

YENİDEN SORUŞTURULAN ADALET *

Chaim Perelman
(Çeviren: Murat Önderman)

Adalet düşüncesinin felsefi analizi, "adalet, diğer insanlarla olan ilişkilerimizi ilgilendiren tek ahlaki olgu mudur; yoksa o, hakkaniyet, merhamet ve cömertlik gibi aynı neviden diğerlerinin yanında, onlarla rekâbet içinde olan bir erdemden başka bir şey değil midir?" sorusuyla başlamalıdır. *Aristo*, açıkca bu seçeneklerden ikincisi yönünde tercihte bulunurken, *Platon*, eserlerinde ilkinini seçer. Yaptıkları tercihler felsefeleri arasındaki farklılıklarla açıklandığından, hiç bir anlamda keyfi değildir.

Platon için, filozof, dialektikteki becerisiyle, ideler sferinin (realm) ve özellikle adalet idesinin bilgisine ulaşabilir. Bilge kişi, [ideal] bir sferin; evrensel, uyumlu ve adil bir düzenin varlığını kabul ederek, onu[n hakkındaki bilgisini], bir yargıç olarak da eleştiri ya da karşı çıkışa uğramadan açık bir şekilde uygulamaya muktedir bulunduğu adil yasalar formüle edeceği adil bir siyasal toplum idealini ortaya koymak için kullanacaktır. Bu bakış açısından, hiç bir şey, *pereat mundus, fiat jus-*

titia maksiminin belirttiğinden daha geçerli değildir; yani, adalet, dünyanın mahvolması pahasına da olsa gerçekleştirilmelidir: buna bağlı hiç bir sonuç, ne görünümde olursa olsun, bizi adaletin gereklerini uygulamaktan alıkoyamaz.

Yaklaşık otuz yıl kadar önce, Amsterdam'daki bir Uluslararası Felsefe Konferansında, Calvinist bir yargıç, bana, rolünün, her bir olaydaki adil çözümü, Tanrı gözündeki şekliyle araştırmak olduğunu düşündüğünü fısıldamıştı. O, bununla, Platonizmin Hristiyan, Augustinyan görünümünü ortaya koymuştu: ideler dünyası, ilahi bir anlıkta (understanding) yer alır görüldüğünden, insan, Tanrının gözünde neyin adil olduğunu araştırmak için uğraşacaktır. Bu hedefe ulaşıldığında, kendisinin düşünce ve yargılarında Tanrı tarafından yönlendirilmesine izin veren insan, adil çözümünden ayrılmak için geçerli bir sebebe sahip olamayacaktır. Her insani sorunun mutlak olarak adil ve tümüyle hakikatle uyum gösteren çözümünü bilen kişi, hiç bir durumda ondan ayrılmamalıdır. Yozlaşma, korku ve hatta merhametin bile kendisini etkilemesine izin vermeyen dürüst bir yargıç için, hiç bir istisnanın ahlaki

* IVR'nin B. K. Bölümünün toplantısında, Durham'da, 30 Mart 1979'da verilen *Austin Konferansı*. Çeviri ARSP (Archiv für Rechts und Sozialphilosophie), Bd LXVI/1 (1980), s. 77-84'den yapılmıştır.

değeri olmayacaktır: *dura, lex, sed lex*¹.

Bir yanda matematik düşünce-sinden, diğer yanda dinsel bir ideal-den kuvvet bulan bu mutlak adalet görüşüne karşı Aristo, insani kurumların işleyiş tarzlarına ilişkin uzun deneyimden kaynaklanan pratik bilgelik, *φρόνησις* fikrini ortaya attı. İnsani etkinliğe ilişkin konularda doğuracağı sonuçları da göz önüne alarak bir yargıda bulunmaya çağrıldığında, bilge kişi, sezgiye ya da tartışılmaz bir kanıta dayalı yegane çözümünü bulmaya muktedir değildir. Böylece o, pratik akıl alanında, en iyi durumda yalnızca makul bir çözüm sağlayacak olan diyalektik tezlerin ötesinde bir çareye sahip bulunmamaktadır. Yargıcın dayana-cağı norm ne kutsal, ne de mutlak-tır; zira, pratik bilgeliğin yönlendir-diği kişi, onun yegane modelini olacaktı. Yasa koyucu tarafından for-mule edilen kural, adil olsa da, yalnızca alışlagelen koşullara uyarla-nır. Olağanın dışında ve yasa koyu-cu tarafından öngörülmemiş bir du-rumla karşılaştığında, yargıç, hak-kaniyete dayanarak, yazılı huku-kunkinden daha adil ve soruna daha uyan bir çözümünü aramak zorunda kalacaktır. *Aristo*, gerektiğinde, ya-saya uygun davranma olarak adalet-in karşısına, hakkaniyete dayanan daha üstün bir adaleti koyar.

Sonuçta, insani adalet yetkin ol-madığından, şartsız bir bağlayıcılığa sahip değildir: onun yol açtığı aşırı-lıklar, hakkaniyet, merhamet ve cö-mertlik ile azaltmak normal olacaktır.

Platon ve Aristo arasındaki

tartışmada, *Aristo*'nun yanında yer almakta tereddüt etmiyorum. Otuz yıl önce, felsefenin, bulanık düşün-celerin sistematik incelemesi² oldu-ğunu yazma cüretini göstermiştim ve adalet bu tezi en iyi canlandıran [örnek] olarak görünüyor.

İlk bakışta, bir karar, temelde benzer olaylara benzer işlem yapıl-masını gerektiren bir formel adalet kuralına uyuyorsa adil olarak görü-nebilir. Ancak, bu kural, önemli noktalarda elden geçirilmeli ve hat-ta değiştirilmelidir.

Norman C. Gillespie'yle³ birlik-te temelde benzer olaylara farklı davranmanın daima adaletsiz olma-dığını kabul ederek başlayabiliriz. Örneğin, eğer rastladığım bir dilen-ciye 1£ verirsem, ve bir saat sonra rastladığım diğerine bunun sadece dörtte birini verirsem, adaletsiz dav-ranmış olmam; zira, adalet, yapıp yapmamakta özgür olduğum bir ey-lemi, bir anda bağlayıcı kılamaz. Eğer adalet, belirli bir durumda be-lirli bir biçimde davranmamı gerekt-iriyorsa, temelde benzer durumlarda aynı biçimde davranmalıyım.. Ancak, eğer ilk durumda, arzu etti-ğim yönde davranabilmekte tama-men özgür bırakılmışsam, bu eyleme özgürlüğümü temelinde benzer du-rumda [da] muhafaza ederim. Be-nim eyleme biçimim, o zaman, for-mel adaletin gerçekleşmesi yolunda bağlı tutulacağım bir emsal oluşturmaz.

Bununla beraber, benim görü-şüm açısından, bir kişinin yapıp yapmamakta özgür bulunduğu bir eylemin ondan yararlanan kişinin

zihninde bir beklenti yaratması du-rumunda, zorunlu bir eylem haline dönüşme eğilimi göstermeyeceği pek az durum vardır. Başarılı bir çalış-na yıl sonunda zorunlu olunmaksızın işverenince ödenen bir ikramiye-nin, yerine getirilmemesi zor olan bir borç ya da adete dönüştüğünü hepimiz hemen kabul ederiz.

Bir kural ya da emsale uyma-nın, yalnızca kural ya da emsalin kendisinin kabul edilebileceği du-rumlarda adil olarak değerlendirile-ceğini kaydetmeliyiz. Auschwitz'de seçimi yapan ve 14 yaşın altındaki Yahudi çocuklarını gaz odasına gön-dermesi için kendisine verilen emri titizlikle yerine getiren doktorun, suç teşkil eden bir emir ya da emsali hevesle ve gecikmeden yerine uygu-lamasından dolayı adil bir tarzda davrandığını hiç kimse söyleyemez.

O zaman, bir eylemin, formel adalet karşısında adil olabilmesi için, yalnızca yeni olayın eskisiyle temelde benzer olması değil, ancak, emsali oluşturan kararın da aynı öl-çüde kabul edilmiş olması gerekir. Ne var ki, bu iki koşul, nadiren bir karşı koyuşla karşılaşmazlar.

Ne zaman iki durum temelde benzerdir? Diğer bir deyişle, ne za-man, iki durumu farklı kılanın göz önüne alınmayacağı söylenebilir?

1944'de, adalet üzerine ilk çalış-mamda, bu konudaki değişik ölçüt-leri belirten altı adalet ilkesini say-mıştım. Bunlar:

- 1) Herkese aynı şeyi
- 2) Herkese liyakatına göre
- 3) Herkese ortaya koyduklarına göre
- 4) Herkese ihtiyaçlarına göre

5) Herkese sosyal konumuna (rank) göre

6) Herkese yasal haklarına göre (*cuique suum*)^{4 5}.

Bu ilkelerden birinin ya da diğ-e-rinin seçimi, bir ilke açısından teme-linde benzer, ancak, diğer ilkelere nazaran farklı görünen durumlar yaratacaktır. Adil bir ücretin hesap-lanması gerektiğinde, cinsiyet, yaş ya da ırk farklılıklarının göz önüne alınması düşünülmeli midir? Aile sorumluluklarının ele alınmasında zorunluluk var mıdır? Aynı şey ve-rimlilik için de söylenilebilir. Böyle sorunlar çerçevesinde yoğun anla-şmazlıkların ortaya çıkabileceği ve hatta, belirli bir bağlamda benimse-nen ve akla yakın gözükken bir çözü-mü tercih ettiğimizde bile, onun tar-tışma dışı tutulacak ölçüde adil ol-madığı ve zorunlu olarak yegane çö-zümü oluşturmadığı hemen görülür.

Adil [olarak tanınacak] olanın uymak zorunda olduğu kuralı, ya da kabul edilecek emsali belirlemek olan ikinci koşul, mutlak bir biçimde çözülemeyecek olan bir soruna yol açar.

Öyleyse, ne zaman bir kural adildir ve bir [karar] emsal [olarak] kabul edilir? Buna, kural ya da em-salin meşru kılındığı ya da meşru-luk ihtiyacı içinde olmadığı zaman diye yanıt verilebilir. Bu son durum, kural ya da emsali koyan kişi eleşt-i-riye açık olmadığı zaman ortaya çı-kar. Ne zaman, bir kural ya da yasa-nın konulması eleştiriye açıktır? Ne zaman, kural ya da yasa kabul edi-len norm ya da değere aykırıdır?

Bu sorular çerçevesinde, *Pat-*

rick Day, "Önyargılar"⁶ başlıklı etki-leyici yazısında, bazı ilkelere yönelik ve yandaşlarını herhangi bir meşru-laştırma zorunluluğundan kurtarırk-ken, karşıtlarından bunu talep eden bazı önyargılar bulunduğunu göster-miştir. [Burada] karakteristik olan, bu ilkelerin, genel geçer hakikatler düzeyine yükselmiş olmamaları, an-cak, yazarın tutucu, liberal ya da sosyalist olarak belirttiği farklı tu-tumları temsil etmeleridir.

Tutucu önyargı, mevcut olanın yanındadır: yalnızca değişim, dai-ma, her yerde ve herşeyde, haklı kılınmalıdır⁷. Liberal önyargı, öz-gürlüğün her kısıtlanışında meşru bir gerekçe arar: "insanları kendi başlarına bırakmak, *ceteris paribus*⁸, daima, onları kontrol et-mekten daha iyidir" (J. S. Mill, "On Liberty", ch. V.; *Utilitarianism*, ed. M. Warnock (Collins, 1964), s. 228 içinde). Diğer yandan, sosyalist ön-yargı, eşitsizliklerin gerekçelendiril-mesini gerekli kılar. İsaiah Berlin'in vurguladığı gibi, "eşitlik sebep ge-rektirmez, yalnızca eşitsizlik gerek-tirir"⁹.

Böylece, belirli ilke ya da değer-lere bağlanmak, onlara uyan her bir kural ya da eylem için gerekçe gös-terilmesinin önüne geçilmesiyle so-nuçlanacaktır: bu, hukukçulara, çok kez adalete dayanak olarak kullanı-lan bir ölçüt sağlayan *uzlaşım*sal bir yaklaşımdır. Bu ölçütün, kişisel ve açıkça belirtilmiş bir rızaya, kol-lektif ve zımni bir uzlaşım ya da son olarak, kuralı değil, ancak onu ilan eden otoriteyi dolaylı biçimde kabul etmeye dayanan üç görünümü ayırdebilebilir.

a) Adil olarak kabul edilecek hakları ve yükümlülükleri ortaya koyan *uzlaşımın* ilk biçimi, bir vaat ya da anlaşmada ifade edilen bir ya da birkaç iradede bulunur. Bir vaat, sözleşme ya da pakttan kaynakla-nan her düzenlemeye saygı göster-mek adildir. Bundan kaynaklanan hukuki maksimler iyi bilinirler: *Vol-enti non fit injuria*, rıza gösterene karşı adaletsizlik yoktur ve *pacta sunt servanda*; sözleşmeye dayalı anlaşmalara uyulur.

b) *Uzlaşımın* toplumsal ve zım-ni biçimi, topluluğun üyelerince uzun süredir takip edildiğinden, adil olanın uyacağı bir uzlaşımı gösterir görünen gelenekte bulunur.

c) *Uzlaşımın* son biçimi dolaylı-dır: adil olduğu düşünülen bir kural ya da emsal üzerinde anlaşma soru-nunu bu bağlamda ele alamayız; bu-rada daha çok, toplumun üyelerince tanınan ve uyulması adil olarak ka-bul edilecek bağlayıcı kararlar alan bir otoriteye duyulan güven söz ko-nusudur. Burada, dinsel bir toplum-da Tanrı ya da sözcüsü gibi dinsel bir otorite ya da siyasal toplulukta kabul edilmiş olan ideoloji çerçeve-sinde iktidarları tanınmış olan mo-nark, parlamanto veya yargıç gibi si-yasal otoriteler belirtilmektedir.

Hukuki kurumların incelenme-si, *uzlaşımın* [bahsedilen bu] farklı dayanaklarının birbirleriyle nasıl bir yarışma içinde bulunabileceğini göstermektedir. Bazı kişiler, belirli olaylarda, benimseme gibi görüne-nin, aslında tam bir özgür onaya da-yanmadığını, zira baskı altında elde edildiğini, ya da yanlış bir bilgilen-dirmenin sonucu olduğunu; anlaş-

manın yasadışı ya da ahlakdışı oldu-ğunu ve böylece [hukuki bir] sonuç doğurmadığını, örf ve adet hukuku-nun açık seçik olmadığını ya da kar-şıt hükümler getiren yazılı bir ku-ralca geçersiz kılındığını; verili ola-rak kabul edilen bir din ya da ideo-lojinin, gerçekte tartışma konusu ol-duğunu ya da özel durumlara uygu-lanırken kötüye kullanıldığını; ya da kabul edilen bir otoriteden kaynak-landığı için adil olarak farz edilse bile, yerleşik değerleri ifade eden bir ilkeyle açıkça çatıştığı zaman, bir kural ya da kararın adil olup olma-dığının tartışma konusu edilebilece-ğini göstermeye çalışmışlardır.

Farklı görüşlerin sergilenmesi-nin normal olduğu böyle bir tartış-mada oybirliğine ulaşılması nadir-dir. Böylece, taraflardan biri ya da diğerince ileri sürülen tezler, bir de-receye kadar ikna edici ve yerinde-dirler ve onlar, bu, tümünün aynı değerde oldukları anlamına gelme-mekle beraber, hiçbir zaman karşı konulamaz değildirler. Pratik alan-da, ahlak, hukuk ya da siyaset söz konusu olduğunda, onları analitik tezlerin karşısına yerleştirilen *Aris-to'nun* verdiği anlamda dialektik tezlere başvurulabilir. Bu tarz tez-ler, bazı kararların akla yakın bu-lunmayarak reddedilmelerine izin verirler; ancak hemen hiç bir za-man, öngörülen çözümün yegane makul çözüm olduğunu tartışma ka-bul etmez bir biçimde kanıtlayamaz-lar.

Benim *yeni retorik* olarak ad-landırdığım tartışmada temel bir rol oynayan makul [olan] kategorisinin, *akılcı* olandan ayrıldığını burada

belirtmeden geçmemek gerekiyor. Akılcı olan, bireysel yazarlara göre şu ya da bu biçimde değişkenlik gös-teren ebedi ve değişmez hakikatlere, evrensel geçerliliği bulunan bir yasa ya da ahlaka, zorlayıcı kanıtlara, sistem düşüncesine, verili bir hedefe ulaşmak için en iyi araçların kulla-nımına başvuruda bulunurken; ma-kul olan, tarih, gelenek ve bir toplu-mun kültüründen etkilenen bir içe-riğe sahip, daha değişken bir kav-ramdır. Bir toplumda belirli bir dö-nemde makul olarak düşünülen, di-ğer bir toplum ya da dönemde böyle değerlendirilmeyebilir.

Belçika hukukundan alınan bir örnek bunu gözümüzde canlandır-a-caktır. 11 Kasım 1889'da, Belçika Yüksek Mahkemesi, hukuk doktoru olmasına ve hukuken kabul edilmesi için gereken tüm şartları taşımasına rağmen, Belçika'lı bir kadının baro-ya yazılmasını reddetti. Belçika Anayasasının 6. maddesinde Belçi-kalıların yasa önünde eşit oldukları-nı belirtilirken ve Yasa Koyucu ka-dınları baroya girmekten açıkça alı-koymazken, Yüksek Mahkeme, "hu-kuku uygulamanın erkeklerin teke-linde olmasının, yasada belirtilmesi gerekmecek kadar açık bir aksi-yom" olduğuna hükmetti. O günler-de apaçık ve bu sebeple makul olan, bugün gayri makul ve hatta gülüç gözükabilir. Bu bağlamda ben, 1922'ye kadar, Belçika'da kadınların baroya kabulüne izin veren bir yasa-nın çıkmadığını ve son savaşı sonra-sına kadar, onların yargıçlık yapı-madıklarını ekleyebilirim.

Makul olmayan kavramı akıcı ve değişken olduğu için, hukuka da-

yalı her devlette, yasal olarak tanınmış olan karar alma iktidarının kullanılmasına bir sınır oluşturur. Böyle bir iktidar, uygulandığı her yerde, tercihin gayri makul olmaması şartıyla, farklı aleni seçenekler arasında tercihte bulunma hakkı tanır; zira, aksi halde, tercihin yasal olarak tanınmamasına yol açan nedenler ne olursa olsun bu iktidar hukuka karşıt olarak değerlendirilecektir¹⁰.

Bunun yanında, doğru bir biçimde uygulandıklarında, şartlar ne olursa olsun, daima adil çözümler sağlayacak ve matematik ilkelerine benzer adalet ilkeleri olduğu fikrinin realiteye aykırı olduğu görülmüştür.

Hukuk tarihi, uzun süre hükümünü koruyan emsallerin, özel durumlarda ya da değişen şartlar içinde, nasıl hakkaniyete aykırı kararlara yol açtığını göstermiştir. Bunu önlemek amacıyla bazı çözüm yolları uygulanmıştır: bazen hükmün gerekçesinde (*ratio decidendi*) ya da kararın dayandığı kuralda bazı istisnalara yer verilmiştir; bazen, olgular [gerçekte] olmadıkları gibi gösterilmiş, kurguya başvurulmuştur; bazen, kararın dayandığı kural yeniden yorumlanmıştır; ve bazen, adaletsiz bir ölçütün uygulanmasına karşı, bir mahkeme emrinin talep edildiği "hakkaniyet mahkemesi"ne başvurulduğu görülmüştür. Son olarak, en radikal çözüm, uygulanan kuralı yeni bir hükümle değiştirmesi için yasa koyucuya başvurmadır. Bu yolun öngördüğü değişiklik, temelde benzer olaylarda benzer şekilde davranılmasını gerektiren formel

adalet ilkesinin uygulanmasını engelleyecektir: benzer durumlar, gelecekte, artık geçmişte olduğu gibi işleme tabi tutulmayacaktır; adil olarak düşünülen, yeni hukukun benimsenmesinden sonra, artık öyle değerlendirilmeyecektir.

Eğer hukukçular tutucu olmakla itham ediliyorlarsa, bu, hukukta meşru olmadıkça bir değişikliği kabul etmeyi reddetmelerindendir: kuralların ve onlardan kaynaklanan kararların yerleşikliği, hakikaten, hukuk güvenliği, hukukun bilinmesi ve güvenilirliği gibi önemli değerlere katkıda bulunur. Ne var ki, onlar, hukuktaki her keyfi ve meşruluk kazanmamış değişikliği adaletsiz ve taraflı görmelerine rağmen, mevcut bir kuralı değiştirmek için geçerli nedenler olabileceğini; ne var ki, bu sebeplerin çok nadir olarak herkesçe tam bir bağlayıcılıkla değerlendirileceğini de kabul ederler. Bu, neden, hukuken belirlenmiş durumlarda, çoğunluk oyu gibi bağlayıcı bir yöntemin, gelecekte kendisine uymanın adil olacağı değişikliğin hukukilik karakterinin belirlenmesi açısından kaçınılmaz olduğunu açıklar.

İnsani kurumlarda adaletin saptanıp uygulanması yolunda karşılaşılan sorunların buradaki bu hızlıca ele alınışı, benimsenen çözümlerde neyin sorunlara gebe ve eksik olduğunu göstermiştir. Adaletin uygulanması gibi insani ve mükemmel olmamaya yazgılı bir konu, hiçbir zaman, kendisine karşı tüm itirazların geçerliliğini kaybedeceği mutlak ve ilahi adalet türünde bir nitelik kazanmayacaktır. Bu neden insan toplumlarının işleyişinde, adaletin

yanında hakkaniyet, bağışlama ve cömertlik gibi diğer ahlaki unsurlara da yer vermenin son derece zorunlu olduğunu açıklar.

NOTLAR

- 1 Ç. N.: Yasa katı da olsa yasadır.
- 2 Bkz. "Concerning Justice": *The Idea of Justice and the Problem of Argument* içinde, London 1963, s. 4.
- 3 Norman C. Gillespie, "On Treating Like Cases Differently", *Philosophical Quarterly* XXV (1975), s. 151-158.
- 4 The Idea of Justice and the Problem of Argument. s. 16-26

- 5 Ç.N.: Herkese kendine ait olan verilir (Ulpianus).
- 6 *Actes du XIII Congrès International de Philosophie* (Herder, Vienne 1970), Vol. V. s. 137-143.
- 7 *Op. cit.*, s. 139, B. Wootton, *Social Foundations of Wage Policy* (London 1958), s. 62.
- 8 C.N.: diğer şartların eşit olması durumunda.
- 9 I. Berlin, "Equality", *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. LVI (1955-1956), s. 305.
- 10 Bkz. Ch. Perelman, "Le raisonnable et le deraisonnable en droit", *Archives de Philosophie du Droit* 23 (1978), s. 35-42.