

Ünite 2: Hukukun Kaynakları ve Uygulanması

Kaynak Kavramı ve Hukuk

Kaynak, bir şeyin ilk çıktığı, kaynadığı yer anlamına gelmektedir. Hukukun kaynağı demek ise hukuk kurallarının ortaya çıktığı, doğduğu yeri ifade etmektedir. Bu anlamda hukukun kaynakları bilgi kaynakları, organsal kaynaklar ve biçimsel kaynaklar olarak sınıflandırılabilir.

Bilgi kaynakları, hukuk hakkında bilgi veren, hukuk hakkında bilgiye ulaşılmasını sağlayan kaynaklardır. Organsal kaynaklar, hukuku yaratan organlara göre yapılan sınıflandırmadır. Hukukun hangi biçimlerde ortaya çıktığını gösteren kaynaklar ise, hukukun biçimsel kaynaklarıdır. Bu ayırımı göre hukuk,

- Gelenek hukuku,
- İçtihat hukuku ve
- Yazılı hukuk şeklinde üç biçimde ortaya çıkar.

Bunlardan yazılı hukuk ve gelenek hukuku hukukun asıl kaynaklarını, içtihat hukuku ise yardımcı kaynağını oluşturur. Hukukun kaynakları, asıl ve yardımcı kaynaklar olarak da bir ayırımı tâbi tutulmaktadır. Asıl kaynaklar, kendi içinde yazılı ve yazısız kaynaklar şeklinde alt bir ayırımı göre değerlendirilmektedir. Hukukun asıl kaynağını teşkil eden ancak yazılı olmayan kaynak ise gelenek hukukudur. Hukukun yardımcı kaynaklarını ise, içtihat hukuku oluşturmaktadır. İçtihat hukuku, bilimsel içtihat veya yargı içtihadı şeklinde olabilir.

Pozitif Hukukun Kaynakları

Yazılı hukuk, anayasanın yetkili kıldığı otoritelerce çıkarılan yazılı metinlerdir. Kara Avrupası hukuk sisteminde yazılı hukuk kurallarının hiyerarşik bir yapı içinde olduğu, bu yapıda en üstte anayasanın bulunduğu ve hiyerarşinin yukarıdaki kaynaklar itibarıyla aşağıya doğru indiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle kanunlar, Anayasa'ya; Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunlara aykırı olamaz. Bu durum, normlar hiyerarşisi olarak adlandırılmaktadır.

Anayasa

Anayasa, devletin temel yapısını, kişilerin hak ve ödevlerini, devlet organlarını ve bu organların işleyişini düzenleyen esas ve kurallar bütünüdür. Anayasalar devrim, hükümet darbesi, savaş ve benzeri olağanüstü durumlarda ortaya çıkan asli kurucu iktidarlarca yapılır. Anayasalar bir kez yapıldıktan sonra kendi belirledikleri esaslara göre değiştirilebilirler. Anayasa'da değişiklik yapma iktidarı tali kurucu iktidara aittir. Ülkemizde bugün yürürlükte olan 1982 Anayasası sert bir anayasadır. Sert anayasa demek diğer kanunlara göre daha güç koşulların yerine getirilmesiyle yani daha zor değiştirilebilen anayasa demektir.

Uluslararası Anlaşmalar

Uluslararası anlaşmalar, iki veya daha fazla devlet tarafından akdedilmiş olan ve TBMM'nin kabulünün ardından Cumhurbaşkanınca onaylanıp Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren bağlayıcı hukuk kurallarıdır. Anayasa'nın 90. maddesi gereğince, usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmayacağı gibi. Anayasa Mahkemesine de başvurulamaz.

Anayasa'da 2004 yılında yapılan bir değişiklikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşma hükümleriyle kanunların aynı konudaki hükümleri arasında uyumsuzluk çıkması hâlinde uluslararası anlaşma hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu sebeple temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalar, kanunlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde yer almaktadır. Aynı hüküm sebebiyle, temel hak ve özgürlükler bakımından uluslararası anlaşmaların doğrudan uygulanmasının yolu da açılmıştır.

Kanunlar

Kanunlar, yetkili organ tarafından yazılı olarak çıkarılan, kanun adını taşıyan, genel, sürekli ve soyut hukuk

kurallarıdır. Kanunların başlıklarında mutlaka “kanun” ifadesi bulunur. Kanunların genel olması, aynı durumdaki bütün kimseleri, aynı vasıftaki tüm olayları kapsamaya anlamına gelir. Kanunlar yürürlükten kaldırılmadıkları sürece sürekli bir biçimde uygulanırlar. Öte yandan kanunlar belirli bir durum ya da olayı değil, olması muhtemel soyut durumları düzenler; somut olay ortaya çıktığında soyut kural somut olaya uygulanır.

Kanunu çıkarmaya yetkili organ ülkenin yönetim biçimine göre değişir. Ülkemizde bu organ meclistir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Yürütme yetkisi ve görevi. Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasa’ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir (Ana. m. 8). Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez.

Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.

Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir. Kararnameler ve yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer (Ana. m. 104). Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104. maddenin 17. fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tâbi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmi Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar (Ana. m. 119).

Yönetmelikler

Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir (Ana. m. 124). Yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer (Ana. m. 104).

Gelenek (Örf-Adet) Hukuku

Gelenek (örf-adet) hukuku, yetkili bir organ tarafından bilerek istenerek konulmuş olan kurallar değil, toplumda kendiliğinden oluşan kurallardır. Hukukun yazılı olmayan ve asli nitelik taşıyan kaynağıdır. Türk hukukunda yazılı hukuk egemendir. Dolayısıyla gelenek hukukunun alanı son derece dardır.

Bir gelenek kuralının hukuk kuralı olarak kabul edilebilmesi için bazı koşullara ihtiyaç duyulur. Sürekli (genel olarak kabul edildiği gibi en az 40 yıl) olarak uygulanan, bağlayıcılığı ve zorunluluğu konusunda toplumda genel inanç bulunan; içeriği belli, akla uygun ve hukuka aykırı olmayan gelenekler devletçe de desteklenirse hukuk kuralı haline gelebilir.

Özel hukuk alanında uygulama bulunan örf-adet hukuku, kamu hukuku alanında yer bulmamaktadır. Anayasa, idare, vergi veya ceza hukuku gibi bazı hukuk dalları nitelikleri itibarıyla geleneklerin hukuk kuralı olarak uygulanmasına imkân tanımaz.

İçtihat Hukuku

İçtihat hukuku, bilimsel görüş ya da yargısal kararlardır. Bilimsel içtihat, hukuk bilgilerinin hukuki konulardaki bilimsel görüş ve yaklaşımlardır. Hukuk alanında çalışan bilim adamları olanı inceler ancak olması gerekeni belirtir. Bilimsel içtihadı uygulamada doktrin (öğreti) de denmektedir. Bilimsel içtihatlar;

- Şerhler,
- Sistematiik eserler,
- Monografi,
- Makale,
- İçtihat derlemesi ve
- Monografilerden oluşur.

Yargısal içtihat ise mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklar ile ilgili olarak vermiş oldukları kararlardan oluşur. Bunlar başka mahkemelerin ileride verecekleri kararlarda yardımcı olurlar.

Gerek bilimsel içtihatlar ve gerekse yargısal içtihatlar hukukun asıl ve bağlayıcı kaynağı değil; yardımcı yani ikincil kaynağıdır. Ancak bu kuralın istisnasını içtihadı birleştirme kararları oluşturmaktadır. Bir konuda daha önce verilmiş bir içtihadı birleştirme kararı varsa, hâkim ilgili içtihadı birleştirme kararı ile bağlıdır ve o içtihadı birleştirme kararına aykırı karar veremez.

Hukuk Kurallarının Türleri

Hukuk kuralları uygulama bakımından emredici, tamamlayıcı, yorumlayıcı, tanımlayıcı ve diğer hukuk kuralları şeklinde sınıflandırılabilir.

Emredici Hukuk Kuralları

Emredici hukuk kuralları, emir unsurunun baskın olduğu, aksi kararlaştırılamayan kurallardır. Emredici hukuk kuralları yoğunlukla ceza kanunlarında görülür, ancak diğer kanunlarda da emredici kurallara rastlamak mümkündür. Emredici hukuk kuralları kamu düzenini, kamu yararını ve genel ahlakı korumak üzere çıkarılır. Bu kurallara aykırılığın yaptırımı geçersizliktir.

Tamamlayıcı Hukuk Kuralları

Tamamlayıcı hukuk kuralları, tarafların serbest iradeleriyle başka türlüünü belirlemedikleri taktirde uygulanan kurallardır. Tamamlayıcı hukuk kuralları tarafların serbest iradeleri ile düzenleyebilecekleri halde iradeleri ile belirtmedikleri durumlarda uygulanır.

Yorumlayıcı Hukuk Kuralları

Yorumlayıcı hukuk kuralları, tarafların iradeleri ile açıkça belirtebilecekleri hâlde belirtmedikleri konuların açığa kavuşturulmasında yardımcı olan kurallardır. Tamamlayıcı kurallar önceden öngörülmemiş bir hukuki boşluk olursa doldurur. Yorumlayıcı kurallarda taraflarca kararlaştırılan hususun farklı anlama gelebilecek yönleri yorumlanmaktadır.

Tanımlayıcı Hukuk Kuralları

Kanunların daha iyi anlaşılması için belli hususların açıkça tanımlanmasının, anlamının ve içeriğinin belirlenmesinin gerektiği durumlarda, bu tanımları getiren düzenlemelerdir.

Diğer Hukuk Kuralları

Bu belirtilenler dışında, hiç bir gruba girmeyen bazı kurallar da bulunmaktadır. İlga edici ve yetki verici hukuk kuralları hiçbir gruba girmeyen hukuk kuralları arasında sayılabilir.

Kanunların Uygulanmasına İlişkin Esaslar

Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması

Bir kanunun ne zaman yürürlüğe gireceği kural olarak, kanun metninde belirtilir. Kanunun ne zaman yürürlüğe gireceğine ilişkin bir madde bulunmaması hâlinde, o kanun Resmî Gazete’de yayımdan sonraki 45. günde Türkiye’nin her tarafında, aynı anda yürürlüğe girer.

Bir kanunun ne zaman yürürlükten kalkacağı konusunda ise çeşitli olasılıklar bulunmaktadır.

- Kanun metninde açıkça yürürlükten kalkma tarihi yer alabilir.
- Yeni bir kanun eski kanunu açıkça yürürlükten kaldırılabilir.
- Yeni kanun eski kanunun bütününe değil bir maddesini yürürlükten kaldırılabilir.
- Anayasa Mahkemesi bir kanunun tamamını ya da bir kaç maddesini iptal ederek yürürlükten kaldırabilir.
- Yürürlükte bir kanun bulunmasına rağmen aynı ya da benzer bir konuda yeni bir kanun yürürlüğe konulmuş ve eski kanun yürürlükten kaldırılmamış olabilir. Bu durumda önceki kanun ile sonraki kanunun niteliklerine bakılarak üstü kapalı bir yürürlükten kaldırmanın (zımni ilganın) varlığı araştırılır.

Kanunların Geçmişe Etkisi

Kanunların zaman bakımında uygulanmasına ilişkin esaslardan biri de, kanunların kural olarak geçmişe etkilememesi veya geriye yürümemesidir. Ancak, özel hukukta kamu düzeni ile ilgili olan hususlarda geçmişe etkileme söz konusu olabilir.

Eğer yeni kanunun geçmişe etkisi kazanılmış hakları etkilemiyor ve hukuk güvenliğini zedelemiyorsa kanun uygulaması geçmişe yürüyebilir.

Ceza hukukunda ise kanunların geçmişe etkisi farklı bir anlam taşımaktadır. Ceza hukuku açısından eski-yeni kanunlardan sanık lehine olanı uygulanır. Yargılama hukukuna ilişkin kanunlar bakımından derhal uygulama ilkesi geçerlidir. Yargılamaya ilişkin bir kanun yürürlüğe girdikten sonra, henüz tamamlanmamış yargılama işlemlerine yeni kanun hükümleri uygulanacaktır.

Kanunların Yer ve Kişi Bakımından Uygulanması

Kanunlar kural olarak ülkenin coğrafi sınırları içinde uygulanır. Bir devletin kanunları, o devletin hâkimiyet alanı ve sınırları içinde geçerlidir. Bir ülke sınırları içinde bulunan herkesi o devletin hukukuna tâbi tutmaya yersellik ilkesi denir. Kişisellik ilkesi ise kişiyi nerede olursa olsun vatandaş olduğu devletin ulusal kanunlarına tâbi tutma amacını taşır. Uygulamada kamu hukuku dalları bakımından yersellik ilkesinin geçerli olduğu görülür. Özel hukuk alanında ise kişisellik ilkesinin ağır bastığı söylenebilir.

Kanunların Anlam Bakımından Uygulanması

Yorum Metodları

Kanunların yorumu ile kanunların anlamının belirlenmesine çalışılır. Yorum yasama organınca yapılabilir, bu tür yoruma yasama yorumu denir. Yargı organınca yapılan yoruma yargısal yorum; bilim adamlarınca yapılan yoruma ise bilimsel yorum denir. Yasama yorumu, anayasamızda yer almamaktadır, bu sebeple TBMM kanun çıkarma yetkisine sahip olsa da yorum yapamaz. Bilimsel yorum, hukukun gelişmesine katkıda bulunurken, mahkemeleri bağlamaz, mahkemeler bilimsel yorumda farklı şeyler söylene bile kendi yargısal yorumlarını uygulayabilirler.

Kanunda belirtilen sözleri açıklamak suretiyle yapılan yoruma lâfzî (dil bilgisel) yorum denir. Kanunun yorumunda kanun koyucunun sübjektif iradesi dikkate alınıyorsa tarihsel yorum yöntemi söz konusu olur. Hukuk kuralının yorumunda ve hukuki uyumsuzluğun çözümünde sosyal gerçekliğe, somut gerçekliğe ve eşyanın tabiatına önem ve öncelik veriliyorsa amaçsal yorum metodu söz konusu olur.

Yorumda Kullanılan Mantık İlkeleri

Hukuk kuralları yorumlanırken mantık ilkelerinden de yararlanılması gerekir. Hukuk kurallarının yorumunda kullanılan mantık ilkelerinden *ilki kıyastır (Analogia)*. Kıyas., bir olay ile ilgili olarak hukukun öngördüğü çözümün, bu olaya benzer özellikler taşıyan başka bir olay bakımından da geçerli sayılmasıdır. Kıyas uygulaması genişletici yoruma imkân verir. Bu yönüyle kıyasın ceza hukukunda uygulanması söz konusu değildir. "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi sebebiyle kıyasa gidilerek yeni suçlar yaratılamaz.

Yorumda kullanılan mantık ilkelerinden *İkincisi aksi ile kanıttır (Argumentum a Contrario)*. Aksi ile kanıt uygulaması kapsamı daraltmaktadır. Hakkında çözüm bulunmayan bir konuda mevcut kuralın daraltılarak uygulanması, yani kuralın içermediği hususların kural dışına çıkarılması niteliğindeki mantık ilkesidir.

Yorumda sıklıkla kullanılan mantık ilkelerinden *üçüncüsü evleviyet yoludur (Argumentum a Fortiori)*. Kıyas uygulamasının belirgin olduğu durumlarda "çoğun içinde az da vardır" anlamına gelen uygulamadır. Evleviyet yolu, kıyasın bir türüdür. Bu yola "haydi haydi uygulama" da denir.

Hakimin Takdir Yetkisi ve Hukuk Yaratması

Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesi hâkimin takdir hakkını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniye göre karar verir. Kanun koyucunun hâkime takdir yetkisi tanıdığı "somut olayın şartları", "gerekli önlemlerin alınması" veya "önemli sebeplerin bulunması" gibi ifadelerden anlaşılmaktadır.

Hâkimin, önüne gelen bir uyumsuzluğu çözümsüz bırakması ve bir karar vermeden kaçınması mümkün değildir, dolayısıyla özel hukuk bakımından hâkim önüne gelen bir uyumsuzlukta çözüm için bir hukuk kuralına ulaşamazsa öncelikle kıyas yapacak; benzeri hükümleri uygulamayı deneyecek, bilimsel ve yargısal içtihattan yararlanabilecek; gelenek hukukuna başvuracaktır. Eğer bu yollarla sonuca ulaşamazsa kendisini kanun koyucu yerine koyarak hukuki sorunu çözmeye çalışacaktır. Buna hâkimin hukuk yaratması denir.

Ceza hukukunda kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği hâkimin hukuk yaratması söz konusu olmaz. Eğer bir konu ceza kanunları ile düzenlenmemişse, hâkim kendi görüş ve düşüncesine uygun bulursa dahi hukuk yaratamayacak ve ortada bir suç ve ceza olmadığı için davaya son verecektir.