

T.C.

**DANIŞTAY**

**SEKİZİNCİ DAİRE**

**Esas No : 2011/2560**

**Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen : Türk Nöroşirurji Derneği**

**Vekili \_\_\_\_\_ : Av.**

**Davalı \_\_\_\_\_ : Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı - Bilkent / ANKARA**

**Vekili \_\_\_\_\_ : Av.**

**Davanın Özeti :** 18.02.2011 tarih ve 27850 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Yükseköğretim Kurumlarında Döner Sermaye Gelirlerinden Yapılacak Ek Ödemelerin Dağıtılmasında Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin 4.maddesinin 8.bendinin, üst hukuk normlarına aykırı olduğu ileri sürülerek iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir.

**Savunmanın Özeti :** Dava konusu düzenlemenin 2547 sayılı Yasanın 58.maddesinin "h" bendi hükmü uyarınca verilen yetkiye dayanılarak ihdas edildiği, mesai saatleri dışında serbest olarak mesleğini icra eden öğretim elemanları ile bu yönde faaliyette bulunmayanların farklı hukuki statülere tabi kılınmasının Anayasal eşitlik ilkesinin bir gereği olduğu, düzenlemenin kamu yararı ve hizmet gerekleri ile örtüştüğü belirtilerek , istemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

**Danıştay Tetkik Hakimi Düşüncesi :** Anayasanın 128.maddesinin emredici hükmü gereği; özlük işlerine ilişkin bulunan döner sermaye ek ödemesine dair temel esaslar 2547 sayılı Yasanın 58.maddesi metninde düzenlenmiş ve yükseköğretim kurumlarında hangi kamu görevlilerinin bu ek ödmeden yararlanacağı hususu açıkça ortaya konulmuş olup, 2547 sayılı Yasanın 58.maddesinin "h" bendi ile döner sermaye üzerinden yapılacak ek ödemenin oranları ile bu ödemelerin esas ve usullerini belirlemek için bir yönetmelik düzenlenmesi adına Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına yetki verilmektedir. Bir başka ifadeyle, 2547 sayılı Yasanın 58.maddesi ile "kimlerin bu ek ödmeden yararlanacağı" hususunun belirlenmesi konusunda Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına bir yetki verilmemiştir. Öğretide de türevsel bir yetki olarak kabul edilen idarelerin yasa kurallarını uygulama ve bu kapsamda idari düzenleme yapma yetkisi ise yasama organının çizdiği sınırlar içinde ve üst hukuk normlarına aykırı olmamak kaydı ve şartına bağlı olarak gerçekleşebilir. Dava konusu Yönetmelik hükmü; özel yasalarına göre mesleğini serbest olarak icra eden öğretim elemanlarının, kurumlarındaki mesai içi ve dışı faaliyetlerinden dolayı hiç bir şekilde döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılmamasını öngörmekle, döner sermayenin ödenmesi noktasında bir kısım kamu görevlisini 2547 sayılı Yasa ile belirlenen kapsamın tamamıyla dışında bırakarak Yasada öngörülmeyen bir kısıtlama getirmek suretiyle özlük haklarına ilişkin genel ve esaslı bir belirleme yaptığından, Anayasa ve Yasa hükmünü açıkça aştığından hukuka aykırı olduğu ve yürütmenin durdurulması isteminin kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

**Danıştay Savcısı Düşüncesi :** Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

## TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 27. maddesinin 2. fıkrasında, idari işlemin uygulanması halinde giderilmesi güç veya olanaksız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verileceği kuralı yer almıştır

Uyuşmazlık;18.02.2011 tarih ve 27850 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Yükseköğretim Kurumlarında Döner Sermaye Gelirlerinden Yapılacak Ek Ödemenin Dağıtılmasında Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin 4.maddesinin 8.bendinin iptali isteminden doğmuştur.

Anayasanın "Yönetmelikler" başlıklı 124. maddesinde; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilecekleri düzenlenmiştir.

Ayrıca Anayasanın 128.maddesinde; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, **aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği** hüküm altına alınmıştır.

2547 sayılı Yüksek Öğretim Yasasının "Döner Sermaye" başlıklı 58.maddesinde döner sermaye ek ödemesine ilişkin olarak; döner sermaye işletmesinin nasıl oluşturulacağı, hangi akademik birimlere, hangi personele dağıtılacağı ve nasıl kullanılacağı konusunda temel esaslar belirlenmiş ve maddenin "h" bendinde;"Yapılacak **ek ödemenin oranları ile bu ödemelerin esas ve usulleri**; yükseköğretim kurumlarının hizmet sunum şartları ve kriterleri, personelin kadro ve görev unvanı, görev yeri, çalışma şartları ve süresi, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ve mesleki uygulamalar ile ilgili performansı ve özellikle arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi hizmete katkı unsurları esas alınarak **Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkartılacak yönetmelikle belirlenir.**" hükmüne yer verilmiştir.

Alıntısı yapılan yasa hükmü temel alınarak ihdas edilen ve 18/2/2011 gün ve 27850 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Yükseköğretim Kurumlarında Döner Sermaye Gelirlerinden Yapılacak Ek Ödemenin Dağıtılmasında Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin dava konusu edilen 4.maddesinin 8.bendinde; "**Özel kanunlarına göre meslek ve sanatlarını serbest olarak icra edenlere, mesai içi ve dışı faaliyetlerinden dolayı ek ödeme yapılmaz.**" hükmü yer almaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğe dayanak teşkil eden 2547 sayılı Yasanın 5947 sayılı Yasa ile değişik 58.maddesinde; **yükseköğretim kurumlarında üniversite yönetim kurulunun önerisi ve Yükseköğretim Kurulunun onayı ile döner sermaye işletmesi kurulabileceği, döner sermaye işletmesi faaliyetlerinden elde edilen gelirlerin, birimler itibarıyla ayrı hesaplarda izleneceği, tıp ve diş hekimliği fakülteleri ile sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinin hesabında toplanan döner sermaye gelirleri bakiyesinden, bu yerlerde; gelir getiren görevlerde çalışan öğretim üyesi ve öğretim görevlilerine aylık (ek gösterge dahil), yan ödeme, ödenek (geliştirme ödeneği hariç) ve her türlü tazminat (28/3/1983 tarihli ve 2809 sayılı Kanunun geçici 3 üncü maddesinin beşinci fıkrası uyarınca ödenen tazminat dahil, makam, temsil ve görev tazminatı ile yabancı dil tazminatı hariç) toplamından oluşan ek ödeme matrahının yüzde 800'ünü, araştırma görevlilerine ise yüzde 500'ünü; bu yerlerde görevli olmakla birlikte gelire katkısı olmayan öğretim üyesi ve öğretim görevlilerine yüzde 600'ünü, araştırma görevlilerine ise yüzde 300'ünü, diğer öğretim elemanlarına ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel (döner sermaye işletme müdürlüğü ve döner sermaye saymanlık personeli dahil) ile aynı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) bendine göre sözleşmeli olarak çalışan personele ek ödeme matrahının; hastaneler başmüdürü ve eczacılar için yüzde 250'sini, başhemsireler için yüzde 200'ünü, diğer öğretim elemanları ile diğer personel için yüzde 150'sini, işin ve hizmetin özelliği dikkate alınarak yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane, enfeksiyon, özel bakım gerektiren ruh sağlığı, organ ve doku nakli, acil servis ve benzeri sağlık hizmetlerinde çalışan personel için yüzde 200'ünü geçmeyecek şekilde aylık ek ödeme yapılacağı,** hüküm altına alınmıştır.

Anayasamızın 7.maddesi uyarınca, devredilemez niteliği haiz **yasama yetkisine** sahip bulunan Yasa koyucu, düzenleyeceği konularda genel prensipleri, kuralları belirler ve bunun uygulanmasını Yürütmeye bir başka ifadeyle idareye bırakır. Bu, devlet idaresinin işleyişine ilişkin **asli düzenleme yetkisinin Yasama organına ait olmasının doğal bir sonucudur.** İdarelerin yasa

kurallarını uygulama ve bu kapsamda idari düzenleme yapma yetkisi ise **yasama organının çizdiği sınırlar içinde** ve üst hukuk normlarına aykırı olmamak kaydı ve şartına bağlı olarak gerçekleştirilebilir.

Normlar hiyerarşisinde yasalardan sonra gelen yönetmelikler bir yasa hükmüne dayalı olarak hazırlanır ve yasa hükümlerine açıklık getirilmesi suretiyle bu yasa hükümlerinin uygulamaya geçirilmesi amaçlanır. Diğer yandan, normlar hiyerarşisinde ki düzenleme soyuttan somuta doğru kademeli bir sistem içermektedir.

Öğretide de **türevsel bir yetki olarak** kabul edilen idarelerin yasa kurallarını uygulama ve bu kapsamda idari düzenleme yapma yetkisinin, **Yasalarla getirilen hükümleri aşacak, bu kuralları değiştirecek şekilde kullanılamayacağı İdare Hukukunun en temel prensiplerindedir.** Bu husus hukuk devleti ilkesinin görünümünden olan **kanuna saygılı idare (kanuni idare) olgusunun gerçekleşmesinin de bir gereğidir.**

İdare Hukuku; tedvin edilmemiş, pozitif hukukumuzda henüz bir usul yasası bulunmayan bir hukuk dalı ise de, bir bütün olarak idarenin kamu yararı saiki ile hareket edip kamu gücünü kullanmak suretiyle edimde bulunması ve kişilerin hukuk alanında doğrudan etki yaratması dikkate alındığında **bir prensipler hukukudur.**

Anayasanın 128.maddesinin emredici hükmü gereği; özlük işlerine ilişkin bulunan döner sermaye ek ödemesine dair temel esaslar 2547 sayılı Yasanın 58.maddesinin yukarıda alıntısı yapılan metninde düzenlenmiş ve yükseköğretim kurumlarında **hangi kamu görevlilerinin bu ek ödmeden yararlanacağı hususu açıkça ortaya konulmuştur.**

2547 sayılı Yasanın 58.maddesinin "h" bendi; yapılacak **ek ödemenin oranları ile bu ödemelerin esas ve usullerini** belirlemek için bir yönetmelik düzenlenmesi adına Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına yetki vermektedir. Bir başka ifadeyle, 2547 sayılı Yasanın 58.maddesi **"kimlerin bu ek ödmeden yararlanacağı" hususunun belirlenmesi konusunda Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına bir yetki vermemiştir.** Aksi düşünce, **bir idari düzenleme** ile aynı hukuki statüdeki bazı kamu görevlilerine özlük hakkı sağlanması bazı kamu görevlilerinin ise aynı özlük hakkından hiç bir şekilde yararlanamaması sonucunu doğuracak ve bu durum Anayasanın 128.maddesinin emredici hükmüne açık aykırılık teşkil edecektir.

Ayrıca; Anayasa Mahkemesi nezdinde 5947 sayılı Yasanın muhtelif maddelerinin iptali için açılan davada, 2547 sayılı 58.maddesinin (5947 sayılı Yasanın 5.maddesi ile değişik) dava konusu Yönetmeliğe temel teşkil eden "h" bendi yönünden dava **yasama yetkisinin devrinin söz konusu olmadığı gerekçesiyle** reddedilirken 16/7/2010 gün ve E:2010/29;K:2010/90 sayılı kararın gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir; "Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kamu personelinin **özlük haklarına ilişkin esasların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Ancak kanunda temel esaslar belirlenerek çerçevenin çizilmesi** koşuluyla uzmanlık ve **teknik konulara ilişkin ayrıntılar yürütme organının takdir yetkisine bırakılabilir.** 2547 sayılı Yasanın 58. maddesinin iptali istenen (h) fıkrası, döner sermaye işletmelerinin hâsılat paylaşımına ilişkin yapılacak ek ödeme oranları ile bu ödemelerin esas ve usullerinin, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceğini düzenleyen bir kuraldır. **Yasakoyucu, döner sermaye gelirlerinden öğretim elemanlarına yapılacak ek ödeme oranları ile bu ödemelerin esas ve usullerinin belirlenmesi konusunda yürütmeye yetki verirken; aynı maddede bu ödemeye ilişkin temel esasları ve yürütmeye bırakılan alanın çerçevesini çizmiştir. Her şeyden önce döner sermaye gelirlerinden kimlere hangi oranda ödeme yapılacağı 58. maddenin (c), (d), (e) ve (f) fıkralarında belirlenmiştir. Yasakoyucu adı geçen fıkralarda, ek ödeme alacak öğretim elemanlarını fakülte ve statülerine göre; 657 sayılı Yasa'ya tabi**

**olanlarla, sözleşmeli personeli de yaptıkları iş ve mesleklerine göre gruplandırarak, yapılacak ödemelerin temel kurallarını ve oranını belirlemiştir.** Yasakoyucu, bu fıkralarda belirlediği ana ilkelerin yanında, ayrıca iptal istemine konu (h) fıkrasında da yürütmeye bırakılan yetkinin çerçevesini daraltacak bir kısım ilkeler koymuştur. Yasakoyucunun belirlediği bu ilkelere göre yürütme, çalışanlara yapılacak ek

ödeme oranları ile bu ödemelerin esas ve usullerini belirlerken; öncelikle yükseköğretim kurumlarının hizmet sunum şartları ve kriterlerini de dikkate almak suretiyle, personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ve mesleki uygulamalar ile ilgili performansı, özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi hizmete katkı unsurlarını esas almak zorundadır. İptal konusu kuralda yer alan yükseköğretim kurumlarının hizmet sunum şartları ve kriterleri ile eğitim-öğretim, araştırma faaliyetleri ve mesleki uygulamalarla ilgili performans kriterleri döner sermaye işletmesi olan her bir üniversite için farklılık göstereceğinden Yasa'da belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuların yönetmelikle düzenlenmesi konusunda yürütmeye yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır .

Anayasa Mahkemesi kararında açıkça belirtildiği gibi, 2547 sayılı Yasanın 58.maddesi ile döner sermaye ek ödemesinden kimlerin yararlanacağı somut olarak saptanmış, temel esaslar belirlenmiş ve 2547 sayılı Yasanın 58.maddesinin "h" bendi ile de ek ödemenin yapılmasına ilişkin olarak ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuların(oran ve ödeme usulü ile esasları) belirlenmesi Yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi kararında yer verilen gerekçe de yukarıda açıklanan hukuki değerlendirmeyi destekler niteliktedir.

Buna karşılık, dava konusu edilen Yönetmelik hükmü; özel yasalarına göre mesleğini serbest olarak icra eden öğretim elemanlarının, kurumlarındaki mesai içi ve dışı faaliyetlerinden dolayı hiç bir şekilde döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılmamasını öngörmekle, döner sermayenin ödenmesi noktasında bir kısım kamu görevlisini **2547 sayılı Yasa ile belirlenen kapsamın tamamıyla dışında bırakarak Yasada öngörülmeven bir kısıtlama getirmek suretiyle özlük haklarına ilişkin genel ve esaslı bir belirleme yapmakta, Anayasa ve Yasa hükmünü açıkça aşmaktadır.**

Dava konusu yönetmelik hükmü, ihdas amacını teşkil eden "oranı, usulü ve esası belirlenecek bir ek ödeme" kavramını bir kısım kamu görevlisi için ortadan kaldırmıştır. Halbuki **Yönetmeliğin ihdas ediliş amacı, ek ödemenin kimlere yapılıp kimlere yapılacağı hususunun belirlenmesi değil, 2547 sayılı Yasayla belirlenen bu ek ödemenin hangi oranlarda ve hangi usulle paylaşılacağını belirlemektir.**Dava konusu metin, Yasada açıkça tanınan hakkı kısıtlamakta ve Yasanın güttüğü amaçla bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan 5947 sayılı Üniversite Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yasa ile 2547 sayılı Yasanın 36.maddesi hükmü değiştirilerek, üniversitedeki öğretim elemanlarının hepsinin aynı statüde bir başka ifadeyle devamlı statüde çalışması öngörülmüş (devamlı, kısmi statü ayrımı kalkmış) olup, aynı yasa ile öğretim elemanlarının mesai saatlerinin dışında serbest olarak mesleklerini icra etmesini yasaklamaya yönelik madde hükmü Anayasa Mahkemesinin 16/7/2010 gün ve E:2010/29;K:2010/90 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. **Bu kapsamda, üniversitelerde görevli öğretim elemanlarının mesai saatleri dışında mesleklerini icra edebilmesi yargı kararı ile hukuka uygun bulunmuştur.** Dolayısıyla kamu görevlisi olarak hizmet sunan öğretim elemanının salt mesaisini tamamladıktan sonra mesleğini icra etmesi nedeniyle, mesai içinde döner sermaye geliri elde edilmesine katkı sağlayan hizmetinin yadsınamayacağı açıktır.

Bu duruma göre, Anayasanın 128.maddesi hükmüne aykırı bir biçimde, 2547 sayılı Yasanın "h" bendi ile verilen yetkinin sınırlarını aşmak ve bu Yasada olmayan bir sınırlamayı getirmek suretiyle; Yasanın güttüğü amaç ile bağdaşmayan ve ihdas ediliş amacının dışında bir düzenleme yaptığı açık olan Yükseköğretim Kurumlarında Döner Sermaye Gelirlerinden Yapılacak Ek Ödemenin Dağıtılmasında Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin 4.maddesinin 8.bendinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmiş olduğu anlaşıldığından Yükseköğretim Kurumlarında Döner Sermaye Gelirlerinden Yapılacak Ek Ödemenin Dağıtılmasında Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin 4.maddesinin 8.bendinin yürütülmesinin durdurulmasına, 27.06.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

Başkan

Üye

Üye

Üye

Üye