel ilköğretim, ortaokul, lise veya dengi okullar öğretmen ve yöneticileri, Milli Eğitim Bakanlığı merkez ve iller kuruluşunda çalışan öğ-

retmenler ile diğer personeli ve özel kanunlarında dernek kuramayacakları belirtilen kamu hizmeti görevlileri ile resmi ve özel ortaokul ve orta öğretim öğrencileri.

Diğer önemli husus dernek üyelikleri ile ilgili düzenlemedir. Bu düzenlemelere göre, kamu hizmetlilerinin Dernekler Kanununun 39 uncu maddesi uyarınca kuracakları derneklere, derneğin kurulduğu kamu kurum veya kuruluşlarında çalışmayan kamu hizmeti görevlileri üye olamayacakları gibi kamu hizmetlerinde çalışan meslek mensupları tarafından kurulan derneklere de o meslektен olmayanlar üye olamazlar. Dernekler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Devlet memurları aynı nitelikte faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya, teşekküle veya derneğe katılamazlar, bunlara yardım edemezler. (DMK md.7)

V. Özel Kanunlarında Hüküm Bulunan Devlet Memurlarının Ticari Faaliyet Yasağı Karşısındaki Durumu*

657 sayılı Kanunun 28 inci maddesinde, özel kanunlarında hüküm bulunan Devlet memurlarının ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamında bulunmadığı hüküm altına alınmıştır. Bu anlamda, genel düzenlemenin dışında yer alan bu meslek mensupları ile ilgili açıklamalar aşağıda yapılmıştır.

V.1- Sağlık Personeli

657 sayılı Kanuna göre özel kanun niteliğinde bulunan 31.12.1980 tarih ve 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanunun 4 üncü maddesinde; birinci madde kapsamına giren personelden, özel kanunlarına göre meslek ve sanatlarını serbest olarak icra etme hak ve yetkisine sahip olanlar, istedikleri takdirde, birinci maddede öngörülen tazminat haklarından yararlanmamak şartı ile serbest olarak çalışabilirler. Bunlara iş güçlüğü, iş riski ve teminindeki güçlük zamları veya bu mahiyetteki zamlar ödenmez, denilmektedir.

* Bu ve devam eden bölüm (V, VI) Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının internet sitesinden alınmıştır. (www.basbakanlik-dbp.gov.tr.)

Buna göre; 657 sayılı Kanuna tabi olarak çalışan tabiplerin meslek ve sanatlarını serbest olarak yapmaları mümkündür. Ancak, tabiplerin herhangi bir kurum veya şahısın emri altındaki bağıllık ilişkisi içinde hizmet akdi ile çalışmaları mümkün değildir. Tabipler için şunu da belirtmek gerekir ki; işyeri hekimliği serbest çalışma niteliğinde olmadığından, 657 sayılı Kanuna tabi olarak çalışan tabiplerin iş yeri hekimi olmaları mümkün değildir.*

V.2- Veteriner Hekim

Her ne kadar serbest veterinerlik hizmeti de serbest meslek kapsamında bulunsun da, 657 sayılı Kanuna göre özel kanun niteliğinde olan 6343 sayılı Kanunun hiçbir maddesinde memur statüsünde olan serbest veteriner hekimlerin mesleklerini serbest olarak yerine getirebilecekleri konusunda bir hüküm vazedilmemiştir. Bu nedenle memur statüsünde olan veteriner hekimler, serbest muayenehane açamazlar.**

V.3- Kimyager ve Kimya Mühendisi

6269 sayılı Kimyagerlik ve Kimya Mühendisliği Hakkında Kanun kapsamında bulunan Devlet memurlarının serbest meslek faaliyetinde bulunup bulunamayacakları hususu da oldukça önemli bir konudur.

Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı, kimya mühendislerinin 6269 sayılı Kanunun 5 inci maddesi çerçevesinde, mesai saatleri dışında mesleki sahalarında işverene tabi olmaksızın şahsi sorumlulukları altında kendi nam ve hesaplarına veya bir işverene tabi olarak ancak istisna veya vekalet akdine dayanarak çalışmalarının mümkün olduğunu belirtmiştir.

V.4- Öğretmenlerin Özel Dershanelerde Çalışması

08.06.1965 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 11.07.1984 tarih ve 3035 sayılı Kanunla değişik 1'inci maddesinde bu Kanun, Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler tarafından açılan okul öncesi

* İş yeri hekimliği ile ilgili olarak, Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının değişik tarihlerde vermiş olduğu çelişkili görüşler bulunmasına rağmen, vermiş olduğu en son mütalaasında; tabiplerin işyeri hekimi olamayacakları belirtilmiştir. (8 Ağustos 2000 tarih ve B.02.1.DPB.0.12.01/12103 sayılı yazı.)

** Bu konu ile ilgili olarak Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının benzer görüşleri ifade eden 22.9.1995 tarihli mütalaası bulunmaktadır.

eğitim, ilköğretim, ortaöğretim kurumları ve bu düzeyde haberleşme ile öğretim yapan kuruluşlar, çeşitli kurslar, dershaneler, öğrenci etüd eğitim merkezleri, bıçki dikiş yurtları ve benzeri kurumların kurum açma, öğretime başlama, eğitim, öğretim, yönetim, denetim ve gözetimi ile yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarının eğitim, öğretim, yönetim, denetim ve gözetimi konularındaki hükümleri kapsar, ifadesi yer almaktadır.

Bu meyanda, 08.06.1965 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kanununun, Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Geçici Bir Maddenin Kaldırılması Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında 11.07.1984 tarih ve 3035 sayılı Kanunun 8 inci maddesiyle, ihtiyaç halinde resmi öğretim kuruluşlarında görevli öğretim elemanlarına asil görevlerini aksatmamak kaydıyla, aylığı karşılığı okutmakla yükümlü bulunduğu haftalık ders saati sayısının yarısı kadar ilgili Bakanlıkların izni ile ücretli ders verilebileceği, öğretmenin toplam ders saati sayısının haftada 30 saati geçemeyeceği, öğretmenlik yapma nitelik ve şartlarını taşıyan diğer Devlet memurlarına da, haftada sekiz saati geçmemek üzere ek ders görevi verilebileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Yine, 3458 sayılı Mühendislik ve Mimarlık Kanununun 9 uncu maddesinde, Devlet daire ve müesseseler ile belediye hizmetlerinde bulunan yüksek mühendis, yüksek mimar, mühendis, mimar ve fen memurları çalışma saatleri dışında bile olsa ücretli veya ücretsiz hususi surette sanatlarını icra edemezler. Ancak serbest meslek erbabı bulunmayan ve mahallin belediye veya nahiye idarelerinin müracaat ve en büyük mülkiye amirinin muvafakati ile zarruret bulunduğu tahakkuk eden yerlerde tasdik ve murakabesi kendilerine veya mensup oldukları mahalli idarelere ait olmayan memleketin ümrani ile alâkalı hususi mesleki işler devamlı olmamak ve hariçte bir yazıhane açmamak ve asil vazifelerinin çalışma saatleri dışında yapmak şartıyla birinci fıkrada yazılı memurlar iş kabul edebilirler.

Profesörlük, öğretmenlik ve doçentlik birinci fıkrada yazılı memnuiyet hükümünden müstesnadır.

Hükmüne yer verilmiş olup, anılan hüküm çerçevesinde yüksek mühendis, yüksek mimar, mühendis, mimar ve fen memurlarının esas görevlerinin dışında öğretmen olarak ders verebilecekleri değerlendirilmektedir.

Bu itibarla, Devlet memuru statüsünde çalışan personelden 625 sayılı Ka-

nunun değişik 21 inci maddesi ile 3458 sayılı Kanunda belirtilenlerin özel dershanelerde öğretmenlik niteliklerini haiz olmak kaydıyla ve mesai saatleri dışında kurumlarının izni ile öğretmen olarak görev yapabilmeleri mümkündür.*

VI.399 Sayılı KHK'ye Tabi (I) Sayılı Cetvelde Gösterilen Personelin Ticaret Yasağı Karşısındaki Durumu

Bu hükümle ilgili olarak 399 sayılı KHK'nin Başka İş ve Hizmet Yasağını düzenleyen 15 inci maddesinde; teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdürleri ile yönetim kurulu ve yönetim komitesi üyeleri ve her çeşit personeli bu Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen haller dışında başka bir işle meşgul olamazlar, hükmüne, aynı maddenin (b) fıkrasında ise; teşebbüs yönetim kurulunun muvafakatı üzerine teşebbüs veya bağlı ortaklıkların iştiraklerinin yalnız birisinde olmak kaydıyla bulundukları yerdeki, uygun aday bulunamaması halinde başka yerlerdeki iştiraklerin yönetim kurulu üyeliğine, denetçiliğine ve tasfiye kurulu üyeliğine getirilebilirler.

İlgili bakanlık personeli de, kendi görevlerine ek olarak bakanın izni ile teşebbüs genel müdürü tarafından, bu fıkra da adı geçen görevlere atanabilirler, hükmüne yer verilmiştir.

Böylece, İktisadi Devlet Teşekküllerinin veya Kamu İktisadi Kuruluşlarının veya bağlı ortaklıklarının, sermayesinin en az yüzde on beşine, en çok yüzde ellisine sahip bulundukları anonim şirketler şeklinde tanımlanan iştiraklerin, yönetim, denetim ve tasfiye kurulu üyeliklerine memurların atanmalarına imkan tanınmıştır.

399 sayılı KHK'nin 3 üncü maddesinde istihdam şekilleri belirtilmiş ve asli ve sürekli hizmetlerin memurlar tarafından yerine getirileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bu KHK de hüküm bulunmayan hallerde 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

399 sayılı KHK'nin başka iş ve hizmet yasağını düzenleyen 15 inci maddesinde memurların hangi faaliyetlerde bulunabilecekleri düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde memurların yapabilecekleri faaliyetleri şu şekilde sıralayabiliriz;

* Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının görüşü bu yöndedir.

1- Anonim şirketler hariç olmak üzere, çalıştıkları kuruluşların faaliyet konusuna giren mal ve hizmetlerin istihsal ve ticareti ile uğraşan şirketlere ortak olamazlar. Bunların eşleri ve çocukları da aynı yasaklara tabidir. Bu durumda Devlet memurları anonim şirketlere her durumda ortak olabilmekte, diğer şirketlere ise sadece bu şirketlerin kendi kuruluşlarının faaliyet konusuna giren mal ve hizmetlerin istihsal ve ticareti ile uğraşmaması durumunda ortak olabilmektedirler. (Bu şirketlerden sadece limited şirket ortağı ve komandit şirkette komanditer ortak olabilirler.)

2- Teşebbüs yönetim kurulunun muvafakati üzerine teşebbüs ve bağlı ortaklıkların iştiraklerinin yalnız birisinde olmak kaydıyla bulundukları yerdeki, uygun aday bulunamaması halinde başka yerdeki iştiraklerin yönetim kurulu üyeliğine, denetçiliğine ve tasfiye kurulu üyeliğine getirilebilirler. Bu husus memurların şirketlerin (Yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri hariç) yönetim ve denetim kurulu üyeliği yapamayacağının bir istisnasını teşkil etmektedir.

3. Esas görevlerine halel gelmemesi ve teşebbüs genel müdürü veya yetki vereceği diğer amirlerin uygun görmesi şartıyla, hertürlü eğitim ve öğretim faaliyetlerinde görev yapabilirler. Buna göre öğretmen olabilme niteliklerini haiz bir memur, özel dershanelerde 625 sayılı Kanun çerçevesinde belirtilen şartlarda öğretmenlik yapabilir.

4. Kanunla kurulmuş sosyal güvenlik kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki haiz kuruluşlar, teşebbüsün faaliyetleri ile ilgili sosyal ve mesleki nitelikteki kuruluşların yönetim, denetim ve istişare organlarında görev alabilirler.

5. Kişiler, kurum ve kuruluşlarca, görevleri dolayısıyla teşebbüs ve bağlı ortaklık personeli aleyhine açılan davalarda, teşebbüs genel müdürünün uygun görmesi şartıyla görevlendirilecek avukatlarca savunma yapılabilir. Avukat pozisyonu (II) sayılı cetvelde yer almaktadır ve sözleşmeli personel statüsündedir. Ancak avukatlık yetki ve niteliklerini haiz hukuk müşavirleri (I) sayılı cetvelde yer almakta olup memur statüsündedir.

6. Bilirkişilik ve hakemlik gibi kanunlardan doğan görevleri yapabilirler.

VII. Devlet Memurlarının Ticaret Şirketlerinin Ortağı olup Olamayacakları

1926 tarih ve 788 sayılı Kanunun 8'inci maddesi; "Memurlar ticaret ve sa-

natla iştighal edemezler. Kendi emlak ve arazilerini bizzat veya bilvasıta iş-
letebilirler. şirketlerde, ticaret ve sanayi müesseselerinde vazife deruhte
edemezler. Ancak kooperatif şirketlerinde meclisi idare azalığı ve hesap mü-
fettişliği edebilirler." şeklinde düzenlenmişti.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere memurlara ticaret ve sanatla
uğraşma yasağı getirilmiş, ayrıca kooperatifler hariç olmak üzere şirketlerde,
ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamayacakları kuralı ön-
görölmüştü.

Kanun koyucunun bu hükümleri sevk etmekteki amacı, kamu hizmeti gören
memurun vazifesini iyi bir şekilde yapmasına mani olacak hiçbir işin memurlukta
bağdaşmayacağını kabul etmesinin yanında, memurun görevini kötüye kul-
lanarak kendi yakınlarına ve ortaklarına menfaat sağlamaya müsait her iş veya
durumun memurlukla bağdaşmayacağını öngörmesinde yatmaktaydı.

Ne var ki, 8'inci madde hükmü yukarıda ortaya konulan sorunların çö-
zümünde başarılı olamamıştır.

Daha sonra yürürlüğe giren 1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Ka-
nunu; konuyu Ticaret ve Diğer Kazanę Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağı
başlığı altında 28'inci maddesinde düzenlemiştir. Madde metninin son hali şu
şekildedir:

Memurlar, Türk Ticaret Kanunu'na göre (tacir) veya (esnaf) sayılmalarını
gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde
görev alamaz, ticari mümessil veya ticari vekil veya kolektif şirketlerde ortak
veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar.

(Görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları
görevler hariç)

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

Eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları, yasaklanan faaliyetlerde
bulunan memurlar bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle
yükümlüdürler.

657 sayılı DMK.'nın 28'inci maddesiyle getirilen ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı, Kanunun genel gerekçesinde belirtildiği üzere, yerleşmiş içtihatlar ve çeşitli çevrelerden alınmış mütalaalarda düzenlenmiştir. Kanun, bu şekilde kanunla belirtilen yasaklar dışında Devlet memurlarına kendi sınıflarıyla ilgili olarak kendi tüzüklerinde yasaklar koymaya ve bunların ihlali halinde disiplin hükümlerini uygulamaya imkan vermektedir. Devlet memurlarına getirilen bu yasak kötüye kullanılmak suretiyle içinde bulunduğu ticari işletmeye avantaj sağlaması önlenmek istenmektedir.

İki düzenleme arasında fark önemlidir. İlk düzenlemede şirketlerde görev alınamayacağı ibaresi varken bu ibare ikinci düzenlemede kaldırılmıştır. Ancak ikinci düzenlemede bu hüküm olmamasına rağmen devlet memurlarının şirketlerde görev almaları maddenin konuluş gerekçesine aykırı düşmektedir. Ayrıca kendi emlak ve arazilerini bizzat veya bilvasıta işletebilirler ibaresi ikinci düzenlemede yer almamaktadır. Dolayısıyla bugünkü düzenlemenin yorumlanmasında bu düzenleme nüansları dikkate alınmak durumundadır. Buna göre, kanun ticari faaliyetlerle, kazanç getirici (emeği ile gelir sağlayacak) faaliyetlerde bulunmayı Devlet memurları için açıkça yasaklamıştır.

Her ne kadar 657 sayılı Kanunun 28'inci maddesi matlabında ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı denilmekte ise de içeriği itibarıyla, bir çok faaliyet ve gelir unsuru maddenin kapsamı dışındadır.

657 sayılı Kanuna tabi memurlar; bu Kanunun 28'inci maddesine göre;

1- TTK.'na göre tacir veya esnaf sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamazlar.

2- Ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamazlar.

3- Ticari mümessil veya ticari vekil (seyyar tüccar memuru, satış mağazası memuru dahil) olamazlar.

4- Kollektif şirketlerde ortak olamazlar.

5- Komandit şirketlerde komandite ortak olamazlar.

6- Üyesi olmadıkları kooperatifler ile diğer şirketlerin yönetim ve denetim kurulu üyelik görevlerinde bulunamazlar.

Devlet memurlarının ismen zikredilmemiş olmakla birlikte adi şirket ortağı olamayacağını söylemek gerekir. Çünkü, şirket ortağının kârdan aldığı pay şahsi ticari kazançtır. Eğer adi şirket, serbest meslek veya zirai faaliyette bulunmak üzere kurulmuşsa bu durumda elde edilen ortaklık payı şahsi serbest meslek kazancı veya zirai kazanç olacağından devlet memurları, bu tip adi şirketlerin ortağı olabileceklerdir.

Burada, söz konusu maddedeki düzenlemenin yasaklamadığı ve Gelir Vergisi Kanununda yer alan gelir unsurlarına değinmek gerekmektedir.

GVK.'nın geçici 56'ncı maddesinde yer alan hükme göre; gelir bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarıdır. Gelire giren kazanç ve iratlar şunlardır:

- 1- Ticari kazançlar,
- 2- Zirai kazançlar,
- 3- Ücretler,
- 4- Serbest meslek kazançları,
- 5- Gayrimenkul sermaye iratları,
- 6- Menkul sermaye iratları,
- 7- Diğer kazanç ve iratlar.

Buna göre maddede geçmeyen yani Devlet memurlarına yasaklanmayan faaliyet veya işler ise şunlardır:

- 1- Serbest meslek faaliyetinde bulunabilirler.*
- 2- A.Ş. ortağı olabilirler. (Elde edilen gelir kar payıdır.)*
- 3- Ltd. Şti. ortağı olabilirler. (Elde edilen gelir kar payıdır.)*
- 4- Komandit şirketlerin komanditer ortağı olabilirler. (Elde edilen gelir kâr payıdır.)

* Bu konuda, 221 sayılı Gelir Vergisi Kanunu Genel Tebliğinde 5 no.lu örneğe bakılabilir.

** Devlet memurlarının ticaret şirketlerine ortak olabileceklerine ilişkin hem yargı hem de idare aynı görüşü paylaşmaktadır. Konu ile ilgili olarak, Yrd. Doç. Dr. İ. Şükrü Yıldız'ın Türk Hukuk Sitesi (internet)'nde çıkan yazısına ve Vergi Denetmeni Ahmet Karakoç'un Yaklaşım dergisinin Haziran 2001 sayısında çıkan yazısına bakılabilir.

5- Serbest meslek veya zirai faaliyette bulunan adi şirket ortağı olabilirler.

6- Zirai faaliyette bulunabilirler.

7- Ticari ve sanayi müesseseleri dışındaki müesseselerde görev alabilirler. (ve ücret geliri elde edebilirler).*

8- Bilirkişilik ve hakemlik gibi kanunlardan doğan görevler dolayısıyla ücret geliri elde edebilirler.

9- Menkul ve gayrimenkul sermaye iradı elde edebilirler.

10- Değer artış kazancı ve arızı kazanç (veya diğer kazanç ve irat) elde edebilirler.

11- Üyesi oldukları kooperatiflerin ve kanunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim ve denetim kurulları üyelikleri görevlerinde bulunabilirler.

VII. Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler

02.10.1981 tarih ve 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanunun 1 inci maddesine göre; bu Kanun, genel bütçeye dahil daire, kurum ve kuruluşlar ile katma bütçeli idarelerde, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunla veya kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan fonlarda, belediyelerde, özel idarelerde 12 Mart 1964 gün ve 440 sayılı ve 12 Mayıs 1964 gün ve 468 sayılı Kanunlar kapsamına giren kuruluşlarda, sermayesinin yarısından fazlası ayrı ayrı veya birlikte Hazinece veya yukarıdaki daire, idare, kurum ve kuruluşlarca karşılanan yerlerde aylık, ücret veya ödenek almak suretiyle görev yapmış olanlar hakkında uygulanır.

Bu Kanun ile getirilmiş olan düzenlemede ise; "1 inci madde kapsamına giren yerlerdeki görevlerinden hangi sebeple olursa olsun ayrılanlar, ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde bulundukları daire, idare,

* Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı, Devlet memurlarının limited şirket ortağı olamayacağı yönündeki görüşünü 1997 yılında değiştirmiş ve memurların limited şirket ortağı olabileceği yönünde görüşler vermiştir. Nitekim Danıştay Birinci Dairesi de, 19.6.1991 tarih ve E.1991/77, K.1991/105 sayılı kararında, bir anonim şirkette kurucu ortak olan öğretim üyelerinin sırf bu sıfatları nedeniyle 657 sayılı Kanunun 28 inci maddesindeki yasak kapsamında sayılamayacağına karar vermiştir. Ancak, bu mahiyetteki iler, DMK.nun 28 inci maddesinin konuluş gerekçesine aykırı düşmemelidir.

kurum ve kuruluşlara karşı ayrıldıkları tarihten başlayarak üç yıl süreyle, o daire, idare, kurum ve kuruluştaki görev ve faaliyet alanlarıyla ilgili konularda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alamazlar, taahhüde giremezler, komisyonculuk ve temsilcilik yapamazlar.

Özel kanunlardaki yasaklayıcı hükümler saklıdır."

Hükmü yer almaktadır. Bu genel düzenlemelerin yanında maddenin sonunda da belirtildiği gibi özel kanunlardaki yasaklayıcı hükümler saklı tutulmuştur. Örneğin Maliye Müfettişlerinin kuruluş yönetmeliğinin 63 üncü maddesinde; Teftiş Kurulundan istifa yolu ile veya naklen ayrılan Maliye Müfettişlerinden :

a) Bizzat ticaret veya serbest meslek faaliyeti ile meşgul olanlarla; özel ticari ve sınai müesseselerde görev alanlar tekrar Maliye müfettişliğine atanmazlar.

b) Yukarıdaki fıkra dışında kalıp yeniden kabulleri uygun görülenler, maaş durumlarının müsaadesi ölçüsünde, Kurulda kalmış olmaları halinde yükselebilecekleri sınıfa atanmakla beraber, kıdem yönünden, dahil bulundukları promosyonun sonuna alınırlar.

Hükmü yer almaktadır.

VIII. Özellik Arz Eden Durumlar

VIII.1- Arsa Sahibi Memurun İnşaat Yapmak İstemesi

Arsa sahibi bir kişinin inşaat yapabilmesinin üç yolu vardır. Birincisi, şahıs olarak yapması, ikincisi, ticari şirket kurarak yapması üçüncüsü de, bir başkasına (müteahhide) yaptırmasıdır. Bunlardan birincisinde; şahıs olarak yapılması, eğer işin mahiyetinde ticari faaliyette bulunma iradesi yoksa servetin nev'i değiştirmesi ve muhafaza edilmesi şeklinde değerlendirilerek herhangi bir gelir elde edilmediği söylenebilir. Bilindiği gibi 788 sayılı Kanunun 8 inci maddesinde; kendi emlak ve arazilerini bizzat veya bilvasıta işletebilirler ibaresi yer almakta iken bu ibare kaldırılmıştır. Ancak bu ibare kaldırılmakla birlikte bu konuda faaliyeti sınırlayıcı husus, maddede açıkça ifade edilen ticari faaliyette bulunmadır. Dolayısıyla burada dikkate alınması gereken, DMK'nun 28 inci maddesiyle getirilen düzenlemenin açıkça yasakladığı faaliyette bulunmamak ve maddenin konuluş amacına ters düşmemektir. Ancak kişi ticari

faaliyette bulunarak ticari kazanç elde etme anlamını taşıyacak şekilde şahıs işletmesi (Adi şirket, kollektif şirket ve adi komandit şirket) kurarak böyle bir işe girişmişse; bu durumda, (komanditer ortak olma dışında) ticari kazanç elde etme dolayısıyla disiplin cezası alacağını söylemek gerekir.

İkinci durum bazı özel durumları ihtiva etmektedir. Bunun için şirketler hakkında olayı irdelemek gerekmektedir. Üçüncü durum ayrı bir başlıkta incelenecektir.

VIII.1.1- A.Ş. veya Ltd. Şti. Kurarak Faaliyette Bulunma

Şirket genel kurulu tarafından kararı verilen kâr dağıtımı, ortaklar açısından kâr payı sayılmakta ve Gelir Vergisi Kanunu bakımından menkul sermaye iradı sayılmaktadır. Buna göre arsasını bir sermaye şirketi kurarak bu şirketin aktiflerinde gösteren bir memurun bu şirketin genel kurulu tarafından dağıtımına karar verilen kâr payını aldığı anda, bu kâr payı menkul sermaye iradı olduğundan böyle bir işin yapılmasının önünde herhangi bir engel yoktur. (Buradaki anlatım düzenlemenin içeriğinin sağladığı imkanları göstermek amacıyla. Bu durumun ek vergi yükü getirmesi bakımından pek rasyonel olmadığı açıktır.)

VIII.1.2- Eshamlı Komandit Şirket Kurarak Faaliyette Bulunma

Eshamlı komandit şirketlerde komandite ortakların, ortaklıktan aldıkları kâr payları şahsi ticari kazanç hükmündedir. Komanditer ortağın aldığı kâr payı ise, GVK'nun 75 inci maddesi uyarınca menkul sermaye iradı sayılmaktadır. Bu tip şirket kurarak onun komanditer ortağı olan memurun aldığı kâr payı da menkul sermaye iradı olmaktadır.

VIII.1.3- Kooperatif Olarak Faaliyette Bulunma

1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 38 inci maddesi hükmüne göre ortaklarla yapılan muamelelerden bir yıllık faaliyet sonunda elde edilen gelir-gider farkının ortaklar arasında kooperatifin ortaklarla olan muameleleri nispetinde bölüştürülmesi esastır. Gelir Vergisi Kanununun 75/2'nci maddesinde kooperatiflerce ortaklara dağıtılan bu gelir gider farkı menkul sermaye iradı olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla, ortaklarca elde edilen bu mahiyetteki gelir gider farkları verginin konusuna alınmamıştır.

Kooperatiflerde gerek ortaklarla yapılan muamelelerden doğan kazancın ortaklara kooperatifle yaptıkları muameleler nispeti dışında dağıtılması gerekse ortak dışı faaliyetlerden doğan gelir-gider farkının ortaklara dağıtılması durumunda ortaklarca elde edilen kazançlar kâr payı olarak ni-

telendirilmektedir. Buna göre, memurlar kooperatif ortağı olarak faaliyette bulunabilmektedir.

VIII.1.4- İş Ortaklığı Olarak Faaliyette Bulunma

Kurumlar vergisi mükellefi olarak kabul edilen bu ortaklıklar, belirli bir süre içinde belirli bir işi sonuçlandırmak üzere kurulur, işin bitiminde yasal yükümlülükler yerine getirildikten sonra mükellefiyeti sona erdirilir.

İş ortaklıklarının gerçek kişi ortaklarının ortaklığın kazancından aldığı kâr payı GVK'nun 75/2 nci maddesine göre menkul sermaye iradı olarak nitelendirilmektedir. Buna göre memurlar iş ortaklığının gerçek kişi ortağı olabilmektedirler.

Yukarıda şirketlerle ilgili olarak açıklamış olduğumuz hususlar memurların sadece ortak olmalarına ilişkindir. Memurlar bu ticaret şirketlerinde herhangi bir görev alamazlar. (DMK md.28)

VIII.2- Arsa Sahibi Memurun Kat Karşılığı İnşaat Yaptırmak İstemesi

Arsa karşılığı inşaat işinde iki ayrı teslim söz konusudur. Bunlardan birincisi, arsa sahibi tarafından müteahhide arsa teslimi, ikincisi ise, müteahhit tarafından arsaya karşılık olarak arsa sahibine verilen konut veya işyeri teslimidir. Arsa sahibi bir memurun, arsa alım satımını mutad ve sürekli bir faaliyet olarak sürdürmediği hallerde herhangi bir gelir elde edilmesi değil, servetin nev'i değişirmesi veya muhafaza edilmesi söz konusu olmaktadır. Aksi halde, yani mutad ve sürekli olarak bir faaliyet içerisinde olursa konut veya işyeri karşılığı müteahhide yapılan bu arsa teslimi ticari kazanç olarak değerlendirilecektir.

Burada dikkate alınması gereken bir nokta da; satın alınan veya trampa suretiyle iktisap olunan arazinin iktisap tarihinden itibaren 5 yıl içinde parsellenecek bu müddet içinde veya daha sonraki yıllarda kısmen veya tamamen satılmasından elde edilen kazançların ticari kazanç olduğudur.

Bu anlamda; ticari kazanç elde etme gayesiyle hareket edilmediği ve işe ticari faaliyet mahiyeti kazandırılmadığı sürece, bu nev'i işlerde; Devlet memurunun servetini koruma gayesinde olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

VIII.3- Birden Fazla Dairesi Olan Memurların Kazançları

VIII.3.1- Gayrimenkul Sermaye İradı

Birden fazla daireli olup ta kira geliri elde eden memurların bu gelirleri gayri menkul sermaye iradı olduğundan disiplin cezasını gerektirecek herhangi bir yasaklayıcı hüküm yoktur.

VIII.3.2- Ticari Kazanç

Birden fazla dairesi olan memurların, bu dairelerini satmaları halinde, eğer bu işler bir alım satım faaliyetine dönüştürülmeden yapılmakta ise, süreklilik arz etmiyorsa ve ticari kazanç elde edilmesi amacı güdülmüyorsa; servetin korunması veya servetin nev'i değiştirmesi olarak değerlendirmek gerekmektedir. Ayrıca arızı olarak yapılan alım satım faaliyetleri diğer kazanç ve irat sayıldığından yine herhangi bir engel yoktur.

VIII.4- Memurların Kitap Yazmaları veya Makale Yazmaları

VIII.4.1- Ücretli Olarak

Devlet memurları ticari müesseselerde görev alamadıklarından, bu mahiyette olan şirketlerde ücretli olarak çalışmaları (bir şirkete bağlı olarak kitap veya yazı yazılması) mümkün olmamaktadır. Diğer müesseselerde bir hizmet akdi çerçevesinde çalışmaları da, Devlet memurunun doğrudan doğruya asli işinin yapılmasına bir engel teşkil edeceğinden mümkün değildir. Serbest olarak çalışma imkanı tanınan memurların bile (Doktorlar) bir hizmet akdi çerçevesinde çalışmaları, yasaklanmıştır.

VIII.4.2- Serbest Meslek Faaliyeti Olarak

Devlet memurların kitap veya makale yazarak serbest meslek faaliyetinde bulunmaları ve karşılığında serbest meslek kazancı elde etmelerinin önünde herhangi bir engel yoktur.

VIII.5- Memurların Bir Yer Çalıştırıp Çalıştıramayacakları

VIII.5.1- Şahıs İşletmesi Olarak

Bu mahiyetteki işletmeler eğer ticari mahiyette ise Devlet memurlarının böyle bir faaliyette bulunmaları mümkün değildir. Ancak ticari mahiyette olmayan işletmelerde serbest meslek faaliyetinde veya zirai faaliyette bulunmanın önünde bir engel yoktur.

VIII.5.2- Ticari İşletme Olarak

Yukarıda da açıklandığı gibi, Devlet memurları ticari ve sanayi müesseselerinde görev almaksızın ortak (komandite ortak hariç) olabilmektedirler.

VIII.6- Yöneticilik Yapıp Yapmayacakları

VIII.6.1- Site Yöneticiliği

Siteleri, bir ticari veya sanayi müessesesi olarak görmek mümkün değildir.

Bu nedenle Devlet memurları site yöneticiliği görevinde bulunabilir ve karşılığında ücret alabilir.

VIII.6.2- Diğer Yöneticilikler

Ticari veya sanayi müesseseleri hariç diğer müesseselerde (zirai ve serbest meslek müesseseleri, dernekler, sendikalar, vakıflar ve kooperatifler) yöneticilik yapabilirler ve ücret alabilirler. Ancak bu görevin, -üyeleri olunan kooperatifler dışındaki- müesseselerde yönetim ve denetim kurulu üyeliği şeklinde olmaması gerekir.

VIII.7- Ticari Şirketin Ölen Ortağının Mirasçısının Memur Olması

Şirket mukavelesince şirketin ölen ortağın mirasçılarıyla devam edeceğine dair hüküm yoksa, mirasçılarla diğer ortakların ittifakla verecekleri karar üzerine, şirket aralarında devam edebilir. Mirasçılar veya içlerinden biri şirkette kalmaya razı olmazlarsa, diğer ortaklar ölen ortağın payı üzerindeki miras hisselerini razı olmayan mirasçılara vermek suretiyle onları şirketten çıkarır ve şirkete devam edebilirler. Sağ kalan ortaklardan birinin şirketin devamına razı olmaması sebebiyle ittifak hasıl olmadığı takdirde şirket infisah eder. Şirketin, ölen ortağının mirasçılarıyla diğer ortaklar arasında kolektif şirket olarak devam edeceği hakkında şirket mukavelesinde hüküm olsa bile mirasçılar kolektif sıfatıyla şirkete devam edip etmemekte serbesttirler. Kolektif sıfatıyla memur olduğu için şirkette kalmak istemeyen mirasçı, ölen ortağın payından kendisine düşen miktar ile komanditer olarak şirkete kabul edilmesini teklif edebilir. Ancak diğer ortaklar bunu kabule mecbur değildirler. Mirasçıların, şirkete komanditer olarak dahil olup olamayacaklarını, ortağın ölüm tarihinden itibaren üç ay içinde şirkete bildirmeleri gerekmektedir. (TTK. md. 195 ila 199)

VIII.8- Sendikalarda Görev Alıp Alamayacakları

Devlet memurları, Anayasada ve özel kanununda belirtilen hükümler uyarınca sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilmekte ve bonlara üye olabilmektedirler. (DMK md.22)

VIII.9- Serbest Meslek Faaliyetinde Bulunan Kolektif, Adi Komandit ve Adi Şirketlerin Kazançları Serbest Meslek Kazancıdır

Bu mahiyetteki şirketlerde komandite ortağın aldığı pay da serbest meslek kazancı olmaktadır. (GVK md.66) Buna rağmen DMK'nun 28 inci maddesinde Devlet memurlarının komandite ortak olamayacakları ismen zikredilmiş olduğundan elde edilen kazanç ticari kazanç olmasa da bu şekilde serbest meslek faaliyetinde bulunan şirketlerin de komandite ortağı olamazlar.

VIII.10- Serbest Meslek Erbabını Bir Araya Getirerek Teşkilat Kurmak veya Bunlara Sermaye Temin Etmek Suretiyle veya Sair Suretlerle Serbest Meslek Kazancından Hisse Alanlar

Bu mahiyetteki serbest meslek kazancından alınan hisse de serbest meslek kazancı sayılmaktadır. (GVK md. 66) Buna göre, yine bu mahiyetteki işlerin Devlet memurları tarafından yapılmasının önünde engel bulunmamaktadır.

IX. Ticaret Yapan Memurlara Verilecek Disiplin Cezası

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesinde düzenlenmiş olan ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına aykırı hareket ederek, ticaret yapan veya Devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunan memurlara, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmektedir. (DMK md.125)

Bu hüküm gereğince yasaklanan faaliyette bulunanların, kademe ilerlemeleri, fiilin ağırlık derecesine göre 1-3 yıl durdurulur.*

Öğrenim durumları nedeniyle yükselebilecekleri kadroların son kademelerinde bulunan Devlet memurlarının, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının verilmesini gerektiren hallerde, brüt aylıklarının 1/4'ü - 1/2'si kesilir ve tekrerründe görevlerine son verilir.

Ayrıca, eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları yasaklanan faaliyetlerde bulunanlar bu durumu 15 gün içerisinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyenler, 657 sayılı kanunun 125 inci maddesinin B/b bendi gereğince kınama cezası ile cezalandırılırlar.

X. Ticaret Yapan Memurlara TCK.na Göre Verilecek Ceza

Memurların ticaret yapma yasağı ve bu yasağa uymama suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 238 nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre; hakimlerle memurinden her kim memuriyetinin dairesi dahilinde ahalinin zaruri havayicinden olan hububat, erzak ve sair malzemeleri alıp satarak ticaret ederse yüz liradan (23580 mslinden) aşağı olmamak üzere, ağır cezayı nakdi ve müebbeden mahrumiyetten cezasıyla cezalandırılır.

* Danıştay, 21.10.1992 tarih ve E.1991/3960, K.1992/2707 sayılı kararında; ticaret ve kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına uymayan ve bu nedenle bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması ile cezalandırılan kişinin başmüfettişlik görevinden alınmasında hukuka aykırılığın bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Ticaret yapmak, alım satım işini meslek haline getirmek suretiyle kazanç temin etmeyi ifade ettiğinden arızı nitelikte alım satım işi yapan memurların ticaret yaptıkları iddia edilerek bu cezanın verilmesi mümkün olmamaktadır.

SONUÇ

Devlet memurları, asli olan görevlerini en iyi şekilde yerine getirmek zorundadırlar. Bugünkü yapı içerisinde en büyük sorun; genel olarak söylersek, 'çalışan kesimin' görevini gereği gibi yerine getirmemesidir. Bu yapının bir de aksak kanun maddeleriyle desteklenmesi için gereği gibi yapılamamasını - tabiri caizse- kanunileştirmektedir. Devlet memurlarının ticari kazanç ve diğer kazanç getirici faaliyette bulunmamaları ile ilgili düzenlemeler; DMK'nın 28 inci maddesinde yer alan düzenleme, ilgili kuruluşların kuruluş kanunlarında yer alan düzenlemeler (özel kanunlar), Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının yaptığı düzenlemeler ve 399 sayılı KHK.de yer alan düzenlemedir. Ancak bu düzenlemeler içinde en önemlisi kuşkusuz DMK'nun 28 inci maddesidir. Genel olarak ve diğer birimlerce herhangi bir düzenleme yapılmamış olduğu durumlarda uygulanabilen tek düzenlemedir. Buna rağmen madde; ifade ettiği anlam ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla tartışmaya açıktır. Bu maddenin daha geniş ve tereddüde mahal vermeyecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.