

DEVLET MEMURLARININ ANONİM ŞİRKETE KURUCU ORTAK OLUP OLAMAYACAĞI SORUNU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Yrd. Doç. Dr. Şükrü YILDIZ*

I. GİRİŞ

Devlet memurunun ticaret yapıp yapamayacağı, hangi hallerde yapabileceği ve hangi şirketlere kurucu veya ortak olabileceği veya görev alabileceği hususu idare hukuku ile ticaret hukukunun müşterek konularından birini oluşturur.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ortaya konan sorunların çözümünde her iki hukuk dalının kuralları ve yöntemleri farklı sonuçları doğuracaktır. Bu sebeple makalenin konusunu oluşturan, devlet memurlarının anonim şirkete kurucu ortak olup olamayacağı sorununu hem ticaret hukuku kuralları, hem de idare hukuku kuralları bakımından ele alıp incelemek gerekmektedir.

II. TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ANONİM ŞİRKETLERİN KURULUŞU VE KURUCULAR

A. Genel Olarak

TK anonim şirketin kuruluşunu, 276-280. maddeleri arasında çeşitlerini gösterip kurucuları da tanımlayarak düzenlemiştir. Ayrıca çeşitli kuruluş şekillerinden tedrici kuruluş ayrıntılı olarak madde 281-302'de, ani kuruluş ise madde 303-304'de tanzim edilmiştir. Bunların yanında kuruluştan doğan sorumluluk madde 305-310'da, kuruluş işlemlerinden kaçmayı ele alan "Kanuna karşı hile" ise 311. maddede hükme bağlanmıştır.

Tedrici kuruluşla ilişkin olmak üzere diğer bir düzenleme de Ser.PK m.6 ve 7 ile bu kanuna dayanarak SPK'nın çıkardığı Seri: I, NO: 22 "Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar" Tebliğinde yer almaktadır.

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

B. Kuruluş

Hukuki anlamda kuruluş,"anonim şirketin tüzel kişilik kazanabilmesi için yapılması kanunen kuruculara yüklenen işlemlerin tümünün yerine getirilmesidir¹."

Kuruluş, seçilen türe göre belirli aşamalardan geçer. Aşamalar kanun tarafından düzenlendiği için bunlardan biri tamamlanmadan diğerine geçilemez. Kuruluş, anonim şirkete pay sahibi olacak en az beş kurucunun esas sözleşmeyi yazılı olarak hazırlayıp imzalaması ve imzaların noter tarafından tasdiki ile başlar ve şirketin ticaret siciline tescili ile sona erer.

Kuruluş süresince kurucular ve tedrici kuruluşta ayrıca katılmayı taahhüt edenler vardır. Kuruluşu ve kuruluş işlemlerini kurucular yürütür. Bu işlemlerin hukuki ve cezai sorumluluğu kuruculara aittir. Ancak kuruluş tamamlandıktan sonra pay sahipleri ve organlar söz konusu olabilir². Kuruluşun tamamlanmasıyla şirket kurulmuş ve kurucuların da bu sıfatı sona ermiş olur³.

TK'ya göre bir AŞ, ya ani ya da tedrici yol ile kurulur(TK m. 276). Bu sınıflandırma sermayenin tamamının kimin tarafından taahhüt edildiği kriterine dayanır.

Ani kuruluşta, kurulmakta olan AŞ'in sermayesinin tümünü kurucular taahhüt ederler. Taahhüt şirketin esas sözleşmesinde yapılır. Kurucular aynı zamanda katılma müteahhidi olup, şirket tüzel kişilik kazandığı anda pay sahipliği sıfatını da kazanırlar.

Tedrici kuruluşta kurucular, kurulmakta olan AŞ'in sermayesinin tamamını taahhüt etmeksizin sadece şirket esas sözleşmesini hazırlayıp imzalar ve imzalarını notere onaylatırlar. Esas sermayenin ise en az "yüzde onunu" tediye veya temin (TK m.280/1) ederler. Kurucular bu kuruluş tipinde sermayeyi taahhüt ettirmek (Ser.PK'ya göre ise hisse senetlerini satmak) amacıyla halka başvururlar.

1 Hayri, Domaniç, Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul 1964, sh. 4; Hayri Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi C. II, İstanbul 1988, sh. 129.

2 R, Poroy/Ü, Tekinalp/E, Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 1997, sh. 259, N. 482.

3 Domaniç, C.II, sh.129.

TK kuruluşta halkın ortaklığa katılmasını öngören "tedrici kuruluş"u asıl kabul ederek, bunu "ani kuruluş"a oranla çok daha ayrıntılı düzenlemiş olmasına rağmen, bu hükümlerin çok uzun ve muğlak olması uygulamada kurulan anonim şirketlerin tamamına yakınının ani şekilde kurulmasına neden olmaktadır⁴.

C. Kurucular

a) Genel Olarak

Anonim şirket organizasyonunu harekete geçiren, konuyu bulan, parayı toplayan, örgütü kuran, gerekli izni alan kişilere kurucu denilir. İngilizce deyimle "promoter"denilen bu kişiler, anonim şirketlerin ortaya çıktığı 17. ve 18. yüz yıllarda sadece şirketi kurup harekete geçirmekle yetinirlerdi⁵. Bugün de buna benzer sistemler olmasına rağmen bazı kanun koyucular, sorumluluk bakımından kurucuların aynı zamanda pay sahibi olmalarını aramış, böylece kurucuların kendi paralarını da maceraya katmaları istenmiş ve diğer tasarruf sahiplerinin paralarının daha dikkatle tasarruf edilmesi arzulanmıştır⁶. Türk sisteminde de kurucu aynı zamanda katılma payını da getiren pay sahibidir.

Diğer yandan anonim şirketin hukuki yapısı ve özelliği pek çok kişinin şirkete ortak olarak katılmaları ve dolayısıyla büyük bir sermayenin toplanmasını gerektirmektedir. Bu çok sayıdaki ortağın şirketin kuruluşuna ait işlem ve formaliteleri birlikte yürütüp tamamlaması pek zordur. İşte bu sebeple kanun koyucu kuruluş işlemlerinin yapılması görevini "kurucular" adı verilen bir kısım ortaklara yüklemiştir⁷.

b) Tanım

TK m. 277'ye göre bir anonim şirketin kurulabilmesi için en az beş kurucunun varlığı şarttır. Kurucuların asgari beş kişi olması zorunluysa da, daha fazla olmalarına engel bir hüküm yoktur.

Ticaret Kanunu, sorumluluk yüklenen ve esas sözleşmede öngörülmek şartıyla bazı özel menfaatlerden (TK m.279,b.5)

4 Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası. İstanbul 1989, sh. 32.

5 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh. 227, N.445.

6 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh. 227, N.445.

7 İrfan Baştuğ, Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İzmir1974, sh. 287.

faidalanan kurucuyu tanımlamıştır(TK m.278). Buna göre gerek ani kuruluşta, gerek tedrici kuruluşta kurucu olmak için iki şart aranmaktadır. Bunlar :

(1)- Kurulacak anonim şirkete para veya paradan gayri bir şeyi sermaye olarak koymak

(2)- Şirket esas sözleşmesini düzenlemek⁸ ve imza etmektir.

Kurucu sıfatının kazanılması için bu iki şartın mutlaka birlikte gerçekleşmesi gerekir⁹. Kurucu bu işlemleri bizzat kendisi yapabileceği gibi, yetkili kıldığı temsilcisi aracılığıyla da yapabilir. Temsilci kullanılması halinde tüm hak ve borçlar ve kuruluşun doğan sorumluluk kurucu sıfatı ile temsil edilene ait olur¹⁰.

Bununla birlikte, TK m.278/2 ve 3 incelendiğinde kuruculuk sıfatının genişletildiği ve kanun koyucunun üç nevi kurucuyu düzenlediği görülür.

TK m. 278/2, ikinci nevi kurucuları sadece tedrici kuruluş açısından kabul etmiştir. Tedrici kuruluşta, esas sözleşmeyi tanzim ve imza etmeksizin ayın sermaye ile şirkete ortak olmak isteyen müstakbel ortaklar da kurucu sayılmışlardır. Bu sıfatın kazanılması için, ilk gruptakilerin aksine esas sözleşmenin tanzim ve imzasına ihtiyaç olmayıp sadece ayın nevinden sermaye konulması yeterlidir. Kanun koyucunun bu hükmü sevk etmekteki amacı, ayın nevinden

8 Kanun, esas sözleşmenin düzenlenmesi ve imzası şartını birlikte arıyorsa da, sermaye taahhüdünü yerine getirmek ve sözleşmeyi imzalamak şartıyla kurucu sıfatı kazanılır. Bütün kurucuların sözleşme şartlarını tesbit eden görüşmelere fiili olarak katılması şart değildir. Bu nedenle düzenlenmiş bir şirket sözleşmesini sonradan imza edenler dahi, oradaki şartları aynen kabul etmiş olduklarından kurucu sayılırlar. Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, C.I, Umumi Hükümler, İstanbul 1959, sh. 22, dp. 30; İmregün, AO, sh. 34; Baştuğ, sh. 288, dp. 2; Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, sh.44; Mehmet Somer, Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluş Sistemi Üzerinde Etkileri, İstanbul 1990, sh.116, dp.176.

9 Şirket esas sözleşmesini düzenlemek ve imza etmek kurucu olmak için gerekli bir ön şart ise de, yalnız başına yeterli bir şart değildir.Örneğin sözleşmeyi düzenleyen noter, avukat veya hukuk müşavirleri şirketin kurucusu olamayacakları gibi,sözleşmede sermaye taahhüdünde bulunmayan kişilerin imzasının bulunması da, onlara kurucu sıfatını kazandırmaz. Domaniç, Kuruluşun Doğan Mesuliyet, sh. 10; İmregün, AO, sh. 34; Baştuğ, sh. 288. Aksi görüşte Arslanlı, C.I, sh.22, dp.33.

10 İmregün, AO, sh. 34; Gönen Eriş, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, sh. 90.

sermaye ile şirkete katılanların sorumluluğunu artırmak, onları kuruculara ait kanuni sorumluluk hükümlerine tabi kılmaktır^{10a}.

Ne var ki, Ser.PK'nun yürürlüğe girmesiyle anonim şirketlerin tedrici kuruluşuna ilişkin hükümlerinde zımni de olsa bir dizi değişiklikler meydana gelmiştir¹¹. Ser.PK'nun TK üzerindeki, dolaylı etkilerinden biri de TK m.278/2 de ki kurucu kavramı üzerinde olmuştur. Çünkü Ser.PK m.7, f.3'e göre, halka arz yoluyla satılan hisse senedi veya geçici ilmuhaber bedellerinin tam olarak nakden ödenmesi şarttır. Buna göre "halk ortaklar" kurulmakta olan anonim şirkete ancak para nevinden katılma taahhüdünde bulunabilecekler ve taahhüt edilen paranın tamamının peşin olarak ödenmesi halinde ortak sıfatını kazanabileceklerdir. Bu hükme göre halk ortakların para dışında bir sermaye taahhüdünde bulunmaları mümkün olmadığına göre, TK m.278/2'de sözü edilen "kurucu" kavramının uygulama alanı kalmamıştır¹². TK m.278/3, anonim şirkette kurucu sayılabilecek üçüncü bir grubu daha göstermiştir. Madde, kurucuların kuruluş işlemlerini, üçüncü kişi hesabına yapmaları durumunda, hesabına hareket edilen kişileri de kuruluşun doğan sorumluluk bakımından kurucu gibi sorumlu saymıştır. Kanun koyucu burada bazı kimselerin saman adam kullanarak kuruluşun doğan sorumluluktan kurtulmalarına engel olmak istemiştir.

Ticaret Kanunu, kurucu sıfatının kazanılması için yukarıda açıklanan şartlardan başka herhangi bir ek şart aramamıştır. Özel kanunlarla yasaklanmış olmadıkça, her gerçek ve tüzel kişi anonim şirketin kurucusu olabilir¹³.

Ancak tüzel kişilerden ticaret şirketlerinin anonim şirkete kurucu ortak olabilmeleri, esas sözleşmelerinde buna ilişkin açık bir hükmün bulunmasına bağlıdır(TK m.137). Diğer tüzel kişilerden dernek ve

10a Domaniç, C.II, sh.132.; Poroy/Tekinalp/Çamağlı, sh.262, N.484a; Baştuğ, 288; Fahıman, Tekil, Şirketler Hukuku, Anonim Şirketler. C.II, İstanbul 1978, sh. 228; Somer, sh. 116.

11 İmregün, AO, sh.32; Ali Murat Dizdar, Sermaye Piyasası Kanununun Anonim Ortaklıklarda "Kurucu" Kavramında Yaptığı Değişiklik Sorunu, İktisat ve Maliye Dergisi, C.XXX, 1983, S.7, sh. 282; Somer, sh. 115.

12 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.263, N.484a; Domaniç, C.II, sh. 132; Dizdar, sh. 283; Somer, sh. 117.

13 Arslanlı, C.I, sh. 23, dp. 37a; Domaniç, Kuruluşun Doğan Mesuliyet, sh.9; Domaniç, C.II, sh.133; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh. 263; İmregün, AO, sh.35; Baştuğ, sh. 289; Ansay, AŞ, sh.46; Tekil, C.II, sh. 227, dp.48; Somer, sh. 117; Eriş, sh. 89.

vakıflar ise doğrudan doğruya ve nihai gaye olarak değil, gayesine ulaşmak için bir anonim şirkete kurucu sıfatı ile katılabilirler¹⁴.

Gerçek kişilerin tamamının medeni haklardan yararlanma ehliyeti sınırsız olduğuna göre bunların hepsi kurucu olabilirler¹⁵. Ancak esas sözleşmeyi tanzim ve imza ile sermaye taahhüdünde bulunabilmek için medeni hakları kullanma ehliyeti şart olduğuna göre, küçük ve kısıtlıların yasal temsilcileri veli ve vasileri vasitasıyla temsil edilmeleri gerekir¹⁶. Vasiler bu yetkiyi kullanabilmek için MK m. 406 uyarınca Sulh ve Asliye Mahkemesinden izin almalıdırlar. Veliler için böyle bir zorunluluk olmamakla birlikte, o da aynı zamanda şirkette kurucu ise, küçük bir kayyum aracılığı ile temsil ettirilir¹⁷. Diğer yandan kurucular arasında yabancı uyrukluların bulunması mümkündür. Ancak bu yabancı uyruklu kurucuların ad ve soyadları ile birlikte uyruklarının da esas sözleşmede gösterilmesi¹⁸ hem TK'nın çeşitli maddelerinden, hem de yabancı sermaye mevzuatı çerçevesinde aranılan bir zorunluluktur¹⁹. Bu hususların varlığı ayrıca Bakanlığın çıkardığı 1995/1 tebliğinde²⁰ de aranmaktadır.

Bu konuda daha önce ortaya çıkan ve Bakanlığın hatalı tutumu sonucu sakıncalı bir uygulamaya dönüşen evli kadının kurucu ortaklığına da değinmek gerekir. Her ne kadar bugün böyle bir sorun ortada yoksa da gelineen seviyeyi anlayabilmek için bu hususu da

14 Domaniç, Kuruluştan Doğan Mesuliyet, sh. 9.

15 İmregün, AO, sh. 35.; Orhan Nuri Çevik, Anonim Şirketler, 3.Bası, Ankara 1988, sh.180,181.

16 İmregün, AO, sh. 35; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.263; Baştuğ, sh. 289

17 İmregün, AO, sh. 35; Çevik,,sh. 181.

18 Böyle bir hükmün amacı, kurucu olmak isteyen yabancı uyruklunun ülkesini tespit açısından önemlidir. Zira yabancı uyruklunun ülkesi Türk vatandaşlarına anonim şirkete kurucu olma hakkını vermemişse, karşılıklı esasına göre bu yabancı uyruklu gerçek ya da tüzel kişinin kuruculuğu Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından reddedilebilecektir. Bu kaydın diğer bir önemi de Mukabeli-i Bilmisil Kanununu uygulanması açısından olabilir.

19 Abuzer Kendigelen, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İçticaret 1995/1 Sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"inin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi, İHFM C.LV(1996), sh. 304; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.263.

20 13.8.1995 tarih ve 22373 sayılı RG.

açıklamak gerekir. Doktrindeki baskın görüşe²¹ göre, evli kadının kuruculuğunu yasaklayan hiçbir hüküm yoktu ve evli kadın kocasının izni olmadan da kurucu sıfatını kazanabilirdi. Bunun aksini iddia eden bazı yazarlar²² ve Bakanlık MK m.159'a dayanarak evli kadının anonim şirkete kurucu ortaklığını "bir iş veya sanatla iştigal etmek" anlamında görüp izin için kocanın muvafakatini aramaktaydılar. Ancak Anayasa Mahkemesi, MK m.159 hükmünü anayasaya aykırı bularak iptal²³ ettiği için, artık hatalı yorumlamaya elverişli bir kanun hükmü de kalmamıştır. Artık, Bakanlık da böyle bir şartı aramamaktadır.

Bu konuda son olarak makalenin konusunu oluşturan devlet memurlarının kurucu olup olamayacağı konusuna değinmek gerekir. Ticaret Kanunu'nda bu konuya ilişkin bir yasak hükmünün olmadığına yukarıda değinilmiştir. Ne var ki, buna rağmen bazı müellifler²⁴ haklarında ticaret yapma yasağı bulunan memurların bu sebepten kurucu olamayacağını, diğer bir kısım müellifler²⁵ ise TK'nın kurucular için hukuki ve cezai sorumluluk getirdiğini bu sebeple devlet memurlarının anonim şirkete kurucu olamayacağını savunmaktadırlar. Bize göre sorunun çözümü Devlet Memurları Kanunu hükümleri içinde aranmalıdır.

III. DEVLET MEMURLARI KANUNU'NDAKİ DURUM

A. Genel Olarak

1926 tarih ve 788 sayılı Memurun Kanunu'nun 8. maddesi;

"Memurlar ticaret ve sanatla iştigal edemezler. Kendi emlak ve arazilerini bizzat veya bilvasıta işletebilirler. Şirketlerde, ticaret ve sanayi müesseselerinde vazife deruhte edemezler. Ancak kooperatif şirketlerinde meclisi idare azalığı ve hesap müfettişliği edebilirler"

şeklinde düzenlenmişti.

-
- 21 Arslanlı, C.I, sh.23,dp.37a ; Ünal Tekinalp, Evli Kadının Pay Taahhüdünde de Bulunabilmesi Sorunu , İkt.Mal. C. XXII, s.11, sh. 471; İmregün, AO, sh.35; Çevik, sh.183; Tekil, C.II, sh.228, dp.48
- 22 Sadrettin Tosbi, Anonim Şirketler, Ankara 1943, sh.34.
- 23 Karar 2.7.1992 ve 21272 sayılı RG. de yayınlanmıştır.
- 24 Tosbi, AŞ, sh.35.
- 25 Çevik, sh.185; Eriş, sh. 89.

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 öngörülmüştü.

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

Ne var ki, 8. madde hükmü yukarıda ortaya konulan sorunların çözümünde başarılı olamamıştır²⁶.

B.Yürürlükteki Mevzuat Açısından

Daha sonra yürürlüğe giren 1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu; konuyu Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı başlığı altında 28. maddesinde düzenlemiştir²⁷. Madde metninin son hali şu şekildedir:

Madde 28. - 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 kollektif şirketlerde ortak veya komandit

26 Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku , II. Şirketler Hukuku, 2.bası Ankara, 1973, Sh.33.

27 28.madde 657 sayılı Kanundan sonra 1970 yılında 1327 sayılı Kanunla, daha sonra da 12 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilmiş, son şeklini 1975 tarih 1897 sayılı Kanunla getirilen değişiklikten sonra almıştır.

657 sayılı Kanunun 28. maddesinin ilk şekli şu şöyledir: "Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı; madde 28: Memurlar Türk Ticaret Kanununa göre (tacir) veya (esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamazlar, ticari mümessil ve vekil olamazlar, kollektif şirket ortaklığı ile komandit şirkette komandite ortaklığa giremezler ve ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği ve murakıplık görevlerini deruhde 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, sınıfının tüzüğünde belirtilir.

Eşleri, birinci fıkrada gösterilen faaliyetlerde bulunan devlet memurları, bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler.

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 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.)

Buna göre, kanun aşağıda sayılan ticari faaliyetlerle, kazanç getirici (emeği ile gelir sağlayacak) faaliyetlerde bulunmayı devlet memurları için açıkça yasaklamıştır. Bu faaliyetler şunlardır:

- Tacir ve esnaf sayılmasını gerektirecek bir faaliyetle bulunamazlar. (TK.m.14, 17)

- Ticari mümessil (BK.m. 449), ticari vekil (BK. m. 453) olamazlar.

- Kollektif şirket ortağı olamazlar.

- Komandit şirketin komandite ortağı olamazlar.

- Ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamazlar²⁸.

Devlet memurlarının yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri ile kanunla kurulmuş yardım sandıklarına üye olmaları, ticaret ve kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının dışında bırakılmıştır. Ayrıca belirtilen teşekküllere üye olan devlet memurlarının, yine bu kuruluşlarda yönetim ve denetim kurulu üyeliklerinde bulunabilecekleri kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir.

Kanunda ortak olunamayacak şirketler açıkça gösterilmesine rağmen, hangi nevi ticaret şirketlerine ortak olunabileceği konusunda açıklık yoktur. Maddenin amaca göre yorumundan, devlet memurlarının sermaye şirketlerine ortak olabilecekleri, hem doktrin, hem de Yargıtay tarafından kabul edilmektedir²⁹.

28 Maddenin ilk şeklindeki " ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği, murakıplık görevlerini deruhte edemezler" hükmü gerek müessese, gerek görev bakımından genişletilmiştir. Bu durumda devlet memurları anonim şirketlerde ne memur, ne de yönetim veya denetim kurulu üyesi olabileceklerdir.(Karayalçın, age, sh.35 dpn. 25; Aynı yönde Yargıtay 11. HD' nin 9.12.1991 gün ve E. 1990/5211, K.1991 / 6529 sayılı Doğanay(Devlet Memurları İle Küçük ve Mahcurlar, Hangi Nevi Şirketlere Ortak Olabilirler? Yaklaşım , Yıl 2, Sayı 24, sh. 103'den naklen.)

29 Tosbi, AŞ, sh.35; Siddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, 3. Basım, sh. 1176 ; Karayalçın, a.g.e , sh.35; Doğanay a.g.m, sh.103; Tekil, sh.227, 228, dp.48; Ünal Tekinalp, Evli Kadının Pay Taahhüdünde de

Bu hükmün ışığı altında kuruluş kanunu³⁰ veya ilgili yönetmeliklerde³¹ aksine hüküm olmadıkça devlet memurları:

- Komandit şirkette komanditer ortak
- Limitet şirket ortağı
- Adi şirket ortağı, hususi şirketin gizli ortağı³²
- Anonim şirket ortağı olabilirler³³

Bulunabilmesi Sorunu , İkt.Mal. C. XXII, s.11, sh. 471); Yargıtay 11. HD'nin 9.11.1991 tarih ve E. 1990/5211, K. 1991/6529 sayılı kararı (Doğanay sh.103,dp.6'dan naklen)

- 30 Bazı özel kanunlar devlet memurlarının ticaret şirketlerinin hiçbirisinde ortak ve pay sahibi olamayacaklarını açıkça belirtmiştir. Örneğin Sermaye Piyasası Kanununun 20. maddesi " Kurul başkan ve üyeleri, ... ortaklıklarda pay sahibi olamazlar." hükmünü içermektedir. Yine 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 50. maddesinin 3. fıkrasına göre "Noterler borsa oyunu oynamaktan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasındaki anlamda ticaret yapmaktan... yasaklıdırlar."

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 25. maddesine göre "Rekabet Kurulu başkan ve üyeleri... ticaretle uğraşmazlar, ortaklıklarda pay sahibi olamazlar.

Kurul başkan ve üyeleri göreve başlamadan önce malik oldukları hazine tarafından çıkarılan borçlanmaya ilişkin menkul kıymetler dışındaki her türlü sermaye piyasası mevzuatı anlamındaki menkul kıymetlerini üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhri hısmımları dışındakilere satmak veya devretmek suretiyle elden çıkarmak zorundadır. 30 gün içinde bu hükme uygun hareket etmeyen üyeler üyelikten çekilmiş sayılır."

1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun 19. maddesine göre" Banka Meclisi; başkan (Guvernör) ile genel kurulca seçilecek altı üyeden kurulur.

Üyelerin görevleri; özel bir kanuna dayanmadıkça banka dışındaki teşrii, resmi veya özel herhangi bir görev ile birleşemez. Bundan başka bu üyeler, ticaretle uğraşamayacakları gibi, bankalar ve şirketlerde de hissedar olamazlar." Ayrıca 27. madde başkan için aynı hükmü öngörmüştür.

- 31 Menkul Kıymetler Borsasının kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin (6 Ekim 1984 tarih ve 18537 sayılı R.G.'de yayınlanmış, 14 Ekim 1984 tarih 18545 sayılı R.G. düzeltmeleri çıkmıştır. 9.3.1988 tarih ve 19749 sayılı R.G.'de "Menkul Kıymetler Borsasının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik Yayınlanmıştır.)27. maddesine göre "Borsa başkanı, ... ticaretle uğraşamaz, ortaklıklarda pay sahibi olamaz..."

30. maddeye göre "Borsa personeli, ... ticaretle uğraşamaz, ortaklıklarda pay sahibi olamaz..."

- 32 Karayalçın, age, sh.35.

- 33 Bu konuda Karayalçın da haklı olarak belirttiği gibi önemli olan , ortaklığın sınırlı, sınırsız sorumluluğu değil , ortaklık durumunun memurun vazifesini

Devlet memurlarının anonim şirketin kurucu ortağı olup olamayacağı hususu ise tartışmalıdır. Çünkü madde metninde bu konuya ilişkin her hangi bir açıklık yoktur.

Doktrindeki bir görüşe göre devlet memurunun kurucu ortaklığı, memurluk görevini engel ya da görevi kötüye kullanmaya elverişli değilse mümkündür³⁴.

Diğer bir fikre göre ise; TTK' nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinde kurucular hakkında bazı sorumluluk ve yükümlülükler öngörüldüğüne göre devlet memurlarının kurucu ortak olmaması gerekir³⁵.

Eğer devlet memurunun anonim şirkete kurucu olması 28. madde kapsamındaki Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı çerçevesinde ele alınırsa; böyle bir faaliyete giren devlet memurunun DMK m.125/D'ye göre, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına çaptırılması gerekecektir. Anılan maddenin (h) bendine göre "Ticaret yapmak veya devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile karşılanmıştır³⁶. Yine aynı kanununun 132. maddesinin 4. fıkrasında "Kendilerine disiplin cezası olarak aylıktan kesme veya kademe ilerlemesini durdurma cezası verilenler, valilik, büyükelçilik, müsteşar, müsteşar yardımcılığı, genel müdürlük, genel müdür yardımcılığı ve daire başkanlığı görevlerine atanamazlar"³⁷.

ifaya mani veya görevini kötüye kullanmasına elverişli olup olmamasıdır. Karayalçın, age, sh.35, dp; 27; Aksi görüş Doğanay, agm, sh. 103; Yazar devlet memurlarının anonim ve limited şirket ortaklığını sorumluluğun şirkete konulan sermaye ile sınırlı olmasına dayandırmaktır. Aynı yönde Yalkın Bahar, Avukatlar Sermaye Şirketlerin Hissedarı Olabilirler mi? İstanbul Barosu Dergisi C.XXX111, s.4. 1959 ,sh.66.

34 Karayalçın, age, sh. 35.

35 Eriş, sh. 89; Çevik , sh. 185.

36 Devlet Memurları Kanunu'nun yanında bazı özel disiplin yönetmeliklerinde de bu husus bir disiplin cezası olarak öngörülmüştür. Örneğin Yükseköğretici Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin(RG.21.8.1982 tarih ve17789 sayı) 9. maddesinde kademe ilerlemesi cezası düzenlenmiş, bu cezayı gerektiren fiillerden biri olarak da aynı maddenin (h) bendinde "Ticaret yapmak veya kısmi sınırlı bulunanlara 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun tanıdığı imkanlar dışında Devlet Memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak" sayılmıştır.

37 Aynı şekilde buna benzer bir hüküm de yukarıda anılan yönetmeliğin 14. maddesinde düzenlenmiştir.Bu maddeye göre "Kademe ilerlemesinin

Devlet memurunun kurucu ortaklığının, yasak kapsamında kabul edilmesinin idare hukukuna ilişkin sonuçlarının yanında ticaret hukukuna ilişkin sonuçları da olacaktır.

İlk olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, kurucusu devlet memurlarından olan anonim şirketin kuruluşuna izin vermeyecektir^{37a}.

İkinci olarak, ticaret sicil memuru, şirket esas sözleşmesinde kanunun emredici hükümlerine veya kamu düzenine aykırılık tespit ederse tescil işlemini reddedecektir. Yukarıdaki görüşlerden olumsuz olanı kabul edilip, devlet memurunun kurucu olması yasak kapsamında ele alınırsa, kurucularının içerisinde devlet memurlarının olduğu anonim şirket esas sözleşmesi, sicil memuru tarafından kanuna aykırılık nedeniyle tescil edilmeyecektir.

Oysa ortaya konulabilecek bu sonuçların hiç birisi bizce mevcut mevzuat çerçevesinde kabul edilemez. Çünkü devlet memurunun anonim şirkete kurucu ortak olamayacağı konusunda 28. maddede açık ve kesin bir hüküm yoktur. Hem anonim şirket kurucu ortaklığını, 28. maddede sayılan yasak faaliyetler içine alma imkanı yoktur. Hemen belirtelim, madde de yasak olarak sayılan iş ve faaliyetlerle, anonim şirket kurucu ortaklığı içerik ve mahiyet olarak birbirinden tamamen farklıdır. Öyleyse kanunda açıkça düzenlenmeyen bir hususu, Ticaret Kanunu'nun kurucular için öngördüğü hukuki ve cezai sorumluluğu gerekçe göstererek yasak kapsamına almak maddenin amacını aşmak olur. Zira kanun koyucu böyle bir kaygıyla hareket etmiş olsaydı zaten madde metni içine bu hususu da ithal ederdi.

durdurulması cezasını alan öğretim elemanı yönetici memur ve diğer personelin bulunduğu derece ve kademedeki ilerlemesi ceza süresi kadar durdurulmakla beraber, öğretim elemanının akademik yükselme ve atanması ile ilgili işlemler de ceza süresince durdurulur ve mecburi bekleme süresinden düşülür. Memurlar bu süre içinde yarışma, sınav ve seçmelerine giremezler."

37a Bugünkü mevzuat açısından böyle bir durumun tesbiti mümkün görülmemektedir. Herşeyden önce TK da buna ilişkin bir açıklık olmadığı gibi, STB. 1995/1 tebliğinde de bir açıklık yoktur. İlgili tebliğ esas sözleşme düzenlenirken şu hususlara dikkat edilmesini aramaktadır: aa Kurucular; ana sözleşmede kurucuların ad ve soyadları, adresleri, yabancı uyruklu ortak varsa bunların uyruklarının gösterilmesi şarttır. Böyle olunca kurucunun memuriyet sıfatı sözleşmede açıkça belirtilmiş olmak veya ikrar ya da ihbar olmadıkça, ilgili bakanlığın böyle bir araştırmayı yapıp, kurucusu devlet memuru olan şirkete izin vermemesi düşünülemez.

Bütün bunların yanında dile getirilmesi gereken bir diğer husus da maddenin devlet memurlarının kooperatiflere üye ve onların denetim ve yönetim kurulu üyeliklerini yasak kapsamı dışında tuttuğudur. Bilindiği üzere 1163 sayılı Koop.K. m. 7'ye göre "Tescilden önce kooperatif namuna işlem yapanlar bundan şahsen ve zincirleme olarak sorumludurlar". Ayrıca bazı durumlarda üyeler için sınırsız sorumluluk kabul edilmiştir (m. 29). Kanun diğer yandan yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler için hem cezai, hem de hukuki sorumluluğu öngörmüştür (Koop.K. m. 62, Ek m. 2). Bu nedenle, kurucular için öngörülmüş cezai ve hukuki sorumluluğu gerekçe göstererek devlet memurlarına anonim şirket kurucu ortaklığını kanunda açık hüküm olmamasına rağmen yasaklamak uygun olmasa gerektir.

Karayalçın'la³⁸ birlikte maddenin ortaya çıkan sorunları çözümede yetersiz kaldığı, yeniden düzenlenmesi gerektiği hususu iddia edilebilir^{38a}.

38 Yazar m. 28'in başına şu hükümlerin konması lazımdır görüşünü savunmaktadır:

"Devlet memurları, iş saatleri içinde veya dışında, vazifelerini iyi surette ifaya mani olacak ticari, sınai, zirai bir iş yapamazlar.

"Devlet memurları görevleriyle doğrudan doğruya veya dolayısıyla ilgili ve görevlerini kötüye kullanmak suretiyle kendilerine, yakınlarına veya ortaklarına menfaat sağlamaya elverişli bir ticari işletmenin sahibi, gizli ortağı veya bir ticaret şirketinin ortağı olamazlar". Karayalçın, age, sh.34. ; Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, C.I, Giriş, Ticari İşletme, Ankara 1968, sh.201, dp.14

38a Bizce de, devlet memurunun yaptığı kamu hizmetinin en iyi şekilde görülmesi ve memuriyet görevinin kötüye kullanılarak kendisine, yakınlarına, ortaklarına menfaat sağlamanın önüne geçmek için 28. maddenin yeniden düzenlenmesi gereklidir. Yeni metin şu şekilde olabilir:

"Memurlar, Türk Ticaret Kanununa göre tacir veya esnaf sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil, ticari vekil olamazlar. Halka açık anonim şirketlerdeki pay sahipliği hariç, diğer ticaret şirketlerinin hiç birisine kurucu, ortak ve pay sahibi olarak katılamazlar."

Bu şekilde devlet memurları, 28. maddenin açıklığından ve boşluğundan da yararlanarak, doğrudan ya da dolaylı olarak görevini iyi yapmasına engel ya da görevini kötüye kullanmasına fırsat veren yasal bir olanaktan yararlanamayacaklardır. Çünkü, mevcut metinde memurların aile tipi anonim ve limited şirkette pay sahibi, komandit şirkette ise komanditer olması yasaklanmamıştır. Böyle olunca, memurların bu şirketlere ortak olarak girip, görevlerini kötüye kullanma ihtimali her zaman olacaktır. Oysa,

Ancak kanunda açıkça sayılmayan bir hususu devlet memurlarına yasaklamak uygun değildir. Böyle bir yorumun diğer bir sakıncası da TK m.278/3'te yer olan kurucu gibi sorumlu olanlar açısından söz konusu olacaktır. TK m.278/3, "Kurucular yukarıdaki fıkralarda yazılı muamelelerden birini, üçüncü bir şahsın hesabına yaptıkları takdirde bu şahıs da kuruluştan doğan mesuliyetler bakımından kurucu sayılır" hükmünü içermektedir. Buna göre bir devlet memuru TK m.278/1 deki esas sözleşmeyi imzalamadan ve pay taahhüt etmeden de kurucu sıfatını iktisap edebilecek ve yukarıda açıklanan yaptırımlarla karşı karşıya kalabilecektir.

Kuruluştan doğan sorumluluk şartları gerçekleştiğinde, kurucu olan devlet memurlarına ne yapılacağı sorulabilir. İşte ancak TK m.305-309 daki sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi halinde devlet memuru hem cezai, hem de idari soruşturmaya tabi tutulmalıdır^{38b}. Yoksa bu şartlar gerçekleşmeden sırf devlet memurunun anonim şirketin kurucusu olmasından dolayı disiplin soruşturmasına tabi tutulması ve ticaret sicil memurunun şirketi sırf bu sebepten tescil etmemesi en azından bugünkü mevzuat açısından mümkün değildir.

Bütün bunların yanında önemle eklenmesi gereken bir diğer husus da şudur: TK m.277'ye göre bir anonim şirketin kurulması için en az beş kurucunun bulunması şarttır. Buna göre beş kurucunun beşinin de devlet memuru olduğu bir anonim şirket en azından ani şekilde kurulamaz. Çünkü ani şekilde kurulan anonim şirketin ilk yönetim kurulunun esas sözleşme ile ve kurucular arasından atanması zorunludur³⁹. TK m.312'ye göre YK en az üç kişiden oluşacağına ve DMK m. 28 devlet memurları için YK üyeliğini yasaklığına göre, ticaret sicil memuru devlet memuru kuruculardan oluşan YK' nu ve dolayısıyla anonim şirket esas sözleşmesinin tescilini kanuna aykırılık nedeniyle reddedecektir. Zira kanuna aykırılıktan amaç sadece Ticaret Kanununa aykırılık değildir; diğer kanunların emredici hükümlerine uymamak da hükmün kapsamına girer⁴⁰. Buna rağmen esas sözleşmenin tescil edilmesi YK üyesi sıfatını kazanan devlet memurlarının yukarıda

payları atomize olmuş halka açık anonim şirketlerde böyle bir risk hiç bir zaman olmayacaktır. .

38b Bakınız. DMK m. 140

39 İmregün, AO, sh. 199; İmregün, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, sh. 336.

40 Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, , sh.123-124, N.213

açıklanan idari yaptırımlara maruz kalmaları sonucunu doğuracaktır. Öyleyse ani kuruluş açısından kuruculardan en az üç tanesinin devlet memuru sıfatını taşımayan kişilerden olması şarttır.

TÜZEL KİŞİLERİN DAVADA TEMSİLİ

Seyithan Deliduman*

GİRİŞ

Davada tarafların temsili iki şekilde olur: 1) Kanuni temsil, 2) İradi Temsil¹.

Kanuni Temsil: Dava ehliyeti olmayanların davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edilmesidir. Kanuni temsil gücünü kanundan alır ve yetkiler kanunla belirlenmiştir².

İradi temsil: Tarafların (veya kanuni temsilcilerinin) iradelerine dayanan temsildir. Dava ehliyeti olan kişi (taraf) davasını kendisi açıp takip edebileceği gibi³, atadığı (seçtiği) bir temsilci (vekil)⁴ aracılığı ile de açabilir ve takip edebilir(HUMK. m. 59, I; AK. m. 35, III).

Kanuni temsil yalnız dava ehliyeti bulunmayanlar için sözkonusu olduğu halde, iradi temsil kanuni temsil hallerinde de mümkündür⁵. Şöyle ki, kanuni temsilci, temsilcisi olduğu kişinin taraf bulunduğu bir davayı kendisi takip edebileceği gibi, davanın takibi için bir vekil de (avukat da) atayabilir (seçebilir) (HUMK. m. 59, II).

Hukukumuzda davaya vekalet işiyle asıl görevli kişiler avukatlardır⁶. Başka bir ifade ile, ülkemizde kaza mercilerinde dava açmak, savunmak, iş takip etmek işlemleri ruhsatnameyi haiz ve

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi.

1- Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1997, s. 234.

2- Walter Z., Zivilprozessrecht, Tübingen 1971 s. 58.

3- Guldener, M, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s. 132.

4- Vekil taraflar dışında bir üçüncü kişidir (Holzhammer, R., Österreichisches Zivilprozessrecht, Wien New York 1976, s. 79).

5- Schönke/Schröder/Niese, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Karlsruhe 1954 s. 125.

6- Önen, İ.E., Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 81; Alman Hukukunda da davaya vekalet ehliyeti (iradi temsilci olabilme ehliyeti) kural olarak avukatlara tanınmıştır (bkz. Kummer Max, s. 65).