KISALTMALAR

AY: Anayasa
BK: Borçlar Kanunu
CK: Ceza Kanunu
CBK: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CMUK: Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu
CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu
f.: Fıkra
HUMK: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
HMK: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İİK: İcra ve İflas Kanunu
İYUK: İdarî Yargılama Usûlü Kanunu
KHK: Kanun hükmünde kararname
m.: Madde
MK: Medeni Kanun
RG: Resmî Gazete
s. K.: sayılı Kanun
TCK: Türk Ceza Kanunu
TTK: Türk Ticaret Kanunu ■

İÇİNDEKİLER

Bölüm 1
HUKUKUN BİLGİ KAYNAKLARI VE ATIF USÛLLERİ

I. Bilgi Kaynakları 1
A. Mevzuat 1
B. Yargı Kararları 2
C. Bilimsel Eserler 3
II. Atıf Usûlleri 11
A. Mevzuata Atıf Usûlleri 12
B. Mahkeme Kararlarına Atıf Usûlleri 16
C. Bilimsel Eserlere Atıf Usûlleri 19

Bölüm 2
YAKLAŞIM BİÇİMLERİ VE KONU

I. Yaklaşım Biçimleri 23
A. Felsefî Yaklaşım Biçimi 23
B. Dogmatik Yaklaşım Biçimi 25
C. Hukukun Genel Teorisi Yaklaşım Biçimi 28
II. "Hukuka Giriş" Yerine "Hukukun Genel Teorisi" 29
III. Bu Kitabın Konusu 31

Bölüm 3
BEŞERÎ DAVRANIŞ KURALLARI

I. Kuralların Önemi 33
II. Beşerî Davranış Kurallarının Ortak Özellikleri 36
III. Hukuk Kuralları 37
A. Hukuk Kurallarının Normatifliği: Emir, Yasak veya İzin 37
B. Hukuk Kurallarının Konusu: İnsan Davranışı 37
C. Hukuk Kurallarının Koyucusu: İnsan İradesi 41
D. Hukuk Kurallarının Müeyyidesi: Cebir 45
IV. Din Kuralları 46
Din Kuralları ile Hukuk Kuralları Arasındaki Fark 47
V. Ahlâk Kuralları 51
A. Ahlâk Kurallarının Çeşitleri 51
B. Ahlâk Kuralları ile Hukuk Kuralları Arasındaki Farklar 52
VI. Görgü Kuralları 55
VII. Örf ve Âdet Kuralları 57
A. "Hukukî Örf ve Âdet Kuralları"-"Alelâde Örf ve Âdet Kuralları" Ayrımı 57
B. Alelâde Örf ve Âdet Kurallarının Unsurları 58
1. Maddî Unsur (Eskilik ve Süreklilik) 58
2. Manevî Unsur (Genel İnanç, *Opinio necessitatis*) 59
C. Alelade Örf ve Âdet Kuralları ile Hukuk Kuralları Arasındaki Farklar 60

D. Müeyyideleri Bakımından Örf ve Âdet Kurallarının Çeşitleri: Teamüller, Âdetler ve Örfler 61
VIII. Beşerî Davranış Kurallarının Ortak Fonksiyonu 64
IX. Haydut Çetesi Kuralları Üzerine Bir Not 65
Sonuç 55

Bölüm 4
HUKUK İLE İLGİLİ BAZI KAVRAMLAR

1. "Hukuk" Kelimesinin Değişik Anlamları 69
2. Pozitif Hukuk – Tabiî Hukuk 70
3. Norm 70
4. Maddî Varlık 71
5. Normatiflik 71
6. Hukukîlik 71
7. Bağlayıcılık 72
8. Geçerlilik 72
9. Adillik 72
10. Etkililik 73
11. Metrukiyet 73
12. Ahde Vefa (*Pacta Sunt Servanda*) 74
12. Kanuna Karşı Hile 74

Bölüm 5
HUKUKUN KISIMLARI

I. İç Hukuk - Uluslararası Hukuk Ayrımı 76
A. İç (Ulusal) Hukuk 76
B. Uluslararası Hukuk 76
1. Kısımları 76
2. Temeli 77
3. Uluslararası Hukuk - İç Hukuk Karşılaştırması 77
4. Uluslararası Hukukun Varlığına Yönelik Tartışma 80
C. İç Hukuk ile Uluslararası Hukuk Arasındaki İlişkiler 84
1. Düalist Teori 85
2. Monist Teori 85
II. Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımı 86
A. Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımının Ölçütleri 86
1. Menfaat Teorisi 87
2. İlişkilerin Tarafları Teorisi: Yönetenler - Yönetilenler 88
3. Kuralların Mahiyeti Teorisi: Emredicilik - İrade Serbestisi 88
4. Uygulama Yöntemi Teorisi: Re'sen Uygulama 89
5. Egemenlik veya Süjeler Teorisi 90
6. Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımını Reddeden Teoriler 91
a) Duguit'nin Teorisi 90
b) Kelsen'in Teorisi 91
Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımının Değerlendirilmesi 92
B. Kamu Hukukunun ve Özel Hukukun Karşılıklı Özellikleri 93
C. Pratik Bilgiler 96
D. Kamu Hukukunun Dalları 100
1. Uluslararası Hukuk (Devletler Hukuku) 101
2. Anayasa Hukuku 101

3. İdare Hukuku ... 102
4. Vergi Hukuku ... 103
5. Ceza Hukuku ... 103
6. Ceza Usûl Hukuku ... 104
E. Özel Hukukun Dalları ... 104
1. Medenî Hukuk ... 105
a) Kişiler Hukuku ... 106
b) Aile Hukuku ... 106
c) Miras Hukuku ... 106
d) Eşya Hukuku ... 107
2. Borçlar Hukuku ... 107
3. Ticaret Hukuku ... 108
a) Ticari İşletme Hukuku ... 109
b) Şirketler Hukuku ... 109
c) Kıymetli Evrak Hukuku ... 109
d) Sigorta Hukuku ... 109
e) Deniz Ticareti Hukuku ... 110
4. Devletler Özel Hukuku ... 110
a) Vatandaşlık (Tabiiyet) Hukuku ... 110
b) Yabancılar Hukuku ... 111
c) Kanunlar İhtilafı ... 111
d) Milletlerarası Usûl Hukuku ... 112
5. İş Hukuku ... 112
a) Bireysel İş Hukuku ... 112
b) Toplu İş Hukuku ... 113
6. Medenî Usûl Hukuku ... 114
7. İcra ve İflas Hukuku ... 115

Bölüm 6
YARGI ÖRGÜTÜ

Türkiye'de Yargı Kolları ... 117
I. Anayasa Yargısı ... 118
1. Kuruluşu ... 119
2. Görev ve Yetkileri ... 120
3. Anayasaya Uygunluk Denetimi Şekilleri (Denetim Yolları) ... 120
4. İç Yapısı ve Çalışma Düzeni ... 121
II. Adlî Yargı ... 122
A. İlk Derece (Bidayet) Mahkemeleri ... 123
1. Hukuk Mahkemeleri ... 123
a) *Sulh Hukuk Mahkemeleri* ... 123
b) Asliye Hukuk Mahkemeleri ... 124
2. Ceza Mahkemeleri ... 125
a) Asliye Ceza Mahkemeleri ... 125
b) Ağır Ceza Mahkemeleri ... 126
B. Ara Derece (İstinaf) Mahkemeleri: Bölge Adliye Mahkemeleri ... 127
1. Kuruluşları ... 127
2. Görevleri ... 127
a) Adlî Yargının Hukuk Kısmında İstinaf Yolunun İşleyişi ... 128
b) Adlî Yargının Ceza Kısmında İstinaf Yolunun İşleyişi ... 129
C. Üst Derece (Temyiz) Mahkemesi: Yargıtay ... 129
1. Yapısı ... 130
2. Görevi ... 131
a) Hukuk Usûlünde Temyiz Yolu ... 131
b) Ceza Usûlünde Temyiz Yolu ... 132

III. İdarî Yargı 133
A. İlk Derece Mahkemeleri 134
1. İdare Mahkemeleri 134
2. Vergi Mahkemeleri 134
3. İlk Derece Mahkemesi Olarak Danıştayın Bir Dairesi 135
B. Ara Derece (İstinaf) Mahkemeleri: Bölge İdare Mahkemeleri 135
C. Üst Derece Mahkemesi (Temyiz Mahkemesi): Danıştay 135
İdarî Yargının İşleyişi 137
VI. Uyuşmazlık Yargısı: Uyuşmazlık Mahkemesi 141
VII. Yargı Organına Hâkim Olan Temel İlkeler 143
A. Tâbiî (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi 143
B. Hâkimlerin Bağımsızlığı İlkesi 144
C. Hâkimlik Teminatı 144
D. Hâkimlerin Özlük İşleri: Hâkimler ve Savcılar Kurulu 145
VIII. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 147

Bölüm 7
HUKUK SİSTEMLERİ

I. Kara Avrupası Hukuk Sistemi 149
A. Tarihsel Gelişim 149
B. Kara Avrupası Hukuk Sisteminin Özellikleri 150
1. Tedvin Edilmiştir 150
2. Yazılıdır (Örf ve Âdet, Hukukun Ancak Tamamlayıcı Kaynağıdır) 151
3. İçtihat Hukukun Asıl Kaynağı Değildir 151
4. Özel Hukuk – Kamu Hukuku Ayrımı Vardır 152
5. Yargı Ayrılığı Vardır 153
II. *Common Law* sistemi (Anglo-Sakson sistemi) 153
A. İngiliz Hukukunun Doğumu ve Gelişimi 153
1. *Common Law* 153
2. *Equity Law* 154
3. *Statute Law* 154
B. Anglo-Sakson Sisteminin Özellikleri 154
1. Tedvin Edilmemiştir 155
2. Örf ve âdet, Hukukun Asli Kaynakları Arasında Yer Alır 155
3. İçtihadî Niteliktedir 155
4. Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayrımı Yoktur 156
5. Yargı Birliği İlkesi Geçerlidir 156
III. İslam Hukuku Sistemi 157
A. Kur'an (Kitap) 159
B. Sünnet (Hadis) 159
C. İcma 160
D. Kıyas (İçtihat) 160
IV. Sosyalist Hukuk Sistemi 162
Sonuç ve Değerlendirme 163

Bölüm 8
HUKUKUN KAYNAKLARI

I. Kaynak Kavramı ve Kaynak Çeşitleri 166
A. Hukukun Yaratıcı Kaynakları (*Fontes Iuris Constituendi*) 166
1. Maddî Kaynaklar 167
2. Şeklî Kaynaklar 167
B. Hukukun Bilgi Kaynakları (*Fontes Iuris Cognoscendi*) 168

II. İç Hukukun Kaynakları 169
A. İç Hukukun Asıl Kaynakları 169
1. Yazılı Kaynaklar 170
a) Anayasa 171
b) Kanunlar 173
c) Uluslararası Andlaşmalar 179
d) Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri 181
e) Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri 183
f) Yönetmelikler 184
g) Adsız Düzenleyici İşlemler 186
h) Diğerleri (Bireysel İşlemler, Sözleşmeler, vs.) 187
ı) 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla Kaldırılan Hukukun Kaynakları 187
aa) Kanun Hükmünde Kararnameler 1880
bb) Tüzükler 189
cc) Bakanlar Kurulu veya Başbakanlık Tarafından Çıkarılan Yönetmelikler ve Diğer Düzenleyici İşlemler 190
2. Yazısız Kaynak: Örf ve Âdet Hukuku 191
a) Maddî Unsur (Eskiden Beri Sürekli Tekrar) 192
b) Manevî Unsur (Genel İnanç, *Opinio iuris, Opinio necessitatis*) 192
c) Hukukîlik (Devlet Desteği) 193
B. Yardımcı Kaynaklar 195
1. Bilimsel Görüşler (Doktrin, Öğreti) 195
2. Yargısal Kararlar (İçtihatlar) 198
III. Uluslararası Hukukun Kaynakları 201
A. Uluslararası Hukukun Asıl Kaynakları 203
1. Yazılı Kaynaklar: Uluslararası Andlaşmalar 203
2. Yazısız Kaynaklar 203
a) Uluslararası Teamül 204
b) Hukukun Genel İlkeleri 204
B. Uluslararası Hukukun Yardımcı Kaynakları 207
1. Yargısal Kararlar: İçtihatlar 207
2. Doktrin: En Vasıflı Kamucuların Öğretileri 207

Bölüm 9
NORMLAR HİYERARŞİSİ

I. Genel Olarak Normlar Hiyerarşisi 208
A. Normlar Hiyerarşisi Teorisi 209
B. Normlar Hiyerarşisi Teorisinin Varlık Sebebi 210
C. Normlar Hiyerarşisinin Temeli: Organlar Hiyerarşisi 210
II. Normlar Hiyerarşisinin Basamakları (Yukarıdan Aşağıya) 214
A. Birinci Basamak: Anayasa 214
B. İkinci Basamak: Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Andlaşmalar 215
C. Üçüncü Basamak 216
1. Kanunlar 216
2. Milletlerarası Andlaşmalar 217
3. Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri 218
4. Eski Dönemden Kalan Kanun Hükmünde Kararnameler 219
5. Örf ve Âdet Kuralları (Teamüller) 220
D. Dördüncü Basamak: İçtihatları Birleştirme Kararları 221
E. Beşinci Basamak: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri 222
F. Altıncı Basamak: İdare Hukukunda İçtihat ("İdare Hukukunun Temel İlkeleri") 223
G. Yedinci Basamak: Eski Dönemden Kalan Tüzükler 225
H. Sekizinci Basamak: Yönetmelikler 226

- Normlar Hiyerarşisinin Yönetmelik Basamağında İç Hiyerarşi 227
I. Dokuzuncu Basamak: Bireysel İşlemler 229
III. *Patere Legem* İlkesi: Düzenleyici İşlemler, Bireysel İşlemlerden Daima Üstündür 230
IV. Bazı Ek Sorunlar 233
A. Doktrin Normlar Hiyerarşisine Dâhil midir? 234
B. Yargısal İçtihatlar Normlar Hiyerarşisine Dâhil midir? 234
1. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde İçtihatlar Normlar Hiyerarşisine Dâhildir 234
2. Kara Avrupası Sisteminde ve Özelde Türkiye'de İçtihatlar Normlar Hiyerarşisine Kural Olarak Dâhil Değildir 235
V. Normlar Hiyerarşisinin Müeyyidesi 235
VI. Normlar Hiyerarşisinden Çıkan Bazı Sonuçlar 236

Bölüm 10
HUKUKUN TEMELİ HAKKINDA GÖRÜŞLER

I. Hukuku Bilinçli İrade Ürünü Sayan Görüşler 239
A. Tanrısal İrade Kuramı 239
B. Beşerî İrade kuramı 240
1. İradeci Pozitivizm 240
2. Normcu Pozitivizm 242
C. Genel İrade veya Toplumsal Sözleşme Kuramı 245
1. Thomas Hobbes 245
2. John Locke 246
3. Jean-Jacques Rousseau 246
II. Hukuku İrade Dışı Sayan Görüşler 247
A. Tabiî Hukuk Kuramı 247
1. İlk Çağda Tabiî Hukuk ("İnsan Tabiatının Hukuku"): Hukuk, İnsan Tabiatının Ürünüdür 247
2. Orta Çağda Tabiî Hukuk ("İlâhî Hukuk"): Hukuk Tanrısal İradenin Ürünüdür 248
3. Yeni Çağda Tabiî Hukuk ("Aklî Hukuk"): Hukuk, İnsan Aklının Ürünüdür 249
B. Tarihçi Hukuk Kuramı 250
C. Sosyolojik Hukuk Akımı 252
Sonuç 253

Bölüm 11
KANUNLAŞTIRMA

I. Kavramlar: Taknin, Tedvin, İktibas 254
II. Kanunlaştırma sebepleri 255
III. Kanunlaştırma Saikleri 256
IV. Kanunlaştırma Metotları 257
A. Somut Olay Metodu (Hadiseci, Meseleci Kazuist) 257
B. Soyut Kural Metodu (Mücerret, Soyut Metot) 257
V. Belli Başlı Kanunlaştırma Örnekleri 257
A. Doğu Roma İmparatorluğu'nda Kanunlaştırma: *Corpus Iuris Civilis* 258
B. Almanya'da Kanunlaştırma 260
C. Fransa'da Kanunlaştırma 261
D. İsviçre'de Kanunlaştırma 262
E. Türkiye'de Kanunlaştırma 262
1. Ceza Hukuku Alanında 262
2. Ticaret Hukuku Alanında 263
3. Medenî Hukuk Alanında 263
4. Usûl Hukukları Alanında 266
VI. Sonuç ve Değerlendirme 266

Bölüm 12
HUKUK KURALLARININ ÇEŞİTLERİ

I. Emredici Hukuk Kuralları 268
A. Emredici Hukuk Kurallarının Konuluş Nedenleri 269
B. Emredici Hukuk Kurallarının Müeyyideleri 269
II. Tamamlayıcı Hukuk Kuralları 270
III. Yorumlayıcı Hukuk Kuralları 270
IV. Tanımlayıcı Hukuk Kuralları 271

Bölüm 13
HUKUK KURALLARININ YER VE ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

I. Hukuk Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması 272
A. Mülkîlik (Ülkesellik, Yersellik) İlkesi 273
B. Şahsîlik (Kişisellik) İlkesi 273
II. Hukuk Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması 274
A. Kanunların Yürürlüğe Girmesi 275
B. Kanunların Yürürlükten Kalkması 277
1. Kendiliğinden Yürürlükten Kalkma 277
2. Başka Bir Kanunla Yürürlükten Kaldırma: İlga 278
3. Anayasa Mahkemesinin Kararıyla Yürürlükten Kaldırma: İptal 279
Metrukiyet Üzerine Bir Not 280
C. Yürürlüğe Giren Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu 281
III. Kanunların Geçmişe Uygulanması Sorunu Hakkında Klasik Teori 287
A. Kural: Kanunların Geçmişe Uygulanmaması İlkesi 288
B. Kanunların Geçmişe Uygulanmaması İlkesinin İstisnaları 291
1. Özel Hukuk Alanında: Kamu Düzeninden Kaynaklanan İstisnalar Olabilir 291
2. Ceza Hukuku Alanında: Failin Lehine Olan Kanun Geçmişe Uygulanır (Aleyhine Olan Geçmişe Uygulanmaz) 291
3. Muhakeme Hukuku Alanında: Derhâl Yürürlük İlkesi Geçerlidir 292

Bölüm 14
YORUM

I. Genel olarak 294
II. Yorum Çeşitleri 295
A. Yasama Yorumu 295
B. Yargısal Yorum 299
C. Bilimsel Yorum 300
III. Yorum Yöntemleri 300
A. Lafzî Yorum (Deyimsel Yorum, Gramatikal Yorum) Yöntemi 301
B. Tarihsel Yorum Yöntemi 304
C. Sistematik Yorum Yöntemi 306
D. Teleolojik (Gaî, Amaçsal, Fonksiyonel) Yorum Yöntemi 308
E. Kavramcı Yorum Yöntemi 309
F. Menfaatler İçtihadı Yöntemi 309
IV. Yorum Teorileri 310
A. Klasik Yorum Teorisi 310
B. Realist Yorum Teorisi 311

Bölüm 15
ÇEŞİTLİ YORUM İLKELERİ

I. Yorum İlkelerinin Varlık Sebebi, Hukuk Uygulamasında Hâkimin Rolü, vs 321
1. Yorum İlkelerinin Varlık Sebebi 321
2. Hâkimin Hukuk Uygulamasında Görevinin Niteliği: "Hâkim Kanunun Ağzıdır". 322
3. Hâkimlerin Normatif İdeolojisi: Hâkimlerin Kanun Koyucuya İtaat Duygusu 325
II. Temel İlkeler 326
1. Dürüst Yorum İlkesi 326
2. *Interpretatio cessat in claris* (Açıklık Durumunda Yorum Yapılmaz) 328
3. *A verbis legis non est recedendum* (Kanunun Sözünden Uzaklaşılmamalıdır)..... 329
III. Söze Anlam Yüklemeyle İlgili İlkeler 331
1. Kelamın İ'mali, İhmalinden Evlâdır (Mecelle, m.60). 331
2. Kelâmda Aslolan Manayı Hakikîdir (Mecelle, m.12) 332
3. Manayı Hakikî Müteazzir Oldukta Mecaza Gidilir (Mecelle, m.61). 333
4. Bir Kelamın İ'mali Mümkün Olmaz ise İhmal Olunur (Mecelle, m.62)..... 334
IV. Kaide ve İstisna ile İlgili İlkeler 334
1. Yorum Yoluyla İstisna Üretilemez 337
2. Kaideler Geniş Yorumlanır 339
3. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (İstisnalar Dar Yorumlanır)..... 341
4. İstisnanın İstisnası Geniş Yoruma Tâbi Tutulur..... 344
V. Düzenleme Şekillerine İlişkin İlkeler 346
1. *Expressio unius est exclusio alterius* (Bir Şeyi Zikretmek, Diğerini Dışlamaktır) 346
2. "*Unius positio non est alterius exclusio* (Bir Şeyin Belirtilmesi, Diğer Şeylerin Hariç Tutulduğu Anlamına Gelmez)" 349
VI. "Sıfat-ı Arızada Aslolan Ademdir" İlkesi ve Bu İlkeden Çıkan Diğer İlkeler 351
1. Sıfat-ı Arızada Aslolan Ademdir (Mecelle, m.9) (Aslî Niteliğin Varlığı, Arizî Niteliğin Yokluğu Asıldır)..... 351
2. Beyyine Hilaf-ı Aslı İspat İçindir (Delil, Aslın Aksini İspat İçindir)..... 353
3. Beraet-i Zimmet Asıldır (Mecelle, m.8) (Hak ve Borçtan Uzak Olmak Asıldır).... 354
4. Sıfat-ı Asliye Kaide, Sıfat-ı Arıza ise İstisnadır (Asıl Olan Şey Kuraldır, Arızî Olan Şey İse İstisnadır). 355
5. Kaidenin Değil, İstisnanın Varlığı İspata Muhtaçtır..... 355
VII. Yetkilerle İlgili İlkeler 356
1. Devlet Organlarının Yetkisiz Olması Asıl, Yetkili Olmaları ise İstisnadır 356
2. *Potestas stricte interpretatur* (Yetkiler Dar Yorumlanır) 358
3. Yetki Dar, Hürriyet Geniş Yorumlanır..... 359
4. Hürriyet Asıl, Sınırlama İstisnadır; Hürriyet Geniş, Sınırlama Dar Yorumlanır 360
5. Sayılmış Yetkiler Dar, Bakiye Yetkiler Geniş Yoruma Tâbi Tutulur..... 361
6. *Delegata potestas non potest delegari* (Devredilmiş Yetki Devredilemez) 362
7. *Derativa potestas non potest esse major primitiva* (Türemiş Yetki, Aslî Yetkiden Daha Büyük Olamaz)..... 363
8. Yetki ve Usûlde Paralellik İlkesi (*Unumquodque eodem modo quo colligatum est dissolvitur* (Bir Şey Yapıldığı Şekilde Çözülür). 364
9. *Qui potest maius, potest etiam minus* (Çoğu Yapmaya Yetkili Olan Azı Yapmaya da Yetkilidir)..... 365

Bölüm 16
HUKUKTA AKIL YÜRÜTME
(Kıyas, Aksiyle Kanıt ve Evleviyet)

I. Kıyas (*Argumentum a simili*) 367
A. Kıyasın Unsurları..... 367
B. Kıyasın Şartları (Kıyas Yasakları)..... 368

1. Kıyaslanan Şey, Kıyaslanılan Şeyin Benzeri Olmalı, Ama Tam Benzeri de Olmamalıdır 368
2. Kıyaslanan Şey Hakkında Kanunda Hüküm Mevcut Olmamalıdır 369
3. "Asl, Muhtassun Binnas Olmamalıdır". 369
4. Aslın Hükmü, Bir İstisnaî Hüküm Olmamalıdır (İstisnaî Hükümlerde Kıyas Yapılamaz). 370
5. Aslın Hükmü, "*Expressio unius est exclusio alterius*" İlkesinin Geçerli Olduğu Bir Hüküm Olmamalıdır (*Expressio Unius* Durumunda Kıyas Yapılamaz) 371
6. Aslın Hükmünde *Numerus Clausus* Sayma Yapılıyorsa Kıyas Yapılamaz 373
C. Kıyas Her Zaman Yapılabilir mi? 374
II. Aksiyle Kanıt (Mefhum-u Muhalefet, *Argumentum a contrario*) 375
III. Evleviyet (Öncelik, *Argumentum a fortiori*) 379
A. *Argumentum a maiori ad minus* (Büyükten Küçüğe Doğru Akıl Yürütme) 379
B. *Argumentum a minori ad maius* (Küçükten Büyüğe Doğru Akıl Yürütme) 380

Bölüm 17
HUKUK KURALLARI ARASINDA ÇATIŞMA SORUNU

I. Üç İlke 382
A. *Lex Superior* (Üst Kanun) İlkesi 382
B. *Lex Posterior* (Sonraki Kanun) İlkesi 384
C. *Lex Specialis* (Özel Kanun) İlkesi 385
II. İlkelerin Uygulanması 387
A. *Lex Superior, Lex Posterior* ve *Lex Specialis*'in Tespiti 387
1. Üst Hükmün (*Lex Superior*'un) Tespiti 387
2. Sonraki Hükmün (*Lex Posterior*'un) Tespiti 387
3. Özel Hükmün (*Lex Specialis*'in) Tespiti 388
B. İlkelerin Uygulanma Sırası 393
III. Çapraz Çatışmalar 393
A. Çatışan Hükümler Arasında Hiyerarşi Varsa 393
B. Çatışan Hükümler Normlar Hiyerarşisinde Aynı Seviyede Yer Alıyorsa 395
IV. Gerçek Çatışma (*Antinomie*) 397
V. Fıkıh Usûlünde Çatışma (Tearuz) 398

Bölüm 18
HAKİMİN HUKUK YARATMASI VE TAKDİR YETKİSİ

I. Hâkimin Hukuk Yaratması 400
A. Hâkimin Hukuk Yaratması Konusundaki Görüşler 400
B. Türk Medenî Kanununun Sistemi 401
C. Hukuk Yaratma Yetkisinin Gerekliliği 402
D. Hukuk Yaratmanın Şartı: Kanun Boşluğu 403
E. Kanun Boşluğu Çeşitleri 403
F. Hâkimin Hukuk Yaratırken Gözeteceği İlkeler 404
G. Hâkimin Koyduğu Kuralın Niteliği 404
H. Ceza Hukuku Alanında Hâkim Hukuk Yaratamaz 405
II. Hâkimin Takdir Yetkisi 405
A. Genel Olarak 405
B. Çeşitleri 406
C. Hâkime Takdir Yetkisi Verilip Verilmediği Nasıl Anlaşılır? 407
D. Takdir Yetkisinin Kullanılmasının Şartları 408
Hâkimin Hukuk Yaratması – Hâkimin Takdir Yetkisi 409

Bölüm 19
HUKUK KURALLARININ MÜEYYİDESİ

I. Genel Olarak 410
A. Müeyyidenin Tanımı 411
B. Müeyyide Gereksiz mi? 412
C. Müeyyidesiz Hukuk Kuralları Olabilir mi? 412
1. Bir Hukuk Düzeninde Müeyyidesiz Hukuk Normları Olabilir Görüşü 413
2. Müeyyidesiz Hukuk Normlarının Olamayacağı Görüşü 414
D. Ödül Hukukun Müeyyidesi Olabilir mi? 416
E. Hukukun Cebri - Çetenin Cebri 417
F. Hukukî Cebrin Değişik Görünümleri 418
G. Müeyyidenin Tarihî Gelişimi 419
H. Uluslararası Hukukun Müeyyidesi 419
II. Müeyyide Çeşitleri 420
A. Özel Hukuk müeyyideleri 421
1. Cebrî İcra 421
2. Tazminat 422
3. Geçersizlik 423
a) Yokluk 423
b) Butlan 423
aa) Mutlak Butlan 424
bb) Nispî Butlan (İptal Edilebilirlik) 425
B. Kamu Hukuku Müeyyideleri 426
1. Cezaî Müeyyideler (Ceza Hukuku Müeyyideleri) 426
2. İdarî Müeyyideler (İdare Hukuku Müeyyideleri) 426
a) Özel Kişilere Karşı Müeyyideler 427
b) İdareye Karşı Müeyyideler 427

Bölüm 20
ADALET KAVRAMI

I. Adalet Fikrinin Göreceliliği 428
II. Adalet Çeşitleri 432
A. Denkleştirici Adalet 432
B. Dağıtıcı Adalet 433
III. Nesafet (Hakkaniyet) Kavramı 434

Bölüm 21
HAK KAVRAMI

I. Terminoloji 436
II. Hak Kavramının Niteliği Hakkında Teoriler 437
A. İrade Teorisi 437
B. Menfaat Teorisi 438
C. Karma Teori 438
D. Hak Kavramını Reddeden Teoriler 439
III. Hak Kavramının Tanımı ve Unsurları 439
A. Kişi Unsuru 439
B. Menfaat Unsuru 440
C. Hukuk Düzeni Tarafından Tanınma ve Korunma Unsuru 441
IV. Hak Kavramının Benzer Kavramlardan Ayrılması 441
A. Hak–Hürriyet Ayrımı 441
B. Hak–Ödev Ayrımı 443

V. Hakların Çeşitleri ... 445
A. Kamu Hakları ... 446
1. Negatif Statü Hakları ... 447
2. Pozitif Statü Hakları ... 447
3. Aktif Statü Hakları ... 448
B. Özel Haklar ... 448
1. Niteliklerine Göre Özel Hak Çeşitleri ... 449
a) Mutlak Haklar ... 449
aa) Mallar Üzerindeki Mutlak Haklar ... 449
bb) Kişiler Üzerindeki Mutlak Haklar ... 451
b) Nispî Haklar ... 451
2. Konularına Göre Özel Hak Çeşitleri ... 452
a) Malvarlığı Hakları ... 452
b) Kişilik Hakları ... 452
3. Kullanılmalarına Göre Özel Hak Çeşitleri ... 452
a) Devredilebilen Haklar ... 453
b) Devredilemeyen Haklar ... 453
4. Amaçlarına Göre Özel Hak Çeşitleri ... 453
a) Yenilik Doğuran Haklar (İnşaî Haklar) ... 453
b) Yenilik Doğurmayan Haklar (Alelâde Haklar) ... 454
VI. Hakların Korunması ... 454
A. Talep Yolu ... 454
B. Dava Yolu ... 454
1. Özel Hukukta: Eda Davası, Tespit Davası ve İnşaî Dava ... 455
2. Ceza Hukukunda: Kamu Davası ... 455
3. İdare Hukukunda: İptal Davası ve Tam Yargı Davası ... 455
C. Kişinin Kendi Hakkını Bizzat Koruması Yolu ... 456
1. Meşru Müdafaa ... 456
2. Iztırar Hâli ... 456
3. Kendi Hakkını Kendi Gücüyle Koruma Yolu ... 457

Bölüm 22
HUKUKÎ OLAYLAR, FİİLLER VE İŞLEMLER

I. Hukukî Olaylar ... 459
II. Hukukî Fiiller ... 460
A. Hukuka Aykırı Fiiller ... 460
B. Hukuka Uygun Fiiller ... 461
III. Özel hukukta Hukukî İşlemler ... 461
A. Hukukî İşlemin Unsurları ... 462
B. Hukukî İşlemlerin Çeşitleri ... 463
IV. Kamu Hukuku İşlemleri ... 465
A. Yasama İşlemleri ... 465
B. Yargı İşlemi ... 466
C. Yürütme İşlemleri veya İdarî işlemler ... 466

Bölüm 23
YARGI FONKSİYONU VE ORGANI

I. Yargı Fonksiyonu (Fonksiyonel Anlamda Yargı) ... 469
A. Yargı Fonksiyonunun Tanımı ... 469
1. Yargı Fonksiyonunun Maddî Açıdan Tanımlanması (Maddî Kriter) ... 469
2. Yargı Fonksiyonunun Organik Açıdan Tanımlanması (Organik Kriter) ... 473

B. Yargılama Yetkisi 475
C. Yargı Fonksiyonunun Yerine Getiriliş Usûlü: Dava Kavramı 476
1. Tanım 477
2. İtham Sistemi – Tahkik Sistemi 477
a) İtham Sistemi 477
b) Tahkik Sistemi 482
3. Başlıca Yargılama Usûlleri: Hukuk, Ceza ve İdarî Yargılama Usûlleri 484
a) Hukuk Usûlü 485
b) Ceza Usûlü 485
c) İdarî Yargılama Usûlü 486
4. Yargılama Usûlüne Hâkim Olan İlkeler (Davayı Yöneten İlkeler) 486
a) Çelişme İlkesi 487
b) Alenîlik İlkesi 488
c) Sözlülük / Yazılılık İlkeleri 490
D. Yargı İşlemi (Mahkeme Kararı) 491
1. Yargı İşlemi Kavramının Tanımı 491
2. Yargı İşlemlerinin Biçimi 492
3. Yargı İşlemlerinin (Mahkeme Kararlarının) Sonuçları (Etkileri) 493
a) İcraîlik 493
b) Hâkimin İşten El Çekmesi 494
c) *Res Iudicata* 494
II. Yargı Organı (Organik Anlamda Yargı) 498
A. Yargı Organının Tanımı ve Diğer Devlet Organlarından Ayrılması 499
1. Fonksiyonel (İşlevsel) Açıdan Yargı Organı Tanımı 499
2. Yapısal Açıdan Yargı Organının Tanımı 500
Yargı Fonksiyonu ve Organının Tanımı Konusunda Sonuç 503
B. Yargı Organının Dereceli Yapısı 503
1. İlk Derece Mahkemeleri 504
2. İkinci Derece Mahkemeler 505
3. Üçüncü Derece Mahkemeler 505
C. Yargı Organının Örgütlenmesi Bakımından Sistemler: Yargı Birliği ve Yargı Ayrılığı Sistemleri (Yargı Kolları) 506
1. Yargı Birliği Sistemi 506
2. Yargı Ayrılığı Sistemi 507
D. Tek Hâkimli Mahkeme – Kurul Hâlinde Mahkeme 508
E. Hâkim Kavramı 509
1. Hâkim Kavramının Tanımı 509
2. Hâkim Çeşitleri: Meslekten Hâkimler - Meslekten Olmayan Hâkimler 511
3. Tabiî Hâkim İlkesi 513
4. Hâkimlerin Bağımsızlığı 513
5. Hâkimlik Teminatı 514
6. Hâkimlerin Atanması ve Özlük İşleri 515
F. Jüri 516

Bibliyografya 519-519
Dizin 530-536
Özdeyişler Dizini 537-539
Yazarın Özgeçmişi ve Yayın Listesi 540

Bölüm 1
HUKUKUN BİLGİ KAYNAKLARI VE ATIF USÛLLERİ

Burada önce hukukun bilgi kaynaklarını, daha sonra da bu kaynaklara nasıl atıf yapılacağını göreceğiz.

I. HUKUKUN BİLGİ KAYNAKLARI

Hukuka giriş konularına geçmeden önce, "hukukun bilgi kaynakları (*literary sources of law*)"nı, yani hukuk kurallarının bulunacağı yerleri ve bu kurların içerikleri hakkında bilgi edinilecek metinleri kısaca görmek gerekir. Hukukun bilgi kaynakları "mevzuat", "yargı kararları" ve "bilimsel eserler" olmak üzere üçe ayrılır:

KUTU 1.1: Yan Bilgi: Maddî Kaynak–Bilgi Kaynağı Ayrımı.- "Maddî kaynak (*material sources*), kuralları koyan, oluşturan, yaratan, kurallarının kendisinden kaynaklandığı işlemlerdir. Örneğin kanun, uluslararası antlaşma, yönetmelik hukuk kuralının "maddî kaynağı"dır. Maddî kaynakların bulunduğu yerler ve keza maddî kaynakların kapsamı hakkında bilgi edilecek belgeler ise "bilgi kaynağı (*information source, literary source*)"dır. Örneğin kanunun kendisi maddî kaynak, kanunun yayınlandığı *Resmî Gazete* bir "bilgi kaynağı"dır.

A. MEVZUAT

Hukukun bilgi kaynaklarından birincisi mevzuattır. "Mevzuat (*legislation*)", anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, uluslararası andlaşma, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerden oluşur (9 Temmuz 2018'den önceki dönemden yürürlükte kalan KHK'ler ve tüzükler de mevzuata dahildir). Mevzuata ulaşmanın en sağlam kaynağı *Resmî Gazete*dir. "Resmî Gazete (*Official Gazette*)", *RG* harfleriyle kısaltılır. Resmî Gazete, internet ortamında Cumhurbaşkanlığınca [Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğünce] yayınlanır (10 sayılı CBK, m.2). Ayrıca lüzum görüldüğü takdirde, ihtiyaç duyulan sayıda basılı ortamda da yayımlanabilir". Resmî Gazete, ulusal bayram ve genel tatil günleri dışında her gün yayımlanır. Gerekli durumlarda aynı gün içerisinde tekrar yayınlanabilir (m.3). Bu sayıya mükerrer sayı denir ve o günün sayısı ile aynı sayıyı taşır. Birden fazla mükerrer sayı da olabilir. Resmî Gazetenin 1921'den bu yana


T.C.
Resmî Gazete
Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı
Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğünce Yayımlanır
5 Temmuz 2019
CUMA
Sayı : 30822
YASAMA BÖLÜMÜ
KANUN
BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN
Kanun No. 7100
Kabul Tarihi: 27/6/2019
MADDE 1 – 24/5/1950 tarihli ve 5661 sayılı Yüksek Öğretim Öğrenci Yurtları ve

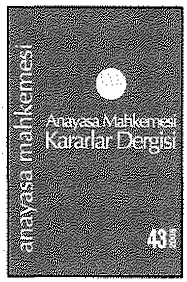
olan bütün sayılarına internet üzerinden *www.resmigazete.gov.tr* adresinden ücretsiz olarak ulaşılabilir ve bu sitede mevzuat araması yapılabilir.

Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, çeşitli yönetmelik ve tebliğlere internet üzerinden ücretsiz olarak Mevzuat Bilgi Sisteminden (e-mevzuat) (*www.mevzuat.gov.tr*) ulaşılabilir. Kanunların hazırlık çalışmalarına (teklif ve tasarı metinlerine, gerekçelerine, kanunun kabulü sırasında TBMM'de yapılan müzakerelere) da *www.tbmm.gov.tr* adresinden erişilebilir. İnternette daha pek çok ücretli ya da ücretsiz mevzuat sitesi vardır: Kazancı (*www.kazanci.com.tr*); Lexpera (*www.lexpera.com.tr*); HukukTürk (*www.hukukturk.com*) gibi.

Mevzuat ararken, internette, o mevzuatla ilgili olan kamu kurum ve kuruluşunun web sitesi de ziyaret edilebilir. Özellikle yönetmelik, tebliğ, sirküler, genelge gibi çeşitli düzenleyici işlemler için böyle yapmak gerekir. Örneğin mahallî idareler ile ilgili bir yönetmeliği *www.migm.gov.tr* adresindeki İçişleri Bakanlığı Mahallî İdareler Genel Müdürlüğünün internet sitesinden; kamu mallarıyla ilgili bir yönetmeliği veya genelgeyi *www.milliemlak.gov.tr* adresindeki Maliye Bakanlığı Millî Emlâk Genel Müdürlüğünün internet sitesinden bulmak mümkün olabilir. Keza bir belediye yönetmeliğini bulmak için o belediyenin web sayfasına; bir üniversite yönetmeliğini bulmak için o üniversitenin web sayfasına bakılabilir.

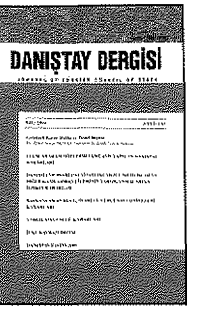
B. YARGI KARARLARI

Hukukun bilgi kaynaklarından ikincisi "yargı kararları (*jurisdictional decisions*)" veya daha doğrudan bir ifadeyle "mahkeme kararları (*court decisions*)"dır. Hukuk alanında çalışacak herkes, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına ihtiyaç duyar. O nedenle bu yüksek mahkemelerin kararlarına nasıl ulaşılacağının bilinmesi gerekir.



1. Anayasa Mahkemesi Kararları.- "Anayasa Mahkemesi kararları (*decisions of the Constitutional Court*)", Resmî Gazetede ve *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*nde yayınlanmaktadır. Bu dergi, *AMKD* veya *AYMKD* şeklinde kısaltılmaktadır. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisinin ilk sayısı 1964 yılında yayınlanmıştır. En son 2017 yılı itibarıyla 54'üncü sayısının birinci ve ikinci sayısı yayınlanmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi kararlarına bu mahkemenin resmî internet sitesi olan *www.anayasa.gov.tr* adresinden ulaşılabilmektedir.

2. Yargıtay Kararları.- "Yargıtay kararları (*decisions of the Court of Cassation*)", *Yargıtay Kararları Dergisi*nde (*YKD*) yayınlanmaktadır. Bu dergi *YKD* şeklinde kısaltılmaktadır. Yargıtayın pek çok emsal kararına internet üzerinden *www. yargitay.gov.tr* adresinden ulaşılabilir.

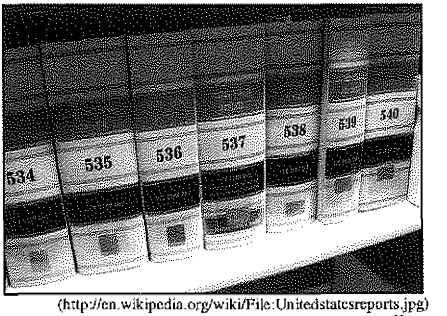


3. Danıştay Kararları.- 1937-1971 yılları arasında olan "Danıştay kararları (*decisions of the Council of State*)", *Danıştay Kararları Dergisi*nde; 1971 yılından bu yana olan kararlar ise *Danıştay Dergisi*nde yayınlanmıştır. (NOT: 2003-2004 yıllarında Danıştay kararları *Danıştay Kararları Dergisi*nde yayınlanmıştır. Bu Dergi 6 sayı çıktıktan sonra Danıştay kararları yine *Danıştay Dergisi*nde yayınlanmaya başlanmıştır). Danıştayın pek çok kararına "Danıştay Karar Arama" sisteminden (*http://emsal. (http://emsal. danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/*) ulaşılabilir ve burada karar araması yapılabilir.

4. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları.- "Uyuşmazlık Mahkemesinin (*Court of Conflicts, Court of Jurisdictional Conflicts*)"nin kararlarına *http:// www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari* adresinden ulaşmak mümkündür. Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları *Resmî Gazete*de de yayınlanmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına atıf usûlü örneğin şöyledir: Uyuşmazlık Mahkemesi, 8 Mayıs 2017 Tarih ve E.2017/243, K.2017/290 Sayılı Karar, *Resmî Gazete*, 1 Haziran 2017, Sayı 30083.

Tarihsel Bilgi.- 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla lağvedilmeden önce "Askerî Yargıtay (*Military Court of Cassation*)" ve "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (*High Military Administrative Court*)" kararları da hukukun önemli bilgi kaynakları arasındaydı. Askerî Yargıtay kararları *Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi*nde Askerî Yüksek İdare Mahkemesi kararları da *Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*nde yayınlanıyordu.

C. BİLİMSEL ESERLER



(http://en.wikipedia.org/wiki/File:Unitedstatesreports.jpg)

Hukukun üçüncü bilgi kaynağı, hukuk alanında yazılmış bilimsel eserlerdir. "Bilimsel eserler (*doctrine, books of authority*)", genel eserler, monografiler ve makaleler olarak üç grup altında toplanabilir. Genel eserler belirli bir hukuk dalının bütünü hakkında bilgi verirler. Örneğin bir "borçlar hukuku kitabı" bir genel eserdir. Monografiler belirli tek bir konuyu derinlemesine inceleyen kitaplardır. Örneğin kira sözleşmesi üzerine yazılmış bir kitap bir monografidir.

1. Hukuk Dergileri

"Makaleler (*articles*)" dergilerde yayınlanan kısa inceleme yazılarıdır. Türkiye'de yayınlanan başlıca "hukuk dergileri (*law journals*)" şunlardır:

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD)
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM)
Dokuzeylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD)
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)
İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)
Adalet Dergisi (AD)
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)
Ankara Barosu Dergisi (ABD)
İstanbul Barosu Dergisi (İBD)
Âmme İdaresi Dergisi (AİD)
Terazi: Aylık Hukuk Dergisi
Legal Hukuk Dergisi

2. Başlıca Genel Eserler

Biz aşağıda hukukun çeşitli alanlarında yazılmış ve piyasada bulunan kitaplardan oluşan bir genel eserler listesini sunuyoruz. Hukukun çeşitli dalları hakkında bilgi edinmek isteyen öğrenciler şu kitaplara başvurabilirler (Aşağıdaki kaynak listesi, başlıca genel eserleri tanıtmak amacıyla, en güncel eserler dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu liste, bu kitapta kullanılan kaynakların listesi değildir. Bu kitapta kullanılan kaynaklar için kitabın sonundaki bibliyografyaya bakılmalıdır).

1. Hukuka Giriş, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavramları, vs.

İngilizce:

ANSAY (Tuğrul) ve Don Wallace, *Introduction to Turkish Law*, The Hague, Kluwer ve Ankara, Turhan, 6. Baskı, 2011.

AYBAY (Rona), *An Introduction to Law*, İstanbul, İstanbul, Bilgi Ü.Y. 6. B., 2018.

GÜVEN (Kudret), *General Principles of Turkish Law*, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2016.

OĞURLU (Yücel) ve Bünyamin Gürpınar, *Introduction to Turkish Law*, İstanbul, On İki Levha, 2. Baskı, 2015.

ADAL (Erhan), *Fundamentals of Turkish Private Law*, İstanbul, Legal, 10. Baskı, 2012.

Türkçe:

ADAL (Erhan), *Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı*, İstanbul, Legal, 12.B., 2012.

AKILLIOĞLU (Tekin), *Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş*, Ankara, İmaj, 3. Baskı, 2017.

ANAYURT (Ömer), *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2018.

ANSAY (Sabri Şakir), *Hukuk Bilimine Giriş*, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 7. Baskı, 1958.

ANTALYA (O. Gökhan), *Hukuk Teorisi*, Ankara, Seçkin, 2019, c.I.

ARAL (Vecdi), *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, XII Levha, 7. B., 2012.

ARSAL (Sadri Maksudi), *Hukukun Umumi Esasları*, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937.

ASLAN (Yılmaz) ve Doğan Şenyüz, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin, 12. Baskı, 2019.

ATAR (Yavuz) *et alii*, *Hukuk Bilimine Giriş*, Konya, Mimoza, 1997 .

AYBAY (Aydın) ve Rona Aybay ve Ali Pehlivan, *Hukuka Giriş*, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 12. Baskı, 2016.

BATTAL (Ahmet), *Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Seçkin, 9. B., 2015.

BİLGE (Necip), *Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara, Turhan, 35. Baskı, 2017.

BOZKURT (Enver), *Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Legem, 13.Baskı, 2018.

CANSEL (Erol) *et al.*, *Hukuka Giriş*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2015.

ÇAĞIL (Orhan Münir), *Hukuk Başlangıcı Dersleri,* İstanbul, İÜHF Yay, 1963.
ÇAKICI GERÇEK (Leyla), *Genel Hukuk Bilgisi (Hukuka Giriş),* İstanbul, Beta, 3. Baskı, 2016.
DEMİR (Abdullah) ve Yahya Deryal, *Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi,* Ankara, Adalet, 2013.
DOĞAN (İlyas) (Ed.), *Hukuka Giriş,* İstanbul, Astana, 2017.
DİNÇKOL (Abdullah), *Hukuka Giriş*, İstanbul, Der, 13. Baskı, 2017.
ESENER (Turhan), *Hukuka Giriş,* İstanbul, Vedat, 11.Baskı, 2015.
FENDOĞLU (Hasan Tahsin), *Hukuka Giriş,* Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2018.
GÖĞER (Erdoğan), *Hukuk Başlangıcı Dersleri,* Ankara, AÜHF Yay., 1976, 2 Cilt.
GÖRGÜN (Şanal), *Hukukun Temel Kavramları,* Ankara, Yetkin, 6. Baskı, 2008.
GÖZLER (Kemal), *Hukuka Giriş,* Bursa, Ekin, 16. Baskı, 2019.
GÖZÜBÜYÜK (A. Şeref), *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları,* Ankara, Turhan, 39. Baskı, 2017.
GÜRİZ (Adnan), *Hukuk Başlangıcı,* Ankara, Siyasal, 18. Baskı, 2017.
HİRŞ (Ernest E.), *Pratik Hukukta Metod,* Ankara, Bankacılık ve Ticaret Hukuku AE Yayını, 8. Baskı, 2017.
IŞIKTAÇ (Yasemin), *Hukuk Başlangıcı,* İstanbul, Filiz, 3. Baskı, 2015.
KALABALIK (Halil) ve Murat Erdem, *Temel Hukuk Bilgisi,* Ankara, Seçkin, 8. B.,2016.
KARAYALÇIN (Yaşar) ve Aynur Yongalık, *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme*, Ankara, Bankacılık ve Ticaret Araştırma Enstitüsü Yayını, 7. Baskı, 2008.
KEYMAN (Selahattin), *Hukuka Giriş ve Metodolojisi*, Ankara, Doruk, 1981.
KEYMAN (Selahattin) ve Haluk Toroslu, *Hukuka Giriş,* Ankara, Yetkin, 5. B., 2012.
ÖNEN (Mesut), *Hukuka Giriş,* İstanbul, İ. Kültür Üniv. Yayınları, 2. Baskı, 2010.
PULAŞLI (Hasan) ve Ömer Korkut, *Temel Hukuk,* Adana, Karahan, 15. Baskı, 2015.
ŞAFAK (Ali), *Hukuk Başlangıcı,* Ankara, Alkım Yayınları, 3. Baskı, 1994.
UMAR (Bilge), *Hukuk Başlangıcı,* İzmir, DEÜ Hukuk Fakültesi Yay.,1997.
YÖRÜK (A. Kemal), *Hukuk Başlangıcı*, İstanbul, 1956.

Bir hukuka giriş kitabı olmamakla birlikte şu iki kitabı da burada zikretmekte yarar vardır:

EKİNCİ (Ekrem Buğra), *Hukukun serüveni,* İstanbul, Arı, 3. Baskı, 2017.
Bozkurt (H. Argun), *Hukukun Öyküsü,* Ankara, 2. Baskı, Seçkin, 2018.

2. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi

CAN (Cahit), *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi,* Ankara, Siyasal, 3. Baskı, 2011.
FURTUN (Ayşen), *Hukuk Felsefesi Dersleri,* İstanbul, Beta, 2. Baskı, 2014.
GÜRİZ (Adnan), *Hukuk Felsefesi,* Ankara, Siyasal, 13. Baskı, 2018.
GÜRKAN (Ülker), *Hukuk Sosyolojisine Giriş,* Ankara, Siyasal, 9. Baskı, 2017.
HİRŞ (Ernest), *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri,* Ankara, BTHAE Yayınları, 3. Baskı, 2001.
IŞIKTAÇ (Yasemin) ve Umut Koloş, *Hukuk Sosyolojisi,* İstanbul, İ.Bilgi ÜY, 2015.
IŞIKTAÇ (Yasemin), *Hukuk Felsefesi,* İstanbul, Filiz, 4. Baskı, 2015.
İZVEREN (Adil), *Hukuk Felsefesi*, İzmir, DEÜ Yayınları, 1995.
ÖZCAN (Mehmet Tevfik), *Hukuk Sosyolojisine Giriş,* İstanbul, On İki Levha, 5. Baskı, 2018.
TROPER (Michel), *Hukuk Felsefesi*, (Çev.: Işık Ergüden), Ankara, Dost, 2012.
WACKS (Raymond), *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş,* İstanbul, Tekin Yay., 2017.
YÜCEL (Mutafa Tören), *Hukuk Felsefesi*, Ankara, T.Adalet Akademisi, 2014.

3. Hukuk Tarihi

AYDIN (M. Akif), *Türk Hukuk Tarihi,* İstanbul, Beta, 14. Baskı, 2017.
CİN (Halil) ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi,* Konya, Sayram, 8. Baskı, 2017.
UMUR (Ziya), *Türk Hukuk Tarihi Dersleri I,* İstanbul, Beta, 2000.
ÜÇOK (Coşkun) ve Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi,* Ankara, Turhan, 20. Baskı, 2018.

4. Roma Hukuku

ÇELEBİCAN-KARADENİZ (Özcan), *Roma Hukuku,* Ankara, 17. Baskı, Turhan, 2014.

UMUR (Ziya), *Roma Hukuku Ders Notları,* İstanbul, Beta, 3. Baskı, 2010.

TAHİROĞLU (Bülent) ve Belgin Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri,* İstanbul, Der Y., 11. Baskı, 2018.

VİLLEY (Michel), *Roma Hukuku: Güncelliği,* İstanbul, Der, 2010.

5. Uluslararası Hukuk

Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*, Ankara, Seçkin, 9. Baskı, 2018.

BOZKURT (Enver), M. Akif Kütükçü ve Yasin Poyraz, *Devletler Hukuku,* Ankara, Yetkin, 8. Baskı, 2015.

ÇELİK (Edip F), *Milletlerarası Hukuk,* İÜHF Yayınları, 1975.

DOĞAN (İlyas), *Devletler Hukuku,* Ankara, Astana, 3. Baskı, 2016.

GÜNDÜZ (Aslan), *Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar,* İstanbul, Beta, 8. Baskı, 2015.

PAZARCI (Hüseyin), *Uluslararası Hukuk Dersleri,* Ankara, Turhan, I. Kitap, 13. Baskı, 2016; II. Kitap, 10. Baskı, 2014; III. Kitap, 5. Baskı, 2015; IV. Kitap, 3. Baskı, 2016.

PAZARCI (Hüseyin), *Uluslararası Hukuk,* Ankara, Turhan, 17. Baskı, 2018.

SUR (Melda), *Uluslararası Hukukun Esasları,* İstanbul, Beta, 10. Baskı, 2016.

TOLUNER (Sevin), *Milletlerarası Hukuk Dersleri,* İstanbul, Beta, 4.B.,1996.

6. Anayasa Hukuku

ERDOĞAN (Mustafa), *Anayasa Hukuku,* Ankara, Orion, 8. Baskı, 2014.

GÖZLER (Kemal), *Anayasa Hukukunun Genel Esasları,* Bursa, Ekin, 11. Baskı, 2019.

GÖZLER (Kemal), *Türk Anayasa Hukuku Dersleri,* Bursa, Ekin, 24. Baskı, 2019.

ÖZBUDUN (Ergun), *Türk Anayasa Hukuku,* Ankara, Yetkin, 18. Baskı, 2018.

SABUNCU (Yavuz), *Anayasaya Giriş,* Ankara, İmaj, 16. Baskı, 2014.

TANÖR (Bülent) ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku,* İstanbul, Beta, 18. Baskı, 2019.

TEZİÇ (Erdoğan), *Anayasa Hukuku,* İstanbul, Beta, 21. Baskı, 2018.

7. İdare Hukuku

AKGÜNER (Tayfun) ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku,* İstanbul, Der Yay., 8. Baskı, 2017.

AKYILMAZ (Bahtiyar), Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku,* Ankara, Savaş, 10.Baskı, 2019.

DURAN (Lûtfi) , *İdare Hukuku Ders Notları,* İstanbul, İÜHF Yayınları, 1982.

GÖZLER (Kemal), *İdare Hukuku,* Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2019, 2 Cilt; *İdare Hukukuna Dersleri,* Bursa, Ekin, 21. Baskı, 2019; *İdare Hukukuna Giriş,* Bursa, Ekin, 25. Baskı, 2019.

GÖZÜBÜYÜK (A. Şeref), *Yönetim Hukuku,* Ankara, Turhan, 34. Baskı, 2016.

GÖZÜBÜYÜK (A. Şeref), *Yönetsel Yargı,* Ankara, Turhan, 36. Baskı, 2017.

GÖZÜBÜYÜK (A. Şeref) ve Turgut Tan, *İdare Hukuku,* Ankara, Turhan, c.I: 12. Baskı, 2018; c.II: 9. Baskı, 2017.

GÜNDAY (Metin), *İdare Hukuku,* Ankara, İmaj Yayıncılık, 11. Baskı, 2017.

ONAR (Sıddık Sami), *İdare Hukukunun Umumî Esasları,* İstanbul, Hak Kitabevi, 1966, 3 Cilt.

ÖZAY (İl Han), *Günışığında Yönetim,* İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

YAYLA (Yıldızhan), *İdare Hukuku,* İstanbul, Beta, 2. Baskı, 2010.

KALABALIK (Halil), *İdare Hukuku Dersleri,* Konya, Sayram, 2. Baskı, 2016.

ATAY (Ethem), *İdare Hukuku,* Ankara, Turhan, 5. Baskı, 2016.

ULUSOY (Ali D.), *Yeni Türk İdare Hukuku,* Ankara, Yetkin, 2019.

YAŞAR (Hasan Nuri), *İdare Hukuku,* İstanbul, Der Yayınları, 3. Baskı, 2016.

ULUSOY (Ali D.), *Yeni Türk İdare Hukuku,* Ankara, Yetkin, 2019.

YILDIRIM (Turan) *et al., İdare Hukuku,* İstanbul, Oniki Levha, 7. Baskı, 2018.

8. Vergi Hukuku

BİLİCİ (Nurettin), *Vergi Hukuku,* Ankara, Savaş, 47. Baskı, 2019.

KARAKOÇ (Yusuf), *Genel Vergi Hukuku,* Ankara, Yetkin, 8. Baskı, 2017.

ŞENYÜZ (Doğan) *et al., Vergi Hukuku,* Bursa, Ekin, 10. Baskı, 2019.

ÖNCEL (Mualla), Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku,* Ankara, Turhan Kitabevi, 27. Baskı, 2018.

ÖNCEL (Mualla) ve ÇAĞAN (Nami), *Bankacılar İçin Malî Hukuk Bilgisi,* Ankara, BTHAE Yayınları, 15. Baskı, 2017.

9. Ceza Hukuku

ARTUK (M. Emin), Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler,* Ankara, Adalet, 10. Baskı, 2016.

ARTUK (M. Emin), Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku: Özel Hükümler,* Ankara, Adalet, 15. Baskı, 2015.

CENTEL (Nur), Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş,* İstanbul, Beta, 10. Baskı, 2017.

DÖNMEZER (Sulhi) ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,* İstanbul, Beta Yayınları, 1997, 1999, 3 Cilt.

İÇEL (Kayıhan) ve Yener Ünver, *Uygulamalı Ceza Hukuku,* İstanbul, Beta, 4. Baskı, 2015.

ÖZGENÇ (İzzet), *Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler,* Ankara, Seçkin, 13. Baskı, 2017.

TEZCAN (Durmuş), Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,* Ankara, Seçkin, 16. Baskı, 2018.

TOROSLU (Nevzat) ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku: Genel Kısım,* Ankara, Savaş, 24. Baskı, 2018.

TOROSLU (Nevzat), *Ceza Hukuku: Özel Kısım,* Ankara, Savaş, 9. Baskı, 2018.

10. Ceza Muhakemesi Hukuku

CENTEL (Nur) ve ZAFER (Hamide), *Ceza Muhakemesi Hukuku,* İstanbul, Beta, 14. Baskı, 2017.

KUNTER (Nurullah), Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* İstanbul, Beta, 18. Baskı, 2010.

TOROSLU (Nevzat) ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Ankara, Savaş, 18. Baskı, 2018.

ÖZTÜRK (Bahri), *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2016.

11. Medenî Hukuk

a) Genel, Başlangıç Hükümleri

AKINTÜRK (Turgut) ve Derya Ateş, *Medeni Hukuk,* İstanbul, Beta, 24. Baskı, 2018.

AYAN (Mehmet), *Medeni Hukuka Giriş,* Konya, Mimoza, 11. Baskı, 2015.

KILIÇOĞLU (Ahmet), *Medenî Hukuk,* Ankara, Turhan, 1. Baskı, 2016.

OĞUZMAN (M. Kemal) ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk,* İstanbul,Vedat, 24. Baskı, 2018.

ÖZTAN (Bilge), *Medenî Hukukun Temel Kavramları,* Ankara, Turhan, 42. Baskı, 2017.

SEROZAN (Rona), *Medenî Hukuk: Genel Bölüm-Kişiler Hukuku,* İstanbul, Vedat, 7. Baskı, 2017.

b) Kişiler Hukuku

AKİPEK (Jale), Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Kahraman, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri, Gerçek Kişiler,* İstanbul, Beta, 13. Baskı, 2016.

AYAN (Mehmet), *Kişiler Hukuku,* Konya, Mimoza, 8. Baskı, 2015.

DURAL (Mustafa) ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku, Cilt II: Kişiler Hukuku,* İstanbul, Filiz, 17. Baskı, 2017.

HATEMİ (Hüseyin) ve Burcu Kalkan Oğuztürk, *Kişiler Hukuku,* İstanbul, Vedat, 6. Baskı, 2017.

OĞUZMAN (Kemal), Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),* İstanbul, Filiz, 17. Baskı, 2018.

c) Aile Hukuku

AKINTÜRK (Turgut) ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku, 2. Cilt: Aile Hukuku,* İstanbul, Beta, 21. Baskı, 2018.

DURAL (Mustafa), Tufan Öğüz ve Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku,* İstanbul, Filiz, 12. Baskı, 2016.

ÖZTAN (Bilge), *Aile Hukuku,* Ankara, Turhan, 6. Baskı, 2015.

d) Miras Hukuku

AYAN (Mehmet), *Miras Hukuku,* Ankara, Seçkin, 9. Baskı, 2016.

DURAL (Mustafa), Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV: Miras Hukuku,* İstanbul, Filiz, 9. Baskı, 2015.

İMRE (Zahit) ve Hasan Erman, *Miras Hukuku*, İstanbul, Der, 12. Baskı, 2016.
KILIÇOĞLU (Ahmet), *Miras Hukuku*, Ankara, Turhan, 8. Baskı, 2018.
ÖZTAN (Bilge), *Miras Hukuku*, Ankara, Turhan, 7. Baskı, 2016.
SEROZAN (Rona) ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku*, Ankara, Seçkin, 5. Baskı, 2018.

e) Eşya Hukuku

AYAN (Mehmet), *Eşya Hukuku*, Ankara, Seçkin, 13. Baskı, 2016.
AYBAY (Aydın) ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Vedat, 4. Baskı, 2014.
ERTAŞ (Şeref), *Eşya Hukuku*, İzmir, Fakülteler Barış, 13. Baskı, 2016.
OĞUZMAN (M. Kemal), Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz, 20. Baskı, 2017.

12. Borçlar Hukuku

AKINTÜRK (Turgut) ve Derya Ateş, *Borçlar Hukuku*, İstanbul, Beta, 28. Baskı, 2019.
ARAL (Fahrettin) ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin, 11. Baskı, 2015.
AYAN (Mehmet), *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, 2015.
EREN (Fikret), *Borçlar Hukuku: Genel H.*, Ankara, Yetkin, 22. Baskı, 2017.
İNAN (Ali Naim), *Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi*, Ankara, BTHAE, 2001.
KAPLAN (İbrahim), *Borçlar Hukuku Dersleri*, Ankara, İmaj, 6. Baskı, 2016.
NOMER (Haluk), *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 15. Baskı, 2017.
OĞUZMAN (M. Kemal) ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 16. Baskı, 2018.
REİSOĞLU (Safa), *Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 25. Baskı, 2014.
YAVUZ (Cevdet), *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler*, İstanbul, Beta, 14. B., 2016.
ZEVKLİLER (Aydın) ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Turhan, 17. Baskı, 2017.

13. Ticaret Hukuku

a) Genel Olarak

BOZER (Ali) ve Celal Göle, *Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi*, Ankara, BTHAE Yayınları, 18. Baskı, 2010.
İMREGÜN (Oğuz), *Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıklar – Kıymetli Evrak)*, İstanbul, Filiz, 13. Baskı, 2005.
İMREGÜN (Oğuz), *Ticaret Hukuku*, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi AÖF Yayınları, 2003.

b) Ticarî İşletme Hukuku

ARKAN (Sabih), *Ticarî İşletme Hukuku*, Ankara, BTHAE, 23. Baskı, 2017.
POROY (Reha) ve Hamdi Yasaman *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, Vedat, 15. Baskı, 2015.

c) Şirketler Hukuku

ANSAY (Tuğrul) ve Aynur Yongalık, *Bankacılar İçin Şirketler Hukuku Bilgisi*, Ankara, BTHAE Yayınları, 2009.
POROY (Reha), Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, İstanbul, Vedat, 13. Baskı, 2014.

d) Kıymetli Evrak Hukuku

BOZER (Ali) ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara, BTHAE, 6. Baskı, 2017.
POROY (Reha) ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, İstanbul, Vedat, 22. Baskı, 2018.

e) Deniz Ticareti Hukuku

ATAMER (Kerim), *Deniz Ticareti Hukuku-I*, Oniki Levha, 1. Baskı, 2017.
KENDER (Rayegan) *et al.*, *Deniz Ticareti Hukuku: Temel Bilgiler I*, İstanbul, Oniki Levha, 14. Baskı, 2017.

f) Sigorta Hukuku

BOZER (Ali), *Sigorta Hukuku*, Ankara, BTHAE Yayınları, 2. Baskı, 2009.
CAN (Mertol), *Türk Özel Sigorta Hukuku*, Ankara, İmaj, 3. Baskı, 2009.

14. Medenî Usûl Hukuku

ALANGOYA (Yavuz), Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul*

Hukuku Esasları, İstanbul, Beta, 7. Baskı, 2011.
ASLAN (Ramazan) *et al.*, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2018.
PEKCANITEZ (Hakan), Muhammet Özekes ve Oğuz Atalay, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara, Vedat, 6. Baskı, 2018.

15. İcra ve İflas Hukuku

ASLAN (Ramazan) ve Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayvaz, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara, Yetkin, 3. Baskı, 2017.
PEKCANITEZ (Hakan), Muhammet Özekes ve Oğuz Atalay, *İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul, Vedat, 18. Baskı, 2018.

16. Devletler Özel Hukuku

AYBAY (Rona) ve Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul, Bilgi Üniv. Yay., 2. Baskı, 2008.
AYBAY (Rona) ve Nimet Özbek, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul, Bilgi Üniv. Yay., 4. Baskı, 2015.
ÇELİKEL (Aysel) ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, Beta, 14. Baskı, 2014.
ÇELİKEL (Aysel) ve Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta, 23. Baskı, 2016.
NOMER (Ergin), *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, Beta, 21. Baskı, 2015.
NOMER (Ergin), *Türk Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul, Filiz, 22. Baskı, 2016.
SANLI (Cemal), Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Vedat, 6. Baskı, 2018.
TEKİNALP (Gülören) ve Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuku*, İstanbul, Vedat, 12. Baskı, 2016.
TEKİNALP (Gülören), *Türk Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta, 8. Baskı, 2003.

17. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

ÇELİK (Nuri), Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta, 31. Baskı, 2018.
TUNÇOMAĞ (Kenan) ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul, Beta, 9. Baskı, 2018.
EYRENCİ (Öner), Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 8. Baskı, 2017.
TUNCAY (A. Can) ve Fatma Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 5. Baskı, 2016.
TUNCAY (A. Can) ve Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta, 19. Baskı, 2017.
GÜZEL (Ali), Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul, Beta, 17. Baskı, 2018.

18. Avrupa Birliği Hukuku

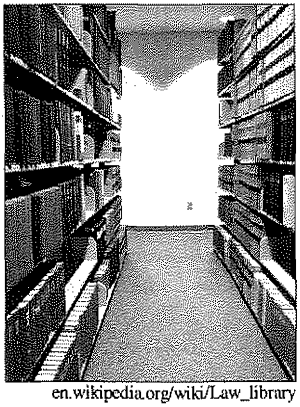
BOZKURT (Enver), Mehmet Özcan ve Arif Köktaş, *Avrupa Birliği Hukuku*, Ankara, Yetkin, 6. Baskı, 2012.
GÜNUĞUR (Haluk), *Avrupa Birliği Hukuku*, Ankara, Kendi Yayını, 2017.
TEKİNALP (Gülören) ve Ünal Tekinalp, *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul, 2. Baskı, 2000.

19. İnsan Hakları Hukuku

GÖZLER (Kemal), *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2018.
ERDOĞAN (Mustafa), *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara, Orion, 3. B., 2016.
TEZCAN (Durmuş), Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve R. Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara, Seçkin, 6. Baskı, 2016.
KABOĞLU (İbrahim Ö.), *Özgürlükler Hukuku I*, Ankara, İmge, 7. Baskı, 2013.
AYBAY (Rona), *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul, Bilgi Üniv. Y., 3. Baskı, 2017.
KAPANİ (Münci), *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6. Baskı, 1981.
DOĞAN (İlyas) (Ed.), *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara, Astana, 2. Baskı, 2015.
KALABALIK (Halil), *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2013.
GÖLCÜKLÜ (Feyyaz) ve A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, Turhan, 10. Baskı, 2016.

Kaynak Arama.- Hukuk alanında okumak istediğiniz kitap piyasada varsa, yapılması gereken en iyi şey, onu satın almaktır. Ancak kitabı satın almak istemezseniz, onu bir kütüphaneden ödünç alarak da okuyabilirsiniz. Keza baskısı tükenmiş kitaplar için kütüphanelere başvurmak kaçınılmazdır. Ülkemizde en büyük hukuk kütüphaneleri Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesidir. Bu kütüphanelerde ve başka kütüphanelerde aradığınız kitabın bulunup bulunmadığını öğrenmek için önce "kaynak araması" yapmak gerekmektedir.

İnternet üzerinden kütüphane kataloglardan kaynak taraması yapılabilmektedir. Aşağıdaki kütüphanelerde internet aracılığıyla kaynak taraması yapılabilir:


en.wikipedia.org/wiki/Law_library

TO-KAT (Toplu Katalog): *http://www.toplukatalog.gov.tr/* (Ulakbim ve Kültür ve Turizm bakanlığı tarafından hazırlanmış yüzlerce Türk kütüphanesinde tarama yapılabilen bir veri tabanıdır).
Millî Kütüphane: *http://www.mkutup.gov.tr.*
Türkiye Büyük Millet Meclisi Kütüphanesi: *http://www.tbmm.gov.tr*
Danıştay Başkanlığı Kütüphanesi: *http://www.danistay.gov.tr*
Ankara Üniversitesi Hukuk ve SBF Kütüphaneleri: *http://elibs.ankara. edu.tr*
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi: *http://katalog.istanbul.edu.tr*
Gazi Üniversitesi Merkez Kütüphanesi: *http://lib.gazi.edu.tr*
Koç Üniversitesi Merkez Kütüphanesi: *http://library.ku.edu.tr/*
Bilkent Üniversitesi Merkez Kütüphanesi: *http://library.bilkent.edu.tr*
Anadolu Üniversitesi Merkez Kütüphanesi: *http://kdm.anadolu.edu.tr*

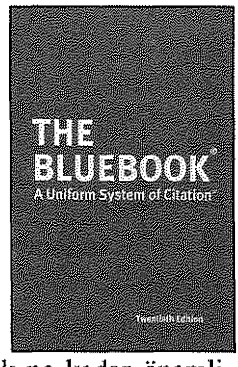
Piyasada bulunan kitaplar bakımından *www.seckin.com.tr*, *www.ekinyayinevi.com*, veya *www.hukukmarket.com* adreslerinden kaynak taraması yapılabilmekte ve bulunursa sipariş edilebilmektedir. İngilizce kitaplar konusunda tarama ve sipariş işleri *www.amazon.com*; Fransızca kitaplar konusunda *www.amazon.fr* adreslerinden yapılabilir. İnternet üzerinde bilinen arama motorlarıyla da kaynak taraması yapılabilir.

HUKUKLA İLGİLİ BAZI İNTERNET SİTELERİ:

Anayasa Mahkemesi: www.anayasa.gov.tr
Yargıtay: www.yargitay.gov.tr
Danıştay: www.danistay.gov.tr
Adalet Bakanlığı: www.adalet.gov.tr
Türkiye Barolar Birliği: www.barobirlik.org.tr
TBMM: http://www.tbmm.gov.tr
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: http://www.echr.coe.int
Türk Anayasa Hukuku Sitesi: http://www.anayasa.gen.tr
Kazancı Yayınları: http://www.kazanci.com.tr

II. ATIF USÛLLERİ

Bir ödev, bir seminer, bir tez veya bir makale yazılırken veya bir dava dilekçesi hazırlanırken veya bir hukukî görüş veya rapor kaleme alınırken, konuyla ilgili kanun maddelerinden, mahkeme kararlarından ve bilimsel eserlerden yararlanılır; onlardan alıntı yapılır. "Bu konuda falanca kanunun filanca maddesi şöyle diyor"; "bu konuda falanca mahkeme filanca kararında şuna hükmetmiştir"; "bu konuda falanca yazarın filanca kitabında şu görüş savunulmuştur" denir. İşte "*atıf usûlleri*" bir ödev veya makalede, bir dilekçede, bir hukukî görüşte, bir raporda, kendisinden alıntı yapılan mevzuat, içtihat ve bilimsel eserleri kaynak olarak gösterilirken uyulması gereken kurallardır.



Batı ülkelerinin hepsinde hukuk yazınında yerleşmiş atıf usûlleri vardır. Bu usûller bir nevi kanun gibidir. Örneğin ABD'de bu usûller, *The Bluebook: A Uniform System of Citation* başlıklı 560 sayfalık bir kitapta madde madde derlenmiştir (Cambridge, M.A., The Harvard Law Review Association, 20. Baskı, 2015). Bu usûller hukuk öğrencilerine daha öğrenimlerinin başında öğretilir. İstisnasız bütün hukukçular bu usûllere – beğenseler de beğenmeseler de– uyarlar. Bu usûllere uyulmadan yazılmış bir öğrenci ödevi geçer not almaz; bu usûllere uyulmadan yazılmış bir makale, içerik olarak ne kadar önemli olursa olsun, bir akademik dergide yayınlanamaz. Avukatlar da hazırladıkları dilekçelerde bu usûllere uyarlar. Keza hâkimler de yazdıkları kararlar da yine bu usûlleri takip ederler.

Maalesef ülkemizde bu usûller, hukuk öğrencilerine öğretilmediği gibi, bu usûller konusunda hukuk yazarları arasında birlik de yoktur. Biz her şeye rağmen, minimum düzeyde de olsa (ABD'deki gibi 560 sayfa değil, 10 sayfa da olsa!) öğrencilere atıf usûllerinin öğretilmesinde yarar vardır. Bu nedenle *Hukuka Giriş* kitabımızın 16'ncı baskısında "atıf usûlleri" konusuna kısaca da olsa yer vermeyi uygun gördük.

Burada şunu da belirtelim ki, bu bölümde verilen usûller, istisnasız bütün hukukçular tarafından harfiyen uyulan usûller değildir; ama yine de Türk hukuk yazınında en yaygın usûllerdir.

Hukuk alanında ödev veya makale hazırlarken birtakım usûl kurallarına uymak, özellikle ödev veya makale metninde kullanılan mevzuat, içtihat ve bilimsel eserleri doğru bir şekilde zikretmek ve bunlardan doğru bir şekilde alıntı yapmak ve bunlara usûlüne uygun bir şekilde atıfta bulunmak gerekir. İşte bu başlık altında bunlar üzerinde durulacaktır. Önce hukuk yazınında yaygın olarak kullanılan bazı kısaltmaları vermekte yarar vardır.

Bazı Yerleşik Kısaltmalar.- Türk hukuk yazınında yaygın olarak kullanılan bazı kısaltmalar vardır. Bunlardan bir kaçı şunlardır:

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
Av.: Avukat
AY: Anayasa
AYM: Anayasa Mahkemesi
BAM: Bölge Adliye Mahkemesi
BİM: Bölge İdare Mahkemesi
BK: Borçlar Kanunu
CK veya CBK: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi
CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu
E.: Esas (Sayısı)
f.: Fıkra
GK: Genel Kurul
CGK: Ceza Genel Kurulu
HGK: Hukuk Genel Kurulu
HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSK: Hakimler ve Savcılar Kurulu
İDDK: İdari Dava Daireleri Kurulu
VDDK: Vergi Dava Daireleri Kurulu
K.: Karar (Sayısı)
m.: Madde
KHK: Kanun hükmünde kararname
RG: Resmî Gazete
TBB: Türkiye Barolar Birliği
TBK: Türk Borçlar Kanunu (Bazen BK)
TMK: Türk Medeni Kanunu (Bazen MK)
TCK: Türk Ceza Kanunu
TTK: Türk Ticaret Kanunu
İİK: İcra ve İflas Kanunu

A. MEVZUATA ATIF USÛLLERİ

Mevzuat, anayasa, kanun, yönetmelik gibi hukukun yazılı kaynaklarından oluşur.

1. Kanunlar.- Kanunlara, kabul tarihi, sayısı ve ismi zikredilerek atıf yapılır. Örnekler:

- 30 Kasım 2018 tarih ve 7062 sayılı Yüksek Seçim Kurulunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun.
- 25 Haziran 2019 tarih ve 7129 sayılı Askeralma Kanunu.

Tarihlerdeki ay sayı ile de gösterilebilir (30.12.2017 veya 25/06/2019 gibi). Biz tarihlerdeki ayın isim olarak yazılmasını öneriyoruz. Kimileri "... tarihli ve ... sayılı" formatını kullanıyor. Biz "... tarih ve ... sayılı" demenin doğru ve yeterli olduğunu düşünüyoruz. Zira "sayı" kelimesi ile "tarih" kelimesi arasında "ve" bağlacı olduğu için "sayı" kelimesinin sonundaki "-li" eki "tarih" kelimesini de nitelendirmektedir. Kanunlara atıf yaparken kanunun yayınlandığı Resmî Gazetenin tarih ve sayısı da belirtilebilir (Örneğin yukarıdaki Askeralma Kanunu için: *Resmî Gazete*, 26 Haziran 2019, Sayı 30813). Ancak bu şart değildir. Çünkü kanun metinlerine çok değişik yerlerden ulaşmak mümkündür.

Bazen kanunlar, adı söylenmeden kabul tarih ve sayısı söylenerek zikredilir. Özellikle başka kanunları değiştiren ve ismi çok uzun olan kanunlar söz konusu olduğunda bu yola gidilir. Örneğin

> "21 Haziran 2005 tarih ve 5371 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"

demek yerine, doğrudan,

> "21 Haziran 2005 tarih ve 5371 sayılı Kanun"

denebilir. Bazen de kanunun kabul tarihi söylenmeden sayı ve adı belirtilerek zikredilir. Örneğin "3 Temmuz 2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu demek yerine "5393 sayılı Belediye Kanunu" denir. Hatta bazen kanun, sadece numarasıyla zikredilir. Örneğin "5393 sayılı Belediye Kanunu" demek yerine doğrudan doğruya "5393 sayılı Kanun" denir. Nihayet Türk Medenî Kanunu, Türk Ceza Kanunu gibi bazı temel kanunlar kabul tarih ve sayısı ayrıca belirtilmeden, doğrudan isimleriyle zikredilir. Ancak söz konusu Kanunların bir de şimdi yürürlükten kaldırılmış eskileri vardır. İçinde kullanıldıkları bağlamdan bunların yeni veya eski oldukları tartışmasız olarak anlaşılmıyorsa bunların yeni veya eski olduklarının da ayrıca belirtilmesi gerekir. Örneğin "eski Türk Medenî Kanunu", "yeni Türk Ceza Kanunu" gibi.

Türkiye'de Cumhuriyet döneminde 14000'den fazla kanun kabul edilmiştir. Cumhuriyet dönemi kanunları, 1'den itibaren numaralandırılmaya 23 Nisan 1920'den itibaren başlanmıştır. 27 Mayıs 1960 hükümet darbesine kadar 7480 kanun çıkarılmıştır. 27 Mayıs hükümet darbesi döneminde kanunlar tekrar 1'den itibaren numaralandırılmıştır. Bu dönemde toplam 375 kanun çıkarılmıştır. Normal döneme geçildikten sonra 1 Kasım 1961'den itibaren kanunlar sil baştan 1'den itibaren numaralandırılmıştır. 12 Eylül hükümet darbesinden sonra yeniden numaralandırmaya gidilmemiştir. Hâlâ 1 Kasım 1961'de başlayan numaralandırma devam etmektedir (9 Temmuz 2019 tarihi itibarıyla son yayınlanan kanunun sayısı 7180'dir. Üç ayrı numaralandırma dönemi olduğu için bazen aynı numaralı iki ve hatta üç kanun olabilir. Örneğin iki tane 657 sayılı Kanun, iki tane 5434 sayılı Kanun vardır. O nedenle kanunun adı zikredilmeden sadece numarası söylenecekse ve aynı numaradan birden fazla varsa, kanunun tarihini de söylemekte yarar vardır.

2. Anayasalar.- Biçimsel olarak Anayasalar da bir kanundur. Anayasalar da kanunlar gibi numara almakta, kanunlar gibi yayımlanmaktadır. Bu nedenle Anayasaları da kanunlar gibi zikretmek gerekir: "7 Kasım 1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası" gibi. Ancak birkaç Anayasa olduğundan bunların uzun uzun tarih ve sayısıyla zikredilmesine gerek yoktur. O nedenle Anayasalar kısaca kabul edildiği yıl ile zikredilebilir: 1982 Anayasası, 1961 Anayasası gibi. Bağlamdan hangi Anayasa olduğu anlaşılıyorsa Anayasanın kabul edildiği yılı da belirtmeye gerek yoktur. Doğrudan "Anayasa" veya "Anayasamız" denebilir.

3. Uluslararası Andlaşma ve Sözleşmeler.- Uluslararası andlaşma ve sözleşmeler, imza tarih, yeri ve adı belirtilerek zikredilir (...tarihinde ... imzalanan ... Andlaşması).

Örnek: 11 Mart 2015 tarihinde Ankara'da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Ruanda Cumhuriyeti Hükûmeti Arasında Askerî Eğitim İş Birliği Anlaşması (*Resmî Gazete*, 22 Eylül 2018, Sayı 30543).

Anlaşmanın metni bu anlaşmayı onaylayan Cumhurbaşkanı (9 Temmuz 2018'den önce Bakanlar Kurulu) kararının eki olarak Resmî Gazetede ya-

yımlanır. Uluslararası andlaşma ve sözleşme metninin yayınlandığı Resmî Gazetenin tarih ve sayısını da zikretmek uygun olur. Keza andlaşmayı onaylayan Cumhurbaşkanı (9 Temmuz 2018 önce Bakanlar Kurulu) kararının tarih ve sayısını da zikretmek uygun olabilir. Örneğin yukarıdaki anlaşmadan önce şu ibare kullanılabilir: "21 Eylül 2018 tarih ve 111 sayılı Cumhurbaşkanı Kararıyla onaylanmış...".

4. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri.- 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla getirilen yeniliklerden biri de Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Bu kararnamelerin Resmî Gazetede yayınlanan metinlerinin başlıklarının altında sadece "Kararname Numarası" belirtilmektedir. Ayrıca metnin sonunda Cumhurbaşkanı isminden önceki satırda bir de tarih belirtilmektedir (İlk 12 Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde böyle bir tarih de belirtilmemiştir). Bu tarih bu kararnamelerin Cumhurbaşkanı tarafından kabul edildiği, diğer bir ifadeyle kararlaştırıldığı tarih olması gerekir. Dolayısıyla bu kararnameleri kabul tarihi ve sayı olarak zikretmek gerekir.

Örnek: 1 Mayıs 2019 tarih ve 34 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (*Resmî Gazete*, 2 Mayıs 2019, Sayı 30762).

5. Kanun Hükmünde Kararnameler.- 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla kanun hükmünde kararnamelere son verilmiştir. 9 Temmuz 2018 tarihinden itibaren yeni bir KHK çıkarılması mümkün değildir. Ancak aynı Kanunla Anayasamıza eklenen geçici 21'inci maddenin F fıkrasına göre, 9 Temmuz 2018 tarihinden önce çıkarılan ve ayrıca yürürlükten kaldırılmayan kanun hükmünde kararnameler, yürürlükten kaldırılıncaya kadar yürürlükte kalmaya devam edeceklerdir. Dolayısıyla halihazırda yürürlükte yüzlerce kanun hükmünde kararname vardır ve bunlardan bazıları çok önemli konuları düzenlemektedir. Bu nedenle kanun hükmünde kararnamelere nasıl atıf yapıldığını da bilmek gerekir.

Kanun hükmünde kararnameler şöyle zikredilir: Kabul tarihi, sayısı, ismi (... tarih ve ... sayılı .... Kanun Hükmünde Kararname). Kanun hükmünde kararname sayısı KHK/XXX formatında gösterilir.

Örnek: 2 Temmuz 2018 tarih ve KHK/702 sayılı Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (*Resmî Gazete*, 9 Temmuz 2018, Sayı 30473, 1. Mükerrer).

Uygulamada "KHK/702 sayılı" denecek yerde "702 sayılı ... Kanun Hükmünde Kararname" de dendiği olur. Kanun hükmünde kararnamenin tarihi, Resmî Gazetede yayınlandığı tarih değil, Bakanlar Kurulunda kabul edildiği tarihtir. Kanun hükmünde kararnamenin yayınlandığı Resmî Gazetenin tarih ve sayısı da KHK adından sonra ek bilgi olarak parantez içinde belirtilebilir.

5. Tüzükler.- 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla tüzüklere de son verilmiştir. Kanun hükmünde kararnameler olduğu gibi Anayasa, geçici madde 21/F uyarınca yürürlükteki tüzükler de ayrıca yürürlükten kaldırılmadıkça yürürlükte kalmaya devam edeceklerdir. Tüzükler kabul tarihi ve sayısı ve adı belirtilerek zikredilir. (... tarih ve ... sayılı ... Tüzüğü gibi). Örnek:

Örnek: 28 Temmuz 2008 tarih ve 2008/14001 sayılı Tapu Plânları Tüzüğü.

6. Yönetmelikler.- Cumhurbaşkanı yönetmelikleri Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe konulmaktadır. Resmî Gazete önce Cumhurbaşkanının kararı daha sonrada yönetmelik metni yayınlanmaktadır. Bu yönetmelikleri Cumhurbaşkanı kararının kabul tarihi ve sayısı belirtilerek zikretmek gerekir.

Örnek: 25 Mayıs 2019 tarih ve 1025 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile yürürlüğe konulan "Kurumlar Arası Geçici Görevlendirme Yönetmeliği" (*Resmî Gazete*, 3 Mayıs 2019, Sayı 30763).

Not: 9 Temmuz 2018'den önce çıkarılan ve hâlâ yürürlükte bulunan Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikler de benzer formatta zikredilir.

Uygulamada diğer yönetmelikler yayınlandıkları Resmî Gazetenin tarih ve sayısını belirterek zikredilmektedir. Örneğin:

Örnek: 12 Mayıs 2019 tarih ve 30772 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği.

Uygulamada sadece Cumhurbaşkanı (9 Temmuz 2018'den önce Bakanlar Kurulu) kararıyla yürürlüğe konulan yönetmeliklerin kabul tarih ve sayısı bulunmaktadır. Dolayısıyla bu tür yönetmelikler dışındaki yönetmeliklerin "... tarih ve ... sayılı ... Yönetmeliği" şeklinde zikredilmesi zaten mümkün değildir. Cumhurbaşkanının (9 Temmuz 2018'den önce Bakanlar Kurulunun) dışındaki yönetmelikleri zikretmek için aslında bunların kabul eden bakanlığın veya kamu tüzel kişisinin adını, bunların kabul edildiği tarihi ve kabul eden makamın verdiği karar sayısını belirtmek uygun olur. Ancak Resmî Gazetede bu tür yönetmeliklerin kabul tarih ve sayıları belirtilmemektedir. Bu bilgilerin Resmî Gazetede belirtilmesinde yarar vardır.

Tebliğ, genelge, esaslar gibi değişik isim taşıyan "adsız düzenleyici işlemler"i de yönetmeliklere benzer şekilde zikretmek gerekir. Yani bunlar Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe konulmuşlar ise Cumhurbaşkanı kararı tarih ve sayısını zikretmek gerekir. Diğerlerini ise yayınlandıkları Resmî Gazete tarih ve sayısını belirterek zikretmek uygun olur.

Madde, Fıkra ve Bentlerin Zikrediliş Usûlü.- Anayasa, kanun, yönetmelik gibi metinler kendi içinde birbirini izleyen "maddeler"den oluşur. Bir maddenin birden fazla paragrafı varsa, bunlardan her birine "fıkra" denir.

Fıkralar şöyle zikredilir: Örnek: "1982 Anayasasının 91'inci maddesinin ikinci fıkrası". Fıkralar kendi içinde "cümle"lerden oluşur. Çoğunlukla cümleleri ayrıca zikretmek gerekmez. Ancak gerekirse cümleler de ayrıca zikredilebilir.

Örnek: "1982 Anayasasının 24'üncü maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesi". Maddenin bir fıkrasının içinde (yani bir paragrafının altında) 1, 2, 3,... veya a, b, c, ... gibi sıralama varsa bunlardan her birine "bent" denir. Örnek: "22 Nisan 1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun 111'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendi".

Madde ve fıkra numarasından sonra bazı yazarlar nokta koymaktadırlar. "Anayasanın 91. maddesinin 2. fıkrası" gibi. Kanımca madde numarasından sonra *'nci, 'ıncı, 'inci, 'uncu, 'üncü* gibi eklerin kesme işaretiyle birlikte verilmesi ve fıkra ve cümle numaralarının da rakamla değil, yazıyla (birinci, ikinci, üçüncü... gibi) verilmesi daha güzel olmaktadır.

Atıfta kısaltma kullanılacaksa, *madde* "m.", *fıkra* "f.", *bent* ise "b." ile kısaltılır. Çoğunlukla fıkra numarası, madde numarasından sonra "/" işareti konularak gösterilir. Örneğin "AY, m.90/2", Anayasanın 90'ıncı maddesinin ikinci fıkrası demektir. Maddenin son fıkrasına atıf yapılırken şu usûller de kullanılabilir: AY, m.90/son veya AY, m.90 *in fine*. Bent numaraları da fıkradan sonra "-" işareti konularak verilir. Örneğin "m.111/2-c" şeklinde bir kısaltma, "111'inci maddenin ikinci fıkrasının c bendi" demektir.

B. MAHKEME KARARLARINA ATIF USÛLLERİ

Çeşitli mahkeme kararlarına atıf usûlü şöyledir:

1. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Atıf Usûlü

Anayasa Mahkemesi kararları genellikle tarih, esas ve karar sayısı belirtilerek zikredilir. Örneğin metin içinde: Anayasa Mahkemesinin 14 Aralık 2016 tarih ve E.2016/148, K.2016/189 sayılı kararı gibi. Dipnotta ise şu şekilde zikredilebilir:

Örnek: Anayasa Mahkemesi, 14 Aralık 2016 Tarih ve E.2016/148, K.2016/189 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 54, Cilt 1, s.37-42.

Not: Mahkeme kararlarında E. "esas sayısı", K. de "karar sayısı"nın kısaltmasıdır. Esas sayısı, dava dosyasına verilen numara, karar sayısı ise karara verilen numaradır. Örneğin "E.2019/148" bu davanın o mahkemede 2019 yılında açılan 148'inci dava (dosya) olduğunu, "K.2016/189" ise o mahkemenin 2019 yılında verdiği 189'uncu karar olduğunu gösterir.

Karara atıfta Anayasa Mahkemesi, "AYM", *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, "AMKD" veya "AYMKD" şeklinde kısaltılabilir. Bunun yerine kararın yayınlandığı *Resmî Gazete*nin tarih ve sayısı da belirtilebilir. Keza günümüzde Anayasa Mahkemesinin bütün kararlarına Anayasa Mahkemesinin internet sitesinden ulaşmak mümkündür. Bu nedenle kararın kay-

nağı olarak *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*ni yazmak yerine, kararın *www.anayasa.gov.tr*'deki URL'si de yazılabilir. Bu URL'ler çok uzun ise sadece "www.anayasa.gov.tr" yazmak da kanımızca yeterlidir.

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları.- Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarına Anayasa Mahkemesi "Kararlar Bilgi Bankası"ndan (*http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html*) ve bazı önemli kararlarına da Resmî Gazeteden ulaşılabilmektedir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında kararın ismi bizzat Anayasa Mahkemesi kararının kendisinde belirtilmektedir. Bu isim davacının ismidir. Keza bireysel başvuru kararlarında daima paragraflar numaralandırılmıştır. Dolayısıyla bireysel başvuru kararlarına atıf yapılırken kararın tarih ve numarasından başka, kararın ismini ve atıf yapılan paragrafın numarasını belirtmek mümkündür. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarına şu şekilde atıf yapılır:

> Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 1 Nisan 2018 Tarih ve 2014/5232 Bireysel Başvuru Numaralı *Kemal Gözler* Kararı, § 65 (*https://kararlarbilgibankasi.anayasa. gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-5232.pdf*) (Karar Resmî Gazetede yayınlanmışsa Resmî Gazetenin tarih ve sayısını belirtmek uygun olur).

Anayasa Mahkemesi bazı başvurularda başvurucunun kimliğini gizlemek için başvurucunun adının baş harflerini kullanmaktadır. Böyle durumda kararı bu baş harflerle isimlendirmek gerekir. "3 Mart 2016 tarih ve 2013/5653 sayılı *N.B.B.* Kararı" gibi. Karar, başvurucunun adı dışında bir başka isimle kamuoyunda biliniyorsa (örneğin *Twitter* Kararı), karara atıf yaparken onu da parantez için belirtmek uygun olur.

2. Yargıtay Kararlarına Atıf Usulü

Danıştay kararlarına atıf usûlü genellikle şöyledir:

> Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 17 Kasım 1986 Tarih ve E.1986/4898, K.1986/7786 Sayılı Karar, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, s.200.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, "Y4HD" ve *Yargıtay Kararlar Dergisi* ise "YKD" olarak kısaltılabilir. Yargıtayın pek çok kararına *https://kararara ma. argitay.gov.tr/* den ulaşılabilmektedir. Buradan ulaşılan kararların sonunda parantez içinde Kararın künyesini verdikten sonra parantez içinde https:// arararama.yargitay.gov.tr/ adresi belirtilebilir

3. Danıştay Kararlarına Atıf Usûlü

Danıştay kararlarına atıf usûlü genellikle şöyledir:

> *Örnek:* Danıştay Sekizinci Dairesi, 4 Kasım 2015 Tarih ve E.2015/5182, K.2015/4932 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 141, s.255-261.

Danıştay Sekizinci Dairesi, "D8D", *Danıştay Dergisi* , "DD" şeklinde kısaltılabilir. Danıştayın artık pek çok kararına http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/...

üzerinden ulaşmak mümkündür. Kararın künyesini verdikten sonra parantez içinde *http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/* adresi belirtilebilir.

4. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Atıf Usûlü

Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına atıf usûlü örneğin şöyledir:

> Uyuşmazlık Mahkemesi, 20 Mayıs 2019 Tarih ve E.2018/900, K.2019/367 Sayılı Karar, *Resmî Gazete*, 20 Haziran 2019, Sayı 30807.

5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Atıf Usûlü

Türk hukuk yazınında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da sıkça atıf yapılır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıf usûlü şöyledir:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıf usûlü şöyledir:

> İngilizce: ECHR, *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, 10 March 2011, § 53.
> Fransızca: CEDH, *Kiyutin c. Russie*, no 2700/10, 10 mars 2011, § 53.
> Türkçe: AİHM, *Kiyutin/Rusya*, no. 2700/10, 10 Mart 2011, pr. 53.

İtalikle yazılan ilk kısım başvurucunun soyadıdır. İngilizcede atıf usulünde "*v.*" Latince "*versus*"un kısaltması olup "karşı" anlamına gelir. Fransızca atıf usûlünde "*c.*" "*contre*" kelimesinin kısaltması olup "karşı" anlamına gelir. Türkçede bu anlamda bir kısaltma kullanılmamakta, bunun yerine taksim (/) işareti kullanılmaktadır. Kanımızca Türkçede de Latince "*v.*" kısaltması kullanılabilir. İngilizce "*v.*" ve Fransızca "*c.*"den, Türkçede taksim işaretinden sonraki kısım aleyhine başvuru yapılan devletin adıdır. Başvurucucun adı *v.* veya *c.* ve davalı devletin adı italik ile verilir. "No" kısaltmasıyla gerilen rakamlar "başvuru numarası (*application number, numéro de la requête*)"nı gösterir. Başvuru numarasındaki taksimden sonraki iki rakam, başvuru yılının son iki rakamıdır. Yukarıdaki örnekte "2700/10", başvurunun 2010 yılında yapılan 2700'üncü başvuru olduğunu gösterir. Başvuru numarasından sonra karar tarihi verilir. § işareti (veya *pr.* kısaltması) kararda kendisine gönderme yapılan paragrafın numarasını gösterir. (AİHM kararlarının her paragrafın başında bir numara vardır).

6. Türkiye İçin Eleştiri ve Öneri

Medenî dünyada mahkeme kararları tarafların adıyla veya sadece davacının adıyla zikredilir. ABD Yüksek Mahkemesi kararlarından örnekler: *Marbury v. Madison* kararı, *Plessy v. Ferguson* kararı, *Roe v. Wade* kararı gibi. Fransız Danıştayı kararlarından örnekler, *Thérond* kararı, *Pelletier* kararı, *Terrier* kararı, *Couitéas* kararı gibi.

Türkiye'de ise yukarıda görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları dışında, mahkeme kararları tarafların veya davacının

adıyla değil, "falanca mahkemenin filanca tarih ve filanca sayılı kararı" şeklinde zikredilmektedir. Bu şekilde zikredilen karar da akılda kalmaktadır. Örneğin "Danıştay Sekizinci Dairesinin 4 Kasım 2015 tarih ve E.2015/5182, K.2015/4932 sayılı kararı"nın künyesini ezberleyip akılda tutacak kaç öğrenci var? Peki bunun gibi 300 adet kararı ezberde tutabilecek tek bir öğrenci var mı? Oysa batı ülkelerinde hukuk öğrencileri yüzlerce kararın ismini ezbere bilirler.

Türkiye'de mahkeme kararları batıda olduğu gibi tarafların adıyla zikredilmelidir. Ne var ki Türkiye'de mahkemeler, yayınladıkları kararlardan kasten tarafların isimlerini makaslamaktadırlar. Dolayısıyla Türkiye'de tarafların isimleriyle kararları zikretmek zaten mümkün değildir. Bu konuda daha eleştirilerimiz için bkz.: Kemal Gözler, *İdare Hukuku,* Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2019, c.I, s.6-12.

C. BİLİMSEL ESERLERE ATIF USÛLLERİ

Öğrenciler, hukuk alanında ödev veya makale hazırlarken, kaçınılmaz olarak o konuyla ilgili daha önce yazılmış kitap ve makalelerden yararlanırlar; çeşitli kitap ve makalelerden pek çok alıntı yaparlar. **"Alıntı (iktibas, *quotation*)"**, bir yazarın cümle veya fikirlerinin bir başka yazar tarafından alınması demektir. "Alıntı"nın aynen ve mealen olmak üzere iki çeşidi vardır.

"Aynen alıntı" veya "doğrudan alıntı (*direct quotation*)", bir kitap veya makaleden bazı ifade veya cümleleri hiçbir değişiklik yapmadan, olduğu gibi, noktasına virgülüne alınması demektir[1]. Üç satırı geçmeyen aynen alıntılar tırnak işareti (" ") içinde verilir. Üç satırı geçen doğrudan alıntılar ise, alıntı olduklarının daha ilk bakışta anlaşılması için girintili paragraf olarak ve daha küçük puntolarla verilir[2]. Örneğin aşağıda 67'nci sayfada Aziz Augustinus'un *De Civitae Dei* isimli eserinden yapılan alıntı, bir "aynen alıntı"dır; üç satırı geçtiği için de girintili paragraf olarak verilmiştir.

"Mealen alıntı" veya "dolaylı alıntı (*indirect quotation*)", bir kitap veya makaledeki bir düşünceyi, ödev hazırlayan öğrencinin kendi üslûp ve cümleleri ile ifade ederek almasıdır. Burada alıntılanan düşünce tırnak içinde yazılmaz[3]. Ama yine da kaynağı gösterilir.

Bir ödev veya bir makale, baştan sona aynen alıntı yapılarak yazılamaz. Aynen alıntıyı sırf mealen alıntı haline dönüştürmek için alıntılanan cümlelerin bir iki kelimesini değiştirmek de dürüstlükle bağdaşmaz. Keza ister aynen, isterse mealen olsun, bir ödev veya bir makale baştan sona bir iki yazardan yapılmış alıntılarla da yazılamaz. Ödevde veya makalede orijinal dü-

1. Zeynel Dinler, *Bilimsel Araştırma ve İnternete Bağlı Bilgi Merkezleri,* Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2000, s.114.
2. Halil Seyidoğlu, *Bilimsel Araştırma ve Yazma El Kitabı*, İstanbul, Güzem, 7. Baskı, 1997, s.180.
3. Dinler, *op. cit.*, s.122.

şünceler olmasa da, en azından alıntılarda çeşitlilik olmalı ve bu alıntılar, makaleyi yazan kişinin kendi kurduğu sistem dâhilinde verilmiş olmalıdır.

İster aynen olsun, ister mealen olsun, *her alıntının kaynağını göstermek gerekir.* **"Kaynak gösterme (atıf, gönderme, zikretme, *citation, reference*)"**, bilimsel yazmanın vazgeçilemeyecek aslî şartıdır.

Bir yazarın kitabında veya makalesinde yazdığı düşüncelerden yararlanıldığı, esinlenildiği ölçüde o yazara atıf yapmak gerekir. Aksi takdirde "**intihal (fikir hırsızlığı, *plagiat*)**" suçu işlenmiş olur. Altını çizerek belirtelim ki, sadece aynen alıntıların değil, mealen alıntıların da kaynağı gösterilmelidir. Bir yazar diğer yazardan yararlanıyorsa, onun fikirlerinden, onun cümlelerinden esinleniyorsa, o yazara atıf yapmalıdır. İntihalin hem disiplin, hem cezaî; hem de hukukî müeyyideleri vardır (Yandaki kutuya bakınız).

KUTU 1.2: İntihalin Müeyyidesi.- Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği (m.7/f) "*seminer, tez ve yayınlarında intihal yapmak*" fiilini bir yarıyıl uzaklaştırma cezasıyla cezalandırılmasını öngörmektedir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu (m.53/5), "başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini *bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi" gösteren* öğretim elemanlarını "öğretim mesleğinden çıkarma" cezasıyla cezalandırmaktadır. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununu (m.71/1-3) "bir eserden *kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi*"nin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılmasın öngörmektedir.

Kitap ve makalelerden alıntı yaparken her alıntının kaynağını dipnotta ayrıca göstermek gerekir. Dipnotta kaynak gösterirken verilmesi gereken **bibliyografik künye bilgilerinin stili ve sırası** konusunda –üzerinde tam uzlaşılmış olmamakla birlikte– genellikle şu usûller vardır:

Kitaplara Atıf Usûlü.- Yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Başlığı*, Şehir, Yayınevi (Yayınevi bilgisi "Yetkin Yayınları" şeklinde belirtilebileceği gibi sadece "Yetkin" şeklinde de belirtilebilir) Baskı Sayısı, Yıl, alıntının yapıldığı sayfa numarası (Sadece kitabın başlığını italikle yazmak gerekir). Örnek:

> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, 2018, s.33.

Makalelere Atıf Usûlü.- Yazarın Adı Soyadı, "Makalenin Başlığı", *Derginin Adı*, Cilt, Yıl, Sayı, sayfa numarası (makalenin değil, derginin adı italik yazılmalıdır; makalenin başlığı tırnak içinde olmalıdır):

> Levent Gönenç, "Anayasal Değişim", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 62, Yıl 2013, Sayı 4, s.1063-1086.

Kitap veya makalenin yazarları üçten fazla ise ilkinin ismi yazıldıktan sonra "ve diğerleri" anlamına gelen Latince "*et al.*" kısaltması kullanılır. Yazarların akademik unvanları yazılmaz.

Kitap veya makale çeviri ise, kitap veya makale isminden sonra çevirenin ismi yazılmalıdır. Çeviren, "çev." olarak kısaltılır.

Derlemedeki Bir Çalışmaya Atıf.- Yazarın Adı Soyadı, "Çalışmanın Başlığı", *in* Derleyenin Adı Soyadı (der.), *Derlemenin Başlığı*, Şehir, Yayınevi, Yayın Yılı, Sayfa Numarası. Örnek:

> Kemal Başlar, "Anayasa Yargısında 'Davaya Bakmakta Olan Mahkeme' Kavramı", *in* Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen (der.), *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006, s.219-258.

Yayınlanmış Tebliğe Atıf.- Yazarın Adı Soyadı, "Tebliğin Başlığı" (Sempozyumun Adı, Yeri ve Tarihi), *in* (varsa Editörün Adı), *Sempozyum Kitabının Adı*, Şehir, Yayınevi, Yıl, Sayfa Numarası.

> Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri" (Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği, 29-30 Eylül 2012), *in* Ozan Ergül (ed.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s.15-119.

Yayınlanmamış Yüksek Lisans ve Doktora Tezlerine Atıf Usûlü.- Yazarın Adı Soyadı, *Tezin Adı*, (Danışman: Adı Soyadı), Üniversitenin ve Enstitünün Adı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans/Doktora Tezi, Kabul Yılı, (Tezin Bulunduğu Kütüphane ve Tezin Numarası, Varsa Online Ulaşım Bilgisi). Örnek:

> Dinçer Demirkent, *Türkiye'nin Anayasal Düzeninde Cumhuriyetin İki Kuruluşu ve Dinamik Cumhuriyet Kavrayışı* (Danışman: Murat Sevinç), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015, (YÖK Tez Merkezi, Tez No 393410, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=...)

İnternet Kaynaklarına Atıf Usûlü.- Yazarın Adı ve Soyadı, "Yazının Başlığı", *URL Adresi*, Erişim Tarihi, varsa sayfa numarası. Örnek:

> Kemal Gözler, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?", *www.anayasa.gen.tr/madde90.htm* (erişim tarihi).

İnternet üzerinden ulaşılan pek çok kitap ve makalenin aynı zamanda kağıt üzerinde basılı örneği vardır. *Online* versiyonda kitap ve makalenin orijinal sayfa numaraları görülebiliyorsa (örneğin metin PDF formatındaysa), atıf yaparken kağıt kaynağı belirtmek yeterlidir; ayrıca internet kaynağını belirtmek şart değildir. Ancak erişimi kolaylaştırmak için böyle durumda kağıt kaynağın bibliyografik bilgilerini ve sayfa numarasını verdikten sonra parantez içinde internet kaynağını da vermekte yarar vardır. Örnek:

> A. Ersoy Kontacı, "Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 66, Sayı 2, 2017, s.427-459 (http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2218/23042.pdf) (erişim tarihi).

İnternet adresinden sonra erişim tarihinin yazılmasında yarar vardır. Zira internetteki belgeler sabit değildir. Sayfanın koyucusu tarafından değiştirilebilmektedirler. O nedenle o belgeye ulaşılan tarihin belirtilmesi ihmal edilmemelidir.

Aynı Kaynağa Tekrar Atıf.- Biz tekrar atıfta, yazarın soy isminden sonra, "adı geçen eser" anlamında *op. cit.*, kısaltmasının kullanılmasını öneriyoruz. *Op. cit.* Latince "*opus citatum*" ve "*opere citato*"nun kısaltması olup "zikredilen

eser" anlamına gelir. *Op. cit.* yerine "adı geçen eser" kelimelerinin kısaltması olarak *a.g.e.* de kullanılabilir. Örneğin dipnotta

Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 18. Baskı, 2018, s.33.

şeklinde bir atıf yaptıktan ve araya başka kaynak girdikten sonra aynı kaynağa tekrar atıf yapmak gerekirse şöyle atıf yapılır:

Özbudun, *op. cit.*, s.34.

"Özbudun, *op. cit.*, s.34." şeklindeki bu atıf Ergun Özbudun'un yukarıda bir dipnotta zikredilen eserinin 34'üncü sayfasına atıf yapıldığını gösterir. Söz konusu eserin ismi ve yayın yeri, yayınevi ve yayın yılı, dipnotlarda yukarıya doğru çıkılarak bulunabilir veya çalışmanın sonundaki "bibliyografya"ya bakarak öğrenilebilir.

Araya başka atıf girmeden aynı kaynağa yapılan ikinci atıfta ise "*Ibid.*, s." Kısaltması kullanılır. "*Ibid.*" Latince "aynı" anlamına gelen "*ibidem*"in kısaltılmış halidir. Eğer yine bir üst dipnottaki sayfaya atıf yapılıyorsa sadece *Ibid.* kısaltması kullanılır. Örnek:

1. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 18. Baskı, 2018, s.33.
2. Yüksel Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2008, s.76.
3. Özbudun, *op. cit.*, s.34.
4. *Ibid.*, s.38.
5. *Ibid.*

Eğer çalışmada, bir yazarın birden fazla kitabı veya makalesi kullanılıyorsa, yazarın hangi kitap veya makalesine atıf yapıldığının anlaşılabilmesi için, tekrarlayan atıflarda da yazarın soyadından sonra, ama "*op. cit.*, s." kısaltmasından önce, kitap veya makalenin başlığının tamamını veya başlık çok uzun ise başlığın üç-dört kelimesi yazılır. Örnek:

Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.45.

Bibliyografya.- Atıf usûllerine ilişkin son olarak şunu belirtelim: Haliyle, dipnotlarda geçen bütün kaynakları, ödevin veya makalenin sonunda bir de yazarların soyadına göre alfabetik olarak sıralamak gerekir. Bu sıralamaya "bibliyografya" denir.

Bibliyografyada yazarların soyadları, ön adlarından önce gelir ve virgülle ayrılır. Örnek:

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 18. Baskı, 2018.

Biz, görünüş açısından bibliyografyada yazarın soyadının büyük harfle yazılmasını ve önadının da parantez içine alınmasının daha uygun olduğunu düşünüyoruz: Örnek:

ÖZBUDUN (Ergun), *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 18. Baskı, 2018. ■

Bölüm 2
YAKLAŞIM BİÇİMLERİ VE KONU

PLÂN
I. Yaklaşım Biçimleri
  A. Felsefî Yaklaşım Biçimi
  B. Dogmatik Yaklaşım Biçimi
  C. Hukukun Genel Teorisi Yaklaşım Biçimi
II. "Hukuka Giriş" Yerine "Hukukun Genel Teorisi"
III. Bu Kitabın Konusu

Öncelikle belirtelim ki, bu konuda yazılmış ders kitaplarının ismi üzerinde uzlaşma yoktur. Bu tür kitaplara "hukuka giriş", "hukuk başlangıcı", "hukuk bilimine giriş", "temel hukuk", "hukukun temel kavramları", "genel hukuk bilgisi" gibi isimler konulmaktadır. Biz en yerleşik olarak gördüğümüz "hukuka giriş" ismini tercih ettik.

I. YAKLAŞIM BİÇİMLERİ

Mevcut hukuka giriş kitapları incelendiğinde, konuların seçiliş ve işleniş tarzı açısından başlıca iki eğilim görülmektedir: Felsefî yaklaşım biçimi ve dogmatik hukuk yaklaşımı biçimi.

A. FELSEFÎ YAKLAŞIM BİÇİMİ

Felsefî yaklaşım biçimi, esas itibarıyla hukuk felsefecisi olan hocaların yazdıkları hukuka giriş kitaplarında görülür. Bu kitaplarda daha ziyade hukuk felsefesi konuları incelenir. Klasik hukuka giriş konuları incelense de, bu konuların incelenmesinde hâkim olan düşünce tarzı felsefîdir.

Felsefî yaklaşım tarzının en tipik örnekleri Orhan Münir Çağıl[1] ve Vecdi Aral'ın[2] ders kitaplarında görülür. Bu yazarların işledikleri konular aslında hukuk felsefesi kitaplarında bulunabilir. Daha yumuşak bir felsefî yaklaşım ise Adnan Güriz'de[3] gözlemlenir. Bu yazar esas itibarıyla klasik hukuka giriş konularına sadık kalmakla birlikte, kitabının dördüncü bölümünü hukuk

1. Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Birinci Kitap, İkinci Baskı, 1963, *passim*.
2. Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 2. Bası, 1975, *passim*.
3. Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Siyasal Kitabevi, Altıncı Bası, 1997, *passim*.

akımlarına ayırmıştır. Bu yaklaşım tarzına Selahattin Keyman[4] ve Erdoğan Göğer[5]'i de dahil edebiliriz.

Hukuka giriş dersinde felsefî yaklaşım tarzının benimsenmesi gerektiği Orhan Münir Çağıl tarafından açıkça savunulmuştur. Çağıl, kitabında "hâkim tefekkür tarzının *felsefî*" olduğunu belirttikten sonra şöyle demektedir: "Hukuk başlangıcı, *hukuka felsefî* bir giriştir; bir *felsefî hukuk başlangıcı*dır"[6]. Çağıl'a göre, "hukuk başlangıcına hâkim tefekkür tarzı" felsefî olmalıdır; zira yazar, "hukukun iç âlemi" ve "hukukun dış âlemi" şeklinde bir ayrım yapmakta, dış âlemde kanunların, iç âlemde ise hukukî değerlerin, yani adalet ve hürriyet idelerinin bulunduğunu ileri sürmektedir. Hukukun iç âlemi, dış âleminde gerçekleşmek ister. Keza hukukun dış âlemi de, hukukun iç âleminde "huzura kavuşmak ister". Dolayısıyla iç ve dış âlem bir bütün oluşturur. Hukukun dış cephesinde hâkim olan pozitif-dogmatik yaklaşım tarzı iç âlemi aydınlatamaz. O hâlde hukukun iç âlemini, manevî, fikrî cephesini incelemek gerekir[7]. Bu da felsefî bir yaklaşımla yapılabilir. Hukuka giriş dersinin görevi de budur.

Eleştiri.- Kanımızca hukuk olgusunu anlamak için hukuka felsefî açıdan yaklaşmakta da büyük yarar vardır. Ancak hukuk felsefesi değerler âleminde faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü değerlendirmedir. Hukuk felsefesi olan değil, olması gereken ile uğraşır. Hukuk felsefesi yaklaşımıyla "olan" âleminde bulunan hukuk olgusu ve hukuk düzeni anlaşılamaz.

Diğer yandan eğer hukuka giriş dersi felsefî yaklaşımla işlenecekse, hukuka girişin hukuk felsefesinden ne farkı olduğu hâliyle sorulabilir. Zaten hukuk fakültesi öğrencileri hukuk felsefesi dersini izleyen yıllarda ayrıca göreceklerdir. Bu nedenle hukuk fakültelerinde felsefî yaklaşımlı hukuka giriş dersinin okutulması anlamsız ve gereksizdir.

İktisadî ve idarî bilimler fakültelerinde ise felsefî yaklaşımla bu dersin okutulması, bizatihi bu dersin bu fakültelerdeki varlık sebebine aykırı olur. Zira bu fakültelerde okutulan bu dersin amacı, hukukun metafizik sorunlarını tanıtmak değil, onun ne olduğu hakkında fikir vermektir.

---

4. Selahattin Keyman, *Hukuka Giriş ve Metodolojisi*, Ankara, Doruk Yayınları, 1981, *passim*. Selahattin Keyman'ın hukuka giriş konusundaki ikinci kitabının *(Hukuka Giriş*, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 1997), 1 ila 24'üncü sayfaları arasında hukuk normu ve hukuk düzeni gibi hukukun genel teorisi konuları incelenmiştir. Kitabın 24 ila 164'üncü sayfaları arasında ise, hukuk kurallarının anlam ve zaman bakımından uygulanması, hukukun kaynakları, hukukî fiiller, hukukî işlemler, haklar gibi dogmatik ağırlıklı klasik hukuka giriş konuları açıklanmıştır. Bu kitabın geri kalan kısmının (s.164-256) konusunu ise tabiî hukuk, hukukî pozitivizm ve sosyolojik hukuk anlayışları oluşturmuştur. Selahattin Keyman'ı yukarıdaki iki yaklaşım tarzından belirli ölçüde uzak ve hukukun genel teorisi yaklaşım biçimine kısmen yakın bir yazar olarak görmek daha uygun olur.
5. Göğer'in hukuka giriş kitabı iki cilttir. İkinci cildindeki yaklaşım tarzı tamamıyla felsefîdir. Erdoğan Göğer, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Ankara, AÜHF Yay., 1976, cilt 2, *passim*.
6. Çağıl, *op. cit.*, s.VIII. 7. *Ibid.*, s.VIII-IX.

B. DOGMATİK YAKLAŞIM BİÇİMİ

Hukuka giriş kitaplarında görülen ikinci yaklaşım tarzı ise, dogmatik yaklaşım biçimidir. *Hukuk dogmatiği,* belli bir konuda, belli bir ülkede, belli bir zamanda yürürlükte olan pozitif hukuk kurallarının anlamı, içeriği ve uygulanması ile ilgili sistematik açıklamalardır[8]. Anayasa hukuku, idare hukuku, medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku gibi çeşitli hukuk disiplinleri hukuk dogmatiğini oluşturur. Aslında belli bir alanda yapılan hukuk dogmatiği çalışmasının dahi, büyük zamana ve emeğe ihtiyacı vardır. Herhangi bir hukuk dalında, örneğin anayasa hukuku alanında, yahut borçlar hukuku alanında yazılmış en kısa dogmatik hukuk kitabı 300-400 sayfadır. Bir hukuka giriş kitabı çerçevesinde, 10-15 hukuk dalına ilişkin bir bütün hukuk dogmatiği çalışması yapmak, hacim bakımından hâliyle imkânsız bir çalışmadır. Böyle bir hukuka giriş kitabının birkaç bin sayfa olması gerekir. Bu hacimde bir hukuka "giriş" kitabı yazılamayacağından, bu yöntemi benimseyen yazarlar, kaçınılmaz olarak, konularını özet bir şekilde ve çoğunlukla da üstünkörü bir tarzda işlemektedirler. Aslında bu tarz yaklaşım biçimine dogmatik yaklaşım biçimi değil, "hukuk dogmatiği özeti" denmesi daha uygun olur. Keza bu tür hukuka giriş kitaplarına "hukuka giriş" yerine "hukuk özeti" ismi verilmelidir. Şüphesiz ki hukuka giriş dersinin amacı, hukukun özetini vermek değildir.

Gerçekten de bu yaklaşım tarzını benimseyen yazarların kitaplarında hukuk dogmatiğinin değişik dallarının özeti bulunmaktadır. Örneğin Necip Bilge'nin Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yıllarca ders kitabı olarak okutulmuş olan toplam 256 sayfalık *Hukuk Başlangıcı*[9] kitabında, 136 sayfa boyunca medenî hukukun, ticaret hukukunun, devletler özel hukukunun, anayasa hukukunun, idare hukukunun, ceza hukukunun, medeni usûl hukukunun, ceza usûl hukukunun, idarî yargının, genel kamu hukukunun, devletler kamu hukukunun, malî hukukun, iş hukukunun özeti verilmektedir[10].

Yine Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde bir zamanlar ders kitabı olarak okutulan Erdoğan Göğer'in 280 sayfalık *Hukuk Başlangıcı* kitabının birinci cildinin 175 sayfası değişik hukuk dallarının özetinden ibarettir[11].

---

8. Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu,* Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s.2; Aulis Aarnio, "Dogmatique juridique", *in* André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* Paris, L.G.D.J., 2. Baskı, 1993, s.106; Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü,* Ankara, AÜSBF Yayınları, 1982, s.5.
9. Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları,* Ankara, Turhan Kitabevi, Dokuzuncu Baskı, 1994, s.120-256.
10. *Ibid.*, s.120-256.
11. Göğer, *op. cit.*, c.I, s.105-280.

Keza İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Bilge Umar'ın 385 sayfalık *Hukuk Başlangıcı* kitabının aşağı yukarı tamamı, dogmatik hukukun özetinden oluşmaktadır[12].

Diğer yandan Konya Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyeleri (Atar, Ayan, Karahan, Sümer, Arslan, Ulukapı) tarafından hazırlanmış ve muhtemelen bu Hukuk Fakültesinde ders kitabı olarak okutulan *Hukuk Bilimine Giriş* isimli 320 sayfalık kitabın 220 sayfası pozitif hukukun çeşitli bölümlerinin özet olarak tanıtılmasına ayrılmıştır[13].

Diyarbakır Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Hasan Tahsin Fendoğlu tarafından yazılmış 189 sayfalık *Hukuk Bilimine Giriş* isimli kitap da büyük ölçüde dogmatik hukukun özeti görünümündedir[14]. Fendoğlu'nun kitabında dikkati çeken bir nokta ise, 189 sayfalık kitapta, "mülkiyet" konusuna 22 sayfa, "insan hakları" konusuna 30 sayfa ayrılmasıdır. Mülkiyet ve insan hakları konusunun hukuka giriş dersinde bulunup bulunmaması bile tartışılması gereken bir sorun iken, bu iki konuya yazarın neden bu kadar çok yer ayırdığını anlamak güçtür.

Siyasal bilgiler fakülteleri ile iktisadî ve idarî bilimler fakültelerinde okutulan hukuka giriş kitaplarında, bu dogmatik hukuk özeti eğilimi daha da baskın olarak görülmektedir. Örneğin Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyelerinden A. Şeref Gözübüyük tarafından yazılan ve bu alanda klasik hâle gelen ve 10. Baskısını 1996 yılında yapmış olan 207 sayfalık *Hukuka Giriş* kitabının 81 ila 201'inci sayfaları arasında işlenen konular hep dogmatik hukukun değişik konularının özetinden ibarettir[15].

İktisadî ve idarî bilimler fakültelerinde yaygın olarak kullanılan diğer bir kitap da beşinci baskısını 1996 yılında yapmış bulunan Şanal Görgün'ün *Hukukun Temel Kavramları* kitabıdır. 241 sayfalık bu kitabın 175 sayfalık kısmı, tamamıyla pozitif hukukun değişik dallarının özetinden ibarettir[16].

Hukuk dogmatiği özeti yaklaşım tarzının en tipik temsilcisi, kanımca, Turgut Akıntürk'tür. Yazarın Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi için hazırladığı 384 sayfalık *Temel Hukuk* isimli eserinin ilk 17 sayfası dı-

12. Bilge Umar, *Hukuk Başlangıcı*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, *passim*.
13. Atar *et alii*, *Hukuk Bilimine Giriş*, Konya, Mimoza Yayınları, Üçüncü Baskı, 1997, s.91-220. (Editörler: Haluk Hadi Sümer ve Ömer Ulukapı; Yazarlar: Yavuz Atar, Mehmet Ayan, Sami Karahan, Haluk Sadi Sümer, İbrahim Arslan, Ömer Ulukapı).
14. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Hukuk Bilimine Giriş*, İstanbul, Filiz Kitabevi, İkinci Baskı, 1997, 190 s. Örneğin şu sayfalara bkz. 84-108; 148-159; 160-189.
15. A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, 1996, *passim*.
16. Şanal Görgün, *Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş Beşinci Baskı, 1996, s.67-237.

şında tümü pozitif hukukun değişik dallarının özetinden ibarettir[17]. Bu eser medeni hukuk ağırlıklıdır ve aslında yazarın *Medenî Hukuk*[18] ve *Borçlar Hukuku*[19] isimli kitaplarının biraz kısaltılmış hâlidir[20].

Eleştiri.- Hukuk dogmatiği özeti yaklaşımı tamamen eleştiriye açıktır:

1. Bir kere, bu yaklaşım tarzıyla ele alınmış "hukuka giriş" dersinin, diğer hukuk derslerinden farklı, kendisine has hiçbir konusu kalmaz. Bu yaklaşım tarzında diğer hukuk derslerinde işlenmeyip de, hukuka giriş dersinde işlenen bir konu yoktur.

2. Bu hukuk dogmatiği özeti yaklaşım biçiminde işlenen hukuka giriş dersi, hukuk fakülteleri için tamamen gereksiz ve abestir. Çünkü hukuk fakültesi öğrencileri özet olarak gördükleri dogmatik hukuku dört yıl boyunca zaten ayrıntılarıyla göreceklerdir.

3. Hukuk dogmatiği özeti yaklaşım biçimi iktisadî ve idarî bilimler fakülteleri için belirli oranda mazur görülebilir. Özellikle iktisat ve işletme bölümlerinde çok az hukuk dersi vardır. Ancak bu bölümlerde dahi işletme hukuku, ticaret hukuku gibi dersler mevcuttur.

4. Ancak, iktisadî ve idarî bilimler fakülteleri kamu yönetimi, uluslararası ilişkiler, maliye, çalışma ekonomisi bölümleri için de dogmatik hukuk özeti yaklaşımı ile işlenen bir hukuka giriş dersi büyük ölçüde gereksizdir. Zira bu bölümlerde, anayasa hukuku, idare hukuku, vergi hukuku, medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku, vatandaşlık hukuku, iş hukuku, uluslararası hukuk gibi birçok hukuk dersi okutulmaktadır. Örneğin Uludağ Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi bölümünde hukuka giriş dersinden başka (yıl sırasıyla), anayasa hukuku, medeni hukuk, borçlar hukuku, vatandaşlık hukuku, idare hukuku, idari yargı, Türk anayasa düzeni, vergi hukuku, sosyal güvenlik hukuku, iş hukuku, ticaret hukuku dersleri okutulmaktadır. Dolayısıyla kamu yönetimi bölümünde hukuka giriş dersinde öğrencilerin izleyen yıllarda ayrıntılarıyla göreceği değişik hukuk derslerinin bir özetini vermenin bir gereği yoktur. Aynı şey uluslararası ilişkiler, maliye ve çalışma ekonomisi bölümleri için de büyük ölçüde söylenebilir.

---

17. Turgut Akıntürk, *Temel Hukuk*, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları, 4. Baskı, 1992, s.17-383. Ancak bu kitabın ismi 2000'li yıllarda "Hukuka Giriş" olarak değiştirilmiştir: Turgut Akıntürk, *Hukuka Giriş*, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları, 7. Baskı, 2007.
18. Turgut Akıntürk, *Medenî Hukuk*, Ankara, Savaş Yayınları, Beşinci Basım, 1994, *passim*.
19. Turgut Akıntürk, *Borçlar Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınları, Beşinci Basım, 1994, *passim*.
20. Yazarın tavrı büyük ölçüde meşru görülebilir. Zira verdiği ders, asıl itibarıyla iktisat ve işletme bölümleri içindir. Bu bölümlerde ticaret hukuku ve borçlar hukuku dışında genellikle başka hukuk dersleri yoktur. Zaten bu kitabın 1990'lı yıllardaki ismi de "hukuka giriş" değil, "Temel Hukuk" idi.

O hâlde hukuk dogmatiği özeti yaklaşımı ile hukuka giriş kitabı yazmanın, iktisat ve işletme bölümleri bir yana bırakılırsa, ne gereği ne de yararı vardır. İktisat ve işletme bölümleri için de hukuka giriş kitabı yazılacaksa, buna "hukuka giriş" ismi değil, "temel hukuk" veya "hukukun temel kavramları"[21] ismi konmalıdır.

Görüldüğü gibi hukuka giriş dersinde hem felsefî yaklaşım, hem de hukuk-dogmatiği özeti yaklaşımı kabul edilemez. Aslında hukuka yaklaşım konusunda, hukuk felsefesi ve hukuk dogmatiği dışında, bir yaklaşım biçimi daha vardır: Hukukun genel teorisi yaklaşımı.

C. HUKUKUN GENEL TEORİSİ YAKLAŞIM BİÇİMİ

Hukukun genel teorisi, hukukun içeriğini değil, hukukun normatif yapısını açıklayan ve tasvir eden pozitif bir bilimdir. Hukukun genel teorisi bir yandan hukuk dogmatiğinden, bir yandan da hukuk felsefesinden ayrılır.

1. Hukukun Genel Teorisi, Hukuk Dogmatiğinden Farklıdır.- Hukuk dogmatiği, belli bir ülkede belli zamanda yürürlükte bulunan hukuk kurallarının belli bir konuya ilişkin olanlarının anlam ve içeriği ile ilgili sistematik açıklamalarda bulunur. Hukukun genel teorisi ise aynı konuyu belli bir ülkenin pozitif hukuk kurallarından ve bunların uygulanmasına ilişkin sorunlardan bağımsız olarak, genel düzeyde ele alır. Hukukun genel teorisi, hukukun içeriğini değil, hukukun normatif yapısını, biçimsel yapısını inceler. Hukuk dogmatiği belirli bir hukuk düzenini incelerken, hukukun genel teorisi, bütün hukuk düzenleri için geçerli, genel, soyut ve evrensel düzeyde açıklamalarda bulunur.

2. Hukukun Genel Teorisi, Hukuk Felsefesinden de Farklıdır. Hukukun genel teorisi hukukun normatif yapısını açıklayan ve tasvir eden pozitif bir bilimdir. Değerler arasında tercih yapmaz. Buna karşılık hukuk felsefesi, ahlaki ve ideolojik bir tavır takınarak en iyi hukuk olarak kabul ettiği şeye göre hukuk olgusunun normatif bir analizini yapar[22].

Hukuk felsefesi değerler âleminde faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü değerlendirmedir. Hukukun genel teorisi ise kavramlar alanında faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü ise teorik önermelerdir[23].

---

21. Örneğin bizim iktisadî ve idarî bilimler fakültesi öğrencileri için yazdığımız hukuka giriş kitabı "hukukun temel kavramları" ismini taşımaktadır. Bkz.: Kemal Gözler, *Hukukun Temel Kavramları,* Bursa, Ekin, 14. Baskı, 2016.
22. Marc Van Hoecke, "Théorie générale du droit", *in* André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* Paris/Bruxelles, L.G.D.J./ Story-Scienta, 2'nci Baskı, 1993, s.418.
23. Zeki Hafızoğulları, "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt XXXV, 1978, sayı 1-4, s.236.

Jean-Louis Bergel'in belirttiği gibi, hukukun genel teorisi, hukuku metafizik olarak algılayan hukuk felsefesinden net olarak ayrılır. Hukukun genel teorisi hukuk sistemlerinin gözleminden, bu sistemlerin daimi unsurlarının araştırılmasından hareketle bu sistemlerin temel yapılarına, tekniklerine ve kavramlarına ulaşmaya çalışır. Hukuk felsefesi ise, hukuktan ziyade felsefedir. Hukukun metafizik anlamını keşfetmek, özüne ulaşmak, onun izlemesi gereken değerleri bulmak için onun teknik cihazından arındırılması gerektiğini savunur. Şüphesiz tarih boyunca büyük filozoflar hukuk ile ilgilenmişlerdir. Ama onlar hukukun ne *olduğundan* ziyade, ne *olması gerektiği* ile meşgul olmuşlardır. Hukukun genel teorisi ise, hukukun ne *olması gerektiğini* değil, ne *olduğunu* inceler[24].

Diğer bir anlatımla, hukukun genel teorisi, her ne kadar "genel" olsa da yine "hukuk"tan hareket eder. Oysa hukuk felsefesi, hukuktan değil, felsefeden hareket eder; o daha ziyade "hukuk" üzerine bir "felsefe"dir[25].

II. "HUKUKA GİRİŞ" YERİNE "HUKUKUN GENEL TEORİSİ"

Kanımızca hukuka giriş derslerinde, yaklaşım biçimi olarak, felsefî yaklaşım veya hukuk dogmatiği yaklaşımı değil, hukukun genel teorisi yaklaşım biçimi benimsenmelidir. Böyle olunca hukuka giriş, ne hukuk felsefesinin, ne de hukuk dogmatiğinin bir tekrarı olacaktır.

Ayrıca hukukun genel teorisi ile mücehhez olan öğrenciler, hukuk olgusunun karmaşıklığını bir bütün ve sistem içinde kavrayacaklardır. Hukukun genel teorisinin kavramları sayesinde hukukî yapı, kurum ve kavramları daha kolay anlayacaklardır. Öğrenciler hukuk dogmatiğinin içini doldurduğu bütün kurum ve kuralları bir yapı olarak, bir biçim olarak, hukukun genel teorisinde zaten öğrenmiş olacaklardır. Figüratif bir ifadeyle, hukukun genel teorisinde öğrenciler bardağın nasıl yapıldığını, biçimini, bardağın yapısını öğrenecekler; hukuk dogmatiğinde ise bu bardağın içinin neyle doldurulduğunu göreceklerdir. Hukukun *yapısını* (hukukun genel teorisi) bilmeden bu yapının içinde bulunan *kurallar* (hukuk dogmatiği) hakkında bilgi sahibi olmak pek mümkün değildir; hatta uygun da değildir. Yapı hakkında fikir sahibi olmadan, tüm dikkatin yapının içine verilmesi, yapının içi hakkında da yanlış bilgiler edinilmesine yol açabilir. Örneğin bir deponun çatısının yağmura ve sıcağa karşı ne derece etkili olduğunu bilmeden, o deponun içinde hangi tür maddenin saklanmasının uygun olacağına isabetli olarak karar verilemez. Güneşe ve sıcağa karşı korunaklı olmayan bir depoda, sırf bu deponun iç hacmine bakılarak şeftali saklanması durumunda yanlış bir karar verilmiş olur. Görüldüğü gibi içeriksel bir bakış açısı tek başına yetersizdir.

---

24. Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989, s.4-5.
25. *Ibid.*, s.5.

Hukuk alanında içeriksel bakış açısı kişiyi kaçınılmaz olarak değer yargıları alanına, ideolojiler alanına götürür. Türk hukuk eğitimi felsefî yaklaşım ile dogmatik yaklaşım arasına hapsolmuştur. Birisi doğrudan değerlerle uğraşır; öbürü ise içeriğin doldurulmasıyla ilgilidir. Her iki yaklaşım biçimi de içeriksel ve ideolojiktir. Aslında Türk hukuk eğitimi alanında karşılaştığımız ideolojik saplantıların nedenlerinden biri de hukuk eğitiminde hukukun genel teorisi yaklaşımının yokluğudur. Değişik ideolojilere sahip insanlar, içerik hakkında uzlaşamasa da yapı hakkında uzlaşabilirler; hatta uzlaşmak zorunda kalırlar. Zira şerbet ikram edecek kişinin de, şarap ikram edecek kişinin de, zehir ikram edecek kişinin de bir bardağa ihtiyacı vardır. İşte hukukun genel teorisi, şerbeti, şarabı veya zehri değil, bardağı inceler.

İşte bu nedenlerle, kanımızca, "hukuka giriş" derslerinde, "hukukun genel teorisi" okutulmalıdır. Hatta bu dersin adını da değiştirip "hukukun genel teorisi" ismini koymak gerekir. Keza, bu alana kendisini vermiş uzmanların yetişebilmesi için bu ad altında, hukuk fakültelerinde, bir bağımsız anabilimdalı ihdas edilmelidir.

KUTU 2.1: Fıkıh Usûlü.- Türkiye'de hukuk devriminden önceki dönemde hukuk fakültelerinde (=medreselerde, Mekteb-i Hukukta, Mekteb-i Kuzatta, Darülfunun Hukuk Şubesinde) hukukun genel teorisi içine giren çalışmalar "fıkıh usûlü (usûl-ü fıkıh)" dersinde okutulmaktaydı. Keza hukukun genel teorisinin en önemli konularından biri olan yorum sorunu ise bu dönemde "tefsir ilmi" adı altında ayrı bir bilim dalı olarak incelenirdi. Kendisi de Mekteb-i Kuzat mezunu olan Ali Himmet Berki (1883-1976), hukuk inkılabından sonra "usûl-ü fıkıh" dersinin hukuk fakültelerinden çıkarıldığından, fakat bunun yerini dolduracak bir kürsü ihdas edilmediğinden haklı olarak yakınmaktadır[26]. Hukuk devriminden sonraki dönemde hukuk fakültelerinde "hukuka giriş" derslerinde hukukun genel teorisine giren bazı konulardan, örneğin yorumdan bahsedilirse de *"bu şöylece bir konuya temastan ibarettir"*[27]. İslam hukuk öğreniminde temel yer teşkil eden "fıkıh usûlü" aslında tamamen bir "hukukun genel teorisi"dir. Örnek fıkıh usûlü kitapları için bkz.: Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1968, 8 cilt, özellikle Cilt 1; Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukuku Metodolojisi: Fıkıh Usûlü*, Çeviren Abdülkadir Şener, Ankara, Fecr Yayınevi, 1994.

* * *

Yukarıda Türkiye'de hukuk fakültelerinde, bağımsız bir hukukun genel teorisi anabilimdalının kurulması gerektiğini söyledik. Ancak Türkiye'de "hukuka giriş"ten "hukukun genel teorisi"ne geçişi sağlayacak fikrî birikim henüz oluşmamıştır. Hukukun genel teorisi dersini okutabilecek hocaların olup olmadığı sorunu bir yana, Türkçede hukukun genel teorisi dersinde öğrencilerin yararlanabileceği bir genel eser henüz yazılmış değildir.

26. Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948, s.4
27. *Ibid.*

Ceza hukuku alanında, *Ceza Normu* başlığını taşıyan, Zeki Hafızoğulları tarafından yazılmış mükemmel bir hukukun genel teorisi çalışması vardır[28]. Zeki Hafızoğulları'nın bu çalışması, Türk hukuk literatüründe hukukun genel teorisi gerçek anlamıyla yapılmış ilk çalışmadır. Hukukun genel teorisi derslerinde Zeki Hafızoğulları'nın kitabından büyük ölçüde yararlanılabilir. Ne var ki Hafızoğulları'nın kitabının tek başına, bu alanda ders kitabı ihtiyacını karşılayacak nitelikte olduğunu söylemek oldukça güçtür. Zira kitap esas itibarıyla "ceza normu" üzerinedir ve kitabın başlığına bakılırsa, zaten yazarın bir "genel eser" yazma gibi bir düşüncesinin de olmadığı görülür.

Hukukun genel teorisi alanındaki bu boşluk, Zeki Hafızoğulları'nın açtığı yoldan giderek, kısmen de olsa tarafımızdan doldurulmaya çalışılmıştır. 1998 yılında yayınlanan *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu* başlıklı çalışmamız tamamen genel anlamda bir hukukun genel teorisi çalışmasıdır. Ne var ki bizim çalışmamız da hukukun genel teorisi alanında tüketici olmaktan uzaktır. Hukukun genel teorisinin incelediği konulardan sadece birkaç tanesi (*geçerlilik, müeyyide, örf ve âdet hukuku, uluslararası hukuk ve yorum*) seçilmiş ve incelenmiştir. Şüphesiz bu konular, hukukun genel teorisinin en önemli konularıdır. Ancak hukukun genel teorisinin incelediği daha pek çok sorun vardır. Bizim kitabımızda bu sorunlara değinilmemiştir. O nedenle, bizim kitabımızın da, hukukun genel teorisi anlamında bir hukuka giriş dersinde tek başına kaynak ders kitabı olması beklenemez.

Dileğimiz, Zeki Hafızoğulları'nın başlattığı yolda devam edilmesidir. Hukukun genel teorisi alanında eserlerin bir an önce Türk hukuk öğrencilerinin ve hukukçularının kullanımına sunulması gerekir.

III. BU KİTABIN KONUSU

"Hukuka Giriş" başlığını taşıyan bu kitabımızın "hukukun genel teorisi" kitabı olmadığı ortadadır. Bu çalışmamız, hukuka giriş konusunda klasik doktrinin ulaştığı kavram, kurum, ilke, sistem ve açıklamaları içerir. Yeni tartışmalara çoğunlukla girmez. Amacı klasik doktrini yansıtmaktan ibarettir. Bu hâliyle, bu kitabımızın amacı, hukuka yeni başlayanlara, klasik doktrinin hukuka giriş konusunda ulaştığı bilgileri derli toplu olarak aktarmaktan ibarettir.

---

28. Zeki Hafızoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1987; Zeki Hafızoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, US-A Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, 1996 (Hafızoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, şeklindeki atıflarımız bu ikinci baskıyadır).

Kitabımız yirmi iki bölümden oluşmaktadır. Her bölümde bağımsız bir konu işlenmiştir. Bu bölümler şunlardır:

Bölüm 1: Hukukun Bilgi Kaynakları ve Atıf Usûlleri
Bölüm 2: Yaklaşım Biçimleri ve Konu
Bölüm 3: Beşerî Davranış Kuralları
Bölüm 4: Hukukla İlgili Bazı Kavramlar
Bölüm 5: Hukukun Kısımları
Bölüm 6: Yargı Örgütü
Bölüm 7: Hukuk Sistemleri
Bölüm 8: Hukukun Kaynakları
Bölüm 9: Normlar Hiyerarşisi
Bölüm 10: Hukukun Temeli Hakkında Görüşler
Bölüm 11: Kanunlaştırma
Bölüm 12: Hukuk Kurallarının Çeşitleri
Bölüm 13: Hukuk Kurallarının Yer ve Zaman Bakımından Uygulanması
Bölüm 14: Yorum
Bölüm 15: Çeşitli Yorum İlkeleri
Bölüm 16: Hukukta Akıl Yürütme: Kıyas, Aksiyle Kanıt ve Evleviyet
Bölüm 17: Hukuk Kurallarının Arasında Çatışma Sorunu
Bölüm 18: Hâkimin Hukuk Yaratması ve Takdir Yetkisi
Bölüm 19: Hukuk Kurallarının Müeyyidesi
Bölüm 20: Adalet Kavramı
Bölüm 21: Hak Kavramı
Bölüm 22: Hukukî Olaylar, Fiiller ve İşlemler
Bölüm 23: Yargı Fonksiyonu ve Organı

Bu konulardan görüldüğü gibi, biz olabildiği ölçüde, hukuk felsefesi ve hukuk dogmatiği yaklaşım biçimlerinden uzak durmaya çalıştık. Kitabımızda hukuk felsefesi sorunlarına zaman zaman değinilse de, bu sorunlar bağımsız olarak tartışılmamıştır. Keza, kitabımızda yukarıda açıkladığımız nedenlerle hukuk dogmatiğinin anayasa hukuku, idare hukuku, medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku gibi çeşitli dallarının özetleri yoktur. Kitapta incelenen kavram, kurum ve ilkelerin çoğunluğu sadece medenî hukuk, anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukuku gibi hukuk dogmatiğinin belirli bir dalı için değil, tüm dalları için genel olarak geçerlidir. ■

Bölüm 3
BEŞERÎ DAVRANIŞ KURALLARI

PLÂN:
I. Kuralların Önemi
II. Beşerî Davranış Kurallarının Ortak Özellikleri
III. Hukuk Kuralları
IV. Din Kuralları
V. Ahlâk Kuralları
VI. Görgü Kuralları
VII. Örf ve Âdet Kuralları
VIII. Beşerî Davranış Kurallarının Ortak Fonksiyonu
IX. Haydut Çetesi Kuralları Üzerine Bir Not

İnsan davranışları, hukuk, din, ahlâk, görgü, örf ve âdet kuralları gibi çeşitli kurallar ile düzenlenmiştir. Bunlara biz kısaca "beşerî davranış kuralları (*rules of human behavior*)"[1] diyoruz.

Beşerî davranış kurallarını tek tek görmeden önce, genel olarak "kurallar"ın önemini ve beşerî davranış kurallarının ortak özelliklerini görelim:

I. KURALLARIN ÖNEMİ: NON SUB HOMINE, SED SUB LEGE

Georges Burdeau, "*insan, insana itaat etmemek için devleti icat etti*" diyor[2]. Biz de Burdeau'dan esinlenerek, "*insan, insana itaat etmemek için kuralları icat etti*" diyebiliriz.

İnsanın insana itaat etmesi dünyanın en kötü şeyidir. İnsanın insana itaat etmesi keyfilik demektir. M. Ö. birinci yüzyılda yaşamış, kendisi de azat edilmiş bir köle olan düşünür Publilius Syrus, "*miserrimum est arbitrio alterius vivere* (en büyük sefalet, başkalarının iradesine bağlı olarak yaşamaktır)" demiştir[3]. Bir ihtimal bir insan gönüllü olarak köle olmayı seçse bi-

1. Bizim burada "beşerî davranış kuralları" dediğimiz şeye yazarların çoğu "sosyal hayatı düzenleyen kurallar", "içtimaî nizam kaideleri", "toplumsal düzen kuralları" gibi isimler vermektedirler (örneğin Bilge, *op.cit.*, s.12-30; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op.cit.*, s.1-16; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op.cit.*, s.10-12; Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1983, s.26-31; Erdoğan Göğer, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Ankara, AÜHF Yayınları, Dördüncü Bası, 1976, Cilt I, , s.18-24; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.1-10; Görgün, *op.cit.*, s.1-16; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.3-9; Fendoğlu, *op. cit.*, s.7-11; Çağıl, *op. cit.*, s.52-70; Aral, *op. cit.*, s.70-85; Sadri Maksudi Arsal, *Hukukun Umumi Esasları*, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937, s.40-74).
2. *L'homme a inventé l'État pour ne pas avoir à obéir à l'homme* (Georges Burdeau'dan aktaran Vlad Constantinesco ve Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, s.12).
3. Publilius Syrus, *Sententiae* (M.Ö. 1. yüzyıl) (*http://www.thelatinlibrary.com/syrus.html*, Erişim Tarihi: 19 Temmuz 2017).

le değişen bir şey olmaz: Sevilen ve her isteği seve seve yerine getirilen efendi, yarın fikrini değiştirebilir ve ona yaranmak için çırpınan köle sopayı yiyebilir.

Oysa insan insana değil, kurallara itaat ederse, herkes kendi davranışını önceden bilinen ve olaydan sonra da değişmeden kalacak olan kurallara göre ayarlayabilir ve böylece kötü sürprizlerle karşılaşmadan güvenli bir şekilde yaşayabilir.

Hukuk, insanın insana değil, insanın kurallara itaat ettiği varsayımına dayanır. Kural ise önceden konulan, ilân edilen ve uygulandıktan sonra geçmişe etkili olarak değiştirilemeyen bir şeydir. Kurallar, içeriğinin iyi ve kötü olmasından bağımsız olarak, insanlara güvenlik sağlar. Kural, içerik olarak ne kadar kötü olursa olsun, önceden konulacağı ve ilân edileceği ve keza uygulandıktan sonra geçmişe etkili olarak değiştirilmeyeceği içindir ki insanlara hukukî güvenlik sağlar. Kuralın muhatapları, kuralın ne olduğunu önceden bilirler ve davranışlarını ona göre ayarlarlar. O nedenle en kötü kural bile keyfilikten iyidir.

Dahası kural dediğiniz şey, sadece kuralın muhataplarını değil, kuralı koyan kişileri de bağlar. Bu ilke, hukuk biliminde Latince olarak "*patere legem quam ipse fecisti*[4] (kendi koyduğun kurala uy)" özdeyişiyle ifade edilir. Bu ilkeye göre, kural koyma yetkisine sahip kişi, kendi koyduğu kuralı yine aynı usûle uyarak ilga edebilir veya değiştirebilir. Ancak bu kişi kendi koyduğu kuralı ilga etmedikçe veya değiştirmedikçe, bu kurala uymak zorundadır; bu kural, o kişiyi de bağlar[5]. Bu ilkenin temelinde "başkalarından yapmasını istediğin şeyi sen de yap" şeklindeki ahlâkî emir bulunur.

Patere legem quam ipse fecisti ilkesi öylesine önemli bir ilkedir ki, bu ilkeye göre şunu söyleyebiliriz: Kötü kalpli bir diktatör tarafından konulan ama kendisi tarafından da uyulan bir kural, halk tarafından seçilen bir yönetici tarafından konulan ama kendisi tarafından uyulmayan bir kurala göre daha iyidir.

Johann Wolfgang von Goethe'nin Faust isimli meşhur trajedisinde Faust ile Mefisto arasında bir anlaşma yapılır. Önce Faust, Mefisto ile anlaşma yapmaya yanaşmaz. Ancak şöyle bir olay olur: Faust ile Mefisto bir odada bulunurlar. Mefisto odadan çıkmak ister; ancak çıkamaz. Faust'a kapıdan dışarı çıkamayacağını söyler. Faust, Mefisto'nun neden kapıdan çıkamayacağını sorar. Mefisto ise kapının eşiğindeki cin ayağı işaretini (pentagram) göstererek, bu işaret yüzünden dışarı çıkamayacağını söyler. Faust da kapıdan içeriye nasıl girebildiğini sorar. O da pentagramın dışarıya bakan çizgisinin iyi çizilmediğini, açık kaldığını, dışarıdan içeri girilebildiğini, ama içeriden

4. René Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15. Baskı, 2001, c.I, s.1012.
5. Jean-Marie Auby ve Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, İkinci Baskı, 1975, c.II, s.347-348.

dışarıya bu işaret yüzünden çıkamayacağını söyler. Faust bu duruma şaşar; Mefisto'ya, onun bir şeytan olduğunu, istediği yerden çıkabileceğini söyleyip, kapıdan çıkamıyorsa neden pencereden veya bacadan çıkmadığını sorar. Mefisto bu soruya şu cevabı verir: "*Biz şeytan ve hayaletlerin de bir kuralı var: Ancak girdiğimiz yerden çıkabiliriz. Girmede serbestiz, ama çıkmada değil*". Bunun üzerine Faust, "*öyle ise, sizinle bir anlaşma yapabiliriz*" der[6].

Bu şu demektir: Yani "kural" denen şey, öylesine önemli bir şeydir ki, kuralı olan kişiyle, bu kişi şeytan bile olsa anlaşma yapılabilir. Yeter ki, bu kurala kendisi de uysun!

Kuralların bu önemi, önceden biliniyor olmalarından ve olay sırasında değişmeyecek olmalarından kaynaklanır. Kuralın bu iki özelliği, kuralın içeriğinden bağımsız olarak, insanlara güvenlik sağlar. Herkes önceden bilinen kurallara göre davranışını ayarlar ve yaptığı eylem ve işlemlerin sonuçlarından yararlanır veya bunlara katlanır.

Kuralların bu fonksiyonunu yerine getirebilmeleri için, önceden herkesçe biliniyor olmaları ve olaydan sonra da değişmemeleri gerekir. Aksi takdirde, kuralların güvenlik sağlayıcı bir fonksiyonu olamaz. Futbol kuralları önceden biliniyor olmasa maç oynanamaz. Keza kurallar maç devam ederken değişiyor olsa maç yine oynanamaz. Dahası kurallar maç bittikten sonra değişirse ve bu değişen kurallar bitmiş maça uygulanırsa maç yapmanın bir anlamı kalmaz. Kazandığı maçı, maçtan sonra değişen kurallar uyarınca kaybeden bir takım artık ya maç yapmak istemez, ya da yapacağı maçta artık kurallara uymak istemez. Gelecek maçta da maç bittikten sonra kuralların tekrar değişmeyeceğini kim garanti edebilir ki?

Aynı şeyleri bütün diğer kurallar ve özellikle de hukuk kuralları için de söyleyebiliriz. Hukuk kurallarının önceden bilinmesi ve olaydan sonra geçmişe etkili olarak değiştirilememeleri, kişilere hukukî güvenlik sağlar. Kuralın içeriği kötü olsa bile, kişiler davranışlarını buna göre ayarlayabilirler.

* * *

İnsanın kurallara değil de insana itaat ettiği yerde hukuk olmaz. İnsanın insana değil, insanın kurallara itaat etmesi gerektiği hususu, 1210-1268 yılları arasında yaşamış büyük İngiliz hukukçu Henry de Bracton tarafından Latince olarak çok veciz bir şekilde şöyle ifade edilmiştir:

> "*Non sub homine, sed sub Deo et lege*[7] (İnsana değil, ama Tanrıya ve kanuna [itaat et][8])".

---

6. J. W. von Goethe, *Faust*, (Çev. Sadi Irmak), İstanbul, İstanbul Kitabevi, 1973, s.60. Keza bkz.: J. W. von Goethe, *Faust* (Anna Swanwick), New York, P.F. Collier & Son, The Harvard Classics, 1909-1914; Kısım I, Satır 1060, 1080-185 (*http://www.bartleby.com/br/01901.html*).
7. Sir Edward Coke bu sözü Bracton'a atfeder (12 *Coke's Reports* 63) (O. John Rogge, "The Rule of Law", *ABA Journal*, Cilt 46, Sayı 9, Eylül 1960, s.981). (https://books.google.com.tr/books?id=z-rAKw2QBL0C&).

Bu söz günümüzde, aşağıdaki fotoğrafta görüldüğü gibi, Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesinin giriş kapısının üstünde kazılıdır[9].



Fotoğraf 2.1: Harvard Hukuk Fakültesi Kütüphanesi (*Kaynak*: http://hls.harvard.edu/library/)

Bu söz şunu diyor: İnsanlar, insanlara değil, Tanrıya ve kanuna itaat etmelidir. Diğer bir ifadeyle, insanlar, insanların değil, Tanrının ve kanunun emri altında yaşamalıdır. Hukuk devletinin bundan daha güzel bir tanımı olamaz.

II. BEŞERÎ DAVRANIŞ KURALLARININ ORTAK ÖZELLİKLERİ

Beşerî davranış kurallarını tek tek incelemeden önce, bu kuralların ortak özelliklerini kısaca görelim.

1. Normatiflik: Emir, Yasak veya İzin.- Bütün beşerî davranış kuralları ya belirli bir şeyin yapılmasını emreder, ya belirli bir şeyin yapılmasını yasaklar, ya da belirli bir şeyin yapılmasına izin veya yetki verir. Diğer bir ifadeyle beşerî davranış kuralları daima, emir, yasak, izin veya yetki içeren kurallardır. Bu emre, yasağa, izne, yetkiye, "olması gereken (alm: *Sollen*)" denir. Beşerî davranış kurallarının bu özelliğine "normatiflik (ing: *normativity;* fr: *normativité*)" denir. Böyle bir emir ve yasak koymayan işlemler, normatiflik unsurundan mahrumdur, bir "kural (ing: *rule,* fr: *norme*)" olamaz.

Hukuk, din, ahlâk, görgü, örf ve âdet kuralları arasında normatiflik bakımından bir fark yoktur. Hepsi normatif niteliktedir. Bunlar bir şeyi emretmekte, yasaklamakta veya bir şeye izin vermektedir. Ahlâk kurallarının sadece emrettiği, yetki vermediği söylenebilir. Bu hususu ahlâk kurallarını incelerken tekrar göreceğiz.

---

8. Latince "*sub*" "altında" demektir. Bu cümle Türkçeye aslına sadık bir şekilde "*insanın altında değil, ama Tanrı'nın ve kanunun altında*" diye çevrilebilir. Nitekim söz konusu cümle İngilizceye yaygın olarak "*not under man, but under God and the law*" şeklinde çevrilmektedir. Ancak biz Bracton'un bu vecizesini "*insana değil, ama Tanrıya ve kanuna itaat et veya tabi ol*" şeklinde çevirmeyi tercih ediyoruz.
9. http://hls.harvard.edu/library/about-the-library/history-of-the-harvard-law-school-library/quotations-in-the-langdell-reading-room/ (Erişim Tarihi: 19 temmuz 2017).

2. Beşerî Davranış Kurallarının Konusu: İnsan Davranışı.- Beşerî davranış kurallarının emrettiği, yasakladığı veya izin verdiği şey, yani beşerî davranış kurallarının konusu (*subject-matter*) daima bir insan davranışıdır[10]. İnsan dışındaki varlıkların davranışlarını düzenleyen kurallar beşerî davranış kuralı değildir. Aşağıda ayrıntılarıyla göreceğimiz gibi hukuk, din, ahlâk, örf ve âdet kuralları hep insan davranışlarını düzenlemektedir.

3. Beşerî Davranış Kurallarının Koyucusu: İnsan İradesi.- Beşerî davranış kurallarının içerdiği emir, yasak veya izin insanlar tarafından konulur. Diğer bir ifadeyle, beşerî davranış kurallarının yaratıcısı "beşerî irade (*human will, volonté humaine*)"dir .

4. Beşerî Davranış Kurallarının Müeyyidesi.- Beşerî davranış kuralları müeyyideye bağlanan kurallardır. "Müeyyide (yaptırım, *sanction*)", kuralı ihlâl edene karşı gösterilen hoş olmayan bir tepkidir. Hangi davranış kuralının nasıl bir müeyyideye sahip olduğunu aşağıda göreceğiz. Şimdilik sadece müeyyideye sahip olmayan bir emrin veya yasağın bir beşerî davranış kuralı olamayacağını söyleyelim.

Aşağıdaki açıklamalarımızda her beşerî davranış kuralı için bu özelliklere tekrar değineceğiz. Şimdi beşerî davranış kurallarını sırasıyla inceleyelim.

III. HUKUK KURALLARI

"Hukuk kuralları (*legal rules, normes juridiques*)"nın ne olduğunu bu kitabın bütününde inceleyeceğiz. Bununla birlikte hukuk kurallarının başlıca özelliklerini kısaca görelim:

A. HUKUK KURALLARININ NORMATİFLİĞİ: EMİR, YASAK VEYA İZİN

Hukuk kuralları anlam olarak her zaman bir "olması lazım gelen şeyi" ifade eder. Hukuk kuralları, ya belirli bir şeyin yapılmasını emreder, ya belirli bir şeyin yapılmasını yasaklar, ya da belirli bir şeyin yapılmasına izin veya yetki verir. Diğer bir ifadeyle hukuk kuralları daima, emir, yasak, izin veya yetki içeren kurallardır. Bu emre, yasağa, izne, yetkiye, hukuk dilinde "olması gereken (*Sollen*)"; hukuk kurallarının bu özelliğine "normatiflik (*normativity*)" denir. Bu anlamda bir "olması gereken" içermeyen, yani emir vermeyen, yasak koymayan, izin veya yetki vermeyen bir önerme, normatif nitelikte değildir, dolayısıyla hukuk kuralı olamaz. Örneğin "bugün hava sıcaktır", "yarın yağmur yağacak", "Türkiye'nin yüzölçümü 780 675 km²'dir", "Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu

10. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, ("Reine Rechtslehre"nin 2. Baskısından Charles Eisenmann Tarafından Yapılan Fransızca Çeviri), Paris, Dalloz, 1962, s.7, 43; Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, (Almancadan Çeviren Olivier Beaud ve Fabrice Malkani), Paris, Presses universitaires de France, 1996, s.37; Hans Kelsen, "Quel est le fondement de la validité du droit?", *Revue internationale de criminologie et de police technique*, juillet - septembre 1956, s.161.

Atatürk'tür" gibi önermeler bir emri, bir yasağı, bir izni veya yetkiyi, kısacası bir "olması gereken"i ifade etmedikleri için, normatif nitelikte değildir; dolayısıyla bir hukuk kuralı olamaz.

Bir kuralın normatifliğini saptarken dikkat edilecek en önemli konu, bu kuralın *normatifliği* ile o kuralın içeriğinin *belirsizliğini* (*imprécision*) karıştırmamak gerekir. Bir kural, belirsiz olabilir; ama normatiflik karakterinden yoksun değildir. İçeriği belirsiz ya da tartışmalı kavramlar varsa, bu kavramları tanımlayıp belirginleştirecek olan mahkemelerdir. Özellikle anayasalarda muhtevası tartışmalı birçok hüküm ve kavram bulunmaktadır. Örneğin Fransız Anayasasının 89'uncu maddesinin son fıkrası, hükümetin cumhuriyetçi biçimini değiştirmeyi Anayasayı değiştirme organına yasaklamıştır. Görüldüğü gibi bu kural açıkça bir "yasak" koymuştur. Bu nedenle normatif niteliktedir. Ancak koyduğu yasağın anlamının belirsiz olduğu düşünülebilir. Zira Fransa'da bu yasağın anlamı konusunda şiddetli tartışmalar vardır. 1982 Türk Anayasasından da bu konuda pek çok örnek verilebilir. Anayasanın 2'nci maddesi, "toplumun huzuru"ndan, "millî dayanışma"dan bahsetmektedir. Keza yine 2'nci madde Anayasanın "başlangıç" bölümüne atıfta bulunmaktadır. Bu bölümde ise, kullanılan kavramların çoğu belirsizdir. Fakat Anayasa Mahkemesi, belirsiz olduğu düşünülen bu kavramların içeriklerini belirginleştirebilir. Örneğin ulusal felaketler konusunda çıkarılacak bir kanunu, Anayasanın 2'nci maddesinde geçen ve içeriği tartışmalı olan "milli dayanışma" ilkesine veya başlangıçta geçen "Türk vatandaşlarının... milli sevinç ve kederde... ortak olduğu" yolundaki hükme dayanarak denetleyebilir. Örnekte de görüldüğü gibi, bir hükmün belirsizliği onun normatif niteliğini ortadan kaldırmaz. İçerikleri belirsiz olan anayasal kurallar dahi Anayasa Mahkemesinin denetiminde referans kural görevi üstlenebilir.

B. HUKUK KURALLARININ KONUSU: İNSAN DAVRANIŞI

Hukuk kurallarının emrettiği, yahut yasakladığı veyahut izin verdiği şey, yani hukuk kurallarının konusu daima bir "insan davranışı"dır[11]. İnsan dışındaki varlıkların davranışlarını düzenleyen kurallar hukuk kuralı değildir. Bu husus sadece medenî toplumlar için doğruymuş gibi görünmektedir. Kelsen'in belirttiği gibi, ilkel toplumlarda, hukuk düzeninin insan davranışlarını düzenlediği gibi, hayvanların, bitkilerin ve hatta cansız nesnelerin davranışlarını da düzenlediği görülmektedir[12]. İşte bu şekilde Kitab-ı Mukaddes'te insan öldüren öküzün ceza niteliğinde ölüme mahkûm edileceği yolundaki şu kural konulmuştur:

> "Ve eğer, bir öküz bir erkeği yahut bir kadını süserse, ve o ölürse, öküz mutlaka taşlanacak, ve onun eti yenilmeyecektir"[13].

---

11. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.7, 43; Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.37; Kelsen, "Quel est le fondement de la validité du droit?", *op. cit.*, s.161.
12. Kelsen, *Théorie générale des normes, op. cit.*, s.115.
13. *Kitab-ı Mukaddes, Tevrat-ı Şerif yahut Eski Ahit,* Çıkış, Musa'nın İkinci Kitabı, Bap 21, Ayet 28 (İstanbul, Kitab-ı Mukaddes Şirketi, 1981, s.75).

Keza antik çağda, insanların kendileriyle öldürüldüğü taş ve her türlü nesnenin yargılanması için özel bir mahkeme mevcuttu[14]. Dahası Orta Çağda, hayvanlara karşı, örneğin bir insanı öldüren boğaya yahut ürüne zarar veren çekirgelere karşı dava açmak mümkündü. Suçlanan hayvan hukukî biçimde mahkûm ediliyor ve suçlu bir insan gibi cezası infaz ediliyordu[15].

Buna karşılık modern hukuk düzenleri, sadece insan davranışlarını düzenlemekle yetinir. Ne var ki bu insanların hayvanlara karşı, insanların çevreye karşı, insanların bitkilere karşı, insanların tarihi eserlere karşı davranışlarının düzenlenemeyeceği anlamına gelmez. Bir hukuk düzeni hayvanlara kötü muamele yapılmasını, şu ya da bu tip hayvanların öldürülmesini, keza çevreye zarar verilmesini, belirli tip ağaçların kesilmesini yasaklayabilir. Böyle hükümlerle hayvanlar veya cansız nesneler korunur. Ama bu tip kuralların düzenlediği şey yine insan davranışıdır[16].

Örneğin, eski Türk Ceza Kanununun 577'nci maddesi şu hükmü içeriyordu:

> "Bir kimse hayvanlara karşı insafsızca hareket eder veya lüzumsuz yere döver veya lüzumsuz yere yaralar veya aşikar surette haddinden fazla yorulacak derecede zorlarsa ... liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olur".

Bu hüküm, her ne kadar hayvanların korunmasını amaçlasa da, düzenlenen konu hayvanlar değil, insanların hayvanlara karşı olan davranışlarıdır.

Burada şunu da belirtmek gerekir ki, hukuk kurallarının konusu insanın kendisi değil, belirli bir davranışıdır. Genelde hukuk kurallarının "muhatabı (*addressee*)"nın insan olduğu söylenir. Bu, kuralın konusunun bir insan olduğu anlamına değil, kuralın emrettiği davranışın bir insan davranışı olduğu anlamına gelir. Bir kurala aykırı olan şey insan değil, insanın davranışıdır. Kurala uyulması veya kuralın ihlâli iyi veya kötü olarak nitelenirse, bu nitelik bir insanın niteliği değil, bir insan davranışının niteliğidir. Bir insan iyi veya kötü değil, onun davranışı iyi veya kötüdür[17].

İnsan, kuralın emrettiği beşerî davranışın süjesi veya objesi olabilir. Örneğin hırsızların cezalandırılmasını emreden normda, cezalandırmayı gerçekleştiren görevli cezalandırma hareketinin süjesi; cezalandırılan kişi ise objesidir. Keza adam öldürmeyi yasaklayan normda yasaklanan hareketin süjesi adam öldüren insan (katil), bu davranışın objesi ise öldürülen insandır (maktul). İşte kuralın emrettiği veya yasakladığı beşerî davranışın konusu insan olabileceği gibi insan dışı bir varlık da olabilir. Bir kural, insanların öldürülmesini yasaklayabileceği gibi, belirli hayvanların öldürülmesini de yasaklayabilir; yahut yıkılmaya meyyal bir binanın yıkılmasını da emredebilir. Bu örneklerin gösterdiği gibi, yasaklanan veya emredilen beşerî davranışın *konusu* insan, hayvan veya cansız bir

14. *Cf.* Démostène, *Contre Aristocrates*, 76; Platon, *Lois*, 873; Aristote, *Constitution d'Athènes*, başlık 577'den alıntılayan Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.115.
15. Karl von Amira, *Tierstrhafen und Tierprozesse*, Innsbruck, 1891'den alıntılayan Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.116.
16. Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.116.
17. *Ibid.*, s.116-117.

nesne olabilir; ama bu davranışın süjesi, yani bu davranışı gerçekleştiren varlık mutlaka insandır[18].

Hukuk kurallarının düzenlediği insan davranışı, olumlu bir eylem veya bir şeyi yapmaktan çekinme niteliğinde olumsuz bir eylem olabilir[19]. Belirli bir davranışı *emreden* bir kural, o davranıştan kaçınmayı *yasaklar*. Belirli bir davranıştan kaçınmayı *emreden* bir kural, bu davranışı *yasaklar*. "Yalan söyleme" ve "yalan söylemekten çekin" arasında bu tür bir ilişki vardır. Bir davranışın yasaklanması, ondan çekinilmesi emridir. Bir davranışın emredilmesi, ondan kaçınılmasının yasaklanması anlamına gelir[20].

Hans Kelsen'in belirttiği gibi, bir insanın diğer bir insan yahut insanlar karşısındaki hukuken düzenlenen davranışı, bireysel veya kolektif bir ilişkiye dayanabilir. Örneğin, borçlunun belirli bir miktar parayı alacaklıya ödemesini emreden hukuk kuralı bireysel bir ilişkiye dayanır. Buna karşılık, askerlik hizmeti mecburiyetini getiren kural, bir bireyin diğer bir bireye karşı olan davranışını değil, ama toplum karşısında davranışını düzenler. Bu ikinci hâlde kolektif bir ilişki söz konusudur[21].

Bir işlemin hukuk kuralı niteliğini kazanabilmesi için her şeyden önce bir insan davranışını düzenlemesi gerekir. O hâlde yetkili organca usûlüne uygun olarak konulmuş bir metinde bulunan her şey bazen bir hukuk kuralı olmayabilir. Zira yetkili organın koyduğu önerme hiçbir şekilde bir beşerî davranışı düzenlemiyor olabilir[22]. Bu durum için Kelsen, hukuken "anlamsız (*irrelevant*) işlemler"den bahsetmektedir[23]. Buna göre, örneğin belirli bir dinî veya siyasî teorinin veya hukukun Tanrı'dan geldiğini, kanunun adil olduğunu, halkın çıkarına hizmet ettiğini ifade eden bir kanun, her ne kadar anayasaya uygun olarak kabul edilmiş olursa olsun, bir kural özelliği gösteren muhtevaya sahip değildir ve bu nedenle hukuken anlamsızdır (*irrelevant*), hiçbir şekilde normatif nitelikte değildir, dolayısıyla geçersizdir.

Georges Vedel'in verdiği bir örneğe göre, "güneş her mevsim sabah saat altıda doğar"[24] hükmünü koyan bir önerme hiçbir şekilde bir hukuk kuralı olamaz. Zira onun konusu insan davranışı değildir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, böyle bir önermenin hukuk kuralı olmamasının sebebi, Yann Aguila'nın sandığı gibi, böyle bir kuralın, ona uymayan güneşin davranışını denetlemeye imkân vermemesinden[25] değil; kuralın konusunun insan hareketi değil, güneşin hareketi

18. *Ibid.*, s.117. 19. *Ibid.*, s.119. 20. *Ibid.*

21. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.45.

22. Michel Troper'in 25 ve 26 Mayıs 1989 tarihlerinde *Conseil constitutionnel* de yapılan "La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789" konulu kollokta bir soru üzerine verdiği cevap, *in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, s.32.

23. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.71.

24. Georges Vedel, "Place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité'", *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, (Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel), Paris, P.U.F., 1989, s.54.

25. Yann Aguila, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1994, s.13.

olmasındandır. Zira güneşin doğacağı saatleri önceden gün gün saptayıp belirten bir kural dahi bir hukuk kuralı olamazdı.

Kelsen'in belirttiği gibi, geçerli bir hukuk kuralından bahsedebilmek için her şeyden önce bu kurala aykırı davranış imkânının mevcut olması gerekir. "Bir doğa yasası gereği önceden gerçekleşeceği bilinen bir olgunun olmasını emreden bir kural, bir doğa yasası gereği gerçekleşmesi imkânsız olan bir şeyi emreden kural kadar anlamsızdır"[26].

Michel Troper, bir kuralın konusu bakımından normatiflikten mahrum olma hâline, Fransa'dan Tanrı'nın varlığını ve ruhun ölümsüzlüğünü ilan eden *Convention décret*'sini örnek göstermektedir[27]. Bu konuda keza, Fransız 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin başlangıcının Tanrı'nın varlığına telmihte bulunması zikredilebilir[28]:

> "Millî Meclis, Yüce Varlığın (*Etre suprême*)[29] huzurunda ve onun yardımıyla aşağıdaki İnsan ve Yurttaş haklarını tanır ve ilan eder"[30].

1906 tarihli eski İran Anayasasının "İmam-ı Zamane'nin bir an önce zuhurunu" temenni eden 2'nci maddesi[31] de konu itibarıyla bir hukuk kuralı olamaz.

C. HUKUK KURALLARININ KOYUCUSU: İNSAN İRADESİ

Yukarıda birinci olarak hukuk kurallarının bir emir, yasak veya izin içerdiğini, ikinci olarak da bu emrin, yasağın, iznin konusunun bir insan davranışı olduğunu gördük. Şimdi de üçüncü olarak bu emrin, yasağın, iznin yine insanlar tarafından verildiğini söyleyelim. Diğer bir ifadeyle, hukuk kurallarının yaratıcısı beşerî iradedir. Kısacası hukuk kuralı, insan iradesi tarafından konulan bir şeydir[32]. Dolayısıyla beşerî irade tarafından konulmayan bir şey hukuk kuralı olamaz[33]. Bu şu anlama gelir ki, bir irade tarafından, en azından bir insan iradesi tarafından konulmayan tabiî hukukun ilkeleri birer hukuk

26. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.154.
27. *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, op. cit.*, s.32.
28. Bu konuda şu ilginç makaleye bakılabilir: Thibaut Celerier, "Dieu dans la Constitution", *Les Petites affiches*, 5 juin 1991, n° 67, s.15-20. Yazar, 1958 Fransız Anayasasının da 1789 Bildirgesine atıfta bulunduğundan bu Anayasanın *"déiste"* bir anayasa olduğu sonucuna varmaktadır (*Ibid.*, s.20).
29. "Yüce Varlık (*Etre suprême)*" ile Tanrı kastedilmektedir. *Petit Robert*'e göre *Etre suprême* dinî anlamda Tanrı demektir.
30. Server Tanilli'nin çevirisi (*Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, İstanbul, Cem Yayınevi, İstanbul, 1976, s.451).
31. Amos J. Peaslee, *Constitutions of Nations*, The Hague, Martinus Nijhoff, (Dorothy Peaslee Xydis tarafından hazırlanan 3. Bası), Cilt II : "Asia, Australia and Oceania", 1966, s.453.
32. Zeki Hafızoğulları bu hususu, "hukuk, bir irade tezahürüdür" demekle açıklamaktadır. Bkz. Hafızoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.5.
33. Norberto Bobbio, "Kelsen et les sources du droit", *Revue internationale de philosophie*, 1981, n° 138, s.475. Bu konuda Kelsen şunu yazıyor: "Hukuk düzeni, beşerî irade, yani yasama, yargı ve idari yoldan veya beşerî varlıkların eylemleriyle oluşan örf ve âdetler tarafından yaratılan kurallardan oluşan zorlayıcı bir düzendir" (Hans Kelsen, "Positivisme juridique et doctrine du droit naturel", *Mélanges Jean Dabin*, Bruxelles, Emile Bruylant, Paris, Sirey, 1963, s.141).

kuralı değildirler[34]. Hukuk kuralı insan iradesinin bir ürünüdür; kural kavramı irade kavramını varsayar[35]. Kural koyan irade yoksa kural da yoktur[36].

Yukarıdaki açıklamalardan çıkmaktadır ki, bir kuralın var olabilmesi için kuralı koyan ve kuralın muhatabı olmak üzere en az iki kişi gerekir. Birisi emri verir, yani kuralı koyar; diğeri ise emri alır, yani kuralın muhatabıdır. Emri veren bir şeyin yapılmasını *ister*, emri alan ise bir şey yap*malı*dır. Yani bir yandan *"amir"*[37]*siz emir yoktur* (*pas d'impératif sans un* imperator) ve diğer yandan *"memur"*[38]*suz emir yoktur* (*pas d'impératif sans un* imperatus)[39]. Açıkçası, kuralı koyan otorite ve kuralın muhatabı olmaksızın kural olamaz[40].

Bununla beraber, Hans Kelsen bu iradenin bizatihi kural yarattığını kabul etmemektedir. Kelsen'e göre "kuralı", onu koyan irade tasarrufundan ayırmak gerekir[41]. Zira kural, bu irade tasarrufunun "özgül anlamı (*signification spécifique*)"dır. Gerçekten de kural "olması gereken (*Sollen*)"[42], irade tasarrufu ise "olan (*Sein*)"dır[43]. Diğer bir ifadeyle emir verme fiili ile bu fiilin anlamı olan emri birbirinden ayırmak gerekir[44]. Örneğin, "A istiyor ki B şu şekilde davransın" önermesinde ilk kısım (A'nın istemesi) bir *Sein*'e, yani irade tasarrufunun gerçek olgusuna (*Seins-Tatsache*); ikinci kısım ise bir *Sollen*'e, yani bu irade tasarrufunun *anlamı* olan kurala tekabül eder[45].

O hâlde kural, bir insan iradesi işleminin anlamıdır. Bu anlam, bir "olması gereken (*Sollen*)"de tahlil edilir. Bu, daima bir şeyin olması *gerektiği*, özellikle de bir insanın belirli bir şekilde davranması *gerektiği* anlamına gelir[46]. Diğer bir deyimle, kural, başka birini harekete geçirmeyi amaçlayan belirli insan tasarruflarının anlamıdır[47]. İnsan tasarrufları, bu amaçla şu üç şekilde ortaya çıkar: (1) Belirli bir davranış emredilir. (2) Belirli bir davranışa izin verilir. (3) Belirli bir davranışa yetki verilir[48]. Kelsen, bu üçüne (emir, izin ve yetkilendirme), *Théorie générale des normes* isimli kitabında "üç normatif fonksiyon" ismini verir[49]. Kelsen bu "üç normatif fonksiyon"a "ilga etme"yi de katar.

---

34. Michel Troper, "Le positivisme comme théorie du droit", Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut et Michel Troper (Ed.) *Le positivisme juridique*, Bruxelles et Paris, E.Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s. 273.
35. Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel, 1973, s.216-227 *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.) *Le positivisme juridique*, Bruxelles ve Paris, E.Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.295.
36. Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.4.
37. "Emir veren" anlamında kullanıyoruz. 38. "Emir alan" anlamında kullanıyoruz.
39. Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.36-37. 40. *Ibid.*
41. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.7.
42. Parantez içindeki izleyen terimler Almancadır. Kelsen'in teorisinde önemli bir yer işgal eden teknik terimler olduğu için biz de bunları kullanıyoruz.
43. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.7.
44. Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.33.
45. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.7. 46. *Ibid.*, s.6. 47. *Ibid.*
48. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.6; Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.126.
49. Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.126.

Görülüyor ki Kelsen "olması gerekmek (*sollen*)" fiiline onun olağan anlamından daha geniş bir anlam yüklemektedir. Günlük dilde, "olması gerekmek (*sollen*)" fiili sadece bir emre tekabül eder. Ama Kelsen'in kullandığı şekilde, "olması gerekmek (*sollen*)" terimi sadece bir emre değil, aynı zamanda bir izne ve yetkilendirmeye tekabül eder. Başka bir deyişle, "olması gerekmek (*sollen*)" aynı zamanda "bir şeye hak sahibi olmayı (*dürfen*)" ve "bir şeyi yapma iktidarına sahip olmayı (*können*)" da içerir. Zira bir kural, emredebileceği gibi, izin veya yetki de verebilir[50].

Sonuç olarak, "olması gerekmek (*sollen*)" terimi, bir başkasının davranışını etkilemeye niyet eden her işlemin normatif anlamını ifade eder[51]. Dolayısıyla bir kural, belirli bir davranışı emreden, belirli bir davranışa izin veren ve özelde belirli bir davranışın yapılmasını yetkilendiren bir işlemdir[52].

Ayrıca şuna da işaret edelim ki, kuralın konusu olan emir hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmiş bir emir olmalıdır. Bir soyguncunun silahını dayayıp sizden cüzdanınızı ona vermesini emretmesi bir "hukuk kuralı" olarak yorumlanamaz. Zira soyguncu bu konuda hukuk düzeninden bir yetki almış değildir[53]. Dolayısıyla, bir emrin hukuk kuralı olabilmesi için yetkili biri tarafından verilmesi gerekir. Ancak bu sorun hukuk kurallarının geçerliliği sorunuyla ilgilidir. Biz bunu biraz sonra göreceğiz.

Son olarak şu da belirtilebilir ki anlamı kural olan işlemler çok değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Bir el kol hareketiyle: Örneğin trafik polisinin bir kolunu kaldırmasıyla durmak, diğer kolunu kaldırmasıyla hareket etmek emredilmektedir. İşaretlerle: Kırmızı ışık sürücülere durmayı, yeşil ışık hareket etmeyi emretmektedir. Söylenen ya da yazılan kelimelerle: "Sus" gibi emir kipinde bir emir verilebileceği gibi, "sana susmanı emrediyorum" gibi bildirme kipinde de emir verilebilir[54]. Ama her halükarda, bir kural daima bir *Sollen*, yani bir emir (*fr: ordre*) veya bir izin (*fr: permission*) veyahut bir yetkilendirme (*fr: habilitation*) ihdas eder[55].

Kuralın ortaya çıkış şekli, onun "maddî varlığı (*fr: existence matérielle*)"[56] sorunuyla ilgilidir. Bir işlemin maddî varlığı ile, o işlemin somut taşıyanının (*fr:*

---

50. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.7. 51. *Ibid.* 52. *Ibid.*
53. Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.34.
54. *Ibid.*, s.9-10. 55. *Ibid.*, s.10.
56. Bir işlemin "maddî varlığı" sorunu, Alexander Peczenik'in "hukukî geçerliliğin bibliyografik sorunu" olarak isimlendirdiği soruna tekabül eder. Gerçekten de Peczenik, geçerlilik kavramını dört safhayı içeren bir metotla tahlil etmektedir. Birinci safha, hukukçuların hukuken geçerli olarak kabul ettikleri kuralların sayımından (*enumeration*) ibarettir. Bu açıdan denilebilir ki, bizim ilk kavramımız (maddî varlık), Alexander Peczenik'in tasviri metodunun birinci safhasına (sayım) eşittir. Peczenik'e göre, "'belirli bir ülkede hukuken geçerli olan kurallar nelerdir' sorusu, hukukun geçerliliğinin genel bir tanımına başvurmaksızın çözümlenebilir. Hukuk Fakültesinde ve mesleğinde her uzman hukukçu bu sorun üzerine birçok ayrıntılı bilgi edinir. Bu sorun teorik olmaktan ziyade *bibliyografik*tir" (Peczenik, "The Concept 'Valid Law'", *op. cit.*, s.214-215. İtalikler bize ait).

support, hâmil), yani bir belgenin, bir sözün, bir ritüelin, tek kelimeyle bir *instrumentum*'un varlığı anlatılmak istenmektedir[57]. Diğer bir anlatımla, bir işlemin bir hukuk kuralı koyup koymadığını araştırırken önce onun *instrumentum*'unu, örneğin bu işlemin içinde yer aldığı belgeyi göstermek gerekir. Modern hukuk sistemlerinde, bir kanunun varlığı, resmi gazeteye, yani hükümet adına basılan bir dergiye bakılarak ihdas edilir.

Bir örf ve âdet kuralının maddî varlığının resmi gazeteye bakılarak tespit edilemeyeceği açıktır. Bununla birlikte örf ve âdet kuralları maddî varoluştan yoksun değillerdir, zira onların da bir *instrumentum*'u vardır.

O hâlde hukuk kurallarının bir özelliği de maddî varlığa sahip olmalarıdır.

* * *

Şimdiye kadar, bir kere, hukuk kurallarının bir emir, yasak veya izin içerdiğini, bu emrin, yasağın veya iznin konusunun bir beşerî davranış olduğunu ve bu emrin, yasağın veya iznin beşerî irade tarafından konulduğunu gördük. Diğer bir ifadeyle hukuk kuralları "olması gereken"i ifade eder; konuları beşerî davranıştır; koyucuları da beşerî iradedir. Ancak bu üç özelliğe sahip her kural, hukuk kuralı değildir. Diğer beşerî davranış kuralları (ahlâk, örf ve âdet vs.) da bir olması gerekeni ifade ederler, yani bir şeyi emrederler, bir yasak koyarlar, yahut bir şeye izin verirler. Dolayısıyla diğer beşerî davranış kuralları da normatif niteliktedir. Diğer beşerî davranış kurallarının da konusu insan davranışıdır; onların da emrettikleri şey, koydukları yasaklar hep insan davranışları üzerinedir. Dahası diğer beşerî davranış kuralları da beşerî irade, yani insanlar tarafından yaratılır. O hâlde bizim hukuk kurallarını yukarıdaki üç unsurla tanımlamamız yetersizdir.

Hukuk kurallarının diğer beşeri davranış kurallarından nasıl ayrıldığı sorunu, hukukun genel teorisinde "hukukîlik (*fr: juridicité*)" başlığı altında incelenir[58]. "Hukukîlik" bir hukuk kuralını diğer sosyal davranış kurallarından ayıran özellik olarak tanımlanabilir[59]. Diğer bir anlatımla hukukilik, bir kurala "hukuki" olma vasfını veren şeydir[60]. O hâlde bir kurala hukukî olma vasfını ne verir? Yani, diğer beşerî davranış kurallarından hukuk kuralını ayıran kriter nedir? Tek kelimeyle *hukukîliğin ölçütü* nedir?

---

57. François Ost ve Michel Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, s.259; François Ost, "Validité", *in* André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., İkinci Baskı, 1993, s.636.
58. Bkz, Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş, op. cit.*, s.41-52.
59. Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978, s.175.
60. *Cf.* Paul Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit : essai de phénoménologie juridique*, (Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques), Paris, L.G.D.J., 1964, s.217.

Michel Troper, bir kuralın hukukiliğini tespit için önerilen kriterlerin bir dökümünü yapmaktadır[61]. Örneğin kuralın konusundan çıkarılan bir ölçüte göre, hukuk kuralı, sosyal eylemlerin süjeler arası ilişkisinin düzenlenmesi olarak tanımlanmaktadır. Böylece hukuk kuralı, diğerlerine hak vermeksizin yalıtılmış bir süjeye borç yükleyen ahlâk kuralından ayrılır. Ama bu ölçüt, hukuk kuralını diğer sosyal kurallardan ayırmaz[62].

Kuralın amacından çıkarılan ikinci bir kritere göre ise, hukuk kuralı toplumun korunması amacını güder. Ama bu kriter, bu amacı gerçekleştirmek için neyin asıl olduğuna değinmez[63].

Kuralı koyan süjeden çıkarılan bir üçüncü kritere göre ise, hukuk kuralı egemen iktidar ve onun vekilleri tarafından konulan kuraldır. Fakat, hukuk kuralını koyanların egemenler olduğunu söylemek bir yana bırakılırsa, bu egemenleri saptamanın basit bir yolu yoktur[64].

Kuralın adalete uygunluğundan çıkarılan bir dördüncü kritere göre ise, hukuk kuralı adalete uygun olandır. Ama, bir kuralın adalete uygun olup olmadığını belirleyecek bir kriter yoktur[65].

Biz burada bu kriterleri reddediyoruz. Kanımızca hukuk kuralları diğer sosyal davranış kurallarından müeyyidesi bakımından ayrılır. O hâlde hukuk kurallarının müeyyidesini görelim:

D. HUKUK KURALLARININ MÜEYYİDESİ: CEBİR

Hukuk kuralları müeyyideye bağlanan kurallardır. O hâlde "müeyyide (yaptırım, *sanction*)" nedir?

Müeyyide, kuralın ihlâline bir tepki olarak gösterilen bir "cebir işlemi (*fr: acte de contrainte*)"dir.

Cebir (zorlama, zecir, *coercion, contrainte*) işlemiyle, yaşama son verilmesi (örneğin ölüm cezası), maddî ve manevî varlığa zarar verilmesi (örneğin el-kol kesme, kırbaç cezası), özgürlüğün kısıtlanması (örneğin hapis), ekonomik varlığa dokunulması (örneğin para cezası, malların müsaderesi) gibi bir kötülüğün, kuralı ihlâl edene, onun iradesi hilafına, gerekirse fizikî güç kullanılarak uygulanması anlatılmak istenmektedir[66].

Müeyyide bir cebirdir. Ancak herhangi bir cebir değil, hukuk kuralının ihlâline tepki olarak gösterilen ve hukuk düzeni tarafından öngörülen ve düzenlenen bir cebirdir[67]. Diğer bir ifadeyle, *müeyyide hukuk düzeni tarafından ihdas edilmiş bir cebirdir*[68].

---

61. Michel Troper, "Norme (en théorie du droit)", *in* André-Jean Arnaud (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2. Baskı, 1993, s.407.
62. *Ibid.* 63. *Ibid.* 64. *Ibid.*
65. *Ibid.* 66. *Ibid.*, s.46. 67. *Ibid.*
68. *Ibid.*, s.57: "Müeyyide kavramı hukuk düzeni tarafından öngörülen tüm cebir işlemlerine kapsatılabilir".

Öte yandan, *müeyyide sadece hukukî topluluğa atfedilebilir.* Yani, yalnızca hukuk düzeni tarafından yetkilendirilen kişiler ve organlar, bu düzen tarafından öngörülen usûl ve koşullara uygun olarak cebir işlemlerini icra edebilirler. O hâlde, bu anlamda denilebilir ki, "cebrin icrası hukuk topluluğunun tekelindedir"[69].

Sonuç olarak, hukuk kuralları, cebir ile müeyyidelendirilmiş davranış kurallarıdır. Biraz sonra göreceğimiz diğer beşerî davranış kurallarından hukuk kuralları cebrî müeyyideye sahip olmalarıyla ayrılır. Cebir unsuru, nihai kriterdir[70]. Böylece hukuk kuralı şu şekilde tanımlanabilir:

TANIM.- *Hukuk kuralı*, beşerî irade tarafından konulan ve beşerî davranışları düzenleyen ve cebir ile müeyyidelendirilmiş emir, yasak ve izinlerdir.

Hukuk da, hukuk kurallarının bütününden oluşmuş bir düzendir. O hâlde, hukuk düzeni de şu şekilde tanımlanabilir:

TANIM.- *Hukuk düzeni*, beşerî davranışın beşerî irade tarafından yaratılan cebrî düzenidir[71].

* * *

Sonuç olarak *hukuk kuralı, cebir ile müeyyidelendirilmiş kuraldır.*

Hukuk kurallarını böylece gördükten sonra şimdi diğer beşerî davranış kurallarını görelim.

Yalnız, hemen belirtelim ki, diğer beşerî davranış kurallarını biz burada hukuk kurallarını incelediğimiz gibi kendi içlerinde ayrıntılı bir şekilde incelemeyeceğiz. İncelemelerimiz bu kuralların kısaca tanıtılmasından sonra hukuk kuralları ile karşılaştırılması, hukuk kuralları ile aralarındaki farklar konusunda olacaktır. Bu kuralları bizatihi kendi iç sistemlerinde incelemek hukuk biliminin sahası dışında kalır.

IV. DİN KURALLARI[72]

Beşerî davranış kuralları arasında "din kuralları (*religious rules*)" önemli bir yer işgal eder. Tanımı üzerinde ittifak olmamakla birlikte, yazarların çoğunluğu tarafından, din kuralları, en azından semavî dinler için, *Tanrı tarafından konulduğuna ve Peygamberler vasıtasıyla bizlere ulaşmış bulunduğuna inanılan bir takım emir ve yasaklar* olarak tanımlanmaktadır[73].

---

69. *Ibid.*, s.50. 70. *Ibid.*, s.48.

71. Bu tanıma karşı müeyyidesiz hukuk normlarının olabileceği itirazı yapılmıştır. Biz müeyyidesiz hukuk normlarının olup olamayacağı sorununu ileride "Müeyyide Kavramını"nın incelendiği *Bölüm 18*'de ele alacağız.

72. Bilge, *op.cit.*, s.17-19; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op.cit.*, s.6-9; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op.cit.*, s.11-12; Edis, *op.cit.*, s.26-28; Göğer, *op.cit.*, c.I, s.20-21; Atar *et alii, op. cit.*, s.3-4; Ergun Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, İÜHF Yayınları, Beşinci Bası, 1986, s.16-17; Görgün, *op.cit.*,, s.8-12; Akıntürk, *op. cit.*, s.4-5; Fendoğlu, *op. cit.*, s.10-11; Turhan Esener, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, Alkım Yayınları, 1998, s.20.

73. Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.4. Benzer tanımlar için bkz. Görgün, *op.cit.*,, s.9; Atar *et alii, op. cit.*, s.3.

Bu tanım mevcut semavî dinlerin kurallarını açıklayabilir. Örneğin insanların bir kısmı Allah'ın varlığına ve tekliğine ve Hz. Muhammed'in onun elçisi olduğuna inanmakta ve bu inananların bir çoğu da namaz kılmakta, ramazan ayında oruç tutmakta, yılın belirli bir günü kurban kesmektedirler. İnsanların diğer bir kısmı ise Hz. İsa'yı peygamber olarak kabul etmekte ve Pazar günleri kiliseye gitmektedir. İnsanların bir kısmı ise Hz. Musa'yı peygamber olarak kabul etmekte havraya gitmekte, Cumartesi günleri çalışmamaktadır. İnsanların namaz kılmaları, oruç tutmaları, camiye, kiliseye, havraya gitmeleri, belirli günler çalışmamaları dış dünyada gözlenebilen şeylerdir. Keza insanlar bu din kurallarına uyarak şu ya da bu şekilde giyinmekte ve birbirleriyle şu ya da bu şekilde ilişki kurmaktadırlar. Tüm bunlar dış dünyada gözlenebilir niteliktedir. O hâlde din kurallarının var olduğu apaçık bir gerçekliktir. Din kuralları da aynı hukuk kuralları gibi beşerî davranışları düzenleyen kurallardır. Şimdi din kurallarıyla hukuk kuralları arasındaki farkı araştıralım.

DİN KURALLARI İLE HUKUK KURALLARI ARASINDAKİ FARK

Yazarlar din kuralları ile hukuk kuralları arasında çeşitli farklar olduğuna işaret etmişlerdir.

1. Değişebilirlilik Bakımından

Bazı yazarlara[74] göre, hukuk kuralları zamanla değişebilir ve çağın ihtiyaçlarına uyum sağlar. Buna karşılık, din kuralları zaman içinde değişmez niteliktedir, durağandır; zamanın gereklerine uyum sağlayamaz.

Kanımızca bu farkı abartmamak gerekir. Din kurallarının değişmez, donmuş nitelikte olduğu, hukuk kurallarının ise değişir, zamanın ihtiyaçlarına uyum sağlar nitelikte olduğu ampirik olarak her zaman söylenemez. Esasen kuralın değişebilirliği göreceli bir kavramdır. ABD Anayasası 1787 tarihlidir ve bu Anayasaya şimdiye kadar sadece 27 adet "ekleme (*amendment*)" yapılmıştır. İngiltere'de 1215 tarihli Magna Carta'nın bazı hükümleri hâlâ yürürlüktedir.

Dahası din kurallarının değişmezliği iddiası, İslam dinî açısından teorik olarak da tutarlı değildir. İslam dininde "hududullah (Allah'ın koyduğu sınırlar)" dışında belirli bir değişme her zaman mümkün olmuştur[75]. Nitekim Mecellenin 39'uncu maddesi "ezmanın tagayyürüyle ahkamın tebeddülü inkâr olunamaz (zamanın değişmesiyle hükümlerin de değişmesi inkâr olunamaz)" diyordu. Keza belirli bir dinin kuralları tamamen donmuş nitelikte olsa dahi, o dinin zaman içinde başka bir dinle değiştirildiği tarihte her zaman görülmüştür. Dolayısıyla, din kurallarının değişmez olduğu iddia edilemez. Belki din kurallarının hukuk

74. Güriz, *op.cit.*, s.8; Bilge, *op.cit.*,, s.18-19; Gözübüyük, *op.cit.*, s.11; Edis, *op.cit.*, s.28; Göğer, *op.cit.*,, c.I, s.21; Görgün, *op.cit.*, s.15.

75. Bu konuda güzel bir inceleme için bkz.: Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı*, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2005.

kurallarına nazaran daha yavaş değiştiği söylenebilir. Ama bu da sadece bir niceliksel farktır. Bundan hukuk kuralları ile din kuralları arasında bir nitelik farkı olduğu sonucu çıkartılamaz.

2. Amaç Bakımından

Bazı yazarlara göre hukuk kuralları ile din kurallarının amaçları farklıdır. Din kuralları ilahî adaleti, hukuk kuralları ise nesnel adaleti gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır[76]. Buna karşılık bazı yazarlara göre hukuk kuralları ile din kuralları arasında amaç birliği vardır. Onlara göre her iki kural tipi de toplumda barış, huzur ve güveni sağlamayı amaçlamaktadır[77].

Kanımızca hukuk kuralları ile din kuralları arasındaki ayrım sorununa amaç bakımından yaklaşılamaz. Zira amaçla ilgili sorunlar içeriksel sorunlardır ve değer yargılarını ilgilendirir. Değer yargıları alanında ise görecelilik ilkesi hâkimdir. Bu ilkenin hâkim olduğu bir alanda bilimsel bir çalışma yapılamaz. Yukarıda da görüldüğü gibi, amaç bakımından hareket edilirse bir yazar başka sonuca, diğer bir yazar ise başka bir sonuca ulaşabilir.

3. Kaynak Bakımından

Hukuk kuralları ile din kuralları arasında kaynak bakımından fark vardır. Hukuk kurallarının kaynağının beşerî irade, din kurallarının kaynağının ise ilahî irade olduğu söylenir. Diğer bir ifadeyle, hukuk kuralları devlet, yani nihai tahlilde yetkili insanlar tarafından konulur. Din kuralları ise Tanrı tarafından konulur[78].

4. Muhatapları Bakımından

Kanımızca muhatapları bakımından din kuralları ile hukuk kuralları arasında önemli bir fark yoktur. Her ikisinin de muhatabı insanlardır. Şüphesiz muhatap olan insanın niteliği farklıdır. Hukuk kurallarının muhatabı olan insanlar, vatandaşlar ve kamu hukuku bakımından ülkede bulunan yabancılardır. Din kurallarının muhatabı olan insan niteliği ise genelde daha geniştir. Dinler çoğunlukla evrenseldir, vatandaşlık ayrımı gütmeksizin tüm insanlara hitap eder.

5. Müeyyide Bakımından

Yazarlara göre hukuk kuralları ile din kuralları arasındaki fark müeyyideleri bakımındandır. Hukuk kuralları maddi, din kuralları ise manevî müeyyidelidir[79]. Bununla kastedilen şey, hukuk kurallarının müeyyidesi dünyevidir; bu dünyada gerçekleşir. Din kurallarının müeyyidesi ise uhrevîdir; öbür dünyada gerçekleşir. Din kuralını ihlâl eden kişi, günah işlemiş olur. Bu günahın cezasını ahirette cehennem azabı çekerek öder.

---

76. Göğer, *op.cit.*, c.I, s.12.
77. Atar *et alii*, *op.cit.*, s.8.
78. Göğer, *op.cit.*, c.I, s.21; Atar *et alii*, *op.cit.*, s.8
79. Edis, *op.cit.*, s.28; Atar *et alii*, *op.cit.*, s.8; Gözübüyük, *op.cit.*, s.12.

Kanımızca, din kurallarının müeyyidesinin ölünce çekilecek olan cehennem azabı olduğunu söylemek, aslında bu kuralların müeyyidesiz olduğunu söylemekten başka bir şey değildir. Zira öbür dünyada insanların başına geleceğine inanılan bir şey müeyyide tanımına uymaz. Müeyyide yukarıda belirtildiği gibi, kuralın ihlâli hâlinde ihlâl edenin karşılaştığı hoş olmayan bir şeydir. Bu hoş olmayan şeyle kuralı ihlâl edenin bu dünyada karşılaşması gerekir. Aksi takdirde müeyyidenin kuralı teyit edici bir fonksiyonu olmaz.

Kanımızca din kurallarının bu dünyada gerçekleşen bir müeyyidesi vardır. Bu, "ölünce cehennem azabı çekme *korkusu*"dur. Bu *korku* bu dünyada çekilir. Din kurallarının Tanrı tarafından konulduğuna inanan kişiler, bu *korku* yüzünden din kurallarına uymaktadırlar. Herhangi bir din kuralının mevcut olduğuna inanan ve onu ihlâl eden kişi öbür dünyada cehennem azabı çekeceğine inanarak, bu dünyada bundan dolayı korkmakta ve rahatsızlık duymaktadır. İşte din kurallarının beşerî davranışları etkilemesi bakımından gerçek müeyyidesi bu korkudur.

Sonuç olarak, kanımızca, hukuk kuralları ile din kuralları arasındaki asıl fark, müeyyideleri bakımındandır. Hukuk kurallarının müeyyidesi cebri, din kurallarının ise manevidir. Bu manevî müeyyide, "cehennem azabı çekme korkusu"ndan ibarettir. Örneğin Türkiye'de Gelir Vergisi Kanunu ve Vergi Usûl Kanunda yer alan kurallar hukuk kuralıdır. Verginizi ödemeyerek bu kurallara aykırı davranırsanız, sizden bu vergi zorla tahsil edilir ve para cezasına, hatta hapis cezasına çarptırılabilirsiniz. Ancak hâliniz yerinde olduğu hâlde, zekatınızı vermezseniz, "zekatını ver" diyen din kuralını ihlâl etmiş olursunuz. Ancak Türkiye'de bunu ihlâl etmenizden dolayı, hakkınızda cebrî icra yoluna gidilmeyeceği gibi, başka bir cebrî müeyyideyle de karşılaşmazsınız. Ama eğer iyi bir Müslüman iseniz, Allah tarafından konulduğuna inandığınız "zekatını ver" kuralını ihlâl ettiğinizden dolayı öbür dünyada cehennem azabı ile cezalandırılacağınıza inanacak ve bundan dolayı da bu dünyada korkacaksınız. Bu örnekte "vergini öde" şeklindeki kural hukuk kuralı, "zekatını ver" şeklindeki kural ise din kuralıdır.

Ama eğer başka bir ülkede, zekatını vermeyenler hakkında cebrî icra yoluna gidiliyorsa, yahut onlara bu dünyada bir cebir uygulanıyorsa, kısacası, "zekatını ver" kuralı bir müeyyideye bağlanmış ise, bu kural artık sadece bir din kuralı değil, aynı zamanda bir hukuk kuralıdır. Diğer bir ifadeyle köken olarak dinî olan bir kural, hukuk kuralı hâline de dönüşmüştür.

Türkiye'de "namaz kıl" emri bir hukuk kuralı değil, din kuralıdır. Çünkü namaz kılmayan birine bir cebir uygulanmamaktadır. Ama eğer bir gün Türk hukuk düzeninde namaz kılmayanlara para cezası veya hapis cezası verilirse, artık "namaz kıl" kuralı bir hukuk kuralı hâline dönüşür.

Burada dikkati çekmesi gereken nokta, din kurallarına müeyyide bağlayan şey, yani din kurallarını hukuk kuralına dönüştüren şey, ilahî irade değil, beşerî iradedir. Yukarıdaki örnekte, namaz kılınmaması hâlinde ceza verecek ve bu cezayı uygulayacak süjeler yine insanlardır. Kısacası, dinî kökenli hukuk kurallarının koyucusu ilahî irade değil, beşerî iradedir. Diğer bir ifadeyle, din, hukukun

bir ilham kaynağı olabilir; ama hukukun yaratıcısı, koyucusu her hâlükârda insanlardır.

O hâlde, din kurallarına bu dünyada gerçekleşen bir cebrî müeyyide bağlanırsa, bu kurallar hukuk kuralları hâline gelir. Hukuk kuralı hâline dönüşen din kuralı, artık sadece din kuralı olarak değil, aynı zamanda hukuk kuralı olarak da kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, hukuk kuralları dinî kökenli olsalar da yine hukuk kuralıdır. Bu nedenle hukuk kurallarıyla din kuralları hiçbir zaman çakışmaz. Zira bizim anlayışımızda hukuk kuralları ile din kurallarını ayıran asıl kriter müeyyidenin cebrî niteliğidir. Bütün din kuralları eğer bu dünyada gerçekleşen cebrî müeyyideye bağlanırsa, din tamamen hukukla ikame edilmiş olur. Böyle bir sistemde artık din düzeninden değil, hukuk düzeninden bahsetmek gerekir. Böyle bir sistemde hukuk değil, din ortadan kalkar.

Eğer böyle bir düzen pratikte varsa, buna "mutlak teokratik hukuk düzeni" ismi verilmelidir. Ve bu düzen, bütün kurallarının dinî kökenli olduğu hukuk düzeni olarak tanımlanmalıdır. Diğer bir ifadeyle "mutlak teokratik hukuk düzeni", hukuk hâline gelmiş dindir. Böyle bir düzenin tersinde "mutlak laik hukuk düzeni" yer alır. Bu düzen tamamı itibarıyla dinî kökenli olmayan hukuk kurallarından oluşan düzen olarak tanımlanabilir. Böyle bir düzende hukuk kuralı hâline dönüşmüş din kuralı yoktur.

Ancak hemen belirtelim ki, gerek "mutlak teokratik hukuk düzeni", gerekse "mutlak laik hukuk düzeni" birer saf tiptir; bunlar gerçeklik bakımından birer fantezi olmaktan ibarettir. Bir mutlak şeriat hukuk düzeninin kurulması mümkün olmadığı gibi, bir mutlak laik hukuk düzeninin kurulması da mümkün değildir. Laik oldukları iddia edilen hukuk sistemlerinde dahi dinî kaynaklı kurallar olmuştur ve olacaktır. Dinî bayramların resmî tatil olması, hafta sonu tatillerinin dinî kaynaklı olması gibi. Dahası, bir hukuk kuralının konulması safhasında her zaman bir din kuralından esinlenilebilir. Ve bu esinlenme psişik bir vakıadır ve bilinemez. Kısacası, teokratik hukuk gibi, laik hukuk da bir fantezidir ve pratikte ancak "belirli" bir ölçüde gerçekleşebilir.

6. Kapsam Bakımından

Hukuk kuralları ile din kuralları arasında son bir fark olarak bunların kapsamlarının da farklı olduğu ileri sürülmüştür. Bu yazarlara göre, din kuralları "uhrevî" ve "dünyevî" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Uhrevî din kuralları* Tanrı ile insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallardır. *Dünyevî din kuralları* ise insanların diğer insanlarla olan ilişkilerini düzenleyen kurallardır. Örneğin "namaz kıl" emri bir uhrevî din kuralı; buna karşılık "hırsızlık yapma" emri ise bir dünyevî din kuralıdır. Buradan da yola çıkarak, toplumsal düzen kuralı niteliğinde olan kuralların dünyevi din kuralları olduğu ileri sürülmüştür[80]. Bu görüşte isabet yoktur. Zira uhrevî kuralların tamamen toplumsal düzenle alakasız olduklarını iddia etmek mümkün değildir. Örneğin camilerde namaz kılınmasının toplumsal düzeni ilgilendirmediğini kim söyleyebilir?

80. Atar *et alii*, *op.cit.*, s.4.

Diğer yandan bu ayrımdan yola çıkarak bazı yazarlar, din kurallarının önemli bir kısmının uhrevî olmasına karşılık, hukuk kurallarının tamamının dünyevi olduğunu ileri sürmüşlerdir[81]. Kanımızca bu görüşte isabet yoktur. Yukarıdaki örneği ele alalım. Namaz kılmayanlara bu dünyada bir ceza verildiğini varsayalım. Artık ortada bir hukuk kuralı vardır. Ve bu kural köken itibarıyla uhrevîdir. Kişinin Tanrıyla olan ilişkisini düzenlemektedir.

Sonuç olarak, din kuralları ile hukuk kuralları arasında çeşitli farklar olduğu ileri sürülmüşse de bunlar arasındaki asıl fark, müeyyideleri bakımındandır. Hukuk kuralları cebrî müeyyideli, din kuralları ise manevî müeyyidelidir. Yani hukuk kuralının ihlâli hâlinde cebirle; din kuralının ihlâli hâlinde "cehennem azabı çekme korkusuyla" karşı karşıya kalınır. Tabiî bu sonuncusu ancak inanan insanlar için söz konusudur. O hâlde din kurallarını şu şekilde tanımlayabiliriz:

TANIM.- *Din kuralları*, ilâhî irade tarafından konulduğuna inanılan ve beşerî davranışları düzenleyen, öbür dünyada cehennem azabı çekmek korkusu ile müeyyidelendirilen emir ve yasaklardır.

V. AHLÂK KURALLARI[82]

"Ahlâk kuralları (*moral rules*)", insanların gerek kendilerine, gerekse diğer insanlara karşı olan ödevlerini gösteren ve düzenleyen birtakım davranış kurallarıdır[83]. Hukuk ve din kuralları gibi ahlâk kuralları da insan davranışlarını düzenler.

A. AHLÂK KURALLARININ ÇEŞİTLERİ

Ahlâk kuralları kişisel ve toplumsal ahlâk kuralları olmak üzere ikiye ayrılır[84]. Kişisel ahlâk kurallarına "sübjektif ahlâk kuralları", toplumsal ahlâk kurallarına "objektif ahlâk kuralları" da denir.

1. Kişisel Ahlâk Kuralları.- İnsanın kendi nefsine karşı ödevlerini gösteren ahlâk kurallarıdır. Örneğin "içini temiz tut", "dürüst ol", "başkaları hakkında iyi düşün" gibi emirler kişisel ahlâk kurallarıdır.

2. Toplumsal Ahlâk Kuralları.- İnsanın diğer insanlara karşı olan ödevlerini düzenleyen ahlâk kurallarıdır. "Yoksullara yardım et", "hırsızlık yapma", "otobüste yerini yaşlılara ver" gibi kurallar toplumsal ahlâk kurallarına örnek teşkil eder.

Şimdi hukuk kuralları ile ahlâk kuralları arasında nasıl ayrım yapıldığını araştıralım:

---

81. Atar *et alii*, *op.cit.*, s.8; Edis, *op.cit.*, s.28.
82. Bilge, *op.cit.*, s.19-22; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op.cit.*, s.15-16; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, *op.cit.*, s.10-12; Edis, *op.cit.*, s.28-30; Göğer, *op.cit.*, s.I, .21-24; Atar *et alii*, *op. cit.*, s5-6; Özsunay, *op. cit.*, s.18-20; Görgün, *op.cit.*, s.12-14; Akıntürk, *Temel Hukuk*, *op. cit.*, s.5-6; Çağıl, *op. cit.*, s.52-61; Arsal, *op. cit.*, s.46-74; Aral, *op. cit.*, s.70-83; Esener, *op. cit.*, s.21-26.
83. Edis, *op.cit.*, s.28-29; Atar *et alii*, *op.cit.*, s.5.
84. Arsal, *op.cit.*, s.46; Bilge, *op.cit.*, s.20; Edis, *op.cit.*, s.29; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op.cit.*, s.15; Atar *et alii*, *op.cit.*, s.5; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, *op.cit.*, s.11.

B. AHLÂK KURALLARI İLE HUKUK KURALLARI ARASINDAKİ FARKLAR

Yazarlar ahlâk kuralları ile hukuk kuralları arasında birçok fark olduğunu ileri sürmüşlerdir.

1. Amaçları Bakımından.- Bazı yazarlara göre, ahlâk kuralları ile hukuk kuralları arasında amaçları bakımından fark vardır. Hukuk kurallarının amacı adaleti gerçekleştirmektir. Buna karşılık ahlâk kurallarının amacı "iyilik"tir[85]. Diğer bazı yazarlara göre ise, hukukun gayesi adalet iken, ahlâkın gayesi "namus, beşerî haysiyet gibi kıymetlerdir"[86]. Başka yazarlara göre ise, ahlâk kuralları da hukuk kuralları gibi toplum düzenini sağlamayı amaçlar[87].

Kanımızca hukuk kuralları ile ahlâk kuralları arasındaki ayrım sorununa amaç bakımından yaklaşılamaz. Zira amaçla ilgili sorunlar içeriksel sorunlardır. Ve değer yargılarını ilgilendirirler. Değer yargıları alanında ise görecelilik ilkesi hâkimdir. Bu ilkenin hâkim olduğu bir alanda bilimsel bir çalışma yapılamaz.

2. Dışlık – İçlik Bakımdan.- Ahlâk kuralları dışa dönük olabildikleri gibi içe dönük de olabilir. Kişilerin sadece biribirlerine karşı olan ödevlerini düzenlemez. Aynı zamanda kişinin kendi nefsine ilişkin olan ödevlerini de düzenler. Buna karşılık hukuk, kişinin dış dünyaya yansımamış davranışlarıyla uğraşmaz[88]. Örneğin, dış dünyaya yansıtılmasa dahi, bir kişinin malını çalmayı düşünmek ahlâka aykırıdır. Ama bu düşünce, kişinin kafasının içinde kaldıkça, eyleme dökülmedikçe hukuka aykırı değildir.

3. Kaynak Bakımından.- Hukuk kurallarının kaynağı hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmiş insanlardır. Hukuk kurallarının koyucusu olan kişiler muhataplarından farklıdır. Ahlâk kuralları ise yine bu kuralı uygulayacak olan insanın kendi vicdanı tarafından konulur[89]. Ahlâk kurallarının muhatabı ile yaratıcısı aynı kişidir. Bu anlamda, hukukun heteronom, ahlâkın ise otonom olduğundan bahsedilir. Bu şu demektir: Hukuk kuralı bireyin dışında ve üstünde, ona yabancı olan bir iradenin ürünüdür. Buna karşılık ahlâk, bireyin kendi vicdanının ürünüdür. Ahlâk alanında bir iç kanun koyma (otonomi) den söz edilir. Ahlâk kurallarının, onları koyan bireyin kendi vicdanından başka bir koyucusu yoktur. Bir davranışın ahlâki olup olmadığına karar vermek konusunda yetkili olan, yalnızca bireyin kendisidir. Ahlâki tartışma bireyler arasında değil, bireyin kendi içinde yapılır. Bu yüzdendir ki ahlâk ala-

85. Aral, *op.cit.*, s.77; Göğer, *op.cit.*, c.I, s.23.
86. Arsal, *op.cit.*, s.58.
87. Atar *et alii*, *op.cit.*, s.9.
88. Edis, *op.cit.*, s.30; Atar *et alii*, *op.cit.*, s.10; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op.cit.*, s.23; Aral, *op.cit.*, s.78; Çağıl, *op.cit.*, s.58.
89. Göğer, *op.cit.*, c.I, s.23; Aral, *op.cit.*, s.74.

nında kural koyan kişi ile ona uymak zorunda olan kişi aynı kişidir. İşte bu anlamda hukukun kaynağının *dışta*, ahlâkın kaynağının ise *içte* olduğu söylenir[90].

Ahlâk kurallarının kaynağının toplumun olduğu yolundaki görüşlerde[91] isabet yoktur. Bu görüşler, biraz sonra da göreceğimiz gibi bu yazarların, sosyal ahlâk kuralları ile örf ve âdet kurallarını karıştırmasından kaynaklanmaktadır.

4. Muhatapları Bakımından.- Ahlâk kurallarının da hukuk kurallarının da muhatabı insanlardır. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz yaratıcıları bakımından bulunan fark, muhatapları bakımından da bulunur. Hukuk kuralının muhatabı ile koyucusu ise farklı kişilerdir. Ahlâk kuralının koyucusu ile muhatabı aynı kişidir.

5. Uygulayıcıları Bakımından.- Hukuk kuralının ihlâli hâlinde bu ihlâli saptayacak ve bu kuralı uygulayacak olan, bireyin kendi dışında hukuk düzeni tarafından yetkilendirilen kişi ve makamlar vardır. Bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığına bu makam karar verir.

Ahlâk alanında ise, bir davranışın ahlâka uygun olup olmadığına karar verecek olan muhakeme makamı bizzat bu davranışı yapan kişinin vicdanıdır. Vecdi Aral'ın Henkel ve Radbruch'tan aktararak söylediği gibi, "ahlâki ödev vicdana karşı, vicdan karşısında bir ödevdir; bu ödevin yerine getirilmesini isteyen, bir dış otorite söz konusu olamaz. Böylece ahlâkta bireyin vicdanı, hem kendisinden davranış kurallarının çıktığı, hem de bunların yerine getirilip getirilmediğine hüküm veren, yani hem kanun koyucu, hem de hâkim rolünü oynayan bir merkez, bir makamdır"[92].

6. Hak–Ödev Bakımından.- Hukuk kuralları kişilere haklar ve yükümlülükler getirir. Ahlâk kuralları ise, kişilere sadece ödev yükler. Ahlâk herhangi bir hak (yetki) vermez[93].

7. Müeyyide Bakımından.- Hukuk kuralları ile ahlâk kuralları arasındaki en önemli fark müeyyide bakımından bulunmaktadır. Yukarıda da bahsedildiği gibi, hukuk kuralları cebrî bir müeyyide ile donatılmıştır. Ahlâk kurallarının ise böyle bir müeyyidesi yoktur. Ahlâk kurallarının müeyyidesi içe dönüktür. Kişide vicdani rahatsızlık doğurur[94]. Ahlâk kurallarının başka bir müeyyidesi yoktur. Sonuç olarak ahlâk kurallarını şu şekilde tanımlayabiliriz:

TANIM: *Ahlâk kuralları,* insanın kendi vicdanı tarafından konulan, insanın kendi davranışlarını düzenleyen ve vicdan azabı ile müeyyidelendirilmiş emir ve yasaklardır.

* * *

90. Aral, *op.cit.*, s.74; Çağıl, *op.cit.*, s.62.
91. Atar *et alii*, *op.cit.*, s.6. Güriz'e göre ise sadece "sosyal ahlâk kurallarının belirleyicisi toplumun kendisidir" (Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op.cit.*, s.24).
92. Aral, *op.cit.*, s.57.
93. Görgün, *op.cit.*, s.16; Atar *et alii*, *op.cit.*, s.10.
94. Edis, *op.cit.*, s.30; Görgün, *op.cit.*, s.16; Atar *et alii*, *op.cit.*, s.10.

Bazı yazarlara göre, ahlâk kurallarının müeyyidesi "toplumun gösterdiği tepki"[95], "toplumun ayıplaması"[96], "hoş görmemesi"[97], yahut "küçük görmesi"[98]dir. Kanımızca bu yazarlar, ahlâk kurallarını biraz sonra göreceğimiz örf ve âdet kurallarıyla karıştırmaktadırlar. "Ayıplama", "hoş görmeme" gibi toplumun göstereceği "tepki" örf ve âdet kurallarının müeyyidesidir. Eğer bir kişi, toplumun göstereceği tepkiyi dikkate alarak bir kurala uyuyorsa, bir örf ve âdet kuralına uymuş olur. Yukarıda da belirtildiği gibi, ahlâk kuralının koyucusu ve uygulayıcısı kişinin kendi vicdanıdır. Böyle bir kurala uyulmadığı takdirde duyulacak olan şey ise vicdani rahatsızlıktır. Eğer kişi bir davranış kuralına, içinden gelen sese uyarak değil, ama toplumun göstereceği tepkiyi dikkate alarak uymuşsa, kişinin davranışı bir ahlâk kuralının değil, bir örf ve âdet kuralının uygulanmasına örnek gösterilebilir. Örneğin, bir öğrenci belediye otobüsünde otururken yaşlı bir kadını görüp, içinden gelen sese uyarak, vicdani rahatsızlık duymamak için, derhâl kalkıp yerini ona vermişse burada bir ahlâk kuralının uygulanması vardır. Yok eğer öğrenci yerini içinden gelen sese uyarak vermemiş, otobüsteki insanların ayıplayıcı bakışlarından çekinerek vermişse, burada bir ahlâk kuralının değil, örf ve âdet kuralının uygulaması vardır.

* * *

Son olarak hukuk–ahlâk ilişkisine değinelim. Hukukun bazı ahlâk kurallarını benimsediği görülür. Medenî hukukta yer alan kuralların pek çoğu aynı zamanda ahlâkî bir temele de dayanır. Nitekim Medenî Kanunun 2'nci maddesinde yer alan "herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır" biçiminde ifade edilen ilkede bu açıkça görülmektedir. Keza 4721 sayılı Medenî Kanunun 364'üncü maddesindeki "herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür" yolundaki hükmün temelinde yine ahlâkî bir ilke yatmaktadır. Diğer yandan, 6098 sayılı Borçlar Kanununun 27'nci maddesinde "ahlâk", 49, 81, 176 ve 527'nci maddelerinde "ahlâka aykırılık", 78'inci ve 285'inci maddelerinde "ahlâkî bir ödev" kavramlarına gönderme yapılarak hukuk kuralları konulmuştur[99].

---

95. Güriz, *op.cit.*, s.24.
96. Akıntürk, *op. cit.*, s.5; Fendoğlu, *op.cit.*, s.11.
97. Gözübüyük, *op.cit.*, s.11.
98. Atar *et alii*, *op.cit.*, s.5-6: "Toplum, ahlâk kurallarına uymayan kişiyi ayıplar, küçük görür. Böylelikle insanlar, kendisi hakkında kötü değer yargısına varmasından, ayıplamasından, küçük görmesinden, lanetlemesinden ve ilişkisini kesmesinden kaçınmak amacıyla ahlâk kurallarına uymaya çalışırlar".
99. Eski Medeni Kanun ve eski Borçlar Kanunu döneminde benzeri örnekler için bkz. Edis, *op.cit.*, s.29.

Aslında hukuk ile ahlâk arasında konu birliği olabilir. Örneğin adam öldürmeyi hem hukuk, hem de ahlâk yasaklar. Keza eşlerin birbirine sadık kalmasını hem hukuk, hem de ahlâk emreder. Ceza kanunlarının önemli bir kısmının ahlâkla ilgili olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte ahlâkla tamamen ilgisiz olan hukuk kurallarına da rastlanabilir. Bu nedenle hukuku minimum ahlâk olarak değerlendirmek yanlış olur[100]. Usûl hukuku kurallarının birçoğu böyledir. Örneğin Ağır ceza mahkemelerinin üç hâkimden oluşacağı hükmünün ahlâkla pek ilgisi yoktur. Keza idari yargıda dava açma süresinin 90 gün değil de 60 gün olması da ahlâkla pek açıklanamaz. Keza şehirlerarası yolda hız sınırının 90 kilometre olmasının da ahlâkla pek ilişkisi yoktur. Zira dükkanların Pazar günü kapalı olmasını emreden hukuk kuralı de ahlâkla pek ilgili değildir[101].

VI. GÖRGÜ KURALLARI[102]

Aynı çevreye mensup kişiler tarafından uyulan ve kişilerin benzerleri ile karşılaştıkları zaman takınmaları gereken davranış biçimleri ile konuşma, yeme içme usûlleri, oturuş biçimi, düğün ve benzeri törenlerde giyinme ve hareket tarzlarını gösteren kurallara "görgü (muaşeret) kuralları (*rules of good forms, good manners*)" denir[103].

Bu kurallar çok değişik alanlarda ortaya çıkabilir. Hasta ziyaretinde bulunmak, yeni evlilere hediye götürmek, yakını ölen kişiye başsağlığı dilemek, karşılaşılan dostlarla selamlaşmak gibi kurallar kişinin özel hayatında, aile hayatında görülebileceği gibi, meslek hayatında da görülebilir. İşyerine belirli bir kıyafetle gitmek, açık denizde karşılaşan ve aynı ülkenin bayrağını taşıyan iki geminin düdük çalarak birbirini selamlaması veya şehirlerarası yolda karşılaşan aynı şirkete ait iki yolcu otobüsünün düdük çalarak veya selektör yaparak birbirini selamlamaları gibi.

Görgü kuralları şüphesiz toplum için faydasız değildir. İnsanlar aynı kurallara uyarak birbirlerine yaklaşırlar ve aralarında daha sıkı bağlar kurulur. Bu bakımdan toplum hayatının devamı için görgü kuralları oldukça yararlıdır[104]. Görgülü insanlardan oluşan bir toplulukta sosyal ilişkiler daha yumuşak, daha zarif ve rahattır. İnsanların birbirine nazik bir şekilde davranması, arkadaşların birbirlerini selamlamaları, dostların sevinç ve üzüntülerinin paylaşılması, insanlar arasında sevgi ve saygıyı çoğaltır ve sosyal bağları güçlendirir[105]. Ancak bu kurallar ihlâl edilirse toplumun temelleri de sarsıl-

100. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.24. 101. *Ibid.*
102. Edis, *op.cit.*, s.30-331; Atar *et alii*, *op.cit.*, s.6-7; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op.cit.*, s.14-15; Görgün, *op.cit.*, s.14-15; Bilge, *op.cit.*, s.22-23; Gözübüyük, *op.cit.*, s.10; Göğer, *op.cit.*, s.24; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.6.
103. Edis, *op.cit.*, s.30. 104. Arsal, *op.cit.*, s.43.
105. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op.cit.*, s.14.

maz. Tabiri caizse, Sadri Maksudi Arsal'ın dediği gibi, bu kurallar "hayatı süsleme kaidelerinden ibarettir"[106].

Yukarıda da belirttiğimiz gibi dinî kökenli, ahlâki kökenli hukuk kuralları oldukça çoktur. Ancak görgüsel kökenli hukuk kurallarının sayısı oldukça azdır. Ama yok da değildir. Örneğin, tanıdığını selamlama bir görgü kuralıdır. Ama askerlikte astın üstünü selamlaması ve üstün de astın selamını alması bir hukuk kuralıdır. İhlali hâlinde müeyyide gerektirir.

Görgü kuralları özellikle uluslararası ilişkilerde önemlidir. Örneğin devlet başkanlığı görevine gelen kişiyi diğer ülkelerin devlet başkanlarının kutlamaları uluslararası hukukta yerleşmiş bir görgü kuralıdır. Özellikle krallıklarda hanedanların diğer hanedanlarla ilişkileri görgü kuralları ile düzenlenmiştir. Keza diplomasi alanı da büyük ölçüde görgü niteliğindeki kurallar ile düzenlenmiştir. Örneğin bir ülkede bulunan yabancı diplomatların (*corps diplomatique*) içinde görev sırası itibarıyla en kıdemli büyükelçi (*doyen*), o ülkede görevli yabancı diplomatlar adına girişimlerde bulunmak ve törenlere katılmakla görevlidir[107].

Misafirleri karşılama esas itibarıyla bir görgü kuralıdır. Ama Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancı misafirlerini nasıl karşılayacağı bir kanunla düzenlenmiş ve bu görev Dışişleri Bakanlığına verilmiştir[108].

Görgü kuralları ile hukuk kuralları arasında birçok **fark vardır:**

1. Kaynak Bakımından.- Hukuk kurallarının koyucusu devlettir. Görgü kurallarının ise, belirli bir toplumsal çevredir.

2. Muhatapları Bakımından.- Hukuk kurallarının da görgü kurallarının da muhatabı insandır. Ancak hukuk kurallarının muhatabı ülkede bulunan herkes iken, görgü kurallarının muhatabı o görgü kuralı hangi toplumsal çevrede geçerliyse o toplumsal çevreye ait kişilerdir.

3. Müeyyide Bakımından.- Hukuk kuralları cebrî müeyyide ile donatılmış kurallardır. Görgü kurallarına uymamanın ise cebrî bir müeyyidesi yoktur. Bu kurallara uymayan kişi toplumun tepkisiyle karşılaşır. Ancak bu tepki biraz sonra göreceğimiz örf ve âdet kurallarının ihlâline gösterilen tepkiye nazaran çok daha hafiftir. Görgü kurallarının ihlâli toplum için yakın tehlike teşkil etmez. Onun içindir ki toplumlar bu kuralların ihlâline müsamaha gösterirler[109]. Görgü kurallarına uymayan kişi toplum tarafından genellikle "görgüsüz", "nezaketsiz", "saygısız", "kaba" olarak nitelendirilir. Bu kuralları ihlâl eden kişiler gülünç duruma düşer. Fakat bu kuralları ihlâl eden kimseye karşı toplumun tepkisi nefret, husumet derecesine varmaz[110].

---

106. Arsal, *op.cit.*, s.43.
107. Guriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op.cit.*, s.14-15.
108. Atar *et alii*, *op.cit.*, s.7.
109. Arsal, *op.cit.*, s.43.
110. *Ibid.*

VII. ÖRF VE ÂDET[111] KURALLARI

Bazı yazarlar[112], "örf ve âdet kuralları (*customary rules*)"nı beşerî davranışları[113] düzenleyen kuralların arasında saymazlar. Zira onlar örf ve âdet kurallarını daha ilerilerde, "hukukun kaynakları" konusunda işlerler. Diğer bazı yazarlar[114] ise, örf ve âdet hukukunu, beşerî davranışları düzenleyen kurallar arasında incelerler. Birinci grup yazarların tavrı yanlıştır. Zira her örf ve âdet kuralı hukukun kaynağı değildir; ama hukukun kaynağı olmayan örf ve âdet kuralları da beşerî davranışları düzenlemektedir. Görgü kurallarını beşerî davranışları düzenleyen kurallar arasında incelediklerine göre, örf ve âdet kurallarını beşerî davranış kuralı olarak evleviyetle incelemeleri gerekir.

İkinci grup yazarların da tavrı yanlıştır. Çünkü bunlar da beşerî davranışları düzenleyen kurallar arasında bir hukuk kuralı olarak geçerli olan örf ve âdet kurallarını incelemekte ve örf ve âdet kurallarının hangi şartlarda hukuken geçerli olduğunu tartışmakta ve örf ve âdet kuralının geçerliliği için devlet desteğinden bahsetmektedirler[115]. Dolayısıyla alelâde örf ve âdet kuralı olabileceğini düşünmemektedirler.

A. "HUKUKÎ ÖRF VE ÂDET KURALLARI"-"ALELÂDE ÖRF VE ÂDET KURALLARI" AYRIMI

Aslında örf ve âdet kuralları arasında bir *ayrım* yapmak gerekir. Çünkü bazı örf ve âdet kuralları aynı zamanda hukuk kuralı olarak geçerlidir. Buna karşılık bazı örf ve âdet kuralları ise hukuken geçersizdir; ama yine de toplumsal hayatı düzenler. Birinci tür örf ve âdet kurallarına "*hukukî örf ve âdet kuralları*" veya "*örf ve âdet hukuku kuralları*" ismi verilebilir. İkinci tür örf ve âdet kurallarına ise "sıradan" veya "*alelâde örf ve âdet kuralları*" denebilir.

1. Hukukî örf ve âdet kuralları, aşağıda sekizinci bölümde göreceğimiz gibi, "süreklilik", "genel inanç" ve "devlet desteği" unsurları ile tanımlanır. Bu tür örf ve âdet kuralları, hukukun kaynağıdır. Belirli şartlar altında hâkim bunları uygulayarak karar verebilir.

---

111. "Örf ve âdet"i Fransızca "*coutume*" karşılığı kullanıyoruz. "Örf", bilmek ve tanımak demektir. "Örf" ten türemiş "maruf" iyi görünen, tanınan şey demektir. İslam hukukçuları örfü "aklıselimin iyi gördüğü şey" olarak tarif ederler (Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir,* Ankara, Güney Matbaacılık, 1948, s.95). Âdet ise "avd" maddesinden türemiş bir isimdir. Çeşitli anlamları olup bunlardan biri "nöbet" veya bir işi zaman zaman yapmak demektir (*Ibid.*).
112. Örneğin, Bilge, *op.cit.*, s.17-28; Göğer, *op.cit.*, s.19-24; Gözübüyük, *op.cit.*, s.10-12; Edis, *op.cit.*, s.26-31; Atar *et alii*, *op.cit.*, s.2-10; Görgün, *op.cit.*, s.7-17.
113. Daha doğrusu onlar toplumsal hayatı düzenleyen kurallar ifadesini kullanırlar.
114. Örneğin, Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op.cit.*, s.9-13.
115. Örneğin *Ibid.*, s.10-11.

2. Alelâde örf ve âdet kuralları ise sadece süreklilik ve genel inanç unsurları ile tanımlanır. Her toplumda iyi ya da kötü birçok alelâde örf ve âdet kuralı vardır. Ancak bunlardan bazıları devlet desteğine sahip olur ve aynı zamanda hukukun kaynağı olarak iş görür. Bu tür örf ve âdet kuralları "hukukun kaynağı" konusunda işlenmelidir. Ama bazı örf ve âdet kuralları da devlet desteğine sahip değildir. Hatta bazen devlet tarafından cezai müeyyideye bağlanarak yasaklanmışlardır. Ama yine de belirli bir toplumsal çevrede "alelâde" örf ve âdet kuralı olarak uygulanır. Bunlar süreklidir ve o çevrenin üyeleri bunlara uyulması gerektiğini düşünürler. Örneğin ülkemizin bazı yörelerinde görülen kan davasına yönelik örf kuralı, hukukî bir örf ve âdet kuralı değildir. Çünkü devlet desteğine sahip değildir. Ancak bu kural yine de bir örf ve âdet kuralıdır; ama alelâde örf ve âdet kuralıdır. Alelâde örf ve âdet kuralları dahi toplumsal düzen kurallarıdır. Bireylerin toplum içindeki davranışlarını düzenlemektedir. İşte biz burada birer toplumsal düzen kuralı olarak "alelâde örf ve âdet kuralları"nı inceleyeceğiz. Önce alelâde örf ve âdet kurallarının bir tanımını yapalım:

TANIM: ***Alelâde örf ve âdet kuralları*****, toplum içinde uzun zamandan beri tekrarlanan ve toplumun kendisine uyulmasını zorunlu saydığı ortak davranış kurallarıdır.**

B. ALELÂDE ÖRF VE ÂDET KURALLARININ UNSURLARI

Yukarıdaki tanımdan da görüleceği üzere alelâde örf ve âdet kuralları şu iki unsur ile tanımlanmaktadır: Maddî unsur (*material element*) ve manevî unsur (*moral element*)[116].

1. Maddî Unsur (Eskilik ve Süreklilik, *Antiquity and Continuity*)[117]

Toplum içinde mevcut bir davranışın örf ve âdet kuralı olabilmesi için, bu davranışın her şeyden önce çok eski zamanlardan beri sürekli olarak tekrarlanan bir davranış olması gerekir. Gelip geçici davranışlar örf ve âdet ku-

116. Alelâde örf ve âdet kurallarının hukukî örf ve âdet kuralı hâline gelebilmesi için ileride göreceğimiz bir üçüncü unsuru (devlet desteği unsurunu) da yerine getirmeleri gerekir. Ancak bu unsuru yerine getirmeyen bir kural, sadece hukukî örf ve âdet kuralı değildir; o yine de bir örf ve âdet kuralıdır, ama alelâde örf ve âdet kuralıdır.

117. Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992, s.228; Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchatel, Delauchaux 6 Niestlé S.A. 3. Bası, 1948, s.50; Hermann Bekaert, *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Établissements Emile Bruylant, 1963, s.276; Bilge, *op. cit.*, s.41; Edis, *op. cit.*, s.91; Göğer, c.I, s.117; Güriz, *op. cit.*, s.11; Aral, *op. cit.*, s.102; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.51; Bilge Umar, *Hukuk Başlangıcı*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, s.73; Aytekin Ataay, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s.98; Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.66.

ralı hâline gelemezler. Mecelle'nin 166'ncı maddesine göre, âdetin "kadim" olması gerekmektedir. Yine aynı madde kadimi şöyle tarif etmektedir: "Kadim odur ki evvelini bilür olmaya". Keza Kanunî Sultan Süleyman dönemine ait bir kanunnamede şu tarif verilmiştir: "Kadim kırk elli yıla denmez; kadim odur ki anın evvelini kimesne bilmeye"[118]. Diğer yandan kökeni çok eskilere giden uygulama kesintisiz olmalı, istikrarlı bir şekilde tekrarlanmalıdır. Bu husus Mecellenin 41'inci maddesinde "âdet ancak muttarid[119]... oldukta muteber olur" ifadesiyle anlatılmıştır[120].

2. Manevî Unsur (Genel İnanç, *Opinio necessitatis*)[121]

Çok eski zamandan beri sürekli tekrarlanan bir davranış biçiminin bir örf ve âdet kuralı hâline gelebilmesi için o davranış biçimine uyulmasının zorunlu olduğu yolunda toplumda genel bir inanç doğmuş olmalıdır. Mecelle'nin 41'inci maddesinde "âdet ancak galip[122]... oldukta muteber olur" ifadesi zorunluluk inancını dile getirmektedir[123].

İşte bu iki unsuru yerine getiren kurallar alelâde örf ve âdet kuralıdır. Bu kurallar da toplumsal hayatı düzenlemektedir.

Örf ve âdet kurallarının temel varlık nedeni, belirli bir zamanda belirli biçimde yapılan bir şeyin başka bir zamanda yine aynı şekilde yapılması gerektiği yolundaki inançtır[124].

Örf ve âdet kuralları yavaş bir süreç içinde oluşur. Bir kişi her zaman belirli bir şekilde davranabilir. Aynı şey toplumlar için de geçerlidir. Toplumun bütünü yahut, belirli bir toplumsal çevrenin üyelerinin çoğunluğu da belirli bir konuda hep aynı şekilde davranıyor olabilirler. İşte bu durumda örf ve âdet ortaya çıkar[125].

Çeşitleri.- Örf ve âdet kuralları *genel ve özel nitelikte* olabilir. Genel örf ve âdet kuralları mesleği ne olursa olsun herkesi ilgilendiren örf ve âdet ku-

---

118. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk I, Umumi Esaslar*, 1959, s.104'ten alıntılayan Bilge, *op. cit.*, s.42.
119. "Muttarid", "ıtturadlı" demektir. "Ittırad" ise "muntazam tarzda cereyan etme" demektir (Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, Ankara, Aydın Kitabevi, 1984, s.830, 476).
120. Atar *et alii op. cit.*, s.44.
121. Gridel, *op. cit.*, s.228; Du Pasquier, *op. cit.*, s.50; Bilge, *op. cit.*, s.42; Edis, *op. cit.*, s.93; Göğer, *op. cit.*, c.I, s.118; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.11; Aral, *op. cit.*, s.103; Gözübüyük, *op. cit.*, s.51; Umar, *op. cit.*, s.74; Ataay, *op. cit.*, s.98; Tekinay, *op. cit.*, s.67.
122. "Galip", "galebe eden, galebe çalan, üstün gelen, yenen" demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.329).
123. Bilge, *op. cit.*, s.43.
124. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op.cit.*, s.9.
125. *Ibid.*

rallarıdır. Buna karşılık özel örf ve âdet kuralları belli bir meslekle ilgili olan ve belli bir meslek mensuplarınca benimsenen örf ve âdet kurallarıdır. Örneğin kuyumcular arasında geçerli bulunan bazı örf ve âdet kurallarının bulunduğundan bahsedilebilir[126].

Bundan başka örf ve âdet kuralları *genel ve yerel* nitelikte olabilir. Eğer bir örf ve âdet kuralı bütün ülkede geçerliyse genel nitelikte, yok eğer sadece bir bölgede yahut bir yörede geçerliyse yerel (mahallî) niteliktedir[127].

Şimdi örf ve âdet kuralları ile hukuk kurallarının karşılaştırmasını yapalım:

C. ALELÂDE ÖRF VE ÂDET KURALLARI İLE HUKUK KURALLARI ARASINDAKİ FARKLAR

Öncelikle hatırlatalım ki, burada hukuk kurallarıyla karşılaştırmasını yaptığımız örf ve âdet kuralları, *hukukî* örf ve âdet kuralları değil, *alelâde* örf ve âdet kurallarıdır. Zaten hukukî örf ve âdet kuralları da nihaî tahlilde bir hukuk kuralıdır ve dolayısıyla hukukî örf ve âdet kurallarının, hukuk kuralları ile bir karşılaştırmasını yapmak zaten abesle iştigal olur. Aşağıda örf ve âdet kurallarından bahsedilirken ayrıca "*alelâde*" sıfatı kullanılmamış olsa bile örf ve âdet kuralları ile kastedilen daima *alelâde* örf ve âdet kurallarıdır.

1. Kaynak Bakımından.- Hukuk kuralları hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmiş kişi ve kurumlar tarafından, önceden tespit edilmiş usûllere göre konulur. Hukuk kuralı yaratma faaliyeti bu anlamda merkezileşmiştir[128]. Buna karşılık örf ve âdet kuralları, yani tam ifadesiyle alelâde örf ve âdet kuralları, merkezî bir otorite tarafından konulmaz. Belirli konuda uzun bir zaman boyunca bireylerin aynı şekilde davranması sonucu doğar. Dolayısıyla örf ve âdetin maddî unsuru olan süreklilik her bireyin davranışı ile ortaya çıkar. Keza örf ve âdet kuralının zorunlu olduğuna yönelik inanç da yine bireylerde ortaya çıkar. Dolayısıyla örf ve âdet kuralları toplumun üyeleri tarafından yaratılır. Diğer bir ifadeyle örf ve âdet kurallarının muhatapları bu kuralların üretilmesine katılırlar. Bu anlamda örf ve âdet kuralları adem-i merkezidir[129].

2. Muhatapları Bakımından,- Hukuk kurallarının muhatabı ülke sınırları içinde bulunan herkestir. Buna karşılık örf ve âdet kuralları belirli bir toplumsal çevre içinde bulunan insanlardır. Örneğin taksiciler arasında geçerli bir örf ve âdet kuralının muhatabı yine bu taksicilerdir.

---

126. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op.cit.*, s.12; Bilge, *op.cit.*, s.44; Atar *et alii op. cit.*, s.46.
127. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op.cit.*, s.12; Bilge, *op.cit.*, s.44; Atar *et alii op. cit.*, s.6.
128. Kelsen, *Théorie générale du droit, op. cit.*, s.304.
129. *Ibid.*, s.308.

3. Uygulayıcıları Bakımından.- Hukuk kuralının ihlâl edilip edilmediğini hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmiş kişi ve makamlar tespit eder. İhlal edildiği tespit edilmişse öngörülen müeyyide yine hukuk düzenin yetki verdiği kişi ve kurumlar tarafından uygulanır. Hukukî nitelikte olan örf ve âdet kuralları için de aynı şey söylenebilir. Ancak, alelâde örf ve âdet kuralları için aynı şey söylenemez. Bu kuralların ihlâl edilip edilmediğini saptayacak olan ilgili toplumsal çevredir. Bu kuralların ihlâli hâlinde de gösterilecek tepki yine bu çevrenin bütünü tarafından yahut bu çevrenin görevlendirdiği bir üyesi tarafından uygulanır. Örneğin kızların evlenmeden cinsel ilişkide bulunmasını yasaklayan bir örf kuralının bulunduğu bir toplumsal çevrede, bu kuralın ihlâli hâlinde müeyyide uygulanmasına, bu toplumsal çevre, örneğin "aile meclisi" karar verir ve müeyyide bu meclisin görevlendirdiği bir üyesi tarafından uygulanır.

4. Müeyyide Bakımından.- Hukukî nitelikteki örf ve âdet kurallarının müeyyidesi ile hukuk kurallarının müeyyidesi aynıdır. Zira hukukî nitelikteki örf ve âdet kuralları da bir hukuk kuralıdır. Ama alelâde örf ve âdet kurallarının müeyyidesi ile hukuk kurallarının müeyyidesi arasında büyük fark vardır. Hukuk kuralları merkezileştirilmiş müeyyide ile donatılmıştır. Yani kuralın ihlâli hâlinde müeyyidenin uygulanmasına karar verecek organ (örneğin mahkemeler) ve bu kararı vereceği usûl (örneğin yargılama usûlü kanunları) daha önceden tespit edilmiştir. Bu organın kararından sonra müeyyide, yetkili kişi ve kurumlar (örneğin, cezaevi) tarafından infaz edilir.

Buna karşılık örf ve âdet kurallarının müeyyidesi çok çeşitlidir. Ayıplama, kınama, gruptan atma, dövme ve hatta öldürme (linç) gibi çok çeşitli müeyyideler vardır. Hukuk kurallarının müeyyidesi ile örf ve âdet kurallarının müeyyidesi arasındaki farkı görebilmek için öncelikle müeyyideleri itibarıyla örf ve âdet kurallarının çeşitlerini görelim:

D. MÜEYYİDELERİ BAKIMINDAN ÖRF VE ÂDET KURALLARININ ÇEŞİTLERİ: TEAMÜLLER, ÂDETLER VE ÖRFLER

Örf ve âdet kuralları, müeyyidelerinin şiddeti itibarıyla "teamüller", "âdetler" ve "örfler" olmak üzere üç kategoriye ayrılabilir:

"**Teamüller** (*usages*)", *ihlâl*leri hâlinde ayıplama, "kınama (*reproach, reprobation*)" gibi hafif müeyyideleri olan örf ve âdet kurallarıdır. "**Âdetler** (*habits*)", çiğnenmeleri durumunda dışlama, "gruptan atma (*exclusion*)" gibi orta şiddette müeyyideleri olan örf ve âdet kurallarıdır. "**Örfler** (*customs*)" ise çiğnenmeleri hâlinde kişinin fizikî bütünlüğüne zarar verilmesi ve hatta öldürülmesi gibi çok daha ağır müeyyideleri olan örf ve âdet kurallarıdır.

Diğer bir ifadeyle *teamüller* genelde daha az önemli davranış kurallarıdır. Çiğnenmeleriyle toplumsal grup varlığını tehlikede görmez. Sadece çiğneyen kişi kınanır. *Âdetler* teamüllere nazaran daha önemlidir. Âdetleri çiğneyen kişi kendisini gruba bağlayan bağı yok saymıştır. Bu nedenle bu durumdaki kişi o gruptan dışlanarak grubun varlığı korunur. *Örfleri* çiğneyen kişi ise toplumsal grubu temelinden sarsmıştır. Sadece kendisini o gruba bağlayan bağı değil, tüm grup içi bağları tehlikeye düşürmüştür. O nedenle örfü ihlâl eden kişi sadece gruptan atılmakla kalmaz; aynı zamanda "linç (*lynch*)" gibi "*cebrî* (*coercive*)" bir müeyyideye de maruz kalır. Yani onun maddi ve manevi varlığına veya hayatına bir zarar da verilir. Böylece grup içinde bozulan düzen tekrar tesis edilir.

KUTU 3.1: Teamüller–Görgü Kuralları Ayrımı.- Burada haklı olarak teamüller ile "görgü kuralları (*rules of good manners*)" arasında ne fark olduğu sorulabilir. Kanımca, görgü kuralları da örf ve âdet kuralları kategorisine dahil edilebilir. Görgü kuralları teamüllerin de altında en hafif müeyyideli örf ve âdet kuralları olarak nitelendirilebilir. Ama görgü kuralları yukarıdaki tanımıyla teamüller ile karışmaz. Çünkü görgü kurallarının ihlâli hâlinde gösterilen tepki, teamüllerinkine oranla çok daha hafiftir. Görgü kurallarına uymayan kişi kınanmaz. Sadece bu kurallara uymayan davranışın pek de güzel olmadığı düşünülür. Teamüller yine de bir toplumsal grubu oluşturan bireyleri birbirine bağlayan bağlarla ilgilidir. Görgü kuralları ise, tabiri caizse, bu bağların süsüdür[130].

Teamül ve âdetler ile hukuk kurallarının müeyyideleri arasındaki fark açıktır. Teamül ve âdetlerin müeyyideleri (kınama, dışlama vb.) cebrî nitelikte değildir. Hukuk kurallarının müeyyidesi ise her zaman cebrî niteliktedir. Daha önce de belirtildiği gibi, cebir kişinin maddî ve manevî varlığına verilen bir zarar, kişinin özgürlüğünün kısıtlanması veya yaşamına son verilmesi gibi istenmeyen bir durumdur.

Ancak müeyyide bakımından örfler ile hukuk kuralları arasında pek bir fark yoktur; her ikisinin müeyyidesi de cebrî niteliktedir. Bunların müeyyideleri arasındaki fark, müeyyidenin içeriğine yönelik değil, örgütleniş şekline ilişkindir. Hukuk kurallarının ihlâli hâlinde müeyyide olarak gösterilecek cebir önceden kurumsallaştırılmış ve merkezîleştirilmiştir. Cebir uygulamaya sadece devlet yetkilidir. Oysa örflerin ihlâline tepki olarak gösterilecek cebir örgütlü ve merkezî değildir. Cebir uygulamaya ilgili toplumsal grubun bazı üyeleri, isteyen üyeleri veya grup tarafından görevlendirilen üyeleri yetkilidir. Burada bir merkezîleşme ve kurumsallaşma söz konusu değildir. Ayrıca hukuk kurallarının ihlâline tepki olarak gösterilen cebir, hukuka uygundur, bir haksız fiil yahut bir suç oluşturmaz. Buna karşılık alelâde örflerin ihlâline tepki olarak gösterilen cebir çoğunlukla hukuk düzenine aykırıdır ve bir haksız fiil veya suç oluşturur.

130. Bkz. Arsal, *op. cit.*, s.43.

Şimdi bu açıklamaları bir örnek üzerinde somutlaştıralım: Kan davası nedeniyle adam öldürme ülkemizin bazı yörelerinde bir örf kuralıdır. Bu örf kuralına göre, bir yakını öldürülen kişi, öldüreni veya öldürenin bir yakınını öldürmelidir. Böyle bir yörede hatırlanmayan zamanlardan beri kardeşi öldürülen kişiler kardeşlerinin katillerini öldürmektedirler. A, B'yi öldürmüştür. B'nin kardeşi C, şimdiye kadar kardeşi öldürülen herkesin öldüreni öldürdüğünü bilmektedir. Kendisinin de aynı şeyi yapması gerektiğini düşünmekte ve kardeşini öldüreni öldürmektedir. Burada bir örf kuralı vardır. Eskilik, sürekli tekrar ve zorunluluk inancı unsurları mevcuttur. Ancak böyle bir kural devlet desteğine sahip değildir. Tam tersine hukuk düzeni tarafından yasaklanmıştır. Dahası kan davası saikıyla adam öldürmek Türk Ceza Kanununa göre bir ağırlaştırıcı sebeptir (m.82/1-j). Dolayısıyla ortada hukukî nitelikte değil, alelâde, dahası hukuka aykırı bir örf kuralı vardır. Bu örf kuralına uyarak adam öldürenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

Kan davası nedeniyle adam öldürme fiili hâliyle cebrî nitelikte bir fiildir. Türk Ceza Kanununun kasten adam öldürmeye ilişkin 81'inci maddesinin öngördüğü müeyyide (müebbet hapis cezası) de hâliyle cebrî niteliktedir. Dolayısıyla kardeşi öldürülen kişinin öldüreni öldürmesi ile adam öldüren bir kişinin, devlet tarafından TCK, m.81 uyarınca müebbet hapis cezasına çarptırılması arasında büyük bir benzerlik vardır. Her ikisi de cebrî niteliktedir. Fark bu ikisinin yani "kan davası saikıyla öldürme"nin ve "müebbet hapis cezası"nın *örgütleniş biçimin*edir. Şöyle:

Türk Ceza Kanununun 81'inci maddesindeki kuralın ihlâli hâlinde, yani adam öldürme filinin işlenmesi hâlinde, bu maddenin öngördüğü cezanın uygulanmasına hangi makamın hangi usûlle karar vereceği önceden Ceza Muhakemesi Kanununda belirtilmiştir. Keza verilen bu cezanın kim tarafından ve hangi usûlle infaz edileceği Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile yine önceden tespit edilmiştir. Buna karşılık yukarıdaki kan davası nedeniyle adam öldürme örneğinde, kardeşi öldürülen C, kardeşini öldüren A'yı öldürüp öldürmeme kararını kendisi alacaktır. C'nin buna karar verip vermeyeceği önceden bilinemez. Keza C, A'yı öldürmeye karar verirse, A'yı öldürüp öldüremeyeceği veya A'yı öldürmeye çalışırken kendisinin de öldürülmeyeceğini kimse garanti edemez. Görüldüğü gibi C'nin "müeyyide" uygulaması kurumsallaşmamış ve merkezîleşmemiştir. Dahası C'nin "müeyyide" uygulaması Türk hukuk düzenine göre bizatihi bir suç oluşturacaktır.

Bazı örflerde müeyyide örgütlü bir grup tarafından verilebilir. Bu takdirde örfler ile hukuk kuralları arasında benzerlik iyice artar. Ama bu hâlde dahi örf düzeninin kendi kurallarını uygulatmak için başvurduğu cebir, hukuk düzeninin kendi kurallarını uygulatmak için başvurduğu cebirden daha

düşüktür. Örf düzeninin cebri, hukuk düzeninin cebriyle başa çıkamaz. Eğer başa çıkabilirse, aşağıda çete düzeni kurallarında görüleceği üzere, örf düzeni hukuk düzeni hâline gelir. Bu bakımdan bazı örfler haydut çetesi kurallarına benzer.

Sonuç olarak örf ve âdet kurallarını şu şekilde tanımlayabiliriz:

TANIM: ***Örf ve âdet kuralları,*** **içinde yaşanılan sosyal çevre tarafından uzun süreden beri tekrarlanmak suretiyle konulan, beşerî davranışları düzenleyen ve uyarma, kınama, dışlama ve linç gibi çok değişik müeyyideleri olabilen emir ve yasaklardır.**

VIII. BEŞERÎ DAVRANIŞ KURALLARININ ORTAK FONKSİYONU

Beşerî davranış kuralları yukarıda görüldüğü gibi çok çeşitlidir: Hukuk, din, ahlâk, görgü, örf-âdet, haydut çetesi kuralları gibi. Beşerî düzen hiçbir zaman bu kuralların birinden ibaret değildir ve bu kuralların biriyle de sağlanamaz. Ne tek başına hukuk, ne tek başına görgü kuralları, ne de tek başına örf ve âdet kuralları insanlar arasındaki düzeni sağlamaya yeterlidir. Keza din, ahlâk, görgü, örf ve âdet kuralları olmaksızın hukuk kuralları düzeni sağlamakta yetersiz kalır. İnsanlar, Tanrı'dan korkmasaydılar, vicdanları sızlamasaydı, diğer insanlar karşısında küçük düşmekten utanmasaydılar, toplumun kınamasından, dışlamasından çekinmeseydiler, hukuk düzeni ne kadar ağır müeyyideler öngörürse öngörsün tek başına beşerî düzeni sağlamakta başarısız kalırdı.

İnsanların pek azı adam öldürmüştür. "Neden şimdiye kadar adam öldürmedim" sorusunu kendimize bir soralım. Bu sorunun cevabı herhâlde "Türk Ceza Kanununun öngördüğü ömür boyu hapis cezasından korktuğum için" değildir. İnsanların büyük bir çoğunluğu suç işlemiyor. Çünkü Tanrı'dan korkuyorlar; çünkü kendi vicdanlarından korkuyorlar; çünkü çevreleri tarafından kınanmaktan korkuyorlar, ilh. Bununla birlikte hukuk kuralları olmaksızın, diğer toplumsal düzen kuralları, bir arada olsalar dahi, düzeni sağlayamazlar. Çünkü Tanrı'dan korkmayan, vicdanı sızlamayan, çevresini de pek önemsemeyen insanlar istisnai de olsa her zaman çıkacaktır ve bu kişilere karşı din kuralları da, ahlâk kuralları da, örf ve âdet kuralları da yetersiz kalacaktır. Çünkü bu kurallar hukuk kuralları gibi merkezi, kurumsallaşmış, kesin cebrî müeyyidelerle donatılmamışlardır.

Özetle hukuk kuralları ile diğer beşerî davranış kuralları arasında bir çatışma değil, birbirlerini tamamlama ilişkisi söz konusudur. Din, ahlâk, örf ve âdet kuralları ile hukuk kuralları arasında çatışmanın olması istisnaidir ve bu çatışma ancak bizim hukuk düzenimiz gibi devrimci hukuk düzenlerinde, özellikle resepsiyon ürünü hukuk düzenlerinde görülür.

IX. HAYDUT ÇETESİ KURALLARI ÜZERİNE BİR NOT

Beşerî davranış kuralları hukuk, din, ahlâk, görgü, örf ve âdet kurallarından ibaret değildir. Haydut çetesi kuralları gibi, toplumsal düzeni "bozan" kurallar da vardır. Bunlar da bir beşerî davranış kuralıdır; dolayısıyla burada incelenmeleri gerekir. Bu bölümün başında da belirtildiği gibi, aslında toplumsal düzenin sağlanması bakımından, beşerî davranış kurallarının hangisinin iyi hangisinin kötü olduğu sorunu bizi ilgilendirmez. Beşerî davranış kurallarının iyi veya kötü şeklindeki değerlendirilmesi, değer yargıları alanına girer. Bu alanda ise "görecelilik" ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin geçerli olduğu yerde bilim yapılamaz. O hâlde sadece bazı insanların "iyi" olarak nitelendirdiği beşerî davranış kuralları olduğu gibi, bazı insanların "kötü" olarak nitelendirdiği beşerî davranış kuralları da olabilir. Dahası, bazı insanlara göre, belirli beşerî davranış kuralları iyi, diğerlerine göre ise aynı davranış kuralları kötüdür. Örneğin Türkiye'de din kuralları, bazılarına göre iyi, bazılarına göre ise kötüdür. Keza bazı yörelerimizde bulunan kan davasına ilişkin örf kuralının toplumumuzun çoğunluğu tarafından kötü karşılandığı söylenebilir. Ancak bu örfü, yüzyıllardır sürdüren o yörelerdeki insanlar için herhâlde bu kural, "iyi" bir kuraldır ki, yüzyıllardır sürmektedir. İşte bu nedenlerle, bize göre beşerî davranış kurallarının iyi mi, kötü mü olduğunu incelemek bilimin görevi değildir. Bilim beşerî davranış kurallarının hepsini incelemekle görevlidir.

Özetle, beşerî davranış kurallarından bazıları, haydut çetesi kuralları gibi, bazılarına göre, toplumsal düzeni sağlamaz, bozar. Ama bunlar da toplumsal düzenin bir parçasıdır. Bunlar da beşerî davranışları yönlendirir; dolayısıyla burada incelenmeleri gerekir.

Biz burada "haydut çetesi kuralları" dedik. Aslında bu tip kurallar çok çeşitlidir. Bu ifadeyi geniş anlamda kullanıyoruz. "Haydut çetesi" ifadesi, yol kesenleri, deniz korsanlarını, banka soyguncularını, mafya tipi suç örgütlerini, şantajcıları, gaspçıları, terörist örgütleri vs. içerir. Bununla birlikte, alelâde hırsızlar, yani bir malı gizlice çalanlar, buraya girmez. Çünkü burada bir emir yoktur, dolayısıyla normatiflik unsuru eksiktir. Ama size silahını dayayıp cüzdanınızı vermenizi isteyen tek bir gaspçıyı dahi bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Burada gaspçı bir kural koymakta, size cüzdanınızı ona vermenizi emretmektedir. Bu emri yerine getirmezseniz, sizi yaralayacak, yahut öldürecektir.

Haydut çetesinin kuralları ile hukuk kuralları arasında büyük benzerlik vardır. Hukuk kurallarının bütün özellikleri haydut çetesinin kurallarında da vardır. Bir kere haydut çetesi kuralları normatif niteliktedir. Yani bir şey emreder veya yasaklar. İkinci olarak bu kuralların konusu bu haydut çetesinin mensubu olan ve olmayan insanların davranışlarıdır. Üçüncü olarak, bu kurallar haydut çetesinin lideri durumunda olan kişi tarafından konulur. Yani

kuralların kaynağı beşeridir. Nihayet haydut çetesi kurallarının ihlâli hâlinde uygulanan müeyyide hukuk kuralının müeyyidesi gibi cebrî niteliktedir. Yani kişinin hayatına (örneğin adam öldürme), maddî ve manevî varlığına (örneğin dövme, bacağa kurşun sıkma), özgürlüğüne (adam kaçırma), ekonomik varlığına (gasp) zarar verilmektedir. O hâlde hukuk kuralları ile bu kurallara bunca benzeyen haydut çetesi düzeni kuralları arasında fark nedir?

Benzer bir soru öğrencilere sorulduğunda, öğrenciler genellikle, hukuk düzeninin cebrinin meşru olduğu, çete düzeninin cebrinin ise gayrimeşru olduğu, hukuk düzeninin adaletli, çete düzeninin ise adaletsiz olduğu, hukuk düzenin toplumsal yarara, çete düzeninin ise çete liderinin kişisel çıkarına hizmet ettiği, hukuk düzeninin kurallarının kanunlara ve anayasaya dayandığı, çete düzeninin kurallarının ise keyfi olduğu gibi cevaplar vermektedirler.

Şüphesiz hukuk düzeni ile çete düzeni arasında bu gibi ve bunlara benzer farklar olduğu düşünülebilir. Bu düşüncelerde haklılık payı da vardır. Ancak bu farkların hepsi içeriksel farklardır. Dolayısıyla değer yargıları alanına girer. Görecelliliğin hâkim olduğu bu alana giren cevapların bilimsel bakımdan kabulü mümkün değildir.

Kanımızca hukuk kuralları ile haydut çetesi kuralları arasındaki fark yine uyguladıkları müeyyidede bulunmaktadır. Hukuk düzeni de çete düzeni de müeyyide olarak cebir uygulamaktadır. Uyguladıkları cebrin niteliği bakımından aralarında bir fark yoktur. Fark, uygulanan cebrin *niceliği* bakımındandır. Nihaî tahlilde hukuk düzeninin cebri, çete düzeninin cebrinden daha büyüktür. Hukuk düzeni, sahip olduğu polis ve ordu teşkilatı ile çete düzenlerinden daha büyük bir cebir uygulama imkânına sahiptir. Kısa vadede belki çete düzeninin uyguladığı cebir hukuk düzenin cebrinden daha şiddetli ve etkili olabilir. Hukuk düzeninin belirli bir zaman içinde çete düzeniyle baş edememiş olması mümkündür. Ama eğer hukuk düzeni, hukuk düzeni olarak kalıyorsa, çete düzeninin cebrini bertaraf etmiş demektir. Ama eğer çete düzeni, hukuk düzeninin kendisi üzerinde uyguladığı cebre karşılık verebilmiş ve hukuk düzeninin cebrini yenmiş ise, artık çete düzenini hukuk düzeni, yeterli cebir uygulayamamış eski hukuk düzenini de çete düzeni olarak kabul etmek gerekir.

Çete düzenlerinden çoğu devlet ile açıkça çatışmayı zaten göze almaz. Göze alanlar da devletin sahip olduğu cebir karşısında yenilir. Yeryüzünde istatistiksel olarak çetelerden ziyade, devletin bekasından bahsedilebilir. Devlet ile cebir düzeyinde açık çatışmayı göze alan çete düzenleri çok azdır. Bunlar genelde, mevcut devletin yerine yeni bir devlet kurmak isteyen, yahut belirli bir bölgeyi mevcut devletin ülkesinden koparmayı amaçlayan yasa dışı örgütlerdir.

Böyle bir örgüt, kendi geçerlilik alanını, belirli bir toprak üzerinde sınırlandırırsa ve bu toprak parçası üzerinde tüm diğer cebir düzenlerini saf dışı

edecek derecede etkili olursa, bu düzen bir hukuk düzeni ve onun tarafından kurulan topluluk – dışa karşı pozitif uluslararası hukuk tarafından suç olarak görülen bir faaliyette bulunsa bile –, bir "devlet" olarak kabul edilir[131].

Aslında bu şaşırtıcı bir şey değildir. Devlet düzeniyle diğer cebir düzenleri arasındaki fark, uyguladıkları cebrin niteliğine ilişkin değil, niceliğine ilişkindir. Bilindiği gibi devletin insan, toprak ve egemenlik olmak üzere üç unsuru vardır. Belirli bir insan topluluğunun belirli bir toprak parçası üzerinde kendi devletlerini kurabilmesi için bu toprak parçası üzerinde o insanların egemen olması gerekir. Bu ise cebir kullanmakla mümkündür. Her devlet bu anlamda kuruluş safhasında nitelik olarak bir çete örgütünden farksızdır. Devleti çete örgütünden farklı kılan şey, sanıldığı gibi meşruluğu vs. değil, uyguladığı cebrin büyüklüğüdür. Eğer bir çete örgütü de devleti cebir kullanarak yenebiliyorsa, o çete örgütünü bir devlet ve çetenin kurallarını da geçerli hukuk kuralı olarak kabul etmek gerekir.

Aziz Augustinus, *De Civitae Dei*'nin Dördüncü Kitabının Dördüncü Bölümünde krallıklarla haydut çetelerinin mükemmel bir karşılaştırmasını yapmaktadır:

> "[K]rallıklar büyük haydutluklardan başka nedir ki? Çünkü, haydut çeteleri de küçük krallıklar değil midir? Çete insanlardan kurulur, bir prensin yetkisiyle yönetilir, konfederasyon sözleşmesiyle örgütlenmiştir, yağmalanan şeyler de, üstünde anlaşılan bir yasa gereğince bölüşülür. Dışarıda bırakılan insanların alınmasıyla, bu bela, büyük bölgeleri elinde tutacak, konutlar kuracak, şehirlere sahip çıkacak ve halklara boyun eğdirecek kadar büyüyecek olursa, açıktan açığa krallık adını takınır; çünkü şimdi açgözlülüğün kalkmasıyla değil fakat ceza sorumsuzluğunun da eklenmesiyle, gerçek durum onda apaçık görünür hale gelmiştir. Nitekim yakalanan bir korsan Büyük İskender'e bu yerinde ve doğru karşılığı vermişti. Kral, niçin denizi kötü niyetle tuttuğunu sorunca, korsan onu gururlu bir atılganlıkla şöyle cevaplandırmıştı: 'Ya sen niçin bütün dünyayı eline geçiriyorsun: Ama ben bu işi küçük bir gemiyle yaptığım için bana haydut deniyor, sen aynı işi büyük bir filoyla yapınca imparator diye anılıyorsun'"[132].

SONUÇ

Beşerî davranış kuralları yukarıda görüldüğü gibi çok çeşitlidir: Hukuk, din, ahlâk, görgü, örf-âdet, haydut çetesi kuralları gibi. Beşerî düzen bu kuralların bütününden oluşur. Beşerî düzen hiçbir zaman sadece hukuk kurallarına, sadece din kurallarına, sadece ahlâk kurallarına, sadece örf ve âdet kurallarına veya sadece haydut çetesi kurallarına indirgenemez. Bu kuralların hepsi beşerî düzenin bir parçasıdır.

---

131. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.65.
132. Aziz Augustinus, *De Civitae Dei.* IV, 4 (Mete Tunçay (der.), *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi,* Ankara, Teori Yayınları, 1985, c.I, s.212-213).

Beşerî düzen kurallarının ortak yanları vardır. Bu ortak yanlar şunlardır:

1. Tüm beşerî davranış kuralları normatif niteliktedir. Yani bir şeyi emreder, yasaklar veya izin verir.
2. Tüm beşerî davranış kurallarının emrettiği, yasakladığı veya izin verdiği şeyin konusu bir insan davranışıdır. Diğer bir ifadeyle, toplumsal düzen kurallarının konusu beşerî davranıştır. Hukuk kuralların da, din kurallarının da, ahlâk kurallarının da, görgü, örf ve âdet ve haydut çetesi kurallarının da konusu, emrettiği şey belli bir beşerî davranışın yapılması veya yapılmamasıdır.
3. Tüm beşerî davranış kuralları, beşerî irade tarafından konulmuştur. Hukuk kurallarının koyucusu devlet gücüne sahip insanlardır. Din kurallarının ilahî irade tarafından konulduğuna inananlar ise yine insanlardır. Ahlâk kuralı insanın kendisi tarafından konulur. Görgü, örf ve âdet kurallarının koyucusu ise belirli bir toplumsal çevredeki insanlardır. Haydut çetesi kurallarının koyucusu ise çete lideri olan kişidir. Özetle, insan tarafından konulmamış bir şey toplumsal davranış kuralı olamaz.
4. Tüm beşerî davranış kuralları müeyyidelendirilmiştir. Müeyyide kuralın ihlâli hâlinde karşılaşılan istenilmeyen bir durumdur.

Hukuk kuralları ile diğer beşerî davranış kuralları arasındaki fark müeyyide unsurunda toplanmaktadır. Hukuk kurallarının müeyyidesi *cebir*dir. Din kurallarının müeyyidesi cehennem azabı *korkusu;* ahlâk kurallarının müeyyidesi *vicdan azabı*; görgü kurallarının müeyyidesi *küçük düşme*dir. Örf ve âdet kurallarının ise ayıplama, kınama, gruptan atma gibi çeşitli müeyyideleri vardır. Linç cezasında görüldüğü gibi bazı örflerin müeyyidesi cebrî olabilir. Haydut çetesi kurallarının müeyyidesi hukuk kurallarının müeyyidesi gibi *cebrî*dir. Cebir ile müeyyidelendirilen örf kuralları ve haydut çetesi kuralları ile hukuk kuralları arasındaki fark cebrin niteliğine dayanmaz. Bunların arasındaki fark uygulanan cebrin niceliğine ilişkindir. Hukuk düzeninin cebri en büyüktür. Çete düzeninin veya örf düzeninin cebrî, hukuk düzeninin cebriyle başa çıkamaz.

Sonuç olarak hukuk düzeninin diğer beşerî davranış düzenleri içinde en etkili düzen olduğunu söyleyebiliriz.

Hukuk, din, ahlâk ve örf ve âdet kurallarının benzerlik ve farklılıklarını tablo hâlinde şu şekilde gösterebiliriz:

Tablo 3.1: Beşerî Davranış kuralları Arasında Karşılaştırma

	Hukuk Kuralları	Din Kuralları	Ahlâk Kuralları	Örf ve Âdet Kuralları
Normatiflik	Var	Var	Var	Var
Muhatabı	İnsanlar	İnsanlar	İnsanın Kendisi	İnsanlar
Koyucusu	Devlet	İlâhî İrade	İnsanın Kendisi	Toplum
Müeyyide	Cebrî Nitelikte	Cehennem Azabı Çekme Korkusu	Vicdan Azabı	Ayıplama, Kınama, Dışlama, Dövme, Linç, vs.

Bölüm 4
HUKUKLA İLGİLİ BAZI KAVRAMLAR

Bibliyografya.- Özsunay, *op. cit.*, s.4-5; 11-14; Bilge, *op. cit.*, s.44-47; Göğer, *op. cit.*, s.9-18; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.11-15; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.4-5; Tekinay, *op. cit.*, s.1-2; Umar, *op. cit.*, s.12-13; Ataay, *op. cit.*, s.20-23; Du Pasquier, *op. cit.*, s.21-22.

PLÂN:

1. "Hukuk" Kelimesinin Değişik Anlamları
2. Pozitif Hukuk-Tabiî Hukuk
3. Norm
4. Maddî Varlık
5. Normatiflik
6. Hukukîlik
7. Bağlayıcılık
8. Geçerlilik
9. Adillik
10. Etkililik
11. Metrukiyet
12. Ahde Vefa
13. Kanuna Karşı Hile

1. "Hukuk" Kelimesinin Değişik Anlamları[1]

"Hukuk (*law, droit*)" kelimesinin değişik anlamları vardır. Daha doğrusu kullanıldığı bağlama göre, bu kelimenin anlamı değişebilmektedir.

a) Birinci olarak "hukuk" kelimesi, Arapça *"hak" kelimesinin çoğuludur*; yani "haklar" demektir. Örneğin "Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti" tamlamasındaki "hukuk" kelimesi bu anlamda, yani "haklar" anlamında kullanılmaktadır.

b) Bazen "hukuk" kelimesi, iki kişinin arasındaki *iyi dostluk ilişkilerini* anlatmak için kullanılır. "Onunla hukukumuz eskidir" ifadesinde olduğu gibi.

c) Bazen de "hukuk" kelimesi *bağlayıcı kurallar sistemini* ifade eder. "Bu hukuka aykırıdır", "hukuk bunu emreder", "Türk hukuku", "Alman hukuku" ifadelerinde olduğu gibi. Bu dersin asıl konusu, işte bu anlamda hukuktur.

d) Bazen de "hukuk" sözcüğü, hukuk kurallarını inceleyen *bilim* anlamında kullanılır. "Hukuk bilimi" demek yerine, kısaca "hukuk" denir. Örneğin "hukuk fakültesi" tamlamasındaki "hukuk" aslında "hukuk bilimi" demektir. "Hukuk kitabı", "hukuk profesörü", "hukuk öğrencisi" tamlamalarında da "hukuk" kelimesi ile kastedilen şey, "hukuk bilimi"dir.

e) "Hukuk" kelimesinden bazen *özel hukuk* anlaşılır. Yani bu anlamda "hukuk", "kamusal"ın, "idarî"nin, "cezaî"nin tersidir. Örneğin *"hukuk* davası"ndan medenî hukuk, borçlar hukuku ve ticaret hukuku alanındaki bir dava anlaşılır. Yani birisi "hukuk" davasından bahsediyorsa biliniz ki bahsettiği dava bir "ceza davası" veya bir "idarî dava" değil; bir "medenî hukuk", "borçlar hukuku" veya "ticaret hukuku" davasıdır. Keza "asliye hukuk mahkemesi", "sulh hukuk mahkemesi", "Yargıtay Hukuk Dairesi" ifadelerinde geçen "hukuk" kelimesi hep "özel hukuk" anlamında kullanılmıştır.

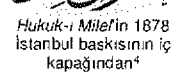
---

1. Tekinay, *op. cit.*, s.1-2; Umar, *op. cit.*, s.12-13; Göğer, *op. cit.*, s.9-10.
2. Ataay, *op. cit.*, s.1.

KUTU 4.1: Türkiye'de "Hukuk" Kelimesi Ne Zaman Ortaya Çıkmıştır?- Osmanlı İmparatorluğunda bugünkü anlamda (yani Fransızca *"droit"*, İngilizce *"law"* anlamında) "hukuk" kelimesi yoktu. Bunun yerine *"şeriat"* veya *"fıkıh"* kelimesi kullanılıyordu. Bu kelimelerin yerine "hukuk" kelimesinin kullanılması Tanzimat sonrası dönemde başladı. Bu kelimeyi ilk kullanan kişi de bir Türk değil, Avusturyalı bir oryantalisttir. Ottokar Freiherr von Schlechta-Wssehrd, Viyana'da 1848 yılında Türkçe olarak yayınladığı *Kitab-ı Hukuk-ı Milel* kitabında "hukuk" kelimesini kullandı. Bu kitap, daha sonra İstanbul'da 1878 yılında tekrar basıldı. İkinci baskının tam metnine ABD Kongre Kütüphanesinden (www.loc.gov/item/2018672752/) ulaşılabilmektedir. Bugünkü anlamda "hukuk" kelimesi resmî olarak ilk defa 1874'te kurulan *"Mekteb-i Hukuk"*un isminde kullanıldı. Daha sonra "hukuk" kelimesinin kullanılması mevzuatta da yaygınlaştı. Örneğin 1917 tarihli aile hukuku kurallarını toplayan kararnamenin adı *"Hukuk-ı Aile Kararnamesi"*dir.



Kitab-ı Hukuk-ı Milel'in 1847 Viyana baskısının iç kapağından[3]



Hukuk-ı Milel'in 1878 İstanbul baskısının iç kapağından[4]

Bu konuda bkz.: Mürteza Bedir, "*Fıkıh* to Law: Secularization through Curriculum", *Islamic Law and Society*, Cilt 11, No. 3, 2004, s.378-401; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, Filiz, 1999, s.28; Cemil Bilsel, "Devletler Hukuku mu, Devletler Arası Hak mı?", *İÜHFM*, Cilt 6, Sayı 4, 1940, s.631-644.

2. Pozitif Hukuk – Tabiî Hukuk[5]

Hukuk alanında değişik kelimeler ile ifade edilen çok temel bir karşıtlık vardır: Pozitif hukuk – doğal hukuk karşıtlığı.

Pozitif Hukuk (Müspet Hukuk, Positive Law, Enacted Law, Droit positif).- Belli bir ülkede ve belli bir zamanda yürürlükte olan hukuka pozitif hukuk veya müspet hukuk denir. Bu anlamda hukuka bazen "yürürlükteki hukuk", "mevzu hukuk" veya kısaca "mevzuat" da denmektedir. Bazen de bu hukuka "olan hukuk (*de lege lata*)" denmektedir.

Tabiî Hukuk (Doğal Hukuk, Natural Law, Droit naturel).- Pozitif hukukun karşısında doğal hukuk vardır. İleride ayrıntılarıyla göreceğimiz gibi doğal hukuk, yürürlükteki kanunlardan çıkan değil, doğadan kaynaklanan hukuk demektir. Bu aslında "olan" değil, "olması gereken (*de lege ferenda*)" hukuktur. Bu anlamda bazen "ideal hukuk"tan da bahsedilir. Bu anlayışta aslında "hukuk" kavramı, "adalet" kavramıyla özdeşleşir. Hukuka aykırı demek, adalete aykırı demektir.

Hukukla ilgili başka öğrenilmesi gereken, sıkça kullanılan başka kavramlar da vardır. Bu kavramların birçoğunu izleyen bölümlerde belli bir sistem dahilinde göreceğiz. Ama ileride ayrıca bağımsız bir bölüm olarak görmeyeceğimiz bazı kavramları şimdiden vermekte yarar vardır.

3. Norm

"Norm (*norme*)" kelimesi Latince *norma* kelimesinden gelir. Bu kelime asıl anlamıyla, "gönye" demektir[6]. Figüratif anlamıyla ise kural, ilke, kanun, model anlamlarına gelir.

Hukuk normu bir "emre" işaret eder. Hukuk normu bir "olması gereken *(Sollen)*"i ifade eder. Olması gereken ise ya belirli bir davranışın emredilmesi,

3. Asım Cüneyd Köksal, https://twitter.com/lazamani/status/936693140895027200.
4. https://www.loc.gov/item/2018672752/.
5. Özsunay *op. cit.*, s.11-12; Ataay, *op. cit.*, s.20-22; Umar. *op. cit.*, s.74-75; Bilge, *op. cit.*, s.44-45.
6. A. Gariel, *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hatier, 1960, s.410.

ya belirli bir davranışını yasaklanması, ya belirli bir davranışa izin verilmesi ya da belirli bir davranışa yetki verilmesi demektir[7]. O hâlde hukuk normu, ya belirli bir insan davranışını emreden, ya belirli bir davranışı yasaklayan, ya belirli bir davranışa izin veren ya da belirli bir davranışa yetki veren ve insan iradesinin ürünü olan bir önermedir.

4. Maddî Varlık

"Maddî varlık (*existence matérielle*)"[8], bir işlemin maddi varlığıyla, o işlemin somut taşıyanının (*support,* hâmil), yani bir belgenin, bir sözün, bir ritüelin, tek kelimeyle bir *instrumentum*'un varlığı anlatılmak istenmektedir[9]. Diğer bir anlatımla, bir işlemi hukuki nitelendirmeye tâbi tutmadan önce, onun *instrumentum*'unu, örneğin bu işlemin içinde yer aldığı belgeyi göstermek gerekir. Modern hukuk sistemlerinde bir kanunun varlığı, resmi gazeteye, yani hükümet adına basılan bir dergiye bakılarak ihdas edilir.

Bir örf ve âdet kuralının maddî varlığının resmî gazeteye bakılarak tespit edilemeyeceği açıktır. Bununla birlikte örf ve âdet kuralları maddi varoluştan yoksun değildir; zira onların da bir *instrumentum*'u vardır. O hâlde herhangi bir işlemin hukuk normu olarak geçerli olabilmesi için gerekli ilk ön koşul, onun maddi varlığa sahip olmasıdır.

5. Normatiflik

Bir işlemin "normatifliği (*normativity, normativité*)" sorunu, onun maddî varlığı, onun belgesi sorunu değil, onun *anlamı* sorunudur. Diğer bir ifadeyle norm, bir işlemin metni değil, onun anlamıdır. O hâlde, normatiflik sorunu, normun maddi taşıyıcısına, örneğin metnine atfedilmesi uygun olan anlam sorunudur. Yani bu sorun, kendisine başvurulan belgenin bir *norm* içerip içermediğini bilmek noktasında toplanmaktadır[10].

6. Hukukîlik

"Hukukîlik (fr: *juridicité*)", bir hukuk kuralını diğer sosyal davranış kurallarından ayıran özellik olarak tanımlanabilir[11]. Diğer bir anlatımla hukukîlik, bir norma "hukukî" olma vasfını veren şeydir[12]. O hâlde bir norma hukuki olma vasfını ne verir? Yani, diğer beşeri davranış kurallarından hukuk normunu ayıran kriter nedir? Tek kelimeyle *hukukîliğin ölçütü* nedir? Bir normun hukukiliğinin ölçütü olarak değişik kriterler ileri sürülmüşse de, yukarıda açıklandığı gi-

7. Kelsen, *Théorie générale des normes, op. cit.,* s.2.

8. François Ost ve Michel Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, s.259; François Ost, "Validité", *in* André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Deuxième édition, 1993, s.636.

9. Ost ve Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique..., op. cit.,* s.259; Ost, "Validité", *op. cit.,* s.636.

10. Ost ve Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique.., op. cit.,* s.261; Ost, "Validité" *op. cit.,* s.636.

11. Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, s.U.F., 1978, s.175.

12. *Cf.* Paul Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit : essai de phénoménologie juridique*, (Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques), Paris, L.G.D.J., 1964, s.217.

bi, kanımızca, nihai kriter *cebrî müeyyide*dir. Hukuk kuralı diğer sosyal davranış kurallarından cebrî müeyyide ile donatılmış olmasıyla ayrılır.

7. Bağlayıcılık

"Bağlayıcılık (*obligatoriété, force obligatoire, binding force*)" bir hukuk kuralının, hukuk düzeninin parçası olarak, muhataplarını belli bir davranışı yapmaya veya yapmamaya zorlamasıdır. Eğer hukuk kuralı muhataplarına baskın geliyorsa bağlayıcıdır. Bağlayıcılığın tersi ihtiyariliktir. Bağlayıcı olmayan kural ihtiyaridir, isteğe bağlıdır (*facultatif*). Hukuk kurallarının en büyük ayırıcı özelliği onların bağlayıcı olmasıdır. Bağlayıcılık, hukuk kuralının içinde bulunan zorlama gücüdür[13]. Diğer bir ifadeyle eğer bir *hukuk* kuralı varsa, o kaçınılmaz olarak bağlayıcıdır. Bağlayıcılık, o hâlde bir kuralın hukuk kuralı olmasından kaynaklanmaktadır.

8. Geçerlilik

"Geçerlilik (*validity, validité*)" "hukukî sonuçları doğurmak için gerekli koşulları yerine getiren norma atfedilen nitelik" olarak tanımlanmaktadır[14]. Pozitivist hukuk teorisine göre bir normun geçerliliği, onun belirli bir hukuk düzenine *aidiyeti* ile belirlenir[15]. Diğer bir ifadeyle eğer bir norm, belirli bir hukuk düzeninin içinde yer alıyorsa geçerlidir. R. Guastini'nin belirttiği gibi, bu anlayışta geçerlilik *"membership"* anlamına gelir[16]. Hans Kelsen'e göre, bir normun geçerliliği (*Geltung*) bu normun bir normatif düzen içindeki varlığıdır[17]. Bir norm ise normatif düzene ancak o düzenin içinde yer alan bir normun öngördüğü biçimde üretilirse ait olabilir. Bu anlamda bir normun geçerliliği daima bir başka normdan gelir.

9. Adillik

Bir normun "adilliği (*justice*)" sorunu, o normun belli bir hukuk düzeninin esinlendiği ideallere cevap verip vermediği sorunudur. Bir normun adil olup olmadığını saptamak için, hukuk düzeninin esinlendiği idealleri gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığına bakmak gerekir. Bu nedenle, bir normun adilliği sorunu, "gerçek dünya" ile "ideal dünya", yani "olan" ile "olması gereken" arasındaki uyuma bağlıdır. Bunların arasında uyuşum varsa norm adildir; yok eğer bir çatışma söz konusu ise, o norm adil değildir. Bu nedenle adalet sorunu, hukukun "deontolojik" sorunudur. Örneğin tabii hukuk anlayışına göre bir normun hukuk normu olabilmesi için "adil" olması gerekir[18].

---

13. Gérard Cornu (Ed.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Association Henri Capitant, PUF, 3. B., 1992, s.550.
14. Ost ve Van de Kerchove, *op. cit.*, s.264. Keza Ost, "Validité", *op. cit.*, s.637. *Cf.* Virally, "Notes sur la validité...", *op. cit.*, s.454-455 : "Geçerli bir norm kendisinden beklenilen hukuki sonuçları gerçekten yerine getiren bir normdur".
15. Ost, "Validité", *op. cit.*, s. 433 ; Guastini, "Sur la validité de la constitution...", *op. cit.*, s.220.
16. Riccardo Guastini, "Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique", *in* Michel Troper ve Lucien Jaume (Ed.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1994, s.220.
17. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.261.
18. Hafızoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.35-36.

10. Etkililik

Bir normun "etkililiği (*efficacité*)" sorunu, normun muhatabının norma yeterince riayet edip etmediği, ihlali hâlinde normu koyan otoritenin cebri vasıtalarla normun saygınlığını sağlayıp sağlayamadığı sorunudur[19]. Bir normun etkililiğini belirlemek için, o normun emrettiği şey ile bu normun muhataplarının davranışları arasında karşılaştırma yapılır[20]. Bir norm, belirli bir zaman diliminde, belirli bir insan grubu tarafından izlenmişse, tek kelimeyle itaat edilmiş ise, o norm etkilidir[21]. Yani bir norm bir toplumda sadece ve sadece yurttaşların davranışları onu izlediklerini gösteriyorsa etkilidir[22]. Bir normun hukuk normu olabilmesi için etkili olması gerektiğini *Amerikan ve İskandinav hukukî realizm akımları* savunmaktadır. Bu akımlara göre, gerçek hukuk, kanunlarda ifade edilmiş bulunan hukuk değil, ama insanların her günkü ilişkilerinde fiilen uyguladıkları hukuktur.

11. Metrukiyet

Bir normun, hukuk normu olarak geçerli olması için o normun hiç olmazsa, bir *minimum etkililiğe* sahip olması gerekir[23]. *Sürekli bir şekilde* etkililikten yoksun kalan bir norm, geçerli bir norm olarak kabul edilemez[24]. Kendisine *hiçbir zaman* uyulmayan veya *hiçbir zaman* uygulanmayan bir normun geçerliliğini yitirdiği söylenir. İşte bir normun etkililiğini kaybetmek suretiyle geçersizleşmesine, hukuk dilinde "metrukiyet (lat: *desuetudo*, fr: *désuétude*)" denir[25]. Yani metrukiyet, hukuk normunun, devamlı bir şekilde uyulmamış ve uygulanmamış olarak kalmasından dolayı fiilen geçerliliğini kaybetmesidir[26]. Örneğin Türkiye'de 25 Kasım 1336 tarih ve 55 Sayılı Düğünlerde Men'i İsrafat Kanununun, 3489 sayılı Pazarlıksız Satışın Mecburiyetine Dair Kanunun, 9 Aralık 1925 tarih ve 688 sayılı Yerli Kumaştan Elbise Giyilmesine Dair Kanunun, 28 Haziran 1938 tarih ve 3517 sayılı Yazılı ve Basılı Kağıtların Kese Kağıdı Olarak Kullanılmamasına Dair Kanunun, metrukiyete düştüğünü söyleyebiliriz (Son iki Kanun, 26 Nisan 2007 tarih ve 5637 sayılı Kanun ile resmen yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 2007'den önce resmen ilga edilmeden çok önce bu Kanunların metrukiyete düştükleri söylenebilirdi).

12. Ahde Vefa (*Pacta Sunt Servanda*)

"Ahde vefa (söze bağlılık)" veya "*pacta sunt servanda*" ilkesi, esas itibarıyla, insanların verdikleri sözleri tutması gerektiğini dile getiren ahlakî bir ilkedir. Bu ilke hukuka da yansımıştır. Hatta daha ileri giderek bu ilkenin hukukun temelini oluşturan ilkelerden biri olduğunu söyleyebiliriz. Sözleşme ve akdî sorumluluk gibi pek çok hukukî kavram ve kurumun temelinde doğrudan doğruya

19. Hafızoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.39; Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.16.
20. Ost ve Van de Kerchove, *op. cit.*, s.272 ; Ost, "Validité", *op. cit.*, s.637.
21. Norberto Bobbio, "Sur le positivisme juridique", *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier,* (Tome I : Théorie générale du droit et droit transitoire), Paris, Librairies Dalloz & Sirey, 1961, s.56.
22. Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable : la justification en droit*, Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, s.50.
23. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.14-15, 287-288.
24. *Ibid.*, s.15. 25. *Ibid.*, s.288.
26. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.288; Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.185.

bu ilke bulunur. Sözleşmelerin geçerliliğinin ve bağlayıcılığının altında bu ilke yatar. Bir sözleşmenin taraflarının birbirine verdiği sözler, bu iki kişi arasında sanki bir kanunmuş gibi bağlayıcıdır. Sözleşmenin taraflarının karşılıklı anlaşarak koydukları hükümler, taraflar arasında sanki bir kanun hükmüymüş gibi geçerlidir. Nitekim 1804 yılında yürürlüğe giren ve hâlâ yürürlükte olan Fransız Medenî Kanununun 1134'üncü maddesi şöyle demektedir: "Kanuna uygun olarak yapılan sözleşmeler, onları yapanlar için kanun yerine geçer. Bunlar sadece onların karşılıklı rızasıyla sona erdirilebilirler (*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées*)". Bu nedenle Fransız hukukunda sözleşme, "tarafların kanunu (*loi des parties*)" olarak kabul edilir.

KUTU 4.2: Özdeyiş: Öküzler boynuzlarıyla, insanlar sözleriyle bağlanır.

- *Cornu bos capitur, voce ligatur homo*[27] (Öküzler boynuzlarıyla, insanlar sözleriyle bağlanır).
- *Verba ligant homines, taurorum cornua funes* (Sözler insanı bağlar, boynuzlarındaki ip boğaları)[28].
- *On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles* (Öküzleri boynuzlarıyla bağlarlar, insanları sözleriyle). Antoine Loysel (1536-1619)[29].

Pacta sunt servanda ilkesi aynı zamanda uluslararası andlaşmalar alanında da geçerlidir. Bir devlet, diğer bir devlete söz vermiş ise, verdiği sözü tutmalıdır. *Pacta sunt servanda* ilkesi, uluslararası andlaşmaların ve dolayısıyla uluslararası hukukun geçerliliğinin temelini oluşturan bir ilkedir. Uluslararası hukuk alanında *pacta sunt servanda* ilkesi açıkça 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 26'ncı maddesinde "yürürlükteki her andlaşma tarafları bağlar ve taraflarca iyi niyetle uygulanmalıdır *(every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith)*" denerek kabul edilmiştir.

13. Kanuna Karşı Hile

"Kanuna karşı hile (*fraude à la loi*)", kanunun yasakladığı bir sonucu, izin verdiği araçlarla elde etmek demektir[30]. Kanuna karşı hile durumunda kanunun amacı dolanılır; saptırılır. Ancak kanuna uygun davranılmış gibi bir görüntü verilir. Kanunun bir maddesinin yasakladığı sonuca, kanunun bir başka maddesinin bir başka amaçla tanıdığı imkân ve araçlarla ulaşılması durumunda kanuna karşı hile olur. O hâlde "kanuna karşı hile"yi, *kanunun bir maddesinin yasakladığı sonuca, kanunun diğer bir maddesinin verdiği imkândan yararlanılarak ulaşılması* olarak tanımlayabiliriz. Kanuna karşı hile durumunda kanunun sözüne uyulur (*salvis verbis legis*); ama kanunun ruhu çiğnenir (*sententiam ejus circumvenit*)[31]. Kanuna karşı hile durumunda metne saygı gösterilerek bir hukuk kurumunun ruhu yok edilir. Diğer bir ifadeyle şekle saygı gösterilerek özün yok edilmesi durumunda kanuna karşı hile vardır[32]. ■

---

27. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2006, s.962.
28. Sir Edward Coke, *The Reports*, Joseph Butterworth, 1826, Vol V, Parts IX-X, s.431.
29. *Institutes coutumières d'Antoine Loysel*, avec les notes d'Eusèbe de Laurière, Paris, Durand, 1846, Tome 1, n° 357, s.359) (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k624076/).
30. Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı*, Ankara, Türk Hukuku Kurumu (3. Baskı: Başbakanlık Basımevi, 1991), s.185.
31. Georges Liet-Veaux, "La 'fraude à la constitution'", *Revue du droit public*, Cilt 59, 1943, s.141-142.
32. *Ibid.*, s.145.

Bölüm 5
HUKUKUN KISIMLARI

Bibliyografya.- Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Bilimine Giriş,* Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, Yedinci Baskı, 1958; Sadri Maksudi Arsal, *Hukukun Umumi Esasları,* Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937, s.110-126; Cevdet Atay, *Hukuka Giriş,* Bursa, Marmara Kitabevi, 1997, s.3-13; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.,* s.83-88; Bilge, *op. cit.,* s.120-122; Atar *et alii, op. cit.,* s.93-94; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.,* s.22-24; Göğer, *op. cit.,* s.63-65; Umar, *op. cit.,* s.95-97; Fendoğlu, *op. cit.,* s.84-90; Görgün, *op. cit.,* s.80-84; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.,* s.14-17; Akıntürk, *Medenî Hukuk, op. cit.,* s.22-33; Ahmet Kılıçoğlu, *Medenî Hukuk Bilgisi,* Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1993, s.23-38; Edis, *op. cit.,* s.13-22; Özsunay, *op. cit.,* s.22-47; Tekinay, *op. cit.,* s.16-21; Ataay, *op. cit.,* s.28-47; Esener, *op. cit.,* s.87-125; Ali Şafak, *Hukuk Başlangıcı,* Ankara, Alkım Yayınları, 3. Baskı, 1994, s.61-93; Hasan Pulaşlı, *Hukukun Temel Esasları,* Konya, Mimoza, 9-12; Gridel, *op. cit.,* s.71-135; Paul Roubier, *Théorie générale du droit,* Paris, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1951, s.291-312; Claude du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit,* Neuchatel, Delauchaux & Niestlé S.A., 3ème édition, 1948, s.23-44; Hermann Bekaert, *Introduction à l'étude du droit,* Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1963, s.148-167.

PLÂN:

I. İç Hukuk - Uluslararası Hukuk Ayrımı
   A. İç Hukuk
   B. Uluslararası Hukuk
   C. İç Hukuk ile Uluslararası Hukuk Arasındaki İlişkiler
II. Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımı
   A. Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımının Ölçütleri
   B. Kamu Hukukunun ve Özel Hukukun Karşılıklı Özellikleri
   C. Pratik Bilgiler
   D. Kamu Hukukunun Dalları
   E. Özel Hukukun Dalları

Hukuk kuralının tanımını yukarıda gördük (s.37-46). "Hukuk", hukuk kurallarının toplamından oluşur. Diğer bir ifadeyle hukuk, hukuk kurallarından oluşmuş bir bütündür. Bununla birlikte, bu bütün, geleneksel olarak çeşitli kısımlara ayrılır. Bu bütün, öncelikle "iç (ulusal) hukuk" ve "uluslararası hukuk" olmak üzere ikiye ayrılır. İç hukuk da kendi içinde "kamu hukuku" ve "özel hukuk" olmak üzere ikiye ayrılır. Kamu hukukunun da özel hukukun da kendi içinde alt dalları vardır.

Burada önce iç hukuk-uluslararası hukuk ayrımını, sonra da kamu hukuku - özel hukuk ayrımını göreceğiz.

I. İÇ HUKUK - ULUSLARARASI HUKUK AYRIMI

Yukarıda da belirtildiği gibi hukuk, öncelikle kendi içinde "iç hukuk" ve "uluslararası hukuk" olmak üzere ikiye ayrılır.

A. İÇ (ULUSAL) HUKUK

"İç hukuk (*internal law, domestic law*)"a, "ulusal hukuk (*national law*)" da denir. İç hukuk, bir devletin kendi ülkesi içinde geçerli olan hukuktur. Türk hukuku, Fransız hukuku, Alman hukuku gibi. Bir devletin kendi ülkesi içinde geçerli olan yazılı ve yazısız hukuk kurallarının toplamı iç hukuku oluşturur.

İç hukuk, kaynakları bakımından anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik gibi *yazılı;* örf ve âdet gibi *yazısız* kurallardan oluşur. İç hukukun *kaynaklarını* aşağıda Sekizinci Bölümde göreceğiz.

İç hukuk, kendi içinde konusuna göre kamu hukuku ve özel hukuk olmak üzere önce ikiye ayrılır. Bunlardan her biri de kendi içinde alt dallara ayrılır. Biraz aşağıda (s.86 vd.) kamu hukuku-özel hukuk ayrımını göreceğiz.

Dünyada tek bir iç hukuk yoktur. Ne kadar devlet var ise o kadar iç hukuk vardır. Hâliyle Türkiye'de iç hukuktan bahsedildiğinde bununla Türk iç hukuku kastedilir. Burada Türk iç hukuku hakkında daha fazla bir şey söylemeye gerek yoktur. Çünkü bu kitabın büyük kısmında incelenen şey zaten Türk iç hukukudur.

B. ULUSLARARASI HUKUK

İç hukukun karşısında uluslararası hukuk bulunur. "Uluslararası hukuk (*international law*)" veya "uluslararası kamu hukuku (*public international law*)" iki veya daha fazla devlet arasında geçerli olan hukuk kurallarının bütününden oluşur.

1. Kısımları

Sadece iki devlet arasında geçerli olan uluslararası hukuk kuralları olduğu gibi, pek çok devlet arasında geçerli olan uluslararası hukuk kuralları da vardır. Bu açıdan "bölgesel (*regional*)" ve hatta "evrensel (*universal*)" uluslararası hukuktan bahsedildiği de olur. Birleşmiş Milletler çerçevesinde akdedilen bir uluslararası sözleşme, "evrensel uluslararası hukuk kuralı"na; Avrupa Konseyi çerçevesinde akdedilen bir sözleşme ise "bölgesel uluslararası hukuk kuralı"na örnek teşkil eder. Mesela "Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme" bir evrensel uluslararası hukuk kuralı iken, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" bir bölgesel uluslararası hukuk kuralıdır.

2. Temeli

Uluslararası hukukun temelinde "*pacta sunt servanda* (ahde vefa, söze bağlılık)" ilkesi bulunur. Bu ilkeye göre, bir devlet, diğer bir devlete söz vermiş ise, verdiği sözü tutmalıdır.

Devletler birbirlerine "uluslararası andlaşma (*international treaty*)" denen bir usûlle söz verir. Yani her uluslararası andlaşma nihaî tahlilde bir devletin diğer bir devlete verdiği bir sözdür.

Uluslararası andlaşmalar tarafların serbest iradeleriyle akdedilir. Hiçbir devlet uluslararası andlaşma yapmaya zorlanamaz. Bir devlet diğer bir devlet veya devletler ile uluslararası andlaşma yapmakta veya yapmamakta serbesttir. Keza andlaşmanın içeriği taraf devletlerin karşılıklı ve birbirine uygun rızalarıyla belirlenir. Andlaşma hükmünü beğenmeyen devlet, andlaşmayı imzalamaz. Keza çok taraflı bir andlaşma söz konusuysa, andlaşmanın beğenmediği hükmüne "çekince (ihtirazî kayıt, *reserve*)" koyabilir. İnsan hakları andlaşmaları gibi bazı uluslararası andlaşmalara çekince konulması yine bu anlaşmanın kendisi tarafından yasaklanabilir. Ancak bu durumda dahi istediği çekinceyi koyamayan devlet, andlaşmanın bütününü imzalamaktan kaçınabilir.

Uluslararası andlaşmalar, tarafların serbest rızalarıyla sona erdirilebilir veya değiştirilebilir. Ancak bir uluslararası andlaşma, taraflarının rızalarıyla değiştirilmemiş veya sona erdirilmemiş ise taraflarını bir hukuk kuralı olarak bağlar. Bir taraf rıza göstermedikçe, diğer taraf uluslararası anlaşmadan dönemez.

Uluslararası hukuk ile iç hukukun kısa da olsa bir karşılaştırmasını yapmakta yarar vardır:

3. Uluslararası Hukuk - İç Hukuk Karşılaştırması

Yukarıda Üçüncü Bölümde (s.37-46) hukuk kurallarının hangi unsurlarla tanımlandığını görmüştük. Şimdi o unsurlar itibarıyla iç hukuk ile uluslararası hukuk kurallarının bir karşılaştırmasını yapalım:

a) Normatiflik Bakımından.- İç hukuk kuralları ile uluslararası hukuk kuralları arasında normatiflik bakımından bir fark yoktur. Her iki tür kural da bir "olması gereken"i ifade eder; yani bir şeyi emreder, yasaklar veya bir şeyin yapılmasına izin verir. Örneğin iki komşu devlet arasında yapılan sınır andlaşması, her iki devlete tespit edilen sınırı çiğnemelerini yasaklar.

b) Konuları Bakımından.- Yukarıda Üçühncü Bölümde gördüğümüz gibi (s.38-41) hukuk kurallarının konusu, yani hukuk kuralının emrettiği, yasakladığı veya izin verdiği şey daima bir insan davranışıdır. Bu açıdan iç hukuk ile uluslararası hukuk arasında herhangi bir fark yoktur. Her ikisi de be-

şerî davranışı düzenler. İç hukukun çoğunlukla doğrudan doğruya bir gerçek kişiye hitap etmesi ile uluslararası hukukun devlete hitap etmesi arasında bu bakımdan bir fark yoktur. Zira devlet dediğimiz tüzel kişi de esasen insanlardan oluşmuş bir soyutlamadır; keza iç hukukta da insanlardan oluşmuş başka tüzel kişiler vardır.

c) Koyucuları Bakımından.- İç hukuk kurallarının da, uluslararası hukuk kurallarının da koyucusu, beşerî iradedir. Yukarıda Üçüncü Bölümde gösterildiği gibi (s.41-44) hukuk kuralları belirli bir insan tarafından veya yine insanlardan oluşmuş yasama organı gibi kurullar tarafından konulur. Uluslararası hukukun koyucusu da yine nihaî tahlilde insanlardır; beşerî iradedir. Uluslararası andlaşmaların tarafları devletler ise de, bu andlaşmalar gerçekte devlet adına hareket eden belirli insanlar tarafından müzakere edilmekte, imzalanmakta ve onaylanmaktadır. Beşerî irade tarafından konuluyor olmak bakımından iç hukuk ile uluslararası hukuk arasında fark yoktur.

Bununla birlikte iç hukuk ile uluslararası hukuk arasında koyucuları bakımından şöyle bir fark olduğu düşünülebilir: Uluslararası hukuk normlarının *koyucusu*, bizatihi bu normların *muhatapları* olan devletlerdir. Yani uluslararası hukukta normun koyucusu ile muhatabı birleşmiştir. Oysa iç hukukta bir normun koyucusu ile muhatabının aynı kişi olması sadece sözleşmeler için geçerlidir. İç hukukta sözleşmeler dışındaki normlar, yani kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler, vs. kural olarak muhataplarından farklı ve onların üzerinde yer alan makamlar tarafından konulur.

Uluslararası hukukta, gerek evrensel, gerekse bölgesel düzeyde devletlerin dışında norm koymak için oluşturulmuş, taraf devletlerden farklı bir tüzel kişiliğe sahip uluslararası kuruluşlar ve organlar vardır. Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği gibi. Ne var ki bunlara üyelik zorunlu değildir. Keza bunlardan çıkış da mümkündür. Uluslararası hukukta norm koyma yetkisine sahip bu tür kuruluşlar, uluslararası hukukun hâlihazırda en ileri safhasını teşkil eder. Ne var ki, bu en ileri safhada bile uluslararası hukukun norm koyucuları ile muhataplarının farklılaştığını söylemek mümkün değildir.

Uluslararası hukuk geçmişte olduğu gibi bugün de çok büyük ölçüde ilgili devletin kendi rızası üzerine dayalıdır. Bir devleti, oluşumuna katılmadığı, kendi rızasıyla kabul etmediği bir kuralla bağlamak mümkün değildir. Bu husus, iç hukuk ile uluslararası hukuk arasında en önemli farklardan birisidir.

Not: Uluslararası hukukta devletleri iradesi hilafına bağlayan kendilerine *"ius cogens"* denen "emredici kurallar" bulunduğu görüşü hakkındaki tartışmalar için aşağıda 205-206'ncı sayfalarda yer alan Kutu 8.18'e bakınız.

İç hukuk ile uluslararası hukuk arasında koyucuları bakımından diğer bir fark şudur: İç hukukta sözleşmeler alanı dışında, hukuk kurallarının ko-

yucuları arasında eşitlik değil, hiyerarşi vardır. Oysa uluslararası hukuk kurallarının koyucuları (ve keza muhatapları olan) devletler arasında eşitlik ilkesi geçerlidir. Buna uluslararası hukukta "devletlerin eşitliği (*equality of states*) ilkesi" denir[1]. Bu ilke, uluslararası hukuk bakımından bütün devletlerin aynı hukuksal statüye sahip oldukları anlamına gelir[2]. Yani askerî ve ekonomik açıdan aralarında güç farkı ne olursa olsun, her devlet uluslararası hukukta, haklar ve yükümlülükler bakımından eşittir[3]. Devletlerin eşitliği ilkesi, Birleşmiş Milletler Andlaşmasıyla da tanınmış bir ilkedir (m.2/1).

Görüldüğü üzere, uluslararası hukukun temelinde, hâlâ, *pacta sunt servanda* ilkesi bulunmaktadır. Bu ilkeye aykırı olarak bir devleti bağlayacak, devletlerin üzerinde bir süper devlet veya bir uluslararası örgüt yoktur.

d) Müeyyide Bakımından.- Yukarıda Üçüncü Bölümde gördüğümüz gibi (s.45-46), iç hukuk kuralları müeyyideyle donatılmış kurallardır. Müeyyide ise, kuralın ihlâline tepki olarak gösterilen "cebir"dir. İç hukukta bu cebir, yine hukuk düzeni tarafından öngörülür ve düzenlenir. Kuralı ihlâl eden kişiye, hangi cebrin ne miktarda ve kimin tarafından nasıl uygulanacağı önceden bellidir. Bu cebir, çoğunlukla kuralın ihlâl edilmesinden zarar gören kişi tarafından değil; kuralın muhatapları dışında, devletin yetkili organları tarafından tespit edilir ve uygulanır. Müeyyideyi uygulayacak makamlar, kuralın muhatapları dışında ve onların üstünde yer alır. Kuralı ihlâl eden kişiye müeyyide, o kişi bunu istemese de zorla uygulanır.

Uluslararası hukukta ise bu şema tamamıyla farklıdır. Uluslararası hukukta kuralın ihlâli hâlinde hangi müeyyidenin, ne miktarda ve kimin tarafından nasıl uygulanacağı belli değildir. Çoğunlukla da uluslararası hukuk kuralını ihlâl eden devlete karşı, bu devlet güçlü bir devlet ise, cebrî nitelikte bir müeyyide uygulamak mümkün değildir.

Gerçi uluslararası hukukta da, gerek evrensel, gerekse bölgesel düzeyde, müeyyidesizlik sorununu aşmak için öngörülmüş pek çok kurum ve mekanizma vardır. Ne var ki bunlar, iç hukuktaki müeyyide kurum ve mekanizmalarıyla karşılaştırılamayacak kadar yetersizdir. Şöyle:

Evrensel uluslararası hukukta zaten zorunlu yargı yetkisine sahip bir mahkeme yoktur. Uluslararası Adalet Divanının yargı yetkisi zorunlu değildir; ilgili devletin kabulüne bağlıdır. Bir devlet, Uluslararası Adalet Divanının yargı yetkisini önceden genel olarak veya olaydan sonra özel olarak ka-

1. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 4. B., 1996, s.287; Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 5. Baskı, 2003, s.192; Ivan Anthony Shearer, *Starke's International Law*, Londra, Butterworth, 11. Baskı, 1994, s.99-102.
2. Brownlie, *op. cit.*, s.287; Starke, *op. cit.*, s.99.
3. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Ankara, Turhan, Beşinci Bası, 1998, c.II, s.25; Shaw, *op. cit.*, s.192.

bul etmemiş ise, bu devletin aleyhine Uluslararası Adalet Divanına başvurulamamaktadır. Uluslararası hukukta bir devletin bir başka devlete karşı Uluslararası Adalet Divanında dava açabilmesi için önce o devletten izin alması gerekmektedir. Bu iç hukukta, malı çalınan kişinin hırsıza karşı dava açabilmesi için önce hırsızdan kendisine karşı dava açması için izin istemesine benzeyen garip bir durumdur.

Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ise taraf devletler açısından zorunlu yargı yetkisi vardır. Her iki Mahkeme uluslararası hukukun hâlihâzırda en ileri safhasını temsil eder. Ne var ki, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarından memnun olmayan bir taraf devletin Avrupa Birliğinden veya Avrupa Konseyinden çıkma imkânı vardır. Ayrıca hiçbir devlet, zorla Avrupa Birliğine veya Avrupa Konseyine üye olup, Divanın ve Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmek zorunda da kalmamıştır. Söz konusu Divan ve Mahkemenin yargı yetkisi dahi devletlerin serbest rızalarına dayanır.

Sonuç olarak iç hukuk ile uluslararası hukuk arasında *iki benzerliğin* ve *iki de farkın* olduğunu söyleyebiliriz: *Normatiflik* ve *konu* unsurları bakımından iç hukuk ve uluslararası hukuk birbirine benzer. Her ikisi de normatif niteliktedir ve her ikisi de beşerî davranışı düzenler. Ne var ki bunların arasında *koyucuları* bakımından fark vardır: İç hukukta kuralın koyucusu ile muhatabı arasında farklılaşma vardır. Kuralın koyucusu, muhatabının dışında ve ondan üstündür. Uluslararası hukukta ise kuralın koyucusu ile muhatapları aynıdır ve bunlar arasında eşitlik ilkesi geçerlidir. Diğer yandan, iç hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki en önemli fark, bunların *müeyyideleri* bakımındandır. İç hukuk kurallarının müeyyidesi cebrî niteliktedir; müeyyidenin kimin tarafından, ne miktarda ve nasıl uygulanacağı önceden bellidir. Uluslararası hukuk kurallarının müeyyidesinin ise ne olduğu, bu müeyyidenin kimin tarafından ne miktarda ve nasıl uygulanacağı hususu belli değildir. Uluslararası hukukun cebrî nitelikte bir müeyyideye sahip olduğunu söylemek zordur. Netice olarak, bu nedenle, uluslararası hukukun gerçekten bir "hukuk" olup olmadığı hususunun dahi tartışmalı olduğunu söyleyebiliriz.

4. Uluslararası Hukukun Varlığına Yönelik Tartışma

Uluslararası hukukun bizatihi varlığına dahi birçok yazar tarafından itiraz edildiğini belirtmek gerekir[4].

Biz burada uluslararası hukukun varlığını savunan Hans Kelsen'in bu konudaki görüşlerini açıklayıp eleştireceğiz.

---

4. Örneğin, Hobbes, Spinoza, Lasson, Lundstedt, Aron, Morgenthau, Gumpowicz, Austin, Binder, Somlo, vd. Bkz. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier ve Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., Dördüncü Baskı, 1992, s.78-80; Jean Touscoz, *Droit international*, Paris, P.U.F., Thémis, 1993, s.53-55.

a) Açıklama.- Hans Kelsen'e göre uluslararası hukuk, gerçek bir hukuktur. Zira uluslararası hukuk müeyyide niteliğinde cebir işlemleri uygulamaktadır. Kelsen'e göre, bu bakımdan uluslararası hukuk ile devletin iç hukuku arasında nitelik farkı yoktur[5]. Her ikisi de beşerî davranışın cebrî düzenleridir[6].

Hans Kelsen'e göre "misilleme (*reprisals*)"ve "savaş (*war*)", uluslararası hukukun müeyyidesidir[7]. Çıkarlarına haksız olarak başka bir devlet tarafından müdahale edilen her devlet, müdahale eden devlete karşı misillemelere başvurmaya yetkilidir. *Misilleme*, silahlara başvurmaksızın yukarıdaki koşulda haksız müdahaleyi yapan devletin çıkarlarına müdahalede bulunmaktır[8]. Bazen misillemenin uygulanmasında silahlara da başvurulması gerekebilir. Bu durumda misilleme ile savaş arasında basit bir derece farkından başka bir şey kalmaz[9]. Misillemede devletin sadece belirli çıkarlarına müdahale edilir; savaş ise sınırsız bir müdahaledir[10]. O hâlde *savaş*, bir devletin diğer bir devlete karşı silahlı güçleriyle yaptığı bir eylemdir[11].

Kelsen'e göre misilleme ve savaş, hukukî fiillerdir. Savaş ya hukuka aykırı bir fiil, ya da bu fiile gösterilen bir tepki, yani müeyyidedir. Diğer bir ifadeyle, eğer müeyyide niteliğinde değilse hukuka aykırı bir fiildir; yok eğer müeyyide niteliğinde ise savaş "haklı savaş (*bellum justum*)"tır[12]. Dolayısıyla Kelsenci anlayışta uluslararası hukuk *bellum justum* teorisi üzerine kuruludur[13].

Dolayısıyla Kelsen'e göre, iç hukuk ile uluslararası hukuk arasında hukuk olmak bakımından fark yoktur ve uluslararası hukuk da gerçek bir hukuktur. Bununla birlikte Kelsen, uluslararası hukukun teknik anlamda mükemmel olmadığını kabul etmektedir[14]. Ona göre uluslararası hukuk, bugünkü gelişim safhasında hâlâ ilkel toplumların hukukuyla büyük benzerlikler göstermektedir[15]. Zira devletler için kural koyan uluslararası hukuk, koyduğu kuralların uygulanması için özel organlar kuramamaktadır. Uluslararası

5. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* ("Reine Rechtslehre"nin Almanca İkinci Baskısından Charles Eisenmann Tarafından Yapılan Çeviri), Paris, Dalloz, 1962, s.420.
6. *Ibid.*
7. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.421. Bu konuda keza bkz.: Hans Kelsen, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1926, IV, s.317: Kelsen'e göre, nasıl iç hukukta cezaların infazı hukukun ihlâline bir tepki olarak yorumlanıyorsa, uluslararası hukukta da savaşı, yani bu hukukun *ultima ratio*sunu, uluslararası hukukun emrettiği fiillerin bir müeyyidesi olarak yorumlamak gerekir. Savaş hukuk dışı bir işlem olarak değil, hukukî bir işlem olarak kabul edilip yorumlanmalıdır. Keza Kelsen'e göre, uluslararası andlaşmalar savaşa başvurulmasını yasaklamamalıdırlar. Bu konuda bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.422-423.
8. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.421.
9. *Ibid.* 10. *Ibid.* 11. *Ibid.* 12. *Ibid.*, s.422. 13. *Ibid.*, s.423.
14. Kelsen, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *op. cit.*, s.318.
15. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.424.

hukuk aşırı ölçüye varmış bir "adem-i merkezîyet (*décentralisation*)" halinde bulunmaktadır[16]. Uluslararası hukuk bu haliyle ilkel toplumların hukukuna benzemektedir. İlkel toplumlarda hukukun uygulanması merkezîleşmemiştir. Normu uygulayacak mahkeme yoktur. Bizzat suçtan zarar gören suçluyu cezalandırmaya yetkilidir[17]. Aynı şekilde uluslararası düzende de hakları zarar gören devlet, zarar veren devlete karşı uluslararası hukukun ihdas ettiği müeyyideler olan misilleme veya savaş ile tepki gösterme hakkına bizzat sahiptir[18]. Bununla birlikte Kelsen'e göre bu çok aşırı adem-i merkezîyet, uluslararası hukukun varlığını ortadan kaldırmaz. Zira ona göre, uluslararası hukuk ile devlet hukuku arasında nitelik farkı değil, bir derece farkı vardır[19]. Uluslararası hukuk, devletin iç hukukunun yüzyıllar önce tamamladığı evriminin daha ilk safhasında bulunmaktadır[20].

b) Eleştiri.- Kanımızca Kelsen'in anlayışı eleştiriye açıktır.

Hans Kelsen bize misilleme ve savaşı uluslararası hukukun müeyyideleri olarak takdim etmektedir. Oysa misilleme ve savaşın aşağıda Ondokuzuncu Bölümde yaptığımız müeyyide tanımına uyduğunu söylemek oldukça güçtür. Orada açıklandığı gibi, müeyyide, hukuk normunun ihlaline tepki olarak hukuk düzeni tarafından örgütlenmiş bir cebirdir. Yani müeyyideyi, hukuk normunun ihlâlinden zarar gören kişi değil, yalnızca hukuk düzeni tarafından yetkilendirilen kişiler ve organlar uygulamaya yetkilidir. Müeyyide de ancak hukuk düzeni tarafından öngörülen bir müeyyide olabilir. Diğer bir ifadeyle, hukuk düzenin müeyyidesi merkezîleştirilmiş ve tekelleştirilmiştir[21]. Misilleme ve savaşın bu ölçütlere uygun olduğunu söylemek şu *dört nedenden* dolayı oldukça güçtür:

Bir kere, şüphesiz misilleme ve savaşa uluslararası hukuk normunun ihlâline tepki olarak başvurulması mümkündür *(bellum justum)*. Ancak herhangi bir uluslararası hukuk normunun ihlâli olmadan da savaşa başvurulması her zaman mümkündür. Demek ki savaşa, bir normun ihlâline tepki olarak başvurulabileceği gibi başka bir amaçla da başvurulabilir. Bir savaşın bir normun ihlâline tepki olarak, yani *bellum justum* niteliğinde başlatılıp başlatılmadığını tespit etmeye yarayacak, yani "hukuka uygun savaş" ile "hukuka aykırı savaş"ı birbirinden ayıracak ölçüt ve bu ayrımı yapacak yetkili bir organ yoktur.

İkinci olarak, savaşın bir uluslararası hukuk normunun ihlâline tepki (*bellum justum*) olarak başlatıldığı kabul edilse bile, savaş uluslararası hukuk

16. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.424.
17. Kelsen, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *op. cit.*, s.318.
18. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.424.
19. Kelsen, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *op. cit.*, s.318.
20. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.424. 21. *Ibid.*, s.50.

normunun ihlâlinden zarar gören devlet tarafından yürütülmektedir. Oysa hukuk düzeninde müeyyide, normun ihlâlinden zarar gören kişi tarafından değil, hukuk düzeninin bu amaçla yetkilendirdiği kişi ve organlar tarafından uygulanmaktadır.

Üçüncü olarak, hukuk düzeninde müeyyide normu ihlâl eden kişiye karşı zorla uygulanır. Yukarıda görüldüğü gibi, hukuk düzeninin cebri tüm diğer kişilerin ve diğer cebir düzenlerinin cebrinden daha büyüktür. Dolayısıyla hukuk düzeninin müeyyidesiyle kimse baş edemez. Baş ederse o kişi veya düzenin artık kendi hukuk düzenini kurduğu kabul edilir. Oysa bir uluslararası hukuk normunu ihlâl eden devlete karşı normun ihlâlinden zarar gören devlet savaş ilân etse dahi bu savaşı kazanması uluslararası hukuk düzenine bağlı değil, tamamen kendi silahlı gücüne bağlıdır. Bir uluslararası hukuk normu silahlı kuvvetleri çok güçlü bir devlet tarafından ihlâl edilirse bu ihlâlden zarar gören devletin bu devlete karşı savaş açmaya cesaret edeceği veya buna cesaret etse bile savaşı kazanabileceği pek düşünülemez.

Nihayet, müeyyidenin uygulanması şartları hukuk düzeni tarafından belirlenmiştir. Savaşta ise uygulanma şartı yoktur. Tam tersine savaş sınırsız bir güç kullanımıdır. Bu bakımdan da savaş bir müeyyide olarak kabul edilemez.

Özetle iç hukuk düzenlerinin müeyyidesi merkezîleşmiş ve tekelleşmiştir. Uluslararası hukuk düzeninin müeyyidesi olarak takdim edilen savaş ise tamamen adem-i merkezîdir.

Hans Kelsen de savaşın uluslararası hukukun müeyyidesi olarak arz ettiği bu güçlükleri kabul etmektedir. Ancak ona göre, yukarıda açıklandığı gibi ortada teknik bir sorun vardır. Uluslararası hukukun müeyyidesi aşırı ölçüde adem-i merkezîleşmiş olsa da, yine de mevcuttur. Devletin iç hukukunun müeyyidesiyle uluslararası hukukun müeyyidesi arasında sadece bir derece farkı vardır. Uluslararası hukuk bugünkü gelişim seviyesiyle hâlâ ilkel toplumların iç hukukuna benzemektedir. Özetle, müeyyidenin uygulanmasının adem-i merkezî olması Kelsen'e göre uluslararası hukuk düzeninin hukukîliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Kanımızca, bu noktada Kelsen'e katılmak mümkün değildir. Burada Kelsen'in iddia ettiği gibi küçük bir teknik ayar sorunu yoktur. Asıl sorun müeyyidenin aşırı adem-i merkezîleştiği sistemde hâlâ geçerli bir "hukuk düzeni"nden bahsedilip bahsedilemeyeceği sorunudur. Bize göre bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Çünkü tamamen adem-i merkezî bir sistemde müeyyide mevcut değildir. Uluslararası hukukun müeyyidesi olarak sunulan savaşa, normun ihlâline tepki olarak başvurulup başvurulmadığının tespiti mümkün değildir. Zarar gören devlet bizzat müeyyideyi uygulamaya yetkilidir. Kısacası, savaş bizim anladığımız anlamda bir müeyyide olarak kabul edilemez. Diğer bir ifadeyle, uluslararası hukuk normlarının yapıcıları, mu-

hatapları ve bu normların uygulayıcıları arasında bir fark yoktur. Otto Pfersmann'ın haklı olarak belirtiği gibi[22], uluslararası hukukun üreticileri ile muhatapları arasında bir fark mevcut olmalıdır. Normun muhataplarının önemli bir kesimi norm koyucularına uymalıdır. Aksi takdirde ne uluslararası hukuktan, ne de "hukuk"tan bahsedilebilir.

Sonuç olarak, uluslararası hukuk düzeninin tam anlamıyla bir müeyyideye sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Ne var ki bu sonuç, uluslararası hukuk normlarının müeyyideye sahip olma ihtimalinin kategorik olarak reddedildiği anlamına gelmemektedir. Mevcut gelişim safhasında dahi uluslararası hukukun bazı normları hukukî müeyyideye sahiptir. Dahası bu hukuk, gelişim dönemindedir ve gelişimine hızla devam etmektedir. Evrensel düzeyde olmasa bile, Avrupa'da olduğu gibi bölgesel düzeydeki gelişmeler cesaret vericidir. Uluslararası hukukun merkezîleşme yolunda olduğu bir gerçektir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde Avrupa insan hakları hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sayesinde büyük ölçüde müeyyideye bağlanmaktadır.

Keza Avrupa Topluluklarından Avrupa Birliğine geçilmesi bu konuda çok önemli bir gelişmeye işaret etmektedir. Avrupa Birliğinde müeyyidenin merkezîleşmesi bugün bile büyük ölçüde sağlanmıştır. Dolayısıyla Avrupa Birliği hukukunun müeyyideye sahip bir hukuk olduğunu şimdiden söyleyebiliriz. Dahası bu Birlik, gelişimini henüz bütünüyle tamamlamamıştır. Şimdiye kadar gösterdiği seyri sürdürürse, Avrupa Birliği hukuk düzeninin müeyyidesinin tamamen merkezîleşeceği tahmin edilebilir.

Ne var ki bu durumda da Avrupa Birliği muhtemelen bir federal devlete dönüşecek, o zaman ise bir uluslararası hukuk düzeni olmaktan çıkacak bir iç hukuk düzeni hâline gelecektir. Diğer bir ifadeyle bir uluslararası hukuk düzeni müeyyidesi tam olarak merkezîleşirse federal devlet sistemine dönüşmekte, bu takdirde de tanımı gereği, uluslararası hukuk düzeni olmaktan çıkmaktadır. O hâlde uluslararası hukuk düzeninin müeyyidesinin mutlaka belirli ölçüde adem-i merkezî nitelikte kalacağını söyleyebiliriz. Eğer bu böyleyse, uluslararası hukukun müeyyidesine yukarıda yönelttiğimiz eleştiriler, şiddetlerini yitirseler de, her zaman geçerli kalacaktır.

C. İÇ HUKUK İLE ULUSLARARASI HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİLER

"İç" veya "ulusal hukuk" ile "uluslararası hukuk" arasındaki ilişkiler konusunda monist teori ve düalist teori olmak üzere iki ayrı teori vardır.

22. Otto Pfersmann, "De la justice constitutionnelle à la justice internationale: Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale", *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, No 16, s.789.

1. Düalist Teori

"Düalist teori (*dualistic theory*)", Birleşik Krallık, Kanada, Avustralya gibi ülkelerde kabul edilmektedir. Düalist teoride iç hukuk ve dış hukuk *eşit, bağımsız ve ayrı* iki sistem oluştururlar[23]. Bu teoriye göre uluslararası hukuk ve iç hukuk iki ayrı hukuk düzeni olarak varlıklarını sürdürürler. Bunların arasında geçerlilik ilişkisi yoktur. Uluslararası hukuk normlarının iç hukukta geçerli olabilmeleri, örneğin mahkemeler tarafından uygulanabilmeleri için, bunların önce iç hukuk normu hâline getirilmeleri, örneğin uluslararası andlaşma ile aynı içerikte bir kanun çıkarılması gerekir. Böyle bir kanun çıktıktan sonra o norm, ulusal mahkemeler tarafından uygulanır; ama uygulanan norm esasen artık bir uluslararası hukuk normu değil, bir iç hukuk normudur.

Örneğin Birleşik Krallık'ta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri 1998 tarihli "İnsan Hakları Kanunu (*Human Rights Act*)" ile iç hukuka aktarılmıştır. İngiliz mahkemeleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini değil, aynı içerikte olan 1998 tarihli "İnsan Hakları Kanunu (*Human Rights Act*)" hükümlerini uygularlar. Dolayısıyla düalist sistemlerde uluslararası insan hakları hukuku iç hukuku resmen etkileme imkânına sahip değildir. Hâliyle bu, düalist sistemlerde, böyle bir iç hukuka aktarma kanunu olmadıkça, devletin uluslararası insan hakları hukuku normlarıyla bağlı olmadığı anlamına gelmez. Böyle bir kanun yoksa ve uluslararası insan hakları hukuku normu ihlâl edilmiş ise, söz konusu uluslararası hukuk normu için öngörülen müeyyide ne ise o müeyyide işletilebilir: Mesela 1998'den önce de Birleşik Krallık vatandaşları da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından tanınan haklarının Birleşik Krallık tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabiliyorlardı ve ihlâl var ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Birleşik Krallığı tazminat ödemeye mahkûm edebiliyordu.

2. Monist Teori

Buna karşılılık, kara Avrupası ve Latin Amerika ülkelerinde kabul edilen "monist teori (*monistic theory*)"ye göre uluslararası hukukun ve iç hukukun aynı hukuk düzeninin parçaları olduğu kabul edilir[24]. Bu teoriye göre, bir devlet tarafından usûlüne uygun olarak onaylanmış ve yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşma ve sözleşmeler, bir uluslararası hukuk normu olarak, ayrıca iç hukuka aktarılmaya ihtiyaç olmaksızın iç hukuk düzeninde bağlayıcı birer norm oldukları kabul edilir ve bunlar mahkemeler tarafından uygulanır. Dolayısıyla monist sistemlerde, bir uluslararası andlaşma veya sözleşme, onaylandıktan sonra iç hukuk bakımından da bağlayıcı hâle gelir. Bu nedenle uluslararası hukuk normları, iç hukukta doğrudan doğruya uygulanır.

---

23. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier ve Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 4. Baskı, 1992, s.92; Charles Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, Cilt I, s.39.
24. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Anakara, Turhan, 11. Baskı, 2012, s.19.

Türkiye de monist sistemi uygulayan bir ülkedir. Anayasamızın 90'ıncı maddesine göre "usûlüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir". Dolayısıyla bir uluslararası andlaşma aynı zamanda iç hukukta kişileri ve mahkemeleri bir kanun gibi bağlar. Bu nedenle Türkiye'de ve monist sistemi uygulayan diğer ülkelerde, uluslararası hukuk normları aynı zamanda bir iç hukuk normudur.

Türkiye için ayrıca şunu da belirmek gerekir ki, Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son fıkrasına 2004 yılında eklenen bir hükme göre, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır". Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşma hükümleri, Türkiye'de kanun hükmünden de üstündür.

* * *

Şimdiye kadar iç hukuk-uluslararası hukuk ayrımını ve iç hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkileri gördük. Uluslararası hukukun kaynaklarını da aşağıda Sekizinci Bölümde göreceğiz. Bir hukuka giriş kitabında uluslararası hukuk hakkında bu kadar bilgi vermek yeterlidir. Öğrenciler uluslararası hukuk hakkında daha fazla bilgiyi zaten uluslararası hukuk derslerinde göreceklerdir. Bu nedenle uluslararası hukuku bir yana bırakalım ve iç hukuka geri dönelim.

Öncelikle belirtelim ki, iç hukuk kendi içinde kamu hukuku ve özel hukuk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şimdi bu ayrımı inceleyelim. Konuya başlarken hatırlatalım ki, aşağıda "iç hukuk" terimini değil, doğrudan doğruya "hukuk" terimini kullanacağız. "İç hukuk ikiye ayrılır" değil, doğrudan doğruya "hukuk ikiye ayrılır" diyeceğiz.

II. KAMU HUKUKU - ÖZEL HUKUK AYRIMI

Roma hukukundan günümüze kadar uzanan klasik bir ayrıma göre hukuk, "kamu hukuku (lat: *ius publicum*, ing: *public law*, fr: *droit public*)" ve "özel hukuk (lat: *ius privatum*, ing: *private law*, fr: *droit privé*)" olmak üzere ikiye ayrılır. Önce bu bölümde izleyeceğimiz plânı verelim:

A. KAMU HUKUKU - ÖZEL HUKUK AYRIMININ ÖLÇÜTLERİ

"Kamu hukuku - özel hukuk ayrımı (*separation of public and private law*) konusunda Roma hukukundan bu yana birçok ölçüt ileri sürülmüştür. Paul Roubier'nin tespitine göre, kamu hukuku - özel hukuk ayrımının ölçütü konusunda ileri sürülmüş en az on yedi değişik teori vardır[25]. Biz burada sadece bu teorilerden belli başlılarını inceleyeceğiz.

25. Roubier, *op. cit.*, s.295.

1. Menfaat Teorisi[26]

"Menfaat teorisi (fr: *théorie des intérêts*, alm: *Interessentheorie*, ing: *benefit theory*)", klasik bir teori olup, ünlü Romalı hukukçu Ulpianus'un eseridir. Ulpianus (M.S. 170-228) kamu hukuku-özel hukuk ayrımı konusunda şöyle diyordu:

> "*Huius studii duae sunt positiones: Publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem* (Hukukun iki veçhesi vardır: Kamu ve özel. Kamu hukuku, Roma devletine, özel hukuk ise özel kişilerin menfaatlerine ilişkin olan hukuktur)"[27].

Ulpianus'tan günümüze kadar etkisini sürdüren bu teoriye göre, kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayrım, *korunan çıkarın niteliğine* dayanır. Kamunun menfaatini gözeten, koruyan kurallar kamu hukuku kurallarıdır. Buna karşılık bireylerin çıkarlarını ilgilendiren kurallar özel hukuk kurallarıdır.

Örneğin alım-satım, kira gibi sözleşmelerden doğan hak ve borçlar yalnız bu sözleşmelerin *taraflarını* ilgilendirir. Devlet bu hukukî ilişkiye doğrudan doğruya karışmaz. O hâlde satım kira vb. ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları özel hukuk kurallarıdır. Buna karşılık bir kişinin vergi borcunu ödememesi durumunda veya bir kişinin malının kamulaştırılması durumunda ortadaki ilişki kamu hukuku ilişkisidir. Zira burada verginin ödenmesinde devletin menfaati, kamulaştırmada ise kamu yararı söz konusudur.

Eleştiri[28].- Menfaat teorisine birtakım eleştiriler yöneltilmiştir. Bir kere, "menfaat" kavramı belirsiz, nispî bir kavramdır. Hangi kavramın kamu menfaati, hangi kavramın özel menfaat olduğunu tespit etmek zordur[29].

İkinci olarak, geleneksel olarak özel hukuk içinde yer alan birtakım hukukî ilişki ve kurumları düzenleyen kurallar aslında kamunun menfaatiyle de yakından ilgilidir[30]. Örneğin evlenme, boşanma, velayet, vesayet gibi hukukî ilişkiler tartışmasız olarak özel hukukun kapsamında yer almaktadır. Ancak, tüm bu alanlarda kamunun menfaatinin korunması üstün tutulmuştur. Bu nedenledir ki, devlet bunlara benzer durumlarda hukukî ilişkilere müdahale etmektedir. Bu durumda ise, benimsenen "menfaat ölçütü" yetersiz kalır.

Diğer yandan kamu hukuku alanına girdiğinden şüphe edilmeyen bazı hukuk kurallarının da özel kişilerin menfaatlerini ilgilendirdiği ortadadır[31].

---

26. Edis, *op. cit.*, s.15-16; Özsunay, *op. cit.*, s.23; Ansay, *op. cit.*, s.8; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.85; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.93; Gözübüyük, *op. cit.*, s.23; Göğer, *op. cit.*, s.64; Atay, *op. cit.*, s.7; Esener, *op. cit.*, s.88; Görgün, *op. cit.*, s.81; Roubier, *op. cit.*, s.296-297.
27. Özcan Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, Ankara, AÜHF Yayınları, 3. Bası, 1982, s.104.
28. Edis, *op. cit.*, s.16; Özsunay, *op. cit.*, s.23-24; Ataay, *op. cit.*, s.129; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.85; Atay, *op. cit.*, s.7-8; Roubier, *op. cit.*, s.297.
29. Edis, *op. cit.*, s.16; Güriz, *op. cit.*, s.85.
30. Edis, *op. cit.*, s.16; Ataay, *op. cit.*, s.29; Roubier, *op. cit.*, s.296.
31. Edis, *op. cit.*, s.16; Ataay, *op. cit.*, s.29; Roubier, *op. cit.*, s.296.

Örneğin ceza hukuku Türk hukuk anlayışında geleneksel olarak kamu hukuku alanına girer. Suç işleyen bir kimsenin cezalandırılmasında şüphesiz kamunun yararı vardır. Ancak, failin cezalandırılmasında mağdurun da menfaatinin olduğu açıktır.

2. İlişkilerin Tarafları Teorisi: Yönetenler - Yönetilenler[32]

Bu teori, ünlü Fransız düşünürü Montesquieu'ye ait bir görüşe dayanır. Montesquieu (1689-1755), kamu hukukunu[33] "yönetenler ile yönetilenler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk" ve özel hukuku[34] ise, "vatandaşların kendi arasındaki ilişkilerini düzenleyen hukuk" olarak tanımlamaktadır[35].

Bu teoriye göre toplumda iki grup vardır: Yönetenler ve yönetilenler. Yönetenler ile yönetilenler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar kamu hukukunu oluşturur. Yönetilenlerin kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen kurallar ise özel hukuku oluşturur.

Eleştiri.- Bu teori, devletin (yani yönetenlerin) kişilerle (yani yönetilenlerle) özel hukuk ilişkileri kurabileceğini gözden kaçırmaktadır[36]. Örneğin devletin de bir özel kişiymiş gibi bir özel kişiden bina kiralaması durumunda, ortada bir kamu hukuku ilişkisi değil, özel hukuk ilişkisi vardır.

3. Kuralların Mahiyeti Teorisi: Emredicilik - İrade Serbestisi[37]

Bu ayrım hukuk kurallarının "emredici (*obligatory*)" olup olmadıklarına bakılarak yapılmaktadır. Burckhardt'a atfedilen bu görüşe göre, kamu hukuku, emredici hukuk kurallarından oluşur. Emredici hukuk kuralları ileride göreceğimiz gibi, tarafların aksini kararlaştıramayacakları hukuk kurallarıdır. Bu kurallar tarafların iradelerine rağmen uygulanır. Buna karşılık tarafların aksini kararlaştırabilecekleri hukuk kuralları özel hukuk kurallarıdır. Özel hukuk kuralları, taraflara büyük ölçüde "irade serbestisi (*freedom of will*)" bırakır[38]. Bu ayrıma göre ileride göreceğimiz emredici hukuk kuralları kamu hukukuna, tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kuralları ise özel hukuka girer. Örneğin Medenî Kanunun 202'nci maddesinde benimsenen "eşler arasında edinilmiş mallara katılma" kuralı bir özel hukuk kuralıdır. Çünkü karı-koca, aralarında anlaşarak bu kuralın aksini, yani diğer mal rejimlerinden birini de seçebilirler.

---

32. Atay, *op. cit.*, s.8; Edis, *op. cit.*, s.17;
33. Montesquieu, "kamu hukuku"na "siyasi hukuk (*droit politique*)" diyor.
34. Montesquieu, "özel hukuk"a, "medenî hukuk (*droit civil*)" diyor.
35. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre I, Chapitre III'ten nakleden Du Pasquier, *op. cit.*, s.23.
36. Edis, *op. cit.*, s.17.
37. Edis, *op. cit.*, s.17; Roubier, *op. cit.*, s.295; Atay, *op. cit.*, s.10; Bilge, *op. cit.*, s.179; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.85; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.23; Göğer, *op. cit.*, s.64-65; Atar *et alii, op. cit.*, s.94; Görgün, *op. cit.*, s.82; Esener, *op. cit.*, s.89.
38. Edis, *op. cit.*, s.17; Roubier, *op. cit.*, s.295.

Eleştiri[39].- Bu teori, özel hukuk alanında bulunan, kamu düzenine, genel ahlâka ilişkin ve emredici nitelikte olan kuralların[40] kamu hukuku alanına geçmesi sonucunu doğuracağından kabul edilemez. Örneğin ahlâka ve adaba aykırı sözleşme yapma yasağı, birden çok kadınla veya erkekle evlenme yasağı, keza amca, dayı, hala ve teyze ile evlenme yasağı gibi birçok kural geleneksel olarak özel hukukta bulunur. Oysa emredicilik ölçütü uygulanırsa, bu kuralların kamu hukuku kuralı olarak nitelendirilmeleri gerekir.

4. Uygulama Yöntemi Teorisi: Re'sen Uygulama[41]

Bazı hukuk kuralları *kendiliğinden* (re'sen, *ex officio*) uygulanır. Buna karşılık bazı hukuk kuralları da ancak kişilerin *istemesiyle* uygulanır. İşte re'sen uygulanan kurallar kamu hukuku, tarafların isteğine bağlı olarak uygulanan kurallar özel hukuk kurallarıdır. Gerçekten, kamu hukuku kurallarını kamu makamları kendiliklerinden, hiçbir talebe ihtiyaç olmaksızın uygular. Örneğin, birisini öldüren bir kimse hakkında savcı re'sen soruşturma başlatır ve kendiliğinden dava açar. Mahkeme Ceza Kanununda yer alan kuralları re'sen uygular. Bunun için suçtan zarar görenin talebine gerek yoktur. İşte bu nedenle ceza hukuku kuralları kamu hukuku kurallarıdır. Keza idare, ruhsatsız bir binayı, yahut yıkılmaya meyyal bir binayı kendiliğinden yıkar.

Buna karşılık özel hukuk kuralları re'sen uygulanmaz. Örneğin kiracı kira bedelini ev sahibine ödememişse, durup dururken hiçbir savcı, kiracı hakkında soruşturma açmaz; hiçbir mahkeme kiracıyı kendiliğinden kirayı ödemeye mahkûm etmez; hiçbir icra dairesi kendiliğinden kira bedelini tahsil edip ev sahibine ödemez. Kişilerin özel hukuk ilişkilerinden doğan haklarını alabilmeleri için yetkili makamlara, mahkemelere, icra dairelerine *talepte bulunmaları* gerekir. Böyle bir talep olmaksızın özel hukuk kuralları uygulanamaz. Keza özel kişi böyle bir talepte bulunmuşsa, hâkim, kişinin bu talebiyle bağlıdır. Bunun üstünde veya dışında bir şeye karar veremez. Buna "hâkimin taleple bağlılığı ilkesi (*ne eat iudex ex officio*)" denir.

Eleştiri.- Uygulama yöntemi ölçütü kamu hukuku ve özel hukuk kurallarının ayrımında önemli bir ölçüttür. Kamu hukuku ve özel hukuk kurallarının farkını ortaya koymaktadır. Ancak bu ölçüt her hâlükârda doğru bir ölçüt değildir. Geleneksel olarak kamu hukuku alanında bulunduğu hâlde, re'sen uygulanmayan, uygulanması için tarafın talebine ihtiyaç olan kurallar da vardır. Örneğin, 26 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan cinsel taciz (m.105), tehdit (m.106), konut dokunulmazlığını ihlâl (m.116), hakaret (m.131), hafif yaralama (m.86), mala zarar verme (m.151), güveni kötüye kullanma (m.155) gibi bazı suçların kovuşturması (takibi) şi-

39. Edis, *op. cit.*, s.17; Roubier, *op. cit.*, s.295; Atay, *op. cit.*, s.10; Görgün, *op. cit.*, s.83.
40. Emredici kurallar için "hukuk kurallarının çeşitleri" bölümüne bakınız.
41. Atay, *op. cit.*, s.10; Edis, *op. cit.*, s.18.

kâyete bağlıdır. İşte kendisine *soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar* veya daha kısaca olarak *takibi şikâyete bağlı suçlar* dediğimiz bu suçlarda, suçtan zarar gören şikâyet etmedikçe savcının dava açması mümkün değildir (TCK, m.73/1). Keza, 4 Aralık 2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 253'üncü maddesi, bazı suçlarda fail ile mağdur arasında uzlaşma yapılabilmesine imkân tanımaktadır.

5. Egemenlik veya Süjeler Teorisi[42]

Bu teoriye göre, kamu hukuku ve özel hukuk alanları arasındaki ayrım, düzenlenen hukukî ilişkinin "süje"lerinin karşılıklı durumuna bakarak saptanmalıdır[43]. Özel hukuk ilişkisinde taraflar (=süjeler) arasında "eşitlik" söz konusu olduğu hâlde, kamu hukuku ilişkisinin tarafları (=süjeleri) arasında bir "astlık-üstlük" ilişkisi vardır[44]. Kamu hukuku ilişkisinin taraflarından biri olan devlet, diğer tarafta bulunan özel kişilerin karşısında üstün konumdadır. Devletin bu üstün konumu onun "egemenlik hakkı (*imperium*)"ndan kaynaklanır. İşte devletin egemenlik hakkından kaynaklanan yetkilerin kullanıldığı alan, kamu hukuku alanını meydana getirir[45].

Bu görüş sahipleri kamu hukuku–özel hukuk ayrımını devletin sahip olduğu egemenlik hakkına dayandırdıklarından, bu teoriye "egemenlik teorisi" denmektedir. Yine bu teoride hukukî ilişkinin taraflarının "altlık-üstlük" ilişkisi içinde olup olmadıkları araştırıldığından, yani hukukî ilişkinin süjelerinin karşılıklı durumlarından hareket edildiğinden bu teoriye "süjeler teorisi" de denmektedir[46].

Devlet kamu hukuku alanında karşı tarafa emreder ve ona iradesini zorla kabul ettirir. Örneğin devlet, kişiden vergi alır. Kişiyi askere çağırır. Suç işleyen kişiyi cezalandırır. Lüzum görüyorsa, bedelini ödeyerek onun taşınmazını kamulaştırır. Burada devlet ile özel kişi eşit durumda değildir. Özel kişi istemese bile vergisini ödemek, askere gitmek, ceza görmek, taşınmaz malının mülkiyetini devlete devretmek zorunda kalır. Tüm bunlarda özel kişinin iradesinin hiçbir rolü yoktur. Devlet egemendir. Devlet özel kişinin karşısında üstün durumdadır.

Ancak bazen devlet bir özel kişiymiş gibi hareket ederek özel hukuk işlemleri yapabilir. Örneğin adliye binası olarak bir özel kişiye ait iş hanını kiralayabilir. Bu kira özel hukuk alanına girer. Bu kiranın oluşabilmesi için devletin iş hanı sahibiyle anlaşması gerekir. İş hanı sahibiyle anlaşamazsa kira sözleşmesi kurulmaz. Keza aynı bir özel kişinin ödediği gibi kirasını

---

42. Edis, *op. cit.*, s.18-20; Özsunay, *op. cit.*, s.23; Ansay, *op. cit.*, s.10; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.85; Gözübüyük, *op. cit.*, s.23; Göğer, *op. cit.*, s.65; Görgün, *op. cit.*, s.82-83; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.93; Roubier, *op. cit.*, s.298-299.
43. Edis, *op. cit.*, s.18.
44. Özsunay, *op. cit.*, s.18.
45. Edis, *op. cit.*, s.19.
46. *Ibid.*

öder. Burada tam anlamıyla bir özel hukuk ilişkisi vardır. Ortaya çıkacak uyuşmazlıklara idare mahkemeleri değil, özel hukuk mahkemeleri (asliye ve sulh hukuk mahkemeleri) bakar. Egemenlik teorisi bu durumu açıklayabilmektedir. Böyle bir hukukî ilişkide devlet egemenlik hakkını kullanmamaktadır. Bir özel hukuk kişisiymiş gibi hareket etmektedir.

Eleştiri[47].- Egemenlik veya süjeler teorisi ileri sürülen teoriler içinde kamu hukuku özel hukuk ayrımını en iyi şekilde açıklamaktadır. Bununla birlikte, sosyal ve ekonomik gelişmeler karşısında hukukun değişik görünümlerini açıklamakta yetersiz kalmaktadır[48]. Örneğin hizmet sözleşmesinin tarafı olan işçi ve işveren arasındaki ilişki, aslında bir özel hukuk ilişkisi olup "eşitlik" esasının geçerli olması gerekmesine rağmen, sosyal düşüncelerle, devlet, iş ilişkisine işçiyi korumak düşüncesiyle müdahale eder[49]. Bu nedenle iş hukukunda "eşitlik" esası geçerli değildir. Dolayısıyla iş hukukunun kamu hukuku mu, özel hukuk mu olduğu sorusuna kesin bir yanıt vermek mümkün değildir.

6. Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımını Reddeden Teoriler

Bazı düşünürler de kamu hukuku–özel hukuk ayrımını reddetmektedirler. Bunlardan en önemli ikisi Léon Duguit ve Hans Kelsen'dir.

a) Duguit'nin Teorisi[50].- Ünlü Fransız hukukçusu Léon Duguit (*Leon Dügi okunur*) (1859-1928)'ye göre, hukuk sosyal dayanışmanın ürünüdür. Hukuk, bir sosyal olay olarak, devletin de bireyin de dışındadır; ve her ikisi için de aynı derecede zorlayıcıdır. Hukuk kuralları hem devleti, hem de yönetilenleri bağlar. Devlete üstün bir irade tanımak, hukukun devlet için daha az bağlayıcı olması sonucunu doğurur. Hukuk tektir ve bir bütündür. Onu bireye göre ayrı, devlete göre ayrı kategorilere sokmamak gerekir[51].

b) Kelsen'in Teorisi[52].- Avusturyalı ünlü hukukçu Hans Kelsen (1881-1973) de kamu hukuku - özel hukuk ayrımını reddetmektedir. Ona göre hukuk, normlar hiyerarşisinden oluşmuştur. Hukuk düzeni bir piramit biçimindedir. Bu piramit içinde yer alan tüm kurallar, geçerliliklerini aynı temelden alır. Kanunlar anayasadan, anayasa ise temel normdan geçerliliğini alır. Dolayısıyla aynı ortak geçerliliğe sahip kurallar arasında kamu hukuku kuralı, özel hukuk kuralı şeklinde bir ayrım yapmak yanlış olur. Kamu hukuku kuralları nasıl geçerliliklerini temel normdan alıyorsa, özel hukuk kuralları da geçerliliklerini aynı temel normdan alır. Suç işleyen birinin cezalandırılmasını emreden ceza kanununun kuralı nasıl geçerliliğini anayasadan alıyorsa,

47. Edis, *op. cit.*, s.20; Özsunay, *op. cit.*, s.24-25.
48. Edis, *op. cit.*, s.20.
49. Münir Ekonomi, *İş Hukuku*, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, 1984, s.13-21.
50. Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.87; Bilge, *op. cit.*, s.180.
51. Bilge, *op. cit.*, s.180.
52. Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.86-87; Bilge, *op. cit.*, s.181.

kişilere irade açıklamasıyla sözleşme yapma hakkını veren medenî kanunun hükmü de aynı şekilde geçerliliğini anayasadan alır.

Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımının Değerlendirilmesi

Yukarıdaki teorilerin eleştirilerinden ve keza bu ayrımı tümden reddeden görüşlerden de anlaşılacağı üzere kamu hukuku - özel hukuk ayrımı pek sağlam temellere kurulmuş değildir. Bu ayrım bilimsel değil, büyük ölçüde yapaydır. 1930'lardan beri devlet, sosyal ve ekonomik nedenlerle eşitler arası hukukî ilişkilere müdahalede bulunmaktadır. Bu anlamda "özel hukukun kamu hukuku tarafından istilası"[53]ndan bahsedilmiştir. Ancak bu eğilim 1980'lerden itibaren bir ölçüde de olsa durmuş, neo-liberal düşünce sayesinde özel hukuk, 19'uncu yüzyıldaki itibarını bir ölçüde de olsa kazanmıştır.

Teknolojik ve ekonomik gelişmeler sayesinde ortaya çok değişik hukuk dalları çıkmaktadır (çevre hukuku, internet hukuku, vs.). Bu yeni hukuk dallarının hangi alana gireceği çok tartışmalıdır. Çünkü bu hukuk dallarında kullanılan kavram ve kurumların bir kısmı özel hukuk, bir kısmı kamu hukuku kavram ve kurumlarıdır. Keza bu kavram ve kurumların bir kısmı da tamamen yepyeni kavram ve kurumlardır.

Buna rağmen kamu hukuku - özel hukuk ayrımı iş bölümü ve pedagojik nedenlerle muhafaza edilmektedir. Zira hukuk çok geniş bir alandır. Böyle bir alanın tamamında bir kişinin uzmanlaşması mümkün değildir. Onun için hukukun, kamu hukuku - özel hukuk şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulması âdet olmuştur. Türk hukuk fakültelerinde lisans öğreniminde bölünme yoktur. Her öğrenci hem kamu hukuku, hem de özel hukuk derslerini görmektedir. Yüksek lisans ve doktora öğreniminde ise kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde ayrım vardır. Kamu hukuku alanında çalışanlar özel hukuk; özel hukuk alanında çalışanlar da kamu hukuku alanına pek karışmazlar. Bu ayrım bir gelenek olarak yerleşmiştir.

Hukuk fakültelerinin akademik organizasyonu da bu şekilde düzenlenmiştir. Fakülteler kamu hukuku ve özel hukuk olmak üzere iki bölüme ayrılmıştır. Her bölüm de kendi içinde anabilim dallarına ayrılmıştır. Kamu hukuku bölümünde şu anabilim dalları bulunur: Genel kamu hukuku, devletler hukuku, anayasa hukuku, idare hukuku, ceza ve ceza usûl hukuku, vergi hukuku. Özel hukuk bölümünde ise, medenî hukuk, ticaret hukuku, devletler özel hukuku, roma hukuku, medenî usûl hukuku ve icra ve iflas hukuku, iş ve sosyal güvenlik hukuku. İş hukukunun bazen kamu hukukuna gittiği de görülür. Ama iş hukukçuları köken olarak daha ziyade özel hukukçudur. Yani yüksek lisans ve doktoralarını özel hukuk bölümlerinde yapmışlardır. Yukarıdaki ayrımda dikkati çeken nokta, medenî usûl hukuku ile icra ve iflas hukukunun aslında yukarıdaki kriterlerin çoğuna göre kamu hukuku olarak

53. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.88; Fendoğlu, *op. cit.*, s.87.

düşünülmesi gereken hukuk dalları olduğu söylenebilir. Çünkü tamamen devletin müdahalesinin olduğu bir alandır. Buna rağmen bu hukuk dalları özel hukuk bölümü içinde yer alır. Çünkü bu hukuk dallarının temel kavramları medenî hukuk kökenlidir. Keza bu hukuk dalındaki öğretim üyeleri istisnasız özel hukuk formasyonludur. Yani yüksek lisans ve doktoralarını özel hukuk bölümlerinde yapmışlardır.

Biz burada kamu hukuku - özel hukuk ayrımı konusunda hukuk fakültelerindeki bu pratik ayrımı esas alacağız. Ancak ondan önce kamu hukukunun ve özel hukukun ayırt edici özelliklerinin bir karşılaştırmasını yapmakta yarar vardır.

B. KAMU HUKUKUNUN VE ÖZEL HUKUKUN KARŞILIKLI ÖZELLİKLERİ[54]

Bu özelliklerin bir kısmı aslında yukarıdaki ölçütlerin bir tekrarı niteliğindedir. Dolayısıyla bunların mutlak geçerliliği yoktur. Ama yine de kamu hukuku ve özel hukuku birbirinden ayırmak için bilinmeleri uygun olur.

1. Üstünlük Bakımından.- Kamu hukuku ilişkisinde taraflardan birisi olan devlet *üstün* konumdadır. Bu anlamda denilebilir ki, kamu hukuku özel hukuktan üstündür (*Ius privatum latet sub tutela iuris publici*-Bacon)[55]. Özel hukuk ilişkisinde ise taraflar arasında *eşitlik* esası geçerlidir.

2. Emredicilik Bakımından.- Kamu hukuku kuralları emredicidir. Taraflar aksini kararlaştıramaz. Buna karşılık, bir kısmı emredici olmakla beraber, özel hukuk kurallarının çoğunluğu emredici değildir. Bu kuralların aksini taraflar serbest iradeleri ile kararlaştırabilirler.

3. Kamu Yararı - Özel Çıkar Bakımından.- Modern devletlerde kamu hukuku işlemlerinin temelinde kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi düşüncesi yatar. Dolayısıyla, kamu hukuku işlemlerinin yöneldikleri amaç *kamu yararı*dır. Bu amacın yokluğu hâlinde kamu hukuku işlemi hukuka aykırı hâle gelir.

Buna karşılık, özel hukuk işlemlerinin kamu hizmetine yönelik olması, kamu yararını amaçlaması şart değildir. Özel hukuk ilişkilerinin temelinde esasen kişilerin özel çıkarlarının tatmini güdüsü yatar. Ancak bu özel çıkarların tatmini de bizatihi kamu yararına hizmet eder.

4. Tek Yanlılık-İki Yanlılık Bakımından.- İdarî sözleşmeler bir yana bırakılırsa, kamu hukuku işlemleri *tek yanlı*dır. Kamu tüzel kişisinin iradesini açıklamasıyla işlem oluşur. Kural olarak bir kamu hukuku işleminin oluşabilmesi için ilgilisinin rıza ve muvafakatine ihtiyaç yoktur. Örneğin kamu idaresinin bir özel kişiye ait yerin kamulaştırılmasına ilişkin iradesini öngö-

54. Atay, *op. cit.*, s.11.

55. Prélot, *op. cit.*, s.21.

rülen şekilde açıklamasıyla kamulaştırma işlemi kurulmuş olur. Kamulaştırma işleminin kurulması için kamulaştırılan taşınmazın sahibinin rızasının alınmasına gerek yoktur. Oysa özel hukukta, hiç kimse iradesini bir başkasına zorla kabul ettiremez. İleride göreceğimiz gibi, özel hukuk ilişkinin kurulması için karşılıklı irade beyanlarının uyuşumu gereklidir. Bir kişi diğer kişinin taşınmazını satın almak istiyorsa onunla anlaşması, onun rızasını alması gerekir. Bu nedenle özel hukukta *irade serbestisi* (*freedom of will*) ve kural olarak *sözleşme özgürlüğü* (*freedom of contract*) prensibi geçerlidir.

5. İcraîlik Bakımından.- Kamu hukuku işlemleri *icraî*dir. Devlet ve kamu tüzel kişileri icrai karar alma yetkisine sahiptir. Örneğin belediye, bir mahkemeden karar almaksızın, yıkılmaya meyyal bir binanın yıkılmasına karar verebilmektedir. Hatta kamu hukuku makamları çoğunlukla kendi aldıkları kararları icra dairelerine vs. başvurmaksızın doğrudan doğruya yine kendileri icra edebilmektedir. Yani gidip binayı bizzat yıkmaktadır. Keza üniversite yönetimi bir mahkemeden karar almaksızın bir öğrenciye bir disiplin cezası verebilmekte ve bu kararı icra dairesine, polise başvurmaksızın doğrudan doğruya uygulamaktadır. Örneğin ilgili öğrenciyi bir dönem üniversite binalarına sokmamaktadır.

Oysa özel hukukta, hukukî ilişkinin tarafları, aralarındaki ilişki konusunda, kural olarak, icrai karar alma ve bunu kendiliğinden uygulama hakkına sahip değillerdir. Örneğin kira ilişkisinde, ev sahibi kiracısını evinden çıkartmak istiyorsa, bunun için ilk önce mahkemeye gidip tahliye davası açması ve bu davayı kazanıp tahliye kararı alması gerekir. Böyle bir tahliye kararı alsa bile, ev sahibi bu kararı kendisi doğrudan doğruya uygulayamaz. Bu kararın uygulanması için, icra dairesine başvurması gerekir. Bir özel kişinin, haklı olsa bile, mahkeme kararı olmaksızın, icra dairesine başvurmaksızın, hakkını araması mümkün değildir. Yukarıdaki örnekte, eğer ev sahibi kendisi gidip kiracısını evden çıkarırsa, eşyalarını zorla kapının dışına koyarsa veya kiracıdan kira parasını cebir veya tehdit yoluyla alırsa, haklı olsa bile (örneğin kiracı kirasını aylardır ödemiyor olsa bile) ceza hukuku bakımından suç işlemiş olur (eski Türk Ceza Kanununda "kendiliğinden hak alma" (m.308) suçu vardı. Yeni Türk Ceza Kanununda ise bağımsız bir "kendiliğinden hak alma" suçu yoktur; onun yerine çeşitli suçlara, kendiliğinden hak alma hükmüne benzer hükümler ilave edilmiştir. Örneğin yeni TCK, m.150: Alacağını tahsil amacıyla cebir veya tehdit kullanma).

6. Hukuka Uygunluk Karinesi Bakımından.- Kural olarak, kamu hukuku işlemlerinin hukuka uygunluğu karinesi vardır. Yani bir kamu hukuku işleminin, bir mahkeme kararıyla iptal edilinceye kadar hukuka uygun olduğu varsayılır ve hukukî sonuçlarını meydana getirir. Örneğin fakülte disiplin kurulunun öğrenciye verdiği bir disiplin cezası ilgiliye tebliğ edildiği anda hukukî sonuçlarını doğurur. Bu karara ilgili öğrenci uymak zorundadır. An-

cak öğrenci bu kararın hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa idare mahkemesinde iptal davası açabilir. Ancak bu dava sonuçlanıncaya kadar, disiplin cezasının hukuka uygun olduğu yolunda bir karine vardır. Keza, benzer karineler kamu görevlilerinin yaptıkları işlemler ve beyanlar için de geçerlidir. Kamu görevlisinin görevi ile ilgi düzenlediği bir tutanak veya beyanın, örneğin polis memurunun sürücünün kırmızı ışıkta geçtiğini belirten tutanağının, veya sınav gözetmeninin sınava giren öğrencinin kopya çektiğini belirten tutanağının veya beyanının, ilgili tarafından aksi ispatlanıncaya kadar doğru olduğu karineyle kabul edilir. İdare ve mahkemeler böyle bir tutanağın veya beyanın doğru olduğunu varsayar ve ona göre işlem yapar.

Oysa özel hukukta taraflar eşit konumdadır. Taraflardan birinin yaptığı işlem konusunda hukuka uygunluk karinesi yoktur. Neyin hukuka uygun, neyin hukuka aykırı olduğu mahkeme kararından sonra ortaya çıkar. Tarafların beyanları konusunda da yukarıdakine benzer bir karine yoktur. Kural olarak, hukukî işlemin her iki tarafı kendi iddiasını ispat etmek zorundadır (MK. m.6).

7. Re'sen Uygulama Bakımından.- Kamu hukuku kuralları *re'sen* (*ex officio*) uygulanır. Kamu hukuku kurallarını kamu makamları kendiliklerinden, hiçbir talebe ihtiyaç olmaksızın uygular. Örneğin, birisini öldüren bir kimse hakkında savcı re'sen soruşturma başlatır ve kendiliğinden dava açar. Mahkeme, zarar görenin talebi olmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan kuralları re'sen uygular. Bunun için suçtan zarar görenin talebine gerek yoktur. Mahkeme, sanığın lehine yahut aleyhine olan hukuk kurallarını araştırıp re'sen uygular. Bu kuralların sanık yahut mağdur tarafından ileri sürülmesine gerek yoktur. Keza, mahkemenin verdiği karar, infazla görevli cumhuriyet savcısı tarafından re'sen icra edilir. Mağdurun talebine gerek olmadan mahkûm hapse atılır.

Buna karşılık, özel hukuk kuralları re'sen uygulanmaz. Örneğin alıcı satıcıdan bir mal almış, ama bedelini ödememişse, durup dururken hiçbir hâkim, alıcının aldığı malın bedelini satıcıya ödemesine karar vermez. Bir hâkimin böyle bir karar vermesi için ilgilinin hâkimin önünde dava açması gerekir. Keza böyle bir davada hâkim tarafların ileri sürdüğü iddia ve talepleri inceler. Başka konuları re'sen araştıramaz. Keza böyle bir davada hâkim davacının uygulanmasını istediği hukuk kuralları ile bağlıdır. Hâkim davacının daha lehine olan hukuk kurallarını re'sen araştırıp kendiliğinden uygulayamaz veya davacıya bu konuda öneri ve tavsiyelerde bulunamaz. Keza hâkim davacının talebiyle bağlıdır. Davacı belli miktar tazminat talep etmişse, hâkim bunun dışında başka bir şeye hükmedemeyeceği gibi, istenilen miktarın üstünde bir tazminata da hükmedemez.

Keza özel hukuk davasında, hâkim davacının lehine karar verdiyse, bu karar, icra daireleri tarafından re'sen icra edilmez. Bunun için ilgilinin mah-

keme kararını alıp icra dairesine gitmesi ve o kararın icra edilmesini talep etmesi gerekir.

8. Görevli Mahkeme Bakımından.- Türk hukuk düzeninde özel hukuk uyuşmazlıklarına adlî yargının hukuk mahkemelerinde (asliye hukuk ve sulh hukuk) bakılır. Kamu hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara ise bu uyuşmazlıklar idare hukuku alanındaysa, idarî yargı içinde bulunan idare mahkemeleri ve Danıştay bakar. Vergi uyuşmazlıklarına ise yine idarî yargı içinde bulanan vergi mahkemeleri bakar. Kamu hukuku içinde bulunan ceza hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara ise, adlî yargının içinde bulunan ceza mahkemeleri bakar.

9. Gelişmişlik Bakımından.- Kamu hukukunun ceza hukuku dışında kalan kısmı, özel hukuka oranla tarihsel olarak çok daha yeni ortaya çıkmıştır. Ve dolayısıyla teknik bakımdan özel hukuka göre çok daha geridir. Kamu hukuku, ceza hukuku alanının dışında, gelişmekte olan bir hukuktur. Kavramları oluşum aşamasındadır. Buna karşılık özel hukukun, özellikle medenî hukuk ve borçlar hukuku alanı oldukça gelişmiş, büyük bir teknik mükemmelliğe ulaşmış hukuk dallarıdır.

* * *

Şunu da belirtmekte yarar var ki, yukarıdaki bilgiler Türk hukuk düzeni için geçerlidir. Aşağıda göreceğimiz gibi Anglo-Sakson sisteminde kamu hukuku - özel hukuk ayrımı yoktur. Kamu hukuku - özel hukuk ayrımının olduğu Kıta Avrupası ülkelerinde de kamu hukukunun veya özel hukukun alt dalları bizdekinden çok farklı sıralanmış olabilir. Örneğin ceza hukuku, bizde tartışmasız olarak kamu hukukunun bir dalı olarak kabul edilmektedir. Oysa aynı hukuk sistemine sahip olduğumuz Fransa'da ceza hukuku özel hukukun bir dalı olarak mülahaza edilmektedir. O nedenle, yukarıdaki özelliklerin evrensel geçerliliğe sahip olduğu düşünülmemelidir.

C. PRATİK BİLGİLER

Bir kere daha hatırlatalım ki, yukarıda gördüğümüz kamu hukukunun ve özel hukukun özellikleri kesin ve mutlak ayırıcı özellikler değildir. Kamu hukukunun özelliği olarak takdim edilen özelliğe, bazen kamu hukukunun bazı kuralları uymaz. Bazen de kamu hukukunun bazı özellikleri özel hukukun bazı kurallarında bulunabilir. Bazen de özel hukukun özelliği olan unsurlar kamu hukukunda da olabilir. Bu nedenle yukarıdaki özelliklerin kesin değil, nispî bir değerleri olduğu unutulmamalıdır. Bilimsel olmaktan çok, pratik yarar düşüncesiyle yukarıda sıralanmışlardır. Öğrenciler karşılaştıkları bir kuralın, bir hukukî kavramın, bir hukukî ilişkinin kamu hukukuna mı, özel hukuka mı ait olduğunu yukarıdaki ölçüt ve özellikler yardımıyla büyük ölçüde anlayabilirler.

Öğrencilerin, bir hukukî ilişkinin, kamu hukuku mu, yoksa özel hukuk ilişkisi mi olduğu sorusuyla karşılaştıklarında, şu soruları sırasıyla sormalarında yarar vardır:

1. Söz konusu ilişkinin taraflarından birisi bir kamu tüzel kişisi (devlet, mahallî idareler, kamu kurumları -bunlara kısaca "idare" denilir) midir?
2. Söz konusu ilişkinin taraflarından birisi olan kamu tüzel kişisi, bu ilişkide "üstün" konumda mıdır?
3. Söz konusu hukukî ilişki, taraflardan birisinin (kamu tüzel kişisinin) tek yanlı irade açıklamasıyla mı kurulmuştur?
4. Söz konusu hukukî ilişkide, taraflardan birisinin (kamu tüzel kişisinin) icrai karar alma yetkisi var mıdır?
5. Söz konusu hukukî ilişkide, taraflardan birisi (kamu tüzel kişisi), aldığı kararı kendiliğinden uygulamış mıdır?
6. Söz konusu hukukî ilişkide, taraflardan birisinin (kamu tüzel kişisinin) yaptığı işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta mıdır?
7. Söz konusu hukukî ilişkide, re'sen uygulanan kurallar var mıdır?
8. Söz konusu hukukî ilişkiden doğan davaya idare mahkemelerinde, vergi mahkemelerinde veya ceza mahkemelerinde mi bakılmaktadır?

Yukarıdaki sorulara "evet" cevabını veriyorsanız, biliniz ki söz konusu hukukî ilişki pek muhtemelen bir kamu hukuku ilişkisidir. Yok eğer bu sorulardan birine veya birkaçına "hayır" cevabı veriyorsanız bu ilişki özel hukuk ilişkisi olabilir.

Şimdi bu soruları sorarak örnek bir iki problem çözelim:

PROBLEM 1

Olay: Karayolları Genel Müdürlüğü (KYGM), yol yaparken yolun üzerinden geçeceği A'ya ait tarlanın kamulaştırılmasına karar vermiş, Kamulaştırma Kanununun öngördüğü usûl uygulanarak, tarlanın mülkiyeti Karayolları Genel Müdürlüğüne geçirilmiştir.

Soru: Söz konusu hukukî ilişki kamu hukuku mu, yoksa özel hukuk ilişkisi midir?

Çözüm: Yukarıdaki soruları tek tek soralım:

1. Söz konusu ilişkinin taraflarından birisi idare midir? Evet.

2. İdare bu ilişkide üstün konumda mıdır? Evet. İdare, A istemese de A'nın tarlası hakkında kamulaştırma kararı alabilir. (Gerçi önce satın alma usûlünün denemek zorundadır).

3. Söz konusu hukukî ilişki idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla mı kurulmuştur? Evet. Kamulaştırma için tarla sahibinin rızasının alınmasına gerek yoktur.

4. Söz konusu hukukî ilişkide, idarenin icrai karar alma yetkisi kullanılmış mıdır? Evet. Kamulaştırma kararı için idare bir mahkemeye başvurmamıştır. Bu kararı kendisi almıştır.

5. Söz konusu hukukî ilişkide, idarenin yaptığı işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta mıdır? Evet. Tarla sahibi kamulaştırma kararına karşı dava açıp iptal veya yürütmeyi durdurma kararı getirmedikçe kamulaştırma kararının hukuka uygun olduğu varsayılır.

7. Söz konusu hukukî ilişkide re'sen uygulanan kurallar var mıdır? Evet. Kamulaştırma Kanunun pek çok hükmü idare tarafından resen uygulanır. Tarla sahibinin açtığı kamulaştırmanın iptal davasında mahkeme, idare mahkemesinin resen uyguladığı kurallar vardır.

8. Söz konusu hukukî ilişkiden doğan davaya idare mahkemelerinde, vergi mahkemelerinde veya ceza mahkemelerinde mi bakılmaktadır? Evet. Kamulaştırma işleminin iptali davasına idare mahkemesi bakar. (Not: Kamulaştırma bedeli asliye hukuk mahkemesi tarafından tespit edilir). *(Not:* Kamulaştırma süreci oldukça uzun ve ayrıntılı bir süreçtir. Yukarıdaki bilgiler, genel olarak geçerli olan bilgilerdir).

Cevap: Yukarıdaki sorulara evet cevabı verildiğine göre, ortada bir kamu hukuku uyuşmazlığı vardır.

PROBLEM 2

Olay: Ahmet evini Mehmet'e kiralamıştır. Mehmet kirayı ödememektedir. Ahmet Mehmet'i evinden çıkarmak istemektedir.

Soru: Söz konusu hukukî ilişki kamu hukuku mu yoksa, özel hukuk ilişkisi midir?

Çözüm: Yukarıdaki soruları sormaya başlayalım:

1. Söz konusu ilişkinin taraflarından birisi idare midir? Hayır. İki özel kişi arasında bir ilişki vardır.

2. Taraflardan biri bu ilişkide üstün konumda mıdır? Hayır. İkisi arasında eşitlik vardır.

3. Söz konusu hukukî ilişki taraflardan birinin tek yanlı irade açıklamasıyla mı kurulmuştur? Hayır. Kira sözleşmesi Ahmet ile Mehmet'in karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmuştur.

4. Söz konusu hukukî ilişkide, taraflardan birinin icrai karar alma yetkisi var mıdır? Hayır. Ev sahibinin kendiliğinden evin tahliyesi hakkında karar alması mümkün değildir. Böyle bir kararın alınması için mahkemeye başvurması gerekir.

5. Söz konusu hukukî ilişkide, taraflardan birinin kararı kendiliğinden uygulama yetkisi var mıdır? Hayır. Ev sahibi mahkemeden tahliye kararı alsa bile, bunu kendisi uygulayamaz. İcra dairesine başvurması gerekir.

6. Söz konusu hukukî ilişkide, taraflardan birinin yaptığı işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta mıdır? Hayır. Ev sahibinin de kiracının da yaptığı işlemlerin hukuka uygun olduğunu mahkeme önünde ispat etmeleri gerekir.

7. Söz konusu hukukî ilişkide, re'sen uygulanan kurallar var mıdır? Hayır. Ev sahibi tahliye davası açmadıkça mahkeme tahliye kararı vermez. Ev sahibi hangi iddiaları ileri sürmüşse, mahkeme o iddiaları inceler. Mahkeme ev sahibinin isteğiyle bağlıdır. O istekten (netice-i talep) başkasına ve fazlasına hükmedemez.

8. Söz konusu hukukî ilişkiden doğan davaya idare mahkemelerinde, vergi mahkemelerinde veya ceza mahkemelerinde mi bakılmaktadır? Hayır. Bu davaya, adli yargının hukuk mahkemelerinde bakılır.

Cevap: Yukarıdaki sorulara hayır cevabı verildiğine göre, ortada bir özel hukuk ilişkisi vardır.

Şimdi, yine kira ilişkisi örneğini ele alalım, ama problemi biraz daha zorlaştıralım.

PROBLEM 3

Olay: Bazı şehirlerde bazı mahkemeler özel kişilerden kiralanan binalarda çalışmaktadır. İdare ve özel kişi karşılıklı anlaşarak yıllık belirli bir miktar karşılığında bir kira sözleşmesi yapmaktadırlar.

Soru: Söz konusu hukukî ilişki kamu hukuku mu, yoksa özel hukuk ilişkisi midir?

Cevap: Yukarıdaki soruları tek tek soralım:

1. Söz konusu ilişkinin taraflarından birisi idare midir? Evet.

2. İdare bu ilişkide üstün konumda mıdır? Hayır. Çünkü iş hanı sahibi sözleşme yapmaya zorlanmamıştır.

3. Söz konusu hukukî ilişki idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla mı kurulmuştur? Hayır. Karşılıklı irade açıklamasıyla kira sözleşmesi kurulmuştur.

4. Söz konusu hukukî ilişki, idarenin icrai karar alma yetkisi kullanılarak mı kurulmuştur? Hayır. Karşı tarafın rızasıyla hukukî ilişki kurulmuştur.

5. Söz konusu hukukî ilişkide idare aldığı kararı kendiliğinden uygulayabilir mi? Hayır.

6. Söz konusu hukukî ilişkide idarenin yaptığı işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta mıdır? Hayır.

7. Söz konusu hukukî ilişkide re'sen uygulanan kurallar var mıdır? Hayır.

8. Söz konusu hukukî ilişkiden doğan davaya idare mahkemelerinde, vergi mahkemelerinde veya ceza mahkemelerinde mi bakılmaktadır? Hayır ortaya çıkacak uyuşmazlığa asliye hukuk mahkemesinde bakılır.

Cevap: O hâlde ortada bir kamu hukuku uyuşmazlığı değil, özel hukuk uyuşmazlığı vardır.

* * *

Yine öğrencilere yönelik pratik bir bilgi olarak söylenebilir ki, Medenî Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu gibi kanunlarda yer alan kurallar özel hukuk kuralıdır. Buna karşılık, Ceza Kanunu, vergi kanunları ve idareyle ilgili kanunlarda yer alan kurallar kamu hukuku kurallarıdır. Eğer önünüzdeki kuralın bu kanunlardan birine ait olduğu belirtilmişse, o kuralın kamu hukukuna mı, özel hukuka mı ait olduğunu uzun boylu tartışmanıza gerek yoktur.

Uyarı: Yukarıdaki bilgilerin pek çoğu genel olarak geçerlidir. Bunlar oldukça ayrıntılıdır. Bunların pek çok istisnaları vardır ve bazıları esasen tartışmalıdır. Ancak buna rağmen, bu bilgiler, hukuk fakültesi birinci sınıf öğrencisinin kamu hukuku ve özel hukuku birbirinden ayırmakta işine yarar.

Kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki bu farklılıkları gördükten sonra şimdi bu iki hukuk dalının alt dallarını görelim. Ama önce bu dalları bir şema hâlinde gösterelim:

Şema 5.1: **HUKUKUN DALLARI**

Kamu Hukuku	**Özel Hukuk**
1. Uluslararası Hukuk	1. Medenî Hukuk
2. Anayasa Hukuku	*a) Kişiler Hukuku*
3. İdare Hukuku	*b) Aile Hukuku*
4. Vergi Hukuku	*c) Miras Hukuku*
5. Ceza Hukuku	*d) Eşya Hukuku*
6. Ceza Usûl Hukuku	2. Borçlar Hukuku
	3. Ticaret Hukuku
	4. Devletler Özel Hukuku
	5. İş Hukuku
	6. Medenî Usûl Hukuku
	7. İcra ve İflas Hukuku

D. KAMU HUKUKUNUN DALLARI

Kamu Hukukunun Tanımı.- Yukarıdan da anlaşılacağı üzere kamu hukuku ve özel hukuk konusunda tanım vermek hayli zor ve yanıltıcıdır. Ancak böyle tanımlar vermek âdet olmuştur. Biz de kamu hukukunu ve özel hukuku kendimize göre kabaca tanımlayacağız:

TANIM.- ***Kamu hukuku*** (lat: *ius publicum*, ing: *public law*, fr: *droit public*), **bir devlet ile bir başka devlet ve bir devlet ile bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının bütünüdür.**

Tanımdan da görüleceği gibi bir kamu hukuku ilişkisinde muhakkak bir devlet unsuru vardır. Devlet unsurunun doğrudan doğruya yahut dolaylı olarak (devletin müdahalesi) bulunmadığı bir hukukî ilişki kamu hukuku ilişkisi değildir.

Devletin bir unsur olarak bulunabileceği birçok hukukî ilişki ve durum düşünülebilir. Örneğin bir devletin diğer bir devlet ile ilişkisi hiç şüphesiz bir kamu hukuku ilişkisidir. Zira ortadaki hukukî ilişkinin taraflarından ikisi de bir "devlet"tir. İşte bir devlet ile diğer bir devlet arasındaki ilişkiyi düzenleyen kamu hukukunun dalına *uluslararası hukuk* veya *devletler hukuku* denir. Doktrinde, kamu hukukun bu kısmına *dış kamu hukuku*, geri kalan kısmına da *iç kamu hukuku* dendiği olur.

Not: Bu başlık altında esas itibarıyla *iç hukukun dallarını* görüyoruz. Yukarıda (s.76) yaptığımız ayrımlamaya göre "uluslararası hukuk" ise iç hukukun bir dalı değil, iç hukukun karşısında ayrı bir hukuktur. Bu nedenle iç hukukun dallarını sayarken uluslararası hukuku saymamak daha tutarlı olur. Ne var ki, hukuk eğitiminde iç hukuku kamu hukuku-özel hukuk olarak ikiye ayırmak ve kamu hukuku dalları arasında da uluslararası hukuku saymak fevkalade yerleşmiş bir adettir. Biz de burada bu adete uyarak kamu hukukunun dalları arasında uluslararası hukuku sayıyoruz.

Devletin kendi kuruluşunu, teşkilatını, oluşumunu düzenleyen hukuk kuralları da öncelikle kamu hukuku kurallarıdır. Zira ortada bizatihi devletin merkezde bulunduğu bir hukukî durum vardır. İşte devletin temel kuruluşunu, yani yasama, yürütme ve yargı organlarını, bunların birbiriyle ilişkilerini, keza bunların bireylerle ilişkilerini düzenleyen hukuk dalına *anayasa (esas teşkilat) hukuku* denir.

Devletin, temel kuruluşunun içinde bulunan yürütme organı Cumhurbaşkanlığından köye kadar uzanan çok ayrıntılı bir teşkilattır. Hukuk dilinde, yasama ve yargı dışında kalan bu teşkilata "idare" denir. İşte bu idarenin kuruluşunu, işleyişini ve onunla bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallardan oluşan kamu hukuku dalına *idare hukuku* denir.

Devlet birçok kamu hizmetini yerine getir. Bu hizmetlerin yerine getirilmesi için paraya ihtiyaç duyar. Devlet bu parayı vatandaşlardan aldığı vergilerle sağlar. İşte devletin bireylerle olan vergi ilişkisini düzenleyen hukuk kurallarından oluşan kamu hukuku dalına *vergi hukuku* denir.

Bireyler bazen devlete karşı, bazen de birbirlerine karşı suç işlerler. Devlet kendisine karşı işlenilen suçları cezalandırır. Devlet keza bireylerin birbirlerine karşı işledikleri suçlarda da suç işleyeni cezalandırır. Zira suç işleyen sadece mağdura zarar vermiş olmaz, aynı zamanda bu fiiliyle devletin koruduğu toplum düzenini de sarsmış olur. İşte devletin suç işleyen bireyleri cezalandırmasını düzenleyen kamu hukuku dalına da *ceza hukuku* denir.

Şimdi biz kamu hukuku dallarını biraz daha yakından göreceğiz. Ancak hemen belirtelim ki burada bu dalların içeriği hakkında bir fikir vermekten başka bir amacımız yoktur.

1. Uluslararası Hukuk (Devletler Hukuku)[56]

"Uluslararası kamu hukuku (*public international law, droit international public*)" veya daha kısa bir ifadeyle "uluslararası hukuk (*international law, droit international*)", bir devlet ile diğer bir devlet veya devletler veya uluslararası kuruluşlar arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarını inceleyen hukuk bilimi dalıdır. Uluslararası hukukun başlıca inceleme konuları şunlardır: Uluslararası andlaşma nedir? Nasıl yapılır? Sonuçları nelerdir? Uluslararası örf ve âdet nedir? Devlet nedir? Hangi unsurlardan oluşur? Devletlerin doğuşu ve sona ermesi nasıl olur? Uluslararası kuruluşlar nelerdir? Nasıl çalışırlar? Devletin kara, deniz ve hava ülkesi nedir? Sınırları nasıl çizilir? Devletin egemenliği nedir? Devletlerarası ilişkiler nasıl yürütülür? Diplomasi temsilcileri kimlerdir? Hangi statüye tâbidirler? Uluslararası uyuşmazlıklar nasıl çözümlenir?

2. Anayasa Hukuku[57]

"Anayasa hukuku (*constitutional law, droit constitutionnel*)", devletin temel kuruluşunu, yani şeklini, yapısını, organlarını, bu organlar arasındaki ilişkileri ve bireylerin devlet karşısındaki temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen kuralların bütününden oluşmuş bir kamu hukuku dalıdır.

Türkiye'de anayasa hukukunu "anayasa hukukunun genel esasları" ve "Türk anayasa hukuku" olarak ikiye ayırmak âdet olmuştur.

a) "Anayasa hukukunun genel esasları (*general theory of constitutional law, théorie générale du droit constitutionnel*)" bölümünde genellikle şu konular incelenir: Devlet kavramı, devletin unsurları, anayasa kavramı, anayasa çeşitleri, anayasacılık hareketleri, kurucu iktidar, kuvvetler ayrılığı, hükümet sistemleri (meclis hükümeti sistemi, parlamenter sistem, başkanlık sistemi), devlet biçimleri (monarşi–cumhuriyet), demokrasi teorisi, demok-

56. Başlıca uluslararası hukuk ders kitapları için yukarıda 16'ncı sayfada "5. Uluslararası Hukuk" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.

57. Başlıca anayasa hukuku ders kitapları için yukarıda 16'ncı sayfada "6. Anayasa Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.

rasi anlayışları, demokrasi tipleri (doğrudan-yarı doğrudan ve temsili demokrasi), federalizm, üniter devlet, siyasi partiler, seçim sitemleri vs.

b) "Türk anayasa hukuku (*Turkish constitutional law, droit constitutionnel turc*)" kısmında ise genellikle, ilk başta Türkiye'de anayasacılık hareketlerinin tarihsel gelişimini tanıtmak üzere, kısaca 1808 Sened-i İttifak, 1839 Tanzimat Fermanı, 1856 Islahat Fermanı, 1876 Kanunu Esasisi, 1909 Anayasa değişiklikleri, 1921 Anayasası, 1924 Anayasası, 1961 Anayasaları üzerinde durulur. Daha sonra 1982 Anayasasının kurduğu anayasal düzenin incelenmesine geçilir. Şu an Türkiye'de devletin temel kuruluşu, 7 Kasım 1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile belirlenmiştir (Bu Anayasaya kısaca "1982 Anayasası" denir). Anayasamız önce 1 ilâ 11'inci maddelerinde devletin tâbi olduğu temel ilkeleri veya diğer bir ifadeyle "genel esasları" düzenlemiştir. Buna göre, "Türkiye devleti bir Cumhuriyettir" (m.1). Keza Türkiye Cumhuriyeti, "insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir" (m.2). Dahası, Türkiye Cumhuriyetinde herkes kanun önünde eşittir ve devlet bütün işlemlerinde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır (m.10). Diğer yandan "Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür" (m.3). Yani Türkiye'de federalizm değil, üniter devlet ilkesi geçerlidir. Türkiye'de "egemenlik, kayıtsız şartsız milletindir" (m.6). Anayasamızın 12 ilâ 74'üncü maddeleri arasında vatandaşların temel hak ve hürriyetleri düzenlenmiştir. Anayasamızın 75 ilâ 100'üncü maddeleri arasında "yasama organı (*legislature*)", 101 ilâ 137'nci maddeleri arasında "yürütme organı (*executive*)" (yani Cumhurbaşkanı, bakanlar ve idare), 138 ilâ 160'ıncı maddeleri arasında ise "yargı organı (*judiciary*)"nı düzenlemiştir.

3. İdare Hukuku[58]

"İdare hukuku (*administrative law, droit administratif*)", "idare"nin kuruluş ve işleyişini düzenleyen kamu hukuku dalıdır. "İdare (*administration*)", esas itibarıyla, devletin yürütme organının Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar dışında kalan kısmıdır. İdare, merkezî idare ve yerinden yönetim kuruluşları olmak üzere ikiye ayrılır. Merkezî idare, devlet idaresi demektir ki kendi içinde başkent teşkilâtı ve taşra teşkilâtı olmak üzere ikiye ayrılır. Yerinden yönetim kuruluşları ise yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları olmak üzere ikiye ayrılır. Yer yönünden yerinden yönetim kuruluşlarına "yerel yönetimler (mahallî idareler)" de denir. Bunlar il özel idaresi, belediyeler ve köylerdir. Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları ise üniversiteler, TRT, TÜBİTAK, KİT'ler gibi kuruluşlardır. İşte idare hukuku bunların

58. Başlıca idare hukuku ders kitapları için yukarıda 16'ncı sayfada "6. İdare Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.

kuruluşunu ve işleyişini düzenler. Keza idare hukukunun başlıca inceleme konuları arasında idarî işlemler, idarî sözleşmeler, kamu hizmeti, kolluk, kamu görevlileri, kamu malları ve idarenin sorumluluğu gibi konular bulunur. Nihayet vatandaşla idare arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların idare mahkemeleri önünde çözümlenmesi de idare hukukunun "idarî yargı (*administrative jurisdiction*)" kısmına girer. İdarî yargılama usûlü, 6 Ocak 1982 tarih ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu ile düzenlenmiştir.

4. Vergi Hukuku[59]

Devlet birçok kamu hizmetini yerine getirir. Bu hizmetleri yerine getirmek için paraya ihtiyaç duyar. Devlet bu parayı vatandaşlardan aldığı vergilerle temin eder. İşte devletin vatandaşlarla olan vergi ilişkisini düzenleyen hukuk kurallarından oluşan kamu hukuku dalına "vergi hukuku (*tax law, droit fiscal*)" denir. Vergi, kamu giderlerini karşılamak amacıyla devletin tek taraflı olarak ve vergilendirme yetkisine dayanarak, kişilerin gelir, gider veya malları üzerinden aldığı ekonomik değerlerdir. Vergi hukuku, verginin tarhını, tahakkukunu, tahsilini ve vergi yargısını düzenleyen hukuk kurallarından oluşur.

5. Ceza Hukuku[60]

"Ceza hukuku (*criminal law, droit pénal*)", suç oluşturan fiil ve davranışların nelerden ibaret bulunduğunu, bu fiil ve davranışlarda bulunanlara ne gibi müeyyideler, yani cezalar uygulanacağını gösteren hukuk kurallarını incelen kamu hukuku dalıdır. Türkiye'de ceza hukuku alanındaki temel kanun, 26 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunudur (Önceki Türk Ceza Kanunu 1926 tarihliydi). Ceza hukukunu "genel hükümler" ve "özel hükümler" şeklinde ikiye ayırarak incelemek âdet olmuştur.

a) Ceza hukukunun "**genel hükümler** (*general provisions*)" kısmında incelenen başlıca konular şunlardır: Kanunilik ilkesi, ceza kanunlarının yer, zaman ve kişi itibarıyla uygulanması, suçun unsurları, suçun maddi unsuru (hareket ve netice), illiyet bağı, hukuka uygunluk nedenleri (hakkın kullanılması, ilgilinin rızası, meşru müdafaa), kusurluluğu ortadan kaldıran hâller (zaruret hâli), suçun manevi unsuru (kast, taksir, objektif sorumluluk), hata, teşebbüs, iştirak vs.

b) Ceza hukukunun "**özel hükümler** (*special provisions*)" kısmında ise az çok Türk Ceza Kanununun sistemi izlenerek, bu kanunda düzenlenen suçlar incelenir. Bunlardan bazıları şöyledir: Soykırım, göçmen kaçakçılığı,

59. Başlıca vergi hukuku ders kitapları için yukarıda 16'ncı sayfada "7. Vergi Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.
60. Başlıca ceza hukuku ders kitapları için yukarıda 17'nci sayfada "9. Ceza Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.

insan öldürme, yaralama, organ ve doku ticareti, işkence, terk, çocuk düşürtme, cinsel saldırı (ırza tecavüz), çocukların cinsel istismarı, cinsel taciz, tehdit, şantaj, cebir, kişiyi hürriyetten yoksun kılma, konut dokunulmazlığının ihlâli, haksız arama, kişilerin huzur ve sükununu bozma, hakaret, haberleşmenin gizliliğini ihlâl, hırsızlık, yağma, mala zarar verme, hakkı olmayan yere tecavüz, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas, çevrenin kasten kirletilmesi, gürültüye neden olma, imar kirliliğine neden olma, uyuşturucu madde imal ve ticareti, sahtecilik, mühür bozma, yalan beyan, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, hayasızca hareket etme, fuhuş, dilencilik, kötü muamele, ihaleye fesat karıştırma, tefecilik, bilişim sistemine girme, zimmet, irtikap, rüşvet, iftira, yalan tanıklık, devletin egemenlik alametlerini aşağılama, devletin ülke bütünlüğünü bozmak, düşmanla işbirliği yapmak, savaşa tahrik, anayasayı ihlâl, silahlı isyan, silahlı örgüt, halkı askerlikten soğutma, askerleri itaatsizliğe teşvik, casusluk, vs.

6. Ceza Usûl Hukuku[61]

"Ceza usûl hukuku (*law of criminal procedure, droit de procédure pénale*)", kanunların suç saydığı fiilleri işleyenlerin takip edilmesi, yargılanması ve cezalandırılmasında uyulacak usûllerin nelerden ibaret bulunduğunu gösteren hukuk kurallarını inceleyen bir hukuk dalıdır. Türkiye'de ceza yargılaması usûlü, 4 Aralık 2004 tarih ve 5271 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu (*Code of Criminal Procedure*)" ile düzenlenmiştir.

E. ÖZEL HUKUKUN DALLARI

Özel Hukukun Tanımı.- Önce özel hukukun tanımını verelim:

TANIM: "*Özel hukuk* (*private law, droit privé*)", çok genel bir şekilde, kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerini, eşitlik ve irade serbestisi esasına göre düzenleyen hukukî kuralların bütünü olarak tanımlanabilir[62].

Özel hukuk için yapılmış diğer güzel bir tanım da şudur: "Bir *astlık- üstlük ilişkisi* ve *egemenlik ilişkisi* söz konusu olmaksızın *eşit hak ve yetkilere* sahip bulunan kişi ya da kişi toplulukları arasındaki hukukî ilişkileri düzenleyen hukuk alanına özel hukuk adı verilir"[63].

Kişiler arası ilişkiler çok değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Örneğin kişiler doğmakta, büyümekte, evlenmekte, alım satım, kira gibi hukukî ilişkiler kurmakta veya ticarî faaliyette bulunmakta, ölmekte ve miras bırakmaktadırlar.

---

61. Başlıca ceza usûl hukuku ders kitapları için yukarıda 17'nci sayfada "10. Ceza Muhakemesi Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.
62. Akıntürk, *Temel Hukuk*, *op. cit.*, s.46; Gözübüyük, *op. cit.*, s.24.
63. Özsunay, *op. cit.*, s.43.

Kişilerin doğumunu, çocukların ana ve babalarıyla olan ilişkilerini, kişinin reşit olmasını, evlenmesini, kişinin ölmesini, düzenleyen hukuk dalına *medenî hukuk* denir.

Kişinin birtakım alım-satım, kira, kefalet gibi borç ilişkilerini düzenleyen hukuk dalına *borçlar hukuku* denir.

Ticarî faaliyette bulunan ve tacir sıfatı olan kişilerin taraf olduğu hukukî ilişkiler ayrıca özel olarak *ticaret hukuku* tarafından düzenlenir.

Keza evlenecek kişiler veya borçlar hukuku veya ticaret hukuku ilişkisi kuracak kişiler farklı tâbiiyetlerde olabilirler veya farklı ülkelerde bulunabilirler. Böyle yabancı unsurlu bir özel hukuk ilişkisini düzenleyen hukuk kuralları *milletlerarası özel hukuku* oluşturur.

Keza özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların nerede ve nasıl çözümleneceğini gösteren kurallar medenî usûl hukukunu oluşturur. Özel hukuk mahkeme kararlarının nasıl icra edileceğini gösteren kurallar ise icra ve iflas hukukunu meydana getirir. Şimdi bunları kısaca tek tek görelim:

1. Medenî Hukuk[64]

"Medenî hukuk (*civil law, droit civil*)", özel hukukun en geniş ve en önemli dalıdır. Medenî hukuk, kişilerin toplum içinde yaşaması bakımından bir hüküm ve değer ifade eden bütün eylem ve davranışlarını, işlem ve ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarının bütünüdür[65]. Medenî hukukla ilgisi olmayan bir kişiyi düşünmek mümkün değildir. Kişi daha doğduğu anda, hatta doğumundan önce, ana rahmine düşmesiyle medenî hukukun düzenleme alanına girer. Bir kişinin doğumundan ölümüne kadar geçen sürede kurduğu ilişkilerin, yaptığı işlemlerin büyük bir kısmı medenî hukukun kapsamı içinde bulunur. Kişinin doğumu, ana-babasının velayeti altında büyümesi, reşit olması, bir yerde oturması, nişanlanması, evlenmesi, eşiyle ilişkileri, araba yahut ev sahibi olması, kişinin ölmesi hep medenî hukuk ile ilgilidir. Nihayet kişinin medenî hukuk ile bağlantısı öldükten sonra bile bir süre devam eder. Öyle ki mirasın nasıl ve kimler arasında paylaşılacağı yine medenî hukukun konusuna girer.

Türkiye'de medenî hukuk kuralları önce 7 Şubat 1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanun-u Medenîsi ile düzenlenmişti. Daha sonra bu Kanunun yerine 22 Kasım 2001 tarih ve 4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanunu kabul edildi.

Yukarıdan anlaşılacağı üzere medenî hukuk oldukça kapsamlıdır. O nedenle medenî hukuk, kendi içinde alt dallara ayrılır. Şöyle:

---

64. Başlıca medenî hukuk ders kitapları için yukarıda 17'nci sayfada "11. Medeni Hukuk" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.
65. Jale Akipek, *Türk Medenî Hukuku*, Cilt I: Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1966, s.16'dan nakleden Akıntürk, *Medenî Hukuk*, *op. cit.*, s.24.

a) Kişiler Hukuku[66].- Hukukta hak ve borç altına girebilen varlıklara "kişi (*person, personne*)" denir. Kişiler, gerçek kişiler ve tüzel kişiler olarak ikiye ayrılır. "Gerçek kişiler (*real persons, personnes pysiques*)" sadece insanlardan ibarettir. Belli bir gayeyi gerçekleştirmek için birtakım insanların bir araya gelip faaliyetlerini ve bir kısım mallarını bu gayeye tahsis etmeleriyle ortaya çıkan ve kendisini meydana getiren kişilerden ayrı ve bağımsız oldukları kabul edilen varlıklara "tüzel kişi (*legal person, personnes morales*)" denir[67]. Örneğin dernekler ve vakıflar tüzel kişidir. İşte "kişiler hukuku (*law of persons, droit des personnes*)", kişilerin türlerini, ehliyetlerini, kişisel hâllerini, yakınlarıyla olan ilişkilerini, belli bir yer ile olan ilgilerini, kişiliğin başlangıcı ve korunmasını düzenleyen medenî hukuk dalıdır[68]. Kişiler hukukunun inceleme konularından bazıları şunlardır: Doğum, ölüm, gaiplik, hak ehliyeti, fiil ehliyeti, temyiz kudreti, rüşt (erginlik), hacir (kısıtlılık), hısımlık, ikametgâh, isim, vs. Kişiler hukuku kuralları Türk Medenî Kanununun 8 ilâ 117'nci maddelerinde düzenlenmiştir.

b) Aile Hukuku[69].- "Aile hukuku (*family law, droit de la famille*)", kişinin içinde bulunduğu ve aile denen topluluğun üyeleri ile olan ilişkilerini düzenleyen medenî hukuk dalıdır[70]. Aile hukukunun başlıca inceleme konuları şunlardır: Nişanlanma, evlenme, karı-kocanın karşılıklı hak ve ödevleri, mal rejimleri, evliliğin sona ermesi, boşanma, hısımlık, nesep, evlat edinme, velayet, vesayet vs. Aile hukuku kuralları Türk Medenî Kanununun 118 ilâ 494'üncü maddelerinde düzenlenmiştir.

c) Miras Hukuku[71].- "Miras hukuku (*law of succession, law of inheritance, droit des successions*)", bir gerçek kişinin ölümünden sonra, para ile ölçülebilen bütün hak ve borçlarının, yani terekesinin kimlere ve nasıl geçeceğini düzenleyen hukuk kurallarından oluşan medenî hukuk dalıdır. Miras hukukunun düzenlediği başlıca konular şunlardır: Yasal mirasçılar, ölüme bağlı tasarruflar, vasiyet, mirasçı atama, belirli mal bırakma, şart, mükellefiyet, ikame, vasiyeti yerine getirme görevlisi (tenfiz memuru), miras sözleşmesi, mahfuz hisse (saklı pay), mirasçılık ehliyeti, mirasın açılması, mirasın kazanılması, mirasın reddi, mirasın tasfiyesi, miras şirketi (ortaklığı), mirasın paylaşılması, denkleştirme, paylaşmanın sona ermesi vb. Türkiye'de miras hukuku kuralları Türk Medenî Kanununun 495 ilâ 682'nci maddelerinde düzenlenmiştir.

---

66. Başlıca kişiler hukuku ders kitapları için yukarıda 17'nci sayfada "b) Kişiler Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.
67. Akıntürk, *Medenî Hukuk, op. cit.*, s.109.
68. Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.48.
69. Başlıca aile hukuku ders kitapları için yukarıda 17'nci sayfada "c) Aile Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.
70. Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.25.
71. Başlıca miras hukuku ders kitapları için yukarıda 17'nci sayfada "d) Miras Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.

d) Eşya Hukuku[72].- "Eşya hukuku (*law of property, droit des biens*)", kişilerin bir eşya üzerindeki hâkimiyet ve tasarruflarının nitelik ve türlerini, onların bu hâkimiyet dolayısıyla diğer şahıslarla olan ilişkilerini düzenleyen hukuk dalıdır. Eşya hukukunun konusunu büyük çapta "aynî haklar" oluşturmaktadır. Aynî haklar, eşya dediğimiz maddi mallar üzerinde sahibine geniş yetkiler veren ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Eşya hukukunun düzenleme konularından bazıları şunlardır: Ayni hak, eşya, zilyetlik, zilyetliğin kazanılması ve yitirilmesi, zilyetliğin korunması, tapu sicili, mülkiyet, müşterek mülkiyet (paylı mülkiyet), iştirak hâlinde mülkiyet (elbirliği mülkiyeti), taşınmaz mülkiyeti, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, kapsamı, sınırlanması, sona ermesi, taşınır mülkiyeti, sınırlı ayni haklar, irtifak hakları, intifa hakkı, inşaat hakkı, kaynak hakkı, rehin, ipotek, hapis hakkı vs. Türkiye'de eşya hukuku kuralları Türk Medenî Kanununun 683 ilâ 1027'nci maddelerinde düzenlenmiştir.

2. Borçlar Hukuku[73]

"Borçlar hukuku (*law of obligations, droit des obligations*)", medenî hukukun ayrılmaz bir parçasıdır. Ancak kapsamının çok geniş olması ve keza Medenî Kanundan ayrı bir kanunla düzenlenmiş olması nedeniyle genellikle borçlar hukuku özel hukukun ayrı bir dalı olarak kabul edilmektedir. Türkiye'de borçlar hukuku kuralları, 22 Nisan 1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunu ile düzenlenmişti. Daha sonra bu Kanunun yerine 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Borçlar hukuku, özel hukukun kişiler arasındaki borç ilişkilerini düzenleyen bölümü olarak tanımlanmaktadır[74]. Borç ilişkisi, iki taraf arasında mevcut olup, bir şeyin verilmesini, yapılmasını veya yapılmamasını öngören bağ şeklinde tanımlanır. Bu ilişkinin taraflarından birisine alacaklı, diğerine borçlu denir. İşte borçlar hukuku, borç ilişkisinin doğumunu, hükümlerini, türlerini ve sona ermesini inceler.

Ceza hukukunda olduğu gibi borçlar hukuku da "genel hükümler" ve "özel hükümler" olmak üzere ikiye ayrılır:

a) Borçlar hukukunun "**genel hükümler** (*general provisions*)" kısmında, borç kavramı, borç ilişkisi, sorumluluk kavramı, borçların doğumu, sözleşme, icap ve kabul, muvazaa, hata, hile, ikrah, gabin, temsil, haksız fiiller, sebepsiz zenginleşme, borçların hükümleri, borcun ifası, borçlunun temerrü-

72. Başlıca eşya hukuku ders kitapları için yukarıda 18'nci sayfada "e) Eşya Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.
73. Başlıca borçlar hukuku ders kitapları için yukarıda 18'nci sayfada "12. Borçlar Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.
74. Akıntürk, *Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s.3.

dü, müteselsil borçluluk, şarta bağlı borçlar, pey akçesi, cezai şart, alacağın temliki, borcun nakli, borçların sona ermesi, ibra, yenileme, birleşme, kusursuz imkânsızlık, takas, zamanaşımı gibi çeşitli, kavram, kurum ve ilişkiler incelenmektedir.

b) Borçlar hukukunun "**özel hükümler** (*special provisions*)" kısmında ise, satım, trampa, bağışlama, kira, ariyet, karz, hizmet, istisna, vekalet, havale, vedia, kefalet sözleşmeleri gibi çeşitli borç ilişkilerinin kuruluşu hüküm ve sonuçları incelenmektedir.

3. Ticaret Hukuku[75]

"Ticaret hukuku (*commercial law, droit commercial*)", kişilerin *ticarî* nitelikteki ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarının bütünüdür. Ticaret hukuku, medenî hukuk ve borçlar hukukuyla çok yakından ilişkilidir. Medenî hukuk ve borçlar hukuku, kişilerin *ticarî nitelikte olmayan* ilişkilerini düzenlediği hâlde, ticaret hukuku aynı kişilerin *ticarî nitelikte olan* ilişkilerini düzenler[76]. Türkiye'de ticaret hukuku kuralları 29 Haziran 1956 tarih ve 6762 sayılı "Türk Ticaret Kanunu (*Turkish Commercial Code*)" ile düzenlenmişti. Bu Kanunun yerine 13 Ocak 2011 tarih ve 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Ticaret hukuku oldukça hacimli bir hukuk dalıdır. Kendi içinde, ticarî işletme hukuku, şirketler hukuku, kıymetli evrak hukuku, deniz ticareti hukuku ve sigorta hukuku bölümlerine ayrılmaktadır.

a) Ticarî İşletme Hukuku (*Law of Commercial Enterprise, Droit des Entreprises*)[77].- 13 Ocak 2011 tarih ve 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununun 11'inci maddesine göre, "ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir" (Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Cumhurbaşkanınca çıkarılacak kararda gösterilir). Yine aynı Kanunun 12'nci maddesine göre "bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir". İşte ticarî işletme hukuku, ticarî işletmeyi ve tacirin faaliyetlerini düzenleyen hukuk dalıdır. Başlıca inceleme konuları şunlardır: Ticarî işletme, ticarî işletmenin kuruluşu, yapısı, devri, rehni, ticarî iş, tacir, tacir olmanın hükümleri, ticaret sicili, ticarî defterler, ticarî mümessil, acente, komisyoncu, tellal, cari hesap, haksız rekabet, ticaret unvanı, marka, vb.

---

75. Başlıca ticaret hukuku ders kitapları için yukarıda 18'nci sayfada "13. Ticaret Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.
76. Akıntürk, *Medenî Hukuk*, *op. cit.*, s.33; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.36.
77. Başlıca ticari işletme hukuku ders kitapları için yukarıda 18'nci sayfada "b) Ticari İşletme Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.

b) Şirketler Hukuku (*Company Law, Droit des sociétés*)[78].- Şirket, iki* veya daha fazla kişinin iktisadi bir amaca ulaşmak için, emek ve mallarını bir sözleşmeyle birleştirmek suretiyle meydana getirdikleri topluluktur. Ticaret kanunumuzda, kolektif şirket, komandit şirket, anonim şirket, limited şirket ve kooperatif olmak üzere beş ticaret şirketi türü öngörülmüştür. İşte şirketler hukuku, bu şirketlerin kuruluşunu, işleyişini, sona ermelerini ve ortakların hak ve borçlarını düzenleyen hukuk kurallarından oluşmuştur. (**Not:* Yeni TTK'ya göre tek kişinin de limited veya anonim şirket kurması mümkündür).

c) Kıymetli Evrak Hukuku (*Law of Commercial Papers*)[79].-Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi, senetten ayrı olarak başkalarına da devredilemez (Yeni TTK, m.645). Kıymetli evrakın, poliçe, çek ve bono olmak üzere başlıca üç çeşidi vardır. İşte kıymetli evrak hukuku, poliçe, bono, çek gibi kıymetli evrakın düzenlenmesini, bunların geçerlilik şartlarını, hüküm ve sonuçlarını, bunların devrini ve ödenmelerini düzenleyen ticaret hukuku dalıdır.

d) Sigorta Hukuku (*Insurance Law, droit des assurances*)[80].- Sigorta, uğranılan zararların giderilmesi amacına yönelik bir kurumdur. Sigorta hukuku, sigorta sözleşmesi ile ilgili kişiler arasındaki ilişkilerle, sigortacılıkla uğraşan kurumların çalışmalarını düzenleyen hukuk kurallarını sistemli bir şekilde inceleyen hukuk dalıdır[81]. Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi yükümlendiği sözleşmedir (Yeni TTK, m.1401). Sigorta hukukunun başlıca inceleme konuları şunlardır: Sigorta sözleşmesi, tanımı, unsurları, sigortacı, sigorta ettiren, sigorta akdinin kuruluşu, sigorta akdinin hükümleri, sona ermesi, sigorta çeşitleri, mal sigortası türleri, yangın sigortası, hırsızlığa karşı sigorta, trafik mesuliyet sigortası, vs.

e) Deniz Ticareti Hukuku (*Maritime Law, droit maritime*)[82].- Deniz ticareti hukuku, ticaret gemilerinin denizde seyrüsefer ile bireyler arasında ortaya çıkan hukukî ilişkileri düzenleyen hukuk dalıdır. Diğer bir tanıma göre ise deniz ticareti hukuku, özel hukukta yer alan deniz seyrüseferi ile ilgili sorunları konu edinen hukuk dalıdır. Deniz ticareti hukukunda incelenen başlıca konular şunlardır: Gemi, bayrak, gemi sicili, gemi mülkiyeti, gemi

78. Başlıca şirketler hukuku ders kitapları için yukarıda 18'nci sayfada "c) Şirketler Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.
79. Başlıca kıymetli evrak hukuku ders kitapları için yukarıda 18'nci sayfada "d) Kıymetli Evrak Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.
80. Başlıca sigorta hukuku ders kitapları için yukarıda 18'nci sayfada "f) Sigorta Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.
81. İmregün, Omağ ve Tekil, *op. cit.*, s.343.
82. Başlıca deniz ticareti hukuku ders kitapları için yukarıda 18'nci sayfada "e) Deniz Ticareti Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.

ipoteği, gemi alacaklısı hakkı, donatan, donatma iştiraki, kaptan, gemi adamları, navlun, yolcu taşımı, denizaşırı satış, vs.

Ticaret hukuku alanında son yirmi otuz yıldır hızla gelişen "rekabet hukuku (*competition law*)" gibi alt hukuk dalları da vardır.

4. Devletler Özel Hukuku[83]

"Devletler özel hukuku" veya "uluslararası özel hukuk (*private international law, droit international privé*)", özel hukuk alanında yabancı unsur taşıyan hukukî ilişki ve ihtilafların çözümünde uygulanacak kurallardan oluşmuş hukuk dalıdır. Devletler özel hukukunun düzenlediği ilişkilere daima bir yabancı unsur karışmıştır. Devletler özel hukuku, vatandaşlık hukuku, yabancılar hukuku, kanunlar ihtilafı ve milletlerarası usûl hukuku olmak üzere dört alt dala ayrılır.

a) Vatandaşlık (Tâbiiyet) Hukuku (*Nationality Law, droit de la nationalité*)[84].- Bir kişiyi veya bir şeyi devlete bağlayan hukukî ve siyasî bağa "tâbiiyet (uyrukluk, *nationality*)" denir. Devlete tâbiiyet bağı ile bağlı olan "kişiler", gerçek ve tüzel kişilerdir. Aynı bağla bağlı olan "şeyler" ise, gemi ve uçaklardır. Gerçek kişiler açısından bu bağa "vatandaşlık (*citizenship*)" denir. Vatandaşlık hukukunun başlıca inceleme konuları şunlardır: Türk vatandaşlığının kazanılması (doğumla, evlenmeyle, evlat edinmeyle, seçme hakkıyla), vatandaşlığın kaybı (seçme hakkıyla kayıp, çıkma izni, vatandaşlığın kaybettirilmesi, vatandaşlıktan çıkarma), vatandaşlığın ispatı, vs.

Vatandaşlık hukuku aslında niteliği bakımından kamu hukukunun bir dalı olmalıdır. Zira vatandaşlık ilişkisinin taraflarından birisi devlettir ve egemenlik hakkına dayanarak üstün konumdadır. Vatandaşlık hukukunun normal şartlarda idare hukukunun bir alt dalı olması beklenir. Ama yerleşik ayrıma göre, vatandaşlık hukuku, özel hukukun içinde yer alan devletler özel hukukunun bir alt dalı olarak kabul edilir.

b) Yabancılar Hukuku (*Legal Status of Aliens, droit des étrangers*)[85].- "Yabancı (*alien, étranger*)", bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan kimsedir. Yabancılar hukuku ise, belli bir ülkede bulunan yabancıların sahip oldukları hakları ve ödevleri belirten hukuk dalıdır. Yabancılar hukukunun başlıca inceleme konuları şunlardır: Yabancı kavramı, kapitülasyonlar, karşılıklılık, yabancıların siyasi hakları, basın hürriyeti, toplantı hak ve hürriyeti, eğitim ve öğretim seyahat,

83. Başlıca devletler özel hukuku ders kitapları için yukarıda 19'uncu sayfada "16. Devletler Özel Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.

84. Ergin Nomer, Türk *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul, Filiz, 22. Baskı, 2016; Rona Aybay ve Nimet Özbek, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul, İ. Bilgi Üniv. Yayınları, 4. Baskı, 2015.

85. Gülören Tekinalp, *Türk Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta, 9. Baskı, 2006; Aysel Çelikel ve Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta, 22. Baskı, 2016.

yerleşme, çalışma, dava açma hakkı, mülkiyet hakkı ve vergi ödevi bakımından yabancıların tâbi oldukları hukukî statü, vs.

Yabancılar hukuku da aslında niteliği bakımından kamu hukukunun bir dalı olmalıdır. Zira bu hukuk dalı, devlet ile yabancı kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Ve devlet üstün konumdadır. Yabancılar hukuku, kamu hukukunun bir dalı olan temel hak ve hürriyetler hukukuna çok benzemektedir. Yabancılar hukuku aslında yabancıların sahip olduğu hak ve hürriyetler ve bunların sınırlandırılması rejiminden ibarettir. Bu anlamda ise saf bir kamu hukuku görünümündedir. Ancak, vatandaşlık hukukunda olduğu gibi, yabancılar hukuku da yerleşik ayrıma göre özel hukukun içinde yer alan devletler özel hukukunun bir alt dalı olarak kabul edilir. Gerek vatandaşlık, gerekse yabancılar hukuku uzmanlarının çoğu yüksek lisans ve doktora eğitimlerini hukuk fakültelerinin özel hukuk bölümlerinde yapmışlardır.

c) Kanunlar İhtilafı (*Conflict of Laws, conflit des lois*)[86].- Kanunlar ihtilafı, yabancı unsur taşıyan özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde hangi devletin kanununun uygulanacağı konularını ve bu çatışmaların hangi devletin mahkemesinde çözümleneceğini içermektedir. Yabancı unsur "kişi" veya "yer" bakımından olabilir. Örneğin bir Türk ile Alman'ın evlenmeleri, bir Fransız karı-kocanın Türkiye'de boşanmaları, bir İngiliz ile bir Rus'un Türkiye'de bir malın satımına ilişkin sözleşme yapmaları, bir İtalyan turistin Türkiye'de bir Alman turistin arabasının camını kırması durumlarında hep yabancı unsur vardır. İşte böyle durumlarda ortadaki hukukî ilişkiye hangi devletin hukukunun uygulanacağının veya bu ilişkilerden doğacak uyuşmazlıkların hangi mahkemelerde görüleceği sorunlarının tespiti konuları hep kanunlar ihtilafının inceleme konusudur.

d) Milletlerarası Usûl Hukuku (*Law of International Civil Procedure*)[87].- Özel hukuk uyuşmazlıklarında mahkemelerin milletlerarası yetkilerini düzenleyen kaidelerin bütünü, milletlerarası usûl hukukunu meydana getirir[88]. Yabancı unsur taşıyan bir hukukî uyuşmazlık hakkında karar verebilmek için öncelikle hangi ülkenin mahkemelerinin yetkili olduğunu tespit etmek gerekir. Bu tespit ise milletlerarası yetki kurallarıyla yapılır[89]. Milletlerarası usûl hukukunun başlıca inceleme konuları şunlardır: *Lex fori,* vasıflandırma, milletlerarası yetki, teminat, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, milletlerarası tahkim, milletlerarası adli yardım, vs.

Türkiye'de milletlerarası usûl hukuku, 27 Kasım 2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun, MÖHUK

86. Rona Aybay ve Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul, Bilgi Üniv. Yay., 2. Baskı, 2008.
87. Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, Beta, 21. Baskı, 2015.
88. Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, Beta, 1988, s.325.
89. *Ibid.* 90. *Ibid.*, s.333.

(Law on International Private Law and International Civil Procedure)" ile düzenlemiştir. Daha önce aynı konu 20 Mayıs 1982 tarih ve 2675 sayılı aynı isimli Kanun ile düzenleniyordu. Ondan önce de aynı konu 23 Şubat 1330 tarihli Memaliki Osmaniye'de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkındaki Muvakkat Kanun ile tanzim edilmişti. Milletlerarası usûl hukuku aslında medeni usûl hukukuna dahil edilebilecek kamu hukuku yönü ağır basan bir pozitif hukuk dalıdır. Ancak milletlerarası usûl hukuku ile devletler özel hukuku arasında yabancılık unsuru nedeniyle çok sıkı bir ilişki vardır[90] ve bu nedenle de hukuk fakültelerinde milletlerarası usûl hukuku dersi, genellikle devletler özel hukuku dersinin bir parçası olarak işlenir. Genellikle de bu ders, usûl hukukçuları tarafından değil, devletler özel hukukçuları tarafından verilir.

5. İş Hukuku[91]

Öncelikle belirtelim ki "iş hukuku *(labor law, droit du travail)*" pek çok özelliği bakımından kamu hukukunun özelliklerini taşımaktadır. İş ilişkilerinde devletin müdahalesi yoğun bir şekilde görülmektedir. Keza iş hukukunun en önemli temel ilkelerinden birisi de "işçinin korunması ilkesi"dir. Bu ilke uyarınca iş ilişkilerinde özel hukukta hâkim olan irade serbestisi ilkesi her zaman geçerli değildir. Bu nedenle bazı yazarlar, iş hukukunu bir "karma hukuk dalı" veya "türü kendine özgü bir hukuk dalı" olarak nitelerler. Ancak hukuk fakültelerinde iş hukuku anabilim dalları geleneksel olarak özel hukuk bölümlerinin altındadır. İş hukukçuları da özel hukuk formasyonuna sahip hukukçulardır. Biz de bu nedenle burada iş hukukunu özel hukukun bir dalı olarak kabul ediyoruz.

İş hukuku, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisini düzenleyen hukuk dalıdır. Bu tanımda geçen işçi, işveren ve iş ilişkisi kavramlarını da tanımlamak gerekmektedir. 22 Mayıs 2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanununun 2'nci maddesine göre, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişilere ve yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara "**işveren** *(employer, employeur)*"; işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye "**iş ilişkisi** *(employment relation)*"; bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye ise "**işçi** *(laborer, employee, salarié)*" denir.

İşçi tanımında geçen "iş sözleşmesi *(contract of employment, contrat du travail)*", Türk Borçlar Kanununda "hizmet akdi *(contract of service)*" olarak tanımlanmıştır. Hizmet akdinde işçi, işi işverene bağımlı olarak yapar. Bunun karşılığında da işveren işçiye ücret ödemeyi taahhüt eder. Hizmet akdinin konusu olan "hizmet *(service, work)*", bedenî (el, kolla) nitelikte olabile-

91. Başlıca iş hukuku ders kitapları için yukarıda 19'uncu sayfada "17. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.

ceği gibi, fikrî nitelikte veya hem bedeni, hem fikri nitelikte olabilir. Bir inşaatta çalışan amele de işçidir; bir şirkette hizmet akdiyle çalışan bir mühendis de işçidir. Keza bir özel hastanede hizmet sözleşmesiyle çalışan doktor da işçidir. İşçiyi diğer çalışanlardan ayıran temel özellik, işçinin işverene bağımlı olarak çalışıyor olmasıdır. Yani işçi, işini işverenin emir ve talimatları doğrultusunda yapar. Avukat, hekim, proje çizen mühendis gibi çalışanlar ise, iş sahibinden bağımsız olarak hareket ederler. Dolayısıyla bunlar işçi değil, bağımsız çalışanlardır.

İş hukuku, bireysel iş hukuku ve toplu iş hukuku olmak üzere ikiye ayrılır:

a) Bireysel İş Hukuku[92].- "Bireysel iş hukuku (*individual labor law*)", iş hukukunun münhasıran işçi ile işveren arasında akdedilen iş sözleşmesinden kaynaklanan hukukî ilişkiyi inceleyen kısmıdır. Özellikle iş sözleşmesinin kurulması, bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar, sözleşmenin sona erdirilmesi gibi konular bireysel iş hukukunun inceleme alanına girer. Bireysel iş hukuku eski zamanlarda borçlar hukukunun bir dalı olarak görülürdü. Ancak iş ilişkisine kamunun müdahalesinin artması vb. nedenlerle bugün borçlar hukukundan bağımsız bir hukuk dalı olarak kabul edilmektedir. Bireysel iş hukuku, 22 Mayıs 2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu ve 6098 sayılı Borçlar Kanunu tarafından düzenlenmektedir.

b) Toplu İş Hukuku[93].- İşçi ve işverenler, kendi içlerinde sendika ismi verilen meslekî kuruluşlar altında örgütlenmişlerdir. İşçi sendikası ile bir işveren veya bir işçi sendikasıyla bir işveren sendikası arasında toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt gibi çeşitli hukukî ilişkiler ortaya çıkmaktadır. İşte iş hukukunun bu ilişkileri inceleyen kısmına "toplu iş hukuku (*collective labor law*)" denmektedir. Keza bir sendika ile üyeleri arasındaki ilişkiler de toplu iş hukukunun inceleme alanına girer. 18 Ekim 2012 tarih ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu toplu iş hukukunun temel kanunudur.

Sosyal Güvenlik Hukuku[94].- İnsanlar hayatları boyunca işsizlik, kaza, yaşlılık, hastalık, ölüm gibi çeşitli risklerle karşı karşıyadır. Bu riskler gerçekleştiğinde söz konusu kişi gelir kaybına uğrar. Hayatını sürdürebilmesi için bu kişiye yardım edilmesi gerekir. İşte sosyal güvenlik, bu tür riskler sonucu sürekli veya geçici olarak gelir kaybına uğrayan kişilerin geçinmelerini sağlamaya yönelik bir sistemdir. "Sosyal güvenlik hukuku (*social secu-*

92. Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 7. B., 2016; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku I: Ferdi İş İlişkileri*, İstanbul, Beta, 5. B., 2014.
93. Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II: Toplu İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 3. Baskı, 2016; A. Can Tuncay, *Toplu İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 5. Baskı, 2016.
94. A. Can Tuncay ve Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta, 18. Baskı, 2016; Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul, Beta, 16. Baskı, 2016.

rity law, droit de la sécurité sociale)" da bu sistemi inceleyen hukuk dalıdır. Başlıca inceleme konusu sosyal sigortalar ve sosyal yardımlardır. Sosyal güvenlik hukuku büyük ölçüde kamu hukukunun özelliklerini taşımaktadır. Ancak bu hukuk dalı iş hukuku ile yakın ilişki içindedir. Nitekim sosyal güvenlik hukuku derslerini de iş hukukçuları verirler.

6. Medenî Usûl Hukuku[95]

"Medenî usûl hukuku (*law of civil procedure, droit de la procédure civile)*" ile icra ve iflas hukuku aslında devletin müdahalesinin olduğu hukuk dallarıdır ve bu bakımdan aslında kamu hukuku özelliği gösterir. Ama hukuk öğretiminde özel hukukun içinde yer alır. Keza bu hukuk dalları özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin olduğundan, temel kavram ve kurumları bakımından özel hukuktan ayrılmaz. Bu nedenle bu hukuk dalları özel hukukun bir dalı olarak kabul edilir.

Medenî usûl hukuku, adliye mahkemelerinin özel hukuk alanındaki bütün yargısal faaliyetlerini inceler. Diğer bir tanımla, medenî usûl hukuku, özel hukuk alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde mahkemelerin izleyecekleri usûlleri belirleyen hukuk kurallarından meydana gelir. Türkiye'de medenî usûl hukuku kuralları 18 Haziran 1927 tarih ve 1086 sayılı "Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (*Code of Civil Procedure*)" ile düzenlenmişti. Onun yerine 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun, 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Medenî usûl hukukunun başlıca inceleme konuları şunlardır: Mahkemelerin kuruluşu, sulh hukuk mahkemeleri, asliye hukuk mahkemeleri, Yargıtay, hâkimler, adliye memurları, avukatlar, savcılar, noterler, hâkimin davaya bakamaması, hâkimin reddi, mahkemelerin görevi, mahkemelerin yetkisi, mahkemeler arasında işbölümü, yargı yolu uyuşmazlıkları, istinabe, dava, davacı, davalı, davaya vekalet, dava çeşitleri, dava açılması, davaya cevap, tahkikat, duruşma, isticvap, deliller, ikrar, senet, yemin, tanık, bilirkişi, keşif, hüküm, dava arkadaşlığı, davaların ayrılması ve birleştirilmesi, davaya müdahale, davanın ihbarı, dava dosyasının işlemden kaldırılması, teminat, ilk itirazlar, ihtiyatî tedbirler, kanun yolları, temyiz, karar düzeltme, içtihatların birleştirilmesi, kesin hüküm, yargılamanın iadesi, hükümlerin tavzihi, yargılama harç ve giderleri, adli yardım, süreler, eski hâle getirme, adli tatil, tebligat, iş mahkemeleri, tapulama mahkemeleri, kadastro mahkemeleri, tahkim, hâkimlerin hukukî sorumluluğu vs.

---

95. Başlıca medenî usûl hukuku ders kitapları için yukarıda 19'uncu sayfada "14. Medenî Usûl Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.

7. İcra ve İflas Hukuku[96]

"İcra ve iflas hukuku (*debt enforcement and bankruptcy law, droit de l'exécution forcée et droit de la faillite*)" medenî usûl hukukunu tamamlayan bir hukuk dalıdır. Hukuk mahkemelerinin verdiği hükümler, lehine karar verilen kişi tarafından doğrudan doğruya icra edilemez. Yargılama sonucunda haklı çıkan taraf aldığı mahkeme kararını (ilâmı) icra dairesine götürerek icra ettirir. İşte böyle bir kararın nasıl yerine getirileceğini icra hukuku düzenler. O hâlde *icra hukuku* (*enforcement law, droit de l'exécution forcée*), özel hukuk alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli hukuk mahkemelerinin vermiş oldukları hükümlerin (ilamların) gerektiğinde devlet organları eliyle zorla yerine getirilmesi yöntemlerini ve bu konuda hangi organların yetkili olduğunu gösteren hukuk kurallarından oluşur. İcra işleri Türk hukuk düzeninde *icra dairelerine* bırakılmıştır. İcra hukukunun başlıca inceleme konuları şunlardır: İcra teşkilatı, şikâyet, icra harç ve giderleri, tebligat, süreler, ilamsız icra, ödeme emri, itirazın iptali davası, itirazın kaldırılması, menfi tespit ve istirdat davaları, mal beyanı, haciz, satış, ilamlı icra, rehnin paraya çevrilmesi, ihtiyati haciz, vb.

İflasta, borçlunun haczi caiz *bütün* malları satılır ve satış bedelinden borçlunun *bütün* borçları, alacaklılara ödenir. İşte, *iflas hukuku (bankruptcy law, droit de la faillite)*, iflas usûlünü düzenleyen hukuk dalıdır. Hukuk sitemimizde, kural olarak sadece tacirler iflasa tâbidir. İflasa, alacaklıların talebi üzerine ticaret mahkemesi karar verir. İflasa karar verilince borçlu "müflis" adını alır. Müflisin haczedilmesi caiz bütün malları "iflas masası" ismi verilen bir bütün meydana getirir. İflas hukukunun konularından bazıları şunlardır: İflas yolları, iflasın hukukî sonuçları, iflasın alacaklılar bakımından hukukî sonuçları, iflasın tasfiyesi, iflas masasının teşkili, iflas masasının idaresi, paraya çevirme, paraların paylaştırılması, tasfiye, iptal davası, konkordato, vs.

Türkiye'de icra ve iflas hukuku kuralları 9 Haziran 1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (*Code of Execution and Bankruptcy*)" ile düzenlenmiştir. Kanunda bugüne kadar sayısız değişiklik yapılmıştır. ■

96. Başlıca icra ve iflas hukuku ders kitapları için yukarıda 19'uncu sayfada "15. Devletler Özel Hukuku" başlığı altında verilen kaynakçaya bakınız.

Bölüm 6
YARGI ÖRGÜTÜ

Bibliyografya.- Ramazan Arslan ve Süha Tanrıver, *Yargı Örgütü Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2001; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara, Yetkin, 14. Baskı, 2002, 125, 126, 551-560, 730-731, 785-805; Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta, 12. Baskı, 2002, Birinci Kitap, s.43-45, 58-60, 155-161, 243-244, 438-444; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.180-188; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.360-383; Bilge, *op. cit.*, s.110-115; Görgün, *op. cit.*, s.154-166; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.151-172.

PLÂN

I. Anayasa Yargısı
II. Adlî Yargı
  A. İlk Derece (Bidayet) Mahkemeleri
    1. Hukuk Mahkemeleri
    2. Ceza Mahkemeleri
  B. Ara Derece (İstinaf) Mahkemeleri: Bölge Adliye Mahkemeleri
  C. Üst Derece (Temyiz) Mahkemeleri: Yargıtay
III. İdarî Yargı
  A. İlk Derece (Bidayet) Mahkemeleri
    1. İdare Mahkemeleri
    2. Vergi Mahkemeleri
  B. Ara Derece (İstinaf) Mahkemeleri: Bölge İdare Mahkemeleri
  C. Üst Derece (Temyiz) Mahkemesi: Danıştay
IV. Uyuşmazlık Yargısı: Uyuşmazlık Mahkemesi
V. Yargı Organına Hâkim Olan İlkeler
  A. Tabiî Hâkim ilkesi
  B. Hakimlerin Bağımsızlığı ve Teminatı
VI. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Montesquieu'den kaynaklanan bir ayrıma göre devlette üç fonksiyon vardır: Yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları.

Yasama fonksiyonu, genel ve soyut norm koyma, değiştirme ve kaldırma faaliyetidir. Anayasamızın 7'nci maddesine göre, yasama fonksiyonu, Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından icra edilir.

Yürütme fonksiyonu, genel ve soyut normların belli kişi ve durumlara uygulanmasıdır. Anayasamıza göre, yürütme fonksiyonu "Cumhurbaşkanı tarafından Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" (m.8).

Yargı fonksiyonu ise hukuk kurallarının belli bir olaya uygulanması faaliyetidir[1]. Diğer bir ifadeyle, yargı fonksiyonu, hukukî uyuşmazlıkları ve hukuka

1. Baki Kuru, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1983, s.1.

aykırılık iddialarını çözümleyen ve karara bağlayan bir devlet fonksiyonudur[2]. Anayasamızın 9'uncu maddesine göre, "yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır". Anayasamızın 138'inci ve devamı maddeleri, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını ayrıca düzenlemiştir. Buna göre yargı fonksiyonunu şu şekilde tanımlayabiliriz: *Yargı fonksiyonu, hukukî uyuşmazlıkların ve hukuka aykırılık iddialarının Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kesin olarak çözülmesi faaliyetidir.*

Anayasamızda açıkça belirtildiği gibi yargı fonksiyonu "bağımsız mahkemeler" tarafından yerine getirilir. İşte bu bölümün konusu bu "bağımsız mahkemeler"in neler olduğunu ve birbirleriyle ilişkilerini incelemektir.

Not 1: Yargı Fonksiyonunun Tanımlanması.- Yargı fonksiyonunun organik ve maddî açıdan tanımlanması konusunda aşağıda "Yargı" başlıklı Yirmiüçüncü Bölüme bakınız (I, A, s.469-475).

Not 2: Yargı Birliği ve Yargı Ayrılığı Sistemleri.- Dünyada "yargı örgütü"nün kuruluşu bakımından görülen iki büyük sistem vardır: Bunlardan birincisi Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanan "yargı birliği" sistemidir. Diğeri ise Almanya, Fransa, İtalya gibi kara Avrupası ülkelerinde uygulanan "yargı ayrılığı" sistemidir. Ülkemizde de bu ikinci sistem uygulanmaktadır. Yargı birliği ve yargı ayrılığı sistemleri hakkında aşağıda "Yargı" başlıklı Yirmiüçüncü Bölüme bakınız (II, C, s.506-508).

TÜRKİYE'DE YARGI KOLLARI

Türkiye'de yargı sistemi alanında Fransız sistemi benimsenmiştir. Fransız *Conseil d'Etat*'sı (Danıştayı) örnek alınarak, 1868 yılında Mithat Paşa'nın başkanlığında bir "Şurayı Devlet" kurulmuştur. Şurayı Devletin başlıca görevi, "hükümet ile eşhas beyninde" olan davalara bakmak idi[3]. Şurayı Devlet Cumhuriyet döneminde de korunmuştur. Bugünkü ismi Danıştaydır. Günümüzde de ülkemizde "yargı ayrılığı sistemi" uygulanmaktadır.

Tarihsel Bilgi: 16 Nisan 2017 referandumuyla onaylanan 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununla lağvedilmeden önce, Türkiye'de yargı ayrılığı, sadece adlî yargı - idarî yargı ayrımından ibaret değildi; askerî ceza yargısı ve askerî idarî yargı da vardı.

Yargı Kolu (Yargı Düzeni) Kavramı.- Yukarıdan da anlaşılacağına göre, "yargı düzeni" veya "yargı kolu *(branches of judiciary, ordre juridictionnel)*", kararları aynı yüksek mahkemede temyiz edilen mahkemelerin oluşturduğu düzen olarak tanımlanabilir. Bu tanımda geçen yüksek mahkeme terimini de tanımlamak gerekir. *Yüksek mahkeme*, kesin hüküm verme yetkisine sahip ve başka bir mahkemeye tâbi olmayan mahkeme demektir. "Kesin hüküm (*res judicata*)", artık kendisine karşı başvuru yolları tüketilmiş karar demektir. Diğer bir ifadeyle kendisine itiraz edilemeyen, bir başka mahkemede temyiz edilemeyen ve hukuk düzenin kendisine hukukî sonuç bağladığı karar *res judicata* (kesin hüküm) teşkil eder. İşte kesin hüküm yetkisine sahip ve başka mahkemelere de tâbi olmayan her mahkeme bir yüksek mahkemedir. Her yüksek mahkeme bir yargı kolunu temsil eder. Bir yargı kolu bir tek ilk derece mahkemesinden dahi

2. Günday, *op. cit.*, s.10.

3. Gözübüyük, *Yönetsel Yargı*, *op. cit.*, s.15.

oluşabilir. Eğer bu ilk derece mahkemesi nihaî ve kesin kararlar veriyorsa, yani kararlarına karşı başka mahkemelerde itiraz veya temyiz yoluna gidilemiyorsa, bu mahkeme aynı zamanda bir yüksek mahkeme olarak kabul edilmelidir. Ve tek başına bir yargı kolunu oluşturduğu sonucuna varılmalıdır. Türkiye'de 16 Nisan 2017 referandumuyla onaylanan 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununla lağvedilmeden önce Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin durumu böyleydi.

Buna karşılık, bir özel mahkemeler grubu, ne kadar önemli olursa olsun, ne kadar yaygın olursa olsun, kendine has bir yüksek mahkemesi yoksa, kararlarına karşı mevcut bir yüksek mahkemede itiraz ve temyiz yoluna gidiliyorsa, o mahkemeler grubu, ayrı yargı kolu değil, kararlarının temyiz edildiği yüksek mahkemenin başında bulunduğu yargı koluna ait mahkeme olarak kabul edilmelidir. Böyle bir mahkeme, "uzmanlık mahkemesi" olarak nitelendirilir. Örneğin Türkiye'de eskiden mevcut olan Devlet Güvenlik Mahkemelerinin durumu böyleydi. Bu mahkemelerin kararları Yargıtayda temyiz edilirdi. O hâlde, Devlet Güvenlik Mahkemeleri, bir yargı kolu oluşturmazdı, mevcut adlî yargı koluna dahil idi. Devlet Güvenlik Mahkemeleri, birer uzmanlık mahkemesi olarak kabul edilmekteydi.

Yukarıdaki sonuca göre, ne kadar yüksek mahkeme varsa o kadar yargı kolu olduğuna göre Türkiye'de yüksek mahkemeleri tespit etmek gerekir. Anayasamızın 146-158'inci maddelerinde yüksek mahkemeler sayılmıştır. Bunlar, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesidir. O hâlde bunlara paralel olarak Türkiye'de anayasa yargısı, adlî yargı, idarî yargı ve uyuşmazlık yargısı olmak üzere dört çeşit yargı kolu vardır. Şimdi bunları sırasıyla görelim.

TABLO 6.1: Türkiye'de Yargı Kolları

YARGI KOLU	**ANAYASA YARGISI**	**ADLÎ YARGI**	**İDARÎ YARGI**	**UYUŞMAZLIK YARGISI**
Üst Derece Mahkemesi	Anayasa Mahkemesi	Yargıtay	Danıştay	Uyuşmazlık Mahkemesi
Ara Derece Mahkemeleri		Bölge Adliye Mahkemeleri	Bölge İdare Mahkemeleri	
İlk Derece Mahkemeleri		Hukuk *(Sulh-Asliye)* Ceza *(Asliye-Ağır)*	İdare Mahkemeleri Vergi Mahkemeleri	

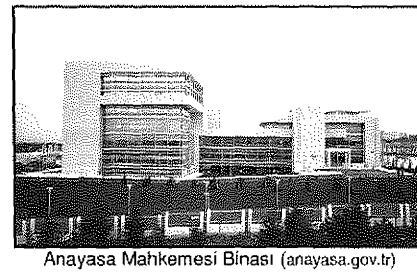
I. ANAYASA YARGISI[4]

Aşağıda dokuzuncu bölümde göreceğimiz gibi, anayasa ile kanunlar arasında bir hiyerarşi, yani bir altlık-üstlük ilişkisi vardır. Anayasa kanunlardan üstündür. O hâlde kanunlar anayasaya aykırı olmamalıdır. Nitekim Ana-

4. Özbudun, *op. cit.*, s.341-406; Kemal Gözler,*Türk Anayasa Hukuku Dersleri,* Bursa, Ekin, 21. Baskı, 2017, s.4215-443; Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı,* Ankara, Yetkin, 1997, *passim*; Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi,* Ankara, Yetkin, 1996, *passim*; Hasan Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı,* Ankara, Yetkin, 1997; Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi,* İstanbul, Beta, 2004; Mehmet Merdan Hekimoğlu, *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukukî Boyutları,* Ankara, Detay, 2004; Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi,* İstanbul, Beta, 2004; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı,* Ankara, İmge, 4. Baskı, 2007.

yasamızın 11'inci maddesinin ikinci fıkrası "kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" diyerek bu hususu hüküm altına almıştır. Dolayısıyla kanun koyucu, yani Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasaya aykırı kanun yapmamalıdır. Peki ama Türkiye Büyük Millet Meclisi bir ihtimal Anayasaya aykırı bir kanun yaparsa ne olacak? Bu kanun Anayasaya aykırı olmasına rağmen kişilere uygulanacak, hüküm ve sonuç doğuracak mıdır? İşte bu nedenle, kanunların Anayasaya uygun olup olmadıklarını inceleyecek, Anayasaya aykırı olmaları hâlinde kanunları iptal edecek, yani onları geçersiz kılacak bir organa ihtiyaç vardır. İşte bu organ, "Anayasa Mahkemesi (*Constitutional Court, Cour constitutionnelle)*"dir. Bu mahkemenin yaptığı işe de "anayasa yargısı (*constitutional jurisdiction)*" denir. Yani anayasa yargısı, kanunların Anayasaya uygunluklarının denetlenmesi işidir. Önce Anayasa mahkemesinin kuruluşunu sonra da görev ve yetkilerini görelim.

1. Kuruluşu


Anayasa Mahkemesi Binası (anayasa.gov.tr)

Anayasamızın 146'ncı maddesinin 16 Nisan 2017 tarihli halkoylamasıyla onaylanan 6771 sayılı Kanunla değişik şekline göre "Anayasa Mahkemesi on beş üyeden kurulur". Üyelerinin seçim usûlü ise şöyledir (m.146/2):

"**Türkiye Büyük Millet Meclisi**; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer".

Buna göre, Anayasa Mahkemesi üyelerinin 3'ü TBMM, 12'si Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Ancak TBMM'nin doğrudan doğruya üye seçme yetkisi yoktur. Cumhurbaşkanının ise sadece dört üyeyi doğrudan seçme yetkisi vardır. Seçilen üyeler on iki yıl görevde kalırlar. Ancak bu süre dolmadan 65 yaşını dolduranlar emekli olurlar. Bir kimse iki defa Anayasa Mahkemesi üyesi seçilemez (m.147).

2. Görev ve Yetkileri

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri şunlardır:

a) Temel Görev ve Yetkisi: Bazı Normların Anayasaya Uygunluğunu Denetlemek.- Anayasa Mahkemesinin temel görev ve yetkisi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin (+ 9 Temmuz 2018 öncesinden kalan yürürlükteki kanun hükmünde kararnamelerinin) ve TBMM İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemektir. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Bu arada belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi milletlerarası andlaşmaların, olağanüstü hâllerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, İnkılâp Kanunlarının ve parlâmento kararlarının (TBMM İçtüzüğü, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı ve milletvekilliğinin düşmesi kararı hariç) Anayasaya uygunluğunu denetleyemez.

b) Ek Görev ve Yetkileri.- Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki temel görev ve yetkisinin yanında ek görev ve yetkileri de vardır. Bunlar şunlardır:

- Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı, bakanlar, yüksek mahkeme üyeleri gibi bazı kişileri Yüce Divan sıfatıyla yargılamak.
- Bireysel başvuruları karara bağlamak (2010 değişikliğiyle eklenmiştir).
- Siyasî partilerin kapatılmasına karar vermek.
- Siyasî partilerin malî denetimini yapmak.
- Yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararlarını denetlemek.
- Milletvekilliğinin düşmesi kararlarını denetlemek.
- Uyuşmazlık Mahkemesine başkan seçmek.

3. Anayasaya Uygunluk Denetimi Şekilleri (Denetim Yolları)

Anayasa Mahkemesi yukarıdaki temel görevini, yani bazı norm ve işlemlerin Anayasaya uygunluğunu denetleme görevini "soyut norm denetimi", "somut norm denetimi" ve "bireysel başvuru" olmak üzere üç değişik yoldan yerine getirir. Birincisine "iptal davası yolu", ikincisine "itiraz (def'i) yolu", üçüncüsüne "anayasa şikayeti" de denir.

a) Soyut Norm Denetimi (İptal Davası).- "Soyut norm denetimi (*abstract review of norms, contrôle abstrait des normes*)" veya "iptal davası (*action for annulment*)", Anayasada belirtilen bazı organların bir kanun aleyhinde doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmalarıyla gerçekleştirilen denetimdir. Bu durumda kanunun uygulandığı somut bir olay veya dava yoktur. Anayasaya aykırılık iddiası ve denetimi herhangi bir dava ile ilgili olmaksızın, soyut olarak gerçekleştirildiği için iptal davası yoluna "soyut norm denetimi" de denmektedir. *İptal davası açma yetkisi* Cumhurbaşkanına, TBMM'de en fazla üyeye sahip iki parti grubuna ve TBMM üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere (yani 120 milletvekiline) aittir. (İstisna: Parti gruplarının şekil bozukluğuna dayalı iptal davası

açma yetkisi yoktur). Genel olarak *iptal davası açma süresi altmış gün*dür. Yani yukarıdaki kişilerin, Anayasaya aykırı olduklarını iddia ettikleri kanunun Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün içinde Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmaları gerekir (İstisna: Şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açma süresi ise *on gün*dür).

b) Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu).- "Somut norm denetimi (*concrete review of norms*)", "bir mahkemede görülmekte olan bir davanın karara bağlanmasının, o davada kullanılacak hukuk normunun anayasaya uygun olup olmamasına bağlı olması hâlinde yapılan denetimdir". Bu denetim yoluna "itiraz yolu (*contention of unconstitutionality*)" veya "def'i yolu (*exception of unconstitutionality*)" da denir. Somut norm denetimine ancak kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konu olabilir. Anayasamızın 152'nci maddesine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme (örneğin Bursa Asliye Hukuk Mahkemesi), o davada uygulanacak olan kanunun Anayasaya aykırı olduğuna re'sen (kendiliğinden) kanaat getirirse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, dosyayı Anayasa Mahkemesine gönderir ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Dava mahkemesi, dosyayı Anayasa Mahkemesine gönderirse, "Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır".

c) Bireysel Başvuru Yolu.- Kendisine "anayasa şikayeti" de denen "bireysel başvuru yolu", temel hak ve hürriyetleri ihlâl edilen kişilerin, başka başvuru yollarını tükettikten sonra, Anayasa Mahkemesine başvurmalarıdır. Almanya, Avusturya, İspanya gibi bazı ülkelerde mevcut olan böyle bir başvuru yolu, bizim anayasa yargısı sistemimize 12 Eylül 2010 tarihli halkoylamasıyla onaylanan 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla getirilmiştir. 148'inci maddenin yeni şekline göre "herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır." Bireysel başvuru usûlünün ayrıntıları 30 Mart 2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanunun 45 ilâ 51'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Bu Kanunun bu maddeleri 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yani bu tarihten itibaren Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilmektedir.

4. İç Yapısı ve Çalışma Düzeni

Anayasamızın 12 Eylül 2010 tarihli halkoylamasıyla onaylanan 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla değiştirilen 149'uncu maddesine göre Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul hâlinde çalışır. Siyasî parti-

lere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır.

Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul ise, Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az on üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul, toplantıya katılan üyelerin **salt çoğunluğuyla** karar verir. Ancak Anayasa değişikliğinde iptale, siyasî partilerin kapatılmasına veya Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin **üçte iki oy çokluğu** şarttır.

Anayasa Mahkemesi görüşmeleri gizlidir. Üyeler çekimser oy kullanamaz. Üyeler, ya başvurunun *reddi* ya da kanunun *iptali* yönünde oy kullanabilirler.

Anayasa Mahkemesi Kararları.- Anayasa Mahkemesi, iptal davası veya itiraz yoluyla gelen başvuruyu inceler. Söz konusu kanunun Anayasaya aykırı olduğu kanısına varırsa kanunun *iptaline*; kanunun Anayasaya uygun olduğuna karar verirse, başvurunun *reddine* karar verir. Anayasa Mahkemesinin kararları *kesindir*. Anayasa Mahkemesi kararına karşı temyiz veya itiraz yolu yoktur. Anayasa Mahkemesi kararları, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri *bağlar*. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı dava konusu olan kanun hükmünü ortadan kaldırdığından bu karar *herkes için* hüküm ve sonuç doğurur. Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede yayınlandığı gün *yürürlüğe girer*. İptal edilen kanun da Resmî Gazetede iptal kararının yayımlandığı gün yürürlükten kalkar (Anayasa Mahkemesi, boşluk olmaması için, bazen kararının yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca belirler). Yani Anayasa Mahkemesinin iptal kararları *geriye yürümez*; geçmişe etkili değildir.

II. ADLÎ YARGI

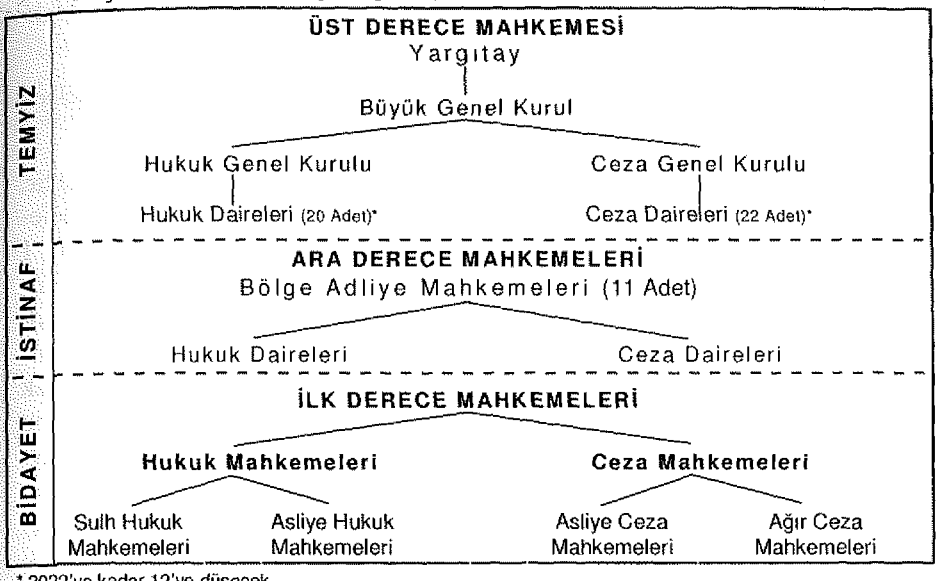
"Adlî yargı (*judicial justice, ordinary justice, civil and criminal jurisdiction*)", olağan ve genel yargıdır. Yani diğer yargı kollarının görevine girmeyen davalara adlî yargıda bakılır. Diğer bir ifadeyle bir uyuşmazlık, anayasa yargısının ve idarî yargının görevine girmiyorsa, adlî yargının görevine girer. Bu nedenle, adlî yargı kapsamı en geniş olan yargıdır.

26 Eylül 2004 tarih ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunla bölge adliye mahkemelerinin kurulması öngörülmüştür. Ne var ki bu mahkemeler ancak 20 Temmuz 2016 tarihinde faaliyete sokulabilmiştir.

Tarihsel Bilgi: Bu tarihten önce Türkiye'de adlî yargı iki dereceliydi. İlk derece mahkemeleri olarak, sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri, üst derece mahkemesi olarak da Yargıtay vardı.

20 Temmuz 2016 tarihinden bu yana Türk adlî yargı sistemi, "ilk derece (*first instance*)", "ara derece (istinaf derecesi, *appellate instance*)" ve "üst derece (temyiz derecesi, *last instance, last resort*)" olmak üzere üç dereceli olmuştur. Öncelikle adlî yargı kuruluşlarını bir şema hâlinde gösterelim:

Şema 6.1: Adlî Yargı Örgütü (20 Temmuz 2016'dan Sonraki Yeni Sistem)



* 2022'ye kadar 12'ye düşecek.

A. İLK DERECE (BİDAYET) MAHKEMELERİ

Adlî yargıda "ilk derece mahkemeleri (*courts of first instance, trial courts*)", kendi içinde hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemeleri olmak üzere ikiye ayrılır (5235 sayılı Kanun, m.2).

1. Hukuk Mahkemeleri

"Hukuk mahkemeleri (*civil courts*)", özel hukuk (medenî hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku, vb.) ilişkilerinden kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları karara bağlamakla görevlidir.

a) Kuruluşları.- Ülkemizde hukuk mahkemeleri "sulh hukuk mahkemeleri (*civil courts of peace*)" ve "asliye hukuk mahkemeleri (*civil courts of general jurisdiction*)" olmak üzere genelde ikiye ayrılır (5235 sayılı Kanun, m.4).

Hukuk mahkemeleri, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hakimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur (m.5). Sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri tek hakimlidir. 18 Haziran 2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla asliye ticaret mahkemeleri kural olarak üç hakimli hâle getirilmiştir. Diğer ihtisas mahkemeleri de tek hâkimlidir.

İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır (m.5). Bursa Asliye Hukuk Mahkemesi Birinci Dairesi, İkinci Dairesi gibi (5235 sayılı Kanundan önce Bursa 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, 2. Asliye Hukuk Mahkemesi şeklinde numaralandırma yapılıyordu. Uygulamada hâlâ öyle yapılıyor). Hukuk mahkemeleri bulundukları il veya ilçenin adı ile anılır (m.5). Edirne Asliye Hukuk Mahkemesi, Biga Sulh Hukuk Mahkemesi gibi.

b) Görevleri.- Sulh hukuk mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemelerinin görevleri konusunda şöyle bir ayrım yapmak gerekir:

aa) Sulh Hukuk Mahkemeleri.- Bilindiği gibi "sulh", "barış" demektir. "Sulh hukuk mahkemeleri (*civil courts of peace*)", asliye hukuk mahkemelerine göre daha küçük davalara bakar. Sulh hukuk mahkemesinin görevleri, 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 4'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "sulh hukuk mahkemeleri, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın; (a) kiralanan taşınmazların..., kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaları, (b) taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaştırılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin davaları, (c) taşınır ve taşınmaz mallarda, sadece zilyetliğin korunmasına yönelik olan davaları, (ç) bu Kanun ile diğer kanunların, sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hâkimini görevlendirdiği davaları" görürler.

bb) Asliye Hukuk Mahkemeleri.- "Asliye hukuk mahkemeleri (*civil courts of general jurisdiction*)" adı üstünde, adlî yargının hukuk kısmının "asıl" mahkemesidir. Bir başka mahkemenin görev alanına girmeyen her dava asliye hukuk mahkemesinin görevine girer. Nitekim 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 2'nci maddesinde "dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir" denerek asliye hukuk mahkemelerinin görevi belirlenmiştir.

İhtisas Mahkemeleri.- Yukarıda gördüğümüz sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri adlî yargının hukuk kısmının *genel mahkemeleri*dir. Bunların yanında, adlî yargının hukuk kısmında, "ticaret mahkemeleri (*commercial courts*)", "aile mahkemeleri (*family courts*)", "tüketici mahkemeleri (*consumer courts*)", "kadastro mahkemeleri (*cadastral courts*)", "iş mahkemeleri (*labor courts*)", "fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemeleri (*civil courts for intellectual and industrial property rights*)" gibi özel kanunlarla kurulmuş *özel mahkemeler* de vardır. Bunlara "ihtisas (uzmanlık) mahkeme-

leri (*specialized courts*)" denir. Asliye ticaret mahkemeleri bir başkan ve yeteri kadar üyeden (en az iki) oluşur (m.5). Diğer ihtisas mahkemeleri de tek hâkimlidir. Ticaret mahkemeleri, fikri haklar mahkemeleri gibi ihtisas mahkemeleri sadece büyük şehirlerde vardır. Aile mahkemeleri ise her ilde ve merkez nüfusu yüz binin üzerindeki her ilçede kurulur. İhtisas mahkemeleri de birer hukuk mahkemesidir. Kendi özel kanunlarındaki hükümler dışında Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre çalışırlar. Bir yerde ihtisas mahkemesi kurulmamış ise, ihtisas mahkemesinin görev alanına giren davalara o yerdeki asliye hukuk mahkemeleri bakar.

Yukarıda belirttiğimiz gibi hukuk mahkemeleri özel hukuktan kaynaklanan davalara bakar. Hukuk mahkemelerinde davayı, savcı değil, kural olarak davacı açar. Hukuk mahkemelerinde kural olarak savcı bulunmaz. Hukuk mahkemelerinde dava açan kişiye "davacı (ABD: *plaintiff*, İngiltere: *claimant*)", karşı tarafa ise "davalı (*defendant*)" denir. Davacı ve davalı dilerlerse bir avukata vekâlet vererek davalarını takip ettirebilir. Hukuk davasında avukata "vekil (*attorney*)" denir. Avukata vekâlet verene ise "müvekkil (*client*)" denir. Gerek hukuk, gerekse ceza mahkemelerinde zabıt katibi (*clerk*), mübaşir gibi yardımcı personel de bulunmaktadır.

2. Ceza Mahkemeleri

"Ceza mahkemeleri (*criminal courts*)", ceza hukukundan kaynaklanan davalara bakmakla görevli mahkemelerdir.

a) Kuruluşları.- Ceza mahkemeleri, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri olmak üzere ikiye ayrılır. Ceza mahkemeleri, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur. Asliye ceza mahkemeleri tek hâkimlidir. Ağır ceza mahkemesinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Bu mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde ceza mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Örneğin Bursa Asliye Ceza Mahkemesi Birinci Dairesi, İkinci Dairesi gibi. (26 Eylül 2004 tarih ve 5235 sayılı Kanundan önce Bursa 1'nci Asliye Ceza Mahkemesi, 2'nci Asliye Ceza Mahkemesi şeklinde numaralandırma yapılıyordu ve fiilen de hâlâ aynı şekilde numaralandırılmaktadır). Ceza mahkemeleri bulundukları il veya ilçenin adıyla anılır. Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesi, Gönen Asliye Ceza Mahkemesi gibi.

Tarihsel Bilgi: *Sulh ceza mahkemeleri,* 18 Haziran 2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla *kaldırılmıştır.* Kanunlarda sulh ceza mahkemesi veya sulh ceza hâkimine yapılan atıflardan, *a)* idari yaptırım kararlarına karşı yapılan başvurulara, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli karar ve işlemlere ve kanunlarda sulh ceza mahkemesince veya hâkimince verilmesi öngörülen karar veya işlemlere ilişkin olanlar *sulh ceza hâkimine, b)* yargılamaya ilişkin olanlar *asliye ceza mahkemesine* veya hâkimine yapılmış sayılır.

Sulh Ceza Hakimlikleri.- 18 Haziran 2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla sulh ceza hâkimlikleri kurulmuştur. Sulh ceza hakimliklerinin görevi yargılama yapmak değil, yürütülen soruş-

turmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli, gözaltına alma, arama, yakalama, tutuklama gibi kararları almak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemektir.

b) Görevleri.- Asliye ceza mahkemeleri ile ağır ceza mahkemelerinin görevleri şu şekilde ayrılır:

aa) Asliye Ceza Mahkemeleri.- "Asliye ceza mahkemeleri (*criminal court of first instance, criminal court of general jurisdiction*)" adı üstünde, adlî yargının ceza kısmının "asıl" mahkemesidir. Yani sulh ceza hakimliği ile ağır ceza mahkemelerinin görev alanına girmeyen dava ve işler asliye ceza mahkemesinin görev alanına girer (5235 sayılı Kanun, m.11). Asliye ceza mahkemesinde kamu davası Cumhuriyet savcısı tarafından açılır. Bu mahkemede normal olarak Cumhuriyet savcısı bulunurdu. Ancak geçici olarak 31/12/2019 tarihine kadar, asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz (5320 s. K., geçici m.9).


Ağır Ceza Mahkemesi Duruşma Salonu

bb) Ağır Ceza Mahkemeleri.- Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m.148), irtikap (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m.204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile *ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis* veya *on yıldan fazla hapis* cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla "ağır ceza mahkemeleri" görevlidir (5235 sayılı Kanun, m.12). Her il merkezinde bir ağır ceza mahkemesi vardır. Ancak büyük ilçeler hariç her ilçe merkezinde bir ağır ceza mahkemesi yoktur. Yukarıda belirtildiği gibi, ağır ceza mahkemeleri bir başkan ve iki üyeden oluşur. Ağır ceza mahkemelerinde Cumhuriyet savcısı da bulunur.

İhtisas Mahkemeleri.- Yukarıda gördüğümüz asliye ve ağır ceza mahkemeleri adlî yargının ceza kısmının *genel mahkemeleri*dir. Bunların yanında, ayrıca "çocuk mahkemeleri", "trafik mahkemeleri" (öngörülmüş, ama kurulamamıştır), "fikrî ve sinaî haklar ceza mahkemeleri" (sadece Ankara, İstanbul ve İzmir'de vardır) gibi *özel mahkemeler* de vardır. Bunlara "ihtisas (uzmanlık) mahkemesi" denir. İhtisas mahkemesinin kurulmadığı yerdeki o tür davalara orada görevli (asliye veya ağır) ceza mahkemesi bakar.

Ceza mahkemeleri ceza hukukundan doğan davalara bakar. Ceza davalarını "savcı" açar. Savcı iddia makamıdır. Suç işlediği sanılan ve aleyhinde Cumhuriyet savcısının kamu davası açtığı ve mahkemede yargılanan kişiye "sanık" denir. Ceza davasına suçtan zarar gören kişi, yani "mağdur" da "katılan (müdahil)" sıfatıyla katılabilir. Sanığı savunan avukata "müdafi" denir. Katılanı temsil eden avukata ise "vekil" denir.

Türk yargısı sisteminde "jüri" yoktur.

Duruşmalar kural olarak alenîdir. İsteyen herkes salon imkânları elverdiği ölçüde duruşmayı izleyebilir.

Adlî yargıda ilk derece mahkemelerinde görev yapan "hakimler" bağımsızdır ve tamamı "Hakimler ve Savcılar Kurulu" tarafından atanırlar.

B. ARA DERECE (İSTİNAF) MAHKEMELERİ: BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ

Ara dereceye "istinaf derecesi (*appellate instance*)" de denir. Türkiye'de bunlar "bölge adliye mahkemeleri (*regional courts of justice*)"nden oluşur.

1. Kuruluşları

26 Eylül 2004 tarih ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri.... Hakkında Kanuna göre (m.25), bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde, Hakimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca Bölge Adliye Mahkemeleri kurulabilir. Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Konya, Sakarya, Samsun gibi yerlerde Bölge Adliye Mahkemeleri kurulmuştur.

NOT: İstinaf mahkemelerinin kurulması 26 Eylül **2004** tarih ve 5235 sayılı Kanunla öngörülmüş ve bu mahkemeler kağıt üzerinde ilk defa 2007 yılında kurulmuş olmalarına rağmen ancak **20 Temmuz 2016 tarihinde faaliyete sokulabilmiştir**.

Bölge Adliye Mahkemelerinin yargı çevresi en son HSK'nın 13 Şubat 2018 tarih ve 208 sayılı kararıyla belirlenmiştir. Örneğin Bursa Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresi Bursa, Balıkesir, Çanakkale, Kütahya, Bilecik ve Yalova illeri girmektedir. Yani bu illerdeki adliye mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf başvuruları Bursa Bölge Adliye Mahkemesinde karara bağlanır.

Her bölge adliye mahkemesinde en az üç hukuk ve en az iki ceza dairesi bulunur. Örneğin Bursa Bölge Adliye Mahkemesinde 10 adet hukuk ve 8 adet ceza dairesi vardır. Her dairede bir başkan ve yeteri kadar üye bulunur (m.29). Her daire, bir başkan ve iki üyenin katılmasıyla toplanıp oy çoğunluğuyla karar verir (m.46). Her bölge adliye mahkemesinde ayrıca bir Cumhuriyet başsavcılığı ve bu başsavcılıkta yeteri kadar Cumhuriyet savcısı görev yapar (m.30).

2. Görevleri

Bölge adliye mahkemelerinin temel görevi adlî yargı ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamaktır (5235 sayılı Kanun, m.33).

İlk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı bölge adliye mahkemelerinde yapılacak başvurulara "istinaf başvurusu" denir.

a) Adlî Yargının Hukuk Kısmında İstinaf Yolunun İşleyişi

İstinaf yolu *hukuk usûlü* bakımından, 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 341 ilâ 360'ıncı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, ilk derece hukuk mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, "miktar veya değeri, 2019 yılı itibarıyla 4.400 TL'yi (bu miktar her yıl yeniden değerleme oranında artırılır) geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir" bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz (HMK, m.341). İlk derece hukuk mahkemesinin verdiği karardan memnun olmayan taraf, iki hafta içinde kararı veren ilk derece hukuk mahkemesine bir dilekçe vererek istinaf yoluna başvurabilir (HMK, m.342-345). Bu durumda kararı veren mahkeme dilekçeyi ve dava dosyasını yetkili bölge adliye mahkemesine gönderir. Bölge adliye mahkemesinin hukuk dairelerinden biri dosyayı inceler ve şu kararlardan birini verir:

aa) İlk derece mahkemesi kararında HMK, m.353/1'de sayılan hukuka aykırılıklardan birisi varsa (örneğin, kararı veren ilk derece mahkemesi görevsiz veya yetkisiz ise veyahut davaya bakması yasak olan hâkim davaya bakmış ise), bölge adliye mahkemesi, esası incelemeden *ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine* duruşma yapmadan kesin olarak karar verir (m.353/1).

bb) Bölge adliye mahkemesi inceleme sonucunda ilk derece mahkemesinin kararının hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşırsa, *istinaf başvurusunun esastan reddine* duruşma yapmaksızın karar verir (m.353/2).

cc) Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzelterek yeniden *esas hakkında* duruşma yapmadan karar verir (m.353/2-b).

dd) Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra yeniden *esas hakkında* duruşma yapmadan karar verir (m.353/2-c).

ee) Diğer hallerde ise bölge adliye mahkemesi *duruşma yaparak esas hakkında karar verir*. Bölge adliye mahkemesinin esas hakkındaki kararı, ilk derece mahkemesinin kararının onanmasına veya bozulmasına ilişkin değil; ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davacının davasının kısmen veya tamamen kabulüne veya reddine ilişkindir.

b) Adlî Yargının Ceza Kısmında İstinaf Yolunun İşleyişi

İstinaf yolu *ceza usûlü* bakımından 4 Aralık 2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 272 ilâ 285'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Buna göre, ilk derece ceza mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, sonuç olarak belirlenen üç bin lira dahil adlî para cezasına mahkûmiyet hükümlerine ve üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adlî para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine ilişkin olarak istinaf yoluna başvurulamaz. İstinaf istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi suretiyle yapılır (m.273). İlk derece ceza mahkemesi dosyayı bölge adliye mahkemesine gönderir. Dosya, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin birisi tarafından incelenir. İnceleme sonucunda bu daire şu kararlardan birini verir:

aa) Bölge adliye mahkemesi, ilk derece ceza mahkemesinin kararında usûle veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptarsa, *istinaf başvurusunun esastan reddine* karar verir (m.280/1-a).

bb) İlk derece mahkemesi kararında CMK m.289'da sayılan hukuka aykırılıklardan birisi varsa (örneğin, kararı veren ilk derece mahkemesi görevsiz veya yetkisiz ise, davaya bakması yasak olan hâkim davaya bakmış ise veyahut aleniyet kuralı ihlal edilmiş ise), bölge adliye mahkemesi, *hükmün bozulmasına* ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine *gönderilmesine* karar verir (CMK, m.280/1-b).

cc) Diğer hallerde, gerekli tedbirleri aldıktan sonra *davanın yeniden görülmesine* ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına karar verir. Duruşma yapar ve neticede davanın esası hakkında kendisi bir karar verir. Davanın esası hakkında karar, ilk derece mahkemesi kararı hakkında bir onama veya bozma kararı değil, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve sanığın mahkûmiyetine, beraatına veya davanın düşmesine ilişkin bir karardır (İstinaen başka karar türleri de vardır, CMK, m.223).

C. ÜST DERECE (TEMYİZ) MAHKEMESİ: YARGITAY

Adlî yargının "üst derece (temyiz derecesi, *last instance, last resort*)" mahkemesi "Yargıtay (*Court of Cassation*)"dır.


Fotoğraf: Yargıtay (yargitay.gov.tr)

Yargıtay, Anayasamızın 154'üncü maddesine göre, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adlî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Yargıtay üyeleri birinci sınıfa ayrılmış adlî yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından seçilirler. Yargıtayın kuruluşu ve çalışma usûlleri 2797 sayılı *Yargıtay Kanunu* ile düzenlenmiştir.

1. Yapısı

Yargıtayda, hukuk ve ceza daireleri, bir Hukuk Genel Kurulu, bir Ceza Genel Kurulu ve bir de Büyük Genel Kurul vardır.

a) Daireler.- Yargıtayda her "daire" bir başkan ve yeteri kadar üyeden oluşur. Her daire bir başkan ve dört üyenin katılmasıyla toplanır ve salt çoğunlukla karar verir. Yargıtay daire sayılarına ilişkin son yıllarda pek çok değişiklik olmuştur. 2010'dan önce Yargıtayda 21 hukuk dairesi ve 11 ceza dairesi bulunuyordu. 9 Şubat 2011 tarih ve 6110 sayılı Kanunla hukuk daireleri sayısı 23'e; ceza daireleri sayısı da 15'e; 2 Aralık 2014 tarih ve 6572 sayılı Kanunla ceza daireleri sayısı 23'e çıkarılmıştır. 1 Temmuz 2016 tarih ve 6723 sayılı Kanunla ise bu kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren üç yıl içinde hukuk dairesi sayısının 12'ye ve ceza dairesi sayısının da 12'ye indirilmesi öngörülmüştür.

b) Hukuk ve Ceza Genel Kurulları.- "Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulu, her hukuk ve ceza dairesinden en az bir üye olmak kaydıyla Birinci Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen yirmişer üyeden oluşur". "Hukuk Genel Kurulu" hukuk dairelerinin başkan ve üyelerinden; "Ceza Genel Kurulu", ceza dairelerinin başkan ve üyelerinden oluşur. Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının en önemli görevi Yargıtay dairelerinin "bozma" kararlarına karşı bölge adliye (istinaf) mahkemelerinin verdiği "direnme kararları"nı incelemektir. Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının kararları kesindir. Bu kararlara karşı direnme kararı verilemez.

c) Büyük Genel Kurul.- "Büyük Genel Kurul", Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeler, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Başsavcıvekilinden oluşur. Yargıtay Büyük Genel Kurulunun kararları kesin olup bunlar aleyhine başka yargı mercilerine başvurulamaz. Büyük Genel Kurulun en önemli görevi "içtihadı birleştirmek"tir. Bu nedenle bu kurula "İçtihadı Birleştirme Kurulu" da denir. Yargıtay Kanununun 16'ncı maddesinde bu görev şu şekilde açıklanmıştır: Yargıtay Büyük Genel Kurulunun görevi, "Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararları ile Ceza Genel Kurulunun yine benzer olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları veya Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi; Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir ceza dairesi arasındaki içtihat uyuşmazlıklarını gidermek ve içtihatları birleştirmektir". Yargıtay Büyük Genel Kurulunun verdiği kararlara "içtihadı birleştirme kararı" denir. Bu kararlar Resmî Gazetede yayımlanır ve Yargıtay dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.

2. Görevi

Yargıtayın temel görevi temyiz incelemesi yapmaktır. Yargıtay bu görevini şu şekilde yerine getirir:

Yeni sistemde temyiz yolu, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı değil, sadece bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı açıktır. Temyiz yolunu hukuk usûlü ve ceza usûlü bakımından ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

a) Hukuk Usûlünde Temyiz Yolu

Yeni sistemde temyiz yolu, 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 361 ilâ 373'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerince verilen nihaî kararlar hakkında, iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir (6100 sayılı HMK, m.361). Ancak miktar veya değeri -2019 yılı itibarıyla- 58.800 TL'yi geçmeyen (her yıl bu miktar yeniden değerleme oranına göre artırılır) geçmeyen davalara ilişkin kararlara ve HMK m.362'de sayılan diğer kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz.

Temyiz edilen karar, dosyasıyla birlikte Yargıtaya gönderilir. Yargıtayda görevli hukuk dairesince incelenir.

aa) Onama Kararı.- İnceleme sonucunda Yargıtay hukuk dairesi, bölge adliye mahkemesi kararının uygun olduğu kanısına varırsa bu kararın *onanmasına* karar verir (HMK, m.370). (Bazı önemsiz hatalar olmakla birlikte hüküm esas itibarıyla doğru ise düzelterek onama kararı verir). Onama kararı ile bölge adliye mahkemesinin kararı kesinleşmiş olur.

bb) Bozma Kararı.- Yargıtay hukuk dairesi, bölge adliye mahkemesi kararında, hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulandığı, dava şartlarına aykırılık bulunduğu, taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmediği veya karara etki eden bir yargılama hatası veya eksikliğinin bulunduğu kanısına ulaşırsa, bölge adliye mahkemesi kararını *bozar* (HMK, m.371).

Bozulan karar, kararı veren bölge adliye mahkemesine gönderilir. Bölge adliye mahkemesi bu karara *uyabilir* veya bu karara karşı *direnebilir.*

aaa) Uyarsa yeniden yargılama yapar ve bozmaya uygun olarak nihayette bir karar verir. Bu karar da temyiz edilebilir.

bbb) Bölge adliye mahkemesi ilk kararında *ısrar edebilir;* yani Yargıtay hukuk dairesi kararına karşı direnebilir. *Direnme kararı* da temyiz edilebilir. Ancak temyiz edilirse bu karar artık Yargıtay hukuk dairelerinin birisinde değil, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda incelenir ve bu Kurulun kararı ke-

sindir. Bu karara karşı bölge adliye mahkemesi direnemez. Bu karara uymak zorundadır (HMK, m.373).

b) Ceza Usûlünde Temyiz Yolu

Yeni sistemde temyiz usûlü, 4 Aralık 2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 286 ilâ 307'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri hakkında temyiz yoluna başvurulabilir (CMK, m.286/1). Temyiz incelemesi Yargıtay ceza dairelerinin birisinde yapılır.

Ancak bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin CMK m.286/2'de sayılan kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamaz. Örneğin ilk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adlî para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları ile on yıl veya daha az hapis cezasını veya adlî para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları temyiz edilemez (m.286).

Bölge adliye mahkemesinin kararındaki her hata bir temyiz nedeni değildir. *Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır* (CMK, m.288). Yani maddi vakıalara ilişkin hata iddiaları bir temyiz sebebi değildir. Diğer bir ifadeyle, temyiz sebebi, ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabilir (CMK, m.294/2). Yani mahkemenin kanun hükümlerini yorumlamasında ve uygulamasında yaptığı hata sebebiyle temyiz yoluna gidilebilir. Örneğin mahkeme sanığa yağma suçundan ceza vermesi gerekirken hırsızlık suçundan ceza vermiş ise bu bir temyiz sebebidir.

Temyiz edilen bölge adliye mahkemesi kararı Yargıtayın görevli ceza dairesine gelir. Bu daire kararı inceler.

aa) Bu daire, bu kararın hukuka *uygun olduğu* kanısına varırsa *temyiz isteminin esastan reddine* karar verir (CMK, m.302/1). Bu takdirde bölge adliye mahkemesi kararı *kesinleşmiş* olur.

bb) Yargıtay ceza dairesi, bölge adliye mahkemesinin kararının *hukuka aykırı olduğu* kanısına ulaşırsa bu kararı *bozar* (m.302/2-4). Bozulan karar, kararı veren bölge adliye mahkemesine gönderilir (m.304). Bölge adliye mahkemesi bu karara uyabilir veya bu karara karşı direnebilir.

aaa) Uyma kararı verirse yeniden yargılama yapar ve bozmaya uygun olarak nihayette bir karar verir. Bu karar da temyiz edilebilir. Temyiz edilirse Yargıtayın görevli ceza dairesine gider.

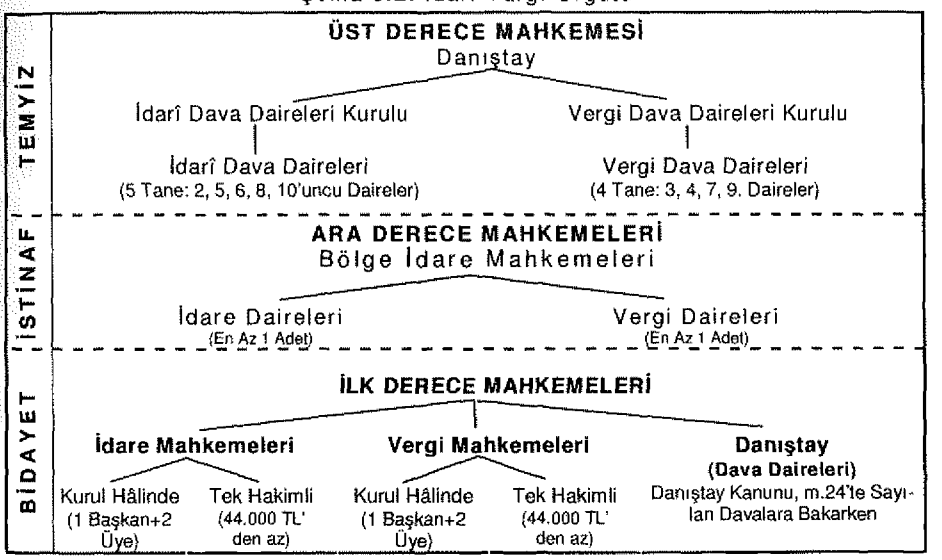
bbb) Bölge adliye mahkemesi ilk kararında ısrar edebilir, yani Yargıtay ceza dairesi kararına karşı "*direnme kararı*" verebilir. Direnme kararı da temyiz edilebilir. Ancak temyiz edilirse bu karar artık Yargıtay ceza dairelerinin birisinde değil, Yargıtay Ceza Genel Kurulunda incelenir ve bu Kurulun kararı kesindir. Bu karara karşı bölge adliye mahkemesi direnemez. Bu karara uymak zorundadır (CMK, m.307/3).

III. İDARÎ YARGI

"İdarî yargı (*administrative justice*)", idarî makamların idare hukuku alanındaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlendiği yargı koludur. Diğer bir ifadeyle idarî yargı, kural olarak devletin merkezî idare teşkilatının ve yerinden yönetim kuruluşlarının idarî eylem ve işlemlerinden doğan davaların görüldüğü yargı koludur.

İdarî yargı yerleri ülkemizde 1982'den beri iki dereceli olarak örgütlenmişti. 18 Haziran 2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla üç dereceli olarak örgütlenmesi öngörülmüştür. İdarî yargı örgütü içinde yer alan mahkemeleri şematik olarak şu şekilde gösterebiliriz:

Şema 6.2: İdarî Yargı Örgütü



A. İLK DERECE MAHKEMELERİ

İdarî yargı kolunun ilk derece mahkemeleri "idare mahkemeleri" ve "vergi mahkemeleri"dir. Bu mahkemeler, 6 Ocak 1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunla kurulmuşlardır.

İdare ve vergi mahkemesi başkan ve üyeleri "hâkim" statüsündedir. Adlî yargı hâkimlerinin tâbi olduğu hukukî statüye tâbidirler; hâkimlik teminatı ve bağımsızlığına sahiptir. Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından göreve alınırlar ve özlük işleri konusunda Hâkimler ve Savcılar Kurulu karar verir.

1. İdare Mahkemeleri

İdare mahkemelerinde birer başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Mahkeme kurulu, bir başkan ve iki üyeden oluşur (2576 sayılı Kanun, m.4).

İdare mahkemeleri idarî yargı kolunun *genel görevli ilk derece mahkemesi*dir. Kanunlarla başka yargı yerlerinin görev alanına bırakılmayan iptal ve tam yargı davalarına idare mahkemeleri bakar. Yani bir idarî dava, vergi mahkemelerinin görevine girmiyorsa ve o dava ilk derece mahkemesi olarak Danıştayın da görevine girmiyorsa, idare mahkemesinde görülür (2576 sayılı Kanun, m.5).

İdare mahkemeleri, kural olarak, kurul hâlinde (bir başkan ve iki üye) toplanır ve oy çokluğuyla karar alır. Ancak toplamı, 2019 yılı itibarıyla 44.000 TL'yi (bu miktar her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılır) aşmayan tam yargı davaları ile aynı miktarı aşmayan konusu belli bir parayı içeren idarî işlemlere karşı açılan iptal davaları tek hâkimle karara bağlanır (2576 sayılı Kanun, m.7/1).

2. Vergi Mahkemeleri

Vergi mahkemelerinde birer başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Mahkeme kurulu, bir başkan ve iki üyeden oluşur (2576 sayılı Kanun, m.4). Vergi mahkemeleri,

> "a) Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları,
>
> b) (a) bendindeki konularda 6183 sayılı Âmme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları,
>
> c) Diğer kanunlarda verilen işleri"

karara bağlamakla görevlidir (2576 sayılı Kanun, m.6).

Vergi mahkemeleri tek hâkimli ve kurul hâlinde olmak üzere iki değişik şekilde çalışır. Kurul, bir başkan ve iki üyeden oluşur. Toplam değeri 2019 yılı itibarıyla 44.000 TL'yi (bu miktar her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılır) aşmayan vergi uyuşmazlıkları tek hâkimle karara bağlanır (2576 sayılı Kanun, m.7/2).

3. İlk Derece Mahkemesi Olarak Danıştayın Bir Dairesi

Danıştay Kanununun 24'üncü maddesinde sayılan davalara Danıştayın bir dairesi ilk derece mahkemesi olarak bakar. Örneğin Cumhurbaşkanının kararlarına, Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere, Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu

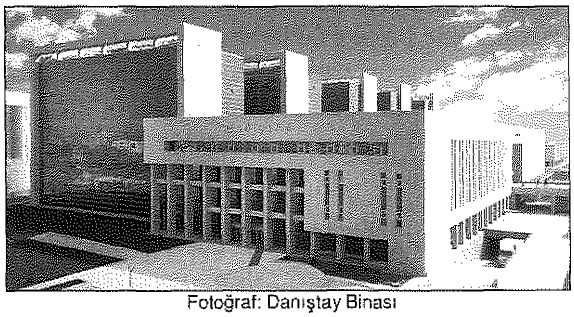
kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal davaları doğrudan doğruya Danıştayın bir dairesinde açılır.

B. ARA DERECE (İSTİNAF) MAHKEMELERİ: BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ

Bölge idare mahkemeleri 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri... Hakkında Kanunla düzenlenmiştir. Bu Kanunda 18 Haziran 2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle bölge idare mahkemeleri, itiraz mercii olmaktan çıkarılıp, *istinaf merciine dönüştürülmüşlerdir.* Buna göre, bölge idare mahkemeleri, başkanlık, başkanlar kurulu, daireler, bölge idare mahkemesi adalet komisyonu ve müdürlüklerden oluşur. Bölge idare mahkemelerinde biri *idare, diğeri vergi olmak üzere en az iki daire bulunur.* Gerekli hâllerde dairelerin sayısı, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca artırılıp azaltılabilir. Dairelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Bölge idare mahkemesi başkan ve üyeliklerine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca atama yapılır (2576 sayılı Kanun, m.3). *Bölge idare mahkemelerinin başlıca görevi,* aşağıda göreceğimiz gibi idare mahkemelerinin verdikleri kararlara karşı yapılacak istinaf başvurularını inceleyip karara bağlamaktır.

C. ÜST DERECE MAHKEMESİ (TEMYİZ MAHKEMESİ): DANIŞTAY

"Danıştay (*Council of State*)", 1868 yılında kurulmuştur. Ancak bağımsız bir yargı yeri olarak gelişmesi zaman almıştır. Danıştayın kuruluşu Anayasamız (m.155) tarafından düzenlenmiştir. Demek ki Danıştay anayasal statüde bir yüksek mahkemedir. Anayasanın 155'inci maddesinin ilk fıkrasına göre "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar".


Fotoğraf: Danıştay Binası

Üyelerin Seçimi.- Danıştay üyelerinin dörtte üçü birinci sınıf idarî yargı hâkim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulu, dörtte biri de nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilir (AY, m.155).

Görevleri.- Danıştayın hem idarî, hem de yargısal görevleri vardır:

a) İdarî Görevleri.- Danıştayın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmek gibi idarî görevleri de vardır.

b) Yargısal Görevleri.- Danıştayın başlıca iki *yargısal görevi* bulunmaktadır:

aa) İlk Derece Mahkemesi Olarak Yargılama Yapmak.- Danıştay, Danıştay Kanununun 24'üncü maddesinde sayılan davalara *ilk derece mahkemesi* olarak bakar. Örneğin Cumhurbaşkanı kararlarına, bakanlıkların ülke çapında düzenleyici işlemlerine karşı açılacak iptal davaları idare mahkemelerinde değil, doğrudan doğruya Danıştayda açılır (Danıştay Kanunu, m.24).

bb) Temyiz İncelemesi Yapmak.- 18 Haziran 2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklikten sonra Danıştay, "*istinaf*" başvurusu üzerine bölge idare mahkemelerince verilen kararlar (İYUK, m. 46) ve Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda verdiği kararlar hakkında *temyiz incelemesi* yapar (Danıştay Kanunu, m.25). Danıştayın bu görevine *temyiz görevi* denir.

Oluşumu.- Danıştayda, daireler, İdarî Dava Daireleri Kurulu, Vergi Dava Daireleri Kurulu ve bir de İçtihatları Birleştirme Kurulu vardır.

a) Daireler.- 2575 sayılı Danıştay Kanununun 1 Temmuz 2016 tarih ve 6723 sayılı Kanun ile değişik şekline göre, Danıştayda dokuzu dava dairesi ve biri de idarî daire olmak üzere toplam on daire vardır (m.13). Her dairede bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Bir dairede üye sayısının yeterli olması hâlinde birden fazla heyet oluşturulabilir. Heyetler bir başkan ve dört üyenin katılmasıyla toplanır, salt çoğunluk ile karar verir. Dairelerde yeteri kadar tetkik hâkimi de bulunur (m.13).

Danıştay daireleri birden ona kadar numaralandırılmıştır. Birinci daire *idarî daire*dir. 2 ilâ 10'uncu daireler ise *dava dairelerid*ir. Dava dairelerinden bir kısmı vergi davalarına (3, 4, 7, 9'uncu daireler), bir kısmı ise (2, 5, 6, 8, 10'uncu Daireler) idarî davalara bakar. Vergi davalarına bakan dairelere "*vergi dava dairesi*", idarî davalara bakan dairelere ise "*idarî dava dairesi*" denir. (Danıştay Kanunun geçici hükümleri nedeniyle Danıştayda halihazırda onbeş daire vardır). İdarî dava daireleri ile vergi dava daireleri kendi aralarında işbölümü esasına göre çalışır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde dava daireleri arasındaki iş bölümü Danıştay Kanununun 27'nci maddesinde yer alan esaslar uyarınca Danıştay Başkanlar Kurulu tarafından belirlenir. Başkanlar Kurulunun kararları kesin olup bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz (Danıştay Kanunu, m. 52/3)

b) Dava Daireleri Kurulları.- Danıştayın yargı görevleriyle ilgili, biri idarî, diğeri vergi olmak üzere iki tane Dava Daireleri Kurulu vardır:

aa) İdarî Dava Daireleri Kurulu.- İdarî Dava Daireleri Kurulu, idarî dava dairelerinin başkanları ile her idari dava dairesinden iki yıl için Başkanlık

Kurulu tarafından görevlendirilen iki asıl ve iki yedek üyeden oluşur. İdarî Dava Daireleri Kuruluna Danıştay Başkanı veya vekillerinden biri, bunların yokluğunda ise daire başkanlarından en kıdemlisi başkanlık eder. İdari Dava Daireleri Kurulunun toplantı ve görüşme yeter sayısı onbeştir. Danıştay Kanununun 38'inci maddesine göre İdarî Dava Daireleri Kurulunun başlıca iki *görevi* vardır: *(1)* Bölge idare mahkemelerince verilen *direnme (ısrar)* kararlarını incelemek ve *(2)* idarî dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen inceleyip karar vermek (Danıştay Kanunu, m.38).

bb) Vergi Dava Daireleri Kurulu.- Vergi Dava Daireleri Kurulu, vergi dava dairelerinin başkanları ile her vergi dava dairesinden iki yıl için Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen üç asıl ve üç yedek üyeden oluşur. Vergi Dava Daireleri Kuruluna Danıştay Başkanı veya vekillerinden biri; bunların yokluğunda daire başkanlarından en kıdemlisi başkanlık eder. Toplantı ve görüşme yeter sayısı onbirdir. Kurulda kararlar oyçokluğu ile verilir (m.17). Vergi Dava Daireleri Kurulunun başlıca iki *görevi* vardır: *(1)* Bölge idare mahkemeleri vergi dairelerince verilen *direnme (ısrar)* kararlarını incelemek ve *(2)* vergi dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen inceleyip karara bağlamak (Danıştay K., m.38).

c) İçtihatları Birleştirme Kurulu.- İçtihatları Birleştirme Kurulu, Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri ve dava daireleri başkanları ile üyelerinden oluşur. Toplanma ve görüşme yetersayısı en az otuz birdir. Toplantıda hazır bulunanlar çift sayıda olursa en kıdemsiz üye Kurula katılmaz (Danıştay Kanunu, m.18). İçtihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idarî ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir (m.39). İçtihatların birleştirilmesi veya birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi, Danıştay Başkanı, konu ile ilgili daireler, idarî ve vergi dava daireleri, genel kurulları veya Başsavcı tarafından istenebilir. İçtihatları Birleştirme Kurulu kararları Resmi Gazetede yayımlanır. Bu kararlar Danıştay daire ve kurulları ile idare mahkemelerini ve idare organlarını bağlar (m.40).

İDARÎ YARGININ İŞLEYİŞİ

İdarî yargının işleyişi, çalışma usûlleri, 6 Ocak 1982 tarih ve 2577 sayılı *İdarî Yargılama Usûlü Kanunu* ile düzenlenmiştir. Bu kanun uygulamada *İYUK* diye anılır.

İdarenin hakkında aldığı bir idarî işlemden memnun olmayan kişi idarenin bu işleminin iptali için, bu işlemin kendisine tebliğinden itibaren altmış gün içinde idare mahkemesinde *iptal davası* açar. Dava açması idarenin işleminin geçerliğini etkilemez. Zira idare hukukunda idarenin işlemlerinin

hukuka uygunluğu karinesi vardır. İptal kararına kadar idarenin işlemi hukuka uygun kabul edilir ve idare tarafından bu işlem re'sen icra edilir.

Keza bir kişi, idarenin işlem ve eylemlerinden dolayı maddi veya manevi *zarara* uğramış olabilir. Bu kişi de idarî işlemden dolayı dava açacaksa 60 gün içinde (İYUK, m.7), yok idarî eylemden (örneğin idarenin bir makinesinin özel bir kişinin binasına zarar vermesi idarî eylemdir) dolayı açacaksa zararı öğrendiğinden itibaren bir yıl içinde ve her hâlde beş yıl içinde önce idareden uğradığı zararın tazminini ister; ardından da 60 gün içinde (İYUK, m.13) idare mahkemesinde, uğradığı zararın giderilmesi için dava açar. Bu davada, davacı kural olarak idareden belli bir miktar tazminat ister. İdarî yargıda buna *tam yargı davası* denir.

İdarî davalarda (iptal ve tam yargı davalarında) dava açana *davacı*, aleyhinde dava açılan bakanlık, üniversite, belediye gibi kamu tüzel kişilerine ise *davalı* denir. Bazen "davalı idare"den, bazen de kısaca "idare"den bahsedilir. Ancak "davalı idare" genellikle işlemi fiilen yapan makam veya kurum değil, o makam veya kurumun içinde yer aldığı kamu tüzel kişisidir. Örneğin bir öğrencinin sınav notunun iptali istemiyle açacağı davada davalı işlemi yapan fakülte dekanlığı değil, üniversite rektörlüğüdür.

İdare mahkemesinde yargılama usûlü kural olarak yazılıdır. Yani kural olarak duruşma yapılmaz. İptal davasında idare mahkemesi yargılama sonunda ya *iptal* kararı ya da *ret* kararı verir. Tam yargı davasında ise idare mahkemesi *idarenin tazminat ödemesine* veya *davanın reddine* karar verir.

İptal veya tazminat kararı vermişse bu karardan davalı idare memnun olmaz. Ret kararı verirse bundan da davacı memnun kalmaz. Davacı ve davalı isterlerse bu kararlara karşı **kanun yollarına** başvurabilirler. *İstinaf* ve *temyiz* olmak üzere başlıca iki çeşit kanun yolu vardır (*Uyarı:* Aşağıdaki anlatım özet olarak yapılmıştır. Aşağıdaki usûl gerçekte çok daha ayrıntılı bir şekilde işler):

1.İstinaf

İdare ve vergi mahkemelerinin (2019 yılı itibarıyla konusu 6000 Türk lirasını geçmeyen kararları hariç) kararları aleyhine istinaf yoluna gidilebilir. İstinaf mercii, istinafa konu olan kararı veren mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki *bölge idare mahkemesi*dir. Taraflardan her biri *otuz* gün içinde bölge idare mahkemesine başvurabilir. Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda idare mahkemesi kararını *hukuka uygun bulursa* istinaf başvurusunun *reddine;* kararın hukuka aykırı olduğu kanısına varırsa istinaf başvurusunun *kabulü* ile ilk derece mahkemesi kararının *kaldırılmasına* karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında kendisi bir karar verir. Bölge idare mahkemelerinin İdarî Yargılama Usûlü Kanunun 46'ncı maddesine göre temyize açık olmayan kararları kesindir (m.45/6). Dolayısıyla söz

konusu karar temyize açık olmayan bir karar ise, karar kesinleşmiş ve uyuşmazlık sona ermiş olur.

2. Temyiz

Bölge idare mahkemelerince *istinaf* incelemesi üzerine verilip de İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 46'ncı maddesinde 14 bent hâlinde sayılmış olan davalarda (bunların neler olduğu Danıştay Kanununun 24'üncü maddesinde sayılmıştır; örneğin konusu [2019 yılı itibarıyla] 144.000 TL'den fazla olan tam yargı davaları) ve keza Danıştay dava dairelerinin *ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktıkları davalarda* verdikleri nihaî kararlara karşı, bu kararlardan memnun olmayan taraf, kararın tebliğinden itibaren *otuz gün içinde temyiz başvurusunda bulunabilir.* Temyiz mercii, Danıştay idarî dava veya vergi dava dairelerinden biridir. (Danıştayın bir dairesinin ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda ise temyiz mercii Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu veya Vergi Dava Daireleri Kuruludur).

Temyiz incelemesinde, temyize konu olan karar sadece *hukuka uygunluk bakımından* incelenir. Bu kararın dayanağı olan maddî vakıaların doğruluğu araştırılmaz. Temyiz incelemesi yapan Danıştay dairesi, bölge idare mahkemesinin temyiz edilen kararının *hukuka uygun* olduğu kanısına varırsa *onama kararı*, bu kararın *hukuka aykırı* olduğu kanısına varırsa *bozma kararı* verir. Kararın sonucu hukuka uygun olmakla birlikte, kararda gösterilen gerekçede hukuka aykırılık var ise veya kararda düzeltilmesi mümkün bir takım maddî hatalar var ise Danıştay dairesi *değiştirerek onama kararı* verir.

Danıştay *onama veya değiştirerek onama kararı vermiş ise*, bölge idare mahkemesinin kararı *kesinleşmiş* olur. Başka bir ifadeyle, bu aşamadan sonra hukukî uyuşmazlık artık sona ermiş olur.

Danıştay *bozma kararı vermiş ise*, dosyayı bölge idare mahkemesine geri gönderir. Bozma kararı kendisine gelen bölge idare mahkemesi ya bozmaya *uyar;* ya da bozmaya karşı *direnir.*

Bölge idare mahkemesi *uyma kararı* almış ise, dosyayı tekrar inceler ve yeniden karar verir. Bu karar da bir mahkeme kararıdır; şartlarına uygun olarak tekrar temyiz edilebilir.

Bölge idare mahkemesi, kendi kararının doğru, Danıştay dairesinin kararının yanlış olduğunu düşünüyorsa, Danıştay dairesi kararına karşı *direnme kararı* alabilir; yani kendi eski kararında *ısrar* edebilir. Bu ısrar kararı ilgili tarafça temyiz edilmezse, bölge idare mahkemesinin ilk kararı kesinleşmiş olur. Bu ısrar kararı ilgili tarafça temyiz edilirse, dosya tekrar Danıştaya gönderilir. Ama bu sefer, Danıştay dairesi tarafından değil, Danıştay *İdarî Dava Daireleri Kurulu* tarafından incelenir (Bölge Vergi Mahkemesinin kararı söz konusuysa Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından incelenir).

Direnme kararı üzerine dosya, İdarî Dava Daireleri Kurulu tarafından incelenir. Adı geçen Kurul, bölge idare mahkemesinin kararını hukuka uygun bulursa, bu kararı *onar* ve böylece bölge idare mahkemesinin kararı *kesinleşmiş* olur. İdarî Dava Daireleri Kurulu, bölge idare mahkemesinin kararını hukuka aykırı bulursa bölge idare mahkemesinin kararını *bozar*. İdarî Dava Daireleri Kurulu kararları uyulması zorunlu kararlardır. Artık bu karara karşı bölge idare mahkemesi direnemez. Bölge idare mahkemesi bu karara uymak zorundadır. (Bölge Vergi Mahkemesinin kararı söz konusuysa, yukarıdaki süreçte İdari Dava Daireleri Kurulu değil, Vergi Dava Daireleri Kurulu yer alır).

KUTU 6.1: TARİHSEL BİLGİ-ASKERÎ CEZA YARGISI: ASKERÎ MAHKEMELER

16 Nisan 2017 referandumuyla onaylanan 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla Anayasanın askerî yargıyı düzenlen 145'nci maddesi ve Askeri Yargıtayı düzenleyen 156'ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla artık askerî ceza yargısı ve Askerî Yargıtay yoktur.

Burada tarihsel bilgi niteliğinde askerî ceza yargısı hakkında kısaca bilgi vermeyi uygun görüyoruz:

Askerî mahkemelerin görevi Anayasamızın mülga 145'inci maddesinde düzenlenmişti. Bu maddeye göre, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri, "*asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli*" idi. Artık bu davalara normal adlî yargıda bulunan ceza mahkemeleri bakacaktır.

Mevcut olduğu dönemde "askerî ceza yargısı (*military criminal justice*)" da iki dereceli idi.

1. Askerî ceza yargısının "ilk derece mahkemeleri (*courts of first instance*)", "askerî mahkemeler" ve "disiplin mahkemeleri" olmak üzere ikiye ayrılırdı.

a) "Disiplin mahkemeleri (*disciplinary courts*)", asker kişilerin, "disiplin suçu" adı verilen birtakım küçük suçlarına bakmakla görevli mahkemeler idi. Disiplin mahkemeleri *barış zamanında* 31 Ocak 2013 tarih ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunuyla *kaldırılmıştı.*

b) "Askerî mahkemeler (*military courts*)", *üç askerî hâkimden* oluşurdu. Askerî mahkemelerde iddia makamını askerî savcı işgal ederdi. Askerî hâkimlerin atamasını Millî Savunma Bakanı yapmaktaydı.

2. Askerî ceza yargısı kolunun "üst derece mahkemesi (*courts of last resort*)", Askerî Yargıtaydı. "Askerî Yargıtay (*Military Court of Cassation*)", Anayasamızın mülga 156'ncı maddesine göre, askerî mahkemelerce verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciiydi. Askerî Yargıtay üyeleri birinci sınıf askerî hâkimler arasından Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla her boş yer için göstereceği üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilirdi (mülga m.156/2).

KUTU 6.2: TARİHSEL BİLGİ-ASKERÎ İDARÎ YARGI: ASKERÎ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ

16 Nisan 2017 tarihli referandum ile onaylanan 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasanın Askeri Yüksek İdare Mahkemesini düzenleyen 157'inci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece AYİM'in varlığına son verilmiştir. Buna göre daha önce bu mahkemenin görevinde sayılan uyuşmazlıklara, konusuna göre artık Danıştay veya idare mahkemeleri tarafından bakılacaktır.

Burada tarihsel bilgi niteliğinde AYİM hakkında kısaca bilgi vermeyi uygun görüyoruz:

"Askerî idarî yargı (*military administrative justice*)", "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM, *Military High Administrative Court*)" tarafından yürütülürdü. Anayasamızın mülga 157'nci maddesine göre "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, *asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların* yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesi" idi. Mülga maddede de açıkça belirttiği gibi, AYİM aynı zamanda ilk ve son derece mahkemesiydi. Yani ülkemizde askerî idarî yargı tek dereceli olarak örgütlenmişti.

AYİM, iki daire olarak çalışmaktaydı. Her daire bir başkan ve dört üyeyle karar vermekteydi. Başkan ve iki üye askerî hâkim sınıfındandı. Diğer iki üye ise hâkim değil, kurmay subaydı. Askerî hâkim sınıfından olan üyeleri, mahkemenin bu sınıftan olan başkan ve üyelerinin tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla birinci sınıf askerî hâkimler arasından her boş yer için gösterilecek üç aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilirdi. AYİM'de hâkim sınıfından olmayan subay üyelerin varlığı, yargı bağımsızlığı açısından eleştirilebilecek bir husustu.

VI. UYUŞMAZLIK YARGISI: UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ

Ülkemizde birden çok yargı kolu bulunduğu için bunlar arasında görev ve hüküm uyuşmazlıklarının ortaya çıkması kaçınılmazdır. Örneğin bir kişi idareyle yaptığı bir sözleşmeden dolayı asliye hukuk mahkemesinde (adlî yargı) dava açabilir. Asliye hukuk mahkemesi açılan bu davanın kendi görevine girmediği, idare mahkemesinin görevine girdiği kanısına vararak *görevsizlik kararı* verebilir. Kişi bundan sonra aynı davayı bu sefer idare mahkemesinde açar. İdare mahkemesi de bu davanın kendi görevine değil, asliye hukuk mahkemesinin görevine girdiğini düşünerek görevsizlik kararı verebilir. Bu tür uyuşmazlıklara *görev uyuşmazlığı* denir. Bu tür görev uyuşmazlığının çözümlenmesi gerekir. Zira dava açan kişinin Anayasamız (m.36) tarafından güvence altına alınan hak arama özgürlüğü vardır. İşte bu tür görev uyuşmazlıklarının çözümü için ülkemizde "Uyuşmazlık Mahkemesi" kurulmuştur.

Uyuşmazlık Mahkemesi adlî ve idarî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir (AY, m.158).

Uyuşmazlık Mahkemesinin kuruluşu ve işleyişi 12 Haziran 1979 tarih ve 2247 sayılı *Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun* ile düzenlenmiştir. Bu Kanuna göre, Uyuşmazlık Mahkemesi bir Başkan ile altı asıl, altı yedek üyeden kurulur. Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı, Anayasa Mahkemesince kendi üyeleri arasından seçilir. Uyuşmazlık Mahkemesine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Danıştay Genel Kurulunca kendi daire başkan ve üyeleri arasından üçer asıl, üçer yedek üye seçilir. Toplantı yetersayısı, asıl üyelerin mazeretleri halinde yedek üyeler alınmak suretiyle sağlanır.

Uyuşmazlık Mahkemesinin yetkili olduğu uyuşmazlıklar adlî ve idarî yargı mercileri arasındaki görev uyuşmazlıklarıdır. Anayasa Mahkemesiyle diğer mahkemeler arasındaki görev uyuşmazlıklarında, Anayasa Mahkemesinin kararı esas alınır (AY, m.158/3).

KUTU 6.3: SAYIŞTAY BİR YÜKSEK MAHKEME MİDİR?

Anayasamızda "Sayıştay (*Court of Accounts*)" (m.160) yargı bölümünde düzenlenmiştir. Ancak Anayasamız Sayıştayı "yüksek mahkemeler" arasında saymamıştır (m.156-158). Dolayısıyla Sayıştay Anayasamıza göre bir "yüksek mahkeme" değildir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay da Sayıştayı bir "yüksek mahkeme" veya bir "yargı organı" olarak kabul etmemektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 13 Kasım 2014 tarih ve K.2014/170 sayılı kararıyla, içtihadını değiştirip, Sayıştayı bir "mahkeme" olarak kabul etmiştir.

Sayıştayın biri "idarî" diğer "yargısal" nitelikte olan iki görevi vardır. Sayıştayın birinci görevi merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına *incelemek ve denetlemek*tir. Sayıştayın bu görevi idarî bir görevdir; yargısal nitelikte değildir. Ancak Sayıştayın ikinci bir görevi daha vardır. Bu da merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve gider "sorumlularının hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak"tır. Sayıştayın bu ikinci görevi, yani "*kesin hükme bağlama*" görevi yargısal niteliktedir. Yapılan inceleme ve denetlemeler sonucunda kanuna aykırılıkları ortaya çıkan sorumlular (saymanlar) "tazmine" mahkûm edilir. Üstelik Sayıştayın bu kesin hükme bağlama, yani tazmin veya beraat kararlarına karşı bir başka mercie de başvurulamaz. O hâlde Sayıştayın bu tür kararları "kesin hüküm" niteliğindedir. Dolayısıyla bu ikinci görevi itibarıyla Sayıştayın yargısal bir faaliyette bulunduğu, bu nedenle de bir mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Ancak Anayasamızın Sayıştayı bir yüksek mahkeme olarak kabul etmediğini de unutmamak gerekir.

Son olarak belirtelim ki, vergi ve benzeri malî yükümlülükler konusunda Sayıştay ile Danıştay kararları arasındaki uyuşmazlıklarda Danıştay kararları esas alınır.

TABLO 6.2: Yüksek Mahkemelerin ve Sayıştayın Üyelerinin Atanması Konusunda Özet

	ÜYELER	BAŞKAN	SAVCI
ANAYASA MAHKEMESİ	Anayasa Mahkemesi üyelerinin 3 Üye TBMM; 12 üye Cumhurbaşkanı tarafından (CB'nin doğrudan seçeceği dört üye dışında bütün üyeler çeşitli makamlar tarafından CB'ye ve TBMM'ye önerilen üçer aday arasından seçilmektedir)	Anayasa Mahkemesi tarafından	YOK. (Yüce Divan ve parti kapatma davalarında *ex officio* Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı).
YARGITAY	Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından	Yargıtay Genel Kurulu tarafından	Yargıtay Genel Kurulunun önerdiği 5 aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından
DANIŞTAY	*Üyelerin 3/4'ü:* HSK tarafından *Üyelerin 1/4'ü:* Cumhurbaşkanı tarafından	Danıştay Genel Kurulu tarafından	Danıştay Genel Kurulu tarafından
UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ	Başkanı Anayasa Mahkemesi, Üyeleri Yargıtay ve Danıştay tarafından seçilir.	Anayasa Mahkemesi tarafından kendi üyeleri arasından	Kendine has bir savcısı yoktur.
SAYIŞTAY	Sayıştayın önerdiği adaylar arasından TBMM tarafından	Sayıştayın önerdiği adaylar arasından TBMM tarafından	Maliye Bakanlığınca yapılacak teklif üzerine ortak kararname ile atanırlar

VII. YARGI ORGANINA HÂKİM OLAN TEMEL İLKELER

Bu şekilde Türkiye'deki yargı kollarını gördükten sonra, şimdi yargı organına hâkim olan temel ilkelerden "tâbiî hâkim ilkesi", "hâkimlerin bağımsızlığı" ve "hâkimlik teminatı" ilkelerini görelim:

A. TÂBİÎ (KANUNÎ, OLAĞAN) HÂKİM İLKESİ

"Kanunî hâkim" veya "olağan hâkim" ilkesi denen "tâbiî hâkim (doğal yargıç)" ilkesi, bir uyuşmazlık hakkında karar verecek olan hâkimin, o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olmasını öngören bir ilkedir[5]. "Hâkim" terimi yerine "mahkeme" terimini koyarak söylersek, "tâbiî mahkeme" veya "olağan mahkeme", yargılanacak olayın meydana geldiği anda, o olayın yargılanması için kanunla kurulmuş mahkeme demektir. Kısacası, "tâbiî mahkeme (olağan mahkeme)", olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile kuruluş bakımından ilgilisi olmayan mahkeme demektir[6]. Bu mahkemenin hâkimine de "tâbiî hâkim" denir[7]. Buna göre, bir uyuşmazlık, ancak uyuşmazlığın doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Böylece tâbiî hâkim ilkesiyle, olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından uyuşmazlık hakkında yargılanması yasaklanmakta, yani uyuşmazlığın ortayla çıkmasından sonra kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır.

"Tâbiî hâkim (olağan hâkim)" veya "kanunî hâkim" ilkesinin amacı, yasama organının belirli bir olayı yargılamak için o olaydan sonra mahkeme kurmasının önüne geçmektir. Bu ilkeye uyulduğu takdirde, yasama organı dâhil devlet, olaydan sonra, sırf o olayı yargılamakla görevli mahkeme kuramayacaktır. Bu ise mahkemelerde yargılanacak olan kişilere büyük bir güvence sağlar. Çünkü onları yargılayacak mahkemeler, sırf onlar için kurulmamış, onları yargılayacak hâkimler sırf onlar için atanmamıştır. Böyle mahkemelerde ve böyle hâkimler huzurunda suçlanan kişiler masum iseler beraat edeceklerdir. Sırf o olay için kurulmuş ve hâkimi sırf o olay için atanmış bir mahkemede suçlanan kişiler masum olsalar bile mahkûm olabilirler.

"Tâbiî hâkim (olağan hâkim)" ilkesinin doğal sonucu, "olağanüstü (istisnaî) mahkemeler"in kurulmasının yasaklanmasıdır. Olağanüstü mahkeme, olaydan sonra kurulmuş, sırf belli bir olayı veya belli kişileri yargılamak üzere kurulmuş mahkeme demektir. Olağanüstü mahkemelere "istisnaî mahkemeler" de denir.

Tâbiî Hâkim İlkesinin İhlaline Örnekler: Türkiye'de 1920-1927 yılları arasında kurulan *"İstiklal Mahkemeleri"* tâbiî hâkim ilkesinin ihlâli niteliğindeydi. Çünkü bu mahkemeler, yargılayacakları olaydan sonra kurulmakta, hâkimleri de olaydan sonra

5. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, 2012, s.132.
6. Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Kazancı, 8. Baskı, 1986, s.129.
7. *Ibid.*

atanmaktaydılar. 27 Mayıs 1960 hükûmet darbesinden sonra kurulan ve "Yassıada Mahkemesi" olarak da bilinen "*Yüksek Adalet Divanı*" da olaydan sonra kurulmuş, hâkimleri olaydan sonra atanmış, tipik bir "olağanüstü mahkeme" niteliğindeydi.

Tartışmalı Örnek: 18 Haziran 2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla kurulan "*Sulh Ceza Hâkimlikleri*"nin tâbiî hâkim ilkesine aykırı olup olmadığı konusunda bkz.: Kemal Gözler, "Sulh Ceza Hâkimlikleri ve Tabiî Hâkim İlkesi: 'Sahur Operasyonu' Hakkında Bir Açıklama", *Güncel Hukuk*, Ekim 2014, s.46-49 (www.anayasa.gen.tr/tabii-hakim.htm).

1982 Anayasası, "tâbiî hâkim" ilkesini "kanunî hâkim güvencesi" başlıklı 37'nci maddesinde şu şekilde düzenlemektedir: "*Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz*".

Anayasamız 140'ıncı maddesinde "hâkimler, *mahkemelerin bağımsızlığı* ve *hâkimlik teminatı* esaslarına göre görev ifa ederler" denmektedir.

B. HÂKİMLERİN BAĞIMSIZLIĞI İLKESİ

Anayasamızın 9'uncu maddesine göre, "yargı yetkisi, Türk milleti adına *bağımsız ve tarafsız* mahkemelerce kullanılır". 138'inci madde ise "hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar" demektedir. Dolayısıyla hâkimler, kararlarını verirken hür olmalı, hiçbir baskı ve tesir altında bulunmamalıdırlar. Hâkimlerin, hem yasama, hem yürütme, hem yargı organı, hem de çevreleri karşısında bağımsız olmaları gerekir.

Anayasamızın "Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlıklı 138'inci maddesinde şöyle denmektedir:

> "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.
>
> Hiçbir organ, makam, merci ve kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.
>
> Görülmekte olan bir dâva hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.
>
> Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez".

C. HÂKİMLİK TEMİNATI

Hâkimlik teminatı, hâkimlerin bağımsızlığını tam olarak gerçekleştirebilmek için, hâkimlerin her türlü maddî ve manevî baskıdan uzak olarak, hu-

zur ve sükun içinde görev yapabilmeleri amacıyla[8] hâkimlerin kendilerine tanınan kişisel güvencelerdir. Görevlerini her türlü maddî ve manevî baskıdan uzak olarak, huzur ve sükun içinde yerine getirebilmeleri için hâkimlerin, azledilmeme, kendileri istemedikçe emekliye sevk edilmeme, maaşından yoksun bırakılmama, kendileri istemedikçe görev yerinin değiştirilmemesi gibi teminatlara sahip olması gerekir (Son teminat Türkiye'de yoktur).

Anayasamızın "hâkimlik ve savcılık teminatı" başlıklı 139'uncu maddesine göre,

> "hâkimler ve savcılar azlolunamazlar, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz".

D. HÂKİMLERİN ÖZLÜK İŞLERİ: HÂKİMLER VE SAVCILAR KURULU



Hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin amacına en uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi açısından uygulamadaki en önemli sorun, "hâkimlerin atama, terfi, nakil, denetim ve disiplin gibi özlük işlerinin ne tür bir organ veya kurul tarafından yapılacağıdır"[9]. Ergun Özbudun'un vurguladığı üzere, "bu işlemlerin yürütme organına bırakılması durumunda hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin değer ve etkililiğini büyük ölçüde yitireceği açıktır"[10]. İşte bu sebeple Anayasamız (m.159), hâkimlerin özlük işleri hakkında karar vermeye yetkili bir Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) (*Council of Judges and Public Prosecutors*)" kurmuştur.

Tarihsel Bilgi: 16 Nisan 2017 referandumuyla onaylanan 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunundan önce, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun adı "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" idi.

Anayasamızın 159'uncu maddenin 16 Nisan 2017 referandumuyla onaylanan 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla kabul edilen yeni şekline göre,

> "Hâkimler ve Savcılar Kurulu onüç üyeden oluşur; iki daire halinde çalışır.
>
> Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabiî üyesidir. Kurulun, üç üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlî yargı hâkim ve savcıları arasından, bir üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî

8. Kuru, *Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, op. cit.*, s.29.
9. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.381.
10. *Ibid.*

yargı hâkim ve savcıları arasından Cumhurbaşkanınca; üç üyesi Yargıtay üyeleri, bir üyesi Danıştay üyeleri, üç üyesi nitelikleri kanunda belirtilen yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilir. Öğretim üyeleri ile avukatlar arasından seçilen üyelerden, en az birinin öğretim üyesi ve en az birinin de avukat olması zorunludur. Kurulun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecek üyeliklerine ilişkin başvurular, Meclis Başkanlığına yapılır. Başkanlık, başvuruları Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyona gönderir. Komisyon her bir üyelik için üç adayı, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada aday belirleme işleminin sonuçlandırılamaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. Bu oylamada da aday belirlenemediği takdirde, her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Komisyon tarafından belirlenen adaylar arasından, her bir üye için ayrı ayrı gizli oyla seçim yapar. Birinci oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu; bu oylamada seçimin sonuçlandırılamaması halinde, ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. İkinci oylamada da üye seçilemediği takdirde en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile üye seçimi tamamlanır.

Üyeler dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler bir kez daha seçilebilir".

Tarihsel Bilgi 1: 16 Nisan 2017 referandumuyla onaylanan 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunundan önce, Hâkimler ve Savcılar Kurulu 22 asıl ve 12 yedek üyeden oluşurdu; 3 asıl ve 3 yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, 2 asıl ve 2 yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, 7 asıl ve 4 yedek üyesi adlî yargı hâkim ve savcıları arasından adlî yargı hâkim ve savcılarınca, 3 asıl ve 2 yedek üyesi idarî yargı hâkim ve savcıları arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca... seçilirdi

Tarihsel Bilgi 2.- 12 Eylül 2010 tarihli halkoylamasından önce, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Başkanı Adalet Bakanıydı. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabiî üyesiydi. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asil ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilirdi.

Anayasamızın 159'uncu maddesine göre HSK'nin "meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz".

KUTU 6.4: HSK'NIN OLUŞUMU HAKKINDA TARTIŞMA

Ülkemizde Hâkimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulunun oluşum tarzı konusunda her zaman yoğun tartışmalar olmuştur. O nedenle bu konuda karşılaştırmalı hukuktaki durumu kısaca hatırlatmakta yarar vardır. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* isimli kitabımızda çeşitli ülkelerde hâkim atama ve hâkimlerin özlük işleri hakkında karar verme yetkisinin kime ait olduğu ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu benzeri kurulların kimlerden ve nasıl oluştuğu incelenmiştir. Bu konuda oraya bakılabilir[11]. Bu kitapta ülke ülke verilen bilgiler şu şekilde özetlenebilir:

ABD, Almanya, Avusturya, Belçika, İngiltere, Japonya, Norveç gibi bazı demokratik ülkelerde hâkimleri atama yetkisi doğrudan doğruya yürütme organına (başkana, bakanlar kuruluna veya adalet bakanına) aittir.

11. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı*, Bursa, Ekin, 2019, s.398-399.

Fransa, Hollanda, İspanya, İsveç, İtalya, Portekiz gibi bazı ülkelerde hâkimleri atama ve özlük haklarında karar verme yetkisi sırf bu amaçla kurulmuş ve genellikle kendilerine "hâkimler yüksek kurulu" veya "yüksek yargı konseyi" ismi verilen kurullara verilmiştir. Bu kurullar, belli ölçüde bağımsızdır; ancak oluşumları itibarıyla yürütme ve yasama organından mutlak bir surette bağımsız oldukları söylenemez. Şöyle:

Hollanda ve İsveç'te bu kurulların bütün üyeleri Bakanlar Kurulu tarafından seçilmektedir.

Fransa, İspanya, İsveç, İtalya, Portekiz gibi ülkelerde ise bu kurulların üyelerinin bir kısmı yasama organı, diğer kısmı da yürütme organı ve bir kısmı da yargı organı mensuplarınca seçilmektedir. Keza bazı ülkelerde bu kurulların üyelerinin bir kısmı sadece hâkim ve savcılar arasından değil, hâkim veya savcı olmayan, hatta hukukçu olmayan kişiler arasından da seçilmektedir. Örneğin Fransa'da 14 üyeli Kurulda 6 üye, İsveç'te 11 üyeli Kurulda 7 üye hâkim olmamak zorundadır. Keza bu kurullarda adalet bakanı gibi yürütmeden gelen üyeler de olabilmektedir.

Görüldüğü üzere karşılaştırmalı hukukta hâkimler yüksek kurulları üyelerinin seçim usûlleri çok çeşitlidir.

Burada özellikle not etmek isteriz ki, yargı bağımsızlığının sadece hâkimler yüksek kurulları üyelerinin seçim usûlüne bağlı olduğu ve bu kurulların seçim usûlü değiştirilerek yargı bağımsızlığının sağlanabileceği sanılmamalıdır. Zira yargı bağımsızlığının sadece hukukî değil, sosyolojik ve psikolojik boyutları da vardır. Çağdaş batı demokrasilerinde hâkimleri atama yetkisi siyasî makamlara ait olsa bile, hâkimler bağımsız davranabilmekte; buna karşılık, otoriter rejimlerde veya melez rejimlerde, atama yetkisi bağımsız kurullarda olsa bile hâkimler bağımsız davranamamaktadırlar. Batı demokrasilerinde, hâkimleri atama yetkisinin siyasî makamlara verilmesi büyük sakıncalara yol açmaz iken, otoriter rejimlerde veya melez rejimlerde bu yetkinin siyasî makamlara bırakılması, bu rejimlerde zaten zayıf olan hâkim bağımsızlığını daha da zayıflatmaktadır. Bu nedenle bu ülkelerde, örneğin Türkiye'de, hakim bağımsızlığını hâkimler yüksek kurullarının oluşum tarzıyla açıklamak çok da doğru değildir.

VIII. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

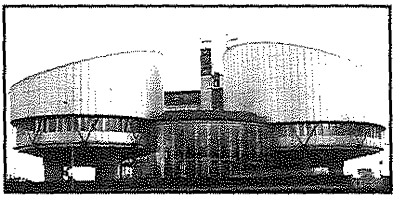
Avrupa Konseyi çerçevesinde 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi [AİHS] (*European Convention of Human Rights [ECHR]*)" birçok temel hak ve hürriyeti tanımakta ve bunların korunması için güvenceli bir sistem getirmektedir. Sözleşme Türkiye tarafından 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanunla onaylanmıştır. AİHS, (1.11.1998'de yürürlüğe giren 11 nolu Protokol ile değiştirilen şekline göre), "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi [AİHM] (*European Court of Human Rights [ECrHR]*)" isimli bir mahkeme kurmaktadır. Sözleşmede tanınan temel hak ve hürriyetleri, Sözleşmeyi imzalayan bir devlet tarafından ihlâl edilen kişiler, bu devlete karşı, bu Mahkemeye "bireysel başvuru (*individual application*)" denen bir usûlle başvurabilirler.

Bir kişinin Mahkemeye başvurabilmesi için öncelikle aleyhine başvuracağı ülkede hakkını araması, yani "iç hukuk yollarını tüketmesi (*exhaustion of domestic remedies*)" gerekmektedir (AİHS, m.35). Kişiler, iç hukukta hakkını aradıktan ve bu konuda olumsuz nihaî kararı aldıktan sonra *altı ay içinde* yazılı olarak Strasbourg'ta bulunan AİHM'ye başvurmalıdırlar

(m.35/1). Mahkemenin yargılama dili İngilizce veya Fransızcadır. Ancak, başvuru mektubu Konsey üyesi devletlerin birinin diliyle (örneğin Türkçe) de yazılabilir.

KUTU 6.5: AİHM Başvuru Adresi.- Registry of the European Court of Human Rights, FR67075 Strasbourg, France. Mahkemeye İngilizce, Fransızca veya Avrupa Konseyi üyelerinin birinin diliyle (örneğin Türkçe) yazılmış bir mektupla başvurulabilir.

İnternet adresi: http://www.echr.coe.int.



Mahkeme, yapılan başvuruları önce ön koşullar açısından inceler. Buna "kabul edilebilirlik (*admissibility*) incelemesi" denir. Başvuru ön koşullar açısından eksik ise Mahkeme başvurunun "kabul edilemez (*inadmissible*)" olduğuna karar verir (m.35/2). Bu karar kesindir. Bu karara karşı başvuru yolu yoktur. Başvuru ön koşulları taşıyorsa, Mahkeme başvurunun "kabul edilebilir (*admissible*)" olduğuna karar verir. Bu karardan sonra Mahkeme, esas hakkında karar vermeden önce, taraflara "dostane çözüm (*friendly settlement*)" önerebilir (m.39). Taraflar (yani bireysel başvuru sahibi ile devlet) kendi aralarında uzlaşırlar ve bu uzlaşma da Mahkemece benimsenirse, başvuru sonuçlanmış olur (m.39).

Dostane çözüm yoluyla bir sonuca ulaşılamamışsa, mahkeme başvuruyu "esas (*merits, fond*)" bakımından inceler; tarafların yazılı görüşlerini alır; gerekli görürse duruşma yapar, tanık dinler, keşif yapar. Mahkeme başvuru sahibinin Sözleşmede tanınan bir hakkının devlet tarafından ihlâl edildiği kanısına varırsa, "hakkaniyete uygun bir surette zarar gören tarafın tatmini (*just satisfaction*)" ne hükmeder (m.41). Yani AİHM'nin hükmedebileceği müeyyide, devleti "tazminat" ödemeye mahkûm etmekten ibarettir. Mahkemenin, devletin Sözleşmeye aykırı işlemini iptal etme gibi bir yetkisi yoktur. Devlet de Mahkeme tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bulunan eylem ve işlemini geri almak zorunda değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bağlayıcıdır (m.46). Ancak bu kararların cebrî icrası mümkün değildir. Mahkemenin kararlarının uygulanıp uygulanmadığı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenir (m.46).

4 Aralık 2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa (m.311/1-f), 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa (m.375/1-i) ve 6 Ocak 1982 tarih ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununa (m.53/1-ı) göre, bir Türk mahkemesi kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararıyla tespit edilmesi durumunda, hakkında karar verilen kişi, AİHM kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde (HMK'ya göre 3 ay içinde), bu sebepten Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı karar veren Türk mahkemesinden "yargılamanın yenilenmesi (*new trial*)"ni isteyebilir. ■

Bölüm 7
HUKUK SİSTEMLERİ

Bibliyografya.- Özsunay, *op. cit.*, s.51-87; Gözübüyük, *op. cit.*, s.12-14; Göğer, *op. cit.*, s.65-69; Bilge, *op. cit.*, s.73-75; Esener, *op. cit.*, s.17-20; Fendoğlu, *op. cit.*, s.34-38; Coşkun Üçok ve Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1982, s.289-303; René David ve Camille Jouffret-Spinosi, *Les grands systèmes du droit contemporains*, Paris, Dalloz, 10. Baskı, 1992.

Günümüzde çeşitli ülkelerde değişik hukuk sistemleri uygulanmaktadır. Bu sistemler kabaca "Kara Avrupası hukuk sistemi", "Anglo-Sakson sistemi, "İslam hukuku sistemi" ve "sosyalist hukuk sitemi" olarak dört gruba ayrılabilir. Dolayısıyla bu bölümün planı şu şekilde olacaktır:

PLÂN:
I. Kara Avrupası Hukuk Sistemi
  A. Tarihi Gelişim
  B. Kara Avrupası Hukuk Sisteminin Özellikleri
II. *Common Law* Sistemi (Anglo-Sakson Sistemi)
  A. İngiliz Hukukunun Doğumu ve Gelişimi
  B. Anglo-Sakson Sisteminin Özellikleri
III. İslam Hukuku Sistemi
IV. Sosyalist Hukuk Sistemi

Kara Avrupası hukuk sitemiyle başlayalım:

I. KARA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİ[1]

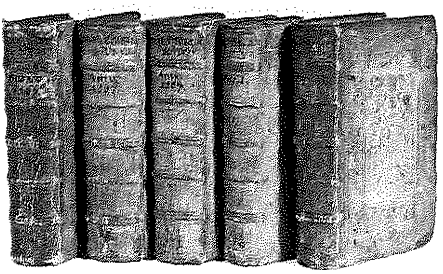
"Kara Avrupası" veya "Kıta Avrupası" deyiminden İngiltere hariç Avrupa anlaşılır. "Kara Avrupası hukuku" terimiyle de kastedilen, büyük ölçüde Roma hukuku kaynaklı olan Fransız, Alman, İtalyan, İsviçre, İspanyol vs. hukuk sistemleridir[2]. Hukuk devriminden sonra yapılan resepsiyonlarla Türk hukuk sistemi de bu sisteme dahil olmuştur. Bu sistemin ilk önce kısaca tarihi gelişimini, sonra da başlıca özelliklerini görelim.

A. TARİHSEL GELİŞİM

Kara Avrupası hukuk sistemi büyük ölçüde Roma hukuku kökenlidir. Roma hukuku, Roma şehrinin kuruluş tarihi olarak kabul edilen M.Ö. 753

1. Özsunay, *op. cit.*, s.56-57; Gözübüyük, *op. cit.*, s.12-13; Bilge, *op. cit.*, s.74; Göğer, *op. cit.*, s.66-67; Fendoğlu, *op. cit.*, s.34-35; Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.290-303.
2. İngilizler, kendi ülkelerinin öncülük ettiği *common law* sisteminin uygulanmadığı ülkelere *civil law countries* diyorlar.

yılından Doğu Roma İmparatoru Iustinianus'un M.S. 565 yılında ölümüne kadar geçen zaman içinde Roma'da ve Roma egemenliği altında bulunan ülkelerde uygulanmış olan hukuktur[3]. Doğu Roma İmparatoru Iustinianus (M.S. 527-565), Roma hukuk kurallarını yazılı bir hale getirmiş ve *Corpus Iuris Civilis* adı verilen bir eserde toplamıştır (M.S. 528-534)[4]. İtalyan üniversiteleri 11 ve 12'nci yüzyıllarda hukuk eğitiminde Roma hukukunu esas aldı. Değişik batı Avrupa ülkelerinden gelen öğrenciler bu hukuku öğrendiler ve ülkelerine döndüklerinde bu hukuku öğretmeye ve uygulamaya başladılar[5]. Böylece Roma hukuku İtalya'dan Kara Avrupasına yayıldı. Bu suretle Roma hukuku Kara Avrupası ülkeleri tarafından iktibas (*réception*) edilmiş oldu. Ancak bu iktibas yerel hukukları bertaraf edememiştir.



Corpus Iuris Civilis, 5 Cilt, Antverpiae, Christophori Plantini, 1567 Baskısı (www.the-saleroom.com/...)

B. KARA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİNİN ÖZELLİKLERİ

Şüphesiz Kara Avrupası sistemine dahil ülkelerin hukukları arasında sayısız farklılıklar vardır. Ama bunların arasında ortak özellikler olup, diğer sistemlerden (örneğin *common law* sisteminden) bu ortak özellikleriyle ayrılırlar. Şimdi bu ortak özellikleri kısaca görelim.

1. Tedvin Edilmiştir

Kara Avrupası hukuk sistemi tedvin *(codification)* edilmiş hukuklardan oluşur. Tedvin, ileride onuncu bölümde göreceğimiz gibi, yazısız hâlde bulunan kuralların derlenip bir kanunnamede (*code)* toplanması demektir. Roma hukuku *corpus iuris civilis* ile bizzat tedvin edilmiştir. Modern anlamda ilk tedvin hareketleri Fransa'da XIV. Louis zamanında başlar. 1669 yılında medenî usûl hukuku, 1670 yılında ceza usûl hukuku, kararname adı verilen kanunlarla tedvin edilmiştir. Ama Fransa'da asıl tedvin, medenî hukuk alanında, ihtilalden sonra 1804 tarihli kendisine Napolyon Kanunu (*Code napoléon*) da denilen Medenî Kanun (*Code civil*) ile olmuştur[6]. Almanya'da 1800'lerin başından itibaren hukukun tedvin edilmesi hararetle tartışılmış olmasına rağmen, ancak 1896'da bir Alman Medenî Kanunu kabul edilebilmiştir (1900 yılında yürürlüğe giren bu kanun BGB harfleriyle kısaltılır)[7].

3. Özcan Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, AÜHF Yayınları, 3'üncü Bası, 1982, s.1.
4. Karadeniz-Çelebican, *op. cit.*, s.42-43. Bu eserin oluşması ve bölümleri hakkında bkz. Karadeniz-Çelebican, *op. cit.*, s.47-56.
5. Karadeniz-Çelebican, *op. cit.*, s.76.
6. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.291-292.
7. Almanya'da tedvin hareketleri için bkz. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.293-301.

İsviçre'de borçlar hukuku, 1874'te çıkarılan Borçlar Kanunu ile medenî hukuk alanı da 1907'de kabul edilen İsviçre Medenî Kanunu ile tedvin edildi[8]. Bu Kanun, Türkiye'de 1926 Türk Medenî Kanunuyla iktibas edilmiştir. İtalya'da medenî hukuk alanı ise 1866 yılında yürürlüğe giren Medenî Kanun (*Codice civile*) ile tedvin edilmiştir[9].

İstisna: Fransa'da ve Türkiye'de idare hukuku "tedvin (*codifié*)" edilmemiş bir hukuk dalıdır[10]. Yani bu hukuk dalının kuralları dağınık hâlde bulunur. Bu kurallar derlenip, bir kanunda (*code*) madde madde sayılmamıştır. Oysa medenî hukukun kuralları Medenî Kanunda, ceza hukukunun kuralları Ceza Kanununda, ticaret hukukunun kuralları Ticaret Kanununda toplanmıştır. Fransa'da ve Türkiye'de idare hukukunun değişik alanlarına ilişkin pek çok sayıda kanun olsa da, idare hukukunun bütününü sistematik bir şekilde düzenleyen, Medenî Kanun, Ticaret Kanunu, Ceza Kanunu benzeri bir "İdare Kanunu" yoktur.

2. Yazılıdır (Örf ve Âdet, Hukukun Ancak Tamamlayıcı Kaynağıdır)

Kara Avrupası hukuk sisteminin başlıca özelliği kurallarının büyük ölçüde yazılı olmasıdır. Bu sistemde hukukun biçimsel kaynakları esas itibarıyla anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik gibi yazılı kurallardan oluşur. Örf ve âdet bu hukuk sisteminde hukukun tamamlayıcı kaynağı durumundadır. Geçerliliği için, yazılı hukukun örf ve âdet hukukunu tanıması gerekir. Yani örf ve âdet hukuku bu sistemlerde geçerliliğini bizatihi kendisinden değil, anayasa ve kanunlardan alır.

3. İçtihat Hukukun Asıl Kaynağı Değildir

Aşağıda yedinci bölümde göreceğimiz gibi Kara Avrupası hukuk sisteminde içtihat hukukun ancak yardımcı kaynağıdır. Kural olarak bir mahkemenin kararı kendisini ve bir üst mahkemenin kararı alt mahkemeyi bağlamaz. Yani belli bir olayda belli bir karar veren mahkeme, benzer bir olayda tamamen başka bir karar verebilir. Keza bir alt mahkeme belli bir olayda üst mahkemenin belli bir şekilde verdiği kararı izlemeyebilir. İçtihat bu sistemlerde biraz sonra göreceğimiz *common law* sisteminde olduğu gibi hukukun asıl kaynağı değil, olsa olsa yardımcı kaynağıdır.

İstisna: Fransa'da ve Türkiye'de idare hukuku büyük ölçüde "içtihadî (*jurisprudentiel*)" bir hukuk dalıdır[11]. İkinci sınıfta idare hukuku

8. İsviçre'de tedvin hareketleri için bkz. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.301-303.
9. İtalya'daki tedvin hareketleri için bkz. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.303-304.
10. Rivero, *op. cit.*, s.29; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.15; Özyörük, *op. cit.*, s.139; Günday, *op. cit.*, s.26; Giritli, Bilgen ve Akgüner, *op. cit.*, s.16; Duran, *op. cit.*, s.30; Eroğlu, *op. cit.*, s.29; Peiser, *op. cit.*, s.6; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.88-89;
11. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.15-20; Rivero, *op. cit.*, s.29; Chapus, *op. cit.*, c.I, s.6; Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.89; Prosper Weil, *Le droit administratif*, Paris, PUF, 1991, s.23; Özyörük, *op. cit.*, s.142; Günday, *op. cit.*, s.26; Duran, *op. cit.*, s.31; Peiser, *op. cit.*, s.6.

derslerinde görüleceği gibi gerek Fransa'da, gerekse Türkiye'de idare hukuku kurallarının önemli bir kısmı, özellikle bu hukuk dalının en temel kuralları, kanun koyucu tarafından konulmamıştır. İdare hukuku bir "yargıç yapısı hukuk (*droit prétorien*)"tur[12]. Yani idare hukuku kuralları, idarî yargı organlarının uzun bir zaman boyunca somut olaylarda verdikleri kararlarla oluşmuştur[13]. Bununla birlikte, idare hukuku alanında birçok kanun vardır[14]. İdare hukuku alanında bir kanun varsa, hâliyle idarî yargı hâkimi içtihadı değil, öncelikle kanunu uygulayacaktır. İdare hukuku alanında bazı kanunlar olmasına rağmen, bu hukuk dalının temel kavram, ilke ve teorilerini (örneğin idarî işlem, idarî sözleşme, düzenleyici işlem, idarî sorumluluk, kamu hizmeti, kolluk, kamu malı vs.) belirleyen medenî kanun, borçlar kanunu benzeri genel ve temel kanunlar yoktur. Bunlar, mahkeme içtihatlarıyla oluşturulmuştur[15].

4. Özel Hukuk – Kamu Hukuku Ayrımı Vardır

Kara Avrupası hukuk sisteminde kamu hukuku özel hukuk ayrımı vardır. Bu ayrımın ne olduğunu ve hangi ölçütlere dayandığını yukarıda beşinci bölümde gördük. O bölümde de açıkladığımız gibi, bu ayrım çok eskidir ve Roma hukukuna dayanır. *Corpus iuris civilis*'e göre, kamu hukuku (*ius publicum*), Roma devletine; özel hukuk (*ius privatum)* ise bireylerin yararına ilişkindir[16]. Modern Kara Avrupası hukuk sistemlerinde, anayasa hukuku, idare hukuku, vergi hukuku gibi alanlar kamu hukuku; buna karşılık medenî hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi alanlar da özel hukuk olarak kabul edilmektedir. Kamu hukuku alanında devlet üstündür, egemen konumdadır. Özel hukuk alanında ise genellikle iki özel kişi arasında ilişki vardır; devlet kural olarak bu ilişkiye müdahale etmez, bu iki kişi kural olarak eşit konumdadır[17]. Bunun sonucu olarak, benzer nitelikteki hukukî olay ve ilişkilere Kıta Avrupasında değişik hukuklar uygulanabilir. Örneğin zarar veren kişi, özel kişiyse ondan tazminat medenî hukuk ilkelerine göre, bir kamu kişisiyse idare hukuku ilkelerine göre istenir.

5. Yargı Ayrılığı Vardır

Kara Avrupası hukuk sisteminin önemli ayırıcı özelliklerinden birisi de yargı ayrılığının olmasıdır. Kara Avrupası hukuk sistemine mensup ülkelerde mahkemeler en az iki ayrı düzen oluşturur. Adli yargı ve idari yargı. Her

---

12. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, s.15; Jean-Michel de Forges, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1991, s.13.
13. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.89.
14. Örneğin 10 Haziran 1949 tarih ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 3 Temmuz 2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu, 18 Mart 1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu, 6 Ocak 1982 tarih ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu gibi. Keza Almanya gibi bazı ülkelerde İdarî Usûl Kanunları da vardır.
15. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, *op. cit.*, s.15.
16. *Corpus iuris civilis*, Digesta, I, 1, 2. Aktaran: Karadeniz-Çelebican, *op. cit.*, s.104.
17. Kamu hukuku ayrımının kriterleri ve bu ayrımdan doğan sonuçlar için yukarıdaki beşinci bölüme bakınız.

iki gruba dahil mahkemelerin de kendi üst mahkemeleri vardır. İdari yargı genelde kamu hukuku alanında, adlî yargı ise genelde özel hukuk ve ceza hukuku alanında görevlidir. Örneğin Fransa'da ve Türkiye'de idare hukukuna giren uyuşmazlıklara bakmakla görevli idari yargı vardır. Bu yargının tepesinde Fransa'da *Conseil d'Etat*, bizde de Danıştay vardır.

II. *COMMON LAW* SİSTEMİ (ANGLO-SAKSON SİSTEMİ)[18]

İngiltere'de doğmuş olan "*common law* ['komın lo' okunur] sistemi" veya "Anglo-Sakson sistemi", başta İngiltere (İskoçya hariç), Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya, Güney Afrika, Hindistan ve eski İngiliz sömürgesi olan birçok ülkede uygulanmaktadır.

A. İNGİLİZ HUKUKUNUN DOĞUMU VE GELİŞİMİ[19]

Common law sistemi İngiltere'de doğmuş ve gelişmiştir. On birinci yüzyıla kadar İngiltere'de hukukî birlik yok idi. Ülkede örf ve âdete dayanan kurallar bir yerden diğerine değişiyordu.

1. *Common Law*

1066 yılında İngiltere Normanlar tarafından istila edildi. Normanlar, adalet dağıtmak için, ülkenin değişik yerlerine gezici yargıçlar gönderdiler. Bu gezici yargıçlar, ülkenin çeşitli yörelerindeki örf ve âdet kurallarından ihtiyaçlara en uygun gelenlerini seçerler ve kararlarında bunlardan faydalanırlardı. İşte bu seyyar hâkimler, İngiltere'nin ortak bir hukuka sahip olmasını sağlamışlardır. Yargıçlar tarafından yaratılan ve İngiltere'nin eski örf ve âdetlerine dayanan bu hukuka "*common law* (['komın lo' okunur] ortak hukuk)" denmektedir[20].

İngiltere'de *common law*'nun oluşup gelişmesi XII'nci yüzyılda sona ermiştir. O zamandan beri *common law* hâkimler tarafından muhafazakar bir şekilde tatbik edilmektedir. *Common law* oldukça katı ve şekilcidir. Örneğin dava açabilmek için *Lord Chancellor* ['Lord Çansılır' okunur (Adalet Bakanı)]"dan bir "*writ* (['rit' okunur] (yazı, irade, ferman)" satın almak gerekiyordu ve 1285'ten beri *writ* çeşitleri dondurulmuştu. *Writ*'a uydurulamazsa dava açılamıyordu. Keza *common law*'a göre sözleşmeye uymayan tarafı mahkemeler sadece tazminat ödemeye mahkûm ediyordu (aynen ifa gibi müeyyideler yoktu).

---

18. Özsunay, *op. cit.*, s.57-63; Gözübüyük, *op. cit.*, s.13; Göğer, *op. cit.*, s.67-68; Bilge, *op. cit.*, s.75; Fendoğlu, *op. cit.*, s.35-36; Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.290; A.K.R. Kiralfy, *The English Legal System*, London, Sweet&Maxwel, 1990, s.1-193.
19. Kiralfy, *op. cit.*, s.1-10.
20. Göğer, *op. cit.*, s.67.

2. *Equity Law*[21]

Common law mahkemelerinde (*Courts of Common Law* ['Korts of Komın Lo' okunur]) adalet bulamayanlar, "Tanrı aşkına ve merhameten (*for the love of God and the way of charity*)" Krala başvurmaya başladılar[22]. Kral önce bu dilekçeleri *Curia Regis*'te (Divan-ı Hümayun'a benzer bir kurul) çözmeye çalıştı. Sonra bu işi *Lord Chancellor*'a bıraktı. Böylece XIV'üncü yüzyıldan itibaren "*Chancellor Mahkemesi (Court of Chancery* ['Kort of Çansıri' okunur])" kuruldu. Bu Mahkeme *writ* koşulu aramıyordu. Serbestçe yazılmış bir "dilekçe (*petition* ['pitişın' okunur]) ile dava açılabilirdi. Bu Mahkemede, biçimsel *common law*'un eksikliklerini gidermek için birtakım hakkaniyet ve nesafet kuralları (*rules of equity*) geliştirildi[23]. 1474 yılında bu hakkaniyet kuralları tam anlamıyla belirginleşmiştir. İşte bu kurallardan oluşan ve bu mahkeme tarafından uygulanan hukuka "*equity law* (['ekwiti lo' okunur] hakkaniyet veya nesafet hukuku)" denir[24].

Chancery Mahkemesinin uyguladığı *equity law* öylesine gelişti ki 16'ncı yüzyıldan itibaren *common law* ile çatışmaya başladı. 1603-1625 yılları arasında hüküm süren James I, çatışma hâlinde *equity law*'ın üstün olacağına karar verdi. Ancak bu keşmekeş, 1873-1875 tarihli "*Judicature Act* [*cudikıçır akt* okunur]"lara kadar devam etti. Bu *Act*'lara göre, bütün mahkemeler duruma göre hem *common law*'yu hem de *equity law*'yu uygulama hakkına kavuşmuşlardır[25].

3. *Statute Law*[26]

19'uncu yüzyıldan bu yana yeni sosyal ve ekonomik sorunlar ortaya çıktı. Bu yeni sorunların *common law* veya *equity law* ile çözümü mümkün değildi. Bu yeni sorunların çözümü için yasama yoluyla kurallar çıkarılması yöntemi benimsendi[27]. İşte yasama yoluyla kabul edilen bu kurallara "*statute law* (['steyçıt lo' okunur] kanun hukuku)" denir. Diğer bir ifadeyle, *statute law* İngiliz Parlamentosunun koyduğu kurallardır. Hâkimler kanun koyucunun koyduğu bu kuralları (*statute law*) da uygulamak zorundadır.

"Common law" ifadesi geniş anlamda kullanıldığında, sadece 12'nci yüzyılda oluşumunu tamamlamış *common law*'u değil, aynı zamanda *statute law*'u ve *equity law*'u da kapsar. Özellikle Kıta Avrupası sistemiyle karşılaştırma yapılırken kullanılan "*common law* sistemi" ifadesinden, sadece yukarıdaki dar anlamıyla *common law* değil, aynı zamanda *equity law* ve *statute law*'dan oluşan hukuk anlaşılır.

---

21. Kiralfy, *op. cit.*, s.16-19.
22. Özsunay, *op. cit.*, s.60.
23. Örneğin: *Equity will not suffer a wrong to be without remedy. Equity looks to the intent rather than to the form. He who seeks equity must do equity.* Bkz. Eroğul *op. cit.*, s.30.
24. Cem Eroğul, *Çağdaş Devlet Düzenleri: İngiltere, Amerika, Fransa,* Ankara, İmaj, 1996, s.30.
25. Eroğul, *op. cit.*, s.31; Kiralfy, *op. cit.*, s.18.
26. Kiralfy, *op. cit.*, s.98-108.
27. Özsunay, *op. cit.*, s.600.

B. ANGLO-SAKSON SİSTEMİNİN ÖZELLİKLERİ

İşte şimdi bu geniş anlamda *common law* sisteminin, diğer bir ifadeyle Anglo-Sakson sisteminin özelliklerini göreceğiz:

1. Tedvin Edilmemiştir

Common law tedvin edilmemiştir. Hukuk kuralları örf ve âdet kurallarından ve çok sayıda mahkeme içtihatlarından oluşur. Bununla birlikte İngiliz hukukunda 19'uncu yüzyılın sonlarından itibaren kanunlaştırma yoluna gidildiği görülmektedir. İngiliz hukukunda kanunlaştırma faaliyeti sonucu konulan hukuk kurallarına *statute law* (kanun hukuku) denir. Ancak *statute law* Kıta Avrupası hukuk sistemindeki kanunlarla karşılaştırılamayacak kadar azdır. İngiltere'de anayasa hukuku da tedvin edilmemiştir. Yazılı bir anayasa yoktur. Buna karşılık Amerika'da yazılı bir anayasa vardır.

2. Örf ve âdet, Hukukun Asli Kaynakları Arasında Yer Alır

Common law sisteminde örf ve âdet kuralları hukukun asıl kaynakları arasındadır. Örf ve âdet hukuku geçerliliğini yine kendisinden alır. Kıta Avrupasındakinin tersine, hâkimlerin örf ve âdet hukukunu uygulayabilmesi için yazılı kanunların bu hukuka atıfta bulunmasına gerek yoktur. Örf ve âdet hukukunun geçerliliği, örf ve âdet hukukundan kaynaklanır. Yani örf ve âdetin, hukuk yaratıcısı bir olay olduğu yolunda bir örf ve âdet kuralı vardır.

3. İçtihadî Niteliktedir

Anglo-Sakson hukuk sistemi esas itibarıyla içtihadî niteliktedir. Yani bu sistemde içtihat, hukukun bir kaynağıdır. İçtihat *(jurisprudence*[28]*)*, mahkemeler tarafından verilen kararlardan çıkan hukuk kurallarıdır[29]. Anglo-Sakson sisteminde bir mahkemenin vermiş olduğu bir kararda ifade ettiği ilke veya kural, hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir. Bu sistemde emsal *(precedent)* teşkil eden karara mahkemelerin uyması zorunludur. Buna *stare decisis* ilkesi denir. Üst mahkeme kararları veya aynı mahkemenin aynı konuda daha önce verdiği karar emsal teşkil eder. Bu emsal kararlarının *(precedent)* asıl gerekçesi veya temel hukukî dayanağı *(ratio decidendi)* bağlayıcı *(binding)* dır. Ama kararın doğruluğunu kanıtlamak için kullanılan yan kanıtlar ve destekler *(obiter dictum)* bağlayıcı değil, yol göstericidir *(persuasive precedent)*[30]. İşte Anglo-Sakson sisteminde *precedent*'ların *ratio decidendi*'leri hukuk kuralı olarak uygulanır.

---

28. Bu kelime Latince *ius (juris)* hukuk ve *prudens* (tedbirli, deneyimli, bilge) kelimelerinden oluşmaktadır.
29. Bekaert, *op. cit.*, s.287.
30. Eroğul, *op. cit.*, s.28.

Bu içtihadî hukukun temelinde, bir mahkemenin verdiği bir kararda herhangi bir kuralı kabul etmişse, bu mahkemenin kendisinin dahi bu kuraldan dönmemesi gerektiği ilkesi yatar.

Kıta Avrupasında hâkimler genel soyut kuralları içeren kanunları somut olaylara uygularlar. Oysa Anglo-Sakson hukukunda hâkimler, ilk önce, önündeki olaya benzer olayda daha önce kendisinin veya üst mahkemelerin verdiği kararı (emsal, *precedent)* araştırır. Böyle bir karar bulursa bunu örnek alır. Yeni olay hakkında ona göre karar verir. İşte bundan dolayı Anglo-Sakson hukukuna *case law* (vak'a hukuku, örnek olay hukuku) denir. *Case law* zor bir hukuk sistemidir; çünkü, mesela İngiltere'de örnek alınabilecek, yani emsal olarak kullanılabilecek 300.000 dolayında karar (*precedent*) vardır[31].

Yeni *precedent*'ların oluşması hukukun yaratılması anlamına gelir. O hâlde bu sistemde, *statute law* dışında, hukukun gerçek yaratıcısı bizzat hâkimlerdir. Parlamento, sadece *statute law*'ın yaratıcısıdır. İşte bu anlamda İngiliz hukuku bir "hâkimler tarafından yaratılmış hukuk (*judge-made law*)"tur[32].

İçtihadîliğin Avantaj ve Dezavantajları.- Bir hukuk sisteminin bütünüyle veya Fransa'da ve Türkiye'de olduğu gibi idare hukuku gibi bir hukuk dalının içtihadî nitelikte olmasının bazı *avantaj* ve *dezavantajları* vardır. Bir hukuk sisteminin veya dalının içtihadî olmasının avantajı bu hukuk dalına esneklik sağlaması, *dezavantajı* ise hukukî belirsizliğe yol açmasıdır[33]. Ayrıca idare hukukunun içtihadî nitelikte olması yüzünden bu hukuk dalının kuralları dağınık hâlde bulunur ve bu nedenle de öğrenilmeleri çok zordur[34].

4. Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayrımı Yoktur

Anglo-Sakson sisteminde kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur. Hukuk bütün dallarıyla aynı hukuktur (*common law*). Bu şu anlama gelir ki, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar hangi hukuka göre çözümleniyorsa, devlet ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar da aynı hukuka göre çözümlenir. Örneğin zarar veren kişi, ister bir özel kişi, isterse bir kamu tüzel kişisi olsun, verdiği zarar aynı ilkelere göre tazmin edilir.

5. Yargı Birliği İlkesi Geçerlidir

Anglo-Sakson sisteminde yargı birliği hâkimdir. Yani mahkemeler adli mahkemeler ve idare mahkemeleri şeklinde ikiye ayrılmamıştır. Tüm mahkemeler, değişik isimler taşısa da, aynı üst mahkemelere, nihayette tek ve en yüksek mahkemeye tabidir (Örneğin ABD'de Federal Yüksek Mahkeme).

---

31. *Ibid.*, s.29. 32. Özsunay, *op. cit.*, s.59.
33. Peiser, *op. cit.*, s.6; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.15.
34. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.16.

Bu şu anlama gelir: İster bir özel kişiye karşı dava açılsın, isterse devlete karşı dava açılsın, davalı veya davacı kim olursa olsun görevli mahkeme aynı mahkemedir. Kısacası *common law* sisteminde idare mahkemeleri ve bunların üst mahkemesi durumunda bir danıştay veya devlet şurası yoktur.

III. İSLAM HUKUKU SİSTEMİ[35]

İslam hukukunun diğer adı "fıkıh"tır[36]. Fıkhın dine ait kurallarına "ibadat", eşya ve borçlar hukukuna ait kurallarına "muamelat", evlenme ve boşanma ile ilgili kurallarına "münakehat", miras hukukuna dair kurallarına "feraiz" ve ceza hukukuna ilişkin kurallarına "ukubat" denir[37]. Fıkıh ilminin tanımı ve bölümleri Mecellenin ilk maddesinde mükemmel bir şekilde açıklanmıştır. Aşağıya Mecellenin ilk maddesinin yazı çevrimli orijinal metni ve İngilizce çevirisi konulmuştur.

KUTU 7.1: MECELLE'DE FIKIH İLMİNİN AÇIKLANMASI

MECELLE-İ AHKAM-I ADLİYE

Makale-i Ula
İlm-i fıkhın tarif ve taksimi beyanındadır.

MADDE 1.- *İlm-i fıkh mesâil-i şer'iyye-i ameliyyeyi bilmekdir.*

Mesâil-i fıkhiyye ya emr-i âhirete taallûk eder ki ahkâm-ı *ibâdâtdır* veyâhud emr-i dünyâya taallûk eder ki *münâkehât* ve *muâmelât* ve *ukûbât* kısımlarına taksîm olunur.

Şöyleki Cenâb-ı Hakk, bu nizâm-ı âlemin vakt-i mukaddere dek bekâsını irâde edib, bu ise nev'-i insânın bekâsına ve nev'in bekâsı tenâsül ve tevâlüd içün zükûr ve inâsın izdi-vâcına menûtdur. Ve bir de nev'in bekâsı eşhâsın adem-i inkıtâ'ıyladır. İnsân ise i'tidâl-i mi'zâcı hasebiyle bekâda gıdâ ve libâs ve meskence umûr-ı sınâ'iyyeye muhtâc olur. Bu dahi efrâdı beyninde te'âvün ve iştirâk husûlüne tevakkuf eder. Elhâsıl insân medeniyy-üt-tab' olduğundan, sâir hayvânât gibi münferiden yaşamayıb, bast-ı bisât-ı medeniyyet ile yekdiğere mu'âvenet ve müşârekete muhtâcdır.

THE MEJELLE

Part I: Definition and Classification of Islamic Jurisprudence

ARTICLE 1.- *The science of Islamic jurisprudence consists of a knowledge of the precepts of the Divine Legislator in their relation to human affairs.*

The questions of Islamic jurisprudence either concern the next world, being known as rules relating to worship, or to this world, being divided into sections dealing with domestic relations, civil obligations and punishments.

Thus Allah decreed the continuation of the world until the appointed time. This, however, can only occur by mankind being perpetuated which is dependent upon marriage of male and female with a view to procreation. Moreover, the continuation of the human species is assured by individuals association together. Man, however, is view of the weakness of his nature is dependent upon food, clothing, housing and the industries for his subsistence. In other words, in view of the fact that man is a civilised being, he cannot live in solitude like the other animals, but is in need of co-operation and association in work with his fellow men in order to live in a state of civilisation.

35. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.45-317; Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukuku Metodolojisi: Fıkıh Usûlü*, Çeviren Abdülkadir Şener, Ankara, Fecr Yayınevi, 1994, *passim*; Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukuku*, İstanbul, Arı Sanat Yayınları, 2006, s.63-152; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Dördüncü Baskı, 2002, s.12-29; Özsunay, *op. cit.*, s.77-90; Gözübüyük, *op. cit.*, s.14; Bilge, *op. cit.*, s.74; Fendoğlu, *op. cit.*, s.37-38.
36. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.45; Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, op. cit.*, s.7.
37. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.45-46.

Hâlbuki her şahs, kendüye mülâyim olan şeyi taleb ve müzâhim olan şeye gazâb eder olduğundan, beyinlerinde adl ü nizâmın halelden mahfûz kalması için, gerek izdivâc ve gerek mâ-bihi't-temeddün olan te'âvün ve iştirâk husûslarında bir takım kavânîn-i müeyyide-i şer'iyyeye muhtâc olur ki evvelkisi fıkhın *münâkehât* kısmı ve ikincisi *muâmelât* kısmıdır ve emr-i temeddünün bu minvâl üzre pâyidâr olması için ahkâm-ı cezâ tertîbi lâzım gelib, bu dahi fıkhın *ukûbât* kısmıdır.

İşbu muâmelât kısmının kesîrü'l-vuku' olan mesâili, kütüb-i mu'tebereden cem' ile kitâblara ve kitâblar bâblara ve bâblar fasıllara taksîm olunmak üzere bu Mecelle'nin te'lîfine ibtidâr olunmuşdur. İşte mehâkimde ma'mûlün bih olacak mesâil-i fer'iyye bervech-i âti ebvâb ve fusûlde zikrolunacak mesâildir. Ancak muhakkıkîn-i fukahâ, mesail-i fıkhıyyeyi bir takım kavâid-i külliyyeye ircâ etmişlerdir ki her biri nice mesâili muhît vemüştemil olarak kütüb-i fıkhiyyede müsellemâtdan olmak üzre bu mesâilin isbâtı için delîl ittihâz olunur.

Ve evvel-i emirde bu kavâidin tefehhümü mesâile istinâs hâsıl eder ve mesâilin zihinlerde tekarrürüne vesîle olur. Binâen alâ zâlik, doksan dokuz kâide-i fıkhiyye cem' ile maksûda şürû'dan mukaddem, bervech-i âti makâle-i sâniye olmak üzere îrâd olunur ve eğerçi bunlardan ba'zısı münferiden ahzolundukda ba'zı müstesneyâtı bulunur ise de, yekdiğerini tahsîs ve takyîd etdiklerinden, min-hays-il-mecmû' külliyyet ve umûmiyyetlerine halel gelmez.

Kaynak: Ali Himmet Berki (Der.), Ali Himmet Berki (Haz.), *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, Ankara, BTHA Enstitüsü, 1959, s.17-18; Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul, KTB Yayınları, 2008, s.76-77.

Every person, however, asks for the things which he likes and avoids things which are disagreeable to him. As a result, it has been necessary to establish laws of a nature likely to maintain order and justice as regards marriage, mutual help and social relations, which are the basis of all civilisation. The first division of Islamic jurisprudence is the section dealing with domestic relations. The second is the section dealing with civil obligations. In view of the fact that the continuance of civilisation on this basis necessitates the drawing up of certain matters relating to punishments, the third section of Islamic jurisprudence deals with punishments.

As regards the section dealing with civil obligations, the questions which are of the most frequent occurrence have been collected together from reliable works and set out in this Code in the form of Books. These Books have been divided into Chapters and the Chapters into Sections. The questions of detail which will be applied in the courts are those questions which are set out in the following Chapters and Sections. Islamic jurists, however, have grouped questions of Islamic jurisprudence under certain general rules, each one of which embraces a large number of questions and which, in the treatises on Islamic jurisprudence, are taken as justification to prove these questions.

The preliminary study of these rules facilitates the comprehension of the questions and serves to fix them in the mind. Consequently, ninety nine rules of Islamic jurisprudence have been collected together as follows, before commencing on the main work and form part II. Although a few of them, taken alone, admit of certain exceptions their general application is in no way invalidated thereby, since they are closely interrelated.

Source: *The Mejelle*, Edited by Jonathan T. Capes, http://www.iiu.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/al_majalleb16.html; http://majalla.org/books/2003/index.htm.

* * *

İslam hukukunun başlıca dört kaynağı vardır: Kur'an, sünnet, icma ve kıyas. Şimdi bunları sırasıyla görelim:

A. KUR'AN (KİTAP)

Kur'an-ı Kerim İslam hukukunun ilk ve en yüksek kaynağıdır. Bir mesele hakkında İslam hukukundaki hükmü bulmak isteyen hukukçunun öncelikle Kur'an-ı Kerime başvurması gerekir[38]. Tabir caiz ise, İslam hukuku normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alır.

Kur'an, Hz. Muhammed'e inen bir kitaptır. Kur'an birden değil, parça parça inmiştir. Hz. Muhammed 40 yaşına girdiği 610 yılından, öldüğü 632 yılına kadar geçen süre içinde, kendisine Allah tarafından Cebrail aracılığıyla ayetler bildirilmiştir. Hz. Muhammed de bu ayetleri etrafındaki Müslümanlara sözlü olarak aktarmıştır. İşte bu ayetlerin hepsine birden Kur'an denir[39].

Kur'an, yazılı olarak indirilmediği gibi, hemen de yazılı hâle getirilmemiştir. Kur'an nesilden nesile tevatür yoluyla geçmiştir[40]. Sahabiler Kur'an'ı Hz. Muhammed'ten öğrendikleri şekliyle ezberlemiş, onlardan sonra da tabiin aynı şekilde Kur'an-ı Kerimi bellemiştir[41]. Kur'an-ı Kerim bugünkü biçimiyle 653 yılında Halife Hz. Osman tarafından yazılı hâle getirilmiştir. Hz. Osman zamanında derlenirken, sureler, geliş sıralarına göre değil, uzunluk sıralarına göre sıralanmıştır[42]. Kur'an-ı Kerim 114 sureden oluşur. Her sure de ayetlerden oluşur. Kur'an'da 6236 ayet vardır[43].

B. SÜNNET (HADİS)

Sünnet, Hz. Muhammed'in söz, fiil ve takrirleridir[44]. Buna göre sünnet üçe ayrılır: Kavlî sünnet, fiilî sünnet ve takrirî sünnet.

Kavlî sünnet, Peygamberin sözle koyduğu kurallardır[45]. Örneğin Hz. Muhammed'in "Ramazan hilalini görünce orucu tutun; Şevval hilalini görünce orucu yiyin"[46] sözü, orucun başlangıcı ve sonu hakkında kavli sünnete, yani sözle koyduğu kurala örnektir.

Fiilî sünnet, Peygamberin yaptığı bir iş, bir hareket ile koyduğu kurallardır[47]. Örneğin Hz. Muhammed'in namaz kılış şekli fiili sünnettir[48]. Namazın nasıl kılınacağına haccın nasıl ifa edileceğine ilişkin kurallar bu şekilde tespit edilmiştir.

---

38. Ekinci, *İslam Hukuku, op. cit.,* s.67.
39. *Ibid.,* s.47.
40. Ebu Zehra, *op. cit.,* s.75.
41. *Ibid.,* s.76-76. 42.
42. Üçok ve Mumcu, *op. cit.,* s.47.
43. Ekinci, *op. cit.,* s.71. Farklı sayı bildiren yazarlar da vardır. Farklılık bir uzun ayetin birden fazla ayete veya bir iki ayetin bir ayet sayılmasından kaynaklanır.
44. Ebu Zehra, *op. cit.,* s.49.
45. Üçok ve Mumcu, *op. cit.,* s.49.
46. Ebu Zehra, *op. cit.,* s.95.
47. Üçok ve Mumcu, *op. cit.,* s.49.
48. Ebu Zehra, *op. cit.,* s.95.

Takrirî sünnet. Peygamberin bir kimseyi bir işi yaparken görüp de engellememek, bir şeyin yapıldığını duyup da ses çıkarmamak yoluyla koymuş olduğu kurallardır[49]. Örneğin, Hz. Muhammed yabani eşek eti yiyenlere bir şey dememiştir[50]. Dolayısıyla bu yönde bir takriri sünnet vardır.

Sünnetin Kitaba Göre Yeri.- İslam hukukunun ikinci kaynağı olan sünnet birinci kaynağı olan Kitab (Kur'an)'ın yardımcısıdır[51]. Bu şu demektir: Sünnet Kur'an'ın hükümlerini açıklar. Kur'an'daki farzları tamamlayıcı hükümler getirir. Sünnet Kur'an'da bulunmayan birtakım hükümleri beyan eder.

C. İCMA

Fıkhın üçüncü kaynağı "icma"dır. İcma, belli bir dönemde yaşayan fakihlerin[52] bir sorun üzerinde aynı düşüncede olmalarıdır[53]. İcma bağlayıcı bir hukuk kaynağıdır. Bir kez oluşunca, gelecek kuşaklar buna uymak zorundadır[54]. İcmanın aksine bir düşünce ileri sürülemez[55]. Hz. Muhammed'in ölümünden sonra, Kur'an ve hadis birçok sorunları doğrudan doğruya çözmeye yetmediği için, "icma" İslam hukukunun kaynakları arasında önemli bir yer almıştır. Örneğin İslam devletinin en büyük ve temel kurumu olan hâlifelik, icma ile meydana gelmiş sayılmaktadır[56].

D. KIYAS (İÇTİHAT)

Kıyas, fıkhın dördüncü kaynağıdır. Kıyas, Kur'an veya sünnette bir sorunun çözümlenmesi için konulmuş bir kuralın, aynı kaynaklarda hakkında hüküm bulunmayan bir sorunu çözmek için benzetilerek uygulanmasıdır[57]. İşte, Kur'an ve hadiste hüküm yokluğundan dolayı çözümlenemeyecek bir sorunun kıyas yoluyla çözümlenmesine "içtihat" denir. İçtihatta bulunanlara ise "müçtehit" adı verilir[58]. *Müçtehit*, sorunu çözerken ya bir ayete, ya bir hadise dayanır. Bir sorun hakkında değişik ayetlere ve hadislere dayanılabileceği gibi, aynı ayet veya hadis değişik şekillerde de yorumlanabilir. Dolayısıyla müçtehitlerin vardıkları sonuçlar değişik, hatta birbirleriyle çelişkili olabilir. İçtihat ile başka içtihat ortadan kalkmaz (Mecelle, m.16: *İçtihat ile içtihat nakz olunmaz*). Sonuçta her içtihat yürürlükte olur. Hicretin 3'üncü yüzyılına kadar çıkan sorunlar içtihatla çözümlenebilmişlerse de, bu yüzyılda içtihat kapısı kapanmıştır[59].

Okuma: Somut hukukî sorunlara İslâm hukukunun kaynaklarının uygulanması konusunda bir örnek olay için bkz.: Kemal Gözler, "Sigara Haram mı?", *www.anayasa.gen.tr/sigara-haram-mi.htm* (Yayın Tarihi:20 Şubat 2019).

---

49. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.49.
50. Ebu Zehra, *op. cit.*, s.96.
51. *Ibid.*, s.101.
52. Fakih, fıkıh bilgini demektir.
53. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.51.
54. *Ibid.*
55. *Ibid.*
56. *Ibid.*, s.52.
57. *Ibid.*
58. *Ibid.*, s.53.
59. *Ibid.*

İslam hukukunun aslî kaynakları bunlardan ibarettir. Bunlar kendi içinde hiyerarşik bir şekilde yukarıdan aşağıya sıralanmıştır. Alt basamakta yer alan üst basamakta yer alan kaynağa aykırı olamaz. Sünnet Kur'ana; icma Kar'a ve sünnete; içtihat ise Kur'an, sünnet ve icmaya aykırı olamaz. Görüldüğü gibi İslam hukukunda da "normlar hiyerarşisi" vardır.

Yukarıdaki dört kaynak İslam hukukunun *"aslî kaynakları"*dır. Bununla birlikte bazen bunların dışında, Hanefilerde "istihsan"[60], Malikilerde "istislah", Şafiiler'de "istishab"[61] denilen metotları da bazı fıkıhçılar, fıkhın kaynakları arasında saymışlardır. Bunlara İslam hukukunun *"fer'i kaynakları"* denir. *İstihsan* bir şeyin iyi olduğunu, *istislah* ise bir şeyin salih, yani yararlı olduğunu kabul etmektir. *İstishab* ise bilinen bir şeye uyulması demektir[62].

İslam hukuku günümüzde pek çok İslam ülkesinde etkilidir. Ancak İslam hukukunun bu ülkelerde mutlak olarak uygulandığı sanılmamalıdır. Saf bir İslam hukukunu uygulayan İslam ülkesi pek yok gibidir. Pek çok İslam ülkesinin hukuku az ya da çok İslam hukuku kaynaklıdır. Ancak bu ülkelerde hukukî ilişkilerin en az yukarıda gördüğümüz fıkhın kaynakları kadar beşerî kanunlarla da düzenlendiği bir gerçektir.

Ülkemizde Osmanlı İmparatorluğu döneminde de mevcut hukuk büyük ölçüde İslam hukukuydu. Ancak ülkede uygulanan hukuk, İslam hukukundan ibaret değildi. Dini ilkelere dayanmayan, hatta onlara aykırı[63] olabilen padişahın iradesinden kaynaklanan bir hukuk da vardı ki buna "örfi" hukuk denirdi. Örfi hukuk padişahın yasama yetkisiydi. Padişah fermanlarıyla ortaya çıkardı. Daha sonra belli konularda olan fermanlar "kanunname" adı altında toplanırdı[64].

Şüphesiz İslam hukukuna göre de Padişahın, İslam hukukunun asli kaynaklarına aykırı olmamak şartıyla kural koyabilme imkânı vardı. Burada sorun Padişahın koyduğu kuralların İslam hukukunun kaynaklarına uygun olmasalar bile geçerli olmaları ve uygulanmalarıyla alakalıdır. Vakıa şudur ki, Padişahın koyduğu kurallar, İslam hukukuna uygun veya aykırı olsunlar, geçerli olarak kabul edilmişler ve uygulanmışlardır. Örneğin Fatih Kanunnamesindeki "*her kimesneye evlâdımdan saltanat müyesser ola, karındaşların nizâm-ı âlem için katl eylemek münasiptir*" şeklindeki hüküm hâliyle İslam hukukuna aykırıdır; ama Osmanlı sisteminde geçerli olarak kabul edilmiş ve uygulanmıştır. Dolayısıyla Osmanlı sisteminde padişahın iradesinin hukukun bir kaynağı olduğunu söyleyebiliriz.

---

60. Bkz. Ebu Zehra, *op. cit.*, s.221-229.
61. Bkz. *Ibid.*, s.249-257.
62. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.54.
63. Örneğin Fatih ve Kanuni Süleyman, İslam hukukuna aykırı olarak hırsızlığa para cezası vermişti (Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.214).
64. Örfi hukuk için bkz. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.212-214.

Her ne kadar Şeyhülislam Ebussuud Efendi, "*nâ-meşru olan nesneye emr-i sultanî olmaz*" demiş ise de uygulamada şeriata aykırı pek çok "sultan emri" olmuş ve bunlar da uygulanmış ve geçerli olarak kabul edilmişlerdir. Osmanlı'da şeriatın padişahları denetleyebildiğini söylemek zordur. Nihayetinde Osmanlı İmparatorluğunda siyaseten katledilen Şeyhülislamlar vardır.

Okuma: İslâm hukuku (fıkıh) ile modern hukuk arasındaki ilişki, benzerlik ve farklar konusunda bkz.: Kemal Gözler, *Fıkıh-Hukuk İlişkisi Üzerine*, Bursa, Ekin, 2019.

Tanzimattan sonra, Osmanlı İmparatorluğunda Avrupa hukukundan esinlenen kanunlar kabul edilmeye başladı. 3 Mayıs 1840 tarihinde bir Ceza Kanunu yapıldı[65]. Daha sonra 1858'de Ceza Kanunnamesi kabul edildi. Bu kanun, büyük ölçüde 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan esinlenmekteydi. Özel hukuk alanında ise Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında kurulan bir komisyona Osmanlı medenî hukuk ve borçlar hukuku alanındaki kurallar tedvin ettirildi. 1850 yılında ise 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanununun çevirisi olan Kanunname-i Ticaret kabul edildi[66].

Cumhuriyetin kurulmasından ve Medenî Kanun, Ceza Kanunu gibi kanunların kabulünden sonra ülkemiz İslam hukukuyla bağlarını koparmıştır. 1924 Anayasasındaki mevcut "Devletin dini İslam'dır" hükmü 1928'de çıkarılmıştır. 1937'de de bunun yerine devletin laik olduğu hükmü getirilmiştir.

IV. SOSYALİST HUKUK SİSTEMİ[67]

Sosyalist hukuk 1917 yılında Rusya'da yapılan Bolşevik ihtilalinden sonra uygulanmaya başlamıştır. İkinci Dünya Savaşından sonra Avrupa'nın Almanlardan SSCB tarafından kurtarılan bölümünde de uygulanmıştır. Sosyalizmin 1980'lerin sonlarında çökmesiyle, sosyalist hukuk, 1990'ların hemen başında, gerek ex-SSCB'de, gerek Doğu Avrupa ülkelerinde ortadan kalkmıştır. Küba ve Kuzey Kore bir yana bırakılırsa, bugün için tarihi bir özelliğe sahiptir.

Sosyalist hukuk, Roma ve *common law* hukuk sistemlerinden önemli ölçüde farklı idi. Bu hukuk sisteminin temelinde Marksizm yatar. Marksizm, toplumsal kurumlar arasında altyapı ve üstyapı kurumları diye ayrım yapar. Ekonomi alt yapı kurumudur. Ahlâk, örf ve âdet, din ve hukuk ise üstyapı kurumudur. Marksist teoriye göre altyapı üstyapıyı belirler.

Bir üst yapı kurumu olan hukuk, tamamen toplumu yönetenlerin elinde bir araçtır. Hukukun amacı adalet sağlamak değil, toplumu değiştirmek, komünist toplum safhasına geçmektir. Bu safhada devlet de, hukuk da kendiliğinden yok olup gidecektir.

---

65. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.321.
66. *Ibid.*, s.323-338.
67. Özsunay, *op. cit.*, s.63-77; Gözübüyük, *op. cit.*, s.14-15; Bilge, *op. cit.*, s.74-75; Göğer, *op. cit.*, s.68-69.

Sosyalist hukuk sisteminde üretim araçlarının özel mülkiyetine izin verilmemiştir. Kişiler sadece kendi oturdukları evinin, bahçesinin, arabasının sahibi olabilmekteydi.

Bu sistemde özel hukuk aşağı yukarı tamamıyla ortadan kaldırılmış, yerini kamu hukuku almıştır. Bu sistemin temelinde irade özgürlüğü, tarafların eşitliği gibi özel hukuk ilkeleri değil, toplumun çıkarı gibi kamu hukuku ilkeleri gözetilmiştir.

Sosyalist hukuk sisteminde kanunların bağlayıcılığı ilkesi gibi temel bir ilke bile tam anlamıyla yoktu. Bu konuda "sosyalist kanunîlik" ilkesi denen bir ilke vardı. Bu ilkeye göre, kanunlar, yönetenleri değil; yönetilenleri bağlıyordu. Yönetenler kamu yararına gördükleri durumlarda kanunlardan ayrılabiliyorlardı. Bu sistemde hukuk açıkçası bir araçtı. Keza bu sistemde anayasanın üstünlüğü ve dokunulmazlığı da nispî nitelikteydi. Bu sistemde Anayasa, sadece bir yönde, komünist topluma geçiş yönünde değişime açıktı.

Sosyalist hukuk sisteminin bireylere hukukî güvenlik içinde yaşama hakkını sağladığı pek şüphelidir.

Sosyalist hukuk sistemi 1980'lerin sonunda çökmüş ve 1990'ların hemen başında yerini Kıta Avrupası hukukuna benzer bir sisteme bırakmıştır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sosyalist hukuk sistemi çöktüğüne göre, günümüzde belli başlı üç büyük hukuk sistemi kalmıştır: Roma hukuku kökenli Kıta Avrupası sistemi, *common law* sistemi ve dini kökenli İslam hukuku sistemi. Dünya ülkelerinin ezici bir çoğunluğu ilk ikisini uygulamaktadır. İslam hukuku, her ne kadar birçok Müslüman ülkelerin hukukunu derinden etkiliyor olsa da Suudi Arabistan dışında bu hukuku saf olarak uygulayan istikrarlı bir devlet yoktur. Diğer Müslüman devletlerde hukukun önemli bir kısmı yine beşeri irade tarafından yaratılmaktadır. O hâlde hukuk sistemi deyince akla gelmesi gereken asıl şey, Kara Avrupası sistemi ile *common law* sistemidir.

Hukuk sistemlerinin birbirlerine üstünlüğünden bahsedilemez. Her hukuk sistemi kendi içinde tutarlıdır. Hangi sistemin hangi ülkeye daha elverişli olacağı önceden söylenemez. Aslında saf sistemler de yoktur. Her ülke şu ya da bu sistemi benimsemiş olsa da, ona kendi özelliklerini katmaktadır. Örneğin aynı sistem içinde yer alan Fransız hukuku daha Roma hukuku kökenliyken, Alman hukuku daha Cermen kökenlidir. Aslında Montesquieu'den beri çok iyi bilmekteyiz ki, hukuk düzenleriyle milletlerin karakterleri arasında yakın bir ilişki vardır. Hiç şüphe yok ki *common law* bir İngiliz'in, İslam hukuku da Suudi Arabistanlı bir Arab'ın tabiatına daha yatkındır. Önemli olan ülkelerin kanunlarının farklı olması değil, o kanunların o ülkelerde uygulanıyor olmasıdır. Montesquieu şöyle diyordu:

"Ben bir ülkeye gittiğim zaman, o ülkede kanunların iyi olup olmadığını incelemem, ama mevcut kanunlar uygulanıyorsa her yerde iyi kanunlar vardır"[68].

Türkiye, İsviçre, İtalyan ve Alman kanunlarını iktibas ettiğinden, Roma hukuku kökenli Kıta Avrupası sisteminin içinde yer alır. Türk hukukunun *common law* sistemiyle pek ilgisi yoktur. 1980'lerden sonra uluslararası ticaretin gelişmesi ve dış yatırımcıların ülkeye gelmesiyle, özellikle uluslararası ticaret hukuku, bankacılık hukuku ve finansman hukukuna ilişkin bazı Anglo-Sakson hukuku kurumları veyahut bunlara benzer kurumlar Türkiye'ye az da olsa girmiştir ve girme yolundadır.

Aslında Dünyanın bugünkü seyrinde hukuk sistemleri arasında belli bir ölçüde yakınlaşmadan bahsedilebilir. Artık sınırlar açılmakta, uluslararası ticaret gelişmekte, ülkeler ve hukuk sitemleri arasında gerek insan, gerek sermaye dolaşımı büyük ölçüde artmakta ve bu alanların gittikçe benzer hukuk kurallarıyla düzenlenmesi eğilimi kendini göstermektedir. Şüphesiz bundan hukuk sistemlerinin yok olduğu veya yok olacağı sonucunu çıkarmamak gerekir. Daha ziyade belirli alanlarda hukuk sistemleri arasında yakınlaşma veya belirli konuların ortak kurallarla düzenlenmesi eğiliminden söz etmek gerekir.

Nihayet ortaya çıkan Avrupa Birliği çerçevesinde uygulanan "Avrupa Hukuku"da Kıta Avrupası hukuku ile *İngiliz* hukukunu birbirine benzetmektedir. Bir kere Avrupa Birliği çerçevesinde Brüksel organlarının kararları her iki hukuk sistemini de derinden etkilemektedir. Keza Lüksemburg'da bulunan Adalet Divanı da her iki hukuk sistemine mensup ülkeler için bağlayıcı kararlar verebilen bir mahkemedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları gerek İngiliz hukukunu, gerek Alman, Fransız, İtalyan gibi Kıta Avrupası sistemine mensup ülkelerin hukuklarını derinden etkilemiş, bu hukukların önemli ölçüde değişmesine sebep olmuştur.

Son olarak belirtelim ki, insan hakları konusunda bütün dünyada ve özellikle Avrupa Konseyine mensup ülkeler arasında belirli bir standartlaşma söz konusudur. Özellikle Avrupa'da büyük ölçüde önemli adımlar atılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ortak bir Avrupa insan hakları hukukunun doğmasına zemin hazırlamıştır. Avrupa insan hakları hukuku hem *common law* sistemine bağlı İngiltere için, hem de Kıta Avrupası sistemine sahip Almanya, Fransa, İtalya, Türkiye gibi ülkeler için bağlayıcıdır. İnsan hakları bakımından artık *common law* ve Kara Avrupası sisteminden bahsetmek yerine yeknesak bir Avrupa insan hakları hukukundan bahsetmek daha uygun olur. ■

68. Montesquieu, *Œuvres complètes de Montesquieu,* Texte établi par Édouard Laboulaye, Garnier frères, libraires-éditeurs, 1879 (Tome septième, *Notes sur l'Angleterre*), s.189, (https://fr.wikisource.org/wiki/Notes_sur_l%E2%80%99Angleterre).

Bölüm 8
HUKUKUN KAYNAKLARI

Bibliyografya.- Du Pasquier, *op. cit.*, s.48-80; Gridel, *op. cit.*, s.176-295; Roubier, *op. cit.*, s.8-22; Bekaert, *op. cit.*, s.167-309; Julien Bonnecase, *Introduction à l'étude de droit*, Paris, Sirey, 1926, s.42-69; Özsunay, *op. cit.*, s.168-176; Bilge, *op. cit.*, s.40-107; Çağıl, *op. cit.*, s.96-103; Aral, *op. cit.*, s.92-112; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.59-72; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.49-55; 64-75; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.27-50; Selahattin Keyman, *Hukuka Giriş*, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 1997, s.48-79; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.38-54; Görgün, *op. cit.*, s.42-50; Fendoğlu, *op. cit.*, s.63-86; Umar, *op. cit.*, s.73-94; Göğer, *op. cit.*, s.69-90; Edis, *op. cit.*, s.59-105; Ataay, *op. cit.*, s.81-110; Şafak, *op. cit.*, s.45-50.

Önce bu bölümün plânını verelim:

PLÂN:

I. Kaynak Kavramı ve Kaynak Çeşitleri
  A. Hukukun Yaratıcı Kaynakları (*Fontes iuris constituendi*)
    1. Maddî Kaynaklar
    2. Şeklî Kaynaklar
  B. Hukukun Bilgi Kaynakları (*Fontes cognoscendi iuris*)
II. İç (Ulusal) Hukukun Kaynakları
  A. Hukukun Asıl Kaynakları
    1. Yazılı Kaynaklar
      a) Anayasa
      b) Kanunlar
      c) Uluslararası Andlaşmalar
      d) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
      e) Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri
      f) Yönetmelikler
      g) Adsız Düzenleyici İşlemler
      h) Diğerleri (Bireysel İşlemler, Sözleşmeler, vs.)
      ı) 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla Kaldırılan Hukukun Kaynakları
        aa) Kanun Hükmünde Kararnameler
        bb) Tüzükler
        cc) Bakanlar Kurulu veya Başbakanlık Tarafından Çıkarılan Yönetmelikler ve Diğer Düzenleyici İşlemler
    2. Yazısız Kaynak: Örf ve Âdet Hukuku
  B. Yardımcı Kaynaklar
    1. Doktrin (Bilimsel Görüşler)
    2. İçtihatlar (Yargı Kararları)

III. Uluslararası Hukukun Kaynakları
A. Uluslararası Hukukun Asıl Kaynakları
1. Yazılı Kaynaklar: Uluslararası Andlaşmalar
2. Yazısız Kaynak
a) Teamül
b) Hukukun Genel İlkeleri
B. Yardımcı Kaynaklar
1. İçtihat: Yargı Kararları
2. Doktrin: En Vasıflı Kamucuların Öğretileri

Şimdi bu plân dahilinde konuyu incelemeye başlayalım:

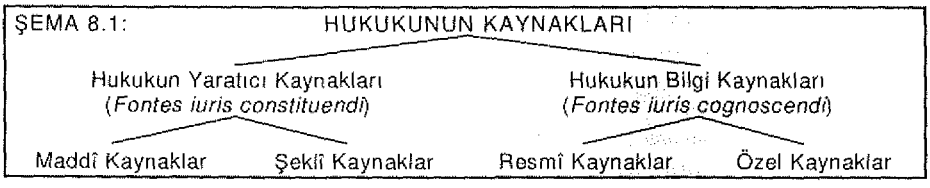
I. KAYNAK KAVRAMI VE KAYNAK ÇEŞİTLERİ

"Kaynak (menşe, *fonte, source*)", bir şeyin kendisinden çıktığı şey veya yer demektir. Örneğin bir suyun kaynağı, bu suyun toprağın üstüne ilk çıktığı yerdir.

"Hukukta kaynak", hukukun kendisinden kaynaklandığı şeyleri ifade eder. Diğer bir ifadeyle "hukukun kaynakları (*fontes iuris, sources of law, sources du droit*)", hukuk kurallarının kendisinden doğduğu, kendisinden çıktığı şeyleri ifade eder.

Hukukun kaynakları önce "hukukun yaratıcı kaynakları (*fontes iuris constituendi*)" ve "hukukun bilgi kaynağı (*fontes cognoscendi iuris*)" şeklinde ikiye ayrılır. Bunlar da kendi içinde ikiye ayrılır. Önce ayrımı bir şema olarak gösterelim:

ŞEMA 8.1: HUKUKUNUN KAYNAKLARI



Şimdi bu şemaya göre hukuk kaynaklarını görelim:

A. HUKUKUN YARATICI KAYNAKLARI (*FONTES IURIS CONSTITUENDI*)

"Hukukun yaratıcı kaynakları (*fontes iuris constituendi*[1])", hukuk kurallarının kendisinden doğduğu şeylerdir. Hukukun yaratıcı kaynaklarına Latince olarak "*fontes iuris originis*[2]" de denir. Bunlar hukuk kuralları yapma,

1. Antonio Sanchez-Bayon ve Sebastian J. Sanchez-Rivera, "Global Politics and Law: Why Scholars do not Understand Each Other and What are the Veils of Confusion", *in Philosophical Challenges of Plurality in a Global World* (Ed.: David Díaz-Soto, Delia Manzanero ve Bianca Thoilliez), New Castle, Cambridge Scholars Publishings, 2015, s.35.
2. *Fortes originis* terimini İlhan Akipek kullanmaktadır. İlhan Akipek, *Devletler Hukuku, Birinci Kitap Başlangıç*, Ankara, Başnur Matbaası, İkinci Baskı, 1965, s.62.

üretme kaynakları (*sources de production*)"dır. "Hukukun yaratıcı kaynakları" terimi de bazen maddî anlamda, bazen de şeklî anlamda kullanılmaktadır.

1. Maddî Kaynaklar

"Hukukun maddî kaynakları (*sources matérielles du droit, material sources of law*)" terimiyle, hukuk kurallarının kendilerinden kaynaklandığı güçler kastedilir.

Hukuk kurallarını *kim* veya *hangi güçler* koymaktadır? Tanrı mı? Devlet mi? Milet mi? Halk mı? Hukuk kurallarını koyan kişi veya güçlerin iradesi, bu kuralları koyarken tamamen serbest midir? Yoksa onların iradelerini etkileyen sosyal, ekonomik, siyasal, kültürel vs. faktörler var mıdır? Hukuk kuralları insanların arasındaki dayanışmadan mı, yoksa tersine mücadeleden mi doğmuştur? Yoksa hukuk kuralları kendiliğinden mi doğmuştur? Bu gibi sorular hukukun maddî kaynaklarıyla alakalı sorulardır.

Bu gibi sorulara cevap vermek, esas itibarıyla hukuk biliminin değil, hukuk felsefesinin ve hukuk sosyolojisinin alanına girer. Biz, hukukun maddî kaynağına ilişkin sorunları aşağıda onuncu bölümde "hukukun temeli hakkında görüşler" başlığı altında kısmen göreceğiz (s.238-253).

2. Şeklî Kaynaklar

"Hukukun şeklî kaynakları (*sources formelles du droit, formal sources of law*)" terimiyle, hukuk kurallarını yaratan iradenin büründüğü şekiller[3] kastedilir. Hukuk kurallarını yaratan güçler, bu kuralları *nasıl* koymaktadır? Bu kurallar hangi formda, hangi kılıkta gün yüzüne çıkmaktadır?

Hukuk kuralı özü itibarıyla, bir emir, bir yasak veya bir izin içeren bir "irade açıklaması"dır; bu irade açıklaması dış dünyaya yansırken, anayasa, kanun yönetmelik, kararname gibi belirli bir şekle bürünür; bu irade belirli bir biçimde, belirli yapıda açıklanır. İşte hukuk kurallarının ortaya çıkarken büründükleri, anayasa, kanun, yönetmelik gibi bu şekillere "hukukun şeklî kaynakları" denir ki, bunların bütünü "pozitif hukuku" oluşturur.

Genellikle hukukta kaynak terimi, "şeklî anlamda" kullanılır. Kaynak teriminin önüne bir sıfat getirilmemiş ise, sadece "kaynak" terimi kullanılmış ise, bununla kastedilen, hukukun anayasa, kanun, yönetmelik gibi şeklî kaynaklarıdır. Bu anlamda kaynağa "*tout court*[4] kaynak" veya "dar anlamda kaynak", "*stricto sensu* kaynak" ismini de verebiliriz.

---

3. Akipek, *op. cit.*, c.I, s.62.
4. Fransızca "*tout court*" (*tu kur* okunur), kestirmeden, doğrudan doğruya, sadece, ham gibi anlamlara gelir. Bu terim İngilizce literatürde de, italikle yazılarak kullanılır, "validity *tout court*" gibi.

B. HUKUKUN BİLGİ KAYNAKLARI (*FONTES IURIS COGNOSCENDI*)

"Hukukun bilgi kaynakları (*fontes iuris cognoscendi*[5])", hukukun biçimsel kaynaklarının yani "*tout court* kaynaklar"ın metinlerinin bulunduğu yerleri ve keza bu kaynakların anlam ve kapsamı hakkında bilgi edinilebilecek kitap ve makale vb. yayınları ifade eder. Bu anlamda kaynaklara "bilgi kaynağı (*fontes cognoscendi, sources of knowledge, sources de connaissance*)" denir. Bunlar hukukun bibliyografik kaynaklarıdır.

Örneğin bir kanunun kendisi "biçimsel kaynak" veya "*tout court* kaynak", kanunun yayınlandığı Resmî Gazete ise "*bilgi kaynağı*"dır. Bir uluslararası andlaşmanın kendisi *tout court* kaynak, bu andlaşmanın yayınlandığı *Recueil des Traités des Nations Unies* bir "bilgi kaynağı"dır. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararının kendisi "biçimsel kaynak" bu kararın yayınlandığı *Reports of Judgments and Decisions (of the European Court of Human Rights)* bir bilgi kaynağıdır.

Hukukun bilgi kaynakları da kendi içinde, "resmî kaynaklar" ve "özel kaynaklar" gibi çeşitli ayrımlara tâbi tutulur[6]. Biz hukukun bilgi kaynaklarını yukarıda birinci bölümde gördük. Bu konuda oraya bakınız (s.1-11).

* * *

Hukukun "bilgi kaynakları"nı yukarıda birinci bölümde incelediğimiz için, burada sadece hukukun doğrudan doğruya kaynaklarını, yani "*tout court* kaynakları" inceleyeceğiz. Burada artık "*tout court* kaynak" demeyecek sadece "kaynak" kelimesini kullanacağız.

Biz burada sadece hukukun şeklî kaynaklarını inceleyeceğiz. Bazen uzun uzun "hukukun şeklî kaynakları" terimini kullanacağız. Bazen de sadece "hukukun kaynakları" terimini, hatta sadece "kaynaklar" terimini kullanacağız. Bu hâlde dahi bununla "hukukun şeklî kaynakları"nı kastediyoruz.

* * *

Hukukun şeklî kaynakları da kendi arasında "*asıl kaynaklar*" ve "*yardımcı kaynaklar*" olmak üzere ikiye ayrılır. Asıl kaynaklar-yardımcı kaynaklar ayrımını biraz aşağıda göreceğiz.

* * *

Yukarıda beşinci bölümde gördüğümüz gibi, hukuk kendi içinde "iç hukuk" ve "uluslararası hukuk" olarak ikiye ayrılmaktadır. İç hukukun ve uluslararası hukukun kaynakları birbirinden oldukça farklıdır. Dolayısıyla hukukun kaynaklarını da kendi içinde "iç hukukun kaynakları" ve "uluslararası hukukun kaynakları" olarak ikiye ayırıp incelemekte yarar vardır. Önce iç hukukun kaynaklarını, sonra da uluslararası hukukun kaynaklarını görelim:

---

5. Sanchez-Bayon *et al.*, *op. cit.*, s.35.
6. Bkz.: Yaşar Karayalçın, *Hukukda Öğretim - Kaynaklar- Metod*, Ankara, 4. Baskı, 1994, s.48-61

II. İÇ HUKUKUN KAYNAKLARI

İç (ulusal) hukukun kaynakları, bir devletin kendi içinde geçerli olan hukuk kurallarından ibarettir. "İç (ulusal) hukukun kaynakları" veya daha kısa bir terimle "iç" veya "ulusal kaynaklar" da kendi içinde "asıl kaynaklar" ve "yardımcı kaynaklar" şeklinde ikiye ayrılır.

NOT: Bu "II" nolu başlık altında iç (ulusal) hukukun kaynakları incelendiği için artık ayrıca "iç" veya "ulusal" sıfatını kullanmadan doğrudan doğruya "kaynaklar" terimini kullanacağız.

Hukukun asıl kaynakları-yardımcı kaynakları ayrımı esas itibarıyla medenî hukuk kökenlidir ve Türk Medenî Kanununun 1'inci maddesinde ifadesini bulur. Bu maddenin birinci ve ikinci fıkrasında hâkimin kanuna ve örf ve âdete göre hükmedeceği, üçüncü fıkrasında ise hâkimin "karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanacağı" belirtilmiştir. "Kanun" ile "örf ve âdet", *asıl kaynaklar*; "bilimsel görüşler" ve "yargı kararları" ise kendilerinden "yararlanılan" kaynaklar, yani *yardımcı kaynaklar*dır.

Önce iç hukukun asıl ve yardımcı kaynaklarını şema hâlinde görelim:

Şema 8.2: İÇ (ULUSAL) HUKUKUN KAYNAKLARI

- **Asıl Kaynaklar**
  - **Yazılı Kaynaklar** (Mevzuat)
    1. Anayasa
    2. Kanunlar
    3. Uluslararası Andlaşmalar
    4. Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
    5. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri
    6. Yönetmelik
    7. Adsız Düzenleyici İşlemler
    8. Diğerleri (Bireysel İşlemler, Sözleşmeler, vs.)
    9. Eski Dönemden Kalan
       - *a) Kanun hükmünde kararnameler*
       - *b) Tüzükler*
       - *c) Bakanlar Kurulu ve Başbakanlık Yönetmelikleri ve Diğer Düzenleyici İşlemler*
  - **Yazısız Kaynak** Örf ve Âdet
- **Yardımcı Kaynaklar**
  - **Doktrin** (Bilimsel Görüşler)
  - **İçtihat** (Yargı Kararları)

Şimdi bu şema dahilinde bu ulusal hukukun kaynaklarını sırasıyla inceleyelim:

A. İÇ HUKUKUN ASIL KAYNAKLARI

Hukukun asıl (esas) kaynakları da kendi içinde, "yazılı kaynaklar" ve "yazısız kaynaklar" olmak üzere ikiye ayrılır. Yazılı kaynaklar, adı üstünde "yazılı", yazısız kaynaklar ise "yazısız"dır. Türkiye'de halihazırda yazılı kaynaklar anayasa, kanun, uluslararası andlaşma, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik ve bireysel işlemlerden oluşur. Yazısız kaynak ise örf ve âdettir. İlk önce yazılı kaynakları görelim.

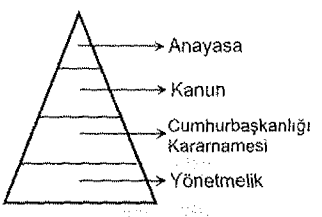
1. Yazılı Kaynaklar

"Yazılı kaynaklar (*written sources*)" adı üstünde yazılıdır. Hukuk kuralının emrettiği, yasakladığı veya izin verdiği şey, *yazı* ile, yani harflerin yan yana gelerek oluşturdukları kelimelerle ifade edilmiştir. "Yazılı kaynaklar"ın, Resmî Gazetenin kağıt versiyonunda olduğu gibi elle tutulan veya Mevzuat Bilgisi Sisteminde (mevzuat.gov.tr) olduğu gibi gözle görülen bir metni, yani bir *instrumentum*'u vardır.

İşte bir devletin iç hukukunda yetkili makamlar tarafından konulmuş olan yazılı hukuk kurallarının bütünü hukukunun yazılı kaynaklarını oluşturur.

Hukuk literatüründe bir devlette yetkili organlar tarafından konulmuş ve yürürlükte bulunan hukuk kurallarının bütününe "pozitif hukuk (mevzuu hukuk, konulmuş hukuk, *positive law, enacted law*)" veya kısaca "**mevzuat** (*legislation*)" denir. Hukukun yazılı kaynakları, diğer bir ifadeyle, "mevzu hukuk" veya "mevzuat", Anayasa, kanunlar, uluslararası andlaşmalar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelik, adsız düzenleyici işlemler, bireysel işlemler, sözleşmeler, vb.lerinden oluşur. Bunlara eski dönemden kalan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Bakanlar Kurulu veya Başbakanlık tarafından çıkarılan yönetmelikler ve diğer düzenleyici işlemler de eklenir.

Normlar Hiyerarşisi.- Anayasa, kanun, yönetmelik gibi hukukun yazılı kaynakları, bir hukuk düzeninde yan yana veya rastlantısal bir şekilde bulunmaz. Bunlar arasında hiyerarşik bir sıralanma vardır. Üstünlük sırasıyla anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik şeklinde sıralanırlar. Bunu yandaki şekildeki gibi gösterebiliriz.



Hukuk kurallarının bir hiyerarşi içinde yer almalarının anlamı şudur: Türkiye'de bir kanun Anayasaya aykırı olamaz. Keza bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de Anayasa veya kanuna aykırı olamaz. Yönetmelik Anayasaya, kanunlara veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine aykırı olamaz. Kısacası normlar hiyerarşisinin alt basamağında yer alan bir norm, üst basamakta yer alan normlara aykırı olamaz.

Hukuk normlarının bu şekilde sıralanması ilk defa Hans Kelsen tarafından sistematik bir şekilde açıklanmıştır. Bu nedenle buna "Kelsen'in normlar hiyerarşisi" veya "hukuk düzeni piramidi" ismi verilir. Hans Kelsen'e göre bir hukuk düzeni içinde bulunan bütün normların geçerliliğinin temeli kendisinin üstünde bulunan bir başka normdur.

Not.- Normlar hiyerarşisi konusunu aşağıda dokuzuncu bölümde ayrıca göreceğiz.

Şimdi biz hiyerarşik bir şekilde sıralanan hukukun bu yazılı kaynaklarını tek tek görelim:

a) Anayasa[7]

Tanım.- "Anayasa (*constitution*)" kısaca şu şekilde tanımlanabilir:

TANIM: *Anayasa*, normlar hiyerarşisinde en üst sırayı işgal eden ve kanunlardan farklı ve daha zor bir usûlle konulan ve değiştirilebilen hukuk kurallarının bütünüdür.

Anayasa kuralları içerik olarak çoğunlukla devletin temel organlarının (yani yasama, yürütme ve yargı organlarının) kuruluşunu ve işleyişini ve keza devlet karşısında vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini düzenler.

Ancak anayasalarda devletin temel kuruluşuna veya temel hak ve hürriyetlere ilişkin olmayan başka hükümler de bulunabilir.

Örneğin 1982 Türk Anayasasında yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarıyla (m.62), ormanlarla (m.169-170) ilgili hükümler vardır. Bu tür hükümler başka ülkelerin anayasalarında da bulunmaktadır. Örneğin 18 Nisan 1999 tarihli İsviçre Anayasasında sulara (m.76), ormanlara (m.77), avcılığa (m.79), hayvanların korunmasına (m.80), trafik vergilerine (m.86), gezi yollarına (patikalara) (m.88), alkol üretimi ve tüketimine (m.105), şans oyunlarına ve lotaryaya (m.106) ilişkin hükümler vardır[8]. Bu hükümler her ne kadar devletin temel kuruluşuyla alakalı olmasalar da, anayasa metninin içinde bulunduklarından birer anayasa kuralıdır. Dolayısıyla kendisine Anayasa denen, normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunan ve kanunlardan daha zor değiştirilebilen bir metnin içinde bulunan bütün kurallar, neye ilişkin olursa olsunlar, birer anayasa kuralıdır. Buna karşılık, devletin temel kuruluşuyla ilgili olsalar, içerik bakımından ne kadar önemli olursa olsunlar, anayasa metninin içinde bulunmayan ve değiştirilmesi için kanunlardan daha zor bir usûl gerektirmeyen kurallar birer anayasa kuralı değildir.

Türkiye'de 1876, 1921, 1924, 1961 ve 1982 yıllarında yeni anayasalar yapılmıştır. Günümüzde yürürlükte olan Anayasa, 7 Kasım 1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasıdır.

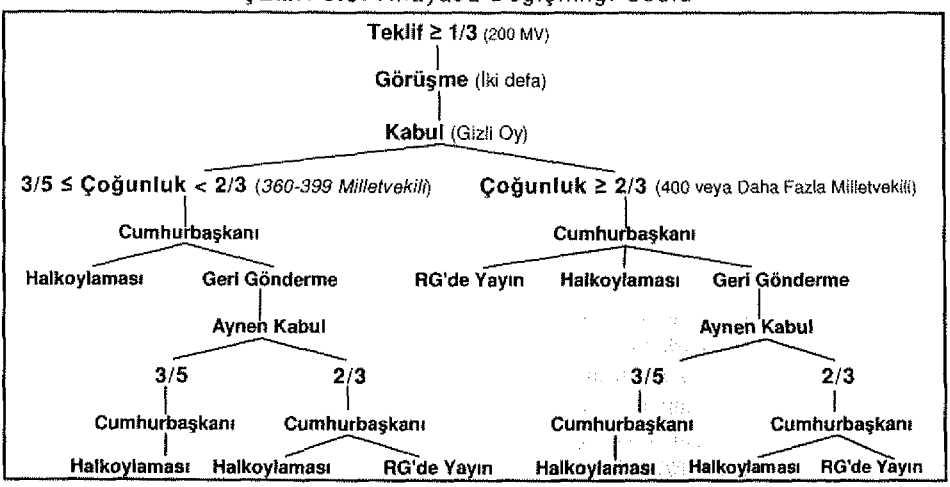
Yapılışları.- Anayasalar, "aslî kurucu iktidar (fr: *pouvoir constituant originaire*)" denen, devrim, hükümet darbesi, savaş gibi olağanüstü durumlarda ortaya çıkan ve sınırsız olan bir iktidar tarafından yapılır. Türkiye'de 1921 Anayasası Kurtuluş Savaşı döneminde, 1924 Anayasası ise bu Savaşın kazanılmasından sonra yeni bir devletin kurulmasıyla yapılmıştır. 1924 Anayasasının geçerliliğine 27 Mayıs Hükümet Darbesi ile son verilmiş yerine

7. "Anayasa", "ana kanun" demek değildir. Anayasa kelimesi İngilizce ve Fransızca karşılığı "*constitution*"dur. "*Constitution*" ise, "oluşum", "kuruluş", "teşkilat" gibi anlamlara gelir. Eskiler bu kelimeyi "esas teşkilat, teşkilat-ı esasiye" diye doğru olarak çeviririlerdi. Anayasa kelimesi dilimize, 1924 Teşkilatı Esasiye Kanununu yeni kelimelerle yayınlayan 10 Ocak 1945 tarih ve 4695 sayılı Kanun ile girdi. Anayasa terimi yanlıştır. Ancak yerleşik bir yanlış olduğu için kullanılmaktadır, biz de kullanmaya devam ediyoruz.
8. http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/ (11.9.2012).

1961 Anayasası yapılmıştır. 1961 Anayasasının kurduğu düzen de 12 Eylül Askeri Müdahalesiyle yıkılmış yerine 1982 Anayasası yapılmıştır. Bunların hepsi asli kurucu iktidara örnektir.

Değiştirilişleri.- Anayasalar kendi belirledikleri usûllerle değiştirilir. Anayasayı değiştiren organa "tali kurucu iktidar (*pouvoir constituant dérivé*)" ismi verilir. Tali kurucu iktidar sınırlı ve hukukî bir iktidardır. Anayasa tarafından kurulur ve Anayasanın öngördüğü usûller içinde çalışır. Yani anayasada, yine bu anayasanın öngördüğü usûllerle değişiklik yapar. 1982 Türk Anayasasına göre Anayasayı değiştirme yetkisi, esas itibarıyla Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. Önce anayasa değiştirme sürecini bir şema hâlinde gösterelim. Daha sonra da sürecin açıklamasını yapalım:

ŞEMA 8.3: Anayasa Değişikliği Usûlü



Anayasamızın 175'inci maddesine göre Anayasa değişikliği teklifinin TBMM üye tamsayısının en az üçte biri (yani 200 milletvekili) tarafından yazılı olarak verilmesi gerekir. Anayasa değişikliği teklifi TBMM'de iki defa görüşülür. İki görüşme arasında en az iki tam gün bulunur. Anayasa değişikliği teklifinin kabulü için oylama, "gizli oy (*secret vote*)" ile yapılır. Değişiklik teklifinin kabul edilebilmesi için teklifin TBMM üye tamsayısının en az beşte üçü (360 milletvekili) tarafından kabul edilmesi gerekir. Değişiklik teklifi TBMM üye tamsayısının beşte üçünden fazla ama üçte ikisinden az (yani 360 ilâ 399) oyla kabul edilmiş ise, Cumhurbaşkanı bu değişikliği on beş gün içinde ya halkoylamasına sunar, ya da bir defa daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderir. TBMM kendisine geri gönderilen değişiklik teklifini üye tamsayısının en az beşte üç veya üçte iki çoğunluğuyla kabul edebilir[9]. Anayasa değişikliği teklifi beşte üç çoğunlukla kabul edilmiş ise,

9. Anayasasının 175'inci maddesine Anayasa Mahkemesinin 5 Temmuz 2007 tarih ve E.2007/72, K.2007/68 sayılı kararıyla verilen anlama göre bu sonuca ulaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi-

Cumhurbaşkanı, değişikliği halkoylamasına sunmak zorundadır. Değişiklik üçte iki çoğunluk ile kabul edilmiş ise Cumhurbaşkanı bu değişikliği on beş gün içinde Resmî Gazetede yayanlar veya halkoylamasına sunabilir.

TBMM, anayasa değişikliği teklifini doğrudan doğruya en az üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla (yani 400 ve daha fazla milletvekilinin oyuyla) kabul etmiş ise Cumhurbaşkanı bu değişikliği Resmî Gazete yayanlayabilir; halkoylamasına sunabilir veya bir kez daha görüşülmesi için TBMM'ye geri gönderebilir. TBMM, kendisine geri gönderilen değişikliği aynen ve üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla kabul ederse Cumhurbaşkanı on beş gün içinde değişikliği Resmî Gazetede yayanlayibilir veya halkoylamasına sunabilir. TBMM aynı değişikliği beşte üç çoğunluğuyla aynen kabul etmiş ise Cumhurbaşkanı, değişikliği halkoylamasına sunmak zorundadır.

b) Kanunlar

Tanımı.- "Kanun (lat: *lex*, fr: *loi*, ing: *statute, law, act*)", kısaca şu şekilde tanımlanabilir:

> **TANIM: *Kanun*, yasama organı tarafından kanun adı altında yapılan ve normlar hiyerarşisinde Anayasanın altında ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üstünde yer alan, çoğunlukla, genel, soyut kurallar içeren hukukî metinlerdir.**

Kanunların Özellikleri.- Klasik hukuka giriş kitaplarında[10], kanunların yazılılık, genellik, süreklilik gibi birtakım *özelliklerinden* bahsedilir.

(1) Yazılılık.- Şüphesiz burada yazılı şeklî kaynakları incelediğimize göre, kanunların yazılı olması doğaldır. Türk hukukunda da kanunlar, Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazetede yayınlanırlar.

(2) Genellik.- Diğer yandan kanunların çoğu geneldir. Yani kanun sadece belli bir kişiyi değil, aynı durumda olan tüm kişileri ilgilendirir. Ancak, genellik kanunların ayırıcı bir unsuru değildir. Bir kanun, genel değil, belli bir kişiye ilişkin olsa da geçerli bir kanundur. Ülkemizde de genel olmayan, sadece bir veya iki kişi için çıkarılmış kanunlar vardır.

Örnekler.- 7 Temmuz 1948 tarih ve 5245 sayılı İdil Biret ve Suna Kan'ın Yabancı Memleketlere Müzik Tahsiline Gönderilmesine Dair Kanun, 5 Temmuz 1939 Tarih ve 3662 sayılı Ölü General Enver Çocuklarının Türk vatandaşlığına Kabul ve Türkiye'ye Gelmelerine Müsaade Edilmesine Dair Kanun, 5 Ocak 1961 tarih ve 215 sayılı Merhum Cemal Paşa Kızı Kamuran Cemal'e Vatani Hizmet Tertibinden Maaş Tahsisi Hakkında Kanun, 6 Nisan 1976 tarih ve 1980 sayılı Anka Ajansı Muhabirlerinden Şehit Adem Yavuz'un Annesine Vatani Hizmet Tertibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanun gibi.

---

nin sözü edilen kararından önce, TBMM'nin aynı şeyi ancak üye tamsayısı üçte iki çoğunluğuyla yapabileceği kabul ediliyordu.

10. Örneğin bkz. Bilge, *op. cit.*, s.50-51; Akıntürk, 62; Yılmaz, *op. cit.*, s.44-45.

(3) Süreklilik.- Diğer yandan kitaplarda, kanunların sürekliliği diye bir ilkeden de bahsedilmektedir. Bu şu anlama gelir: Kanunlar, belli bir süre yürürlükte kalması amacıyla değil, her zaman uygulanmaları amacıyla çıkarılır. Diğer bir ifadeyle kanunlar, belirli bir süre için değil, belirsiz bir süre için yürürlüğe konulur[11]. Ancak süreklilik de kanunların ayırıcı bir unsuru değildir. Uygulamada belli bir süre için çıkarılan pek çok kanun vardır. Örneğin bütçe kanunları da mahiyetleri gereği sürelidir ve bir yıl için yapılır. Olağanüstü Hâl Kanunu sadece olağanüstü hâl süresince uygulanır. Evlilik dışı doğan çocukların nesebinin düzeltilmesi için eski yıllarda çıkarılan kanunlar sürelidir. "Af" kanunları da sürelidir. Daha süreli birçok kanuna rastlanabilir.

KUTU 8.1: "Kanun" Kelimesi.- Türkçede "kanun" kelimesi, Eski Yunanca "kural" anlamına gelen *kanôn* (*κανον*) kelimesinden gelmektedir[12]. Eski Yunanca *kanôn* (*κανον*) kelimesi Latinceye "*canon*" olarak geçmiştir[13]. Arapça "kanun (قانون)" (çoğulu: kavanin [قوانين]) kelimesi de aynı kökten gelmektedir. Keza İbranice "קנה (qaneh)" kelimesi de aynı köktendir[14].

Yunancadan gelen "kanon (*κανον, κανόνας*)" kelimesi, bugün başta Fransızca ve İngilizce olmak üzere birçok batı dilinde de mevcuttur. Örneğin Redhouse'a göre, *canon*, kilise kanunu, kanun, nizam, düzen, miyar, ölçüt, kriter demektir[15]. Keza *canonist*, fıkıh bilgini, fakih demektir[16]. Fransızcada yine aynı şekilde *canon*, "kilise kanunları" anlamına gelir. Örneğin kilise hukukuna "*droit canonique* (kanonik hukuk)" denir[17].

Türkiye'de öz Türkçeciler, "kanun" kelimesi yerine "yasa" kelimesini kullanmaktadırlar. "Yasa" kelimesi "yasak" kelimesinden türemiştir[18]. Dolayısıyla "yasa" kelimesi, "kanun" kelimesini karşılayamaz. Çünkü bir kanun, yasak koyabileceği gibi, bir şeyin yapılmasını da emredebilir, bir şeye izin veya yetki de verebilir. Kanun, "yasak" demek değil, "kural" demektir.

Biz eski Yunandan gelen ve Roma, Arap ve Avrupa medeniyetlerinde ortak kabul görmüş "kanun" kelimesinin, "yasa" kelimesi karşısında, tercihe şayan bir kelime olduğunu düşünüyoruz.

Türkiye'de Kanunlar.- Türkiye'de Cumhuriyet döneminde 14000'den fazla kanun kabul edilmiştir. Cumhuriyet dönemi kanunları 23 Nisan 1920'den itibaren başlar. Kanunlar 1'den itibaren numaralandırılmıştır. 27 Mayıs hükümet darbesine kadar 7480 kanun çıkarılmıştır. 27 Mayıs 1960

11. Bilge, *op. cit.*, s.52; Akıntürk, *op. cit.*, s.62; Yılmaz, *op. cit.*, s.45.
12. Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî*, Dersaadet, İkdam Matbaası, 1317, s.1041.
13. *The American Heritage Dictionary*, Boston, Houghton Mifflin Company, 4. B., 2004, s.273.
14. http://www.etymonline.com/index.php; http://en.wiktionary.org/wiki/canon
15. *İngilizce-Türkçe Redhouse Sözlüğü*, İstanbul, Redhouse Yayınevi, 17. Baskı, 1990, s.136.
16. *Ibid.*
17. *Le Petit Robert: Dictionnaire de la langue française* (rédaction dirigée par A, Rey et J. Rey-Debove), Paris, Le Robert, 1991, s.246.
18. Nişanyan sözlüğüne göre yasa, "yasağ/yasak" kelimesinden gelir ve özellikle ilk defa "Cengiz Han Kanunnamesi" için kullanılmıştır (Sevan Nişanyan, *Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü, http://www.nisanyansozluk.com/?k=yasa*). Diğer yandan, ilginçtir ki öz Türkçe olduğu düşünülen "yasa" kelimesi, Azerbaycan, Başkurt, Kazak, Kırgız, Özbek, Tatar, Türkmen ve Uygur Türkçelerinde yoktur. Kazak ve Kırgız Türkçesi hariç, yasa yerine "kanun" kelimesi kullanılmaktadır (Ahmet Bican Ercilasun *et alii*, *Karşılaştırmalı Türk Lehçeleri Sözlüğü*, Ankara, Kültür Bakanlığı Yayını, 1991, c.I, s.970).

hükümet darbesi döneminde kanunlar tekrar 1'den itibaren numaralandırılmıştır. Bu dönemde toplam 375 kanun çıkarılmıştır. Normal döneme geçildikten sonra 1 Kasım 1961'den itibaren kanunlar sil baştan 1'den itibaren numaralandırılmıştır. 12 Eylül hükümet darbesinden sonra yeniden numaralandırmaya gidilmemiştir. Hâlâ 1 Kasım 1961'de başlayan numaralandırma devam etmektedir. Bu kitabın baskı tarihi itibarıyla Resmî Gazetede en son yayınlanmış Kanun, 11 Temmuz 2019 tarih ve 7183 sayılı Türkiye Turizm Tanıtım Ve Geliştirme Ajansı Hakkında Kanundur (*Resmî Gazete,* 15 Temmuz 2019, Sayı 30832).

KUTU 8.2: Osmanlı Döneminden Kalan Kanunlar.- Türkiye'de sayıları gün geçtikçe azalmış olsa da hâlâ yürürlükte olan Osmanlı döneminden kalan kanunlar da vardır. Örneğin hâlâ yürürlükte olan 10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun, 25 Haziran 1328 (1912) tarihli Cevamii Şerife Vesair Müessesatı Hayriyenin Tahtı veya Fevkinde veya Harim ve Müştemilatında Bulunan Mahallerin İstimlaki Hakkında Kanunlar böyledir. Osmanlı döneminden kalan *kanun-u muvakkatler*[19] de vardır. Örneğin hâlâ yürürlükte olan 1 Şubat 1329 (1913) tarihli Ameliyatı İskaiye İşletme Kanun-u Muvakkatı ve 30 Teşrinisani 1330 (1914) tarihli Ecnebi Anonim Ve Sermayesi Eshama Münkasim Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanun-u Muvakkat böyledir. Bu arada 1999 yılına kadar yürürlükte kalmış 4 Şubat 1329 (1913) tarihli Memurin Muhakematı Kanun-u Muvakkatini ve 1987 yılında adı değiştirilerek 2005 yılına kadar yürürlükte kalmaya devam etmiş olan 13 Mart 1329 (=26 Mart 1913) tarihli İdare-i Umumiye-i Vilayet Kanun-u Muvakkatini burada özellikle zikretmek gerekir.

Osmanlı döneminde çıkarılmış olan 18 Sefer 1299 (1883) tarihli Zabıtai Saydiye Nizamnamesi, 6 Haziran 1317 (1901) tarihli Taşocakları Nizamnamesi, 10 Nisan 1322 (1906) tarihli Asarı Atika Nizamnamesi[20] gibi bazı *nizamnameler* de Cumhuriyet döneminde "tüzük" olarak değil, "kanun" olarak kabul edilmiştir. Zira bunlar yasama fonksiyonunun kullanımı niteliğinde olup bir alanı aslî (ilkel, *originaire*) olarak düzenlemekteydi[21].

Kanunların Yapılışı.- Kanunların nasıl yapılacakları Anayasamızın 88 ve 89'uncu maddelerinde düzenlenmiştir.

Öncelikle kanun yapma yetkisi, TBMM'ye aittir (AY, m.87).

Teklif (*Proposition, Bill*).- Kanun teklif etme yetkisi, milletvekillerine aittir. Bir milletvekili dahi kanun teklif edebilir. Kanun teklifleri TBMM Başkanlığına verilir. Başkan bunları ilgili Meclis komisyonuna doğrudan havale eder. Komisyonlardan geçen teklifler, TBMM Genel Kurulunda görüşülür.

19. 1876 Kanun-u Esasisine göre (m.36) parlamento toplantı halinde olmadığı zamanlarda, belirli şartlarla ve belirli amaçlarla Heyet-i Vükela'ya (Bakanlar Kurulu) padişah iradesiyle kanun niteliğinde işlemler yapmak yetkisi tanınıyor ve bu işlemlerin Meclisin toplanıp karar verinceye kadar "muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetinde olduğu" belirtiliyordu. Günümüzde kanun hükmünde kararnamelere benzeyen bu işlemlere "kanun-u muvakkat" denirdi (Teziç, *op. cit.*, s.23).
20. Teziç, *op. cit.*, s.23; Umar, *op. cit.*, s.84.
21. Özbudun, *op. cit.*, s.350.

Tarihsel Bilgi.- 9 Temmuz 2018'den önce Bakanlar Kurulu da kanun teklifi verebilirdi. Bakanlar Kurulu tarafından verilen kanun tekliflerine "kanun tasarısı" denirdi. "Kanun tasarısı" kurumu, 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla kaldırılmıştır. Zaten aynı Kanunla Bakanlar Kurulunun varlığına da son verilmiştir.

Görüşme *(Debate, Deliberation).*- Kanun tekliflerinin görüşülmesi için üye tamsayısının en az üçte birinin (600x1/3=200) genel kurula katılması gerekir. Buna *toplantı yeter sayısı* denir (m.96). Kanun teklifleri İçtüzükte belirtilen usûl ve esaslara göre TBMM tarafından görüşülür (m.88). Görüşmeler kural olarak açıktır ve TBMM Tutanak Dergisinde tam olarak yayımlanır (m.97).

Kabul *(Adoption).*- Bir kanun teklifinin kanun olarak kabulü için TBMM Genel kurulunda toplantıya katılan milletvekillerinin salt çoğunluğu gerekir. Buna *kabul yeter sayısı* denir. Ancak kabul yeter sayısı hiçbir şekilde TBMM'nin üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından (600x1/4+1=151) az olamaz (m.96).

Yayın *(Publication) (AY, m.89).*- Bu şekilde TBMM tarafından kabul edilen kanunlar, Meclis Başkanı tarafından Cumhurbaşkanına gönderilir, Cumhurbaşkanı tarafından 15 gün içinde "Resmî Gazete *(Official Gazette)*"de yayınlanır. 1982 Anayasasının 89'uncu maddesi ve keza 104'üncü maddesinde Cumhurbaşkanına "*kanunları yayımlamak*" yetkisini vermektedir. Anayasada kullanılan kelime "yayın" kelimesi değil "yayım" kelimesidir. Ancak "yayım" ile "yayın" kelimeleri arasında bir fark yoktur ve "yayım" kelimesinin doğrusu da "yayın" kelimesidir. "Yayın", bir "işlem" değil, bir "iş", yani fiili bir ameliyedir. Yayın, kanun metninin Resmî Gazetede basılması ve Resmî Gazetenin dağıtılması işidir. 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 2'nci maddesine göre, artık Resmî Gazete prensip olarak internet ortamında yayınlanır.

Aşağıda açıklanacağı üzere aslında Cumhurbaşkanının yaptığı işlemin adı "yayım" değil, "ısdar" olmalıdır.

Eğer Cumhurbaşkanı, TBMM tarafından kendisine gönderilen kanunun yayınlanmasını uygun bulmazsa, bir defa daha görüşülmek üzere, kanunu 15 gün içinde TBMM'ye geri gönderir. Cumhurbaşkanı uygun bulmama gerekçesini de geri gönderdiği kanuna ekler. TBMM'nin geri gönderilen kanunu *aynen kabul etmesi* için üye tamsayısının salt çoğunluğu (301 kabul oyu) gerekir. TBMM bu çoğunlukla geri gönderilen kanunu kabul etmiş ise, Cumhurbaşkanı artık bu kanunu tekrar geri gönderemez, Resmî Gazetede 15 gün içinde yayınlamak zorundadır. Bununla birlikte Meclis, geri gönderilen kanunda değişiklik yaparsa bunu Cumhurbaşkanı tekrar geri gönderebilir. Cumhurbaşkanının bütçe kanunlarını geri gönderme yetkisi yoktur. Anayasanın 89'uncu maddesi 2001 yılında değiştirilerek Cumhurbaşkanına kanunları kısmen geri gönderme yetkisi de tanınmıştır.

Görüldüğü gibi Türkiye'de Cumhurbaşkanının kanunları "onaylamak" gibi bir yetkisi yoktur. Anayasamız, Cumhurbaşkanına kanunları onaylama değil, yayınlama veya beğenmediği kanunları bir kez daha görüşülmek üzere meclise geri gönderme yetkisi vermektedir.

KUTU 8.3: TÜRKİYE'DE "ISDAR" MESELESİ

Neredeyse Türkiye dışında bütün ülkelerde, kanunların parlâmento tarafından kabul edilmesi ile resmî gazetede yayınlanmaları arasında "ısdar (*promulgation*)" denen bir aşama bulunur. Bu aşamada kanunlar devlet başkanı tarafından ısdar edilir. Isdar işlemi şöyle gerçekleşir: Devlet başkanları, kanun metninin üstüne veya altına söz konusu metnin parlâmento tarafından kabul edilen metin olduğunu belirten bir cümle yazar[22] ve sonra söz konusu metnin devletin kanunu olarak uygulanacağını belirten bir formülü[23] yazıp imzalar.

Devlet başkanı ısdar işlemi ile, kanunun ülkenin meşru parlâmentosu tarafından kabul edildiğini ve yayınlanacak kanun metninin parlâmento tarafından kabul edilen metinle aynı metin olduğunu tespit eder.

"Isdar" işlemi "onay" işleminden farklı bir işlemdir. Devlet başkanının "onay" yetkisi sadece monarşilerde bulunur. Bu durumda, kralın onay iradesi, kanunu oluşturan iradelerden biridir. Isdar ise kanunu oluşturan iradelerden biri değildir. Kanun zaten ısdar işleminden önce vardır. Isdar, var olan kanunun içeriğinin parlâmento tarafından kabul edilen kanunun içeriğiyle aynı olduğunu tespit ve tasdik eder.

Türkiye'de kanunların metni, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edildiği şekliyle olduğu gibi yayınlanmakta, kanunun başında veya sonunda, Kanunun Cumhurbaşkanı tarafından ısdar edildiğine veya bu metnin TBMM tarafından kabul edilen metin olduğuna ilişkin bir ifade kullanılmamaktadır.

Türkiye'de Anayasaya göre Cumhurbaşkanının sadece kanunları Resmî Gazetede "yayınlama" yetkisi vardır. Anayasamız "ısdar"dan bahsetmemektedir. Erdoğan Teziç, Türkiye'de kanunların Cumhurbaşkanınca "yayınlanması"nı "ısdar" niteliğinde bir işlem olarak görmektedir[24].

Oysa "yayın", yukarıda açıkladığımız gibi bir "hukukî" işlem değil, bir "maddî işlem", bir "fiil", bir "ameliye"dir. Yayın, kanun metninin Resmî Gazetede basılması ve Resmî Gazetenin dağıtılması veya kanun metninin internet ortamına konulması işlemidir. Bu fiil, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığının bir alt birimi olan Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü tarafından yapılır.

Kanımızca, Türkiye'de açıkça "ısdar" işleminin Anayasayla veya kanunla kabul edilmesinde yarar vardır. Cumhurbaşkanı kanun metninin üstüne veya altına kanunun "Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen kanun olduğunun tasdik ettiğini" belirten bir ifadeyi

22. Örneğin Fransa'da "*L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté* (Millet Meclisi ve Senato kabul etti", Belçika'da "*De l'assentiment de la Chambre des Députés donné...* (Milletvekilleri Meclisimiz rıza verdiğinden...)" ifadeleri kullanılır. Örnek ısdar işlemleri için bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa, Ekin, 2011, s.842-843.
23. Örneğin Fransa'daki formül şöyledir: "*La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat* (İşbu kanun devletin kanunu olarak uygulanacaktır)". Belçika'daki formül ise şudur: "*Avons ordonné et ordonnons* (Emrettik ve emrediyoruz)" der. Örnek ifadeler için bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, op. cit.*, s.842-843.
24. Teziç, *Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.47.

yazıp, bu ifadenin veya formülün altını imzalamalıdır. Bu ısdar ifadesi veya formülü ve keza Cumhurbaşkanının imzası da Resmî Gazetede yayınlanmalıdır.

Osmanlı döneminde kanunlar ısdar işlemi ile yayınlanıyordu. Kanunun son maddesinin altına Padişah "*Meclisi Ayan ve Mebusanca kabul olunan işbu lâyihanın kanuniyetini ve kavanin-i devlete ilâvesini irade eyledim*" diye yazıp imzalardı. İşte bu ifade ve padişahın imzası "ısdar" işlemi demektir. Aşağıya bir Osmanlı kanunundaki ısdar formülünün orijinali ve yazı çevrimi alınmıştır:

مجلس اعیان و مبعوثانجه قبول اولنان اشبو لایحه‌نك قانونیتی و قوانین دولته علاوه‌سنی اراده ایلدم .

١٤ ربیع الاخر ١٣٣٣ ١٦ شباط ١٣٣٠

محمد رشاد

مالیه ناظر وکیلی صدراعظم
طلعت محمد سعید

Meclisi Ayan ve Mebusanca kabul olunan işbu lâyihanın kanuniyetini ve kavanin-i devlete ilâvesini irade eyledim.

14 Rebiyülahir 1333 16 Şubat 1330 (1914)

Mehmet Reşat

Maliye Nazırı Vekili Talat — Sadrıazam Mehmet Said

Kaynak: Takvim-i Vekayi, 20 Rebiülahir 1333 - 22 Şubat 1330, Pazar, Numero 2104. http://gazeteler.ankara.edu.tr/dergiler/milli_kutup/ 865/865_35//0535.pdf)

Isdar meselesi konusunda bkz.: Kemal Gözler, "Türkiye'de Bir Bilinmeyen: Isdar", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, Ankara, Ankara Ü. Hukuk F. Yay., 2013, c.II, s.897-950 (www.anayasa.gen.tr/isdar.pdf).

Yürürlüğe Giriş Tarihi *(Entry into Effect Date).*- Kanunlar, hangi tarihte yürürlüğe gireceklerini çoğunlukla sondan bir önceki maddelerinde belirtirler. Eğer bir ihtimal kanun, kendi yürürlüğe gireceği tarihi belirtmemiş ise, kanun, Resmî Gazetede yayınladığı gün yürürlüğe girer (10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m.7). (10 Temmuz 2018'den önce, Resmî Gazetede yayımlandığı günü izleyen günden itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girerdi).

KUTU 8.4: Örnek Kanun

VAKIFLAR KANUNU

Kanun No.5737 **Kabul Tarihi: 20/2/2008**

Amaç

MADDE 1- Bu Kanun; vakıfların yönetimi, faaliyetleri ve denetimine, yurt içi ve yurt dışındaki taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının tescili, muhafazası, onarımı ve yaşatılmasına, vakıf varlıklarının ekonomik şekilde işletilmesi ve değerlendirilmesinin sağlanmasına ilişkin usûl ve esasların belirlenmesi; Vakıflar Genel Müdürlüğünün kuruluşu ile Genel Müdürlüğün teşkilât, görev, yetki ve sorumluluklarının düzenlenmesi amacıyla hazırlanmıştır.

Kapsam

MADDE 2- Bu Kanun; mazbut, mülhak ve yeni vakıflar, cemaat ve esnaf vakıfları ile Vakıflar Genel Müdürlüğünü kapsar.

(...)

Yürürlük

MADDE 81- Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 82- Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

(RG, 27 Şubat 2008, Sayı 26800)

Kabul Tarihi, Yayın Tarihi ve Yürürlüğe Giriş Tarihi Farklıdır.- Bir kanunun kabul edildiği tarih ile Resmî Gazetede yayınlandığı tarih birbirinden farklıdır. Keza kanunun yürürlüğe girdiği tarih ile Resmî Gazetede yayın tarihi aynı olabileceği gibi farklı da olabilir. Bir kanun kendi yürürlüğe giriş tarihini Resmî Gazetede yayın tarihinden daha sonraki bir tarih olarak tespit edebilir. Örneğin 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu 11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilmiş ve 4 Şubat 2011 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Ama bu Kanun kendi hükmü gereği 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre 4 Şubat 2011 tarihi itibarıyla yeni Türk Borçlar Kanunu hukuken vardır ve geçerlidir. Örneğin bu Kanuna karşı süresi içinde Anayasa

Mahkemesinde iptal davası açılabilir. Ama bu Kanun, henüz yürürlüğe girmediği için muhataplarını bağlamaz.

Yargısal Denetim *(Judicial Review).*- Yukarıda açıklandığı şekilde kabul edilip yayımlanan kanunlar Anayasaya aykırı olmamalıdır. Kanunlar, Anayasaya aykırı ise, belli makamların başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenir ve gerçekten anayasaya aykırıysalar Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirler.

Zikrediliş Usûlleri.- Türkiye'de kanunlar, kabul tarihi, sayısı ve ismiyle zikredilir. Örnek: 20 Şubat 2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu. Kanunların tarih belirtilmeden sayı ve isimle zikredilmesi de yaygındır. 2575 sayılı Danıştay Kanunu gibi. Türk Medenî Kanunu, Türk Ceza Kanunu gibi çok bilinen kanunlar söz konusu olduğunda çoğunlukla bunların tarih ve sayısı da belirtilmez; doğrudan doğruya isimleri zikredilir.

Bilgi Kaynağı Notu: Aranılan kanunlara *www.mevzuat.gov.tr/Kanunlar.aspx* adresinden ulaşılabilir. Resmî Gazetede yayınlanmış kanunların listesini, elektronik Resmi Gazetede (*www.resmigazete.gov.tr*) fihrist > Mevzuat Türü > Kanunları seçip "Ara"ya tıklayarak oluşturabilirsiniz. Şu sitelerden kanun listelerine ulaşılabilir ve kanunlarda arama yapılabilir: Yeni kabul edilen kanunların TBMM'de kabul edildikleri şekline *www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.sorgu_ baslangic* adresinden ulaşılabilir.

c) Uluslararası Andlaşmalar

"Uluslararası andlaşmalar (*international treaties*)" esasen aşağıda göreceğimiz *uluslararası* hukukun kaynakları arasında yer alır. Ancak, diğer monist sistemlerde olduğu gibi, Türkiye'de de usûlüne uygun olarak onaylanmış ve yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar, aynı zamanda iç hukuk normu olarak geçerlidir. Türkiye'de Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son fıkrasına göre "usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar *kanun hükmündedir*". Yani bunlar Türk iç hukukunda kanunlar gibi bağlayıcıdır. Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmaları mahkemeler ve idarî makamlar aynı bir kanun gibi uygulamak zorundadır. O nedenle uluslararası andlaşmalar Türkiye tarafından onaylanmış ve yürürlüğe konulmuş iseler, aynı zamanda Türk iç hukukunun da bir kaynağı hâline gelirler.

Türk iç hukuku bakımından uluslararası andlaşmalar şu şekilde tanımlanabilir:

> **TANIM: *Uluslararası andlaşmalar*, iki veya daha fazla devlet tarafından akdedilmiş olan ve Türkiye'de Cumhurbaşkanının onayıyla Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan ve Türk normlar hiyerarşisinde kural olarak kanun değerinde bulunan bağlayıcı hukuk kurallarıdır.**

Türkiye'de uluslararası andlaşma akdetme ve imzalama yetkisi Cumhurbaşkanına ve Dışişleri Bakanına aittir. Bunların dışında Cumhurbaşkanınca yetkilendirilen kişiler de Türkiye adına milletlerarası akdetme yapma yetkisine sahiptirler.

Yukarıdaki kişilerce akdedilen andlaşmanın bağlayıcılık kazanması için "onaylanması ve yayımlanması" gerekir. Andlaşmaları onaylama ve yayımlama yetkisi ise Cumhurbaşkanına verilmiştir (Anayasa, m.104).

Ancak Cumhurbaşkanının bu onaylama yetkisini kullanabilmesi için, TBMM'nin andlaşmanın onaylanmasını bir kanunla uygun bulması gerekir (Anayasa, m.90/1). Andlaşmaların onaylanmasının bir kanunla nasıl uygun bulanacağı hususu Anayasamızın 90'ıncı maddesinde düzenlenmiştir. Milletlerarası andlaşmaların onaylanması bakımından milletlerarası andlaşmalar konusunda ikili bir ayrım yapmak gerekir:

aa) Onaylanması İçin Kanunla Uygun Bulunması Gereken Andlaşmalar.- Kural olarak, milletlerarası andlaşmaların onaylanması için, onaylanmanın bir kanunla uygun bulunması gerekir. Bu konudaki kural Anayasanın 90'ıncı maddesinin birinci fıkrasında ifade edilmiştir:

> "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylanmayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır".

Bu kural, milletlerarası andlaşmaların onaylanması konusundaki genel kuraldır. Buna göre, TBMM uygun bulmayı bir kanunla kabul ettikten sonra, Cumhurbaşkanı andlaşmayı onaylayacak ve yayımlayacaktır.

KUTU 8.5: Milletlerarası Andlaşmanın Onaylanmasını Uygun Bulma Kanunu

(Resmî Gazete, 25 Nisan 2018, Sayı 30402, mük.).

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kongo Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Güvenlik İş Birliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

Kanun No. 7133

MADDE 1- (1) 15 Kasım 2012 tarihinde Ankara'da imzalanan "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kongo Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Güvenlik İş Birliği Anlaşması"nın onaylanması uygun bulunmuştur.

MADDE 2- (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3- (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

KUTU 8.6: Milletlerarası Andlaşmanın Onaylanmasına Dair Cumhurbaşkanı Kararı

(Resmî Gazete, 3 Kasım 2018, Sayı 30584, 2. Mükerrer

Karar Sayısı: 307

15 Kasım 2012 tarihinde Ankara'da imzalanan ve 5/4/2018 tarihli 7138 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Türkiye Cumhuriyeti ile Kongo Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Güvenlik İşbirliği Anlaşması"nın onaylanması; 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 2 nci ve 3 üncü maddeleri gereğince karar verilmiştir.

2 Kasım 2018

Recep Tayyip ERDOĞAN
CUMHURBAŞKANI

bb) Onaylanması İçin Kanunla Uygun Bulunmaları Gerekmeyen Andlaşmalar.- Anayasamızın 90'ıncı maddesinin ikinci fıkrasına göre ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hâllerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde TBMM'nin bilgisine sunulur. Keza, aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların TBMM'ce uygun bulunması zorunlu-

luğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Burada ayrıca belirtelim ki, Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmanın onaylanabilmesi için TBMM tarafından onaylanmalarının uygun bulunması gerekir.

KUTU 8.7: Milletlerarası Andlaşmanın Onaylanmasına Dair Cumhurbaşkanı Kararı

(*Resmî Gazete*, 12 Eylül 2018, Sayı 30533)
Karar Sayısı: 77

2 Mart 2018 tarihinde Bamako'da imzalanan ekli "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Mali Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık ve Tıp Bilimleri Alanlarında İşbirliğine Dair Anlaşma"nın onaylanmasına, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 2 nci ve 3 üncü maddeleri gereğince karar verilmiştir.

11 Eylül 2018

Recep Tayyip ERDOĞAN
CUMHURBAŞKANI

Milletlerarası Andlaşmaların Değeri.- Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son fıkrasına göre "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar *kanun hükmündedir*. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz". Bu fıkraya 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla eklenen son cümleye göre, "usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır". Dolayısıyla son Anayasa değişikliğiyle temel hak ve hürriyetler alanındaki milletlerarası andlaşmaların Türk normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde ve Anayasanın altında bir değere sahip olduğunu söyleyebiliriz.

Milletlerarası andlaşmaların onaylanmasına ilişkin usûl ve esaslar, 15 Temmuz 2018 tarih ve 30479 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 9 numaralı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmiştir. Bu konuda daha fazla bilgi için adı geçen Kararnameye bakılabilir.

Bilgi Kaynağı Notu: Resmî Gazetede yayınlanmış milletlerarası antlaşma andlaşma ve bunları onaylayan kanun ve karar metinlerinin listesine elektronik Resmi Gazetenin fihristinde (www.resmigazete.gov.tr) "MEVZUAT TÜRÜ" kutucuğundan "MİLLETLERARASI ANDLAŞMALAR VE SÖZLEŞMELER"ı seçip "ARA"ya tıklayarak oluşturabilirsiniz. *www.mevzuat.gov.tr* adresinden de aynı şeye ulaşılabilir.

d) Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Türk hukukunda "Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (*presidential decrees*)", 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla getirilmiş bir yeniliktir. Bu kararnamelerin büyük ölçüde eski sistemde yer alan ve yeni sistemde kaldırılan kanun hükmünde kararnamelerin (KHK'lerin) yerine getirildiği söylenebilir. KHK'leri biraz aşağıda göreceğiz.

Tanım.- Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanının, yürütmeye ilişkin konularda Anayasanın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasından al-

dığı yetkiyle çıkardığı ve normlar hiyerarşisinde kanun altı seviyede yer alan hukuk kurallarıdır.

Yetki.- Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi münhasıran Cumhurbaşkanına aittir.

Konu.- Konu unsuru bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyebileceği alan "mahfuz alan", "yasak alan" ve "ihtiyarî alan" olmak üzere üçe ayrılabilir[25].

(a) Mahfuz Alan.- Şu konular Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz alanını oluşturur. Yani bu konular, kanunla değil, münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmelidir:

1. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (Anayasa, m.104/9);
2. Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (m.106/11),
3. Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (m.108/son),
4. "Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (m.118/6)

(b) Yasak Alan.- Şu konular ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Yani bu konuların kanunla düzenlenmesi gerekir:

1. Yürütme yetkisine ilişkin *olmayan* konular (m.104/17-1),
2. Sosyal haklar hariç, temel hak ve hürriyetler (m.104/17-2),
3. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular (m.104/17-3)
4. Kanunda açıkça düzenlenen konular (m.104/17-4)

(c) İhtiyarî Alan.- Yukarıdaki sayılan "mahfuz alan" ve "yasak alan" kapsamına girmeyen konular, kanunla veya Cumhurbaşkanı kararnamesiyle düzenlenebilir. Dolayısıyla bu alanda bulunan bir konuda Cumhurbaşkanı istiyorsa Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Aynı konu kanunla da düzenlenebilir. Bu alan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve kanun için "yarışan alan"dır. Aynı konu tamamen veya kısmen hem kanun hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmişse ve bunların arasında çatışma varsa, çatışmadan kanun hükümleri galip çıkar. Zira Anayasa, m.104/17'de "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır" denmektedir.

Usûl ve Şekil.- Cumhurbaşkanı kararnameleri sadece Cumhurbaşkanının imzasıyla çıkarılır ve Resmî Gazetede yayınlanır. Metninde aksi belirtilmemiş ise Resmî Gazetede yayınladığı tarihte yürürlüğe girer.

---

25. Bu ayrımın sebebini ve tutarlılığını burada tartışmıyoruz. Bu konuda bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2018, s.878-889.

Zikrediliş Usûlü.- Resmî Gazetede yayınlanan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerin son maddesinin altında, Cumhurbaşkanı isminden önceki satırda bertilen tarih, Kararnamenin Cumhurbaşkanı tarafından imzalandığı (kabul edildiği) tarihtir (Kutu 8.8'e bakılabilir). Kararnameye kabul tarihi ve sayısını belirterek zikretmek gerekir. Örnek: 1 Mayıs 2019 tarih ve 34 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.

KUTU 8.8: Örnek Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
(*Resmî Gazete*, 2 Mayıs 2019, Sayı 30762)

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ HAKKINDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

Kararname Numarası: 34

Amaç

MADDE 1- (1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin amacı, Türkiye Adalet Akademisinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

(...)

Yürürlük

MADDE 18 – (1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 19 – (1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümlerini Cumhurbaşkanı yürütür.

1 Mayıs 2019

Recep Tayyip ERDOĞAN
Cumhurbaşkanı

Hiyerarşik Güçleri.- Anayasamıza göre "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" (m.104/17). Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisi kanun altı düzeyde bulunurlar.

Denetim.- Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi mümkündür. Ama bu denetim Danıştay tarafından değil, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılır.

e) Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanının olağanüstü hâllerde, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, Anayasanın 119'uncu maddesinin altıncı fıkrasından aldığı yetkiyle çıkardığı, normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde yer alan hukuk kurallarıdır.

Bunlar, "kanun hükmünde"dir. Dolayısıyla bunlar ile bir kanun hükmü çatışırsa, hangisi sonraki tarihli ise o uygulanır.

Cumhurbaşkanının olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmesi için öncelikle, ülkede Anayasamızın 119'uncu maddesine göre usulüne uygun olarak ilân edilmiş bir "olağanüstü hâl" bulunmalıdır. Olağanüstü hâl ilân edilmeden doğrudan doğruya olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.

Olağanüstü hâllerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle temel haklar, kişi hakları ve siyasî haklar ve ödevler de düzenlenebilir. Ancak bu tür kararnamelerle düzenlenecek konunun "olağanüstü halin gerekli kıldığı" bir konu olması gerekir.

Diğer yandan olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasamızın 15'inci maddesine aykırı olmamaları gerekir. Yani kararnamelerin milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlâl etmemesi ve ölçülülük ilkesine uygun olması ve maddenin ikinci fıkrasında sayılan çekirdek alana dokunmaması gerekir.

KUTU 8.9: Anayasa, Madde 15.- Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün TBMM'nin onayına sunulur. Bu kararnameler üç ay içinde TBMM'de görüşülür ve karara bağlanır. Aksi hâlde olağanüstü hâllerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.

Olağanüstü hâllerde Cumhurbaşkanının Anayasanın 119'uncu maddesinin altıncı fıkrasından aldığı yetkiyle çıkaracağı Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi mümkün değildir. Yani bu tür kararnamelere karşı iptal istemiyle Anayasa Mahkemesinde veya bir başka mahkemede dava açılamaz. Ancak TBMM tarafından kanunla onaylandıktan sonra bu kararnamelerin hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

f) Yönetmelikler

Tanım.- "Yönetmelikler (*by-laws*)", Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkardıkları hukuk kurallarıdır.

KUTU 8.10: Anayasa, m.124.- 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 Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir.

Yetki.- Yönetmelik çıkarmaya Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri (üniversite, belediye, KİT'ler, meslek kuruluşları, vs.) yetkilidir.

Konu.- Anayasanın 124'üncü maddesine göre, yönetmeliklerin konusu, Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin "görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak"tır.

Sebep.- Yönetmeliklerin sebep unsurunu bir kanun veya bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi oluşturur[26]. Bir kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle daha önceden hiçbir şekilde düzenlenmeyen bir alanda yönetmelik çıkarılması mümkün değildir. Yönetmelikler bu anlamda kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanmak zorundadır. Türk hukukunda, idarenin bir alanı aslî olarak yönetmelikle düzenlemesi mümkün değildir. Türk hukukunda "muhtar (özerk) bir yönetmelik yetkisi" bulunmamaktadır[27].

Usûl ve Şekil.- Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmelikler Cumhurbaşkanı tarafından imzalanır. Diğer makamların çıkardığı yönetmeliklerin Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmaları gerekli değildir.

Her yönetmeliğin Resmî Gazetede yayımlanması da şart değildir. Anayasamıza göre hangi yönetmeliğin Resmî Gazetede yayımlanacağı bir kanunla tespit edilir. Bu Kanun, 24 Mayıs 1984 tarih ve 3011 sayılı Resmî Gazetede Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanundur. Resmî Gazetede yayımlanması gereken yönetmelikler, Resmî Gazetede yayımlandıkları tarihte, başka surette ilgililere duyurulması gereken yönetmelikler ise, duyuruldukları tarihte yürürlüğe girer.

KUTU 8.11: Örnek Yönetmelik

(*Resmî Gazete*, 23.7.2018, Sayı 30486)

Eskişehir Teknik Üniversitesinden:

ESKİŞEHİR TEKNİK ÜNİVERSİTESİ LİSANSÜSTÜ EĞİTİM-ÖĞRETİM VE SINAV YÖNETMELİĞİ

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı; Teknik Üniversitesinde örgün ve/veya uzaktan öğretim yoluyla yürütülen lisansüstü eğitim-öğretim ile sınavlara ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

(...)

Eğitim-öğretim yılı

MADDE 14 – (1) Bir eğitim-öğretim yılı, dönem sonu sınavlarıyla birlikte her biri 16 haftadan oluşan güz ve bahar yarıyıllarını kapsar.

(...)

Yürürlük

MADDE 29 - Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 44 - Bu Yönetmelik hükümlerini Eskişehir Teknik Üniversitesi Rektörü yürütür.

Yargısal Denetim.- İdarî bir işlem olan yönetmeliklerin denetimi idarî yargıda yapılır. Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmeliklerin hepsi ilk derece mahkemesi olarak Danıştay denetimine tabidir. "Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan *ve ülke çapında* uygulanacak" yönetmeliklerinin yargısal denetimi de ilk derece mahkemesi olarak *Danıştayda* yapılır (Danıştay Kanunu, m.24/1-c [2/7/2012-6352 s.K. ile değişik şekli]). Dolayısıyla sayılan bu makamların *belli bir yörede* uygulanacak olan yönetmeliklerinin, keza mahallî idarelerin yönetmeliklerinin yargısal denetimi, o yerde bulunan genel görevli idarî yargı yeri olan *idare mahkemelerinde* yapılır[28].

Bir Uyarı: Burada incelediğimiz düzenleyici işlemin adı, *"yönetmenlik"* değil, *"yönetmelik"*tir! Bunu karıştırmamak gerekir.

26. Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri, op. cit.*, s.370; Günday, *op. cit.*, s.104.
27. Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, op. cit.*, s.184-185.
28. Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri, op. cit.*, 2017, s.442; Günday, *op. cit.*, 2011, s.117.

ÖZET / TABLO 8.1: Hukukun Yazılı Kaynakları (Karşılaştırma) (Kısaltılmış)

	KANUN	OLAĞAN DÖNEM CB KARARNAMESİ	OLAĞANÜSTÜ HÂL CB KARARNAMESİ	YÖNETMELİK
Yetki	TBMM	Cumhurbaşkanı	Cumhurbaşkanı	Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve Kamu Tüzel Kişileri
Konu	Sınırlama Yok *(Hâliyle kanunlar konu bakımından Anayasaya aykırı olamazlar)*	-Yürütme yetkisine ilişkin olmayan konular - Sosyal haklar hariç temel hak ve hürriyetler düzenlenemez. - Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. - Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.	Konu sınırlaması yok. Ancak şu şartlar var: - Gereklilik, - Ölçülülük - Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal etmeme - Çekirdek alana dokunma yasağı.	Kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Uygulanmasını Sağlamak
Cumhurbaşkanının İmzası	Var	Var	Var	Cumhurbaşkanı yönetmeliklerinde var; diğerlerinde yok.
RG'de Yayın Şartı	Var	Var	Var	Hepsi İçin Şart Değil
TBMM (Karar/Onay)	Var	Yok	Var	Yok
Yargısal Denetim	Anayasa Mahkemesi	Anayasa Mahkemesi	Denetim Yok	Danıştay / İdare Mahkemeleri

g) Adsız Düzenleyici İşlemler[29]

Türk hukukunun yazılı kaynakları yukarıda öngörülmüş olanlardan ibaret değildir. Uygulamada "yönerge", "karar", "tebliğ", "sirküler", "genelge", "ilke kararı", "esaslar", "esaslar ve usûller", "talimat", "statü", "genel emir", "tenbihname", "genel tenbih", "ilân", "duyuru", "plân", "tarife" gibi değişik isimler taşıyan hukuk kurallarına da rastlanmaktadır. Bu tür hukuk kuralları-na, bunların adı Anayasada geçmediği için "adsız düzenleyici işlemler" denmektedir[30].

"Adsız düzenleyici işlemler" genellikle "yönetmelik" olarak kabul edilip, onların hukukî rejimine tâbi tutulabilir. Örneğin Cumhurbaşkanının çıkardığı bir genelge, Cumhurbaşkanının yönetmeliği gibi, bakanlıkların düzenleyici işlemlerinden üstündür. Keza Cumhurbaşkanının adsız düzenleyici işlemlerinden doğan davalar Danıştay Kanunu, m.24/1-b uyarınca ilk derece mahkemesi olarak Danıştay tarafından karara bağlanır.

Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan adsız düzenleyici işlemlere karşı açılacak davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülebilmesi için bu işlemlerin ülke çapında uygulanıyor olması gerekir (m.24/1-c).

---

29. Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri, op. cit.*, s.372-374; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.122-128; Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, op. cit.*, s.186-187; İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, İstanbul, Alfa Yayınları, 2002, s.349-351.
30. Bu konuda Bkz.: Özay, *op. cit.*, s. s.349; Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, c.I, s.122.

KUTU 8.12: Örnek Adsız Düzenleyici İşlem
(*Resmî Gazete*, 3 Ağustos 2018, Sayı 30498)

ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNUN 3 ÜNCÜ MADDESİNİN (B) BENDİ KAPSAMINDA YAPILACAK İHALELERE İLİŞKİN ESAS VE USULLER

Karar Sayısı: 9

Ekli "Adalet Bakanlığı Tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (b) Bendi Kapsamında Yapılacak İhalelere İlişkin Esas ve Usûller'in yürürlüğe konulmasına ek 11 inci maddesi uyarınca karar verilmiştir. 2 Ağustos 2018

Recep Tayyip ERDOĞAN
CUMHURBAŞKANI

ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNUN 3 ÜNCÜ MADDESİNİN (B) BENDİ KAPSAMINDA YAPILACAK İHALELERE İLİŞKİN ESAS VE USÛLLER

Amaç
MADDE 1 – (1) Bu Esas ve Usullerin amacı, Adalet Bakanlığı tarafından 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendi kapsamında yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektedir. (...)
Yürürlük
MADDE 49 – (1) Bu Esaslar yayımı tarihinde yürürlüğe girer.
Yürütme
MADDE 50 – (1) Bu Esasları Cumhurbaşkanı yürütür.

h) Diğerleri (Bireysel İşlemler, Sözleşmeler, vs.)

Bir hukuk düzeninde, bireysel işlemler, sözleşmeler gibi daha pek çok hukuk kaynağı vardır. Bunlar sadece bir kişiyi ve bir iki kişiyi ilgilendirse de onlar arasında geçerli olan hukuk kurallarıdır. Bu nedenle de hukuka kaynaklık ederler.

ı) 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla Kaldırılan Hukukun Kaynakları

9 Temmuz 2018'den önce Türkiye'de hukukun yazılı kaynakları arasında "kanun hükmünde kararname", "tüzük", "Bakanlar Kurulu yönetmelikleri" ve "başbakanlık yönetmelikleri" olmak üzere dört kaynak daha vardı. Bu kaynaklara 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla son verilmiştir. Ancak Anayasamıza 6771 sayılı Kanunla eklenen geçici 21'inci maddenin F fıkrasına göre,

> "bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür".

Dolayısıyla 6771 sayılı Kanunun bütünüyle yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlükte olan pek çok kanun hükmünde kararname, tüzük, Bakanlar Kurulu veya Başbakanlık tarafından çıkarılan yönetmelikler ve diğer düzenleyici işlemler, ayrıca yürürlükten kaldırılmadıkça bugün de yürürlüktedirler. Bu nedenle hukukun bu kaynaklarını da burada kısaca görmekte yarar vardır.

aa) Kanun Hükmünde Kararnameler

Yürürlükte olduğu dönemde "kanun hükmünde kararnameler (*statutory decrees, decrees having the force of law*)", Bakanlar Kurulunun Türkiye Bü-

yük Millet Meclisinden veya doğrudan Anayasadan aldığı bir yetkiye dayanarak belli konuları düzenlemek için çıkardığı ve kanun düzeyinde yer alan yazılı hukuk kuralları olarak tanımlanıyordu.

Anayasamızın 9 Temmuz 2018'den önceki şekli, "olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri" (m.91) ve "olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri" (m.121/3 ve 122/2-3) olmak üzere iki çeşit kanun hükmünde kararname öngörmüştü:

aaa) Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri.- Olağan dönemlerde kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna aitti. Ancak Bakanlar Kurulu durup dururken KHK çıkaramazdı. Bunun için öncelikle bir yetki kanunuyla TBMM'den yetki alması gerekirdi. Vatandaşların temel haklar ve ödevleri ile siyasî haklar ve ödevleri KHK ile düzenlenemezdi. KHK'ler, başbakan ve bütün bakanlar tarafından imzalanır ve Cumhurbaşkanı tarafından Resmî Gazetede yayımlanırdı. KHK'ler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer ve aynı gün onay için TBMM'ye sunulurdu. KHK, TBMM'nin reddedeceği tarihe kadar yürürlükte kalırdı. TBMM görüşüp KHK'yi onaylarsa KHK, kanuna dönüşür; reddederse KHK, ret kararının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkardı. Yani o tarihe kadar yürürlükte kalmış olurdu. KHK'lerin Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunun denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılırdı.

bb) Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnameleri

"Sıkıyönetim (*martial law*)" ve "olağanüstü hâl (*state of emergency*)" durumlarında KHK çıkarma yetkisi normal bakanlar kuruluna değil, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna aitti. Bu tür KHK'lerin çıkarılması için yetki kanununa ihtiyaç yoktu. Sıkıyönetim ve olağanüstü hâl KHK'leri konu sınırlandırmasına da tâbi değildi; temel hak ve hürriyetler dahil gerekli olan her konu bu tür KHK'lerle düzenlenebilirdi. Bu kararnameler de Resmî Gazetede yayımlanır ve onay için Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulurdu. TBMM'nin reddedeceği tarihe kadar KHK yürürlükte kalırdı. TBMM görüşüp KHK'yi onaylarsa, KHK kanuna dönüşürdü; reddederse KHK, ret kararının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkardı. Yani o tarihe kadar yürürlükte kalmış olurdu. Sıkıyönetim ve olağanüstü hâl KHK'lerinin yargısal denetimi mümkün değildi. Yani bu tür KHK'lere karşı iptal istemiyle Anayasa Mahkemesinde dava açılamazdı.

KUTU 8.13: KHK Uygulaması.- 1982-1995 yılları arasında yılda ortalama 30 KHK çıkarılmıştır. Anayasa Mahkemesinin KHK uygulamasına düşman tutumu nedeniyle 1995'ten sonra Hükümetler, KHK çıkaramaz duruma gelmişlerdir (1995-1999 yılları arasında sadece 6 âdet KHK çıkarılmıştır). 17 Ağustos 1999 depreminden sonra KHK uygulaması tekrar canlanmış ise de 2001-2011 yılları arasında on yıl boyunca tek bir KHK dahi çıkarılmamıştır. Nihayet KHK uygulamasına 5 Haziran 2011 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 632 sayılı KHK ile tekrar başvurulmuştur. Uygu-

lama 2 Kasım 2011 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 666 sayılı KHK ile ara verilmiştir. 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden sonra KHK uygulamasına (olağanüstü hâl KHK'si olarak) tekrar ve yoğun bir şekilde başvurulmuştur. Son KHK, 9 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 703 sayılı KHK'dir.

bb) Tüzükler

"Tüzükler (*regulations*)" bir kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yazılı hukuk kurallarıydı.

KUTU 8.14: Anayasa, m.115 (Mülga).- Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelenmesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.

Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.

Tüzük çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna aitti. Tüzüğün sebep unsurunu bir kanun teşkil etmekteydi. Bir kanuna dayanmadan tüzük çıkarılamazdı. Kanunla düzenlenmemiş bir alanda tüzükle hüküm konulamazdı[31]. Anayasamıza göre, tüzüklerin konusu "kanunun uygulanmasını göstermek" veya "emrettiği işleri belirtmek"ti (m.115).

Tüzükler Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla çıkarılırdı. Tüzüğü, idarenin diğer düzenleyici işlemlerinden, örneğin yönetmelikten ayırt eden temel özellik, bunların Danıştayın incelemesinden geçirilmesiydi[32]. Danıştayın incelemesinden geçmiş olmak, tüzüğün aslî şekil şartını oluştururdu. Danıştayın incelemesinden geçmemiş tüzük, sakattır; dava açılması hâlinde iptal edilmesi gerekirdi.

Anayasamıza göre, Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilen tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi Resmî Gazetede yayımlanırdı.

Not.- Yeni sistemde artık Bakanlar Kurulu ve keza tüzük diye bir işlem çeşidi olmadığına göre tüzüklerin yetki ve şekilde paralellik ilkesi uyarınca artık ilga edilmeleri mümkün değildir. Tüzükler artık normlar hiyerarşisinde kendileriyle aynı seviyede yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ve normlar hiyerarşisinde kendilerinden üst seviyede yer alan kanunlarla ilga edilebilirler.

Tüzükler birer idarî işlemdir ve bu nedenle de, Anayasanın 125'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca yargısal denetime tâbidir. Danıştay Kanununun 24'üncü maddesinin ilk fıkrasının a bendi uyarınca, tüzüklerin yargısal denetimi, bir Bakanlar Kurulu işlemi olduklarından, ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda yapılırdı.

Tekrar hatırlatalım ki yeni sistemde artık tüzük çıkarılması mümkün değildir. Ancak 9 Temmuz 2018 günü itibarıyla yürürlükte olan tüzükler ayrıca

31. Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri, op. cit.*, s.367; Günday, *op. cit.*, s.101.
32. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.247.

yürürlükten kaldırılmadıkça yürürlükte kalmaya ve uygulanmaya devam olunurlar.

cc) Bakanlar Kurulu veya Başbakanlık Tarafından Çıkarılan Yönetmelikler ve Diğer Düzenleyici İşlemler

9 Temmuz 2018'den önceki sistemde Türkiye'de yürütme organının sorumlu kanadında Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlar bulunuyordu. 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla Bakanlar Kurulu ve Başbakan kaldırılmış, Bakanlar Kurulu ve Başbakana ait olan yetkiler Cumhurbaşkanına verilmiştir. Dolayısıyla eski sistemde Bakanlar Kurulu veya Başbakanlık tarafından çıkarılan yönetmelikler ve diğer düzenleyici işlemler, yeni sistemde artık Cumhurbaşkanı tarafından yapılacaktır.

Bununla birlikte yukarıda açıkladığımız gibi, Anayasamıza 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla eklenen geçici 21'inci maddenin F fıkrası uyarınca 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlükte bulunan Bakanlar Kurulu veya Başbakanlık tarafından çıkarılan yönetmelikler ve diğer düzenleyici işlemler, yürürlükten kaldırılıncaya kadar yürürlükte kalmaya ve uygulanmaya devam edilecektir.

Eski sistemde Anayasa (m.124) Başbakanlığa yönetmelik çıkarma yetkisini açıkça veriyordu. Ancak 124'üncü maddenin eski şeklinde yönetmelik çıkarmaya yetkili makamlar arasında Bakanlar Kurulu sayılmıyordu. Buna rağmen uygulamada Bakanlar Kurulunun da yönetmelik çıkarabileceği kabul ediliyordu. Danıştay içtihatları da bu yöndeydi.

Nihayet belirtelim ki eski sistemde Bakanlar Kurulunun yönetmeliklerinin bütün diğer yönetmeliklerden üstün olduğu kabul ediliyordu. Aynı şekilde Başbakanlık yönetmeliklerinin de bakanlık yönetmeliklerinin üstünde yar aldığı kabul ediliyordu.

* * *

Böylece Türk iç hukukunun aslî kaynaklarından "yazılı kaynakları" görmüş bulunuyoruz. Şimdi aslî kaynaklardan yazısız kaynak olan "örf ve âdet hukuku"nu görelim:

2. Yazısız Kaynak: Örf ve Âdet Hukuku[33]

Yazısızlık.- "Örf ve âdet hukuku (*customary law*)", hukukun kaynakları şemasında "yazısız kaynak (*unwritten source*)" olarak sınıflandırılır. Örf ve âdet hukuku kurallarının yazılı bir metni yoktur. Bu kuralları Resmi Gazete gibi bir gazeteye veya dergiye bakarak tespit edemezsiniz. Ancak yine de örf ve âdet hukuku kurallarının da bir maddî varlığı, yani bir *instrumen-*

33. Bilge, *op.cit.*, s.17-28; Özsunay, *op. cit.*, s.173-176; Göğer, *op.cit.*, s.19-24; Gözübüyük, *op. cit.*, s.10-12; Edis, *op.cit.*, s.26-31; Keyman, *Hukuka Giriş*, 1997, *op. cit.*, s.69-73; Görgün, *op. cit.*, s.7-17; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.65-69; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op.cit.*, s.9-13.

tum'u[34] mevcuttur. Bu kuralların *instrumentum*'u, aşağıda göreceğimiz gibi, insanların dış dünyaya yansıyan gözle görülebilen çok eski zamanlardan beri kesintisiz tekrarlanan *davranışları*dır. Diğer bir ifadeyle, örf ve âdet kurallarının maddî varlığı, belirli bir topluluğun üyelerinin belirli bir zaman süreci içinde aynı şekilde tekrarlanan davranışlarıdır[35].

Bazen örf ve âdet kuralları, yazılı hâle getirilmiş ve derlenmiş olabilir. Örneğin Fransa'da VIII'inci Charles 1454'te *Montilz-les Tours Ordonnance*'ı ile yerel örf ve âdetlerin derlenmesini ve yazılı hâle getirilmesini emretmiştir. Bu büyük iş XV'inci yüzyılın ikinci yarısında ve XVI'ncı yüzyılın birinci yarısında tamamlanmıştır[36]. Örf ve âdet kuralları resmen derlenmiş olsa bile, hukukun yazısız kaynağı olarak kalır. Yazılı olarak tespit edilmeleri örf ve âdet kurallarının teamülî niteliğini kaldırmaz. Derlenmeleri onların tespitiyle ilgilidir. Zira örf ve âdet kuralları, geçerliliklerini bu yazılı tespitten almaz. Keza yazılı olarak derlenmeleri, bu örf ve âdet kurallarının sadece belirli bir dönemdeki hâllerini gösterir. Onları o hâlleriyle dondurmaz. Belirli bir dönemde derlenen örf ve âdet kuralları dahi gelişmeye ve değişmeye açıktır.

Aleladelik–Hukukîlik.- Yukarıda üçüncü bölümde beşerî davranış kurallarını incelerken örf ve âdet kurallarını incelemiştik. O bölümde gördüğümüz örf ve âdet kurallarına "âlelade" örf ve âdet kuralı ismini vermiştik. İşte bu alelade örf ve âdet kuralları hukuk düzeni tarafından tanınırlarsa hukuk kaynağı olarak geçerlilik kazanmaktadır. İşte şimdi hukukun kaynağı olarak örf ve âdet kurallarını göreceğiz.

İlk önce yukarıda gördüğümüz alelade örf ve âdet kurallarının unsurlarını kısaca hatırlayalım: *Alelâde örf ve âdet kuralları, toplum içinde uzun zamandan beri tekrarlanan ve toplumun kendisine uyulmasını zorunlu saydığı ortak davranış kuralları olarak tanımlanabilir.* Bu tanımdan alelâde örf ve âdet kurallarının şu iki unsuru ortaya çıkmaktadır: Maddî unsur ve manevi unsur[37].

a) Maddî Unsur (Eskiden Beri Sürekli Tekrar)[38]

Toplum içinde mevcut bir davranışın örf ve âdet kuralı olabilmesi için, bu davranışın her şeyden önce, eski zamanlardan beri sürekli olarak tekrarla-

34. Ost ve Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie...*, *op. cit.*, s.259; Ost, "Validité", *op. cit.*, s.636.
35. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.12.
36. Du Pasquier, *op. cit.*, s.50-51
37. Alelâde örf ve âdet kurallarının hukukî örf ve âdet kuralı haline gelebilmesi için şağıda göreceğimiz bir üçüncü unsuru (devlet desteği unsurunu) da yerine getirmeleri gerekir. Ancak bu unsuru yerine getirmeyen bir kural, sadece hukukî örf ve âdet kuralı değildir; o yine de bir örf ve âdet kuralıdır, ama alelâde örf ve âdet kuralıdır.
38. Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992, s.228; du Pasquier, *op. cit.*, s.50; Hermann Bekaert, *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1963, s.276; Bilge, *op. cit.*, s.41; Edis, *op. cit.*, s.91; Göğer, *op. cit.*, s.117; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.11; Aral, *op. cit.*, s.102; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.51; Umar, *op. cit.*, s.73; Ataay, *op. cit.*, s.98; Tekinay, *op. cit.*, s.66.

nan bir davranış olması gerekir. Gelip geçici davranışlar örf ve âdet kuralı hâline gelemez. Mecelle'nin tabiriyle âdetin "kadim" olması gerekir. Mecelle, 166'ncı maddesinde "kadim"i şöyle tarif etmektedir: "Kadim odur ki evvelini bilir kimse olmaya". Keza Kanuni Sultan Süleyman dönemine ait bir kanunnamede şu tarif verilmiştir: "Kadim kırk elli yıla denmez; kadim odur ki anın evvelini kimesne bilmeye"[39]. Âdet oluşturacak davranışın Latince bir ifadeyle "*a tempore cujus contrarii memoria non existet* (aksine dair hiçbir hatıra kalmamış bir zamandan beri)" tekrarlanıyor olması gerekir.

Diğer yandan kökeni çok eskilere giden uygulama kesintisiz olmalı, istikrarlı bir şekilde tekrarlanmalıdır. Bu husus Mecelle'nin 41'inci maddesinde "âdet ancak muttarid[40]... oldukta muteber olur" ifadesiyle anlatılmıştır[41].

b) Manevî Unsur (Genel İnanç, Opinio iuris, Opinio necessitatis)[42]

Eski zamanlardan beri sürekli olarak tekrarlanan bir davranış biçiminin örf ve âdet kuralı hâline gelebilmesi için o davranış biçimine uyulmasının zorunlu olduğu yolunda toplumda genel bir inanç doğmuş olmalıdır. Mecelle'nin 41'inci maddesinde "âdet ancak galip[43]... oldukta muteber olur" ifadesi zorunluluk inancını dile getirmektedir[44].

İşte bu iki unsuru yerine getiren kurallar "alelâde" örf ve âdet kuralıdır. Bu kuralların "hukukî" hâle gelebilmesi, yani hukuk kuralı olarak geçerli olabilmesi için, diğer bir ifadeyle hukukun kaynağı olabilmesi için üçüncü bir şartı yerine getirmeleri gerekir. Bu şarta hukukilik veya devlet desteği şartı denir.

c) Hukukîlik (Devlet Desteği)[45]

İlk iki şartı gerçekleştiren bir örf ve âdet kuralının, *hukukun kaynağı olarak geçerli olabilmesi için* hukuk düzeni tarafından müeyyidelendirilmiş olması gerekir. Bu da genellikle *kanunların örf ve âdete yaptığı atıflarla* olur. Örneğin Medenî Kanunun 1'inci maddesine göre, "kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim örf ve âdet hukukuna göre... karar verir". Bu medenî hukuk alanında örf ve âdet kurallarının hukukun kaynağı olduğu anlamına gelir. Keza 13 Ocak 2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

39. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Medenî Hukuk I, Umumi Esaslar*, 1959, s.104'ten alıntılayan Bilge, *op. cit.*, s.42.
40. "Muttarid", "ıttıradlı" demektir. "Ittırad" ise "muntazam tarzda cereyan etme" demektir (Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, Ankara, Aydın Kitabevi, 1984, s.830, 476).
41. Atar *et alii*, *op. cit.*, s.44.
42. Gridel, *op. cit.*, s.228; Du Pasquier, *op. cit.*, s.50; Bilge, *op. cit.*, s.42; Edis, *op. cit.*, s.93; Göğer, *op. cit.*, s.118; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.11; Aral, *op. cit.*, s.103; Gözübüyük, *op. cit.*, s.51; Umar, *op. cit.*, s.74; Ataay, *op. cit.*, s.98; Tekinay, *op. cit.*, s.67.
43. "Galip", "galebe eden, galebe çalan, üstün gelen, yenen" demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.329).
44. Bilge, *op. cit.*, s.43.
45. Bilge, *op. cit.*, s.42; Göğer, *op. cit.*, s.117; Ataay, *op. cit.*, s.99; Tekinay, *op. cit.*, s.67.

da 1'inci maddesinde, "mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir" denerek örf ve âdet hukukuna gönderme yapılmaktadır. Buna göre Türk hukuk düzeninde medenî hukuk (+borçlar hukuku) ve ticaret hukuku alanında örf ve âdet kuralları hukukun kaynağıdır.

Eğer hukuk düzeni bir örf ve âdet kuralına gönderme yapmıyorsa bu örf ve âdet kuralı alelade örf ve âdet kuralı olarak kalır; hiçbir zaman hukukî bir örf ve âdet kuralı hâline dönüşemez. Örneğin Türk Ceza Kanunu, örf ve âdet hukukuna gönderme yapmaz. Dahası bu Kanunun (m.2) ve Anayasamızın (m.38) kabul ettiği kanunilik ilkesi örf ve âdet ile suç ve ceza yaratılmasını da yasaklar. O hâlde Türk ceza hukuku alanında örf ve âdet kuralları hukukun kaynağı değildir. Buna göre, örneğin bazı bölgelerimizde yürürlükte olan kan davasına ilişkin örf ve âdet kuralı sadece alelade örf ve âdet olarak kalır. Bu kural hukukilikten, devlet desteğinden yoksun olduğu için hukukun kaynağı olamaz. Dahası, bu kan davası örfüne uyarak (kan gütme veya töre saikiyle) adam öldürmek Ceza Kanunumuz bakımından bir ağırlaştırıcı sebeptir (TCK, m.82/1-j-k).

Bu üçüncü unsurdan anlaşılmaktadır ki, hukukî nitelikte örf ve âdet kurallarının geçerliliği ile yazılı hukuk kurallarının geçerliliği arasında bir fark yoktur. Yazılı hukuk kuralları nasıl geçerliliklerini bir başka kuraldan alıyorlarsa, örf ve âdet hukuku kuralları da geçerliliklerini bir başka hukuk kuralından alır. Bu nedenle hukukî nitelikteki örf ve âdet kuralları da hukuk düzeni piramidinin içinde yer alır. Diğer bir ifadeyle, normlar hiyerarşisine dahildirler. Eğer örf ve âdet kuralı geçerliliğini anayasadan alıyorsa, örf ve âdet kuralları normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer alır. Yok eğer örf ve âdet kuralları geçerliliğini bir kanundan alıyorsa, yani bir kanun tarafından kendilerine atıfta bulunuluyorsa, örf ve âdet kuralları normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer alır.

Yukarıdaki üç unsuru birleştirerek hukukun kaynağı olarak örf ve âdet kuralları şu şekilde tanımlanabilir:

TANIM.- *Örf ve âdet hukuku kuralları*, toplum içinde uzun zamandan beri tekrarlanan ve toplumun kendisine uyulmasını zorunlu saydığı ve hukuk düzeninin kendisine atıfta bulunduğu ortak davranış kurallarıdır.

Örf ve âdet hukuku kuralları genel ve özel nitelikte olabilir. *Genel örf ve âdet kuralları*, mesleği ne olursa olsun herkesi ilgilendiren örf ve âdet kurallarıdır. Buna karşılık *özel örf ve âdet kuralları*, belli bir meslekle ilgili olan ve belli bir meslek mensuplarınca benimsenen örf ve âdet kurallarıdır. Örneğin kuyumcular arasında geçerli bulunan bazı örf ve âdet kurallarının bulunduğundan bahsedilebilir[46].

46. Güriz *op.cit.*, s.12; Bilge, *op.cit.*, s.44; Atar *et alii*, *op.cit.*, s.46.

Bundan başka örf ve âdet kuralları tüm ülke düzeyinde veya yerel nitelikte olabilir. Eğer bir örf ve âdet kuralı bütün ülkede geçerliyse genel nitelikte, yok eğer sadece bir bölgede yahut bir yörede geçerliyse yerel (mahalli) niteliktedir[47]. Örneğin tarım alanında "yarıcılık" ülkemizin aşağı yukarı her yerinde geçerli olan örf ve âdet hukuku kuralıdır (Yarıcılık hakkında aşağıda Kutu 8.15'e bakılabilir). Keza Ege Bölgesinde, özellikle İzmir dolaylarında çok eskiden beri uygulanmakta olan "paftos" mahallî örf ve âdet kuralı niteliğindedir[48]. Örf ve adet kuralları sadece belirli bir meslek grubu içinde veya belirli bir çevrede geçerli olabilir (Örnek için Kutu 8.16'ya bakınız).

KUTU 8.15: Örnek Örf ve Âdet Kuralı: Yarıcılık.- Ülkemizin pek çok yöresindeki köylerde görülen "yarıcılık" usûlü, bir örf ve âdet hukuku kuralıdır. Bu usûlde tarlasını bizzat ekip biçmeyen kimse onu "yarıcı"ya verir. Yarıcı tarlayı ekip biçer. Elde ettiği ürünü, gelecek yılın tohumluğu çıktıktan sonra tarla sahibiyle yarı yarıya paylaşır. Yarıcılık konusunda, örneğin ürünün paylaşımı konusunda bir hukukî uyuşmazlık ortaya çıkarsa, hâkim, o köydeki yarıcılık konusundaki örf ve âdeti tespit edip, ona göre karar verebilir. Bu konuda bkz. Edis, *op. cit.*, s.97; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.68.

KUTU 8.16: "Tavşan Vuranın değil; Kaldıranındır".- Biga Yeni-çiftlik'te avcılar arasında cari olan örf ve adet kuralına göre, tavşan avında, bir avcı, diğer avcının kaldırdığı, ama onun vuramadığı tavşanı vurmuş ise, tavşan, vuranın değil, kaldıranın olur; kaldıran, vurana bir adet fişek verir.

(*Derleyen:* Kemal Gözler; *Kaynak Kişi:* Nejdet Irak; *Yer ve Tarih:* Yenlçiftlik, 5.6.2019).

Bu arada özellikle belirtelim ki, Medenî Kanunun 1'inci maddesine göre, hâkim önündeki uyuşmazlığı çözmek için ilk önce kanunda hüküm arar, ancak kanunda hüküm bulamazsa örf ve âdetlere bakar. Diğer bir ifadeyle hâkim, kanuna bakmaksızın, doğrudan doğruya örf ve âdet kurallarını uygulayamaz. İşte bu nedenle bazı medenî hukukçular, örf ve âdet hukukunu "tali kaynak"[49] veya "tamamlayıcı kaynak"[50] olarak nitelendirmektedirler. Ancak kanunda hüküm yok ise, bu durumda örf ve adet kuralına göre karar verebilir. Örneğin yukarıda Kutu 8.16'da açıklanan örnekte tavşanı vuran avcı, tavşanı kaldıran avcıya vermiyor ise, tavşanı kaldıran avcı bu istemle dava açarsa, hâkim, kanunda bu olaya uygulayacak hüküm bulamaz ise, bu yörede cari "*tavşanı vuran değil, kaldıran alır; kaldıran vurana bir adet fişek verir*" şeklindeki örf ve adet kuralını uygulayarak tavşanı vuran avcının tavşanı, kaldıran avcıya vermesine, tavşanı kaldıran avcının da vurana bir adet fişek vermesine karar verir. Böylece örf ve adet kuralı uygulanmış ve hukukun kaynağı olmuş olur.

47. Güriz, *op.cit.*, s.12; Bilge, *op.cit.*, s.44; Atar *et alii*, *op.cit.*, s.46.
48. "Paftos", Ege bölgesinde başkasına ait arazide bağ yetiştirmeye ilişkin kuralları içerir. Bu konuda bkz. Edis, *op. cit.*, s.97; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.68.
49. Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.65.
50. Ataay, *op. cit.*, s.97.

B. YARDIMCI KAYNAKLAR

Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi yazılı kaynaklar ve örf ve âdet gibi yazısız kaynaklardan biri varsa, hâkim bunlarla bağlıdır. Olan kuralı uygulamak zorundadır. Bu nedenle bu kurallar aslî (asıl, esas) niteliktedir. Buna karşılık hâkimin önündeki meseleyi çözümlerken başvurduğu, doktrin ve yargısal içtihatlar gibi başka kaynaklar da vardır. Ancak hâkim bu kaynaklardan sadece "yararlanır". Bu kaynaklara uymak zorunda değildir. İşte bu kaynaklara bu nedenle "yardımcı kaynaklar (*auxiliary sources of law*)" denir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, esas kaynaklar – yardımcı kaynaklar ayrımı medenî hukuk kökenlidir ve Türk Medenî Kanununun 1'inci maddesinde ifadesini bulur. Bu maddenin birinci ve ikinci fıkrasında hâkimin kanuna ve örf ve âdete göre hükmedeceği, üçüncü fıkrasında ise hâkimin "karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanacağı" belirtilmiştir. Kanun ile örf ve âdet, "asıl (esas, aslî)"; "bilimsel görüşler" ve "yargı kararları" ise kendilerinden "yararlanılan", yani "yardımcı" kaynaklardır.

"Bilimsel görüşler (doktrin)" ve "yargı kararları (içtihatlar)" olmak üzere başlıca iki yardımcı kaynak vardır.

1. Bilimsel Görüşler (Doktrin, Öğreti)[51]

"Doktrin" veya "öğreti" de denen "bilimsel görüşler (*doctrine, books of authority*)", tartışmalı olan hukukî konularda hukuk bilim adamlarının ileri sürmüş oldukları düşünce ve kanaatlerdir.

Hâkim, doktrin ile bağlı değildir. Ancak hukuk kurallarını uygularken ondan yararlanır. Tarihte doktrin, bazen bağlayıcı bir güce sahip olmuştur.

a) Hukuk Tarihinde Doktrin[52].- Roma hukukunda kanunların belirsiz oldukları durumlarda hukuk biliminin en yetkin uzmanları çözüm önerirlerdi (*responsa predentium*)[53]. Roma'da Augustus döneminde ise, bazı hukukçulara mahkemeler tarafından izlenmesi zorunlu görüş bildirme yetkisi tanınmıştır (*ius publice respondendi ex autoritate principis*)[54]. Böylece doktrin bağlayıcı bir hukuk kaynağı hâline gelmiştir. Buna doktrinin "*ratione auctoritaris* (otoritesi nedeniyle)" bağlayıcılığı deniyordu. Eski Fransız hukukunda ise "hocaların ortak kanısı (*communis opinio doctorum*)" hâkimi büyük ölçüde bağlıyordu. Ancak doktrinin bu bağlayıcılığı, onun otoritesi

51. Gridel, *op. cit.*, s.262-267; Du Pasquier, *op. cit.*, s.66-70; Bekaert, *op. cit.*, s.300-305; Roubier, *op. cit.*, s.13; Ansay, *op. cit.*, s.35-37; Bilge, *op. cit.*, s.104-107; Güriz, *op. cit.*, s.73-76; Akıntürk, *op. cit.*, s.68-70; Ataay, *op. cit.*, s.105-107; Aral, *op. cit.*, s.111-112.
52. Gridel, *op. cit.*, s.262-263; Bonnecase, *op. cit.*, s.53.
53. Gridel, *op. cit.*, s.263.
54. 426 yılında çıkan bir Roma Kanunu beş ünlü hukuk bilgininin, Papinien, Ulpien, Paul, Modestin ve Gaius'un yazdıklarına hâkimleri bağlayıcı mutlak bir otorite veriyordu (Roubier, *op. cit.*, s.13).

nedeniyle değil, haklılığı nedeniyleydi (*non ratione auctoritaris, sed auctoritate rationis*)[55].

İslam hukukunun kaynaklarından icma ve içtihat da aslında "hukukun kaynağı olarak doktrin"den başka bir şey değildir. Kanımızca aynı şey, eski hukukumuzda görülen fetva müessesesi hakkında da söylenebilir. Fetva örneğinde *ratione auctoritatis* bağlayıcı bir doktrin vardır.

KUTU 8.17: *Mülteka'l-Ebhur*'un Otoritesi.- İbrâhim Halebî tarafından 1517 yılında yazılan *Mülteka'l-Ebhur* isimli fıkıh kitabı[56], Osmanlı İmparatorluğunda büyük bir prestij kazanmış, padişahlar, kadılar ve müftüler tarafından sanki bir kanunmuş gibi izlenmiştir. Bu durumu gözlemleyen James Lewis Farley, "**Sultan Türklere, Kur'an ve Mülteka da Sultana hükmeder** (*The Sultan rules over Turks, but the Koran ve the Multeka rule the Sultan*)" demiştir. Oysa Mülteka bir kanun değil, bir yazarın yazdığı bir bilimsel eserdi.

Farley, *Turks and Christians*, 1876, s.156: "*Cadis and Muftis take it [the Multeka], with other similar books, as a guide to their decisions, as our judges consult the decisions of their predecessors. It is, however, of a far greater authority than any such decisions can be amongst ourselves; because it is a fundamental principle in Turkey that no one, neither the Sultan nor Government combined, can change or abrogate the Canon Law of that country. The Sultan rules over Turks, but the Koran ve the Multeka rule the Sultan*" (J. Lewis Farley, *Turks and Christians: A Solution of the Eastern Question*, London, Simkin, Marshall & Co. Publishers, 1876, s.156).

b) Doktrinin Önemi.- Hâkimler çoğunlukla işlerinin yoğunluğu ve gecikmeden karar verme zorunluluğu yüzünden kendilerine sunulan bir hukukî uyuşmazlığı derinlemesine incelemek imkanına sahip değildirler. Hâkimler bu durumlarda o konuda kendisinden daha çok zamanı ve bilgisi olan bilim adamlarının yazdıklarına başvurabilirler[57]. Böylece doktrin hâkime yardımcı olmuş olur.

c) Doktrinin Etkisi.- Hukukun gelişmesinde doktrinin büyük rolü vardır. Hukuk bilim adamları sadece mevzu hukuku açıklamakla kalmazlar, bu hukukun eleştirisini, değerlendirmesini de yaparlar. Bazen mevcut hukuk kuralının nasıl uygulanması veya yorumlanması gerektiği konusunda önerilerde bulunurlar. Bu önerilerin hâkimi bağlayıcı bir değeri yoktur. Ama bu öneriler çözüm arayan hâkimlerin imdadına yetişir. Bazen tartışmalı olan bir konuda, bilim adamlarının kanaatleri hep aynı noktada yoğunlaşıyor; doktrinin çoğunluğu belli bir görüş ileri sürüyorsa, genelde, hâkimler bu görüşe uyarlar. Buna "hâkim görüş", yahut "baskın doktrin" denir. Hâkimler genelde "baskın doktrin"e karşı gelen hükümler vermekten çekinirler. Bazen hâkimler, özellikle yüksek mahkemeler, tartışmalı olan konularda verdikleri kararları meşrulaştırmak için bilim adamlarının eserlerinden alıntılarda bulunurlar. Onlara atıf yaparlar. Doktrinin çoğunlukla yasama üzerinde de etkisi vardır[58]. Yaptığı eleştiriler ve önerilerle yasamanın yeni yasalar yapmasına yol açar. Hatta birçok önemli yasa, bizzat doktrin tarafından hazırlanır.

---

55. Gridel, *op. cit.*, s.263.
56. Kitap hakkında bkz.: https://islamansiklopedisi.org.tr/multekal-ebhur.
57. Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.74.
58. Du Pasquier, *op. cit.*, s.63; Gridel, *op. cit.*, s.267.

d) Bilimsel Eserlerin Türleri.- Hukuk bilim adamları bu etkilerini yazdıkları çeşitli eserlerle yaparlar. Bu eserler türlere ayrılabilir.

aa) Şerhler.- Şerhler, ele alınan konuyu kanundaki madde sırasına göre teker teker ele alıp inceleyen, her maddeyi cümle cümle, hatta kelime kelime açıklamaya çalışan eserlerdir. Medenî Kanun şerhi, Ceza Kanunu şerhi gibi birçok şerh vardır. Açıklamaların madde madde olması nedeniyle şerhler, hâkimler, avukatlar gibi uygulayıcılar için çok önemlidir. Ancak bunların hukuk hayatına büyük bir bilimsel katkıda bulunduğu söylenemez. Hâkimler, kanunu uygularken şerhlerden yararlanırlar. Elindeki şerhe çok alışan bir hâkim, düşünce kabiliyetini kaybeder, tembelliğe düşer[59].

bb) Sistematik Eserler.- Sistematik eserler, ele alınan konuyu kanundaki madde sırasına göre değil, yazarın kendi kafasında oluşturduğu bir mantıkî silsile içerisinde, bir bütün olarak ele alıp inceleyen eserlerdir. Bu tür eserlerde bir iki konu veya mesele değil, bir hukuk alanı (örneğin, medenî hukuk, idare hukuku, anayasa hukuku), bütünüyle incelenmeye çalışılır. O hukuk dalını idare eden genel kurallara ulaşılmaya çalışılır. Sistematik eserler uygulayıcılardan ziyade öğrencilere hitap eder. Bunlar hacim bakımından kısa, orta ve uzun olabilir. Kısa olanlara Fransızca'da *précis,* orta kalınlıkta olanlara *manuél (ing.: handbook, alm.: handbuch),* çok uzun olanlara ise *traité (alm.: lehrbuch)* denmektedir. *Traité*'ler genellikle çok ciltlidir. Örneğin Léon Duguit'nin *Traité de droit constitutionnel*'i beş cilttir. Jacques Ghestin'in *Traité de droit civil*'i pek çok cilttir. Türkçede sistematik eserler arasında bu tip bir ayrım yapılmamaktadır. Bu tip eserlere genelde *ders kitabı* denir. Ancak "ders kitabı" ifadesi ders kitabının üzerinde genellikle yazmaz. Bu tür eserlerden hacim bakımından geniş olanlara birkaç cilt olanlara Türkçede "inceleme kitabı" veya "başvuru kitabı" ismi verilebilir.

cc) Monografiler.- Bir hukuk dalını bütünüyle inceleyen sistematik eserlerin aksine, monografiler bu hukuk dalındaki sadece bir konuyu derinlemesine inceler. Bu tür eserler, inceledikleri konunun ince ayrıntılarına kadar iner. İnceledikleri kurumun başka hukuklardaki benzer kurumlarla karşılaştırmasını yapar. Keza bu tür eserlerde incelenen konunun olması gereken hukuk *(lege feranda)* açısından değerlendirilmesi yapılır. Yüksek lisans, doktora tezleri monografilere örnek gösterilebilir. Nişanlanma üzerine yapılan bir çalışma medenî hukuk alanında, başkanlık sistemi üzerine yapılan bir çalışma da anayasa hukuku alanında yazılmış bir monografiye örnek gösterilebilir. Hâkimler uygulayacakları kuralları derinlemesine tahlil eden ve öneriler sunan monografilerden yararlanmalıdırlar. Ne var ki ülkemizde, çeşitli nedenlerden dolayı, monografileri inceleyen hâkim sayısı pek azdır.

---

59. Ansay, *op. cit.,* s.35.

dd) Makaleler.- Makaleler, monografi gibi sadece tek bir konuyu inceleyen ama monografiden çok daha kısa olan çalışmalardır. Makaleler bilimsel ve mesleki dergilerde yayınlanır. Makale monografiye oranla daha kısa zamanda hazırlanır. Dolayısıyla güncel konular da makaleyle işlenebilir. Makaleler, aylık, iki aylık, üç aylık dergilerde yayınlandığından hukuk dünyasını etkilemek bakımından daha elverişlidir.

ee) Diğer Eserler.- Bunlardan başka birçok hukuk eseri vardır. Örneğin sempozyum veya kongre metinleri, içtihat derlemeleri, kanun derlemeleri, bibliyografyalar gibi.

2. Yargısal Kararlar (İçtihatlar)[60]

"İçtihat (fr: *jurisprudence*[61], ing: *case law*)", mahkemeler tarafından verilen kararlardan çıkan hukuk kurallarıdır[62].

Bir mahkemenin vermiş olduğu bir kararda ifade ettiği ilke veya kural bir hukuk kaynağı olarak kabul edilebilir mi? Diğer bir ifadeyle bir mahkemenin verdiği karar bir hukuk kuralı hâline gelebilir mi? Yani benzer bir olay aynı mahkemenin önüne geldiğinde, mahkeme aynı şekilde mi karar vermelidir? Keza bir alt mahkeme bir üst mahkemenin benzer bir olayda daha önce verdiği karara uymalı mıdır?

Bu sorulara hukuk sistemleri arasında ayrım yaparak cevap vermek uygun olur.

Yukarıda yedinci bölümde gördüğümüz **Anglo-Sakson sisteminde** yukarıdaki sorulara olumlu yanıt verilir. Bu sistemde "emsal (*precedent*)" teşkil eden karara mahkemelerin uyması zorunludur. Üst mahkeme kararları veya aynı mahkemenin aynı konuda daha önce verdiği karar emsal teşkil eder ve emsallerin "bağlayıcı (*binding*)"oldukları kabul edilir. Ancak bu "emsal kararları (*precedents*)"nın her kısmı değil, kendisine Latince olarak "*ratio decidendi*" denen kararın "asıl gerekçesi" veya "temel hukukî dayanağı bağlayıcıdır. Kendisine Latince olarak "*obiter dictum*" denen kararın doğruluğunu kanıtlamak için kullanılan "yan kanıtlar ve destekler", "ek gerekçeler bağlayıcı değil, yol göstericidir. Emsal kararlarının bu tür kısımlarına "*persuasive precedent*" denir[63].

---

60. Gridel, *op. cit.*, s.241-262; Du Pasquier, *op. cit.*, s.62-66; Bekaert, *op. cit.*, s.285-300; Roubier, *op. cit.*, s.9-13; Keyman, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.73-79; Bilge, *op. cit.*, s.98-104; Güriz, *op. cit.*, s.64-73; Akıntürk, *op. cit.*, s.70; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.50; Ataay, *op. cit.*, s.108-110; Umar, *op. cit.*, s.63-72; Aral, *op. cit.*, s.106-111.
61. Bu kelime Latince *ius (juris)* hukuk ve *prudens* (tedbirli, deneyimli, bilge) kelimelerinden oluşmaktadır.
62. Bekaert, *op. cit.*, s.287.
63. Eroğul, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, *op. cit.*, s.28.

Buna karşılık Türkiye'nin de içinde bulunduğu **Kara Avrupası hukuk sisteminde** kural olarak mahkeme kararları bağlayıcı değildir. Bu şu demektir: Bir mahkeme belli bir konuda daha önce verdiği bir kararı, tekrar aynı konuda dava açılırsa tekrarlamak zorunda değildir. Keza içtihatları birleştirme kararları hariç, bir mahkeme, önündeki dava konusuna benzer konularda verilmiş üst mahkemelerin kararlarını kural olarak örnek almak zorunda değildir. İşte bu nedenle, Kara Avrupası sisteminde ve Türkiye'de mahkeme kararları hukukun asıl kaynağı değildir. Bununla birlikte aşağıda göreceğimiz nedenlerle, bu sistemde dahi mahkemeler, karar verirken gerek kendi kararlarını tekrarlama, gerekse üst mahkeme kararlarını örnek alma eğilimindedir. Bu nedenle, Kara Avrupası sisteminde de, resmi bir bağlayıcılıkları olmamasına rağmen mahkeme kararları hukukun kaynağı olmak bakımından önemli bir rol ifa eder. Kara Avrupası ülkelerinde de işte bu nedenle mahkeme kararlarının, hukukun "*yardımcı* kaynakları" arasında incelenmesi gelenek olmuştur.

Bir mahkemenin belirli bir olayda verdiği bir kararı, daha sonra önüne gelen benzer bir olayda da örnek alarak karar vermesi kadar doğal bir şey yoktur. Bir mahkemenin önüne yeni dava gelince, mahkeme benzer konuda daha önce bir karar vermişse, genellikle, sorunu sıfırdan inceleyip, yeniden bir hukukî değerlendirmeye tâbi tutup karar vermez. Önceki kararını örnek alır. Örnek aldığı önceki kararında, yani emsal aldığı kararda ifade edilen çözüm, artık o mahkemenin bir "içtihadı" hâline gelmiştir.

Diğer yandan mahkemeler yeni bir olayla karşılaşırlarsa, genellikle, gerek zaman yokluğundan gerek aşağıda açıklayacağımız başka nedenlerden dolayı, oturup bu olayın sıfırdan hukukî değerlendirmesini yapmaz. Eğer benzer olaylarla karşılaşmış başka mahkemeler varsa genellikle o mahkemelerin kararlarını kendilerine örnek alırlar.

Özellikle mahkemeler, önlerindeki dava konusu olaya benzer olaylar hakkında istinaf veya temyiz mahkemesi gibi bir üst mahkemenin kararı varsa, onu örnek alma eğilimindedirler. Örnek almak zorunlulukları olmamakla birlikte, her mahkeme üst mahkemelerin kararlarına büyük önem verir. Çünkü, benzer bir konuda üst mahkemenin verdiği karar örnek alınmaz ise ve eğer mahkemenin kararına karşı istinaf veya temyiz başvurusu yapılırsa, mahkemenin bu kararı pek muhtemelen üst mahkeme tarafından bozulacak kararı veren hâkimler de olumsuz puan alacaklardır. Bu nedenle her alt mahkeme üst mahkemenin kararını dikkatle inceler ve onu çoğunlukla örnek alır.

İşte her üç durumda, yani aynı mahkemenin kendi kararını veya bir başka bir mahkemenin veya bir üst mahkemenin kararını örnek alması durumda, örnek alınan karara "emsal" denir. Emsal olarak kabul edilen kararlarda ifade edilen ilke ve kurallar, "içtihat" oluşturur. İşte bu içtihat, hukukun bir "yardımcı kaynağı"dır.

İstisna: İçtihatları Birleştirme Kararları.- Üst mahkeme içtihatları kural olarak Türk hukuk düzeninde alt mahkemeler açısından bağlayıcı değildir. Bunun tek istisnası Yargıtay ve Danıştay büyük genel kurullarının verdikleri "içtihadı birleştirme kararları (*unified decisions, decision on the unification of conflicting judgments*)"dır.

Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından verilen "içtihadı birleştirme kararları", "benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar" (2797 sayılı Yargıtay Kanunu, m.45/5). Diğer yandan Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun verdiği "içtihadı birleştirme kararları"na da "Danıştay daire ve kurulları ile idarî mahkemeler ve idare uymak zorundadır (2575 sayılı Danıştay Kanunu, m.18, 40/4). Bu hükümlerin Anayasa Mahkemesi hitap etmediğini, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin içtihadı birleştirme kararlarıyla bağlı olmadığını söyleyebiliriz.

Burada içtihatları birleştirme kararlarının *hukukî niteliğini* de ortaya koymak gerekir. Yukarıda altıncı bölümde kısaca gördüğümüz ve aşağıda 23'üncü bölümde ayrıntılarıyla tekrar göreceğimiz gibi maddî kritere göre yargı fonksiyonu, *hukukî uyuşmazlıkları çözme* faaliyetidir. Bu şu anlama gelir ki, ortada uyuşmazlık yok ise, yargı fonksiyonu da yoktur. Fahrettin Kayhan'ın isabetle gösterdiği gibi,

> "içtihadı birleştirme kararları, her şeyden önce, somut bir dava ve somut bir uyuşmazlıkla ilgili değildir. Esasen, içtihadı birleştirme işleminde ortada bir dava yoktur. Davanın olmadığı yerde, yargılama faaliyetinden söz edilemez. Doğal olarak, içtihadı birleştirme kurullarının faaliyeti sonucunda ortaya çıkan karar, yargısal bir karar, bu kararlarda yer alan ilkeler de teknik anlamda yargısal içtihat değildir"[64].

Aslında içtihadı birleştirme kararı, kural koyan işlemden başka bir şey değildir[65]. Bu da, maddi anlamda yasama fonksiyonuna dâhil bir işlemdir[66]. Bu nedenle yüksek mahkemeleri içtihatları birleştirme kararı verme yetkisi veren kanun hükümlerinin genelde kuvvetler ayrılığı ilkesine ve özelde Anayasamızın "yasama yetkisi Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir" diyen 7'nci maddesine aykırı olduğu söylenebilir. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi içtihatları birleştirme kararı müessesini Anayasaya aykırı görmemiştir[67].

Eleştirilecek nitelikte de olsa, sonuç olarak, yukarıda sayılan kanunlar uyarınca, yüksek mahkemelerin içtihatları birleştirme kararı verme yetkisine

---

64. Fahrettin Kayhan, "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1999/2, s.341-363. http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/1999-19992-867.pdf
65. *Ibid.*
66. *Ibid.*
67. Anayasa Mahkemesi, 12 Haziran 1969 tarih ve E.1968/88, K.1969/34, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 7, s.341 vd. (Nakleden: Kayhan, *op. cit.*, s.358).

sahip olduklarını ve bu kararların diğer mahkemeleri bağladıklarını söyleyebiliriz.

İdare Hukukunda Yargısal İçtihatlar.- Ayrıca belirtelim ki, gerek Fransız, gerek Türk idare hukuku "tedvin (*codification*)" edilmemiş bir hukuk dalıdır. İdare hukukunun çeşitli alanlarını düzenleyen pek çok kanun vardır. Ancak bunlar idare hukukunun sadece bir alanını düzenler. İdare hukukunun bütününü düzenleyen, "İdare Kanunu" yoktur. İdare hukukunun pek çok alanı kanunla düzenlenmemiştir. Bu boşluğu idarî yargı hâkimleri kendi kararlarıyla doldurur. Bu nedenle idare hukukunun büyük ölçüde içtihadî hukuk olduğu söylenir[68]. İdare hukuku alanında medenî kanun, yahut ceza kanunu gibi, o alanın temel prensiplerini düzenleyen bir kanun yoktur. İdare hukukunun idarî işlem, idarî sözleşme, düzenleyici işlem, idarî sorumluluk, kamu hizmeti, kolluk, kamu malı gibi pek çok alanındaki temel ilkeler, kanunlarla değil yargısal içtihatlarla geliştirilmiştir[69]. Örneğin idarenin sorumluluğuna ilişkin idare hukuku kuralları, hiçbir kanundan kaynaklanmaksızın esas itibarıyla içtihatla geliştirilmiştir.

İşte yukarıda açıklanan bu nedenle yargısal içtihatların idare hukukunun yardımcı değil, *asıl kaynağı* olduğunu söyleyebiliriz.

III. ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI

Bibliyografya.- İlhan Akipek, *Devletler Hukuku, Birinci Kitap Başlangıç*, Ankara, Başnur Matbaası, 2. Baskı, 1965, s.63-70; Bruno Simma ve Philip Alston, "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles", *Australian Year Book of International Law*, Cilt 12, 1988-1989, s.82-108; Richard B. Lillich, "The Growing Importance of Customary International Human Rights Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Cilt 25, Sayı 1-2, 1995, s.1-30.

Uluslararası hukuk literatüründe, uluslararası hukukun kaynakları da iç hukukun kaynaklarına paralel bir şekilde tasnif edilir. Kaynaklar önce *asıl kaynaklar* ve *yardımcı kaynaklar* olarak ikiye ayrılır. Asıl kaynaklar da kendi içinde *yazılı kaynaklar* ve *yazısız kaynaklar* olarak ikiye ayrılır. Yazılı kaynaklar *uluslararası andlaşmalar*dır. Yazısız kaynaklar ise *teamül* ve *hukukun genel ilkeleri*dir. Yardımcı kaynaklar ise *içtihat* ve *doktrin*dir.

İç hukukun kaynaklarının tasnifinden farklı olarak uluslararası hukukun kaynaklarının bu şekilde tasnifinin pozitif bir dayanağı da vardır. Uluslararası hukukun bu şekildeki kaynakları "Uluslararası Adalet Divanı Statüsü (*Statute of the International Court of Justice*)"nün 38'inci maddesinde sayılmıştır. Bu Statü de 1945'te imzalanan ve günümüzde 193 devletin taraf

68. René Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 6. Baskı, 1993, c.I, s.5; Günday, *op. cit.*, s.113.
69. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, s.15.

olduğu "Birleşmiş Milletler Andlaşması (*United Nations Charter*)"nın bir parçasıdır. 38'inci maddede şöyle denmektedir:

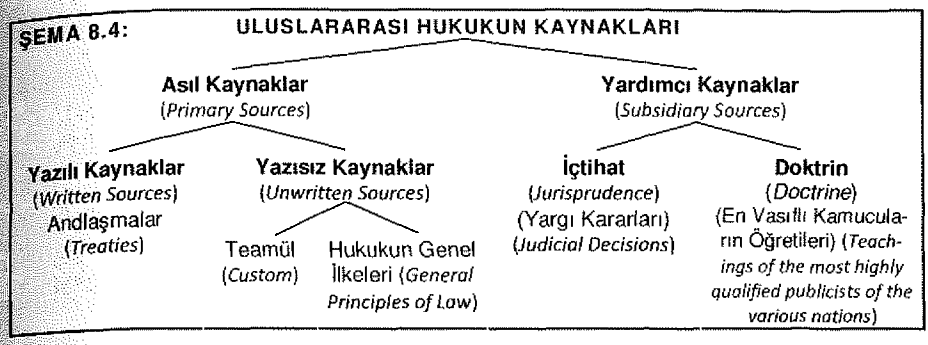
Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38'inci Maddesi

İngilizce Resmî Metin[70]	Fransızca Resmî Metin[71]	Türkçe Gayri Resmî Çeviri[72]
ARTICLE 38	**ARTICLE 38**	**MADDE 38**
1. **The Court**, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, **shall apply**:	1. **La Cour,** dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, **applique** :	1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan **Divan,**
a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;	a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;	a. uyuşmazlık hâlindeki devletlerce açıkça kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel, gerekse özel uluslararası andlaşmaları;
b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;	b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;	b. hukuk kuralı olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın delili olarak uluslararası teamülü;
c. the general principles of law recognized by civilized nations;	c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;	c. medenî milletlerce kabul edilen hukukun genel ilkelerini;
d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.	d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.	d. 59'uncu madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı vasıta olarak yargı kararlarını ve çeşitli milletlerin en vasıflı kamucularının doktrinini **uygular.**
2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.	2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.	2. Bu hüküm, tarafların görüş birliğine varmaları hâlinde, Divan'ın *ex aequo et bono* karar verme yetkisine halel getirmez.

Görüldüğü gibi Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38'inci maddesine göre uluslararası hukukun "uluslararası andlaşmalar", "uluslararası teamül", "hukukun genel ilkeleri", "yargı kararları" ve "doktrin" olmak üzere beş tane kaynağı vardır. Maddenin kendisinde son iki kaynak, yani "yargı kararları" ve "doktrin", "yardımcı vasıta (*moyen auxiliaire, subsidiary means*)" olarak nitelendirilmiştir. İlk üç kaynakta böyle bir nitelendirme olmadığına göre, bu üç kaynağın, yani "uluslararası andlaşmalar", "uluslararası teamül", "hukukun genel ilkeleri"nin uluslararası hukukun asıl kaynakları olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi yazılı, ikinci ve üçüncüsü ise yazısızdır.

Buna göre uluslararası hukukun kaynaklarını şema hâlinde şu şekilde gösterebiliriz:

70. Kaynak: http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2.
71. Kaynak: http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&lang=fr.
72. Çeviri, Ankara BM Enformasyon Merkezinin sitesinde yayınlanan çeviri (http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf) ve İlhan Akipek'in yaptığı çeviri (*Devletler Hukuku, op. cit.*, c.I, s.64) üzerinde tarafımızdan bazı değişiklikler yapılarak oluşturulmuştur.



Şimdi bu şema dâhilinde uluslararası hukukun kaynaklarını kısaca inceleyelim:

A. ULUSLARARASI HUKUKUN ASIL KAYNAKLARI

Uluslararası hukukun "uluslararası andlaşmalar", "uluslararası teamül", "hukukun genel ilkeleri" olmak üzere üç asıl kaynağı var. Bunlardan birincisi yazılı, son ikisi ise yazısızdır. Önce yazılı kaynağı görelim:

1. Yazılı Kaynaklar: Uluslararası Andlaşmalar

Uluslararası hukukun "yazılı kaynağı (*written sources*)", "uluslararası andlaşmalar (*international treaties*)"dır. İnsan hakları alanında gerek dünya çapında, gerekse bölgesel düzeyde yapılmış pek çok uluslararası andlaşma vardır. Hiç şüphesiz ki, bir uluslararası mahkeme, önündeki bir davada, varsa konuyla ilgili uluslararası andlaşma hükümlerini uygulayarak karar verebilir.

Uluslararası andlaşma, belirli bir hukukî sonuç doğurmaya yönelik olarak iki veya daha fazla devletin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıdır. Bu irade açıklamalarının geçerliliği için şeklî, maddî ve usûlî pek çok şart vardır. Bu şartlardan burada sadece birisinin altını çizelim: Bu irade açıklamaları "yazılı" olmalıdır. Sözlü uluslararası andlaşma olmaz. Keza uluslararası andlaşmaların akdedilmesi, yürürlüğe girmesi, hüküm ve sonuçları başlı başına uzun uzun incelenmesi gereken konulardır. Bu gibi konular, hukuka giriş derslerinde ve kitaplarında değil, uluslararası hukuk derslerinde ve kitaplarında incelenir. Bu konuda uluslararası hukuk ders kitaplarına bakılabilir[73].

2. Yazısız Kaynaklar

Yukarıda açıklandığı gibi uluslararası hukukun "yazısız kaynakları (*unwritten sources*)", "uluslararası teamül" ve "hukukun genel ilkeleri"dir. Önce uluslararası teamülü görelim:

73. Örneğin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk, I. Kitap*, 7. Baskı, 1998, s.103-202.

a) Uluslararası Teamül

"Uluslararası teamül (*international custom*)", iç hukukta gördüğümüz örf ve âdet kurallarının uluslararası hukuktaki karşılığıdır. Uluslararası hukukta teamül, devletlerin belli bir konuda uzun zamandan beri kesintisiz olarak tekrarlanan ve kendisine uyulmasının zorunlu olduğuna inanılan birörnek davranışlardır. Yani belli bir konuda devletlerin birbirine benzeyen belirli bir davranışından teamül kuralı çıkabilmesi için, bu davranışın sürekli olarak tekrarlanıyor olması (*maddî* unsur) ve bu tekrarlanan davranışa uyulmasının zorunlu olduğu yolunda bir inanç (*opinio iuris*) olması gerekir[74].

Uluslararası hukuk alanında teamül teşkil eden yapılagelişler, kurallar var ise, bir uluslararası mahkeme, teamül kuralına dayanarak önündeki davada karar verebilir. Bu durumda teamül, uluslararası hukukun kaynağı hâline gelmiş olur. Hatırlatalım ki, teamül, yazısız da olsa, uluslararası hukukun bir yardımcı kaynağı değil, *asıl kaynağı*dır.

b) Hukukun Genel İlkeleri

Uluslararası hukukun yazısız kaynaklarından ikincisi "hukukun genel ilkeleri (*general principles of law*)"dir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38'inci maddesi, Divanın, "medenî milletlerce kabul edilen hukukun genel ilkelerini" uygulayacağını hükme bağlamıştır.

Hukukun genel ilkeleri arasında örnek olarak "ahde vefa (*pacta sunt servanda*)" ilkesi, "hakkın kötüye kullanılması yasağı", "kesin hükme (*res judicata*) saygı ilkesi", "devletin devamlılığı ilkesi", "iç başvuru yollarının tüketilmesi ilkesi", "hakkaniyet ilkesi", "kimsenin kendi davasında hakim olamaması (*nemo iudex insua causa*)", "ihkak-ı haktan imtina yasağı (*déni de justice*)", "hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi", "savunma hakkı", "ayrımcılık yasağı (*non-discrimination principle*)", "kazanılmış haklara saygı ilkesi" sayılabilir[75]. Uluslararası hukukun kaynağı olan bu ilkeler, hukuka giriş kitaplarında değil, esas itibarıyla uluslararası hukuk kitaplarında incelenir. Bu nedenle bu konularda uluslararası hukuk kitaplarına bakılmalıdır.

Asıl Kaynaklar Arasında Çatışma Sorunu.- Uluslararası hukukun kaynakları olan andlaşma, teamül ve hukukun genel ilkeleri arasında çatışma çıkarsa bu çatışma nasıl çözümlenir? Öncelikle belirtelim ki, bu üç kaynak da uluslararası hukukun "asıl" kaynağıdır. Dolayısıyla bunların arasında bir hiyerarşi olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Olsa olsa bunların arasında zaman bakımından öncelik ve sonralık ilişkisi olabilir. O hâlde bunların arasında bir çatışma var ise, bu çatışma, "*lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun, önceki kanunu ilga eder)" ilkesine göre çözümlenir[76]. Ço-

74. Akipek, *op. cit.*, 1. Kitap, s.65-66; Pazarcı, *op. cit.*, 1. Kitap, s.209-211.
75. Bkz. Pazarcı, *op. cit.*, 1. Kitap, s.229-238.
76. Bu konuda bkz.: Akipiek, *op. cit.*, 1. Kitap, s.72.

günlukla uluslararası andlaşmalar, teamüller ve hukukun genel ilkelerine göre daha yeni tarihlidir. Dolayısıyla belirli bir konuda uluslararası andlaşma hükmü var ise *lex posterior* esasına göre, teamül veya hukukun genel ilkelerinin değil de, andlaşma hükmünün uygulanma ihtimali çok yüksektir. Teamüller ile hukukun genel ilkeleri arasında çatışma olduğunda bu sorunu *lex posterior*'a göre çözme imkânı düşüktür. Çünkü teamül ve hukukun genel ilkelerinin oluşum tarihini tam olarak tespit etmek mümkün değildir. Bunların arasında çatışma çıkarsa, çatışmayı "*lex specialis derogat legi generali* (özel hüküm genel hükmü ilga eder)" esasına göre çözmek gerekir. Hangisi konu bakımından daha özel ise o esas alınır.

KUTU 8.18: *JUS COGENS*

"*Jus cogens* (yus kogens okunur[77]) veya "emredici kurallar", uluslararası hukukun her devleti bağlayan temel normları olarak tanımlanır. Bazı yazarlara göre, devletlerarası camiada, devletleri bağlayan, devletlerin aksine andlaşma yapamayacakları teamülî kökenli birtakım temel kurallar vardır. Yine bazı yazarlara göre insan haklarına ilişkin kurallar da böyle *jus cogens* niteliğinde kurallardır[78].

22 Mayıs 1969 tarihli "Anlaşmalar Hakkında Viyana Sözleşmesi (*Vienna Convention on the Law of Treaties*)", 53'üncü maddesi de, *jus cogens* kuralları olabileceğini kabul etmiş ve şöyle demiştir:

> *"Yapılışı sırasında genel uluslararası hukukun bir buyruk kuralıyla çatışan her andlaşma batıldır. Bu sözleşmenin amaçları bakımından genel uluslararası hukukun buyruk kuralı, devletlerin uluslararası topluluğunun bütününce aksine hiçbir kuralın konulması olanağı bulunmadığı ve ancak genel uluslararası hukukun aynı nitelikteki yeni bir kuralıyla değiştirilebileceği kabul edilen ve tanınan bir kuraldır"*[79].

Jus cogens niteliğinde kurallara örnek olarak soykırım yasağı, köle ticareti yasağı gibi ilkeler verilmektedir[80]. Buna göre iki devletin kendi aralarında soykırım yapmak veya köle ticareti yapmak amacıyla akdedecekleri bir andlaşma, 1969 tarihli Anlaşmalar Hakkında Viyana Sözleşmesinin 53'üncü maddesi uyarınca, "uluslararası hukukun emredici nitelikte kuralı (*peremptory norm of general international law*)" ile, yani *jus cogens* ile çatıştığı için geçersizdir.

77. Klasik Latincede "g" harfi daima Türkçede olduğu gibi "g" okunur. Orta çağ Latincesinde ve kilise Latincesinde kalın seslilerden önce Türkçedeki gibi "g", ince seslilerden önce ise "c" okunur. Ortaçağ ve kilise Latincesine aşina olan Fransa ve İngiltere gibi ülkelerde ince seslilerin önündeki "g"nin "c" olarak okunma eğilimi vardır. O nedenle İngilizler "cogens"e "kocens", Fransızlar da "kojens" derler. Doğrusu klasik Latinceyi esas alarak "yus kogens" diye okumaktır.
78. Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 8. Baskı, 2006, s.78.
79. Türkçe metin Pazarcı, *op. cit.*, 1. Kitap, s.162'den alınmıştır. Metnin İngilizce orijinali şöyledir: "A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character" (https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf=).
80. Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law", *The American Journal of International Law*, 2006, Cilt 100, Sayı 2, s.304 (s.291-323).

Uluslararası Adalet Divanı, ilk defa 3 Şubat 2006 tarihli *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* kararında, 9 Aralık 1948 tarihli "Soykırım Sözleşmesi (*Genocide Convention*)"nden çıkan hak ve yükümlülüklerin *erga omnes* bağlayıcı olduğunu ve dolayısıyla soykırım yasağının bir *jus cogens* kuralı olduğunu belirtmiştir (Not: Söz konusu davada Mahkeme kendisinin yetkisiz olduğuna karar vermiştir)[81].

Uluslararası Adalet Divanı, söz konusu davada yetkisiz olduğuna karar vermiş olsa da, uluslararası hukukun kaynaklarından birisinin *jus cogens* kurallar olduğuna ve soykırım yasağının kesinlikle bu nitelikte bir norm olduğuna karar vermiştir[82].

Dolayısıyla Uluslararası Adalet Divanının yukarıdaki kararına göre, soykırım yasağı, kölelik yasağı gibi en temel insan haklarına ilişkin kuralların *jus cogens* niteliğinde kurallar olduğu ve devletlerin bu kurallarla bağlı olduğu ve hatta devletlerin bu kuralların aksine andlaşma yapamayacakları söylenebilir. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, 10 Aralık 1998 tarihli *Furundzija* kararında işkence yasağının "*jus cogens* niteliğinde" bir kural olduğuna karar vermiştir[83].

Eğer bu şekilde *jus cogens* niteliğinde kuralların varlığı kabul edilirse, uluslararası hukukun kaynakları arasında bir hiyerarşi ihdas edilmiş olur. Bu hiyerarşide en üst sırayı *jus cogens* niteliğinde kurallar almış olur. Uluslararası hukukun diğer kaynakları, en yüksek kaynak olan *jus cogens*'e aykırı olamaz; aykırı ise geçersiz olur. Örneğin *jus cogens*'e aykırı olan uluslararası andlaşma geçersizdir.

Genel uluslararası hukukta ve özelde de uluslararası insan hakları hukukunda *jus cogens* niteliğinde kuralların olduğunun kabul edilmesi, insan haklarının korunması açısından fevkalade önemlidir. Ne var ki, *jus cogens* kurallarının varlığı tartışmalıdır. Doktrinde bu tür kuralların olabileceğini ve hatta bunlara ihtiyaç olduğunu kabul eden yazarlar[84] olduğu gibi bu tür kurallara şiddetle karşı çıkan yazarlar da vardır[85]. Nihayette, uluslararası hukukun temeli hâlâ

---

81. "The Court reaffirms in this regard that the principles underlying the [Genocide] Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation and that a consequence of that conception is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required in order to liberate mankind from such an odious scourge. It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations *erga omnes*. ... The same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (jus cogens) and the establishment of the Court's jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with *a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide*, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute". International Court of Justice, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application: 2002) *(Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, I.C.J. Reports 2006, s.6 (http://www.icj-cij.org/docket/files/126/ 10435.pdf).
82. "... *peremptory norms of general international law (jus cogens)* and the establishment of the Court's jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with a *norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide...*" (*Ibid.*),
83. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, 10 Aralık 1998 tarihli *Furundzija* kararı, § 144, *RGDIP*, 1999, s.491'den nakleden Sudre, *op. cit.*, s.83.
84. Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law", *The American Journal of International Law*, Cilt 100, Sayı 2, 2006, s.291-323 (http://www.jstor.org/stable/3651149).
85. Andrea Bianchi, "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*", *The European Journal of International Law*, 2008, Cilt 19, Sayı 3, s.495; Michael J. Glennon, "De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*)", *Revue générale de droit international public*, Cilt 110, 2006, s.529-536.

"*pacta sunt servanda* (ahde vefa, söze bağlılık) ilkesi"dir. Bir devletin daha önce verdiği bir söz olmadan o devletin bir kuralla bağlı olduğunu iddia etmek, mevcut uluslararası hukuk anlayışının temelinde bir değişiklik olmadıkça çok zordur.

İç hukukta kişiler arasında yapılacak sözleşmelerin kendisine aykırı olamayacağı "emredici nitelikte kurallar (*amir hükümler*)" olabilir (örneğin Borçlar Kanunu, m.19). Çünkü bu hükümleri koyan irade (=kanun koyucu), sözleşmeyi yapan tarafların iradesinden üstündür. Ancak aynı model, uluslararası hukuk için geçerli değildir. Andlaşmayı yapan devletlerin üstünde üçüncü bir devlet veya uluslararası bir kuruluş yoktur. Böyle bir süper devlet veya kuruluş olmadıkça uluslararası andlaşmaların üstünde olabilecek bir norm ihdas etmek mantıken mümkün görünmüyor.

B. ULUSLARARASI HUKUKUN YARDIMCI KAYNAKLARI

Yukarıda açıklandığı gibi uluslararası hukukun "yargı kararları" ve "doktrin" olmak üzere iki "yardımcı kaynağı (*subsidiary source*)" vardır. Öncelikle belirtelim ki, bunlar uluslararası hukukun asıl kaynağı, yani doğrudan doğruya kaynağı değildir. Bunlar birer hukuk kuralı değil, uygulanacak hukuk kuralının tespitinde ve yorumlanmasında kendisinden yararlanılacak araçlardır. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38'inci maddesi bunları "hukuk kuralı" olarak değil, "hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı vasıtalar (*subsidiary means for the determination of rules of law*)" olarak nitelendirmiştir. Önce yargı kararlarını inceleyelim:

1. Yargısal Kararlar: İçtihatlar

Uluslararası hukukun yardımcı kaynaklarından birincisi "yargısal kararlar (*judicial decisions, décisions judiciaires*)"dır. Daha doğrusu yargısal kararlarda ifadesini bulan hukuk kurallarıdır. Bunlara "içtihat (*jurisprudence, case law*)" denir. Uluslararası hukukun yardımcı kaynağı olarak yargısal kararlar, yani içtihatlar, hukuka giriş kitaplarında değil, uluslararası hukuk kitaplarında incelenir. Bu konuda uluslararası hukuk kitaplarına bakılmalıdır[86].

2. Doktrin: En Vasıflı Kamucuların Öğretileri

Uluslararası hukukun yardımcı kaynaklarından ikincisi "doktrin" veya Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38'inci maddesinin ifadesiyle "çeşitli milletlerin en vasıflı kamucularının öğretileri (*teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations*)"dir. Uluslararası hukukun yardımcı kaynağı olarak doktrin konusu, esasen hukuka giriş kitaplarında değil, uluslararası hukuk kitaplarında incelenir. Bu konuda uluslararası hukuk kitaplarına bakılmalıdır[87]. ■

86. Akipek, *op. cit.*, 1. Kitap, s.72-73; Pazarcı, *op. cit.*, 1. Kitap, s.241-241.
87. Akipek, *op. cit.*, 1. Kitap, s.72-73; Pazarcı, *op. cit.*, 1. Kitap, s.241-241.

Bölüm 9
NORMLAR HİYERARŞİSİ

PLÂN :

I. Genel Olarak Normlar Hiyerarşisi
  A. Normlar Hiyerarşisi Teorisi
  B. Normlar Hiyerarşisinin Varlık Sebebi
  C. Normlar Hiyerarşisinin Temeli: Organlar Hiyerarşisi
II. Normlar Hiyerarşisinin Basamakları
  A. Birinci Basamak: Anayasa
  B. İkinci Basamak: Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Andlaşmalar
  C. Üçüncü Basamak
    1. Kanunlar
    2. Milletlerarası Andlaşmalar
    3. Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri
    4. Eski Dönemden Kalan Kanun Hükmünde Kararnameler
    5. Örf ve Âdet Kuralları (Teamüller)
  D. Dördüncü Basamak: İçtihatları Birleştirme Kararları
  E. Beşinci Basamak: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri
  F. Altıncı: İdare Hukukunda İçtihat ("İdare Hukukunun Temel İlkeleri")
  G. Yedinci Basamak: Eski Dönemden Kalan Tüzükler
  H. Sekizinci Basamak: Yönetmelikler
    Normlar Hiyerarşisinin Yönetmelik Basamağında İç Hiyerarşi veya Yönetmeliklerin Kendi Arasında Hiyerarşi Meselesi
  I. Dokuzuncu Basamak: Bireysel İşlemler
III. *Patere Legem* İlkesi: Düzenleyici İşlemler, Bireysel İşlemlerden Daima Üstündür
IV. Bazı Ek Sorunlar
  A. Doktrin Normlar Hiyerarşisine Dâhil midir?
  B. Yargısal İçtihatlar Normlar Hiyerarşisine Dâhil midir?
    1. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde İçtihatlar Normlar Hiyerarşisine Dahildir
    2. Kara Avrupası Sisteminde ve Özelde Türkiye'de İçtihatlar Normlar Hiyerarşisine Kural Olarak Dâhil Değildir
V. Normlar Hiyerarşisinin Müeyyidesi
VI. Normlar Hiyerarşisinden Çıkan Bazı Sonuçlar

Yukarıdaki plân dâhilinde konuyu işleyelim:

I. GENEL OLARAK NORMLAR HİYERARŞİSİ

Burada önce normlar hiyerarşisi teorisini, sonra da bu teorinin varlık sebebini görelim:

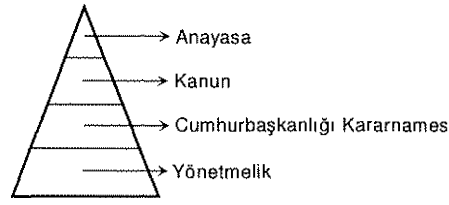
A. NORMLAR HİYERARŞİSİ TEORİSİ

Önceki bölümde, anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik gibi hukukun yazılı ve örf ve âdet kuralları gibi hukukun yazısız kaynaklarını inceledik. Orada görüldüğü gibi hukukun kaynakları çeşitlidir. Dahası bu kaynaklar da kendi içinde türlere ayrılmaktadır. Mesela çıkarıldığı makam bakımından çok değişik yönetmelikler vardır.

Bir hukuk düzeni bu kadar çeşitli olan hukuk kurallarının toplamından oluşur. Ama hukuk düzeni kendi içinde *tutarlı bir bütündür*. Buna "hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi" ismini verebiliriz. Bu bütünlüğü sağlamak için, hukuk kuralları, yan yana veya rastlantısal bir şekilde sıralanmaz; bunlar alt alta, üst üste, yani hiyerarşik bir yapı oluşturacak şekilde sıralanır.

Bu sıralamanın ayrıntısını biraz aşağıda göreceğiz. Ama Türk hukuk düzeninde, güçlerine göre hukuk kurallarının kabaca, aşağıdaki şekilde gösterildiği gibi Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik şeklinde sıralandığını söyleyebiliriz. Bu sıralama bir piramit şekliyle gösterilir. Bu nedenle de normlar hiyerarşisine "hukuk düzeni piramidi (*pyramide de l'orde juridique*)" de denir.

Şekil 9.1: Hukuk Düzeni Piramidi veya Normlar Hiyerarşisi (Basitleştirilmiş)



Hukuk normlarının bu şekilde sıralanması ilk defa **Hans Kelsen** (1881-1973) tarafından sistematik bir şekilde açıklanmıştır.

KUTU 9.1: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*.- Hans Kelsen, "normlar hiyerarşisi" teorisini ilk baskısı Viyana'da 1934 yılında yapılan *Reine Rechtslehre* (Saf Hukuk Teorisi) isimli kitabında geiştirmiştir. Bu kitabın 31 nolu başlığı normlar hiyerarşisine adanmıştır (Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Viyana, Verlag Deuticke, 1934). Bu kitap ikinci baskısını 1960'ta yapmıştır (Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Viyana ve Leipzig, Verlag Franz Deuticke, 1960). Hans Kelsen ikinci baskının 35 nolu başlığında normlar hiyerarşisi teorisini açıklamaktadır.

İlk baskının İngilizce çevirisi için bkz.: Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, (Çev: Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson), Oxford, Clarendon Press, 1997. Bu kitabın 63 ilâ 76 sayfaları arasında 31 nolu "*The Hierarchical Structure of Legal Order* (Hukuk Düzeninin Hiyerarşik Yapısı)" başlığında normlar hiyerarşisi teorisi açıklanmaktadır. Birinci baskının Fransızca çevirisi için bkz.: Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, (Çev.: Henri Thévenaz), Neuchatel, Editions de la Baconnière, 1953.

İkinci baskının İngilizce çevirisi için bkz.: Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, (Çev.: Max Knight), Berkeley, University of California Press, 1967; Clark, New Jersey, The Law Book Exhange, 2005). Bu kitabın 221 ilâ 278'nci sayfaları arasında yer alan 35 nolu "*The Hierarchical Structure of Legal Order* (Hukuk Düzeninin Hiyerarşik Yapısı)" başlığında bütünüyle normlar hiyerarşisi açıklanmaktadır. İkinci baskının Fransızca çevirisi için bkz.: Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, (Çev.: Charles Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962. Bu kitabın 299 ilâ 369'uncu sayfaları arasında yer alan "*La pyramide de l'orde juridique* (Hukuk Düzeni Piramidi)" başlığında tamamıyla normlar hiyerarşisi teorisi açıklanmaktadır.

Hans Kelsen'e göre bir hukuk düzeni içinde bulunan bütün normların geçerliliğinin temeli kendisinin üstünde bulunan başka bir normdur. Yönetmelik geçerliliğini kanundan, kanun ise anayasadan alır. Anayasa ise geçerliliğini temel normdan alır. Hans Kelsen şöyle yazmaktadır:

> "Geçerliliğinin temeli, temel norm olan hukuk düzeni, yan yana duran normlar yığını değil, ama biri diğerine bağımlı, biri diğerinin altında ya da üstünde yer alan normlardan oluşmuş bir hiyerarşi, yahut bir piramittir"[1].

Hans Kelsen'in açıkladığı gibi, hukuk kurallarının bir hiyerarşi içinde yer almalarının anlamı şudur: Bir kanun geçerliliğini anayasadan alır ve anayasaya aykırı olamaz. Keza bir yönetmelik geçerliliğini kanundan alır ve kanuna aykırı olamaz. Kısacası normlar hiyerarşisinin alt basamağında yer alan bir norm üst basamakta yer alan normlara aykırı olamaz.

B. NORMLAR HİYERARŞİSİ TEORİSİNİN VARLIK SEBEBİ

Aslında normlar hiyerarşisi teorisi, nihaî tahlilde hukuk düzeninin tutarlı bir bütün olduğu varsayımına dayanır. Yani normlar hiyerarşisi teorisi, hukukun kendi içinde tutarlı bir bütün olduğu varsayımından çıkarılmış mantıkî bir sonuçtur. Zira, eğer hukuk düzeni kendi içinde tutarlı bir bütün olacak ise, kendi içindeki normların belli bir düzen içinde sıralanması gerekir. Bu sıralama düzeni ise hiyerarşik olmalıdır ki, hukuk düzeni içindeki çeşitli kurallar birbirine uygun olmak zorunda olsun. Yönetmelikler ile kanunlar arasındaki uyum ve bütünlük böyle sağlanır. Yönetmelikler kanunlara uygun olmak zorundadır. Aynı şekilde kanunlar da anayasaya uygun olmak zorundadır. Dolayısıyla bir hukuk düzenindeki bütün kurallar, son tahlilde anayasaya uygun olmak zorundadır. Hukuk düzeninin bütünlüğü, bu düzenin tepesinde tek bir anayasa olması ve diğer normların bu anayasaya uygun olmak zorunluluğundan kaynaklanır.

C. NORMLAR HİYERARŞİSİNİN TEMELİ: ORGANLAR HİYERARŞİSİ

Normlar hiyerarşisinin temelinde, normun bir irade ürünü olduğu[2] ve normun gücünün ürünü olduğu iradenin gücüne bağlı olduğu varsayımı bulunur. İrade ise bir makamdan çıkar. Yani "normlar hiyerarşisi"nin arkasında bir "makamlar hiyerarşisi" veya "organlar hiyerarşisi" bulunur. Normlar hiyerarşisinde bir normun bulunduğu basamak, makamlar hiyerarşisinde bu normu koyan makamın bulunduğu basamağa bağlıdır.

---

1. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit,* ("Reine Rechtslehre"nin 2'nci Baskısından Charles Eisenmann Tarafından Yapılan Fransızca Çeviri), Paris, Dalloz, 1962, s.257.
2. Hans Kelsen, *General Theory of Norms* (Çev.: Michael Hartney), Oxford, Clarendon Press, 1991, s.2.

Organlar veya makamlar hiyerarşisi, yukarıdan aşağıya, kurucu iktidar, yasama organı ve yürütme organı şeklinde sıralanabilir:

1. Kurucu İktidar.- Bir hukuk düzeninde en üst organ kurucu iktidardır. *Kurucu iktidar,* anayasayı yapan iktidardır. Aslî kurucu iktidar ve tali kurucu iktidar olarak ikiye ayrılır. *Aslî kurucu iktidar,* devrim ve hükümet darbesi gibi hukuk boşluğu ortamında belirir. Sınırsız ve en üstün bir iktidardır. *Tali kurucu iktidar* ise, mevcut bir anayasada değişiklik yapma iktidarıdır. Tali kurucu iktidar aslî kurucu iktidarın yaptığı anayasayla kurulur. Organ itibarıyla tali kurucu iktidar, aslî kurucu iktidarın altında yer alır. Çünkü tali kurucu iktidar, aslî kurucu iktidar tarafından kurulur. Ancak aslî kurucu iktidar sürekli bir iktidar değildir; ortaya çıkıp, yeni bir anayasa yaptıktan sonra ortadan kaybolur ve yerini tali kurucu iktidara bırakır. Aslî kurucu iktidar, tali kurucu iktidardan üstündür. Ama bu üstünlük, organlar hiyerarşisi bakımından çok da anlamlı değildir. Çünkü aslî kurucu iktidar faaliyette ise ortada tali kurucu iktidar yoktur. Tali kurucu iktidar faaliyette olduğunda ise aslî kurucu iktidar faaliyette değildir. Uzun lafın kısası, bu iki iktidar aynı anda çalışamaz. Dolayısıyla aslî kurucu iktidar ile tali kurucu iktidar arasında hiyerarşi olduğunu söylemenin bir anlamı yoktur. Dahası, bir kez kurulduktan sonra, tali kurucu iktidar da aslî kurucu iktidarın yaptığı anayasada değişiklik yapabilmektedir. Dolayısıyla fonksiyonu itibarıyla, yani yaptığı iş itibarıyla, tali kurucu iktidar, aslî kurucu iktidar ile aynı seviyede bulunmaktadır. Çünkü her iki iktidarın görevi "anayasa normu koymak"tır. Dolayısıyla aslî kurucu iktidarın koyduğu anayasa normu ile tali kurucu iktidarın koyduğu anayasa normu arasında hiyerarşi yoktur; bunlar aynı sevide yer alır. Sonuç olarak, organlar hiyerarşisinde aslî kurucu iktidar ve tali kurucu iktidarı aynı basamakta gösterebiliriz. Hatta ayrım yapmadan bu iki iktidar için doğrudan doğruya "kurucu iktidar" ismini de kullanabiliriz.

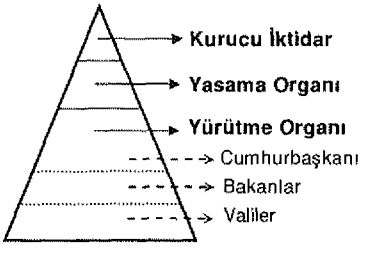
2. Yasama Organı.- Yasama organı, kurucu iktidarın yaptığı anayasayla kurulur. Dolayısıyla kurucu iktidarın altında yer alır. Organlar hiyerarşisinde yasama organı, yürütme organının üstünde yer alır. Çünkü, yürütme organı anayasa ve kanunla kurulur. Kanunla yürütme organının yapısında, görev ve yetkilerinde değişiklik yapılabilir. Yürütme organının kuruluş ve işleyişi, ikinci sınıfta idare hukuku derslerinde görüleceği gibi, kanuna, yani yasama organının iradesine bağlıdır. Yasama organı çıkaracağı bir kanunla, anayasaya aykırı olmamak şartıyla yürütme organının yapısında, görev ve yetkilerinde değişiklik yapabilir. Buna karşılık yürütme organının, yasama organına dokunmasının imkân ve ihtimali yoktur.

3. Yürütme Organı.- Yukarıda açıkladığımız gibi, yürütme organı, organlar hiyerarşisinde yasama organından sonra gelir. Yürütme organı tek bir makamdan oluşmaz. Yürütme organı içinde bakanlıklar, valilik, kaymakamlık gibi pek çok makam bulunur. Başkanlık sistemlerinde bakanlar kurulu ve

başbakanlık yerine başkan bulunur. Yürütme organının kendi içindeki makamlar arasında da hiyerarşi vardır. Bu hiyerarşi, kabaca, yukarıdan aşağıya, parlâmenter sistemlerde bakanlar kurulu, başbakan, bakan ve vali şeklinde; başkanlık sistemlerinde başkan, bakan ve vali şeklinde sıralanabilir. Yürütme organının kendi içindeki hiyerarşi konusu çok uzun bir konudur ve bu konu idare hukuku derslerinde ayrıntılarıyla incelenir. Biz aşağıda Türkiye örneğini esas alarak açıklama yapacağız.

Organlar veya makamlar hiyerarşisini özet olarak aşağıdaki gibi bir şekil yardımıyla gösterebiliriz:

Şekil 9.2: Organlar veya Makamlar Hiyerarşisi (Basitleştirilmiş)



Organlar veya Makamlar Hiyerarşisinden Çıkan Sonuçlar.- Organlar hiyerarşisinde üst organının koyduğu bir norm, alt organın koyduğu normdan üstündür. Ezcümle, anayasa kanundan üstündür; çünkü anayasa, kurucu iktidarın iradesinin bir ürünüdür ve kurucu iktidar, yukarıda gördüğümüz gibi, organlar hiyerarşisinde yasama organının üstünde bulunmaktadır. Aynı şekilde kanun da yasama organının bir işlemi olarak yürütme organının yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerinden üstündür. Çünkü yasama organı, yukarıda gördüğümüz gibi, yürütme organından üstündür.

Aynı şekilde yürütme organının kendi içindeki makamların koyduğu normlar da, bu makamların hiyerarşi sırasına göre sıralanır. Örneğin bir Cumhurbaşkanı yönetmeliği, bakanlık yönetmeliğinden; bir bakanlık yönetmeliği de bir valiliğin çıkardığı genel emirden üstündür.

Bu hiyerarşide bir organ tarafından konulmuş bir norma ancak o organ tarafından dokunulabilir. Örneğin yasama organının koyduğu bir kanun, yine yasama organı tarafından değiştirilebilir veya ilga edilebilir. Yürütme organı, yasama organının koyduğu bir kuralı değiştiremez veya ilga edemez. Aynı şekilde kurucu iktidarın koyduğu bir anayasa normu ancak kurucu iktidar tarafından değiştirilebilir veya ilga edilebilir. Yasama organı, kurucu iktidarın koyduğu bir normu değiştiremez, ilga edemez veya bu norma istisna getiremez.

Ancak bir organın koyduğu norm, organlar hiyerarşisinde bu organın üstünde yer alan organı bağlamaz. Üst organ, alt organın koyduğu normu değiştirebilir, ilga edebilir veya bu norma istisna getirebilir. Örneğin kurucu iktidar, yasama organının koyduğu bir normu ilga edebilir, değiştirebilir ve-

ya bu norma istisna getirebilir. Diğer bir ifadeyle, kanunla getirilen bir kural, bir anayasa hükmüyle ilga edilebilir veya değiştirilebilir. Aynı şekilde yasama organı da, yürütme organının koyduğu bir kuralı istediği her zaman ilga edebilir veya değiştirebilir. Yani yönetmelik gibi bir düzenleyici işlemle konulan bir kural, kanunla ilga edilebilir veya değiştirilebilir.

Yukarıdaki açıklamalardan şu sonuç çıkmaktadır: *Bir normun gücü, o normu koyan organın, organlar hiyerarşisindeki gücüne bağlıdır.*

Bir Yanlış Örnek: 1982 Türk Anayasası, m.90/son.- Bir normun gücünün, o normu koyan organın, organlar hiyerarşisindeki gücüne bağlı olduğu yolundaki ilkemize Türkiye'den aykırı bir örnek vardır: Aşağıda ayrıca göreceğimiz gibi, Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son fıkrasına göre, Türkiye'de usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar, kanunlardan üstündür. Bu şu anlama gelmektedir ki, normlar hiyerarşisinde, bu tür milletlerarası andlaşmalar, kanunların üstünde bir basamakta bulunmaktadır. Yani bu tür milletlerarası andlaşmalar ile kanunlar arasında hiyerarşi vardır. *Ancak bu hiyerarşinin Türkiye'de organlar hiyerarşisi bakımından bir temeli yoktur.* Çünkü kanun da, bu tür milletlerarası andlaşmaların onaylanması işlemi de Türkiye'de aynı yasama organı tarafından ve aynı karar yetersayısıyla yapılmaktadır. Bu tür milletlerarası andlaşmalara kanun üstü bir değer verilmesi arzu ediliyor ise, bu tür andlaşmaları onaylayan iradenin kanunları kabul eden iradeden üstün bir irade olması gerekir. Örneğin kanunları kabul etmek için yasama organının adî çoğunluğu gerekirken, bu tür milletlerarası andlaşmaların onaylanması için yasama organının beşte üç gibi nitelikli bir çoğunluğunun aranması gerekir. Türkiye'de böyle bir çoğunluk aranmamaktadır. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmaların da TBMM'nin adî çoğunluğuyla onaylanması uygun bulunmaktadır. Bu nedenle Türkiye'de temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmaların kanun üstü bir değere sahip olmasının normlar hiyerarşisinin mantığıyla çelişki hâlinde olduğunu söyleyebiliriz.

Doğru Örnekler.- Hollanda'da ve Portekiz'de milletlerarası andlaşmalar kanun üstü değerdedir; ama bunun böyle olmasında bu ülkedeki organlar hiyerarşisine aykırı bir yan yoktur. Şöyle:

Hollanda.- 17 Şubat 1983 tarihli Hollanda Anayasasının 94'üncü maddesine göre Hollanda Krallığındaki kanun hükümleri, Hollanda tarafından onaylanmış bir uluslararası andlaşma hükümleriyle çatışırsa uygulanmazlar; yani çatışma hâlinde uluslararası andlaşma hükümleri uygulanır[3]. Dolayısıyla Hollanda'da uluslararası andlaşmalar kanun üstü değerdedir. Ancak Hol-

3. 17 Şubat 1983 tarihli Hollanda Anayasası, m.94: "Statutory regulations in force within the Kingdom are not applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by international institutions that are binding on all persons" (*www.servat.unibe.ch/icl/nl00000_.html*) (10 Temmuz 2017).

landa Anayasasının 91'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre Anayasaya aykırı olan andlaşmaların onaylanabilmesi için Parlâmentonun her iki Meclisi tarafından *üçte iki oy* çoğunluğuyla kabul edilmesi gerekir (m.91/3)[4]. Hollanda Anayasasının 137'nci maddesine göre Hollanda'da Anayasa değişikliği için de her iki meclisin üçte iki çoğunluğunun kabul oyu gerekmektedir (m.137/5). Bu çoğunluk itibarıyla yukarıda bahsedilen uluslararası andlaşmaların onaylanma çoğunluğu da aynıdır.

Portekiz.- 1976 Portekiz Anayasasına göre eğer Anayasa Mahkemesi bir uluslararası andlaşmanın bir hükmünün Anayasaya aykırı olduğuna karar verirse, bu andlaşma ancak Cumhuriyet Meclisinin toplantıya katılan üyelerinin *üçte iki* çoğunluğunun oyuyla uygun bulunabilir (m.279/4)[5].

Dolayısıyla Hollanda'da ve Portekiz'de milletlerarası andlaşmalara kanun üstü bir değer tanınmasında normlar hiyerarşisi ve organlar hiyerarşisi teorisi bakımından bir mantıksızlık yoktur.

II. NORMLAR HİYERARŞİSİNİN BASAMAKLARI (YUKARIDAN AŞAĞIYA)

Şimdi Türk normlar hiyerarşisinin kendi içindeki basamaklarını görelim. Normlar hiyerarşisinin, diğer bir ifadeyle hukuk düzeni piramidinin basamakları yukarıdan aşağıya doğru şu şekilde sıralanabilir:

A. BİRİNCİ BASAMAK: ANAYASA

Anayasanın da üstünde bulunduğu varsayılan "temel norm (*grundnorm*)"a ilişkin bitmez ve tükenmez tartışmaları bir yana bırakarak, normlar hiyerarşisinin en üst basamağında "anayasa (*constitution*)"nın bulunduğunu söyleyebiliriz. Bir devletin ilk anayasası aslî kurucu iktidarın iradesinin ürünüdür. Bu anayasada değişiklik yapma yetkisine ise, yine bu anayasanın kendisinin öngördüğü "tali kurucu iktidar" denen organ sahiptir. Bu organ çoğunlukla yasama organının 3/5, 2/3 gibi nitelikli çoğunluğudur. Buna bazen devlet başkanı ve referandum yoluyla iradesini açıklayan halk da ilave olur.

"Anayasa-Üstülük" Tezleri.- Normlar hiyerarşisinde anayasanın üstünde başka bir basamak yoktur. Doktrinde bazı yazarlar "anayasa-üstü ilkeler (*principes supra-constitutionnels*)" başlığı altında bazı insan hakları ilkelerinin, adalet anlayışının, millî egemenlik ilkesinin, hukukun genel ilkeleri gibi bazı ilkelerin anayasa-üstü değerde olduklarını, gerek aslî kurucu iktidarın, gerek

4. 17 Şubat 1983 tarihli Hollanda Anayasası, m.91/3: "Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Chambers of the Parliament only if at least two-thirds of the votes cast are in favor" (http://www.servat.unibe.ch/icl/nl00000_.html) (20 Temmuz 2017).
5. http://www.servat.unibe.ch/icl/po00000_.html (20 Temmuz 2017).

tali kurucu iktidarın bu ilkelere uymak zorunda olduklarını iddia etmişlerse de, bu tür ilkelerin bağlayıcı birer hukuk kuralı olduklarını ispat etmek güçtür. Sonuç olarak normlar hiyerarşisinde en üst basamakta anayasanın bulunduğunu, anayasanın üstünde bir basamak bulunmadığını söyleyebiliriz.

Anayasa İçi Hiyerarşi Tezleri.- Normlar hiyerarşisinde anayasanın üstünde bir basamak bulunmadığını kabul eden bazı yazarlar ise, anayasa normlarının aynı değerde bulunmadıklarını, "anayasa normları arasında hiyerarşi" bulunduğu tezini ileri sürmektedirler. Örneğin temel hakların sert çekirdeğine ilişkin olan anayasa normları diğerlerinden daha üstündür. Yani bu yazarlara göre, normlar hiyerarşisinin en üst basamağı olan "anayasa basamağı" kendi içinde iki alt basamağa ayrılır. "Anayasa içi hiyerarşi tezi" ismini verebileceğimiz bu tezi de kabul etmek oldukça güçtür. Çünkü, bir anayasanın bütün normları, aynı aslî kurucu iktidar tarafından konulmuştur ve aynı tali kurucu iktidar tarafından değiştirilebilir. Yukarıda söylediğimiz gibi, normlar hiyerarşisinin temelinde organlar hiyerarşisi yatar. Anayasa normlarının değiştirilişi bakımından organlar hiyerarşisi ihdas edilmedikçe, anayasa normları arasında normlar hiyerarşisi de ihdas edilemez. Anayasa normlarını değiştirmek bakımından ise ortada tek bir tali kurucu iktidar vardır. O hâlde bütün anayasa normları tek bir basamakta yer alır.

Sonuç olarak aynı anayasanın normları arasında hiyerarşi ihdas edilemeyeceğini söyleyebiliriz. Bu normlar arasında çelişki var ise, bu çelişki, aşağıda 17'nci bölümde göreceğimiz gibi "*lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun, önceki kanunları ilga eder)" ve "*lex specialis derogat legi generali* (özel kanun genel kanunları ilga eder)" ilkeleri uyarınca çözümlenir.

B. İKİNCİ BASAMAK: TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN MİLLETLERARASI ANDLAŞMALAR

Aşağıda göreceğimiz gibi normal olarak milletlerarası andlaşmalar, Türk hukuk düzeninde kanun değerindedir ve dolayısıyla normlar hiyerarşisinde kanunlar ile aynı basamakta yer alır. Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son fıkrasına 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla şu hüküm eklenmiştir:

> "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır".

Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşma ile bir kanunun çatışması durumunda, kanun değil, bu nitelikte olan milletlerarası andlaşma uygulanacaktır. Bu şu anlama gelmektedir ki, Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son fıkrasının yeni şekli, kanunlar ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar arasında hiyerarşi ihdas etmektedir. Artık bu tür milletlerarası andlaşmalar Türk normlar hiyerarşisinde kanun-

lardan daha üstündür. Ancak hâliyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin bu milletlerarası andlaşmalar, Anayasa değerinde de değildir. Zira Anayasa ile bunlar arasında çatışma olursa, Türk Anayasasının hükmü uygulanır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin bu milletlerarası andlaşmalar, Türk normlar hiyerarşisinde anayasa altı, ama kanun üstü bir değerdedir.

Böylece Türk normlar hiyerarşisinde, kanunlar ile Anayasa arasında "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar basamağı" şeklinde yeni bir basamak ortaya çıkmış bulunmaktadır. Sonuç olarak bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşma hükmü arasında çatışma ortaya çıkarsa, bu çatışma *lex superior* ilkesine göre çözümlenir. Çatışan kanunun sonraki tarihli olması da bir şeyi değiştirmez. Çünkü *lex superior* ilkesi, *lex posterior* ilkesinden öncelikle uygulanır. Yani temel hak ve özgürlüklere ilişkin eski tarihli bir milletlerarası andlaşma ile sonraki tarihli bir kanun çatışırsa, eski tarihli olan milletlerarası andlaşma galip gelir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son fıkrasının bu hükmü normlar hiyerarşisinin temelinde organlar hiyerarşisinin bulunduğu yolundaki ilkeye aykırıdır. Kanunların da, normal milletlerarası andlaşmaların da, temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmaların da geçerliliklerinin temelinde aynı TBMM'nin aynı karar yeter sayısıyla açıkladığı irade vardır. Dolayısıyla bunların arasında hiyerarşi ihdas edilmesi mantıksızlıktır.

C. ÜÇÜNCÜ BASAMAK

Normlar hiyerarşisinin izleyen basamağında, yani temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalardan sonraki basamakta, tek bir tür norm değil, tam dört ayrı norm bulunmaktadır: Kanun, milletlerarası andlaşmalar, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve örf ve âdet kuralları. Ayrıca 9 Temmuz 2018'den önceki sistemden kalan kanun hükmünde kararnameler de bu basamakta bulunur.

1. Kanunlar

Normlar hiyerarşisinin üçüncü basamağında, yani temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalardan sonra "kanun" bulunur. Zira yukarıda açıklandığı üzere, Anayasa, m.90/son'a göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar, kanunların üstünde yer alır. Anayasa, m.90/son'a göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunlar arasında çatışma çıktığında, milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

Anayasa, normlar hiyerarşisinin birinci basamağında, kanunlar ise üçüncü basamağında bulunduğuna göre, kanunlar anayasaya aykırı olamaz. Anayasanın kanunlardan üstünlüğü prensibinin pozitif temeli de vardır. Anayasanın üstünlüğü ilkesi ve kanunların anayasa aykırı olamayacakları hususu bizzat 1982 Türk Anayasasının 11'inci maddesinde açıkça öngörülmüştür.

Anayasa ile kanun arasında hiyerarşi bulunması mantığın da bir gereğidir. Anayasa ile kanun arasında hiyerarşi vardır. Çünkü kanun, Anayasa tarafından öngörülmüş organ tarafından ve anayasanın koyduğu kurallara göre yapılan bir işlemdir. Kanun geçerliliğini anayasadan alır. Dolayısıyla kanunlar, kendi varlığının temelinde bulunan anayasaya aykırı olamaz.

Bütün kanunlar yasama organı tarafından yapılır. Yani bütün kanunların temelinde aynı organın iradesi bulunur. Dolayısıyla kanunların kendi arasında hiyerarşi olmaz. Bütün kanunlar, normlar hiyerarşisinin aynı basamağında yer alır. Kanunlar arasında bir çatışma çıkarsa, bu çatışma, aşağıda onyedinci bölümde göreceğimiz gibi "*lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun, önceki kanunları ilga eder)" ve "*lex specialis derogat legi generali* (özel kanun genel kanunları ilga eder)" ilkeleri uyarınca çözümlenir.

2. Milletlerarası Andlaşmalar

Organlar hiyerarşisi açısından bakarsak, milletlerarası andlaşmaların iç hukukta geçerli olmasına temel teşkil eden işlem hangi organdan çıkıyorsa, milletlerarası andlaşmaların iç hukuk normlar hiyerarşisinde o işlemle aynı basamakta bulunması gerektiğini söyleyebiliriz. Yani bir milletlerarası andlaşma iç hukukta yasama organı tarafından bir kanunla onaylandığı için geçerli oluyorsa, bu milletlerarası andlaşma iç hukuk normlar hiyerarşisinde kanunla aynı basamakta bulunur. Çünkü böyle bir durumda kanunların da milletlerarası andlaşmaların da geçerliliklerinin temelinde aynı yasama organının iradesi bulunur.

Nitekim ulaştığımız bu sonuç pozitif hukuk tarafından teyit edilen bir sonuçtur. Bizim Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son fıkrasına göre "usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar, kanun hükmündedir". Dolayısıyla milletlerarası andlaşmalar ile kanunlar (hakeza kanun hükmünde kararnameler) arasında hiyerarşi yoktur; bunlar normlar hiyerarşisinde kanunlar ile aynı basamakta yer alır. Çünkü milletlerarası andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanunlar da, diğer kanunlar gibi TBMM'nin adi çoğunluğuyla kabul edilmektedir. Dolayısıyla Türk normlar hiyerarşisinde milletlerarası andlaşmalar ile kanunlar aynı basamakta bulunur. O hâlde bir milletlerarası andlaşma ile kanun (veya KHK) arasında çatışma var ise, bu çatışma *lex posterior* (sonraki kanun) esasına göre çözümlenir. Yani milletlerarası andlaşma daha yeni tarihli ise milletlerarası andlaşma, kanun daha yeni tarihli ise kanun uygulanır.

Kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ve milletlerarası andlaşmalar, normlar hiyerarşisinin aynı basamağında yer alır. Dolayısıyla bunlar arasında hiyerarşi yoktur. Bunların arasında çatışma çıkarsa, çatışma "*lex superior derogat legi inferiori* (üst kanun alt kanunları ilga eder)" ilkesine göre çözümlenemez. Kanun, kanun hükmünde kararname ve milletlerarası andlaşmalar arasındaki çatışma "*lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun, önceki kanunları ilga eder)" ilkesi veya "*lex specialis derogat legi generali* (özel kanun genel kanunları ilga eder)" ilkeleri uyarınca çözümlenir. Bu ilkelerin uygulanmasını aşağıda onyedinci bölümde göreceğiz.

Tartışmalı Bir Husus: Anayasa, m.90/2 ve 3'te Sayılan Andlaşmalar.- Anayasamızın 90'ıncı maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarına göre, bu fıkralarda sayılan uluslararası andlaşmaların yürürlüğe konulabilmeleri için kanunla uygun bulunmaları şart değildir. Bu tür andlaşmalar, Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe konulur. Ancak bunlar da Anayasa m.90/son'a göre kanun hükmündedir. Bu tür andlaşmaların normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer alması durumu, "makamlar hiyerarşisi" teorisiyle açıklanamaz. Bunların normlar hiyerarşisindeki yeri, doğrudan doğruya Anayasa m.90/son hükmünden kaynaklanır.

Bir İstisna: Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Andlaşmalar.- Yukarıda da gördüğümüz gibi Anayasamızın 90'ıncı maddesinin 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla değişik son fıkrasına göre, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır". Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşma ile bir kanunun çatışması durumunda, kanun değil, milletlerarası andlaşma uygulanacaktır. Bu temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların kanun üstü bir değere sahip olduğu anlamına gelmektedir.

3. Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Olağanüstü hâllerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yukarıda "hukukun kaynakları" başlıklı yedinci bölümde gördük. Anayasamızın 119'uncu maddesinin altıncı fıkrasının son cümlesine göre, olağanüstü hâllerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri "kanun hükmünde"dirler. Dolayısıyla bu tür Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar aynı basamakta yer alırlar. O hâlde bir kanun ile olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında çatışma çıkarsa, bu çatışma sonraki kanun (*lex posterior*) esasına göre çözümlenir. Yani hangisi daha yeni ise o çatışmadan galip çıkar.

4. Eski Dönemden Kalan Kanun Hükmünde Kararnameler

Yukarıda da açıklandığı gibi 9 Temmuz 2018'den önce Türkiye'de hukukun yazılı kaynakları arasında "kanun hükmünde kararname (KHK)" isimli bir kaynak daha vardı. Bu kaynak çeşidine, 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla son verilmiştir. Ancak Anayasamıza 6771 sayılı Kanunla eklenen geçici 21'inci maddenin F fıkrasına göre "bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, ... yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür". Dolayısıyla bu Kanunun yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlükte olan pek çok kanun hükmünde kararname bugün de yürürlüktedir ve bunlar ayrıca kaldırılmadıkça yürürlükte kalmaya da devam edeceklerdir.

9 Temmuz 2018'den önce kanun hükmünde kararnameler, Anayasamızın mülga 91'inci maddesinde düzenlenmiş olup, adı üstünde kanun "hükmünde" idiler. Yani KHK ile konulan norm, normlar hiyerarşisinde kanunla konulan normlar ile aynı seviyede yer alırdı. Bir KHK ile, bir kanunda değişiklik yapılabilir ve hatta söz konusu kanun yürürlükten kaldırılabilirdi.

O hâlde bugün de bir kanun hükmü ile yürürlükte kalmış bir KHK hükmü arasında çatışma çıkarsa, bu çatışma *lex superior derogat legi inferiori* (üst kanun, alt kanunları ilga eder) ilkesi uyarınca çözümlenemez. Çünkü KHK ile kanun arasında hiyerarşi olmaz. Dolayısıyla bir kanun ile KHK arasında çatışma var ise, bu çatışma *lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanunları ilga eder) ilkesi uyarınca çözümlenir. Kanun veya KHK'den hangisi daha yeni tarihli ise o uygulanır.

Türkiye'de kanun *TBMM*, KHK ise *Bakanlar Kurulu* tarafından çıkarılır. Ancak kanunlar ile KHK'lerin normlar hiyerarşisinde aynı basamakta bulunması, organlar hiyerarşisi bakımından bir çelişki teşkil etmemekteydi. Çünkü Anayasamızın mülga 91'inci maddesine göre Bakanlar Kurulunun KHK çıkarabilmesi için önce yetki kanunuyla TBMM'den yetki alması, sonra da çıkardığı KHK'yi TBMM'nin onayına sunması gerekmekteydi.

9 Temmuz 2018'den önceki sistemde normal KHK'lerden başka, *olağanüstü hâl ve sıkıyönetim KHK'leri* de vardı. Bu KHK'ler, yukarıda sekizinci bölümde gördüğümüz gibi, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılırdı. Bu KHK'lerin çıkarılması için TBMM'nin bir yetki kanunuyla Bakanlar Kuruluna yetki vermesine gerek yoktu. Bu kararnameler de çıktıktan sonra onay için TBMM'ye sunulurdu. Olağanüstü hâl ve sıkıyönetim KHK'lerini çıkaran makam ve yetki kanunu bakımından fark olsa da bu tür KHK'ler de, hukukî güçleri itibarıyla olağan dönem KHK'leri gibidir. Yani onlarla aynı güçtedir; dolayısıyla, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim KHK'leri normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı seviyede yer alır.

5. Örf ve Âdet Kuralları (Teamüller)

Yukarıda sekizinci bölümde gördüğümüz gibi hukukun yazısız kaynağı olan örf ve âdetler (teamüller), şartları var ise hukukun kaynağı olabilmekte, yani hâkim hükmünü bir örf ve âdet kuralına dayanarak verebilmektedir.

Acaba hukuka kaynaklık ettiği durumda örf ve âdet kuralları, normlar hiyerarşisinde hangi basamakta yer alır? Kanımızca, koşulları var ise, örf ve âdet hukuku kuralları, normlar hiyerarşisinde kanunlar ile aynı basamakta yer alır. Çünkü örf ve âdet hukuku kurallarının geçerliliğinin koşullarından birisi "devlet desteği" veya "hukukîlik" koşulu, açıkçası kanunlar tarafından örf ve âdet kurallarına atıf yapılmasıdır. Örf ve âdet kuralları kanunlar kendilerine atıf yaptığı için geçerlidir. İşte bir örf ve âdet kuralı, kendisine hangi kanun atıf yapıyor ise, o kanun sayesinde hukuk düzeninde vardır. Yani örf ve âdet kurallarının temelinde de nihaî tahlilde kanun koyucunun iradesi bulunmaktadır. Özel hukuk alanında örf ve âdet kurallarının geçerliliğinin temelinde Türk Medenî Kanununun 1'inci maddesi ve Türk Ticaret Kanununun 1'inci maddesi bulunur.

Söz konusu maddelere göre hâkimin örf ve âdet kurallarını uygulayabilmesi için öncelikle kanunda o konuda hüküm bulunmaması gerekir. Dolayısıyla kanunda hüküm oldukça örf ve âdet kurallarının Türk hukukunda bir geçerliliği olamaz. Ama kanunda hüküm yok ise ve TMK m.1 ve TTK m.1'deki şartları yerine getiriyorsa örf ve âdet kuralları Türk hukukunun bir kaynağıdır ve bu durumda bu kurallar Türk normlar hiyerarşisinde anayasa altı ve yönetmelik üstü değerdedir.

Burada örf ve âdet kurallarını, kanun altı ve yönetmelik üstü bir ara basamağa yerleştirmenin daha isabetli olup olmayacağı sorusunu da sormak gerekir. Çünkü kanunların örf ve âdet kurallarından üstün olduğu ve kanunla örf ve âdet kuralları çatıştığında kanunların uygulanacağı düşüncesi akla gelebilir. Bu düşünce ilk bakışta mantıklı gelse de isabetli değildir. Çünkü "kanuna aykırı örf ve âdet kuralı", örf ve âdet kurallarının tanımı gereği mümkün değildir. Çünkü bir örf ve âdet kuralı, kanuna aykırı ise hukuk düzeninde geçerli değildir; yani hukuk kaynağı olarak kanuna aykırı örf ve âdet kuralı zaten olamaz. Zaten hâkimin bir örf ve âdet kuralına göre karar verebilmesi için, kanunda uygulanacak hüküm olmaması gerekir. O nedenle, örf ve âdet kuralı var ise, zaten kanun yoktur. Bu nedenle örf ve âdet kuralları ile kanunlar arasında zaten çatışma olması mantıken mümkün değildir. O hâlde, örf ve âdet kurallarının geçerli olduğu durumda, örf ve âdet kurallarının kanunla aynı değerde olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü bu kurallar geçerliliklerini kendisine atıfta bulunan kanun kuralından almaktadır. O nedenle, örf ve âdet kuralları için, normlar hiyerarşisinde yeni bir basamak ihdas etmeden bunları kanunlar ile aynı basamakta göstermekte yarar vardır.

D. DÖRDÜNCÜ BASAMAK: İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KARARLARI

Yukarıda sekizinci bölümde gördüğümüz gibi Türk hukukunda yargısal içtihatlar, hukukun asıl kaynağı değil, yardımcı kaynağıdır. İçtihatlar normalde hâkimi bağlamaz. Dolayısıyla içtihatlar kural olarak normlar hiyerarşisine dâhil değildir. Bu hususu aşağıda ayrıca açıklayacağız.

Bununla birlikte Türk hukukunda yargısal içtihatların bağlayıcı olmaması kuralının bir istisnası vardır: Yukarıda sekizinci bölümde gördüğümüz gibi, yüksek mahkemelerin verdikleri *içtihatları birleştirme kararları*, bütün mahkemeleri bağlar (2797 sayılı Yargıtay Kanunu, m.45/5; 2575 sayılı Danıştay Kanunu, m.18, 40). Dolayısıyla yüksek mahkemelerin içtihatları birleştirme kararları *Türk normlar hiyerarşisine dâhildir.*

İçtihatları birleştirme kararları normlar hiyerarşisine dâhil olduğuna göre, bu kararların normlar hiyerarşisinde işgal ettikleri basamağı da belirlemek gerekir. Öncelikle belirtelim ki, içtihatları birleştirme kararları, normlar hiyerarşisinde, eski sitemden kalan tüzükler dâhil bütün düzenleyici işlemlerin ve bireysel işlemlerin üstünde yer alır. Çünkü bütün mahkemeler, içtihatları birleştirme kararlarına uymak zorundadır. Dolayısıyla tüzük dâhil, bütün düzenleyici ve bireysel işlemler ile içtihatları birleştirme kararları arasında bir çatışma çıkarsa, mahkemeler, içtihatları birleştirme kararlarını uygulayarak karar verir. Bu şu anlama gelir ki, içtihatları birleştirme kararları, normlar hiyerarşisinde tüzük dâhil, bütün düzenleyici işlemlerin üstünde bulunur.

Acaba içtihatları birleştirme kararlarının eski sistemden kalan tüzüklerin üstünde bulunması, normlar hiyerarşisinde kanunla aynı seviyede bulunduğu anlamına mı gelir? Bu soruya hayır cevabını vermek gerekir. Çünkü kanuna aykırı içtihatları birleştirme kararı olamaz. Bir kanun ile bir içtihatları birleştirme kararı çatışırsa, içtihadı birleştirme kararı sonraki tarihli olsa bile kanun uygulanır. O hâlde sonuç olarak içtihatları birleştirme kararları, normlar hiyerarşisinde kanun altı ve eski sitemden kalan tüzük üstünde bir basamakta bulunur.

İçtihatları birleştirme kararları, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üstünde mi yer alır? 2797 sayılı Yargıtay Kanunu, m.45/5 ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu, m.18 ve 40 uyarınca içtihatları birleştirme kararları, bütün mahkemeleri bağlar. Dolayısıyla bir Cumhurbaşkanı kararnamesi ile bir içtihadı birleştirme kararı arasında çatışma var ise, bütün mahkemeler, çatışmayı içtihadı birleştirme kararı lehine çözmeleri gerekir. Nasıl eski sistemde Danıştay dairesi veya bir idare mahkemesi içtihadı birleştirme kararı ile çatışma çıktığında tüzüğü değil, içtihadı birleştirme kararını uygulamak zorundaysa, aynı şekilde yeni sistemde de Cumhurbaşkanlığı kararnamesini değil, içtihadı birleştirme kararını uygulamak zorunda olduğunu söyleyebiliriz.

Ancak, ortada şöyle bir sorun vardır. Eski sistemde tüzüğü iptal etme yetkisi Danıştaya ait iken yeni sistemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesini iptal etme yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir. Yeni sistemde Danıştay veya Yargıtay, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini iptal etme veya ihmal yetkisine sahip değillerdir. Böyle bir durumda yapabilecekleri tek şey, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hakkında itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmaktan ibarettir. Başvurdukları durumda ise Anayasa Mahkemesi, söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasaya ve kanunlara uygunluğunu denetleyebilir. Yani bu denetimde ölçü norm, Anayasa ve kanunlardır. İçtihadı birleştirme kararları, neticede ölçü norm olarak kullanılacak kanunun anlamını belirleyen kararlardır. Ancak Anayasa Mahkemesinin ölçü norm olarak kullanacağı kanunun anlamını belirlerken, bu kanuna Yargıtay veya Danıştayın içtihadı birleştirme kararında verdiği anlamla bağlı olduğunu iddia etmek çok zordur. Anayasa Mahkemesi bir yüksek mahkeme olarak Yargıtay veya Danıştayın yorumlarıyla bağlı değildir. Nitekim 2797 sayılı Yargıtay Kanunu, m.45/5'te "içtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar" denmektedir. Aynı şekilde 2575 sayılı Danıştay Kanunu, m.40/4'te "bu kararlara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır" denmektedir. Bu hükümlerin Anayasa Mahkemesine hitap etmediği açıktır.

Sonuç olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile içtihadı birleştirme kararları arasında hiyerarşinin pratikte müeyyidelendirilebileceğini söylemek çok zordur.

E. BEŞİNCİ BASAMAK: CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hukukumuza 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla girmiş yeni bir hukuk kuralı türüdür. Anayasamızın 104'üncü maddesinin onyidinci fıkrasına göre "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". Dolayısıyla normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun altı seviyede bulunduğunu söyleyebiliriz. Aynı şeyi eski dönemden kalan kanun hükmünde kararnameler için de söyleyebiliriz. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin eski dönemden kalan kanun hükmünde kararnamelerin altında yer alır.

Diğer yandan normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yönetmelik üstü seviyede bulunduğunu da tartışmasız bir şekilde söyleyebiliriz. Zira Anayasamızın 124'üncü maddesine göre yönetmelikler,

"...Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara *aykırı olmamak* şartıyla" çıkarılabilir.

Peki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile eski dönemden kalan tüzükler arasında hiyerarşi var mıdır? Öncelikle hatırlatalım ki, 6771 sayılı Kanunla eklenen geçici 21'inci maddenin F fıkrasına göre "*bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan ... tüzükler, ... yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür*". Dolayısıyla bu Kanunun yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlükte olan pek çok tüzük bugün de yürürlüktedir ve bunlar ayrıca kaldırılmadıkça yürürlükte kalmaya da devam edeceklerdir.

21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla Bakanlar Kurulu kaldırılmış, onun sahip yetkiler Cumhurbaşkanına verilmiştir. Yani yeni sistemde Bakanlar Kurulunun halefi Cumhurbaşkanıdır. O hâlde organlar hiyerarşinde eski sistemdeki Bakanlar Kurulu ile yeni sistemdeki Cumhurbaşkanı aynı seviyede yer alır. Dolayısıyla, çıkaran makama bakarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile tüzükler arasında bir hiyerarşi ihdas etmek imkansızdır.

Kanımızca Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile tüzükleri normlar hiyerarşisinde aynı seviyede kabul etmek gerekir. Bunların arasında çatışma çıkarsa, çatışma *lex superior* ilkesine göre değil, olsa olsa *lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanunu ilga eder) prensibine göre çözümlenir. Yani 9 Temmuz 2018 tarihinden sonra çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bu tarihten önce çıkarılmış ve hâlâ yürürlükte olan tüzükler arasında çatışma çıkarsa, bu çatışmadan daima Cumhurbaşkanlığı kararnameleri galip çıkar; ama bunun sebebi, bunların tüzüklerden üstün olmaları değil, zaman bakımından tüzüklerden daha yeni olmalarıdır.

F. ALTINCI BASAMAK: İDARE HUKUKUNDA İÇTİHAT ("İDARE HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ")

Yukarıda Türk hukukunda içtihatları birleştirme kararları dışındaki içtihatların bağlayıcı olmadığını ve dolayısıyla bu içtihatların normlar hiyerarşisine dâhil bulunmadığını söyledik. Çünkü yukarıda yedinci bölümde gördüğümüz gibi, Türk hukuku Kara Avrupası hukuk sitemi içinde yer alır ve bu sistemde hukuk içtihadî nitelikte değildir; hukukun kaynakları tedvin edilmiştir.

Bununla birlikte, Fransız ve Türk hukukunda, istisnaen idare hukuku alanında yargısal içtihatlar, hukukun asıl kaynakları arasında yer alır ve dolayısıyla bu alanda yargısal içtihatlar normlar hiyerarşisine dâhildir.

Zira yukarıda yedinci bölümde gördüğümüz gibi, gerek Fransız, gerekse Türk idare hukuku "tedvin (*codification*)" edilmemiş bir hukuk dalıdır. Bu alanda birçok kanun vardır. Ancak bunlar bu alanı bütünüyle düzenlemekten

uzaktır. Bu nedenle, yine yukarıda yedinci bölümde gördüğümüz gibi, gerek Fransız, gerekse Türk idare hukukunda, idarî işlemler, idarî sözleşmeler, kamu hizmetleri, kolluk, kamu görevlileri, kamu malları, idarenin sorumluluğu gibi pek çok alandaki "temel ilkeler", kanundan kaynaklanmaz; bunlar idarî yargı organları tarafından tekrarlanan içtihatlardan kaynaklanır. Bu nedenle idare hukukunun içtihadî nitelikte bir hukuk dalı olduğu söylenir. Bu şu anlama gelir ki, idare hukukunda içtihat, hukukun yardımcı değil,"asıl kaynağı"dır. Dolayısıyla idare hukukunun içtihadî nitelikteki bu temel ilkeleri normlar hiyerarşisine dâhildir (*Uyarı:* İdare hukuku için geçerli olan bu durum, hukukun diğer dalları için geçerli değildir).

İdare hukukunun içtihadî nitelikteki temel ilkeleri normlar hiyerarşisine dâhil olduğuna göre, bu ilkelerin normlar hiyerarşisindeki yerini de tespit etmemiz gerekir. Fransız ve Türk idare hukuklarında içtihat, normlar hiyerarşisinde "*kanun altı ve tüzük üstü* (*infra-législatif et supra-décretal*)" değerde bulunur[6]. İdarî yargı organlarının içtihatlarıyla geliştirilmiş olan idare hukukunun temel ilkeleri, tüzükler dâhil, idarenin bütün düzenleyici ve bireysel işlemlerinden üstündür. Dolayısıyla bu düzenleyici ve bireysel işlemler, idare hukukunun temel ilkelerine uygun olmak zorundadır. Uygun değillerse, uyuşmazlık hâlinde, idarî yargı organları, tüzük ve yönetmelik dâhil idarenin bütün düzenleyici işlemlerini ve bireysel işlemlerini bu sebeple iptal edebilir. Dolayısıyla içtihadî nitelikte olan idare hukukunun genel ilkeleri idareyi bağlar, ama kanun koyucuyu bağlamaz. Kanun koyucu bu ilkeleri ilga eden veya değiştiren veya bunlara istisna getiren düzenlemeleri her zaman kabul edebilir. Dolayısıyla idare hukukunun içtihadî nitelikteki temel ilkeleri, *kanun altı değerde* bulunur.

Belirtelim ki, idare hukukunun içtihadî nitelikteki bu temel ilkeleri, normlar hiyerarşisinde kanun altı değerde bulunduğu gibi, içtihatları birleştirme kararlarının da altında bulunur. Dolayısıyla idare hukuku alanında Danıştay tarafından geliştirilmiş bulunan bir içtihadî ilke ile Danıştayın verdiği bir içtihadı birleştirme kararı çatışırsa, içtihadı birleştirme kararı tercih edilir. Çünkü 2575 sayılı Danıştay Kanununa göre (m.18, 40), içtihatları birleştirme kararları gerek Danıştay genel kurul ve dairelerini, gerekse bütün idare mahkemelerini bağlar.

Bir Örnek: "Kolluk Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi" Karşısında Özel Güvenlik Hizmetlerinin Durumu.- İdare hukukunda "kolluk yetkisinin devredilmezliği ilkesi" diye içtihatla geliştirilmiş olan temel bir ilke vardır. 10 Haziran 2004 tarih ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile bazı yerlerde güvenliğin sağlanması kamu hizmeti, yani kolluk görevi belli şartlar altında birer özel hukuk kişisi olan özel güvenlik şirketlerine

6. Bu konuda özellikle bkz.: René Chapus, *Droit administratif général,* Paris, Montchrestien, 15. Baskı, 2001, c.I, s.111-115.

devredilebilmektedir. Dolayısıyla, burada "kolluk yetkisinin devredilmezliği ilkesi"ne bir aykırılık söz konusudur. Ancak, bu aykırılığın temelinde bir idarî karar değil, bir kanun bulunmaktadır. Dolayısıyla, ortada hukuka aykırılık yoktur. Çünkü kolluk yetkisinin devredilmezliği ilkesi anayasal değil, içtihadî bir ilkedir. Normlar hiyerarşisinde tüzük ve yönetmelik üstü, ama kanun altı bir değerdedir. Dolayısıyla "kolluk yetkisinin devredilmezliği ilkesi"ne kanunla istisna getirilebilir. Dolayısıyla, 5188 sayılı Kanunla öngörülen özel güvenlik hizmetleri, kolluk yetkisinin devredilmezliği ilkesine getirilmiş hukuka uygun bir istisnadır.

İdare hukukunda içtihat, normlar hiyerarşisinde kanun altı değerdedir; ama, eski sistemden kalan tüzükler dahil, idarenin düzenleyici işlemlerinin üstünde yer alır. Zira Danıştay hukuka aykırı gördüğü yönetmelikleri (ve keza eski dönemden kalan tüzükleri) iptal edebilmektedir. Peki ama idare hukukunda *içtihat, normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üstünde yer alır mı?* Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Çünkü Danıştay, hukuka aykırı gördüğü Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini iptal edemez. (Oysa tüzükleri ve yönetmelikleri iptal edebilir). Bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa veya kanunlara aykırı olduğu kanısına varırsa Danıştayın yapabileceği tek şey, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi başvurmaktan ibarettir. O hâlde Danıştayın içtihatlarının Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden üstün olduğu söylenemez.

* * *

Normal olarak normlar hiyerarşisinin izleyen basamağında "düzenleyici işlemler (*actes réglementaires*)" bulunur. Türk hukukunda geleneksel olarak, "tüzük" ve "yönetmelik" olarak düzenleyici işlemin iki türü öne çıkarılmış ve bunlar Anayasa tarafından, aralarında hiyerarşi ihdas edilerek ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle Türk hukukunda 9 Temmuz 2018'den önceki sistemden kalan tüzükler ile yönetmelikler normlar hiyerarşisinin ayrı basamaklarında bulunur. Tüzükler üstte, yönetmelikler alttadır. Biz de bu sıraya göre konuyu inceleyeceğiz.

KUTU 9.2: İdarenin Düzenleyici İşlemleri.- İdarenin düzenleyici işlemleri, genel ve kişilik-dışı olan, yani kural koyan idarî işlemlerdir. Örneğin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler (+eski dönemden kalan tüzükler) birer düzenleyici işlemdir. Bunlar hakkında yukarıda sekizinci bölüme bakınız.

G. YEDİNCİ BASAMAK: ESKİ DÖNEMDEN KALAN TÜZÜKLER

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Anayasamıza 6771 sayılı Kanunla eklenen geçici 21'inci maddenin F fıkrasına göre "bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan ... tüzükler, ... yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür". Dolayısıyla bu Kanunun yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlükte olan tüzükler, ayrıca kaldırılmadıkça bugün de yürürlüktedirler.

Yukarıda sekizinci bölümde gördüğümüz gibi, 9 Temmuz 2018'den öncesi sistemde, tüzükler, Danıştay incelemesinden sonra Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan düzenleyici işlemlerdi. Dolayısıyla tüzüğün temelinde yürütme organının bir makamı olan Bakanlar Kurulunun iradesi bulunurdu. Bu şu anlama gelir ki, bu işlem normlar hiyerarşisinde kanun basamağının altında olmalıdır; çünkü Bakanlar Kurulu, organlar hiyerarşisinde yasama organının altında yer alırdı.

9 Temmuz 2018'den önceki sistemde tüzükler, Türk normlar hiyerarşisinde kanun altı ve yönetmelik üstü basamakta yer alırdı. Çünkü, bir yandan, tüzüklerin kanunlara aykırı olamayacağı hususu, Anayasamızın mülga 115'inci maddesinde açıkça hükme bağlanmıştı. Diğer yandan da yönetmeliklerin de tüzüklere aykırı olamayacağı yine Anayasamızın 124'üncü maddesinin eski şeklinde hüküm altına alınmıştı. O hâlde tüzükler, normlar hiyerarşisinde, kanunların altında, ama yönetmeliklerin üstünde yer alırdı. (Aynı sonuç, eski sistemde kalıp bugün yürürlükte olan tüzükler için de geçerlidir).

Yukarıda da açıkladığımız gibi yeni sistemdeki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile eski dönemden kalan tüzükler arasında bir hiyerarşi yoktur. Her iki tür işlemde normlar hiyerarşisi aynı basamakta yer alır.

H. SEKİZİNCİ BASAMAK: YÖNETMELİKLER

Yukarıda şekizinci bölümde gördüğümüz gibi yönetmelikler, Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri tarafından çıkarılan düzenleyici işlemlerdir. Dolayısıyla yönetmeliklerin altında yürütme organının bir makamının iradesi bulunur. Bu nedenle de yönetmelikler, yasama organının iradesinin ürünü olan kanunların daima altında bulunur. Zaten Anayasamızın 124'üncü maddesinde yönetmeliklerin kanunlara aykırı olamayacağı hususu açıkça hükme bağlanmıştır.

Burada Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmelikler arasındaki hiyerarşi meselesine de değinmek gerekir. Çünkü gerek Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, gerekse Cumhurbaşkanının yönetmelikleri Cumhurbaşkanının iradesinin ürünüdür; her ikisinin temelinde de aynı makam bulunur. Aynı makamdan çıktıklarına göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı yönetmeliklerinin aynı değerde olması beklenebilirdi. Ama Anayasamızın 124'üncü maddesi, ayrım yapmaksızın bütün yönetmeliklerin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine aykırı olamayacaklarını açıkça hükme bağladığına göre, Cumhurbaşkanı yönetmeliklerinin de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine aykırı olamayacaklarını söyleyebiliriz. Bu arada ayrıca belirtelim ki, çıkış süreçleri, yani usûl ve şekil bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı yönetmelikleri arasında bir fark yoktur: Her ikisi de sadece Cumhurbaşkanının imzasını taşırlar ve her ikisi de Resmî Gazetere yayınlanır.

Yönetmelikler, eski dönemden kalan tüzüklerin de altında yer alır. Zira, Anayasamızın 124'üncü maddesinin eski şeklinde açıkça yönetmeliklerin tüzüklere aykırı olamayacağı hüküm altına alınıyordu.

Buna göre bir yönetmelik hükmü ile Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya eski dönemden kalan bir tüzük hükmü arasında çatışma çıkar ise, çatışma, "*lex superior derogat legi inferori* (üst kanun alt kanunları ilga eder)" esasına göre çözümlenir. Yani yönetmelik hükmü değil; Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanı kararnamesi veya tüzük hükmü uygulanır.

- Normlar Hiyerarşisinin Yönetmelik Basamağında İç Hiyerarşi (Yönetmelikler Arasında Hiyerarşi)

Bütün kanunlar, tek bir makam olan TBMM tarafından çıkarılır. Keza bütün Cumhurbaşkanlığı kararnameleri tek bir makam olan Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılır. (Aynı şekilde 9 Temmuz 2018'den önce de bütün KHK'ler ve bütün tüzükler tek bir makam olan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılırdı). Bu nedenle çıkaran makam bakımından tek tür kanun, tek tür Cumhurbaşkanlığı kararnamesi vardır. Dolayısıyla çeşitli kanunlar arasında ve keza çeşitli Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında, makamlar hiyerarşisinden hareketle bir hiyerarşi kurulumaz. Bunların kendi arasında bir çatışma var ise, yani bir kanun bir başka kanunla veya bir Cumhurbaşkanı kararnamesi bir başka Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle çatıyor ise bu çatışma *lex superior* (üst kanun) esasına göre değil, *lex posterior* (sonraki kanun) esasına göre çözümlenir. Çünkü bunların kendi arasında hiyerarşi olmaz.

Ancak aynı şeyi yönetmelikler için söyleyemeyiz. Yönetmeliklerin kendi arasında pekâlâ hiyerarşi olabilir. Çünkü yönetmelikler, kanunlar veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gibi tek bir makam tarafından değil, çeşitli makamlar tarafından çıkarılmaktadır. Yönetmelikleri çıkaran makamlar farklı olduğuna göre yönetmelikler arasında pekala hiyerarşi olabilir. Yönetmeliklerin arasındaki hiyerarşi konusunda genel kural şudur: Yönetmeliklerin gücü, kendilerini koyan makamın gücüne bağlıdır. Diğer bir ifadeyle bir yönetmeliğin normlar hiyerarşisindeki yeri, bu yönetmeliği koyan makamın, makamlar hiyerarşisindeki yerine bağlıdır. Buna göre merkezî idare içinde çıkarılan yönetmelikler için şunu söyleyebiliriz: *Cumhurbaşkanı yönetmelikleri bütün diğer yönetmeliklerden üstündür. Çünkü Cumhurbaşkanı merkezî idarenin en yüksek karar organıdır.*

Dolayısıyla yönetmelikler ve hatta adsız düzenleyici işlemler arasında çatışma var ise öncelikle bu yönetmelik veya adsız düzenleyici işlemler arasında hiyerarşi olup olmadığı araştırılır. Bunlar arasında hiyerarşi var ise, bunların arasındaki çatışma *lex superior* esasına göre çözümlenir. Bu esasa göre ise Cumhurbaşkanı yönetmelikleri ile diğer yönetmelikler arasında çatışma var ise, Cumhurbaşkanı yönetmeliği uygulanır.

Burada ayrıca belirtelim ki, yukarıda sekizinci bölümde gördüğümüz gibi Anayasamızın 104'üncü maddesinin onyedinci fıkrasında "Cumhurbaşkanlığı kararnameleri" ve 124'üncü maddesinde "yönetmelikler" ayrıca düzenlenmiş ise de, yürütme organının çıkarabileceği düzenleyici işlemler, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelikten ibaret değildir. Yürütme organı, "genelge", "tebliğ", "sirküler", "ilke kararı" "esaslar", "yönerge", "talimat", "genel emir" gibi isimler altında daha pek çok düzenleyici işlem yapmakta, yani genel ve soyut kurallar koymaktadır. Bunlara "isimsiz düzenleyici işlemler" denir. Bunlar da hukukî rejim olarak yönetmeliklere benzer. Bunların da normlar hiyerarşisindeki yeri, kendilerini çıkaran makamın idarî hiyerarşideki yerine göre değişir. Örneğin normlar hiyerarşisinde bir Cumhurbaşkanı genelgesi bir bakanlık genelgesinden, bir bakanlık genelgesi de bir valinin çıkardığı genel emirden üstündür.

Eski Dönemden Kalan Bakanlar Kurulu Yönetmelikleri.- 9 Temmuz 2018 tarihine kadar, Türkiye'de yürütme organının genel karar organı Bakanlar Kurulu idi. Bu dönemde Bakanlar Kurulu ve Başbakan tarafından çıkarılmış pek çok yönetmelik vardı. 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla Bakanlar Kurulu lağvedilmiş, eski sistemde Bakanlar Kuruluna ait olan yetkiler de Cumhurbaşkanına verilmiştir. Anayasamıza 6771 sayılı Kanunla eklenen geçici 21'inci maddenin F fıkrasına göre "bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan... Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür". Dolayısıyla bu Kanunun yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlükte olan Bakanlar Kurulu yönetmelikleri, ayrıca kaldırılmadıkça bugün de yürürlüktedirler. Bu şekilde yürürlükte kalan Bakanlar Kurulu yönetmelikleri, gerek eski dönemde, gerekse yene dönemde çıkarılmış olan diğer yönetmeliklerin (Cumhurbaşkanı yönetmelikler hariç) üstünde yer alırlar.

Eski Dönemden Kalan Başbakanlık Yönetmelikleri.- 9 Temmuz 2018 tarihine kadar, Türkiye'de yürütme organının sorumlu kanadının başında Başbakan bulunurdu. Başbakan Bakanların üstünde yer alırdı. Bu dönemde Başbakanlık tarafından çıkarılmış pek çok yönetmelik vardı. 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla Başbakanlık da lağvedilmiş, eski sistemde Başbakana verilmiş yetkiler yeni sistemde Cumhurbaşkanına verilmiştir. Anayasamıza 6771 sayılı Kanunla eklenen geçici 21'inci maddenin F fıkrasına göre "bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan ... Başbakanlık... tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür". Dolayısıyla bu Kanunun yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlükte olan Başbakanlık yönetmelikleri, ayrıca kaldırılmadıkça bugün de yürürlüktedirler. Yürürlükte kalan Başbakanlık yönetmelikleri, bugün de,

Cumhurbaşkanı yönetmelikleri hariç, bakanlık ve kamu tüzel kişilerinin çıkardığı yönetmeliklerden üstündür. Zira eski sitemde Başbakanlık ile bakanlıklar arasında hiyerarşi olduğu kabul edilmekteydi.

I. DOKUZUNCU BASAMAK: BİREYSEL İŞLEMLER

İdare hukuku derslerinde görüleceği gibi idarenin tek yanlı işlemleri, düzenleyici işlemler ve bireysel işlemler olarak ikiye ayrılır. "Bireysel idarî işlemler", kişisel ve özel durumlara ilişkin olan idarî işlemlerdir[7]. Örneğin memur atama işlemi, disiplin cezası verme işlemi, kamulaştırma işlemi, inşaat ruhsatı verme işlemi bir bireysel idarî işlemdir. "Düzenleyici idarî işlemler" ise, genel ve kişilik-dışı olan, yani kural koyan idarî işlemlerdir[8]. Örneğin yönetmelik, bir düzenleyici idarî işlemdir. Düzenleyici işlemler, maddî kriter bakımından, yani içerikleri itibarıyla, kanunlara benzer[9]. İdare, düzenleyici işlemlerle kurallar (normlar) koyar.

Hukuk düzeni piramidinin[10] en alt basamağında bireysel işlemler yer alır. Bireysel işlemler, yönetmeliklerin de altında bulunur. Bireysel işlemler ile düzenleyici işlemler (yönetmelikler) arasında niçin bir hiyerarşi bulunduğunu aşağıda göreceğiz. Ama öncelikle şunu söyleyelim ki, bireysel işlemlerin kendi arasında da hiyerarşi olabilir. Bu hiyerarşi tamamıyla bireysel işlemin kendisinden çıktığı makamın, idarî hiyerarşideki yerine bağlıdır. Üst makamın bireysel işlemi alt makamın bireysel işleminden üstündür. Cumhurbaşkanının bireysel işlemi bakanlığın bireysel işleminden, bakanlığın bireysel işlemi valinin bireysel işleminden, valinin bireysel işlemi kaymakamın bireysel işleminden üstündür. Bunların arasında çatışma çıkarsa üst makamın bireysel işlemi galip gelir.

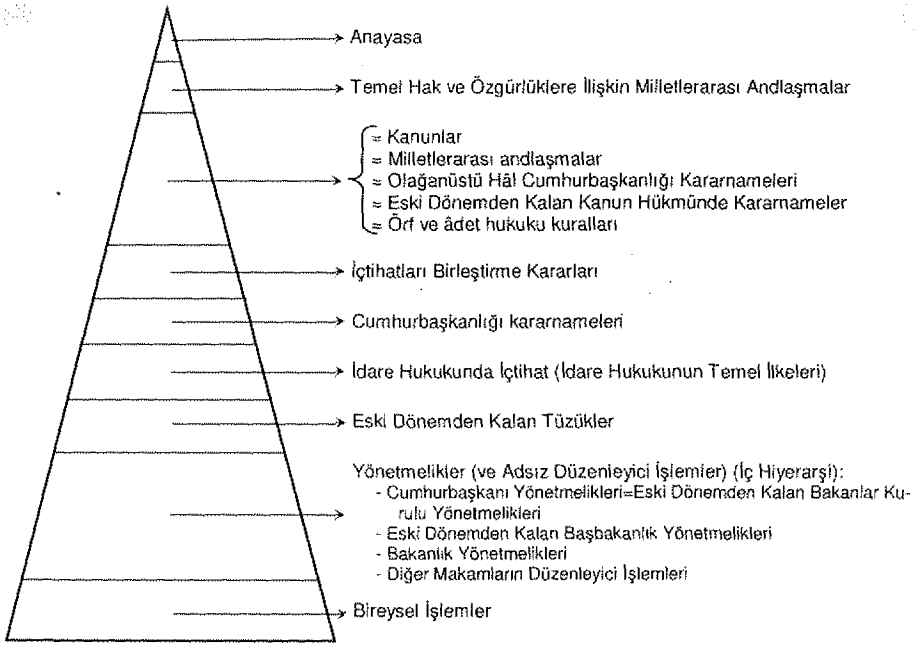
* * *

Buraya kadar normlar hiyerarşisinin basamaklarında bulunan normların neler olduğunu yukarıdan aşağıya ayrıntılı olarak gördük. Şimdi bunları bir şekil üzerinde gösterelim:

---

7. Georges Vlachos, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Ellipses, 1993, s.129; Michel Rougevin-Baville, Renaud Denoix de Saint Marc ve Daniel Labetoulle, *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989, s.121.
8. Vlachos, *op.cit.*, s.129; Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op.cit.*, s.121.
9. André de Laubadère, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 15. Baskı, 1999, c.I, s.625-626.
10. Burada kasten "normlar hiyerarşisi" yerine "hukuk düzeni piramidi" diyoruz. Çünkü bu basamakta olan bireysel işlemler, genel ve soyut nitelikte değildir; dolayısıyla norm koymaz. O nedenle bunlara "norm" denemez. Ama yine de bunlar hukuk düzeninin içinde yer alır. Çünkü bunlar da bir hukukî sonuç doğurur.

Şekil 9.3: Normlar Hiyerarşisi veya Hukuk Düzeni Piramidi (Ayrıntılı)



III. *PATERE LEGEM* İLKESİ: DÜZENLEYİCİ İŞLEMLER, BİREYSEL İŞLEMLERDEN DAİMA ÜSTÜNDÜR

Yukarıda normlar hiyerarşisinin en alt basamağında bireysel işlemlerin bulunduğu söyledik. Keza düzenleyici işlemlerin kendi arasında ve bireysel işlemlerin de kendi arasında, bu işlemlerin kendisinden çıktığı makamların arasındaki hiyerarşiye bağlı olarak hiyerarşi olabileceğini söyledik.

Acaba bireysel işlemler ile düzenleyici işlemler arasında, bunların kendisinden çıktığı makamlara bağlı olmaksızın bir hiyerarşi var mıdır? Yani idarî hiyerarşide alt makamda yer alan bir makamın yaptığı düzenleyici işlem, acaba üst makamın yaptığı bireysel işlemden üstün müdür? Diğer bir ifadeyle, üst makam, alt makamın düzenleyici işlemine aykırı bireysel işlem yapabilir mi?

Hemen belirtelim, düzenleyici işlemler, hangi makamdan çıkarsa çıksın, daima bireysel işlemlerden üstündür. Yani düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler arasında hiyerarşi vardır. Bu hiyerarşi, şeklî (organik) kriterle değil, maddî kriterle açıklanır. Bu şu anlama gelir: Düzenleyici işlem, genel ve kişilik dışı düzenleme yapar; yani "kural" koyar. Bireysel işlem ise kural koymaz; belli bir kişi veya durum için belli bir hukukî sonuç doğurur. Bu nedenle, "kural", mahiyeti gereği "bireysel işlem"den daima üstündür. Hâliyle burada kullanılan bakış açısı şeklî (organik) değil, maddî bir bakış açısıdır. Düzenle-

yici işlemler ile bireysel idarî işlemler arasındaki hiyerarşi mutlak niteliktedir; her durumda görülür.

Bir makamdan çıkan düzenleyici işlemler, o makamdan çıkan bireysel işlemlerden üstündür. Bu üstünlük, düzenleyici işlemlerin mahiyetinden, doğasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki: Bir idarî makamın belli bir konuda düzenleyici işlem yapması, o konuda "kural" koyduğu, bundan sonra o konuda ortaya çıkan sorunlar hakkında koyduğu bu kurala göre karar vereceği anlamına gelir. Eğer bir idarî makam, kendi koyduğu düzenleyici işleme uygun bireysel işlemler yapmayacak ise, bu idarî makamın düzenleyici işlem yapmasının ne bir anlamı, ne de bir gereği vardır. Zira idarî makam karşılaşacağı her somut olay ve durumda, düzenleyici işleme göre değil, kendi takdirine göre bireysel işlem tesis ederse, düzenleyici işlemin hiçbir bağlayıcılığı kalmaz. Bundan çıkan sonuç şudur ki, bir idarî makam, bir düzenleyici işlem yapmış ise, bireysel işlemler yaparken o düzenleyici işleme uymalıdır. Aksi takdirde düzenleyici işlem denen bir işlem türü olamaz. O hâlde bir işlem "düzenleyici işlem" ise, bu işlem mahiyeti gereği "bireysel işlem"lerden üstündür.

Bu nedenle idare kendi koyduğu düzenleyici işlemlere yine kendisi bireysel işlem yaparken uymalı, düzenleyici işleme aykırı bireysel işlem yapmamalıdır. Bu ilke Latince olarak "*patere legem quam ipse fecisti* (kendi koyduğun kurala göre davran)" özdeyişiyle dile getirilir[11]. Bu ilkeye kısaca "*patere legem* ilkesi" de denir[12]. Şüphesiz ki, bir idarî makam, kendi koyduğu düzenleyici işlemi ilga edebilir veya değiştirebilir. Ancak idarî makam, kendi koyduğu düzenleyici işlemi ilga etmedikçe veya değiştirmedikçe, düzenleyici işleme uymak zorundadır. Hâliyle söz konusu makam, kendi koyduğu düzenleyici işleme artık uymak istemiyor ve ona aykırı işlemler yapmak istiyor ise, bu düzenleyici işlemi her zaman yürürlükten kaldırabilir. Ama bu düzenleyici işlemi yürürlükten kaldırmadan bu işleme aykırı bireysel işlem tesis edemez.

Daha da ileriye gidelim ve şu soruyu soralım: Alt makamın düzenleyici işlemleri ile üst makamın bireysel işlemleri arasında hiyerarşi var mıdır?

Öncelikle hatırlatalım ki, üst makamın düzenleyici işlemleri, alt makamın yaptığı düzenleyici işlemlerden her zaman üstündür. Üst makamın düzenleyici işlemi ile alt makamın düzenleyici işlemi arasında bir çatışma çıkarsa üst makamın işlemi galip gelir. Mesela bir Cumhurbaşkanı yönetmeliği ile bir bakanlık yönetmeliği çatışırsa, Cumhurbaşkanı yönetmeliği tercih edilir. Aynı şekilde bir bakanlık yönetmeliği ile bir valiliğin genel emri, çatışır-

11. René Chapus, *Droit administratif général,* Paris, Montchrestien, 15. Baskı, 2001, c.I, s.1012; Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle, *op. cit.,* s.29; De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité, op. cit.*, c.I, s.655.
12. Jean-Marie Auby ve Roland Drago, *Traité de contentieux administratif,* Paris, LGDJ, İkinci Baskı, 1975, c.II, s.347-348.

sa bakanlık yönetmeliği galip gelir. Keza üst makam, hiyerarşi yetkisine dayanarak alt makamın yaptığı düzenleyici işlemi iptal de edebilir. Ama üst makam alt makamın düzenleyici işlemlerine aykırı bireysel işlemler tesis edemez.

Çünkü üst makam, alt makamın yaptığı düzenleyici işlemi beğenmiyorsa onu değiştirebilir veya ilga edebilir. Bunları yapmadan alt makamın düzenleyici işlemine aykırı bireysel idarî işlemler yapma isteğinin altında pek muhtemelen eşitlik ilkesine aykırı düşünceler yatar[13]. Örneğin bir bakan, valinin çıkardığı genel emre aykırı olarak bir bireysel işlem yapamaz. Bakan valinin çıkardığı düzenleyici işlemi beğenmiyorsa ona aykırı bir düzenleyici işlem yapabilir veya onu ilga edebilir. Bunları yapmadan bakanın bu genel emre aykırı bir bireysel işlem yapmasının gereğini anlamak mümkün değildir. Eğer üst makamlar alt makamların düzenleyici işlemlerine aykırı bireysel işlemler yapabilecekse, alt makamların düzenleyici işlem yapmasının bir anlamı kalmaz. Böyle bir durumda alt makamların düzenleyici işlemlerinin somut olaylarda üst makamların takdirine bağlı bir bağlayıcılığı olacaktır ki bu, eşitlik ilkesine de hukuk devleti ilkesine de aykırı olur.

Yukarıdaki aynı sebeple, vesayete tâbi makamın düzenleyici işlemlerinin vesayet makamının bireysel işlemlerinden üstün olduğunu söyleyebiliriz. Yani vesayet makamı, vesayete tâbi makamın çıkardığı düzenleyici işleme aykırı bireysel işlem yapamaz. Örneğin bir bakan veya vali belediye meclisi tarafından çıkarılan bir yönetmeliğe aykırı bir bireysel işlem yapamaz. Zira vesayet makamı, vesayete tâbi makamın düzenleyici işlemine aykırı bireysel işlem yapabilirse, vesayet makamı, sahip olduğu vesayet yetkisinden çok fazla bir yetkiyi elde etmiş olur. Oysa vesayet yetkisi sadece vesayete tâbi makamın kanunla öngörülen işlemleri üzerinde geçerli olan ve kanunla öngörülen onama veya onamama gibi sınırlı bir denetim yetkisidir. Vesayet makamı onaylamama yetkisine sahip olduğu hâlde, onaylayıp yürürlüğe soktuğu vesayete tabi makamın bir düzenleyici işlemi üzerinde daha sonra, bu işlemi iptal etmek veya değiştirmek gibi bir yetkiye sahip değildir. Eğer vesayet makamı, baştan onaylayıp yürürlüğe soktuğu bir düzenleyici işleme aykırı bireysel işlemleri daha sonra tesis edebilirse, vesayete tâbi makamın düzenleyici işleminin bir bağlayıcılığı kalmaz ve bu durumda vesayet makamına vesayete tâbi makam üzerinde kanunla

KUTU 9.3: "Vesayet Yetkisi": İdare hukuku derslerinde görüleceği gibi "idarî vesayet yetkisi", bakan veya vali gibi merkezî idarede bir makamın belediye gibi yerinden yönetim kuruluşlarının bazı işlemleri üzerinde sahip olduğu kanunla öngörülmüş sınırlı bir denetim yetkisidir. Böyle bir durumda yerinden yönetim kuruluşunun bazı işlemleri, vesayet makamının onayına sunulur. Örneğin valinin bazı belediye meclisi kararları üzerinde sahip olduğu onama yetkisi bir vesayet yetkisidir.

13. Jean-Marie Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, LGDJ, 1966, s.92.

öngörülmemiş ikinci bir denetim yetkisi kazandırılmış olur ki, kanunla öngörülmemiş böyle bir yetkinin vesayet makamı tarafından kullanılması mümkün değildir.

Bir Örnek Olay: Fransız Danıştayının 15 Şubat 1963 tarihli *Association "Les Amis Chiberta"* kararına konu teşkil eden olayda, bir belediye başkanı, çıkardığı bir düzenleyici işlem ile kendi beldesinde kamp yapılması konusunu düzenlemiş ve bu arada belirli bölgelerde kamp yapılmasını yasaklamıştır. Vesayet makamı olan vali, bu düzenleyici işleme hiçbir zaman karşı çıkmamıştır. Belediye başkanının bu düzenleyici işlemi yürürlükteyken vali, bu düzenleyici işleme aykırı olarak, belirli bir kişiye, belediye başkanının kamp yapılmasını yasakladığı bir yerde kamp yapma izni vermiştir. Valinin kamp izni kararına karşı açılan davada Fransız Danıştayı, valinin izin işlemini iptal etmiş, valinin bireysel işleminin, belediye başkanının düzenleyici işlemine aykırı olamayacağına karar vermiştir[14]. Fransız Danıştayının kararı doğrudur. Vali, vesayet makamı olarak, belediye başkanının düzenleyici işlemini baştan onamayarak engelleyebilirdi. Vali baştan vesayet yetkisini kullanmadığına göre, belediye başkanının düzenleyici işlemini hukuka uygun ve yerinde bulmuştur. Daha sonra hukuka uygun ve yerinde bulduğu düzenleyici işleme aykırı olarak bireysel işlem yapmasında hukuka aykırılık vardır. Valiye bu imkân tanınırsa, vali kanunla öngörülmemiş yeni bir vesayet yetkisine kavuşmuş olur. Kaldı ki, valinin genelde karşı çıkmadığı düzenleyici işleme aykırı bir şekilde bazı kişilere özel izinler vermesinin altında pek muhtemelen eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde kayırmacılık düşünceleri yatar[15].

Yukarıda da açıklandığı üzere düzenleyici işlemlerin bireysel işlemler üzerinde mutlak bir üstünlüğü vardır. Düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler çatıştığında, bunları yapan makamlar arasındaki hiyerarşi veya vesayet bakımından ilişki ne olursa olsun, düzenleyici işlemler, bireysel işlemlerden daima üstün gelmektedir. Ulaştığımız bu sonuca *düzenleyici işlemlerin bireysel işlemler üzerindeki üstünlüğü ilkesi* ismini verebiliriz. Ayrıca böyle bir ilkenin olması, düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler arasındaki hukukî güç farkı konusunda organik (şeklî) kriterin değil, maddî kriterin geçerli olduğunu göstermektedir.

IV. BAZI EK SORUNLAR

Burada normlar hiyerarşisi konusunda, üzerinde pek durulmayan bazı ek sorunlara değineceğiz.

14. Conseil d'État, Section, 15 Şubat 1963, *Association Les Amis Chiberta.* RDCE, 1963, s.92 (Nakleden: Jean-Marie Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel,* Paris, LGDJ, 1966, s.92).
15. Rainaud, *op. cit.,* s.92.

A. DOKTRİN NORMLAR HİYERARŞİSİNE DÂHİL MİDİR?

Yukarıda yedinci bölümde gördüğümüz gibi doktrin hukukun bir *yardımcı kaynağı*dır. Hâkim karar verirken, doktrinden yararlanabilir. Bununla birlikte doktrin hukukun asıl kaynağı değildir. Hâkim, yukarıda gördüğümüz gibi, ceza hukukunda sadece kanunlara göre karar verir. Ceza hukukunda kanun yok ise, hâkim doktrinde ileri sürülen bir görüşe dayanarak sanık hakkında mahkûmiyet kararı veremez. Hâkim özel hukukta ise kanunlara, önündeki davada uygulanacak kanun yok ise ve şartları var ise örf ve âdete göre, örf ve âdet de yok ise kendisi kanun koyucu olsaydı, nasıl kural koyacak idiyse öyle kural koyup karar verir. Dolayısıyla özel hukukta hâkim, uygulanacak kanun kuralı veya örf ve âdet kuralı var iken doktrinde ileri sürülmüş bir görüşe göre karar veremez. Bundan şu sonuç çıkar ki doktrin, normlar hiyerarşisinin bir parçası değildir.

B. YARGISAL İÇTİHATLAR NORMLAR HİYERARŞİSİNE DÂHİL MİDİR?

Bu soruya Anglo-Sakson ve kıta Avrupası sistemlerinde ayrı ayrı cevap vermek gerekir.

1. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde İçtihatlar Normlar Hiyerarşisine Dâhildir

Yukarıda yedinci bölümde gördüğümüz gibi Anglo-Sakson hukuk sisteminde yargısal içtihatlar, hâkimi bağlar; dolayısıyla hukukun bir kaynağıdır. Dolayısıyla bu ülkelerde içtihatlar, bu ülkelerin normlar hiyerarşisine dahildir. Bu ülkelerin normlar hiyerarşisinde içtihatlar, bütün düzenleyici işlemlerin ve bireysel işlemlerin ve keza sözleşmelerin üzerinde bulunur. Hâkim sanki bir kanun varmış gibi bu içtihatları uygulamak zorundadır. Bu tür hukuk sisteminde düzenleyici işlemler, bireysel işlemler ve sözleşmeler içtihatlara aykırı olamaz.

Ama acaba içtihatlar, normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı basamakta mı yer alır? Eğer aynı basamakta yer alıyor olsaydı, kanunlar ile içtihatlar arasındaki çatışmanın *lex posterior* esasına göre çözümlenmesi gerekirdi. Yani sonraki tarihli içtihadın kanunu ilga ettiği sonucu varılırdı. Oysa bu doğru değildir. Anglo-Sakson sisteminde de kanun (*legislation*) ile içtihat arasında çatışma olduğunda daima kanun tercih edilir. Parlâmentonun iradesi olan kanun, normlar hiyerarşisinde daima hâkimlerin iradesi olan içtihattan üstündür. Parlâmento, çıkaracağı bir kanun ile hâkimlerin beğenmediği içtihadını ilga edebilir veya değiştirebilir. Ama mahkemeler, Parlamentonun beğenmedikleri kanununu ilga edemez veya değiştiremez.

2. Kara Avrupası Sisteminde ve Özelde Türkiye'de İçtihatlar Normlar Hiyerarşisine Kural Olarak Dâhil Değildir

Yukarıda yeinci bölümde gördüğümüz gibi, Kara Avrupası sisteminde yargısal içtihatlar hâkimi bağlamaz. Hâkim karar verirken bunlardan yararlanabilir; ama isterse bunlara aykırı da karar verebilir. Dolayısıyla Kara Avrupası sisteminde *içtihatlar normlar hiyerarşisine dâhil değildir.*

Türkiye'de İstisnalar.- Türk hukuk sisteminde yargısal içtihatların normlar hiyerarşisine dâhil olmaması kuralının iki adet istisnası vardır:

a) İçtihatları Birleştirme Kararları Normlar Hiyerarşisine Dahildir .- Yukarıda sekizinci bölümde gördüğümüz gibi, Yargıtay Büyük Genel Kurulunun ve Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurlunun verdikleri içtihatları birleştirme kararları bütün mahkemeleri bağlar ve dolayısıyla Türk normlar hiyerarşisine dahildir. Yukarıda gördüğümüz gibi içtihatları birleştirme kararları, Türk normlar hiyerarşisinde kanun altı, ama yönetmelik üstü (eski sistemden kalan tüzük söz konusuysa tüzük üstü) bir yerde bulunur.

b) İdare Hukukunun İçtihadî Temel İlkeleri Normlar Hiyerarşisine Dahildir.- Yukarıda gördüğümüz gibi, gerek Fransız, gerekse Türk idare hukuku "tedvin (*codification*)" edilmemiş bir hukuk dalıdır. Bu alanda birçok kanun vardır. Ancak bunlar bu alanı bütünüyle düzenlemekten çok uzaktır. Bu nedenle, yine yukarıda yedinci bölümde gördüğümüz gibi, gerek Fransız, gerekse Türk idare hukuku "içtihadî" bir hukuk dalıdır ve dolayısıyla idare hukukunda içtihat, hukukun yardımcı değil, "asıl kaynağı"dır. Bu şu anlama gelir ki, idare hukuku alanında içtihat, normlar hiyerarşisine dâhildir. Yukarıda açıkladığımız gibi, idare hukukunun temel ilkeleri, normlar hiyerarşisinde kanun altı, ama yönetmelik üstü (varsa eski sistemden kalan tüzük söz konusuysa, tüzük üstü) değerde bulunur.

V. NORMLAR HİYERARŞİSİNİN MÜEYYİDESİ

Normlar hiyerarşisinde alt basamakta yer alan bir norm üst basamakta yer alan norma aykırı olamaz. Yönetmelik kanuna, kanun anayasaya aykırı olamaz. Hâkim, önündeki olayda uygulayabileceği nitelikte birbiriyle çelişen ve aralarında hiyerarşi olan iki kural var ise, "*lex superior derogat legi inferiori* (üst kanun alt kanunları ilga eder)" ilkesi uyarınca üst kuralı uygular. Örneğin yönetmelik, kanuna aykırı ise, idare mahkemesi, yönetmeliğin iptali de istenmiş ise yönetmeliği iptal eder; istenmemiş ise uyuşmazlığı yönetmelik hükmünü uygulayarak değil, kanun hükmünü uygulayarak çözer. Her mahkeme kanun altı normlar ile kendi üstündeki normlar arasındaki çatışmayı çözmeye yetkilidir. Normlar hiyerarşisinde kanun altı basamakta yer alan normların üst basamaktaki normlara aykırı olamayacağı ilkesi bu şekilde müeyyidelendirilmiş olur.

Ancak Kara Avrupası sisteminde kanun ile anayasa arasında bir çatışma var ise, Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemeler bu çatışmayı çözmeye yetkili değildir. Yani Kara Avrupası hukuk siteminde kanun ile anayasa arasındaki hiyerarşi, anayasa mahkemesi dışındaki mahkemeler tarafından müeyyidelendirilemez. Böyle bir durumda bu mahkemeler "itiraz yolu" veya "somut norm denetimi" denen bir yolla anayasa mahkemesine başvurmak zorundadırlar. Kıta Avrupası sisteminde anayasa ile kanun arasındaki çatışma Anayasa Mahkemesi tarafından çözümlenir. Yani Kara Avrupası sisteminde anayasa ile kanun arasındaki hiyerarşi anayasa yargısı tarafından müeyyidelendirilir.

VI. NORMLAR HİYERARŞİSİNDEN ÇIKAN BAZI SONUÇLAR

Normlar hiyerarşisinde iki normun farklı basamakta bulunmasından şu sonuçlar çıkar:

1. Alt basamakta bulunan norm, üst basamakta bulunan norma aykırı olamaz. Örneğin kanun anayasaya, yönetmelik kanuna aykırı olamaz.

NOT: Alt basamakta yer alan bir normun kendisinden bir üst basamakta yer alan norma aykırı olmaması gerektiği gibi, kendisinden iki veya üç üst basamakta bulunan norma da aykırı olmaması gerekir. Örneğin yönetmelik, sadece kanunlara değil, Anayasaya da aykırı olmamalıdır. Kanuna uygun, ama Anayasaya aykırı olan yönetmelik, yine hukuka aykırı bir yönetmeliktir ve bu nedenle, dava konusu olması durumunda, yargı organı tarafından iptal edilir. Keza, yönetmeliğe uygun, ama kanuna aykırı bir bireysel idarî işlem yine hukuka aykırıdır ve böyle bir işlem dava konusu olması hâlinde, yönetmeliğe uygun olsa bile kanuna aykırı olduğundan dolayı iptal edilir. (Uyarı: Anayasaya aykırı olan kanunu iptal etmeye, Avrupa tipi anayasa yargısı sisteminde ve keza Türkiye'de, sadece anayasa mahkemeleri yetkilidir. Dolayısıyla anayasa mahkemesi dışındaki bir mahkemede görülen bir davada mahkeme uygulayacağı kanunu anayasaya aykırı görürse, bu hususu bekletici sorun yapıp, anayasa mahkemesine itiraz yoluyla başvurur).

2. Alt basamaktaki norm ile üst basamaktaki norm ilga edilemez ve üst normda değişiklik yapılamaz. Örneğin yönetmelikle bir kanun hükmü ilga edilemez veya değiştirilemez.

3. Aynı şekilde üst basamakta yer alan norma, alt basamaktaki bir norm ile istisna getirilemez. Çünkü bir norma istisna getirilmesi, o normun uygulama alanının daraltılması, bu ise o normun değiştirilmesi anlamına gelir. Oysa üst basamaktaki bir norm alt basamaktaki bir norm ile değiştirilemez.

4. Üst basamaktaki bir normun alt basamaktaki bir norma uygun olma zorunluluğu yoktur. Üst basamaktaki norm ile alt basamaktaki norma aykırı düzenleme yapılabilir. Örneğin Anayasa, kanuna uygun olmak zorunda de-

gildir. Anayasa değişikliğiyle kanuna aykırı düzenleme yapılabilir. Böyle bir durumda *lex superior* ilkesi uyarınca anayasa değişikliğinin kanunu zımnen ilga ettiği sonucuna ulaşılır.

5. Üst basamaktaki bir norm ile alt basamaktaki bir norm ilga edilebilir veya bu normda değişiklik yapılabilir. Örneğin anayasa değişikliği kanunuyla bir kanun ilga edilebilir veya bu kanunda değişiklik yapılabilir. Zira tali kurucu iktidarın iradesi, olağan kanun koyucundan üstündür.

Yukarıdaki ilkeler, normlar hiyerarşisinden çıkan apaçık ilkelerdir ve bu ilkeye yeni bir şey katmazlar. Bu ilkenin mantıksal uzantılarıdır veya değişik tarzda ifade edilmeleridir. O nedenle bu ilkelerin, normlar hiyerarşisi ilkesini söyledikten sonra, ayrıca söylenmesinin abesle iştigal olduğu dahi düşünülebilir. Yukarıdaki ilkelerin malumu ilân etmek kabilinden olduğu söylenebilir. Ama hukuk uygulamasında bu çoğunlukla böyle değildir. Bu basit ilkeler bile bazen ihlâl edilir.

Bir Örnek: Yukarıdaki üç nolu ilke ("üst basamakta yer alan norma, alt basamaktaki bir norm ile istisna getirilemez" ilkesi), Türkiye'de 19 Ocak 2012 tarih ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunuyla ihlâl edilmiştir. Zira bu Kanunun geçici birinci maddesinde "*Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır*" denerek Anayasamızın 101'inci maddesinde bulunan "*Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır*" hükmüne istisna getirilmiştir. Oysa yukarıda açıklandığı gibi, Anayasa normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer almaktadır ve normlar hiyerarşisinde üst basamaktaki normla konulmuş bir hükme alt basamaktaki normla istisna getirilemez. Anayasa hükmüne kanunla istisna getiren bu hükmün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmış, ama ne yazık ki, Anayasa Mahkemesi, 15 Haziran 2012 tarih ve E.2012/30, K.2012/96 sayılı kararıyla 6271 sayılı Kanunun bu hükmünün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararı, yukarıda gördüğümüz üçüncü ilkeye ("üst basamakta yer alan norma, alt basamaktaki bir norm ile istisna getirilemez" ilkesine) ve dolayısıyla normlar hiyerarşisine aykırıdır. Görüldüğü gibi çok basit bir ilkeyi Anayasa Mahkemesi gibi ülkemizin en yüksek mahkemesi uygulamayı başaramamıştır.

Tavsiye: Normlar hiyerarşisi konusunda derin bir teorik analiz ve zengin bir karşılaştırmalı hukuk çalışması için bkz.: Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural işlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, İstanbul, Oniki Levha, 2016, XX+482 s. ■

Bölüm 10
HUKUKUN TEMELİ HAKKINDA GÖRÜŞLER

Bibliyografya.- Roubier, *op. cit.*, s.119-211; Bilge, *op. cit.*, s.164-170; Esener, *op. cit.*, s.61-70; Umar, *op. cit.*, s.78; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.15-17.

PLÂN:

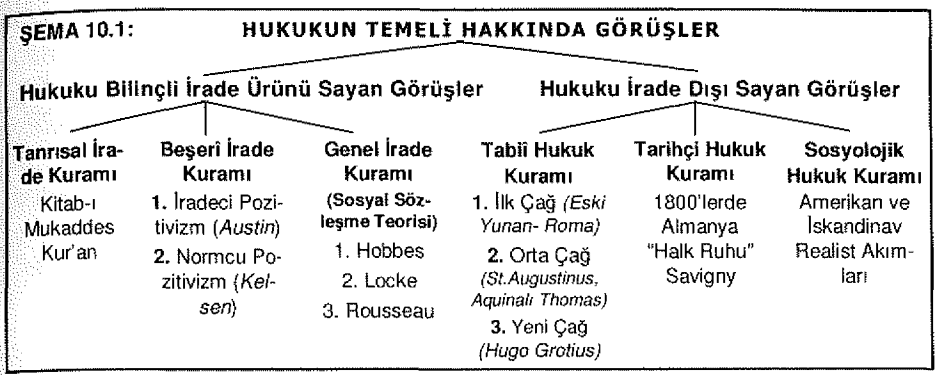
I. Hukuku Bilinçli İrade Ürünü Sayan Görüşler
  A. Tanrısal İrade Kuramı
  B. Beşeri İrade Kuramı
    1. İradeci Pozitivizm
    2. Normcu Pozitivizm
  C. Genel İrade veya Toplumsal Sözleşme Kuramı
    1. Thomas Hobbes
    2. John Locke
    3. Jean-Jacques Rousseau

II. Hukuku İrade Dışı Sayan Görüşler
  A. Tabiî Hukuk Kuramı
    1. İlk Çağda Tabiî Hukuk
    2. Orta Çağda Tabiî Hukuk
    3. Yeni Çağda Tabiî Hukuk
  B. Tarihçi Hukuk Kuramı
  C. Sosyolojik Hukuk Akımı

Yukarıda "Hukukun Kaynakları" başlıklı sekizinci bölümün başında hukukun kaynaklarının maddî ve şeklî olarak ikiye ayrıldığını ve adı geçen bölümde sadece şeklî kaynakları incelediğimizi belirtmiştik.

Yine yukarıda sekizinci bölümde gördüğümüz gibi, "hukukun maddî kaynakları (*sources matérielles du droit*)" dendiği zaman, hukuk kurallarının kendisinden kaynaklandığı güçler anlaşılır. Hukuk kurallarını kim veya hangi güçler koymaktadır? Hukukun maddî kaynağı olarak, hukukun temelinde neyin yattığını, hukukun neyin ürünü olduğunu incelemek gerekir. İşte biz bu bölümde "hukukun temeli nedir", "hukuk neyin ürünüdür" gibi sorulara cevap arayacağız. Bu bölüme başlık olarak "hukukun şeklî kaynakları"yla karışmaması için "hukukun maddî kaynakları" başlığını vermedik. Onun yerine "hukukun temeli" terimini tercih ettik. Burada hukukun temeli sorununu derinlemesine inceleyecek de değiliz. Sadece bu konuda ileri sürülmüş görüşleri özetleyeceğiz. Bu nedenle bu bölüme başlık olarak "hukukun temeli hakkındaki görüşler" başlığını kullandık.

Hukukun temeli hakkındaki görüşleri "hukuku bilinçli irade ürünü sayan görüşler" ve "hukuku irade dışı sayan görüşler" olmak üzere başlıca iki grupta toplayabiliriz. Her iki görüş de kendi içinde alt ayrımlara ayrılmaktadır. Önce bu görüşleri bir şema hâlinde gösterelim; sonra da tek tek inceleyelim:



I. HUKUKU BİLİNÇLİ İRADE ÜRÜNÜ SAYAN GÖRÜŞLER[1]

Bu görüş mensuplarına göre hukuk, bilinçli bir iradenin ürünüdür. Yani hukuk, bir varlık tarafından önceden düşünülmüş ve konulmuştur. Bununla birlikte hukukun hangi iradenin ürünü olduğu konusunda bu görüşte olanlar arasında farklılıklar vardır. Hukuk, kimilerine göre Tanrı'nın, kimilerine göre bir egemen kişinin, kimilerine göre ise toplumun iradesinin ürünüdür. Bu tür görüşler hukuk felsefesinde "hukukî iradecilik (*volontarisme juridique*)" başlığı altında incelenir[2].

A. TANRISAL İRADE KURAMI[3]

İradeci hukuk teorisi, hukuk teorilerinin en eskisidir. Köklerini antikitede bulur[4]. İradeciliğin de ilk şekli, tanrısal irade kuramıdır[5]. Bu kurama göre, evrendeki tüm varlıklar gibi hukuk da Tanrı tarafından yaratılmıştır[6]. Hukukun değiştirilmesi ve kaldırılması da onun iradesine bağlıdır. Peygamberlerin insanlara aktardığı kuralların yaratıcısı Tanrı'dır. Bu kuralların temelinde tanrısal irade vardır. Bu teori, Tanrı'yı tek ve asıl kanun koyucu olarak kabul etmektedir. Tanrı koyduğu hukuk kurallarını görevlendirdiği Peygamberler aracılığıyla insanlara bildirir.

---

1. Bilge, *op. cit.*, s.164-165; Umar, *op. cit.*, s.78; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.16.
2. Christophe Grzegorczyk, "La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit", *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.34-38; 69-82.
3. Bilge, *op. cit.*, s.164-165; Umar, *op. cit.*, s.78-79; Roubier, *op. cit.*, s.121-122.
4. Grzegorczyk, "La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit", *op. cit.*, s.34.
5. *Ibid.*, s.34.
6. Bilge, *op. cit.*, s.164.

Kitab-ı Mukaddes ve Kur'anın, hukukun kaynağı konusunda benimsediği doktrin, tanrısal irade doktrinidir[7]. Biraz ileride göreceğimiz, dinî nitelikte tabiî hukukun savunduğu doktrin de bu tanrısal irade teorisine benzer. Ama bu teorinin tipik bir örneği değildir. Çünkü tanrısal irade kuramı, metafizik bir yanının olmasına rağmen, hukuku açıklayış şeklî itibarıyla pozitivist doktrinlere benzer. Çünkü hukukun bir irade tarafından "konulmuş" bir şey olduğunu (yani pozitif bir şey olduğunu) söylemektedir. Oysa tabiî hukuka göre, hukuk konulmuş bir şey değildir. Bu teoriye göre hukuk, bilinçli bir iradenin ürünü değildir.

Eleştiri.- "Tanrısal irade" kavramı metafizik niteliktedir. Tanrının varlığı hipotezinin kabulünü gerektirir. Bilim bu hipotezi ispatlamak veya çürütmek ile görevli değildir. Onun için bu teori asıl itibarıyla bilim alanının dışında kalır. Bununla birlikte mevcut bir tarihi teori olarak tanınması gerekir.

Tanrısal irade kuramının benimsediği hukuk sistemi teokratik niteliktedir. Örneğin, klasik İslam hukuku böyledir. İslam hukukuna (fıkha) göre, hukukun kaynaklarından birincisi Kur'an'dır[8]. Kur'an ise Hz. Muhammed'e Allah tarafından bildirilmiştir. Anayasamızın 2(nci maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti "laik" bir devlettir. Bu bağlamda laiklik, Türkiye Cumhuriyetinde hukukun kaynağının tanrısal irade olamayacağı anlamına gelir[9].

B. BEŞERÎ İRADE KURAMI[10]

Bu kurama göre hukuk, yine bir iradenin ürünüdür. Ama bu irade ilahî bir irade değil, beşerî iradedir. Yani hukukun temelinde bir veya birden çok kişiden oluşmuş bir organın iradesi yatar.

1. İradeci Pozitivizm[11]

Hukuk felsefesinde hukukun kendiliğinden oluşmamış, bir irade tarafından konulmuş olduğu yolundaki görüşler, "iradeci pozitivizm (*voluntarist positivism*)" başlığı altında incelenmektedir. Bu akım, bir yandan, adı üstünde, "iradeci (*voluntarist*)"dir, yani hukukun bir "irade"nin ürünü olduğunu savunur. Diğer yandan bu akım "pozitivist"tir, yani hukukun kendiliğinden oluşmadığını, "konulmuş"[12] bir şey olduğunu düşünür. Hukukun temeli, hu-

7. Grzegorczyk, "La dimension positiviste des grands courants...", *op. cit.*, s.34.
8. Ebu Zehra, *op. cit.*, s.73.
9. Zeki Hafızoğulları'nın "laiklik" kavramını "hukukun kaynağının beşerî irade olması" olarak tanımlaması bu bakımdan anlamlıdır (Zeki Hafızoğulları, "Laiklik ve TCK'nin 163. Maddesi Üzerine", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt XLII, 1987, No 1-4, s.204; Zeki Hafızoğulları, *Laiklik, Düşünce ve İfade Hürriyeti*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1997, s.23).
10. Bilge, *op. cit.*, s.165; Umar, *op. cit.*, s.79.
11. Güriz, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.219-220; Selahattin Keyman, *Hukuka Giriş ve Metodolojisi*, Ankara, Doruk Yayınları, 1981, s.29-38.
12. Pozitivizm (*positivisme*) kelimesi Fransızca "*positive*" kelimesinden, bu kelime de *poser* fiilinden gelir. *Poser* koymak demektir.

kuku koyan bu iradedir. Ama hukuku koyan bu iradenin ne olduğu, kimin iradesi olduğu konusunda yazarlar arasında fikir birliği yoktur. Kimine göre bu irade doğrudan doğruya kralın iradesi, kimine göre bu irade devletin iradesi, kimine göre siyasî iktidarın iradesi, kimine göre ise ekonomik iktidarın iradesidir. Açıkçası iradeciliğin çeşitli tipleri, en azından değişik formülasyonları vardır[13].

KUTU 10.1: *Auctoritas non veritas facit legem.*- Thomas Hobbes, Leviathan'da "*auctoritas non veritas facit legem* (hakikat değil, güç kanun yapar)" diye yazar[14]. Bu özdeyiş, pozitivist anlayışın temel ilkesidir. Bu ilkeye göre, bir hukuk normu geçerliliğini içeriğinden değil, kaynağından alır. Diğer bir ifadeyle bir kural, hakikâti, doğruyu veya adil olanı ifade ettiği için değil, belirli bir irade, belirli bir otorite, belirli bir iktidar tarafından konulduğu için hukuk kuralıdır.

Aynı husus şu Latince şu özdeyişle de ifade edilir: *Ius quia iussum non quia iustum* (Adil olan değil, emredilen şey kanundur)[15].

İradeciliğin ilk şekli yukarıda gördüğümüz tanrısal iradeciliktir. Bu dönemde hukukun kaynağı Tanrı'nın iradesidir. Daha sonra hükümdarların Tanrı'nın yeryüzündeki vekilleri olduğu düşüncesi egemen olmuştur. Bu dönemde hukukun kaynağı hükümdarın iradesidir. Daha sonra, modern devletin doğumu ile hükümdarın iradesi, kanun koyucunun iradesi ile ikame edildi*. Ama iradeci doktrinin özü değişmedi[16]. Kanun koyucunun iradesi yerine bazen soyutlama yaparak "devlet iradesi"nden bahsedildi.

*** KUTU 10.2: Ulpianus.-** "*Quod principi placuit legis habet vigorem* (kralın istediği şey, kanun gücündedir)"[17].

İradeci hukuk anlayışını en güzel bir şekilde İngiliz düşünürü **John Austin** (1790-1859) özetlemiştir[18]. Austin, Tanrı'yı, hükümdarı, modern kanun koyucuyu içine alabilecek bir formülle, hukuku iradeci bir şekilde, "egemenin emri (*command of the sovereign*)" şeklinde tanımlamaktadır[19]. O hâlde bu "egemen (*sovereign*)"in kim olduğunu tanımlarsak sorun çözülmüş olur. Austin'e göre egemen, siyasi bağımsızlığa sahip bir toplumda, *herkesin*

13. Grzegorczyk, "La dimension positiviste des grands courants...", *op. cit.*, s.35.
14. Thomas Hobbes, *Leviathan*, Chap. XXVI (Latince Metin).
15. Nakleden: Giorgio Pino, "The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States", *Law and Philosophy*, Vol. 18, 1999, s.513 (513–536).
16. Grzegorczyk, "La dimension positiviste des grands courants...", *op. cit.*, s.37.
17. Digesta 1.4.1.1-2: Ulpianus Inst. 1, (Nakleden: Alan K. Bowman,Edward Champlin ve Andrew Lintott, *The Augustan Empire: 43 B.C.-A.D. 69*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, s.120).
18. Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, AÜHF Yayını, 1985, s.313-320; Dennis Lloyd, *Introduction to Jurisprudence with Selected Texts*, London, Stevens & Sons Limited, 1959, s.114-121; 134-151; F. Friedmann, *Legal Theory*, London, Stevens & Sons Limited, 1960, s.211-220; Grzegorczyk, "La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit", *op. cit.*, s.72; John Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı* (Çev: Ülker Yükselbaba, Saim Üye ve Umut Koloş), İstanbul, Tekin, 2015.
19. John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Campell, 4. Baskı, Cilt I'den alıntılanan parça *in* Lloyd, *op. cit.*, s.134.

*kendisine itaat ettiği, ama kendisinin hiç kimseye itaat etmediği kişi*dir[20]. Diğer bir ifadeyle, ülkedeki herkes egemene tâbidir; ama o kimseye tâbi değildir. Austin'e göre egemen, bir kişi olabileceği gibi birden çok kişiden oluşmuş bir heyet de olabilir. İşte hukuk, kim olursa olsun, bu "egemen"in iradesinin ürünüdür.

2. Normcu Pozitivizm

İradeci pozitivizmden başka, pozitivizmin ikinci bir şekli vardır ki buna "normcu pozitivizm (normativist pozitivizm, *normativist positivism*)"[21] denir. Normcu pozitivizm de iradeci pozitivizm gibi, hukukun kendiliğinden oluşmuş bir şey değil, "konulmuş", "yaratılmış" bir şey olduğunu düşünür. Ama normcu pozitivistler, "devletin iradesi" yahut, "egemenin iradesi" gibi bir kavrama başvurmazlar. Onlara göre, hukuku yaratan yine hukuktur. Hukuk normları, başka hukuk normlarının öngördüğü kişi ve organlar tarafından yine bu normların tespit ettiği usûle göre konulmaktadır. İşte hukuk normlarının temelinde yine hukuk normlarının bulunduğunu ileri sürmesinden dolayı, pozitivizmin bu türüne "normcu" pozitivizm denmiştir.

Normcu pozitivizmin en önemli temsilcisi Avusturyalı ünlü hukukçu **Hans Kelsen**'dir (1881-1973). Hans Kelsen'e göre hukuk, normlardan oluşmuş bir düzendir. Bu düzendeki normlar, hiyerarşik bir şekilde, yani üst üste, alt alta sıralanmışlardır. Her norm kendisinden bir üst normun öngördüğü organ tarafından ve o üst normun öngördüğü usûlle konulur. Her hukuk normunun temelinde bir başka hukuk normu bulunur. Yani norm, norm tarafından yaratılır (Zaten bu nedenle bu görüşe "normcu pozitivizm" denir).

Örneğin Türkiye'de bir bireysel işlem, bir sözleşme yönetmelik ve kanunların öngördüğü kişilerce, yine bu yönetmelik ve kanunların öngördüğü usûllere uygun olarak yapılır. Bir bireysel işlem veya sözleşme bu şekilde yapılmış ve içeriği dayandığı yönetmelik ve kanuna aykırı değil ise geçerlidir. Keza bir yönetmelik, bir kanunun öngördüğü makam tarafından, bu kanunun öngördüğü usulle konulur. Yani yönetmelik kanuna dayanır ve bu nedenle de geçerli bir hukuk normu olarak kabul edilir. Keza Türkiye'de bir kanun, 1982 Anayasanın bu amaçla öngördüğü organ olan Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Anayasanın bu amaçla öngördüğü usûllere uyularak konulur. Yani kanunun temelinde Anayasa bulunur. Buna göre, bireysel işlem geçerliliğini yönetmelik veya kanundan, yönetmelik geçerliliğini kanundan, kanun ise geçerliliğini Anayasadan almaktadır. Peki ama Anayasa geçerliliğini nereden almaktadır?

---

20. *Ibid.*, s.146-149.
21. Güriz, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.221; Güriz, *Hukuk Felsefesi, op. cit.*, s.335-354; Friedmann, *op. cit.*, s.228-241; Lloyd, *op. cit.*, s.296-330.

Hans Kelsen'e göre anayasa geçerliliğini, Kelsen'in kendisine "temel norm (*Grundnorm*)" ismini verdiği bir "norm"dan almaktadır[22]. Dolayısıyla anayasanın doğrudan doğruya ve hukuk düzenindeki diğer bütün normların dolaylı temeli bu "temel norm"dur. Diğer bir ifadeyle, "temel norm" belirli bir hukuk düzenindeki bütün normların nihaî ve ortak temelidir[23]. *Peki ama bu "temel norm", geçerliliğini nereden almaktadır?* Bu temel norm hangi norm tarafından veya kim tarafından konulmuştur? Dahası bu "temel norm"un içeriği nedir?

Hans Kelsen'e göre, temel norm, bir hukuk normu değil, anayasanın geçerliliğini açıklamak için kendisine başvurulan varsayımsal bir normdur[24]. Dolayısıyla bir başka norm tarafından yaratılmamıştır. Diğer bir ifadeyle temel normun yaratıcısı yoktur. Temel norm bir varsayımdır[25]. Kelsen'e göre bu temel normun içeriği şu şekilde özetlenebilir: "Anayasaya ve bu anayasaya uygun olarak konulmuş olan diğer normlara uyulmalıdır" [26].

Kelsen'e göre, temel normun geçerliliği sadece varsayılabilir. Onun geçerliliği daha yüksek bir normdan çıkarılamaz. Onun geçerliğinin temeli sorgulanamaz[27]. Zira, bir normun geçerliliğinin araştırılması sonsuza dek devam edemez; kaçınılmaz olarak, son ve en yüksek olduğu varsayılacak olan bir normda durmak gerekir[28].

Özetle, normcu pozitivizme göre, eğer bir norm, aynı hukuk düzeninde kendisinden üst bir norma uygun olarak konulmuş ise bu norm geçerlidir. Bireysel işlem geçerliliğini yönetmelikten, yönetmelik geçerliliğini kanundan, kanun geçerliliğini anayasadan, anayasa geçerliliğini temel normdan alır. Temel norm ise geçerliliğini bir yerden almaz; onun geçerli olduğu varsayılır. Açıkçası temel norm geçerli olduğu için geçerlidir.

Eleştiri.- Kanımızca, normcu pozitivist teori hukukun kaynağı sorununu en uygun şekilde açıklamaktadır. Bir hukuk düzeninde yer alan binlerce ve hatta bireysel işlem ve sözleşmeleri de dikkate alırsak milyonlarca hukuk normunun geçerliliğinin temelini, biri hariç (ki bu anayasadır), mükemmel bir şekilde açıklamaktadır. Bu az bir şey değildir. Hukuk normlarının temeli sorununu niceliksel olarak (belki binde 999) çözmektedir. Ancak geçerliliğinin temelini gösteremediği geriye bir norm kalmaktadır: Anayasa. Üstelik, bir hukuk düzenindeki en önemli norm da budur. Normcu pozitivist teori, anayasanın geçerliliğini, anayasanın temel norma dayandığını söyleyerek açıklamaya çalışmaktadır. Ancak gelgelelim, bu temel normun gerçekten olup olmadığı var ise bu normun bir hukuk normu olup olmadığı fevkalade

22. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.256-257.
23. *Ibid.*, s.256-257.
24. *Ibid.*, s.6-13; 225-314.
25. *Ibid.*, s.265.
26. *Ibid.*
27. *Ibid.*
28. *Ibid.*

şüphelidir. Böyle bir normun varlığını varsaymak aslında pek de "pozitivist" bir yaklaşım değildir. Böyle bir varsayım, bizatihi pozitivizmin özüyle çelişkilidir. Zira pozitivizme göre, bir norm "maddeten var" olan, beşerî irade tarafından "konulmuş" olan bir şeydir. Özetle normcu pozitivizm, oldukça güzel bir teoridir; ama zayıf bir yanı vardır; o da "temel norm (*Grundnorm*)" varsayımıdır.

Görüşümüz.- Kanımızca hukukun kaynağı, diğer bir ifadeyle hukuk normlarının geçerliliğinin temeli tartışmalarında, normcu pozitivizmin başvurduğu "temel norm varsayımı"na başvurmaya gerek yoktur. Kanun, yönetmelik, bireysel işlemler gibi normlar hiyerarşisinde anayasanın altında yer alan normların temeli, normcu pozitivist teoriyle mükemmel bir şekilde açıklanmaktadır. Bunların temeli kendi üstlerinde yer alan normlardır. Bu normlar, kendi üstünde yer alan normun öngördüğü organ tarafından ve üst normun belirlediği usûl ile yaratılmaktadır. O hâlde anayasanın altındaki normların temelinin nihaî tahlilde anayasa olduğunu söyleyebiliriz.

Ancak anayasanın temeli sorusuna, temel norm varsayımı bir yana bırakılırsa, bir cevap vermek mümkün değildir. Çünkü bir hukuk düzeninde, anayasanın da üstünde bir norm bulunmamaktadır. Dolayısıyla "normcu" bir bakış açısıyla anayasanın geçerliliği açıklanamaz. Kanımızca anayasanın geçerliliği, *iradeci* pozitivist teoriyle açıklanabilir. Anayasa belli bir dönem en yüksek gücü elinde bulunduranların iradesinin ürünü olduğu için geçerlidir. Yani anayasa, geçerliliğini kendisini koyan gücün iradesinden almaktadır.

Gerçekten de anayasalar, kendisine aslî kurucu iktidar[29] dediğimiz ve savaş, devrim veya hükûmet darbesi gibi olağanüstü dönemlerde ortaya çıkan ve hukuk-dışı nitelikte olan bir iktidar tarafından yapılmaktadır. Aslî kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapmasını belirleyen bir hukuk kuralı mevcut değildir. Zira bu iktidar hukuk boşluğu ortamında çalışır. İşte yeni bir anayasanın temeli aslî kurucu iktidardır. Diğer bir ifadeyle yeni bir anayasa, kurucu iktidarı ele geçiren kişi veya kişilerce yapılmaktadır. Örneğin 1982 Türk Anayasası, 12 Eylül 1980 askeri müdahalesiyle kurulan o dönemki Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarından oluşan Milli Güvenlik Konseyi tarafından yapılmıştır. Yani Anayasa, kurucu iktidarı elinde bulunduran kişilerin iradesinin ürünüdür. O hâlde anayasanın temelini açıklamak bakımından *iradeci* pozitivist görüş kabul edilebilir.

Özetle, kanımızca, bir hukuk düzeninde, *anayasanın temeli iradeci pozitivizm ile, anayasa altı normların temeli normcu pozitivizm ile* açıklanabilir.

Bununla birlikte, hukukun kaynağı konusunda diğer görüşleri de kısaca tanımak gerekir.

---

29. Kurucu iktidar konusunda bkz. Gözler, *Kurucu İktidar, op. cit., passim.*

C. GENEL İRADE VEYA TOPLUMSAL SÖZLEŞME KURAMI

Bu kuram Thomas Hobbes, John Locke ve Jean-Jacques Rousseau tarafından savunulmuştur. Bu yazarlar arasında biraz sonra kısaca göreceğimiz farklılıklar olmakla birlikte, hukukun kökeni ve oluşumu konusunda teorileri esas itibarıyla birbirine benzer.

Bu yazarlara göre, insanlar hukukun oluşmasından önce "tabiî hâl (doğal yaşam)" denilen bir dönemde yaşıyorlardı. Bu dönemde bir şey oldu, insanlar bu dönemden çıkmak zorunda kaldılar. İnsanlar bu dönemden çıkarken kendi aralarında bir anlaşma yaptılar. Bu anlaşmaya "sosyal sözleşme (*fr: contrat social, ing: social contract*)" denir. İşte hukukun temelinde bu sosyal sözleşme vardır. Diğer bir ifadeyle hukuku, tabiî hâlden devlet hâline geçerken insanlar kendileri yarattılar. O hâlde hukuk, insanların birbiriyle uzlaşan iradelerinin ürünüdür.

Hobbes, Locke ve Rousseau'nun açıklamaları genel olarak bu yoldadır. Ancak bunların arasında birçok farklılıklar da vardır.

1. Thomas Hobbes

Ünlü İngiliz düşünürü Thomas Hobbes'a (1588-1679) göre, hukukun oluşmasından önceki dönemde, yani doğal yaşam döneminde, kavga, savaş, didişme vardı. Bu dönemde "insan insanın kurdu (*homo homini lupus*)" idi. Bu dönemde "herkesin herkesle savaşı (*bellum omnium contra omnes*)" vardı. Böyle bir dönemde ilerleme olmuyordu. Bu kargaşadan bıkan insanlar, düzeni ve barışı sağlamak için kendi aralarında anlaştılar ve bir sözleşme yaptılar. Bu sözleşmeyle kendi özgürlüklerini *Leviathan*'a (dev, ejderha) devrettiler. Hobbes, aslında "Leviathan" ile devleti kastetmektedir. Bu sözleşme ile bireyler Leviathan'ın koyacağı kurallara uyacaklarını taahhüt ettiler. İşte Hobbes'a göre hukuk, doğal yaşam hâlinde bulunan insanların düzen sağlamak için kendi aralarında yaptıkları bu "sosyal sözleşme"den doğmuştur. Hobbes'un modelinde kişiler özgürlüklerini Leviathan'a devretmişlerdir. Leviathan'ın ise tek görevi düzen sağlamaktır. Dolayısıyla, Hobbes'un hukuk anlayışı özgürlükçü değil, otoriterdir. Keza hukukun kaynağında bulunan sözleşme tek taraflıdır, Leviathan'ı (devleti) bağlamaz. Dolayısıyla devlet istediği zaman hukuku değiştirebilir[30].

30. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.194-205; Alaeddin Şenel, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Ankara, Teori Yayınları, 1985, s.403-419; Recai Galip Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s.75-78; 542-545; İlhan Akın, *Kamu Hukuku*, İstanbul, Beta, 1987, s.112-115; Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, İstanbul, Beta, 1986; s.130-141; Muvaffak Akbay, *Umumi Amme Hukuku*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s.26-32; Murat Sarıca, *Siyasi Düşünce Tarihi*, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1983, s.61-65; Mete Tunçay (der.), *Batı'da Siyasi Düşünceler Tarihi*, Ankara, Teori Yayınları, 1985, c.II, s.181-225.

2. John Locke

Buna karşılık, İngiliz düşünürü John Locke'a (1632-1704) göre, hukukun ortaya çıkmasından önceki dönemde, yani doğal yaşam döneminde, insanlar arasında barış ve özgürlük vardı. İnsanlar mutlu bir yaşam sürüyorlardı. Bu dönemde eksik olan tek şey, suç işleyenleri cezalandıracak bir organizasyondu. İşte suç işleyenleri cezalandıracak bir organizasyonu oluşturmak için insanlar kendi aralarında sosyal sözleşme yaptılar. Bu sosyal sözleşme ile cezalandırma haklarını devlete devrettiler. Devlet de suç işlenilmesini engellemek için kurallar koydu ve suç işleyenleri cezalandırmaya başladı. Böylece hukuk doğmuş oldu. Bununla birlikte, insanlar, cezalandırma dışında diğer haklarını devlete devretmediler. Dolayısıyla Locke'un hukuk anlayışında devlet, bireylere suç işlemedikçe müdahale edemez. O hâlde Locke'da liberal, özgürlükçü bir hukuk anlayışı vardır. Üstelik bireylerin devletle yaptıkları anlaşma, sadece bireyleri değil devleti de bağlar. Diğer bir ifadeyle devlet de hukuka uymalıdır. Uymazsa, bireylerin direnme hakkı doğar[31].

3. Jean-Jacques Rousseau

Cenevre vatandaşı büyük filozof Jean-Jacques Rousseau'ya (1712-1778) göre de, doğal yaşamda insanlar arasında eşitlik, barış ve mutluluk vardı. Ancak zamanla özel mülkiyetin ortaya çıkmasıyla, insanlar arasındaki eşitlik bozuldu. Artık doğal yaşamda huzur kalmamıştı. Bozulan düzeni yeniden kurmak için, insanlar kendi aralarında anlaştılar. Rousseau insanların kendi aralarında yaptığı anlaşmaya, "sosyal sözleşme *(contrat social)*", bu anlaşma ile oluşan iradeye de "genel irade *(volonté générale)*" diyor. İşte hukuk bu genel iradenin ürünüdür[32].

Eleştiri.- Gerek Hobbes, gerek Locke, gerekse Rousseau'nun düşünceleri rasyonel ve laik düşüncelerdir. Hukukun insan aklı tarafından düşünüldüğünü ve insanlar tarafından yaratıldığını ileri sürmektedirler. Ancak bu düşüncelerin doğruluğunun objektif olarak kanıtlanması mümkün değildir. Hukukun ne zaman ortaya çıktığı, insanlık tarihinde bir doğal yaşam döneminin olup olmadığı bilinememektedir. Muhtemelen doğal yaşam dönemi tarihte olmuş olan bir dönem değil, düşünürlerin kafasında tasavvur edilmiş bir dönemdir. Bu yaşamdan çıkarken, hukuku oluşturmak için yapılan sosyal sözleşme de tamamen hayalîdir. Keza bu sözleşmeye katılmayan insanların durumu, genel iradeyle uzlaşmayan bireysel iradelerin durumu da belirsizdir. Tüm genel irade teorisi bir varsayımdan ibarettir.

---

31. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.201-207; Şenel, *op. cit.*, s.427-444; Okandan, *op. cit.*, s.81-83; 553-562; Akın, *op. cit.*, s.126-139; Akbay, *op. cit.*, s.32-36; Sarıca, *op. cit.*, s.68-71; Tunçay (der.), *op. cit.*, s.225-258.
32. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.208-214; Şenel, *op. cit.*, s.453-463; Okandan, *op. cit.*, s.84-88; 578-594; Akın, *op. cit.*, s.156-173; Göze, *op. cit.*, s.192-214; Akbay, *op. cit.*, s.38-43; Sarıca, *op. cit.*, s.81-89; Tunçay (der.), *op. cit.*, c.II, s.325-355.

II. HUKUKU İRADE DIŞI SAYAN GÖRÜŞLER

Bu görüş mensuplarına göre, hukuk bilinçli bir iradenin ürünü değildir. Yani hukuk, bir varlık tarafından önceden düşünülmüş ve tasarlanmış bir şey değildir. Hukuk kendi kendisine oluşmuş bir kavramdır. Bu grupta başlıca üç teori vardır.

A. TABİÎ HUKUK KURAMI

"Tabiî hukuk (doğal hukuk, *ius naturae, droit naturel, natural law*)", en geniş anlamıyla, adı üstünde "tabiatın hukuku" yani "tabiattan kaynaklanan hukuk" demektir.

Yüzyıllardan beri tabiî hukukun adı değişmediğine göre bu cevabın genel olarak doğru olduğu söylenebilir. Ama daha yakından bakılırsa, aslında bu "tabiat"tan kastedilen şeyin, çağlar boyunca değiştiği gözlemlenebilir. İlk çağda bu "tabiat" kelimesinden, "insan tabiatı" anlaşılmıştır. Orta çağda ise bu "tabiat"tan, tabiatı yarattığı düşünülen "tanrısal irade" ve dolayısıyla ilahî "düzen", açıkçası "din" anlaşılmıştır. Bu nedenle, ya açıkça çağdan çağa değişen tabiî hukuk tanımları vermek gerekir ya da tabiî hukuk tanımında kullanılacak "tabiat" kelimesinin ne anlama geldiğini ayrıca belirtmek gerekecektir.

Birinci yol izlenerek, tabiî hukuku, ilk çağda insan tabiatından kaynaklanan hukuk; ortaçağda tanrısal iradeden kaynaklanan hukuk; yeni çağda ise insan aklından kaynaklanan hukuk olarak tanımlayabiliriz.

İkinci yolu izleyerek ise tabiî hukuku, insanî, ilahî veya aklî tabiattan kaynaklanan hukuk olarak tarif edebiliriz.

Biz burada tabiî hukuku çağlara bölerek inceleyeceğiz[33].

1. İlk Çağda Tabiî Hukuk ("İnsan Tabiatının Hukuku"): Hukuk, İnsan Tabiatının Ürünüdür

İlk çağda tabiî hukukun tanımında güçlük yoktur. Çünkü "tabiî hukuk" terimi kendi kendinî tanımlamaktadır. Tabiî hukuk, tabiatın hukuku, tabiattan kaynaklanan hukuk demektir. Burada kastedilen tabiat, normal "doğa düzeni (*fusis, φυσισ*)"dir. Doğa düzeni, "toplumsal düzen (*nomos, νομοσ*)"e de uygulanmalıdır[34]. İşte kadim tabiî hukuka göre, hukukun kaynağı tabiat düzeninde bulunur. İnsan tabiatı da fiziki ve biyolojik tabiata tâbidir. Kallikles, "kuvvetli olan hayvanların, zayıf olan hayvanları yenip ve onları

33. Tabiî hukukun çağlara ayrılarak incelenmesi için bkz. Çağıl, *op. cit.*, s.286-305.
34. Fendoğlu, *op. cit.*, s.41. Kadim tabiî hukukta tabiatın kanunu (*fusis*) ile insanların koyduğu kanun (*nomos*) arasında düalizm vardır (Friedmann, *op. cit.*, s.47).

yok ederek yaşadıklarını; tabiatın da insanlara aynı şeyi emrettiğini" düşünüyordu. Aristo'ya göre de hukuk gücünü tabiata uygunluğundan almaktaydı. Bu anlayış kadim Yunan'da görüldüğü gibi klasik Roma hukukunda da görülmüştür. Ulpianus, tabiî hukukun biyolojik yaklaşımını şu formülle açıklıyordu: *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit* (Tabiî hukuk, tabiatın bütün hayvanlara öğrettiği hukuktur)[35]. Böylece kadim anlaşılışına göre tabiî hukukun, insanın da dahil olduğu tüm hayvanların ortak doğasından kaynaklanan hukuk olduğu söylenebilir. O hâlde, kadim tabiî hukuk anlayışına göre, hukukun temeli, biyolojik tabiattır[36].

2. Orta Çağda Tabiî Hukuk ("İlâhî Hukuk"): Hukuk Tanrısal İradenin Ürünüdür

Orta çağda tabiî hukuk, tanrısal iradeden kaynaklanan hukuk olarak tanımlanabilir. İlk çağ tabiî hukukçularına göre, hukuk tabiatın ürünüdür. Orta çağ tabiî hukukçuları ise bu tabiatın Tanrı tarafından yaratıldığı, tanrısal bir tabiat olduğu üzerinde durmuşlardır. Onlara göre, hukukun kaynağında tabiatı yaratan Tanrı bulunur. Dolayısıyla orta çağ tabiî hukukçuları, hukuktan, ilahî bir düzeni, açıkçası Tanrı'nın emirlerinden oluşan bir düzeni, yani dini anlamışlardır. Bu nedenle orta çağ tabiî hukuku dinî niteliktedir. Bunun içindir ki, orta çağ tabiî hukuku yerine bazen *dinî tabiî hukuk* denir. Belki bu hukuka kısaca "ilahî hukuk" veya "dinî hukuk" demek daha uygun düşerdi. Ama ilk çağ için yerleşen "tabiî hukuk" terimini kullanma alışkanlığı orta çağ için de devam etmiştir. Bu nedenle biz de sadece "dinî hukuk" veya "ilahî hukuk" demiyor, "dinî tabiî hukuk" diyoruz.

Dinî tabiî hukukun en önemli temsilcileri Aziz Augustinus ve Thomas Aquinas'tır.

a) Aziz Augustinus (M.S. 354-430) hukuku, "Tanrının iradesinin ifadesi olan ebedi bir kanun" olarak tanımlar[37]. Aziz Augustinus, hukukun aslında dinden ibaret olduğunu düşünmektedir. Bundan dolayı da düşünür, ünlü eseri *De Civitae Dei* (Tanrı Devleti)'de, dinsizlerin ve din yolundan sapanların cezalandırılmasını önermektedir. Augustinus'un bu önerileri daha sonraları (ilk defa 1183 yılında İtalya'da) engizisyon mahkemeleri ile uygulanmıştır[38].

---

35. Ulpuianus, *Digesta*, I, 1. Nakleden: Friedmann, *op. cit.*, s.49.
36. Katolik kilisesinin suni döllenmeyi mahkum etmesi (Papa XII'nci Pius, 29 Kasım 1952)'nin altında böyle bir biyolojik tabiî hukuk anlayışı yatar (Friedmann, *op. cit.*, s.49, 358). Keza doğum kontrolü konusunda da Kilisenin yaklaşımının temelinde yine tabiî hukukun biyolojik anlaşılışı vardır.
37. Augustinus, *Contra Faustum Manich.*, Lib.22.C.27'den alıntılayan Kelsen, "La justice et droit naturel", *op. cit.*, s.71.
38. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.180-181; Şenel, *op. cit.*, s.308-317; Okandan, *op. cit.*, s.200-205; Akın, *op. cit.*, s.44-49; Akbay, *op. cit.*, s.158-164; Tunçay, *op. cit.*, c.I, s.309-333.

b) Orta çağ tabiî hukukunun diğer önemli temsilcisi **Aziz Thomas Aquinas** (1225-1274)'tır. En önemli eseri *Summa Theologica* (Teoloji Özeti) dır. Kendisine orta çağın Aristosu da denilen Aquinolu Aziz Thomas, insanî kanunların ebedî ve ilahî kanunlara uyması gerektiği düşüncesindedir. Ona göre ebedî kanunlar, evreni yaratan ve yöneten kanunlardır. Bu kanunlar ilahî iradeyle ifade edilir. Dolayısıyla hukukun kaynağı, beşerî irade değil, ilahî iradedir[39].

3. Yeni Çağda Tabiî Hukuk ("Aklî Hukuk"): Hukuk, İnsan Aklının Ürünüdür

Yeni çağda tabiî hukuk laikleşerek içerik değiştirmiştir. Bu dönemdeki tabiî hukukçular, hukuku Tanrı'nın iradesinden bağımsız hâle getirmeye çalışmışlardır. Onlara göre hukuk, Tanrı'dan değil, "akıl"dan kaynaklanır. Ancak onların kastettiği bu "akıl", X veya Y gibi somut bir insanın aklı değil, genel soyut anlamda "beşerî akıl", diğer bir ifadeyle insanın "aklî tabiatı"dır. Özetle, bu dönemdeki tabiî hukuk anlayışına göre, hukukun yaratıcı kaynağı tüm insanları yöneten "tabiî akıl"dır; bu nedenle bu dönemdeki tabiî hukuka *"aklî (rasyonalist) tabiî hukuk"* da denir.

Aklî tabiî hukukun en önemli temsilcisi Hollandalı **Hugo Grotius** (Huig der Groot) (1583-1645)'tur. En önemli eseri *De jure belli et pacis* (Savaş ve Barış Hukuku)'tir. Yazara göre, insanlarda *akla* göre yaşama içgüdüsü vardır. İşte bu içgüdü, hukukun kaynağıdır. Grotius'a göre, bütün insanlığı kapsayan ve değişmez birtakım tabiî hukuk kuralları vardır. Bu hukuk kurallarının *a priori* varlığı, insanların "aklî tabiatı"ndan kaynaklanır. İnsan, aklının doğası gereği, iyiyi ve kötüyü ayırt edebilir. Hukuk, işte insan aklının böyle bir emridir[40].

Grotius insanın aklî tabiatından kaynaklanan bu tabiî hukuk kurallarına örnekler vermektedir. Düşünüre göre, bu kuralların başında *pacta sunt servanda* (ahde vefa, söze bağlılık) ilkesi bulunmaktadır. İnsan aklı verilen sözün tutulmasını emretmektedir. Grotius'a göre diğer tabiî hukuk kuralları ise şunlardır: Herkesin sahip olduğu şeyler üzerindeki hakkına saygı gösterilmelidir. Herkes kendi kusuru ile verdiği zararı ödemelidir. Herkes başkasına ait şeyi geri vermelidir. Herkese hak ettiği ceza verilmelidir. Düşünüre göre bunlar ve bunlara benzer tabiî hukuk kuralları akla uygun oldukları için geçerlidir. Bu kurallar insan aklının doğasından kaynaklanır[41].

---

39. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.180-181; Şenel, *op. cit.*, s.329-335; Okandan, *op. cit.*, s.207-215; Akın, *op. cit.*, s.50-59; Akbay, *op. cit.*, s.164-174; Göze, *op. cit.*, s.78-86; Tunçay, *op. cit.*, c.I, s.359-390.
40. Çağıl, *op. cit.*, s.295; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.189-193; Okandan, *op. cit.*, s.548-550; Akbay, *op. cit.*, s.36-38.
41. Çağıl, *op. cit.*, s.295; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.189-193; Okandan, *op. cit.*, s.548-550.

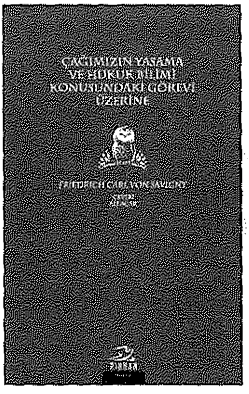
Grotius tüm bu açıklamaları yaparken, tabiî hukuku dinî bir kisveye büründürmeye çalışmaz. Görüşlerini desteklemek için ilahî kanunlara başvurmaz. Tersine, Tanrı mevcut olmasa dahi kendi ileri sürdüğü tabiî hukuk kurallarının geçerli kaldığını iddia eder. Dahası ona göre, insanın aklî tabiatından çıkan emirler Tanrı tarafından da emredilir, yasaklar Tanrı tarafından da yasaklanır. Ona göre, Tanrı dahi tabiî hukukla bağlıdır. Hatta Tanrı bile tabiî hukuku değiştiremez[42]. Böylece Grotius tabiî hukuku laikleştirmiş olur.

Eleştiri.- Tabiî hukukun kavramları metafizik niteliktedir. Hukukun insan tabiatının ürünü olduğu veya hukukun Tanrının ürünü olduğu veyahut aklın ürünü olduğu iddialarının objektif olarak ispatlanması mümkün değildir.

B. TARİHÇİ HUKUK KURAMI[43]

Almanya'da 1800'lerin ilk yarısında ortaya çıkan "tarihçi hukuk okulu *(historische Rechtsschule)*"na göre, hukuk bilinçli bir iradenin ürünü değildir. Kanun koyucu tarafından yaratılmamıştır. Tarihsel süreç içinde kendiliğinden gelişir.

Tarihçi hukuk okulunun kurucusu ve en önemli temsilcisi *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861)'dir. Savigny, bu okulu 1814 yılında yayınladığı "Zamanımızın Kanun Koyma ve Hukuk Bilimi İstidadı *(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzbung und Rechswissenschaft)*" isimli çalışması ile kurmuştur. Bir kitabın bir ülkenin hukuk hayatını bu derece derin den etkilediği pek görülmemiştir. Sadece bu kitap Almanya'da kodifikasyon hareketini yarım yüzyıldan fazla geciktirmiştir[44].



Savigny'nin kitabının Ali Acar tarafından yapılmış Türkçe çevirisi: F. C. Von Savigny, *Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine*, Çev. Ali Acar, İstanbul, Pinhan, 2018.

Savigny'ye göre, hukuk, "halk ruhu (*Volksgeist*)"ndan doğar. Hukuk tıpkı dil gibi kendiliğinden doğar ve gelişir. Nasıl ki dil, dil bilimcilerin yardımı olmaksızın kendi kendine meydana geliyor ve gelişiyorsa ve nasıl ki dil bilimciler, gerçekleşen bu gelişme üzerine dilin ilkelerini ve kurallarını tespit ediyorlarsa, hukuk da kanun koyucunun eseri olmayıp halk ruhunun bilinçsiz

42. Grotius, *De jure belli et pacis*, I, 1'den aktaran Güriz, *Hukuk Felsefesi, op. cit.*, s.191. Bkz, Çağıl, *op. cit.*, s.295.
43. Roubier, *op. cit.*, s.141-149; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.214-216; *İd., Hukuk Felsefesi, op. cit.*, s.227-236; Çağıl, *op. cit.*, s.306-311; Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, s.21-26; Cahit Can, *Oluşum Süreci İçindeki Hukuk Sosyolojisi*, Ankara, S Yayınları, 1989, s.35-41; Ansay, *op. cit.*, s.68-74; Bilge, *op. cit.*, s.167; Umar, *op. cit.*, s.82; Lloyd, *op. cit.*, s.331-385; Friedmann, *op. cit.*, s.158-162.
44. Güriz, *Hukuk Felsefesi, op. cit.*, s.228.

bir ürünüdür. Kanunlar, bu şekilde halk ruhunda oluşan ilke ve kuralları tespit etmekten başka bir şey yapmaz. Üstelik Savigny, halk ruhunda bu şekilde oluşan kuralların kanunlarla tespitine, yani kanunlaştırılmasına karşıdır. Ona göre kanunlaştırma, hukuku kalıplara sokmak, halk ruhundaki tabiî gelişmesine engel olmak demektir[45].

Savigny yukarıda anılan ünlü makalesinde şöyle diyordu:

> "Hukuk kuralı, kanun koyucunun keyfine değil, bütün bir milletin tarihi geçmişine dayanır... Hukuk, her devirde milletin karakteri ve halkın tabiatı ile esaslı bir münasebet hâlindedir. Zira bir milleti ve onun fertlerini bir arada tutan ve nesilden nesile devam ettiren ortak bir milli ruh *(Volksgeist)* vardır. Bu milli ruh, topluluğu teşkil eden fertlerin müşterek ihtiyaçlara ve müşterek inançlara sahip olmasının, aynı şartlar içerisinde yaşamasının neticesidir. Hukuk bu ihtiyaç ve inançlardan yavaş yavaş doğar... Ağacın tohumundan meydana gelmesi gibi hukuk da milletin ruhundan doğar"[46].

Savigny'e göre, gerçek hukuk örf ve adet hukukudur. Böyle bir hukuk, kesintisiz, savaşsız, kavgasız, tedrici ve sürekli bir oluşum içindedir. Dolayısıyla hukuk, belirli bir tarihte, belirli bir kişi tarafından tasarlanıp ihdas edilmiş bir şey değildir[47]. Yine Savigny'ye göre, hukuk evrensel olamaz. Çünkü, nasıl her millet kendi dilini geliştirirse, aynı şekilde her millet, kendi sosyal gelişimi içinde kendi hukukunu oluşturur. Nasıl bir milletin dili, başka bir millette genel bir geçerliliğe sahip olamazsa, bir milletin hukuku da bir başka millette genel geçerliliğe sahip olamaz. Bu nedenle Savigny, bir ülkenin başka bir ülkenin kanununu almasına, yani resepsiyona karşıdır[48].

Eleştiri.- Şüphesiz tarihçi hukuk okulu, hukukun toplumsal köklerine işaret ederek önemli bir rol oynamıştır. Hukuk sosyolojisine önemli bir katkıda bulunduğu bir gerçektir. Ancak, kullandığı "halk ruhu *(Volkgeist)*" gibi kavramlar objektif olarak tanımlanamaz[49]. Birtakım metafizik kavramların hukukun temeli olduğu düşüncesinin bilimsel olarak kabulü mümkün değildir. Kaldı ki halk içinde doğan ve gelişen hukukun, yani örf ve adet hukukunun gerçek hukuk olduğu ve bu hukukun eleştirilemeyeceği düşüncesi doğru değildir. Örf ve adet hukuku ancak pozitif hukukun kendisine geçerlilik tanıdığı ölçüde hukukun temeli olabilir. Örneğin kan davası saikiyle adam öldürme bir toplumda yerleşmiş olabilir ve bu tarihçi hukuk okuluna göre gerçek hukuktur. Oysa böyle bir kural pozitif hukuk bakımından geçerli değildir.

---

45. Ansay, *Hukuk Bilimine Giriş*, *op. cit.*, s.71.
46. *Uber den Beruf unserer Zeit für Gesetzbung und Rechswissenschaft*'tan nakleden Bilge, *op. cit.*, s.167.
47. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.231.
48. *Ibid.*
49. "Halk ruhu" kavramının eleştirisi için bkz. Topçuoğlu, *op. cit.*, c.I, s.21-22; Lloyd, *op. cit.*, s.332-333.

C. SOSYOLOJİK HUKUK AKIMI

Sosyolojik hukuk akımı, hukukun kaynağı konusunda kanun koyucunun iradesini yahut insan aklını kabul etmemektedir. Sosyolojik hukuk akımına göre, hukukun kaynağını doğrudan doğruya toplumun içerisinde yaşayan ilişkilerde, özetle toplumsal olgularda aramak gerekir[50]. Bu görüşe göre hukukun kaynağı "toplumsal gerçeklik"[51]tir.

Sosyolojik hukuk akımına örnek olarak Amerikan ve İskandinav realist akımları gösterilebilir.

Sosyolojik hukuk akımına göre hukuk, devletin koyduğu müspet hukuktan daha geniştir[52]. Bu nedenle bu akım, normcu pozitivizm gibi biçimci değildir. Sosyolojik hukuk akımı, devletten bağımsız olarak doğan ve yine devletten bağımsız olarak varlığını sürdüren bir hukuk olduğunu düşünür. Toplumun içindeki hukuk, devletin koyduğu hukuktan daha eskidir. Çünkü devletten önce de toplumsal düzen vardı[53]. Bu akıma göre, hukukun asıl kaynağı toplumsal düzendir[54]. Devletin hukuk kuralı koyabilmesi için bu kurallar ile ilgili kurumların önce toplumda oluşması gerekir. Örneğin evlenme, aile ile ilgili devlet tarafından konmuş hukuk kurallarının olabilmesi için öncelikle bu kurumların toplumda oluşmuş olması gerekir. Dolayısıyla kurallar toplumsal olay ve kurumlardan önce değildir. Kurallar bu kurumların ortaya çıkmasından sonra toplumsal bir süreç içinde yaratılmaktadır. Üstelik bu süreç, içinde bulunulan zamanda da devam eder[55]. Görüldüğü gibi, sosyolojik akım hukukun akıl yoluyla düşünülüp yaratıldığı tezini reddeder[56]. Hukuk toplum hayatının kendiliğinden ortaya çıkan bir ürünüdür. Devletin yaptığı şey, ortaya çıkan bu hukuku tespit etmekten ibarettir[57].

Eleştiri.- Sosyolojik hukuk akımı hukuk düzeninin de nihai tahlilde bir sosyal düzen olduğunun, hukuk kurallarının da sosyal kuralların içinde yer aldığının altını çizmesi bakımından hukuk biliminin gelişimine önemli bir katkıda bulunmuştur. Şüphesiz bir kuralın hukuki geçerliliği ile ona toplumsal düzen içinde fiilen uyuluyor olması arasında büyük bir ilişki vardır. Toplum tarafından hiç uyulmayan ve mahkemeler tarafından da uygulanmayan kurallar hukuken biçimsel geçerliliğe sahip olsalar bile, fiili geçerliliklerini kaybeder, yani metrukiyete düşer. Ancak, bir kural, yetkili organ tarafından konulmadıkça, o kurala toplumda fiilen uyuluyor diye, kendiliğinden hukuk

50. Can, *op. cit.*, s.68.
51. *Ibid.*
52. Selahattin Keyman, *Hukuka Giriş ve Metodolojisi*, Ankara, Doruk Yayınları, 1981, s.114.
53. *Ibid.*
54. *Ibid.*, s.118.
55. *Ibid.*, s.119.
56. *Ibid.*
57. *Ibid.*, s.120.

kuralı hâline gelmez. Bir kural bir toplumda ne kadar yerleşik olursa olsun, o kurala ne kadar itaat ediliyor olursa olsun, o kural, yetkili makamlar tarafından usûlüne uygun olarak konulmadıkça kendiliğinden hukuk kuralı hâline gelmez.

SONUÇ

Hukukun temeli konusunda değişik görüşleri incelemiş bulunuyoruz. Bir grup yazara göre hukuk bilinçli bir iradenin ürünüdür. Bu iradeci yazarlar da kendi içlerinde üç guruba ayrılır: Birincisine göre hukuk ilahî iradenin, ikincisine göre beşerî iradenin ve üçüncüsüne göre ise genel iradenin ürünüdür. Diğer bir grup yazara göre ise, hukuk bilinçli bir iradenin ürünü değildir. Hukuk belirli bir otoritenin koyduğu bir şey değildir. Bu görüşü savunan yazarlar da kendi içinde üçe ayrılır: Birinci grup yazarlar tabiî hukukçulardır. Onun üç çeşidi vardır. İlk çağ tabiî hukukçularına göre, hukuk fiziki-biyolojik tabiattan, ortaçağ tabiî hukukçularına göre ise ilahî tabiattan, yeni çağ tabiî hukukçularına göre ise hukuk aklî tabiattan kaynaklanır. Hukuku bilinçli irade dışı sayan diğer görüş, tarihçi hukuk mektebi tarafından savunulmuştur. Bu yazarlara göre, hukuk tarihsel süreç içinde, sessiz ve kesintisiz bir şekilde halk ruhunda oluşur. Hukuku bilinçli irade ürünü saymayan son görüş sosyolojik hukuk akımıdır. Bu görüşe göre, hukuk toplumun içinde kendiliğinden oluşur. Hukuk kuralları toplum içinde etkili olan, yani kendisine fiilen uyulan kurallardır.

Biz yukarıda hukuku bilinçli irade ürünü sayan görüşlerden beşerî irade görüşünü kabul ettiğimizi ve öbür görüşleri neden reddettiğimizi kısaca açıklamıştık. Kanımızca, hukukun kaynağı konusunda, hukuku beşerî irade ürünü sayan pozitivist teori, özellikle normcu pozitivist teori doğrudur. Buna göre hukukun temeli yine hukuktur. Hukuk kuralları üst hukuk kurallarının öngördüğü organ tarafından ve bu üst kuralların tespit ettiği usûlle konulmaktadır. Ancak, yukarıda belirttiğimiz gibi, bu normativist teorinin zayıf yönü temel norm varsayımında toplanmaktadır. Kanımızca, anayasa hariç, her hukuk kuralının kaynağı, o kuralın üstünde yer alan kuraldır. Bu kısım itibarıyla normcu pozitivizmin açıklamasını kabul etmekteyiz. Anayasanın temeli konusunda ise, normcu pozitivizmden ayrılıyoruz. Anayasanın kaynağı, hukuk dışı usûllerle yeni bir anayasa yapma iktidarı olarak tanımlanan aslî kurucu iktidardır. Anayasa, kurucu iktidarı elinde bulunduran kişilerin iradesinin ürünüdür. O hâlde anayasanın temeli konusunda iradeci pozitivizm kabul edilebilir. Özetle, hukukun kaynağı konusunda bizim benimsediğimiz görüş, anayasa bakımından iradeci pozitivizm, anayasa altı normlar bakımından ise normcu pozitivizmdir.■

Bölüm 11
KANUNLAŞTIRMA

Bibliyografya.- Özsunay, *op. cit.*, s.101-148; Bilge, *op. cit.*, s.71-97; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.117-121; Umar, *op. cit.*, s.108-122; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.55-58; Edis, *op. cit.*, s.45-55; Tekinay, *op. cit.*, s.26-33; Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.289-340; Ataay, *op. cit.*, s.51-71.

PLÂN:

I. Kavramlar: Taknin, Tedvin, İktibas
II. Kanunlaştırma Sebepleri
III. Kanunlaştırma Saikleri
IV. Kanunlaştırma Metotları
V. Belli Başlı Kanunlaştırma Örnekleri
1. Doğu Roma İmparatorluğu'nda Kanunlaştırma : *Corpus Iuris Civilis*
2. Almanya'da Kanunlaştırma
3. Fransa'da Kanunlaştırma
4. İsviçre'de Kanunlaştırma
6. Türkiye'de Kanunlaştırma
VI. Sonuç ve Değerlendirme

I. KAVRAMLAR: TAKNİN, TEDVİN, İKTİBAS

"Kanunlaştırma", biri genel, diğeri özel olmak üzere başlıca iki anlamda kullanılmaktadır. *Genel anlamda* kanunlaştırma, kanun hâlinde kural koyma, kısaca kanun yapma demektir[1]. Buna eski dilde "taknin (*fr: légiférer*)" denirdi[2]. *Özel anlamda* kanunlaştırma ise belirli bir alana ilişkin, dağınık bir hâlde mevcut olan yazılı veya yazısız bütün hukuk kurallarının sistemli olarak derlenmesi demektir[3]. Bu anlamda kanunlaştırmaya "tedvin" denilir. Tedvinin Fransızca karşılığı *"codification"*dur ("kodifikasyon" okunur). Bu kelime Türkçe'ye de geçmiştir. Arapça, "tedvin" kelimesini kullanmak istemeyenler, Fransızca "kodifikasyon" kelimesini kullanırlar. Bazen de onun *participe passé*'sini kullanarak, bir alanın "kodifiye (*codifié*)" edilmesinden bahsederler.

---

1. Ataay, *op. cit.*, s.51; Edis, *op. cit.*, s.45.
2. Bilge, *op. cit.*, s.71; Edis, *op. cit.*, s.45.
3. Bilge, *op. cit.*, s.71; Edis, *op. cit.*, s.45.

Biz burada genel anlamda kanunlaştırmayı değil, özel anlamda kanunlaştırmayı, yani tedvini inceleyeceğiz.

Fransızlar, tedvin yani kodifikasyon faaliyeti sonucunda meydana gelen yazılı metne kanun (*loi*) değil, *code* (kod okunur) diyorlar. (*Code'un* Latince kökü *codex*'tir). Bu anlamda medenî kanun, ceza kanunu gibi büyük kanunlara, kanun demekte, *code* demektedirler: *Code civil, Code pénal* gibi. Türkçede *code*'a karşılık bir kelime yoktur. Osmanlı İmparatorluğu döneminde *code* için "kanunname" kelimesi kullanılırdı[4].

Diğer yandan kanunlaştırma kavramının yanında *iktibas* (*réception*, resepsiyon okunur) kavramını da görmemiz gerekir. İktibas, yabancı bir hukukun veya yabancı bir kanunun, bazı değişikliklerle de olsa, kabulü demektir[5]. Örneğin 1926 tarihli Türk Medenî Kanunu böyle bir iktibas örneğidir. Ancak iktibas isteyerek yabancı hukukun alınmasıdır. Bir de bir ülkenin kendi hukukunu sömürgesi olan başka bir ülkeye zorla benimsetmesi vardır ki, buna *zorla benimsetme (imposition)* denir[6].

Yeryüzünde ilk tedvin faaliyeti Doğu Roma İmparatoru Iustinianus tarafından yapılmıştır (M.S. 527-565). Roma hukuku kuralları *Corpus Iuris Civilis* adı altında derlenmiştir (M.S. 528-534)[7]. Bu ilk tedvin bir yana bırakılırsa, modern anlamda ilk tedvin hareketleri 1700'lerin ikinci yarısında başlamıştır.

"Tedvin" kelimesi pek eski bulunduğundan, "*codification*" kelimesi de Fransızca olduğundan, biz burada, yaygın olarak kullanıldığı üzere, "kanunlaştırma" kelimesini kullanacağız. Ancak unutulmamalıdır ki, biz kanunlaştırmayı "tedvin (*codification*)" karşılığında kullanıyoruz.

Biz burada ilk önce kanunlaştırma sebeplerini ve saiklerini, sonra kanunlaştırma metotlarını ve en son da çeşitli ülkelerde yapılan kanunlaştırma örneklerini göreceğiz

II. KANUNLAŞTIRMA SEBEPLERİ

Kanunlaştırma çeşitli sebeplerle yapılmaktadır:

A. Birleştirme.- Avrupa'da kanunlaştırmalardan önce aynı devletin çeşitli yörelerinde değişik hukuk kuralları uygulanmakta idi. Gerçekten de feo-

4. Cumhuriyet döneminde ise bu kelime kullanılmaz oldu. Medenî "Kanun" (*code*), Ceza "Kanunu" (*code*'u) gibi büyük *code*'larımıza da bir iki maddelik birer kanunmuş gibi "kanun" denmektedir. Ya "kanunname" kelimesini "*code*" anlamında tekrar kullanmalıyız yahut Fransızca *code* kelimesini dilimize "kod" şeklinde kazandırmalıyız.
5. Ataay, *op. cit.*, s.52; Edis, *op. cit.*, s.48.
6. Özsunay, *op. cit.*, s.75.
7. Karadeniz-Çelebican, *op. cit.*, s.42-43. Bu eserin oluşması ve bölümleri hakkında bkz. Karadeniz-Çelebican, *op. cit.*, s.47-56.

dal dönem Avrupasında şehirden şehire değişen hukuk kuralları vardı. Feodalitenin zayıflaması, merkezi hükümetlerin güçlenmesi, kapalı kent ekonomisinden milli ekonomilere geçiş tüm ülke düzeyinde geçerli yeknesak hukuk kurallarının varlığını gerektirdi[8]. İşte kanunlaştırmanın birinci nedeni bu dağınık hukukun birleştirilmesi ihtiyacı idi.

B. Hukukun Ulusallaştırılması İsteği.- Yabancı kökenli hukuk kurallarından milli hukuku arındırma isteği de kanunlaştırmaya yol açmıştır. Nitekim, Almanya'da medenî hukuk alanında yapılan kanunlaştırmalar ile bu ülkede uygulanan Roma hukuku, Fransa'da yapılan kanunlaştırmalar ile de bu ülkenin kuzeyinde uygulanan Cermen kökenli örf ve âdet hukuku ile güneyinde uygulanan Roma hukuku bertaraf edilmeye çalışılmıştır[9].

C. Modernleşme.- Kanunlaştırmanın diğer bir nedeni de modernleşmedir. Toplumsal ve ekonomik hayatta meydana gelen gelişmeler sonucunda, ortaya çıkan yeni durum ve ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarına ihtiyaç duyuldu. Bu ihtiyaç ise kanunlaştırma yoluyla giderildi.

D. Rasyonalizm.- Tabiî hukukun ilkelerine akıl yoluyla ulaşılabileceği düşüncesinin yerleşmesi de, birtakım tabiî hukuk ilkelerinin kanunlaştırılabileceği fikrinin doğmasına yol açmış, kanunlaştırma hareketlerini desteklemiştir.

III. KANUNLAŞTIRMA SAİKLERİ

Kanunlaştırma saikleri çok çeşitlidir. Bazen tutucu, bazen devrimci saikle yapılmaktadır.

A. Tutucu Saik.- Tutucu (muhafazakar) saikle yapılan kanunlaştırma ülkenin şurasında burasında dağınık hâlde bulunan mevcut hukuk kurallarının muhafazası amacıyla yapılır[10]. Örneğin aşağıda göreceğimiz, Almanya'da, İsviçre'de yapılan kanunlaştırmaların, keza Ahmet Cevdet Paşanın hazırladığı Mecellenin tutucu (muhafazakâr) saikle yapıldığı söylenebilir.

B. Devrimci Saik.- Devrimci saikle yapılan kanunlaştırma ise, o ülkede uygulanan, ama artık çağın ihtiyaçlarına uymadığı, yetersiz kaldığı düşünülen hukuk kurallarının yerine yenisini koymak için yapılan kanunlaştırmalardır. Devrimci saikle kanunlaştırma yapmak için ya yeni orijinal hukuk kuralları konulur (Örneğin Fransız Medenî Kanunu) ya da uygun görülen yabancı bir kanun iktibas edilir (örneğin 1926 tarihli Türk Medenî Kanunu)[11].

---

8. Ataay, *op. cit.*, s.54; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.55.
9. Ataay, *op. cit.*, s.54.
10. Edis, *op. cit.*, s.46.
11. *Ibid.*, s.47-48.

IV. KANUNLAŞTIRMA METOTLARI[12]

Kanunlaştırmada başlıca iki ana yöntem uygulanmaktadır. Bunlardan biri somut olay metodu, diğeri ise soyut kural metodudur.

A. SOMUT OLAY METODU (HADİSECİ, MESELECİ KAZUİST)[13]

"Hadiseci metot", "meseleci metot" veya "kazuist metot" da denen "somut olay metodu"nda kanunlar, ortaya çıkabilecek her türlü ihtimal düşünülerek, olayların en ince ayrıntılarına kadar düzenlenir. Bu şekilde hazırlanan kanunlar, çok ayrıntılı ve uzun olur. Örneğin 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu 17.000'den fazla madde içeriyordu. Keza Çarlık Rusya'sında 1832 tarihli 60.000 maddelik bir kanun vardı. Eğer bir kanun somut olay metoduyla hazırlanmışsa, hâkim kanunun metnine sıkı bir şekilde bağlı kalır. Keza hâkim eğer böyle bir kanunda hüküm bulamazsa, kendisi boşluğu dolduramaz. Zira bu metot hâkime takdir hakkı vermez.

Somut olay metodu, günümüzde terk edilmiştir. Çünkü, bütün olayları önceden öngörüp düzenlemek mümkün değildir. Kanunda boşluklar kalır.

B. SOYUT KURAL METODU (MÜCERRET, SOYUT METOT)[14]

"Mücerret (soyut) metot" da denen "soyut kural metodu"nda olaylar, ayrıntıları üzerinde durulmadan genel hatlarıyla düzenlenir. Hükümler genel ve soyut ifadeler kullanılarak kaleme alınır. Aynı hüküm birbirine benzer birden çok olayda uygulanabilir. Ancak, uygulanacak kural, söz konusu olaya tam gelmeyebilir. Bu nedenle bu metotta, hâkime takdir hakkı ve geniş yorumlama yetkisi vermek kaçınılmazdır. Keza, böyle bir metotta hazırlanan kanunda genellikle hâkime boşluk hâlinde hukuk yaratma yetkisi verilir. Örneğin Türk Medenî Kanununun 1'inci maddesine göre hâkim kanunda hüküm bulamazsa, örf ve âdete, örf ve âdette dahi hüküm bulamazsa, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl kural koyacak idiyse öyle meseleyi çözer.

Soyut metot, somut metottan üstündür. Çünkü önceden düşünülemeyecek, yeni ortaya çıkabilecek sorunlara da çözüm getirebilir.

V. BELLİ BAŞLI KANUNLAŞTIRMA ÖRNEKLERİ

Burada çeşitli ülkelerde tarih boyunca görülen belli başlı kanunlaştırmaları örnek olarak göreceğiz.

---

12. Özsunay, *op. cit.*, s.106-108; Bilge, *op. cit.*, s.72; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.56; Ataay, *op. cit.*, s.52.
13. Özsunay, *op. cit.*, s.106-107; Bilge, *op. cit.*, s.72; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.56; Ataay, *op. cit.*, s.52.
14. Bilge, *op. cit.*, s.72; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.56; Ataay, *op. cit.*, s.52.

A. DOĞU ROMA İMPARATORLUĞU'NDA KANUNLAŞTIRMA: CORPUS IURIS CIVILIS[15]

İlk tedvin hareketinin Doğu Roma İmparatoru Iustinianus'un (M.S. 527-565) tarafından hazırlatılan ve ısdar edilen *Corpus iuris civilis* (*Korpus yüris kivilis* okunur; genellikle "C.I.C." şeklinde kısaltılır) olduğunu yukarıda söylemiştik. Iustinianus, hukukçulardan ve uygulamacılardan bir kurul meydana getirdi. Bu kurul klasik Roma hukukçularının eserlerinde ve Roma imparatorlarının emirnamelerinde ifade edilen kuralları belli bir düzen içinde birkaç külliyat hâlinde bir arada topladı. *Corpus iuris civilis*'te özel hukuk hükümleri ağır basmakla birlikte kamu hukukuna ilişkin hükümler de vardır[16].

Corpus Iuris Civilis, M.S. 528-534 tarihleri arasında altı yıllık bir süre içinde hazırlanmıştır. *Corpus iuris civilis* dört bölümden oluşmaktadır[17].

a) Institutiones.- Bu bölüm, hukuk öğrencilerine yönelik olarak hazırlanmış bir ders kitabı niteliğindedir. Bu kitapta uygulanan hukukun ana hatları açıklanmış ve uygulanan hukuk hakkında genel bilgiler verilmiştir[18].

b) Digesta.- Klasik dönem hukukçularının eserlerinden alınmış ve belli bir sistem dahilinde derlenmiş parçalardan oluşmuştur[19].

c) Codex.- İmparator "emirname (*constitutio*)"lerinin bir derlemesi niteliğindedir[20].

d) Novellae.- Iustinianus, 534 yılından ölüm tarihi olan 565 yılına kadar birçok önemli kanun ve emirnameler çıkarmıştı. Sonradan bunlar *Novellae leges* (yeni kanunlar) adı altında toplandı. *Novellae* resmen *Corpus iuris civilis*'in bir parçası değildir. Ama Ortaçağda *Novellae*'nin de *Corpus iuris civilis*'e dördüncü bölüm olarak eklenmesi âdet olmuştur[21].

Corpus iuris civilis, orta çağın Almanya, Fransa ve İtalya'sında uzun süre egemen olmuştur. Bu egemenlik XIII'üncü yüzyılın sonlarına kadar az çok devam etmiştir. Keza *Corpus iuris civilis*'te dile getirilen bu hukuk, Almanya'da *Pandekt hukuku* veya *müşterek hukuk* adı altında iktibas (*réception*) konusu dahi olmuştur. Bu hukuk, Alman Medenî Kanununun kabulüne kadar Alman eyaletlerinin birçoğunda birleştirici hukuk olarak uzun zaman uygulanmıştır[22].

---

15. Bkz. Karadeniz-Çelebican, *op. cit.*, s.47-56.
16. *Ibid.*, s.47.
17. *Ibid.*, s.49.
18. *Ibid.*, s.49-50.
19. *Ibid.*, s.51-52.
20. *Ibid.*, s.53.
21. *Ibid.*, s.54.
22. Bilge, *op. cit.*, s.75.

KUTU 11.1: HUKUK EĞİTİMİ VE *CORPUS IURIS CIVILIS*

İstanbul'da M.S. 528-534 yıllarında Doğu Roma İmparatoru Jüstinyen tarafından hazırlatılıp yürürlüğe konulan *Corpus Iuris Civilis*'ten önce Roma İmparatorluğunda hukuk eğitiminde tam bir kaos vardı. *Corpus Iuris Civilis*'ten önce hukuk kuralları dağınık hâldeydi. Hukuk kitapları ise uzun, karışık ve anlaşılmazdı. Üstelik F. H. Lawson'ın ifadesine göre "hiçbir servetin satın alamayacağı ve hiçbir yeteneğin sindiremeyeceği (*no fortune could purchase and no capacity could digest*)" sayıda hukuk kitabı vardı[23]. Jüstinyen, *Corpus Iuris Civilis*'in bir parçası olan *Digesta*'nın başlangıcında "kanunların insanın anlama kapasitesini aşan sonsuz bir karmaşa içinde (*ita esse confusum, ut in infinitum extendatur et nullius humanae naturae capacitate concludatur*)" olduğunu söylüyordu[24].

Dolayısıyla hukuk eğitimi olağanüstü derecede zordu. Rivayete göre hukuk öğrencileri, hukuk hocalarını İmparator Jüstinyen'e şikayet ederler[25]. Bunun üzerine imparator Jüstinyen bir yandan dağınık hukuk kurallarının derlenmesini emreder ki ortaya *Corpus Iuris Civilis*'in bir parçası olan *Codex* çıkar (7 Nisan 529). Jüstinyen diğer yandan, hukuk öğrencileri için, açık ve basit bir ders kitabı hazırlanmasını emreder ki ortaya *Institutiones (Dersler)* çıkar (M.S. 21 Kasım 533). Bu husus, Jüstinyen'in ağzından daha *Institutiones* başlangıcında (*Proemium*) "hukuka âşık gençler (*cupidae legum iuventuti*)"e hitaben şu şekilde açıklanır:

> "Şimdiye kadar karmakarışık olan kanunlarımızı uyumlu hâle (*constitutiones antea confusas in luculentam ereximus consonantiam*) getirdikten sonra, artık kulaklarınız ve beyniniz gereksiz ve yanlış şeyler (*tam aures quam animae vestrae nihil inutile nihilque perperam positum*) işitmesin, ama sadece uygulanabilecek olan şeyler öğrenesiniz diye (*sed quod in ipsis rerum optinet argumentis*), Tribonian, Theofilus ve Dorotheus'u, hukuk biliminin temel unsurlarını (*legitimae scientiae prima elementa*) içeren bu kitabı hazırlamakla görevlendirdik. Bu kanunları şevk ve arzuyla öğreniniz ve kendinizi öyle yetiştiriniz ki, öğreniminizin sonunda, devletimizin size emanet edilecek kısımlarını yönetmeye ehil olun"[26].

Aynı bakış açısı *Institutiones*'in birinci kitabının ilk başlığının ikinci paragrafında da şu şekilde açıklanır:

> "Hukukun öğretilmesinde en uygun yol, konuları önce açık ve basit bir şekilde (*si primo levi ac simplici*) açıklamak, sonra da her bir konuyu ayrıntılarıyla ve tam olarak (*post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula*) incelemektir. Yok eğer henüz acemi ve bilgisiz olan öğrencinin beynini daha başlangıçta pek çok şeyle doldurmaya (*ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus*) kalkarsak, şu iki şeyden biri olur (*duorum alterum aut*): Ya öğrenci hukuk eğitimin den kaçar (*desertorem studiorum*); ya da nor-

malde kolay bir yoldan (*ad quod leniore via*) daha çabuk ulaşabileceği bir noktaya ancak çok büyük bir emekle (*cum magno labore eius*) ve çoğunlukla da kendine güvenini yitirdikten (*saepe etiam cum diffidentia*) sonra ulaşır"[27].

Codex ve *Institutiones* yürürlüğe girdikten sonra İmparator Jüstinyen, sadece *Codex*'in uygulanmasını ve hukuk fakültelerinde ders kitabı olarak sadece *Institutiones*'in okutulmasını emreder. Yeni uygulamayı desteklemek için Jüstinyen bütün eski Roma kanun kitaplarının imha edilmesini emreder[28]. Jüstinyen bununla da yetinmez, *Codex* ve *Institutiones*'in yorumlanmasını yasaklar. Zira ona göre bunlar "kayadan akan su kadar berrak (*clair comme de l'eau de roche*)"tır[29].

23. F. H. Lawson, *The Roman Law Reader*, Dobbs Ferry, New York, Oceana, 1969, p.16'dan nakleden John W. Head, "Codes, Cultures, Chaos, And Champions: Common Features of Legal Codification Experiences in China, Europe, and North America", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol 13/1, 2003, s.48, <https://www.law.duke.edu/journals/djcil/downloads/djcil13p1.pdf>
24. *IUSTINIANI DIGESTA, De conceptione Digestorum*, Recognovit Theodorus Mommsen / Retractavit Paulus Krueger (Corpus Iuris Civilis, I, Berlin, 1954) http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/>; H. Hulot, *Les cinquantes livres du Digeste*, I, Metz-Paris, 1803, s.2-19) <http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Francogallica/Deo_fran_Hulot.html>.
25. Tekin Akıllıoğlu,"Yönetim Hukukumuz ve Geleceği", www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm, dipnot 1.
26. *Institutiones, Proemium*. Orijinal Latince Metin: *Corpus Iuris Civilis* (Ed. Paul Kreuger), Berlin, 1954 <http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/>. Fransızca çevirisi: J.-L.-E. Ortolan, *Explication historique des Instituts...*, II, 6e éd., Paris, 1857, s.13-16 <http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Francogallica/preface_fran_Ortolan.htm>. İngilizce Çevirisi: J. B. Moyle, *The Institutes of Justinian*, 5th ed., Oxford, 1913 <http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Anglica/just_proem_Moyle.htm>.
27. "His generaliter cognitis et incipientibus nobis exponere iura populi Romani ita maxime videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. Alioquin si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum aut desertorem studiorum efficiemus aut cum magno labore eius, saepe etiam cum diffidentia, quae plerumque iuvenes avertit, serius ad id perducemus ad quod leniore via ductus sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset." *Intitutiones*, I, 1, 2.
28. http://www.bc.edu/schools/law/library/about/rarebook/exhibitions/raf01.html
29. http://fr.wikipedia.org/wiki/Corpus_juris_civilis

Tarihsel olarak ilk kanunlaştırma olan *Corpus iuris civilis* bir yana bırakılırsa, modern anlamda kanunlaştırma çalışmaları 1700'lerin ikinci yarısında başlamıştır.

B. ALMANYA'DA KANUNLAŞTIRMA[30]

Almanya'daki kanunlaştırma hareketi, ilk önce Almanya'yı kapsayan genel bir kanun yapma hareketi şeklinde değil, çeşitli Alman eyaletlerine mahsus kanunlar yapma suretiyle meydana çıkmıştır[31]. Bu eyalet kanunla-

30. Özsunay, *op. cit.*, s.125-131; Bilge, *op. cit.*, s.76; Ataay, *op. cit.*, s.55-56; Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.293-301; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.118.
31. Bilge, *op. cit.*, s.76.

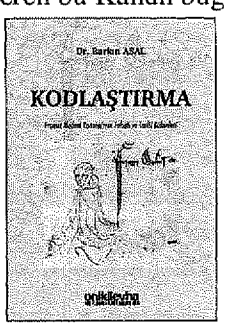
rından en önemlisi, *Prusya Genel Memleket Kanunu*'dur. Prusya Kralı Büyük Frederik, Iustinianus gibi bir *corpus* meydana getirmek istiyordu. Kendisinin ölümünden sonra 1794 yılında çıkarılan Prusya Genel Memleket Kanunu (*Preußiches Allgemeines Landrecht*) 17 000 maddeyi içeriyordu[32].

1814 yılında Thibaut tarafından bütün Almanya için bir medenî kanun yapılması fikri ortaya atılmışsa da bu fikir, Savigny'nin öncüsü olduğu tarihçi hukuk okulu tarafından şiddetle eleştirilmiş ve kanunlaştırma çalışmalarına uzun zaman başlanamamıştır. Kanunlaştırma çalışmaları Almanya'da ancak Alman birliğinin 1871'de sağlanmasından sonra başlayabilmiştir. Uzun çalışmalardan sonra hazırlanan 2385 maddelik Alman Medenî Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch = BGB*) 1896 yılında kabul edildi ve 1900 yılında yürürlüğe girdi[33].

C. FRANSA'DA KANUNLAŞTIRMA[34]

1700'lerin sonlarına gelindiğinde Fransa'da hukuk birliği yoktu. Fransa'nın kuzeyinde Cermen ve Norman kökenli örf ve âdet hukuku güneyinde ise Roma hukuku uygulanmaktaydı. Dolayısıyla Fransa, örf ve âdet hukuku (*pays de droit coutumier*) ve yazılı hukuk (*pays de droit écrit*) bölgeleri olmak üzere iki bölgeye ayrılmıştı. Fransa'da hukuk dağınıklığı sadece bölgeler bakımından değil, kişiler bakımından da mevcuttu. Gerçekten, asiller ayrı bir hukuka, rahipler ayrı bir hukuka, burjuvalar ayrı bir hukuka tâbiydi[35].

Fransız ihtilalinden sonra bu duruma son verildi. Napolyon zamanında ünlü hukukçu Jean-Étienne-Marie Portalis'in başkanlığında kurulan komisyon bir Medenî Kanun Tasarısı hazırladı. Fransız Medenî Kanunu (*Code civil = CC*) 1804 yılında kabul edilerek yürürlüğe kondu. Fransız Medenî Kanununa, Napolyon döneminde hazırlandığı ve Napolyon'un da komisyon müzakerelerinin bazılarına bizzat katıldığı için "Napolyon Kanunu (*Code napoleon*)" da denir. 2281 maddeyi içeren bu Kanun bugün hâlâ yürürlüktedir ve canlılığını korumaktadır. Laik nitelikte olan bu Kanun, dünyanın birçok ülkesini etkilemiştir. İspanya, Portekiz, Belçika, Hollanda, Lüksemburg, Uruguay, Şili, Bolivya, Arjantin, Lübnan gibi pek çok ülkenin medenî kanunları Fransız Medenî Kanunundan büyük ölçüde esinlenmiştir.



Genel olarak kodifikasyon kavramı ve özelde de Fransa'da kodifikasyon konusunda Türkçede yazılmış mükemmel bir monografi vardır: Barkın Asal, *Kodlaştırma: Fransız Medeni Kanunu'nun Felsefi ve tarihi Kökenleri*, İstanbul, Oniki Levha, 2018.

32. Bilge, *op. cit.*, s.76; Ataay, *op. cit.*, s.55-56.
33. Ataay, *op. cit.*, s.57; Bilge, *op. cit.*, s.78.
34. Özsunay, *op. cit.*, s.113-121; Bilge, *op. cit.*, s.76-77; Ataay, *op. cit.*, s.57-58; Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.291-293; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.118-119.
35. Ataay, *op. cit.*, s.58; Bilge, *op. cit.*, s.76.

D. İSVİÇRE'DE KANUNLAŞTIRMA[36]

İsviçre kantonlara bölünmüş federal bir devlettir. Coğrafi şartları bakımından bu ülke dışarıya kapalıdır. Bu nedenle Roma hukuku İsviçre'ye pek girememiştir[37]. 1800'lerde İsviçre'de bir hukuk birliği yoktur. Bazı kantonlar örf ve âdet hukuklarını, bazı kantonlar Fransız Medenî Kanununa, bazı kantonlar da Avusturya Medenî Kanununa benzer bir kanun kabul etmişlerdi.

1892 yılında Adalet Bakanlığı profesör Eugen Huber'den bütün İsviçre için bir Medenî Kanun tasarısı hazırlamasını istedi. Eugen Huber'in hazırladığı tasarı uzun incelemeler ve çalışmalar neticesinde, Federal Meclis tarafından 1907 yılında kabul edildi. Bu Kanun Türkiye tarafından 1926 yılında iktibas edilmiştir.

E. TÜRKİYE'DE KANUNLAŞTIRMA[38]

Osmanlı İmparatorluğu'nda modern anlamda kanunlaştırma hareketleri Avrupa ile aşağı yukarı aynı zamanda başlamıştır. Biraz sonra göreceğimiz gibi, Osmanlı İmparatorluğu'nda, 1839 Tanzimat Fermanından hemen sonra kanunlaştırma örnekleri vardır. Bu da Osmanlı'daki gelişmelerle Batıdaki gelişmelerin aşağı yukarı örtüştüğünü gösterir. Hatta Osmanlı İmparatorluğu kanunlaştırma hareketleri bakımından birçok batı ülkesinin önünde yer alır. Örneğin Osmanlı medenî kanunu niteliğinde olan *Mecelle,* 1868-1876 yılları arasında kanunlaştırılmıştır. Oysa Alman Medenî Kanunu 1900, İsviçre Medenî Kanunu ise 1907 yılında yürürlüğe girebilmiştir.

Osmanlı uygulaması Tanzimat'tan önce de kanun kavramına yabancı değildir. Osmanlı İmparatorluğu'nda şer'i hükümlerin dışında padişahın iradesi ile kanun koyulabileceği (örfi hukuk) zaten kabul edilmişti. Bu dönemde çıkarılmış yığınla emirname ve kanunname vardır[39]. Ancak bunlar modern anlamda "kanunlaştırma (tedvin, kodifikasyon)"ya örnek gösterilemez.

1. Ceza Hukuku Alanında

Tanzimattan sonra modern anlamda ilk kanunlaştırma hareketi ceza hukuku alanında kendini göstermiştir. Tanzimat Fermanından hemen sonra 1840'ta Fransa'dan bir Ceza Kanunu iktibas edilmiştir. Ancak kısa zamanda bu Kanunun yetersizliği anlaşılmış ve bunun yerine 1851 yılında *Kanunu Cedit* adını taşıyan yeni bir kanun yapılmıştır. Bu Kanun da 1858 yılında

---

36. Özsunay, *op. cit.*, s.131-140; Bilge, *op. cit.*, s.78; Ataay, *op. cit.*, s.60-61; Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.301-303; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.119.
37. Ataay, *op. cit.*, s.60.
38. Özsunay, *op. cit.*, s.140-148; Bilge, *op. cit.*, s.82-97; Ataay, *op. cit.*, s.62-72; Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.304-340; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.119-125.
39. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.120.

kaldırılmış yerine 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan alınan *Ceza Kanunname-i Hümayunu* konmuştur[40]. Bu Kanun 1926 yılında yeni Türk Ceza Kanununun kabulüne kadar yürürlükte kalmış, Türk ceza hukukunun temeli olmuştur[41].

Cumhuriyetten sonra 1926 yılında, 1899 tarihli İtalyan Ceza Kanunu iktibas edilmiştir. 2004 yılında, 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu yürürlükten kaldırılarak yerine 26 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kabul edilmiştir.

2. Ticaret Hukuku Alanında

Tanzimat döneminde özel hukuk alanında ilk çıkartılan Kanun, *Kanunname-i Ticaret*'tir. 1850 tarihli bu Kanun, 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanununun birinci ve ikinci bölümlerinin çevirisi yoluyla alınmış, sonradan çıkartılan *zeyil* (ek)'lerle de tamamlanmıştır[42]. *Kanunname-i Ticaret* döneminde hukuk öğrenimi için Paris'e öğrenci gönderilmiş, öğrenimlerini tamamlayarak dönen öğrenciler ticaret mahkemelerine hâkim olarak atanmışlardır[43]. Kanunname-i Ticarette İslam hukuku ile çatışan hükümler vardır. Örneğin *Kanunname-i Ticaret* faizi kabul ederken İslam hukuku reddediyordu[44].

Kanunname-i Ticaret, 29 Mayıs 1926 tarih ve 865 sayılı Ticaret Kanununa kadar yürürlükte kalmıştır. 1926 tarihli Ticaret Kanunu Alman Ticaret Kanunu örnek alınarak hazırlanmıştı. 1926 tarihli Ticaret Kanunu, 29 Haziran 1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunuyla yürürlükten kaldırılmıştır. 1 Ocak 1957 yılında yürürlüğe giren 6762 sayılı Ticaret Kanunu birçok yabancı kanundan esinlense de herhangi bir kanundan tercüme edilmiş bir iktibas kanun değildir. Bu Kanunun hazırlanmasında Ankara Hukuk Fakültesi eski hocalarından Prof. Dr. Ernst Hirsch'in büyük katkıları olmuştur[45]. 1956 tarihli Türk Ticaret Kanunun yerine de 13 Ocak 2011 tarih ve 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu kabul edilmiştir. Bu sonuncu Kanun, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

3. Medenî Hukuk Alanında

Ceza ve ticaret hukuku alanlarında yabancı hukukun iktibası yoluna gidilmişti. Medenî hukuk alanında ise kanunlaştırma konusunda iki karşıt fikir vardı. Bunlardan birincisi Âli Paşa (1815-1871) tarafından savunuluyordu.

---

40. Bilge, *op. cit.*, s.91; Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.321-322.
41. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.322.
42. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.322; M. Macit Kenanoğlu, *Osmanlı Ticaret Hukuku,* Ankara, İstanbul, Lotus, 2005, s.75.
43. Kenanoğlu, *op. cit.*, s.76-77.
44. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.329.
45. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.124; Bilge, *op. cit.*, s.94.

Âli Paşa, Fransız Medenî Kanununun küçük değişikliklerle kabulünü istiyordu. İkinci görüş ise, ünlü hukukçu ve tarihçi Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) tarafından savunuluyordu. Ona göre, hukuk siteminin en önemli parçalarından biri olan Medenî Kanunun Hıristiyan bir ülkeden alınması sakıncalıydı. Mevcut İslam hukuku kuralları belli bir sistem dahilinde toplanmalıydı. Çok uzun tartışmalardan sonra Ahmet Cevdet Paşa'nın görüşleri kabul edildi ve bir komisyon kuruldu. Başkanlığını Ahmet Cevdet Paşa'nın yaptığı bu komisyon, 1868-1876 yılları arasında çalışarak *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*[46] veya kısaca *Mecelle* adı verilen İslam dünyasındaki ilk medenî kanun ve borçlar kanununu hazırladı[47]. Mecelle, Türkiye'de 1926 yılında, Irak'ta 1951 yılında yürürlükten kaldırılmıştır[48]. Keza Mecelle 1984'e kadar İsrail'de Filistinliler için uygulanmıştır[49]. Ergun Özsunay'ın 1986 yılında belirttiğine göre Mecelle Ürdün'de yürürlüktedir[50].

Mecelle, kendisine "kitap" adı verilen 16 bölümden oluşmuştur. Komisyon, her kitabı hazırladıkça, o kitap Padişah tarafından yürürlüğe konulmuştur[51].

Mecellenin 2 ilâ 100'üncü maddeleri arasında yer alan 99 maddelik bir "kavaid-i külliye" kısmında genel prensipler ifade edilmiştir. Bunların çoğu atasözü gibi çok ustaca hazırlanmıştır. Mecellenin kitapları arasında madde numaraları birbirini izler ve toplam 1851 maddedir. Mecellede alım-satım, kira, kefalet, havale, rehin, emanet, hibe, gasp, ikrah, şufa, şirketler, vekalet, sulh, ibra, ikrar, dava, deliller ve yargılamayla ilgili diğer hükümler vardır. Mecellede kişi, aile, miras ve vakıf hukukuna ilişkin hükümler yoktur[52].

Böylece, Mecelle orijinal bir çalışma olup tedvin örneğidir. Tanzimat döneminde çıkarılan diğer önemli kanunlar ise, birer çeviri olup iktibas usûlüne örnek teşkil eder.

Mecellede aile hukukuna ilişkin düzenlemeler yoktur. Bu eksiklik 1917 yılında çıkarılan "Hukuku Aile Kararnamesi" ile tamamlandı. Ne var ki bu kararname 1919'da yürürlükten kalktı. Bununla beraber bu kararname Suriye, Ürdün, Filistin'de 1950'li yıllara kadar yürürlükte kalmıştır. Özsunay'ın 1986 yılında yazdığına göre Hukuku Aile Kararnamesi Lübnan'da Sünni Müslümanlar arasında yürürlüktedir[53].

---

46. Metni için bkz. Ali Himmet Berki, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye,* Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1959. Şerhi için bkz.: Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam,* (Yazı Çevrimi: Raşit Gündoğdu-Osman Erdem), İstanbul, Osmanlı Yayınevi-Gül Neşriyat, 200?, 4 Cilt.
47. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.326.
48. Özsunay, *op. cit.*, s.82. 49. *Ibid.*, s.145. 50. *Ibid.*, s.82.
51. Üçok ve Mumcu, *op. cit.*, s.326.
52. *Ibid.*, s.327.
53. Özsunay, *op. cit.*, s.146.

KUTU 11.2: MECELLENİN İLK 99 MADDESİNDEN ÖRNEKLER

TÜRKÇE

Madde 2.- Bir işden maksad ne ise, hüküm ona göredir.

Madde 4.- Şek ile yakîn zâil olmaz.

Madde 5.- Bir şeyin bulunduğu hâl üzre kalması asıldır.

Madde 6.- Kadîm kıdemi üzre terk olunur.

Madde 8.- Berâet-i zimmet asıldır.

Madde 9.- Sıfat-ı ârizada asl olan ademdir.

Madde 13.- Tasrîh mukabelesinde delâlete i'tibâr yokdur.

Madde 14.- Mevrid-i nassda içtihada mesâğ yokdur.

Madde 16.- İçtihâd ile içtihâd nakz olunmaz.

Madde 17.- Meşakkat teysîri celbeder.

Madde 18.- Bir iş zıyk oldukda müttesi' olur.

Madde 21.- Zaruretler memnu' olan şeyleri mübâh kılar.

Madde 24.- Mâni zail oldukda memnu' avdet eder.

Madde 26.- Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur.

Madde 29.- Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur.

Madde 30.- Def-i mefâsid celb-i menâfiden evlâdır.

Madde 34.- Alması memnu' olan şeyin, vermesi dahi memnu' olur.

Madde 39.- Ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz.

Madde 42.- İ'tibâr gâlib-i şayiadır, nâdire değildir.

Madde 51.- Sakıt olan şey avdet etmez. Yani giden gelmez.

Madde 56.- Bekâ ihtidadan esheldir.

Madde 58.- Ra'iyye, yani teb'a üzerine tasarruf maslahata menûtdur.

Madde 59.- Velâyet-i hâssa, velâyet-i âmmeden akvâdır.

Madde 60.- Kelâmın i'mâli ihmâlinden evlâdır.

Madde 67.- Sâkite bîr söz isnâd olunmaz. Lâkin ma'râz-ı hacette sükût beyândır

Madde 74.- Tevehhüme itibâr yokdur.

Madde 76.- Beyine müddei için ve yemin münkir üzerinedir.

Madde 77.- Beyyine hilâf-ı zahiri isbât için ve yemin aslı ibkâ içindir.

Madde 87.- Mazarrat menfeat mukâbelesindedir.

Madde 88.- Külfet nimete ve nimet külfete göredir.

Kaynak: Ali Himmet Berki (der.), *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, Ankara, BTHA Enstitüsü, 1959, s.17-18; Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul, KTB Yayınları, 2008, s.76-77.

İNGİLİZCE ÇEVİRİSİ

Article 2.- A matter is determined according to intention.

Article 4.- Certainty is not dispelled by doubt.

Article 6.- Things which have been in existence from time immemorial shall be left as they were.

Article 8.- Freedom from liability is a fundamental principle.

Article 9.- Non-existence is a fundamental principle.

Article 13.- No attention shall be paid to inferences in the face of obvious facts.

Article 14.- Where the text is clear, there is no room for interpretation.

Article 16.- One legal interpretation does not destroy another.

Article 17.- Difficulty begets facility.

Article 18.- Latitude should be afforded in the case of difficulty.

Article 21.- Necessity renders prohibited things permissible.

Article 24.- When a prohibition is removed, the thing to which such prohibition attaches reverts to its former status of legality.

Article 26.- A private injury is tolerated in order to ward off a public injury. The prohibition from practice of an incompetent physician is derived from this principle.

Article 29.- The lesser of the two evils is preferred.

Article 30.- Repelling an evil is preferable to securing a benefit.

Article 34.- A thing which may not be taken may also not be given.

Article 39.- It is an accepted fact that the terms of law vary with the change in the times.

Article 42.- Effect is given to what is of common occurrence; not to what happens infrequently.

Article 51.- A thing which fails is not restored; that is to say, that which goes does not return.

Article 56.- Continuance is easier than commencement.

Article 58.- The exercise of control over subjects is dependent upon the public welfare.

Article 59.- Private guardianship is more effective than public guardianship.

Article 60.- A word should be construed as having some meaning, rather than passed over in silence.

Article 67.- No statement is imputed to a man who keeps silence, but silence is tantamount to a statement where there is an absolute necessity for speech.

Article 74.- No weight is attached to mere supposition.

Article 76.- Evidence is for him who affirms; the oath for him who denies.

Article 77.- The object of evidence is to prove what is contrary to appearance; the object of the oath is to ensure the continuance of the original state.

Article 87.- Disadvantage is an obligation accompanying enjoyment.

Article 88.- The burden is in proportion to the benefit and the benefit to the burden.

Source: *The Mejelle*, Edited by Jonathan T. Capes, http://www.iiu.edu.my/deed/lawbase/al_majaile/al_majalleb16.html; http://majaila.org/books/2003/index.htm

Millî Mücadelenin kazanılmasından sonra Ankara'da kurulan hükümet Mecelleyi değiştirmek için bir Medenî Kanun Komisyonu teşkil etti. Ancak bu komisyonun çalışmalarından bir sonuç alınmadı. Neticede Tanzimat döneminde ceza ve ticaret hukuku alanında yapıldığı gibi, Batıdan iktibasta bulunulmaya karar verildi. Sonuçta İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu bir komisyon tarafından Türkçe'ye çevrildi ve Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu olarak kabul edildi[54]. Medenî Kanun 17 Şubat 1926 tarihinde, Borçlar Kanunu ise 22 Nisan 1926 tarihinde kabul edildi. Her iki Kanun da 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girdi. 1926 tarihli Türk Medenî Kanununun yerine 22 Kasım 2001 tarih ve 4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanunu kabul edilmiştir. Ancak yeni Medenî Kanun orijinal bir kanun olmayıp, büyük ölçüde 1926 tarihli Türk Medenî Kanununa benzer niteliktedir. Hâliyle 1926 tarihli Kanunun dili oldukça eski, 2001 tarihli Kanunun dili ise yenidir.

İsviçre Medenî Kanununun alınış nedenleri olarak, bu kanunun diğer Avrupa ülkelerinin medenî kanunlarına göre daha yeni olması ve hâkime takdir hakkı vermesi sayılmıştır. Keza İsviçre'de okuyan hukukçuların Türkiye'de iş başına gelmesi de İsviçre Medenî Kanununun iktibasında rol oynamıştır[55].

4. Usûl Hukukları Alanında

Gerek Osmanlı, gerekse Cumhuriyet döneminde daha birçok kanunlaştırmalar yapılmıştır. Örneğin 1879'da yürürlüğe giren Usûl-*i Muhakeme-i Hukukiye ve Usûl-i Muhakeme-i Cezaiye* Kanunları yine Fransız örneğine göre hazırlanmış iktibas çalışmalarıdır. Bu Kanunlar 1927 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. 4 Nisan 1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu, 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunundan, 18 Haziran 1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu ise, İsviçre'nin 1925 tarihli Neuchatel Usûl Kanunundan iktibas edilmiştir[56]. İcra İflas Kanunu da 1889 tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunundan iktibas edilmiştir. 4 Nisan 1927 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanununun yerine 4 Aralık 2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kabul edilmiştir. 18 Haziran 1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu yerine de 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu kabul edilmiştir. Bu sonuncu Kanun 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

1800'lerin başlarından itibaren Avrupa'da modern anlamda kanunlaştırma hareketleri görülmüştür. Türkiye kanunlaştırma hareketleri bakımından Avrupa'dan geri kalmış bir ülke değildir. Batıdaki gelişmelerle Osmanlı gelişmeleri tamamen eş zamanlıdır. Hatta kanunlaştırma alanında Osmanlı İmparatorluğu'nun Almanya'nın çok daha önünde olduğunu da söyleyebiliriz. Yukarıda da görüldüğü üzere Osmanlı kanunlaştırmaları gerek ceza, gerek

54. Ataay, *op. cit.*, s.64-70; Edis, *op. cit.*, s.54-55.
55. Ataay, *op. cit.*, s.70; Edis, *op. cit.*, s.55.
56. Bilge, *op. cit.*, s.95.

ticaret, gerekse medenî hukuk alanında Alman kanunlaştırmalarından öncedir. Mecelle Alman Medenî Kanunundan 20 küsur yıl önce tedvin edilmiştir.

Fransa, Almanya, İsviçre gibi ülkeler belli alandaki hukuklarını tedvin etmişlerdir. Bunların kanunları orijinaldir.

Türkiye'de ise, Ahmet Cevdet Paşanın başkanlığındaki bir komisyonun eseri olan Mecelle dışında orijinal tedvin çalışmalarına başvurulmamış; Fransız, Alman veya İsviçre kanunlarının iktibası yoluna gidilmiştir. İktibas yoluna gidilmesi bu bakımdan eleştirilmemelidir. Türkiye dışında daha pek çok ülke iktibas yoluna gitmiştir. Örneğin, Fransız Medenî Kanunu, aynen veya kısmen değiştirilmek suretiyle, İtalya, Belçika, İspanya, Hollanda, Romanya ve birçok Güney Amerika ülkesinde kabul edilmiştir[57]. Keza Alman Medenî Kanunu eski Çin ve Japonya tarafından bazı değişikliklerle iktibas edilmiştir[58]. Yeni bir alanın orijinal bir çalışmayla tedvin edilmesi, on yıl, yirmi yıl gibi uzun bir zaman almakta ve disiplinli bir ekip çalışması gerektirmektedir. Dahası bu şekilde hazırlanan bir kanunun kabulü için de ülkede büyük siyasî istikrara ihtiyaç vardır. Böyle bir tedvin hazırlığı içinde ülkede siyasî iktidar değişirse bu hazırlık da muhtemelen sonuçsuz kalacaktır. İktibas ise birkaç ayda gerçekleştirilebilir. Tedvin ile iktibas arasındaki fark ideolojik olmaktan çok pratiktir. Disiplinli ve enerjik çalışma komisyonları ve istikrarlı hükûmetler olmaksızın bir tedvin faaliyetini sonuçlandırmak mümkün değildir. Ülkemizin bu alandaki kusuru, kendi ihtiyaçlarımıza göre kanun yapma ideolojisinin yokluğu değil, Ahmet Cevdet Paşa örneğindeki gibi disiplinli ve enerjik hukukçuların ve istikrarlı hükûmetlerin yokluğudur.

Cumhuriyet dönemi iktibasları konusunda belirtmek gerekir ki, bu iktibasların önemi, bazen övmek, bazen de yermek amacıyla zaman zaman abartılmaktadır. Her şeyden önce iktibas, Cumhuriyet yönetiminin keşfettiği bir şey değildir. Tanzimattan sonra Osmanlı İmparatorluğu her çeşit iktibası tanımıştır. Yukarıda gördüğümüz gibi Türkiye'de ilk iktibas, 1840'ta yapılmıştır. Zaten Cumhuriyet dönemine gelindiğinde, medenî hukuk dışında, başta ceza hukuku, ticaret hukuku, usûl hukukları olmak üzere her alan yabancı ülkelerden iktibas edilmiş kanunlarla düzenlenmişti. Cumhuriyet yönetiminin devrimci saikle ilga ettiği kanunlar, Mecelle dışında, yine yabancı kanunlardır. Genelde Osmanlı döneminde iktibas edilmiş Fransız kanunları, Cumhuriyet döneminde ilga edilmiş, yerlerine Alman, İtalyan ve İsviçre kanunları iktibas edilmiştir. Mecelle de baştan ilga edilmek istenmemiş, geliştirilmesi için Cumhuriyetin ilk yıllarında encümenler kurulmuş, ancak bu encümenler çalışmalarında başarısız kalınca medenî hukuk alanında da iktibasa gidilmesi düşüncesi galip çıkmıştır. Özetle Cumhuriyet dönemi kanunlaştırmaları, Türk kanunlaştırma hareketleri bakımından bir başlangıç değildir; Tanzimatla başlamış bir sürecin kendini geliştirerek devamıdır. ■

57. Bilge, *op. cit.*, s.97. 58. *Ibid.*, s.97.

Bölüm 12
HUKUK KURALLARININ ÇEŞİTLERİ

Bibliyografya.- Bilge, *op. cit.*, s.64-70; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.19-22; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.51-58; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.61-63; Yılmaz Aslan, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1991, s.35-38; Ataay, *op. cit.*, s.179-186; Edis, *op. cit.*, s.146-160; Esener, *op. cit.*, s.6-10; Şafak, *op. cit.*, s.39-44.

PLÂN:
I. Emredici Hukuk Kuralları
II. Tamamlayıcı Hukuk Kuralları
III. Yorumlayıcı Hukuk Kuralları
IV. Tanımlayıcı Hukuk Kuralları

Hukuk kuralları nitelikleri bakımından dörde ayrılmaktadır: Emredici, tamamlayıcı, yorumlayıcı, tanımlayıcı hukuk kuralları.

I. EMREDİCİ HUKUK KURALLARI

Emredici hukuk kuralları (ahkâm-ı amire, amir hükümler, *dispositions impératives*), kendilerine mutlak surette uyulmaları gereken hukuk kurallarıdır[1]. Bireyler bu kuralların aksine anlaşma yapamazlar. Kendi iradeleriyle bu kuralları bertaraf edemezler. Kendi davranışlarını bu kurallara uydurmak zorundadırlar. Bireylere bu alanda irade serbestisi tanınmamıştır[2].

Kanunda yer alan bir hükmün emredici olup olmadığı çok defa o hükmün ifadesinde açıkça anlaşılabilir. Emredici hükümlerde "mükelleftir", "yükümlüdür", "geçersizdir", "yapamaz", "edemez", "olunamaz", "hükümsüzdür", "yasaktır", "memnudur", "mecburdur" gibi kesin ifadeler kullanılır. Örneğin Türk Medenî Kanununun 129'uncu maddesi uyarınca "amca, dayı, hâlâ ve teyze ile yeğenleri arasında" evlenmek yasaktır. "Yasaktır" ifadesini içerdiği için bu hükmün emredici nitelikte olduğu kolayca anlaşılmaktadır. Gerçekten de bu hüküm emredicidir. Aksini taraflar kendi aralarında kararlaştıramaz. Emredici hukuk kurallarına birkaç örnek daha verelim: Medenî Kanun, m.124: "Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça etmedikçe evlenemez". Medenî Kanun, m.47/2: "Amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz".

1. Ataay, *op. cit.*, s.180.
2. Edis, *op. cit.*, s.146; Ataay, *op. cit.*, s.180; Bilge, *op. cit.*, s.65

A. EMREDİCİ HUKUK KURALLARININ KONULUŞ NEDENLERİ[3]

Emredici hukuk kurallarının konuluş nedenleri, kamu düzeni, genel ahlâk ve adap ile zayıfların korunması düşüncesidir[4].

Kamu düzeni kavramı tanımlanması zor bir kavramdır. Ancak genel bir şekilde, belli bir toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını korumak düşüncesiyle konulan kuralların kamu düzenine ilişkin kurallar olduğu söylenebilir[5]. Örneğin tek eşliliğe ilişkin kural bir kamu düzeni kuralıdır. Cumhuriyetle kurulan yeni toplum düzeninin temel yapısını ilgilendirir.

Emredici hukuk kurallarının bir konuluş nedeni de *genel ahlâk ve adap* düşüncesidir. Genel ahlâk ve adabı tanımlamak güçtür. Ancak genel bir şekilde, toplumun düzen ve devamı için uyulması zorunlu görülen ahlâk kurallarının bütünüdür şeklinde tanımlanabilir[6]. Örneğin amca, hala, teyze ile evlenmeyi yasaklayan Medenî Kanunun 129'uncu maddesinin temelinde genel ahlâk ve adap düşüncesi yatar.

Emredici hukuk kurallarının diğer bir konuluş nedeni de *zayıfların korunması düşüncesi*dir. Örneğin temyiz kudretine sahip olmayan kişilerin yaptıkları hukukî işlemlerin geçersiz olacağına ilişkin kuralın (MK, m.15), evlat edinmeye hâkimin izin vereceği yönündeki kuralın (MK, m.312) temelinde hep zayıfların korunması düşüncesi yatar.

B. EMREDİCİ HUKUK KURALLARININ MÜEYYİDELERİ[7]

Emredici hukuk kuralları yokluk ve butlan gibi ağır müeyyidelere bağlanmıştır. Yokluk ve butlanın ne olduğunu, çeşitlerini ileride "müeyyide" konusunun işlendiği 18'inci bölümde inceleyeceğiz. Bu nedenle burada çok kısa bir bilgi verilmiştir.

Yokluk, bir işlemin hiç teşekkül etmemiş sayılmasıdır. Örneğin Medeni Kanunun 141'inci maddesine göre evlenme resmî evlendirme memuru huzurunda yapılır. Bu emredici bir hukuk kuralıdır. Zira kamu düzenine ilişkindir. Aksi de kararlaştırılamaz. Buna aykırı yapılan bir evlenme, örneğin imamın kıydığı nikâh, emredici hukuk kuralına aykırıdır; dolayısıyla böyle bir evlilik yoklukla malûldür. Hiç yapılmamış sayılır. Böyle bir evlenmeden meydana gelen çocuk nesepsizdir[8].

---

3. Edis, *op. cit.*, s.148-152; Bilge, *op. cit.*, s.67-68.
4. Edis, *op. cit.*, s.148.
5. *Ibid.*, s.149.
6. *Ibid.*, s.151.
7. Edis, *op. cit.*, s.152-160; Bilge, *op. cit.*, s.65-68.
8. Bilge, *op. cit.*, s.66.

Butlan, bir hukukî işlemin batıl olması, yani geçersiz olması, diğer bir ifadeyle iptal edilebilir olması demektir. Kanunun emredici hükümlerine aykırı olan işlemler butlan ile malûldür. Örneğin amca, hala ile evlenme yasağının yukarıda bir emredici hüküm olduğunu gördük. Eğer buna rağmen, her nasılsa bir kız ile amcası evlenmişse, bu evlilik butlan ile malûldür. Kendiliğinden yok sayılmaz. Böyle bir durumda Cumhuriyet Savcısı evliliğin iptal edilmesi için re'sen dava açar (MK, m.146).

II. TAMAMLAYICI HUKUK KURALLARI[9]

Tamamlayıcı hukuk kuralları, tarafların serbest iradeleri ile bir hususu *düzenlemedikleri* takdirde uygulanacak olan hukuk kurallarıdır. Örneğin Medeni Kanunumuzun 202'nci maddesi tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Zira bu maddeye göre "eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler". Bu madde karı kocaya kendi serbest iradeleriyle bir sözleşme yaparak diğer mal rejimlerini seçebilme hakkını vermektedir. Ancak karı koca böyle bir seçim yapmamışlarsa, doğan boşluk, Medenî Kanunun 202'nci maddesi ile tamamlanır. Buna göre ise aralarında "edinilmiş mallara katılma rejimi" uygulanır.

Görüldüğü gibi taraflar, tamamlayıcı hukuk kurallarının aksine sözleşme yapabilir. Ama eğer böyle bir sözleşme yapmamışlarsa doğan boşluk tamamlayıcı hukuk kuralları ile doldurulur. Diğer bir ifadeyle, bu durumlarda ilk önce tarafların iradesine, sonra ise kanuna bakılır. Bu nedenle tamamlayıcı hukuk kurallarına "yedek" hukuk kuralları da denir.

Kanundaki bir kuralın tamamlayıcı nitelikte olup olmadığını çoğu zaman onun ifade şekline bakarak anlayabiliriz. Tamamlayıcı hukuk kurallarında çoğu zaman "hilafına hüküm bulunmadıkça", "aksi kararlaştırılmadıkça", "hilafı şart edilmedikçe", "hilafına mukavele yoksa" gibi ifadeler geçer.

III. YORUMLAYICI HUKUK KURALLARI[10]

Yorumlayıcı hukuk kuralları, bireylerin birkaç anlama gelebilen beyan ve hareketlerinin hangi anlama geldiğini saptayan hukuk kurallarıdır. Örneğin taraflar arasında yapılan bir sözleşmede "ayın ortası" terimi kullanılmışsa, bundan ne anlaşılacaktır? Ayın 14'ü mü, 15'i mi yoksa 16'sı mı? 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun 91'inci mad-

9. Bilge, *op. cit.*, s.68-69; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.21; Atar *et alii, op. cit.*, s.53; Gözübüyük, *Hukuk Giriş, op. cit.*, s.61-62; Aslan, *op. cit.*, s.37; Ataay, *op. cit.*, s.182; Edis, *op. cit.*, s.157.
10. Bilge, *op. cit.*, s.69-70; Güriz, *op. cit.*, s.21-22; Atar *et alii, op. cit.*, s.54-55; Gözübüyük, *op. cit.*, s.61-62; Aslan, *op. cit.*, s.37; Ataay, *op. cit.*, s.182; Edis, *op. cit.*, s.158-159.

desine göre "borcun ifası için bir ayın başlangıcı veya sonu belirlenmişse, bundan ayın birinci ve sonuncu günü; ayın ortası belirlenmişse, bundan da ayın onbeşinci günü anlaşılır". İşte 6098 sayılı Borçlar Kanununun 91'inci maddesinin bu hükmü bir yorumlayıcı hukuk kuralıdır. Aynı Kanunda yorumlayıcı hukuk kurallarına başka örnekler de vardır. Örneğin adı geçen Kanunun 92'nci maddesine göre "gün olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün sayılmaksızın, bu sürenin son günü dolmuş olur. Sekiz veya onbeş gün olarak belirlenmiş süre ise, bir veya iki haftayı değil, tam sekiz veya onbeş günü ifade eder. Hafta olarak belirlenmiş süre, son haftanın sözleşmenin kurulduğu güne ismen uyan gününde dolmuş olur. Ay olarak veya yıl, yarıyıl ve yılın dörtte biri gibi birden çok ayı içeren bir zaman olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün ayın kaçıncı günü ise, son ayın bunu karşılayan gününde dolmuş olur. Son ayda bunu karşılayan gün yoksa süre, bu ayın son günü dolmuş sayılır. Yarım aydan onbeş günlük süre anlaşılır. Bir veya birden çok ay ve yarım ay olarak belirlenmiş sürenin dolduğu gün, son aya onbeş gün eklenerek belirlenir".

Yorumlayıcı hukuk kuralları ile tamamlayıcı hukuk kuralları zorunlu olmamaları bakımından birbirlerine benzer. Ancak, birbirlerinden farklıdır. Tamamlayıcı hukuk kuralları belirli bir hususun taraflarca *hiç* kararlaştırılmamış olması hâlinde uygulanır. Buna karşılık yorumlayıcı hukuk kuralları, taraflarca kararlaştırılmış, ama anlamı belirsiz olan hususlarda uygulanır.

IV. TANIMLAYICI HUKUK KURALLARI[11]

Tanımlayıcı hukuk kuralları bir hukukî kavram veya kurumun ne anlama geldiğini belirten kurallardır. Örneğin Medenî Kanunun 118'inci maddesinde nişanlanma tanımlanmıştır. Buna göre "nişanlanma evlenme vaadiyle olur". Keza Borçlar Kanununda akdin çeşitli türleri tanımlanmıştır. Keza Medenî Kanunun 19'uncu maddesinde "yerleşim yeri (ikametgah)" kavramı tanımlanmıştır: "Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir".

Yorumlayıcı hukuk kuralları ile tanımlayıcı hukuk kuralları birbirine benzemektedir. Ama birbirlerinden farklıdır. Yorumlayıcı hukuk kuralları tarafların kullandıkları kelimelerin anlamını tespit eder. Oysa tanımlayıcı hukuk kuralları kanunda geçen bir hukukî kurumun anlamını belirtir. ■

11. Bilge, *op. cit.*, s.70; Güriz, *op. cit.*, s.20; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.55-56; Gözübüyük, *op. cit.*, s.62; Aslan, *op. cit.*, s.37-38; Edis, *op. cit.*, s.159-160.

Bölüm 13
HUKUK KURALLARININ YER VE ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Bibliyografya.- Bilge, *op. cit.*, s.171-176; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.126-129, 131; Atar *et alii, op. cit.*, s.74-81; Ataay, *op. cit.*, s.157-186; Gözübüyük, *op. cit.*, s.64-69; Du pasquier, *op. cit.*, s.224-250; Şafak, *op. cit.*, s.52-55; Özsunay, *op. cit.*, s.177-180; Keyman, *Hukuka Giriş*, 1997, *op. cit.*, s.36-46; Edis, *op. cit.*, s.160-173; Du Pasquier, *op. cit.*, s.232-250.

PLÂN:

I. Hukuk Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması
   A. Mülkilik (Ülkesellik, Yersellik) İlkesi
   B. Şahsilik (Kişisellik) İlkesi
II. Hukuk Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması
   A. Kanunların Yürürlüğe Girmesi
   B. Kanunların Yürürlükten Kalkması
   C. Kanunların Geçmişe Uygulanması Sorunu
      1. Kural: Kanunların Geçmişe Uygulanmaması İlkesi
      2. Kanunların Geçmişe Uygulanmaması İlkesinin İstisnaları
III. Kanunların Geçmişe Uygulanması Sorunu Hakkında Klasik Teori
   A. Kural: Kanunların Geçmişe Uygulanmaması İlkesi
   B. Kanunların Geçmişe Uygulanmaması İlkesinin İstisnaları
      1. Özel Hukuk Alanında: Kamu Düzeninden Kaynaklanan İstisnalar Olabilir
      2. Ceza Hukuku Alanında: Failin Lehine Olan Kanun Geçmişe Uygulanır
      3. Muhakeme Hukuku Alanında: Derhâl Yürürlük İlkesi Geçerlidir

Hukuk kurallarının önce yer bakımından sonra da zaman bakımından uygulanmasını görelim:

I. HUKUK KURALLARININ YER BAKIMINDAN UYGULANMASI[1]

Genelde "hukuk kuralları", özelde "kanunlar" hangi yerde, yani coğrafî alanda uygulanacaktır? Normalde bu sorunun çok basit bir cevabı olduğu söylenebilir. Kanun, hangi devlet tarafından çıkarılmış ise o devletin topraklarında, yani ülkesinde uygulanacaktır. Ancak bu konuyu biraz daha detaylı olarak görmek gerekir. "Kanunların yer bakımından uygulanması (*territorial application of laws*)"nda "mülkîlik ilkesi" ve "şahsîlik ilkesi" olmak üzere iki ilke vardır:

1. Bilge, *op. cit.*, s.171-172; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.131; Ataay, *op. cit.*, s.157-158; Gözübüyük, *op. cit.*, s.64-65; Du pasquier, *op. cit.*, s.224-230; Şafak, *op. cit.*, s.52.

A. MÜLKÎLİK (ÜLKESELLİK, YERSELLİK) İLKESİ

"Mülkîlik (ülkesellik, yersellik) ilkesi (*principle of territoriality*)"ne göre kanun, ülkenin sınırları içinde bulunan yerli veya yabancı herkese uygulanır. Diğer bir ifadeyle devletin ülkesi içinde bulunan herkes, o devletin hukukuna tabidir. Kural olarak, *kamu hukuku alanında* kanunların mülkîliği ilkesi geçerlidir[2]. Örneğin ceza hukuku alanında bu böyledir. Belli bir ülkenin sınırları içinde suç işleyen kişi, ister vatandaş olsun, ister yabancı olsun, sınırları içinde suçu işlediği devletin ceza kanunlarına göre yargılanır. Örneğin 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununun 8'inci maddesine göre, Türkiye'de suç işleyen kimse Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Ancak bu konuda, diplomatik muafiyetlerde olduğu gibi istisnalar vardır[3].

B. ŞAHSÎLİK (KİŞİSELLİK) İLKESİ

"Milliyet ilkesi (*principle of nationality*)" de denen "şahsîlik (kişisellik) ilkesi (*personality principle*)"ne göre ise, bir devletin vatandaşı yabancı ülkede bulunsa bile yine vatandaşı olduğu devletin kanunlarına tâbidir. Buna göre kişi nereye giderse gitsin vatandaşlığını taşıdığı devletin hukuku onu takip eder. Şahsîlik ilkesi kamu hukuku alanında değil, özel hukuk alanında geçerli olabilen bir ilkedir[4]. Medenî hukukun kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku alanlarında daha ziyade şahsîlik ilkesinin geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Yani kişi yabancı ülkede de olsa, örneğin kişilik, ehliyet, isim, hısımlık, nişanlanma, evlenme, boşanma, velayet, vesayet, nafaka, mirasçılık gibi sorunlar kendi ülkesinin kanunlarına göre çözümlenir[5]. Ancak şahsîlik ilkesinin özel hukuk alanında mutlak olarak geçerli olduğu söylenemez. Örneğin bina, arsa gibi taşınmaz mallarla ilgili uyuşmazlıklarda genellikle şahsîlik ilkesi değil, mülkîlik ilkesi, yani taşınmazın bulunduğu ülkenin hukuku uygulanır. Ancak bu alanda da birçok istisnalar, özel düzenlemeler mevcuttur. Özel hukuk ilişkileri alanında mülkîlik ilkesinin mi, yoksa şahsîlik ilkesinin mi uygulanacağının saptanması oldukça güç ve karmaşık bir sorundur. Bu konuda çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi esas itibarıyla devletler özel hukukunun kanunlar ihtilafı ve milletlerarası usûl hukukunun alanına girer.

---

2. Bilge, *op. cit.*, s.171; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.132.
3. Ceza hukuku kurallarının yer ve şahıs bakımından uygulanması için bkz. Dönmezer ve Erman, *op. cit.*, s.219-287.
4. Bilge, *op. cit.*, s.171; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.132.
5. Yukarıda örnek olarak sayılan konularda kişinin kendi ülkesinin kanunu bulunduğu ülkenin kamu düzeniyle çakışıyorsa şahsîlik ilkesi uygulanamaz. Örneğin bir Suudi Arabistan vatandaşı Türkiye'de birden fazla kadınla evlenemez.

II. HUKUK KURALLARININ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI[6]

Kanunlar ne zaman yürürlüğe girmekte, ne zaman yürürlükten kalkmaktadır? Keza belirli bir tarihte yürürlüğe giren kanun, yürürlüğe girdiği tarihten önceki olay ve durumlara uygulanabilir mi? İşte bu gibi sorunlara cevap verebilmek için "kanunların zaman bakımından uygulanması (*application of laws in terms of time*)" konusunda bilgi sahibi olmak gerekir.

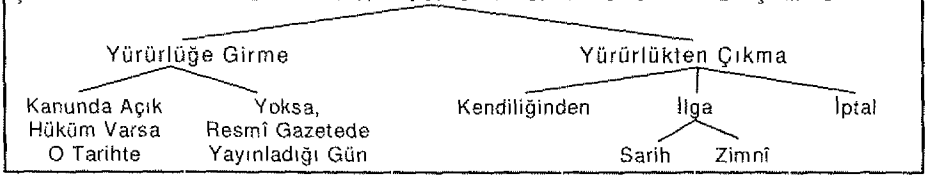
Öncelikle belirtelim ki, "geçerlilik (*muteberiyet, validity, validité*)" ile "yürürlük (*meriyet, vigueur, effect*)" farklı kavramlardır. Bir kanunun geçerli olabilmesi için, yasama organı gibi yetkili bir organ tarafından "kabul edilmesi (*adoption*)" ve devlet başkanı gibi bir makam tarafından "ısdar (*promulgation*)" edilmesi ve resmî gazetede "yayınlanması (*publication*)" gerekir. Yasama organı tarafından kabul edilen ve devlet başkanı tarafından ısdar edilip resmî gazetede resmen yayınlanan, yani neşir ve ilân olunan kanun geçerlidir; yani hukuk âleminde vardır. Ama bu kanunun uygulanabilmesi için ayrıca *yürürlüğe girmesi* de gerekir. Yürürlüğe girmemiş bir kanun, geçerlidir ve hukuken vardır; ama henüz uygulanamaz. Bunun için bu kanunun yürürlüğe girmesi de gerekir.

Not: Bir kanunun kabul edildiği tarih, resmî gazetede yayınlandığı tarih ve yürürlüğe girdiği tarih farklı olabilir. Örneğin 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu 11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilmiş ve 4 Şubat 2011 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Ama bu Kanun kendi hükmü gereği 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre 4 Şubat 2011 tarihi itibarıyla yeni Türk Borçlar kanunu geçerlidir. Ama 1 Temmuz 2012 tarihine kadar yürürlüğe girmediği için muhataplarını bağlamaz.

O hâlde kanunların uygulanabilmesi için öncelikle kanunların "yürürlükte olması (*to be in effect, être en vigueure*)" gerekir. Bir kanunun yürürlükte olması için de kanunun "yürürlüğe girmiş" ve "yürürlükten çıkmamış olması" gerekir. Dolayısıyla burada öncelikle kanunların "yürürlüğe girmesi)"ni ve "yürürlükten çıkması"nı görmemiz gerekir.

Bu konuda yapacağımız açıklamaları önce bir şema hâlinde gösterelim:

ŞEMA 13.1: KANUNLARIN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ VE YÜRÜRLÜKTEN ÇIKMASI



6. Bilge, *op. cit.*, s.172-176; Özsunay, *op. cit.*, s.177-180; Keyman, *Hukuka Giriş*, 1997, *op. cit.*, s.36-46; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.126-129; Edis, *op. cit.*, s.160-173; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.73-81; Ataay, *op. cit.*, s.157-186; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.64-69; Du Pasquier, *op. cit.*, s.232-250; Şafak, *op. cit.*, s.53-55.

A. KANUNLARIN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ

Hukuk kurallarının uygulanabilmesi için, sadece yetkili organ tarafından kabul edilmeleri yetmez; bunların "yürürlüğe girmesi (*entrée en vigueure, entry into effect*)" de gerekir.

İlgilisine Duyurulma.- Bir hukukî işlemin yürürlüğe girebilmesi için onun "ilgililerine duyurulması" gerekir. İlgililere duyurma, tebliğ veya yayın olmak üzere iki değişik şekilde olur[7].

Tebliğ.- "Tebliğ (*notification*)", bir hukukî işlemin kişisel olan bir şekilde ilgililere duyurulması işlemidir[8]. Tebliğ işlemi, hukukî işlemin metninin ilgiliye elden verilmesi, klasik veya şartlarına uygun olarak elektronik posta yoluyla gönderilmesi suretiyle olur. Tebliğin ispatı için, ilgili kişiye işlemin metnini aldığı yolunda bir kâğıda imza attırması veya gönderdiği postanın ulaştığını kanıtlaması gerekir. Türkiye'de tebligat, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre olur. Bireysel işlemin yürürlüğe girebilmesi için sadece ilgililerine tebliğ edilmesi yeterli olabilir. Zira bir bireysel işlemin bir veya birkaç kişiden ibaret muhatabı vardır. Bunların bilgisine sunulması için işlemin binlerce kişinin göreceği şekilde gazetelerde yayınlanmasına gerek yoktur.

Yayın.- "Yayın (*publication*)", hukukî işlemlerin kişisel olmayan bir şekilde ilgililere duyurulması işlemidir[9]. Diğer bir ifadeyle, yayın, bir hukukî işlemin belirsiz sayıdaki kişilerin bilgisine sunulmasına imkân veren bir işlemdir. Yayın çok değişik usûllerle gerçekleştirilebilir[10]. Genellikle yayın, yayınlanacak metnin Resmî Gazete gibi bir dergi veya gazetede basılıp dağıtılması suretiyle olur[11]. Bazen yayın, "ilân" yoluyla olur. Yani, hukukî işlemin metni alenî bir panoya asılır. Metinin internet ortamında ilgililerinin bilgisine sunulması da mümkündür ve şartları var ise "yayın" hükmündedir.

Her hâlükârda bir kuralın yürürlüğe girebilmesi için onun ilgililer tarafından bilinebilecek durumda olması gerekir. Muhataplarının bilgisine sunulmamış bir kuralın yürürlüğe girdiği söylenemez. Aksi takdirde hukuk güvenliği ilkesi zedelenir. Kaldı ki, hukuk kurallarının yayınlanma ihtiyacı, bizatihi hukuk kuralının mahiyetinden kaynaklanır. Çünkü hukuk kuralı, yukarıda gördüğümüz gibi muhataplarına yöneltilmiş bir emir, yasak veya izindir. Muhatapları davranışlarını bu emre, yasağa ve izne göre ayarlayabilmeleri için her şeyden önce bu emrin, bu yasağı ve bu iznin ne olduğunu bilmeleri gerekir. Bunları bilmeden muhatap, nasıl olacak da davranışlarını hukuk normuna uyduracak? O nedenle gizli hukuk olmaz. Gizli olan bir emir, mu-

7. İlgililere duyurma, yayın ve tebliğ kavramları için bkz.: Gözler Kaplan, *İdare hukuku,t op. cit.*, s.379-382.
8. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.206.
9. *Ibid.*
11. Vedel ve Delvolvé, *op. cit.*, c.I, s.296; Auby ve Drago, *op. cit.*, c.I, s.787.

hatabının bilgisine ulaştırılmamış bir şey, bir hukuk kuralı değildir. O nedenle kanun, kararname, yönetmelik vb. hukuk kurallarının yürürlüğe girebilmelerinin birinci şartı, muhataplarının bilgisine ulaştırılmasıdır.

Türkiye'de Resmî Gazetede Yayın.- Anayasamızın 89'uncu maddesi, *kanunların* Cumhurbaşkanı tarafından yayınlanmasını öngörmekte, ama kanunların hangi araç ile yayınlanacaklarını belirtmemektedir[12]. Bununla birlikte, yayınlamanın Resmî Gazetede yapılacağı, Anayasanın, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma süresini düzenleyen 151'inci maddesinden anlaşılmaktadır.

Anayasamızın 104'üncü maddesinin yirmibirinci fıkrasından *Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin*, 119'uncu maddesinin altıncı fıkrasından da olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Resmî Gazetede yayınlanmaları gerektiği anlaşılmaktadır.

Keza 15 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4'üncü maddesine göre kanunların, TBMM İçtüzüğünün, milletlerarası andlaşmalar ve sözleşmelerin, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Resmî Gazetede yayınlanmaları gerekir.

Yönetmeliklerin yayınlanması konuda öncelikle ikili bir ayrım yapmak gerekir. Cumhurbaşkanı yönetmeliklerinin Resmî Gazete yayınlanmaları şarttır. Zira Anayasamızın 104'üncü maddesinin yirmibirinci fıkrasında yer alan "yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, *Resmî Gazetede* yayımlandıkları gün yürürlüğe girer" şeklindeki hükümden Cumhurbaşkanı yönetmeliklerinin Resmî Gazetede yayınlanmalarının zorunlu olduğu sonucu çıkar.

Buna karşılık, Bakanlıkların ve kamu tüzel kişilerinin çıkaracağı her yönetmeliğin Resmî Gazete yayınlanması şart değildir. Hangi yönetmeliğin Resmî Gazetede yayınlanacağı 24 Mayıs 1984 tarih ve 3011 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanunla tespit edilmiştir. Bu Kanunun 1'inci maddesine göre "Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin; a) işbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen, b) kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan, c) kamuyu ilgilendiren yönetmelikler Resmi Gazete'de yayımlanır. Ancak, milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmelikler yayımlanmaz". 3011 sayılı Kanunun 1'inci maddesinden "milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan" Cumhurbaşkanı yönetmeliklerinin Resmî Gazete yayınlanmayacağı sonucu çıkmaktadır. Bu hüküm kanımızca Anayasamızın 104'üncü maddesinin yirmibirinci fıkrasına aykırıdır.

---

12. Teziç, *Anayasa Hukuku, op. cit.*, 2016, s.55.

Bir yönetmelik, Resmî Gazetede yayınlanması gerektiği hâlde yayınlanmamışsa hukuka aykırıdır[13]. 3011 sayılı Kanun, mahallî idareler (il özel idareleri, belediyeler) tarafından çıkartılacak olan yönetmeliklerin "mahallinde çıkan gazete veya diğer yayın yolları ile ilân" olunmasını öngörmektedir.

Yürürlüğe Giriş Tarihi.- Kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler Resmî Gazetede yayın şartını yerine getirdikten sonra ne zaman yürürlüğe girerler? Bu soruya 15 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 7'nci maddesinde şu şekilde cevap verilmiştir:

> "Kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler ile diğer düzenlemeler, ayrıca bir yürürlük tarihi belirtilmemiş ise Resmî Gazete'de yayımlandığı gün yürürlüğe girer".

Buna göre, bir kanunun (keza bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya bir yönetmeliğin) hangi tarihte yürürlüğe gireceği konusunda o kanunun metninde açık hüküm olabilir ya da olmayabilir. Kanunun kendi metninde hüküm var ise, kanun o tarihte yürürlüğe girer. Örnekler: "İşbu kanun yayını tarihinde yürürlüğe girer"; "işbu kanun yayını tarihinden ... ay sonra yürürlüğe girer" veya "işbu kanun ... tarihinde yürürlüğe girer". 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 648'inci maddesine göre "bu Kanun, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girer". Kanun metninde yürürlüğe gireceği tarih hakkında bir hüküm yok ise, kanun, 15 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 7'nci maddesi uyarınca Resmî Gazete yayınladığı gün yürürlüğe girer.

Tarihsel Bilgi.- 23 Mayıs 1928 tarih ve 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Suret-i Neşir ve İlânı ve Meriyet Tarihi Hakkındaki Kanunun 3'üncü maddesine göre kanun, Resmî Gazetede yayınlandığı günü izleyen günden itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girerdi. Örneğin kendi yürürlük tarihini kendisi saptamayan bir kanun 1 Ekim 2017 günü Resmî Gazetede yayınlanmış ise bu kanun 16 Kasım 2017 tarihinde yürürlüğe girerdi. Süre şöyle hesaplanırdı. Yayımlandığı gün (1 Ekim) sayılmaz. 2 Ekim'e "bir" diyerek 45 gün parmak hesabıyla sayılır. 45'inci gün 15 Kasım'a gelir. Kanun 16 Kasım saat 00.01'de yürürlüğe girerdi.

B. KANUNLARIN YÜRÜRLÜKTEN KALKMASI

"Kanunların yürürlükten kalkması (*sortie de vigueure, to cease to have effect*)" çok çeşitli yollarla olmaktadır.

1. Kendiliğinden Yürürlükten Kalkma

Bazı kanunların bizzat kendisi ne kadar süre ile yürürlükte kalacağını açıkça belirtmiş olabilir. Bu durumda kanunda belirtilen sürenin bitimi ile başka bir işleme gerek kalmaksızın o kanun kendiliğinden yürürlükten kal-

13. Günday, *op. cit.*, s.107.

kar[14]. Örneğin evlilik dışı birleşmelerden doğan çocukların cezasız tescili hakkında çeşitli tarihlerde çıkarılan kanunlar böyledir[15]. Belirli süre içinde bir defa uygulanmışlardır. Keza Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunun ilk şekline göre, "bu kanun neşri tarihinden itibaren üç sene muteberdir". 1960 tarihli ve 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun, kendisinin beş yıl süre ile uygulanacağını belirtmiştir. İşte bu gibi kanunlar belirtilen sürenin dolmasıyla kendiliğinden ortadan kalkar. Bütçe Kanunları da bu çeşittir; bir yıl için çıkarılır. 2018 yılı Bütçe Kanunu 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girer ve 31 Aralık 2018 gününün bitiminde kendiliğinden yürürlükten kalkar.

2. Başka Bir Kanunla Yürürlükten Kaldırma: İlga

Yürürlüğe giren yeni bir kanun, eski bir kanunu yürürlükten kaldırabilir. Buna hukuk dilinde "ilga (*repeal, abrogation*)" denir. İlga, kanun koyucunun mevcut bir kanunun geçerliliğine son vermek konusunda açıkladığı bir iradedir[16]. İlga etme yetkisi, ilga edilen kuralı koyan organa veya onun üstünde yer alan organa aittir. Örneğin bir bakanlık yönetmeliği onu koyan bakanlık tarafından; kanunlar yasama organı tarafından ilga edilebilir. Anayasayı ilga etme yetkisi, devrim, hükümet darbesi gibi olağanüstü durumlarda ortaya çıkan hukuk dışı nitelikte olan kendisine "aslî kurucu iktidar" denen iktidara aittir. Her organ kendi düzeyindeki normları ilga edebileceği gibi, normlar hiyerarşisinde kendi altında yer alan normları da ilga edebilir. Örneğin kurucu iktidar bir önceki anayasayı ilga edebileceği gibi, istediği kanunları da ilga edebilir. Keza kanun koyucu (yasama organı, TBMM) kanunları ilga edebileceği gibi, bir tüzüğü veya yönetmeliği de ilga edebilir. Bir kanunun ilgası "sarih" ve "zımnî" olmak üzere iki değişik şekilde olabilir:

a) Sarih İlga.- "Sarih ilga (açık kaldırma, *explicit abrogation*)" mevcut bir kanunun geçerliliğine son vermek konusunda kanun koyucu tarafından açıkça belirtilen kesin iradedir. Genelde yeni bir kanun sonunda ayrı bir madde olarak belirtilir: "Bu kanununun yürürlüğe girmesiyle filan kanun yürürlükten kalkar". Örneğin 22 Kasım 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 1028'inci maddesine göre, "17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi yürürlükten kaldırılmıştır". Sarih ilga durumunda, ilga eden kanun yürürlüğe girince mülga (ilga edilen) kanun yürürlükten kalkar.

b) Zımnî İlga.- "Zımnî ilga (üstü örtülü kaldırma, *implicit abrogation*)", mevcut bir kanunun geçerliliğine son vermek konusunda kanun koyucunun açıkça dile getirilmeyen iradesinden kaynaklanan ilgadır. Bazen yeni çıkan kanunlar, hangi kanunları açıkça ilga ettiklerini belirtmez. Ancak bu hâlde

14. Edis, *op. cit.*, s.163; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.78; Gözübüyük, *op. cit.*, s.66.
15. Edis, *op. cit.*, s.163.
16. Bekaert, *op. cit.*, s.246.

dahi yeni çıkan kanun hükümleriyle çelişen eski kanunun hükümlerinin yürürlükten kalktığı kabul edilir. Zira aynı hukuk düzeninde, birbiriyle çatışan iki hukuk kuralı aynı zamanda yürürlükte olamaz.

3. Anayasa Mahkemesinin Kararıyla Yürürlükten Kaldırma: İptal

Anayasamıza göre Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevlidir. İşte Anayasa Mahkemesi, bir kanunun anayasaya aykırı olduğu kanısına varırsa, o kanun hakkında "iptal (*annulment*)" kararı verir. Anayasamızın 153'üncü maddesine göre, iptal kararları Resmî Gazetede yayınlandığı tarihte iptal edilen kanun yürürlükten kalkar. Gereken hâllerde Anayasa Mahkemesi, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayınlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

KUTU 13.1: *Abrogata lege abrogante non revivíscit lex abrogata*
(İlga Eden Kanunu İlga Etmek, İlga Edilmiş Kanuna Tekrar Hayat Vermez)

Acaba bir kanunu ilga eden kanun daha sonra ilga edilirse, ilk ilga edilen kanun kendiliğinden yürürlüğe girer mi? Bu soruya olumsuz cevap verilmiştir. Bir kanunu ilga eden kanun, başka bir kanunla ilga edilirse, ilk kanun tekrar yürürlüğe girmez. Bu kural, şu özdeyişle ifade edilmiştir: *Abrogata lege abrogante non revivescit lex abrogata* (İlga eden kanunu ilga etmek, ilga edilmiş kanuna tekrar hayat vermez). Aynı yönde Mecellenin 51'inci maddesinde de "sakıt olan şey avdet etmez. Yani giden geri gelmez" denmektedir. Çünkü ilga eden norm yürürlüğe girince ilga ettiği norm yürürlükten kalkar. Tabir caiz ise ölür. Ölmüş bir normu diriltmenin bir yolu yoktur. Bu normu öldüren normu öldürmek, öldürülen norma hayat vermez. Zira o normun geçerliliği çoktan sona ermiştir. Böyle bir norm hukuken yoktur. Eğer ilga edilmiş ilk normun düzenlediği davranış tekrar emredilmek isteniyorsa yapılması gereken şey, ilga eden normu ilga etmek değil, ilga edilen norm ile aynı içerikte bir ikinci norm koymaktır[17].

Keza aynı şey Anayasa Mahkemesinin iptal kararları için de söylenebilir. Bir kanunu ilga eden bir kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi, ilga edilen ilk kanunun tekrar yürürlüğe girmesine yol açmaz.

Örnek.- 28 Temmuz 1967 tarih ve 931 sayılı İş Kanunu, 8 Haziran 1938 tarih ve 3008 sayılı İş Kanununu ilga etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 14 Mayıs 1970 tarih ve K.1970/26 sayılı Kararıyla[18] 28 Temmuz 1967 tarih ve 931 sayılı İş Kanununu iptal etmiştir. Bunun üzerine, 8 Haziran 1938 tarih ve 3008 sayılı İş Kanununun kendiliğinden yürürlüğe gireceği görüşü ortaya atılmıştır. Bu görüşü benimseyen Başbakanlık, Danıştaydan mütalaa istemiştir. Danıştay Üçüncü Dairesi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kanunun ilga ettiği kanunun, iptal kararıyla, kendiliğinden yürürlüğe giremeyeceği yolunda mütalaa belirtmiş[19] ve bu karar da Danıştay Genel Kurulu tarafından onaylanmıştır[20].

17. Bu konuda bkz.: Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, (Traduit de l'Allemand par Olivier Beaud et Fabrice Malkani), Paris, P.U.F., 1996, s.139-141.
18. Anayasa Mahkemesi, 14 Mayıs 1970 Tarih ve E.1967/40, K.1970/26 sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 8, s.258-288.
19. Danıştay Üçüncü Dairesi, 9 Ocak 1971 Tarih ve E.1970/444, K.1971/40 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Yıl 2, 1972, Sayı 4, s.69-70.
20. Danıştay Genel Kurulu, 24 Mayıs 1971 Tarih ve E.1971/22, K.1971/36 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Yıl 2, 1972, Sayı 4, s.71-75.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu da, 24 Mayıs 1982 tarih ve E.1982/1, K.1982/1 sayılı Kararla Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kanunun yürürlükten kaldırdığı kanunun kendiliğinden tekrar yürürlüğe giremeyeceğine karar vermiştir[21].

Yukarıdaki uygulama doğrudur. Bu uygulama *abrogata lege abrogante non revivescit lex abrogata* ilkesine dayanmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye'de uygulamada yanlış örnekler de vardır: 1961 Anayasasının geçici 11'inci maddesi, 6 Kasım 1969 tarih ve 1188 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış; ancak bu değişiklik Anayasa Mahkemesinin 16 Haziran 1970 tarih ve K.1970/31 sayılı Kararıyla iptal edilmiştir. Uygulamada bu iptal kararıyla, 1961 Anayasasının geçici 11'inci maddesinin kendiliğinden tekrar yürürlüğe girdiği kabul edilmiştir. Zira geçici 11'inci madde, 16 Nisan 1974 tarih ve 1801 sayılı Kanunla tekrar yürürlükten kaldırılmıştır.

Metrukiyet Üzerine Bir Not

Kanunlar bazen toplum içinde etkililiklerini tamamen yitirmektedir. Bu kurallar devamlı bir şekilde uyulmamış ve uygulanmamış olarak kalmaktadır. Diğer bir ifadeyle bu kurallara muhatapları uymamakta, ama buna rağmen yetkili makamlar bir müeyyide uygulamamaktadır. Bu durumda "metrukiyet (*désuétude, desuetudo*)"ten bahsedilir[22]. Metrukiyet, hukuk normunu fiilen geçersiz hâle getirmektedir. Ancak bir normun birkaç defa uygulanmaması onun hemen metrukiyeti sonucunu doğurmaz. Metrukiyet için o normun, kesin ve sürekli bir şekilde etkililikten yoksun olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, o norma hiçbir zaman uyulmamış ve o norm hiçbir zaman uygulanmamış ise metrukiyetten bahsedilebilir.

Her hukuk düzeninde çok da az olsa metrukiyete düşmüş kanunlar olabilir. Örneğin basılı kağıtların kese kağıdı olarak kullanılmasını yasaklayan 28 Haziran 1938 tarih ve 3517 sayılı Kanun ülkemizde hiç uygulanmamış, zamanında, kese kağıtları çoğunlukla eski gazetelerden yapılmıştır. Keza 1921 yılında çıkan ve 1966 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen "Düğünlerde Men'i İsrafat Kanunu", düğünlerde çalgı çalınmasını ve hediye götürülmesini yasaklıyordu. Bu Kanun 1966 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilinceye kadar biçimsel olarak yürürlükteydi. Ancak kendisine hiç uyulmamış ve uymayanlara da herhangi bir müeyyide uygulanmamıştır. Bu kanun bu nedenle metrukiyete düşmüştür.

İşte metrukiyete düşen kanunlar da fiilen geçerliliklerini kaybeder. Ancak bunlar yine de biçimsel olarak yürürlüktedir. Bu nedenle metrukiyet, kanunları yürürlükten kaldıran bir hâl değildir.

21. Ergun Özbudun ve Yılmaz Aliefendioğlu, "Türkiye Raporu", *in Anayasa Yargısı (Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: 27 Nisan 1987, Lizbon)*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1988, s.198.
22. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.288.

C. YÜRÜRLÜĞE GİREN KANUNLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI SORUNU

Yukarıda bir kanunun uygulanabilmesi için öncelikle yürürlüğe girmesi gerektiğini söyledik. Ama yürürlüğe giren bir kanun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olay ve durumlara uygulanabilir mi? Yoksa sadece yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olay ve durumlara mı uygulanır?

Bu sorulara cevap verebilmek için bir kanunun uygulanacağı olay ve durumların ortaya çıkış tarihi ile bu kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasında ne gibi bir ilişki olabileceği sorusuna cevap vermek gerekir. Bu konuda, yani bir kanunun uygulanacağı olay ve durumların ortaya çıkış tarihi ile bu kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasındaki ilişki konusunda **üç ihtimal** olabilir:

1. Söz konusu olay ve durumlar, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ortaya çıkmış ve kanunun yürürlüğe girmesinden önce tamamlanmıştır.
2. Söz konusu olay ve durumlar, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ortaya çıkmakla birlikte, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da devam etmektedir.
3. Söz konusu olay ve durumlar, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ortaya çıkacaktır.

Bu üç ihtimal göz önünde bulundurularak, yeni bir kanunun hangi tarihteki olay ve durumlara uygulanacağı ve özellikle de yeni bir kanunun kendisinden önceki olay ve durumlara uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna, ihtimal olarak, **üç değişik cevap** verilebilir:

Birinci Cevap: Yeni kanun, yukarıdaki her üç ihtimalde de uygulanır. Yani bu cevaba göre, yeni kanun, yürürlüğe girdiği tarihten önce tamamlanmış olay ve durumlara, yürürlüğe girdiği tarihte devam eden olay ve durumlara ve keza yürürlüğe girdiği tarihten sonra ortaya çıkacak olay ve durumlara uygulanır.

İkinci Cevap: Yeni kanun yukarıdaki ikinci ve üçüncü ihtimallerde uygulanır. Yani kanun yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan veya daha sonra ortaya çıkacak olan olay ve durumlara uygulanır. Yani bu cevaba göre, yeni kanun geçmişte olmuş bitmiş olay ve durumlara uygulanamaz; ama geçmişte başlamış olmasına rağmen, kanunun yürürlüğe girdiği tarihte hâlâ devam eden olay ve durumlara uygulanır. Hâliyle yeni kanun yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkacak yeni olay ve durumlara da uygulanır.

Üçüncü Cevap: Yeni kanun, sadece yukarıdaki üçüncü ihtimalde uygulanır. Yani kanun kendisinin yürürlüğe girdiği tarihten sonra ortaya çıkacak yeni olay ve durumlara uygulanır. Bu üçüncü cevaba göre yeni kanun, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki durumlara uygulanamayacağı gibi, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ortaya çıkmış ve kanunun yürürlüğe girdiği tarihte henüz sonuçlanmamış, devam eden durumlara uygulanamaz.

Bu cevaplardan birincisi kabul edilirse kanunun uygulama alanı çok genişler. Bu cevaplardan üçüncüsü kabul edilirse kanunun uygulama alanı çok daralır. İkincisi kabul edilirse bu ikisinin arasında ortalama bir durum çıkar.

Bu üç cevabın her biri aynı anda geçerli olamaz. Yani aynı olay veya durum için bu cevaplardan sadece biri uygulanır. Ama uygulanmayan cevabın da bazı başka olay ve durumlar için uygulanmasının doğru ve haklı olduğu durumlar olabilir. Dolayısıyla, bu üç cevaptan birisinin *kaide* olarak, diğer ikisinin ise ancak *istisna* olarak uygulanması söz konusu olabilir. O hâlde bu üç cevaptan hangisinin kaide, hangilerinin istisna olduğunu tespit etmek gerekir.

Hukukun genel teorisinde bu cevaplardan sadece ikincisinin "kaide (*principe*)"; diğer ikisinin ise "istisna (*exception*)" olarak geçerli olabileceği kabul edilmiştir.

Bizim yukarıda "ikinci cevap" ismini verdiğimiz cevaba hukukun genel teorisinde "**yeni kanunun derhâl uygulanması**" veya "**yeni kanunun derhâl etkisi** (*effet immédiat de la loi nouvelle*)" ilkesi ismi verilir[23].

Bizim yukarıda "birinci cevap" ismini verdiğimiz cevaba hukukun genel teorisinde "**geçmişe etki** (*effet rétroactif*)" ismi verilir[24].

Bizim yukarıda "üçüncü cevap" dediğimiz şeye, Fransa'da hukukun genel teorisinde "**ertelenmiş etki** (*effet différé*)" ismi verilmektedir[25].

Dolayısıyla kanunların zaman bakımından uygulanması meselesi, "derhâl etki (*effet immédiat*)", "geçmişe etki (*effet rétroactif*)" ve "ertelenmiş etki (*effet différé*)" olmak üzere üç ilke uygulanarak çözümlenmektedir. Bu ilkelerden birincisi yani derhâl etki ilkesi, bu konuda *genel kuralı*, diğer ikisi yani geçmişe etki ve ertelenmiş etki ilkeleri ise *istisnayı* teşkil etmektedir.

Kanunların zaman bakımından uygulanması konusunda "derhâl etki (*effet immédiat*)" "kaide (*principe*)"; "geçmişe etki (*effet rétroactif*)" ve "er-

23. Bu konuda bkz.: François Terré, *Introduction générale au droit,* Paris, Dalloz, 6. Baskı, 2003, s.407-411; Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français,* Paris, Dalloz, 1992, s.208-216; Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit,* Paris, Dalloz, 3. Baskı, 1999, s.119-122 ; Boris Starck, Henri Roland ve Laurent Boyer, *Introduction au droit,* Paris, Litec, 5. Baskı, 2000, s.217-220 ; Jean Carbonnier, *Droit civil: Introduction,* Paris., PUF, 23. Baskı, 1995, s.201-203.
24. Gridel, *op. cit.,* s.206; Terré, *op. cit.,* s.411. Starck, Roland ve Boyer, buna "geçmişe etkililik (*rétroactivité*)" demektedirler (*op. cit.,* s.220).
25. Gridel, *op. cit.,* s.206. Starck, Roland ve Boyer, "geleceğe etkililik (*postactivité*)" ismini vermektedir (*op. cit.,* s.223). Aynı anlamda Fransa'da "eski kanunun ölümden sonra yaşaması (*survie de la loi ancienne*)"ndan da bahsedilmektedir (Gridel, *op. cit.,* s.224; Terré, *op. cit.,* s.416; Starck, Roland ve Boyer, *op. cit.,* s.223)

telenmiş etki (*effet différé*)" ise "kaideye istisna (*exceptions au principe*)"yı oluşturmaktadır[26].

Buna göre bir kanunun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin bir tereddüt ortaya çıkarsa bu tereddüt, *derhâl etki ilkesi* uygulanarak çözümlenir. Çünkü derhâl etki ilkesi bu alanda *kaide*dir. Geçmişe etki veya ertelenmiş etki ilkeleri ise ancak ortada bir istisna varsa uygulanabilir. İstisnanın olabilmesi için ise, bu istisnanın ayrıca ve açıkça asıl kuralı koyma yetkisine sahip olan makam tarafından konulması gerekir. Yani bir kurala istisna getirme yetkisi yorumcu veya uygulamacıya ait değil, asıl kuralı koyan makama aittir. Zira, istisna, o konudaki kuralın kapsamını daralttığı için, kuralın değiştirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla bir kurala istisna getirmek yetkisi, sadece ve sadece o kuralı koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Yani istisna, kuralı koyan makam tarafından konulur. O hâlde, yargı organları veya idarî makamlar bir kurala yorum yoluyla istisna getiremez.

Dolayısıyla bir kuralın istisnasının olup olmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, bu kuralın istisnasının olmadığı sonucuna ulaşılır. Çünkü bir kurala istisna getirme yetkisi, hâliyle bu kuralı koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Bu makam, kendi koyduğu genel kurala istisna getirmemiş ise ortada bir istisna yoktur. Böyle bir durumda yorum yoluyla istisna üretmek, kuralı koyma yetkisine sahip makamın yetkisini gasp etmek anlamına gelir. Söz konusu kuralı koyma yetkisine sahip makam ayrıca ve açıkça istisna öngörmemiş ise, o hükmün bir istisnası yoktur.

Yorum yoluyla istisna yaratılamayacağı kuralından şu sonuç çıkar: İstisnalar, kurucu iktidar veya yasama organı gibi kural koyucu makamlar tarafından ayrıca ve açıkça öngörülmüş olmalıdır. Ayrıca ve açıkça öngörülmedikçe, yorum yaparak, birtakım ihtiyaçların varlığını göstererek, bir kurala istisna getirilemez. Zira Latince "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*[27] (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar)" ilkesinin dile getirdiği gibi kanun, bir konuyu daha ayrıntılı olarak düzenlemek isterse, bunu yapar; eğer daha ayrıntılı olarak düzenlemek istemiyorsa susar. Yani kanun koyucu koyduğu kurala istisna getirmek isteseydi, bunu açıkça yapardı. Bunu yapmamış ise, bundan koyduğu genel kurala istisna getirmek istemediği sonucu çıkar. Kanun koyucunun yapmak istemediği bir şeyi, yorumcunun yapmaya yetkisi yoktur. Dolayısıyla kimse birtakım ihtiyaçlardan bahsederek kanun koyucunun getirmediği bir istisnayı getiremez.

---

26. Terré, *op. cit.*, s.407; Gridel, *op. cit.*, s.214; Bergel, *op. cit.*, s.121; Starck, Roland ve Boyer, *op. cit.*, s.217.
27. René David, "Sources of Law", *International Encyclopedia of Comparative Law* (Edited by K. Zweigert and K. Drobnig, 20; Vol. II: The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification. Chief Editor René David, II, 1984, s.87 (*http://books.google.com.tr/books?id=oj9p852q-5UC&pg=PA87*) (Erişim Tarihi: 22 Ocak 2012).

Bu yorum ilkelerinin konumuza uygulanmasından şu sonuç çıkar: Bir kanunun "geçmişe etki (*effet retroactif*)" veya "ertelenmiş etki (*effet différé*)"ye sahip olabilmesi için, bunun kanun koyucu tarafından ayrıca ve açıkça öngörülmüş olması gerekir. Çünkü *derhâl etki* karşısında, *geçmişe etki* veya *ertelenmiş etki* istisnayı teşkil eder. İstisnanın olabilmesi için ise, yukarıda sebebi açıklandığı üzere, bunun kanun koyucu tarafından ayrıca ve açıkça öngörülmüş olması gerekir. Kanun koyucu, koyduğu kanunun geçmişe etkili olacağını veya ertelenmiş etkiye sahip olacağını ayrıca ve açıkça öngörmemiş ise, bu kanun, genel kural olan "derhâl etki" ilkesi uyarınca derhâl uygulamaya girer; kendisinin yürürlüğe girmesinden önce başlamış olmakla birlikte henüz tamamlanmamış olay ve durumlara uygulanabilir.

Şimdi "geçmişe etki (*effet retroactif*)" veya "ertelenmiş etki (*effet différé*)"ye örnek verelim. "Derhâl etki (*effet immédiat*)"ye ise ayrıca örnek vermeye gerek yoktur. Çünkü bütün kanunlar aksi öngörülmedikçe derhâl etki gösterir.

Geçmişe Etkiye Örnek: Öncelikle belirtelim ki, bir kanunun geçmişe etkili olarak uygulanabilmesi için, geçmişe etki ilkesi istisnayı teşkil ettiği için, bunun ayrıca ve açıkça kanun koyucu tarafından öngörülmesi gerekir. Örneğin failin lehine olan ceza kanunu geçmişe etkilidir. Çünkü 26 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 7'nci maddesi, "işlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz... Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur".

Ertelenmiş Etkiye Örnekler: Yine hatırlatalım ki, bir kanunun "ertelenmiş etki (*effet différé*)"ye sahip olabilmesi, yani kanunun yürürlüğe girdiği tarihte devam eden olay ve durumlara değil, sadece kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkacak olay ve durumlara uygulanabilmesi için, bunun kanun koyucu tarafından ayrıca ve açıkça öngörülmesi gerekir. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi "ertelenmiş etki", "derhâl etki" ilkesi karşısında istisnayı teşkil eder ve istisnaların kanun koyucu tarafından ayrıca ve açıkça öngörülmesi gerekir.

Örnek 1: Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Görev Süresi.- 12 Eylül 2010 tarihli halkoylamasıyla onaylanan 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun 17'nci maddesiyle Anayasanın 147'nci maddesi değiştirilerek Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresi 12 yıla indirildi. Ama Anayasa Mahkemesinin görevde olan ve değişiklik olmasaydı 65 yaşını doldurucaya kadar görevde kalması gereken üyelerinin bu değişiklikten etkilenmemesi için adı geçen Anayasa Değişikliği Kanununun 25'inci maddesinde *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte üye olanlar yaş haddine kadar görevlerine devam ederler"* şeklinde bir hüküm getirildi. Böylece yeni düzenlemenin etkisi, mevcut üyeler açısın-

dan ertelenmiş oldu. Bu örnek bir anayasa hükmünün "ertelenmiş etki"ye sahip olmasının "derhâl etki" ilkesi karşısında istisnayı teşkil ettiği ve böyle bir istisnanın da tali kurucu iktidar tarafından ayrıca ve açıkça konulması gerektiği yolundaki argümana örnek teşkil etmektedir.

Örnek 2: Avukatlık Sınavı.- 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3'üncü maddesine 2 Mayıs 2001 tarih ve 4667 sayılı Kanunla eklenen (d) bendiyle, avukat olabilmek için "avukatlık sınavını başarmış olmak" şartı getirilmiştir. Bu hüküm 10 Mayıs 2001 tarihli Resmî Gazetede yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Bu hüküm "derhâl etki" ilkesi uyarınca, henüz hukuk fakültesinde öğrenci olan ve gelecekte avukat olmayı düşünen kişilere de uygulanacaktır. Ancak bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce hukuk fakültesine kayıt yaptıran öğrencilere de bu kanunun uygulanmasının haksızlık olacağı iddia edilmiş ve kanun koyucu bu iddialara hak vererek Avukatlık Kanununa 25 Haziran 2002 tarih ve 4765 sayılı Kanunla eklenen geçici 20'nci maddede "Avukatlık Kanununun 3 üncü maddesinin (d) bendi *hükmü, 10.5.2001 tarihinde hukuk fakültelerinde öğrenci olanlar hakkında uygulanmaz; bunlar sınava tabi tutulamaz*" hükmünü getirmiştir. Bu hükümde dile getirilen şey tipik bir "ertelenmiş etki" durumudur. Yani Kanun, yürürlüğe girdiği tarihte hukuk fakültelerinde öğrenci olanlara uygulanmayacak, ancak bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra öğrenci olanlara uygulanacaktır. **NOT:** Avukatlık Kanunundaki sınava ilişkin hükümler, 28 Kasım 2006 tarih ve 5558 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Diğer Örnekler.- Ertelenmiş etkiye vergi mevzuatından, sosyal güvenlik mevzuatından ve keza üniversitelerin eğitim, öğretim ve sınav yönetmeliklerinden pek çok örnek verilebilir. Genellikle adı geçen mevzuatta, yürürlük maddesinden önce veya sonra, "geçici maddeler" veya "geçiş hükümleri" bulunmaktadır. Akıllı bir kanun koyucu, koyduğu hükmün derhâl etki doğurmasında bazı sakıncalar görüyorsa, bu sakıncaları gidermek için "geçiş hükümleri" koyar. Kanun koyucu bu hükümlerle, yapılan değişikliklerin, kanunun yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan olay ve durumlara uygulanmamasını veya aşamalı bir şekilde uygulanmasını öngörür. Yani kendi koyduğu kuralın derhâl uygulanmasına istisna getirir. Böyle bir istisna, asıl kuralı koymaya yetkili makam tarafından getirildiği için de bunda hukuken yanlış bir yan yoktur. Ama böyle bir istisna getirilmemiş ise, kanun derhâl uygulanır. Çünkü derhâl uygulama kaidedir. Yorumcu birtakım gerekliliklerden bahsedip, böyle bir kanunun derhâl uygulanmasına istisna getiremez.

KUTU 13.2: Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması Konusunda Örnek Olay: 11'inci Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün Görev Süresi Ne Kadardı?

1982 Anayasasının 101'inci maddesinin ilk şekline göre Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıl idi. Bu madde, 21 Ekim 2007 tarihli halkoylamasıyla onaylanan 31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla değiştirilmiş ve söz konusu *süre yedi yıldan beş yıla* indirilmiştir. 21 Ekim 2007 tarihli halkoylamasının kesin sonuçları Yüksek Seçim Kurulu tarafından 31 Ekim 2007 tarih ve 26686 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Dolayısıyla 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu *31 Ekim 2007 günü yürürlüğe girmiştir.*

11'inci Cumhurbaşkanı Abdullah Gül, 28 Ağustos 2007 tarihinde, yani 5678 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, yani Cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıl olduğu dönemde seçilmişti. 5678 sayılı Kanunun 31 Ekim 2007 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresinin yedi yıl mı, beş yıl mı olduğu sorunu tartışılmaya başlandı. Bir görüşe göre Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresi yedi yıl, diğer bir görüşe göre ise beş yıldı.

Cumhurbaşkanının görev süresinin *yedi yıl olduğunu savunanlara göre,* Cumhurbaşkanının seçildiği tarihte Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldı ve dolayısıyla Cumhurbaşkanının seçildiği gün itibarıyla, görev süresinin yedi yıl olması konusunda bir kazanılmış hakkı var idi.

Cumhurbaşkanının görev süresinin *beş yıl olduğunu savunanlara göre ise,* kamu hukukunda bu tarz bir kazanılmış hak olamaz. Cumhurbaşkanı veya bir başka kamu görevlisi, görevi üzerinde bir sübjektif hakka sahip değildir ki görev süresi konusunda bir kazanılmış hakkı olsun. Cumhurbaşkanının görev süresi kamu düzenine ilişkindir. Cumhurbaşkanının görev süresi "kanunî ve nizamî (*statutaire*)" bir şeydir[28]. Kanunî ve nizamî durumlarda kazanılmış hak olmaz. Her kamu görevlisinin görev süresi kendisinin iradesi dışında kısaltılabilir veya uzatılabilir. Normal görev süresi beş yıl olan bir görev, daha sonra dört yıla indirilebilir. Kanun aksini öngörmemiş ise, yukarıda açıkladığımız "derhâl etki" ilkesi uyarınca, bu yeni düzenleme, bu makama eskiden atanmış kamu görevlilerine de derhâl uygulanır.

Bize göre de Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıla inmişti. Zira Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresinin kaç yıl olacağı sorunu konusunda asıl mesele, 21 Ekim 2007 tarihli halkoylamasıyla onaylanan 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla değiştirilmiş olan Anayasamızın 101'inci maddesinin ikinci fıkrasının *"Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır"* şeklindeki hükmünün "zaman bakımından uygulanması meselesi"nden ibaretti. Şöyle ki:

Cumhurbaşkanı Abdullah Gül, 28 Ağustos 2007 tarihinde, yani Anayasaya göre Cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıl olduğu dönemde seçilmiştir. Ama seçildikten iki ay sonra *"Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır"* hükmü (Anayasa, m.101/2) 31 Ekim 2007 günü yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün durumu, yukarıda verilen *"ikinci ihtimal"*e girer. Çünkü Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresi, söz konusu kanunun yürürlüğe girmesinden iki ay kadar önce başlamıştı. Yani kanunun yürürlüğe girmesinden önce başlayan, ama henüz tamamlanmamış bir durum söz konusuydu. Sebebi yukarıda açıklandığı üzere, *kanunun yürürlüğe girmesinden önce başlayan ve kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da devam eden durumlarda derhâl etki ilkesi uygulanır.* Yani söz konusu Anayasa Değişikliği Kanunu, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'e derhâl uygulanırdı. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi kanunların zaman bakımından uygulanması konusunda "derhâl etki ilkesi" genel kuraldır.

31 Ekim 2007 tarihinde yürürlüğe giren *"Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır"* şeklindeki hükmün (Anayasa, m.101/2) görevdeki Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'e *uygulanmaması* için, bu hükmün *"ertelenmiş etki"*ye sahip olması, bunun için de, bu hükmün görevdeki Cumhurbaşkanına uygulanmayacağının ayrıca ve açıkça öngörülmüş olması gerekirdi. Eğer 31 Ekim 2007 tarihinde yürürlüğe giren 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununda, Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olduğu yolundaki hükmün görevdeki Cumhurbaşkanına uygulanmayacağı yolunda bir hüküm olsaydı, söz konusu kanun ertelenmiş etkiye sahip olurdu ve görevdeki Cumhurbaşkanına uygulanmazdı. Ne var ki, ne 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununda, ne de Anayasanın bir başka maddesinde, Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olduğu yolundaki hükme istisna getiren bir hüküm vardır. İstisna olmadığına göre, bu konuda kaide olan

28. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri,* Bursa, Ekin, 5. Baskı, 2008, s.425-426.

"derhâl etki" ilkesi geçerlidir; yani "*Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır*" hükmü görevdeki Cumhurbaşkanına uygulanır. Böyle bir istisnanın kuralın kabul edilmesi anında konulmasında yarar vardır. Yani bu istisnanın 31 Ekim 2007 tarihinde yürürlüğe giren 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla getirilmiş olması uygun olurdu. Ancak böyle bir istisna, daha sonra çıkarılan bir *Anayasa değişikliği kanunuyla* da getirilebilirdi.

Ne var ki, uygulamada, böyle bir istisna, Anayasa değişikliği kanunuyla getirilmemiş, bir olağan kanun hükmüyle, 19 Ocak 2012 tarih ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanununun geçici 1'inci maddesiyle getirilmiştir. Bu madde "*Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır*" demektedir. Kanımızca aynı hüküm, olağan kanunla değil, bir anayasa değişikliği kanunuyla getirilseydi, ortada bir anayasaya aykırılık olmaz ve sorun hukuka uygun bir şekilde çözümlenmiş olurdu.

Kanımızca 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanununun "*Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır*" diyen hükmü Anayasaya aykırıdır. Çünkü Cumhurbaşkanının görev süresi *Anayasayla* beş yıl olarak belirlenmiştir ve bir *kanunla* bu hükme istisna getirilemez. Bunun çok basit bir sebebi var: Bir kurala istisna getirme yetkisi, ancak ve ancak o kuralı koyan makama aittir. Zira istisna, genel kuralın kapsamını daraltır ve dolayısıyla istisna getirmek genel kuralı değiştirmek anlamına gelir. Genel kuralı değiştirme yetkisi ise o kuralı koyan makama aittir[29]. Anayasayla konulan bir kurala anayasayla; kanunla konulan bir kurala ise kanunla istisna getirilebilir. Anayasamızın 101'inci maddesinin birinci fıkrasında "Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır" diye bir kural bulunduğuna göre, bu kurala istisna kanunla değil, ancak bir Anayasa değişikliği yoluyla getirilebilir.

6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanununun bu hükmüne karşı Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi 15 Haziran 2012 tarih ve E.2012/30, K.2012/96 sayılı kararıyla bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Karar henüz yayınlanmamıştır. Anayasa Mahkemesinin bu kararının "istisna ancak kaideyi koyan makam tarafından konulabilir" ilkesi karşısında savunulabilir bir yanı yoktur. Keza Anayasa Mahkemesinin bu kararı, normlar hiyerarşisi ilkesiyle ve keza Anayasamızın "kanunlar anayasaya aykırı olamaz" diyen 11'inci maddesiyle çelişki hâlindedir.

Bu konuda bkz.: Kemal Gözler, "Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl 7, Şubat 2012, Sayı 66, s.36-50 (www.anayasa.gen.tr/gorev-suresi.htm).

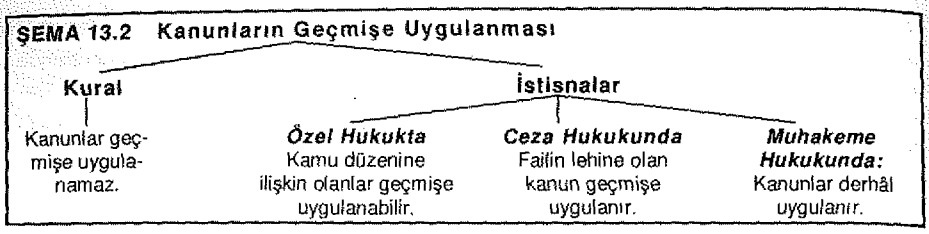
* * *

Kanunların zaman bakımından uygulanması konusunda açıklamalarımızı bu şekilde verdikten sonra, bu konuda şimdi klasik teorinin açıklamalarını görelim. Öncelikle belirtelim ki, bu sorunu klasik teori "kanunların geçmişe uygulanması sorunu" başlığı altında inceler.

III. KANUNLARIN GEÇMİŞE UYGULANMASI SORUNU HAKKINDA KLASİK TEORİ

Acaba kanunlar yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara da uygulanabilir mi? Yani kanunlar geriye yürür mü? Veya kanunlar sadece yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olay ve durumlara mı uygulanabilir? Bu konuda önce kuralı, sonra istisnaları görelim. Ama önce bunu bir şema hâlinde gösterelim:

29. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, op. cit.*, c.I, s.171-173.



A. KURAL: KANUNLARIN GEÇMİŞE UYGULANMAMASI İLKESİ

Kanunlar kural olarak yürürlüğe girdikten sonra uygulanabilir. Dolayısıyla bir kanun, yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara kural olarak uygulanamaz. Buna "kanunların geçmişe uygulanmaması (kanunların makable şamil olmaması) ilkesi (*principle of non-retroactivity of laws*)" denmektedir[30].

Bu ilkenin temelinde, hukuk güvenliği ilkesi yatmaktadır. Kişiler bir işlemi yaptığı sıradaki kanunlarla bağlı olmalıdırlar. Kişiler daha sonra çıkan kanunlara tâbi olurlarsa hukuk güvenliği sarsılır. Bu nedenle, yeni bir kanundan önce olup bitmiş olaylar ve ilişkiler yeni kanundan etkilenmez. Örneğin, 1926 tarihli Medenî Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ölen bir kişinin mirası Medenî Kanun hükümlerine göre değil, eski hukukumuza göre taksim edilir. Keza Medenî Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılan bir imam nikâhı geçerlidir. Çünkü eski hukukumuzda bunu yasaklayan bir şey yoktu. Medenî Kanundan önce yapılmış çok eşli evlilikler Medenî Kanunun kabulünden sonra da geçerli kalmıştır.

Kanunların geçmişe uygulanmaması ilkesinin çeşitli *sebepleri* vardır. Bu sebeplerden birincisi, "hukuk güvenliği ilkesi (*legal security, certainty and predictability of the law*)"dir. Bu şu anlama gelir: Eğer kanunlar geçmişe uygulanırsa kimse kendini güvende hissedemez. Bugün yaptığımız ve suç olmayan şeyler, yarın suç hâline getirilirse ve bugün yaptığımız şeylere yarın çıkarılacak kanuna göre ceza verilirse, yarın çıkarılacak kanunu bugünden bilmediğimize göre, davranışlarımızı nasıl düzenleyebiliriz? Kanunlar geçmişe uygulanırsa, kişiler belirli bir tarihte belirli bir eylem ve işlemde bulunurken "acaba şimdi yaptığım şey, yarın suç hâline getirilir mi" diye endişe duyarlar ve kendilerini güvenlik içinde hissedemezler. Veya bugün yaptığımız faaliyetten vergi alınmazken yarın yeni bir kanun çıkarılıp bugün yaptığımız faaliyetten dolayı bizden vergi alınırsa, hukukî güvenlik ilkemiz ihlâl edilmiş olur. Zira bir kişi yapacağı faaliyetten vergi alınacağını önceden bilseydi, belki o faaliyette bulunmaktan vazgeçebilecekti. Kişilerin kendilerini hukukî güvenlik içinde hissetmeleri için hukuk kuralları belli ve önceden bi-

30. Atar *et alii, op. cit.*, s.80; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.68.

linebilir olmalıdır. Eğer hukuk kuralları geçmişe yürürse, hukuk kurallarının önceden bilinebilmesi mümkün olmaz.

Kanunların geçmişe uygulanmamasının diğer bir sebebi de "*kazanılmış haklara saygı ilkesi*"dir. "Kazanılmış hak (müktesep hak, *acquired rights*)" şu şekilde tanımlanır:

> **TANIM: *Kazanılmış hak*, belirli bir zamanda yürürlükte olan bir hukuk kuralına uygun olarak belirli bir kişi lehine doğmuş olan ve daha sonra bu hukuk kuralı yürürlükten kalkmış veya değişmiş olsa bile hukuk düzeni tarafından korunması gereken haktır[31].**

Diğer bir ifadeyle, eski kanun zamanında elde edilmiş hakların yeni kanun zamanında da sürmesine "kazanılmış hak" denir. Kazanılmış hak, bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında, kişilerin o kurala uygun olarak bütün sonuçlarıyla elde ettikleri hakları ifade eder. Örneğin 1926 tarihli Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce ölmüş bir kişinin malvarlığının mirasçılarına geçmesi durumunda her mirasçının aldığı pay bir kazanılmış haktır. 1926 tarihli Medenî Kanun mirasta çocuklar arasında cinsiyet farkını kaldırdı diye kız çocuk, bu Kanun yürürlüğe girmesinden sonra mirasın eşit şekilde paylaştırılmasını isteyemez. Erkek kardeşin burada kazanılmış hakkı vardır. Ancak bir kazanılmış haktan bahsedebilmek için söz konusu olay veya hukukî işlemin yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce *bütün hüküm ve sonuçlarıyla tamamlanmış olması* gerekmektedir.

Kazanılmış hak kavramı özellikle idare hukukuna giren konularda çoğunlukla yanlış anlaşılmaktadır[32]. İdare hukukunda kamu yararı ve kamu düzeni düşüncesi hâkimdir. İdare hukuku "*statüter* (kanunî ve nizamî)" nitelikte bir hukuk dalıdır. Kanunî ve nizamî durumlarda, söz konusu hak, görev ve yetki, durum, statü kanunlarla belirlenmiştir; kanundan kaynaklanır. Dolayısıyla bu durum, kanunla her zaman ortadan kaldırılabilir veya değiştirilebilir.

Mesela kamu görevlilerinin statüleri, görev ve yetkileri konusunda kazanılmış hakları yoktur. Her kamu görevlisinin görev süresi kendisinin iradesi dışında kısaltılabilir veya uzatılabilir. Normal görev süresi beş yıl olan bir görev, daha sonra dört yıla indirilebilir. Kanun aksini öngörmemiş ise, yukarıda açıkladığımız "derhâl etki" ilkesi uyarınca, bu yeni düzenleme, bu makama eskiden atanmış kamu görevlilerine de derhâl uygulanır. Bir kamu görevlisinin kullandığı bazı yetkiler kanunla kaldırılabilir veya bir başka kamu görevlisine verilebilir. Kamu görevlilerinin sahip oldukları yetkiler konusunda kazanılmış hakları olmaz. Çünkü kamu görevlileri, kanunî ve nizamî bir durumda bulunurlar. Görevleri ve işgal ettikleri makam üzerinde sübjektif bir hakları yoktur.

---

31. Yücel Oğurlu, *Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara, Seçkin, 2003, s.28.
32. İdare hukukunda kazanılmış hak konusunda bkz.: Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2009, c.I, s.1127-1146.

Burada şunu da belirtelim ki, kamu hukukunda sadece kamu görevlilerinin statüsü ile ilgili değil, daha pek çok konuda kazanılmış hak olmaz. Yeni kanunlar, aksi öngörülmemiş ise, devam eden durumlara da derhâl uygulanır. Örneğin eğitim süresi dört yıl olan bir fakültenin eğitim süresi beş yıla çıkarılabilir. Bu değişiklik, sadece bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra bu fakülteye kayıt yaptıracak yeni öğrencilere değil, *kanun aksini öngörmemiş ise,* bu fakülteden henüz mezun olmamış mevcut öğrencilere de uygulanır. Böyle bir uygulama fakültenin normal süresinin dört yıl olduğunu öngörerek bu fakülteye kayıt yaptırmış öğrenciler için bir haksızlık teşkil edebilir. Belki bazı öğrenciler bu fakültenin dört yıl değil, beş yıl olacağını bilselerdi, bu fakülteyi tercih etmeyebileceklerdi. Buna rağmen, bu öğrencilerin bu noktada kazanılmış hakkı yoktur; çünkü *devam eden* bir durum içindedirler. Bunların öğrencilik statüsü *henüz bitmemiştir.* Eğer kanun koyucu bu öğrencilerin haksızlığa uğradığını düşünseydi, bu öğrenciler için istisna hükmü getirebilirdi[33]. Ama eğer istisna tutan bir hüküm getirmemiş ise, kanun bu öğrencilere de derhâl uygulanır.

Bununla birlikte "kazanılmış hak" kavramının kamu hukukunda tamamen anlamsız olduğu da söylenemez. Kamu hukukunda da *tamamıyla bitmiş durumlara* yeni hükümler uygulanamaz. Onlar, kendi dönemlerinde yürürlükte olan hükümlere tâbidir. Aksi takdirde hukuk güvenliği kalmaz ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi zedelenmiş olur. Örneğin bir fakültenin öğretim süresinin dört yıldan beş yıla çıkması durumunda, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden önce bu fakülteden dört yılda mezun olmuş öğrencilere, "kanun değişti, eğitim süresi dört yıldan beş yıla çıktı, gel bir yıl daha oku" denemez. Benzer bir şekilde Cumhurbaşkanlığına ilişkin olarak da şunu söyleyebiliriz: Görev süresi usûlüne uygun olarak bitmiş eski Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'e "artık Cumhurbaşkanlığının görev süresi beş yıla indi, fazladan aldığın iki yıllık maaşları iade et" denemez. Burada artık bitmiş bir hukukî durum vardır. Kamu hukukunda kazanılmış hakkın anlamı bundan ibarettir.

Burada şunu da belirtelim: Sadece kamu hukukunda kamu görevlilerinin statülerine ilişkin kazanılmış hakkı olamayacağı varsayılmamakta, özel hukukta dahi bazı durumlarda bulunan kişilerin kazanılmış hakkı olamayacağı

33. Örneğin yukarıda örnek olarak verdiğimiz gibi 2 Mayıs 2001 tarih ve 4667 sayılı Kanunla avukatlık için istisna getirilmeksizin bütün adaylar için sınav şartı getirilmiştir. Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce hukuk fakültesine kayıt yaptıran öğrencilere de uygulanmasının haksızlık olacağı iddia edilmiş ve kanun koyucu bu iddialara hak vererek 25 Haziran 2002 tarih ve 4765 sayılı Kanunla, 4667 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 10 Mayıs 2001 tarihinde hukuk fakültelerinde öğrenci olanlara uygulanmayacağı öngörülmüştür. Eğer 4765 sayılı Kanun bunu öngörmeseydi, bu tarihte hukuk fakültesinde öğrenci olanların bu konuda kazanılmış hakkı vardır, bu sınava girmek zorunda değillerdir denemezdi.

kabul edilmektedir. Özel hukukta bir kişiye kendi menfaati nedeniyle değil, kamu yararı nedeniyle veya bir başka kişiyi korumak için verilen velayet hakkı, vesayet hakkı gibi kendilerine "görev haklar (*droit-fonction*)" denen haklar söz konusu olduğunda, bu kişilerin kazanılmış hakkı olamayacağı kabul edilmektedir[34]. Özel hukukta da kamu düzenine ilişkin hükümler söz konusu olduğunda kazanılmış hak kavramının geçerli olmadığı söylenmektedir[35].

B. KANUNLARIN GEÇMİŞE UYGULANMAMASI İLKESİNİN İSTİSNALARI

Bazı hâllerde kanunların geçmişe etkili olması, aşağıda göreceğimiz bazı nedenlerden dolayı gereklidir.

1. Özel Hukuk Alanında: Kamu Düzeninden Kaynaklanan İstisnalar Olabilir

Özel hukuk alanında, istisnaen, "kamu düzeni (*public order*)", "genel ahlak (*public morality*)"ın korunması ve "zayıfların korunması" gibi düşüncelerle konulmuş emredici hükümlerin geçmişe yürüyebileceği kabul edilmektedir. Örneğin 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun 422'nci maddesine göre "işveren... onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür". Bu hüküm, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olan hizmet sözleşmelerine de uygulanır. Keza aynı Kanunun 349'uncu maddesine göre "aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez". Bu hüküm, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olan kira sözleşmelerine de uygulanır.

Not: 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde kamu düzenine ilişkin özel hukuk hükmüne örnek olarak taraflar arasında kararlaştırılmış bulunan cezaî şartın fahiş kısmının indirilmesine ilişkin hükmü (818 sayılı Borçlar Kanunu, m.161) ile hizmet sözleşmesinin işçiyi en çok 10 yıl bağlayacağına ilişkin hükmünde (m.343), bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış sözleşmelere de uygulanması hususu gösteriliyordu[36].

2. Ceza Hukuku Alanında: Failin Lehine Olan Kanun Geçmişe Uygulanır (Aleyhine Olan Geçmişe Uygulanmaz)

Türk Ceza Kanununun 7'nci maddesine göre ceza hukuku alanında kanunların zaman bakımından uygulanması konusunda *"failin lehine olan kanunun geçmişe uygulanması ilkesi"* geçerlidir. Eğer sonraki kanun, önceki kanunun suç saydığı fiili suç saymıyorsa veya suç sayıp da daha az ceza ve-

34. Jean Carbonnier, *Droit civil: Introduction,* Paris., PUF, 23. Baskı, 1995, s.202.
35. *Ibid.*
36. Atar *et alii*, *op. cit.*, s.80; Bilge, *op. cit.*, s.176.

riyorsa sonraki kanun, failin lehinedir; dolayısıyla bu kanun uygulanır. Ama yok eğer yeni kanun önceki ceza kanunundan daha ağır ceza getiriyorsa yeni kanun değil, failin lehine olan eski kanun uygulanır. Aynı ilke Anayasamızın 38'nci maddesinin ilk fıkrasında "kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" denerek de hükme bağlanmıştır. Ayrıca belirtelim ki, bu ilke öylesine önemlidir ki, Anayasamızın 15'inci maddesine göre savaş ve olağanüstü hâllerde dahi "suç ve cezalar geçmişe yürütülemez".

Örnekler: 1926 tarihli eski Türk Ceza Kanunu yağma suçuna on seneden yirmi seneye kadar hapis cezası öngörüyordu (m.495). 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu aynı suça altı yıldan on yıla kadar hapis cezası öngörmektedir (m.148). Bu durumda 1 Haziran 2005 tarihinden önce yağma suçu işleyen ve yargılaması bu tarihten sonra devam eden kişilere *lehe olan kanun,* yani yeni Türk Ceza Kanunu uygulanacaktır. Buna göre bu kişiye artık en fazla yirmi sene değil, on sene hapis cezası verilebilecektir. Ama tersi olsaydı, yani yeni kanun, eski kanuna göre daha ağır bir ceza getirseydi, yeni kanun değil, eski kanun uygulanacaktı.

Not: 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden sonra idam cezasının tekrar konulması yolunda görüşler dile getirilmiştir. İdam cezasının geleceğe yönelik olarak tekrar konulup konulamayacağı meselesi bir yana, tekrar konulsa olsa bile, bu ceza, bunu koyan kanunun yürürlüğe girmesinden *önce* işlenmiş suçlara, örneğin 15 Temmuz 2016 tarihinde darbeye teşebbüs edenlere uygulanamaz; olsa olsa idam cezasını öngören kanunun yürürlüğe girmesinden *sonra* işlenen suçlara uygulanabilir.

3. Muhakeme Hukuku Alanında: Derhâl Yürürlük İlkesi Geçerlidir

Muhakeme hukuku bakımından "derhâl uygulanırlık ilkesi (*principle of immediate application*)"[37] geçerlidir. Her muhakeme işlemi, işlem tarihinde yürürlükte olan kanuna göre yapılır. Devam eden bir muhakeme esnasında yeni bir muhakeme kanunu çıkmışsa, yargılamanın tamamlanan kısmı yeni kanuna göre tekrarlanmaz. Bu nedenle yargılama kanunları geçmişe uygulanmaz. Ancak yeni kanun ceza kanunlarından farklı olarak derhâl uygulanır. Muhakemenin kalan kısmı yeni kanuna göre yapılır. Diğer bir ifadeyle önceden başlamış ve devam eden muhakeme işlemlerine yeni kanun derhâl uygulanır. Hâliyle kanunla istisna getirilebilir. ■

37. Kunter ve Yenisey, *op.cit.*, s.520.

Bölüm 14
YORUM

Bibliyografya.- Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu,* Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s.149-224; Kemal Gözler, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı,* Cilt 15, 1998, s.207-249; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı,* Ankara, Siyasal Kitabevi, 6. Baskı, 1997, s.58-63; François Terré, *Introduction générale au droit,* Paris, Dalloz, 6. Baskı, 2003, 429-445; Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit,* Paris, Dalloz, 3. Baskı, 1999, s.243-256; Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français,* Paris, Dalloz, 1992, s.554-563; Claude du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit,* Neuchatel, Delauchaux & Niestlé S.A., 3. Baskı, 1948, s.181-204; Hermann Bekaert, *Introduction à l'étude du droit,* Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1963, s.217-223; Chaïm Perelman, *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, s.16; Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir,* Ankara, Güney Matbaacılık, 1948; Georges Kalinowski, "Philosophie et logique de l'interprétation en droit", *Archives de la philosophie du droit,* 1972, s.39; Jerzy Wroblewski, "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", *Archives de la philosophie du droit,* 1972, s.53; Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit,* Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, s.85; "L'interprétation en droit", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.3-185; Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'interprétation par le juge des règles écrites (Journées lousianaies),* Paris, Economica, 1980; Yüksel Metin, *Anayasanın Yorumlanması,* Ankara, Asil Dağıtım, 2008; Jeffrey Goldsworthy, *Interpreting Constitutions: A Comparative Study,* Oxford, Oxford University Press, 2006; Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim,* İstanbul, Beta, 2008, s.85.

Hukuk biliminin en önemli konularından biri yorumdur. Ama Türk hukuk eğitiminde üzerinde en az durulan konulardan birisi de "yorum"dur[1].

1. Türk hukuk literatüründe, yorum konusu birkaç genel eserin içinde işlenmiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla şu eserin dışında yorum konusuna adanan bir monografi yoktur: Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir,* Ankara, Güney Matbaacılık, 1948. Her nedense, bu değerli eser, Türk hukuk literatüründe görmezden gelinmiştir. Aslında yorum konusuna bu ilgisizlik Türkiye'de Cumhuriyet dönemine has bir şeydir. Ali Himmet Berki'nin eseri ve bu eserde zikredilen çalışmaların gösterdiği gibi Osmanlı hukukçuları yorum sorunuyla çok daha yakından ilgilenmişlerdir. Bu dönemde gerek usûlü fıkıh, gerek tefsir ilmi ayrı bir bilim dalı olarak gelişmiştir. Keza Mecelle'deki yorum konusundaki ilkeler, Medenî Kanunla karşılaştırılamayacak derecede fazladır. Ali Himmet Berki'nin belirttiği gibi, Osmanlı hukuk fakültelerinde "usûl-ü fıkıh" ve "tefsir ilmi" okutulmakta iken, hukuk inkılabından sonra bu dersler hukuk fakültelerinden çıkarılmış, fakat bunların yerini dolduracak bir kürsü ihdas edilmemiştir (Berki, *op. cit.,* s.4). Hukuk inkılabından sonra hukuk fakültelerinde her ne kadar hukuka giriş derslerinde "tefsir ve içtihaddan bahsedilirse de bu şöylece konuya bir temastan ibarettir. hâlbuki tefsir ilmi başlı başına üzerinde durulmaya ve fikir yormağa değen bir ilimdir. Diğer ilimler gibi bunun da kaide ve zabıta ve incelikleri vardır" (*Ibid.*).

Biz bu bölümde yorumun tanımını, yorum çeşitlerini, yorum yöntemlerini ve realist yorum teorisini, izleyen bölümde de çeşitli yorum ilkelerini göreceğiz. Aslında izleyen bölümün konusu olan "Çeşitli Yorum İlkeleri" bu bölümün bir başlığı olabilirdi. Ancak hacim bakımından bu başlık diğerlerinden çok daha geniş bir başlık olacağı için bu başlığı ayrı bir bölüm hâline getirmeyi uygun bulduk. Buna göre bu bölümün planı şu şekilde olacaktır:

PLÂN:
I. Genel Olarak
II. Yorum Çeşitleri
  1. Yasama Yorumu
  2. Yargı Yorumu
  3. Bilimsel Yorum
III. Yorum Yöntemleri
  1. Lafzî Yorum Yöntemi
  2. Tarihsel Yorum Yöntemi
  3. Sistematik Yorum Yöntemi
  4. Teleolojik Yorum Yöntemi
  5. Kavramcı Yorum Yöntemi
  6. Menfaatler İçtihadi Yöntemi
IV. Yorum Teorileri
  1. Klasik Yorum Teorisi
  2. Realist Yorum Teorisi

Şimdi bu plân dâhilinde konuyu işlemeye başlayalım:

I. GENEL OLARAK

Genelde "yorum (*interpretation*)", bir metnin anlamının belirlenmesi faaliyetidir. Bu tanımı hukuka uygulayarak şöyle bir tanım verebiliriz:

TANIM: *Hukukta yorum*, bir hukuk kuralının metninin, daha açıkçası, anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi hukuk kaynaklarındaki bir madde veya fıkra ve hatta bir cümle metninin anlamının belirlenmesi faaliyetidir.

Yorumun Konusu: Metindir.- Burada hemen belirtelim ki, hukukta çoğunlukla "hukuk *kurallarının* veya *normlarının* yorumlanması"ndan bahsedilir. Aslında bu ifade çok yaygın olsa da yanlış bir ifadedir. Çünkü yorumlanan şey, hukuk kuralı (normu) değil, bu kuralın kendisiyle dile getirildiği "metin (*text*)"dir. Hukuk kuralı, gerçekte, bir anayasa veya kanun maddesinin *metni* değil, bu metnin *anlamı*dır. Zira metinler canlı varlıklar değildir; kendi kendilerinin ne anlama geldiklerini söyleyemez. Bir hukuk kuralının yazılı bulunduğu metni bir insan okur ve bu insanın zihninde bir *anlam* belirir. İşte hukuk kuralı, insanın zihninde beliren bu "anlam"dır. Açıkçası bir metnin ne anlama geldiğini onu okuyan insan söyler. İşte metni okuyan insanın, o metnin ne anlama geldiğini söylemesine yorum denir.

Otantik Yorum.- Yorum, bir hukukî metnin kendisi değil, onun anlamı olduğuna ve metinler kendi kendilerini yorumlayamadıklarına göre yorum,

yorumcuya bağlıdır. Bu nedenle aynı hukukî metnin, değişik yorumcular tarafından değişik şekillerde yorumlanması ihtimal dâhilindedir. Örneğin Türkiye'de 1982 Anayasasının bir maddesinin metnini, TBMM bir şekilde, Cumhurbaşkanı başka şekilde, Anayasa Mahkemesi daha başka bir şekilde, siyasî partiler başka bir şekilde, hatta bir gazeteci çok daha başka bir şekilde yorumlayabilir. Ancak hukuk düzeninde bu değişik yorumlardan sadece bir tanesi geçerli ve bağlayıcıdır. İşte bağlayıcı olan yoruma "otantik yorum" denir. "Otantik (mevsuk) yorum (*interprétation authentique*)", hukuken kendisine itiraz edilemeyen ve pozitif hukukun kendisine hukukî sonuçlar bağladığı yorumdur[2].

Genellikle önlerindeki davayla ilgili otantik yorum yapma yetkisi mahkemelere aittir. İlk derece mahkemelerinin yaptıkları yorumlar, bu mahkemelerin kararına karşı istinaf ve temyiz gibi kanun yollarına başvuruldukları takdirde üst mahkemelerin denetimine tâbidir. Örneğin Bursa Asliye Hukuk Mahkemesinin yaptığı bir yorum, temyiz edilmesi durumunda Yargıtay tarafından geçersiz hâle getirilebilir. Her yargı kolunda otantik yorum yapma yetkisi, nihaî karar verme yetkisine sahip yüksek mahkemelere aittir. Dolayısıyla kanunların otantik yorumcularının yüksek mahkemeler (Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi) olduğunu söyleyebiliriz. Bir organın kararı yargı denetimine tâbi değil ise, bu organ kesin ve nihaî karar verme yetkisine sahip ise, o organın yorumları da otantik yorumdur. Örneğin Türkiye'de seçim kanunları konusunda Yüksek Seçim Kurulunun yorumları otantik yorumdur. Keza TBMM'nin "parlamento kararları" niteliğinde kararları (örneğin hükümete güvenoyu verme) yargı denetimine tâbi değildir; dolayısıyla bu tür kararlarda otantik yorum yapma yetkisine sahip olan makam TBMM'dir. Nihayet Cumhurbaşkanının bakan atama ve azletme gibi yargı denetimine tâbi olmayan işlemlerine ilişkin olarak Cumhurbaşkanı da otantik yorum yapma yetkisine sahiptir.

II. YORUM ÇEŞİTLERİ

Yorum, yorumu yapan kişi veya makam bakımından *yasama yorumu, yargısal yorum* ve *bilimsel yorum* olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

A. YASAMA YORUMU

"Yasama yorumu (*teşrîî tefsir, interprétation législative*)", en kısa tanımıyla, kanun koyucunun kendisi tarafından yapılan yorumdur[3]. Bu yorum

2. Michel Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, s.35-36; Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.461.
3. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım)*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 9. Baskı, 1985, Cilt I, s.165.

çeşidinde, kuralı koyan makam, kendi iradesinin ne yolda olduğunu belirtmek suretiyle hukuk kuralının anlamını açıklığa kavuşturmaktadır[4].

Bu tür yorumun altında "*ejus est interpretari cujus est condere* (kanunu koyan onu yorumlamaya da yetkilidir)" ilkesi yatar[5].

Yasama yorumunun yapılabilmesi için ilgili pozitif hukuk sisteminin anayasası tarafından, yasama organının böyle bir yorum yapabileceğinin öngörülmüş olması gerekir[6].

Pozitif hukukta kabul edilmiş olduğu takdirde, yasama yorumu kanun gücündedir; bütün mahkemeleri ve yürütme organını bağlar[7]. Yasama yorumunun etki olarak kanun gücünde olmasına rağmen, nitelik olarak kanun olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yasama yorumu biçimsel, teknik bakımdan kanun olamaz; çünkü kanundan farklı bir usûlle kabul edilmektedir[8]. Diğer bir görüşe göre kural olarak yasama yorumu kanun niteliğindedir[9]. Her hâlükârda, kanunlar kural olarak geçmişe yürümez; oysa yasama yorumu, uygulanacak eski bir kanunun anlamını açıkladığına göre geçmişe yürür[10].

Yasama yorumuna iki örnek verelim: 1831 Belçika Anayasasının 28'inci maddesine göre, "kanunların resmi yorumu sadece yasama iktidarına aittir". 4 Ağustos 1832 tarihli bir kanun, Belçika'da Anayasanın 28'inci maddesinin uygulanma usûlünü (*référé législatif*) düzenledi. Buna göre, eğer Temyiz Mahkemesi ile ilk derece mahkemesi arasında bir kanunun yorumu konusunda uyuşmazlık çıkarsa, Temyiz Mahkemesi bütün daireleriyle birlikte toplanır. Bu toplantıda da ilk derece mahkemesinin kararını bozarsa, yorum sorunu yasama organına havale edilecekti[11]. Bu usûl Belçika'da özellikle 28 Nisan 1850 tarihli kanunun yorumunda olmak üzere birçok defa uygulanmıştır[12]. Ne var ki bu usûl, haklı olarak o zamanlar eleştirilmiştir. Görülmekte olan bir davanın neticesinin siyasi bir heyetin kararına bağlanmasının doğru olmadığına işaret edilmiştir. Bunun kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu ve yargı kuvvetini yasama organına bağladığı ileri sürülmüştür[13]. İşte

4. Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri,* Ankara, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.177.
5. François Terré, *Introduction générale au droit,* Paris, Dalloz, 6. Baskı, 2003, s.433.
6. Bilge, *op. cit.,* s.177; Atar *et alii, op. cit.,* s.60.
7. Bilge, *op. cit.,* s.177.
8. Atar *et alii, op. cit.,* s.60.
9. Edis, *op. cit.,* s.177.
10. Bilge, *op. cit.,* s.177.
11. Bakeart, *op. cit.,* s.219; Pierre Wigny, *Droit constitutionnel : principes et droit positif,* Bruxelles, Bruylant, 1952, s.544.
12. Wigny, *op. cit.,* s.544. 13. *Ibid.,* s.545. 14. *Ibid.*
13. *Ibid.,* s.545. 14. *Ibid.*

bu nedenlerle, 7 Temmuz 1865 tarihli bir kanun Belçika'da yasama yorumu usûlünü (*référé législatif*) ilga etmiştir[14].

Yasama yorumuna ikinci bir örnek bizden, 1924 Anayasasından verilebilir. Bu Anayasanın 26'ncı maddesinde, "Büyük Millet Meclisi, kavaninin... tefsiri... vezaifini bizzat kendi ifa eder" deniyordu. Dolayısıyla anayasaya göre, Türkiye Büyük Millet Meclisinin o dönemdeki görevlerinden biri de kanunları yorumlamak idi. Türkiye Büyük Millet Meclisi bu yorum görevini "tefsir kararları" ile yapardı. 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesine kadar Türkiye Büyük Millet Meclisi birçok kez yasama yorumu yapmış, "tefsir kararı" almıştır[15].

1961 ve 1982 Anayasalarımız, yasama yorumunu kabul etmemiştir. Artık Türkiye Büyük Millet Meclisinin kendi yaptığı kanunların ne anlama geldiğini belirtmesi mümkün değildir. 1961 Anayasasının 62'nci maddesinin gerekçesine göre,

> "kanunun resmî tefsiri, normal olarak yargı yetkisine giren bir husustur. Tamamıyla bağımsız bir hâle getirilmiş bulunan yargının teşrii bir tefsirle bağlanabilmesi düşünülemez. Yasama eğer çıkardığı kanununun maksadını karşılamadığını da mahkemelerin tatbikatı sebebiyle görürse, bu kanun istediği muhtevayı taşımıyor demektir. Bu takdirde yapılacak şey kanunu değiştirmekten ibarettir.... Bu bakımdan modern hukuk anlayışıyla bağdaşamayan tefsir yetkisi tasarıya alınmamıştır"[16].

Değerlendirme.- Bazı yazarlar, yasama yorumunun isabetli ve "en mantıklı"[17] yorum türü olduğuna işaret etmişlerdir. Zira onlara göre, "yasama organı, belli bir kuralı öngörürken hangi anlamı kastettiğini, şüphesiz en iyi bilebilecek durumdadır"[18].

Tarihte pek çok kanun koyucu, kendi koyduğu kuralın hâkimler tarafından başka şekilde yorumlanacağından korkmuş ve bunu engellemeye yönelik kurallar koymuştur. Örneğin Codex şöyle demektedir: *"Leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet ... tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur"* (*Codex*, 1.14.12)[19]. Iustinianus'un gözünde, nasıl kanunlar sadece imparator tarafından konuluyor ise, yine sadece imparator tarafından yorumlanabilir. Böylece Iustinianus yorum yapılmasını yasaklıyordu.

---

14. *Ibid.*
15. Örnekler için bkz. Berki, *op. cit.*, s.105-109.
16. 9 Mart 1961 tarihli ve 27 sayılı Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun Anayasa Tasarısı ve Gerekçesi, *in* Server Tanilli, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, İstanbul, Cem Yayınevi, 1976, s.269-270.
17. Bekaert, *op. cit.*, s.219.
18. Edis, *op. cit.*, s.177. Aynı yönde Bekaert, *op. cit.*, s.219.
19. *Codicis Domini Nostri Iustiniani* (Based upon the Latin text of Krueger's edition, Berlin, 1954) <http://upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/CJ1.htm> (15 Ocak 2010).

Keza Fransız ihtilalinin ilk dönemlerinde yaygın olan bir anlayışa göre, yargı kuvveti yorum yapmamalı, kanun metnini doğru bir tümdengelim yoluyla somut olaylara uygulamakla yetinmelidir[20]. Bu doğrultuda Fransa'da 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun, hâkimlere kanunları yorumlamayı açıkça yasaklıyordu. Bu Kanunun 12'nci maddesine göre, "mahkemeler kanunların yorumlanmasına gerek duydukları zaman, hüküm vermeyecekler, ama yasama organına başvuracaklardır"[21]. Aslında yorum türlerinden biri olan "yasama yorumu"nun altında yatan ana fikir, hâkimlerin yorum yapmaya yetkilerinin olmadığı düşüncesidir.

KUTU 14.1: 2018 YILINDA TÜRKİYE'DE İCAT EDİLMİŞ BİR YORUM ÇEŞİDİ: "CUMHURBAŞKANI YORUMU"

10 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazete yayınlanan 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin "tereddütlerin giderilmesi" başlıklı 13'üncü maddesine şöyle bir hüküm konulmuştur: "*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye Cumhurbaşkanı yetkilidir*".

Bu tür hükümlerle şimdiye kadar görülmemiş oldukça ilginç bir "yorum" çeşidi icat edilmiştir. Bu yorum çeşidine "Cumhurbaşkanının yorumu" ismini verebiliriz. Bu bir nevi yukarıda gördüğümüz gibi "yasama yorumu" benzeri "yürütme yorumu"dur. "Yasama yorumu" artık yok olurken Türkiye'de "Cumhurbaşkanının yorumu" diye bir yorum türünün icat edilmesi tuhaf bir gelişmedir.

Bu yorum çeşidine pek çok **eleştiri** yöneltilebilir: **(1)** Cumhurbaşkanı bu yorumu nasıl yapacaktır? Yasama yorumuna benzer bir şekilde bir "yorum kararı", bir "tefsir kararı" mı alacaktır? Bu karar Resmî Gazetede hangi başlık altında yayınlanacaktır? Yoksa hukukumuza "tereddütlerin giderilmesi kararı" isimli yeni bir düzenleyici işlem türü mü girecektir?

(2) Yorum yapmaya yargı organı yetkilidir. Şüphesiz kuralın koyucusu, koyduğu kuralda boşluk olduğunun veya tereddüde yol açan durumların bulunduğunun farkına varmış ise istediği her zaman koyduğu kuralda değişiklik yaparak bu boşluğu doldurabilir veya tereddüdü giderebilir. Ancak bunun için "usûlde ve şekilde paralellik ilkesi"ne uyması gerekir. Yani Cumhurbaşkanlığı kararnamesindeki tereddüdü gidermesi için yeni bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarması gerekir. Haliyle yeni Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de ancak Resmî Gazete yayınlandıktan sonra yürürlüğe girebilir.

(3) Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini değiştirmeden, kararnamedeki kuralın ne anlama geldiğini, kuraldaki tereddüdün nasıl giderileceğini, yani kuralın nasıl yorumlanacağını söyleyemez. Bu yetki Cumhurbaşkanına değil, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini uygulayacak makama ve uyuşmazlık konusu olduğunda da yargı organlarına aittir. Anayasamızın 9'uncu maddesine göre yargı yetkisi Cumhurbaşkanına değil, mahkemelere aittir.

(4) Ayrıca Cumhurbaşkanının kendi çıkardığı kararnameyi yorumlaması, tereddütleri gidermesi, hukuk güvenliği ilkesine aykırı olacaktır. Çünkü böyle bir şey, kararnamedeki kuralın geçmişe etkili olarak değiştirilmesi anlamına gelecektir ki Cumhurbaşkanı böyle bir şeye yet-

20. Chaïm Perelman, *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, s.16.
21. *Ibid.*

kisi yoktur. Cumhurbaşkanı kendi koyduğu bir Kararnameyi ancak *geleceğe yönelik* olarak değiştirebilir.

3011 sayılı Kanun, m.1/son.- Benzer hükümler 2 Temmuz 2018 tarih ve 703 sayılı KHK'nin bazı maddelerinde de vardır. Örneğin adı geçen KHK ile 3011 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanununun 1'inci maddesine eklenen son fıkraya göre, *"bu maddenin uygulanması bakımından hangi yönetmelik ve tebliğlerin Resmî Gazete'de yayımlanacağı ile ilgili oluşabilecek tereddütleri gidermeye Cumhurbaşkanlığı yetkilidir"*.

Bu fıkraya da yukarıda yöneltilen eleştiriler fazlasıyla yöneltilebilir. Kanundaki tereddüt, ya kanun değişikliği, ya da yorum yoluyla giderilir. Kanunda değişiklik yapma yetkisi, kanun koyucuya, kanunun yorumlama yetkisi ise yargı organına ait olan bir yetkidir. Her iki yetki de Cumhurbaşkanının sahip olmadığı yetkilerdir.

Resmî Gazetede yayınlanması gerektiği hâlde Resmî Gazete yayınlanmayan bir yönetmelik nedeniyle hakları muhtel olan bir kişi, dava açtığında mahkeme söz konusu yönetmeliğin 3011 sayılı Kanunun 1'inci maddesi uyarınca Resmî Gazete yayınlanması gereken bir yönetmelik olup olmadığına kendisi karar verir. Oysa 3011 sayılı Kanunun 1'inci maddesine 703 sayılı KHK ile eklenen son fıkraya göre, bu yetki artık Cumhurbaşkanına aittir. Mahkeme bu durumda, tereddüdün nasıl giderileceğini, yani maddenin nasıl yorumlanacağını Cumhurbaşkanlığına mı soracaktır?

Bu hükümleri kaleme alanların sadece teknik hukuk bilgisinden değil, kuvvetler ayrılığı teorisini bildiklerinden dahi şüphe etmek gerekir.

B. YARGISAL YORUM

"Yargısal yorum (kazaî tefsir, *interprétation judiciaire)*" en kısa tanımıyla mahkemeler tarafından yapılan yorumdur. Yargısal yorum, kanunun somut olaylara uygulanması dolayısıyla yapılır. Kanunun somut olaylara uygulanması için yorum kaçınılmazdır. Bu nedenle yorum, yargı faaliyetinin ayrılmaz bir parçasıdır[22]. Hâkimler kanunun belirsiz olduğunu ileri sürerek önlerindeki davayı reddedemez veya beraat kararı veremezler. Kanunun her hâlükârda bir anlamı vardır. Hâkim yorum yaparak bu anlamı bulmalıdır[23].

Yargısal yorum ile ilgili olarak şu hususların altını çizmek uygun olur:

a) Yargısal yorumun geçerliliği bu yorumu yapan mahkemenin önündeki somut olay ile *sınırlıdır*[24].

b) Yargı yorumu ilke olarak *serbesttir*. Hâkim önündeki davada belirli bir kanun hükmünü yorumlarken bu kuralın başka mahkemelerce yapılmış yorumlarıyla (*précédents*) bağlı değildir[25]. Keza yargı yorumu, ilke olarak,

22. Dönmezer ve Erman, *op. cit.*, c.I, s.169.
23. *Ibid.*
24. Hermann Bekaert, *Introduction à l'étude du droit,* Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1963, s.221.
25. *Ibid.*, s.221.

hâkimin *kendisini de bağlamaz*[26]. Yani bir başka olayda aynı kuralı hâkim bir başka türlü yorumlayabilir[27].

Bununla birlikte yargı yorumunun serbestlik niteliği, yorum konusunda mahkemelerin keyfî bir yetkiye sahip olduğu anlamına gelmez. Çünkü bir mahkemenin kararına karşı istinaf veya temyiz yoluna başvurulduğunda, hâkimin yaptığı yorum üst yargı organlarınca denetime tâbi tutulur. Dolayısıyla hâkimler, yorumlarını bilimsel ve mantıkî esaslara dayandırmak ve gerekçelendirmek zorundadırlar[28]. Nihaî karar verme yetkisine sahip yüksek mahkemeler için yorum serbestliğinin daha fazla olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu mahkemeler de yaptıkları yorumda keyfi olmamalı, birtakım mantık kuralları ve yorum metotları ile bağlı olmalıdır. Dolayısıyla yargı yorumunda, yorum metotları ve yorumda kullanılacak mantık kuralları fevkalade önemli konulardır. Bu metot ve kuralları bir sonraki bölümde göreceğiz.

C. BİLİMSEL YORUM

"Bilimsel yorum (*ilmî tefsir, doktrin yorumu, interprétation scientifique, interprétation doctrinale, scholarly writings, academic writings*)", en kısa tanımıyla, hukuk bilim adamları tarafından yapılan yorumdur. Bilimsel yorum, yargısal yorumdan farklı olarak, belli bir somut olay ile ilgili olmaksızın soyut çözümlerle ilgilidir. Bu nedenle bu yorum daha çok nazaridir[29].

Bilimsel yorum bağlayıcı değildir[30]. Bununla birlikte mahkemeler doktrinin yaptığı yorumlardan yararlanabilir[31]. Özellikle "doktrindeki hâkim görüş (*ruling opinion in the literature*[32])"ün mahkemelerin yorumunda özel bir yeri vardır. Bir kanunun veya anayasanın uygulanmasında bağlayıcı yorum, otantik yorum, onu uygulayan ve son tahlilde yargı organlarının yaptığı yorumdur.

III. YORUM YÖNTEMLERİ

Yorum yöntemleri genellikle lafzî, tarihî, sistematik ve gaî olmak üzere dört çeşide ayrılmaktadır.

---

26. Bunun istisnası Türkiye'de içtihadı birleştirme kararlarıdır. Yargıtay ve Danıştayın verdiği içtihadı birleştirme kararlarındaki yorumlardır. Bu yorumlar, hem Yargıtay ve Danıştay dairelerini hem de bütün ilk derece mahkemelerini bağlar.
27. Dönmezer ve Erman, *op. cit.*, c.I, s.169.
28. Dönmezer ve Erman, *op. cit.*, s.169; Bekaert, *op. cit.*, s.221-222.
29. Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.178.
30. Edis, *op. cit.*, s.178; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Turhan, 1983, s.178.
31. Bilge, *op. cit.*, s.178.
32. Donald P. Kommers, "Germany: Balancing Rights and Duties", *in* Jeffrey Goldsworthy (ed.), *Interpreting Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2006, s.193.

A. LAFZÎ YORUM (DEYİMSEL YORUM, GRAMATİKAL YORUM) YÖNTEMİ

Kanun koyucunun ne dediğini anlamak için doğaldır ki, ilk önce onun ne dediğine, yani kanunun *sözüne*, yani *metnine* bakmak gerekir. Kendisine "dilbilgisel yorum (*interprétation grammaticale*)" veya "deyimsel yorum (*interprétation littérale*)" da denen "lafzî yorum (*textual interpretation, literal rule*)" yönteminde, bir kanun maddesinin anlamı, bu maddenin metninde kullanılan kelimelere, bu kelimelerin cümle içindeki yerlerine, söz dizimine ve noktalama işaretlerine bakılarak tespit edilir[33]. Açıktır ki bu yorum yönteminde kelimelerin sözlük anlamı ve dilbilgisi kuralları, hatta bazen bir virgülün yeri önemli bir rol oynar[34].

Bir Örnek: 1982 Anayasasının 2'nci Maddesindeki Virgül.- 1982 Anayasasının 2'nci maddesi *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı... bir devlet"* olduğunu hüküm altına almaktadır. Bu hükmün yorumu konusunda tereddüt ortaya çıkmıştır. Acaba maddede, "toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet" kavramları, "insan haklarına saygılı" olmayı nitelendiren, açıkçası onun çerçevesini oluşturan kavramlar olarak mı, yoksa ondan tamamen bağımsız olarak mı kullanılmaktadır[35]? Bu konuda iki değişik yorum yapılmıştır:

Türk anayasa hukuku doktrininde Mümtaz Soysal ve Bülent Tanör, "toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı" kavramlarının insan haklarına saygıyı çerçevelendirdiği görüşünü dile getirmişlerdir[36]. Bu yoruma göre devlet, insan haklarına mutlak bir şekilde değil, ancak "toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet" *çerçevesi içinde* saygı gösterebilecektir. Anayasa Mahkemesi de 13 Haziran 1985 tarihli Kararında "1982 Anayasası'nın 2. maddesinde, insan haklarına toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı *içinde* saygılı olunacağı hükmüne yer vermek suretiyle 1961 Anayasasına nazaran Devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır"[37] diyerek bu birinci yorumu benimsemiştir.

Ergun Özbudun'a göre ise, "bu iki ibarenin *virgülle ayrılmış olması sebebiyle* ikinci yorumun benimsenmesi ve insan haklarına saygının, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet kavramları ile çerçevelendirilmiş olmadığının kabulü daha doğru olur"[38]. İşte bu yorumda Özbudun'un kullandığı argüman (iki ibarenin virgülle ayrılmış olması), Özbudun'un burada lafzî yorum yöntemini kullandığını göstermektedir.

---

33. Du Pasquier, *op. cit.*, s.185.
34. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.58.
35. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.74; Kuzu, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri, op. cit.*, s.215.
36. Soysal, *Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek yayınevi, 11. Baskı, 1997, s.127; Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul, BDS Yayını, 1990, s.197
37. Anayasa Mahkemesi, 13 Haziran 1985 Tarih ve E.1984/14, K.1985/7 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 21, s.173.
38. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.75. İtalikler bize ait.

Aşağıda maddenin metni, 8 Kasım 1982 tarih ve 17863 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan orijinal haliyle verilmiştir:

> **MADDE 2. — Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.**

Görüldüğü gibi "toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde" ibaresi ile "insan haklarına saygılı" ibaresi arasında bir virgül vardır ve bu virgül, maddenin anlamını değiştirebilmektedir. İşte bunun böyle söylenmesi, bir "deyimsel (gramatikal) yorum"dur.

Şüphesiz ki bir kanun maddesinin ne anlama geldiğini tespit etmek için her şeyden önce o maddenin metnine, sözlerine bakılır. Bu demektir ki, kanunun her yorumunda lafzî yorum yöntemi her zaman kaçınılmaz olarak kullanılır. O hâlde aşağıda göreceğimiz başka yorum yöntemlerinin dahi belirli bir ölçüde lafzî yorum yaptıklarını söyleyebiliriz. Aslında genel olarak bir yorum, bir metnin, bir sözün anlamını tespit faaliyetidir. Bu nedenle metinden ve sözden kopuk yorum yoktur. Her yorum faaliyetinin konusu bir metin veya sözdür. Diğer bir ifadeyle bir metnin veya sözün yorumu yapılır. Bu nedenle, her yorum yöntemi, kanun koyucunun kanunda kullandığı kelime ve deyimlerden, ifade tarzlarından istifade eder.

O hâlde lafzî yorum ile diğer yorumlama yöntemleri arasındaki farkı vurgulamak gerekir: Lafzî yorum metodunun ayırıcı özelliği, kanunun sözlerinden hareketle yorum yapması değil, kanunun sözleri ile bağlı kalınması ve onun dışına çıkılmamasını istemesi noktasında toplanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, öbür yorumlama yöntemleri de kanunun sözünden hareket etmekte, ama belirli mülahazalarla (örneğin, amaç, sistem vb.) bu sözlerin sözlük anlamlarından yola çıkılarak ulaşılabilecek *ilk ve olağan anlam*dan başka bir anlama ulaşmaktadır.

Amerikan literatüründe bizim yukarıda "lafzî yorum" dediğimiz yöntemi ifade etmek için "metinselcilik (*textualism*)" terimi kullanılmaktadır[39]. A.B.D.'de bu yorum metodunun en önemli savunucusu Federal Yüksek Mahkemenin müteveffa hâkimi Antonin Scalia idi. A.B.D.'de *textualism* taraftarlarına (örneğin Antonin Scalia ve Akhil Amar) göre anayasa metninde kullanılan kelimeler, günlük dildeki sade, açık, olağan anlamları (*plain, ordinary meaning*) ile yorumlanmalıdır[40].

---

39. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, Foundation Pres, 2000, c.I, s.31; William Michael Treanor, "Taking Text Too Seriously: Modern Textualism, Original Meaning, and the Case of Amar's Bill of Rights", *Michigan Law Review*, Vol. 106, 2007 (http://ssrn.com/abstract=1014412).
40. http://en.wikipedia.org/wiki/Plain_meaning_rule.

Son olarak belirtelim ki, değişik dillerde kaleme alınmış uluslararası hukuk belgelerinin yorumunda ve keza Avrupa Birliği mevzuatının yorumlanmasında lafzî yorum metoduna çok sık başvurulur. Maddenin İngilizce metni yorumlanırken bir kelimenin anlamı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa aynı maddenin Fransızca metnine bakılır. Bazen Fransızca kelimenin İngilizce kelimeye göre, bazen de İngilizce kelimenin Fransızca kelimeye göre anlamı daha açıktır. Açık olan dil esas alınarak yorum yapılır. Bu şekilde yapılan yorum bir lafzî yorumdur.

İsviçre gibi kanunların birden fazla dilde mevcut olduğu ülkelerde de, aynı sebeple lafzî yorum metodunun ayrı bir önemi vardır. Keza bizim medenî hukukçuların 1926 tarihli eski Türk Medenî Kanununun yorumunda sıkça "mehaza" başvurmaları ve eski Türk Medenî Kanununun falanca maddesinde kullanılan filanca kelimenin, kaynak kanun olan İsviçre Medenî Kanununun falanca maddesinde geçen Almanca veya Fransızca filanca kelimede olduğu gibi şu olması gerektiğini belirtmeleri de lafzî yorum metoduna örnek teşkil eder.

KUTU 14.2: "Hâl-i Refah" Teriminin Yorumu.- Gramatikal yoruma, du Pasquier, mahkeme kararlarına yansımış olan İsviçre Medenî Kanununun 329'uncu maddesindeki kardeşlerin nafaka yükümlülüğüne ilişkin ikinci fıkrasının yorumu sorununu örnek vermektedir. Bu fıkraya göre "erkek ve kız kardeşler hâli refahta bulunmadıkça kendilerinden nafaka istenemez". Bu maddedeki "hâl-i refah (refah içinde bulunma)" için İsviçre Medenî Kanununun Almanca metninde "*günstigen Verhältnissen*", Fransızca metninde "*aisance*", İtalyanca metninde "*condizioni agiate*" ifadelerini kullanılmaktadır. Du Pasquier'nin verdiği örnekte mahkeme, İsviçre Medenî Kanununun 329/2'de kullanılan Almanca "*günstigen*" kelimesini, Kanunun İtalyanca ve Fransızca versiyonundan yararlanarak yorumlamıştır[41].

2001 tarihli Türk Medenî Kanununun m.364'te "kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, *refah içinde bulunmalarına* bağlıdır" denmektedir. Yargıtay, bu maddede geçen "refah içinde bulunma" kavramının anlamını, maddenin kaynağı olan İsviçre Medenî Kanununun 329'uncu maddesindeki geçen Almanca "*günstigen Verhältnissen*", Fransızca "*aisance*" veya İtalyanca "*condizioni agiate*" kavramlarına bakarak belirlerse gramatikal yorum yapmış olur.

Eleştiri.- Lafzî yorum yöntemi, kanun metninin kanun koyucunun iradesini tam olarak yansıttığı ve kanun koyucunun niyetini ifade etmek için tamamen uygun ifadeler kullandığı varsayımına dayanır[42]. Lafzî yorum yönteminin en fazla eleştirilen tarafı da budur: Örneğin Adnan Güriz'e göre kanun koyucunun, kullandığı kelimelere aşırı bir değer tanıdığı ve kanundaki bütün kelimeleri titiz bir denetimden geçirdikten sonra kullandığı varsayımı yanlıştır[43]. Eski kanun metinlerinin yorumlanmasıyla ilgili olarak, lafzî yorum yöntemine yöneltilen diğer bir eleştiri de şudur: Kanun metninde kulla-

41. *Commune de Berne c. Leuenberger*, 26 juin 1947, A.T.F. 73 II, p.142; J.T. 1947, s.612'ye atfen: Du Pasquier, *op. cit.*, s.204.
42. Du Pasquier, *op. cit.*, s.185.
43. Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.59.

nılan kelimelerin anlamı zamanla değişebilmektedir. Keza zamanla dilbilgisi kuralları, hatta imla kural ve işaretleri değişebilmektedir. Bu değişmeyi dikkate almadan yapılan bir yorum yanlış olacaktır.

B. TARİHSEL YORUM YÖNTEMİ

"Tarihsel yorum (*interprétation historique*)" yöntemine göre, kanun koyucunun kanun hükmünü koyarken izlediği amaç, yani kanun koyucunun "niyetleri" araştırılır. Bunun içinse kanunun sözleri yeterli değildir. Kanunun "hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*)"na, yani komisyon ve parlamentoda yapılan görüşme ve tartışmalara ve keza kanunun gerekçesine bakılmalıdır[44].

Bir Örnek: Anayasa, m.13'teki "Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri" İbaresinin Yorumu.- Anayasamızın 13'üncü maddesine göre temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamalar "demokratik toplum düzeninin gereklerine" aykırı olamaz. Anayasanın 13'üncü maddesinde geçen "demokratik toplum düzeninin gerekleri" deyiminden nasıl bir "demokratik toplum" anlaşılacağı, nasıl bir demokrasi anlayışının esas alınacağı konusunda Türk anayasa hukuku doktrininde değişik yorumlar yapılmıştır.

Bir görüşe göre, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün uygulanmasında esas alınması gereken demokrasi anlayışı, 1982 Anayasası ile benimsenmiş demokrasi anlayışıdır. Diğer bir görüşe göre ise, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün uygulanmasında esas alınması gereken demokrasi anlayışı, çağdaş, batılı demokratik toplumdur. 1982 Anayasasının hazırlık çalışmaları sırasında bu görüş lehine de açıklamalar vardır. Örneğin yine Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü bir soruyu yanıtlarken demokratik toplum düzeninin gereklerine ilişkin şöyle demiştir:

> "Bizim batı dünyasından ayrı bir demokratik toplum anlayışımız yoktur, kendimizi o camiada buluyoruz, aynı anlayışa sahip olduğumuz inancındayız"[45].

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Anayasa Gerekçesinde de 13'üncü maddedeki "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne ilişkin olarak şöyle denmiştir:

> "Hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; *genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı* ile uzlaşabilir olmalıdır"[46].

İtalikle verilen ifadenin gösterdiği gibi 13'üncü maddenin gerekçesine göre, burada esas alınacak demokrasi, 1982 Anayasasının öngördüğü demokrasi

44. Du pasquier, *op. cit.*, s.187; Bekaert, *op. cit.*, s.223; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op.cit.*, s.59; Bilge, *op. cit.*, s.179; Edis, *op. cit.*, s.180.
45. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili Prof. Dr. Feyyaz Gölcüklü'nün Konuşması, *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, Cilt 8, Birleşim 130, s.154'ten aktaran Turhan, "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri", *op. cit.*, s.407.
46. Danışma Meclisi Anayasa Tasarısının 13'üncü Madde Gerekçesi, *in* Akad ve Dinçkol, *op. cit.*, s.72; Kocağanoğlu, *op. cit.*, s.44.

değil, "genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı"dır[47]. İşte Anayasanın 13'üncü maddesinde geçen "demokratik toplum düzeninin gerekleri" deyimi yorumlanırken maddenin gerekçesine bakılması, bu ibare hakkında Mecliste yapılan müzakerelerin incelenmesi, bu konuda tarihi yorum yapıldığını gösterir.

Tarihsel yorum yönteminin özündeki düşünce şu Latince özdeyiş ile ifade edilir: *Animus hominis est anima scripti*[48]. Türkçe olarak söylersek: İnsanın niyeti, yazının ruhudur; yani bir metni yazan kişinin niyeti, o metnin anlamıdır. Aynı ilke Digesta'da "*Benignius leges interpraetandae sunt, quo voluntas earum conservetur*"[49] (Kanunlar, onların amaçlarını koruyacak şekilde yorumlanmalıdır)" şeklinde ifade edilmiştir.

A.B.D.'de bu yorum yöntemine, "ilk niyet (*original intent*)" veya "niyetselcilik (*intentionalism*)" denmekte ve bu yöntem yukarıda bahsettiğimiz "metinselcilik (*textualism*)"in karşıtı olarak kabul edilmektedir[50]. Bu anlayışa göre, kanun metni yorumlanırken, anayasa koyucunun güttüğü amaç dikkate alınmalıdır[51]. Bunun için de "teşriî tarih (yasama tarihi, *legislative history*)"ten yararlanılmalıdır.

Özellikle belirtelim ki, bu metoda göre kanun yorumlanırken, kanunun *şimdiki anlamı aranmaz*; tersine kanun koyucunun kanunu koyduğu zamandaki muhtemel iradesi, yani sübjektif iradesi araştırılır. Bu nedenle bu yönteme "sübjektif yöntem" de denir[52]. Burada kanun koyucunun iradesinin araştırılmasına "psikolojik argüman"[53] veya *"argumentum pro subjecta materiae"* ismi de verilir[54].

Eleştiri.- Tarihsel yorum yöntemi şu noktalardan eleştirilir: Bir kere toplumsal yaşam değişim hâlindedir. Kanunun yapıldığı zaman hâkim olan anlayışa göre toplumun ihtiyaçlarını karşılamak her zaman doğru olmaz[55]. Diğer yandan, kanun bir defa kabul edildikten sonra hukuken kendi geçmi-

47. Bu konuda tartışmalar için bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.233-239.
48. 3 *Bulstrode's Reports*, K. B. 67. http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm
49. *Digesta*, 1.3.18 Celsus 29 Dig. (http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml) http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm Based upon the Latin text of Mommsen's edition, Berlin, 1954.
50. http://en.wikipedia.org/wiki/Original_intent.
51. Louis Fisher, *American Constitutional Law*, Durham, N.C. Carolina Academic Press, Beşinci Baskı, 2003, s.36; Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 2000, c.I, s.51.
52. Bilge, *op. cit.*, s.179; Edis, *op. cit.*, s.180.
53. Perelman, *op. cit.*, s.58.
54. Georges Kalinowski, *Introduction à la logique juridique: éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, s.159.
55. Gözübüyük, *op. cit.*, s.71.

şinden kopmakta ve bağımsız bir varlık niteliği kazanmaktadır[56]. Hukuken bağlayıcı olan şey, kanunun metnidir; gerekçesi veya hazırlık çalışmaları değildir.

Bu eleştirilerin dışında, Aulis Aarnio, kanunun hazırlık çalışmalarına başvurmanın da yorum sorununu tek başına çözemeyeceğini belirtmektedir. Zira ona göre, kanunun hazırlık çalışmaları da nihayet dile ilişkin olduğu için tüm diğer hukukî metinler gibi yorumlanmaya ihtiyaç gösterir[57]. Bazen yorum, bizatihi yorumda kullanılan argümanların dahi yorumlanmasını gerektirir. Dolayısıyla kanunun hazırlık çalışmalarına bakmak problematik bir kanunun anlamını aydınlatmaya yetmez[58]. Bazen de hazırlık çalışmaları tek tip bir cevabı ortaya çıkarmaz. Aslında yorumcu hazırlık çalışmalarının önermelerini yeniden inşa eder[59].

C. SİSTEMATİK YORUM YÖNTEMİ

Bazen kanunun sadece sözüne başvurulması, şüpheli sonuçların doğmasına yol açar ve daha geniş araştırmaların yapılmasını gerekli kılar[60]. İşte bu durumda, kanunun bir maddesinin anlamı, bu maddenin içinde bulunduğu bağlama, diğer maddeler karşısındaki durumuna, kanunun sistematiğine, planı içindeki konumuna bakılarak tespit edilir[61]. Maddenin anlamının bu şekilde tespit edilmesine "sistematik yorum (*interprétation systématique, structural interpretation, systematic reasoning*)" denir. Bu tür yorumda özellikle kanunun kısım ve bölüm başlıkları ile maddelerin kenar başlıkları önemli bir rol oynar.

Sistematik yorum yöntemi, kanunun maddelerinin tek tek ele alınarak yorumlanmasından ziyade, tüm maddelerin tutarlı bir bütün oluşturacak şekilde yorumlanmasını önerir. Kanun maddelerini birbirleriyle tutarlı hâle getiren bağıntılar üzerinde durur. Sistematik yoruma göre, yorumlanacak hüküm, bu hükmün içinde bulunduğu sistemin üst normları da dikkate alınarak yorumlanmalıdır[62]. Yorumlanacak bir hükmün anlamı, o hüküm ile ilgili bütün hükümler göz önüne alınarak tespit edilmelidir[63].

Sistematik yorum yönteminin altında şu Latince ilke yatar: "*Nemo aliquam partem recte intelligere potest antequam totum perlegit* (Kimse, bütünü okumadan, bir parçayı doğru olarak anlayamaz)[64]. Yani bu özdeyişe gö-

56. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.59.
57. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable, op. cit.*, s.154.
58. *Ibid.*
59. *Ibid.*, s.155.
60. Du Pasquier, *op. cit.*, s.186.
61. Du Pasquier, *op. cit.*, s.186; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.60.
62. Du Pasquier, *op. cit.*, s.187.
63. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable, op. cit.*, s.157.
64. 3 *Coke Rep.* 59. <http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm>.

re bir metnin bütününü okumadan, o metnin bir parçasını doğru anlamak mümkün değildir. Yine aynı anlamda Sir Edward Coke, "*ex antecedentibus et consequentibus fit optima interpretatio* (en iyi yorum, öncekiler ve sonrakilerle yapılır)" diye yazmaktadır[65]. Yani, metnin bir bölümünün en iyi yorumu o bölümünden önce ve sonra gelen bölümler göz önünde bulundurularak yapılır. Aynı şekilde bir cümle, o cümleden önce ve sonra gelen cümlelere bakılarak yorumlanmalı, bir kelimenin anlamı o kelimeden önce ve sonra gelen kelimelerin anlamına bakılarak tespit edilmelidir. Buna fıkıh usûlünde *"siyak ve sibak" kuralı* denirdi.

Sistematik yorum anlayışının temelinde, hukuk normlarının tutarlı bir sistem oluşturdukları fikri bulunmaktadır. Bu tarz yorumun amacı, normlar arasındaki sistematik ilişkileri keşfetmek ve her normu kendine has yerine yerleştirmektir[66].

Sistematik yorum, özellikle *lex imperfecta* olarak isimlendirilen normların yorumlanmasında rol oynar. Bunlar kural koyar, ama bu kurala bir yaptırım (müeyyide) bağlamaz. Yaptırım, bu normu tamamlayan bir başka normda vardır. İşte birbirini tamamlayan bu tip normlar varsa bunların yorumlanmasında sistematik yoruma başvurulabilir[67].

Hukuk teorisinde sistematik yorumun bazı kısımları "mantıkî yorum (*interprétation logique*)" başlığı altında incelenir. Du Pasquier, mantıkî yorumun daha somut, sistematik yorumun daha soyut ve bilimsel bir nitelikte olduğunu belirtmektedir[68].

> **Bir Örnek: Sayıştay Yargı Organı mı? (Anayasa, m.160).-** Sayıştayın bir bir yargı organı olup olmadığı hususu Türk hukukunda tartışmalıdır. Örneğin Anayasa Mahkemesi, 13.11.2014 tarih ve E.2014/172, K.2014/170 sayılı kararından önce, Sayıştayı bir mahkeme olarak kabul etmemekteydi. Çünkü Anayasa Mahkemesine göre Sayıştay, Anayasamızda "yüksek mahkemeler" arasında sayılmamıştı. Gerçekten de Sayıştayın düzenlendiği Anayasamızın üçüncü kısmının üçüncü bölümünde yer alan 160'ıncı madde, *"IV. Sayıştay"* başlığını taşımaktadır. Oysa yüksek mahkemeler, aynı bölümün 146'ncı maddeden başlayıp 158'inci maddede biten *"II. Yüksek Mahkemeler"* başlığı altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla 160'ıncı madde başlığı ve bulunduğu yer itibarıyla bir "yüksek mahkeme" değildir. Ama yine 160'ıncı maddenin bulunduğu bölüme bakarak şu yorum da yapılabilir: 160'ıncı madde "yüksek mahkemeler" altında bulunmasa da, Anayasamızın Üçüncü Kısmının *"Yürütme"* başlıklı İkinci Bölümünde değil, *"Yargı"* başlıklı Üçüncü Bölümünde bulunmaktadır. Dolayısıyla Sayıştay bir "yüksek mahkeme" olmasa da, bir "yargı organı"dır. İşte bu şekilde, bir maddenin bulunduğu yere bakılarak yapılan bir yorum, sistematik yorumdur.

65. 2 Co. Inst. 317 (Bouvier, *op. cit.*, s.
66. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable, op. cit.*, s.157.
67. *Ibid.*, s.158-159.
68. *Ibid.*, s.187.

D. TELEOLOJİK (GAÎ, AMAÇSAL, FONKSİYONEL) YORUM YÖNTEMİ

"Teleolojik yorum (*interpretation téléologique*[69], *teleological interpretation*[70])" veya "amaçsal yorum (*purposive theory*)" yöntemine göre, kanunun metni ve hazırlık malzemesi kanunun yorumlanmasına ışık tutar; ama sadece bunlarla yetinmek doğru değildir. Onların yanında, kanunun amacını ve özellikle zamanın ihtiyaçlarını ve devrin telakkilerini hiçbir zaman gözden uzak tutmamak gerekir. Zira hukuk, yaşayan bir düzen olmak dolayısıyla her neslin ve her devrin ihtiyaçlarına cevap vermek zorundadır. Bu da kanun koyucunun belli bir zamandaki düşüncesinin değil, "kanunun amacı (*ratio legis*)"nın dikkate alınmasını gerektirir[71]. Bu amaç ise, içinde bulunduğumuz zamanın gereklerine göre saptanmalıdır[72]. Kısacası, kanunlar uygulandığı zamanın ihtiyaçlarına göre yorumlanmalıdır[73]. Zira yürürlüğe girdikten sonra kanunlar, kanun koyucunun iradesine bağlı olmaktan çıkar, bağımsız bir varlık hâline dönüşür[74].

Teleolojik metot taraftarları, zamanla değişen ihtiyaçlar nedeniyle, toplumdaki adalet duygusunu sarsacak sonuçlar ortaya çıkarsa, kanunun bu adaletsiz durumları ortadan kaldıracak şekilde yorumlanmasını savunurlar[75]. Örneğin bu metoda göre hâkim, aç kaldığı için fırından bir somun ekmek çalan bir kişinin yargılanmasında önceliği hukuk normuna değil, "somut gerçekliğe" vererek adalet duygusuna uygun ve doğru olan bir çözüme ulaşmalıdır[76].

Eleştiri.- Teleolojik metodun eleştirilen yönleri şunlardır: Kanunun yürürlüğe girdikten sonra kaynağı ile ilgisinin kesildiği görüşü teorik açıdan pek tutarlı değildir[77]. Zira her norm, geçerliliğini koyucusunun hukukî yetkisinden alır. Diğer yandan, kanunun her gün yeniden o günün ihtiyaçlarına ve ilgili olayın somut gerçekliğine göre yorumlanması hukuk uygulamasında istikrarsızlık yaratacağından "hukuk güvenliği"ni sarsar. Keza bu metodun uygulanmasıyla, ülke düzeyinde hukuk birliği ve ahengi de bozulabilir[78].

Amaçsal yorumda aşırıya kaçılması bizzat kuvvetler ayrılığı ilkesiyle çatışır. Çünkü amaçsal yorumda yargı organı, anayasada veya kanunda ol-

---

69. Terré, *op. cit.*, s.439.
70. Kommers, "Germany: Balancing Rights and duties", *op. cit.*, s.200.
71. Bilge, *op. cit.*, s.179.
72. Gözübüyük, *op. cit.*, s.72.
73. Gözübüyük, *op. cit.*, s.72; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.62; Edis, *op. cit.*, s.182
74. Edis, *op. cit.*, s.181.
75. *Ibid.*
76. Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.63.
77. Edis, *op. cit.*, s.182.
78. Bu metodun sakıncaları hakkında bkz.: Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, 1985, s.58-59.

mayan bir norm koyar hâle gelir ki, normalde bu yetki kurucu iktidara veya yasama organına ait olan bir yetkidir.

Amaçsal yorumun ilerici nitelikte olduğu sanılmamalıdır. Yorumun sonucu yorumcunun gayesine bağlıdır. Örneğin Almanya'da 1934 yılında yürürlüğe giren bir kanun Almanlar ile Yahudiler arasındaki evlilik dışı cinsel ilişkileri suç saymakta idi. Uygulayıcılar bu kanunu yorumlarken normun, yasa koyucunun amacını belirleyen sözü ile bağlı kalmamışlar ve yaptıkları bir amaçsal yorum sonucu, cinsel ilişki aşamasına varmayan basit erotik hareketleri de cezalandırabilmişlerdir[79].

E. KAVRAMCI YORUM YÖNTEMİ

"Kavramcı yorum metodu (*kavramlar içtihadı, Begriffsjurisprudenz, jurisprudence de concepts*)", "Alman tarihçi hukuk okulu (*Historische Rechtschule*)" tarafından savunulmuştur. Bu metoda göre, belirli bir hukuk normunu yorumlarken "sosyal gerçeklik"ten veya "somut gerçeklik"ten ziyade, hukuk normunun soyut içeriğinden hareket etmek gerekir. Hukuk normunun içeriği ise hukuk biliminin geliştirdiği "kavram"lar ile belirlenmelidir. Dolayısıyla bu yorum metodunda, "mülkiyet", "zilyetlik", "borç", "sözleşme", "tazminat", "hukukî işlem", "haksız fiil" gibi temel hukuk kavramları büyük rol oynar[80]. Bu metodun en büyük özelliği, hukukun yöneldiği sosyal amaçlara ilgisiz kalmak ve hukukta genelleştirme ve kavram yaratma işlemine önem vermektir[81]. Kavramcı metodun taraftarları, kanunun ülkenin her yerinde aynı şekilde yorumlanıp uygulanmasını istemişler, mahkemelerin hukukun uygulanmasında birlik, uyum ve kesinlik esaslarını gerçekleştirmeye çalışmaları gerektiğini belirtmişlerdir[82].

F. MENFAATLER İÇTİHADI YÖNTEMİ

"Menfaatler içtihadı (*Interessenjurisprudenz, jurisprudence de la 'balance des intérets'*)", 1900 yılında Alman Medenî Kanununun kabulünden sonra Alman hukukçuları tarafından geliştirilmiş bulunan bir metottur. En önemli temsilcisi Philipp Heck'tir. Bu metot taraftarları, kanunun sosyal gelişmeye uygun olarak yorumlanmasını savunurlar. Bu anlayışta olanlara göre, her hukuk uyuşmazlığının arkasında menfaat çatışması vardır. Hâkimin temel görevi, hukuk uyuşmazlığında söz konusu olan menfaatleri dengelemektir. Diğer bir ifadeyle hâkimin görevi menfaatleri tatmindir. Menfaatler içtihadı metodu hâkime yaratıcı bir rol tanır. Ancak hâkimin fonksiyonu yine

79. Selahattin Keyman, *Hukuka Giriş ve Metodolojisi*, Ankara, Doruk Yayınları, 1981, s.79.
80. Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1985, s.53; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.60.
81. Güriz, *Hukuk Felsefesi, op. cit.*, s.54..
82. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.60.

de pozitif hukuk içinde kalmalıdır. Hâkim için önemli olan, kanun koyucunun kanunu yaptığı zamandaki amacını bilmek değildir. Kanunun en iyi uygulanma amacının ne olacağını tespit etmektir[83].

KUTU 14.3: Günlük Hayattan Bir Yorum Problemi: "Cep Telefonu"

2008 yılında ilkokul bire giden çocuk annesinden cep telefonu ister. Annesi, "sekizinci sınıfı bitir, o zaman sana istediğin telefonu alacağım" der. Çocuk da "tamam" der.

Çocuk 2016 yılında sekizinci sınıfı bitirir ve kendisine "iPhone 7" alınmasını ister. İstediği cep telefonunun fiyatı 4500 TL'dir. Bu miktar, annenin maaşının iki katıdır. Anne daha ucuz bir telefon almayı önerir. Çocuk kabul etmez. "Sen bana benim istediğim telefonu alacağına söz vermiştin" der. Şimdi istediği telefonun iPhone 7 olduğunu söyler.

Aslında annenin "istediğin telefonu alacağım" sözünü verdiği yıl, anne de çocuk da bu sorunu düşünmemiştir. Zira söz verildiği yıl henüz akıllı telefonlar yaygınlaşmamıştır ve yaygın olarak kullanılan telefonların ve bu arada çocuğun o dönemde istediği telefonun fiyatı ortalama 1000 TL'den ucuz idi. Vakıa şu ki 2008 yılında "istediğin telefonu alacağım" sözünü verirken anne, "telefon" kelimesinde bir belirleme yapmamıştı. Ne telefonun ne markası, ne özellikleri, ne de fiyatı konuşulmuştu.

Çocuğun Tezi: Sen bana "istediğim telefonu sekizinci sınıfı bitirdiğimde almaya" söz verdin; "sekizinci sınıfı bitirdim" ve istediğim telefon iPhone 7, o hâlde bu telefonu bana alman lazım.

Annenin Tezi: Tamam ben sana telefon alacağım. Ama bu telefon çok pahalı. Ben sana söz verdiğim yıl, bu kadar pahalı telefon olacağını bilmiyordum. Sana söz verdiğim zaman en pahalı telefon 1000 TL idi. Ben öyle düşünerek söz vermiştim. Sana da şimdi 2000 TL'yi geçmeyecek bir telefon alacağım. Benim maaşım 2500 TL. Sana 4500 TL'lik telefon alamam.

Sorular: Kim haklı? Çocuk mu? Annesi mi?

- Burada "telefon" kelimesi nasıl yorumlanmalı?
- Çocuğun tezinde "telefon" kelimesi hangi yorum yöntemi doğrultusunda yorumlanmaktadır?
- Annenin tezinde "telefon" kelimesi hangi yorum yöntemi doğrultusunda yorumlanmaktadır?
- Anne ve çocuk, sizi hâkem olarak seçseydi, siz sorunu nasıl çözerdiniz?

IV. YORUM TEORİLERİ

Hukukta "klasik" ve "realist" olmak üzere başlıca iki yorum teorisi vardır.

A. KLASİK YORUM TEORİSİ

"Klasik yorum teorisi (*théorie classique de l'interprétation*)"ne göre, her hukukî durum için uygulanabilir bir hukuk kuralı mevcuttur. Bu kural açık olmadığı zaman, hâkim kanun koyucunun iradesini, yani kanun maddesinin anlamını bulmalıdır. Bu anlam, hâkim tarafından yaratılmaz. Önceden beri mevcuttur. Kanun koyucunun iradesinin ürünüdür. Bu anlam açıksa, hâkim yorum yapmadan, bu anlama göre kuralı uygulamalıdır. Bu anlam gizli

83. Güriz, *Hukuk Felsefesi, op. cit.*, s.54-57; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.61-62.

ise, hâkim yorum yaparak bu anlamı gün ışığına çıkarır[84]. Dolayısıyla klasik yorum teorisine göre, hâkimin görevi sadece kanunu uygulamaktır. Kanunun anlamı gizli ise yorum yaparak bu anlamı ortaya çıkarır. Hâkim yaratıcı değil, uygulayıcıdır[85].

Klasik yorum teorisine göre hâkim, hukuk kuralını şu tip bir akıl yürütme yaparak uygular:

- Karı kocadan biri evlenme sırasında evli ise evlenme batıldır *(Medenî Kanun, m.145/1, Büyük önerme).*
- A ile B'nin evlenme merasiminin yapıldığı sırada, A, C ile evli bulunuyordu *(Küçük önerme, somut olay).*
- O hâlde A'nın B ile yaptığı evlenme batıldır *(Sonuç)*[86].

Burada büyük önerme, uygulanacak olan hukuk kuralıdır (Medenî Kanun, m.145/1). Küçük önerme ise somut olaydır. Sonuç ise hâkimin vereceği hükümdür. Burada hâkimin hükmü yeni bir şey ortaya koymaz. Zira büyük önerme kanunda zaten vardır. Büyük önermeyi hâkim mevcut hâlde bulur. Yargı faaliyeti, büyük önermede ifade edilen hukuk kuralının somut olaya uygulanmasından ibarettir. Bu nedenle denilebilir ki, yargı yeni bir şey ortaya koymaz. İşte bu anlamdadır ki, Montesquieu'nün formülüne göre, yargı kuvveti gerçek bir kuvvet değildir, adeta "yok hükmünde"dir[87].

B. REALİST YORUM TEORİSİ

Yukarıda, klasik yorum teorisine göre büyük önermenin, yani uygulanacak olan hukuk kuralının, hâkime önceden verilmiş olduğunu söyledik. Hâkim, önceden kendisine verilmiş olan kuralı somut olaya uygular. Diğer bir ifadeyle büyük önermeden sonuç çıkarır. Burada hâkimin hükmü yeni bir şey koymaz. Yargı faaliyeti, büyük önermede ifade edilen hukuk kuralının somut olaya uygulanmasından ibarettir.

Buna karşılık, "realist yorum teorisi *(théorie réaliste de l'interprétation)*"[88]ne göre ise, büyük önerme, yani uygulanacak olan hukuk kuralı, hâkime önceden verilmiş değildir. Hâkim, kanun metnini yorumlamalı, onun anlamını belirlemelidir. Dolayısıyla hâkim, büyük önermenin gerçek yaratı-

84. Michel Troper, "Le positivisme comme théorie du droit", *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Bruxelles ve Paris, E.Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.280.
85. *Ibid.*, s.279.
86. Örnek, Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.79'dan alınmıştır.
87. Michel Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, s.36 ; Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. "Léviathan", 1994, s.334.
88. Hart bu teoriye "kural şüpheciliği *(rule-scepticism)*" ismini veriyor (H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, s.169-174).

cısı, yani gerçek kanun koyucu hâline gelir. İşte realist yorum teorisinin özü buradadır: *Gerçek kanun koyucu, metnin yazarı değil, yorumcusudur*[89].

Şimdi realist yorum teorisini daha yakından görelim. Bu teori şu on önermeyle açıklanabilir:

1. Norm, kanunun metni değil, bu metnin anlamıdır.- Realist yorum teorisi ilk önce, hukukun genel teorisi açısından normun ne olduğunu hatırlatır. Hukukun genel teorisi açısından norm, beşeri irade işleminin ürünüdür[90]. Bununla birlikte, bu beşeri irade işleminin *kendisi* norm değil, onun *anlamı* normdur. Öyleyse, norm ile bu irade işleminin maddi varlığını birbirinden ayırmak gerekir. Norm olması gereken, irade işlemi ise olandır[91]. Bundan yola çıkan realist yorum teorisi de normun içinde yer aldığı *metin* ile *norm* arasında bir ayrım yapar. Kısacası, bu teoriye göre norm, bizatihi kanunun *metni* değil, onun *anlamı*dır.

2. Yorumun konusu norm değil, metindir.- Norm ile metin birbirinden farklı şeyler olduğuna göre, ikinci olarak, normun mu yoksa metnin mi yoruma konu teşkil ettiğini tespit etmek gerekir. Realist yorum teorisine göre, yorumlanan şey, norm değil, metindir[92]. O hâlde, *hukuk normlarının* yorumlanmasından değil, *hukukî metinlerin* yorumlanmasından bahsetmek daha uygun olur[93]. Açıkçası, hukukta yorum sorunu, *normun* yorumu sorunu değil, *metnin* yorumu sorunudur. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi norm, metnin kendisi değil, anlamıdır. Bu anlam ise, metnin yorumlanması ile ortaya çıkacaktır. O hâlde hukukta yorumun konusu, hukuk normları değil, hukukî metinlerdir.

3. Yorum kaçınılmazdır.- Klasik yorum teorisine göre, kanunun sözleri müphem ise yoruma gidilir. Sözlerin anlamı açık ise yorum yapılmaz (*Interpretatio cessat in claris*[94]*; Tasrih mukabelesinde delalete itibar yoktur*[95]). Klasik yorum teorisine göre bazı hukuk kurallarının uygulanmasında

89. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.36. Keza bkz. Michel Troper, "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue internationale de philosophie*, 1981, s.525 ; Michel Troper, "Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen", *in* Pierre Bouretz (Ed.), *La force du droit : panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, s.133.
90. Bkz. Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordreiht, Reidel, 1973, s.216-227'den alıntılanan parça *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.295.
91. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.7.
92. Nick Szabo, "Commentaries on Hermeunetics", *http://www.best.com./~szabo/hermeneutics. html.*
93. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable, op. cit.*, s.85.
94. Gridel, *op. cit.*, s.556.
95. Mecelle, m.13. "Zahir olan sözlerin tefsire ihtiyacı yoktur" (Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir, op. cit.*, s.141). Bu ilkeyi ileride göreceğiz.

yorum yapılır, bazılarında ise yapılmaz. Buna karşılık, realist yorum teorisine göre ise, hukuk uygulamasında yorum kaçınılmazdır; istisnasız her hukuk kuralının uygulanmasından önce mutlaka bir yorum yapılır[96]. Zira hukuk kuralı, anayasa, kanun, yönetmelik, sözleşme gibi bir hukukî metnin içinde bulunur. Bu hukukî metnin bizatihi maddi varlığı itibarıyla uygulanması mümkün değildir. Zira, yukarıda belirtildiği gibi, hukuk normu, bu metin değil, onun anlamıdır. Bu anlam ise doğrudan doğruya algılanabilir, bilinebilir bir şey değildir; o ancak yorum ile tespit edilebilir. O hâlde uygulanacak olan normun belirlenmesi için bu normun içinde yer aldığı metnin kaçınılmaz olarak yorumlanması gerekmektedir[97].

4. Bir hukukî metin birden fazla norm içerebilir.- Realist yorum teorisi, dördüncü olarak, bir hukukî metnin anlam bakımından devamlı olarak belirsiz olduğuna işaret eder. Bu belirsizlik Kelsen'in gösterdiği gibi, iradi veya gayriiradî olabilir[98]. Diğer bir ifadeyle, bir hukukî metin birden fazla anlam taşıyabilir[99]. Açıkçası, Aulis Aarnio'nun belirttiği gibi, kanunun bir metni vardır, ama bu metin birden fazla alternatif normlar ifade eder. Düzenleyici bir metin, aralarında seçim yapılması gereken birden çok norm içerir[100].

5. Yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir.- Eğer bir metin birden fazla norm içerebiliyorsa, somut olaya bu normların hepsi uygulanamayacağından bu alternatif normlardan birisini seçme zorunluluğu vardır. Öyleyse, yorum bir tercih yapılmasını gerektiren bir karardır[101]. Diğer bir anlatımla, bir kanun metnini uygulamak ile görevli

---

96. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.34. Bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.453: "Diğer bir ifadeyle bir yargı organı, hukuku uygulayacak ise, kaçınılmaz olarak, uygulayacağı normların anlamını belirlemesi, yani yorumlaması gerekir".
97. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.34. Keza bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.453; Troper, "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *op. cit.*, s.520-521; Aulis Aarnio da aynı gözlemde bulunmaktadır: Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*, (Çev. Geneviève Warland), Bruxelles ve Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, s.77.
98. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.454-456.
99. Michel Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, s.142. Keza Aarnio'ya göre de "kanunun tek metni birden fazla alternatif normlar ifade eder" Aulis Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms", *in* W. Krawietz, Th. Mayer-Mly ve O. Weinberger (ed.), *Objektivierung des Rechtsdenkens: Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, s.427-437, *in* Grzegorczyk, Michaut ve Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, *op. cit.*, s.329-330.
100. Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms" *in* Grzegorczyk, Michaut ve Troper, *op. cit.*, s.329-330.
101. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s..62. Ve eğer, bir kanun metninin birden fazla norm ifade edebileceği kabul edilirse, normun geçerliliği kaçınılmaz olarak metnin yorumuna bağlıdır.

organ, her şeyden önce, bu metnin anlamını, yani bu metnin içerdiği normu belirlemelidir. Tüm metinler de değişik anlamlar içerebileceği için uygulama organı, uygulayacağı normu seçmek zorunda kalır. İşte yorum bu seçimden ibarettir[102].

6. Metinler kendi kendilerini yorumlayamazlar.- Bilindiği gibi, dinî hermenötiğin temel ilkesine göre, "Kitab-ı Mukaddes kendi kendini yorumlamalıdır" *(Scripture must interpret itself)*[103]. Modern hermenötik ise "metinler kendi kendilerini yorumlayabilir mi" sorusuna olumsuz yanıt verir[104]. Dinî hermenötiğin klasik ilkesine benzer fikirler hukukta da zaman zaman ileri sürülmüştür. Montesquieu'ye göre, "hâkimler, kanunun sözlerini telaffuz eden bir ağızdan başka bir şey değildir (*Les juges... ne sont... que la bouche qui prononce les paroles de la loi*)"[105]. Keza Fransız İhtilalinin ilk dönemlerinde yaygın olan bir anlayışa göre, yargı kuvveti yorum yapmamalı, kanun metnini doğru bir tümdengelim yoluyla somut olaylara uygulamakla yetinmelidir[106]. Bu doğrultuda Fransa'da 16-24 Ağustos 1790 tarihli kanun, hâkimlere kanunları yorumlamayı açıkça yasaklıyordu. Bu kanunun 12'nci maddesine göre, "mahkemeler kanunların yorumlanmasına gerek duydukları zaman, hüküm vermeyecekler, ama yasama organına başvuracaklardır"[107]. Aslında yorum türlerinden biri olan, "yasama yorumu"nun altında yatan ana fikir, hâkimlerin yorum yapmaya yetkilerinin olmadığı düşüncesidir. Keza, metnin anlamının açık olması durumunda yorum yapılamayacağı *(interpretatio cessat in claris)*[108] ilkesinin temelinde hep dini hermenötiğin klasik ilkesine (dini metinlerin kendi kendilerini yorumladıkları) benzer bir inanış yatar.

Modern hermenötik, metinlerin kendi kendilerini yorumlayabilecekleri tezini reddeder. Realist yorum teorisi de hukukî metinlerin kendi kendilerini yorumlayamayacaklarını, yorumun mutlaka bir yorumcu tarafından yapılabileceğini belirtir.

7. Yorum, yorumcuya bağlıdır.- Eğer bir metin kendi kendini yorumlayamaz ise, yorum kaçınılmaz olarak yorumcu tarafından yapılır. Eğer hukukta yorum, bir metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimden ibaret ise ve metinler de kendi kendilerini yorumlayamıyorsa, yorum

---

102. *Ibid.*, s.143.
103. John Warwick Montgomory, "Legal Hermeneutics and the Interpretation of Scripture", *Premise*, Volume II, Number 9, October 19, 1995, s.11 *(http://capo.org /premise 95/oct/ p950910.html)*, s.15.
104. *Ibid.*, s.11.
105. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, (1re partie), Livre I, Chapitre II, 6.
106. Chaïm Perelman, *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, s.16.
107. *Ibid.*
108. Gridel, *op. cit.*, s.556.

bu seçimi yapana, yani yorumcuya bağlıdır[109]. Diğer bir ifadeyle yorum, yorumcunun iradesinin ürünüdür.

8. Yorum, yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür.- Eğer bir kanun metninde, yargı organının uygulamak için seçebileceği birden fazla norm mevcutsa ve eğer yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimse ve eğer bu seçimi de yorumcu yapıyorsa, yorumcu bu seçimi serbestçe yapar. Diğer bir ifadeyle, yorum, yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür[110]. Yorumcu, metnin anlamını tespit ederken geniş bir özgürlükten yararlanır. Herhangi bir kurala tâbi değildir[111]. "Yorum metotları" olarak sunulan ilkeler, hukuk kuralı değildir. Hâkim karşısında hiçbir bağlayıcılıkları yoktur. Doktrinde geliştirilen, lafzî yorum, gai yorum, tarihsel yorum, kavramcı yorum, sistematik yorum ve menfaatler içtihadı gibi "yorum metotları"nın ya da *analogia, argumentum a fortiori, argumentum a contrario* gibi "yorumda kullanılan mantık kuralları"nın hiçbir pozitif hukukî değeri yoktur. Hans Kelsen'in gösterdiği gibi, bunlar "sözde" metotlar ve ilkelerdir[112]. Bunlar doktrinin ürettiği yapılardır. Hukuk kuralı değildir[113]. Hukukî geçerlilikten yoksundur. Bunların yargıç karşısında hiçbir hukukî bağlayıcılıkları yoktur[114].

9. Gerçek kanun koyucu, kanunun yazarı değil, yorumcusudur.- Yorumdan önce sadece metin varsa, metin de birden fazla norm içerebiliyorsa, bu normlardan uygulanacak olan norm, yorumcunun serbest iradesiyle

---

109. Genel hermenötik de yorumun yorumcuya bağlı olduğunu söyler. Yorumda, yorumcunun ön kabulleri ve nihayet niyeti çok önemlidir. Bu bakımdan yorum bir dönüşümdür ve yorumcu bu dönüşümün yönünden sorumludur.

    Yorumcunun sorumluluğu konusunda Lord Bacon'ın şu tespiti kayda değerdir: *"Non est interpretatio, sed divinatio, quae recedit a litera. Cum recidicur a litera, judex transit in legislatorum"* (Metnin harfinden uzaklaşan yorum; yorum değil, kehanettir. Yargıç harften uzaklaşırsa, kanun koyucu hâline gelir) (Francis Bacon, *The Advancement of Learning*, II. 20. viii'den alıntılayan Montgomery, *op. cit.*, s.12).

110. Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s.143.

111. Yann Aguila, "Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle", *Revue française de droit constitutionnel*, no.21, 1995, s.42.

112. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.458-459.

113. Aguila, *op. cit.*, s.42.

114. İstisnaen bazı yorum metotları ve bazı yorum ilkeleri pozitif değere sahip olabilir. Örneğin ceza kanunlarında yer alan kanunilik ilkesi dolayısıyla *analogia* yasağında durum böyledir. Bu durumda, bu yorum ilkesi hâkimi bağlar. Bazen de özel hukuk alanında tarafların yapacağı sözleşme metinlerinin yorumuna ilişkin kurallara rastlanır. Örneğin Borçlar Kanununun 91'inci maddesi, sözleşmede geçebilecek olan "ayın başı, ortası ve sonu" gibi ifadelerden ne anlaşılması gerektiğini bildirmiştir. Anayasalarda genellikle yorum metotları ve ilkeleri konusunda hüküm bulunmaz. 1982 Anayasamızın 153'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez" kuralı bu açıdan ilginçtir.

seçiliyorsa, gerçek kanun koyucu, kanun metnini yazan ve kabul eden değil, onu yorumlayandır. Diğer bir ifadeyle, hukuk normu, bizzat normu uygulayacak organ tarafından konulmaktadır[115].

Aslında realist yorum teorisinin vardığı bu sonuç yeni bir şey değildir. Bangor Piskoposu Benjamin Hoadly'e kadar eskiye giden bir doktrindir. Piskopos Hoadly şöyle diyordu:

> "Gerçek kanun koyucu, yazılı veya sözlü bir kanunu yazan veya söyleyen değil, bu kanunu mutlak yorumlama yetkisine sahip olan kişidir"[116].

Diğer yandan bu şüpheci doktrin, özellikle Amerikan realistleri tarafından geliştirilmiştir. Örneğin John Chipman Gray'e göre, tüm hukuk yargısal olarak oluşmuştur *(judge-made law)*[117]. Eğer kanunlar kendi kendilerini yorumlayamazlarsa, onların anlamı mahkemeler tarafından belirlenir. Bir topluma belirli bir davranış biçimini empoze eden kural, anlamı mahkemeler tarafından belirlenen kuraldır[118]. Mahkemeler kanunların kelimelerine hayat verir. Kanun koyucu, sadece kelimeleri telaffuz eder; mahkemeler bu kelimelerin ne anlama geldiğini söyler[119].

10. Yorum, tanıma işlemi değil, irade işlemidir.- Klasik yorum teorisine göre, yorum, bir "tanıma (bilme) işlemi *(acte de connaissance)*"dir. Yani yorumcunun faaliyeti, bilimsel nitelikte, tamamıyla tasvirî bir faaliyettir. Yorum, birtakım "metotlar"ın uygulanarak, metnin anlamının bulunmasından ibarettir. Hukukî önermenin anlamı, yoruma takaddüm eder. O metinde "objektif" olarak mevcuttur ve okuyucunun dışındadır. Okuyucu onu "müşahede etmek" ile yetinir[120].

Oysa realist yorum teorisine göre yorum, tanıma işlemi, bir bilme işlemi değil, bir *"irade işlemi (acte de volonté)"*dir[121]; iki nedenden dolayı:

a) Normun tanınabilecek objektif bir anlamı yoktur.– Bir kere, hukuk normunun bilinmeye (tanınmaya) *(connaissance)* elverişli objektif bir anlamı yoktur. Zira metni yapanların her birinin bu metni kabul ederken içinde bu-

---

115. Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s.142-143.
116. Benjamin Hoadly, Bishop of Bangor, Sermon preached before the King, 1717, s.12'den nakleden John Chipman Gray, *The Nature and the Sources of the Law*, New York, Columbia University Press, 2. Baskı, 1938, s.102'den seçme metin, *in* Dennis Lloyd, *Introduction to Jurisprudence with Selected Texts*, London, Stevens & Sons Limited, 1959, s.212.
117. Gray, *op. cit.*, s.124-125'den seçme metin, *in* Lloyd, *op. cit.*, s. s.212.
118. *Ibid.*, s.212-213.
119. *Ibid.*, s.212.
120. Yann Aguila, "Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle", *Revue française de droit constitutionnel*, no.21, 1995, s.40.
121. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.35. Bu konuda genel olarak bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.459-462.

bundukları ruhi durumu bilmek imkânsızdır[122]. Bunu bilmek mümkün olsaydı bile, bir anlam değil; bir ruhi, bir psişik durum, bir olgu tanınabilecekti. Bu, bir grup adamın belirli bir dönemde bir metni anlayış şekli değil, ama yürürlükte olan hukuka göre, bir metnin uygulanması anında, bu metnin nasıl anlaşılması *gerektiği* şekliyle ilgilidir. Anlamın belirlenmesi bir emri ifade eder. Görüldüğü gibi bu bir irade fonksiyonudur[123].

b) Otantik Yorum.– İkinci olarak, hukuk düzeninin bazı organları tarafından yapılan yorum, "*otantik* (mevsuk, *authentique*)" niteliğe sahiptir. Otantik yorum, hukuken kendisine itiraz edilemeyen ve pozitif hukukun kendisine hukukî sonuçlar bağladığı yorumdur[124]. Örneğin, bir yüksek mahkeme veya bir anayasa mahkemesi tarafından yapılan yorum otantiktir. Keza devlet başkanının yorumu da, eğer işlemlerine karşı başvuru yolu yoksa otantiktir. Bu yorum doğru veya yanlış olmaya elverişli değildir. Kimse bu yoruma karşı çıkamaz. Zira bir yandan bu yorumun karşılaştırılacağı standart bir yorum yoktur; diğer yandan ise, bu yorum iptal edilemez ve içeriği ne olursa olsun sonuçlarını doğurur. O hâlde onun sadece geçerli olduğu söylenebilir[125].

Bundan şu sonuç çıkmaktadır ki, hukuku uygulayan organ, otantik yorumu aracılığıyla hukuk yaratır. Bu açıdan Kelsen'in belirttiği gibi, otantik yorum yolu, sadece uygulanacak normun çeşitli yorum imkânlarından birinin gerçekleştirilmesine, aynı zamanda uygulanacak normun oluşturduğu çerçevenin tamamen dışında kalan yeni bir normun ortaya konulmasına da yol açabilir[126].

Diğer bir ifadeyle, Michel Troper'in gözlemlediği gibi, eğer hukuk kuralı, kanun koyucunun kabul ettiği ve resmi gazetede yayınlanan metin değil; ama bu metnin içerdiği norm ise, bu normun ne olduğunu söyleyen kanun koyucu değil, hâkimdir[127]. Sonuç olarak *"artık ne hâkim kanuna, ne de kamu makamları anayasaya tâbidir. O hâlde hukuk normları hiyerarşisini yeniden değerlendirmek gerekmektedir"*[128].

* * *

Sonuç olarak, bir kanun maddesinin veya anayasa maddesinin içerdiği şey *norm* değil, *metin*dir. Diğer bir ifadeyle, bir maddenin metninde norm

122. Michel Troper, "Le droit, la raison et la politique", *Le Débat*, n°64, 1991, s.191.
123. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.35-36.
124. *Ibid.*, s.36; Keza bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.461; Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s.142.
125. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.36. Diğer bir ifadeyle bu otantik yorumlar, yasal metinlerin "resmî" anlamını belirler. Bkz. Troper, "Le droit, la raison et la politique", *op. cit.*, s.191.
126. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.451.
127. Troper, "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", *op. cit.*, s.133.
128. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.36-37.

değil, kelimeler vardır. Norm ise kelimelerin kendileri değil, anlamlarıdır. Şüphesiz bu kelimelerden herkes başka bir şey anlayabilir. Bu değişik anlamlardan sadece bir tanesi hukuken geçerlidir; diğerleri sadece kişisel görüş niteliğindedir. Geçerli olan anlam ise, otantik anlamdır. Yani yetkili organın yaptığı yorumdan çıkan anlamdır. Bu anlamın içeriği ne olursa olsun, yetkili organın belirlediği anlama hukuken itiraz edilemez ve pozitif hukuk sadece bu anlama hukukî sonuçlar tanır.

Ne var ki, yetkili organın maddenin metnine verdiği anlam, her zaman genel kabul görmüş bir anlam olmayabilir. Hatta kanun koyucunun kesinlikle arzulamadığı bir anlam dahi olabilir. Yetkili organın otantik yorumu sonucu oluşan anlamın içeriği ne olursa olsun, norm bu anlamdır. Her hâlükârda geçerlidir. Dolayısıyla realist yorum teorisi, otantik yorumcunun her yorumuna meşruluk kazandırmaktadır. Bu teorinin gözünde, otantik yorumcunun yetkisi sınırsızdır. Bu yorumcunun yaptığı yorumlar, doktrin tarafından yanlış bulunabilir. Keza bu otantik yorumlar, birçoklarına göre kanunun bizzat sözüne bile aykırı olabilir. Ancak tüm bunlar yorumun geçerliliğini etkilemez. Otantik yorumun geçerliliği etkilenmese de, otantik yorum yetkisinin ortaya çıkaracağı sonuçlar anayasal sistemde dengelenmelidir. Bu dengelenme, anayasal sistemin diğer organlarının göstereceği tepkiler ile olur. Bu tepkiler de aslında bu organların kendilerine verilen yetkileri kullanmalarından ve kendi alanlarında yaptıkları otantik yorumlardan ibarettir. ■

Bölüm 15
ÇEŞİTLİ YORUM İLKELERİ

Bibliyografya.- John Bouvier, *A Law Dictionary,* Philadelphia, Childs & Petersons, 6. Baskı, 1856, Vol II. s.124-150; Bryan A. Garner (Ed.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn., West Group, 7. Baskı, 1999, s.1615-1701; Ali Himmet Berki, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye,* Ankara, BTHA Enstitüsü, 1959; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam* (Yazı çevrimi: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, Tarih Yok (2006?), IV cilt; Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati,* Ankara, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 1943 (Tıpkı Baskı, Başbakanlık Basımevi, 1991); Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir,* Ankara, Güney Matbaacılık, 1948; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukı İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1968, (Tıpkı Baskı, Sarmaşık, Tarih Yok), 8 Cilt; Elmalılı M. Hamdi Yazır, *Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh Istılahları Kamusu*, İstanbul, Eser Neşriyat, 1997, 5 Cilt.; François Terré, *Introduction générale au droit,* Paris, Dalloz, 6. Baskı, 2003, 429-445; Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992, s.554-563 ; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü,* İstanbul, Ensar Neşriyat, 2. Baskı, 2005, s.96; Gabriel Adeleye (*et al.*), *World Dictionary of Foreign Expressions: A Resource for Readers and Writers,* Gabriel Adeleye (*et al.*), *World Dictionary of Foreign Expressions: A Resource for Readers and Writers,* Bolchazy-Carducci Publishers, 2000; René David, "Sources of Law", *International Encyclopedia of Comparative Law* (Edited by K. Zweigert and K. Drobnig, 20; Vol. II: The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification. Chief Editor René David, II, 1984.

Hukukta yorum yapılırken kendisinden yararlanılan çeşitli "yorum ilkeleri (*canons of interpretation, maxims of interpretation*)"ne uyulmalıdır.

Yorum ilkeleri konusunu şu plân dâhilinde göreceğiz:

PLÂN:

I. YORUM İLKELERİNİN VARLIK SEBEBİ, HUKUK UYGULAMASINDA HÂKİMİN ROLÜ, VS.
   1. Yorum İlkelerinin Varlık Sebebi
   2. Hâkimin Hukuk Uygulamasında Görevinin Niteliği: "Hâkim Kanunun Ağzıdır"
   3. Hâkimlerin Normatif İdeolojisi: Hâkimlerin Kanun Koyucuya İtaat Duygusu

II. TEMEL İLKELER
   1. Dürüst Yorum İlkesi
   2. *Interpretatio cessat in claris* (Açıklık Durumunda Yorum Durur)
   3. *A verbis legis non est recedendum* (Kanunun Sözünden Uzaklaşılmamalıdır)

III. SÖZE ANLAM YÜKLEMEYLE İLGİLİ İLKELER
   1. Kelamın İ'mali, İhmalinden Evlâdır (Mecelle, m.60)
   2. Kelâmda Aslolan Manayı Hakikîdir (Mecelle, m.98)
   3. Manayı Hakikî Müteazzir Oldukta Mecaza Gidilir (Mecelle m.61)
   4. Bir Kelamın İ'mali Mümkün Olmaz ise İhmal Olunur (Mecelle, m.62)

IV. KAİDE VE İSTİSNA İLE İLGİLİ İLKELER

1. Yorum Yoluyla İstisna Üretilemez
2. Kaideler Geniş Yorumlanır
3. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (İstisnalar Dar Yorumlanır)
4. İstisnanın İstisnası Geniş Yoruma Tâbi Tutulur

V. DÜZENLEME ŞEKİLLERİYLE İLGİLİ İLKELER

1. *Expressio unius est exclusio alterius* (Bir Şeyi Zikretmek, Diğerini Dışlamaktır)
2. *Unius positio non est alterius exclusio* (Bir Şeyin Belirtilmesi, Diğer Şeylerin Hariç Tutulduğu Anlamına Gelmez)"

VI. "SIFAT-I ARIZADA ASLOLAN ADEMDİR" İLKESİ VE BU İLKEDEN ÇIKAN DİĞER İLKELER

1. Sıfat-ı Arızada Aslolan Ademdir (Mecelle, m.9) (Aslî Niteliğin Varlığı, Arizi Niteliğin Yokluğu Asıldır).
2. Beyyine Hilaf-ı Aslı İspat İçindir (Delil, Aslın Aksini İspat İçindir)
3. Beraet-i Zimmet Asıldır (Mecelle, m.8) (Hak ve Borçtan Uzak Olmak Asıldır)
4. Sıfat-ı Asliye Kaide, Sıfat-ı Arıza ise İstisnadır (Asıl Olan Şey Kuraldır, Arızî Olan Şey ise İstisnadır).
5. Kaidenin Değil, İstisnanın Varlığı İspata Muhtaçtır.

VII. YETKİLERLE İLGİLİ İLKELER

1. Anayasal Organların Yetkisiz Olması Asıl, Yetkili Olmaları ise İstisnadır
2. *Potestas stricte interpretatur* (Yetkiler Dar Yorumlanır)
3. Yetki Dar, Hürriyet Geniş Yorumlanır
4. Hürriyet Asıl, Sınırlama İstisnadır; Hürriyet Geniş, Sınırlama Dar Yorumlanır
5. Sayılmış Yetkiler Dar, Bakiye Yetkiler Geniş Yoruma Tâbi Tutulur
6. *Delegata potestas non potest delegari* (Devredilmiş yetki devredilemez)
7. *Derativa potestas non potest esse major primitiva* (Türemiş Yetki Asli Yetkiden Daha Büyük Olamaz)
9. Yetki ve Usûlde Paralellik İlkesi (*Unumquodque eodem modo quo colligatum est dissolvitur* (Bir Şey Yapıldığı Şekilde Çözülür)
9. *Qui potest majus, potest etiam minus* (Çoğu Yapmaya Yetkili Olan Azı Yapmaya da Yetkilidir)

Yukarıda listelediğimiz yorum ilkelerini tek tek görmeden önce, yorum ilkeleri konusunda kullandığımız bibliyografik kaynaklar hakkında bilgi verelim:

Kaynaklar.- Bu ilkelerin çoğu Roma hukukunda ve özellikle de *Iustinianus*'un *Digesta*sında ifadesini bulmuştur. Yorum ilkelerinin hemen hemen hepsi, Latince özdeyişler şeklinde ifade edilmektedir. Biz aşağıda her ilkenin Latincesini vermeye çalıştık. Latince özdeyişler konusunda başlıca iki kaynaktan yararlandık. Birincisi ve asıl olanı John Bouvier'nin *A Law Dictionary*'sinin 1856 baskısının ikinci cildinin 124 ile 150'nci sayfaları arasında *Maxims* maddesi altında yer alan Latince özdeyişlerdir[1]. Latince kayna-

1. John Bouvier, *A Law Dictionary,* Philadelphia, Childs & Petersons, 6. Baskı, 1856, Vol II. s.124-150. Bu kitabın tam metnine *http://books.google.com.tr*'dan ulaşılabilmektedir.

ğımızın ikincisi ise, *Black's Law Dictionary*'nin 1999 baskısının 1615 ile 1701'inci sayfaları arasında yer alan "*Legal Maxims*" başlıklı *Appendix A*'dır[2].

Keza bu ilkelerin önemli bir kısmının benzerleri İslam hukukunda da vardır. Bunların bir kısmı da *Mecelle*de ifadesini bulmuştur. Çalışmamızda bu ilkelerin *Mecelle*de ifade edildikleri şekilleri de verilmiştir. *Mecelle* metni olarak Ali Himmet Berki'nin hazırladığı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünün 1959 yılında Ankara'da yayınladığı metin esas alınmıştır[3]. Keza Mecellenin maddelerinin açıklanmasında da Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi'nin *Dürerü'l Hükkam Serhu Mecelleti'l Ahkâm* (İstanbul, 1330) isimli Mecelle şerhinin üçüncü baskısının Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem tarafından yapılan yazı çevriminden yararlanılmıştır[4].

I. YORUM İLKELERİNİN VARLIK SEBEBİ, HUKUK UYGULAMASINDA HÂKİMİN ROLÜ, VS

Yorum konusunda çeşitli ilkeleri görmeden önce, bu ilkelerin varlık sebebini, hukuk uygulamasında hâkimin görevinin niteliğini ve doğru yorumun bir şartı olarak hâkimlerin kanun koyucuya itaati kavramını görmemiz uygun olur.

1. Yorum İlkelerinin Varlık Sebebi

Öncelikle yorum ilkelerinin varlık sebebini açıklayalım: Edebî ve sanatsal metinlerin standart bir anlamı yoktur. Bu anlam, bu tür metni okuyan ve yorumlayan kişiye göre değişir. Ne kadar yorumcu varsa, o kadar değişik yorum olabilir. Edebiyat ve sanatın güzelliği de bu noktadadır. Ancak aynı şey hukuk metinlerinin yorumu için söylenemez. Çünkü hukuk kurallarını her yorumcu istediği gibi yorumlayabilirse, hukuki kesinlik ve güvenlik ilkeleri ihlal edilmiş olur. Zira böyle bir yerde, hukuk kurallarının önceden bilinmesi mümkün olmaz. Hukuk kurallarının anlamının yorumcuya göre değiştiği yerde, insanlar kendi davranışlarını önceden bilinen ve olaydan sonra değişmeyecek kurallara göre ayarlayamazlar. Dolayısıyla hukuk kurallarının standart bir anlamının olması ve yorumcuya göre değişmemesi, uygar bir yaşamın gereğidir.

Ne var ki, hukuk kuralları da nihayette söz ile ifade edilir ve gerçeklikte bir metinden başka bir şey değildir. Bu nedenle onların da anlaşılmaya ve nihaî tahlilde yorumlanmaya ihtiyacı vardır. İşte hukukta bu yorum o şekilde yapılmalı ki, yorumla ulaşılan sonuç, yorumcuya göre değişmesin. Aynı hu-

2. Bryan A. Garner (Ed.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn., West Group, 7. Baskı, 1999, s.1615-1701 (Bundan sonra "*Black's Law Dictionary, op. cit.*, s." olarak zikredilecektir).
3. Ali Himmet Berki, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, Ankara, BTHA Enstitüsü, 1959.
4. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam* (Yazı çevrimi: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, Tarih Yok (2006?), IV cilt.

kuk kuralını, kim yorumlarsa yorumlasın aynı sonuca ulaşsın. Burada göreceğimiz "yorum ilkeleri" işte bunu sağlamak içindir. Arzu edilen şey şudur: Bu yorum ilkelerine uyulursa, yorumcu değişik olsa bile, aynı sonuca ulaşılacaktır. Bu yorum ilkeleri yorumu objektifleştirmek için bulunmuştur.

Ne var ki yorumcuların bu ilkelere ne derece uydukları ayrı bir tartışma konusudur. Bazı durumlarda kanunun aynı hükmünün anlamının yorumcudan yorumcuya değiştiğinden; özellikle anayasa mahkemesi üyelerinin anayasayı kendi görüş, istek, inanç ve ideolojileri doğrultusunda yorumladığından şikâyet edilmektedir. Hatta güncel siyasal sorunlarla ilgili olarak anayasanın yorumlanması söz konusu olduğunda, hukukçuların hayal gücünün, gazetecilerin, romancıların ve hatta şairlerin hayal gücünden aşağı kalmadığı dahi iddia edilebilir. Bu açıdan Jean Giraudoux'nun 1935 yılında yazdığı *La Guerre de Troie n'aura pas lieu* isimli tiyatro oyununda Hector'a söylettiği şu söz oldukça anlamlıdır:

> "Hukuk hayal kurma okullarından en güçlüsüdür. Hukukçuların gerçekliği yorumlamada gösterdikleri serbestliği, şairler tabiatı yorumlamada hiçbir zaman gösteremediler (*Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité*)"[5].

Uzun lafın kısası, yorum yaparken hukukçuların şairlere benzememesi gerekir. Bunun yolu ise aşağıdaki yorum ilkelerine uymaktan geçer. İşte yorum ilkelerinin varlık sebebi budur.

2. Hâkimin Hukuk Uygulamasında Görevinin Niteliği: "Hâkim Kanunun Ağzıdır"

Hâkimin görevi kanun yapmak değil, kanunu uygulamaktır. Bu husus, Latince şu ilkede ifadesini bulmuştur: "*Judicis est jus dicere, non dare*[6] (Hâkim, kanunu söyler; kanun yapmaz)". Yine şu Latince özdeyişler de aynı hususa işaret eder: "*Judex est lex loquens*[7] (Hâkim konuşan kanundur)". "*Judex non de legibus, sed secundum leges debet judicare* (Hâkim, kanunu yargılamamalı, kanuna göre yargılama yapmalıdır). Aynı özdeyiş "*non de legibus, sed secundum leges iudicandum est* (kanun üzerinde değil, kanun uyarınca hüküm verilmelidir)"[8] şeklinde dile getirilir. Bu konuda daha pek çok özde-

5. Jean Giraudoux, *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Editions Bernard Grasset, Le Livre de poche, 1935, s.111.
6. *Black's Law Dictionary, op. cit.*, s.1646.
7. 7 Co. 4 (*The Reports of Sir Edward Coke*, London, Butterworth, 1826) nakleden Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.132 (http://books.google.com.tr).
8. Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati*, Ankara, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 1943 (Tıpkı Baskı, Başbakanlık Basımevi, 1991), s.568 (Bundan sonra "*Türk Hukuk Lügati, op. cit.*, s." şeklinde zikredilecektir).

yiş bulunabilir: *Judex bonus nihil ex arbitrio suo faciat, nec propositione domesticae voluntatis, sed juxta legis et jura pronunciet*[9] (İyi bir hâkim kendi kanısına ve özel isteklerine göre değil, kanuna göre karar vermelidir).

Bu özdeyişlerin hepsi şu ilkeyi dile getirir: Hâkimin görevi, yorum yaparak kanunu değiştirmek, kanun koyucunun koymadığı yeni bir kural koymak değil, kanunu uygulamaktır. Hâkimin varlık sebebi, kanunu yargılamak değil; önündeki davada kendisine sunulan uyuşmazlığı kanunu uygulayarak çözmektir. Hâkim kanunu uygulamak yerine, yorum yoluyla kanuna, kanun koyucunun kastetmediği anlamlar yüklerse, kanunu değiştirmiş olur. Bu ise hâkimin hâkim olmaktan çıkıp, kanun koyucu hâline gelmesi demektir. Yorum yapan hâkimin, gerçek kanun koyucu hâline geldiği düşüncesi yeni bir şey değildir. İngiltere'de Bangor Piskoposu Benjamin Hoadly, üç yüzyıl kadar önce, 1717 yılında, İngiltere Kralı huzurunda verdiği vaazda şöyle diyordu:

> "Kelimenin her anlamıyla gerçek kanun koyucu, yazılı veya sözlü bir kanunu ilk yazan veya söyleyen kişi değil, bu kanunu mutlak yorumlama yetkisine sahip olan kişidir (*Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly lawgiver, to all intents and purposes, and not the person who first spoke or wrote them*)"[10].

Oysa hâkimin kanun koyucu hâline gelmemesi gerekir. Bir kere, hâkimin kanunun sözlerinden ayrılarak karar vermesi keyfiliğe yol açar. Hukuk güvenliğinin ve keza hukuk devletinin sonu anlamına gelir. Hukuk devleti insanların hâkimlere değil, kanunlara tâbi olması demektir. Kanun kuralı genel ve önceden bilinen bir şeydir. Hâkimin hükmü ise özel ve hüküm anında ve dolayısıyla olaydan sonra ortaya çıkan bir şeydir.

Diğer yandan hâkimin yorum yoluyla kanunun anlamını değiştirmesi ve dolayısıyla kanun koyucu hâline gelmesi kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırıdır. Anayasa hukukunun temel teorilerinden biri olan kuvvetler ayrılığı teorisine göre, kuralı koyma yetkisi ile kuralı uygulama yetkisi, yani yasama yetkisi ile yargılama yetkisi ayrı ellerde olmalıdır. Aksi takdirde, yani kuralı koyanın kuralı uyguladığı veya kuralı uygulayanın aynı zamanda kural koyduğu bir sistemde hürriyet yok olur; istibdat ortaya çıkar. Gerçekten de kuvvetler ayrılığı teorisinin kurucusu Montesquieu, bu nedenle, hâkimlerin kanunları yorumlama yetkisine karşıdır. Montesquieu'ye göre yargı kuvveti

---

9. 7 Co. 27 (*The Reports of Sir Edward Coke*, London, Butterworth, 1826), nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.132 (http://books.google.com.tr).
10. Hoadly'nin bu sözüne oldukça dolaylı bir şekilde ulaşabildik. Kaynağımız şöyle: Benjamin Hoadly, Bishop of Bognor, "Sermon Preached Before the King", 1717, s.12'den nakleden John Chipman Gray, *The Nature and the Sources of the Law*, New York, Columbia University Press, İkinci Baskı, 1938, s.102'den seçme metin, *in* Dennis Lloyd, *Introduction to Jurisprudence with Selected Texts*, London, Stevens & Sons Limited, 1959, s.212.

mahiyeti gereği sınırlı bir kuvvet olmalıdır. Çünkü kanunların uygulanmasından ibarettir. Zira Montesquieu'ye göre,

> "milletin yargıçları, cansız birer varlıkmışlar gibi hareket ederek kanunun sözlerini, ne kuvvetini ve ne de sertliğini değiştirmeden, sadece telaffuz eden birer ağızdır (*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*)"[11].

Montesquieu, hâkimlerin kanunları yorumlama yetkisine sahip olmaması gerektiğini kuvvetler ayrılığı ilkesinden çıkarmaktadır. Çünkü ona göre kanun koymak yasama kuvvetinin, kanunları uygulamak ise yargı kuvvetinin görevidir. Hâkim, yorum yoluyla kanunun sözlerinin dışına çıkmamalı, yeni kurallar koymamalı, kanunun sözlerini yumuşatmamalı veya sertleştirmemelidir. Montesquieu'ye göre, hükümler hâkime değil, kanuna bağlıdır. Zira "hükümler yargıcın özel bir oyu veya görüşü olsalardı, cemiyet içinde, insana düşen ödevlerin ne olduğu bilinmeden yaşanırdı"[12]. Keza, Montesquieu'ye göre hâkimlerin görevi kanunların sertliğini veya yumuşaklığını ayarlamak değil, onları uygulamaktan ibarettir. Hâkimler "cansız birer varlıkmış (*des êtres inanimés*)" gibi[13] hareket etmelidirler. Zira "hâkimler, kanunun sözlerini telaffuz eden birer ağızdan başka bir şey değildirler (*les juges... ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*)"[14].

Uzun lafın kısası, hâkim, kanunu yorum yoluyla değiştirmemeli, kanunu uygulamalıdır. Hâkim, kanunun ağzıdır. Ağzın beyne itaat ettiği gibi, hâkim de kanun koyucuya itaat etmelidir.

Ancak gerek eskiden, gerek günümüzde hâkimlerin bu itaati bihakkın gösterdikleri hususu çok şüphelidir. Hatta hâkimlerin bu itaatsizliğe teşvik edildiği, hâkimlerin kanunu yorum yoluyla "yumuşatmaları"nın alkışlandığı da olmuştur. Hâkimlerin kanun koyucuya itaatten kaçınmaları, kanunun sözlerine yorum yoluyla kanun koyucunun kastetmediği anlamların yüklenmesiyle olur. Bu anlamda yorum, hâkimin kanun koyucuya itaatsizliğinin yolu ve yöntemidir. Bu durumu Jean Carbonnier, "yorum itaatsizliğin entelektüel bir biçimidir (*l'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance*)"[15] diyerek mükemmel bir şekilde ifade etmiştir.

---

11. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, (1re partie), Livre I, Chapitre II, 6 (Montesquieu, "İngiltere'nin Esas Teşkilatı", Çev. Mükbil Özyörük, *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, Cilt II, 1947, Sayı 1-2, s.81 (s.75-83). *De l'esprit des lois*'nın Fransızca aslına http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k70671k veya http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html'den ve İngilizce çevirisine http://www.constitution.org/cm/sol.htm'den ulaşılabilir.
12. *De l'esprit des lois*, (1re partie), Livre I, Chapitre II, 6 (Özyörük çevirisi, *op. cit.*, s.79).
13. *Ibid.*, s.81.
14. *Ibid.*
15. Jean Carbonnier, *Droit civil: Introduction*, Paris, PUF, 23. Baskı, 1995, s.250.

3. Hâkimlerin Normatif İdeolojisi: Hâkimlerin Kanun Koyucuya İtaat Duygusu

Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin anayasa koyucuya, diğer hâkimlerin ise hem anayasa koyucuya, hem de kanun koyucuya itaat ettiklerinin kabulü, hukuk uygulamasının vazgeçilmez koşuludur. Herhangi bir düzeyde, bir hukuk kuralının yargısal uygulamasının olabilmesi için, hâkimlerin kendilerini hukuk kurallarıyla bağlı hissetmeleri gerekir.

Alf Ross hukukun geçerliliğinin gerçekte "hâkimlerin manevi hayatıyla ilgili varsayımlar" üzerine kurulu olduğunu yazmaktadır. Ross, "hâkimlerin kanun koyucuya itaat"inden veya "yargıçların kurallar ile bağlı olma duygusu"ndan bahsetmektedir[16]. Aynı anlamda Aulis Aarnio da "hâkimlerin normatif ideolojisi"nden söz etmektedir[17]. Alf Ross'a göre hukuk, hâkimin düzenli bir davranışının olacağını ve "kurallar ile bağlı olma duygusuna" sahip olduğunu varsayar. Yani hâkim kanun koyucuya itaat etmelidir. Bu böyle olmazsa, kanun koyucu tarafından konulan normlar geçerli olamaz. Örneğin varsayalım ki hâkim, çocuk düşürme hâlinde ceza vermektedir. Eğer bir gün kanun koyucu çocuk düşürmeyi suç olmaktan çıkarırsa, hâkimin davranışı birdenbire değişir; artık çocuk düşürenlere ceza vermez. Yeni kanun geçerlidir; çünkü hâkim davranışını değiştirmiştir. Eğer yeni kanuna rağmen hâkim, hâlâ çocuk düşürme hâlinde müeyyide uygulamaya devam ederse, yeni kanunun geçerli olmadığına hükmetmek gerekir; zira bu kanun etkililikten bütünüyle mahrumdur. O hâlde yeni bir kanunun geçerliliği hâkimlerin normatif ideolojisi üzerine kuruludur. Bu ideoloji, hâkimlerin kanun koyucuya itaatinden, diğer bir deyişle, kendilerini kurallarla bağlı hissetmelerinden ibarettir[18].

Kanunun değişmesine rağmen davranışını değiştirmeyen hâkimlerin, anayasa kuralı değişmesine rağmen içtihadını değiştirmeyen anayasa mahkemesi üyelerinin bulunduğu bir ülkede, kanunların ve anayasanın yorumlanmasında izlenecek ilkelerden bahsetmenin pek bir anlamı yoktur. Zira yo-

16. Alf Ross, *On Law and Justice,* London, Steven & Sons, 1958, s.36-38 *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Der.-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles ve Paris, E.Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.325.
17. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable...*, *op. cit.*, s.53. Keza bkz. Aulis Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms", *in* Grzegorczyk, Michaut ve Troper (der.), *op. cit.*, s.328: "Eğer ve sadece eğer bir norm, bir makamı zorlayan bir *normatif ideolojiye* ait ise yürürlüktedir. Daha basit bir ifadeyle, bir makamın kendini bir hukuk normu ile bağlı hissedeceği varsayılabiliyorsa, bundan dolayı, bu hukuk normu yürürlüktedir".
18. Alf Ross, *On Law and Justice,* London, Steven & Sons, 1958, s.36-38 *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (der.) *Le positivisme juridique,* Bruxelles ve Paris, E.Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.325. Keza bkz. Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms", *op. cit.*, s.427-437 *in* Grzegorczyk, Michaut ve Troper (der.), *op. cit.*, s.328.

rum ilkeleri, kendisini hukuk kuralıyla bağlı hisseden bir hâkim için anlamlı bir şeydir.

Şimdi bu ön açıklamadan sonra yorum ilkelerini görelim. Yorum ilkelerini kendi içinde tasnif etmek oldukça güçtür. Bununla birlikte biz şöyle bir tasnifi uygun gördük:

II. Temel İlkeler
III. Söze Anlam Yüklemeyle İlgili İlkeler
IV. Kaide ve İstisnayla İlgili İlkeler
V. Düzenleme Şekilleriyle İlgili İlkeler
VI. "Sıfat-ı Arızada Aslolan Ademdir" İlkesi ve Bu İlkeden Çıkan Diğer İlkeler
VII. Yetkilerle İlgili İlkeler

Şimdi bu plân dahilinde yorum ilkelerini görelim:

II. TEMEL İLKELER

Yorumla ilgili temel ilkeler olarak, "dürüst yorum", "*interpretatio cessat in claris*" ve "*a verbis legis non est recedendum*" ilkelerini göreceğiz.

1. Dürüst Yorum İlkesi

Yorum, anlamı belirsiz olan bir hukuk kuralının ne anlama geldiğinin tespit edilmesi faaliyetidir. Bu tespit, keyfi ve sübjektif olarak değil, objektif bir şekilde yapılmalıdır. Bu objektifliği sağlamak için de aşağıda göreceğimiz yorum ilkeleri geliştirilmiştir. Yorumcu farklı da olsa, bu ilkeler uygulanarak aynı sonuca ulaşılmalı, yani kurala aynı anlam atfedilmelidir. Eğer bu böyleyse objektif bir yorum yapıldığı söylenebilir. Ancak bu bir idealdir. Bazı durumlarda yorumcular değiştikçe, aynı kurala atfedilen anlam, yani yorumlama faaliyeti sonucunda elde edilen sonuç değişir. Gelişmiş yorum ilkelerinin olduğu bir ortamda yorum farklılıkları en aza indirilebilir. Ancak yorum farklılıklarını tamamıyla ortadan kaldırmak mümkün değildir. Bu yorum farklılıklarını da normal karşılamak gerekir.

Ancak bunun ön koşulu, yorumcuların dürüst olmasıdır. Yani yorumcuların, hukuk kuralına anlam atfederken, tarafsız ve bağımsız olması, saf hukukî ilkelere dayanarak hareket etmeleri gerekir. Yorumcu baskı veya tehdit altındaysa veya siyasî eğilimleri nedeniyle tarafsızlığını yitirmiş ise, bu yorumcunun yaptığı yorum dürüst bir yorum değildir. Keza yorumcunun yorum yaparken dayandığı ilkelere samimi olarak değer veriyor olması gerekir. Bu samimiyetin delili ise, yorumcunun aynı ilkelere daha önce verdiği kararlarda da dayanmış olması ve keza bundan sonra vereceği kararlarda da aynı ilkelere dayanacak olmasıdır. Belirli bir ilkeye dayanarak daha önce pek çok davada hukuk kuralını belirli bir şekilde yorumlamış bir hâkime, önündeki yeni davada aynı ilkeye dayanarak hukuk kuralının yorumunda aynı sonuca ulaşması durumunda, sonuç ne kadar yadırgatıcı olursa olsun, kimsenin di-

yeceği bir şey olamaz. Ancak şimdiye kadar hep benzer konularda belirli bir ilkeye dayanarak yorum yapan hâkim, önündeki benzer bir davada o ilkeye değil de, o ilkeyle çatışan başka bir ilkeye dayanmış ise ve özellikle de bu davadan sonra bu ilkeden vazgeçip eski ilkeye dayanmaya devam etmiş ise, söz konusu davada hâkimin yaptığı yorum dürüst değildir.

Dürüst yorum ilkesinin ihlaline Türkiye'de Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarından pek çok örnek gösterilebilir. Bu örnekler için bizim *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa, Ekin, 1999) ve *İdare Hukuku* (Bursa, Ekin Kitabevi, 2009, 2 Cilt) isimli kitaplarımıza bakılabilir. Keza Yusuf Şevki Hakyemez'in *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı* (Ankara, Yetkin, 2009) başlıklı kitabı, neredeyse baştan sona Anayasa Mahkemesinin dürüst yorum ilkesiyle bağdaşmayan kararlarının eleştirisi niteliğindedir.

Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde birkaç ay arayla aynı kanun hakkında birbiriyle taban tabana zıt iki değişik yorum yaptığına şahit olunmuştur[19]. Şüphesiz ki istisnaen mahkemeler yorumlarını ve içtihatlarını değiştirebilir; ama dürüst bir mahkemenin yorumunu birkaç ay içinde değiştirmemesi gerekir. Hukuk kuralları ve keza aşağıda göreceğimiz yorum ilkeleri iki tarafı keskin bıçak gibidir. Belirli bir olayda belirli ilke uygulanarak ulaşılan sonuç bugün iktidardaki X partisinin işine yarıyorsa, yarın iktidara Y partisi gelirse onun işine yarar hâle gelir. İktidara Y partisi geldi diye yorumcu, dayandığı ilkeyi değiştirirse, yorumcunun samimiyeti ve dürüstlüğünden şüphe edilir. Yorum ilkeleri nalıncı keseri değildir. Hep aynı siyasal eğilime hizmet etmez.

Maalesef ülkemizde, geçmişte, Cumhurbaşkanının belirli bir konuda yetkisiz olduğunu savunan hukukçular, kendi siyasal eğilimlerinden birisi Cumhurbaşkanı olunca Cumhurbaşkanının bu konuda yetkili oluğunu savunabilmişlerdir. Geçmişte, Cumhurbaşkanının kendisine önerilen üç rektör adayından birincisini değil, üçüncüsünü rektör atayamayacağını savunan yorumcular, Cumhurbaşkanı değişince ve yeni Cumhurbaşkanı aynı işi yapınca bunu eleştirmemişlerdir.

Yine geçmişte, Danıştay, YÖK Genel Kurulunun belirli bir konuda karar almaya yetkili olduğuna karar verirken, YÖK Genel Kurulunun üyelerinin çoğunluğu değ7iştikten sonra söz konusu Kurulun aynı konuda artık karar almaya yetkisinin olmadığına karar verebilmiştir.

Dürüst yorum ilkesini, Ergun Özbudun'dan yaptığımız şu alıntıyla bitirelim:

---

19. Örneğin Anayasa Mahkemesinin aynı Kanun üzerinde verdiği 23 Mart 1976 tarih ve E.1975/167, K.1976/19 sayılı birinci Kararında yediye karşı sekiz oy çoğunluğuyla Kanunun Anayasaya *uygun* olduğuna (*Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 14, s.119-161), yedi ay sonra 12 Ekim 1976 tarih ve E.1976/38, K.1976/46 sayılı ikinci Kararında, yediye karşı sekiz oy çoğunluğuyla aynı Kanunun Anayasaya *aykırı* olduğuna karar verilmiştir (*Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 14, s.252-285).

"Hukuk biliminde ve uygulamasında dürüst yorum farkları her zaman görülebilir. Ancak bugün belli bir kesimin belli siyasal amaçlar doğrultusunda hukuk kurallarını çarpıtma gayretine karşı sessiz kalınırsa, yarın başka bir kesimin bambaşka amaçlar uğrunda o kuralları çiğnemesine karşı söyleyecek sözümüz olmaz. Hukuk, herkes için, her zaman gereklidir"[20].

2. *Interpretatio cessat in claris* (Açıklık Durumunda Yorum Yapılmaz)[21]

İnterpretatio cessat in claris ilkesi "*in claris non fit interpretatio* (açıklık durumunda yorum yapılmaz)" özdeyişiyle de dile getirilir. Yine aynı anlamda Latince olarak "*quando verba et mens congruunt, non est interpretationi locus* (kelime ve niyet uyuştuğu zaman, yoruma yer yoktur)"[22] denmektedir. Keza "*verbis standum ubi nulla ambiguitas*[23] (belirsizlik yoksa söz ayakta tutulmalıdır)"; yani anlamı açık olan söz, bağlayıcıdır.

Interpretatio cessat in claris ilkesine göre, anlamı açık ve kesin olan bir hükmün yoruma ihtiyacı yoktur. Aynı ilke,Mecellenin 13'üncü maddesinde *"tasrih mukabelesinde delalete itibar yoktur"* denilerek ifade edilmiştir. Tasrih, sarih olarak, yani açıkça söyleme demektir[24]. Delalet ise, bir şeyin durumundan bir başka şeyin anlaşılması[25], bir şeyin bir başka şeye işaret etmesi demektir. Dolayısıyla "tasrih mukabelesinde delalete itibar yoktur" demek, bir sözün anlamının açık, yani sarih olması durumunda, o sözün ne anlama geldiğinin araştırılmasına, bu konunun tartışılmasına gerek yoktur demektir.

Delalet, birtakım delillerden yola çıkarak bir sözün manasının bulunmasıdır. Fıkıh usûlünde "*sarâhat, delâletten akvadır*[26] (kuvvetlidir)" denir. Yani bir sözün açık anlamı, o sözün yorumlanmış anlamından üstündür.

Aynı anlamda "sarahat karşısında delâlete itibar yoktur"[27] veya "zahir olan sözlerin tefsire ihtiyacı yoktur" da denir[28].

Örnek.- Türk Anayasa Mahkemesi, kamuoyunda "367 kararı" olarak bilinen 1 Mayıs 2007 tarih ve E.2007/45, K.2007/54 sayılı kararıyla, "Anayasa'nın 102. maddesinin ilk fıkrasında Cumhurbaşkanı'nın seçimi için öngörülen üçte iki çoğunluk, dava konusu Meclis kararına ilişkin birinci oylama yönünden hem toplantı hem de karar yetersayısını kapsamakta" olduğuna karar vermiştir. Oysa 102'nci maddenin ilk fıkrasındaki "Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye

20. Ergun Özbudun, "Cumhurbaşkanı Seçimi ve Anayasa", *Zaman,* 17 Ocak 2007.
21. Gridel, *op. cit.,* s.556; Terré, *op. cit.,* s.430. Bu ilkenin kelime kelime çevirisi "açıklık durumunda yorum durur" şeklindedir.
22. Bouvier, *op. cit.,* c.II, s.142 (http://books.google.com.tr).
23. *Black's Law Dictionary, op. cit.,* s.1699.
24. Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat,* Ankara, Aydın Kitabevi, 1984, s.1242.
25. Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü,* İstanbul, Ensar Neşriyat, 2. B., 2005, s.96.
26. Ali Haydar, *op. cit.,* c.II, s.42.
27. Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir,* Ankara, Güney Matbaacılık, 1948, s.146.
28. *Ibid.,* s.141

tamsayısı üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir" hükmünün anlamı gayet açıktı. Bu hüküm, toplantı yetersayısını değil, karar yetersayısını belirlemekteydi. 102'nci maddede ayrıca hükme bağlanmadığına göre toplantı yetersayısının Anayasasının bu konuda genel hüküm olan 96'ncı maddesi uyarınca belirlenmesi gerekirdi. Nitekim Türkiye'de 1982'den 2007 yılına kadar yapılan bütün uygulama bu yönde idi. Keza 1982'den 2007'ye kadar, 1982 Anayasasının 102'nci maddesinin sadece karar yetersayısını hükme bağladığı kabul edilmiş, uygulamada ve doktrinde kimsenin aklına bu hükmün aynı zamanda toplantı yetersayısını hükme bağladığı yolunda bir düşünce gelmemiştir. Kaldı ki, karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, Cumhurbaşkanının seçimi için, genel toplantı yetersayısının dışında bir de özel toplantı yetersayısının öngörüldüğü bir ülke yoktur. Tüm bunlara rağmen Türk Anayasa Mahkemesi 102'nci maddenin ilk fıkrasında yer alan ve anlamı gayet açık olan hükmü ters yönde yorumlayabilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu yorumu "*interpretatio cessat in claris* (hükmün anlamı açıksa yorum yapılmaz) ilkesine aykırıdır[29].

12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "*farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar verilmiş olması*" durumunda devlete karşı tazminat davası açılabileceğini ve devletin ödeyeceği tazminatı sorumlu hâkime rücu etmesini öngören hükmü (m.46/c), âdeta, "*interpretatio cessat in claris*" ilkesinin müeyyidesi niteliğindedir.

KUTU 15.1: Mecelle, m.14.- "Mevrid-i nassta içtihada mesağ yoktur". Bu maddeye göre, belli bir mesele hakkında müçtehitlerin içtihatta bulunabilmeleri için, öncelikle, o mesele hakkında kanun koyucunun (şârinin) koyduğu bir kuralın (nassın) olmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle Kur'anda, hadiste hükmün bulunduğu yerde kıyas veya içtihat yapılması yasaktır[30].

3. *A verbis legis non est recedendum*[31] (Kanunun Sözünden Uzaklaşılmamalıdır)

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hâkimin görevi kanunu uygulamaktır. Montesquieu'nün belirttiği gibi hâkim kanunun sözlerini telaffuz eden bir ağızdan başka bir şey değildir. Hâkim, kanunun sözlerinden uzaklaşırsa kanun koyucu hâline gelir. Bu hususu Francis Bacon, 1605 yılında yayınladığı *The Advancement of Learning* isimli ünlü eserinde şu Latince özdeyişle dile getirmiştir: "*Non est interpretatio, sed divinatio, quae recedit a litera. Cum receditur a litera, judex transit in legislatorum*" (Sözden uzaklaşan yorum, yorum değil; kehanettir. Hâkim sözden uzaklaşırsa, kanun koyucu hâline gelir)"[32].

29. Bu konuda bkz.: Kemal Gözler, "Hukukun Siyasetle İmtihanı: Kim Sınıfta Kaldı?", Türkiye Günlüğü, Sayı 89, Yaz 2007, s.5-16 <www.anayasa.gen.tr/kim-sinifta-kaldi.htm>.
30. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam, op. cit.*, c.I, s.43.
31. Broom's Max. 268 (Herbert Broom, *A Selection of Legal Maxims*, Sweet & Maxwell, 1837); Nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.124 (http://books.google.com.tr).
32. Francis Bacon, *The Advancement of Learning*, 1605, Book II, XVIII, 8. (http://www.gutenberg.org/dirs/etext04/adlr10h.htm [Transcribed from the edition by David Price, Cassell & Company, 1893]).

Yorum yapılırken kanunun sözünden uzaklaşılmaması gereği şu özdeyişlerle ifade edilir: "*Sensus verborum est anima legis*[33] (kelimelerin anlamı, kanunların ruhudur)". Diğer bir ifadeyle, "*verba sunt indices animi* (kelimeler niyetlerin göstergesidir)"[34].

Keza hukuk metodolojisinde metnin anlamını bozan yoruma, "*maledicta est expositio quae corrumpit textum* (metni ifsad eden yoruma lanet olsun)" denerek beddua edilmiştir[35]. Bu nedenle "yorum" tabiri pejoratif anlamıyla "kanunun çürümesi (*corruption of law*)" anlamına gelir[36].

Yine benzer şekilde Sir Edward Coke, "*viperina est expositio quae corrodit viscera textus* (metnin içini kemiren yorum, zehirli yılandır)" diyerek metinden uzaklaşan yorumu lanetlemiştir[37].

KUTU 15.2: BİR ÖRNEK OLAY - YÜKSEK SEÇİM KURULUNUN 16 NİSAN 2017 TARİHLİ MÜHÜRSÜZ OY KARARI

16 Nisan 2017 tarihli halkoylamasında bazı kişilerin mühürsüz oy pusulaları ile oy kullandığı anlaşılmıştır. YSK, 16 Nisan 2017 tarih ve 560 sayılı kararıyla mühürsüz oy pusulalarıyla kullanılan oyların geçerli sayılmasına karar vermiştir. YSK, 16 Nisan 2017 tarih ve 560 sayılı Kararının gerekçe kısmında şöyle demiştir:

> "Anayasa ve Uluslararası Sözleşmeler ile koruma altına alınan temel bir hakkın kullanılması sırasında uyulması gereken kurallara aykırı davranılması halinde, somut olayla ilgili olarak yapılacak olan değerlendirmede; hakkın özünün korunması ve *normun yorumunun, gerçekleşmesi beklenilen amaçla uyumlu olması gerekir.*
>
> ... hakkın kullanılmasının korunmasına yönelik bir araç olan usul hükümlerinden birine aykırılığın, hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde *yorumlanması* mümkün değildir...
>
> ... sandık kurulunca mühürleme işleminin yapılmaması tek başına seçmenin oyunun geçersiz sayılması için yeterli değildir. Aksine bir uygulama, bu hakkı korumak için getirilen ve araç niteliğinde olan usul kurallarından sadece birinin ihlalinin, hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde uygulanması sonucunu doğurur ki; bu sonuç, beklenilen amaca aykırıdır"[38].

Görüldüğü gibi, YSK, amaçsal yorum yaparak, mühürsüz oy pusulasıyla kullanılan oyların geçerli olduğuna karar vermiştir. YSK'ya göre, oy pusulasının mühürsüz olması, seçmenin kusuru değildir; pusulaya mühür basmayı unutan sandık kuruludur. Sandık kurulunun hatası yüzünden, seçmenin oyunun geçersiz sayılması, Anayasayla seçmene tanınan oy hakkının amacıyla çelişir. O hâlde, mühürsüz oy pusulasıyla kullanılan oy geçerli sayılmalıdır.

YSK'nın yaptığı yorumun, seçmenin hakkını korumaya yönelik iyiniyetli bir yorum olduğu söylenebilir. Ancak bu yorum, bütünüyle yukarıda gördüğümüz "*interpretatio cessat in claris*

33. 5 Co. 2 (*The Reports of Sir Edward Coke,* London, Butterworth, 1826), nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.146 (http://books.google.com.tr).
34. *Black's Law Dictionary*, *op. cit.*, s.1699.
35. 4 Co. 35. (*The Reports of Sir Edward Coke,* London, Butterworth, 1826), nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.124 (http://books.google.com.tr).
36. Paolo Alwazzi del Frate, "Origins of Référé Législatif", http://www.scribd.com/doc/5563013/Origins-of-Refere-Legislatif-to-read
37. 11 Coke, 34. (*The Reports of Sir Edwards Coke,* Londra, Butterworth, 1826), Nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.149 (http://books.google.com.tr).
38. http://www.ysk.gov.tr/ysk/content/conn/YSKUCM/path/Contribution%20Folders/Kararlar/2017-560.pdf.

(açıklık durumunda yorum yapılmaz)", "tasrih mukabelesinde delalete itibar yoktur", "*a verbis legis non est recedendum* (kanunun sözünden uzaklaşılmamalıdır)" gibi yorum ilkeleriyle çelişki halindedir. Zira bu konuda 26 Nisan 1961 tarih ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 101'inci maddesinde şu şekilde açık bir hüküm vardır:

"Madde 101- 3. Arkasında sandık kurulu mührü bulunmayan, ... oy pusulaları geçerli değildir".

Bu hüküm anlamı oldukça açık bir hükümdür. Bu hükmün yoruma ihtiyacı yoktur. Arkasında sandık kurulunun mührü bulunmayan oy pusulasıyla kullanılmış bir oy geçersizdir; çünkü 298 sayılı Kanunun 101'inci maddesi "bu oylar geçersizdir" demektedir. Bütün mesele bundan ibaret. Daha fazla bir tartışma yapmaya gerek yoktur.

YSK'nın yukarıdaki kararı ne kadar iyi niyetli olursa olsun, bu kararıyla YSK, yukarıdaki yorum ilkelerini çiğnemiştir. Çünkü, yorum yapabilmek için öncelikle, kanunda açık bir hükmün olmaması gerekir. Kanunda açık bir hükmün olduğu hâlde, ne kadar iyiniyetle olursa olsun, yorum yapılması caiz değildir. Mecelle'nin 14'üncü maddesinde "*mevrid-i nassta içtihada mesağ yoktur*" dendiği gibi, hakkında kanun hükmü (nass) bulunan bir konuda yorum yoluyla hüküm verilemez.

Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Kemal Gözler, *Referandumdan Önce, Referandumdan Sonra*, Bursa, Ekin, 2017, s.63-80 (www.anayasa.gen.tr/muhursuz.html).

III. SÖZE ANLAM YÜKLEMEYLE İLGİLİ İLKELER

Kanun veya bir sözleşme maddesinde kullanılan bir kelime, bir söz nasıl anlaşılmalıdır? Bu sözün anlamı açık değil ise, bu söze, normal ve ilk anlamından farklı bir anlam yüklemek gerekir mi? Yoksa böyle bir sözün anlamdan yoksun bir söz olduğuna mı hükmetmek gerekir? Bu konuda Mecellede öngörülmüş dört yorum ilkesi vardır. Şimdi bunları görelim:

1. Kelamın İ'mali, İhmalinden Evlâdır (Mecelle, m.60).

Mecelleye göre "*kelamın i'mali*[39] *ihmalinden*[40] *evladır*"[41] (m.60) Yani bir kanun maddesinde veya bir sözleşmede kullanılan bir kelimenin, bir ifadenin, kısaca bir sözün anlamı belirsiz olmakla birlikte, anlamı tartışmaya açık olmakla birlikte, bu söze *hakikî* veya *mecazî* olarak bir anlam yüklemek mümkün ise, bu söz anlamsızdır deyip işin içinden çıkmamak, o söze yüklenebilecek olan bu hakikî veya mecazî anlamın yüklenmesi gerekir[42]. Zira söze böyle bir anlam yüklenmez ise söz ihmal edilecek, abes olarak görülecek kısacası yok sayılacaktır. Oysa akıl, abes söz söylememeyi emreder. Akıl sahibi bir insanın ve keza akıllı insanlardan oluşmuş kanun koyucunun söylediği sözün bir anlamının olduğu kabul edilir. Zira akıllı bir insan ve keza

39. İ'mal, genel anlamda, "yapma" "işleme" demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.516). Fıkıh usûlünde ise, bir söze normal anlamından farklı bir anlam yükleme demektir. İmale günümüz Türkçesiyle "dönüştürme" de diyebiliriz.
40. İhmal, dikkate almama, boşlama, terk etme, görmezden gelme, olduğu gibi bırakma gibi anlamlara gelir.
41. Günümüz Türkçesiyle söylemek gerekirse "sözün dönüştürülmesi yok sayılmasından evladır".
42. Maddenin şerhi konusunda Ali Haydar Efendi'den yararlanıyoruz. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam, op. cit.*, c.I, s.84.

akıllı insanlardan oluşmuş kanun koyucu abes ile iştigal etmez. Anlamsız şeyler söylemez. Dolayısıyla akıllı bir insanın ve keza akıllı insanlardan oluşmuş kanun koyucunun sözlerinin geçerli hâle getirilmesi gerekir. Ali Haydar Efendinin dediği gibi "*âkılın kelâmının sıhhate hâli vâciptir*"[43]. Yani akıl sahibi adamın sözünü sağlıklı hâle, anlamlı hâle getirmek gerekir. O hâlde, olabildiği ölçüde, kanunun sözü ihmal edilmemeli, bu sözün saçma oluğu kabul edilmemeli, bu söze, o sözü geçerli ve etkili kılabilecek mümkün olan bir anlam yüklenmelidir.

Bir "*kelamın i'mali, ihmalinden evladır*" ilkesi Roma hukukunda da ifadesini bulmuştur. Şu Latince özdeyişler, benzer bir düşünceyi ifade eder: *Verba ita sunt inttelligenda, ut res magis valeat quam pareat*[44] (Kelimeler öyle anlaşılmalıdır ki, anlamsız olmalarındansa anlamlı olsunlar). Yani anlamsız olmaktansa, kullanılan kelimelerin bir değeri olsun; kelimelerin ifade ettiği şey, geçersiz değil, geçerli olsun. Yine ilkeyi ifade etmek için "*sic interpretandum est ut verba accipiantur cum effectu*[45] (Öyle bir yorum yapılmalıdır ki, sözlerin belirli bir etkiye sahip olduğu kabul edilsin). Keza "*Verba cum effecta accipienda sunt* (Sözlerin etkili oldukları kabul edilir) ve *verba debent intelligi cum effecta*[46] (Sözler, belirli bir etkiye sahip olarak anlaşılmalıdır) özdeyişleri de sözlere, onları etkili kılacak şekilde anlam yüklemek gerektiğini dile getirmektedir.

2. Kelâmda Aslolan Manayı Hakikîdir (Mecelle, m.12)

Yukarıda açıklandığı gibi "*kelamın i'mali, ihmalinden evladır*". Sözün i'malî, yani dönüştürülmesi ise, gerçek anlamı terk edip, o söze *mecazî*[47] bir anlam yüklenmesiyle olur. Ancak bir söze durup dururken mecazî anlam yüklenemez. Zira Mecellenin 12'nci maddesinde dendiği üzere, "*kelâmda asl olan manayı hakikîdir.*" Yani normal şartlarda bir sözden, o sözün mecazî anlamı değil, gerçek anlamı anlaşılmalıdır. Gerçek anlamından uzaklaşılıp, bir söze mecazî bir anlam yüklenebilmesi için, sözün gerçek anlamda anlaşılmasının imkânsız olması gerekir. Bu husus Mecellenin 61'inci maddesinde "*manayı hakikî müteazzir oldukta mecaza gidilir*" denilerek ifade edilmiştir. Şimdi bu ilkeyi görelim:

---

43. *Ibid.*
44. *Black's Law Dictionary, op. cit.*, s.1698.
45. 3 Co. Inst. 80. William Waller Hening, *Maxims in law and equity*, Richmond, 1824, c. 1-3 - 1824 - s.137 (http://books.google.com.tr/books?id= 0fFBAAAAYAAJ&source=gbs_ navlinks_s).
46. *Black's Law Dictionary, op. cit.*, s.1698.
47. Mecaz, "hakikatin, gerçeğin zıddı" demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.708). Edebiyatta mecaz, kendi asıl manasıyla kullanılmayıp, çoğunlukla benzetme yoluyla bir başka manada kullanılan söz demektir (*Ibid.*). Fıkıh usûlünde mecaz, aralarındaki bir ilgiden ötürü konulduğu manadan başka bir manada kullanılan söz demektir (Elmalılı M. Hamdi Yazır, *Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh Istılahları Kamusu*, İstanbul, Eser Neşriyat, 1997, c.III, s.393).

3. Manayı Hakikî Müteazzir Oldukta Mecaza Gidilir (Mecelle, m.61).

"Müteazzir", özrü olan, imkânsız veya çok güç olan demektir. "Mecaz" ise, bir sözün gerçek ve olağan anlamı dışında kalan anlamıdır[48]. Yani bir sözün gerçek manada anlaşılması mümkün değil ise veya sözün gerçek manası esas alınıp yorumlanması imkânsız veya çok zor veya mantıken saçma bir sonuç doğuruyorsa, o sözün *mecazî anlamı* esas alınır. Diğer bir ifadeyle, *"hakikat, müteazzir, yâni aklen gayri mümkün veya şer'an veya âdeten mehcur olursa mecaza gidilir"*[49]. Dolayısıyla mecaz anlam, gerçek anlamın yerine geçebilir. Bu husus fıkıh usûlünde "*mecaz, hakikatin halefidir*", yani "mecaz hakikatten sonra gelir" denilerek ifade edilir[50]. Özetle asıl olan hakiki anlamdır; sözün hakiki anlamda kullanılması mümkün ise, mecaz anlama gidilemez[51].

Mesela bir kimse kendisinden yaşlı bulunan kölesi hakkında "bu benim oğlumdur" dese, İmamı Âzam'a göre köle azat olur. Çünkü burada sözün hakikî manası aklen mümkün değildir. Zira kimse kendisinden yaşça büyük bir kişinin babası olamaz. Dolayısıyla bu cümlede "oğul" kelimesi hakiki manada alınırsa, bu söz, bu cümle anlamsız hâle gelir; o nedenle buradaki oğul kelimesi "mecazi" anlamda ele alınmalıdır. Mecazi anlamda ise "oğlu olmak", "hür olmak" anlamına gelir. Çünkü her baba oğlunun, köle değil, hür olduğunu kabul eder. Dolayısıyla yukarıdaki örnekte "bu kölem benim oğlumdur" cümlesi mecazî manada "ben bu kölemi azat ettim" anlamına gelir[52].

Görüldüğü gibi bir sözün mecazî anlamda kullanıldığının kabul edilebilmesi için o sözün hakikî anlamda kullanılmasının hukuken ve aklen imkânsız olması gerekir. Yok eğer bir sözün hakikî ve mecazî anlamda kullanılması mümkün ise, o sözün hakikî anlamda kullanıldığı kabul edilir. Bu husus, fıkıh usûlünde *"hakikat ile mecazın her ikisi de müstamel*[53] *olsa hakikat tercih olunur"* denerek ifade edilmiştir[54].

Bir sözde "gerçek anlam (mana-i hakikî)" ve "mecazî anlam (mana-i mecazî)" birleşemez. Bir kimsenin söylediği sözün, hem gerçek anlamda, hem de mecazî anlamda kullanıldığı kabul edilemez[55]. Her iki anlam da mümkün ise bir üst paragrafta açıklandığı gibi gerçek anlam tercih edilir.

---

48. "Mecaz" kelimesinin açıklaması için yukarıda 47 nolu dipnota bakınız.
49. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1968, Cilt 1, s.85.
50. Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.82 (no.318).
51. *Ibid.*
52. *Ibid.*
53. "Müstamel", "kullanılmış", "kullanılabilir" demektir.
54. Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.82.
55. "Bir lâfızda mânâyi hakikî ile mânâyi mecazî içtima edemez. Yâni: bir kimsenin söylediği bir söz ile hem hakiki hem de mecazî mânâsını kasdetmesi caiz görülemez" (Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.83-84).

Benzer husus Roma hukukunda şu ilke ile dile getirilir: *Talis interpretatio semper fienda est, ut evitetur absurdum et inconveniens*[56] (Her zaman saçma ve sakıncalı sonuçlardan kaçınarak yorum yapılmalıdır).

4. Bir Kelamın İ'mali Mümkün Olmaz ise İhmal Olunur (Mecelle, m.62)

Mecelleye göre "*bir kelamın i'mali mümkün olmaz ise ihmal olunur. Yani bir kelamın hakikî veya mecazî bir manaya hamli*[57] *mümkün olmaz ise o hâlde mühmel*[58] *yani manasız bırakılır*"[59] (m.62).

Yukarıda açıklandığı gibi bir sözün anlamsız sayılmasından ise o söze bir anlam yüklenilmesi gerekir. Ancak o söze hakikî veya mecazî bir anlam yüklemek mümkün değil ise, yani o sözü "i'mal" etmek mümkün değil ise, o söz ihmal edilir, yani o sözün "anlamsız" olduğu varsayılır. Örneğin bir kimse, yaşça kendisinden büyük bir kimse hakkında "bu benim oğlumdur"[60] dese, bu söze bir anlam atfetmek mümkün değildir; çünkü, kimse kendisinden yaşça büyük bir oğul sahibi olamaz; o hâlde "bu benim oğlumdur" sözü anlamsız olarak kabul edilir ve bu söz ihmal edilir, yani yok sayılır[61].

Aynı husus Roma hukukunda şu özdeyişlerle ifadesini bulmuştur: "*Verba nihil operari melius est quam absurde*[62] (Kelimelerin saçma bir anlamının olmasındansa hiç anlamının olmaması yeğdir)". "*Ubi jus incertum, ibi jus nullum*[63] (kanunun belirsiz olduğu yerde kanun yoktur).

IV. KAİDE VE İSTİSNA İLE İLGİLİ İLKELER

Aşağıda genel kural (kaide) ve istisnaya ilişkin çeşitli ilkeleri göreceğiz. Ama öncelikle *kaide* ve *istisna*nın ne olduğunu açıklayalım.

Belirli bir konuya ilişkin hukuk kuralları, kendi içinde "kaide (ilke)"yi düzenleyen kural ve varsa bu kaideye "istisna" getiren kurallar olarak ikiye ayrılır.

---

56. 4 Co. Inst. 328 (Nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.150 http://books.google.com.tr).
57. "Haml" yükleme demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.s.384. "*Bir kelamın hakiki veya mecazi bir manaya hamli mümkün olmaz ise*" demek, "bir söze gerçek veya mecazi anlam yüklenmesi mümkün olmaz ise" demektir.
58. Mühmel, "ihmal edilmiş" demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.853).
59. Bugünün Türkçesiyle söylemeye çalışırsak: "Bir sözün dönüştürülmesi mümkün değil ise, yok sayılır. Yani bir söze gerçek veya mecazi bir anlam yüklenmesi mümkün değil ise, söz ihmal edilir; yani sözün anlamsız olduğu varsayılır".
60. Yukarıdaki örnek bu örnekten biraz farklıdır. Yukarıdaki örnekte "bu köle benim oğlumdur" denmekte ve buradaki "oğul" kelimesinin mecazi anlamda "hürriyet" anlamında kullanıldığı kabul edilmekteydi.
61. Ali Haydar, *op. cit.*, s.87.
62. *Black's Law Dictionary, op. cit.*, s.1698
63. Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.154 (http://books.google.com.tr).

Kaide.- Kaideyi düzenleyen kurala "genel hüküm" veya "genel kural (*generalis regula, general rule, règle générale*)" denir. Genel kural, bu kuralın düzenlediği şey ile ilgili genel bir önermedir. Söz konusu genel önerme, kuralın konusu olan şeyin, istisna tutulmamış bütün parçalarına ve çeşitlerine uygulanabilir. Genellikle bu tür önermelerde, her, herkes, kim, kimse, hep, her zaman gibi "âmm lafızlar (*generalia verba*)" kullanılır[64]. Ancak bir önermede böyle bir genel ibare kullanılmasa bile, bu önerme anlam olarak genel ise, yani bu önerme ilişkin olduğu şeyin bütün parçalarına ve türlerine uygulanabiliyorsa, söz konusu önerme genel bir önerme olabilir.

İstisna.- İstisna ise genel kuralın içerdiği önermenin dışında tutulan şeydir. Yani istisna genel kuralda öngörülen sonuca tâbi değildir. Diğer bir ifadeyle genel kural, istisnaya uygulanamaz. İstisnanın içinde kalan şeyler genel hükme tâbi olmaz; istisnanın dışında kalan şeyler ise genel hükme tâbi olur.

İstisna tutulan şey, istisna tutulmayan şeyden küçük olmalıdır ki, istisnanın bir anlamı olsun[65]. Keza, istisnadan sonra kapsamı daralmış olsa bile genel hükmün uygulanma imkânı mevcut olmalıdır. Aksi takdirde genel kural ortadan kalkar; istisna genel kural hâline gelir.

İstisna getiren önermelerde genellikle, "dışında", "hariç", "ayrı", "istisnaen", "ancak", "saklı kalmak üzere" gibi kelimeler bulunur. Ancak bu şart değildir. Böyle bir ibare olmasa bile önermenin anlamından bir istisna getirildiği çıkarılabilir.

Kanunlar, genel kural ve istisnayı çok değişik şekillerde hükme bağlayabilir:

a) Genel kural ve istisna aynı cümle içinde ifade edilebilir. 1982 Türk Anayasasından örnekler:

- *Anayasa, m.28/5:* "Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hakim tarafından verilen kararlar *saklı kalmak üzere*, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz"
- *Anayasa, m.44/son:* "Bu amaçla dağıtılan topraklar bölünemez, *miras hükümleri dışında* başkalarına devredilemez".
- *Anayasa, m.67/5:* "Taksirli suçlardan hüküm giyenler *hariç* ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar".
- *Anayasa, mülga m.129/3:* "Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar *hariç*, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz".

64. Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir, op. cit.*, s.32-34.
65. "Müstesna, müstesna minhin lâfzile olunca ondan ekal olmalıdır, ondan daha çok veya mefhumen ona müsavi olmamalıdır. Çünkü bu takdirde istisna, lâğv olur". Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.104-105.

Yukarıdaki örneklerde istisna, genel kuralı ifade eden cümlenin içinde "hariç", "saklı kalmak üzere", "dışında" gibi ibareler kullanılarak ifade edilmiştir.

b) Genel kural ve istisna bir fıkranın iki değişik cümlesinde ifade edilebilir. 1982 Anayasasından örnekler:

- *Anayasa, 42/son:* "Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tâbi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası andlaşma hükümleri *saklıdır*".

- *Anayasa, m.83/2:* "Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün *dışındadır*".

- *Anayasa, m.89/2:* "[Cumhurbaşkanı], yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı *kanunları*, bir daha görüşülmek üzere... Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir. *Bütçe kanunları* bu hükme tâbi değildir".

Yukarıdaki örneklerde birinci cümleler genel kural, ikinci cümleler ise istisnayı hükme bağlamaktadır.

c) Genel kural ve istisna bir maddenin iki değişik fıkrasında ifade edilebilir. Örnek:

Genel Kural: Anayasa, m.17/1.- "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir".

İstisna: Anayasa, m.17/4.- "Meşrû müdafaa hâli, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hâllerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, *birinci fıkra hükmü dışındadır*".

d) Kanunun bir maddesi genel kuralı, diğer bir maddesi istisnayı hükme bağlayabilir. Bu maddeler ardışık olabileceği gibi aralarında pek çok madde de bulunabilir. Örnek:

Genel Kural: 2577 Sayılı Kanun, m.7.- "Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde *otuz gündür*".

İstisna: 2577 sayılı Kanun, m.20/B.- "Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezî ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalara ilişkin yargılama usulünde: a) Dava açma süresi *on gündür*".

Bu şekilde kaidenin ve istisnanın ne olduğunu açıkladıktan sonra aşağıda kaide ve istisna ile ilgili metodolojik ilkeleri görelim.

1. Yorum Yoluyla İstisna Üretilemez

İstisna, kaidenin, yani o konudaki genel kuralın kapsamını daralttığı için, genel kuralın değiştirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla bir kurala istisna getirmek yetkisi, sadece ve sadece o kuralı koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Yani istisna, kaideyi koyan makam tarafından konulur. Dolayısıyla yargı organı, uygulayacağı genel kurala yorum yoluyla istisna getiremez. Yorum yoluyla genel kurala istisna getiren yargı organı yasama yetkisini gasp etmiş olur.

Dolayısıyla bir kaidenin, yani bir genel hükmün istisnasının olup olmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, genel hükmün istisnasının olmadığı sonucuna ulaşılır. Çünkü genel hükme istisna getirme yetkisi, hâliyle genel hükmü koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Bu makam, kendi koyduğu genel hükme istisna getirmemiş ise ortada bir istisna yoktur. Böyle bir durumda yorum yoluyla istisna üretmek, genel hükmü koyma yetkisine sahip makamın yetkisini gasp etmek anlamına gelir. Genel hükmü koyma yetkisine sahip makam ayrıca ve açıkça istisna öngörmemiş ise, o hükmün bir istisnası yoktur.

Şimdi bu kurala Türk anayasa hukukundan bir örnek verelim: Anayasamızın 105'inci maddesinin ilk fıkrasının 9 Temmuz 2018 öncesi şeklinde,

> "Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur"

deniyordu. Bu fıkraya göre, Türkiye'de karşı imza konusunda kaidenin, yani genel kuralın Cumhurbaşkanının bütün kararlarının karşı imzaya tâbi olması olduğunu söyleyebilirdik. Aynı fıkra bu genel kurala "Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri *dışında*" diyerek istisna getirilebileceğini de öngörmekteydi. Ne var ki *"Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen"* bir işlem yoktu. Yani Anayasa, bu kaideye, Anayasa ve kanunlarla istisna getirilebileceğini öngörmekteydi; ne var ki, ne Anayasada ne de kanunlarda, Cumhurbaşkanının "Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği" bir işlem belirlenmediği için, ortada istisna yoktu. Yorum yoluyla da istisna üretilemeyeceğine göre, kanımızca, Cumhurbaşkanının istisnasız bütün kararları karşı imza kuralına tâbiydi[66].

66. Bu konuda bkz.: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri,* Bursa, Ekin, 7. Baskı, 2009, s.431 vd.

Yorum yoluyla istisna yaratılamayacağı kuralından şu sonuç da çıkar: İstisnalar, kanun koyucu tarafından ayrıca ve açıkça öngörülmüş olmalıdır. Ayrıca ve açıkça öngörülmedikçe, yorum yaparak, birtakım ihtiyaçların varlığını göstererek, genel kurala istisna getirilemez. Zira Latince "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*[67] (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar)" ilkesinin dile getirdiği gibi kanun, bir konuyu daha ayrıntılı olarak düzenlemek isterse, bunu yapar; eğer daha ayrıntılı olarak düzenlemek istemiyorsa susar. Yani kanun koyucu koyduğu genel kurala istisna getirmek isteseydi, bunu açıkça yapardı. Bunu yapmamış ise, bundan koyduğu genel kurala istisna getirmek istemediği sonucu çıkar. Kanun koyucunun istemediği bir şeyi yorumcunun istemesi mümkün değildir. Dolayısıyla kimse birtakım ihtiyaçlardan bahsederek kanun koyucunun getirmediği bir istisnayı getiremez.

Bunu bir örnekle açıklayalım: Örneğin 1982 Anayasası, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı sorumsuzluğu ilkesini getirmediği gibi kişisel suçlarından dolayı Cumhurbaşkanının yargılanması bakımından yasama dokunulmazlığına benzer bir güvenceyi de Cumhurbaşkanına tanımamıştır. Doktrinde bazı yazarlar, milletvekillerine tanınan yasama dokunulmazlığı benzeri bir güvencenin Cumhurbaşkanına tanınmasında da yarar olduğunu ileri sürerek Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından ve keza Cumhurbaşkanının seçilmeden önce işlediği iddia edilen suçlardan dolayı yargılanamayacağını iddia etmektedirler. Belki milletvekillerine tanınan yasama dokunulmazlığı benzeri bir dokunulmazlığın Cumhurbaşkanına da tanınmasında yarar olurdu. Ancak gelgelelim 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanına böyle bir ayrıcalık tanıyan bir hüküm, bu düşünceyi iddia edenlerin de kabul ettiği gibi yoktur. Söz konusu ayrıcalık Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı genel hükümlere tâbi olması kuralının istisnası olduğuna göre, bu istisnanın ayrıca ve açıkça anayasa koyucu tarafından öngörülmüş olması gerekir. Öngörülmediğine göre Cumhurbaşkanının böyle bir dokunulmazlığı yoktur; Cumhurbaşkanı kişisel suçlarından dolayı normal vatandaşlar gibi yargılanabilir.

* * *

Aşağıda önce "kaideler geniş yorumlanır", sonra da "istisnalar dar yorumlanır" ilkelerini göreceğiz. Aslında bu iki ilke, *"kaideler geniş, istisnalar dar yorumlanır"* diye tek bir ilke altında özetlenebilir. Ancak biz sistem olarak kendine has fikir içeren her bir ilkeyi ayrı bir ilke olarak vermeyi tercih ediyoruz. O nedenle "kaideler geniş, istisnalar dar yorumlanır" ilkesini ikiye ayırarak incelemeyi uygun bulduk.

---

67. René David, "Sources of Law", *International Encyclopedia of Comparative Law* (Edited by K. Zweigert and K. Drobnig, 20; Vol. II: The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification. Chief Editor René David, II, 1984, s.87.

2. Kaideler Geniş Yorumlanır

Kaidelerin geniş yorumlanması ilkesi, hukuk metodolojisinde değişik şekillerde ifadesini bulmuştur. Bu ifadeleri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

a) *Generalis regula generaliter est intelligenda* (Bir genel hüküm, genel anlamda anlaşılmalıdır)"[68]. Aynı anlamda "*generale dictum generaliter est interpretandum* (bir genel ifade, genel olarak yorumlanır)"[69], "*generalia verba sunt generaliter intelligenta*[70] (genel kelimeler, genel anlamda anlaşılmalıdır)" özdeyişleri de kullanılır. Bu özdeyişler şu anlama gelir ki, genel hüküm (*generalis regula*) veya genel hükümde geçen bir "genel ibare (*generale dictum*)" veya "genel kelimeler (*generalia verba*)" geniş yoruma tâbi tutulur.

"*Generalia verba*" kavramının karşılığında fıkıh usûlünde "*âmm lafız*" kavramı kullanılır. Fıkıh usûlünde "*âmm lafız*", konusu olan şeyin bütün parçalarına ve bütün çeşitlerine uygulanabilir[71].

***b) Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (Kanunun ayrım yapmadığı yerde, bizim de ayrım yapmamamız gerekir)[72].** Aynı özdeyiş şu kelimelerle de ifade edilir: *"Lege non distinguente non nobis est distinguere"*. Bu ilke şu anlama gelir ki, hüküm koyarken kanun koyucu, ayrım yapmaksızın genel ifadeler kullanmış ise, kanunun kullandığı ifadeden mümkün olan en genel anlamı çıkarmak gerekir[73]. Yani kanunun ayrıma gitmediği yerde, yorumcu da ayrım yapamaz *(Ubi lex non distinguit neque interpretis est distinguere)*[74]. Diğer bir ifadeyle, sınırsız bir hükmü sınırlamamak, hükmün genelliğine aykırı ayrımlamalar yapmamak gerekir. Bu nedenle bu ilkeye "*argumentum a generali sensu*" ismini verenler de vardır.

Yukarıdaki iki ilke uyarınca genel hükümde kullanılan genel bir tabirin kapsamına belirli bir şeyin girip girmediği konusunda tereddüt hasıl olursa, söz konusu şeyin genel tabirin kapsamına girdiği sonucuna ulaşılır.

---

68. *Generalis regula generaliter est intelligenda* (6 Co. 65 [*The Reports of Sir Edward Coke,* London, Butterworth, 1826], nakleden: Stewart Rapalje ve Robert L. Lawrence, *A Dictionary of American and English Law with Definitions of the Technical Terms of the Canon and Civil Laws,* Jersey City, Frederick C. Linn & Co., 1888 (Reprinted 1997 by The Lawbook Exchange), s.567 (http://books.google.com.tr).
69. 8 Co. 116 (*The Reports of Sir Edward Coke,* London, Butterworth, 1826), nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.125 (http://books.google.com.tr)
70. Gabriel Adeleye (*et al.*), *World Dictionary Of Foreign Expressions: A Resource for Readers and Writers,* Gabriel Adeleye (*et al.*), *World Dictionary of Foreign Expressions: A Resource for Readers and Writers,* Bolchazy-Carducci Publishers, 2000, s.155.
71. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu,* İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1967 (Ener Sarmaşık Ltd Şti. tarafından Yapılan Tekrar Baskı), Tarihsiz, Cilt I, s.70.
72. Gridel, *op. cit.*, s.556; Terré, *op. cit.*, s.434.
73. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique, op. cit.*, s.160.
74. Zacchariae, *Droit civil français,* Paris, 1854, c.I, s.77-78 in Grzegorzick, Michaut ve Troper (der.), *op. cit.*, s.354.

Bir Örnek: Acaba Türk Anayasa Mahkemesi, 1924 Anayasası döneminde kabul edilen kanunları ve hatta Osmanlı Döneminde kabul edilen kanunları (bunlar yürürlükte olmak kaydıyla), 1982 Anayasası döneminde denetleyebilir mi? Belki bu soruya ilk bakışta denetleyemez cevabı verebiliriz. Çünkü söz konusu kanunların çıktığı dönemde yürürlükte olan anayasalar artık yürürlükte değil, diye bir düşünce akla gelebilir. Ancak bu cevap aşağıda açıklanacağı üzere doğru değildir. Zira 1982 Türk Anayasasının 148'inci maddesinin ilk fıkrası, kanun türleri bakımından ayrım ve sınırlama yapmaksızın, yani "mutlak" bir şekilde "kanunlar"ın Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini Anayasa Mahkemesine vermiştir. Bu hüküm bir "genel hüküm (*generalis regula*)"dür; bu hükümde geçen "kanunlar" kelimesi bir "genel kelime (*generalia verba*)"dir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, "*generalia verba sunt generaliter intelligenta* (genel kelimeler, genel anlamda anlaşılmalıdır)" veya "*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (kanunun ayrım yapmadığı yerde, bizim de ayrım yapmamamız gerekir)" ilkesi uyarınca, yürürlüğe girdiği dönem bakımından bir ayrım olmaksızın *bütün kanunları* denetleme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasa döneminde çıkan bir kanunu denetleyebileceği gibi 1924 Anayasası döneminde ve hatta Osmanlı döneminde çıkan bir kanunu da denetleyebilir.

Keza Anayasa Mahkemesi içerik bakımından ayrım yapmaksızın bütün kanunları (af kanunları, bütçe kanunları, vs.) denetleyebilir. Çünkü 148'inci maddede af kanunları, bütçe kanunları, vs. bakımından bir ayrım yapılmamış; Anayasa Mahkemesine kanunları denetleme yetkisi genel olarak verilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi meclisin adî çoğunluğuyla kabul ettiği herhangi bir konudaki kanunu denetleme yetkisine sahip olduğu gibi Meclisin beşte üç çoğunluğuyla kabul ettiği bir af kanununu da denetleme yetkisine sahiptir. Çünkü meclisin beşte üç çoğunluğuyla kabul edilen af kanunu da bir "genel ibare" olarak "kanun" kavramının içinde yer alır.

Diğer Bir Örnek: *1982 Anayasası, m.83/1:* "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve *sözlerinden*, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar".

Acaba milletvekillerinin küfür teşkil eden sözleri de 1982 Anayasasının 83'üncü maddesinin ilk fıkrasının koruması altında mıdır?

Cevap evet. Çünkü madde metninde "söz"den bahsedilmiş, bu "söz" bakımından bir ayrım yapılmamış, bu "söz" kelimesine bir istisna getirilmemiştir. O hâlde Anayasa koyucunun ayrım yapmadığı yerde bizim de ayrım yapmamamız, "söz" kelimesini mutlak anlamda değerlendirmemiz lazımdır. Dolayısıyla milletvekillerinin meclis çalışmaları sırasında sarf ettikleri sözler, küfür teşkil etse dahi sorumsuzluk kapsamındadır.

KUTU 15.3: ÖRNEK OLAY–YSK KARARLARINA KARŞI DANIŞTAYA BAŞVURULABİLİR Mİ?

Yukarıda (s.330) Kutu 15.2'de gördüğümüz Yüksek Seçim Kurulunun 16 Nisan 2017 tarih ve 560 sayılı kararından sonra, bu karara karşı Danıştaya başvurulabileceği iddia edilmiş ve bu kararın iptali istemiyle Danıştaya başvurulmuştur.

Acaba bu karara karşı Danıştaya başvurulabilir mi?

Kanımızca YSK'nın yukarıdaki yanlış kararına karşı Danıştaya başvurulamazdı. Çünkü Anayasamızın 79'uncu maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde açıkça "*Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz*" denmektedir.

Bu hükme rağmen, bazıları, YSK'nın söz konusu kararına karşı 16 Nisan 2017 tarih ve 560 sayılı kararına karşı Danıştaya başvurulabileceğini, çünkü bu kararın bir "idarî karar" olduğunu, Anayasa, m.79'daki hükümde geçen *"kararlar"* kelimesinin YSK'nın yargısal kararlarını kapsadığını, idarî kararlarını kapsamadığını iddia etmiş ve YSK'nın kararları arasında "seçimleri yönetme görevi çerçevesinde verdiği kararlar" - "denetim görevi çerçevesinde verdiği kararlar" veya YSK'nın "idarî kararları"-"yargısal kararları" şeklinde ayrımlar yapmışlardır.

Kanımızca, YSK'nın kararları arasında idarî kararlar-yargısal kararlar şeklinde bir ayrım yapılabilse bile, bu ayrımın Anayasamızın 79'uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki "*Yüksek Seçim Kurulunun* ***kararları*** *aleyhine başka bir mercie başvurulamaz*" şeklindeki hüküm bakımından doğuracağı herhangi bir sonuç yoktur; çünkü bu hükümde kullanılan **"kararlar"** kelimesi, ayrım yapılmadan, yani bir "*amm lafız*", bir "*generalia verba*" olarak kullanılmıştır; dolayısıyla YSK'nın bütün kararlarını kapsar. YSK'nın idarî kararları da, yargısal kararları da, m.79/2-son cümlede kullanılan *"kararlar"* kelimesinin kapsamındadır. Bu nedenle, YSK'nın hangi tür kararı olursa olsun, o karara karşı, herhangi bir mercie başvurulamaz. Zira yukarıda açıkladığımız gibi "*generalia verba*", yani "*âmm lafız*", konusu olan şeyin bütün parçalarına ve bütün çeşitlerine uygulanabilir. Yani bir genel ibare, genel olarak yorumlanır (*generale dictum generaliter est interpretandum*). Bu nedenle kanunun ayrım yapmadığı yerde, yorumcu da ayrım yapamaz (*ubi lex non distinguit neque interpretis est distinguere*). 1982 Anayasası koyucusu isteseydi, m.79/2-son'da geçen "kararlar" kelimesini genel anlamda kullanmaz, onu parçalara ayırarak, onun bazı parçalarını istisna tutarak kullanırdı. Zira "kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*)".

Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Kemal Gözler, *Referandumdan Önce, Referandumdan Sonra*, Bursa, Ekin, 2017, s.81-92 (www.anayasa.gen.tr/ysk-baglayicilik.html).

3. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*[75] (İstisnalar Dar Yorumlanır)

Yukarıda açıklandığı gibi, kaideler geniş yorumlanır. Ancak istisnalar dar yorumlanır. Çünkü yukarıda da açıklandığı gibi, istisna kaidenin kapsamını daralttığı için kaidenin değiştirilmesi anlamına gelir. Kaideyi değiştirme yetkisi ise sadece ve sadece kaideyi koyan makama aittir. Dolayısıyla istisnayı genişletme yetkisi de münhasıran kaideyi koyan makama aittir. Bu nedenle bir istisnanın yorumlanmasına ihtiyaç duyulursa, istisna geniş yorumlanarak kapsamı genişletilemez. Tersine, söz konusu istisna dar yoruma tâbi tutulmalıdır. Bu şu anlama gelir: Bir hususun istisna kapsamına girip

75. Aynı özdeyişin "*exceptio est strictissima interpretationis*" şekli de vardır. Zacchariae, *op. cit.*, c.I, s.77-78 *in* Grzegorzick, Michaut ve Troper (der.), *op. cit.*, s.354.

girmediği konusunda tereddüt hasıl olursa, o hususun o istisnanın kapsamına girmediği, dolayısıyla kaideye tâbi olduğu sonucuna ulaşılır.

Yukarıda verdiğimiz örneklerden birine geri dönelim:

Genel Kural: "(Cumhurbaşkanı), yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı *kanunları*, bir daha görüşülmek üzere... Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir" (1982 Anayasası, m.89/2, birinci cümle).

İstisna: "*Bütçe kanunları* bu hükme tâbi değildir" (1982 Anayasası, m.89/2, son cümle).

Kaidelerin geniş, istisnaların dar yorumlanması bu örnekte şu anlama gelir. Bir kanunun Cumhurbaşkanının geri gönderebileceği bir kanun olup olmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, söz konusu kanunun Cumhurbaşkanının geri gönderebileceği bir kanun olduğu kabul edilir. Çünkü Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisine sahip olması kural, gönderememesi ise istisnadır ki, bu istisna Anayasa tarafından sadece "bütçe kanunları" için getirilmiştir. Dolayısıyla Anayasa, m.89/2'nin birinci cümlesinde geçen "*kanunlar*" kelimesi geniş yoruma tâbi tutulmalıdır; çünkü söz konusu cümle bir genel kuralı (kaideyi) hükme bağlamaktadır.

Mesela şu soruyu soralım: *Acaba Cumhurbaşkanı af kanunlarını geri gönderebilir mi?* 1982 Anayasasının 89'uncu maddesinin metnine bakarsak af kanunlarına ilişkin özel bir hüküm olmadığını görürüz. Dolayısıyla "af kanunları"nın 89'uncu maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde geçen "kanunlar" teriminin kapsamı içinde olduğunu söyleyebiliriz. Bunu söylerken bir hata yapmıyoruz; çünkü söz konusu maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesi bu konudaki genel kuralı hükme bağlamaktadır; dolayısıyla bu cümlede geçen bir terim olan "kanunlar" terimi, ayrıca ve açıkça istisna getirilmemiş bütün kanunları kapsar şekilde yorumlanabilir.

Buna karşılık, istisna getiren bir hükmün yorumlanması konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, onu dar yorumlamak gerekir. Mesela, yukarıdaki örnekte, belirli bir kanunun "bütçe kanunu" olup olmadığı ve dolayısıyla bu kanunu Cumhurbaşkanının geri gönderip gönderemeyeceği konusunda tereddüt hasıl olursa, "bütçe kanunları" terimini dar yorumlayıp, söz konusu kanunun bütçe kanunu olmadığını kabul etmek ve dolayısıyla onun hakkında genel kuralın uygulanacağını ve dolayısıyla onu Cumhurbaşkanının Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebileceğini söyleyebiliriz. Böyle yaparak bir hata yapmış olmuyoruz. Aksini yapmış olsaydık, 89'uncu maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinin öngördüğü bir istisnanın kapsamını genişletmiş, dolayısıyla fıkranın ilk cümlesinin öngördüğü genel kuralın da kapsamını daraltmış, yani onu değiştirmiş olurduk. Oysa bunu yapma yetkisine sadece ve sadece m.89/2'nin ilk cümlesini koyan makam, yani kurucu iktidar yetkilidir.

Şu soruyu sorarak konuyu daha belirgin hâle getirelim: *Acaba, Cumhurbaşkanı kesin hesap kanunlarını geri gönderebilir mi?* Şöyle bir akıl yürütme insanın aklına gelebilir: Kesin hesap kanunu, bütçe kanununun denetlenmesi anlamına gelir. Nasıl bütçe kanunu, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinden istisna tutulmuş ise, kesin hesap kanunu da Cumhurbaşkanının bu yetkisinden istisna tutulmalıdır. Çünkü her iki kanun birbirine benzemektedir. Nitekim Anayasa, bu iki tür kanunu aynı kısmında düzenlemiştir. Bütçe kanunları, 1982 Anayasasının 161, 162 ve 163'üncü maddelerinde düzenlenmiş ve hemen ardından 164'üncü maddede kesin hesap kanunu hükme bağlanmıştır. Bu akıl yürütme yanlıştır. Çünkü bu akıl yürütmede kesin hesap kanunu, bütçe kanununa benzetilmektedir. Bu benzerlikten yola çıkarak da, hakkında hüküm bulunmayan kesin hesap kanununa, bütçe kanunu için öngörülmüş olan hüküm uygulanmaktadır. Yani bu iki kanun arasında kıyas yapılmaktadır. Kıyas yapıldığında ise genişletici yorum yapılmış olur. Oysa bütçe kanunlarına ilişkin hüküm, bir istisnaî hükümdür. İstisnaî hükümlerde kıyas yapılamaz; çünkü istisnalar dar yoruma tâbi tutulur. Bu konu aşağıda "kıyas" başlığı altında ayrıca incelenecektir.

Diğer Örnek: 1982 Anayasasının "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlıklı 152'nci maddesinin ilk fıkrası şöyle demektedir:

> "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır".

Aynı maddenin son fıkrası ise şöyle demektedir:

> "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı *kanun* hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz".

Acaba bir "kanun" hükmünün değil de, bir "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" hükmü hakkında Anayasa Mahkemesi işin esasına girerek ret kararı vermiş ise, on yıl geçmeden aynı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü hakkında, Anayasa Mahkemesine tekrar başvurulabilir mi?

İnsanın aklına ilk önce şöyle bir cevap gelebilir: 152'nci maddenin son fıkrası Anayasa Mahkemesi kararlarına istikrar sağlamayı amaçlamaktadır. Bu amaç kanunlar için geçerli olduğu gibi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de geçerlidir. Bunlar için de istikrara ihtiyaç vardır. Dolayısıyla kanunlar için getirilen bir hüküm (m.152/son) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de uygulanabilir.

Ancak bu akıl yürütme "*exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (istisnalar dar yorumlanır)" ilkesi karşısında yanlış bir akıl yürütmedir. Çünkü davaya bakan mahkemelerin uygulayacağı kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında Anayasa Mahkemesine başvurabileceğine ilişkin hüküm (m.152/1) bir genel hüküm; *kanunlar* hakkında ret kararından sonra 10 yıl geçmedikçe Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hükmü (m.152/son) ise, bu genel hükmü sınırlandıran, ona *istisna* getiren bir hükümdür. Dolayısıyla istisna getiren bu hükümdeki kelimeler dar yoruma tâbi tutulmalıdır. Yani 152'nci maddenin son fıkrasında geçen "kanun", kelimesinden sadece "kanunlar" anlaşılır; bunun kapsamına "Cumhurbaşkanlığı kararnameleri" dâhil edilemez. Çünkü dâhil edilirse, kanun kelimesi genişletici bir yoruma tâbi tutulmuş olur ki, 152'nci maddenin son fıkrası istisnaî bir hüküm olduğuna göre istisnalar dar yorumlanır.

Şimdi istisnaların dar yorumlanacağı ilkesine Türk anayasa hukukundan alınma bir örnek daha verelim: 1982 Türk Anayasası sisteminde parlamento kararları Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi değildir. Ancak Anayasasının 148'inci maddesinin ilk fıkrasında bu genel kurala bir istisna getirilmiş ve TBMM içtüzüğünün Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olduğu hüküm altına alınmıştır. Burada "TBMM İçtüzüğü"nün denetlenmesi kuralı, parlamento kararlarının Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olmaması yolundaki genel kuralın bir istisnası durumundadır. Dolayısıyla burada "TBMM İçtüzüğü" kavramı dar yoruma tâbi tutulmalıdır. Yani bir parlâmento kararının bir "TBMM İçtüzüğü" niteliğinde olup olmadığı konusunda tereddüt varsa, söz konusu kararın TBMM içtüzüğü niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Çünkü aksi durumda genişletici yorum yapılmış olur. Bu açıdan Türk Anayasa Mahkemesinin, normalde denetleme yetkisine sahip olmadığı pek çok parlâmento kararını "eylemli içtüzük niteliğinde" görüp denetlemesi *exceptio est strictissima interpretationis* ilkesine aykırıdır[76].

Bu arada şunu da söyleyelim ki, istisnaların dar yorumlanması ilkesi, istisnalarda kıyas yapılmasını da yasaklar. Yani istisnaların dar yorumlanması ilkesinden "*istisnalarda kıyas yasaktır*" veya "*kıyas yoluyla istisna üretilemez*" ilkesi de türer. Çünkü kıyas yapıldığında bir kavramın anlamı genişler. Yani kıyas yapılması, genişletici yorum yapılması anlamına gelir. Bu nedenle istisnaî hükümler kıyas yoluyla genişletilemez. Çünkü istisnalar dar yoruma tâbi tutulur.

4. İstisnanın İstisnası Geniş Yoruma Tâbi Tutulur

Bu arada istisnaların dar yorumlanması ilkesinin karşıtı olarak şunu belirtelim: İstisna kendi içinde istisna içeriyorsa, bu istisna geniş yoruma tâbi

76. Bu konuda bkz.: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin, 18. Baskı, 2015, s.248-250.

tutulur. Çünkü istisnanın istisnası genel kurala denk düşer. Mantıkta bir şeyin değilinin değili kendisidir. Mantıkta buna "çifte değilleme kanunu" denmektedir. Bu kanuna göre bir önermenin *değillemesi*nin *değillemesi* aynı önermeye denktir ($\sim \sim p = p$)[77]. Diğer bir ifadeyle, eksinin (-) eksi (-) ile çarpımının artı (+) ettiği gibi, bir önermeyi iki defa olumsuzlamak onu olumlamak anlamına gelmektedir. Aynı şekilde bir kurala istisna getirdikten sonra, o istisnaya da bir istisna getirmek ilk kurala ulaşılmasını sağlar.

"İstisnanın istisnası", yani "alt istisna", genel kurala denk olduğuna göre, genel kural nasıl genişletici yoruma tâbi tutuluyorsa, istisnanın istisnası da geniş yoruma tâbi tutulur. Diğer bir ifadeyle kendisi istisnayı teşkil eden normun kendi içinde bir istisna var ise, bu istisna geniş yorumlanır.

Örneğin 1982 Türk Anayasası sisteminde kanun kaide, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ise istisnayı teşkil eder. Zira her alanda kanunla düzenleme yapılması mümkün iken, Cumhurbaşkanı kararnamesiyle ancak belirli alanlarda düzenleme yapılabilir. O hâlde Anayasamızın Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisini veren 104'üncü maddesinin onyedinci fıkrasının, Anayasamızın 7'nci ve 87'nci maddeleri karşısında istisnayı teşkil ettiğini söyleyebiliriz.

Kendisi bir istinaî hüküm olan Anayasamızın 104'üncü maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde ise "*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez*" denmektedir. Bu cümleyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleme alanına istisna getirildiği açıktır. Yani bu ikinci cümle, aynı fıkranın bütün bakımından bir istisnadır. Çünkü söz konusu temel haklar ve ödevler söz konusu olduğunda, Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi geçerliliğini yitirmektedir. O hâlde bu ikinci cümle, "istisna içinde yer alan bir istisna", diğer bir ifadeyle "istisnanın istisnası"dır. Daha açık konuşmak gerekirse, 104'üncü maddenin onyedinci fıkrası "ana istisna", bu fıkranın ikinci cümlesi ise "alt istisna"dır.

Dolayısıyla bu ikinci cümlenin anlam ve kapsamının belirlenmesinde ortaya tereddüt çıkarsa, bu cümle, istisnanın istisnasını teşkil ettiği için, geniş yorumlanmalıdır. Zira yukarıda açıklandığı gibi istisnanın istisnası kurala denk gelir ve kural gibi geniş yoruma tâbi tutulur. Örneğin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi düşünülen belirli bir konunun "Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan kişi hakları" kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt ortaya çıkıyorsa, söz konusu konunun o kapsama girdiği ve dolayısıyla o konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. Zira söz konusu hüküm istisnanın istisnasıdır ve geniş yorumlanır.

77. Hüseyin Batuhan ve Teo Grünberg, *Modern Mantık*, Ankara, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, 1984, s.141.

V. DÜZENLEME ŞEKİLLERİNE İLİŞKİN İLKELER

Kanun koyucunun belirli bir şey hakkında koyduğu belirli bir hükmün kapsamını tespit ederken şu sorun ortaya çıkar: Kanun koyucu, koyduğu hükmü sırf o şeye mi münhasır tutmuştur; yoksa koyduğu hüküm, kanun koyucunun koyduğu kuralda zikredilmeyen, sayılmayan diğer şeyler için de geçerli midir? Bu konuda iki ilke vardır: "*Expressio unius est exclusio alterius*" ve "*unius positio non est alterius exclusio*" ilkeleri. Bu iki ilke birbiriyle çelişiyor gibi görünse de belirli durumda biri, diğer bazı durumlarda diğeri uygulanır. Önce birinci ilkeyi açıklayalım:

1. *Expressio unius est exclusio alterius* (Bir Şeyi Zikretmek, Diğerini Dışlamaktır)

"*Expressio unius est exclusio alterius*[78] (bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır)" özdeyişi "*inclusione unius fit exclusio alterius*[79] (bir şeyi dâhil etmek, diğerlerini hariç tutmak demektir)" şeklinde de söylenir. Bu ilkeye göre, kanun metninde zikredilmeyen şeylerin, zikredilen şeyler ile aynı hükme bağlandığı iddia edilemez. Yani kanun metninde zikredilmemiş şeylerin sehven unutulduğu, bu şeylerin de zikredilen şeyle aynı hükme tâbi olduğu varsayılamaz. Tersine, böyle bir durumda kanun metninde zikredilmeyen şey veya şeylerin kanun koyucu tarafından aynı hükme bağlanmasının reddedildiği sonucuna ulaşmak gerekir. Zira kanun koyucu, hükme bağladığı şey gibi, diğer şeyleri de aynı hükme bağlamak isteseydi, o şeyleri de o hükümde zikrederdi. İmkânı varken bunu yapmamış olması, onun bunu yapmak istemediği anlamına gelir. Yani "*ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit* (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar)". Keza "*qui dicit de uno negat de altero*[80] (bir şeyi kabul eden, diğerini inkâr ediyor demektir)".

Ancak "*expressio unius est exclusio alterius*" ilkesi her durumda değil, sadece kanun koyucunun düzenlediği şeyin belirli bir özelliğini dikkate alarak, yani sırf o şeye özgü düzenleme yaptığı durumlarda geçerli olan bir ilkedir. Fıkıh usûlündeki terminolojiyle ifade edersek, "*expressio unius est exclusio alterius*" ilkesi, kanun koyucunun "*tahsisüşşey bizzikr*", yani "bir şeyi zikr ile tahsis" etmesi durumunda kullanılabilir.

Örnek: 1982 Türk Anayasası, m.54/1.- "İşçiler grev hakkına sahiptir".

Bu hükümde "işçiler" terimi, "tahsisüşşey bizzikr" olarak kullanılmıştır. Yani "işçiler" kelimesi tahsisen zikredilmiştir. Diğer bir ifadeyle bu kelime,

78. *Black's Law Dictionary, op. cit.*, s.602.
79. Zacchariae, *op. cit.*, c.I, s.77-78'den alıntılanan parça *in* Grzegorzick, Michaut ve Troper (der.), *op. cit.*, s.354.
80. Gridel, *op. cit.*, s.559.

bütün çalışanları kapsayan bir anlamda değil, sadece belirli bir tür çalışan grubuna (işçilere) tahsis edilerek (özgülenerek) kullanılmıştır. Diğer bir ifadeyle Anayasasının 54'üncü maddesinin ilk fıkrasında belirli bir tür çalışan grubun belirli bir özelliği (bir işverene bağımlı olarak hizmet akdiyle çalışma özelliği) dikkate alınarak düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla "işçiler grev hakkına sahiptir" kuralı "*expressio unius est exclusio alterius* (bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır)" ilkesinin geçerli olduğu bir kuraldır. Dolayısıyla grev hakkına sadece işçilerin sahip olduğunu, işçiler dışındaki çalışan gruplarının, örneğin memurların grev hakkına sahip olmadıklarını söyleyebiliriz. Zira anayasa koyucu isteseydi, sadece işçilere değil, memurlara da grev hakkını tanıyabilirdi; tanımadığına göre, memurların grev hakkına sahip olduğu söylenemez. Nitekim aynı sonuç sistematik yorum yoluyla da teyit edilmektedir: Anayasa koyucu, Anayasanın 51'inci maddesinde sendika kurma hakkını düzenlerken "çalışanlar" terimini, ama 54'üncü maddesinde grev hakkını düzenlerken ise "işçiler" terimini kullanmıştır. Anayasa koyucu "memurlar"a grev hakkını tanımak istiyor olsaydı, 54'üncü maddede de "işçiler" yerine "çalışanlar" tabirini pekâlâ kullanabilirdi.

Aşağıda ayrıca göreceğimiz gibi *expressio unius est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olduğu durumlarda kıyas yapılamaz.

Saymanın Anlamı.- Bazen kanun koyucu, koyduğu hükmün kapsamında olan şeyleri sayma yoluyla belirler. Yani koyduğu hükmün uygulanacağı kişi, durum, fiil ve olayları sayar. Bu sayma ne anlama gelir? Bu soruya iki değişik cevap verilebilir: **(1)** Sayma, sayılmayanların dışlandığı anlamına gelir. Bu durumda hüküm, sayılmayanlara uygulanamaz. Buna *"sınırlandırarak sayma"* denir. **(2)** Bazen sayma, sayılmayanların dışlandığı anlamına gelmez. Sayma örnek olsun diye yapılmıştır. Bu durumda hüküm, sayılmayanlara da uygulanır. Buna *"örneklendirici sayma"* denir. Birinci tür saymayı hemen, ikinci tür saymayı ise iki sayfa sonra göreceğiz.

Sınırlandırarak Sayma.- Birinci duruma "sınırlandırarak sayma (*limitative enumeration*)", "tahdidî sayma" veya "*numerus clausus* sayma" denir. Bu tür sayma durumunda hüküm, sadece hükümde belirtilen şeyler için geçerlidir; bu şeyler dışında kalan şeyler bu hükme tâbi değildir.

Yani böyle bir durum, yukarıda gördüğümüz "*expressio unius est exclusio alterius* (bir şeyi zikretmek, diğerlerini hariç bırakmaktır)" ilkesinin uygulanabileceği bir durumdur. Şimdi buna örnekler verelim:

> *Örnek 1: 1982 Türk Anayasası, m.148/1.-* "Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler".

Görüldüğü gibi 1982 Anayasasının 148'inci maddesinin ilk fıkrasında Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi normlar, "kanunlar", "Cumhurbaşkanlığı kararnameleri" ve "Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü" şeklinde sınırlandırılarak sayılmıştır. Dolayısıyla *expressio unius est exclusio alterius* ilkesi uyarınca bunların dışında kalan işlemlerin, örneğin yönetmeliklerin Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olmadığını söyleyebiliriz.

> *Örnek 2: 1982 Türk Anayasası, m.148/3 (2010'dan önceki şekli).-* "Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcıvekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar".

Fıkra metninde görüldüğü gibi Yüce Divanda yargılanacak kişiler, sınırlandırılarak (tahdidî olarak) tek tek sayılmıştır. Yani bu fıkranın yorumunda da *expressio unius est exclusio alterius* ilkesi uygulanabilir. Dolayısıyla bu fıkrada sayılmayan kişiler, örneğin TBMM Başkanı, Yüce Divanda yargılanamaz. (*Not:* Bu maddede 2010 yılında 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla değişiklik yapılarak Yüce Divanda yargılanacak kişiler arasında TBMM Başkanı da sayılmıştır).

Bu arada belirtelim ki, *expressio unius est exclusio alterius* ilkesi özellikle kamu hukuku alanında geçerlidir. Çünkü aşağıda ayrıca göreceğimiz gibi kamu hukukunda devlet organlarının yetkileri genel yetki değil, kendilerine verilmiş, istisnai yetkilerdir. Yani bir kamu hukuku organının yetkili olabilmesi için kendisine o yetkinin ayrıca ve açıkça verilmiş olması gerekir. Keza kamu hukuku organlarının yetkileri kendisine ne verilmiş ise ondan ibarettir. Bu şu anlama gelir ki, kamu hukuku makamı, Anayasa ve kanun koyucu kendisine ne yetki vermiş ise o yetkiye sahiptir. Anayasa ve kanun koyucunun ayrıca ve açıkça vermediği bir yetkiye sahip değildir. Bu ise *expressio unius est exclusio alterius* (bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demektir) ilkesinin kamu hukukunda genel kural olarak geçerli olduğu anlamına gelir. Bu nedenle de bu ilkenin geçerli olduğu kamu hukuku alanlarında kıyas yapılamaz.

Ancak kanun koyucunun kanun maddesinde bir şeyi zikrettiği her durumda *expressio unius* ilkesinin uygulanabileceği söylenemez; çünkü anayasa ve kanun koyucu, "gibi", "ve benzeri", "ve diğer hâllerde", ve "benzer durumlarda" ifadelerini kullanarak "*örneklendirici sayma*" yapabilir. Böyle bir durumda ise hâliyle *expressio unius* ilkesi geçerli değildir ve diğer şartları varsa kıyas yapılabilir. Örneğin 1982 Anayasasının 106'ncı maddesinin üçüncü fıkrası bir kamu hukuku hükmüdür; ama kıyasa elverişli bir hükümdür (Sebebi konusunda aşağıda s.350'ye bakınız).

2. "*Unius positio non est alterius exclusio*[81] (Bir Şeyin Belirtilmesi, Diğer Şeylerin Hariç Tutulduğu Anlamına Gelmez)"[82]

Expressio unius est exclusio alterius ilkesinin karşıtı "*expressio unius non est exclusio alterius*[83] (bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demek değildir)" ilkesidir. Aynı anlamda daha yaygın olarak "*unius positio non est alterius exclusio*[84] (bir şeyin konulması, diğer şeylerin hariç tutulduğu anlamına gelmez)" özdeyişi de kullanılmaktadır.

Yukarıda *expressio unius est exclusio alterius* ilkesinin hangi durumda geçerli olduğunu gördük. Bu ilkenin geçerli olmadığı her durumda "*expressio unius non est exclusio alterius* (bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demek değildir) ilkesi geçerlidir. Yani kanun koyucu, bir şeyi sınırlandırarak saymamış ise veya o şeyi o şeyin bir özelliğini dikkate alarak düzenlememiş ise, *expressio unius non est exclusio alterius* ilkesi uygulanır. Yani böyle bir durumda, kanun koyucunun zikrettiği şey hakkında koyduğu hüküm, zikretmediği şey hakkında da uygulanır.

Aynı husus fıkıh usûlünde, "*bir şeyi zikr ile tahsis etmek, maadasına münafi olmaz*" denerek ifade edilmiştir[85]. Bir şeyin söylenmesi, diğer şeyin ise söylenmemesi durumunda, söylenmeyenin her hâlükârda reddedildiği sonucu çıkmaz. Yukarıda belirtildiği gibi kanunun zikrettiği şey hakkındaki hüküm, o şeyin belirli bir özelliği dikkate alınarak konulmamış ise, o hüküm, aşağıda göreceğimiz şartlar var ise, o hükümde zikredilmeyen şey hakkında da kıyas yoluyla tatbik olunabilir.

Expressio unius est exclusio alterius ilkesinin uygulandığı durumlarda kıyas yasaktır; ama *expressio unius non est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olduğu durumlarda daha sonra göreceğimiz kıyas şartları mevcut olmak kaydıyla, kıyas yapılabilir. Dolayısıyla *expressio unius non est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olduğu durumlarda kıyas yolu kullanılarak genişletici yorum yapılabilir.

"Örneklendirici Sayma".- Yukarıda "sınırlandırarak sayma" durumunda *expressio unius est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olduğunu söyledik. Ancak kanunlardaki her sayma, "sınırlandırarak sayma" değildir. Ka-

81. René David, "Sources of Law", *International Encyclopedia of Comparative Law* (Edited by K. Zweigert and K. Drobnig, 20; Vol. II: The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification. Chief Editor René David, II, 1984, s.87.
82. Aynı özdeyişin "*positio unius non est exclusio alterius*" ve "*expressio unius non est exclusio alterius*" şekilleri de vardır.
83. Jan Hendrik Willem Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, Sijthoff, 1973, Vol. VI, s.316.
84. David, "Sources of Law", *op. cit.*, s.87
85. Bir şeyi zikr ile tahsis etmek, maadasına münafi olmaz. Isbat nefiye ve nefi isbata vaz olunmamıştır. Bunlardan biri diğerine delâlet etmez. Mantukun hükmünün hilâfini meskûtün anhde isbat için başka bir delil bulunmalıdır (Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.92).

nunlar bazen, hükme bağladığı şeyleri sınırlandırma amacıyla değil, örneklendirme amacıyla sayar. Bu tür saymaya "örneklendirici sayma (*illustrative enumaration*)" denir. Genellikle bu tür saymada sayılanlardan sonra "benzeri", "gibi" vb. kelimeler kullanılır.

> *Örnek: 1982 Türk Anayasası, m.106/3.*- "Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma *gibi* sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır".

Madde metninde "hastalık" ve "yurt dışına çıkma" ibarelerinden sonra "gibi" kelimesi kullanıldığı için, "Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması hâli", "hastalık" ve "yurtdışına çıkmak" hâlleriyle sınırlı değildir; bu hâller, "Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması hâli"ne örnek göstermek amacıyla sayılmıştır. Dolayısıyla 106'ncı maddenin üçüncü fıkrası hükmü, "hastalık" ve "yurtdışına çıkmak" hâlleri dışında başka hâllere de, örneğin "Cumhurbaşkanının kaçırılması", "rehin alınması" veya "savaş sırasında bir başka devlet tarafından esir alınması" hâllerine de uygulanabilir. Bu uygulama aşağıda göreceğimiz gibi kıyas yoluyla yapılır ki bunun da birtakım şartları vardır. Kıyas yapıldığında m.106/3'ün hükmü genişletici yoruma tâbi tutulmuş olur.

KUTU 15.4: PROBLEM - Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi Mezunları Kaymakamlık Sınavına Girebilir mi?

"Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi" kamu yönetimi mezunları 17 Aralık 2016 tarihinde yapılan kaymakamlık sınavına alınmamıştır.

Bu konuda 1700 Sayılı Dahiliye Memurları Kanununun 2/B maddesinde aynen şöyle denmektedir:

"Bu Kanunun 1 inci maddesinde yazılı 4 üncü ve daha yukarı sınıflardaki memurluklara (kaymakam ve üstü) geçebilmek ve tayin olunmak için Üniversitelerin Siyasal Bilgiler, Hukuk, İktisat, İşletme, İktisadi ve İdari Bilimler Fakülteleri ile bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen yurtdışındaki en az dört yıl süreli fakültelerden mezun olmak şarttır".

Soru: Acaba "Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi" kamu yönetimi mezunlarının kaymakamlık sınavına alınmaması hukuka uygun mudur?

Bu sorunun cevabı şu sorunun cevabına bağlıdır: 1700 sayılı Kanununun 2/B maddesindeki sayma acaba bir "sınırlandırarak sayma"mı, yoksa "örneklendirici sayma" mıdır? Sınırlandırarak sayma ise adı geçen fakülte mezunlarının sınava alınmaması hukuka uygun; örneklendirici sayma ise hukuka aykırıdır. Sizce yukarıdaki maddedeki sayma, sınırlandırıcı sayma mı, örneklendirici sayma mıdır?

KUTU 15.5: PROBLEM - 298 Sayılı Kanunun 101'inci Maddesindeki Sayma

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun,

"Geçerli olmayan oy pusulaları

***Madde 101** – (Değişik: 8/4/2010-5980/21 md.)*

Aşağıda yazılı;

1. Sandık kurulunca verilen ve o seçim için düzenlenmiş biçim ve renkte olmayan,

2. Arkasında "Türkiye Cumhuriyeti Yüksek Seçim Kurulu" filigranı bulunmayan,

3. Arkasında sandık kurulu mührü bulunmayan,

4. Hiçbir yerine "EVET" mührü basılmamış olan,

...

11. Üzerinde yer alan matbu yazıların ve şekillerin dışında yazılar veya harfler veya sayılar yazılmış veya şekiller çizilmiş olan,

birleşik oy pusulaları geçerli değildir.

(...)

Muhtarlık seçimlerinde, bu maddede belirtilen geçersizlik sebeplerinin dışında oy pusulalarının hangi sebeplerle geçersiz sayılacağı Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenir".

Sorular: 1. Acaba yukarıdaki 298 sayılı Kanunun 101'inci maddesinde 11 bent hâlinde yapılan sayma, bir sınırlandırıcı sayma mıdır? Yoksa bir örneklendirici sayma mıdır?

2. Aynı maddenin "Muhtarlık seçimlerinde, bu maddede belirtilen geçersizlik sebeplerinin dışında oy pusulalarının hangi sebeplerle geçersiz sayılacağı Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenir" hükmünde bir sayma var mıdır? Varsa bu sayma nasıl bir sayma dır?

3. Milletvekili seçimlerinde kullanılan oy pusulaları için YSK, 101'inci maddede sayılan geçersizlik sebeplerine benzer diğer sebeplerle de oyların geçersizliğine karar verebilir mi?

4. Muhtarlık seçimlerinde kullanılan oylar için YSK, 101'inci maddede sayılan geçersizlik sebeplerine benzer diğer sebeplerle de oy pusulalarının geçersizliğine karar verebilir mi?

VI. "SIFAT-I ARIZADA ASLOLAN ADEMDİR" İLKESİ VE BU İLKEDEN ÇIKAN DİĞER İLKELER

Gerek hukukun, gerek mantığın temel ilkelerinden biri Mecellenin 9'uncu maddesinde ifadesini bulan "*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*" ilkesidir. Önce bu ilkeyi sonra da bu ilkeden çıkan diğer ilkeleri görelim:

1. Sıfat-ı Arızada Aslolan Ademdir (Mecelle, m.9) (*Aslî niteliğin varlığı, arizi niteliğin yokluğu asıldır*).

Sıfat (nitelik), vasıf kelimesinden türemiş olup, hâl (durum), keyfiyet (nitelik), suret, özellik demektir[86]. Yani sıfat, bir kişinin veya bir şeyin hâl veya vasfı, niteliğidir[87]. Sıfat, "sıfat-ı asliye" ve "sıfat-ı arıza" olmak üzere iki çeşittir.

Sıfat-ı asliye, nitelenen şeyde bizzat bulunan, yani o şeyin kendisinde bulunan durum, nitelik veya özelliktir[88]. Sıfat-ı asliye için biz aşağıda "*aslî nitelik*" terimini kullanacağız. "Aslî", "asl"ın sıfatı olup, "asla mensup" demektir[89]. "Asıl" ise, kök, temel, esas, kaide, kural demektir. Sıfat-ı asliye" için Latince olarak "*essentialia*", İngilizce olarak "*original attribute*" terimleri kullanılabilir. Sıfat-ı asliye, tabir caiz ise, bir şeyin "*default* (varsayılan) niteliği"dir. Yine sıfat-ı asliye, cihazların "fabrika ayarları"na benzetilebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça geçerli olan niteliktir; şeylerin ilk hâlidir.

86. Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, Ankara, Aydın Kitabevi, 1984, s.1137; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, Ensar Neşriyat, 2. Baskı, 2005, s.506; Elmalılı M. Hamdi Yazır, *Elfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh Istılahları Kamusu* (Hazırlayan: Sıtkı Gülle), İstanbul, Eser Neşriyat, 1997, Cilt IV, s.431.
87. Abdullah Yeğin, *Yeni Lügat*, İstanbul, Hizmet Yayınları, Tarih Yok (200?), s.627.
88. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.35.
89. Devellioğlu, *op. cit.*, s.56.

Sıfat-ı arıza, nitelenen şeyde bizzat, yani kendiliğinden bulunmayıp, ona sonradan eklenen niteliktir[90]. Sıfat-ı arıza için biz aşağıda "*arizî nitelik*" terimini kullanacağız. "Ârıza", "ârız"dan gelip "sonradan olan şey", "bozulma" anlamına gelmektedir[91]. "Ârız" ise bir şeyin zatına ilişkin olmayıp, o şeye bazen sonradan yapışan, takılan şey demektir[92]. "Arızî" ise, "ârız"ın sıfatı olup, "sondan ortaya çıkan", "gelip geçici olan" [93], bir şeyin zati ve esasına ilişkin olmayan şey anlamına gelmektedir[94]. "Sıfat-ı arıza" için Latince "*accidentalia*" da denilebilir.

Örneğin bir otomobilin çalışıyor olması "sıfat-ı asliye (*essentialia*)", yani "aslî nitelik", arızalı olması ise "sıfat-ı arıza" yani arizî niteliktir. Zira otomobilin çalışıyor olması, gidebilmesi, otomobil denen şeyin zatında, yani doğrudan kendisinde bulunan bir özelliktir. Zira bir şey bu özelliğe sahip değil ise ona otomobil denilemez. Bir otomobilin bozulması, gidememesi durumu, kendiliğinden olan bir şey değil, tesadüf sonucu sonradan ortaya çıkan bir durum olduğuna göre, bu otomobilin bozulması, yani arızalanması, "*arizî*" bir durumdur; diğer bir ifadeyle "*sıfat-ı arıza*", yani "*accidentalia*"dır.

Diğer bir örnek: İnsanın sağlıklı olması, sıfat-ı asliye; hasta olması ise sıfat-ı arızadır. Yani insanın sağlıklı olması asıl, hasta olması ise arızî bir durumdur. Zira sağlık, insan denen varlığın zatında var olan bir özelliktir; sağlık olmasaydı bizatihi insanın kendisi olmazdı. O hâlde sağlıklı olma özelliği insanın kendisinde baştan itibaren var olan bir özellik, yani bir "aslî nitelik"; hasta olması ise insanın sonradan içine düştüğü bir "arızî durum"dur. Aynı şekilde akıl bakımından kişinin aklının başında bulunması sıfat-ı asliye, deli olması ise sıfat-ı arızadır. Keza bir insanın hür olması sıfat-ı asliye, köle olması ise sıfat-ı arızadır.

İnceltmesiz "a" ile yazılan "*adem*" kelimesi "yokluk" demektir[95].

İşte Mecellenin 9'uncu maddesinde yer alan *"sıfat-ı arızada aslolan ademdir"* ilkesi, bir şeyin sıfat-ı arızası, yani o şeyin arizî niteliği konusunda aslolanın yokluk olduğunu ifade etmektedir. Yani bir şeyin arizî niteliğinin mevcut olup olmadığı konusunda tereddüt olursa, o niteliğin mevcut olmadığı varsayılır. Tersine, bir şeyin sıfat-ı asliyesi, yani aslî niteliği konusunda aslolan varlıktır. Yani bir şeyin aslî niteliğinin mevcut olup olmadığı konusunda tereddüt olursa, o niteliğin mevcut olduğu varsayılır. Açıkçası, *bir şeyin aslî niteliğinin varlığı, arızî niteliğinin ise yokluğu esastır.*

---

90. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.35. 91. Yeğin, *op. cit.*, s.32. 92. *Ibid.*
93. Devellioğlu, *op. cit.*, s.48. 94. Yeğin, *op. cit.*, s.32.
95. Devellioğlu, *op. cit.*, s.10. Yokluk anlamında "adem"deki "a" kısa okunur. İsim (ilk insanın ismi) anlamındaki "Âdem"deki "a" ise uzun okunur.

Yukarıdaki örneklere geri dönelim: Bir otomobilin çalışıyor olması sıfat-ı asliye, arızalı olması ise sıfat-ı arıza olduğuna ve *bir şeyin aslî niteliğinin varlığı, arızî niteliğinin ise yokluğu esas olduğuna göre*, bir otomobilin sağlam olduğu, arızalı olmadığı varsayılır. Aynı şekilde bir insanın sağlıklı olması asıl, hasta olması ise ârızî bir durum olduğuna göre, bir insanın sağlıklı olduğu, hasta olmadığı varsayılır. Yine benzer şekilde, akıl asıl; delilik arızî bir durum olduğuna göre, bir insanın akıllı olduğu, deli olmadığı kabul edilir.

2. Beyyine Hilaf-ı Aslı İspat İçindir[96] (*Delil, Aslın Aksini İspat İçindir*)

"*Beyyine*[97] *hilaf*[98]*-ı aslı ispat içindir*" ilkesi, ispat yükünün, asıl olan durumun aksini iddia edene ait olduğunu ifade eder. Diğer bir ifadeyle, "aslın hilafını iddia eden kimseden delil istenir"[99]. Mecelle, aynı ilkeyi, 77'nci maddesinde *"beyyine hilaf-ı zahiri*[100] *ispat içindir"* diyerek dile getirmektedir.

Bu ilke yukarıda gördüğümüz "sıfat-ı arızada aslolan ademdir" ilkesinden türemiş bir ilkedir. Yukarıda açıklandığı üzere, "aslî niteliğin (*sıfat-ı asliye*nin)" varlığı, "arizî niteliğin (*sıfat-ı arıza*nın)" ise yokluğu asıldır. Yani bir şeyin aslî niteliğinin o şeyde mevcut olduğu; arızî niteliğinin ise mevcut olmadığı varsayılır; yani bu yönde bir karine vardır. Dolayısıyla ispat yükü, bu karinenin, bu genel kabulün aksini iddia eden kişiye aittir. Açıkçası aslî niteliğin varlığını iddia eden kişinin bunu ispat etmeye ihtiyacı yoktur; tersine ispat yükü, aslî niteliğin aksini iddia eden kişiye düşer. Yani ispat yükü sıfat-ı arızayı iddia edene aittir.

Yukarıdaki örneklere geri dönersek ispat yükü konusunda şunları söyleyebiliriz: Örneğin bir otomobilin çalışıyor olması "aslî nitelik (*sıfat-ı asliye, essentialia*)", arızalı olması ise "arızî nitelik (*sıfat-ı arıza, accidentalia*)" olduğuna ve aslî niteliğin varlığı; arızî niteliğin ise yokluğu esas olduğuna göre, bir otomobilin bozuk olduğunu iddia eden kişi iddiasını ispat emek zorundadır. Otomobilin sağlam olduğunu iddia eden kişinin bunu ispatlamaya ihtiyacı yoktur. Keza insanın sağlıklı olması asıl; hasta olması ise arızî bir durum olduğuna göre, bir kişinin hasta olduğunu iddia eden taraf, o kişinin hasta olduğunu ispat etmelidir. Bu kişinin sağlıklı olduğunu iddia eden tarafın bunu ispatlamasına gerek yoktur; çünkü insanın sağlıklı olması, "aslî nitelik (*sıfat-ı asliye, essentialia*)"tir ve böyle bir niteliğin varlığı asıldır; yani bu konuda karine vardır. Aynı şekilde kişinin aklının başında bulunması sıfat-ı asliye, deli olması ise sıfat-ı arıza olduğuna göre, bir kişinin deli oldu-

96. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.104.
97. "Beyyine", delil, kanıt demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.121.
98. "Hilaf", bir şeyin karşıtı, zıddı, aksi demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.441).
99. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.33.
100. "Zahir", açık, görünen, belli, meydanda olan demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.1400).

ğunu iddia eden tarafın onu ispatlaması gerekir. Söz konusu kişinin aklı başında olduğunu söyleyen kişinin bunu ispat etmesine gerek yoktur. Çünkü bu kişinin akıllı olduğuna zaten karine vardır.

Diğer bir örnek: Bir kişinin hür olması sıfat-ı asliye, köle olması ise sıfat-ı arıza olduğuna göre, köleliğin olduğu zamanda bir kişinin köle olduğunu iddia edenin ispatlaması gerekirdi; kimsenin kendisinin hür olduğunu ispatlamasına ihtiyacı yoktu.

Örnekler çeşitlenebilir: Bir kişinin masum, suçsuz, ahlaklı, dürüst olması asıldır. Yani bu yönde karine vardır. İspat yükü, aslı iddia edene değil, aslın aksini iddia edene aittir. Hukukta karine teorisinin ve ispat külfeti teorisinin altında da "sıfat-ı arızada aslolan ademdir" ilkesi yatar.

3. Beraet-i Zimmet Asıldır (Mecelle, m.8) (*Hak ve Borçtan Uzak Olmak Asıldır*)

Fıkıh ilminde, "*zimmet*", *"şol vasıftır ki, onunla insan hem menfaat hem de mazarratına*[101] *ehil olur"* diye tarif edilmiştir[102]. Mesela bir kimse, bir malı satın aldığında malın mülkiyet hakkını elde eder; yani menfaate ehil olur ve aynı zamanda malın bedeli olan parayı satıcıya vermek borcu altına girer; yani bu şeyin mazarratına da ehil olur[103]. İşte kişinin menfaate ve mazarrata ehil olmasına, yani hak sahibi olması ve borç altına girmesine *zimmet* denir. Yani zimmet hem hak, hem de sorumluluk demektir.

"*Beraet*" ise, berî olma, temiz olma, uzak olma, masum olma demektir[104].

Beraet-i zimmetin asıl olması ise, kişinin hak sahibi olmaktan ve borç altında bulunmaktan temiz olması, diğer bir ifadeyle, menfaatten ve mazarrattan uzak olması demektir. Bu şu anlama gelir ki, hak ve borcun yokluğu asıldır. Yani insanlar, hak ve borçtan berîdirler. Diğer bir ifadeyle, herkes haksız ve borçsuz olarak dünyaya gelir. Eskilerin dediği gibi, "*herkes berî'ü'z-zimme*[105] *olarak tevellüd eder*"[106].

Kişinin hak sahibi olmaması, borç altında bulunmaması "aslî nitelik (*sıfat-ı asliye*)", kişinin hak sahibi olması, borç altında bulunması ise, sonradan ortaya çıkan bir "arızî nitelik (*sıfat-ı arıza*)"tir. Yani insan bu dünyaya haktan ve borçtan uzak olarak gelir; daha sonra işleyeceği fiiller dolayısıyla ve yapacağı muameleler sebebiyle hak elde eder veya borç altına girer[107]. Bu yüzden, bir kişinin hak sahibi olduğunu veya borç altında bulunduğunu iddia

101. "Mazarrat" zararın çoğuludur; zarar, ziyan demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.703).
102. Ali Haydar, *op. cit.*, s.33. 103. *Ibid.*
104. Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul KTB Yayınları, 2008, s.95.
105. "Berî'ü'z-zimme", "sorumluktan temiz", "sorumluluktan uzak" demektir.
106. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.33. 107. *Ibid.*, c.I, s.33.

eden tarafın bunu ispatlaması gerekir. Hak sahibi olduğunu iddia eden kişi, bunu ispat etmelidir. Çünkü hakkın yokluğu asıl, varlığı ise sonradan ortaya çıkan arızî bir niteliktir. Keza kimse kendisinin borçsuz ve suçsuz olduğunu ispatlamak zorunda değildir. Çünkü borcun, suçun, tek kelimeyle sorumluluğun bulunmaması asıl, bulunması ise arızî bir niteliktir. Diğer bir ifadeyle herkesin suçsuz ve borçsuz olduğu yolunda karine vardır. Gerek borçlar hukukunda, gerekse ceza hukukunda pek çok ilkenin (örneğin masumluk karinesi) altında "beraet-i zimmet asıldır" ilkesi yatar.

"Beraet-i zimmet asıldır" ilkesi, daha pek çok alanda uygulanabilir. Örneğin bir kişinin ahlaklı, dürüst, iyiniyetli olması asıldır. Bunların aksini iddia eden kişi iddiasını ispatlamalıdır. Kimse kendisinin iyiniyetli, dürüst, ahlaklı olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Zaten herkesin dürüst, iyiniyetli ve ahlaklı olduğu yolunda karine vardır.

4. Sıfat-ı Asliye Kaide, Sıfat-ı Arıza ise İstisnadır[108] (Asıl olan şey kuraldır, arızî olan şey ise istisnadır).

Bir şeyin aslî niteliğinin varlığı genel kuraldır; ama aynı şeyin arızî niteliğinin varlığı ise istisnadır. Bu ilke, yukarıda gördüğümüz "*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*" ilkesinin mantıkî sonucudur. Yukarıda açıklandığı gibi bir şeyin aslî niteliğinin varlığı, arızî niteliğinin ise yokluğu asıl olduğuna göre, aslî niteliğin var olması kaide, arızî niteliğinin var olması ise istisna olması gerekir. Aslında bir şeyin arızî nitelik olması, bizatihi o şeyin istisnaî nitelikte olduğu anlamına gelir. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi, arıza, yani arızî olma durumu, bir şeyin kendisinde olmayıp, sonradan ortaya çıkan geçici bir durumdur. Bu ise o arızî niteliğin istisnaî bir nitelik olduğu anlamına gelir.

Yukarıda "sıfat-ı arızada aslolan ademdir" ilkesi başlığı altında verdiğimiz aynı örneklerle *sıfat-ı asliyenin kaide, sıfat-ı arızanın ise* istisna olması durumunu açıklayalım: Bir otomobilin çalışıyor olması sıfat-ı asliye, arızalı olması ise sıfat-ı arıza olduğuna göre, bir otomobilin çalışıyor olması kaide, bozuk olması ise istisnaî bir durumdur. Keza bir insanın sağlıklı olması asıl, hasta olması ise arızî bir durum olduğuna göre, bir insanın sağlıklı olması genel kural, hasta olması istisnadır. Yine benzer şekilde, insanın akıllı olması genel kural, delilik istisnaî bir durumdur.

5. Kaidenin Değil, İstisnanın Varlığı İspata Muhtaçtır[109]

Bu ilke aslında yukarıda gördüğümüz "*beyyine hilâf-ı aslı ispat içindir*" ilkesinin değişik bir tarzda dile getirilmesidir. Yukarıda "*beyyine hilaf-ı aslı ispat içindir*" ilkesi alında ispat yükünün bir şeyin aslî niteliğinin aksini iddia

108. Bu ilke, bir fıkıh kitabında yazmaz. Biz bu ilkeyi "sıfat-ı arızada aslolan ademdir (Mecelle, m.9)" ilkesinden türettik.

109. Biz bu ilkeyi "*beyyine hilaf-ı aslı ispat içindir*" ilkesinden türettik.

edene ait olduğunu açıklamıştık. Yani "sıfat-ı asliye"nin değil, "sıfat-ı arıza"nın varlığı ispata muhtaçtır. Diğer bir ifadeyle, bir şeyin aslî niteliğinin varlığını değil, ama o şeyin arızî niteliğinin varlığını iddia eden ispatlamalıdır. Çünkü bir şeyin aslî niteliğinin var olduğu zaten kabul edilir. Aynı şekilde kaide olan şeyin var olduğu kabul edilir; istisna olan şeyin ise varlığının ispatlanması gerekir. Bir istisnanın varlığı ispatlanmadıkça, yokluğu kabul edilir ve istisna da o konuda kaideye tâbi olur.

Yukarıdaki örneklere geri dönersek şunları söyleyebiliriz: Bir otomobilin çalışıyor olması kaide, bozuk olması ise istisnaî bir durum olduğuna göre, bir otomobilin bozuk olduğunu iddia eden taraf bunu ispatlamalıdır. Keza bir insanın sağlıklı olması kaide, hasta olması ise istisna olduğuna göre, bir insanın hasta olduğunu iddia eden taraf bu iddiasını ispatlamalıdır. Yine benzer şekilde, insanın akıllı olması kaide, delilik istisna olduğuna göre bir kişinin deli olduğunu iddia eden taraf bu iddiasını ispatlamalıdır. Bir otomobilin sağlam, bir kişinin sağlıklı ve akıllı oluğunu iddia eden tarafın bu iddiasını ispatlamaya ihtiyacı yoktur; zaten bunlar kaidedir; yani ispata ihtiyaç olmaksızın bunların var olduğu kabul edilir.

* * *

Şimdiye kadar gördüğümüz ilkeler, sadece hukukî ilkeler değil, mantıki ilkeler, hatta eşyanın tabiatından istihraç edilmiş ilkelerdir.

VII. YETKİLERLE İLGİLİ İLKELER

Hukukta yetkilerin ortak özellikleriyle ilgili olarak şu temel ilkelerin olduğu söylenebilir:

1. Devlet Organlarının Yetkisiz Olması Asıl, Yetkili Olmaları ise İstisnadır

Devlet organlarının yetkisiz olmasının asıl, yetkili olmalarının ise istisna olması ilkesi de aslında yukarıda gördüğümüz gibi "*sıfat-ı arızada aslolan ademdir*" ilkesinden türemiş bir ilkedir. Yukarıda açıkladığımız gibi bu ilkeye göre bir şeyin arizî niteliğinin, yani baştan mevcut olmayan, ona sonradan eklenen niteliğinin mevcut olup olmadığı konusunda tereddüt olursa, o niteliğin mevcut olmadığı varsayılır. Devlet organları ise, kendiliğinden mevcut olan organlar değil, daha sonradan kurulmuş organlardır. Bunlar daha sonra anayasayla veya kanunla kurulmuş ve bunlara yetkileri daha sonra anayasayla veya kanunla verilmiştir. Yani belirli bir devlet organının belirli bir *yetkiye sahip olması sıfat-ı arıza*, yani sonradan ortaya çıkmış, arızî bir özelliktir. Sıfat-ı arızada aslolan adem olduğuna göre, devlet organlarının yetkisiz olması asıldır. Bu şu anlama gelir ki, devlet organlarının kendilerinden menkul, kendilerinden kaynaklanan yetkileri yoktur. Bunların yetkili olabilmeleri için bu yetkilerin kendilerine anayasayla veya kanunla verilmiş olmaları ge-

rekir. Yani devlet organlarının yetkileri "verilmiş yetkiler (*compétences attribuées, attributed powers*)" niteliğinde yetkilerdir. Bu şu anlama gelir ki, bir devlet organına, anayasayla veya kanunla *ayrıca ve açıkça* yetki verilmemiş ise, o devlet organı o konuda yetkisizdir. Zira bir devlet organının yetkisiz olması asıl, yetkili olması ise istisnadır.

Devletin bir organının belirli bir yetkiye sahip olup olmadığı konusunda tereddüt doğar ise, asıl olan bir şeyin olmaması olduğuna göre, o organın o yetkiye sahip olmadığını varsaymak gerekir. Eğer söz konusu organ böyle bir yetkiye sahip olduğunu iddia ediyorsa, bunu ispatlama yükü kendisine düşer. Söz konusu organın böyle bir yetkiye sahip olmadığını iddia eden kişi ispat yükü altında değildir. Zaten bir şeyin yokluğunu mantıken ispat etmek mümkün değildir. Bir şeyin varlığı ispat edilmemiş ise, o şeyin yok olduğu kabul edilir.

Bir devlet organının yetkili olabilmesi için söz konusu yetkinin ona ayrıca ve açıkça verilmiş olması gerekir. Bu organa belirli bir konuda bir yetki verilmemiş ise, o organın yetkileri kendinden menkul olmadığına ve söz konusu organ kendi kendine yetki veremeyeceğine göre, o organ o konuda yetkisizdir. Bu yetkinin o organa ayrıca ve açıkça verilmesi gerekir. Hiçbir devlet organı, anayasa veya kanun koyucunun kendisine bu yetkiyi verdiğini, vermiş olması gerektiğini vs. iddia edemez. Bir organ, bir başka organa, durup dururken, bol keseden yetki vermez. Zira hukukta kimse, bir başka kişiye yok yere bir şey vermez. Daha doğrusu Latince *nemo praesumitur donare*[110] özdeyişinin dile getirdiği gibi hukukta, bir kişinin bir başka kişiye bir şey verdiği, bir şey bağışladığı yolunda bir karine yoktur.

Devlet organlarına yetkilerin ayrıca ve açıkça verilmesi gerektiği, böyle bir yetki verilmeksizin bu organların yetkisiz oldukları kuralı 1982 Türk Anayasasının 6'ncı maddesinde "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir *devlet yetkisi* kullanamaz" denerek ifade edilmiştir.

Örneğin Türk Anayasa Mahkemesinin yetkileri 1982 Türk Anayasasının 148'inci maddesinde sayılan yetkilerden ibarettir. Söz konusu maddelerde sayılan yetkiler dışında bir yetkiye, Anayasa Mahkemesi ne kadar ihtiyaç duyarsa duysun, sahip olamaz; yorum yoluyla Anayasa Mahkemesinin bu yetkiye sahip olduğu kabul edilemez. Çünkü Anayasa Mahkemesinin yetkisiz olması asıl, yetkili olması ise istisnadır ve istisnalar alanında dar yorum yapılır; yorumla Anayasa Mahkemesinin yetkileri genişletilemez. Buna Türk Anayasa Mahkemesinin bir yanlış içtihadından örnek verebiliriz:

Anayasa Mahkemesi, 21 Ekim 1993 tarih ve K.1993/40-1 sayılı Kararıyla[111] kendisinin "yürürlüğünün durdurulmasına" karar verme yetkisine

110. Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.136 (http://books.google.com.tr).
111. Anayasa Mahkemesi, 21 Ekim 1993 Tarih ve E.1993/33, K.1993/40-1 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 29, Cilt 1, s.562-563.

sahip olduğuna karar vermiş ve o tarihten bu yana da sayısız kanun ve kanun hükmünde kararnamenin yürürlüğünü durdurmuştur. Türk doktrininde bu nedenle Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olup olmadığı konusunda "derin" bir tartışma ortaya çıkmıştır. Kanımızca ortada tartışılacak bir şey yoktur. Sorunun cevabı çok basittir. Anayasa Mahkemesine Anayasamızda bu yönde verilen bir yetki olmadığına göre, Anayasa Mahkemesi böyle bir yetkiye sahip değildir. Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkiye sahip olduğunu kabul etmek, anayasal organların yetkilerinin "verilmiş yetki" olduğu yolundaki kurala aykırıdır.

Burada ayrıca ilave edelim ki, yukarıda belirtildiği gibi "*beyyine hilaf-ı aslı ispat içindir*"[112], yani "delil, aslın aksini ispat içindir". Dolayısıyla bir devlet organının yetkisiz olması asıl olduğuna göre, o organın yetkisiz olduğu değil, yetkili olduğunun ispatlanması gerekir. Bir devlet organının belirli bir konuda yetkili olduğu ispatlanmadıkça, o organın o konuda yetkisiz olduğu karine yoluyla kabul edilir.

2. *Potestas stricte interpretatur*[113] (Yetkiler Dar Yorumlanır)

Bir devlet organına verilen bir yetkinin belirli bir şeyi içerip içermediği konusunda tereddüt ortaya çıkıyorsa, o yetkinin o şeyi içermediği kabul edilir. Çünkü, yukarıda gördüğümüz gibi devlet organlarının yetkisiz olması asıl, yetkili olmaları ise istisna olduğuna göre, istisnalar yorum yoluyla genişletilemez. Bu husus Latince "*potestas stricte interpretatur*[114] (yetkiler dar yorumlanır) veya "*in dubiis, non præsumitur pro potentia*[115] (tereddüt hâlinde yetki lehine karine yoktur)" özdeyişleriyle ifade edilir.

Örnek: 1961 Türk Anayasasının 147'nci maddesi (20 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla değişik şekli), Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini genel olarak vermemiş, sadece söz konusu değişiklikleri *şekil bakımından* denetleme yetkisi vermişti. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yetkisi istisnaî bir yetkiydi. Bu nedenle, söz konusu "şekil denetimi"nin neden ibaret olduğu, belirli bir hususun şekil denetimine mi girdiği, yoksa esas denetimine mi girdiği noktasında bir tereddüt ortaya çıkarsa, söz konusu hususun şekil denetimine girmediği sonucuna varılmalıydı. Ne var ki, 1961 Anayasası döneminde, Türk Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetlerken, anayasa değişikliklerinin söz konusu Anayasanın 9'uncu maddesi tarafından öngörülen devlet şeklinin cumhuriyet olduğu hükmünün değiştirilmezliği ilkesine uygunluğunu da denetlemiştir[116]. Oysa söz konusu denetim, denetle-

112. Ali Haydar, *op. cit.*, c.I, s.104.
113. Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.140 (http://books.google.com.tr).
114. Özdeyiş için bkz. Nick Szobo, "Interpreting Power: The Principle of Least Authority", http://szabo.best.vwh.net/interpretingpower.html (30 Temmuz 2016).
115. *Ibid.*
116. Anayasa Mahkemesi, 15 Nisan 1975 tarih ve K.1975-87 Sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 13, 1976, s.403-478.

nen anayasa değişikliğinin içeriğinin de incelenmesini gerektiren bir "esas denetimi" idi; dolayısıyla sadece şekil denetimi yapabilen Anayasa Mahkemesinin böyle bir denetim yapamaması gerekirdi. Ancak Anayasa Mahkemesi böyle bir denetimin de şekil denetimi olduğuna hükmetmiştir. Oysa söz konusu madde Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme konusunda genel bir yetki vermemiş; sadece şekil bakımından denetleme yetkisi vermiş olduğuna göre, şekil denetiminin istisnaî bir yetki olarak dar yoruma tâbi tutulması, bir hususun bu yetkinin kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, yetkilerin dar yorumlanması ilkesi uyarınca girmediği sonucuna ulaşılması gerekirdi.

Anayasa Mahkemesinin bu yorumuna tepki olarak 1982 Anayasası koyucusu, Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleme yetkisi verdikten sonra, ayrıca şekil denetiminin neden ibaret olduğunu ayrıca ve açıkça belirtme ihtiyacını hissetmiştir. 1982 Türk Anayasasının 148'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi, "teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır". Dolayısıyla artık Anayasa Mahkemesinin, şekil denetiminin ne anlama geldiği konusunda bir yorum yapma imkânı kalmamıştır. Ancak Türk Anayasa Mahkemesi buna rağmen 5 Haziran 2008 tarih ve E.2008/16, K.2008/116 tarihli kararıyla bir Anayasa değişikliğini şekil görüntüsü altında esastan denetlemiş ve iptal edebilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararı yanlış olmaktan öte, dürüstlükle bağdaşmayan bir karardır.

3. Yetki Dar, Hürriyet Geniş Yorumlanır

Amerikan literatüründe bu ilke "*powers are narrow, rights broad*" özdeyişiyle ifade edilir. Bu ilkeye "*principle of most rights* (daha fazla hak ilkesi)" ve "*principle of least authority* (daha az yetki ilkesi)" denir[117]. Bu şu anlama gelir ki, devlet organlarının yetkileri yorumlanırken olabildiğince dar yorum, bireylerin hak ve hürriyetleri yorumlanırken olabildiğince geniş yorum yapılır. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği gibi bir devlet organının yetkili olup olmadığı konusunda tereddüt hasıl olursa, yetkisiz olduğu kabul edilir. Ama bir kişinin bir hak ve hürriyete sahip olup olmadığı konusunda tereddüt hasıl olursa, bu kişinin o hakka ve hürriyete sahip olduğu kabul edilir.

Aynı şekilde bir konuda bir kişinin özgür olup olmadığı konusunda tereddüde düşülürse, o kişinin özgür olduğu kabul edilir. Bu husus Latince olarak "*quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit* (hürriyete ilişkin yorumda tereddüt varsa, hürriyet lehine karar verilir" özdeyişiyle ifade edilir[118]. Örneğin bir kişinin hür mü, köle mi olduğu konusunda tereddüt hasıl olur ise, o kişinin hür olduğu varsayılır. Tered-

117. Nick Szobo, "Interpreting Power: The Principle of Least Authority", http://szabo.best.vwh.net/interpretingpower.html (30 Temmuz 2016).

118. *Digesta* 50, 17, 20 (http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml).

dütlü konularda hürriyet lehine yorum yapılır. Buna "*in favorem libertatis*" ilkesi denir. Keza Amerikan literatüründe bu hususu ifade etmek için "*presumption of liberty* (hürriyet karinesi)" tabiri kullanılır.

Kişinin hürriyetinin geniş, devletin yetkisinin ise dar yorumlanmasının sebebi, kişinin hür olmasının asıl, kişiye devletin müdahale edebilmesinin ise istisna olmasıdır. Zira liberal bir hukuk sisteminde, bireyin özgür olduğu ve devletin kural olarak bireye müdahale etme hakkına sahip olmadığı kabul edilir. Tarihsel olarak insanın devletten daha eski olduğu aşikardır. Devlet insanları değil, insanlar devleti yaratmışlardır. O hâlde asıl olan insan, arizî olan ise devlettir. Bu nedenle insanların varlığı ve dolayısıyla hürriyete sahip olması asıl, devletin varlığı ve keza insanlara müdahale etme hakkına sahip olması ise istisnadır. John Locke'a göre bireyler, devletten önce, tabiî hâl denen bir dönemde hak ve hürriyetlere sahip olarak yaşıyorlardı. Bireylerin sahip olduğu bu hak ve hürriyetler bireylere devlet tarafından verilmemiştir. Bireyler, devletten daha eskidirler. Bireyler devlete sadece cezalandırma haklarını devretmişlerdir. Devlet bireylere sadece suç işlediklerinde müdahale edebilir. Bunun dışında bireylere müdahale etme hakkına sahip değildir.

4. Hürriyet Asıl, Sınırlama İstisnadır; Hürriyet Geniş, Sınırlama Dar Yorumlanır

Yukarıda açıklandığı gibi, kişilerin hak ve hürriyet sahibi olmaları için, kişilere bu hak ve hürriyetlerin devlet tarafından verilmesine veya tanınmasına gerek yoktur. Kişiler kendiliğinden bu hak ve hürriyetlere sahiptir. Dolayısıyla kişilerin hür olması asıl, kişilerin hürriyetlerinin devlet tarafından sınırlanması ise istisnadır. Sınırlama istisna olduğuna göre, bu sınırlamanın ayrıca ve açıkça yapılması gerekir. Bir hürriyet ayrıca ve açıkça sınırlandırılmamış ise, o hürriyet sınırsızdır. Hürriyetler zımni olarak sınırlanamaz. Hürriyet asıl sınırlama istisna olduğuna göre hürriyetin geniş, sınırlamaların ise dar yoruma tâbi tutulması gerekir.

Bundan şu sonuç çıkar ki, Fransızca "*tout ce que la loi ne défend pas est permis*" özdeşinin dile getirdiği gibi "*kanunun yasaklamadığı her şey serbesttir*". Bu ilke ceza hukukundaki kanunilik ilkesini (*nulla crimen et poena sine lege* - kanunsuz suç ve ceza olmaz) doğurmuştur. Bu ilkeye göre bir fiilin suç teşkil edebilmesi için onun kanunla yasaklanması ve ona bir ceza verilebilmesi için de söz konusu cezanın kanunla öngörülmesi gerekir. Suç tanımı ve ceza belirlenmesi kişinin özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğine göre, bu bir istisnadır; dolayısıyla bunun ayrıca ve açıkça öngörülmesi ve dar yoruma tâbi tutulması gerekir. Zaten bu nedenle ceza hukukunda kıyas yasağı ilkesi geçerlidir.

Açıkça yasaklanmayan her şeyin serbest olması ilkesi, İslam hukukunda da geçerlidir. Bu konuda aşağıda Kutu 15.6'ya bakınız.

KUTU 15.6: EŞYADA ASLOLON İBÂHEDİR

İslam hukukunda "*eşyada aslolon ibâhedir*" ilkesi geçerlidir. İbâhe, mübah olma, helâl olma, serbest olma anlamına gelir. "*Eşyada aslolan ibâhedir*" demek, "bir şeyin serbest olması asıldır" demektir. Bu ilkeye göre, bir davranışın helâl veya haram olup olmadığında tereddüt edilirse o davranışın helâl olduğu kabul edilir. Bir davranışın yasak olduğunu veya haram olduğunu iddia eden ona delil getirmek mecburiyetindedir. Nass veya tanzimi tasarrufla yasaklanmamış her davranış serbesttir. Bir davranışın yasaklanması, haram kılınması ancak açık bir hüküm ile mümkündür[119]. Örneğin acaba ramazan veya kurban bayramı günlerinde çalışmak haram mıdır? Belki bayram günlerinde çalışılmasa daha iyi olacağını, bayramın amacının çalışmanın yasaklanmasını gerektirdiğini düşünebiliriz. Ne var ki bu konuda bir nass yoktur. Dolayısıyla bayram günleri çalışmak haram değildir. Yorumla, içtihatla haram üretilmez. Sigara içmek haram mıdır? Sigaranın insan sağlığına zarar verdiği tartışmasızdır. Haram olmasında yarar vardır. Ne var ki, sigara konusunda bir nass yoktur. Dolayısıyla sigara içmek haram değildir. Çünkü yasak, haram, ancak açık bir hükümle konulur ve eşyada ibâhe asıldır; yani açıkça yasaklanmamış, haram kılınmamış her şeyin kullanılması, içilmesi, yenmesi, mübahtır; serbesttir.

"*Eşyada aslolon ibâhedir*" kuralının temelinde En'am Suresinin 119'uncu ayetindeki "size haram olanlar ayrı ayrı açıklanmıştı[120] (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ) (*ve kad fassale lekum mâ harrame aleykum*)" hükmü bulunur. Yani ayete göre, haram olanlar, Kur'an'da ayrıca ve açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla Kur'an'da ayrıca ve açıkça haram olduğu belirtilmeyen şeyler, haram değildir.

Okuma: Bu konuda daha fazla bilgi için bkz.: Kemal Gözler, "Sigara Haram mı?", *www.anayasa.gen.tr/sigara-haram-mi.htm* (Yayın Tarihi: 20 Şubat 2019)

5. Sayılmış Yetkiler Dar, Bakiye Yetkiler Geniş Yoruma Tâbi Tutulur

Hukukta pek çok durumda bir kişi ile diğer bir kişi, bir organ ile diğer bir organ, bir makam ile diğer bir makam arasında yetki paylaşımı yapılır. Örneğin Türkiye'de merkezî idare ile mahallî idareler arasında ve keza mahallî idarelerin kendi arasında (yani il özel idaresi, belediye ve köy arasında), yetki paylaşımı vardır. Özellikle de federal sistemlerde "federal devlet (merkezî yönetim)" ile "federe devletler (eyaletler, *states*)" arasında yetki paylaşımı yapılır. İki kişi veya iki makam (örneğin A ve B) arasında yetki paylaşımı yapılacaksa, bunun iki yolu vardır: Ya A'nın, ya da B'nin yetkileri sayılır. A'nın yetkileri sayılmış ise, sayılmayan yetkiler (geri kalan yetkiler) hâliyle B'nin olur. B'nin yetkileri sayılmış ise, sayılan yetkilerin dışında kalan diğer yetkiler A'nın olur. Yetki paylaşımında bu şekilde sayılan yetkilere "sayılmış yetkiler (*enumerated powers, compétences énumérées*[121])"; bu yetkiler dışında sayılmadan geriye kalan yetkilere ise "bakiye yetkiler (*residual powers*[122], *compétences residuelles*)" denir. Bu durumda bakiye yetkiler, "genel yetki (*general power, compétence de droit commun*)"; sayılmış yetkiler ise "istisnaî yetki (*compétence d'exception*)" veya "verilmiş yetki (*attrib-*

119. Servet Armağan, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler,* Ankara, TDV, 6. Baskı, 2006, s.82.
120. Ayetin Türkçe meali için bakınız: Elmalılı Hamdi Yazır: "...haram kıldığı neler ise ayrı ayrı bildirmiş..."; Diyanet İşleri: "...size neleri haram kıldığını tek tek açıklamış...".
121. Elisabeth Zoller, *Droit constitutionnel,* Paris, PUF, İkinci Baskı, 1999, s.373.
122. Rod Hague, Martin Harrop ve Shaun Breslin, *Comparative Government and Politics: An Introduction,* Houndmilles, Palgrave Macmillan Press, Dördüncü Baskı, 2001, s.169.

uted power, compétence d'attribution)" niteliğindedir[123]. Dolayısıyla bakiye yetkiler, genişletici yoruma; sayılmış yetkiler ise dar yoruma tâbi tutulur; çünkü birinciler genel, ikinciler ise istisna durumundadır. Yukarıda açıkladığımız gibi, genel hükümler genişletici, istisnalar ise dar yoruma tâbi tutulur. Dolayısıyla bir yetkinin kime verildiği konusunda tereddüt varsa, o yetkinin bakiye yetkiye sahip olan kişiye veya makama verildiği sonucuna ulaşılır.

Örneğin 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 1'inci maddesinin 8'inci ayrımı Birleşik Devletler Kongresinin (yani federal devletin) sahip olduğu vergi koymak, para basmak, ordu beslemek, savaş ilan etmek gibi yetkileri saymaktadır. Dolayısıyla bu yetkiler dışında kalan yetkilerin federe devletlere (yani eyaletlere) ait olacağını söyleyebiliriz. Nitekim bu husus 1787 ABD Anayasasının 1791 tarihli 10'uncu Değişikliğinde (*Amendment X*) "bu Anayasa ile Birleşik Devletlere devredilmemiş ve keza eyaletlere de yasaklanmamış yetkiler, sırasıyla eyaletlere veya halka verilmiştir"[124] denilerek açıkça hükme bağlanmıştır. 1999 İsviçre Anayasası da 3'üncü maddesinde "Kantonlar, Federasyona verilmemiş bütün yetkileri kullanırlar"[125] denilerek, yetki paylaşımında, bakiye yetkilerin Kantonlara ait olduğunu söyleyebiliriz.

ABD ve İsviçre örneklerinde, federal devlet ile federe devletler arasındaki yetki paylaşımında federal devletin yetkisinin sayılmış yetki olarak istisnai yetki olduğunu, buna karşılık federe devletlerin (eyaletlerin, kantonların) yetkisinin ise bakiye yetki olarak genel yetki olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla ABD ve İsviçre'de bir yetkinin federal devlete mi, yoksa federe devletlere (yani ABD'de eyaletlere, İsviçre'de kantonlara) mi ait olduğu hususunda tereddüt hasıl olursa, bu yetkinin federe devletlere ait olduğu sonucuna ulaşılır; çünkü böyle bir sistemde federal devletin yetkisi istisnaî, federe devletlerin yetkisi ise geneldir ve genel hükümler geniş; istisna hükümler dar yoruma tâbi tutulur.

6. *Delegata potestas non potest delegari* (Devredilmiş Yetki Devredilemez)[126]

Aynı anlamda "*vicarius non habet vicarium* (vekil, vekil atayamaz)"[127]; "*delegatus non potest delegare* (yetki almış kişi, bir başkasına yetki vere-

123. Bu konuda bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları, op. cit.*, s.208.
124. *Amendment X:* The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.
125. "Les cantons ... exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération".
126. 2 Co. Inst. 597 (Sir Edward Coke, *The Institutes of Laws of England*, Parts 2-4, London, Brooke, 1797) ve 2 Bouv. Inst. n. 1300 (*Institutiones Theologicae* Auctore J. Bouvier), Nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.127 (http://books.google.com.tr).
127. Branch's max. 38 (Thomas Branch, *Principia Legis Et Æquitatis*, Printed by T.A. White, 1824); Broom's max. 384 (Herbert Broom, *A Selection of Legal Maxims*, Sweet & Maxwell, 1837). Nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.149 (http://books.google.com.tr).

mez)"[128]. Dolayısıyla bir anayasal organ, anayasanın kendisine verdiği bir yetkiyi, yine yetkisinin kaynağı olan anayasa, yetkisini devredebileceğini ayrıca ve açıkça öngörmedikçe, bir başka organa devredemez. Dolayısıyla bir organın yetkisini devredememesi kural, devredebilmesi ise istisnadır. İstisna olduğuna göre, bu istisnanın var olabilmesi için onun ayrıca ve açıkça öngörülmüş olması ve dar yorumlanması gerekir. Belirli bir hususun söz konusu devredilmiş yetkinin kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, söz konusu hususun o yetkinin kapsamına girmediği sonucuna ulaşmak gerekir. Zira yukarıda pek çok defa belirtildiği gibi istisnalar dar yorumlanır.

Örneğin 10 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazete yayınlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre "Cumhurbaşkanı, yetkilerinden bir kısmını gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak belirterek astlarına devredebilir". Cumhurbaşkanı sahip olduğu belirli bir yetkiyi, örneğin Cumhurbaşkanı sahip olduğu bir atama yetkisini, koşullarına uyarak, Cumhurbaşkanı yardımcısına devretmiş ise, Cumhurbaşkanı yardımcısı bu yetkisini bir başka makama devredemez. Zira böyle bir devir, *delegata potestas non potest delegari* ilkesine aykırı olur. İlave edelim ki, devredilen yetkinin kapsamının neden ibaret olduğu konusunda tereddüt hasıl olursa, yetki devri istisnayı teşkil ettiği için bu kapsam dar yoruma tâbi tutulmalıdır.

7. *Derativa potestas non potest esse major primitiva*[129] (Türemiş Yetki, Aslî Yetkiden Daha Büyük Olamaz)

Bir yetki, kendisinin türediği yetkiden daha büyük yetkiler içeremez. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi anayasa hukukunda yetkiler, verme yetkiler olduğuna göre, bir organa yetki veren organın o yetkiyi o organa verebilmesi için öncelikle o yetkiye sahip olması gerekir. Kimse sahip olduğundan daha fazlasını bir başka kişiye veremez. Dolayısıyla yetki alan makamın yetkisi, yetki aldığı makamın yetkisinden daha fazla olamaz. Bu ilkeye göre tali kurucu iktidarın yetkisinin asli kurucu iktidarın yetkisinden büyük olamayacağını söyleyebiliriz. Aynı şekilde 9 Temmuz 2018 öncesi sistemde Bakanlar Kurulu, TBMM'den kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini almış ise, aldığı bu yetki, TBMM'nin kanun yapma yetkisinden daha büyük bir yetki olamazdı. Dolayısıyla kanun ile yapılamayacak bir şey, evleviyetle kanun hükmünde kararname ile de yapılamazdı. Yani TBMM'nin sahip olmadığı bir yetkiye Bakanlar Kurulu da yetki devri yoluyla sahip olamazdı.

---

128. 2 Bouv. Inst. n. 1936. Nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.127 (http://books.google.com.tr).
129. Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.127 (http://books. google.com.tr)

Örneğin 10 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazete yayınlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1'inci maddesinin üçüncü fıkrasına dayanarak Cumhurbaşkanı, belirli bir yetkisini Cumhurbaşkanı yardımcısına devretmiş ise, yetkiyi devralan makam, bu yetkiyle Cumhurbaşkanının sahip olmadığı bir yetkiyi kullanamaz.

8. Yetki ve Usûlde Paralellik İlkesi (*Unumquodque eodem modo quo colligatum est dissolvitur*[130] (Bir Şey Yapıldığı Şekilde Çözülür)

Aynı ilke şu şekilde de ifade edilmektedir: "*Unumquodque dissolvatur eo modo quo colligatur*". Bazı durumlarda anayasa veya kanun bir işlemin kimin tarafından ve nasıl yapılacağını açıkça düzenlemekte, ama bazen aynı işlemin kimin tarafından ve nasıl ilga edileceğini veya değiştirileceğini hükme bağlamamaktadır. Böyle durumlarda işlemi yapan makamın onu değiştirmeye, ilga etmeye veya geri almaya da yetkili olduğu ve keza söz konusu makamın işlemi değiştirirken, geri alırken veya ilga ederken yapılışındaki usûl ve şekle uyacağı kabul edilmektedir. Örneğin 1982 Türk Anayasasının 117'nci maddesinin 4'üncü fıkrası Genelkurmay Başkanını *atama* yetkisini Cumhurbaşkanı vermektedir. Ama aynı maddede veya Anayasanın diğer bir maddesinde Genelkurmay Başkanının *görevden alınmasına* ilişkin bir hüküm yoktur. Böyle bir hüküm olmadığına bakılarak, Genelkurmay Başkanını görevden alma konusunda Anayasanın kimseye yetki vermediği ve dolayısıyla Genelkurmay Başkanının görevden alınamayacağı söylenemez. İşte böyle bir durumda, yetki ve usûlde paralellik ilkesine dayanılarak denilmektedir ki, Genelkurmay Başkanı, nasıl Cumhurbaşkanı tarafından atanmış ise aynı şekilde yine Cumhurbaşkanı tarafından görevden alınabilir.

Burada önemle hatırlatmak gerekir ki, yetki ve usûlde paralellik ilkesi, istisnasız her durumda uygulanabilecek bir ilke değil, sadece bir işlemin yapılışına ilişkin hükmün olduğu, ama o işlemin ortadan kaldırılışına veya değiştirilişine ilişkin bir hükmün olmadığı durumlarda uygulanır. Anayasa, bir işlemin yapılması için bir makama, aynı işlemin ortadan kaldırılması için bir başka makama yetki vermiş olabilir. Hâliyle böyle bir durumda yetkilerin paralelliği ilkesi işlemez. Mesela 9 Temmuz 2018'den önce 1982 Türk Anayasası, Başbakanı atama yetkisini Cumhurbaşkanına vermişti. Ancak yetkilerin paralelliği ilkesinden hareket ederek Cumhurbaşkanının Başbakanı görevden alma yetkisine sahip olduğunu söyleyemezdi. Çünkü Anayasa, başbakanın görevinin hangi hâllerde (güvensizlik oyu vs.) sona ereceğini ayrıca düzenlemişti. Dolayısıyla burada yetkilerin paralelliği ilkesi uygulanmazdı.

130. 2 Roll. Rep. 39 (Rolle's English King's Bench Reports [2 vols.] [1614-25]), nakleden: Bouvier, *op. cit.*, c.II, s.148 (http://books.google.com.tr).

9. *Qui potest maius, potest etiam minus* (Çoğu Yapmaya Yetkili Olan Azı Yapmaya da Yetkilidir)

Qui potest maius, potest etiam minus[131] ilkesi çoğu yapmaya yetkili olanın, azı yapmaya da yetkili olduğunu ifade eder[132]. Dolayısıyla anayasa veya kanun bir organa belirli bir şeyi yapmaya yetki veriyorsa, bu yetkiyi alan organ o şeyden daha azını da yapmaya yetkilidir. Örneğin bir insan fiilini suç hâline getirme ve ona ceza bağlama yetkisi yasama organına ait bir yetkidir. Bir insan fiilini suç hâline getirmeye ve ona ceza bağlamaya yetkili olan organın, bu beşerî fiilî suç olmaktan çıkarmaya ve ona bağladığı cezayı kaldırmaya veya bağladığı cezanın miktarını azaltmaya da yetkisi vardır. Keza bunları yapmaya yetkili olan organın, bu fiilin suç olma niteliğini belirli bir dönem için askıya alması ve bu fiile belirli bir dönem ceza bağlamaması, "çoğu yapmaya yetkili olanın azı da yapmaya yetkili olacağı (*qui potest maius, potest minus*)" ilkesi gereğince her zaman mümkündür. Yasama organının bir fiili belirli bir dönem için suç olmaktan geçici olarak çıkarmasına "amnisti (*amnistie*, af)" denir. Dolayısıyla, anayasa tarafından açıkça yasaklanmadıkça, yasama organı, kanunla suç yaratma yetkisine sahip oldukça, amnisti yetkisine de, *qui potest maius, potest minus* ilkesi uyarınca her zaman sahip olacaktır. Başka örnekler de hayal edilebilir: Örneğin bir organı kurmak için bir organa yetki verilmiş ise, bu organın üyelerini seçme yetkisi ayrıca düzenlenmemiş ise, bu organa üye seçme yetkisinin de bu organa verildiğini *qui potest maius, potest minus* ilkesi uyarınca söyleyebiliriz. Çünkü üye seçme yetkisi kurma yetkisinin içeriğinde yer alan ve ondan daha küçük olan bir yetkidir.

Qui potest maius, potest minus ilkesinin uygulanmasında neyin "*maius* (büyük)", neyin "*minus* (küçük)" olduğunun da tespiti gerekir. Bu konuda da imdadımıza bir Öklid teoremi yetişmektedir: "*Omne totum est maius sua parte* (Her bütün kendi parçasından büyüktür)[133]. Buna göre bir makama bir yetki verilmiş ise, o makamın o yetkinin parçası niteliğinde olan diğer bir yetkiye de sahip olduğu söylenebilir. ■

131. Sancti Thomae de Aquino Scriptum super Sententiis liber IV a distinctione XVI ad distinctionem XVII [17032] Super Sent., lib. 4 d. 16 q. 1 a. 2 qc. 3 s. c. 2 (http://www.corpusthomisticum.org/snp0000.html).
132. Aynı özdeyişin şu şekilleri de vardır: "*Qui potest maius, potest et minus eodem sub respectu*". "*Quod potest facere maius potest etiam minus*".
133. Euclid., I. Geomet., www.franciscan-archive.org/bonaventura/opera/bon05295.html.

Bölüm 16
HUKUKTA AKIL YÜRÜTME
(Kıyas, Aksiyle Kanıt ve Evleviyet)

Bibliyografya.- John Bouvier, *A Law Dictionary*, Philadelphia, Childs & Petersons, 6. Baskı, 1856, Vol II. s.124-150; Bryan A. Garner (Ed.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn., West Group, 7. Baskı, 1999, s.1615-1701; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1968 (Tıpkı Baskı, Sarmaşık, Tarih Yok), c.I, s. s.91, 172-177; Chaïm Perelman, *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976; Kalinowski, *Introduction à la logique juridique, op. cit.*, s.163.

PLÂN:

I. Kıyas (*Argumentum a simili*)
  A. Kıyasın Unsurları
  B. Kıyasın Şartları (Kıyas Yasakları)
    1. Kıyaslanan Şey, Kıyaslanılan Şeyin Benzeri Olmalı, Ama Tam Benzeri de Olmamalıdır
    2. Kıyaslanan Şey Hakkında Kanunda Hüküm Mevcut Olmamalıdır
    3. "Asl, Muhtassun Binnas Olmamalıdır".
    4. Aslın Hükmü, Bir İstisnaî Hüküm Olmamalıdır (İstisnaî Hükümlerde Kıyas Yapılamaz).
    5. Asıl Hüküm, "*Expressio Unius Est Exclusio Alterius*" İlkesinin Geçerli Olduğu Bir Hüküm Olmamalıdır (*Expressio Unius Durumunda Kıyas Yapılamaz*)
    6. Aslın Hükümde *Numerus Clausus* Sayma Yapılıyorsa Kıyas Yapılamaz
  C. Kıyas Her Zaman Yapılabilir mi?
II. Aksiyle Kanıt (Mefhum-u Muhalefet, *Argumentum a contrario*)
III. Evleviyet (Öncelik, Argumentum a fortiori)
  A. *Argumentum a maiori ad minus* (Büyükten Küçüğe Doğru Akıl Yürütme)
  B. *Argumentum a minori ad maius* (Küçükten Büyüğe Doğru Akıl Yürütme)

Varsayalım ki hukuk kuralında bir şey hakkında hüküm vardır; ama aynı kuralda o şeyin dışındaki bir şey hakkında hüküm yoktur. Acaba böyle bir durumda, kuralda düzenlenmemiş şey hakkında, kuralda düzenlenen şeye bağlanan hüküm uygulanabilir mi? Örneğin, X hakkında konulmuş olan H hükmü, hakkında hüküm bulunmayan Y'ye de uygulanabilir mi? Böyle bir durumda, hakkında hüküm bulunmayan şey (Y), hakkında hüküm bulunan şeye (X'e) nispetle, yani onunla karşılaştırılarak, yani bunların arasındaki ilişkiye bakılarak, üç tür sonuca ulaşılmaktadır:

(1) X ile Y arasında hükmün konuluş sebebi bakımından ortaklık varsa, X'in tâbi olduğu hüküm (H), Y'ye de uygulanabilir.

(2) X ile Y arasında karşıtlık varsa, X'in tâbi olduğu H hükmünün karşıtı olan ~H hükmü Y'ye de uygulanabilir.

(3) X, Y'den daha büyük veya daha küçük ise, X'in tâbi olduğu H hükmü, belirli şartlar altında, Y'ye de uygulanabilir.

Yukarıdaki bu üç önermeden birincisine hukuk metodolojisinde "kıyas", ikincisine "aksiyle kanıt", üçüncüsüne ise "evleviyet" yolu denir. Şimdi bunları görelim:

I. KIYAS (*ARGUMENTUM A SIMILI*)

Yukarıdaki birinci önermenin kıyas anlamına geldiğini söyledik. Bu önermeyi tekrarlayalım:

> X'in hakkında hüküm var, Y'nin hakkında hüküm yok ise ve X ile Y arasında hükmün konuluş sebebi bakımından ortaklık varsa, X'in tâbi olduğu hüküm, Y'ye de uygulanabilir.

Yani kanunda belirli bir şey hakkında hüküm var; ama bu şeyin dışında kalan diğer bir şey hakkında hüküm yok ise, hakkında hüküm bulunan şey ile hakkında hüküm bulunmayan şey birbiriyle *kıyas*lanır; yani karşılaştırılır. Bu iki şey arasında bir hükmün konuluş sebebi bakımından bir ortaklık varsa, hakkında hüküm bulunmayan şeyin de, hakkında hüküm bulunan şeyin tâbi oluğu hükme tâbi olduğu söylenir. İşte bunun böyle bir akıl yürütme yapılarak söylenmesine "kıyas (*analogia, argumentum a simili*)" denir. Yani kıyas, aralarında illet ortaklığı bulunan iki şeyden biri hakkında olan hükmün diğerine de uygulanmasıdır.

Bir örnekle yola çıkalım:

Kural: "Trende sigara içilmesi yasaktır".

Mesele: Acaba trende pipo içilmesi de yasak mıdır?

Şimdi kıyas yoluyla meseleyi çözelim: Örnekte trende pipo içilmesini yasaklayan ayrı bir kural yoktur. Ancak pipo da sigara gibi çıkardığı duman ile başkalarını rahatsız etmektedir. Bu bakımından pipo sigaraya benzemektedir. O hâlde trende pipo içilmesi de yasaktır.

A. KIYASIN UNSURLARI

Yukarıdaki örnekten de görüleceği üzere kıyasın dört tane unsuru vardır:

a) Kıyaslanılan Şey (Asıl)[1].- Yukarıdaki örnekte "sigara" kıyasta "kıyaslanılan şey"dir. Kıyaslanılan şey hakkında kanunda açık hüküm vardır. Fıkıh usûlünde kıyaslanılan şeye "asıl" denir[2].

b) Kıyaslanılan Şey Hakkındaki Hüküm (Aslın Hükmü).- Yukarıdaki örnekte "sigara içmek yasaktır" kuralı, kıyaslanılan şey hakkındaki hükümdür. Buna fıkıh usûlünde "hükm-i asıl", yani "aslın hükmü" denir[3]. Aşağıda ayrıca göreceğimiz gibi bu hükmün istisnaî bir hüküm olmaması gerekir.

c) Kıyaslanan Şey (Feri)[4].- Yukarıdaki örnekte "pipo" kıyaslanan şeydir. Fıkıh usûlünde, kıyaslanan şeye "feri'"denir[5]. Kıyaslanan şey hakkında kanunda hüküm yoktur. Kıyaslanan şey, kıyasın sonucunda kıyaslanılan şeyin hükmüne tâbi olacaktır.

d) "Sebep Ortaklığı (İllet-i Camia, Ratio Communis)".- Kıyaslanılan şey (asıl) ile kıyaslanan şey (feri') arasında, asıl şeye bağlanan hüküm bakımından "illet ortaklığı" olmalıdır. Yani kıyaslanan şey ve kıyaslanılan şey, hükmün konuluş sebep ve amacı bakımından aynı niteliği taşımalıdır. Yukarıdaki örnek olayda, hükmün illeti, yani sigara içilmesinin yasaklanmasının sebebi, sigaranın çıkardığı dumanın başkalarını rahatsız etmesidir. Bu sebep, pipo için de geçerlidir. Çünkü pipodan da sigara gibi duman çıkmakta ve duman da çevreyi rahatsız etmektedir. Fıkıh usûlünde bu sebep ortaklığına "illet-i camia" veya "menat-ı hüküm" denir[6].

B. KIYASIN ŞARTLARI (KIYAS YASAKLARI)

Bazı durumlarda kıyas yapmak yasaktır. Diğer bir anlatımla kıyasın yapılabilmesinin bazı şartları vardır. Şimdi bu şartları görelim:

1. Kıyaslanan Şey, Kıyaslanılan Şeyin Benzeri Olmalı, Ama Tam Benzeri de Olmamalıdır

Kıyaslanan şey (feri), kıyaslanılan şeyin (aslın) tam benzeri ise, bu şeyin kendisi asıl olmuş olur; bu durumda ise kıyasa gerek kalmaz[7]; çünkü asıl için kanunda bir hüküm vardır ve bu hüküm o şeye de kıyasa gerek kalmaksızın doğrudan doğruya tatbik edilebilir. Dolayısıyla feri, yani kıyaslanan şey, aslın yani kıyaslanılan şeyin her bakımından değil, belki aslın sadece hükme illet olan vasfı bakımından bir benzeri olmalıdır[8].

---

1. Fıkıh usûlünde kıyaslanılan şeye "makisün aleyh" veya "müşebbihin bih" denir ki, bu kıyasın birinci unsuru olup "asıl" ismini alır (bkz. Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.172.
2. Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.172. 3. *Ibid.*
4. Fıkıh usûlünde kıyaslanan şeye "makis" veya "müşebbeh" denir ki, bu kıyasın ikinci unsur olup "feri'" ismini alır (bkz. Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.172).
5. Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.172.
6. *Ibid.*, s.172. 7. *Ibid.*, s.174. 8. *Ibid.*

2. Kıyaslanan Şey Hakkında Kanunda Hüküm Mevcut Olmamalıdır

Kıyas, hakkında hüküm bulunmayan bir şeye hüküm bulmak için yapılan bir akıl yürütmedir. Kıyaslanmaya çalışılan şey hakkında anayasa veya kanunda uygulanacak bir hüküm varsa, kıyasa zaten gerek yoktur. Özellikle kıyaslanan şey, kanunda bulunan bir hükmün kapsamına giriyorsa, o şeye o hüküm uygulanır; kıyas yapılmaz. O nedenle kıyasa başvurmadan önce, kanunda kıyaslanan şeye uygulanabilecek özel veya genel bir hükmün olup olmadığı ciddi bir şekilde araştırılmalıdır.

Örnek: 1982 Türk Anayasası, Mülga m.110/2.- "Bakanlar Kurulunun programı, kuruluşundan en geç bir hafta içinde Başbakan veya bir bakan tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisinde okunur ve güvenoyuna başvurulur. Güvenoyu için görüşmeler, programın okunmasından iki tam gün geçtikten sonra başlar ve görüşmelerin bitiminden bir tam gün geçtikten sonra oylama yapılır".

Anayasanın mülga 110'uncu maddesinin ikinci fıkrası, "göreve başlama sırasında güvenoyu"nu düzenlemekte, ama bu oylamada karar yetersayısını belirlememekteydi. Acaba bu oylamada karar yetersayısı neydi?

Bu soruya kıyas yoluyla bir cevap vermeye teşebbüs edilirse şöyle denebilirdi: Anayasanın "görev sırasında güvenoyu"nu düzenleyen 111'inci maddesinde bu konuda açık bir kural vardı: "Güven istemi, ancak üye tamsayısının salt çoğunluğuyla reddedilebilir".

"Göreve başlama sırasında güvenoyu", "görev sırasındaki güvenoyu"na kıyaslanarak, bu oylamada da karar yetersayısının "üye tamsayısı salt çoğunluğu" olduğu söylenebilirdi. Ancak buna teşebbüs etmeden önce, Anayasa, m.110'da düzenlenen "göreve başlama sırasında güvenoyu"ndaki karar yetersayısı için Anayasada gerçekten bir hüküm olup olmadığı araştırılmalıydı. Araştırılınca görülecektir ki, Anayasa, m.96'daki kural "Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir" hükmü, m.110'daki "göreve başlama sırasında güvenoyu"na uygulanabilir niteliktedir. Dolayısıyla ortada kıyas yapılmasını gerektirecek bir durum, yani bir hükmün olmaması durumu yoktur.

3. "Asl, Muhtassun Binnas[9] Olmamalıdır"[10].

Yani kıyaslanan şeye (asıla) bağlanan hüküm, yalnız o şeye mahsus bir hüküm ise kıyas yapılmaz[11]. Yani bir şey hakkında sırf o şeye özgü bir hüküm konulmuş ise bu hüküm, kıyas yoluyla bir başka şeye tatbik edilemez. Diğer bir ifadeyle asıl, dünyada tek olan bir şey ise, bu şey ile kıyaslanabilecek bir şey hâliyle mümkün değildir ve bu nedenle de böyle bir şey hakkında kıyas yapılamaz. Kanun ismen belirlenmiş bir kişi veya belirli şey hakkında

9. "Muhtassun binnas", kendisine tahsis edilmiş, kendisine özgülenmiş demektir.
10. Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.172. 11. *Ibid*

bir hüküm koymuş ise, bu hüküm, bu kişiden başka kişilere veya bu şeyden başka şeylere kıyasen uygulanamaz. Bir örnek verelim:

> 6 Nisan 1976 tarih ve 1980 sayılı Anka Ajansı Muhabirlerinden Şehit Adem Yavuz'un Annesine Vatani Hizmet Tertibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile adı geçen kişinin annesine aylık bağlanmıştır. Bu kişi yeryüzünde tek olan bir kişidir. Hâliyle bu kişi hiçbir zaman kıyaslanılan kişi olarak ele alınıp kıyas yapılamaz. Mesela başka bir "şehit muhabir"in annesi, bu kanunun kendisine de uygulanıp kendisine de maaş bağlanmasını talep edemez.

4. Aslın Hükmü, Bir İstisnaî Hüküm Olmamalıdır (İstisnaî Hükümlerde Kıyas Yapılamaz).

Yani kıyaslanılan şey için konulmuş olan hüküm, bir başka hükmün, yani bir genel hükmün istisnası niteliğinde ise, o hüküm kıyas yoluyla bir başka şeye tatbik edilemez. Çünkü ortada kıyasın yapılmasını gerektirecek bir mesele yoktur. Kıyas, hakkında hüküm bulunmayan bir şeye uygulanacak hükmü tespit amacıyla yapılmaktadır. Böyle bir durumda ise söz konusu şey hakkında istisnaî hüküm uygulanamaz; ama genel hüküm uygulanır. Tersinden söylersek, genel hükmün kapsamında olan bir şey konusunda kıyas yapılamaz; o şeye genel hüküm uygulanır. Yani genel hükmün kapsamında bulunan bir şey, bir istisnaî hükmün kapsamında bulunan bir şey ile kıyaslanarak, o istisnaî şeyin hükmüne tâbi kılınamaz. Bir örnek ile konuyu açıklayalım:

> *Genel Hüküm.*- "(Cumhurbaşkanı), yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı *kanunları*, bir daha görüşülmek üzere... Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir" (1982 Anayasası, m.89/2, Birinci Cümle).
>
> *İstisna.*- "*Bütçe kanunları* bu hükme tâbi değildir" (1982 Türk Anayasası, m.89/2, Üçüncü Cümle).
>
> *Mesele.*- Acaba kesin hesap kanunlarını Cumhurbaşkanı geri gönderebilir mi?

Bu meseleyi kıyas yaparak çözmeye çalışalım: "Kesin hesap kanunu, bütçe kanununun denetlenmesi anlamına gelir; yani bu ikisi birbirine benzer. Dolayısıyla aslın hükmü (Cumhurbaşkanının bütçe kanununu geri gönderememesi kuralı), kesin hesap kanunları için de geçerlidir". Böyle bir çıkarım yanlış olur. Çünkü bu çıkarımda kullanılan asıl hüküm (bütçe kanunlarını Cumhurbaşkanının geri gönderememesi kuralı), bir genel hüküm değil, genel hükmün istisnası niteliğindeki bir hükümdür. Dolayısıyla bu istisnaî hüküm, feri şeye tatbik edilemez. Böyle bir durumda aslında ortada bir mesele yoktur. Çünkü örnekte kesin hesap kanunları hakkında uygulanacak bir hüküm vardır; o da genel hükümdür (Anayasa, m.89/2). Bu şu anlama gelir ki, kesin hesap kanunları, genel hükümde zikredilen "kanunlar" genel kavramının kapsamında bulunur.

O hâlde, kıyas yoluyla istisnaya istisna eklenemez; kanun koyucunun öngördüğü istisnalar, kıyas yoluyla çoğaltılamaz. Bunun sebebini açıkladık.

Çünkü böyle bir durumda kıyaslanmak istenen şeye asılın hükmü değil, genel kural uygulanır.

İstisnaî hükümlerde kıyas yapılamayacağı hususu şu şekilde ispatlanabilir: Yukarıda gördüğümüz gibi istisnalar daima dar yorumlanır. Kıyas yapıldığında ise, kıyaslanan hükmün kapsamı genişler. Dolayısıyla istisnai hükümlerin dar yorumlanması kuralı da, istisnaî hükümlerde kıyas yapılmasını yasaklar.

5. Aslın Hükmü, "*Expressio Unius Est Exclusio Alterius*" İlkesinin Geçerli Olduğu Bir Hüküm Olmamalıdır (*Expressio Unius* Durumunda Kıyas Yapılamaz)

Yukarıda da açıkladığımız gibi "*expressio unius est exclusio alterius*[12] (bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır)" ilkesinin geçerli olduğu durumlarda kıyas yapılamaz. Çünkü kıyas yapıldığında, kanun koyucunun bir şey hakkında koyduğu hüküm, başka şeye de tatbik edilmiş olur ki, bu söz konusu ilkeyle çelişir. *Expressio unius est exclusio alterius* ilkesinin ne anlama geldiği ve hangi durumlarda geçerli olduğu konusunda bir önceki bölüme bakılabilir. Burada yukarıda verdiğimiz örneğe geri dönelim:

Örnek: "İşçiler grev hakkına sahiptir" (Anayasa, m.54/1).

Bu hüküm konusunda *expressio unius est exclusio alterius* ilkesinin geçerli oluğunu yukarıda söylemiştik. Dolayısıyla "işçiler grev hakkına sahiptir" kuralı konusunda kıyas da yapılamaz. Yani "memurlar da işçiler gibi bir çalışan grubudur; bu ikisi arasında benzerlik vardır; işçiler grev hakkına sahip olduğuna göre, memurlar da grev hakkına sahiptir" şeklinde bir çıkarım yanlıştır. Ayrıca belirtelim ki, "işçiler grev hakkına sahiptir" kuralı hakkında kıyas yapılamamasının diğer bir sebebi de kıyaslanan iki unsurun (işçi ve memur) hükmün konuluş sebebi bakımından aynı özelliği göstermiyor olmasıdır (işçiler hizmet akdiyle, memurlar statüter bir şekilde istihdam edilmektedir). Yani işçi ve memur arasında grev hakkı bakımından kıyas yapılmasına imkân verecek düzeyde bir benzerlik bulunmamaktadır.

Örnek Olay: Cumhurbaşkanı Kişisel Suçlarından Dolayı Dokunulmazlığa Sahip midir? (Kayıp Trilyon Davası).- 2009 yılında 11'inci Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün Cumhurbaşkanı seçilmeden önceki dönemde işlediği iddia edilen bir suç hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdi. Bu karara itiraz edilmesi üzerine Sincan Birinci Ağır Ceza Mahkemesi, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmaya yer olmadığı kararını Cumhurbaşkanına kişisel suçlarından dolayı bir dokunulmazlık tanınmadığı ve bu tür suçlarından dolayı yargılanabileceği gerekçesiyle kaldırdı[13]. Bunun üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Bakanlığının "kanun yararına" bozulması

12. *Black's Law Dictionary*, *op. cit.*, s.602.
13. 18 Mayıs 2009 tarihli gazeteler, Örneğin http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=11676398&tarih=2009-05-18).

istemli başvurusunu Yargıtaya gönderdi[14]. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bu kararını "kanun yararına" bozdu (16.6.2010)[15] ve böylece Cumhurbaşkanı Abdullah Gül hakkında ceza davası açılamadı.

9 Temmuz 2018'den önce acaba Cumhurbaşkanı kişisel suçlarından dolayı yargılanabilir miydi? Bu dönemde Anayasa ve başka kanunlarımızda Cumhurbaşkanına kişisel suçlarından dolayı dokunulmazlık tanıyan bir hüküm bulunmamaktaydı. Yani "Cumhurbaşkanının kişisel suçları", hakkında hüküm bulunmayan bir şeydi. Hakkında hüküm olmadığına göre, bu şeye uygulanabilecek bir hüküm, ancak kıyas yoluyla elde edilebilirdi. Yorumcu veya hâkimin, anayasa koyucu gibi kural koyarak boşluk dolduramayacağına göre, yapabilecekleri tek şey, mevcut bir hükmü, kıyas yoluyla uygulayarak bu boşluğu doldurmaktan ibaretti. Acaba bu meselenin çözümü için kıyas yoluyla uygulanabilecek kurallar Anayasamızda var mıydı? Bu açıdan baktığımızda şu kuralların 9 Temmuz 2018'den öncesi Anayasamızda olduğunu görülüyordu:

> *Madde 83/2:* "Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir *milletvekili*, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz".
>
> *Madde 112/4:* "Bakanlar Kurulu üyelerinden milletvekili olmayanlar; 81 inci maddede yazılı şekilde Millet Meclisi önünde andiçerler ve bakan sıfatını taşıdıkları sürece milletvekillerinin tâbi oldukları kayıt ve şartlara uyarlar ve *yasama dokunulmazlığına sahip bulunurlar*".

Anayasamız, m.83/2 ile milletvekillerinin, m.112/4 ile milletvekili olmayan Bakanlar Kurulu üyelerinin kişisel suçları için yasama dokunulmazlığı usûlünü öngörmüştü. Yani Anayasamızda milletvekillerinin ve milletvekili olmayan bakanların kişisel suçları konusunda hüküm vardı. Cumhurbaşkanı da (kıyaslanan), milletvekilleri ve bakanlara (kıyaslanılan) benzemektedir. Nasıl milletvekilleri ve bakanların düzmece suç soruşturmalarına karşı korunması gerekiyorsa, Cumhurbaşkanının da aynı şekilde (ve belki daha fazla) korunması gerekirdi. Yani yasama dokunulmazlığı tanınması bakımından milletvekilleri, bakanlar ve Cumhurbaşkanı arasında "illet ortaklığı" vardı. O hâlde milletvekilleri ve bakanlar için öngörülmüş olan kural (yasama dokunulmazlığından yararlanma, "aslın hükmü"), Cumhurbaşkanı için de uygulanabilirdi.

Bu ilk bakışta kıyas yoluyla yapılan geçerli bir çıkarım olarak görülmektedir. Ancak burada kıyas yoluyla uygulanan hüküm (Anayasa, m.83/2), kıyasa elverişli bir hüküm değildi. Çünkü bu fıkrada hükme bağlanan şeyin açıkça "milletvekilleri" için geçerli olduğu belirtilmişti. *Expressio unius est exclusio alterius* ilkesi uyarınca, bu hüküm milletvekilleri dışındaki kişileri

14. 9 Eylül 2009 tarihli gazeteler.
15. http://www.sabah.com.tr/Gundem/2010/06/17/kayip_trilyon_davasinda_hukuk_zaferi

kapsamazdı. Şüphesiz milletvekili dışındaki kişilere de yasama dokunulmazlığına benzer bir dokunulmazlığın tanınmasında yarar olabilirdi. Bunda yarar olup olmadığını takdir edecek makam, yorumcu değil, kuralın koyucusu, yani örnekte Anayasa koyucudur. Nitekim Anayasa koyucu, bu hususu düşünmüş ve "milletvekili olmayan bakanlar" için, Anayasa, m.112/4'te özel hüküm koyarak, milletvekili olmayan bakanların da yasama dokunulmazlığından yararlanacaklarını hükme bağlamıştı. Ancak milletvekili olmayan bakanları düşünmüş olan aynı Anayasa koyucu ne hikmetse Cumhurbaşkanını düşünmemiş; onun için benzer bir hüküm koymamıştı. Anayasa koyucunun düşünüp koymadığı bir şeyi bizim onun yerine düşünüp koymamızın, kendimizin Anayasa koyucu olduğu vehmine kapılmadan, imkân ve ihtimali yoktur.

Burada ayrıca belirtelim ki, kıyasın meşruluğu kıyaslanan iki şey arasında hüküm bakımından illet ortaklığı (yani hükmün sebep ve amacı) ile açıklanır. Hükmün illetinin ne olduğu her zaman yorumcu tarafından bilinemez. Bilinse bile Anayasa koyucu bir şey için bu illetin var olduğunu, diğeri için ise yok olduğunu takdir etmiş ise, yorumcunun bu takdire diyebileceği bir şey olamaz.

6. Aslın Hükmünde *Numerus Clausus* Sayma Yapılıyorsa Kıyas Yapılamaz

Numerus clausus saymanın ne olduğunu yukarıda gördük. Asla ilişkin hükümde hükme bağlanan şeyler sınırlandırılarak sayılmış ise, bu hüküm, kıyasta asıl hüküm olarak ele alınamaz.

> **Örnek: 1982 Türk Anayasası, m.148/3** (2010 değişikliğinden önceki hâli).- "Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcıvekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar".

Acaba 2010 öncesi, fıkra metninde sayılmayan TBMM Başkanı da göreviyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda mı yargılanırdı? TBMM Başkanının göreviyle ilgili suçlardan dolayı nerede yargılanacağına ilişkin anayasamızda bir hüküm yoktu. Burada kıyas yapılırsa şu sonuca ulaşılabilirdi:

TBMM Başkanı (kıyaslanan, "feri"), m.148/3'te sayılan kişilere (Cumhurbaşkanı, vs.) (kıyaslanılan, "asıl") benzemektedir. Nitekim Cumhurbaşkanına vekâlet etme yetkisi TBMM Başkanına aitti. Cumhurbaşkanı, bakanlar kurulu, yüksek mahkeme başkanları için geçerli özel bir mahkemede (Yüce Divan) yargılanma ihtiyacı, TBMM Başkanı için de vardı. Yani burada illet ortaklığı bulunmaktaydı. O hâlde Yüce Divanda yargılanma kuralı (aslın hükmü) TBMM Başkanı için de geçerliydi; yani "TBMM Başkanı da

Yüce Divanda yargılanmalıdır" sonucu kıyas yoluyla çıkartılabilirdi. Ne var ki, bu mümkün değildi; çünkü, burada kıyas yapılamazdı. Zira m.148/3'te sayılan kişiler, *numerus clausus,* yani sınırlandırılarak sayılmışlardı. (*Not:* 2010 Anayasa değişikliği ile m.148/6'te sayılan bu kişiler arasına TBMM Başkanı da katılmıştır).

C. KIYAS HER ZAMAN YAPILABİLİR Mİ?

Acaba her zaman kıyas yapılabilir mi? Bu konuda "*argumentum a simili valet in lege*[16] (kıyas yoluyla yapılan çıkarsama hukukta geçerlidir)" diye bir ilke vardır. Ama bu ilkenin genel geçerliliği yoktur. Olsa olsa şartlarını taşıyan durumda yapılan kıyas hukuken geçerlidir denebilir. Zira kıyas yolu kullanıldığında, hakkında hüküm bulunmayan şey, hakkında hüküm bulunan şeyin tâbi olduğu hükme tâbi kılınmaktadır ki, böylece hukuk kuralının kapsamı genişlemektedir. Yukarıda görüldüğü gibi, hukuk kuralının kapsamını genişletmeye, hukuk kuralının uygulayıcısı değil, sadece o hukuk kuralının koyucusu yetkilidir. Dolayısıyla kıyas bu ilkeye bir istisna teşkil etmektedir. Bu nedenle kıyas ancak istisnaî şartlar altında mümkün olabilir.

Kıyas, ancak, kıyaslanılan ile kıyaslanan şey arasında, *hükmün illeti bakımından, yani hükmün konulmasına sebep olan özellik bakımından bir benzerliğin* bulunması durumunda yapılabilir.

Kıyasın bu şartı, fıkıh usûlünde kendisine "illet-i camia" denilen şarttan başka bir şey değildir. Kıyasın dördüncü unsuru olan "illet-i camia" unsurunu yukarıda gördüğümüz için burada ayrıca değinmiyoruz.

Fıkıh usûlünde kendisine "illet-i camia" denen ve bizim "hükmün sebebi bakımından ortaklık" dediğimiz, Roma hukukunda ve Roma hukuku kaynaklı modern hukuk sistemlerinde, "*ubi eadem est ratio legis, ibi eadem est legis dispositio*[17] (kanunun sebebi aynı ise, hüküm de aynıdır) özdeyişiyle dile getirilmeye çalışılmıştır. Aynı özdeyişin "*ubi eadem est ratio, eadem est lex* (sebep aynı ise, kanun da aynıdır)[18] şekli de vardır.

Pozitif Hukuk, Kıyasa İzin Verebilir, Yasaklayabilir veya Susabilir.- Yukarıda kıyasın ancak hükmün konulmasına sebep olan özellik bakımından iki şey arasında bir benzerliğin bulunması durumunda yapılabileceğini söy-

16. Co. Litt. 191 (Sir Edward Coke, *A Commentarie upon Littleton,* London, Societe of Stationers, 1. Baskı, 1628), nakleden: Bouvier, *op. cit.,* c.II, s.125 (http://books.google.com.tr). Doğru Çeviri: Adeleye, *op. cit.,* s.37.
17. David, "Sources of Law", *op. cit.,* s.87.
18. Aynı özdeyişin "*ubi eadem ratio, ibi idem lex* (sebebin aynı olduğu yerde kanun da aynıdır)" şekli de vardır (7 Co. 18) (*The Reports of Sir Edward Coke,* London, Butterworth, 1826), nakleden: Bouvier, *op. cit.,* c.II, s.148 (http://books.google.com.tr).

ledik. Buna rağmen (yani kıyasın bu şartı gerçekleşse bile) şu soruyu ayrıca sormak gerekir: Pozitif hukuk bakımından kıyasa her zaman gidilebilir mi?

Bu konuda *üç ihtimal* vardır: Kanun kıyası öngörebilir, yasaklayabilir veya bu konuda bir şey demez.

a) Birinci ihtimalde kıyas yapılabileceğinden şüphe yoktur. Örneğin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 246'ncı maddesine göre, "taşınır satışına ilişkin kurallar, kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanır"; 393'üncü maddesine göre "genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanır". (Başka örnekler için bkz.: m.114, 263, 271, 273, 366, 393, 441, 580, 621). Hâliyle bu durumda kıyas yapılabilir.

b) İkinci ihtimalde, yani kanun kıyası kendi alanında yasaklamışsa kıyas yapılamaz. Örneğin Türk Ceza Kanununun 2'nci maddesi gereği kıyas yasaktır.

c) Üçüncü ihtimalde ise, yani kanun kıyasa ilişkin susmuş ise (diğer bir ifadeyle kanunda kıyasa izin veren veya yasaklayan bir hüküm yoksa), yukarıda belirttiğimiz genel koşulu sağlamak kaydıyla (yani hükmün konuluş sebebi bakımından iki şey arasında benzerlik, yani "illet-i camia" bulunması şartıyla), kıyas yoluna gidilebilir.

KUTU 16.1: Kamu Hukukunda Kıyas Yapılabilir mi?- Kamu hukukunda yetkiler çoğunlukla sınırlandırılarak, yani *numerus clausus* sayılmıştır. Yine kamu hukukunda pek çok durumda *expressio unius est exclusio alterius* ilkesi geçerlidir. Yukarıda açıkladığımız gibi sınırlandırarak sayma ve *expressio unius* düzenleme durumunda kıyas yapılamaz. Bu nedenle çoğunlukla kamu hukukunda kıyas olmaz. Ancak kamu hukukunda kıyas yasaklarının cari olmadığı alanlar varsa, bu alanlarda kıyas yapılması mümkündür. Örneğin kıyas yasakları kapsamına girmedikçe anayasa hukukunda kıyas yapmak mümkündür. Zira Anayasa ve kanun koyucu, kamu hukuku alanında düzenleme yaparken, liste oluştururken "gibi", "ve benzeri" ve "ve diğer hâllerde", "benzer durumlarda" ifadelerini kullanarak "örneklendirici sayma" yapabilir. Böyle bir durumda diğer şartları varsa kıyas mümkündür. Örneğin Anayasa, m.106 bir kamu hukuku hükmüdür; ama kıyasa elverişli bir hükümdür. Kaldı ki, bazı vergi kanunlarında olduğu gibi, bir kanun hükmünün kıyasen başka bir konuya tatbikini öngören hükümler de vardır. Benzer durum Anayasamızda da vardır: Anayasa, m.33/son: "Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır". 33'üncü maddede, bu hükümler, *dernekler* hakkında getirilmiştir. Bu hükümlerin *vakıflara* da uygulanması bir kıyastır.

II. AKSİYLE KANIT (MEFHUM-U MUHALEFET, *ARGUMENTUM A CONTRARİO*)

"Aksi ile kanıt" veya "*argumentum a contrario*" ve yahut fıkıh usûlündeki ismiyle "mefhum-u muhalefet"[19], kuralda belirli bir şey hakkında bağ-

19. Cumhuriyet dönemi hukukumuzda buna yaygın olarak "mefhum-u muhalif" dense de bu kavramın doğrusu fıkıh usûlünde dendiği gibi "mefhum-u muhalefet"tir.

lanan hükmün tersinin, kuralda hükme bağlanmayan şeyin karşıtına uygulanması demektir.

Aksi ile kanıt, bir hukuk kuralının bir durumun belirli özelliğini dikkate alarak düzenleme yaptığı alanlarda uygulama imkânı bulur. Eğer böyle bir düzenleme varsa, yani bir hukuk kuralı, bir durumun *belirli özelliğini* dikkate alarak o hukukî duruma *belirli bir sonuç* bağlamışsa, bu özelliğin dışında kalan bütün diğer durumlar, bu sonucun *aksi hukukî sonuçlara* tâbi olurlar. Zira belirli hipoteze münhasır bir norm koymak, başka hipotezleri aksi norma bağlamak anlamına gelir[20].

Ancak her durumda *argumentum a contrario* akıl yürütme yapılamaz. Bir normun yorumlanmasında *argumentum a contrario*'nun kullanılabilmesi için "*qui dicit de uno negat de altero*[21] (bir şeyi kabul eden, diğerini inkar ediyor demektir)" veya "*inclusione unius fit exclusio alterius*[22] (bir şeyi dahil etmek, diğerlerini hariç tutmak demektir)" veya aynı anlamda "*expressio unius est exclusio alterius*[23] (bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır)" özdeyişlerinin geçerli olduğu bir durumun söz konusu olması gerekir. Bu özdeyişler ise, bir üst paragrafta açıklandığı gibi her durumda değil, sadece kanun koyucunun bir durumun belirli bir özelliğine münhasır düzenleme yaptığı durumlarda geçerlidir.

Örnek: 1982 Anayasası, m.67.- "*Vatandaşlar*, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir".

Bu hükümle anayasa koyucunun seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakkını sadece "vatandaşlar"a tanıdığını söyleyebiliriz. Zira anayasa temel hak ve hürriyetlerin süjesi olarak pek çok maddesinde "herkes", "her insan", "kimse", "kişiler" gibi vatandaş olmayanları da içerebilecek terimler kullanırken, bu maddede bu genel terimleri kullanmamış, "vatandaş" terimini kullanmıştır. Demek ki Anayasa koyucu, bu maddede düzenlenen hakkın süjesini belirlerken, bu süjenin belirli bir sıfatını (vatandaş olması niteliğini) esas almıştır. Yani bu düzenleme *expressio unius est exclusio alterius* ilkesinin geçerli olabileceği bir düzenlemedir. Dolayısıyla bu düzenleme konusunda "aksi ile kanıt (*argumentum a contrario*)" yolu kullanılabilir. Yani "vatandaşlar seçme ve seçilme hakkına sahiptir" önermesinden "vatandaş olmayanlar seçme ve seçilme hakkına sahip değildir" önermesi aksi ile kanıt yoluyla istihraç edilebilir. Zira birinci önermedeki "vatandaş" teriminin mef-

20. Gridel, *op. cit.*, s.559.
21. *Ibid.*
22. Zacchariae, *op. cit.*, c.I, s.77-78'den alıntılanan parça *in* Grzegorzick, Michaut ve Troper (Ed..), *op. cit.*, s.354.
23. *Black's Law Dictionary, op. cit.*, s.602.

humu muhalifi "vatandaş olmayan"dır. O hâlde birinci önermedeki sonucun tersi, ikinci önerme için de geçerlidir.

Argumentum a contrario anayasa veya kanun koyucunun "örneklendirici" olarak değil, ama "sınırlayıcı (*limitative*)" olarak bir şeyleri sayması veya zikretmesi durumunda kullanılabilir. Kanun koyucu, bir şeyi sınırlandırıcı bir şekilde saymış ve buna belirli bir sonuç bağlamışsa, bu sayılanların dışında kalanlar başka bir sonuca bağlanır[24].

Argumentum a contrario'nun kullanılıp kullanılamayacağını belirleyen husus, bu *argumentum*'un üzerinde kullanılacağı kuralda "sadece", "yalnızca" gibi sınırlandırıcı (kuralda belirtilmeyenleri de dışlayıcı) bir ibarenin yer almasıdır. Ancak bir kural, açıkça "sadece" veya "yalnızca" ibarelerini içermese bile, anlam olarak böyle sınırlandırma yapıyorsa, bu kural hakkında *argumentum a contrario* kullanılabilir.

"*Expressio unius est exclusio alterius*" ilkesi ve keza bu ilkeye dayanan *argumentum a contrario* akıl yürütme, sınırlandırıcı bir şekilde belirli süjeler için yükümlülük getiren hukuk kuralları alanında da uygulanabilir[25]. Belirli bir meslek grubuna yönelik belirli bir vergi konulmuş ise, diğer meslek gruplarının bu vergiye tâbi olmadıkları *argumentum a contrario* söylenebilir.

Aksi ile kanıt kuralı yine "hukuk tarafından yasaklanmayan davranışlara müsaade edilmiştir"[26] prensibinin geçerli olduğu hukuk alanlarında, özellikle de ceza hukuku alanında uygulanır[27]. Belirli bir fiil suçsa, bu fiilin aksi suç değildir.

> *Örnek: Türk Ceza Kanunu, m.141.*- "Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir".

Bu hükmün mefhum-u muhalifinden kendisine ait bir taşınır malı alan kişinin veya başkasına ait taşınır malı zilyedinin rızasıyla alan kişinin cezalandırılamayacağı sonucu çıkar.

Yukarıda hangi durumda aksi ile kanıt yolunun kullanılabileceğini gördük ve her durumda bu yolun kullanılamayacağını söyledik. Burada bu hususu biraz açalım: Aksi ile kanıt yolu "*unius positio non est alterius exclusio*[28] (bir şeyin konulması, diğer şeylerin hariç tutulduğu anlamına gelmez)"[29] il-

24. Gridel, *op. cit.*, s.559.
25. Chaïm Perelman, *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, s.55.
26. Alexander Peczenik, *On Law and Reason*, New York, Springer, 2. Baskı, 2008, s.323
27. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.82.
28. René David, "Sources of Law", *op. cit.*, s.87
29. Aynı özdeyişin "*positio unius non est exclusio alterius*" ve "*expressio unius non est exclusio alterius*" şekilleri de vardır.

kesinin geçerli olduğu durumlarda uygulanmaz. Çünkü bazen kanun koyucunun bir şeyi zikretmesi, sınırlandırma amacıyla değil, örneklendirme amacıyladır. Böyle bir durumda bir şeyin zikredilmesi, o şeyin dışındakilerin dışlandığı anlamına gelmediği için aksi ile kanıt yolu kullanılamaz. Örnek:

> *1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu, m.70.*- "Şahsî masûniyet, vicdan, tefekkür, kelâm, neşir, seyahat, akit, sây ü amel, temellük ve tasarruf, içtimâ, cemiyet, şirket hak ve hürriyetleri Türklerin tabiî hukûkundandır".

Bu hükümde tahdidî, yani sınırlandırıcı değil; örneklendirici bir sayma vardır. Bu şu anlama gelir ki, Türkler, şahsî masûniyet, vicdan, tefekkür, kelâm, neşir, seyahat, akit, sây ü amel, temellük ve tasarruf, içtimâ, cemiyet, şirket hak ve hürriyetlerine sahiptir; ama Türklerin sahip olduğu temel hak ve hürriyetler bunlardan *ibaret değildir*. Dolayısıyla bu maddede ismi zikredilmedi diye bir temel hak ve hürriyete, örneğin siyasî parti kurma hak ve hürriyetine 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanununa göre Türklerin sahip olmadığı söylenemez.

Keza bu maddede geçen "Türkler" teriminin de maddede tahdidî (sınırlandırılarak) kullanıldığını söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla bu maddenin yorumunda *argumentum a contrario* kullanılamaz. Çünkü kullanılırsa "Türk olmayanların" bu hak ve hürriyetlere sahip olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir ki, bu doğru değildir; zira maddede sayılan şahsî masûniyet, vicdan, tefekkür gibi bazı hak ve hürriyetler, vatandaş-yabancı ayrımı olmaksızın tüm insanların sahip olduğu hak ve hürriyetlerdir.

Kıyas mı, Aksiyle Kanıt mı?- Belirli bir kuralın yorumu konusunda kıyas ve aksiyle kanıt yolları arasında nasıl seçim yapılacağı hususunda durmak gerekir: Kuralın dar yorumlanması gereken durumlarda kıyas değil, aksiyle kanıt yolu kullanılabilir. Kıyasın bir genişletici yorum aracı olduğunu yukarıda söylemiştik. Dolayısıyla dar yorumun yapılması gereken durumlarda, örneğin "*nullum crimen sine lege* (kanunsuz suç olmaz)" ilkesinin geçerli olduğu ceza hukukunda ve keza "*nullum tributum sine lege* (kanunsuz vergi olmaz)" ilkesinin geçerli olduğu vergi hukukunda kuralların yorumunda kıyas değil, şartları varsa aksiyle kanıt yolu kullanılabilir. Yani ceza kanunu belirli bir fiili suç olarak tanımlamış ise, o fiile benzeyen diğer fiillerin de suç olduğu söylenemez; aynı şekilde belirli bir faaliyet üzerine vergi konulmuş ise, o faaliyete benzeyen faaliyetlerin de vergiye tâbi olduğu söylenemez. Ancak bu gibi durumlarda, aksiyle kanıt yoluyla, söz konusu fiilin tersi fiilinin suç olmadığı ve keza söz konusu faaliyetin tersi faaliyetin vergiye tâbi olmadığı söylenebilir.

Argumentum a contrario konusunda ulaştığımız sonuçları özetleyelim: Bir kuralda bir şey sınırlandırılarak, hasredilerek zikredilmiş ise, yani *ex-*

pressio unius est exclusio alterius ilkesi uygulanabiliyorsa, aksi ile kanıt yolu kullanılabilir. Ancak bir kuralda bir şey örneklendirmek amacıyla sayılmış ise, o konuda *unius positio non est alterius exclusio* ilkesi geçerlidir ve böyle bir durumda aksi ile kanıt yolu kullanılamaz.

III. EVLEVİYET (ÖNCELİK, *ARGUMENTUM A FORTIORI*)

"Evleviyet (*argumentum a fortiori*)" kuralının temelinde, çoğun içinde azın da bulunacağı veya bütün için doğru olan şeyin parçalar için de doğru olacağı, daha önemli bir durum için kabul edilen bir hükmün daha az önemli bir durum için de uygulanması gerektiği fikri yatar[30].

Argumentum a fortiori'nin iki şekli vardır. *Argumentum a maiori ad minus* (büyükten küçüğe doğru akıl yürütme) ve *argumentum a minori ad maius* (küçükten büyüğe doğru akıl yürütme)[31].

A. *ARGUMENTUM A MAIORI AD MINUS* (BÜYÜKTEN KÜÇÜĞE DOĞRU AKIL YÜRÜTME)

Argumentum a maiori ad minus durumunda büyükten küçüğe doğru bir akıl yürütme vardır. Eğer bir hukukî metin M, A durumunda uygulanıyorsa ve eğer B durumu A'dan "daha az kötü (*ehven-i şer, moindre mal, smaller evil*)" ise, M, B durumunda "evleviyetle (*à plus forte raison*)" uygulanır[32]. *Argumentum a maiori ad minus*'ta, çoğu yapmaya yetkili olanın azı da yapmaya yetkili olacağı (*qui potest plus, potest minus*) prensibinin uygulanması söz konusudur[33].

Bir Örnek.- Acaba kanun koyucu, belirli bir suçun cezasını azaltabilir veya geçici bir dönem için kaldırabilir mi? Bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Çünkü kanun koyucu, bir suç koymaya ve kaldırmaya yetkilidir. Bir suçu bütünüyle kaldırmaya yetkili bir makam olan kanun koyucunun bu suçun cezasını azaltmaya veya cezasını belli bir dönem için ortadan kaldırmaya *qui potest plus, potest minus* ilkesi uyarınca evleviyetle yetkili olması gerekir.

Diğer Bir Örnek: Eğer imar kanunu, mevcut binalarda sıva yapılması için belediyeden ruhsat alınmasını şart koşmuyor ise, sıvadan daha hafif bir şey olan boya yapılması da evleviyetle ruhsat koşuluna bağlı değildir.

---

30. Bilge, *op. cit.*, s.181.
31. Perelman, *op. cit.*, s.56.
32. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable, op. cit.*, s.127.
33. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique, op. cit.*, s.163.

B. *ARGUMENTUM A MINORI AD MAIUS* (KÜÇÜKTEN BÜYÜĞE DOĞRU AKIL YÜRÜTME)

Burada küçükten büyüğe doğru bir akıl yürütme geçerlidir. Eğer A fiili yasaksa ve B fiili A fiilinden "daha kötü" ise, "daha büyük" ise, B fiili evleviyetle yasaktır[34]. Bu argüman önemsiz olarak düşünülen bir yasaktan daha önemli olan bir yasaklamanın çıkarılmasından ibarettir[35].

Örnekler: Örneğin yukarıda örnekte "çimlere basmak yasak ise, oturmak da yasaktır" çıkarımının sebebi, oturmanın basmaya göre çimlere daha fazla zarar vermesidir.

Bir bisiklete iki kişinin binmesi yasaksa aynı bisiklete üç kişinin binmesi evleviyetle yasaktır[36].

Eğer imar kanunu, çatısız bir binaya çatı yapılması için belediyeden ruhsat alınmasını şart koşuyorsa, çatısız bir binanın üstüne ilave bir kat yapılması da ruhsat alınması şartına evleviyetle bağlıdır. Çünkü yeni bir kat ilave etmek, çatısız bir eve çatı yapmaya göre daha büyük, daha ağır bir şeydir.

Fransız Medenî Kanunu mahcurun medenî hakları kullanmasını yasaklamaktadır. Bu yasaktan *minori ad maius* yoluyla mahcurun siyasî hakları da kullanamayacağı sonucu çıkmaktadır[37]. Burada siyasî haklar, medenî haklardan daha önemli olarak kabul edilmektedir.

Fıkıh usûlünde aynı şeye "mefhum-u muvafakat" veya "mefhum-u mutabakat" denir. Mefhum-u muvafakat veya mefhum-u mutabakat, hükümde zikredilmeyen bir hususa, zikredilen şeyin hükmünün, daha evlâ veya eşit bir şekilde uygun (muvâfık, mutabık) olması demektir. Mesela "anana babana öf deme" önermesinden "onları darp etme" önermesi evleviyetle istihraç edilebilir[38]. Zira, darp etme, öf demeden daha ağır, daha fena bir fiildir. ■

34. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable, op. cit.*, s.127.
35. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique, op. cit.*, s.164.
36. http://en.wikipedia.org/wiki/A_fortiori_argument.
37. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique, op. cit.*, s.164..
38. Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.91.

Bölüm 17
HUKUK KURALLARI ARASINDA ÇATIŞMA SORUNU

Bibliyografya.- Edis, *op. cit.*, s.172-173; Bilge, *op. cit.*, s.174; Güriz, *op. cit.*, s.130; Gözübüyük, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.67; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.79. Karayalçın, *op. cit.*, s.113-119; Gridel, *op. cit.*, s.561-562, 565-567.

PLÂN:

I. Üç İlke
  A. *Lex Superior* (Üst Kanun) İlkesi
  B. *Lex Posterior* (Sonraki Kanun) İlkesi
  C. *Lex Specialis* (Özel Kanun) İlkesi
II. İlkelerin Uygulanması
  A. *Lex Superior, Lex Posterior* ve *Lex Specialis*'in Tespiti
    1. *Lex Superior*'un Tespiti
    2. *Lex Posterior*'un Tespiti
    3. *Lex Specialis*'in Tespiti
  B. İlkelerin Uygulanma Sırası
III. Çapraz Çatışmalar
  A. Çatışan Hükümler Arasında Hiyerarşi Varsa
  B. Çatışan Hükümler Normlar Hiyerarşisinde Aynı Seviyede Yer Alıyorsa
IV. Gerçek Çatışma (Antinomie)
V. Fıkıh Usûlünde Çatışma (Tearuz)

Aynı konuyla ilgili birçok hukuk kuralı bulunabilir. Bunların arasında genellikle uyum vardır. Ancak aynı konuyla ilgili hukuk kuralları arasında bir çatışma da olabilir. Bazen bir kural şöyle derken, aynı konuda bir başka kural böyle der.

Oysa hukuk kuralları arasında bir çatışma söz konusu olamaz. Zira hukuk kuralları insicamlı bir bütün oluşturur. Hukuk kurallarının oluşturduğu bu insicamlı bütüne hukuk düzeni denir. Tanımı gereği, hukuk düzenini oluşturan unsurlar arasında bir çatışma, bir çelişki olması mümkün değildir.

Yine de ilk bakışta birbiriyle çatışıyormuş gibi görünen birden fazla kural bulunabilir. Ancak bu çatışma olsa olsa "görünüşte"dir, "zahirî"dir. İşte hukuk kuralları arasında böyle bir "görünüşte çatışma" varsa, bu çatışma, aşağıda göreceğimiz "çatışma çözme ilkelerine" göre çözülür. Bu ilkeler üç tanedir. Şimdi bu ilkeleri görelim:

I. ÜÇ İLKE

Bu ilkeler, *lex superior, lex posterior* ve *lex specialis* olmak üzere üç tanedir. Şimdi sırasıyla bunları görelim:

A. *LEX SUPERIOR* (ÜST KANUN) İLKESİ

Bu ilke, Latince "*lex superior derogat legi inferiori* (üst kanun alt kanunları ilga eder)" özdeyişinde ifadesini bulur. Bu ilkenin temelinde normlar hiyerarşisi teorisi yatar. Buna göre hukuk düzeni yan yana dizilmiş normlardan değil; alt alta, üst üste dizilmiş normlardan oluşur. Hukuk kuralları arasında güçleri itibarıyla hiyerarşik sıra vardır. Örneğin Türk hukuk düzeninde normlar yukarıdan aşağıya Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik şeklinde sıralanmıştır.

Buna göre aynı konuda yönetmelik başka şey, kanun başka şey diyorsa, uygulanacak olan kural, kanunda yer alan kuraldır. Örneğin Yükseköğretim Kanunu ders geçme notunu 60 olarak belirlemişse, buna karşın üniversite sınav yönetmeliği ders geçme notunu 50 olarak belirliyorsa burada uygulanacak olan hüküm üst kural olan, Yükseköğretim Kanununda yer alan hükümdür. Böyle bir durumda kanun ile yönetmelik arasındaki "çatışma" yetkili yargı organınca (örneğin idare mahkemesince) çözümlenir.

Keza kanun ile Anayasa arasında da çelişki olabilir. Örneğin Anayasa yüksek öğrenim bedavadır diyor, ama Yükseköğretim Kanunu öğrenciler harç öderler diyorsa, burada Kanun ile Anayasa arasında bir çatışma söz konusudur. Anayasamızın 11'inci maddesine göre, "kanunlar Anayasaya aykırı olamaz". Eğer bir kanunun Anayasa ile çatıştığı düşünülüyorsa, bu sorunun çözümü için bizzat Anayasa başlıca iki yol öngörmüştür. Birincisine *soyut norm denetimi (iptal davası)* denir. Anayasaya aykırı olduğu düşünülen kanun hakkında, kanunun yayımından itibaren 60 gün içinde (Anayasa, m.151) Cumhurbaşkanı, TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasî parti grubu ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarında üye Anayasa Mahkemesinde iptal davası açabilir (m.150).

Anayasa ile kanun arasında çatışmayı gidermenin ikinci yolu, kendisine "itiraz yolu" da denen "somut norm denetimi"dir. Yürürlükte olan bir kanun bir mahkemede uygulanırken onun Anayasayla çatıştığı düşünülebilir. Böyle bir çatışma kanaati bizzat mahkemede oluşabilir. Veya taraflar böyle bir çatışma olduğunu iddia edebilirler. İşte mahkeme, gerek re'sen bu kanaate varmışsa, gerekse tarafların ileri sürdüğü bu yoldaki iddiayı ciddi bulmuşsa, mahkeme çatışmanın çözümü için Anayasa Mahkemesine başvurur (Anayasa, m.152). Anayasa Mahkemesi gerek iptal davası yoluyla, gerekse itiraz yoluyla kendine gelen kanunun anayasayla çatışması sorununu inceler. Ka-

nunla Anayasa arasında bir çatışma olduğunu tespit ederse, bu çatışmayı gidermek için kanunu iptal eder. İşte böylece Türk hukuk sisteminde Anayasa ile kanun arasındaki çatışma çözümlenmiş olur.

Burada görüldüğü gibi, Anayasa ile kanun arasında çatışma olup olmadığına karar vermek konusunda sadece bir makam yetkilidir: Anayasa Mahkemesi. Bunun dışındaki makam ve kişilerin bu konuda karar verme yetkisi yoktur. Diğer bir ifadeyle herkes kendisine uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasayla çatıştığını ve dolayısıyla kanun hükmünün değil, *lex superior* olan Anayasa hükmünün kendisine uygulanması gerektiğini düşünebilir. Ancak bu sadece onun bir kişisel görüşüdür. Hukuk âleminde hiçbir sonuç doğurmaz. Hukukî sonuç doğuran, yani otantik olan görüş Anayasa Mahkemesinin görüşüdür. Anayasa Mahkemesi karar vermedikçe, hukuken bir kanunun Anayasa ile çatıştığı söylenemez. Dolayısıyla, insanlar, Anayasaya aykırı olduğunu *düşündükleri* kanunlara da uymak durumundadırlar. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiş her kanunun Anayasaya uygun olduğu varsayılır. Özetle, Anayasa Mahkemesi kararına kadar kanunlar ile Anayasa arasında çatışma olduğu hukuken söylenemez.

Yukarıda açıklandığı gibi Anayasa ile kanun arasındaki çatışma veya Anayasa ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki çatışma konusunda sadece Anayasa Mahkemesi karar verebilir. Ancak yönetmelik ile anayasa, yönetmelik ile kanun, yönetmelik ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki çatışma konusunda her mahkeme karar vermeye yetkilidir. Aynı şekilde bireysel işlemler ile anayasa, bireysel işlemler ile kanun, bireysel işlemler ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve bireysel işlemler ile yönetmelik arasında arasındaki çatışma konusunda da her mahkeme karar vermeye yetkilidir.

Lex superior ilkesi konusunda şunu da belirtelim: Bir norm, normlar hiyerarşisinde kendisinden bir üst norma uygun olmak zorunda olduğu gibi, kendisinden iki veya üç üst basamakta bulunan norma da uygun olmak zorundadır. Yani bir bireysel işlemin sadece yönetmeliğe uygun olması yetmez, kanuna ve anayasaya da uygun olması gerekir.

Nihayet *lex superior* ilkesinin uygulanması konusunda şunu da belirtelim ki, bir normun uymak zorunda olduğu üst basamaklardaki normların kendi arasında çelişki var ise, söz konusu norm, en üst norm hangisiyse ona uygun olmak zorundadır. Dolayısıyla yönetmeliğe uygun, ama kanuna aykırı bir bireysel işlem, hukuka aykırı bir işlemdir ve dava konusu olması durumunda mahkeme tarafından kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilir.

Aralarında hiyerarşi bulunan normlar arasındaki çatışmanın çözümü kolaydır. Ancak doğaldır ki, aynı düzeyde yer alan kurallar arasında da çatışma olabilir. Örneğin iki kanun birbiriyle çatışıyor olabilir. Bu durumda bu çeliş-

kiyi, *lex superior* esasına göre çözmek mümkün değildir. Zira her ikisi de normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer almaktadır. İşte aynı düzeyde yer alan normlar arasındaki çelişki *lex posterior* ilkesine göre çözümlenir. Şimdi bu ilkeyi görelim.

KUTU 17.1: 2018 Yılında Türkiye'de İcat Edilen Bir Çatışmayı Çözme Kuralı: "Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Aykırı *Mevzuat* Hükümleri Uygulanmaz".- 10 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazete yayınlanan 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 12'nci maddesinde "*üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümleri uygulanmaz*" denmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bir "çatışmayı çözme" kuralı getirilmeye çalışıldığı açık. Ancak bu "ilginç" çatışmayı çözme kuralı, bütün hukuk mantığına ve Anayasamızın hükümlerine aykırıdır. Öncelikle belirtelim ki, bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle başka Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde yer alan belli konulardaki bazı hükümlerin uygulanmayacağı öngörülebilir. Zira bütün Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisi aynı seviyede yer alır ve bunlar arasındaki çatışma çıkarsa *lex posterior* ilkesi uyarınca çözümlenir. Keza bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yönetmeliklerde yer alan belli konulardaki hükümlerin uygulanmayacağı da öngörülebilir. Zira Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisi yönetmeliklerin üstünde yer alır. Ancak dikkat edileceği üzere 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 12'nci maddesinde "diğer Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin veya yönetmeliklerin bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümleri uygulanmaz" denmemekte, "diğer *mevzuatın* bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümleri uygulanmaz" denmektedir. "Diğer mevzuat" kavramının içine ise haliyle başta Anayasa olmak üzere, kanunlar ve eski dönemden kalan kanun hükmünde kararnameler de girer. Oysa Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasaya, kanunlara ve kanun hükmünde kararnamelere aykırı olamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bunlar arasında çatışma çıkarsa Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hükümleri değil, Anayasa, kanun veya kanun hükmünde kararname hükümleri uygulanır. Zira, Anayasa, m.11'e göre, Anayasa, Cumhurbaşkanı da bağlayan temel hukuk kuralıdır. Diğer yandan Anayasa, m.104/17'e uyarınca da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunlara ve "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". O hâlde 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 12'nci maddesi apaçık bir şekilde Anayasamıza aykırıdır.

Görünen odur ki, 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini hazırlayanların "mevzuat" kavramının anlamını bildikleri şüphelidir. Aslında yukarıda s.298'de yer alan Kutu 14.1'de gösterildiği gibi 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini hazırlayanların yorum kavramının ne olduğunu da bilmedikleri ortaya çıkmıştır. Vakıa şu ki bu kararnameyi hazırlayanların hukuk bilgisinden şüphe etmek gerekmektedir.

B. *LEX POSTERIOR* (SONRAKİ KANUN) İLKESİ

Hukuk kuralları arasında çatışma çözme konusunda ikinci ilkemiz *lex posterior* (sonraki kanun) ilkesidir. Bu ilke "*lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanunları ilga eder)" özdeyişinde ifadesini bulur.

Bu prensibe göre, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan ve birbiriyle çatışan iki hukuk kuralı varsa, bunlardan sonraki tarihte kabul edilmiş olan kuralın, önceki kuralı ilga ettiği kabul edilir. Örneğin iki kanun arasında çatışma varsa, sorun sonraki tarihli kanunun hükmüne göre çözümlenir.

Aslında bu *lex posterior* esası yukarıda onüçüncü bölümde gördüğümüz *zımnî ilga* konusundan başka bir şey değildir. *Lex posterior* esasının uygulanmasına, yani *zımni ilga*'ya örnek olarak, 4.4.1926 tarih ve 743 sayılı Medeni Kanunun 632 ve 911'inci maddeleri ile 3.3.1954 tarih ve 6309 sayılı Maden Kanununun 4'üncü maddesi arasındaki çatışma gösterilebilir. Medeni Kanunun 632 ve 911'inci maddelerine göre, madenler özel mülkiyete konu olabilir ve gayrimenkul olarak tapuya tescil olunabilirler. Buna karşın, Maden Kanununun 4'üncü maddesine göre, "madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup içinde bulundukları arzın mülkiyetine tâbi değildir". Bu iki hüküm arasındaki çatışma *lex posterior* esasına göre çözümlenebilir. Maden Kanunu, sonraki tarihli kanun olduğuna göre bu Kanunun hükmü uygulanır. O hâlde Maden Kanununun 4'üncü maddesinin Medeni Kanunun 632 ve 911'inci maddelerini *zımnen ilga* ettiği sonucuna varmak gerekir.

Ceza hukukunda sanık lehine olan kanunun uygulanması ilkesi nedeniyle *lex posterior* esasının mutlak bir geçerliliğe sahip olmadığı düşüncesi akla gelebilirse de bu düşüncede isabet yoktur. Çünkü sanık aleyhine olan kanunun yürürlüğe girmesinden sonra işlenen fiillere yeni kanun sanığın aleyhine de olsa uygulanır. Sanık lehine olan kanunun uygulanması ilkesi eski kanun döneminde işlenen fiiller için anlamlı bir ilkedir. Fiilin işlendiği tarihten sonra çıkan kanun, sanık lehine ise bu kanun uygulanır.

Lex posterior esasının aynı düzeyde yer alan kurallar arasında uygulandığını daha önce söyledik. Buna göre anayasa ile kanun arasındaki bir çelişki *lex posterior* esasına göre ortadan kaldırılamaz. Yani, anayasadan sonraki tarihte kabul edilen bir kanun anayasa ile çatışırsa, sorun *lex posterior* esasına göre değil, *lex superior* esasına göre çözümlenir. Yani bu durumda eski tarihli Anayasa karşısında yeni tarihli kanunun geçerliliği yoktur.

Ancak doğaldır ki, aynı tarihli iki kanunun arasında da çelişki olabilir. Bu durumda *lex posterior* esası uygulanamaz. Aslında kanunların aynı tarihli olması istisnai bir durumdur.

Asıl önemlisi, aynı kanunun iki hükmü arasında çelişki olabilir. Bir kanunun *X* maddesi böyle derken, aynı konuda aynı kanunun *Y* maddesi şöyle der. İşte bu durumda ortaya çıkan çelişki, ne *lex superior*, ne de *lex posterior* esasına göre çözümlenebilir. Böyle bir çelişkiyi çözmek için üçüncü bir ilke devreye girer: *Lex specialis* ilkesi. Şimdi bu ilkeyi görelim.

C. *LEX SPECIALIS* (ÖZEL KANUN) İLKESİ

Hukuk kuralları arasında çatışma çözme konusunda üçüncü ilkemiz *lex specialis* (özel kanun) ilkesidir. Bu ilke "*lex specialis derogat legi generali*

(özel kanun genel kanunları ilga eder)" özdeyişiyle dile getirilir. Aynı düzeyde yer alan ve aynı tarihli iki hüküm arasında çelişki varsa, özel hüküm niteliğindeki uygulanır. Genel hüküm niteliğindeki ise ihmal edilir. Bir kanunun *X* maddesi, aynı kanunun *Y* maddesi ile çatışıyorsa ve mesela *X* maddesi özel hüküm, *Y* maddesi ise genel hüküm niteliğinde ise, *X* maddesi uygulanır.

Bir Örnek.- Bizim hukuk sistemimizde Anayasa değişiklikleri de birer "kanun"dur. Nitekim kanunlar gibi numara alırlar ve kanun başlığı altında Cumhurbaşkanı tarafından Resmî Gazetede yayınlanırlar. Gerek normal kanunları, gerekse anayasa değişikliği kanunlarını Cumhurbaşkanı tekrar görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderebilir. Anayasamızın 89'uncu maddesine göre, TBMM, geri gönderilen kanunu, üye tamsayısının salt çoğunluğuyla aynen kabul ederse, Cumhurbaşkanı kanunu onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayınlamak zorundadır. Halkoyuna sunamaz. Buna karşılık Anayasamızın 175'inci maddesine göre ise Cumhurbaşkanı tarafından bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderilen anayasa değişikliği kanunlarını TBMM üçte iki çoğunluğuyla kabul etse bile, Cumhurbaşkanı Resmî Gazetede yayımlamak zorunda değildir; halkoylamasına sunabilir. İlk bakışta Anayasamızın 88'inci maddesinin 175'inci maddesiyle çeliştiği sanılabilir. Zira birisinde halkoylaması sunma yetkisi yok, diğerinde var. Ancak ortada bir çelişki yoktur. 89'uncu madde *genel hüküm* niteliğindedir. Zira herhangi bir sınırlamaya tâbi tutmaksızın bütün kanunların Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilmesini ve yayınlanmasını düzenlemektedir. Buna karşılık 175'inci madde *özel hüküm* niteliğindedir. Çünkü bu maddede, *sadece belirli tür* kanunların (=Anayasa değişikliği kanunlarının) Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilmesini ve yayınlanmasını düzenlenmektedir. *Genel hüküm* ile *özel hüküm* çatışırsa, özel hüküm tercih edilir; genel hüküm, o alan için ihmal edilir. Buna göre, bir Anayasa değişikliği kanunun geri gönderilmesine, Resmî Gazetede yayınlanmasına veya halkoylamasına sunulmasına ilişkin bir soruna uygulanacak hüküm, 88'inci madde hükmü değil, 175'inci madde hükmüdür.

Anayasadan Diğer Bir Örnek.- Anayasanın 138'inci maddesinin son fıkrası, "yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarını... hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" demektedir. Buna karşılık Anayasamızın 87'nci maddesi genel ve özel af ilânı yetkisini Türkiye Büyük Millet Meclisine vermektedir. Keza Anayasamızın 104'üncü maddesi, Cumhurbaşkanına belirli kişilerin cezalarını affetmek veya hafifletmek yetkisini vermiştir. İlk bakışta Anayasanın 138'inci maddesi ile 87 ve 104'üncü maddelerinin çatıştığı söylenebilir. Ancak bu çatışma, *lex specialis* ilkesine göre kolayca çözümlenebilir. Çünkü, Anayasanın 138'inci maddesindeki hüküm bu konuda genel hüküm, 87 ve 104'üncü maddesindeki hükümler ise özel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla böyle bir çatışma durumunda 87 ve 104'üncü maddedeki hükümler uygulanır.

Bir Başka Örnek.- 1593 sayılı Umumî Hıfzıssıhha Kanununun 271-272'nci maddelerine göre gayrisıhhî müesseselere ruhsat ve izin verme yetkisi Sağlık Bakanlığı ve valiliklere aittir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunun 7/A-j maddesine göre ise gayrisıhhî müesseselere izin verme yetkisi büyükşehir belediyelerine aittir. 1593 ve 5216 sayılı Kanunların çatıştığı görülmektedir. Bu çatışma *lex specialis* ilkesine göre çözümlenebilir. Zira, 1593 sayılı Umumî Hıfzıssıhha Kanunu genel kanun niteliğindedir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ise özel kanun nite-

liğindedir. Çünkü bu Kanun, büyükşehirlerdeki gayrisıhhi müesseseleri özel olarak düzenlemektedir. Nitekim Danıştay Birinci Dairesi, 29 Kasım 1995 tarih ve E.1995/226, K.1995/244 sayılı kararıyla 3030 sayılı Büyükşehir Belediyeleri Hakkında Kanunun 6/A-e maddesinin (karar tarihinde aynı hüküm 3030 sayılı Kanunda bulunuyordu) 1593 sayılı Umumî Hıfzıssıhha Kanununun 271-272 maddelerine göre özel hüküm niteliğinde olduğuna ve çatışma hâlinde 3030 sayılı Kanunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

"*Lex specialis derogat legi generali* (özel hüküm genel hükmü ilga eder)" ilkesi, aslında yukarıda onbeşinci bölümde gördüğümüz gibi, genel kural ve istisnalara ilişkin ilkelerin bir uygulaması niteliğindedir. İstisna genel hükümden önce gelir; ondan öncelikle uygulanır. Zira istisnayı koyan da genel hükmü koyan da aynı makamdır; aynı iradedir. Bu irade istisna koyarak, belirli bir şeyi veya durumu koyduğu genel hükümden ayrı tutmak istemiştir. Böyle bir durumda ise genel hükmün kapsamı sınırlanmış olur.

II. İLKELERİN UYGULANMASI

Belli bir olayda birbiriyle çatışan iki hüküm var ise, hâkim bu çatışmayı bu üç ilkeden birisini uygulayarak çözer. Ancak hâliyle, bu üç ilkenin uygulanabilmesi için öncelikle hangi hükmün *lex superior,* yani üst hüküm, hangi hükmün *lex posterior,* yani sonraki hüküm ve hangi hükmün *lex specialis,* yani özel hüküm olduğunu tespit etmek gerekir.

A. *LEX SUPERIOR, LEX POSTERIOR* VE *LEX SPECIALIS*'İN TESPİTİ

Önce *lex superior*'un, sonra da *lex posterior* ve *lex specialis*'in nasıl tespit edildiğini görelim.

1. Üst Hükmün (*Lex Superior*'un) Tespiti

Lex superior'un, yani üst hükmün tespitinde güçlük yoktur. Yani iki kuraldan hangisinin normlar hiyerarşisinde üst basamakta, hangisinin alt basamakta olduğu kolayca anlaşılır. Çünkü, her kuralın gücü bizatihi bellidir. Bir hükmün Anayasa hükmü mü, kanun hükmü mü, yoksa yönetmelik hükmü mü olduğu kolayca anlaşılır. Özetle *lex superior*, normlar hiyerarşisine bakılarak tespit edilir. Normlar hiyerarşisini ise biz yukarıda ayrı bir bölüm olarak gördük (Bölüm 9). Bu konuda oraya bakılmalıdır.

2. Sonraki Hükmün (*Lex Posterior*'un) Tespiti

Lex posterior'un, yani sonraki kanunun saptanmasında da büyük bir güçlük yoktur. Her kanunun kabul ediliş tarihi bellidir. Burada belirtelim ki, hangi kanunun *lex posterior* (sonraki kanun), hangi kanunun *lex prior* (önceki kanun) olduğunun tespitinde söz konusu kanunun, yayın veya yürürlük tarihi değil, bu hükmü koyan organın o hükmü koyduğu, yani kabul ettiği

tarih esas alınmalıdır. Hâliyle yayın tarihi, kabul tarihinden daha sonradır. Yürürlük tarihi ise, yukarıda onüçüncü bölümde kanunların zaman bakımından uygulanması konusunda gördüğümüz gibi yayın tarihinden sonraki bir tarih de olabilmektedir. Burada önemli olan, kanun koyucunun iradesini açıkladığı andır. Zira bu anda, kanun koyucunun, önceki bir hükümle bağdaşmayan yeni bir hüküm koyarak, önceki hükmü ilga etmeyi zımnen irade ettiğini varsayıyoruz. (Yukarıda açıklandığı gibi *lex posterior* ilkesi, aslında zımnî ilgadan başka bir şey değildir).

Burada kanunun kabul ediliş tarihinin somut olarak ne olduğu sorusunu da ayrıca sormak gerekir: Kanun hakkında yasama organı tarafından yapılan son oylamanın tarihi, kanunun yapılış tarihidir. Zaten Türkiye'de Resmî Gazete yayınlanırken kanunların başında kabul tarihleri ayrıca ve açıkça belirtilmektedir ki, bu tarih de kanun hakkında TBMM'de yapılan son oylamanın tarihidir.

Not: Kanunların devlet başkanı tarafından "ısdar (*promulgation*)" edildiği tarihin kanunun gerçek tarihi olduğu yolundaki tartışmalara Türkiye açısından girmeye gerek yoktur. Çünkü yukarıda sekizinci bölümde (s.177) gördüğümüz gibi Türkiye'de ısdar işlemi zaten yoktur.

Kabul, yayın ve yürürlük tarihlerine ilişkin olarak kanunlara yönelik olarak yukarıda söylediklerimiz, yönetmelik ve diğer kanun altı normlar için de söylenebilir. *Lex posterior*'un tespitinde esas alınması gereken tarih, yayın veya yürürlük tarihleri değil, kabul tarihleridir.

Haliyle kanun koyucu, aynı gün birden fazla kanun kabul etmiş olabilir. Bu durumda *lex posterior* (sonraki kanun) nasıl tespit edilecektir? Kanımızca burada hangisinin saat olarak daha sonra kabul edildiğine bakmak gerekir. Çünkü *lex posterior* esasının özü, kanun koyucunun bir hüküm koyduğu anda, daha önce koyduğu hükümleri bildiği ve göz önünde bulundurduğu varsayımına dayanır. Bu varsayım gün olarak geçerli ise, saat olarak da geçerli olabilir.

3. Özel Hükmün (*Lex Specialis*'in) Tespiti

Yukarıda *lex superior* ve *lex posterior*'un saptanmasında büyük bir güçlük olmadığını söyledik. Buna karşılık özel hükmün (*lex specialis*'in) tespiti, yani hangi hükmün *lex specialis* (özel hüküm), hangisinin *lex generealis* (genel hüküm) olduğunun tespiti oldukça güçtür. Çünkü "genellik" niteliği de, "özellik" niteliği de nisbîdir. Her hüküm, bir hükme göre genel, diğer bir hükme göre ise özel olabilir. Bununla genellik/özellik tespitinde şu üç nokta dikkate alınabilir:

a) Uygulama alanı daha geniş olan hüküm, "genel hüküm", daha dar olan ise "özel hüküm"dür. Özel hüküm tek veya birkaç durum veya olaya uygulanabilirken; genel hüküm, özel hükmün uygulandığı durum veya olaylar da dâhil olmak üzere birden fazla durum veya olaya uygulanabilir.

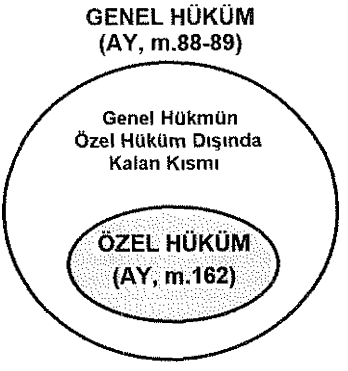
b) Genel hüküm-özel hüküm tespitinde, her hükmün içeriği dikkate alınır. Çoğunlukla genel hüküm, düzenlediği konuyu ana hatlarıyla düzenler. Özel hüküm ise, genel hükümde düzenlenen şeyin belli bir *parçasını*, belirli bir *türünü* düzenler veya genel hükümde düzenlenen şeye *yer, zaman, konu ve kişi bakımından istisnalar* getirir; sırf bu istisnalara mahsus hükümler sevk eder.

c) Genel hüküm öyle bir hükümdür ki, o konuda özel hüküm yoksa, ortaya boşluk çıkmaz; o konuya genel hüküm uygulanır. Yani A hükmü olmasaydı, o durum veya olaya B hükmü uygulanacak idiyse, B hükmü genel hüküm, A hükmü ise özel hükümdür.

Bir Örnek: m.88-89/m.162.- Anayasamızın kanunların teklif edilmesi, görüşülmesi ve Cumhurbaşkanı tarafından yayınlanmasını düzenleyen 88 ve 89'uncu maddeleri genel hüküm, bütçe kanunlarının görüşülmesini düzenleyen 162'nci madde özel hükümdür. Çünkü, 162'nci madde *belirli bir kanun türü olan bütçe kanunları* için sevk edilmiştir. 88 ve 89'uncu maddeler için ise *bütün kanunlar* için konulmuştur. Eğer 162'nci madde olmasaydı bütçe kanunlarına da Anayasamızın 88 ve 89'uncu maddesi hükümleri uygulanabilirdi. Kaldı ki 162'de hükme bağlanmayan hususlarda 88 ve 89'uncu maddeler genel hüküm olarak uygulanabilir.

Diğer Bir Örnek: m.88-89/m.175.- Anayasa değişikliği kanunlarının kabul ediliş usûlü, Anayasamızın 175'inci maddesinde düzenlenmiştir. 175'inci madde, *belirli bir kanun türü olan anayasa değişikliği kanunları* için konulmuştur. O hâlde 175'inci madde özel hüküm, bu madde karşısında Anayasamızın 88 ve 89'uncu maddesi genel hükümdür. Dolayısıyla 175'inci maddenin uygulamasında bir boşluk doğarsa, bu boşluk 88 ve 89'uncu madde hükümleri uygulanarak doldurulur. Ama, 175'nci maddede hüküm var iken, doğrudan doğruya 88 ve 89'uncu madde hükümleri uygulanamaz. Çünkü 175'inci madde özel, 88 ve 89'uncu maddeler genel hükümdür.

d) Genel hükmün norm alanı, özel hükmü içerir. Diğer bir ifadeyle özel hükmün norm alanı, genel hükmün norm alanının bir alt kümesi niteliğindedir. Genel hüküm ile özel hüküm arasındaki bu ilişki, yandaki gibi bir Venn diyagramı yardımıyla gösterilebilir. Bu şu anlama gelir ki, boşluk olması durumunda, genel hükmün, özel hükümle düzenlenen alana uygulanması mümkündür; ama özel hükmün, kendi alanı dışına çıkıp, genel hükmün özel hüküm dışında kalan kısmına uygulanması mümkün değildir. Çünkü bu durumda özel hüküm, kendi norm alanı dışındaki sahaya da uygulanmış olur ki bu caiz değildir.



Diyagram 16.1:
Genel Hüküm - Özel Hüküm

Özelin de Özeli ve Genelin de Geneli Olabilir.- Özel hüküm ile genel hüküm ilişkisinde şunu da belirtmek gerekir. Özelin de özeli veya tersinden söylersek genelin de geneli olabilir. Bir örnek verelim:

Örnek: Anayasamızın 40'ıncı maddesinin

> "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir"

diyen ilk fıkrasının, Anayasamızın 74'üncü maddesinin

> "vatandaşlar... kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir"

diyen ilk fıkrası hükmü karşısında özel hüküm niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü 40'ıncı maddede güvence altına alınan hakkın konusu sadece "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetlerin ihlâl edilmesi*"dir; oysa 74'üncü maddeye göre ise hakkın konusu "*kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri*"dir.

Anayasamızın 36'ncı maddesinin

> "herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"

diyen ilk fıkrası hükmü Anayasamızın 40'ncı ve 74'üncü maddeleri hükümleri karşısında özel hüküm niteliğindedir. Çünkü bu madde herhangi bir makam önünde hak aramayı değil, sadece "yargı mercileri" önünde hak aramayı düzenlemektedir. Ne var ki, Anayasamızın 148'inci maddesinin

> "herkes, Anayasada güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir"

diyen üçüncü fıkrası hükmü de Anayasamızın 36'ncı maddesi hükmüne göre özel hüküm niteliğindedir. Çünkü bu madde (m.148/3), hak aramanın sadece belirli bir yargı organı önünde olan yolunu düzenlemektedir. Bu dört madde arasındaki özellik/genellik ilişkisini şematik olarak şu şekilde gösterebiliriz:

ŞEMA 17.1: Madde 74, 40, 36 ve 148 Arasında Genellik ve Özellik İlişkisi

EN GENEL	>	GENEL	>	ÖZEL	>	EN ÖZEL
Madde 74/1: Dilekçe Hakkı	>	**Madde 40: THH'lerin Korunması**	>	**Madde 36/1: Hak Arama Hürriyeti**	>	**Madde 148/3: Bireysel Başvuru Hakkı**
Kendileriyle veya kamu ile ilgili konularda yetkili makamlara ve TBMM'ye başvurma hakkı	>	Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetlerin ihlâl edilmesi durumunda yetkili makamlara başvurma hakkı	>	Yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkı	>	Temel hak ve özgürlüklerinden birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma hakkı

* * *

Hangi hükmün genel, hangi hükmün özel hüküm olduğuna, hükmü uygulayacak organ karar verir. Önündeki davada uygulayacağı kurallarından hangisinin genel, hangisinin özel hüküm olduğunu belirleme yetkisi öncelikle ilk derece mahkemesinindir. Ancak bu mahkemenin kararına karşı istinaf başvurusu yapılmış ise, özel hükmü belirleme yetkisi istinaf mahkemesine, bunun kararına karşı da temyiz başvurusu yapılmış ise, aynı yetki temyiz mahkemesine geçmektedir.

KUTU 17.2: ALTERNATİF VE EK HÜKÜMLER

Yukarıda incelenen çatışma çözme ilkeleri, aralarında *çatışma olan* hükümler arasında uygulanır. *İki hükmün arasında çatışma* ***yoksa***, yukarıdaki ilkeler uygulanmaz. Aralarında çatışma olmayan, birbirine alternatif olan veya birbirini tamamlayan veya biri diğerine göre ek (munzam) koruma getiren hükümler arasında *lex superior, lex posterior* veya *lex specialis* ilkeleri uygulanamaz; çünkü bunların arasında çatışma yoktur. Böyle bir durumda, aralarında altlık-üstlük, öncelik-sonralık, özellik-genellik ilişkisi olsa bile, her iki hüküm de uygulanabilir veya birbirine alternatif hükümler ise hak sahibinin talebine göre sadece biri uygulanır.

Bir Örnek.- 4 Mayıs 2007 tarih ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi... Hakkında Kanunun 9'uncu maddesi, *"internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia eden"* kişilere *sulh ceza hâkimine başvurma* yetkisi tanımaktadır. 22 Kasım 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 24'üncü maddesi de *"hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse"*ye, *"hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteme"* yetkisini vermektedir. İnternet yoluyla kişilik haklarına saldırılan kişi, haklarının korunması için isterse TMK, m.24'e göre hukuk hâkimine, isterse 5651 sayılı Kanun, m.9'a göre sulh ceza hâkimine başvurabilir. Hukuk hâkimi, böyle bir başvuruyu, internet yoluyla kişilik haklarının korunması için 5651 sayılı Kanunun 9'uncu maddesiyle özel bir koruma usûlü getirildiği gerekçesiyle reddedemez. Çünkü 5651 sayılı Kanunun 9'uncu maddesi, kapsam bakımından TMK m.24'e göre özel ve sınırlı bir hüküm olsa da, TMK, m.24 ile çelişen bir hüküm değil, onu tamamlayan, isteğe göre başvurulabilecek hızlı ve ek bir koruma usûlü getiren bir hükümdür. Bununla birlikte bu konuda Yargıtay içtihatları çelişkilidir.

Bu konuda bkz: Kemal Gözler, "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti", *Rona Aybay'a Armağan* (Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Aralık 2014), İstanbul, Legal, 2014, Cilt I, s.1075-1078 (s.1059-1120).

KUTU 17.3: DEROGASYON

Türk hukuk terminolojisinde *"dérogation"* terimini karşılayan bir terim yoktur. Bu kavramı "derogasyon" şeklinde Fransızca telaffuzunu esas alarak Türkçeye kazandırmak gerekir. Önce derogasyon teriminin tanımı verelim:

TANIM: *Derogasyon*, belirli bir kuralın belirli bir somut durumda uygulanmasının dışlanması, saf dışı bırakılması demektir[1].

Derogasyon hâlinde, önceden tanımlanmış "belirli bir durum" ortaya çıktığında, o belirli durum olmasaydı uygulanması gereken kural, o duruma uygulanmaz; o kural o durum için ekarte edilmiş, saf dışı bırakılmış olur.

Derogasyonun geçerli olabilmesi için hâliyle derogasyonun, saf dışı edilen norm, diğer bir ifadeyle "deroje (*dérogé*)" edilen norm ile normlar hiyerarşisinde aynı veya daha üst bir seviyede yer alan bir normla öngörülmüş olması gerekir. Örneğin bir kanun hükmüne derogas-

1. Cornu'nün *Vocabulaire juridique*'inde "*dérogation*", "*action d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier*" olarak tanımlanmıştır (Cornu (ed.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, s.294).

yon kanunla veya anayasayla, bir anayasa hükmüne derogasyon ise ancak anayasa hükmüyle getirilebilir. Diğer bir ifadeyle bir kanun hükmü, diğer bir kanun hükmüyle veya anayasa hükmüyle; bir anayasa hükmü ancak anayasanın bir başka hükmüyle deroje edilebilir.

"Derogasyon" kavramını tam olarak anlayabilmek için onun ile benzer kavramlar olan "özel hüküm", "istisna", "ilga" ve "ihlâl" kavramları arasındaki farkı görmemiz gerekir.

a) "Derogasyon (*dérogation*)", genel hüküm karşısına "özel hüküm (*lex specialis*)" koymak demek değildir. Çünkü derogasyon durumunda ekarte edilen kural, genel hüküm olarak dahi söz konusu alanda artık uygulanamaz. Oysa "genel hüküm-özel hüküm" ilişkisinde, ortada özel hükmün uygulanabileceği bir durum olsa bile, genel hüküm uygulanma kabiliyetini yitirmez; örneğin boşluk durumunda genel hüküm uygulanabilir. Oysa derogasyon durumunda, normal koşullarda uygulanması gereken kural, uygulanma kabiliyetini bütünüyle yitirir.

b) "Derogasyon (*dérogation*)" kavramı, "istisna (*exception*)" kavramından farklıdır. Derogasyon durumunda, birbirine alternatif iki kural vardır. Deroje eden kural, sadece belirli bir durumda uygulanır; ama deroje edilen kuralla aynı değerdedir; onu belirli bir durum için bütünüyle ekarte eder. İstisna durumunda ise esasen kaide bozulmaz. Kaide geçerliliğini korur. Aslında pek çok durumda kaideyi koyan kural aynı zamanda istisnayı içerir. Derogasyon durumunda ise derogasyon asıl kural tarafından değil, daima bir başka kural tarafından, bir başka kanun tarafından veya aynı kanunun bir başka maddesi tarafından ve hatta bazen başka tarihte çıkan bir kanun tarafından getirilir.

c) "Derogasyon (*dérogation*)", "ilga (*abrogation*)" kavramından da farklıdır. İlga durumunda ilga edilen kural geçerliliğini bütünüyle ve her zaman için yitirir. Derogasyon durumunda ise deroje edilen, yani ekarte edilen, saf dışı bırakılan kural, o belirli durum için uygulanmaz, ama varlığını ve başka durumlara uygulanma kabiliyetini devam ettirir.

d) "Derogasyon (*dérogation*)", "ihlâl (*violation*)" kavramından da farklıdır. Derogasyon, bir kuralı ihlâl etmek, ona aykırı davranmak demek değildir. Çünkü belirli bir durumda söz konusu kuralın uygulanmamasının sebebi, derogasyonu öngören normlar hiyerarşisinde en az bu kuralla aynı seviyede yer alan bir başka kuraldır.

Derogasyon İlişkisine Bir Örnek: Anayasa, m.13-m.15.- Anayasamızda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması şartları, 13 ve 15'inci maddeler olmak üzere iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Bu iki madde arasındaki ilişki kanımızca bir genel hüküm-özel hüküm ilişkisi değil, bir derogasyon ilişkisidir. Çünkü Anayasamızın 15'inci maddesi "*savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerde... temel hak ve hürriyetler... için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*" diyerek 13'üncü maddeyi saf dışı bırakmış, yani deroje etmiştir. Olağanüstü yönetim usûllerinden biri ilân edilmiş ise, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına 13'üncü madde değil, 15'inci madde uygulanacaktır. Dolayısıyla ülkede, "savaş, seferberlik, veya olağanüstü hâller"den biri var ise, artık temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması, 13'üncü maddeye göre değil, 15'inci maddeye göre yapılır. Buna göre:

a) Ülkede olağanüstü yönetim usûllerinden biri ilân edilmiş ise 13'üncü maddenin *genel hüküm* olarak dahi uygulanma kabiliyeti yoktur; 13'üncü madde bütünüyle saf dışı kalır ve duruma bütünüyle 15'inci madde uygulanır.

b) Yine ülkede olağanüstü yönetim usûllerinden biri var ise 13'üncü maddenin kaide, 15'inci maddenin *istisna* olduğu söylenemez. Bunların arasında kaide-istisna ilişkisi değil, alternatiflik ilişkisi vardır.

c) Olağanüstü yönetim usûllerinden birinin ilân edilmesi durumunda 13'üncü maddenin bütünüyle deroje edilmesi, onun saf dışı bırakılması, bu maddenin *ilga* edildiği anlamına gelmez. Bu madde yürürlükte kalmaya devam eder. Olağanüstü yönetim usûlleri sona erince bu

madde kendiliğinden tam olarak uygulamaya girer. 15'inci madde uygulamadan çekilir; uykuya yatar. Keza olağanüstü yönetim usûllerinin devamı süresince de, olağanüstü yönetim usûllerine tabi olmayan durumlarda 13'üncü madde uygulanmaya devam eder.

d) Son olarak belirtelim ki olağanüstü yönetim usûllerinde 13'üncü maddenin uygulanmaması, bu maddenin *ihlâl* edildiği anlamına gelmez. Çünkü bunun sebebi yine Anayasanın 15'inci maddesidir ve bu madde ile 13'üncü madde arasında hiyerarşi yoktur.

Bu konuda daha fazla bilgi için bkz.: Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa, Ekin, 2017, s.406-410.

B. İLKELERİN UYGULANMA SIRASI

Aralarında çatışma olan kurallar arasında altlık/üstlük ilişkisi varsa çatışma *lex superior* esasına göre; çatışan kurallar arasında altlık/üstlük ilişkisi olmamakla beraber, öncelik/sonralık ilişkisi varsa, çatışma *lex posterior* esasına göre; çatışan kurallar arasında altlık/üstlük ilişkisi ve öncelik/sonralık ilişkisi de yoksa çatışma *lex specialis* esasına göre çözümlenir.

Yani çatışmada ilk önce çatışan kurallar arasında *lex superior* (üst kanun) var mı diye bakılır; varsa *lex superior* esasına göre çatışma çözümlenir. Çatışan kurallar normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer alıyorsa bunlardan hangisi *lex posterior* (sonraki kanun) diye bakılır. Hangisi *lex posterior* ise uygulanır. Ancak her iki kural da aynı tarihli olabilir. Böyle bir durumda ise, çatışan kurallardan hangisi *lex specialis* (özel kanun) diye bakılır. *Lex specialis* olan uygulanır. Özetle bu üç ilkenin uygulama sırası şöyledir: Önce *lex superior*, sonra *lex posterior* ve daha sonra *lex specialis* ilkeleri uygulanır.

III. ÇAPRAZ ÇATIŞMALAR

Ancak hukuk kuralları arasında her zaman yukarıdaki paragrafta dile getirildiği gibi düz çatışmalar çıkmaz. Bazen de "çapraz çatışmalar" çıkar. "Çapraz çatışma" terimi ile neyi kastettiğimiz aşağıdaki kombinasyonlar görülünce anlaşılacaktır. Bu kombinasyonları da çatışan hükümlerin arasında hiyerarşi olup olmamasına göre ikiye ayırarak incelemek gerekir:

A. ÇATIŞAN HÜKÜMLER ARASINDA HİYERARŞİ VARSA

Çatışan hükümlerin arasında hiyerarşinin, yani altlık/üstlük ilişkinin bulunduğu çapraz çatışma kombinasyonları şunlardır:

1. Önceki tarihli üst kanun ile sonraki tarihli alt kanun çatışabilir.
2. Genel nitelikli üst kanun ile özel nitelikli alt kanun çatışabilir.
3. Genel, sonraki ve üst hüküm ile özel, önceki ve alt hüküm çatışabilir.
4. Genel, önceki ve üst hüküm ile özel, sonraki ve alt hüküm çatışabilir.
5. Özel, sonraki ve üst hüküm ile genel, önceki ve alt hüküm çatışabilir.

Aralarında hiyerarşi bulunan hükümlerin çapraz çatışmalarında, çatışma daima *lex superior* (üst kanun) ilkesine göre çözümlenir. *Lex superior* olan kural, ister özel kanun, ister genel kanun, ister sonraki tarihli, ister önceki

tarihli olsun daima üstün gelir. Diğer bir ifadeyle, *lex superior*, *lex posterior* ve *lex specialis*'ten önde gelir. Bu nitelikli kurallar arasında çatışma varsa hep *lex superior* esasına göre çatışma çözülür. Buna göre yukarıdaki ihtimallerde çatışma şöyle çözümlenir:

1. Önceki tarihli üst kanun ile sonraki tarihli alt kanun çatışırsa *lex superior* esasına göre önceki tarihli üst kanun uygulanır. Örneğin, önceki tarihli anayasa ile sonraki tarihli kanun arasındaki çatışma *lex posterior* (sonraki kanun) esasına göre değil, *lex superior* (üst kanun) esasına göre çözümlenir. Yani anayasa tercih edilir.

2. Genel nitelikli üst kanun ile özel nitelikli alt kanun çatışırsa sorun yine *lex superior* esasına göre çözümlenir. Yani genel nitelikli üst kanun uygulanır. Örneğin genel hüküm niteliğinde anayasa hükmü ile özel hüküm niteliğinde bir kanun hükmü çatışırsa, çatışma *lex specialis* (özel kanun) esasına göre değil, *lex superior* (üst kanun) esasına göre çözümlenir. Yani genel nitelikli anayasa hükmü uygulanır. Çünkü alt kanun üst kanuna istisna getiremez. Bir genel kurala istisna getirme yetkisi, ancak genel kuralı koyan makama aittir. Zira yukarıda onbeşinci bölümde gördüğümüz gibi, istisna, genel kuralın kapsamını daralttığı için, genel kuralın değiştirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla bir kurala istisna getirmek yetkisi, sadece ve sadece o kuralı koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Yani istisna, kaideyi koyan makam tarafından konulur. Dolayısıyla bir genel hükme istisna getirme, diğer bir ifadeyle *lex specialis* (özel hüküm) koyma yetkisi, o genel hükmü koyan makama aittir. Genel hüküm, anayasa koyucu tarafından konulmuş ise ona istisna anayasa koyucu tarafından, kanun koyucu tarafından konulmuş ise ona istisna kanun koyucu tarafından getirilebilir. Kanunla konulan bir genel hükme yönetmelikle istisna getirilemez. Çünkü birincisinin koyucusu TBMM, ikincisinin koyucusu ise Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileridir ki bunlar makamlar hiyerarşinde TBMM'nin altında yer alır.

3. Keza sonraki tarihli genel nitelikli üst kanun hükmü ile önceki tarihli ve özel nitelikli alt kanun hükmü çatışsa da durum değişmez. Sorun *lex superior* (üst kanun) esasına göre çözümlenir. Örneğin sonraki tarihli genel nitelikli anayasa hükmüyle önceki tarihli özel kanun hükmü çatışsa anayasa hükmü tercih olunur.

4. Aynı şekilde önceki tarihli genel nitelikli üst kanun hükmü ile sonraki tarihli ve özel nitelikli alt kanun hükmü çatışsa da durum değişmez. Sorun *lex superior* (üst kanun) esasına göre çözümlenir.

5. Keza sonraki tarihli özel nitelikli üst kanun hükmü ile önceki tarihli ve genel nitelikli alt kanun hükmü çatışsa da durum değişmez. Sorun *lex superior* (üst kanun) esasına göre çözümlenir.

B. ÇATIŞAN HÜKÜMLER NORMLAR HİYERARŞİSİNDE AYNI SEVİYEDE YER ALIYORSA

Aralarında hiyerarşi bulunmayan, yani normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer alan hükümler arasında da çatışma ortaya çıkabilir. Bu konuda şu ihtimaller söz konusu olabilir:

1. Aynı düzeyde yer alan önceki genel kanun ile sonraki genel kanun çatışabilir.
2. Aynı düzeyde yer alan önceki özel kanun ile sonraki özel kanun çatışabilir.
3. Aynı düzeyde yer alan önceki genel kanun ile sonraki özel kanun çatışabilir.
4. Aynı düzeyde yer alan önceki özel kanun ile sonraki genel kanun çatışabilir.

Şimdi bunların her birini inceleyelim:

1. Aynı düzeyde yer alan önceki genel kanun ile sonraki genel kanun arasındaki çatışma.- Aynı düzeyde yer alan önceki kanun ve sonraki kanunun her ikisinin de genel nitelikte olması durumunda, sorun *lex posterior* esasına göre çözümlenir; yani sonraki kanun uygulanır. Çünkü kanunlar aynı düzeyde olduğuna göre *lex superior* ilkesi burada uygulanamaz. Keza kanunların ikisi de genel olduğuna göre, *lex specialis* ilkesi de uygulanamaz.

2. Aynı düzeyde yer alan önceki özel kanun ile sonraki özel kanun arasındaki çatışma.- Aynı düzeyde yer alan önceki kanun ve sonraki kanunun her ikisinin de özel nitelikte olması durumunda, sorun gene *lex posterior* esasına göre çözümlenir; yani sonraki kanun uygulanır. Çünkü kanunlar aynı düzeyde olduğuna göre *lex superior* ilkesi burada uygulanamaz. Keza kanunların ikisi de özel olduğuna göre, *lex specialis* ilkesi de burada uygulanamaz.

3. Aynı düzeyde yer alan önceki genel kanun ile sonraki özel kanun arasındaki çatışma.- Aynı düzeyde yer alan, önceki kanun genel; sonraki kanun özel nitelikte ise, sonraki tarihli özel kanun uygulanır. Bu hem *lex posterior,* hem de *lex specialis* ilkelerinin bir gereğidir.

4. Aynı düzeyde yer alan önceki özel kanun ile sonraki genel kanun arasındaki çatışma.- Aynı düzeyde yer alan kanunlardan, önceki kanun özel, sonraki kanun genel nitelikte ise, bunların arasındaki çatışmanın hangi ilkeye göre çözüleceği konusunda kesin bir kural bulunmamaktadır. *Lex posterior*'a göre sonraki genel kanun, *lex specialis*'e göre ise önceki özel kanun uygulanmalıdır. Dolayısıyla burada *lex posterior* ile *lex specialis* ilkelerinin uygulanma önceliği konusunda bir tercihte bulunmak gerekir. Bu tercih konusunda pozitif hukukun bir düzenlemesi yoktur. Bu konu doktrinde de tartışmalıdır[2]. Doktrindeki daha ağır basan görüş, önceki tarihli özel kanu-

2. Edis, *op. cit.*, s.172-173; Bilge, *op. cit.*, s.174; Güriz, *op. cit.*, s.130; Gözübüyük, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.67; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.79. Yaşar Karayalçın, *Hukukta Öğretim, Kaynaklar, Metod*, Ankara, BTHAE, 4. Baskı, 1994, s.115.

nun, sonraki tarihli genel kanun ile yürürlükten kaldırılamayacağı yönündedir[3]. Yani "*generalis clausula non porrigitur ad ea quae antea specialiter sunt comprehensa*[4] (genel hüküm, önceki özel hükümle düzenlenen şeyleri sona erdirmez). Bu şu anlama gelir ki, doktrinin çoğunluğuna göre, bu durumda, çatışma *lex specialis* ilkesine göre çözümlenmelidir.

KÜTÜ 17.4: 15 Mayıs 1959 tarihli Afetler Kanunu ile 25 Ekim 1983 Tarihli Olağanüstü Hâl Kanunu Arasındaki Çatışma Nasıl Çözümlenir?

Ayrıntıları anayasa hukuku derslerinde göreceğimiz gibi[5] Türkiye'de vatandaşlara para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirilebilmesi için öncelikle ülkede olağanüstü hâl ilân edilmiş olması gerekir. Olağanüstü hâl ilân edilmedikçe 25 Ekim 1983 tarih ve 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu uygulamaya girmez. Ancak Türkiye'de 3780 sayılı Millî Korunma Kanunu, 7269 sayılı Afetler Kanunu (m.6-12), 6831 sayılı Orman Kanunu (m.69), 6968 sayılı Zirai Mücadele ve Karantina Kanunu (m.28) gibi bazı kanunlar, ülkede olağanüstü hâl ilân etmeden vatandaşlara mal ve çalışma yükümlülükleri getirmektedir. Örneğin 15 Mayıs 1959 tarih ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısiyle Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunun 6'ncı maddesi, afetlerin meydana gelmesinden sonra vali ve kaymakamlara, olağanüstü hâl ilân edilmesine gerek kalmaksızın 18 - 65 yaş arasındaki bütün erkeklere görev vermeye, resmî ve özel her türlü taşıt araçlarına ve gerekli makina, alât ve devatına el koymaya, özel kişilere ait bina ve müştemilâtı ile bahçe ve arsa gibi araziyi geçici olarak işgal etmeye yetki vermektedir. 31 Ağustos 1956 tarih ve 6831 sayılı Orman Kanununun 69'uncu maddesi ise "orman yangınlarında yangına civar köy ve kasabaların 18 yaşını bitirip 50 yaşını doldurmamış bütün erkek nüfusu" için "yangın yerine gitmek ve yangını söndürmek" mecburiyetini getirmektedir.

Bu hükümler Anayasamıza aykırıdır. Vatandaşlar için söz konusu yükümlülüklerin getirilebilmesi için 1982 Anayasasına göre (m.15, 119), ülkede olağanüstü hâl ilân edilmiş olması gerekir. Bu Kanunların Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerekir. Ama iptal edilmedikçe de yürürlüktedirler ve mahkemeleri bağlarlar.

Acaba eski tarihli olan bu Kanunların 25 Ekim 1983 tarih ve 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunuyla *lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanunu ilga eder) ilkesi uyarınca zımnen ilga edildiği sonucuna varılamaz mı? Kanımızca hayır. Çünkü bu kanunlar "önceki tarihli" kanundurlar; ama 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu karşısında genel değil, "özel kanunlar"dır.

2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu *sonraki tarihli genel kanun*, 7269 sayılı Afetler Kanunu ve 6831 sayılı Orman Kanunu ise *eski tarihli özel kanun* olduklarına göre, bu çatışmaya *lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanunu ilga eder) ilkesi değil, *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* (sonraki tarihli genel kanun, önceki tarihli özel kanunu ilga etmez) ilkesi uygulanır. Bu ilke uyarınca ise, sonraki tarihli bir genel kanun ile eski tarihli özel kanunun çatışması durumunda zımni ilga kurumu işlemez.

Sonuç olarak 7269 sayılı Afetler Kanunu, 6183 sayılı Orman Kanunu gibi kanunların bu tür hükümleri TBMM tarafından ilga veya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmedikçe yürürlüktedir ve uygulanırlar.

3. Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.67; Atar *et alii, op. cit.*, s.79; Karayalçın, *op. cit.*, s.67.
4. Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, West Group, 1999, s.1639.
5. Örneğin bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin, 2. Baskı s.935-960.

IV. GERÇEK ÇATIŞMA (*ANTINOMIE*)

Şimdiye kadar aralarında üstlük-astlık, öncelik-sonralık veya özellik-genellik ilişkisi olan hukuk kuralları arasındaki çatışma sorununu inceledik. Gördüğümüz gibi, böyle durumlarda çatışmanın çözümü nispeten kolaydır. Aslında yukarıdaki üç ilkenin uygulanmasıyla çatışma ortadan kalkmaktadır. İşte bu nedenle bu tip çatışmalara "görünüşte çatışma" ismi verilebilir. Bir de nadiren de olsa hukuk kuralları arasında "gerçek çatışma (*antinomie*)" olabilir.

Hukuk kuralları arasında "gerçek çatışma (*antinomie*)", aralarında üstlük-astlık, öncelik-sonralık ve özellik-genellik ilişkisi olmayan iki hükmün çatışmasıdır. Örneğin aynı kanunda yer alan iki genel hüküm veya iki özel hüküm kendi aralarında çatışabilir. Bu durumda böyle bir çatışmanın *lex superior, lex posterior* veya *lex specialis* ilkelerine göre çözümlenmesi mümkün değildir. Aslında böyle bir durumun mevcut olmaması gerekir. Zira makul ve mantıklı bir kanun koyucu normalde birbiriyle çelişen kurallar koymaz. Ancak böyle bir olasılık, nadir de olsa, imkânsız değildir. Bu durumda çatışma nasıl çözümlenecektir?

Hâkim, mutlaka sorunu çözmek zorundadır. Aynı olaya aynı anda birbirinin zıddını diyen iki hükmü uygulaması mantıken mümkün değildir. Bu iki hükmün arasından birisini, keyfine göre tercih etmeye yetkisi de yoktur. Ancak ihkakı haktan imtina edemeyeceğine göre bu sorunu mutlaka çözmelidir. Bu durumda benimsenecek tek çözüm, Profesör Yaşar Karayalçın'a göre, "*bağdaşmayan hükümlerin birbirini yok ettiğini kabul etmek ve gerçek bir kanun boşluğu varmış gibi Medenî Kanunun 1'nci maddesine dayanarak yeni bir kural koymaktır*"[6]. Yazara göre, hukuk kuralı, yasama organından çıkan üstün bir irade olduğuna göre, belli bir konuda eşdeğer ve birbiriyle bağdaşmayan iki hukuk kuralının yürürlükte bulunması hâlinde tercih edilecek tek çözüm, bu konuda üstün tek bir irade bulunmadığı esasına dayanır. Karayalçın, bu sonucu mantık açısından, çelişmezlik ve üçüncü durumun imkânsızlığı ilkesiyle de desteklemektedir. Zira bir konuda üstün irade A çözümünü tercih ediyorsa, aynı konuda B çözümü söz konusu olamaz; olursa o konuda üstün irade yok demektir[7].

Yani aralarında altlık/üstlük, öncelik/sonralık ve özellik/genellik ilişkisi olmayan iki kuralın çatışması durumunda, her iki kuralın birbirini yok ettiğini ve ortaya hukuk boşluğu çıktığını söyleyebiliriz. Hukuk boşluğu durumunda ise özel hukuk alanında hâkim, boşluğu Medenî Kanunun 1'inci maddesine uygun olarak hukuk yaratma yoluyla doldurur. Hâliyle böyle bir durumda hâkim önce örf ve âdette hüküm olup olmadığına bakar; varsa onu

6. Yaşar Karayalçın, *Hukukta Öğretim, Kaynaklar, Metod*, Ankara, BTHAE, 4. Baskı, 1994, s.115. Karayalçın bu görüşü Profesör Ernest Hirş'in *Ticaret Hukuku Dersleri* (1948, s.65-68) kitabında savunduğunu yazmaktadır.
7. *Ibid.*

uygular. Yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir hüküm koyacak idiyse ona göre karar verir.

Ancak kamu hukuku alanında hâkim böyle hareket edemez. Kamu hukuku alanında iki kuralın yukarıdaki tarzda birbirini yok etmesi nedeniyle ortaya bir hukuk boşluğu çıkmış ise, hâkim örf ve âdete göre hüküm veremez. Örf ve âdet kural olarak kamu hukukunda geçerli değildir. Keza hâkim kamu hukukunda hukuk da yaratamaz. Böyle bir durumda hâkim bir karar vermez; yani dava konusu olay, olduğu gibi bırakılır; mevcut durum sürer. Hâliyle böyle bir şeye rastlanmaması gerekir. Çünkü makul ve mantıklı bir kanun koyucunun aynı anda birbiriyle çelişen iki hükmü koyma ihtimali pek düşüktür.

Ceza hukuku alanında sanık lehine olan hükmün uygulanması ilkesi geçerli olduğuna göre, çatışan hükümlerden birisi sanık lehine ise, bu hüküm uygulanarak çatışma çözülebilir.

V. FIKIH USÛLÜNDE ÇATIŞMA (*TEARUZ*)

Fıkıh usûlünde de hukuk kuralları arasında çatışma (*deliller arasında tearuz*) sorunu tartışılmış ve benzer sonuçlara ulaşılmıştır:

1. Bir kere, birbiriyle çelişen deliller arasında müreccah olan (üstün tutulan, ağır basan) varsa onunla amel olunur; yani o uygulanır. Örneğin kitap ile sünnet arasında tearuz görülürse kitap tercih olunur[8]. Bu, bizim yukarıda *lex superior* ilkesi dediğimiz ilkenin uygulanmasıdır.

2. İkinci olarak, denilmiştir ki, aynı kuvvette olan iki kural arasında, örneğin iki âyetin kendi arasında bir çelişki olsa ve bunlar aynı sarahatte bulunursa, "nüzul.. tarihleri tetkik edilir, *nüzulü muahhar olan mukaddem olanı nesh etmiş olur*"[9]. Yani inme tarihi sonra olan ayet, öncekini ilga etmiş sayılır. Bu, bizim yukarıda *lex posterior* ilkesi olarak gördüğümüz ilkenin uygulanması demektir.

3. Üçüncü olarak, denilmiştir ki, "bir hâdise hakkında biri âmm (genel), diğeri hâs (özel) olmak üzere zahiren birbirine muarız görülen iki delîli kat'î bulunursa", bu "iki delilden her biri aynı zamanda nüzul veya vürud etmiş ise "*hâs, âmmı muhassıs olur*"[10]; Yani özel genelden önce uygulanır. Örneğin iniş tarihleri bir olan iki ayetten biri özel, diğeri genel nitelikte ise özel nitelikte olan uygulanır. Bu, bizim yukarıda *lex specialis* ilkesi dediğimiz ilkenin uygulanması anlamına gelir.

---

8. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukı İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1968, c.I, s.194.
9. *Ibid.*
10. *Ibid.*, c.I, s.72.

Fıkıh usûlünde, bizim yukarıda "çapraz çatışmalar" dediğimiz türden çatışmalar da incelenmiştir. En zor çapraz çatışma olan, *sonraki tarihli genel hüküm ile önceki tarihli özel hüküm arasındaki çatışma sorunu* da fıkıh usûlünde tartışılmış bir sorundur. Fıkıh usûlünde bu konuda sonraki tarihli hükme itibar edilmiş ve denmiştir ki, "*âm olan delil, has olan delilden muahhar olursa hassın hükmünü nesh etmiş, ortadan kaldırmış olur*"[11]. Yani, sonraki tarihli genel hüküm, önceki tarihli özel hükmü ilga eder. Oysa yukarıda açıkladığımız gibi modern hukukta sorun tartışmalı olmakla birlikte, çoğunlukla, önceki tarihli özel hükmün, sonraki tarihli genel hükme tercih edileceği kabul edilmektedir.

Fıkıh usûlünde, bizim yukarıda "gerçek çatışma" dediğimiz sorun da tartışılmış ve bizim yukarıda vardığımız sonuca benzer bir sonuca ulaşılmıştır: Örneğin Ömer Nasuhi Bilmen'e göre,

> "bir şey hakkındaki her iki delil, ayni kuvvette bulunsa aralarında muaraza cari olacağından ikisi de delil olmaktan sakıt olur. Müddeayı isbat için başka bir delil aranır. Başka bir delil bulunmazsa o delillerin taallûk ettiği hadise, yani raünazeün fih olan mesele, aslında olduğu hâl üzere takrir edilir, bu muarız delillerden evvelki hâl üzere bırakılır"[12].

Biz yukarıda gördüğümüz gibi, Yaşar Karayalçın'ı izleyerek böyle bir durumda, çatışan hükümlerin birbirini yok ettiğini ve ortaya hukuk boşluğu çıktığını, özel hukukta bu boşluğun "hâkimin hukuk yaratması" yoluyla doldurulabileceğini söylemiştik. Fıkıh usûlünde ise, böyle bir durumda bu boşluk doldurulmaz; mevcut durum ne ise o devam ettirilir; dava konusu şey, davadan önce ne hâlde bulunuyorsa o hâlde bırakılır. Zira Mecellenin dediği gibi "*bir şeyin bulunduğu hâl üzere kalması esastır*" (m.5), "*kadim kıdemi üzere terk edilir*"[13] (m.6) ve "*beka, ibtidadan esheldir*"[14] (m.56).

Fıkıh usûlündeki bu sonuç, modern özel hukukta benimsenen çözümden nispeten farklı olsa da, modern kamu hukukunda benimsenen çözümden farklı değildir. Kamu hukukunda hâkim hukuk boşluğu durumunda, boşluğu dolduramaz. Dolayısıyla modern kamu hukukunda da mevcut durum olduğu hâl üzere bırakılır. ■

---

11. Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.72. Aynı şekilde denmiştir ki, "hass mukaddem ve amm muahhar olması halinde, amm hassı nesih ve ilga eder (Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948, s.37).
12. Bilmen, *op. cit.*, c.I, s.194.
13. "Kadim" eski, eskiden beri demektir . "Kıdem", eskilik, eski olma demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.575, 616). Yani "*kadim kıdemi üzere terk edilir*" demek, "eski, eskiden nasılsa öyle bırakılır" demektir.
14. "Beka", devam, evvelki hâl üzerine kalma demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.101). "Ka" uzun okunur. "İptida", başlama, başlangıç demektir, "Eshel" ise, daha kolay demektir (Devellioğlu, *op. cit.*, s.101, 278, 482). Dolayısıyla "*beka, ibtidadan esheldir*" demek, "bir şeyin olduğu gibi bırakılması, o şeye yeniden başlamaktan daha kolaydır" demektir.

Bölüm 18
HÂKİMİN HUKUK YARATMASI VE TAKDİR YETKİSİ

Bibliyografya.- Edis, *op. cit.*, s.106-145, 179-213; Özsunay, *op. cit.*, s.199-220, 221-229; Ataay, *op. cit.*, s.188-199, 199-202; Tekinay, *op. cit.*, s.70-77; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.73-75; Göğer, *op. cit.*, s.96-103; Aral, *op. cit.*, s.20-219; Bilge, *op. cit.*, s.182; Karayalçın, *op. cit.*, s.62-65; Du Pasquier, *op. cit.*, s.199-203.

PLÂN:

I. Hâkimin Hukuk Yaratması
- A. Hâkimin Hukuk Yaratması Konusundaki Görüşler
- B. Türk Medenî Kanununun Sistemi
- C. Hukuk Yaratma Yetkisinin Gerekliliği
- D. Hukuk Yaratmanın Şartı: Kanun Boşluğu
- E. Kanun Boşluğu Çeşitleri
- F. Hâkimin Hukuk Yaratırken Gözeteceği İlkeler
- G. Hâkimin Koyduğu Kuralın Niteliği
- H. Ceza Hukuku Alanında Hâkim Hukuk Yaratamaz

II. Hâkimin Takdir Yetkisi
- A. Genel Olarak
- B. Çeşitleri
- C. Hâkime Takdir Yetkisi Verilip Verilmediği Nasıl Anlaşılır?
- D. Takdir Yetkisinin Kullanılmasının Şartları
- Hâkimin Hukuk Yaratması – Hâkimin Takdir Yetkisi

I. HÂKİMİN HUKUK YARATMASI

Hâkim hukuk yaratabilir mi? Yani hukuk kuralı koyabilir mi? Bu konuda önce görüşleri görelim:

A. HÂKİMİN HUKUK YARATMASI KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER

1. 19'uncu yüzyılda Fransa'da egemen olan "şerhçi okul (*Ecole de l'exégèse*)"a göre, kanunda "boşluk (*lacune*)" yoktur. Her türlü mesele hakkında kanunda çözüm bulunur. Hâkim sadece kanunun uygulayıcısıdır. Kanunda her konu için bir çözüm bulunduğuna göre, kanun karşısında hâkim herhangi bir serbestiye sahip olamaz. Kanun yapılırken öngörülmemiş bir hukukî ilişki veya olay ortaya çıksa bile hâkimin durumu farklı değildir. O kanunu yorum yoluyla uygulayıp sorunu çözmek zorundadır[1].

1. Edis, *op. cit.*, s.106.

2. Aynı yüzyılda Almanya'da egemen olan "kavramlar içtihadı (*Begriffsjurisprudenz*)" okuluna göre de kanunlardaki boşluklar önemli değildir. Bunlar yine kanunlardan çıkarılacak "kavramlar" ile doldurulmalıdır. Eğer, kanunlardaki hükümlerden olayın çözümüne yarayacak bir kavram çıkarılamazsa, hâkim kendisi hukuk yaratamaz, yasama organına başvurmalıdır. Bu usule "*référé legislatif*" denir[2].

3. Hâkime boşluk doldurma yetkisi vermeyen yukarıdaki bu iki okula tepki olarak "serbest hukuk okulu (*Freirechtsschule*)" ve "serbest bilimsel araştırmalar okulu (*Libre recherches scientifiques*)"[3] ortaya çıktı. Bu okullara göre ise, genel olarak, hâkim kanunun amacını, iş hayatının gereklerini, hukukî ihtiyaçları, göz önünde bulundurarak kanunu serbestçe uygular. Hâkim sadece kanunun açık metni ile bağlıdır. Kanunun açık metninin değinmediği konularda karşılıklı çıkar uyuşmazlıklarını dikkate alarak serbestçe kural koyabilir. Bu okullar hâkime büyük ölçüde hukuk yaratma imkanı verir. Hukuk güvenliğinin sarsılabileceği düşüncesiyle bu okulların fikirleri eleştirilmiştir[4].

B. TÜRK MEDENÎ KANUNUNUN SİSTEMİ

Türk Medenî Kanunu yukarıda belirtilen üç görüşü de kabul etmemiştir. Medenî Kanunun 1'inci maddesine göre:

> "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir".

Bu maddeye göre, hâkim kanunda hüküm varsa ilk önce kanunu uygulayacaktır. Üstelik kanunu uygularken de, kanunun "sözünün" (lafzının) fazla esiri olmayacak, onun "ruhu"nu da (özünü de) araştıracaktır. Eğer kanunda buna rağmen bir hüküm bulamazsa, hâkim örf ve âdete bakacak, orada bir kural varsa ona göre karar verecektir. Yok eğer örf ve âdette dahi kural yoksa, hâkim kendisi kanun koyucu olsaydı, nasıl kural koyacak idiyse ona göre karar verecektir (*modo legislatoris*).

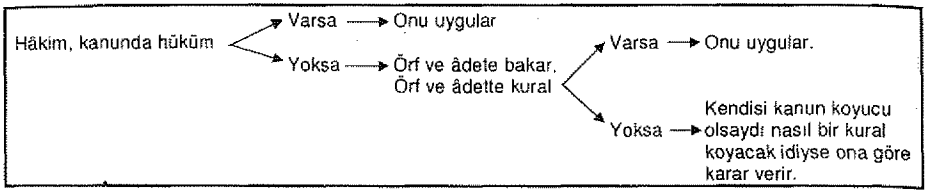
Dolayısıyla Medenî Kanun, hâkime belirli şartlarda hukuk yaratma yetkisini tanımıştır.

Kanunun öngördüğü sistem şu şekilde şemalaştırılabilir:

---

2. *Ibid.*
3. Bu okullar hakkında bkz. Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, s.30-79.
4. Edis, *op. cit.*, s.108.

Şema 18.1: Meden" Kanun Sisteminde Hâkimin Hukuku Uygulaması ve Yaratması



C. HUKUK YARATMA YETKİSİNİN GEREKLİLİĞİ

Aslında, hâkime hukuk yaratma yetkisinin tanınması kaçınılmaz bir şeydir. Zira kanun koyucunun ortaya çıkabilecek her türlü hukukî ilişki ve olayı önceden tahmin edip eksiksiz kurallar koyabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanunlarda kaçınılmaz olarak boşluk olacaktır[5].

Diğer yandan hâkimin hukuk yaratması hukuken de kaçınılmaz bir şeydir. Zira bilindiği gibi, "*hâkim ihkakı haktan imtina edemez*"; yani hak dağıtmaktan kaçınamaz.

"İhkak-ı haktan imtina (*denial of justice*) yasağı", sadece teorik bir ilke değil, doğrudan doğruya pozitif hukuk tarafından öngörülmüş ve müeyyidelendirilmiş bir ilkedir. Şöyle ki, 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 46'ncı maddesinin e bendine göre, hâkimin "*hakkın yerine getirilmesinden kaçınmış olması*" durumunda devlete karşı tazminat davası açılabilir ve bu durumda tazminatı ödeyen devlet, sorumlu olan hâkime rücu eder.

Hâkimin ihkak-ı haktan imtina edememesi, sadece Hukuk Muhakemeleri Kanununun bir sonucu değildir. Bu ilke aynı zamanda Anayasamızın 36'ncı maddesinden de kaynaklanır. Bu maddede şöyle denmektedir:

> "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.
>
> Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz".

Görüldüğü gibi Anayasamızın 36'ncı maddesi herkese hak arama hürriyetini tanımış, bunun doğal sonucu olarak da mahkemelerin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacaklarını belirtmiştir.

Tarihsel Bilgi.- 1086 sayılı eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 573'üncü maddesinin 6'ncı fıkrası, "ihkak-ı haktan istinkaf" eden hâkime karşı tazminat davası açılabileceğini hükme bağlamakla kalmamakta, "ihkakı haktan istinkaf (*denial of justice*)" fiilini de şu şekilde tanımlıyordu:

> "İhkak-ı haktan istinkaf, kanunen kabule şayan olan bir arzuhali bilamucip reddetmek veyahut bir dava rüyete hazır bulunmuş ve sırası gelmişken bir takım vahi özürler beyaniyle hakikaten suikasıtten naşi rüyetine teşebbüs ve devam etmemektir".

5. *Ibid.*

Özetle, hâkim önüne gelen davaya bakmak ve sorunu çözmek zorundadır. Kanunda hüküm bulamadım, yahut kanunda boşluk var deyip, karar vermekten kurtulamaz. Zira bu takdirde, hâkim bir yandan Anayasaya aykırı davranmış olur, diğer yandan da tazminat ödemek zorunda kalabilir ve nihayet Türk Ceza Kanununa göre görevi kötüye kullanma suçundan dolayı da ceza görebilir. O hâlde kanunda boşluk olsa da hâkim bir karar vermek zorundadır. İşte bu nedenle, hâkimin hukuk yaratması imkanı tanınmıştır.

D. HUKUK YARATMANIN ŞARTI: KANUN BOŞLUĞU

Yukarıda görüldüğü gibi, hâkimin hukuk yaratmasının ön koşulu, kanunda ve örf ve âdet uygulanacak hüküm olmaması, yani kanunda "boşluk" olmasıdır. Bu nedenle, ilk önce burada "kanun boşluğu (*vacuum iuris, legal gap, legal vacuum, lacune du droit*)" kavramını[6] görmemiz gerekir.

E. KANUN BOŞLUĞU ÇEŞİTLERİ

Kanun boşlukları başlıca iki çeşide ayrılmaktadır:

1. "Kural içi boşluklar (*intra legem boşluklar*)", kanun koyucu tarafından istenmiş ve bilinçli olarak bırakılmış boşluklardır. Kanun koyucu koyduğu kuralın eksikliğinin farkındadır. Bu eksikliğin hâkim tarafından doldurulmasını istemektedir[7]. İşte *intra legem* boşluklar aşağıda göreceğimiz gibi, hâkimin takdir yetkisi ile doldurulur. *Intra legem* boşluklarda hâkimin hukuk yaratmasına gerek yoktur.

2. "Kural dışı boşluklar (*praeter legem boşluklar* veya *extra legem boşluklar*)", kanun koyucunun arzu ve isteği dışında meydana gelmiş boşluklardır. Bu konu kanunda düzenlenmesi gerektiği hâlde kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir[8]. Bu tür boşluklar hâkimin yorum yetkisiyle veya takdir yetkisiyle de doldurulamaz.

Kanun boşlukları konusunda "bilinçli boşluk–bilinçsiz boşluk"; "gerçek boşluk–gerçek olmayan boşluk" gibi değişik ayrımlar[9] da yapılmaktadır. *Intra legem* boşluklar bilinçli; *praeter legem* boşluklar da bilinçsiz boşluklardır. Bu nedenle "bilinçli boşluk–bilinçsiz boşluk" şeklindeki ayrım gereksizdir. Kanımca "gerçek boşluk–gerçek olmayan boşluk" ayrımı yanlıştır. Çünkü "gerçek olmayan boşluk" kavramı, yani hukukî düzenlemenin var olması, ama tatmin edici sayılmaması, kabul edilemez. Zira, kanunu düzelt-

6. Edis, *op. cit.*, s.115-126; Ataay, *op. cit.*, s.189-190; Göğer, *op. cit.*, s.96-101; Karayalçın, *op. cit.*, s.62-64; Du Pasquier, *op. cit.*, s.199-203; Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.329-334.
7. Edis, *op. cit.*, s.122.
8. Edis, *op. cit.*, s.123; Göğer, *op. cit.*, s.97.
9. Bkz. Edis, 123-126.

me yetkisi yasama organına aittir[10]. Gerçek olmayan kanun boşluğundan bahisle hâkimin hukuk yaratması kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olur.

F. HÂKİMİN HUKUK YARATIRKEN GÖZETECEĞİ İLKELER[11]

Türk Medenî Kanununun 1'inci maddesine göre,

> "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir".

Hâkim kural koyarken, kendini kanun koyucunun yerine koyacak, kanun koyucu gibi düşünecek ve öyle bir kural koyacaktır. Kısacası hâkim, "kanun koyucu gibi (*modo legislatoris*)" hareket edecektir. Bu nedenle, burada aslında kanun koyucu nasıl kural koymaktadır sorusunu incelemek gerekir. Ama bu sorun konumuzu oldukça aşar. Bununla birlikte hâkimin kanun koyucu gibi hareketle kural koymasında şu hususlara dikkat etmesi gerektiği söylenebilir:

Hâkim, olayı kişilerden soyutlamalı, genel soyut bir kural koymalıdır. Hukukî ilişkinin taraflarının karşılıklı çıkarlarını tespit etmelidir. Toplum çıkarları ile bireysel çıkarlar arasında bir denge sağlamalıdır. Koyacağı kural, içinde yer aldığı hukuk sisteminin bütünüyle tutarlı olmalıdır. Diğer hukuk kurallarıyla çatışmamalıdır[12].

Hâkim kural koyarken diğer benzer hukuk kurallarından kıyas yoluyla yararlanabilir. Keza hâkim boşluk doldurmada hukukun genel ilkelerine de başvurabilir[13]. Nihayet hâkim bilimsel içtihatlardan ve yargısal kararlardan da istifade edebilir.

G. HÂKİMİN KOYDUĞU KURALIN NİTELİĞİ[14]

Son olarak belirtelim ki, hâkimin koyduğu kural, kanun niteliği ve gücünde değildir. Çünkü kanunlar Türkiye'de Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılır[15].

Hâkimin hukuk yaratması, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı değildir. Çünkü bu faaliyet esas itibarıyla hukukun uygulanması faaliyetinin içinde yer alır. Hâkimin bu yetkisi, yine bir kanundan (Türk Medenî Kanunu) kaynaklanır. Hâkimin kural koyma yetkisi, Anayasamızın 138'inci maddesine de uygundur. Bu maddeye göre, "hâkimler..., kanuna ve hukuka uygun ola-

10. Karayalçın, *op. cit.*, s.62.
11. Edis, *op. cit.*, s.127-133; Özsunay, *op. cit.*, s.205-211.
12. Edis, *op. cit.*, s.127-133.
13. *Ibid.*, s.124.
14. Edis, *op. cit.*, s.142-145; Özsunay, *op. cit.*, s.219-220.
15. Edis, *op. cit.*, s.142.

rak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler". Bu hükümde yer alan "hukuka" terimi, yasama organının düzenlemediği alanlarda da hâkimin faaliyet göstermek zorunda olduğu, bunun sonucu olarak da, gerektiğinde kural yaratabilme imkânına sahip olması gerektiği sonucunu doğurur[16].

Hâkimin koyduğu kural, bir kanun kuralı gibi genel ve sürekli bir bağlayıcılığa sahip değildir. Aynı hâkim benzer bir olayda daha sonra başka türlü bir kural koyabilir.

Nihayet, hâkimin koyduğu kural üst mahkemelerin denetimine tabidir.

H. CEZA HUKUKU ALANINDA HÂKİM HUKUK YARATAMAZ

Son olarak ceza hukukunda hâkimin hukuk yaratamayacağını söyleyelim. Çünkü bu alanda "kanunsuz suç ve ceza olmaz (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)" ilkesi geçerlidir. Kanunilik ilkesi de denilen bu ilke 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 2'nci maddesinde kabul edilmiştir. Ceza Kanununda boşluk yoktur. Suç olması istenilen bir fiili cezalandıran bir madde ceza kanununda yoksa, bundan o fiilin suç olmadığı sonucu çıkar. Böyle bir fiili hâkim kendisi kural koyarak cezalandıramaz.

II. HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİ[17]

Burada genel olarak hâkimin takdir yetkisini, bu yetkinin çeşitlerini ve şartlarını göreceğiz.

A. GENEL OLARAK

Kanunlar hangi olaylara ne gibi sonuçlar bağlanacağını çoğunlukla açıkça belirler. Mesela 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 237'nci maddesine göre "*taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır*". Eğer bir taşınmaz satımı adî şekilde (örneğin taraflar arasında imzalanan bir sözleşmeyle) yapılmışsa, bu satış geçersizdir. Burada olayın hukukî sonucu tam olarak belirtilmiştir. Görüldüğü gibi bu hukuk kuralı hem *olay*, hem de *sonuç* unsurlarını içermektedir[18].

Bazı hukuk kurallarında ise *olay* veya *sonuç* unsurlarından biri eksik bulunabilir. Gerçekten de, bazen kanunda hâkimin önündeki meseleye uygulayabileceği bir hukuk kuralı vardır. Ancak bu kural, ya kendi uygulama şartlarını ya da bazı şartların gerçekleşmesi durumunda hükmün ne olması ge-

16. *Ibid.*, s.143.
17. Edis, *op. cit.*, s.179-213; Özsunay, *op. cit.*, s.221-229; Ataay, *op. cit.*, s.199-202; Tekinay, *op. cit.*, s.73-77; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.74-75; Göğer, *op. cit.*, s.102-103; Aral, *op. cit.*, s.214-219.
18. Tekinay, *op. cit.*, s.73.

rektiğini tam olarak belirtmemekte ve bu işi hâkime bırakmaktadır[19]. Böyle bir durumda, "I. Hâkimin Hukuk Yaratması" başlığı altında gördüğümüz gibi "kural içi boşluk (*intra legem boşluk)*"tan bahsedilir.

İşte kanun koyucunun bir kuralın uygulanmasına ilişkin şartları tam olarak belirlememesi veya bazı şartların varlığı hâlinde hangi hükmün verilmesi gerektiğini tam olarak göstermemesi ve bunların tespitini hâkime bırakması durumunda "*hâkimin takdir yetkisi*"nden bahsedilir[20].

Mesela 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 27'nci maddesine göre "adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir". Acaba bu "haklı sebepler" nelerdir? Kanun bu sebepleri belirtmemektedir. Bu sebeplerin takdirini hâkime bırakmaktadır[21]. Davacının ismini değiştirmek için ileri sürdüğü sebeplerin haklı olup olmadığını hâkim takdir eder[22]. Örneğin Yargıtaya göre, bir kişinin soyadının "Çakal" olması, soyadın değiştirilmesi için haklı sebep teşkil eder[23]. Ama mesela "Aslan" isminin değiştirilmesi isteği belki haklı nedene dayanmaz. İşte bu hususları hâkim takdir eder.

Ceza kanunlarında da genellikle suçlulara verilecek cezaların alt ve üst miktarları belirtilir. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 141'inci maddesine göre "zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir". Böyle bir hırsızlık olayı durumunda hâkim, hırsıza bir yıl da, üç yıl da ceza verebilir. Bunun takdiri hâkime aittir[24].

B. ÇEŞİTLERİ

Hâkimin takdir yetkisi *şartlarda* ve *hükümde* olmak üzere iki çeşittir.

1. Şartlarda Takdir Yetkisi.- Bu durumda hâkim, kanundaki bir hükmün uygulanma şartları üzerinde takdir yetkisine sahiptir. Mesela 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 166'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına dayanarak hâkimin boşanmaya hükmedebilmesi için, evlilik birliğinin "ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış" olması gerekir. Karı-koca arasındaki geçimsizliğin evlilik birliğini temelinden sarsıp sarsmadığının takdiri hâkime bırakılmıştır. Yani Medenî Kanunun 166'ncı maddesinin uygulanma şartlarını hâkim takdir eder[25].

---

19. *Ibid.*
20. *Ibid.*
21. *Ibid.*
22. Aydın Zevkliler, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler,* Ankara, Olgaç Matbaası, 1981, s.251.
23. Yargıtay, 6. HD, 9.9.1968, E.2367, K.3654, zikreden Zevkliler, *op. cit.*, s.251.
24. Dönmezer-Erman, *op. cit.*, c.III, s.118-121.
25. Akıntürk, *Medenî Hukuk, op. cit.*, s.231; Ataay, *op. cit.*, s.200.

b) Hükümde Takdir Yetkisi.- Hâkim bazı şartların varlığı durumunda vereceği hükmün niteliği ve kapsamı konusunda da takdir yetkisine sahip olabilir. Örneğin Medenî Kanunun 121'inci maddesine göre hâkim nişanın kusuru olmaksızın bozulmasından dolayı zarara uğrayan tarafın zararını gidermek için "diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesi"ne karar verebilir. Bu "uygun miktarda bir para"nın ne kadar olduğunu hâkim takdir eder[26].

C. HÂKİME TAKDİR YETKİSİ VERİLİP VERİLMEDİĞİ NASIL ANLAŞILIR?

Bir kanunun hâkime takdir yetkisi verip vermediği genellikle üç şekilde anlaşılır:

1. Hâkime Takdir Yetkisinin "Açıkça" Verilmesi.- Kanun, bazen hâkimin takdir yetkisine sahip olduğunu "açıkça" belirtir. Bu durumda kuralın metninde "takdir eder" veya "serbestçe takdir eder" gibi ifadeler bulunur. Örneğin Türk Medenî Kanununun 184'üncü maddesinin dördüncü bendine göre boşanma davasında "hâkim, kanıtları *serbestçe takdir eder*". Keza Medenî Kanunun 757'nci maddesine göre, başkasının su kaynağına zarar veren kişi bu zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, "zarar kasten veya ihmal yoluyla verilmemişse ya da zarar görenin de kusuru varsa hâkim, tazminatın gerekip gerekmediğini, gerekiyorsa miktar ve türünü *takdir eder*". Medenî Kanunun 766'ncı maddesine göre "bir taşınırın mülkiyetini nakleden kimse özel bir hukukî ilişkiye dayanarak o şeyin zilyetliğini korursa, mülkiyet teslimsiz geçmiş olur. Ancak, bu işlem üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak için yapılmışsa, mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz. Böyle bir amaç güdülüp güdülmediğini hâkim *takdir eder*".

2. Kuralın İfadesinden.- Çoğunlukla kanunlar takdir yetkisine "açıkça" yollama yapmaz. Onun yerine "durumun gerekleri (icabı hâl)", "haklı nedenler (muhik sebep)", "uygun tazminat", "hakkaniyet", "uygun tedbirler", "işin mahiyeti", gibi ifadeler kullanarak hâkime takdir yetkisi tanır[27]. Örneğin 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 176'ncı maddesine göre "maddî tazminat ve yoksulluk nafakasının toptan veya *durumun gereklerine* göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebilir". Medenî Kanunun 347'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre "çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve *durumun gereklerine göre* başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir". Medenî Kanunun 227'nci maddesine göre "böyle bir malın daha önce elden çıkarılmış olması hâlinde hâkim, diğer eşe ödenecek alacağı *hakkaniyete uygun* olarak belirler".

---

26. Ataay, *op. cit.*, s.200.
27. *Ibid.*, s.203.

3. Kuralın Yazılış Biçiminden.- Nihayet, bazen kanunlar ne "açıkça" takdir yetkisi verir, ne de "durumun gereği" gibi ifadeler kullanır. Ama yine de biz kuralın yazılış şeklinden hâkimin takdir yetkisine sahip olduğunu anlarız. Bu durumda genellikle kanunlar, "hükmedebilir", "kılınabilir", "yapılabilir" gibi ifadeler kullanır. Örneğin 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 12'nci maddesine göre, "onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği veya velisinin rızasıyla ergin *kılınabilir*"[28]. Burada "kılınabilir" ifadesinden biz hâkimin takdir yetkisine sahip olduğunu anlıyoruz. Hâkim, 15 yaşını bitirmiş kimseyi reşit kılmayabilir de.

Medenî Kanunun 184'üncü maddesinin son bendine göre "hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar *verebilir*". Buradaki "karar verebilir" ifadesinden karar vermeyebilir sonucu da çıkmaktadır. Dolayısıyla burada hâkime takdir yetkisi verilmiştir.

D. TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILMASININ ŞARTLARI

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 4'üncü maddesine göre,

> "kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir".

Türk Medenî Kanununun 4'üncü maddesinde ifade edildiği gibi, hâkimin takdir yetkisini kullanabilmesi için birtakım şartlar ve sınırlar vardır. Bir kere, kanun hâkime takdir yetkisi vermiş olmalıdır. İkinci olarak, hâkim bu yetkisini ancak kanunun çizdiği sınırlar içinde kullanabilir. Nihayet, hâkim bu yetkisini hak ve nısfetle kullanacaktır.

1. Kanun Hâkime Takdir Yetkisi Vermiş Olmalıdır[29]**.-** Kanunun hâkime nasıl takdir yetkisini verdiğini yukarıda gördük. Kanun hâkime açıkça takdir yetkisi vermektedir. Bazen kanunun hâkime takdir yetkisi verdiği, kanunda kullanılan "haklı sebepler" gibi ifadelerden anlaşılır. Bazen de kanunun yazılış biçiminden takdir yetkisi çıkarılmaktadır.

2. Hâkim Takdir Yetkisini Kanunun Çizdiği Sınırlar İçinde Kullanmalıdır[30]**.-** Takdir yetkisinin alanı kanun koyucu tarafından önceden ölçülmüş biçilmiştir. Hâkim bu sınırın dışına çıkamaz. Örneğin ceza hâkimi, verilecek ceza miktarını takdir ederken kanunun belirlediği alt ve üst sınırı aşamaz[31].

3. Hâkim Takdir Yetkisini Hukuka ve Hakkaniyete Göre Kullanmalıdır.- Medenî Kanunun 4'üncü maddesine göre, hâkim takdir yetkisini

28. *Ibid.*
29. *Ibid.*, s.200.
30. Edis, *op. cit.*, s.204-205; Özsunay, *op. cit.*, s.227.
31. Dönmezer-Erman, *op. cit.*, c.III, s.118-119.

"hukuk ve hakkaniyete göre" kullanır. Burada "hukuk"tan pozitif hukuk kuralları anlaşılır. Hakkaniyetten ise, kanunun uygulanmasında tarafların özel durumlarının ve şartlarının dikkate alınması anlaşılır. Böylece hakkaniyet (nısfet, *aequitas, équité, equity*) kavramı, kanunun olduğu gibi uygulanmasından doğacak sakıncaların giderilmesine yarar[32]. Burada hakkaniyet kavramının "adalet" kavramından farkı ortaya konmalıdır. Adalet, kurallara ve ilkelere hâkim olması gerektiği düşünülen en yüksek temel ve moral düşünceyi ifade eder[33]. Buna karşılık hakkaniyet, bazı şartların ve çözümlerin önceden saptanmasının doğurabileceği düşünülen sakıncalarını ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek uygulanmasının gerektiği düşüncesidir[34]. Diğer bir ifadeyle hakkaniyet, somut olayların özelliklerine uyan çözüm tarzlarıdır[35].

Sonuç olarak hâkim takdir hakkını "hakkaniyet" çerçevesinde kullanmalı, katı ve önceden tespit edilmiş kuralları, kişilerin ve somut olayların özeliklerine uydurmalıdır. Ancak, bu anlamda hakkaniyet yine de objektif bir kavramdır. Hâkim, tamamen acıma veya insanlık duygularından hareketle, takdir hakkını hissî bir şekilde kullanamaz.

Son olarak şunu belirtelim ki, takdir yetkisini hâkim gerekçeli olarak kullanır. Yani niçin takdir yetkisini şu ya da bu şekilde kullandığının gerekçesini kararında açıklar[36].

Nihayet takdir yetkisi konusunda son olarak belirtilmeli ki, hâkimin takdir yetkisi kullanması kural olarak Yargıtayın denetimine tâbi değildir. Çünkü, bu yetki esas itibarıyla olay mahkemesi (ilk derece mahkemesi, bidayet mahkemesi) hâkimine aittir. Ancak bununla birlikte, kanunun kendisine takdir yetkisi vermediği hâlde hâkim takdir yetkisini kullanmışsa (yetkisizlik) veya takdir yetkisini kanunun çizdiği sınırların dışına çıkarak kullanmışsa (yetki aşımı) ve keza bu yetkiyi hak ve nısfete aykırı olarak kullanmışsa ve ayrıca kararında takdir nedenlerini göstermemişse Yargıtay, hâkimin takdir yetkisi kullanmasını denetleyebilir, bu şekilde verilen kararı bozabilir[37].

HÂKİMİN HUKUK YARATMASI – HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİ

Hâkimin hukuk yaratması ile hâkimin takdir yetkisi birbirinden farklıdır. Hâkimin hukuk yaratmasının şartı kural dışı (*extra legem*) boşluğun; hâkimin takdir yetkisinin koşulu ise kural içi (*intra legem*) boşluğun bulunmasıdır. ■

---

32. *Ibid,* s.207-208.
33. Tekinay, *op. cit.,* s.76; Edis, *op. cit.,* s.210.
34. Tekinay, *op. cit.,* s.76; Edis, *op. cit.,* s.210.
35. Tekinay, *op. cit.,* s.777.
36. Edis, *op. cit.,* s.213.
37. *Ibid.,* s.211-213.

Bölüm 19
HUKUK KURALLARININ MÜEYYİDESİ

Bibliyografya.- Bilge, *op. cit.*, s.31-35; Güriz, *op. cit.*, s.41-44; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.20-26; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.8-10; Göğer, *op. cit.*, s.36-42; Akıntürk, *Temel Hukuk*, *op. cit.*, s.11-14; Hafızoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.137-170; Görgün, *op. cit.*, s.23-25; Esener, 127-150; Du Pasquier, *op. cit.*, s.112-115; Gridel, *op. cit.*, s.35-49; Bekaert, *op. cit.*, s.423-468; J. Haesaert, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1948, s.93-104.

PLÂN:

I. Genel Olarak
- A. Müeyyidenin Tanımı
- B. Müeyyide Gereksiz mi?
- C. Müeyyidesiz Hukuk Kuralları Olabilir mi?
- D. Ödül Hukukun Müeyyidesi Olabilir mi?
- E. Hukukun Cebri - Çetenin Cebri
- F. Hukukî Cebrin Değişik Görünümleri
- G. Müeyyidenin Tarihî Gelişimi
- H. Uluslararası Hukukun Müeyyidesi

II. Müeyyide Çeşitleri
- A. Özel Hukuk Müeyyideleri
  - 1. Cebri İcra
  - 2. Tazminat
  - 3. Geçersizlik (Yokluk ve Butlan)
- B. Kamu Hukuku Alanında Başlıca Müeyyideler
  - 1. Cezaî Müeyyideler
  - 2. İdarî Müeyyideler

I. GENEL OLARAK

Hukuk kurallarının bir insan davranışını emrettiğini veya yasakladığını daha önce söylemiştik. Hukuk kurallarının emrettiği davranışı insanlar çoğunlukla kendiliğinden yaparlar. Keza, hukuk kurallarının yasakladığı davranıştan da insanlar genellikle kendiliğinden uzak dururlar. Hukuk kuralları, konusunu oluşturan insan davranışının yapılmasını veya yapılmamasını kişilerin isteğine bırakmaz. Hukuk kurallarının emrettiği veya yasakladığı insan davranışı muhatapları için zorunludur. Bu zorunluluk, bu bağlayıcılık, hukukta "müeyyide" ile sağlanır. Hukuk kuralının uygulanmaması hâlinde kişi bir müeyyide ile karşılaşır. Diğer bir ifadeyle, hukuk kurallarına uyulmasının

nihai nedeni müeyyidedir. Kişi hukuk kurallarına ya uyar, ya da müeyyideye maruz kalır. İşte bu bölümde biz hukuk kurallarının müeyyidesini göreceğiz.

A. MÜEYYİDENİN TANIMI

Önce "müeyyide (yaptırım, *sanction*)"nin[1] tanımını verelim:

TANIM: *Müeyyide*, bir hukuk kuralının ihlâline tepki olarak gösterilen ve hukuk düzeni tarafından öngörülen cebirdir[2].

Bu tanımdan müeyyidenin unsurlarını çıkarabiliriz:

1. *Müeyyide hukuk kuralının ihlâline tepki olarak gösterilir.* Hukuk kuralının ihlâline tepki olarak gösterilmiyorsa, kişinin maruz kaldığı cebir, isterse bu cebir devlet tarafından uygulansın, ceza hukuku bakımından bir suç, borçlar hukuku bakımından bir haksız fiil oluşturur.

2. Gösterilen bu tepki, kişinin hoşuna gitmeyen bir tepkidir. Diğer bir ifadeyle kişiye zarar veren bir tepkidir. Biz böyle bir tepkiye hukuk dilinde "cebir (*coercion, contraint*)" diyoruz. Cebir, kişinin yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne, malvarlığına verilen bir zarardır. Örneğin idam cezası, kişinin yaşamına son vermekte, kırbaç cezası kişinin sağlığına ve onuruna, hapis cezası kişinin özgürlüğüne, tazminat ise kişinin malvarlığına zarar vermektedir. Şüphesiz kişinin hoşuna gitmeyecek durumlar bundan ibaret değildir. Örneğin evliliğinin iptal edilmesi de kişinin hoşuna gitmez, bu anlamda evliliğin geçersizliğine hükmedilmesi de bir cebirdir. Keza kişiye yarar sağlayan bir sözleşmenin iptal edilmesi de yine böyle bir cebirdir.

3. Hukuk kuralının ihlâline tepki olarak gösterilen bu cebir, herhangi bir cebir değil, hukuk düzeni tarafından öngörülmüş bir cebirdir. Bir hukuk kuralı ihlâl edilmiş olsa da, bu ihlâlden dolayı, herkes, hatta o kuralın ihlâlinden zarar gören kişi, tepki göstermeye yetkili değildir. Modern hukuk düzenlerinde cebir, merkezî bir suretle örgütlenmiştir. Yani, bu cebrin hangi şartlarda, hangi usûl içinde ve kim tarafından uygulanacağı hukuk düzenince önceden saptanmıştır. Kural olarak, Türk hukuk düzeninde, bir normun ihlâl edilip edilmediğini saptamaya yetkili organlar, mahkemelerdir. Bu mahkemeler, normun ihlâl edildiğini saptarlarsa, normu ihlâl edene karşı hangi tep-

---

1. *Terim Sorunu:* "Müeyyide (müeyyid, teyid eden)", Arapça kökenli bir kelime olup, sağlamlaştıran, kuvvetlendiren, doğrulayan, yardım eden anlamlarına gelir. Müeyyide yerine "yaptırım" kelimesi de kullanılmaktadır. Erdoğan Göğer, "yaptırım" kelimesinin müeyyideyi tam karşılamadığını düşünmektedir. Biz bu tartışmalara girmiyoruz. Kanımızca, hukuk kitaplarının çoğunda hâlâ "yaptırım" kelimesine nazaran "müeyyide" kelimesi daha sıklıkla kullanılmaktadır. Biz en yaygın olan kelimeleri tercih ediyoruz. Bir gün "yaptırım" kelimesi de aynı ölçüde yaygınlaşırsa onu kullanacağız.
2. Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, *op. cit.*, s.43; Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève Librairie Droz, 1979, s.85; Michel Virally, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1961, s.68.

kinin ne miktarda gösterileceğine karar verir. Yani cebri kararlaştırır. Bu tepki, yani cebir daha sonra, cezaevleri ve icra memurlukları tarafından icra edilir. Hukuk düzeni tarafından öngörülmemiş bir cebir müeyyide değildir. Hukuk düzeni tarafından öngörülmeyen bir cebri uygulayan kişi, bu kişi devlet görevlisi olsa bile, ceza hukuku bakımından suç, özel hukuk bakımından da haksız fiil işlemiş olur.

B. MÜEYYİDE GEREKSİZ Mİ?

Bazı yazarlar, insanların hukuk kurallarına müeyyideden korktukları için değil, kendiliklerinden, isteyerek, rızaen, hatta alışkanlıktan uyduklarını düşünmektedirler. Onlara göre, hukuk düzeninin etkililiği sadece kuvvetle sağlanamaz. Olaylar, asıl olanın kurallara uymak olduğunu göstermektedir. Hukukta kuralların ihlâli asıl değil, istisnadır. İstisnanın asılın yerine konulmaması gerekir[3].

Şüphesiz birçok insanın cebir olmaksızın hukuk kurallarına uyduğu bir gerçektir. Bu nedenle yukarıdaki düşüncede bir hakikat payı vardır. Ancak bu düşünceden yola çıkılarak müeyyidenin gereksiz olduğu ileri sürülemez. Şüphesiz hukuk kurallarına pek çok insan kendiliğinden uyuyor olabilir. Ancak kendiliğinden uyma, hukuk düzeni için hiçbir zaman yeterli bir teminat teşkil etmez. Yani, "kendiliğinden uyma, hukuk düzeninde elbette gerekli, fakat yeterli değildir"[4]. O hâlde temel sorun, kendiliğinden uyma gerçekleşmediğinde, kuralın ihlâline hangi araçlarla cevap verileceği sorunudur[5]. Müeyyide olmaksızın hukuk düzenine uyulsaydı, o düzen hukuk düzeninden tamamen farklı bir düzen olurdu[6]. Kelsen bu konuda şöyle demektedir: "Eğer gelecekte, sosyal düzen cebrî düzen olma özelliğini kaybedecek olursa ve eğer toplum hukuksuz da olabilirse, bu, gelecekteki toplum ile bugünkü toplum arasındaki farkın Amerika Birleşik Devletleri ile Eski Babil arasındaki veya İsviçre ile Ashanti kabilesi arasındaki farktan ölçülemeyecek kadar büyük olması demektir"[7].

C. MÜEYYİDESİZ HUKUK KURALLARI OLABİLİR Mİ[8]?

Acaba müeyyidesiz hukuk kuralları olabilir mi? Yani bir yandan bir hukuk kuralı belirli bir davranışı emredecek, diğer yandan da bu davranışın ihlâli için müeyyide öngörmeyecek? Bu konuda iki görüş ileri sürülmüştür: Bi-

3. Bu yöndeki düşüncelerin açıklanması için bkz.: Hafızoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.159.
4. *Ibid.*
5. *Ibid.*
6. *Ibid.*, s.173.
7. Kelsen, *General Theory of Law and State, op. cit.*, s.19-20. Keza, aynı alıntı için bkz. Hafızoğulları, *op. cit.*, s.20.
8. Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş, op. cit.*, s.47-49; Hafızoğulları, *op. cit.*, s.153-170; Haesaert, *op. cit.*, s.99-103; Gridel, *op. cit.*, s.47-49.

rinci görüşe göre, bir hukuk düzeninde müeyyidesiz normlar olabilir. İkinci görüşe göre, bir hukuk düzeninde müeyyidesiz normlar olamaz.

1. Bir Hukuk Düzeninde Müeyyidesiz Hukuk Normları Olabilir Görüşü

Müeyyidesiz hukuk normları problemi karşısında, klasik hukuk teorisi, bu güçlükten, *"lex imperfecta"* diye isimlendirdiği tuhaf bir kategori icat ederek kurtulacağını sanmıştır. Örneğin Jean Dabin, anayasa hukukunu ve uluslararası hukuku "eksik hukuk (*droit imparfait*)" olarak nitelendirmektedir[9].

Aynı anlamda modern hukuk kuramcılarının bir kısmı da, hukuk düzenini bir cebir düzeni olarak tanımlamakla birlikte, genel olarak ve büyük üçlüde (*grosso modo*) müeyyidelendirilmiş bir hukuk düzeninde müeyyidesiz normlar olabileceğini kabul etmektedirler. Bu teze göre, "cebir, bir hukuk düzeninin içerdiği unsurlardan her birine değil, ama bu düzenin bütününe atfedilen bir özelliktir"[10]. Örneğin, Guy Héraud'ya göre,

> "hukuk düzenini oluşturan her ilkenin gerçek olarak müeyyidelendirildiği veya bir müeyyide imkanından yararlandığı söylenemese de, örgütlenmiş maddi müeyyide hukuk düzeninin özelliğidir. 'En büyük güç' anlamında müeyyide, hukuk düzeninin *ut singuli* unsurlarının değil, *in globo* hukuk düzeninin özelliğidir"[11].

Benzer bir görüş, Türkiye'de Zeki Hafızoğulları tarafından savunulmuştur. Yazara göre, "bir norma hukuk normu sıfatını veren unsur normun etkinliği veya zorlayıcılığı değil, ama o normun belli bir hukuk sistemine aidiyeti, yani o sistem içindeki geçerliliğidir"[12]. O hâlde, müeyyide münferit normların değil, bu normların birlikte teşkil ettiği normatif sistemin bir özelliğidir. Diğer bir ifadeyle, müeyyide, tek tek normların değil, bütün itibarıyla hukuk düzeninin kurucu unsurudur[13]. O hâlde, bütünü itibarıyla müeyyideye dayanan bir hukuk düzeninde müeyyidesiz münferit normlar bulunabilir. Bir hukuk düzeninde müeyyidesiz normların olması, müeyyide kavramını hukukun zorunlu bir unsuru olmaktan çıkarmaz. Yani belli bir müeyyidesi olmaması bir normu, hukuk normu olmaktan çıkarmaz[14].

---

9. Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, İkinci Baskı, 1953, s.51'den alıntılayan Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, s.223.
10. Manuel Atienza, "Juridicité", *in* André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, s.324.
11. Guy Héraud, "La validité juridique, *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, Faculté de Droit et de Sciences économiques de Toulouse, Paris, Librairie Dalloz ve Sirey, 1960, t.II, s.479.
12. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.155.
13. *Ibid.*, s.169.
14. *Ibid.*, s.156.

KUTU 19.1: Müeyyidesiz Hukuk Kuralının İhlâli.- Müeyyidesiz hukuk kuralı olsa bile, bir hukuk kuralının müeyyidesiz olması, onun hukuk kuralı olmadığını göstermez. Müeyyidesiz hukuk kuralı da bir hukuk kuralıdır ve bağlayıcıdır. Müeyyidesiz hukuk kuralının ihlâl edilmesi de yine bir ihlâldir. Müeyyidesiz hukuk kuralını müeyyidesizdir diye ihlal eden kişinin durumu, ahlâk kuralını müeyyidesizdir diye ihlâl eden kişinin durumuna benzer.

2. Müeyyidesiz Hukuk Normlarının Olamayacağı Görüşü

Hans Kelsen müeyyidesiz hukuk normları kategorisini tamamen reddetmektedir. Ona göre, müeyyideden yoksun hukuk normları, yani kendisine uyulmaması hâli için müeyyide öngörmeyen ve aynı zamanda belirli bir beşerî davranışı emreden normlar olamaz[15]. Zira daha yakından incelendiğinde, müeyyidesiz normlar olarak sunulan işlemlerin aslında ya hukuken anlamsız normlar olduğu, ya da bağımlı hukuk normları olduğu anlaşılmaktadır.

a) Hukuken Anlamsız Normlar (*Normes juridiquement irrelevantes*).- Şu tamamen normaldir ki, bir yasa koyucu, usûlüne uygun olarak, bir yandan belirli bir beşerî davranışı emredebilir, diğer yandan ise, buna aykırı hareket hâlinde müeyyide olarak bir cebir işlemi ihdas etmeyebilir[16]. Kelsen'e göre,

> "bu hâlde, eğer varsayılan temel norm cebir işlemleri kuran bir norm olarak formüle edilmişse, söz konusu işleme, sübjektif anlamına tekabül eden objektif bir anlam vermek imkânsızdır. Sübjektif anlamı hukuk normu olarak yorumlanamayan norm hukuken anlamsız olarak mülâhaza edilmelidir"[17].

Başkaca, eğer bir işlemin anlamı bir davranışı emreden, böyle bir davranışa izin veren veya yetki veren bir norm niteliği arz etmiyorsa, bu işlem usûlüne göre kabul edilse bile hukuken anlamsızdır. Tamamen anayasal olarak kabul edilen bir kanun, norm özelliğinde olmayan bir içeriğe sahip olabilir. Örneğin hukukun Tanrı'dan geldiği, kanunun adil olduğu ve bütün hâlkın çıkarına hizmet ettiği gibi siyasî veya dinî bir teoriyi ifade edebilir[18].

Böylece Kelsen'e göre bir işlemin usûlüne uygun olarak yapılması yeterli değildir; aynı zamanda belirli bir sübjektif anlama da sahip olması gerekir[19]. Yani o, belirli bir beşerî davranışı emreden, belirli bir beşerî davranışa izin veya yetki veren bir irade işlemi olmalıdır.

Dolayısıyla Kelsen'e göre, cebir unsurunu ilâve etmeksizin, hukuk düzeninin sadece temel norma uygun olarak konulmuş bir düzen olarak tanımı kabul edilemez bir şeydir. Bundan şu sonuç çıkmaktadır ki, hukuku bir cebir düzeni olarak nitelendirmeyen her tanımı reddetmek gerekir[20].

b) Bağımlı Normlar (*Normes non-indépendantes*).- Kelsen'e göre, hukuk düzeninin cebir düzeni olarak tanımı bağımlı normlar açısından da mu-

15. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.72.
16. *Ibid.*, s.71. 17. *Ibid.* 18. *Ibid.*
19. *Ibid.*, s.72. 20. *Ibid.*, s.73.

hafaza edilebilir. Bağımlı normlar kendi başlarına müeyyide ihdas etmez, sadece işlem yapma, kural koyma yetkisi verir. Örneğin anayasaların bazı normları, yasama usûlünü düzenlemektedir; ama bu usûlün ihlâli hâlinde herhangi bir müeyyide öngörmez. Bu normlar, başka normlar tarafından ihdas edilen cebir işlemlerinin icra edileceği koşulları belirleyen *bağımlı normlar*dır. Bunlar yasama organına norm koyma yetkisini vermekte, ama norm konulmasını emretmemektedir; ve bu ölçüde, müeyyidesiz olmaları bir sorun oluşturmamaktadır. Anayasanın hükümleri ihlâl edilmişse, bundan sadece şu sonuç çıkar: *Geçerli hukuk normları doğmamıştır; bu şekilde konulan kurallar yoklukla malûldür ve iptal edilebilir*[21].

Burada kısaca, *birincil ve ikincil normlar ayrımı*ndan bahsetmek uygun olur. "Birincil normlar (*normes primaires*)", belirli bir insan davranışını emreden, "ikincil normlar (*normes secondaires*)" ise, birincil normların hangi biçimde yapılacağını belirten normlardır[22]. Diğer bir ifadeyle, ikincil normlar, birincil normların konulması için öngörülmüş olan yetki normlarıdır ki, bunlara "metanormlar (*métanormes*)" ismi verilebilir.

Eğer bir norm, belirli bir davranışı emrediyor ve diğer bir norm da birincisinin ihlâli durumu için müeyyide ihdas ediyorsa bu iki norm birbirine bağımlıdır[23]. Örneğin bir organa veya bir kişiye hukuk normları koyma yetkisi veren normlar ile bu normlara uyularak konulmuş normlar bağımlı normlardır[24]. Örneğin, hırsızlığın hapis cezası ile cezalandırıldığı bir hukuk düzenini ele alalım. Cezalandırma koşulu sadece birinin bir şey çalması değildir. Hırsızlık fiilinin, hukuk düzeni normlarının belirlediği usûle göre, bu amaçla yetkilendirilmiş bir mahkeme tarafından tespit edilmesi ve bu tespitten sonra mahkemenin kanun tarafından belirlenen cezaya hükmetmesi ve nihayette başka bir organın bu cezayı infaz etmesi gerekir. Ancak hırsızlığa belirli bir ceza öngören bir normun anayasaya uygun olarak konulmasından sonra, mahkemenin belirli bir usûle göre bir hırsızı belirli bir cezaya çarptırma yetkisi vardır. Böyle bir normun konulmasına yetki veren anayasa normu (yani yasama organına kanun yapma yetkisi veren ve kanun yapma usûlünü belirleyen anayasa normu), müeyyidenin bağlı olduğu koşullardan birini belirlemektedir[25].

Böylece anayasanın genel normlar koyma yetkisini veren normlarının (yasama usûlünü ve organını düzenleyen normlar) ve bireysel normların konulmasına yetki veren ceza muhakemesi usûlü kanununun kurallarının bağımlı norm olma özelliği ortaya çıkmaktadır. Tüm bu koşullar cezaî müeyyidenin gerçekleşeceği koşulları belirlemektedir. Bir hukuk düzeni tarafından konulan bütün cebir işlemleri bu şekilde şartlandırılmıştır[26].

---

21. *Ibid.*, s.70. 22. Troper, "Norme", *op. cit.*, s.406.
23. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.74.
24. *Ibid.*, s.76. 25. *Ibid.* 26. *Ibid.*, s.77.

Hukukun uygulama organları tarafından uygulanacak olan genel normların hukuka uygun olarak yaratılması, bireysel normların da kanuna uygun olarak konulması cebir işlemlerinin tamamlanması için gerekli olan koşullardır[27].

Kelsen'e göre, her hukuk normu tek tek cebir işlemi öngörmese de hukuk düzenini bir cebir düzeni olarak nitelendirmek doğru olur[28]. Zira, bir kere cebir işlemi ihdas etmeyen normlar, cebir işlemi koyan diğer normlarla bağlı olarak geçerli olan *bağımlı normlardır*[29]. İkinci olarak, belirli bir cebir işlemi içeren her norm her zaman belirli bir davranış emretmemektedir[30]. Bunlar da hukuken anlamsız normlardır.

Özetle, bu ikinci teze göre, bir hukuk düzeninde, müeyyidesiz hukuk normu mevcut olamaz. Müeyyidesiz hukuk normu olarak sunulan normlar, gerçekte ya *hukuken anlamsız normlardır* ya da *bağımlı normlar*dır.

D. ÖDÜL HUKUKUN MÜEYYİDESİ OLABİLİR Mİ?

Yukarıda müeyyidenin hoşa gitmeyen bir şey olduğunu, bir cebir olduğunu söylemiştik. Acaba "ödül (mükâfat)" de müeyyide olamaz mı? Yani hukuk kurallarına insanların uyması ödül ile sağlanamaz mı? Diğer bir ifadeyle hukuk kurallarına uymayanlara ceza verileceğine, uyanlara ödül verilse daha iyi olmaz mı? Bu soru hukuk felsefesinde zaman zaman sorulmuştur[31].

Jeremy Bentham, bu soruya olumlu yanıt vermiştir. Ona göre, ödül de hukukun müeyyidesi olabilir[32]. Faydacı anlayışa göre, hukuk, toplumsal düzeni mükâfat vererek de sağlayabilir. Hatta mükâfat vermenin ceza uygulamasına oranla daha etkili olduğu da savunulmuştur[33].

Mükâfatın müeyyide olup olamayacağı sorunu bir yana, her hukuk sisteminde mükâfat ile ilgili kurallara rastlanabilir. Örneğin Türkiye'de, 21 Mart 2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 23'üncü maddesi kaçak eşyayı ihbar eden kişilere ve kaçak eşyaya el koyan görevlilere yakaladıkları kaçak eşyanın belirli bir oranı miktarında veya uyuşturucu madde söz konusu olduğunda Cumhurbaşkanı tarafından tespit edilen maktu bir miktarın "ikramiye" olarak ödenmesini öngörmektedir.

---

27. *Ibid.*
28. *Ibid.*, s.78.
29. *Ibid.*
30. *Ibid.*
31. Örneğin bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.82-83.
32. Jeremy Bentham, *Theory of Legislation*, London, 1911, s.27-28'den nakleden Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.42.
33. Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.42.

Keza, 14 Temmuz 1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 122'nci maddesi üstün başarı sağlayan memurlara "başarı belgesi", "üstün başarı belgesi" ve maaşlarının % 200'ü miktarında "ödül" verilmesini öngörmektedir.

Ödülün de hukuk kuralının uygulanmasına katkı yapabileceği ortadadır. Ancak, ödülün tek başına müeyyide olamayacağı kabul edilmektedir. Zira hukuk kuralı temelde emir unsuru içerir. Hukuk kuralının emrettiği veya yasakladığı insan davranışı ancak cebir ile gerçekleştirilebilir. Bir hukuk kuralı kendi bağlayıcılığını ödül ile sağlayamaz[34]. Kaldı ki, hukukun amaçlarına ödül verilerek ulaşılmasına hiçbir devletin mali gücü elvermez[35].

Sonuç olarak, ödül, tek başına hukukun müeyyidesi olamaz. Hukukun müeyyidesi daima ve nihaî olarak "cebir"dir.

E. HUKUKUN CEBRİ - ÇETENİN CEBRİ

Demek ki hukuk kurallarının müeyyidesi daima bir cebirdir. Diğer bir ifadeyle hukuk düzeni, bir insana belirli bir şekilde davranmasını emretmekte, emrin muhatabı o şekilde davranmazsa hukuk düzeni ona cebir uygulamaktadır. Ancak bu modele uygun, yani emir veren, sonra da emrine uyulmazsa cebir uygulayan başka davranış düzenleri de vardır. Örneğin yolunuzu kesen bir haydut, size silahını doğrultup, cüzdanınızı ona vermenizi emredebilir. Ve eğer cüzdanınızı ona vermezseniz sizi öldüreceğini söyleyebilir. Görüldüğü gibi, haydut da bir emir vermekte, bu emrini de müeyyide ile desteklemektedir. Bu bakımdan haydudun emir verme ve müeyyide uygulama faaliyeti ile hukuk düzeninin emir verme ve müeyyide uygulama faaliyeti arasında büyük benzerlik vardır. Her ikisinde de emir ve müeyyide vardır. Ama hukuk düzeni ile haydudun düzeni arasında fark vardır. Bu fark nerede bulunur?

Eğer tabiî hukuk anlayışı bir yana bırakılırsa, bu farkın "emir" unsurunda bulunduğu ileri sürülemez. Hukuk düzeninin emri ile haydudun emri arasında bir fark yoktur; ikisi de normatif nitelikte bir önermedir. Şüphesiz, haydudun emrinin kötü olduğu, gayriadil olduğu vs. söylenebilir. Ancak iyilik, kötülük, adillik gibi kavramlar "değer yargıları" alanına girer. Değer yargıları alanında ise görecelilik hâkimdir. Bir kişiye göre adil olan emir, diğer kişiye göre gayriadil olabilir. Her hâlükârda, değerler, biçimci hukuk teorisini ilgilendirmez. O hâlde, hukuk düzeninin emri ile haydudun emri arasındaki fark, emrin kendisinde değil, bu emre bağlanan *müeyyide* unsurunda toplanır. Ancak bunların uyguladıkları müeyyideler arasında *nitelik bakımından* bir fark yoktur. Her ikisi de "cebir" uygulamaktadır. Hukuk düzeni,

34. *Ibid.*
35. *Ibid.*

verdiği emre uyulmaması hâlinde uymayanı asmakta, elini kolunu kesmekte, kırbaçlamakta, hapse atmakta, para cezasına mahkûm etmektedir. Haydut da verdiği emre uyulmaması durumunda nitelik olarak tamamen benzer şeyleri yapmaktadır. Cüzdanını vermeyen kişiyi öldürmekte, yaralamakta veya dövmektedir. Demek ki hukukun cebri ile haydudun cebri arasında bu bakımdan da fark yoktur. O hâlde fark nerededir?

Fark, uygulanan cebrin *niceliğine* ilişkindir. Hukukun cebri, haydudun cebrinden daha büyüktür. Haydudun cebri devletin cebriyle baş edemez. Eninde sonunda hukukun cebri haydudun cebrinden üstün gelir. Eğer haydudun cebri hukukun cebrinden üstün gelirse, haydudun emirlerini hukuk kuralı, haydudu da devlet olarak kabul etmek gerekir.

Hukukun cebri ile haydudun cebri arasındaki diğer bir fark uygulanış biçimlerinden kaynaklanır. Hukukun cebri, ülkenin her yerinde (genellik), her zaman (süreklilik) ve düzenli bir şekilde (düzenlilik) uygulanır. Buna karşılık haydudun cebri, ülkenin her yerinde uygulanmaz. Sadece ülkenin belirli bir dağında, şehrinde, mahallesinde, sokağında vs. uygulanır. Keza haydudun cebri sürekli değildir; geçici ve rastlantısaldır[36].

F. HUKUKÎ CEBRİN DEĞİŞİK GÖRÜNÜMLERİ[37]

Yukarıda kısaca ve çok genel olarak, cebrin insanın hayatına, sağlığına, özgürlüğüne ve malvarlığına verilen bir zarar olduğunu söylemiştik. Cebrin her hâlükârda insanın hoşuna gitmeyecek bir şey olduğunu da belirtmiştik. Şimdi cebrin çeşitli hukuk dallarında hangi biçimlerde kendini gösterdiğini görelim.

Ceza hukuku alanında cebir, ölüm cezası, hapis cezası, para cezası şeklinde ortaya çıkar. Eğer hukuk sistemi kabul ediyorsa, kırbaç cezası, el kol kesme cezası gibi cezalar da cebir kapsamındadır. Bundan başka ceza hukukunda kamu hizmetlerinden yasaklılık, siyasi haklardan mahrumiyet gibi fer'i cezalar da uygulanır.

Özel hukuk alanında cebir, maddî veya manevî tazminat, yokluk, butlan, aynen iade, cebren icra, müdahalenin men'i gibi şekillerde ortaya çıkar. Bunlar, şüphesiz, ceza hukukunun cebrine nazaran daha az "zor" niteliğindedir. Ama bunlar da temelinde cebridir, kişinin hoşuna gitmez.

İdare hukuku alanında, memur hukuku alanında cebir, uyarma, kınama, maaş kesme, ihraç gibi disiplin cezaları şeklinde ortaya çıkar. İdare hukukunda, ruhsatın iptali, işyerinin kapatılması, inşaatın yıkılması gibi daha pek çok cebir içeren müeyyide vardır.

---

36. *Ibid.*
37. *Ibid.*

G. MÜEYYİDENİN TARİHÎ GELİŞİMİ[38]

İlkel topluluklarda müeyyide adem-i merkezî hâldedir. Yani ilkel toplumlarda, kuralın ihlâl edilip edilmediğini tespit edecek makamlar ve ihlâli hâlinde hangi müeyyidenin ne miktarda uygulanacağına hükmedecek organlar ve keza hükmedilen müeyyideyi icra edecek kişi ve kurumlar tespit edilmemiştir. İlkel toplumda, hukuk kuralının ihlâli hâlinde, ihlâl edene tepki göstermeye, ihlâlden zarar gören kişi yetkilidir. Suçluyu bizzat mağdur veya mağdurun yakınları cezalandırır. İlkel toplum, suçtan zarar gören kimseye, böyle bir cezalandırma hakkı tanımıştır[39]. Burada bir çeşit *öç alma hakkı*[40] vardır. Keza sorumluluk kolektiftir. Öç alma kişisel olarak saldırgana değil, çoğunlukla onun mensup olduğu topluluğa karşı uygulanır. Öç almada bir oran düşüncesi de yoktur[41]. Objektif ve kişisel olmayan öç alma toplumu kargaşaya sürüklüyordu[42]. Öç almanın yerine daha sonra kısas esası benimsendi. Kısas, bir zarara sebebiyet veren kimseye, aynı miktar ve yoğunlukta zarar verilmesi esasına dayanıyordu[43]. Daha sonra ise *uzlaşma (uyuşma, reconciliation)*[44] usûlü ortaya çıktı. Suç işleyenin suçun bedeli olarak belli para veya mal (diyet, *blood money*) vermesi kabul olundu. Ancak bu sistemde de uzlaşılamazsa önceki öç alma sistemine gitmekten başka çare yoktu. İşte daha sonraki aşamada devletin tekel olarak cezalandırma hakkı kabul edildi böylece müeyyide merkezîleşmiş oldu.

Çağdaş toplumlarda ise müeyyide tekelleşmiş ve merkezîleşmiştir. Yani müeyyide, devlet organları tarafından, belli bir usûl içinde tespit edilir ve uygulanır. Türk hukuk düzeninde, bir normun ihlâl edilip edilmediğini saptamaya yetkili organlar bağımsız mahkemelerdir. Bu mahkemeler, normun ihlâl edildiğini saptarlarsa, normu ihlâl edene karşı hangi müeyyidenin uygulanacağına karar verir. Bu müeyyide daha sonra, infazla görevli organlar (cezaevleri, icra daireleri vs.) tarafından uygulanır.

H. ULUSLARARASI HUKUKUN MÜEYYİDESİ

Uluslararası hukukun gerçek bir hukuk düzeni olabilmesi için müeyyideye dayanması gerekir. Uluslararası düzende "misilleme (*reprisals*)" ve "savaş (*war*)" gibi cebrî vasıtalara başvurulduğu görülmektedir.

---

38. Bilge, *op. cit.*, s.33-34; Aral, *op. cit.*, s.68-69; Dönmezer-Erman, *op. cit.*, c.I, s.40-42; Haesaert, *op. cit.*, s.94-95;
39. Aral, *op. cit.*, s.68.
40. Dönmezer-Erman, *op. cit.*, c.I, s.40.
41. *Ibid.*, s.41.
42. *Ibid.*, s.40.
43. *Ibid.*, s.42.
44. *Ibid.*, s.43.

Hans Kelsen'e göre, misilleme ve savaş uluslararası hukukun müeyyidesidir[45]. Yukarıda beşinci bölümde (s.77) görüldüğü gibi uluslararası hukuk temelinde *pacta sunt servanda* (söze bağlılık) ilkesi bulunur. Verdiği söze aykırı olarak başka bir devlete zarar veren devlet, uluslararası hukuku ihlâl etmiş demektir. Zarara uğrayan devlet, *pacta sunt servanda* ilkesini çiğneyerek kendisine zarar veren devlete karşı misillemelerde bulunmaya yetkilidir. *Misilleme,* silahlara başvurmaksızın zarar veren devlete zarar vermek demektir[46]. *Savaş*ta ise silahlara da başvurulur[47]. Diğer yandan, misillemede devletin sadece belirli çıkarlarına müdahale edilir; savaş ise sınırsız bir müdahaledir[48]. Savaş, müeyyide niteliğinde ise, yani uluslararası hukuku çiğneyen devlete karşı açılmış ise, "haklı savaş (*bellum justum*)"tır[49]. İşte uluslararası hukukun nihaî müeyyidesi budur.

Ne var ki, uluslararası hukuk müeyyide olarak düşünülen "savaş" ile iç hukukta bildiğimiz "müeyyide" kavramı arasında pek çok fark vardır. İç hukukta müeyyide, yukarıda gördüğümüz üzere, merkezîleşmiş ve tekelleşmiştir. Hangi müeyyidenin ne miktarda, kimin tarafından nasıl uygulanacağı bellidir. İç hukukta müeyyide, ihlâlden zarar gören kişi tarafından değil, devletin yetkili organları tarafından uygulanır. Uluslararası hukukta ise, müeyyide, bizzat ihlalden zarar gören devlet tarafından uygulanmaktadır. Uluslararası hukukun müeyyidesi olduğu söylenen savaşın, kimin tarafından nasıl uygulanacağı ve hatta sonucu belli değildir. Müeyyide olsun diye açılan savaşı, ihlâlden zarar gören devlet değil, uluslararası hukuk ihlâl eden devlet pekâlâ kazanabilir. Uluslararası hukukun müeyyidesinin hâlihâzırda merkezîleşmemiş olduğunu, adeta iç hukukla karşılaştırıldığında müeyyide bakımından uluslararası hukukun ilkel bir dönemde bulunduğunu söyleyebiliriz.

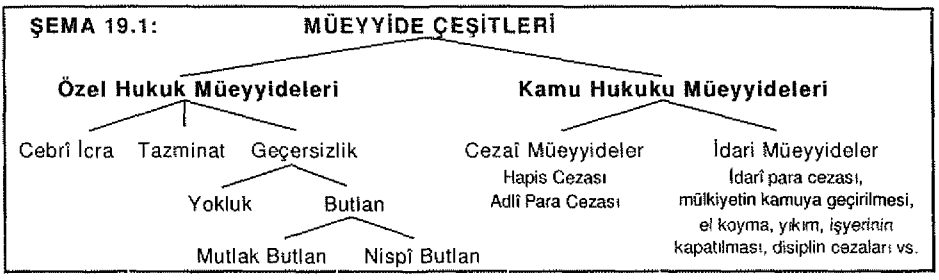
Uluslararası hukukun müeyyidesi konusunda daha fazla tartışma için yukarıda 79-84'inci sayfalara bakılabilir.

II. MÜEYYİDE ÇEŞİTLERİ[50]

Yukarıda da görüldüğü gibi müeyyidenin özünü oluşturan cebir çeşitli biçimlere bürünerek ortaya çıkabilir. Genelde kamu hukuku müeyyideleri başka, özel hukuk müeyyideleri başka türlü ortaya çıkmaktadır. O nedenle müeyyide çeşitlerini özel hukuk müeyyideleri ve kamu hukuku müeyyideleri şeklinde ikiye ayırmak gerekir. Bunların da kendi içinde ayrımları vardır. Önce müeyyide çeşitlerini bir şema hâlinde gösterelim:

---

45. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.421.
46. *Ibid.*
47. *Ibid.*
48. *Ibid.*
49. *Ibid.*, s.422.
50. Bilge, *op. cit.*, s.31-32; Atar *et alii, op. cit.*, s.22-26; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.8-9; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.11-14; Edis, *op. cit.*, s.153-157.



A. ÖZEL HUKUK MÜEYYİDELERİ[51]

Başlıca "özel hukuk müeyyideleri" cebrî icra, tazminat, geçersizlik ve iptaldir. Şimdi bunların her birini tek tek inceleyelim.

1. Cebrî İcra

Aşağıda göreceğimiz gibi, ceza hukuku kurallarının müeyyidesi "ceza"dır. Suç işleyen kişiye ceza verilir. Ceza müeyyidesinin uygulandığı hâllerde, hukuk kuralının ihlâlinden dolayı ortaya çıkan zararın (ölüm, yaralama vs.) telafisi çoğunlukla mümkün değildir. Ancak bazı durumlarda hukuk kuralının ihlâlinden dolayı ortaya çıkan zarar telafi edilebilir. Hatta hukuk kuralı zorla uygulanabilir. İşte bu durumlarda uygulanacak müeyyide "ceza" değil, "cebrî icra (ing: *compulsory execution*, fr: *exécution forcée*)"dır. Örneğin satıcı alıcıya televizyon satmışsa, alıcı, televizyonun bedelini satım sözleşmesinde kararlaştırılan şekilde ödemelidir. Alıcı televizyonun bedelini kararlaştırılan zamanda kararlaştırılan şekilde satıcıya ödememişse, alıcının cezalandırılması yerine hukuk kuralının *zorla uygulanması* (cebrî icra) daha uygun olacaktır. Yani devlet, alıcıdan televizyonun bedelini zorla alıp satıcıya verecektir. Bu takdirde hukuk kuralı *cebren icra* edilmiş olur.

İşte cebrî icra, bir borç ilişkisinde, borcunu rızasıyla yerine getirmeyen borçlunun, bu borcunu devlet gücüyle zorla yerine getirmesini sağlayan bir müeyyide çeşididir. Diğer bir ifadeyle, cebrî icra, borç doğuran ilişkilerde yükümlülüklerini yerine getirmeyen kimselere karşı devletin yetkili kıldığı makam ve kişiler tarafından uygulanan ve borcun yerine getirilmesini sağlayan tedbirlerin bütünüdür. Bu tedbirler çok çeşitli olabilir. Örneğin ödünç verilen eşya iade edilmemişse, ödünç alandan alınıp ödünç verene teslim edilebilir (*aynen teslim*). Bu tedbirler çok daha değişik olabilir. Örneğin çocuğun velayeti babadan alınıp anaya verilmişse ve baba çocuğu anaya bırakmıyorsa yetkili makamlar tarafından çocuk babadan zorla alınıp anaya teslim edilir.

51. Bekaert, *op. cit.*, s.429-432.

Cebrî icraya konu olan alacaklar, özel hukuk ve kamu hukuku ilişkilerinden kaynaklanabilir. Özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan alacaklar, bir borç ilişkisinden, malvarlığı haklarından veya şahsi haklardan kaynaklanabilir. Özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan yükümlülükler genelde icra daireleri tarafından İcra ve İflas Kanununun öngördüğü usûllere göre cebren icra edilir[52]. Örneğin, konusu para olan bir alacak varsa, borçluya ödeme emri gönderilip borcunu ödemesi hatırlatılır. Borçlu ödemezse, borçlunun mallarına haciz konulur. Daha sonra bunlar satılır. Elde edilen paradan alacaklının alacağı ödenir. Artan varsa borçluya iade edilir. Kamu hukuku ilişkilerinden doğan alacaklar ise 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usûlü Hakkındaki Kanununda öngörülen usûllere göre cebren icra edilir.

2. Tazminat

Bazen hukuk kuralının ihlâli durumunda onun zorla uygulatılması, borcun cebren icrası, aynen teslimi mümkün değildir. Örneğin A, B'den bir televizyon alsa, B de yarın teslim edeceğim demesine rağmen teslim etmemesi durumunda, cebrî icra yoluna gidilip televizyonun B'den alınıp A'ya aynen teslim edilmesi daha uygun olur. Ancak cebrî icra her zaman mümkün değildir. Örneğin teslim edilmesi gereken televizyon bulunamamaktadır. Başka bir örnekten hareket edelim: A, kusurlu bir şekilde arabasıyla B'ye çarpmış ve B'nin bacağının kesilmesine sebep olmuştur. B'nin bacağının cebren yerine getirilmesi, aynen takılması (=aynen teslim) mümkün değildir. Ama hiç olmazsa A'nın haksız yere verdiği bu zarar için B'ye bir miktar para ödemesi, böylece B'nin uğradığı zararın tazmin edilmesi (giderilmesi) uygun olur. İşte "tazminat (*indemnity, compensation*)" bir haksız fiil sonucunda ortaya çıkan zararın giderilmesine yönelik bir müeyyide türüdür.

TANIM: *Tazminat*, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişiye, bu zararın ödettirilmesidir[53].

Tazminat, birinci olarak, kendisine "haksız fiil" dediğimiz hukuka aykırı bir fiilden doğabilir. 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun 49'uncu maddesine göre "kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür"[54].

İkinci olarak tazminat, sözleşme şartlarına uyulmamasından da doğabilir. Zira, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun 112'nci maddesine göre

52. Atar *et alii, op. cit.*, s.25.

53. Yukarıdaki tanım, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 49'uncu maddesindeki ifadeden yola çıkarak yapılmıştır.

54. 22 Nisan 1926 tarih ve 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 41'inci maddesi bu konuda şöyle diyordu: "Gerek kasden, gerek ihmal ve teseyyüb yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararı tazminine mecburdur".

"borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür"[55].

Tazminat hakkının hangi şartlarda doğduğu borçlar hukukunun inceleme konusuna girer. Biz şimdilik eğer tazminat hakkı doğmuşsa, buna hükmedilmişse, buna rağmen borçlu borucunu ödemeye yanaşmıyorsa, bunun icra daireleri tarafından tahsil edilip tazminat alacaklısına ödeneceğini belirtmekle yetinelim.

3. Geçersizlik

Bir hukukî işlemin kanunun aradığı koşullara uyulmadan yapılması onun "geçersizliği (*invalidity, invalidité*)" sonucunu doğurur. Geçersizliğin iki çeşidi vardır: Yokluk ve butlan.

a) Yokluk

Yokluk (adem-i mevcudiyet, *fr: inexistence, ing: nonexistence*), bir hukukî işlemin kanunun öngördüğü kurucu unsurlarından en az birine uyulmaması hâlinde o işlemin teşekkül etmemiş sayılmasıdır[56]. Böyle bir işlem "keenlemyekûn (*null and void*)"dür; yani hukuken hiç doğmamış, hukuk âleminde hiç ortaya çıkmamış olduğu varsayılır. Buna verilen klasik örnek, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 141-142'nci maddelerine uyulmadan, yani evlendirme memuru tarafından akdolunmayan evlendirmelerdir. Örneğin resmî nikâh olmaksızın yapılan imam nikâhı bir evlendirme işlemi olarak geçerli değildir. İmam nikâhıyla bir araya gelen bir kadın ve erkek istedikleri kadar birlikte yaşasınlar, isterlerse çocukları olsun, aralarında resmî nikah kıyılmadıkça, birlikte yaşama durumları hukuken "evlilik" teşkil etmez. Böyle bir "evlilik" yokluk ile malûldür. Böyle bir yokluk ile malûl olan bir işlemin ayrıca bir mahkeme kararıyla yokluğunun tespitine gerek de yoktur; çünkü bir hüküm ve sonuç doğurmaz.

b) Butlan

"Butlan (ing: *nullity,* fr: *nullité*), bir hukukî işlemin baştan itibaren hukukî sonuçlarını meydana getirememesi veya sonradan da geçerli kılınamaması demektir[57]. Butlan, "mutlak butlan" ve "nispî butlan" olmak üzere ikiye ayrılır.

---

55. 818 sayılı Eski Borçlar Kanununun 96'ncı maddesi de tamamıyla benzer şekilde şöyle diyordu: "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde, borçlu kendisine hiçbir kusurun isnad edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur".
56. Edis, *op. cit.*, s.153.
57. *Ibid.*, s.153.

NOT: 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu, "butlan" yerine "hükümsüzlük"; "mutlak butlan" yerine "kesin hükümsüzlük" terimlerini kullanmaktadır (örneğin m.27). Ancak "butlan", "mutlak butlan" ve "nispî butlan" terimleri kanunlarımızda terk edilmemiştir. Örneğin 22 Kasım 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda "butlan", "mutlak butlan" ve "nispî butlan" terimleri kullanılmaktadır (m.145-148). O nedenle biz de bu terimleri kullanmaya devam ediyoruz.

aa) Mutlak Butlan

"Mutlak butlan (*absolute nullity, nullité absolue*)" veya 6098 sayılı yeni Borçlar Kanununun (m.27) kullandığı terimle "kesin hükümsüzlük", bir hukukî işlemin, kanunun öngördüğü kurucu unsurları bulundurmakla birlikte, *kanunun emredici hükümlerine aykırı olmasıdır.* Mesela 6098 sayılı yeni Borçlar Kanununa göre (m.27) "kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür", yani mutlak butlanla sakattır. Keza, kanunun öngördüğü koşullardan biri veya birkaçı kanunun öngördüğü nitelikte değilse, işlem yine mutlak butlanla malûldür.

Örneğin Medenî Kanunun 129'uncu maddesine göre, bir kimse ile amca, dayı, hala ve teyzesi arasında evlenmek yasaktır. Ancak buna rağmen her nasılsa, bir kız, örneğin amcası ile evlenmişse, böyle bir evlilik kanunun emredici bir hükmüne aykırıdır; dolayısıyla mutlak butlan ile sakattır. Yani bu evlilik hukuk âleminde vardır; ama baştan itibaren geçersizdir. Böyle bir evliliğin iptalini taraflar hâkimden isteyebileceği gibi savcı da re'sen butlan davası açar (MK, m.146). Ancak bu evliliğin hâkim kararıyla butlanına hükmedilinceye kadar var olduğu kabul edilir (MK, m.156). Böyle bir evliliğin butlanına hâkim karar verdikten sonra, bu evlilik tamamıyla, baştan itibaren ortadan kalkar.

Mutlak butlan ile yokluk birbirinden farklı kavramlardır. Yoklukla sakat bir işlem hukuken hiç doğmamış, hukuk âleminde hiç oluşmamış sayılır. Mutlak butlanla malûl bir hukukî işlem ise, hukuk âleminde doğmuştur; ama geçersizdir. Tabir caizse, yoklukta bebek hiç doğmamıştır; mutlak butlanda ise bebek ölü doğmuştur.

Mutlak butlanın başlıca *özellikleri* şunlardır: Mutlak butlan herkes tarafından ileri sürülebilir. Bir hukukî işlemin mutlak butlan ile malûl olduğu yolundaki iddia zamanaşımına uğramaz. Hâkim, butlanı re'sen göz önüne alır. Mutlak butlan sebebinin ortadan kalkması dahi, baştan mutlak butlan ile sakat olan işlemi geçerli hâle getirmez. Tarafların sonradan anlaşmaları hâlinde de mutlak butlan ile sakat olan hukukî işlem geçerlilik kazanmaz[58].

58. *Ibid.*, s.154.

bb) Nispî Butlan (İptal Edilebilirlilik)

Kanunun öngördüğü unsurlara sahip olan ve kanunun emredici hükümlerine de aykırı olmayan bir işlem, o işlemi oluşturan iradede bir sakatlık varsa "*nispî butlan* (*relative nullity, annulabilité, nullité relative*)" ile malûldür. Nispî butlan, öyle bir müeyyidedir ki, başta geçerli olan bir hukukî işlem, taraflardan birinin onun iptalini istemesiyle geçersiz hâle gelmektedir.

Örneğin 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 142'nci maddesine göre evlendirme memuru evleneceklerden her birine, birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Varsayalım ki taraflardan birisi evlenmek için olumlu sözlü cevabını açıklarken temyiz kudretine (ayırt etme gücüne) geçici olarak sahip değildi; örneğin çok sarhoştu, yahut birtakım ilaçlarla olumlu cevabı temin edilmişti. Şüphesiz bu evlilik sakattır. Ancak Medenî Kanunun 148'inci maddesine göre, baştan itibaren geçersiz değildir (yani mutlak butlan ile malûl değildir). Böyle bir evlilik, kural olarak baştan beri geçerlidir; ancak evlenme töreninin yapılması sırasında, geçici bir sebeple ayırt etme gücünden (temyiz kudretinden) yoksun olan eş, evlenmenin iptalini dava edebilir (MK, m.148). Evlenme töreni sırasında temyiz kudretini yitirmiş taraf dışında kimse bu evliliğin iptalini isteyemez. Temyiz kudretini yitirmiş kişi, evliliğin iptalini istemez ise bu evlilik geçerlidir. (Bu kişi evliliğin iptalini isteyecekse, durumu öğrendiği andan itibaren altı ay içinde ve her hâlde evlenmeden itibaren beş yıl içinde istemelidir, MK, m.152), Ne zaman bu kişi evliliğin iptalini hâkimden ister, hâkim de evliliği iptal ederse, o zaman geçerli olan bu evlilik ortadan kalkmış olur. İşte bu nedenle böyle bir müeyyideye "nispî butlan" veya "iptal edilebilirlilik" denmektedir.

Mutlak butlan ile nispî butlan (iptal edilebilirlilik) arasında şu farklar vardır:

1. Mutlak butlan müeyyidesinin korumak istediği şey kamu düzeni, genel ahlâk gibi şeylerdir (bir kimsenin amcasıyla, halasıyla evlenmemesini sağlamak veya akıl hastalarının evlenmesine engel olmak gibi). Buna karşılık nispî butlanın koruduğu şey, kişinin kendi çıkarıdır (örneğin temyiz kudretini geçici olarak kaybetmişken evlenen kişinin çıkarı).

2. Mutlak butlan, kamunun çıkarına hizmet ettiği için herkes tarafından ileri sürülebilir. Buna karşılık nispî butlan, ancak menfaatine zarar verilen kişi tarafından ileri sürülebilir.

3. Hâkim mutlak butlanı kendiliğinden, re'sen, kanun gereği dikkate alır. Oysa, nispî butlan, ancak ilgilinin talebi üzerine dikkate alınabilir.

4. Mutlak butlanda hâkimin hükmüyle hukukî işlem, başlangıçtan itibaren tamamen ortadan kalkar. Nispî butlanda, hukukî işlem ise hâkimin hükmünden sonra ortadan kalkar. Hâkimin hükmüne kadar geçerli bir hukukî işlemmiş gibi işlem görür.

5. Mutlak butlan ile sakat bir hukukî işlemde zamanaşımı işlemez. Yani böyle bir sakatlık varsa her zaman, üzerinden yıllar geçmiş olsa bile iptali istenebilir. Nispî butlanda ise zamanaşımı işler. Kanunun öngördüğü süreler geçtikten sonra, kişi nispî butlan sebebine dayanarak hukukî işlemin iptali için dava açamaz.

6. Mutlak butlan durumunda tarafların anlaşmasının, geçersiz olan işleme izin veya icazet vermelerinin hiçbir etkisi yoktur. Buna karşılık, nispî butlanda, tarafların anlaşmasıyla sakat hukukî işlem sıhhat kazanır.

Özel hukuk alanında tek taraflı bağlamazlık, ileri sürülemezlik, eksikliklerin tamamlanması, en yüksek hadden fazla olan kısmın butlanı gibi başka müeyyideler de vardır.

B. KAMU HUKUKU MÜEYYİDELERİ

Kamu hukuku alanında görülen başlıca müeyyideler (*sanctions in public law*), "cezaî müeyyideler (*penal sanctions*)" ve "idarî müeyyideler (*administrative sanctions*)" olarak ikiye ayrılır.

1. Cezaî Müeyyideler (Ceza Hukuku Müeyyideleri)

Ceza hukuku kurallarının müeyyidesi, "ceza (*punishment*)"dır. Cezalar ağırlıklarına göre çeşitlere ayrılır. Yeni Türk Ceza Kanunu, 45 ilâ 52'nci maddeleri arasında cezaları saymış ve her birini tanımlamıştır. Bunlar, "ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası", "müebbet hapis cezası", "süreli hapis cezası" ve "adlî para cezası" müeyyideleridir. Ayrıca zararın giderilmesi, en az iki yıl süreyle bir eğitim kurumuna devam etme, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma, ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma, gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma gibi kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar da vardır. Türkiye'de 1984 yılından beri "idam cezası" infaz edilmemiştir. Ülkemizde idam cezası 7 Mayıs 2004 tarihli anayasa değişikliğiyle tamamen kaldırılmıştır (Anayasa, m.38/9).

2. İdarî Müeyyideler (İdare Hukuku Müeyyideleri)

İdare hukuku alanındaki müeyyideleri, özel kişilere karşı müeyyideler ve idarenin kendisine karşı müeyyideler olmak üzere ikiye ayırabiliriz:

a) Özel Kişilere Karşı Müeyyideler

İdare hukuku alanında özel kişilere karşı, idarî para cezası, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, el koyma, yıkım, sürücü belgesinin geri alınması, işyerinin kapatılması, barodan kaydın silinmesi, meslek ve sanatın icrasından men, izin veya ruhsatın geri alınması gibi çok çeşitli "idarî müeyyideler (*administrative sanctions*)" vardır[59]. Bu müeyyideleri, kural olarak, mahkemeler değil, idare verir. İdarî müeyyidelere ilişkin şu hususun unutulmaması gerekir: İdare, hürriyetten mahrum edici nitelikte idarî müeyyide uygulayamaz[60]. Zira 1982 Anayasasının 38'inci maddesinin onuncu fıkrasında açıkça "idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz" denmektedir.

Türkiye'de özel kişilere uygulanabilecek idarî müeyyideler çok büyük ölçüde 30 Mart 2005 tarih ve 5326 sayılı *Kabahatler Kanunu*nda düzenlenmiştir. Bu Kanunun 32 ve devamı maddelerinde "emre aykırı davranış", "dilencilik", "kumar", "sarhoşluk", "gürültü", "rahatsız etme" "işgal", "tütün mamullerinin tüketilmesi", "kimlik bildirmeme", "çevreyi kirletme", "afiş asma" gibi çeşitli *kabahatler* düzenlenmiş ve bunlar için "idarî para cezası", "mülkiyetin kamuya geçirilmesi", "elkoyma", "yıkım", "işyerinin kapatılması" gibi değişik *idarî müeyyideler* öngörülmüştür. İdarî müeyyideler, idarî merciler tarafından idarî karar biçiminde verilir. İlgilisine tebliğ edilir. İlgili kişi, kararın tebliği tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, *sulh ceza hakimliğine* başvurabilir. Kesinleşen idarî para cezaları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.

Disiplin hukuku alanında, disiplin suçu işleyen memur veya öğrenci gibi kişilere verilen uyarma, kınama, maaş kesme, geçici süreyle uzaklaştırma, meslekten ihraç, kayıt silme gibi "*disiplin cezaları*" da birer idare hukuku müeyyidesidir. Disiplin suçu, belli bir kurumun disiplin düzeninin o kurumun mensuplarınca ihlâl edilmesidir. Disiplin cezaları, birer idarî karardır ve bunlara karşı idarî yargıda dava açılır.

b) İdareye Karşı Müeyyideler

İdare de, yani kamu tüzel kişileri de, yaptıkları eylem ve işlemlerle hukuk kurallarını ihlâl edebilir. Bu durumda idare mahkemeleri idare aleyhine bazı müeyyidelerin uygulanmasına karar verir. Bu müeyyideler "yokluk", "iptal" ve "tazminat"tır.

---

59. Bkz. Yücel Oğurlu, *İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001, s.85-107.
60. Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, c.I, s.1176.

aa) Yokluk.- İdare, bazen hukuka çok ağır bir şekilde aykırı işlemler yapabilir. Bu durumda idare mahkemesi, idarenin yaptığı işlemin "yokluk (*nonexistence*)" ile malûl olduğunu, yok hükmünde olduğunu kabul eder. Örneğin bir kaymakamın boşanma kararı vermesi durumunda ağır ve apaçık bir hukuka aykırılık vardır ve bu sözde boşanma kararı yok hükmünde sayılır. Çünkü boşanma kararını ancak bir mahkeme verebilir. İdarenin yargı alanında karar vermesi apaçık bir hukuka aykırılıktır. Keza, bir bakanlıkta çalışan bir memurun diğer bir bakanlık tarafından emekliye sevk edilmesi işleminde böyle bir ağır ve apaçık bir hukuka aykırılık vardır. Böyle bir emekliye sevk işleminin de karşılaşacağı müeyyide de "yokluk"tur.

bb) İptal.- "İptal (*annulment*)", hukuka aykırı olan bir idarî işlemin geçersizliğinin bir mahkeme tarafından tespit ve ilân edilmesidir. İdarî işlemin iptal edilmesi için bu işleme karşı ilgili kişiler tarafından idare mahkemesinde "iptal davası" açılması gerekir. Böyle bir davada idare mahkemesi, idarî işlemin hukuka aykırı olduğu kanısına varırsa, bu işlemi iptal eder. Mahkeme kararıyla iptal edilen idarî işlem, alındığı tarihten itibaren bütün hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkar. Yani iptal kararları geriye yürür.

cc) Tazminat.- İdarenin yaptığı hukuka aykırı eylem ve işlemle bireylere zarar verilmesi de mümkündür. Bu durumda idarenin işleminin iptal edilmesi yetmez; ayrıca bir müeyyide olarak idarenin kişilere verdiği zararı ödemesi de gerekir. İşte idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleriyle kişilere zarar vermesi durumunda karşılaşacağı müeyyide "tazminat (*indemnity, compensation*)"tır. Bunun için zarar gören kişilerin idare aleyhine idare mahkemelerinde "tam yargı davası" açmaları ve idareden tazminat istemeleri gerekir. Böyle bir durumda idare mahkemesi, idarenin hukuka aykırı olarak zarar verdiğini tespit ederse, idareyi davacıya verdiği zararı ödemeye mahkûm eder. ■

Bölüm 20
ADALET KAVRAMI

Bibliyografya.- Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.199-207; Güriz, *Hukuk Felsefesi, op. cit.*, s.68-75; Göğer, *op. cit.*, s.42-44; Aral, *op. cit.*, s.30-42; Çağıl, *op. cit.*, s.30-52; Fendoğlu, *op. cit.*, s.3-6; Esener, *op. cit.*, s.28-40; Gridel, *op. cit.*, s.55-63; Roubier, *op. cit.*, s.210-226; Bekaert, *op. cit.*, s.72-73, 117-118, 126-130.

PLÂN:

I. Adalet Fikrinin Göreceliliği
II. Adalet Çeşitleri
  A. Denkleştirici Adalet
  B. Dağıtıcı Adalet
III. Nesafet (Hakkaniyet) Kavramı

I. ADALET FİKRİNİN GÖRECELİLİĞİ

Hukuk düşüncesinde en çok tartışılan kavramlardan birisinin "adalet (*justice*)" olduğundan hiç şüphe yoktur. İlk çağdan beri birçok düşünür adalet kavramını tartışmıştır.

Aristo'ya (M.Ö. 384-322) göre adalet, "fazilet" demektir. Fazilet ise, kişinin insanlık uğrunda gereken görevleri yerine getirmesidir[1]. Aristo, adaletin toplum hayatı ve devlet yönetimi açısından taşıdığı önemi vurgulamıştır[2]. Ünlü Roma hukukçusu Ulpianus'a göre ise adalet, "şerefli yaşamak, başkasına zarar vermemek ve herkese ait olanı vermektir (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuera*)"[3]. Aynı düşünür, bir adalet tanımı daha yapar: "Adalet herkese ait olanı vermek konusunda devamlı ve istikrarlı bir iradedir (*Iustitia est constans et perpetua volontas ius suum cuique tribuendi*)"[4].

Hollandalı Hugo Grotius'a göre ise adalet "söze bağlılık (ahde vefa, *pacta sunt servanda*)"tır[5]. İngiliz düşünürü Hobbes'a göre ise sözleşmeye uyulmaması adaletsizliktir[6]. Alman filozofu Kant da Ulpianus'un tanımından hareket etmiş; adaleti "şerefli yaşa", "kimseye zarar verme", "herkese payına düşeni ver" ilkelerinden hareketle tanımlamıştır[7].

---

1. Göğer, *op. cit.*, s.43.
2. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.200.
3. *Digesta*, I, 1'den zikreden Roubier, *op. cit.*, s.213.
4. *Ibid.*
5. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.200.
6. *Ibid.*
7. Güriz, *Hukuk Felsefesi, op. cit.*, s.69.

Hukuk okulları arasında "adalet" kavramına en çok önem veren okul, şüphesiz *tabiî hukuk okulu*dur. Tabiî hukuk anlayışında hukuk, adalet ile tanımlanır. Hukukun geçerliliğini kuran şey adalettir. Bu açıdan tabiî hukuk teorisini kısaca "bir kanun, kanun olmak için adil olmak zorundadır" diyen bir anlayış olarak tanımlayabiliriz. Bu husus en güzel bir şekilde Aziz Augustinus tarafından ifade edilmiştir: *Non esse lex quae justa non ferit* (âdil olmayan kanun, kanun değildir)[8]. Diğer bir ifadeyle bir işlem geçerli olabilmek için, yani hukuki sonuçlarını doğurabilmek için adaletin gereklerine uygun olmalı, onu gerçekleştirmeye hizmet etmelidir. Böylece, eğer bir norm adil ise geçerlidir; adil değil ise geçersizdir, yani hukuki sonuçlarını doğurmaya elverişli değildir; diğer bir ifadeyle bağlayıcı gücü yoktur. Kısacası, bu anlayışta "geçerli olan hukuk, adil olan hukuktur"[9].

Görüldüğü gibi bu anlayışta, bir hukuk normunun geçerli olup olmadığını tespit açısından hukuk ile adalet arasındaki ilişki kesin bir rol oynamaktadır. Pozitif hukuk ancak adaletin gereklerine uyduğu ölçüde geçerlidir. Belirli bir insan davranışı konusunda yöneltilen bir emir adil değilse geçersizdir, yani hukuk normu değildir[10].

Dahası, tabiî hukuk teorisine göre, pozitif hukuka adil olduğu ölçüde itaat edilir. Adil olmayan pozitif hukuka kimse itaat etmek zorunda değildir[11]. O hâlde tabiî hukukçulara göre, tabiî hukuk adil olması itibarıyla tek gerçek hukuktur[12]. Pozitif hukuk ancak adil olduğu ölçüde hukuktur.

Tabiî hukuk teorisine yöneltilen en yıkıcı eleştiri "âdil olan" ile "âdil olmayan"ı ayıran objektif ve evrensel bir kriterin bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Böyle bir kriter, doğa[13]nın gözlemi yoluyla elde edilemez. Eğer bu doğruysa şu soru kaçınılmazdır: *"Âdil olan"ı "âdil olmayan"dan ayırmak kime düşmektedir*[14]*?*

Bu sorunun sadece ve sadece iki muhtemel yanıtı vardır:

---

8. Saint Augustin, *De Libero Arbitrio*, 5; Saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, Qu. XCV, Arts. 2,4, ten alıntılayan H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, s.21.
9. Hans Kelsen, "La justice et droit naturel", Trad. par Etienne Mazingué, *in* "Le Droit naturel", *Annales de philosophie politique*, t.III, (Institut international de philosophie politique), Paris, P.U.F., 1959, s.64.
10. *Ibid.*, s.64.
11. *Ibid.*, s.112.
12. Laetizia Gianfomaggio, "Droit naturel", *in* André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2ème édition, 1993, s.199.
13. Burada "doğa" kelimesi ile, "genelde somut olguların ampirik gerçekliği veya insanların - iç veya dış - somut davranışında kendini ortaya çıkaran özel doğa" anlatılmak istenmektedir" (Kelsen, "Justice et droit naturel", *op. cit.*, s.68).
14. Hafızoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.49-51.

1. *Birinci yanıta göre, "âdil olanı" belirlemek görevi iktidarı elinde bulunduran kimse veya kimselere aittir*[15]. Açıktır ki bu yanıta göre, tek adalet tanımı olacak, böylece hukukun kesinliği sağlanacaktır. Ne var ki bu yanıt bizi tabiî hukuktan uzaklaştırır, devletçi pozitivizme götürür. Zira, bir pozitif hukuk normunun adalete uygun olup olmadığına, bu yanıta göre, bu normu koyan iktidar sahipleri karar verecektir; dolayısıyla bunların kendi koydukları kuralın adil olmadığını söylemeleri pratik olarak ihtimal dışıdır[16].

2. *İkinci yanıta göre ise, adil olanı belirleme görevi tüm yurttaşlara aittir*[17]. Bu yanıt şu iki nedenden dolayı kabul edilemez:

a) Bir kere, adil olanı belirleme görevi tüm yurttaşlara düşerse, adalet ilkeleri zorunlu olarak sübjektif nitelik taşır. Zira bu ilkeler her insanın kendi bilincinin verilerine göre anlaşılır. Şüphesiz adaletin çeşitli kişisel anlaşılışlarının ortak unsurları vardır. Fakat deneyim, bu ilkeleri tartışılmaz bir şekilde belirlemenin mümkün olmadığını ortaya çıkarmıştır[18]. Gerçekten de, her bireyin kendi bilincinin verilerine göre tabiî hukuku algılamasındaki serbestlik, hukuk normunun geçerliliğinin de her bireye göre değişmesi sonucunu doğurur.

Zeki Hafızoğulları'nın ifade ettiği gibi,

> "madem adalet kriteri farklıdır ve azaltılması mümkün değildir, adil saymadığından geçerli olmayan kanuna itaat etmeyen yurttaşa yöneticilerin bir şey demeye hakkı olmaz ve üstelik kanunlar çerçevesinde uygar yaşama güvenliği tamamen tahrip edilmiş olur"[19].

Özetle, Kelsen'in belirttiği gibi, bu hâlde "total anarşi tehdidi" vardır[20].

Dahası, tabiî hukuk doktrini, adalet gibi bir ideale uygun olduğunu iddia ederek herhangi bir sosyal düzeni aklayabilir[21].

Jeremy Bentham, tabiî hukukun tehlikesini şu cümlelerle belirtmiştir:

> "Tabiî hukukla silahlanmış fanatiklerle tartışılamaz, zira onlar tabiî hukuku kendi hoşlarına gittiği gibi anlamakta, kendilerine uygun olduğu şekilde uygulamaktadır. Onların gözünde tabiî hukuk, suç işlemeksizin saf dışı bırakılamayacak bir dogma olarak kutsanmıştır. Böyle bükülmez ve aynı zamanda anlaşılamaz olan bir tabiî hukuk hiçbir sorunu çözemez"[22].

---

15. *Ibid.*, s.50-51.
16. Bu konuda Kelsen, pozitif hukuki otoritenin yorum tekelinden bahsetmektedir (Kelsen, "Justice et droit naturel", *op. cit.*, s.118).
17. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.5-51.
18. Maurice Duverger, "Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de faits", *Revue du droit public*, 1945, s.77.
19. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.66.
20. Kelsen, "Justice et droit naturel", *op. cit.*, s.118.
21. Christophe Grzegorczyk, "Le positivisme comme méthodologie juridique", *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (eds.), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.176.
22. Jeremy Bentham, *Principes de législation et d'économie politique*, Paris, Raffalovich, Guilaumin, 1888, s.7, *in* Grzegorczyk, Michaut ve Troper (ed.), *op. cit.*, s.197.

b) Diğer yandan Hans Kelsen'in çok iyi gösterdiği gibi *mutlak değerler yoktur.* Bütün ahlâkî değerler görecelidir. Eğer bu böyleyse, sosyal normların içeriği ahlâkiyse, adilse, hukuk normları olarak kabul edilmeleri gerektiği iddiası kabul edilemez[23]. Yer ve zamana göre, insanların iyi veya kötü için, adil veya adil olmayan için kabul ettikleri şeylerin olağanüstü çeşitliliği dikkate alınırsa, ahlâki düzenlerde ortak hiçbir unsurun bulunmadığı gözlemlenebilir[24]. Dolayısıyla, genelde hukuk ile ahlâkı, özelde de hukuk ile adaleti birbirinden ayırmak gerekir[25].

Bu açıdan Norberto Bobbio'nun, haklı olarak belirttiği gibi, modern tabiî hukukçular, özgürlüğü bir tabiî hak olarak kabul ediyorlarsa da, en büyük tabiî hukukçulardan biri olan Aristo, köleliğin tamamen doğal bir kurum olduğunu, zira doğanın bazı insanları efendi diğerlerini ise köle olarak yarattığını düşünüyordu[26]. Bu doğa öylesine hatır sayardır ki, bir yandan liberal devlet teorisyenlerine özgürlüğün doğallığını yüceltmeye; diğer yandan ise, köle sahibi bir toplumun filozofuna, köleliğin doğallığını haklı çıkarmaya izin vermektedir[27].

Görüldüğü gibi adalet kavramı bilimsel objektif olarak tanımlanması imkânsız bir kavramdır. O nedenle bu kavramın hukuk biliminin dışına sürülmesinde yarar vardır.

Bununla birlikte, hukuk literatüründe değer yargısından öte, çeşitli adalet tiplerinden bahsedilir. Bunları kısaca görmekte yarar vardır.

II. ADALET ÇEŞİTLERİ

Aristo'dan kaynaklanan bir ayrıma göre, adalet, "dağıtıcı adalet" ve "denkleştirici adalet" olmak üzere ikiye ayrılır.

A. DENKLEŞTİRİCİ ADALET[28]

"Denkleştirici adalet (tavizî adalet, *iustitia commutativa, justice commutative*)", insanların kişisel ve özel durumlarına bakılmaksızın aynı muameleye tâbi tutulmasıdır. Gözü bandajlı adalet tanrıçası *Themis,* denkleştirici adaletin simgesidir. Denkleştirici adalet, bir hukuki ilişkide herkesin verdiği oranda karşılığını almasını öngörür. Burada mutlak bir eşitlik, aritmetik bir eşitlik düşüncesi vardır. Kişiler arasında hukuki ilişkide edim ve

23. Kelsen, "Justice et droit naturel", *op. cit.,* s.87.
24. *Ibid.*
25. *Ibid.,* s.90.
26. Aristoteles, *Politique,* I, 5
27. Norberto Bobbio, "Quelques arguments contre le droit naturel", *Annales de philosophie politique,* III, Paris, s.U.F., 1959, s.181-182.
28. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.,* s.200; Güriz, *Hukuk Fakültesi, op. cit.,* s.68; Aral, *op. cit.,* s.37; Çağıl, *op. cit.,* s.40; Esener, *op. cit.,* s.31-32; Gridel, *op. cit.,* s.60.

karşı edimin eşitliği aranır. Mal ve bedel, zarar ve tazminat, suç ve ceza arasında mutlak eşitlik olmalıdır.

Bu tür adalet düşüncesi gereğince, örneğin hiç kimse verdiğinden daha çoğunu almamalı, herkes verdiği zararı ödemeli; suç işleyen işlediği suç miktarında cezalandırılmalıdır.

B. DAĞITICI ADALET[29]

"Dağıtıcı adalet (tevziî adalet, *iustitia distributiva, justice distributive*), değerlerin dağıtılmasında herkesin yeteneğine ve toplum içindeki durumuna göre pay almasıdır. Bu adalet çeşidinde mutlak bir eşitlik değil, nispî bir eşitlik düşüncesi vardır. Bu tür adalet anlayışına göre, kişinin hakları ve ödevleri durumuna, niteliğine, yaptığı işe göre farklı olacaktır.

Denkleştirici adalet birçok durumda yetersiz kalır. Örneğin on yaşındaki çocuğuna da iki yaşındaki çocuğuna da aynı miktarda yemek veren annenin durumu denkleştirici adalete uygundur. Ancak biz annenin böyle bir tavrını genellikle adil olarak görmeyiz. Yaşı büyük olan çocuğa daha fazla yemek verilmesi gerekir. İşte burada dağıtıcı adalet düşüncesi ortaya çıkar.

Keza vergi hukukunda herkesten maktu bir vergi alınması (baş vergisi) denkleştirici adalete uygundur. Ama bu dağıtıcı adalete aykırıdır. Onun için modern devletlerde baş vergisi yerine artan oranlı gelir vergileri konulmuştur. Yani geliri çok olandan çok vergi, az olandan az vergi alınacaktır. Burada dağıtıcı adalet düşüncesi rol oynar.

Topluma daha çok ve önemli hizmette bulunanların toplumdan daha fazla pay almalarında da bu düşünce rol oynar. Bir işin külfetine daha çok katlanan, o işin nimetinden de daha çok pay almalıdır.

Sosyal devlet ilkesi gereği dağıtıcı adalet düşüncesine dayanan, ama nimet külfet ilişkisini tersine çeviren uygulamalar da vardır. Örneğin, sosyal yardımlar, aile yardımları nedeniyle aynı külfetlere katlananlar arasında bunların katlandığı külfete bakılmaksızın, başka nedenlerle (örneğin çocuk sayısı) nimet farklılıkları yaratılması aslında dağıtıcı adalet düşüncesinin yanlış bir uygulamasıdır. Örneğin bekar bir vergi yükümlüsünden evli ve çok çocuklu bir vergi yükümlüsüne nazaran daha fazla vergi kesilmesi, dağıtıcı adalet düşüncesinin yanlış bir uygulamasıdır. Çünkü burada nimet külfet ilişkisi yoktur. Yine karısı çalışmayan çok çocuklu birisinin karısının ve çocuklarının sağlık harcamalarının karısı çalışan ve az çocuklu sigortalıların primleriyle finanse edilen sağlık sigortasıyla karşılanması da dağıtıcı adalet düşüncesinin yanlış bir uygulamasıdır.

---

29. Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.200; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.68; Aral, *op. cit.*, s.36; Çağıl, *op. cit.*, s.40; Esener, *op. cit.*, s.30-31; Gridel, *op. cit.*, s.58.

III. NESAFET (HAKKANİYET) KAVRAMI[30]

Adalet kavramı yanında bir de "nesafet (hakkaniyet, *aequitas, équité, equity*)" kavramından bahsedilir. Hukuk kuralı çoğu kez genel ve soyuttur. Genel ve soyut hukuk kuralının bireysel ve özel durumlara olduğu gibi uygulanması bazen adaletsizliklere sebep olabilir[31]. Cicero bu konuda "*summum ius, summa iniura* (tam hukuk, tam adaletsizlik = hukukun kesin biçimde uygulanması en büyük haksızlıklara yol açar)" diyordu. Böyle bir durumda, bu somut olaya ve söz konusu bireye ilişkin olarak ortaya çıkan adaletsizliğin giderilmesine nesafet denir. Diğer bir ifadeyle nesafet, münferit bir olay ve münferit bir kişi için gerçekleştirilen adalettir[32].

Örneğin borçlu, borcunu kendi hastalığı veya aile bireylerinin hastalığı yahut işini kaybetmesi yüzünden ödeyememiş olabilir. Burada borcun borçludan derhal cebri icra yoluyla tahsil edilmesi adaletsiz olarak görülebilir. Bu durumda borçluya bir ek süre verilmesi "nesafet" gereğidir.

Ali Fuat Başgil'in vurguladığı gibi "hakkaniyet, insaf, merhamet ve şefkat hisleriyle yumuşatılmış ve şiddeti hafifletilmiş bir adalettir"[33]. "Çıkarılan göze karşılık göz çıkarmak adalettir. Fakat göz çıkarana acıyarak insaf ve şefkat göstererek ona daha hafif bir ceza vermek ve mesela onu muayyen bir müddet hapsetmek hakkaniyettir"[34].

Ancak hukuk düzeninde "nesafet" kendisinden doğrudan doğruya sonuç çıkarılan bir kavram değildir. Nesafet ancak hâkim tarafından hukuk kurallarının somut olaylara uygulanmasında dikkate alınabilir. Türk hukuk düzeninde hâkimler hukuk uygulamasında nesafet kavramına başvurabilirler. Medenî Kanunun 4'üncü maddesine göre, "kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir".

Ceza hukukunda da hâkimin nesafetle hareket etmesi mümkündür. Cezaları alt ve üst sınır içinde takdir ederken olayın ve failin özel durumlarını dikkate alır. Örneğin hâkim, zevk için hırsızlık yapan birini üç yıl hapis cezasıyla, aç kaldığı için fırından ekmek çalan birisini ise bir yıl hapis cezasıyla cezalandırabilir. Keza Türk Ceza Kanununun şu hükmü nesafet ilkesinin pozitifleşmiş hâlidir: "Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi hâlinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir" (Türk Ceza Kanunu, m.147). ■

30. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.203-204; Aral, *op. cit.*, s.40-41; Çağıl, *op. cit.*, s.41; Esener, *op. cit.*, s.35; Gridel, *op. cit.*, s.58.
31. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.204.
32. Çağıl, *op. cit.*, s.41.
33. Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilât Hukuku*, İstanbul, 1960, s.34.
34. *Ibid.*

Bölüm 21
HAK KAVRAMI

Bibliyografya.- Bilge, *op. cit.*, s.184-199; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.44-47; Güriz, *Hukuk Felsefesi, op. cit.*, s.129-146; Özsunay, *op. cit.*, s.233-286; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.73-87; Akıntürk, *Medenî Hukuk, op. cit.*, s.35-49; Keyman, *Hukuka Giriş*, 1997, *op. cit.*, s.117-135; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.181-201; Göğer, *op. cit.*, s.121-130; Ahmet Kılıçoğlu, *Medenî Hukuk Bilgisi*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1993, s.50-61; Esener, *op. cit.*, s.152-179; Pulaşlı, *op. cit.*, s.15-39; Şafak, *op. cit.*, s.94-101.

PLÂN:

I. Terminoloji
II. Hak Kavramının Niteliği Hakkında Teoriler
  A. İrade Teorisi
  B. Menfaat Teorisi
  C. Karma Teori
  D. Hak Kavramını Reddeden Teoriler
III. Hak Kavramının Tanımı ve Unsurları
  A. Kişi Unsuru
  B. Menfaat Unsuru
  C. Hukuk Düzeni Tarafından Tanınma ve Korunma Unsuru
IV. Hak Kavramının Benzer Kavramlardan Ayrılması
  A. Hak–Hürriyet Ayrımı
  B. Hak–Ödev Ayrımı
V. Hakların Çeşitleri
  A. Kamu Hakları
    1. Negatif Statü Hakları
    2. Pozitif Statü Hakları
    3. Aktif Statü Hakları
  B. Özel Haklar
    1. Niteliklerine Göre Özel Hak Çeşitleri
    2. Konularına Göre Özel Hak Çeşitleri
    3. Kullanılmalarına Göre Özel Hak Çeşitleri
    4. Amaçlarına Göre Özel Hak Çeşitleri
VI. Hakların Korunması
  A. Talep Yolu
  B. Dava Yolu
    1. Özel Hukukta: Eda Davası, Tespit Davası ve İnşaî Dava
    2. Ceza Hukukunda: Kamu Davası
    3. İdare Hukukunda: İptal Davası ve Tam Yargı Davası
  C. Kişinin kendi Hakkını Bizzat Koruması Yolu
    1. Meşru Müdafaa
    2. Iztırar Hâli
    3. Kendi Hakkını Kendi Gücüyle Koruma Yolu

I. TERMİNOLOJİ[1]

"Hak (*right, droit*)", hukukun temel kavramlarından birisidir. Öylesine temeldir ki, Arapçada "hukuk" kelimesi "hak" kelimesinden türemiştir. "Hukuk" kelimesi "hak" kelimesinin çoğuludur; yani "haklar" demektir[2]. Latince, Fransızca, Almanca, İtalyanca gibi dillerde ise "hak" ile "hukuk" kelimeleri arasında bu küçük fark dahi yoktur. Bu dillerde, hak ile hukuk için aynı kelime (Latince, *ius*; Fransızca: *droit;* Almanca: *Recht;* İtalyanca: *diritto*) kullanılır. Bu nedenle, hukuk ve hak kavramları için aynı kelimenin kullanılması zaman zaman karışıklıklara yol açar. O kelimenin "hukuk" anlamında mı, yoksa "hak" anlamında mı kullanıldığı konusunda tereddüde düşülür. Bu karışıklığı önlemek için "hukuk" kastedildiğinde, Fransızlar *"droit objectif"*, Almanlar *"objektives Recht"* demektedirler. Keza "hak" kastedildiğinde ise Fransızlar, *"droit subjectif"*, Almanlar da *"subjektives Recht"* diyorlar[3]. Türkçe, bu noktada bu dillerden daha zengin olduğu için "objektif hukuk", "sübjektif hukuk" gibi tuhaf deyimler üretmeye gerek yoktur.

KUTU 21.1: *Droit, Diritto* ve *Law* Kelimeleri.- "Hukuk" anlamına gelen Fransızca "*droit*", İtalyanca "*diritto*" ve İspanyolca "*derecho*" kelimeleri, Latince "*directum*" kelimesinden gelir[4]. Oysa Romalılar hukuk için "*directum*" değil, "*ius*" kelimesini kullanırlardı. İlginçtir; "*ius*"tan batı dillerinde "*justice* (adalet)" kelimesi türemiştir. "Hukuk (*droit, diritto, derecho*)" kelimesi ise, düzeltmek, yönlendirmek, doğrultmak, hizaya getirmek gibi otorite ile ilgili olan anlamları olan "*directum*"[5] kelimesinden türemiştir. İlginçtir Fransa, İtalya ve İspanya'da "hukuk" kelimesi için Romalıların kullandığı "*ius*" kelimesini kullanmak veya bundan bir başka kelime türetmek imkânları var iken bu yapılmamış, hukuk kavramını ifade etmek için "otorite" anlamı çağrıştıran "*directum*" kelimesinden "*droit*", "*diritto*", "*derecho*" kelimelerini türetmişlerdir. Buna bakarak Fransız, İtalyan ve İspanyol hukuk kültürlerinin adaletten çok otoriteye önem veren kültürler olduğu fikri insanın aklına gelmektedir.

İngilizcede ise hem "hukuk", hem de "kanun" için *law* kelimesi kullanılmaktadır. Yani, Latincede "hukuk" kelimesi ile "adalet" kelimesi arasında; İngilizcede ise "hukuk" kelimesi ile "kanun" kelimesi arasında ortaklık vardır. Buna bakarak Roma hukuk kültürünün nispeten tabiî hukukçu, İngiliz hukuk kültürünün ise daha pozitivist olduğu akla gelebilir.

Gerek kamu hukukunda, gerekse özel hukukta devamlı olarak birtakım "hak"lardan bahsedilir. Örneğin grev hakkı, konut hakkı, dernek kurma hakkı, seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı, dilekçe hakkı, kişilik hakkı, mülkiyet hakkı, intifa hakkı, velayet hakkı, vesayet hakkı, nafaka hakkı, tedip hakkı, vs. Acaba hak kavramını nasıl tanımlayabiliriz?

1. Du Pasquier, *op. cit.*, s.20-21; Özsunay, *op. cit.*, s.233-234; Ataay, *op. cit.*, s.22; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.181.
2. Devellioğlu, *op. cit.*, s.453 ("hukuk" maddesi).
3. Du Pasquier, *op. cit.*, s.20-21; Özsunay, *op. cit.*, s.233-234; Ataay, *op. cit.*, s.22; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.181.
4. Du Pasquier, op. cit., s.20
5. A. Gariel, *Dictionnaire Latin-Français,* Paris, Hatier, 1988, s.181.

II. HAK KAVRAMININ NİTELİĞİ HAKKINDA TEORİLER

Hak kavramının tanımı üzerinde fikir birliği yoktur. Bu konuda değişik teoriler vardır. Biz bu teorilerden birkaçını aşağıda göreceğiz.

A. İRADE TEORİSİ[6]

"İrade teorisi (*will theory*)"ne göre *hak, kişilere hukuk düzeni tarafından verilen irade kudretidir*[7]. İrade teorisinin öncüsü ünlü Alman hukukçu Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), en önemli temsilcisi ise, onun öğrencisi Bernhard Windscheid (1817-1892)'tır. Savigny'ye göre hak, hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan bir kişiye ait irade kudretinden başka bir şey değildir. Windscheid'a göre ise hak, bir kişinin iradesinin diğer bir kişiyi etkilemesidir. Örneğin alacaklının alacağını isteme konusundaki iradesi, borçluyu etkiler[8]. Özetle bu anlayışa göre hak, bir iradenin diğer bir irade üzerindeki üstünlüğü demektir. Bu üstünlük ise hukuk düzeni tarafından tanınır ve korunur. Hakka sahip olan bir kişi, hakkını kullanmak konusunda iradesini açıklarsa, bu irade diğer iradeye (örneğin borçlunun iradesine) üstün gelir. Eğer diğer tarafın iradesi bu üstünlüğü kabul etmezse, buna boyun eğmesi devlet tarafından sağlanır.

Eleştiri[9]**.-** İrade teorisi eleştirilmiştir. Eğer hakkın irade kudretinden ibaret olduğu kabul edilirse, akıl hastası olan ve irade kudretine sahip olmayan kişilerin ve iradelerini henüz kullanamayacak olan küçüklerin hak sahibi olamaması gerekirdi[10]. Oysa akıl hastası bir kişi de hak sahibi olabilmekte ve onun hakkı da hukuk tarafından korunmaktadır[11]. Örneğin akıl hastası olan kişiye babasından miras kalabilmektedir.

Kaldı ki, insanlar bazen iradelerinin rolü olmaksızın, hatta haberleri olmaksızın da hak sahibi olabilirler[12]. Bir kişi vasiyetname düzenleyerek başka bir kişiye bir şey bırakabilir. O şey üzerinde lehine vasiyet yapılan kişi hak sahibi olur. Oysa bu kişinin böyle bir durumdan vasiyet yapılırken genellikle haberi dahi olmaz.

---

6. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Bilimine Giriş*, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 7. Baskı, 1958, s.107.
7. *Das subjektive Recht ist eine von der Rechtsordung geschützte Willensmacht* (S. Ş. Ansay, *op. cit.*, s.107).
8. Güriz, *Hukuk Felsefesi, op. cit.*, s.132.
9. S. Ş. Ansay, *op. cit.*, s.107.
10. S. Ş. Ansay, *op. cit.*, s.107; Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.107.
11. Güriz, *Hukuk Başlangıcı, op. cit.*, s.45.
12. *Ibid.*

B. MENFAAT TEORİSİ

"Menfaat teorisi (*interest theory*)"ne göre, *hak, hukuken korunmuş kişisel menfaattir*[13].

Bu teori Alman hukukçusu Rudolf von Jhering (1818-1892) tarafından savunulmuştur. Jhering'e göre, hak kavramını açıklamak için irade teorisi yeterli değildir. İradeyi harekete geçiren sebebi araştırmak gerekir. İşte bu sebep menfaattir[14]. O hâlde, Jhering'e göre hakkın özü menfaattir. Diğer bir ifadeyle hak, hukuk düzeni tarafından korunan menfaat demektir[15]. Menfaat teorisi temyiz kudretine sahip olmayanların da hak sahibi olabilecekleri hususunu açıklayabilmektedir. Örneğin akıl hastalarının iradelerinin olmamasına rağmen, hukuk düzeni tarafından korunan menfaatleri vardır.

Bu teoriye göre hak, hukuk düzeni tarafından korunan bir menfaat olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda dikkati çekmesi gereken husus şudur: Her menfaat bir hak değil, sadece hukuk düzeni tarafından korunan menfaatler haktır. Hukuka aykırı menfaatler hukuk düzeni tarafından korunmadıkları için hâliyle birer hak değildir. Keza, hukuka aykırı olmamakla birlikte, hukuk düzeni tarafından korunmayan menfaatler de hak olarak nitelendirilemez. Örneğin yayaların, otomobillerin yaya kaldırımlarına park etmemesi konusunda bir menfaatleri vardır. Ancak yayaların kaldırımına park etmiş bir aracı zorla kaldırma hakkına, yahut bu araca ceza kesme hakkına, veyahut bu araç sahibinden tazminat isteme hakkına sahip değildirler[16]. Yaya kaldırımına park eden otomobile ceza yazma yetkisi polise aittir. Otomobilden rahatsız olan yayanın yapabileceği şey, yanlış yere park eden otomobili ihbar etmekten ibarettir.

C. KARMA TEORİ

Bu teori, ilk iki teoriyi birleştirir. Yani irade ve menfaat unsurlarının bir sentezini yapar. Bu teoriye göre *hak, insana irade kudreti tanınmak suretiyle korunan menfaattir*[17]. Bu teori ünlü Alman hukukçusu Georg Jellinek (1851-1911) tarafından savunulmuştur. Jellinek irade teorisinden aldığı "iradeyi" ve menfaat teorisinden aldığı "menfaati" birleştirmiştir. Ona göre hak sadece menfaat unsuru ile tanımlanamaz. İrade unsuru da gerekir. Ancak, burada söz konusu olan irade, mutlaka menfaat sahibi olan kişinin iradesi değildir. Bu irade bir başkasının iradesi de olabilir. Böylece karma teori, akıl hastasının hak sahibi olması hususunu açıklayabilmektedir. Akıl hastalarının hak

13. "*Das subjektives Recht ist rechtlich geschütztes Interesse*" (S. Ş. Ansay, *op. cit.*, s.107).
14. Bilge, *op. cit.*, s.165.
15. Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.45.
16. *Ibid.*
17. "*Subjektive Recht ist, das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Interesse*" (Ansay, *op. cit.*, s.108).

sahibi olması durumunda korunan menfaat akıl hastasınındır; ama bu menfaat onun vasisinin iradesi aracılığıyla korunur[18].

D. HAK KAVRAMINI REDDEDEN TEORİLER

Bazı düşünürler de hak kavramını reddetmektedirler. Bunlardan en önemli ikisi Duguit ve Kelsen'dir.

1. Duguit'nin Teorisi.- Fransa'da Bordeaux Hukuk Fakültesi eski dekanlarından Léon Duguit (1859-1928) hak kavramını kabul etmemiştir. Ona göre hukuk, hâlâ metafizik kavramların egemenliğinden kurtulamamıştır. Hak, hayalî bir kavram, fizikötesi bir kavramdır. Hukuk hayatında gerçekliğe sahip bulunanlar sadece hukuk kurallarıdır[19]. Hukuk kuralları ise hak değil, hukukî durumlar yaratır. Seçmenlik durumu, alacaklılık durumu, memurluk durumu, öğrencilik durumu gibi[20].

2. Kelsen'in Teorisi.- Avusturyalı ünlü hukuk teorisyeni Hans Kelsen (1881-1973) de hak kavramını reddetmektedir. Kelsen'e göre hukuk kuralının temel özelliği, hakkı değil, hukuki yükümlülükleri ve ödevleri belirtmesidir. Hak, hukuk kuralı olduğu için vardır. Yani hak aslında hukuktan farklı bir şey değildir. Hak hukukun ferdileşmesi ve somutlaşmasıdır. Hak, hukuk kurallarından kaynaklanır. Örneğin mülkiyet hakkı, malike sahip olduğu şeyi, satmak, kiraya vermek, rehnetmek, tahrip etmek, o şeye müdahale edenlere karşı dava açmak yetkilerini verir. Ancak mülkiyet konusundaki tüm bu yetkiler, "mülkiyet hakkı kavramı"ndan değil, hukuk kurallarından kaynaklanır[21].

III. HAK KAVRAMININ TANIMI VE UNSURLARI

Kanımızca, hak kavramı, yukarıda gördüğümüz menfaat teorisine uygun olarak, şu şekilde tanımlanabilir:

TANIM: *Hak*, kişilerin hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan menfaatleridir.

Dikkat edileceği üzere bu tanıma göre hak şu üç unsur ile tanınmaktadır: Kişi unsuru, menfaat unsuru ve hukuk düzeni tarafından tanınıp korunma unsuru.

A. KİŞİ UNSURU

Bir haktan bahsedebilmek için, her şeyden önce ortada bu hakkın sahibi olabilecek bir "kişi"nin bulunması gerekir. "Kişi" olmadan "hak" olmaz.

18. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.134; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.46.
19. Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.46.
20. Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.46; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.140-141.
21. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, *op. cit.*, s.142; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, *op. cit.*, s.46-47.

Hukukta "kişi (Latince *persona, personne*)", hak ve borçlara sahip olabilen varlıklara denir. Kişiler, gerçek kişiler ve tüzel kişiler olmak üzere ikiye ayrılır.

"Gerçek kişiler (*real persons, personnes réelles*)", *insanlardır*. Gerçek kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu andan itibaren başlar (örneğin Türk Medeni Kanunu, m.28). Sağ doğmak koşuluyla "cenin (*foetus*)" de hak süjesi, yani hak sahibi olabilir. Örneğin babasının ölümünden önce ana rahmine düşen çocuk, tam ve sağ doğarsa babasının mirasçısı olur.

"Tüzel kişiler (*legal persons, personnes morales*)", belli bir amacı gerçekleştirmek üzere bağımsız bir varlık şeklinde örgütlenmiş, haklara ve borçlara sahip olabilen kişi ve mal topluluklarıdır[22]. Tüzel kişiler, "özel hukuk tüzel kişileri" ve "kamu hukuku tüzel kişileri" olmak üzere ikiye ayrılır. "Özel hukuk tüzel kişileri", dernekler, vakıflar ve şirketlerdir. Kamu hukuku tüzel kişileri ise devlet, mahalli idareler ve kamu kurumlarıdır.

Kişi kavramı hak kavramının tanımında birinci unsurdur. Bir hakkın olabilmesi için ortada bir kişinin olması gerekir. Bu kişi bir gerçek kişi (insan) olabileceği gibi bir tüzel kişi de (dernek, vakıf, şirket, devlet, mahallî idareler, kamu kurumları) olabilir.

B. MENFAAT UNSURU

Hakkın özü, maddî içeriği, bir menfaatten ibarettir. Bu şu anlama gelir ki, bir kişinin hakkından bahsedebilmek için ortada bir menfaatin olması gerekir. Menfaatin bulunmadığı yerde hak da yoktur. "Menfaat (çıkar, *interest, interêt*)", bir kişi için, o kişinin kendi düşüncesine göre iyi olan, avantajlı olan şeydir. Şüphesiz, menfaat, para kazanmak gibi maddî, ün sahibi olmak gibi manevî nitelikte olabilir.

Örnek: "Mülkiyet hakkı"nın özü, bir kişinin malik olduğu malı "kullanma (*usus*)", ondan "yararlanma (*fructus*)" ve onunla ilgili her türlü "tasarrufta bulunma (*abusus*)" yolunda sahip olduğu menfaattir. Açıkçası, bir kişi sahip olduğu malı, örneğin otomobili kullanabilir; sahip olduğu tarlaya fidan dikerek bunların meyvelerini yiyebilir veya bu meyveleri satıp para kazanabilir ve arzu ediyorsa bu otomobil veya tarlayı bir başkasına kiralayabilir veya satabilir. İşte bir mal üzerinde mülkiyet hakkı, o malı kullanma, yararlanma veya kiralama ve satma konusundaki menfaatten başka bir şey değildir.

Bir kişinin kendi düşüncesine göre, kendisine maddî veya manevî bir iyilik, bir avantaj sağlamayan bir şey, o kişi için "hak" olarak nitelendirilemez. Böyle bir şey belki ödev olabilir. Örneğin vergi ödemek, kişiye bir avantaj sağlamıyorsa, "vergi hakkı"ndan değil, "vergi ödevi"nden bahsetmek daha uygun olur.

---

22. Turgut Akıntürk, *Medenî Hukuk*, İstanbul, Beta, 9. Baskı, 2003, s.172.

C. HUKUK DÜZENİ TARAFINDAN TANINMA VE KORUNMA[23] UNSURU

Hak kavramının tanımında üçüncü unsur, hakkın özünü oluşturan menfaatin hukuk düzeni tarafından tanınması ve korunmasıdır. Diğer bir ifadeyle, belirli bir kişinin belirli bir menfaatinin hak olabilmesi için onun hukuk düzeni tarafından tanınması ve korunması gerekir. Kişilerin eşyalar ve diğer kişiler üzerinde pek çok menfaatleri olabilir. Ancak her menfaat hukuk düzeni tarafından tanınmaz ve korunmaz. Hukuk düzeni tarafından tanınıp korunmayan bir menfaat bir hakka vücut vermez. Dolayısıyla hakkın olduğu her yerde menfaat vardır. Ancak menfaatin olduğu her yerde hak yoktur.

Şüphesiz yukarıdaki tanım hakkın kendisinin ne olduğunu ifade etmektedir. Hakkın özünü oluşturan menfaatin nasıl gerçekleşeceği ayrı bir sorundur. Genellikle hukuk düzeni bunun için hak sahibi olan kişiye, birtakım talep yetkileri bahşeder. Bu yetkiler çoğunlukla hak sahibi olan kişinin, bir başka kişiden bir şeyin yapılması veya yapılmaması konusundaki istemi şeklinde kullanılır ki bu istem hukuk düzeni tarafından korunur, cebrî vasıtalarla icra edilebilir niteliktedir. Bazı istisnaî durumlarda, fiil ehliyeti olmayan kişilerin menfaatlerini korumak için bu istem, hak sahibi olan kişiler (örneğin akıl hastası veya küçük çocuk) tarafından değil, onların veli veya vasi gibi kanuni temsilcileri tarafından yapılır; yani bu yolda irade hak sahibi tarafından değil, onun temsilcileri tarafından açıklanır.

Keza hakkın tanımı başka, hakkın ihlalinin doğurduğu sonuçlar yine bir başka şeydir. Genellikle bir kişinin hakkının ihlal edilmesi hukuka aykırı bir fiil oluşturur ki, bu yerine göre suç veya haksız fiil teşkil eder. Her iki durumda da, ceza veya tazminat gibi birtakım müeyyidelerin uygulanması ihtimal dâhilindedir.

IV. HAK KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN AYRILMASI

Hak kavramını bir yandan "hürriyet", diğer yandan da " ödev" ve "borç" kavramlarından ayırmak gerekir.

A. HAK–HÜRRİYET AYRIMI

Önce hürriyet kavramını görelim:

---

23. Aslında "tanınma ve korunma" kelimelerinden birisinin fazla olduğu düşünülebilir. Zira hukuk, müeyyideli bir düzen olduğuna göre, hukuk düzeni tarafından tanınan şey aynı zaman da korunur da. Aksi de geçerlidir. Hukuk düzeni tarafından korunan şey, zaten hukuk düzeni tarafından tanınan bir şeydir. Çünkü hukuk düzeninin kendisinin tanımadığı bir şeyi koruması mümkün değildir. Koruma öncelikle tanımayı gerektirir.

Hürriyet Kavramı.- Doktrinde "hürriyet (özgürlük, *freedom, liberty, liberté*)" çok değişik şekillerde tanımlanmış ve anlaşılmış bir kavramdır[24]. *Hürriyet, bir şeyi yapma veya yapmama, belli bir şekilde davranıp davranmama erki* olarak tanımlanabilir[25]. Daha kısa bir ifadeyle hürriyet, "serbest hareket etme gücü"dür[26]. Bu tanımda dikkati çekmesi gereken nokta, hürriyetin *insan fiilinin bir niteliği* olarak kullanıldığıdır. Dolayısıyla hürriyetten "serbest insan fiili" anlaşılabilir. Seyahat hürriyeti, yerleşme hürriyeti, haberleşme hürriyeti, düşünce hürriyeti, basın hürriyeti gibi çeşitli hürriyetlerden bahsedilmektedir. Bu hürriyetlerin içeriği aslında bir "insan fiili"nden ibarettir. Örneğin seyahat hürriyeti, gelip gitme; yerleşme hürriyeti, bir yerde devamlı olarak oturma; haberleşme hürriyeti, mektup gönderme, telefonla konuşma vb.; basın hürriyeti, gazete çıkarma vb. fiillerden oluşmaktadır. Bu hürriyetleri anayasada tanıyarak anayasa koyucu, insanların o konuda "serbest hareket etme güçleri"nin olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Özetle hürriyet şu şekilde tanımlanabilir:

TANIM: *Hürriyet*, bir şeyi yapma veya yapmama, belli bir şekilde davranıp davranmama erkidir. Daha kısa bir ifadeyle hürriyet, "serbest hareket etme gücü"dür.

Hak ile Hürriyet Arasındaki Farklar.- "Hak" ve "hürriyet" kavramları yukarıda şekilde tanımlanırsa aralarında şu farklar ortaya çıkmaktadır:

1. Hak, hürriyete göre daha somut bir kavramdır[27]. Diğer bir ifadeyle hak, hürriyetin somutlaştırılmış biçimidir. Daha açıkçası, hak, hürriyetin somutta gerçekleştirilmesinin aracıdır[28]. Örneğin "hak arama hürriyeti", "dava hakkı" ile gerçekleşir. Hak, bir hürriyetin sağlanması için kişiye anayasa ve kanunlar ile tanınmış yetkilerdir[29]. Eğer bir kişinin bir konuda hakkı var ise, devletten veya diğer kişilerden o hakkın yerine getirilmesini "isteme yetkisi"ne sahiptir. Aynı anlamda denilebilir ki, hak hürriyetin uygulanması aşamasında ortaya çıkar.

---

24. Çeşitli hürriyet tanımları için bkz. Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Ankara, AÜHF Yayınları, Altıncı Baskı, 1981, s.3; İlhan F. Akın, *Temel Hak ve Hürriyetler*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1971, s.259-264; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul, Afa Yayınları, 1993, s.11-14; Ahmet Mumcu, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Ankara, Savaş Yayınları, 1994, s.13-17.

25. Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler, op. cit.*, s.14; Oktay Uygun, *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi*, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1992, s.6.

26. Tarık Zafer Tunaya, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, İkinci Baskı, 1969, s.187. Jacques Robert, hürriyeti "tam bir bağımsızlık içinde hareket edebilme gücü (*pouvoir d'agir en tout indépendance*)" olarak tanımlamaktadır (Jacques Robert, *Libertés publiques et droits de l'hommes*, Paris, Montchrestien, 1988, s.11).

27. Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları, I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezî Yayınları, 1995, s.8.

28. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku, op. cit.*, s.12.

29. Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.187.

2. Hürriyetlerin gerçekleşmesi için başkalarının veya devletin bir şey yapmaması gerekir. Hürriyet, kişinin kendi fiiliyle gerçekleşir. Hakkın gerçekleşmesi için ise, diğer kişilerin veya devletin hak sahibi kişi lehine birtakım edimlerde bulunması gerekir. Hakkı gerçekleştiren fiil, hak sahibinin değil, başka kişilerin veya devletin fiilidir. Örneğin seyahat hürriyeti bir "hürriyet"tir; seyahati kişinin kendisi yapar. Ama konut hakkı bir "hak"tır; çünkü kişiye bir konut sağlayacak veya kira yardımı yapacak olan, kişinin kendisi değil, devlettir.

Not 1: Hürriyet ve hak farklı kavramlar olsalar da, günlük kullanımda, hatta pozitif hukuk metinlerinde ve keza literatürde, pek çok durumda aralarında bir fark yokmuş gibi kullanıldığı da olur. Gerçekte hak olan şey için hürriyet, gerçekte hürriyet olan şey için ise hak dendiği olur. Bazen de bunlardan sadece birisi kullanılacakken nedense ikisi birden ("hak ve hürriyet" şeklinde) kullanılır.

Not 2: Hak ve hürriyetlerin, bazen mevzuatta ve doktrinde, hak ve hürriyet kelimeleriyle değil, daha somut olarak bir "dokunulmazlık", "yasak", "gizlilik", "korunma" gibi kelimelerle de ifade edildiği olur; "konut dokunulmazlığı", "zorla çalıştırma yasağı", "özel hayatın gizliliği", "çevrenin korunması" gibi. İfadeler değişik de olsa bunlar, yerine göre, bir "hürriyet" veya "hakkı" ifade ederler.

Daha Fazlası İçin: Hak ile hürriyet kavramları arasındaki benzerlik ve farklar konusunda daha fazla bilgi için bkz.: Gözler, *İnsan Hakları Hukuku, op. cit.*, s.68-73.

B. HAK–ÖDEV AYRIMI

Önce ödev kavramının bir tanımını yapalım:

Ödev Kavramı.- Genel olarak "ödev (vecibe, *duty, devoir*)", belli bir kural gereğince yapılması veya yapılmaması zorunlu olan şey demektir. Bu şeyin yapılması veya yapılmamasını gerektiren kural, şüphesiz, söz konusu şeyin içinde bulunduğu bağlama göre hukuk, ahlâk, teamül veya bir din kuralı olabilir. Bu nedenle hukukî, ahlâkî, teamülî veya dinî ödevlerden bahsedilebilir. Hukukta ödev şu şekilde tanımlanabilir:

TANIM.- ***Ödev*, bir hukuk kuralı gereğince yapılması veya yapılmaması zorunlu olan şeydir.**

Ödev kavramı hukukun her alanında, hem kamu hukuku, hem de özel hukuk alanında kullanılabilen genel bir kavramdır. Bununla birlikte, özel hukuk alanında "ödev" kavramı yerine çoğunlukla "borç" kavramı kullanılır[30]. O nedenle Borç kavramını da kısaca, ama ayrıca görmekte yarar vardır.

30. 17 Şubat 1926 tarih ve 743 sayılı Kanunu Medeninin ilk şeklinde "borç" terimi yerine "vecibe" terimi kullanılıyordu. 22 Nisan 1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 544'üncü maddesiyle "vecibe" terimi yerine "borç" terimi konulmuştur. Bu husus özel hukukta "ödev (vecibe)" teriminin karşılığının "borç" olduğunun da güzel bir göstergesidir.

Borç Kavramı.- "Borç (Latince *obligatio*, İngilizce ve Fransızca *obligation*)", bir hukukî ilişkide taraflardan birinin diğerine karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu edimdir[31]. Aradaki hukukî ilişkinin niteliğine göre borç, bir malın teslimi, bir hizmetin ifası veya bir hareketten kaçınma şeklinde olabilir[32]. Bir borç ilişkisinde taraflardan birisinin "alacak hakkı", diğerinin ise "borcu" bulunur. Dolayısıyla taraflardan birisine "alacaklı (*créancier*)", diğerine "borçlu (*débiteur*)" denir.

Hak-Ödev İlişkisi.- "Hak" ile "ödev" simetrik kavramlardır[33]. Hak kavramının karşısında "ödev (vecibe, *duty, devoir*)" kavramı bulunur[34]. Tabir caiz ise hak ve ödev aynı madalyonun iki yüzü gibidir. Bir hukukî ilişki veya durumda bir tarafın hakkı diğer tarafın ise ödevi vardır. Bazen aynı hukukî ilişkide bir tarafın edimi, kendisi açısından ödev, karşı taraf açısından ise hak oluşturur. Örneğin satım sözleşmesinde satıcının satılan malı alıcıya teslim etme edimi, satıcı için ödev (borç); alıcı için ise haktır. Keza aynı sözleşmede satılan malın bedelini isteme, satıcı için hak, alıcı için bu bedeli ödeme bir ödevdir (borçtur).

Ödevin olmadığı yerde hak da yoktur[35]. Örneğin bir satım sözleşmesinde satıcı teslim etme borcundan kurtulmuş ise, alıcı teslimi isteme hakkından mahrum kalır. Yine satıcı, teslim etme ödevini yerine getirmemiş ise, satılan malın bedelini isteme hakkını da yitirir. Yani ödev olmaksızın hak olmaz. Ancak, bunun tersi doğru değildir. Yani hak olmaksızın ödev olabilir[36]. Örneğin hayvanlara eziyet etmeme ödevi altındayız. Bu hukuk kuralları tarafından müeyyidelendirilen bir ödevdir. Ancak bizim böyle bir ödev altında bulunmamız, bu hayvanların bizim karşımızda hak sahibi oldukları anlamına gelmez[37]. Çünkü hayvanlar, irade sahibi değildir; bir "kişi" değildir; hak ve borçlara ehil değildir.

Ayrıca belirtelim ki, kişinin hak ve hürriyet sahibi olması, kişinin diğer kişilere karşı ödevlerini ortadan kaldırmaz. Nitekim çok eskilerden beri hürriyet, "başkalarına zararlı olmayan davranışlarda bulunabilmek" şeklinde tanımlanmıştır. Bu şu anlama gelir ki, bir kişi kendi haklarını kullanırken başkalarının haklarına da saygı göstermek zorundadır[38].

Daha Fazlası İçin: Ödev kavramı ve hak ile ödev kavramları arasındaki ilişki konusunda daha fazla bilgi için bkz.: Gözler, *İnsan Hakları Hukuku, op. cit.*, s.73-82.

---

31. Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı*, Ankara, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 1944'ten Tıpkı Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, s.41.
32. *Ibid.*
33. Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara, Orion, 2007, s.15. Benzer düşünceler: Akıllıoğlu, *op. cit.*, s.13.
34. Garner (Ed.), *Black's Law Dictionary, op. cit.*, s.1322.
35. *Ibid.* 36. *Ibid.*
37. Erdogan, *İnsan Hakları, op. cit.*, s.17.
38. Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, Ankara, İmaj Yayınevi, 12. Baskı, 2006, s.54.

V. HAKLARIN ÇEŞİTLERİ

Haklar çeşitli ayrımlara tâbi tutulur. Bu ayrımlardan ilki düzenledikleri hukuk alanından hareketle yapılmıştır. Düzenledikleri hukuk alanından hareketle haklar, "kamu hakları" ve "özel haklar" olarak ikiye ayrılmıştır. *Kamu hakları kamu hukukundan, özel haklar ise özel hukuktan doğan haklardır.*

Kamu Hakları ile Özel Haklar Arasındaki Farklar.- Kamu hakları ile özel haklar arasında birçok bakımdan farklılık vardır:

1. Özel hak ilişkisinin bir tarafında "hak sahibi" diğer tarafında da bir "yükümlü" bulunur. Hak sahibi bir şeyi talep eder, yükümlü de bunu ifa etmek zorundadır. Eğer yükümlü, yükümlülüğünü kendiliğinden yerine getirmezse, hak sahibi yükümlüyü hukuk yolu ile buna zorlar. Oysa kamu haklarında, hak sahibinin karşısında bazen bir "yükümlü" yoktur. Bazen de bir yükümlü vardır ve o da devlettir; ama bu yükümlü, yükümlülüğünü yerine getirmesi için hak sahibi tarafından zorlanamaz. Zorlansa bile, devletin yükümlülüğü elindeki imkânlarla sınırlıdır[39].

2. Özel haklardan yararlanma bakımından tam bir eşitlik söz konusudur. Buna karşılık, kamu haklarından yararlanmada bireyler arasında ayrım yapılır. Örneğin, seçme hakkına sahip olmak için belli bir yaşa gelmek gerekir[40]. Keza kamu hizmetine girmede öğrenim gibi şartlar aranır.

3. Özel haklardan vatandaş-yabancı herkes yararlanır. Örneğin ülkede bulunan yabancıların da mülkiyet hakkı, şahsiyet hakkı, alacak hakkı vardır (gayrimenkul edinme bakımından bazı sınırlamalar söz konusu olabilir). Bu haklarına müdahale olunca, devletten bu haklarının korunmasını talep ederler. Devlet onların da haklarını korur. Buna karşılık, kamu haklarının bir kısmından (siyasi haklar ve ödevler) yabancılar kural olarak yararlanamaz[41]. Örneğin seçme ve seçilme hakkından, memur olma hakkından yabancılar yararlanamazlar.

4. Özel haklar, gelişmiş, tüm ayrıntılarıyla hukuk tarafından düzenlenmiş, üzerlerinde pek tereddüt olmayan haklardır. Kamu hakları ise gelişme yolunda haklardır. Bunlar özel hukuk hakları gibi teknik mükemmelliğe sahip değildir. Bazen doktrin bir kamu hakkından bahseder, oysa bu hak hiçbir pozitif metinde yer almaz. Bazen kamu hakkı, sadece ismiyle yahut genel hatlarıyla anayasada geçer. Bazıları ise kanunlarla da düzenlenmiştir. Ama her hâlükârda bu düzenleme özel hukuk hakları kadar mükemmel değildir.

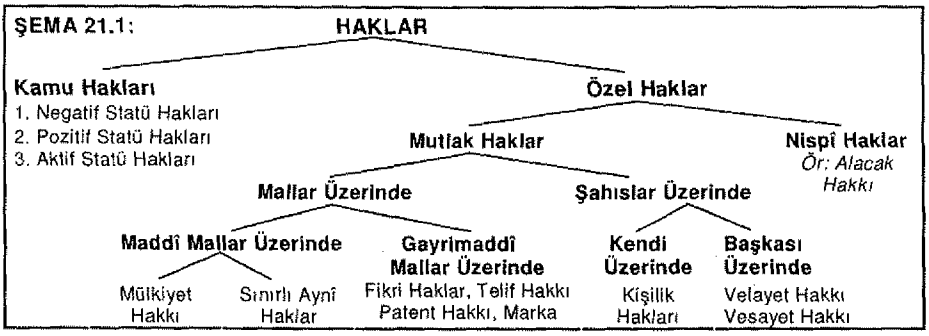
---

39. Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.146.
40. Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.146; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.76; Bilge, *op. cit.*, s.207.
41. Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.146; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.76; bilge, *op. cit.*, s.207.

Kamu hakları konusunda özel hukuk haklarında olduğu kadar zengin ve yerleşmiş mahkeme içtihatları yoktur. Özetle, kamu hakları, gelişme dönemindeki haklardır[42].

Kamu haklarıyla özel haklar arasındaki ayrım konusunda bu hakların hangi kanunda düzenlendiklerinden hareket edilebilir. Anayasada düzenlenmiş bir hak genelde bir kamu hakkıdır. Buna karşılık Medenî Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu gibi özel hukuk kanunlarında düzenlenmiş bir hak özel haktır.

Kamu haklarıyla özel hakları kesin bir ayrıma tâbi tutmak bazen mümkün değildir. Öyle haklar vardır ki, bunlar hem kamu hukuku, hem özel hukuk tarafından düzenlenmiştir. Kişilik hakkı, yaşam hakkı, sağlık hakkı, hatta mülkiyet ve miras haklarında durum böyledir[43]. Bu haklar hem Anayasa, hem de Medenî Kanun tarafından düzenlenmiştir. Buna rağmen haklar genellikle şu şekilde tasnife tâbi tutulur:



A. KAMU HAKLARI[44]

Kamu hakları, en kısa tanımıyla kamu hukukundan doğan haklardır. Kamu hakları konusunda çeşitli sınıflandırmalar[45] varsa da, en bilinen sınıflandırma Jellinek tarafından yapılan üçlü sınıflandırmadır.

"Jellinek'in Üçlemesi".- Georg Jellinek, ilk baskısı 1893 yılında yapılan *System der subjektiven öffentlichen Rechte* isimli kitabında[46], kamu hak-

42. Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.146.
43. Atar *et alii, op. cit.*, s.186.
44. Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.147-148; Özsunay, *op. cit.*, s.239; Bilge, *op. cit.*, s.204-207; Atar *et alii, op. cit.*, s.184-186; Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.76-77.
45. Bunlar hakkında bkz.: Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, op. cit.*, c.II, s.507-517.
46. Georg Jellinek, *System der subjektiven Öffentlichen rechte*, Tübingen, İkinci Baskı, 1905, s.86 vd. (Nakleden: Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, (Translated by Julian Rivers), Oxford, Oxford University Press, 2002, s.163). Jellinek'in eserinin Almanca metnine *http://www.scribd.com/doc/31245292/Jellinek-Georg-System-Der-Subjektiven-Offentlichen-Rechte-1919* den ulaşılabilmektedir. Türkçede Jelliz üzerine: Birden Güngören Bulgan, *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı*, İstanbul, Oniki Levha, 2017.

larını, devlet ile birey arasındaki ilişkinin *durumuna*[47] göre, "negatif statü hakları", "pozitif statü hakları" ve "aktif statü hakları" olarak üçe ayırır[48].

1. Negatif Statü Hakları

"Negatif statü hakları (*negative status rights*[49])", kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen hak ve hürriyetlerdir[50]. Örneğin konut dokunulmazlığı, kişi güvenliği, din hürriyeti, düşünce hürriyeti, mülkiyet hakkı negatif statü hakkı niteliğindedir. Bu haklar devlete, "karışmama", "gölge etmeme" ödevi yükler[51]. Bu haklar kişiyi devlete ve topluma karşı koruyan haklar olduğu için bu haklara, "koruyucu haklar[52] (*defensive rights*[53], *droits défensifs*[54])" veya "hürriyet hakları (*liberty rights*[55], *droits-libertés*[56])" da denir. Bu haklara "kişisel haklar (*individual rights, droits individuels*)" da diyebiliriz.

2. Pozitif Statü Hakları

"Pozitif statü hakları (*positive status rights*[57])", bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkânını tanıyan haklardır[58]. Örneğin çalışma hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı, sosyal güvenlik hak-

---

47. Jellinek'in *"status"* ile kastettiği şey devlet ile birey arasındaki ilişkinin durumudur (Alexy, *op. cit.*, s.164).
48. Georg Jellinek bu ayrımı *Allgemeine Staatslehre* isimli ünlü kitabında da devam ettirmiştir. Adı geçen kitabın Fransızca çevirisi için bkz.: Georg Jellinek, *L'Etat modern et son droit* (Traduction française par Georges Fardis), Paris, M. Giard & E. Brière, 1913, Cilt II, s.51-57. Bu ayrım konusunda ayrıca bkz.: Alexy, *op. cit.*, s.163-173; Christian Autexier, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, s.118-119; Favoreu *et al.*, *op. cit.*, s.789-790; Kapani, *Kamu Hürriyetleri, op. cit.*, s.6; Erdoğan, *Anayasal Demokrasi, op. cit.*, s.146-150; Şeref Ünal, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997, s.40-44; Ömer Anayurt, *Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, İstanbul, Kazancı, 1998, s.69; Favoreu *et al.*, *op. cit.*, s.789-790.
49. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, (Translated by Julian Rivers), Oxford, Oxford University Press, 2002, s.166-169.
50. Kapani, *Kamu Hürriyetleri, op. cit.*, s.6; Christian Autexier, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, s.118.
51. Kapani, *Kamu Hürriyetleri, op. cit.*, s.6.
52. A. Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Turhan, 7. Baskı, 1998, s.166.
53. Alexy, *op. cit.*, s.149 .
54. Favoreu *et al. et al.*, *op. cit.*, s.790.
55. Alexy, *op. cit.*, s.118, 243.
56. Favoreu *et al.*, *op. cit.*, s.790.
57. Alexy, *op. cit.*, s.169-172.
58. Kapani, *Kamu Hürriyetleri, op. cit.*, s.6; Autexier, *op. cit.*, s.118-119; Jellinek, "bireylerin yararına ifa edilen devletin pozitif hizmetleri (*services positives de l'Etat, rendus dans l'intérêt des individus*)"nden ve "bireysel yarara hizmet eden idarî faaliyetler (*activité administrative au service de l'intérêt inidividuel*)"den veya "pozitif devlet hizmetleri (*services d'Etat positifs*)"nden bahsediyor (Jellinek, *op. cit.*, c.II, s.53).

ki bu tür haklardandır. Bu tür haklar, devlete sosyal alanda birtakım ödevler yükler. Pozitif statü haklarına, kişiye devletten bir şey istemesi hakkını verdiği için "isteme hakları[59] (*claim rights*[60])" da denmektedir. Fransa'da bunlara benzer haklara "hizmet hakları (*droits-prestations*)" da denir[61]. Sosyal devlet anlayışının sonuçları olduğundan bu haklara, kısaca "sosyal haklar (*social rights, droits sociaux*)" da denir.

3. Aktif Statü Hakları

"Aktif statü hakları (*active status rights*[62])", kişinin devlet yönetimine katılmasını sağlayan haklardır[63]. Bu haklara bu nedenle "katılma hakları[64] (*participation rights*[65])" da denir. Seçme ve seçilme hakkı, siyasî parti kurma hakkı, siyasî faaliyette bulunma hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, dilekçe hakkı aktif statü haklarına örnek gösterilebilir. Bu haklara "siyasî haklar (*political rights, droits politiques*)" da denir.

B. ÖZEL HAKLAR[66]

"Özel haklar (*private rights*)", en kısa tanımıyla özel hukuktan doğan haklardır. Özel hukuk haklarının en belirgin özelliği bu hakların karşısında, bir hukukî yükümlülüğün yer almasıdır. Örneğin mülkiyet hakkında durum böyledir. Herkes, kişinin mülkiyet hakkını kullanmasına engel olmamakla "yükümlü"dür. Keza alacak hakkında, bir kimsenin diğerine karşı belirli bir edimi yerine getirmek "yükümlülüğü" söz konusudur. Bu "yükümlülük" bir şeyin "yapılmasına" ilişkin olabileceği gibi, bir "sakınma"dan veya bir "katlanma"dan da ibaret olabilir[67].

Özel haklar kendi içlerinde, nitelikleri, konuları, hukuki etkileri gibi çeşitli açılardan ayrıma tâbi tutulmaktadır. Önce bu konudaki planımızı verelim:

PLÂN:
1. Niteliklerine Göre Özel Hak Çeşitleri
   a) Mutlak Haklar
      aa) Mallar Üzerindeki Mutlak Haklar
      bb) Kişiler Üzerindeki Mutlak Haklar
   b) Nispî Haklar

59. Gözübüyük, *Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.167.
60. Alexy, *op. cit.*, s.169.
61. Favoreu *et al.*, *op. cit.*, s.790.
62. Alexy, *op. cit.*, s.172-174,
63. Kapani, Kamu Hürriyetleri, *Kamu Hürriyetleri op. cit.*, s.6; Autexier, *op. cit.*, s.119;
64. Gözübüyük, *Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.151.
65. Alexy, *op. cit.*, s.14,
66. Gözübüyük, *op. cit.*, s.149-157; Özsunay, *op. cit.*, s.238-281; Bilge, *op. cit.*, s.206-217; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.186-200; Akıntürk, *Temel Hukuk*, *op. cit.*, s.78-87.
67. Özsunay, *op. cit.*, s.238.

2. Konularına Göre Özel Hak Çeşitleri
   a) Malvarlığı Hakları
   b) Kişilik Hakları
3. Kullanılmalarına Göre Özel Hak Çeşitleri
   a) Devredilebilen Haklar
   b) Devredilemeyen Haklar
4. Amaçlarına Göre Özel Hak Çeşitleri
   a) Yenilik Doğuran Haklar (İnşaî Haklar)
   b) Yenilik Doğurmayan Haklar (Alelade Haklar)

1. Niteliklerine Göre Özel Hak Çeşitleri

Bu ayrım, hakkın sahibine temin etmiş olduğu yetkilerin kapsamı bakımından yapılan bir ayrımdır[68]. Bu açıdan haklar, "mutlak haklar" ve "nispî haklar" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

a) Mutlak Haklar[69]

"Mutlak haklar (*absolute rights*)", hak sahibine en geniş yetkiler veren haklardır. Bu haklar, sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilir. Herkes, mutlak haklara saygı göstermek zorundadır. Hak sahibi bu hakkından dilediği gibi yararlanır. Mutlak haklar, mallar üzerinde olabileceği gibi bazen kişiler üzerinde de olabilir.

aa) Mallar Üzerindeki Mutlak Haklar

Hukukta "mal (*goods*)", para ile ölçülebilen ve başkalarına devredilebilen varlıklara denir. O hâlde mallar üzerindeki mutlak haklar, para ile ölçülebilen ve başkalarına devredilebilen varlıklar üzerindeki haklardır. Bu varlıklar maddî olabileceği gibi gayrimaddî de olabilir.

aaa) Maddî Mallar Üzerindeki Haklar.- "Maddî mallar (*tangible goods, real goods*)", ev, tarla, otomobil, televizyon, kalem gibi bir cismi olan yani elle tutulup gözle görülebilen şeylerdir. Maddî mallara hukuk dilinde "eşya (*thing, property,* Latince: *res*)" denir. Maddî mallar, yani eşyalar üzerindeki mutlak haklara da "aynî haklar (*real rights, rights* in rem)" denir. Aynî haklardan bazıları, sahibine tam ve sınırsız yetkiler tanıdığı hâlde, bir kısmının tanıdığı yetkiler sınırlıdır. İşte bu nedenle, aynî haklar, sahibine tanıdığı yetkiler bakımından "mülkiyet hakkı" ve "sınırlı aynî haklar" diye ikiye ayrılır.

(i) Mülkiyet hakkı (right of ownership, right of property), hak sahibine (malik, *owner, proprietor*), en geniş yetkileri tanıyan haktır. Malik,

68. Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.53.
69. Akıntürk, *Temel Hukuk, op. cit.*, s.78-82; Akıntürk, *Medenî Hukuk, op. cit.*, s.39-43; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.53-55; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.149-152; Özsunay, *op. cit.*, s.246-254; Bilge, *op. cit.*, s.208-212; Atar *et alii, op. cit.*, s.189-195.

mülkiyetinde bulunan eşyayı, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kalmak şartıyla, dilediği gibi kullanabilir, ondan dilediği gibi yararlanabilir ve nihayet onunla ilgili istediği tasarrufta bulunabilir (Medenî Kanun, m.683). Örneğin malik olduğu eşyayı, satabilir, bağışlayabilir, tahrip edebilir veya yakabilir. O hâlde mülkiyet hakkı, sahibine o eşyayı "kullanma (*usus*)", ondan "yararlanma (*fructus*)" ve onunla ilgili her türlü "tasarrufta bulunma (*abusus*)" yetkisini veren tam bir aynî haktır.

(ii) Sınırlı aynî haklar (limited real rights) ise sahiplerine mülkiyet hakkı gibi tam ve geniş yetkiler vermeyip, sınırlı yetkiler tanımaktadır. Sınırlı aynî haklar, sahiplerine mülkiyet hakkından doğan, "kullanma", "yararlanma" ve "tasarrufta bulunma" yetkilerinin hepsini değil, bunlardan bir veya ikisini, örneğin yalnız kullanma veya yalnız yararlanma hakkını verir. Sınırlı aynî haklar, sahibine tanıdığı yetkinin niteliğine göre, "irtifak hakları (*servitudes*)", "gayrimenkul mükellefiyeti (taşınmaz yükü, *incumbrance on real estate*)" ve "rehin hakları" olmak üzere üç gruba ayrılır.

bbb) Gayrimaddî Mallar Üzerindeki Haklar.- "Gayrimaddî mallar (*intangible goods*)", elle tutulan gözle görülen bir mal değildir. Bunlar fikir ve sanat ürünü olan şeylerdir. Örneğin, bir bilim adamının yayınladığı bilimsel eser, bir romancının romanı, bir şairin şiiri, bir bestecinin bestesi, hep gayrimaddî mallardır. Bu tür gayrimaddî mallar üzerinde sahiplerine tanınmış mutlak haklara, *"fikrî haklar (intellectual property)"* denir. Bilimsel eserler, roman, şiir, beste, sinema gibi ürünlere *"fikir ve sanat eserleri (literary and artistic works)"*, yaratıcısının bunlar üzerinde sahip olduğu hakka da *"telif hakkı (copyrihgt)"* denir. Bu hak, 5 Aralık 1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunuyla düzenlenmiştir.

Sınaî buluşlar, markalar ve endüstriyel tasarımlar da gayrimaddî mallara dahil edilebilir. *Sınaî buluş (industrial invention)*, yeni tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olan buluşlardır. Sınaî buluşlar üzerinde sahibinin *patent hakkı (patent right)* vardır. Bu hak, 22 Aralık 2016 tarih ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun 82 ilâ 145'nci maddelerinde düzenlenmiştir.

Markalar (trademarks), "bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret"lerdir. Markalar, 22 Aralık 2016 tarih ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun 4 ilâ 32'nci maddelerinde düzenlenmiştir.

Endüstriyel tasarım, (*industrial design*) veya sadece "tasarım", "ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümüdür". Tasarımlar, 22 Aralık 2016 tarih ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun 55 ilâ 81'inci maddelerinde düzenlenmiştir.

bb) Kişiler Üzerindeki Mutlak Haklar

Mutlak hakların ikinci önemli grubu, "kişiler üzerindeki mutlak haklar (*absolute rights on persons*)"dır. Bunlar, hak sahibinin kendi şahsı veya bir başkasının şahsı üzerindeki haklardır.

aa) Kişinin kendi şahsı üzerinde sahip olduğu haklara, "kişilik (şahsiyet) hakları (*personal rights*)" denir. Bunlar kişinin maddî ve manevi varlığı, yani vücudu, sağlığı, sesi, görüntüsü, şerefi, özel hayatı gibi varlıkları üzerindeki haklarıdır.

bb) Kişinin başkalarının şahsı üzerindeki mutlak hakları günümüzde istisnaidir. Günümüzde kişiler artık hakkın konusu değil, sahibidirler. Hukukumuzda, zayıf olan kişileri korumak için, başkalarının şahsı üzerinde sadece iki hak tanınmıştır: Velayet ve vesayet hakları. "*Velayet hakkı* (*parental right*)", henüz reşit olmamış küçükler üzerinde ana-babalarına tanınmış olan mutlak haktır. Velayet hakkı, çocuğu terbiye etme, onun dinini seçme, tedip etme (cezalandırma) gibi yetkileri içerir. "*Vesayet* (*guardianship*)", velayet altında bulunmayan küçükleri ve kendi kendilerini idare etmekten aciz bulunan reşit kişileri korumaya yönelik bir kurumdur. Bu durumda bulunan bir kişiye mahkeme kararıyla vasi tayin edilir. Vasi anababaya ait velayet yetkilerinin bazılarını kullanır.

b) Nispî Haklar[70]

"Nispî haklar (*relative rights*)", mutlak haklar gibi herkese karşı değil, ancak belli bir kişiye veya belli kişilere karşı ileri sürülebilen haklardır. Nispî haklar, özellikle borç ilişkisinden doğar ve sahibine karşısındaki kişiden belli bir davranış biçiminde bulunmasını, yani bir şey vermesini, bir şey yapmasını veya bir şey yapmamasını istemek yetkisini verir. Borç ilişkisinde hak sahibi "alacaklı", karşısındaki kişi ise, "borçlu" durumundadır. İki kişi arasındaki borç ilişkisi ise, ya bir hukukî işlemden, ya haksız fiilden, ya da sebepsiz zenginleşmeden doğar. Hukukî işlem, belirli bir hukukî sonuç elde etmek üzere irade açıklamasında bulunmaktır. Örneğin sözleşme, bağış böyle bir işlemdir. Haksız fiil, hukuk düzeninin izin vermediği zarar verici bir

70. Akıntürk, *Temel Hukuk*, *op. cit.*, s.81-82; Akıntürk, *Medenî Hukuk*, *op. cit.*, s.43-44; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.55-57; Gözübüyük, *op. cit.*, s. 152; Özsunay, *op. cit.*, s.255-265; Bilge, *op. cit.*, s.213-216; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.193-195.

fiildir. Örneğin bir kimseyi yaralamak, bir kimsenin otomobilinin camını kırmak birer haksız fiildir. Sebepsiz zenginleşme, bir kimsenin malvarlığının haklı bir sebep olmaksızın diğer bir kimsenin malvarlığının aleyhine çoğalmasıdır. Örneğin bir yıllık kira bedelini peşin alan ev sahibinin altı ay sonra kiracısını çıkartması hâlinde, geriye kalan altı aylık kira bedeli ev sahibi için haksız zenginleşme oluşturur.

Nispî haklar herkese karşı değil, sadece belli bir kişiye, borçluya karşı ileri sürülebilir. Örneğin kiracı kira bedelini ödemezse, ev sahibi kira bedelini sadece kiracısından isteyebilir. Kiracının babasından veya yakınlarından isteyemez.

2. Konularına Göre Özel Hak Çeşitleri

Özel haklar, konularına göre "malvarlığı hakları" ve "kişilik hakları" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

a) Malvarlığı Hakları[71]

Malvarlığı hakları kişilerin *maddî* menfaatlerini koruyan haklardır. Hukuk dilinde "malvarlığı (mamelek, *patrimoine*)", bir kişinin para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tümünü ifade eder. O hâlde malvarlığı hakları, para ile ölçülebilen ve paraya çevrilmesi mümkün olan haklardır. Örneğin mülkiyet hakkı, alacak hakkı, fikri haklar malvarlığı haklarıdır.

b) Kişilik Hakları[72]

Kişilik (şahsiyet) hakları, kişilerin *manevi* menfaatlerini koruyan haklardır. Bu haklar, para ile ölçülemeyen, paraya çevrilemeyen, sahibi için sadece manevi bir değer ifade eden haklardır. Kişilik hakları, başkalarına devredilemeyecekleri gibi, miras yoluyla da mirasçılara geçemez. Kişinin kendi bedeni, sağlığı, şerefi, sırları, ismi, resmi, sesi üzerindeki hakları o kişinin kişilik haklarına örnek gösterilebilir.

3. Kullanılmalarına Göre Özel Hak Çeşitleri

Özel haklar, kullanılmaları bakımından "devredilebilen haklar" ve "devredilemeyen haklar" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır:

---

71. Akıntürk, *Temel Hukuk*, *op. cit.*, s.83; Akıntürk, *Medenî Hukuk*, *op. cit.*, s.45; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.57-58; Özsunay, *op. cit.*, s.238-239; Gözübüyük, *op. cit.*, s. 154; Bilge, *op. cit.*, s.215-216; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.186-187.
72. Akıntürk, *Temel Hukuk*, *op. cit.*, s.83; Akıntürk, *Medenî Hukuk*, *op. cit.*, s.45; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.57-58; Özsunay, *op. cit.*, s.239; Gözübüyük, *op. cit.*, s. 154; Bilge, *op. cit.*, s.215-216; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.186-187.

a) Devredilebilen Haklar[73]

Özel haklardan bazıları, kişilerin arasında yapılan bir hukuki işlem (ör: satım, bağışlama, vs.) ile başkalarına devredilebildikleri gibi, hak sahibinin ölümünden sonra mirasçılarına da geçebilir. Bu durumda olan özel haklara, "devredilebilen haklar" denir. Örneğin mülkiyet hakkı, telif hakkı bu tür haklardandır.

b) Devredilemeyen Haklar[74]

Özel haklardan bir kısmı ise, başkalarına devredilemedikleri gibi miras yoluyla da mirasçılara geçmez. Bu haklara "devredilemeyen haklar" veya "kişiye bağlı haklar" denir. Örneğin nişanı bozma hakkı (MK, m.120), boşanma davası açma hakkı (MK, m.167), soybağının reddi hakkı (MK, m.286) böyle haklardandır.

4. Amaçlarına Göre Özel Hak Çeşitleri

Özel haklar, hakkın kullanılmasındaki amaca göre, "yenilik doğurucu haklar" ve "yenilik doğurmayan haklar" olarak ikiye ayrılmaktadır.

a) Yenilik Doğuran Haklar (İnşaî Haklar)[75]

Yenilik doğuran haklar, sahibine tek taraflı bir irade açıklamasıyla yeni bir hukukî durum yaratmak veya mevcut bir hukuki durumu değiştirmek, yahut mevcut bir hukuki durumu tamamen ortadan kaldırmak yetkisini veren haklardır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bu haklar "kurucu" "değiştirici" veya "bozucu" niteliktedir. Yenilik doğuran haklar, kural olarak sahibi tarafından tek taraflı bir irade açıklamasıyla kullanılır ve bu açıklamanın karşı tarafa ulaşmasıyla da sonuçlarını doğurur. Örneğin şufa (önalım) hakkı bir yenilik doğurucu haktır. Şufa hakkına sahip kişi, bu hakkının konusu olan taşınmazın bir başkasına satılması hâlinde bu hakkını kullandığı hâlde, satıcı ile kendisi arasında satım sözleşmesi şeklinde bir hukuki durum yaratacaktır. Keza, kira sözleşmesinin feshi sonucunu doğuran bir sebep doğmuşsa, ev sahibinin sözleşmeyi feshi ihbar etmesi de böyle yenilik doğurucu bir haktır. Çünkü mevcut bir hukuki durum sona ermektedir.

---

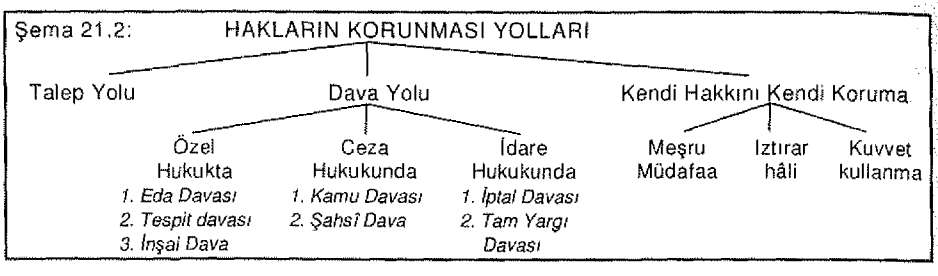
73. Akıntürk, *Temel Hukuk*, *op. cit.*, s.83; Akıntürk, *Medenî Hukuk*, *op. cit.*, s.46; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.58-59; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.187-188.
74. Akıntürk, *Temel Hukuk*, *op. cit.*, s.83; Akıntürk, *Medenî Hukuk*, *op. cit.*, s.46; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.58-59; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.187-188.
75. Akıntürk, *Temel Hukuk*, *op. cit.*, s.84-85; Akıntürk, *Medenî Hukuk*, *op. cit.*, s.47-48; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.59-60; Özsunay, *op. cit.*, s.242-243; Gözübüyük, *op. cit.*, s.154-155.

b) Yenilik Doğurmayan Haklar (Alelâde Haklar)[76]

Kullanılmaları hâlinde yeni bir hukuki durum meydana getirmeyen haklardır. Örneğin velayet hakkı böyle bir haktır. Bu hakkın kapsamına çocuğu terbiye etmek, tedip etmek (uyarmak veya gerekiyorsa cezalandırmak) girer ki, bu hakkın kullanılmasıyla yeni bir hukuki durum ortaya çıkmaz.

VI. HAKLARIN KORUNMASI

Bir kişinin hakkı bir başka kişi tarafından ihlâl edilmiş olabilir. Bu durumda hakkı ihlâl edilen kişinin bu hakkının korunması gerekir. "Hakların korunması (*protection of rights*)" yollarını önce şematik olarak gösterelim:



Şimdi bu yolları sırasıyla görelim:

A. TALEP YOLU

Hakkı ihlâl edilen kişi normalde hakkı ihlâl eden kişiye başvurarak hakkını ihlâl etmemesini ve bu arada varsa uğradığı zararı gidermesini talep edebilir. Bu talep sözlü, yazılı veya noter aracılığıyla yapılabilir. Buna hukukta *"talep hakkı"* denir. İyi niyetli kişiler bu talebi kabul ederek, başvuran kişinin hakkını yerine getirirler; verdikleri zararı tazmin ederler. Böylece hakkı ihlâl edilen kişinin hakkı korunmuş olur.

B. DAVA YOLU

Ancak başkasının hakkını ihlâl eden kötü niyetli bazı kişiler, hakkı ihlâl edilen kişinin talebini yerine getirmez. Bu durumda hakkı ihlâl edilen kişinin kendi hakkını zorla koruması mümkün değildir. Çünkü kimse kendi hakkını kendi alamaz. Buna *"ihkak-ı hak yasağı (kendiliğinden hak alma yasağı)"* denir. Bu durumda hakkı ihlâl edilen kişinin hakkını alabilmesi için resmî makamlara başvurması, mahkemelerde dava açması gerekir.

Örnek: A, B'ye bir televizyon satmış ve televizyonu da teslim etmiştir. B televizyonun bedelini bir ay sonra ödemeyi taahhüt etmiş; ancak bu bedeli öde-

76. Akıntürk, *Temel Hukuk*, *op. cit.*, s.85; Akıntürk, *Medenî Hukuk*, *op. cit.*, s.49; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.60; Gözübüyük, *op. cit.*, s.155.

memiştir. Bu durumda, A'nın B'den "alacak hakkı" vardır. A, B'den bu hakkını yerine getirmesini, yani kendisine televizyonun bedelini ödemesini talep edebilir. B öderse ortada bir sorun kalmaz. Ancak B, bu ödemeyi kendi isteğiyle yapmaz ise, A'nın B'nin önüne geçip cüzdanından televizyon bedeli kadar parayı alması mümkün değildir. Böyle bir durumda, A'nın B'den olan "alacak hakkı"nı koruyabilmesi için A'nın B aleyhine hukuk mahkemesinde dava açması gerekir.

Hukukumuzda kişilerin yapabileceği çeşitli başvuru ve dava yolları vardır. Bu yolları "özel hukuk yolları" ve "kamu hukuku yolları" olmak üzere ikiye ayırıp incelemek gerekir.

1. Özel Hukukta: Eda Davası, Tespit Davası ve İnşaî Dava

Kişilerin haklarını korumak için özel hukuk alanında açılabilecek davalar, "eda davaları", "tespit davaları" ve "inşaî davalar" olmak üzere üçe ayrılır. Bu davaların ne olduğunu medeni hukuk ve medeni usûl hukuku derslerinde göreceksiniz.

2. Ceza Hukukunda: Kamu Davası

Kişilerin haklarının başka kişiler tarafından ihlâl edilmesi bazen ceza hukuku bakımından suç oluşturur. Karşı tarafın suç teşkil eden bir davranışı ile bir hakkı ihlâl edilen kişi, savcıya, polise veya jandarmaya başvurarak hakkının korunmasını talep eder. Kolluk makamları başkasının hakkını ihlâl ederek suç işleyen kişiyi bundan men eder. Üstelik cumhuriyet savcısı, suç işleyen kişinin cezalandırılması talebiyle ceza mahkemesinde dava açar. Buna *"kamu davası (public prosecution)"* denir. Kamu davasını ceza usûl hukuku derslerinde göreceksiniz.

Tarihsel Bilgi: Eski Ceza Muhakemesi Usûl Kanunu döneminde bazı ufak tefek suçlarda, suç işleyen kişiye karşı Cumhuriyet savcısı değil, ceza mahkemesinde suçtan zarar gören kişinin kendisinin dava açması gerekirdi. Buna *"şahsî dava (personal action)"* denirdi. Şahsî dava yoluna, 4 Aralık 2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu yer vermemiştir. Bu tür davalar da artık ilgili kişinin şikayeti üzerine, koşulları var ise cumhuriyet savcısı tarafından açılır.

3. İdare Hukukunda: İptal Davası ve Tam Yargı Davası

Bazen devletin bir organı olan idarenin de kişilerin haklarını ihlâl etmesi ihtimal dâhilindedir. Yani kişilerin haklarının idareye karşı da korunması gerekir. Bu ise hakkı ihlâl edilen kişinin idare mahkemesinde idare aleyhine *"idarî dava (administrative case)"* açmasıyla olur. İdarî davalar, "iptal davası *(annulment action)*" ve "tam yargı davası *(full remedy action)*" olmak üzere iki çeşittir. İdarî davaları, idare hukuku derslerinde göreceksiniz.

C. KİŞİNİN KENDİ HAKKINI BİZZAT KORUMASI YOLU[77]

Yukarıda belirttiğimiz gibi modern hukuk sistemlerinde kişiler kendi haklarını kural olarak bizzat alamazlar. Buna "ihkak-ı hak yasağı (kendiliğinden hak alma yasağı)" denir. Modern hukuk sistemlerinde hakların devlet eliyle korunması asıldır. Bununla birlikte "meşru müdafaa", "ıztırar hâli" ve "kuvvet kullanma" gibi bazı istisnaî hâllerde kişinin kendi hakkını bizzat kullanması mümkündür.

1. Meşru Müdafaa

"Meşru müdafaa (*legitimate self-defense*)", bir kimsenin haksız bir saldırıya karşı kendisini veya bir başkasını korumak için gösterdiği zorunlu tepkidir[78]. Zira hukuk haksızlıklara müsaade etmez. Bunların ne pahasına olursa olsun önlenmesini ister. Kaldı ki, her insanda, hatta hayvanlarda da kendini savunma içgüdüsü vardır[79]. Hukuk düzeni bu içgüdüyü görmezlikten gelemez. Kendisi öldürülmek üzere olan kişinin hayatta kalmak için kendisini öldürmeye çalışan kişiyi öldürmesi bir nevi tabiat kanunudur. Nitekim bizim Ceza Kanunumuz da 25'inci maddesinde "gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez" diyerek meşru müdafaayı kabul etmiş bulunmaktadır.

11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 64'üncü maddesine göre haklı savunmada (meşru müdafada) bulunan kişi, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz[80]. Buna göre örneğin bir kapkaççı bir kişinin çantasını alıp kaçmaya çalışırken, çantası çalınmak istenen kişinin kapkaççının kolunu kırması durumunda meşru müdafaa hâli vardır[81]; böyle bir olayda kapkaççının kolunun kırılması bir suç oluşturmadığı gibi bir haksız fiil de oluşturmaz. Dolayısıyla kolu kırılan kapkaççı bundan dolayı tazminat da isteyemez. Keza bu kişi hakkında ceza mahkemesinde de mahkumiyet kararı verilemez. Böylece bu kişi, çantası üzerindeki mülkiyet hakkını bizzat meşru müdafaa yoluyla korumuş olur.

2. Iztırar Hâli

"Iztırar (zorunluluk) hâli (*state of necessity*)", bir kimsenin bilerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak için bu

77. Anayurt, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.299-306.
78. Dönmezer ve Erman, *op. cit.*, c.II, s.107.
79. Toroslu, *Ceza Hukuka, op. cit.*, s.71.
80. Eski Borçlar Kanununun 52'nci maddesi de meşru müdafaa hâlinde saldırganın şahsına ve mallarına verilen zarardan dolayı tazminat ödenmesine gerek olmadığını hüküm altına almaktaydı.
81. Örnek Anayurt, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.304'ten alınmadır.

tehlikeyle ilgisiz bulunan bir üçüncü kişinin şahsına veya malına zarar vermesi hâlidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 25'inci maddesinin ikinci fıkrası "gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez" diyerek ıztırar hâlini kabul etmiştir. Örneğin bir deniz kazasından kurtulan ve iki kişiyi taşıyamayacak derecede küçük olan bir tahta parçasına tutunmuş iki kişiden biri diğerini denize itip boğarsa ıztırar hâli vardır; bundan dolayı bu kişi cezalandırılamaz. Dağda yollarını kaybedip aç kalan dağcıların rastladıkları bir kulübenin kapısını kırıp sahibinden zorla yiyecek almaları durumunda da ıztırar hâli vardır.

11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 64'üncü maddesinin ikinci fıkrası "ıztırar (zorunluluk) hâlini kabul etmiştir. Iztırar hâlinde başkasının malına zarar verme bir haksız fiil oluşturmaz[82]. Ancak böyle bir durumda, hakim zarara uğrayan kişiye hakkaniyet nedeniyle uygun bir tazminat ödenmesini takdir edebilir. Örneğin bir kişinin kuduz bir köpeğin saldırısından kurtulmak için bir başka kişinin duvarından atlayıp onun bahçesindeki çiçekleri ezmesi ıztırar hâlidir[83].

3. Kendi Hakkını Kendi Gücüyle Koruma Yolu

Hukukumuzda bir kişi haklı da olsa hakkını kendisi kuvvet kullanarak alamaz. Ancak bu kuralın bazı istisnaları tanınmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 64'üncü maddesinin son fıkrasına göre, "hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz"[84]. Böyle bir güç kullanımı haksız fiil oluşturmaz. Dolayısıyla bu koşullarda zarar veren kişi, tazminat ödemekle yükümlü olmaz. Örneğin kirayı ödemeden giden kiracıdan, kira bedelini almaya giden ev sahibi, kiracısının eşyalarını boşaltıp gitmek üzere olduğunu görürse, kira bedelinin karşılanması için bazı eşyaları onun elinden kuvvet kullanarak alabilir[85]. Buna "kiraya verenin hapis hakkı" denir (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, m.336)[86]. Aynı şekilde, otel, pansiyon gibi konaklama yeri, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenler de kendilerine bı-

82. Madde 64/2: "Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler". Aynı hüküm, eski Borçlar Kanunun 52'nci maddesinin 2'nci fıkrasında da vardı.
83. Öztan, *Medenî Hukukun Temel Kavramları, op. cit.*, s.194.
84. Benzer hüküm eski Borçlar Kanununun 52'nci maddesinde de vardı.
85. Anayurt, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.306.
86. Benzer Hüküm eski Borçlar Kanununda da vardı (m.269).

rakılan veya konaklama yerlerine, garaj, otopark ve benzeri yerlere konulan eşya veya hayvanlar üzerinde, ücretlerini veya saklama giderlerinden doğan alacaklarını güvenceye almak için hapis hakkına sahiptirler (TBK, m.580)[87].

KUTU 21.2: İYİNİYET KARİNESİ VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMA YASAĞI

Her insan eyleminin bir amacı vardır; her beşerî fiilin altında bir "niyet" yatar. Hukukta "iyi niyet (*bona fides*)" asıldır. Medenî hukukta 2000 yıldır herkesin "iyi niyetli" olduğu yolunda karine vardır. Çünkü böyle bir karine olmaksızın liberal bir hukuk sistemini inşa etmek mümkün değildir. Bizim Medenî Kanunumuz da 3'üncü maddesinde "kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır" diyerek "iyiniyet karinesi"ni kabul etmiştir.

Medenî hukuk, kişilere iyiniyetle ve dürüstçe davranma ödevini de yükler. Örneğin Medenî Kanunumuzun 2'nci maddesine göre "*herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*". Keza 3'üncü maddesine göre "*durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz*".

Ancak "iyiniyet karinesi" adı üstünde bir "karine"dir; yani genel olarak geçerli olduğu varsayılır; ancak somut olaylarda bu karinenin aksinin geçerli olması, olayın faillerinin veya hukukî ilişkinin taraflarının iyi niyetle değil, "kötü niyet (*mala fides*)" ile hareket ediyor olmaları mümkündür. İşte kötü niyetli olan bu kişi veya kişiler hukuk düzeni tarafından korunmaz. Bu nedenle bu kişi, hukuken bir hakkını kullanıyor gibi görünse bile, bu hakkı himaye edilmez; bu haktan elde etmeyi düşündüğü menfaatlerden mahrum kalır.

Nitekim Medeni Kanunumuzun 2'nci maddesi "*bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*" diyerek "hakkın kötüye kullanılması (*abus du droit*)" yasağını açıkça hükme bağlamıştır.

İyiniyet karinesi ve iyiniyetle ve dürüstçe davranma ödevi ve keza hakkın kötüye kullanılması yasağı, sadece özel hukukta değil, kamu hukukunda geçerlidir. Anayasal organlar ve kamu görevlilerinin iyi niyetli oldukları varsayılır. Ancak bu organlar ve görevliler de aynı zamanda iyi niyetle ve dürüstçe davranma ödevi altında da bulunurlar. Aksi takdirde ülkede anayasal sistem işlemez. Anayasal hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması ise bizim Anayasamızın 14'üncü maddesinde zaten ayrıca düzenlenmiştir.

Şu durumlarda hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilir:

a) Hakkın, sahibine bir yarar sağlamaksızın, "sırf başkasına zarar verme kastı (ızrar kastı, *animus nocendi*)" ile kullanılması durumunda hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilir. Örneğin Fransa'da 1855 tarihli Colmar'daki baca davasında, bir kişi, komşunun ışığına engel olmak için evinin üstüne gerçek olmayan bir baca inşa etmiştir. Baca bir şömineye veya bir sobaya bağlı değildir. Böyle bir bacanın, bacayı inşa eden kişiye sağladığı bir yarar yoktur. Dolayısıyla bu baca, mülkiyet hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.

b) Bir hakkın olağan amacıyla değil, bir başka amaçla kullanılması durumunda hakkın kötüye kullanımı vardır. Örneğin aile kurmak amacıyla değil, vatandaşlık elde etmek için yapılan bir evlilik, evlilik hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.

c) Bir hakkın kullanılması, onun olağan amacıyla ilgili olsa bile, bu kullanım gayrimeşru ve gayrihlakî ise, hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilir.

d) Hakkın iyi niyetle değil, kötü niyetle kullanıldığı her durumda da hak kötüye kullanılmış olur.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı konusunda daha fazla bilgi için bkz.: Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, *op. cit.*, s.301-326.

87. Benzer Hüküm eski Borçlar Kanununda da vardı (m.482).

Bölüm 22
HUKUKÎ OLAYLAR, FİİLLER VE İŞLEMLER

Bibliyografya.- Tekinay, *op. cit.*, s.95-96; Ataay, *op. cit.*, s.255-260; Özsunay, *op. cit.*, s.283; Keyman, *Hukuka Giriş*, 1997, *op. cit.*, s.85-117; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.124-125; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.41-49; Arsal, *op. cit.*, s.132-139; Atar *et alii, op. cit.*, s.202-210.

PLÂN:

I. Hukukî Olaylar
II. Hukukî Fiiller
  A. Hukuka Aykırı Fiiller
  B. Hukuka Uygun Fiiller
III. Özel Hukukta Hukukî İşlemler
  A. Hukukî İşlemin Unsurları
    1. İrade Açıklaması
    2. Hukukî Sonuç
  B. Hukukî İşlemlerin Çeşitleri
    1. Tek Taraflı- Çok Taraflı
    2. Sağlararası-Ölüme Bağlı
    3. İvazlı-İvazsız
    4. Taahhüt-Tasarruf
    5. Sebebe Bağlı-Bağlı Olmayan
IV. Kamu Hukuku İşlemleri
  A. Yasama İşlemleri
  B. Yargı İşlemi
  C. Yürütme İşlemleri veya İdarî İşlemler
    1. Tek-Yanlı İdarî İşlemler
      a) Bireysel İdarî İşlemler
      b) Düzenleyici İdarî İşlemler
    2. İki-Yanlı İdarî İşlemler: İdarî Sözleşmeler

I. HUKUKÎ OLAYLAR[1]

"Genel anlamda olay", doğadaki tüm değişikliklerdir. Güneşin doğup batması, ağaçların çiçek açması, yağmurun yağması, kuşların uçması, insanların doğmaları, ölmeleri, konuşmaları, kavga etmeleri hep birer "olay (*event*)"dır. "Genel anlamda olaylar" çoğunlukla hukuku ilgilendirmez. Ancak bunlardan bazıları, bazı durumlarda hukuku ilgilendirir. Bazı olaylar hukuk alanında bir etki yapar; bir hukukî sonuç doğurur. Bu sebeple de "hukukî olay (*legal event*)" niteliğini kazanır. İşte biz, *hukuk düzeninin kendisine hukukî sonuç bağladığı olaylara hukukî olay diyoruz.*

Örneğin kuşların ötmesi, bulutların yer değiştirmesi, insanların ağlaması, gülmesi, şarkı söylemesi bir hukukî olay değildir. Çünkü bunlara hukukî bir sonuç bağlayan bir hukuk kuralı yoktur. Buna karşılık örneğin insanın doğumu hukukî bir olaydır. Zira Medenî Kanunun 28'inci maddesi, "kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar" diyerek doğum olayına bir hukukî sonuç (kişilik) bağlamıştır. Hukuken "kişi" olmak ise hak sahibi

1. Tekinay, *op. cit.*, s.95-96; Ataay, *op. cit.*, s.255-260; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.124-125; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.41-49; Arsal, *op. cit.*, s.132-139; Atar *et alii, op. cit.*, s.202-203.

olmak ve borç altına girebilmek demektir. O hâlde doğum, bir hukukî olaydır. Keza delirmek de bir hukukî olaydır. Zira temyiz kudretini yitiren kişi, fiil ehliyetini yitirir ve onun hakkında Medenî Kanunun vesayet ile ilgili hükümleri uygulanır. Ölüm de hukukî bir olaydır; çünkü, ölen kimse "kişi" olmaktan çıkar. Bir kimseyi öldürmek, yaralamak, malını çalmak da hukukî olaylardır; çünkü bu durumda bunları yapan kişi hakkında Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

Hukukî olaylar, "doğa olaylarından kaynaklanan hukukî olaylar" ve "insan davranışlarından kaynaklanan hukukî olaylar" olmak üzere ikiye ayrılır:

1. Doğa olaylarından kaynaklanan hukukî olaylar, insan iradesi dışındaki sebeplerden meydana gelen doğa ile ilgili olaylardır. Hastalık nedeniyle ölüm, hukukun kendisine sonuç bağladığı bir "doğa olayı"dır. Keza hukuk, deprem, sel gibi doğa olaylarına da sonuç bağlar. Örneğin bu olaylar nedeniyle bir şey üzerinde bulunan mülkiyet hakkı o şeyin yok olmasıyla sona erer. Diğer yandan öngörülemeyen ve önlenemeyen bir sel felaketi veya bir deprem mücbir sebep teşkil eder; kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırır.

2. İnsan davranışlarından kaynaklanan hukukî olaylar, insan iradesiyle meydana getirilen ve hukukun kendisine sonuç bağladığı olaylardır. Örneğin bir kimseyi öldürmek, yaralamak, onun malını çalmak veya kiralamak insan davranışıyla meydana gelen hukukî olaylara örnektir.

"İnsan davranışları"yla meydana gelen hukukî olaylar da kendi içinde "hukukî fiiller" ve "hukukî işlemler" şeklinde ikiye ayrılır:

II. HUKUKÎ FİİLLER[2]

"Hukukî fiiller", insan iradesinden veya hareketinden meydana gelen hukukî olaylardır. Burada insan iradesine bağlanan bir hukukî sonuç vardır. Hukukî fiillerde fiil iradîdir; ama sonuç, istenen bir sonuç olmayabilir. Hukukî filler kendi içinde "hukuka aykırı fiiller" ve "hukuka uygun fiiller" olmak üzere ikiye ayrılır.

A. HUKUKA AYKIRI FİİLLER

"Hukuka aykırı fiiller", kişilerin hukuk düzenine aykırı olan fiilleridir. Bunlardan bir kısmı, kusurlu bir davranış ile başkasına zarar veren fiillerdir. Ceza hukukunda bu tür fiillere "suç" denir. Örneğin bir kişinin diğer kişiyi öldürmesi, onun bir malını çalması suçtur. Özel hukukta ise bu tür fiillere "haksız fiil" denir. Örneğin bir kişinin, diğer kişinin malına kasten veya tedbirsizlik sonucu zarar vermesi bir haksız fiildir.

2. Bilge, *op. cit.*, s.243; Gözübüyük, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.1125; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.41-49; Keyman, *Hukuka Giriş*, 1997, *op. cit.*, s.88-96; Arsal, *op. cit.*, s.137-139; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.203-205.

B. HUKUKA UYGUN FİİLLER

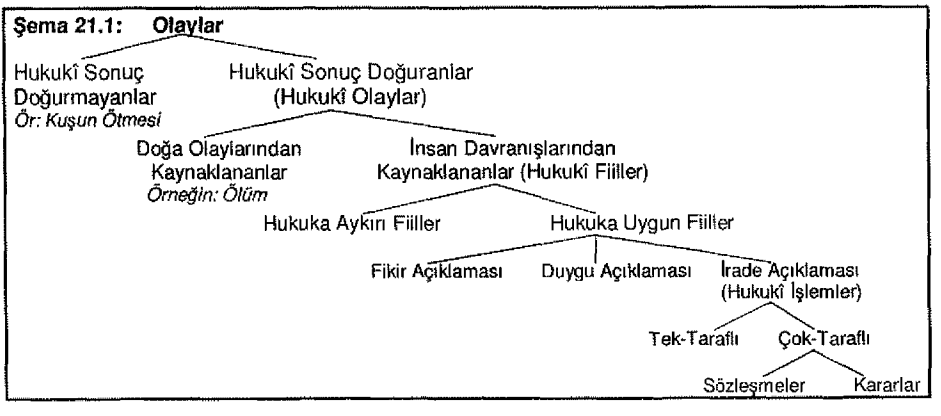
"Hukuka uygun fiiller", kişilerin kendisine hukukî sonuçlar bağlanan hukuk düzeninin istediği şekildeki hareketleridir. Bu durumda kişiler, hukukun emrettiğini yaparlar veya yasakladığından kaçınırlar. Bunlar kendi içinde üçe ayrılırlar: Fikir açıklamaları, his açıklamaları ve irade açıklamaları.

1. Hukuk düzeni bazı "**fikir açıklamaları**"na hukukî sonuç bağlar. Örneğin, bir kişinin diğerinden belli bir miktar parayı borç olarak aldığını söylemesi kendisine hukukî sonuç bağlanan bir fikir açıklaması niteliğindedir ki buna hukukta "ikrar" denir.

2. Günlük hayatlarında kişiler sevgi, nefret, saygı, kızgınlık, affetme gibi duygularını açıklarlar. Hukuk düzeni bazen böyle **"duygu açıklamaları"**na hukukî sonuç bağlar. Örneğin zina, cana kast, pek fena muamele nedeniyle açılacak veya açılmış boşanma davalarının af ile düşeceği hükme bağlanmıştır (MK, m.161-162).

3. Kişiler toplumsal hayatta belli konularda iradelerini açıklarlar. Bazen hukuk düzeni bu "**irade açıklamaları**"na da hukukî sonuçlar bağlar. İşte hukuk düzeninin kendisine hukukî sonuçlar bağladığı irade açıklamalarına "**hukukî işlem**" denir. Hukukî işlemler de kendi içinde tek taraflı ve çok taraflı olarak ikiye ayrılır. Hukukî işlemleri önemleri dolayısıyla biraz daha yakından göreceğiz. Hukukî işlemleri özel hukuk ve kamu hukukundaki hukukî işlemler olarak ayrı ayrı görmek uygun olacaktır.

Şimdi buraya kadar olan açıklamalarımızı şema hâlinde özetleyelim:



III. ÖZEL HUKUKTA HUKUKÎ İŞLEMLER[3]

Öncelikle belirtelim ki, özel hukukta hukukî işlemlerden bahsederken her zaman "özel hukuk hukukî işlemi" demeyeceğiz; doğrudan doğruya "hu-

3. Tekinay, *op. cit.*, s.97-123; Ataay, *op. cit.*, s.261-293; Keyman, *Hukuka Giriş*, 1997, *op. cit.*, s.98-117; Bilge, 245-253; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.128-135; Kılıçoğlu, *op. cit.*, s.43-49; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.207-211.

kukî işlem" diyeceğiz. Önce hukukî işlemin bir tanımını yapalım:

TANİM.- ***Hukukî işlem,*** **hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklaması veya açıklamalarıdır.**

İrade açıklamasının yönelmiş olduğu hukukî sonuç, bir hakkın veya hukukî ilişkinin kurulması, değiştirilmesi, devredilmesi veya ortadan kaldırılması şeklinde ortaya çıkar. Örneğin miras bırakan kişinin, ölmeden önce sahip olduğu bir malın birisine verilmesi yolunda iradesini açıklamasına hukuk düzeni bir sonuç bağlar. Murisin yaptığı bu irade açıklaması bir "vasiyet" oluşturur. Vasiyet gibi hukukî işlemler *tek taraflıdır.* Sözleşmelerde ise karşılıklı ve birbirine uygun *iki irade açıklaması* söz konusudur. Örneğin, satım sözleşmesinde, satıcı belli bir bedel karşılığında malını satmayı kabul eder; alıcı da malı alması karşılığında bu bedeli ödemeyi kabul eder. Bu şekilde iki iradenin açıklanmasıyla satış sözleşmesi ortaya çıkmış olur.

A. HUKUKÎ İŞLEMİN UNSURLARI

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere hukukî işlemin, biri "irade açıklaması", diğeri "hukukî sonuç" olmak üzere iki unsuru vardır. İşte bu iki unsurun bir araya gelmesiyle hukukî işlem meydana gelir.

1. İrade Açıklaması.- Hukukî işlem ancak bir iradenin açığa vurulmasıyla ortaya çıkar. Açıklanmamış bir irade, hukukî sonuç doğuramaz. Örneğin bir kimse, diğerine bir şey satmayı, diğeri de satın almayı düşünebilir. Bu iş düşünce safhasında kaldığı sürece hukukî bir işlemden söz edilemez.

"İrade açıklaması" biri "açık" diğeri "üstü kapalı" olmak üzere iki şekilde olur. İradenin hedeflediği hukukî sonuç net bir şekilde ortada ise "açık (sarih) irade beyanı" vardır. Bu irade açıklaması yazılı, sözlü veya işaretle olabilir. Yeterince açık olmayan, yapıldığı anda mevcut bütün şartlarla birlikte düşünüldüğünde anlam ifade eden irade beyanlarına "üstü örtülü (zımnî) irade beyanı" denir. Örneğin kira süresi bittiği hâlde kiracının evde oturmaya devam etmesi, ev sahibinin de buna ses çıkarmaması kira sözleşmesinin *zımnen,* yani üstü örtülü olarak uzatıldığını gösterir.

Kural olarak irade açıklamaları şekle bağlı değildir. Ancak kanun bazı işlemler için şekil şartı öngörmüşse ona uymak gerekir. Örneğin taşınmaz mal alım satımı için resmî şekil öngörülmüştür. Tarafların iradeleri tapu siciline tescil edilmelidir. Bu şarta uyulmazsa, yapılan hukukî işlem sakattır.

2. Hukukî Sonuç.- Hukukî işlemin ikinci kurucu unsuru hukukî sonuçtur. "Hukukî sonuç", hukuk düzeninde değişiklik meydana gelmesi demektir. İradenin tek başına açıklanmış olması yeterli değildir. Açıklanan irade belli bir hukukî sonuca yönelmiş olmalıdır. Mesela satım sözleşmesinde, hukukî sonuç, satıcı yönünden mülkiyetin alıcıya geçmesi ve bedelin alınması, alıcı yönünden ise mülkiyetin kazanılması ve bedelin satıcıya ödenme-

sidir. Alıcı ve satıcı, iradeleri karşılıklı ve birbirine uygun şekilde bu sonuca yönelmelidir. Aksi takdirde mesela biri kiralamak isterken öbürü satın almayı hedef alıyorsa satım sözleşmesi kurulmuş olmaz.

B. HUKUKÎ İŞLEMLERİN ÇEŞİTLERİ

Hukukî işlemler, oluşumları için gerekli irade açıklamasının sayısına, hüküm ifade edecekleri zamana, sebebe bağlı olup olmamalarına, iki tarafı da borç altına sokup sokmamalarına, şekle ve şarta bağlı olup olmamalarına göre değişik açılardan ayrıma tâbi tutulmaktadır.

1. Tek Taraflı Hukukî İşlemler – Çok Taraflı Hukukî İşlemler

Hukukî işlemler, meydana gelmeleri için gerekli irade açıklamalarının sayısına göre "tek taraflı hukukî işlemler" ve "çok taraflı hukukî işlemler" olmak üzere ikiye ayrılır:

a) Tek taraflı hukukî işlemler, sadece bir kişinin irade açıklamasıyla doğabilen işlemlerdir. Örneğin vasiyet, tek taraflı bir hukukî işlemdir. Zira oluşabilmesi için bir kişinin iradesini açıklaması yeterlidir. Vasiyetin oluşabilmesi için lehine vasiyet yapılanın irade beyanına ihtiyaç yoktur. Vakıf kurma, tanıma, sözleşmeyi iptal etme, şufa hakkını kullanma hep tek taraflı hukukî işlemlerdir.

b) Çok taraflı hukukî işlemler, geçerli şekilde meydana gelebilmeleri için birden fazla kişinin irade açıklamasında bulunması gereken işlemlerdir. Çok taraflı hukukî işlemler, sözleşmeler ve kararlar olmak üzere ikiye ayrılır.

aa) Sözleşmeler, en az iki kişinin aynı hukukî sonucu doğurmaya yönelik olarak karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıdır. Örneğin satım sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi.

bb) Kararlar ise birden fazla kişinin iradelerini karşılıklı değil, aynı yönde açıkladıkları çok taraflı işlemlerdir. Örneğin bir dernek, şirket veya kat malikleri genel kurulunda, bir teklif hakkında kurul üyelerinin kabul, ret veya çekimser şeklindeki irade beyanlarında durum böyledir. Üyeler birbirine karşılıklı bir beyanda bulunmazlar. Üyelerin beyanları aynı yöne (başkana, genel kurul divan başkanlığına) doğru yöneltilmiştir.

Tek Yanlı Hukukî İşlem	Sözleşme	Karar
A ⟶ B	A ⟷ B	A ⟶ B ⟶ C ⟶ D ⟶
Örnek: Vasiyet	Örnek: Satım Sözleşmesi, Kira Sözleşmesi	Örnek: Dernek, Şirket, Kat Malikleri Genel Kurulu Kararı

2. Sağlararası Hukukî İşlemler–Ölüme Bağlı Hukukî İşlemler.- Hukukî işlemler, hükümlerini doğuracakları zamana göre, "sağlararası hukukî işlemler" ve "ölüme bağlı hukukî işlemler" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır: **(a)** Hukukî sonuca yönelik olarak açıklanan irade kişinin sağlığında hüküm ve sonucunu meydana getiriyorsa ortada bir *sağlararası hukukî işlem* vardır. Evlenme, satım, kira, ödünç gibi hukukî işlemler hep sağlararası hukukî işlemlerdir. **(b)** Buna karşılık, hukukî sonuca yönelik olarak yapılan irade açıklaması hüküm ve sonuçlarını açıklamada bulunan kişinin ölümünden sonra doğuruyorsa ortada bir *ölüme bağlı hukukî işlem* vardır. Örneğin vasiyet ölüme bağlı bir hukukî işlemdir. Kişi vasiyette ölümünden sonra terekesinden bir kısım değerin bir başka kişiye verilmesi konusunda irade açıklamasında bulunur. Hâliyle bu irade açıklaması ölümden önce yapılır. Ancak bu irade açıklamasının hüküm ve sonucunu doğurabilmesi için vasiyet yapan kişinin ölmesi gerekir. Vasiyette bulunan kişi ölmedikçe bu işlem bir hüküm ve sonuç doğurmaz.

3. İvazlı Hukukî İşlemler–İvazsız Hukukî İşlemler.- "İvaz" yapılan bir işlemden elde edilen yarar karşılığında üstlenilen borcu ifade eder. Borcun konusu olan her şey ivaz olarak kararlaştırılabilir. Yapılan hukukî işlem, ivaz karşılığında yapılmışsa "ivazlı işlem"; böyle bir karşılık olmaksızın yapılmışsa "ivazsız hukukî işlem" adını alır. Örneğin satım sözleşmesi ivazlı, bağış ise ivazsız bir hukukî işlemdir. Satımda satıcının malın mülkiyetini devretme borcuna karşılık alıcının da bedel ödeme (ivaz) borcu vardır. Bağışta ise lehine bağış yapılan kişi herhangi bir borç altına girmez.

4. Taahhüt İşlemleri–Tasarruf İşlemleri.- Kişilerin parayla ölçülebilen haklarının ve borçlarının bütününe hukuk dilinde "malvarlığı" denir. Haklar malvarlığının aktifini, borçlar ise pasifini oluşturur. Aktif ve pasif arasındaki fark ise, "net malvarlığı"dır. İşte hukukî işlemler malvarlığı üzerinde yaratacakları etkiye göre "taahhüt (borçlandırıcı) işlemleri" ve "tasarruf işlemleri" şeklinde ikiye ayrılırlar:

a) Taahhüt (borçlandırıcı) işlemleri, malvarlığının aktifine herhangi bir etki yapmayan, sadece pasifini arttıran işlemlerdir. Yani taahhüt işlemleri kişilerin borçlarını artıran işlemlerdir. Örneğin A, B'ye bir televizyon satmayı teklif etmiş, B de bu teklifi kabul etmiştir. Bu şekilde A'nın malvarlığının pasifinde artış olur; yani A'nın borçlarına bir borç (televizyonu teslim borcu) daha eklenir. Ancak henüz televizyon teslim edilmemiştir. A'nın malvarlığının aktifinde görünür.

b) Tasarruf işlemleri, ise doğrudan doğruya malvarlığının aktifini etkileyen işlemlerdir. Bu işlem sonucunda kişinin malvarlığının aktifinde bir artma veya azalma olur. Örneğin yukarıdaki örnekte A'nın sattığı televizyo-

nu B'ye teslim etmesi bir tasarruf işlemidir. Böylece A'nın malvarlığındaki bir değer, bilfiil bu malvarlığından çıkıp B'nin diğer malvarlığına girmiş olur.

5. Sebebe Bağlı Olan İşlemler–Sebebe Bağlı Olmayan İşlemler.- Hukukî işlemlerin bu ayrımı, kazandırıcı işlemler açısından yapılan bir ayrımdır. "Kazandırıcı işlem", bir kimsenin açıklamış olduğu irade beyanı ile bir başkasının malvarlığında artma meydana getiren işlemlerdir. Bu artma, kişinin malvarlığının aktifinde çoğalma veya pasifinde azalma şeklinde ortaya çıkabilir. İşte kazandırıcı işlemler sebebe bağlı olabileceği gibi bir sebebe bağlı olmayabilir de. Hukukta "sebep", bir hukukî işlem ile ulaşılmak istenen amaç ve o işleme esas teşkil eden nedendir. Genel olarak hukukî işlemlerin *üç sebebi* vardır: Borç ödeme sebebi (*causa solvendi*), alacak elde etme sebebi (*causa credendi*) ve bağışlama sebebi (*causa donandi*). Eğer bir kazandırıcı işlemin hukuka uygun bir şekilde meydana gelebilmesi için dayandığı *sebebin* geçerli olması gerekiyorsa ortada sebebe bağlı bir hukukî işlem vardır. Örneğin Türk hukukunda, taşınmazların başkasına devrine ilişkin tapu siciline tescil işleminin geçerli olması için bu devre *sebep* olan hukukî işlemin geçerli olması gerekir.

Eğer bir kazandırıcı hukukî işlemin hukuka uygun olarak doğumu için dayandığı sebebin mevcut ve geçerli olması şart değilse ortada bir *sebepsiz (illetten mücerred) hukukî işlem* vardır. Örneğin borç ikrarı sebepsiz bir hukukî işlemdir. Zira Borçlar Kanununun 18'inci maddesine göre, "borcun sebebini içermemiş olsa bile, borç tanıması geçerlidir". Keza çek, poliçe, bono ile üstlenilen borçlar da sebebe bağlı olmayan hukukî işlemlere örnek teşkil eder. Bu şu anlama gelir: Bir bonoyla yüklenilen borç, sebebi araştırılmaksızın geçerlidir; ödenmelidir.

IV. KAMU HUKUKU İŞLEMLERİ

"Kamu hukuku işlemleri", devletin yaptığı irade açıklamasıyla oluşan işlemlerdir. Devlet yasama, yürütme ve yargı organlarından oluştuğuna göre, kamu hukuku işlemleri, yasama işlemleri, yargı işlemleri ve yürütme işlemleri olmak üzere üçe ayrılır:

A. YASAMA İŞLEMLERİ

Yasama işlemi, yasama organının, yani Türkiye Büyük Millet Meclisinin belli bir hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamasıdır. Bu açıklamada "kanun" veya "parlâmento kararı" şeklinde ortaya çıkar. Kanunları yukarıda gördük. Parlâmento kararları ise Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunun kanun dışında belirli konularda açıkladığı iradesidir. Parlâmento kararları, Türkiye Büyük Millet Meclisinin iç yapısına ve çalışma dü-

zenine ilişkin olarak veya TBMM'nin yürütme ve yargı organlarıyla ilişkileri çerçevesinde aldığı kararlardır. Örneğin yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı, milletvekilliğinin düşmesi kararı, Cumhurbaşkanı yardımcısının veya bir bakanın Yüce Divana sevki kararı, genel görüşme açılması kararı, meclis araştırması açılması kararı, olağanüstü hâl ilân kararının onaylanması kararı, savaş ilânı kararı, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesi veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verilmesi kararı gibi kararlar birer parlâmento kararıdır. Parlâmento kararları TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilir ve Cumhurbaşkanı tarafından değil, TBMM Başkanı tarafından Resmî Gazetede yayınlanır. Dolayısıyla parlâmento kararları üzerinde Cumhurbaşkanının bir yetkisi yoktur. Diğer yandan, üç istisna dışında, parlâmento kararlarının yargısal denetimi de mümkün değildir.

B. YARGI İŞLEMİ

"Yargı işlemleri", bağımsız mahkemelerin hukukî uyuşmazlıklar ve hukuka aykırılık iddiaları hakkında verdiği kesin hüküm teşkil eden kararlardır. Bu işlemlerle bir hukukî uyuşmazlık, artık tekrar dava konusu yapılamayacak bir şekilde sonuçlandırılır. Yargı işlemi, bağımsız mahkemelerden çıkar. Bu mahkemeler bu işlemleri bir iddia-tespit-hüküm süreci sonucunda tesis eder.

C. YÜRÜTME İŞLEMLERİ VEYA İDARÎ İŞLEMLER[4]

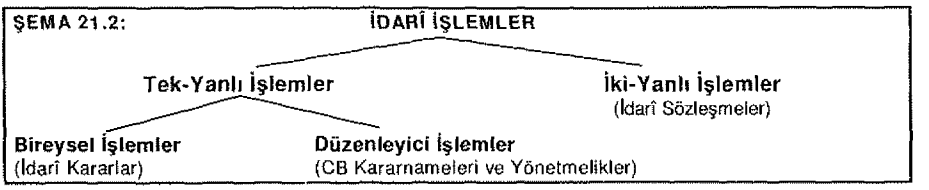
"Yürütme işlemi" veya daha yaygın bir ifadeyle "idarî işlemler", idarenin hukukî sonuç doğurmaya yönelik bir irade açıklamalarıdır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, idarî işlemin de bir hukukî işlem olarak, biri "irade açıklaması", diğeri "hukukî sonuç" olmak üzere iki unsuru vardır. Ancak bu iki unsur bir araya geldiği takdirde idarî işlem kurulur. Örneğin fakülte idaresinin öğrenciye disiplin cezası verme işleminde, idarenin açıkladığı bir irade ve bu iradenin doğurduğu bir hukukî sonuç (örneğin öğrencinin bir dönem okuldan uzaklaştırılması) vardır. Bir memurun emekliye sevk edilmesi işleminde, idarenin bu yönde açıkladığı bir irade ve bu iradenin hukuk düzenine yol açtığı bir değişiklik (o kişinin memurluk statüsünün artık sona ermesi ve emeklilik statüsü içine girmesi) vardır.

İdarî işlem, özel hukuk işlemlerine büyük ölçüde benzer. Ancak ondan birçok bakımdan farklıdır. Zira idarî işlem, kamu gücü ayrıcalıklarına dayanır. Bu şu anlama gelir ki, idarî işlemde, "idare" daima üstün konumdadır. Özel hukuk işlemi ise, irade serbestisine ve taraflar arasındaki eşitliğe dayanır.

Gözler, *İdare Hukukuna Giriş, op. cit.*, s.98-198'den özetlenmiştir.

İdarî İşlemlerin Türleri

İdarî işlemler öncelikle "tek-yanlı idarî işlemler" ve "iki-yanlı idarî işlemler" olmak üzere ikiye ayrılır:



1. Tek-Yanlı İdarî İşlemler.- "Tek-yanlı idarî işlemler", ilgilinin rıza ve muvafakatine bağlı olmadan, idarenin tek-yanlı olarak açıkladığı iradesiyle yapılan işlemlerdir. Tek-yanlı idarî işlemler kendi içinde "bireysel idarî işlemler" ve "düzenleyici idarî işlemler" olarak ikiye ayrılmaktadır:

a) Bireysel İdarî İşlemler.- "Bireysel idarî işlemler", kişisel ve özel durumlara ilişkin olan idarî işlemlerdir. Örneğin memur atama işlemi, disiplin cezası verme işlemi, kamulaştırma işlemi, inşaat ruhsatı verme işlemi birer bireysel idarî işlemdir. Bireysel idarî işlemlere "idarî kararlar" da denir.

b) Düzenleyici İdarî İşlemler.- "Düzenleyici idarî işlemler" ise *genel* ve *kişilik-dışı* olan idarî işlemlerdir. Örneğin yönetmelik, bir düzenleyici idarî işlemdir. Düzenleyici işlemler, maddî bakımdan, yani içerikleri itibarıyla, kanunlara benzer; yani idare, düzenleyici işlemlerle kurallar koyar.

2. İki-Yanlı İdarî İşlemler (İdarî Sözleşmeler).- "İki-yanlı idarî işlemler" idare ile ilgili kişilerin aynı hukukî sonucu doğurmak amacıyla karşılıklı olarak açıkladıkları iradelerin uyuşumu sonucu ortaya çıkan işlemlerdir. Bunlara "idarî sözleşmeler" denir. İki-yanlı idarî işlemlerde, yapılan işlemin hukukî sonuç doğurabilmesi için sadece idare tarafından bir iradenin açıklanması yeterli değildir; bu iradenin idarenin karşısındaki kişi tarafından da kabul edilmesi gerekir. Tek-yanlı idarî işlemlerde tek yönde irade açıklaması varken (**İdare ⟶ Özel Kişi**); iki-yanlı idarî işlemlerde, yani idarî sözleşmelerde, *aynı yönde* değil, *karşılıklı* iki irade beyanı vardır (**İdare ⟷ Özel Kişi**). Örneğin Ulaştırma Bakanlığı (ve daha sonra Telekomünikasyon Kurumu ve günümüzde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) ile Turkcell, Avea ve Vodafone şirketleri arasında imzalanmış olan imtiyaz sözleşmesi bir idarî sözleşmedir.■

Bölüm 23
YARGI FONKSİYONU VE ORGANI

Bibliyografya.- ***Türkçe:*** Ramazan Arslan ve Süha Tanrıver, *Yargı Örgütü Hukuku,* Ankara, Yetkin, 2001; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü,* İstanbul, Demir Demir Ltd., Altıncı Baskı, 2001, Cilt I, s.2-77, 884; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medenî Usûl Hukuku,* Ankara, Yetkin, 14. Baskı, 2002, 125, 126, 551-560, 730-731, 785-805; Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* İstanbul, Beta, 12. Baskı, 2002, Birinci Kitap, s.43-45, 58-60, 155-161, 243-244, 438-444; Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukukunun Esasları,* İstanbul, İÜHF Yayınları, 1973, s.137-153, 418-439; İlhan E. Postacıoğlu, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri,* İstanbul, İÜHF Yayınları, 3. Baskı, 1966, 488-511; 20-24, 132-138, 488-511. ***Fransızca:*** Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français,* Paris, Dalloz, 1992, s.459-529; Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit,* Paris, Dalloz, 3. Baskı, 1999, s.311-339; François Terré, *Introduction générale au droit,* Paris, Dalloz, 6. Baskı, 2003, s.531-580; Jean Vincent, Serge Guinchard, Gabriel Mantagnier, André Varinard, *Institutions judiciaires,* Paris; Dalloz, 7. Baskı, 2003, s.269-271, 349-360, 607-835; Boris Starck, Henri Roland ve Laurant Boyer, *Introduction au droit,* Paris, Litec, 5. Baskı, 2000, s.239-336; Xavier Labbé, *Introduction générale du droit,* Lille, Presses universitaires du Septentrion, 2. Baskı, 2003, s.80-108; René David, *Les grands systèmes de droit contemporains,* Paris, Dalloz, 7. Baskı, 1978, s.19-27; Michel Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers,* Paris, Dalloz, 5. Baskı, 2005, s.6-9; Duguit, *Manuél de droit constitutionnel, op. cit.,* s.90-120; Jean-Marie Auby ve Roland Drago, *Traité de contentieux administratif,* Paris, LGDJ, 2. Baskı, 1975, c.I, s.10-45; Hermann Bekaert, *Introduction à l'étude du droit,* Bruxelles, Bruylant, 1963, s.453. ***İngilizce:*** Frederick G. Kempin, *Historical Introduction to Anglo-American Law,* St. Paul, Minn., West Publishing Co., Third Edition, 1990, 4th reprint, 2003, s.48-73; Francis Lyall, *An Introduction to British Law,* Baden-Baden, Nomos Verlagsgsellschaft, 2. Baskı, 2002, s.209; Richard Ward ve Amanda Wragg, *Walker & Walker's English Legal Systems,* Oxford, Oxford University Press, 9. Baskı, 2005, s.329-344; Fiona Cownie, Anthony Bradney ve Mandy Burton, *English Legal System,* Oxford, Oxford University Press, 2005, s365-374; Peni Derbyshire, *English Legal System,* London, Sweet & Maxwell, 2004, s.57-63.

"Yargı (kaza, *juridiction*)" teriminden bahsedildiğinde bu terimden "fonksiyonel anlamda yargı" ve "organik anlamda yargı" olmak üzere genellikle iki değişik şey anlaşılmaktadır. Fonksiyonel anlamda yargıya kısaca "yargı fonksiyonu (*fonction juridictionnelle*)", organik anlamda yargıya ise "yargı organı (*organe juridictionnel*)" denir. O hâlde burada ilk önce "yargı fonksiyonu"nu, sonra da "yargı organı"nı görelim. Buna göre plânımız şu şekilde olacaktır:

PLÂN:
I. Yargı Fonksiyonu (Fonksiyonel Anlamda Yargı)
II. Yargı Organı (Organik Anlamda Yargı)

Yargı fonksiyonuyla işe başlayalım:

I. YARGI FONKSİYONU (FONKSİYONEL ANLAMDA YARGI)

"Yargı fonksiyonu (*fonction juridictionnelle, judicial function*)" devletin, yasama ve yürütme fonksiyonları dışında üçüncü fonksiyonudur. Burada önce yargı fonksiyonunun tanımı ve diğer devlet fonksiyonlarından ayrılmasını, daha sonra da yargı fonksiyonunun yerine getiriliş usûlünü ve yargı işlemi, yani mahkeme kararı kavramını inceleyeceğiz. Buna göre bu başlık altında plânımız şöyle olacaktır:

PLÂN:
A. Yargı Fonksiyonunun Tanımı
B. Yargılama Yetkisi
C. Yargı Fonksiyonunun Yerine Getiriliş Usûlü: Dava Kavramı
D. Yargı İşlemi (Mahkeme Kararı)

Yargı fonksiyonunun tanımıyla başlayalım:

A. YARGI FONKSİYONUNUN TANIMI

Bir fonksiyon, içeriğine, yani bu fonksiyonun kendisiyle yerine getirildiği işlemlerin maddî mahiyetine bakılarak tanımlanabileceği gibi, bu fonksiyonun kimin veya kimlerin tarafından yerine getirildiğine bakılarak da tanımlanabilir. Birinci durumda bu fonksiyon, içeriksel, yani *maddî açıdan*; ikinci durumda ise *organik açıdan* tanımlanmış olur. Birinci durumda şu şu niteliklerdeki iş ve işlemler yargı fonksiyonunu; ikinci durumda ise şu organın yaptığı iş ve işlemler yargı fonksiyonu oluşturur denir. Burada önce maddî, sonra da organik açıdan yargı fonksiyonunun tanımını göreceğiz. Ancak bundan önce şu hususu not edelim: Bizim burada "maddî açıdan tanım-organik açıdan tanım" dediğimiz şeye kamu hukuku literatüründe, genellikle "maddî kritere göre tanım-organik kritere göre tanım" denir. Aşağıda bazen "maddî açı", bazen "maddî kriter" terimleri kullanılmıştır. Bunlar tamamıyla aynı anlamdadır. Aynı şekilde bazen "organik açı" bazen de aynı anlamda "organik kriter" ifadesi kullanılmıştır.

1. Yargı Fonksiyonunun Maddî Açıdan Tanımlanması (Maddî Kriter)

Maddî açıdan yargı fonksiyonu, yukarıda da belirtildiği gibi, bu fonksiyonu yerine getiren organın kim olduğuna bakılarak değil, bu fonksiyonun içeriğine, maddî niteliğine bakılarak tanımlanır. Yani, maddî açıdan tanımda yargı fonksiyonu, bu fonksiyonu ifa eden organdan tamamıyla soyutlanarak

tanımlanır. Bu açıdan bakıldığında ise yargı fonksiyonunu, *hukukî uyuşmazlıkları çözme fonksiyonu* olarak tanımlayabiliriz[1].

Maddî açıdan "yargı fonksiyonu" bu şekilde tanımlandığında Türkçedeki "yargı fonksiyonu" terimindeki "yargı" kelimesi, Fransızcadaki *fonction juridictionnelle* terimindeki *juridictionnelle* ve İngilizcedeki *judicial function* terimindeki *judicial* kelimelerinden çok daha doğru bir şekilde yargı fonksiyonunun özünü ifade etmektedir. *Juridictionnelle* sıfatı Latince *jurisdictio* kelimesinden gelmektedir. *Jurisdictio* kelimesi ise *juris* ve *dictio* kelimelerinden oluşmuş bir birleşik kelimedir. *Juris*[2], *ius* (hukuk) kelimesinin genitifi, *dictio* kelimesi ise *dicere* (söylemek) fiilinin isim hâlidir. Buna göre *jurisdictio* "hukuku söylemek" anlamına gelmektedir. İngilizcedeki *judicial* kelimesi ise Latince *iudicium* kelimesinden, bu kelime de *iudex* (hâkim) kelimesinden gelmektedir. Oysa Türkçedeki "yargı" kelimesi "yarmak" mastarından türediği için yargı fonksiyonunun maddî açıdan anlamını daha güzel ve daha kestirmeden vermektedir. Buna göre "yargı fonksiyonu"nu, yargı kelimesine bakarak, "hukukî uyuşmazlıkları *yarma* fonksiyonu" olarak tanımlayabiliriz. *TDK Türkçe Sözlük,* "yarmak" fiilini "uzunlamasına bölüp ayırmak" olarak tanımlamaktadır[3]. Kanımızca bu tanım yetersizdir. Yarmak

---

1. Devlet fonksiyonlarının ve bu arada yargı fonksiyonunun maddî açıdan tanımlanması ilk defa Léon Duguit tarafından yapılmıştır. Léon Duguit, yargı fonksiyonunun maddî kriterle, yani bu fonksiyonun içeriğine ve mahiyetine bakarak tanımlanmasını savunmaktadır (Duguit, *Manuél de droit constitutionnel, op. cit.,* s.118). Duguit'ye göre, yargı fonksiyonunu "münhasıran maddî açıdan, yani bu fonksiyonu ifa eden organların, memurların ve makamların niteliğinden tamamıyla soyutlayarak tanımlamak gerekir" (*Ibid.*). Duguit yargı fonksiyonunu aşağıdaki üç unsur ile tanımlamaktadır. Diğer bir ifadeyle Duguit'ye göre yargı fonksiyonu şu üç aşamadan geçerek yerine getirilmektedir.

   a) Hukuka Aykırılık İddiası.- Bir mahkemenin karar verebilmesi için her şeyden önce, bir hukuka aykırılık iddiası olmalıdır (Ibid., s.119).

   b) Hukuka Aykırılığın Tespiti.- Mahkeme böyle bir hukuka aykırılık sorunuyla karşı karşıya kaldığında, hukuka aykırılığın olup olmadığını araştırıp tespit eder (*Ibid.*).

   c) Müeyyide Uygulama.- Mahkeme hukuka aykırılığın olduğunu tespit ederse, hukuka aykırılığın giderilmesi için, yani bozulan hukuk düzeninin yeniden tesisi için müeyyide uygulanmasına karar verir.

   Dolayısıyla maddî kritere göre, yargı fonksiyonunun "iddia", "tespit" ve "müeyyide" aşamalarını içeren bir fonksiyon olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre, hukuka aykırılık iddiası üzerine tespit yapan ve tespitten sonra müeyyide uygulayan devlet fonksiyonunun "yargı fonksiyonu" olduğu söylenebilir. Yani bu tanıma göre *yargı fonksiyonu hukuka aykırılık iddialarını karara bağlayan devlet fonksiyonudur.*

   Bizim yukarıdaki "hukukî uyuşmazlıkları çözme fonksiyonu" şeklindeki yargı fonksiyonu tanımımız esas itibarıyla Léon Duguit'nin yargı fonksiyonunun maddî tanımıyla örtüşmektedir.

2. Klasik Latincede *iuris* şeklinde yazılır.
3. *TDK Türkçe Sözlük,* Ankara, TDK Yayınları, Yeni Baskı, Ankara, 1988, s.1590 (*Yarmak* maddesi)

fiilinin tanımına kesinlik ve yarıcı alet unsurlarını da ilave etmek gerekir. Yarmak fiili şu şekilde tanımlanabilir: "Bir şeyi kesici veya yarıcı bir aletle kesin bir şekilde ikiye ayırmak". Sobaya atılacak bir odun kütüğünün baltayla yarılması (yani boylamasına ikiye bölünmesi) örneğinde olduğu gibi, yarmak, bir şeyi, yarıcı bir alet yardımıyla, kesin ve sonsuza kadar olarak ikiye ayırmak demektir. Bu anlamda yarma kelimesi mahiyeti gereği bir kesinliği ifade etmektedir ki, yargılama faaliyeti sonucunda verilen hüküm de uyuşmazlığı yarmakta, yani kesin olarak ve sonsuza kadar çözümlemektedir.

Kaza kelimesinde bu "yarma" anlamı vardır. Ali Haydar Efendinin Mecelle Şerhinde belirttiği gibi *"kazânın asıl manası kat' ve fasıldır. Diğer manaları ondan müteferridir"*[4]. *Kat'*, kesme; *fasl*, ayırma, bölme demektir[5].

Yargı fonksiyonunun tanımında kullandığımız "yarma" kelimesi yadırganmamalıdır. Fransız literatüründe yargıyla ilgili pek çok kavram tanımlanırken "yarmak (*trancher*)" fiili yaygın olarak kullanılmaktadır. Örneğin Gérard Cornu'nun *Vocabulaire juridique*'i "yargısal işlem (*acte juridictionnel*)" terimini, yargı organının kendisiyle bir uyuşmazlığı *yardığı* işlem (*acte par lequel une juridiction* ***tranche*** *une contestation*)" olarak tanımlamaktadır[6]. Keza aynı sözlük "hâkim (*juge*)" terimini "davayı *yarma* yetkisine sahip kişi (*celui qui compétent pour* ***trancher****... l'affaire*)" olarak tanımlamaktadır[7]. Ancak Fransızcada *trancher* fiilinden türemiş yargı anlamına gelen bir isim veya sıfat yoktur. Türkçede ise yarmak fiilinden gelen bir isim (yargı) vardır ve de bu Türkçenin bir zenginliğidir.

Bu arada not edelim ki, Türkçede fonksiyonel anlamda "yargı"dan bahsederken, "yargı" yerine "yargılama" denmesi daha uygun olur. Çünkü yargılama kelimesindeki *-lama* eki bir faaliyeti, yani fonksiyonu ifade etmektedir. Dolayısıyla Türkçede fonksiyonel anlamda yargıdan bahsedilirken *yargılama,* organik anlamda yargıdan bahsedilirken de *yargı* kelimeleri kullanılabilir. Bu da Türkçenin diğer dillere göre olan bir zenginliğidir. *"-lama"* son eki eklenerek organik anlamda kullanılan bir kavram, fonksiyonel anlama dönüştürülebilmektedir.

Sonuç olarak maddî açıdan yargı fonksiyonunu, *hukukî uyuşmazlıkları yarma fonksiyonu* olarak tanımlayabiliriz. Arzu edilirse "yarma" yerine "çözme" kelimesi kullanılarak yargı fonksiyonu şu şekilde tanımlanabilir:

---

4. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam,* (Yazı çevrimi: Rasit Gündoğdu ve Osman Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, Tarih yok (2006?), Cilt 4, s.421. Arapçada "kaz (قض)" kelimesi "parçalamak", "parçalara bölmek" anlamına gelir. Bkz. Hans Wehr, *A Dictionary of Modern Written Arabic,* Wiesbaden, Otto Harrasswitz, 4. Baskı, 1979, s.902.
5. Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat,* Ankara, Aydın, 1984, s.301, 595.
6. Gérard Cornu (Ed.) (Association Henri Capitant), *Vocabulaire juridique,* Paris, PUF, 7'nci Baskı, 2006, s.519 (*juridictionnel* maddesi).
7. *Ibid.,* s.512 (*juge* maddesi).

TANIM: ***Maddî açıdan yargı fonksiyonu,*** **hukukî uyuşmazlıkları çözme fonksiyonudur.**

Bu tanımda geçen "hukukî uyuşmazlık" ve "çözme" kavramlarının açıklanması gerekir.

a) Uyuşmazlık Kavramı.- "Uyuşmazlık (ihtilaf, *litige*)", en kısa şekliyle, iki hukuk süjesi arasındaki çatışma olarak tanımlanır[8]. Uyuşmazlık, iddiaları birbiriyle çatışan iki tarafın veya bu taraflardan birinin bu çatışmanın çözümlenmesi amacıyla kendileri dışında bir başka kişiye veya makama başvurmalarıyla ortaya çıkar. Uyuşmazlık, uyuşmazlığın taraflarınca birlikte ortaya çıkarılabileceği gibi, uyuşmazlığın sadece bir tarafınca da çıkarılabilir. Tarafların karşılıklı anlaşarak çözdükleri veya çözümlenmemiş olmakla birlikte taraflarca veya tarafların en az birisi tarafından ortaya çıkarılmamış uyuşmazlık, yargı fonksiyonu tanımında kullanılabilecek bir uyuşmazlık değildir.

b) Çözme Kavramı.- Yargı fonksiyonu hukukî uyuşmazlıkları *çözme* veya daha önce belirtildiği gibi *yarma* fonksiyonudur. Hukukî uyuşmazlığın kendisine sunulduğu kişi veya kurul, bu uyuşmazlığı, taraflardan hangisinin iddiasının hukuken geçerli olduğuna karar vererek, yani hukukî uyuşmazlık konusunda hukuku söyleyerek (*juris diction*) uyuşmazlığı çözecek, yani yarıp ikiye bölecektir. Bu çözme mahiyeti gereği, uyuşmazlığı sona erdiren *kesin* bir çözme olmalıdır. Aksi takdirde, uyuşmazlık devam eder ve dolayısıyla yargı fonksiyonu amacına ulaşmamış olur. Hukuk dilinde hukukî uyuşmazlıkların kesin bir şekilde çözümlenmesine ve dolayısıyla yargılanmış bir uyuşmazlığın tekrar çıkarılamamasına "*res iudicata* (*chose jugée*)" denir. Bu hususu aşağıda ayrıca göreceğiz. Yargı fonksiyonunda hukukî uyuşmazlıklar herhangi bir usûlle değil, yargısal usûllerle, yani *dava yoluyla* çözümlenir. Davada davacı, sahip olduğu bir hakkın, davalı tarafından hukuka aykırı olarak çiğnendiğini veya hukuk düzeninin ihlâl edildiğini *iddia* eder; davanın diğer tarafında bulunan davalı ise bu iddiaya *karşı iddialar* (savunma) ileri sürer. Neticede dava hakkında karar verecek kişi veya kurul, bu iddialardan hangisinin doğru olduğunu *tespit eder* ve bir *hüküm* tesis eder; yani bir karar verir. Dava hakkında karar verecek kişi veya kurul, davacının iddiasının doğru olmadığını tespit ederse, davanın reddine; yok eğer davacının iddiasının doğru olduğunu tespit ederse davanın kabulüne karar verir. Davanın kısmen veya tamamen kabulüne karar vermiş ise, davalıya bir müeyyide uygulanmasına da karar verir.

Değerlendirme.- Yargı fonksiyonunu, maddî kriterle tanımlamak, yani yargıyı *hukukî uyuşmazlıkları çözme fonksiyonu* olarak tanımlamak büyük ölçüde doğrudur. Gerçekten de yargı fonksiyonunun özü, hukukî uyuşmazlıkların çözümlenmesinden ibarettir. Bu şu anlama gelir: Maddî açıdan, yani

---

8. Jean-Marie Auby ve Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, İkinci Baskı, 1975, c.I, s.10.

özü, içeriği itibarıyla hukukî uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin olmayan bir devlet fonksiyonu hiçbir zaman bir yargı fonksiyonu olarak nitelendirilemez. Hukukî uyuşmazlığın olmadığı bir yerde yargı da yoktur. Örneğin kural koyma, maddî mahiyeti, yani içeriği itibarıyla somut bir hukukî uyuşmazlığın çözümüne ilişkin değildir. Dolayısıyla kanun veya düzenleyici işlem yapma, yargı fonksiyonu niteliğinde bir faaliyet olarak görülemez.

Ancak maddî kriter, yargı fonksiyonunu tanımlamak için *gerekli*, ama bu fonksiyonu diğer devlet fonksiyonlarından ayırmak için her zaman *yeterli değildir*. Çünkü yasama ve yürütme fonksiyonları da bazen maddî açıdan yargı fonksiyonuna benzer nitelikte işlemler yapabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, yasama ve yürütme organları da hukukî uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını çözümleyen ve karara bağlayan faaliyetlerde bulunabilmektedir. Örneğin yürütme organının bir parçası olan idarenin bir memura disiplin cezası vermesi durumunda, hukuk düzenin çiğnendiği yolunda bir iddia ileri sürülmekte, bu iddianın doğruluğu araştırılmakta ve doğruysa hukuk düzenini ihlâl eden memura disiplin cezası uygulanmaktadır. O hâlde maddî kritere bakarak disiplin cezası işlemlerinin yargı fonksiyonuna dâhil olduğunu söyleyebiliriz. Oysa bu doğru değildir. Disiplin cezaları tartışmasız olarak idarî fonksiyonun içinde yer alır. Diğer yandan Rekabet Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu gibi bağımsız idarî otoritelerin karar alma süreçlerinde de tartışmasız olarak bir hukuka aykırılık iddiası, bu iddianın doğru olup olmadığının tespiti ve doğruysa müeyyide uygulama aşamaları bulunmaktadır. Ancak buna rağmen bağımsız idarî otoritelerin işlemleri, yargı fonksiyonuna dahil değildir. Diğer yandan yasama organının da birtakım işlemleri iddia, tespit ve müeyyide unsurlarını içerebilir. Meclis soruşturması usûlünde bu unsurlar vardır. Bir bakanın hukuk düzenini çiğnediği iddia edilir. Bu iddia araştırılır. Yasama organı bu iddianın doğru olduğu kanaatine varırsa, ilgili bakanın yargılanmak üzere yetkili makama sevk edilmesine karar verir. Keza yasama dokunulmazlığının kaldırılması usûlünde de aynı aşamaların bulunduğu söylenebilir. O hâlde sadece maddî kriter kullanılarak yargı fonksiyonu, yasama ve yürütme fonksiyonlarından ayrılamaz. Sonuç olarak maddî kriterin yargı fonksiyonunun tanımında *gerekli* olduğunu, ama tek başına *yetersiz* kaldığını söyleyebiliriz.

2. Yargı Fonksiyonunun Organik Açıdan Tanımlanması (Organik Kriter)

Organik açıdan bir fonksiyon, bu fonksiyonu yürüten organ ve makama göre tanımlanır. Yani bir fonksiyon organik açıdan tanımlanırken, bu fonksiyonun içeriğine değil, bu fonksiyonu ifa eden kişi veya organın kim olduğuna bakılır. Bu açıdan bakıldığında ise yargı fonksiyonunu tanımlamak oldukça kolaydır:

TANIM: *Yargı fonksiyonu*, yargı organlarının fonksiyonudur.

Bu tanıma göre yargı fonksiyonu, yargı organlarının yaptıkları işlemlerden oluşur. Bir işlem yargı organından çıkıyorsa o işlem yargı işlemidir. Yargı fonksiyonunun yargı organlarının fonksiyonu olarak tanımlanması durumunda, yargı organı kavramını da tanımlamak gerekir. Biz biraz aşağıda yargı organlarının nasıl tanımlandığını göreceğiz. Yasama ve yürütme organlarının nasıl tanımlandığını ise yukarıda gördük.

Değerlendirme.- Organik açıdan tanım, yargı fonksiyonunu, yasama ve yürütme fonksiyonlarından ayırt etmek bakımından yeterli bir tanımdır. Organik açıdan bakarak, yasama ve yürütme organlarının yaptığı bir işlemin, içerik olarak neye ilişkin olursa olsun, hiçbir zaman yargı fonksiyonuna dâhil olamayacağını söyleyebiliriz. Dolayısıyla yargı organından çıkmayan bir işlem, yargı işlemi olamaz.

Ancak organik açıdan tanım, yargı organlarının (mahkemelerin) her türlü faaliyetini yargı fonksiyonunun içine soktuğundan *gereğinden fazla geniş bir ölçüttür*. Çünkü, yargı organlarının *idarî nitelikte bazı işlemleri*[9] vardır. Örneğin Türkiye'de yargı organlarının kendi idarî personeline ilişkin işlemleri, hâkimlerin disiplin işlemleri, hâkimlerin notlandırılmasına ilişkin işlemler, yargı organlarının iç düzenine ilişkin işlemler, yargı organlarının başkan seçme işlemleri, yargı organlarının aday gösterme işlemleri, yargı organlarından çıkmakla birlikte, yargısal nitelikte değil, idarî niteliktedir. Yargı fonksiyonu tanımlanmasında sadece organik kriteri kullanırsak, bu işlemleri de yargı fonksiyonuna dahil işlemler olarak görmek zorunda kalacağız. Oysa bunlar birer yargı işlemi değildir; çünkü bu işlemler bir hukukî uyuşmazlığın çözümüne ilişkin değildir. Diğer yandan bazı istisnaî durumlarda yargı organları (özellikle yüksek mahkemeler) maddî mahiyeti itibarıyla kural-işlem niteliğinde işlemler yapmaktadır. Örneğin Türkiye'de Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, Anayasa Mahkemesinin kendisi tarafından yapılır. Bu içtüzük, yargısal bir karar değil, bir düzenleyici idarî işlemdir. Keza Danıştayın dava dairelerinin görevine giren işlerden bir kısmının diğer bir dava dairesine aktarılması yolundaki Danıştay Başkanlık Kurulu kararı[10] da bir yargı kararı değil, bir düzenleyici idarî işlemdir.

Maddî ve Organik Kriterlerin Birlikte Kullanılması.- O hâlde yargı fonksiyonunu tanımlarken, organik kriter gereğinden fazla geniştir ve dolayısıyla tek başına yeterli değildir. O nedenle yargı fonksiyonunun tanımında maddî kritere de başvurmak zorunludur. Daha açıkçası yargı fonksiyonunun tanımında bu organik ve maddî kriteri birleştirmek gerekir.

---

9. Bu konu Fransa'da "mahkemelerin yargısal olmayan faaliyetleri (*activités non-juridictionnelles des tribunaux*)" başlığı altında incelenir. Örneğin bkz.: Jean Vincent, Serge Guinchard, Gabriel Mantagnier, André Varinard, *Institutions judiciaires*, Paris; Dalloz, 7. Baskı, 2003, s.61.
10. 6 Ocak 1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu, m.27.

Organik kritere göre yargı fonksiyonu yargı organlarının yaptığı işlemlerden oluşur. Maddî kritere göre ise yargı fonksiyonu, hukukî uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını çözümleyen devlet fonksiyonudur. Bu iki ölçütü birleştirerek ise yargı fonksiyonunu şu şekilde tanımlayabiliriz:

TANIM: ***Yargı fonksiyonu*****, yargı organlarının hukukî uyuşmazlıkları çözme fonksiyonudur.**

* * *

Yukarıda yargı fonksiyonunu genel olarak gördük. Şimdi bu fonksiyonun temelinde olan yargılama yetkisini, yargı fonksiyonunun yerine getiriliş usûlünü (dava kavramını) ve yargı fonksiyonunun sonuçlarını (yargı işleminin özelliklerini) görelim.

B. YARGILAMA YETKİSİ

Yargı veya daha doğru bir ifadeyle "yargılama yetkisi (*compétence de juger*)", bir egemenlik yetkisidir. Geleneksel olarak "adalet dağıtma (*rendre la justice*)" yetkisinin ülkedeki egemene (krallara) ait olduğu ve adaletin ülkenin egemeni (kralı) adına dağıtıldığı kabul edilmiştir[11]. İngiliz hukukunda Kralın veya Kraliçenin adaletin kaynağı, "adalet çeşmesi (*fontain of justice*)" olduğu kabul edilir[12]. Geleneksel anlayışta, egemen (kral) hukukî uyuşmazlıklar hakkında bizzat karar verebilir. Ancak işlerin çokluğu yüzünden bu iş için kendi adına adalet dağıtmak için hâkimler de atayabilir. Bu hâkimler, kendi adlarına değil, kralın adına yargılama yaparlar ve hüküm verirler. Dolayısıyla yargılama yetkisinin asıl sahibi olan, yargılama yetkisini kendi elinde tutan egemen (kral), istediği zaman hâkimlerin verdiği karara karışabilir; kararları kendi onamasına tâbi tutabilir; bu kararları ortadan kaldırabilir veya değiştirebilir. Bu sisteme "tutulmuş adalet (*justice retenue*)" sistemi denir[13]. Burada tutulmuştan kastedilen şey, yargılama yetkisinin hükümdarın elinde tutulmuş olduğudur. Örneğin Fransa'da 1789 ihtilalinden önceki dönemde, yani *ancien régime* döneminde tutuk adalet sistemi vardı.

Zamanla tutulmuş adalet sisteminden "devredilmiş adalet (*justice déléguée*)" sistemine geçildi. Bu sistemde adalet dağıtma (yargılama) yetkisine aslen sahip olan egemenin (hükümdarın) bu yetkisini hâkimlere devrettiği kabul edilir. Bu sistemde artık yargılama yetkisine hâkimlerin sahip olduğu kabul edilir[14]. Dolayısıyla hükümdar, hâkimlerin verdiği karara karışamaz. Bu sistemde hâkimlerin kararları, hükümdarın onamasına ihtiyaç duymaksızın kesin ve icraîdir.

---

11. Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992, s.479.
12. Richard Ward ve Amanda Wragg, *Walker & Walker's English Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, Dokuzuncu Baskı, 2005, s.4
13. Gridel, *op. cit.*, s.463. 14. *Ibid.*

Günümüzde yargı yetkisinin yargı organına ve dolayısıyla hâkimlere :edilmiş olduğu kabul edilmektedir. Ancak yargılama yetkisi, yargı orga- ı devredilmiş olsa da esas itibarıyla bu yetkinin bir egemenlik yetkisi ola- bir "devlet yetkisi (*droit régalien*)" niteliğinde bir yetki olduğu ve dola- yla yargılama fonksiyonunun devletin tekeli altında bulunduğu kabul mektedir[15]. Bu şu anlama gelir ki, üniter bir devlette devletin tanıdığı ıkemeler dışında başka mahkeme olamaz. Dolayısıyla üniter bir devlette ı yetkisi bakımından adem-i merkeziyet (yerinden yönetim) söz konusu naz.

Adalet dağıtma, yani yargılama *iki ayrı devlet yetkisinin* bir arada kulla- naasını gerektirir: **(1)** *Uyuşmazlık hakkında karar vermek*, yani kimin lı, kimin haksız olduğunu söylemek. **(2)** Söz konusu *kararın icrasını em- nek. Birinci yetkiye* ***"jurisdictio* yetkisi"** denir ki, bu kelime daha önce gördüğümüz gibi Latincede "hukuku söylemek" anlamına gelir. *İkinci :iye* ***"imperium* yetkisi"** denir ki bu Latince kelime "emretme", "bu- ma" anlamına gelir[16]. Hâkimler bu iki yetkiye birden sahiptir. Kararların- hem uyuşmazlık konusunda hukuku söylerler; yani kimin haklı, kimin sız olduğunu söylerler; hem de hukukun yerine gelmesi için yapılması eken şeyleri emrederler ve hâkimlerin bu emirleri "icraî güce (*force cutoire)*" sahiptir[17]. Yani hâkimlerin hem *jurisdictio,* hem de *imperium* kileri vardır. Oysa tahkim usûlünde hakemlerin (*arbitres*) *imperium* yetki- yoktur; sadece *jurisdictio* yetkileri vardır; yani sadece uyuşmazlık konu- da hukuku söylerler.

C. YARGI FONKSİYONUNUN YERİNE GETİRİLİŞ USÛLÜ: DAVA KAVRAMI

Bibliyografya.- Terré, *op. cit.*, s.569-589; Bergel, *op. cit.*, s.328-333; Gridel, *op. cit.*, s.128-135; Denis Salas, "Procès", *in Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, s.1238-1240; Loic Cadiet, "Procédure", *in Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, s.1216-1222; Jean Carbonnier, *Droit civil: Introduction*, Paris., PUF, 23. Baskı, 1995, s.132-134; Kuru, *op. cit.*, c.I, s.871-884; Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, c.I, s.155-161.

"Davasız yargılama olmaz"[18]. Yargı organlarının, yasama ve yürütme ;anlarından farklı olarak kendiliğinden harekete geçme, inisiyatif kullan-

---

Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 3. Baskı, 1999, s.313.

Bergel, *op. cit.*, s.313; Vincent, *et al.*, *op. cit.*, s.60-61.

Vincent *et al.*, *op. cit.*, s.s.61.

Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta, 12. Baskı, 2002, Birinci Kitap, s.155. Mecellenin 1829'uncu mad- desinde "hükümde sebk-i dava şarttır" denerek bu husus dile getirilmiştir (sebk-i dava, davanın daha önceden açılmış olması demektir). Aynı maddede "hâkimin hukuk-i nasa müteallik bir hususu hükmetmesi evvel emirde o hususu bir kimsenin ahar kimesneden dava etmesiyle meşruttur" (*Mecelle,* Metni ve Açıklamaları Kontrol Eden: Ali Himmet Berki, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1959) (Tıpkı Baskı: İstanbul, Hikmet Yayınları, 1985), s.416.

ma (*agir d'initiative*) gibi bir yetkileri yoktur. Hâkim ancak dava açılırsa yetkili hâle gelir[19]. Mahkemelerin re'sen yargılama yapması yasaktır[20]. Mahkemeler kendilerinde dava açılmasıyla yargılama yetkisini kazanır. O hâlde burada önce dava kavramının tanımını, dava çeşitlerini, davalara hâkim olan temel ilke ve usûlleri görelim:

1. Tanım[21]

"Dava (*procès, suit*)", çözülmek üzere bir mahkemeye sunulmuş uyuşmazlık demektir[22]. Bu uyuşmazlığı mahkeme önüne getiren kişiye "davacı" denir. Uyuşmazlığın diğer tarafına ise "davalı" denir. (Çeşitli dava türlerinde davacı veya davalı terimlerinin yerine değişik ifadeler kullanılabilir. Örneğin ceza davasında davacıya "savcı", davalıya "sanık" denir. Kamu hukukunda savcı, yeterli delil varsa, kanunla aksi öngörülmedikçe davayı açmak zorundadır. Ancak özel hukukta hiç kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamaz[23].

Bir davada mutlaka *iki taraf* vardır. Yani bir kere tek taraflı dava olmaz. Kimse kendi kendine karşı dava açamaz[24]. İkinci olarak bir davada üç veya daha fazla taraf da olamaz. Bununla birlikte davanın bir tarafının birden fazla kişiden oluşması mümkündür[25]. (Çekişmesiz yargıda dava da yoktur; uyuşmazlık da yoktur; taraf da yoktur; gerçek anlamda davacı da yoktur[26]).

2. İtham Sistemi – Tahkik Sistemi

Bibliyografya.- Gridel, *op. cit.*, s.128-135; Vincent et al., *op. cit.*, s.196-202; Bergel, *op. cit.*, s.329-333; Terré, *op. cit.*, s.569-580; Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, c.I, s58-60.

Bir davanın görülmesinde tarafların ve hâkimin rolü bakımından başlıca iki sistem vardır: İtham sistemi ve tahkik sistemi.

a) İtham Sistemi

"İtham sistemi (*système accusatoire*)"nde, davanın görülmesinde belirleyici unsur, hâkim değil, taraflardır. Dava, davacının ithamıyla açılır. Zaten bu nedenle bu sisteme "itham" sitemi denmektedir. İtham sisteminde taraflar, birbiriyle tamamıyla eşittir. Davayı taraflar yürütür; delilleri taraflar hazırlar ve sunar. Bu sistemde hâkimin tamamıyla pasif bir rolü vardır. Bu rol,

19. Hermann Bekaert, *Introduction à l'étude du droit,* Bruxelles, Bruylant, 1963, s.453.
20. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü,* İstanbul, Demir Demir Ltd., Altıncı Baskı, 2001, Cilt I, s.884.
21. Kuru, *op. cit.*, c.I, s.871-884; Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, c.I, s.155-161.
22. Gérard Cornu (Ed.) (Association Henri Capitant), *Vocabulaire juridique,* Paris, PUF, 7'nci Baskı, 2006, s.712 (*Procès* maddesi). Benzer tanımlar için bkz.: Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, c.I, s.155: "Dava, uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamı önüne getirilmesidir".
23. Kuru, *op. cit.*, c.I, s.883. 24. *Ibid.*, c.I, s.885. 25. *Ibid.* 26. *Ibid.*, c.I, s.886.

futbol maçındaki hakemin rolü gibi[27], duruşmayı yönetmek ve oyunun kurallarına uyulmasını sağlamaktan ibarettir. Bu sistemde hâkim, iddia ve savunmaya göre karar verir. Hâkim davacı ve davalı arasındaki tartışmaya katılmaz; sadece bu tartışmayı bir seyirci gibi izler[28].

aa) İtham Sistemine Hâkim Olan İlkeler.- İtham sisteminde davanın görülmesinde şu ilkeler geçerlidir:

(1) Taraflarca Tasarruf İlkesi[29].- İtham sisteminde dava üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi davanın taraflarına aittir. Buna tasarruf ilkesi (*principe dispositif*)"[30] denir. Tasarruf ilkesi, hâkimin ancak talepte bulunulması durumunda davaya bakabileceği, baktığı dava konusunda da tarafların tasarrufta bulunabileceği ve hâkimin tarafların talepleriyle bağlı olduğu anlamına gelir[31]. Tasarruf ilkesinden şu sonuçlar çıkar[32]: (a) Davacı, dava açmadıkça hâkim re'sen bir davaya bakamaz. (b) Kimse dava açmaya zorlanamaz. (c) Davacı davadan feragat ederek dava üzerinde tasarrufta bulunabilir. (d) Davalı da davayı kabul ederek dava üzerinde tasarrufta bulunabilir. (e) Davacı ve davalı sulh olarak dava üzerinde birlikte tasarrufta bulunabilirler. (f) Hükmü temyiz etme hakkı taraflara aittir. Taraflar hükmü temyiz etmeyebilirler. Hâkim kendiliğinden hükmü temyiz mahkemesine gönderemez. Keza temyiz mahkemesi de kendiliğinden hükmü inceleyemez. (g) Hâkim tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlıdır. (h) Hâkim tarafların netice-i talepleriyle bağlıdır[33]. Talep edilen şeyden başka bir şeye karar veremeyeceği gibi, talep edilen miktardan fazlasına da hükmedemez[34]. Buna "*ultra petita* karar verme yasağı" denir.

12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 24'üncü maddesinde "tasarruf ilkesi" şu şekilde hükme bağlanmıştır:

> "Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.
>
> Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.
>
> Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder".

---

7. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, c.I, s.58.
8. *Ibid.*
9. François Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 6. Baskı, 2003, s.571-572; Gridel, *op. cit.*, s.129; Vincent, *et al.*, *op. cit.*, s.197; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.405; Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukukunun Esasları*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1973, s.138.
0. Terré, *op. cit.*, s.571-572; Gridel, *op. cit.*, s.129; Vincent, *et al.*, *op. cit.*, s.197.
1. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.405.
2. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.405; Üstündağ, *op. cit.*, s.138.
3. Üstündağ, *op. cit.*, s.141.
4. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.406.

Yukarıda taraflarca tasarruf ilkesinin sonuçlarından birisi olarak verdiğimiz "*ultra petita* yasağı", 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "taleple bağlılık ilkesi" başlıklı 26'ncı maddesinde "hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir" denilerek hükme bağlanmıştır.

(2) Taraflarca Hazırlama İlkesi[35].- İtham sisteminde, iddia ve savunmanın dayanağı olan vakıalar ve bunların delilleri, taraflarca ileri sürülür, yani hâkime sunulur. Yani dava taraflarca hazırlanır. Buna "taraflarca hazırlama ilkesi"[36] veya "taraflarca ileri sürme[37] (*principe d'impulsion par les parties*[38])" denir. Bu ilkeden şu sonuçlar çıkar: (a) Hâkim tarafların bildirmediği vakıaları incelemez. Bu vakıaları taraflara hatırlatamaz[39]. (b) Hâkim kendisine sunulmamış itiraz sebeplerini kendiliğinden gözetemez. (c) Hâkim tarafların ileri sürmediği def'ileri re'sen dikkate alamaz. Örneğin dava konusu hak, kanun hükmüne göre zamanaşımına uğramış olsa bile, davalı zamanaşımı def'isinde bulunmamış ise hâkim davanın zamanaşımına uğradığına karar veremez ve dahi bu hususu ilgili tarafa hatırlatamaz. (d) Taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıalar, hâkim tarafından araştırılamaz. (e) Deliller taraflarca ikame edilir. Hâkim kendiliğinden delil toplayamaz[40]. Ancak, hâkim tarafların sunduğu vakıalara, iddia, itiraz ve def'i sebeplerine göre uygulanması gereken hukuku kendiliğinden uygular. Hâkimin bir kanunun bir maddesini uygulayabilmesi için, tarafların bu yolda bir talebine ihtiyacı yoktur. Keza taraflar birlikte hâkimden kanunun şu maddesini değil, bu maddesini uygulamasını istemiş olsalar bile hâkim, tarafların istediği maddeyi değil, kendi doğru gördüğü maddeyi uygular. Yani itham sisteminde de hâkim, hukuku re'sen uygular[41].

Taraflarca hazırlama ilkesi, 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "taraflarca getirilme ilkesi" kenar başlıklı 25'inci maddesinde şu şekilde hükme bağlanmıştır:

> "Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.
>
> Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz".

---

35. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.407; Üstündağ, *op. cit.*, s.138;
36. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.407.
37. Üstündağ, *op. cit.*, s.138
38. Vincent *et al.*, *op. cit.*, s.196; Terré, *op. cit.*, s.198. Fransız hukukunda buna "taraflarca itme (*principe d'impulsion par les parties*)" ilkesi denir. Bu şu anlama gelir ki, hâkim taraflarca itilmeden, dürtülmeden herhangi bir konuda karar veremez.
39. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.407.
40. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.407; Üstündağ, *op. cit.*, s.138-139.
41. Üstündağ, *op. cit.*, s.140.

(3) Kanunî Delil İlkesi.- Yukarıda gördüğümüz gibi, itham sisteminde araflarca hazırlama ilkesi uyarınca, deliller taraflarca ikame edilir; hâkim e'sen (kendiliğinden) delil toplayamaz. Dahası itham sisteminde delillerin leğerlendirilmesi bakımından "vicdanî delil (*intime conviction*)" ilkesi değil, kesin delil"[42] veya "kanunî delil (*preuves légales*)" ilkesi geçerlidir[43]. Bu lke, belli hususların, kanunlarda gösterilen belli delillerle (örneğin senet, kein hüküm, ikrar, yemin) ve hâkimi bağlayacak şekilde ispatlanması demekr[44]. Yani belli bir vakıa, ancak kanunun o vakıanın ispatı için öngördüğü elli bir delille ispatlanabilir. Söz konusu delil varsa, o vakıa ispatlanmış sarır. Yani itham sisteminde hâkim tarafların usûlüne uygun olarak ileri sürüğü delillerle bağlıdır. Bu sistemde hâkimin delilleri takdir etme yetkisi oktur[45]. Kanunun öngördüğü delil ile ispat edilmiş olan vakıayı hâkim var e doğru olarak kabul etmek zorundadır[46]. Örneğin kanun belirli tür bir hakın ispatı için adî veya resmî senetle ispatı öngörmüş ise ve öngörülen senet, avada davacı tarafından gösterilmiş ise, hâkim, davacının hakkını ispat ettiini kabul edip davacı lehine hüküm vermek zorundadır. Hâkim bu senedin elil değerini takdir edemez; gerçekten davalının borçlu olup olmadığını raştıramaz.

(4) Çelişme İlkesi.- İtham sisteminde "çelişme ilkesi (*principe du ontradictoire*)"ne tam olarak riayet edilir[47]. Bu ilkenin ne olduğunu biraz şağıda inceleyeceğiz.

(5) Sözlülük İlkesi.- İtham sisteminde "sözlülük (*oralité*)" esası geçerlir[48]. Taraflar sözlü olarak iddia ve savunmalarını dile getirirler. Bu ilkeyi şağıda ayrıca göreceğiz.

(6) Alenîlik İlkesi.- İtham sisteminde davanın görülmesinde "alenîlik *ublicité*)" esası geçerlidir[49]. Bu ilkeyi aşağıda ayrıca inceleyeceğiz.

bb) İtham Sisteminin Avantaj ve Dezavantajları.- İtham sisteminin pek ok **avantajı** vardır[50]: **(1)** İtham sistemi liberal, özgürlükleri koruyucu bir istemdir. Bu sistemdeki taraflar arasında eşitlik, alenîlik, sözlülük ve çelişe ilkeleri özgürlüklerin korunması bakımından teminat teşkil eder[51]. **(2)** Bu istem davanın taraflarını sorumlu kılar[52]. Davanın seyrinden hâkim değil,

2. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.435.
3. Bergel, *op. cit.*, s.329; Vincent *et al.*, *op. cit.*, s.196.
4. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.532.
5. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.435.
6. *Ibid.*
7. Vincent *et al.*, *op. cit.*, s.196; Bergel, *op. cit.*, s.331.
8. Gridel, *op. cit.*, s.131; Terré, *op. cit.*, s.574.
9. Gridel, *op. cit.*, s.132; Bergel, *op. cit.*, s.332.
0. Gridel, *op. cit.*, s.129.
1. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, c.I, s.59.
2. Gridel, *op. cit.*, s.128.

taraflar sorumludur. (3) Bu sistemde davanın tarafları hâkim karşısında tamamıyla eşittir. (4) Hâkim de davanın tarafları karşısında tamamıyla tarafsızdır. Hâkim duruşmayı yönettiği davada hakikati araştırmadığı için tarafsızlığını yitirmez[53]. Futbol maçında maçın hangi takım tarafından kazanılacağı nasıl hakemi ilgilendirmiyorsa, itham sisteminde de davanın sonucu hâkimi aynı şekilde ilgilendirmez. (5) Dava taraflarca hazırlandığından bu sistemde büyük bir mahkeme teşkilatına ihtiyaç duyulmaz. (6) İtham sistemi sözlü olduğundan basit, hızlı ve az masraflıdır.

Ancak itham sisteminin bazı **sakıncaları** da vardır[54]: (1) Bu sistemde davayı taraflar yürüttüğü için, davanın sonucu tamamıyla tarafların çabalarına bağlıdır. Dava konusu olaya uygulanacak maddî hukuku ve keza davanın kendisine göre idare edildiği usûl hukukunu çok iyi bilen veya bu konuda uzmanlardan yardım alan bir tarafın, bu işleri bilmeyen ve bu konuda bu işleri bilen kişilerden yardım alamayacak durumda olan bir tarafa göre davayı kazanma ihtimali daha fazladır. Dolayısıyla itham sisteminde taraflar arasındaki ekonomik vb. eşitsizlikler davanın sonucu üzerinde etkili olabilir. Gerçekten haklı olan taraf, davanın usûlüne ve esasına uygulanacak hukuk konusunda bilgili değil ise veya bir avukattan yardım alacak kadar zengin değilse davasını kaybedebilir. (2) İtham sisteminde davacı yoksa, dava da yoktur. Bu sistemde dava açma yetkisi, yani itham yetkisi ise münhasıran bireylere bırakılmıştır. Bireyler ise şu ya da bu sebeple (korku, menfaat elde etme), diğer kişileri itham etmekten çekinebilirler[55]. Dolayısıyla açılması gereken dava açılmadan kalabilir ve suçluların cezalandırılması mümkün olmayabilir. (3) Bazen de bazı bireyler gereksiz yere ithamda bulunabilir. Bu durumda ise mahkemeler lüzumsuz yere açılmış davalar ile uğraşmak zorunda kalır[56]. (4) Bu sistemde hâkimlerin tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlı olması ise dava konusundaki hakikatin ortaya çıkmamasına yol açabilir[57].

Yukarıdaki sebeplerden dolayı, maddî hakikatin arandığı ceza davalarında itham sisteminin uygulanması oldukça sakıncalı sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle, Kıta Avrupası ülkelerinde ceza davalarında itham sisteminden vazgeçilmiştir. Bununla birlikte özel hukuk davalarında[58] itham sisteminin uygulanmasında büyük bir sakınca yoktur. Bu tür davalar esas itibarıyla eşit bireyler arasındaki hukukî uyuşmazlıklara ilişkin olduğu ve kamu düzenini çoğunlukla ilgilendirmediği için bunlarda itham sistemi uygulanabilir.

Anglo-Sakson ülkelerinde ise itham sistemi bütün davalarda (ceza davalarında da) uygulanır. Bunun nedeni tarihseldir. Ortaçağda Kıta Avrupasında

53. *Ibid.*
54. *Ibid.*, s.129.
55. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.59.
56. *Ibid.*
57. *Ibid.*
58. Terré, *op. cit.*, s.572.

tahkik sistemine geçilirken, İngiltere'de geleneksel sebeplerle itham sistemine devam edilmiştir.

Son olarak belirtelim ki, itham sistemi tarihsel olarak aşağıda göreceğimiz tahkik sistemine göre daha eski bir sistemdir[59]. Eski zamanlarda ceza davaları dahil bütün davaların bireyler arasında bir iş olduğu, toplumun genelini (devleti) ilgilendirmediği düşünülüyordu.

b) Tahkik Sistemi

Genellikle 13'üncü yüzyıla kadar Avrupa'da itham sistemi uygulanmıştır. Ancak Avrupa'da Krallıkların kurulmaya başlamasıyla itham sisteminden "tahkik sistemi (*système inquisitoire*)"ne geçilmeye başlanmıştır[60]. Tahkik sistemine geçişte Katolik kilisesinin din aleyhine suç işleyenleri yargılamak için kurduğu "engizisyon mahkemeleri (*tribunaux d'inquisition, tribunals of inquisition*)"nin de önemli rolü olmuştur. Bu nedenle tahkik sistemine Türkçede "engizisyon sistemi" de denebilir[61].

"Tahkik sistemi (*systèm inquisitoire*)"nde davanın görülmesinde belirleyici unsur, taraflar değil, hâkimdir. Bu sistemde hâkimin pasif değil, aktif bir rolü vardır. Bu sistemde, hâkim, sadece duruşmayı yönetmekle kalmaz; dava konusu olay hakkında maddî hakikati araştırır; bu amaçla delil toplar. Bu nedenle, bu sistemde "re'sen araştırma ilkesi" geçerlidir. Keza bu sistemde hâkim, tarafların ileri sürdüğü deliller ile bağlı değildir. Zira, bu sistemde "kanunî delil" değil, "vicdanî delil" sistemi geçerlidir. Hâkim delilleri kendi vicdanına (*intime conviction*) göre takdir eder.

aa) Tahkik Sistemine Hâkim Olan İlkeler.- Tahkik sistemine hâkim olan başlıca ilkeler şunlardır:

(1) Tasarruf Edilmezlik İlkesi.- Yukarıda gördüğümüz gibi itham sisteminde "tasarruf ilkesi" geçerliydi. Yani taraflar dava üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilirlerdi. Tahkik sisteminde ise dava ve dava konusu üzerinde tarafların tasarrufta bulunması mümkün değildir. Bu sistemde dava, adeta tarafların davası olmaktan çıkar. Buna "tasarruf edilmezlik ilkesi (*principe d'indisponibilité*)" denir. Bu ilkeden şu sonuçlar çıkar: (a) Bu sistemde dava, dava konusu olayla bir hakkı ihlâl edilen kişi tarafından açılabileceği gibi dava açmakla görevlendirilmiş bir kamu makamı (savcılık) tarafından da açılabilir. (b) Davacı davasından feragat edemez. (c) Davalı da davayı kabul edemez. Örneğin bir ceza davasında sanığın ikrarı, hâkimi bağlamaz. (d) Davacı ve davalı sulh olarak davayı sonuçlandıramazlar. (e) Bu sistemde bazı hükümlerin kendiliğinden temyiz incelemesine tâbi tutulması mümkün-

59. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.58.
60. *Ibid.*, s.59.
61. *Ibid.*

dür. (f) Hâkim tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı değildir. (g) Hâkim tarafların talepleriyle bağlı değildir. Hâkim talep edilen şeyden başka bir şeye karar verebilir.

(2) Re'sen Araştırma İlkesi.- Yukarıda gördüğümüz gibi, itham sisteminde "taraflarca hazırlama ilkesi" geçerliydi. Yani, iddia ve savunmanın dayanağı olan vakıaların ve bunların delilleri hâkime taraflarca sunulurdu. Oysa tahkik sisteminde, "re'sen araştırma ilkesi" geçerlidir. Bu şu anlama gelir: Hâkim, dava konusu olayı re'sen, yani kendiliğinden araştırır. Hâkim gerekli gördüğü bütün vakıaları ve bütün itiraz sebeplerini, def'ileri kendiliğinden dikkate alır ve inceler. Keza hâkim delilleri kendisi toplar. Gerekli gördüğü bütün delillere başvurabilir.

(3) Vicdanî Delil İlkesi.- Tahkik sisteminde, "kanunî delil (*preuves légales*)" sistemi değil, "vicdanî delil (*intime conviction*)" ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre hâkim, tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlı değildir. Bu delillerin değerini serbestçe takdir eder. Keza, vicdanî delil sisteminde, kanunî delil sisteminden farklı olarak her şey delil olabilir. Her şey her şeyle ispatlanabilir. Neyin delil olup olamayacağını, delil olan şeyin değerini hâkim serbestçe takdir eder[62]. Vicdanî delil sisteminde hâkimin vicdanen kanaat getirdiği husus, ispatlanmış sayılır.

(4) Çelişme İlkesinin Yokluğu.- İtham sisteminde "çelişme ilkesi (*principe du contradictoire*)"ne tam olarak riayet edildiğini yukarıda söylemiştik. Saf tahkik sisteminde yargılama çelişmesizdir[63]. Davalının veya sanığın taraf olarak yargılamada aktif bir rolü yoktur. Davadaki iddia (tez) karşısında karşı iddiayı (savunmayı, antitezi) davalı (sanık) dile getiremez. Bu sistemde gerek tez, gerek antitez, gerekse sentez görevi hâkime verilmiştir[64]. Ancak aşağıda ayrıca göreceğimiz gibi modern dönemde tahkik sisteminin uygulandığı davalarda (örneğin ceza yargılaması usûlünde) çelişme ilkesine, hazırlık soruşturması hariç, büyük ölçüde riayet edilir.

(5) Yazılılık İlkesi.- Tahkik siteminde yargılama esas itibarıyla yazılıdır[65]. Bu sistemde dava dosyası ve dosyanın içinde dava malzemesi vardır. Yargılamanın sözlülüğü ve yazılılığını aşağıda ayrıca göreceğiz.

(6) Gizlilik İlkesi.- Tahkik siteminde esas itibarıyla "gizlilik (*secrète*)" esası geçerlidir[66]. Ancak günümüzde bu ilke büyük ölçüde zayıflamıştır. Sadece ceza usûlünde hazırlık soruşturması devresi gizlidir. Yargılamanın alenîliği ve gizliliği meselesini aşağıda ayrıca göreceğiz.

---

62. *Ibid.*, s.532.
63. *Ibid.*, s.59.
64. *Ibid.*
65. Gridel, *op. cit.*, s.131; Vincent, *et al.*, *op. cit.*, s.197; Terré, *op. cit.*, s.574.
66. Vincent, *op. cit.*, s.197.

bb) Tahkik Sisteminin Avantaj ve Dezavantajları.- Tahkik sisteminin bazı avantaj ve dezavantajları vardır.

Tahkik sisteminin pek çok *avantajı* vardır[67]. Bir kere, bu sistemde bireylerin dava açması şart olmadığından, davacının bulunmaması sebebiyle suçluların cezasız kalması ihtimali yoktur[68]. İkinci olarak bu sistemde vicdanî delil sistemi geçerli olduğundan, yani her şey her şeyle ispatlanabildiğinden maddî hakikate ulaşmak çok daha kolaydır[69]. Üçüncü olarak tahkik siteminde re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, hâkim dava konusunda gerekli incelemeyi kendiliğinden yapar; bunun için tarafların birtakım iddialar, itirazlar ve def'iler ileri sürmelerine gerek yoktur. Dolayısıyla, taraflardan birisinin iyi bir hukukî yardım alırken diğer tarafın hukukî yardım alacak ekonomik güce sahip olmamasının yaratacağı bir sakınca yoktur.

Tahkik sisteminin bazı *dezavantajları* da vardır. Bir kere bu sistemde dava, taraflardan neredeyse soyutlanır; davanın aslında tarafların davası olduğu âdeta unutulur. İkinci olarak bu sistem özellikle sanık bakımından güvenceli bir sistem değildir[70]. Bu sistemde sanığın herhangi bir hakkı yoktur. Geleneksel olarak tahkik siteminin itham sistemine oranla daha az özgürlükçü bir sistem olduğu söylenebilir. Üçüncü olarak sistemde çelişme ilkesi şart olmadığı için hâkimin hükmünde yanılma ihtimali yüksektir[71]. Dördüncü olarak bu sistem hâkimlerin üzerine çok ağır bir yük yükler. Davada her şeyi hâkim yapar. Bu nedenle bu sistem çok yüksek kalitede hâkim gerektirir. Keza bu sistemde deliller hâkimin vicdanî kanaatine göre takdir edildiği için hâkimlerin aynı zamanda çok yüksek ahlâkî karaktere sahip olmaları şarttır. Nihayet gerek re'sen tahkik, gerekse yazılılık ilkesi nedeniyle bu sistemde yargılama daha ağır seyreder. Bu nedenle bu sistem daha fazla hâkime ve daha fazla kalem teşkilatına ihtiyaç gösterir. Bu ise bu sistemin daha masraflı olmasına yol açar.

3. Başlıca Yargılama Usûlleri: Hukuk, Ceza ve İdarî Yargılama Usûlleri

Bibliyografya.- Vincent, *op. cit.*, s.198; Gridel, *op. cit.*, s.133-135; Terré, *op. cit.*, s.575-579; Vincent, et al., *op. cit.*, s.196-199; Bergel, *op. cit.*, s.320-330.

Davalar, dava konusu uyuşmazlığın esasının tâbi olduğu hukuk dalı bakımından hukuk, ceza ve idarî davalar olmak üzere üçe ayrılabilir. Hukuk davaları, özel hukuk uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalardır ve bunlar özel hukuk uygulanarak karara bağlanır. Ceza davaları, ceza hukuku; idarî davalar ise idare hukuku uygulanarak karara bağlanır. Genellikle bu üç tür

67. Gridel, *op. cit.*, s.129.
68. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.59.
69. *Ibid.*
70. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.60.
71. *Ibid.*

davaya bakan mahkemeler, hiç olmazsa ilk derece yargılaması itibarıyla birbirinden farklıdır. Genellikle bu üç tür davaya üç değişik yargılama usûlü uygulanır. Hukuk usûlü, ceza usûlü ve idarî yargılama usûlü. Şimdi bunları kısaca görelim:

a) Hukuk Usûlü[72]

Özel hukuk uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalar, hukuk mahkemeleri önünde "hukuk usûlü (medenî usûl, *procédure civile*)" uygulanarak çözümlenir. Hukuk usûlü, esas itibarıyla yukarıda gördüğümüz "itham sistemi" üzerine kuruludur. Yani hukuk usûlünde kural olarak taraflarca tasarruf ve taraflarca hazırlama ilkeleri geçerlidir. Dolayısıyla bu davalarda hâkim, tarafların taleplerine uygun olarak ve tarafların sunduğu delillere göre karar verir. Bununla birlikte, istisnaen bazı davalar tahkik sistemine ve özellikle bu sistemin bir özelliği olan "re'sen araştırma ilkesi"ne tâbi tutulmuş olabilir. Özellikle kamu düzenini ilgilendiren özel hukuk davalarında durum böyledir. Örneğin Türkiye'de, boşanma ve ayrılık davalarında (MK, m.184), babalık davasında (MK, m.301), evlenmenin butlanı davasında (MK, m.160), nüfus kayıt düzeltme davasında ve keza savcının açtığı hukuk davalarında re'sen (kendiliğinden) araştırma ilkesi geçerlidir[73].

b) Ceza Usûlü[74]

Ceza davaları, ceza mahkemeleri önünde "ceza usûlü (*procédure pénale*)" uygulanarak çözümlenir. Ceza usûlünde münhasıran itham sisteminin kullanılması mümkün değildir. Çünkü ceza davasında maddî hakikat aranır. Bu ise sadece tarafların sunacağı kanunî delil sistemi içinde mümkün değildir. İşte bu nedenle ceza usûlünde yukarıda gördüğümüz "tahkik sistemi" uygulanır. Buna göre tarafların, kural olarak davaları üzerinde tasarrufta bulunmaları mümkün değildir. Örneğin ceza davasında davacının davadan feragat etmesi, şikayetini geri alması davayı kural olarak sona erdirmez. Keza ceza davasında sanığın suçunu ikrar etmesinin de bir önemi yoktur. Hâkim tarafların talepleriyle bağlı olmaksızın davanın esası hakkında karar verir. En önemlisi, ceza davasında re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Dahası ceza davasında hâkim tarafların sunduğu deliller ile bağlı değildir. Ceza usûlünde kanunî değil, vicdanî delil sistemi geçerlidir. Yani hâkim delilleri kendi vicdanî kanaatine göre takdir eder.

---

72. Terré, *op. cit.*, s.576; Vincent, *op. cit.*, s.198; Gridel, *op. cit.*, s.133-134; Bergel, *op. cit.*, s.330. Türkiye'de hukuk usûlü konusunda bkz.: Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, passim.
73. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.410.
74. Terré, *op. cit.*, s.577-578; Vincent, *op. cit.*, s.199; Gridel, *op. cit.*, s.134-135; Bergel, *op. cit.*, s.330.

Ceza davalarında tahkik sisteminin geçerli olması kuraldır. Bu sisteme kanunla istisna getirilebilir Örneğin mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usûlü Kanunu, bazı suçlarda şahsî dava açılmasını ve uzlaşma yoluna gidilmesini öngörmekteydi. Bazen de bazı suçların takibi şikayete bağlı tutulmakta ve mağdur şikayet etmez ise kamu davası açılamamakta ve keza başlan şikayet etmiş şikayetçi şikayetini geri alırsa kamu davası düşmektedir.

Nihayet ceza usûlünde tahkik sisteminin uygulanması tarafların sav ve savunmada bulunamayacağı ve keza delil gösteremeyeceği anlamına gelmez. Modern ceza yargılamasında davanın tarafları muhakemeye bir süje olarak katılırlar ve bu sıfatla davanın görülmesi sürecinde pek çok işlem yaparlar.

c) İdarî Yargılama[75] *Usûlü*[76]

İdarî davalar, idare mahkemeleri önünde "idarî yargılama usûlü" uyguanarak çözümlenir. İdari yargılama usûlünde esasen tahkik sistemi uygulanır; ama bu usûl aynı zamanda taraflarca tasarruf ve taraflarca hazırlama ilkelerine tâbidir[77]. Bu şu anlama gelir: Bu usûlde, hâkim aktif bir rol üstlenir. İdarî davalarda re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Hâkim delilleri serbestçe toplar. İdare mahkemesi hâkimi, davacı göstermemiş olsa bile idareden dava konusu işlem veya eylem ile ilgili delilleri vermesini isteyebilir. Ancak idarî davalarda taraflarca tasarruf ve taraflarca hazırlama ilkeleri de geçerlidir. Böyle ki davacı dava açmak zorunda değildir. Davacı dava açmadıkça idare mahkemesi dava konusu işlem ile ilgili bir şey yapamaz. Keza davacı davasını geri alabilir veya davalı (idare) ile uzlaşabilir. İdarî davaları davacı ve idare sulh yoluyla sona erdirebilirler. Keza, idarî davada hâkim, davacının talepleriyle bağlıdır. Davacının talep etmediği bir konuda karar veremez. Aynı şekilde davacının talep ettiği şeyden başka bir şeye veya davacının talep ettiği miktardan daha fazla bir miktara hükmedemez.

4. Yargılama Usûlüne Hâkim Olan İlkeler (Davayı Yöneten İlkeler[78])

Bibliyografya.- Vincent, *op. cit.*, s.198; Gridel, *op. cit.*, s.133-135; Terré, *op. cit.*, s.575-579; Vincent *et al.*, *op. cit.*, s.196-199; Bergel, *op. cit.*, s.320-330.

Yargılama usûlüne çelişme, alenîlik, sözlülük veya yazılılık gibi birtakım ilkeler hâkimdir. Şimdi bu ilkeleri görelim:

---

5. Burada "idarî usûl" değil, "idarî *yargılama* usûlü" diyoruz. Çünkü idare hukukunda "idarî usûl"den idarenin idarî işlem yaparken uyacağı usûl anlaşılır.
6. Terré, *op. cit.*, s.578-579; Vincent, *op. cit.*, s.199; Gridel, *op. cit.*, s.134-135; Bergel, *op. cit.*, s.330.
7. Vincent, *op. cit.*, s.199.
8. *Principes directeurs du procès.*

a) Çelişme İlkesi

Bibliyografya.- Gridel, *op. cit.*, s.131-132; Terré, *op. cit.*, s.570-571; Bergel, *op. cit.*, s.331-332; Starck, *op. cit.*, s.245; Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.40-42; Loic Cadiet, "Contradictoire", *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, s.271-274.

Davada amaç, davacının iddiasının doğru olup olmadığını tespit etmektir. Bu ise "muhakeme" usûlüyle tespit edilir. Muhakeme ise, muhakemeye katılanların dava konusu iddia hakkında düşüncelerini karşılıklı olarak açıklaması, tartışması yoluyla olur. İşte tarafların dava konusu iddia hakkında karşılıklı fikirler ileri sürerek tartışmalarına "çelişme ilkesi (*principe du contradictoire, principe de contradiction*)" denir[79]. Çelişmeden kastedilen şey "çekişme" değil, karşılıklı fikir alışverişidir[80].

Çelişme ilkesi, dava konusu iddiayla ilgili hakikate ulaşmak için vardır. Çelişme ilkesi sayesinde hâkimin hakikate ulaşması daha kolaydır. En azından çelişme ilkesi olduğunda, hâkimin yanılma ihtimali, çelişme ilkesinin olmamasına göre daha düşüktür.

Çelişme ilkesi uyarınca davada taraflar dava konusu olan maddî ve hukukî mesele hakkında serbestçe tartışacaklar, fikir alışverişinde bulunacaklar; karşılıklı iddialar ve bunları destekleyen ve çürüten deliller ileri sürülecektir. Ve neticede dava konusu olay hakkında gerçek, tarafların çarpıştıracağı fikirler sayesinde ortaya çıkacaktır. Eskilerin dediği gibi *barika-ı hakikat müsademe-i efkârdan çıkar.*

Dava davacının iddiasıyla başlasa da, hüküm için, sadece iddia yeterli değildir. Hükmün tesis edilebilmesi için karşı iddianın (savunmanın) dinlenilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle davada hüküm diyalektik bir süreç içinde verilir. Yani davada bir tez (davacının iddiası), bir antitez (davalının savunması) ve sentez (hâkimin hükmü) vardır. Antitez olmadan sentez olamayacağı gibi, davalının savunması dinlenilmeden hüküm de tesis edilemez[81].

Çelişme ilkesinin temelinde "*audit alterem partem* (diğer tarafı da dinle)" ilkesi yatar. Bu ilke hâkimin karar vermeden önce, sadece davacıyı değil, diğer tarafı da dinlemesini emreder.

Çelişme ilkesi, günümüzde bir temel hak ve hürriyet olarak kabul edilen savunma hakkının bir uygulaması ve gereğidir. Çelişme ilkesi olmadan savunma hakkının varlığından bahsedilemez.

Çelişme ilkesi, davanın özünde olan bir ilkedir; her tür dava için geçerli bir genel prensiptir. Çelişme ilkesi olmadan yargılama yapılması, karara ulaşılması mümkün değildir. En azından yargılama sonucunda ulaşılan kararın

79. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.40.
80. *Ibid.*
81. *Ibid.*, s.41, 39.

bir kişiyi bağlayabilmesi için o kişinin de davaya çağrılıp diyeceklerinin sorulması gerekir.

Çelişme ilkesinden şu sonuçlar çıkar: (a) Kimse hakkında, bu kişi davaya katılmadan veya katılmaya çağrılmadan karar verilemez. (b) Davanın tarafları dava dosyasını serbestçe inceleyebilirler. (c) Hâkim, bir tarafın ileri sürdüğü iddia, itiraz, def'i sebeplerini diğer tarafa bildirmeli ve diğer taraftan bunlar hakkında ne diyeceğini sormalıdır. (d) Hâkim bunu yaparken diğer tarafa görüşünü hazırlamak için gerekli zamanı tanımalıdır. (e) Delillerin değerlendirilmesine taraflar katılmalıdır. Bir tarafın gösterdiği delil hakkında diğer tarafın ne diyeceği hâkim tarafından sorulmalıdır.

Çelişme ilkesi itham sisteminde mutlak olarak uygulanan bir ilkedir. İtham sistemi mahiyeti gereği "çelişmesel (*contradictoire*)"dir[82]. Gerçi tahkik sisteminin çelişmesel olmasını gerektiren mantıkî bir zorunluluk yoktur; ancak günümüzde tahkik sisteminin uygulandığı davalarda (ceza davalarında) çelişme ilkesi yoğun olarak uygulanan bir ilkedir. Zira günümüzde savunma hakkı modern hukuklarda kabul edilmiş bir temel haktır. Bu nedenle gerek hukuk davalarında, gerek idarî davalarda, gerekse ceza davalarında çelişme ilkesine uyulur. Bununla birlikte belirtelim ki, savunma hakkına daha büyük ölçüde riayet edilse de, istisnaen, ceza soruşturmasının hazırlık evresinde olduğu gibi bazı durumlarda çelişme ilkesi uygulanmaz.

b) Alenîlik İlkesi

Bibliyografya.- Gridel, *op. cit.*, s.132-133; Terré, *op. cit.*, s.575-576; Bergel, *op. cit.*, s. 332; Starck, *op. cit.*, s.246, Vincent, et al., *op. cit.*, s.208-211; Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.442-444; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.125-126.

"Alenîyet (*publicité*)" ilkesi, davanın tarafları dışındaki üçüncü kişilerin hazır bulunması imkânının sağlanması demektir[83]. Üçüncü kişilerin duruşmada bilfiil hazır bulunmaları şart değildir. Üçüncü kişilerin hazır bulunmaları engellenmemiş ise, dinleyici olmadan yapılan duruşma da alenîdir[84]. Alenîlik, isteyen kişilerin duruşmada sadece hazır bulunması, duruşmada yapılanları görmesi demek değil, aynı zamanda konuşulanları işitmesi, gösterilen delilleri görmesi demektir[85]. Duruşmayı izleyen, konuşulanları duyan kişi, duyup gördüklerini başkalarına da aktarabilir. Dolayısıyla duruşmada olup bitenlerin yazılması ve yayınlanması kural olarak serbest olmalıdır. Ancak yargılama görevinin hakkıyla yerine getirilebilmesi, genel ahlâk, kamu düzeni, küçüklerin korunması gibi bazı sebeplerle duruşmanın yayınlanma-

2. Gridel, *op. cit.*, s.131.
3. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.442.
4. *Ibid.*
5. *Ibid.*, s.443.

sına bazı sınırlamalar getirilebilir. Keza duruşmanın alenî olması, duruşmada fotoğraf çekilebileceği veya duruşmanın video kaydının yapılabileceği anlamına gelmez. Bu konular her ülkede ayrıca düzenlenmiştir. Ancak her hâlükarda isteyen kişi duruşmayı izleyebilir ve duruşmada gördüğü ve duyduğu şeyleri başkalarına anlatabilir.

Alenîlik ilkesi, yargılamanın saydamlığını sağlar[86]. Davanın alenî görülmesi yargılamanın dürüstlüğü bakımından bir güvence teşkil eder. Alenîlik ilkesi sayesinde vatandaşlar hâkimin tarafsız olup olmadığını kontrol ederler. Bunlar alenîlik ilkesinin avantajlı yanlarıdır. Ancak alenîlik ilkesinin sakıncalı yanları da vardır. Hâkim üzerinde kamuoyunun baskı kurmasına yol açabilir; yargılamanın sulh, sükûn ve vakarını bozabilir[87]. Hâkim ve avukatları duruşmada şov yapmaya itebilir.

Alenîlik ilkesi kural olarak geçerli bir ilkedir. Kanunla bunun aksi öngörülebilir. Genellikle kanunlar, davada hakikate ulaşılmasını sağlamak, tarafları korumak (örneğin sanığın küçük olması), özel hayatın gizliliğine saygıyı temin etmek veya kamu düzenini korumak gibi sebeplerle duruşmaların gizli yapılmasına imkân veren düzenlemeler içerir[88]. Bu durumlarda hâkim "duruşmanın kapalı (*huis clos*)" olarak yapılmasına karar verir[89]. Duruşma gizli de olsa taraflara her zaman açıktır. Çünkü gizlilik/açıklık taraflar için değil, üçüncü kişiler içindir.

Hukuk usûlünde kural olarak davalar alenîdir[90]. Ancak, hukuk usûlünde dava üzerinde taraflarca tasarruf ilkesi geçerli olduğuna göre, tarafların birlikte istemesi durumunda kamu düzenini ilgilendiren bir husus yoksa, hâkimin kapalı duruşma yapmasının mümkün olması gerekir.

Ceza usûlünde kural olarak alenîlik ilkesi geçerlidir. Ceza usûlünde alenîlik, sanığa güvence sağlar. Ceza davası kamu düzenine ilişkin olduğundan ve taraflarca tasarruf edilememe ilkesi bulunduğundan, tarafların birlikte istemesi, kapalı duruşma yapma sebebi değildir. Duruşmanın açık yapılması gerekiyorsa, duruşma açık yapılır. Bununla birlikte ceza usûlünde hazırlık soruşturması devresinde alenîlik değil, "soruşturmanın gizliliği (*secret de l'instruction*)" esası geçerlidir[91]. Bu gizlilik sadece üçüncü kişiler bakımından değil, aynı zamanda kural olarak soruşturmanın tarafları bakımından da geçerlidir. Ancak ceza usûlünde "duruşma (*audience*)" safhası açık yapılır. Yine genel ahlâkın ve kamu düzeninin korunması gibi sebeplerle duruşma gizli yapılabilir. Nihayet ceza soruşturmasının selâmeti bakımından bazı ce-

86. Gridel, *op. cit.*, s.132.
87. *Ibid.*
88. Vincent, *et al.*, *op. cit.*, s.209.
89. *Ibid.*
90. *Ibid.*
91. Vincent *et al.*, *op. cit.*, s.209; Terré, *op. cit.*, s.575; Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.445.

za usûl işlemlerinin gizli yapılması gerekebilir. Örneğin telefon dinleme kararı veya arama kararı gizli olarak alınır.

İdarî yargılama usûlünde esas itibarıyla yargılama dosya üzerinden yapılır; yani kural olarak duruşma yapılmaz. Dolayısıyla idarî yargılama usûlünde alenîlik ilkesinin pek bir anlamı yoktur. Bununla birlikte idarî yargıda duruşmalı işlerde alenîlik ilkesi uygulanmalıdır.

Son olarak "müzakerenin gizliliği (*secret du délibéré*)" ve "hükmün alenîyeti (*publicité du jugement*)" ilkelerinden bahsedelim. Duruşma açık da yapılsa, mahkeme heyeti karara varırken yaptıkları müzakereleri gizli olarak yapar[92]. Buna karşılık, müzakere gizli olsa ve hatta duruşma kapalı olarak yapılmış olsa bile hüküm daima alenî olarak verilir. Buna "hükmün alenîyeti (*publicité du jugement*)" ilkesi denir[93].

c) Sözlülük / Yazılılık İlkeleri

Bibliyografya.- Gridel, *op. cit.*, s.1312; Terré, *op. cit.*, s.574-575; Bergel, *op. cit.*, s.333; Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.438-439; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.551-559.

Davanın görülmesinde, yargılamayla ilgili işlemlerin yapılmasında bazen "sözlülük (*oralité*, sözlü usûl, *procédure orale*)", bazen de "yazılılık", "yazılı usûl (*procédure écrite*)" ilkeleri geçerlidir.

aa) Sözlülük.- Bu usûlde taraflar iddia, savunma, itiraz ve def'ilerini sözlü olarak bildirirler[94]. Duruşmada taraflar arasında tartışma sözlü olarak yapılır. Sözlü yargılama usûlü esas itibarıyla itham sisteminde uygulanır[95]. Ancak bu konuda ilgili usûl kanunlarına bakmak gerekir. Örneğin Türkiye'de ceza muhakemesinin son soruşturma devresinin sözlü olarak yapılması gerekir[96]. Yargılamanın sözlü olması, hâliyle davada yazılı belge sunulamayacağı, yazılı delil gösterilemeyeceği anlamına gelmez[97]. Keza sözlü olarak yapılması öngörülmüş işlem, sözlü olarak yapıldıktan sonra, yazılı olarak da hâkime verilebilir. Örneğin sanığın savunmasının sözlü olarak yapılması gerekiyorsa, sanık sözlü savunmasını yaptıktan sonra (veya önce) savunmasında söylediği hususları yazılı olarak da mahkemeye sunabilir[98]. Sözlü usûlün kullanıldığı davalarda yapılan sözlü işlemlerin kısaca bir tutanak ile tespit edilmesinde yarar vardır[99]. Ancak sözlü olarak yapılan işlemlerin tutanağa geçilmesi, onları yazılı hâle getirmez.

---

92. Gridel, *op. cit.*, s.132.
93. Vincent *et al.*, *op. cit.*, s.211.
94. Gridel, *op. cit.*, s.131.
95. *Ibid.*
96. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.438.
97. Gridel, *op. cit.*, s.131.
98. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.438.
99. *Ibid.*

Sözlü usûlün bazı *avantajları* vardır. Bir kere, basittir; sözlü işlemler bizzat davacı veya davalı tarafından doğrudan doğruya yapılabilir. Tarafların kendi iddia ve savunmalarını kendi ağızlarından dile getirmelerinde hakikate ulaşmak bakımından büyük yarar vardır. Bu şekilde hâkim tarafların iddia ve savunmalarına daha duyarlı hâle gelir. Hâkim tarafların iddia ve savunmalarının doğruluğunu daha rahat takdir eder. Sözlü usûlde yapmacık, samimiyetten uzak iddialar daha zor dile getirilir[100].

Ancak sözlü usûlün bazı *sakıncaları* da vardır: Sözlü usûlde konuşan kişinin hitabet yeteneği ön plana çıkar. Hitabet sanatında usta olan bir kişinin davayı kazanma ihtimali daha yüksek olabilir. Nihayet sözlü usûlde dava bir şova, bir tiyatroya dönüşebilir[101].

bb) Yazılılık.- Bu usûlde taraflar iddia, savunma, itiraz ve def'ilerini yazılı olarak bildirirler[102]. Hâkim davayı taraflarca sunulmuş veya kendisi tarafından toplanmış yazılı belgelere dayanarak karara bağlar. Bu usûlde davada yapılan işlemleri içeren bir dava dosyası vardır[103].

Yazılı yargılama usûlünün bazı *avantajları* vardır. Bir kere yazılılık, yargılamaya kesinlik ve sakinlik getirir. Bir işlemin sözle yapılmasına nazaran yazılı olarak yapılması durumunda, yapan kişi daha iyi düşünür, daha sakin karar verir. Sözleri dinlerken fark edilemeyen mantıkî tutarsızlıklar, aynı şey yazılı olsa, okurken fark edilebilir. Nihayet, duruşmada söylenen sözler, uçup gider; bunların tekrar incelenmesi mümkün değildir. Oysa yazılı belgeler dosyada kalır ve bunların daha sonra da tekrar tekrar incelenmesi mümkün olur. *Verba volant, scripta manent* (Söz uçar, yazı kalır)[104].

Ancak yazılı yargılama usûlünün bazı *sakıncaları* da vardır. Bir kere yazılı usûlde yargılama ağır işler. İkinci olarak daha pahalıdır. Keza bu usûlde hâkim, yardımcılara (geniş bir kalem teşkilatına) ihtiyaç duyar[105].

D. YARGI İŞLEMİ (MAHKEME KARARI)

Burada yargı işlemini, yani mahkeme kararının tanımını, biçimini ve bunların doğurduğu sonuçları göreceğiz.

1. Yargı İşlemi Kavramının Tanımı

Yukarıda yargı fonksiyonunu *"yargı organlarının hukukî uyuşmazlıkları çözme fonksiyonu"* olarak tanımlamıştık. Aynı tanımdan hareketle *"yargı işlemi (acte juridictionnel)"ni, yargı organlarının hukukî uyuşmazlıkları çözme konusunda yaptıkları işlem* olarak tanımlayabiliriz. Dikkat edileceği gibi bu tanımda hem organik, hem maddî kriter kullanılmaktadır. Yani bir

100. Gridel, *op. cit.*, s.113.
101. *Ibid.*
102. *Ibid.*
103. *Ibid.*
104. *Ibid.*
105. *Ibid.*

işlemin yargı işlemi olabilmesi için, hem bir yargı organından, yani bir mahkemeden çıkması, hem de içeriği itibarıyla bir hukukî uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olması gerekir. Dolayısıyla yargı organından çıkmakla birlikte, bir hukukî uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olmayan işlemler, bir yargı işlemi değildir. Keza, bir hukukî uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olan, ama bir yargı organından çıkmayan işlemler de yargı işlemi değildir.

Yargı işlemine, yargı kararı veya doğrudan mahkeme kararı da denir.

2. Yargı İşlemlerinin Biçimi[106]

Yargılama usûlü sözlü dahi olsa, yargı işlemi daima *yazılı*dır[107].

Yargı işlemi bir mahkemenin verdiği "karar (*décision*)" şeklindedir. Bu kararlara , "karar", "hüküm", "ilâm" gibi değişik isimler verilir.

Fransız hukukunda mahkeme kararları (*décisions*)", "hüküm (*jugement*)", "karar (*arrêt*)" ve "ordonans (*ordonnance*)" olmak üzere üçe ayrılır. İlk derece mahkemelerinin verdiği kararlara "hüküm (*jugement*)"; yüksek mahkeme kararlarına "karar (*arrêt*)"; mahkeme başkanının veya mahkemenin görevlendirdiği bir üyenin genellikle usûlî konularda verdiği kararlara ise "ordonans (*ordonnance*)" denir[108].

Mahkeme kararları ismi ne olursa olsun genellikle "hüküm fıkrası" ve "gerekçe" olmak üzere iki kısımdan oluşur[109]:

a) "Hüküm fıkrası (*dispositif*)" kararın en önemli kısmıdır ve kararın sonuç bölümünde bulunur. Bu kısımda hâkim, davacının netice-i talebi hakkında karar verir; yani davacının davasını reddeder veya kabul eder; kabul ederse uygulanacak müeyyideleri belirtir. Keza bu kısımda yargılama giderleri gibi diğer konular da belirtilir.

b) "Gerekçe (*motifs*)" kısmı hüküm fıkrasından önce gelir ve bu kısımda hâkim hüküm fıkrasında ulaştığı sonucun fiilî ve hukukî sebeplerini açıklar. "Fiilî sebepler (*motifs de fait*)", davacının iddia ettiği vakıanın sübuta erip ermediğini gösteren sebeplerdir. "Hukukî sebepler (*motifs de droit*)" ise hâkimin davacının iddiası konusunda uyguladığı ve verdiği kararın hukukî dayanağını teşkil eden hukuk kurallarıdır. Hâkim bu kısımda bu kuralları zikreder.

Hâliyle bir mahkeme kararında tarafların adları ve varsa vekillerinin adları, davanın konusuna ilişkin bilgiler de bulunur. Keza kararda gerekçeden önce kısaca davacının iddiası ve davalının savunması da özetlenebilir. Niha-

106. Terré, *op. cit.*, s.566-568; Gridel, *op. cit.*, s.468-469.
107. Gridel, *op. cit.*, s.468.
108. Gridel, *op. cit.*, s.469; Terré, *op. cit.*, s.566.
109. Gridel, *op. cit.*, s.469; Terré, *op. cit.*, s.567.

yet bir mahkeme kararının sonu, kararı veren hâkim ve katip tarafından imzalanır. Karar heyet şeklinde bir mahkeme tarafından verilmiş ise sadece heyet başkanının imzası yeterlidir.

Karşı Oy, Ayrışık Oy, vs.- Mahkeme heyet hâlinde bir mahkeme ise, kararın oy birliğiyle değil, oy çokluğuyla alınması ihtimali vardır. Bu durumda pek çok ülkede genellikle hüküm fıkrasında kararın oy birliğiyle mi oy çokluğuyla mı alındığı belirtilir. Yine pek çok ülkede, karara muhalif kalan üyelerin ismi kararda belirtilir ve keza karara muhalif kalan üyelerin karara "muhalefet şerhi (karşı oy yazısı, *opinion dissidente, dissenting opinion*)" yazmalarına izin verilir. Muhalefet şerhinde muhalif üye iddia hakkında kendi çözümünü verir ve bunun gerekçesini açıklar ve keza çoğunluk görüşünü eleştirir. Bazen kararın sonucuna katılan bir üyenin, kararın gerekçesine katılmaması veya başka gerekçe ilave etmesi mümkündür. Bu durumda üye, "ayrışık oy (*separate opinion*)" veya "yarışan oy (*concurring opinion*)" yazar. Türk yargı pratiğinde bu tür karşı oya "gerekçede karşı oy" denir. Bazı ülkelerde de üye sadece "muhalefet beyanı (*statement of dissent*)"nda bulunabilir.

Opinio Seriatim.- İngilitere'de ve İngiliz hukuk geleneğine sahip bazı ülkelerin mahkemelerinde her üye kendi kararını yazar. Bu tür kararlara "bireysel kararlar (*individual opinions*)" veya "*seriatim opinions*" veya Latince bir ifadeyle "*opinio seriatim*" denir. Bu usûlde, kararın gerekçesinin ne olduğunu anlamak oldukça güç hâle gelir.

Ancak Fransa gibi bazı ülkelerde mahkemenin kararında karşı oylar belirtilmez. Kararda sadece bağlayıcı olan ve mahkemenin kararı olan metin bulunur. Bu kararın oy birliği ile mi oy çokluğu ile mi alındığı belirtilmez. Bu karar mahkemenin kararıdır.

Muhalefet şerhleri veya ayrışık oylar, hâliyle oy sahibi üye tarafından yazılır. Birkaç üyenin bir araya gelip ortak bir karşı oy yazmaları da hâliyle mümkündür. Keza bir üyenin yazdığı muhalefet şerhine diğer üyelerin katılması da ihtimal dâhilindedir.

3. Yargı İşlemlerinin (Mahkeme Kararlarının) Sonuçları (Etkileri)

Bir mahkeme kararının, icraîlik, hâkimin işten el çekmesi ve *res iudicata* olmak üzere doğurduğu başlıca üç sonuç vardır. Şimdi bunları görelim:

a) İcraîlik

Bir mahkeme kararı "icraî güç (*force exécutoire*)"e sahiptir. Yani bu şu anlama gelir: Mahkeme kararında hükmedilen şey, yani kararın hüküm fıkrasında belirtilen şeyler, ilgili tarafça gönüllü olarak yerine getirilmez ise, söz konusu karar, lehine karar verilen tarafın talebi üzerine "cebrî icra

:xécution forcée)" yoluyla icra edilebilir[110]. Zira mahkeme kararı, kamu güüne dayanır ve dolayısıyla kamu makamları tarafından gerekiyorsa zor kulınılarak yerine getirilir. Burada belirtelim ki, kararı, kararı veren hâkim ve-a mahkeme değil, mülkî veya adlî idarenin içinde yer alan bir teşkilat (icra airesi, polis, cezaevi idaresi vs.) yerine getirir.

b) Hâkimin İşten El Çekmesi

Hâkim hükmü verdiği anda davadan elini çeker. Dava, dava konusu hukî uyuşmazlığın çözümü için vardır. Hâkimin görevi, kendisine sunulan hukî uyuşmazlığı çözmektir. Dolayısıyla hâkimin görevi, dava konusu uyuşıazlığı çözdüğü an, yani bu uyuşmazlık konusunda kararını açıkladığı an ona erer. Hâliyle "hâkimin işten el çekmesi (*dessaisissement du juge*)" ilkesi, âkimin uyuşmazlığın esası hakkında verdiği son kararlar için geçerlidir[111].

c) Res Iudicata

Bibliyografya.- Terré, *op. cit.*, s.561-566; Gridel, *op. cit.*, s.469-472; Hayri Domaniç, *Hukukta Kaziyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1964; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.785-804; Kunter ve Yenisey, 243-249; İlhan E. Postacıoğlu, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 3. Baskı, 1966, 488-511; Kemal Gözler, "Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 2, 2007, s.45-61.

Kavram.- Yargı fonksiyonu, yargı organlarının hukukî uyuşmazlıkları özme fonksiyonu olduğuna göre, bir hukukî uyuşmazlığın yargı kararıyla ir defa çözüldükten sonra, bir daha tekrar çıkarılamaması gerekir; zira aksi ıkdirde, uyuşmazlığın çözüldüğünden bahsedilemez. Bu nedenle, yargı kaarıyla, dava konusu hukukî uyuşmazlık sonsuza kadar yarılır; kesip atılır. ;te bu hususa, yani hakkında yargı kararıyla yarılmış hukukî uyuşmazlığın ınsuza kadar çözümlenmiş sayılmasına hukuk dilinde Latince olarak "*res ıdicata* (**"res yüdikata" okunur**)", Fransızca olarak "*chose jugée*" denir.

Terminoloji.- Günümüzde Türkçede *res iudicata* yerine "kesin hüküm" :rimi kullanılmaktadır. Kesin hüküm teriminin yerleşmesinden önce *res ıdicata* anlamında "emr-i makzî", "kaziye-i mahkûmunbiha"[112], "kaziye-i ıuhakeme", "kaziye-i muhkeme"[113], "kaziye-i muhkem", "muhkem kaziye" :rimleri kullanılmıştır[114].

---

10. Terré, *op. cit.*, s.559.
11. *Ibid.*, s.560.
12. İşaret eden Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.243.
13. Örneğin bkz.: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, m.237: "Kaziyei muhkeme, ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir. Kaziyei muhkeme, mevcuttur denilebilmek için iki tarafın ve müddeabihin ve istinat olunan sebebin müttehit olması lâzımdır"
14. Nurullah Kunter, *res iudicata* anlamında "kesin hüküm" tabirinin yanlış olarak kullanıldığını ileri sürmekte ve "kesin hüküm" yerine Türkçede yargılanmış şey anlamında

Biz, "*Res Iudicata*'nın Türkçesi Üzerine" başlıklı makalemizde, bu terimlerden her birini açıklayıp ve bunların *res iudicata* anlamında kullanılıp kullanılamayacağını tartıştık[115]. Bu çeşitli terimlerden sadece "emr-i makzî" terimi *res iudicata* terimini karşılamaktadır. Ancak bu terim çok eskimiştir ve günümüzde hiçbir şekilde kullanılmamaktadır. Diğerlerinin hepsi, "kesin hüküm" dâhil yanlıştır. Bu nedenle biz burada Latince *res iudicata* teriminin Türkçede olduğu gibi kullanılması gerektiğini düşünüyoruz.

***Res Iudicata*'nın Başlangıç Anı: Hükmün Kesinleşmesi.-** Öncelikle belirtelim ki bir uyuşmazlık konusunda *res iudicata*'nın varlığından bahsedebilmek, yani bu uyuşmazlığın daha önceden yargılanmış olduğunu söyleyebilmek için öncelikle söz konusu uyuşmazlık hakkında mahkemenin verdiği kararın *kesinleşmesi*, yani "kesin (*définitif*)" hâle gelmesi gerekir. Kesinleşmemiş bir kararın *res iudicata* gücü (*autorité de la chose jugée*)" yoktur. Kesinleşme, bir karara karşı başvuru yolunun olmaması demektir. Bir kararın kesinleşmesi, yani bir kararın "kesin karar" veya "kesin hüküm" hâline gelmesi bu karara karşı başvuru yollarının olmaması, varsa kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuş ise başvurunun reddedilmiş olması yollarıyla olur. Bazı mahkemelerin üst mahkemesi yoktur. Bu mahkemelerde yargılama tek derecelidir. Böyle bir mahkemenin kararı, verildiği anda kesinleşir. Örneğin Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin kararları böyledir. Bazen de kanun, genellikle önemsiz gördüğü bazı tür kararlara karşı istinaf, temyiz gibi kanun yollarına başvurulmasını yasaklamıştır. Bu durumda da böyle kararlar verildiği anda kesinleşir. Kendisine karşı kanun yolunun açık olduğu ilk derece mahkemesi kararları ise şu şekillerde kesinleşir: İlgili taraf, süresi içinde şu ya da bu sebeple kanun yoluna başvurmamış ise karar kesinleşir. İlgili taraf kanun yoluna başvurmasına rağmen, başvurusu reddedilirse ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşmiş olur[116].

***Res Iudicata* Gücü (*Autorité de la chose jugée*).-** Kesinleşmiş mahkeme kararlarının doğru olduğunun hukuken varsayılmasına "*res iudicata* gücü (*autorité de la chose jugée,* yargılanmış olmanın otoritesi) denir. Diğer bir ifadeyle kesinleşen kararın doğru olduğu yolunda hukukî bir karine vardır. Yani kesinleşen bir mahkeme kararının doğru olduğu, hakikati yansıttığı varsayılır. Şüphesiz kesinleşen bir kararın gerçekten doğru olduğunu kimse ispatlayamaz. Dolayısıyla buradaki varsayım, sadece bir hukukî varsayımdan

---

"yargı" teriminin kullanılmasını önermektedir (Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.44). Kanımızca "yargı" terimi, yazarın açıkladığı şekliyle *res iudicata* anlamında kullanılabilir. Ancak bu tabir tutmamıştır ve yargı kelimesinin diğer anlamlarda kullanımı ile karışıklık yaratma ihtimali vardır.

115. Kemal Gözler, "*Res Iudicata*'nın Türkçesi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 56, Sayı 2, 2007, s.45-61 (www.anayasa.gen.tr/res-iudicata.pdf).

116. Kararların kesinleşmesi konusunda bkz.: Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.786-787; Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.244.

barettir. Yani kesinleşen mahkeme kararı maddî hakikat değil, sadece bir 'kanunî hakikat (*verité legale*)"i ifade eder. Gaston Jèze, bu hususu "*la chose jugée a force de vérité legale* (hükmedilen şey, kanunî hakikat gücüne sahiptir)" diyerek ifade etmiştir[117]. Keza aynı husus Latince olarak *res iudicata pro veritate accipitur* (hükmedilen şey, hakikat olarak kabul edilir)[118] şeklinde ifade edilmiştir. Hatta aynı hususu ifade etmek için Romalılar, "hükmedilen şey, beyazı siyah, siyahı beyaz; eğriyi doğru, doğruyu eğri yapar (*res iudicata facit ex albo nigrum, ex nigro album, ex curvo rectum, ex recto curvum*)" demişlerdir[119].

Ancak kanunî hakikat her zaman maddî ve fiilî hakikati ifade etmeyebilir; bununla birlikte *res iudicata*ya böyle güç tanınması, yani kesinleşen mahkeme kararlarının gerçeği ifade ettiğinin kabul edilmesi, pratik nedenlere zorunludur; çünkü bir davada sonsuza kadar yargılamaya ve hakikati araştırmaya devam olunamaz. Bir noktada durmak ve son sözü söylemek gerekir.

***Res Iudicata* Gücünden Çıkan Sonuçlar (*Res Iudicata*'nın Etkileri).-** *Res judicata*'nın "tekrar yargılama yasağı", "bağlayıcılık" ve "kesin delil teşkil etme" olmak üzere doğurduğu başlıca üç sonuç vardır:

(1) Tekrar Yargılama Yasağı.- Yargılanmış bir uyuşmazlık tekrar yargılanamaz. Buna *ne bis in idem* prensibi denir. Bu prensibe göre kesin hükümle sonuçlandırılmış bir dava tekrar açılamaz. Bir uyuşmazlığın daha önceden yargılanmamış olması, o uyuşmazlık konusunda dava açılabilmesinin şartıdır. Daha önceden yargılanmış bir uyuşmazlık, yani kesin hükümle sonuçlandırılmış bir dava, mahkeme önüne getirilirse, diğer taraf, bu uyuşmazlığın daha önceden yargılandığını söyleyerek "*res iudicata* itirazı"nda bulunabilir. Hâkim de uyuşmazlığın daha önce yargılanmış olması durumunu (*res iudicata* bulunmasını) re'sen (kendiliğinden) dikkate alabilir[120].

Ancak bir uyuşmazlığın daha önceden yargılanmış olması, yani *res iudicata* nedeniyle ikinci davanın açılamaması için, her iki davanın *konularının, sebeplerinin* ve *taraflarının* aynı olması gerekir. Davanın konusu, davacının taleplerinden oluşur. Davanın konusu, davacının dava açarak "istediği şey (*chose demandée*)"dir[121]. Her iki davanın konusunun aynı olup olmadığına davacının netice-i taleplerine bakılarak karar verilir[122]. Davanın sebebi, davanın dayanağı olan vakıa ve fiillerdir[123]. Nihayet, *res iudicata*'dan bahsetmek için davanın taraflarının da aynı olması gerekir. La-

117. Nakleden: Gridel, *op. cit.*, s.470.
118. Garner (ed.), *Black's Law Dictionnary, op. cit.*, s.1687.
119. Garner, *op. cit.*, s.1678.
120. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.801.
121. Terré, *op. cit.*, s.563.
122. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.791.
123. Terré, *op. cit.*, s.793.

tince bir ifadeyle "*inter easdem personas, eadem quaestio* (aynı kişiler arasında aynı sorunun)"un tartışılması yasaktır[124].

(2) Bağlayıcılık.- Daha önce yargılanmış bir uyuşmazlıkta verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkeme kararı *bağlayıcı*dır. Bu bağlayıcılığın nispî ve mutlak olmak üzere iki şekli vardır:

(a) Nispî Bağlayıcılık[125] *(Inter Partes Bağlayıcılık).*- Nispî bağlayıcılık, kesin hükmün, bu hükmün sadece verildiği *davanın taraflarını* bağlaması demektir. Bu nedenle buna "*inter partes* (taraflar arasında) bağlayıcılık" da denebilir. Özel hukuk alanında kesin hükmün kural olarak sadece nispî bir bağlayıcılığı vardır. Yani özel hukuk davalarında verilen kesin hükümlere sadece davanın tarafları uymak zorundadır. Özel hukuk davalarında verilmiş kesin hüküm, bu davanın tarafları olmayan kişileri kural olarak bağlamaz[126]. Zira *res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*[127] (tarafların arasında olan şeyin başkalarına ne yararı, ne de zararı vardır). Ancak istisnaen kişi hâllerine ilişkin bazı kararlar, örneğin gaiplik kararı, bir derneğin sona erdirilmesi kararı herkesi bağlar[128].

(b) Mutlak Bağlayıcılık[129] *(Erga Omnes Bağlayıcılık).*- Mutlak bağlayıcılık, kesin hükmün, sadece bu hükmün verildiği davanın taraflarını değil, *herkesi* bağlaması demektir. Yani davaya yabancı olan üçüncü kişiler de davada verilen karara uymak zorundadırlar[130]. Bu nedenle buna "*erga omnes* (herkes için) bağlayıcılık" da denebilir. *Ceza davalarında* verilen kesin hüküm, sanığın suçluluğu ve suçsuzluğu veya hükmedilen müeyyide bakımından herkesi bağlar. Mahkûm olan sanık, herkes için mahkûm olmuştur; beraat eden sanık, davaya katılan veya katılmayan herkes bakımından beraat etmiştir. Davaya müdahil olarak katılmayan bir kişi bir ceza mahkemesinin beraat kararı beni bağlamıyor; bu kişi suçludur diyemez. Yani ceza davalarında verilen kesin hükümler *erga omnes* geçerlidir[131]. *İdari yargıda* tam yargı davalarında verilen hükümlerin bağlayıcılığı nispî, iptal davalarında verilen hükümlerin bağlayıcılığı ise mutlaktır[132]. Yani iptal edilen idarî işlem, sadece bu davayı açan davacı bakımından değil, herkes için yürürlükten kalkmış olur. Aynı şekilde Avrupa modeli anayasa yargısında verilen iptal kararının

124. Gridel, *op. cit.*, s.470.
125. Buna "*res iudicata*'nın nispî otoritesi (*autorité relative de la chose jugée*)" de denir (Terré, *op. cit.*, s.563).
126. Gridel, *op. cit.*, s.470-471.
127. Terré, *op. cit.*, s.563.
128. Gridel, *op. cit.*, s.471.
129. Buna "*res iudicata*'nın mutlak otoritesi (*autorité absolue de la chose jugée*)"de denir (Terré, *op. cit.*, s.565).
130. Gridel, *op. cit.*, s.471.
131. Gridel, *op. cit.*, s.471; Terré, *op. cit.*, s.564.
132. Terré, *op. cit.*, s.564;

bağlayıcılığı da mutlaktır; karar *erga omnes* hüküm ve sonuç doğurur; iptal edilen kanun herkes için yürürlükten kalkar.

Burada son olarak belirtelim ki kesin hükümlerin nispî veya mutlak bağlayıcılığı sadece kararların "hüküm fıkraları (*dispositif*)" içindir. Kararların "gerekçeleri (*motifs*)"nin bir bağlayıcılığı yoktur[133].

(3) Kesin Delil.- Res judicata, yani yargılanmış şey kesin delil teşkil eder. Aynı taraflar arasında aynı sebeple açılacak başka istemli davalarda, ilk davada verilmiş kesin hüküm, kesin delil teşkil eder[134]. Örneğin kira bedelinin belirlenmesi için açılan tespit davasında verilmiş kesin hüküm, aynı taraflar arasında aynı kiralanana ilişkin olarak kira alacağının ödenmesi için açılacak eda davasında kesin delil teşkil eder[135]. Yani hâkim kira alacağının önceki davada tespit edilen kira bedeli kadar olduğunu kabul etmek zorundadır. Yani ilk davadaki mahkeme kararı, ikinci davadaki hâkimi bağlar. Burada ayrıca belirtelim ki, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararları hukuk hâkimini her zaman bağlar[136]. Yani ceza mahkemesinde bir sanığın suçlu olduğuna karar verilmiş ise ve bu karar kesinleşmiş ise bu karar hukuk hâkimini bağlar. Örneğin suç teşkil eden fiilden dolayı daha sonra açılacak olan hukuk mahkemesindeki tazminat davasında, söz konusu fiilin suç teşkil ettiğinin ceza mahkemesi kararıyla tespit edilmesi, hukuk mahkemesi önündeki davada kesin delil teşkil eder. Böyle bir davada hukuk hâkimi davalının kusurlu olmadığını kabul edemez[137].

II. YARGI ORGANI (ORGANİK ANLAMDA YARGI)

"Yargı organı (*judiciary, judicature, organe juridictionnel, juridiction*)" devletin üç organından birisidir. Burada önce yargı organının tanımını diğer devlet organlarından ayrılmasını, daha sonra da yargı organının yapısını inceleyeceğiz. Buna göre bu başlık altındaki plânımız şu şekilde olacaktır:

PLÂN:
A. Yargı Organının Tanımı ve Diğer Devlet Organlarından Ayrılması
B. Yargı Organının Dereceli Yapısı
C. Yargı Organının Örgütlenmesi Bakımından Sistemler: Yargı Birliği ve Yargı Ayrılığı Sistemleri (Yargı Kolları)
D. Tek Hâkimli Mahkeme – Kurul Hâlinde Mahkeme
E. Hâkim Kavramı
F. Jüri

Yargı organının tanımı ve diğer devlet organlarından ayrılmasıyla işe başlayalım:

133. Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.798-799.
134. *Ibid.*, s.802.
135. *Ibid.*
136. Terré, *op. cit.*, s.564-565.
137. *Ibid.*, s.565.

A. YARGI ORGANININ TANIMI VE DİĞER DEVLET ORGANLARINDAN AYRILMASI

Bir organ, yaptığı işlemlere, yürüttüğü faaliyetlere, yani ifa ettiği fonksiyona bakılarak tanımlanabileceği gibi, yapısına, yani kimlerden oluştuğuna bakılarak da tanımlanabilir. Birinci durumda bu organ *işlevsel* açıdan, ikinci durumda bu organ, *yapısal* açıdan tanımlanmış olur. Yargı organı için de aynı şeyi söyleyebiliriz. O hâlde yargı organını önce işlevsel, sonra da yapısal açıdan tanımlayalım:

1. Fonksiyonel (İşlevsel) Açıdan Yargı Organı Tanımı

Bu açıdan *yargı organı, yargı fonksiyonu yürüten organ olarak tanımlanabilir.* Yukarıda yargı fonksiyonunun nasıl tanımlandığını gördük. Hatırlanacağı üzere, yargı fonksiyonu biri maddî, diğeri organik olmak üzere iki değişik kriterle tanımlanmaktaydı. Yargı fonksiyonunun organik kriterle tanımlanması burada bizim işimize yaramaz. Çünkü bu kritere göre yargı fonksiyonu, *yargı organlarının yaptıkları işlemler*den oluşuyordu. Dolayısıyla yargı fonksiyonunun organik kritere göre tanımlanması, "yargı organlarının yaptıkları işlemleri yapan organlar, yargı organlarıdır" demekten başka bir anlama gelmez. Bu ifade ise kendi kendisine göndermede bulunan anlamsız bir ifadedir. O hâlde, yargı organı fonksiyonel açıdan tanımlanacak ise, bu tanımın bir anlamının olması için, yargı fonksiyonunun münhasıran maddî kritere göre tanımlanması gerekir. Maddî kritere göre ise yargı fonksiyonu, hukukî uyuşmazlıkları çözme, hukuka aykırılık iddialarını karara bağlama fonksiyonu olarak tanımlanıyordu. İşte bu tanımdan hareketle, *işlevsel (fonksiyonel) açıdan yargı organını, hukukî uyuşmazlıkları veya hukuka aykırılık iddialarını çözen ve karara bağlayan devlet organı olarak* tanımlayabiliriz.

Değerlendirme.- Bu tanım yargı organlarının faaliyetlerine ışık tutmaktadır. Hukukî uyuşmazlıkların çözümlenmesi veya hukuka aykırılık iddialarının karara bağlanmasına ilişkin faaliyette bulunmayan bir devlet organını yargı organı olarak nitelendirmek güçtür. Dolayısıyla, somut bir hukukî uyuşmazlığı çözmekle ilgili olmayan, örneğin genel soyut kurallar koyan bir organı, yargı organı olarak nitelendirmek güçtür.

Yargı organının işlevsel (fonksiyonel) açıdan tanımlanması, yargı fonksiyonunun maddî kriterle tanımlanması ne kadar doğruysa ancak o kadar doğrudur. Dolayısıyla maddî kritere yöneltilen yukarıda gördüğümüz eleştiriler, yargı organının işlevsel açıdan tanımlanması için de geçerlidir. Şöyle: Bir kere, yasama ve yürütme organları da bazen hukukî uyuşmazlıkların çözümlenmesine, hukuka aykırılık iddialarının karara bağlanmasına ilişkin faaliyetlerde bulunmaktadır. Örneğin işlevsel açıdan bakacak olursak, disiplin soruşturması ve meclis soruşturması işlemlerinin, yargısal nitelikte olduğunu ve dolayısıyla bu faaliyetleri yürüten organların yargı organı olması gerekti-

ğini iddia edebiliriz. Oysa bu doğru değildir. Disiplin soruşturması işlemini idare (yürütme organı), meclis soruşturmasını ise yasama organı yapmaktadır. Aynı şekilde Rekabet Kurumu, SPK, RTÜK, BDDK gibi bağımsız idarî otoriteler de bir hukukî uyuşmazlığı çözümlemekte, bir hukuka aykırılık iddiası hakkında karar vermektedir; ancak buna rağmen bağımsız idarî otoriteler yargı organı olarak değil, yürütme organı olarak kabul edilmektedir. O hâlde hukuka aykırılık iddiaları hakkında karar veren her organın yargı organı olduğunu söyleyemeyiz. Dolayısıyla işlevsel (fonksiyonel) bakış açısının yargı organını tanımlamak için *gerekli*, ama *yetersiz* bir bakış açısı olduğunu söyleyebiliriz.

2. Yapısal Açıdan Yargı Organının Tanımı

Bir organın yapısal açıdan tanımlanması demek, bu organın yürüttüğü faaliyete bakarak değil, bu organın yapısına, yani hangi kurum, kuruluş, kurul, makam ve mercilerden veya tek kelimeyle kimlerden oluştuğuna bakılarak tanımlanması demektir.

Yargı Organı.- Yapısal açıdan yargı organını tanımlamak oldukça kolaydır: Yargı organını, *devletin mahkemelerden oluşmuş organı* olarak tanımlayabiliriz.

Yargı organı bu şekilde tanımlanırsa, yargı organı ile devletin diğer organları arasında karışma olmaz. Zira yargı organı mahkemelerden, yasama organı, yukarıda gördüğümüz gibi milletvekillerinden oluşan meclislerden; yürütme organı başkanlık sistemlerinde başkandan, parlâmenter hükümet sistemlerinde devlet başkanı ve bakanlar kurulundan oluşur.

Ancak yargı organını *devletin mahkemelerden oluşmuş organı* olarak tanımlamak sorunu bütünüyle çözmemektedir. Zira bu durumda da "mahkeme" kavramını tanımlamak gerekmektedir.

Mahkeme.- "Mahkeme (*court, cour, tribunal*)" kavramı nasıl tanımlanır? Bir devlet organının mahkeme olup olmadığını nasıl anlarız? Bir mahkeme ile mahkeme olmayan bir organı birbirinden nasıl ayırt edebiliriz? Aslında bu sorulara belli bir ülkenin hukuk sitemi içinde cevap vermek kolaydır. Ülkenin anayasasına ve kanunlarına bakarak bir organın mahkeme olup olmadığını söyleyebiliriz. Ancak mahkeme kavramını genel olarak tanımlamak o kadar kolay değildir.

Mahkemeyi yürüttüğü faaliyet açısından hukukî uyuşmazlıkları çözen veya hukuka aykırılık iddialarını karara bağlayan devlet organı olarak tanımlayabiliriz. Ancak böyle bir tanım yukarıda da belirttiğimiz gibi işlevsel bir tanım, yani maddî kritere göre bir tanım olur. Oysa burada biz yargı organı ve dolayısıyla mahkeme kavramını yapısal açıdan tanımlamaya çalışıyoruz. O hâlde, yürüttüğü faaliyetlere hiç bakmaksızın mahkemeyi, münhasıran ya-

pısal açıdan, *bir veya birden fazla hâkimden oluşmuş bir devlet organı* olarak tanımlayabiliriz.

Mahkemeyi hâkimlerden oluşmuş bir organ olarak da tanımlamak sorunu nihai olarak çözmemektedir. Çünkü bu takdirde de "hâkim" kavramını tanımlamak gerekmektedir. "Hâkim" kavramı nasıl tanımlanabilir? Hâkim kimdir?

Hâkim.- "Hâkim (*judge, juge*)" kavramı nasıl tanımlanır? Hâkimler de bir kamu görevlisi, bir devlet memurudurlar. Devlet tarafından görevlerine atanırlar ve devletten maaş alırlar. Peki ama bir devlet memurunun "hâkim" olup olmadığını nasıl anlarız? Bir hâkim ile bir devlet memurunu nasıl ayırt edebiliriz? Aslında bu sorulara belli bir ülkenin hukuk sitemi içinde cevap vermek kolaydır. Belli bir pozitif hukuk siteminde kimin hâkim olup olmadığı apaçık bellidir. Zira, hâkimlik bir statüdür; belli bir gerçek kişi bu statüye atama işlemi veya istisnaen bazı ülkelerde seçim işlemiyle girer ve girdiği anda da "hâkim" niteliğini kazanır. Ancak belli bir ülkenin hukuk sistemine bağlı olmaksızın, hâkim kavramını, yaptığı faaliyete göndermede bulunmaksızın genel olarak tanımlamak güçtür.

Bu konuda sadece şunlar söylenebilir: (1) Hâkim, bir gerçek kişidir. (2) Hâkim bir kamu görevlisidir. (3) Hâkim göreve atama veya istisnaen seçim yoluyla gelir. (4) Hâkim davanın taraflarının dışında olan bir gerçek kişidir. Zira kimse kendi davasında hâkim olamaz (*Nemo iudex in sua causa*). (5) Hâkim, bağımsız, tarafsız ve teminatlı olmalıdır. Ancak bu son hususun tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini objektif olarak tespit etmek mümkün değildir. Çağdaş hukuk sistemlerinin hepsi hâkimlerin bağımsızlığı, tarafsızlığı ve teminatı ilkelerini kabul eder. Ancak bu ilkelerin pratikte gerçekleşme düzeyi ülkeden ülkeye, hatta aynı ülkede zamandan zamana değişir. Dolayısıyla bir hâkimin ancak bağımsız, tarafsız ve teminatlı olması durumunda "hâkim" sıfatını kazanacağını, aksi takdirde hâkimlik sıfatını yitireceğini iddia etmek zordur.

Değerlendirme.- 1. Yargı organı devletin mahkemelerden oluşmuş organıdır. O nedenle *yargı organı ve mahkeme kavramları eş anlamlıdır.* Öyleyse "mahkeme" tanımı, aynı zamanda "yargı organı"nın tanımı için de geçerlidir.

2. *Mahkeme yani yargı organı kavramının bir veya birden fazla hâkimden oluşmuş bir organ şeklinde tanımlanması her zaman için doğru değildir.* Çünkü hâkimlerden oluşmuş bir kurulun, bir mahkeme (yargı organı) değil, bir idarî kurul olma ihtimali vardır. Örneğin Türkiye'de Hâkimler ve Savcılar Kurulunun 13 üyesinden 8'i hâkimdir; ama bu Kurul tartışmasız olarak bir idarî kuruldur. Bu Kurulun üyelerinin tamamı hâkim olsaydı da değişen bir şey olmazdı. Keza Türkiye'de Danıştayın Birinci Dairesi ve İdarî İşler

Kurulu hâkimlerden oluşur. Ancak bu Daire ve Kurul bir mahkeme değil, bir idarî organdır. Keza Danıştay Genel Kurulu (Danıştay Kanunu, m.45), Danıştay Başkanlar Kurulu (m.19, 52), Danıştay Disiplin Kurulu (m.21, 54) ve Yüksek Disiplin Kurulu (m.20, 53) hâkimlerden oluşmalarına rağmen birer yargı organı değil, birer idarî kuruldurlar. Çünkü Danıştay Kanunu, bu kurullara hukukî uyuşmazlıkların çözme görevini değil, başka organlara üye seçme, üyelerin dairelere ayrılması, disiplin işleri gibi birtakım idarî nitelikteki konularda karar alma görev ve yetkisini vermiştir. Yargıtay'da da üyeleri hâkimlerden oluşmuş, ama idarî olan bazı kurullar vardır. Örneğin Yargıtay Büyük Genel Kurulu (m.16), Başkanlar Kurulları, Birinci Başkanlık Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu, Yönetim Kurulu böyledir (Yargıtay Kanunu, m.4, 9-12). Bu kurullar hâkimlerden oluşur. Ancak bunların başkan seçme, Anayasa Mahkemesine üye önerme, Yargıtay Cumhuriyet başsavcısı adaylarını belirlemek, Yargıtay İç Yönetmeliğini yapmak, üyelerin ve tetkik hâkimlerinin görev yerlerini belirlemek, disiplin işlerini yapmak, Yargıtay idarî personelinin özlük işlerini yürütmek gibi idarî nitelikte görev ve yetkileri vardır (m.16-20). Dolayısıyla böylesine görev ve yetkileri ifa eden bir kurulu, üyelerini tamamı hâkimlerden oluşmuş olsa bile mahkeme olarak kabul etmemek gerekir.

Keza bazen bir hâkimin, hukukî uyuşmazlıkları çözmeye ilişkin değil, idarî nitelikte iş ve işlemler yapması mümkündür. Tek hâkimden oluşmuş mahkemelerde bu hâkimin kurul hâlindeki mahkemelerde ise kurul başkanının, bu mahkeme veya kurulun kalem (yazı işleri) teşkilatında çalışan idarî personel hakkında birtakım işlemler yapması söz konusudur. Örneğin 4 Şubat 1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 24'üncü maddesine göre büro görevlilerini denetlemek" ve "büro personeli hakkında ilgili kanunda belirtilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme disiplin cezalarını vermek" yetkisi Yargıtay Daire Başkanlarına verilmiştir. Bu işlemlerin yargısal değil, idarî nitelikte olduğu açıktır. Dolayısıyla bu işlemleri yapan kişi, hâkim statüsünde bulunsa da bu işlemleri hâkim sıfatıyla değil, mahkemenin idarî teşkilatının amiri sıfatıyla yapmaktadır.

Görüldüğü gibi, bir kurulun hâkimlerden oluştuğuna bakarak bu kurulun bir yargı organı (mahkeme) olduğunu söylemek mümkün değildir. Hatta bir hâkimin, hâkim statüsünde bulunduğuna bakarak, onun her zaman hâkim sıfatıyla işlem yaptığını da söylemek mümkün değildir. İşte bu nedenlerden dolayı, salt yapısal açıdan (organik kriter) yargı organı (mahkeme) kavramını tanımlamak mümkün değildir. Yani *"yargı organı (mahkeme), bir veya birden fazla hâkimden oluşmuş bir devlet organıdır"* şeklindeki yukarıda yaptığımız yargı organı tanımı tek başına her zaman doğru değildir. O nedenle mahkeme tanımına maddî kriteri de eklemek ve şu şekilde bir tanım yapmak gerekir:

TANIM: ***Yargı organı (mahkeme),*** **bir veya birden fazla hâkimden oluşan ve hukukî uyuşmazlıkları çözen bir devlet organıdır.**

Bu tanıma göre, bir devlet organının "mahkeme" olabilmesi için şu iki şartı bir arada gerçekleştirmesi gerekir:

1. Organik Şart: Hâkimden Oluşma.- Söz konusu organ bir veya birden fazla hâkimden oluşmalıdır. Hâkim kavramını biraz yukarıda gördük.

2. Maddî Şart: Uyuşmazlık Çözme.- Söz konusu organ hukukî uyuşmazlıkları çözmelidir. "Uyuşmazlık" ve "çözme" kavramlarının ne demek olduğunu yukarıda gördük.

Yargı Fonksiyonu ve Organının Tanımı Konusunda Sonuç

Yukarıda yargı fonksiyonunu maddî ve organik kriterleri birlikte kullanarak *yargı organlarının hukukî uyuşmazlıkları çözme fonksiyonu* olarak tanımlamıştık. Burada da sonuç olarak yargı organını aynı şekilde, yani maddî ve organik kriterleri birlikte kullanarak, *bir veya birden fazla hâkimden oluşmuş ve hukukî uyuşmazlıkları çözmekle görevli organlar* şeklinde tanımlıyoruz. Dolayısıyla gerek yargı fonksiyonunun, gerekse yargı organının maddî ve organik kriterlerin birlikte kullanılarak tanımlanması gerektiğini düşünüyoruz. Sonuç olarak yargı organı ve fonksiyonunu şu şekilde tanımlıyoruz:

TANIM: Bir veya birden fazla hâkimden oluşmuş ve hukukî uyuşmazlıkları çözmekle görevli organa *yargı organı*, bu organın hukukî uyuşmazlıkları çözme fonksiyonuna da *yargı fonksiyonu* denir.

* * *

Böylece yargı organının tanımını gördükten sonra şimdi de yargı organının dereceli yapısı, yargı organının örgütlendirilmesi bakımından başlıca sistemler, hâkim sayısına göre mahkeme çeşitleri ve mahkemeleri oluşturan hâkimler ve jüriler konularını göreceğiz.

B. YARGI ORGANININ DERECELİ YAPISI

Bibliyografya.- Bergel, *op. cit.*, s.325-326; Starck, Rolan ve Boyer, *op. cit.*, s.244-245; Gridel, *op. cit.*, s.481-489.

Bir ülkede yasama organı tek bir meclisten veya iki meclisten oluşur. Başkanlık sistemlerinde yürütme organı başkan ve onun yardımcılarından; parlâmenter hükümet sistemlerinde ise devlet başkanı ve bakanlar kurulundan (başbakan ve bakanlar) oluşur. Ancak yargı organı, böyle basit bir yapıda değildir. Bir kere, büyük bir ülkede yargı organının tek bir mahkemeden oluşması mümkün değildir. Yargı organı daima ülke düzeyine yayılmış birden fazla mahkemeden oluşur. Ancak ülke düzeyine yayılmış bu mahkemeler arasında bir bütünlük vardır. Bu bütünlük de bu mahkemelerin hiyerarşik bir şekilde teşkilatlanmasıyla sağlanır. Yargı organı bütün ülkelerde dereceli

bir şekilde örgütlendirilmiştir. Yani yargı organının yapısı, çok katlı bir binaya benzetilebilir. Bazı ülkelerde iki dereceli, bazı ülkelerde ise üç dereceli bir örgüt vardır. Şimdi yargı organının bu dereceli yapısını görelim:

Mahkeme teşkilatının dereceli bir yapıda olmasının sebebi, yargılamadaki muhtemel hataların önüne geçmektir[138]. İlk derecede yargılanmış uyuşmazlığın tamamı veya bir kısmı üst derecelerde tekrar yargılanır. Bunun altında yatan ilke ise "iki dereceli yargılama ilkesi (*principe du double degré de jurisdiction*)"dir[139]. Bu ilkeye göre yargılama en az iki dereceli olmalıdır. Bu ilkeyle hatalı karar verilmesinin önüne geçilmesi amaçlanır. İki dereceli bir yargılamada hata ihtimali, tek dereceli bir yargılamaya göre daha düşüktür. Derece arttıkça hata ihtimali düşer. Ama derece sayısını da sonsuza kadar artırmak mümkün değildir. Çünkü davayı bir noktada sonuçlandırmak gerekmektedir.

Dereceleri bakımından mahkemeler genellikle ilk derece (bidayet, hüküm, olay), ikinci derece (asıl derece, itiraz ve istinaf) ve hukukî derece (kontrol derecesi, temyiz) olmak üzere üçe ayrılır[140].

1. İlk Derece Mahkemeleri

"İlk derece mahkemeleri (*juridictions du premier degré*[141], *courts of first instance, premier ressort, juge du premier ressort*)" veya aynı anlamda "bidayet mahkemeleri" davaların ilk defa görüldüğü mahkemelerdir. Davalar ilk defa bu mahkemelerin önüne getirildikleri için bu mahkemelere ilk derece mahkemesi denmektedir. İlk derece mahkemelerine "olay mahkemeleri", "dava mahkemeleri (*trial courts*)", "esas mahkemeleri (*juridictions du fond*[142])" veya "hüküm mahkemeleri" de denir. İlk derece mahkemeleri kendilerine sunulan uyuşmazlığı maddî ve hukukî bütün yönleriyle incelemeye yetkili olan mahkemelerdir[143]. Örneğin Türkiye'de adlî yargı alanında sulh hukuk, asliye hukuk, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri birer ilk derece mahkemesidir. İlk derece mahkemeleri bütün ülkelerde, sadece başkentte veya belirli bölge veya il merkezlerinde değil, ülke düzeyine yayılmışlardır; iş yoğunluğuna göre nispeten küçük yerleşim birimlerinde dahi bulunabilirler. Türkiye'de ilk derece mahkemeleri ilçe düzeyine kadar inmişlerdir. Zaten ilçe kelimesi yerine eskiden kullanılan "kaza" kelimesi, bir ilk derece mahkemesinin yargı çevresini ifade ediyordu.

---

138. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, c.I, s.591.
139. Boris Starck, Henri Roland ve Laurant Boyer, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5. Baskı, 2000, s.244; Gridel, *op. cit.*, s.485.
140. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, c.I, s.592.
141. Gridel, *op. cit.*, s.481
142. *Ibid.*
143. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, c.I, s.332.

2. İkinci Derece Mahkemeler

"İkinci derece mahkemeler (*juridictions du second degré*[144])", istinaf yargılaması yapan mahkemelerdir. Bunlara bu nedenle "istinaf mahkemeleri (*juge d'appel*[145])" de denir. "İstinaf (*appel*)", dava konusu meselenin hem "maddî (*aspects de fait*)", hem de "hukukî (*aspects de droit*[146])" yönlerinin incelenebildiği kanun yoluna verilen isimdir[147]. İstinaf mahkemesi esas mahkemesi gibi davayı hem maddî açıdan, hem de hukukî açıdan inceler[148]. Diğer bir ifadeyle istinafta hem "hukukî mesele (*questio iuris, question de droit*)"; hem de "maddî mesele (*questio facti, question de fait*)" incelenir.

Yani istinaf mahkemesi sadece kanunun doğru uygulanıp uygulanmadığını değil, esas mahkemesinin maddî meseleyi doğru tespit edip etmediğini (örneğin sanığın gerçekten suç işleyip işlemediğini, borç dayanağı olarak ortada bir senet bulunup bulunmadığını) inceler. Neticede esas mahkemesinin kararında bir maddî veya hukukî hata tespit eder ise "bozma" kararı verip dosyayı ilk derece mahkemesine göndermez; esas hakkında kendisi karar verir. Yani istinafta "bozma" değil, "ıslah" söz konusudur[149]. İstinaf mahkemeleri ilk derece mahkemeleri kadar yaygın olmasa da ülke düzeyine yayılmışlardır. Bunlar il veya birkaç ilden oluşmuş bölge bazında teşkilatlanır. Söz konusu ilde veya bölgede bulunan ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf başvurusu yapılırsa bu kararlar istinaf mahkemesinde incelenir.

Türkiye'de istinaf mahkemelerinin kurulması, 26 Eylül 2004 tarih ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile öngörülmüştür. Ancak bu tür mahkemelere "istinaf mahkemesi" değil, "bölge adliye mahkemeleri" ismi verilmiştir. Adalet Bakanlığının bu mahkemeleri en geç 1 Haziran 2007 tarihine kadar kurması öngörülmüştür. Ne var ki bu mahkemeler ancak 20 Temmuz 2016 tarihinde faaliyete geçirilebilmiştir.

18 Haziran 2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla, idarî yargı alanında istinaf mahkemeleri kurulmuştur. Daha doğrusu 1982 yılında kurulmuş olan Bölge İdare Mahkemeleri birer istinaf mahkemesi hâline dönüştürülmüştür. Adı geçen Kanun uyarınca, Adalet Bakanlığına bu mahkemeleri 7 Kasım 2015 tarihinde kurulmuş ve 20 Temmuz 2016 tarihinde faaliyete geçmişlerdir.

3. Üçüncü Derece Mahkemeler

"Üçüncü derece mahkemeler"e, "üst derece mahkemesi", "son derece mahkemesi (*court of last resort*)", "temyiz mahkemesi (*cours de cassation*[150], *juge de cassation*[151], *court of appeal, appelate courts*)" veya doğrudan doğruya "yüksek mahkeme (*supreme court*)" de denir. Derecenin veya mahkemenin

144. Gridel, *op. cit.*, s.484.
145. Bergel, *op. cit.*, s.326.
146. Gridel, *op. cit.*, s.472.
147. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.1069.
148. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.1069; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.730-731.
149. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.1069.
150. Gridel, *op. cit.*, s.487.
151. Bergel, *op. cit.*, s.326.

ismi ne olursa olsun bu derecedeki mahkemeler, "temyiz (*cassation*[152], *appel*)" yargılaması yapar. Temyiz derecesinde uyuşmazlıklar sadece "hukukî yönleri (*aspects de droit*)" itibarıyla incelenir[153]. Yani temyizde incelenen şey, "hukukî meseleler (*questio iuris, questions of law*)"dir. Temyizde, sadece incelemeye konu olan kararda hukukî hata (örneğin uygulanan kanun maddesinin yorumunda hata) olup olmadığı incelenir[154]. "Maddî mesele (*questio facti, question of fact*)" temyizde incelenmez. Yani sanığın gerçekten suçu işleyip işlemediği, davalının gerçekten borçlu olup olmadığı gibi maddî vakıalar temyiz yolunda incelenmez[155]. Temyiz sonucunda kural olarak, esas hakkında karar verilmez; sadece "bozma" kararı verilir. Asıl yargılamayı yine esas mahkemesi yapar. Temyiz yolu ilk derece mahkemesi ve varsa istinaf mahkemesi kararlarına karşı açıktır[156]. Temyiz mahkemesi, yargı birliği sistemine sahip ülkelerde bir tanedir. Yargı ayrılığı sistemine sahip ülkelerde ise her yargı kolunda bir tane temyiz mahkemesi vardır. Örneğin Türkiye'de temyiz mahkemesi Yargıtay ve Danıştaydır.

C. YARGI ORGANININ ÖRGÜTLENMESİ BAKIMINDAN SİSTEMLER: YARGI BİRLİĞİ VE YARGI AYRILIĞI SİSTEMLERİ (YARGI KOLLARI)

Bibliyografya.- Terré, *op. cit.*, s.40-45; René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 7. Baskı, 1978, s.19-27; Michel Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers*, Paris, Dalloz, 5. Baskı, 2005, s.6-9; Bergel, *op. cit.*, s.323-324.

Yargı organının örgütlendirilmesinde *yargı birliği* ve *yargı ayrılığı* olmak üzere iki büyük sistem vardır. Yargı birliği sistemi Anglo-Sakson ülkelerinde; yargı ayrılığı sistemi Kara Avrupası ülkelerinde uygulanmaktadır. Ülkemizde de bu ikinci sistem uygulanmaktadır.

1. Yargı Birliği Sistemi

"Yargı birliği (*unité des juridictions*)" sistemi, İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Güney Afrika gibi *common law* ülkelerinde uygulanır. Bu sistemde, kamu hukuku - özel hukuk ayrımı yoktur. Hukuk bir bütündür. Kişiler arasındaki uyuşmazlıklar hangi hukuka göre çözümleniyorsa, devlet ile kişiler arasındaki uyuşmazlıklar da aynı hukuka göre çözümlenir. Buna paralel olarak, bu sistemde mahkemeler de kollara ayrılmamıştır. Ülkenin her yerinde aynı tür mahkemeler ve bu mahkemelerin en üstünde tek bir yüksek mahkeme bulunur. Yargı birliği sisteminde, yargı örgütü adlî yargı - idarî yargı diye ikiye bölünmemiştir. Bu sistemde, sadece tek bir yargı türü vardır; o da çok eski zamanlardan beri

152. Gridel, *op. cit.*, s.474.
153. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.1069.
154. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.1069; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.730-731.
155. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.1069; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *op. cit.*, s.730-731.
156. Kunter ve Yenisey, *op. cit.*, s.1069.

olan yargıdır (Bu, Kara Avrupası ülkelerindeki adlî yargıya benzer). Bu sistemde idarî yargı (idare mahkemeleri ve bir yüksek idare mahkemesi) yoktur. Tek bir düzen içinde bulunan mahkemeler, hem özel kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklara, hem de özel kişiler ile devlet arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara bakar. İdare tarafından hakkının ihlal edildiğini düşünen kişiler normal adliye mahkemelerine başvurarak idarenin yaptığı haksızlığın giderilmesini isterler. Böyle bir sistemde bazen genel mahkemelerden farklı isim taşıyan uzmanlık mahkemeleri olabilir. Bunların varlığı (örneğin "idare mahkemeleri (*administrative tribunals*)"[157] isimli mahkemelerin olması) yargı birliği prensibini bozmaz. Çünkü bunlar genel mahkemelerin tâbi olduğu aynı yüksek mahkemeye tâbidir. Bunların kararları tek yargı örgütünün tepesinde bulunan aynı yüksek mahkemede temyiz edilir.

2. Yargı Ayrılığı Sistemi

Fransa, Almanya, İtalya gibi Kara Avrupası ülkelerinde görülen sistem, yargı ayrılığı sistemidir. Türkiye'de de bu sistem vardır. Güney Amerika ülkelerindeki sistem de yargı ayrılığı sistemidir. Kara Avrupası hukuku siteminde kamu hukuku - özel hukuk ayrımı vardır. Bu ülkelerdeki hukuk sistemine "kıta hukuku (*continental law*[158]) sistemi" "Roma hukuku sitemi", "Romanist sistem (*droits romanists*[159])", "Romano-Germanik sistem (*système romano-germanique*[160])" veya "*civil law* sistemi" de denir. Bu ülkelerde özel kişilere ayrı hukuk, devlete ayrı hukuk uygulanır. Bunun sonucu olarak da bu ülkelerde yargı ayrılığı sistemi ortaya çıkmıştır. Bu sistemin ayırıcı özelliği, adlî yargının dışında bir de idarî yargının bulunmasıdır. Adliye mahkemeleri ve idare mahkemeleri birbirinden bağımsız iki ayrı düzen oluşturur. Bu düzenlerden her birine "yargı kolu" denir. Adliye mahkemelerinin kendi üst mahkemeleri, idare mahkemelerinin ise kendi üst mahkemeleri vardır. Kural olarak bir yargı kolu içinde alınan karar hakkında diğer yargı kolunda bulunan bir mahkemeye başvurulamaz.

Yargı ayrılığı sistemi Fransa'da esas itibarıyla Fransız ihtilalinden sonra Fransız *Conseil d'Etat*'sının (Devlet Şurası) kurulmasıyla ve bu organın zamanla bir mahkeme gibi çalışmasıyla ortaya çıkmıştır. Bu organın temel görevi idarenin eylem ve işlemlerine karşı açılan davalara bakmaktır. Bu nedenle, yargı ayrılığı sistemine uygulamada "idarî yargı sistemi" veya kısaca "Fransız sistemi" de denir.

Yargı birliği ve yargı ayrılığı sistemlerinin *karşılıklı üstünlükleri ve sakıncaları* konusunda hararetli tartışmalar vardır. Daha liberal nitelikteki bir görüş, yargı birliği sistemini savunur. Onlara göre, devlet de bireylerin tâbi

157. De Smith ve Brazier, *op. cit.*, s.535, 541.
158. René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 7. Baskı, 1978, s.24.
159. Michel Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers*, Paris, Dalloz, 5. Baskı, 2005, s.7.
160. David, *op. cit.*, s.23.

olduğu mahkemelere tâbi olmalıdır. Bu görüşte olanlar idarî yargı sistemine karşıdırlar. İdarî yargı sisteminde, bazı ülkelerde, idare mahkemesinde bulunan hâkimler, hiç olmazsa ilk zamanlarda, idarenin bir adamı durumundaydılar. Bu husus "kimse kendi davasında hâkim olamaz" şeklinde özetlenen hukukun genel ilkesine aykırı olarak değerlendirilmiştir.

Yargı ayrılığı sistemini, yani idarî yargı rejimini savunanlar da vardır. Bunlara göre idarî yargı bir kere uzmanlaşmanın gereğidir. Diğer yandan, adlî yargı, özellikle idarenin tek yanlı işlemlerini denetlemede yetersiz kalabilir.

Bu tartışmalara burada ayrıntılarıyla girmek konumuzu aşar. Ancak şunu belirtelim ki, her iki sistem de esas itibarıyla demokratik ülkelerde görülen sistemlerdir. Hukuk devleti ilkesiyle uyuşum içindedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de mahkemeler bakımından bir ayrımda bulunmamıştır. Bu Sözleşmeye göre, ülkede yargı ayrılığı yahut yargı birliği bulunabilir. Önemli olan mahkemenin kanunî, bağımsız ve tarafsız olmasıdır[161].

D. TEK HÂKİMLİ MAHKEME – KURUL HÂLİNDE MAHKEME

Bibliyografya.- Bergel, *op. cit.*, s.327-328; Starck, *op. cit.*, s.245.

Bir mahkeme tek bir hâkimden oluşabileceği gibi birden fazla hâkimin bir araya gelmesiyle de oluşabilir. Birinci durumda "tek hâkimli mahkeme (*juridiction à juge unique*)"; ikinci durumda da "kurul hâlinde mahkeme"den, "kolejyal yargı organı (*juridiction collégial*)"ndan veya "hâkimler kurulu (*panel of judges*)"ndan bahsedilir[162]. Örneğin Türkiye'de asliye ceza mahkemesi tek hâkimli, ağır ceza mahkemesi ise kurul (heyet) hâlinde bir mahkemedir. Keza yüksek mahkemelerin gerek daireleri, gerekse diğer kurulları (örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Hukuk Genel Kurulu, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu) kurul şeklinde teşkilatlanmıştır. Türkiye'de kurul hâlinde mahkemeler söz konusu olduğunda genellikle "mahkeme heyeti"nden bahsedilir; "ağır ceza heyeti" gibi. Mahkeme heyetleri (kurulları), başkan ve üyelerden oluşur. Örneğin ağır ceza heyeti bir başkan ve iki üyeden oluşur. Başkana çoğunlukla "ağır ceza reisi" denir. Yüksek mahkemelerin daireleri bir başkan ve dört üyenin bir araya gelmesiyle çalışır. Başkana "daire başkanı" denir. Kararı mahkeme kurulu müzakere ederek ve neticede oylama yaparak alır. Aksi kanunla öngörülmemiş ise kurullar kararlarını oy çokluğuyla alır. Çift sayıda üyeden oluşan bir kurulda oylamada eşitliğin çıkması ihtimal dâhilindedir. O nedenle bazı ülkelerde mahkeme kurullarındaki üye sayısı, 3, 5, 7, 9, 11 gibi tek rakamlıdır. Bazı ülkelerde (mahkeme kurullarının çift rakamlı üyeden

161. Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama*, Ankara, AÜ SBF, İnsan Hakları Merkezi Yayını, 1995; Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, Turhan, 2. B., 1996, s.252-258.
162. Gridel, *op. cit.*, s.464.

oluşması veya çift rakamlı üye sayısı ile toplanmaları hâlinde) oylamada eşitlik çıkması durumunda genellikle başkanın oyunun ağır basması esası öngörülmüştür.

BİR SÖZ: *"Sechs Augen sehen mehr als zwei* (Altı göz iki gözden daha iyi görür)".

Kurul halindeki mahkemelerin tek hâkimli mahkemelere nazaran pek çok üstün yanı vardır. Dava konusunda daha isabetli karar verilmesi ihtimali vardır. Aynı konuda birden fazla hâkimin inceleme yapması ve dava konusu olayı değerlendirmeleri ve davada uygulanacak kanun metnini yorumlamaları, bu işlerin tek hâkim tarafından yapılmasına göre daha isabetlidir. Ancak bütün mahkemelerin birden fazla hâkimden oluşması, yani kurul halinde çalışmasını istemek çok tutarlı değildir. Çünkü kurul halinde mahkemeler, daha masraflıdır ve tek hâkimli mahkemelere göre çok daha yavaş çalışır. O nedenle pek çok ülkede nispeten önemsiz görülen davalara tek hâkimli mahkemelerde bakılır.

E. HÂKİM KAVRAMI

Mahkemeler "hâkim (*judge, juge*)"lerden oluşur. Burada önce genel olarak hâkim kavramının tanımını; sonra meslekten ve meslekten olmayan hâkim ayrımını, daha sonra hâkimlerin bağımsızlığı, teminatı ve hâkimlerin özlük işleri konularını göreceğiz.

1. Hâkim Kavramının Tanımı

Önce belli başlı sözlüklerdeki "hâkim (*judge, juge*)" tanımını verelim: *Türk Hukuk Lügatı,* hâkim kavramını "niza ve ihtilafları hukuka göre kaza yolu ile hal etmek için Devlet tarafından nasıp ve tâyin edilen kimse" olarak tanımlamıştır[163]. *Black's Law Dictionary,* "hâkim (*judge*)" kavramını "mahkemede davaları dinlemek ve karara bağlamak için atanmış veya seçilmiş bir kamu görevlisi" olarak tanımlamaktadır[164]. Gérard Cornu'nun *Vocabulaire juridique*'i "hâkim (*juge*)" terimini "uyuşmazlığı çözme yetkisine sahip kişi" olarak tanımlamaktadır[165].

Bu tanımlardan yola çıkarak hâkim kavramını şu şekilde tanımlayabiliriz:

TANIM: *Hâkim,* devlet tarafından atanan veya devletin tanıdığı usûlle seçilen, kendisine sunulmuş bir hukuki uyuşmazlığı çözmekle görevli, tarafların dışında bir gerçek kişidir.

Buna göre hâkim kavramının tanımında şu unsurların rol oynadığını söyleyebiliriz:

163. Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı,* Ankara, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 1944'ten Tıpkı Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, s.112 (*Hâkim* maddesi).
164. Bryan A. Garner (Ed.), *Black's Law Dictionnary,* St. Paul, Minn., West Group, 7'nci Baskı, 1999, s.844 (*Judge* maddesi).
165. Gérard Cornu (Ed.) (Association Henri Capitant), *Vocabulaire juridique,* Paris, PUF, 7'nci Baskı, 2006, s.512 (*juge* maddesi).

(1) Hâkim bir gerçek kişidir. Tüzel kişiler hâkim olamaz. Bir gerçek kişinin hâkim olabilmesi için de, hukukî uyuşmazlık hakkında kendisine hukuken sonuç bağlanan bir irade açıklayacağına göre fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Yani hâkimin reşit, mümeyyiz olması ve mahcur olmaması gerekir. Keza hâkim hukukî uyuşmazlıkları yukarıda gördüğümüz gibi dava yoluyla çözeceğine göre, sağır ve kör olmamalıdır.

KUTU 23.1: MECELLEYE GÖRE "HÂKİMİN EVSAFI"

Madde 1792.- "Hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır".

Madde 1793.- Hâkim, mesail-i fıkhiyyeye ve usul-i muhakemeye vâkıf ve deavi-i vakıayı anlara tatbikan fasıl ve hasme muktedir olmalıdır"

Madde 1794.- Hâkimin temyiz-i tamme muktedir olması lazımdır. Binaenaleyh sagir ve ma'tuh ve a'ma ve tarafeynin savt-ı kavilerini işitemeyecek mertebe sağır olan kimesnenin kazası caiz değildir.

Madde 1799.- Hâkim, beyn-el-hasmeyn adl ile memurdur.

(2) Hâkim, davanın tarafları dışındaki bir gerçek kişidir. Zira kimse kendi davasında hâkim olamaz (*Nemo iudex in sua causa*).

(3) Hâkim, devlet tarafından atanan veya devletin tanıdığı usûlle seçilen bir gerçek kişidir. Hâkimler çoğunlukla görevlerine devlet tarafından atanarak gelirler. Tarihsel olarak adalet dağıtmanın bir egemenlik yetkisi olarak hükümdarlara ait olduğu kabul edilmiştir[166]. Hükümdarların davalar hakkında doğrudan doğruya karar verebilecekleri gibi kendi atayacakları hâkimler aracılığıyla da karar verebileceği kabul edilmiştir. Bu anlayışta hâkimler yetkilerini hükümdardan alırlar ve onun adına adalet dağıtırlar. Nitekim Mecelle hâkimin, "taraf-ı sultaniden nasb ve ta'yin buyrulan zat olduğu"nu (m.1785) ve keza hâkimin, "taraf-ı sultaniden icra-yı muhakemeye ve hükme vekil" olduğunu belirtmektedir (m.1800).

Bazı ülkelerde görüldüğü gibi hâkimlerin vatandaşlar tarafından seçimle belirlenmesi de mümkündür. Yeter ki, o devletin anayasa ve kanunları, hâkimlerin seçimle iş başına gelmesi usûlünü kabul etsinler. Bu durumda böyle bir ülkede egemenliğin halka ait olduğu sonucu çıkar.

Tahkim usûlünde olduğu gibi davaya bakacak hâkimin davanın taraflarınca karşılıklı anlaşma suretiyle belirlenmesi de mümkündür.

(4) Hâkim kendisine sunulan hukukî uyuşmazlığı çözmekle görevli ve yetkilidir. Yukarıda da gördüğümüz gibi, somut bir hukukî uyuşmazlık hakkında karar vermeyen bir kişi, sıfat olarak "hâkim" sıfatını taşısa bile bu faaliyeti itibarıyla gerçekte bir "hâkim" değildir. Yukarıda gördüğümüz gibi hâkim re'sen hareket edemez; ancak kendisine taraflarca veya en az bir tarafça sunulmuş bulunan bir hukukî uyuşmazlığı inceleyebilir. Yine yukarıda gördüğümüz gibi hâkim bu uyuşmazlığı "hüküm" ile çözer.

166. Gridel, *op. cit.*, s.479. İngiliz hukukunda Kralın "adalet çeşmesi (*fountain of justice*)" olduğu kabul edilir (Richard Ward ve Amanda Wragg, *Walker & Walker's English Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 9. Baskı, 2005, s.4).

Eğitim Şartı?- Acaba hâkim olmak için belirli bir eğitim şartı var mı? Öncelikle belirtelim ki, aşağıda göreceğimiz gibi meslekten olmayan hâkimlerin bulunduğu bir ülkede, bu tür hâkimler için zaten mahiyeti gereği bir eğitim şartı aranmaz. Meslekten olan hâkimler için acaba belirli bir eğitim şartı var mıdır? Şüphesiz belirli bir ülkenin hukuk düzeni, hâkim olmak için belirli bir eğitim şartı arayabilir. Nitekim pek çok ülkede meslekten hâkimlerin ezici çoğunluğu hukuk eğitimi almış kişilerden oluşur. Ancak genel ve teorik olarak, hâkim olmak bir eğitim şartına bağlı değildir. Yukarıdaki hâkim tanımında da görüldüğü gibi hâkim kavramının tanımında kullanılan şartlar arasında "hukukçu" olmak veya "hukuk fakültesi mezunu olmak" veya "hukuk eğitimi almış olmak" ve hatta "yüksek öğrenim yapmış olmak" gibi bir şart yoktur. Bu husus teorik olarak doğru olduğu gibi pratikte de doğrudur. Öncelikle belirtelim ki aşağıda göreceğimiz gibi meslekten olmayan hâkimler için zaten bir eğitim şartı aranmaz. Meslekten olan hâkimler için dahi böyle bir şart olmayabilir. İngiltere'de meslekten hâkimler avukatlar (*barrister* ve *solicitor*) arasından seçilir. *Barrister* veya *solicitor*'ların ezici çoğunluğu hukuk fakültesi mezunu olsalar da *barrister* veya *solicitor* olmak için hukuk fakültesi mezunu olmak şart değildir. Ancak hukuk fakültesi mezunu olmayan diğer üniversite mezunlarının bir yıl CPE (*Common Professional Examination*) yapmaları gerekir[167]. Bazı ülkelerde ise belirli tür hâkimler için belirli tür eğitim şartı aranır. Örneğin Türkiye'de adlî yargı hâkimleri için hukuk fakültesi mezunu olmak şart iken, idarî yargı hâkimleri ve keza Anayasa Mahkemesi üyeleri için böyle bir şart yoktur; iktisadî ve idarî bilimler fakültesi mezunları da idarî yargı hâkimi olabilmektedirler. ABD'de yüksek mahkeme hâkimleri için de hukuk eğitimi almış olma şartı yoktur.

2. Hâkim Çeşitleri: Meslekten Hâkimler - Meslekten Olmayan Hâkimler

Mahkemeler çoğunlukla "meslekten hâkimler (*juges de métier, juges de carrière, professional judges*)"den oluşsa da, mahkemelerin "meslekten olmayan hâkimler (geçici hâkimler, *juges occasionnels, layman, lay judges, lay members of the court*)"den oluşması mümkündür (Meslekten olmayan hâkimleri aşağıda göreceğimiz jüri ile karıştırmamak gerekir).

Meslekten hâkimler, bu meslekte geçici olarak değil, sürekli olarak görev yaparlar ve bir gün bu meslekten emekli olurlar. Yani hâkimlik onlar için bir kariyerdir. Şart olmamakla birlikte meslekten hâkimler genellikle hukuk eğitimi almış kişilerdir.

Buna karşılık *meslekten olmayan hâkimler*, hukuk eğitimi almamış, halk arasından veya belli bir meslek grubu arasından seçilmiş kişilerdir. Bunlar

167. Ward ve Wragg, *op. cit.*, s.358-359; Fiona Cownie, Anthony Bradney ve Mandy Burton, *English Legal System,* Oxford, Oxford University Press, 2005, 166-186; Peni Derbyshire, *English Legal System,* London, Sweet & Maxwell, 2004, s.41; Lyall, *op. cit.*, s.208.

belirli bir süreyle hâkimlik yaparlar. Yani bunlar için hâkimlik kariyer teşkil etmez. Keza bunlar, hâkimlik yaptığı dönemde kendi işlerini de sürdürürler. Günümüzde bir mahkemenin sadece meslekten olmayan hâkimlerden oluşması kabul edilmemektedir. Ancak bazı ülkelerde bir mahkeme heyetinde meslekten hâkimlerin yanında meslekten olmayan hâkimler de bulunmaktadır. Meslekten olmayan hâkimler de birer hâkimdir. Kararın alınmasına meslekten olan hâkimler ile aynı şekilde katılırlar. Yani meslekten olmayan hâkimlerin de oy hakkı vardır ve oyları meslekten hâkimlerle aynı değerdedir.

Örneğin Finlandiya'da ilk derece ceza mahkemeleri bir meslekten ve üç de meslekten olmayan hâkimden oluşur[168]. İngiltere'de 30.000 civarında meslekten olmayan hâkim (*lay magistrates*) çalışmaktadır. Ceza davalarının % 97'si meslekten olmayan hâkimler tarafından karara bağlanmaktadır[169]. Fransa'da bazı mahkemeler meslekten olmayan hâkimlerden oluşur. Örneğin ticaret mahkemeleri (*tribunaux de commerce*) tacirler tarafından üç yıllığına seçilen tacirlerden oluşur[170]. 3300 civarında ticaret mahkemesi hâkimi (*juges consulaires*) vardır[171]. Keza Fransa'da iş mahkemeleri (*conseil de prud'hommes*) hâkimleri de meslekten hâkim değil, işçi ve işverenler tarafından kendi aralarından 5 yıllığına seçilen işçi ve işveren gerçek kişilerdir[172].

Meslekten olmayan hâkimleri jüri üyeleri ile karıştırmamak gerekir. Aşağıda göreceğimiz gibi jüri üyeleri "hukukî mesele (*question of law*)" değil, "maddî mesele (vakıa, *question of fact*)" (örneğin sanığın suçu işleyip işlemediği) hakkında karar verirler. Meslekten olmayan hâkimler ise hem hukukî, hem maddî mesele hakkında karar verirler.

Mahkemelerde meslekten olmayan hâkimlerin bulunmasının bazı *yarar ve sakıncaları* olabilir. İlk önce sakıncalarından bahsedelim: Bir kere hukuk öğrenimi görmemiş kişilerin hukukî problemler hakkında isabetli karar verme ihtimali düşüktür. İkinci olarak meslekten olmayan hâkimler, hâliyle hâkimlik teminatından yararlanmaz. Dolayısıyla bunların bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamak kolay değildir. Ancak mahkemelerin meslekten olmayan hâkimlerden oluşmasının veya mahkemeye meslekten hâkimlerin yanında meslekten olmayan hâkimlerin de katılmasının yararları da vardır. Bir kere, hâkimlerin halk arasından seçilmesi özünde demokratik bir düşüncedir. Örneğin Aristo, hâkimlerin bütün yurttaşlar arasından seçilmesini demokratik; sadece belirli kişiler arasından seçilmesini ise oligarşik olarak nitelendirmektedir[173]. İkinci olarak, suçun işlendiği yörede yaşayan insanlardan seçilen hâkimler, yargıladıkları olaylara duyarlı olabilir. Meslekten hâkimlerin

168. http://en.wikipedia.org/wiki/Judge
169. Kate Malleson, *The Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2. Baskı, 2005, s.11.
170. Gridel, *op. cit.*, s.483. Vincent *et al.*, 385-390.
171. Gridel, *op. cit.*, s.483. Vincent *et al.*, 385-390.
172. Gridel, *op. cit.*, s.483; Vincent *et al.*, *op. cit.*, s.392-403.
173. Aristoteles, *Politika*, IV, 16. (http://www.constitution.org/ari/polit_04.htm).

bir süre sonra meslek körlüğüne yakalandıkları ve olayların gerçek yüzlerini görmekten uzaklaştıklarını düşünenler vardır. Keza yöredeki halk arasından seçilen kişiler, atanmış hâkimlere nazaran sanığı, suçu teşkil eden fiili daha kolay anlayabilirler. Nihayet meslekten hâkim çalıştırmak yerine halk arasından geçici hâkimler çalıştırmak daha ucuza gelen bir usûl olabilir.

3. Tabiî Hâkim İlkesi

"Kanunî hâkim" veya "olağan hâkim" ilkesi de denen "tabiî hâkim (doğal yargıç)" ilkesi, bir uyuşmazlık hakkında karar verecek olan hâkimin, o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması demektir[174]. Diğer bir ifadeyle "tabiî mahkeme (olağan mahkeme)", olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile kuruluş bakımından ilgisi olmayan mahkeme demektir[175]. Tabiî hâkim ilkesi yargılanan kişiler için büyük bir güvence sağlar. "Tabiî hâkim (olağan hâkim)" ilkesinin doğal sonucu, "olağanüstü (istisnaî) mahkemeler"in kurulmasının yasaklanmasıdır. Olağanüstü mahkeme, olaydan sonra kurulmuş, sırf belli bir olayı veya belli kişileri yargılamak üzere kurulmuş mahkeme demektir. Olağanüstü mahkemelere "istisnaî mahkemeler" de denir. Bu konuda daha fazla bilgi için yukarıda 131-132'ye bakılabilir.

4. Hâkimlerin Bağımsızlığı

Bibliyografya.- Münci Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli,* Ankara, Ank. ÜHF Yayınları, 1966; Baki Kuru, *Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı,* Ankara, Ank. ÜHF Yayınları, 1966, s.1-29; Şeref Ünal, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı,* Ankara, TBMM Kültür ve Sanat Kurulu Yayınları, Tarihsiz (1994), s.6-21; Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* İstanbul, Kazancı Yayınları, Sekizinci Baskı, 1986, s.317-326.

Hâkimlerin bağımsız olması gerekir; daha doğrusu arzu edilir. Ancak bağımsızlık, hâkim kavramının tanımlayıcı unsuru değildir. Yani bir hâkimin, bağımsız olmaması, onu "hâkim" olmaktan çıkarmaz. Örneğin Türkiye'de 2010'dan önce Askerî Mahkemelerin subay üyelerinin bağımsızlığı büyük ölçüde ve hâkim üyelerinin ise kısmen şüpheliydi. Aynı şekilde disiplin mahkemesi hâkimlerinin de bağımsızlığı çok şüphelidir. Yine Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin subay üyelerinin bağımsızlığı da şüpheliydi (2017 Anayasa değişikliğiyle adı geçen mahkemeler lağvedilmiştir). Ancak buna rağmen adı geçen hâkimlerin, bir hâkim olduğundan şüphe edilemez. O hâlde bağımsızlık ve tarafsızlık, ve keza bunları sağlayıcı araçlar olan hâkimlik teminatları olması arzu edilen şeylerdir; ama yoklukları hâkim kavramının varlığını etkilemez. Şimdi hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını görelim:

Hâkimlerin bağımsızlığı, "hâkimlerin gerek yürütme, gerekse yasama organlarına bağlı olmadıkları, onlardan müstakil oldukları, bu iki organın

174. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, 2012, s.132.
175. Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* İstanbul, Kazancı, 8. Baskı, 1986, s.129.

hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği ve tavsiyelerde bulunamayacağı anlamına gelir"[176]. Nurullah Kunter'in tanımıyla "hâkimlerin bağımsızlığı, kararlarını verirken hür olmaları, hiçbir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları demektir. Baskı yapılması kadar, yapılabilmesi ihtimali de hâkimlerin bağımsızlığını zedeler"[177]. Hâkimler, hem yasama, hem yürütme, hem yargı organı, hem de ortam karşısında bağımsız olmalıdır. O hâlde hâkimlerin bağımsızlığı, Nurullah Kunter'i[178] izleyerek, yasama organına karşı bağımsızlık, yürütme organına karşı bağımsızlık, yargı organına karşı bağımsızlık ve çevreye karşı bağımsızlık olarak dörde ayırabilir. Hâkimlerin bağımsızlığı konusu genellikle anayasa hukuku derslerinde incelenir. Bu konuda anayasa hukuku kitaplarına bakınız[179].

5. Hâkimlik Teminatı

Bibliyografya.- Kuru, *Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, op. cit.*, s.29-59; Ünal, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, op. cit.*, s.21-41; Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku, op. cit.*, s.320-323.

Bir ülkede hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin anayasayla veya kanunla tanınması, hâkimlerin gerçekten de bağımsız olduğu anlamına her zaman gelmeyebilir. Hâkimlere emir ve talimat verememekle birlikte eğer hâkimlerin tayin ve terfileri, görevden alınmaları, maaşları, vs. yürütme organının takdirine bağlı ise hâkimlerin bağımsızlığı sözde kalır. İşte hâkimlik teminatı, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin sözde kalmaması için kendilerine tanınmış birtakım güvencelere verilen isimdir. Hâkimlik teminatı sayesinde hâkimler kendi meslek ve varlıklarını tehlikeye atmaksızın huzur içinde görevlerini yapabilirler[180]. O hâlde, hâkimlik teminatı, şu şekilde tanımlanabilir: Hâkimlik teminatı, hâkimlerin bağımsızlığını tam olarak gerçekleştirebilmek için, hâkimlerin her türlü maddî ve manevî baskıdan uzak olarak, huzur ve sükûn içinde görev yapabilmeleri için[181] hâkimlerin kendilerine tanınan kişisel güvencelerdir.

Görevlerini her türlü maddî ve manevî baskıdan uzak olarak, huzur ve sükûn içinde yerine getirebilmeleri için hâkimlerin, her şeyden önce, görevden atılma, işsiz kalma, parasız kalma ve yerinin değiştirilmesi korkusu içinde bulunmamaları gerekir. Görevden ihraç edilebileceğinden, işsiz ve maaşsız kalabileceğinden korkan, görev yaptığı güzel bir şehirden kötü bir yere nakleri atanabileceğinden çekinen bir hâkimin kendisini bağımsız hissetmesi ve dolayısıyla bu yetkilere sahip kişi ve makamlardan etkilenmemesi mümkün değildir. İşte bu nedenle hâkimlik teminatı minimum şu unsurları içermelidir:

176. Kuru, *Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, op. cit.*, s.6.
177. Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku, op. cit.*, s.317. 178. *Ibid.*, s.320-326.
179. Örneğin Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri, op. cit.*, 18. Baskı, s.405-407.
180. Şeref Ünal, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı*, Ankara, TBMM Kültür ve Sanat Kurulu Yayınları, Tarihsiz (1994), s.21.
181. Kuru, *Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, op. cit.*, s.29.

a) Azledilmeme Teminatı.- Görevini huzur ve sükûn içinde yerine getirebilmesi için bir hâkimin görevden çıkarılma korkusu içinde olmaması gerekir. Şüphesiz hâkimin suç işlemesi gibi bazı istisnai hâllerde hâkimin görevine son verilmesi gerekebilir. Bu nedenle azledilmeme teminatı mutlak bir teminat değildir. Krallıklarda hâkimin kral tarafından atandığı ve kral adına adalet dağıttığı geleneksel olarak kabul edildiği için hâkimin "kralın isteği süresince (*durante bene placito*)" görevde kalabileceği kabul ediliyordu. İlk kez İngiltere'de 1701 tarihli *Act of Settlement* ile hâkimlerin "doğru bir şekilde davrandıkları sürece (*quamdiu se bene gesserint*)" görevde kalacakları kabul edilmiştir[182].

b) Malî Teminat.- Azledilemeyen hâkimin görevini huzur ve sükûn içinde yapabilmesi için, yeterli maaş alması ve aldığı maaş ve ödeneklerden yoksun bırakılamaması gerekir.

c) Coğrafî Teminat.- Azledilemeyen ve yeterli maaş alan bir hâkimin görevini huzur ve sükûn içinde yapabilmesi için, görev yerinin değiştirilebileceğinden de endişe duymaması gerekir. Özellikle coğrafî eşitsizliklerin bulunduğu bir ülkede, güzel bir şehirde çalışan bir hâkimin kötü bir şehre naklen atanması ihtimali hâkimin üzerinde baskı kurulmasına yol açabilir. O nedenle bütün etkilerden uzak olması için hâkimin görev yerinin de kendi muvafakati alınmaksızın değiştirilememesi gerekir. Ancak bu teminat, iyi yerlerdeki hâkimler, emekliye ayrılmadıkça buralara yeni hâkim atanamaması sonucunu doğurur ki, bu husus bu teminatın dezavantajını oluşturur.

6. Hâkimlerin Atanması ve Özlük İşleri

Hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin amacına en uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi açısından en önemli pratik sorun, hâkimlerin atama, terfi, nakil, denetim ve disiplin gibi özlük işlerinin kim veya hangi organ veya kurul tarafından yapılacağı sorunudur[183]. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda bu konuda iki ayrı sistem olduğunu görmekteyiz.

ABD, Almanya, Avusturya, Belçika, İngiltere, Japonya, Norveç gibi bazı demokratik ülkelerin anayasaları, hâkimleri atama yetkisini ülkenin yürütme organının başına veya bu organ içindeki bir makama (bakanlar kurulu veya adalet bakanına) vermektedir.

Fransa, Hollanda, İspanya, İsveç, İtalya, Portekiz ve Türkiye gibi bazı ülkelerde ise hakimleri atama yetkisi yürütme organı değil, sırf bu amaçla kurulmuş ve genellikle kendilerine "yüksek hâkimler kurulu" veya "yüksek yargı konseyi" ismi verilen kurullara verilmiştir. Bu kurullar, belli ölçüde ba-

182. Frederick G. Kempin, *Historical Introduction to Anglo-American Law,* St. Paul, Minn., West Publishing Co., Third Edition, 1990, 4th Reprint, 2003, s.91.
183. Özbudun, *op. cit.*, s.357-358.

ğımsızdır; ancak yürütme ve yasama organından mutlak bir surette bağımsız oldukları sanılmamalıdır. Bu kurullar karma yapıda kurullardır. Bu kurulların üyeleri sadece yargı organları tarafından değil, yürütme ve yasama organları tarafından da seçilmektedir.

Demokratik ülkelerde hâkimlerin atanmasının yürütme organına verilmesi mümkündür. Keza, hâkimlerin atanması için bir kurul oluşturulmuşsa, bu kurulun sadece yargı organı tarafından seçilmiş bağımsız hâkimlerden oluşması şart değildir. Üyelerinin bir kısmı ve hatta çoğunluğu yasama ve yürütme organları tarafından seçiliyor olabilir. Bunda da demokrasi ilkesine bir aykırılık yoktur. Bir demokraside, bütün makamlar, halka veya halkın temsilcilerine karşı sorumlu olmalıdır. Meslek mensuplarının yine o mesleğin mensupları tarafından seçildiği, yani hâkimlerin hâkimler tarafından atandığı bir kooptasyon sistemi, demokrasi ilkesiyle bağdaşmaz. Bu nedenle hâkimleri atamaya yetkili kurulların içinde hâkim olmayan kişilerin bulunması yadırganmamalıdır.

Hâkimlerin atanması usûlü konusunda ayrıntılar için anayasa hukuku kitaplarına bakılmalıdır[184].

F. JÜRİ

Bibliyografya.- Frederick G. Kempin, *Historical Introduction to Anglo-American Law,* St. Paul, Minn., West Publishing Co., Third Edition, 1990, 4. Baskı, 2003, s.48-73; Francis Lyall, *An Introduction to British Law,* Baden-Baden, Nomos Verlagsgsellschaft, 2. Baskı, 2002, s.209; Richard Ward ve Amanda Wragg, *Walker & Walker's English Legal Systems,* Oxford, Oxford University Press, 9. Baskı, 2005, s.329-344; Fiona Cownie, Anthony Bradney ve Mandy Burton, *English Legal System,* Oxford, Oxford University Press, 2005, s.365-374; Peni Derbyshire, *English Legal System,* London, Sweet & Maxwell, 2004, s.57-63; Lyall, *op. cit.,* s.208.

Bazı ülkelerde bazı tür mahkemelerde "jüri (*jury*)" bulunur. Jüri, belli bir davada maddî mesele hakkında karar vermek üzere halk arasından seçilen vatandaşlar topluluğudur. "Jüri üyeleri (*jurors, jurés*)" kurayla seçilir. Jüri üyesi olmak zorunludur.

Jürinin Tarihsel Temeli.- Ortaçağ İngiltere'sinde Norman fethinden (1066) önceki dönemde mahkemelerde başlıca delil "yemin (*oath*)" idi. Davalı kendisine atfedilen suçu veya borcu inkâr ederse, mahkeme davalıya yemin etmesini ve yemini desteklemek için on bir kişiyi (*oath-helpers*) getirmesini emrederdi. Eğer davalı suçlu veya borçlu olmadığı konusunda yemin eder ve getirdiği on bir kişi de bu kişinin doğru söyleyen bir kişi olduğu yani yalancı olmadığı) konusunda Kitab-ı Mukaddes üzerine yemin ederlerse davalı davayı otomatik olarak kazanırdı[185]. Burada not edelim ki, "yemin

84. Örneğin bkz.: Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları, op. cit.,* s.390-392
85. Kempin, *op. cit.,* s. s.49.

yardımcısı (*oath-helpers*)" olan bu on bir kişi davalının suçsuz olduğuna veya borçlu olmadığına şahitlik yapmamakta, davalının yalancı birisi olmadığı konusunda yemin etmektedirler. Bu ispat yöntemi bugün için garip karşılansa da o zaman için işliyordu. Çünkü herkesin herkesi tanıdığı küçük bir yerde, yalancı olan birinin kendisinin yalancı olmadığı konusunda yemin edecek on bir kişiyi bulması zordu. Ayrıca yalan yere yemin etmek dinî bir suçtu ve yalan yere yemin ettiği sonradan anlaşılan kişiye çeşitli cezalar verilir ve aynı zamanda bu kişi "aforoz (*excommunication*)" edilirdi. Aforoz edilmekten korkan kişiler de yalan yere yemin etmezlerdi.

KUTU 23.2: "Jüri" Kelimesinin Etimolojisi.- İngilizce *jury* kelimesi, "yemin etmek" anlamına gelen Anglo-Norman *jurer* (yemin etmek) fiilinin *past participle*'i olan *juree*'den gelmektedir. İngilizce jüri üyesi demek olan *juror* kelimesi, Latince "yemin eden" demek olan *jurator* (*iurator*) kelimesinden gelmektedir. Bu kelime de Latincede "yemin etmek" anlamına gelen *jurare* (iurare) fiilinden türemiştir[186]. Aynı şekilde, Fransızca jüri üyesi demek olan *juré* kelimesi, aynı dilde yemin etmek anlamına gelen *jurer* fiilinin partisip passesinden başka bir şey değildir. Uzun lafın kısası, "jüri üyesi" demek olan İngilizce *juror* ve Fransızca *juré* kelimeleri, "yemin eden" demektir. Bu etimolojik açıklama da yukarıdaki tarihsel açıklamayla tamamıyla uyuşmaktadır.

Norman istilasından (1066) sonra ceza davalarında "soruşturma (*inquest*)" usûlü kabul edildi. Bu usûle göre bir kişinin yargılanabilmesi için öncelikle on iki kişiden oluşan bir kurul tarafından suçlandırılması gerekiyordu[187]. Bu usûl, 1166 tarihli *Clarendon Assize*'i tarafından zorunlu hâle getirilmiştir.

1215 tarihli *Magna Carta* tarafından kabul edilen "eşleri tarafından yargılama (*judgment by peers*)" prensibi de jürinin temelinde yatan bir prensip olarak gösterilmektedir. Bu prensibe göre bir özgür kişi ancak kendi eşleri (*parium, peers*) tarafından mahkûm edilebilir[188]. Magna Carta'daki bu prensibin temelinde, kimseyi yalan yere suçlandırmamaya yemin etmiş on iki özgür kişi (*thegns*) tarafından suçluların suçlandırılmasını öngören 997 yılında Ethelred II tarafından ısdar edilen *Wantage Code*'nun bulunduğu belirtilmektedir[189].

---

186. *The American Heritage Dictionary*, Boston, New York, Houghton Mifflin, 4. Baskı, 2000, s.950.
187. Kempin, *op. cit.*, s.55-56.
188. 39. Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super cum ibimus, nec super cum mittemus, nisi per legale judicium parium suorum vel per legem. (39. No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.)
189. Ralph V. Turner, "The Origins of the Medieval English Jury: Frankish, English, or Scandinavian?", *The Journal of British Studies*, Vol. 7, No. 2. (May, 1968), s.2-3 (ss.1-10) (jstor.org)

Pek çok ülkede jüri yoktur. Çoğunlukla *common law* ülkelerinde jüri bunur. Olan ülkelerde de, ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, her davada del; genellikle ağır ceza davalarında jürinin olduğunu söyleyebiliriz. Jüri en ıygın olarak İngiltere ve ABD'de vardır. Her iki ülkede de jüri normalde 12 'eden oluşur. ABD Anayasasında yapılan 1789 tarihli Yedinci *Amendment* e 20 doları geçen her dava için (hukuk veya ceza) kişilerin jüri önünde yarlanma hakları vardır.

Fransa'da sadece ağır ceza mahkemelerinde (*cour d'assises*) ve istinaf ahkemelerinde (*cour d'appel*) jüri bulunmaktadır[190].

Jüri önlerindeki davadaki maddî mesele (fiilî mesele, *question of fact*) ıkkında karar verir. Yani jüri sanığın isnat edilen fiili işleyip işlemediğine ırar verir. Yani sanığın "suçlu (*guilty*)" veya "suçsuz (*not guilty*)" olduğuna ırar verir. Jürinin kararına *verdict* denir ki bu kelime, Latince "gerçeği söymek" anlamına gelen *vere* ve *dictum* kelimelerinin bir araya gelmesinden uşmuştur. Hukukî mesele hakkında hâkim karar verir. Yani jürinin suçlu duğuna karar verdiği sanığa verilecek cezayı hâkim belirler. Hâliyle jüri ınığın masum olduğuna karar vermiş ise hâkim ceza tertip edemez. Jüri kul olarak oy birliğiyle karar verir. Jüri vakıa konusunda karar verdiği için, ri üyelerinin hukuk eğitimi almış olmasına gerek yoktur. Orta zekalı sağ ıyulu bir vatandaş, davada ortaya konulan delillere göre suçun sanık tarandan işlenip işlenmediğini takdir edebilir.

Jüri kurumunun *lehine* çeşitli düşünceler ileri sürülebilir[191]. Bir kere ırgılamaya halkın katılması özünde demokratik bir düşüncedir. Jürinin kaırı halkın vicdanını yansıtır. İkinci olarak bir kişiyi mahkûm etmek için vandaşlar arasından kurayla seçilmiş on iki kişinin kararının gerekmesinin, şileri devlete karşı koruyacağı iddia edilebilir. Ancak jürinin birtakım *sancaları* da vardır. Jüri üyelerinin hâkimlere nazaran daha önyargılı olabilekleri, çevreden ve özellikle medyadan daha kolay etkilenebilecekleri ve aha az tarafsız olabilecekleri söylenebilir. Jüri üyelerinin meslekî, sosyal ɔ. durumları ile sanığın meslekî ve sosyal vb. durumları arasında benzerlik eya farklılık jüri üyelerinin kanısının oluşmasına etkide bulunabilir. Keza ir terörist örgütün veya bir mafya örgütünün yargılandığı bir davada bu örıtler tarafından jüri üyeleri üzerinde baskı kurulması, jüri üyelerinin tehdit dilmesi, hâkimler üzerinde baskı kurulmasına nazaran çok daha kolaydır. ■

---

190. Vincent *et al.*, *op. cit.*, s.460. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu, m.296 (10 Ağustos 2011 tarih ve 2011-939 sayılı Kanun ile değişik hâli).

191. Leh ve aleyhteki düşünceler için bkz.: Vincent *et al.*, *op. cit.*, s.466-467.

BİBLİYOGRAFYA

AARNIO (Aulis), "Dogmatique juridique", *in* Arnaud (Ed.) *op. cit.*, s.106-107.

AARNIO (Aulis), "Linguistic Philosophy and Legal Theory", *Rechtstheorie,* Beiheft 1, 1979, s.19-20, *in* Grzegorczyk, Michaut ve Troper (Ed.), *op. cit.*, s.368-369.

AARNIO (Aulis), *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*, Trad. par Geneviève Warland, Brüksel ve Paris, E. Story-Scientia, LGDJ, 1992.

ADAL (Erhan), *Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı,* İstanbul, Legal, 8. Baskı, 2004.

ADELEYE (Gabriel) (*et al.*), *World Dictionary of Foreign Expressions: A Resource for Readers and Writers,* Bolchazy-Carducci Publishers, 2000.

ADRE-VINCENT (I.), "L'abstrait et le concret dans l'interprétation", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.135-148.

AGUILA (Yann), "Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle", *Revue française de droit constitutionnel*, no.21, 1995, s.5-46.

AKBAY (Muvaffak), *Umumi Amme Hukuku Dersleri,* Ankara, AÜHF, 2.B., 1961.

AKI (Erol), *Hukukun Temel Kavramları,* İzmir, Barış Yay., Fakülteler K., 2003.

AKILLIOĞLU (Tekin), *İnsan Hakları I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri,* Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995.

AKIN (İlhan F.), *Temel Hak ve Hürriyetler,* İstanbul, İÜHF Yayınları, 1971.

AKIN (İlhan), *Kamu Hukuku,* İstanbul, Beta, 1987.

AKINTÜRK (Turgut), *Borçlar Hukuku,* İstanbul, Beta Yayınları, 11. Baskı, 2005.

AKINTÜRK (Turgut), *Medeni Hukuk,* Ankara, Savaş, Beşinci Basım, 1994.

AKINTÜRK (Turgut), *Temel Hukuk,* Eskişehir, AÜ AÖF Yayınları, 4. Baskı, 1992.

AKINTÜRK (Turgut), *Türk Medenî Hukuku, 2. Cilt: Aile Hukuku,* İstanbul, Beta, 10. Baskı, 2006.

AKINTÜRK (Turgut), *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Medeni Hukuk,* İstanbul, Beta Yayınları, 11. Baskı, 2005.

AKİPEK (Jale) ve AKINTÜRK (Turgut), *Türk Medenî Hukuku: Gerçek Kişiler,* İstanbul, Beta, 5. Baskı, 2004.

AKİPEK (Ömer İlhan), *Devletler Hukuku (Birinci Kitap: Başlangıç),* Ankara, Başnur Matbaası, 2. Baskı, 1965.

ALANGOYA (Yavuz), YILDIRIM (Kamil) ve DEREN (Nevhis), *Medeni Usul Hukuku Esasları,* İstanbul, Alkım, 4. B., 2004.

ALEXY (Robert), *A Theory of Constitutional Rights,* (Translated by Julian Rivers), Oxford, Oxford University Press, 2002.

ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürerü'l Hukkam Serhu Mecelleti'l Ahkam* (Yazı çevrimi: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, Tarih Yok (2006?), 4 Cilt.

AMERICAN HERITAGE DICTIONARY- *The American Heritage Dictionary*, Boston, Houghton Mifflin Company, 4. Baskı, 2004.

AMSELEK (Paul) (Ed.), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. "Léviathan", 1994.

AMSELEK (Paul), *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit : essai de phénoménologie juridique,* (Thèse, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques), Paris, L.G.D.J., 1964.

ANAYURT (Ömer), *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru,* Ankara, Seçkin, 2004.

ANAYURT (Ömer), *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları,* Ankara, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2005.

ANSAY (Sabri Şakir), *Hukuk Bilimine Giriş,* Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, Yedinci Baskı, 1958.

ANSAY (Sabri Şakir), *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku,* Ankara, 1946.