

GENEL OLARAK NESAFET KAVRAMI VE BU KAVRAMIN İDARE HUKUKUNDAKİ BAZI GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ*

Arş. Gör. Hande Sena ÇALIŞ**

EQUITY CONCEPT IN GENERAL AND THE APPEARANCE EFFECTS OF THAT CONCEPT IN ADMINISTRATIVE LAW

ÖZ

İdare tarafından tesis edilen işlem ve eylemler bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ve kamu yararını doğrudan veya dolaylı olarak etkilemektedir. Bu nedenle idarenin faaliyetlerinde mevzuata uygunluğu sağlamak yanında hakkaniyete uygun davranması beklenmektedir. Türk idare hukuku teorisi ve uygulaması açısından idarenin faaliyetlerini nesafet ilkesine uygun olarak yürütmesi önem taşıyan bir husustur.

Bu çalışmada; idare hukuku kapsamına dahil olan başlıca hususlarda nesafet ilkesinin teorik açıdan önemi ve uygulama açısından ortaya koyduğu sebep sonuç ilişkileri üzerinde durulmuştur.

* Kabul Edildiği Tarih: 14.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.358218](https://doi.org/10.15337/suhfd.358218)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: handecalis@selcuk.edu.tr

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-8915-6276

ANAHTAR KELİMELEER: Nesafet, İdare Hukukunda Hakkaniyet, Hukuki Güvenlik, İdarenin Takdir Yetkisi, Kanun Önünde Eşitlik.

ABSTRACT

The administrative act established by administration influence the individual's fundamental rights and freedoms and public interest as directly or indirectly. Hence it is expected that the administration actions are established as legal and also proper to equity principle. This properness to equity principle is an outstanding topic in terms of Turkish administrative law's theory and practice.

In this study; as part of the primary subjects include administrative law equity principle's importance in the theory of administrative law and the cause and effect relations in the practice will be revealed.

KEYWORDS: Equity, Fairness in Administrative Law, Legal Security, The Power of Discretion of Administration, Equality Before the Law.

GİRİŞ

Adalet, hak, hakkaniyet, nesafet gibi kavramlar hukukun amacını belirlemek, uygulanmasını ideal hale getirmek için kullanılan temel ilkelerdir. Bu ilkelerden nesafet aracılığıyla, yazılı hukuk kurallarının katılığı dolayısıyla uygulamada yaşanan sorunlar giderilmeye ve hukukun düzen işlevi sağlanmaya çalışılmaktadır.

Hukukun toplumsal düzeni sağlama amacı idare hukukunda kamu düzeninin sağlanması olarak yer bulmakta ve bu amaç devlet ve birey açısından son derece büyük önem arz etmektedir. Kanunların üstünlüğünden ziyade hukukun üstünlüğünün benimsendiği hukuk devletinde, devletin tüm organlarının faaliyetlerini amaca uygun hale getiren belli ilkeler ışığında yürütmesi gerekmektedir.

Nesafet ilkesinin idare hukukundaki yansımalarına idare hukukunun dağınık mevzuatı içinde yer alan birçok düzenlemede ve içtihatlarda rastlamak mümkündür. Bireyin hak ve özgürlüklerini dikkate alan idarenin işlem, eylem ve davranışlarında da nesafet ilkesinin izleri görülmektedir.

Çalışmamızda, nesafet ilkesinin idare hukukunun temel ilkelerine ve başlıca idare hukuku konularına yansıyan uygulamaları tespit edilerek bu uygulamaları geliştirici önerilerde bulunulacaktır.

Çalışmamızda ilk olarak, nesafetin tanımı ve hukukun benzer ilkeleri ile ilişkileri hakkında genel bilgiler verilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde; idare hukukunda nesafet ilkesinin kullanıldığı alanlardan olan idari işlemin unsurları ve takdir yetkisi, kamu hizmetinden yararlanma ve kamu görevine girişte eşitlik ilkeleri, idarenin sorumluluğu konularında nesafet ilkesinin etkileri tespit edilecektir.

Çalışmanın bütününde idare hukukunda nesafet ilkesi incelenerek konuyla ilgili ulaşılabacak sonuçlar, yorumlar ve öneriler yer alacaktır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Nesafet kavramının, hukuk düzenlemeleri ve uygulamalarındaki görünüşlerinin tespit edilebilmesi için nesafet ile yakın anlamlı veya ilişkili olan adalet, eşitlik, ölçülülük, hakkaniyet kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

Nesafet, *“fertlerin kanun karşısında müsaviliği ve onların haklarına riayetin zaruri bulunduğu esaslarından tabiatıyla çıkarılan bir adalet prensibidir.”*¹ Nesafet kavramı, Danıştay kararlarında çatışan menfaatler arasında denge sağlamak ve hakka uygun bir çare bulmak amacıyla kullanılmaktadır².

A. HUKUKUN AMACI VE NESAFET

Hukukun amacı, temel hak ve özgürlükleri korumak, toplumsal yaşamın ihtiyaçlarına uygun olarak düzeni sağlamak ve adaleti gerçekleştirmektir. Adaleti gerçekleştirme amacı, adaletin gereği olan eşitliği sağlamayı ve

¹ SUNAY Reyhan, Türk Hukuk Lugatı, 3. Baskı, Ankara 1991, s. 267.

² *“hukuka, hak ve nesafet kurallarına ve belirtilen mevzuat hükümlerine açıkça aykırıdır.”*, DİDDK, KT. 30.09.1994, E. 1993/247, K. 1994/559, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/>; e.t. 02.12.2017; *“bu haliyle kişi ve toplum yararı arasındaki dengeyi bozucu nitelikte, hakkaniyet ilkesine ve nesafet kurallarına aykırı olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir.”*, D15D, KT. 09.09.2015, E. 2015/2218, K. 2015/4885, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/>; e.t. 02.12.2017.

böylece kamu güvenini kazanmayı içermektedir³. Adaletin gerçekleştirilmesi, dolaylı olarak hakkaniyet ve nesafete uygunluğun gerçekleştirilmesini sağladığından, kavramlar arasında bağlantı bulunmaktadır⁴. Kavram bakımından temelde adalet ve hakkaniyet ile ilişkili olan nesafetin⁵, somut uygulama bakımından eşitlik ve ölçülülük ilkeleriyle ilişkisi bulunmaktadır.

1. Hakkaniyet ve Nesafet Kavramları

Hukukun amacı olarak bilinen adaletin ve toplumsal düzenin sağlanması olgusu hukukun varlığına temel teşkil eden fikirler olan ahlak, adalet ve nesafetin sağlanması düşüncesinden kaynaklanmaktadır⁶. Soyut kuralların içerdiği düzenlemeler somut olaya aktarılıp uygulanırken, hakkaniyet ve nesafet kavramları kullanılarak adil çözümlere erişilmek istenir. Hukuki sorunların nesafet ilkesi ile birlikte ele alınması, adaletin temini için kullanılan klasik yöntemlerin yetersiz kaldığı noktalarda, somut olayın ayırt edici özelliklerine uygun adil çözüm yolunu sunma çabasıdır⁷.

Nesafet kavramı, genel ve soyut nitelikte bir hukuk kuralının bireysel ve somut olaya aktarılmasında ortaya çıkabilecek haksızlıkları önlemek amacıyla adaletin sağlanması için kullanılmaktadır. Genel ve soyut nitelikteki kuralların somut olaya uygulanmasıyla adaletin sağlanamadığı, hakkın yerini bulmadığı durumlarda hakkaniyet ve nesafet kavramı kullanılarak çözüm aramak akılcıdır. Nesafet, somut olayın şartlarının göz önünde bulundurularak objektif kuraldan sübjektif perspektife geçişi ifade eder. Hukukun genel ilkeleri arasında yer alan nesafet⁸, hukukun uygulanmasında hakkaniyetin

³ **TUNÇER** Polat, Temel Hukuk,1. Baskı, Ankara 2013, s. 10; **GÜLTEKİN** Sadettin/**ÇİYİLTEPE** Hamdi, Hukukun Temel Kavramları, 1. Baskı, Trabzon 2009, s. 19.

⁴ **TUNÇER**, s. 14.

⁵ **GÜRİZ** Adnan, Hukuk Başlangıcı, 7. Baskı, Ankara 1999, s. 217.

⁶ **VELİDEDEOĞLU** Veldet Hıfzı, Hayat, Hukuk ve Cemiyet, 1. Baskı, İstanbul 1944, s. 17, 18.

⁷ **ÖKTEM** Niyazi/ **TÜRKAĞ** Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 5. Baskı, İstanbul 2012, s. 72.

⁸ **BOZ** Selman Sacit, İdare Hukukunda Haklı Beklentini Korunması, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 132.

sağlanmasıdır⁹. Hukukun hakkaniyeti sağlayacak biçimde uygulanması “iyi yönetimi” gerçekleştirilmeye yönelik bir araçtır¹⁰.

Adalet ve nesafet kavramı aynı anlama sahip değildir. Nesafet, ideal bir hukuk düşüncesini ifade etmek için kullanılmaktadır. Nesafet, yazılı kuralların sert yönlerini yumuşatarak akla ve vicdana uygun hale getirmek için kullanılan yazısız hukuk ilkesidir. Bu yönüyle nesafet adalete göre daha spesifik niteliktedir¹¹. Nesafet kavramı, hukuk kuralının somut olayın karakteristiği dikkate alınarak uygulanmasını amaçladığından, menfaat dengesini sağlamaya yönelmektedir¹².

Nesafet kavramının işlevi soyut ve katı nitelikteki kuralların uygulamada doğurduğu haksız uygulamaları yumuşatarak adalet ve hakkaniyete uygunluğa yaklaştırmaktır. Hukuk kuralının uygulanmasında sübjektif değerlendirmenin yanında hukukun güncel ihtiyaçları karşılayamadığı durumlarda da nesafet ilkesi kullanılmaktadır¹³.

Nesafet kavramı Roma Hukukundan bu yana hukukun statik kalan hükümlerinin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak amacıyla kullanılmaktadır. Nesafet ilkesi, Roma Hukukunda bilhassa özel hukuk uygulamalarında kullanılmıştır. İngiliz Hukukunda, hukukun uygulanmasında kullanılan yöntemin basitleştirilmesi amacıyla nesafet hukukuna (equity law) yer verilmektedir¹⁴.

Hak, hakkaniyet, nesafet, adalet, eşitlik kavramları yakın anlamlı olduğundan çoğu zaman birlikte veya birbirleri yerine genel ve kapsayıcı bir şekilde kullanılmaktadır.

Türk Medeni Kanununun hakimin takdir yetkisini düzenleyen 4. maddesinde hakimin durumun gerekleri ve haklı sebepleri gözeterek

⁹ **BEREKET** Zuhâl, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, 1. Baskı, Ankara 1996, s. 138.

¹⁰ **BOZ**, s. 130.

¹¹ **ANSAY** Sabri Şakir, Hukuk Bilimine Başlangıç, 6. Baskı, Ankara 1956, s. 56.

¹² **BOZ**, s. 131.

¹³ **GÜRİZ**, s. 217, 218.

¹⁴ **GÜRİZ**, s. 217.

hakkaniyete göre karar vereceği düzenlenmektedir¹⁵. Buna göre hakim takdir yetkisini kullanırken hakkaniyet (hak ve nısfet) ilkesine başvurmaktadır¹⁶. Hakim takdir yetkisini kullanırken somut duruma uygun bir çözüm yolu aramakta bulduğu yol ile hem hukuka hem hakkaniyete uygunluğu sağlamak görevini üstlenmektedir¹⁷.

Hakkaniyet ve adalet, hukukun uygulanmasına objektif bir tutumla yaklaşmaktadır ve bu bakımdan daha soyut ve genel kavramlardır. Nesafet ise somut olay ile hukuk kuralı arasında kurulan sübjektif dengeyi ifade eder¹⁸.

Hukuk kuralları bazı durumlarda adaleti sağlamakta yetersiz kalabilir veya hukuk uygulayıcılarını tereddütte bırakabilir. Bu durumlarda, hukukun adaleti sağlama fonksiyonunun normatif düzenlemelerin üstünde olduğu unutulmamalıdır¹⁹. Hakkaniyet ve nesafet hukuk kurallarının uygulanmasında ve yorumlanmasında hakime rehberlik edecek ilkelerdir.

2. Nesafet Kavramının Eşitlik ve Ölçülülük İlkeleriyle İlişkisi

Hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasında söz konusu olan nesafetin, aynı durumda olan tüm bireyler için eşit ve ölçülü kullanılması

¹⁵ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 4: “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*”

Yürürlükten kaldırılmış 743 sayılı Medeni Kanun Madde 4: “*Kanun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hakim, hak ve nasfetle hükmeder.*” ifadesi yer almaktaydı. Bu maddedeki “nasfet” ibaresi ile kastedilen nesafet kavramıdır. Buna göre hakim hukuk kurallarını somut olaya uygularken hakkaniyet ve nesafetin gereklerini de dikkate alarak takdir yetkisini kullanır.

¹⁶ **AYAN** Mehmet/ **AYAN** Nurşen, Medeni Hukuka Giriş, 10. Baskı, Konya 2014, s. 69, 73.

¹⁷ **GÖZÜBÜYÜK** Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 19. Baskı, Ankara 2003, s. 80.

¹⁸ **BEREKET**, s. 139.

¹⁹ **DEMİRDAL** Mustafa Balkan, “*Ronald Dworkin’ in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 18, S. 3-4, s. 815.

gerekmektedir. Hukukun yol açtığı uygulamanın objektiflikten ayrılmaması ve keyfiyete varmaması için, eşitlik ve ölçülülük ilkeleri önem taşımaktadır²⁰.

a. Nesafet Kavramının Eşitlik İlkesi ile İlişkisi

Nesafet, somut olayda adalet duygusunun tatminini amaçladığından eşitlikle bağlantılıdır. Kanun önünde eşitlik Anayasa'da düzenlenmiş bir ilkedir ve bu ilke ile ifade edilmek istenen hukuk kurallarının uygulanmasında ayırım gözetilmemesidir. Somut olaylar benzer koşullar içeriyorsa uygulama da benzer olmalıdır. Ancak bu şekilde eşitlik ve adalet sağlanmış olur²¹. Toplum oluşturulan bireyler farklı sosyal şartlar içinde yaşamaktadır. Aralarında dini, etnik, kültürel farklı özelliklere sahip olanlar ve siyasi düşünceler bakımından farklılıklar bulunmakla birlikte, devlet nezdinde tüm bireyler eşittir. Devletin kanun önünde eşitlik ilkesini benimsemesi ve uygulamalarına aktarması Anayasa'da kanun önünde eşitlik düzenlemesi yer almasa dahi eşitlik ilkesi hukukun genel ilkesi olarak uygulanmalıdır²². Hukuk sistemleri, toplumu bir bütün olarak düzenleme ve bireylerin hak ve özgürlüklerini koruma misyonunu yerine getirirken eşitliği sağlarsa nesafete uygun davranış sergilenmiş olur. Eşitlik düşüncesinin ürünü olmayan uygulamalar bireyleri rahatsız edeceğinden ortak toplumsal bilinç oluşturulamaz²³.

Nesafet ve eşitlik birbirlerinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Nesafet, eşitliğin adalete uygun olarak gerçekleştirilmesinde kullanılacak bir argümandır.

Nesafet ilkesi ile birleşen eşitlik mutlak ve matematiksel bir eşitlik değildir. Mutlak eşitlik aracılığıyla adaletin sağlanması düşüncesi bazı durumlarda adaletsizliğe yol açabilmektedir. Bu nedenle eşitlik düşüncesi ek kavramlar kullanılarak geliştirilmekte ve şekli bir eşitlikten ötesi hedeflenmektedir²⁴. Eşitlik ve nesafet dengeli olarak birleştirildiğinde hukuk

²⁰ GÜRİZ, s. 214.

²¹ GÜRİZ, s. 219.

²² BEREKET, s. 37.

²³ ADAL Erdal, Hukukun Temel İlkeleri, 7. Baskı, İstanbul 2002, s. 2.

²⁴ İŞIKTAÇ Yasemin, "Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, Haziran-Aralık 1998, C. 2, S. 1, s. 227.

kurallarının uygulanması ve yorumlanması açısından ideal olana ulaşılacaktır.

b. Nesafet Kavramının Ölçülülük İlkesi ile İlişkisi

Ölçülülük ilkesi, hukukun uygulanmasında ve uygulama sonucunda menfaat dengesinin sağlanmasında hakkaniyete ve adalete uygunluğu gerçekleştirmek düşüncesinden hareket etmektedir²⁵.

Ölçülülük ilkesi, eşitlik, adalet, hakkaniyet kavramları gibi genel bir hukuki kavramdır. Bu ilke başta hakların kullanılması ve sınırlandırılmasında olmak üzere anayasa hukukunda ve idarenin faaliyetlerinde amaç araç dengesini sağlamak amacıyla idare hukukunda yer bulmaktadır. Ölçülülük ilkesinin unsurları olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık hukukun pek çok branşında kullanılmakta ve adaleti sağlamada bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. Nesafet kavramı aracılığıyla olan ve olması gereken dengenin kurulabilmesi ve en nihayetinde hukuk kuralının amacına uygun sonuçlar doğurabilmesi için uygulamayı kolaylaştırmak ve ayrıca uygulamanın sınırını belirlemek için ölçülülük ilkesine başvurulmuştur²⁶.

B. İDARE HUKUKU TEORİSİNDE NESAFET

İdare hukukunun kamu hukuku branşı olması sebebiyle, nesafet gibi soyut kavramların teoriye yansımaları özel hukuktakinden farklı olmaktadır²⁷. İdare kamu gücü ayrıcalıklarını kullanmaktadır. Bu nedenle nesafetin idare hukukunun teorik ilkeleriyle uyumu önem taşımaktadır. Özellikle hukuki düzenlemelerin uygulanması ile nesafetin sağlanamadığı durumlarda, nesafeti yansıtan teorik ilkeler önem kazanmaktadır²⁸.

²⁵ **METİN** Yüksel, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 19.

²⁶ **OĞURLU** Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Ankara 2002, s.21, 22.

²⁷ **İZVEREN** Adil, Hukuk Felsefesi, 1. Baskı, Ankara 1988, s. 110, 111.

²⁸ **GÜRİZ**, s. 218.

1. İdarenin Kanuniliği İlkesi

İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin görev ve yetkilerinin kanuna dayanması ve faaliyetlerinin kanuna uygun olması anlamına gelmektedir²⁹. Yürütmenin faaliyetlerinin Anayasaya ve kanunlara aykırı olamayacağı Anayasanın 8. maddesinde de açıkça yer almaktadır³⁰. İdarenin hukukla bağlı olması, idari işlem ve eylemlerin yargısal denetime tabi olması, idarenin görev ve yetkilerinin kanunla verilenlerle sınırlı olması, hukuk devleti ilkesinin de unsuru ve sonucudur.

İdarenin kanuniliği ilkesinin varlığı, idarenin bizzat kendisinin de hukuk kurallarıyla bağlı olması ve faaliyetlerinin yargı denetimine tabi olması, idare edilenler açısından güvence niteliğindedir³¹. İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması hukuk devleti ilkesinin gereğidir³². Gerçek anlamda bir hukuk devletinde, idarenin yetkileri sınırlandırılmıştır³³.

İdarenin faaliyetlerini yerine getirirken sahip olduğu ayrıcalıkları kullanırken hukuka uygunluk çerçevesinin dışına taşmaması gerekir. İdari işlemlerden hukuka aykırı olanların idari makamlarca fark edilmesi durumunda geri alınması hakkaniyete uygun olacaktır. Yine yargısal denetim yoluyla da idari faaliyetlerin hukuka aykırılığı tespit edilip mahkeme kararlarının gerektirdiği yönde idari işlemler ve hukuki düzenlemeler yapılarak nesafete uygunluk sağlanabilir.

İdarenin kanuniliği ilkesi doğrultusunda idari makamlar yalnızca kanunla verilen görev ve yetkileri kullanabileceğinden, idarenin faaliyetlerinde konu bakımından sınırları belirlenmiştir.

İdare hukuku kendi içinde idare lehine eşitsizlikler ve ayrıcalıklar içeren bir hukuk dalıdır³⁴. İdarenin kanuniliği ilkesi ile hukuka bağlı olma zorunluluğu

²⁹ **ÇAĞLAYAN** Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 76.

³⁰ **GÖZLER** Kemal/ **KAPLAN** Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Bursa 2013, s. 71.

³¹ **BEREKET**, s. 80.

³² **ÇAĞLAYAN**, İdare Hukuku, s. 79.

³³ **AKYILMAZ** Bahtiyar/ **SEZGİNER** Murat/ **KAYA** Cemil, Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 113.

³⁴ **YILMAZ** Dilşat, "İdare Hukuku Ve Özel Hukuk Arasında Yarışma Mı Uzlaşma Mı?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 4, S. 2 Yıl 2013, s. 164.

idare edilenlerle idareyi belli bir ölçüde eşitlemeye hizmet etmektedir³⁵. Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri ile idare edilenler idarenin kanuna aykırı faaliyetlerine karşı korunmaktadır.

Gerçek anlamda bir hukuk devleti olabilmek için kanuna uygunluktan fazlası gerekmektedir. Nitekim hukuk devletinde hukukun üstünlüğü, bağlayıcılığı, hukukun evrensel ilkelerine ve insan haklarına uygunluğun gerekliliği kabul edilmektedir. Bu nedenle hukuk devletinde, Devletin kendi koyduğu kurallara uyması ile birlikte hakkaniyet ve nesafete uygunluğu da sağlaması beklenir³⁶. İdarenin kanuniliğinin sağlanması ile idare edilenlerde, objektif kurallar dahilinde adil yönetildiklerine dair güvence oluşturulabilecektir³⁷.

2. İdari İşlemin İptalinin Davacı ve Diğer İlgililer Açısından Sonuçları

Anayasanın 125. maddesine göre idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır. İdari işlemlerin hukuka aykırılığı kanuni süresi içinde ileri sürüldüğünde yargı denetimine tabi olmaktadır. Ancak idari işlemin icrai niteliği gereği idari işlemin hukuka aykırılığı iddiası ile yargı yoluna başvurmak işlemin yürütülmesini durdurmamaktadır. İdari yargı merciinin ayrıca yürütmenin durdurulmasına karar vermesi gerekmektedir³⁸.

İdari işlemlerde hukuka uygunluk karinesi gereği, yargı kararı ile idari işlemin hukuka aykırılığına karar verilene kadar idari işlemin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. İdari işlemler icrai nitelikte olduğundan, hukuka uygunluk karinesi gereği işlem tesis edildiğinde hukuki sonuçlarını doğurmaktadır³⁹. Bir başka ifade ile hukuka uygunluk karinesinin varlığı sebebiyle idari işlem tesis edilmeden önce hukuka uygunluk denetimine tabi olmamaktadır⁴⁰.

³⁵ BEREKET, s. 72.

³⁶ ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti", Ankara Barosu Dergisi 2001-2, s. 31, 32.

³⁷ ÖKTEM/ TÜRKBAĞ, s. 65.

³⁸ ODYAKMAZ Zehra/ KAYMAK Ümit/ ERCAN İsmail, İdare Hukuku, İstanbul 2015, s. 65.

³⁹ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 125.

⁴⁰ GİRİTLİ İsmet/ BİLGİN Pertev/ AĞGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2001, s. 813.

İdari işlemin icrai nitelikte olması ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, idarenin sürekliliği ilkesinin gerekliliklerindedir. Bununla birlikte idari işlemin yapıldığı anda hukuka uygun olduğu farz edilerek, hukuk alanında sonuç doğurmasının ve idari işlemin hukuka aykırılığının yargı mercilerinde ileri sürülmesi halinde dahi yürütmenin durdurulması kararı verilene kadar uygulanmasının devam etmesinin, idare edilenler açısından hakkaniyete uygun olduğunu söylemek güçtür. Bu durum mevcut hukuk sistemimizde idari işlemin iptal davasına konu edilmesi sonucu verilen iptal kararının geçmişe etkili oluşu ve işlemi yapıldığı andan itibaren tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmasıyla telafi edilmeye çalışılmaktadır.

Yargısal denetim sonucu genel düzenleyici işlemler hakkında verilen iptal kararı ile bu işlem geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır⁴¹. İptal edilen genel düzenleyici işleme dayanılarak yapılan birel işlemler, menfaat ihlali doğuruyorsa ilgililer tarafından iptalinin istenmesi mümkündür. İptal edilen birel işlemle ilgili, idarenin ilgilinin eski hukuki durumunu geri kazanmasını sağlayacak işlemler yapma yükümlülüğü Danıştay kararlarında vurgulanmaktadır⁴². Ayrıca iptali istenirse dahi dayanağı olan genel düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı tespit edilmiş ise ilgilisi açısından menfaat ihlali doğuran birel işlemin idare tarafından geri alınması hakkaniyet ve nesafete uygun olacaktır⁴³. Aynı yönde bir başka görüşe göre, idarenin yargı mercileri tarafından iptal edilen işlemle ilgili dava açan ilgili için yaptığı düzenlemeleri, hakkında aynı yönde işlem tesis edilmiş ancak dava açmamış ilgililer için de yapması gerekmektedir. İdare bu yönde hareket ederse, etik ve ahlaki bir tutum izlemiş olacaktır⁴⁴. Bu durum idare hukukunda nesafetin gerçekleşmesini sağlayacaktır.

⁴¹ D10D, KT. 08.05.2003, E. 2002/7519, K. 2003/1610, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 25.11.2015.

⁴² D5D, KT. 24.05.1999, E. 1998/4622, K. 1999/1685, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 25.11.2015; D5D, KT. 25.02.1998, E. 1997/13, K. 1998/515, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 25.11.2015.

⁴³ ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2015, s. 497.

⁴⁴ ODYAKMAZ Zehra/ GÜZEL Oğuzhan, "İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk", Ankara Barosu Dergisi 2013/3 s. 39.

3. Hukuki Güvenlik ve Öngörülebilirlik İlkesi

Hukuki güvenlik ilkesi ve idari faaliyetlerin önceden bilinebilirliği, idari faaliyetlerin bireylerde oluşturacağı güven ve saygıyı sağlamak açısından oldukça önemlidir. Hukuk devleti, idarenin keyfi uygulamalardan uzak durmasını ve faaliyetlerinde hukuki istikrarı sağlamasını gerektirmektedir⁴⁵. İdare, kamu hizmetini sürekli ve düzenli bir şekilde sağlayarak, kamu hizmetinden yararlananlarda güven duygusu oluşturmaktadır⁴⁶. İdarenin bir bütün olduğu düşünüldüğünde, işlem ve eylemlerinin çelişki içermemesi, kanuna uygunlukla yetinmeyip hukuka uygunluğu sağlamayı amaçlaması gerekmektedir. Kamu yararının sağlanması için, idari faaliyetlerin, birey bazında hakkaniyete uygun, hak ve özgürlükleri koruyucu nitelikte, anlamlı ve tutarlı şekilde yürütülmesi gerekir. Hukuk devletinde bireyler, soyut hukuki düzenlemelerin ve teorik kavramların kendi içinde bütünlük taşımasını ve iyi idare edilme beklentisini taşımaktadır⁴⁷. Bu beklentiyi karşılıksız bırakmak, idareye ve hukuka güveni sarsacağından doğal olarak nesafete de aykırı olacaktır. Bireyin idareye güven duymadığı bir sistem ortaya çıkacağından, kamu düzeni ve esenliğinden söz etmek de mümkün değildir.

Hukuki güvenlik ilkesinin sağlanabilmesi için idari işlemlerin yapılaş usulünün önceden belirlenmiş olması gerekmektedir⁴⁸. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma görevini üstlenen Devletin faaliyetlerinin önceden hukuk kurallarıyla düzenlenmesi gerekir. İdarenin karar alma sürecinde açıklığı sağlaması ve bireylerin bilgi edinme hakkına sahip olması, birey açısından gelecekte yapılacak idari faaliyetlerin öngörülebilir olmasını sağlayacak mekanizmalardır⁴⁹.

⁴⁵ KALABALIK Halil, İdare Hukukunun Temel Kavramları ve Kurumları, Konya 2014, s. 31.

⁴⁶ DUMAN İlker Hasan, “İdarenin Yapmış Olduğu Yanlış İşlemin Süreler Geçtikten Sonra Geri Alınması (Kanunsuz Terfi İşleminin Geri Alınması Sonucunda Terfiye Dayanarak Yapılmış Fazla Ödemelerin Geri İstenmesi)”; <http://www.ilkerduman.av.tr/>; e.t. 25.11.2015.

⁴⁷ AKYILMAZ/ SEZGİNER / KAYA, s. 141.

⁴⁸ KALABALIK, İdare Hukuku Temel, s.299; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 37.

⁴⁹ AKYILMAZ/ SEZGİNER / KAYA, s. 142.

İdari işlemlerin yapılış usullerinin açıklığı gibi işlemin ortadan kaldırılmasında izlenecek yolun belirliliği de gereklidir. İdare hukukunda benimsenmiş olan yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği, aksine bir kanuni düzenleme yoksa idari işlemlerin tesis edilmesinde izlenen yetki ve usul kuralları, işlemin ortadan kaldırılmasında da uygulanmaktadır. Bu ilke de bireylerin idare tarafından tesis edilen işlemin ortadan kaldırılması yöntemi ile ilgili açıklığı ve hukuki güvenliği sağlamaktadır⁵⁰.

İdari işlemlerin hukuka uygun şekilde geri alınması, mahkemelerce verilen iptal kararlarının geçmişe etkili olması ve kanunlarda öngörülen istisnai haller dışında⁵¹ idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, idari işlemlerin yürürlüğe girmesi konusuna belirlilik vasfı kazandırmakta, hukuki güvenliğin sağlanması açısından önem taşımaktadır⁵².

Anayasanın 40. maddesinde Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin başvurabileceği kanun yolları ve merciler ile başvuru sürelerinin gösterilmesi yükümlülüğü yer almaktadır. Anayasa metninde kanun yolları ifadesi yer almakta ise de bu ifadeyi idari işlemler açısından başvuru yollarının gösterilmesi olarak anlamak gerekmektedir⁵³. Başvuru yollarının ve sürelerinin gösterilmesi yükümlülüğü, idare mevzuatının dağınıklığı sebebiyle, kurallardan haberdar olmayan bireylerin hak arama özgürlüğünü güvence altına almaktadır⁵⁴.

II. BAZI İDARE HUKUKU UYGULAMALARINDA NESAFET

İdare hukuku uygulamalarında nesafet kavramının görünüşlerini tespit edebilmek, hukuki düzenlemelerin adaleti gerçekleştirilmeye yönelik olarak hazırlanmış olması ile idare hukukunu ilgilendiren kanunların ve sair

⁵⁰ **BEREKET**, s. 122.

⁵¹ **ÇAĞLAYAN**, İdare Hukuku, s. 536.

⁵² **SAYGILIOĞLU** Nevzat, "Anayasanın 73. Maddesi Karşısında Yürütme Organının Kullandığı Yetkilerin Sonuçları", Danıştay Tasnif Ve Yayın Bürosu Yayınları No: 76, Sempozyum Danıştay Ve İdari Yargı Günü 138. Yıl, Ankara 2008, s.15.

⁵³ **ATAY ŞANLI** Yeliz, "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011 (96), s. 312.

⁵⁴ **AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA**, s. 43; **ATAY ŞANLI**, s. 293.

mevzuatın somut durumlara uygulanmasında nesafete uygunluk⁵⁵ arasındaki bağlantının kurulmasıyla mümkün olabilecektir.

A. NESAFET KAVRAMININ KAMU PERSONELİ YAPISI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

İdare hukuku uygulamalarında nesafet kavramının kamu personel rejimi üzerindeki etkisi, kamu hizmetine girişte söz konusu olan eşitlik ve liyakat ilkesiyle ve kamu görevi yürütülürken memurlar hakkında uygulanan disiplin cezaları ile ilgili ilkelere söz konusu olmaktadır.

1. Memurluğa Girişte Uygulanan Eşitlik ve Liyakat İlkelerinin Nesafet Kavramı ile İlişkisi

Memurluğa girişte uygulanan eşitlik ilkesi dayanağını Anayasanın 10. maddesinden almaktadır. Kamu hizmetlerine girme hakkı ayrıca Anayasanın 70. maddesinde, *“Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka ayırım gözetilmez”* hükmü ile düzenlenmektedir. Buna göre kamu hizmetine girişte görevin gerektirdiği niteliklerden başka nitelik aranmayacaktır.

Kamu hizmetlerine girişte eşitlik ilkesi idare hukukundaki eşitlik ilkesinin bir uzantısıdır. Bu ilke, hizmetin gerektirdiği çeşitli şartların belirlenmesine engel değildir. Ancak kamu görevlisi için aranan bu şartlar hizmetin gerektirdiği niteliklerle sınırlıdır. Bu nedenle sunulacak hizmetle alakası olmayan kriterler belirlenmesi liyakat ilkesini işleyemez hale getirecektir⁵⁶. Türkiye’de kamu hizmetine girişte eşitlik ve nesafet ilkelerine aykırılık taşıyan çeşitli uygulamalara rastlanmaktadır. Buna örnek teşkil eden durumlardan biri, 4652 sayılı Polis Yüksek Öğretim Kanununun 10. ve 15. maddelerine göre polis akademisi, polis meslek yüksekokulu ile bağlı fakülte ve enstitülerin düzenledikleri sınavlara girebilme ve öğrenci statüsünü kazanmanın ön şartının, aday öğrencilerin sayma suretiyle belirlenen liselerden mezun olmasıydı. Bu düzenlemeye göre *“genel lise, erkek teknik öğretim, kız teknik öğretim ve ticaret ve turizm öğretimine bağlı okul mezunları”* için sınavlara ve öğrenciliğe giriş mümkün olmaktadır. Söz konusu hükümler 6114 sayılı Kanun ile değiştirilerek emniyet teşkilatına memur, amir ve yönetici sağlama

⁵⁵ İZVEREN, s. 98.

⁵⁶ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 84.

misyonunu üstlenmiş olan bu okullara giriş için, “lise ve dengi okullardan mezun olmak” şartı benimsenmiştir. Böylece önceki uygulama sebebiyle 4652 sayılı Kanunun kapsamında yer alan okullarda öğrenim görmeleri mümkün olmayan sağlık meslek liseleri, imam hatip liseleri ve diğer türden meslek liselerinden mezun olan bireyler için eşitsizliğe yol açan uygulama son bulmuştur.

Kamu görevine girmede eşitlik ilkesi, özel olarak korunması gereken kişiler için pozitif ayrımcılık içeren düzenlemeler yapılmasına engel değildir. Devlet Memurları Kanununda kamu kurum ve kuruluşları için engelli çalıştırma yükümlülüğü ve engellilerin memurluğa girmesiyle ilgili şartlar özel olarak düzenlenmektedir.

Liyakat ilkesi, kamu görevlisinin yetenek ve başarısını, göreve giriş, görevde ilerleme ve görevin sona ermesinin ölçütü olarak kabul eden ilkedir. Bu ilke, kamu görevine giriş ve ilerleme için aranan kriterlere objektif bir nitelik katarak kamu görevlileri açısından fırsat eşitliğini ve idareye duyulan güveni sağlamak için gereklidir⁵⁷. Liyakat ilkesinin uygulandığı bir sistemde kamu görevine girişte siyasi referanslar dikkate alınmaz; zira, her türlü kayırmacılık kamu menfaatine aykırı niteliktedir. Liyakat ilkesinin kamu personel rejiminin her aşamasında uygulanmasıyla, kamu personelinin kendisinde ve dolayısıyla sunulan kamu hizmetinde kalite ve verim artacaktır⁵⁸.

2. Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkelerin Nesafet Kavramı Işığında Değerlendirilmesi

Disiplin hukukuna hakim olan ilkelerden kanunilik ilkesi, suç ve cezalar için ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Devlet Memurları Kanununda disiplin cezaları için kanunilik ilkesi geçerli iken, disiplin suçları açısından kanunilik ilkesi bulunmamaktadır. Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin 4. fıkrası⁵⁹ disiplin suçları bakımından kıyas yasağı bulunmadığını

⁵⁷ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 632.

⁵⁸ UZ Abdullah, “Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 2, S. 2011, s. 59, 70.

⁵⁹ Devlet Memurları Kanunu md. 125/4 “...Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara

göstermektedir⁶⁰. Disiplin suçları açısından kıyasın mümkün olması belirlilik ilkesine aykırıdır⁶¹. Disiplin suçlarının tespiti hususunda ilgili idareye takdir yetkisi verilmiştir. İdare disiplin suçları açısından söz konusu olan takdir yetkisini, kanunda sayılan disiplin suçlarına benzer nitelikteki eylemler için kullanabilmektedir⁶². Disiplin suçları açısından kanunilik ilkesinin söz konusu olmayışının gerekçesi, kamu görevlilerinin disiplin cezası gerektirecek nitelikteki tüm eylemlerinin sayılarak belirlenmesinin güç olmasıdır⁶³. Kamu görevlileri açısından hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için disiplin suçu oluşturacak fiillerin önceden açıkça belirlenmiş olması gerekmektedir. Disiplin suçu oluşturan fiillerin önceden belirlenmiş olması, nesafete uygunluğu da sağlamaktadır. Aksi takdirde disiplin suçunu oluşturan eylem muğlak kalacağından, açıklık ve belirlilik sağlanamayacaktır. Bu belirsizlik hem hakkında disiplin cezası uygulanacak olan kamu görevlisi için, hem de disiplin cezasını uygulayacak kamu görevlisi için sorun teşkil edecektir⁶⁴.

Disiplin hukukunda ölçülülük ilkesi, disiplin soruşturmasına konu olan eylemle verilecek ceza arasında uygun bir dengenin sağlanmasını ifade eden ilkedir⁶⁵. Bu ilke eski Danıştay kararlarında “*adil nispet ve nesafete uygunluk*” olarak ifade edilmektedir⁶⁶. Verilen disiplin cezası ile eylem arasında bir denge kurularak, eylemin gerektirdiği disiplin cezasının ölçülülük ilkesinin sınırlarını aşmaması sağlanmalıdır. Disiplin cezalarının yargısal denetime konu edilmesi halinde de Danıştay bu dengenin varlığını denetlemektedir⁶⁷. Yargı denetimi yolu açık olsa dahi, iyi idarenin faaliyetlerinde keyfiyetten uzak, anlaşılır ve

da aynı neviden disiplin cezaları verilir.” hükmünü içermektedir. Bu düzenleme disiplin suçları açısından kanuniliğin söz konusu olmadığını göstermektedir.

⁶⁰ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 667.

⁶¹ KARAHANOĞULLARI Ömer, “*Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri*”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 8, S. 3, Temmuz 1999, s. 62.

⁶² AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 667.

⁶³ GÖZLER/ KAPLAN, s. 661.

⁶⁴ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 350.

⁶⁵ OĞURLU, s. 125.

⁶⁶ OĞURLU, s. 125.

⁶⁷ OĞURLU, s. 126.

istikrarlı olması, faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu kendi içinde denetlemesi gerekmektedir⁶⁸.

Devlet Memurları Kanununda disiplin cezalarının gerekçeli olarak verilmesi hususu düzenlenmemiştir. Disiplin cezaları, kamu görevlisinin özlük haklarıyla ilgili yaptırımlar içeren idari işlemler olduğundan idarenin işlemi gerekçeli olarak tesis etmesi beklenmektedir⁶⁹. Böylece birey açısından önemli sonuçlar doğuran bu işlemlerin ilgilisi bilgilendirilerek korunacaktır⁷⁰. Zira, disiplin cezasının gerekçesinin gösterilmesi, disiplin cezasının hukuka uygun olup olmadığının anlaşılmasını kolaylaştırarak, ilgili kamu görevlisinin başvuru yollarını etkili olarak kullanabilmesini sağlayacaktır⁷¹.

Anayasanın 40. maddesinde düzenlenen başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğü gereği, idari makamlar disiplin cezası alan kamu görevlisine başvuru yollarını ve başvuru sürelerini göstermekle yükümlüdür⁷².

Memurlara verilen tüm disiplin cezaları yargısal denetime tabidir⁷³. 2010 Anayasa değişikliğinden önce, memurlar hakkında verilen uyarma ve kınama cezaları yargı denetimi kapsamı dışındaydı. Bu durum, memurlar açısından önemli hukuki sonuçlar doğuran bir işlemin yargı denetimi kapsamı dışından kalmasıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmekteydi⁷⁴. Memurlara verilen uyarma ve kınama cezalarının yargı denetime tabi olması

⁶⁸ **ÇOŞKUNKULAK** Sercan, “İdari İşlemlerde Gerekçe”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 6, 2006, s. 2506.

⁶⁹ **AKILLIOĞLU** Tekin, “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, <http://www.todaie.edu.tr/>; e.t. 04.12.2015, s. 18.

⁷⁰ **AKILLIOĞLU**, s. 9.

⁷¹ **KANLIGÖZ** Cihan, “İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 40, 1988, s. 180.

⁷² **KAYA** Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C. 38, S. 2 Haziran 2005, s.74.

⁷³ Anayasanın 129. maddesine göre, “Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır.”

⁷⁴ **ÇAĞLAYAN** Ramazan, “1982 Anayasasında Hukuk Devleti İlkesinin İdare Hukuku Açısından Görünümü”, s. 251.

hukuk devleti ilkesinin sağlanması ve nesafetin temini açısından yerinde bir düzenleme niteliğindedir.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilemez. Savunma hakkı Anayasa'nın 129. maddesinde hem Devlet Memurları Kanununun 130. maddesinde düzenlenmiştir⁷⁵. Buna göre memura savunma hakkı tanınmadan verilen disiplin cezası hukuka aykırıdır ve savunma hakkının hukuka uygun biçimde kullanılmasını sağlamak idarenin görevidir⁷⁶. Danıştay savunma hakkının unsurlarını kamu görevlisine isnad edilen eylemin açıkça bildirilmesi ve süre verilerek yazılı savunma istenmesi şeklinde belirtmektedir⁷⁷. Kamu görevlisinin savunması alınırken disiplin suçunu oluşturan eylem, bu eylemin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği ve önerilen ceza açıkça ortaya konmalıdır⁷⁸. Objektiflik ve tarafsızlık ilkesinin sağlanabilmesi için soruşturmacı ile cezayı vermekle yetkili amir aynı kişi olmamalıdır⁷⁹.

B. NESAFET KAVRAMININ İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDAKİ ETKİSİ

İdareye tanınan takdir yetkisi, idarenin serbest olarak hareket etmesi anlamına gelmemektedir. Takdir yetkisi yargısal denetime tabi olması sebebiyle hukuki sınırlar içinde kullanılabilen bir yetkidir⁸⁰. Elbette idareye tanınan takdir yetkisinin sınırsız olmaması ve yargısal denetime tabi olması nesafetin gereğidir.

⁷⁵ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 364.

⁷⁶ DİDDK, KT. 17.02.2011, E. 2007/1846, K. 2011/6, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 30.11.2015.

⁷⁷ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 364.

⁷⁸ D12D, KT. 23.03.2011, E. 2008/7024, K. 2011/1314, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 30.11.2015.

⁷⁹ D12D, KT. 12.06.2014, E. 2014/3085, K. 2014/4911, <http://www.kentegitim.com.tr/?p=1840>; e.t. 30.11.2015.

⁸⁰ KAYA Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 3.

1. İdari İşlemler Açısından İdarenin Takdir Yetkisi

İdari işlemin sebep unsuru, idareyi idari işlemi yapamaya sevk eden hukuki dayanaklardır. İdarenin her idari işlemde sebep açıklama zorunluluğu bulunmamakla birlikte hukuki güvenlik ilkesi gereği her idari işlemin sebebi olmak zorundadır⁸¹. İdari işlemin sebep unsurunun hukuki dayanağının olması ve hukuki dayanağın somut olaya uygulanmasında hakkaniyeti göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Sebep unsuru kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olsa dahi idare keyfiyetten uzak davranarak kamu yararını gerçekleştirilmeyi amaçlamakla yükümlüdür⁸². İdari işlemlerin sebep unsuru, idarenin takdir yetkisini içerme bakımından idari işlemin diğer unsurlarından önde gelmektedir. Takdir yetkisinin uygulanması bakımından da benzer bir durum söz konusudur⁸³. Kanunlarda idari işlemin sebebi açıkça belirtilmemiş veya hiç gösterilmemiş ise bu durum sebep unsurunun belirlenmesi hususunda idareye takdir yetkisi verildiği anlamına gelmektedir. İdareye bu şekilde takdir yetkisi verilmiş olması durumunda idari işlemlerin gerekçeli olarak tesis edilmesi beklenir⁸⁴. İdari işlemin sebebinin kanunlarda açıkça gösterilmediği işlemler ve sebebin hiç gösterilmediği işlemler bakımından, idarenin işlemin sebep unsuru ile ilgili takdir yetkisini kullanırken, nesafeti sağlaması gerekmektedir. İdari işlemin sebebinin kanunlarda açıkça yazmadığında “*kamu düzeni*⁸⁵”, “*kamu güvenliği*”, “*lüzum*”, “*ihtiyaç*⁸⁶” gibi net bir anlamı olmayan kavramlar içeren soyut düzenlemenin, somut olaya uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu durumda idare takdir yetkisini, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak, eşitlik ve ölçülülüğü temin ederek kullanmalıdır. Sebep unsurunun kullanılmasında takdir yetkisinin hukuk

⁸¹ **AYDIN** Alper, “*İdari Yargı Çerçevesinde Anayasa Yargısında Yokluk*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2014, Y. 5, S. 19, s. 631; **ÜSTÜN** Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 36.

⁸² **TAN** Turgut, İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 856.

⁸³ **KAYA**, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 208.

⁸⁴ **TAN**, s. 855, 858; **ÜSTÜN**, s. 37.

⁸⁵ **KAYA**, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 209.

⁸⁶ **ÇAĞLAYAN** Ramazan, “*Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S. 3-4, 2003, s. 178.

devleti ilkesine uygun olarak kullanılması bu şekilde mümkün olacaktır⁸⁷. İdare, kanunlarda sebebi açıkça belli olmayan veya sebebi hiç yer almayan bir işlem tesis edeceğinde sebep unsurunu nesafete uygun olarak belirlemelidir. Zira, takdir yetkisinin kamu yararına uygun olarak kullanılması ancak bu şekilde sağlanabilecektir.

İdari işlemin sebebi ve gerekçesi birbiriyle ilgili hususlardır. Gerekçe, idari işlemin sebeplerinin gösterilmesidir⁸⁸. İdari işlemin gerekçesinin açıklanması, işlemin ilgilisi açısından sebebin inandırıcılığını sağlamaktadır⁸⁹. İdari işlemin gerekçeli olması, işlemin ilgilisi ve idare açısından faydalar içermektedir. Gerekçeli bir idari işlem aracılığıyla, işlemin ilgilisi, idari işlemin dayanağı hakkında ayrıntılı bilgi edinme imkanı bulmakta, bu durum idari ve yargısal başvuru yollarının kullanılması ya da ilgili tatmin olmuşsa kullanılmaması sonucunu doğurmaktadır. İşlemi tesis eden idare ise gerekçe ile sebep arasında anlamlı bir bağlantı kurmaya, işlemin hukuki sebep ve sonuçlarını irdeleyerek hukuka uygunluğu ile ilgili denetim yapmaya yönelmektedir⁹⁰. İdarenin bir işlemi yapma veya yapmama sebebini gerekçelendirmiş olması, işlemi yaparken dayandığı sebebin haklılığını, işlemi gerçekleştirme usul ve zamanının hukuka uygunluğunu, soyut hukuki düzenlemeden somut işleme geçişte nesafetin ve kamu yararının sağlandığını analiz edebilmek açısından önem taşımaktadır.

2. Takdir Yetkisinin Sınırları Açısından

Danıştay'a göre, idarenin takdir yetkisi "*mutlak ve sınırsız*" değildir⁹¹. İdare takdir yetkisini kullanırken, yetkinin sınırlarını aşmamak konusunda dikkatli ve özenli olmalıdır. İdare, takdir yetkisini kamu yararı dışında bir amaç için kullanamaz⁹². Takdir yetkisinin dengeli ve hakkaniyete uygun olarak

⁸⁷ KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 211, 212.

⁸⁸ BEREKET, s. 97.

⁸⁹ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 113.

⁹⁰ ÇOŞKUNKULAK, s. 2505, 2506

⁹¹ D11D, KT. 08.04.2003, E. 2002/8963, K. 2003/1623, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 02.12.2015.

⁹² TAN, s. 878; ÜSTÜN, s. 37.

kullanılması gerekmektedir⁹³. Danıştay'a göre takdir yetkisinin sınırı ölçülülük ve hakkaniyete uygunluktur⁹⁴. Danıştay kararında yer alan hakkaniyet ifadesi ile adalet, nesafet ve hukukun genel ilkelerine uygunluğun gerekliliği ifade edilmek istenmektedir⁹⁵.

İdare, takdir yetkisini hizmetin gerektirdiği şekilde kullanmalıdır⁹⁶. Takdir yetkisi, sınırları dahilinde olmak kaydıyla, hakkaniyete uygun ve adil olarak kullanılırsa idari faaliyetlerde verimlilik sağlanacaktır⁹⁷. İdare takdir yetkisini kullanırken, hakkaniyete uygunluğun sağlanması amacıyla, somut olayın unsurlarını derinlemesine inceleyerek takdir yetkisinin kullanımında amaca uygunluğu gerçekleştirmelidir⁹⁸. İdare takdir yetkisini kullanırken hakkaniyete uygunlukla birlikte eşitlik ve tarafsızlığı sağlamayı da dikkate almalıdır⁹⁹.

İdarenin takdir yetkisinin sınırı, uygulama usulü olarak karşımıza çıkabilmektedir. 2577 sayılı Kanunun 20/B maddesi merkezi ve ortak sınav yargılaması sonucunda verilen kararların uygulanması ile ilgili bir hüküm içermektedir. Bu hükme göre, söz konusu yargılama usulünün geçerli olacağı sınavlarla ilgili verilen kararlar, "sınava katılan kişilerin lehine sonuç doğuracak şekilde uygulanacaktır." Mahkeme kararı doğrultusunda gerçekleştirilecek uygulama idarece tespit edilir.

⁹³ D8D, KT. 19.03.2003, E. 2002/2960, K. 2003/1179, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 02.12.2015.

⁹⁴ **BEREKET**, s. 143.

⁹⁵ **BEREKET**, s. 138.

⁹⁶ D5D, KT. 06.12.1995, E. 1995/2042, K. 1995/3914, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 02.12.2015.

⁹⁷ **KALABALIK** Halil, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU' na Armağan, C. 1 S. 2, 1997, s. 232.

⁹⁸ **KALABALIK**, "Takdir Yetkisi", s. 211.

⁹⁹ **KARAHANOĞULLARI** Onur, "İdarenin Takdir Yetkisini Kullanmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/>; e.t. 02.12.2015, s. 328.

3. Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi Açısından

Anayasanın 125. maddesinde “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, idari yargı yerlerinin yerindelik denetimi yapmamasını ve takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde karar vermemesini emretmektedir. Anayasanın 125. maddesi gereği idarenin her türlü işlem ve eylemi yargı denetimine tabi olduğundan ve Anayasada idarenin takdir yetkisini kullanarak tesis ettiği işlemler yargı denetimine tabi olmayan işlemler arasında yer almadığından idarenin takdir yetkisinin yargısal denetime tabi olduğu açıktır¹⁰⁰.

Takdir yetkisinin yargısal denetiminin kapsamı hususunda tam ve kesin bir kabul söz konusu değildir. Doktrinde takdir yetkisinin yargısal denetiminin yerindelik denetimi kapsamına dahil olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır¹⁰¹. İdarenin takdir yetkisi üzerinde hukuka uygunluk denetimi gerçekleştirilmekte, Anayasanın 125. maddesi gereği takdir yetkisi üzerinde yerindelik denetimi yapılmamaktadır. Bu nedenle hukuka uygunluk denetiminin sınırlarının tespit edilmesi ve denetimin bu sınırlar dahilinde yapılması gerekmektedir¹⁰². Takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılmış olması için, idarenin takdir yetkisini kanunlara uygun olarak ve kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla kullanması, takdir yetkisinin eşitlik ilkesine aykırı olarak kullanılmaması, takdir yetkisinin kullanıldığı kararların gerekçeli olması gerekir. Ayrıca, kanunlarla aranan özel şartların varlığı durumunda takdir yetkisinin bu şartlara uygun olarak kullanılması gerekmektedir¹⁰³. Takdir yetkisi üzerinde gerçekleştirilecek hukuka uygunluk denetimi, yetkinin kullanılmasında Anayasaya ve kanunlara uygunluğu, kamu yararının varlığını, idari işlemin gerekçeli olarak yapılması gerektiği durumlarda gerekçenin

¹⁰⁰ KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 119; ÜSTÜN, s. 44.

¹⁰¹ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 527.

¹⁰² KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 177, 179.

¹⁰³ ÇAĞLAYAN, “Takdir Yetkisi”, s. 183.

belirtilmesini kapsamaktadır¹⁰⁴. Takdir yetkisinin kullanımında Anayasaya uygunluk kriteri içinde yer alan eşitlik ve ölçülülük ilkeleri nesafet ile ilişki olmaları sebebiyle, takdir yetkisinin kullanımının nesafete uygunluğunu tespit etmek için de kullanılabilir ilkelerdir. Takdir yetkisinin yargısal denetiminde kullanılan eşitlik ve kamu yararına uygunluk ilkeleri sayesinde idari aktörlerin, kişisel yarar yerine toplumun ortak menfaatini düşünerek hareket etmesi beklenmektedir¹⁰⁵.

Danıştay'ın, takdir yetkisinin denetimi sırasında kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygunluk ölçütünü ve eşitlik ilkesini sıklıkla kullandığı bilinmektedir¹⁰⁶. İdarenin tüm işlemlerinde amaç kamu yararını gerçekleştirmek olduğundan¹⁰⁷, Danıştay'ın takdir yetkisinin yargısal denetimini gerçekleştirirken kullandığı kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri kriterinin, hukuka uygunluk denetimi kapsamı içinde olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁸. Danıştay'ın kullanmakta olduğu kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygunluk ölçütü, idarenin takdir yetkisini kullanırken somut olay ile ilgili tercih yapma yetkisini nesafete uygun kullanıp kullanmadığını belirlemek açısından önemlidir.

Takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimi sınırları içinde, idarenin açık takdir hatası yer almaktadır. Açık takdir hatası, takdir yetkisinin kullanımında gerçekleştirilen, kanuna aykırılığı açıkça fark edilen tercih hatalarını ifade etmek için kullanılmaktadır¹⁰⁹. Hukuk devletinde, idarenin somut olayın unsurlarını hatalı tespit etmesi ve kanuna aykırı işlem tesis etmesinin yargısal denetime tabi tutulması zorunludur¹¹⁰. Açık takdir hatası, kanuna aykırı bir

¹⁰⁴ KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 129.

¹⁰⁵ AKYILMAZ Bahtiyar, "Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi, S. 1, 1998, s. 44.

¹⁰⁶ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 526.

¹⁰⁷ GÜNDAY, s. 161.

¹⁰⁸ DOĞAN Murat, Hak Arama Hürriyeti ve İdari Yargı Kararlarında Gerekçe, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 78.

¹⁰⁹ ÇAĞLAYAN, "Takdir Yetkisi", s. 194; ÜSTÜN, s. 48.

¹¹⁰ KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 127.

işlemin varlığını içermesi sebebiyle¹¹¹ hukuka uygunluk denetimi kapsamına girmektedir. Kural olarak takdir yetkisinin yargısal denetimi sonucu, takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde mahkeme kararı verilmemektedir. Danıştay'a göre de mahkemeler, takdir yetkisinin kullanımında açık hatanın bulunmaması halinde, takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte karar veremezler¹¹². Takdir yetkisinin yargısal denetiminin, yerindelik denetimi niteliğinde olması sebebiyle mümkün olmadığını savunan yazarlar dahi, açık takdir hatasını, takdir yetkisi üzerinde yargısal denetimin gerçekleştirilebileceği istisnai bir durum olarak görmüşlerdir¹¹³.

İdarenin tüm işlem ve eylemleri yargı denetimine tabi olduğundan, takdir yetkisinin kullanımının denetlenmesi, takdir yetkisinin kullanımında keyfilikğin önlenmesi ve hakkaniyetin sağlanması açısından gereklidir. Anayasanın 125. maddesine göre idari yargı organlarının yerindelik denetimi yapması mümkün olmadığından, takdir yetkisinin kullanımı konusundaki yargısal denetim hukuka uygunluk denetimiyle sınırlıdır. Yargı organları, takdir yetkisinin denetimi sonucunda takdir yetkisini ortadan kaldıracak, idareyi belli bir yönde işlem yapmaya zorlayacak kararlar veremez¹¹⁴.

C. İDARENİN SORUMLULUĞU ESASLARININ NESAFET KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ

İdarenin faaliyetleri neticesinde bireyin uğradığı zararın giderilmesi hukuk devletinin gereğidir. İdarenin sorumluluğu ister hizmet kusuru neticesinde ister kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği doğmuş olsun, bireyin haklarına saygılı idare meydana gelen zararı gidermelidir¹¹⁵. Hakkaniyet ve nesafet ilkeleri özellikle idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanak teşkil eden

¹¹¹ ÇAĞLAYAN, "Takdir Yetkisi", s. 195.

¹¹² KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 186.

¹¹³ GÖZLER/ KAPLAN, s. 362.

¹¹⁴ DİNÇKOL Hulusi Alphan, "İdari Yargı'da Hakimın Takdir Yetkisinin Denetlenmesi", <http://e-dergi.marmara.edu.tr/>; e.t. 02.12.2015, s. 1574.

¹¹⁵ KÖKSAL Mustafa, "Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2009, S. 85, s. 270.

içtihatlarda tamamlayıcı ilke olarak yer almaktadır¹¹⁶. Bu nedenle idarenin kusursuz sorumluluk ilkeleri olan risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ile hakkaniyet ve nesafet ilkeleri arasında ilgi bulunmaktadır. İdarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi, özel hukuktan idare hukukuna aktarılmıştır¹¹⁷. İdarenin faaliyette bulunduğu alanlar arttıkça idarenin sadece kusuru bulunduğu durumlarda sorumluluğunun doğması fikri adalet ve nesafet ilkelerinin gereklerini karşılamakta yetersiz kalmış ve yargı kararları ile kusursuz sorumluluk esasları belirlenmiştir¹¹⁸. Türk hukukunda idarenin kusursuz sorumluluğunun kabulünü sağlayan Danıştay kararları kusursuz sorumluluğun temelini hakkaniyet ve adalet ilkelerine dayandırmaktadır¹¹⁹.

İdarenin yürüttüğü faaliyet neticesinde toplumun çoğunluğu fayda sağlarken zarara uğrayan bireyler olabilmektedir. Bu durumda idare kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereği zararı tazmin ederek zarara uğrayan bireyle fayda sağlayan topluluğu denkleştirmektedir¹²⁰. Toplumun geneline fayda sağlanırken bazı bireylerin zarara uğraması bireyler arasında eşitsizliğe yol açtığı için nesafet sağlanamamaktadır. Kusursuz sorumluluk ilkesi olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin temelinde kamu yararının gerçekleştirilmesi için kusursuz olarak zarara katlanan birey lehine adalet ve nesafetin temini gerekir¹²¹.

Kusursuz sorumluluğun risk ilkesinden doğduğu hallerde, idarenin tehlikeli bir faaliyetinden doğan zararın giderilmesi beklenmektedir. Risk

¹¹⁶ **YAYLA** Ahmet, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu-Eleştirel Bir Yaklaşım*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 5.

¹¹⁷ **GÜNDAY**, s. 379.

¹¹⁸ **TEK** Savaş, *“İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu”*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2010, S. 1, s. 327; **TAHİROĞLU** Bülent, *“Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”*, <http://dosya.marmara.edu.tr/>; e.t. 04.12.2015, s. 169, 170.

¹¹⁹ **ÇAĞLAYAN**, *İdare Hukuku*, s. 736; D10D, KT. 15.10.1996, E. 1995/481, K. 1996/5980, <http://www.sinerjias.com/>; e.t. 04.12.2015.

¹²⁰ **AVCI** Adem, *“Terörizm Açısından Devletin Sorumluluğu”*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, C. 14 S. 3-4, s. 77.

¹²¹ **AKPINAR** Mahmut/ **YEŞİLBAŞ** Mehmet, *“Sosyal Risk İlkesi Bağlamında Devletin Objektif Sorumluluğu ve 5233 Sayılı Yasanın Pratiği”*, www.e-akademi.org/; e.t. 02.12.2015, s. 9, 12.

ilkesinin kapsamında yer alan ve terör olaylarından doğan zararların idarece karşılanmasını gerektiren sosyal risk ilkesi ile ilgili Danıştay kararlarında, “*terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idare tarafından tazmini suretiyle topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği*¹²²” olduğu belirtilmektedir.¹²³ Danıştay bir başka kararında “...*kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırıların yol açtığı zararların onların doğumunda hiçbir kusuru olmayan kişilerin omuzlarında bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesi kusursuz sorumluluk ilkesini doğurmuştur.*” ifadesi yer almakta ve sosyal risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğunun hakkaniyet gereği doğduğu belirtilmektedir.¹²⁴ Yine risk ilkesinin kapsamında bulunan mesleki risk ilkesi de tehlikeli faaliyetler yürüten kamu görevlilerinin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini karşılamaktadır. Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında mesleki risk barındıran faaliyetinden dolayı zarar gören kişilerin zararının karşılanmasının hakkaniyet ve nesafetin gereği olduğu, aksi halde kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana gelen zararın sadece bu kişilere yükleneceğinden eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkelerine aykırılık oluşacağı ifade edilmektedir.¹²⁵

D. NESAFET KAVRAMININ KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMADA EŞİTLİK İLKESİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesi gereği, idare kamu hizmetini sunarken dilediği gibi hareket etmemek ve kamu hizmetlerinden yararlananların hizmetlerden eşit olarak yararlanmasını sağlamakla

¹²² D10D, KT. 21.04.2008, E. 2006/5024, K. 2008/2685, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 12.10.2015.

¹²³ **ÇAĞLAYAN** Ramazan, “*Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi*”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, <http://webftp.gazi.edu.tr/>; e.t. 04.12.2015, s. 454.

¹²⁴ D10D, KT. 23.06.1996, E. 1996/3996, K. 1997/2544, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 03.12.2015.

¹²⁵ **KÖKSAL**, s. 245, 253; AYİM3D, KT. 24.11.2011, E. 2011/1732, K. 2011/2387, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 02.12.2015; AYİM2D, KT. 13.09.2006, E. 2006/885, K. 2006/775, <http://www.sinerjias.com.tr/>; e.t. 04.12.2015; DiDDK, KT. 07.03.2003, E. 2002/1286, K. 2003/93, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 02.12.2015.

yükümlüdür¹²⁶. Anayasanın 10. maddesi kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesinin hukuki dayanağı niteliğindedir.

Kamu hizmetlerinin sunulma amacı toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Bu nedenle idare kamu hizmetlerini sunarken objektif ve tarafsız olmak zorundadır. Kamu hizmetlerinden yararlanma ilkesine konu olan eşitlik mutlak bir eşitlik değildir¹²⁷. Kamu hizmetinin aynı statü içindeki her birey için eşit şekilde sunulması, bireyler arasında ayırım yapılmaması gerekmektedir. Bunun için kamu görevlilerinin hizmetten yararlananlar açısından ayrımcılığa yol açacak uygulamalarda bulunmamaları şarttır¹²⁸.

Bireyin somut durumunun özellikleri kamu hizmetinin nispeten avantajlı bir usulle sunulması ihtiyacını ortaya çıkarabilmektedir. Bu durum kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir¹²⁹.

Kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak ve düzenli biçimde sunulabilmesi hizmetten yararlananlar arasında eşitliğin sağlanması gerekir. Aksi yönde uygulamalar kamu vicdanını rahatsız edeceğinden kamu hizmetinin sunulmasında nesafetin sağlandığından bahsedilemeyecektir.

SONUÇ

Hukukun adaleti sağlama amacı tüm hukuk branşları için geçerlidir. Ancak, bireye göre üstün konumda olan idarenin yer aldığı idare hukukunda bu amaç idare tarafından dengeli, tutarlı ve uygun araçlar seçilerek gerçekleştirilmelidir. Nesafet ilkesi bu araçlardan biridir.

İdarenin bireyle eşit olmayışı hukukla bağlı olduğu gerçeğini ve hukuka uygun davranma zorunluluğunu değiştirmemektedir. Hukuk devletinde idare elinde bulundurduğu üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini bireyi korumak için kullanmalıdır.

¹²⁶ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 249.

¹²⁷ GÜNDAY, s. 336.

¹²⁸ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 249.

¹²⁹ GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut, İdare Hukuku, C. I, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 632; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 249.

İdare, görev ve yetkilerinin dayanağını kanundan almalı ve nesafet ilkesi gereğince hukuka uygun faaliyetlerde bulunmalıdır. İdarenin her türlü faaliyetinin yargısal denetime tabi olması, idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun tespitini yargı makamlarına bırakmasına yol açmamalıdır. Kamu görevlilerinde hukuka uygun işlem yapma bilinci yerleştirilmelidir.

İdare, kamu hizmetinden yararlananlar ve kamu hizmetine girecek bireyler arasında ayrımcılığa yol açacak uygulamalardan kaçınmalıdır. Kamu hizmetine girişte siyasi referanslar dikkate alınmamalıdır. Kamu hizmetinin tek amacının kamu yararı olduğu unutulmamalıdır.

Kamu güveninin kazanılması ve kamu düzeninin sağlanması için idarenin kanuna uygun ancak hukuka aykırı işlemlerde bulunmaması ve mevcut hukuki düzenlemelerin bu yönde iyileştirilmesi kamunun menfaatine olacaktır.

KAYNAKLAR

- ADAL** Erdal, *Hukukun Temel İlkeleri*, 7. Baskı, İstanbul 2002.
- AKILLIOĞLU** Tekin, “Yönetmelik İşlemlerinde Gerekçe İlkesi”, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/f53df3a47eaf8b5_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi, e.t. 04.12.2015.
- AKPINAR** Mahmut/ **YEŞİLBAŞ** Mehmet, “Sosyal Risk İlkesi Bağlamında Devletin Objektif Sorumluluğu ve 5233 Sayılı Yasanın Pratiği”, www.e-akademi.org/makaleler/makpinar-myesilbas-1.pdf; e.t. 02.12.2015, s. 1-29.
- AKYILMAZ** Bahtiyar, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi, S. 1, 1998, s. 23-55.
- AKYILMAZ** Bahtiyar/ **SEZGİNER** Murat/ **KAYA** Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2014.
- ALİEFENDİOĞLU** Yılmaz, “Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi 2001-2, s. 29-68.
- ANSAY** Sabri Şakir, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, 6. Baskı, Ankara 1956.
- ATAY ŞANLI** Yeliz, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, TBB Dergisi 2011 (96), s. 293-318.
- AVCI** Adem, “Terörizm Açısından Devletin Sorumluluğu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, C. 14 S. 3-4, s. 69-88.
- AYAN** Mehmet/ **AYAN** Nurşen, *Medeni Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Konya 2014.
- AYDIN** Alper, “İdari Yargı Çerçevesinde Anayasa Yargısında Yokluk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 19, 2014, s. 623- 651.
- BEREKET** Zuhale, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, 1. Baskı, Ankara 1996.
- BOZ** Selman Sacit, *İdare Hukukunda Haklı Beklentini Korunması*, 1. Baskı, Ankara 2017.
- ÇAĞLAYAN** Ramazan, “1982 Anayasasında Hukuk Devleti İlkesinin İdare Hukuku Açısından Görünümü”, EUHFD 1997, C I/1, s. 245-258
- ÇAĞLAYAN** Ramazan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*

Sempozyumu 2009, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_22.pdf; e.t. 04.12.2015, s. 451-495.

ÇAĞLAYAN Ramazan, “*Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetim*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII S. 3-4, 2003, s. 171-208.

ÇAĞLAYAN Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2015.

ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015.

ÇOŞKUNKULAK Sercan, “*İdari İşlemden Gerekçe*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 6, 2006, s. 2501-2509.

DEMİRDAL Mustafa Balkan, “*Ronald Dworkin’ in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 18, S. 3-4. s. 798-820.

DİNÇKOL Hulusi Alphan, “*İdari Yargı’da Hakimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi*”, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001567/5000000659>; e.t. 02.12.2015, s. 1567-1593.

DOĞAN Murat, Hak Arama Hürriyeti ve İdari Yargı Kararlarında Gerekçe, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.

DUMAN İlker Hasan, “*İdarenin Yapmış Olduğu Yanlış İşlemin Süreler Geçtikten Sonra Geri Alınması (Kanunsuz Terfi İşleminin Geri Alınması Sonucunda Terfiye Dayanarak Yapılmış Fazla Ödemelerin Geri İstenmesi)*”; <http://www.ilkerduman.av.tr/makaleoku.aspx>; e.t. 25.11.2015.

GİRİTLİ İsmet/ **BİLGİN** Pertev/ **AKGÜNER** Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2001.

GÖZLER Kemal/ **KAPLAN** Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Bursa 2013.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 19. Baskı, Ankara 2003.

GÖZÜBÜYÜK Şeref/ **TAN** Turgut, İdare Hukuku, C. I, 3. Baskı, Ankara 2004.

GÜLTEKİN Sadettin/ **ÇİYLTEPE** Hamdi, Hukukun Temel Kavramları, 1. Baskı, Trabzon 2009.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011.

GÜRİZ Adnan, Hukuk Başlangıcı, 7. Baskı, Ankara 1999.

- İŞIKTAÇ** Yasemin, “Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, Haziran-Aralık 1998, C. 2, S. 1, s. 223-228.
- İZVEREN** Adil, Hukuk Felsefesi, 1. Baskı, Ankara 1988.
- KALABALIK** Halil, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU’na Armağan, C. 1 S. 2, 1997, s. 205-233.
- KALABALIK** Halil, İdare Hukukunun Temel Kavramları ve Kurumları, Konya 2014.
- KANLIGÖZ** Cihan, “İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 40, 1988, s. 173-192.
- KARAHANOĞULLARI** Onur, “İdarenin Takdir Yetkisini Kullanmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1996-45-01-04/AUHF-1996-45-01-04-Karahanogullari2.pdf>; e.t. 01.12.2015, s.323-377.
- KARAHANOĞULLARI** Ömer, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, Çağdaş Yerel Yönetimler 1999, C. 8, S. 3, s. 55-77.
- KAYA** Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi 2005, C. 38, S. 2, s. 61-87.
- KAYA** Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- KÖKSAL** Mustafa, “Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2009, S. 85, s. 241-272.
- METİN** Yüksel, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 1. Baskı, Ankara 2002.
- ODYAKMAZ** Zehra/ **GÜZEL** Oğuzhan, “İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk”, Ankara Barosu Dergisi 2013/3. s. 21- 55.
- ODYAKMAZ** Zehra/ **KAYMAK** Ümit/ **ERCAN** İsmail, İdare Hukuku, İstanbul 2015.
- OĞURLU** Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Ankara 2002.

- ÖKTEM** Niyazi/ **TÜRKBAĞ** Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 5. Baskı, İstanbul 2012.
- SAYGILIOĞLU** Nevzat, “*Anayasanın 73. Maddesi Karşısında Yürütme Organının Kullandığı Yetkilerin Sonuçları*”, Danıştay Tasnif Ve Yayın Bürosu Yayınları No: 76, Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl, 11-12 Mayıs 2006, Ankara 2008, s. 9-16.
- TAHIROĞLU** Bülent, “*Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi*”, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCIteredergisi/2008C.14S.4/157-170.pdf>; e.t. 04.12.2015, s. 157-170.
- TAN** Turgut, İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.
- TEK** Savaş, “*İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2010, S.1, s. 313-333.
- TUNÇER** Polat, Temel Hukuk,1. Baskı, Ankara 2013.
- UZ** Abdullah, “*Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C. 2, S. 1, s. 59-94.
- ÜSTÜN** Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, 1. Baskı, Ankara 2007.
- VELİDEDEOĞLU** Veldet Hıfzı, Hayat, Hukuk ve Cemiyet, 1. Baskı, İstanbul 1944.
- YAYLA** Ahmet, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu-Eleştirel Bir Yaklaşım, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.
- YILMAZ** Dilşat, “*İdare Hukuku Ve Özel Hukuk Arasında Yarışma Mı Uzlaşma Mı?*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 4, S. 2, s. 163-180.