

ÖĞRETİM ELEMANLARININ MECBURİ HİZMET YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Compulsory Working Obligation of Academics

Doç. Dr. Yasin SEZER¹

ÖZET

2547 sayılı Yükseköğretim Kanun'unda yükseköğretim kurumlarında ihtiyaç duyulan öğretim elamanlarını yurt içinde veya yurt dışında bir başka üniversitede yetiştirebilme imkânı verilmiştir. Bu çerçevede, öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları başka bir üniversiteye geçici olarak tahsis edilebilir. Bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar, bu eğitimin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönerler.

Bu düzenlemeyle bir başka üniversitede lisansüstü öğrenim görmek isteyen kişilere hem çalışmalarını daha rahat yapabilmeleri hem de esas kadrosunun bulunduğu yüksek öğretim kurumunda idarî sorunlarla karşılaşmamları için kadrolarını geçici olarak yetiştirilmek üzere gönderildiği üniversitelere aktarma imkânı tanınmıştır. Ancak bu usûl, lisansüstü öğrenim görmek için başvurulabilecek tek yöntem değildir. Kişiler 35.maddede düzenlendiği biçimiyle kadro nakli ve buna bağlı olarak mecburi hizmet yükümlülüğü altına girmeden de lisansüstü öğrenim görebilirler.

DMK'nın EK 35. maddesi ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel kanunları ve diğer özel kanunlarda yer alan hükümlere göre bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren okutulacak yeni öğrencilere mecburi hizmet yükümlülüğü kaldırılmıştır. Dolayısıyla, bir başka üniversitede lisansüstü öğrenim görmek üzere gönderilen kişilere mecburi hizmet yükümlülüğü ve buna bağlı olarak tazminat sorumluluğu yüklenemez.

Anahtar Kelimeler: mecburi hizmet, araştırma görevlisi, tazminat, kamu hizmeti, lisansüstü öğrenim.

ABSTRACT

Higher Education Act. (Law Number: 2547) allows Turkish universities (sender university) to educate needed academics either domestic or overseas universities. In line with this opportunity, research assistants' position at sender univer-

¹ Pamukkale Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Öğretim Görevlisi.

sity maybe provisionally transferred to another university. At the end of their education program, academics who gain specialist degree in Medicine, degree of efficiency in art or PhD degree, return to the sender university with his/her position.

This regulation allows beneficiaries to transfer their positions to a new university where postgraduate studies will be carried on. Transferring positions would provide two main advantages to its beneficiaries. First, the beneficiary would carry his/her graduate studies more freely. Second, the beneficiaries would not meet any administrative problems of sender university. However, this regulation is not the sole method of graduate education in another university. Beneficiaries may get their degrees apart from this regulation (35. Madde) without compulsory working obligation.

The compulsory working obligation is abolished by the Civil Servants' Act's 35. supplemental article. Therefore, students who have attended a graduate program at another university cannot be asked to pay compensation.

Key words: compulsory working, research assistants, compensation, public service, graduate education.

GİRİŞ

Ülkemizde açılan üniversite sayısı her geçen gün artmaktadır. Ancak, gerek eskiden kurulmuş ve gerekse yeni kurulan üniversitelerin öğretim elemanı kadrosunun yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Özellikle yaklaşık son 15 yıl içinde vakıf üniversitelerinin kurulmasıyla birlikte devlet üniversitelerinin kadrosunda bulunan yetişmiş öğretim elemanlarının vakıf üniversitelere transferi ile birlikte öğretim elemanı ihtiyacı katlanarak artmıştır. Yükseköğretim kurumlarının yetişmiş öğretim elemanı ihtiyacının karşılanabilmesi için 2547 sayılı Yükseköğretim Kanun'unda bazı kolaylıklar getirilmiştir. Kanunun 35. maddesinde göre, "Yükseköğretim kurumları, kendilerinin ve yeni kurulmuş ve kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının ihtiyacı için yurt içinde ve dışında, kalkınma planı ilke ve hedeflerine ve Yükseköğretim Kurulu'nun belirteceği ihtiyaca ve esaslara göre öğretim elemanı yetiştirirler. Öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurul'unca geçici olarak tahsis edilebilir. Bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar, bu eğitimin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelere dönerler".

Bu düzenlemeyle kanun koyucu, yüksek öğretim kurumlarında ihtiyaç duyulan öğretim elemanlarını yurt içinde veya yurt dışında yetiştirebilme imkânı vermiştir. Bunun için de bu kişilerin hem çalışmalarını daha rahat yapabilmeleri hem de esas kadrosunun bulunduğu yüksek öğretim kurumunda mesai kurallarına uyma gibi idari sorunlarla karşılaşmamaları için kadrolarını geçici olarak yetiştirilmek üzere gönderildiği üniversitelere aktarma imkânı tanınmıştır.

Ne var ki kanunun koyucunun bir imkân/fırsat olarak öngördüğü bu durum, Yükseköğretim Kurumu'nun (YÖK) geçen yaklaşık 15 yıllık uygulamasında adeta bir cezalandırma aracı olarak görülmüştür. YÖK, kanunun sözüne ve ruhuna aykırı olarak, özellikle 1992'den sonra Anadolu'da kurulun yeni üniversitelerin öğretim elemanlarını bu şekilde bir başka üniversitede çalışmaya zorlamıştır. Kadrosunu aktarmadan başka bir üniversitede lisansüstü öğrenim gören yapan kişiler hakkında idarî soruşturmalar açmış/açtırmış, hatta yüksek lisans veya doktora eğitiminin yanında kamu görevine son verme cezaları bile verildiği görülmüştür. Ancak, bu uygulama yapılırken kişiler arasında ayrımcılık yapılmıştır. Bazı üniversitelerde aynı bölümünde görev yapan kişilerin bir kısmı zorunlu olarak başka bir üniversiteye yüksek miktarlarda borç senetleri imzalatılarak gönderilirken, bir kısmı borç senedi imzalamadan idarî izinlerle lisansüstü öğrenimlerini tamamlayabilmişlerdir.

İdarî uygulamalardaki bu duraksamalar/farklılıklar Yargıtay ve Danıştay başta olmak üzere yargı organlarının kararlarında da görülmektedir. Bu konuda yargı kararlarında yeknesaklık yoktur. Özellikle Danıştay 8. Dairesi yakın zamanda içtihat değiştirerek önceki kararlarının aksine mecburî hizmet yükümlülüğünün yasal dayanağının olmadığı yönünde kararlar vermeye başlamıştır.

Bu çalışmada, önce kamu hizmetine girme hakkı ve mecburî kamu hizmeti kavramları üzerinde durulacak; ardından da yargı kararları ışığında Yükseköğretim Kanunu'nun 35.maddesinde düzenlenen mecburî hizmet yükümlülüğü konusu incelenecektir.

I. Kamu Hizmetine Girme Hakkı

Bugüne kadar, gerek öğretilerde ve gerek yargı kararlarında henüz herkes tarafından kabul edilebilir bir kamu hizmeti tanımı yapılamamıştır. Kavramın belirsizliği konusunda görüş birliği olmasına rağmen, tanımlama gayretleri de devam etmektedir. Türk İdare Hukuku öğretisinde genel kabul gören anlayışa göre, “kamu hizmeti; devlet veya diğer kamu tüzel

kişileri ya da bunların denetimi ve gözetimi altında özel teşebbüsler tarafından toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel ihtiyaçların tatmini amacı ile yapılan devamlı faaliyetlerden ibarettir”².

Kamu hizmeti kavramı, Anayasa’da değişik anlamlarda kullanılmıştır: Örneğin, Anayasa’nın 70. maddesinde³ "kamu kuruluşları" anlamında kullanılırken; 128. maddesinde⁴ "iş, uğraş, faaliyet" anlamında kullanılmıştır. Bunun yanında, Anayasa’nın değişik maddelerinde ifade edilen kamu hizmeti kavramları veya ondan türeme kavramların hangi anlamlarda kullanıldığı, her maddenin kendi bütünlüğü içinde değerlendirilmelidir. Yargısal kararlar için de aynı şeyleri söylemek mümkündür.

Kamu hizmeti kavramının tanımlanmasının zorluğuna dikkati çeken Anayasa Mahkemesi’ne göre, “*Kamu hizmetinin belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte, kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti; devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*”⁵.

20 Kamu hizmetini yerine getirme görevi öncelikli olarak idareye ait bir görev/yetkidir. Ancak, özel hukuk kişileri de kamu hizmetlerinin yürütülmesine değişik şekillerde katılabilmektedir. Özel hukuk kişileri bu

² Onar, Sıddık Sami: *İdare Hukuku Umumi Esaslar*, 3.bası, C.II, Hak Yayınevi, İstanbul, 1966, s.13; Duran, Lütfi: *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.307; Özyay, İl Han: *Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002, s.231; Günday, Metin: *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s.282; Azrak, Ülkü: *Kamu Yönetimi (Ders notları)*, İstanbul,1976, s.6; Sezer, Yasin: *Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı*, Seçkin Kitabevi, Ankara 2006, s.13; Gözler, Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s.297.

³ IV. Kamu Hizmetine Girme Hakkı

A. Hizmete Girme

Madde 70: "Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir, hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez".

⁴ D. Kamu Hizmeti Görevlileriyle İlgili Hükümler

1. Genel İlkeler

Madde 128: "Devletin, kamu iktisadî 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."

⁵ Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995, E.1994/71, K.1995/23, *Resmi Gazete*, 20.03.1996, S. 22586, s.48; Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2, *Resmi Gazete*, 24.01.1995, S.22181, s.21.

etkinliklere gönüllü olarak katılmasının yanında kamu görevlisi olarak veya idarenin tek taraflı iradesiyle vereceği izinle (ruhsat) ya da idareyle akdî bir ilişki kurarak katılabilir⁶.

Belirtmek gerekir ki kamu hizmetine girme anayasal bir haktır. Bir başka ifade ile insanlar ihtiyaçlarını karşılayabilmek ve yaşamlarını sürdürebilmek için çalışmak zorundadırlar. İnsanlar için bir zorunluluk olan çalışma, aynı zamanda Anayasa tarafından güvence altına alınmış, anayasal bir haktır (m.39). Herkes dilediği alanda çalışma hakkına sahiptir. İnsanlar özel sektörde çalışabileceği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarında da çalışabilirler. Vatandaşların kamuda çalışabilmeleri anayasal bir haktır. Anayasaya göre, “*Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir.*” (m.70).

II. Mecburî Kamu Hizmeti

Kamu hizmetine girme kişinin serbest iradesine bağlıdır. Anayasa'nın 48. maddesine göre, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hakkına sahiptir. Kişiler, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun işlerde çalışma hakkına sahiptir. Devletin görevi, “çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri” almaktır (m.49). Bunlar, sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir⁷.

1. Zorla Çalıştırma Yasağı

Kişiler, Anayasa tarafından düzenlenen ve koruma altına alınan çalışma hakkı çerçevesinde özel sektörde ya da kamuda çalışabilir. Anayasa, kişinin kamu kurum veya kuruluşlarında çalışabilmesini “kamu hizmetine girme hakkı” olarak ayrıca düzenlemiştir. Hak kavramı, niteliği konusunda teorik tartışmalar olsa da hukuk düzeni tarafından kişiye tanınan ve korunmasını isteme hususunda bireyin yetkili kılındığı menfaat olarak tanımlanmaktadır⁸. Dolayısıyla, Anayasa tarafından tanınan ve korunan çalışma hakkı ve bu hakla doğrudan bağlantılı olan kamu hizmetine gir-

⁶ Sezer, Yasin: “Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde Yap-İşlet-Devret Modeli” (yayımlanmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000, s.21-22.

⁷ Sezer, Kamu Hizmetine Girme Hakkı, s.36.

⁸ Akıntürk, Turgut: *Medeni Hukuk*, 8.bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s.27; Kılıçoğlu, Ahmet M.: *Medeni Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, 52.

me hakkı, bireyin kendi isteği ile kullanabileceği bir yetkidir. Hiç kimse, başkasına kamuda çalışması için baskı yapamaz⁹.

2. Zorla Çalıştırma Yasağının İstisnaları

Kişilerin zorla çalıştırılması Anayasa tarafından yasaklanmıştır. Ancak, Anayasa’da düzenlenen temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer insanlara karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder (m.12/2). Bu çerçevede kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda kişiler iradeleri dışında kamu hizmetinde çalıştırılabilir¹⁰. Anayasanın 18. maddesine göre, “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük ve tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları zorla çalıştırma sayılmaz”. Yine Anayasanın 15. maddesine göre, “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir”.

22 Anayasanın bu hükümleri çerçevesinde, yasal düzenlemelerle bazı kişilere kamu hizmetinde zorunlu çalışma yükümlülüğü getirilmiştir. Vatandaşlara kamu hizmetine katılma mecburiyeti getiren yasal düzenlemelere şu örnekler verilebilir:

1983 tarih ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu’nun 8. maddesinde, tabii âfet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilân edilen bölgelerde bulunan 18-60 yaşları arasındaki bütün vatandaşlara, diğer malî yükümlülüklerin yanında çalışma yükümlülüğü de getirilmiştir. Tabii ki çalıştırılacak kişilerin yaş, cinsiyet, sağlık, meslekleri, meşguliyet-

⁹ Sezer, Kamu Hizmetine Girme Hakkı, s.37.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, süreli ve süresiz yayınların dağıtımını yapan gerçek ve tüzel kişileri her türlü günlük yayımı dağıtmakla yükümlü kılan 06.11.1996 tarih ve 4202 sayılı “Basın Kanununa İki Ek Madde Eklennesine Dair Kanunun iptali için açılan davada “kamu yararı amacıyla” özel kişiler arasındaki hukuki muamelelerde bile mecburi çalışma yükümlülüğü getirilebileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, “Anayasanın 18. maddesinde hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı ve angaryanın yasak olduğu belirtilmiştir. Süreli ve süresiz dağıtım yapan yayın kuruluşları için iptali istenen kuralla öngörülen diğer yayınları dağıtma zorunluluğu olmasa da bunlar faaliyetlerini zaten sürdürmektedirler. Süreli ve süresiz yayınların okuyucuya ulaştırılması basın ve haber alma özgürlüklerinin vazgeçilmez bir sürecini oluşturduğundan bunların dağıtımını için zorunluluk öngörülmesi kamu yararı amacıyla yönelik bir düzenlemedir”. Anayasa Mahkemesi, 05.06.1997, E.1996/70, K.1997/53, *Resmî Gazete*, 04.04.2003, S.25069, (www.anayasa.gov.tr: 25.07.2010).

leri ve sosyal durumları ile aile ve bakıma muhtaç yakınları göz önünde bulundurulacaktır.

2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'nda Bakanlar Kurulu'na, tüm gerçek kişilerle, kamu ve özel kurum ve kuruluşlarına seferberlik ve savaş hali hazırlıkları çerçevesinde görev ve yükümlülükler verme yetkisi tanınmıştır. Kişiler, kendilerine verilen görev ve yükümlükleri yerine getirmek ve ilgili makamlar tarafından istenilen her türlü bilgiyi vermek zorundadır (m.9).

Kişilere zorunlu çalışma yükümlülüğü getiren düzenlemelerden bir diğeri, 1959 tarih ve 7269 sayılı Umumî Hayata Müessir Âfetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanundur. Kanununun 6. maddesi gereğince “Âfetlerin meydana gelmesinden sonra vali ve kaymakamlar (askerler ve hakim sınıfından bulunanlar hariç olmak üzere) 18 - 65 yaş arasındaki bütün erkeklere görev vermeye....yetkilidir”.

Anayasa'nın 6.maddesine göre, “Hiç bir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” Diğer bir deyişle, idare hukukunda yetkiler, anayasa ve kanunlardan kaynaklanır. Anayasa ve kanunlardan yetki almayan hiç kimse idare adına işlem yapmaya yetkili değildir. Ancak, bazı olağanüstü durumlarda kanunen yetkilendirilmemiş, hatta idareye tamamen yabancı kişiler bile, idare adına işlem ya da eylem yapabilmektedir¹¹. Örneğin, yeni başlamış bir orman yangınına gören vatandaşların orman yangın söndürme ekiplerine haber vermeden doğrudan yangına müdahale etmeleri gibi. İdare Hukukunda fiilî memur denilen bu görevlilerin yapmış oldukları idarî işlem veya eylemler, diğer unsurlar yönünden hukuka aykırılık yoksa yetki unsuru açısından hukuka uygun kabul edilir. İdare, fiilî memurların işlem ve eylemlerinden doğan zararlardan dolayı sorumludur¹².

Kamu hizmetlerine katılma mecburiyeti olağanüstü dönemlerle sınırlı değildir. Kanun koyucu olağan dönemlerde de böyle bir mecburiyet öngörebilir. Nitekim Anayasa ve bazı kanunların olağan dönemlerde de bireylere mecburi çalışma yükümlülüğü getirdiği görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, burada bahsedilecek kişiler, fiili memur statüsünde değildirler. Bunlar, kanunen idare adına işlem ve eylem yapmaya yetkilendirilen kamu görevlileri statüsündedir.

¹¹ Sezer, Kamu Hizmetine Girme Hakkı, s.39.

¹² Gözübüyük, A.Şeref - Tan, Turgut: *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C.I, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s.334.

Bu bağlamda askerlik hizmeti Anayasa emri gereğince bireylerin kamu yararına yönelik yerine getirmek zorunda oldukları bir yükümlülüktür. Her ne kadar, askerlik hizmeti, Anayasa'nın 72. maddesinde "vatan hizmeti" kenar başlığı ile siyasi hak ve hürriyetler arasında düzenlenmiş ise de bu hizmet; her Türk vatandaşı için hem bir hak hem de bir ödevdir. Kanunen kabul edilebilir bir mazereti olmayan herkes askerlik hizmeti yapmak zorundadır. 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 1. maddesi gereğince, T.C. vatandaşı olan herkes askerlik hizmetini yapmak mecburiyetindedir. 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 63. maddesine göre, " *Kabul edilecek bir özrü olmadan barışta bakayalarla yoklama kaçağı veya saklılardan yaşutlarının veya birlikte işleme bağlı arkadaşlarının ilk kafilesi yollanmış bulunanlar ve ihtiyat erattan çağrılıp da özürsüz yaşutlarının yollanmalarından başlayarak yedi gün içinde gelenler bir aya kadar, yakalananlar üç aya kadar, yedi günden sonra üç ay içinde gelenler üç aydan bir yıla kadar, yakalananlar dört aydan bir buçuk yıla kadar, üç aydan sonra gelenler dört aydan iki yıla kadar hapis, üç aydan sonra yakalananlar altı aydan üç yıla kadar*" hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 224. ve 225. maddelerinde, mecburî hizmete ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Kanuna göre, "İlgili bakanlığın isteği, Devlet Personel Başkanlığı'nın görüşü ve Maliye Bakanlığı'nın teklifi ile Bakanlar Kurulu'nca belirtilen her derecedeki öğretim kurumları ve öğretim dalları dışında kalan kurum ve dallarda Devlet tarafından okutulanlardan, a) yurtiçinde Devlet hesabına okutulan öğrenciler (tatiller dahil) öğrenim süreleri kadar, b) yurtdışındaki öğretim kurumlarında Devlet hesabına öğrenimlerini bitiren öğrenciler (tatiller dahil) öğrenim sürelerinin iki katı kadar mecburi hizmetle yükümlüdürler" (m.224). Yetiştirilmek, eğitilmek, bilgilerini artırmak veya staj yapmak üzere 3 ay veya daha fazla süre ile yurt dışına gönderilen devlet memurlarına, yurt dışında geçirdikleri sürenin iki katı kadar mecburî hizmet yüklenir. Bu kişiler, işe alınma sınavlarına tâbi olmaksızın görevlerine atanırlar. Ancak, 01.08.1996 tarih ve 4160 sayılı Kanunun 2. maddesiyle DMK'ya eklenen EK 35. madde ile yurt içinde okutulan öğrencilere mecburi hizmet yükümlülüğü getirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, "kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel kanunları ve diğer özel kanunlarda yer alan hükümlere göre bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren okutulacak yeni öğrencilere mecburî hizmet yükümlülüğü getirilemez. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte mecburî hizmet karşılığı okutulmakta olan öğrenciler, mezuniyetlerinden veya memuriyete atanmalarından sonra kurumlarından mecburî hizmet yükümlülüğünün kaldırılmasını talep edebilirler. Bu takdirde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, mecburî hizmet yükümlülüğü ve tazminat borçları (1.1.1995 tarihinden önce mecburi hizmet yükümlülüğünü ihlal edenlerin dâhil) ortadan kalkar. Yurtdışında okutulanlar ile Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından okutulanlar hakkında bu madde hükmü uygulanmaz"¹³.

¹³ Kişilere zorunlu çalışma yükümlülüğü getiren düzenlemelere bir başka örnek olarak belirtmek istediğimiz son örnek düzenleme, uzman hekimlere ülkenin belirli yerlerinde çalışma mecburiyeti getiren 21.6.2005 tarih ve 5371 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapıl-

DMK'nın mecburî hizmete ilişkin hükümlerine paralel bir diğer düzenleme, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35. maddesinde yapılmıştır. Düzenlemeyle belli şartların gerçekleşmesi halinde yüksek öğretim elemanlarına mecburî hizmet yükümlülüğü getirilmiştir. 2547 sayılı Kanunu'nun 35.maddesiyle getirilen mecburî hizmet yükümlülüğü bu çalışmanın ana konusunu oluşturduğu için ayrı bir başlık altında ve ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

III. Yükseköğretim Kanunu'nun 35. Maddesi

Yükseköğretim kurumlarının yetişmiş öğretim elemanı ihtiyacının karşılanabilmesi için 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda bazı kolaylıklar getirilmiştir. Kanununun 35. maddesinde göre, *“Yükseköğretim kurumları, kendilerinin ve yeni kurulmuş ve kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının ihtiyacı için yurt içinde ve dışında, kalkınma planı ilke ve hedeflerine ve Yükseköğretim Kurulunun belirteceği ihtiyaca ve esaslara göre öğretim elemanı yetiştirirler. Öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurulu'nca geçici olarak tahsis edilebilir. Bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar, bu eğitimin sonunda kadrolarında birlikte kendi üniversitelerine dönerler”*.

Bu düzenlemeyle yüksek öğretim kurumlarında ihtiyaç duyulan öğretim elemanlarını yurt içinde veya yurt dışında bir başka üniversitede yetiştirebilme imkânı verilmiştir. Yine bu düzenlemeyle, insanların hem çalışmalarını daha rahat yapabilmeleri hem de esas kadrosunun bulunduğu

masına Dair Kanun'dur. Kanununun 1. maddesine göre, “İlgili mevzuata göre yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlar, her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile Devlet Plânlama Teşkilâtı Müsteşarlığı tarafından hazırlanan İlçelerin Sosyo-Ekonomik Gelişmişlik Sıralamasında yer alan; altıncı grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerlerinde 300, Beşinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile altıncı grup ilçe merkezlerinde 350, Dördüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile beşinci grup ilçe merkezlerinde 400, Üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezlerinde 450, İkinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile üçüncü grup ilçe merkezlerinde 500, Birinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile ikinci grup ilçe merkezlerinde 550, Birinci grup ilçe merkezlerinde 600 gün, Sağlık Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığınca uygun görülen diğer kuruluşlarda devlet memuru veya ilgililerin talebi halinde 10.07.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanuna tâbi sözleşmeli sağlık personeli olarak devlet hizmeti yapmakla yükümlüdürler”. Bu düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesinde dava açılmıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemede Anayasaya aykırılık görmemiş ve iptal istemini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, 13.03.2006, E.2006/21, K.2006/38, Resmî Gazete, 11.12.2007, S.26727.

yüksek öğretim kurumunda mesai kurallarına uyma veya maaşlarının ödenmesi gibi idarî sorunlarla karşılaşmamaları için kadrolarını geçici olarak yetiştirilmek üzere gönderildiği üniversitelere aktarma imkanı tanınmıştır. 1997 tarihli Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin¹⁴ 4.maddesine göre:

“Öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla yeni kurulan veya gelişmekte olan üniversite veya yüksek teknoloji enstitülerinin araştırma görevlisi kadroları, lisansüstü eğitim yaptırmak üzere, kadrosunu tahsis edecek üniversitenin başvurusu, “Öğretim Üyesi ve Araştırmacı Yetiştirme Kurulu”nun görüşü ve Yükseköğretim Kurulu’nun kararı ile tespit edilen, gelişmiş eğitim programı bulunan başka bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne tahsis edilebilir.”

Tahsis edilen araştırma görevlisi kadrosu dolu veya boş olabilir. Kadronun dolu olması halinde, bu kadroda bulunan kişi yeniden giriş sınavı yapılmaksızın, tespit edilen üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünün ilgili lisansüstü programına kaydedilir. Bu gibi kişiler lisansüstü öğrenim görmek üzere gidecekleri üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünde görevlendirilirler.

26

Kadronun boş olması halinde, lisansüstü öğrenim görececek öğrencilerin seçilme ve atama işlemleri, eğitim yapacak üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünün ilgili yönetim kurulu kararıyla yapılır.

Böylece, araştırma görevlileri lisansüstü çalışmalarını sürdürürken gönderildiği üniversitenin hem kütüphane ve laboratuvarlarından daha rahat yararlanma imkânı elde edecek hem de söz konusu üniversitenin öğretim elemanlarıyla yakın çalışma imkânı elde edecektir.

Bu usûlle bir lisansüstü programa “*Yetiştirilen öğretim elemanları, genel hükümlere göre bağlı oldukları yükseköğretim kurumlarında mecburî hizmetlerini yerine getirmek zorundadırlar. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere, yükseköğretim kurumlarında görev verilmez. Özel kanunlarla getirilen mecburî hizmet çalışmaları bu hüküm dışındadır*”(m35/3). Yönetmeliğin 4/4.maddesi gereğince, “*görevlendirme veya atama işleminde önce adaylardan, kendilerine kadrosu tahsis edilen üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünde 2547 Sayılı Kanunun 35 inci maddesi şartları içinde lisansüstü eğitim-öğretim süresi (tatiller dâhil) kadar*

¹⁴ Resmî Gazete, 23.05.1997, S.22997.

mecburi hizmeti yerine getirmek zorunda bulduklarına dair bir taahhüt ve kefalet senedi alınır. Bu senette ilgili araştırma görevlilerinin lisansüstü eğitim - öğretimlerinin tamamlanmasından ne kadar süre sonra kadroyu tahsis eden üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne döneceğini belirten bir hüküm de yer alır.

Düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, 2547 sayılı Kanun'un 35.maddesi çerçevesinde başka bir üniversiteye gönderilen öğretim elamanlarına ***mecburî hizmet karşılığında taahhütname ve kefalet senedi*** imzalatılmaktadır. Yüksek miktarlarda tazminat içeren bun senetler öğretim elemanlarının özgür iradeleriyle imzaladıklarını söylemek mümkün değildir. Bu senetler yönetmelik gereğince şartları idare tarafından resen belirlenen ve zorunlu olarak imzalatılan senetlerdir.

Kanun metnindeki "*tahsis edilebilir*" ifadesinden de anlaşılacağı üzere bu bir zorunluluk değildir. Diğer bir deyişle, bir başka üniversitede lisansüstü öğrenim görebilmeleri için mutlaka Yükseköğretim Kanunu'nun 35. maddesi çerçevesinde kadrolarını nakletme zorunluluğu yoktur. Kişiler, 35. maddedeki usûle başvurmaksızın, kadroları kendi üniversitelerinde kalarak ta bir başka üniversitede lisansüstü öğrenim görebilirler.

Kanunun koyucunun bir imkân/ fırsat olarak öngördüğü bu durumun uygulamada YÖK tarafından adeta bir cezalandırma aracı olarak kullanıldığı görülmüştür. YÖK, kanunun sözüne ve ruhuna aykırı olarak, özellikle 1992'den sonra kurulun yeni üniversitelerin öğretim elemanlarını bu şekilde bir başka üniversitede çalışmaya zorlamıştır. 35.madde çerçevesinde kadrosunu aktarmadan başka bir üniversitede yüksek lisans ve doktora yapan kişiler hakkında idarî soruşturmalar açmış/açtırmış, hatta yüksek lisans veya doktora eğitiminin yanında kamu görevine son verme cezaları bile verilebilmiştir. Ancak, bu uygulama yapılırken kişiler arasında ayrımcılık yapılmıştır. Bazı üniversitelerde, aynı bölümde görev yapan kişilerin bir kısmı zorunlu olarak başka bir üniversiteye yüksek miktarlarda borç senetleri imzalatılarak gitmeye zorlanırken, bazı kişiler ise böyle bir zorlama maruz kalmadan kadrolarını kendi üniversitelerinde muhafaza ederek bir başka üniversitede lisansüstü öğrenimlerini tamamlamışlardır. Lisansüstü öğrenimlerine 35.maddede öngörülen usûle göre başlayıp başarısız olanlar veya bir şekilde ilişigi kesilenler çok yüksek miktarlardaki borç senetleri nedeniyle icra takibine maruz kalırken, 35.madde kapsamında olmayan kişiler başarısız olsalar bile herhangi bir adlî takibe/tazminat ödemeye maruz kalmamışlardır. Oysaki "devlet or-

ganları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır” (Anayasa, m.10).

Uygulamada karşılaşılan bu sorunları/duraksamaları dikkate alan kanun koyucu, yeni bir yasal düzenleme yaparak mağduriyetleri gidermeye çalışmıştır. 29.06.2006 tarih ve 5535 sayılı “Bazı Kamu Alacaklarının Tahsil ve Terkinine İlişkin Kanun”la 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na eklenen Geçici 52. ve 53.maddelerle lisansüstü eğitim-öğretim amacıyla yurt içinde veya yurt dışında bir başka üniversiteye gönderilen; ancak, herhangi bir nedenle öğrenimlerini tamamlayamadıkları için mecburi hizmet ve tazminat yükümlülükleri olan kişilerin borçları, bir yüksek öğretim kurumunda ya da Devlet Personel Başkanlığı’nın belirleyeceği bir kamu kurumunda mecburi hizmetlerini tamamlamaları şartıyla, terkin edilmiştir¹⁵. Düzenleme ile lisansüstü öğrenim için bir başka üniversiteye gönderilen kişilerin mecburî hizmeti kaldırılmayıp, mecburî hizmet karşılığı ödemeleri gereken yüksek miktarlardaki tazminat borçları terkin edilerek, söz konusu kişilerin üniversitelerde veya başka bir kamu kurumunda çalışmasına imkân tanınmıştır.

1. Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi

28

Yukarıda açıklandığı üzere, DMK’nın 224. ve 225. maddelerinde devlet imkânlarıyla yurt içinde veya yurt dışında öğrenim gören öğrencilere öğrenim sürelerinin iki katı kadar mecburî hizmet yükümlülüğü getirilmiştir. Bu kişiler, işe alınma sınavlarına tâbi olmaksızın görevlerine atanırlar. Ancak, 01.08.1996 tarih ve 4160 sayılı Kanunun 2. maddesiyle DMK’ya eklenen EK 35. madde ile yurt içinde okutulan öğrencilere mecburî hizmet yükümlülüğü getirilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Buna göre, “*Kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel kanunları ve diğer özel kanunlarda yer alan hükümlere göre bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren okutulacak yeni öğrencilere mecburî hizmet yükümlülüğü getirilemez. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte mecburî hizmet karşılığı okutulmakta olan öğrenciler, mezuniyetlerinden veya memuriyete atanmalarından sonra kurumlarından mecburî hizmet yükümlülüğünün kaldırılmasını talep edebilirler. Bu takdirde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, mecburî hizmet yükümlülüğü ve tazminat borçları (1.1.1995 tarihinden önce mecburî hizmet yükümlülüğünü ihlal edenlerin borçları dahil) ortadan kalkar. Yurtdışında okutulanlar ile Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından okutulanlar hakkında bu madde hükmü uygulanmaz*”.

1996 yılında 4160 sayılı Kanunun 2. maddesiyle DMK’ya eklenen EK 35. madde ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel kanunları ve diğer özel kanunlara göre, devlet adına yurt içinde okutulan öğrencilere mecburî hizmet yükümlülüğü getirilemeyeceği hükmü getirilmiştir. Acaba, 657 sayılı Kanunun Ek. 35. maddesi hükümleri yüksek öğretim mensuplarını da kapsar mı? Diğer bir ifade ile 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine gö-

¹⁵ Resmî Gazete, 08.07.2006, S.26222.

re gönderilen araştırma görevlilerinin de mecburi hizmet yükümlülüğünden muaf tutulması söz konusu mudur?

Yüksek öğretim mensupları açısından, DMK genel kanundur. Yüksek öğretim personeline öncelikli olarak kendi özel kanunları olan 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu ve 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu hükümleri uygulanır. Genel kanun olan DMK, ancak yüksek öğretime ilişkin özel kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde uygulanır (2914 sayılı K., m.20). Yine, 2547 sayılı mecburi hizmeti düzenleyen 35. maddesinde, genel hükümlere atıf yapılmaktadır. Bu durumda DMK'nın EK 35. maddesi hükmü ile özel kanun olan 2547 sayılı kanunun 35. maddesi hükümleri zımnî olarak çelişmektedir. DMK, yurt içinde eğitim gören öğrencilere mecburi hizmet muafiyeti getirirken, 2547 sayılı Kanun yurt içinde başka bir üniversitede yüksek lisans ve doktora öğrenimi gören araştırma görevlilere mecburi hizmet yükümlülüğü getirmektedir.

Bu durumda aynı konuyu düzenleyen ve yürürlükte olan iki kanundan hangisinin uygulanacağı hususuna genel olarak değinmekte yarar vardır. İki ayrı kanunun aynı anda yürürlükte olması durumunda farklı ihtimaller ortaya çıkar. Bu durumlar şöyle özetlenebilir¹⁶:

* Her iki kanunun da genel kanun olması mümkündür. Bu durumda, iki kanun arasında bir çatışma varsa, yeni tarihli genel kanunun uygulanır.

* Her iki kanun da özel kanun olabilir. Bu durumda da yeni tarihli özel kanun hükmünün uygulanacağını kabul etmek yerinde olur.

* Genel kanun eski, özel kanun yeni olabilir. Burada da ilke olarak yeni tarihli özel kanun hükümleri uygulanır. Ancak eski kanun yeni kanunu tamamlıyor da olabilir. Böyle bir durumda, yeni tarihli özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde, eski tarihli genel kanun hükümlerini uygulamak gerekir.

* Diğer bir ihtimalde ise, genel Kanun yeni, özel kanun eski olabilir. Bu çalışmanın konusu olan 2547 sayılı Kanunun 35.maddesi eski tarihli, DMK'nun EK 35.maddesi ise yeni tarihlidir. Bu durumda, hükümlerin çelişmesi halinde hangi kanunun uygulanacağı sorusu ile karşılaşılır.

Böyle bir durumda üç değişik görüş ileri sürülebilir¹⁷:

* Yeni tarihli genel kanunun, özel de olsa eski tarihli kanunu yürürlükten kaldıracağı görüşü,

¹⁶ Can, Halil Can- Güner, Semih: *Hukukun Temel Kavramları*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001, s.196.

¹⁷ Akıncı Şahin: "Yeni Medeni Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması", (tebliğ) Türk Medeni Kanunu Sempozyumu, Konya Barosu, 2002, (hwww.sahinakinci.com/teblig2.htm: 28.07.2010); Centel Nur- Zafer Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6.bası, İstanbul, 2009, s.51; Ali İhsan İpek, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara, 2010, s.156.

* Genel kanunun genel düzenlemeler ihtiva edeceği, dolayısıyla, özel kanun hükümlerinin saklı tutulması gerektiği görüşü,

* Bu konuda üçüncü ve bizim de benimsediğimizi görüşe göre, genel kanunun yeni, özel kanunun eski tarihli olması durumunda kanun koyucunun iradesinin araştırılması gerektiği görüşü. Bu düşünceye göre, eğer kanun koyucunun iradesi, yeni tarihli genel kanun ile özel kanun hükümlerini ortadan kaldırmak ya da değiştirmekse, o zaman genel kanun hükümleri uygulanmalıdır.

DMK'nın EK 35. maddesindeki kamu kurum ve kuruluşlarının "Personel kanunları ve diğer özel kanunlar" ifadesinden yasama organının EK 35. maddedeki genel düzenleme ile özel kanunların ilgili hükümlerini zimnen yürürlükten kaldırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Ek 35. maddenin son fıkrasında, kimlerin istisna olacağı açıkça düzenlenmiştir. Kanuna göre, "Yurt dışında okutulanlar ile Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından okutulanlar hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz". Dolayısıyla, eğitim için yurt içinde başka bir üniversiteye gönderilen ve son fıkra kapsamına giren herkes mecburî hizmetten muaf sayılmıştır.

2. Yargı Mercilerinin Yaklaşımı

İdarî uygulamalardaki bu duraksamalar/farklılıklar Yargıtay ve Danıştay başta olmak üzere yargı organlarının kararlarında da görülmektedir. Bu konuda yargı organlarının kararlarında da yeknesaklık yoktur.

Yargıtay, 2547 sayılı Kanun'un 35. maddesi çerçevesinde başka bir üniversitede lisansüstü öğrenim görmek üzere geçici olarak kadrosu başka bir üniversiteye aktarılan kişilerin, başarısızlık ya da başka nedenlerle ilişkisi kesilen kişilerin daha önceden imzalamış oldukları borç senetlerinin dava ya da icra takipleri nedeniyle temyizden baktığı birçok davada mecburî hizmet yükümlülüğünün bizatihi kendisini sorgulama ihtiyacı duymamıştır. Yüksek Mahkeme, taraflar arasındaki ilişkinin bir özel hukuk ilişkisi olduğunu karine olarak kabul ederek, yüklenme senedinde belirtilen tazminat şartların oluşup oluşmadığına veya kefillerin sorumluluğuna ilişkin hususları borçlar hukuku çerçevesinde çözümlenmeye çalışmıştır. Yüksek mahkemeye göre, serbest irade ile üniversiteye verilen taahhüt-namenin verilmesini yasaklayan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Kişiler, hata-hile veya zorla imza ettirilmeden serbest iradesi ile imzalanan yüklenme senetleri geçerlidir. Mecburî hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeyen öğretim elemanları tazminat borcunu ödemek zorundadırlar¹⁸.

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24.9.2008, E.2008/18-553, K.2008/563; Yargıtay 18.Hukuk Dairesi, 17.4.2007, E.2007/1825, K.2007/3483; Yargıtay 18.Hukuk Dairesi, 3.10.2006, E.2006/7714, K.2006/7273; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7.6.2006, E.2006/18-371, K.2006/361; Yargıtay 18.Hukuk Dairesi, 13.12.2005, E.2005/5785, K.2005/11084; Yargıtay 18.Hukuk

Danıştay eski tarihli kararlarında, bir üniversite adına diğer üniversitede lisansüstü eğitim gören araştırma görevlilerine mecburî hizmete yükümlüğü getirmenin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir. Danıştay 8. Dairesi, "Taahhütname ve kefalet senedi vermemesinden dolayı davacının Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsündeki görevine son verilmesi işleminin dayanağı olan ve 23.05.1997 gün ve 22997 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin son fıkrasının iptali istemiyle açılan davada düzenlemenin hukuka aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Dava konusu yönetmeliğin 4. maddesinin dava konusu edilen son fıkrasında "Görevlendirme veya atama işleminden önce adaylardan, kendilerine kadro tahsis edilen üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünde 2547 sayılı Kanunun 35 inci maddesi şartları içinde lisansüstü eğitim-öğretim süresi (tatiller dâhil) kadar mecburî hizmeti yerine getirmek zorunda bulduklarına dair bir taahhüt ve kefalet senedi alınır. Bu senette ilgili araştırma görevlilerinin lisansüstü eğitim-öğretimlerinin tamamlanmasından ne kadar süre sonra kadroyu tahsis eden üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne döneceğini belirten bir hüküm de yer alır" düzenlenmesine yer verilmiştir. Danıştay 8. Dairesine göre,

2547 sayılı Yasanın anılan 35. maddesi, yurtiçi veya yurtdışında yetiştirilen öğretim elemanları için mecburî hizmet yükümlülüğü öngörmüştür. Dava konusu yönetmelik kuralı ile ilgisinden istenen taahhütname ve kefalet senedi de yasanın öngördüğü mecburî hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamaya yöneliktir. Bu yönüyle dava konusu yönetmelik maddesinde yasaya aykırılık bulunmadığı gibi, üniversite kaynaklarıyla yetiştirilen öğretim elemanlarının ihtiyaç duyulan kadrolarda değerlendirilmesini sağlamak açısından kamu yararı ve hizmetin gereklerine de uygundur¹⁹.

Danıştay, bu dönemde (2006 yılına kadar) verdiği birçok karar öğretim elemanlarının mecburî hizmet yükümlülüğünün olduğunu ve bu konuda görevini yerine getirmeyen kişilerin tazminat ödemeleri gerektiğine karar vermiştir. Bir başka ifade ile mahkeme mecburî hizmet yükümlülüğünün

Dairesi, 29.11.2005, E.2005/8982, K.2005/10609; Yargıtay 18.Hukuk Dairesi, 18.10.2005, E.2005/7298, K.2005/9165; Yargıtay 18.Hukuk Dairesi, 27.9.2005, E.2005/7951, K.2005/8370; Yargıtay 18.Hukuk Dairesi, 19.4.2005, E.2005/2951, K.2005/3918, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

¹⁹ Danıştay 8.Dairesi, 27.01.2005, E.2003/3926, K. 2005/251, (www.danistay.gov.tr: 30.07.2010)

kendisini sorgulama gereği duymamıştır. Mecburî hizmet yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda idare tarafından ödenen maaş, yoluk ve yevmiyenin iki katı tutarının faiziyle birlikte ödettirilmesi gerektiğine karar vermiştir²⁰. Danıştay, bunu idarenin gönderdiği öğretim elamanının geri dönüşünü sağlamaya yönelik bir tedbir olarak görmüştür²¹.

Danıştay 8. Dairesi, 2006 yılında içtihat değiştirerek DMK'nın EK 35.maddesiyle mecburî hizmetin kaldırıldığına ve buna bağlı olarak da daha önceden imzalanmış olan kefalet senedine dayanarak idarenin tazminat talep etmesinin hukuki dayanağının olmadığına hükmetmiştir. Danıştay 8.Dairesi'nin içtihat değişikliğine gittiği olayda "Kafkas Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesinde araştırma görevlisi olarak görev yapan davacı, Boğaziçi Üniversitesinde lisansüstü eğitim yaparken kendisine yapılan ödemelerin, 2 katı ve yasal faiziyle birlikte geri istenilmesine ilişkin rektörlüğün 2.4.2003 gün ve 800 sayılı işlemi ile dayanağı 1.1.2000 gün ve 309 sayılı taahhütname ve kefalet senedinin iptali istemiyle" dava açmıştır. Erzurum İdare Mahkemesi, "657 sayılı Yasanın Ek 35. maddesinin 5.8.1996 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, eğitim amacıyla başka bir üniversitede görevlendirilen ancak başarısız olan davacı hakkındaki dava konusu uygulamanın da kaldırılmış olduğu, aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı, taahhütname ve kefalet senedinin idarenin üstün kamu gücünü kullanarak tesis ettiği bir işlem olmadığı, tarafların serbest iradesiyle oluştuğu, idari tasarruf olarak değerlendirilemeyeceğinden uyuşmazlığın taahhütname ve kefalet senedinden kaynaklanan kısmının idare mahkemesinin görevine girmeyip adli yargıda çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu 2.4.2003 gün ve 800 sayılı işlemin iptaline, taahhütname ve kefalet senedine ilişkin kısmı hakkında davanın görev yönünden reddine" karar vermiştir. Davayı temyizen inceleyen Danıştay 8.Dairesi, idare mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçenin usûl ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına karar vermiştir²².

²⁰ Danıştay 8.Dairesi, 24.12.2003, E.2003/1185, K.2003/5925, (www.danistay.gov.tr: 30.07.2010)

²¹ Danıştay 8.Dairesi, 27.10.2004, E.2004/2364, K.2004/4056; Danıştay 8.Dairesi, 27.01.2005, E.2004/1994, K.2005/250; Danıştay 8.Dairesi, 29.01.2003, E.2002/3352, K.2003/427; Danıştay 8.Dairesi, 19.02.2001, E.1999/5093, K.2001/602, Danıştay 8.Dairesi, 21.12.2003, E.2003/1185, K.2003/5925, Danıştay 8.Dairesi, 04.10.2000, E.1998/5104, K.2000/6006, (www.danistay.gov.tr: 30.07.2010)

²² Danıştay 8.Dairesi, 14.02.2006, E.2004/6052, K.2006/587, (www.danistay.gov.tr: 02.08.2010).

Bu kararda ilk derece mahkemesi mecburî hizmet yükümlüğünün yasal dayanağının olmadığına hükmetmesine rağmen, taraflar arasında imzalanan taahhütname ve kefalet senedinin geçerliliği hususunun adlî yargı mercilerinin görevine girdiğine hükmetmiştir. İdare mahkemesi, önceki dönemde Yargıtay ve Danıştay tarafından verilen kararların da etkisiyle, taahhütname ve kefalet senedini tarafların serbest iradesiyle oluşan özel hukuk muamelesi olarak tanımlamıştır. Mahkemeye göre, taahhütname ve kefalet senedi tarafların özgür iradesiyle alınan ve idarenin üstün kamu gücünü kullanarak tesis ettiği bir işlem olmadığından idari tasarruf olarak kabul edilmemesi gerekir. Ancak gerçekte, taahhütname ve kefalet senetlerinin tarafların serbest iradesiyle oluşturulup imzalandığını söylemek mümkün değildir.

Bu konuya ileride görevli yargı yolu konusunda tekrar değinilecektir. Ancak, şimdilik bir hususa değinmekte yarar vardır. Gerek ilk derece mahkemesi ve gerekse Danıştay kararında mecburî hizmet yükümlülüğünün yasal dayanağını olmadığı belirtilmesine rağmen, idarenin kamu görevlilerine “taahhütname ve kefalet senedi” imzalatma yetkisi tartışılmamıştır. Bir başka ifade ile idarenin bir karar alabilmesi için kanundan yetki alması gerekir. Bu olayda, mahkemeler idarenin işleminin yasal dayanağının olmadığını tespit ederken, yasal dayanağı olmadan yapılan hukuki muamelenin geçerliliğini tartışma yetkisini adlî yargıya bırakmışlardır. Bu davada gerek ilk derece mahkemesinin ve gerekse Danıştay’ın, kararını verirken tereddüt içinde olduğu anlaşılmaktadır. Bunda da yüksek mahkemelerin önceki kararlarının etkili olduğu söylenebilir.

Danıştay 8. Dairesi’nin daha sonraki tarihlerde verdiği kararlarında görüşünü netleştirdiğini görüyoruz. Adnan Menderes Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesinde araştırma görevlisi iken doktora eğitimi amacıyla Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsüne gönderilen araştırma görevlisinin yabancı dil sınavında (ÜDS) başarısız olarak eski görev yerine dönmesi nedeniyle imzaladığı kefaletname uyarınca tarafına ödenen ve maaşlarının iki katı tutarında olan 28.514.950.000 liranın hesaplanacak yasal faizi ile birlikte nakden ve en geç 7 gün içinde ödenmesi istenmiştir. Davacı, Adnan Menderes Üniversitesi Bütçe Daire Başkanlığı’nın 24.6.2003 gün ve 276 sayılı işleminin iptali istemi ile dava açmıştır. Aydın 1.İdare Mahkemesi işlemde hukuka aykırılık göremeyerek davayı reddetmiştir.

Davayı temyiz mercii olarak inceleyen Danıştay, ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Danıştay 8.Dairesine,

2914 sayılı Yükseköğretim Personel Yasasının 20. maddesinin atıfta bulunduğu 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'na 01.08.1996 tarihinde 4160 sayılı Yasa ile eklenen "Yurt İçinde Okutulan Öğrencilerin Mecburi Hizmet Yükümlülüğü" başlıklı Ek-35. maddesiyle de; "Kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel kanunları ve diğer özel kanunlarda yer alan hükümlere göre bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren okutulacak yeni öğrencilere mecburî hizmet yükümlülüğü getirilemez.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte mecburi hizmet karşılığı okutulmakta olan öğrenciler, mezuniyetlerinden veya memuriyete atanmalarından sonra kurumlarından mecburi hizmet yükümlülüğünün kaldırılmasını talep edebilirler. Bu takdirde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, mecburî hizmet yükümlülüğü ve tazminat borçları (1.1.1995 tarihinden önce mecburi hizmet yükümlülüğünü ihlal edenlerin borçları dâhil) ortadan kalkar.

Bu durumda; 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın Ek-35. maddesiyle getirilen yeni düzenlemeyle, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yurt içinde okutulan öğrencilerle ilgili olarak 2547 sayılı Yasanın 35/3. maddesinin ve Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4/4. maddesinin mecburi hizmet yükümlülüğü ve tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulanma olanağının kalmadığı anlaşılmış olup, davacıya 1998 yılında imzalatılan taahhünameye dayanılarak, tazminat sorumluluğu kapsamında kendisine ödenen maaşların toplamı meblağın iki katı olarak istenilmesine ilişkin 24.6.2003 gün ve 276 sayılı işlemin iptal edilmesi gerekirken, aksi yönde verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır²³.

Bir önceki kararda gerek ilk derece mahkemesi ve gerek Danıştay öğretim elemanlarına mecburî hizmet yükümlülüğü getiren 2547 sayılı Kanun'un 35.maddesinin 657 sayılı DMK'nın EK 35.maddesiyle zımnî olarak yürürlükten kaldırıldığını belirtmelerine rağmen taraflar arasında imzalanan taahhüname ve kefalet senetlerinin geçerliliğini tartışmamışlardır. 8.Dairenin bu kararında ise, dava konusu hukuki muamelenin yasal dayanağı ortadan kalktığı için, buna bağlı olarak yapılan hukuki muamelenin de geçersiz olduğuna hükmedilmiştir.

²³ Danıştay 8.Dairesi, 10.10.2007, E.2006/4441, K.2007/5224, (www.danistay.gov.tr: 06.08.2010). Aynı yönde, Danıştay 8.Dairesi, 13.02.2009, E.2008/7120, K.2009/1050.

Danıştay 8.Dairesi'nin bu içtihat değişikliğinden sonra yerel mahkemeler de 657 sayılı kanunun ek-35.maddesi karşısında 2547 sayılı yasanın 35.maddesi ve bir üniversite adına bir diğer üniversitede lisansüstü eğitim gören araştırma görevlileri hakkında yönetmeliğin mecburî hizmet yükümlülüğü ve tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulama olanağı bulunmadığına karar vermişlerdir. Bu kararlara birkaç örnek verilebilir:

-Aydın İdare Mahkemesi, yukarıda aktarılan, Danıştay 8. Dairesinin E. 2006/4441, K.2007/5224 sayılı kararına konu olan davada ilk derece mahkemesi olan Aydın İdare Mahkemesi, Danıştay'ın kararına uyararak 657 sayılı DMK'nın EK:35. maddesiyle mecburî hizmet yükümlülüğünün kaldırıldığına hükmederek dava konusu işlemi iptal etmiştir²⁴.

-Aksaray İdare Mahkemesi, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi öğretim üyesi olarak görev yapan davacının Çukurova Üniversitesinde yapmış olduğu yüksek lisans ve doktora eğitiminden kaynaklanan mecburî hizmet yükümlülüğünün kaldırılması ve imzalamış olduğu taahhüt ve kefalet senedini tarafına iadesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali için açılan davada “657 sayılı kanunun Ek-35. maddesi karşısında 2547 sayılı yasanın 35. maddesi ve bir üniversite adına bir diğer üniversitede lisansüstü eğitim gören araştırma görevlileri hakkında yönetmeliğin mecburî hizmet yükümlülüğü ve tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulama olanağı bulunmadığı için” işlemin iptaline karar vermiştir²⁵.

- Zonguldak İdare Mahkemesi, “Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Rektörlüğü'nün mecburî hizmet yükümlülüğünün kaldırılması ve doktora eğitimi öncesinde imzalanmış olan taahhüt ve kefalet senedinin iptal edilmesi talebine ilişkin zımnî red kararının iptali istemiyle açılan davada, “657 sayılı kanunun Ek-35. maddesi karşısında 2547 sayılı yasanın 35. maddesi ve bir üniversite adına bir diğer üniversitede lisansüstü eğitim gören araştırma görevlileri hakkında yönetmeliğin mecburî hizmet yükümlülüğü ve tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulama olanağı bulunmadığı için” işlemin iptaline karar vermiştir²⁶.

²⁴ Aydın İdare Mahkemesi, E.2004/1115, K.2005/1154 (yayınlanmamış karar).

²⁵ Aksaray İdare Mahkemesi, E.2008/369, K.2008/1609 (yayınlanmamış karar); Aksaray İdare Mahkemesinin aynı yönde diğer kararları: Aksaray İdare Mahkemesi, E.2008/383, K.2008/1608, (yayınlanmamış karar).

²⁶ Zonguldak İdare Mahkemesi, 18.03.2010, E.2009/1508, K.2010/294, (yayınlanmamış karar).

-Denizli İdare Mahkemesi, Pamukkale Üniversitesi Rektörlüğü'nün mecburî hizmet yükümlülüğünün kaldırılması ve imzalanmış olan taahhüt ve kefalet senedinin iptal edilmesine ilişkin başvurunun reddi kararının iptali istemiyle açılan davada, "657 sayılı kanunun Ek-35. maddesi karşısında 2547 sayılı yasanın 35. maddesi ve bir üniversite adına bir diğer üniversitede lisansüstü eğitim gören araştırma görevlileri hakkında yönetmeliğin mecburi hizmet yükümlülüğü ve tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulama olanağı bulunmadığı için" işlemin iptaline karar vermiştir²⁷.

IV. Görevli Yargı Yeri

Öğretim görevlilerinin mecburî hizmet yükümlülüğüne ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda görevli yargı yeri konusunda da yargı mercileri arasında görüş ayrılıkları vardır. Bu konuda bir sonuca ulaşabilmek için yargı organlarının konuya yaklaşımını ayrı başlıklar altında ele almakta yarar vardır.

1. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Yargıtay, mecburî hizmet yükümlülüğü nedeniyle idare tarafından açılan birçok tazminat davasında, uyuşmazlık özel hukuk işleminden kaynaklandığı için görevli yargı yerinin adli yargı yeri olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay'a göre, "*Kamu görevlisinin yükümlülüğünü yerine getirmediğine ilişkin idarece kamu gücüne dayalı, resen ve tek yanlı olarak tesis edilmiş bir işlem bulunmaması karşısında; davacının uzmanlık eğitimi nedeniyle düzenlenen yüklenme senedi gereğince ödemiş olduğu tazminatı geri alabilmek amacıyla açılan davanın, taraflar arasındaki sözleşmeden (yüklenme senedinden) doğan alacak borç ilişkisi nedeniyle özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu kuşkusuzdur*"²⁸.

Fakat bir başka olayda Yargıtay, adliye mahkemesinin karar vermeden önce bu konuda idarî yargıda açılan davayı bekletici mesele yapmasının gerekli olduğuna karar vermiş ve ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Dava konusu olayda, yüksek lisans eğitiminde başarısız olunması nedeniyle kendisine yapılan ödemelerin 2 katı tazminatı ve yasal faizi ile

²⁷ Denizli İdare Mahkemesi, 26.05.2010, E.2010/49, K.2010/529, (yayımlanmamış karar).

²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.06.2006, E.2006/18-371, K.2006/361; Yargıtay 18.Hukuk Dairesi, 13.12.2005, E.2005/5785, K.2005/11084, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24.09.2008, E.2008/18-553, K.2008/563, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

birlikte tazminat talep edilmiştir. Bunun üzerine ilgili öğretim elemanı, adlî yargıdaki tazminat davası devam ederken, davacı üniversitece alınan taahhütname ve kefalet senedinin iptali istemiyle Erzurum İdare Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, sözü edilen idarî dava dosyasında verilecek karar bu davanın sonucunu etkileyeceğinden kesinleşmesinin bekletici mesele yapılmamasını doğru görmeyecek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur²⁹.

Yargıtay, öğretim elemanları ile üniversiteler arasında tesis edilen mecburî hizmet yükümlülüğü ve buna bağlı olarak taahhütname ve kefalet senedi imzalamayı yasaklayan bir hüküm bulunmadığı; tarafların bu hukukî muameleleri serbest iradeleriyle yaptıkları; bu konuda çıkacak uyuşmazlıkların adlî yargıda çözülmesi gerektiği görüşündedir. Ancak, az önce aktardığımız 18. Hukuk Dairesi kararı ise, gerek 18. Hukuk Dairesi'nin diğer kararlarından ve gerek Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararlarından farklılık arz etmektedir. Çünkü öteki kararlarda doğrudan doğruya taraflar arasındaki hukukî muamele özel hukuk muamelesi olarak tanımlanırken, bu kararda idare mahkemesinin kararının beklenmesinin gereği vurgulanmıştır. Bu kararda, söz konusu hukukî muameleyi doğrudan tanımlama yerine idarî yargı merciinin yapacağı değerlendirme beklenilmiştir.

2. Danıştay'ın Yaklaşımı

Danıştay, öğretim elemanlarının mecburî hizmet yükümlülüğü ve buna bağlı olarak istenen tazminat davalarında görevli yargı yeri konusunda Yargıtay'la aynı görüşte değildir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 2002 tarihinde verdiği bir karardan sonra Danıştay 8.Dairesi de bu konuda çıkacak uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararına konu olan olayda, "Dava, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 35. maddesine dayanılarak çıkartılan "Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin 4. bendi ile bu maddeye dayanılarak ... Üniversitesi Rektörlüğü tarafından davacıya tebliğ edilen ihtarnamenin iptali istemiyle açılmıştır". Danıştay Sekizinci Dairesi³⁰, "... Üniversitesi Rektörlüğü'nce ödenmesi

²⁹ Yargıtay 18.Hukuk Dairesi, 13.12.2005, E.2005/5785, K.11084, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

³⁰ Danıştay 8. Dairesi, 20.2.2002, E.2000/3200, K.2002/1177, (www.danistay.gov.tr: 09.08.2010).

istenilen alacağı, davacının imzaladığı ve tamamen özel hukuk alanında sonuç doğuran taahhütname ve kefalet senedinden kaynaklanmış olması nedeniyle ihtarnamenin iptaline yönelik uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı yerlerine ait bulunduğu” gerekçesiyle davanın bu kısmının görev yönünden; yönetmeliğin iptaline ilişkin kısmını ise esastan reddetmiştir. Danıştay Sekizinci Dairesi’nin kararını temyizen inceleyen İdari Dava Daireleri Kurulu, kararın yönetmeliğin iptali istemine yönelik kısmı usul ve hukuka uygun bulmuş ve kararın bu kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görmemiştir³¹.

Davanın, mecburi hizmet karşılığı imzalanan “taahhütname ve kefalet senedi” konusu ayrıca değerlendirmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, dava konusu işlemin niteliğinin açıkça ortaya konabilmesi açısından, davacının verdiği taahhütname ve ekinde yer alan müteselsil kefilleri ile birlikte imzaladığı ve yönetmelikte 2547 sayılı Yasa’nın 35. maddesi uyarınca bir başka üniversitede görevlendirilebilmesinin zorunlu şartı olarak öngörülen ve davalı idarece tek taraflı düzenlenmiş kefaletnamenin bir bütün olarak incelenip değerlendirilmesi zorunludur. Bu durumda,

Davacının verdiği taahhütname ve kefalet senedinin, ilgilinin 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi uyarınca bir başka üniversitede kadrosu nakledilmek suretiyle lisansüstü eğitimde görevlendirilmesindeki önemli etkisi göz önüne alındığında, davacının bu taahhütname ve kefalet senedini idare ile eşit düzeyde olarak, isteği ve özgür iradesi ile imzaladığının kabulü mümkün olmadığından ortada özel hukuk alanını ilgilendiren bir uyuşmazlığın bulunduğu söz etmeye olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacının imzaladığı taahhütname ve kefalet senedinde yer alan mali yaptırımların hayata geçirilmesine yönelik taahhütnameye ilişkin uyuşmazlığın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu açık olduğundan, uyuşmazlığın bu kısmının adli yargıda çözümlenmesi yönündeki kararda isabet görülmemiştir³².

³¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 15.11.2002, E.2002/557, K.2002/809, (www.danistay.gov.tr: 09.08.2010).

³² İbid.

İdarî Dava Daireleri Kurulu'nun bu kararından sonra gerek Danıştay 8. Dairesi³³ ve gerek ilk derece mahkemeleri³⁴ bu davaları idarî dava olarak görerek uyuşmazlıkları esastan incelemişlerdir.

3. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Bu çalışmanın konusunu 2547 sayılı Kanun'un 35.maddesine göre öğretim elemanlarına yüklenen mecburî hizmet yükümlülüğü oluşturmakla birlikte, benzer bir konu Uyuşmazlık Mahkemesi'nce karara bağlanmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi'ne intikal eden konu 2547 sayılı Kanununun 33. maddesi uyarınca yurtdışına gönderilen öğretim elemanlarının mecburî hizmet yükümlülüğü ile ilgilidir. İçerik itibarıyla 35.maddede öngörülen yükümlülüğe benzediği için Uyuşmazlık Mahkemesinin konuya ilişkin kararı burada özetlenecektir.

Uyuşmazlık konusu olayda Enstitü hesabına lisansüstü eğitim yapmak üzere A.B.D.'ye gönderilen araştırma görevlisinden, noterlikçe düzenlenen taahhütname ile kefalet senedi alınmışken, 1997 yılında bu defa doktora eğitimi nedeniyle yeni bir taahhütname ve kefalet senedi alınmış olup, adı geçen kişi yurtdışı öğrenimini tamamlayaraktarihinde dönmüş ve görevine başlamıştır. Davacılar, araştırma görevlisi ile kefilleri olan müvekkillerinin iradelerinin ikrahla sakatlandığından bahisle, 19.3.1997 düzenleme tarihli ikinci taahhütname ile kefalet senedinin iptali istemiyle, 29.5.2001 gününde idarî yargı yerinde dava açmıştır.

Sakarya İdare Mahkemesi 26.6.2001 gün ve E.2001/935, K.2001/1907 sayılı ile olayda davalı idarece bizzat tesis edilmiş bir işlemin olmadığı görüldüğü, bu durumda idarî dava türlerinden hiçbirine dâhil olmayan noterlikçe düzenlenmiş taahhütname ve kefalet senedinin iptali istemine ilişkin davanın görüm ve çözümünün adlî yargının görevine girdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiş; bu karar, temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir.

³³ Danıştay 8.Dairesi, 18.02.2005, E.2004/5603, K.2005/746; Danıştay 8. Dairesi, 10.10.2007, E.2006/4441, K.2007/5224, (www.danistay.gov.tr: 06.08.2010). Danıştay 8.Dairesi, 13.02.2009, E.2008/7120, K.2009/1050, (www.danistay.gov.tr: 06.08.2010).

³⁴ Aksaray İdare Mahkemesi, E.2008/369, K.2008/1609 (yayınlanmamış karar); Aksaray İdare Mahkemesinin aynı yönde diğer kararları: Aksaray İdare Mahkemesi, E.2008/383, K.2008/1608, (yayınlanmamış karar)., Aydın İdare Mahkemesi, E.2004/1115, K.2005/1154 (yayınlanmamış karar); Zonguldak İdare Mahkemesi, 18.03.2010, E.2009/1508, K.2010/294, (yayınlanmamış karar); Denizli İdare Mahkemesi, 26.05.2010, E.2010/49, K.2010/529, (yayınlanmamış karar).

Davacılar vekili, bu kez, idarece müvekkillerin düzenlenmeye zorlandığı 19.3.1997 düzenleme tarihli taahhütname ve kefalet senedinin iptali ile bu taahhütname ve kefalet senedinden müvekkillerin sorumlu ve borçlu olmadıklarının tespitine karar verilmesi istemiyle 15.10.2001 gününde adli yargıda dava açmıştır. Davaya bakan Gebze 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, 4.10.2002 gün ve E.2001/662, K.2002/592 sayı ile “davanın dayanağının davalı idarenin yeni bir kefalet senedi düzenlenmesi isteğini kapsayan idarî işlem olduğu, bu idarî işlemin hukuka uygunluğunun ancak idarî yargı yerinde denetlenebileceği, ortada tarafların özgür iradesi ile yaptıkları bir sözleşmenin hükümlerine aykırılıktan doğan menfi tespit davası bulunmadığından mahkemenin görevsizliğine”; aynı hususta Sakarya 1. İdare Mahkemesi'nin kesinleşmiş görevsizlik kararı olmakla olumsuz görev uyuşmazlığı gerçekleştiğinden bu hususun çözülmesi ve Sakarya 1. İdare Mahkemesi'nin görevsizlik kararının kaldırılması talebiyle dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiş; bu karar da temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir.

Usûl yönünden herhangi bir eksiklik görmeyen Uyuşmazlık Mahkemesi uyuşmazlığı esastan incelemiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, önce konuya ilişkin mevzuatı ele almıştır. Buna göre, 2547 sayılı Kanununun 33. maddesinin (a) bendinin üçüncü fıkrasında, “lisansüstü eğitim-öğretim için yurtdışına gönderilecek araştırma görevlilerinin öğrenim ücretleri ve yol-lukları dâhil her çeşit sosyal ve diğer giderleri ile ödenekleri hakkında düzenlemeye yer verilmiş; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Yurtdışı Eğitim Masraflarının Tahsili" başlıklı Ek 34. maddesinde "İlgili kanunlarına göre; öğrenim yapmak, yetiştirilmek, eğitilmek, bilgilerini artırmak, staj yapmak veya benzeri bir nedenle geçici süreli görevlendirilmek suretiyle, üç ay veya daha fazla süre ile yurtdışına gönderilen kamu personeli yurtdışında buldukları sürenin iki katı kadar mecburi hizmetle yükümlüdürler. Bu şekilde yurtdışına gönderilecek personelden örneği Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanmış “Yüklenme Senedi ile Muteber İmzalı Mütessesil Kefalet Senedi alınır...İlgilinin eğitimdeki başarısızlığı veya kendi kusuru nedeniyle yurtdışından geri çağırılması ya da verilen süreyi tamamlayıp başarısız olarak dönmesi durumunda da ilgili için fiilen döviz olarak yapılmış olan her türlü masrafların tamamı aynı esaslara göre ödettirilir. (...)” hükümlerine yer verilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi konuya ilişkin mevzuatı aktardıktan sonra taraflar arasındaki ilişkiyi eşit irade ile hazırlanmış bir özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlayarak uyuşmazlığın adli yargıda görülmesi gerektiğine oy

çokluğu ile karar vermiştir. Buna göre, “olayda kamu görevlisinin yükümlülüğünü yerine getirmediğine ilişkin idarece kamu gücüne dayalı, resen ve tek yanlı olarak tesis edilmiş bir işlem bulunmaması ve ilgilinin de idare ile böyle bir uyuşmazlık bulunduğu yolunda iddiası olmaması karşısında, davacıların borçlu olmadığı tespitini amacıyla açılan davanın, taraflar arasındaki sözleşmeden (yüklenme ve kefalet senedinden) doğan alacak- borç ilişkisi nedeniyle özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır”³⁵.

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin kararının oluşumunda çoğunluğa katılmayan azınlık görüşünde DMK’nın 78. ve 79. maddeleri çerçevesinde yetiştirilmek amacıyla yurtdışına gönderilecek devlet memurlarından ilgili yönetmeliğin³⁶ 17. maddesine göre, kurumlarınca Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanmış örneklerine uygun yüklenme senedi ile muteber imzalı müteselsil kefalet senedi alınacağı; bu belgeleri tamamlamayanların yurtdışına çıkmalarına izin verilmeyeceği kurala bağlandığı; “yurt dışında eğitim görebilmek için mevzuatta zorunlu şart olarak öngörüldüğü göz önüne alındığında, söz konusu senetlerin davacı ve kefilleri tarafından idare ile eşit düzeyde, kendi isteği ve iradesi ile imzalandığının kabulüne olanak bulunmadığından, idarece kamu gücüne dayalı ve tek taraflı irade ile tesis edilmiş idarî işlem olarak kabulü gerektiği; dolayısıyla uyuşmazlığın idarî yargıda görülmesi gerektiği³⁷” ifade edilmiştir.

Sonuç olarak, 2547 sayılı Kanununun 35.maddesine göre bir başka üniversitede lisansüstü öğrenim görmek üzere gönderilen kişilerin kadroları geçici olarak bu üniversitelere nakledilmektedir. Bu işlem yapılırken, Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4.maddesi gereğince ilgili öğretim elemanından mecburi hizmet karşılığında taahhütname ve kefalet senedi alınması zorunludur. Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay’ın aksine, imzalanan bu belgelerin idare ile eşit düzeyde, kişilerin isteği ve özgür iradesi ile imzalandığının kabulü mümkün değildir.

Borçlar Hukuku’nda sözleşmeciler taraflar eşit düzeyde ve sözleşme hürriyeti içinde sözleşme imzalarlar. Borçlar Kanunu’nun 19. maddesine göre, bir sözleşmenin konusu kanunun gösterdiği sınırlar içinde serbestçe tayin olunabilir. Buna ‘sözleşme serbestisi (hürriyeti)’ de denir. Sözleşme ser-

³⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, 03.05.2004, E.2004/2, K.2004/19, *Resmî Gazete*, 08.07.2004, S.25516.

³⁶ Yetiştirilmek Amacıyla Yurtdışına Gönderilecek Devlet Memurları Hakkında Yönetmelik.

³⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, 03.05.2004, E.2004/2, K.2004/19, *Resmî Gazete*, 08.07.2004, S.25516.

bestisinden söz edebilmek için tarafların sözleşme yapıp yapmama; sözleşmenin karşı tarafını seçme; sözleşmenin konusunu ve şartlarını belirleme; sözleşme şeklini belirleme ve sözleşmede değişiklik yapabilme hürriyetinin olması gerekir³⁸. Oysaki 2547 sayılı Kanununun 35. maddesiyle başka bir üniversiteye gönderilen kişilerin taahhütname ve kefaletname imzalamama veya imzaladıkları sözleşmelerin şartlarını belirleme/ değiştirme imkânı yoktur. Öğretim elemanları içeriği ve şartları tamamen idare tarafından resen hazırlanan taahhütname ve kefaletnameleri imzalamak zorundadır. İdare kamu gücü ayrıcalığını kullanarak bu belgeleri ilgili kişilere imzalatmaktadır. Taahhütname ve kefaletnameleri imzalamayan kişiler 35. maddeden yararlanamamaktadır. Dolayısıyla bu kişiler, bazı üniversite yönetimleri 35. madde dışında başka usullerle izin vermedikleri için, lisansüstü öğrenim yapamamaktadırlar. Bu da Anayasal güvence altına alınan öğrenim hakkının engellenmesidir.

Kişiler maddî ve manevî varlıklarını geliştirme hakkına sahiptirler (Anayasa, m.12). Eğitim ve öğrenim hakkı kişiler sayesinde kendilerini geliştirebilmek için hiçbir kişi ya da makamdan izin almak durumunda değildir. Tam aksine “Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmaz” (Anayasa, m.42). Bu hak sadece ilköğretim, lise veya lisans öğrenimini değil, lisansüstü öğrenim hakkını da ihtiva eder. Bu bağlamda, öğretim elemanları da hiçbir makamdan izin almadan lisansüstü öğrenim görerek kendilerini geliştirme hakkına sahiptir. Akademik yaşamda doğal olan da budur. Akademik yükselme/başarı elde edebilmenin en önemli şartlarından biri yüksek lisans ve doktora yapmaktır.

Ülkemizde yükseköğretim kurumlarının sayısına bağlı olarak yetişmiş öğretim elemanı ihtiyacı her geçen gün artmaktadır. Yükseköğretim kurumları gerek kendilerinin ve gerekse yeni kurulmuş veya kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının ihtiyacı olan öğretim elemanlarını yetiştirmek durumundadırlar. Ancak, özellikle yeni kurulmuş veya kurulacak olan yükseköğretim kurumları lisansüstü öğretim programının olmayışı, laboratuvar veya kütüphane eksikliği gibi değişik nedenlerle kendi öğretim elemanlarını kendilerinin yetiştirmeleri mümkün değildir. Bu kurumların öğretim elemanları diğer üniversiteler tarafından yetiştirilecektir.

2547 sayılı Kanun, yükseköğretim kurumlarında ihtiyaç duyulan öğretim elemanlarını yurt içinde veya yurt dışında bir başka üniversitede yetiştire-

³⁸ Reisoğlu, Safa: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16.bası, Beta yayınları, İstanbul 2004, s.109; Ayan, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2.bası, Mimoza yayınları, Konya, 1998, s.7.

rebilme imkânı vermiştir. Kanununun 35. maddesine göre, öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurulu'na geçici olarak tahsis edilebilir. Bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar, bu eğitimin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönerler.

Bu düzenlemeyle kanun koyucu, bir başka üniversitede lisansüstü öğrenim görmek isteyen kişilere hem çalışmalarını daha rahat yapabilmeleri hem de esas kadrosunun bulunduğu yükseköğretim kurumunda idarî sorunlarla karşılaşmamaları için kadrolarını geçici olarak yetiştirilmek üzere gönderildiği üniversitelere aktarma imkânı tanımıştır. Ancak bu usûl, lisansüstü öğrenim görmek için başvurulabilecek tek yöntem değildir. Kişiler 35.maddede düzenlendiği biçimiyle kadro nakli ve buna bağlı olarak mecburî hizmet yükümlülüğü altına girmeden de lisansüstü öğrenim görebilirler.

Yükseköğretim Kanunu'nun 35. maddesi çerçevesinde bir lisansüstü programa yetiştirilen öğretim elemanlarına eğitim-öğretim süresi (tatiller dâhil) kadar mecburî hizmeti yerine getirmek zorunda bulduklarına dair bir taahhüt ve kefalet senedi alınmaktadır. Bu senette ilgili araştırma görevlilerinin lisansüstü eğitim - öğretimlerinin tamamlanmasından ne kadar süre sonra kadroyu tahsis eden üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne döneceği, akis takdirde ne kadar tazminat ödeyeceğine dair hükümler yer alır.

2914 sayılı Yükseköğretim Personel Yasası'nın 20. maddesinin atıfta bulunduğu 657 sayılı DMK'ya 01.08.1996 tarihinde 4160 sayılı Kanunla eklenen EK 35. madde ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel kanunları ve diğer özel kanunlarda yer alan hükümlere göre bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren okutulacak yeni öğrencilere mecburi hizmet yükümlülüğü getirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yurt içinde okutulan öğrencilerle ilgili olarak 2547 sayılı Yasanın 35/3. maddesinin ve Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4/4. maddesinin mecburî hizmet yükümlülüğü ve tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulanma imkânı kalmamıştır. 2547 sayılı Kanun'un 35.maddesine göre bir başka üniversitede lisansüstü öğrenim görmek üzere gönderilen kişilere mecburî hizmet karşılığında taahhütname ve kefalet senetlerinin idare ile eşit düzeyde, kişilerin isteği ve özgür iradesi ile imzalandığının kabulü mümkün değildir.

Öğretim elemanları içeriği ve şartları tamamen idare tarafından kamu gücü ayrıcalığını kullanarak resen hazırlanan taahhütname ve kefaletnameleri imzalamak zorunda bırakılmaktadır. Dolayısıyla bu hukuki muamelelerin borçlar hukuku çerçevesinde, sözleşmeciler arasında eşit düzeyde ve sözleşme hürriyeti içinde yapılan özel hukuk muamelesi olarak kabulü mümkün değildir. Bu nedenle çıkan uyuşmazlıkların idari yargıda görülmesi gerekir.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Şahin: “Yeni Medenî Kanununun Zaman Bakımından Uygulanması”, (tebliğ) Türk Medenî Kanunu Sempozyumu, Konya Barosu, 2002, (www.sahinakinci.com/teblig2.htm: 28.07.2010).
- Akıntürk, Turgut, *Medenî Hukuk*, 8.bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.
- Ayan, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2.bası, Mimoza yayınları, Konya, 1998.
- Azrak, Ülkü, *Kamu Yönetimi (Ders notları)*, İstanbul, 1976.
- Can, Halil-Güner, Semih, *Hukukun Temel Kavramları*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001.
- Centel, Nur – Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6.bası, İstanbul, 2009.
- Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Gözübüyük, A.Şeref – Tan, Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C.I, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.
- İpek, Ali İhsan, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara, 2010.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Medenî Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Onar, Sıdık Sami, *İdare Hukuku Umumî Esaslar*, 3.bası, C.II, Hak Yayınevi, İstanbul, 1966.
- Özay, İl Han, *Günüşiğında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002.
- Reioğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16.bası, Beta yayınları, İstanbul 2004.
- Sezer, Yasin, “Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde Yap-İşlet-Devret Modeli” (yayımlanmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000.
- Sezer, Yasin, *Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı*, Seçkin Kitabevi, Ankara 2006.