

T. C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
(HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ)
ANABİLİM DALI

SANTOS'UN TEORİSİNDE KARŞI-HEGEMONİK HUKUK ARAYIŞLARI

Yüksek Lisans Tezi

Duygu HATİPOĞLU AYDIN

Ankara 2013

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
(HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ)
ANABİLİM DALI

SANTOS'UN TEORİSİNDE KARŞI-HEGEMONİK HUKUK ARAYIŞLARI

Yüksek Lisans Tezi

Duygu HATİPOĞLU AYDIN

Tez Danışmanı

Yard. Doç. Dr. Saim ÜYE

Ankara 2013

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
(HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ)
ANABİLİM DALI

SANTOS'UN TEORİSİNDE KARŞI-HEGEMONİK HUKUK ARAYIŞLARI

Yüksek Lisans Tezi

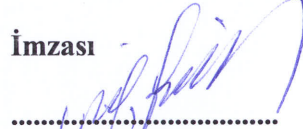
Tez Danışmanı: Yard. Doç. Dr. Saim ÜYE

Tez Jürisi Üyeleri:

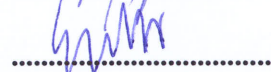
Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Ülker GÜRKAN



Doç. Dr. Gülriş UYGUR



Yard. Doç. Dr. Saim ÜYE



Tez Sınavı Tarihi: 03/12/2013

Ankara 2013

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim (...../...../.....)

Duygu HATİPOĞLU AYDIN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR.....	iii
TABLolar.....	v
GİRİŞ	1
1.BÖLÜM- PARADİGMATİK DÖNÜŞÜM.....	6
1.1. Düzen Kurma ve Özgür Kılma Arasındaki Gerilimin Anlamı	6
1.2. Düzen Kurma ve Özgür Kılma arasındaki Gerilim Üzerinden Hukuk Tarihinin Okunması.....	13
1.2.1. Roma Hukuku Resepsiyonu	13
1.2.2. Akılcı Doğal Hukuk	22
1.2.3. Sosyal Sözleşme Teorileri	27
1.3. Hukuki-Siyasi Modernite ve Kapitalizmde Hukukun Değişimi.....	32
1.3.1. Liberal Kapitalizm	32
1.3.2. Örgütlü Kapitalizm.....	41
1.3.3. Örgütsüz Kapitalizm	47
1.4. Paradigmatik Geçiş ve Muhalif Postmodernizm	55
2.BÖLÜM- SANTOS'UN HUKUK ANLAYIŞI	79
2.1. Hukukun Tanımı ve Yapısal Unsurları.....	79
2.2. Hukukun Yapısal Alanları	82
2.3. Hukuk ve İktidar İlişkileri	94
2.3.1. Hegemonya Kavramının İçerimi	94
2.3.2. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi	100
2.4. Küreselleşme ve Harita Metaforu	106

2.5. Neo-Liberal Hegemonyada Hukukun Araçsallığı	121
2.5.1. <i>Lex Mercatoria</i>	121
2.5.2. İnsan Hakları	125
2.5.3. <i>Rule of Law</i>	133
3.BÖLÜM- KARŞI-HEGEMONYA ÜRETİMİ VE PARADİGMATİK	
DÖNÜŞÜMÜN POLİTİK ROLÜ.....	141
3.1. Maddi Dönüşüm ve Olanakları.....	141
3.1.1. Hareket Halindeki Halklar	142
3.1.2. Yerli Halkların Kolektif Hak Mücadeleleri.....	143
3.1.3. İnsan Hakları ve <i>Jus humanistatis</i>	147
3.2. Karşı-Hegemonyanın Kuruluşu	153
3.3. Hukukun Özgür Kılma Potansiyelinin Yeniden Ortaya Çıkarılması	159
3.3.1. Hukuki Çoğulluk ve <i>İnterlegalite</i>	159
3.3.2. Küresel Bir Hukukilik İnşası.....	164
DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	172
KAYNAKÇA.....	180
ÖZET.....	191
ABSTRACT	192

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
Çev.	: Çevirmen
Der.	: Derleyen
dn.	: Dipnot
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
EHÇ	: Eleştirel Hukuk Çalışmaları
E.T.	: Erişim tarihi
ed.	: Edition (baskı)
Edi.	: Editör
Haz.	: Hazırlayan
I.	: Issue
Ibid.	: Aynı yerde

m.	: Madde
MAI	: Multilateral Agreement on Investment
MST	: Topraksız Köylüler Hareketi
No.	: Numara / Number
ROL	: Rule of Law
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
STK	: Sivil Toplum Kuruluşu
UNICITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
USA	: Amerika Birleşik Devletleri
USAID	: United States Agency for International Development
v.	: Versus
vb.	: Ve bunun gibi
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl

TABLÖLER

Tablo 1: Dünya Sistemi İçinde Kapitalist Toplamların Yapısal Haritası 84

Tablo 2: Hukuk Devleti Formülasyonları. 134

GİRİŞ

Halen yaşıyan önemli düşünürlerden biri olan Portekizli yazar Boaventura De Sousa Santos, özellikle 90'lı yıllarda iyice görünür olan ve sosyo-kültürel paradigmadaki bir geçişi ifade eden sürecin, hukuk ve dolayısıyla siyaset alanındaki izlerini takip etmekte, bu geçişin irdelenmesi sonucunda da, yeni bir hukuk anlayışı önermektedir.

Santos, modernite paradigmasının içinden çıkılmaz bir krizde olduğunu, bu krizin sebebinin de modernitenin iki dayanağının, yani düzen kurma ve özgür kılma işlevlerinin kriziyle ilgili olduğunu belirtmektedir. Ona göre modernite paradigması zengin ve karmaşıktır; çelişkili gelişmelere eğilimlidir ve engin bir değişebilirlik kapasitesi vardır. Bu değişim ve çelişki de toplumsal deneyim ve beklentiler arasında yer almaktadır. Batı modernitesi ilk kez, toplumsal deneyimlerle beklentilerin uyuşmadığı bir paradigma yaratmıştır¹. Bu uyuşmazlık, yani deneyimler ve beklentiler arasındaki farklılık, düzen kurma ve özgür kılma işlevlerine yaslanır. Düzen kurma (*regulation*), beklentilerin istikrarını garanti eden eylemler, kurumlar ve kurallar dizisidir. Özgür kılma (*emancipation*) ise deneyimler ve beklentiler arasındaki farklılığı artırmayı amaçlayan muhalif pratikler ve özlemler dizisidir. Düzen kurmanın bir biçimi dengeli hale gelir, yeni özlemler ve muhalif pratikler, onu daha talepkâr ve kapsamlı beklentiler adına istikrarsızlaştırmaya çalışır. Böylece ilerleme sağlanır ama bu ikisi arasındaki ilişki uzlaşmazdır².

¹ Boaventura De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, And Emancipation**, 2. baskı, Butterworths, UK 2002, s. 2.

² Ibid., s. 2-3.

Öte yandan modernitenin vaatlerinin aşırılıklarını ve eksikliklerini de ağır sonuçlarla yaşamıştır insanlık³. Bu sonuçların tespit ve eleştirilerini yaptığı noktada Santos, pozisyonunu 'muhalif postmodernizm' (*oppositional postmodernism*) olarak tanımlamaktadır. Modernitenin krizini görmeyen modernistlerden de, modernite bitti, tükendi diyen kutlamacı postmodernistlerden de kendini ayırmaktadır. Her şeyden önce bir kriz yaşadığımızı kabul etmektedir ama bunu 'postmodern' kavramıyla karşılamının yeterli olmadığını savunmaktadır. Ona göre yaşadığımız bir postmodern durum da değildir, bir postmodern 'an'dayız ve bu bir geçiş anıdır⁴.

Santos'a göre bu muhalif postmodernist duruş içinde modernitenin kavramları/vaatleri olarak eşitlik, özgürlük, barış, doğa hakimiyeti eleştirel bir bakış açısıyla yeniden okunmalıdır. Bunu yaparken de vaatlerin yerine getirilmesindeki aşırılıklar tespit edilmeli ve bazı vaatlerin hiç yerine getirilemeyeceğinin farkında olunmalıdır. Yine vaatlerin özgürleşme potansiyellerini tanımlayarak bunların ancak postmodern toplumsal, kültürel, politik, epistemolojik ve teorik sınırlar içinde gerçekleştirilebileceğini bilmek de önemlidir. Yani ortada modern çözümleri olmayan modern sorunlar vardır; işte bu sorunlar, muhalif postmodern duruş içinde çözülebilir⁵.

Bilimin ve hukukun postmodern anlayışı, epistemolojik, teorik ve analitik süreçlerde farklılık göstermektedir. Ortak noktaları ise, bilimin ve hukukun, modernitenin düzen kurma işlevinin özgür kılma işlevini yenilgiye uğratması

³ Ibid., s. 7–10.

⁴ Ibid., s. 14.

⁵ Ibid.

sürecinin ögeleri olmalarıdır. Bu nedenle Santos, bu paradigmatic geçişte, hukuka ve bilime egemen anlayış düşüncesinden vazgeçilen geniş bir süreci tarifler. Özellikle 17. yüzyıldan itibaren bilim, kavramlarımızı sömürgeleştirmiştir ve rasyonel olarak düşünceden cayma süreci gayet güzel bir şekilde irrasyonel olarak etiketlenebilir. Tüm Batı tarihinin geçmişine karşın, akıl sadece, soyut kavramlar, evrensel kurallar ve genel, zamansız, bağlamından ayrılmış ve nötr şekli düşünceler aracılığıyla, mutlak ihtiyaçlar ve kesinlikler üretmekle görevlendirilmiştir. Tarif edilen bu geçiş anında temel epistemolojik ve kültürel görev akla yatkınlığı, pratiği ve retorığı geri almaktır. İrrasyonalizm yerine, akla daha geniş bir rasyonelliği geri vermek söz konusu olacaktır⁶.

Santos, hukukun muhalefet etme ve özgür kılma potansiyelini geri verme noktasında, hukukun modern anlayışının eleştirisi ile işe koyulur ve modern hukuku üçlü bir sac ayağına oturtur: Hukukta devlet tekeli ve bilimsel yorum; devlet ve sivil toplum arasında ayırım yapılarak hukukun apolitikleştirilmesi; hukukun politik olarak meşrulaştırılmış toplumsal dönüşümün temel ve evrensel aracı olarak iş görmesi. Ona göre, yeni bir hukuk algısı kurmak için öncelikle bu tespitler değerlendirilmeli ve devamında hukuka muhalefet ve özgür kılma potansiyelinin nasıl kazandırılacağına bakılmalıdır. Bu sorunların karşılığı olarak kısaca şu çözümler tartışılmaktadır. Hukukta devlet tekeli ve bilimsel yorum karşısında 'hukuki çoğulluk ve hukukun retoriksel anlayışı', devlet ve sivil toplum arasında ayırım yapılarak hukukun apolitikleştirilmesi karşısında 'yeni bir zaman-mekan ölçeği içinde hukuku anlamlandırma', ve hukukun politik olarak meşrulaştırılmış toplumsal dönüşümünün

⁶ Ibid., s. 15.

temel ve evrensel aracı olarak iş görmesi karşısında 'karşı-hegemonik küreselleşme ve madun kozmopolitiği (*subaltern cosmopolitanism*)'.

'Santos'un Teorisinde Karşı-Hegemonik Hukuk Arayışları' adlı bu çalışmanın, Boaventura de Sousa Santos'un, bir toplumsal kurtuluş projesi olarak adlandırabilecek iddialarının tümünü aktarma çabası içinde olmadığını belirtmek gerekir. Öte yandan hukukun toplumsal yaşamdan ayrılmazlığı karşısında, çalışmanın salt hukuki bir metin olmaktan ziyade hukuk, sosyoloji, siyaset bilimi alanlarına temas eden 'interdisipliner' bir çalışma olarak tasarlandığını baştan ortaya koymak gerekir. Santos'un teorisinin kapsayıcılığı karşısında, çalışmada, teorisinin hukuka dair tartışmaları odağa alınmaya çalışılmıştır. Bu nedenle çalışmanın problemi, hegemonik hukuka karşı karşı-hegemonik bir hukukun olanaklılığını ve eğer karşı-hegemonik bir hukuk projesi olanaklı ise bunun koşullarını ve unsurlarını ortaya koymaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde Santos'un toplumsal değişim teorisine temel teşkil eden paradigmatic dönüşüm ile moderniteye içkin en önemli gerilimlerden biri olarak düzen kurma ile özgür kılma arasındaki gerilim ortaya konacaktır. Devamında hukuk tarihinin Roma hukuku resepsiyonu, akılcı doğal hukuk ve sosyal sözleşme teorileri başlıklarında bu gerilim açıklanacak, modernitenin kapitalizm ile tarihsel ilişkisi üzerinden, liberal kapitalizm, örgütlü kapitalizm ve örgütsüz kapitalizm dönemleri açısından hukukun değişimine değinilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümü Santos'un hukuk anlayışını ortaya koymaktadır.

Buna göre, yalnızca devlet hukuku ile özdeş olmayan bir hukuk tanımı ile Santos, toplumsal yaşamın geniş ve karmaşık hukuk düzenlerinden oluştuğunu belirtir. Bu hukuk düzenlerinin ve hukukiliklerin çeşitli unsurları, oluşumları, yapısal öğeleri, birbirleriyle ilişkileri ikinci bölüm altında ortaya konacaktır. İkinci bölümde ayrıca, karşı-hegemonik hukuk projesine temel teşkil edecek şekilde, yaşadığımız küreselleşme döneminde hukukun araçsallığı ile, *lex mercatoria*, insan hakları ve *rule of law* tartışmalarına değinilecektir.

Üçüncü bölüm, karşı-hegemonyanın üretiminde, yaşadığımız maddi dönüşüm ve onun hukuk alanına etki eden sonuçları ve olanakları, hareket halindeki halklar, yerli halkların kolektif hak mücadeleleri, insan hakları ve *jus humanitatis* başlıklarında ele alınacaktır. Karşı-hegemonyanın anlamı ile hukukun özgür kılma potansiyelinin yeniden ortaya çıkarılmasında hukuki çoğulluk ve *interlegalite* kavramlarına değinilecek, sonucunda da küresel bir hukukilik inşasının ilkeleriyle birlikte örnekleri ortaya konacaktır.

1.BÖLÜM

PARADİGMATİK DÖNÜŞÜM

1.1. Düzen Kurma ve Özgür Kılma Arasındaki Gerilimin Anlamı

Santos'a göre, 20. yüzyılın anlamı, moderniteden başka bir sosyo-kültürel paradigmaya geçişi işaret etmesinde saklıdır ve Santos bu geçişe, daha iyi bir isim bulamadığı gerekçesiyle 'postmodernite' dediğini söyler⁷. Santos'un tariflediği şekliyle 'muhalif postmodernizm' tartışmasını anlayabilmek ve onu karşı-hegemonik hukuk bağlamında kavramsallaştırmak için, genel olarak modernizm ve postmodernizm analizlerine bakmak gerekmektedir.

Modernizmin gerilimli doğasına birçok düşünür tarafından işaret edilmiştir. Marshall Berman, modernizmi *“modern insanların modernleşmenin nesneleri oldukları kadar öznelere de olmak, modern dünyada sıkıca tutunabilecekleri bir yer bulmak ve kendilerini bu dünyada evde hissetmek için giriştikleri çabalar”*⁸ olarak tanımlar ve moderniteye içkin çelişkili ikiliği şu şekilde ifade eder: *“Modern insan için, bir saray inşa etmek, yaratıcı bir serüven olabilir; ama onun içinde yaşamak zorunda kalmak, yine de bir kabustur”*⁹. Berman'a göre modern hayatın girdabı pek çok kaynaktan beslenegelmiştir; bunlar kısaca büyük keşifler; sanayileşme;

⁷ Boaventura De Sousa Santos, “Towards a Postmodern Understanding of Law”, **Legal Culture and Everyday Life: Inauguration Ceremony** sunuş metni, Onati: The Onati International Institute for the Sociology of Law, 1989, s. 113; De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 14.

⁸ Marshall Berman, **Katı Olan Her Şey Buharlaşıyor: Modernite Deneyimi**, Çev. Ümit Altuğ ve Bülent Peker, İletişim Yayınları, İstanbul 2001, s. 11.

⁹ Ibid., s. 14.

demografik altüst oluşlar; kentleşme; kitle iletişim sistemleri; ulus-devletler; kitlesel toplumsal hareketler ve nihayet kapitalist dünya pazarıdır¹⁰. Bu kaynakların her biri ve süreçler “*insanları modernleşmenin nesnesi olduğu kadar öznelere de yapmayı, onlara kendilerini değiştiren dünyayı değiştirmek için güç vermeyi, onları girdaptan çıkartıp bunu kendilerine malettirmeyi amaçlayan şaşırtıcı çeşitlilikte görüş ve düşünceyi beslemiştir*”¹¹. Bu görüş ve düşünceler 'modernizm' adı altında toplanmıştır.

David Harvey de, aydınlanmanın uygarlık, akıl, evrensel haklar ve ahlak konusundaki bütün imgelerinin boş olduğunu belirtir; ona göre insanlığın sonsuz ve değişmez özü gerçek ifadesini Diyonisos'un efsanevi kimliğinde bulur:¹²

Aynı anda hem 'yıkıcı biçimde yaratıcı' olmak (yani, bireyselleşmenin ve oluşumun cismani dünyasını biçimlendirmek ki bu, birliği yok eden bir süreçtir), hem de 'yaratıcı biçimde yıkıcı' olmak (yani, bireyselleşmenin hayali dünyasını hırsıyla yiyip bitirmek ki bu, birliğin tepkisini içeren bir süreçtir).

Modernliğin gerilimli karakteri, insanların gündelik yaşamlarında yerinden edilme hallerinden kaynaklandığı gibi, kapitalizmin gelişimi ile de ilgilidir. Mehmet Tevfik Özcan, kapitalizmin, hem en başından beri bir dünya sistemi olması ve hem ulusal hem de küresel ölçekte eşitsizlik üreten doğası sebebiyle, modernitenin gerilimini devamlı kıldığını belirtmektedir¹³. Diğer yandan Peter Wagner¹⁴, modernliğin üç boyutundaki kararsızlıklara; bireysel özgürlük ve cemaat, eylemlilik

¹⁰ Ibid., s. 28.

¹¹ Ibid., s. 29.

¹² David Harvey, **Postmodernliğin Durumu: Kültürel Değişimin Kökenleri**, Çev. Sungur Savran, Metis Yayınları, İstanbul 1999, s. 29.

¹³ Mehmet Tevfik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 70.

¹⁴ Peter Wagner, **Modernliğin Sosyolojisi: Özgürlük ve Cezalandırma**, Çev. Mehmet Küçük, Sarmal Yayınevi, İstanbul 1996, s. 13.

(agency) ile yapı ve yerel olarak konumlanmış insan hayatları ile yaygın olarak paylaşılan toplumsal kurallar arasındaki kararsızlıklara, özgürlük ve disiplin kavramları arasındaki bağlantıya dikkat çekmektedir. Modernite ile insan benliğinin geçirdiği dönüşüm, özgürleşme ve disiplin altına almanın birbirine paralel ve çarpıcı süreci olarak görülmelidir¹⁵. Anthony Giddens da, modernliği iki yönlü bir olgu olarak tarifler; güvenliğe karşı tehlike ve güvene karşı risk¹⁶. Nihayet, modernite, *“tahakküm ve direniş, egemenlik ve özgürleşme mücadelesini barındıran bir iktidar ilişkisi”*dir¹⁷.

Bu yaratıcı-yıkıcı ikiliğine ve çelişkiye Santos da yoğun olarak dikkat çekmektedir. Ona göre modernite paradigması, *“çelişkili gelişmelere yatkınlığı kadar engin değişebilirlik kapasitesiyle”* çok zengin ve karmaşıktır. Bu değişim ve çelişki kapasitesi, 'toplumsal deneyim ve toplumsal beklenti arasındaki farklılık'ta yatar. Modernite ile, Batı tarihinde ilk defa büyük toplumsal grupların mevcut toplumsal deneyimleri, artık kendi gelecekleriyle ilgili beklentilerle örtüşmemektedir. Artık yoksul doğup, zengin ölmek olasılık dahilindedir; cahil bir kadın okuyabilir ya da okumuş bir kişinin ebeveyni olabilir; yani beklentiler deneyimleri aşmaktadır¹⁸. Bu durum, *“kesinliğin olmadığı bir başka zaman algısına yönelik değişim”* olarak da adlandırılabilir¹⁹. Toplumun önceden belirlenmişlik duygusuyla sürdürülen toplumsal düzeninin yerine, toplumsal yaşamı paylaşan insanların düşünerek çözüm arama

¹⁵ Ibid., s. 17.

¹⁶ Anthony Giddens, **Modernliğin Sonuçları**, Çev. Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1994, s. 14.

¹⁷ Michael Hardt ve Antonio Negri, **Ortak Zenginlik**, Çev. Efla-Barış Yıldırım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2011, s. 79.

¹⁸ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 2.

¹⁹ Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s. 69.

beklentisi, modernliği, “*insanlık tarihinde en kısa zaman diliminde en fazla değişikliğin yaşandığı toplumsal değişme olgusu*” haline getirmiştir²⁰.

Batı modernitesinin bir parçası olan deneyimler ve beklentiler arasındaki farklılaşma, potansiyel olarak istikrarsızlaştırıcıdır ve burada iki zıt işlev karşı karşıya gelir: *Düzen kurma*²¹ (regulation) ve *özgür kılma* (emancipation). Modern düzen, beklentilerin istikrarını garanti eden eylemler, kurumlar ve kurallar dizisini ifade eder. Düzen kurma işlevi, bir tarafta mevcut deneyimler, diğer tarafta gelecekte beklenenler arasında politik olarak hoş görülebilir bir ilişki kurularak yapılır. Modern özgürlük ise, statükonun doğruluğunu sorgulayarak, örneğin deneyimler ve beklentiler arasında mevcut politik bağı oluşturan kurumları sorgulayarak, deneyimler ve beklentiler arasındaki farklılığı artırmayı amaçlayan muhalif pratikler ve özlemler dizisine işaret eder. Özgür kılma işlevi, beklentilerin istikrarını garanti eden pratikler, kurumlar ve kurallarla zıtlaşarak ve onlar yasa dışı kılınarak yapılır. Böylece modernite, düzen kurma ve özgür kılma işlevleri arasındaki dinamik gerilim üzerine oturur. Bu gerilim en iyi ifadesini, düzen ve iyi düzen ya da toplum ve iyi toplum arasındaki diyalektikte bulur. Belirli bir zamanda ve yerde düzen, toplumda mevcut yerleşikliği garanti ederken, özgürleşme gelecekteki iyi toplumun iyi düzeni için bir özlem duyar. Özgürleşme mücadelesinin başarısı, deneyimler ve beklentiler arasında yeni bir politik ilişki kurma kapasitesi ile ölçülür. Bu başarı, onun kendisini yeni bir düzen kurma biçimine dönüştürme kapasitesine bağlıdır, böylece iyi düzen, düzen haline gelir. Bu, modernitenin tipik bir özelliğidir:

²⁰ Ibid., s. 68.

²¹ Santos'un metinlerinde “regulation” ve “emancipation” olarak geçen kavramlar, bağlamı içinde sırasıyla “düzen kurma” ve “özgür kılma” olarak çevrilmiştir. Buradaki “düzen kurma” baskı unsurunu da içermektedir.

bir kez düzen kurmanın yeni biçimi istikrarlı hale geldiğinde, yeni özlemler ve muhalif pratikler onu daha talepkâr ve kapsamlı beklentiler adına istikrarsızlaştırmaya çalışır. Böylece düzen, iyi düzenle aynı zamana denk gelmek üzere sona erer. Düzen kurma ve özgür kılma arasındaki gerilim bu yüzden çözümsüzdür; ikisi arasında olası bir uzlaşma mümkün değildir²².

Modernizmin geldiği noktada ve yaşadığı kriz bağlamında ona yöneltilen eleştiriler itibariyle, modernitenin çelişkili süreci ve özgür kılma işlevi ile düzen kurma işlevi arasındaki gerilim ve uzlaşmazlık ön plana çıkar; başka deyişle “*özgürlüğün gerçekleştirilmesi ile özgürlüğün törpülenmesi*”²³ arasındaki ilişki, moderniteye içkindir. Karl Marx, modernitenin bu özelliğini, sermaye ve sınıf tahliliyle çeşitli yerlerde ortaya koymuştur. Örneğin, Karl Marx ve Friedrich Engels'in Komünist Manifestosu bu nedenle burjuvaziye övgüyle başlar; burjuvazi, insan etkinliğinin neler getirebileceğini ilk kez göstermiştir; aynı burjuvazi, otoritesini atalarına değil, kendi yaptıklarına dayandıran ilk egemen sınıftır ve burjuvazinin başarılarından biri insanın gelişme, sürekli değişme, kişisel ve toplumsal hayatın her alanında sürekli altüst oluş ve yenilenme kapasitesini ve güdüsünü özgürleştirmek olmuştur. Ama burjuvazinin aktivizmindeki ironi, onun kendini en zengin olanaklardan, ancak burjuvazinin erkini kıranlarca gerçekleştirilebilecek olanaklardan koparmak zorunda olmasında yatar. Keza kapitalizmin sorunu budur, yarattığı insani olanakları yok etmesi. Kapitalizm herkesin kendini geliştirmesini teşvik eder, hatta bunu zorlar ama insanlar ancak

²² De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 2–3.

²³ Wagner, **Modernliğin Sosyolojisi**, s. 23.

sınırlı ve çarpıtılmış şekillerde gelişebilirler²⁴. Gerçekten de, Marx, modernist yazarlar arasında aydınlanma düşüncesinin geniş ufku ve zindeliğini, kapitalizmin gebe olduğu tüm paradoks ve çelişkilerin en ince ayrıntılarının bilinci ile birleştiren erken ve büyük bir örnektir²⁵. Manifesto'nun birinci kısmında ortaya serilen, yüzyıl sonra modernizm kültürünü biçimlendirecek kutupsallıklardır; *“tatmin edilemez arzular ve güdüler; sürekli devrim, sonsuz gelişme, daimi yaratma, hayatın her alanında daimi yaratma ve yenilenme. Bir yandan da onun radikal antitezi, nihilizm, durdurulamaz yıkım, hayatın darmadağın olması, çiğnenmesi, karanlığın yüreği, dehşet...”*²⁶. Marx'a göre *“günümüzde her şey kendi karşısına gebe gibi görünmektedir”*²⁷.

Santos'a göre, modernite paradigması *“birbiriyle çelişme potansiyeli bulunan üç ilkenin uyumlu bir gelişimini amaçlar: **Devlet ilkesi**, ki ilk kez Hobbes ile formüle edilmiştir; **piyasa ilkesi**, Locke ve özellikle Adam Smith tarafından geliştirilmiştir; **halk ilkesi**, ki Rousseau'nun sosyal ve politik teorisine kılavuzluk eder”*²⁸. Aynı zamanda bu üç ilke yani devlet, piyasa ve halk ilkeleri modernitenin düzen kurma ayağını oluşturur. Devlet ilkesi, vatandaşlar ve devlet arasında dikey siyasi yükümlülüğü bünyesinde toplar, bu yükümlülük, zamana ve mekana göre, cebir ve meşruiyet ile çeşitli şekillerde garanti edilmiştir. Yine bu ilke, beklentilerin olası (ve dolayısıyla tek meşru) ufku oluşturmak suretiyle beklentileri dengede tutar. Piyasa ilkesi, piyasa ajanları arasında yatay, karşılıklı çıkarıcı yükümlülüğünden müteşekkildir.

²⁴ Berman, **Katı Olan Her Şey Buharlaşıyor**, s. 131–137.

²⁵ Harvey, **Postmodernliğin Durumu**, s. 120.

²⁶ Berman, **Katı Olan Her Şey Buharlaşıyor**, s. 145.

²⁷ Krishan Kumar, **Sanayi Sonrası Toplumdan Post-Modern Topluma - Çağdaş Dünyanın Yeni Kuramları**, Çev. Mehmet Küçük, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 1999, s. 115.

²⁸ De Sousa Santos, “Towards a Postmodern Understanding of Law”, s. 113.

Beklentilerin politik olarak kurulmuş ufukları içinde, yerine getirilmelerini, asgari kayıpla temin edilmelerini garantiler, piyasa alanında çıkarların evrensel teşviki yoluyla onları dengede tutar. Nihayet, halk ilkesi, devlet-dışı ve piyasa-dışı aidiyetlere göre bireyleri ilişkilendiren yatay yükümlülükler gerektirir. Halk ilkesi de, belirli bir grubun kolektif olarak, devlet tarafından konulan siyasi sınırlar içinde ve piyasa yükümlülüklerinin dışında ya da ötesinde ne elde edebileceklerini ya da umacaklarını tanımlayarak beklentileri dengede tutar²⁹.

Modernitenin özgür kılma ayağı da Max Weber tarafından tanımlanan rasyonalitenin üç mantığından oluşur; sanat ve edebiyatın estetik-dışavurumcu rasyonelleşmesi; bilim ve teknolojinin kavramsal-araçsal rasyonelleşmesi ve etik; hukuk devletin ahlaki-pratik rasyonelleşmesi. Bu üç mantığın, her biri kendi yolunda, belirli bir düzenleyici sınırın ötesinde toplumsal dönüşümün olasılıklarını artırarak, olası beklentiler ufkunun dengesini bozar, yani, deneyimler ve beklentiler arasında geçerli politik ilişkilere uymayan başka gelecek olasılıkları yaratır. Bu nedenle bunların ütopyacı bir boyutları vardır. Hayal etmenin gücünü kullanarak, insan olanaklarının yeni tarzlarını ve insan istencinin gelişiminin yeni biçimlerini keşfederler³⁰.

*“Modernitenin vaatleri, potansiyel olarak birbiriyle çelişkili toplumsal değerlerin, adalet ve özerkliğin, dayanışma ve özdeşliğin, eşitlik ve özgürlüğün uyumunu gerektirir”*³¹. Düzen kurma ve özgür kılma işlevleri kendi potansiyellerini

²⁹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 3.

³⁰ Ibid.

³¹ De Sousa Santos, “Towards a Postmodern Understanding of Law”, s. 114.

en üst noktaya çıkarmaya eğilimlidirler, böylece aralarındaki gerilimin potansiyel olarak gelişimi engellenir. Yine düzen kurma ve özgür kılma işlevlerinin her biri, içerdikleri ilkeleri de ençoklaştırma eğilimindedir. Düzen kurma tarafında, devlet, piyasa, halk ilkelerinin ayrı ayrı azamileştirilmesi eğiliminden söz etmek mümkündür. Özgür kılma tarafında ise toplumsal pratiğin estetikleştirilmesi, bilimselleştirilmesi ya da hukuksallaştırılması yönünde bir eğilim mevcuttur³².

1.2. Düzen Kurma ve Özgür Kılma Arasındaki Gerilim Üzerinden Hukuk Tarihinin Okunması

Santos, modernizmin özgür kılma ve düzen kurma ayakları arasındaki gerilimin hukuk alanındaki yansımasının en az bilimsel alandaki kadar eski olduğunu ve 12. yüzyıldan itibaren Roma hukukunun resepsiyonuna kadar götürülebileceğini belirtir³³. Gerçekten Roma hukukunun resepsiyonuyla başlayan süreçte ve devamındaki eğilimlerle, modern devletin egemenliği, kapitalizmin gelişmesi, yaşadığımız çağda egemen olan hukuk algısının, biçimlerinin ve kurumlarının oluşmasında temel taşlar dizilmiştir. Bu dönemler, hukukun günümüzde taşıdığı anlamın oluştuğu dönemler olarak, hegemonik hukukun yol haritasının belirgin uğrakları olarak değerlendirilebilir.

1.2.1. Roma Hukuku Resepsiyonu

Resepsiyon, Türkçe'ye 'yabancı hukuk alımı' olarak aktarılabilirse de, yabancı hukukun benimsenmesi, zorla benimsetilmesi, bir bütün halinde alınması, kısmen

³² De Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, s. 4.

³³ Ibid., s. 21–22.

alınması, eski bir hukukun yeniden canlanması gibi olguların tümü 'resepsiyon' kavramı içinde değerlendirilebilir³⁴. Resepsiyonun uygarlıklar arasındaki kültür alışverişinin özel bir görünümü olduğu³⁵ bakış açısından, Roma hukuku resepsiyonu, 11. yüzyılın sonunda Bologna Üniversitesi'nde başlayıp, ardından Avrupa'yı saran “şaşırtıcı bir entelektüel hareket”³⁶ olarak görülebilir. 6. yüzyılda derlenen Justinianus'un *Corpus Juris Civilis*'inin, feodal hukuk sistemi tarafından benimsenmesi anlamına gelen Roma hukuku resepsiyonunun meydana gelmesinde, “müşterek bir hukuk özlemi”³⁷, üniversitelerin ve doktrinin payı³⁸ gibi yan etkenler, ama özellikle Avrupa feodalizminde ticaretin yaygınlaşmasıyla kapitalist ekonomiye açılan yolda, basit meta üretimi düzenine elverişli Roma hukukunun uygulama alanı bulması gibi sebepler sayılabilir³⁹.

Roma hukuku resepsiyonunu anlamak için dönemin hukuksal yapısına bakmak gerekir. Feodal dönemin hukuk sistemi oldukça karmaşık, biçimsiz, kaotik ve yetersizdir. Feodal toplum gibi feodal hukuk da belirgin bir çoğulluğu barındırmaktadır. Brian Z. Tamanaha bu çoğulculuğun üç ana eksenini vurgular; birincisi farklı coğrafi uzanırlardır; *ius commune*, *lex mercatoria*⁴⁰ ve skolastik hukuk geniş Avrupa'da farklı krallıkları içine almaktaydı; bu ulus-aşırı denebilecek hukuk, ulusal bir düzeyde kodifiye edilmiş Cermen görenek hukuku ve yerel düzeyde feodal hukuk, kent hukuku ve yazısız yerel örf-adet hukuku ile birlikte var

³⁴ Cahit Can, *Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi*, Kaynak Yayınları, İstanbul 2012, s. 23.

³⁵ Ibid., s. 104.

³⁶ De Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, s. 22.

³⁷ Can, *Türk Hukukunun Kökenleri*, s. 121.

³⁸ Ibid., s. 124.

³⁹ Ibid., s. 119.

⁴⁰ Lex mercatoria için ayrıntılı bir tartışma için bkz. Bölüm 2.5.1.

oluyordu. İkincisi bir arada varolan, örtüşen hukuk organlarıdır; hukuk sistemleri arasında dikey çizgiler örneğin kasabalılar- kentliler, kilise adamları ve öğrenciler-laikler, zanaatkarlar- zanaatkar olmayanlar mevcuttu, toplumun büyük (ve küçük) birlikleri farklı kural kümelerine göre yaşıyordu, farklı hukuk mahkemelerine tabiydiler. Üçüncüsü ise bir arada var olan kurumsallaşmış sistemlerdi; tek bir sistem ve sosyal arenada farklı hukuk normlarının organları olabilirdi, özellikle örf-adet hukukunda⁴¹. Hukuk sistemini biçimsiz ya da kaotik yapan ise, aynı kişinin birden farklı yasaya ya da hukuk düzenine maruz kalmasıydı; bu yasaları ve hukuk düzenlerini birbirinden ayıracak belirgin kurallar mevcut değildi. Diğer taraftan bu bir özgürlük kaynağı da olabilirdi. Mesela bir serf kent mahkemesinden efendisine karşı, bir papaz kilise mahkemesinden, Krala karşı koruma talep edebilirdi⁴². Öte yandan Santos, bunun sadece acil durumlarda uygulanabilen kaotik bir özgürlük olduğunu belirtir. Bu özgürlük, kentli tacir sınıfların arzuladığı tarzda, rutine bağlanacak ve keyfi müdahalelere karşı koruma sağlayacak bir özgürlük değildi; bu bağlamda sözleşme özgürlüğü ve sözleşme güvenliği aynı hukuki topluluğun iki yüzünü oluşturuyordu⁴³. Bu bakımdan, müşterek hukuk özleminin de maddi temelleri olduğu söylenebilir. Ticari ilişkilerin artması ve kapitalist üretim biçiminin nüvelerinin toplumsal yaşamda yer etmeye başlaması ile, tacir kentliler için müşterek hukuk özlemi, kavramları, kategorileri, ilkeleri ve bölümleriyle bilimsel bir sisteme sahip⁴⁴ Roma Hukukunun benimsenmesinde önemli bir etken olmuştur. Roma hukuku resepsiyonu, henüz politik ya da ideolojik olarak henüz egemen olmayan ve

⁴¹ Brian Z. Tamanaha, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global,” **Sydney Law Review**, 2008, Vol. 30, No. 375, s. 379.

⁴² De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 22.

⁴³ Ibid., s. 23.

⁴⁴ Can, **Türk Hukukunun Kökenleri**, s. 124.

doğmakta olan bir sınıf olarak burjuvazinin çıkarlarını maksimize eden hukuki düzenleme biçimlerinin gelişmesiyle bu sınıfın özgürleşme projeleriyle de uyumluydu; hukukta ve hukuk yazımında bir bütünlük, ortak hukuk dili ve ortak bir eğitim öğretim metodu olarak *jus commune*, ilerici çıkarların hizmetinde “entelektüel olarak üstün bir sistem” olarak tanımlanıyordu⁴⁵. Roma hukukunun 'özgür kılma' potansiyeli işte bu noktada açığa çıkıyordu ve Avrupa burjuvazisinin ekonomik, kültürel ve nihayet politik iktidar mücadelesinin bir parçasıydı.

Roma hukuku resepsiyonunda bir diğer etken olarak üniversitelerin ve doktrinin payı önemlidir. Roma hukukunun, özellikle usul hukukuna ilişkin hükümlerinin, 12. yüzyıla yaklaşırken Kilise mahkemeleri ve piskoposlukların yargıç papazları tarafından 'olağanüstü usul hukuku' (*cognitio extra ordinem*) olarak kullanıldığını belirtmek gerekir⁴⁶. Böylece bir kısmı zaten kullanılan Roma hukuku, özellikle *post-glossator*ların çalışmalarıyla yeni anlamını kazanmıştır. Bologna Üniversitesi'nde başlayan romanist araştırmalar öncelikle *Digesta*'lara yönelmiş, Ortaçağ skolastiklerinin yöntemlerine bağlı kalan *glossatorlar* soyut bir bilim yapma amacına yönelmişler, yaşadıkları dönemin somut gereksinimlerine eğilmemişlerdir. Öte yandan hemen ertesinde *post-glossatorlar*, Roma hukukunu farklı ve değişik bir anlayışla incelemişler ve hukukun yeni toplumsal gelişmelere uyumunu sağlamışlardır; bir yandan Roma hukuku özgün bir sistematik kazanırken, diğer yandan ticaret hukuku, devletler özel hukuku gibi yeni gelişmelere açık bir esnekliğe kavuşturulmuştur⁴⁷. Özcan, bunun 'yasanın üstünlüğü' ile ifade edilen bir yaklaşım

⁴⁵ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 23.

⁴⁶ Can, **Türk Hukukunun Kökenleri**, s. 120.

⁴⁷ Ibid., s. 127.

olduğunu belirtir ve bunun egemen devletin iradesinin gölgesini taşıdığını ekler. Postglossatorlar Roma hukukunun *ius commune* (müşterek hukuk) olarak yasayı anlamlandırmakta kullanılmasını öne çıkarmışlardır. Yine *communis opinio* da postglossatorlerin öne çıkardığı bir kaynak olarak hem örf ve adeti hem de hukukçunun zihinsel olarak bulduğu çözüm yollarıyla yeni ihtiyaçları karşılamasını olanaklı kılmıştır. Özellikle “*mülkiyet hukukunda dominium directum ve dominium utile (günümüz terimleriyle 'mülkiyet' ve 'zilyetlik' olarak karşılanması yerinde olur) de yine bu postglossator yaklaşımının sonucu olarak geliştirildi*”⁴⁸.

Öğretilmesi ve yorumlanması bakımından Roma hukuku otorite (*translatio imperii*) ile (yazılı) aklın (*ratio scripta*) bir bileşimidir. Düzenleme yapmanın pragmatik ihtiyaçları, rasyonel deneyime tabi kılınmalıdır ve rasyonel deneyim, yeni zamanların yeni toplumsal ve politik ahlakına dair bir arayıştır; bu ise özerklik ve özgürlük gerektirmektedir. Santos bu noktada şunu belirtir: 16. yüzyıl sonlarının “*rasyonel girişim*” modeli, alimler için bilim değildir ama hukuktur. Özgür kılma ile düzen kurma arasındaki gerilim, düzenleyici iktidarın meşruiyetini kendi özerkliğinden aldığı gerçeğine dayanır. 12. yüzyıl Avrupasında devrimci bir sıçramadan biraz daha azı gerçekleşmiştir. Zamanın özel koşulları altında, uyuşmazlıkların çözümünün hukuksallaştırılmasının özerkliği ve hukuki gerekçelendirmenin merkeziliği, onun özgür kılma hedeflerini unutan bir düzen kurmaya izin vermiştir⁴⁹.

Cahit Can, Roma hukukunun sistemleştirilmesi sürecini 'hukukun

⁴⁸ Özcan, **Modern Toplum Ve Hukuk Devleti**, s. 47.

⁴⁹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 24.

akılcılaşması' ile tanımlamaktadır ve Weber'e atıfla hukuk alanındaki akılcılaşmanın 'özgün hukuk dili'nin kullanılmasıyla başladığını belirtir. Klasik Roma hukukunda da, dilekçenin, konuşma dili dışında ve salt hukuka özgü kavramlarla hazırlanması ve hukuku meslek edinmiş uzmanların özgün bir hukuk terminolojisine yer vermesi, hukuktaki akılcılaşmanın göstergeleridir⁵⁰. Hukuk sistemlerinin de, diğer toplumsal fenomenler gibi içinde doğdukları ve beslendikleri toplumsal yapılardan ayrık olmadıklarını düşünen⁵¹ Weber'e göre, tarihte ve hukukta rasyonel ve sistematik 'akılcılaşma' Batı'ya özgüdür⁵². Hukuktaki akılcılaşmanın maddi ve şekli açıdan gerçekleşmesi sürecinde, özellikle sistemleştirme aşamasında biçimsel akılcılık, anlaşılabilir ve düzenleyici bir ilke durumuna dönüşür ve birbirlerinden bağımsız normlar yığını olarak düşünülen hukuk, kuralların birbirleriyle bağlantıları göz önünde tutularak bütünleştirilir ve sistemleştirilir⁵³. Weber'e göre, *"hukukun ve işletmenin ussal yapısı en önemlileridir. Çağdaş ussal kapitalizmin teknik iş araçlarına gereksinimi olduğu gibi, hesaplanabilir bir hukuka ve biçimsel kurallarla işleyen bir işletmeye de gereksinimi vardır"*⁵⁴. Maddi açıdan akılcılıkta, hukukun yapılması ve uygulanmasında normlar, önceden mevcut, genel ve soyut prensiplerden yola çıkılarak yargılamaya temel teşkil ediyorsa, burada maddi açıdan akılcı bir hukuk sisteminden bahsedilebilir. Bu noktada normların, felsefi temelleri itibarıyla hangi ideolojik, dini veya pozitivist yaklaşımlardan etkilenmiş olduğu

⁵⁰ Can, **Türk Hukukunun Kökenleri**, s. 135.

⁵¹ Hamide Topçuoğlu, "Max Weber Sosyolojisine Göre Hukuki Düşüncenin Kategorileri Ve Yeni Hukuk Normlarının Teşekkül Tarzları," **Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsh'e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.197, Ankara 1964, s. 240.

⁵² Max Weber, **Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu**, Çev. Zeynep Gürata, Ayraç, Ankara 2002), s. 14.

⁵³ Can, **Türk Hukukunun Kökenleri**, s. 138.

⁵⁴ Weber, **Protestan Ahlakı...**, s. 23.

önemli değildir⁵⁵. Biçimsel açıdan akılcı hukuk sistemleri bakımından ise hukuk yapma ve hukuk bulma süreçleri bağlamında hukuk sistematığının içerisindeki birtakım genel ve soyut nitelikli kurallarının varlığı ve bağlayıcılığı gereklidir. Kural koyucuların hukuk yapma bakımından birtakım doğaüstü güçlere veya psişik yollara başvurarak kural meydana getirmesi söz konusuysa ya da hukuk bulma açısından yargılama, uygulamayı yürütenlerin birtakım psişik yöntemlere başvurması yoluyla hükme bağlanıyorsa burada şekli açıdan akılcılık bulunmamaktadır⁵⁶. Bu bakımdan, hukuki otoriteye bağlı olanların, bir üste hiçbir bağlılık borçları yoktur, otoritenin emirlerine kendi yargı yetkilerini belirleyen sınırlı bir alan içinde itaat ederler⁵⁷.

Yasalaştırmalarda niteliksel anlayışın egemen olmasıyla, bireysel normlardan oluşan ve her biri tek tek biçimsel akılcılığı simgeleyen normlar yığını örgütlendirilerek, her normun, tek bir sistemin ögesi sıfatıyla ve bütüne bağımlı olarak taşıyacağı biçimsel bir akılcılığın daha olması gerektiği ortaya konmuş, böylece biçimsel akılcılığa yeni bir nitelik daha eklenmiştir⁵⁸. Can'a göre yüzyıllar önce kullanılmış bir hukukun, içinde yaşanan çağda da geçerli olabilecek duruma dönüştürülmesi, bu hukukun, doğumunu sağlamış olan koşullardan soyutlanarak ele alınmasını, yani bu 'model kavramlar bütünü' üzerinde soyut akılcı işlemlere geçilmesini (sistemleştirme açısından) zorunlu kılmaktadır. Böyle olunca da hukukçunun hukuku geliştirme çabası salt mantıksal bir işleme dönüşmüş gibidir⁵⁹.

⁵⁵ D. Celaleddin Kavas, "Max Weber Sosyolojisi Işığında Modern Hukukun Rasyonel Temeli", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi, 2007, s. 58.

⁵⁶ Ibid., s. 59–60.

⁵⁷ Anthony Giddens, **Kapitalizm Ve Modern Sosyal Teori**, Çev. Ümit Tatlıcan, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s. 252.

⁵⁸ Can, **Türk Hukukunun Kökenleri**, s. 139.

⁵⁹ Ibid., s. 144.

Sonuç olarak Roma hukukunun resepsiyonunda, eski hukukun yeni dönemin koşullarına göre sistemleştirilmesinde, hukukçular, ana çerçevesi koşullar tarafından belirlenen düşüncenin biçim ve yöntemlerinden etkilenecekler ve çağın felsefî görüşlerinin etkisi altında kalacaklardır. Bunun bir sebebi de meşruluğu akla dayandırmaktır; çünkü *“mutlakiyetçi devletin ortaya çıkmasıyla Tanrısal otoritenin hem politika, hem de hukukta meşruluk temin etmesi ortadan kalkınca”* geriye tek seçenek kalmıştır⁶⁰.

Santos'a göre Roma hukukunun özgür kılma özelliği, bir süre sonra 19. yüzyılda Tarihçi Hukuk Okulu'nun (Savigny, Puchta, Windscheid) baskın hale gelmesiyle, düzen kurmaya yenik düşmüştür. Tarihçi Okul mensupları, pozitivist bir epistemolojinin boğmasıyla, Roma hukukunu resmi, sıkı bir mantık sistemini izleyen hukuk kurallarının hiyerarşik yapısına dönüştürmüşlerdir. Glossatorların yetki, rasyonellik ve ahlaktan oluşan karmaşık Roma hukuku, güya ahlaka nötr ve sadece teknik olarak mükemmelleşme, mantıksal tutarlılık, boşluksuz kaplama ve tamamen öngörülebilirlik özellikleri taşıyan bu yorumla akılcı, teknik bir formalizme dönüşmüş/indirgenmiştir⁶¹. Tarihçi Hukuk Okulu'na göre hukuksal kurumlar, akıl ya da düşünce aracılığıyla değil, organik bir süreç içinde kendiliğinden gelişmiştir, hukuk da bu nedenle 'halk ruhu'dur ve Savigny, halk ruhu ile, hukukun bilinç dışı oluşumunu ön plana çıkararak, yasalaştırmalara karşı çıkmanın zeminini hazırlayacak, yasalaştırmanın hukuku donduracağını, çünkü hukukun kendiliğinden oluştuğunu ileri sürecektir⁶². Peki halk ruhu nasıl ortaya çıkarılacaktır? Savigny'e

⁶⁰ Özcan, **Modern Toplum Ve Hukuk Devleti**, s. 49.

⁶¹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 24.

⁶² Cahit Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri Ve Genel Gelişim Çizgisi**, 3. baskı,

göre halk ruhunun içerdği hukuku işleyecek olanlar hukukçulardır, hukukçular hukuku sadece öğrenmekle kalmaz aynı zamanda sistemleştirirler; yani ampirik yoldan öğrenilen hukuk, mantık yoluyla ve tümdengelim aracılığıyla organik bir biçimde türeyen yepyeni kurumlar oluştururlar; işte bu yaratılan hukuk 'bilimsel' hukuktur⁶³. Savigny'e göre, *“hukukçular giderek ayrı bir sınıf özelliği kazanırlar, hukuk dili gelişir, bilimsel bir yön kazanır. Bu aşamada hukukçular toplumu temsil ederler. Hukuk artık suni ve daha karmaşık bir nitelik kazanır”*⁶⁴. Tarihçi Hukuk Okulu'nun Roma hukukunu 'yazılı akıl' olarak nitelendirmesi, Roma hukuku kurallarının akılcı, teknik, öngörülebilir bir yapıya kavuşturma çabasına da yol açmıştır. Öte yandan bu, hukukun değişen toplumsal koşullara yanıt veremez hale gelmesi önlenemeyecektir. Yani, *“örnek alınacak somut kurallı bir modelden, hukukta kesinliği en üst düzeye ulaştırılacağına inanılan, tümdengelim yoluyla oluşturulmuş, akılcı ve soyut nitelikte yeni bir hukuk anlayışına sıçramak zorunluluk halini almıştır”*⁶⁵. Santos da, Roma hukukunun özgür kılma potansiyelinin hukuk biliminin matematiğe dönüştürülmesi ile kaybolduğunu vurgulamaktadır. Roma hukuku yeni ortaya çıkan bir sınıfın önündeki engelleri aşma mücadelesinin bir parçası olarak özgürleştirici bir karakter taşıırken, *“politik gücün ele geçirilmesiyle, artık böyle bir gerilimin sürmesine ihtiyaç kalmamıştır, bu yüzden Roma hukuku, bilimselliği nedeniyle, kendi kendine, tek olası özgür kılma olan toplumsal düzen kurmanın detaylı bir projesine indirgenmiştir”*⁶⁶.

Siyasal Kitabevi, Ankara 2011, s. 189.

⁶³ Ibid., s. 190.

⁶⁴ Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, 8. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2009, s. 211.

⁶⁵ Can, **Türk Hukukunun Kökenleri**, s. 146.

⁶⁶ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 25.

1.2.2. Akılcı Doğal Hukuk

17.ve 18. yüzyılın akılcı doğal hukuk akımının kökeninde teolojik doğal hukuk görüşünün kriziyle birlikte aklın ve gözlemin kullanılmasıyla yeni bir 'iyi düzen'in oluşturulması vizyonu vardır. Teolojik doğal hukuk görüşünün krizi, dönemin din tartışmalarının kısmen reform hareketleri sebebiyle etkisini yitirmesinin, kısmen de dünya problemlerinin laik bir görüş açısından incelenmesi zorunluluğunun anlaşılmasının sonucuydu⁶⁷. Bireysel ve kolektif hayatın yeni akılcılaşması laik bir akılcılaşmaydı ve yerel ve uluslararası ilişkilerde baskın çıktı⁶⁸. Döneme damgasını vuran fikirlerin sahibi Hugo Grotius'a göre, insan doğal bir sosyallik isteğine yahut sosyallik içgüdüsüne sahiptir. Bu istek insanı, kendi soydaşları ile birlikte barış içinde ve akla göre yaşamaya götürür. İnsanı diğer hayvanlardan farklı ve yüksek kılan özelliklerden birisi, soydaşları ile birlikte toplum halinde yaşama eğilimine ve toplum hayatını akla göre düzenleme yeteneğine sahip olmasıdır⁶⁹. “*Bütün insanlığı kapsayan ve değişmez nitelik taşıyan bazı doğal hukuk kurallarının*” varlığı doğal hukuk görüşü için esastır. A priori hukuk kurallarının varlığı, kuralın insanın akli ve sosyal tabiatına uygun olmasına ve aykırı olmamasına dayanır⁷⁰. Doğal hukuk görüşünün tarihsel sürekliliğinde yeni çağ dönemine denk düşen Grotius için, doğal hukukun ayırıcı özelliği insan aklının emri olmasıdır. John Locke'un liberal hukuk devletinin öncüllerini sosyal sözleşme ile temellendirmesi öncesinde, mutlakiyetçi devletlerin 'devletler arası' ortak alanına ait olan doğal hukuk savunusu Grotius tarafından yapılmıştır. Meğer ki bu doğal hukuk Tanrı tarafından

⁶⁷ Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 174.

⁶⁸ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 25.

⁶⁹ Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 175.

⁷⁰ Ibid.

kararlaştırılmış olsun; ama onun tarafından bile değiştirilemeyecektir. Grotius'un bu bakış açısı, herkeste ortak olana, yani akla uygunluğa müracaatla meşruluğun temellendirilmesidir⁷¹. Gerçekten ona göre hukuk değişmez, hatta Tanrı bile hukuku değiştiremez; “nasıl ki Tanrı iki kere ikinin 5 olmasını sağlayamazsa, onun gibi özü ve aslı ile kötü olan bir şeyi de iyi yapmaz”⁷². Bu akılcılaşma evrenseldir ve evrensel olarak uygulanabilir; onun yayılması hem aklın hem de deneyimin yer aldığı yeni bir metodoloji gerektirir⁷³.

Grotius hukuku üçe ayırır. Birincisi *jus latius patens*, geniş anlamda hukuktur ve uluslararası ilişkilere dairdir. İkincisi *jus civile* (medeni hukuk) devletler tarafından yaratılır ve üçüncüsü *jus arctius*, dar anlamda hukuktur, küçük grupların hukuku denebilir. Bu sonuncusu kendi içinde ikiye ayrılır ve *jus rectorium* kişiler arasındaki hiyerarşik ilişkileri düzenler ve *jus equatorium* eşitler arası ilişkileri, yardımlaşma ve gönüllü derneklerinin ilişkilerini düzenler. Bu tip bir sistemleştirme ve akılcılaşmanın kökleri 15. ve 16. yüzyılların '*legal humanism*'inde (hukuki hümanizm) bulunur⁷⁴. Hümanist hukuk, hukuka ve tarihe eleştirel bir yaklaşım biçimidir. Hukuk bilimini uzun vadede oldukça etkilediği belirtilen hümanizm, mevcut en iyi metnin kullanılması ilkesinin yerleşmesi ve metinlerin yarı-kutsal otoritesinin itibarının zedelenmesiyle, hukuk biliminin doğuşuna sebep olmuştur. Metinlerin sistematize edilmesi Pandektist okulun oluşmasına yardım etmiştir. Metinlerin tadilinde hümanistlerin mantıksal becerileri, bu becerilerin toplumun

⁷¹ Özcan, **Modern Toplum Ve Hukuk Devleti**, s. 49.

⁷² Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 176.

⁷³ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 26.

⁷⁴ Ibid., s. 27.

bütünü için kullanışlı olduğunu göstermiştir⁷⁵. Hukuki hümanizm, orta çağ skolastik mantığının yapaylığına saldıran bir akımdır. Hümanistler için akıl yürütme ve anlama, hâlâ keşif ve yargılama arsındaki ayrım üzerine yapılandırılmıştı. Ama teorik ve pratik akıl yürütmeyi bir araya getirme çabası içinde, daha önce retorik alanına giren muhakeme yöntemleri üzerine daha fazla önem verildi, örneğin, bağlam, örnekler, metaforlar ve kıyaslar kullanmak bunlardan birkaçıydı. Hümanizmin, 'sağduyu' (*wisdom*) ve tarz arasındaki uyumlu birlikteliğin devam ettiği klasik retorik belagatında bir rönesans olduğu söylenebilir. Bu nitelikleriyle de, hümanizm, vatandaşlık erdemi (*civic virtue*) ve '*res publica*'nın yararı ya da cumhuriyetçiliğin hedefleri için zaruri olan liberal sanatların içinde birlik ve bütünlüğü sağladı⁷⁶.

Hukuki hümanizmi önemli kılan, erken bir hukuk eleştirisi olmasıdır; özellikle hukuk doktrini yazarlarının (glossatorlar ve postglossatorler) hukukun politik ve toplumsal içeriğini, eşitsizlikleri yansıtması ve adaletsizlik yaratma potansiyelini anlamadaki başarısızlıklarını doğrudan eleştirmesidir; böylece hukuki hümanizm erken bir Eleştirel Hukuk Çalışmaları (hareketi) olarak anlaşılabilir. Bu 'eleştirel hukuki hümanizmin' temel meselesi, ulusal hukukun öğretilmesi ve doktriniydi. Özetle, “(...) hukuki gerekçenin, doktrinin ve skolastiğin tarihsel cehaletinin ve mevcut hukukun kötüye kullanan bilgiçliğinin başarısızlığı, cumhuriyetin kendi politik başarısızlığının gösterenleriydi. Hümanist hukuk reformunun -ya da bugünkü EHÇ- görevi ya da projesi, hukuki akıl ile hukuksal

⁷⁵ Mark D. Walters, “Legal Humanism and Law-As-Integrity,” **Cambridge Law Journal**, Temmuz 2008, Vol. 67, no. 2, s. 357.

⁷⁶ Ibid., s. 359.

kurumların siyasetini ilişkilendirmektir”⁷⁷.

Santos, Galileo Galilei ve René Descartes'ın yeni biliminin heyecanıyla 17. yüzyılda *methodus*, *schemata* ve *ratio* kombinasyonunun, modern bilim ve modern hukuk arasındaki 'suç ortaklığının' erken bir görüntüsü olduğunu belirtir⁷⁸. Grotius'tan bir kuşak sonra Gottfried Leibniz 1677'de, matematiğe dayanan yeni bir hukuk metodu olarak *jurisprudentia rationalis* önerecek, bir kaç on yıl sonra Giambattista Vico, evrensel hukuk iddiasını geliştireceği başka bir 'yeni bilim' önerisinde bulunacaktır⁷⁹.

Vico, Santos açısından önemli bir düşündürdür ve Isaac Newton'un doğaya yaptığını tarihe yapmıştır; tarihin ilkelerini keşfetmiştir. Vico bunu yaparken şunun da farkındadır; tarih ya da toplum bilimi, doğa bilimlerinin metotları ve ilkeleriyle gelişemez. Vico, Descartes'çı doğalcılığı ve akılcılığı eleştirmektedir, çünkü gerçek bilgelige ve sosyal ilişkilerdeki eşitliğe ulaşmada yetersiz kalmıştır, oysa bu, insan kültürü ve tarihi meselesinde nihai amaçtır. Vico, matematiğin doğa kitabının dili olduğu yerde, filolojinin de insanlığın kitabını anlamayı umanlar için zorunlu olduğunu belirtir. Ona göre dil, sosyal gerçekliğin ve sosyal dönüşümün sembolik bir ifadesidir. Hukuk felsefesine gelince, bu bilimseldir çünkü “*nesnelerle sebep ve sonuç açısından uğraşır ve evrenseldir fakat doğal felsefeden farklı olarak insanın refahını amaçlar*”. Vico, Grotius'un çalışmalarını geliştirerek kendini bir *jus naturale gentium* (halkların doğal hukuku) keşfetmiş olarak olarak görür. Ona göre hukukun

⁷⁷ Costas Douzinas, Peter Goodrich, ve Yifat Hachamovitch (Ed), **Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies: The Legality of the Contingent**, Routledge, 1994, s. 4–5.

⁷⁸ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 27.

⁷⁹ Ibid.

ve hukuk felsefesinin evrimi, medenileşmenin evriminde en açıklayıcı göstergedir⁸⁰. Descartes'ın tarihe açık ve seçik düşüncelerle yaklaşma tavrına karşı çıkan Vico, doğruluğu, kesinliği, açık seçik düşüncelerde değil de, etkinlikte, insan varlıkları tarafından yaratılmış, gerçekleştirilmiş olanda aramıştır. Vico'ya göre, tarih, insanların eseridir; insan yalnızca kendisinin yarattığı şeyleri bilebilir⁸¹.

Santos'a göre hukuk alanında düzen kurma ve özgür kılma işlevleri arasındaki geriliminin bitmesinin yolu, Vico'nun en temel ayrımı olarak *certum* (kesin/certain) ile *verum* (doğru/true) arasındaki ayrımın anlaşılmasıdır. *Certum*, otorite, keyfiyet, insan iradesinin belirlenmiş çıktısı iken; *verum*, doğrudur, aklın ortaya çıkmasıdır, doğanın gereksinimlerinden doğan evrenselliştir. Her ikisi de hukukun iyi yönünü oluşturur. Vico'ya göre doğal hukuk sabit normatif bir varlık değildir⁸².

(...) içkin bir düşüncelliğe (immanent ideality) doğru pozitif hukuk yapılarının tarihsel oluşum sürecinin hareketidir. ... Doğal hukukun evrenselliği, bütün zamanlarda ve özdeş yerlerde özdeş pozitif hukukun egemen olması gereğinden meydana gelmez, ama pozitif hukukun bütün biçimlerinde, yasanın doğrudan yürütülmesini dikte eden maddi koşulların farklılığına rağmen, aynı ideal ilke iş başındadır.

İnsanlık deneyiminin tarihsel yörüngesi, *certum*dan *veruma*, otoriteden akla, özelden evrensele yönelik gelişimi gösterir. Tarihteki her anda, hukuk düzen kurma (otorite) ve özgür kılma (akıl) arasındaki gerilimle oluşmuştur ama insanlık deneyimi geliştikçe özgür kılma düzen kurmayı yener. Çünkü *verum* sadece kavramsal akıl değildir. *Verum* (doğru) *aequum*dur (adildir). Hukukun özgür kılma potansiyeli, onun

⁸⁰ Ibid., s. 28.

⁸¹ Timothy Costelloe, "Giambattista Vico," **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Ed. Edward N. Zalta, Bahar 2012.

⁸² D'Entrev'es'ten aktaran De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 29.

rasyonelliğinin evrensel toplumsal refahtan ayrılmaz oluşunda yatar⁸³.

1.2.3. Sosyal Sözleşme Teorileri

Modern hukuk alanının kökenindeki düzen kurma ve özgür kılma arasındaki gerilimin üçüncü önemli tezahürü, sosyal sözleşme teorilerinin ortaya çıkışıdır. Thomas Hobbes, John Locke ve Jean Jacques Rousseau değerlendirmeleriyle birlikte, Santos, kendi iddiası için Rousseau'nun önemini özellikle vurgular. Ona göre, Aydınlanmayı, Aydınlanma bakış açısından sürekli eleştiren Rousseau, kendini herhangi bir bilimsel metodoloji ile bağlı görmez. Tersine modern bilimi, zamanın en ciddi etik ve politik problemiyle yüzleşmekte yetersiz kalmakla eleştirir. Bu nedenle Santos, modernitenin kökenlerindeki düzen kurma ve özgür kılma arasındaki diyalektik gerilimi, Rousseau'nun herkesten daha iyi ifade ettiğini belirtir⁸⁴.

Rousseau'nun bahsettiği en ciddi ve etik problem şu şekilde formüle edilir: “*insan özgür doğar, oysa her yanda zincire vurulmuş durumdadır*”. Rousseau'nun bu sorgulaması özgürlükten köleliğe bu değişikliğin nasıl olduğuna ilişkindir⁸⁵. Rousseau konuya ilişkin şunu belirtir:⁸⁶

Bir halk, eğer boyun eğmek zorundaysa ve boyun eğiyorsa iyi ediyordur; fakat boyunduruğunu silkip atabilecek duruma gelir gelmez silkip atarsa daha iyi eder; çünkü özgürlüğünü elinden alan, bunu hangi hakka dayanarak yapmışsa aynı hakka dayanarak onu geri almaya hakkı vardır ya da özgürlüğünün elinden alınması bir haksızlıktır. Fakat toplumsal düzen, tüm öteki hakların temelini oluşturan kutsal bir haktır. Ne var ki bu hak, kesinlikle doğadan gelme bir hak değildir; dolayısıyla da anlaşmalara dayanır. Sorun da bu anlaşmaların neler olduğunu bilme sorunudur.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid., s. 30.

⁸⁵ Jean-Jacques Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Alpagut Erenuluğ, Öteki Yayınevi, Ankara 1999, s. 29.

⁸⁶ Ibid., s. 29–30.

Santos için, Rousseau, diğer çağdaşları olan 'sözleşmeciler' arasında bir adım öne geçer. Bunun nedeni, onun için problemin, özgürlük üzerine bir toplumsal düzenin nasıl bulunacağından ziyade bu toplumsal düzenin hangi yollarla özgürlüğün yolunu açacağı olmasıdır. İşte bu nedenle, insanların Hobbes'un sözleşme teorisindeki gibi, özgürlüklerini kaybetmeleriyle sonuçlanan bir anlaşmaya özgürce dahil olmaları tuhaftır⁸⁷. Rousseau da bu durumu şu şekilde vurgular:⁸⁸

Egemen varlık 'filan kimsenin istediğini ya da en azından istiyorum dediğini ben de şimdi istiyorum', diyemez; çünkü istencin gelecek için kendini bağlaması usdışı olduğu gibi sahibinin iyiliğine ters düşen herhangi bir şeye olur vermek de hiçbir istencin elinde değildir. Bu nedenle de eğer halk, boyun eğmekten başka bir şey yapamayacağı konusunda söz verirse bu kararıyla kendi varlığını ortadan kaldırır; halk olma niteliğini yitirir; ortaya bir efendi çıktığı anda egemen varlık diye bir şey kalmaz, siyasal oyrun (gövde) yok olur.

Bir tek olası netice vardır; devredilemez ve bölünemez egemenliğin asli bir uygulaması olarak genel istenç: “Devletin güçlerini devletin kuruluş amacına, yani herkesin yararına uygun biçimde, yalnızca genel istenç yönetebilir”⁸⁹. Bu genel istenç Rousseau için düzen kurma ve özgür kılma işlevleri arasında bir sentez anlamına gelir. Ve bu sentezin en iyi ifadesi iki çelişik fikirde bulunur: “sadece kendine itaat” ile “özgür olmak zorunda olmak”. Bu iki fikir toplum sözleşmesinin temel önermesinden kaynaklanır⁹⁰. Rousseau, toplum sözleşmesinin çözüm getirdiğini belirttiği ana sorunu şu şekilde tarifler:⁹¹

Katılımcıların her birinin canını ve malını, oluşturacağı ortak gücün tümüyle savunup koruyacak bir katılım biçiminin bulunması ... Ve bu ortaklıkta her bireyin, tüm öteki ortaklarla birleşirken yine de yalnızca kendi istencine boyun eğmesi ve ortaklığa katılmadan önceki denli özgür kalması.

⁸⁷ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 31.

⁸⁸ Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 60.

⁸⁹ Ibid., s. 59.

⁹⁰ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 31.

⁹¹ Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 46.

Sözleşmeye katılan herkesin, kendini, tüm haklarıyla birlikte toplumun tümüne bağladığı durumda, yani her bireyin kendini tümüyle vermesi halinde, koşul herkes için aynı olacaktır, herkes için aynı olan koşullarda ise bunun başkaları zararına kullanılmasında hiç kimsenin çıkarı olmaz; *“her birimiz, kendimizi ve tüm erkimizi, hep birlikte genel istencin yüce yönetimine veriyor ve oyrun (gövde) olarak her örgeni bütünüün bölünmez bir parçası kabul ediyoruz”*⁹². İnsanlar genel istenç aleyhine davrandıklarında ahlaken özgür olmayacaklardır, dahası tutkularının ve iştahlarının kölesidirler. Ahlaken özgür olmak, kendiliğinden saptanmış yasalara göre hareket etmek anlamına gelir; bu yasalar, genel istenç tarafından tanımlanan ortak iyiyi teşvik ederler. Genel istenç bütünüün istenci ile uyum sağlamak zorunda değildir⁹³. İstenci genelleştiren insan sayısı değil, onları birleştiren ortak çıkardır. Bu koşullar altında düzen kurmanın en yoğun uygulaması, özgür kılmanın da en yoğun uygulamasıdır⁹⁴. Hukuk ve eğitim bu sentezin anahtarlarıdır. Rousseau için hukuk genel istencin ortaya çıkmasıdır ve genel istenci ihlal edecek herhangi bir amaç için kullanılamaz⁹⁵. Bu yüzden Rousseau'ya göre yasa yapmak kimin işidir diye sormaya gerek yoktur, çünkü yasalar genel istencin edimleridir. Hükümdarın da yasanın altında veya üstünde olup olmadıklarını sorgulamaya da ihtiyaç yoktur, çünkü hükümdar da devletin bir üyesidir. Yine yasaların haksızlığı ya da haklılığı noktasında da bir problem yoktur, çünkü kimse kendine haksızlık etmez; insanın nasıl hem yasalarla bağlı olup hem de özgür olabildiğini sormak da yersizdir; çünkü yasalar bizim istencimizin kaydedildiği belgelerden başka bir şey değildir⁹⁶.

⁹² Ibid., s. 46–47.

⁹³ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 31.

⁹⁴ Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 68.

⁹⁵ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 31.

⁹⁶ Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 76.

Rousseau'nun toplumsal sözleşmesinde, devlete ayrıcalık tanıyan Hobbes'tan ve piyasaya ayrıcalık tanıyan Locke'dan farklı olarak 'halk' (topluluk) vurgusu ön plandadır; *“yasalara boyun eğmek zorunda olan halk, yasaları koyan halkın kendisidir, toplumun koşullarını düzenleme işi ona katılanlara aittir”*⁹⁷. Rousseau'nun toplum sözleşmesi devleti ikincil ve güvencesiz bir şekilde yorumlar; sözleşme herkes tarafından herkesle oluşturulur. Egemenlik sözleşmeye içseldir⁹⁸. Santos, sosyal sözleşmeciler Rousseau, Hobbes ve Locke'un modern siyaset teorilerini değerlendirmesinin neticesinde, modernitenin düzen kurucu ve özgür kılıcı iddialarının her ikisinin de oldukça derin ve karmaşık olduğu, aynı zamanda aralarında diyalektik bir gerilim bulunduğu sonucuna varır. Hobbes, Rousseau ve Locke, her biri kendi tarzında, projelerinin herkesi kapsayan simetrilerinin -doğa durumu/sivil toplum, egemenlik/vatandaşlar, özgürlük/eşitlik, doğal hukuk/mevcut hukuk- gerçek hayata uyarlandıklarında nasıl çökmeye mahkum olduklarını göstermektedir. Onların teorileri, bu sonucun gerçekleşme ihtimalinin öngörüsüyle birlikte, bu sonucun meydana gelmesini önlemeye yönelik bir girişim olarak okunabilir. Bu teorilerde anlaşmazlıklar, tutarsızlıklar ve çelişkiler de bulunabilir. Ama, Hobbes, Rousseau ve Locke, tek bir entelektüel takım yıldızının ayrı parçaları olarak ele alındığında, modernitenin hukuki-siyasi yapısının derinliği ve karmaşıklığı ve özelde ona içkin düzen kurma ve özgür kılma işlevleri arasındaki gerilim görünür hale gelmektedir. Bu üç teorisyen en iyi, toplumsal hayatın rasyonelleşmesine dair büyük bir projenin parçası olarak anlaşılabilir⁹⁹.

⁹⁷ Ibid., s. 77.

⁹⁸ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 33.

⁹⁹ Ibid., s. 37.

Bu üç düşünürün durdukları noktalar hukuka bakışlarını da belirler. Hobbes için hukuk bir iradenin ürünüdür; egemenin iradesi kendiliğinden mevcuttur ve araçsaldır. Kural koyma hakkı, yargılama hakkı gibi haklar da bu araçlara dahildir. Locke için hukuk bir rızanın ürünüdür, bu rıza ulusun devlete havale ettiği yasayı onaylama ve uygulama haklarından doğar. Rousseau için ise hukuk kendinden saptanmıştır; halk yasaları geçirme hakkını egemene devretmemiştir. Bu nedenle vatandaş, kendinden başka kimseye itaat etmez ve özgür olmaktan başka bir şeye zorlanamaz¹⁰⁰.

Santos, modernite paradigmasının karmaşıklığında, bu yaklaşımların hiçbirinin indirgemeci olmadığını ama bunların her birinde indirgemeciliğin tohumlarını bulabileceğimizi belirtir. Düzen kurucu işlev ile özgür kılıcı işlev arasındaki gerilim, modern siyasi düşüncenin kurucuları olarak bu üç düşünürde 'meşrulaştırma kaygısı' olarak deneyimlenir. Kendilerini, *“ortaya çıkan yeni toplumsal ve siyasal düzenin meşrulaştırılması göreviyle yüklenmiş olarak görürler ama diğer yandan bu yeni düzenin hem eşi benzeri görülmemiş vaatlerinin aydınlığını hem de geri dönüşü olmayan aşırılıklarının ve zararlarının karanlığını önceden sezerler ve doğrusu buna tanıklık ederler”*¹⁰¹. Sosyal sözleşme kuramcılarının başlayarak kurucu akıl aracılığıyla insanileştirilmiş bir toplumsal evrenin inşa edileceği inancı, bu inşa tamamlanmadan akılla meşrulaştırılan bir düzenin kurulmasıyla tam tersi yöne sürüklenecektir¹⁰².

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid., s. 39.

¹⁰² Özcan, **Modern Toplum Ve Hukuk Devleti**, s. 67.

1.3. Hukuki-Siyasi Modernite ve Kapitalizmde Hukukun Değişimi

Santos, moderniteden bahsederken Batı modernitesini kastettiğini belirtir ve bir tarihsel süreç olarak modernite ile kapitalizm arasındaki ilişkinin doğrusal olmaktan uzak olduğunu ve farklı anlara, zamansallıklara ve evrelere bölünebileceğini söyler, bu ilişkiye bir rastlantısallık atfeder¹⁰³. Santos, düzen kurma ve özgür kılma işlevleri arasındaki gerilimin izleklerini ortaya koyduktan sonra, özgür kılıcı işlevin düzen kurucu işleve nasıl yenik düştüğünü göstermek için, kapitalist gelişmenin 3 dönemi bakımından; liberal kapitalizm, örgütlü kapitalizm ve örgütsüz kapitalizm dönemlerinde hukuku tartışmaktadır.

1.3.1. Liberal Kapitalizm

Modernizm ve postmodernizm süreçlerini kapitalizmden ayrı düşünmek, üretim ilişkilerinin toplumsal yapıyı belirleyici gücünü yok saymak anlamına gelecektir. Modernizm kapitalizmden ayrı değerlendirilemeyeceği gibi, postmodern olarak adlandırılan dönem de kapitalist gelişmenin bir evresinde düşünülmelidir. Santos'un paradigmatik geçiş süreci olarak tariflediği süreç bu bakımdan yeni kapitalizm dönemiyle birlikte değerlendirilmelidir.

Her ne kadar Batı modernitesi ve kapitalizm iki farklı ve özerk tarihsel süreçler olsa da, modernitenin sosyo-kültürel paradigmasının özellikle 16. yüzyıl ve 18. yüzyıl sonu arasında, sanayi kapitalizminden önce günümüzün merkez

¹⁰³ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 1., 1 nolu dipnot

lkelerinde hakim hale gelmesiyle, bu iki tarihsel süreç birbirine yaklaşmış ve hatta birbirinin içine gemiřtir¹⁰⁴. Bu noktada Harvey de, modernleşmenin köklerini Marx'ın sermaye tahlilinde bulur ve ona göre “*kapitalizm, kendi dünya tarihi boyunca her zaman devrimci ve yıkıcı bir g olarak kalmasını sağlayan kuralları kendi içinde taşıyan bir toplumsal sistemdir*”¹⁰⁵. Karl Marx Komünist Manifesto'da bunu şöyle açıklar:¹⁰⁶

Burjuvazi, retim aletlerini, dolayısıyla üretim ilişkilerini ve bunlarla birlikte bütün toplum ilişkilerini devrimcileştirmeksizin yaşayamaz. Oysa, daha önceki bütün sanayici sınıfların varlıklarının ilk koşulu eski üretim biçiminin değişikliğe uğramadan korumasıydı. Üretimin sürekli alt üst oluşu, tüm toplumsal yapının kesintisiz olarak sarsılışı, sonu gelmeyen bir hareketlilik ve güvensizlik, burjuva çağını daha önceki bütün çağlardan ayırt eder.

O halde, modernizmin krizine odaklanırken ve geçiş sürecini tariflerken, kapitalizmin evreleriyle arasında bağlantı kurulabilir.

Geç 18. yüzyıldan 19. yüzyılın ortasına kadar geçen süre “*dünyanın kuzeybatı çeyreğinde erken dönem kısıtlı liberal modernliğin bina edildiği dönem*” olarak grlebilir¹⁰⁷. Aydınlanma kral ve tanrı kavramlarına karşı kapsamlı ve evrensel bir insanlık kavramı geliřtirirken¹⁰⁸, Wagner devleti “*yeni toplumun doğurgularına karşı çitlenmesi olarak*” grr¹⁰⁹. Modern devlet, kolektif kimliği sınırlandıran kurumsal bir biçim olarak, burjuva hareketlerinden önce verilidir ama aynı zamanda burjuva hareketlerinin mücadeleleri esnasında yaratıcı bir şekilde temellük edilen ve

¹⁰⁴ Ibid, s.1

¹⁰⁵ Harvey, **Postmodernliğin Durumu**, s. 128.

¹⁰⁶ Karl Marx ve Friedrich Engels, **Komünist Parti Manifestosu**, ev. Gaybıkyl, 8. baskı, Bilim ve Sosyalizm Yayınları, Ankara 1997, s. 45–46.

¹⁰⁷ Wagner, **Modernliğin Sosyolojisi**, s. 91.

¹⁰⁸ Ibid., s. 69.

¹⁰⁹ Ibid., s. 74.

dönüştürülen bir dizi tahakküm kuralı biçimidir¹¹⁰. Gianfranco Poggi, modern devletin gelişiminin ilk aşamalarında yer eden yasal sürecin başlıca konusunun, kendi yetki alanları dahilindeki ayrıcalık ve bağımsızlıkların kapsamı ve güvenliğine ilişkin özerk güç merkezleri arasında şiddet olduğunu, 19. yüzyıl hukuk devletinin de 'birlik' ve 'iç egemenlik' ilkelerini kurumsallaştırarak bu sorunu çözmüş olduğunu belirtir¹¹¹.

19. yüzyıl hukuk devletinin niteleyici somut özellikleri arasında devlet topraklarının bütünlüğü, toprakların askeri açıdan savunulabilirliği, tek bir para birimi ve tek bir maliyesi, genellikle tek bir 'ulusal' dili ve farklı hukuk geleneklerinin yalnızca sınırlı amaçlar ve çevre bölgeler içinde geçerliliklerini korudukları tek bir hukuk sistemi oluşu sayılabilir¹¹². Feodalizmden doğup gelen modern devlet, 18. yüzyıla gelindiğinde çoktan 'egemenlik' nosyonuyla, yöneticinin hala kişisel olan iktidarının yasa aracılığıyla bir dereceye kadar biçimselleştirilmiş olmasıyla ve devletle ilgili disiplin altına aldığı bir dizi pratikle donatılmıştır¹¹³. Artık, gelişimini tamamlayan modern devletler, *“doğal olarak monisttir ve bu yönleriyle princeps'in gücünü populus'un iradesinden aldığı Roma geleneğine geri dönüşü temsil ederler”*¹¹⁴. Bu aynı zamanda devletin meşruiyeti ile de ilgilidir. Bu noktada Weber, yasal egemenliğin akılcı, geleneksel ve büyüleyimsel olmak üzere üç gerekçelendirme biçimi olduğunu, akılcı gerekçelendirmede konulan kuralların yasallığına ve bu yasalar gereğince egemenlik konumuna getirilenlerin buyruk verme

¹¹⁰ Ibid., s. 73.

¹¹¹ Gianfranco Poggi, **Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım**, Çev. Şule Kut ve Binnaz Toprak, 5. baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 129.

¹¹² Ibid., s. 114.

¹¹³ Wagner, **Modernliğin Sosyolojisi**, s. 74.

¹¹⁴ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 114.

hakkı olduğuna inanmayı içerdiğini belirtir. Bu akılcı gerekçelendirme biçimi modern devletle örtüşür ve kurallar, bireylerin bu hukuk kurallarına uyması beklenerek yapılır; birbiriyle uyumlu soyut kurallar bütünlüğü olarak hukuk düzenlemesi de, ona uyması beklenen topluluk üyelerince onaylandığı ya da en azından kınanmadığı halde geçerlidir¹¹⁵. Böylece, modern devlet, güç kullanımının kişisellikten çıkması sonucunda gücün ehlileşmesine dair bir ahlaki gerekçe ile meşrulaşır. Güç, soyut ve genel yasalar yoluyla ortaya çıkar, yasal egemenliği elinde bulunduran kişi de, kişisel olmayan bir düzene bağımlıdır, böylelikle *“kişilerin yönetim yetkilerini elinde tutanlara kişisel itaatleri de en aza indirgenir, çünkü yönetenler gücü salt belirli ve yasal olarak denetlenen görevlerden ötürü kullanmaktadır”*¹¹⁶. Devlet gücünün merkezileşmesi sürecinin temel niteliklerinden biri olarak 'toplumun edilgenleştirilmesi', güç kullanımının devlet elinde tekelleşmesinin sınırlı da olsa bir sonucudur. Gündelik hayattaki şiddetin azalması, devletin gücünün artmasıyla paraleldir¹¹⁷. Bir bakıma iktidarın soyutlanması olarak adlandırılabilir bu süreç, hukukun gelişiminden de bağımsız değildir. Feodal dönemin geleneklere dayalı iddialarla işleyen farklı hak tartışmaları, hukukun, geçerliliğini hükümdarın irade beyanından alan ve sonuçta mantıksal bütünlüğü olan, tutarlı, boşluklara yer vermeyen bir kurallar sisteminden kaynaklandığı, genel ve soyut buyruklardan oluştuğu düşüncesinin gelişimiyle uyumsuz. Bu noktada, Roma hukuku resepsiyonunda, mutlak krallıkların kodifikasyonlarında gelişen bu genel ve soyut hukuk anlayışı modern devletin temeline yerleşmiştir. Bu düşüncenin en iyi

¹¹⁵ Max Weber, **Toplumsal Ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı**, Çev. Özer Ozankaya, İmge Kitabevi, Ankara 1995, s. 315.

¹¹⁶ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 123.

¹¹⁷ Christopher Pierson, **Modern Devlet**, Çev. Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul 2011, s. 26.

ürününün 'hukuk dili' olduğu söylenebilir¹¹⁸. Çıkarılmış yasalar bütünü, pozitif hukuk olarak modern hukuk, “istenmiş, yapılmış, egemenliği kullanan devletin kendisince çoğu kez açık, belgelenmiş ve genellikle yeni kararlarla geçerli kılınmıştır”¹¹⁹. Anayasallığa yapılan bu vurgu, bireyin üstünlüğüne değil, hukukun üstünlüğüne dayanır. Modern devletin “yasama yolu ile değişebilen idari ve hukuki bir düzen olması”¹²⁰ neticesinde, hukukun değiştirilebilirliği, aslında iktidarın da değiştirilebilirliği anlamına gelmektedir. Bunun için anayasal sınırlar çizilmiş ve anayasa yasalar üstü bir konuma yerleştirilmişse de, anayasa da nihayetinde pozitif hukukun bir parçasıdır ve değiştirilebilir. Yani iktidar, yasayla bir dereceye kadar biçimlendirilebilir, pozitif hukuk da, devletin dili de değiştirilebilir ve iktidarın sayısız davranışına yön ve izin verebilir¹²¹.

Liberal kapitalizm döneminde hukukun özerkliği ve evrenselliği devletin birliğini; devletin birliği de, devlet ve sivil toplum arasında bir ayrımı ve devletin işlevsel farklılaşmasını önceliyordu¹²². Çünkü, nihayet, modern devlet bir kurgu idi ve Poggi'nin deyişiyle “Tanrı'nın, ulusun kendi Geist'ının ya da bilinmeyen tarihsel güçlerin bir armağanı olarak verilmemiştir; 'yapma' bir gerçekliktir”. Bu yapının bir kez kurulmasıyla da, devlet sürekli olarak bir amaca veya işleve yönelik faaliyet gösterir; bu, sadece ortaya çıkışındaki amaçtan değil, gelecekte de varlığını meşrulaştıracak ve faaliyetlerini gerekçelendirecek bir görevi üstlendiği bir

¹¹⁸ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 107–108.

¹¹⁹ Ibid., s. 123.

¹²⁰ Pierson, **Modern Devlet**, s. 35.

¹²¹ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 132.

¹²² De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 45.

mekanizma olduğu içindir¹²³. Sivil toplum ve hepsinden öte piyasa ilişkileri kendi kendini düzenleyen birimler olarak kavranıyordu ve özerkliğinin garantisi devlete bağlıydı¹²⁴. Bu aynı zamanda devletle hukuk arasında neredeyse özdeşliğe varan bir ilişkiyi de tariflemektedir; *“devletin etkinliklerinin pek azında, özellikle salt siyasal çıkarlara (dış güvenlik, asayiş) ilişkin ya da normatif olmayan, sıradan idari gereksinme ve kolaylık kaygılarıyla hukuk dışı alanlara izin verilir”*¹²⁵. Ama bu alanlar da yasalarca yani devlet tarafından belirlenir ve sınırlanır. Devletin yasaların yapılması, uygulanması ve yaptırımının sağlanması için hukuksal olarak düzenlenmiş bir dizi organ olarak işlevlendiği noktada, kamu hukuku- özel hukuk ayrımı, düzenleme alanları itibariyle önemlidir. Devletin kendi faaliyetlerinin eş güdümünü sağlaması ve yönlendirmesi, bu faaliyetler için gereken standartların tanımlanması, nedenleri açıklayan genel kuralların oluşturulmasını ve uygulanmasını gerektirdiği yer, kamu hukukunun çerçevesini çizmektedir. Özel hukukta ise, bireylerin özerk etkinliklerinin çerçevesi çizilir. Doğumdan ölüme pek çok kişisel ilişkiyi düzenleyen yasalar, bir bakıma devletin yurttaşları karşısındaki gücünün ifadesidir. Burada önemli bir nokta şudur: Devlet, görünüşte taraf tutmadan hangi tür çıkarların devlet desteğine layık olduğuna da karar vermektedir¹²⁶. Böylece özel hukuktaki negatif özgürlükler ve makul ama farklı hukuki çerçeveler ve sözleşmeleri infaz edilebilir kılan mekanizmalar yoluyla, rekabetçi piyasanın kendini dengeleyen yeniden üretimi garantilenmiş olur¹²⁷.

¹²³ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 126–127.

¹²⁴ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 45.

¹²⁵ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 123.

¹²⁶ Ibid., s. 124–125.

¹²⁷ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 45.

19. yüzyıl hukuk devleti, her ne kadar kendinden önceki zengin entelektüel geleneğin bir mirasçısı olsa da, etik taleplerini ve siyasi vaatlerini azaltarak onları liberal kapitalizmin baskılayıcı gereksinimlerine uydurmuştur. Halk egemenliği devletler arası sistem içinde ulus-devletlerin egemenliği haline gelmiştir. Genel istenç, çoğunluğun egemenliği olmuştur¹²⁸. 19. yüzyıl aynı zamanda büyük altüst oluşları da yaşamıştır. Bu altüst oluşlar döneminde hukukun devletçiliği ve bilimciliği gerilimlerle dolu bir toplumsal alanda gelişmiş, bu ise hukukun devletçiliği ve bilimciliği ile devlet ve piyasa ilkelerinin belirginleşmesine ve yukarıda bahsedilen devlet, piyasa ve halk ilkelerinden sonuncusunun harcanmasına büyük ölçüde denk düşmüştür. Rousseau'nun egemen topluluğunun, soyut varlıkların düalistik yapısına -devlet ve sivil toplum; sivil toplum ve birey- indirgenmesi sarsıcı olmuştur¹²⁹. Fransız devriminin ardından, Rousseau'nun savunduğu, her bireyin iktidarın bir hissesine sahip olduğu görüşü geçerliliğini yitirmiş, emredici vekalet anlayışına son verilmiş, temsilci vekalet anlayışı egemen hale gelmiştir¹³⁰. Özellikle eşitlik fikrini içeren sözleşme kuramları burjuvazinin kullanımına yatkın birer silah olmaktan çıkmış ve 'hukuksal pozitivizmin' zafere ulaştığı bir çağın laik ve ilerici havasıyla çelişir hale gelmiştir¹³¹. Bu durumu modern cumhuriyetin bir tanımının diğerleri karşısında galip gelmesi olarak değerlendiren Michael Hardt ve Antonio Negri, galip gelen cumhuriyet biçimini, bir anlamda Rousseau'nun Emmanuel Joseph Sieyes'e yenilmesini, *“mülksüzleri dışlayan ya da ikinci plana atan, mülkiyet egemenliğine ve özel mülkiyet haklarının dokunulmazlığına dayanan bir*

¹²⁸ Ibid., s. 40.

¹²⁹ Ibid., s. 44.

¹³⁰ Cahit Can, **Cumhuriyet Devrimi ve Öngörülme Bugünü**, Kaynak Yayınları, İstanbul 2011, s. 84-85.

¹³¹ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 127.

cumhuriyetçilik” olarak tanımlarlar. Bu, tarihsel olarak ortaya çıkıp baskın hale gelen bir biçimdir. İngiliz, Amerikan ve Fransız burjuva devrimlerinde, anayasal düzen ve hukuk egemenliğinin kuruluşu özel mülkiyete hizmet etmiştir¹³². Örneğin, tıpkı mülkiyet hakkının, önceleri -1789 ve 1793 anayasalarında- 'baskıya direnme hakkı' ile bağlantılıyken, 1795'te sadece 'güvenlik' ile ilintili hale gelmesi gibi, Fransız Devrimi'nden itibaren eşitlik de, giderek artan biçimde biçimsel, serveti koruyan ve (mülkiyet sahibi olarak anlaşılan) bireylerin, el koyma ve sahiplik gücünü kuvvetlendiren bir hukuki yapı olarak tanımlanır hale gelmiştir¹³³. Negri ve Hardt, mülkiyetin insan düşüncesinin ve eyleminin esası olarak görüldüğünü ve egemenliğin düzenleyici fikri olarak işlev gördüğünü belirtirler, artık *“birey kavramı olmakla değil, sahip olmakla tanımlanır”*¹³⁴. Bu noktada hukukun etik ilkelerden ayrılarak, kurumsal yapının ve piyasa düzeninin uysal bir aracı haline gelmesinden söz edilebilir. Poggi de, 19. yüzyıl devletinin iki temel çelişkisinden biri olarak, sınıflar arasındaki bir güç sistemi olarak kapitalizmin doğasının devleti etkilediğinden bahseder. Ona göre tüm güç ilişkilerinin kaynağı olma iddiasındaki devlet, aslında kendisinden kaynaklanmayan ve kendisinin denetiminde olmayan, sermayenin özel ellerde toplanmasından doğan güç ilişkilerinin garantörü olarak davranır¹³⁵. Nihayet, 19. yüzyıl devleti ile zamanın burjuva sivil toplumu arasında yakın bir tamamlayıcılık ilişkisinin varlığından söz etmek gerekir¹³⁶. *“Bir sınıf egemenliği organı, bir sınıfın başka bir sınıf üzerindeki baskı organı”* olarak devlet, *“sınıflar arası çatışmayı hafifleterek bu baskıyı yasallaştırıp pekiştiren bir 'düzen'in*

¹³² Hardt ve Negri, **Ortak Zenginlik**, s. 25.

¹³³ Ibid., s. 27.

¹³⁴ Ibid., s. 23.

¹³⁵ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 116.

¹³⁶ Ibid., s. 137.

kurulması” anlamına gelir¹³⁷. Poggi, liberal devletin, yönetim etkinlikleri yoluyla burjuvazinin tüm toplum üzerinde sınıfsal egemenliğini kayırmak ve korumak üzere kurulduğunu ileri sürer. Devletin herkese eşit olarak tanıdığı soyut haklar bu duruma bir örnektir, bu eşitlik sayesinde artık kişisel iş sözleşmeleri yoluyla işgücü, ücret karşılığı satılabilecektir ki bu da kapitalist üretim biçiminin gereksinmesidir. Poggi, bu noktada Jürgen Habermas'ın modern hukukun özelliklerinin burjuvazinin belli ahlaksal ve kültürel tercihlerini yansıttığı tespitine değinir; “böyle kurallar burjuvazinin 'içe dönüklüğü'ne özgür bir ortam sağlar, çünkü dışlarındadır; burjuva kişiliğine özgür bir ortam sağlar, çünkü geneldir; burjuva öznelliğine özgür bir ortam sağlar, çünkü nesneldir; burjuvazinin somutluğuna özgür bir ortam sağlar, çünkü soyuttur”¹³⁸.

Modern bilim epistemolojisinde pozitivistimin yükselişine paralel olarak hukukta ve yargılamada pozitivistimin yükselişi, ideolojik yapılar olarak, toplumsal ilerlemenin kapitalist gelişmeye indirgenmesine yardımcı oldu ve kapitalist rasyonaliteyi, kapitalist olmayan irrasyonelliklerin (Tanrı, din ya da gelenek, metafizik ya da etik, özgürleşme idealleri ya da ütopyalar) kirlenmelerine karşı bağışık kıldı¹³⁹. Öte yandan 19. yüzyıl sadece bilimde ve hukukta pozitivistimin yüzyılı değildi. Yine bu yüzyıl bir politik hareket olarak sosyalizmin doğuşunu gördü, sayısız ütopyacı proje ve pratikleri de. Sosyalist ve ütopyacı projeler ve hareketler, eşitlik ve özgürlük, özerklik ve dayanışma, düzenleme ve özgürleşme

¹³⁷ V.İ. Lenin, **Devlet Ve İhtilal**, Çev. Kenan Somer, Bilimve Sosyalizm Yayınları, Ankara 1989, s. 15.

¹³⁸ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 141.

¹³⁹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 40.

ideallerinin gerçekleşmesine dikkat çekti¹⁴⁰. Bu dönemde yaşanan toplumsal değişimler, yerlerinden edilmiş insanların kendi kaderleri ve toplumsal konumları hakkındaki talepleri ve seçkinler arasında da toplumun düzeni ve istikrarı hakkındaki yaygın belirsizlik, liberallerin olmayacağını varsaydıkları 'toplumsal sorun'u ortaya çıkardı¹⁴¹. Toplumsal sorun kavramı, 19. yüzyılda ulusal ekonomilerin ticarileşmesi ve sanayileşmesi sonucunda ortaya çıkan bir dizi konuya işaret etmektedir. Nüfus artışından işçileşmeye, salgın hastalıklardan, yoksulluğa, göçe, sendikacılıktan çocuk suçluluğuna¹⁴² kadar pek çok huzursuzluk kaynağı mesele, liberallere kalsa hiç ortaya çıkmamalıydı çünkü *“bireysel istençlerin ve tercihlerin otomatik uyarlanımlarının bu tür süregelen dengesizlikleri önlemiş olması gerekirdi”*¹⁴³. Devletin gündemine büyük ölçüde kapitalist üretim biçiminin ileri sanayileşme aşamasına gelmesiyle giren 'toplumsal sorun'lar ve bunlara karşı mücadele hareketleri, erken dönem bir refah devletinin inşasına yol açan sürecin yapı taşlarını oluşturuyordu.

1.3.2. Örgütlü Kapitalizm

Bu dönemin başlangıcını karakterize eden unsurlar, liberalizmin ve liberal devlet yapısının kriziyle toplumsal mücadelelerin yükselişiydi. Wagner, özellikle 1870'lerden itibaren endüstrileşme ve kentleşmenin belirgin hale gelmesiyle liberal toplumun dönüşümünün en canlı noktasına ulaştığını, 19. yüzyılın sonuyla birlikte ulus-devletler içindeki ekonomik örgütlenme ve toplumsal siyasal mücadelelerin,

¹⁴⁰ Ibid., s. 43.

¹⁴¹ Wagner, **Modernliğin Sosyolojisi**, s. 96.

¹⁴² Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 135.

¹⁴³ Wagner, **Modernliğin Sosyolojisi**, s. 96.

liberalizmi uygulanamaz bir noktaya getirdiğini, örgütlü kamuoyunun arttığını, ekonomide tekelleşmelerin yaşandığını ve hatta yüzyılın kapanışında işçilerin birçok yerde barikatlarda olduğunu belirtmektedir¹⁴⁴.

Santos, bu dönemin liberalizmin kriziyle birlikte “*yerine getirilmemiş vaatlerin eksikliğinin hem kaçınılmaz hem de geri dönüşsüz olduğu fikrini kabul etmekle*” başladığını ve “*eksiklik fikrinin kendi kendini yok etmesiyle*” devam ettiğini söyler¹⁴⁵. Toplu çıkarların baskısı, siyasetten dışlanan toplumsal grupların çeşitli mücadeleler sonucu siyaset alanına dahil olmalarıyla sonuçlandı. Kapitalist üretim biçiminin gereği olarak kitlelerin temel haklara sahip olması, oy hakkı olmayanlara da toplumda bir yer sağlamış ve kamu etkinliklerine katılımlarını mümkün kılmıştır¹⁴⁶. Kapitalist üretim biçiminin sadece ekonomik ilişkileri değil, aynı zamanda tüm sosyal hayatı etkisi altına almasının bir sonucu¹⁴⁷ olarak siyasi ve hukuki manzara oldukça değişmiştir.

Örgütlü kapitalizm döneminde devletin meşruiyetiyle ilgili yeni yönelimler, bu dönemin özelliklerini de yansıtır görünmektedir. Ussal-yasal meşruiyete dayanan 19. yüzyıl hukuk devletinden farklı olarak artık, parlamentonun merkeziliği, hukukun üstünlüğü ve genelliği, kuvvetler ayrılığı gibi yasal-ussal otoritenin bazı kurumsal dayanakları ve anlatımları ortadan kalkmıştır¹⁴⁸. Bu süreci 'hukuk heykelinin durduğu zeminin altını oyan iki gelişmeden biri' olarak tanımlayan Santos'a göre

¹⁴⁴ Ibid., s. 101.

¹⁴⁵ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 45.

¹⁴⁶ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 145.

¹⁴⁷ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 45.

¹⁴⁸ Ibid., s. 155.

düzenleyici/baskılayıcı devletin büyümesi ve hukuki düzenlemenin yüksek cirosu, devlet hukukunun gözden düşmesine sebep oldu. Onun katı sabitliği eriyor gibi görünüyordu¹⁴⁹. İkinci gelişme, devlet - sivil toplum çizgisini muğlaklaştıran kimi gelişmelerin, usul kurallarına uymakla bir şey kazanmayacak ve fırsatını bulsa hukuku çiğneyecek olan toplumsal güçlerin (ezilen kesimlerden sosyo-ekonomik gücün toplandığı yeni şirketlere kadar) siyasal gücünü artırmasıdır¹⁵⁰. Santos da bunu “devlet-altı ve devlet üstü düzeyde, açıkça akıcı, gündelik, sürekli müzakere edilen ve yeniden müzakere edilen, kullanılıp atılabilir hukuk biçimlerinin ortaya çıkması” olarak tarifler. Bu duruma verdiği iki örnek 'taşeronluk sözleşmeleri', yani şirketler arasında üretim ilişkilerini düzenleyen yasalar ve sözleşmeler, ve 'Avrupa Ekonomik Topluluğu mevzuatı'dır. Her iki örnek, farklı yollardan içeriksel/bağlamsal bir meşruluğa tanıklık eder, o ilişkiye dahil olan tarafların çıkarlarının ve onlar arasındaki güç ilişkilerinin ince ayarındır; “hukukun bu gelişmekte olan biçimleri için hic et nunc (burada ve şimdi) kategorik bir emperatif haline alır”¹⁵¹. Örgütlü kapitalizm dönemi devletin meşruiyet sorununa bulduğu çözüm, ekonomik kalkınmanın, kendi başına siyasal önemi olan, her devletin performansının gerekli ve yeterli bir göstergesi, dolayısıyla devlet- sivil toplum çizgisinin daha muğlaklaşmasını meşrulaştıran bir unsur olarak ele almasıdır¹⁵². Bu meşrulaştırma çabasının sonucu “refah devleti” olacaktır.

Refah devleti, “temel özgürlüklerin uygulanmasını garanti eden, adalet sağlayan ve toplumsal yaşamın huzur içinde akmasına göz kulak olan hukuk

¹⁴⁹ De Sousa Santos, “Towards a Postmodern Understanding of Law”, s. 117.

¹⁵⁰ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 155.

¹⁵¹ De Sousa Santos, “Towards a Postmodern Understanding of Law”, s. 118.

¹⁵² Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 155–156.

devleti”¹⁵³ nin neredeyse en üst aşaması olarak tanımlanabilir. Sosyal devlet (ya da refah devleti), 'benzerler toplumu modeli'nin teminatı olmuş; “*güvenceler hukuksallaşmış, bu güvenceler toplumsal hakların genişlemekte olan modeli olmuş ve yurttaşlık haklarının ve politik hakların, potansiyel olarak evrensel, somut karşılığını*” oluşturmuşlardır¹⁵⁴. Güvence oluşumunun, bireyin statüsünde temel ve geri dönüşsüz bir dönüşüm yarattığını vurgulayan Robert Castel, “*bireye kalıcı kolektif güvenceler sağlayarak nüfuzu artan sosyal devletin, güçlü bir bireyleştirici unsur olarak hareket ettiğini*” belirtir¹⁵⁵. Santos da “*hukuk sistemi aracılığıyla modern devletin, modern toplumda ihtiyaç duyulan kitlesel güven tipinin merkez garantörü haline geldiğini*” vurgular.

Refah toplumunun hukuk alanında yarattığı dönüşüme baktığımızda, liberal devletin kendini şekli-hukuki akılcılık yoluyla meşrulaştırmasından farklı olarak, refah devletinin bu meşruiyeti, kendi desteklediği bir çeşit ekonomik gelişme ve sosyallik biçiminde aradığını görürüz. Hukuk da, devletin bir ilkesi olmaktan çok, devlet meşruiyetinin bir aracı haline dönüşür¹⁵⁶. Dayanışma, adalet ve eşitlik, özerklik, kimlik ve özgürlükle bağdaştırılabilir hale gelmiş ve bu süreçte iki 'realist' vaat dar ya da geniş bağlamda merkez ülkelerde hayata geçirilebilmiştir. Bunlar 'maddi kaynakların uygun dağılımı' vaadi ve 'politik sistemin daha demokratikleştirilmesi' vaadidir. İlk vaadin başarılması sınıflı toplumun; ikincisi ise burjuva liberal siyasetin devamlılığıyla uyum sağlamaktaydı¹⁵⁷. Habermas da, refah

¹⁵³ Robert Castel, **Sosyal Güvensizlik**, Çev. Işık Ergüden, İletişim Yayınları, İstanbul 2004, s. 25.

¹⁵⁴ Ibid., s. 41.

¹⁵⁵ Ibid., s. 75.

¹⁵⁶ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 50.

¹⁵⁷ Ibid., s. 47.

toplumunun bu çelişkili doğasını şu şekilde tarifler:¹⁵⁸

Sınıf çatışmasının sosyal devletçe pasifize edilmesi, kapitalist devindirici mekanizması devlet müdahaleleriyle korunan bir sermaye birikimi sürecinin devam etmesinin kesinlikle değiştirilmemesi koşuluyla gerçekleşir.

Bu dönemde, sadece piyasa ve devlet ilkelerinin değil, halk ilkesinin de güçlendiği söylenebilir. Devlet ekonomik ve toplumsal süreçlerle daha fazla meşgul oldukça, devlet hukuku daha az şekilci ve daha az soyut hale geldi ve çatışan çıkarlar arasında denge ve uzlaşma daha görünür hale geldi, Santos bu süreci “*hukukun maddileştirilmesi*” olarak görmektedir. Diğer yandan bu sürecin bir başka sonucu, dağıtıcı/bölüşürücü yasaların (*distributive law*) toplumsal ve politik entegrasyonda sahip oldukları işlevin siyasi tartışmaların ana meselelerinden biri haline gelmesidir ki Santos buna da “*hukukun politikleştirilmesi*” der. Her ne kadar hukukun maddileştirilmesi ve politikleştirilmesi yeni meseleler olmasa da, örgütlü kapitalizm döneminde, artık bu olgular liberal kapitalizm dönemine kıyasla, daha geniş toplumsal gruplara ve alanlara etki etmiştir¹⁵⁹. Hukuk alanında örgütlü kapitalizm döneminin belirgin özelliği “*hukukun devletçiliğinin ve bilimciliğinin yeniden tanımlanması adına, hukuk yoluyla toplum mühendisliği ütopyasının alevlenmesi*”dir¹⁶⁰. Bunun bir boyutu, devlet tarafından ekonomik ve sosyal süreçlerin yoğun şekilde izlenilmesiyle ekonomi hukuku, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku gibi hukuk alanlarının ortaya çıkmasıydı. Bunlar hem kamu hem de özel hukuk karakteri taşıyordu ve 19. yüzyıl hukuk devletinin belirgin özelliği olan devlet- sivil toplum arasındaki kesin ayrımı silikleştiriyordu. Hukukun geleneksel

¹⁵⁸ Jürgen Habermas, **İletişimsel Eylem Kuramı**, Çev. Mustafa Tüzel, Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2001, s. 800.

¹⁵⁹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 48.

¹⁶⁰ Ibid., s. 45.

alanlarındaki, örneğin anayasa hukukundaki dönüşüm, üçüncü kuşak denilen yeni hak kategorilerinin ortaya çıkışı da oldukça önemliydi¹⁶¹.

Özcan da, “merkezi olarak devlet ya da diğer ekonomik iktidar sahipleri tarafından şekillendirilen denetim gereçlerine en yoğun şekilde ihtiyaç duyan toplum modeli” olarak modernliğin, hukuk ile toplumsal yaşamı nasıl düzenlediğini şu şekilde vurgular:¹⁶²

(...) Bu koşullarda denetimi bireyüstü iktidarı geliştirerek temin etmenin yolunu bulabilmek gerekir. Denetim işiyle ilgili devasa bir bürokrasiyi işletebilmek, bunun hem liberalizmin bireysel haklarını ortadan kaldırmadan, hem de kamu görevlilerinin konumlarını kötüye kullanmalarını önlemeyi başararak yapmak hukukun etki alanını her tarafa yaymayı gerektirmektedir. Bu itibarla, Mcpherson'un da belirttiği gibi, hukukun zorlayıcı çatısının bütün insan ilişkilerine yaymayı gerektirir. Bu hem hukuksal kurumların toplumsal sistemde işgal ettiği yerin büyümesi, hem de artan ölçüde ilişki biçimlerinin hukuk tarafından tanımının yapılması ve güvencelerinin temin edilmesi için yasama ve düzenleyici devletin öneminin sürekli artmasıdır.

Bir başka deyişle, kapitalist toplumlarda devlet hukuku olarak hukukun etkin işleyişi için epistemolojik başlangıç koşulu, devletin birliği, onun işlevsel özgünlüğü ve sivil toplumdan net ayrımı iken, örgütlü kapitalizm döneminde bu sürecin erozyona uğradığı söylenebilir. Bu erozyonu etkileyen hem de onun ürünü olan konu ise 'toplumsal pratiklerin hukuksallaşması'dır. Devlet-hukuk eşitliği bozularak, hukukun devletçiliği çeşitli açılardan sorunlu hale gelmiştir. Örneğin devletin, geniş toplumsal gruplar ve sınıflar için politik bir kaynak haline gelmesiyle, devletin sınıf ötesi oluşu ve özerkliği de inanılır bir ideolojiye dönüşmüştür. Hukuk, toplumsal pratiklere düzenleyici ya da kurucu olarak gömülü hale geldikçe, kendini devletten uzaklaştırmıştır: hukukun devlet tarafından kullanımının yanı sıra, hukukun devlet

¹⁶¹ Ibid., s. 48.

¹⁶² Özcan, **Modern Toplum Ve Hukuk Devleti**, s. 78.

dışı bağlamlarda ve hatta devlete karşı kullanılma olasılığı belirlemiştir¹⁶³.

Diğer taraftan, hukukun hiç olmadığı kadar devletçi hale gelmesi, toplumsal pratiğin hukuksallaştırılması, görece homojen devletin yasal çerçeveleri, kategorileri ve etkileşimlerinin, çok farklı ve heterojen toplumsal alanlara (örneğin aile, topluluk hayatı, iş yaşamı, kamusal alan, sosyalleşme süreçleri, sağlık, eğitim vb benzeri alanlara) 'dayatılması' sonucunu doğurmuştur. Devlet hukukunun yönlendirebilirliği, toplumsal alanların hukuken yönlenebilir olmasını gerektiriyordu¹⁶⁴. Buyurma pratiklerinin 20. yüzyıl boyunca gösterdiği genişleme eğilimi, örgütlü kapitalizm döneminin, teknik-örgütsel sistemlerin inşası, tüketimin normalleştirilmesi ve belirsizliklerin azaltılması gibi özelliklerinden bir diğerydi. Bu eğilim yalnızca toplam gelirden devlete düşen pay çerçevesinde değil, aynı zamanda devletin yurttaşlarının toplumsal hayatlarına giderek artan ve daha da ayrıntılı hale gelen müdahaleleri çerçevesinde de ölçülebilmekteydi¹⁶⁵.

1.3.3. Örgütsüz Kapitalizm

Örgütsüz kapitalizm refah devletinin kriziyle doğmuştur. Poggi, refah devletinin sorunlarını birkaç başlık altına toplar. Ona göre bunlar; toplumsal muhalefetin çoğu kez anayasaya aykırı olması ve bazen de suç unsuru içermesi, devletlerin refah politikalarının hem ekonomik hem de toplumsal yoksunluğu düzeltmemesi ve yine sosyo-ekonomik eşitsizlikleri azaltmaması, siyasal liderlerin

¹⁶³ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 49.

¹⁶⁴ Ibid., s. 50.

¹⁶⁵ Wagner, **Modernliğin Sosyolojisi**, s. 150.

entelektüel ve ahlaksal düzeylerindeki düşüklük, devletin güvenlik aygıtının yetersizliği, devletin idari aygıtının toplumun sorunlarını çözme kapasitesini yitirmesi ve devlet aygıtının ulusal ekonomiyi desteklemek, izlemek ve canlandırmak için üzerine düşeni yapmakta yetersiz kalmasıdır¹⁶⁶. 1980'lerin başından sosyalist sistemin krizine kadar, gelişmiş ülkelerde yaşanan genel eğilim artan ölçüdeki refah devleti politikası ile modernliğe yeni ve olumlu bir çehre kazandırmaktı. Tüketim kültürünün gelişmesine eşlik eden refah devleti politikası düzenleyici devlete, nihayet kabul edilebilir bir konum kazandırıyordu. Bu gelişmeyle sınıf bilinci de gereksiz hale geliyordu ancak refah toplumunun olumlu çehresi, kuralsızlaşma ve esnekleşme ile değişmeye başladı¹⁶⁷.

Scott Lash, John Urry ve Claus Offe tarafından 'örgütsüz kapitalizm' olarak adlandırılan bu dönemle, bir önceki dönem arasındaki farkları ortaya koymak açısından, örgütlü kapitalizm dönemine biraz daha yakından bakılabilir. Urry, örgütlü kapitalizmi birkaç başlık altında toplamıştır. Buna göre:¹⁶⁸

Örgütlü kapitalizm insanları yaşamında geniş ulusal ekonomilerle toplumsal ve politik kurumların artan hakimiyeti; sermaye yoğunlaşmasının yükselen oranı; ortalama iş yeri büyüklüğünün artması; birlikte çalışan bankalar; sanayi ve devlet; giderek daha fazla kentleşen konut ve işletme yerleşimi; artan bir oranda ulus çağında gerçekleşen toplu pazarlık; bugüne kadarki en büyük hacmine ulaşan sınıai erkek işçi sınıfı; ve ulus çağında örgütlenen toplumsal sınıfların cepheleşmesini yansıtan politika ve kültürdür. Politika, Britanya'da olduğu gibi, çoğunlukla toplumsal sınıf ayrımlarına göre yapılanmıştır.

Kapitalizmdeki bu örgütlülüğün hallerini de iki biçimde incelemek gerekir; Urry, 'tepedeki' örgütlenmenin sanayideki yoğunlaşmayı, banka, sanayi ve devletin

¹⁶⁶ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 167–168.

¹⁶⁷ Özcan, **Modern Toplum Ve Hukuk Devleti**, s. 76.

¹⁶⁸ John Urry, “Örgütlü Kapitalizmin Sonu”, **Yeni Zamanlar 1990’larda Politikanın Değişen Çehresi**, Edi. Stuart Hall ve Martin Jacques, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1995, s. 96.

karşılıklı eklemlenişi ve kartel oluşumunu kapsadığını belirtirken, 'tabandaki' örgütlenme ile ulusal sendika bünyelerinin gelişimini, işçi sınıfının politik partilerini ve refah devletini kasteder.¹⁶⁹ Kapitalizmde meydana gelen örgütsüzleşmenin nedenlerini altı başlıkta inceleyen Urry'ye göre bunlar; tek tek toplumların tutarlılıklarını, bütünlüklerini ve birliklerini zayıflatan ekonomik, toplumsal ve politik ilişkilerin 'küreselleşme'si olgusu, üretimin esnekleşmesi yönünde bir eğilim, üretimin uzamsal örgütlenmesindeki muazzam değişim, işverenlerin ilerici, iş gücünün gerici görüntüsü, toplumsal yaşam, kültür ve politikanın örgütlenmesinde toplumsal sınıf temelinden uzaklaşma ve nihayet kültürel değişimdir.¹⁷⁰

Örgütlü kapitalizm dönemi Batı'nın refah toplumudur. Santos bu dönemin, modernizmin yerine getirilmemiş vaatlerinin eksikliğinin kaçınılmaz ve aynı zamanda geri dönüşsüz olduğu fikrinin kabul edilmesiyle başladığını belirtir¹⁷¹. Öte yandan örgütlü kapitalizm döneminde dünya sisteminin merkez ülkelerinde iki 'gerçekçi' vaat yerine getirilmiştir: maddi kaynakların uygun dağılımı ve politik sistemin daha demokratikleştirilmesi. Bu vaatlerin başarılmasının koşulu ise, maddi kaynakların uygun dağılımı açısından sınıflı toplumun devamlılığı ile, demokratikleşme açısından burjuva liberal siyasetin devamlılığıdır¹⁷². İşte örgütsüz kapitalizm döneminde, önceki dönemde yerine getirilmiş bu vaatlerin, “*artan toplumsal eşitsizlikler, yoksulluğun endişe verici şekilde artışı, dahili Üçüncü Dünya'ların ortaya çıkışı, toplumsal refah alanında hedeflerin ve kaynakların azaltılması, kolaylaştırıcı (facilitative) devletin ideolojik olarak gayri*

¹⁶⁹ Ibid., s. 97.

¹⁷⁰ Ibid., s. 99–102.

¹⁷¹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 45.

¹⁷² Ibid., s. 47.

meşrulaştırılması, toplumsal dışlamanın yeni araçları ve özerklik ve özgürlüğü desteklemek kisvesi altında otoriter rejimler, politik süreçlerde temsil ve katılımın 'patolojileri', yeni popülizm ve kayırmacılık ve benzeri yoluyla sürdürülememesi hatta erozyona uğraması” söz konusudur¹⁷³. Üçüncü dönemin en belirgin dönüşümlerinden biri, piyasa ilişkilerinin, olmadığı kadar hegemonik hale gelmesidir. Dünya piyasalarının genişlemesi, Üçüncü Dünya'nın sanayileştirilmesi, uluslararası taşeronluk ve imtiyaz anlaşmalarının artması ve sanayinin kırsallaşması, üretim ve yeniden üretim mekanlarını oldukça değiştirmiştir; “piyasanın kapsamlı genişlemesi, yoğun genişlemesine paralel gider, tüketim kültürü ideolojisinin tanıklığında, ürünlerin artan çeşitlenmesinde ve haz alma biçimlerinin ve tercihlerin belirgin artışıyla, aynı zamanda sermayenin genişletilmiş yeniden üretim için neredeyse sonsuz fırsatlara olanak sağlayan, bilginin ve kitle iletişiminin metalaştırılmasıyla”¹⁷⁴.

Örgütsüz kapitalizm döneminde örgütsüzleşen kapitalizm değildir. Urry, örgütsüzleşmeyi, 'modern' dünyanın yapılarının dönüştürülmesiyle ve emekle sermaye arasındaki toplumsal ilişkilerin bu gelişmeleri uluslararası düzlemde (sermayenin tutarlı bir biçimde yeniden örgütlendiği alanda) yapılandırırsa bile, değişik ileri *ulus*-devletler içindeki toplumsal yaşam ve toplumsal mücadele biçimlerinin kararlı bir biçimde örgütsüz hale gelmesiyle açıklamaktadır.¹⁷⁵

Dahası sivil toplumun görece 'sınıfsız' kültürel biçimlerinin çağdaş toplum yapılanmasındaki artan önemi, kısmen Batı kapitalizminin örgütsüzleşmesinden gelmektedir. Çağdaş kültür yalnızca sosyalistlerin sevgilisi sınıf öznesi değil; neo-liberallerin gözdesi piyasa ürünü özne dahil, farklı 'özneler' 'kuran' ve bu öznelere

¹⁷³ Ibid., s. 52.

¹⁷⁴ Ibid., s. 52–53.

¹⁷⁵ Urry, “Örgütlü Kapitalizmin Sonu”, s. 104.

yapışık duran toplumsal oluşumların, olayların, mitlerin ve imgelerin olağanüstü artan mevcudiyetine izin vermektedir. Modern toplumdaki muazzam değişim ve geniş örgütlenmelerin, iş yerlerinin ve kentlerin artık tek tek bireyler açısından gün geçtikçe güçlenmiyor oluşu ile 'öznelerin' oluşum, sabitlenmiş ve yeniden üretim süreçleri artan bir biçimde 'kültürel' ya da 'küçük p ile yazılan' türden politik hale geliyor; bu süreçler, çok çeşitli mit ve imgeler, tüketim malları, mevcut 'yaşam tarzları' ve farklı bir sivil toplumdan değişik biçimlerde oluşuyorlar; bunlar hiç de insanların yaşadıkları yer ya da tanıdıkları kişi, o kişinin sınıf ortamında zaten mevcut olanlar temelinde yükselmiyor.

Örgütsüz kapitalizm döneminde, kapitalizm hiç olmadığı kadar örgütlüdür.

Santos'un örgütsüzlükten kastettiği, birincisi, örgütlü kapitalizm döneminin genel olarak örgüt biçimlerinin büyük ölçüde dağıldığı ya da daha alt bir düzeyde yeniden inşa edildiği bir dönem olmasıdır. İkincisi, devam eden bir süreç olarak dağılan bir önceki örgütsel formların yerini yenileri almaktadır. Kapitalizmi eskisine oranla daha örgütlü kılan şey, kapitalizmin kendi varlığı içinde toplumsal yaşamı tutması ve geleneksel düşmanlarını (sosyalist hareket, işçi sınıfı aktivizmi, metalaştırılmamış toplumsal ilişkileri) etkisizleştirmeyi başarması ya da onların iç entegrasyonlarından çıkar sağlamasıdır¹⁷⁶. Gerçekten, örgütsüz kapitalizm durumunun en ilginç yönü, *“kapitalizmin, çevreye yayılma, coğrafi akışkanlık, iş gücü piyasalarında, emek süreçlerinde, tüketici piyasalarında esnek tavırlar ve bunların yanı sıra kurumlarda, ürünlerde ve teknolojiye büyük dozlarda yenilikler aracılığıyla yine de nasıl daha sıkı biçimde örgütlenmiş hale geldiğidir”*¹⁷⁷. Santos bu dönemin kapitalist birikimin bir döneminden başka bir döneme geçiş ya da bir toplumsal paradigmadan diğerine geçiş olarak tariflemektedir¹⁷⁸.

Refah toplumunun krizini takip eden örgütsüz kapitalizm döneminde, Santos,

¹⁷⁶ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 51.

¹⁷⁷ Harvey, **Postmodernliğin Durumu**, s. 183.

¹⁷⁸ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 52.

hukukun dönüşümünü birkaç başlık altında açıklamaktadır. Refah devletiyle birlikte hukukun siyaseten araçsallaştırılmasının son noktasına, sınırlarına ulaştığını görebiliriz. Çünkü bir anlamda refah devleti risklerin değerlendirilmesinin gerçekleştirildiği ve göreceli kesinliklerin serpilebileceği toplumsal uzamı, bu uzamın dış ve iç sınırlarını yeniden tanımlamıştır¹⁷⁹. Bu aynı zamanda refah devletinin sınırlarıdır. Bu sınırlar hukuksal alanda işlev kayıplarının, uyumsuzlukların, ters etkilerin ve istenmeyen sonuçların göstergesidir¹⁸⁰.

Bilindiği üzere Habermas, toplumsal alanların hukukileştirilmesi sürecine “yaşam dünyasının sömürgeleştirilmesi” der. Habermas’ın deyişiyle “bağımsızlaşmış alt-dizgelerin kurumları, ideolojik örtüleri kaldırıldığında, yaşama evrenine dışarıdan, sömürgeci efendilerin bir kabile toplumuna girmeleri gibi girerler ve benzeştirmeyi dayatırlar; ama yerli kültürün dağılmış perspektifleri, metropoller ve dünya piyasası oyununa periferiden bakılabildiği sürece, koordine edilemezler”¹⁸¹. Buna göre sistem, kültür, toplum ve bireyden oluşan yaşam dünyasına karşı kendi kurallarını dayatarak “ideal olanı” engeller, bir alandaki ideal oluşa karşı o alanı kontrol altına almaya çalışır, bir diğer deyişle, “ekonomik alan diğer alanlara kendi düşünme biçimini dayatır”. Sistemin mantığı olarak devlet ve pazar mantığı güç ve paranın yönetici mekanizmalarıyla yürütülür. Yaşam dünyası olarak sosyallikler, gündelik ilişkiler normatif düşüncelerle yönetilir, yani burada “hukuksallaştırma” söz konusudur¹⁸². Bu aynı zamanda sistem ve yaşam dünyasının kopması anlamına da gelir. Buna örnek olarak sosyal ilişkilerin yeterli hukuki

¹⁷⁹ Wagner, **Modernliğin Sosyolojisi**, s. 147.

¹⁸⁰ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 55.

¹⁸¹ Habermas, **İletişimsel Eylem Kuramı**, s. 807.

¹⁸² Ibid., s. 808 vd.

işlevsel denklikleri olmadan yol alması gösterilebilir. Meşruluk krizinin ana nedeni de, yaşam dünyasının sistem tarafından sömürgeleştirilmesidir¹⁸³. Bunlar toplumun 'sömürgeleştirilmesi'nin tezahürüyle yüzeye çıkmıştır.

Bunun hukuki alanda bir kaç sonucu olduğu söylenebilir. Birincisi, bağlamsal ve somut yaşam hikayelerinin ve yaşam tarzlarının soyut bürokratikleşmeye ve paralılaştırmaya maruz bırakılmasıyla, hukuksal düzenleme, öz yönetimin iç örneklerini, farklı sosyal alanların öz-yeniden üretimi ve organik dinamiklerini - ekonomi, aile, eğitim vb- yok etmiştir, toplumsal entegrasyon amaçlandıkça toplumsal disintegrasyon gelişmiştir. Sosyal devlette, çalışma dizgesinin sunduğu rollerin normalleştirildiğini belirten Habermas, gelenek sonrası yaşama evrelerinde, çalışmanın örgütlenmeler içinde yapısal farklılaştırılmasının zaten yabancı bir unsur olmadığını belirtir. Öte yandan başkaları tarafından belirlenen çalışmanın özelliklerinden doğan zararlar, çalışma ortamının 'insancılaştırılması' yoluyla değilse de, parasal tazminatlar ve hukuksal güvencelerle, bireyler için katlanılır hale gelir ve işçilerin ve çalışanların statülerinden kaynaklanan diğer dezavantajları ve risklerle birlikte büyük ölçüde önlenirler¹⁸⁴.

İkincisi, bu işlev bozukluğu hukukun 'maddileştirilmesi'nde yüzeye çıkar. Toplumun aşırı hukuksallaştırılmasının diğer yüzü hukukun aşırı toplumsallaştırılmasıdır. Toplumdaki baskılayıcı kontrolü genişlerken ve derinleşirken hukuk, siyaset ya da düzenlenmiş alt sistemler tarafından 'ele geçirilir', 'politikleştirilir', 'ekonomikleştirilir', 'eğitilir'. Bunun sonucunda kendi normatif

¹⁸³ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 50.

¹⁸⁴ Habermas, **İletişimsel Eylem Kuramı**, s. 801.

ögelerinin öz üretimi aşırı zorlanmış hale gelir. Nihayet işlev bozukluğu hukuki başarısızlıkta ortaya çıkar; hukukun ve hukuk tarafından düzenlenen diğer toplumsal yaşam alanlarının iç mantığı ile öz üretim modelleri arasında bir çelişki vardır ve böylece hukuki düzenleme etkisizleşir ya da öngörölmüş olan amaca zarar verir¹⁸⁵.

Santos'a göre refah devletinde artan devlet müdahalesi, modern hukukun (devlet hukuku ve bilimsel hukuk) koşullarını değiştirmiştir, ama bu değişimler hukukun kendisine dair genel bir krizin işaretlerini vermemektedir. Gerçek kriz hukuk tarafından düzenlenen toplumsal alanlarda meydana gelmiştir; aile, iş alanı, eğitim, sağlık vs. Halk sınıflarının, refah devletinin koşullarını devam ettirmesini gerektirecek politik baskıdan yoksun oldukları durumda, bu kriz açık hale gelmiştir. Bu nedenle, kriz, bir siyasi biçim olarak refah devletinin krizidir ve fakat yasal biçimin, özerk hukukun krizi değildir. Modern hukuk, modern devlet hukukundan çok daha geniş bir kavram olarak, kuşkusuz bir krizdedir ama böyle bir kriz, modern hukukun devlet tarafından aşırı kullanılmasından değil, ama onun özerkliği ve etkililiğinin, devletin özerkliği ve etkililiğine tarihsel olarak indirgenmesinden kaynaklanmaktadır¹⁸⁶.

Özetle, 19.yüzyıl liberal kapitalizmi, örgütlü kapitalizm ve örgütsüz kapitalizm dönemleri irdelemesinde Santos, özgür kılma işlevinin nasıl düzen kurma işlevine yenildiğini tartışmaktadır. Buna göre 19. yüzyıl liberal kapitalizminin hukuk devletinde, özgür kılma işlevi, devletlerin düzenleme ihtiyaçlarına kurban edilmiş ve büyük ölçüde sistem karşıtı hareketlere hapsedilmiştir. Örgütlü kapitalizm dönemine

¹⁸⁵ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 56.

¹⁸⁶ Ibid.

denk düşen refah toplumunda ise, merkez ülkelerin devlet yapısı, sistem karşısı özgürleşme pratiklerini, kapitalist toplumsal üretim ve yeniden üretimle uyumlu hale getirebildiği ölçüde kendi içine dahil etmeye, onları soğurmaya çalışmıştır. Bu da özgür kılma pratiklerinin düzen kurma pratiklerine doğrudan maruz kalması anlamına gelmektedir. Örgütsüz kapitalizm döneminde, bir önceki dönemin yanlış sentezi, hem düzen kurma işlevinin hem de özgür kılma işlevinin karşılıklı çözülmesine dönüşmüştür.

1.4. Paradigmatik Geçiş ve Muhalif Postmodernizm

Paradigma(lar) arasında bir andan, ya da paradigmatik bir geçişten söz ederken, bahsedilenin anın derinliğini ve etkisini kavrayabilmek için paradigma kavramına bakmak gerekmektedir. Thomas Kuhn paradigmatları “*bir bilim çevresine belli bir süre için model sağlayan, yani örnek sorular ve çözümler temin eden, evrensel olarak kabul edilmiş bilimsel başarılar*”¹⁸⁷ şeklinde tanımlamaktadır. Yeni bir paradigmaya yönelinmesi, bu paradigmanın ortaya koyduğu tanıma uymayanları yalnızlaştırırken, bir paradigmayı varsayan bir bilim insanının, artık alanı baştan kurmasına, “*başlangıç ilkelerinden yola çıkarak ortaya attığı her kavramın kullanılmasını haklı göstermeye kalkışmasına*” gerek yoktur¹⁸⁸. Ortak bir paradigmayı paylaşan insanlar (araştırmacılar) arasındaki bağlılık ve fikir birliği, bir araştırma geleneğinin doğması ve süregitmesinin ön koşullarıdır, bunun kendisi de 'olağan

¹⁸⁷ Thomas Kuhn, **Bilimsel Devrimlerin Yapısı**, Çev. Nilüfer Kuyaş, 4. baskı, Alan Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 43.

¹⁸⁸ Ibid., s. 60.

bilim' olarak adlandırılır¹⁸⁹. Duranlığı ve yenilik peşinde olmama özelliği ile öne çıkan olağan bilimin bunalımlarından yeni buluşlar çıkar. Bilimsel gelişmelerin birikimci bir yolla değil, yani önceki paradigmanın geliştirilmesi ile yapılacak bir iş olmadığı¹⁹⁰ ve devrimler yoluyla ilerlediği iddiasını öne süren Kuhn'a göre herhangi bir paradigmayı reddetme kararı aynı zamanda bir başkasını da kabul etme kararıdır, çünkü paradigmlar doğaya bakış açımızı belirlerler ve bu ilk paradigma bulunduğundan sonra artık paradigmasız araştırma yapmak söz konusu değildir¹⁹¹. Bir paradigmayı reddetmek için, yerine geçecek kuramın eskisini açıkladığı her şeyi açıklaması fakat buna ek olarak eski kuramın ele almadığı, yani eski kuramdan türetilmeyecek bazı ek tahminlere de yer verebilmesi gerekmektedir. Bu halde, paradigmatic bir geçiş ya da değişim anı, yani paradigmlar arasında değişim, eski paradigmanın bunalımlarından doğar ve onun bunalımlarına cevap verebilmek durumundadır.

Santos, kendi durduğu noktada, bir postmodern durum yerine bir postmodern an olduğunu iddia eder. Bu anın postmodern tasarımı, şimdilik sadece işaretleri ya da belirtileri olan, hala devam etmekte olan bir paradigma ile doğmakta/gelişmekte olan bir başka paradigma ya da paradigmlar arasında bir 'an'dır. Bu koşullar altında da, dönüşümlerin yönü kritiktir¹⁹². Santos paradigmatic değişimi ve onun yaratacağı etkileri geniş bir şekilde algılamaktadır. Ona göre, paradigmatic geçişlerin uzun sürdüğüne inanılır, birkaç yıl, genellikle bir yüzyıldan fazla ancak bu bilimsel devrimlerde ya da feodalizmden kapitalizme geçişte söz konusuydu. Bu

¹⁸⁹ Ibid., s. 54.

¹⁹⁰ Ibid., s. 112.

¹⁹¹ Ibid., s. 107–108.

¹⁹² De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 14.

dönüşümlerde hakim paradigmanın iç çelişkileri, söz konusu paradigma tarafından, o paradigmanın yöntemleriyle çözülemediğinde meydana gelmektedir. Normal zamanlarda, hakim paradigmanın çelişkileri aşırılıklar ya da eksiklikler olarak ortaya çıkar ve ondan sonra meydana gelen krizler, gerilimler, çatışmalar paradigmanın entelektüel, kurumsal ve örgütsel kaynaklarıyla çözülürler. İşte, aşırılıkların ya da eksikliklerin çözülemediği noktada, bunların biriken etkisi, içsel çelişkilerin toplumsal olarak görünür hale gelmesine sebep olur ve böylece bunlar toplumsal ve politik mücadelenin konusuna dönüşürler. Bu noktada, yani içsel çelişkilerin toplumsal mücadelenin parçası haline geldiği noktada, paradigmanın belirleyiciliği ciddi şekilde azalır ve böylesi bir paradigmatik değişimin sonucunda ne olacağı belirsizleşir, alternatif geleceklerin olasılığı yüksektir. Bu yüzden de toplumsal yenilenme ve dönüşüm kapasitesini aşırı şekilde artırırılar. Burada önemli bir nokta da, paradigmatik geçiş dönemlerinde küçük değişikliklerin büyük sistemik dalgalanmalar üretmesidir¹⁹³.

Santos için benzer şekilde, modernizmin gelişiminde saptanabilecek ideolojik dönüşüm yüzyılımızın başında başlamıştır. Ona göre, modernizmin en açıklayıcı özelliği, 'kirlenme kaygısı'dır¹⁹⁴. Bu kirlenme kaygısı bilim alanında, pozitivist epistemolojilerin ortaya çıkışında bulunabilir. Aynı zamanda, profesyonel olmayan hukuk bilgisinin herhangi bir biçimine karşı formalist bir hukuk biliminin gelişmesi, ki en abartılı ve ileri ifadesini Kelsen'in saf hukuk teorisinde bulur, bu sürecin hukuk alanındaki yansımasıdır. Bu kirlenme kaygısının sonucu, bireysel dünyamızda olduğu gibi toplumsal yaşantımızda da büyük bir 'anlam eksikliği' yaratmasıdır,

¹⁹³ Ibid., s. 64.

¹⁹⁴ De Sousa Santos, "Towards a Postmodern Understanding of Law", s. 114.

*“amaç eksikliği, akıl kaybı, bir tükenmişlik sendromuna yol açan güçsüzlük duygusu ve dünya çapında bir tıkanıklık duygusu”.*¹⁹⁵ Özgür kılmanın düzen kurmaya yenilmesi, düzen kurma işlevinin hipermarketleşmesiyle birleşmiş aşırı bilimselleşmiş kurtuluşu beraberinde getirmiştir; *“temel toplumsal dönüşümler ve alternatif gelecekler aramayla ilişkili korkuları nötralize ederek, şu anda ve burada meydana gelen kontrol edilemez gelişmelerin korkusundan kaynaklanan güvensizlik hissi üretti”*¹⁹⁶. Bu küresel tıkanıklık etik alanında, ahlaki çıkmaz olarak yaşanmış, hem liberal etikçiler hem de hukuki reformizm (*legal reformism*), ahlaki sorumluluğu bireylere ve bireylerin eylemlerine atfetmeye, yani mikro-etik temeline dayanmışlardır¹⁹⁷. Postmodern denilen teoriler böyle bir sosyo-ekonomik ve kültürel atmosfer içinde yeşermiştir. Yani modernizmin aşırılıklarına ve toplumsal hayatta ve insan hayatında yarattığı tahribata karşı, dönem olarak özellikle geç 60'lar ve 70'lerin ortasında yeni bir sosyo-kültürel paradigmanın doğuşunun işaretleri görülebilir.

Bilim alanında, modern bilimin epistemolojik krizi yüzyılın başına kadar gider ve oldukça derin ve geniştir. Bu sürecin en önemli anları: Einstein'ın görelilik teorisi, Heisenberg'in belirsizlik ilkesi olarak düşünülebilir¹⁹⁸. Yine toplumsal mücadeleler alanında, sınıf pratiklerinin ve sınıf siyasetlerinin görece zayıflığı, mücadelenin yeni alanlarının ve biçimlerinin ortaya çıkışıyla telafi edilmiştir ve artık yeni post materyalist gündemler (barış, ekoloji, cinsel ve ırksal eşitlik) önerilmektedir. Santos bu noktada, dönemlere ilişkin bir başka tespit yapar. Ona

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 10.

¹⁹⁷ De Sousa Santos, “Towards a Postmodern Understanding of Law,” s. 115.

¹⁹⁸ Ibid.

göre:¹⁹⁹

Kapitalizmin sınıfları üretmesi, bu sınıfların toplumsal dönüşümün düzenleyici ilkesi olması 19. yüzyılın buluşuydu. 20. yüzyıl, tarih sahnesine, kapitalizmin aynı zamanda ırksal ve cinsel farklılıklar da ürettiğini ve bunların toplumsal mücadeleler için stratejik noktalar olabileceğini keşfettiğinde çıktı.

Devlet alanında yaşanan kriz esasında refah devletinin krizidir ve bununla birlikte devletçiliğin geri çekilmesi, toplumsal eşitsizliğin artmasına yol açmıştır. Bu kriz ve geçiş anı için şu söylenebilir: “*Sanatta ve bilimde, dinde ve ahlakta her şey mümkün gibi görünmektedir ama diğer taraftan tüm toplum bağlamında yeni hiçbir şey mümkün değildir.*”²⁰⁰

Santos, yaşanan bu kriz dönemini, modern bilim ve modern hukuk yoluyla modernitenin aşırılıklarını ve eksikliklerini yeniden kuran yönetiminin yaşadığı bir kriz olarak tarifler. Ona göre yüzyılın başında sosyo-kültürel durumu belirgin şekilde karakterize eden şey; özgür kılma işlevinin düzen kurma işlevine yenilgisiydi²⁰¹. Santos, Marksizmin, modernitenin özgürleştirici potansiyellerini keşfetmiş olduğunu ve üretici güçlerin teknolojik gelişiminin potansiyelini gördüğünü ve kendini meşrulaştırmak için kavramsal, araçsal rasyonaliteyi (bilim olarak Marksizm) ve onun öngördüğü toplum modelini (bilimsel sosyalizm) kullandığını belirtir²⁰². Ama zaman içinde modern bilimin, modern özgürleşmenin en belirgin vaatlerini nasıl dönüştürdüğüne bakmak, özgür kılma ayağının yenilgisini somut olarak tarif edecektir.

¹⁹⁹ Ibid., s. 116.

²⁰⁰ Ibid., s. 114.

²⁰¹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 7.

²⁰² Ibid., s. 8.

Gelinen noktada, örneğin eşitlik vaadi, gelişmiş ülkeler ve diğerleri, zengin ülkeler ve diğerleri, açlıktan ölümler ve yoksulluğun artışı haline gelmiştir. Özgürlük vaadi, insan hakları ihlalleri, kadına yönelik şiddet, çocuk işçiliği, çocuk istismarı, sokak çocukları, uyuşturucu bağımlıları, HIV pozitifler ve eşcinsellere yönelik ayrımcılık, yargısız infazlar, etnik temizlik, dini şovenizme dönüşmüştür²⁰³. Kant'ın ikna edici şekilde formüle ettiği ebedi barış vaadine gelince, savaşlarda ölen insanların sayısı yıllar içinde artmış, 18. yüzyılda 68 savaşta 4.4 milyon insan, 19. yüzyılda 205 savaşta 8.3 milyon insan, 20. yüzyılda, 1990 yılı itibariyle 237 savaşta 98.8 milyon insan hayatını kaybetmiştir. Bu süre zarfında dünya nüfusu 3.6 kat artarken, savaşlarda hayatını kaybeden insan sayısı 22.4 kez artmıştır²⁰⁴. Son olarak doğa hakimiyeti ve doğal kaynakların insanlığın ortak faydası için kullanılması vaadinin geldiği noktada, nükleer tehdit, ekolojik yıkım, ozon tabakasının delinmesi, biyo-teknoloji ve genetik mühendisliğinin ortaya çıkışı, içme suyu problemi, bu vaadin ulaştığı noktayı kısaca betimlemektedir²⁰⁵.

Modernizmin vaatlerinin görünür yıkıcılığında, üretim alanında post-fordizmin yeni yeni egemen olmaya başladığı dönemde yapılan tartışmalarda bir 'yeni zamanlar'dan bahsedildiği görülecektir. Stuart Hall ve Martin Jacques'a göre fordizm bir çok yerde, elbette fordizm öncesi biçimlerle birlikte, hala sağ ve sıhhatte olmasına rağmen, önemli olan “*post-fordizmin giderek topluma ağırlıklı rengini veren ve kültürel değişimin başat ritmini sağlayan, değişimin sivri ucunu teşkil*

²⁰³ Ibid., s. 8–9.

²⁰⁴ Ibid., s. 9.

²⁰⁵ Ibid.

etmesidir”²⁰⁶. Bu dönemin özelliklerinden kısaca bahsetmeden önce şunu ortaya koymak gerekir. 80'lerin sonunda daha açık şekilde konuşulan bu meseleler, o zamanki tartışmalarda nüve halindedir, çoğu tartışma sezgiseldir, oysa artık aradan 30 yıla yakın bir süre geçmiş ve o zamanın 'nüve' tartışmaları oldukça somutlaşmıştır ve tarif edilmeye çalışılan sürecin sonuçları daha açık şekilde yaşanmaktadır. Her şeyden önce kimyasal ve elektronik ağırlıklı teknolojilerden yeni 'enformasyon teknolojilerine' bir kayma söz konusudur, yine emek süreci daha esnek uzmanlaşan ve ademi merkezileşen bir biçim almaya, üretim yüksek teknoloji sanayileri ve bölgelerine kaymaya başlamıştır, hizmet sektörünün genişlemesi, tüketim kültürünün yaygınlaşması, vasıflı, erkek, kol emeğine dayalı işçi sınıfının oranında düşüşle birlikte, hizmet ve beyaz yakalılar sınıfında ters orantılı bir yükseliş görülmeye başlamıştır, yeni uluslararası iş bölümü ve ulus-devlet kontrolünden daha büyük bir oranda özerklikleriyle çok uluslu şirketlerin egemenliğinde olan bir ekonominin varlığı söz konusudur, yeni finans piyasalarının 'küreselleşme'si, ve son olarak yeni toplumsal bölünme kalıplarının ortaya çıkması bu süreci görünür kılan özelliklerdir²⁰⁷.

Post-fordizmin toplumsal ve kültürel alanda yansımalarından biri olarak, kişisel tüketim yoluyla bireysel tercihlerin ençoklaşması kadar, daha büyük toplumsal parçalanma ve çoğulculuk, eski kolektif dayanışma ve yekvücut kimliklerin zayıflaması ve yeni kimliklerin ortaya çıkışından bahsedilebilir²⁰⁸. Hall

²⁰⁶ Stuart Hall ve Martin Jacques, “Giriş,” **Yeni Zamanlar 1990’larda Politikanın Değişen Çehresi**, Edi. Stuart Hall ve Martin Jacques, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1995, s. 17.

²⁰⁷ Stuart Hall, “Yeni Zamanları Anlamı,” **Yeni Zamanlar 1990’larda Politikanın Değişen Çehresi**, Edi. Stuart Hall ve Martin Jacques, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1995, s. 107–108.

²⁰⁸ Ibid., s. 108.

ve Jacques'a göre yeni zamanların bir başka özelliği *“zıtlasma ve direniş odaklarının çoğalması ve yeni öznelerin, yeni toplumsal hareketlerin, yeni kolektif kimliklerin - politikanın iş göreceği geniş bir alan ve değişim için unsurlar- ortaya çıkmasıdır.”* Öte yandan tek başına bu olasılıkların ortaya çıkması yeterli değildir. Çünkü bunların *“tek ve tutarlı bir kolektif politik irade içinde örgütlenmesi kolay değildir”*. Onlara göre bu şekilde yeni çoğalan odakları, *“ilerici değişimin bir birimi olarak birleşik bir karşı-hegemonik gücün oluşturulma olasılığını”* kolaylaştırmak yerine zorlaştıracaktır.²⁰⁹

Santos'un bahsettiği 'toplumsal paradigma geçişi' açısından Hall, ne tür bir geçişten söz ettiğimizi soruyor ve bunun ne kadar bütünsel ya da ne kadar tamamlanmış olduğu sorusunun bu şekilde ortaya konmasının bir 'hep ya da hiç' yanıtını akla getirdiğini belirtiyor. Yani bu ya yeni bir dönemdir ya da hiçbir şey değişmemektedir. Oysa tek alternatifin bu olmasına gerek yoktur. Ona göre, elbette, feodalizmden kapitalizme o meşhur geçişte olduğu gibi düzene dair bir *dönemsel* değişikliği tartışmıyoruz ama, etkisi olağanüstü geniş erimli olan kapitalizm içinde, bir birikim rejiminden ötekine geçildiği söylenebilir. Üstelik bu geçişin ne kadar tamamlanmış olduğuna dair bir tartışma, tıpkı ya paranı, ya canını tavrında olduğu gibi, Hall'a göre *“kaybolmaya yüz tutan eski bir totalleştirici mantığın ürünüdür”*²¹⁰. Bu nedenle tamamlanmış bir temelden ziyade, değişimin 'ağır basan yanı' üzerinden değerlendirme yapmalıyız; böylece soru da *“her zaman 'ağır basan yan' hangisidir ve hangi yönü işaret etmektedir şeklinde olmalıdır”*²¹¹. Bu noktada Santos'un da

²⁰⁹ Hall ve Jacques, “Giriş”, s. 22.

²¹⁰ Hall, “Yeni Zamanları Anlamı”, s. 117.

²¹¹ Ibid., s. 118.

kutlamacı (*celebratory*) postmodernlerden ayrıldığını söyleyebiliriz. Santos modernitenin bittiğine ilişkin postmodernist tezlere katılmamaktadır. Ona göre tüm geçişler yarı yarıya görünmez ve kör olduğundan, şu anda yaşadığımız durumumuzu kesin olarak adlandırmak imkansızdır. Santos'a göre bu yüzden, 'postmodernizm' gibi elverişsiz bir adlandırma bu kadar popüler olabilmıştır²¹². Ama Santos, moderniteye sıkı sıkıya bağlı bir konum da sergilememektedir. Bir geçiş anı tarifler ve bu geçiş anının olanaklarını ve kısıtlarını ortaya koyduktan sonra, olanaklarının, nasıl modernitenin sorunlarının çözümünde kullanılabileceğini tartışır.

Sonuçta, kriz ve geçiş döneminde çağdaş kapitalizmin yapıları aynı zamanda ortaya çıkan üç süreç tarafından dönüşüme uğratılmaktadır: Daha parçalı, çoğulcu ve politik bakımdan muhalif sivil toplumun yaratılmasında özel olarak araçsal bir rol üstlenen güçlü bir hizmet sınıfının gelişmesiyle yukarıdan kurulan 'küreselleşme', aşağıdan 'ademi merkezileşme' ve içeriden 'dağılma'²¹³. Santos da bu süreçte modernitenin düzen kurma işlevinin üç ilkesi olarak devlet, piyasa ve halk ilkesinin uyumlu gelişmesi yerine, piyasanın aşırı gelişimine ve devlet ilkesi ile halk ilkesine zarar verişine tanıklık ettiğimizi belirtir. İlk sanayileşme dalgasından itibaren, ticari kentlerin genişlemesiyle ve liberal kapitalizm döneminde yeni sanayi kentlerinin yükselmesiyle, dünya piyasalarının aşırı büyümesine, 3. dünyanın sanayileşmesine ve tüketim ideolojisinin dünya çapında yükselmesine, örgütsüz kapitalizm dönemine kadar modernitenin düzen kurma işlevi dengesizleşmiş ve piyasa merkezli bir gelişme göstermiştir²¹⁴.

²¹² De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 2.

²¹³ Urry, "Örgütlü Kapitalizmin Sonu", s. 103.

²¹⁴ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 9.

Santos, ekonomik, kültürel ve politik açılardan tartıştığı paradigmatik geçiş dönemini modernitenin krizi ile bağdaştırdıktan sonra, çözüm için 'muhalif postmodern' bir duruş önerir. Buna göre, toplumsal düzen kurma ve özgür kılma, modernite paradigmasının koyduğu sınırların ötesinde düşünülebilir ve düşünülmelidir de. Bunun için ise, bilimin ve hukukun postmodern teorisine ihtiyaç vardır. Muhalif postmodern duruş, modernizmin, özellikle özgürlük, eşitlik, barış ya da doğaya hakim olma vaatlerini ötelememekle birlikte, bunları radikal bir eleştiriden geçirir. Santos'a göre bu eleştirinin iki adımı vardır, birincisi, modernitenin bazı vaatlerinin yerine getirilirken yaşanan sapmaları tespit etmek ve diğer bazı vaatlerini yerine getiremeyeceğini idrak etmek²¹⁵. İkincisi, bu vaatlerin taşıdığı özgürleşme potansiyellerini, bunların ancak postmodern bir toplumsal kültürel, siyasi, epistemolojik ve teorik sınırlar içinde gerçekleştirilebilmesi ile tanımlamak²¹⁶. İşte Santos, “*modern çözümleri olmayan modern sorunlarla karşı karşıya*” olduğumuzu belirtir ve bu postmodern çözüm arayışına muhalif postmodernizm der.

Bu noktayı biraz daha açmak gerekirse, modernist duruş, Santos'un tariflediği şekliyle bir geçişten bahsedilemeyeceğini iddia etmektedir, çünkü süregiden ya da sadece hayal edilen dönüşümler bir paradigma içinde meydana gelir, o da modernite paradigmasıdır ve modernite paradigması hepsini kapsamaya yeterlidir²¹⁷. Ancak Santos modernizm ile postmodernizm arasında bir ayrım yapmaktan ziyade, postmodernizm ile muhalif postmodernizm arasında bir ayrım yaptığından, daha çok

²¹⁵ Ibid., s. 12.

²¹⁶ Ibid., s. 13.

²¹⁷ Ibid., s. 14.

postmodern duruşlar arasındaki bu farka vurgu yapılacaktır, onun kendini ne açılardan modernistlerden ayırdığına dair ayrıntılara burada girilmeyecektir. Aşağıda açıklanacağı gibi, Santos paradigmatik bir geçiş anında olduğumuz iddiasında olduğundan, benzer bir dönüşümü iddia edenlerle aynı tarafta yer almakta ve dolayısıyla, böyle bir değişimi kabul etmeyenlerden “*ayrı bir paradigmaya*” dahil olmaktadır²¹⁸, bu nedenle de postmodern teorisyenler arasında adı anılmaktadır²¹⁹.

Kutlamacı postmodernistler (Jacques Derrida ya da Jean Braudillard gibi) bir geçiş süreci olmadığına inanırlar. Çünkü modernite bitmiştir, üstelik paradigma ve geçiş fikirleriyle birlikte²²⁰. Santos'un kutlamacı postmodernler için söylediklerinin bir benzerini Berman, genel olarak postmodernistler için belirtmektedir. Berman'a göre, postmodernistler, modernitenin ufkunun kapandığını, enerjisinin tükendiğini söylemektedirler, hatta moral ve toplumsal ilerleme, kişisel özgürlük ve kamu mutluluğu gibi bize 18. yy aydınlanmasının mirası olan bütün kolektif umutlarla alay etmişlerdir. Postmodernistler, bu umutların iflas ettiğinin, en iyisinden boş fantezilerden ibaret olduklarının, ama daha kötüsü, tahakküm ve canavarca köleleştirmenin araçları olduklarının ortaya çıktığını söylemektedirler; onlar, “*modern kültürün 'büyük anlatılarının', özellikle de 'özgürlük kahramanı olarak insanlık anlatısının' defterini dürdüklerini iddia*” etmektedirler²²¹.

Urry de, bu yeni dönemde örgütlü kapitalizmle birlikte düşünülen

²¹⁸ Kuhn, **Bilimsel Devrimlerin Yapısı**, s. 184.

²¹⁹ Brendan Edgeworth, **Law, Modernity, Postmodernity: Legal Change in the Contracting State**, AshgatePub Ltd, 2003.

²²⁰ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 14.

²²¹ Berman, **Katı Olan Her Şey Buharlaşıyor**, s. 18.

kesinliklerin ve iyimserliğin dağılmakta olduğunu belirtmektedir. Bu nokta tam da 'büyük anlatıların bittiği' yerdir. Ona göre dağılan iyimserlik ve parçalanmış kesinlikler üç nokta açısından önemlidir. Birincisi, 'ekonomi ve toplumdan doğan eşitsizlikleri ve adaletsizlikleri düzeltmede devletin kullanılması olasılıkları' üzerinde değerlendirmeler yapılmaktadır. İkincisi, sınıf mücadelesinin 'modern toplumları sosyalist bir doğrultuda dönüştürmek için *kendi içinde* yeterli bir dinamik taşımadığı' öngörülmektedir. Üçüncüsü, “*ne tek başına özel ne tek başına kamusal olan, 'küçük p ile yazılan' politikanın ve sivil toplumun önemli bir alana sahip olduğuna ve modern toplumlarda örgütsüzleşmeye yol açan bir çok gelişmenin, toplumsal yaşam, kültür, boş zaman, sanat ve mimari, tüketim, çevrecilik, feminizm, etnik farklılık, yerel demokrasi gibi alanların çok daha karmaşık, farklılaşmış ve politik olarak da muhalif bir dizi mücadeleyi beslediğine ve ürettiğine*” inanılmaktadır²²². Benzer şekilde, Krishan Kumar da, Lash'in, postmodernizmin kültürel olduğunu, kültürel bir paradigma olduğunu düşünmekle, postmodernizm ile 'önemli ölçüde sanayi sonrası hale gelmiş bir kapitalist ekonomi' arasındaki 'uzlaşabilirlik ilişkisi'nden söz etmesine vurgu yapar²²³.

Büyük anlatılar ve biten modernizm hakkında Harvey de, postmodernizmin söylemlerini irdelemektedir. Ona göre modernizmin üst-dilleri, üst-teorileri, üst-anlatıları, önemli farklılıkların üstünü örtme eğilimindedir; postmodernizm ise ötekiliğin, öznellikte farklılıktan, cinsiyetten, cinsellikten, ırk ve sınıftan, zamansal ve mekansal coğrafi yerleşmeler ve yerinden kopmalardan kaynaklanan sayısız

²²² Urry, “Örgütlü Kapitalizmin Sonu”, s. 103.

²²³ Kumar, *Çağdaş Dünyanın Yeni Kuramları*, s. 139.

biçimin hakkını vermektedir²²⁴. Ama öte yandan, modernizmin yarattığı bütün sıkıntıları aşmayı hedefleyen inatçı ve kaotik bir akım olarak postmodernizm, moderniteyi kaba çizgilerle tasvir ederken abartmış olur ve modernizmdeki 'çapraz akıntıların varlığını' görmez²²⁵. Öte yandan Harvey şu sonuca da varır ki, modernizmin uzun tarihi ile postmodernizm adını taşıyan akım arasında, farklılıktan çok süreklilik mevcuttur. Harvey, postmodernizmi, modernizmin bağrında özgül bir kriz gibi görme eğilimindedir; hatta Baudelaire'in formülasyonundaki parçalanma, gelip geçicilik, kargaşaya ilişkin olan yanı vurgularken, ebedi ve değişmez olanın nasıl düşünülmesi, temsil edilmesi ya da ifade edilmesi gerektiği konusunda herhangi bir reçete karşısında derin kuşkuculuğu ifade eder²²⁶, bu kargaşa ve kuşkuculuk, modernizme yabancı değildir.

Yakın bir bakış açısı Ellen Meiksins Wood'da da mevcuttur. Postmodernizme giden yolda modernite kavramının kapitalizme ait olan toplumsal ve kültürel biçimlerle olmayanlar arasındaki bazı temel farkları yok ettiği söylenebilir, böylece modernite burjuva toplumuna, o da kapitalizme eşit hale gelir²²⁷. Bu noktadan hareketle Wood, postmodernizm kavramının bizzat kendisinin, özünde 'modernite'nin bir tersine çevrilişi olduğunu, bu yüzden onun problematik varsayımlarının çoğunun taşıyıcısı olduğunu belirtir. Postmodernite fikri, en kötü halinden kapitalizmi tarihsel olarak görünmez kılan ya da en azından onu doğallaştıran bir modernite kavramından

²²⁴ Harvey, **Postmodernliğin Durumu**, s. 134.

²²⁵ Ibid., s. 136.

²²⁶ Ibid., s. 137.

²²⁷ Ellen Meiksins Wood, **Kapitalizmin Kökeni Geniş Bir Bakış**, Çev: A. Cevdet Aşkın, Epos Yayınları, Ankara 2003, s. 204.

türemiştir²²⁸. Böylelikle postmodernite, “*burjuvanın kapitalistle özdeş, Aydınlanma rasyonalizminin de kapitalizmin ekonomik rasyonalitesinden ayırt edilemez olduğu bir moderniteyi izler.*” Wood'un dikkat çektiği nokta, postmodernite fikrinin kapitalizm içindeki tarihsel dönüşümlere odaklanmasına rağmen, kapitalist ve kapitalist olmayan toplumlar arasındaki dönüşümleri gizlemesidir, böylece kapitalist sistem ebedi olarak yükselen burjuvazinin kaçınılmaz ilerleyişinde doğallaştırılır²²⁹.

Santos, paradigmatic geçişin sadece dar bir şekilde betimlenmiş üretim modelleri arasında değil, daha geniş bir şekilde ekonomik, sosyal, kültürel, politik boyutları dahil geniş toplumsallık biçimleri arasında olduğuna inanmaktadır²³⁰. Yaşadığımız geçiş dönemi de, bu geniş perspektiften değerlendirildiğinde, modern bilimin epistemolojik çöküşü ile başlar ve uygarlıksal bir dönüşümü gerektirecektir²³¹.

Bu haliyle Santos, 'postmodern' dediği bir paradigma içinde yer almakta ve hukuku, eski modernite paradigmasının yöntemlerinden, kavramlarından ve algılayışından kurtarma ve ona yeni kavramlar, yöntemler ve algılayışlar üretme görevini üstlenmektedir. Sonuç olarak, Santos için önemli olan modernizm ile postmodernizm arasında bir ayrım yapmaktan ziyade, postmodernizm ile muhalif postmodernizm arasında bir ayrım yapmaktır. Yani Santos, sorunların modernitesi ile çözümlerin postmodernitesi arasında bir ayrım yapmak niyetindedir, bu ayrımda “*toplumsal özgürleşmenin yeniden keşfini mümkün kılan pratikleri modernitenin*

²²⁸ Ibid., s. 205.

²²⁹ Ibid., s. 206.

²³⁰ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 65.

²³¹ Ibid.

zarar görmüş özgürleşme vaatleri dışına yerleştirmek gerekliliğini”²³² savunur.

Kapitalizmin moderniteyle tarihsel birlikteliği, Santos'a göre günümüzde toplumsal dönüşümün dört ayrı okumasının temelini oluşturur. Bunlardan ilki, aynı zamanda merkezi liberal demokrasinin zaferi olarak adlandırılabilir ve Francis Fukuyama ile özdeşleşen 'tarihin sonu' tezidir. Buna göre kapitalizm ve liberalizm zafer kazanmıştır ve zaferlerinin anlamı, modernitenin en üst düzeyde gerçekleşmesidir. İkinci okuma, modernitenin 'tamamlanmamış bir proje' olduğu iddiasıdır. Habermas'ın başı çektiği, Santos'un Fredric Jameson'ı da kısmen kattığı ve Batı Marksizmi ve solcu sosyal demokraside somutlaşan haliyle, kapitalist olmayan bir geleceği anlamak ve onu beraberinde getirecek entelektüel ve siyasi potansiyel, modernite içinde mevcuttur. Bunun için eksik kalmış bu projenin tamamlanması gerekmektedir. Santos için toplumsal dönüşümün üçüncü okuması 'kutlamacı postmodernistler'dir, ki onlara göre modernite kapitalizmin ayaklarına çökmüştür ve sosyo-kültürel yeniden üretimi ve büyümesi bir postmodern forma varmıştır. Bu okumayı yapan teorisyenler arasında Daniel Bell, Jean-François Lytoard, Jean Baudrillard, Gianni Vattimo, Gilles Lipovetski gibi isimler vardır²³³. Dördüncü ve son okuma ise, Santos'un 'muhalif postmodernizm'dir. Modernite epistemolojik ve kültürel olarak çökmektedir. Öte yandan Santos, bu süreç konusunda elbette ki kötümser değildir.²³⁴

Bu (çöküş) işaretlerini bir araya koyarak, toplumsal ve bireysel yaşamın küresel bir akılcılaştırmasının modern fikri, küresel, kontrolsüz irrasyonelliğin hizmetinde mini-rasyonalitelerin çokluğuna doğru parçalanmayla sonuçlanırken, şu anda bu mini-rasyonaliteleri, bir toplamın parçaları olarak ve pek çok parçada temsil edilen

²³² Ibid., s. 14.

²³³ Ibid., s. 63.

²³⁴ De Sousa Santos, “Towards a Postmodern Understanding of Law”, s. 116.

toplamlar haline gelmesini durdurarak yeniden keşfetmek mümkündür. Bu post modern eleştirel teorinin görevidir.

Yani, böyle bir çöküş, toplum için bir dizi olasılığın önünü açmaktadır, örneğin kapitalist olmayan eko-sosyalist gelecek bunlardan biridir. Bu aynı zamanda politik bir Ütopya'yı olanaklı kılacak entelektüel bir ütopya'dır²³⁵.

Santos'un daha yeni tarihli bir metni, muhalif postmodernizm açısından açıklayıcıdır. Burada Santos, postmodernistlerin moderniteyi -ama her zaman Batı modernitesini- reddederken, modernitenin rasyonelleşme biçimlerini ve değerlerini, aynı zamanda özgürleştirici toplumsal dönüşümlerin yol göstericilerine dönüşen büyük anlatıları tümünden reddettiklerini belirtir²³⁶. Oysa kendisi, özgürlük, eşitlik ve dayanışma gibi modern değerleri sahiplenmektedir. Muhalif postmodernizm, toplumsal özgürleşmenin yeniden icadı ihtiyacındadır. Bu nedenle, postmodernizmden ayrılmaktadır. Muhalif postmodernizm, evrenselciliğin, tarihin doğrusallığının, hiyerarşik bütünlüklerin ve büyük anlatıların eleştirisini, çoğulculuk, heterojenlik, ötekilik vurgularını; yapılandırıcı olan ama rölativist ya da nihilist olmayan epistemolojisini sahiplenmektedir. Postmodernizmin iddiaları karşısında muhalif postmodernizmin farklarını Santos şu şekilde ortaya koymaktadır²³⁷:

- Kolektif projelerden feragat etmek yerine, genel bir toplumsal değişimin yerine konmak üzere hiyerarşik olmayan biçimlerde dile getirilen kolektif projelerin çoğulluğu;

²³⁵ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 64.

²³⁶ Boaventura De Sousa Santos, "From the Postmodern to the Postcolonial- and Beyond Both," **Decolonizing European Sociology: Transdisciplinary Approaches**, Edi. Encarnacion Gutierrez Rodriguez, Manuela Boatca ve Sergio Costa, Ashgate, UK 2010, s. 226.

²³⁷ Ibid., s. 228.

- Ütopyaların sona ermesi kutlamak yerine gerçekçi, eleştirel ve çoğul ütopyalar;
- Toplumsal özgürleşmeden feragat etmek yerine onu yeniden keşfetmek;
- Melankoli yerine trajik optimizm²³⁸, rölativizm yerine çoğulluk ve etiğin aşağıdan kuruluşu;
- Dekonstrüksiyon (yapı söküm) yerine baştan aşağı yansıtıcı ama kendi direnişini yapı sökme takıntısından bağımsık bir postmodern eleştirel teori;
- Siyasetin sonu yerine konformist eylemden isyankar eyleme geçişi teşvik ederek yıkıcı öznelliklerin yaratılması;
- Eleştirel olmayan bağdaştırmacılık (*acritical syncretism*) yerine *mestizaje* (ırkların karışması) ya da bu süreçte ortaya çıkan tüm güç ilişkilerinin farkında, yani neyin ya da kimin, hangi bağlamda ve hangi amaçlarla bağdaşacağına bakan bir melezlenme.

Diğer yandan Santos, aradan geçen zamanda, Güney'den²³⁹ öğrendiklerini teorisine kattığını belirtir. Güney'i 'kapitalizmin neden olduğu insan ıstırabının bir metaforu' olarak anlar. Teorisinde yeniden düzenleme yapma ihtiyacında, özellikle postmodernizm fikrinin, Batı modernitesinin kendi tanımları üzerine odaklanması etkili olmuştur, postmodernizm fikrinin, batı modernitesi tarafından uygulanan

²³⁸ Trajik optimizm, yaşamın, en sefil, en acıması, en trajik koşullarında bile bir anlam bulmanın mümkün olduğunu söyleyen Victor Emil Frankl'e göre, acıyı insan başarısına dönüştürmek, suçluluk duygusunu daha iyi olma yönünde değiştirmek için bir fırsat olarak kullanmak anlamına gelmektedir. 30.1.2013, <http://www.termbank.net/psychology/7184.html>

²³⁹

Burada Güney, metaforik anlamının dışında, Kuzey Yarımküre-Güney Yarımküre tezatlığına vurgu yapmaktadır. Farklılıkların, eşitsizliklerin, gelişmişlik problemlerinin, coğrafi olarak Doğu-Batı ekseninden Kuzey-Güney eksenine kaymaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ronaldo Munck, **Emeğin Yeni Dünyası: Küresel Mücadele Küresel Dayanışma**, Çev: Mahmut Tekçe, Kitap Yayınevi, İstanbul 2003.

şiddetin mağdurları tarafından sunulan tanımı gizleme riski vardır, bu şiddetin adı 'sömürgeciliktir'. Santos, postmodernizme ve postkolonyalizme karşı bir duruşun kesinlikle yanlış olduğunu belirtmekle şunu da ekler; artık postmodernizm, postkolonyalizm tarafından oluşturulan endişelere ve duyarlılıklara cevap olmaktan uzaktır²⁴⁰. Santos'un, bu noktada postkolonyalizmden kastı, kökleri kültürel çalışmalarda olan ama bugün tüm sosyal bilimlerde mevcut olan bir dizi teorik ve analitik akımlardır ve önemli bir özelliği vardır: “*Günümüz dünyasını anlamalarında, teorik ve politik düzeyde, Kuzey ve Güney arasındaki eşitsiz ilişkilere öncelik tanınırlar*”²⁴¹. Bu ilişkiler tarihsel olarak sömürgecilik tarafından kurulmuştur ve sömürgeciliğin politik bir ilişki olarak sona ermesi, onu toplumsal bir ilişki olarak sona erdirmemiştir, hala otoriter ve ayrımcı bir zihniyet ve sosyallik biçimi olarak yaşamaktadır²⁴².

Muhalef postmodernist bir anlayışın oluşması için, postmodern geçişin işaret ettiği şekliyle, Batı modernitesinin doğuşu, yükselişi ve düşüşünün iki merkez kanalı olarak bilimin ve hukukun postmodern anlayışına ihtiyaç vardır. Burada Santos, Immanuel Wallerstein'in 'sosyal bilimleri düşünmemek' tartışmasına atıf yaparak, 'hukuku düşünmemek'ten bahseder. “Ondokuzuncu Yüzyıl Paradigmasının Sınırları” alt başlıklı “Sosyal Bilimleri Düşünmemek” adlı eserinde Wallerstein, bilerek ve isteyerek sosyal bilimleri yeniden düşünmediğini, çünkü yeni kanıtların eski kuramların geçerliliğini sarsması ve öngörülerin gerçekleşmemesi hallerinde, öncüllerin yeniden düşünölmek zorunda kalınacağını, bu nedenle spesifik hipotezler

²⁴⁰ De Sousa Santos, “From the Postmodern to the Postcolonial- and Beyond Both”, s. 227.

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Ania Loomba, **Kolonyalizm Postkolonyalizm**, Çev. Mehmet Küçük, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2000.

biçimi altında 19. yüzyıl sosyal biliminin sürekli olarak yeniden düşünüldüğünü belirtir. Öte yandan artık bir yeniden düşünmeyi değil, doğrudan düşünmemeyi önerir, çünkü ona göre *“bizi yanlış bir biçimde yönlendirdiğine ve daralttığına inandığım ön varsayımlardan birçoğu düşünme biçimlerimiz üzerinde hala çok güçlü bir etkiye sahiptirler. Bir zamanlar zihni özgürleştirdiği düşünülen bu ön varsayımlar, bugün toplumsal dünyanın yararlı ve uygun bir analizinin önünde merkezi entelektüel engeller olarak işlev görmektedirler”*²⁴³. Bu yaklaşım, paradigmatik değişim anının düşünme biçimine de denk düşmektedir. Geçiş koşullarını tanımlamak için öncelikle bunun, temelden sorgulanan, bilimsel bilginin bir biçiminin ürünü olduğunu görmek gerekir; 19. yüzyılda doğan üç ana sosyal bilim olarak sosyoloji, ekonomi ve siyaset, normal toplumsal değişimin yasaları ortaya çıkarmayı amaçlar²⁴⁴. 19. yüzyılın sosyal bilimini, *“‘normal değişimin’ anlaşılması niyetiyle ve bu yoldan ‘normal değişimi’ etkileyebilmek için sosyal dünyanın ampirik incelenmesi”* olarak tanımlayan Wallerstein, disiplinlerin adlandırılmasının büyük ölçüde liberal ideolojinin zaferini yansıttığını belirtir²⁴⁵. Aynı zamanda bu üç sosyal bilim alanı, piyasa ilişkileriyle (ekonomi), devletle (siyaset bilimi) ve bunların dışında kalan kişisel yaşam, gündelik yaşam, aile, kilise, topluluk, suç ve benzeri (sosyoloji) ile ilişkilidir. Tarihi de kattığımızda, bu dört disiplinin kurumsallaşmasına dair üç noktaya vurgu yapmak gerekir: Birincisi bu disiplinler ampirik olarak özellikle kapitalist dünya ekonomisinin merkez ülkeleriyle ilgilenmiştir. İkincisi, akademisyenlerin hemen hepsi kendi ülkelerini ilgilendiren

²⁴³ Immanuel Wallerstein, **Sosyal Bilimleri Düşünmemek: Ondokuzuncu Yüzyıl Paradigmasının Sınırları**, Çev. Taylan Doğan, Avesta Yayınları, İstanbul 1997, s. 7.

²⁴⁴ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 63.

²⁴⁵ Wallerstein, **Sosyal Bilimleri Düşünmemek**, s. 31.

ampirik malzemeler üzerinde çalışmışlardır. Üçüncü olarak ise üç 'nomotetik'²⁴⁶ disiplin olarak ekonomi, siyaset ve sosyolojinin nesnesinin, insan davranışını açıklayan yasaların keşfedilmesi olduğu ileri sürülmesine rağmen, egemen çalışma biçimi ampirik ve somuttur²⁴⁷. Sosyal bilimlerin oluşumu, modern dünyayı bilgilendiren bilgi sisteminden ve onun gerçeğe ve kesinliğe, evrensel yasalar formu içinde, akılla ulaşılabileceği inancından yalıttık değildir. Yani, “(...) *Newtoncu doğa sisteminde, bilimsel yönteminde ve bilimsel ideallerinde ifade edildiği biçimiyle dünyanın rasyonel düzeni ... zihnin, toplumun ve ekonomik ilişkilerin, yönetimin, ahlakın ve uluslararası ilişkilerin rasyonel bir bilimini ele alan kapsayıcı insan doğası bilimine [uygulandılar]*”²⁴⁸. Öte yandan dünya-ekonomisinin yapısal krizinin önlenemez etkisi ve sistem-karşıtı hareketler de, bilime egemen bu evrenselcilik doktrininin öncüllerinin tartışmaya açılmasını zorlamaya başlamıştır²⁴⁹ ancak bu sorgulama bir boşlukta evrilmemiş, aksine “*entelektüel bir sıkışmadan, günümüzde toplumsal olarak görünür hale gelen maddi dönüşümlerin, içinde yaşadığımız yapısal krizin bir açıklamasının, evrenselciliğin ideolojik varsayımlarına uydurulmasının imkansızlığından kaynaklanmıştır*”²⁵⁰. Wallerstein, içinde bulunduğumuz sistemik krizin, bizim de kolektif irademizi, enerjilerimizi ve sahip olduğumuz bilgeliği kolayca devreye sokabileceğimiz iki alanda, yani sistem-karşıtı hareketlerin politik alanında ve bilginin metafizik ön varsayımlarının kültürel alanında sürdüğünü belirtir²⁵¹. Bunun bir örneği de sistem karşıtı hareketlerin temel stratejisinin Newtoncu dünya görüşü çerçevesinde 19. yüzyılda belirlenmesidir. Bu

²⁴⁶ Yasa koyucu (bilimler)

²⁴⁷ Wallerstein, **Sosyal Bilimleri Düşünmemek**, s. 33.

²⁴⁸ Ibid., s. 47-48.

²⁴⁹ Ibid., s. 50.

²⁵⁰ Ibid., s. 52.

²⁵¹ Ibid., s. 53.

strateji devletleri özerk yapılar olarak ele alır ve politik iktidarı da devlet aygıtlarında mekansallaşmış biçimde değerlendirir. Sistem karşıtı hareketler bakımından, ortaya konan stratejilerden ilki devlet yapılarının, derin biçimde devletler arası sistemin içine yerleştirilmiş ve onun tarafından sıkıca kuşatılmış olmalarıdır. İkincisi politik iktidarın konumlanması yalnızca devlet aygıtlarının kontrolünden ibaret olmayıp, örneğin ulus-ötesi şirketlerin de, politik iktidarın, üretken kaynaklar üzerindeki denetim ve bu kaynaklar hakkında karar verebilmeye muktedir olmak anlamında, politik iktidara sahip olmaları açısından, ampirik boşluklarla doludur²⁵². Hareketlerin gündeminde olması gereken, devlet aygıtlarında iktidarın ele geçirilmesini bir taktik düzeye düşürerek, bir manevra stratejisinin geliştirilmesi olacaktır, çünkü *“hareketlerin gerçek kurucu güçleri hareket sürecinde, hareketlenmede yatmaktadır.”*²⁵³ Bu örnekle bağlantılı olarak, Wallerstein sosyal bilimde de benzer bir krizin yaşandığını belirtir. Ona göre sistem karşıtı hareketlerin yeniden yönlendirilmesi, sosyal bilimin stratejisinin yeniden yönlendirilmesi ile yakından bağlantılıdır; sosyal bilimler için yapılması gereken şey, *“kavramsal kategorilerin yeniden inşa edilmesi”, “araştırma yöntemlerinin bu yeni hedefe yönelik olarak yeniden tanımlanması”*dır²⁵⁴.

Santos 'hukuku düşünmemek' olarak adlandırdığı tartışmada, modern kapitalist toplumun aşırılıklarının ve eksikliklerinin yeniden yapılandırılması modelinde hukukun oynadığı role değinir. Burada hukuk hala önemli bir rol üstlenmektedir. Santos, hukukun emirlerinin uzun vadede ve ideal olarak toplumsal

²⁵² Ibid., s. 54.

²⁵³ Ibid., s. 55.

²⁵⁴ Ibid., s. 56.

düzenin ve toplumsal değişimin bilimsel bulgularını üreten bir unsur olduğunu belirtir. Kısa vadede ise hukukun cebri gücü ve normatif birleştirici gücüne, özellikle toplumsal çelişki ve isyanlardan uzak durup, toplumsal gelişmenin bilimsel yöntemini oluşturmak için hala başvurulmaktadır. Bu nedenle Santos için, modern bilimin krizinin modern hukukun paradigmatic krizini içermesi muhtemeldir²⁵⁵.

Eğer böyleyse, Wallerstein'ın önerdiği 'sosyal bilimleri düşünmemek' akışı, hukuka da uyarlanabilir. Öte yandan bu uyarlamaya bir şerh koymak gerekir, çünkü bilimdeki paradigmatic dönüşümün hukuktakiyle aynı olduğu iki sebepten dolayı söylenemez. Birincisi, hukukta yaşanan anlam kayması ve kargaşa, bilime göre ikincil ve hatta sınırlıdır, *“hukukun ve etiğin moral-pratik rasyonalitesinin bilimin kavramsal-araçsal rasyonalitesine teslim olmasının bir sonucu olarak modern bilim ve modern hukuk arasında belirli bir epistemolojik karmaşa ve anlam kayması olduğu doğru olsa bile, bu şekilde üretilmiş simetri, kendi yelpazeyle sınırlı ve kendi epistemolojik bağlamında ikincildir”*. Yani hukuki bilgi, toplumsal kontrolün bir aracı olarak hukukun etkinliğini artırmak için bilimsel hale getirilmiştir, bu sebeple *“doğanın bilimsel bilgisinin doğanın kontrolüne dair bir güce yol açacağına ilişkin fikir”* hukuka, bilimde olduğu gibi uymaz. Bilimde bilgi güce sebebiyet verirken, hukukta, 19. yüzyıldan bu yana güç (devlet), (profesyonel) bilgiyi oluşturmuştur. Bunun sonucunda hukuki pozitivism, toplumsal düzenin ve toplumsal değişimin bilgisiyle uyumlu olmayan bir icrai yetenek iddia edebilmektedir. Santos bu özelliğin özellikle modern devletin hukuk kültürüne özgü olduğunu belirtir²⁵⁶.

İkincisi, hukukun epistemolojik iddiaları ikincil olduğundan ve toplum hakkında

²⁵⁵ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 61.

²⁵⁶ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 62.

bilimsel bilgidaki eksikliğe dayandığından, hukuki bilginin teorik koşulları, hukuki gücün toplumsal koşullarına tabidir; *“hukukun özerkliği, evrenselliği ve genelliği, somut bir devlete gömülmüş olma durumunun üzerine inşa edilmiştir, ki hukukun bu özellikleri, bu devletin -özerk ya da sınıf karakterli, genel ya da tikelci olarak düşünülen- çıkarlarına hizmet eder”*. Öte yandan bu sebeplerle, hukuk, mevcut geçişin teorik koşullarını aydınlatmaz, belki bu geçişin toplumsal ve politik durumunu kısmen açığa çıkarabilir²⁵⁷. Bu sebeple, hukuku düşünmemek yani hukuka dair kavramsal kategorilerin yeniden inşası için, öncelikle hukukun süreç içindeki anlamlandırılmalarına ve paradigmatik geçişin toplumsal ve politik durumuyla ilişkilendirilmesine bakmak gerekmektedir.

Santos hukuku, devlet-hukuk gibi, toplumsal bağlamdan özerk olarak düşünmemektedir. Yaşadığımız geçişin paradigmatik olması ve toplumsal bir dönüşümün varlığı sonucu, modern hukukun krizi yoktur, toplumsal bir krizin varlığında hukukun krizi mevcuttur. Hukukun böylesi bir krizde merkezi bir yer işgal etmesinin sebebi ise, toplumda yaşanan krizin çözümünde araç olarak ele alınmasıdır.

Santos'a göre, hukuk yoluyla toplumsal dönüşümün sınırları bakımından geleneksel hukuki reformizmin başarıya ulaşması zordur. Üstelik kazanılan başarılar uzun sürmemekte ve kalıcı olmamaktadır. Öte yandan, hukuk reformlarıyla ilişkili gruplar arasında güç ilişkilerinin adil şekilde dağıtılması zordur, kanunlar daha tikelci ve karmaşık hale geleceklerdir. Hukuk yoluyla toplumsal karmaşanın

²⁵⁷ Ibid.

azaltılabileceğine dair fikirlerin inandırıcılığını kaybetmesi süreci de genel anlamda hukukun, özel anlamda devlet hukukunun kutsallığının bozulmasına ve önemsizleşmesine katkı sağlayabilecektir. Üstelik görsel- işitsel hız ve toplumsal ivme çağında, bahsedilen etkilerin, anlaşmaların ya da dayatmaların yeniden müzakere edilmesinde, sürekli ve daha güçlü bir basınç oluşturmaları muhtemeldir. Santos bu koşullar altında hukukun sağlayacağı iki seçenek ortaya koyar; ya değişmeden kalacak ve görmezden gelinecektir ya da toplumsal dinamiklere ayak uyduracak ve normatif bir referans olarak değersizleşecektir²⁵⁸.

Bu noktada Santos'un 'hukuku düşünmemek' önerisindeki ve bir karşı-hegemonik projedeki hukukun ne olduğuna, yani Santos'un hukuk anlayışının ayrıntılarının incelenmesine ihtiyaç vardır.

²⁵⁸ De Sousa Santos, “Towards a Postmodern Understanding of Law”, s. 119.

2.BÖLÜM

SANTOS'UN HUKUK ANLAYIŞI

2.1. Hukukun Tanımı ve Yapısal Unsurları

Santos 'hukuk'u, özellikle liberal politik teorinin öne çıkarttığı 'ulus-devlet-hukuk denkliği'ne uymayan bir şekilde²⁵⁹ tanımlamaktadır²⁶⁰:

19. yüzyılın bitişinden sonra ortaya çıkan hukuk antropolojisi literatürüne ve anti-pozitivist hukuk felsefesine dayanıyor ve hukuku, belli bir grupta yargı konusu edilebilir -yani bir yargı otoritesi tarafından icra edilmeye elverişli görülen ve ihtilafların üretilmesine ve önlenmesine, aynı zamanda güç tehdidinin eşlik ettiği bir münakaşacı diskur aracılığıyla ihtilafların çözülmesine katkı sağlayan, bir düzenli prosedürler ve normatif standartlar bütünü olarak anlıyorum.

Santos'un hukuk tanımı, liberal politik teorinin iddia ettiğinin aksine, mevcut toplumlarda ve bir bütün olarak dünya sisteminde hukuki alanı, görüldüğünden daha karmaşık ve zengin bir alan olarak anlayan, oldukça geniş bir alanı tanımlayan ve özellikle devlet dışındaki hukuk biçimlerini kapsayan bir tanımdır. Bu hukuki alan, pek çok hukukiliğin ve hukuk dışılığın, yerel, ulusal ve küresel zaman-mekan düzleminde kümelendiği geniş bir alandır.

Bu geniş tanımdan sonra, Santos, her hukukiliğin, hukuk olarak sayılabilecek hukuki alanın, etki düzeyleri değişkenlik gösteren üç yapısal ögeden oluştuğunu belirtir. Bunlar 'retorik', 'bürokrasi' ve 'şiddet'tir.

²⁵⁹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 86.

²⁶⁰ Saim Üye, **Teoride Ve Pratikte Hukuki Çoğulluk**, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 82; De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 86.

Santos için retorik, “temelinde, kabul edilmiş, sözel olan ya da olmayan dizi ve eserlerin tartışma potansiyelinin hareketliliği yoluyla ikna etme olan, sadece bir bilgi tipi değil, aynı zamanda bir iletişim biçimi ve karar verme stratejisi”dir. Hukukun yapısal bir ögesi olarak örneğin uyuşmazlıkların dostane çözümü olarak hukuk pratiğine yansır.

Bürokrasi, “temelinde, düzenlenmiş prosedürlerin ve normatif standartların belirtici potansiyelinin hareketliliği yoluyla otoriter uygulamalar olan bir iletişim biçimi ve karar verme stratejisi”dir. Hukuk alanında bürokrasiyi, yasama organlarında yasaların kabul edilmesi ve mahkemelerde hüküm verme olarak görmekteyiz. Bürokrasi, devlet hukukunun da hakim ögesidir.

Şiddet ise “fiziksel güç tehdidine dayanan iletişim biçimi ve karar verme stratejisidir”. Pek çok kişi ve grup tarafından kullanılabilir. Bunlar devlet hukukunu uygulamak için (polis) ya da eylemlerini düzenleyen kuralları uygulamak için (mafya) harekete geçebilirler²⁶¹.

Bu yapısal ögeleri sabit varlıklar olarak anlamamak gerekir. Retorik, bürokrasi ve şiddet, yasal alanda hepsi bir arada bulunabilecek ögelerdir. Bu üç ögenin birbiriyle ilişkisini 'eklemlenme' olarak tanımlayan Santos, üç farklı eklemlenme biçimi olduğunu belirtir. Bunlar ilişkili değişme (*co-variation*), jeopolitik kombinasyon ve yapısal nüfuz etme (*structural interpenetration*)dir.

²⁶¹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 86.

İlişkili değişme, 'farklı hukuk alanlarında yapısal ögeler arasında nicel korelasyon' olarak tanımlanır. Buna örnek olarak Santos, Brezilya'da Pasargada bölgesinde yaptığı ampirik çalışmayı gösterir²⁶². Burada retorik hakim öge bürokrasidir ve şiddet çekinik karakterdir. Bu durum, bürokrasi ve şiddetin retoriğe göre daha hakim olduğu devlet hukuku ile tam bir tezatlık teşkil etmektedir. Santos, küresel hukuki alanlar olarak 'lex mercatoria'dan ve yerli halkların hukukundan yeni yapısal konfigürasyonlar olarak bahseder. Örneğin, bunlar genel anlamda düşük düzeyde bürokrasi ile karakterize edilmelerine rağmen, bazı durumlarda yüksek düzeyde retorik ve düşük düzeyde şiddet ya da tam tersi bir arada bulunabilmektedir. Küresel hukuk alanlarında düşük bürokrasi düzeyi, ulus-devletler tarafından geliştirilen kurumların, küresel ya da devletler arası düzeyde karşılığı olmadığı gerçeği ile açıklanabilir. Yapısal ögelerin bu eklemlenme biçiminde, yargısal üretimin yüksek düzeyde bürokratik yapılanması/kurumsallaşması, hukuksal diskurun daha az retorik alanı işgal etmesi, ya da tam tersi; yargısal üretim hizmetlerinde daha güçlü şiddet araçları, hukuksal diskurun retoriğinin daha az alanda hakim olması ya da tam tersi söz konusu olabilir²⁶³.

Jeopolitik kombinasyonda 'belirli bir yasal alanda retorik, bürokrasi ve şiddetin iç dağıtım merkezli eklemlenme biçimi'nden söz etmekteyiz. İlişkili değişme genel olarak ögeler arasındaki eklemlenme örüntülerine odaklanırken, bu eklemlenme biçimi belirli bir hukuki alanda bu örüntüler arasındaki eklemlenmeye dikkat çekmektedir. Farklı eklemlenmeler, politik hakimiyetin farklı biçimlerini

²⁶² Pasargada, Brezilya'daki bir "favela"/gecekondu bölgesidir ve buradaki işgalci yerleşikler devlet hukukunun sembollerini ve biçimlerini kullanarak kendi hukuklarını yaratmışlardır.

²⁶³ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 87.

doğurmaktadır.

Yapısal nüfuz etme ise 'hakim bir öge içinde belirli bir hakim ögenin varoluşu/görünüşü ve yeniden üretimini içerir'²⁶⁴. Bu yapısal ögeler, hukukun yapısal alanları bakımından farklı kombinasyonlar oluşturur.

2.2. Hukukun Yapısal Alanları

Santos, ulus-devletin, son iki yüzyıldır, zaman mekan ölçeğinde merkezde yer aldığını, oysa başka iki zaman-mekan ölçeğinin de olasılık dahilinde olduğunu belirtir. Bunlar, yerel (*local*) ve küresel (*global*)dir. Üstelik hukuki alan (*legal field*), hem liberal politik teorinin iddia ettiğinin aksine daha karmaşık ve zengin ve hatta farklı hukukiliklerin (ya da hukuk dışılıkların) kümelenmesidir. Bu bağlamda Santos, *“her toplumsal-hukuksal eylemin üç zaman-mekan ölçeği ile (yerel, ulusal, küresel) çerçevelendiğini, bunlardan birinin hakim konumda olarak eylemin genel profilini belirlediğini, toplumsal-politik eylemin anlaşılabilmesi için de, eylemin, bu üç zaman-mekan ölçeği ile ilişkilenme biçimine bakmak gerektiğini”* belirtir²⁶⁵.

Santos, politik oluşumlar, hukuki oluşumlar ve epistemolojik oluşumlar olarak kapitalist toplumların ayrı ayrı, sırasıyla farklı iktidar, farklı hukuk ve farklı bilgi biçimleri üreten altı temel üretim biçiminden oluştuğunu belirtir.²⁶⁶

İktidarın politik karakteri, belirli bir iktidar biçiminin münhasır niteliği değildir; hatta iktidarın farklı biçimlerinin kombinasyonunun ve üretim biçiminin küresel etkisi mevcuttur. İktidar biçimleri hiçbir zaman tek başlarına işlemezler. ... Belirli bir iktidarın politik anlamı, o iktidar biçiminin nasıl, onunla birlikte faaliyette bulunan

²⁶⁴ Ibid., s. 88.

²⁶⁵ Ibid., s. 85.

²⁶⁶ Ibid., s. 369.

diğer iktidar biçimleriyle tamamlandığına, nötrlendiğine ya da dönüştürüldüğüne bağlıdır.

Aynı tartışma hukuk için de geçerlidir. Toplumsal düzenlemenin hukuki karakteri, sadece hukukun herhangi bir biçimine atfedilemez, bu noktada hukukun farklı biçimlerinin ve üretim biçimlerinin kombinasyonunun küresel etkisi devreye girer²⁶⁷.

Aşağıdaki tabloda, dünya sistemine entegre olmuş kapitalist toplumların yapısal haritası gösterilmektedir. Kapitalist toplumlardaki sosyal etkileşim, toplumsal pratiğin üretiminde altı farklı biçim (toplumsal pratik, kurumlar, gelişim dinamikleri, iktidar, hukuk ve epistemoloji) etrafında yoğunlaşır. En üst soyutlama düzeyinde, bir toplumsal pratiğin üretim biçimi bir dizi toplumsal ilişkiden oluşur. Bu ilişkilerin içsel çelişkileri, içten kaynaklanan belirli dinamikler sağlar. Bu nedenle Santos, karmaşık bir etkileşim alanının altı boyutu olduğunu ileri sürer; toplumsal pratik, kurumlar, gelişimsel ve etkileşimsel dinamikler ve iktidarın, hukukun ve epistemolojinin ayrıcalıklı biçimleri²⁶⁸. Santos'un bahsettiği altı yapısal alan olarak hane alanı, işyeri alanı, pazar alanı, topluluk alanı, vatandaşlık alanı ve dünya alanının her biri, kendine ait toplumsal pratiklere, kurumlara, gelişim dinamiklerine, iktidar biçimlerine, hukuk biçimlerine ve epistemolojik biçimlere sahiptir.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ Ibid., s. 373–374.

Boyutlar Yapısal Alanlar	Toplumsal Pratik	Kurumlar	Gelişim Dinamikleri	İktidar Biçimi	Hukuk Biçimi	Epistemolojik Biçim
Hane alanı	Toplumsal cinsiyet, soy	Evlilik, aile, akrabalık	Duygusal yakınlığın ençoklaşması	Patriyarka	Hane-içi hukuk	Ailecilik, ailevi kültür
İşyeri alanı	Sınıf 'kapitalist karakterli'	Fabrika, şirket	Karların ve doğadaki bozulmanın ençoklaştırılması	Sömürü, 'kapitalist karakterli'	Üretim hukuku	Üreticilik, teknolojicilik, mesleki eğitim, kurum kültürü
Pazar alanı	Tüketici	Piyasa/ pazar	Faydanın ve ihtiyaçların metalaştırılmasının ençoklaştırılması	Metaların fetişizmi	Mücadele hukuku	Tüketici, kitle kültürü
Topluluk alanı	Etnik köken, ırk, milliyet, halk, din	Topluluk, komşuluk, bölge, taban örgütleri, kilise	Kimliğin ençoklaştırılması	Eşitsiz farklılaşma	Topluluk hukuku	Yerel bilgi, topluluk kültürü, gelenek
Vatandaşlık alanı	Vatandaşlık	Devlet	Bağlılık duygusunun/sadaka tın ençoklaştırılması	Hakimiyet/e gemenlik	Bölgesel (devlet) hukuku	Eğitsel ve kültürel milliyetçilik, yurttaşlık kültürü
Dünya alanı	ulus-devlet	Devletler arası sistem, uluslararası kuruluşlar ve dernekler	Etkililiğin ençoklaştırılması	Eşitsiz değişim	Sistemik hukuk	Bilim, evrensel ilerleme, küresel kültür

Tablo 1:
Dünya Sistemi İçinde Kapitalist Toplulukların Yapısal Haritası²⁶⁹

Hane alanı (householdplace); eşler, çocuklar ve akrabalar arasında, aile hayatını ve akrabalığı üreten ve yeniden üreten toplumsal ilişkiler kümesidir. *İşyeri alanı (workplace);* ekonomik değişim ve emek süreçlerinin üretiminin, -üretenler ve artı-değere el koyanlar arasında ve bunların her ikisiyle doğa arasında- üretim ilişkilerinin ve -işçilerle yöneticiler arasında ve işçilerin arasında- üretimdeki ilişkilerin çevresini saran bir dizi toplumsal ilişkileri tarifler. *Pazar alanı (marketplace);* değişim değerlerinin bölüşüm ve tüketimine dair, bu sayede bölüşümü ve tüketimi karşılamak için ihtiyaçların ve araçların metalaşmasının üretildiği ve

²⁶⁹ Ibid., s. 371.

yeniden üretildiği toplumsal ilişkilerdir. *Topluluk alanı (communityplace)*; fiziksel ve sembolik bölgeler ve kimliklerin üretilmesi ve yeniden üretilmesiyle çevrelenmiş toplumsal ilişkilerden oluşur. *Vatandaşlık alanı (citizenplace)*; 'kamusal alan'ı ve özelde, vatandaşlar ve devlet arasında dikey politik yükümlülüklerin üretimi ilişkilerini oluşturan bir dizi toplumsal ilişkidir. Nihayet *dünya alanı (worldplace)*; belirli bir toplumda küresel işbölümü aracılığıyla üretilen ve yeniden üretilen toplumsal ilişkilerin belirli bir toplum üzerindeki etkisinin genel toplamı olarak tariflenmektedir. Dünya alanı, belirli bir toplumda, diğer alanların üzerinde, dünya koşulları ve dünya hiyerarşilerinin etkisinin matrisini oluşturur²⁷⁰.

Santos'un vurguladığı altı yapısal alanın altı farklı boyutu vardır. Buna göre, *toplumsal pratik*; yapısal alanın aktif boyutudur, kolektif ve bireysel eylemin örgütleyici ilkesini oluşturur, kimliğin ana kriteridir. Bireysel ve toplumsal grupların belirlenmesi, bu yapısal alanın çevrelediği toplumsal ilişkilerle alakalıdır²⁷¹. *Kurumsal boyut*; toplumsal yinelenmenin örgütlenmesine işaret eder. Yani tekrarlayan, rutinleşmiş ve normalleştirilmiş toplumsal ilişkilerin sürekli akışını düzenleyen biçimler, alışkanlıklar, prosedürler, düzenekler ya da şemalar söz konusudur. Bu yinelenmeler sonucunda etkileşim modelleri gelişir ve zorunlu, yeri doldurulamaz ve ortak duyusal olarak 'doğallaştırılır'. *Gelişim dinamikleri*; sosyal eylemin yönüne, sosyal ilişkinin hangi özel yapısal alana ve hangi düzeyde ait olduğunu tanımlayan rasyonelliğin yerel ilkesine işaret eder. Santos, hane alanındaki gelişimsel dinamiğin, toplumdaki en merkezi katetik²⁷² yönelimlerden biri olduğunu,

²⁷⁰ Ibid., s. 374–375.

²⁷¹ Ibid., s. 375–376.

²⁷² Katetik enerji: Psikanalizde, ruhsal aygıtın işleyişinde nicel bir etken olduğu düşünülen enerji

bu yönelimin özellikle büyük bir duygusal enerjiyle bağlandığını belirtir. Toplumsal cinsiyet ve soy ilişkilerinin yeniden üretimi, aile hayatı ve aile ilişkilerine dair düşünceler ve klişeler hakkında duygusal enerjinin yoğunlaştırılmasıyla (duygusal yakınlığın ençoklaşmasıyla) başarıya ulaşır²⁷³.

Bu altı yapısal alanın, karmaşık olduğunu ve altı farklı boyutu olduğunu belirtmiştik. Herhangi bir somut sosyal alanda, yapısal alanlar her zaman bir takım yıldızı olarak işler, her yapısal alanın her bir boyutu bir şekilde bir başka yapısal alanın bir başka boyutunda görünür. Santos, bu durumu şu örnekle açıklar. Örneğin hane alanında toplumsal pratik biçimi toplumsal cinsiyet ve soydur. Burada farklı cinsiyetlerden ve soylardan üyeler birlikte yer alırlar. Ama bu elbette, feminist teorilerin ikna edici şekilde gösterdiği gibi, toplumsal cinsiyet ve soyun hane alanı ile sınırlı olduğu anlamına gelmemektedir. Tam tersine, örneğin toplumsal cinsiyet, işyeri alanında sınıfla, pazar alanındaki tüketici pratikle, topluluk alanındaki ırk, etnik köken ya da din ile, vatandaşlık alanındaki vatandaşlıkla ve dünya alanında ulus-devlet pratiği ile birleştirilebilir. Bu kesişmeler, farklı alanların farklı boyutları için de mümkündür²⁷⁴.

Altı yapısal alana denk düşen hukuk tiplerine ayrıca bakmak gerekir. Hane alanının hukuku “*hane-içi hukuk*”tur. Hane içi hukuk, hem hane içindeki toplumsal ilişkilerin tortusunda hem de ondan kaynaklanan kurallar dizisi, normatif standartlar ve anlaşmazlık çözüm mekanizmalarıdır. Yazısız, oldukça gayri resmi, aile

katmanı. <http://www.termbank.net/psychology/3904.html>

²⁷³ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 377.

²⁷⁴ Ibid., s. 375.

ilişkilerine gömülü, bu yüzden de özerk olarak düşünülen bir hukuktur. Aynı zamanda temelindeki patriyarkal eşitsizlikleri hane alanının farklı mensupları arasında genişleten eşitsiz bir hukuktur. Dünya sistemi içinde ırk, sınıf, kültür, din ve benzerleri nedeniyle çeşitlilik gösterir. Hane içi hukuku, daha önce bahsedilen bürokrasi, retorik ve şiddet bağlamında, yapısal öğeleri bakımından analiz eden Santos, şu sonuçlara ulaşır: çeşitliliği ile birlikte, hane içi hukukta bürokrasi tümüyle yok olmuştur, retorik ve şiddet çetrefil içe içe geçmelerde hem nüfuz eden hem birleşen unsurlardır²⁷⁵.

İşyeri alanının hukuk biçimi olarak “*üretim hukuku*”, fabrikanın, şirketin, ücretli emek ilişkilerinin (hem üretimin ilişkileri hem üretim ilişkileri içindeki) gündelik yaşamına hükmeden düzenlemeler dizisi ve normatif standartlar, fabrika kuralları, atölye yönetmelikleri, işçileri yönetmek için kaideler ve benzerlerini kapsar. Çalışma biçimine göre değişiklik gösteren üretim hukuku, yazılı ya da yazısız olabilir, resmi ya da gayri resmi olabilir. Yapısal öğeler açısından baktığımızda, Santos, üretim hukukunda, retoriğin, bürokrasi ve şiddete göre daha az bir rolü olduğunu ileri sürer. Üstelik bu hukuk, askeri hukuk benzeri özellikleriyle emir hukukudur. Retorik, açıkça tanımlanmış hiyerarşiler ve sıkı itaat kuralları içinde pıhtılaşma eğilimindedir, Santos, 'esnek uzmanlık' gibi süreçlerle şekillenen emek ilişkilerinde, kontrol, bürokrasi ve şiddetin bu alanlara hakim olmaya devam ettiğini vurgular²⁷⁶.

Pazar alanının hukuku olarak “*mübadele hukuku*”, üreticilerin kendi arasında,

²⁷⁵ Ibid., s. 385.

²⁷⁶ Ibid., s. 388–389.

Üreticiler ve tüccarlar arasında, tüccarların kendi arasında ve bir yandan üreticiler ve tüccarlar, diğer yandan tüketicilerin arasındaki ticaret göreneklerini, kuralları ve normatif standartları kapsar. Bu hukukun özelliklerinden biri, orta çağdan sıyrılarak özerk olarak gelişmesi ve modern hukukiliğın ortaya çıkmasına öncülük etmesidir. Bu geleneğın peşı sıra, ticaret hukuku, bugün dünya ekonomisinde büyür, ulus-devletlerle karşı karşıya büyük bir özerklikle pazar değışimlerini düzenler. Çok gayrı resmi, esnek, katılımcılarının çıkar ve ihtiyaçlarıyla ve onlar arasındaki iktidar ilişkilerine göre ayarlanabilen bir hukuk olan mübadele hukuku, yapısal ögelerle bürokrasi bakımından düşük, retorik ve şiddet bakımından yüksek ilişkilenme düzeyine sahiptir. Taraflar arasındaki iktidar asimetrisi yüksekse, retorik ve şiddet ayırt edilemeyecek kadar yakınsanır²⁷⁷.

“*Topluluk hukuku*”, topluluk alanının hukukudur ve dışlanmış topluluklarda, uyuşmazlıkların zm kurallarından, mafya içindeki bağılılık kurallarına, yerli halkların atadan kalma kurallarına kadar geniş ve karmaşık bir alanı kapsar. Topluluk hukuku egemen ya da ezilen gruplar tarafından yrrlğe konmuş, meşrulaştırılmış ve emperyal agresif kimlikler ya da tersine, madun, savunmacı kimlikler tarafından gçlendirilmış olabilir, sabit, bağıdaşması mümkün olmayan iktidar asimetrilerinde ortaya çıkabilir ya da bu tip asimetrilerin neredeyse var olmadığı ya da sadece durumsal olduğı toplumsal alanları dzenleyebilir²⁷⁸.

Vatandaşlık alanı hukuku olarak “*bölgesel hukuk*” ya da “*devlet hukuku*”, modern toplumlarda hukukilikler kümesinin merkezinde yer alan hukuktur. Daha

²⁷⁷ Ibid., s. 390.

²⁷⁸ Ibid., s. 391.

önce bahsedildiği gibi, son 200 yıldır politik liberal teori ve hukuk bilimi tarafından toplumdaki tek hukuk biçimi olarak kurulmuştur. Aslında tarihsel bir özelliği olmasına rağmen, zamanla bu yapı, ortak duyuşal bilgi tarafından işgal edilmiştir. Devlet hukuku, kendisinin hukuk olduğunu söyleyen tek hukuk biçimi olarak 'kendine dönüşlü' bir yapıya sahiptir ve modern kapitalist toplumların farklı yapısal alanlarında 'varlığının her zaman hissedilmesi' onun stratejik değeridir. Bu her zaman hissedilme durumu kendi içinde önemlidir çünkü böylece devlet hukuku, diğer farklı yapısal alanların kenetlenmiş bir bütün olarak kavranmasına olanak sağlar. Modern kapitalist toplumlarda, devlet hukuku, hukuki alanı bir bütün olarak düşünme yeteneğine sahip tek hukuk biçimidir, bu bir illüzyon olsa bile. Devlet hukukunun stratejik değeri aynı zamanda ona arka çıkan devletin yaptırım gücünden kaynaklanmaktadır²⁷⁹.

Santos, bölgesel hukukun “*kozmik karakteri*”²⁸⁰ nedeniyle oldukça farklı bir hukuk alanı olduğunu belirtir. Sözleşmelerden ceza hukukuna, iş hukukundan tüketici hukukuna, haksız fiilden çevre hukukuna, alt alanların çokluğu, hukuk biçimlerinin çeşitliliğini kapsar. Aynı zamanda bölgesel hukuk, yinleme ve iyileştirme yoluyla toplumsal bir dönüşüme sebep olur²⁸¹.

Sistemik hukuk, dünya alanının hukuku olarak, merkez-çevre hiyerarşisini ve

²⁷⁹ Ibid., s. 392.

²⁸⁰ Santos, iktidarın biçimlerini açıklarken, “egemenlik/*domination*” kavramının iki biçimli olduğunu belirtir. Buna göre '*cosmic power*', “yüksek gerilim çekirdek (devlet) dışında icra edilen ve kurumsallaşmış bölümler aracılığıyla tanımlanmış resmi sınırların ve bürokratik aracılık zincirlerinin ötesine uzanan merkezileşmiş güç”tür. '*Chaomic power*' ise, tersine, “önceden tanımlı sınırlar olmaksızın kaotik bölümlerde birden fazla küçük güç merkezi tarafından icra edilen, merkezsizleşmiş ve gayri resmi güç”tür. Ibid., s. 382.

²⁸¹ Ibid., s. 393.

ulus-devletlerin devletler arası sistemde ilişkilerini düzenleyen kuralların ve normatif standartların genel toplamıdır. Sistemik hukuk, retorik ve şiddette güçlü, bürokraside zayıf olma eğilimindedir. Uluslararası rejimin sistemik hukuk olduğunu belirten Santos, yeniden *lex mercatoria*'ya vurgu yaparak, bunun ya mübadele hukuku ve üretim hukukunun bir karışımı ya da yine mübadele hukukuyla sistemik hukukun bir karışımı olduğunun altını çizer²⁸².

Bu hukuk takım yıldızlarıyla ilgili şunlar da söylenebilir. Yukarıda Tablo 1'de belirtilen normal değişim örüntülerinde bölgesel hukukun her bir alt alanı farklı hukuk biçimleriyle yan yana gelme eğilimindedir. Örneğin, “*devlet aile hukukunun hane-içi hukukla kümeleşmesinin (constellate) yolu, iş ya da ticaret hukukunun, üretim hukukuyla gruplaşması farklıdır. Sosyal devlet hukuku hane içi, üretim ya da topluluk hukukuyla farklı şekillerde gruplaşır*”²⁸³.

Bu kümelenme hallerinde, Santos, özellikle toplumsal ve politik etkisi sebebiyle devlet ceza hukukunun diğer yapısal alanlarla gruplaşmasına dikkat çeker. Çünkü devletin ceza olarak tayin ettiği ya da etmediği eylemler, devlet hukukunun, diğer yapısal hukuklarla gruplaşma sürecinde girdiği karmaşık ilişkilerin bir sonucudur. Bu ilişki müzakereleri, suç ortaklıklarını, uzlaşmaları ya da karşılıklı cepheleşmeleri içerir. Suçta, güç ve güçsüzlük arasındaki kutuplaşma en üst noktasına ulaşır²⁸⁴.

Altı yapısal alanın diğer boyutlarında olduğu gibi hukuk biçimleri de, farklı

²⁸² Ibid.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Ibid., s. 393.

hukukiliklerin kümelenmesini oluşturur: Hukukun farklı biçimleri, farklı şekillerde, belirli sosyal alanın sağladığı normatif düzene göre birleşirler. Hukukilik (ya da hukukilikler) kümelerin birleşiminde ve yapısal alanların diğer boyutlarıyla bağlantılı olarak yürümelerinde/işlemelerinde bazı özgüllükler mevcuttur. Birincisi, iktidar biçimlerinin ve epistemolojik biçimlerin tersine, bunların işleyişi daha yaygın ve dalgalı/oynak olmaya eğilimlidir, hukuk biçimleri belirli bir yapısal alanın merkezi kurumlarının sınırlarında işlemeye eğilimlidir. İkincisi, hukuk biçimi iki misli ihtilaflı bir yerdir çünkü sosyal ilişkilerde ortaya çıkan anlaşmazlıklarla çevrelenirken, aynı şekilde birbiriyle rekabet eden yorumlamalarla yeniden çevrelenir. İhtilaflı olan ise ihtilafa uygulanacak kuraldır. Üçüncüsü, tüm hukuk biçimleri, hukukilikler kümesinin tümleyenleri olmasına rağmen, bölgesel devlet hukuku, yani, vatandaşlık alanının hukuk biçimi, aslında daha önce egemenlik hakkında söylenenle, yani vatandaşlık alanının iktidar biçimiyle oldukça simetrik olan bir acayıplik gösterir. Bir yandan, diğer hukuk biçimlerine göre, somut hukukilikler kümesindeki varlığı çok eşitsiz olsa bile, toplumsal alanlar üzerinden yayılmaya daha eğilimlidir. Diğer yandan kendine dönüşlü (*self-reflexive*) tek hukuk biçimi olduğundan, yani, kendini hukuk olarak düşünen tek hukuk biçimi olduğundan, bölgesel devlet hukuku, hukuki alanı münhasıran kendisinin olarak tasarlamaya, böylece hukukların daha geniş takım yıldızıyla bütünleşmiş faaliyetlerini tanımayı reddetmeye meyillidir.²⁸⁵

Toplumsal iktidarın, hukukun ve bilginin farklı yapısal biçimleri, Santos'un tanımladığı haliyle, iki çelişik biçime yol açar, bunlar 'sınır ayarı' (*boundary setting*)

²⁸⁵ Ibid., s. 384–385.

yapan ve 'çığır açan' (*path-breaking*) biçimlerdir. İlkinde, yapısal biçimler, sınırları kurarken, ikincisi durumsallıklar yaratır ve sınırları alt üst edebilir. Ayrıca, yapısal alanlar, bu iki biçimin yanında, Santos'un 'yüksek gerilim biçimi' ve 'düşük gerilim biçimi' dediği durumlara da sebep olur ki; ilkinde iktidar biçimi somut sosyal alanın örgütlenmesi için bir taban sağlarken, ikincisi *“böyle bir örgütlenme sürecini kolaylaştırır ya da engeller, birleştirir veya bozar, genişletir veya kısaltır, takviye eder veya yıkar”*²⁸⁶.

Konunun somutlanması bakımından Santos'un verdiği ve farklı durumlarda farklı yapısal biçimlerin nasıl ilişkileneceğine dair örnek aydınlatıcıdır. Santos, somut bir toplumsal etkinlikte, pratiğin (Tablo 1'de yapısal alanlara bağlı olarak değişen toplumsal pratik) gruplaştığını belirtir. Örnek olarak, farklı etnik kökenlere sahip bir işçi karı-koca (çift) arasındaki sosyal ilişkiler 'normal zamanlarda' hane alanında gerçekleşir, yani toplumsal cinsiyet ilişkileriyle. Öte yandan bu insanlar hem çalışandırılar hem de aynı ülkenin vatandaşı ve aynı zamanda farklı etnik grupların üyeleridir, mevcut pozisyonları ilişkilerin hakim modelini, kolaylaştırabilir ya da birleştirebilir, rahatsız edebilir ya da engelleyebilir. 'Kritik zamanlarda' ise, mesela her ikisi de işlerini kaybettiklerinde, ilişkileri şiddetli bir şekilde işyeri alanı tarafından yeniden örgütlenecektir, bu noktada ise toplumsal cinsiyet ya da etnik ilişkiler böyle bir yeniden örgütlenmenin maliyetini zayıflatacak ya da abartacaktır. Başka bir 'kritik zaman' olarak ülkede ya da yakın semtte bir etnik şiddet patlak vermesi halinde, çift olarak ilişkileri, özellikle çocuklarıyla ilişkileri ve onları yetiştirme tarzları (hangi dili öğrenecekleri, gidecekleri okul, açıklayacakları dinleri,

²⁸⁶ Ibid., s. 399.

giyim kuşamları vs) topluluk alanı tarafından belirlenecektir. Böyle bir durumda ise, topluluk alanında yeniden örgütlenme biçimine göre, toplumsal cinsiyet, sınıf ve vatandaşlık ilişkileri toplumsal pratikleri, kolaylaşacak ya da birleşecek, huzursuzlaşacak ya da engellenecektir²⁸⁷.

Mikro düzeydeki bu örneklerin makro düzeyde de yaşanabileceğini söylemek mümkündür. Santos, bu durumu “*dünya alanı, iş yeri alanının, pazar alanının ve hatta vatandaşlık alanının etrafını saran toplumsal ilişkilerde, hane alanı ya da topluluk alanını çevreleyen toplumsal ilişkilerdekine göre daha fazla yüksek gerilimli bir varlığa sahip olacaktır*” şeklinde özetler²⁸⁸.

Santos'un kapitalist toplumların en önemli özelliklerinden biri olarak vurguladığı kümelenmelerle ilişkiler, algı ve yaşam dünyamızın nasıl düzenlendiğini açık bir şekilde tarifler:²⁸⁹

İktidar, hukuk ve bilgi kümelerinin varlığının; siyaseti, politik ortak akıl içinde vatandaşlık alanına, hukuku, hukuki ortak akıl içinde devlet hukukuna ve bilgiyi, epistemolojik ortak akıl içinde bilimsel bilgiye indirgeyen hegemonya stratejileri tarafından görmezden gelinmesi, gizlenmesi ve baskı altına alınmasıdır. Bu hegemonik indirgemeler bir kez genel ortak duyu halini aldığı anda, sadece zorunlu olarak yanıltıcı değil, aynı zamanda yanılsamalar olarak zorunlu hale gelirler. İnsanların, toplum bilimcilerin sosyal, politik ve kültürel habitusuna içkin hale gelirler ve toplumsal pratiği yönetir, rahatlatıcı bir düzen yaratır, kendi kendine haritalanmış alanlar için güven verici etiketler üretirler -siyaset burada, hukuk orada, bilim şurada. Kapitalist toplumların politik, hukuksal ve epistemolojik yeniden üretimi, büyük ölçüde bu hegemonik bulgulara bağlıdır.

²⁸⁷ Ibid., s. 399–400.

²⁸⁸ Ibid., s. 400.

²⁸⁹ Ibid., s. 415–416.

2.3. Hukuk ve İktidar İlişkileri

Hukukun devletle özdeşleştirilmesiyle, hukukun yukarıda belirtilen farklı yapısal alanlarının iktidarın yeniden üretildiği yerler haline geldiği söylenebilir. Burada hegemonya, hukuk-devlet-iktidar ilişkilerinin anlaşılmasında temel kavramlardan biridir. Hegemonyanın irdelenmesi, aynı zamanda hukukun karşı-hegemonik örgütlenme projesini anlamak bakımından da zorunludur. Yeni kurulacak bir projenin oluşturulmasında ilk adım mevcut durumun tahliliyken, ikinci adım onun eleştirisidir. Bu bakımdan ilk etapta hegemonya ve hukuk ilişkileri, devamında eleştirel hukuk çalışmaları hareketi örneğinde hegemonik hukukun eleştirisine yer verilecektir.

2.3.1. Hegemonya Kavramının İçerimi

Hegemonyanın temelinde devlet- sivil toplum ayrımı tartışmasının yattığı söylenebilir. Kapitalist toplumlara dair sosyal teorinin tarihinde 'devlet', 'sivil toplum', 'ekonomi' gibi alanlar, insan ilişkilerinin sürdüğü alanlardır ve bunlar arasında devlet açıkça diğerlerinden ayrılır. Örneğin Marx, sivil toplum- devlet ilişkisini altyapı-üstyapı zemininde değerlendirirken, sivil toplumun devleti kontrol ettiğini belirtir. Marx kapitalist üretim tarzı ve burjuva devlet egemenliğinde sivil toplumun burjuva toplumundan ibaret olduğunu belirterek gerçek anlamda sivil toplumun kapitalizm ile birlikte vücut bulduğunu ifade eder. Devlet, egemen bir sınıfın (burjuvazi) bireylerinin onun aracılığıyla kendi ortak çıkarlarını üstün kıldıkları bir biçim, *“içinde bir çağın bütün sivil toplumunun özetlendiği bir*

*biçim”dir*²⁹⁰. Marx'a göre “*sivil toplum, sivil toplum olarak ancak burjuvazi ile gelişir; böyle olmakla birlikte, üretimin ve karşılıklı ilişkisinin doğrudan sonucu olan ve her zaman devletin ve ayrıca idealist üst yapının temelini oluşturan toplumsal örgütlenme de her zaman aynı adla belirtilmiştir*”²⁹¹. Oysa toplumsal yaşamın 'devlet' ve 'sivil toplum' biçiminde ayrılması her zaman olası mıdır? Mesela 'aile', 'ekonomi' ya da 'devlet'in dışında, 'sivil toplum' alanının içinde bir alan ya da birim gibi düşünülebilir mi? Boris Frankel, 'ekonomi' eve girdikçe ve hizmet sanayilerinin, boş zaman etkinliklerinin, toplumsal refahın, medya ve eğitimin dönüşümünün, eski 'sivil toplum' ve 'devlet' ayrımını geçersizleştirdiğini, böylelikle de 'sivil toplum'u 'devlet'ten bağımsız kılmaya ilişkin politik hedefin belirsizleştiğini belirtir²⁹². Santos da, Marx'ın, sivil toplumun kendini devlet formunda yeniden üretebileceğini tespit ettiğini, ancak yapay bir mekanizma olarak devletin liberal anlayışına güveninin, onu, devletin aynı zamanda kendini bir sivil toplum biçimi olarak yeniden üretebileceğini görmekten alıkoyduğunu vurgular²⁹³. Bu noktada Antonio Gramsci'nin sivil toplum- devlet ilişkisine hegemonik iktidar bağlamında yaklaşarak, alana gözardı edilemeyecek bir katkı sağladığı hatırlanmalıdır.

Antonio Gramsci, 'sivil toplum' kavramını açıklarken üstyapıdan söz eder:²⁹⁴

Bu anda yapabileceğimiz, üstyapısal iki büyük düzeyi ayırmaktır. Bunlardan birisi 'sivil toplum', yani genellikle 'özel' diye anılan organizmalar bütünü, diğeri de

²⁹⁰ Karl Marx and Friedrich Engels, **Alman İdeolojisi (Feuerbach)**, Çev. Sevim Belli, Sol Yayınları, Ankara 2004, s. 116.

²⁹¹ Ibid., s. 114.

²⁹² Boris Frankel, **Sanayi Sonrası Ütopiyalar**, Çev. Kamil Durand, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1991, s. 224.

²⁹³ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 70; Boaventura De Sousa Santos, “On Modes of Production of Law and Social Power,” **International Journal of the Sociology of Law**, 1985, No.13, s. 299–336; De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, 7. bölüm.

²⁹⁴ Norberto Bobbio, “Gramsci Ve Sivil Toplum Kavramı”, **Gramsci Ve Sivil Toplum**, Savaş Yayınları, Ankara 1982, s. 19.

'siyasal toplum' ya da devlet diye adlandırılabilir. Bu iki düzey bir yanda yönetici grubun toplumsal yapının tümü üzerinde uyguladığı 'hegemonya' işlevine, diğer yanda da, devlet ve hukuksal iktidar yoluyla uygulanan 'doğrudan egemenlik' ya da 'komuta' işlevine tekabül eder."

İdeolojik- kültürel ilişkiler ile tinsel ve düşünsel yaşamın tamamını içeren 'sivil toplum' üst-yapısaldır. Hükümet aygıtı olarak dar anlamıyla devletin karşısında, yönetici sınıfın hegemonya aygıtı anlamıyla sivil toplum bulunur, *"güç ve diktatorya uğrağı karşısında, inandırma ve onaşma uğrağı bulunur; altyapıyı dönüştüren ekonomik-politik savaşım uğrağı karşısında kültürel ya da etik- politik yayılma uğrağı bulunur"*²⁹⁵. Burada sivil toplum politik toplumdan ya da dar anlamıyla devletten ayrılamaz. Gramsci'nin sivil toplumu ekonomik yapı ve devlet arasında yer alan özel çıkarlar alanıdır (Devlet = politik toplum + sivil toplum; yani zorlamayla zırhlanmış hegemonya)²⁹⁶. Hukuk alanında ise Gramsci, yönetici bloğun diğer sınıfları sadece emir ve kararnameler yayınlayarak değil, fakat sivil toplumdaki adetler ve ahlaki değerlerin süregiden dönüşümü ile de, üretim sürecinin gereksinimlerine bağlanmak zorunda olduğunu yazar²⁹⁷. Sivil toplum sınıfların iktidar için mücadele ettikleri bir alandır.

Hegemonya 'ideolojik egemenlik'ten farklı, bağımlılık ve egemenlik ilişkilerinin basit bir yansıması olarak araçsallaştırılamayacak bir kavramdır. Hegemonya Gramsci için aktif bir süreçtir. Sadece rıza gereği ile ilgili değildir, aynı zamanda bu rızanın yaratılması ve mobilize edilmesine odaklanır²⁹⁸. İdeoloji

²⁹⁵ Jacques Texier, "Gramsci, Üstyapılar Teorisyeni", **Gramsci Ve Sivil Toplum**, Savaş Yayınları, Ankara 1982, s. 48-49.

²⁹⁶ Ibid., s. 75.

²⁹⁷ Stuart Hall, Bob Lumbley ve Gregor McLennon, "Politika Ve İdeoloji: Gramsci" **İdeoloji Üzerine**, Kuram Yayınları, s. 135.

²⁹⁸ Alan Hunt, **Explorations in Law and Society: Toward A Constitutive Theory of Law**,

noktasında Gramsci, ekonomik seviyedeki ilişkilerin basit bir yansıması ve yönetici sınıfın birliğinin ifadesi olarak ideolojiden fazlasını ele alır. Bu halde hegemonya, ideolojik alanı kapsar ama bu düzeye de indirgenemez, ve sınıf güçlerinin diyalektik ilişkisini yansıtır. Hegemonya kavramı, Gramsci için sınıflar arasındaki ve sınıflar içindeki ilişkilere dair bir kavramdır²⁹⁹. Hegemonya gönüllü ve kendiliğinden 'rıza' üzerine kuruludur, fakat vücut bulduğu, can kazandığı sınıfların ilişkisine göre farklı biçimler alır³⁰⁰. Bir toplumsal grup, yönetimini kabul eden bağımlı toplumsal gruplar üzerinde hegemonyasını, yönetimini kabul etmeyen karşıt sınıflar üzerinde diktatoryasını uygular³⁰¹. Yetiş, hegemonya kavramının iki tanımı olduğunu belirtir. Birinci tanıma göre, hegemonya, siyasal bir yapılanmanın, zorlama işlevinden ayrı olarak sivil toplumdaki ideolojik ve rızaya dayalı temelini ifade eder. Burada, sınıfsal egemenliğin kuruluşu ve yeniden üretilmesi açısından toplumsal bütünlük öğeleri olarak ideoloji ve konsensüs ortaya çıkar. Bu haliyle kavram, devlet aygıtının 'egemenlik' kavramı olarak zorlama işlevinin diyalektik karşıtıdır³⁰². İkinci anlamıyla hegemonya, sınıf bilincine doğru bir ilerleme olarak ekonomik-korporatif uğrağın aşılmasını ifade eder. Sınıf kategorisinin belirlenmesinde artık yalnızca ekonomik alan değil, entelektüel-ahlaki öğelerin belirlediği ideolojik-kültürel alan da dikkate alınır³⁰³. Gramsci için hegemonya kavramı da oldukça geniştir ve “*belirli bir tarihsel aşamada sivil topluma nüfuz eden değerler, inançlar ve tutumlar sistemini kapsamaktadır*”³⁰⁴.

Routledge, 1993, s. 20.

²⁹⁹ Hall, Lumbly ve McLennon, “Politika Ve İdeoloji: Gramsci”, s. 137.

³⁰⁰ Ibid., s. 142.

³⁰¹ Texier, “Gramsci, Üstyapılar Toerisyeni”, s. 75.

³⁰² Mehmet Yetiş, “İdeolojik Hegemonya Sorunsalı”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996, s. 104.

³⁰³ Ibid., s. 105.

³⁰⁴ Ibid., s. 109.

Gramsci'ye göre hukuk, üstyapısal bir araçtır. Düzeni, devleti değiştirmek, yeni düzenin insanını yaratmak amacına yönelik bir alet olarak tanımlar hukuku. Devlet de yeni bir tip ya da düzeyde uygarlık yaratma yolunda olması ölçüsünde bir eğitimcidir³⁰⁵. Hukuk bir yandan “devlet tarafından uygarlığın oluşması yolunda olumlu bütün çabaların baskıcı ve olumsuz cephesidir”³⁰⁶. Öte yandan da hegemonik bir kurumdur.³⁰⁷

Hukuk düzeni, farklı düzeylerdeki çeşitli gruplar için farklı farklı işleyen hegemonik bir düzendir. Bu düzeni anlamanın yollarından biri, hukuku, farklı toplumsal sınıfların yaşamlarının çeşitli kısımlarında roller oynayan tek bir inançlar, pratikler, teknikler ve bilgiler toplamı olarak düşünmektir. Hukuk, siyasal iktidar sahipleri açısından esasen bir aygıttır. Onu kullanabilirler ve hakimiyetlerini doğrudan uygulayabilmelerini sağlayacak bir aygıt olarak görürler. Hukuk aynı zamanda, Gramsci'nin hukuk entelektüelleri olarak nitelediği, baro üyeleri, yargıçlar, mahkeme kalemi çalışanları gibi yönetime doğrudan ya da dolaylı olarak katılan herkesin yaşamlarının önemli bir parçasıdır. Ve nihayet, halk kitlelerinin yaşamlarının da bir parçasıdır.

Gramsci bir üst-yapılar teorisyeni olarak adlandırılrsa da, onun teorisinde üst-yapı ile altyapı birbirinden kopuk değildir. Sivil toplum çerçevesinde değerlendirilen üst-yapısal etkinliklerin biçimi ideolojik olsa da, içerikleri aynı zamanda ekonomik ve toplumsaldır. O halde, üstyapısal bir değişiklikte ekonomik davranış da yeni yapıya uygun duruma gelecek biçimde değiştirilecektir. Hukuk ve zorlama aygıtıyla birlikte devlet, bu dönüşümü hem gerçekleştirebilecek ve hem de gerçekleştirmesi gereken gücün ta kendisidir.³⁰⁸

Eğer her devlet belirli tipte bir uygarlık ve yurttaş yaratmaya ve bunu tutundurmaya (bunun sonucu olarak da bireylerin bir arada yaşaması ve ilişki kurmaları), bazı tedbirleri ve davranışları yok edip yerlerine başkalarını getirmeye kalkarsa hukuk,

³⁰⁵ Antonio Gramsci, **Felsefe Ve Politika Sorunları**, Payel Yayınları, İstanbul 1975, s. 335.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Duncan Kennedy, “Antonio Gramsci ve Hukuk Düzeni”, Çev. Kasım Akbaş, **Mülkiye**, Sayı: 257, Kış 2007, s. 178–179.

³⁰⁸ Gramsci, **Felsefe Ve Politika Sorunları**, s. 335.

bu amaca hizmet eden bir alet (okulun ve başka kuruluş ve işlemlerin yanı sıra) olur. Bunun için de en büyük etkinliği sağlamak ve olumlu sonuçlar elde etmek için, bu amaca uygun hazırlanmalıdır.

Hukuka yüklediği olumsuz anlam ve araçsal yaklaşımıyla Gramsci, hukuk anlayışını her türlü doğaüstü ve mutlak tortulardan; pratik olarak her türlü bağnazca ahlakçılıktan kurtarmak gerektiğini belirtir³⁰⁹.

Eleştirel hukuk çalışmaları hareketinden Mark Tushnet de, Marksist bir yaklaşımla, hukukun sınıfsal bir kavram olduğunu ve gücünün çıkarlarını koruduğunu ama hukuk ile sınıf egemenliği arasındaki ilişkinin dolaylı ve karmaşık olduğunu belirtir. Ona göre sınıflı toplumda hukuk, egemen sınıfın eksik hegemonyasının formlarından biridir³¹⁰. Kapitalist devlet, kapitalizmin yeniden üretimini iki araçla sağlamaktadır. Bunlardan birincisi ideolojik düzeydir ve burada devlet, kendini tarafsız bir arabulucu olarak sunar. İkincisi ise maddi refah düzeyidir ve kabul edilebilir asgari miktarda maddi ürüne herkes tarafından ulaşılabilmesini garanti ederek, sınıfsal baskıyı barındırır³¹¹.

Yeniden devlet-sivil toplumu ayrımı tartışmasına dönersek, Santos'un bunu bir 'dikotomi' olarak tanımladığını görürüz. Bu dikotomi, toplumdaki iktidar ilişkilerinin doğasını gizler ve hukuk da bu etkiye doğrudan bir katkı sağlar. İktidarın özel hukuksal-siyasal biçimi olarak devlet iktidarının varlığı, toplumda başka iktidar biçimlerinin olmadığı anlamına gelmemektedir ama bu diğer iktidar biçimlerini,

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Tushnet'ten aktaran Kasım Akbaş, **Hukukun Büyübozumu: Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 64; Mark Tushnet, "Truth, Justice, and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies" **Texas Law Review**, 1978, Vol. 57, No.8, s. 1307.

³¹¹ Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, s. 66.

“özerk hukuki temelleri ve herhangi politik özellikleri olmayan 'factic' (olgusal) güçlere” dönüştürür. Böylelikle, az ya da çok demokratik devlet iktidarı, politik sistemin demokratik doğası sorgulanmadan, toplumsal iktidarın az ya da çok despotik biçimleriyle yan yana var olabilmektedir. Benzer şekilde, resmi hukuk sisteminin demokratik doğası sorgulanmadan, az ya da çok demokratik devlet hukuku, devlet-dışı hukukun az ya da çok despotik biçimleriyle bir arada var olabilmektedir³¹².

2.3.2. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi

Santos'un mevcut hukuksal yapıya, muhalif postmodern bir duruşla alternatif bir katkı yapma çabası, hukukun sosyal teori tarihi bakımından yeni değildir. Hukukun ideolojik, hegemonik durumu, tarihsel süreç içindeki dönüşümü, mevcut toplumsal dönüşümdeki rolü ve bürüneceği rol hakkında yürütülen tartışmalardan biri olarak 'eleştirel hukuk çalışmaları' (EHÇ), hegemonik hukuk hakkındaki sorgulamaları nedeniyle burada değerlendirilmelidir. Bu yolla Santos'un teorisinin EHÇ hareketinden farkı da ortaya konabilir.

*“Hukuk – politika ilişkisinin anlamı ve işlevinin ne olduğu gibi konularla hukuk – politika ilişkisinin niteliği üzerine yoğunlaşan ve bu bağlamda liberal hukuk düzeninin eleştirisi konusunu inceleyen”*³¹³ EHÇ, 1970'lerin sonunda, bir grup kuramcının, 'Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı'nın toplanmasıyla başlayan ve

³¹² De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 70.

³¹³ Şefik Taylan Akman, “Hukuk Ve Politika İlişkisi: Eleştirel Hukuk Çalışmaları Ve Hukukun Politik Karakteri”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 105.

hukukun farklı alanlarına dair eleştirel çalışmalar yaptıkları, üyelerinin politik ve toplumsal amaçlarıyla eş güdümlü olarak entelektüel, politik ve toplumsal karakterli bir harekettir³¹⁴. EHÇ kuramcılarının ilgilendikleri 4 etkinlik şunlardır:³¹⁵

- (1) *Hukuk öğretisinin belirsizliği: Verili herhangi hukuk kuralı dizisi birbiriyle yarışan ya da çelişen sonuçlar doğurabilir.*
- (2) *Belirli çıkar gruplarının, toplumsal sınıfların ya da yerleşik ekonomik kurumların, hukuk öğretisinin belirsizliğine rağmen, hukuksal kararlardan nasıl yararlandıklarını belirlemek için tarihsel ve sosyo-ekonomik analizler.*
- (3) *Hukuksal analizin ve hukuk kültürünün, hukuk alanının dışında kalanları nasıl mistifize ettiğini ve kendi kararlarını/sonuçlarını meşrulaştırdığını ortaya koymak.*
- (4) *Yeni veya eski gözden düşmüş toplumsal öngörülerini hukuk söyleminin bir parçası yaparak, onların hukuksal ya da politik alanda gerçekleştirmelerini sağlamak için bu öngörülerini açıklamak/aydınlatmak.*

EHÇ'nin, sosyal bilimlerde yeni bir epistemoloji ihtiyacının farkına varan ilk hukuk kuramı olarak nitelendirildiği de belirtilmektedir³¹⁶. Bu anlamda bilgi kuramı bakımından mantıksal pozitivizmin reddine dayanan EHÇ³¹⁷, “*hukuksal bilgiye, hukuk, toplumdan ve diğer toplum bilim alanlarından bağımsız, kendi içinde, doğal ve değişmez kuralları yani, kendi başına bir 'realitesi' olan bir yapı imişçesine ele alındığında*” ulaşılamayacağını savunurken, özellikle Hans Kelsen ile parlamış 'saf hukuk kuramı'nı da eleştirir³¹⁸. Saf hukuk kuramının saflığı, “*hukuka ilişkin bilginin, hukukun dışında kalanlarından arındırılmasıyla sağlanır ve kuramın temel yöntemsel ilkesi de, hukuk bilgisini; kendisine yabancı diğer tüm bilgilerden (özellikle sosyolojik, felsefî, etik, politik olanlarından) ayıştırmaktır*”³¹⁹. Kelsen hukukun olgulardan bağımsızlığını kanıtlamaya çalışırken, özellikle olan ve olması gereken

³¹⁴ Gary Minda, “The Jurisprudential Movements of the 1980s”, *Ohio State Law Journal*, 1 Temmuz 1989, Vol. 50, s. 614.

³¹⁵ Martha Minow'dan aktaran ibid., s. 615–616.

³¹⁶ Akbaş, *Hukukun Büyübozumu*, s. 77.

³¹⁷ Ibid., s. 78.

³¹⁸ Ibid., s. 84–85.

³¹⁹ Cahit Can, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, 2. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2012, s. 243.

ayrımı bağlamında, “*olması gereken içindeki 'olmuş olanın payı'nı tümüyle yadsımaktadır*”³²⁰. Bu noktada tartışmaların 'olgu-değer' ikiliğinde gerçekleştiğini belirtmek gerekir. Can'a göre “*olgunun göstericiliği ile değerın seçiciliğinin birbirine indirgenemeyeceği*” ile birlikte, olgu ve değerin diyalektik olarak birbirlerine eklenilebilecekleri ve hatta eklenmeleri gerektiği de göz ardı edilmemelidir³²¹. Bu bağlamda, gerçekten hukukun değerdan bağımsız bir karakteri olduğunu iddia etmek zordur. Öte yandan pozitivist dünya görüşünün liberal toplum kuramı ile, hukuksal pozitivizmin hukuksal liberalizm ile örtüştüğü³²² noktada, EHÇ kuramcılarının hukuksal liberalizm eleştirileri pozitivizm eleştirisi de barındırmaktadır.

Kasım Akbaş, EHÇ'nin çalışmalarının üç ana başlık altında kategorize edilebileceğini belirtir. Bunlar; hukuksal belirsizlik çalışmaları, hukukun taraflılığı ve hukuk ideolojisi (hem hukukun bir ideolojisi olduğu hem de kendisinin bir ideoloji olduğu)³²³. Hukukun belirsizliği ilk olarak EHÇ kuramcıları tarafından değil, hukuki realistler tarafından ortaya atılmıştır³²⁴. EHÇ kuramcıları için hukuki belirsizlik³²⁵ problemi, liberal hukuk kuramı eleştirisinden bağımsız değildir. Pozitivizm eleştirisiyle birlikte, hukukun siyasetten bağımsız olamayacağı ya da hukukun

³²⁰ Ibid., s. 256.

³²¹ Ibid., s. 259–260.

³²² Alan Hunt, “The Theory of Critical Legal Studies,” **Oxford Journal of Legal Studies**, 1986, No. 1, s. 4.

³²³ Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, s. 92.

³²⁴ Brian Z. Tamanaha, **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**, Cammbridge University Press, 2004, s. 86. Hukuki realizm hakkında bkz. Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı**, Sevinç, Ankara 1967.

³²⁵ Hukuki belirsizlik problemi üzerine Gülriz Uygur, Lawrence Solum'dan hareketle şu soruyu sormaktadır: “*Somut hukuki uyumsuzlıkların sonucunu hukuk mu belirler?*”. Bu soruya verilen üç farklı yanıt için bkz. Gülriz Uygur, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002, C. 51, No. 2, s.1.

tarafllılığı da EHÇ'nin gündemlerinden biridir. Devlet, sınıf çelişkinin bir ürünü olarak, toplum üzerinde bir varlığa sahipmiş ve tüm toplumun çıkarlarının cisimleşmesi gibi görünür. Sınıflı toplumda hukuk sisteminin ayırt edici özelliğı hakim sınıfın somut çıkarlarının evrensel bir biçimde cisimleşmesi ve böylelikle hukuku, tüm toplumun çıkarlarının cisimleştiğı bir unsur olarak göstermesidir; hukuk 'hak' ve 'adalet'e dair evrensel fikirlerin cisimleşmiş hali olarak görünür³²⁶. Hukuk ideolojisine ilişkin tezlerinde ise, başlangıçta şu varsayımdan hareket edilmektedir: “*Hukuk politiktir*”³²⁷. İdeoloji meselesi de iki yönlüdür; hukukun hem bir ideolojisi vardır hem de kendisi bir ideolojidir. Eleştirel hukuk teorisinin modern Marksizmden ayrıldığı noktalardan biri olarak dikkati ekonomik ilişkilerden ziyade kültürel ve politik ilişkilere verme neticesinde, ideoloji, öznelerin bilincini oluşturan bir mekanizma olarak tasarlanmıştır. İdeoloji kavramı ve onun 'meşrulaştırma' ve 'hegemonya' ile ilişkisi, eşitsizlik ve itaat üzerine kurulan ilişkilerin kalıcılığı vasıtasıyla bir takım araçlar sağlar. Temel önerme ise hukukun tümüyle ideolojik bir araç olarak analiz edilebilmesi ve 'hukuk ideolojisi'nin insan itaatinin yeniden üretilmesinde katkı sağlayan bir rol oynadığıdır³²⁸. Diğer bir nokta ise, “*hukuk söyleminin insan türünün kapasitesi ve deneyimleri hakkında inançlarımızı, adalet, özgürlük ve tatmine dair tanımlamalarımızı ve gelecek ufkumuzu şekillendirmesidir*”³²⁹. Bunun anlamı, hukukun kendisinin de bir ideoloji olduğudur. Burada kısaca 'hukuksal bilinç'ten de bahsetmek gerekir. Peter Gabel'a göre, “*yasal tahakküm meşrulaştırıcı bir baskı türü olarak her kişinin bilinci içinde doğar. ...*

³²⁶ Hunt, **Explorations in Law and Society**, s. 18.

³²⁷ Mark V. Tushnet, “Critical Legal Theory,” **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Edi. Martin P. Golding ve William A. Edmundson, Blackwell Publishing Ltd, 2005, s. 80.

³²⁸ Hunt, **Explorations in Law and Society**, s. 148.

³²⁹ Ibid.

Hukuk düşüncesi, elbette, hakim sınıfın bilincinden kaynaklanır çünkü buna hayat vermek o sınıfın çıkarıdır; ama herkes tarafından kabul edilmiş ve içselleştirilmiştir”³³⁰. Akbaş'a göre hukuksal bilinç, mevcut hukuksal düzenin işleyişine 'rıza' göstermek olarak da anlaşılabilir³³¹.

EHÇ'nin, hukuk alanına kattığı değer görmezden gelinemeyecek kadar büyüktür. Öte yandan, EHÇ'ye yöneltile eleştirileri de³³², Santos'un ortaya koyduğu hukuk teorisinin farkını anlamak bakımından aktarmak gerekmektedir. EHÇ'nin bu çalışmada yer almasının sebebi, modern hukuka dair temeli sağlam eleştirileri yanında, Santos ile EHÇ arasındaki farkı koymaya çabasıdır. Aslında Santos'un teorisinin pek çok başlığının EHÇ kuramcılarının tartışmalarıyla örtüştüğünü belirtmek gerekir. Ancak, EHÇ'ye yöneltile en büyük eleştirilerden biri olarak 'olumsuzluk' ya da 'yıkıcılık'³³³, Santos ile EHÇ arasındaki farkı ortaya koyması bakımından önemlidir. Minda, bu olumsuz-yıkıcı durumu, *“kurucu bir program ya da yargılama için belirli standartların yokluğu”* olarak tariflerken, ayrıca atıf yapılan makalesinin 70 nolu dipnotunda EHÇ'ye yöneltile birkaç eleştiriyi de derlemiştir. Buna göre Kornhauser, *“hem EHÇ kuramcıları arasındaki görüş ayrılıkları hem de yazdıklarının oldukça yıkıcı karakteri, eleştirel hukuk programının önündeki engel olmuştur”* derken, Fiss, *“EHÇ kuramcılarının hukukun maskesini düşürmek istediklerini ama hukuku iyi bir kamu politikası ya da eşitliğin etkili bir aracı haline dönüştürmediklerini”* belirtir, nihayet Johnson şunu vurgular; *“Eleştirel hukuk yazını*

³³⁰ Peter Gabel'dan aktaran ibid., s. 151.

³³¹ Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, s. 125.

³³² Akman, “Hukuk Ve Politika İlişkisi”, s. 91–105.

³³³ Minda, “The Jurisprudential Movements of the 1980s”, s. 615.

*sistematik olarak şundan kaçınır: 'Neye kıyasla?'"*³³⁴. Aktaş bu durumu “*özelde ABD hukuk sistemine, genelde de liberal toplumların hukuk sistemine yönelttikleri radikal eleştirilerle orantılı olarak bir alternatif program ve hukuk sistemi önerip önermedikleri tartışması*” olarak formüle eder³³⁵.

Bir EHÇ kuramcısının alternatif bir program önerme yükümlülüğü olup olmadığı tartışmanın diğer boyutudur³³⁶. Yani 'eleştiricilik' (*criticism*) ve 'eleştiri' (*critique*) arasındaki farka dair bir tartışma söz konusudur. Whiteman, EHÇ'nin amacının sadece eleştiricilik değil, aslında hukukun eleştirisi olduğunu hatırlattıktan sonra, Kantçı eleştiri bağlamında -bir teori hem aklın yetilerini (dış eleştiri) hem de aklın kendisinin sınırlarını (iç eleştiri) analiz etmelidir-, EHÇ'nin her iki eleştiri biçiminde de başarısız olduğunu, eleştiriden ziyade, eleştiricilik düzeyinde kaldığını ve böylece doğru bir eleştiri yapmakta başarısız olduklarını belirtir³³⁷. Doğru bir eleştiri için yapılması gerekenleri de sıralar. Buna göre:³³⁸

(EHÇ) Marksizmle daha fazla meşgul olmalı; hukukun belirsiz olması (indeterminate) ve belirleyici olmaması (nondeterminist) iddiaları arasındaki ve hukukun hakim iktidar ilişkilerini desteklediği iddiaları arasındaki çelişkileri çözmeli; EHÇ'nin kendi görüşlerini geçersiz kılmadan, liberal hukuku ve toplumu gözden düşürebilecek bir epistemoloji bulmalı; ve hukuk ve toplum arasındaki etkileşime dair daha komplike bir teori elde ederek, hukuku, toplumun ahlaki talepleri ile ilişkilendirmelidir.

Eleştiricilik ve eleştiri Hunt'ın da gündemindedir. Hunt, 'eleştiri'yi (*critique*) “*mevcut teorileri, kendi kriterlerine dayanarak iç eleştiri ile başlayan ve incelenen teoriler içindeki eksiklikler ve kapanışların üstesinden gelmek için gereken*

³³⁴ Kornhauser, Fiss ve Johnson'dan aktaran ibid., s. 70

³³⁵ Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, Kazancı, İstanbul 2006, s. 201–202.

³³⁶ Ibid., s. 203.

³³⁷ Jason E. Whitehead, “From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory”, **Florida State University Law Review**, 1 Nisan 1999, Vol. 26, s. 714.

³³⁸ Ibid., s. 720.

kavramsal ekipmanın oluşturulması ile devam eden ve aynı zamanda eleştirilen teoriler tarafından yönlendirilen etkinin toplumsal kökenini anlayan bir yaklaşım”³³⁹

olarak tanımlar. EHÇ, ilk bakışta ortodoksiye karşı tepkili ve alternatif bir kuramın yaratılmasına meyilli bir portre sunmuştur ve bunun ilk aşaması da alternatif başlangıç noktaları, farklı sınırlar ve sorgulanacak meselelerin kavramsallaştırılması arayışı olmuştur. Bu noktada proje büyük ve çelişkili iddialar geliştirmiş, bunlar 'eleştiricilik'ten 'eleştiri' amacının yolunu açmıştır. Ancak, EHÇ'nin bütünlüklü olmayan ve çelişik yapısının, bahsedilen türde bir yaklaşıma varamadığı söylenebilir³⁴⁰. Santos'ta ise mevcut hukukun bütünlüklü bir eleştirisi ile ileride değinilecek olduğu üzere kurucu bir hukuk tartışmasının somut başlıklarını bulmak mümkündür. Santos, kurucu yaklaşımını, karşı-hegemonik hukuk olarak kavramsallaştırmaktadır.

2.4. Küreselleşme ve Harita Metaforu

Karşı hegemonik bir hukukun üretilmesi, bir yandan nasıl bir dünyada yaşadığımız sorusundan geçer. Santos'un bu noktada küreselleşme irdelemesi, hem mevcut yapının eleştirisini ve yeni bir dünyanın nüvelerini taşıdığı için önemli hem de Santos'un hukuk anlayışının ilgi çekici başlıklarından biri olarak harita metaforunu açıklamakta kilit tartışmadır.

Küreselleşme tartışmasının ayrıntılarına geçmeden önce, Santos'un teorilerini 'dünya sistemleri' anlayışı çerçevesinde geliştirdiğini vurgulamak gerekir. Dünya

³³⁹ Hunt, **Explorations in Law and Society**, s. 221.

³⁴⁰ Ibid., s. 221–224.

sistemi teorisi, temelini tarihçi Fernand Braudel’de bulan ve sosyal bilim camiasında çoğunlukla Immanuel Wallerstein ile anılan bir teoridir. Wallerstein, dünyada hüküm sürmüş ya da süren sistemleri ikiye ayırır; mini-sistemler ve dünya sistemleri. Bu ayırım, zamansal ve mekansal ölçümle yapılmıştır. Dünya sistemleri de, ikiye ayrılır; *“bütün diğerlerini kapsayan tek bir politik yapıya sahip olanlar, dünya imparatorlukları; ve böyle bir politik yapıya sahip olmayanlar, dünya ekonomileri”*³⁴¹. 1500’ler civarında, özel bir dünya ekonomisi olarak kapitalist dünya ekonomisi, kendini sağlamlaştırması ve çevresindeki dünya imparatorluklarını içine katması ile mekansal olarak genişledi. Üstelik genişleme süreci sadece mekansal değildi; *“19. yüzyılın sonuna kadar kapitalist dünya-ekonomisi, bütün diğer tarihsel sistemleri soğurarak, bütün gezegeni kaplamak üzere genişledi”*³⁴². “Kesintisiz sermaye birikiminin itici güç olduğu” kapitalist dünya ekonomisinde, “merkez ve çevre geriliminin var olduğu eksenel bir işbölümü”, “yarı-çevre bir alanın yapısal varlığı”³⁴³, bu dünya ekonomisinin sınırlarının, “egemen devletlerden oluşan bir devletler arası sistemin sınırlarına karşılık gelmesi”, sistemde “hegemonik devletlerin varlığı, bununla birlikte, her birinin tam ve tartışma götürmez hegemonya dönemlerinin görece olarak kısa sürmüş olması”, “devletlerin, etnik grupların ve hane halklarının, kapitalist dünya sisteminin başlangıcından bu yana var olan, verili varlıklar olmadıkları”, “eş zamanlı olarak hem sistemin altını oyan, hem de onu pekiştiren sistem-karşıtı hareketlerin ortaya çıkışı” gibi özellikleri sıralanmaktadır³⁴⁴. Teorinin ayrıntılarına girilmemekle birlikte, Santos’un dünya sistemi analizi bakımından görüşlerine bakmak gerekmektedir. Santos, dünya sistemini, modern

³⁴¹ Wallerstein, **Sosyal Bilimleri Düşünmemek**, s. 321–322.

³⁴² Ibid., s. 323–324.

³⁴³ Ibid., s. 371.

³⁴⁴ Ibid., s. 372.

tarihsel gelişmenin ayrıcalıklı bir birimi ve ayrıcalıklı bir analizi olarak varsayar, onun bahsettiği paradigmatik geçiş üzerine tartışmalar da, dünya sistemi seviyesinde yer alır. Bunun anlamı, paradigmatik krizin, yerel göstergeleri için ulusal çözümlerden çok etkilenmeden yayılması ve değişimin her türlü olası sonucunun dünya sistemi düzeyinde ortaya çıkacağı gerçeğidir³⁴⁵.

Küreselleşmenin eski ya da yeni bir fenomen olup olmadığı; tekil ya da farklı politik anlamları ya da hem pozitif hem negatif anlamları olup olmadığı; ekonomik etki alanında olduğu kadar toplumsal, politik ve kültürel etki alanlarında da önemli olup olmadığı; küreselleşmenin yoğunlaşmasıyla, ulusal toplumlar, ekonomiler, siyasalar ve kültürlerin ne olacağı gibi konularda tartışmalar hala sürmekle birlikte³⁴⁶, Santos, bugün yaşadığımız küreselleşmenin yalnızca ekonomik bir süreç olmadığını, aynı zamanda politik ve kültürel bir süreç olduğunu vurgular³⁴⁷. Küreselleşmenin, hatta Santos'un tüm küreselleşme tartışmasının tüm yönleriyle burada aktarılması mümkün olmadığından, değiniler aşağıdaki karşı-hegemonik hukuk stratejilerine temel olacak düzeyde bırakılacaktır.

Küreselleşme, aslında dünyada neler olup bittiğini gizleyen bir süreçtir ve fikir olarak kesinlikle masum değildir. Santos, küreselleşmeye dair iki yanlış yaklaşımdan söz eder. Bunlardan birincisi 'gerekircilik yanılığı'dır. Bu fikre göre, küreselleşme spontan, otomatik, kaçınılmaz ve geri dönüşsüz bir süreçtir. Bu yanılığı, küreselleşmenin sebeplerini, sanki sonuçlarıymış gibi gösterir; küreselleşmenin bir

³⁴⁵ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 66.

³⁴⁶ Boaventura De Sousa Santos, "Globalizations", **Theory, Culture & Society**, 1 Mayıs 2006, Vol. 23, No. 2-3, s. 393.

³⁴⁷ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 167.

takım politik tercihlerden kaynaklandığı gerçeğini saklar. İkinci yanlış düşünce 'Güney'in gözden kaybolduğu yanılgısı'dır. İster finansal düzeyde isterse üretim ve hatta tüketim düzeyinde olsun, dünya, çoklu bağılıklarla yüz yüze bir şekilde, Kuzey ve Güney ya da dünya sisteminin merkez, çevre ya da yarı çevresi arasındaki ayrımlara dayanmayan şekilde küresel ekonomide birleşmektedir. Bu yanılgıya göre 'üçüncü dünya' fikri artık demode hale gelmektedir. Bu söylemin tersine, son otuz yıldır Kuzey ve Güney arasındaki eşitsizlikler ciddi şekilde artmıştır. 'Güney'in sonu', 'üçüncü dünyanın yok oluşu' gibi söylemler, ideolojik değişikliklerin ürünüdür³⁴⁸.

Küreselleşme sürecinde, toplumsal oluşumun derinlerinde 'postmodern parçalanma', 'politik-ekonomik ilişkilerin neo-liberalleştirilmesi' ve 'kapitalist küreselleşme' parametrelerinin hegemonik hale geldiğini söylemek mümkündür. Postmodern parçalanma, gündelik hayatın metalaşması sonucu kolektif kimliklerin parçalanmasına ve bu kimliklere politik olmayan bir hayranlığın gelişmesine yol açar. İkincisinde, piyasanın yeniden düzenlenmesi, korumalı ekonomik alanı izole ederken, mülksüzleştirme yoluyla birikim kamu yararını özelleştirir ve mülkiyetçi bireyciliği teşvik eder. Kapitalist küreselleşmede ise ulus-ötesi ekonomik ilişkilerin yoğunlaştırılması sermayenin yapısal gücünü artırır ve neo-liberal bir çerçevede küresel yönetim projesini teşvik eder³⁴⁹.

Vurgulanması gereken nokta, Santos için küreselleşmenin tek boyutlu bir süreç olmamasıdır. Bir yanıla hegemonikken, diğer yanı karşı-hegemoniktir;

³⁴⁸ De Sousa Santos, "Globalizations", s. 395.

³⁴⁹ William Carroll, "Crisis, Movements, Counter-hegemony: In Search of the New", **Interface: A Journal For and About Social Movements**, 2010, Vol. 2, No. 2, s. 172.

küreselleşme sadece merkezden ya da yukarıdan değil, aynı zamanda aşağıdandır da³⁵⁰. Böylece artık yalnızca küreselleşmeden değil, küreselleşmelerden bahsedilecektir.³⁵¹

Gerçekte küreselleşmeden anladığımız, küreselleşmenin ve son kertede farklı ve bazen de çelişik küreselleşmelerin farklı süreçleridir. Genel anlamda küreselleşme dediğimiz, küreselleşmenin farklı fenomenlerinin ortaya çıkmasını sağlayan farklı toplumsal ilişkiler dizisidir. Bu anlamda, küreselleşme denen sadece tek bir varlık değildir, bunun yerine küreselleşmeler vardır; tam doğru olmak için kavram sadece çoğul olarak kullanılmalıdır. Toplumsal ilişkiler dizisi olduğunda, küreselleşmeler uyumsuzluklar ve kazananlar ve kaybedenler içerir. Küreselleşmenin hakim söylemi, kazananların anlattığı, kazananların tarihidir.

Hegemonik küreselleşmenin iki biçiminden bahsedilebilir; küreselleşen yerellik (*globalized localism*) ve yerelleşen küresellik (*localized globalism*)³⁵². İlk duruma örnek olarak İngilizcenin 'lingua franca' (geçer dil) haline gelmesi, ABD'nin fast-food, popüler müzik kültürünün, fikri haklar mülkiyetinin, patentlerinin dünya çapına yayılması verilebilir³⁵³. İkinci durumda ise, örneğin, geçimlik tarımın ya da geleneksel ticaretin yok olması, serbest ticaret bölgelerinin yaratılması, doğal kaynakların yok edilmesi, küresel turizm endüstrisinin kârı için tarihi hazinelerin, dini seremonilerin ya da mekanların, el sanatlarının ve vahşi yaşamın kullanılmasını görebiliriz³⁵⁴.

Bahsedilenlerle birlikte Santos'un 'süreç temelli' küreselleşme tanımı şu şekildedir.³⁵⁵

İçinde belirli eser (insan yapıtı), koşul, varlık ya da yerel kimliklerin etkisinin, yerel

³⁵⁰ Roger Dalea ve Susan Robertson, "Interview with Boaventura de Sousa Santos", **Globalisation, Societies and Education**, 2008, Vol. 2, No. 2, s. 147.

³⁵¹ De Sousa Santos, "Globalizations", s. 395.

³⁵² De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 179.

³⁵³ De Sousa Santos, "Globalizations", s. 396.

³⁵⁴ Ibid., s. 397.

³⁵⁵ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 178.

ya da ulusal sınırlar ötesine genişlediği ve bunu yaparken, yerel başka rakip eser, koşul, varlık ya da kimlik tayin etme kabiliyeti geliştirdiği, eşitsiz değişimler dizisi.

Bu tanım irdelendiğinde, birincisi, kökenden bağımsız bir küresel durumun olmadığı görülür; Santos'un küreselleşme dediği, her zaman belirli bir yerelliğin başarılı şekilde küreselleşmesidir. Yani, yerel kökleri olmayan bir küreselleşme bulmak mümkün değildir. İkincisi, küreselleşme yerelleşmeyi önceden var sayar. Küresel bir dünyada yaşadığımız kadar, yerellikler dünyasında da yaşarız³⁵⁶.

Bu küresel-yerel ilişkisi, aynı zamanda, küreselleşmenin yalnızca ekonomik bir süreç olmadığı ve onun politik ve kültürel bir içeriğinin de bulunduğu bakış açısıyla, Santos'un sürece dair belirlediği üç temel çelişkiden biridir. Küreselleşme ve yerelleşme arasındaki çelişkide, bir yandan *“karşılıklı bağımlılık ve küresel etkileşim yoğunlaştıkça, toplumsal ilişkiler giderek daha fazla yerinden yurdundan edilmiş görünmektedir, daha fazla seçme hakkının yolu açılmaktadır”*. Diğer yandan bunun aksine, *“yeni bölgesel, ulusal ya da yerel kimlikler ortaya çıkmakta, bunlar köken halklarının yeni üstünlükleri etrafında inşa edilmektedir”*. İkinci çelişki, ulus-devletle devlet olmayan ulus-üstü yapılanma (*transnational non-state*) arasındaki çelişkidir. Bir yandan devletler ortadan kayboluyor, toplumsal hayatı örgütleme ve düzenleme olanaklarını kaybediyor gibi görünürken, diğer yandan Devlet hala merkezi politik varlık olamaya devam etmektedir. Bu merkezi politik varlık olmanın sebebi sadece egemenliğin her alanda azalmaması değil, aynı zamanda küreselleşmenin kendisini kurumsallaştırmasının merkez ulus-devletlerce

³⁵⁶ De Sousa Santos, “Globalizations”, s. 396.

yapılmasıdır³⁵⁷. Üçüncü çelişki ise küreselleşmenin politik ve ideolojik karakterine ilişkindir³⁵⁸. Bu çelişkinin somutlaşmış hali ise, hegemonik ve karşı-hegemonik küreselleşmedir.

Küreselleşme ve hukuk ilişkisinde, özellikle dünya sistemi içinde hukukun küreselleşmesinin biçimlerini anlamak için, ulus-devlet hukuk sisteminin, ulus-ötesi güçler ve kurumların baskısı altında nasıl dönüştüğüne bakmak gerekir. Bu noktada Santos, küreselleşmenin *“homojenleşme ile, tektipleşme ile ve birleştirme ile eş tutulmaması gerektiğinin; yerelleşmenin eski ve yeni biçimleriyle birlikte yürüdüğüünün, toplumsal ilişkilerin yerinden yurdundan edilmesinin yerini yurdunu bulmayla birlikte var olduğunun, kültürel karmaşanın sıklıkla kümelenme ve melez bir dil yaratmayla sonuçlandığının”*³⁵⁹ yeniden altını çizer.

Hukuki alandaki küreselleşmenin farklı boyutları ve sonuçları vardır. Ulus-devlet düzenlemesinin küreselleşmesini, devletin heterojenleşmesi, ulus-ötesi ve ulusal faktörlerin göreceli ağırlıkları bakımından inceleyen Santos, hukuksal dönüşüm için ulus-ötesi baskıların hem seçici hem de güçlü olduklarını ve devletin heterojenliğini zorladıklarını belirtir³⁶⁰. Dünya sisteminde ortada bir yeri olan yarı-çevre devletlerde, modernleşmeyi sömürge olarak ya da yukarıdan aşağıya yaşayan devletlerde ve hakim hukuk kültürünün, geleneksel olarak dini etkisi güçlü hukuk kültürü ailesinin³⁶¹ parçası olan devletlerde, devlet hukukunun heterojenleşmesi

³⁵⁷ Dalea ve Robertson, “Interview with Boaventura de Sousa Santos”, s. 148.

³⁵⁸ Ibid., s. 149.

³⁵⁹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 188–189.

³⁶⁰ Ibid., s. 197.

³⁶¹ Karşılaştırmalı hukukun tartışmalarından biri olarak “hukuk (kültürü) aileleri” farklı kriterlere göre

yüksek olma eğilimindedir³⁶². Bölgesel entegrasyon hukuku, Avrupa Birliği de, hukuki alanda meydana gelen küreselleşme tiplerinden biridir. Burada bir grup devlet bir araya gelir, kendi egemenlik güçlerine istisna oluşturan ulus-üstü kurumlar ve hukuki üst-birlikler yaratırlar³⁶³. Bunlar küresel sermaye hizmetlerinde hukukun ulus-ötesileşmesinin üç gücü olarak; ulus-devlet hukukunun ulus-ötesileşmesi, bölgesel bütünleşmenin hukuk rejimlerinin gelişmesi ve devlet-dışı hukuk aracılığıyla ulus-ötesi ticari düzenlemeler olarak tanımlanabilir. *Lex mercatoria*, uluslararası ticari tahkim, Dünya Ticaret Örgütü bu kapsamda sayılabilir³⁶⁴.

Düzen kurma ve özgür kılma mücadeleleri içindeki çelişkilerin ortaya çıkışı olarak yukarıda bahsedilen iktidar, hukuk ve bilgi biçimlerinin içsel sınırları ve olasılıkları içinde mekansal olarak hukuka odaklanan Santos, hukuku tartışmak için 'harita' mecazını kullanır³⁶⁵. Bu tartışma mekan ve mekansallık düşüncesiyle yakından ilgilidir. Santos, mekan tartışmasını özellikle seçtiğini belirtir, çünkü *“toplumsal mücadelele koşullarının gerektirdiği eş-varlıklılığa ve eş zamanlılığa vurgu yapar”*. Santos'a göre, *“bir hukuk sisteminin az ya da çok tortulaştığı bir yer/arazi, farklı katmanla oluşturan farklı hukuklardan yapılan bir jeolojik yapı olduğu, hepsinin bir araya geldiği ama hiçbir zaman tekdüze bir şekil oluşturmadıkları, hepsinin, her zaman farklı zamansal projeksiyonların anlık*

bölünmektedir. Yapılan ayrımların kriterleri çok çeşitlidir; “hukukun kaynakları ve genel yapısı”, “ırk”, “hukukun kaynakları”, “hukukun asli, içsel özellikleri”, “ideoloji”, “tarihsel arka plan ve gelişme, hukuki düşünce biçimi, özgün kurumlar; hukuk kaynakları ve ideolojiyi kapsayan faktörler” gibi kriterlere dayanan ayrımlar yapılmaktadır. Santos, bunlardan en sonuncusunu, Zweigert ve Kotz'un sınıflandırmasını temel almaktadır. Ibid., s. 191–193.

³⁶² Ibid., s. 200.

³⁶³ Ibid., s. 200–208.

³⁶⁴ William Twining, **General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective** Cambridge University Press, 2009, s. 447.

³⁶⁵ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 417.

yakınsamaları olarak aynı anda var olduğu”³⁶⁶ kabulleriyle birlikte, hukuk ve haritanın yan yana gelmesi olanaksız değildir.

Haritalar su yollarını, bitkileri, yükseltileri ve mineralleri gösterdiklerinde idari ya da politik sınırlara değinmezler, idari sınırların, sıra bu kaynakların yönetimine geldiğinde önemsiz olduğuna değinilir. Böylece daha belirli meselelerin sorunsallaştırıldığı temel özelliklerin betimlenmesi eksik kalır. Haritalar insanların yönlendirilmesi için kullanılır.³⁶⁷

Santos, hukuk düzenlerinin tam anlamıyla haritalar olduğunu söyler. Haritalar, gerçekliğin çarpıtılmasından, yeryüzünün yanlış okunmasından meydana gelir. Hukuk düzenleri de, toplumsal alanların (*territory*) yanlış okunması ya da çarpıtılmasıdır. Bu noktada Santos, bir 'yanlış okuma' (*misreading*) biçiminin şiirlerde de mevcut olduğunu ileri sürer. Şairler etki kaygısından musdariptirler ve şiirler de “*etki kaygısının üstesinden şiirsel gerçekliğin yanlış okunması (ya da çarpıtılması) yoluyla gelir*”. Haritalar, hukuk düzenleri ve şiirlerin tümü, sosyal gerçekliği, gelenekleri ya da bölgeleri çarpıtır. Haritalar bunu, konumlandırma yapmak için; şiirler, yaratıcılık sağlamak için; ve hukuk düzenleri ayrıcalık sağlamak için yaparlar³⁶⁸. Harita metaforu, toplumda mevcut farklı normatif düzenlerin çoğulluğu hesaba katılmadan, hukuk düzenlerinin her birinin ayrı şekilde ele alınmasıyla, tekellikle, tekelci düzenleme hakkıyla ve kendi yetki alanı içinde

³⁶⁶ Ibid., s. 418.

³⁶⁷ Franz von Benda-Beckmann, Keebet von Benda-Beckmann ve Anne Griffiths, **Spatializing Law**, Edi. Franz von Benda-Beckmann, Keebet von Benda-Beckmann ve Anne Griffiths, Ashgate, 2009, s. 19.

³⁶⁸ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 419.

toplumsal eylemi kontrol etmeyle ilgilidir. Buna örnek olarak, belirli bir yerde uygulanan iş hukuku verilebilir. Bu hukuk, sadece fabrika kuralları, üretim yasaları gibi diğer normatif düzenlerin ya da kendi alanına müdahale edebilir gayri resmi hukukların varlığını yadsımaz, aynı zamanda, daha önce aynı iş ilişkilerini düzenlemiş olan devlet iş yasalarının feshedilmesini gerektirir. İşte bu, gerçekliğin iki kez yanlış okunmasıdır. Hukukların haritalar olduğu yerde, yazılı hukuklar kartografik haritalarken, örfi, gayri resmi hukuklar ise akıl haritalarıdır³⁶⁹. O halde, *“hukuk, ölçek, izdüşüm ve simgeleme yoluyla gerçekliği temsil eden/çarptan bir işaretler sistemidir ve haritalar gibi, farklı hukuk düzenleri de farklı ölçekleri farklı projeksiyon biçimlerine ve merkezlemelere, farklı işaretleme sistemlerine sahiptirler*³⁷⁰.

Haritaların gerçekliği çarpıtmasının sebebi, pratik olma gereklilikleridir, gerçeğe bire bir uyan bir haritanın kullanışlığı olmayacaktır. Haritaların gerçekliği çarpıtma yolları ise *ölçekleme, izdüşümleme ve sembolleştirmedir*³⁷¹.

Ölçekleme, “haritada, plan veya fotoğraf üzerindeki mesafenin, yer üzerinde karşılık geldiği mesafeye oranı”³⁷²dır. Santos, ölçeklemenin az ya da çok detay vermek konusunda bir tercihi barındırdığını ve haritalar, gerçekliğin *“minyatürleştirilmiş bir versiyonu”* olduğundan, haritalamanın aynı zamanda ayrıntıları elemeyi içerdiğini belirtir, böylece neyin nasıl ölçekleneceği hakkında

³⁶⁹ Ibid., s. 420.

³⁷⁰ Sally Engle Merry, “Legal Pluralism,” **Law & Society Review**, 1988, Vol. 22, s. 887,

³⁷¹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 421.

³⁷² “Scale/ölçek,” **Haritacılık Terimleri Sözlüğü**, Harita Genel Komutanlığı, http://www.hgk.msb.gov.tr/sozluk/turkce_sorgu.asp?txtKelime=%F6l%E7ek

verilen kararlar, haritanın kullanılması hakkında verilen kararlardır³⁷³. *İzdüşümleme*, gerçekliği yanlış okumanın bir diğer mekanizması olarak, dünyanın eğilimli yüzeylerinin düzleme dönüştürülmesidir. İzdüşümlerin gerçeği gelişigüzel deforme etmeyeceğini belirten Santos, bazı izdüşümlerin kutup bölgelerini, ekvator bölgelerine göre daha fazla deforme ettiğini, farklı izdüşümlerin farklı alanların farklı özelliklerini deforme ettiğini, hangi izdüşümün kullanılacağına dair verilen kararın da sadece teknik bir meseleye değil aynı zamanda haritacının ideolojisine ve haritanın hangi özel kullanım için tasarlandığına göre değişiklik göstereceğini belirtir³⁷⁴. Ayrıca, izdüşüm bakımından, harita oluşturmada her tarihsel dönemin ya da her kültürel geleneğin merkezi, sabit noktası, varsaydığı fiziksel ya da sembolik alanı farklıdır. Örneğin orta çağ haritaları merkeze dini bölgeleri koyarak bir haritalama yapar; Avrupa haritaları Kudüs'ü, Arap haritaları Mekke'yi merkeze alır³⁷⁵. Son olarak *sembolleştirme*, “grafik sembollerle, belirli/seçilmiş özellikleri ve gerçekliğin detaylarını göstermedir”³⁷⁶.

Haritalarda gerçekliği yanlış okuma mekanizmaları olarak ölçekleme, izdüşümleme ve sembolleştirmenin hukuk alanındaki karşılığını tartışan Santos, ilginç sonuçlara ulaşır. Sonuçlarını Portekiz'de 1974-75 yıllarındaki kriz zamanında demokratik meşruiyet ve devrimci meşruiyet arasındaki çelişkilerin yoğun olduğu dönemde, Brezilya'da gecekondü yerleşiminde ve Cape Verde'de 1984 ve 1985 yıllarında, Portekiz sömürge rejiminden bağımsızlığın kazanıldığı 1975'ten sonra devlet tarafından halk mahkemelerinin yaratılmasıyla ilgili yaptığı ampirik

³⁷³ De Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, s. 422.

³⁷⁴ Ibid., s. 423.

³⁷⁵ Ibid., s. 423–424.

³⁷⁶ Ibid., s. 424.

araştırmalardan çıkarmıştır.

Ölçekleme ve hukuk ilişkisinde öne çıkan, hukukun yapısında ve kullanımında ölçeklemenin etkisine bakmaktır. Santos, bu anlamda, yerel hukukun “*geniş ölçek hukuki geçerlilik*”, ulus-devlet hukukunun “*orta ölçek hukuki geçerlilik*” ve küresel hukukun “*küçük ölçek hukuki geçerlilik*” olduğunu belirtir. Bunun anlamı, “*farklı hukuk biçimlerinin farklı hukuksal gerçeklikler yarattığıdır*”³⁷⁷.

Santos, meseleyi somutlaştırmak adına bir fabrikadaki çalışmayla ilgili bir ihtilafın analizini yapar. Burada, işyeri alanının üretim hukuku olarak fabrika hukuku aynı zamanda yerel hukukiliğin bir biçimidir ve üretim sürecini ayrıntısıyla düzenler, amacı disiplini sağlamak, iş çatışmalarını önlemek, çatışmaları çözmektir. Ulus-devletin düzenlediği haliyle iş hukuku daha geniş bağlamında, iş çatışmaları, işçi-işveren ilişkilerinde önemli ama tek bir boyuttur. Hükümet, iş adamları, sendikalar arasındaki güç ilişkileri ve gelir politikası, enflasyon oranı, politik istikrarın içinde tanımlanabilecek sosyal, politik ve ekonomik geniş bir ağın parçasıdır. Daha da geniş bağlamda, yani uluslararası bayılık (*franchising*) ya da taşeronluğun küresel hukuki biçiminde iş çatışması, uluslararası ekonomik ilişkilerde küçük bir ayrıntı haline gelir. Böylece Santos, farklı ölçeklerde yürüyen farklı hukuk düzenlerinin, aynı sosyal nesneyi farklı hukuki nesneler haline dönüştürdüğünü gösterir. Elbette bu farklı hukuk düzenlerinin tek başlarına değil, birbirleriyle farklı yollarla etkileşim halinde var olduklarını söylemek gerekir. Aralarında bir uyuma yoktur, toplumsal ve

³⁷⁷ Ibid., s. 426.

hukuksal mücadeleleri de uyuşmaz. Mesela işçiler ve bazen patron, çatışmayı geniş ölçekte almaya eğilimdir, onların bakışını yerel hukukilik şekiller. Yine sendika yöneticileri ve bazen patron, ulus-devlet hukukiliğini şekillendirdiği gibi, çatışmayı süregiden işçi-işveren ilişkilerinde bir kriz olarak anlama eğilimindedir. Çok uluslu şirketler için, iş çatışması, küresel olarak tasarlanmış yatırım ve üretim sisteminde küçük bir kazadır, eğer üstesinden gelinmezse, üretim başka bir ülkeye kaydırılır³⁷⁸. Bu örnek üzerinden hukuk ve sermaye arasındaki ilişkiye dair Negri ve Hardt'ın tespitini anmak yerinden olacaktır³⁷⁹:

Sermaye ve hukuk arasındaki ilişki, aynı zamanda hem olağan dışı şekilde soyut hem tamamıyla somut olan paradoksal bir iktidar yapısını tanımlar. Bir yandan yasal yapılar, toplumsal gerçekliğin toplumsal içeriğe göre ilgisiz, soyut temsilleridir; öte yandan kapitalist mülkiyet, emek sömürsünün somut koşullarını tanımlamaktadır. İkisi de tüm toplumsal uzam boyunca genişleyen, eş güdümlü çalışan ve deyim yerindeyse soyut ve somut düzlemleri bir arada tutan bütünleştirici toplumsal çerçevelerdir.

Hukuk düzenleri, farklı izdüşümlemelere göre de tasnif edilebilirler. İzdüşümleme “*hukuk düzeninin yürürlük limitlerini tanımladığı ve bunların içindeki hukuk alanlarını (space) organize ettiği prosedürlerdir*”³⁸⁰. Ölçeklemede olduğu gibi, burada da, aynı mesele, farklı izdüşümlmelerle farklı anlamlar kazanabilir.

Santos, her hukuk düzeninin, izdüşüm tipini karakterize eden belirli toplumsal duruş ya da perspektifi saptayan bir “*superfact*”e (süper olgu) ya da “*supermetaphor*”a (süper metafor) yaslandığını belirtir. Örneğin, piyasadaki özel ekonomik ilişkiler, kapitalist devlet meşruiyetinin altında yatan süper olgudur, bu noktada Pasargada hukukunun altında yatan süper olgu, daha fazla ekonomik, sosyal

³⁷⁸ Ibid., s. 426–427.

³⁷⁹ Hardt ve Negri, **Ortak Zenginlik**, s. 37.

³⁸⁰ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 430.

ve politik ilişkiler olarak toprak ve barınmadır³⁸¹.

Bu tip bir izdüşümlemede, her hukuk alanının bir merkezi ve çevresi vardır, bunların izdüşümleri birbirinden farklıdır. Merkezde hukuki alan daha ayrıntılı haritalanır ve dış kaynakların girdileri -hukuk meslekleri, mahkemeler vs- ile sembolik kaynaklar -hukuk bilimi, hukuk ideolojisi ve kültürü vs- daha fazladır. Çevrede ise, hukuki alan daha kabaca haritalanır. Adaletle ulaşmadaki güçlükler, mahkemelerin kadrolarındaki yetersizlikler, adli yardımın az desteklenmesi, avukatlık hizmetindeki düşük kalite gibi unsurlar, dış kaynakların yeteri kadar yer alamamasına örnek oluştururken, yasal uygulamaların düşük kalitesi, hukuk teorisinin az gelişmişliği, daha az alıntılanan emsaller sembolik kaynakların yetersiz edinilmesine örnektir. Merkezde hakim olan teorilerin, ideolojik görünüşün, yorumlama tarzları ve tekniklerinin, çevreye dayatılması da söz konusudur³⁸².

Diğer yandan izdüşümlemeyi, 'egocentric' (benmerkezci) ve 'geocentric' (yer merkezli) olarak ayırmak da mümkündür. Santos, benmerkezci izdüşümü, *“kişisel ve tikel özelliklerin temsilinden, gönüllü ya da uzlaşmacı toplumsal eylemden yana olmak”*³⁸³ diye tanımlarken, yer merkezli izdüşüm, *“nesnel ve genelleştirilebilir özelliklerin temsilinden, dokulu, sınırlı ya da çatışmalı toplumsal eylemden yana”*dır. İzdüşümün hakim biçimine göre, hukuk biçimleri benmerkezci hukukilik ve yer merkezli hukukilik olarak ayrılabilir³⁸⁴.

³⁸¹ Ibid. Pasargada hukukuna yukarıda değinmiştik, bkz. s. 85.

³⁸² Ibid., s. 431.

³⁸³ Ibid.

³⁸⁴ Ibid., s. 432.

Santos, benmerkezci ve yer merkezli hukukilikler arasındaki tarihsel etkileşimde, yer merkezli hukukilik lehine karar verilemeyeceğini, yeni *lex mercatoria* üzerinden açıklar. Etik kodlar, davranışlar ve adil uygulama kodlarının en az uluslararası ticari sözleşmeler kadar çoğaldığı, çok uluslu şirketlerin faaliyetlerini ve uluslararası ekonomik ve profesyonel birlikleri çevreleyen, teknoloji transferi, hisse senedi piyasaları, reklam, satış promosyonu, pazar araştırmaları, sigorta, teknik yardım, anahtar teslim sözleşme ve benzeri gibi çok çeşitli alanlarda yaşanan bir süreçte, küresel hukukiliğin tüm bu yeni biçimleri, ulusal devletin hukuk alanıyla sık sık çatışan küresel bir hukuk alanı yaratır. Santos bu çatışmaları “*yeni sözleşmelerde sorumluluk anlayışının, ulusal yasalara göre özerk olması; sözleşmelerin, yürürlükteki yasalara örneğin hukukun genel ilkeleri, ticari hayatın teamülleri, tek amacı devlet hukukunun uygulanmasını ortadan kaldırmak ya da uygulanmasından kaçınmak olan belirsiz hükümler sokmaları; tahkim sistemine genellikle aynı amaç için başvuruluyor olması; ticari ortakların, açıkça ulusal yasaları (özellikle de adil rekabet ile ilgili olanları) ihlal eden centilmenlik anlaşmaları ya da protokoller imzalamaları, güçlü çok uluslu şirketlerin kendi normlarını devletlere dayatmaları*” olarak tariflemektedir³⁸⁵.

İki çelişen hukuk sembolleştirmesinin görüldüğü yerler olarak hukuki çoğulluk durumları, toplumsal eylemin farklı hukuk düzenleri arasında, farklı sembolleştirme tarzlarıyla daimi bir köprü olduğu durumlardır. Sally E. Merry de, hukuki çoğulluk hakkında tartışmanın bir diğer yolunun her normatif düzen içine yazılmış farklı sembolik sistemlerden bahsetmek olduğunu söyler; iki tarz arasındaki

³⁸⁵ Ibid., s. 432–433.

gerilim hakimlinin uyuşmazlığı çözümünde ortaya çıkar: bazı hakimler ilk tarzı benimser, bazıları diğerini, bazıları, duruma ve aşinalıklarına göre birinden diğerine tarz değiştirir”³⁸⁶.

Küreselleşmeyle birlikte değişen düzende, devletin sınırları, bilinen yer merkezli hukukiliği aşar ve onun içini boşaltan bir hukukilik alanı üretir: ³⁸⁷

(...) Çok uluslu şirketlerin ve küresel mali kuruluşların faaliyetleriyle şekillenen bu yeni alanda, devlet düzenine kıyasla değişik sorumluluk ölçütleriyle, devlet müdahalesini ortadan kaldırmayı hedefleyen ticari teamül veya genel ilkeler gibi muğlak ifadelerle karşılaşırız. Ticari tahkim heyetleri mahkemelerin yerini alırken, küresel aktörlerin ürettikleri normlar devletlere dayatılmaktadır. Böylece, jeosantrik (yer merkezli) normatifliğin yerini yeni bir egosantrik (ben merkezci) normatifliğin almakta olduğu söylenebilir.

2.5. Neo-Liberal Hegemonyada Hukukun Araçsallığı

Hegemonik hukukun, özellikle küreselleşme süreciyle birlikte, bugün birkaç alanda kendi kurallarını açıktan koyduğunu söylemek zor olmayacaktır. Hukuk, liberal teorilerin toplumsal yapıya nüfuz etmesi için bir araç olarak kullanılırken, bu araçsallığın *lex mercatoria*, insan hakları ve hukukun yönetimi (*rule of law*) tartışmalarıyla kuvvetlendiği belirtilebilir.

2.5.1. Lex Mercatoria

Küresel sermayenin kendi hukuku olarak *lex mercatoria*, hukuki alanın küreselleşmesinin en eski biçimlerinden biri olarak değerlendirilir. “*Uluslararası*

³⁸⁶ Merry, “Legal Pluralism”, s. 887.

³⁸⁷ Saim Üye, “Hukuku Harita Metaforu ile Anlamak”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2013, No. 2013/1, s. 160.

işlemlerde yaygın ve tek biçimli olarak kabul gören ve uygulanan geleneksel kurallar ve ilkeler dizisi”³⁸⁸ olarak ve kökenleri antik Yunan'a ve klasik Roma'ya kadar götürülebilen³⁸⁹ *lex mercatoria*, bugünkü anlamında, “yeni” sıfatını önüne alır ve “ulus-ötesi gelişen bir hukuki alan olarak, küreselleşmiş bir yerelliktir”³⁹⁰. Yeni *lex mercatoria*, eskisi gibi, özel kuralları ve (tahkim gibi) özel karar organlarıyla, devlet-dışı bir hukuk düzenidir ancak, yine eskisi gibi devletin mahkemeleri tarafından tanınıp, uygulanır³⁹¹. Devlet-dışı bir hukuk düzeni olarak yargılamaya konu ilkeleri, ulusal hukuklardan ve uluslararası kamu hukukundan göreceli olarak bağımsızdır. Öte yandan, *lex mercatoria*'nın çeşitli ögeleri, uluslararası kamu hukukunda, yeknesak normlarda ve genel kurallarda, uluslararası örgütlerin kurallarında, standart biçim sözleşmelerde ve tahkim kararlarında bulunabilir³⁹². Taraflar arasındaki güç ilişkilerine bağlı olarak yeni *lex mercatoria*'nın icra derecesi farklılaşır³⁹³.

Günther Teubner, *lex mercatoria*'yı, ekonomik işlemlerin ulus-üstü hukuku olarak, 'devletsiz küresel hukukun en başarılı örneklerinden biri' olarak tanımlar. Örneğin, çok uluslu şirketlerin iç işleyişleri, devletsiz küresel hukuk için güçlü bir adaydır, keza, “şirketler ve sendikaların egemen hukuk yapıcılar olması itibarıyla, küreselleşmenin ve kuralsızlaşmanın benzer kombinasyonu iş hukukunda da bulunabilir”³⁹⁴. Bu noktada *lex mercatoria*'nın bir parçası olduğu küresel hukukun

³⁸⁸ Üye, **Hukuki Çoğulluk**, s. 381.

³⁸⁹ David B. Goldman, **Globalisation and the Western Legal Tradition: Recurring Patterns of Law and Authority**, Cambridge University Press, 2008, s. 276.

³⁹⁰ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 210.

³⁹¹ Ralf Michaels, “The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge From Global Legal Pluralism”, **Wayne Law Review**, 1 Ocak 2005, Vol. 51, s. 1219.

³⁹² Goldman, **Globalisation and the Western Legal Tradition**, s. 279.

³⁹³ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 210.

³⁹⁴ Gunther Teubner, “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society”, **Global Law Without A State**, Edi. Gunther Teubner, Dartmouth 2006, s. 1.

özelliklerine değinilebilir. Teubner'e göre, küresel hukuk, bir hukuki çoğulluk teorisi içinde değerlendirilebilir. Ayrıca küresel hukukun uluslararası hukuktan farklı olduğunu belirten Teubner, küresel hukukun ortaya çıkışının, ulusal hukuk sistemlerinin kriterlerine göre ölçülmemesi gereken kendi başına bir hukuk düzeni olduğunu söyler. Ona göre küresel hukukun, ulusal hukukla karşılaştırıldığında belli yapısal eksiklikleri vardır ve sanki hukukun az gelişmiş bir kısmıymış gibi anlaşılmaması gerektir. Küresel hukuku, ulusal hukuktan farklı kılan özelliklerinin sebebi, dünya toplumunun kendi içinde farklılaşmalardır. Küresel hukuk, küresel düzeyde politik ve kurumsal destekten yoksun kaldığından, küreselleşmiş sosyo-ekonomik süreçlerle yakından bağlantılıdır³⁹⁵.

Modern dünyada *lex mercatoria*, “uluslararası problemlerin çözümü için neredeyse tam bir potansiyel sağlamakta”dır³⁹⁶. Özellikleri sebebiyle, 'evrensel karakteri'ne, 'enformel ve hızlı' oluşuna, 'ticari örf ve uygulamalara güven'ine, 'esnekliği ve büyüme konusundaki yeteneği'ne vurgu yapılır³⁹⁷. Devletlerin uygulamalarına dahil edildiğini hatta onlara içkin olabildiğini de belirtmiştik. Bu nedenle yeni *lex mercatoria*, “gelişmiş ticari devletlerin yasaları arasındaki benzerlikler içinde, genel kurallar için ham madde yaratmak için bir maden” olarak da düşünülebilir³⁹⁸. Örneğin, tahkim, ulusal devletlerin hukuk kurallarının ve usullerinin, uyuşmazlıkların çözümünde bertaraf edilmesinin bir biçimidir, bazı alanlarda, anlaşmazlıklar sadece bu yolla çözülmektedir. Öte yandan, “ulusal hükümetlerin, sadece mahkeme kararlarının uygulanması için icra memuru” görevi

³⁹⁵ Ibid., s. 2.

³⁹⁶ Goldman, **Globalisation and the Western Legal Tradition**, s. 275.

³⁹⁷ Ibid., s. 276.

³⁹⁸ Ibid., s. 279.

gördüğü de belirtilmelidir. “Düzenleme yapma rekabetinin itici gücü, ulusal yasa yapıcıları, bağlayıcı olmayan bu normları, ulusal hukuka dönüştürme konusunda baskı altına almaktadır”³⁹⁹.

Lex mercatoria'yı daha da somutlaştırmak adına, iki kodifiye edilmiş biçiminden söz etmek gerekir. Bunlardan biri olan UNIDROIT (Özel Hukuku Birleştirme Uluslararası Enstitüsü), 1926'da Milletler Cemiyeti bünyesinde kurulmuştur; 1970'lerdeki ivmesi, 1994 tarihli Uluslararası Sözleşme İlkelerinin (UNIDROIT İlkeleri) oluşturulmasına kadar gitmiştir. İkinci kodifikasyon organı, Avrupa düzeyinde, Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu (Lando Komisyonu) olarak belirtilebilir. Bu komisyonların genel amacı, modern dönemin *ius commune* ve *lex mercatoria*'sını oluşturmaktır. *Lex mercatoria*'nın kodifiye edilmesi çabalarına, 1960'larda kurulan UNCITRAL (BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) da dahil edilebilir⁴⁰⁰.

Lex mercatoria'nın 'küresel bir hukuk kültürünün ifadesi'⁴⁰¹ olduğunu görürüz. Bu ifade kendini, yeni bir küresel sermaye birikimi rejiminin oluşmasında bulur. Bunun kurumsal özellikleri, *lex mercatoria*'nın kendisinden başka, çok uluslu ya da ulus-ötesi şirketlerin doğuşu, ulus-devletin yasama süreçlerinin ulus-ötesi finans sermayesinin ihtiyaçlarına göre düzenlenmesi, ABD menşeli ya da ABD tarzı hukuk hizmetleri için piyasanın küreselleşmesi, uluslararası ticari tahkimin doğuşu

³⁹⁹ Klaus Gunther, “Legal Pluralism or a Uniform Concept of Law? ”, **NoFo**, 2008, s. 9.

⁴⁰⁰ Goldman, **Globalisation and the Western Legal Tradition**, s. 280.

⁴⁰¹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 213.

olarak gösterilebilir⁴⁰².

Ayrıca belirtmek gerekir ki, *lex mercatoria*, küreselleşmiş bir yerellik olarak, özellikle güçlü dini etkilere sahip hukuk aileleriyle etkileştiğinde ve sömürgecilik yoluyla ya da yukarıdan aşağıya modernleşen ülkelerde, dışarıdan teşvik edilen modernleşmeye sebep olmuştur⁴⁰³.

Dünya sistemi içinde *lex mercatoria*, hukuk alanındaki yersiz yurtsuzlaşma ile yeniden yerleşme/ülkeselleşme arasındaki diyalektiğin nasıl işlediğini gösterirken, Santos, “yatırımcıların hakları tehlikede olduğunda, yersiz yurtsuzlaşan hukuksal ilişkilerin, merkez ülkeler tarafından egemenlik haklarının ulusal sınırlar ötesine ulaşmasını zorunlu kıldığını” belirtir. Meksika devrimi, Rus devrimi ve Türkiye'deki devlet eliyle sanayileşmeyi bu duruma örnek gösterir; bu örneklerde, çevre ve yarı çevre ülkelerin yatırımcıların hakları üzerinde egemenlikten kaynaklı üstünlük iddiaları söz konusudur, sonuçta merkez devletin egemenliğini yayması, ikincil egemenlik alanına saldırı anlamına gelmiş ve 20. yüzyılın ilk çeyreğinde bu durum yaygın şekilde yaşanmıştır. Günümüzde ise, Santos'a göre, bu diyalektik mikro ölçekte yaşanmakta, örneğin küresel ilişkilerdeki hukuksal koruma talepleri, ulusal ilişkilerde karşılığını bulmaktadır⁴⁰⁴.

⁴⁰² Ibid.

⁴⁰³ Ibid., s. 214.

⁴⁰⁴ Ibid., s. 212.

2.5.2. İnsan Hakları

İnsan hakları da, hukukun üstünlüğü ya da hukuk devleti tartışmalarından uzakta değildir. Elbette burada hegemonik bir insan hakları algısından söz edilecektir.

İnsan haklarına dair farklı bakış açıları ve karmaşa, kavramın gösterge bilim açısından anlamsal değerlendirilmesiyle giderilebilir. Costas Douzinas, haklardaki 'insan'ın “*floating signifier*” (değişken imleyen) olduğunu, insan haklarının ise eksik belirtilmiş bir kavram olduğunu belirtir.⁴⁰⁵

“İnsan” kavramı, bir imleyen olarak, “otomatik ya da zorunlu olarak herhangi bir belirli imleyenle ya da kavramla ilişkilenebilen söylemsel bir ögedir. Öte yandan “insan” kelimesi boş anlamlıdır ve sayısız imlenene bağlanabilir. Sonuç olarak, herhangi bir kavramı açıkça belirtmez, çünkü hepsini aşar ve “üst belirler”. Ancak, insan haklarının “insanlık”ı sadece boş bir imleyen değildir, devrimler ve deklarasyonlarla bahsedilen ve insan haklarının tanınması ve korunması için verilen yeni mücadelelerde artan oldukça büyük bir sembolik sermaye, değer ve onur fazlası taşır. Bu sembolik aşırılaştırma, “insan”ı “değişken imleyen”e, politik, toplumsal ve hukuksal mücadelelerdeki savaşçıların, onun sembolik sermayesinden faydalanmak için kendi davalarına aşırarak istedikleri bir şeye dönüşür.

Bu haliyle insan hakları, geniş bir alana yayılır, anlamsal değeri ve referans alanı, farklı pek çok ve hatta çelişen eylemleri ve söylemleri kapsar. Michel Villey, insan haklarının 'gerçek dışı ve hatta aciz' olduklarını, örneğin çalışma hakkının anayasada tanınmasının nüfusun yarısının işsiz dolaşmasını engelleyemediğini; sürekli vaatlerde bulunduklarını, ancak bu kadar vaadi bir arada tutmanın yolunun onları *belirsiz* hale getirmek olduğunu, bu nedenle örneğin 'özgürlük' kelimesinin herkes için farklı bir anlama sahip olduğunu; yine hakların *temelsiz ve tutarsız*

⁴⁰⁵ Costas Douzinas, **The End of Human Rights**, Hart Publishing, 2000, s. 255.

olduklarını, hem bir politikacı tarafından bir televizyon programında, hem de bir felsefeci tarafından bir kongrede rahatça kullanılabildiklerini söyler⁴⁰⁶. Douzinas da, örneğin, farklı anayasal, yasal, yargısal, akademik ve popüler metinler ve yorumları; insan haklarını kendi örgütlenme ilkeleri olarak kullanan uluslararası, bölgesel ve yerel, politik, hukuksal ve kültürel kuruluşlar ve eylemleri; insan hakları üzerinde çalışan hükümet kuruluşlarını ve hükümet dışı kuruluşları; bu kurumlarda çalışan personeli; çeşitli düzeylerde farklı kampanyaları, grupları ve örgütleri; bunlara dahil olan insanları; çok yönlü durumları, olayları ve bu durumları tarif etmek ya da değerlendirmek için terimi kullanan insanları kapsayan bir kavram olarak tarifler insan haklarını⁴⁰⁷.

Bu teori çokluğu ve anlam belirsizliğinde Santos, hegemonik devletlerin insan hakları savunuculuklarının, onların jeopolitik çıkarlarına ve hedeflerine endeksli olduğunu ve çifte standartlı uygulamaları beraberinde getirdiğini belirtmektedir⁴⁰⁸. Somut insan hakları ihlalleri ya da insan hakları söylemine itirazlar genellikle, ulus-devletlerin ulusal çıkarları, ulusal güvenlikleri ve müdahale edilemezlikleri kadar kültürel özgüllükleri ve gelişme süreçleri gerekçe gösterilerek haklılaştırılır. Bu noktada, insan haklarıyla ilgili iki önemli tartışmayı aktarmak gerekir. Birincisi, insan hakları evrensel bir kavram mıdır, yoksa bir Batı kavramı mıdır? İkincisi, bu haklar evrensel olarak geçerliler midir, yoksa değiller midir?⁴⁰⁹

Santos bu soruları yanıtlamaya başlamak üzere şu tespiti ortaya koyar: kültür

⁴⁰⁶ Michel Villey, *Il Diritto e i Diritti Dell'uomo*, Cantagalli, 2009, s. 23–24.

⁴⁰⁷ Costas Douzinas, *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Routledge-Cavendish, 2007, s. 8–9.

⁴⁰⁸ De Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, s. 266.

⁴⁰⁹ Ibid., s. 268.

ötesi tek gerçek tüm kültürlerin göreceli olduğudur. “Kültürel görelilik aynı zamanda kültürel farklılık ve noksanlıktır. Belirli bir kültürün görelî bakış açısından, farklılık hiyerarşik farklılaşma olarak hem deneyimlenip hem de inkar edilirken, noksanlık belirli bir bütünlük özlemi olarak deneyimlenir ve aynı zamanda inkar edilir”. Santos'a göre, insan haklarının evrenselliği Batılı bir kültürel sorundur; insan hakları yalnızca Batılı bir noktadan bakıldığında evrenseldir.⁴¹⁰

Evrensellik, bir bütünlük özlemine cevap olduğundan ve her kültür böyle bir nihai değer ve evrensel geçerlilik özlemine konumlandırıldığından, farklı kültürlerde farklı nihai değerlere duyulan farklı niyetler ya da özemler birbirini anlayabilen ya da karşılıklı tercüme edilebilir eş yapıli endişeler haline gelebilecektir. Kültürler arasında daha eşit güç ilişkilerinin anlamı, melezlenmenin meydana gelmesi olacaktır.

Modernitenin düzen kurma ve özgür kılma iddialarının Batı'da kapitalizme uygun hale getirildiği, yine bunların Batı kapitalizmine küresel bir çaba yani emperyalizm olarak yeniden uydurulduğu süreçte, insan hakları da bu başarılı uydurulma süreçlerinde 'evrenselleşmiştir'⁴¹¹. İnsan hakları STK'ları ve aktivistlerinin çoğunlukla uluslararası vakıfların finansal desteğinde, hükümet baskısına dayanan lobi faaliyetiyle ve uluslararası medyanın desteğiyle önemli sonuçlara varmış ya da varabilir olması, insan hakları uygulamalarının hakim ülkelerin gücüne dayandığı gerçeğini değıştirmemektedir. Bu noktada Kosova örneğinden hareketle, bir ulusun diğeri bir ulusun egemenliğini insan hakları adına ihlal etmekten çekinmediğini ama ulusal egemenlik ilkesinde ısrar ettiğini vurgulayan Hardt ve Negri⁴¹², insan hakları söylemi ve bunu temel alan askeri ve yasal müdahalelerin, ulus-devletin ülke içinde ve dışında uyguladığı şiddetin meşruluğunu ortadan kaldırma yönünde bir eğilim

⁴¹⁰ Ibid., s. 269.

⁴¹¹ Ibid., s. 270.

⁴¹² Michael Hardt ve Antonio Negri, **Çokluk: İmparatorluk Çağında Savaş Ve Demokrasi**, Çev. Barış Yıldırım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004, s. 291.

olarak görünmesine rağmen, aslında azalan şeyin 'devletin şiddetini meşrulaştırma yolları'⁴¹³ olduğunu belirtir. Onlara göre insan haklarının evrensel geçerlilik kazanmasının yolu, uluslararası bir yasal yapıya kavuşması ve hakim ulus-devletlere dayanmamasıdır⁴¹⁴.

Santos, insan haklarının “*Batı yerelliğinin bir küreselleşmesi olarak evrenselleştirildiğini*” vurgular. Ona göre, özellikle Soğuk Savaş sonrası döneme baktığımızda, insan hakları politikalarının, hegemonik kapitalist devletlerin ekonomik ve jeo-politik çıkarlarına hizmet ettiğini anlamak zor değildir. Örneğin BM Evrensel Beyannamesi, dünya halklarının çoğunluğu dışarıda bırakılarak hazırlanmıştır; bireysel haklar özellikle tanınır; ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan ziyade medeni ve siyasi haklara öncelik verilir; mülkiyet hakkının ilk ve uzun yıllar tek ekonomik hak olarak tanındığını da belirtmek gerekir⁴¹⁵. *Lex mercatoria*'nın, ekonomik ilişkilerin ulus-ötesi hukuku olarak, devletsiz küresel hukukun en başarılı örneği olması gibi, insan hakları söylemi de küresel hale gelmekte ve kendi hukuku için bastırmaktadır; üstelik sadece devletlerden ayrı bir kaynaktan değil, aynı zamanda devletlerin kendisine karşı⁴¹⁶. İnsan haklarının ilk kuşağı bakımından, insan hakların tek ihlalcisi olarak devlete karşı bir mücadele olarak tasarlanması söz konusuysa, ikinci ve üçüncü kuşak haklarda, devletin insan haklarının garantörü olarak konumlanması söz konusudur⁴¹⁷. İnsan haklarının egemen devletler (Birinci Dünya) ve Üçüncü Dünya bakımından anlamı da farklıdır.

⁴¹³ Ibid., s. 44.

⁴¹⁴ Ibid., s. 291.

⁴¹⁵ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 271.

⁴¹⁶ Teubner, “Global Bukowina,” s. 1.

⁴¹⁷ Boaventura De Sousa Santos, “Toward a Multicultural Conception of Human Rights”, **Beyond Law** Haziran 2002, Vol. 9, No. 25, s. 11.

İlkindeki insan hakkı ihlali, genellikle medeni hakların ihlali anlamına gelirken, ikincisinde, somut bir şiddet söz konusudur. İnsan hakları söylemi, Üçüncü Dünya'yı, evrensel emirlerinin konuşlandırılması için bir etki alanı olarak görür ve onu nesneleştirir⁴¹⁸.

Günümüzdeki hakim insan hakları anlayışının 'liberal demokrasi' söyleminden bağımsız olmadığı söylenebilir. Liberal demokrasi taraftarları açısından, *“medeni ve politik haklar, sosyal ve ekonomik haklar üzerinde mutlak bir güce sahiptir. Serbest seçimler ve serbest piyasa yazı-tura gibidir: en az devlet müdahalesiyle, rekabetçi değişime bulaşan faydacı bireylerin eylemleri yoluyla ortak iyiye ulaşmak”*⁴¹⁹.

Ana akım insan hakları tartışmasına en ciddi eleştirilerin eleştirel kuramcılar tarafından getirildiğini, bunların pek çoğunun ana akım liberal düşünürler tarafından geliştirilen hak kavramını kabul etmediklerini belirtmek gerekir⁴²⁰. Douzinas, “The End of Human Rights” adlı eserine, 1990'ların sonunda, insan haklarının zaferini ilan ettiğini anlatmakla başlar. İnsan hakları, sağ ve solu, dinle devleti, devlet adamıyla asileri, gelişmekte olan dünyayla liberalleri bir araya getiren bir kavram, baskı ve egemenlikten kurtulmanın ilkeleri, bir kurtuluş programı haline gelmiştir⁴²¹. Buradan hareketle insan haklarının soy ağacını çıkaran Douzinas, insan hakları felsefesi hakkında eleştirel bir değerlendirme yaparak, sonuçta, liberal hukuk biliminin,

⁴¹⁸ Balakrishnan Rajagopal, **International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance**, Cambridge University Press, 2003, s. 171.

⁴¹⁹ De Sousa Santos, “Globalizations”, s. 394.

⁴²⁰ Minda, “The Jurisprudential Movements of the 1980s”, s. 649.

⁴²¹ Douzinas, **The End of Human Rights**, s. 1.

hakların ve insan haklarının tarihsel, yapısal ve politik olarak ayrılmaz olduklarını iddia ettiğini, insan haklarına dair liberal söylemin oldukça yaygın olduğunu, insan haklarının pozitif hukuka dahil olmasının ve küreselleşmesinin politik modernitenin sonuna işaret ettiğini, küresel ekonominin aynı şeyi Leviathan'a yaptığını söyler⁴²²; “*insan hakları postmodernitenin alın yazısı, toplumlarımızın enerjisi, aydınlanma'nın özgürleştirme ve kendini gerçekleştirme vaadinin yerine getirilmesidir... İnsan hakları, felsefenin ve hukuk kuramımızın en soylu yaratımı, hakkının teslim edilmesi için küresel postmodern kültürümüzü beklemek zorunda kalan modernitemizin evrensel hedeflerinin en iyi kanıtı olarak ilan ediliyor*”⁴²³. Etik ve insan haklarına referansla, egemenlik ilkesinin küreselleşmesi ve devlet iktidarının meşrulaştırılması, herkesi ve her şeyi etkiler. İnsan hakları devlet sisteminin “*raison d'etre*” (amacı) haline gelir; ana bileşenlerine, ekonomik, sosyal ve kültürel eğilimlerle meydan okunmasında olduğu gibi⁴²⁴. Üstelik BM ve ilgili kuruluşlar güdümünde küresel bir yasal insan hakları yapısı, çok uluslu şirketlerin korunması için uluslararası bir mevzuata sahip olunabileceğine dair fikri beraberinde getirir. Şirketler için bir tür 'insan hakları' mevzuatının başlıca kurumları MIA (Multilateral Investment Agreement- Çok Taraflı Yatırım Anlaşması) ve DTÖ'dür. Santos, bu 'küresel anayasallaştırma' fikrinin ana hedefinin “*insan haklarının ve hatta temsili demokrasinin katılımcı demokrasi ile yan yana geldiği bir demokrasinin devrimci potansiyelini nötralize etmek*” olduğunu belirtir⁴²⁵.

⁴²² Ibid., s. 373–374.

⁴²³ Costas Douzinas, “İnsan Hakları Ve Postmodern Ütopya”, Çev. Kasım Akbaş ve Rabia Sağlam, **Birikim**, Ağustos-Eylül 2011, s. 122.

⁴²⁴ Douzinas, **The End of Human Rights**, s. 374.

⁴²⁵ Dalea ve Robertson, “Interview with Boaventura de Sousa Santos”, s. 152.

Hegemonik olarak insan hakları söylemi, teknokratlar tarafından metalaştırılmış ve profesyonelleştirilmiş ve bazen güçlü gruplar tarafından gasp edilmiştir; böylece insan haklarına asıl ihtiyacı olanlardan, yani yoksullardan ve ezilenlerden, onların mağduriyet deneyimlerinden uzaklaşma tehlikesine girmiştir⁴²⁶. Burada Upendra Baxi, insan haklarına ilişkin 'modern' ve 'çağdaş' ayrımı yapar. İkisi arasındaki farkı dört noktada açıklar. Birincisi, hakların 'modern' paradigmasında dışlama mantığı önde gelir, 'çağdaş' paradigmadaki ise içerme mantığı büyük önem taşır. İkincisi, iki paradigmanın insan hakları dili ve yönetişimi farklıdır. Üçüncüsü, insan haklarının 'modern' telaffuzu neredeyse çileciyken, 'çağdaş' telaffuzları karnaval gibidir. Dördüncüsü 'çağdaş' paradigma, insan hakları ve insan acıları arasındaki modernist ilişkiyi tersine çevirir⁴²⁷.

'Çağdaş' insan hakları bakımından Baxi, 'insan haklarının siyaseti' ve 'insan hakları için siyaset' ayrımı da yapar. 'İnsan haklarının siyaseti', insan haklarının kültürel ya da sembolik sermayesini, ulusal ve küresel sistemde iktidarın dağıtılmasına konumlandırır, böylece insan hakları siyasetin ve hatta saldırı ve savaşların bir uğraşı haline gelir. Uluslararası diplomasi insan haklarını siyaseten kullanır. Baxi'ye göre 'insan duyarlılığında devrim'den başka hiçbir söz insan haklarının siyasetinden insan hakları için siyasete geçişi açıklamaz. 'İnsan hakları için siyaset', duyarlılığın bu yeni biçiminin adıdır.⁴²⁸

(...) Şiddete maruz kalanların işkence edilmiş seslerine yanıt vermekten doğar, bize, iktidar tarihlerinin ağır eşitsizliğine karşı, devleti adım adım daha ahlaki, yönetimi

⁴²⁶ William Twining, *Human Rights, Southern Voices: Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai ve Upendra Baxi*, Edi. William Twining, Cambridge University Press, 2009, s. 2.

⁴²⁷ Ibid., s. 169.

⁴²⁸ Upendra Baxi, *The Future of Human Rights*, 3. baskı, Oxford University Press, USA 2008, s. 57–58.

gittikçe adil ve iktidarı artan şekilde hesap sorulabilir yapan bir ilerleme için alternatif siyaset arayışından bahseder.

Nihayet, insan hakları ve küreselleşme gibi kavramlar “*tanımı yapan öznenin yaklaşımı dolayısıyla farklılık içerebilmektedir*”⁴²⁹. Özgürleştirici bir hukukun olanaklarının tanımladığı insan hakları, üçüncü bölümde tartışılacaktır.

2.5.3. Rule of Law

Santos, küreselleşmenin hem betimleyici hem de kural koyucu öğeleri olduğunu, kural koyucu (*prescriptive*) içeriğinin de Washington mutabakatına dayandığını belirtir⁴³⁰. Buna göre, Washington mutabakatı ya da neo-liberal oydaşmanın dört ögesi vardır; neo-liberal ekonomi; zayıf devlet; liberal demokrasi; hukukun yönetiminin (*rule of law*)⁴³¹ ve yargısal sistemin önceliği. Özellikle bu sonuncu öge “*özelleştirme, liberalleşme ve piyasa ilişkileri temelinde yükselen yeni ekonomik ve toplumsal modelin düzenleyici ihtiyaçlarına uyan yeni bir hukuksal çerçeve ihtiyacını tesis eder*”⁴³². Hukukun yönetimi/hukuki uzlaşma, hegemonik küreselleşmeyi destekleyen bir unsur olarak, diğer üç uzlaşma biçiminden devşirilmiştir. Neo-liberal kalkınma modeli, özel kuruluşların ve kamu kurumlarının temel kurallarını, piyasa ve özel sektöre güven temelinde değiştirmiştir ve böylelikle

⁴²⁹ Zafer Karabay, **Gelişme Hakkı**, NotaBene Yayınları, Ankara 2013, s. 14.

⁴³⁰ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 314.

⁴³¹ “*Rule of law*” genel kullanımda “hukuk devleti” veya “hukukun üstünlüğü”, “hukukun egemenliği” olarak kullanılsa da, Özcan, bu kavramsallaştırmanın, özellikle küreselleşme dalgası sonrası sorunlu hale geldiğini ve artık “hukuk devleti”nin neo-liberalizm sonrasında hayata geçirilemeyeceğini, bunun sebeplerinden birinin de “dünyanın çok uluslu şirketlerin yönetişimi doğrultusunda sürüklenmekte olduğunu” belirtip, İngilizce'deki kavramın altyapısında “insanın yönetimi” yerine “kuralların yönetimi” gibi bir etimolojinin olduğu tespitiyle birlikte, “*rule of law*” karşılığında “hukukun yönetimi” (hukukla yönetilmek) kavramını önermektedir. Özcan, **Modern Toplum Ve Hukuk Devleti**, s. 373.

⁴³² De Sousa Santos, “Globalizations”, s. 394.

ticaret, finans ve yatırımın gelişmesine olanak sağlayan bir yasal çerçeve çizmiştir⁴³³.

Hukukun yönetiminin pek çok farklı anlamı olduğunu da belirtmek gerekir. *Rule of law* tartışmasının uzun bir geçmişi ve farklı yönelimlere sahip bir tartışma olarak, hukuk alanında tuttuğu önemli yer, Tamanaha'nın alternatif hukuk devleti formülasyonları tablosunda özet olarak görülebilir.

	Kabadan	---	İnceye
Biçimsel	1. Hukuk Tarafından Yönetilmek (Rule-by-Law) - yönetsel eylemin aracı olarak hukuk	2. Biçimsel Yasallık -genel, ileriye dönük, açık, kesin	3. Demokrasi + Yasallık -Rıza hukukun içeriğini belirler
Maddi	4. Bireysel Haklar -mülkiyet, sözleşme, gizlilik, özerklik	5. Onur/ya da adalet hakkı	6. Sosyal Refah -maddi eşitlik, refah, topluluğun muhafazası

Tablo 2:
Alternatif Hukuk Devleti Formülasyonları⁴³⁴

Bu tablonun, kabadan inceye gitmesinin anlamı, gereksinimlerin azdan çoğa doğru artmasıdır; her bir sonraki formülasyon, bir öncekinin ana yönlerini alarak kümülatif bir şekilde ilerlemektedir⁴³⁵.

Twining, bu tablodaki, günümüz bağlamında en önemli formülasyonun 'biçimsel yasallık' olduğunu belirtir. Örneğin demokrasiyi biçimsel yasallığa bağlamak yaygındır ama zorunlu değildir. Yine hukuk yönetimini, mülkiyet haklarına, medeni ve politik haklara, toplumsal refaha ve adalete bağlamak da yaygındır ama bunu yaparken, politik liberalizm ya da sosyal demokrasi bağlamında

⁴³³ De Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, s. 316.

⁴³⁴ Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 91.

⁴³⁵ Ibid.

farklı sonuçlara ulaşılabilir; “pek çok insan için, biçimsel yasallık fikri, diğerlerinden bağımsız olarak savunulmaya değerdir”⁴³⁶.

Hukuk devleti, hukukla yönetilen toplumların bir alt türüdür ve kuralları sadece yönetmenin araçları olarak kurgulamaz, aynı zamanda hukuk kurallarıyla yönetim, hukuken meşrulaştırılmış siyasal toplumda tümüyle üstündür, bu nedenle, “hukuk devleti, yalnızca yasal hakimiyetle ilgili değildir, aynı zamanda, politik meşruiyetin yasallık yoluyla gerçekleştiği gibi, yasanın hukuki ruhu politik hakimiyete nüfuz etmelidir”⁴³⁷.

Bu sebeplerle, *rule of law*⁴³⁸ politik ve ideolojik bir söylem ve uygulamadır. Mesela, bu söylem, sömürgelerin “medenileştirilmesi” misyonu için de, “size hukukun üstünlüğünü/hukuk devletini miras bırakıyoruz” diyerek kullanılmıştır⁴³⁹. Bu bağlamda, örneğin hukuk ve gelişme hareketi⁴⁴⁰, Üçünü Dünya ülkelerinin kalkınmaları sürecinde hukukun oynadığı rol üzerine yapılmış çalışmalardır ve EHÇ kuramcıları tarafından eleştirilmiştir⁴⁴¹. Yine, sömürge sonrası dönemde, 'demokrasi,

⁴³⁶ Twining, **General Jurisprudence**, s. 333–334.

⁴³⁷ Mehmet Tevfik Özcan, “The Rule of Law After Globalisation: Is Myth or Reality?”, **XXVth World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy (Law Science and Technology)**, 027/2012, Frankfurt, 2011, s. 5.

⁴³⁸ Burada, 'rule of law' daha çok 'hukukun üstünlüğü' ya da 'hukukun egemenliği' anlamında kullanılmaktadır.

⁴³⁹ William Twining, “Diffusion of Law: a Global Perspective”, **J. Legal Pluralism & Unofficial L.**, 2004, Vol. 49, s. 27.

⁴⁴⁰ Hukuk ve gelişme hareketi (*law and development movement*), 1960'larda hukuk reformlarının ekonomik kalkınmaya katkısı olduğu ön kabulüyle ortaya çıkan ve hukuk sisteminde ve yasalarda büyük reformların, gelişmekte olan ülkelerde verimliliği ve adaleti artıracak iddiasında olan bir harekettir. Bu hareket çoğu kez etnik merkezli (*ethnocentric*), emperyalist, teori dışı ve naif olmakla eleştirilmiştir. Hareketin mantığı uluslararası insan hakları hareketine destek olsa da, genel olarak başarısızlığa uğradığı söylenebilir. David M. Trubek, “Law and Development: Then and Now”, **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, Mart 1996, Vol. 90, s. 223.

⁴⁴¹ Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, s. 20 vd.

insan hakları ve iyi yönetim' ve 'hukukun yönetimi' bir piyasa ideolojisi olarak ithal edilmiştir. Twining, eleştirel hukukçuların bu ideolojiyi 'hukuksal liberalizm' olarak adlandırdıklarını vurgular⁴⁴².

Hukuk reformları ile hukukun üstünlüğü ilişkisi, hukuk ve gelişme çalışmalarına kadar götürülebilirse de, Peter Fitzpatrick, Santos'un *rule of law* tartışmasının erken dönemde 'hukuk ve gelişme hareketi' olarak ortaya çıktığını söylerken yanıldığını, ikisi arasında ciddi farklılıklar olduğunu belirtir. Ona göre, hukuk ve gelişme hareketinde, gelişme amaçlı hukukun desteklenmesine ayrılan kaynaklar, şimdiki maddi taahhütlerle karşılaştırıldığında ufacık kalmaktadır. Fitzpatrick de, hukuk ve gelişme hareketinin yabancı sistemlerin dayatılmasını benimsemekle birlikte yerli unsurlara biraz da olsa ilgi gösterdiğini ve yerli unsurların gelişmeleri için gereken kapasiteye ulaşmalarını amaçladıklarını belirtir⁴⁴³. En önemli farklılık ise, “*hukuk ve gelişme, niyet ve programdan biraz daha fazlasıyla, bu 'yeni dalga' reçete ve uygulamaya odaklı büyük bir makine getirir*”, neo-liberal ekonomik düzenin doğruluğunu ve kaçınılmazlığını yerleştiren doğalcılığı sürekli kılar⁴⁴⁴. Fitzpatrick, bu durumu, “*yeni hukuk emperyalizmi*” olarak kavramsallaştırmaktadır⁴⁴⁵.

Özellikle 90'larda, küresel alanda hukuki sistemlerin toplumsal ve politik olarak görünürlüğünün arttığı, mahkemelerin, yargıçların ve savcılarının kamusal

⁴⁴² Twining, “Diffusion of Law”, s. 27.

⁴⁴³ Peter Fitzpatrick, **Modernism and the Grounds of Law**, Cambridge University Press, 2001, s. 214.

⁴⁴⁴ Ibid., s. 215.

⁴⁴⁵ Ibid., s. 212.

hayatta ve kitle medyasında baş role taşındıkları bir dönemi tarifleyen Santos, “*tüm bunların, yargısal gücün/iktidarın küresel olarak genişlediği bir döneme girdiğimizin kanıtı*” olduğunu belirtip, bunun sosyolojik ve politik açıklamasının ne anlama geldiğini sorar. Merkez, çevre ve yarı-çevre ülkelerdeki hukuk düzenlerinin incelenmesini takiben, farklı hukuk kültürlerinin ve kurumsal geleneklerin, çeşitli ülkelerin modernliğe ve beraberinde hukuksal modernliğe geçişindeki farklı yörüngeler ile birleştiğini açıklar⁴⁴⁶.

Bu bağlamda hukuk reformları, geçiş dönemi ülkelerinde, özellikle Doğu Avrupa'da ve Afganistan, Irak gibi savaş sonrası toplumlarda, 1990'larda çok fazla para harcanan bir konudur⁴⁴⁷. Uluslararası finans kuruluşları, USAID (United States Agency for International Development) gibi Batılı yardım kuruluşları, Dünya Bankası, Ford Vakfı, Inter-American Development Bank, AB gibi oluşumlar, kuruluşlar, birlikler, 'ROL' (*Rule of Law*), 'iyi yönetim', 'yasama reformu', 'yargısal reform', 'kurum kapasite geliştirme' adları altında hukukla ilgili pek çok proje ve programı desteklemişlerdir⁴⁴⁸. Twining, bu tip projelerdeki fonların, 'sonuç' odaklı olduğunu, geniş bürokrasiler kanalıyla sağlandığını, bunun da hukuk sisteminin 'sağlığı'nın teşhisi, reformların etkinliğinin, verimliliğinin ve sürdürülebilirliğinin değerlendirilmesi, ve özellikle proje ve programların 'başarısı'nın ölçülmesi için, sürekli yeniden yorumlanan ve ayrıntılandırılan çeşitli araçların geliştirilmesine yol açtığını vurgular⁴⁴⁹. Santos, USAID'e özel bir yer ayırır. 1960'ların başında USAID dört tip hukuk programı üzerine yoğunlaşmıştır. Bunlar hukuk eğitimi ve hukuk

⁴⁴⁶ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 318.

⁴⁴⁷ Twining, “Diffusion of Law”, s. 30.

⁴⁴⁸ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 326.

⁴⁴⁹ Twining, “Diffusion of Law”, s. 31.

reformu; temel hukuksal yardımlar; mahkeme reformu; ve bu üç programı kapsayacak şekilde demokrasi programlarıdır. Bunların arasında 'ROL' programları, hukuk sisteminin güçlendirilmesi, adalete erişim, yapısal hukuk reformları gibi stratejileri kapsamaktadır⁴⁵⁰.

Bir diğer husus, Santos tarafından 'devletin güçsüzleşmesi, siyasetin yargısallaşması ve hukukun üstünlüğünün ihracatı' olarak başlıklandırılan haliyle küresel düzeydeki hukuk reformlarını sosyolojik ve politik sonuçlarıdır. Santos, hukuksal reformlar ile politik süreçler arasında yakın bir ilişki olduğunu belirtir; çünkü hukuk reformunun sorunu bir politik sorundur. Aynı şekilde, siyasetin yargısallaşması, yargının siyasallaşmasını zorunlu kılmaktadır, bunun tam tersi de doğrudur. Ancak bu durum, dünyanın farklı ülkelerinde farklı şekillerde yaşanmaktadır⁴⁵¹.

Örneğin merkez ülkelerde, özellikle kıta Avrupa'sında, mahkemelerin baş rolde olması, devletin demokratik bir devlet olarak başarısızlığının sonucudur. Yönetime katılmada, hesap verilebilirlikte ve şeffaflıkta azalmanın kamudaki yansımalarının sonucu olarak bu başarısızlık, aynı zamanda refah devletinin başarısızlığı olarak da algılanabilir. Demokratik devletin ve refah devletinin çifte başarısızlığı, yasama ve yürütmeye ilgilidir; devletin meşruiyet merkezinin, yasama ve yürütmeden yargı erkine kayması ile başlamıştır⁴⁵².

⁴⁵⁰ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 327–328.

⁴⁵¹ Ibid., s. 336.

⁴⁵² Ibid.

Washington konsensüsünün bir unsuru olarak zayıf devlet modeli, devletin, toplumun aynası olmasındansa, onun potansiyel düşmanı olması fikrine dayanır; buna göre devletin küçülmesi ya da zayıflamasıyla doğru orantılı olarak sivil toplum güçlenecek ve devletin zararlı etkileri azalacaktır⁴⁵³. Buna bir de küreselleşme sürecinde devletlerin öneminin azaldığı yanılsaması eklenince, sanki ulus-devletlerin öneminin azalması bir zorunlulukmuş ve hatta zafermiş gibi gösterilmektedir. Küreselleşme ile devletin küçüldüğü iddialarına en iyi yanıt da, emperyalist işbölümünde, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü 'aksiyomatik üçlü'sü ile neo-liberalizmin politik öğretilerinin ulus-devletler yoluyla dayatılması, yani devletlerin “küçük ama güçlü - gizli yumruk”⁴⁵⁴ olarak varlıklarını sürdürmeleri olarak verilebilir.

Sonuçta, *rule of law* söylemli, liberal amaçlar doğrultusunda yürütülen reform ve programların, Batılı devletler ve çok taraflı kuruluşlar tarafından, hukukun üstünlüğünün ve adalete erişimi destekleyen politikaların toplumsal eşitsizliği ya da dışlanmayı çözmek konusunda pek bir adım atmadığını ya da fayda sağlamadığını görmek mümkündür. Santos, Brezilya'daki MST'nin (Topraksız Köylüler Hareketi) hukuka ve adalete erişim için kullandığı taktikleri değerlendirdiği makalede, “dünyanın pek çok ülkesinde, eğer hukukun üstünlüğü ve adalete erişim fikri ciddiye alınsa, toplumsal devrim olması gerekirdi” der⁴⁵⁵. Bu noktada, Santos'un hiç bir zaman tek taraflı bir süreç olarak kurgulamadığı küreselleşmenin karşı-hegemonik

⁴⁵³ De Sousa Santos, “Globalizations”, s. 394.

⁴⁵⁴ Fitzpatrick, **Modernism and the Grounds of Law**, s. 214.

⁴⁵⁵ Boaventura De Sousa Santos ve Flavia Carlet, “The Movement of Landless Rural Workers in Brazil and Their Struggles for Access to Law and Justice”, **Marginalized Communities and Access to Justice**, Edi. Yash Ghai ve Jill Cotterell, Routledge-Cavendish, 2010, s. 60.

biçimlerinin varlığı söz konusudur. Bu karşı-hegemonik biçim, aynı zamanda bir karşı-hegemonik hukuk projesini de kapsamaktadır.

3. BÖLÜM

KARŞI-HEGEMONYA ÜRETİMİ VE PARADİGMATİK DÖNÜŞÜMÜN POLİTİK ROLÜ

3.1. Maddi Dönüşüm ve Olanakları

Santos'un hukuk teorisinin temel meselelerinden biri hukukun günümüzdeki düzen kurma işlevinin maskesinin düşürülmesi ise, bir diğeri 'hukukun özgürleştirici olup olmayacağı'dır. Santos bu soruya olumsuz yanıt vermez ve özgürleştirici bir hukuk tartışmasından kesinlikle uzak durmaz; bunun olanaklarını ayrıntılı şekilde ele almaya çalışır⁴⁵⁶. Bu özgürleştirici potansiyelin gerçek kılınması için, 'hukuku yeniden keşfetmek', onu liberal tarzdan yeni bir hukuki paradigmaya taşımak gerekir⁴⁵⁷. Twining bu keşfin adımlarını şu şekilde formüle eder: Hareket halindeki halkların hukuku (göçmenlerin, mültecilerin ve sürgün edilmiş kişilerin hakları) ve 'vatandaşlığın yersiz yurtsuzlaşması'; yerli halkların hakları (Maoriler, Aborjinler, Kuzey Amerika yerlileri); insan haklarının korunması ve geliştirilmesi ve insanlığın ortak mirası kavramının genişletilmesi (*jus humanitatis*)⁴⁵⁸.

Hukukun özgürleştirici olup olamayacağını tartışırken, Santos, toplumsal düzenleme ve toplumsal özgürleşme arasındaki yüksek politizasyonun, hareket halindeki neo-liberal hukuksal küreselleşme tarafından, tek kriteri 'hukukun üstünlüğü' (ROL) ve dürüst, bağımsız, önceden tahmin edilebilir ve etkili

⁴⁵⁶ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 439 vd.

⁴⁵⁷ De Sousa Santos ve Carlet, "The Movement of ...", s. 80.

⁴⁵⁸ Twining, **General Jurisprudence**, s. 448.

yargılamalar olan toplumsal değişimin depolitize kavrayışı ile değiştirildiğini vurgular. Bu neo-liberal, muhafazakar hukuk, piyasa temelli bir çerçevenin sınırlarını belirler. Piyasa temelli gelişme modelinin yasal ve yargısal ihtiyaçları ise, işlem maliyetlerinin düşürülmesi, mülkiyet haklarının açıkça tanımlanması ve korunması, sözleşmesel yükümlülüklerin yürütülmesi ve minimalist bir hukuki çerçevenin devreye girmesidir⁴⁵⁹.

3.1.1. Hareket Halindeki Halklar

Neo-liberal hegemonyanın tüm toplumsal yaşamı dönüştürdüğü noktada hukuki alandaki dönüşümlerin maddi kaynaklarından biri Santos'un 'ulus-ötesi üçüncü dünyaların halkları' adını verdiği⁴⁶⁰, göçmenler, mülteciler, yani hareket halindeki halklar bakımından yaşanmaktadır⁴⁶¹. Bu kişiler, turist olarak ya da ticaret için, ya da göçmen işçi ve bilim insanı, öğrenci, tüketici ve mülteciler olarak mevcut fiziksel sınırları aşarlar ve bu hareketlilik, uluslararası sözleşmeler, iki uluslu evlilikler, yabancı çocukların evlat edinilmesi, turistlere sağlanan hukuksal korumalardan, yasal ya da yasa dışı göçmen işçilerin, mültecilerin, sığınmacıların medeni, siyasi ve sosyal haklarına kadar, sosyolojik ve hukuki pek çok mesele doğurmaktadır⁴⁶². Turistlerden mültecilere farklı ihtiyaçlara ve gerekçelere sahip hareket eden kitlenin analizi için Santos, ikili bir ölçüt sunar; 'özerklik derecesi' ve 'sınırı aşarken alınan risk düzeyi'. Buna göre, örneğin turistler, hareketlerinde

⁴⁵⁹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 445.

⁴⁶⁰ Ibid., s. 215–237.

⁴⁶¹ Catherine Dauvergne, **Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law**, Cambridge University Press, 2009.

⁴⁶² De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 216.

neredeyse tam bir özerkliğe sahiptir ve aldıkları risk yüksek değildir. Oysa tam tersine göçmenler görece az bir özerklik ve epey kişisel risk alarak hareket ederler. Mülteciler ise, en az özerkliğe sahip ve kişisel riskin en yoğun olduğu toplumsal gruptur. Nihayetinde, uluslararası göçmenler ve mülteciler, en çok hukuksal korumaya ihtiyaç duyan ve haklarında siyaset üretmenin ve sürdürmenin en zor olduğu gruplardır⁴⁶³. Son yıllarda oldukça artan ulus-aşırı göçün sebepleri arasında Kuzey ve Güney arasındaki artan eşitsizlik; devletler arası sistemdeki büyüyen istikrarsızlık -iç savaşlar, etnik milliyetçilikler, sınır anlaşmazlıkları vb-; küresel çevresel felaket olasılığı sayılabilir⁴⁶⁴. Sonuçta, bu yer değiştirme basit bir fiziksel değişimle açıklanamaz. 'Ulus-ötesi üçüncü dünyaların halkları' aynı zamanda ulus ötesi üçüncü dünyaların bilgisidir ve bunlar birbirini beslemektedir. Santos, Hegel'in 'Aufhebung' kavramına atıf yapar. Halkların yer değiştirmesiyle yer değiştiren ve birbirine karışan bilgiler, kozmopolit siyasetin epistemolojik ön koşullarını oluşturur; birbirlerini 'içerip aşar' ve karşı-hegemonik küreselleşmeyi doğuran pratikler haline gelir⁴⁶⁵.

3.1.2. Yerli Halkların Kolektif Hak Mücadeleleri

Yerli halkların hakları da pek çok düzenlemeye konu olması itibariyle, küreselleşmenin hukuk alanına etki eden sonuçlarından biridir. Bu noktada Santos, belirli bir küresel- yerel bağlamda tariflenebilecek şekilde, 'yerli halkların kolektif

⁴⁶³ Ibid.

⁴⁶⁴ Ibid., s. 228.

⁴⁶⁵ Ibid., s. 234.

hakları'na odaklanır⁴⁶⁶. Santos, BM Özel Raportörü Martinez Cobo'nun 'yerli halk' tarifine göre hareket eder:⁴⁶⁷

Yerli topluluklar, işgal öncesi ve sömürgeleştirme öncesi toplumlarla, kendi toprakları üzerinde tarihsel bir sürekliliğe sahip olan, kendilerini o topraklarda şu anda hakim olan toplumun diğer bölümlerinden ayrı gören veya onların bir parçası gören halklar ve uluslardır. Toplumun hakim kesimini oluşturmazlar ve halk olarak varlıklarının devam etmesinin temeli olarak, atadan kalma topraklarını ve etnik kimliklerini, kendi kültürel alışkanlıkları, toplumsal kurumları ve hukuk sistemleri uyarınca gelecek nesillere anlatmak, iletmek konusunda kararlıdırlar.

Yerli halkların ve etnik azınlıkların hukuki ve politik talepleri,⁴⁶⁸ bireysel ve kolektif haklar tartışması ile de ilgilidir. Kolektif haklar, en geniş tanımıyla, insan gruplarının (sınıflar, etnisiteler, halklar, dini-milli azınlıklar) devlete ve diğer gruplara karşı, bir gruba aidiyetten kaynaklanan ve bireysel ya da kolektif olarak ileri sürülebilen haklarına tekabül ederken, ortak çıkarları tanıyan, toplumsal bağlamından kopartılmamış bir düzlem oluşturabilir⁴⁶⁹. Liberal siyaset paradigmasına göre haklar, bireylere verilen yetkilerdir, ancak sadece bireylere. Dahası, insan haklarının 'evrenselliği' tüm vatandaşların şekli hukuki eşitliği anlamına geldiğinden, kolektif haklardan bahsetmek fuzulidir. Kolektif haklar bir yandan da egemenlik ilkesine bir tehdit olarak görülmekte ve yerel/iç gerilimleri ateşlemektedir. Bu liberal paradigmanın bakış açısına karşın, kolektif haklar, birey eksenli insan hakları

⁴⁶⁶ Ibid., s. 238.

⁴⁶⁷ Ibid., s. 240.

⁴⁶⁸ Yerli halkların haklarının etnik azınlıkların haklarından iki açıdan farklıdır. Birincisi, yerli halklar tarihsel olarak 'orijinal' halklar ve uluslar olduğundan, onların hakları bir çeşit tarihsel üstünlük sahibidir, böylece onların kolektif hak mücadeleleri, onlara verilen haklardan ziyade, onların fetihten, sömürgeleştirmeden, misyonerlerden önce zaten sahip oldukları hakların alınması olarak görülür. İkincisi, yerli halkların tüm kolektif hakları içinde toprak hakkı, yani atadan kalma topraklara ve kaynaklara dair hakları en önemlisidir. Diğer yandan etnik azınlıkların kolektif hak talepleri, toprağa dair haklar içerebilir ya da içermeyebilir. Ama her zaman, sembolik özerk bir bölgeye dair kültürel kimlik hakkını içerecektir. Ibid., s. 245.

⁴⁶⁹ Ali Murat Özdemir ve Ebubekir Aykut, "Liberalizm ve Haklar," **Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri**, Edi. Yalçın Bürkev et al., C. 1, NotaBene Yayınları, Ankara 2011, s. 307.

anlayışını 'toplumcu' bir bakış açısıyla zenginleştirmekte ve değiştirmektedir⁴⁷⁰. Yerli halklar ve etnik azınlıklar tarafından kolektif hakların ileri sürülmesi, uluslararası siyaset gündeminde geniş bir yer tutmakta ve genişleyen bir küresel koalisyon tarafından desteklenmektedir.

Kolektif hakların en önemlilerinden olan 'kendi kaderini tayin' (*self-determination*), uluslararası hukukun tanıdığı ve sömürge sonrası bağımsızlığın kazanılması süreçlerinde etkili olan bir haktır. Sömürge toplumları bir kez bağımsız devletler haline geldi mi, artık kendi kaderini tayin hakkının uygulanacağı zeminler ortadan kalktı, sonuçta da bu yeni bağımsız devletler içindeki yerli halklar veya etnik azınlıklar inkar edildi⁴⁷¹. Yasemin Özdek, yüzyıllar boyu, insanları derilerinin rengine, dillerine ve geleneklerine göre ayrımcılığa tabi tutan ve marjinalleştiren sömürgeci politikalara karşı çıkan hareketlerin, halkların eşitlik içinde var olma hakkını talep ettiklerini ve örneğin Bolşeviklerin programında yer alan halkların kendi kaderini tayin hakkı ve azınlık haklarının, 1976'da Cezayir'de ilan edilen yeni sömürgeciliğe karşı 'Halkların Hakları Evrensel Bildirisi'nde güncellendiği gibi, neo-liberal hegemonyaya karşı mücadelede bu hakların günün koşullarına uyarlandığını belirtmektedir⁴⁷². 'Halkların Hakları Evrensel Bildirisi' Santos için de, 'kendi kaderini demokratik tayin hakkı' tartışmasının somut örneğidir. Santos da yeni dönem uyarlamasına, Nikaragua'nın, Latin Amerika'nın ilk resmi, çok etnisiteli, çok kültürlü ulusu haline gelmesini örnek olarak gösterir ve dört ana maddeyi vurgular:⁴⁷³

⁴⁷⁰ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 242–243.

⁴⁷¹ Ibid., s. 247.

⁴⁷² Yasemin Özdek, "Marksizm ve Haklar," **Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri**, Edi. Yalçın Bürkev et al., C. 1, NotaBene Yayınları, Ankara 2011, s. 101.

⁴⁷³ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 250.

- 1) *Otoriteler etnik dillere ve yerel kùltùrlere kayıtsız şartsız saygı göstermek zorundadır.*
- 2) *Yasa toprak, ormanlar, madenler ve balıkçılık gibi doğal kaynakların kullanımını ve bunlar üzerindeki yerel denetimi garanti eder.*
- 3) *Gelişim projeleri yerel nüfusun menfaatine olacaktır.*
- 4) *Yerel otoriteler doğrudan seçilecektir.*

Santos, kolektif hak tartışmasının olanakları olarak üç alana yönelir; hukuk, devlet ve topluluk. Bunların başına 'neo' ön ekini, bu alanlarda yaşanan değişimi belirtmek için koyar. Ona göre yerli halkların hukuk mücadelesi; kolektif bir hak olarak yasalar ve haklar yaratmak için verilen bir mücadeledir. Bir yandan yerli halklar hem uluslararası hem de ulusal hukuktan halklar olarak kolektif haklarının tanınmasını talep ederler. Diğer yandan özerk yerli hukukuna göre, kendi kendilerini yönetme, bu hakkın doruk noktasıdır. Her iki düzeyde de, yerli hukuku, modern ulus-devletin hukuki biçimlerini aşar ve yeni bir yerel-küresel ilişkisine vurgu yapar. Santos buna “*neo-hukuk*” demektedir⁴⁷⁴.

Yerli hakların kendi kaderlerini tayin hakkı mücadelesi, ulus-devletin radikal bir eleştirisini de içerir. Artık bağımsızlık ya da egemenlik gibi tipik düşünceler, kendi kaderini tayin hakkı ile örtüşmemektedir. Hak mücadelesi, devletin örgütlenmesinde yeni biçimleri, egemenlik kavramının yeni anlayışlarını -dağınık, paylaşılmış, çok sesli- beraberinde getirmektedir. Bu da kavramsal olarak 'neo-devlet'tir⁴⁷⁵. Taleplerdeki farklılaşma bir 'neo-halk' anlayışını doğurur. Kendi kendini yönetme ve yerel özerklik, toprak ve doğal kaynakları üzerinde denetim, sürdürülebilir bir topluluk yaşamını gerektirir. Santos, yerli halkların mücadele ettiği hakkın 'modern öncesi' ya da 'Rousseaucu öncesi', bir toplumsal sözleşmenin sonucu

⁴⁷⁴ Ibid., s. 254.

⁴⁷⁵ Ibid., s. 255.

olamayan politik yükümlülüklerden azade olabileceğini belirtir. Yersiz yurtsuzlaştırılmış toplumsal ilişkilerin genişlediği bir dünyada “*bir yerli halk/topluluk içinde bulunduğu zamana ait değilmiş (anachronistic) gibi görünür*”⁴⁷⁶

2009 tarihli Bolivya Anayasası⁴⁷⁷ da, İkinci Dünya Savaşı sonrası bağımsızlık hareketlerinin itici gücü olarak 'kendi kaderini tayin hakkı'nı, neo-liberal hegemonyanın tartışmaları ve tahribatları açısından güncelleyen örneklerden biridir. Bu bakımdan, Santos'un 'ırk merkezli devlete karşı kendi kaderini tayin hakkı' formülasyonuna da denk düşer. Anayasa'nın birinci maddesinde Bolivya “*özgür, bağımsız, egemen, demokratik, kültürler arası, merkezi olmayan ve otonomlukları ile Komüniter Üniter Çok Uluslu Sosyal Hukuk Devleti*” olarak tanımlanmaktadır. Devletin birliği içinde otonom halkların özerkliği, kendi kendini idare etme, kültür, kurumlarının tanınması ve bölgesel oluşumların konsolidasyonu bağlamında, güvence altına alınmıştır. Doğal kaynakların kullanımı, zengin azınlığa getirilen sınırlamalar, eğitim, sağlık, su, beslenme ve benzerinin temel haklar arasında sayılması, kendi kaderini tayin hakkının yalnızca toprak bağımsızlığıyla ilişkili olmadığını, bir insanın tek başına ve kolektif olarak tüm kolektif yaşama döngüsünün haklara konu edilebildiğini göstermesi açısından, güncel ve ilerici bir uyarlamadır.

3.1.3. İnsan Hakları ve *Jus humanitatis*

Hukukun özgür kılma potansiyelinin maddi olanakları açısından insan hakları da Batı yerelliğinin küreselleşmesi olarak, bir karşı-hegemonik söylem ve pratik, kozmopolit bir siyaset olarak gelişmektedir. Zamanımızın özgürleştirici siyasetinin

⁴⁷⁶ Ibid., s. 256.

⁴⁷⁷ <https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/bolivya.pdf>

ana görevi, insan haklarının kavramsallaştırılması ve eyleme geçirilmesi, onun bir küreselleşmiş yerellikten kozmopolit bir projeye dönüştürülmesidir⁴⁷⁸. Peki bu dönüşüm nasıl olacaktır?⁴⁷⁹

Evrenselcilik ve kültürel görecelik hakkındaki tartışmayı aşarak. Tüm kültürler görecelidir ama kültürel görecelik, felsefi bir duruş olarak hatalıdır. Tüm kültürler nihai ve evrensel bilinç ve değerlere ulaşmayı arzular, ama kültürel evrenselcilik, bir felsefi duruş olarak yanlıştır. Evrenselcilik karşısında, kültürler arası diyalog oluşturmamızdır. Görecelik karşısında, ilerici siyaseti baskıcı siyasetten, güçlendirmeyi güçsüz kılmaktan, özgürleşmeyi baskılayıcılıktan ayıracak kültürler arası prosedürel kriterler geliştirmeliyiz. Toplumsal baskı ve acılar karşısı mücadeleler ve bunlarla ilgili ahlaki ve politik kaygıların küreselleşmesi için ne evrenselcilik ne görecelik, kozmopolitlik tartışılmalıdır.

Kültürler arası diyalogdan kasıt, bilgiler arasında değil, aynı zamanda farklı kültürler arasında, yani farklı anlam evrenleri arasındaki bir değişimdir. Belirli bir kültürdeki farklı bağlam, başka bir kültür açısından oldukça problemlili ve hassas olabilir. Bu nedenle kültürler arası diyalogda, bir kültürü başka bir kültürün bağlamından anlamak çok zor hatta imkansız olabilir. Bağlamı dikkate alan yorum biçimi, dünya sisteminin farklı kültürel bölgeleri içinde, evrensellik, görecelik, toplumsal dönüşümün kültürel çerçeveleri, gelenekçilik ve kültürel uyanışla ilgili meselelerde yöntemsel çözüm olarak düşünülmektedir⁴⁸⁰. Bu anlayışın temelinde, her tekil kültürün bağlamının, kendi kültürü kadar natamam olması yatar. Bu tamamlanmamışlık, kültürün kendi içinden gözlenemez, ancak bütünü bir parçası olarak ele alındığında anlaşılmalıdır ve bu natamamlık, bir diğer kültürün bağlamından tayin edilmelidir. Burada hedef, bu tamamlanmamışlığı ortadan kaldırmak değil, aksine, “karşılıklı natamamlık bilincini, diyalogla ulaşılabilecek en yüksek noktaya taşımaktır”. Somut bir örnek olarak Santos, Batı kültüründeki insan

⁴⁷⁸ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 271.

⁴⁷⁹ Ibid., s. 271–272.

⁴⁸⁰ Ibid., s. 273.

hakları bağlamı ile Hint kültüründeki *dharma* bağlamını karşılaştırır. Her ikisi açısından bir diğeri natamamdır. *Dharma* bağlamından bakıldığında, insan hakları parça (birey) ile bütün (gerçeklik) arasındaki ilişkiyi kurmakta başarısızdır, bu nedenle natamamdır. Batılı insan hakları bağlamından *dharmaya* baktığımızda, o da natamamdır, çünkü *dharmanın* uyum lehine güçlü, diyalektik olmayan eğilimi sonucu, daha uyumlu bir yapıya ulaşmak adına adaletsizlikler gizlenir ve zıtlıkların değeri görmezden gelinir⁴⁸¹.

Kültürler arası diyalog, kültürlerin birbirleri üzerinde üstünlükleri olmadığını ve aynı zamanda belirli kavramların her kültürde kendi anlamını bulduğu noktada, yeni bir kültürel ilişki kurma noktasında, özgürleşme için politik bir taraftarlık olarak okunabilir.

İnsan hakları tarihinin karmaşık ve çelişkili bir süreç olduğunu belirtmiştik. Avrupa bağlamında, insan haklarının modern hukukun özgür kılan gelişiminin merkezinde yer aldığına şüphe yoktur. Her ne kadar hegemonik insan hakları bir taraftan liberal ideolojinin yaygınlaştırılması için iş görse de, öte yandan insan hakları “*doğası gereği Ütopyacıdır ve modern hukuk ve siyasetin özgürleştirici bilincinin en yüksek noktasının sembolüdür*”⁴⁸².

Santos, paradigmatic geçişte, insan haklarının özgür kılan potansiyelinin açığa çıkarılması bakımından üç gündem önerir. Bunlardan birincisi, “*mülkiyet hakkının dayanışma odaklı bir hakka dönüştürülmesi*”dir. Batılı insan hakları

⁴⁸¹ Ibid.

⁴⁸² Ibid., s. 280.

anlayışında bireysel hakların temeli olsa da, bu mülkiyet hakkı, Güney'e zulmederek ve doğayı yok ederek Kuzey tarafından ihlal edilen kolektif haklar açısından önemlidir. Devlet ve piyasa arasındaki üçüncü bir toplumsal egemenliğin yeniden keşfi olarak bu hak, devlet merkezli olmayıp kolektif olan, kâr odaklı olmayıp özel olan bir hale dönüştürülebilir⁴⁸³.

İkinci olarak “*yükümlülük sahibi olamayan varlıklara, yani gelecek nesillere ve doğaya, hakların tanınması*”, Batılı hak kavrayışında hakların hak sahibi ve yükümlülük sahibi arasındaki bir simetriye dayanması karşısında, karşılıklılık ilkesinin dar yorumlanması sonucu, çocuklar, doğa ve gelecek nesiller dışarıda bırakılmaktadır. Karşılıklılık ilkesi bir kez dışarıda bırakıldı mı, bunlar kolayca ekonomik ve politik hesaplardan dışlanabilmektedir. Santos, haklar ve yükümlülükler simetrisinin devrilmesiyle, durumun eski haline getirilmesinin zor olmayacağını savunur⁴⁸⁴.

Üçüncü gündem, “*demokratik kendi kaderini tayin hakkı*”dır. Kendi kaderini tayin hakkının yeni sömürgecilik koşullarına uyarlanmasına örnek olarak Cezayir'de 1976'da ilan edilen 'Halkların Hakları Evrensel Bildirisi'nin 5, 6 ve 7. maddelerine atıf yapmaktadır:⁴⁸⁵

Madde 5: Her halk, sürekli ve vazgeçilemez kendi kaderini tayin hakkına sahiptir. Siyasi statülerini özgürce ve yabancı müdahale olmaksızın belirleyecektir.

Madde 6: Her halk, her türlü dolaylı ya da doğrudan sömürge ya da yabancı hakimiyetinden, ve her türlü ırkçı rejimden serbest kalma hakkına sahiptir.

Madde 7: Her halkın ırk, cinsiyet, inanç ve renk ayrımı gözetmeksizin tüm vatandaşları temsil eden ve herkesin temel özgürlüklerine insan haklarına saygı

⁴⁸³ Ibid., s. 297.

⁴⁸⁴ Ibid.

⁴⁸⁵ Ibid., s. 299.

duyulmasını garanti edebilecek demokratik bir yönetim altında yaşama hakkı vardır.

Burada, bildiriyi hazırlayanlar, bir yandan halkların hem içeride hem dışarıda kendi kaderlerini tayin hakkına odaklanırken, diğer yandan kolektif ve bireysel insan hakları arasındaki bağlantıyı demokratik bir yönetme biçimine dayandırmışlardır. Santos, “*kendi kaderini tayin hakkının hem bireysel hem de kolektif bir hak olarak uygulanabileceği*”ni belirtir: herhangi bir kolektif hakkın özünde, o kolektivitenin dışında kalmayı tercih etme hakkı vardır. Aynı zamanda kendi kaderini tayin hakkının politik sonuçları ile, kendi kaderini tayin hakkına doğru demokratik süreçlere katılım eşit önemdedir. “*Halklar, politik varlıklardır, soyutlanmış idealler değildir, tek bir sesle konuşmazlar ve konuştuklarında, konuşanların meşruiyeti için bir ölçüt olarak katılımcı bir demokrasi kurmak zorunludur*”.⁴⁸⁶

Dördüncü gündem ise, “*örgütlenme ve hakların yaratılmasına katılım hakkı*”dır. Örgütlenme hakkı olmadan, diğer haklara ulaşılabilmesi zordur. Paradigmatik geçişin temelindeki insan hakları örgütlenme hakkıyla doğrudan bağlantılıdır. Bir yandan var olan tüm sömürgecilik biçimlerine karşı olası tüm dayanışma biçimlerinin örgütlenmesi anlamına gelir⁴⁸⁷. Diğer yandan, yerli halkların, kendi haklarını yaratma hakkını kazanabilme mücadelesinin, dışlanmanın tüm biçimlerine uygulanabileceği noktada, örgütlenme ve haklarını yaratma haklarının önemi açığa çıkar⁴⁸⁸.

Santos, özellikle *jus humanitatis*'e dikkat çeker ve onda özgürleştirici bir

⁴⁸⁶ Ibid., s. 300.

⁴⁸⁷ Ibid.

⁴⁸⁸ Ibid., s. 301.

hukuka dair temel tartışmaları bulur. *Jus humanitatis*, “şimdi ve gelecekte, küresel olarak sahip olunduğu ve insanlığın çıkarlarıyla yönetildiği addedilmesi gereken, dünya üzerindeki hayatın kalitesine ve sürdürülebilirliğine oldukça önem veren, doğal ya da kültürel kaynakların yönetim biçimine bir yönelme”dir. Bu bakımdan kapitalist sistemin temeli olan mülkiyetle de, devletler-arası sistemin temeli olan egemenlikle de çatışır⁴⁸⁹. İnsanlığın ortak mirası doğrudan *jus humanitatis*'i işaret eder. Hem insanlığın hukuku hem de insanlık için hukuk olarak *jus humanitatis* doğayla iki taraflı değil çoklu etkileşimi ifade eder⁴⁹⁰.

Jus humanitatis, yerel, ulusal ve uluslararası ötesinde bir küresel hukuk mekansallığı yaratarak, ulus-devlet hukukunun ve geleneksel uluslararası hukukun temel öncüllerinden ayrılır. Bu nedenle, *jus humanitatis*'in 'kuşbakışı' etkisiyle, mekan dışından, ulusları ayıran keyfi sınırları görebiliriz ve tek bir ekolojik sistemin farkına varırız. Yine bu etki, her şeyi kapsayan bir doğal sistemin varlığını gösterir; Dünya'nın biyosfer, atmosfer, okyanuslar ve toprakları buna dahildir. Ayrıca *jus humanitatis*, liberal geleneğin bireyselci mikro etik anlayışından koparak, insanlığı, insan haklarının sahibi, alıcısı olarak görür. Dahası, mülkiyetin kapitalist olmayan bir kavrayışıyla, haklar ve yükümlülükler arasındaki sözleşmesel karşılıklılığı ortadan kaldırır. Son olarak *jus humanitatis*, modern hukukun devletin temellerinde bulunan kurucu ilkeler olan pazar, halk ve devlet ilkelerinden, halk ilkesinin yeni bir tarzda yeniden oluşmasını temsil eder; böylece “*jus humanitatis, mazeretsiz Ütopiktir*”⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Ibid., s. 302.

⁴⁹⁰ Ibid., s. 309.

⁴⁹¹ Ibid., s. 310.

3.2. Karşı-Hegemonyanın Kuruluşu

Santos, küreselleşmenin tek boyutlu olmadığından, bir yandan hegemonik, neo-liberal bir küreselleşme yaşanırken, diğer taraftan karşı hegemonik küreselleşme ya da aşağıdan küreselleşmeden bahseder. İki tip küreselleşme arasındaki farkın anlaşılabilmesi için karşı-hegemonyanın ne olduğuna bakmak gerekir. Burada iki noktayı vurgulamak gerekir. Birincisi, hegemonik ve karşı-hegemonik olanın ne olduğu her zaman kolayca anlaşılamayabilir, ya da bir kesim için hegemonik olan bir kesim için karşı-hegemonik olabilir. İkincisi, bazı hareketler ne hegemonik ne de karşı-hegemoniktir, bunlar neo-liberal küreselleşmenin bazı görünümüne karşı savaşırlar; Santos bunlara 'hegemonik olmayan' (*non-hegemonik*) der. Bunlar, egemen kapitalist rejim prensiplerinin dışına çıkan ama toplumsal örgütlenmenin temel yapısı olarak egemenliğin kaçınılmazlığını sorgulamayan hareketlerdir⁴⁹². Santos'un bu ayrımının, ortaya alternatif bir şey koymakla ve bu alternatifin niteliği ile şekillendiğini söyleyebiliriz.

Karşı-hegemonya tartışması daha önceki bölümde değinmiş olduğumuz Gramsci'nin hegemonya tartışmasından bağımsız yapılamaz. Gramsci'nin karşı-hegemonya stratejisinin ilk adımını egemen sınıfın içine düştüğü hegemonya krizinin ideolojik olarak derinleştirilmesi oluşturur⁴⁹³. Yine bu sürecin egemen sınıftan bütünüyle özerk geçirilmesi gerekir, bunun anlamı karşı-hegemonya stratejisinin

⁴⁹² Boaventura De Sousa Santos, "If God Were a Human Rights Activist: Human Rights and the Challenge of Political Theologies", **Law, Social, Justice Global Development**, 2009, s. 5.

⁴⁹³ Yetiş, "İdeolojik Hegemonya Sorunsalı", s. 231.

egemen sınıfın siyasal yöntemleri karşısındaki özerkliğidir⁴⁹⁴. Şunu da söylemek gerekir ki, karşı-hegemonya, “*başka bir yerde' inşa ediliyormuş gibi, tamamen bitmiş ve hakim hegemonyanın yerine geçenle birlikte kavga ettikten sonra yerine çekildiği tasavvur edilen muhalif bir proje değildir*”⁴⁹⁵.

Gerçekten “*modernite bir iktidar ilişkisi olarak kavrandığında, moderniteyi tamamlamak sadece tahakkümün yeniden üretilmesi anlamına gelecektir*”⁴⁹⁶. Çünkü iktidara, sömürgeci tahakküme karşı direnişlerin tümü moderniteye içkindir, dolayısıyla onun iktidar ilişkisi içinde, onun iktidarının niteliklerini taşır⁴⁹⁷. Hardt ve Negri, moderniteye içkin direniş biçimi olarak anti-modernite'nin modern öncesini ya da modern olmayanı gelişen modernite kuvvetlerinden koruma çabası değil; daha ziyade modernitenin iktidar ilişkileri içindeki bir özgürlük mücadelesi olduğunu; moderniteye coğrafi olarak dışsal değil, onunla bir arada var olduğunu; basitçe modern iktidarın işlevini yerine getirmesinin ardından, bir tepki olarak gelişmiyor oluşu anlamında, zamansal olarak moderniteye dışsal olmadığını vurgularlar⁴⁹⁸. Bu noktada karşı-hegemonyadaki 'karşı', 'anti' kelimesinin değil, 'counter' kelimesinin karşılığıdır. 'Anti' kelimesi yalnızca bir 'karşıtlık' tanımlarken, 'counter' kelimesinin alternatif, kurucu yani olumlu bir anlamı olduğu söylenebilir. Yani, 'küreselleşme karşıtı' bir hareketten ziyade, karşı-hegemonik küreselleşme anlamını bu ayrımda bulur.

⁴⁹⁴ Ibid., s. 236.

⁴⁹⁵ Alan Hunt, “Rights and Social Movements: Counter-Hegemonic Strategies”, **Journal of Law and Society**, 1990, Vol. 17, No. 3, s. 313.

⁴⁹⁶ Hardt ve Negri, **Ortak Zenginlik**, s. 83.

⁴⁹⁷ Ibid., s. 80.

⁴⁹⁸ Ibid., s. 112.

Neoliberal kurumlara karşı alternatifin olmadığı ideolojisine⁴⁹⁹ karşı ortaya konulacak mücadele, başka türlü bir küreselleşmeyi olası kıldığından, küreselleşme karşıtı olmaksızın 'alter küreselleşme'⁵⁰⁰ olarak tariflenebilir. Alter-küreselleşme tartışmasının somutlaşması için, modernite - anti-modernite tartışmalarına da 'alter' formülünü uygulayan Hardt ve Negri, alter-modernitenin belirgin bir örneği olarak Zapatistaların pozitif hukukla ve doğal hukukla kurdukları ilişkiyi örnek verirler.⁵⁰¹

Onlar ne (pozitif hukuk geleneği uyarınca) yerli kimliğinin diğer kimliklerle eşit olduğunun yasalarla kabulünü talep eder, ne de (doğal hukuka göre) devlet karşısından geleneksel iktidar yapı ve otoritelerinin egemenliği talebinde bulunur. Aslında çoğu Zapatista için, politikleşme süreci zaten hem Meksika devletiyle bir çatışmayı hem de yerli toplumlarının geleneksel otorite yapılarının bir reddini gerektirir.

Hukuk ve mekan arasındaki ilişkiyi teorize etmek bakımından “belki de en ayrıntılı ve çok yönlü girişim”inde Santos, “hukukun ve düzenleyici/baskılayıcı fenomenin çeşitli uzamsal ölçeklerini açıklar”⁵⁰². Santos, bunu yaparken amacının “hukuka dair muhalif postmodern bir anlayış; aşağıdan kozmopolit bir hukukilik” kurmak olduğunu vurgular⁵⁰³. Santos'a göre “yeni bir ortak hukuk algısı, yargı tarafından kabul edilen yeni davranış biçimleriyle birlikte, ve yeni bir paradigmanın ortaya çıkışıyla, adaletin dağıttığı değere ve kaliteye uygun olarak yorumlanmasıyla gelişmeye başlayacaktır”⁵⁰⁴. Bunun için önerisi 'madunların kozmopolit hukukiliği' (subaltern cosmopolitan legality)dir⁵⁰⁵. Burada, yeni hukuksal ve politik

⁴⁹⁹ Boaventura De Sousa Santos ve César A. Rodríguez-Garavito, Ed., **Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality**, Cambridge University Press, 2005), s. 1.

⁵⁰⁰ Hardt ve Negri, **Ortak Zenginlik**, s. 113.

⁵⁰¹ Ibid., s. 116–117.

⁵⁰² Chris Butler, “Critical Legal Studies and the Politics of Space”, **Social & Legal Studies**, Eylül 2009, Vol. 18, No. 3, s. 5.

⁵⁰³ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 437.

⁵⁰⁴ De Sousa Santos ve Carlet, “The Movement of ...”, s. 79.

⁵⁰⁵ Boaventura De Sousa Santos ve César A. Rodríguez-Garavito, “Law, Politics, And Subaltern In Counter-Hegemonic Globalization”, **Law and Globalization From Below: Towards a Cosmopolitan Legality**, Cambridge University Press, 2005, s. 5.

kombinasyonların yaratıcı birleşiminin, hegemonik kurumların (yasalar ve mahkemeler) hegemonik olmayan bir şekilde kullanılmasına olanak sağlaması söz konusudur⁵⁰⁶. Kozmopolit hukukiliğin biçimleri, dünya çapında ezilen toplumsal grupların küresel özgürleştirici hak mücadeleleridir ve bu yüzden sistemik hukukun (*strictu sensu*⁵⁰⁷ eşitsiz değişim) sürdürdüğü iktidar biçimine meydan okumadır. Böylelikle, kozmopolit hukuk bir anti-sistemik hukuktur⁵⁰⁸.

Küreselleşmenin maddi dönüşümde yarattığı olanaklar bakımından, karşı küreselleşme, karşı-hegemonyanın kuruluşunda önemli bir duraktır. “Küreselleşmenin en başta gelen etkisi ortak bir dünyanın; iyi ya da kötü hepimizin paylaştığı, ‘dışarı’sının olmadığı bir dünyanın yaratılmasıdır”. Gerçekten dünyamızın büyük bir bölümü hala ortaktır; örneğin dil, duygular ve jestler genellikle ortaktır ve kelimelerimizin, deyimlerimizin, söz öbeklerimizin geniş bir kısmı özel mülkiyet ya da kamu otoritesine tabi olsaydı; o zaman dil ifade, yaratıcılık ve iletişim, gücünü kaybederdi. Bu bakımdan yaşadığımız hayatın tek alternatifinin, devletler ya da hükümet kurumları tarafından yaratılan kamu olmadığı söylenebilir. Çünkü bir yandan çağdaş kapitalist üretim kendi ihtiyaçlarına çözüm ararken, ortak varoluşa dayalı bir toplumsal ve ekonomik düzeni olası hale getirmekte ve bu düzenin temellerini atmaktadır⁵⁰⁹.

Bu tespitlerle birlikte, Santos için tek küreselleşme biçiminin hegemonik olmadığı, aynı zamanda karşı-hegemonik bir küreselleşmenin mümkün olduğu

⁵⁰⁶ De Sousa Santos ve Carlet, “The Movement of ...”, s. 80.

⁵⁰⁷ *Lat.* Dar anlamda

⁵⁰⁸ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 393.

⁵⁰⁹ Hardt ve Negri, **Ortak Zenginlik**, s. 9–12.

yukarıda belirtilmişti. Santos buna 'başkaldıran (*ingurgent*) kozmopolitlik' demektedir; o, “*küreselleşmiş yerellikler ya da yerelleşmiş küresellikler tarafından üretilen ya da yoğunlaştırılan eşitsiz değişime karşı ulus-ötesi örgütlenmiş direnişi ihtiva eder*”⁵¹⁰. 'Başkaldıran kozmopolitlik', ilerici STK'lar ve toplumsal hareketler arasında, Kuzey-Güney ve Güney-Güney ulus-ötesi eşitlikçi dayanışma ağları; yeni işçi sınıfı enternasyonalizmini (farklı bölgesel bloklarda işçi sendikaları arasında ilişkiler); farklı ülkelerde iş yapan aynı çok uluslu şirketin işçileri arasında ulus-ötesi işbirliği; köle emeği, atölyeler ve ayrımcı iş pratiklerine karşı mücadelede işçiler ve vatandaşlar arasında işbirliği; alternatif hukuki yardım için uluslararası ağ; ulus-ötesi insan hakları örgütleri; feministler, yerli halklar, ekolojik ya da alternatif gelişim hareketleri ve kuruluşlarının dünya çapında ağları; sömürge sonrası ve azınlık bakış açısını kullanan çalışmalar yaparak, dünya sistemi içinde çevre ülkelerin alternatif emperyalist olmayan, karşı-hegemonik kültürel değerleri hakkında edebi, sanatsal ve bilimsel çalışmalar yapmak gibi eylem ve aktiviteleri içerir⁵¹¹.

'Başkaldıran kozmopolitlik' ezilen grupların, onları ezenlerin kullandığı, aynı ölçekte ve aynı tip işbirlikleri ile kendi direnişlerini örgütleme niyetleridir. Sınıf temelli olmayan toplumsal grupları bir araya getirmeyi amaçlar; sömürünün olduğu kadar sosyal dışlanmanın, cinsel etnik, ırksal ve dini ayrımcılık mağdurlarını kapsar. Marksist bir bakış açısından farklı olarak tek tiplik, toplumsal kurtuluşun genel teorisi ve yerel kimliklerin, özerkliklerin, farklılıkların ortadan kalktığı bir kurgusu yoktur⁵¹².

⁵¹⁰ De Sousa Santos, “Globalizations”, s. 397.

⁵¹¹ Ibid.

⁵¹² Ibid., s. 398.

Aşağıdan ya da başkaldıran küreselleşmenin somut örneği Dünya Sosyal Forumu (DSF)'dir⁵¹³. Özellikle DSF'nin '*ekümenik*' (evrensel) karakteri "*hegemonik küreselleşmenin dünya çapında ürettiği dışlanma ve yıkıma karşı küresel bir direniş, mücadele eden farklı hareketlerin farklılıklarına bütünüyle saygı göstererek yürütülen bir direniş*"⁵¹⁴ tanımlamasında görülebilir.

Burada, Porto Alegre Manifestosu adı altında sıralanan, Ocak 2005'te 19 kişinin imzasıyla sunulan ve 'başka bir dünya mümkün' sloganıyla getirilen öneriler, başkaldıran küreselleşmenin taleplerini ortaya koymaktadır⁵¹⁵:

1. *Başka bir dünya mümkün: Ekonomide yeni kurallar ile tüm insanların yaşam hakkına saygı gösterilmesi.*
1. *Güney yarım küre devletlerinin/ halklarının borçlarının iptal edilmesi.*
2. *Finansal işlemler, doğrudan yurt dışı yatırımlar, çok uluslu şirketlerin borç üzerinden edindiği kar, silah ticareti ve sera etkisi yaratan gazlar salan üretim araçları için uluslar-arası vergi uygulamaları.*
3. *Organize suçun, yolsuzluğun ve her türlü kaçakçılığın, dolandırıcılığın, vergi kaçakçılığının, büyük şirketlerin ve hatta hükümetlerin suç teşkil eden operasyonlarının sığınakları olan mali, adli ve bankacılıkla ilgili cennetlerin her biçiminin etkin biçimde yok edilmesi.*
4. *Dünya üzerinde yaşayan her kişinin iş, sosyal güvenlik ve emeklilik hakkına, tüm iç ve uluslararası siyasetin kurucu unsuru olarak kadın erkek eşitliğini gözeterek sahip olması.*
5. *DTÖ'nün serbest ticaret kurallarını reddeden ve malların üretilmelerinde ve hizmetlerin sunumunda, sosyal ve çevresel faktörleri gözetken, adil ticaretin teşviki.*
6. *Kırsal tarımın desteklenmesi yoluyla, her ülkenin ya da federasyonun gıda güvenliği ve egemenlik hakkının güvence altına alınması.*
7. *İçme suyu başta olmak üzere, insanlığın ortak mülkiyetinin özelleştirilmesinin ve bilginin ve (insan, hayvan ve bitki) yaşamının tüm patentlenme biçimlerinin yasaklanması.*

⁵¹³ Boaventura De Sousa Santos, "The World Social Forum and the Global Left", **Politics & Society**, Haziran 2008, Vol. 36, No. 2, s. 247–270.

⁵¹⁴ Dalea ve Robertson, "Interview with Boaventura de Sousa Santos", s. 150.

⁵¹⁵ Boaventura De Sousa Santos, **The Rise of the Global Left: The World Social Forum and Beyond**, Zed Books, 2006, s. 205–207 arasından özetlenerek alınmıştır. Manifestoyu imzalayan isimler şunlardır: Tariq Ali, Samir Amin, Walden Bello, Frei Betto, Atílio Borón, Bernard Cassen, Eduardo Galeano, François Houtart, Armand Mattelart, Adolfo Pérez Esquivel, Riccardo Petrella, Ignácio Ramonet, Samuel Ruiz Garcia, Emir Sader, José Saramago, Roberto Sávio, Boaventura de Sousa Santos, Animata Traoré, Immanuel Wallerstein.

II. Başka bir dünya mümkün: barış ve adalet için bir “ortak yaşam”ın teşviki

8. *Her şeyden önce, farklı siyasi tedbirlerle, ayrımcılığın, cinsiyetçiliğin, yabancılara karşı düşmanlığın, ırkçılığın ve anti-Semitizm'in tüm biçimleriyle mücadele.*

9. *Çevresel yıkımın durdurulması için acil önlemler alınması*

10. *Yabancı ülkelerdeki askeri üstlerin kapatılması*

III. Başka bir dünya mümkün: Demokrasinin yerel ve küresel alanlarda desteklenmesi

11. *Bireylerin bilgi alma ve bilgi aktarma haklarının korunması*

12. *İnsan Hakları Evrensel beyannamesi anlamında, ekonomik, sosyal ve kültürel insan haklarını güçlendirerek uluslararası kuruluşların reformu ve demokratikleşmesi.*

Aşağıdan küreselleşme, karşı hegemoniktir, çünkü hem hegemonik küreselleşmenin ekonomik, sosyal ve politik sonuçlarına karşı savaşıyor, hem de bir alternatif kavrayış önerir. Toplumsal dışlanmaya karşı mücadele ederken, onun yarattığı eşitsiz güç ilişkilerinin eşitsiz değişimlerine karşı çoğulcu bir proje olarak öne çıkar⁵¹⁶.

3.3. Hukukun Özgür Kılma Potansiyelinin Yeniden Ortaya Çıkarılması

3.3.1. Hukuki Çoğulluk ve *İnterlegalite*

Hukuki çoğulluk olgusuna ilişkin olarak Santos, modern toplumların, hukuksal düzenlerin çoğulluğu ile düzenlendiğini, bu hukuksal düzenlerin birbirleriyle ilişkili olduğunu ve toplumsal alana farklı yollarla dağıldığını belirtir. Bu düzenlerin bir arada bulunmasını 'hukuki çoğulluk' kavramıyla açıklamanın yetersizliğini vurgulayan Santos, bu yetersizliğin, bilimsel bir kavram olarak kökenlerinde bulunabileceğini söyler. Buna göre, hukuki çoğulluğun, 19. yüzyıl

⁵¹⁶ De Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, s. 459.

sonunda Avrupa'da anti-pozitivist hukuk felsefesinin, kodifikasyon hareketiyle yürütülen, hukukun devlet hukukuna indirgenmesine ve hukuki pozitivizm tarafından ayrıntılandırılmasına karşı bir tepki olarak doğduğu söylenebilir⁵¹⁷. *“19. yüzyılın hukukundan şimdiki modern devlet hukukuna hukuk azami hukuktur. Toplumsal dönüşümün hegemonik biçimi olarak hukuki reformizmin politik inşası Devlete emperyalistik güçler bahşetti, bunlar iki düşmanın ölümünü açıklamak için kullanıldı: toplumsal devrim ve her türlü popüler, devlet-dışı resmi olmayan hukuk. Devlet hukuku tek, özerk ve gizemli (auratic) bir hukuk olarak ortaya çıktı. Gizem, modern sanatta olduğu gibi, ki hukukun biricikliğini tescil etmekle başladı, hukuk biliminin prestiji özellikle Kıta Avrupasında ve hem Avrupa hem de Kuzey Amerika'daki hukuk okullarının toplumsal gücü ile güçlendi. Kanunlar, yüksek mahkeme kararları, bilimsel dergilerdeki makalelerin katı heykellerinde sabitlenen modern Devlet hukukunun, Comte'un 'düzen ve ilerleme' sloganının doğrulamasına ve toplumsal yenilenmenin tasarlanması ve kontrol edilmesi yoluyla geleceği planlamasına izin verildi”*⁵¹⁸. Devlet hukuku merkezçiliğine tepki olan hukuki çoğulluk hareketi, devletin, toplumsal hayatın normatif düzeni için biricik ve merkezde olmadığını öne sürer. Liberal hukuk devletinin pekişmesi ve genişlemesiyle ve hukuki pozitivist varsayımların hegemonik hale gelmesiyle, devlet hukuku merkezçiliği ya da biricikliği gözden kaybolur. Hukuki çoğulcular ise bu kez, devlet hukukundan başka bir hukuk tanımlamak üzere ispat yükü altına girmişlerdir. 60'larda tartışmanın yeniden alevlenmesinden sonra, antropoloji ve sosyoloji alanları bilimsel pozitivizm tarafından baskı altına alınırken, hukuki çoğulluğun analitik iddialarına mutlak bir üstünlük sağlanırken, politik iddiaları sümen altı edilmiştir.

⁵¹⁷ Ibid., s. 89.

⁵¹⁸ De Sousa Santos, “Towards a Postmodern Understanding of Law”, s. 117–118.

Santos'a göre günümüz toplumlarında farklı yollarla bir arada var olan geniş bir hukuk kavramı ve hukuk düzenlerinin çoğulluğu fikri, modern hukuk tarafından mümkün kılınan toplumsal düzenlemenin tüm alanında açığa çıkmayı amaçlayan kültürel politik bir stratejinin analitik ihtiyaçlarına ve aynı zamanda hukukun özgürleştirici potansiyeline hizmet eder. Bunun anlamı şudur: “*Hukukun çoğulluğu fikriyle ilgili ilerici/devrimci bir şey yoktur*”⁵¹⁹. Santos bu durumu özellikle vurgular. Ona göre “*doğası gereği iyi, ilerici ya da özgürleştirici bir 'hukuki çoğulluk' yoktur*”. Hatta bazı zamanlarda hukuki çoğulluk kötü ve istenmeyen sonuçlara da yol açabilir⁵²⁰. Bu nedenle Santos, hukuki çoğulluktan ziyade 'hukuk düzenlerinin çoğulluğu' kavramını kullanmayı tercih etmektedir⁵²¹.

Hukuki çoğulluğun olgusal bir tartışma olması ve iyi ya da kötü bir değer taşımasından özellikle bahsetmek gerekir. Üye, çoğulluk ve çoğulculuk kavramları arasında ayrım yaparak, hukuki çoğulluğu hukuki çoğulculuğa dönüştürenin onun onanması, desteklenmesi ve savunulması olduğunu belirtir⁵²². “*Hukuki çoğulculuk, devlet hukukundaki merkeziyetçi ideolojiye karşı çıkarken, devlet-altı ve devlet-üstü alanlarda şekillenen yeni (olası) merkezilikleri görmezden gelerek, karşı çıktığı ideolojinin başka bir boyutta yeniden üretilmesine neden olabilir. (...) Hukuki çoğulluk saptamasından hukuki çoğulculuk savunusuna geçmek veya geçmemek politik bir tartışmayı gerektirir*”⁵²³. Santos Pasargada'da yaptığı

⁵¹⁹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 90.

⁵²⁰ Hukuki çoğulluk tartışmasında iktidar problemini irdeleyen bir makale için Gad Barzilai, “Beyond Relativism: Where Is Political Power in Legal Pluralism?”, **Theoretical Inquiries in Law**, 2008, Vol. 9, No. 2, s. 395–416.

⁵²¹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 89.

⁵²² Üye, **Hukuki Çoğulluk**, s. 431.

⁵²³ Ibid., s. 433.

ampirik çalışmada, hukuki çoğulluğu olgusal olarak ele almaktadır. Pasargada hukuku, “*arazi ve konut spekülasyonuna dayalı kapitalist bir toplumda topluluğun hayatta kalması ve asgari bir sosyal istikrar elde etmesi amacıyla, gettolarda ve gecekondu yerleşimlerinde yaşayan kentli ezilen sınıflar tarafından yaratılan, kayıt dışı ve gayri resmi bir hukuk sistemidir*”⁵²⁴. Burada, hukuk düzenlerinin sınıflara bağlı olduğu, hukuki çoğulluğun hakim bir sınıfla, kentli ezilen sınıfın ilişkisini, Brezilya toplumunda sınıf hiyerarşisinin yansımasını, onun hakimiyet yapısını ve eşitsiz değişimini tarif ettiği belirtilmektedir; gecekonducular, üstü kapalı bir çatışma stratejisi izlerken aynı zamanda hayatta kalmaya çabalamaktadır⁵²⁵. Santos, Pasargada hukukunun analizinin, modern devlet hukukunun nasıl hukukun üretimindeki tekellikten uzak olduğunu, ulusal hukuk alanını, hukuk üreten başka toplumsal güçlerin yönetimindeki devlet-altı düzeyle paylaştığını ve bunların devlet ve resmi hukuk sistemiyle karmaşık ve çok yönlü ilişkilenmesini gösterdiğini vurgular⁵²⁶.

Hukuki çoğulluk tartışmasında, Santos, Merry'nin dönemleştirmesine bir üçüncü dönem ekleyerek, tartışmayı devletler düzeyinden küresel düzeye taşır. Merry, sömürge ve sömürge sonrası toplumlarda ortaya çıkan hukuki çoğulluk tartışmalarına 'klasik hukuki çoğulluk' derken, 70'lerin sonunda sömürge olmayan toplumlarda özellikle de ABD ve Avrupa'nın gelişmiş sanayi ülkelerindeki hukuki çoğulluk tartışmalarına 'yeni hukuki çoğulluk' der⁵²⁷. Santos, bu dönemleştirmeye üçüncü bir alan ekler; 'postmodern hukuki çoğulluk'. İkinci dönem, birinci

⁵²⁴ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 155.

⁵²⁵ Merry, “Legal Pluralism”, s. 881.

⁵²⁶ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 163.

⁵²⁷ Merry, “Legal Pluralism”, s. 872.

dönemdeki tartışmanın genişletilmiş halidir. Üçüncü dönemi diğerlerinden ayıran en önemli unsur ise daha önceki tartışmalar yerel, devletler arası hukuk düzenlerinin aynı ulusal zaman-mekan ölçeğinde bir arada var olmasına dair bir tartışmayken, postmodern hukuki çoğulluk tartışması, devletler üstü, küresel hukuk düzenlerinin, dünya sistemi içinde hem devlet hem de devletler arası hukuk düzenleriyle birlikte bir arada var olmasına dairdir. Öte yandan bu dönemleştirmelerde, yeni dönemin bir önceki dönemi ortadan kaldırmadığını belirtmek gerekir⁵²⁸.

Santos'un hukuki çoğulluk kavramını, geleneksel hukuk antropolojisi bağlamında kullanmadığını, hukuki çoğulluğun normatif vurgularından kurtulmak için başka türlü bir hukuki çoğulluk tanımı yaptığını vurgulamak gerekir. Farklı hukuk düzenlerinin kesişiminde oluşan hayatımızı *interlegalite* olarak tarifleyen Santos, bunun, muhalif postmodern bir hukuk anlayışının anahtar kavramı olduğunu söyler. Ona göre *interlegalite*, “sadece geleneksel hukuk antropolojisinin, farklı hukuk düzenlerinin, aynı politik alanda bir arada var olan ayrı varlıklar olarak tasarladığı farklı hukuk düzenlerinin çoğulluğu değil, ama daha çok, hem hukuksal pratiklerimizde hem de zihinlerimizde üst üste binmiş, birbirinin içine geçmiş ve karışmış farklı hukuk alanlarının kavramı”dır⁵²⁹. *İnterlegalite* kavramı, hukuk alanlarının farklı ölçeklerde nasıl işlediğini anlama yollarından biridir; “*hukuki formalizmin dar, öğretisel kapanmasının altını çizer ve 'devlet hukuku'nun nasıl alternatif hukuklar ve normatif düzenlerle ilişkili olduğunu gösterir*”⁵³⁰. *İnterlegalite*; “*hukuk düzenlerinin çoğulluğunun bireylerin, toplumsal grupların hukuki*

⁵²⁸ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 92.

⁵²⁹ Ibid., s. 437.

⁵³⁰ Butler, “Critical Legal Studies and the Politics of Space”, s. 5.

*deneyimleri, algı ve bilinçleri üzerine etki ettiği, bilhassa gündelik hayatlarının, farklı ve genellikle çelişen hukuk düzenleri ve kültürleriyle nüfuz ettiği ya da kesiştiği” bir durumdur*⁵³¹.

Interlegalite dinamik bir süreçtir çünkü farklı hukuk alanları senkronik değildir ve normlar düzensiz ve dengesiz şekilde karışır. Küçük ölçekli küresel hukukilik, büyük ölçekli hukukiliğin tipik bir ahlaki söylemiyle birlikte, gerçekliğe teleskopik bakışla karışır⁵³². Bu hukuken çoğul bağlamların anlam kazanması için insanların 'yeni bir ortak hukuki duyuya ihtiyaçları vardır; “*eğitimsiz hukuk kullanıcısı için yasaların anlamlarını açık hale getirecek şekilde, yasalarla günlük karşılaşmalarımızı önemsizleştirmek*”⁵³³ amacıyla olan bir ortak duyudur bu: Gündelik hayatın gözeneklerine yerleşik, toplumsal ilişkileri tasarlamak yerine onları pekiştiren, profesyonel ve profesyonel olmayan hukuk bilgisi arasındaki ayrımı ve kitaplardaki hukuk ile pratikteki hukuk arasındaki farklılığı sorgulayan, gizem karşıtı bir hukuktur.⁵³⁴

3.3.2. Küresel Bir Hukukilik İnşası

Kapitalist toplumların gelişimi ve kapitalist dünya sistemi bir bütün olarak, Santos'un bahsettiği yapısal alanların 'doğal' ya da 'normal' olmayan gruplaşması üzerine kuruludur. Bu nedenle anti kapitalist, anti-sistemik mücadeleler,

⁵³¹ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 97.

⁵³² Boaventura De Sousa Santos, “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, **Journal of Law and Society**, 1987, Vol. 14, No. 3, s. 298.

⁵³³ Baudouin Dupret, “Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification”, **European Journal of Legal Studies** 1, no. 1 (s.y).

⁵³⁴ De Sousa Santos, “Towards a Postmodern Understanding of Law”, s. 118.

özgürleştirici toplumsal pratiklerin kümelenmesi kabiliyetlerine bağlıdır. İktidarların kümeleşmesine karşı, eşit değişim kümeleri içinde; despotik hukukiliklerin kümeleşmesine karşı, demokratik hukukilik kümeleri içinde; baskıcı bilgi kümelenmelerine karşı, özgürleştirici bilgilerin kümesi içinde⁵³⁵.

Santos, madunların kozmopolitiği ve hukuk ilişkisinde, kozmopolit hukukiliğin durumu için sekiz tez ileri sürer. Bunlar kısaca şöyle sıralanabilir⁵³⁶:

1. *Bir siyasi mücadelede, hegemonik bir aracı kullanmak bir şeydir; o aracı hegemonik biçimde kullanmak başka bir şeydir.*

Madunların kozmopolitiğinde, hukukun devlet hukukuna, hakların bireysel haklara indirgenmesi söz konusu değildir. O halde, her ne kadar hegemonik araçlar olsa da, hukuk ve haklar hegemonik olmayan hedefler için kullanılabilirler. Ayrıca hukukun ve hakların hegemonik olmayan, alternatif kavrayışları mevcuttur.

2. *Hegemonik yasal araçların hegemonik olmayan şekilde kullanımı, bu araçların, geniş bir politik hareketlilik içinde, ki buna yasal ya da yasa dışı eylemler de dahildir, bütünleşmesi olasılığı üzerine inşa edilir.*
3. *Hukukun hegemonik olmayan biçimleri, mutlaka madunların kozmopolitiği lehine olacak ya da onu teşvik edecek değildir.*

Örneğin *lex mercatoria* gibi, küresel hukukiliğin 'aşağıdan' (*below*) biçimleri, ya da geleneksel hukuk, yerli hukuku gibi 'aşağıdan' biçimler her zaman karşı-hegemonik olmayabilirler.

4. *Kozmopolit hukukilik, ölçekleri anlamında kapsayıcıdır.*

⁵³⁵ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 404.

⁵³⁶ *Ibid.*, s. 466–471.

Bunun anlamı, farklı hukukilik ölçekleriyle bir araya gelmeye ve onları, yerelde küreseli, küreselde yereli hedefleyerek alt üst etmeye eğilimli olmasıdır.

5. *Kozmopolit hukukilik, 'medeni olmayan' ve yabancı sivil toplumu hedefleyen bir madun yasallığıdır.*
6. *Hukukiliğin madun bir biçimi olarak kozmopolitlik, baskılamının üç modern ilkesine şüpheyile yaklaşır.*

Kozmopolit hukukilik güç ilişkilerini devlete hapsedmez ve piyasa ve topluluk ilkelerine yerleşir. Dolayısıyla hakim piyasa ile madun piyasa, hakim topluluk ile madun topluluk arasında ayırım yapar, ikincileri güçlendirmeye çalışır. Bunlar birlikte madun kamusal alan bloğunu kurarlar.

7. *Hukukilik siyasetinde, anlamdaki aşırılık (soyut vaatlerle sembolik bir genişleme) ile vazifenin azlığı (somut başarıların darlığı) arasında boşluk vardır. Kozmopolit hukukilik, bu boşluğun peşindedir.*
8. *Demo-liberal⁵³⁷ hukukilik ile kozmopolit hukukilik arasındaki derin farklılıklara rağmen, aralarındaki ilişki dinamik ve karmaşıktır.*

Bu koşullar altında, Santos kozmopolit hukukilik için somut önerilerini beş başlıkta toplar. Temas bölgelerindeki hukuk (çok kültürlü insan hakları, yerli halkların ve geleneksel otoritelerin öteki moderniteleri, kültürel vatandaşlık ve fikri mülkiyet hakları, biyo-çeşitlilik ve insan sağlığı altbaşlıklarını kapsar), emeğin demokratik yeniden keşfinde hukuk, kapitalist olmayan bir üretim modeli ve hukuk, vatandaş olmayanlar için hukuk ve yeni bir toplumsal hareket olarak devlet bu somut önerilerdir.

⁵³⁷ Demo-liberal, mücadeleyi, liberal devlet sınırlarına hapseden, özgürlüğe, eşitlik karşısında öncelik tanıyan ve en (olası) az taviz lehine davranan politika yapma biçimdir. Ibid., s. 440–441.

Temas bölgeleri, farklı normatif yaşam dünyalarının tanıştığı ve çarpıştığı alanlardır. Buradaki etkileşimler hem farklı güç ilişkilerini hem de bunlar arasındaki güç farklılıklarını etkiler. Bu alanlardaki kozmopolit hukuki mücadeleler karmaşıktır ve buradan doğan hukuki kümeler ters çevrilebilir olmaya ve sabit olmamaya meyillidir. Elbette bu alanda meydana gelen tek hukuki mücadele biçimi kozmopolit hukuk mücadelesi değildir⁵³⁸. Santos, temas alanları için dört sosyallik biçimi tarif eder. Bunlar şiddet, bir arada varolma, uzlaşma ve şenliktir. Her bir sosyallik belirli bir hukuk kümelenmesinin hem üreticisi hem de ürünüdür⁵³⁹.

Santos'un temas bölgeleri hukukuna verdiği örneklerden biri 'çok kültürlü insan hakları'dır. Burada bireysel ve kolektif haklar, birbirlerini parçalayacaklarına, güçlendirirler. Çok kültürlü insan hakları mücadelesi, yerel, ulusal ve küresel düzeyde yürütülmeli ve çok kültürlü özgürleşme projelerini kapsamalıdır⁵⁴⁰. Bir diğer örnek, 'yerel halkların ve geleneksel otoritelerin öteki modernlikleri'dir⁵⁴¹. Bunlar, yukarıda bahsedildiği şekilde, moderniteden önceki bir takım kültürel kodların, neo-liberal hegemonyanın şiddetiyle mücadele edip, bu zamana yeniden uyarlanmasıyla oluşan farklı modernliklerdir. Örneğin, Latin Amerika yerli halklarının, 'eski' politik ve hukuki sistemlerinin tanınma mücadelesi bu duruma örnektir. Temas bölgeleri hukukunun bir diğer somut örneği 'kültürel vatandaşlık'tır. Eşitlikle farklılığın mücadelesi, vatandaşlıkla kültürel kimliklerin mücadelesine denk düşer. Burada dışlanmış ya da marjinalize edilmiş grupların yarattığı kamusal alanın

⁵³⁸ Ibid., s. 472–473.

⁵³⁹ Ibid., s. 474.

⁵⁴⁰ Ibid., s. 475.

⁵⁴¹ Ibid., s. 476.

hakim iktidar ilişkilerince ve iktidar ilişkilerinde ötelenmesi söz konusudur. Kültürel vatandaşlık, kozmopolit hukukilik ve politika stratejilerini hareket geçirme kapasitesine bağlı olarak, farklı kültürlerin bir aradalığını artırıp, söz konusu ötelenmeyi azaltabilir ya da ortadan kaldırabilir. Fikri mülkiyet hakları, biyoçeşitlilik ve insan sağlığı da, temas alanları hukukunun somut örneklerindendir. Özellikle fikri mülkiyet tartışmasının 'modern bilgi' ile köklü ilişkisine değinen Santos, temas bölgelerinin bir yandan Batı merkezli modern bilim ve teknolojinin, diğer yanda biyoçeşitliliği koruyan yerel, topluluk temelli, köylü, yerli bilgilerinin bir araya geldiği alanlar olduğunu belirtir⁵⁴².

Santos'un kozmopolit hukukilik için somut önerilerinden bir ikincisi “emeğin demokratik yeniden keşfi ile hukuk ilişkisi”dir. Emeğin örgütsüz, güvencesiz biçimlerine karşı, kozmopolit hukukilik, emeğin demokratik bir şekilde küresel düzeyde paylaşılması gerekliliği fikrine dayanır. Bu noktada somut talepler de ortaya konabilir. Örneğin çalışma saatlerinin azaltılması, uluslararası emek standartlarının oluşturulması ve yerleştirilmesi, sömürüye dayalı iş gücüne karşı hareketler, emeğin çok biçimliliğinin tanınması⁵⁴³, emeğin demokratik şekilde örgütlenmesi gündemine dair başlıklarıdır.

Kozmopolit hukukilik için üçüncü somut öneri, “kapitalist olmayan bir üretim modeli ve hukuk”la ilişkisidir. Santos, meta üretimindeki ilişkiler ve koşullar yani ücret ilişkisinin düzenlenmesi; kamusal mal ve hizmetlerin özelleştirilmemesi, özelleştirilse bile bütünüyle kapitalist piyasa kurallarına maruz bırakılmaması;

⁵⁴² Ibid., s. 477–478.

⁵⁴³ Ibid., s. 480–484.

açgözlülük yerine dayanışma ile işleyen ikincil/madun kapitalist olmayan piyasaların güçlendirilmesi ve üretimde kapitalist olmayan alternatif sistemlerin ilerletilmesi hedeflerini, ekonomik anlamda kozmopolitliğin dört hedefi olarak sıralar. Bu hedeflerin gerçekleştirilmesi için verilen kozmopolit mücadelenin bir unsuru olan hukuku, sadece devlet hukuku olarak anlamamak gerekir. Bu hukuka kozmopolit küresel hukuk, madun topluluk hukuku vs de dahildir. Alternatif üretim sistemleri ve hukukunun bir örneği 'karşı hegemonik hukuki çoğulluğun yeni biçimleri'dir. Topraksız köylülerin toprak ya da toprak reformu için verdikleri mücadelelerle şekillenen ve ilerleyen bu yeni biçimler, örneğin Brezilya'da devleti, toprak işgalini 'resmileştirme'ye zorlamıştır⁵⁴⁴.

Hareket eden halkların yarattığı sosyal etkileşim ve devletle kurulan vatandaşlık ilişkisinde yeni ve farklı formlar, ve ayrıca neo-liberal hegemonyanın zorladığı yeni ilişkilene biçimleri, kozmopolit hukukiliğin bir diğer gündeminin “vatandaş olmayanlar için hukuk” olmasına yol açmıştır. Santos, bu alana dair üç tip kozmopolit hukukilik biçimi tarifler. Birincisi küresel hukuk, yani 'uluslararası insan haklarının politik hareketliliği'dir. İkincisi, 'vatandaş temelli asgari standartları oluşturmaya' zorlandığı ölçüde devlet hukukudur. Bunun somut örneği, merkez ülkelerde belgesiz göçmen işçilerin 'resmileştirilmesi' konusudur. Bu konu insan hakları örgütleri ve sendikaların da gündemindedir. Özellikle sendikaların verdikleri mücadele, belgesiz göçmenleri işlerini ellerinden alacak düşmanlar gibi görme eğilimini ciddi şekilde değiştirmektedir. Santos, sendikaların değişen mücadelelerinin emek gündemini ilerleten gelişmelere yol açtığını, 'toplumsal hareket sendikacılığı'

⁵⁴⁴ Ibid., s. 484-486.

ya da 'vatandaş sendikası' gibi yeni formların geliştiğini belirtir. Üçüncü tip kozmopolit hukuk ise yerel hukuktur ve ulusla ya da büyük topluluklar karşısında 'vatandaş olmayan' konumunda olan yerel toplulukların, kendilerini büyük gruplara ya da devlete karşı daha iyi savunma mücadelesinde yerel anayasalar oluşturmalarına referans vermektedir⁵⁴⁵.

Nihayet, beşinci kozmopolit hukukilik örneği “yeni bir toplumsal hareket olarak devlet”tir. Santos, solun, devleti modası geçmiş ve mücadele etmeye değmez bir politik varlık olarak kabul etmesinin trajik bir hata olduğunu söyler. Ona göre mücadelemizin demir atacağı bir süper-devlet yoktur. Üstelik küreselleşme bir devlet üretimidir. Yani ortada devletlerin ortadan kalktığı bir durum yoktur. Yeni muhafazakarların amacı, halk için refah devleti yerine çok uluslu şirketler için bir refah devleti koymaktır⁵⁴⁶. Karşı tarafın devletten vazgeçmediği yerde, bir mücadele alanı olarak biz de devletten vazgeçmemeliyiz. Eskiden mücadelenin konusu, devletin düzen kurma tekeli demokratikleştirmekti, şimdi ise bu tekelin yitiminin demokratikleştirilmesi olmalıdır. Mesela katılımcı demokrasinin bir örneği olarak Porto Alegre, katılımcı planlama/bütçeleme (*participatory budgeting*) açısından başarılı olmuştur. Yine 'katılımcı vergilendirme' (*participatory taxation*) de örneklerden biridir. Katılımcı bütçeleme ve vergilendirme, yeni bir tekrar dağıtıcı demokrasinin (*redistributive democracy*) önemli unsurlarındandır. Elbette devlet için mücadele sadece ulusal hukuk düzeyinde düşünülmemelidir. “Yeni, daha demokratik ve katılımcı bir uluslararası hukuk, tekrar dağıtıcı bir demokrasi için ulusal

⁵⁴⁵ Ibid., s. 487–488.

⁵⁴⁶ Dalea ve Robertson, “Interview with Boaventura de Sousa Santos”, s. 156.

mücadelenin ayrılmaz bir parçasıdır”⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ De Sousa Santos, **Toward a New Legal Common Sense**, s. 489–494.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Çalışmanın, Santos'un tüm teorisini aktarma çabası içinde olmadığı, hukukun toplumsal yaşamdan ayrılmazlığı gerçeğiyle birlikte, merkezine hukuk teorisini alan bir çalışma olduğu başlangıçta belirtilmişti. Bu çerçevede Santos'un modernizmin kriziyle birlikte, şu anda yaşadığımız geçiş için önerdiği 'muhalif postmodern' duruş, modernizm ve postmodernizm tartışmalarıyla birlikte ele alınmıştır. Bu noktada Santos'un kendini modernistlerden de kutlamacı postmodernistlerden de ayırdığını vurgulamak gerekir. Eğer modernitenin, kendi yarattığı sorunları çözecek dermanı olmadığı, kutlamacı postmodernistlerin de Aydınlanma'nın, günümüz dünyasının yeniden şekillenmesinde dahi önemli roller üstlenebilecek kavramlarını reddedip, Aydınlanma'nın özgürlük fikrinde ne kadar iyi şey varsa hepsini feda etmemizi bekleyen ve bunu yaparken de kapitalizmin bırakalım karşı çıkmayı, onu anlamanın dahi imkansız olduğu fikrini aşıladıkları bir ortamda, Santos'un muhalif postmodernizm duruşunun ayrı bir yere sahip olduğu söylenebilir. Bu duruş, beraberinde bilime, topluma, devlete ve hukuka dair pek çok tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Santos'u ayrı kılan bir diğer unsur da, postmodern bir tutum sergilemekle birlikte, kapitalizmin tek alternatif olduğu yönündeki yaygın ideolojiden özenle uzak durması ve bunu eleştirmesidir. Karşılığında sosyalist bir alternatif önermemesi, geçmişteki sosyalizm deneyimlerinin aslında modernist bir proje olarak yaşandıkları tespitinden bağımsız değildir. Kapitalist üretim biçimini (ya da Santos bakımından kapitalist dünya sistemi) görmezden gelen bir tartışma ve geliştirilecek bir duruş, dünyayı anlamak için sahip olduğumuz en önemli nirengi noktalarından birini ortadan kaldıracak ve yaşantımızı olduğu kadar hayal gücümüzü

de mevcut sistem içine hapsedecektir.

Bu paradigmatik geçişte hukukun önemli bir rolü vardır. Çünkü hukuk, modernitenin gelişimi açısından kurucu bir role sahiptir ve 'mevcut deneyimlerle beklentiler arasındaki çelişkiyi' genişletir ve derinleştirir. Santos, modernitenin, iki temel dayanak noktası arasındaki mücadeleyle geliştiğini vurgular; düzen kurma ve özgür kılma işlevlerinin birbiriyle mücadelesini ve birinin diğerinin yerini almasını inceler. Özgür kılma işlevi, verili olanın sınırlarını zorlar, yeni talepler üretir, beklentilerle mevcut deneyim arasındaki farklılığı artırır. Özgür kılma işlevinin baskın hale gelmesi, onun düzen kurma işlevine dönüşmesinin de başlangıcıdır. Yaşadığımız paradigmatik geçişi en iyi özetleyecek şey, 'modern çözümleri olmayan modern sorunlarla yüz yüze' olmamızdır. Artık, modernizmin bu iki işlevinin çözemeyeceği bir noktada durmaktayız. Bu sorunları çözmenin modern bir biçimi yoksa (ki modernitenin en acılı süreçlerinden nasibini çoktan almıştır insanlık ve bunun zihinlerimizde ve yaşamlarımızda yarattığı tahribatın geri dönüşü de yoktur), bu ancak postmodern bir biçimde çözülebilir. İşte muhalif postmodern duruşu, 'yeni bir ortak hukuksal duyu' oluşturmak için harekete geçirdiğimizde, işe 'hukuku düşünmemekle' başlamamız gerekir. Wallerstein'ın 'sosyal bilimleri düşünmemek' tartışmasına atıfla Santos, 19. yüzyıl paradigmasının kavramlarını bir yana bırakmayı önerir. Hukuku yeniden düşünmenin iki boyutu vardır, bu aynı zamanda muhalif postmodern duruşun gerektirdiği yöntemdir de. Modernitenin özgürlük, eşitlik, barış, doğa hakimiyeti gibi kavramlarının eleştirel bir şekilde ele alınması gibi, hukuk da öncelikle eleştirel bir şekilde ele alınmalıdır. Devamında, bu kavramlar ve elbette hukuk, yeni bir epistemoloji çerçevesinde 'yeniden anlamlandırılmalıdır'.

Hukukun eleştirel bir şekilde ele alınması için Santos, öncelikle hukukun özgürleştirici potansiyellerini, Roma hukuku resepsiyonu hareketi, akılcı doğal hukuk dönemi ve sosyal sözleşme teorileri bağlamında ortaya koyar. Bu tarihsel dönemleme, bir yandan hukukun modern devlet hukukuna indirgenmiş olduğu modern topluma nasıl gelindiğini de açıklamaktadır. Devamında modernizm, kapitalizm ve hukukun birbirine girift ilişkileri 19. yüzyıldan itibaren incelenmiş, modern devletin kuruluşu, 19. yüzyıl liberal hukuk devleti, örgütlü kapitalizm ve son olarak örgütsüz kapitalizm dönemlerinde hukukun yaşadığı dönüşüm ve hegemonik karakteri ortaya konmaya çalışılmıştır. Santos'un hukuk teorisinin temelleri de elbette bu tarihsel bağlamda anlaşılmalıdır. 19. yüzyıl liberal devleti, burjuvazinin bir sınıf olarak, kapitalizmin üretim ilişkisi olarak, hukukun da bu sınıfın kapitalist üretim ilişkilerini sürdürme ve yayma aracı olarak neredeyse egemen hale geldikleri bir modeldir. Liberal tahakküm altında gücünü göstermeye başlayan işçi sınıfı ve diğer dışlanmış kesimlerin özgürlük mücadelesi, liberal teoriye göre hiç olmaması gereken toplumsal sorunlar, bu modelin krizinin aynasıdır. Feodalizmin çöküşünün simgesi olarak eşitlik, özgürlük ve kardeşlik fikirleri, piyasa ilişkilerinin hızlı çarkları arasında deforme olmuştur. Krizden çıkışın formülü bir yandan ulus-devletin güçlenmesi, öbür yandan oy hakkı, temel haklar, kamu hizmetlerinden ve kamusal haklardan eşit yararlanma gibi araçlarla kitlelerin iktidarda kısmen de olsa söz sahibi olmalarının artmasıdır. Artık, devlet ekonomik kalkınmayı üstlenirken, bir yandan da devlet - sivil toplum arasındaki fark muğlaklaşmaktadır. Bu modelin dayandığı en üst nokta refah devletidir ve refah devletinin toplumsal yaşamda yarattığı en büyük etkilerden biri de, toplumsal yaşamın 'aşırı hukuksallaşması'dır. Bu süreçte, hukukun da giderek daha şekilci, resmi, devlet kaynaklı olduğunu belirtmek gerekir. Refah

devletinde kaynakların denk ya da uygun dağılımı vaadi sınıflı topluma, sistemin demokratikleşmesi vaadi ise burjuva liberal siyasete kaçınılmazlık ve vazgeçilmezlik bahşeden bir iksir olmuştur. Siyasetin hukuksallaşması, hukukun da siyasallaşması, bu dönemin en belirgin unsurlarındandır. Nihayet örgütlü kapitalizm dönemi olarak adlandırılan ve Batı Avrupa açısından 70'lerin sonunda belirgin şekilde yaşanan dönem açısından Santos, yalnızca hukukun krizinden bahsetmez; yaşanan kriz tüm toplumsal yapının krizidir ve hukuk da toplumu düzenlemenin ve sorunları çözmenin en önemli araçlarından biri olarak bu krizin dışında kalmamıştır. Örgütsüz kapitalizm döneminde kapitalizmin örgütsüzlüğü, kapitalist üretim modelinin zaman-mekan bağlamında yaygınlaşması, boyutlanması ve esnekleşmesinden kaynaklanır. İşte hegemonik hukuk, böyle bir tarihsel süreçte ve toplumsal yapıda gelişmiştir. Hegemonik hukuka ilişkin kısaca söylenecek şey, özgür kılma potansiyelinin düzen kurma işlevine yenilmiş olması ve sistemin (üretim ilişkileri, toplumsal yapı, devlet vb) sürdürülmesinde, kilit rollerden birine sahip olmaya devam etmesidir. Hegemonya, yalnızca ideolojik egemenlikten ziyade, rızanın yaratıldığı ve yeniden üretildiği bir süreci kapsar; 'belirli bir dönemde topluma nüfuz eden inançlar, değerler ve tutumlar sistemi'dir. 'Alt yapının üst yapıya etkisi' bağlamında, hegemonya, altyapı ile üst yapı arasındaki ilişkileri açıklayan bir kavram olarak kullanılabilir. Bir üst yapı kurumu olarak hukuk da, hegemonyanın aracı ve amacıdır.

Hegemonik hukuka ilişkin en ciddi eleştirilerin kaynağı olarak eleştirel hukuk çalışmaları hareketi de, Santos'un teorisinin temelleri açısından ele alınmalıdır. EHÇ'nin hukuki belirsizlik, taraflı hukuk ve hukuk ideolojisi bağlamında yaptığı çalışmalar, bugün ciddi bir eleştirel teorinin yapı taşlarını oluşturur. Öte yandan

EHÇ'nin içinde pek çok ve farklı yaklaşıma sahip kuramcı barındırdığını, homojen bir hareket olmadığını belirtmek gerekir. EHÇ'nin bir diğer özelliği de, birkaç kuramcısı dışında, ortaya somut bir öneri koymamış, yalnızca mevcut durumu tespit ederek eleştirmiş olmasıdır. Santos, bu bakımdan EHÇ'den farklıdır. Çünkü yaşadığımız paradigmatik geçiş ve hukuka dair eleştirilerinin yanında, somut bir alternatif geliştirme niyeti vardır. Bununla sadece 'eleştirel' olmaktan ziyade 'kurucu' bir çaba içinde olduğu söylenebilir.

Bu kurucu çabanın Santos'un teorisindeki karşılığı 'karşı-hegemonik hukuk'tur. Santos'un hukuka dair tartışmalarını her zaman geniş bir tarihsel, ekonomik, kültürel bağlamda yapması, bu kavramların ayrıntılı ele alınmalarını gerektirmiştir. Burada Santos, öncelikle 1990'lardan itibaren gündeme yerleşen küreselleşme olgusunu ele alır. Santos için küreselleşme kesinlikle tek taraflı ve sadece ekonomik bir süreç değildir. Hegemonik küreselleşme içinde hukuku irdeleyen Santos, *lex mercatoria*, *rule of law* ve insan haklarını özellikle gündemine alır. 19. yüzyıldan itibaren hukukun devlet hukukuna indirgenmesine karşı, küreselleşme süreci, hukukun da küresel bir biçimde ele alınmasını gerektiren bir süreç olmuştur. Bu noktada, tarihi çok eskilere dayanan, devlet dışı ve aşağıdan bir hukuk biçimi olarak *lex mercatoria*, küreselleşme sürecinde, yerel, ulusal ve küresel ölçeklerde hukuk yapılarına nüfuz etmekte ve onları değiştirmektedir. *Rule of law* ya da 'hukukun yönetimi' ise, pek çok üçüncü dünya ülkesi açısından sömürgeleştirmenin yeni bir biçimi olarak kullanılmıştır; demokrasi ve savaşlar, gelişim programları, hukukun üstünlüğü söylemlerinden geriye kalan, liberal ideolojinin etkinliğinin maddi ve manevi olarak artması olmuştur. İnsan hakları da

hegemonik anlamıyla kullanılarak bu sürece katkıda bulunmuştur.

Diğer yandan Santos, bir 'karşı küreselleşme' süreci de tarifler. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, salt bir karşıtlık değildir. Bu noktada küreselleşme karşıtı değildir Santos, aksine küreselleşmenin yalnızca devletler, egemenler için değil aynı zamanda halklar, başka bir dünyanın mümkün olduğuna inananlar için de olanakları olduğunu söyler. Neticede küreselleşmenin her zaman bir yereli vardır. Karşı küreselleşme, kimin, neyi, ne şekilde küreselleştirdiğine göre farklı anlamlar kazanabilecektir.

Bu kavramsal altyapı içinde kalarak, Santos, hukuku düşünmemek olarak tariflediği tartışmayı somutlaştırır. Öncelikle şu tespiti yapmak elzemdir. Hukuk sadece devlet hukukuna indirgenemez, hukukun çok çeşitli zaman-mekan ölçeklerinde ele alınması mümkündür. Bu noktada yanıtlanması gereken birkaç soru karşımıza çıkar. Bunlardan birincisi hukukun bu yeni kavramsal analizde edindiği konumdur. Hukuku *“belli bir grupta yargı konusu edilebilir -yani bir yargı otoritesi tarafından icra edilmeye elverişli görülen ve ihtilafların üretilmesine ve önlenmesine, aynı zamanda güç tehdidinin eşlik ettiği bir münakaşacı diskur aracılığıyla ihtilafların çözülmesine katkı sağlayan, bir düzenli prosedürler ve normatif standartlar bütünü”* olarak tanımlayan Santos, hukukun sadece devlet hukukuyla sınırlanmayacağını net bir şekilde ortaya koyar. Bir diğer soru ise, devlet-dışı hukukların 'değeri'dir. Bu noktada Santos, çok nettir; hem farklı hukuksallıkların mevcudiyeti durumu, hem de bu hukukların kendisi her zaman iyi, güzel ya da doğru olmak zorunda değildir. Bu vurgu, özellikle hukuki çoğulcuların, devlet-dışı hukuk

sistemlerinin ya da biçimlerinin hepsini büyük bir coşkuyla sahiplenmelerine tepki olarak düşünülebilir. Hukukların çoğulluğu durumuna maruz kalan ya da bundan faydalanan pek çok kişi, grup, topluluk vs olabileceğinden, bu konuda genelleştirici bir yargıya varmak hem mümkün hem de doğru değildir.

Santos'un ortaya koymaya çalıştığı toplumsal kurtuluş projesinin bir ayağı olarak hukukun, 'devlet – sivil toplum dikotomisi'nden ayrı, örneğin devletin dışında ama sermayenin egemenliğinde fabrika içinde anlamlandırılması için ortaya koyduğu yapısal ögeler, yapısal alanlar, harita metaforu, hukukun, geniş bir çerçeveden anlaşılabilmesi için oldukça elverişli araçlardır. Üstelik bu araçlar, hukukun, toplumsal ve politik kimliklerin oluşumuyla ilişkisi ve toplumsal cinsiyet, sınıf, ırk ve etnik kimlikleri nasıl şekillendirdiğini anlamak için de oldukça kullanışlı olabilir. Yaşadığımız dünyayı anlamlandırmanın bir adım ötesinde, onu değiştirmek için de bu araçların etkisi göz ardı edilemez.

Santos'un karşı-hegemonik hukuku, tıpkı hukuk eleştirilerinin toplumsal bağlamdan kopuk olmaması gibi, aslında bir 'kurtuluş projesi' olarak okunabilir. Postmodern eleştiri ile, mevcut kavramları eleştirel bir incelemeye tabi tuttuktan sonra, sıra onlara yeni anlamlar vermeye gelmiştir. Kurucu bir karşı-hegemonya projesinde Santos, madunların kozmopolit hukukiliği, insan hakları ve insanlığın ortak mirası ile bir 'aşağıdan küreselleşme' önerisi yapar.

Santos, bu aşağıdan küreselleşmenin maddi koşullarının oluştuğu kanısındadır. Halkların çeşitli gerekçelerle yer değiştirmesi, yerli halkların hak

mücadeleleri, insanlığın ortak mirası kavramı ve *jus humanitatis* ve insan hakları bunun örnekleri olarak ele alınmıştır. Bu maddi koşullardan karşı-hegemonya üretiminde izlenecek yollar olarak kültürel haklar, özyönetim gibi tartışmalar öne çıkmaktadır. Karşı-hegemonik bir hukukilik inşasında, hukuki çoğulluk ve *interlegalite* kavramları, hukukun bu süreçte üstleneceği işlevlerin yolunu açan analitik araçlar olarak ele alınmıştır.

Santos'un teorisinin somutlandığı alanlardan biri olarak Dünya Sosyal Forumu, aynı zamanda kendisinin aktivist kimliğine denk düşmektedir. Üretilen bilginin toplumsal yaşamda bir karşılığı olması aynı zamanda teorisinin temelinde de vardır. Öte yandan, mevcut teorik yaklaşımların somut karşılıklarının kolayca bulunamadığı alanlarda, Santos'un dilinin karmaşık ve zorlayıcı olduğunu belirtmek gerekir. Yoğun teorik tartışmaların tam anlamıyla kavranabilmesi, gerek Santos'un dildeki zorlamalarından gerekse oldukça teorik yaklaşımından kolay olmamıştır.

Santos'un aşağıdan küreselleşme ve çok kültürlü insan hakları tartışmalarında, özellikle teorisine son dönemdeki post-kolonyal katkılarda, aşağıdan bir romantizm inşa etmeye çalışıp çalışmadığı tartışılabilir. Santos, her adımında bir bütün olarak ele aldığı toplumsal yaşama, ve onun değişebilirliğine fazla iyimser yaklaşmaktadır. Ama iyimserlik ya da 'ütopya' 'yanlış' ya da 'kötü' değildir, en azından değişime dair bir cüretin böyle bir hayal gücü ve iyimserliğe bulanmış olması gerekir.

KAYNAKÇA

- Akbaş, Kasım, **Hukukun Büyübozumu: Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.
- Akman, Şefik Taylan, “Hukuk ve Politika İlişkisi: Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Hukukun Politik Karakteri”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Aktaş, Sururi, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, Kazancı, İstanbul 2006.
- Barzilai, Gad, “Beyond Relativism: Where Is Political Power in Legal Pluralism?”, **Theoretical Inquiries in Law**, 2008, Vol. 9, No. 2, s. 395–416.
<http://www.degruyter.com/view/j/til.2008.9.issue-2/til.2008.9.2.1191/til.2008.9.2.1191.xml>.
- Baxi, Upendra, **The Future of Human Rights**, 3. baskı, Oxford University Press, USA 2008.
- Benda-Beckmann, Franz von, Keebet von Benda-Beckmann, ve Anne Griffiths, (Edi), **Spatializing Law**, Ashgate, 2009.
- Berman, Marshall, **Katı Olan Her Şey Buharlaşıyor: Modernite Deneyimi**, Çeviren Ümit Altuğ ve Bülent Peker, İletişim Yayınları, İstanbul 2001.
- Bobbio, Norberto, “Gramsci ve Sivil Toplum Kavramı”. **Gramsci ve Sivil Toplum**, Savaş Yayınları, Ankara 1982.
- Butler, Chris, “Critical Legal Studies and the Politics of Space”, **Social & Legal Studies**, Ocak 2009, Vol. 18, No. 3, s. 313–332.
- Can, Cahit, **Cumhuriyet Devrimi ve Öngörülme-yen Bugünü**, Kaynak Yayınları, İstanbul 2011.

- Can, Cahit, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, 3. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011.
- Can, Cahit, **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, 2. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2012.
- Can, Cahit, **Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi**, Kaynak Yayınları, İstanbul 2012.
- Carroll, William, “Crisis, Movements, Counter-hegemony: In Search of the New”, **Interface: A Journal For and About Social Movements**, 2010, Vol. 2, No. 2, s. 168-198.<http://www.interfacejournal.net/wordpress/wp-content/uploads/2010/12/Interface-2-2-pp.168-198-Carroll.pdf>.
- Castel, Robert, **Sosyal Güvensizlik**, Çeviren Işık Ergüden, İletişim Yayınları, İstanbul 2004.
- Costelloe, Timothy, “Giambattista Vico”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Editör: Edward N. Zalta. Spring 2012.
<http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/vico/>.
- Dalea, Roger ve Susan Robertson, “Interview with Boaventura de Sousa Santos”, **Globalisation, Societies and Education**, 2004, Vol. 2, No. 2, s. 147–160.
- Dauvergne, Catherine, **Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law**, Cambridge University Press, 2009.
- De Sousa Santos, Boaventura, “From the Postmodern to the Postcolonial- and Beyond Both”, **Decolonizing European Sociology: Transdisciplinary Approaches**, s. 225–242. Editör: Encarnacion Gutierrez Rodriguez, Manuela Boatca ve Sergio Costa, Ashgate, UK 2010.

- De Sousa Santos, Boaventura, "Globalizations", **Theory, Culture & Society**, Ocak 2006, Vol. 23, No. 2–3, s. 393–399. doi:10.1177/026327640602300268.
- De Sousa Santos, Boaventura, "If God were a Human Rights Activist: Human Rights and the Challenge of Political Theologies Is Humanity Enough? The Secular Theology of Human Rights ", **Law, Social Justice, Global Development**, 2009. http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2009_1/santos
- De Sousa Santos, Boaventura, "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", **Journal of Law and Society**, 1987, Vol. 14, No. 3, s. 279-302.
- De Sousa Santos, Boaventura, "On Modes of Production of Law and Social Power", **International Journal of the Sociology of Law**, 1985, Vol. 13, s. 299–336.
- De Sousa Santos, Boaventura, **The Rise of the Global Left: The World Social Forum and Beyond**, Zed Books, 2006.
- De Sousa Santos, Boaventura, "The World Social Forum and the Global Left", **Politics & Society**, Haziran 2008, Vol. 36, No. 2, s. 247–270.
- De Sousa Santos, Boaventura, "Toward a Multicultural Conception of Human Rights", **Beyond Law**, Haziran 2002, Vol. 9, No. 25, s. 9–32.
- De Sousa Santos, Boaventura, **Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, And Emancipation**, 2. baskı, Butterworths, UK 2002.
- De Sousa Santos, Boaventura, "Towards a Postmodern Understanding of Law", **Onati: The Onati International Institute for the Sociology of Law Proceedings**, 1989, s. 113-123.

- De Sousa Santos, Boaventura, ve Flavia Carlet, “The Movement of Landless Rural Workers in Brazil and Their Struggles for access to Law and Justice”, **Marginalized Communities and Access to Justice**, Editör: Yash Ghai ve Jill Cotterell, s. 60–82, Routledge-Cavendish, 2010.
- De Sousa Santos, Boaventura, ve César A. Rodríguez-Garavito, “Law, Politics, And Subaltern In Counter-Hegemonic Globalization”, **Law and Globalization From Below: Towards a Cosmopolitan Legality**, Editör: Boaventura De Sousa Santos ve César A. Rodríguez-Garavito, Cambridge University Press, 2005.
- De Sousa Santos, Boaventura, ve César A. Rodríguez-Garavito, (Edi), **Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality**, Cambridge University Press, 2005.
- Douzinas, Costas, **Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism**, Routledge-Cavendish, 2007.
- Douzinas, Costas, “İnsan Hakları ve Postmodern Ütopya”, Çeviren Kasım Akbaş ve Rabia Sağlam. **Birikim**, Eylül 2011, s. 122-136.
- Douzinas, Costas, **The End of Human Rights**, Hart Publishing, 2000.
- Douzinas, Costas, Peter Goodrich, ve Yifat Hachamovitch (Edi), **Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies: The Legality of the Contingent**, Routledge, 1994.
- Dupret, Baudouin, “Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification”, **European Journal of Legal Studies**, Vol. 1, No. 1, <http://www.ejls.eu/1/14UK.pdf>.

Edgeworth, Brendan, **Law, Modernity, Postmodernity: Legal Change in the Contracting State**, Ashgate Pub Ltd, 2003.

Fitzpatrick, Peter, **Modernism and the Grounds of Law**, 1. baskı, Cambridge University Press, 2001.

Frankel, Boris, **Sanayi Sonrası Ütopyalar**, Çeviren Kamil Durand, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1991.

Giddens, Anthony, **Kapitalizm ve Modern Sosyal Teori**, Çeviren Ümit Tatlıcan, İletişim Yayınları, İstanbul 2012.

Giddens, Anthony, **Modernliğin Sonuçları**, Çeviren Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1994.

Goldman, David B., **Globalisation and the Western Legal Tradition: Recurring Patterns of Law and Authority**, 1. baskı, Cambridge University Press, 2008.

Gramsci, Antonio, **Felsefe ve Politika Sorunları**, Payel Yayınları, İstanbul 1975.

Gunther, Klaus, “Legal Pluralism or a Uniform Concept of Law?”, **NoFo**, 2008.
<http://www.helsinki.fi/nofo/NoFo5Gunther.pdf>.

Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, 8. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2009.

Gürkan, Ülker, **Hukuki Realizm Akımı**, Sevinç, Ankara 1967.

Habermas, Jürgen, **İletişimsel Eylem Kuramı**, Çeviren Mustafa Tüzel, Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2001.

Hall, Stuart, “Yeni Zamanları Anlamı”, **Yeni Zamanlar 1990’larda Politikanın Değişen Çehresi**, s. 105–127. Editör: Stuart Hall & Martin Jacques, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1995.

- Hall, Stuart ve Martin Jacques, “Giriş”, **Yeni Zamanlar 1990’larda Politikanın Değişen Çehresi**, Editör: Stuart Hall & Martin Jacques, s. 15–25, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1995.
- Hall, Stuart, Bob Lumbley ve Gregor McLennon, “Politika ve İdeoloji: Gramsci”, **İdeoloji Üzerine**, Kuram Yayınları, y.y.
- Harita Genel Komutanlığı, **Haritacılık Terimleri Sözlüğü**, E.T. 25 Nisan 2013.
http://www.hgk.msb.gov.tr/sozluk/ingilizce_sorgu.asp?txtKelime=scale.
- Hardt, Michael ve Antonio Negri, **Çokluk: İmparatorluk Çağında Savaş ve Demokrasi**, Çeviren Barış Yıldırım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004.
- Hardt, Michael ve Antonio Negri, **Ortak Zenginlik**, Çeviren Efla-Barış Yıldırım. Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2011.
- Harvey, David, **Postmodernliğin Durumu: Kültürel Değişimin Kökenleri**, Çeviren Sungur Savran, Metis Yayınları, İstanbul 1999.
- Hunt, Alan, **Explorations in Law and Society: Toward A Constitutive Theory of Law**, Routledge, 1993.
- Hunt, Alan, “Rights and Social Movements: Counter-Hegemonic Strategies”, **Journal of Law and Society**, 1990, Vol. 17, No. 3, s. 309-328.
doi:10.2307/1410156.
- Hunt, Alan, “The Theory of Critical Legal Studies”. **Oxford Journal of Legal Studies**, 1986, No. 1, s. 1–45.
- Karabay, Zafer, **Gelişme Hakkı**, NotaBene Yayınları, Ankara 2013.
- Kavas, D. Celaleddin, “Max Weber Sosyolojisi Işığında Modern Hukukun Rasyonel Temeli”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi, 2007.

Kennedy, Duncan, “Antonio Gramsci ve Hukuk Düzeni”, Çeviren Kasım Akbaş,
Mülkiye, Sayı: 257, Kış 2007, s. 175-180.

Kuhn, Thomas S., **Bilimsel Devrimlerin Yapısı**, Çeviren Nilüfer Kuyaş, 4. baskı,
Alan Yayıncılık, İstanbul 1995.

Kumar, Krishan, **Sanayi Sonrası Toplumdan Post-modern Topluma - Çağdaş
Dünyanın Yeni Kuramları**, Çeviren Mehmet Küçük, Dost Kitabevi
Yayınları, Ankara 1999.

Lenin, V.İ., **Devlet ve İhtilal**, Çeviren Kenan Somer, Bilim ve Sosyalizm Yayınları,
Ankara 1989.

Loomba, Ania, **Kolonyalizm Postkolonyalizm**, Çeviren Mehmet Küçük, Ayrıntı
Yayınları, İstanbul 2000.

Marx, Karl ve Friedrich Engels, **Alman İdeolojisi (Feuerbach)**, Çeviren Sevim
Belli, Sol Yayınları, Ankara 2004.

Marx, Karl ve Friedrich Engels, **Komünist Parti Manifestosu**, Çeviren Gaybiköylü,
8. baskı, Bilim ve Sosyalizm Yayınları, Ankara 1997.

Merry, Sally Engle, “Legal pluralism”, **Law & Society Review**, 1988, Vol. 22, s.
869–896.

Michaels, Ralf, “The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law,
and the Challenge From Global Legal Pluralism”, **Wayne Law Review**, Ocak
2005, Vol. 51, s. 1209–1259.
http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1226.

Minda, Gary, “The Jurisprudential Movements of the 1980s”, **Ohio State Law
Journal**, Temmuz 1989, Vol. 50, s. 599-662.

Munck, Ronaldo, **Emeğin Yeni Dünyası: Küresel Mücadele Küresel Dayanışma**,

- Çev: Mahmut Tekçe, Kitap Yayınevi, İstanbul 2003.
- Özcan, Mehmet Tefik, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Özcan, Mehmet Tefik, “The Rule of Law After Globalisation: Is Myth or Reality?” **XXVth World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy (Law Science and Technology) Abstracts Book**, 027/2012, Frankfurt, 2011, s. 1-37.
- Özkök, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002, C. 51, S. 2, s. 1–18.
- Pierson, Christopher, **Modern Devlet**, Çeviren Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul 2011.
- Poggi, Gianfranco, **Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım**, Çeviren Şule Kut ve Binnaz Toprak, 5. baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009.
- Rajagopal, Balakrishnan, **International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance**, Cambridge University Press, 2003.
- Rousseau, Jean-Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, Çeviren Alpagut Erenuluğ, Öteki Yayınevi, Ankara 1999.
- Tamanaha, Brian Z., **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**, Cambridge University Press, 2004.
- Tamanaha, Brian Z., “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”. **Sydney Law Review**, 2008, Vol. 30, S. 375, s. 375–411.
- Teubner, Gunther, “Global Bukowina: Legal Pluralism in The World-Society”,

- Global Law Without A State**, Edi. Gunther Teubner, Dartmouth, 2006, s. 3-28. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896478.
- Texier, Jacques, “Gramsci, Üstyapılar Toerisyeni”, **Gramsci ve Sivil Toplum**, Savaş Yayınları, Ankara 1982.
- Topçuoğlu, Hamide, “Max Weber Sosyolojisine Göre Hukuki Düşüncenin Kategorileri ve Yeni Hukuk Normlarının Teşekkül Tarzları”, **Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsh’e Armağan**, s. 199–260. AUHF Yayınları No. 197, AUHF, Ankara 1964.
- Trubek, David M., “Law and Development: Then and Now”, **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, Mart 1996, Vol. 90, s. 223-226.
- Tushnet, Mark, “Truth, Justice, and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies”, **Texas Law Review**, 1978, Vol. 57, s. 1307-1360.
- Tushnet, Mark V., “Critical Legal Theory”, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, s. 80–89. Editör: Martin P. Golding ve William A. Edmundson, Blackwell Publishing Ltd, 2005.
- Twining, William, “Diffusion of Law: A Global Perspective”, **Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law**, 2004, Vol. 49, s. 1-46.
- Twining, William, **General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective**, Cambridge University Press, 2009.
- Twining, William, (Edi), **Human Rights, Southern Voices: Francis Deng, Abdullahi An-Na’im, Yash Ghai and Upendra Baxi**, Cambridge University Press, 2009.

- Urry, John, “Örgütlü Kapitalizmin Sonu”, **Yeni Zamanlar 1990’larda Politikanın Değişen Çehresi**, s. 95–105, Editör: Stuart Hall & Martin Jacques, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1995.
- Özdek, Yasemin, “Marksizm ve Haklar”, **Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri**, Editör: Yalçın Bürkeç, Metin Özüğurlu, Yasemin Özdek, and Ersin Vedat Elgür, C. 1, s. 51–108, NotaBene Yayınları, Ankara 2011.
- Özdemir, Ali Murat and Ebubekir Aykut, “Liberalizm ve Haklar”, **Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri**, Editör: Yalçın Bürkeç, Metin Özüğurlu, Yasemin Özdek, and Ersin Vedat Elgür, C. 1, s. 297-310, NotaBene Yayınları, Ankara 2011.
- Üye, Saim, “Hukuku Harita Metaforu ile Anlamak”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2013, S. 2013/1, s. 149–166.
- Üye, Saim, **Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk**, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Villey, Michel, **Il Diritto e I Diritti Dell’uomo**, Cantagalli, 2009.
- Wagner, Peter, **Modernliğin Sosyolojisi: Özgürlük ve Cezalandırma**, Çeviren Mehmet Küçük, Sarmal Yayınevi, İstanbul 1996.
- Wallerstein, Immanuel, **Sosyal Bilimleri Düşünmemek: Ondokuzuncu Yüzyıl Paradigmasının Sınırları**, Çeviren Taylan Doğan, Avesta Yayınları, İstanbul 1997.
- Walters, Mark D., “Legal Humanism and Law-As-Integrity”. **Cambridge Law Journal**, Temmuz 2008, Vol. 67, S. 2, s. 352–375. doi:10.1017/S0008197308000391.
- Weber, Max, **Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu**, Çeviren Zeynep Gürata, Ayraç, Ankara 2002.

Weber, Max, **Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı**, Çeviren Özer Ozankaya, İmge Kitabevi, Ankara 1995.

Whitehead, Jason E., “From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory”, **Florida State University Law Review**, Nisan 1996, Vol. 26, s. 701-742.

Wood, Ellen Meiksins, **Kapitalizmin Kökeni Geniş Bir Bakış**, Çeviren A. Cevdet Aşkın, Epos Yayınları, Ankara 2003.

Yetiş, Mehmet, “İdeolojik Hegemonya Sorunsalı”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996.

“Trajik optimizm”, <http://www.termbank.net/psychology/7184.html>, E.T. 30.1.2013

“Katetik enerji”, <http://www.termbank.net/psychology/3904.html>, E.T. 30.1.2013

“Bolivya Anayasası”, <https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/bolivya.pdf>, E.T. 25.08.2013

ÖZET

Boaventura De Sousa Santos, özellikle 90'lı yıllarda iyice görünür olan ve sosyo-kültürel paradigmadaki bir geçişi ifade eden sürecin irdelenmesi sonucunda, yeni bir epistemoloji ve hukuk anlayışı önermiştir. Santos, modernite paradigmasının içinden çıkılmaz bir krizde olduğu tespitiyle birlikte, bu krizin aşılmasının yolu olarak “muhalif postmodernizm” önermektedir. Bu duruş içinde modernitenin vaatleri olarak eşitlik, özgürlük, barış, doğa hakimiyetini eleştirel bir bakış açısıyla yeniden okunması ve anlamlandırılması gerekir. Santos'un teorisinin ana hatlarını ve hukuka dair fikirleriyle birlikte, karşı-hegemonik hukuk anlayışını ortaya koymak için ilk bölümde, muhalif postmodernizm duruşu ele alınmıştır. Burada, modernite ve postmodernite tartışmalarıyla birlikte, Santos'un içinden geçtiğimizi iddia ettiği geçiş anı irdelenmiştir. İkinci bölümde, karşı-hegemonik hukuka dair bir tartışmanın başlangıcı olarak hegemonik hukuk olgusu, hukukun, modernite ve kapitalizm ile ilişkilendiği süreçler ve buralarda yaşadığı dönüşüm ve bunun anlamı üzerinde durulmuştur. Üçüncü ve son bölümde ise, Santos'un yeni bir hukuk algısı ve bu hukuk fikrinin somutlaştığı biçimler olarak hukuki çoğulluk ve interlegalite, hukukun zaman-mekan ölçeğinde yeniden anlamlandırılması ve hukukun politik olarak meşrulaştırılmış toplumsal dönüşümünün temel ve evrensel aracı olarak iş görmesi karşısında karşı-hegemonik küreselleşme ve madunların kozmopolitiği tartışılmıştır.

SUMMARY

Boaventura de Sousa Santos suggests a new epistemological and legal concept for the transition of socio-economic paradigm that become apparent especially in 1990's. Santos, with the identification that the paradigm of modernity is in an inextricable crisis, proposes an “oppositional postmodern” stance for overcome the crisis. This stance, take the equality, liberty, peace or domination of nature as the promises of modernity and submits them to a radical critique and gives a new meaning. For explain the main lines of Santos' theory and his ideas about law, in first chapter, the stance of oppositional postmodernism was discussed. Thus, with the arguments of modernism and postmodernism, the paradigmatic transition is examined. In the second chapter, as an introduction to counter-hegemonic law, was emphasized the fact of hegemonic law, the processes in which modernity and capitalism are related, and the transformation of law and the meaning of this transformation. In the third chapter, as a new common legal sense and its concrete forms, have been discussed legal pluralism and interlegality, times-spaces of law, counter-hegemonic globalisation and subaltern cosmopolitanism.