

PAPER DETAILS

TITLE: AMERİKAN REALİZMINDE SOSYAL FAYDA ANLAYISININ EVRİMCI YORUM İLE
BERABER DEĞERLENDİRİLMESİ

AUTHORS: Serife Sümeyra ÇADAK

PAGES: 1-30

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2028568>

AMERİKAN REALİZMİNDE SOSYAL FAYDA ANLAYIŞININ EVRİMCİ YORUM İLE BERABER DEĞERLENDİRİLMESİ

Şerife Sümeyra ÇADAK¹

ÖZET

Amerikan realistlerine göre hakimler, önlerine gelen olaylarda sosyal faydayı ve toplum yapısını göz önüne alarak karar vermelidir. Ancak toplum; ekonomik, siyasi, sosyal nedenlerle zaman içerisinde değişebilmektedir. Hakimler bu değişimin farkında olmalı ve benzer olaylara ilişkin geçmiş içtihatlarla bağlı kalmamalıdır. Kararları değişen toplum yapısına uygun olmalıdır. Amerikan realistlerinin bu düşüncelerine benzer olarak AİHM hakimleri de kararlarını değişen Avrupa toplumunu dikkate alarak sosyal fayda eksenli vermektedir. Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunu ve günün koşullarına göre yeniden değerlendirilmesini ifade etmektedir. Mahkemenin günün koşullarına göre değerlendirme yapması evrimci yorum olarak adlandırılmaktadır. AİHM kararlarında Amerikan realizmi ve evrimci yorum arasında

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Araştırma Görevlisi, serifesumeyra@gmail.com.

büyük benzerlik vardır. Amerikan realistlerinin savunduğu düşünceleri AİHM kararlarında somut olarak görmek mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Amerikan Realizmi, Evrimci Yorum, Sosyal Fayda, AİHM

ABSTRACT

American realists defend that judges must make decisions depend on social benefit and community nature. Society may change in course of time with social, economic, politic reasons. Judges also should aware of this change and reconsider new cases apart from old jurisprudences and decide on new structure of community. We also see American realists' ideas in ECHR cases. ECHR judges decide with considering social benefits and changes in the community. It is named as Evolutionary interpretation. In the decisions we can see this sentence; "Convention is a living instrument and must be interpreted in the light of present-day conditions". We conclude that realists's opinions can see physically in ECHR judgments.

Keywords: *American Realism, Evolutionary Interpretation, Social Benefit, ECHR*

GİRİŞ

Amerikan Realizmi 20. Yüzyılda Amerika’da pozitivizme tepki olarak ortaya çıkmış Amerikan hukuk sistemi üzerinde oldukça etkili olmuş bir hukuk felsefesidir². Pozitivizmin savunduğu hukuki kesinlik ilkesine ve kanunlara sıkı sıkıya bağlılığı reddetmiştir. Amerikan realistleri hukuku yargı kararlarına eşdeğer olarak görmüş³ ve hukukun topluma faydalı olması gerektiğini savunmuştur. Dolayısıyla yargı kararlarını incelemiş ve faydacı bir anlayışla kararların verilmesi taraftarı olmuşlardır⁴. Zaman içerisinde toplumun değişen ihtiyaçlarına göre kurallara birebir bağlı kalmadan hukukun yargı kararlarıyla şekillenmesi gerektiğine inanmışlardır⁵.

Yukarıda kısaca özetlediğimiz özellikleriyle Amerikan realizmi yerli ve yabancı pek çok araştırmmanın konusunu oluşturmuştur. Kanaatime göre Amerikan realistleri yargı kararlarına yoğunlaşmış olduğundan realizmin özellikleri de kararlar üzerinden incelenmelidir. Ancak Amerikan realizminin

² YÖROĞLU, Ömer. **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletleri’nde Hakim olan Hukuk Teorisi**, İstanbul, İ.İ.B.F. Yayınları, 1982, s.4-20.

³ FRANK, Jerome, “Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation”, **Colombia Law Review**, 1947, 47(8), s. 1259-1278.

⁴ HOLMES, Oliver Wendell, “The Path of The Law”, **Harvard Law Review**, 1987, s. 457(10).

⁵ LLEWELLYN, Karl, “Some Realism About Realism Responding to Dean Pound”, **Harvard Law Review**, 2013, C. 697(44), s.1222-1264.

özelliklerinin ayrı ayrı incelenmesi detaylı bir araştırmanın konusudur. Çalışmamızda ise Amerikan realizmine göre “mahkemelerde toplumun değişen ihtiyaçlarına göre karar verilmesi gerekir” anlayışının uluslararası bir Mahkeme olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) kararlarıyla beraber ele almak istiyoruz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa’da bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumak üzere kurulmuş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS) kapsamında faaliyet gösteren uluslararası bir mahkemedir⁶. İnsan hakları ihlalleriyle ilgili 47 ülkeden yapılan başvuruları bu ülkelerden seçilen hakimlerle sonuçlandırmaya çalışmaktadır. Farklı toplum yapısına ve adalet anlayışına sahip devletler hakkında yapılan başvurular hakkında karar vermeye çalışmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünde ise AİHS’yi temel almaktadır.

AİHM kararları daha önce değişik araştırmaların konusunu oluşturmuş ancak Amerikan realizmiyle ilişkilendirilerek incelenmemiştir. Biz çalışmamızda konuyla ilgili öncelikle Amerikan realistlerinin düşüncelerini anlatıp ardından AİHM kararlarında bu anlayışın nasıl yer aldığını incelemenin literatüre

⁶GÖZÜBÜYÜK, Şeref /GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 4. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 50-100.

katkı sağlayacağına inanıyoruz. Zira realistlerin savunduğu değişen toplum yapısına göre mahkeme kararlarında değişikliğe gidilmesi anlayışı AİHM'nin kararlarında “evrimci yorum” olarak karşımıza çıkmaktadır. Amerikan realistlerinin savunduğu görüşler AİHM içtihatlarında yer almış ve uygulanmıştır. Amerikan realistlerinin savundukları düşünceleri daha iyi anlayabilmek açısından da AİHM kararlarına bakmak faydalı olacaktır. Bundan dolayı öncelikle Amerikan realistlerinin savunduğu düşünce anlatılacak, ardından AİHM'nin evrimci yorum yönteminin AİHS kararlarında nasıl yer bulduğu anlatılacaktır. Amerikan realistlerinin savunduğu gibi AİHM kararlarında evrimci yorum çerçevesinde değişen toplum ihtiyaçlarının dikkate alındığı gösterilecektir.

I. AMERİKAN REALİZMİNDE SOSYAL FAYDA

Öncelikle yukarıda bahsettiğimiz üzere Amerikan realistlerine göre hukukun sosyal faydaya hizmet etmesi gerekir⁷. Amerikan realistleri bu kabulü Jeremy Bentham⁸ ve John Stuart

⁷ POUND, Roscoe, “Interests of Personality”, **Harvard Law Review**, Y. 1915, C. 28(4), s. 343-365.

⁸ BENTHAM, Jeremy, **An Introduction to Principles of Morals and Legislation**, Kitchener: Batoche Books, 2000, s. 14-19.

Mill⁹ gibi faydacı filozofların ve özellikle William James¹⁰'in düşüncelerinden yola çıkarak temellendirmiştir¹¹. Hukuk mahkeme faaliyetleriyle oluştuğundan hakimler sosyal faydayı sağlamakla yükümlüdür. Ancak sosyal faydanın sağlanması için toplumun ihtiyaç ve beklentilerinin farkında olunması gereklidir. Toplum içindeki grupların, yaşam tarzları ve yerleşmiş gelenekleri dikkate alınmadan verilen kararlar sosyal faydadan uzaktır. Aynı zamanda adaletsizliklerin doğmasına ve hukuka olan güvenin azalmasına sebep olacaktır. Bundan dolayı hakimlerin sosyoloji bilmesi gereklidir¹².

Hakimlerin verdikleri kararların sosyal faydaya göre değişkenlik göstermesi halkın tepkisine neden olabilmektedir. Halk, hukuk kurallarının matematik formülleri gibi olduğunu düşünmektedir. Hukukçuların vazifesi olaylara söz konusu formülleri uygulamaktır. Bu bakımdan hukukun kesin ve açık olduğu görüşü yaygındır¹³. Ancak, mahkeme kararlarına bakıldığında beklenen kesinlik ve açıklıktan oldukça uzaktır. Mahkemeler aynı konuya ilişkin olaylarda çok farklı kararlar

⁹ MILL, John Stuart, **Utilitarianism**, Kitchener:Batoche Books, 2001, s. 25.

¹⁰ JAMES, William, **Pragmatizm**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2015, s. 151.

¹¹ GÜRKAN, Ülker, **Hukuki Realizm Akımı**, Ankara, Sevinç Kitabevi, 1967, s. 5-15.

¹² LLEWELLYN, Karl, "A Realistic Jurisprudence" **Columbia Law Review**, 1930, C. 30(4), s. 431-465.

¹³ FRANK, Jerome, "Law and Modern Mind", **Transaction Publishers**, New York, 2008, s. 3.

verebilmektedir. Halk bu tür durumlarda hukukçuları hukuku karmaşıklaştırmakla suçlamaktadır. Hukukçuların kötü niyetli ve ihmalkar hareket ettikleri düşünülmektedir¹⁴. Ancak aslında hukuki olaylar, insan faktöründen ötürü değişken ve karmaşık yapıdadır. Olaydan olaya sosyal fayda değişmektedir. Hakimlerin sosyal faydaya göre hareket etmesi gereklidir.

Diğer yandan toplum yapısı ekonomik, siyasal, dini, coğrafi sebeplerle zamanla değişebilmektedir. Ticaretin gelişmesiyle kapalı ve muhafazakar bir toplum zamanla açık topluma dönüşebilmektedir. Toplumun içindeki dini yapı değişebilmektedir. Kanun koyucuların mahkemelerin önüne gelebilecek bütün uyuşmazlıklara ilişkin kanuni düzenleme yapabilmesi mümkün değildir. Teknoloji ve bilimin gelişimi kanun yapımından hızlıdır. En kapalı ve durağan toplumlarda bile hukuk kuralları hiçbir zaman bütün sosyal meseleleri çözmeye yetkin, sabit ve mükemmel olamaz¹⁵. Kanun koyucu bazen de bilerek hukukta boşluk bırakmaktadır. Bu durumlarda hakimlerin önüne gelen olayı, sosyal ve ekonomik düzen kapsamında toplum gerçekliklerine göre bir karara bağlaması gereklidir¹⁶. Mahkeme kararlarının hep aynı kalması sosyal fayda kavramına zarar

¹⁴FRANK, s. 5.

¹⁵ FRANK, s. 8.

¹⁶ GÜRKAN, s. 17.

verecektir. Hukukun da toplum yapısına ve ihtiyaçlarına göre bir oluşum içerisinde olması gereklidir¹⁷.

Dolayısıyla hukukun toplumun değişen koşullarına göre yorumlanması gereklidir. Jhering'e göre de değişimin tahlil edilip hukukta tatbik edilmesi için sosyolog hukukçulara ihtiyaç vardır¹⁸. Hukukta toplumsal değişim hiç dikkate alınmadan hep aynı yönde kararların verilmesi sosyal faydadan uzak olduğundan hukukta istikrar ve kesinlik toplumsal faydaya uygun deėildir¹⁹.

Hakimler geçmişte verilen kararlara sıkı sıkıya bağlı kalıp toplumun değişen ihtiyaçlarını göz önüne almadığında önemli bir sorun daha ortaya çıkar. Hakim olarak kendi vereceği kararların da geleceği etkileyeceğini düşünür. Bu durum hukukun gelişmesini tamamen önler. Zira hakimler geleceği kontrol etmeye çalışırlar. Gelecekte sorun oluşturabilecek bir konuya ilişkin olarak kararını verirken adaletsiz davranmış olur²⁰.

Yukarıda açıkladığımız üzere Amerikan realistleri değişen toplum yapısına uygun olarak hakimlerin aynı olaylarda karar değişikliğine gitmesini sosyal faydaya uygun bulmuştur. Hukuk felsefelerini hakimlerin zamana ve topluma göre sosyal faydayı

¹⁷ JHERING, Rudolf, **Hukuk Uğrunda Savaş**, İstanbul, Sinan Basımevi, 1935, s. 11.

¹⁸ GÜRKAN, s. 17.

¹⁹ FRANK, s. 8.

²⁰ FRANK, s. 17.

sağlayacak şekilde içtihat değişikliğine gitmeleri üzerine kurmuştur. Günümüze gelindiğinde AİHM'ye baktığımızda da sosyal fayda gözetilerek değişen Avrupa toplum yapısına uygun kararlar verildiğini görmekteyiz.

II. AİHS'NİN SOSYAL FAYDAYA UYGUN YORUMLANMASI

AİHM, kendisine gelen uyuşmazlıkları AİHS'ye bağlı olarak sonuca ulaştırmaktadır. Sözleşmenin her zaman çağdaş ve etkili olması olabilmesi hakimlerin uygulamasıyla sağlanmaktadır. AİHM hakimleri sözleşmeye yaşayan bir belge olarak yaklaşmaktadır ve değişen şartlara göre yeniden yorumlanmasını savunmaktadır²¹. Dolayısıyla Sözleşme'nin yapıldığı zamanki koşullardan daha çok Avrupa'daki toplumsal gelişmeler Sözleşme'nin değerlendirilmesinde önemlidir²².

AİHM'nin günün koşullarına göre aynı konuda değişik kararlar vermesi literatürde evrimci ya da dinamik yorum yapması olarak adlandırılmaktadır. Evrimci yorum anlayışıyla AİHM, eski kararlarına ve Sözleşmeye sıkı sıkıya bağlı olmaktan kurtulmuştur. AİHM, yorumlarıyla koruma altına alınan hakları genişletme ve olaya göre yeniden yorumlama imkanına sahip olmuştur. Böylece

²¹ Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72, 25.04.1978, § 31.

²² Marcx v. Belgium, 6833/90, 13.07.1979, § 40., Tyrer v. United Kingdom, 5856/72, 25.04.1978, §31.

evrimci yorum anlayışı AİHM'ye bir anlamda hareket serbestisi kazandırmıştır. Sözleşmenin toplumsal ve teknolojik değişikliklere uyum sağlamasını kolaylaştırmıştır²³. Hızlı değişen toplumsal argümanlara göre sürekli hukuki metin oluşturmak ve Sözleşmede yer alan maddeleri revize etme zahmetinden kurtarmıştır²⁴. AİHM'nin evrimci yorum anlayışına başvurduğu durumlarda Sözleşme'nin "yaşayan bir belge olarak " ve "günün değişen koşullarına" göre yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Evrimci yorum anlayışı kararlarda bu ifadelerle karşımıza çıkmaktadır.

AİHM kararlarında söz konusu ifadeler sık sık yer almaktadır. Ancak AİHM ilk defa Tyrer/İngiltere kararında Sözleşme'nin yaşayan bir belge olarak değerlendirilmesi ve değişen şartlara göre yeniden yorumlanması gerektiğini söylenmiştir²⁵. Bu anlamda AİHM, evrimci yorum anlayışını ilk defa Tyrer/İngiltere kararında benimsemiştir.

Başvuru konusu okullarda fiziksel şiddet kullanımına ilişkindir. Başvurucu bir kişinin vücut bütünlüğüne yönelik zarar vermiştir. Başvurucuya yönelik kırbaçla cezalandırma yoluna

²³ DZEHTSIAROU, Kanstantsin, "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", **German Law Journal**, 2011, Vol. 12 No. 10, s. 1730-1745.

²⁴ VARJU, Marton, "Transition as a Concept of European Human Rights Law", **European Human Rights Law Review**, 2009, s.170-172.

²⁵ Tyrer v. United Kingdom, 5856/72, 25.04.1978, §31.

gidilmiştir. Mahkeme tarafından bu tür bir ceza küçük düşürücü ve Sözleşmeye aykırı bulunmuştur. Etkili ve caydırıcı bir ceza olarak düşünülse de bedensel cezalandırmanın aşağılayıcı karakterinin devam ettiği söylenmiştir. Dava açısından önemli olan husus, başvurunun yapıldığı dönemde İngiltere'nin büyük kısmında bedensel ceza yasaklanmıştır. Ancak başvuruya konu İngiltere'nin özerk bölgesinde bedensel ceza yasaldır. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin cezalandırma sistemlerindeki gelişmeler ve genel kabuller Mahkeme'yi etkilemiştir. Mahkeme Avrupa toplumundaki değişiklikleri dikkate alarak sözleşmenin yaşayan bir belge olduğunu ve günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğini söylemiştir. Mahkeme bu kararından sonra pek çok maddeye ilişkin olarak evrimci yorum anlayışına başvurmuştur²⁶.

Yaşayan belge değerlendirmesinin yapıldığı bir başka karar Dudgeon/İngiltere'dir. Kuzey İrlanda'da homoseksüelliğin ceza hukuku açısından bir suç oluşturmasının aile ve özel hayat hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle başvuru yapılmıştır. Kuzey İrlanda savunmasında, dini değerlere bağlı ve muhafazakâr bir toplumun olduğunu, homoseksüelliğin ciddi anlamda toplumun ahlaki yapısını bozduğunu söylemiştir. Bu anlamda Mahkeme, Kuzey İrlanda'nın ahlaki havasını dikkate almıştır. Ancak, kanunun yapıldığı dönemle karşılaştırma yapılacak olursa; bugün hoşgörü

²⁶ DZEHTSIAROU, s. 1730-1745.

ortamı daha gelişmiş, daha anlayışlı bir toplum vardır. Ayrıca üye devletlerin büyük çoğunluğunda homoseksüel aktiviteler artık ceza hukuku anlamında suç niteliği taşımasına gerek görülmemektedir.²⁷ Mahkeme bu bakımdan Sözleşmeyi yaşayan belge olarak yorumlamış ve başvuru lehine insan hakları ihlali olduğuna karar vermiştir.

Günün değişen koşullarına ve değişen toplum yapısına göre hareket etmek için ise Mahkeme, Avrupa geneli fikir birliği (European Consensus) verilerine başvurmaktadır. Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerin çoğunluğunun bir uyuşmazlık konusunda genel bir mutabakata varması Avrupa geneli fikir birliği (European consensus) olarak adlandırılmaktadır. Örneğin kürtaj konusunda Mahkeme öncelikle Avrupa'da hangi ülkelerin kürtaja izin verdiğini incelemektedir. Ayrıca geçmişteki durumla ilgili de karşılaştırma yapmaktadır. Sonuç olarak değişen toplumun isteklerini ve ihtiyaçlarını tespit etmekte oldukça faydalı bir veri elde edilmektedir. Eğer Avrupa geneli kürtaja izin verme konusunda genel bir mutabakat bulunuyorsa devletin kısıtlamalarına karşı daha özgürlükçü bir tavır göstermektedir. Böylece değişen toplumun yapısına uygun pratik faydaya uygun bir karar verilmektedir.

²⁷ *Dudgeon v United Kingdom*, 7525/76, 24.02.1983, §60.

AİHM, Marckx/Belçika kararında genel mutabakata özellikle bakmıştır. Kararda başvuru, evlilik dışı doğan bir çocuğun Belçika yasalarına göre annenin çocuğuyla arasında doğumla soybağı kurulmamasından ve gayri meşru çocuk olarak görülmesinden dolayı ayrımcılık yasağıyla bağlantılı olarak özel hayat hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Belçika kanunlarına göre babalık bağı da tanıma veya mahkeme kararıyla kurulmaktadır. Mahkeme, Sözleşme'deki özel hayat hakkının yasal ya da yasal olmayan evlilik olarak ayırım yapmadan aile hayatını koruduğunu belirtmiştir²⁸. Belçika hükümeti savunmasında yasal evliliğin ahlak ve kamu düzenine uygun aile yapısını devam ettirme sebebiyle korunduğunu söylemiştir. Mahkeme, son olarak değerlendirmesini Sözleşmeciler devletlerin yerel hukuklarına göre yapmıştır. Sözleşme'ye üye devletlerin çoğunluğunun anneyle çocuk arasında soybağının doğumla kurulduğu şeklinde düzenleme yaptığı ve yapmaya devam ettiği Mahkeme tarafından incelenmiştir. Diğer bir söyleyişle evlilik dışı doğan çocuklar konusunda Avrupa ülkeleri ortak paydada toplanmıştır²⁹.

Sözleşmenin aynı konuda verdiği konularda değişikliğe gitmesi Mahkemeyi istikrarsız olarak gösterebilmektedir. Hukuki

²⁸ Marckx v. Belgium, §36-39.

²⁹ Marckx v. Belgium, 6833/74 , 13/06/1979,§41.

kesinliğin olmaması Mahkemenin keyfi karar verdiği gibi bir algıya sebep olmaktadır. Mahkemenin Avrupa geneli fikir birliğini esas alırken ayrıca takdir hakkı denilen kuruma başvurusu bu eleştirilerin önüne geçmektedir. Her devletin kendi kültürü sahip olduğu milli ve sosyal değerleri bulunduğundan Avrupa geneli insan hakları standardından özellikle bazı konularda bahsetmek oldukça zordur. Sözleşme çerçevesinde devletler insan hakları konusunda ortak bir paydada birleşmiş olmalarına rağmen, devletler egemenlik alanlarına saygı gösterilmesini beklemektedir. Bu noktada Mahkeme söz konusu devletlere takdir hakkı bırakmaktadır. Takdir hakkı bir bakıma üye devletler ile Mahkeme arasında ihtiyaç duyulan esnekliği sağlamaktadır³⁰. Devletlere Sözleşmeyle yüklenmiş olan sorumlulukları ile egemenlikleri arasında denge kurmaktadır³¹. Ayrıca devletlerin egemenlik alanlarında belirli bir hareket serbestisi sağlamaktadır³².

Takdir yetkisi mutlak ve kesin bir yetki değildir. İnsan haklarına ilişkin bazı konularda Mahkeme tarafından geniş olarak sağlanırken bazı konularda dar değerlendirme yapılmaktadır. Örneğin; “genel ahlak”, “sağlık”, “ulusal güvenlik” gibi sübjektif

³⁰ LETSAS, George, “Two Concepts of Margin of Appreciation”, **Oxford Journal of Legal Studies**, 2006, Vol. 26, No. 4, s. 705–732 .

³¹ LETSAS, s. 705–732 .

³² YUROW, Howard Charles, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1996, s.14.

olarak nitelendirilen unsurların söz konusu olduğu durumlarda veya mülkiyet hakkı gibi kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda takdir yetkisi geniş değerlendirilmektedir. Bununla birlikte evrensel standarda ulaşmış diyebileceğimiz demokratik toplum gerekleri gibi konularda yetki dar olarak yorumlanmaktadır³³.

Avrupa geneli fikir birliğine bağlı olarak da takdir yetkisi değişmektedir. Mahkeme Avrupa’da genel olarak kabul görmüş bir hakkı yasaklayan devlet karşısında yetki değerlendirmesini dar yapmaktadır. Örneğin, eşcinsel birliktelikler konusunda bugün Avrupa genelinde bir serbesti vardır. Buna yönelik yasaklamaların olduğu ülkeden yapılan başvuruda ülkenin takdir yetkisini dar yorumlamaktadır. Bununla beraber Avrupa genelinde bir birlik olmayan konularda -eşcinsellerin evlat edinmesi gibi-takdir yetkisini daha geniş olarak değerlendirip uyuşmazlık konusu devlete daha fazla düzenleme serbestisi tanımaktadır. Avrupa geneli fikir birliğinin araştırılmasıyla beraber günün değişen koşullarına göre takdir hakkı da değişim gösterebilmektedir. Bu anlamda Avrupa geneli fikir birliği, evrimci yorum anlayışı ile takdir hakkı arasında uzlaşma sağlamaktadır³⁴.

³³ ATAKAN, Arda, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2010, C. 16(3-4), s. 30-38.

³⁴ DZEHTSIAROU, Kanstantsin, “Does Consensus Matter? Legitimacy of

Bir diğ er y onden evrimci yorum anlayışının Sözleşmeci devletler açısından sürpriz olmasını engellemektedir. Zira fikir birliğine bir günde ulaşılmamaktadır. Dolayısıyla Avrupa genelinde değı işim olduğu öngörülebilir olmaktadır. Ancak Avrupa geneli fikir birliğı kesin değıldir. Günün koşullarına göre değı ismektedir. Mahkeme günün koşullarına göre kararlarını revize etmektedir.

Takdir hakkı ve Avrupa geneli fikir birliğı arayışlarına daha fazla örnek verecek olursak yaşamın başlangıcına yönelik Avrupa genelinde fikir birliğı yoktur. Bundan dolayı kürtaja izin verip vermeme konusunda devletlerin takdir hakkı geni  tir³⁵. Benzer şekilde kadının evlendikten sonra kendi soyadını taşımaya devam etmesi için yapılan ba  şvuruda Mahkeme, Avrupa geneli fikir birliğı olup olmadığını kontrol etmiştir. Türkiye'nin kadının kendi soyadını kullanmasını engelleyen tek Avrupa   lkesi olduğunu fark etmiştir. Bunun   zerine Türkiye'nin özel hayatla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar vermiştir.³⁶

Bir başka örnek karar olarak, Birleşik Krallık'ta mahkumların oy kullanması tamamen yasaktır. Hirst/İngitere kararına konu olan bu durum Mahkeme tarafından Sözleşme'ye

European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights", **Public Law Review**, 2011, s. 534, 541.

³⁵ Vo v. France, 539224/00, 08.08.2004,   74

³⁶ Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Turkey, 7971/07, 28.08.2013.

aykırı bulunmuştur. Esasen Mahkeme Sözleşme'ye üye devletlerde ortak bir mutabakata varılmadığını ve devletin takdir hakkının geniş olduğunu kabul etmiştir. Ancak takdir hakkının yine de çok geniş olmayacağını her konuyu kapsamayacağını belirtmiştir. Bütün mahkumlara yönelik her konuda hiçbir şekilde oy hakkı tanınmamasının takdir hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir³⁷.

III. EVRİMCİ YORUMUN AİHM KARARLARINDAKİ GÖRÜNÜŞÜ

Evrimci yorum anlayışı ve bu çerçevede takdir hakkından bahsederken Avrupa toplumundaki insan haklarına bakışın değişimiyle AİHM'nin kararlarında insan haklarına bakışın nasıl farklılaştığını da anlatmak gereklidir. Avrupa toplumunda, 2000 yılından itibaren insan haklarına saygı ve toplumsal değişimlerde artma olmuştur. AİHM de 2000 yılı öncesi ahlak ve özgürlükler konusunda daha muhafazakar bir yaklaşım sergileyip devletlere daha geniş takdir hakkı tanırken, 2000 sonrası daha fazla insan haklarını önemseyip uluslararası hukuk belgelerinin gelişimine paralel olarak devletlere daha az takdir hakkı vermeye başlamıştır.

³⁷ *Hirst v United Kingdom* (Appl No. 74025/01) Judgment of 6 October 2005. § 81,82

Özellikle eşcinsel ilişkilere yönelik toplumun bakışı daha özgürlükçü olmaya başlamıştır. Eşcinseller toplumda daha fazla kabul görmeye ve hak talep etmeye başlamışlardır. Mahkeme de değişen toplum yapısını dikkate alarak evrimci yorum ile eşcinsellerin yaptığı başvurularda onların haklarını daha destekleyici yeni kararlar vermiştir. Dolayısıyla kanaatimce, AİHM'nin evrimci yorumlarını net görebilmek adına eşcinsellerin başvurularına ilişkin verdiği kararlardan bahsetmek gereklidir.

Bu kısımda öncelikle eşcinsel ilişkilerin Mahkeme tarafından tanınması talepleriyle alakalı yaşanan değişim incelenecektir. 1986 yılında AİHM'ye yapılan ilk başvurunun konusunu kadından erkeğe cinsiyet değiştirme ameliyatı olmuş bir transseksüel oluşturmuştur. Başvurucunun ameliyat masrafları devlet tarafından karşılanmıştır. Ancak ameliyat sonrasındaki cinsiyeti hükümet yetkilileri tarafından tanınmamıştır. Dolayısıyla özel hayat hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ancak Mahkeme, doğum sertifikasının sonradan değiştirilmesinin oldukça zor olduğunu, pek çok problemi beraberinde getirebileceğini kabul etmiştir. Bu bakımdan cinsiyet değişiminin tanınmamasında kamusal menfaatin ağır bastığına karar vermiştir. Özel hayat hakkının ihlal edilmediğini söylemiştir³⁸. Buna ek olarak Mahkeme, transseksüellerin yaşadığı sıkıntıların bilincinde

³⁸ Rees v. United Kingdom, 9532/81, 17.10. 1986, §42.

olduklarını belirterek, toplumsal ve tıbbi gelişmelere göre uygun tedbirlerin incelenmeye devam edeceğini ifade etmiştir³⁹.

Rees/ Birleşik Krallık kararından sonra Mahkeme, Cossey/Birleşik Krallık kararını incelemiştir. Önceki kararına benzer şekilde cinsiyet değiştirmenin devlet tarafından tanınmamasını hak ihlali olarak görmemiştir. Cinsiyet değiştirme ameliyatıyla diğer cinsin bütün biyolojik özelliklerinin edinilmediğini söylemiştir⁴⁰. Ayrıca evlenme hakkının da ihlal edilmediğine karar vermiştir. Evlenme hakkı konusunun devletlerin takdir alanında bulunduğunu kabul etmiştir.

B./Fransa kararına gelindiğinde Mahkeme, cinsiyet değişiminin tanınmamasının hak ihlali oluşturmayacağı yönünde önceki içtihatlarında küçük bir değişikliğe gitmiştir. Mahkeme, gerekçesinde İngiltere’de doğumdan itibaren bilgilerde hiçbir şekilde değişiklik yapılmadığını ancak Fransa’da bilgiler konusunda sürekli güncelleme yapıldığını söylemiştir. Buna göre Fransa kolaylıkla cinsiyet değişimini tanıyabilecektir. Yüksek kamu yararı bulunmamaktadır⁴¹.

Benzer bir tanıma başvurusu X,Y,Z/Birleşik Krallık’tır. Kadından erkeğe cinsiyet değiştirme ameliyatı olan X ile bayan

³⁹ Rees v. United Kingdom, 9532/81, 17.10. 1986, §47.

⁴⁰ Cossey v. United Kingdom, 10843/84, 27.09.1990, §40.

⁴¹ B. v.France, 13343/87, 25.03.1992, §59-63.

Y'nin düzenli ve sürekli birlikteliklerinin hükümet yetkililerince tanınmamasına ilişkindir. Mahkeme, evlilik birliğini tanıyıp tanımamanın devletin takdir alanında olduğuna karar vermiştir. Ancak X ve Z'den yapay dölleme yoluyla olan Z arasında fiili aile bağının olduğunu kabul etmiştir⁴².

Rees⁴³ ve Cossey⁴⁴ davalarının benzeri olarak Sheffield ve Horsam/Birleşik Krallık başvurusunda Mahkeme, farklı bir yaklaşım göstermesi için herhangi bir neden olmadığını söylemiştir. Sözleşmeciler devletler açısından transseksüellik konusunda kabul edilen genel bir yaklaşımın olmadığına ve karmaşık, bilimsel, hukuki, ahlaki ve sosyal sorunlara yol açmaya devam ettiğine değinmiştir⁴⁵. Dolayısıyla Sözleşme'nin herhangi bir maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Ancak yine de transseksüellik olgusunun toplumsal kabul görmesi ve ameliyat olan transseksüellerin karşılaştığı sorunların çözülmesi bakımından Sözleşmeciler devletlerin inceleme yapması gerektiğini kaydetmiştir⁴⁶.

2002 yılına gelindiğinde Mahkeme açısından önemli bir

⁴² X,Y,Z V. United Kingdom, 21830/93, 22.04.1997,§37.

⁴³ Rees v. United Kingdom, 9532/81, 17.10. 1986.

⁴⁴ Cossey v. United Kingdom, 10843/84, 27.09.1990.

⁴⁵ Sheffield and Horsham v. United Kingdom, 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30.07.1998,§58.

⁴⁶ Sheffield and Horsham v. United Kingdom,§60.

dönüm noktası olmuştur. Mahkeme, transseksüellerin ameliyat sonrası cinsiyet değiştirme taleplerini devletlerin takdir alanında olduğunu söylemekteydi. Goodwin/İngiltere⁴⁷ ve I/İngiltere gibi kararlarla Mahkeme, özel hayat hakkı kapsamında transseksüellerin ameliyat sonrası cinsel kimliğinin kamu belgelerinde değiştirilmesi konusunda devletlerin sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmiştir. Bunun yanında cinsiyet değişiminin tanınmamasından dolayı kişinin eski cinsiyetinden birisiyle evlenememesini de evlilik hakkının ihlali olarak görmüştür. Sebep olaraksa, sözleşmecî devletlerin geneli bakımından değişen şartların değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Diğer bir deyişle, Mahkemenin önceden verdiği kararlardan bugüne Avrupa genelinde çok önemli değişiklikler olmuştur. Mahkeme, günün şartlarına göre genele göre değerlendirme kriterlerinde esnekliğe sahiptir. Ayrıca artık Avrupa genelindeki konuyla alakalı uluslararası sözleşmeleri referans alarak değerlendirmesini yapmaktadır⁴⁸.

Eşcinsel birliktelikler ile ilgili diğer bir sorun, -aile- olarak tanınmamaları ve bundan dolayı karşılaştıkları hukuki sosyal problemlerdir. Mahkeme tarafından 2000 öncesi verilen kararlarda eşcinsel birliktelikler aile hayatı kapsamında ele alınmamıştır.

⁴⁷ Christine Goodwin v. United Kingdom, 28957/95, 11.07.2002.

⁴⁸ I. V. United Kingdom, 25680/94, 11/07/2002, §64.

Başvurucuların aralarındaki bağların sıklığı ve birlikte yaşam sürmeleri dikkate alınmaksızın aile olarak kabul edilmiyorlardı. Bu konuda devletlere geniş takdir hakkı verilmekteydi. Ancak aralarındaki eşcinsel ilişkinin özel hayat çerçevesinde ele alınması gerektiği ifade edilmekteydi.

Eşcinsel ilişki yaşayan çiftlerle ilgili Mahkeme'ye yapılan başvuruların bir kısmı taraflardan birinin ölümüyle kalan kişinin heteroseksüel evliliklerde tanınan hakların tanınmaması sebebiyle yapılmıştır. S./Birleşik Krallık komisyon kararında⁴⁹ lezbiyen bir ilişki yaşayıp, ilişkide kadın ve erkek olarak rol paylaşımı yapan çiftten birinin ölümüyle diğer çiftin kira sözleşmesinin sona erdirilmesiyle ilgili olan başvuru Komisyon tarafından kabul edilemez bulunmuştur. Zira her ne kadar kişilerden biri erkek diğeri kadın rolünü üstlense de aile olmadıklarını, aile bağı olmadığı için de başvuru konusu evin aile konutu teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.

Aynı şekilde Mata Estevez/İspanya Komisyon kararında ölen partnerinin maaşını almak için başvuru yapan kişinin başvurusu kabul edilemez bulunmuştur. Ancak Komisyon, kararında Sözleşmeciler devletler tarafından homoseksüel evliliklerin sosyal ve hukuki olarak tanınması yönünde bir eğilim olduğunu

⁴⁹ S. v. The United Kingdom, 11716/85, 14.05.1986.

kabul etmiştir. Ancak henüz çok düşük bir oranda olduğu için, Sözleşmecî devletlerin bu konuda ortak bir mutabakata varmadıklarını ifade etmiştir. Bundan dolayı yine, Sözleşmecî devletlere homoseksüel evliliklerin aile olarak tanınması takdir hakkı bırakmıştır⁵⁰.

Homoseksüel ilişkilerin aile kapsamında değerlendirilmemesinin getirdiği sonuçlardan biri göçmenlik haklarından faydalanamamaktır. X. ve Y./Birleşik Krallık başvurusunda homoseksüel ilişki yaşayan başvuruçular aile kapsamında değerlendirilmediği için başvuruçulardan biri göçmenlik haklarından faydalanamamıştır. Komisyon başvuruçuların aralarındaki homoseksüel ilişkinin özel hayat kapsamında değerlendirileceğine ancak aile teşkil etmediklerine dolayısıyla başvurunun kabul edilemez bulunmasına karar vermiştir⁵¹.

EB/Fransa kararıyla Mahkeme içtihat değişikliğine yönelmeye başlamıştır. EB/Fransa kararının konusu lezbiyenin Fransız yetkilerince evlat edinmek istemesinin reddedilmesidir. Zira aile içinde babayı simge eden kimse bulunmamaktadır. Mahkeme, başvuruçuyu incelediğinde bunun bir bahane olarak başvuruçunun homoseksüel oluşundan dolayı kullanıldığını

⁵⁰ Mata Estevez v. Spain (Admissibility), 56501/00, 10.05.2001.

⁵¹ X and Y v. The United Kingdom, 9369/81, 03.05.1983.

söylemiştir. Başvurucu, seksüel yöneliminden dolayı ayrı muameleye maruz bırakılmıştır. Farklı muamele objektif ve mantıklı bir nedene dayanmamaktadır. Mahkeme benzer konudaki önceki kararında Avrupa genelinde bir mutabakat olmadığı için devletlerin geniş takdir hakkı olduğunu kabul etmiştir⁵². Ancak bu kararda seksüel kimlik konusunun söz konusu olduğu yerlerde farklı muamele için ikna edici ve geçerli nedenlerin olması gerektiğini söylemiştir⁵³. Fransa hükümeti önemli sebebi kanıtlamak zorundadır. Mahkeme, Sözleşmeciler devletler açısından tek başına homoseksüellerin evlat edinmesi bakımından mutabakata vardığını tespit etmiştir. Bundan dolayı Fransa'ya bu konuda takdir hakkı bırakmamıştır. Özel hayat hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı bakımından ihlal olduğu kararına varmıştır.

2010 yılına gelindiğinde Schalk ve Kopf, P.B. ve J.S. kararları ile Mahkeme, eşcinsel birliktelikleri aile olarak kabul etmeme yönündeki kararını değiştirmiştir. Sürekli birlikte olan sıkı bağlara sahip çiftlerin heteroseksüeller gibi aile kapsamında değerlendirilmesine karar vermiştir. ⁵⁴Mahkeme, bu konuda ilk verdiği kararlardan bugüne Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin

⁵² Frette v. France, 36515/97, 26.02.2002.

⁵³ EB v. France, 43546/02, 22.01.2008, §91.

⁵⁴ Schalk and Kopf v. Austria, § 94; P.B. and J.S. v. Austria, 18984/02, 22.07.2010, § 30.

eşcinselliğe bakışının değiştiğini ifade etmiştir. Avrupa Birliği hukukunda da eşcinsel birlikleri tanıma konusunda bir mutabakata varıldığını söylemiştir⁵⁵. Buna göre koşullar değiştiğinden artık eşcinsel birliktelikleri “aile” olarak görmek gereklidir⁵⁶.

2013 yılında karar verilen X and Others/Avusturya başvurusu ise evlat edinmenin homoseksüel çiftlere sağlanmaması üzerinedir. Mahkeme homoseksüel çiftleri de aile kapsamında kabul etmesiyle heteroseksüel çiftlere sağlanan evlat edinme hakkının sağlanmamasının özel hayat hakkını ihlal eder nitelikte bulmuştur. Bununla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁷.

SONUÇ

Sonuç olarak, AİHM hakimleri özellikle eşcinsellere ilişkin kararlarda görüldüğü üzere zamanla daha özgürlükçü olmuş ve değişen toplum yapısına uygun kararlar vermiştir. Kararlarını verirken toplumun yaşantısını, kültürünü, inanışlarını dikkate almıştır. Toplumun sosyal faydasını gözeterek başvuruları sonuçlandırmaya çalışmıştır. Toplumdaki sosyal, ekonomik, dini değişimleri de gözardı etmemiştir. Toplumdaki gelişmelere paralel

⁵⁵ Schalk and Kopf v. Austria, § 93; P.B. and J.S. v. Austria, § 29.

⁵⁶ Schalk and Kopf v. Austria, § 94; P.B. and J.S. v. Austria, §30.

⁵⁷ X and Others v. Austria, 19010/07, 19/02/2013, § 153.

olarak Sözleşmeyi yeniden yorumlayarak sosyal faydanın sağlanması yönünde kararlar vermeye çalışmıştır. Bunu yaparken de evrimci yorum anlayışı çerçevesinde takdir hakkı, Avrupa geneli fikir birliği gibi kavramlar oluşturmuştur. AİHM içtihatlarında farklı kavramlarla yer alan ve evrimci yorum olarak adlandırdığımız yöntem ise Amerikan realistleri tarafından hukuk felsefesinde yeni bir anlayış olarak savunulmuştur. AİHM'nin tam olarak Amerikan realistlerinin düşüncelerinden etkilendiğini ve uyguladığını iddia etmek elimizdeki veriler sınırlı olduğundan güçtür. Ancak Amerikan realistlerinin düşüncelerinin AİHM kararlarında somutlaştığını görmekteyiz. AİHM'nin evrimci yorum ile verdiği kararlarla Amerikan realistlerinin düşünceleri bağdaşmaktadır. Amerikan realizminde sosyal fayda anlayışı AİHM kararlarında da benzer şekilde görülmektedir.

KAYNAKÇA

1. ATAKAN, Arda, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2010, C. 16(3-4), s. 30-38.
2. BENTHAM, Jeremy, **An Introduction to Principles of Morals and Legislation**, Kitchener: Batoche Books, 2000, s. 14-19.
3. DZEHTSIAROU, Kanstantsin, “Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights”, **Public Law Review**, 2011, s. 534, 541.
4. DZEHTSIAROU, Kanstantsin, “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, **German Law Journal**, 2011, Vol. 12 No. 10, s. 1730-1745.
5. FRANK, Jerome, “Law and Modern Mind”, **Transaction Publishers**, New York, 2008, s. 3.
6. FRANK, Jerome, “Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation”, **Colombia Law Review**, 1947, 47(8), s. 1259-1278.
7. GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 4. bası, Turhan

- Kitabevi, Ankara, 2003, s. 50-100.
8. GÜRKAN, Ülker, **Hukuki Realizm Akımı**, Ankara, Sevinç Kitabevi, 1967, s. 5-15.
 9. HOLMES, Oliver Wendell, "The Path of The Law", **Harvard Law Review**, 1987, s. 457(10).
 10. JAMES, William, **Pragmatizm**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2015, s. 151.
 11. JHERING, Rudolf, **Hukuk Uğrunda Savaş**, İstanbul, Sinan Basımevi, 1935, s. 11.
 12. LETSAS, George, "Two Concepts of Margin of Appreciation", **Oxford Journal of Legal Studies**, 2006, Vol. 26, No. 4, s. 705-732 .
 13. LLEWELLYN, Karl, "A Reaslistic Jurisprudence" **Columbia Law Review** ,1930, C. 30(4), s. 431-465.
 14. LLEWELLYN,Karl, "Some Realism About Realism Responding to Dean Pound", **Harvard Law Review**, 2013, C. 697(44), s.1222-1264.
 15. MILL, John Stuart, **Utilitiarinism**, Kitchener:Batoche Books, 2001, s. 25.
 16. POUND, Roscoe, "Interests of Personality", **Harvard Law Review**, Y. 1915, C. 28(4), s. 343-365.
 17. VARJU, Marton, "Transition as a Concept of European Human Rights Law", **European Human Rights Law Review**, 2009, s.170-172.

18. YOUROW, Howard Charles, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1996, s.14.

19. YÖROĞLU, Ömer. **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletleri'nde Hakim olan Hukuk Teorisi**, İstanbul, İ.İ.B.F. Yayınları, 1982, s.4-20.

AİHM KARARLARI

B. v.France, 13343/87, 25.03.1992.

1. Christine Goodwin v. United Kingdom, 28957/95, 11.07.2002.
2. Cossey v. United Kingdom, 10843/84, 27.09.1990.
3. *Dudgeon v United Kingdom*, 7525/76, 24.02.1983.
4. EB v. France, 43546/02, 22.01.2008, §91.
5. Frette v. France, 36515/97, 26.02.2002.^[1]_[SEP]
6. *Hirst v United Kingdom* (Appl No. 74025/01) Judgment of 6 October 2005.
7. Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Turkey, 7971/07, 28.08.2013.
8. Marckx v. Belgium, 6833/74 , 13/06/1979.
9. Mata Estevez v. Spain (Admissibility), 56501/00, 10.05.2001.
10. P.B. and J.S. v. Austria, 18984/02, 22.07.2010.
11. Rees v. United Kingdom, 9532/81, 17.10. 1986.

12. S. v. The United Kingdom, 11716/85, 14.05.1986.
13. Schalk and Kopf v. Austria, 30141/04, 22.11.2010.
14. Sheffield and Horsham v. United Kingdom, 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30.07.1998.
15. Tyrer v. United Kingdom, 5856/72, 25.04.1978.
16. Vo v. France, 539224/00, 08.08.2004.
17. X and Others v. Austria, 19010/07, 19/02/2013.
18. X and Y v. The United Kingdom, 9369/81, 03.05.1983.
19. X,Y,Z V. United Kingdom, 21830/93, 22.04.1997.