

YÜKSEK MAHKEME'NİN EŞCİNSEL EVLİLİK KARARI IŞIĞINDA EŞİTLİK, DEMOKRASİ ve YARGISAL DENETİM*

Dr. Öğr. Üyc. Berke Özenç
Türk-Alman Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
ORCID: 0000-0003-4149-5567



Öz

Birleşik Devlet Yüksek Mahkemesi *Obergefell v. Hodges* kararıyla, eşcinsellerin evlilik hakkından yoksun bırakılmasının, ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine hükmetti. Kararın önemli bir özelliği, kanun önünde eşitlik ilkesini, eşcinsel bireyleri kapsayacak şekilde yeniden tanımlamasıdır. Kanun önünde eşitlik ilkesi, oldukça basit ve açık görünen bir kavram olmasına rağmen; siyahların, kadınların ve bu çalışmada ortaya konduğu üzere eşcinsellerin bu eşitlik alanına dâhil olabilmesi, ancak siyasi ve hukuki mücadeleler sonucunda gerçekleşebilmiştir. Bu çalışmada ilk olarak, siyahlara yönelik ayrımcı pratikler bağlamında Yüksek Mahkeme'nin eşitlik ilkesine dair yorumu incelenecek, ardından Yüksek Mahkeme'nin eşcinselliğe dair yaklaşımındaki dönüşüm ortaya konacaktır. Çalışmanın son bölümünde bu tarihsel ve siyasi arka plan üzerinde şekillenen *Obergefell v. Hodges* kararı değerlendirilecektir. Kararın çoğunluk görüşü ve muhalefet şerhlerinde, çoğunlukçu ve çoğulcu demokrasi anlayışları arasındaki gerilimin yansımaları göze çarpar. Kararın belki de en önemli özelliği çoğulcu bir demokratik toplumda yargısal denetimin işlevine dair tarihsel bir örnek oluşturmasıdır.

Anahtar Sözcükler: Eşcinsel Evlilik, Kanun Önünde Eşitlik, Yüksek Mahkeme, Demokrasi, Yorum Yöntemleri

Equality, Democracy and Judicial Review in the light of the Supreme Court's Decision on Same-Sex Marriage

Abstract

Obergefell v. Hodges is a landmark Supreme Court case in which the Court held that the denial of right to marry to Same-sex couples violated the prohibition of discrimination. The importance of the decision lies in the court's redefinition of the principle of equality before the law. In this case, Supreme Court concluded that equality does include homosexuals. Although equality before the law seems to be a simple and straightforward principle, black people, women, and homosexuals, as revealed in this study, could gain the right to equal protection of law only after political and legal struggles. In this study, first of all the Supreme Court's interpretation of the concept of equality before the law shall be analyzed in the context of racial segregation and anti-miscegenation laws. Thereafter, the transformation of the Supreme Court's approach to homosexuality shall be addressed. In the last part of the study, the *Obergefell v. Hodges* decision, which is based on this historical and political background, shall be evaluated. In the majority and dissenting opinions of the decision, the reflection of the tension between pluralist and majoritarian approaches to democracy could be observed. The probably most important feature of this decision is that it stands as a historic example of how judicial review should function in a pluralistic democratic society.

Keywords: Same-Sex Marriage, Equality Before the Law, Supreme Court, Democracy, Methods of Interpretation

* Makale geliş tarihi: 27.03.2017
Makale kabul tarihi: 06.06.2017

Yüksek Mahkeme'nin Eşcinsel Evlilik Kararı İşığında Eşitlik, Demokrasi ve Yargısal Denetim¹

Giriş

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi (Yüksek Mahkeme), 2015 yılında verdiği *Obergefell v. Hodges* kararıyla, eşcinsellerin evlilik hakkından mahrum bırakılmasını Birleşik Devletler Anayasası'na (BDA) aykırı buldu. Kararın hukuki önemi kuşkusuz büyük. Yüksek Mahkeme gibi farklı ülkelerdeki üst derece mahkemeler tarafından yakından takip edilen bir yargı organının bu içerikte bir karar vermesi ve kullandığı gerekçeler ilham verici nitelikte olacaktır. Öte yandan söz konusu kararın, siyasi mücadelelerle biçimlenen tarihsel arka planı, hukuk ve siyaset ilişkisini kavramak için önemli imkânlar sunar. 1961 gibi yakın bir tarihte ABD'nin bütün eyaletlerinde eşcinsel cinsel ilişkinin bir suç teşkil ettiği ve 1986 gibi daha da yakın bir tarihte Yüksek Mahkeme tarafından bu düzenlemelerin BDA'ya uygun bulunduğu anımsandığında, Yüksek Mahkeme'nin 2015 yılında eşcinsel evliliğe dair verdiği karar bu açıdan tek kelimeyle çarpıcıdır. Özellikle de tüm bu dönüşümler yaşanırken, konuya dair BDA'da yer alan ve neredeyse tek bir cümleden oluşan hükmün hiç değişmediği düşünüldüğünde.

Bu kısa hüküm, hiç kimsenin hukuka aykırı olarak özgürlüğünden mahrum bırakılmayacağını düzenleyen *due process* klozu ve ayrımcılığı yasaklayan eşit koruma klotundan oluşur. ABD'de geçerli hak ve özgürlük rejimi, birbirinden geniş ve muğlak olan bu kavramların üzerine inşa edilmiştir. Bu süreçte Yüksek Mahkeme kilit ve bir o kadar da kritik rollerden birini üstlenmiştir. Dünyadaki ilk anayasa yargısı sistemine hayat veren bu Mahkeme aynı zamanda, kuvvetler ayrılığı bağlamında yargının konumu ve özgürlük ile demokrasi çatışması gibi tartışmaların da merkezinde yer almıştır. Bu açıdan siyah hakları mücadelesinde olduğu gibi, LGBTİ hakları mücadelesi de Yüksek Mahkeme'yi, siyasi alanın zorlu sorunlarıyla doğrudan bağlantılı meseleler hakkında karar vermek zorunda bırakmıştır. Değişmeyen anayasal normlar

¹ Eleştiri ve yorumları için Çiğdem Sever'e çok teşekkür ederim.

karşısında, değişen Yüksek Mahkeme içtihatları ise hukukun dönüşümünde hak mücadelelerinin önemini kavramayı sağlayan tarihsel örnekler olmuştur.

Obergefell kararı bu örneklerin en yakın tarihliisidir. Fakat bu kararın içeriği ve kapsamının yanı sıra kararın merkezinde yer alan hukuki tartışmaları kavrayabilmek için öncelikle BDA'nın koruması altında olan özgürlüklerin kapsamı ve sınırlandırma rejimini incelemek gerekir. Özgürlükler rejimi, büyük ölçüde Yüksek Mahkeme'nin içtihatları ile şekillenmiştir ve bu nokta anlaşılmadan, *Obergefell* kararında ve karara giden süreçte rastlanan yargısal aktivizm eleştirileri hakkında yorum yapmak, hatalı sonuçlara yol açabilir. Bir diğer önemli konu, ABD'nin toplumsal ve siyasal tarihinin önemli bir parçasını oluşturan siyahlara yönelik ayrımcılık karşısında, Yüksek Mahkeme'nin hukuki tavrı, diğer bir deyişle içtihadı birikimidir. Yüksek Mahkeme'nin erken dönem içtihadı, hukukun baskıcı politikaların aracı olma potansiyelini gözler önüne sererken, yakın dönem içtihadı, siyasi alanda yürütülen hak mücadelelerinin özgürleştirici işlevini ortaya koyar. Bu mücadeleler sonucunda, siyahların hukuki alanda eşit birer özne olduğunun kabulü ve bu kabulün, ırklar arası evlilik yasağının kaldırılması bağlamında tescillenmesi, eşcinsel evlilik talebini de kapsayan LGBTİ mücadelesi açısından dayanak ve yol gösterici olmuştur. Son olarak, LGBTİ mücadelesinin hukuki alandaki dönüm noktalarını oluşturan Yüksek Mahkeme'nin eşcinsel haklarına ilişkin içtihadı ise *Obergefell* kararının üzerinde yükseldiği zemini anlamak için önem taşır. Bu çalışmada ilk olarak sırasıyla bu üç konu incelenecek, ardından *Obergefell* kararı değerlendirilecektir.

1. Birleşik Devletler Anayasası'nın Öngördüğü Özgürlük Rejimi

1789'da yürürlüğe giren ve toplam uzunluğu ancak 6000 kelimeye yaklaşan BDA'ya bugüne değin 27 Ek (*amendment*) yapılmıştır (Tushnet, 2015: 1). Bu tablo, 1876 yılında Osmanlı İmparatorluğu'nda başlayan ve Türkiye Cumhuriyeti'nde süren anayasal gelişmelerle ve özel olarak da yaklaşık 21000 kelimelik hacme sahip 1982 Anayasası'nın 34 yılda geçirdiği, bazıları kapsamlı 18 değişiklikle kıyaslandığında anlamlı hale gelir. BDA'nın özellikle temel hak ve özgürlükler rejimi açısından ayakta kalmasında Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin içtihatları temel bir rol oynar.

BDA'nın orijinal metninde, *habeas corpus* güvencesi ve kanunların geriye yürümezliği başta olmak üzere, çok az sayıda hak ve özgürlüğe yer verilmiştir. Ardından yürürlüğe giren ve *Bill of Rights* olarak da tanımlanan anayasal on Ek ile çeşitli özgürlük ve haklar anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. *Bill of Rights*'ta yer alan özgürlükler arasında öne çıkan; inanç, ifade, toplanma, kişi özgürlüğü ve güvenliği, kötü muamele yasağı,

konut dokunulmazlığı ve adil yargılanma hakkıdır. Amerikan doktrini ve mahkeme kararlarında temel haklar (*fundamental rights*) olarak tanımlanan bu hak ve özgürlüklerin en önemli ortak özelliği, sadece federal devlet karşısında ileri sürülebilecek şekilde kaleme alınmış olmalarıdır (Stephens ve Scheb II, 2008: 3-16).

Fakat süreç içerisinde hem BDA'da yer alan temel haklar kataloğunun kapsamı genişlemiş, hem de bu hakların, yurttaşlar tarafından eyaletlerdeki federe yönetimler karşısında ileri sürülebilmesi mümkün hale gelmiştir. Bunu sağlayan, Yüksek Mahkeme'nin, BDA'nın 5. ve 14. Eklerine dair içtihadı olmuştur. Bu iki Ek'in lafzı büyük ölçüde özdeştir ve hiç kimsenin hukuki usule uygun olmaksızın (*without due process of law*) hayatından, özgürlüğünden (*liberty*) ve mülkiyetinden mahrum bırakılamayacağını güvence altına almaktadır. Aralarındaki temel fark 5. Ek'in yalnızca federal devlet, 14. Ek'in ise eyaletler karşısında bireylere güvence sağlamasıdır. İkinci farklılık 14. Ek'in ayrıca, eyaletlerde yaşayan hiç kimsenin, kanunların eşit koruması dışında bırakılmayacağını öngörmesi, diğer bir deyişle ayrımcılık yasağını içermesidir.

14. Ek'in lafzının eyalet yönetimleri karşısında bireylere sağladığı koruma, hiç kimsenin “hukuki usule uygun olmaksızın hayatından, özgürlüğünden ve mülkiyetinden mahrum bırakılamayacağı”na dair ifadeyle sınırlıdır. Bu ifadenin yaşam ve mülkiyet hakkını kapsadığı daha ilk bakışta anlaşılabilir. Özgürlük kavramının içeriği ise Yüksek Mahkeme tarafından doldurulmuştur. Bu sürecin bir ayağı, *incorporation* doktrini aracılığıyla, bireylere sağlanan anayasal güvencelerin federal ve federe düzlemde büyük ölçüde eşitlenmesidir. Oldukça geniş bir içtihadı tartışma ve birikime dayanan *incorporation* doktrini aracılığıyla Yüksek Mahkeme, 14. Ek'te yer alan özgürlük kavramının, *Bill of Rights*'ta yer alan temel hakların büyük bir kısmını içerdiğini kabul etmiş ve böylelikle, söz konusu hakların, federe düzlemde eyaletler karşısında ileri sürülebilmesini sağlamıştır. Yüksek Mahkeme daha sonra, ters *incorporation* olarak da adlandırılan (Baker ve Williams, 2003: 130-132) diğer bir içtihadıyla 14. Ek'te yalnızca eyaletler karşısında ileri sürülebilecek şekilde öngörülen ayrımcılık yasağının, 5. Ek'te de yer alan özgürlük kavramıyla yakın bir ilişki içinde olduğunu ve dolayısıyla federal devletin eylem ve işlemleri açısından da geçerli olduğunu kabul etmiştir (Altıparmak, 1996: 228-231, 247-248).

Buraya kadar çizilen çerçeve, Anayasa'da açıkça sayılmış haklara ilişkindir. Yüksek Mahkeme gerek Anayasa'nın orijinal metninde, gerekse çeşitli eklerde yer alan bu *sayılmış haklar* dışında, bir de anayasada *sayılmamış* bazı *temel hakları*, yine bireylerin “hukuki usule uygun olmaksızın özgürlüğünden mahrum bırakılamayacağı” ilkesine dayanarak anayasal güvenceye kavuşturmuş ve kapsamını belirtmiştir. Maddi *due process* olarak kavramsallaştırılan bu içtihat, belirli hakların türetilmesinin yanı sıra, haklara

müdahalenin meşru gerekçelerinin yargısal denetimine de alan açar (Kanovitz, 2010: 27-30). Mahkeme başlangıçta hangi özgürlüklerin *due process*'in koruması altında olduğuna dair meseleye, mülkiyet ve sözleşme özgürlüklerini koruyan bir perspektifle yaklaşmıştır.

Fırın işçilerinin azami çalışma süresini, günlük 10 ve toplamda 60 saat ile sınırlandıran bir New York kanununun iptal edildiği *Lochner v. New York* kararıyla simgeleşen ve Lochner Dönemi olarak adlandırılan bu süreçte, sosyal devlet politikaları karşısında, piyasa ilişkilerinin kendiliğinden işleyişini korumak adına, 1897 ve 1937 yılları arasında yaklaşık iki yüz federal ve eyalet kanunu, Yüksek Mahkeme tarafından anayasaya aykırı bulunmuştur (Choudhry, 2004: 4, 7). Yüksek Mahkeme, *Lochner* kararında, emeğin alım ve satımını da kapsayan sözleşme özgürlüğünün, 14. Ek'te yer alan *özgürlük* kavramının koruma alanında olduğuna hükmetmiş (*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905: 54), ardından 1937 yılına kadar geçen süreçte, emek ve sermaye arasındaki eşitsizliğe müdahale etmeyi amaçlayan düzenlemeleri, bu gerekçeyle anayasaya aykırı bulmuştur. Dönemin başkanı Roosevelt'in *New Deal* politikalarına sekte vuran bu içtihatlar, Roosevelt'in 1936 seçimlerinden büyük bir zaferle çıkmasının ardından daha da tartışmalı hale gelmiştir. Seçim sonrası Roosevelt tarafından Yüksek Mahkeme'nin üye kompozisyonunu değiştirmeye yönelik kanun taslağının gölgesinde Mahkeme, *due process* kavramına yönelik içtihadını değiştirmiş ve yasama kuvveti karşısında, yargı kuvvetinin kendini sınırlandırmasına yönelik genel bir yaklaşım geliştirmiştir (Fallon, 2004: 21-22).

Yüksek Mahkeme'nin özgürlük kavramından hareketle *due process* kavramını somutlaştırmaya yönelik çabaları, 2. Dünya Savaşı sonrasında, bu defa ekonomik düzenlemelere müdahale şeklinde değil, özellikle liberal kuramın özel alan kavramı içinde kalan bireysel özgürlüklere alan açma şeklinde gelişmiştir (Sullivan ve Massaro, 2013: 135). Bu noktada Yüksek Mahkeme'nin, yargısal aktivizm ve demokratik süreçler arasındaki dengeyi sağlamak adına, tarihsel yorum tekniğinden ilham alan amaçsal bir yorum yöntemini benimsediği söylenebilir. Mahkeme'nin klasik içtihadı uyarınca, "Amerikan halkının tarih ve geleneklerinde derin köklere sahip" ve feda edilmesi halinde ne özgürlüğün ne de adaletin var olabileceği, "düzenlenmiş özgürlük kavramına içkin nitelikte olan" temel hak ve özgürlükler, *due process* klotunun koruma alanında yer alır (*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 1997: 720-721). Yüksek Mahkeme'nin bu kapsamda türettiği haklar arasında evlilik ve ebeveynlik hakları ile mahremiyet hakkı ve bu son hak bağlamında özellikle doğum kontrolü, cinsel yaşam ve tedavi süreçlerine dair karar alabilme hakları ön plana çıkar (Barron ve Dienes, 2005: 211-252). Cinsel yönelimin ve farklı cinsel yönelime sahip bireylerin haklarının korunması ise bu klasik içtihat

kapsamında önemli tartışmaları beraberinde getirmiştir ve bu tartışmalara yön veren kararlar, bu çalışmanın ileriki bölümlerinin ana hattını oluşturacaktır.

BDA'nın koruma alanında yer alan temel hakların *sınırlandırma rejimi* de yine Yüksek Mahkeme'nin içtihatlarıyla şekillenmiştir. Yüksek Mahkeme, önüne gelen olaylarda, düzenleme ve işlemlerin anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirirken temel olarak iki farklı denetim kriteri uygulamaktadır. *Rasyonel temel denetimi* ve *sıkı denetim* olarak adlandırılan bu denetim türleri, dava konusu anayasal menfaatlerin niteliğine göre uygulanmaktadır ve tarihsel süreç içerisinde alt kategoriler ile ayrıntılandırılmıştır (Sullivan ve Frase, 2009: 53-54).

Rasyonel temel denetimi olarak adlandırılan ilk tür denetime göre, anayasal herhangi bir menfaatle çatışan her türlü yasal düzenlemenin ya da idari işlemin, asgari olarak rasyonel bir temeli olması gerekir. Bu asgari ölçüt, keyfilik önünde bir engel olarak değerlendirilir. Fakat bu, bir yerindelik denetimi anlamında rasyonelliğe değil, düzenleme ya da işlemin meşru bir amacı olmasına ve bu amaç ile ona ulaşmak için tercih edilen araç arasında asgari bir rasyonel ilişkinin var olması gerekliliğine işaret eder. Bu ilişkinin var olmadığını ileri sürmek, mağdur olduğunu ileri süren tarafa düşer. Örneğin cerrahi bir operasyonu yapabilme yetkisini, yalnızca diploma sahibi doktorlara özgülemek, diğer bireyleri bu tür operasyonlar yapmaktan alıkoymak. Bu, onların sözleşme özgürlüğüne bir müdahale teşkil eder, aynı zamanda diploma sahibi olanlar ve olmayanlar arasında bir ayrıma neden olur. Ama kamu sağlığı rasyonel amacına yönelik ve bu amaçla diploma sahibi olanlar kategorisi yaratan bu tür bir uygulama rasyonel denetim testini kolayca geçer. Buna karşın; *Bill of Rights*'ta yer alan ya da Yüksek Mahkeme tarafından temel bir hak olarak nitelendirilen özgürlüklere müdahaleler sıkı denetime tabi olur. Aynı şekilde bir düzenleme veya işlem, gruplar arasında bir farklılığı esas alıyor ve bu grup, örneğin ırk gibi, Yüksek Mahkeme'nin ifadesiyle, şüpheli bir sınıflandırmaya dayanıyorsa yine sıkı denetim söz konusu olur. Bu durumda, müdahalenin ya da düzenlemenin meşruluğunu ortaya koymak kamu otoritelerinin yükümlülüğü haline gelir. Bir diğer deyişle ispat yükü yer değiştirir. Bu kapsamda otoriteler, yaptıkları düzenlemenin yalnızca rasyonel olduğunu değil, aynı zamanda zorlayıcı bir kamusal menfaate karşılık geldiğini ve daha da önemlisi, bu düzenlemenin, söz konusu amaca ulaşmak amacıyla sınırlı olarak dar bir şekilde oluşturulduğunu kanıtlamalıdır (Stephens ve Scheb II, 2008: 28-29).

Temel hakların koruma alanı ve sınırlandırma rejimine dair bu genel çerçeveden eşcinsel evlilik önemli tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmaların temelini, farklı cinsel yönelime sahip bireylerin, hak sahibi bir

hukuk öznesi olarak tanınması oluşturur. Siyasi ve toplumsal alanda yürütülen LGBTİ mücadelesi ile paralel olarak gelişen bu süreç² gerek ABD'de, gerekse ABD dışındaki ülkelerde, aşamalı olarak elde edilen kazanımlarla şekillenmiştir. Eşcinsel ilişkinin suç olmaktan çıkarılması, cinsel yönelime dayalı ayrımcılığın yasaklanması, eşcinsel çiftlerin evlat edinme hakkının tanınması ve nihayetinde eşcinsel çiftlerin birlikteliğinin belirli bir hukuki statüye kavuşturulması temel aşamaları üzerinde gelişen bu süreç, toplumsal değişimin hukuk üzerindeki etkisi ve hukukun toplum üzerindeki dönüştürücü işlevi açısından önemli bir örnek oluşturur (Eskridge, 2000: 647-653). ABD özelinde, siyah hakları mücadelesinin yarattığı birikim, bu dönüşümün üzerine inşa edileceği önemli bir zemin yaratmıştır.

2. Siyah Hakları Mücadelesinin Hukuki Düzlemdeki Etkileri

Birleşik Devletler'de siyahlara yönelik ayrımcılığın uzun bir tarihsel kökeni bulunmaktadır ve bu ayrımcılığın hukuki düzlemde *etkin* bir şekilde ortadan kaldırılması ancak siyasi mücadelelerin sonucunda gerçekleşmiştir. Burada “etkin” vurgusu özel bir önem taşır, çünkü temel dinamiklerinden biri köleliğin kaldırılması olan Amerikan İç Savaşı'ndan sonra gerçekleştirilen 14. Ek ile eyaletlerde ayrımcılık, anayasal düzlemde açıkça yasaklanmış olmasına karşın, bu yasağa hem fiilen pek çok eyalet direnmiş, hem de Yüksek Mahkeme 1898 tarihli içtihadıyla, bu yasağı *filen* anlamsız kılmıştır (Pascoe, 2009: 109-159). Hukuki düzlemde var olan ayrımcılık yasağı, Yüksek Mahkeme'nin ancak 20. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleştirdiği içtihat değişikliği sonucunda *etkili bir hukuki düzenleme* haline gelmiştir.

2.1. “Farklı Ama Eşit” İlkesinden Ayrımcılık Yasağına

Ayrımcılık yasağını etkisiz kılan uygulamaları BDA çerçevesine meşrulaştıran 1898 tarihli *Plessy v. Ferguson* kararı, Louisiana eyaletinin, siyahlar ve beyazlar için eşit koşullara sahip farklı vagon tahsisini ve buna uymayan yurttaşlara yönelik cezaları öngören bir kanunun uygulanmasına ilişkindir. Bay Plessy, beyazlara ait bir vagona oturmakta direnmesi sonucunda tutuklanarak trenden indirilmiş ve yargılama sonucunda para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen Yüksek Mahkeme, ayrımcılık yasağının yalnızca kanun önünde mutlak eşitlik ilkesini kapsadığını, fakat

2 ABD özelinde bu toplumsal mücadeleler ve hukuki dönüşüm arasındaki ilişki için bkz. (Pinello, 2006).

eşyanın tabiatı gereği, renge dayalı farklılıkları ortadan kaldırmayı ya da siyasi eşitliğin ötesinde bir sosyal eşitliği sağlamayı amaçlayamayacağını vurgulamış, mekâna dair ayrımların, herhangi bir ırka yönelik bir aşağılamayı kendiliğinden içermeyeceğini, kamu yararını sağlamaya yönelik bu tür *makul* tedbirlerin anayasaya uygun olduğunu ifade etmiştir (Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 1896: 544).

Makul olanın tespitinde, insanların alışkanlık, görenek ve geleneklerinin yanı sıra onların huzurlarının sağlanması, kamusal barışın ve düzenin korunmasının belirleyici olduğunu belirten Yüksek Mahkeme, ardından bu geniş ve belirsiz kriterleri, somut olaya uygulama gereksinimi duymadan, tıpkı ayrı okul uygulaması gibi ayrı vagon uygulamasının da makul olmadığını söylemeyeceğini ileri sürerek, uygulamayı anayasaya uygun bulmuştur (Plessy v. Ferguson: 550, 551). Yüksek Mahkeme ayrıca, başvuru konusunun, söz konusu uygulamanın bizatihi varlığının siyahları aşağılayıcı nitelikte olduğu iddiasını da kabul etmemiş, kanun önünde eşitliğin sağlanmış olmasının bu iddiayı geçersiz kıldığını ve yasama organının ırksal içgüdüleri yok etme ya da fiziki farklılıklara dayalı ayrımları ortadan kaldırma gücünün olmadığını ve eğer bir ırk, diğerine oranla daha aşağı bir konumdaysa, BDA'nın bu ırkları eşit düzeye çıkaramayacağını vurgulamıştır (Plessy v. Ferguson: 551-552).

Kararın en çarpıcı yanı, Yüksek Mahkeme'nin ayrımcılık yasağını eşitler arasında eşit muamele ilkesine göre yorumlarken geliştirdiği eşitlik tanımıdır: Siyahlar ve beyazlar farklıdır, dolayısıyla iki farklı grup olarak kendi içinde eşit muameleye tabi tutulabilirler, yeter ki onlara eşit imkânlar sunulsun. Pek tabii bu eşit imkânlar hiçbir zaman sunulmamıştır ve tam da karara muhalif kalan yargıç Harlan'ın vurguladığı gibi aslında bu kanunun amacı da, siyahları, beyazların oturduğu vagonlardan uzak tutmaktır (Plessy v. Ferguson: 557). Yüksek Mahkeme'nin kanun önünde eşitlik ilkesini anlamsız kılan ayrımcılığı meşrulaştırmak için "eşyanın tabiatı", "ırksal içgüdü" ve "fiziki farklılık" gibi, özünde insan doğasına işaret eden kadim bir argümanı kullanması dikkat çekicidir. Farklı ırklar, cinsiyetler ya da cinsel yönelimler arasında, doğa ya da fitrat farklılığı iddiasıyla ileri sürülen bu argüman bir farklılıktan çok bir hiyerarşiye işaret eder ve bilimsel bir yargıyı değil, toplumsal kökenleri olan bir önyargıyı yansıtır. Tam da bu nedenle Yüksek Mahkeme, siyahların doğasından kaynaklandığını ileri sürdüğü farklılıkların, neden ayrı vagon uygulamasını gerektirdiğine dair bir açıklama ortaya koyamamıştır.

Yüksek Mahkeme'nin kararının bir diğer önemli yanı, liberal ve sosyal devlet kavramları arasındaki karşıtlığı kullanış biçimidir. Yüksek Mahkeme, eşit koşullarda farklı vagon tahsisini, insan doğasına dair önkabulü üzerinden yorumladığı eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir. Bu açıdan, söz konusu uygulamayı meşru bir politika olarak değerlendirmiş, bu uygulamanın kaldırılması isteğini ise bir sosyal politika değişikliği talebi olarak kabul ederek,

yalnızca negatif yükümlülükler öngören BDA'nın bu tür bir edimi, eyaletler açısından pozitif bir yükümlülük olarak dayatamayacağını vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme'nin bu açıdan kararını, yerindelik denetiminden kaçınan bir kendi kendini sınırlandırma örneği olarak kurgulama gayreti göze çarpar. Oysa söz konusu olan, bireylerin, yalnızca belirli bir ırka mensup olmaları nedeniyle farklı bir uygulamaya tabi tutulmalarıdır. Yüksek Mahkeme, bu farklı uygulamadan kaçınmayı bir negatif yükümlülük olarak nitelendirmek yerine, siyah ve beyazlar arasında varsaydığı farklılığın doğal bir sonucu olan ayrımcı politikaları meşru bir politik tercih olarak değerlendirmiş, siyah ve beyazların eşit birer hukuk öznesi olarak kabulü talebini ise aslında var olmayan bir eşitliği sağlamaya yönelik pozitif bir edim olarak nitelendirmiştir. Buradaki ince nüans çok büyük bir önem taşır, çünkü yaklaşık 120 yıl sonra eşcinsellerin evlilik hakkı talepleri ileride ayrıntılı olarak ele alınacak *Obergefell* davasında benzer bir itirazla karşılaşacak, fakat bu kez itirazı ileri süren yargıçlar azınlıkta kalacaktır.

Yüksek Mahkeme'nin siyahları ve beyazları eşit birer birey olarak kabul etmesi, yukarıda vurgulandığı üzere, uzun bir toplumsal mücadele sonucunda ancak 1954 tarihli *Brown v. Board of Education* kararında gerçekleşmiştir. Siyah ve beyazlar için farklı ama eşit eğitim kurumlarının anayasaya uygunluğunun incelendiği bu davada Yüksek Mahkeme, eğitim kurumlarının maddi koşulları ve müfredatları açısından eşitliği sağlansa bile, ırka dayalı eğitim kurumlarının bizzat kendisinin/varlığının bir ayrımcılık niteliği taşıdığına işaret etmiştir. Bu tespiti yaparken, söz konusu ayrımcı uygulamanın siyah öğrenciler üzerinde yarattığı aşağılayıcı etkinin ve bu uygulamanın hukuki yaptırım ile desteklenmesinin, söz konusu etkiyi arttırdığının da altını çizmiştir (*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 1954: 493-495).

Bu noktada, karar gerekçesinin kısalığının “farklı ama eşit” argümanının tarihsel süreç içerisinde çürütülmüş olmasından kaynaklandığı vurgulanmalıdır. Siyah haklarını savunan NCAAP'nin (Siyahların Gelişimi için Ulusal Birlik) avukatları, başlangıçta mücadelelerini farklı ama eşit argümanını kabul ederek yürütmüş ve siyahlara özgülünen eğitim kurumlarının beyazlara ait okullara kıyasla çok daha kötü koşullara sahip olduğunu pek çok davada somut verilere dayalı olarak ortaya koymuştur. Bu davalar sayesinde, eğitim kurumlarında ırka dayalı farklı uygulamaların kategorik olarak ayrımcı nitelik taşıdığı argümanını temellendiren, verilere dayalı bir altyapı hazırlanmıştır (Fallon, 2004: 117-118).

2.2. Eşitlik ve Evlilik

Fakat Yüksek Mahkeme'nin bu kararına rağmen, çeşitli alanlarda siyahlara karşı ayrımcı uygulamalar varlığını korumuştur. Siyahlar ve beyazlar

arası evlilik yasağı bu ayrımcılığın en somut görünülerinden biri olarak göze çarpar. Söz konusu yasağın, ancak 1967 gibi yakın bir tarihte BDA'ya aykırı bulunmuştur. *Loving v. Virginia* davasının konusu, siyah bir kadın ve beyaz bir erkeğin, Virginia eyaletinde geçerli olan ırklararası evlilik yasağını ihlal ederek evlenmesi ve bunun sonucunda bir yıl hapis cezasına çarptırılmalarıdır. Söz konusu ceza, 25 yıl boyunca Virginia'ya dönmeleri koşuluyla ertelenmiştir (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 1967: 2-3).

Davalı Virginia eyaleti savunmasında, söz konusu yasağın ayrımcılık oluşturmadığını, çünkü evlilik durumunda siyahlara ve beyazlara eşit ceza verildiğini ifade etmiştir. Bu açıdan, yasağı öngören kanun, ırka dayalı bir sınıflandırma yapsa da, ırka dayalı gayri adil bir ayırım söz konusu değildir. Dolayısıyla ırklar arası evlilik yasağına rasyonel temel denetimi uygulanmalıdır. Davalı eyalet ayrıca, uyguladığı politikanın yanlışlığı ya da doğruluğu hakkında kesin bir bilimsel dayanağın bulunmaması karşısında, Yüksek Mahkeme'nin bir yerindelik denetimi yapmaktan kaçınarak, yasama organının tercihi saygı duyması gerektiğini ileri sürmüştür (*Loving v. Virginia*: 8).

Yüksek Mahkeme, değerlendirmesine, davaya konu olan 1924 tarihli İrsal Bütünlük Kanunu'nu anayasaya uygun bulan Virginia Yüksek Temyiz Mahkemesi'nin kararına atıfla başlamıştır. Temyiz Mahkemesi, kanuna yönelik olarak rasyonel temel denetimi uygulamakla yetinmiş ve “yurttaşlarının ırksal bütünlüğünü korumak”, “kanın bozulmasını” ve “yurttaşların kırma üremesini” ve “ırksal onurun yok oluşunu” engellemek meşru amaçlarına dayandığını kabul ettiği kanunu anayasaya uygun bulmuştur. Yüksek Mahkeme, Temyiz Mahkemesi tarafından meşru kabul edilen bu amaçların, beyaz ırkın üstünlüğü (*White Supremacy*) anlayışının açık birer yansıması olduğunu vurgulamıştır (*Loving v. Virginia*: 7). Nitekim başvuru avukatlarının işaret ettiği üzere, aynı anlayış doğrultusunda ilgili kanun esasen beyazların diğer ırklarla evlenmesini yasaklamakta, diğer ırkların kendi aralarında evliliğine bir yasak getirmemektedir (*Loving v. Virginia*: Dipnot 11). Yüksek Mahkeme bu olgular karşısında, ırkı ayırt edici bir nitelik olarak kabul eden söz konusu yasağın sıkı denetime tabi olması gerektiğini belirtmiş, fakat beyaz ırkın üstünlüğünü korumak amacıyla oluşturulduğunun açıklığı karşısında bu denetimi geçmesinin mümkün olmadığı ve 14. Ek'te yer alan ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır (*Loving v. Virginia*: 11-12).

Yüksek Mahkeme ayrıca, bu uygulamanın, 14. Ek'te yer alan *due process* klotuna da aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme ilk olarak evlenme özgürlüğünün, özgür bireyin mutluluğa ulaşmaya yönelik düzen içindeki uğraşına esas oluşturan temel kişisel haklardan biri olduğuna ve evlenmenin, insanlığın var oluşu ve devamı açısından taşıdığı öneme işaret ederek, 14. Ek'te yer alan özgürlük kavramının evlenme özgürlüğünü içerdiğini

tespit etmiştir. Ardından bu öneme sahip bir özgürlüğün, ırksal ayrımcılık gibi herhangi bir şekilde desteklenmesi mümkün olmayan ve 14. Ek'in özünde yer alan eşitlik ilkesi üzerinde doğrudan yıkıcı etkisi bulunan bir sınıflandırmaya dayanarak ihlal edilmesinin, eyalet yurttaşlarının, hukuki usule uygun olmaksızın (*without due process of law*) özgürlüklerinden mahrum kalması sonucunu doğuracağını ifade etmiştir (Loving v. Virginia: 12).

Yüksek Mahkeme'nin ırk ayrımcılığına dair bu temel içtihatları, kanun önünde eşitlik ilkesinin önemine ve yorumuna dair önemli öğeler barındırır. Buradaki çarpıcı yan kanun önünde eşitlik ilkesinin ardına gizlenmeye çalışılan toplumsal eşitsizliklerin, ancak uzun siyasi mücadelelerin sonucunda hukuki alanda görünür olması ve belli ölçüde aşılabilmesidir. Bu süreçte “farklı ama eşit” öğretisi çökmüş ve ABD özelinde, siyah ve beyaz ayrımcılığı üzerinden şekillenen, fakat aslında kadın ve erkek ya da farklı cinsel yönelimler arasında kurulan benzer ayrımcı uygulamaların da altında yatan mantığı sorgulamayı sağlayacak bir bakış açısı elde edilmiştir. Bu açıdan, insanın, yalnızca insan olma vasfıyla eşit olduğunun kabulü karşısında, belli gruplara atfedilen ve doğal olduğu ileri sürülen özellikler nedeniyle farklı politikaları meşrulaştırma çabası çatışmanın temel zeminini oluşturur. Yüksek Mahkeme'nin siyahları dâhil ettiği hukuki eşitlik söylemine, eşcinsellerin dâhil olabilmesi için yine zorlu siyasi mücadeleler ve uzun yıllar gerekmiştir.

3. Yüksek Mahkeme'nin Eşcinselliğe Yönelik Yaklaşımındaki Dönüşüm

Yüksek Mahkeme, 1950'li yıllardan itibaren, eşcinsellere yönelik magazin dergilerinin dağıtımının yasaklanmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendiren kararlar vermiş olmakla birlikte, eşcinsel haklarına yönelik olumsuz bakış açısı, eşcinsel olduğu için işten çıkarılma ya da sınır dışı edilmeye yönelik işlem ve düzenlemeleri anayasaya uygun bulan kararlara yansımıştır (Pierceson, 2005: 21-23). Yüksek Mahkeme'nin eşcinsel haklarına yönelik bu olumsuz yaklaşımı, oldukça yakın tarihli *Bowers v. Hardwick*'te somutlaşmıştır. 1986 tarihli bu kararın önemli yanı, doğum kontrolüne ve kürtaja dair devlet müdahalelerinin yargısal denetimi sürecinde Yüksek Mahkeme tarafından temel bir hak olarak nitelendirilen mahremiyet hakkının, eşcinseller açısından geçerliliği meselesine yoğunlaşmasıdır.

Yüksek Mahkeme, 1965 tarihli *Griswold v. Connecticut* kararında, doğum kontrolüne dair her türlü materyalin dağıtımını yasaklayan bir eyalet kanununu incelemiş ve müdahalenin ağırlığı ve etkilerini dikkate alarak, söz konusu kanunun çiftlerin yatak odasına müdahaleye kapı aralayarak mahremiyet hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir (Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 1965: 485). Daha sonra 1986 tarihli *Roe v. Wade* kararında, kadının

kürtaja dair vereceği kararı, *due process* klozunda mündemiç olan kişisel özgürlüğün bir parçasını oluşturan mahremiyet hakkının kapsamı içinde değerlendirmiştir (Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 1973: 152-153).

3.1. Anayasa *Sodomy* Hakkı Tanır mı?

Roe v. Wade ile aynı yıl verilen *Bowers* kararı, o dönem ABD'nin pek çok eyaletinde geçerli olan *sodomy* kanunlarına ilişkindir. Türkçe'ye "sapık ilişki" ya da Türkiye'deki yargı kararlarında kullanıldığı şekliyle "doğal olmayan ilişki" olarak çevrilebilecek *sodomy*, ABD hukuk sisteminde anal ve oral seks ifade etmek için kullanılan pejoratif bir kavramdır (Eskridge, 2002: 14). Eşcinsel bir erkek olan *Bowers*, bir tesadüf sonucu, evinde partneri ile cinsel ilişki sırasında yakalanmış ve hakkında, hem heteroseksüel hem de homoseksüeller için *sodomy*'i yasaklayan Georgia eyalet kanunlarına dayanarak ceza soruşturması başlatılmıştır. *Bowers*, ilgili kanunun rızaya dayalı eşcinsel ilişkiyi cezalandırmasının anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür (*Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 1986: 188-189).

Yüksek Mahkeme, incelemesine hukuki meseleyi tanımlayarak başlamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, mesele ne genel olarak yetişkinler ya da özel olarak eşcinseller arasında *sodomy*'i yasaklayan kanunların makul ya da tercihe şayan olmasıdır, ne de yasama organı ya da mahkemelerin bu konuya ilişkin kararlarının değerlendirilmesidir. Yüksek Mahkeme'ye göre bu davada temel mesele açıktır: BDA, eşcinsellere, *sodomy* yapma yönünde bir temel hak (*a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy*) tanır mı ve böylelikle bu tür davranışları uzun bir zamandan bu yana suç olarak niteleyen kanunları geçersiz kılar mı? Mahkeme bu davanın, sahip olduğu yetkilerin sınırını değerlendirmek açısından da önem taşıdığını vurgulamıştır (*Bowers v. Hardwick*: 190).

Yüksek Mahkeme bu çerçevede ilk olarak daha önceki içtihadında mahremiyet hakkı kapsamında tanımladığı aile ilişkilerine, doğum kontrolüne, evliliğe ya da kürtaja dair menfaatlerle eşcinsel ilişki arasında herhangi bir bağlantı olmadığını vurgulamıştır (*Bowers v. Hardwick*: 191). Ardından da bir hukuki menfaatin *due process*'in koruması altında yer alan temel bir hak olarak nitelendirilebilmesi için geliştirdiği ölçütlere atıf yapmıştır. Bunlar, "Amerikan halkının tarih ve geleneklerinde derin köklere sahip" ve feda edilmesi halinde ne özgürlüğün ne de adaletin var olabileceği, "düzenlenmiş özgürlük kavramına içkin nitelikte olan" temel hak ve özgürlüklerdir. Mahkeme'ye göre, *Bill of Rights*'ın kaleme alındığı dönemde var olan 13 eyaletin tamamının *sodomy*'i suç olarak düzenlemesi, 1961 yılında dahi tüm eyaletlerin bu yasağa yer vermesi ve halen eyaletlerin önemli bir kısmında bu yasağın sürmesiyle göz önüne alındığında, söz konusu ölçütlerden, eşcinsellerin rızaya dayalı anal ve

oral ilişkiye girmelerine dair bir temel hak türetilemez (Bowers v. Hardwick: 191-193).

BDA'nın lafzı ya da tasarlanmasında kökleri bulunmayan yargıç yapımı anayasa hukukunun, mahkemeyi gayri meşruluğun sınırlarına yaklaştıracaklarını vurgulayan Yüksek Mahkeme, temel hakların belirlenmesi konusunda hassas davranması gerektiğini, aksi halde, açık bir anayasal yetki olmadan, ülkeyi yönetme gücünü ele almış hale geleceğini vurgulamıştır (Bowers v. Hardwick: 194-195). Ayrıca başvuru tarafından ileri sürülen, var olan yasağın, eyalet seçmenlerinin eşcinsel ilişkiyi ahlaksızca ve kabul edilemez bulması dışında hiçbir rasyonel temeli bulunmadığına dair itirazına karşılık olarak; pek çok kanunun belli ölçüde ahlaki değerlere dayandığını ve esasen ahlaki tercihlere dayanan her kanunun *due process*'e atıfla iptal edilebilmesi halinde, Yüksek Mahkeme'nin iş yükününün fazlasıyla ağırlaşacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, yetişkinlerin rızaya dayalı birlikteliğinin, mahremiyetin en temel mekânı olan özel konutta gerçekleşmiş olması nedeniyle korunması gerektiği argümanını da kabul etmemiştir. Mahkeme'ye göre bu argümanın kabulü halinde; zinanın, ensestinin ve diğer cinsel suçların da cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşılmasını gerekir (Bowers v. Hardwick: 195-196).

Yüksek Mahkeme'nin 5'e 4 çoğunlukla aldığı bu kararda, uzun muhalefet şerhine önemli bir vurgu ile başlar Yargıç Blackmun: Bu davadaki hukuki mesele, eşcinsellerin *sodomy* yapma yönünde bir temel hakka sahip olup olmaması değildir. Bu davanın konusu "kendi haline bırakılma" hakkı, diğer bir ifadeyle BDA'da temelleri bulunan mahremiyet hakkıdır. Dava konusu Kanun ise, bireylerin özel alanlarında, rızaya dayalı cinsel ilişkiye girme konusunda karar verme haklarını reddetmekte ve onları ceza soruşturmasına tabi kılmaktadır (Bowers v. Hardwick: 199). Davalı eyaletin, yasağı savunmak için Leviticus ve Aquinolu Thomas'a yaptıkları atıflara dikkat çeken Blackmun, yasağın dini temellerine işaret eder ve bu tür bir temelin, seküler bir yasama anlayışıyla bağdaşmayacağını vurgular (Bowers v. Hardwick: 211). Dinsel tahammülsüzlüğe dayalı bir yasağın, ırksal nefrete dayanan yasaklamalardan farkı olmayacağını vurgulayan Blackmun, bu tür *önyargı* ya da *eğilimler* ile hukuk arasında olması gereken mesafeyi Yüksek Mahkeme'nin yerleşik içtihadına atıfla çoğunluk yargıçlarına hatırlatır: "Anayasa bu tür *önyargıları* kontrol edemez, fakat tolere de edemez. Bireyin özelinde kalan *eğilimler* hukukun erişebileceği alanın dışında olabilir, fakat hukuk, bu tür eğilimleri yaptırım gücüyle doğrudan ya da dolaylı olarak destekleyemez." (Bowers v. Hardwick: 212).

Öte yandan Blackmun, zina ve ensest ile yetişkinler arası eşcinsel ilişkinin karşılaştırılmasındaki sorunlara da işaret eder. Bu noktada, meşru amaç açısından temel farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin bir eyalet, evliliği bir sözleşme ilişkisi olarak kabul edip, bu ilişkiye bazı hak ve ayrıcalıklar tanıırken,

bu sözleşmeye sadakati de sözleşmeden yararlanmak için gerekli bir koşul olarak nitelendirip, sözleşmenin ihlalini, özellikle diğer eş ve çocuklara yönelik etkilerini dikkate alıp cezalandırabilir. Enstest bakımından ise, aile içi ilişkilerin niteliğinin, rızanın varlığı konusunu sorunlu bir hale getirmesinden söz edilerek, genel bir yasağa gidilebilir. Öte yandan Blackmun, Mahkeme çoğunluğunun yöntemindeki bir soruna da işaret eder. Çoğunluk yargıları mahrem bir alanda rızaya dayalı eşcinsel ilişki ile evli olmayan heteroseksüeller arası rızaya dayalı ilişki ya da evli heteroseksüeller arası oral ya da anal ilişkiyi karşılaştırarak bir değerlendirme yapmak yerine, karşılaştırmak yapmak için hiçbir gerekçe göstermeden zina ve enstest tercih etmiştir (Bowers v. Hardwick: 214, Dipnot 3/4).

Bowers v. Hardwick kararında, eşcinsel haklarına ilişkin Yüksek Mahkeme içtihadı bakımından önemli bir husus belki de ilk kez görünür olmuştur. Bu, hukuki meselenin saptanması sürecinin, kararın sonucu üzerindeki esaslı etkisidir ve bu husus, bir hakkın kullanım imkânından dışlanan gruplar açısından ayrıca önem taşır. *Bowers* kararında, rızaya dayalı eşcinsel ilişkiye yönelik müdahalenin, ancak yorum yoluyla türetilebilecek nitelikte olan eşcinsel ilişkiye girme hakkı üzerinden mi, yoksa zaten var olan mahremiyet hakkından eşcinsellerin dışlanarak ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi üzerinden mi değerlendirileceği, çoğunluk ve azınlık görüşünün temel çatışma alanını oluşturmuştur. Çoğunluk görüşü, toplumsal ve dinsel referanslara göre gayri ahlaki olarak nitelendirilen bir davranış biçimini merkeze alarak ve tarihsel yorum yöntemine ağırlık vererek, eşcinsel ilişkiye girme yönüne bir yeni bir hakkı türetme yetkisi olmadığını vurgularken; dışlanan ya da azınlık statüsünde olan grupların, hukukun koruma alanına girmesini adeta imkânsız kılan bir yorum benimser. Oysa Blackmun'un işaret ettiği gibi, esas sorun, belirli bir grubun hukukun eşit korumasından dışlanmasıdır ve bu tür bir dışlama ya da ayrımcılığın meşru olabilmesi için rasyonel ve aynı zamanda seküler bir temeli olması gerekir. Fakat ne daha önce siyahlara, ne de eşcinsellere yönelen uygulamalar bu nitelikte bir gerekçelendirmeye dayanmış, toplumsal ve geleneksel olduğu ileri sürülen değer yargıları üzerine inşa edilmiştir.

3.2. Demokrasi v. Rasyonel Temel Denetimi

Yüksek Mahkeme çoğunluğunun bu tutumunu değiştirmesinde, bu tür önyargıların hukuki alanda yarattığı olumsuz sonuçların düzeyinin de önemli bir etken olduğu söylenebilir. 1996 tarihli *Romer v. Evans* kararı bu açıdan bir dönüm noktasıdır. Davanın konusu, referandum ile Colorado Anayasası'na eklenen bir maddedir. Colorado'da çeşitli idari birimler tarafından pek çok alanda, cinsel yönelime dayanan ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin

yürürlüğe girmesinin ardından, yurttaş girişimi ile eyalet anayasasına bir Ek yapılmıştır. Ek'e göre, eyalet içerisinde belediyelerden, okullara hatta meclise dek hiç bir düzeyde; homoseksüel, lezbiyen ya da biseksüel bireylere yönelik ayrımcılığı yasaklayan düzenleme ya da işlem yapılamayacaktır. Ayrıca yargı organları da bu cinsel yönelime sahip grupları etkileyen uygulamalarda, cinsel yönelimi şüpheli bir sınıflandırma olarak kabul ederek karar tesis edemeyecektir (Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 1996: 629-630). Bu kapsamda, cinsel yönelime dayalı olarak azınlık statüsü ya da kota önceliği tanımak da yasaklanmıştır (Romer v. Evans: 624).

Söz konusu Ek'in, BDA'ya uygunluğunu inceleyen Yüksek Mahkeme ilk olarak, Ek'in kapsamının genişliğinin altını çizmiştir. Öyle ki, bu düzenleme eşcinselleri yalnızca spesifik bazı haklardan mahrum bırakmamakta, genel nitelikteki kanunların, gerek kamusal, gerekse özel sektöre yönelik olarak öngördüğü ayrımcılık yasağını bütünüyle etkisiz kılmaktadır (Romer v. Evans: 630). Bu nitelikte bir düzenleme, her şeyden önce rasyonel temelden yoksundur. Rasyonel temel, bir düzenlemede, bir grubun özne olarak sınıflandırılırken, meşru bir amacın hedeflenmesini gerektirir; bu sayede, düzenleme vasıtasıyla yükümlülüğe tabi kılınan grubun, yalnızca mağdur edilme amacıyla seçilmemesi güvence altına alınır (Romer v. Evans: 632). Fakat dava konusu Ek bir yandan çok dardır, bireyleri tek bir özelliklerine göre tanımlar, öte yandan çok geniştir, bu bireyleri her türlü korumadan yoksun bırakır. Bir grup yurttaşı, devletten talepte bulunma konusunda diğer tüm yurttaşlardan daha elverişsiz konuma sokan bir kanun, kelimenin gerçek anlamında kanunların eşit korumasından yoksun bırakma sonucunu doğurur (Romer v. Evans: 633).

Yüksek Mahkeme'ye göre yapılan düzenlemenin niteliğinin ortaya koyduğu ikinci husus, düzenlemenin etkilediği gruba yönelik bir düşmanlığa dayalı olarak gerçekleştirildiğidir. Eyalet yetkilileri savunmalarında, düzenlemenin meşru amacı olarak iki hususun altını çizmiştir. İlk olarak örneğin işverenlerin ve ev sahiplerinin, inanç temelli olarak eşcinselliğe karşı olma özgürlükleri bulunmaktadır. İkinci olarak hükümetin, sahip olduğu kaynakları, eşcinseller dışındaki gruplara yönelik ayrımcılığı önlemeye ayırma yönünde bir tercih yetkisi bulunmaktadır. Fakat Yüksek Mahkeme'ye göre düzenlemenin geniş ve adeta sınırsız kapsamı, tüm bu meşrulaştırma çabalarını geçersiz kılar. Bu Ek, eşcinselleri meşru bir amacı gerçekleştirmek için bir statüye sokmamakta, aksine, onları diğer tüm bireyler karşısında eşit olmayan bir konuma indirgemektedir. Bu nedenler, BDA'nın 14. Ek'inde yer alan eşit koruma klotunu ihlal eder (Romer v. Evans: 634).

Yüksek Mahkeme tarihinde ilk kez, *Romer v. Evans* kararında bireyleri cinsel yönelimleri nedeniyle dezavantajlı konuma sokan bir kanunu BDA'ya aykırı bulmuştur. Kararın sonucu kadar, Yüksek Mahkeme'nin konuya

yaklaşımı da büyük bir önem taşımaktadır, çünkü Mahkeme, önündeki kanunu, en yumuşak nitelikteki rasyonel denetim açısından incelemeyi tercih etmiş ve buna rağmen anayasaya aykırı bulmuştur (Farrell, 1999: 357). Bu sonuç, kararda da sıklıkla atfı yapılan, farklı cinsel yönelime sahip bireylere yönelik düşmanca tavrın, meşru bir politika olarak kabul edilemeyeceğini ortaya koymasından önem taşır. Öte yandan Mahkeme'nin, cinsel yönelimi, ırk gibi şüpheli bir sınıflandırma kategorisine sokmaması hatta bu hususu tartışmaması dikkat çeker (Wolff, 1996: 249). Yüksek Mahkeme'nin cinsel yönelimi, şüpheli bir sınıflandırma olarak kabul etmesi halinde, kamusal ve özel alanda cinsel yönelime dayalı her türlü ayrımcılığın yasaklanması tüm eyaletler için bir zorunluluk haline gelir, fakat Mahkeme böyle bir tespit yapmaktan kaçınmıştır.

Yüksek Mahkeme'nin bu çekingen tutumu, ABD toplumundaki ve siyasi alanındaki mücadele ve dönüşümler ışığında da okunabilir. *Romer v. Evans* kararının verildiği 1996 yılına gelindiğinde ABD'nin çeşitli eyaletlerinde cinsel yönelim, ayrımcılık açısından şüpheli sınıflandırma kategorisine dâhil edilmeye başlanırken, aynı zamanda tıpkı Colorado'da olduğu gibi bu girişimleri engelleyici ve doğrudan farklı cinsel yönelimleri hedef alan düzenlemeler yürürlüğe konmaya çalışılıyordu. Sonuçta 1996 yılında ABD nüfusunun ancak beşte birlik bölümünün yaşadığı bir coğrafyada farklı cinsel yönelime sahip bireyler hukuki korumadan yararlanabiliyorlardı (Wald ve Button, 1996: 1151-1152). Yüksek Mahkeme'nin, bu şiddetli siyasi mücadelede hukuki bir son söz söylemekten kaçındığı ileri sürülebilir, ama içtihadı, aşamalı olarak farklı cinsel yönelimlerin hukuki alanda en azından hak öznesi olarak tanınmasını sağlayacak şekilde ilerlemeyi sürdürmüştür.

3.3. Mahremiyet Hakkı ve *Sodomy*

Bu açıdan kritik bir aşamayı, Yüksek Mahkeme'nin *Bowers v. Hardwick* içtihadından döndüğü *Lawrence v. Texas* kararı oluşturur. Karar, yalnızca eşcinseller arası anal ve oral seksi yasaklayan bir Texas kanununun anayasaya aykırılığı meselesini merkeze alır. Yüksek Mahkeme üyelerinin çoğunluğunun görüşü, daha başlangıçta, önündeki hukuki soruna dair tanımıyla *Bowers* kararından farklı bir yaklaşım içerir. Mahkeme'ye göre *temel hukuki sorun*, Teksas kanununun, aynı cinsiyetteki iki kişinin belirli bir şekilde cinsel ilişkiye girmesini yasaklamasının meşruiyetidir (Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 2003: 562). Kararı kaleme alan yargıç Kennedy, Yüksek Mahkeme'nin *Bowers*'ta olduğu gibi hukuki sorunu, yeni bir hak olarak eşcinsellerin anal ve oral seks yapma hakkının varlığına indirgemesinin, esas meseleyi gözden kaçırmak anlamına geldiğini vurgular. Görünüşte belirli bir cinsel ilişki şeklini yasaklayan bu tür kanunların sonuçları çok daha derindir. Bu kanunda

öngörülen cezalar, en mahrem insan davranışı olan cinsel ilişkiyi, bireyin en mahrem mekânı olan konutunda gerçekleştirmesine bir müdahale teşkil eder (Lawrence v. Texas: 567).

Yüksek Mahkeme bu perspektifle, *Bowers*'ta kullanılan yorum yönteminin, sorunu çözme noktasındaki yetersizliğine eğilir. Tarihsel olgulara ve geleneksel değerlere atıfla gerçekleştirilen bu yorum, eşcinselliğin ahlaksızlık olduğuna dair yüzyıllardır dile getirilen güçlü tepkilere dayanır ve bu tepkiler, dinsel inançlar, geleneksel aile yapısına saygı ve kabul edilebilir davranışlar hakkındaki yaklaşımlar çerçevesinde temellendirilmiştir. Bu tür görüş ve düşüncüler, bireyler için temel nitelikte olsa da, Mahkeme'ye göre önündeki hukuki sorunu çözmek için yetersizdir. Buradaki mesele, çoğunluğun, devlet gücünü kullanarak bu görüş ve düşünceleri toplumun bütününe ceza hukuku aracılığıyla dayatıp dayatamayacağıdır. Bu noktada Mahkeme, şu hususu vurgular: “Bizim yükümlülüğümüz bireylerin özgürlüğünü tanımlamaktır, kendi ahlak anlayışımızı dayatmak değil.” (Lawrence v. Texas: 571). *Bowers* kararında atıf yapılan tarihsel örnekler hakkında ise Mahkeme ilk olarak, tarih ve geleneğin, maddi *due process*'e dair değerlendirmelerde bir başlangıç noktası oluşturabileceğini, fakat son noktayı koyamayacağını altını çizer (Lawrence v. Texas: 572). Ardından bu tespitin son yıllarda gerek ABD'de gerekse dünyanın çeşitli ülkelerinde yaşanan gelişmelerle teyit edildiğini ortaya koyar. Kısacası Mahkeme, tarihsel ve toplumsal gelişmelerin, dinamik bir yoruma büyük ölçüde alan açtığını belirtir.

Yüksek Mahkeme bu açıdan diğer örneklerin yanı sıra İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) *Dudgeon v. United Kingdom* kararına atıf yapar. Bu kararda İHAM, yetişkinler arası eşcinsel ilişkiyi yasaklayan İrlanda Kanunlarına dayanan uygulamaların, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde düzenlenen mahremiyet hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.³ Yüksek Mahkeme, 45 Avrupa ülkesinde hâlihazırda sonuç doğuran bu kararın, ortak batılı değerler argümanını da anlamsız kıldığına işaret eder. Öte yandan ABD'de de *Bowers* döneminde 25 olan yasakçı eyalet sayısının, 13'e düşmüş olmasının da bu kez ABD özelinde aynı hususu ortaya koyduğunun altını çizer (Lawrence v. Texas: 572-574).

Yüksek Mahkeme bu tespitin ardından eşitlik ilkesinin ve *due process*'in mahremiyet hakkı bağlamında sağladığı korumanın birbiriyle ilişkili olduğunu vurgular ve ne denli hafif bir ceza öngörmüş olursa olsun, bir özgürlük kapsamında yer alan eylemi cezalandırmanın yol açacağı damgalayıcı etkiye işaret eder. “Eğer eşcinsel bir davranış bir eyaletin kanununa göre suç haline

3 İHAM'ın cinsel yönelime dair içtihatları ve *Dudgeon v. the United Kingdom* kararına dair bilgi için bkz. (Arslan Öncü, 2011: 207-213).

getirilirse, bu durum, eşcinsel bireylere yönelik hem kamusal hem de özel alanda ayrımcı pratiklere bir davetiye niteliği taşır.” (Lawrence v. Texas: 575). Söz konusu olan, tam ve karşılıklı rızaya sahip iki yetişkinin, eşcinsel yaşam şeklinde mutata olan cinsel pratikleri gerçekleştirmeleridir ve bu noktada talepleri de özel yaşamlarına saygı gösterilmesidir. Bunun karşısında devlet, onların mahrem cinsel davranışlarını bir suç haline getirerek varlıklarını hor göremez ya da kaderlerini kontrol edemez. Yüksek Mahkeme bu çerçevede söz konusu kanun ile Teksas eyaletinin, mahremiyet hakkına bir müdahalede bulunduğunu, bu müdahaleyi meşru kılacak herhangi bir kamusal yarar ortaya koyamadığını tespit etmiş ve *due process* klotunu ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır (Lawrence v. Texas: 578).

3.4. Eşcinsel Evlilik Hakkının Tanınmasına Doğru

Yüksek Mahkeme'nin *Lawrence* kararının son bölümünde, önündeki hukuki meselenin, eşcinseller arasındaki partnerlik ilişkisine kanuni bir statü kazandırmakla ilgili olmadığını ifade ederek, verdiği kararın eşcinsel evliliği tanıma yükümlülüğü doğurmadığını vurgulaması dikkat çekicidir (Lawrence v. Texas: 578). Mahkeme'nin bu vurgusu, gerek ABD'de, gerekse diğer ülkelerde süregiden hak mücadeleleri ve siyasi tartışmalar ışığında değerlendirilebilir. Örneğin 1999'da Vermont Yüksek Mahkemesi, eşcinsel evlilik yasağını eyalet anayasasına aykırı bulmuş, yine aynı yıl Hollanda'da eşcinsel evliliği tanıyan bir kanun yürürlüğe girmiştir (Eskridge, 2000: 641). Fakat bu gelişmelere yönelik yukarıda Colorado örneği açısından aktarılan tepkilerin bir benzeri ABD'de bu kez federal düzlemde ortaya çıkmış, 1996 yılında Evliliğin Korunması Kanunu (*Defense of Marriage Act*) Kongre tarafından yürürlüğe konmuştur. Kanun'un en önemli yanı, federal alandaki tüm düzenleme, yorum ve işlemlerde evliliğin yalnızca kadın ve erkek arasında bir ilişki olarak tanımlanması yükümlülüğü getirmesidir. Kanun, eyaletlerdeki evliliklerin geçerliliğine müdahale edecek şekilde tasarlanmamış olsa da, evliliklerin heteroseksüel çiftlere federal düzlemde sağladığı hak ve ayrıcalıklardan eşcinsel çiftlerin mahrum bırakılması hüküm altına alınmıştır.

2013 tarihli *United States v. Windsor* kararı, Evliliğin Korunması Kanunu nedeniyle ölen eşinin terekesinde yer alan gayrimenkul için vergi indirimden yararlanma talebi reddedilen Bayan Windsor'un, söz konusu Kanun'un anayasaya aykırılığı iddiasına ilişkindir. Yüksek Mahkeme bu Kanun'un, evliliğe dair 1000'den fazla federal düzenleme üzerinde etki doğurduğuna ve o tarihte 12 eyaletin, çeşitli düzenlemeler aracılığıyla korumaya çalıştığı bir topluluk olan eşcinselleri hedef aldığına dikkat çeker

(United States v. Windsor, 570 U.S. __ 2013: 16).⁴ Mahkeme bu bağlamda yerleşik içtihadına atıfla, evliliğe dair düzenlemelerin, eyaletlerin yetki alanında kalan bir husus olduğunu hatırlatır. Fakat Mahkeme'ye göre buradaki mesele, federal ve federe birimler arasındaki yetki paylaşımına dair bir uyuşmazlığın ötesinde bir anlam ifade eder. Eyaletler eşcinsel evliliği tanıyarak, bu grupta yer alan bireylere önemli bir statü sağlamanın yanı sıra onların itibarlarını da tanır. Oysa federal hükümet, dava konusu kanun aracılığıyla, bunun tam tersi bir amaçla sınırlamalar ve mahrumiyetler oluşturmaktadır. Somut olayda New York eyaletinin ayrımcılığı engellemek amacıyla kanun çıkararak korumaya çalıştığı bir topluluğu, herhangi bir meşru gerekçe ortaya koymadan, ayrımcılığa tabi tutmaktadır. Dolayısıyla bu aşamada mesele söz konusu yaptırımın, Anayasa'nın 5. Ek'inde yer alan *özgürlük* kavramının ihlali meselesine yoğunlaşmaktadır (United States v. Windsor: 18-19).

Yüksek Mahkeme bu noktada söz konusu Kanun'un, eşcinsel evliliği gerçekleştiren bireyler için ayrı bir statü öngördüğünü, onları dezavantajlı bir konuma yerleştirdiğini ve böylelikle bir damgalama sonucu doğurduğunun altını çizer. Bu bilinçli tutumun, eşcinselliğe yönelik ahlaki yaklaşımlar ve geleneksel aile değerlerinin korunması gerekçelerine dayandığı, Kanun'a dair Temsilciler Meclisi Raporları'na da yansımıştır (United States v. Windsor: 21). Yüksek Mahkeme; finansal haklar, ebeveynlik hakları hatta ceza kanunlarında, evliliğin getirdiği hak ve sorumluluklardan yararlanma konusunda Kanun'un yarattığı dezavantajların adeta sınırsız uygulama alanına değinmiş; eyalet düzeyinde geçerli olan evliliklerin, federal düzeyde geçersiz kılınmasının, evli çiftlerin yanı sıra onların çocukları açısından doğuracağı istikrarsızlıklara ve aşağılanmalara işaret etmiştir (United States v. Windsor: 20-25). Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde Mahkeme'ye göre, dava konusu Kanun eşcinsel çiftlerle temas halinde olacak tüm kamu çalışanlarının yanı sıra bu eşcinsel çiftlerin çocuklarına da evliliklerinin, diğer evliliklerden daha değersiz olacağı mesajını vermekte, böylelikle eyaletlerin kişilik ve onurlarını korumaya çalıştığı bireyleri aşağılayarak ve yaralayarak, 5. Ek'in sağladığı özgürlüklerini ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olarak ihlal etmektedir (United States v. Windsor: 25-26).

Windsor kararı her şeyden önce eşcinselleri açıkça bir grup olarak tanınması nedeniyle önem taşır. Bu tanıma, söz konusu grubu temel alan sınıflandırmaların, tıpkı ırk açısından olduğu gibi şüpheli olarak nitelendirip nitelendirilmeyeceği sorusunu akla getirir. Fakat Yüksek Mahkeme, eşcinselleri

4 United States v. Windsor, 570 U.S. __ (2013), s. 16. Karar henüz United States Reports'ta basılı olarak yayınlanmadığı için, resmi internet sitesinde yer alan pdf versiyonunun sayfa numaralarına atıf yapılmıştır. www.supremecourt.gov

ya da cinsel yönelimi, şüpheli bir sınıflandırma olarak nitelendirmekten kaçınmış ve sıkı denetim yöntemini uygulamamıştır. Bunun yerine *Romer*'da olduğu gibi, söz konusu uygulamanın rasyonel temeli üzerine yoğunlaşmış ve bu temelin, *due process* ile bağlantılı olarak ayrımcılığa dair hükmü ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca *Windsor* kararının son bölümünde Mahkeme, verdiği hükmün, yalnızca hukuken tanınmış evliliklere ilişkin olduğunu vurgulamıştır. Bir diğer deyişle kararın sadece eyalet düzeyinde tanınmış evlilikleri kapsadığı, eyaletlere eşcinsel evliliği tanıma yönünde bir yükümlülük getirmediği tıpkı *Lawrence* kararında olduğu gibi özellikle ifade edilmiştir (United States v. Windsor: 26). Fakat Yüksek Mahkeme'nin verdiği kararlarda eşcinsel evliliğe yönelik saptamaların yer alması, aslında konuya dair tartışmaların önemli bir gündem oluşturduğunu gösterir.

4. Obergefell Kararı ve Eşcinsellerin Evlilik Hakkının Tanınması

Eşcinsel evliliğe dair tartışmalar hukuki düzlemde de yansımaları bulmuş ve Yüksek Mahkeme 2015 yılında *Obergefell v. Hodges* kararıyla konunun esasına girerek bu defa son sözünü söylemiştir. *Obergefell* kararına giden süreç, önemli bir tartışmayı da görünür kılmıştır. Bu, insan onuruna sahip olma vasfıyla eşit birer hukuk öznesi olarak kabul ettiği bireyi merkeze alan liberal insan hakları yaklaşımı karşısında çoğunluğun karar alma hakkına saygıyı esas alan çoğunlukçu demokrasi anlayışıdır. Bu tartışmanın somutlaştığı bir örnek olarak *Obergefell* kararı öncesinde yaşanan dava süreci önem taşır.

4.1. Kim Karar Verecek? Halk mı, Yargıçlar mı?

Michigan, Kentucky, Ohio ve Tennessee eyaletlerinde, evlilik hakkından mahrum bırakılmalarının ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini ileri süren eşcinsel çiftlerin açtıkları davalarda eyalet mahkemeleri, davacılar lehine karar vermiştir. Daha sonra eyalet yönetimlerinin itirazları sonucunda tüm bu davaları birleştirerek inceleyen 6. Bölge Mahkemesi ise eyalet mahkemelerinin kararlarını bozmuştur. Bölge Mahkemesi'nin kararında da belirleyici husus, temel hukuki sorunun ortaya konuluş şekli olmuştur. Kararı kaleme alan Yargıç Sutton'a göre temel mesele, Amerikan hukukunun eşcinsellerin evlenmesine izin verip vermediği değil, bunun *ne zaman* ve *nasıl* olacağıdır. Demokratik bir sürecin hâlihazırda devam ettiğine ve kimi bölgelerde eşcinsel evliliğin tanındığına, kimi bölgelerde yasakların sürdüğüne işaret eden Sutton, bu sürecin işlemesine izin vermek ya da eşcinsel evliliğin tanınmasını yükümlülük haline getirmek arasında bir seçim yapılması gerektiğini ifade eder. Bu noktada çözümlerden biri, yargıçların bir araya gelerek "eşcinsel evliliğin iyi bir fikir"

olup olmadığına karar vermesidir. Bunun, yurttaşların siyasi karar süreçlerine müdahale teşkil edeceğini belirten Sutton önündeki dava açısından, 32 milyon yurttaşın yaşadığı bir coğrafyayı kapsayan böyle temel bir politik çağrı yapmanın yargıçların yetkisi dâhilinde olmadığını vurgular. Yanıt verilmesi gereken hukuki soru şudur: 14. Ek, eyaletlerin, evliliğin tanımını eşcinsel çiftleri içerecek şekilde genişletmesini gerektirir mi? (DeBoer v. Snyder, 772 F.3d 388, 6th Cir. 2014: 7-8)

Sutton'un temel soruyu, kendisinin geleneksel olarak nitelediği evlilik tanımının genişletilmesi açısından kurgulaması dikkat çeker. Diğer bir deyişle soruyu, evlilik hakkından belirli grupların dışlanmasıyla ayrımcılık yasağıyla ilişkisi bağlamında değil, geleneksel bir tanımın genişletilmesi açısından kimin söz sahibi olduğu üzerinden formüle etmiştir. Hemen ardından bu yaklaşımını daha net bir şekilde ortaya koymuştur: "Kim karar verecek?" Mahkemeler mi, yoksa daha yavaş, fakat genel olarak daha güvenilir olan demokratik süreçler mi? (DeBoer v. Snyder: 8) Sutton'a göre, değişimin geleneksel hakemi olan halkın bu tür yeni toplumsal sorunların çözülmesi hakkında karar vermesini sağlayan demokratik süreçlere müdahale edilmesini gerektiren meşru bir neden bulunmamaktadır (DeBoer v. Snyder: 41-42).

Karara muhalif kalan Yargıç Daughtrey'e göre ise yapılması gereken, kimin karar vermesi gerektiğini, demokrasi ve federalizm bağlamında değerlendirmek değildir. Yanıtlanması gereken bir hukuki sorun vardır: Eşcinsel evliliğin yasaklanması, 14. Ek'te yer alan ayrımcılık yasağını ihlal eder mi? Bunun yanı sıra Yargıç Daughtrey insan hakları kavramının temelinde yatan mağduriyet ve empati kavramlarının altını çizer. Başvurucular Yargıç Sutton'un tasvir ettiği gibi kamuoyu desteği kazanmak için çabalamak yerine, soyut bir hukuk mücadelesi yürütmek adına mahkemelere başvurmamakta; evlilik hakkından mahrum bırakıldıkları için yaşadıkları mağduriyeti gidermeye çalışmaktadır (DeBoer v. Snyder: 43). Yargıç Daughtrey bu durumun kavranması için tek bir örneğin yeterli olacağını ifade eder. Başvurucular arasında yer alan DeBoer ve Rowse, sekiz yıldır birlikte yaşayan ve hemşirelik yapan lezbiyen bir çifttir. İkisi özel ilgiye muhtaç üç çocuğun bakımını üstlenmişlerdir. Evlat edindikleri çocuklardan biri, uyuşturucu bağımlısı bir seks işçisi anne tarafından, henüz 25 haftalıkken erken doğumla dünyaya getirilmiş, ardından hastanede terk edilmiş, sağlık sorunları nedeniyle dört ay hastanede kalmış ve ancak DeBoer ve Rowse'un yoğun ilgi ve bakımı sayesinde, fiziksel engellerinin büyük bir kısmını aşabilmiştir. Fakat birlikte evlat edinmeyi yalnızca heteroseksüel evli çiftlere özgüleyen Michigan kanunları nedeniyle, DeBoer ya da Rowse'un hayatını kaybetmesi durumunda, ancak birey olarak evlat edinebildikleri çocuklarının diğer partnerde kalması mümkün değildir (DeBoer v. Snyder: 46-48).

Yargıç Daughtrey ayrıca, sorunun çözümünü atanmış yargıçlar ve seçilmiş milletvekilleri arasında bir tercihe indirgemenin, temel bir noktanın gözden kaçırılmasına yol açtığını ifade eder. Yargıçlar, hak ve özgürlüklerin kapsamını ortaya koyma görevini, kamuoyunu ya da referandum sonuçlarını dikkate alarak yerine getirmek için atanmazlar. Öte yandan hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda, demokratik süreçlerin sonucunun beklenmesi gerektiği söylemi de kabul edilemez. Yargıç Daughtrey bu noktada, aynı argümanın siyahlara yönelik ayrımcı uygulamaların meşrulaştırılması için *Loving* davasında da ileri sürüldüğünün altını çizerek ve Yüksek Mahkeme'nin o dönemde bu argümanı kabul etmesi halinde, bekleme sürecinin halen devam edeceğini vurgular. Bu noktada siyah hakları savunucu Martin Luther King, Jr.'ın bir konuşmasında yer alan sözlerini hatırlatır: “Yıllardan beri duyduğum kelime ‘Bekle!’ ... Fakat insanlığın gelişimi hiçbir zaman kaçınılmazlığın tekerleri üzerinde hareket etmiyor... ve bizatihi zaman, toplumu durağanlığa mahkum kılan kuvvetlerinin müttefiki haline geliyor.” (DeBoer v. Snyder: 60-62).

6. Bölge Mahkemesi'nin bu kararının temyizi sonucunda önüne gelen *Obergefell v. Hodges* davasında Yüksek Mahkeme, Bölge Mahkemesi'nin kararını anayasaya aykırı bulur. Eşcinsel haklarına ilişkin *Romer*, *Lawrence* ve *Windsor* kararlarında olduğu gibi, çoğunluk görüşünü yine yargıç Kennedy kaleme alır. Fakat kararı incelemeye geçmeden önce hukuki alanın dışında yaşanan bir dönüşümün altını çizmek gerekir. Tıpkı siyah hakları mücadelesinde olduğu gibi (Roper Center, 2014), LGBTİ mücadelesi de süreç içinde önemli kazanımlar elde etmiş ve konuya dair kamuoyu görüşü olumlu yönde değişmiştir. Eşcinsel evliliğin tanınması yönünde 1996 yılında %30 seviyesinde olan toplumsal destek, karar öncesinde %50'nin üzerine çıkmıştır (Gallup, 2015; Pew Research Center, 2016). Bu noktada siyasi mücadelenin açtığı alanın, bir kez daha hukukun özgürlükçü dönüşümüne zemin hazırladığını vurgulamak gerekir.

4.2. Obergefell Kararında Temel Hukuki Sorun Tartışmaları

Obergefell kararında da başlangıç, bir diğer deyişle hukuki sorunun ortaya konuş biçimi önem taşır. Karara muhalif kalan yargıçlar, temel olarak evliliğin geleneksel ve tarihsel bir tanımı olduğunu vurgular: bir kadın ve bir erkek arasındaki birliktelik. Yüksek Mahkeme içtihatları uyarınca temel bir hak olarak nitelendirilen evlilik hakkının *özü* bu tanımdır (*Obergefell v. Hodges*,

576 U.S. __ 2015, Roberts: 8).⁵ Bu tanımın değiştirilmesi ise atanmış yargıçların kendi dünya görüşlerini dayatmaları ile gerçekleşemez. Eşcinsel evlilik hakkının tanınmasını zorunlu kılan bir anayasal norm ya da yargısal içtihat da bulunmamaktadır. Bu durumda demokratik süreçler vasıtasıyla şekillenen halk iradesine saygı gösterilmesi gerekir (Obergefell v. Hodges, Roberts: 1-3; Scalia: 1-6; Alito: 6-8). Muhafif yargıçların ortaklaştığı bir başka husus, gerek Yüksek Mahkeme içtihatlarına, gerekse Amerikan doktrinine göre siyasi iktidar açısından yalnızca negatif yükümlülük öngören BDA'nın, evlilik tanımının değiştirilmesi gibi pozitif bir edimi federal ve federe birimlere dayatamayacağıdır (Obergefell v. Hodges, Roberts: 16; Thomas: 1-13). Bu argümanın, siyah ve beyazlar arasındaki “farklı ama eşit” koşullarda vagon uygulamasını anayasaya uygun bulan çoğunluk görüşünün temel dayanaklarından biri olduğu hatırlanacaktır. Öte yandan Roberts, eşcinsel evlilik hakkının, daha önce Yüksek Mahkeme tarafından incelenen eşcinsel haklarına ilişkin hak taleplerinden köklü bir şekilde farklı olduğunun altını çizer. Eşcinsel evlilik hakkının tanınmaması ne mahremiyet hakkını ihlal eder, ne de başvuruçular açısından cezalandırma gibi ağır bir yaptırım söz konusudur. Eşcinsel çiftlerin mahremiyet hakkı ihlal edilmemekte, aksine onlar ilişkilerinin kamusal olarak tanınmasını istemektedir, fakat ne BDA'da, ne de Yüksek Mahkeme içtihatlarında, evliliği, eşcinselleri kapsayacak şekilde yeniden tanımlamayı zorunlu kılan bir hakka zemin oluşturacak herhangi bir argüman bulunur (Obergefell v. Hodges, Roberts: 17-18).

Çoğunluk görüşünü kaleme alan Yargıç Kennedy ise sorunu, *due process* klozu kapsamında koruma gören evlilik hakkından belirli bir grubun dışlanması bağlamında ele alır ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde inceler. Evlilik hakkının BDA tarafından korunma nedeni, toplumsal düzenin mihenk taşı olarak kabul edilen evlilik kurumuna girme yönünde irade ortaya koyan bireylerin kişisel tercihlerine saygı göstermek, ardından oluşan birlikteliğin ve özellikle de çocukların korunması ve gelişimi için çeşitli hak ve ayrıcalıklar sağlanmasını güvence altına almaktır (Obergefell v. Hodges, 12-16). Evliliği, sorumluluğun yanı sıra hak ve ayrıcalıklar sağlayan bir kurum olarak nitelendiren Kennedy, bu açıdan dava konusunun yeni bir hak olarak “eşcinsel evlilik hakkı”nın varlığını araştırmak olmadığını vurgular, tıpkı *Loving* kararında konunun “farklı ırkların evlenme hakkı”nı araştırmak olmaması gibi. Hukuki sorun şudur:

5 Karar henüz United States Reports'ta basılı olarak yayınlanmadığı için, yargıç Kennedy'nin kaleme aldığı “Mahkeme'nin Görüşü”ne, resmi internet sitesinde (www.supremecourt.gov) yer alan pdf versiyonunun sayfa numarasına göre atıf yapılmıştır. Bunun dışında karara muhalif yargıçlar Roberts, Scalia, Alito ve Thomas'ın ayrı ayrı kaleme aldıkları ve her birinin sayfa numarası 1 ile başlayan muhalefet şerhlerine, önce ilgili yargıcın ismine yer verilerek atıf yapılmıştır.

Belirli bir grubu evlilik hakkının dışında bırakmak konusunda yeterli meşru gerekçe var mıdır? (Obergefell v. Hodges, 18).

Yargıç Kennedy, bu kararda da eşcinselliği ya da cinsel yönelimi, ırk gibi şüpheli bir sınıflandırma olarak nitelendirmez. Fakat karar boyunca eşcinsellerin, herhangi bir grup olmadığını da vurgular ve bu açıdan, onların evlilik hakkından mahrum bırakılmasının yarattığı olumsuz sonuçlara işaret eder. Amerikan tarihi boyunca gözlemlenen eşcinsellere yönelik baskıcı politikalar, 20. yüzyılda da sürmüş, eşcinseller arası cinsel ilişki suç olarak nitelendirilmiş, eşcinseller göçmen kanunlarında ayrımcılığa tabi tutulmuş, polis tarafından özel olarak hedef alınmış ve eşcinsellerin kamu personeli ya da asker olmaları engellenmiş, örgütlenme özgürlükleri kısıtlanmıştır (Obergefell v. Hodges, 7).

Bu grubun evlilik hakkından dışlanmasını, muhalif yargıçların aksine, bir kurumun basitçe yeniden tanımlanması olarak görmez Kennedy. Evlilik statüsü çiftlere, gerek federal devletler, gerekse federe birimler düzeyinde, vergi, miras, tanıklık, sağlık sigortası ve velayete dayalı haklar başta olmak üzere pek çok ayrıcalık sağlar. Eşcinsellerin, bu derece önem ve değer atfedilen bir kurumun dışında bırakılması ise yalnızca maddi bir külfet getirmez (Obergefell v. Hodges, 17). Eşcinsellerin, heteroseksüellere tanınan bu imkânlardan mahrum bırakılması ve temel bir hak olan evlilik hakkından yoksun kılınması, Kennedy'nin vurguladığı üzere, temel bir eşitsizlik doğurur. Özellikle eşcinsel ilişkiye yönelik tarihsel kökenleri bulunan olumsuz yaklaşımlar dikkate alındığında, eşcinsellerin evlilik hakkının dışında bırakılması süregiden bir mağduriyet yaratır ve eşcinsellerin aşağı bir konumda olduğuna dair görüşün güçlenmesine hizmet eder (Obergefell v. Hodges, 22).

Kısacası, Kennedy'ye göre mesele evlilik hakkının yeniden tanımlanması olmadığı gibi, herhangi bir grubun bu haktan mahrum bırakılması da değildir. Bu açıdan yaklaşıldığında, Kennedy her ne kadar cinsel yönelimi, ırk gibi şüpheli bir sınıflandırma kategorisi olarak nitelendirmese de, bu tür bir nitelendirmenin hukuki zeminini oluşturacak öğelere kararda ayrıntılarıyla yer verir. Hukuki düzlemde eşcinsel evlilik karşıtlığının dayanaklarını oluşturan ve bir kısmı muhalefet serhlerinde de yansımaları bulan hukuki argümanları yanıtlarken ortaya koyduğu gerekçelerde, bu hukuki zeminin öğelerini bulmak mümkündür. Yargıç Kennedy, eşcinsel evlilik karşıtı hukuki argümanları, bir hakka müdahalenin asgari meşruiyet şartı olan rasyonellik temeli üzerinden tartışmaya açar.

4.3. Eşcinsellere Yönelik Ayrımcılığın İrrasyonel Dayanakları

Bu açıdan dini inançlara referansla eşcinsel evliliğin yasaklanması talebi, rasyonel bir temele dayanma zorunluluğu ile çatışma halinde olan temel argümanlardan birini oluşturur. Bu çalışmanın önceki kısımlarında değinilen kararlar arasında, eşcinselliğin dine aykırı olduğuna atıfla, eşcinsellere yönelik suç politikalarını meşrulaştırma gayretinin tarihsel örneklerini gözlemlemek mümkün olmakla birlikte, *Obergefell* kararına giden süreçte ya da muhalefet şerhlerinde bu tür çabaya rastlanmaz. Seküler bir politik zeminde hiç kuşkusuz bu tür bir argüman rasyonel olarak da nitelendirilmez. Karara muhalif yargıçlar daha ziyade, eşcinsel evlilik hakkının tanınması ve inanç özgürlüğünün korunması arasında bir çatışma potansiyeline vurgu yapar. Muhalif Yargıç Thomas evlilik akdinin aynı zamanda dinsel bir boyutu olduğunu ifade ederek, kiliselerin eşcinsel evlilik akdinde rol almak istemeyebileceğine (*Obergefell v. Hodges*, Thomas: 15), Yargıç Roberts ise dini kurumların yönettiği kolejlerin, yurt imkânlarını yalnızca heteroseksüel çiftlere özgülemek ya da evlat edinme süreçleriyle ilgilenen dini kurumların, eşcinsel çiftlerin evlatlık taleplerini reddetmek isteyebileceğine işaret eder (*Obergefell v. Hodges*, Roberts: 28). Buna karşın Yargıç Kennedy, bireylerin inançları gereği eşcinselliğe karşı olmayı ve anayasal güvenceye sahip hakları çerçevesinde görüşlerini ifade etmeyi sürdürebileceklerini belirtir (*Obergefell v. Hodges*, 25). Fakat eşcinsel evliliğe karşı dine dayalı kişisel ve samimi bir muhalefetin, bir kanun ya da siyasa haline gelmesi halinde, devletin yaptırım gücü bir dışlama aracının dayanağına dönüşür ve bu durum er ya da geç, haklarından mahrum bırakılan kişilerin aşağılanmasına ve damgalanmasına yol açar (*Obergefell v. Hodges*, 19).

Her ne kadar dava sürecinde ileri sürülmemiş olsa da, eşcinsel evlilik karşıtlarının birbiriyle bağlantılı olarak kullandığı iki temel argümana da yanıt verir Yargıç Kennedy. Bu argümanlara göre, eşcinsellik bir hastalık ve ahlaka aykırı bir sapıklıktır. Kennedy, eşcinselliğe yönelik bu hatalı bakış açısının artık terk edildiğini ifade eder ve eşcinselliğin, “cinselliğin normal bir ifadesi” olduğu ve tedavi adı altında müdahaleler ile değiştirilmesinin ya da dönüştürülmesinin mümkün olmadığını bilimsel olarak kabul edildiğini vurgular. Amerikan Psikiyatri Birliği de başlangıçta akıl hastalığı olarak nitelendirdiği eşcinselliği 1973 yılında bu kategoriden çıkarmıştır (*Obergefell v. Hodges*, 7-8). Öte yandan sosyolojik gerçekler de söz konusu argümanları temelsiz kılar. ABD'nin pek çok eyaletinde uzun yıllardan bu yana, gerek bireysel, gerekse çift olarak eşcinseller evlat edinebilmekte ve çocuklarını yetiştirmektedir ve davanın taraflarından hiçbiri, eşcinsellerin, çocukları için sağladığı aile ortamının niteliğini sorgulamamış, bilimsel verilere dayalı olarak

bu aile ortamının olumsuz yönünü ortaya koyamamıştır (Obergefell v. Hodges, 15). Kısacası ahlaki ve tıbbi iddialar rasyonel birer argüman değil, sadece önyargıdır.

Din, ahlak ve sağlık gibi argümanların rasyonel olarak savunulamaması, ABD’de gerek öğretilerde gerekse bazı mahkeme kararlarında ilginç bir argümanın ileri sürülmesine yol açmıştır. Evlilik kurumunun temel amacının üreme olduğu iddiası üzerine kurulu bu argümanın özlü bir versiyonuna Yargıç Roberts da yazdığı muhalefet şerhinde yer verir. Roberts’e göre, evliliğin tanımı bir tesadüf sonucunda değil, eşyanın tabiatından doğan bir ihtiyacı karşılama amacıyla oluşmuştur: “çocukların, yaşam boyu süren bir ilişkinin istikrarlı koşullarında onları yetiştirmeye kendilerini adayarak bir anne ve baba tarafından dünyaya getirilmesini güvence altına almak”. Bu tanımın altında yatan öncül, insan ırkının, varlığını sürdürmesi için çoğalmak zorunda olmasıdır. Çoğalma ise, bir erkek ve kadın arasındaki cinsel ilişki sonucunda gerçekleşir ve doğan çocuğun esenliği, anne ve babanın birlikteliklerini sürdürmesi halinde sağlanır. Bu nedenle, çocuğun ve toplumun yararı için, üremeyle sonuçlanan cinsel ilişkinin evlilik olarak tanımlanan sürekli bir bağ ile kurumsallaşması sağlanır ve toplum, bu evlilik bağına hukuki bir statü ve çeşitli haklar bahşederek, üremeye yönelik cinsel ilişkinin evlilik kurumu içerisine gerçekleşmesini destekler (Obergefell v. Hodges, Roberts: 5). Kısacası Roberts’e göre, evliliği yalnızca heteroseksüel bir erkek ve kadın arasındaki ilişki olarak tanımlamak, seküler bir temele sahip ve kamu yararını korumayı amaçlayan rasyonel bir politikadır.⁶ Yargıç Kennedy bu argümana, heteroseksüel bireylerin evlenebilmesini, çocuk yapma yeterliliğine ya da isteğine sahip olma şartına bağlayan hiçbir eyaletin bulunmadığına işaret ederek yanıt verir. Ayrıca Yüksek Mahkeme içtihadında kürtajın bir hak olarak kabul edilmesi karşısında, evliliği ancak üreme temelinde tanımlamak da mümkün değildir (Obergefell v. Hodges, 16). Gerçekten de Kennedy’nin altını çizdiği üzere kısır olan ya da üreme imkânını yitiren veya çocuk yapmak istemeyen heteroseksüel bireylere yönelik bir şart ya da denetim hiçbir eyalette öngörülmemektedir. Dolayısıyla böyle bir şartın, eşcinseller açısından aranmasının, ayrımcılık teşkil etmeyen rasyonel bir temeli bulunmaz.

Din, ahlak, sağlık ve üreme yeterliliğine dair argümanların yanı sıra, Yüksek Mahkeme içtihatları bağlamında önem taşıyan eşcinsel evlilik karşıtı önemli bir itiraz, gelenek ve kanun koyucunun iradesine atıfla şekillenen tarihsel yorum temelinde ileri sürülmüştür. Muhalif yargıçlar Roberts ve Alito, Yüksek Mahkeme’nin, atanmış yargıçların kendi özgürlük anlayışlarını Amerikan halkına dayatmasını engellemek adına kendini sınırlandırmaya

6 Aynı yönde bkz. (Obergefell v. Hodges, Alito: 4).

yönelik bir içtihat geliştirdiğini vurgular. Buna göre ancak, “Amerikan halkının tarih ve geleneklerinde derin köklere sahip” ve feda edilmesi halinde ne özgürlüğün ne de adaletin var olabileceği, “düzenlenmiş özgürlük kavramına içkin nitelikte olan” temel hak ve özgürlükler 14. Ek'te yer alan özgürlük kavramı kapsamında koruma görür (Obergefell v. Hodges, Roberts: 13-14; Alito: 2). Her iki yargıç da, eşcinsel evliliğin, bu kriterleri karşılamasının mümkün olmadığını ifade eder. Bu argüman karşısında yargıç Kennedy'nin altını çizdiği husus; tarih ve geleneklerin temel haklara ilişkin değerlendirmelerde bir bakış açısı sağlayabileceği, fakat bu değerlendirmelere sınır çizemeyeceğidir. Tarihe saygı gösterilir, ondan dersler çıkarılır, fakat bu asla geçmişin bugün üzerinde hâkimiyet kurmasına izin vermek anlamına gelmez (Obergefell v. Hodges: 11).

Yargıç Kennedy bu vurgusunu, Amerikan tarihinde özellikle evlilik kurumunun yapısı ve tanımı açısından yaşanan dönüşümlere işaret ederek güçlendirir. Tarihsel olarak önce evliliği erkek egemen bir kurum olarak inşa eden ve kocayı da tek söz sahibi otorite olarak niteleyen hukuki yaklaşım reddedilmiş (Obergefell v. Hodges: 7), ardından yine evliliği yalnızca aynı ırktan olanlar arasında mümkün kılan, diğer bir deyişle siyahlar ve beyazlar arasında evliliği yasaklayan yasal düzenlemeler kaldırılmıştır (Obergefell v. Hodges: 11). Bu çerçevede Yargıç Kennedy, hakların geçmişte kimler tarafından kullanılabilirdiğinden hareketle bir tanım yapılması durumunda, var olan uygulamaların kendi kendilerini meşrulaştıran bir hal alacağını ve dışlanan grupların hiçbir zaman mahrum bırakıldıkları haklardan yararlanma imkânı elde edemeyeceğini ifade eder (Obergefell v. Hodges: 18).

Böylelikle Yargıç Kennedy, tarihsel kökenlerden çok tarihsel gelişmeleri dikkate alan bir yaklaşımı benimser. Bu açıdan vurguladığı husus, özgürlüğün yeni boyutlarının, ya güçlü talepler ya da protestolarla başlayan ve ardından siyasi alanda ya da hukuki süreçlerde yansımaları bulan bir süreç sonucunda, yeni kuşaklar açısından görünür ve kabul edilebilir bir hal aldığıdır (Obergefell v. Hodges: 7). Eşcinsel hakları da, bu talepleri merkezine alan mücadelelerin hukuki düzleme yansımaları sonucunda mahkemeler önünde tartışılan meseleler haline gelmiştir (Obergefell v. Hodges: 7). Bu tartışmalar sonucunda ise, gerek yargısal kararlar gerekse yasal düzenlemeler aracılığıyla, eşcinsel haklarının korunması mümkün olmuştur (Obergefell v. Hodges: 8-9).

Muhalif yargıçların, demokratik süreçler sonucunda oluşan halk iradesine saygı gösterilmesi gerektiği argümanına ve eşcinsel evliliğin Yüksek Mahkeme tarafından tanınmasının bu sürece müdahale teşkil eden “yargısal bir darbe” (Obergefell v. Hodges, Scalia: 6) olduğu eleştirisine ise Yargıç Kennedy, bir değişim için demokratik süreçlerin en uygun yöntem olduğuna dair kabulün, ancak bu sürecin temel hakları ihlal etmemesi durumunda geçerli olduğunu vurgulayarak yanıt verir. Demokrasinin sağlıklı bir şekilde işleminin ve bu

süreçte yaşanan tartışmalar ile bireylerin siyasi alanı şekillendirmelerinin önemi reddedilmez. Demokratik sürecin, özgürlüklerin korunmasındaki temel araçlardan biri olduğu da kuşkusuz doğrudur. Fakat Yargıç Kennedy'e göre burada unutulmaması gereken, anayasa tarafından güvence altına alınan özgürlüklerin temel işlevlerinden birinin, demokratik süreçler sonucunda şekillenen siyasi iktidarın hukuka aykırı eylemleri karşısında koruma sağlamak olduğudur. Tam da bu nedenle haklarının ihlal edildiğini düşünen bireyler, kamuoyunun geniş kesimleri onlara katılmasa ya da yasama organı harekete geçmese bile, bu haklarının anayasanın koruması altında olduğunu ileri sürerek mahkemelere başvurabilirler. Kennedy bu noktada Yüksek Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına atıfla, anayasa kavramı ve düşüncesinin esasen, "belirli konuları siyasi tartışmaların değişkenliğinden masun kılarak, çoğunlukların ya da kamu makamlarının dokunamayacağı bir alana yerleştirmeyi ve mahkemeler tarafından uygulanacak hukuki ilkeler haline getirmeyi amaçla"diğini vurgular. "Temel haklar bir oylamanın konusu haline getirilemez, seçimlerin sonucuna bağlı değildir." (Obergefell v. Hodges: 24). Bu çerçevede başvuruçular, hukuk önünde insan onuru temelinde eşitlik talep etmektedir ve Anayasa bu hakkı onlara tanır (Obergefell v. Hodges: 28).

Çoğunlukçu demokrasi ve yargısal denetim arasındaki gerilimin somut yansımalarının görüldüğü *Obergefell v. Hodges* davasında Yargıç Kennedy'nin, muhalif yargıçların geleneksel değerlere atıfla destekledikleri tarihsel yorum argümanlarına, dinamik yorum yöntemi aracılığıyla karşılık vermesi dikkat çeker. Yargıç Kennedy, kararın gerekçesinde, meseleyi belirli bir tarihsellik anlayışı içinde ele alır. Fakat bu, dinamik yorum yöntemi açısından yol gösterici olan "ileri dönük bir tarihsellik"tir ve "tarihsel dönüşüm nedeniyle yaşanan toplumsal, siyasal, ekonomik, teknolojik ya da kamusal değerlerdeki değişme karşısında olası iradenin ne olması gerektiği"ne yönelik bir araştırmayı içermektedir (Oder, 2010: 229). Kennedy, bu araştırması sırasında, eşcinselliğe yönelik olumlu ve olumsuz tutumları birbiriyle ilişki içinde ele alır. Eşcinselliğe yönelik, önyargılara dayalı ayrımcı pratikler, eşcinsellerin bir hakkın kapsamı dışında bırakılması olgusunun incelenmesinde daha sıkı bir denetimi zorunlu kılarken, tarihsel süreç içerisinde toplumun büyük bir kesiminin bu önyargıları terk etmesi ve bunu sağlayan siyasi mücadeleler, özgürlük kavramının ve ayrımcılık yasağının dinamik yorumuna zemin hazırlamıştır. Bu çerçevede Yargıç Kennedy, eşcinsellerin evlilik hakkından yoksun bırakılmasının meşruluğuna dair argümanları rasyonel bir temelde çürütür. Bu noktada, Kennedy'nin dayandığı zemini güçlendiren ve kendisinin özlü bir şekilde ifade ettiği bir hususun da altını çizmek gerekir. Bu davada eşcinseller, "hukukun gözünde insan onuru temelinde eşitlik talep etmektedir." (Obergefell v. Hodges: 28). Kennedy'nin kapsamlı gerekçelendirmesinde ortaya koyduğu üzere, bu

güçlü talebin reddi, en azından rasyonel bir temelde mümkün gözükmemektedir.

Sonuç

ABD'de eşcinsel evlilik hakkının kabulü sürecinde yaşanan tartışmalar, modern hukuk düzenlerinin temelinde yer alan ve oldukça açık bir içeriğe sahip gözüken kanun önünde eşitlik ilkesinin muğlaklığını ortaya koyar. Kanun önünde eşitlik ilkesinin kapsamının belirlenmesi, hiçbir mekân ve zamanda sadece hukuki bir mesele olmamıştır. Bu özellik ABD'nin siyasi ve hukuki tarihinde görünür bir hal alır. Önce kadınların ve siyahların, ardından eşcinsellerin hukuki alanda hak sahibi özne olarak tanınması, tahakküm ve sömürü ilişkilerinin gölgesinde şekillenen insan doğasına dair varsayımların, siyasi mücadeleler sonucunda belli ölçüde aşılması sonucunda gerçekleşebilmiştir. Bir diğer ifadeyle BDA'da şeklen ifadesini bulan ayrımcılık yasağı, ancak hak mücadeleleri sonucunda etkin bir güce kavuşmuştur. Fakat bu etkinliğin, fiili eşitsizlikleri tamamen ortadan kaldırmadığı ve beyaz-heteroseksüel-erkek direncinin ve tepkisinin ABD'de süren varlığı göz ardı edilemez. Son ABD başkanlık seçim sonuçlarında da yansımaları bulduğu ileri sürülebilecek bu direnç ve tepki karşısında, siyah-LGBTİ-kadın mücadeleleri sonucunda hukuki düzlemde eşitlik temelinde somutlaşan kazanımların, ilerleyen günlerde önemli bir savunma hattı oluşturacağı söylenebilir.

Kanun önünde eşitlik ilkesine dayanan ayrımcılık yasağı kuşkusuz, eleştirel kuramların vurguladığı üzere, bireyleri soyut birer hukuki özne olarak tanımlayan niteliğiyle, fiili eşitsizlikleri mistifiye eden bir boyuta sahiptir. Fakat bu çalışmada ortaya konduğu üzere, tarihsel süreç içerisinde ve hâlihazırda pek çok grup, daha en baştan bu soyut eşitlik alanının dahi dışında bırakılmıştır ve bırakılmaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesinin önemi bu noktada ortaya çıkar. Bu önem, ABD anayasal tarihi boyunca, insan doğasına ya da geleneklere atıfla temellendirilen ayrımcı pratikleri meşrulaştırma gayreti içindeki yargıçların, gerek siyahlara gerekse eşcinsellere yönelik farklı uygulamaları değerlendirirken, temel hukuki sorunu ayrımcılık yasağı dışında ortaya koyma gayretlerinde görünür bir hal alır. Eşcinsel cinsel ilişkiye dair yaptırımların, mahremiyet hakkından cinsel yönelim nedeniyle yoksun bırakılmak olarak değil de, eşcinsel ilişkiye girebilmeye dair yeni bir hakkın türetilmesi kapsamında incelenmesi ya da eşcinsellere yönelik evlilik yasağının, eşcinsel çiftlerin evlilik hakkından mahrum bırakılması olarak değil de, evliliğin tanımının değiştirilmesine yönelik bir talep şeklinde formüle edilmesi; bu çabaların yansımaları olarak değerlendirilebilir. Kanun önünde eşitlik, fiili eşitsizliklerin ortadan kalkması sonucunu doğurmasa da, sömürü ve tahakkümü

ortadan kaldırmayı amaçlayan bir eşitlik mücadelesine sağlam bir dayanak oluşturur.

Obergefell kararı bu açıdan, kanun önünde eşitlik ilkesine mündemiç olan ayrımcılık yasağının, anayasacılık hareketlerinin temelinde yer alan liberal vaatlere uyumlu bir yorumu olarak önem taşır. Yargıç Kennedy, eşcinsellerin maruz kaldığı ayrımcı pratiklerin tarihsel kökenlerini dikkate alarak ve eşitlik ilkesini, anayasanın sistematik bütünlüğü içerisinde amaçsal yoruma tabi tutarak, eşcinsellerin evlilik hakkından mahrum bırakılmalarının rasyonel bir temeli olmadığını ortaya koymuştur. Kennedy'nin bu yorumu, *Obergefell* kararına giden süreçte ve kararın içeriğinde yansımaları bulan, çoğulcu bir özgürlük düzeni ile çoğunlukçu bir demokrasi yönetimi arasındaki kadim gerilim açısından da önemlidir. Kararın, yorum yöntemlerine dayalı tutarlı ve bütünlüklü *gerekçesi* ve özgürlüklerin korunmasına yönelik öncelik dikkate alınarak ulaşılan *sonucu*, demokratik meşruiyete dayandırılan itirazlar karşısında güçlü bir meşruiyet zemini oluşturmaktadır. Bu iki özellik, anayasa yargısının, çoğulcu özgürlükçü demokrasilerdeki varlık nedeni ve işlevini ortaya koymasına bakımından, içinde bulunduğumuz bu “olağanüstü” zamanlarda ayrıca önem taşır.

Kaynakça

- Altıparmak, Kerem (1996), “Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45 (1-4): 219-250.
- Arslan Öncü, Gülay (2011), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (İstanbul: Beta).
- Baker, Thomas ve Jerre Williams (2003), *Constitutional Analysis* (St. Paul: West Academic Publishing), Second Edition.
- Barron, Jerome A. ve C. Thomas Dienes (2005), *Constitutional Law* (Thomson-West).
- Choudhry, Sujit (2004), “The Lochner Era and Comparative Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, 2 (1): 1-55.
- Eskridge, William N. Jr. (2000), “Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition”, *McGeorge Law Review*, 31: 641-672.
- Eskridge, William N. Jr. (2002), *Gaylaw, Challenging the Apartheid of the Closet* (Massachusetts: Harvard University Press).
- Fallon, Richard H. (2004), *The Dynamic Constitution, An Introduction to American Constitutional Law* (New York: Cambridge University Press).

- Farrell, Robert C. (1999), "Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court From the 1971 Term Through *Romer v. Evans*", *Indiana Law Review*, 32 (2): 357-419.
- Gallup (2015), "Same-Sex Marriage Support Solidifies Above 50% in U.S.", 13 Mayıs 2015, <http://www.gallup.com/> (16.11.2016).
- Kanovitz, Jacqueline R. (2010), *Constitutional Law* (Anderson Publishing), Twelfth Edition.
- Oder, Bertil Emrah (2010), *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma* (İstanbul: Beta).
- Pascoe, Peggy (2009), *What Comes Naturally, Miscegenation Law and the Making of Race in America* (New York: Oxford University Press).
- Pew Research Center (2016), "Support Steady for Same-sex Marriage and Acceptance of Homosexuality", <http://www.pewresearch.org/> (16.11.2016).
- Pierceson, Jason (2005), *Courts, Liberalism and Rights, Gay Law and Politics in the United States and Canada* (Philadelphia: Temple University Press).
- Pinello, Daniel R. (2006), *America's Struggle for Same-Sex Marriage* (New York: Cambridge University Press).
- Roper Center (2014), "Public Opinion on Civil Rights: Reflections on the Civil Rights Act of 1964", <http://ropercenter.cornell.edu/> (16.11.2016).
- Stephens, Otis H. Jr ve John M. Scheb II (2008), *American Constitutional Law: Civil Rights and Liberties, Volume II* (Belmont: Thomson), Fourth Edition.
- Sullivan, E. Thomas ve Richard S. Frase (2009), *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions* (New York: Oxford University Press).
- Sullivan, E. Thomas ve Toni M. Massaro (2013) *The Arc of Due Process in American Constitutional Law* (New York: Oxford University Press).
- Tushnet, Mark (2015), *The Constitution of the United States of America, A Contextual Analysis* (Oxford: Hart Publishing).
- Wald, Kenneth D. ve James W. Button (1996), "The Politics of Gay Rights in American Communities: Explaining Antidiscrimination Ordinances and Policies", *American Journal of Political Science*, 40 (4) 1152-1178.
- Wolff, Tobias Barrington (1996), "Principled Silence: *Romer v. Evans*", *The Yale Law Journal*, 106 (1): 247-252.