

ULUSLARARASI HUKUKUN ANAYASAL YORUMDA KULLANIMI

Gerald L. NEUMAN*

*Çevirenler: Feyzan ÖZBAY**, Yasin BÜYÜK****

Uluslararası hukuk, Birleşik Devletler’de anayasanın yorumlanmasıyla ilgili değil midir? Bu nasıl olabilir? Anayasal yargıda uluslararası hukukun açık bir şekilde göz ardı edilmesine ilişkin argümanların altında abartılmış korkular yatmaktadır: yabancı hukukun hâkimiyetinin korkusu, yargı aktivizminin korkusu, bilinmeyen korkusu. İlgisizlik iddiası, uluslararası hukuku yargısal değerlendirmeden ayırmak ile yabancı kurumların anayasanın anlamını kontrol etmesine izin vermek arasındaki yanlış bir ayrıma dayanmaktadır. Daha makul bir bakış açısı, uluslararası hukukun anayasal yorumu geçmişte nasıl etkilediğini ve gelecekte nasıl kullanılması gerektiğini sorgulayabilir.

I. ANAYASAL YORUMUN KAYNAĞI OLARAK ULUSLARARASI HUKUK

Örnekler, uluslararası hukukun, anayasal yorumdan ayrı tutulmadığını ve tutulamayacağını açıkça göstermektedir. İlk olarak, ABD Anayasası’nın birçok maddesi uluslararası hukukun kurumlarına açık atıf yapmaktadır. Örneğin Anayasa, Kongre’ye “savaş ilan etme”, “silah kullanma ve misilleme” ve “devletler hukukuna karşı suçları belirleme” yetkilerini vermekte; Başkan’a “elçileri kabul etme” ve “anlaşma yapma” yetkilerini vermekte; yargının yetkisini de “elçilerin ve konsolosların” dahil olduğu davalara ve “yabancı devletlerin veya onlara tabi olan vatandaşların” dahil olduğu belli davalara kadar genişletmektedir. Tüm bu atıflar, anayasal metnin anlamı için özel bir çıkış noktası sağlamayan fakat onun

* (Herbert Wechsler Federal İçtihat Profesörü, Columbia Üniversitesi, Hukuk Fakültesi) Bu makale, aslı, Gerald L. Neuman, *The Uses of International Law in Constitutional Interpretation*, (2004), Cilt 98, ss.82-90’da yayınlanan makalenin çevirisidir. American Society of International Law’ın resmi izniyle çevrilmiştir. American Society of International Law çeviriden sorumlu değildir ve çevirinin, aslı ile uyumluluğunu onaylamaz.

** Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, feyzan.ozbay@medeniyet.edu.tr

*** Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, yasin.buyuk@medeniyet.edu.tr

açıklanması için önemli bir kaynak teşkil eden bir uluslararası hukuk geçmişinin arka planda olduğunu göstermektedir.

Uluslararası hukuka yapılan lafzi atıflar, aslında ilgili oldukları uluslararası normların tüm kurumlarını içermez ve bunları anayasal olarak bağlayıcı hale getirmez. Dolayısıyla, Anayasa'daki anlaşmalar ile ilgili hüküm, ne on sekizinci yüzyıl anlaşmalar hukukunu, Birleşik Devletler'i daimi olarak bağlayacak şekilde dondurmıştır ne de gelişen uluslararası anlaşmalar hukukunu zaman zaman ortaya çıktığı şekilde anayasal bir statü vermiştir. Daha ziyade, sağlıklı bir anayasal yorum, diğer anayasal ilke ve yapılarla, anlaşma yetkisinin ve anlaşmaların kapsamının ve etkisinin ABD anayasal sistemi içindeki yerinin belirlemeye yönelik modern uluslararası uygulamalardan türeyen anlayışı birleştirmektedir. Yirminci yüzyıldaki anlaşma yetkisi, Birleşik Devletler'in, on sekizinci yüzyılda tahayyül edilemeyen uluslararası organizasyonlar kurmasına ve bunlara katılmasına, uluslararası ortaklıkların kurulmasını kolaylaştıran uluslararası organizasyonlarla anlaşmalar yapmasına olanak sağlamıştır.

70

On dokuzuncu yüzyılın sonları ve yirminci yüzyılın başlarında, Amerikan İç Savaşı'nda Kuzey'in milliyet iddiasının doğrulanmasının ardından, Yüksek Mahkeme, ulusal egemenliğin için yetkilerinin detaylandırılmasını savunan uluslararası hukuk doktrinlerine ve yazarlara pek çok kez başvurmuştur¹. Mahkeme, bu için yetkilerin bazılarını, *listelenen yetkilerinin* yorumu olarak açıklamış, ancak diğerlerinin yapısal olarak *bağımsız yetkiler* olduğunu ima etmiştir. Bağımsız yetkiler, keşif veya işgal yoluyla yeni bir bölge elde etme yetkisini², yabancıların girişini ve ikametini kontrol yetkisini³ ve yurt dışında

¹ Genel olarak bkz. Sarah H. Cleveland, Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs, 81 TEX. L. REV. 1 (2002) (Bu tarihi eleştirel olarak incelemekte) Hakim George Sutherland, federal hükümete verilen anayasa üstü dış ilişkiler yetkisi için tarihsel ve kurumsal bir meşruiyet sunan, United States v. Curtis-Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1937) davasındaki görüşünde bu yorum tekniğini başka bir seviyeye yükseltti. Bu çok eleştirilen karar uluslararası hukuku anayasal yorumun diğer kaynaklarından ayırtmak konusunda fazla ileri gitmiştir.

² Jones v. United States, 137 U.S. 202, 212 (1890). Keşifle yapılan kazanımlar, sözleşmeyle veya fetihle yapılan kazanımlardan farklılık gösterir ki bunlar, listelenen yetkilerle benzerdir.

³ Chae Chan Ping v. United States, 130 U.S. 581, 604-05 (1889). (ülkeden çıkarmaya yönelik için yetkisini kabul ederek) Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698, 707-11 (1893) (sınırdışı etmeye yönelik için yetkisini kabul ederek). Mahkeme dış ticaret gibi tek tek listelenen yetkilerine dayanabilirdi,

ikamet eden vatandaşların geri dönmesini isteme yetkisini⁴ içermektedir. Bu argümanlar, Vattel gibi eski yazarlara dayandığı ölçüde, önceki uluslararası hukuk doktrinlerinin kurucularına suç atılması olarak yorumlanmaktadır; günümüzdeki yazarlara ve devlet uygulamalarının sonraki örneklerine dayanması halinde, zorunlu egemenlik yetkileri iddiası, kendi dönemlerinin uluslararası rejimlerine yönelik olmaktadır.

Listelenen yetkilerin bağımlıları olarak anlaşılan içkin egemen yetkiler, anlaşmayla koloni olarak elde edilen denizaşırı bölgeleri yönetme yetkisini⁵, askere alma yetkisini⁶, federal düzeyde kamulaştırma yetkisini⁷ ve hatta federal düzeyde kâğıt parayı tedavüle sokma yetkisini⁸ kapsamaktadır. Bu davaların bazılarında, hiçbir uluslararası yükümlülük ya da ilişki ifade edilmemiştir ve uluslararası hukuk uzmanları, çağdaş devletlere özgü kamu hukukunun genel ilkelerinin derleyicileri ve egemenlik teorisyenleri olarak, uluslararası hukukun samimi rehberleri olmalarından daha çok hizmet etmişlerdir. Böyle bir kullanım, uluslararası hukuku bir yorumlayıcı alet olarak kullanma ile yabancı hukukun uygulanması arasındaki ayrımı bulanıklaştırır, ancak devlet uygulama modellerinin uluslararası hukuk bulgularını sağladığı düşünüldüğünde bu iki kategorinin ayrılması oldukça zordur.

Yabancı hukuk, *Palko v. Connecticut* davasında⁹ çok defa örneklendirildiği üzere, İnsan Hakları Bildirgesi ile ek on dördüncü madde arasındaki ilişki üzerine yapılan tartışmalarda meşhur bir rol oynamıştır. Mahkemenin *Hurtado v. California* davasında vermiş olduğu karardan, yargı sürecinin uyarlanabilirliğini övmesiyle ilgili bir alıntı yapmak burada yararlı olabilir:

ancak bilerek daha geniş bir zemin belirlemiştir.

⁴ Blackmer v. United States, 284 U.S. 421, 437-38 (1932)

⁵ Downes v. Bidwell, 182 U.S. 244,306,310-11 (1901) (White,J., aynı yönde) Yetki aynı zamanda keşifle kazanılan karaya da uygulanmaktadır. A.g.e. s.306, açıkça bağımsızdır.

⁶ Arver v. United States, 245 U.S. 366, 378 & n.1 (1918) Vattel'in ışığında orduları kullanma yetkisi kurmaktadır ve diğer kaynaklarda olduğu gibi yabancı uygulamanın geniş araştırmasını yapmaktadır.

⁷ Kohl v. United States, 91 U.S. 367, 371-72 (1876) Kent ve Cooley yanında Vattel ve Bynkershoek'ten alıntı yapmıştır.) Mahkeme, federal hükümetin diğer yetkileri içerisinde onun kullanımı yasaklayarak öne çıkan baskın yetkiyi uzlaştırmıştır. A.g.e. s. 372; United States v. Gettysburg Elec. Ry., 160 U.S. 668, 679 (1896).

⁸ Juilliard v. Greenman, 110 U.S. 421,447-48 (1884); (Geçmiş ve çağdaş Avrupa pratiği ışığında borç para alma yetkisinin kapsamının değerlendirilmesi) Knox v. Lee, 79 U.S. (12 Wall.) 457, 556, 560 (1872) (Bradley,J., aynı görüşte) (egemenlikte içkin yetkilerin bulunması)

⁹ 302 U.S. 319,325-26 & n.3 (1937) (yargı sürecine uygun olarak savcının itirazının kabul edilmesi).

“Bizler, ortak hukukun kurumlarından ve ilkelerinden sadece gurur duysak da, diğer hukuk sistemlerinin geçerli olduğu topraklarda medeni adaletin fikir ve işleyişlerinin bilinmez olmadığını unutmamalıyız. Magna Carta’da, gelmiş geçmiş tüm sistemlerin en iyi fikirlerini dışarıda bırakan, kamusal hak ve hukuka ilişkin geniş bir düzenleme olarak yorumlanabilecek hiçbir şey yoktur. Adaletin her türlü kaynağından esinlenerek fikir almak ortak hukukun karakteristik özelliği olduğundan dolayı bizler onun kaynağını tükenmiş gibi zannetmemeliyiz.”¹⁰

Hakim Antonin Scalia’nın iddia ettiği gibi, yargı sürecinin yorumlanmasında yabancı hukukun rolü sadece negatif olsa bile –köktencilüğün ortaya çıkışını inkar etmek için¹¹–, bu yine de anayasal yorumda dış etkinin uygun olduğunu doğrulardı.

Ayrıca Yüksek Mahkeme, ek onüçüncü madde¹², ek onsekizinci madde¹³ ve (Harold Koh’un belirttiği gibi) ek sekizinci madde¹⁴ de dahil olmak üzere anayasadaki diğer ek maddelerin yorumlanmasında uluslararası ve yabancı kaynaklara başvurmuştur. Mahkeme, *MacKenzie v. Hare* davasında¹⁵, ulusal egemenlikteki içkin yetkilerin vatandaşlığın kaybedilmesini düzenleme yetkisini de kapsadığını hükme bağlamış olmasına rağmen, yarım asır sonra *Trop v. Dulles* davasından¹⁶ itibaren verdiği kararlarda bu gücü sınırlandırmıştır. *Trop*’taki çoğunluk, insafsız ve olağandışı bir cezalandırma anlamına gelen ceza olarak vatandaşlıktan çıkarmanın ek sekizinci maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu çoğunluk, vatandaşlıktan çıkarmayı, modern uluslararası anlayışlar

¹⁰ *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516,531 (1884) (yargılama süreciyle uyumlu olarak ithamdan ziyade bilgiyle adam öldürme soruşturmasının başlamasının kabul edilmesi)

¹¹ *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361, 369 n.1 (1989).

¹² *Robertson v. Baldwin*, 165 U.S. 275,283-86 (1897) (gemi adamlarının iş sözleşmelerindeki belirli bir yaptırımı destekleyen diğer ülkelerin tarihsel ve çağdaş uygulamalarından alıntı yapılması)

¹³ *Cunard S.S. v. Mellon*, 262 U.S. 100, 122-24 (1923) (Ek 18. maddenin uluslararası hukuk ışığında coğrafi kapsamının yorumlanması)

¹⁴ Harold Hongju Koh, *International Law as Part of Our Law*, 98 AJIL 43 (2004); ayrıca bkz. Joan F. Hartman, “Unusual” Punishment: The Domestic Effects of International Norms Restricting the Application of the Death Penalty, 52 U. CIN. L. REV. 655 (1983).

¹⁵ 239 U.S. 299, 311 (1915) (yabancı bir eşle evlenen kadının vatandaşlıktan isteğe bağlı olarak çıkmasını kabul edilmesi)

¹⁶ 356 U.S. 86 (1958); ayrıca bkz. *Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253 (1967); *Schneider v. Rusk*, 377 U.S. 163 (1964).

ışığında ele alarak, vatansızlık ile bağdaştırılan son derece önemli bir tehlikenin uyarısını yaparak, “demokrasilerin uluslararası topluluklarında hoşlanılmayan bir durum”¹⁷ olarak değerlendirmiştir. Hem uluslararası hem de yabancı ulusal kaynakları sorgulamıştır. İnsan onuru ilkesinin savaş sonrası uluslararası önemine karşılık olarak, “insan onurunu” ek sekizinci maddenin altında yatan terim olarak tanımlama açısından *Trop* fikri kayda değerdir¹⁸.

II. İNSAN HAKLARI VE ANAYASAL HAKLAR

Tıpkı hak temelli anayasacılığın yayılmasının yabancı anayasa hukuklarının karşılaştırmalı kullanılması imkânını artırdığı gibi, uluslararası insan hakları hukukunun savaş sonrası gelişimi de uluslararası hukuk ile anayasal yorumun etkileşim içinde olduğu alanı genişletmiştir. Bu demek değildir ki uluslararası insan hakları sözleşmeleri, ortak anayasal yorum yoluyla uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Aksine, sözleşmeler yasal olarak uygulanmayı gerektirir, fakat hangi yollarla uygulanacağını seçimini farklı ulusal hukuk sistemlerine bırakmıştır. Yürürlükte buldukları sürece sözleşmelerin kanun yoluyla uygulanması yeterlidir.

Her şeye rağmen, uluslararası insan hakları sisteminin ilerlemesi, diğer ülkelerde olduğu gibi Birleşik Devletler’de de anayasal yargılama şartlarını değiştirmiştir. Bireysel temel hakların korunması ve açıkça dile getirilmesi amacıyla iki pozitif hukuk sisteminin bir arada var olması, işbirliğiyle de çekişmeyle de sonuçlanabilir. Fakat kaçınılmaz olarak iki sistem de birbirini etkileyecektir.

Uluslararası insan hakları hukuku ile anayasal yorumun arasındaki ilişkiyi analiz ederken, yasal hakların üç farklı yönden birbirinden ayırt edilmesi yararlı olacaktır: karşılıklı rızaya dayanan, sürapozitif ve kurumsal özellikleri¹⁹. *Karşılıklı rızaya dayanan* yönü, hakkın temelini ilgili siyasi aktörlerin rızasına aksettirmektedir.

¹⁷ Trop, 356 U.S. at 102.

¹⁸ A.g.e 100; Bkz. Gerald L. Neuman, Human Dignity in United States Constitutional Law, in ZURAUTONOMIEDESINDI- VIDUUMS: LIBER AMICORUM SPIROS SIMITIS 249, 255-58 (Dieter Simon & Manfred Weiss eds., 2000).

¹⁹ Daha geniş tartışma için bkz. Gerald L. Neuman, Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance, 55 STAN. L. REV. 1863 (2003).

Süprapozitif yön, hak iddiasını, hakkın pozitif hukuktaki tecessümünden bağımsız olarak normatif tanımlanmasına yansıtılmaktadır. Hakkın *kurumsal* yönü ise, ilgili hukuk sistemi içinde uyumuna ve uygulanmasına olanak sağladığı şekilde yapısal hukuk kuralı olarak ifade edilmesini yansıtılmaktadır. Bu üç yön, ABD anayasa teorisi ile (her ne kadar burada kullanılan terminoloji aynı olmasa da) içli dışlıdır ve şu da iyi bilinir ki bunlar anayasal yorumu birbiriyle yarışır bir şekilde etkilemektedir. Aynı süreç uluslararası insan hakları sisteminde de işlemektedir.

Her ikisinin de ortak koruduğu bir hakka göre (ifade özgürlüğü veya adil yargılanma hakkı gibi) anayasal ve uluslararası sistemlerin yan yana koyulması, hakkın yorumlanmasında yarışan etkilerin olma ihtimalini katlamaktadır. Ulusal ve uluslararası topluluklar, bir hakkın farklı pozitif tecessümleri üzerinde anlaşmış olabilirler; veya bir hakkın bir sistemde kabul edilebilir bir şekilde yapılan yorumu, bir başka sistemde bu hakkın konsensüs yoluyla sınırlandırılmış çerçevesine aykırı düşebilir; veya bir sistemde kabul edilen faydacı kurumsal uzlaşmalar ve diğer benzer sistemlerde uygun olmayabilir.

Bazı durumlarda bu tarz farklılıklar, iki hukuk sistemindeki paralel güçlerin aynı normatif bir ilkeye pozitif bir kesin hüküm vermesinin beklendiği normal varyasyonları temsil eder. Diğer durumlarda bu farklılık, pozitif normlardan birisinin ciddi normatif eksikliğini ortaya koymaktadır. Normatif eleştiri iki yönde akıp gidebilir: ulusal anayasa hukukuyla mukayese, hakkın uluslararası alanda benimsenmiş versiyonunun yetersiz olduğunu göstermektedir; veya uluslararası insan hakları ile mukayese, hakkın anayasal versiyonunun normatif açıdan hatalı olduğunu göstermektedir. Uluslararası insan hakları hukukunun merkezi amacı, evrensel değerlere uymayan pozitif hukuk uygulamalarının doğruluğunu sorgulamaktır. Bu süprapozitif yönün ehemmiyeti, insan haklarını pozitif uluslararası hukukun diğer bir çok alanından ayırt etmektedir.

Diğer ülkeler uluslararası insan hakları standartları dürtüsüne cevaben kendi anayasal metodolojilerini çeşitli yollarla uyarladılar. Bazı ülkeler, Avusturya ve Arjantin de dâhil olmak üzere, taraf oldukları belirli insan hakları sözleşmelerini

doğrudan anayasalarına dâhil etmişlerdir²⁰. Diğerleri, İspanya, Kolombiya ve Romanya da dâhil olmak üzere, ulusal anayasal hakların, onayladıkları uluslararası sözleşmelere uygun olarak yorumlanmasına ilişkin anayasal hükümler kabul etmişlerdir²¹. Güney Afrika Anayasası, mahkemelerin insan hakları beyannamesini yorumlarken uluslararası standartları göz önüne almaları gerektiğini açıkça ifade etmektedir²².

Bu tarz anayasal düzenlemeler, konsensüs yoluyla, anayasal yorumun uluslararası insan hakları sistemiyle aynı hizaya sokulmasına hizmet etmektedir. Bunlar üstelik yapısal unsurlarla meşrulaştırılabilir. Yeni yeşeren demokrasilerde yeni anayasaların, anayasal haklarını daha oturmuş sistemlerin içtihatlarına bağlamaları, geçmiş örneklerden oluşan bir esas dayanak sağlar ve baskıcı yorumların olasılığını düşürür. Daha güçlü uyum mekanizmalarıyla (Avrupa'da olduğu gibi) insan hakları rejimlerine katılan daha olgun demokrasilerde bu tarz düzenlemeler, bireysel hakların hukuki açıdan korunmasındaki bütünlüğü ve işbirliğini geliştirmektedir. Hatırlanmalıdır ki; uluslararası insan hakları sözleşmeleri böyle yüksek düzeyde bir işbirliğini talep etmemektedir. İnsan haklarının anayasal yürürlüğünden ziyade kanun temelli uygulanması, haklar etkin bir şekilde uygulandığı sürece yeterli olacaktır. Sözleşmelerin anayasa ile ilgili esas ilgilendikleri nokta, anayasanın insan hakları ödevlerine uymayı engellememesi gerektiğidir²³.

²⁰ CONSTITUCION ARGENTINA Art. 75(22); THEO OHLINGER, VERFASSUNGSRECHT 23-25, 79 (4th ed. 1999) (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Avusturya'daki anayasal statüsünün tartışılması)

²¹ CONSTITUCION Art. 10(2) (İspanya); CONSTITUCION POLITICA Art 93(2) (Kolombiya.); CONSTITUTIA ROMANIE Art. 20(1).

²² S. AFR. CONST. 39 (1). Güney Afrika Anayasa Mahkemesi bu yönelimi, uluslararası insan hakları hukukunun, Avrupa ve Amerikalılar arası bölgesel sistemlerin imzalanmamış anlaşmaları ve kararları gibi Güney Afrika'yı bağlamadığını içeren bir şekilde yorumlamaktadır. Güney Afrika Cumhuriyeti Hükümeti v. Grootboom, 2001 (1) SALR 46, 63-64 (CC). Bu hüküm (talep edilmeksizin) mahkemeleri yabancı hukuku gözetmeleri için yetkilendirmektedir. (Örn: Birleşik Devletler anayasal doktrinleri)

²³ İnsan hakları sözleşmeleri genellikle kurtarma hükmü içerirler ki bunlar korunacak haklara daha avantaj sağlayan ulusal hükümleri zedelemek istemezler. Bkz. Örn. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Aralık 16, 1966, Art. 5(2), 999 UNTS 171.[bundan sonra ICCPR]; Neuman, dipnot 19, syf 1886-1887. Korunan hakların çatışabilme ihtimali ölçüsünde, bu kurtarma hükümleri tamamen yürürlüğe girmez. *Id.* Birleşik Devletler Senatosu genel olarak, sözleşme hakları ve anayasal haklar arasında ihtilaf çıkabilme ihtimaline, insan hakları sözleşmelerinin kabul edilmesini, anayasal hakların üstünlüğünü içermeleri şartına bağlayarak karşılık vermiştir.

Diğer ülkelerde, anayasa mahkemeleri uluslararası insan hakları normlarını anayasal hakları yorumlarken ihtiyari olarak nazara almaktadırlar. Örneğin, Alman Anayasa Mahkemesi, ki ulusal düzeyde güçlü ve uluslararası düzeyde de etkili bir ulusal mahkemedir, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin yorumunu, kendi ulusal anayasal haklarını yorumlarken, hakkın korunmasının sınırını daraltmayacağı ölçüde dikkate almaktadır²⁴. ABD'ye daha yakın olan Kanada Yüksek Mahkemesi uluslararası insan hakları hukukuna, Kanada için bağlayıcı olsun ya da olmasın, Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'ndaki hakların yorumlanması bakımından yol gösterici gerekçe olarak daha geniş bakmaktadır²⁵.

Şu anki şartlar altında, ABD Yüksek Mahkemesi'nin, anayasal yargıda insan haklarının uluslararası yorumunu dikkate almak için daha az nedeni var (hiç yok değil, ama çok daha az). Uzlaşma bağlamında, ABD Anayasası, diğer bazı 20. yy anayasalarından farklı olarak, haklarla ilgili hükümleri ile modern uluslararası insan hakları rejimin pozitif kanunları arasındaki işbirliği tercihini lafzi olarak ifade etmez. İnsan Hakları Bildirgesi, bireysel hakların doğal hukuk felsefesini yansıttığı ölçüde, evrensel ahlaki ilkelere uygun bir yorumlamayı da tercih edebilir, ancak pozitif insan hakları sözleşmeleri veya onların uluslararası yorumlamalarının böyle ilkeleri tam olarak kapsadığını ifade eden bir hüküm vermez. Anayasal yorumda kamu hukukunun genel ilkelerine eskiden beri alışılgelecek yapılan göndermeler, belirli insan hakları normlarının dikkate alınması konusunda uzlaşmacı bir destek de sağlayabilir. Bu nedenle, anayasal hakların yorumlanmasında uluslararası insan hakları, saf bir anayasal kaynak olarak oldukça zayıf kalmaktadır.

²⁴ Karar tarihi Mar. 26, 1987, BVerfGE 74, 358 (370); Paul Kirchhof, *Verfassungsrechtlicher und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergdnzung?* 21 *EUROPAISCHE GRUNDRICHTE ZEITSCHRIFT* 16, 31-32 (1994).

²⁵ Bkz. Gerard V. La Forest, *The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues*, 1996 *CAN. Y.B. INT'L L.* 89, 97-98; Suresh v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration), [2002] 1 *S.C.R.* 3, 31-32, 38; Ayrıca bkz. Karen Knop, *Here and There: International Law in Domestic Courts*, 32 *N.Y.U.J. INT'L L. & POL.* 50 (2000) (Uluslararası hukukun Kanada'da karşılaştırmalı olarak kullanılmasını savunuyor).

Kurumsal yönüne dönecek olursak, ABD'nin uluslararası insan hakları rejimlerine daha az yoğunlukta angaje olması son zamanlarda daha az kurumun koordinasyondan yararlanması nedeniyle olmaktadır. ABD, Avrupa Birliği'nde olduğu gibi bölgesel bir birlikteliğe ve uyumlulaştırma sürecine katılmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi bağlayıcı kararlar vermeye yetkili uluslararası mahkemesi olan bölgesel bir insan hakları rejimine de katılmamıştır (Özellikle ABD, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamamış, Amerika İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini de kabul etmemiştir). ABD, bağlayıcı karar verme yetkisi olmayan sözleşmesel yapıları bulunan küresel insan hakları sözleşmelerini onaylamıştır ve hatta o zaman da, bireysel başvuruları kabul eden prosedürleri kabul etmemiştir. Bazı insan hakları sözleşmelerini de, bunların doğrudan uygulanamayacakları şartını içeren çekinceyle onaylamıştır ve bu sayede sözleşmenin uygulanmasında yerel mahkemelerin rolünü sınırlamıştır²⁶. Bu sınırlı katılımın bir sonucu olarak da, ABD mahkemeleri insan haklarının uygulanmasına sınırlı olarak katılabilmektedirler ve uluslararası mahkemeler de Amerikan anayasal haklarının uygulanmasını cesaretlendirme noktasında daha az imkâna sahip olmuşlardır. Avrupa mahkemelerinden farklı olarak ABD Yüksek Mahkemesi, ülkenin onayladığı bir insan hakları sözleşmesinin kesin yorumunu çok nadir görmektedir. Aynı zamanda, anayasal bir hakla ilgili kendi yorumu ile insan haklarıyla ilgili uluslararası bir mahkemenin bağlayıcı yorumu arasında açık bir çelişkiyle karşılaşma olasılığı da düşüktür.

Ancak buna rağmen, uluslararası insan hakları normlarının dikkate alınması ve yorumlanması, ABD anayasal yargısına bazı olası kurumsal faydalar

²⁶ Bu bildirilerin yapıldığı ilgili sözleşmeler, İşkence ve Diğer Zalimane Gayrı-insani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı B.M. Sözleşmesi 136 CONG. REC. 36,194 (1990); Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 138 CONG. REC. 8068 (1992); Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, 140 CONG. REC. 14,326 (1994); Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Fahişeliği Ve Pornografisine İlişkin İhtiyari Protokolü 148 CONG. REC. S5717 (Haziran 18, 2002); ancak Mülteci Sözleşmesine İlişkin Protokol ile ilgili yapılmamıştır, 114 CONG. REC. 29,607 (1968); Soykırım Suçunun Önlenmesine ve. Cezalandırılmasına Dair Sözleşme, 132 CONG. REC. 2350 (1986); Sözleşmeye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusundaki İhtiyari Protokol, 148 CONG. REC. S5716 (Haziran 18, 2002). Senatonun insan hakları sözleşmelerine her zaman tek taraflı bir bildiriyle doğrudan uygulanabilirliği kaldırdığına ilişkin bir iddia yanlış olur. Böyle bildirilerin istenirliği ve bağlayıcılığı tartışılmaktadır, ancak kanaatimce bir sözleşme hükmünün ABD'de doğrudan uygulanabilmesini engelleyebilmektedirler.

sağlamaktadır. En önemli kurumsal yarar deneyseldir, öngörülen bir hükmün diğer hukuk sistemlerinde nasıl işlediğini gözlemek için var olan bir fırsattır. Böyle işlevsel karşılaştırmalardan çıkarılacak dersler sınırlıdır²⁷. Ancak oturulan yerden yapılacak spekülasyonlardan ziyade bilgilendirici olabilmektedir. Bilhassa, ABD için yeni olan sosyal ve teknolojik gelişmelerin insan haklarına yönelik sonuçları ile karşılaşan diğer bölgelerde belirli avantajlar doğabilir. Bazı hallerde en ikna edici işlevsel sonuç, belirli bir kuralın başka bir hukuk sisteminde, o sistemin ABD'den ayrılan özellikleri nedeniyle daha iyi çalışması olacaktır. Ancak bölgesel insan hakları rejimleri ve özellikle de evrensel insan hakları sistemi doktrinleri, yabancı hukuk sistemlerinin özgün karakterine daha az dayanmaktadır. Diğer durumlarda işlevsel sonuç şu olabilir; uzlaşmacı bir siyasi vaat içermesi veya bazı normatif varsayımları çok katı bir şekilde uygulama ihtimalinden dolayı, kuralın kendi bağlamında dahi işlerliği yoktur. Böyle karşılaştırmalar, hâlihazırda başka bir yerde uygulanmakta olan bir kuralın, ABD'de aynen ya da farklı şekilde uygulanabileceğini tespit etmek açısından aydınlatıcı olabilir.

Bunlara ilaveten derin kurumsal fayda, Yüksek Mahkeme'nin, gittikçe bağımsızlaşan dünyanın insan hakları mahkemeleri veya anayasa mahkemeleriyle normatif bir diyalog içerisine girip girmeyeceği ile ilgilidir. Yüksek Mahkeme, küresel toplumda bireysel haklar doktrinlerinin ve argümanlarının en prestijli kaynaklarından. Ancak, eğer mahkeme kendi hak kavramının istisnai özelliğinde ısrar ederse, onları nevi şahsına münhasır Amerikan değerleri olarak etiketleyip kendisini de lafza sıkı sıkıya bağlı ve 18. Yy kaynaklarının yorumuyla sınırlarsa, kendi etkisinin temellerini zayıflatacaktır. Dünyayı kendi Anayasamız için gereksiz olarak niteleyen hâkimler, kendi anayasamızı dünyaya gereksiz göstermektedir.²⁸ Bu şekilde kendi içine çekilme, sadece insan hakları sistemini zayıflatmayla kalmaz, aynı zamanda ABD Anayasasının değerlerinin ABD vatandaşları tarafından desteklenmesini de engeller. Uluslararası ticaret,

²⁷ Bkz. Mark Tushnet, The Possibilities of Comparative Constitutional Law, 108 YALE LJ. 1225, 1265-69 (1999).

²⁸ Bkz. Claire L'Heureux-Dube, The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court, 34 TULSA LJ. 15, 33-34, 37-39 (1998).

seyahat, iletişim ve kanunların uygulanışındaki işbirliğinin son derece yaygın ve muazzam bir şekilde yer aldığı dünyada, özgürlüklerin etkili bir şekilde uygulanması birden fazla ülkenin kanunlarının örtüşmesine bağlıdır.

Gerçeküstü bir bakış açısıyla, uluslararası insan hakları normlarının ve kararlarının yorumlayıcı değeri onların sağladıkları normatif anlayıştan kaynaklanır. Yorumlayıcı, hakkın (veya olayın özelliğinin) uluslararası algılanışının normatif düşüncelerden²⁹ ziyade aslında uzlaşmacı veya kurumsal faktörlere dayanıp dayanmadığını ve onun normatif esaslarının ABD Anayasal sisteminin temel esaslarıyla uyumlu olup olmadığını dikkatlice incelemelidir. Uluslararası insan hakları rejimi, devletleri, uygulamalarının meşruluğunu yeniden inceleme konusunda sınamaktadır. ABD’de böyle bir yeniden inceleme, yok olmak üzere olan tarihi şartların izlerini doktrinsel yapıların koruduğu yerlerde özellikle faydalı olabilir.

Eğer ABD’de anayasal değişikliklerin etik bir yönü yoksa ve sadece belirli 18.yy uygulamalarının yeniden üretilmesiyle oluşuyorsa, o zaman uluslararası insan haklarının gerçeküstü yönünün hiçbir katkısı olamaz. Ancak, ne yazık ki, çok az hâkim böylesine sert orijinal bir yöntem uygulamaktadır ve hiçbir hâkim bunu tutarlı olarak uygulamamaktadır. İnsan hakları hukukuyla normatif karşılaşmalar bu nedenle verimli olabilmektedir.

Gerçeküstü bir eleştiride kullanım için, uluslararası mahkemenin kararlarını destekleyen argümanlar, mahkemenin nihai kararı kadar önemlidir. Bu gözlem, pozitif insan hakları normlarına ve kararlarına yapılan atıfların neden bu kadar önemli olduğu sorusunu doğurabilir. Büyük bir olasılıkla, insan hakları kurumları tarafından ileri sürülen normatif argümanlar, filozoflar, sosyal aktivistler, politikacılar ve hukukçu akademisyenler tarafından da ileri sürülmüştür ve

²⁹ Örneğin, tasarruf hükümleri, bkz. yukarıda 23. not, pozitif sözleşme hükümlerinin bir insan hakkının tüm içeriğini ifade etmeyeceği ihtimalini yerleştirme girişimi. AİHM içtihatları “taksir marjı” denilen kurumsal bir doktrini içerir, ki bu doktrin, ulusal mercilerin sözleşmede öngörülen bir hakkın belirli şartlarda nasıl uygulanacağı konusundaki değerlendirmelerine değişik düzeylerde riayet etme hakkı tanır. Bkz. JACOBS AND WHITE, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 210-15 (Clare Ovey & Robin C. A. White eds., 3d ed. 2002); Neuman, bkz. yukarıda 19. not, 1884’te. Bunun bir sonucu olarak, mahkemenin ulusal uygulamayı insan hakları mücadelesine karşı tutan kararları, uygulamanın insan hakkıyla bağdaşması konusunda son kararı ifade etmez.

büyük bir ihtimalle, bu argümanların değişik biçimleri yurtdışında yapıldığı gibi ABD’de yapılmaktadır³⁰. Yeterince anlaşılır bir biçimde, mahkemeler bazen kullandıkları argümanların yabancı kaynakları konusunda takdir haklarını sessizlikten yana kullanmaktadırlar. Buna rağmen, mahkemeler kendi kendini savunmayı ya da geniş normatif spekülasyon denizinden alınmış olduğunu bildikleri bir iddiayı, düzen ve özgürlük iddiaları arasında bir denge kurmakla sorumlu tarafsız bir kuruma karşı ikna edici olduğu kanıtlanan bir iddiadan daha az dikkate alabilirler.

Uluslararası insan hakları kaynaklarından esinlenen normatif gerekçelendirme, anayasal yorumlama sürecinde etkili olmayacaktır. Buradan çıkarılan diğer normatif düşünceler ilgili olabilir, uzlaşmacı ve kurumsal etkenler de gündeme gelebilir. Mahkeme, bir hakkın normatif olarak zorunlu yorumunun anayasal düzeyde kabulünün benimsenemeyeceğine karar verebilir veya daha ziyade siyasi uygulamayı bekleyebilir. Şunu tekrar vurgulamak isterim ki, uluslararası insan hakları rejimi anayasal düzeyde bir uygulama aramamaktadır sadece uyumluluk aramaktadır.

Böylece Yüksek Mahkeme’nin uluslararası insan hakları norm ve kararlarını, anayasal hakların kıyaslanması hususlarında sağlayabilecekleri normatif ve işlevsel anlayışlar için inceleme nedeni vardır. Anayasal yorumu kesinlikle kontrol edemezler, ancak bilgilendirebilirler.

İnsan hakları sözleşmelerinin anayasal hakları yorumlarken yardımcı olarak kullanılması, Yüksek Mahkeme’nin Reid v. Covert kararında, sözleşme yetkilerinin anayasal hakları ihlal etmek için kullanılmayacağı yönünde güvence vermesiyle yüzeysel olarak çelişiyor görünebilir³¹. Bu görünüm daha yakından çözümlenmelidir. Sözleşmeyi yapanlar anayasal normları çiğneyemezler ve Yüksek Mahkeme’ye bir anayasal hükmü nasıl yorumlayacağı konusunda emir

³⁰ Bkz. Seth Kreimer, Invidious Comparisons: Some Cautionary Remarks on the Process of Constitutional Borrowing, 1 U. PA. J. CONST. L. 640, 647-48 (1999).

³¹ Reid v. Covert, 354 U.S. 1, 16-17 (1957) (Black, J.’nin çoğunlukçu görüşü); Ayrıca Bkz. Boos v. Barry, 485 U.S. 312, 324 (1988) (O’Connor, J.).

veremezler³². Ancak sözleşmeler, diğer mevzuatlar gibi, Mahkeme'nin anayasal yorumlama görevini yürüttüğü olgusal, kurumsal ve normatif çevrede bir değişime katkıda bulunabilir. Bundan kaynaklanan doktrinsel evrim, ABD anayasal tarihi için kaçınılmazdır. Reid v. Covert kararındaki ve o silsiledeki hiçbir şey, anayasa hukukunda sözleşme yapmanın dolaylı etkisini engellemez. Sözleşmeler ve bunlardan doğan içtihatlar, Mahkeme'nin anayasal normları çağdaş anlamda yorumlaması için yararlanabileceği veriler haline gelmektedir. Politik organlar da Mahkeme'nin, Anayasa'yı yorumlarken uluslararası veya yabancı hukuku izlemesini talep edemeyecekleri gibi, uluslararası veya yabancı hukuku gözetmesini de yasaklayamazlar.

Şu anki mevcut şartlar altında, Yüksek Mahkeme, insan hakları sözleşmeleri kapsamında ulusun pozitif uluslararası yükümlülüklerini yargısal olarak yerine getirmek amacıyla, diğer bazı anayasal mahkemelerin peşini takip ettikleri anayasal hakların yorumuna yönelik uygulama ile gerektiği gibi ilgilenmemektedir. Sözleşme normlarının pozitif etkisi, sağlayabilecekleri etik veya işlevsel anlayıştan farklıdır. İnsan hakları sözleşmeleri anayasal düzeyde uygulama gerektirmez ve ABD'nin hukuk sisteminde Kongre, bir sözleşmeyi uygulama ya da ihlal etme konusunda en nihai kontrole sahiptir. Sözleşmeye uymak için pozitif insan hakları standartlarını anayasal yorumlama olarak yerleştirmek, siyasi organların sözleşmeyi uygulamak için metot seçme yetkilerini kısıtlayacaktır ve mevcut anayasal anlayışlarla tutarlı olmayacaktır³³.

III. LAWRENCE KARARI

Bu evveliyatın aksine, Yüksek Mahkeme'nin *Lawrence v. Texas*³⁴ kararında insan hakları hukukuna başvurması daha ziyade uluslararası hukukun alçakgönüllü kullanımının anayasal yoruma yardımı görünümündedir. İlkın, Mahkeme'nin

³² Cf. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997) (14. Değişikliğin 5. Kısmı kapsamında Kongre'nin anayasal hakların anlamını değiştirme yetkisi olduğuna yönelik görüşü reddetmektedir).

³³ Güncel kelimesini tekrar ettim, zira bu anlayışlar anayasal yorumdan kaynaklanmakta ve anayasal değişikliğe veya ABD'nin gelecekte yaratmak için seçebileceği ulusötesi rejimler karşısında doktrinel evrime tabi olmaktadır.

³⁴ 123 S.Ct. 2472 (2003).

*Bowers v. Hardwick*³⁵ davasında daha önceki gerekçesinin değerlendirilmesinde, Hâkim Anthony Kennedy, Mahkeme'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Dudgeon* kararını görmezden geldiğini gözlemlemiştir³⁶. Bu karara dikkat edilmesi, Mahkeme Başkanı Warren Burger'in, fiili livata ilişkisinin batı medeniyeti değerlerine göre etik olmadığı iddiasını ve Hâkim Byron White'in aynı cinsten olan çiftlerin iradelerinin "düzenlenmiş özgürlük kavramında zaten yer aldığı" görüşünü ciddiye almayan tutumunu zayıflatabilirdi³⁷. İkinci olarak, *Bowers*'ın gerekçelerine diğer itirazları sıraladıktan sonra, Kennedy burada alıntı yapılacak kadar kısa olan şu kısmı eklemiştir:

"*Bowers*'ın, daha geniş bir medeniyetle paylaştığımız değerlere dayandığı ölçüde, *Bowers*'ın gerekçe ve kararının başka bir yerde reddedileceği belirtilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Bowers*'ı değil, *ama Dudgeon v. United Kingdom*'daki kendi kararını izledi. Diğer uluslar da yetişkinlerin iradi olarak fiili livata ilişkisine girme haklarının korunduğunu onaylayan biçimde hareket etmişlerdir (Bkz. Biref for Mary Robinson, et al. as Amici Curiae 11-12). Davacıların bu davada aradıkları hak, diğer bir çok ülkede insan özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmiştir. Bu ülkede kişisel seçimlerin sınırlandırılmasında devletin çıkarlarının bir şekilde daha meşru ya da üstün olduğunun bir belirtisi yoktur."³⁸

Özellikle *Lawrence*'da çoğunluk, bölgesel insan hakları hukukunu, diğer toplumlarda cinsel özgürlüğün korunmasının aynı cinsten olanların ilişkisini de kapsamı gereken kanıt olan bir yabancı hukuk olarak irdelediler. Mahkeme, aynı cinsten olanların ilişkisinin durumunu, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. Maddesince korunan "gizliliğin" bir şekli gibi veya Birleşmiş Milletler Uluslararası İnsan Hakları Komisyonu'nun³⁹ 17. maddesinin

³⁵ 478 U.S. 186 (1986).

³⁶ 123 S.Ct. at 2481 (*Dudgeon v. United Kingdom*'dan alıntı, 45 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1981) (Kuzey İrlanda'nın yetişkinlerde iradi fiili livata ilişkisini cezalandırmasının AİHS (4 Kasım 1950 de imzaya açılmıştır, 213 UNTS 221) m.8 kapsamında özel hayatın gizliliğine saygı ilkesini ihlal ettiğini kabul etmiştir.)

³⁷ *Lawrence*, 123 S.Ct. at 2481; *Bowers*, 478 U.S. at 196-97 (Burger, C.J., aynı fikirde); id. at 194 (White, J.) (bu görüşü iyimser olarak "en fazla patavatsız" diye tanımlamıştır.).

³⁸ 123 S.Ct. at 2483 (Alıntılar çıkarılmıştır.)

³⁹ ICCPR, dipnot 23, Art. 17. ABD, Uluslararası Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesine yönelik herhangi bir çekince koymadan sözleşmeyi onaylamıştır.

yorumunu, bu yorum mahkemenin dikkatine sunulmasına rağmen, açıkça incelememiştir⁴⁰. Mahkeme, en fazla ulusal hareketin bir örneği olarak Avustralya'nın, Komite'nin görüşleriyle uygunluğuna dolaylı olarak değinmiştir⁴¹. Mahkeme bu nedenle içeriğin veya sözleşme kapsamında Birleşik Devletler'in herhangi bir yükümlülüğünün ya da İnsan Hakları Komitesinin kararlarının ikna edici değerlerinin tartışmasından kaçınmıştır.

Mahkemenin yabancı verileri kullanması kurumsal olmaktan ziyade normatif görünmektedir⁴². Eşcinsel ilişkinin bir hak olarak diğer liberal demokrasilerde yaygın bir şekilde tanınması, Mahkeme'nin anayasal koruma sağlaması için kendi gerekçelerini güçlendirmiş ve mahkemenin kararının objektif niteliğini artırmıştır⁴³. Çoğunluk, geniş çaplı işlevsel bir analiz ileri sürmedi, sadece diğer ülkelerde olduğundan daha acil bir kamu yararının gösterilmemesine dikkat çektiler. Mahkeme, bilirkişinin eşcinsel ilişkinin suç olmaktan çıkarılmasının, ensest ve diğer türde cinsel istismarın suç olmasından çıkarılmasına kayacağı

⁴⁰ Brief for Mary Robinson et al., amici curiae, at 11-12 & nn.15, 16, Lawrence v. Texas, 123 S.Ct. 2472 (2003) (No. 02-102) [buradan sonra Brief], şuradan ulaşılabilir 2003 WL 164151 (Toonen v. Australia'den alıntı, Communication No. 488/ 1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994); Concluding Observations of the Human Rights Committee: United States of America, UN Doc. CCPR/C/79/Add.50; A/50/40 [para. 266-304], para. 287 (1995)).

⁴¹ Yukarıdaki 38. Notta değinilen mahkemenin bilirkişi raporunun ilk sayfalarını alıntılıdığı parça, diğer ülkelere (Kanada, Yeni Zelanda, İsrail ve Güney Afrika) dönmeden önce(sayfa 12'de) Toonen'de İnsan Hakları Komitesi'nin görüşlerine, Avustralya'nın cevabına ve İnsan Hakları Komitesi'nin ABD'nin fiili livata kanunlarına eleştirilerine işaret etmektedir.

⁴² Dudgeon kararının kendisi geniş bir şekilde ifade edilen sözleşme hakkının pozitifüstü yorumlanmasını ilk olarak ifade etmektedir. Kararın altında yatan rızai faktörler, AİHS'teki özel yaşamın ve aile hayatının gizliliğine saygı duyulmasının genelleştirilmiş korunmasının benimsenmesini ve yüksek standartlarda gerekçelerle ("demokratik bir toplumda gerekli olmayı" AİHM ölçülülükle ilgili yorumlamıştır.) bu hakkın korunmasını ve belki de Mahkemenin üye ülkelerin çoğunluğunun fiili livata ilişkisini suç olmaktan çıkarmasına yaptığı atfı içermektedir. (Dudgeon, dipnot 36, para. 60). Sözleşme eşcinselliğe yönelik özel bir düzenleme içermemektedir. Pozitifüstü etkenler şunları içermektedir: Mahkeme'nin rızai fiili livata ilişkisini istenen gerekçenin düzeyini yükselten "özel hayatın en fazla mahrem olduğu yönünü" (para. 52) kapsayan bir tanımı, Mahkemenin hoşgörü ve açık fikirlilik (para. 53) ile nitelendirilen demokratik toplumun olağan yorumunu ve Mahkemenin çağdaş olarak daha iyi algıya dayanan ve neticesinde eşcinsel davranışlara olan hoşgörünün artmasına dayanması. (para. 60). Ahlaki değerlerin korunması için daha geniş bir takdir marjını içeren ulusal düzenlemeler yapılması için mahkemenin çabalarını içeren kurumsal faktörler (para. 52),Kuzey İrlanda'daki hassas politik durum (para. 57-59); bu etkenler hükümete avantaj sağlasa da özel yaşama yapılan müdahalenin yoğunluğu daha önemli ve ağır basmaktadır.

⁴³ Cf Bowers v. Hardwick, 478 U.S. at 191 (Mahkeme'nin önemli adil yargılanma davalarında "kendini ve kamuyu güvence altına alma ihtiyacı için Anayasa'nın metninde kolaylıkla ayırt edilmeyen hakların ilan edilmesinin hâkimlerin kendi tercihi olan değerlerin empoze edilmesinden daha kapsamlı olduğunun" vurgulanması)

yönündeki hipotezinin aksini ispatlayan işlevsel iddiasını tekrar etmedi⁴⁴. Bunun yerine Hâkim Scalia'nın karşı görüşü, Kanada'daki güncel bir davayı ileri sürerek mahkemenin gerekçesinin aynı cinsten olanların evlenmeleri yönünde anayasal bir hakka yol açacağını göstererek alternatif işlevsel bir karşılaştırma sunmuştur⁴⁵. Ayrıca, çoğunluğun, inceleme standardının uygulanmasıyla ilgili biraz muğlak olan bu kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'sinin özel hayatın gizliliğine saygı hakkına yapılan müdahalenin meşrulaştırılmasını incelerken uyguladığı gibi bir yabancı doktrinsel çerçeveyi detaylı olarak alıntı yapmamış görünmektedir.

Lawrence kararı metotla ilgili birçok soruyu ucu açık olarak bırakmıştır. Birleşik Devletler için bağlayıcı olan uluslararası insan hakları normlarının kullanımıyla veya bu normların yorumuyla ilgili belirsizliğin çözümüyle veya Birleşik Devletler'in çekince koyduğu normların yorumlayıcı değerleriyle konuşmaz⁴⁶. Adalet Bakanlığı *Lawrence* davasına katılmadı ve bir insan hakkı normunun öneminin onun anayasal yorumda kullanımını nasıl etkileyebileceği konusunda yürütmenin nasıl bir tavır izleyeceği de ileride görülecektir.

SONUÇ

Lawrence kararı, anayasal yorumun karmaşık yargısının sadece bir unsuru olarak uluslararası hukukun uygun kullanımının yine başka bir örneğini vermektedir. Bu türden bir yargılama, yabancı yetkilerin Birleşik Devletler'e anayasa hukukunu emretmeleri konusunda veya siyasi aktörlerin İnsan Hakları Beyannamesi'nin içeriğini bir sözleşmeyi yürürlüğe sokarak manipüle etmeleri konusunda bir risk yaratmamaktadır. Uluslararası hukukun ve yabancılar hukukunun yorum araçları olarak onaylanması hâkimin takdir yetkisi için ulaşılabilir kaynakları artırabilir, ancak bunların kullanımının yasaklanması yargısal aktivizmin liberal veya muhafazakâr türünü engellemekte zorlanabilir.

⁴⁴ Brief, dipnot 40, 16-18'de.

⁴⁵ 123 S.Ct. at 2497-98 (Scalia,J., karşı görüşte)

⁴⁶ Bir sonraki noktada, tahminen, sözleşmeyi düzenleyenlerin pozitif hareketleri Mahkeme'nin uluslararası insan hakları normlarından normatif ve işlevsel algı çıkarımları yapmasını sırf yabancılar hukuku türü olarak engelleyemeyecektir. Mahkeme siyasi aktörlerin normdan ayrı görüşte olmalarının gerekçelerini de dikkate almalıdır.