

Orta Çağ'da Gelenek, Hukuk ve Otorite: Etkin ve Geçerli Hukuk Bağlamında Bir Değerlendirme

Emre PARTALCI¹

Özet

Tebliğde Orta Çağ Avrupası'nda var olan çok hukuklu düzen ele alınmaktadır. Farklı kaynaklardan sadır olan bu hukuklara ilişkin değerlendirme hukuk sosyolojisinin etkin hukuk ve geçerli hukuk kavramlarına başvuru olarak yapılmaktadır. Böylelikle konunun özgün bir bakış açısı ile ele alınması hedeflenmektedir. Günümüzde hukuk tanımı çoğunlukla hukuk ile modern devlet arasındaki ilişki vurgulanarak yapılıyor. Halbuki hukuk bakımından evrensel bir tanım verebilmek için onun tarihsel serencamı da hesaba katılmalıdır. Orta Çağ'a dönüldüğünde, hukuk ile devlet arasında günümüzdekinden farklı bir ilişkinin olduğu görülmektedir. Hukukun etkinliği bakımından da geçerliliği bakımından da devletin rolünün günümüzdekinden farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu vargıya gelenek ile hukuk arasındaki ilişki üzerine bir çözümleme yaparak ulaşılmaktadır. Çözümleme iki ayaklıdır: İlk olarak hukuk ve gelenek arasındaki ilişkiye odaklanılmaktadır. Orta Çağ Avrupası'nın bir döneminde, gelecekte olacak olanlara uygulanacak kuralların, geçmişten beri uygulanagelenlere sıkı surette bağlandığı görülmektedir. Bu tespitin ardından yapılan soyutlamayla ise geleneğin otoritesine ulaşılmaktadır. Bu bakımdan tebliğde etkin hukukları geleneksel uygulamanın belirlediği, bu hukuka geçer-

lilik kazandırmanın ise geleneğe mündemiç bulunan bir otorite olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: gelenek, otorite, etkin hukuk, geçerli hukuk, Orta Çağ

GİRİŞ

Malum olduğu üzere eskiler, iyi bir tanımın tanımını “efradını cami, ağyarını mani” diyerek verirler. Kelimeler güncelliğini yitirse de tanım kuvvetini kaybetmemiştir. Kuvvetin bir kısmı tanımın veciz ifadesinden kaynaklanır; “onu oluşturan fertleri bir araya getiren, geri kalanı ise dışlayan” dense, herhalde aynı etkiyi yaratmaz. Ama yine de bir şeyi tanımlamada güdülmesi gereken temel kaygıları ifade etmeye yarar sanıyorum. Bu tebliğ, hukuk tanımlanırken neler onun “efrad”ına dahil edilmeli ve neler “ağyar” olarak değerlendirilmeli sorusuna, Orta Çağ'da hukukun durumu üzerinden bir yanıt arayışı olarak meydana çıkmıştır. Daha belirgin olarak denilebilir ki bu tebliğ, günümüzde hukuk tanımlarında genellikle karşılaşılan “devlet”in, bu

¹ Arş. Gör. Dr. Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: partalcieyre@hotmail.com

tanımlardaki yerini sorgulamanın bir ürünüdür. Söz konusu sorgulama mesnetsiz de değildir; Orta Çağ'da hukuk ile devlet arasında benzer bir ilişki kurmadaki güçlüğü dayanmaktadır.²

Bu sebeple, her ne kadar sorgulayışın kökeninde günümüzde hukuk-devlet ilişkisine bakarak bu ilişkiyi mutlaklaştıran bazı yaklaşımlar yer alsada, bu tebliğde meseleyi doğrudan bu değil, fakat buna da cevap vermeye imkân yaratacak şekilde Orta Çağ'da hukuk ve onun geçerliliği oluşturmaktadır.

ORTA ÇAĞ'DA HUKUK

“Orta Çağ” deyişini sınırlamakla söze başlanabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki Orta Çağ demekle sadece bir zamana değil aynı zamanda bir coğrafyaya referans verilmektedir. Yakın zamanda Türkçeye de çevrilen Bauer'in eserindeki³ kavrayışla, “Orta Çağ” ifadesinin yalnız ve yalnız Avrupa için bir anlam ifade ettiği söylenebilir. Öte

yandan Orta Çağ, Avrupa'nın yaklaşık 1000 yıllık bir zaman dilimine gönderme yapan, antikite ile modernitenin ortasındaki zaman dilimidir. Bu geniş zaman dilimini, başı sonu birmiş gibi değerlendirmek mümkün değildir. Bu tebliğde tüm Orta Çağ'a yönelik bir değerlendirme yapma çabası yoktur. Orta Çağ içinde belli bir tarihsel kesite, Bloch'un bölümlendirmesiyle birinci feodal çağa (başlangıcından 11. yüzyıl ortalarına değin)⁴ odaklanılacaktır.

Odaklanılacak tarihsel kesitte hukukun durumu uzun uzadıya betimlenmektense, bilindik bir fıkraya başvurulabilir: Diyelim ki Nasreddin Hoca 10. yüzyılda Galya'da kadı olmuş. Önüne bir uyuşmazlık gelmiş. Uyuşmazlığın davacı tarafı, atalarının Burgonya'da yaşayan eski Roma tebaası olduğunu bu sebeple uyuşmazlığa *Lex Romana Burgondionium*'un uygulanması gerektiğini söylemiş. Hoca davacıya “haklısın” demiş. Davalı tarafsa atalarının Vizigot olduğunu dolayısıyla

2 “Devlet ve hukukun birbirleri için ve birbirlerine bağlı olarak ve birbirlerine göre var oldukları düşüncesi Orta Çağ'a yabancıdır” (Otto GIERKE, “Orta Çağ'da Siyasi Kurumlar: Devlet ve Hukuk”, Çev. Olgun Akbulut, Emre Zeybekoğlu, *Devlet Kuramı* içinde (Der. Cemal Bâli AKAL), Dost Yay., Ankara, 2013, s. 130); “[K]itlenin seçmemesine rağmen takip etmek zorunda hissettiği bir otorite, hukukun “kaynağı”dır [...] o kesinlikle doğrudan veya dolaylı olarak devletin bir emri değildir. [...] O, devletin bir edimi değildir; hatta devlet tarafından tanınmayabilir, onu tanıyacak bir devlet olmayabilir” (Edward JENKS, *Law and Politics in the Middle Ages*, London, John Murray, 1898, s. 2, 3).

3 Thomas BAUER, *Neden İslam'ın Orta Çağ'ı Yoktu?*, Çev. Hülya Yavuz Akçay, Runik Kitap, İstanbul, 2021.

4 Marc BLOCH, *Feodal Toplum*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Savaş Yay., Ankara, 1983, s. 84. Birinci feodal çağa odaklanılmasının sebebi, hukuk bakımından bu dönemin sonrasına nazaran bir hayli farklı görünüm sergilemesidir. 12. yüzyıl, kurulan üniversiteler ve canlanan Roma hukuku öğrenimi ile bu yüzyıldan sonrasını öncesinden radikal şekilde ayırmaktadır (bkz. Harold J. BERMAN, *Hukuk ve Devrim*, Çev. Kuvılcım Turanlı, Pinhan Yay., İstanbul, 2020, s. 175 vd.; Charles Homer HASKINS, *Üniversitelerin Doğuşu*, Albaraka Yay., İstanbul, 2022, s. 17 vd.).

davaya *Lex Wisigothorum*'un uygulanması gerektiğini öne sürmüştü. Hoca ona da “haklısın” diye yanıt vermişti. Bu defa bir dinleyici “Hoca nasıl olacak da her iki yasayı uygulayacaksın?” demiş. Bir başkası “Hoca, bu yasa metinleri Latince; ama sen Latince bilmiyorsun!”. Başka biri “Hoca, taraflar şampiyonlarını seçse, onlar çarpışsa ve haklı olana Tanrı karar verse?”... Hoca hepsine “haklısın” demiş.⁵

Birinci feodal çağda bir yargılamada bu fıkradaki durumun gerçekleşmesini yadırgamamak gerekir. Roma'nın yıkılmasından sonraki süreç, Roma hukukunun yerini giderek tuhaf bir “çok hukuklu sistem”in almasına sebep olmuştu. Cermen işgalciler eski Roma eyaletlerini kontrolü altına almalarına karşın buralarda yönetici azınlık durumundaydılar.⁶ Ülkelerini Roma idari sistemi uyarınca yönetmekteydiler.⁷ Yanı sıra, ülkelerinde yaşayan, sorunlarını Roma usulünce çözmeye alışmış Romalı ahalilerine Roma yasalarını bahşetmişlerdi.⁸

Avrupa'daki kavim hareketliliği ve bunun yaratmış olduğu kaotik durum göz önünde tutulduğunda, bahşedilen yasaların Roma'da uygulananlarla ne ölçüde örtüştüğü tartışılabilir. Nitekim bu derleme yasaların tevatür yoluyla, yarım yamalak derlendiği ve derlenme sürecinde de bazı ilavelerin ya da çıkarmaların olduğu belirtilmektedir.⁹ Sonuçta, Avrupa'nın farklı yerlerinde, Roma'nın varisi denilebilecek insanların aralarındaki hukuki uyumsuzlukları gidermede kullanılan Roma hukuku derlemeleri ortaya çıkmıştır.

Bu ilk hareketi, bir ikincisi izledi. O güne değin yazılı, derlenmiş (kodifike edilmiş) yasalara sahip olmayan Cermen kavimleri, geleneksel hukuki uygulamalarını yazılı hale getirerek derleme yoluna gittiler.¹⁰ Bunda hiç şüphesiz bu kavimlere tebaa olmuş Romalılar için derlenen Roma yasalarına bir öykünme de mevcuttur.

5-8. yüzyıllar arasında Avrupa'nın farklı yerlerinde görülen bu derleme etkinliğinin, günümüzün yasama et-

5 Hocanın fıkrasını Avrupa'daki uygulamayla bir araya getiren akli evvelin ben olmadığını, bu tebliği sunmaya hazırlanırken fark ettim. Orta Çağ hukukuyla dünyanın başka yerlerinde ortak bir paydayı tespit ederken Harold Berman da Nasreddin Hoca'nın bu bilindik fıkrasının orijinalini aktarmaktadır (BERMAN, s. 116). Fıkra içeriği, Lyon'lu Piskopos Agobard'tan nakledilen olaylara dayanılarak oluşturulmuştur (bkz. Paul VINOGRADOFF, *Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku*, Çev. Ferhat Düzgören, Sevtap Metin vd., Ed. M. Tefvik Özcan, Göçebe Yay., İstanbul, 1997, s. 31, 32).

6 Fernanda PIRIE, *The Rule of Laws*, Profile Books, London, 2022, s. 152.

7 PIRIE, s. 152

8 VINOGRADOFF, s. 26; R. C. VAN CAENEGEM, *Özel Hukuk Tarihi: Giriş*, Çev. Ali Acar, Caner Birdal, vd., Pinhan Yay., İstanbul, 2022, s. 40, 41.

9 VINOGRADOFF, s. 26, 38, 39.

10 VINOGRADOFF, s. 34, 35; VAN CAENEGEM, s. 42, 43.

kinliğinden belirgin bir farklılığa sahip olduğunu gözden kaçırmamak gerekmektedir. Derleme etkinliği siyasi iktidardan bağımsız şekilde gerçekleşiyor değilse bile, günümüzde parlamentoların gerçekleştirdiği türden bir yasama etkinliği de söz konusu değildir.¹¹ Kralın temel görevi, var olan hukuku değiştirmek değil onu korumaktır; bu bakımdan kralın hukukun üstünde değil onun altında olduğu söylenmektedir.¹² Söz konusu olan, gerek Romalılar arasında, gerekse Cermen kavimler arasında mevcut bulunan hukuki uyumsuzlukları gidermeye yönelik uygulamaların toplanması ve ilanından ibarettir. Yoksa bir hukuki uyumsuzluğa, yepyeni bir çözüm yolu üretmek değildir. Siyasi iktidarın buradaki işlevi, bu derleme etkinliğini örgütlemek ve derlenmiş yasaları izhar etmektir.

Avrupa'da çok hukuklu bir düzen oluşurken eş zamanlı olarak toplumsal sahada bir bütünleşmenin var olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Cermen kavimlerle Romalı tebaa arasında dilde ve kültürde entegrasyon söz konusudur. Bu entegrasyonda Roma kökleri ve Hristiyanlık etkin rol oynamaktadır. Bir kere Cermen kavimler Hristiyan-

laşmaktadır. Hristiyanlaşma vakıası, toplumsal alanda bütünleşmeyi hızlandırdığı gibi, yeni krallıkların Roma geçmişi ile ilişki kurmalarını kolaylaştırmıştır.¹³ Nitekim miladi 9. yüzyıla girilirken Şarلمان, Roma İmparatoru olarak papanın elinden taç giyecektir.

Sözün özü birinci feodal çağda ayrı ayrı tespit edilebilecek bir parçalanma ve bir de bütünleşme tespit etmek mümkündür. Hukuki açıdan bütüncül bir Roma hukukunun yerini Avrupa'nın farklı yerlerinde mukim Romalılar için derlenmiş "Roma kodları" ile Cermen kavimlerin "kavim kodları" almıştır¹⁴. Ancak Roma'yı yıkan istilaların ilk etkilerinin sona ermesinin ardından "kavim" ya da "yöresel" hukuki farklılıklara kaynaklık eden toplumsal farklılıkları ortadan kaldıracak türden bir bütünleşme de cereyan etmiştir. Varılan noktada kişi, farklı coğrafyalara ya da köklere referansla uyumsuzluğuna bu köklerden kaynaklanan bir hukuk kuralının uygulanmasını talep edebilir duruma gelmiştir.¹⁵ Yani kodlar ülkeleleri değil, kişileri takip eder olmuştur.¹⁶ *Professio juris* denen uygulamaya göre kişi uyumsuzlukta kendisine uygulan-

11 JENKS, s. 7; BERMAN, s. 91, 101, 102.

12 KERN, s.70, 73; J. W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Clarendon Press, Oxford, 1961, s. 13, 14.

13 Henri PIRENNE, *Avrupa Tarihi: Kavimler Göçü'nden XVI. Yüzyıla Kadar*, Selenge Yay., İstanbul, 2022, s. 20, 21.

14 Perry ANDERSON, *Antikiteden Feodalizme Geçişler*, İletişim Yay., İstanbul, 2017, s. 132, 133.

15 VINOGRADOFF, s. 32, 33.

16 PIRENNE, s. 21.

çak hukuku adeta seçmektedir.¹⁷ Öyle ki bu durumu anlatmak için “hukuk din kadar kişiseldir; bir hukuka tâbiyete ilişkin beyan, bir inanca tâbiyete ilişkin beyana benzer”¹⁸ denmiştir.

Öte yandan sözü edilen derlemeler Latince’dir¹⁹. Buna karşın derleme etkinliğinin ardından geçen süreç Latince aleyhine olmuştur: Latince toplumsal hayattan git gide koparak kilisenin tekeline geçmiştir. Kendi gündemine sahip olan kilise ise Latince bilgisini söz konusu kodlara yöneltmemiştir.²⁰ Latince ile kilise arasındaki bağın konuyla ilgili bir diğer vechesi daha vardır. Latince ruhbanın tekeline girdiği nispette laik kesimin yazılı kültürü de gerilemiştir.²¹ Bu iki gelişme, yani Latincenin giderek ruhbanlaşması ve laik kesimin yazılı kültürünün git gide gerilemesinin sonucunda kodlar unutulmaya ya da uygulanmamaya başlanmıştır.²²

Ubi societas ibi jus, yani nerede toplum varsa orada hukuk vardır. Orta Çağ’da gelinen durum, hukukun tümüyle yittiği gibi bir anlama yol açmamalıdır. Yazılı kültürün yerini sözlü kültüre bırakmasına paralel olarak kodların yerini gelenekler almaktadır.²³ Söz konusu olan, normatif olanı herhangi bir yasa yaratıcı iradenin tayin etmemesi; insan eylem ve etkinliğinin zamanla normatif anlam kazanmasıdır.²⁴ Yerel düzeyde, yapılagelenin, yapıldığı üzere yapılmaya devam edilmesi en belirgin hukuk kuralı halini almıştır.²⁵

HUKUK, İKTİDAR VE OTORİTE

Orta Çağ’da hukukun temel nitelikleri de bu koşullarda belirginleşmiştir. Bu dönem hukuku hukuk olarak nitelenenin ölçütleri olarak kadimlik ve iyilik öne çıkmaktadır²⁶. Bu dönem,

17 Tiziana FAITINI, “The Latin Roots of the ‘Profession’”, *History of Political Thought*, Winter 2017, Vol. 38, No. 4, s. 619-621.

18 JENKS, s. 16.

19 PIRIE, s. 151; VAN CAENEGEM, s. 42.

20 Dario IPPOLITO, “Hukukta Çoğulculuk”, *Ortaçağ I: Barbarlar, Hristiyanlar, Müslümanlar* içinde (Der. Umberto Eco), Alfa Yay., 6. Bs., İstanbul, 2019, s. 221, 222..

21 PIRENNE, s. 39.

22 BLOCH, s. 146.

23 VINOGRADOFF, s. 33. “Ortaçağ hukuk zihniyeti bağlamında [...] ‘gelenek’ kavramı, hukukun ayrık bir parçası değil bizatihi kendidir” (Mehmet Cemil OZANSÜ, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2014, s. 81).

24 Walter ULLMAN, *Law and Politics in the Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975, s. 193.

25 BLOCH, s. 149 vd; IPPOLITO, s. 220.

26 Fritz KERN, *Kingship and Law in the Middle Ages*, İngilizceye Çev. S. B. Chrimes, Basil Blackwell, Oxford, 1939, s. 149 vd.

hiçbir merkezi iktidarın ya da kralın yürürlüğe koymadığı, dolayısıyla günümüzden farklı olarak geçerliliği devletle ilişkilendirilemeyecek bir hukuk söz konusudur. Siyasi iktidar hukuku yaratan merci değildir. Ancak bu, siyasi iktidarın hukukla herhangi bir ilişkisi yok demek de değildir. Bu ilişki iki açıdan kurulabilir. Birincisi siyasi iktidar, kendi koymadığı fakat onunla ilgili de söz söyleyen bir hukukla tâbiyet ilişkisi kurabilir. Yani kaynağı kendisi olmayan ama onunla da ilgili kayıtlar içeren bir hukuka mecburen riayet eder. Sonraları Aquinolu Thomas'ın pozitif yasanın üstüne yerleştiği sonsuz yasa, doğal yasa ve ilahi yasa²⁷, bu dünyanın dışında/ötesinde konmuş olmak dolayısıyla üzerinde bulunan düzlemdeki herkese, bu arada yöneticiye de, üstün gelmek bakımından yöneticinin tâbi olduğu bir hukuku imleyen bir örnek teşkil eder.

İlişki ikinci bir açıdan da kurulabilir. Bu yönüyle siyasi iktidarın hukukun geçerliliğiyle bir ilişkisi olduğu bile ileri sürülebilir. Şöyle ki yönetici kendi koymadığı hukuku uygulamaktadır. İlişkinin bu yönü, pekâlâ yöneticinin koymadığı yasayı uygulama iradesinden hareketle de açıklanabilir. Eğer böyle değerlendirilirse, etkin hukukun uygulanmasını irade ortaya koymak suretiyle var eden -ya da belki daha doğru ifadeyle etkinliğini sürdür-

mesine olanak tanıyan, etkin hukukun etkinliğini teminat altına alan- ve bu bakımdan onun geçerliliği hakkında da söz sahibi bir siyasi iktidarı düşünmek mümkün hale gelir. Yalnız her iki ihtimal için de gözden kaçırılmaması gereken bir durum, siyasi iktidarın etkin hukuku belirlemediğidir.

Örnek vermek gerekirse Cermen yasaları, Romalı tebaa için olsun Cermen kavimleri için olsun derlenmelerinden de evvel etkin hukuktur. Onların derlenmeleri yeni bir hukuk ihdas etmek değil var olan hukuku kayıt altına almaktır. Bu bakımdan yasaları derleyenler, yukarıda belirtildiği üzere ya iradi olarak ya da mecburen, onların uygulamasını üstlenmektedir. Cermen yasaları etkinliğini yitirdikten sonra devreye giren gelenek hukuku için de durum benzerdir. Geleneksel hukukun, her ne kadar içeriği belirsiz olsa da, etkin hukuk olarak belirmesi siyasi iktidar dışında meydana gelmekte, ancak onların uygulanması yöneticilerin eliyle gerçekleşmektedir.

Bu noktada artık Orta Çağ'da etkin hukukları geçerli kılan unsurun ne olduğu sorusuna cevap aranabilir. Bu bakımdan çeşitli cevaplar vermek mümkündür. Örneğin eğer yönetici koymadığı yasayı uygulama iradesini gösteriyorsa ya da başka bir deyişle yöneticinin iradesi, etkin hukukun et-

27 Mehmet AKAD, Bihterin VURAL DİNÇKOL, Nihat BULUT, *Genel Kamu Hukuku*, 17. Bs., Der Yay., İstanbul, 2021, s. 56.

kinliğini sürdürmesi noktasında belirleyici bir amil ise, bu durumda geçerlilik unsuru olarak yöneticinin iradesine işaret etmek de mümkün olur. Bütünlüklü olarak değerlendirildiğinde modern öncesi için bu ihtimal, benim kavrayışında mümkün değildir. Akal'ın tespit ettiği üzere modernlik ile öncesi arasındaki kesinti, modernlik için cari olan dünyevi yasayı modern öncesine teşmil etmenin önüne set çeker.²⁸ Modern öncesi toplum ya da eş anlamlı şekilde geleneksel toplum için siyasi iktidarın uygulanmasını meşrulaştıran kaynak her ne ise, hukukun uygulanmasını sağlayan kaynak da odur. Bu kaynak toplumdun topluma, toplumun değerleri merkezde olacak şekilde farklılık gösterebilir.²⁹ Ancak hepsi için geçerli olan, ortak payda, dünyevi değil dışsal bir kaynak oluşudur.

Yönetenlerin onu meşrulaştıran kaynağı göz ardı ederek olgusal olarak tespit edilmesi mümkün olduğu gibi etkin hukukun da onu geçerli kılan kaynağı göz ardı ederek tespit edilmesi mümkündür. Yönetenin kim olduğunu “ne adına yönetiyorsun?” sorusunu sormadan bulabileceğimiz gibi etkin olan hukuku onu neyin geçerli kıldığını araştırmaya başlamadan da gözlemleyebiliriz. Ama araştırmayı bu noktada sonlandırırız siyasi iktidar-

da olduğu gibi hukukta da meşruiyete ilişkin söz söyleme imkanını yitiririz. Bu şekildeyse siyasi iktidarı kaba kuvvetten ayırt edemeyeceğimiz gibi geçerli hukuku yöneticinin iradesinden ayırt edemeyiz.

Orta Çağ söz konusu olduğunda geçerli hukukun yöneticinin iradesinden ayrı bir kaynağı vardır. Hukuku geçerli kılan, yöneticinin iradesi değildir. Aslında hukuku geçerli kılan unsuru bulmak için bakışları çetrefilli yollara çevirmeye gerek de yoktur. Orta Çağ söz konusu olduğunda soru pek de fark etmeksizin cevap aynıleşebilmektedir: Tanrı.³⁰ Hukuku geçerli kılanın da tanrı olduğu kestirmeden söylenebilecekse de açıklamanın bu kadarıyla önemli eksikleri vardır. Çünkü gelenek hukuku ya da kökleri geleneksel yapıp etmelerle ilişkilendirilebilecek kodlaştırılmış Cermen yasaları, tanrının “bunlar benim yasalarımıdır” dediği buyruklar değildir. Orta Çağ'ın kavrayışında hukuk, tanrının yarattığı dünyada, bu dünyayla birlikte yaratılmıştır. Yani tanrı dünyayı ve insanları yaratırken insanlar arasındaki ilişkilere yönelik kuralları da yaratmıştır. İnsanların sürdürdükleri ilişkiler ve uyumsuzluk halinde onu çözmeye yönelik uygulamaları da gelenek kanalıyla yarıdılışa ulaşmaktadır. Yani hukuk, ya-

28 Cemal Bâli AKAL, *İktidarın Üç Yüzü*, Ankara, Dost Yay.1998, s. 358, 359.

29 Oktay UYGUN, *Devlet Teorisi*, 7. Bs., İstanbul, On İki Levha Yay., 2020, s. 8.

30 “Tüm hukukun kaynağında devlet değil, tanrı yer almaktadır” (KERN, s. 150).

radılıştan uygulandığı âna değin gelenek yoluyla taşınmış kutsal bir niteliğe sahiptir. Burada şu ayrımı da yapmanın yeridir: Hukuk gelenek içinde değişmiyor değildir. Bilakis sözlü kültür hâkim olduğu nispette, yani yazıyla kayıtlı hale gelmediği sürece, hukuk nesilden nesile değişebilir. Geleneksel hukukta geçmişten o güne değin gelen, kuralların içeriği değil; onların geçmişten, geçmişin başladığı yer olan yaradılıştan bu yana uygulanageldiği inancıdır. Bu da bizleri geleneğin otoritesine ulaştırmaktadır. Hatırlanacağı üzere otorite kelimesini ortaya atan ve dolayısıyla onun karşılık geldiği ilişki biçimini tanımlayan Romalılar da onu (otoriteyi) geçmişteki bir hadisenin (Romanın kuruluşu) günümüzde olup bitenler üzerindeki hakimiyeti olarak açıklıyorlardı. *Auctoritas* (otorite) kendine uyulduğu nispette ve sürece, *potestas*'ı yani iktidarı meşrulaştıran ilke idi.³¹ Geçmişte, Romanın kuruluşunda var olan prensibin yüzyıllar sonra Roma'da siyasi iktidarı meşrulaştırması hadisesinde, geçmişte yani dışsal olanın güncel ve dünyevi olana galip gelmesi durumunun mevcudiyeti gözden kaçmamalıdır. Bu form Orta Çağ'da siyasi iktidar bakımından iki

kılıç kuramı ile sürdürülmüştür.³² Ancak bu formun siyasi iktidar ilişkisiyle mahdut olduğunu düşünülmemelidir. Zira Nisbet'in işaret ettiği üzere "sosyal fonksiyonlarda derinlemesine kök salan; aile, mahalle, kilise cemaati ve lonca iç düzeninin ayırt edilemez bir parçası olan, her fırsatta ritüelleştirilen otorite, insanın soluduğu havayı fark edememesi kadar kanıksanmış, geleneğin ve ahlâkın dokusuna derinlemesine nüfuz ve sirayet etmişti".³³ Dolayısıyla otorite elbette siyasi iktidarı, ama aslında onun da bir cüzü olduğu tüm toplumsal hayatı gelenek ve ahlak kanalıyla kuşatmaktadır. Hukuk bakımındansa otorite özellikle geçmişten gelen uygulamaya sarılarak, yani gelenek kanalıyla var olmuştur. Bu bakımdan etkin hukuklara meşruiyet kazandıran, onları geçerli hukuk kılan, taşıyıcısının gelenek olduğu otoriteden söz etmek mümkündür. Taşıyıcısı gelenektir; gelgelelim bu durum onun geçmişten gelen, yani gerçekten de geleneksel olan uygulamaları geçerli hale getirmesini zorunlu kılmaz. Özellikle yazılı kültürün gerilediği ve yerine sözlü kültürün ikame olduğu koşullarda geleneksel olan, aslında sadece insanların hafızalarının ona ge-

31 Hannah ARENDT, *Geçmişle Gelecek Arasında*, Çev. Bahadır Sina Şener, Onur Eylül Kara, 5. Bs., İstanbul, İletişim Yay., 2014, s. 175 vd.

32 Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, Levent KÖKER, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 7. Bs., Ankara, İmge Yay., 2011, s. 160-167.

33 Robert NISBET, *Sosyolojik Düşünce Geleneği*, Çev. Yusuf Kaplan, 2. Bs., İstanbul, Paradigma Yay., 2016, s. 148.

leneksellik atfedebildiğinden ibarettir. Ancak bunun yapılabilirdiği yerde artık “iyi” ve “kadim” hukuktan bahsediyorum demektir.

Şu halde evet, insanların Orta Çağ’da hukuk dediği şeyi hukuk kılan nitelikler, onun iyi olması ve kadim olmasıdır. Ama diğer yandan hukukun iyi ve kadim olarak ortaya konması da son kertede onu insanların nasıl nitelendiği ile ilgilidir. Yoksa iyi ve kadim olarak nitelenen hukuk gerçekten de iyi ve kadim olmayabilir. Yani sözün özü Orta Çağ’da hukukun iyi ve kadim olarak nitelenmesi, Orta Çağ insanının gözündeki değerine göredir ve bu bakımdan sübjektiftir.

O halde neyin, neden iyi ve kadim olarak nitelendiğini tespit etmek için geleneğe bir defa daha bakışları çevirmek gerekiyor ki objektif olarak hukuku geçerli kılan prensip açıklanabilsin. Gelenek, tanrı yarattığı için iyi ve tanrı yarattığından beri uygulanageldiği için kadimdir. Fakat diğer taraftan uygulama, aslında insanların hafızalarındakinden ibarettir. Objektif olmak gerekirse, uygulanmakta olan tanrının yarattığı değil, insanların uygulandığını hatırladıklarıdır; eğer tanrı yaratmadıysa ondan kaynaklı iyilik vasfını da taşımaz.

Öyleyse hafızanın imkân verdiği nispette geleneksel olanda, iyi ve ka-

dim olarak nitelenmeyi haklılaştıran bir öz bulmak gerekir. Hafıza-ı beşerde pekâlâ değişip duran geleneğin, değişmeyen bazı temel özelliklerini bulmak mümkündür. Tanrıdan geldiğine inanıldığı, yani ânda, dünyevi düzlemde kurulmadığı için *dışsal* olması; tanrıdan kaynaklandığı düşüncesiyle *kutsallık* atfedilmesi ve böyle alımlanması sebebiyle dünyevi düzlemde ileri sürülmesi muhtemel pozitif hukuka nazaran *üstün* olması, değişip duran içeriğinden bağımsız olarak geleneğin temel nitelikleridir. Dikkat edilirse bu sayılanlar, geleneği Orta Çağ insanların nasıl değerlendirdiğinden (sübjektif olandan) farklı şeylerdir. Bunlar, geleneksel olanla Orta Çağ insanının kurduğu ilişkiye yönelik objektif tespitlerdir. İşte bu dışsal, kutsal ve üstün oluştur ki kadim ve iyi olsun ya da olmasın kadim ve iyi olarak değerlendirilen hukuka kapı aralar.

SONUÇ

Bu tebliğde Orta Çağ’da gelenek, hukuk ve otorite bakımından söylenenler, modern toplumla geleneksel toplum arasında bir kontrast oluşturmaya yönelik genelleştirilmiş bazı hipotezler şeklinde şöylece tekrarlanabilir:

Modern toplumlarda esas olan etkin hukukun devlet eliyle ihdas edilmesidir. Devletin hukuku yarattığı an sıfır noktasını teşkil eder. Dolayısıyla

hukuk geleceğe yönelik bir projeksiyonu yansıtır. Geleneksel toplumların etkin hukukuysa geçmişten beri uygulanagelenlerdir. Bu hukukun sıfır noktası yaradılıştır. Projeksiyonsa bugünden yaradılışa doğru geçmişe yönelir.

Modern hukukun kaynağını “tek”-leştirme yönünde bir taziyik vardır. Daha doğrusu devlet, hukuku yaratma hakkını herhangi bir ortakla bölüşmek istemez. Geleneksel toplumsa geçmişe/yaradılışa/kuruluşa referans verebilen her hukuku, kaynağına tali bir önem atfederek benimser.

Dolayısıyla modern hukuk, devlet eliyle dünyevi düzlemde yaratılır. İçinde yaşadığımız dünyada çıkıp hukuku yaratan devlet, hem kendisinin hem de hukuk yaratmayı da içerecek şekilde tüm etkinliğinin meşruiyetini de dünyevi düzlemde yaratır ve varlığını ve etkinliğini içinde bulunduğumuz düzlemdeki diğer bir kaynağa, yani ulusa dayandırır. Geleneksel toplumdaysa hukuk toplum eliyle fakat dışsal düzlemde yaratılır. Bu son söylenen paradoks gibi görülebilir. Ancak devletin denklemden çıktığı senaryoda hukukun toplumsal ilişkilerden başka bir kaynağı da kalmamaktadır. Söz konusu olan, toplum tarafından kendi iç işleyişini düzenlemek üzere süreç içerisinde oluşturulan kurallara, zamanla dışsal bir nitelik atfedilmesidir. Orta Çağ Avrupası örneğinde bu nitelik, tanrısal bir düzenin yaradılıştan o güne

değin geldiği düşüncesiyle ortaya çıkmaktadır. Tanrıdan geldiği için iyi ve tanrı tarafından yaratıldığından beri öyle olduğu için kadim hukuk...

Modern hukukun geçerlilik ölçütünün “devletten sadır olmak” olduğuna şüphe yoktur. Geleneksel toplumdaysa geçerlilik için geleneğin otoritesine müracaat edildiği görülmektedir. Bu, bir açıdan etkin hukuk ile geçerli hukuk arasındaki farkı ortadan kaldıran bir durum gibi görülebilir. Ama geçerlilik ölçütü, gelenekte mündemiç soyt bir öze irca edildiği nispette incelikli bir ayrıma gitme imkânı da aynı önermeden çıkarsanabilir. Gelenek, taşıdığı tüm içerikte mündemiç olan bir kutsal, dışsal ve üstün öz dolayısıyladır ki etkin bir hukuku geçerli kılan ilkedir. Kutsal, dışsal ve üstün bu ilke, geleneğin tümüne sinmiş ortak özelliklerin bir soyutlamasıdır. Bu bakımdan geleneğin aslında tek bir içeriği ve geçerlilik bakımından tek bir önermesi mevcuttur: Yapılagelenin yapılması gereken olduğu önermesi.

Yinelemek gerekir ki Sonuç bölümünde genele teşmil edilenler, özelde Orta Çağ'da tespit edilmesinden ibarettir. Sonuçta Orta Çağ örneği üzerinden ulaşılan bu hipotezleri, başka örnekleri değerlendirmek suretiyle doğrulamak ya da yanlışlamak, hukuku tarihi içinde yerleştirerek tanımlamamıza hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, KÖKER, Levent: *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 7. Bs., Ankara, İmge Yay., 2011.
- AKAD, Mehmet, VURAL DİNÇKOL, Bihterin, BULUT, Nihat: *Genel Kamu Hukuku*, 17. Bs., Der Yay., İstanbul, 2021.
- AKAL, Cemal Bâli: *İktidarın Üç Yüzü*, Ankara, Dost Yay., 1998.
- ANDERSON, Perry: *Antikiteden Feodalizme Geçişler*, İletişim Yay., İstanbul, 2017.
- ARENDT, Hannah: *Geçmişle Gelecek Arasında*, Çev. Bahadır Sina Şener, Onur Eylül Kara, 5. Bs., İstanbul, İletişim Yay., 2014.
- BAUER, Thomas: *Neden İslam'ın Orta Çağ'ı Yoktu?*, Çev. Hülya Yavuz Akçay, Runik Kitap, İstanbul, 2021.
- BERMAN, Harold J.: *Hukuk ve Devrim*, Çev. Kıvılcım Turanlı, Pinhan Yay., İstanbul, 2020.
- BLOCH, Marc: *Feodal Toplum*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Savaş Yay., Ankara, 1983.
- FAITINI, Tiziana: "The Latin Roots of the 'Profession'", *History of Political Thought*, Winter 2017, Vol. 38, No. 4, s. 603-622.
- GIERKE, Otto: "Orta Çağ'da Siyasi Kurumlar: Devlet ve Hukuk", Çev. Olgun Akbulut, Emre Zeybekoğlu, *Devlet Kuramı* içinde (Der. Cemal Bâli AKAL), Dost Yay., Ankara, 2013, s. 129-137.
- GOUGH, J. W.: *Fundamental Law in English Constitutional History*, Clarendon Press, Oxford, 1961.
- HASKINS, Charles Homer: *Üniversitelerin Doğuşu*, Albaraka Yay., İstanbul, 2022.
- IPPOLITO, Dario: "Hukukta Çoğulculuk", *Ortaçağ I: Barbarlar, Hristiyanlar, Müslümanlar* içinde (Der. Umberto Eco), Alfa Yay., 6. Bs., İstanbul, 2019, s. 217-222.
- JENKS, Edward: *Law and Politics in the Middle Ages*, London, John Murray, 1898.
- KERN, Fritz: *Kingship and Law in the Middle Ages*, İngilizceye Çev. S. B. Chrimes, Basil Blackwell, Oxford, 1939.
- NISBET, Robert: *Sosyolojik Düşünce Geleneği*, Çev. Yusuf Kaplan, 2. Bs., İstanbul, Paradigma Yay., 2016, s. 148.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil: *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2014.
- PIRENNE, Henri: *Avrupa Tarihi: Kavimler Göçü'nden XVI. Yüzyıla Kadar*, Selenge Yay., İstanbul, 2022.
- PIRIE, Fernanda: *The Rule of Laws*, Profile Books, London, 2022.
- ULLMAN, Walter: *Law and Politics in the Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975.
- UYGUN, Oktay: *Devlet Teorisi*, 7. Bs., İstanbul, On İki Levha Yay., 2020.
- VAN CAENEGEM, R. C.: *Özel Hukuk Tarihi: Giriş*, Çev. Ali Acar, Caner Birdal, vd., Pinhan Yay., İstanbul, 2022.
- VINOGRADOFF, Paul: *Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku*, Çev. Ferhat Düzgören, Sevtap Metin, Ahmet Ulvi Türkbay, Erol Öz, Taner Ayanoğlu, Ed. M. Tevfik Özcan, Göçebe Yay., İstanbul, 1997.