

Adalet Duygusu ve Kültürel Adalet Kavramı Hukuk ve Antropolojiden Görüşler*

Wolfgang FIKENTSCHER
Çeviren: Berrak Burçin DİLAVER

Adalet duygusuna dair, (insan toplumlarındaki norm ve tutumların engin çeşitliliğinin kültürlerarası kanıtı ile yalanlanmış olan) sezgisel öğretiler ile (ahlaki ve hukuki davranışlar için herhangi bir doğal kaynağın varlığını reddeden) göreci veya tarihselci görüş arasında bir orta yol bulmak imkansız mıdır? Bu soru, adalet duygusunun altında yatan duygusal ve bilişsel öğeler üzerinde duran kuramcılar arasındaki farka hususi vurgu ile hukuk antropolojisi bakış açısından ortaya atılmıştır. Gereken vurgu, hukuk ve adalet ile ilgili his ve yargılardaki kültürel çeşitlilik üzerine konulmalı iken, hukuki davranış için evrensel bir kaynak varsayımı, hukuk antropolojisinin kuramsal anlayışı ile uyum içindedir. Bir kere adalet duygusunun antropolojik bir kaynağı oluşturulur; bu, ilke olarak, belli bir kültüre özgülenmiş olan adalet duygusu kapsamının ilgi ve saygıyı hak ettiği şeklinde sonuçlandırılabilir. Bu, bizi neyin kültürel adalet olarak adlandırılabilir, diğer bir kültüre göre neyin adalet olarak anlaşılabilir olduğuna götürür.

Bu makale böylece iki meseleyi ortaya çıkarmaktadır:

1. Antropolojik yaklaşım, adalet duygusunu anlamaya katkıda bulunur mu? Bu soru kapsamlı bir şekilde tartışılacak ve olumlu yanıtlanacaktır. Bazı çıkarımların seçmeli bir derlemesi listelenecektir.

2. Adalet duygusu ile kültürün antropolojik kapsamı ve kültürler arasında bağlantı kurmuş olmakla birlikte; bu bağlantı, özgülenmiş bir kültürün üyeleri için, adalet duygularına kendi kültürlerine mensup olmayanlar tarafından saygı gösterilmesi talebini haklı çıkarır mı?

Adalet Duygusuna Antropolojik Bir Yaklaşım

"Doğuşancılık"a Karşı "Tarihselcilik" - Bir mesele mi?

Çok öncelerden beri, Avrupalı filozoflar ve hukukçular arasındaki "adalet duygusu" tartışması, uç konumların karşıtlığı tarafından vasıflandırıldı. 19. yüzyılın son çeyreğinden beri, karşıt görüşler sırasıyla "doğuşancı" ve "tarihselci" olarak etiketlendi.¹

Almanya'da "tarihselci" terimi ilk olarak, psikologlar arasında yapılan, algıla-

* Fikentscher, W. (1991). 'The Sense of Justice and Concept of Cultural Justice, Views From Law and Anthropology', *American Behavioral Scientist*, 24(3), 314-334. Copyright © (2011) by Sage Publications, Inc. Reprinted by permission of Sage Publications, Inc. Fikentscher, W. (1991). 'Adalet Duygusu ve Kültürel Adalet Kavramı, Hukuk ve Antropolojiden Görüşler', *American Behavioral Scientist*, 24(3), 314-334. Tüm hakları (2011) Sage Publications, Inc.'a aittir. Sage Publications, Inc.'in izniyle yayınlanmıştır. Yazarın Notu: Lawrence A. Sullivan, Michael T. McGuire, Roger D. Masters ve Thomas M.J. Möllers'e metni okudukları ve üzerine yorum yaptıkları için minnet borçluyum.

1 Avrupa'daki adalet duygusunun doğuşu ve gelişimi münazarasının müteakip özet raporu, Bihler (1979) tarafından ilk bölümünde verilen açık seçik tanıma çok şey borçludur. Aksi gösterilmediyse, bütün İngilizce'ye çeviriler bana aittir.

ma kategorileri insanoğlunun bir yeteneği olarak doğuştandır ve böylece insan doğasında programlanmış mıdır ("doğuştañcı"), yoksa daha çok bir eğitim ve kültürel gelişmişlik meselesi midir ("tarihselci"; Grauman, 1966) içerikli bir ihtilafta kullanıldı.²

Buna göre "doğuştañcılar" iddia ediyorlar ki; insanlık tarihindeki deneyim ve deneysel gözlemler, insanların içinde, genellikle hayatta uyuma ve dünyada iyi düzene yönlendiren, doğal bir dürtünün var olduğunu ve bu nedenle doğanın, insan kalbine adalet duygusunu ekmiş olması gerektiğini göstermektedir. Böylece herkes adaletle ilgilidir ve bu gizli kaynaktan, adalet ile ilgili hisleri hakkında soru sorularak veya psikolojik çözümleme gibi daha karmaşık vasıtalarla kolayca haberdar edilebilirler. Bu görüşün savunucuları, 19. yüzyılın ilk yarısında Historische Rechtsschule ve Alman idealizmi ve romantizmi çevresinde, 19. yüzyılın sonraki yarısı ve 20. yüzyılda, o zaman genç olan ve hızla gelişen psikoloji biliminin civarında toplanmışlardır.³ Doğuştañcı kuramın bütün biçimlerindeki ana düşünce, doğuştan bir adalet duygusunun insanoğlunun hukuk yaratmasını, hukuku eleştirmesini ve geliştirmesini mümkün kıldığıdır. Adil hukuk, insanoğlunun varlığının bir işlevidir.

Rümelin'in (1871/1948) doğuştañcı yaklaşımına hararetli bir cevapla, von Jhering doğuştan adalet duygusunu reddederek tam tersi bir duruş edindi (von Jhering, 1877/1883, Vol.1, p. xiii; 1884/1965a). İlk olarak, hukukun zamanla gelişmesine ve

bir yerden başka yere göre farklılaşmasına işaret etti. Eğer bir çocuk, belirli bir zamanda ve belirli bir yerde büyürse, hukuku, "zihinsel olarak içine çeker" ve onun "hukuk duygusunu (Rechtsgefühl)" benzer şekilde biçimlendirir. O halde, önce hukuk ve sonra adalet duygusu vardır. İnsan varlığı ve bilinci hukukun bir işlevidir. "Hukuku üreten adalet duygusu değildir, fakat hukuk adalet duygusunu üretmiştir", von Jhering'in ölümünden sonraki yayınlarından birine eklenmiştir. Rümelin'e saldırı halinde, Rümelin'in durumunu, psikolojik bir tartışmada kullanılmış bir terimden yararlanarak "doğuştañcı" olarak dile getiren von Jhering'tir. Tarihsel olarak gelişmiş, dolayısıyla göreliliğe dayalı bir adalet duygusunun kaynağı olarak teşhis ettiği hukuk nedeniyle von Jhering, kendi görüşünü "tarihselci" olarak adlandırmıştır.

Bakış açısını kendi keşfi olarak düşünmüştür. Bununla birlikte, aksinden ziyade adalet duygusunu hukuktan alan, kendisine yakın tek kişi olma namını cömertçe John Locke'a bırakmıştır. Fakat Riezler (1969) ve Bihler (1979), von Jhering'den önce John Locke'a ilaveten daha da fazla "tarihselci"nin var olduğunu göstermiştir: David Hume, Blaise Pascal, Michel E. de Montaigne, John Stuart Mill ve Johan St. Pütter...".Tarihselci" muhalefet, 1923'te bu büyük tartışmayı özetleyen ilk kişi olan Riezler ile önemli bir taraftar kazandı. Riezler, hukuk duygusu (Rechtsgefühl) (adalet duygusunun duygusal yönü olarak) ile takdir ve değer kapsamı arasındaki bağı

2 Graumann'a göre (1966, s. 1031-1096). Bu ihtilaf Hermann L. F. Helmholtz tarafından başlatıldı.

3 Von Savigny'nin (1840) halk ruhu (Volksgeist) kapsamı, idealist gelenek için ana örnek olarak alıntılanabilir. Adalet duygusu (nun duygusal yönü), Rechtsgefühl için Almanca ifadenin önceki kullanımı, Riezler (1969) tarafından, Anselm Feuerbach'ın, hukuku "hukuk duygumuzun (Rechtsgefühl)" nesnesi olarak tanımladığı Kritik des natürlichen Rechts'inde (1796, s.3) tespit etmiştir. Diğer "doğuştañcılar" Gustav Rümelin (Über das Rechtsgefühl, 1871) ve Leon Petrazyski (Law and Morality, 1955)dir. Ehrenzweig (1971), doğanın insan idrakine bel bağlamayacak kadar bilge olduğuna ve bu nedenle insana, açıklık ve cinsellik hissi verdiği gibi adalet duygusu da insan ettiğine dayanmaktadır. Bihler (1979) de hukuk duygusunun (Rechtsgefühl) psikolojik kökleri için güçlü bir açıklama yapmıştır. Hukuk duygusu (Rechtsgefühl) bahsine otoritelerin katılımının oldukça bütün bir açıklaması, Riezler (1979) ve Meier (1986) tarafından yapılmıştır.

genişletti. Bir değer lehine karar vermenin, doğuştan gelen histen çok usla alakalı olduğuna ve bu nedenle adalet duygusunun aslında doğal değil, yetiştirilme olduğuna (Margaret Mead'in formülünü kullanarak) dayanmıştır.⁴ Sosyolojik nedenlerle Rehbinden (1989), fizikötesi kapsamlar ile kurgusal bir oyun yerine, adalet duygusuna "tarihsel" yaklaşımı kayıran en yeni seslerden biridir.⁵ Hukukun psikolojik görünümünün bilişsel ve duygusal yanı arasında ayırım yaptı ve ilkinin (Geiger ile) hukuk bilinci (Rechtsbewusstsein), sonrakini ise hukuk duygusu (Rechtsgeföhl) olarak adlandırdı. Bu, bu makalede "adalet duygusunun duygusal yönü" ve "adalet duygusunun bilişsel yönü" şeklinde de kullanılacak olan, kullanışlı bir ikili ayırmıdır.

Avrupa'da bu nedenle, 18. yüzyılın sonundan 19. yüzyıla kadar Alman, Britanyalı ve İsviçreli yazarlar arasında, adalet duygusu üzerine canlı bir tartışma vardı. "Doğuştancılar" ve "tarihselciler" hala birbirinin karşıtıdır; iyi için doğuştan gelen bir hisse ve doğrunun, insanoğluna evrensel bir biyolojik özellik olarak verildiğine dair eski inançla sonraki, adalet için duygunun belirli bir zaman ve mekana hükmeden hukuktan geldiğinin kabulü.

Biyolojik duruş, çoğunlukla psikologlar ve hukuk yaratmada psikolojiyi üst sayanlar tarafından savunuldu. Karşıtları, çeşitli düşünce topluluklarından gelmişlerdir: tarihsel (von Jhering), ağdaş "değer hukukbilimi" (Riezler) ve toplumbilim (Geiger ve Rehbinden).

"Doğuştancılık"a karşı "tarihselcilik" in gerçekten bir sorun olup olmadığı sorusu ortaya çıkabilir. Bu soruya bir yanıt, antropolojinin bakış açısı tarafından verilecektir. Araştırmanın gösterdiği kadarıyla, adalet duygusunu, antropoloji fenerinin yardımı ile aydınlatmak için henüz hiçbir girişim yapılmadı. Elbette, bu makalenin alanı sadece özet ve ilk elden izlenimler iznine zorluyor. Amerika Birleşik Devletleri gibi diğer ölkelerin geleneklerini içeren karşılaştırmalı bir bağlam şöyle dursun, Almanya'daki gibi özgülenmiş bir hukuki kültürde bile adalet duygusunun konusu çok geniş, dağınık, ve başlaması zor.⁶ Sonuçların bu nedenle başlangıç niteliğinde ve bir hayli kuşkulu görünmesine rağmen, antropolojik yaklaşım, doğuştancılık-tarihselcilik ikiliğinin gerçek bir mesele olmadığını gösterecektir.

Adalet Duygusunun Tanımı Hakkında Adalet Duygusuna Karşı Adalet İçin Duygu

Bu meseledeki diğer makaleler adalet duygusunun çeşitli tanımlarına değinmiştir. Bu yüzdten tanımın ayrıntılarına girmeye biraz ihtiyaç var. Bu çalışmanın konusu ne adaletin genel anlamıdır, ne de onun özgülenmiş bir toplum için anlamıdır. Daha çok adalet duygusu ile alakalıdır, adalet için duygu anlamında. Elbette adalet için duygu, sadece adalet anlam taşıyorsa hakkında konuşmaya değerdir. Eğer bir insan dürtüsü varsa, adalet için bir iüdü, adalet fikrinden ve onun maddi içeriğinden ayrıık olamaz.

4 Bu, Bihler'in Riezler'le çelişmesine neden olan "ussal değer hissi"dir ve öyle görünüyor ki ağdaş psikoloji Bihler'in tarafındadır (özellikle bkz. s. 22ff).

5 Rehbinden (1989, s. 167ff. özellikle s. 169). Rehbinden, Gieger'e itibar etmiştir, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4. b., Rehbinden, 1987, özellikle 340'ta. Gieger, *Rechtsbewusstsein (hukuk bilinci) ifadesini, Rechtsgeföhl'e (hukuk hissine) tercih etmiştir.*

6 Rehbinden (1989, s.167ff.), "Rechtsgeföhl" tartışmasının terk edilmiş durumunun etkili tartışmaya pek izin vermediğine işaret etmiştir. Kendisi "hukukun etkinliği" başlığı altında, kendi sosyolojik bakış açısından kullanışlı kapsamlar sistemini önermiştir.

Meier'in Adalet Duygusu Tanımları Listesi

Sorgulamamızın nesnesini, bir şeyin anlamının felsefi izahından ziyade insan dürtüsü olarak tanımladık; şimdi, bu konuyu ele alan yazarlar tarafından, adalet duygusuna ne içerik yüklenmiş diye sorabiliriz. Meier (1986), yalnızca Almanca terim Rechtsgefühl (hukuk duygusu) için on dört farklı anlamın uyandırıcı bir listesini önerdi. Daha önce açıklandığı gibi Rechtsgefühl kişinin adalet algısının sadece duygusal yanını kapsamaktadır. Buna, Rechtsbewusstsein (hukuk bilinci) (Geiger'in teklifi) olarak adlandırılan ve kendi içinde bir çeşitlilik oluşturan (Rehbinder, 1989, s. 165Ff) bilişsel anlamının eklenmesi gerekecekti.

Bihler'in Tanımı

On dört anlamın tümünü, ek olarak da, adalet duyguları olarak tartışılabilir ve tartışılmış olan olgular ve değerler takımını yinelememeyi teklif ediyorum. Aksine, adalet duygusunun bir tanımı çıkış noktası olarak seçilecektir. Bu tanım Bihler (1979)⁷ tarafından, oluşumunu gözlemlemek ayrıcalığına sahip olduğum bir kitapta geliştirilmiştir.

Bihler tanımsal bölümüne, hukuk duygusu (Rechtsgefühl) hakkındaki özgün tartışmanın, daha yakın bir incelemede, doğal hukuk üstüne ebedi tartışmanın bir yan sahnesi olduğunu kanıtladığımı kaydederek

başladı ve bunu psikolojik savlarla sürdürdü. 19. yüzyılın sonuna doğru psikolojinin yükselişi, hukukçuların, doğal hukukun değer sisteminde şimdiye dek bulunduğu varsayılan adaletin kökleri hakkında bilgi alma ümidiyle hukukun psikolojik temellerini aramalarına neden oldu (s. 1, 5ff).

Bu başlangıçtan itibaren Bihler, hukuk duygusunun, adalet duygusunun duygusal yönüne vurgu yapan, teşhisin psikolojik yaklaşımını kabul eden ve hukuki bir çekişmede, içten gelen bir yandaşlığın kapsamı üzerinde yoğunlaşan bir tanımını aldı.⁸ Bihler'in kendi duygusal kısmında dikkatlice gelişmiş adalet duygusunun ifadesi, hukuk duygusu, esasen üç unsura ayrılır: içten gelen his, bu hisle birleştirilmiş adalet isnadı, adalet isnadının, ispata yarayan vasfının hukuki gerekçeleri tarafından, adalet isnadı ve hissini toplumsal tartışmaya erişilebilir yapmak için akılcılaştırılması. Dahası, Bihler'in tanımındaki önemin dördüncü ve son noktası var: En azından duygusal bakış açılarında adalet duygusu, hukuki bir çekişmede bir yanının tarafını tutmaya karşı bireyin tepkisinden oluşuyor. Bir yanın tarafını tutma ile ortaya konan bireyin empatisi, sonuçta meseledeki çekişme için birtakım farklı fakat olası çözümü hesaba katmıyor. Bu, doğru bir şekilde ifade eder ki, olası bir çözümün adil olduğu hissi, asla çözümün gerçekten adil olmasını gerektirmez. Hukuk duygusuna sahip olmak, ille de adil olanın ne olduğunu bilmek anlamı

7 Bihler ve ben bir süre için München Üniversitesi Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nde birlikte çalıştık.

8 Almanca aslında tüm metin şöyledir: "Das Rechtsgefühl ist die spontane Stellungnahme in einem juristischen Konflikt auf der Seite eines oder mehrerer Beteiligten. Es wird von dem, der so Partei ergreift, als Empathie, als Gefühler Einfühlung in den anderen, wahrgenommen. Die Stellungnahme ist das Resultat eines Identifikationsprozesses, der dadurch ausgelöst wird, daß eine festgestellte partielle Identität zwischen Konfliktbeteiligtem und Stellungnehmendem affektiv besetzt ist, der Fall also Aufforderungscharakter hat. Ein verbaler Ausdruck der Stellungnahme und des damit verbundenen zustandlichen Fühlens ist die Gerechtigkeitsaussage. In ihr wird ein Bezug zwischen dem eingenommenen Standpunkt und der subjektiven Gerechtigkeitsvorstellung hergestellt, indem ihm das Prädikat "gerecht" zugeschrieben wird. Die Legitimierung der Gerechtigkeitsaussage durch ihre Verbindung mit als evident angesehenen rechtlichen Begründungen stellt eine Rationalisierung des Gefühls dar und ermöglicht die Berufung auf das Gefühl in der öffentlichen Diskussion um die erfolgte Stellungnahme"

na gelmez. Adalet için his, olası bir adalet için olan bir histir; 'o' adalet için değil. Bu, hukuki bir çekişmenin çözümü için, başka seçenekleri- ki bu seçeneklerden biri adil çözüm diye adlandırılabilir- ortaya çıkarır. Adalet hissini unsurları ve bizatihi adalet arasına, bir tartışma, bir adli muamele, bir duruşma, bir mahkeme kararı veya benzerleri konulmalıdır.

Hukuk duygusunun tanımına götüren dört adımlı bu yöntem, bana ikna edici görünüyor; çünkü birçok yazar için belirsiz bir karışıklıkla birlikte akan unsurları ayırmaktadır.

Bihler'in tezi ayrıca, akılcılaştırmanın unsuru olarak tanımına sunduğunun aydınlatmasını üstleniyor. Hukuk duygusunun duygusal bileşenleri ile hukuki düzen ve hukuka ilişkin değerlerin değerlendirilmesi arasında bağlantı kurmayı başarıyor.

Tartışılacak Ne Kaldı?

Bihler, adalet duygusunun, tartışılmak için burada kalan ve tartışmamızı bir ölçüde psikolojinin dışına çeviren, (Rehbinder'in) "bilişsel" bileşeni ile alakadar değildir. Hiç şüphesiz birey, adalet hakkında sadece hissetmez; fakat düşünür de. Yunancada, duygusal ve bilişsel yeteneklerle donanmış bu birey, antropos diye adlandırılır. Böyle olunca belki antropoloji, adalet duygusu hakkındaki tartışma üzerine yorum yapılabilir. Toplum bilim, bireyin adalet ile zihinsel uğraşının, bilişsel ve duygusal yönlerinin her ikisinin de farkındadır. Belirtildiği üzere Rebinder, hukuk duygusu (Rechtsgefühl) ve hukuk bilincini (Rechtsbewusstsein) sırası ile adalet duygusunun duygusal

ve bilişsel bileşeni olarak ayırmıştır. Fakat toplum bilim, kültürel farklılıklara yok denecek kadar az önem vermektedir.⁹ Adalet duygusu, insan genelgeçeri olarak teşhis edilebilir bile olsa, sadece bir birey hakkında özgülenmiş değil, belli bir kültür hakkında da özgülenmiştir varsayımına önem vermemesinin nedenlerinden biri budur. Bu, antropolojinin çalışma alanıdır.

Antropolojik Bir Çıkarım Hukuku Olmayan İnsanoğlu Yoktur

Hukuk antropolojisinde meşhur ihtilaf neyin önce olduğuna ilişkindir: Din, sonra ahlak ve sonra hukuk (Maine, 1861/1931) veya önce ahlak, sonra din (Diamond, 1935). Bir başka öğreti, kültürün başlangıcında ahlak ve hukuku birleştiren tek normun varlığına dayanıyor. Din yokken bu tek norm, zamanın belli bir döneminden sonra iki bileşenine ayrılıyor (Pershits, 1977). Diğer yazarlar hukukun, arzu edilen davranış olarak ahlak tarafından eşlik edilen uygulanabilir yaptırımlardan oluştuğunu öne sürüyor. Her iki unsur da erken kültürler için geçerlidir (Pospisil 1971, 1978, 1980, 1982). Yine bir diğer öğreti, "önce din vardı ve bütün davranış normları ondan türemektedir"e dayanıyor (Pannenberg, 1983). Bu bazen oldukça spekülatif olan ihtilaf, (felsefi anlayışta) öncelik sorunu olarak adlandırıldı ve normların çeşitli gruplarının birbirine paralel, bağlı ya da birbirinden bağımsız olduğu araştırması, "forumlar kuramı (theory of the fora)" adını aldı.¹⁰ Bu kurama göre insanoğlundan bir "forum"dan fazlasında sorumlu davranması isteniyor: din, hukuk veya iyi gelenekler.

9 Bir zamanlar önemli bir kültürel sosyoloji vardı: Max Weber'in çalışmaları en belirgin örnekler arasındadır (örn. Weber, 1920-1921, 1967, 1976). Ne var ki çağdaş sosyoloji, etnosentrik modeller ve sistemler araştırmasını tercih ediyor.

10 Bkz. Fikentscher (1975, s. 91) ve Heeschen (1989, s. 232). Eğer yukarıda özetlenen çıkarımlar doğru ise, saptanan başka duygular olmalı ve bu duygular diğer normatif forumlar veya bunların unsurları ile ilişkili olmak zorundadır. Sonuç olarak, hukuk için bir duygu vardır; bu, bir kişinin, sadece adalet diye adlandırılan esas ögesi ile değil, bütün olarak hukuk ile duygusal ve bilişsel yakın ilişkidir. Eğer birisi, "Korkarım

Farklı forumlardaki, insanoğlunun daima karşı karşıya kaldığı talepler, bir diğeriyle çatışmaya girebilir. Dini bir talep, hukuka aykırı olabilir; hukuki bir talep, ahlak dışı olabilir vesaire.

Normatif takımların önceliği ihtilafı ve sonrasında forumlar üzerine tartışmanın burada yeniden dile getirilmesine gerek yoktur (bu konu üzerine bir ifade için bkz. Fikentscher, 1988).

Bu sıralama tartışmaları ile uğraşan çok sayıda yazara göre, bütün insanoğullarının hukuka sahip olduğuna dikkat etmek yeterlidir. Ne var ki Radcliffe-Brown (1952), aynı fikirde değildir. Hukuku, "siyasi olarak örgütlenmiş toplumun gücünün sistematik uygulanması aracılığı ile gerçekleşen toplumsal denetim" şeklinde Roscoe Pound geleneğinde tanımlayıp; Kaliforniya'nın Yurok Kızılderilileri veya Luzon'un Ifugaoları gibi kabilelerin hukukları olmadığı sonucuna varmıştır. Fakat hukukun "her şeyi kapsayan, her şeye kadir töre" olmasına gerek yoktur (Pospisil, 1978, s. 9). Eğer otorite tarafından desteklenen herhangi bir kabul var ise; kişi orada hukuk olduğunu

kabul etmelidir (bkz. Fikentscher, 1988). O halde bu tanımlamadan hareketle Yuroklar ve Ifugaolar hukuka sahiptir.

İnsan türünün her üyesi hukuka sahiptir, hukuka ihtiyaç duyar, hukuk yaratmaya iştirak eder, ve hukuku çiğner. En azından şu kuramdan başlamak nedensiz değildir: Tüm insanoğlunun hukuku vardır.

Adalet İdeali Olmayan Hukuk Yoktur

Diğer ihtilaflar -pek fazla hukuk antropolojisinde değil, fakat hukuk felsefesinde- hukuk ile adalet arasındaki ilişki ile ilgilenir. Klasik doğal hukuk savunucuları, eğer esas ögesi adalete ayrılmaz bir şekilde bağlı değilse, hukukta herhangi bir anlam görmüyorlar. Onların bakış açılarından adalet, hukukun bir parçasıdır. St. Augustine'in söylediği gibi: "Remote iustitia quid sunt regna nisi magna lotrocinia?" (Uzaklaştırılınca adalet, krallıklar büyük soyguncu çetelerinden başka nedir?) Esasında bu, Lord Devlin'in (1959, 1962, 1965; ayrıca bkz, Wilson 1965) Oxford filozofu H.L.A. Hart (1958, 1963) ile

bu mahkemedeki savaşı kaybedeceğim." derse; kanuni bir risk sezer, adalet bakış açılarından oldukça ayrı. Adalet içi duygu ile hukuk için duygu, ciddi bir çatışmaya düşer. Shakespeare asi Kasap Dick'e, "Yapacağımız ilk şey, haydi bütün hukukçuları öldürelim." dedirttiğinde ve asilerin önderi Jack Cade'ye, "Hayır; bu benim kastettiğim" diye eklettiğinde; Jack ve Dick zorunlu bir (ihlal edilmiş) adalet duygusu ile hareket etmiş olabilirler, fakat canavarca planlarının hukuk için yerinde bir duygu olduğu pek söylenemez (Henry VI, Bölüm 2, Sahne IV, Perde 2, dize 74). Adalet için veya hukuk için duygu ile ahlaki iyi duygusu arasında veya adalet veya hukuk için duygu ile dini normlar tarafından talep edilen saygı için duygu arasında daha bile büyük veya yaygın farklar olabilir. Gluckman (1967), Loziler arasında gerçekten davranışlar için iki standart var olduğuna dikkat çekti. Biri muru yangana'nın, "akıllı adam" ve diğeri de muru yalukile'nin, "doğru adam" (s. 125-126). Doğru adam standardı, insanların ona uygun yönde çabalamaları gereken bir ideal iken; akıllı veya mantıklı adam standardı, herkesten beklenen ve elbette hukukun emrettiği, asgari doğru davranıştadır (s.128). Sonuç olarak, bir Lozi, eğer davranışı mantıklı adamın en az müsaade edilebilir standardı ile doğru (ahlaklı) adamın ideal standardı arasında kalırsa, yasaya uygun davranır. Pospisil (1974, s. 244, 1982, s. 312), Gluckman'ın gözlemlerini tartıştı ve Kapaukular'la yaptığı kendi çalışmalarına istinaden doğruladı. Aeschylus'un Oedipus'u, yasal standartlarca birinci derecede sayılan suçlar işleyen (babasının cinayeti ve annesiyle ensest irtibatı), yine de yaptığını masumene yaptığı için ahlaken suçlanamayan sanığın (Oedipus) trajik bir örneğidir. Bazıları, bu Yunan tragediyalarının (özellikle Oedipus ve Oresteia) ahlaki ve hukuki forumların ayrılmasının başlangıcı olduğu sonucuna varmaktadır. Diğerleri bu tragediyaların, nesnel yasal yanıt ile öznel kusurluluk (kasıt veya ihmâl) arasındaki ayrımın başlangıcı olduğunu çıkarıyor. Bu kuramın tartışması için bkz. Fikentscher'in Methoden des Rechts'ı (C.I, s. 156, 246, 250, atıflar ile). Gözlemlenen pek çok Romalı Katolik için, sivil evlilik hukuku, sözleşme olarak oluşturulan, hala vicdani rahatlıklarına bir engeldir. (cf. Henrich, 1980, s.18; Lehmann ve Henrich, 1967, s.2).

ünlü tartışmasındaki duruşu ile uyumludur. Pozitivist Hart her zaman; 'Adalet iyi ve zorunlu bir meseledir, fakat bizatihi hukuk, ahlaktan dem vuran ve değerlendiren kapsamlardan uzak tutulmalıdır.' demektir. Hukuk Antropolojisi'nde Pospisil (1982), adaletin çeşitli kapsamları ve insan genelgeçeri olarak, neyin onlara mahsus olduğu üzerine, bilimsel ve keskin görüşler yazmıştır; fakat onun altmıştan fazla farklı hukuk kültüründen damıtılmış hukuk tanımı, hukukun unsuru olarak adaleti dışarıda bırakmıştır (s. 136, 197). Bu daha çok, hukukun pozitivist bir tanımıdır. Böylece doğal hukuk yaklaşımı, hukuk kapsamının içinde adaleti hesaba katar; halbuki pozitivism onu dışlamaktadır. Bu, bizi hukuk antropolojisinin bir hukuk duygusu araştırmasına katkı yapmak için pozitivist yaklaşımdan ziyade; doğal hukuk yaklaşımına iştirak etmeyi yeğlediği sonucuna götürüyor görünmektedir.

Ne var ki, hukuk antropolojisinin adalet duygusu ile ilgilenmesine izin vermek için, ya doğal hukukun iddiaları ya da pozitivisminkiler için son kararı vermek elzem değildir. Pozitivist görüşü paylaşan Hart ve Pospisil gibi birçok yazarın, adaleti saha dışı olarak düşünmelerine rağmen, adaletin öneminde ısrar etmeleri gerçeği, bu savın altını çizmektedir. Antropolojinin adalet duygusu hakkındaki tartışmaya katkıda bulunmasına müsaade etmek için, kabul etmek gerekir ki, hukukta adalet ile ilgili bir şey vardır veya hukuk, öyle ya da böyle adaleti zımnen ifade eder. Kişisel görüşümdür ki; hukukun antropolojik tanımı, bütünlüye parça olarak adalet ögesini içermelidir. Bu, pozitivismi reddeden türde bir tanımdır. Ne var ki, klasik doğal hukuk tanımlarından farklı olarak, antropolojik gayeler için hukuk kapsamının adaleti, İncil'den, doğadan, akıldan, veya evrensel insan sezgisinden onun için çıkarılabilen değerlerin maddi ve belirlenmiş bir sistemi olarak değil; aksine doğuştan var olan bir

erek, aranan ve peşine düşülen bir telos olarak içermektedir (Fikentscher, 1988, pp. 25,27). Bu sebepten ve daha ileri bir tartışma için, varsayalım ki sadece tüm insanoğlunun hukuku var değildir; fakat her hukuk da adaleti zımnen ifade etmektedir. Bu demek oluyor ki, tüm insanoğlu, her ne mada anlaşılırsa anlaşılınsın, adalete tabidir.

Bilişsel ve Duygusal Yetileri Olmayan İnsan Yoktur

Psikolojik antropoloji gösterir ki aklı başında hiçbir insanoğlu, bilişsel ve duygusal yetilerinin her ikisini de kullanmıyor diye düşünülemez (cf. Barnouw, 1973, s.10; Kottak, 1987, s. 290). Başka bir tabirle, ciddi zihinsel kusuru olmayan her insan düşünebilir ve hissedebilir. Bu bilişsel ve duygusal yetilerin birleşimi, insanoğlunun "duyguları" olarak adlandırılabilir. İnsana has birtakım duygular vardır. Çocuklar önce beş temel duyguyu öğrenir. Fakat her nerede duygu ve biliş insan kapasitesinin nesnesine yönlendirilebilirse, orada bir "duygu"dan söz edebiliriz; bir tehlike, bir risk, havanın değişimi, ticari bir girişim, hukuk veya adalet için...

Sonuç Olarak Adalet Duygusu

Böylece hemencecik dördüncü çıkarımımızı çizebiliriz: Eğer antropolojinin anlamıyla, a) her insanoğlunun hukuku var ise ve b) hukuk adaleti zımnen ifade ediyor ise ve eğer c) her insanoğlu duygulara çevrilebilen bilişsel ve duygusal yetilere sahip ise; ilk sonuç, her insanoğlunun adalet duygusu vardır ve ikinci sonuç, adalet duygusu, duygusal ve bilişsel unsurları ihtiva eder olmalıdır. Şimdi Alman sosyologların, adaletin bilişsel unsurlarını hukuk bilinci (Rechtsbewu tsein), duygusal olanlarinkini hukuk duygusu (Rechtsgefühl) diye adlandırdıkları kullanımlarına geri döndük, bu unsurlar arasında kesin çizgi çizme olasılığına hiç ihtiyaç olmadığını kabul ederek.

Özet

Bu makalenin ana gayesi, şimdi sunulmuş oldu: Adalete dair insan duygusunun, antropolojik bilgisinden bir sonuç almanın mümkün ve akla yatkın olduğunun kanıtı. Eğer bir antropolojik incelemenin ölçütüne tabi ise, "doğuşancılık"a karşı "tarihselcilik" tartışması oldukça anlamsız kalmaktadır; çünkü her insanoğlu adalet duygusuna sahiptir, adalet duygusu hukuk ile donatılmış olduğu için. Hukuk bilinci (Rechtsbewusstsein) ve hukuk duygusunu (Rechtsgefühl) kapsayan adalet algısı, "özden gelen" insan genelgeçeridir. Fakat hukuk, tarihte geliştiği ve çöktüğü için ve hukuk, adaleti içerdiği için, herhangi bir özgülümlü adalet duygusu, aynı zamanda "tarihsel"dir de.

Bu antropolojik yaklaşım aynı zamanda, psikolojik başlangıç noktası hukuk duygusu (Rechtsgefühl) (örneğin, Bihler, 1979) ve adalet duygusunu tartışılabilir yapmak amacıyla onun akılcılaştırılmasını tamamlamaktadır.

Bazı Çıkarımlar

Bu sonucun çıkarımları, belki birçok farklı alanda olabilir: standart antropolojik meseleler, hukuki gelenekler, hukuk felsefesi gibi. Elbette, daha fazla araştırmaya ihtiyaçları vardır. Bu makale, sadece bazı tamamlanmamış ipuçları önerebilir; böylece olası çıkarımların listesi, konudan dışarı çıktığı ve askıda kalan tartışmalardan ayrıldığı izlenimini verebilir. Hatta müteakip çıkarımlar ile daha önce saptanan hususlar arasındaki ilişki bağlantısızmış gibi bile görünebilir. Fakat hukukçular ve antropologlar, günlük çalışmalarından bazı "günlük uğraşları" fark edeceklerdir: hukuka itaat ve onayı, adalet ölçütleri, zamanında adalet, hukukun ve gerçeğin adaleti, adalet ve bilgi kuramı, bürokrasi ve hukukun eleştirisi.

Adalet Duygusu ile Dayatılan ve İçselleştirilen Hukuk Arasındaki Ayrım

Yazarlar, insanların hukuka uyma sebepleri -daha eksiksiz bir şekilde, sebep kategorileri- konusunda ayrılmaktadırlar. Galbraith (1967) meşru itaat için dört neden saymıştır: (a) zorlama, (b) maddi motivasyon, (c) içselleştirme (ki bununla kişisel rızayı ima eder), hukuk kurallarını gönüllü olarak takip etme şeklinde, (d) uyum.

Rehbinder (1989), üç nedene değinir: (a) yaptırım korkusu (Sanktionsorientierung, görünüşe göre Galbrith'in ilk iki nedenini kapsıyor), (b) özdeşleşme (Identifikation, esasen hukuk malumatını baz alır), (c) içselleştirme (Internalisierung, aslında hukukun etik cazibesi tarafından ikna edilme suretiyle kandırılma). Rehbinder hukuka itaat için bu üç nedene değinerek, yurttaşların hukuka saygı göstermesine neden olan üç "mekanizma" türetti. Normun muhatabının kişilik yapısından bir yana, hukuk kurallarına uyma dürtüsü, yurttaşların zihnindeki üç öznel düşünceye bağlıdır: hukuk bilgisi (Rechtskenntnis), hukuk bilinci (Rechtsbewusstsein) ve hukuki değerler sistemi (Rechtsethos). Şu, oldukça makuldur: Hukuk bilgisi, yaptırıma uyum sağlamaya tekabül eder; hukuk bilinci, hukukla özdeşleşmesine yol açar veya yol açabilir (böylece Rehbinder'in metnindeki özdeşleşme Galbrith'in uyumuna yaklaşıyor.) ve hukukun etik standartları tarafından yönlendirilmek, bir kişinin onu içselleştirmesine neden olur.

Pospasil (1971, 1982), insanların neden hukuka itaat ettiğine dair sadece iki sebep belirtir: dayatma (örn. bir kural tarafından) ve içselleştirme. Hukukla karşı karşıya kalan bir kültürün hem etkisine hem de sonucuna yoğunlaşarak bu basit ikili ayrıma ulaşmıştır. Dahası, böyle bir sonuçta götüren psikolojik tündengeli yok saymıştır. Bu kendi kendini kısıtlama ile

Pospisil'in ikili ayrımı, insanların hukuka uyma sebebinin en ikna edici önermesidir. Pospisil şuna dayanır ki dayatılan hukukun, kaba kuvvet ya da iktisadi yaptırım korkusu gibi daha arınmış teşvikle uygulanması, farklılık arz etmez. Gönüllü ve böylece içselleştirilen hukuka itaatın bilişsel (Rechtsbewusstsein ile) ya da duygusal (Rechtsgefühl ile) şekilde istinat etmesi de hesaba katılmaz. Pospisil'in tek kutupluluk modeli, içselleştirmeden dayatmaya kadar çeşitli gelişmeleri ve tersini açıklama ile bu gelişmelerin meydana getirdiği fark edilmez seviyeleri ve nüansları tasvir etme faydasına sahiptir.¹¹

Bu nedenle Pospisil tarafından önerilen bu model, bazen "daha bilişsel", bazen "daha duygusal" unsurları ile adalet duygusu hakkındaki bir tartışma için en uyum sağlayabilir olandır. Eğer bir kişiye veya bir grup insana, hatta bütün bir kültüre, adalet duygusu tarafından rehberlik ediliyor ise ve eğer bu adalet duygusu kişisel veya ortak bir bilinçte temelleniyorsa, bu adalet duygusu Pospisil'in içselleştirilen hukuk adını verdiği bir olgudur. Başka bir deyişle, Pospisil ve diğer antropologlar ve araştırmacılar (örn. Kohberg, 1963; Lessa, 1950; Vinogradoff, 1922) tarafından geliştirildiği gibi hukukun içselleştirilmesinin antropolojik kapsamından, adalet duygusunun antropolojik kapsamı çıkarılabilir. Bu, özgülenmiş bir kültürün üyeleri neyi adil hukuk olarak düşünür ve uzlaştırır.¹² Fakat burada bir ikaz vardır: İçselleştirilen hukukun tersi olarak dayatılan hukukta adalet duygusu yok mudur? Kendi kurallarını dayatan bir diktatör, kendi adalet (ya

da adaletsizlik) duygusunu izler. Böylece dayatılan hukuk da bir adalet duygusu tarafından özdeşleştirilebilir. Elbette dayatılan hukuk ve onu henüz içselleştirmemiş -veya asla içselleştirmeyecek- kişi mevzusu, dayatılan hukukun adalet duygusunun tanımını reddetmektedir. Onlar, kendi adalet duygularına sahiptir ve dayatılan hukukun kurbanları arasında, oldukça fazla sayıda adalet duygusu olabilir.

Antropolojik vasıtalarla varılan bu tartışmanın sonucu şudur ki, adalet duygusu kavramı anlamlıdır. Dayatılan ve içselleştirilen hukuk arasındaki ayrımın paraleli, dayatılan -ve bu nedenle kabul edilen- bir adalet duygusudur ki, içselleştirdikleri hukuku kabul edenlerin adalet duygularına ters düşmektedir. Almanya Federal Cumhuriyeti, emniyet kemerinin zorunlu kullanımını öne sürdüğü zaman çok az yasaya uyma vardı. İçselleştirme, emniyet kemeri kullanmama için ceza takdim edilmesinden ve bilhassa sigorta şirketlerinin riayetsizlikten dolayı artan zararlar için yapılan talepleri geri çevirmeye başlamasından sonra vuku bulmuştur.

Adalet Duygusu İçin Daha Fazla Örnek

Adalet duygusu üzerine önceki görüşler, neyin hukuk yöntembilimi olarak adlandırılabilir olduğuna dikkat çekmişti. Şimdi, adalet duygusunun esası ve uygulamaya dönük içeriğiyle ilgili bazı örnekler eklemek zamanı. Bu örnekler, (a) davranış eşitliğine karşı davranış yeterliliği hakkında çekişmeden (Gleichgerechtigkeit vs. Sachgerechtigkeit; ayrıntı için bkz. Fi-

11 Bkz. Pospisil (1974, s. 195; 1982, s. 249). İçselleştirilen hukuk, elbette ahlaken kabul edilmiş olmak için daha fazla bir şansa sahiptir. Kanunların ahlak kuralları ve ahlakın sonraki ayrımları ile ilişkisi, ahlaka aykırı, ve ahlak dışı hukuk, hukukun üstünde ahlak kuralları olasılığı ile birlikte, bir takım meseleler sorar. Pospisil (1980), hukuk zorunluluktur, ahlak kuralları ise istenendir diyerek hukuk ile ahlak kuralları arasında bir sınır çizmiştir. Fikentscher (1988) hukuki forum için bir yetki süreci varsaymıştır; fakat ahlaki forum için değil.

12 Bu, daha sonra bu makalede bir kültürel adalet kapsamı tartışmasına ve açıklamasına sebebiyet verecektir.

kentscher, 1975-1977, vol. 4), (b) vaktinde yapılan adalet meselesinden, (c) hukukun adaleti ve hükmün adaleti arasında iddia edilen ikilikten, ve (d) durgun ve devingen adalet hakkındaki tartışmadan alınacaktır. Zaman ve alan, bazı özet ve üstünkörü gözlemlerden fazlasına izin vermemektedir.

Aristotelesçi ilkeler. Aristoteles'den ve skolastik felsefeden beri, çoğunlukla adaletin iki ilkesi ayrıldı: herkese aynı şeyi verme eğilimindeki hukuk altında eşit (karşılıklı ve denkleştirici dahil) adalet (idem cuique), herkese yeterli payı veremeyi hedefleyen dağıtıcı adalet (suum cuique) (bkz. Fikentscher, 1975-1977, Vol. 4; Larrenz, 1979; Rehbinder, 1988).

Aynı şekilde muamele edilmek, annesinin ilgi ve sevgisine, tam olarak kardeşlerine uzatıldığı şekilde sahip olmak isteyen çocuğun talebidir. Çocuklar sıklıkla, sırasıyla dağıtıcı, yeterli bir adalet anlayışı geliştirmiş olmaya meyilli yetişkinler tarafından asla anlaşılmayan, kılı kırk yaran bir eşitlik konusunda ısrar eder. Yargılama sanatı, belli bir dava halinde gerekli eşitlik ve gerekli yeterlilik arasındaki altın ortayı bulmaktır. İçtihat birliği –davaları aynı şekilde görmek- bir davayı diğerinden ayırt etmenin karşıtı olan bir ilkedir, esasında hukuka ilişkin farklı olgulara sahip olmaktadır.

Böylece bir çocuğun, profesyonel bir uzmanın veya bir hakimın adalet duygusuna ya eşitlik ya da yeterlilik ilkesi tarafından, daha güçlü şekilde rehberlik edilmektedir. Bu nedenle denilebilir ki; adalet duygusu kişiye özgüdür, yaşa özgüdür, mesleğe özgüdür, vesaire.

Vaktinde Adalet. Buraya uygun bir söyleyiş var: *Protracta iustitia negata iustitia* (gecikmiş adalet, adaletsizliktir.) Zaman etmeni, adalet duygusunun ayrılmaz bir parçasıdır. İspanya, şu şekilde bir anayasal ilkeye sahip değildir: Kişiler, gerekli olduğunu kanıtlamak kaydıyla, devletin veya bir kamu otoritesinin her hareketine karşı mahkemede itiraz edilebilir.¹³ Onun yerine ve aynı amaç için İspanyol anayasası, İskandinav ombudsmanına benzer şekilde biçimlendirilmiş bir kurum olan defender del pueblo'yu (halkın müdafii) sunmuştur. Defender del pueblo, insanların ve yönetimin güvenine eşit şekilde nail olan ve bir veya bir grup yurttaş tarafından öne sürülen yönetsel ihmal ve kötüye kullanma hakkındaki şikayetlerin nedenlerini soruşturmaya yetkili bir kişi olarak düşünülmüştür.¹⁴ Bu amaçla defender del pueblo, içlerinde suçlanan otoritenin davranışlarını haklı çıkarmasının istendiği mektupları, içlerinde suçlanan şikayetlerle tespit edilen makam ve memurlara yöneltilir. Bu süreç sıklıkla o kadar zaman alır ki İspanyol yurttaşlar rahatlamak için, artan şekilde bu hukuki kurumu kullanmaya isteksiz hale gelmektedir; sonuç olarak defender del pueblo, iyi niyetlerle kurulmuş demokratik bir kurum, kullanılmazlık durumuna gelme tehditi altındadır.¹⁵ Gecikme yüzünden, İspanyollar'ın büyük çoğunluğunun adalet duygusunu artık yeterli biçimde tatmin etmeyebilir.

Hükmün adaleti ile hukukun adaleti arasındaki ayırım ve adalet duygusu. Max

13 Örneğin Almanya Federal Cumhuriyeti gibi, Art. 19 al. IV Basic Law (1949'un).

14 *Defendor del pueblo*'nun kararları temyiz edilemez.

15 *Defendor del pueblo*'ya şikayetlerin sayısı 1983'ten beri kesin bir şekilde düştü. Madrid Bölgesi'nde, 1983'te 5.377 şikayet gerçekleşti. 1988'te bu sayı 2800'e düştü. Katalon Bölgesi'nde bu gerileme çok daha kesin: Sayı, 1983'ten 1988'e, 4.097'den 1.106'ya; Andalusya'da 4.798'den 2.132'ye; ve Belarus'da 453'ten 216'ya, 1987'de 154 düşüş ile, indi. İdari şikayetlerin düşüşünün olası bir açıklaması, İspanyollar'ın yönetimlerinden tatmin olmaları olabilir. Diğerleri bunun, etkinliğini tehdit eden, sıklıkla defendor del pueblo tarafından verilen yardıma bağlı gecikme olduğunu düşünüyor; bkz. istatistiklerin rapor edildiği *Mallorca Magazin*, 1989, 15, 9-15 ve 28.

Weber'in (1967) ussalın toplumbilimsel sınıflandırılması (ör: kurala yönelik) eleştirisinde Pospisil (1974, 1982), Llewellyn ve Hoebel'in (1961), kitapları "The Cheyenne Way"de ilk olarak yaptıkları bir başka ayrımı yeğledi. Bu, olguların adaleti ile hukukun adaleti ayrımı idi. "Olguların adaleti" ile Llewellyn ve Hoebel, olgularına binaen bir davada hüküm vermede uygulanan adaleti kastetmişlerdir. Pospisil, Llewellyn ve Hoebel'in ayrımının, kültürel karşılaştırma amacına daha iyi uyduğunu ve Weber'in sınıflandırmasının, onun oluşturduğu ikiliğin ötesine geçtiğini düşünmektedir. Tekrar Pospisil'in yargısı kabul edilmeli gibi görünmektedir, en azından antropolojinin ışığında şu anki adalet duygusu tartışması için. Bu, normatif düzenleme olarak adalet için duygu ve hukukun adalet için duygu arasında bir ayrım oluşturur. Örnek bulmak zor değil.

Mahkeme kararındaki adalet; bir yargıçtan, bir yaşlılar heyetinden, leopar postlu bir Nuer şefinden (Evans-Pritchard, 1940), Kapauku Papuaları'nın tonowisi'nden (Pospisil, 1978) vesaire oluşabilen karar makamına sunulan davanın olgularına belli bir kuralın uygun -ve bu nedenle adil- şekilde uygulanması ile ilgilidir. Dahası şahitler dinlenmelidir, savunmaya konuşma hakkı verilmelidir, suç delillerinin (corpora delicti) sunulması gerekir, nihai ipuçlarının izi sürülmüştür, kurallarla belirlenmiş işkence ile sorgulamalar yapılmıştır, müsaade edilen yeminler veya kendini lanetleme yeminlisi vesaire. Hukukun adil uygulamasının özgülenmiş

bir toplum için geçerli olabilir kuralları ne olursa olsun, tatbik edilmelidir.

Diğer taraftan, ya belli bir hukuki uyumsuzluğa karar vermede uygun olan kanun, yanlış şekilde tayin edilirse (yetersizlik, tembellik, yozlaşma ve benzeri nedenlerle; bkz. Pospisil, 1971, 1982) ya da müstakil hukuk ve onun ilkeleri veya kuralları, haksız ve bu nedenle uygulanmaya uygun değilse (bkz. Pospisil, 1971, 1982) uygulanan hukukun adaleti ihlal edilir.

Böylece normatif bir düzenleme olarak kanunun adalet duygusu, iki "alt duygudan" oluşur görünmektedir: incelenmekte olan dava bakımından uygun ilke veya kuralın seçimine dair adalet duygusu ve hukukun kendisinin uygulanabilir ilke veya kuralına dair adalet için duygu.

(Farklı temel kapsamaları değil, daha ziyade farklı bir terminoloji kullanan) Kıta Avrupası'nın hukukbilimi terimleri ile özetleyerek; adalet duygusu, ya yanlış bir kapsama (*subsumption*) (olgularına istinaden bir davada karar verilirken adaletin ihlal edilmesi anlamına gelir) ya da uygulanabilir kural veya ilkenin yanlış *tespitine* (*ascertainment*) (hükümün uygun kanuni temellerinin ihlal edilmesi anlamına gelir) veya kuralın ya da ilkenin kendisinin adaletsizliğine karşı başkaldırabilir.¹⁶ Kısaca, kuralın veya ilkenin haksız kapsamı, haksız tespiti ve haksız kanun vardır. İlk durumda, karar veren otorite uygun ilke veya kuralı tanırlar; fakat onu uygun bir şekilde uygulamaya yetersiz veya isteksizdir. İkinci durumda, davada karar vermek için

16 *İçtihat Hukuku ve Kıta Avrupası hukukunun, hukuk göz önünde tutularak adalet kapsamlarının karşılaştırılabilirliğinde, araştırmasında, ve bir davaya uygulanmasında, bkz. Fikentscher'in Methoden Rechts'i (C. 4, s. 374)*

17 *Kaynak için bkz. Pospisil (1971, s. 246-272; 1982, s. 315-345). Terminolojisi maddi (materiell) ve usuli (dynamisch) adalettir.*

18 *Yerel Amerikalı temsilciler; Amerikalı Kızılderililer'in geleneksel olarak, çevresel ve doğal kaynakları koruma yanlış etkinlikler ile ilgili uğraşılarda iyi donanımlı olduklarına parmak bastılar.*

19 *Bkz. Lorenz (1979, s. 32; soruyu sorarak ve muhalife yanıt olabilir umudunu dile getirerek.)*

20 *Bkz. Fikentscher (1988). Zippelius (1965) benzer bir yaklaşım önermektedir.*

uygun ilke veya kuralı bulmada başarısız olur; çünkü onları bulmaz veya bulamaz. Üçüncü durumda ise, kanunun kendisi adil veya uygun kural veya ilkeyi uygulamasını engeller; yargıç şunu bile diyebilir: "Biliyorum ki kararım haksız olacak; fakat yasalar bu şekilde karar vermem için beni bağlıyor." Bu üç durumda da ilgili adalet duygusu, verilen karara tepki gösterecek veya karşı gelecektir ve onu eleştirecektir (ve mümkünse düzeltecektir).

Durağan ve Devingen Adalet İlkeleri ve Adalet Duygusu. Söylemeye gerek yok ki adalet duygusunun, filozoflar tarafından önerilen bütün adalet çeşitlerinde olması zorunludur.¹⁷ Adaletin olduğu yerde, bir adalet duygusu da olabilir. Böylece St. Augustine'in adalet duygusu, ontolojik ilahi adaletin maddi, sabit ve epistemolojik olarak erişilebilir değerlere olan inancı ile uyumlu idi. Aquinalı Thomas da hukukun kavranabilir ve izlenebilir hükümlerini kapsamak için ilahi ve doğal hukuku kabul etmiştir. (Sabine, 1952, s. 219). Augustine ve Aquinalı'nın her ikisi de adalet duygusunun iman ile öğrenilebilen insan yeteneği olduğunu düşünmüştür.

Bu fikir, bir bireyin, iyiyi ve kötüyü, haklıyı ve haksızı ayırmaya yetkin olduğu konusunda şüpheleri olan yazarlara uygulanmaz, değerlere vakıf olanlara mükemmel olmayan bir duygu tarafından sirayet ettiği için. Descartes insan varoluşunu, insan yeteneği ve her şeyden şüphe etme gerekliliği olarak tanımladı: *Cogito, ergo sum* (Düşünüyorum, o halde varım), (Sabine 1952, s. 363). Adalet duygusu, çekişme ve Sokrates yöntemleri ile denetlenmeye bağlıdır.

Bu noktada, adalet için duygu, doğru için duygu ile komşudur. Doğru ve adalet, ya "durağan" veya "maddi", "kalıcı" epistemolojik erişilebilirliğe, ya da bir kişinin dini veya kültürel inançlarına göre yapılan "devingen" ("usuli") araştırma ve çekişmeye bağlıdır.

Hukuki Bürokrasi Dahilinde Kişilerin Adalet Duyguları

Adalet duygusu ile Max Weber'in hukuki kadro olarak bahsettiği kişiler: -hukukçular, avukatlar, dava vekilleri, savcılar, yargıçlar, hakemler, resmi devlet görevlileri, idari çalışanlar, meclisler, meclis üyeleri vesaire- arasında bağlantı kurmak kayda değer bir çalışma olurdu. Bu açıdan adalet duygusu, fiili öneminin çoğunluğunu edinir. Elbette, hukuki kadronun her bir çeşidine ve onun adalet duygusu ile ilgili yükümlülüklerine, retlerine, kayıtsızlıklarına dair bir çalışma başlı başına bir monografi olurdu.

Adalet Duygusunun Kritik İşlevi

Az önce bahsedilen hukuki kadronun üyelerinin farklı adalet duyguları, hukukun gelişmesi ve ilerlemesi için acil pratik alakadır. Özellikle kamunun genelinin adalet duygusu ile -belki azami derecede- alakalıdır. Pek çok halde, hukukta değişiklikler olur; çünkü bazı adalet duygusu veya duygularında değişiklik meydana gelmiştir.

Daha önceki görüşlere atıf yaparsak, bu, elbette, onaylanmış adalet duygusudur ve bu nedenle adalet duygusu, pek çok durumda, hukukta bir değişiklikten sorumlu olan içselleştirilmiş hukuka mensuptur. Eğer insanlar var olan hukuku onaylamazlarsa, reddeden bir adalet duygusu, herhangi bir yasanın -onaylanmış veya reddedilmiş- değişmesine neden olacaktır; sadece usandırma ile.

Burada, hukuka karşı güçlü bir adalet duygusuna dayanan, kritik bir uç tutum durumu vardır: Bu müşkülpesenttir, "olağandışı bir şekilde şüphe ve suçlama verilen" kişi (*Webster*). Rehbinden (1989), hukuk duygusunun (*Rechtsgefühl*) delice abartıldığı durumlarda (*Krankhafte Übersteigerung*), etkilenen insanın mızımız olarak adlandırıldığını ve pek çok durumda hakim ve savcılarının bu insanlara sadece boyun

eğme ile değil, fakat hukuk devletine göre (*Rechtsstaatlichkeit*) (s. 199) muamele etiklerini belirtmiştir. Müşkülpesentin kendi adalet duygusu da vardır, ne var ki kusurlu, akıl almaz, köktenci olabilir; fakat yine de adalet duygusu vardır. Heinrich von Kleist'in "Michael Kohlhaas"ı Alman şiir sanatındaki en bilinen edebi örnektir.

Kültürel Adalet

Burada daha önceki bulgularımıza göre, adalet duygusu antropolojik şekilde incelenebilir, adalet duygusunun, kültürün ve kültürlerin antropolojik kuramı içinde yer bulması gerektiği sonucuna varılabilir. Zaman ve alan darlığı nedeniyle burada daha fazla ayrıntıya girilemiyor. Bu, kendi başına derin bir araştırmayı hak eden bir konudur. Ne var ki, önceki tartışmanın müdahaleleri bazı kabataslak sonuçlara cesaret etmeye yeterli olabilir.

Bir Kültürün Özgülenmiş Boyutu Olarak Adalet Duygusu

Eğer adalet duygusu, insan genelgeçeri olarak kabul edilirse, insanoğlunun kültürel kimliğinin bir parçasından türetilmiş olmalıdır. Bu nedenle, özgülenmiş bir kültürdeki insanoğlunun bağlı olduğu kültürün aslı bir ögesidir. Genelde, insan kültürünün bir göstergesi olarak her bireyin bir adalet duygusu olmasına rağmen, bireysel duyguların tümü, bireyi çevreleyen özgülenmiş kültür tarafından biçimlendirilmiş ve renklendirilmiştir. Bu nedenle, adalet duygusu kültür ve kültürlerin her ikisine de aittir. Adalet duygusunun tam içeriği çeşitli kültürler tarafından üretilir ve bu nedenle bir kültür için özgülenmiştir; tıpkı belirli bir hukuki veya yasal düzenin, belirli bir kültür için özgülenmiş olması gibi. Bu oldukça genel mütalaa, iki görüş altında tartışılacaktır. İlk olarak adalet duygusu, kül-

türlerin kıyaslanması kapsamında çalışılmaya uyan değişken olabilir. Bu, bir "yeni doğalcılık" oluşturmak amacı ile öğretisel ve göreci düşünceye karşı çıkan Master'ın (1989) kuramının bir özetine yol açar. İkinci olarak eğer kültürler, bu kültürde ortalama ve baskın adalet duygusu olarak tanımlanabilen bir özellik ihtiva ediyorsa, verili bir kültürün, kendi özgülenmiş adalet duygusu ve kavrayışına dikkat ve saygı talebinde bulunabilir bulunamayacağı sorusu gündeme gelir. Yabancı bir adalet duygusu, netice itibariyle, farklı bir kültürün bireyleri veya tümüyle farklı bir adalet duygusu şeklinde, farklı bir kültür tarafından saygı görme "hakkına sahip" mi? Ve bilinme hakkına sahip mi, en azından uygun kültürel alanı için?¹⁸

Adalet Duygusunun *Synepeical*^{} İşlevi**

Bu ilk bağlamda, açıklama, adalet duygusunun yarattığı ve aynı zamanda çözme-yeye yardım ettiği *synepeical* sorundan oluşmalıdır.

Synepeics, düşüncenin kültürel şekillerinin, kültürel olarak kabul edilmiş mizacını göz önüne alarak sınırlandırdığı antropolojik bir yaklaşımdır (Fikentscher, 1988). Nazizm ve Marksizm'in her ikisi de bireyin özgürlüğünü ve iradesini reddeder; bu nedenle, bir çoğunluğa veya hükümete karşı olan insan hakları gibi taleplere (*subjective Rechte*) hoşgörü göstermezler. Bir ek örnek *animismdir*. Doğa ve kültürün bir dengesini kasteder, bu nedenle, bir *animist* büyük ihtimalle, çevresel koruma yasalarına uyma ve onları ifa etmeye canlıcı olmaya daha meyilli olacaktır, örneğin bir "Anglo" veya Calvinist gelenekten biri.

Apaçık bir gerçekliktir ki, farklı hukuklar, farklı adalet duyguları kastedebilir ve

** Çevirenin Notu: " *Synepeics*", yazarın 'Modes of Thoughts' adlı eserinden literatüre sunduğu yeni bir epistemolojidir.

farklı kültürler, farklı hukuklara ve bu yüzden farklı adalet duygularına sahip olabilir. Fakat hukukta ve hukuki anlayışta¹⁹ ve sonuç olarak adalet duygusunda, bir kaos mu vardır? *Synepeicsin* kuralları, bu soruya bir cevap sunuyor: Her "kültür" bir dereceye kadar, baskın adalet duygusuna dair olanın sonucudur ve öyle olmalıdır. Fakat burada birden çok kültür vardır. Kuramsalüstü seviyede, kültürden bağımsız adalet duygusunun ortak temelleri oluşturulabilir. "Adaletin duygu-ötesi (*metasense*)", adaletin çeşitli duygularının teşhisi ve karşılaştırması için ortak bir başat karakter olarak hizmet eder.²⁰ Bu yolla, kültürlerin karşılaştırması için diğer birçokların arasında araç haline gelir. Bu amaca hizmet edebilmesi olgusu, adalet duygusunun öte-anlamda (*metameaning*), şimdi gördüğümüz gibi, bir insan genelgeçeri olduğuna bir diğer kanıttır.

Karşılaştırma amacıyla seviye ötesinde kültürel özelliklerin bir genellemesi olarak, bu adalet duygusu, "doğuşancı" olan değil (daha önce tartışılan duyguda); kültürel bir olgudur. Kültürel bir olgu olarak gene evrenseldir ve göreci ve görenekçi anlamda "tarihselci" değildir. Kültürel kapsamaların kuramsal ve kuramsalötesi seviyede tartışılmasının zorlukları ve özgülenmiş sorunları, "*Modes of Thoughts*"da (Fikentscher, 1988) tanıtıldı. Bu en son kitabında *Nature of Politics*- Masters (1989), her iki öğretiyi de benzer şekilde reddetti: mutlakçı doğuşancılık ve göreci görenekçi "tarihselcilik". Onun yerine, ikilemeden kurtulmanın bir yolu olarak Aristoteles'in entelekyasına tevaccüh ederek, "yeni doğalcılık"ı önerdi. Masters'ın yaklaşımı ve benimki arasındaki fark, şundan ibaret görünüyor: Masters, "doğalcı" bir inceleme teklif etmektedir. Benim yaklaşımım, antropolojik değerlendirmenin kuramsal ve kuramsalötesi seviyelerinin her ikisine de devam etmektedir: kuramsal seviyede epistemolojik sebepler için (ki o entelekyadaki zorlukları görür), kuramsal ötesi seviyede kültürel karşılaştırmanın

nedenleri için (ki o kendi gerekliliğine sahiptir: düşüncenin biçimleri). *Methoden des Rechts*'imde (Fikentscher, 1975-1977), "katı doğuşancılık göreci görenekçiliğe karşı" ikilemini tartıştım, çünkü işin altında yatan tema olarak, kuramsal seviyede çeşitli kültürlerde konumlanmıştır. Burada, -"kendi" uygarlığımıza başvuru olarak- bir çerçeve teklif ettim: "iç yüzey" değişikliğe ve göreciliğe açık ve gene özgürlüğün "dış yüzey" ön şartlarının kuruluşu olarak mutlaklıktır (**marginale Problemschliessung**). Kuramsalötesi seviyede, buna bağlı olarak düşüncenin bütün biçimlerinden, fakat diğerlerine hoşgörü göstermeyen düşüncenin dogmacı, mutlakçı biçimleri haricinde, kuramsalötesi kavramsalcılığa özgür katkıyı teklif ediyorum.

Masters (1989), düşüncenin sadece tek bir biçimi -bizimkisi, batılı olan- ile ilgiliydi ve onun özgür düşüncenin ikilemine çözümü, kendisinin belirttiği biçimde, çağdaş canlıbilimin ortaya koyduğu şekilde adalet duygusunu (ve diğer duyguları) doğada arayan yeni-Aristotelesçilik'tir (ayrıca makalesine bkz., bu mesele). Benim ilgim, kültürlerin farklılığı ve bu bağlamda, üst seviyede adalet duyguları ve yine bunların karşılaştırılabilirliğidir.

Adalet Duygusu Bir Kültürel Adalet Kavramına Yol Açıyor

Son mütalaa bu nedenle, bir adalet türüne ve bunun için belki kültürel olarak adlandırılabilir bir duyguya ayrılmalıdır. Eğer çeşitli kültürlerin, her farklı kültür için özgülenmiş, çeşitli adalet duygularına sahip olmaları kabul edilebilir ise (yadsınmaz şekilde evrensel olan fikre göre değil, fakat kendi muhtevalarına göre), bu dünyada bir "adaletler" çokluğu vardır. Bu varsayım altında, bir kültür aynı zamanda bir adaletin varlığıdır. Bu, sırasıyla, adaletin belirli bir kültürel varlığının, kültürlerarası arenada, kendinde varlık ve diğerlerinden ayrı olarak saygı talep edip edemeyeceği

meselesini gündeme getirir. Bu azınlığın çekirdek sorunudur, daha net şekilde, etnik grupların ve onların korunması sorunudur. Böylece, asıl mesele "adalet duygusunun" antropolojik değerlendirmesinden, nihayet şu şekilde sonuca varılmalıdır ki; "kültürel adalet" diye adlandırılabilir bir şeyler vardır, bu, kültürel adalet etnik gruplardan ötürüdür. Dolayısıyla, bu tür bir adalet için de bir duygu olmalıdır, belki de antropoloğun kalbindekine en yakın adalet için: kültürel adalet için bir duygu...

KAYNAKÇA

- Barnouw, V. (1973). *Culture and personality* (rev.ed.). Homewood, IL: Dorsey.
- Bihler, M. (1979). *Rechtsgefühl, System und Wertung, Ein Beitrag zur Psychologie der Rechtsgewinnung*. München: Beck.
- Devlin, Lord P. (1962). Law, democracy, morality. *University of Pennsylvania Law Review*, 110, 635.
- Devlin, Lord P. (1965). *The enforcement of morals*. London: Oxford University Press.
- Diamond, A.S. (1935). *Primitive law*. London: Methuen.
- Ehrenzweig, A. A. (1971). *Psychoanalytic jurisprudence: On ethics, aesthetics, and "law"*- On crime, tort, and procedure. Dobbs Ferry: Oceana.
- Evans-Pritchard, E. E. (1940). *The Nuer*. Oxford: Clarendon.
- Fikentscher, W. (1975-1977). *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung* (Vols.1-4). Tübingen: Mohr.
- Fikentscher, W. (1988). *Modes of thought in law and justice: A preliminary report on a study in legal anthropology* (protocol of the Fifty-Sixth Colloquy). Berkeley: Center for Hermeneutical Studies in Hellenistic and Modern Cultures, Graduate Theological Union and University of California, Berkeley.
- Galbraith, J. K. (1967). *The new industrial state*. New York: New American Library.
- Gluckman, M. (1955). *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester: Manchester Press.
- Graumann, c. F. (1966). *Nicht-sinnliche Bedingungen des Wahmehmens*. In W. Metzger (Ed.), *Handbuch der Psychologie*, 1. Halbband (pp.1031-1096). Göttingen: Hogrefe.
- Hart, H.L.A. (1958). *Positivism and the separation of law and morals*. *Harvard Law Review*, 71, 593.
- Hart, H.L.A. (1963). *Law, liberty, and morality*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Heeschen, V. (1989). *Humanethologische Aspekte der Sprachrevolution*. In J. Essinger & W. von Rahden (Eds.), *Theorien vom Ursprung der Sprache* (Vol. 2, pp. 196-248). Berlin: de Gruyter.
- Henrich, H. (1980). *Familienrecht* (3rd ed.). Berlin: de Gruyter.
- Kohlberg, L. (1963). *Moral development and identification*. In H. W. Stephenson et al. (Eds.), *Child psychology* (pp.277-332). Chicago: University of Chicago Press.
- Kottak, C. P. (1987). *Cultural anthropology* (4th ed.). New York: Random House.
- Larenz, K. (1979). *Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik*. München: Beck.
- Lehmann, H., & Henrich, D. (1967). *Deutsches Familienrecht* (4th ed.). Berlin: de Gruyter.
- Lessa, W. A. (1950). *The ethnography of Ulithi Atoll* (Final report, coordinated investigation of Micronesian anthropology). Los Angeles: Pacific Science Board, National Research Council, University of California.
- Llewellyn, K. N., & Hoebel, E. A. (1961). *The Cheyenne way*. Norman: Oklahoma

- University Press. (Original work published 1941).
- Maine, H.J.S. (1931). *Ancient law: Its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*. London: Oxford University Press. (Original work published 1861).
 - Masters, R. (1989). *The nature of politics*. New Haven, Ct: Yale University Press.
 - Meier, C. (1986). *Zur Diskussion über das Rechtsgefühl*. Berlin: Duncker & Humblot.
 - Pannenberg, W. (1983). *Anthropologie in theologischer Perspektive*. Göttingen: Vandenhuck & Ruprecht.
 - Pershitz, A.I. (1977). The primitive norm and its evolution. *Current Anthropology*, 3, 409-413.
 - Pospisil, L.(1971). *Anthropology of law: A comparative theory*. New York: Harper & Row.
 - Pospisil, L. (1978). *The ethology of law* (2nd ed.). Menlo Park, CA: Cummings.
 - Pospisil, L. (1980). *Recht contra Moral: Eine Lösung für das Problem der australischen Acht-Klassen-Heirats- Systems*. In W.Fikentscher, H.Franke, & O. Kohler (Eds.), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen, Veröffentlichungen des Instituts für Historische Anthropologie e.V.* (Vol.2). Freiburg/München: Alber.
 - Pospisil, L. (1982). *Anthropologie des Rechts, Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen*. München: Beck.
 - Radcliffe-Brown, A. R. (1952). *Structure and function in primitive society: Essays and addresses*. Glencoe, IL: Free Press.
 - Rehbinder, M. (1989). *Rechts soziologie* (2nd ed.). Berlin and New York: de Gruyter.
 - Riezler, E. (1969). *Das Rechtsgefühl* (3rd ed.). München: C. H. Beck.
 - Rümelin, G.(1871). *Über das Rechtsgefühl*, Kanzlerrede der Universität Tübingen, gehalten am 6.11.1871. Cited in Wolfe, E. (Ed.). (1948). *Deutsches Rechtsdenken* (Vol. 9, p. 17ff.). Frankfurt am Main: Metzner. See also Rümelin, G. (1875). *Reden und Aufsätze*. Tübingen: J.C.B. Mohr/ Paul Siebeck.
 - Sabine, G. H. (1952). *A history of political theory* (3rd ed.). London: Harrap.
 - Vinogradoff, P. (1922). *Outlines of historical jurisprudence* (Vol. 2). Oxford, England: Oxford University Press.
 - von Jhering, R. (1877/1883). *Der Zweck im Recht* (Vols.1-2). Leipzig: Breitkopf & Hartel. (English ed.: *Law as a means to an end* [I. Husik, Trans.], Boston: Boston Book Co., 1913)
 - von Jhering, R. (1965a). *Über die Entstehung des Rechtsgefühls*. In C.Rusche (Ed.), *Rudolph von Jhering, Der Kampf ums Recht, ausgewählte Schriften mit einer Einleitung von G. Radbruch* (p.275). Nürnberg: Glock & Lutz. (Original work delivered as lecture 1884).
 - von Jhering, R. (1965b). *Über die Aufgabe und Methode der Rechtsgeschichtsschreibung*. In C. Rusche (Ed.), *Rudolph von Jhering, Der Kampf ums Recht, ausgewählte Schriften mit einer Einleitung von G. Radbruch* (p.401). Nürnberg: Glock & Lutz.
 - Weber, M. (1920-1921). *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* (Vols.1-3). Tübingen: Mohr.
 - Weber, M. (1967). *Law in economy and society* (M. Rheinstein, Ed. & Trans.). New York: Simon & Schuster. (Original work published 1956).
 - Weber, M.(1976). *The Protestant ethic and the spirit of capitalism*. New York: Scribner.
 - Zippelius, R. (1985). *Rechtsgefühl and Rechtsgewissen*. In Ernst-Joachim Lampe (Ed.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*. Opladen: Westdeutscher Verlag.