

## **HUKUKUN KAYNAKLARI**

Hukukun (pozitif hukukun) kaynakları deyimi ile hukuk kurallarını oluşturan ve geliştiren yol ve yontemler anlaşılır. Hukukun kaynakları dord grup altında incelenebilir. Bunlar; “yazılı hukuk”, “gelenek hukuku (orf ve adet hukuku)”, “içtihat hukuku” ve “bilimsel içtihat (ögreti)” kuralları olmak üzere dord grup altında incelenebilir (Bilge, 1986; Gözübüyük, 1993; Zevkliler, 1992).

## 1. Yazılı Hukuk

Hukuk kurallarının önemli bir bölümü, hukuk kuralı koyma yetkisine sahip belirli bir organ ya da makam (yasama organı, Bakanlar Kurulu, yetkili yönetim birimleri gibi) tarafından konulup yazılı metinler içinde yer alırlar. Bunlara “yazılı hukuk” kuralları (mevzuat) denir.

Yazılı hukuk kuralları arasında güçlülük ve geçerlilik dereceleri ile soyutluk dereceleri bakımından bir sıralama yapılır. Bu sıralamada en üstte, en güçlü, geçerli ve soyut hukuk kuralı olan Anayasa vardır. Daha sonra yukarıdan aşağıya doğru, kanunlar, uluslararası andlaşmalar, kanun hükmünde kararnameler, tüzükler ve yönetmelikler yer alır. Bu sıralamaya göre, hiçbir kural kendinden üstünde bulunana aykırı olamaz. Aşağıda yazılı hukuk kuralları kısaca açıklanmıştır (Bilge, 1986; Gözübüyük, 1993).

### **a. Anayasa**

Devletin temel yapısını, yönetim biçimini, devletin temel organlarını ve bu organların birbirileri ile olan ilişkilerini, kişilerin devlete karşı olan temel haklarını ve ödevlerini “Anayasa” (AY) düzenler. Anayasada yalnız anayasa hukukunu ilgilendiren ilkeler ve kurallar değil kamu yönetimi ile ilgili ilkeler ve kurallar da yer alır. İngiltere gibi anayasası geleneklere dayanan ülkeler dışında hemen hemen bütün devletlerin anayasaları yazılıdır.

Toplumun siyasal düzeni bakımından bir istikrar unsuru olarak kabul edilen anayasanın sık sık ve kolayca değiştirilmesi istenmez. Bu nedenle anayasaların yapılması ve değiştirilmesi diğer kanunlara göre daha sıkı koşullara ve yöntemlere bağlanmıştır. Bu gibi anayasalara sert (katı) anayasa denir. Kanunlara göre daha zor değişen anayasalara sert anayasa, kanunlar gibi değiştirilenlere de yumuşak anayasa (örneğin İngiliz Anayasası) denir. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası sert bir anayasadır. Anayasa'nın hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını ve diğer kişileri ve kuruluşları bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

## **b. Kanunlar (Yasalar)**

Anayasa, devletin yapısı, temel organları ve kişilerin temel hak ve ödevleri konusunda genel ilkeleri koymakla yetinir. Ancak ayrıntılara inmez; ayrıntıların düzenlenmesini kanunlara bırakır. Yasama organı tarafından, kanun yapmak için konan yöntemlere uygun olarak çıkarılan metinlere “kanun” (yasa) denir.

Kanunlar;

- “*Yazılı*” metinlerdir; çünkü Resmi Gazete’de yayımlanır.
- “*Genel*” metinlerdir; çünkü sadece belli bir kişiyi ya da olayı değil, aynı duruma olan bütün kişileri ve aynı özellikleri taşıyan bütün olayları içine alır.
- “*Sürekli*” metinlerdir; çünkü yürürlüğe girdikleri andan itibaren, diğer bir kanun ile yürürlükten kaldırılıncaya kadar uygulanır (Medeni Kanun, Ceza Kanunu gibi.). Diğer yandan, sürekli olmayan (sürelî) kanunlar da vardır; bunlar belli bir süre için yürürlüğe konur ve bu sürenin sonunda kendiliklerinden yürürlükten kalkar (Bütçe Kanunu gibi).

Yasama organının hangi konularda kanun çıkaracağı konusunda kesin bir kural yoktur. Yasama organı, her konuyu kanunla düzenleyebilir veya bazı konuların düzenlenmesini kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere veya yönetmeliklere bırakabilir. Ancak, 1982 Anayasası bazı konuların kesinlikle kanun ile düzenleneceği hükmünü getirmiştir ve bu konular başka bir hukuk kuralı ile düzenlenemezler. Örneğin 1982 Anayasası’nın 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin sadece kanun ile sınırlanabileceğini (özlerine dokunulmaksızın ve Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak) hükme bağlamıştır.

Kanun önerme yetkisi, Bakanlar Kurulu üyeleri ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine aittir. Bakanlar Kurulu'nun yaptığı öneriye tasarı, milletvekillerinin yaptığı öneriye teklif denir.

### **c. Uluslararası Andlaşmalar**

Uluslararası hukuk, uluslararası toplumun hukukudur (Alpkaya, 2004). Uluslararası toplum, devletlerden, uluslararası örgütlerden (Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, NATO gibi), uluslararası sözleşmeler ile kurulmuş uluslararası organlardan (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Komisyonu gibi) ve etkinlikleri uluslararası düzeyde etki ve sonuç doğuran diğer gerçek ve tüzel kişilerden (Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Uluslararası Af Örgütü gibi) oluşmaktadır. Uluslararası hukuk, uluslararası toplumu oluşturan örgüt, organ ve kişilerin hak, yetki, görev ve yükümlülükleri ile ilişkilerinde uymaları gereken kuralları içermektedir.

Uluslararası hukuk kuralları, aşağıda da açıklandığı gibi, hem “gelenekler (teamül, örf ve adet)” hem de “andlaşmalar” yolu ile oluşmaktadır.

- Uluslararası hukuk açısından gelenekler, devletlerin büyük bir çoğunluğunun, belli bir konuda uzun bir süre boyunca yapmış oldukları standart (bir örnek) eylem ve işlemleridir. Örneğin, denize kıyısı olan her ülkenin karasuları adı verilen ve belli bir genişliğe ulaşan bir deniz alanına sahip olması bir gelenektir.

- Andlaşmalar ise, “devletlerin kendileri aralarında”, “devletlerin uluslararası örgütlerle” veya “uluslararası örgütlerin kendi aralarında” yaptıkları “yazılı sözleşmeler”dir (Birleşmiş Milletler Andlaşması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi).

Uluslararası toplumu düzenlemede, 20. yüzyıla kadar daha çok gelenek hukuku kuralları hâkimken, 20. yüzyılda, özellikle Birleşmiş Milletler Örgütü'nün kurulmasıyla, andlaşmaların

yapılması ağırlık kazanmıştır. Günümüzde de uluslararası hukuk alanındaki birçok kuralın uluslararası andlaşmalar ile düzenlendiği dikkati çekmektedir.

#### **d. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri**

1982 Anayasasının ilk halinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi benimsenmişti, ancak bu kararname ile sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel işlemleri düzenlenebilmekteydi. Belirtilen konuların dışında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yapılmasına olanak yoktu. Oysa 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile olağan dönemlerde ve olağanüstü dönemlerde cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması olanağı getirilmiştir.

### **e. Tüzükler**

Kanunlar, soyut nitelikte genel kurallar koyarlar. Somut durum ve olaylarla ilgili ayrıntılara inmezler. Ama soyut nitelikteki genel kuralların özel ve somut olaylara uygulanabilmesi için ayrıntılarla ilgili hususların da belirlenmesi gerekir. İşte ayrıntılarla ilgili bu tür belirlemelerin yapılması için tüzükler gibi kuralların konulması gerekir. Anayasa'ya göre, tüzükler, kanunların uygulanmasını göstermek ya da kanunların emrettiği durumları düzenlemek için Danıştay'ın incelemesinden geçirilerek Bakanlar Kurulu kararı ile çıkarılır. Tüzükler, cumhurbaşkanı tarafından imzalanır ve kanunlar gibi Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girer (AY, m. 115). Tüzüklerin her zaman bir kanuna dayanması ve kanuna aykırı olmaması gerekir. Kanuna aykırı tüzüğün iptali için Danıştay'a dava açılabilir.

## **f. Yönetmelikler**

Tüzükler açıklanırken belirtildiği gibi, kanunlar ile soyut ve genel olarak belirtilen noktaların, daha somut ve özel nitelikte kurallar ile belirlenmesi bazen Bakanlar Kurulu tarafından tüzükler ile bazen de yönetim (başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri) tarafından yönetmelikler ile olmaktadır. O halde, yönetmelikler devlet örgütü içinde bulunan çeşitli kurum ve kuruluşların kendi örgütlenme, yönetim ve çalışma yöntemlerini gösteren veya kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılmış kurallar bütünüdür. Kamu kuruluşları yönetmelik çıkarma yetkisine kendiliğinden sahiptir; yönetmelik çıkarmak için kanun ile ayrıca yetkili kılınmasına gerek yoktur. Anayasa'ya göre hangi yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayınlanacağı kanunda belirtilir (AY, m. 124). Yönetmelikler de kendilerinin üstünde bulunan hukuk kurallarına aykırı olamazlar. Bakanlıkların yönetmelikleri ile kamu kuruluşlarının ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ülke genelinde uygulanacak yönetmeliklerinin yargısal denetimi Danıştay'da; belli bir yörede uygulanacak olan yönetmeliklerinin yargısal denetimi ise genel görevli yönetsel (idari) yargı yeri olan idare mahkemesinde yapılır (Günday, 2002).

### **g. Diğer Yazılı Hukuk Kuralları**

Yukarıda belirtilenler dışında, Bakanlar Kurulu veya bakanlıklar tarafından çıkarılan kararname, genelge (tamim), tebliğ, karar, sirküler gibi yazılı kurallar da yazılı hukuk kuralları içinde yer alırlar. Ancak bunlar diğer yazılı hukuk kurallarına göre genellikle daha dar kapsamlıdır; özel durumları ve ilişkileri düzenlerler.

## 2. Gelenek Hukuku (Örf ve Adet Hukuku)

Bazı hukuk kuralları toplumsal yaşam içinde kendiliğinden ortaya çıkar. Bunları yasama organı değil; bireyler arası karşılıklı ilişkilerden kaynaklanan zorunluluklar ve ihtiyaçlar sonucunda toplum oluşturur. Bu hukuk kuralları yazılı metinler içinde yer almaz; ancak, yazılı olmasalar bile bunlara uyulması zorunludur. Bunlara “gelenek hukuku” (örf ve adet hukuku) denir.

Bir geleneğin toplumda hukuk kuralı haline gelebilmesi için;

- Geleneğin toplumda uzun süredir uygulanıyor olması (*süreklilik*),
- Geleneğe uyulmasının zorunlu olduğu konusunda toplumda genel bir inancın doğmuş olması (*genel inanç*),
- Geleneğin devlet yaptırımını ile desteklenmesi (*devlet desteği*) gerekir.

Ne var ki, belirli bir konuyu düzenleyen herhangi bir yazılı hukuk kuralı varsa, o zaman aynı konuyu değişik şekilde düzenleyen gelenek hukuku uygulanamaz. Ancak bir konuyu düzenleyen herhangi bir yazılı hukuk kuralının bulunmaması durumunda, o konuya gelenek hukuku kuralını uygulamak gerekir.

### 3. İçtihat Hukuku (Yargısal İçtihat)

Bazen olaylara (davalara) uygulanmak üzere hem yazılı hukuk hem de gelenek hukuku kuralı bulunamayabilir. Ancak herhangi bir yazılı hukuk veya gelenek hukuku kuralının bulunmaması, o olayın çözümsüz bırakılacağı anlamına gelmez. Bu gibi hukuk boşluğunun olduğu durumlarda hâkim (yargıç), kanun koyucu gibi davranarak o olayı çözmek üzere kendisi bir kural oluşturabilir. Medeni Kanuna göre, kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim gelenek hukukuna göre, bu da yoksa kendisinin kanun koyucu olması durumunda nasıl bir kural koyacaksa ona göre karar verir (m. 1). İşte en genel deyişle, hâkimlerin yaptıkları çalışmalara dayanarak verdikleri kararların ürünü olan hukuk kurallarına “içtihat hukuku” denir.

Benzer sorunlarda hâkimler tarafından aynı çözüm yolunun izlenmesi sonucunda adeta bir mahkeme geleneği meydana gelir. Çünkü mahkemelerin kararları, bir hukuk kuralının somut olaylara uygulanma biçimini göstermeleri bakımından büyük değer taşırlar. Bu nedenle her mahkeme daha önce alınmış yargı kararlarını incelemekten geri duramaz. Ancak belirtilen nitelikteki yargı kararları, bağlayıcı değildir; yardımcı kaynak niteliği taşır (Tan, 2015).

Davalar genellikle ilk derece mahkemelerinde görülüp karara bağlanır. İlk derece mahkemelerinin kararlarını düzeltmek, bunlar arasında doğabilecek ayrılıkları gidermek ve böylece hukuksal uygulamasında birliği sağlayabilmek üzere yüksek mahkemeler kurulmuştur. Bunlara, “Anayasa Mahkemesi”, “Yargıtay” (adli yargı alanında), “Danıştay” (idari yargı

alanında), “Sayıştay” (devlet hesaplarının kontrolü alanında) ve “Uyuşmazlık Mahkemesi”(mahkemelerin görev ve hüküm uyuşmazlıklarını çözmek üzere)örnek olarak verilebilir. Özellikle yüksek dereceli mahkemelerin kararları, ilk derece mahkemelerinin kararları için örnek teşkil eder, içtihat birliğinin oluşmasına yardımcı olur ve böylece içtihat hukukunun oluşmasını sağlar (Bilge, 1986). Bir yüksek mahkemenin altındaki dairelerin (mahkemelerin) vermiş olduğu farklı kararlar ya da farklı içtihatlar arasındaki uygulama farklılıkları “içtihadı birleştirme kararları” ile giderilir. Daha açık ifade etmek gerekirse, Danıştay, Yargıtay, Sayıştay gibi yüksek mahkemeler belirtilen uygulama farklılıklarını giderebilmek için “içtihadı birleştirme kararı” alır. İçtihadı birleştirme kararları, içtihatla herhangi bir değişiklik olana kadar, uyulması zorunlu (bağlayıcı) bir kaynak niteliğindedir. İçtihadı birleştirme kararları Resmi Gazete’de yayımlanır. (Tan, 2015).

#### **4. Bilimsel İctihat (Öğreti - Doktrin)**

Hukukla uğraşan kişilerin, hukuk sorunları hakkındaki akademik nitelik taşıyan görüş ve düşünceleri ile oluşan hukuk kurallarına “bilimsel içtihat” ya da “öğreti” denir. Bilimsel içtihat, mevcut hukuk kurallarını ve yargı kararlarını eleştirme ve değerlendirme yolu ile hukukun oluşmasına ve gelişmesine (pozitif hukukun ideal hukuka yaklaşmasına) yardım eder.

Yukarıda belirtilen hukukun kaynaklarının bir kısmı bağlayıcı, bir kısmı da yardımcı/tamamlayıcı niteliktedir. Örneğin, yazılı hukuk kuralları ile gelenek hukuku kuralları bağlayıcıdır ve bunlara uyulması zorunludur. Buna karşılık içtihat hukuku ve bilimsel içtihat yardımcı kaynak niteliği taşır. Bunlar bağlayıcı değil; tamamlayıcıdır (Gözübüyük, 1993).