

## BAZI ELEŞTİREL HUKUK TEORİLERİNİN ELEŞTİRİSİ\*

Robert W. Gordon

Çev.: Ar. Gör. Serkan Gölbaşı\*\*

İlerici hareketler içerisinde yer alan birçok hukukçu, öyle bir sonuçsuzluk ve tükenmişlik durumuna ulaştı ki, son otuz yılın, sosyal aktivist hukuk tarihinde olağanüstü yaratıcı bir dönem olduğunu hatırlamayı zor bulabilir. Yeni sosyal hareketler, – medeni haklar, kadın hakları, refah hakları, çocuk hakları, eşcinsel hakları, uluslararası insan hakları, göçmenlerin ve tarım işçilerinin hakları, çevrecilik ve topluluk gelişimi – yeni hukukçuluk becerileri ve stratejileri, müvekkillerle ve müvekkil topluluklarıyla yeni etkileşim tarzları talep etti ve hukuksal kurumlarda çarpıcı yeniliklerin ortaya çıkmasına neden oldu: hukuk reformu temelli hukuksal hizmet ofisleri ve “kamusal çıkar” pratikleri, yönetsel işlemlere kamusal çıkar müdahalesi gibi yeni roller ve çareler, kamusal çıkar sınıf eylemi, yapısal mahkeme emri(structural injunciton), ve “amatör hukukçuluk” eğitimi gibi.

Bu dönem, ilerici hukuksal teori tarihinde de olağanüstü, muhtemelen 1920’ler ve 1930’lardaki hukuksal realizm akımlarından bu yana en yaratıcı dönem oldu. “Eleştirel” hukuk teorilerinin gelişimine katkıda bulunan hukukçular birçok farklı başlangıç noktalarından yola çıkmışlardı –hümanist entelektüel il-

---

\* Makale, David Kairys (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, 3rd.ed., New York: Basic Books içinde “Some Critical Theories of Law” adıyla yayınlanmıştır. Robert W. Gordon, Yale Üniversitesi Tarih Fakültesi’nde Tarih ve Hukuk profesörüdür. Makalenin çevirisi yazarın yazılı izniyle yapılmıştır. Hocam Doç. Dr. Mehmet Tevfik Özcan’a makaleyi önerdiği ve çeviri üzerinde yapmış olduğu düzeltmeler için teşekkür ederim.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

gilere sahip ve 1960'lar ve 1970'lerde sol-liberal politik hareketlere (medeni haklar ve Vietnam savaşı karşıtlığı) katılmış olan hukuk hocaları; kendilerini sosyalizm ya da feminizm veya her ikisinin neo-marksist versiyonlarıyla tanımlayan radikal aktivistler; bazıları Ulusal Avukatlar Derneği'ne üye olan ve kolektif hukuk pratikleri, hukuksal yardım, hukuk okulu klinikleri ve diğer ilerici uygulamalarda görev alan avukatlar bu hukukçular kuşağını oluşturan unsurlardı. Başlangıçta çoğunlukla beyaz ve erkeklerden oluşan eleştirel hukuk teorisyenleri çevresi, ırk, etnik köken ve toplumsal cinsiyet bakımından büyük bir çeşitlilik göstermeye başladı; ve ayrıca olağan konferansları bir çatışan ve yarışan görüşler Babiline dönüşme noktasına varacak ölçüde şaşırtıcı bir entelektüel ve ideolojik çeşitliliğe ulaştı. Ama meslek, köken ve bakış açılarındaki bütün farklılıklara rağmen, hukuka yönelik eleştirel düşünceyle ilgili herkes, belirli ve genel bir fikirler kümesi etrafında birleşmeye eğilimliydi.

Bu fikirlerin nasıl geliştiğini anlamak için, 1960'lı yılların sonlarında hukuk hakkında ciddi bir biçimde düşünmeye başlamış olan bir öğrenci hayal edin. Bu dönemde söz konusu öğrenci, hocalarının ilgileri ve ders kitaplarıyla, dışarıdaki dünya arasındaki sersemletici tezat karşısında afallamış durumda olacaktır. Bugün bir hukuk öğrencisi "gerçek dünya"ya atıfta bulunduğunda genellikle pratiğin dünyasını kasteder; oysa 1968'de elbette ki "gerçeklik" dışarıdaki politik kaostu. Okullarla caddeler arasındaki tezat -medeni haklar yürüyüşleri, yanan kentler, Vietnam protestoları- kesinlikle hukuk eğitiminin ortodoks gündeminin otoritesini bugüne kadar toparlanamayacak derecede tahrip eden temel faktörlerden biriydi.

Hukuk hocalarının öğrettikleri, bugün de hala çoğunlukla olduğu gibi, öğretisel analiz ve siyasa analizinin bir karışımıydı. Öğretisel analiz, bir tür ılımlı hukuksal realizmdi: somut olayın çözümlenmesi için formel argümanları; nasıl eleştirel bir şekilde analiz edeceğimizi ve onları; olayı açıklayacak olan faktörleri, kuralların arkasında yatan "prensipler" ve "amaçlar" tabakasını bulmak için nasıl kullanacağımızı öğreniyorduk. Siyasa analizi, güncel vakalar için kullanılan alelacele bir faydacı(utilitarian) metottu: bu yöntemin, "toplum" tarafından arzulanan ve bir ölçüde hukuksal sistemin doğasında bulunan siyasalara katkıda bulunacak çözümleri savunmamızı sağlayacağı düşünülüyordu. Siyasalar; ya varsayılan bir genel değerler uzlaşımına ("işlem güvenliği", ya da "bizim federalizmimiz" gibi) veya varsayılan bir tarihsel gelişme eğilimine başvuruyula türetiliyorlardı. Bazı durum-

larda çatışan “çıkarları” temsil eden yarışan siyasalar olacaktı; bu noktada siyasa analizinin işlevi “siyasaların” dengelenmesini sağlamaktı. Bütün bu tekniklerde ustalaşmış olan “zeki” bir hukukçu (yalnızca hukuksal uslamlama ve ustalığın kullanımıyla) neredeyse bütün hukuksal sorunların toplumsal olarak optimal çözümünü keşfetmeye ehil olabilecekti. Gerçekten de hukuk hakkında konuşmanın; fikirleri, raporları, argüman yöntemlerini kaplayan bütün yolları, liberal demokratik kapitalizmin güncel formlarına yönelik derin bir güvenle doluydu: piyasalardaki “piyasa aktörlerinin yapmakta olduğu düzenleme” (private ordering) genellikle özgür ve adil sonuçları sağlar; eğer sağlayamazsa, sorunlar ilgili çıkar gruplarını temsil ettikleri ve teknik uzmanlığa sahip oldukları varsayılan yasa koyucular aracılığıyla çözümlenebilirdi; hukukun görevi büyük oranda kuralların ve prensiplerin doğru yorumlanması ve uygulanmasının tekniklerinden ibaretti.

Politik iklim, 1960’lı yılların sonlarının ve erken 1970’lerin hukuk öğrencilerinin, bu nötr olarak faydalı bir teknik olarak hukuk vizyonuna ilişkin sorunları, kendinden önceki nesillere göre daha kolay algılamalarını sağlamış olmalıdır. Derin bir sosyal uzlaşma atıfta bulunmak; siyahlar ve beyazlar, şahinler ve güvercinler, kadınlar ve erkekler, hippiler ve muhafazakârlar, ebeveynler ve çocuklar arasında her geçen gün daha fazla artan bir çatışmanın bulunduğu bir toplumda pek mümkün değildi. Tarihsel ilerleme inancına başvurmak da aynı nedenle sorunluydu. Tarafsız bir elit tarafından idare edilen teknokratik bir siyasa bilimi olarak hukuk vizyonu, “en iyi ve en parlakların” yönetimini ve Vietnam Savaşı’nın meşrulaştırılmasını izleyenler için en hafif deyimle bulanıklaşıyordu. Bu kadar acı ve katliamın rahat ve iyimser bir siyasa bilimi jargonuyla açıklanışı, yalnızca herhangi bir gerçek deneyimden uzak olarak değil, aynı zamanda tam anlamıyla çılgınlık olarak algılanıyordu.

Bu koşullar altında genç hukukçular, hukukun toplumsal kullanımlarına yönelik daha makul ve daha az uzlaşmacı bir bakış açısını arzular hale geldiler ve çoğumuz bu bakış açısını; sisteme karşı sistem, iyiler için çalışma, hukuk kurallarında somut değişiklikler, daha açık ve temsili süreçler ve daha sorumlu bürokrasi tekniklerini kullanan ve genel olarak hukukun eşit adalet vaadini gerçek ve etkili kılmaya çalışan liberal ama sistem karşıtı aktivist hukukçular hareketi içerisinde bulduk.

Her ne kadar bu akımı benimseyen hukukçuların somut başarıları önemli olsa da, bu çalışmanın odağı, bu hareketin edin-

dirdiği tecrübelerin söz konusu hukukçuların entelektüel gelişmesine nasıl katkıda bulunmuş olduğudur. Ortodoks hukuk eğitiminin temel mesajı geçmişte olduğu gibi bugün de temel olarak değiştirilemez bir değerler uzlaşımının ve politik ve ekonomik gerçeklikler, dondurulmuş bir hukuksal anlayışlar ve kurumlar sisteminin, tahayyül edilebilir bir toplumsal değişimle arasına katı sınırlar koymuş olduğudur. Ama çağımızın tarihi, açık bir şekilde, sürekli ve kalıplaşmış inanç ve pratiklerin-hukuksal inanç ve pratikler dahil olmak üzere- birdenbire esnek ve değiştirilebilir olduklarının açığa çıkmasının tarihiydi. Bu değişimin nedeni ne bu inanç ve pratiklerin iktidar merkezlerinden yönlendirilmeleri, ne de Leninist komplolardı. Değişimi; kilise, işyeri, tarlalar, aileler, ilişkiler ve okullardaki binlerce yerel eylemin dönüştürücü gücü sağlamıştı. Irksal ilişki ve algılamalara, kadın ve erkek ilişkilerine, insanların doğal çevreleriyle olan ilişkilerine yönelik inançlardaki olağanüstü değişimler, bu hareketin miraslarından yalnızca en dramatik olanlarıdır.

Ama ne yazık ki diğer bir miras; hukuk sisteminin, bu sistemin kozlarını ve araçlarını kontrol edebilen herkese açık olan nötr bir teknikler dizgesi değil, zengin ve güçlü olanların lehine pek çok avantaj içeren bir oyun olduğunun sayısız örneklerle ortaya koyduğu gibi, kökleşmiş çıkarların ve fikirlerin haciyatmazlığı ve dirençliliğinin öğrenilmesi idi. Hukuksal süreçler o kadar pahalı ve yavaş ki, zayıf olan taraf tek bir davada, aynı anda onlarca davayla başa çıkabilecek bir hasım karşısında bütün güçlerini tüketebiliyordu. En umutsuz görünen bir durumda bile bir birey kendisi açısından en avantajlı kararların çıkmasını sağlayabiliyordu. Öğretisel zaferler bile zirveye fazla erken ulaşmıştı; tıpkı umut verici bir kurallar dizgesinin gerçekten tehdit edici hale gelmeden istisnalarla sulandırılması gibi. Ayrımcılık karşıtı doktrin, gruplara karşı bireyin sistemik eylemini sağlamayı başaramazken devletin bireylere karşı eylemlerini meşrulaştırma batağına saplandı; ve siyahların kazanımları orta sınıftan beyazların çıkarlarını tehdit ettiği noktada geri çekilmeye başlandı. Eşit koruma doktrini bir müddet gelir eşitsizliklerine yönelik tedbirlerle flört ettikten sonra, hızlı bir şekilde geriye çekildi.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Bkz. Alan D. Freeman, "Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine", *Minnesota Law Review*, V.62, 1978, p.1049; Derrick A. Bell, *And We Are Not Saved; The Elusive Quest for Racial Justice*, New York: Basic Books, 1989.

Reformistlerin en küçük zaferleri bile, aşırı sağ hareketleri bu zaferlerin kazanımlarını geri alma doğrultusunda mobilize etti. Muhafazakarlar, liberal devletin ve federal yargıçların yerine, muhafazakar devleti ve yargıçları getirmeyi; hukuksal hizmetleri baltalamayı ve bunlara tahsis edilen fonları kesmeyi; ırksal eşitliğin önündeki yapısal engelleri ortadan kaldırmayı amaçlayan istihdam ve eğitim politikalarını geçersiz kılmayı; yerlerine çocuk bakımının ve yaşanabilir bir ücretle çalışmanın gerçekçi araçlarını koymadan sosyal güvenlik kazanımlarını yok etmeyi; herkes için sağlık hakkını ezip geçmeyi; ve hukuka aykırı yollarla sendikacıları işten atan işverenlere yönelik iş hukuku yaptırımlarını zayıflatmayı başardılar. Ayrıca "aile değerleri" için haçlı seferleri vasıtasıyla (kısmen daha az başarılı olsa da) kadınların çocukları üzerindeki ve evlilik içerisindeki durumlarını gittikçe daha fazla kontrol etmelerini sağlayan güçlerini ve eşcinsellerin meşruiyetlerinin gittikçe artan bir biçimde tanınmasını sınırlamaya da teşebbüs ettiler.

Eleştirel hukuk teorisi kısmen, genç hukuk hocalarının ve pratisyenlerinin bu deneyimi, hukuksal sürecin ortodoks yorumcularının bu sürecin genel olarak değişmesinin mümkün olmadığı şeklindeki görüşlerine karşıt olarak, yeni bir hukuk algılaması için kullanmaları girişimiydi. Olan biteni açıklamaya yardım edecek bir teori ihtiyacı kendisini güçlü bir biçimde hissettirir hale gelmişti ve aranılan teorinin türü, hukuksal sistem içerisindeki olguları, daha geniş bir politik, ekonomik ve kültürel bağlamla bağlantılandırarak bir teori gibi görünüyordu. Bu noktada ortodoks hukuksal düşüncenin önerebileceği neredeyse hiçbir şey yoktu; çünkü her ne kadar liberal hukukçular hukuksal realistlerden hukukun sosyal politikadan ibaret olduğunu öğrenmiş olsalar da, realistlerin çalışma yöntemleri teknik (dar bir biçimde hukuksal) sorunları hukuksal analizin öncelikli konuları haline getiriyordu; akademik geleneklere göre, sosyal bağlam eğer ki tartışılacaksa, bu ancak tesadüfen ve 'geçerken'olabilirdi. Aktivist hukukçuların hukuku sosyal değişime hizmet için kullanmanın imkanlarına yönelik heyecanları ve bekledikleri değişimin hızı ve kapsamına dair hayal kırıklıkları, onları, hukuk eğitiminin odaklarından uzaklaştırmış olduğu sosyal ve politik teorinin kaynaklarına yöneltti. Bunu yaptıklarında, başlarına gelmiş olanın bütün bu süreç boyunca aslında bildikleri ama bastırmış oldukları bir şeyler olduğunu fark ettiler.

Ulaşabildikleri makul açıklamaların temel türleri, bazılarının hukuk ve toplum arasındaki ilişkinin araçsalcı(instrumentalist)

teorileri olarak adlandırdığı teorilerdi.<sup>2</sup> Liberal versiyonda, hukuk toplumsal “taleplere” verilen bir karşılıktı. Bu talepler sıklıkla devletten bazı avantajlar isteyen belirli çıkar gruplarına aitti: hukuk, çok taraflı çatışan çıkar gruplarının uzlaşma pazarlıklarını temsil ediyordu. Bazı durumlardaysa talepler daha genel olarak “toplumun” veya “ekonominin” işlevsel “ihtiyaçları” şeklinde ifade ediliyordu; örneğin “piyasa”, rasyonel hesaplama için; hukuk sisteminin, sözleşme zorunluluğu, teminat hakları, taşınmaz haklarının tescili, vs. gibi düzenlemelerle cevap verdiği sabit bir yapıya ihtiyaç duyuyordu.

Kısacası liberal araçsalcı teori toplumların istedikleri ya da ihtiyaç duydukları hukuku yarattıklarını, bir başka deyişle verili bir anda nüfuzunu sağlamış olan çıkarların istediği ya da ihtiyaç duyduğu hukuka sahip olduklarını iddia eder. Daha radikal araçsalcı teoriler ise toplumların genellikle süregelen hiyerarşik tahakküm içerisindeki iktidar ilişkileri-özellikle sınıf, cinsiyet ve ırk- sistemleri etrafında örgütlendiklerini ve hukukun birincil işlevlerinden birinin bu hiyerarşileri muhafaza etmek ve yeniden üretmek olduğunu savunurlar. Örneğin araçsalcılığın ortodoks Marksist versiyonuna göre, “burjuva” hukuku yalnızca herhangi bir grubun taleplerinin bir ürünü değil, özellikle kapitalist egemen sınıfın taleplerinin ürünüdür. Her iki versiyonda da “katı” bir ekonomik eylemler dünyası(ya da materyal temel) hukuk kuralları ve süreçlerinin “yumuşak” dünyasında (ideolojik “üstyapının” bir parçası olarak) yaşananları belirler. İki versiyonun diğer bir ortak noktası ise derin bir tarihsel değişim teorisi mantığıdır. Liberal versiyonda bu genellikle; feodalizm-merkantilizm-endüstriyel kapitalizm-örgütlü kapitalizm-modern refah kapitalizmi şeklindeyken, Marksist versiyonda biraz farklı terimlerle de olsa buna benzer şekildedir. Her iki sistem de hukuk sistemlerinin, egemen ekonomik örgütlenme tarzı için gerekli olan işlevleri yerine getiren farklı aşamalar izlediğini varsayarlar. Örneğin liberaller 19. yüzyılda tazminata ilişkin hükümlerin, kazalardan ya da imalat hatalarından kaynaklanan bütün riskleri işçilere ve tüketicilere yüklemesini ya bu endüstriyel gelişim aşaması için işlevsel (çünkü emeklemekte olan endüstriler masraflarını düşük tutma ihtiyacı içerisindeydiler) ya da kapitalistler lehine geçici bir politik iktidar dengesizliğinin(bir süre sonra bu denge sağla-

<sup>2</sup> Klasik araçsalcı metinlere örnek olarak, David B. Truman, *The Governmental Process: Political Interests and Public Opinion*, New York:Knopf, 1951; ve Ralph Miliband, *The State in Capitalist Society*, New York:Basic Books, 1969 gösterilebilir.

nacaktı) bir sonucu olarak açıkladılar; radikaller ise çok daha doğrudan bir biçimde kapitalistlerin bu bedelleri işçilere yüklediklerini söylediler.

Eğer bu iki teoriden biri seçilmek zorunda olsaydı – burada her ikisi de bilinçli olarak kendilerinin en kaba formları içerisinde dile getirildi ve *kesinlikle* liberal ya da radikallerin sunabileceklerinin en iyisi olduğu iddia edilmiyor- radikal versiyon daha açıklayıcı olan parça olurdu, çünkü herhangi bir çıkar grubunun sistemi ele geçirebileceği ve onun doğru akort tutturmasını sağlayabileceğini iddia eden liberal-çoğulcu nosyon tarihsel deneyimlerle olduğu kadar bugünün pratikleri içerisinde canından bezmiş hukukçuların deneyimleri ile de çelişmektedir. Liberal versiyonlar kitlelerin hukuk sisteminin acımasız muamelelerinden bazen yıllarca ve onunla etkili bir biçimde mücadele etmek için örgütlenmeksizin neden pasif bir biçimde zarar gördüklerini, ya da neden hukuk sisteminin sınıfsal, cinsel ve ırksal eşitsizlikleri güçlendirme işlevine ve mevcut güç ilişkilerinin yeniden üretimine doğru sabit bir eğilime sahipmiş gibi görüldüğünü gerçekten açıklamazlar.

Bununla birlikte hukukun radikal araçsalcı teorileri hakkında düşünen biri birçok sorun görmeye başlar – özellikle de bizimki gibi hukukun açık bir şekilde ezilenlerce ve dışlananlarca bir mücadele aracı olarak kullanıldığı bir toplumda. Kapitalistler devlet politikası ve hukuk aracılığıyla daima kazanmışlardır; işçiler örgütlenme ve toplu pazarlık haklarını elde etmişler, siyahlar köleliğin yasaklanmasını ve haklarının geliştirilmesi doğrultusunda hükümetlerin bazı adımlar atmalarını sağlamışlar, radikaller öğretim ve yazma haklarını, yoksullar bazı refah haklarını elde etmişlerdir. Kadınları, evlilik sonucunda bütün mülkiyet haklarını ve medeni ehliyetlerini yitirmelerinden özgürleştirmeyi sağlayan kanunların, istenmeyen evlilikleri sona erdirmek, seçimlerde oy kullanmak, meslek sahibi olmak, doğum kontrol yöntemlerinden faydalanmak, işyerlerinde ayrımcı muamele karşısında dava açma hakkı gibi haklara doğru gelişme göstermesini, bu kanunların yalnızca “patriyarka”nın çıkarlarına hizmet ettikleri şeklinde açıklamak güçtür

Bir dereceye kadar, ezilenler ve dışlananlar tarafından elde edilen bu kazanımlar, tahakkümün daha incelikli formları aracılığıyla hiyerarşileri korumaya çalışan yöneten grupların tavizleri şeklinde açıklanabilir, ancak bu tür açıklamalar araçsalcı teorilerin berraklaştırılmalarını gerektirmektedir. Bazı yazarlar “ör-

gütlü liberalizm” stratejisinden bahsetmişlerdir- yöneten sınıflar sosyal programları ve iş hayatının düzenlenmesini, sosyal düzenin politik(halk ayaklanmaları) ve ekonomik(kaotik rekabet) destabilizasyonunu önlemek amacıyla geliştirmişlerdir. Başka [Amerikalı] yazarlar Avrupalı Neo-Marksist kaynaklara dayanarak, hukuku sınıflı toplumun “meşrulaştırılmasının” bir aracı olarak algılamaya başlamışlardır: hukuk, sınıflı toplumun ondan çoğunlukla zarar görenler tarafından tahammül edilebilir olması için, yaklaşık olarak adil olarak algılanmalı, yöneten sınıfların daima kazanamadıkları düşünülmalıdır. Başka bir grup yazar ise, tartışmayı genişleterek kapitalist toplumun “meşruiyet”inin, hukuk sisteminin toplumdaki herkes için eşit bir şekilde güvenlik ve özgürlük haklarının korunması vaadinin(başka sayısız faktörle birlikte, belli bir derecede sosyal mobilite, herkes için sosyal güvenlik, yurttaşların gelir ve zenginlikleri paylaşımlarında açık bir şekilde liyakate dayalı ölçütler gibi) doğasında bulunduğunu düşünmüşlerdir.<sup>3</sup> Bu nedenle hukuk sistemi en azından evrenselmiş gibi görünmek zorunda olduğu için, somut ekonomik çıkarlardan ve sosyal sınıflardan bağımsız(veya klişeleşmiş ifadeyle “göreceli özerk”) bir biçimde hareket etmelidir. Diğer sınıflar için sistemi kendisine karşı kullanmayı, onu köşeye sıkıştırmaya ve ütöpik vaatlerini gerçekleştirmeye zorlamaya çalışmayı olanaklı kılan işte bu meşruiyet ihtiyacıdır. Bu nedenle bu tür vaatler örgütlenmeler için buluşma noktası haline gelebilirler, böylelikle de devlet ve hukuk yalnızca sınıf tahakkümünün araçları olmaktan çıkıp “sınıf savaşının arenaları” haline gelirler.<sup>4</sup>

Sol eğilimli hukukçular bu yönde düşünmeye alışmaya başladıklarında, bütünüyle yeni bir sorunlar ve sorular kümesiyle karşı karşıya kaldılar. Sorunun bu şekilde ele alınışı, ezilenlerin büyük bedellerle kazanmış oldukları yeni hakların, tartışmalı zaferler gibi görünmesine yol açıyordu. Resmi hukuksal düzen ütöpik vaatlerine dayanan hak iddialarını tanımaya zorlanmıştı. Ancak bu kazanımlar yalnızca sistemin bir bütün olarak “meşruiyet”ini derinleştirmiş değil miydi? İşçi hareketi yaşamsal

<sup>3</sup> Bkz. E.P.Thompson, “The Rule of Law” in *Whigs and Hunters*, New York:Pantheon, 1975; Douglas Hay vd., *Albion's Fatal Tree:Crime and Society in Eighteenth-Century England*, New York:Pantheon, 1975; Mark V.Tushnet, “A Marxist Analysis of American Law”, *Marxist Perspectives*, V.1, 1978, p. 96.

<sup>4</sup> Bkz. Thompson, “The Rule Of Law”; David M.Trubek, “Complexity and Contradiction in the Legal Order:Balbus and the Challenge of Critical Social Thought About Law”, *Law and Society Review*, V.11, 1997, p.527.



önemi haiz örgütlenme ve grev haklarını, işverenlerin çalışma koşulları hakkındaki önemli kararların çoğunu tek başlarına almalarının meşruiyetini belgeleyen bir hukuksal düzenleme çerçevesinin içine yerleşme pahasına elde etmişlerdi.<sup>5</sup>

Her durumda, bu tür sorunlara odaklanmaya başlanıldığında, araçsalci düşüncenin hukuk sisteminin “yumuşak” ya da “üstyapısal” boyutları olarak adlandırdığı unsurlara daha fazla dikkat edilmeye başlanır. Eğer hukuk dendiğinde önemli olan onun varolan düzeni “meşrulaştırma” işlevi gördüyse, bunu *nasıl* yaptığı sorusu sorulmaya başlanır. Ve bu amaçla, yalnızca hukuk sisteminin güçlülerin zenginlik ve ayrıcalıklarını korumaya, kendi çıkarlarını örgütlerken muhaliflerini örgütsüz ve sinmiş halde tutmaya doğrudan yardımcı olacak şekilde işlev gördüğünün sayısız örneğini değil-her ne kadar bunu da yapmak daima önemli olsa da, duruma olabildiğince sık ve güçlü bir biçimde dikkat çekmek için- aynı zamanda hukuk sisteminin ilk bakışta temel olarak nasıl tartışmasız, nötr ve kabul edilebilir görüldüğü de ele alınır. Bu, Antonio Gramsci'nin “hegemonya” diye kavramlaştırdığı şeydir. Tahakkümün en etkili türü, hem yöneten hem de yönetilen sınıfların varolan düzenin, belki bazı marjinal değişiklikler gerektirse de tatmin edici olduğuna, ya da en azından çoğu insanın umabileceğini temsil ettiğine, çünkü olan bitenin olmak zorunda olduğuna inanmaları durumunda gerçekleşir.<sup>6</sup> Böylece Gramsci ve onun bu kavramını kabul eden “eleştirel”Amerikalı hukukçulara göre, insanların(yöneten gruplar da dahil olmak üzere) daha farklı ve daha iyi bir yaşamı hayal bile edememelerine neden olan bu felç edici inanç sistemleri; politika, ekonomi, hiyerarşi, fırsatlar, bireysel liyakat, devletin olması gereken rolü, kadının ve erkeğin aile içerisinde olması gereken rolleri hakkında yaygın bir şekilde inanılan varsayımlar sıkı bir biçimde ele alınmalıdır.

Buradaki düşünce ideolojinin kitleleri; yöneticilerinin ve patronlarının ideal, yaşamın adil olduğu, herkesin yazgısını hak ettiği doğrultusunda uyuşturduğu değildir. Sıradan insanların çoğu sistemin hileli bir desteyle oynadığını ve paylarına berbat bir elin düştüğünü tabi ki bilebilir. Ama bir ideoloji, eğer onun pratik etkisi *alternatif* düzenlerin hayalini daha doğmadan öldürmekse yine de “hegemonyacı”dır. İşçiler işyerindeki otoriter

<sup>5</sup> Bkz. Karl Klare, chapter 24, *supra*.

<sup>6</sup> Bkz. Antonio Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks*, ed. trans. Quintin Hoare and Geoffrey Nowell-Smith, New York: International Publishers, 1971, 195-196, 246-247.

yönetimden pek hoşlanmıyor olabilirler. Buna rağmen ekonomik demokrasi için bastırmıyor da olabilirler, çünkü onlara ekonomik demokrasinin verimliliği düşüreceği ve böylece her birine daha küçük bir parça düşeceği ya da onların işyerini işletmeye ehil olmadıkları veya bunun kökü dışarıda bir düzen, bir tür “komünizm” olduğu argümanları satılmış olabilir. Bu tür argümanlar özellikle de Sovyet imparatorluğunun çöküşü ve kapitalizmin “sosyalist” alternatiflerinin gözden düşmesinden sonra tutarlı görünebilir. Kurulu düzen bizim sağlığımız, kişiliğimiz, aile yaşamımız ve özsaygımızda korkunç yaralar açsa da, “bütün hatalarıyla bizim sistemimiz” olarak hoş görülebilir.

Hukuk, tıpkı din ve televizyon gibi, insanları içerisinde yaşadıkları ve çalıştıkları bütün hiyerarşilerin doğal ve gerekli olduğuna ikna eden inanç kümelerinden birisidir (ve içerisinde hukuk dışı ama benzer kümeleri birbirine bağlar). Küçük bir işyeri, kafalarında bu inanç kümelerinin bir karışımını taşıyan çalışanlarla doludur: “Bu insanlara ne yapacaklarını söyleyebilir ve bana karşı çok nazik olmazlarsa ve hızlı çalışmazlarsa onları kovabilirim, çünkü (a) işin sahibi benim; (b) onların asgari ücretten başka hiçbir hakları yoktur; (c) ben koleje gittim, onlar gitmediler; (d) ben başlarında bulunmasaydım sıkı ve verimli bir şekilde çalışmazlardı; güçlü bir yukarıdan aşağıya emir yapısı bulunmazsa bir iş verimli bir şekilde yürütülemez; (e) eğer hoşlanmazlarsa ayrılabilirler”, vs. – ve çalışanlar da, daha gönülsüz bir biçimde de olsa buna inanırlar. İşverenin iddiasını ele alalım: çalışanların itaat etmemeyi düşünebilmeleri olası değildir çünkü bunu yapmak kendilerinin de hayatın diğer alanlarında uyguladıkları mülkiyet hakkı duygusunu tehlikeye sokar (“Bu ev benim, öyleyse kayınbiraderime defolup gitmesini söyleyebilirim”); onlar, mülkiyet iddiasını soyutlayan ve genelleştiren bir inanç kümesi içerisine kilitlemiş durumdadır.

Bu noktada “eleştirel” hukukçuların bazılarının çalışmaları- nın amacı, bu kilitleyici inanç sistemlerini betimleme – onların haritalarını çıkarma- teşebbüsüdür. Levi-Strauss ve Piaget gibi bazı “yapısalcı” yazarların çalışmalarına dayanarak, hukuksal fikirlerin yapılar içerisinde örgütlenmiş, karmaşık kültürel kodlar olduklarını iddia ederler.<sup>7</sup> İnsanların dünyayı deneyimleme

<sup>7</sup> Bkz., örneğin, Duncan Kennedy, “The Structure of Blackstone’s Commentaries”, Buffalo Law Review, V.28,1997,p. 205; Isaac D.Balbus, “Commodity Form and Legal Form:An Essay on the Relative Autonomy of the Law”, Law and Society Review, V.11, 1977, p.571; Thomas C.Eller, “Is the Charitable Exemption from Property Taxes an Easy Case? General

biçimi; başkalarının sözlerini ve eylemlerini yorumlamamızı ve özgürlüğü, iyiliği ve düzeni, kötülük, kirlilik ve anarşiden korumamızı mümkün kılan, kolektif bir biçimde inşa edilen ve savunulan ortak anlamlar sistemine bağlıdır. "Hukuk", insanların sosyal varoluşun en tehdit edici boyutlarından biriyle ilgili olarak inşa etmiş oldukları bu tür anlam sistemlerinden yalnızca birisidir: bu tehdit, işbirlikleri bizim için vazgeçilmez olan (hatta diğer insanların onu sosyal olarak tanımlamaya yardımları olmaksızın bireysel kimliğe sahip olamazdık) ama aynı zamanda bizi öldürebilecek veya köleleştirebilecek olan diğer insanların yaratmış oldukları tehlikelerden gelmektedir. Pozitif etkileşimleri (sözleşmeler, kamusal hizmetler için vergilendirme), negatif etkileşimlerden (suçlar, haksız fiiller, hukuk dışı arama ve gözaltına almalar, mülkiyete anayasaya aykırı el koymalar) ayırt etmemizi sağlayacak bir sisteme sahip olmak zorunlu gibi görünüyor. Batı ülkelerinde hukuksal inanç sistemleri, ekonomik ve politik inanç sistemleriyle birlikte, bu ayrımı sağlamayı başarmak üzere inşa edilmişlerdir. Tabi ki bu sistemler büyük ölçüde, kendi egemen iktidar pozisyonlarını rasyonalize etmekte çıkarları olduğunu düşünen elitler tarafından inşa edilmişlerdir. Böylelikle herhangi bir verili zamanda bu elitler hakları mevcut zenginlik ve ayrıcalıklılık hiyerarşilerini pekiştirme doğrultusunda tanımlamaya eğilimli olmuşlardır.

Daha da önemlisi, bu tür sistem inşası sosyal dünyanın doğal ve kaçınılmazmış gibi algılanmasını sağlama etkisine sahiptir. Yapılar, birbirlerine bağlanan parçalarla, insan eylemleriyle inşa edilseler de, insanlar onları "dışsallaştırmaya", onlara varoluş (existence) ve insanın seçiminin ötesinde ve üstünde kontrol atfetmeye başlarlar; dahası bu yapıların olması gerektiği gibi olduklarına inanırlar. Küçük bir işyerinde işin "sahibi" için çalışan kişiyle ilgili daha önce vermiş olduğumuz örneği hatırlayalım. İşyeri sahibinin pozisyonunun, nihai güç kullanma tehdidiyle desteklendiği doğrudur -eğer mülkü içerisinde insanların davranışlarından hoşlanmazsa, onları dışarı atmak için devletten silahlı yardımcılar talep edebilir-, ama o aynı zamanda ona "işverenin" ve "malikin" "haklarını", ve işçiye de "istihdam edilen" in

---

Concerns About Legal Economics", *Essays on the Law and Economics of Local Governments*, in David Rubinfeld ed., Washington, DC: Urban Institute, 1979, 183-251; Al Katz, "Studies in Boundary Theory: Three Essays in Adjudication and Politics", *Buffalo Law Review*, V.28, 1979, p.383; Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics*, New York: Free Press, 1975; Jack Balkin, "The Crystalline Structure of Legal Thought", *Rutgers Law Review*, V.39, 1986, p.1.

ve “mülk sahibinin mülkiyeti” üzerindeki “konuğun”(invitee) “görevlerini” veren kendi lehinde bir yapının kuvvetli ideolojik sih-rine de sahiptir. İşçi, malikin eğer onun davranışlarından hoşlanmazsa kendisini mülkünden dışarı atma hakkına karşı çıkmayacağını hisseder. Bunun nedeni kısmen malikin davet edebileceği kolluk kuvvetlerine karşı kendisini çaresiz hissetmesi olsa da, kısmen de onun anlaşılır bir biçimde malikin iddiasını meşru kabul etmesidir: o, “bireysel mülkiyet haklarına” saygı duyar çünkü bu hakların bahsettiği güçleri onun kendi iktidarı ve özgürlüğü için de gerekli olarak görmektedir; bir “malikin” hakları üzerindeki kısıtlamalar onu da tehdit edecektir. Ama yapmış olduğu analogi yalnızca gerçek insanlar arasındaki ilişkileri, “malik”, “istihdam edilen” gibi soyut sosyal roller üstlenen bütünüyle soyut “birey” kategorileri içerisinde soyutlayan bir inanç yapısını- liberal haklara özgü bir versiyon- onaylaması sayesinde mümkündür.

Aramızdaki ilişkileri düzenlemek için kendimizin inşa etmiş olduğu yapıların, kendimizi hiçbir insan özne tarafından üretilmemiş bir oyun içerisindeki soyut rolleri gerçekleştirirken görmemize neden olan bir sürece dönüşmesi, genel bir biçimde şeyleşme(Marx ile Sartre ve Lukacs gibi çağdaş yazarlara atıfla) olarak adlandırılır.<sup>8</sup> Bu insanların bir zorunluluk imal etme yoludur; yapılar inşa ederler, ardından sanki inşa etmiş oldukları yapılar tarih, insan doğası, ekonomik kanunlar tarafından belirlenmiş gibi davranırlar.

Bu nedenle, kendi geleneksel inançlarımız tarafından hareketsizleşmeyle mücadele etmek için; şeylerin olması gerektiği gibi olduklarını iddia eden inanç yapılarını deşifre etmek amacıyla entelektüel sorgulamanın olağan rasyonel araçlarını kullanmak akıllıca bir taktik olabilir. Toplumsal ilişkiler tarafından nesnel olarak az ya da çok belirlenen “sistemler” olarak hukuksal ya da ekonomik söylemin ve hatta gündelik sıradan konuşmaların içerisinde görüldüğü şekliyle dünyanın çözümdürülmesini ve onun gerçekten olduğu gibi açığa çıkarılmasını hedeflemiş olan bu tür pek çok eleştirel araştırma vardır: toplumsal yaşamı örgütlemenin pek çok alternatif yollarına işaret eden gevşek, akıcı, olumsuz çeşitli pratik derlemeleri.

Doğal olarak eleştirel hukuk teorileri temelde gündelik yaşamda yasa koyucular, yöneticiler, yargıçlar, akademisyen hu-

<sup>8</sup> Bkz. Peter Gabel, “Reification in Legal Reasoning”, in Stephen Spitzer ed., *Research in Law and Sociology*, vol.3, Greenwich, JT:JAI Press, 1980, 25-51.

kukçular ve avukatların davalar hakkında tartışırken ve bilgi verirken, hukuk ve hukukun toplumsal yaşamı düzenleme rolü hakkında konuşurken kullandıkları hukuksal söylem üzerine odaklanılır. Neden idealist veya reformist bir toplumsal gündemle hukuk fakültesine gelen insanlar bile, hukukçu olup sistem içerisinde sosyalleştikten sonra yavaş yavaş hukuksal sistemin çalışma biçiminde, sosyal statükoda doğal, kaçınılmaz ve gerekli bir şeyler bulunduğuna inanmaya başlarlar? Statükoyu güçlendiren, aralarında politik ve ekonomik güçlerle birlikte, hukuksal söylemi sarmalayan yoğun bir şekilde dokunmuş bir kültürel varsayımlar ağı hukukçulara şunu söyler: Aynı anda hem bir profesyonel ve realist olup, ve müvekkillerinize ve hukuksal sistemin dayanaklarına bağlılıkla hizmet edip, hem de daha eşitlikçi ve demokratik bir toplum yaratmayı hedefleyen herhangi bir türde ilerici ve dönüştürücü politikalara katkıda bulunamazsınız. Hukukçuların kendi pratiklerinden öğrendikleri dersler, birkaç sözcükle, *sahte meşrulaştırma*(false legitimation) ve *sahte zorunluluk*(false necessity) dersleridir. Toplumdaki şeylerin hemen hemen olabilecekleri kadar iyi olduklarını ve bir sınıra kadar geleneksel uzlaşımlardaki kısmi değişiklikler aracılığıyla geliştirilebileceklerini öğrenirler. Bunun dışında her şey yolundadır; eğer değilse, ekonomik verimsizliğe, totaliter düzene yol açmadan, veya kötü sonuçlar yaratacak ya da hiçbir sonuca ulaşmayacak pahalı beyhude çabalara, bir sürü zahmete katlanmadan, bir şey yapabilmek mümkün değildir.

Hukuksal söylem bu umutsuzlaştırıcı ve muhafazakârlaştırıcı etkiyi nasıl yaratır? Seçme ve bastırma ile: hukuksal doktrinlerin, kurumların ve hukukun yapılaşmasına yardımcı olduğu toplumsal pratiklerin fiili karmaşık ilişkilerini gizleyerek ve bazı hukuksal prensipleri üstün ve normal olarak sunarken, diğerlerini sapkın ve istisnai oldukları şeklinde marjinalleştirerek.<sup>9</sup>

Bir kez daha mülkiyet hakları örneğine bakalım. Amerikan kültüründe "mülkiyet hakları" bireysel özgürlüğün, bireyin kendi istediği gibi davranma ve kendi bölgesi içerisinde nasıl hoşuna gidiyorsa o şekilde davranma özgürlüğünün güçlü bir sembolü, bireyi başkalarının müdahalesinden, özellikle de memurlarının yazılı bir izin göstermeden mülküne girememeleri ve bir bedel ödemediği kullanamamaları sayesinde devletten kendisini koru-

<sup>9</sup> Seçme ve bastırmaya vurgu yapan eleştirel hukuk yaklaşımlarının bir değerlendirmesi için bkz. Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, MA:Harvard University Press, 1987.

yan bir hendek teşkil eden bir güvenlik sembolü, ve çalışma, yatırımcılık ve yaratıcılığı teşvik eden güdülenmeleri sağlayan verimlilik üretici bir sembol olarak işlev görmüştür. Ama bu ege-men mülkiyet ideolojisinin bireysel özgürlüğü, güvenliği ve verimliliği artırıyormuş gibi görünen boyutları, onun diğer yüzlerini gözden kaçırmakta ve gizlemektedir – bir kısmı zorlayıcı ve bas-kılayıcı iken, diğer bir kısmı dayanışmacı ve iyi huylu yüzler. Mülkiyetin mülk sahiplerinin özgürlüğünü nasıl artırdığına vurgu yapmak, onun aynı zamanda malike nasıl ona ihtiyaç du-yanların yaşamlarını kontrol etme ve onları kendisine tabi hale getirme imkanı sağladığını örtbas etmektir. Mülkiyetin keyfi ey-lemlere karşı sağladığı korumayla nasıl istikrarlı beklentileri ola-naklı hale getirdiğine vurgu yapmak, onun başkalarının yaşamı üzerinde yıkıcı bir etki yapma konusunda mülk sahibine nasıl keyfi bir takdir hakkı verdiğini örtbas etmektir- ne zaman iste-nirse nedensiz bir şekilde birdenbire işlerinden kovulan işçiler, evlerinden birdenbire çıkarılan kiracılar, fabrikaları kapatıldı-ğında kentlerinin ölümünü izlemek zorunda kalan, endüstriyel bölgelerin civarında yaşayan insanlar. Mülkiyetin devletin zorla-yıcı eylemlerine karşı nasıl bir siper sağladığına vurgu yapmak, mülkiyetin varoluşunun temelinde devletin cebir gücü bulundu-ğunu örtbas etmektir-kanunlar tarafından tanımlanmadan ve arkasında polisin, mahkemelerin ve şerifin zorlayıcı gücü olma-dan, mülkiyet anlamsız ve değersiz olurdu. Mülkiyetin nasıl biri-cik bireyin kullanma ve başkalarının kullanımını engelleme hak-kını koruduğuna vurgu yapmak, mülkiyetin etkileşim ve işbirli-ğine bağlı bulunduğu sayısız durumu örtbas etmektir. En başta, bir toplumsal sistem insanları normlar geliştirmek ve onlara saygı duyulmasını sağlamak için yaptırımlar belirlemeyi geliştir-meye teşvik etmezse hiçbir mülkiyet hakkı varolamaz: benim mülkiyet hakkım, kolektif olarak paylaşılan ve yaptırımlandırıl-mış güven ve işbirliği uzlaşımına bağlıdır. Her durumda mül-kiyet hakları mutlak değil daima görecelidir; başkalarının hakları ile çatışma içerisine girdiğinde onlarla bağdaştırılmaları gere-kir (örneğin fabrikam sizin akarsuyunuzu kirlettiğinde); sıklıkla kamusal kaynaklara yönelik paylaşılan haklardır (örneğin balık tutma, avlanma ya da havayı teneffüs etme hakları). Bu nedenle mülkiyet haklarını tanıyan her hukuk sistemi, bu hakların baş-kalarının haklarıyla çatışmalarını “düzenler”: bu düzenlemeyi seçip seçmeme gibi bir şey söz konusu değildir, ancak bu dü-zenlemenin nasıl yapılacağı tartışılabilir. Mülkiyetin verimlilik için gerekli bir güdüleyici olduğuna vurgu yapmak, diğerlerinin üretici etkinlikleri için gerekli olan kaynak ihtiyacını gözlerden

gizler- örneğin yaratıcı emeğin bütün semerelerini “fikri mülkiyet” haline getirmekte ısrar eden anlayış, bilginin mülkiyet haline getirilmesinin diğer yaratıcı insanların buluşları için ortak bir fikirler stokundan yararlanma olanağını(bilimin komünist prensiplerle örgütlenmesinde bilimsel buluşların semerelerinin herkese bedava bir biçimde sunulması gibi) nasıl sınırladığını ihmal eder.<sup>10</sup>

Hukuk ideolojisi varolan kurumların zalim, zorlayıcı, keyfi ve çirkin yüzlerini gizlediğinde sahte meşrulaştırmaya hizmet eder. Alternatif düzenleri, aslında hukuksal normlarımız ve pratiklerimiz(bazen tarihsel olarak mevcut olan ancak gizlenen, ve sıklıkla da bizim toplumumuzda ve diğerlerinde fiilen işlev gören pratikler içerisinde kendisini gösteren ve daha da geliştirilme potansiyelini içerisinde taşıyan normlar ve pratikler) de içermiş olduğu daha demokratik, eşitlikçi, dayanışmacı ve özgürleştirici alternatifleri örterek sahte zorunluluğu pekiştirir. Örneğin sözleşme hukuku, gerçekten de ilerici doktrinler ve siyasalarla doludur: zayıf tarafı avantajlı tarafa ve sömürüye karşı koruyan siyasalar; sadakat, güven, dayanışma ve işbirliği ilişkilerini teşvik ederken fırsatçılığı ve stratejik davranışı caydıran siyasalar; manevi değeri haiz hakların ve ilişkilerin metalaştırılmasını engelleyen siyasalar; tarafların her şeyi kendi çıkarlarına yontması yerine kazanç, kayıp ve bilginin paylaşılmasını emreden siyasalar. Genellikle bunları istisnai ve olağanüstü durumlara yönelik siyasalar olarak ifade etme eğilimi vardır.<sup>11</sup> Ama eğer bunların daha fazlası yavaş yavaş norm haline gelseydi ne olurdu?

Eleştirel hukuk teorisi ayrıcalık tanınmış olanı ve bastırılmış olanı saptamaya yardımcı olur. Ana akım hukuksal söylemin statükonun karanlık taraflarını ve onun içerisindeki ilerici alternatifleri gözlerden kaçırmak için kullandığı sahne arkası oyunlarını(empirik varsayımlar, tartışmaya açık toplum vizyonları, tarihsel değişimin yönü hakkındaki inançlar) ifşa etmeye çalışır.

<sup>10</sup> Bkz. Joseph Singer, “The Reliance Interest in Property”, 40 Stanford Law Review 614, 1988; Carol Rose, *Property and Persuasion: Essays on the History, Theory and Rhetoric of Ownership*, Boulder, CO:Westview, 1996; Duncan Kennedy and Frank I. Michelman, “Are Property and Contract Efficient”, Hofstra Law Review, V.8, 1980, p.711; James Boyle, *Shamans, Software, and Spleens; Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

<sup>11</sup> Bkz. Duncan Kennedy, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, Maryland Review, V.41,1982, p.563; Margaret Jane Radin, *Contested Commodities*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

İnşa edici bir yöntem olarak hukuk sistemi içerisindeki alternatif tarihsel veya halen işlev görmekte olan fırsatlar ve olanaklardan stratejik olarak nasıl yararlanılabileceğini, ilerici bir politika için onların nasıl genişletilebileceği ve genelleştirilebileceğini betimler. Bunu yapmanın yollarından biri Roberto Unger'in "kaydırma doktrini"(deviationist doctrine) olarak adlandırdığı yoldur: bilinen, saygın argümanları ve pratikleri bir kurumsal bağlamdan diğerine transfer etmek.<sup>12</sup> Bunun en tanınmış örneği olan yönetenlerin yönetilenlere karşı sorumlu olduğu, yönetilenin yönetim kurallarının belirlenmesine katıldığı, herkesin yalnızca bir oy hakkına sahip olduğu ekonomik demokrasidir-demokrasinin normlarını alırsınız ve onları işyerine uygularsınız. Bu çalışmanın önemi çok belirgindir. Örneğin Kathy Stone ve Karl Klare iş hukukumuzun ve şirket yönetiminin(corporate governance) temel yapısı içerisinde işyeri yönetimine daha fazla katılım olanaklarını keşfetmişlerdir. Bill Simon üyelerin mülkiyeti çoğaltma(accumulate) ve devretme(alienate) haklarını sınırlayarak verimliliği feda etmeden eşitliği ve topluluğu geliştiren, kendisinin "sosyal-cumhuriyetçi mülkiyet" olarak adlandırdığı birleşme modelleri olan kooperatiflerin(üretici ve konut kooperatifleri) hem tarihi hem de güncel pratiklerini ortaya koymuştur. Diğer bir örnek ise Simon'ın *New Deal* sosyal görevlileri üzerine çalışmasıdır. Bu çalışma yoksulları himaye altına almadan ve yoksullara yönelik yardımı politik iktidar yolunda bir durak olarak görerek, onlara yardım etmeye yönelik sokak düzeyinde tarihsel bir profesyonel inisiyatif modelini ortaya koymuştur.<sup>13</sup>

Bütün bunlar diğer ilerici hareket ve eleştirilerden ne ölçüde farklıdır?

1.Eleştirel hukuk teorisi hukukun retorliğini ve içeriğini ciddiye alır; hukukun yalnızca ayrıcalıklar ve sömürü için bir maske işlevi gördüğünü kabul etmez. Hukukun ve hukuksal argümanın kategori, prensip ve retorikleri, sosyal değişime bir miktar ivme sağlamak için gerçek kaynaklar temin ederler. Hukuksal söylemler yalnızca iktidarın ve yaşamın gerçekliklerini

<sup>12</sup> Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

<sup>13</sup> Bkz. Katherine V. W. Stone, "Labor and Corporate Structure, University of Chicago Law Review, V.55, 1988, p.73; Karl Klare, "Workplace Democracy and Market Reconstruction: An Agenda for Legal Reform", Catholic University Law Review, V.38, 1988, p.1; William H. Simon, "Social Republican Property", U.C.L.A. Law Review, V.38,1991, p.1335; William H. Simon, "The Invention and Reinvention of Welfare Rights", Maryland Law Review, V.44,1985, p.1



maskeleyemezler, onlar aynı zamanda bu realitelerin inşa edilme sürecine de katılırlar. Hukuksal bir mülkiyet hakkına sahip olmak size gerçek bir güç verir; bir tüzel kişilik formu, ortaklık veya sendika içerisinde çalışmaya ehil olmak da size kolektif eylem için gerçek bir kapasite sağlar.

2. Marksist düşüncenin çoğu türünden farklı olarak, kapitalizmi totalize edici bir sistem olarak algılamaz. Kapitalizmi aşmak ve bütünüyle yeni bir düzen yaratmak için kapitalizmin genel bir krize girmesi gerektiği gibi bir düşünce yoktur. Tersine bizim aşına olduğumuz liberal demokratik kapitalizm biçimlerinin dünyada liberal demokratik kapitalist olmanın pek çok yolu(örneğin bizimki İsveç ve Tayvan kapitalizmden çok farklıdır!) içerisinde yalnızca birkaçı olduğu ve yaratılabilecek biçimler arasında bizimkilerden daha iyisi ya da daha kötüsü bulunduğu savunur. Bu alternatiflerin bazılarının prototipleri bizim etrafımızda, varolan kurumlar ve pratiklerdedir. Birleşik devletler kendi tarihi boyunca işyeri örgütlenmelerinin, mülkiyet haklarının, tazminat sistemlerinin, toplumsal cinsiyet ilişki modellerinin ve aile yaşamının pek çok farklı formunu deneyimlemiştir. İnanç yapılarımıza dahil etmiş olduğumuz kural sistemleri, doğada bulunmazlar; onlar tarihsel olarak olumsuzdur. Daima şu anda var oldukları form içerisinde varolmamışlardır. Bu keşif, geçmişimizin kurumsal düzenlemelerinde ve inanç yapılarında çok değerli bir şeyler bulunduğu için değil; bu yapıların üzerindeki örtünün kaldırılması, kategorilerimizin deneyimi bölümlere ayırma noktasında ne kadar keyfi olduklarını, insani potansiyeli yansıtmak açısından ne kadar yetersiz olduklarını görmemizi sağladığı için olağanüstü ölçüde özgürleştiricidir. Dolayısıyla, "devrimci reform" kaynakları çoğunlukla kendi gelenek, adet ve pratiklerimizde bulunurlar.

3. Eleştirel hukuk teorisinin hedefi genellikle "gayri meşru hiyerarşi" olmuştur. Gayri meşru hiyerarşiden kasıt yalnızca sınıflar, ırklar, etnik topluluklar ve cinsiyetler arasındaki değil, aynı zamanda bunların kendi içerisindeki hiyerarşilerdir.

4. Son olarak, eleştirel hukuk teorisi merkezi devlet mekanizmasının ele geçirilmesine özellikle odaklanmış değildir. Birçok eleştirel teorisyenin görüşüne göre, sosyal yaşam büyük ölçüde, gündelik yaşamın en küçük, en rutin ve en sıradan etkileşimleri içerisinde bazı insanlar diğerleri üzerinde egemenlik kurarken ve üzerinde egemenlik kurulanlar buna rıza gösterirken ve hepsi de yaptıklarını açıklamak ve haklı çıkarmak için inanç sistemleri

inşa ederken oluşur. Belki de Michel Foucault'un çalışmalarının iddia ettiği gibi bir hukuk sisteminin meşrulaştırıcı gücünün çoğu bu küçük ve sayısız anlar içerisinde inşa edilir.<sup>14</sup> Böyleyse, sosyal aktivizm en yararlı biçimde aktivistin kendisini hemen içerisinde bulunduğu durumda, hukuk fakültesinde(öğrenci ya da hoca) veya hukuk bürosunda (avukatlık pratiği içerisinde), yaşadığı ve çalıştığı topluluklar içerisinde başlayabilir, ve inanç ve sosyal pratiklerde çatlaklar oluşturucu değişiklikler üzerine odaklanabilir. Açıkça bu noktada ilham verici modeller; çok sayıda yerel eylemin ulusal ve uluslararası ittifak ağlarıyla birbirine bağlandığı ve sıradan yurttaşın tutumlarında ve gündelik yaşamlarında olduğu kadar hükümet politikalarında da değişiklikler yaratmayı amaçlayan medeni haklar, kadın, çevre ve eşcinsel hakları hareketleridir.

Eleştirel hukuk teorisine yönelen herkesin yukarıda betimlediğim yaklaşımları kabul ettikleri izlenimini vermek istemiyorum. Tersine bu yaklaşımlar yoğun tartışmalar yaratmaktadır. Bu yaklaşımların geçerliliğine en şiddetli itirazları yapanlar, bunu kısmen politik zemin üzerine oturtarak yaparlar. Aşağıda bu eleştirilerden birkaçından bahsedecek ve bunları kısaca yanıtlayacağım.

1.Muhtemelen eleştirel hukuk teorisinin en yaygın eleştirisi onun hukukun sabit ve kararlı bir sistem değil, daha ziyade ele avuca sığmaz çeşitlilikte, çok boyutlu, zamandan zamana veya bağlamdan bağlama değişen çelişkili pratiklerin bir derlemesi olduğu düşüncesine yöneliktir. Örneğin eşya hukuku bir yandan dışlayıcı(exclusionary) bir yandan paylaşımcı doktrinlere, sözleşme hukuku bir yandan dünya batsa da yükümlülüklerin icrasını isteyen bir yandan koruyucu doktrinlere, şirketler hukuku bir yandan yönetimin otoritesi ve özerkliğine öte yandan şirketlerin pay sahiplerine ve kamuya karşı güvene bağlı görevlerine, herhangi bir düzenlemeler kitlesi bir yandan kendi katı kurallarına öte yandan hakkaniyete dayanan istisna, savunma ve mazeretlere vurgu yapar. Eleştirel teorisyenler bazen bunu hukukun "belirsizliği" tezi olarak adlandırırlar; ve bu tez birçoğu yanlış anlamalara dayanan pek çok eleştiriye uğramıştır.

Bazıları bu tezin hukukun tahmin edilemeyeceğini savunduğunu zannetmişler ve haklı olarak hukuksal sonuçların çoğu zaman tahmin edilebilir olduklarına ve hukukçuların bu sonuç-

<sup>14</sup> Özellikle bkz. Michel Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, trans. Alan Sheridan, New York:Pantheon, 1977.

ları tahmin ederek geçindiklerine işaret etmişlerdir. Eleştirel teorisyenler bunu kabul etseler de hukuksal sonuçların; varolan hukuk doktrinleri ve prensipleri kaçınılmaz olarak öyle gerektirdiği için değil, hukukçular ve diğer yorumcuların hukukun nasıl uygulanması gerektiği hakkında paylaşılan uzlaşmalar geliştirmeye eğilimli olmaları nedeniyle ve bu uzlaşmalar onların denge-sini bozacak bir şeyler gerçekleşene kadar geçerli kaldıkları için tahmin edilebilir olduklarını iddia etmişlerdir. Ama daima, tamamen ya da kısmen gizlenmiş, hukukun izleyebileceği alternatif yollar vardır; doğru zamanlarda doğru baskı uygulandığında hukuk yolunu değiştirebilir – tıpkı 1954'te Yüksek Mahkeme'nin kamusal alanda ırksal ayrıştırmanın eşitliği gözetmek şartıyla anayasal olduğu doktrinine bağlı kaldığı *Plessy v. Fergusson* davası yolundan, devlet tarafından ırksal ayrıştırmanın doğasında eşitsiz ve dolayısıyla da anayasaya aykırı olduğu alternatifini seçtiği *Brown v. Board of Education* yoluna (NAACP'nin\* yıllarca süren hukuk mücadelesinin sabırla hazırlamış olduğu bir yol) sapmasında olduğu gibi.

Bir diğer eleştiri ise belirsizlik tezinin bir tür “nihilizm” olduğu ve “hukukun üstünlüğü” ilkesine bir tehdit oluşturduğudur. Bununla, eğer çok sayıda insan hukukun yalnızca bir şeyleşmiş inanç yapıları demeti olduğu ve içkin alternatiflerle dolup taşıdığı fikrine varacak olursa, hukuk sisteminin, şu anda yalnızca hukukun istikrarlı ve kesin olduğu inancıyla zapt edilen demagog, fırsatçı ve gericilerin avlanma alanı haline geleceğinin ima edildiğini tahmin ediyorum. Bu argümanın sorunu, bu tür insanların hiçbir zaman çok da zapt edilmemiş oldukları gerçeğidir. Örneğin İç Savaş'tan sonra muhafazakâr mahkemeler, özgürlüğüne kavuşmuş olan kölelerin haklarını geliştirmek için tasarlanmış olan medeni haklar düzenlemelerini büyük ölçüde etkisizleştirirken bir yandan da işveren avukatlarının 14. değişikliği\*\* müvekkillerini regülasyondan korumak için bir araca dönüştürmelerine izin vermiştir. Bugün, muhafazakârlar tarihsel olarak baskı altında tutulmuş grupların gelişimlerinin önündeki engelleri aşmalarını desteklemeyi hedefleyen devlet destekli eylemlere cevaz vermediğini düşündükleri kendi “renk-körü eşit fırsatlar” ideallerini kuvvetlendirmek için Martin

\* The National Association for the Advancement of Colored People: 1909 yılında Afro-Amerikalıların kurmuş olduğu bir sivil toplum örgütü.(ç.n.)

\*\* ABD Anayasası'ndaki vatandaşlık tanımlamasını genişleten ve bütün bireylere hukuk önünde eşitlik sağlamayı amaçlayan 14. değişikliğin önemi, özellikle 1950'li ve 1960'lı yıllarda kamu okullarında ve diğer kamusal faaliyetlerde ırksal ayrıştırmanın yasaklanması doğrultusunda kullanıldığı zaman anlaşılmıştır.(ç.n.)

Luther King Jr. ve medeni haklar davalarına atıfta bulunurlar. Eğer muhafazakârlar hukuk sisteminin manipülasyondan ve değişimden bağışık olduğu illüzyonu içerisinde değillerse, liberallerin ve solcuların bu tür illüzyonları koruyarak ne kazanacaklarını görmek zordur!

2.İkinci bir eleştiri bizim bildiğimiz hukuk ve ekonominin insanların kafalarının içerisinde bulunan yapılar olduğu görüşünün bir tür "idealizm" olduğudur; bu görüş dünyanın yalnızca onun hakkında farklı bir biçimde düşünerek değiştirilebileceğini varsayar. Bu suçlamanın kısmen geçerli kısmen yanlış olduğunu düşünüyorum. Bu suçlama, eleştirdiği inancın, toplumsal yaşamı daha katlanılır hale getirmenin önündeki başta gelen kısıtlama olan hayal gücünün üzerindeki bu korkunç sınırları teşkil etmesi noktasında haklıdır; bu yapılar kolektif olarak inşa edildikleri ve korundukları için bizim potansiyelimizi sınırlamada olabildiğince inatçıdır-dünya üzerine düşünmek için bu yapıları kullanmak *zorundayız*, çünkü dünya bizim paylaşılan anlam sistemlerimiz olmadan hiçbir anlam ifade etmez.Ama, bizim insan eylemleri üzerindeki bütün kısıtlamaların hayali ve yabancılaşmış "sahte zorunluluk" düşünceleri olduğuna inandığımızı ima ettiği noktada yanlıştır. İnsanın toplumsal etkinlikleri üzerinde birçok kısıtlama bulunduğu tartışmasızdır- her toplumun yüzleşmek zorunda olduğu arzu edilen şeylerin kıtlığı, bedenlerin ve akılların sınırlı kaynakları, varolan teknolojilerin ve belki de geleceğin teknolojilerinin üretim imkanları, ve hatta belki kötülüğe yönelik ebedi eğilimler. Yanlış olan bu tehditlerin tarihte veya çağımızda bizim zaten aşına olduğumuz bazı spesifik sosyal düzenleme biçimleriyle sınırlı olduğumuzu dikte ettiklerini, insan ırkının yalnızca birkaç spesifik yol izleyerek kendi gerçek sınırları içerisinde yaşayabileceğini düşünmektir-yani, "liberal kapitalizm" ve "devlet sosyalizmi diktatörlüğü" arasında seçim yapmak zorunda olduğumuzdur.

Elbette farklı türde başka sınırlamalar da vardır; kolay bir biçimde alt edilemeyen yerleşik güç ve ayrıcalıklar; geleneksel atalet; mülksüzler içerisinde bile herhangi bir değişimin onları şu anda olduklarından bile kötü bir duruma getireceği korkusu; bilinmeyene yönelik korku. Bu engellerin üstesinden gelmek için başka bir dünya hayal etmekten daha fazlasının gerektiği açıktır: bu, başkalarıyla birlikte örgütlenme ve koşullara karşı mücadele etme cesareti ve uyanıklığını gerektirir. Ancak değişimin mümkün olduğunu görmeyi sağlama noktasına ulaştıran hayal kurma, gerekli bir ilk adımdır. İnsanlar durumları kötü olduğu

için ayaklanmazlar, yüzyıllarca sessizlik içerisinde acı çekebilirler. Onlar, durumları *adaletsiz ve değiştirilebilir* görünmeye başladığında isyan ederler. Yakın tarihimizden küçük bir örnek: Daha birkaç yıl önceye kadar çalışan bir kadın; patronunun cinsel yaklaşımlarını giyiminin ve davranış tarzının davet ettiği bir şey veya doğal erkek ataklığından kaynaklanan kaçınılmaz bir mesleki risk olarak kabul etmek zorundaydı. Feministler bir araya geldiler ve bu tür bir etkileşimi hem suçlanmayı hak eden hem de kaçınılabilen bir şey, "cinsel taciz" olarak yeniden yorumladılar; ardından politika alanında mücadele ederek bu davranışı hukuksal tepki gerektiren hukuksal bir zarar olarak tanımlattılar.<sup>15</sup> Bu mağdurlara her zaman yeterince yardım etmez, çünkü hukuksal hakların yerine getirilmesi zordur. Ancak süreç birçok insanın görüşlerini "bu çok doğal; erkekler böyledir; idare et" noktasından "o aşağılık biri; bu kabul edilemez" tepkisine dönüştürmüştür.

3. Diğer bir eleştiri "haklar"ın nesnel bir içerik veya gerçeklikten yoksun, yalnızca insanların benimseyip ardından şeyleş-tirdikleri paylaşılan pratikler oldukları eleştirisinin ezilen grupların çıkarları için tehlikeli olabileceğinden kaygı duyanlardan- özellikle "eleştirel ırk teorisi"nin öncüleri olarak bilinmeye başla- nanlar- gelir. Ezilen gruplar kendilerinin masalar ve sandalyeler kadar gerçek "haklar"a sahip oldukları(neredeyse fiziksel olarak sahip oldukları), "insanların değil hukukun üstünlüğü" ilkesinin haklarının tanınmasını ve bir tür mülkiyet olarak korunmasını gerektirdiğini savunarak mevcut düzenden bir takım tavizler ko- parmışlardır. Eğer "haklar" uzlaşımsal ve olumsuz olarak yeniden analiz edilirse, değişen politik rüzgarlarla bütünüyle savun- masız, korumasız kalmayacaklar mıdır?<sup>16</sup> Bu eleştiriye şöyle ce- vap verirdim: "Haklar" lisanının itaatsizlik ve direniş için güçlü bir harekete geçirici(mobilizer) olduğu, etkili üçüncü kişilerden güçlü bir talepte bulunma(örneğin, güneyin siyah medeni haklar hareketinin 1950'ler ve 1960'larda kuzeyin beyazlarından talepte bulunması gibi) aracı sağladığı ve dolayısıyla otorite konumun- daki insanlarla müzakere etmek için güçlü bir ivme yarattıkları kesinlikle doğrudur. Ancak haklar söylemi siyah medeni haklar hareketinin keşfettiği gibi tehlikeli bir biçimde iki yüze sahip ola-

<sup>15</sup> Bu alandaki öncü çalışma: Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, New Haven, CT: Yale University Press, 1979.

<sup>16</sup> Bu eleştirinin güçlü bir örneği için bkz. Kimberle Williams Crenshaw, "Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law, Harvard Law Review, V.101, 1988, p.1331.

bilir. Asgari hak kazanımları, en üst sınırlara dönüşebilir(haklarınızı elde ettiniz, ama bu alabileceğinizin tamamıdır). Pratik olarak uygulanabilir içeriğe sahip olmayan formel haklar kolaylıkla gerçek kazanımların yerini alabilir. Her durumda, güçlüler daima dezavantajlıların haklarına karşı-haklar(mülkiyet hakkı, "liyakate" göre farklı muamele hakkı, kendi benzeriyle bir arada olma hakkı) iddia edebilirler. "Haklar" çatışır ve bu çatışma haklara başvurarak çözülemez. Gerçek şu ki "haklar" yalnızca, insanların kolektif olarak değer verdiği ve koruduğu toplumsal pratiklerin daha kısa bir biçimde ifade edilmesini sağlayan sembollerdir. Yasadışı arama ve gözaltına alınmadan özgür olma hakkı, polis bürokrasisinin dışındaki birimler tarafından polisin muamelesinin yönetilmesine ilişkin bir kurallar demetidir. Hakların sembollerini yanlış bir biçimde nesnelleştirmeden ve mistifiye etmeden yalnızca sembolik olarak temsil ettikleri somut pratiklere değer vermek ve onlar için mücadele etmek mümkün olmalıdır.

Ayrıca eleştirel ırk teorisyenleri ve feminist hukuk teorisyenleri betimlemekte olduğum eleştirel hukuk teorisinin sınırlarının genel olarak aşırı biçimde liberal hukuksal söylemin içerisinde kaldığını, hukuk sistemi içerisinde olağan ve onaylanmış olan üzerine oturarak gayri meşru hiyerarşinin nedenleri olan ırkçılığın ve patriyarkanın hukuksal düzenlemeleri üzerine yeterince ve somut bir biçimde odaklanılmadığını iddia etmişlerdir. Bu eleştirinin tamamen haklı olduğunu düşünüyorum. Neyse ki boşluğu doldurmak için halen çok sayıda çalışma yapılmaktadır.<sup>17</sup>

Sonuç olarak, politika için bir temel teşkil etme iddiasında olan entelektüel bir duruş şu soruları sormak zorundadır: Duruşumuz bize umut için gerekçe ve eylem için motivasyon vermeye yardımcı olmakta mıdır, yoksa hareketsizliğe ve umutsuzluğa mı sürüklemektedir? "Sahte meşruiyet" ve "sahte zorunluluk"un bir eleştirisi olmak ilerici politika için enerji ya da bir yön sağlamakta mıdır? Sosyal değişimin hiçbir nesnel kanunu bulunmadığı düşüncesi bir yönüyle çok sıkıntı vericidir. Bu düşünceye inanmaya başlayanlar en rahatlatıcı sosyalizm umutlarını(tarih kendi yolunu takip etmektedir ve bu tarih sosyal kanunların bilimsel bir algılanışıyla hızlandırılabilir) terk etmek zorunda kal-

<sup>17</sup> Bu çalışmaların birçoğunun içeriden değerlendirmeleri için bkz. Gary Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York: New York University Press, 1995.

mışlardır. Artık çalışan sınıfın örgütlenmesinin ve devlet aygıtını ele geçirmesinin insanların, insani gelişime yönelik bütün potansiyellerini gerçekleştirmeye başlayabileceği koşulları sihirli bir biçimde yaratacağını düşünmek inandırıcı görünmemektedir. Bu stratejiler bir yandan toplumsal yaşamda alçakgönüllü de olsa ilerlemeler sağlarken, öte yandan hareketsizliğe, varolan yapılara eklemlenmeye (co-optation), ve devlet terörü rejimlerinin yarattığı kabusa da neden olmuştur. Elbette bu çalışan sınıfı veya diğer ezilen ya da marjinalleştirilen grupları örgütlemeye, veya devlet gücünün uygulanmasını etkilemeye çalışmaktan vazgeçilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir; kastedilen yalnızca onların bunu, bizim şu anda yapmakta olduğumuzun gelecekte haklı çıkacağını garanti eden hiçbir daha derin tarihsel zorunluluk mantığı bulunmadığının doğrudan bilgisiyle, pragmatik ve deneysel biçimde yapmak zorunda olmalarıdır. Ancak, gerçek düşman *biz (hepimiz)*-kafamızın içindeki yapılar, hayal gücümüzün önündeki sınırlar- isek nereden başlayabiliriz? Önemli olanın hiçbir şeyin değiştirilemeyeceğine yönelik argümanların faydasız olduğunu tekrar tekrar göstermek ve tarihsel ve güncel pratiklerin içinde yerleşik olan alternatiflere işaret etmek olduğunu düşünüyorum. İnsanlar, kendi yaşamlarını geliştirmelerinin üzerindeki kısıtlamalar gerçek değilmiş ve yaşamlarındaki şeyleri değiştirebilirlermiş gibi davranarak tahakküme tepki vermenin alışık oldukları yollarından saptıklarında tarih boyunca bir şeyler değişiyor gibi görünmektedir. Her ne kadar da-ima kendi umut ettikleri veya niyetlendikleri şekilde olmasa da insanlar yaşamlarını değiştirebilirler; ama deneyene kadar bunu asla bilmemişlerdir.