**DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULUNA**

**Gönderilmek Üzere**

**DANIŞTAY 12. DAİRESİNE**

**Esas No:2016/7383**

**YÜRÜTMEYİ DURDURMA KARARINA**

**İTİRAZ EDEN (DAVACI ) :** TÜRK EĞİTİM SEN

 (Türkiye Eğitim, Öğretim ve Bilim Hizmetleri Kolu

 Kamu Çalışanları Sendikası)

**VEKİLİ :** Av. Gonca SAMANCI

**DAVALI :** Milli Eğitim Bakanlığı/ANKARA

**VEKİLİ :** Av. Duygu AYRIBAŞ

**T. KONUSU :** Danıştay 12. Dairesinin 2016/7383 E. Sayılı ve 13.04.2017 tarihli, yürütmeyi durdurma talebimizin reddine ilişkin kararına karşı itirazlarımızın sunulmasından ibarettir.

**T. TARİHİ :** 27.07.2017

**AÇIKLAMALAR :**

 Sözleşmeli Öğretmen İstihdamına İlişkin Yönetmelik 03/08/2016 tarih ve 29790 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin muhtelif maddelerinin iptali istemiyle açtığımız iş bu davada yürütmeyi durdurma talebimiz reddedilmiştir. Bahsi geçen kararda hukuka uyarlık bulunmadığından kaldırılmasına ve dava konusu yönetmelik maddelerinin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesi hakkaniyet gereğidir. Şöyle ki;

 03/08/2016 tarih ve 29790 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Sözleşmeli Öğretmen İstihdamına İlişkin Yönetmeliğin;

 **1)** Dava konusu Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4. Maddesinin ( g ) bendinde**; “g) Sözleşmeli öğretmen: Millî Eğitim Bakanlığının boş öğretmen norm kadrosu bulunan örgün ve yaygın eğitim kurumlarında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında Kamu Personel Seçme Sınavı sonucuna göre sözlü sınava çağrılıp başarılı olanlar arasından süreli olarak istihdam edilenleri,”** ( ğ ) bendinde**; “ğ) Sözlü sınav: Millî Eğitim Bakanlığınca sözleşmeli öğretmen adaylarına yönelik yapılan merkezi sınavı, ifade eder”** denilmiştir. İlgili düzenleme ile boş öğretmen norm kadrosu bulunan örgün ve yaygın eğitim kurumlarına sözlü sınav ile sözleşmeli öğretmen alım süreci başlatılmaktadır. Öğretmenlik, 1739 sayılı Kanun'un 43. maddesinde "Öğretmenlik, Devletin eğitim, öğretim ve bununla ilgili yönetim görevlerini üzerine alan özel bir ihtisas mesleğidir." şeklinde tanımlanmıştır. Sözleşmeli öğretmen alımı öğretmenlik mesleğinin itibarını zedelediği gibi, öğretmenlerin istihdam alanının genişletilmesi adı altında düşük ücretli ve iş güvencesinden tamamen yoksun öğretmen çalıştırılması sonucunu doğurduğundan hukuka ve Anayasa’nın 10. Maddesinde düzenlenmiş olan eşitlik ilkesine aykırıdır. Kaldı ki; sözleşmeli öğretmenlik uygulaması, 2006 yılında başlamış, ancak uygulamanın birçok haksızlığı da beraberinde getirmesi nedeniyle, 04.06.2011 tarih ve 27954 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 632 sayılı Kanun Hükmümde Kararname ile kaldırılmış ve tüm sözleşmeli öğretmenler kadroya alınmıştır.

 **632 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Genel Gerekçesinde** ***“Kamu hizmetlerinin daha etkili, verimli ve hızlı bir şekilde yürütülmesini sağlamak ve çalışmalarda etkinliği artırmak amacıyla; kamu kurum ve kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, ayın veya haftanın bazı günleri ya da günün belirli saatleri gibi kısmi zamanlı çalışanlar ile yükseköğretim kurumlarının araştırma-geliştirme projelerinde proje süreleriyle sınırlı olarak çalışanlar hariç olmak üzere, 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası ile 4924 sayılı Kanun uyarınca sözleşmeli personel pozisyonlarında çalışmakta olan personelin memur kadrolarına atanmalarına imkân sağlanmaktadır.***

 ***Böylece, kamu kurum ve kuruluşlarında görev, yetki ve sorumlulukları aynı veya benzer olan ve aynı unvanı taşımakla birlikte farklı statülerde istihdam edilen personelin statüsü, mali ve sosyal hakları ile diğer hakları konusunda farklılıklar ortadan kaldırılmaktadır. Bu şekilde, memur kadrolarına atanacak olan personelin kurum içi yer değişikliği ile izin hakları gibi bazı hakları genişlemekte ve bunlara görevde yükselme, kurumlar arası nakil ve yönetici kadrolarına atanma gibi hususlarda yeni bazı imkânlar getirilmektedir.”*** Denilmiştir.

Buna karşılık ilgili düzenlemeyle sözleşmeli öğretmenliğin tekrar getirilmesi idarenin kendi içindeki çelişki ve tutarsızlığını açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca, öğretmen açığının sözleşmeli öğretmen alımıyla kapatılmaya çalışılması, eğitimde özelleştirmenin yolunu açtığı gibi, atama bekleyen binlerce öğretmen adayına da yapılan büyük bir haksızlık olup, hakkaniyete aykırıdır. Kaldı ki bu durum yargı kararlarıyla da sabittir.

Müvekkil Sendika tarafından, Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün kısmi zamanlı geçici öğreticilik konulu 1 Eylül 2005 günlü, 2005/78 sayılı Genelgesinin iptali talebiyle açılan davada; Danıştay 12. Dairesinin 2005/5116 E. sayılı 20.02.2006 tarihli kararıyla, ilgili Genelgenin yürütülmesinin durdurulmasına ve akabinde **Danıştay 12. Dairesinin 2005/5116 E., 2007/2068 K. sayılı ve 27.04.2007 tarihli kararıyla** Genelgenin iptaline karar vermiştir. Yine müvekkil Sendika tarafından, Milli Eğitim Bakanlığının sözleşmeli öğretmen istihdamına ilişkin 4.7.2006 gün ve 2006/58 sayılı Genelgesinin EK-1’inde bulunan Hizmet Sözleşmesinin feshi hallerinin düzenlediği 13. Maddesinin ( c ) fıkrasının iptali talebiyle açılan davada; Danıştay 12. Dairesinin 2006/3643 E. sayılı ve 17.10.2006 tarihli kararıyla ilgili düzenlemenin yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Akabinde, **Danıştay 12. Dairesinin 2006/3643 E., 2009/4943 K. sayılı ve 29.09.2009 tarihli kararıyla** dava konusu düzenlemenin iptaline, **Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 2009/3030 E., 2013/1980 K. sayılı ve 20.05.2013 tarihli kararıyla da ilgili kararın ONANMASINA karar verilmiştir.**

İlgili düzenlemede, sözleşmeli öğretmen adaylarına yönelik sözlü sınav yapılacağı belirtilmiştir. Bilindiği üzere, sözlü sınav uygulaması denetimi neredeyse imkânsız olan ve uygulamada birçok haksızlığı beraberinde getiren objektiflikten en uzak sınav şeklidir. Denetimi zor olan ve tamamen kişiye özel uygulamalar yapılan sözlü sınavların ne denli objektiflikten uzak olduğu, yıllardır sözlü sınavların iptali için açılan bireysel ve genel davalardan ve sonuçlarından anlaşılabilmektedir. Bakanlıkça yapılan yazılı sınavların büyük bir çoğunluğunda dahi hatalı sorular sebebi ile sınav iptalleri yaşanırken, sözlü sınavlarda ne gibi hukuki sorunların yaşanacağını kestirmek zor değildir. Sözlü sınav uygulaması nesnel olmadığı gibi hem maddi olarak uygulaması neredeyse imkânsız, hem de her türlü adam kayırmacılığa açıktır. Öznel değerlendirmeye son derece elverişli olan sözlü sınavlarda idareye sınırsız bir takdir yetkisi tanınmaktadır.

Müvekkil Sendika tarafından açılan davalarda, Danıştay 5. Dairesinin 2013/8367 E. sayılı ve 06.03.2014 tarihli kararı ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmeliğin 9. Maddesi ile Genel Yönetmeliğe eklenen 12/B maddesinin birinci fıkrasının; Danıştay 2. Dairesinin 2013/10363 E. sayılı ve 29.04.2014 tarihli kararı ile de; MEB Personelinin Görevde Yükselme, Unvan Değişikliği ve Yer Değiştirme Suretiyle Atanması Hakkında Yönetmeliğin 21. Maddesinin 1. Fıkrasında yer alan “şube müdürü, tesis müdürü ve basımevi müdürleri bakımından sözlü sınav başarı listeleri üzerinden” ibaresinin yürütmesi durdurulmuştur. Bahsi geçen yargı kararlarında, sözlü sınavın seçimin tek belirleyicisi olarak düzenlenmesinin, yazılı sınavdaki başarı puanının devre dışı bırakılarak başarı sıralamasının sadece sözlü sınav sonuçlarına göre oluşturulmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” kuralına yer verilmiştir.

Dava konusu edilen düzenleme yukarıda yer alan anayasa hükümlerine aykırılık içermektedir.

**2-** Dava konusu Yönetmeliğin “Atama dönemleri” başlıklı 6. Maddesinin 1. Fıkrasının 2. Cümlesinde yer alan **“Bakanlıkça gerekli görüldüğü hallerde pozisyon imkanları ve ihtiyaç çerçevesinde bu dönem dışında da atama yapılabilir.”** İbaresi, idareye gerekli gördüğünde sözleşmeli öğretmen ataması yapma hakkını vermekte olup, bu düzenleme idareye keyfi ve sınırsız takdir yetkisi tanınması anlamına gelmektedir. Bu durum hukuki öngörülebilirlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bilindiği üzere, Anayasamızda yer alan hukuk devleti kavramı, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet olarak tanımlamaktadır. Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere hukuki güvenlik ve hukuki öngörülebilirlik ilkeleri, hukuk devleti ilkesinin unsurlarındandır. Bireylerin hukuki güvenlik içinde bulunmadığı bir sistemin hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Hukukun öngörülebilirliği ise, hukukun anlam açısından belirgin ve açıkça ifade edilmiş, istikrarlı ve birbiriyle uyumlu kurallar ile önceden tahmin edilebilir uygulamalara dayanmasıdır. Bireylerin hukukun gerektirdiği şeyi önceden bilmeleri ve davranışlarını buna göre düzenlemelerinin sağlanması şarttır.  Dolayısıyla dava konusu edilen düzenleme Anayasa’nın hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırıdır.

**3-** Dava konusu Yönetmeliğin “Sözlü sınav komisyonunun oluşumu” başlıklı 9. Maddesinin 1. Fıkrası **“(1) Sözlü sınav komisyonu; Bakan veya görevlendireceği birim amiri tarafından belirlenen kamu görevlilerinden oluşacak bir başkan, iki asıl ve ihtiyaç duyulduğunda değerlendirilmek üzere iki yedek üyeden oluşur. Yedek üyeler, sınav merkezlerinde oluşturulan yedek üye havuzundan görevlendirilir.”** Şeklinde düzenlenmiş olup, sınav koordinasyon komisyonunun oluşumunda sendika temsilcisine yer verilmemiştir.

 MAHKEME KARARINDA ÜYELERDEN GÜLEN AYDINOĞLU TARAFINDAN AŞAĞIDAKİ GEREKÇELERLE AZLIK OYU KULLANILMIŞTIR;

 *“Dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasında, sözlü sınav komisyonunun, Bakan veya görevlendireceği birim amiri tarafından belirlenen kamu görevlilerinden oluşacak bir başkan, iki asıl ve ihtiyaç duyulduğunda değerlendirilmek üzere iki yedek üyeden oluşacağı düzenlemesine yer verilmiş olmakla birlikte, sendikaların üstlenmiş oldukları görevler, kamu hizmetinde objektifliğin ve şeffaflığın sağlanması ve yönetime katılımın sağlanması bakımından, sözlü sınav komisyonunun oluşumunda sendika temsilcisine yer verilmesi kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından daha uygun olacağından, söz konusu sözlü sınav komisyonunun oluşumunda sendika temsilcisine yer verilmemesine ilişkin eksik düzenleme yönünden yürütmenin durdurulması gerektiği görüşüyle aksi yöndeki karara katılmıyorum.”* denilmiştir.

Denetimi zor veya imkansız olan sözlü sınavlarda daha şeffaf bir sınav yapılabilmesi için mutlaka sendika temsilcilerinin komisyonda bulunması gerekmektedir. Bu sebeple ilgili madde hükmünde sendika temsilcisine yer verilmemesine ilişkin eksik düzenlemenin yürütmenin durdurulması gerekmektedir.

“Sözlü sınav komisyonunun oluşumu” başlıklı 9. Maddesinin 3. Fıkrası; “**(3) Gerek görülmesi hâlinde aynı usulle birden fazla sözlü sınav komisyonu kurulabilir.”** Şeklinde düzenlenmiş olup, bu düzenleme ile farklı komisyonlardan yapılacak değerlendirmeler, her bir komisyon için farklı değerlendirilmelerin yapılması sonucunu doğuracağından, Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı sonuçların doğmasına sebebiyet verecektir.

**4-**  Dava konusu Yönetmeliğin “Sözlü sınav ve konuları ve ağırlıkları” başlıklı 11. Maddesi; **“(1) Sözlü sınav konuları ve ağırlıkları şunlardır:**

**a) Bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücü: %25,**

**b) İletişim becerileri, özgüveni ve ikna kabiliyeti: %25,**

**c) Bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı: %25,**

**ç) Topluluk önünde temsil yeteneği ve eğitimcilik nitelikleri: %25.”** Şeklinde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemede, öğretmenlik yapmaya elverişli olup olmadığına **hangi somut kriterlere göre** karar verileceği açık ve net bir şekilde belirtilmemiştir. Dava konusu düzenleme sebebiyle uygulamada birbirinden farklı durumlar ortaya çıkabilecektir. Yönetmelik maddesinin uygulanmasında keyfi ve suistimale açık uygulamalar ile karşılaşılmaması için tereddüte mahal bırakmayacak biçimde somut kriterlere yer verilmesi gerekmektedir.

MAHKEME KARARINDA ÜYELERDEN ERKAN CANTEKİN, GÜLEN AYDINOĞLU, METİN ARITI, MEHMET AYDIN TARAFINDAN AŞAĞIDAKİ GEREKÇELERLE AZLIK OYU KULLANILMIŞTIR;

 *“03/08/2016 tarihli ve 29790 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren dava konusu Yönetmeliğin 11. maddesinde; ''Sözlü sınav konuları ve ağırlıkları şunlardır:*

*a) Bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücü: %25*

*b) İletişim becerileri, özgüveni ve ikna kabiliyeti: %25*

*c) Bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı: %25*

*ç)Topluluk önünde temsil yeteneği ve eğitimcilik nitelikleri:%25" hükmüne yer verilmiştir.*

*1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda aday öğretmenlerin sözlü sınava tabi tutulmaları ve bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade kabiliyeti ve muhakeme gücü, iletişim becerileri, özgüveni ve ikna kabiliyeti, bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı, topluluk önünde temsil yeteneği ve eğitimcilik nitelikleri yönlerinden değerlendirilecekleri hüküm altına alınmakla birlikte; sözlü sınavın nesnel olarak yapılması ve yargısal denetimin tüm unsurları ile gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla; sözlü sınav konuları belirlenerek, belirlenen konular üzerinden bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade kabiliyeti ve muhakeme gücü, iletişim becerileri, özgüveni ve ikna kabiliyeti, bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı, topluluk önünde temsil yeteneği ve eğitimcilik nitelikleri açısından değerlendirme yapılması yönünde bir düzenleme getirilmesi gerekirken, uyuşmazlık konusu Yönetmeliğin 11. maddesinde sözlü sınav konularının belirlenmemesinde hukuka uyarlık bulunmadığı ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği görüşüyle bu maddeye ilişkin aksi yöndeki karara katılmıyoruz.”* denilmiştir.

Hangi somut kriterleri gözeterek puanlama yapacakları yönetmelikte yer almadığı için yapılacak olan değerlendirme işlemi tamamen değerlendiricilerin sınırsız takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu durum şüphesiz ki adaylar yönünden ağır sonuçlara neden olacaktır.

**5-** Dava konusu Yönetmeliğin “Sözlü sınav” başlıklı 12. Maddesi;  “**(1) KPSS sonucunda her alan için oluşan puan sıralamasına göre en yüksek puan alandan başlamak üzere, alanlar için belirlenen kontenjan sayısının üç katı aday sözlü sınava çağrılır. Son sıradaki adayla aynı puana sahip olan adaylar da sözlü sınava çağrılır.**

**(2) Sözlü sınav, Bakanlıkça sözlü sınav komisyonu oluşturulması öngörülen sözlü sınav merkezlerinde yapılır.**

**(3) Sözlü sınava girmek isteyenler, tercihleri de dikkate alınarak belirlenen sözlü sınav merkezlerinden birinde sözlü sınava alınır.**

**(4) Sözleşmeli öğretmenliğe atama için yapılacak sözlü sınava katılmaya hak kazanan adaylar, sözlü sınav komisyonunca yüz tam puan üzerinden değerlendirilir. Sözlü sınavda 60 ve üzerinde puan alanlar başarılı sayılır ve sözleşmeli öğretmenliğe atanmak üzere tercih yapma hakkına sahip olur.”** Şeklinde düzenlenmiştir.

Yukarıda da izah edildiği üzere, sözlü sınav uygulaması denetimi zor, suistimale açık, objektif olmayan bir sınav sistemidir. Nitekim Danıştay’ın yerleşik içtihatlarında da, sözlü sınav yapılacak ise dahi, sınav usulü ve kriterlerinin yönetmelik ile net bir biçimde belirlenmesi gerektiği, mülakat merciinin adaylara eşit ve tarafsız yaklaşıp yaklaşmadığı, sonuç gerekçelerinin somut değerlendirmeyi esas alıp almadığı, idareye tanınan takdir hakkının hukuka ve kamu yararına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı, objektif değerlendirmeyi kapsayıp kapsamadığının idari yargılama sürecinde değerlendirilmesi ve buna göre karar verilmesi gerektiği açıkça belirtilmektedir.

Madde hükmüne bakıldığında ise sözlü sınavların yapılış biçiminin net bir şekilde belirlenmediği görülmektedir. *Ayrıca, sözlü sınavda 60 ve üzerinde puan alanlar başarılı sayılır denilmekte, KPSS’den alınan puan ise devredışı bırakılmaktadır.* Başarı sıralamasının sadece sözlü sınav sonuçlarına göre oluşturulması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

 Somut verilere dayalı olarak en azından daha objektif bir sınav olması adına görüntü ve ses kaydının alınması gerekmektedir. Yönetmelikte getirilen sözlü sınav uygulaması objektifliği sağlayıcı teknolojik imkanların kullanılmasını da içerecek bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu düzenlemeler yapılırken Yüksek yargının bu konuda daha önce verdiği kararların dikkate alınmadığı da ortadadır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, **Müvekkil Sendika tarafından açılan davalarda, Danıştay 5. Dairesinin 2013/8367 E. sayılı ve 06.03.2014 tarihli kararı ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmeliğin 9. Maddesi ile Genel Yönetmeliğe eklenen 12/B maddesinin birinci fıkrasının; Danıştay 2. Dairesinin 2013/10363 E. sayılı ve 29.04.2014 tarihli kararı ile de; MEB Personelinin Görevde Yükselme, Unvan Değişikliği ve Yer Değiştirme Suretiyle Atanması Hakkında Yönetmeliğin 21. Maddesinin 1. Fıkrasında yer alan “şube müdürü, tesis müdürü ve basımevi müdürleri bakımından sözlü sınav başarı listeleri üzerinden” ibaresinin yürütmesi durdurulmuştur. Bahsi geçen yargı kararlarında, sözlü sınavın seçimin tek belirleyicisi olarak düzenlenmesinin, yazılı sınavdaki başarı puanının devre dışı bırakılarak başarı sıralamasının sadece sözlü sınav sonuçlarına göre oluşturulmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir.** Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Sözlü sınavlar ile ilgili Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun YD. İtiraz No: 2008/774 numaralı vermiş olduğu karara göre sözlü sınavda adayın sorulara verdiği yanıtların teknolojik imkânlardan yararlanarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Danıştay Onikinci Dairesi verdiği kararda, sözlü sınav komisyon üyelerinin her biri tarafından değerlendirme yapılarak tutanağa bağlanmış soruların ve yanıtlarının neler olduğunun, bu yanıtlara komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmamış olması ve ayrıca sözlü sınavda verilen yanıtların teknolojik imkânlardan yararlanarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınmaması nedenleriyle davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemi hukuka uygun bulmamıştır. Sözlü sınavın sesli ve görüntülü kayıt yapılmak suretiyle gerçekleştirilmesi günümüzde mümkün olduğundan bu imkânın kullanılmamasının hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvenceyi zedelediğinden bahsedilmektedir. Sözlü ve görüntülü kayıt imkânı varken ayrıca sözlü sınav komisyon üyelerinin soru ve cevaplarının tutanağa geçirilmesi, sözlü sınavda komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçelerinin ortaya konulması, sınav öncesinde soruların ve cevaplarının hazırlanmış olması gerekmektedir.

Danıştay 2. Dairesinin 2013/10363 E sayılı yürütmeyi durdurma kararında; “Sözlü sınav, yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte, bilgi ve liyakati ölçmek, adayın mesleğe uygun yeteneğe ve kültürel birikime sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılmaktadır. Bu çerçevede, sözlü sınavın temel amacı, yazılı sınav yapılmak suretiyle nesnel bir biçimde tespit edilenler arasından en başarılı adaydan başlayarak en uygun olanların seçilmesidir. Diğer tüm idari işlemlerin yargısal denetiminde olduğu gibi sözlü sınavın da yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden yargısal denetiminin yapılabilmesi esas olmalıdır. Bu nedenle, dava konusu Yönetmeliğin 21. maddesinin 1. fıkrası hükmü, yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte olması gereken sözlü sınavın, seçimin tek belirleyicisi olarak düzenlenmesi, bu haliyle somut olarak değerlendirilebilecek ve adaylar arasında objektifliği sağlayabilecek nesnel bir değerlendirme ölçütü olan yazılı sınavdaki başarı puanının değerlendirme dışı bırakılarak, başarı sıralamasının tek başına sözlü sınav sonuçlarına göre oluşturulması, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Hukuk Devleti ilkesiyle bağdaşacak şekilde etkin yargısal denetiminin yapılmasının engellenmesi nedeniyle hukuka aykırıdır.

….Ayrıca, kamu hizmetinin etkin ve süratli bir şekilde yürütülmesinin sağlanması amacıyla, liyakatın tespitinde; kriterleri objektif olarak belirlenmiş yazılı sınavda alınan puanın esas alınacak şekilde değerlendirilmesi gerektiği hususunda kuşku bulunmamaktadır.”denilmektedir.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Temel İlkeler” başlıklı 3. Maddesinde kariyer ve liyakat ilkeleri benimsenmiştir. Aynı madde hükmünde;

“Kariyer: B) Devlet memurlarına, yaptıkları hizmetler için lüzumlu bilgilere ve yetişme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanını sağlamaktır.”

“Liyakat: C) Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır.”tanımlarına yer verilmiştir.

MAHKEME KARARINDA ÜYELERDEN GÜLEN AYDINOĞLU, SELBİ KOCA TARAFINDAN AŞAĞIDAKİ GEREKÇELERLE AZLIK OYU KULLANILMIŞTIR;

*“Dava konusu Sözleşmeli Öğretmen İstihdamına İlişkin Yönetmelikte, sözleşmeli öğretmenliğe atama yapılması, diğer şartlar yanında sözlü sınavda başarılı olma şartına bağlanmıştır.*

*Söz konusu Yönetmeliğin 11. maddesinde; ''Sözlü sınav konuları ve ağırlıkları şunlardır: a) Bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücü: %25*

*b) İletişim becerileri, özgüveni ve ikna kabiliyeti: %25*

*c) Bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı: %25*

*ç)Topluluk önünde temsil yeteneği ve eğitimcilik nitelikleri:%25" hükmüne yer verilmiştir.*

*Söz konusu Yönetmeliğin 12. maddesinde ise, sözlü sınava katılmaya hak kazanan adayların yüz tam puan üzerinden değerlendirileceği, sözlü sınavda altmış ve üzerinde puan alanların başarılı sayılacakları ve sözleşmeli öğretmenliğe atanmak üzere tercih yapma hakkına sahip olacakları düzenlenmiştir.*

*Yazılı sınavın niteliği gereği, yargısal denetiminin yapılmasını sağlayacak şekilde, adaya ait sınav kağıdı veya cevap kağıdı gibi somut bir belge bulunmakta iken, söz konusu Yönetmeliğin 12. maddesinde sözlü sınav kapsamında adaylara hangi soruların sorulduğunun, hangi cevapların alındığının kayıt altına alınmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmediği gibi sözlü sınavla ilgili herhangi bir belgenin düzenlenmesi de öngörülmemiştir. Gözlem ve kanaate dayalı değerlendirmeleri gerektiren sınav konuları niteliği gereği subjektif değerlendirmelere yol açabilecek niteliktedir. Bu bakımdan keyfiliğe engel olacak şekilde, yargısal denetimi yapmaya uygun belgelendirmeleri içeren düzenlenmelere yer verilmelidir.*

*Sözlü sınavda adayın değerlendirilmesi, sınav kurullarında yer alan üyelerin mesleki bilgisi, genel kültür düzeyi, mesleki ve genel etik ilkelere olan bağlılığı ile doğru orantılı olup, bu özellikler kişiden kişiye farklılık göstereceğinden, sınava giren adaylar arasında eşitlik ve adalet ilkesini tesis etmek için, gözlem ve kanaate dayalı değerlendirmeler içerse bile, sorulacak soruların niteliğinin (Örneğin kapalı uçlu tek kelimelik cevabı olan soruların değil, açık uçlu en az 1-2 cümlelik cevabı olan soruların sorulması gerekirken uygulamada tek kelimelik cevabı olan sorular sorulmakta, bu sorularla da adayın 11.maddede belirtilen hususlarda değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır.) ve nitelikleri en iyi olan adayın seçilmesine yönelik tekniklerin Yönetmelikte düzenlenmemesinin bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz.*

*Sözlü sınav değerlendirmelerinde subjektifliğe en az yer verecek yöntemlerin uygulanması adaylar arasında eşitlik ve adaleti sağlayacağı gibi, görevin ehline verilmesiyle kamu hizmetinin en iyi şekilde yürütülmesinin sağlanmasıyla kamu yararı da en üst seviyede tesis edilmiş olacaktır.*

*Açıklanan nedenlerle; Anayasanın 125. maddesine göre idare bütün işlem ve eylemlerinde yargı denetimine tabi olup, bu denetimin tüm unsurlarıyla gerçekleştirilebilmesi objektif ve somut bilgi ve belgenin varlığına bağlıdır. Bunun için de; adaya yönetilen sorunun ve adayın verdiği cevabın kayda (tutanağa) alınması, diğer hususlarda ise objektif değerlendirmeyi sağlayacak yöntemlere (ucu açık soruların sorulup, sınav kurulu üyelerin adayın cevabını değerlendiren kanaatinin tutunak altına alınması vb gibi) yer verilmesi gerekli görülmüş olup, eksik düzenleme içeren dava konusu Yönetmeliğin 12. maddesinde hukuka uyarlık bulunmadığından yürütmenin durdurulması gerektiği görüşüyle aksi yönde verilen karara katılmıyoruz.”* denilmiştir.

Dava konusu sözlü sınav uygulaması, son derece suistimale açık bir uygulama olup, geçmişte olduğu gibi kariyer ve liyakate aykırı görevlendirmelerin önünü açmaya yöneliktir. Denetime elverişli bir sınav sisteminin getirilmesi, eşitlik ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.

**6-** Dava konusu Yönetmeliğin “Atama başvurusu ve tercihler” başlıklı 14. Maddesinin 2. Fıkrası; “**(2) Sözleşmeli öğretmenliğe atanma isteğinde bulunanlara en fazla 20 tercih hakkı verilir. Adaylar başvurularında, tercihleri dışına atanmayı kabul edip etmediklerini de belirtir. Tercihleri dışında atanmayı kabul etmediğini beyan eden adayların tercihlerine yerleştirilemedikleri takdirde atamaları yapılmaz.”** Şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmeli öğretmenliğe atanma isteğinde bulunanlara en fazla 20 tercih hakkının tanınmış olması yerinde olmayıp, “en fazla” ibaresinin iptali hakkaniyet gereğidir. 17.04.2015 tarih ve 29329 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği’nin “Duyuru, başvuru ve tercihler” başlıklı 12. Maddesinin 4. Fıkrası; “*(4) Aday öğretmenliğe/öğretmenliğe atanma isteğinde bulunan adaylar en fazla 40 tercihte bulunabilir. Adaylar başvurularında, tercihleri dışına atanmayı kabul edip etmediklerini de belirtir. Tercihleri dışında atanmayı kabul etmediğini beyan eden adayların tercihlerine yerleştirilemedikleri takdirde ataması yapılmaz.”* Şeklinde düzenlemiştir. Buna karşılık, sözleşmeli öğretmenliğe atanma isteğinde bulunanlara en fazla 20 tercih hakkının tanınmış olması Anayasa’nın hukuki güvenlik ve eşitlik ilkesine aykırıdır.

**7-** Dava konusu Yönetmeliğin “Atama ve görev yerinin belirlenmesi” başlıklı 15. Maddesinin 1.Fıkrasında yer **alan “Sözlü sınavda 60 ve üzerinde puan alanlardan sözleşmeli öğretmenliğe atanmak üzere başvuruda bulunanların atamaları, sözlü sınav puanı üstünlüğüne göre tercihleri de dikkate alınarak ilan edilen kontenjanlar dâhilinde elektronik ortamda gerçekleştirilir.”** Cümlesini içermektedir.

İlgili düzenlemede, sözlü sınav puan üstünlüğüne göre atamaların yapılacağı belirtilmekte, KPSS’den alınan puan ise devredışı bırakılmaktadır. Başarı sıralamasının sadece sözlü sınav sonuçlarına göre oluşturulması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

**8-** Dava konusu Yönetmeliğin “İhtiyaç fazlası sözleşmeli öğretmenlerin yer değiştirmeleri” başlıklı 18. Maddesi **–“ (1) Eğitim kurumu ve/veya bölüm kapanması, program değişikliği, Bakanlığın öğretmenliğe atanacakların tespitine ilişkin kararıyla bazı derslerin kaldırılması veya istihdam alanının daralması gibi nedenlerle öğretmen fazlalığı oluşması hâlinde, öncelikle sözleşmeli öğretmenler ihtiyaç fazlası öğretmen olarak değerlendirilir.**

**(2) İhtiyaç fazlası konumda bulunan sözleşmeli öğretmenler, istekleri ve tercihleri de dikkate alınmak suretiyle atamaya esas puan üstünlüğüne göre il içinde alanlarına uygun eğitim kurumlarına valiliklerce atanır. Sözleşmeli öğretmenlerin sözleşmeleri, görev yaptıkları il içinde alanında ihtiyaç olmaması ya da öğretmenlerin bu fıkraya göre yapılması öngörülen görev yeri değişikliğini kabul etmemeleri hâlinde sona erer.”** Şeklinde düzenlenmiştir.

 İlgili düzenlemenin ilk fıkrasında öncelikle sözleşmeli öğretmenlerin ihtiyaç fazlası öğretmen olarak değerlendirilmesi, öğretmenlik mesleğinin itibarını zedelediği gibi Anayasa’nın eşitlik ilkesine de aykırıdır.

 18. Maddenin 2. Fıkrasında yer alan **“Sözleşmeli öğretmenlerin sözleşmeleri, görev yaptıkları il içinde alanında ihtiyaç olmaması ya da öğretmenlerin bu fıkraya göre yapılması öngörülen görev yeri değişikliğini kabul etmemeleri hâlinde sona erer.”** Cümlesinde yer alan düzenlemenin sonuçları sözleşmeli öğretmenler için son derece ağırdır. Bir öğretmenin aynı ilde alanında norm olmaması nedeniyle sözleşmesinin sona erdirilmesi ağrı bir yaptırım olup, hukuki güvenlik ilkesine de aykırıdır. Kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırı birçok uygulamanın da oluşmasına sebebiyet vereceğinden hukuka aykırıdır.

 **9-** Dava konusu Yönetmeliğin “Adaylık, Yer Değiştirme ve Öğretmen Kadrosuna Atanma” başlıklı Üçüncü Bölümde “Mazerete bağlı yer değişikliği” hakkına yer verilmemesine ilişkin eksik düzenleme hukuka aykırıdır.

 17.04.2015 tarih ve 29329 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen Atama ve Yer Değişikliği Yönetmeliği’nin “Mazeret ve engellilik durumuna bağlı yer değiştirmeler” başlıklı 49. Maddesinde, (1) Öğretmenlerin; aile birliği, sağlık, can güvenliği mazeretlerine veya engellilik durumuna bağlı yer değiştirmeleri hakkında, Devlet Memurları Kanunu ile Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak, dava konusu Yönetmelikte mazerete bağlı yer değişikliği hakkı tanınmamakta olup, bu durum sözleşmeli öğretmenler için çok sayıda mağduriyeti de beraberinde getirecektir.

MAHKEME KARARINDA ÜYELERDEN GÜLEN AYDINOĞLU, SELBİ KOCA TARAFINDAN AŞAĞIDAKİ GEREKÇELERLE AZLIK OYU KULLANILMIŞTIR;

 “*Dava konusu Yönetmeliğin "Adaylık, Yer Değiştirme ve Öğretmen Kadrosuna Atama" başlıklı üçüncü bölümünde "Mazerete bağlı yer değişikliği" hakkına yer verilmemesine ilişkin eksik düzenlemenin iptali istenilmektedir.*

 *Dava konusu Yönetmeliğin dayanağını teşkil eden 652 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek 4. maddesinin 3. fıkrasında, aile birliği mazeretine bağlı yer değiştirmelerde bu madde uyarınca istihdam edilen öğretmenin eşinin bu öğretmene tabi olduğu hüküm altına alınmakla birlikte sağlık, can güvenliği, engellilik gibi diğer mazeret durumlarına ilişkin bir düzenleme yer almamıştır.*

 *657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak 06.06.1978 gün ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar'ın Ek 3. maddesinde, sözleşmeli personelin kurum içi yer değişikliğinin maddede belirtilen hallerde Kurumca gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir.*

 *Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 49. ve 51. maddelerinde de, mazeret ve engellilik durumuna bağlı yer değiştirmeler ile diğer nedenlere bağlı yer değiştirmelere ilişkin ayrıntılı düzenleme yapılmıştır.*

 *Dava konusu Yönetmeliğin 20. maddesi uyarınca; sözleşmeli öğretmenlerin, görev yaptıkları eğitim kurumlarındaki emsali kadrolu alan öğretmenleri için öngörülen görev ve sorumlulukları yerine getirmekle yükümlü oldukları da dikkate alındığında, sözleşmeli öğretmenler için mazerete bağlı yer değişikliğine ilişkin düzenleme yapılması Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar ile Anayasanın hukuki güvenlik ve eşitlik ilkelerine uygun olacağından, mazerete bağlı yer değiştirme hakkına ilişkin eksik düzenleme yönünden yürütmenin durdurulması gerektiği görüşüyle aksi yöndeki karara katılmıyoruz.”* denilmiştir.

 Sözleşmeli öğretmenlere “Mazerete bağlı yer değişikliği” hakkının verilmemesi Anayasa’nın hukuki güvenlik ve eşitlik ilkesine aykırıdır.

 **10-** Dava konusu Yönetmeliğin “Öğretmen kadrosuna atama” başlıklı 19. Maddesinde yer alan **“Öğretmen kadrolarına atananlar aynı yerde en az iki yıl daha görev yapar.”** İbaresi; öğretmenlerin atanma talebini engelleyerek, aynı yerde iki yıl daha görev yapmasını zorunlu kılmaktadır. Oysa ki, Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği’nin “İsteğe bağlı yer değiştirmeler” başlıklı 52. Maddesine göre, kadrolarının bulunduğu eğitim kurumunda üç yıllık çalışma süresini tamamlayanlar il içinde, bulundukları ilde üç yıllık çalışma süresini tamamlayanlar ise iller arasında yer değiştirme isteğinde bulunabilmektedir. Bu düzenleme ile sözleşmeli öğretmenler aynı ilde 4 yılını tamamladıkları halde, 2 yıl daha aynı ilde kalmak zorunda tutulmaktadırlar. Kaldı ki bu süreçte mazerete bağlı yer değişikliğinin uygulanacağına ilişkin bir düzenlemeye de Yönetmelikte yer verilmemiş olduğundan, dava konusu düzenleme nedeniyle mağduriyet yaşanılacağı açıktır.

**11-** Dava konusu Yönetmeliğin “Sözleşmenin feshi ve sona ermesi” başlıklı 22. Maddesinin 1. Fıkrasının ( b ) bendi; “**b) Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmen Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğine göre her yıl yapılacak performans değerlendirmesinde başarılı olamayanların, sözleşmeleri tek taraflı olarak feshedilir.”** Şeklinde düzenlenmiştir. Performans değerlendirme sistemi objektif olmayan bir sistem olup,Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmen Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde yer alan bu sistemin iptali talebiyle müvekkil Sendika tarafından dava açılmıştır. Performans değerlendirmesinde hangi somut kriterleri gözeterek puanlama yapacakları yönetmelikte yer almadığı için yapılacak olan değerlendirme işlemi tamamen değerlendiricilerin sınırsız takdir yetkisine bırakıldığı gibi, değerlendirmenin sonucunda sözleşme tek taraflı olarak feshedilebilmektedir. Tamamen değerlendiricilerin takdir yetkisine bağlı olarak verdikleri puanlama ileride pek çok sözleşmeli öğretmenin mağduriyetine neden olacaktır. Tamamen keyfi şekilde yapılan değerlendirme sonucu sözleşmelerin tek taraflı olarak feshedilmesi, orantısız bir yaptırım olup, keyfiyetin boyutlarını da gözler önüne sermektedir. Sözkonusu düzenleme Anayasanın 2. ve 10. Maddesine aykırıdır.

 **12-** Dava konusu Yönetmeliğin“Yeniden hizmete alınma” başlıklı 23. Maddesi;

**“(1) Doğum ve askerlik sebebiyle hizmet sözleşmesi feshedilen sözleşmeli öğretmenlerin pozisyonu saklı tutulur ve bunlar istekleri hâlinde ayrıldıkları eğitim kurumunda yeniden hizmete alınır.**

**(2) Yeniden hizmete alınacak sözleşmeli öğretmenlerin;**

**a) Sözleşmelerinin feshi sebebiyle iş sonu tazminatı almamış olmaları,**

**b) Doğum sebebiyle hizmet sözleşmesini feshedenlerin, doğum izninin bitiminden itibaren en geç bir yıl; askerlik sebebiyle hizmet sözleşmesi feshedilenlerin ise terhis tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yeniden istihdam edilmek üzere yazılı talepte bulunmaları,**

**gerekir.**

**(3) Bu maddenin ikinci fıkrasına göre yazılı talepte bulunanlar, yazılı taleplerini takip eden en geç otuz gün içinde sözleşmeli öğretmenliğe döndürülür.**

**(4) Bu madde çerçevesinde yeniden istihdam edilecek sözleşmeli öğretmenler ile yapılacak sözleşme eski sözleşmenin devamı niteliğindedir.**

**(5) Sözleşmeli öğretmenler, hizmet sözleşmesi esaslarına aykırı hareket etmeleri nedeniyle sözleşmelerinin feshedilmesi veya sözleşme dönemi içinde sözleşmeyi tek taraflı feshetmeleri hâlinde, fesih tarihinden itibaren bir yıl geçmedikçe sözleşmeli öğretmen olarak atanmak üzere başvuruda bulunamaz.”** Şeklinde düzenlenmiştir.

İlgili düzenlemeye göre, doğum ve askerlik hallerinde sözleşmeli öğretmenlerin sözleşmelerinin feshedilmesi hukuka aykırıdır. Dolayısıyla bu düzenleme kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olup, mağduriyetlere sebebiyet verecektir. Sözleşmeli öğretmenlerin yeniden hizmete alınması,sözleşmelerinin feshi sebebiyle iş sonu tazminatı almamış olmaları şartına bağlanması, Kanundan doğan hakkın kullanılmasını engellemesi nedeniyle hukuki güvenlik ilkesine aykırıdır. Sözleşmeli öğretmenlerin, hizmet sözleşmesi esaslarına aykırı hareket etmeleri nedeniyle sözleşmelerinin feshedilmesi veya sözleşme dönemi içinde sözleşmeyi tek taraflı feshetmeleri hâlinde, fesih tarihinden itibaren bir yıl geçmedikçe sözleşmeli öğretmen olarak atanmak üzere başvuruda bulunamaması ağır bir yaptırımdır.

2577 sayılı Yasanın 27. maddesinin 2 numaralı bendi gereğince “İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler.” denilmektedir. Dava konusu yönetmelik hükümleri yönünden şartlar oluştuğu için öncelikle dava konusu hükümlerin yürütmesinin durdurulması gerekmektedir.

 Yukarıda izah edilen nedenlerle karara itiraz etme zarureti hasıl olmuştur. Takdir Sayın Mahkemenizindir.

**HUKUKİ SEBEPLER :** T.C. Anayasası, vs ilgili mevzuat

**HUKUKİ DELİLLER :**Dosya münderecatı.

**SONUÇ VE TALEP :** Yukarıda arz ile izahına çalıştığımız ve mahkemenin re’sen gözeteceği sair hususlar nedeni ile Danıştay 12. Dairesinin 2016/7383 E. sayılı ve 13.04.2017 tarihli yürütmeyi durdurma talebimizin reddine ilişkin kararının kaldırılmasına ve dava konusu düzenlemelerin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesi hususunda gereğini arz ederim. 27/07/2017

 DAVACI VEKİLİ

AV. GONCA SAMANCI