**"...**

**I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ**

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 2.8.2006 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

'01.07.2006 tarih ve 5538 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 35 inci Maddesi ile 78 sayılı Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye Eklenen Ek Madde 8'in Anayasaya Aykırılığı

01.07.2006 tarih ve 5538 sayılı Kanunun 35 inci maddesi ile 78 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ve iptali istenen Ek Madde 8'de; Yükseköğretim Kurumları öğretim görevlisi, okutman, araştırma görevlisi, uzman, çevirici ve eğitim ' öğretim planlamacısı kadrolarına açıktan veya naklen atanabilmek için (doktora yapanlar hariç) Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından yapılacak merkezi sınavda ve bu sınavı müteakip yükseköğretim kurumlarınca yapılacak giriş sınavında başarılı olma şartı getirilmektedir. Ayrıca, bu sınavın yapılması ve sınavda başarılı sayılmak için gerekli puanların ve diğer hususlara ilişkin ilişkin usul ve esasların belirlenmesi Yükseköğretim Kurulunun teklifi üzerine Bakanlar Kuruluna verilmektedir.

Anayasanın 131 inci maddesinde: 'Yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim kurumlarındaki eğitim ' öğretim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek bu kurumların Kanunda belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda kurulmasını, geliştirmesini ve üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmak maksadı ile Yükseköğretim Kurulu kurulur' denilmektedir.

Anayasanın 131 inci maddesi gereğince, boş öğretim elemanı kadrolarına yapılacak açıktan atama sayılarının belirlenmesi ve bu kadroların yükseköğretim kurumları itibariyle dağıtımı, kullanımı ve diğer hususların Yükseköğretim Kurulu tarafından yapılması gerekmektedir.

Nitekim, 04.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 17.08.1983 tarih ve 2880 sayılı Kanunun 14 üncü maddesi ile değişik 31 inci maddesi ile yukarıda açıklanan hususların; fakültelerde dekanların, rektörlüğe bağlı bölümlerde bölüm başkanlarının önerileri üzerine ve rektörün onayı ile yerine getirileceği hükme bağlanmıştır.

Bu hüküm aynen şöyledir:

'Öğretim görevlileri; Üniversitelerde ve bağlı birimlerinde bu Kanun uyarınca atanmış öğretim üyesi bulunmayan dersler veya herhangi dersin özel bilgi ve uzmanlık isteyen konularının eğitim ' öğretim ve uygulamaları için, kendi uzmanlık alanlarındaki çalışma ve eserleri ile tanınmış kişiler, süreli veya ders saati ücreti ile görevlendirilebilirler. Öğretim görevlileri, ilgili yönetim kurullarının görüşleri alınarak fakültelerde dekanların, rektörlüğe bağlı bölümlerde bölüm başkanlarının önerileri üzerine ve rektörün onayı ile öğretim üyesi, öğretim üye yardımcısı ve öğretim görevlisi kadrolarına atanabilirler veya kadro şartı aranmaksızın ders saati ücreti veya sözleşmeli olarak istihdam edilebilirler. Öğretim üyesi kadrolarına öğretim görevlileri en çok iki yıl süre ile atanabilirler; bu süre sonunda işgal ettikleri kadroya başvuran öğretim üyesi bulunmadığı ve görevlerine devamda yarar görüldüğü takdirde aynı usulle yeniden atanabilirler. Atanma süresi sonunda görevleri kendiliğinden sona erer. Bunların yeniden atanmaları mümkündür. Bu takdirde ilk atama usulü uygulanır. Konservatuarlar ile meslek yüksekokullarına gerektiğinde sürekli olarak öğretim görevlisi atanabilir.'

İptali istenen kural 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun yukarıda açıklanan hükmünü zımnen yürürlükten kaldırmakta ve Anayasanın 131 inci maddesine aykırı bir düzenleme getirmektedir.

Diğer taraftan Anayasanın 130 uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasında,

'Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, mali işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim Kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı mali kaynakların kullanılması [kanunla düzenlenir.](http://www.bahum.gov.tr/BAHUM/scripts/Body.Asp%27MevzuatID%3D13149%26MaddeID%3D140599%22%20%5Ct%20%22_blank)'

denilmiştir. Bu fıkrada belirtilen hususların Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmeliğe bırakılması ve Bakanlar Kurulunun bu görev ve yetkileri tamamen veya kısmen kullanmasının kanun ile öngörülmüş olması, Anayasanın 130 uncu maddesindeki 'Kanunla düzenleme' şartının yerine getirildiğini göstermez. Kanunla düzenlenme zorunluluğu Yükseköğretim Kurulunca yürütülmesi gereken görevlerin yasa ile bir başka organa verileceği anlamına gelmez.

Ayrıca Anayasanın 130 uncu maddesine göre Devletin yükseköğretim kuruluşları üzerindeki görevi denetim ve gözetimle sınırlıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 30.05.1990 tarihli E.1990/2, K.1990/10 sayılı Kararında (AMKD. S.26, s.198 ' 204),

'Anayasanın 130 uncu maddesi, üniversitelerin, bir hukuk devletinin üniversitesine yaraşır biçimde uygar ve evrensel karakterde öğretim ' eğitim, araştırma ve yayın konularında bilimsel özerkliğe sahip bir kamu tüzelkişisi biçiminde kurulmasını ve Cumhuriyetin temel organları içinde bu niteliği ile yer almasını istemiş ve buna göre düzenlemeler yapmıştır.

Anayasanın 130 uncu maddesinde, üniversitelerin, bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzelkişileri olarak tanımlanması ve bunların ancak Devlet tarafından yasayla kurulabileceklerinin saptanması ile güdülen ereğin, siyasal çevrelerin, özellikle iktidarların ve ayrıca çeşitli baskı gruplarının, üniversite çalışmalarıyla öğretim ve eğitimini etki altında tutabilmeleri yolunu kapatmak ve bu faaliyetlerin bilimsel gerekler ve gereksinmelerden başka, herhangi bir dış etkiden uzak kalacak bir ortamda sürdürülmesini sağlamak olduğunda kuşku yoktur' denilmiştir.

Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, Anayasanın konuyla ilgili tüm hükümlerinden yararlanmak zarureti vardır. Çünkü, her yasa gibi Anayasa da bir bütündür ve tek bir kuralın yeterince açıklık getirmediği durumlarda bütün metnin göz önünde tutulması, başka bir anlatımla, sözün de açıklık olmayınca özüne gidilmesi ve bunun için de kuralların tümünün incelenmesi, öz yönünden yorum yapılırken ileriye dönük ve gerçekçi bir yolun izlenmesi gerekir (AYM. E.90/4, K.90/6, T.12.04.1990, R.G. 12.04.1990, Sa.26).

Anayasa Mahkemesinin kararında açıkça vurgulandığı üzere, Anayasanın üniversiteler konusunda kabul ettiği temel ilke; çağdaş öğretim ve eğitime uygun çalışmalarla belirgin bilimsel düzeyde insan gücü yetiştirmekle görevli üniversiteleri, dışardan gelebilecek her çeşit baskı ve müdahaleden korumak üniversite eğitim ve öğretimini, bilimsel gerekler ve gereksinmelerden başka herhangi bir dış etkiden uzak tutmaktır.

Görüldüğü üzere yükseköğretim kurumlarının özerk bir yapıya sahip olmaları ve bu yapının dışardan gelebilecek her çeşit baskı ve müdahaleden korunması Anayasal bir zorunluluktur ve yükseköğretim kurumlarına atanacak öğretim elemanlarının, belirli akademik kriterler gözönüne alınarak öğretim elemanının görevlendirileceği yerdeki yönetim kurulu, dekan ve rektör onayı ile görevlendirilmesi de bu özerk yapının ayrılmaz bir parçasıdır.

Belirtilen nedenlerle iptali istenen kural, 'Kanunla düzenleme' şartına aykırı düştüğünden ve yükseköğretim kurumlarının olmazsa olmaz niteliğe sahip özerk yapısını zedelediğinden Anayasanın 130 uncu maddesine açıkça aykırıdır.

Öte yandan iptali istenen düzenleme ile merkezi sınavın yapılması ve sınavda başarılı sayılmak için gerekli puanların ve diğer hususlara ilişkin ilişkin usul ve esasların belirlenmesi konusunda Bakanlar Kuruluna verilen yetki, Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 123 üncü maddelerine de aykırıdır.

Anayasanın 123 üncü maddesi idarenin görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesinin 29.12.2004 tarihli E.2002/39, K.2004/125 sayılı kararında da aynen şöyle denilmiştir:

'Anayasanın 2 nci maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesi, yasaların kamu yararına dayanması ögesini içerdiği gibi, yasama organı tarafından konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözönünde tutulmasının gerekliliği, yine bu ilkenin doğal bir yansımasıdır. Bu ölçütler ise hukuk kurallarının korunmasında birbiriyle çatışan yararların uzlaştırılmasını zorunlu kılar. Aynı ilke uyarınca, **Devlet organlarının görev ve yetkilerinin bu çerçevede yasalarla belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur**.' (R.G. T. 25.10.2005, Sa.25977).

Yürütme yetki ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak yerine getirileceği ilkesinin yer aldığı Anayasanın 8 inci maddesinden anlaşılacağı gibi, yürütmenin ' idarenin Anayasada gösterilen ayrık haller dışında asli düzenleme yetkisi yoktur. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesinde yasamaya verilmiştir ve devredilemez. Devredildiği taktirde kökenini Anayasadan almayacağı için, Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı bir yetki niteliğini alır.

Anayasanın 123 üncü maddesine göre idarenin yetkilerinin kanunla gösterilmesi gerekir. İdareye kendi yetki ve görevlerini kendi işlemleri ile belirleme yetkisi bırakılması, asli düzenleme yetkisi verilmesi anlamına gelir ve bu tür bir yetkilendirme Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı bir yetki devri anlamını taşır.

Bu nedenle söz konusu düzenleme ile Bakanlar Kuruluna tanınan belirleme yetkisi Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 123 üncü maddelerine de aykırı düşmektedir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumları benimseyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. 'Yasaların kamu yararına dayanması' gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için yasakoyucunun öngörülebilir düzenlemeler getirmesi de asıldır. Bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının 'kamu yararı' olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir.

İptali istenen kural ile yapılan düzenlemede kamu yararı bulunmamaktadır. Şöyle ki;

01.07.2006 tarih ve 5538 sayılı Kanunun 35 inci maddesiyle 78 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ve iptali istenen ek 8 inci maddesinin göre; yükseköğretim kurumları öğretim görevlisi, okutman, araştırma görevlisi, uzman, çevirici ve eğitim ' öğretim planlamacısı kadrolarına naklen veya açıktan yapılacak atamalar için ÖSYM tarafından merkezi yerleştirme sınav sonuçlarının dikkate alınacağı belirtilmektedir. Bu durum, mesleki ve teknik yükseköğretimi olumsuz yönde etkileyecektir.

Çünkü; meslek yüksekokullarında kuramsal bilgilerin yanı sıra uygulama ağırlıklı mesleki eğitim programları uygulanmaktadır. Bu türden ders programlarının yürütülebilmesi için meslek yüksekokullarında lisans düzeyinde öğretim veren fakülte ve yüksekokullardan farklı olarak özellikle uygulamalı dersler, atölye ve laboratuarlarda öğretim üyelerinden çok, mesleki deneyimi olan ancak akademik kariyeri bulunmayan öğretim elemanları görev almaktadır. Sanayi deneyimi olan elemanların merkezi sınavlara girmesi ve buradan belirli puanlar alması beklenemez.

Bu yasanın uygulanması durumunda, deneyimli kişilerden meslek yüksekokullarında öğretim elemanı olarak yararlanılamayacaktır. İlgili yasa maddesi ile öğretim elemanlarının alımında birliktelik sağlanılması düşünülmekle birlikte belirli bir meslekte çok uzun süre deneyim kazanmış kişilerin meslek yüksekokullarına atanma koşulları gittikçe zorlaştırılmıştır. Her ne kadar ÖSYM tarafından yapılacak merkezi sınavın nitelikleri henüz belirli değilse de mesleki deneyimi ölçemeyeceği açıktır. Örneğin, bir kaynakçının nasıl kaynak yaptığı, bir turizm elemanının nasıl ön büro veya mutfakta çalıştığının denenemeyeceği, taş oymacılığı, halıcılık, grafik ' tasarım, otomotiv, makine konusunda uzman bir kişinin yeteneğinin ölçülemeyeceği gibi. Meslek eğitim için çok önemli olan iş deneyimine sahip elemanların zaten meslek yüksekokullarına öğretim elemanı olarak çekilmesi zor iken bu yasal düzenleme ile tümüyle ortadan kalkacaktır.

Dünyadaki uygulamalara bakıldığında ise, mesleki ve teknik eğitim kurumlarında istihdam edilen öğretim elemanlarının sanayide deneyimi bulunan kişilerden deneyime bağlı olarak seçildiği görülmektedir. İptali istenen kuraldan önce, benzer bir şekilde, öğretim elemanı görevlendirilebilmesi mümkündü. Nitekim 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununun 'Kurum ve Kuruluşların İmkanlarından Yararlanma ' başlıklı 4 üncü maddesinde,

'Yükseköğretim kurumlarının ve özellikle, meslek yüksekokullarının, eğitim ' öğretim faaliyetlerinin yürütülebilmesi için; ders araç ' gereçleri ile öğretim elemanı temin etmek, öğrencilere atölye ve sağlık tesisleri ile diğer iş yerleri ve tesislerinde staj ve uygulama imkanları sağlamak üzere, ilgili bakanlıklar ile onlara bağlı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarından yararlanılır. Buna ait esaslar, Bakanlar Kurulu karar ile yürürlüğe konacak bir yönetmelikle belirlenir.'

hükmüne yer verilmiş olup, bu hüküm uyarınca Bakanlar Kurulunun 83/7401 sayılı kararı ile yürürlüğe konulan Yükseköğretim Kurumlarının Bakanlıklar ile Onlara Bağlı Kurum ve Kuruluşlardan Yararlanma Yönetmeliği ile de gerekli düzenleme yapılmıştır.

Bu nedenle, meslek yüksekokullarına naklen veya açıktan atanacak öğretim elemanlarında ÖSYM tarafından açılacak olan merkezi sınava girme zorunluluğu getirerek mesleki ve teknik yükseköğretimi olumsuz yönde etkileyecek olan iptali istenen kural ile yapılan düzenleme, kamu yararı bulunmadığından hukuk devleti ilkesi ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesi ile de bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

5538 sayılı Kanunun 35 inci maddesi ile 78 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek madde 8'in 'Ancak, doktorasını tamamlamış bulunanlar için merkezi sınava, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü hükümlerine göre uzmanlık eğitimine alınanlar için merkezi sınav ve giriş sınavlarına katılma şartı aranmaz.' şeklindeki ikinci cümlesiyle bu maddenin birinci ve üçüncü cümleleri arasında uygulama açısından ayrılmaz bir beraberlik olduğu için, söz konusu ikinci cümlenin de birinci ve üçüncü cümleler için geçerli olan gerekçelerle Anayasaya aykırı düştüğünü söylemek gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle 01.07.2006 tarih ve 5538 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 35 inci maddesi ile 78 sayılı Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek madde 8 Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 nci, 130 uncu ve 131 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.'"