

## 2. Hafta: Hukuk Kaynaklarının Gruplandırılması: Yazılı hukuk kaynakları, Yazılı olmayan hukuk kaynakları (gelenek hukuku ve türleri), Esas kaynaklar, Yardımcı kaynaklar

Hukukun esas kaynakları **yazılı kaynaklar** ve **yazılı olmayan kaynaklar** olmak üzere iki kısımda ele alınmaktadır. Yazılı olmayan kaynaklar, gelenek hukukunu oluşturan toplumun örf ve adetleridir. Söz konusu kaynaklar çalışma kapsamı dışında olduğu için bu kaynak türüne ayrıntılı olarak değinilmeyecektir. Hukukun yazılı kaynaklarını ise;

1. *Anayasa*
2. *Kanunlar*
3. *Uluslararası Antlaşmalar*
4. *Kanun Hükmünde Kararnameler*
5. *Tüzükler*
6. *Kaide-Kararnameler*
7. *Yönetmelikler* oluşturmaktadır.

Bu kaynaklar Anayasa'nın yetkili kıldığı otoriteler tarafından çıkarılan yazılı metinlerdir. Bunlara maddesel veya geniş anlamda kanun denildiği gibi, eski bir deyimle mevzuat adı da verilmektedir. Yazılı hukuk kaynakları tek biçimde ve tek organca değil, çeşitli biçimlerde ve çeşitli organlar tarafından çıkarılmaktadır. Hangi organın, hangi biçimde yazılı hukuk kaynağını ya da kuralını oluşturacağı Anayasa'da belirtilmiştir (1982 Anayasası'nın 87., 95.,115.,121. maddeleri). Bu hükümlere göre kanunları, Yasama Meclisleri, kanun hükmünde kararnamelerle tüzükleri, Bakanlar Kurulu ve yönetmelikleri de bakanlıklar veya kamu tüzel kişileri çıkarırlar (Bilge, 2000: 39).

Yazılı hukuk kaynakları arasında, bir taraftan kuvvet ve geçerlilik dereceleri, diğer yandan soyutluluk dereceleri bakımından bir sıralama yapılabilir. Her iki bakımdan da birbirine uygun düşen bu sıralama şöyledir: Anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik (sıralamada uluslararası antlaşmalar kanun kapsamında ele alınmaktadır). Sözü edilen bu beş kaynaktan hiçbiri, sıra itibariyle kendisinden önce gelen sıradaki kaynağa oranla daha kuvvetli ve daha geçerli olamayacağı gibi, daha soyut da olamaz. Dolayısıyla kuvvetlilik ve soyutluluk bakımından anayasa kanuna göre daha ön sıradadır ve ondan daha üstün ve daha soyuttur. Kanunlar tüzüklere ve tüzüklerde yönetmeliklere nazaran daha güçlü ve daha soyutturlar. Bu esasın pratik sonucu şudur: Hiçbir yazılı kural, kendisinden önce gelen sıradaki yazılı kurala aykırı olamaz. Nitekim kanunların Anayasa'ya, tüzüklerin kanunlara ve yönetmeliklerin de tüzüklere ve kanunlara aykırı olamayacakları Anayasa'da belirtilmiştir (1982 Anayasası'nın 115. ve 124. maddeleri). Kanun hükmünde kararnameler yasama organından geçinceye kadar kanunlara eşittirler ve yasama organı onaylayınca da kanun olurlar (Bilge, 2000: 39).

Yazılı hukuk kaynakları ya da kuralları arasındaki bu hiyerarşi hukuki bir sorunun çözümünde olaya ilk önce en soyut ve en geçerli yasa kuralının uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Aksine somut bir olaya ilk önce ona somutluk bakımından en yakın olan kural uygulanmaktadır. Önceki kurallara aykırılık söz konusu olmadığı sürece kuvvet derecesi daha zayıf olandan başlamak suretiyle uygulamaya geçilir. Buna göre önce yönetmelik hükmü ve ondan sonra da sırasıyla tüzük, kanun ve Anayasa uygulanır. Yani hukuk kurallarının kuvvet değerleriyle uygulama olanakları ters orantılıdır.

Ayrıca her kural kendisinden bir önce gelen kural açısından daha ayrıntılı hükümler içerir. Bu anlamda bir tür açıklayıcı kural niteliğindedir (Görgün, 1996: 72).

Hukukun esas kaynaklarından bir diğer grup ise yazılı olmayan hukuk kaynaklarıdır. Bunlar örf ve adetlerdir. Örf ve adetler de ikiye ayrılır :

1. *Sıradan örf ve adetler*
2. *Hukukî nitelikteki örf ve adetler*

Örf ve adetlerin hukukun kaynağı olabilmesi için hukuki nitelik taşıması gerekmektedir. Sıradan örf ve adetler hukukun kaynağı değildir.

**Örf ve adet**, topluluk içersinde uzun zamandan beri kök salmış olup, uyulması zorunlu sayılan ortak davranışlardır. Bunlar, kanunlarda olduğunun aksine yetkili bir otoritenin bilinçli bir işlemiyle vücut bulmazlar; ancak nitelikleri itibariyle birbirine benzeyen değişik durumlarda, aynı davranış biçiminin tekrarlanmasıyla meydana gelirler. Başlangıçta belki bilinçsizce tekrar olunan bu hareketler, zamanla insanların bilincinde yer alan bir alışkanlık haline gelir ve toplum da bunu benimseyerek yaptırım altına alır. Böylece örf ve adet hukuku meydana gelir. Örf ve adet hukukuna gelenek hukuku da denilmektedir. Gelenek (örf ve adet) hukuku yazılı değildir. Toplumsal vicdanda yaşamaktadır. Toplumun bireyleri arasında sosyal bir davranış kuralı olarak benimsenen bir geleneğin hukuki nitelik kazanması yani bir hukuk kuralı haline gelebilmesi için üç koşulun bir araya gelmesi gerekmektedir :

**1. Süreklilik:** İstikrarlı bir durum göstermeyen gelip geçici tekrarlamalar başka bir ifadeyle modalar, gelenek hukuku niteliğini kazanmazlar. Bu nedenle söz konusu olayın bilinmeyen bir tarihte yada hatırlanamayan bir tarihte ortaya çıkması ve uzun süredir uygulanıyor olması gerekmektedir.

**2. Genel İnanç:** Bir geleneğin bağlayıcı ve zorunlu olduğu, yani belli davranışın tekrarlanmasının başkalarından istenebileceği hakkında topluluk bireyleri arasında yaşayan iç kanıyı ifade eder. Toplum vicdanında böyle bir inanç bulunmadığı takdirde, ne kadar sürekli olursa olsun bir geleneğin, adet hukuku niteliğini kazanacağı düşünülemez.

**3. Devlet Desteği:** Devlet yaptırımına bağlı olmayan bir adetin, hukuk kuralı halini aldığı ileri sürülemez. Örf ve adet kuralına hukuk kuralı tarafından atıf yapılması gerekmektedir (Bilge, 2000: 33-35).

Önceleri mevcut örf ve adet kurallarının yazılı hale getirilmesi yoluyla kanunların oluşturulduğu söylenebilir. Kanun koyucunun kendi belirlediği amaçlara göre toplum hayatını bilinçli şekilde düzenleyebileceği görüşü sonraları ortaya çıkmıştır.

Yasama organının faaliyeti sonucu kanunların belirgin ve kesin bir nitelik kazanması ve mesleği “hukukçu” olan kişilerin yargı görevi yapması, örf ve adet hukukunun etkinliğinin azalmasında rol oynamıştır. Çağdaş hukukta örf ve adet hukuku, ancak kanunlar ve mahkeme kararları tarafından benimsendiği zaman, başka bir ifadeyle devlet hukuku tarafından tanındığı ölçüde geçerlilik kazanmaktadır (Güriz, 1986: 9).

Gelenek hukuku kurallarının uygulanabilmesi için o konuda yazılı hukukta bir kuralın bulunmaması gerekmektedir. Yazılı hukuk kuralının bulunduğu yerde gelenek kuralının uygulanması söz konusu olamaz. Başka bir ifade ile gelenek kuralları kanuna ( mevzuata)

aykırı olamazlar. Bu bakımdan gelenek hukuku, yazılı hukukun yanında hiyerarşik açıdan ikinci sırayı alır ve bu nedenle de onun tamamlayıcısıdır. Hakim yazılı olmayan hukuk kuralını, tarafların veya bir tarafın isteği üzerine uygular. Bir tarafın istemesi halinde bu taraf gelenek kuralının varlığını ve uygulanabilmesi için taşıması gereken niteliklere sahip olduğunu kanıtlamak zorundadır. Ayrıca, hakim kendiliğinden de yani tarafların istemi olmadan bilirkişi ve diğer kaynaklar aracılığıyla varlığını tespit ettiği gelenek kurallarını res' en (görevi gereği kendiliğinden) uygulayabilir (Görgün, 1996: 79).

Esas kaynaklara hakimin başvurması zorunlu iken, yardımcı kaynaklar başlığı altında topladığımız içtihatlar başvurması zorunlu değildir.

Arapça bir sözcük olan içtihat bir konunun çözüm şekli üzerinde mahkemelerce verilen kararları veya hukuk bilginlerince belirtilen düşünceleri ifade eder. Hukuki bir konuda bilim adamlarının ileri sürdükleri fikir ve kanıtlara **bilimsel içtihat** denir. Bilimsel içtihat;

- a. *Şerhler*
- b. *Sistemik eserler*
- c. *Monografiler*
- d. *Makaleler*'den oluşmaktadır.

Mahkemeler arasında anlaşmaya varılamayan bir konuda yüksek mahkemelerce verilen ve uyulması zorunlu olan kararlara da **kazai veya yargısal içtihat** denilmektedir (Yavuzcan ve Demirsan, 1976: 4-5).

### **Kaynaklar**

- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1982). <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa.htm>
- Bilge, Necip. (2000). **Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları
- Görgün, Şanal. (1996). **Hukukun Temel Kavramları**. Gnş. 5.bs. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Güriz, Adnan. (1986). **Hukuk Başlangıcı**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Yavuzcan, Güngör ve Turgut Demirsan. (1976). **Hukuka Açılan Pencere: Hukuk El Kitabı**. Ankara.