

## **6. Hafta: Hukukun Yardımcı Kaynakları: Bilimsel İctihatlar (Şerhler, Sistematik Eserler, Monografiler, Makaleler, İctihat Derlemeleri). Hukukun Yardımcı Kaynakları**

Hukukun yardımcı kaynakları bilimsel icthahatlar (doktrin, öğreti) ve yargısal icthahatlar (mahkeme kararları) dan oluşmaktadır. Hukukun bir diğerkaynağının da icthahat olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu kaynak diğerkaynaklardan farklıdır. Gerçekten, adet ve kanun, hukukun kesin ve temel birer kaynağı oldukları halde, icthahatın, ancak yardımcı bir kaynak sayılması gerekir. Zira, hakimin bilimsel icthahatlara ve kazai kararlara uyması değil, onlardan yararlanması söz konusudur.

Hukuksal bir deyim olarak icthahat, bir meselenin çözümü hakkında mahkemelerce verilen kararları veya hukuk bilginlerince belirtilen düşünceleri ifade etmektedir (Bilge, 2000: 98).

### **Bilimsel İctihatlar**

Bilimsel icthahada, doktrin (öğreti) adı da verilmektedir. Doktrin, hukuk bilginlerinin hukuksal meseleler hakkındaki bilimsel görüş ve kanılarını ifade etmektedir.

Roma Hukuku'nda kanunların belirsizlikleri durumunda hukuk biliminin en yetkin uzmanları çözüm önerileri getirmekteydiler. Yine İslam Hukuku'nun kaynaklarından icma ve icthahat da aslında hukukun kaynağı olarak "doktrin"den başka bir şey değildir. Aynı durum Osmanlı Devleti döneminde görülen fetvâ müessesesi hakkında da söylenebilir (Gözler, 1998: 180).

İşlerin yoğunluğu ve süratli karar verme zorunluluğu dolayısıyla hakimler kendilerine sunulan bir uyumsuzluğu hukukî açıdan değerlendirme konusunda gerekli imkanlara sahip olamayabilirler. Hakimden daha çok zamana ve bilimsel çalışma imkanına sahip bulunan bilim adamları hem "olması gereken hukuk" konusunda görüşlerini belirtebilirler, hem de mahkeme kararlarının yönlendirilmesi ve eleştirilmesi konusunda etkin bir rol oynayabilirler. Mahkemelerin yalnızca mevcut hukuku yorumlamakla yetinmedikleri aynı zamanda yeni hukuku oluşturma konusunda belirli bir işleve sahip oldukları düşünülebilir. Hukuk bilimi ile uğraşanlar bir davada taraf olan davalı ve davacı avukatlarından farklı olarak uyumsuzluk konusunu teorik açıdan ve taraflardan herhangi birinin yararını gözetmeden değerlendirebilirler. Mahkeme kararları ile ilgili değerlendirmeler ve eleştiriler yapmak hukuk bilimi ile uğraşanlara düşen önemli bir görevdir (Güriz, 1986: 58-59).

Doktrinde tespit edilmiş görüşlerin, kanun kuralı gibi hakimi bağlayıcı bir gücü yoktur. Ancak, ona öncülük veya yardım etmesi bakımından faydası büyük olduğu gibi, hakimlerin de hukukçular tarafından kararlı bir şekilde beyan ve müdafaa olunan görüşlere ayrı hüküm vermekten tinsel yönden (psikolojik olarak) çekinmeleri bakımından da doktrinin pratik önemi inkar olunamaz yardımcı bir hukuk kaynağı olduğu da kuşkusuzdur.

Bazen tartışmalı olan bir konuda, bilim adamlarının kanaatleri hep aynı noktada yoğunlaşıyor, doktrin'in çoğunluğu belli bir görüş ileri sürüyorsa, genelde, hakimler bu görüşe uyarlar. Buna "hakim görüş" ya da "baskın doktrin" denir. Hakimler genelde baskın doktrine karşı gelen hükümler vermekten çekinirler. Bazen de hakimler, özellikle yüksek mahkemeler, tartışmalı olan konularda, verdikleri kararları meşrulaştırmak için bilim adamlarının eserlerinden alıntılar yapar, onlara atıfta bulunurlar. Doktrin'in çoğunlukla yasama üzerinde de etkisi vardır. Doktrinde yer alan eleştiriler ve öneriler yasamanın yeni kanunlar yapmasına yol

açmaktadır. Hatta bir çok önemli kanun, bizzat doktrin tarafından hazırlanmaktadır (Gözler, 1998: 181).

Böylece doktrin hem kanun koyucunun çalışmalarına, hem de uyuşmazlıkları gideren mahkemelere yardımcı olur. Danıştay ve Yargıtay gibi yüksek mahkemelerin kararlarına bakıldığında doktrinden yararlandıkları görülmektedir. Doktrin hukuk düzeninin oluşmasında, korunmasında ve geliştirilmesinde büyük katkısı vardır. Bütün yönleri ile doktrin hukukun önemli bir yan kaynağıdır.

Yine hukukun yardımcı kaynaklarından olan doktrin devletler genel hukuku alanında da önemli yere sahiptir. Devletler genel hukuku alanında üstün bir otorite ve onun koyduğu zorunlu kurallar olmadığı gibi, karşılıklı veya çok taraflı antlaşmaların hükümleri de bütün ihtilafları çözecek bir genişlik arz etmemektedir. İşte, bu alanda ortaya çıkan meselelerin çözülmesinde hukuk bilginlerinin fikirleri ve onların kurdukları teoriler esaslı rol oynamaktadır. Hukuk bilginleri, hukukun sadece bugünkü statik durumunu incelemekle yetinmezler, onun tarihi gelişimini de araştırma konusu yaparlar; diğer taraftan, hukukçular sadece kendi ülkelerinin hukuk kurallarını değil, diğer ülkelerin aynı konu ile ilgili kurallarını da inceleyerek, bunlar arasında karşılaştırmalara girişirler. Gerek hukuk tarihi, gerekse karşılaştırmalı hukuk alanındaki incelemelerden elde edilen sonuçlar, pozitif hukuk kurallarının hazırlanmasında ve hukuk sistemlerinin kuramsal gelişmesinde önemli ölçüde rol oynamaktadır (Bilge, 2000: 105).

Hukuk alanında bilimsel görüşleri yansıtan eserlerin birçok çeşitleri vardır. Aynı ayrı tiplere bürünen bu eserleri, uygulanan sistem ve güdülen amaç bakımından aşağıdaki birkaç gurup içinde toplayabiliriz:

### **Şerhler (Komanterler-Açıklamalar)**

Şerh kelimesi, açmak, genişletmek, anlaşılana anlatmak anlamına gelmektedir. Şerhler, kanunların madde numaralarının sırasını izleyerek, her maddeyi cümle cümle hatta kelime kelime açıklamaya çalışan eserlerdir. Bir madde hakkındaki bütün açıklamalar, o madde altında toplanacağı için, şerh tipinde yazılan ve dogmatik nitelikte olan bu yapıtlar hakim, avukat gibi uygulama ile uğraşan kişiler için yararlı olurlar. Köklü hukuk reformlarını izleyen zamanlarda şerh biçimindeki yapıtların büyük önem kazandığı söylenebilir (Bilge, 2000: 106).

Şerhler için bazı hukukçular da olumsuz değerlendirmeler yapmaktadırlar. Onlara göre şerhlerin hukuk hayatına büyük bir bilimsel katkıda bulunduğu söylenemez. Hakimler, kanunu uygularken şerhlerden yararlanırlar. Buna karşın, elindeki şerhe çok çalışan bir hakim, düşünce kabiliyetini kaybedip, tembelleğe düşebilir (Ansay, 1958: 35).

Şerhler, kanun uygulayıcılarının sık sık başvurdukları ve yararlandıkları eserler olmakla beraber, hukukun tam anlamıyla ve sistematik bilimsel incelenmesi sayılmazlar. Medeni Kanun Şerhi, Ceza Kanunu Şerhi gibi bir çok şerh vardır.

### **Sistematik Eserler**

Hukuk alanındaki sistematik eserler, hukuk kavramları ve kurumları konusunu inceleyen, bunlar arasındaki ilişkileri açıklayan ve eleştiren niteliklere sahiptirler.

Bu nitelikteki eserler, kanun maddelerinin sırasına göre değil, yazarın uygun bulduğu bilimsel bir sıraya göre, hukuksal sorunları özlü ve sistemli bir biçimde açıklarlar. Sistematik eserlerde bireysel bir iki sorun değil, bir çok hukuk kurumları bir bütün olarak ele alınıp, incelenir ve kurumlar hakkında genel kurallara ulaşılmaya ve özel nitelik taşıyan durumlar da bu genel kurala bağlanmaya çalışılır. Kısa veya uzun olmalarına göre, bu tip eserlerin Türkçe’de ayrı ayrı adları yoksa da Almanca ve Fransızca’da kısa olanlarına el kitabı anlamında (Handbuch-Manuel) ve uzun olanlarına da mufassal, ayrıntılı anlamında (Lehrbuch-Traité) denilmektedir (Bilge, 2000: 106). Traité’ler genellikle çok ciltlidir. Örneğin, Léon Duguit’nin “Traité de Droit Constituel”i beş cilttir. Sistematik eserler uygulayıcılardan çok öğrencilere hitap etmektedir (Gözler, 1998: 182).

Anayasa, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Medeni Hukuk gibi çeşitli hukuk dallarının tümü hakkında sistematik eserler yazılmış olduğu gibi, örneğin medeni hukukun aile, miras hukuku gibi bölümleri veya borçlar ve ticaret hukuku hatta bunlarında alt bölümleri sigorta, şirketler hukuku, kambiyo senetleri üzerine de bu yönetime uyularak yazılan kitaplar da vardır. Genelde bu tip eserlere hacmi ne olursa olsun “ders kitabı” denir. Ancak, ders kitabı ifadesi ders kitabının üzerinde genellikle yazmamaktadır. Bu kaynaklar hukuku çeşitli bölümlere ve bu bölümleri de alt dallara ayırır, dolayısıyla hukukun genel konularından özel alanlarına kadar ayrıntılı bilgiler içermektedir.

### **Monografiler**

Sistematik yöntemle hazırlanan monografilerde bir çok konu ya da kurum değil, bir tek konu veya kurum ele alınarak, etraflı bir biçimde ve derinlemesine incelenmektedir. Monografilerde teorik hukuk görüşleri yanında uygulama ile ilgili problemler de incelenmektedir.

Bu tür eserler, ele aldıkları konuların en ince ayrıntılarına kadar inerler ve gerek zaman, gerek mekan bakımından karşılaştırmalar yaparak ve ilgili mahkeme içtihatlarına da yer vererek, o konu hakkındaki görüşleri değerlendirmeye çalışırlar. Doktora ve doçentlik tezleri de monografik eserler arasında sayılabilir. Bu gibi tezlerde, örneğin nişanlanma, akrabalar arasındaki nafaka mükellefiyeti, mahkemelerin bağımsızlığı, savcılık teminatı, anayasaya uygunluk denetimi gibi tek konular ayrıntılı olarak incelenmektedir. Birer araştırma eseri olan monografiler, büyük şerhlerin ve sistematik eserlerin hazırlanmasında da yardımcı olmaktadır (Bilge, 2000: 106).

Bu tür eserlerde incelenen konunun olması gereken hukuk açısından değerlendirmesi yapılmaktadır. Nişanlanma üzerine yapılan bir çalışma Medeni Hukuk alanında, başkanlık sistemi üzerine yapılan bir çalışma da Anayasa alanında yazılmış bir monografiye örnek olarak gösterilebilir (Gözler, 1998: 182).

Hakimler uygulayacakları kuralları derinlemesine tahlil eden ve öneriler sunan monografilerden yararlanmalıdırlar. Ancak ülkemizde, çeşitli nedenlerden dolayı, monografileri inceleyen hakim sayısı çok azdır.

### **Makaleler**

Makalelerde de monografilerde olduğu gibi hukuk alanındaki belli bir konu ele alınıp incelenmektedir. Ancak monografilerden çok daha kısa olan bu incelemeler mesleki ve bilimsel dergilerde yayınlanmaktadır.

Makaleler kısa zamanda hazırlanabilir ve hukuk alanındaki güncel konular işlenir. Makaleler de diğer bilimsel eserler gibi Türk hukuk hayatının gelişiminde önemli rol oynamaktadır.

### **İçtihat Derlemeleri**

İçtihat derlemeleri, özellikle uygulama ile uğraşanların ihtiyaçları göz önüne alınarak hazırlanmaktadır.

Bunlarda, kuramsal görüşlerden çok, yüksek dereceli mahkemelerin kararları, ilgili kanun maddelerinin sıra numaralarına göre toplu olarak özetlenmiş şekilde sıralandıkları için, aynı konu ile ilgili içtihatları izlemek kolay olmaktadır. Medeni Kanun, Ceza Kanunu, Ticaret Kanunu, İş Kanunu gibi çeşitli kanunlarla ilgili bir çok içtihat derlemeleri vardır. Bunlardan başka örneğin, Anayasa Mahkemesi Dergisi'nde, Yargıtay Kararları Dergisi'nde, Danıştay Kararları Dergisi'nde, Baroların çıkardıkları yüksek dereceli mahkemelerin örnek niteliğindeki kararları tam metin halinde yayınlanmaktadır (Bilge, 2000: 107).

Bütün bunlar gerek uygulayıcılar, gerekse bilim adamları için çok yararlı eserlerdir.

### **Kaynaklar**

Ansay, Sabri Şakir. (1958). **Hukuk Bilimine Giriş**. 7. bs. Ankara: Güzel Matbaası.

Bilge, Necip. (2000). **Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları

Gözler, Kemal. (1998). **Hukuka Giriş**. Bursa: Ekin Kitabevi.

Güriz, Adnan. (1986). **Hukuk Başlangıcı**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.