

Mehmet Teyfik, "İlkel Toplumlar da Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk," (Doktora Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Ens.), 1989.

....., ("Doktora Tez Özeti)" *Argumentum*, C.I., No: 1(1990)

....., "John Locke'un Birey Anlayışının Felsefi Temelleri,"

İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LII, No: 1-4 (1986-1987), s. 559-586.

Piaget, Jean, "Çocukta Ahlaki ve Hukuki Hükümlerin Kaynağı" Çev. Ahmet Halil, *İş Mecmuası*, C. IX(1943), s.84-95.

....., *Çocukta Hüküm ve Muhakeme*, Çev. Sabri Esat Siya-yuşgil, İstanbul, Mf. Vek., 1939

....., *The Moral Judgement of The Child*, Trans by., Mar-joire Gabain, London, Routledge and Kegan Paul, 1972 (1932).

....., "The Stages of the Intellectual Development of the Child," *Thinking and Reasoning*, Ed. by, B.M. Foss, Middlesex, Pen-guin, 1968, pp. 355-363.

Radcliffe-Brown, A.R., "Social Sanctions," *Structure and Func-tion in Primitive Society*, Ed. by E.E. Evans Pritchard and Fred Eg-gan, New-York, Free Press, 1965, pp. 205-211.

Reich, Wilhelm, *Cinsel Ahlakın Boygöstermesi*, Çev. Bertan Ona-ran, 1.b., İstanbul, Payel, 1976.

Reichenbach, Hans, *Bilimsel Felsefenin Doğuşu*, Çev. Cemal Yıl-dırım, İstanbul, Remzi, 1981.

Rich, John Martin and Joseph L. De Vitis, *Theories of Moral De-velopment*, Springfield, Charles C. Thomas Pub., 1985.

Spinoza, *Etika*, Çev. Hilmi Ziya Ülken, İstanbul, Ülken Yay., 1984. Sumner, William Graham, *Folkways*, New-York, Mentor Bo-oks, 1960 (orijinali, 1906).

Şerif, Muzaffer, *Sosyal Kuralların Psikolojisi*, Çev. İsmail Sandık-çioğlu, 1.b., İstanbul, Alan, 1985.

Timasheff, N.S., *An Introduction to The Sociology of Law*, Camb-ridge, Harvard University Comitte on Research on The Social Scien-ces, 1939.

Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi (Ders Takrirleri)*, Anka-ra, 1977.

Williams, Bernard, *Morality: An Introduction to Ethics*, New-York, Harper Torcobook, 1972.

Wright, Derek, *The Psychology of Moral Behaviour*, Middlesex, Penguin, 1981 (copyright, 1971).

HUKUKUN KAYNAĞI OLARAK ÖRF VE ADET HUKUKU(*)

Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (**)

Genel Hukuk Teorisinin önemli bir alanını oluşturan hukukta kaynak konusu en fazla örf ve adet hukukunda sorun çıkarmaktadır. Bunun bir nedeni örf ve adet hukukunun niteliğinden kaynaklanırken, önemli bir diğer nedeni de metodolojik kaygılardır. Örf ve adet hukuku, bir felsefi değerlendirmeyi gerektirdiği kadar, yaşayan hukuk kimliği ile Hukuk Sosyolojisinin konu alanında bulunmakta diğer yandan Doğmatik Hukuk Bilimi alanında da sonuç doğur-maktadır. Bu durum bize metodolojik açıdan örf ve adet hukuku konusunun üç farklı alanda incelenebileceğini göstermektedir. Bu-nun yanısıra hukukun fonksiyonları açısından da konuya farklı bir bakış açısı getirilebilir. Hukukun fonksiyonlarını oluşturan; **düzen**, **pratik yarar** (sosyal realiteye uygunluk) ve adalet örf ve adet hu-kuku alanına uygulandığında;

- örf ve adet hukukunun sosyal realiteyle ilişkilendirilmesinden, örf ve adet hukukunun pratik yararı,

- örf ve adet hukukunun, hukukun düzen fonksiyonu açısından değerlendirilmesinden, yazılı hukuk, örf ve adet hukuku korelasyo-nu ve hatta hukuk güvenliği açısından konunun irdelenmesi,

-örf ve adet hukukunun adalet kavramı ile bağlantısından ise Hukuk Felsefesi açısından örf ve adet hukukunun değerlendirilmesi söz konusu olacaktır.

Bu tezde, örf ve adet hukuk kavramı öncelikle sosyal realite-de ortaya çıkan çeşitli davranış normları ile ilişkileri ve konunun ne olduğu açısından ele alınmıştır. Böylece örf ve adetin ahlak, din ve hukuk normları ile olan ilişkileri ortaya konulmuştur. Diğer yan-dan tam olarak tanımı verilmemiş birçok kavramı içeren alışkanlık

(*) - Doktora Tezi özettir.

(**) - Dr. Yasemin Işıktaç İ.Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisidir.

lardan sosyal norm alanına geçişteki aşamalar, olabildiğince tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu yapılırken anlayış sosyolojisi kavramları kullanılmıştır. Salt örf ve adet alanından örf ve adet hukukuna geçişin gösterilmesi ile birlikte bir örf ve adet hukuku tanımına varılmıştır. Bu tanım; "Akla dayalı olmayıp, isteme ve rastlantılara dayalı olarak ortaya çıkan örf normları, toplumsal yaşamın kolaylaştırılması amacını güden konvansiyonel nitelikte bir olması gereken düşüncenin de eklenmesiyle ortaya çıkan normlardır." Tanımını bu şekilde verebileceğimiz örf ve adet kurallarını tipik özelliklerini şu şekilde sıralayabiliriz;

- Rasyoneliteye dayalı olmama,
- Rastlantısal ve isteme bağlı olma,
- Toplumsal yaşamı kolaylaştırma amacına yönelme,
- Konvansiyonel oluş,
- Olması gereken düşüncesinin bulunması.

Tanımlanan bu örf ve adet hukukundan çıkan niteliklerden hareketle, pratik örneklerle tanım somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Tezin üçüncü bölümünde ise teknik olarak örf ve adet hukuku ile kanun hukuku ilişkisinde, örf ve adet hukukunun bu ilişki bağlamında yerine getirdiği fonksiyonları incelenmiştir. Aynı zamanda, tezin tamamında örf ve adet hukuku, hukukun adalet fonksiyonu açısından değerlendirilmiştir. Adalet kavramı gerek teorik gerekse teknik alanda ortaya çıkan örf ve adet hukuku yazılı hukuk ilişkilerinde daima temel kriter olarak alınmıştır.

Bütün metodolojik çok boyutluluğa rağmen tez, sorunun, öncelikle teorik olarak çözülmesi gerektiği varsayımından hareket etmektedir. Böylece tanımlanıp belirli bir kimliğe kavuşan kavram ve problemler daha sonra sağlanabilecek sosyolojik çalışmalar için temel bir nokta oluşturabilir. Metodolojik açıdan ortaya çıkan bu sorunlara ek olarak, konu Türk Hukuku açısından da bazı tipik

özellikler gösterir:

- 1926 yılında yeni kurulmuş Türkiye Cumhuriyeti'nin en önemli temel kanunlarından biri olan Medeni Kanun'un yapısı incelendiğinde devrimci özellik gösterdiği görülür. Oysa, mehz İsviçre Medeni Kanunu geleneksel karakterdedir. Eski kanton hukuklarının bir derlemesi olan İsviçre Medeni Kanunu'nun bu yapıda olması normaldir. Türk Medeni Kanununun ise eski hukuku ortadan kaldırmak ve yeni bir hukuk sistemi getirmek amacıyla konulduğundan yenilikçidir.

- Bu devrimci özelliğin bir yansıması olduğu kadar eski hukuktan gelen ve dini temellere dayanan hukuk uygulamasını da kaldırarak, kendi bünyesine uygun, yaşayan hukuk kavramını ortaya çıkmasını sağlamaya çalışmıştır. Oysa, İsviçre Medeni Kanunun'da tam tersi bir durum söz konusudur. Mehz kanununu bize alınmamış olan 5 md'si ile eski hukukun temel bir hukuk kaynağını oluşturduğu hükme bağlanmıştır. Eski örf ve adet hukukunun derlemesi ile oluşan mehz kanunun, uygulamada da kolaylıkla örf ve adet hukuku ile bir araya geldiği görülmüştür. Teorik alanda da örf ve adet hukuku İsviçre'de kanunun yapısına uygun olarak yazılı hukukla aynı düzeyde değerlendirilmektedir. Türk hukukunda ise Medeni Kanununun kabulünden önceki eski hukukun, Medeni Kanununun temel ilkeleri ile çatışmayan hükümleri uygulanabilir.

- Bütün bu değerlendirmeler örf ve adet hukukunun Türk Hukuku açısından önemli bir hukuk kaynağı olmadığı sanısını doğurabilir. Özellikle MK . md. hükmünün örf ve adet hukukunu ikincil bir kaynak olarak ele alındığı biçimindeki değerlendirmelere de bu sanı götürmektedir. Ancak, MK 1. md' nin hukuk mantığı açısından ve İsviçre Hukukunun özellikleri de gözönünde tutularak değerlendirilmesinden, örf ve adet hukukunun ikincil bir kaynağı olarak değil, kanun hukuku ile aynı düzeyde olduğunun kabulü gerekir. Tezin temel savlarından birisini de bu oluşturmaktadır. Hukuk mantığının da doğal sonucu olan boşluk doldurma sorunlarında, örf ve adet hukukunun ikincil bir hukuk kaynağı sayılması ve kanunun bütünselliğinin ve sistematüğının öncelikle gözönünde bulundurulması, genel bir değerlendirme olarak ele alınmamalıdır. Burada teknik bir konu olan boşluk doldurma sorunu halledilmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle kanunun genel sistematüğının gözönünde tutulması ve ancak bu genel yapıya uygun olan örf ve adet hukuk ilkelerinin kullanılması yerindedir.

Tezin bu metodolojik ve genel değerlendirmesinden sonra varmış olduğumuz sonuçlar temel başlıklar altında şu şekilde gösterilebilir:

Toplumsal yaşamı düzenleyen çeşitli davranış kurallarından bir bölümünü oluşturan örf ve adetler kademeli bir yapılanmaya sahip bulunmaktadır. Bu yapılanma sosyolojik verilerin ışığında ortaya konulduğunda teorik olarak birbirini izlemesi gereken alışkanlıklar, töre, örf ve adetler ve örf ve adet hukukudur. Teorik olarak böyle olması beklenmekle birlikte bazen bu sıralamanın yer değiştirdiği ya da doğrudan örf ve adet hukukunun ortaya çıktığı gözlenmektedir.

- Örf ve adet hukuku kurallarının diğer davranış kurallarından ayırtılabilmesi, örf ve adet hukukunun tanımlanması ile sağlanabilir;

Tanım: "Akla dayalı olmayıp, isteme ve rastlantılara dayalı olarak ortaya çıkan örf ve adet normları, toplumsal yaşamın kolaylaştırılması amacını güden konvansiyonel nitelikte, bir olması gereken düşüncesinin de eklenmesi ile ortaya çıkar."

- Hukukun kaynağı olması açısından , örf ve adet hukukunun,

hukukun biçimsel kaynakları arasında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Örf ve adet hukuku, yazılı olmamakla birlikte, hukukun pozitif anlamda kaynakları içerisinde yer alır. Bu özelliği ile incelendiğinde, somut olarak hukuk kimliğini kazanıp kazanmadığının nasıl saptanacağı konusunun önemi de ortaya çıkar.

-Örf ve adet hukukunun somut olarak saptanmasında, onun unsurlarının incelenmesi gerekecektir;

Maddi unsur: Yani uzun süreden beri uygulanma.

Psikolojik unsur: Bu uzun süreli uygulanmanın bir hukuk kurallına uyuyormuş biçiminde bir genel inancı yaratmış olmasıdır.

Örf ve adetin, hukuk kimliğini kazanıp kazanmamış olmasının saptanmasında kullanılacak unsurlar, belirsizlikleri dolayısıyla uygulamada birçok sorun yaratmaktadır. Örneğin, uzun süre uygulanmadan ne anlaşılacağı veya hangi sürenin uzun süre olarak değerlendirileceğine ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Gerci eski hukukumuzdan kalan hükümlerle bu boşluk doldurulmaya çalışılmıştır., ancak yine de yeterli açıklık sağlanmamıştır. Bu konunun kesin hükümlerle belirtilmesi, örf ve adet hukukunun, katı sınırlarla hapsedilmesi anlamına geleceğinden pek istenilen birşey değildir. Örf ve adet hukukunun, yaşayan ve yaşadıkça gelişip değişen bir hukuk olması özelliğine de uygun düşmez.

Diğer yandan, psikolojik unsurun saptanması daha da büyük güçlükler doğurmaktadır. Burada iş daha çok Hukuk Sosyologlarına düşmektedir. Özellikle Weber tarafından geliştirilmiş olan "Anlayış Sosyolojisi" belirli tiplleşmiş davranışların saiklerinin saptanmasında işlevsel olarak kullanılmaktadır. Anlayış sosyolojisinin örf ve adet hukukunun açıklanmasında kullanılması, bu yöntemin daha fazla tanıtımı ile sağlanabilir. Davranışta bulunan bireylerin gerçek saiklerinin aranıp bulunması temel düşüncesinden hareket eden "Anlayış Sosyolojisi", bu alanda ortaya çıkan davranışları çeşitli tipler halinde topluyarak bilimsel genellemelere gidilmesi olanağını sağlar. Böylece "ideal tip"ler başlığı altında genel tablolar oluşturulabilir. Çözüm olarak genel ve özel nitelikteki örf ve adetlere ilişkin derlemelerin yapılması getirilebilir. Bu tür çalışmalar en azından var olan örf ve adetler açısından bir ulaşılabilir materyal sağlayacaktır.

- Örf ve adet hukukunun varlığına ilişkin teorik problemlerin yanında onun niteliğinden doğan bazı teknik problemler de bulunmaktadır.

Normlar hiyerarşisi açısından, varlığı saptanmış bir örf ve adet hukuku normunun ne olacağı sorusunun yanıtlanması gerekir. Bu sorunu cevabı aynı zamanda, örf ve adet hukukunun sınırlarının saptanması olanağını da sağlar. Çalışmamızda, örf ve adet hukuku kanunla aynı hiyerarşik sırada değerlendirilmiştir. Böyle olunca, kanun için olduğu gibi örf ve adet hukuku için de ölçü "Anayasa"dır. Kanunlarda olduğu gibi örf ve adet hukukunda da denetim anayasaya ve onun temel ideolojisine göre yapılacaktır.

- Nitelikten doğan bir başka önemli problem de kamu örf ve adet hukukundan söz edilip edilemeyeceğidir. Örf ve adet hukuku, daha çok bir özel hukuk kavramı olarak görülmekle birlikte, kamu hukuku alanında da etkin olmaktadır. Birbirlerinden farklı özellikler gösterebilen dalları bulunan kamu hukukunda, örf ve adet hukukuna ilişkin genel bir değerlendirmenin eksikliği gözönünde tutularak, belli başlı dallar için ayrıntılı açıklamalara gidilmiştir. Aynı zamanda kamu hukuku alanında örf ve adet hukukundan söz edilmekle birlikte, bu alanda asıl işlevi görenin teamüller olduğu da belirtilmiştir. Kamu hukuku alanında yargılama faaliyeti gören mahkemelerin ve ilgili makamların belirli tutumlar benisemeleri ile gerçek-

leşen bu teamüller, bu alanın çok önemli bir kaynağı olarak işlev görmektedir. Ancak, uygulamadan doğan bu teamüller zaman içinde örf ve adet hukuku ilkesi kimliğini kazanabilirler. Bu özelliği kazanmamış olan teamüllerin her zaman değiştirilebilme olanağını tasdiklarını unutmamak gerek.

- Katı ve yazılı olmayan anayasa geleneğindeki ülkeler açısından örf ve adet hukuku, katı ve yazılı anayasalara bağlı hukuk sistemlerinden farklı özellikler göstermektedir. Bu çalışmada konu bu tür anayasaların tipik bir örneği olan İngiliz Hukuku açısından incelenmiştir. Yazılı olmayan hukuk sistemlerinde de pozitif ancak **teamüli nitelikte bir Anayasanın varlığı, ortaya çıkacak örf ve adet hukukunun ölçü normunu oluşturur**. Yeni oluşan örf ve adet hukukunun anayasa örf ve adet hukuku olması halinde, en üst hiyerarşik düzeye oturtmak gerekecektir. Ancak bir örf ve adet hukuku normunun anayasal örf ve adet hukuku normu olup olmadığının saptanması, bütünü ile teknik bir sorun olup anayasa hukuku alanında cevaplandırılabilir. Bütün bile açıklamalarla birlikte yazılı olmayan anayasa geleneğindeki sistemlerin tutucu yapısı incelendiğinde bu sorunların neden sıklıkla gündeme gelmediği de açıklığa kavuşturulmuştur.

- Örf ve adet hukukunun niteliğinden doğan bir başka problem de, örf ve adet hukukunun "**Hukukta Boşluk Bulunmaz**" ilkesi ile olan ilişkisidir. "Hukukta Boşluk Bulunmaz" ilkesi, hukukun düzen sağlama fonksiyonunun geniş ve kapsayıcı olmasını zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Hukuk sistemi içerisinde bu sisteme yansıyan sorunların bir çözüme bağlanması zorunludur. Bazı hukuk sistemlerinde yasa metinleri ile düzenlenmiş olan bu konu, yasal bir düzenleme olmasa bile hukuk mantığı gereği kendiliğinden gerçekleşir. Özellikle yazılı hukukun öngörmediği problemlerin "**Hukuk**" tarafından çözümlenmesi gerek çeşitli yorum yöntemlerini geliştirilmesi yoluyla gerekse örf ve adet hukukunun varlığı ile sağlanmaya çalışılmıştır. Türk hukuk sisteminde "Hukukta Boşluk Bulunmaz" ilkesinin MK 1. md ile düzenlendiği görülmektedir. Bu madde ile önce yazılı hukuk, ardından örf ve adet hukukunun, onda dahi hüküm yoksa hakim kanun koyucu gibi davranarak önüne gelen somut olayı mutlaka çözmesi gerekir.

- Buraya kadar çalışmamızda genel olarak ele aldığımız örf ve adet hukukunun, çeşitli başlıklar altında toplanabilecek ayrımları da vardır. Genel olarak iki başlık altında toplanabilecek bu ayrımları, **genel örf ve adet hukuku** ve **özel örf ve adet hukuku** olarak ele aldık. Özellikle belirli gruplar arasında geçerli örf ve adet hukukuna ilişkin ayrım daha da genişletilerek incelenebilir. Bu çalışmada özellikle pozitif hukuk alanında sonuç doğurabileceğini düşündüğümüz gruplar açısından bu konuyu irdeledik. Özel nitelikteki örf ve adet hukukunu yaratabilecek grupların sayısını arttırabilme olanağı her zaman vardır.

- Örf ve adet hukukunun çeşitleri açısından bir önemli nokta da Kanunun özel nitelikteki örf ve adet hukukuna yollamada bulunması halinde, özel nitelikte örf ve adet hukukunda boşluk bulunması halidir. Böyle bir boşluğun varlığı halinde bu boşluğu nasıl doldurulacağı sorusu, genel örf ve adet hukukuna gidilmeksizin kanun lehine çözümlenmiştir. Kanunun, özel örf ve adet hukukuna yollama yapması bu konuda özel bir çözüm önerdiği anlamındadır. Ancak, sonuca varılırken, boşluk doldurmak için öngörülmesi olan genel örf ve adet hukuku ilkesinin, kanun hukuku ile çatışmadığı varsayımından hareket edilmiştir. Bu aşamada bir çatışma söz konusu ise artık sorunu contra-ilegem örf ve adet hukuku ile kanun hukuku arasındaki ilişkiye göre çözümlenmek gerekecektir.

- Çalışmanın üçüncü bölümünde uygulama açısından kanun hukuku ile örf ve adet hukuku ilişkisi göz önüne alınmıştır. Uygulanabilir örf ve adet hukukunun kanun hukuku ile ilişkilerinde nasıl olması gerektiği sorusuna teorik planda verilen cevaplar üç başlık altında toplanmıştır:

Contra-ilegem örf ve adet hukukunu reddeden görüşler, Contra-ilegem örf ve adet hukukunu, kanunun emredici - tamamlayıcı olması ayırımına göre kabul eden görüşler.

Contra-ilegem örf ve adet hukukunu kabul eden görüşler, Tezimizde contra-ilegem örf ve adet hukukunun oluşabileceği ve uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bu sonuca, diğer iki görüşün eleştirileri ve tezin bütünselliği göz önünde tutularak varılmıştır. Örf ve adet hukukunun contra-ilegem olarak ortaya çıkabilmesi onun kanun hukuku ile yarışabilmesi olanağını sağlar. Yani normlar hiyerarşisi açısından, yazılı hukuk ile örf ve adet hukuku aynı düzeye bulunmaktadır. Tıpkı kanunlar için olduğu gibi saptanmış örf ve adet hukuku da geçerliliğini 'Anayasa'dan alacaktır ve onun sözü ve ruhu ile bağlı olacaktır. Bu sınırı aşan örf ve adet hukuku ilkesi varlığını sosyolojik anlamda sürdürse bile var olan hukuk karşısında uygulama olanağını bulamaz. Örf ve adet hukukunun 'Anayasa' sınırı ile bağlı kılınmasında ise anayasaların özel nitelikte kanunlar olmaları, ortaya çıkış biçimleri ve 'toplumun asgari müşterekler nüvesini' oluşturmaları esaslarından hareket edilmiştir.

Bizim hukukumuz açısından bu konuya ilişkin önemli bir hüküm olan Medeni Kanunun 1. maddesinin tarafımızdan kabul edilen bu görüş çerçevesinden değerlendirilmesinde, bu maddenin sözünün ruhunu aşığı görüşüne varılmıştır. Sonuç olarak hukuk kuraları arasında sıralanmanın ancak anayasa ile yapılması olanaklıdır. Yoksa kanunun kendiliğinden böyle bir sıralamayı göstermesi uygun değildir. Medeni Kanunun 1. maddesinde yer alan düzenleme ise objektif ve sübjektif teorilerin (İsviçre hukukunun tarihi gelişimi de bu noktada gözönünde tutulmalıdır) bir eleştirisi ve kanunda ortaya çıkabilecek boşlukların doldurulmasında zorunlu olarak başvurulacak boşluk doldurma yöntemi olarak değerlendirmek gerekir. Bu hukuk mantığına da uygun bir değerlendirmedir. Çünkü kanunda ortaya çıkabilecek bir boşluğun onun yapısına aykırı olabilecek bir boşluk doldurma ile gidilmesi söz konusu edilemez. Bu durumda contra ilegem bir örf ve adet'in varlığı hakimi bağlamıyacaktır. Ancak kanun yapısı ile uyumlu bir örf ve adet hukuku ilkesi kanunun boşluklarının doldurulmasında kullanılacaktır. Contra-ilegem bir örf ve adet hukuku ilkesi ise ancak kanun hükmü ile doğrudan yarışma hali söz konusu ise uygulanma olanağı bulacaktır.

- Üçüncü bölüm içinde yer alan diğer bir sonuç ise uygulama olanağı taşıyan bir örf ve adet hukuku kuralının gerçekleştirdiği fonksiyonlara ilişkindir. Bu fonksiyonlar;

Tamamlayıcı: Bu fonksiyonun varlığı ancak kanunla birlikte iken söz konusu edilmektedir. Doktrinde tartışmasız kabul edilen bu fonksiyonu ile örf ve adet hukuku uygulamada da kolaylıkla var olan kanun maddelerinin değerlendirilmesinde kullanılmaktadır.

Yorumlayıcı: örf ve adet hukuku bu fonksiyonunu ise daha çok kanun hükümlerinin açık ve anlaşılabilir olmadığı durumlarda ya da kanunun bir olayın detayının örf ve adet hukukunda aranmasını istediği hallerde ortaya çıkmaktadır.

Zorlayıcı: Bu fonksiyon ise yeni yasaların konulmasında ve var olan yorumların örf ve adet hukuku ilkelerine uyumlaştırılmasında kullanılmaktadır. Doktrinde de kabul gören örf ve adet hukukunun tamamlayıcı fonksiyonunun, örf ve adet hukukuna kanun hukukuna oranla ikincil bir rol tanıyan düşünürlerce de kabul edildiğini gör-

müştük. Örf ve adet hukukunun yorumlayıcı fonksiyonu ise iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Kanunun doğrudan örf ve adet hukukuna yollama yapması ve kanunun hükmündeki yetersizlikler ya da söz konusu soruna hiç yer vermemiş olmasından doğan bu fonksiyonlar da uygulamada sıklıkla kullanılmaktadır. Örf ve adet hukukunun zorlayıcı fonksiyonu ise kanunla ilişkisi açısından daha çok var olan örf ve adetlerin kanuna yansıtılması yolunda kullanılmaktadır.

- Yaşayan hukukla büyük oranda çakışan örf ve adet hukukunun bu özelliği göz ardı edilmemeli, yazılı hukukla toplumda yerleşik adalet anlayışını yansıtan örf ve adet hukuku olabildiğince ileriye götürücü koşulları taşıyacak nitelikte bir araya getirilmeye çalışıl-

malıdır. Hukukun idesi ve ideali olan adaletin gerçekleşmesi, üstün nitelikteki yasaların çıkarılmasından çok tek tek bireylerin vicdanında yaşayan adalet anlayışının gelişmiş olmasına bağlıdır. Böylece toplumun içinden gelen uygulayıcılara ilişkin olarak söylenen "iyi yasa yok, iyi hakim vardır" sözünün bir kez daha doğrulandığı görülmektedir.

- Türk hukuku bakımından, gerek yazılı hukukun uygulanmasını kolaylaştırma açısından gerekse yazılı hukukun yanında ayrıntılı hükümler içererek yer alan örf ve adet hukukunun göz önünde bulundurulması ve uygulamada daha fazla baş vurulması gerekir.

1982 ANAYASASINDA YÜRÜTME ORGANININ DÜZENLEYİCİ İŞLEM YAPMA YETKİSİNİN NİTELİĞİ:

Zehreddin ASLAN (*)

1982 ANAYASASINDA YÜRÜTME ORGANININ DÜZENLEYİCİ İŞLEM YAPMA YETKİSİNİN NİTELİĞİ:

A- Yürütmenin sadece bir "görev" değil "yetki ve görev" olduğu anlayışının kabul edilmesi:

1961 Anayasası yürütmeyi, kendi başına yaratıcı gücü olmayan, faaliyete geçebilmesi için mutlaka daha önce bir kanunla görevlendirilmiş bulunması gereken tabii bir organ durumuna getirmişti. (1)

1961 Anayasasında yürütmenin güçlü olmayışı yeni Anayasanın hazırlayıcıları tarafından da büyük bir eksiklik olarak kabul ediliyordu. Nitekim, Devlet Başkanı Orgeneral Kenan Evren, yeni Anayasa'yı Devlet adına resmen tanıtmaya programı gereğince yaptığı konuşma sırasında bu konuya değinerek "Hele devletin ve günlük hayatın bütün yükünü sırtında taşıyan yürütmenin, arz ettiği, bütün hayati ehemmiyetine rağmen, arka plana itilmiş ve işlemez hale gelmiş olması, 1961 Anayasası'nın belki en büyük ve tasdik kabul etmez zaafını teşkil etmiştir. 12 Mart'ta yapılan ve belirtildiği gibi yarısından fazla bir hacme varan değişikliklere rağmen, yürütme organının ve yetkilerinin zaafı sürüp gitmiştir." (2) demektedir.

Bu düşünce ve gereksinmelerle çağımız devletlerinin çoğunluğunda olduğu gibi Türkiye'de de 1982 Anayasası ile yürütme organını güçlendirilmiştir.

Bu anlayışla 1982 Anayasası'nın temel özelliklerinden biri de yürütme yalnızca görev olarak değil aynı zamanda yetki olarak düzenlenmesi olmuştur. Yürütmenin aynı zamanda "yetki" olarak düzenlenmesinin gerekçesinde "Yürütme yasamaya tabii olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme, 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkarılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir." (3)

Bununla beraber, yürütmenin yeni Anayasa'daki düzenleniş bi-

çimi, idarede kanunilik ilkesinden uzaklaştığı izlenimi doğurabileceği varsayılrsa da, 1982 Anayasa düzeninde de "Kanuni İdare" ilkesinin muhafaza edildiği muhakkaktır. (4)

Çünkü, 1982 Anayasa düzeninde de yürütmenin genel ve asli bir düzenleme yetkisi yoktur.

B- CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME:

a- Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri:

1982 Anayasası yürütmenin sorumsuz kanadını oluşturan Cumhurbaşkanının yapabileceği işlemleri genişletmiştir. Bunun yanında Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemleride yargı denetimi dışında tutmuştur. Bunlardan en önemlisi Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğini her yönü ile ve hiç bir üst kurala bağlı olmaksızın düzenleme imkanı veren Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir.

Cumhurbaşkanı, sözü edilen kararnameleri tek başına imzalar ve Resmi Gazete'de yayımlayarak yürürlüğe sokar.

Uygulamada da Anayasanın 107. maddesine dayanarak, 18.8.1983 tarihli ve (1) sayılı "Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" ile Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, görevleri, çalışma esasları, personel atama işlemleri ve diğer hususlar düzenlenmiştir.

Danışma meclisi tarafından kabul edilen Anayasa tasarisında Cumhurbaşkanının tek başına imzalayabileceği ve uygulayabileceği kararlar Anayasa'da açıkça belirtilmiştir. Ancak, Anayasa tasarisında Milli Güvenlik Konseyi tarafından yapılan son değişiklikte, Cumhurbaşkanının tek başına imzalayacağı kararların ayrıca sayılmasında zorunluluk görülmemiştir.

b- Kanun Hükmünde Kararname Çıkartma Yetkisi: -

Bilindiği gibi, 1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan değişiklikle Bakanlar kurulunda KHK çıkarma imkanı tanınmıştır. Değişiklik gerekçesinde, "Parlamenter rejimlerde kanun yapmanın belli usullere uyulmasını gerektirdiği ve bunun da zaman aldığı ileri sürülerek özellikle değişen iktisadi ve sosyal şartların gereği olarak ba-

(*) Zehreddin Aslan; İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisidir.