MODERNİZMİ VE POSTMODERNİZMİ HUKUK ARACILIĞIYLA OKUMAK

Murat Satıcı¹

Öz

Tüm alanlarda olduğu gibi modernizmin etkisi, insanların bir arada yaşayacakları normatif alanın nasıl kurulacağına ve düzenleneceğine dair hukuk felsefesinin kadim sorusuna verilen cevabın karakterini de dönüştürmüştür. Modern hukukun belirleyici karakteri, ilahi veya metafizik değil, seküler ve hümanist bir evrensel hak ve adalet arayışında karşımıza çıkar. Bu yanıyla modern hukuk, teorikte ve pratikte, modernliğin temel ilke ve kavramlarının en önemli taşıyıcılarından biri olmuştur. Bunun nedeni, her biri farklı insansal yaşam dünyasına, tikelliğe ve özgünlüğe sahip bireyler için geçerli evrensellik, ilerleme ve meşru birlik ilkesi arayışının bilim, sanat ve politikada olduğu gibi hukukta da benimsenmesidir. Oysaki modernizmin evrensellik ve ilerleme idealarının dünya savaşları sonrası kritiğini gerektiren koşullar modern hukuk için de geçerlidir. Çağımızda, küresel ekonomik ve politik güç ilişkileri, insan hakları ihlalleri, göç ve küresel salgınlar, modern evrensel hak ve adalet kavramlarının kritiğine bizi yöneltti. Bu haliyle postmodern hukuk teorileri modern hukukun yasa temelli, tözsel, araçsal ve muhafazakâr kavranışının aşılıp, onun dayandığı meşruiyet ilkelerinin reddine ya da yeniden değerlendirilmesine eğildiler. Söz konusu yönelim, çağımızın heterojen, çokkültürlü ve çoğulcu insansal yaşamını sorunsallaştıran bir hukukun teorik ve pratik imkanını araştırmaktadır.

Çalışma, modern hukukun temel karakterini betimleyecek, postmodern hukuk kavrayışının aslında modernizmin kritiğine içkin olduğundan hareketle postmodern bir hukuk teorisinin ve pratiğinin temellerini tartışacaktır.

Anahtar Kelimeler: Modernizm, Postmodernizm, Modern Hukuk, Postmodern Hukuk, Hukuk Felsefesi.

READING MODERNISM AND POSTMODERNISM THROUGH LAW

Abstract

As in all fields, the influence of modernism has transformed the character of the answer to the ancient question of legal philosophy about how to establish and organize the normative sphere in which people live together. The defining character of modern law is not divine or metaphysical, but a secular and humanist pursuit of universal rights and justice. In this respect, modern law has become one of the most important carriers of the basic principles and concepts of modernity in theory and practice. The reason for this is that the pursuit of universalism, progress, and legitimate unity, which applies to individuals, each of whom has a different world of human life, particularity, and specificity, is adopted in law as well as in science, art, and politics. However, the conditions that require a critique of modernism's universality and progress ideas after World Wars are also valid for modern law. In our age, global economic and political power relations, human rights violations, immigration, and global epidemics have led us to the critique of modern universal concepts of rights and justice. As such, postmodern legal theories have tended to overcome the law-based, substantive, instrumental, and conservative conception of modern law, and to reject or re-evaluate the legitimacy principle on which it is based. This orientation investigates the theoretical and practical possibilities of law that problematizes the heterogeneous, multicultural, and pluralistic human life of our age.

The study will describe the basic character of modern law and discuss the foundations of postmodern legal theory and practice, considering that the postmodern conception of law is inherent to the critique of modernism.

Keywords: Modernism, Postmodernism, Modern Law, Postmodern Law, Philosophy of Law.

¹ Doçent. Dr., Felsefe, Manisa Celal Bayar Üniversitesi, msaticister@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-8469-3163>.

Giriş

Çağımız entelektüel ve akademik tartışmalarının merkezine yerleşmiş olduğu inkâr edilemez olan modernizm-postmodernizm çekişmesi, sadece bu iki öğeyi tanımlama açısından değil, bu ikisinin birbirlerine karşı konumlanmalarına dair de zengin bir alan sunmaktadır. Çağdaş dünyanın hayati sorunları üzerine düşünme, onları anlama ve anlamlandırma çabası içerisindeki her edim, artık modernizm-postmodernizm tartışmasından başlama ihtiyacı duymaktadır. Bunun nedenlerine dair sade bir cevap mümkün olmadığı gibi, modernist veya postmodernist olarak salt bir taraftarlık kategorisi tesis etmek de son derece zordur. Bu yüzden bu çalışma, modernizm ve postmodernizm perspektifleri içerisinde hukuku ve hukuk üzerine düşünmeyi belirleyen iki perspektifi birbirlerini içeren ve birbirleriyle karşılaştıran biçimde okuma çabası olmayı amaçlamaktadır.

Çağdaş düşünce dünyasında modernizmin sonuna işaret eden görüşlerin, modern akıl, aydınlanma, evrensellik, özne, tarih, sanat ve felsefenin sonunu işaret ettiği açıktır. Yüzyıllardır hayatı anlama ve anlamlandırma kategorilerimiz olan modern ilke ve kavramların artık çağdaş dünyanın meselelerini anlamakta ve anlamlandırmakta yetersiz ve uygunsuz oldukları eleştirisi ile karşı karşıyayız. Dahası, sistematik insan hakları ihlalleri, temsili demokrasinin meşruiyetine dair sorunlar, etnik ve dinsel ayrımcılığın yükselişi, mülteci krizi ve savaşlar yüzünden insan hakları, demokrasi, eşitlik, özgürlük ve adalet gibi modern ilkelerin eleştirildiğini, söküme uğratıldığını ve hatta krizin nedenleri olarak betimlendiğini görmekteyiz. Elbette ki “tüm teorik söylemler tarihsel krizlere, huzursuzluk yaratan ekonomik ve teknolojik gelişmelere ve daha evvelki istikrarlı ya da bilindik düşünüş ve yaşayış tarzlarının çözülüp dağılmasından kaynaklanan toplumsal ve düşünsel kargaşaya verilen yanıtlar olarak okunabilir” (Best ve Kellner 10). Buna göre, tıpkı Orta çağın toplumsal, kültürel ve yaşamsal tüm ilke, kavram ve kurumlarının bir eleştirisini barındıran modernizm gibi, postmodern teoriler de modernizmin içerisinde olduğu iddia edilen teorik ve pratik kaosa dair bir yanıt olarak karşımızda durmaktadır.

Modernizm de aslında Orta çağın sonunda Rönesans’la başlayan felsefi, bilimsel, toplumsal ve ekonomik değişimleri anlama ve anlamlandırma biçimi olarak tarihsel bir döneme işaret eder. Nitekim modernlik, Orta çağın feodal düzeninden kopuşu, geleneksel toplum yapılarına karşı yeni ve dinamik bir süreci ifade eden bir kavram olarak teorize edilmiştir. Modern felsefe de Descartes ile birlikte insan ve insansal yetiler vurgulanmış, akıl bilimin ve toplumsal ilerlemenin merkezine yerleşerek bu alanlarda Orta çağ boyunca hakimiyet süren ilahi referanslar yerinden edilmiştir. Aydınlanmayla zirveye ulaşan akla güven, akli teorik ve pratik alanların zeminini oluşturacak ve hem düşünmenin hem de eylemde bulunmanın ilerlemeci ve evrensel normlarına ulaşacak tek yetkin referans haline getirmiştir. Fransız ve Amerikan devrimlerinde yeni, dinamik, ilerlemeci, evrensel ve eşitlikçi bir toplumsal yapının tesisi için gereken dayanak, söz konusu modernlikte ve onun mefhumlarında bulunmuştur. Yine de kapitalizmin egemenlik söylemine eklenme biçimiyle birlikte modern emperyalist sömürge pratiği, sınıfsal, ırksal, cinsiyetçi vb. dışlama kategorileri yaratarak yoksulluk, acı, katliam ve soykırımları üretmekten kaçamamış. “20. yüzyıl, diğer yüzyıllarla kıyaslandığında, kabarık sicilıyla dehşet alanında Nobel’i kaçırmazdı. Boş yere geçmişe bakmayalım: Dünya çapında bunca suçun işlendiği bir dönem daha göremeyiz. Rasyonel bir şekilde ve soğukkanlılıkla organize edilmiş kitlesel suçlar, akıl sır ermez bir düşünce sapkınlığının sonucu olan suçlardı bunlar. Auschwitz ismi, bu sapkınlığın sembolü olarak daima hatırlanacak” (Delacampagne 1). Modernliğin bu karanlık zamanlarının şahitliğinden çıkan eleştirel tavır, postmodern olarak tanımlansın ya da tanımlanmasın, pek çok analizi beraberinde getirmiştir. Hannah Arendt’e göre,

Avrupa, kendi yasalarını diğer tüm kıtalara buyurmaya başladığında, onlara olan inancını neredeyse kaybetmişti. En az teknolojinin dünyayı birleştirdiği kadar görünür olan diğer gerçek, Avrupa’nın kendi parçalanma süreçlerini dünyanın dört bir köşesine ithal ettiği. Bu süreç Batı dünyasında, geleneksel biçimde kabul edilen metafizik ve dinsel inançların çöküşüyle başlamıştır ve doğa bilimlerinin görkemli ilerlemesine ve ulus devletin diğer tüm yönetim biçimleri üzerindeki zaferine eşlik etmiştir. Yaşama ilişkin antik inançları ve politik tutumları sarsması bir yüzyıl alan ve Batının sürekli ilerlemesinde kendi yerine sahip olan aynı güçlerin dünyanın diğer kısımlarının yaşama ilişkin tutum ve inançlarını dışarıdan çalışarak yıkmaları sadece birkaç on yıl aldı (Arendt 82-83).

Yine Derrida için modernizmin temel ilkelerinden olan “ilerlemenin hiçbir derecesi, kimseye yeryüzünde daha önce asla görülmemiş mutlak rakamlarda çok sayıda erkek, kadın ve çocuğun boyunduruk altına alındığını, açlıktan öldüğünü ya da katledildiğini görmezden gelme izni vermez” (Derrida 106). Aydınlanmacı ve modern akıl kavrayışı da eleştirilerden kaçamamış, aklın artık kendi karşısına ve modern vaatlerin her birinin de tahakkümün maskesi haline dönüştüğü iddia edilmiştir. “Akıl katı amaçları doğrultusunda tüm diğer araçları üretmeye uygun, maddi üretimdeki kesin hesaplanmış uğraşa kadar melun, genel geçer bir araç işlevi görür” (Adorno ve Horkheimer 48). Nihayetinde modernizmin bir karşıtı biçiminde tanımlandığı şekliyle postmodernizm, modern tüm teorik ve pratik alanların merkezinde bulunan aydınlanmacı, evrenselci ve bütünleyici ilkelerin tam da bu niteliklerinden dolayı eleştirisine ve reddine odaklanmış görünür. Tüm *üst-anlatılar’a inanmazlık* olarak tarif edilen postmodernlik, modern felsefi, bilimsel ve toplumsal metasöylemlere (tinin diyalektiği, anlamın yorumbilimi yani hermeneutik, rasyonel ya da çalışan öznenin özgürleşimi ve zenginliğin yaratımı) bir eleştiri çerçevesinde tanımlanmaktadır (Lyotard 12). Çağın teknolojik ilerleme düzeyi ile ilişkili biçimde bazı postmodern teorisyenler -Baudrillard ve Harvey gibi- ise bilgisayar ve medya gibi teknolojilerin, yeni bilgi biçimlerinin ve toplumsal ekonomik sistemlerdeki değişimlerin bir postmodern toplumsal oluşum ürettiğini işaret ederler (Best ve Kellner 16). Marksist teorisyenler de postmodernizmin, kapitalizmin hakimiyetinin küresel boyutlara taşındığı bir düzeyi ifade ettiğini vurgulamaktadırlar.

Modernliğin yerine geçen veya modernliğin sonunu ilan edip bir postmodern çağıdan bahseden teoriler yanında yaşananın bir modern-postmodern kırılması değil, modernliğin radikalleşmesi olduğunu iddia eden teoriler de mevcuttur. Postmodernlik döneminden ziyade modernliğin sonuçlarının eskisinden daha çok radikalleştiği ve evrenselleştiği bir başka döneme doğru girdiğimiz iddia edilmektedir. Giddens’e göre, “modernliğin ötesinde oluşmakta olan yeni ve farklı düzenin ana hatlarını algılayabiliriz; bu düzen “postmodern”dir; ama, şu anda birçokları tarafından “postmodernlik” olarak adlandırılardan da oldukça farklıdır” (Giddens 11). Nitekim toplumbilimsel ve felsefi bakımdan modernliğin tüm temelci, evrenselci ve yapısalcı karakterlerine dair başlayan eleştirilere referansla modernliğin içerisinde yine modernliğe dair bir eleştirinin varlığına vurgu yapılarak salt bir kırılmanın eleştirildiğini görüyoruz. Giddens’e göre, “temelcilikten kopuşun, felsefi düşünce içinde kaynaklarını on dokuzuncu yüzyılın ortasıyla sonları arasında bulan önemli bir bölünme olduğu yargısına karşı çıkmak zordur. Ancak, söz konusu gelişmeyi modernliğin aşılmasından çok, modernliğin kendi kendini anlamaya başlaması gibi görmek daha anlamlıdır” (Giddens 48). Yine Jürgen Habermas, modernliğin *bitmemiş bir proje* olduğunu, limitleri ve yıkıcı etkilerine karşı eleştirilmek ve yeniden tanımlanmak koşuluyla pek çok kaynağa sahip olduğunu iddia etmektedir (Habermas 38).

Modernizm-postmodernizm tartışmalarına dair yukarıdaki kısa çerçeveden de anlaşılacağı üzere, tartışmaların ürünü olan eleştiriler, kavramsal analizler ve incelemeler, modern sanat, kültür, politika ve hukuk gibi alanların dayandıkları temel ilke ve kavramların yeniden değerlendirilmesinin önünü açmaktadır. Dünya çapında son yıllara damgasını vuran 11 Eylül, insan hakları ihlalleri, mülteci krizleri, küresel pandemi ve temsili demokrasinin meşruiyeti sorunsalları, hukuku ulusal ve uluslararası hak ve özgürlük ihlalleri, hukukun araçsallaşması, adalet ve yasa ilişkisi, özgürlük ve güvenlik dikotomisi bağlamında da tartışmayı gerekli kılmıştır. Bu açıdan bakıldığında modern hukuk kavrayışına eleştirel yönelimin ortaya çıkmasının önemli nedenlerinden biri de çağdaş pratiklerin yanında modern hukukun bu pratik meselelerin sebeplerinden biri olduğu iddiasıdır. Modern hukukun içerdiği ve uzun süre hak, özgürlük, adalet ve yasa gibi kavramları tanımlamamıza dayanak olan teorik temeller, artık mevcut sorunsallarımızı çözememekle, pratikte de küresel kapitalizmin meşruiyetini ve verimliliğini sağlayan bir araca dönüşmekle itham edilmektedir. Modern hukukun, bu haliyle demokrasi, çokkültürlülük ve çoğulculuk tartışmalarına entegre edilemeyeceği ilan edilmiştir. İdeolojik büyük anlatıların, liberal ve kapitalist ekonomik gereksinimlerin kabul edilmesinde ve normalleştirilmesinde hukukun rolünün öne çıkartılması, çağdaş, eleştirel bir hukuk okumasının önünü açmaktadır. Bu haliyle hukukun çoğulcu, çokkültürlü, intersübjektif çağdaş yaşam içerisinde ele alınmasının gerekliliği gözler önündedir.

Söz konusu gerekliliği çağdaş hukuk tartışmaları içerisinde karşılayan ilk tavır, özellikle insan hakları temelinde hukukun bağımsızlığını ve üstünlüğünü vurgulayarak, yeni taleplerin karşılanmasına

yönelik daha dinamik ve etkin bir hukukun tesis edilmesidir. Bunun alternatifi ise, hukukun söz konusu etkin pratiğinin birey ve toplum üzerindeki hegemonik etki alanının ve işlerliğinin daha da azaltılmasıdır. Yine de bu iki tavrı açık kılmak modern hukukun teorik ve pratik dayanaklarına dair bir serimlemeyi gerekli kılmaktadır; çünkü modernizmin tarih, toplum, felsefe ve politikayı dönüştüren temel karakteri hukukun modern kavranılışını ve postmodern alternatifini ele almak için zorunludur.

Modernizm ve Hukuk

Modernliğin hukuka ilk etkisinin Orta çağ boyunca hâkim olan insanlar arasındaki Tanrı ve inanç merkezli bağıntı kategorisinin sekülerleşmeyle birlikte etkisini yitirmesi olduğu açıktır. Zira insanları birbirine bağlayan bireysel ve toplumsal bağın ne olması gerektiği sorusu sekülerleşmeyle birlikte yeni bir cevap bulmuştur. Bir arada yaşamı özel ve kamusal biçimde düzenleyecek ve insanları bu yaşam kategorilerinde birbirlerine bağlayacak seküler bağıntı, adaletin, yasanın ve özgürlüğün olduğu kadar, insanların yurttaş biçiminde tanımlanmalarının da referansı olmuştur. Bir arada yaşam iradesini Tanrı Devlet'ine referansla değil, insansal yaşamdan, ihtiyaçlardan, insan doğasından ve çıkarlardan hareketle gören seküler bakış açısı söz konusu referansı göksel semalarda değil yeryüzünde aramaya başlamıştır. Çok uluslu imparatorlukların dağılarak ulus devletler çağına başlamasıyla, tanımı ve işleyişi açısından yurttaşlık bağının meşruiyeti aşkın veya dışsal bir referanstan değil, bağımsız ve kendi kurallarını kendi kuran otonom bir baği ortaya çıkarmıştır. Ulusu, ulus devleti ve hukuku tanımlayacak ve yurttaşları da bu tanımla birbirine bağlayacak, hatta buna zorlayacak bir meşruiyet de yine hukukun otonomisinde ve biçimselliğinde bulunmuştur.

Doğal hukuk geleneğinin insanların bir arada yaşam modalitesini *Logos* ve *Tanrı*'da bulan geleneksel tartışmalarından farklı biçimde modern hukuk, bu modaliteyi insan doğasını merkeze alarak, ihtiyaçlarda, güçte, iradede ve son olarak Aydınlanma'da akılda bulmuştur. Benzer biçimde bu dayanak ilkeleri insanlar arası bağıntıyı sağlayan modern hukuk öğeleri oldukları kadar, adaletin, yasanın, suçun ve cezanın meşruiyetini de oluşturmuşlardır. Aydınlanma'da akla verilen büyük değer, sadece bilimsel ve felsefi bakımlardan değil, toplumsal yaşamla ilgili tüm gerçekliğin ve yasaların akıl tarafından bilinebileceğine ve tesis edilebileceğine olan kabulü beraberinde getirmiştir. "Bu niteliğiyle aydınlanmanın, toplumsal yaşam dünyasını düzenli bir bütünlük olarak gördüğü ve bütünlüğü açıklamaya çalışan bir model geliştirdiği söylenebilir. Bu açıklama modeline göre, doğru yapılan bir analizle toplumsal oluşumları önceden tahmin edip onları denetim altına almak mümkündür. Bu sayede yapılacak planlar ve tasarımlar yoluyla toplum istenilen şekilde düzenlenebilir" (Yüksel 118). Bu nedenle on yedi ve on sekizinci yüzyılda modern kapitalist ekonomik ve toplumsal alanların karmaşıklaşan yapısını analiz edecek ve düzenleyecek olan yegâne öge akılsal bir ürün olan hukuk olmuştur. Bu haliyle Aydınlanma'da Kant'ta ulaştığı zirve noktasında², her türlü dışsal ve aşkın referanstan kendisini kurtaran ve bu yönüyle otonom olan aklın tesis ettiği hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğü de kaynağını bulmuştur. Dolayısıyla akla dayanan bir hukuk, dinsel, metafiziksel referansların dışında ama insanlar arası hak ve özgürlük çatışmalarını çözebilecek, aynı zamanda evrensel bir düzenleyici konumunu kazanmıştır. Bauman'a göre "insan mutluluğu, kaderin hoş karşılanan fakat açıklanamaz ve talep edilmemiş armağanı olmak yerine, bilgi ve onun uygulamalarını temel alan düzenli tasarımların ürünü olacaktı. Modernite sözünü yerine getirdikten sonra, artık refahınız ve mutluluğunuz için talihe bel bağlamak zorunda kalmayacaktınız" (Bauman 124).

Hak, özgürlük, refah ve yurttaşlığın meşruiyetinin dayanağı sorusuna dair cevap Aydınlanma paradigması içerisinde Fransız Devrimi'nde nesnelleşmiş, ekonomik ve politik hak ve özgürlük talepleri, meşruiyetin kaynağına dair modern cevabı hukuksal ve kamusal biçimde görünür kılmıştır. Bu haliyle de Fransız Devrim'i tüm modern devrimlerin ve toplumsal hareketlerin içerisinde bulunan "toplumu dönüştürmek isteyenlere bir esin, retorik ve sözcük dağarcığı, model ve kıyaslama ölçeği sunuyordu" (Hobsbawm 51). Devrimde açığa çıkan modern hukuksal pratik, insanların iradelerinin ulus devleti kurmaktaki ortaklığını soyut, ilahi veya metafizik ilkelere başvuruda değil, insansal alanın

² "Kant, geleneksel metafiziğin kavram çerçevesinin ve dogmatik türdeki kanıtlama dizgesinin dışına çıkarak, eleştirel bir tavır almış oluyordu. Amaç "kitapların veya dizgelerin eleştirisi" değil, metafiziğin bilgi dayanaklarının eleştirisiydi. Burada 'geleneksel'le ayırım çizgisi, dogmatik düşünürlerin metafizik yargıların kaynağını yine metafiziğin kendisinde aramalarına karşılık, Kant'ın bu yargıların kaynağını metafizik dışında, salt aklın genel yasalarında aramaya yönelmesidir" (Altuğ 38).

içerisinden çıkarılabilecek bir yapıda aranması gerektiğini gözler önüne sermiştir. Böylece modern hukuk, kişilerin eşit biçimde bir aradalığını tesis etme veya toplumsal entegrasyon sorununu, yurttaşlar olarak ulusun parçası olmaları aracılığıyla kişilerin politik veya hukuksal bir yapıya dâhil olduğu kabulüyle cevaplamıştır. Hem devletin meşruiyeti hem de yurttaşların birbirlerine ve devlete bağlılıkları, hukuk pratiği açısından, söz konusu ulus kavramı çerçevesinde kendilerini politik ve hukuksal bakımdan eşit, ortak katılımcılar olarak gören bireyler arasında yapılan toplum sözleşmeleriyle ve anayasalarla güvence altına alınmıştır.

On dokuzuncu yüzyıla gelindiğinde devletin hukukla olan ilişkisi, devletin kurumsal gelişimine paralel biçimde daha da sıkılaştığında, hukuk artık “içeriğini dinden, geleneklerden ve birbirleriyle birleşen grupların anlık uygulamalarından alan bir dizi ilke ve norm olmaktan çıkmış, tüm açıklığıyla izlenen politikanın ürünü (ve kaçınılmaz olarak aracı) haline gelmiştir” (Poggi 40). Bu noktada aynı zamanda on dokuzuncu yüzyılın pozitivistizminin hukuk üzerindeki etkisini göz ardı etmemek önem arz etmektedir. Hans Kelsen ve Jeremy Bentham gibi hukuk teorisyenleri, hukukun prosedürel karakterini öne çıkararak pozitivistizmin doğa bilimlerindeki egemenliğini pratik alanlara uygulama çabasının ürünü olan bir hukuk bilimi tanımına ulaşırlar. Bu çaba, hukukun saf, içeriksiz bir bilim olarak tanımlanma amacına hizmet eden hukuksal pozitivistizm aracılığıyla bilim olarak hukuku tanımlamayı getirmiştir. Hukuksal pozitivistizmle birlikte, hukukun olgularının sadece yasalar olduğunun kabulü ve yasalar dışında başka hiçbir şeyin hukukun ilgi alanına girmediği anlayışı hukuk teorisi ve pratiğinin merkezine yerleşti.

On dokuzuncu yüzyılda siyasal ve sosyal dönüşüm yönündeki baskıların hızlanıp yoğunlaşması, bu oluşumu örgütlemek ve rasyonel olarak düzenlemek isteğini güçlendirmiştir. Buna göre temel toplumsal sorunları ve olguları sosyal bilimler inceleyip ortaya koyacak, hukuk ise toplumu örgütleme ve düzenleme hedefi doğrultusunda bir araç işlevi görecek. Bütün bunlar ise, toplumun yasalarını koyacak bir pozitif bilim temeli üzerinde yükselecek pozitif hukuk yoluyla yapılabilecekti (Yüksel 124).

Modernizmin liberal ve kapitalist gelecek tasavvuruyla birleştiği on dokuzuncu yüzyıl ve yirminci yüzyılda modernlik, teknolojik veya ekonomik ilerleme olarak üretim ilişkileri açısından kapitalist hegemonik bir kalkınma modelini sunarken, bu modele uygun bir toplum biçimlendirmeyi mümkün kılacak olan politika, hukuk, eğitim ve toplumsal dinamikler pozitivist bir toplum mühendisliğinin araçları haline geldi. “Modern toplum mühendisliği fikri, güvenilirliğini yenilmez “derinlik kurallarının” varsayılmasına dayandırılıyordu. Bunlar o zamana kadar keşfedilmemiş ve iyi anlaşılmamış, fakat aklın çabasıyla yüzeye çıkarılacak olan, tesadüfler ortadan kaldırıldığında doğayı ve insan varlığını düzenli ve tamamen normal bir şekilde idare edecek katı kanunlardı” (Bauman 125). Hızlı modernleşme sürecinde toplum mühendisliğinin en kullanışlı aracı veya toplumu birleştiren harcı, toplumu, yurttaşları ve kurumları biçimlendiren bir kurallar bütünü olarak kabul edilen hukuk oldu. Devletlerin de her yasa ve anayasa yapma yetkinliği pozitif bir bilim alanı olarak hukuk biliminin alanı ve hukuk bilimcilerin yetkisi dahiline devredildi. Böylece hukukun pozitivist yorumu, hukuk devleti kavramsallaştırmasıyla hukukun siyasallaşan emredici yorumunu yasaların adillığının önüne geçirmiştir.

Siyasetin tüzelleşmesi ve hukukun siyasallaşması arasındaki denge değişken ve hassas bir dengedir; fakat ne ölçüde değişirse değişsin, siyaset ve hukuk olgularının karşılıklı etkileşimi (özellikle 19. yüzyılda) giderek daha derinleşmiş ve her iki olgunun da yapısına önemli ölçüde müdahalede bulunulmuştur. Bu husus, özellikle yasanın hükmü, *Rechtstaat*, yani hukuksal pozitivistizm gibi ifadelerin üzerine bindirilen ideolojik yük ile vurgulanır. (Özellikle yasal pozitivistizm, kendisine karşı çıkan ve ‘doğal yasa’nın doğuşuna kaynaklık etmiş olan eski doğa anlayışını ve hukukun kaynaklarını saf dışı etmeyi amaçlar. Hukukun (*ius*) geçerliliğinin adil olmaktan mı (*ius quia iustum*) yoksa emredilmesinden mi (*ius quia iustum*) türediğine ilişkin asırlardır sorulagelen sorunun karşısında, yasal pozitivistizm kesinlikle ikinci safta yer alır) (Poggi 40).

Nitekim “hukuk bilimi, yalnızca yasayı tanımladığı ve kesin biçimde yasa olmayan her şeyi bu tanımlamanın nesnesi olmaktan çıkarmaya çalıştığı için yasaya ilişkin saf bir teoridir. Teorinin amacı, hukuk bilimini yabancı öğelerden özgür kılmaktır” (Kelsen 1). Böylece “hukuku toplumsal

bağlamından kopartarak onu sadece bir kavramlar, kurallar ve kurumlar bütünü olarak gören hukuk biliminin yaklaşımıyla, toplumsal gerçekliğe olgular ve şeyler dünyası olarak bakan bilim anlayışı arasında bir ortaklık vardır” (Yüksel 126). Bu yanıyla yasalar ve anayasalar da her bir insanın doğa yasalarına tabiiyetine benzer biçimde hukuksal yasalara bağlılığını tesis edecek hukuk bilimsel metinler haline geldiler. Bu yüzden bilimsel olgular olarak görülen yasalar ve anayasalarda, kısacası yine bağlayıcılığı kanıtlanmış olduğu düşünülen ve kendilerine itaatten başka bir eylem bırakmayan bir sistemde yurttaşlara kalan tek eylemin boyun eğme olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Kısacası bir bütün olarak modern hukuk kavrayışı, bir düzen teorisi oluşturma iddiasına dayanır. Fakat modern hukukun bu iddiası, tüm katılımcılarının bakış açılarını, yani başta yurttaşların, yasa koyucuların, özel veya kamusal kişilerin rollerini kapsayacak biçimde hukukun teorisinin ve pratiğinin incelenmesini ve eleştirilmesini engeller. Bu yanıyla, modern hukuk teorisi, öncelikle politik ve toplumsal bileşenler ve özellikle yurttaşlar için neyin iyi, doğru, haklı, adil ya da tersi olduğuna dair bir karar ve yasal söylem teorisidir. Bu karar alanı içerisinde hukuktaki normlar ve insansal yaşam dünyasında biçimlenen değerler arasındaki içsel gerilim, yasal kesinlik ilkesi ve yasanın meşru bir uygulaması, yani doğru kararı vermek iddiası arasındaki gerilim olarak kendisini sunar. Kurulmuş olan yasa, hukuksal olarak beklenen davranışı bireylere zorlar ve böylece yasanın kesinliğini garantiye alır. Diğer yandan da bu hukuk yorumu, yasa yapma ve uygulama süreci içerisinde sabitleştirilen beklentileri meşrulaştırmayı vaat eder (Habermas 1998). Fakat böylece hukuk,

toplum düzeninin kuralları ve uygulama politikaları konusunda aynı şekilde formüle edilen bireylerden ibaret bir “evrensel izleyici” haline gelir ... Çoğu yurttaş bu hukuk anlayışının yararsız olduğunu düşünür. Bu arıtılmış hukuk düzeni imajından dolayı, fiili hukuk pratiği bireyleri savunmaya başlayabilir. Adalet kolay ulaşılamaz hale gelir: Cemaat sorunlarına duyarlı hale gelmez, hukukun tatbiki komşuluk kültürünü ihlal etmeye başlar ve hukuk uzmanları ile yasama sistemine giriş hakkı önceliği tanınır. Bu yolla merkezsizleştirilen hukuk, yasal açıdan mükemmel fakat toplumsal açıdan yıkıcı kararlarla sonuçlanır (Murphy 126).

Bu andan itibaren modernitenin özne, tahakküm, araçsal akıl, bilim, liberalizm ve kapitalizm son olarak da iktidar kavramsallaştırmalarına dair tüm postmodern eleştiriler hukuk alanında görünür olmaya başlar ve postmodern hukuk teorilerinin hukuku ele alış tarzındaki farklar belirginleşir.

Postmodern Hukuk

Postmodern hukuk teorilerinin genel talebi sorgusuz itaat değil, yurttaşların, hukuksal kurumların ve organların yasalara dair demokratik konumlarının, aslında onların içerdikleri hak, özgürlük, adalet gibi ilkelerin yeni koşullarda yeniden ele alınması ihtiyacının karşılanmasıdır. Zira modern demokratik toplumlarda hukukun üstünlüğüne bağlılık, hukukun yurttaşları eşitler olarak gören karakterinde tek tek her bir yurttaş politik bir birliğin üyeleri olarak betimlemesinden kaynaklanır. Modern hukukun yasa önünde eşitlik ilkesi uyarınca belirli bir kuralın benzer durumdaki tüm bireylere uygulanması ilkesini ifade eden biçimsel adalet kavrayışı da insanları hukukun üstünlüğüne inandırmakta yetersiz kalmaktadır. Modern hukuksal biçimcilik yerine önerilen yeni hukuksal biçimcilik,

hukuku, politik alandan ayrı kalmış olan toplumsal etkileşim alanını kendisi için yontan içsel biçimde gelişen dinamik bir pratik olarak kavrar. Yeni hukuksal biçimcilik ne dilin şeffaflığının ne de hukuksal doktrinin veya hukuksal kuralların sonuçları belirlemesi gerektiğine olan inanca dayanır. Her şeye rağmen, yeni hukuksal biçimcilik, hukuksal ilişkileri bazı hukuk dışı normlar veya süreçlerden ziyade hukuka içsel olan bir şeyin belirlediğini ve hukuksal olanları, politik olanlar da dahil, hukuksal olmayan toplumsal ilişkilerden ayırmaya hizmet ettiğini öne sürdüğü ölçüde uygun bir biçimcilik türü olarak kabul edilir (Rosenfeld 169-170).

Zira ideal durum ile yaşamsal gerçekler arasındaki uyumsuzluk, söz konusu biçimsel adaletin gerçek durumlardaki adaletsizlikleri gidermekteki yetersizliğini, kurumsal olarak hukukun adalet ile arasında bir uçurumun varlığını öne çıkarmaktadır. Nitekim bu uçurum, “adaletin, adalet uygulaması karşısındaki indirgenemezliği; “yani sonsuz, hesaplanamaz, kurula isyankar, bakışlımlılığa yabancı, heterojen ve heterotop olan adalet ile meşruluk ve yasallık, dengelenebilir ve tüzüğe uygun, hesaplanabilir, kurallı ve kodlu yönergeler sistemi olarak adaletin uygulanması olarak hukuk”

arasındaki kapatılamaz mesafe”dir. (Ağtaş 58). Buna yönelik gelişen itirazla birlikte, hukuk üzerine düşünüm, haklara, adalete ve özgürlüklere ilişkin doğal hukuk öğretilerinde içerildiği biçimiyle temeline aşkın ilkeleri, üst anlatıları veya hukuksal pozitivizmin salt prosedürel indirgemeciliğini koyamayacağı anlamına gelir. Bundan dolayı “hukuk uygulaması, vatandaşları soyut ve çoğu zaman ilgisiz kurallara itaate zorlamaktan çok, hak taleplerini uzlaştırmalıdır” (Murphy 127). Postmodern hukuk anlayışına göre, “toplumsal ahenk soyut yasalarla teminat altına alınamaz; çünkü yalnızca kendi farklılıklarını tartışmaya muktedir insanlar bu amacı gerçekleştirebilir. Bu nedenle hukuk postmodernistlere göre, diyalogu kolaylaştırmalıdır ... adalet kişilerin birbirine saygı göstermelerinin ürünüdür; öyle ki, aralarında engellenmemiş bir söylem mümkün olabilsin” (Murphy 128). Bu, hukukun ve yasaların meşruiyetinin dayanağı sorununun çözümünün, artık toplumun kendi eliyle yarattığı kurumların işleyişine dair eleştiriyi, dilsel analizi, yorumlamayı, moral ve politik bir yargılamaya yetisini koymak demektir. Bu tür bir yetinin merkezinde ise hukuk ve adalete ilişkin yeni taleplerin karşılanması olacağı açıktır.

Postmodern eleştiri, artık hukukun meşruiyetini, hak, özgürlük ve adalet ilkelerini zaman üstü kaynaklara, büyük anlatılara ve ideolojilere referanslarla tanımlama çabasını aşar. Nitekim özellikle bizi hukuk biliminin ve hukuka dair yaygın görüşün sınırlarını aşmaya zorlayan şey, hukuksal kararların haklı veya adil olup olmadığını sorgulamaya yönelttiğimiz sorunlarıdır. Artık “hukuk ne Tanrı tarafından bildirilmiştir ne de bilim tarafından keşfedilmiştir; tamamen insan yapımı bir eserdir” (Spinoza 21). Hukukun insan yapımı olması vurgusuyla kastedilen şey, hukukun ve yasaların yapısında ve yönteminde içerilen katılım ve çoğulculuk tartışmalarının artık çağdaş hukuk tartışmalarının merkezinde olmalarıdır. Bu yanı sıra postmodern hukuk kavrayışı, bireysel ve kolektif hakların düzenlenmesinde politik ve kamusal katılımı kısıtlayıcı otoriter iktidar pratiklerini eleştirmektedir.

Çağdaş politika ve hukuk teorilerden müzakereci demokrasi, çokkültürlülük, radikal demokrasi ve feminist hukuk kuramları gibi teoriler, insan hakları tartışmaları lokal ve global ölçekte yaşanan hak ihlalleri ve savaşların gözler önüne serdiği biçimiyle çağımızda demokrasi, temsil, eşitlik, özgürlük ve adalet gibi ilkeleri yeniden tartışmaya girişmiştir. Bu tartışma, hukuk üzerine düşünümün hak, adalet, yasa gibi ilkelerin hukukun sınırlarını aşan biçimde politik alanı da işgal eden çağımız sorunları olduğunu serimlemiştir. Nitekim, çağdaş hukuk kuramlarının ortaklaştığı nokta, hukuku yasalara indirgemeyi aşan biçimde çok kültürlü, çoğulcu, çok kimlikli bir dünyanın ihtiyaçlarına insansal tüm alanlar içerisinde nasıl cevap verebileceği olmuştur.

Sonuç

Çoğulculuğun nasıl maksimize edilebileceğini, kimlikler, cinsiyetler, yurttaşlar ve devletler olarak farklılıklarımızı ve tikelliklerimizi yaşayabileceğimiz çağdaş müşterek bir dünyanın nasıl mümkün olacağı sorusunu merkeze alan çağdaş politika ve hukuk teorilerinin hem doğal hukuk geleneğini hem de modern pozitivist bakış açısını aşacağını söyleyebiliriz. Toplumsallığın koşulunu devlete ve hukuksal sistemlerin tesisine bağlayan modern doğal hukuk kuramlarının politikayı devletle, hukuku da onun normativitesiyle özdeşleştiren perspektifi, çağımız problemlerini çözmede yetersiz kalmaktadır. Özel ve kamusal alan ayrımının ortadan kalktığı, farklılıkların ve çoğulculuğun, çok kimlikliliğin ve çokkültürlülüğün politikanın ve hukukun meseleleri olduğu kabulüyle birlikte, çağdaş politika ve hukukun kapsayıcı yeni tanımlarının yapılması temel eğilim olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine karşımızda insan haklarından, hayvan haklarına, ekolojiden siber alanlara kadar genişlemiş yaşamsal sorunlar mevcuttur. Söz konusu alanların içerildiği ve bu nedenle genişleyen hak ve özgürlük problemleri, bizi hak, adalet, özgürlük gibi ilkeleri yeniden düşünmeye zorlamaktadır. Tam da bu nokta, bize hukukun dilinin ve yapısının normatif olduğunu hatırlatır. Her ne kadar modern hukuka ilişkin evrensellik ve bağlayıcılık ilkelerine dair eleştiri postmodern hukuka yönelik bir yapı sökülümün temel karakterini oluştursa da aslında insanların bir arada yaşamı düzenleyen normativiteye, yani hukuka duyduğu ihtiyacı da görmezden gelmek mümkün değil.

Sonuç olarak hukukun meşruiyeti adalet ilkesinde temellenir ve dili normatiftir. Bu, modern hukuku tamamen eleştirmeden kabul etmeyi ve hukukun postmodern eleştirisini görmezden gelmeyi veya sadece postmodern hukuk eleştirisini her türlü insansal ihtiyacın üzerine koymayı önermek demek değildir. Aslında postmodernizmin açtığı tartışma alanları ve doğurduğu yeni sorular, insansal alanın kendisi üzerine düşünmeyi hukuk açısından sürekli dinamik tutmayı sağlaması bakımından

önemlidir. Bu açıdan bakıldığında “bu sorgulama adaletin yapı sökümü kadar onun yeniden inşasını da meydana getirir” (Cornel, Rosenfeld ve Carlson, ix). Böylece modern hukukun statik muhafazakarlığını aşmak, çağdaş ve eleştirel bir hukuku mümkün kılmak, postmodern eleştirinin verdiği imkânı göz ardı etmemekle, hukukun eleştiriden geçen ilke ve kavramlarının sürekli biçimde yeniden tartışılmasıyla mümkün olabilir.

KAYNAKÇA

- Adorno, T. W. Ve Horkheimer, M. *Aydınlanmanın Diyalektiği*. Çev. N. Ülner ve E. Ö. Karadoğan. İstanbul: Kabalcı, 2010.
- Agtaş, Özkan. *Ceza ve Adalet*. İstanbul: Metis, 2017.
- Altuğ, Taylan. *Modern Felsefede Metafiziğin Elenmesi*. İstanbul: Belge, 2016.
- Arendt, Hannah. *Men in Dark Times*. New York: Harvest Book, 1995.
- Bauman, Zygmunt. *Modernite, Kapitalizm, Sosyalizm Küresel Çağda Sosyal Eşitsizlik*. Çev. F. Doruk Ergun. İstanbul: Say, 2013.
- Best, S. ve Kellner, D. *Postmodern Teori*. Çev. M. Küçük. İstanbul: Ayrıntı, 2011.
- Delacampagne, Christian. *20. Yüzyıl Felsefe Tarihi*. Çev. D. Çetinkasap. İstanbul: Türkiye İş Bankası, 2010.
- Derrida, Jacques. *Specters of Marx*, Çev. Peggy Kamuf. London: Routledge, 1994.
- Giddens, Antony. *Modernliğin Sonuçları*. Çev. E. Kuşdil. İstanbul: Ayrıntı, 1994.
- Habermas, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Çev. W. Rehg, Massachusetts: The MIT Press, 1998.
- Habermas, Jürgen. “Modernity: An Unfinished Project”. *Habermas and The Unfinished Project of Modernity*, eds. Maurizio Passerin D’Entereves ve Seyla Benhabib. Massachusetts: The MIT Press, 1997. 38-55.
- Hobsbawm, Eric, J. *Fransız Devrimine Bakış*. Çev. O. Akınhay. İstanbul: Agora, 2009.
- Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*, Çev. M. Knight. California: University of California Press, 1967.
- Lyotard, Jean-François. *Postmodern Durum*, Çev. Ahmet Çiğdem, İstanbul: Vadi, 1997.
- Murphy, John, W. *Postmodern Sosyal Analiz ve Eleştiri*. Çev. H. Arslan. İstanbul: Paradigma, 2000.
- Poggi, Gianfranco. *Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği*. Çev. A. Babacan. İstanbul: Bilgi Üniversitesi, 2014.
- Rosenfeld, Michel. “Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy and the Temptations of the New Legal Formalism”, *Deconstruction and The Possibility of Justice*. Eds. Cornel, Rosenfeld ve Carlson. New York: Routledge, 1992. 152-211.
- Spuiot, Alain. *Homo Juridicus*. Çev. B. Açımız Ünal. Ankara: Dost Kitabevi, 2005.
- Yüksel, Mehmet. *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*. Ankara: Siyasal, 2004.