

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Yapısının ve Yargıçlarının Atanma Usulünün Yüksek Mahkeme Kararları Üzerindeki Etkileri: Yargıç Anthony Kennedy'nin Belirleyici Oya Sahip Olduğu Seçilmiş Çarpıcı Davalar Işığında Gözlem ve Değerlendirmeler

Impact of the Structure of the U.S. Supreme Court and Appointment Procedure of the Justices on the Decisions Rendered: Observations and Considerations in the light of Selected Landmark Cases with Justice Anthony Kennedy having the Swing Vote

Türker ERTAŞ* 

Öz

Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeleri, Başkan tarafından aday gösterilmekte ve Senato'nun onayı üzerine atanmaktadır. Yüksek Mahkeme, kendi rızaları ile çekilmedikten veya emekli olmadıktan sonra yaşam boyu görev yapan dokuz üyeden meydana gelmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu yapısı göz önüne alındığında bilhassa Senato'nun ekseriyetinin desteğine sahip bir Başkanın kendi ideolojik ve felsefi görüşüne yakın bir yargıcı Yüksek Mahkeme üyeliği için aday olarak belirlenmesine çok sık rastlanılmaktadır. Cumhuriyetçi başkanlar ile Demokrat başkanların aday gösterip atadığı yargıçların profilleri üzerinden ortaya çıkan Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki muhafazakâr-liberal yargıç ayrımı bilhassa eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası, pozitif ayrımcılık gibi konulara ilişkin davalarda daha da belirginleşmektedir. Nitekim bu tip davalara ilişkin kararlarda muhafazakâr ve liberal yargıçlar blok olarak aynı safta yer almaktadır. Bu hususta Cumhuriyetçi Başkan Ronald Reagan tarafından aday gösterilmesine ve görece muhafazakâr kimliği ile tanınmasına rağmen Anthony Kennedy eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılığa ilişkin konuları ihtiva eden davalarda liberal yargıçların yanında yer alarak Yüksek Mahkeme'nin önemli kararlara imza atmasına vesile olmuştur. Merkez yargıç Anthony Kennedy'nin beklenmedik emekliliği ise Yüksek Mahkeme'deki Yüksek Mahkeme'nin merkez yargıcını kaybetmesi sonucunu doğurarak Mahkeme'deki muhafazakâr-liberal yargıç dengesini değiştirmiştir. Hatta yakın tarihte Yüksek Yargıç Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı ve yerine Amy Coney Barrett'in atanması ile Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde sadece üç liberal Yüksek yargıç kalmıştır. Bununla birlikte Anthony Kennedy'nin belirleyici oya sahip olduğu eşcinsel evlilik, kürtaj, idam ve pozitif ayrımcılık konularına ilişkin Yüksek Mahkeme kararları Amerikan anayasal düzeni ve Birleşik Devletler Haklar Bildirgesi'nin kapsamı açısından dönüm noktası niteliğinde olmuştur. Yine Anthony Kennedy'nin merkez yargıçlığının yansımaları olan bu davalar Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki liberal yargıç-muhafazakâr yargıç yelpazesinin ve merkez yargıç profilinin gözler önüne serilmesi açısından da önem taşımaktadır.

* Arş. Gör. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, turker.ertas@deu.edu.tr

Anahtar Kelimeler: Amerikan Yüksek Mahkemesi, Amerikan Senatosu, Liberal Yargıç, Muhafazakâr Yargıç, Merkez/Medyan Yargıç, Belirleyici Oy, Anthony Kennedy, Donald Trump

Abstract

Members of the Supreme Court of the United are nominated by the President of the United States and appointed upon the conformation of the Senate. The U.S. Supreme Court consists of nine members who are appointed for life unless they resign or retire. Taking structural considerations into account, it is quite common for a U.S. president who has the support of the majority of the Senate to be inclined to nominate a justice who has similar ideological and philosophical beliefs to her/him. The conservative-liberal divide among the Supreme Court justices is result of their profiles as they are nominated and appointed either by a Republican president or a Democratic president respectively and becomes evident when cases regarding same-sex marriage, abortion, capital punishment and affirmative action are decided. Conservative and liberal justices at the Supreme Court side as a bloc in decisions belonging to this type of cases. Although nominated by the Republican President Ronald Reagan and known for his relatively conservative profile, Anthony Kennedy sided not with conservative justices but rather with those belonging to the liberal wing of the Supreme Court in cases regarding same-sex marriage, abortion, capital punishment and affirmative action as he had the swing vote. Thus, he caused such cases to lead to landmark decisions in this regard. The sudden retirement of Anthony Kennedy shifted the conservative-liberal balance within the Court. Recently, the death of the Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg and the appointment of Amy Barrett Coney as her successor has left only three liberal justices at the Court. Nevertheless, the Supreme Court decisions regarding same-sex marriage, abortion, capital punishment and affirmative action with Justice Anthony Kennedy, who represented the swing vote, has become the landmark cases as to American constitutional order and the scope of the U.S. Bill of Rights. Additionally, these cases reflect the median profile of Anthony Kennedy have great importance as to exposing the political spectrum represented by liberal-conservative justices as well as the one median justice at the Court.

Keywords: Supreme Court of the United States, the U.S. Senate, Liberal Justice, Conservative Justice, Median Justice, Anthony Kennedy, Swing Vote, Donald Trump

GİRİŞ

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin o dönem görevini sürdürmekte olan dokuz yargıcı arasında en uzun süredir görev yapan üyesi Anthony Kennedy, Amerikan Başkanı Donald Trump'a hitaben kaleme aldığı 27 Haziran 2018 tarihli dilekçesinde 31 Temmuz 2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere emekli olduğunu veya Yüksek Mahkeme üyeliğinden çekildiğini belirtmiştir¹. Bunun üzerine Başkan Trump, Yargıç Kennedy'nin görevden ayrılması ile boşalan Yüksek Mahkeme üyeliği için 9 Temmuz 2018 tarihinde District of Columbia Temyiz Mahkemesi Yargıcı Brett Kavanaugh'u aday göstermiştir². Amerikan Senatosu Yargıç Kavanaugh'un adaylığını 6 Ekim 2018 tarihinde 48'e

1 Anthony Kennedy'nin emeklilik/görevden ayrılma dilekçesi için bkz. https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/Letter_to_the_President_June27.pdf, (19.11.2018). Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçları on sene görev yapmış olmak kaydıyla 70 yaşından itibaren, on beş sene göre yapmış olmak kaydıyla ise 65 yaşından itibaren emekli olarak görevde iken aldıkları en yüksek maaşlarını almaya devam etme hakkına sahip olmaktadır. Bununla birlikte bu husus emeklilik veya görevden ayrılma akabindeki maaş açısından özellik arz etmekte olup Yüksek Mahkeme yargıçları diledikleri zaman görevlerinden ayrılabilirler. Bkz. Robert Longley, "US Supreme Court Retirement Benefits", **Thought.co**, 4 February 2020, <https://www.thoughtco.com/us-supreme-court-retirement-benefits-3322414>, (19.10.2020).

2 Bkz. Mark Landler and Maggie Haberman, "Brett Kavanaugh is Trump's Pick for Supreme Court", **The New York Times**, 9 July 2018, <https://www.nytimes.com/2018/07/09/us/politics/brett-kavanaugh-supreme-court.html> (19.11.2018).

karşı 50 oy ile onaylamış ve Brett Kavanaugh, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 114. üyesi olarak görevine başlamıştır³. Yargıç Kennedy, Cumhuriyetçi Parti mensubu olan Başkan Ronald Reagan tarafından atanmasına ve görece muhafazakâr kimliği ile anılmasına rağmen birtakım kritik davalarda Demokrat başkanlar tarafından atanan ve liberal kimlikleri ile ön plana çıkan yargıçlarla aynı safta yer almış ve belirleyici oyun sahibi olmuştur. Yargıç Kennedy'nin Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki görevinden ayrılması Yüksek Mahkeme'nin toplumsal ve siyasi açıdan ihtilaflı olan davalarda liberal tutumu ile bilinen merkez yargıcını kaybetmesi sonucunu doğurmuştur. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin kürtajdan eşcinsel evliliklere, idam cezasından pozitif ayrımcılığa kadar son dönemde benimsediği içtihatlarında Anthony Kennedy'nin belirleyici oyları etkili olmuştur⁴.

Yüksek Mahkeme'nin liberal kanadında yer alan Ruth Bader Ginsburg'ün Eylül ayında vefat etmesi ve Ginsburg'ün vefatı ile boşalan üyelğe Başkanlık Seçimleri öncesinde muhafazakâr felsefi görüşü ile bilinen Amy Coney Barrett'in atanması ile Yüksek Mahkeme'deki muhafazakâr yargıç sayısı altıya yükselmiştir. Bu husus pek tabii ki Yüksek Mahkeme'nin eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık gibi konulardaki içtihadını değiştirme ihtimalini güçlendirmiştir. Bununla birlikte aşağıda da değineceğimiz üzere esasen muhafazakâr felsefi görüşü ile bilinen Baş Yargıç John Roberts'ın Yüksek Mahkeme'nin bahsettiğimiz konulara ilişkin son dönemde benimsediği içtihatları *stare decisis* ilkesi gereğince destekleme eğilimi söz konusudur. Bu açıdan Yüksek Mahkeme'nin liberal-muhafazakâr yelpazesinin günümüzde 3⁵-1⁶-5⁷ şeklinde olduğunu ve Anthony Kennedy'nin emekliliğinin Yüksek Mahkeme'nin yukarıda belirtilen konulara ilişkin içtihadını güncel olarak da etkileyebilecek nitelikte olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Baş Yargıç Roberts'ın *stare decisis* ilkesini gerekçe göstererek esasen karşı oy kullandığı Yüksek Mahkeme'nin son dönem içtihatlarını devam ettirme eğiliminde olması durumunda Kennedy'nin emekliliğinin Yüksek Mahkeme'nin ilgili içtihatlarına etkisi günümüzde de devam edecektir. Başka bir ifadeyle Anthony Kennedy emekli olmasa idi Ruth Bader Ginsburg'ün vefatının Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin son dönem benimsediği liberal karakterli içtihatları etkileme potansiyeli çok daha az olurdu. Yine 2020 Başkanlık Seçimleri'ni Joe Biden'ın kazanması karşısında Biden'ın başkanlık dönemi içerisinde Yüksek Mahkeme yargıcı atama ihtimali bulunmaktadır. Bu husus Yüksek Mahkeme'deki liberal-muhafazakâr yargıç dağılımına etki edecek niteliğe sahiptir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Anthony Kennedy'nin Yüksek Mahkeme'nin liberal kanadı ile aynı safta yer alarak belirleyici oyuyla alınmış eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası, pozitif ayrımcılık gibi konulara ilişkin kararlar günümüzde geçerliliğini korumaktadır.

Çalışma esas olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yapısı, üyelerinin atanma usulü, üye belirlenme sürecinin kurumsal ve anayasal yansımaları ile Anthony Kennedy'nin belirleyici oya sahip olduğu ve halen güncelliğini koruyan eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık konularındaki

3 Bkz. Sheryl Gay Stolberg, "Kavanaugh is Sworn in After Close Confirmation Vote in Senate", **The New York Times**, 6 October 2018, <https://www.nytimes.com/2018/10/06/us/politics/brett-kavanaugh-supreme-court.html>, (19.11.2018).

4 Bkz. Dylan Matthews, "America under Brett Kavanaugh", **Vox**, 5 October 2018, <https://www.vox.com/2018/7/11/17555974/brett-kavanaugh-anthony-kennedy-supreme-court-transform>, (19.11.2018).

5 Sonia Sotomayor, Elena Kagan, Stephen Breyer

6 John Roberts

7 Clarence Thomas, Samuel Alito, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh, Amy Coney Barrett

seçilmiş davaların ışığında Yüksek Mahkeme'deki liberal-muhafazakâr yargıç bloğunun ve dönemseller olarak ortaya çıkabilen merkez/medyan yargıç profilinin irdelenmesine ilişkindir. Nitekim ekseriyeti liberal yargıçlardan oluşan bir Amerikan Yüksek Mahkemesi ile muhafazakâr yargıçlardan oluşan bir Amerikan Yüksek Mahkemesi toplumsal ve siyasi açıdan ihtilafli olan benzer meselelere ilişkin farklı içtihatlar benimseyebilir. Çalışma aynı zamanda bu hususun gözler önüne serilmesini amaçlamaktadır. Yine aşağıda da belirteceğimiz üzere Richard Nixon döneminden beri liberal yargıçların çoğunlukta olmadığı Amerikan Yüksek Mahkemesi yakın tarihte eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık konularına ilişkin liberal karakteri haiz kararlara imza atmıştır. Amerikan anayasal düzeni açısından milat niteliğinde olan ilgili içtihatlar varlıklarını Anthony Kennedy'ye, daha doğrusu onun belirleyici oylarına borçludur. Bu bağlamda çalışma Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin toplumsal ve siyasi açıdan ihtilafli ve ideolojik boyutu olan konulara ilişkin son dönemde almış olduğu kararlarda Anthony Kennedy'nin rolünü ve önemini ortaya koymayı da amaçlamaktadır. Yine Anthony Kennedy'nin emekliliği sonrası Yüksek Mahkeme'nin oluşumunda meydana gelen gelişmeler ve bunun anayasal sonuçları da çalışmada ele alınacaktır.

I. AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN YAPISI VE YÜKSEK MAHKEME YARGIÇLARININ BELİRLENME SÜRECİNİN POLİTİK NİTELİĞİ

A. AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN YAPISI VE ANAYASAL DÜZEN İÇERİSİNDEKİ KONUMU

1. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Yapısı ve Yüksek Mahkeme Yargıçlarının Atanma Usulü

Amerikan federal yargı sisteminin en üst basamağında bulunan Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin varlığı, anayasal düzeyde güvence altına alınmıştır. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nin günümüzde yürürlükte olan 1787 Anayasası'nın III. maddesinin 1. bölümü, "*Birleşik Devletlerin yargı yetkisi Yüksek Mahkeme'ye ve Kongre'nin muhtelif zamanlarda kuracağı ve atayacağı alt derece mahkemelerine verilmiştir*"⁸. ifadesine yer vermektedir⁹. Nitekim bu hüküm uyarınca Amerikan Kongresi¹⁰, kanunlar aracılığıyla federal mahkemeler ve bölgesel düzeyde temyiz mahkemeleri kurabilir¹¹. Bununla birlikte az önce de belirttiğimiz gibi Amerikan Yüksek Mahkemesi ise anayasal düzeyde bir statüyü haizdir. Başka bir ifadeyle Amerikan Anayasası bir Yüksek Mahkeme'nin varlığını

8 Yazar çalışmada belirtilen Amerikan Anayasası'nın ilgili hükümlerinin, Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarının ve mevzuat hükümlerinin çevirisini bizzat kendisi yapmıştır.

9 Hemen belirtelim 1787 Amerikan Anayasası 4 Mart 1789 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Amerikan Anayasası'nın tam metni için bkz. U.S. Constitution, <https://www.law.cornell.edu/constitution/index.html>, (23.01.2019).

10 Amerikan Kongresi, üst kanat olarak bilinen Senato ile alt kanat olarak bilinen Temsilciler Meclisi'nden oluşmaktadır. Kongre nezdinde eyaletlerin temsil edildiği Senato'nun 100 üyesi bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle her eyaletin 2 senatörü vardır. Amerikan halkının temsil edildiği Temsilciler Meclisi'nin ise 435 üyesi vardır. Temsilci sayıları eyaletlerin nüfuslarına göre ve yine eyalet bazında belirlenir. Örneğin yaklaşık 700 bin ikamet edeni bulunan Alaska'nın 1, 40 milyon yaşayarı bulunan Kaliforniya'nın 53 temsilcisi vardır.

11 Jenny S. Martinez, "Horizontal Structure" *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Ed. Michel Rosenfeld and Andras Sajó), Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 568.

zorunlu kılmakla birlikte daha düşük seviyedeki federal mahkemelerin kurulması konusunda Kongre'ye bir takdir yetkisi bırakmıştır¹².

ABD'de Yüksek Mahkeme yargıçları da dâhil olmak üzere federal yargıçlar Amerikan Başkanı'nın önerisi ve Amerikan Kongresi'nin üst kanadı olan Senato'nun onayı ile atanmaktadır¹³. Amerikan Anayasası'nın II. maddesinin 2. bölümünün ikinci fıkrası “*Başkan... Yüksek Mahkeme yargıçları ile işbu Anayasa tarafından öngörülmemeyen, kanunlarla kurulacak Birleşik Devletler makamları için bütün görevlileri önerir ve Senato'nun tavsiye ve onayı ile bunların atamalarını yapar.*” hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere Amerikan Anayasası, Yüksek Mahkeme yargıçlarının nitelikleri üzerinde herhangi bir koşul öngörmemekte olup bir kişinin Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne atanması için gerekli olan şart başkan tarafından aday gösterilerek Senato'daki çoğunluk oyu tarafından onaylanmaktadır¹⁴.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin dokuz üyesi bulunmaktadır. Amerikan Anayasası, Yüksek Mahkeme yargıçlarının sayısı ile ilgili herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bu sebeple Yüksek Mahkeme üye sayısı Kongre tarafından belirlenebilir. Bununla birlikte bu sayıya 1870'ten beri dokunulmamıştır¹⁵. Nitekim Kongre 1869 senesinde çıkardığı *Judiciary Act of 1869*¹⁶'ın 1. bölümünde Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bir baş yargıç ve sekiz üyeden meydana geleceğini hükme bağlamıştır¹⁷. Amerikan Yüksek Mahkeme yargıçları iyi halleri devam ettiği sürece yaşam

12 Mark Tushnet, **The Constitution of the United States of America**, 2nd Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, s. 121; Louis Fisher ve Katy J. Harriger, **American Constitutional Law**, 11th Edition, Carolina Academic Press, Durham/North Carolina, 2016, s. 110; Nitekim Amerikan Kongresi 1789 yılında kabul edilen *First Judiciary Act* ile Yüksek Mahkeme'den daha düşük seviyedeki federal mahkemeleri oluşturmuştur. Tushnet, s. 121.

13 Aalt Willem Heringa, **Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law**, 5th Edition, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2019, s. 248; Tushnet, s. 125; Fisher ve Harriger, s. 117; Martinez, s. 568.

14 Vicki C. Jackson ve Mark Tushnet, **Comparative Constitutional Law**, 2nd Edition, Foundation Press, New York, 2006, s. 501. Amerikan Senatosu anayasal düzlemde sahip olduğu federal yargıçların atanması konusunda Amerikan başkanına tavsiye verme yetkisini resmî olarak kullanmamakta, bununla birlikte yaygın olarak resmî olmayan yollardan başkana tavsiyede bulunabilmektedir. Tushnet, s. 215.

15 Jackson ve Tushnet, s. 501. Bununla birlikte 19. yüzyıl boyunca Yüksek Mahkeme yargıçlarının sayısında bir dalgalanma yaşandığını söylersek yanlış yapmış olmayız. Bunun sebebi Yüksek Mahkeme'den bir alt seviyedeki temyiz mahkemelerinin (U.S. Court of Appeals) her birinin yargı yetkilerini kapsayan yeni çevrelerin (circuit) oluşturulmasıdır. Nitekim yeni bir yargısal çevrenin oluşturulmasını müteakip 1807 senesinde Yüksek Mahkeme'ye yedinci üye eklenmiştir. Birleşik Devletler'in topraklarını Pasifik'e doğru genişletmesinin yansımalarından birisi olarak 1837 senesinde Yüksek Mahkeme'nin üye sayısı dokuzaya yükseltilmiştir. Amerikan Federal Yargı Sistemi'ne Pacific Circuit'in eklenmesiyle birlikte Yüksek Mahkeme'nin üye sayısı on olmuştur Üç sene sonra ise Kongre Yüksek Mahkeme üye sayısını yediye düşürmüştü ancak hâlihazırda görev yapan yargıçların sayısı hiçbir zaman sekize düşmemiştir. Fisher ve Harriger, s. 111.

16 Bu kanun Circuit Judges Act of 1869 olarak da bilinmektedir.

17 İlgili hüküm için bkz. <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=016/llsl016.db&recNum=79>, (30.01.2019). *Judiciary Act of 1789*, bir baş yargıç ve beş üye yargıçtan oluşan bir Yüksek Mahkeme öngörmüştür. İlgili Kanun Birleşik Devletleri, her birine bir federal yargıç gelecek şekilde on üç bölgeye (districts) ve temyiz davalarına bakmakla görevli olan doğu, orta ve güney şeklinde üç adet çevreye (circuit) ayırmıştır. Bu belirtilen çevrelerde örgütlenmiş mahkemeler (circuit courts) her bir bölgede senede iki kez toplanmaktaydı ve Yüksek Mahkeme'de görev yapan iki yargıç ve ilgili çevreden bir bölge yargıcından oluşmaktaydı. Üç çevreye altı Yüksek Mahkeme yargıcının düşmesi sonucunda her bir Yüksek Mahkeme yargıcı, çevresi içerisinde seyahat ederek temyiz başvurularına bakmakta ve tabiri caizse bir çevreyi gezmekteydi. 1793 senesinde Kongre, her bir çevrede iki yerine bir Yüksek Mahkeme yargıcının görev almasını içeren değişikliği kabul etti. Buna göre artık her bir Yüksek Mahkeme yargıcı sorumlu olduğu çevresini senede bir kez ziyaret edecekti. Judiciary Act of 1801 ise ülkeyi altı çevreye böldü ve on altı adet çevre yargıcı (circuit judge) oluşturarak Yüksek Mahkeme yargıçlarının çevreleri gezmesi usulüne son verdi. Fisher ve Harriger, s. 110-111.

boyu görev yaparlar ve sadece *impeachment* (suçlandırma) usulü ile görevlerinden alınabilirler¹⁸. Bu hususta Yüksek Mahkeme üyelerini suçlandırma yetkisi Temsilciler Meclisi'nde, suçlandırma üzerine yargılama ve suçlu bulma yetkisi ise Senato'dadır¹⁹. Günümüze değin *impeachment* aracılığıyla hiçbir Yüksek Mahkeme yargıcının görevine son verilmemiştir²⁰.

2. Amerikan Yüksek Mahkemesi Yargıçlarının Belirlenme Süreci

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçları, başkanın önerisi ve Senato'nun onayı üzerine atanmaktadır. Yine ilgili Anayasa hükmünden anlaşılacağı üzere yargıcın atamasını yapan kişi de başkandır. Bununla birlikte atanma sürecinin tamamlanması için başkanın teklif ederek atanması yönünde irade gösterdiği kişinin Senato tarafından onaylanması zorunludur. Başkanın önerdiği adayların Senato tarafından onaylanması hususunda anayasal düzeyde kayda değer herhangi bir zorunluluk veya şart bulunmamaktadır²¹.

Amerikan yürütme organının Yüksek Mahkeme yargıçları ve diğer federal yargıçların atanmasında aday belirleme süreci Adalet Bakanlığı ve Başkanın İdare Ofisi tarafından birlikte idare edilmektedir²². Bu durum ise mahiyeti gereği bir iş bölümünü de beraberinde getirmekte olup Adalet Bakanlığı adayların hukuki felsefeleri de dâhil olmak üzere yeterliliğine odaklanırken Beyaz Saray ise atamanın politik boyutlarını ve sonuçlarını ele almaktadır²³. Bu hususta Amerikan başkanının belirli hukuki felsefelere sahip yargıçların atanmasının politik bir fayda sağlayacağını düşünmesi durumunda bu iki birimin koordineli çalışması pek de uzak bir ihtimal değildir²⁴.

Amerikan Barolar Birliği (*American Bar Association*), federal yargıçların ve Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının aday belirleme ve atanma sürecine müdahil olmaktadır²⁵. Amerikan Barolar Birliği, üyeliği gönüllülük esasına dayanan ve millî düzeyde avukatların temsil edildiği en üst düzey

18 Heringa, s. 248; Tushnet, s. 139; Jackson ve Tushnet, s. 501; Martinez, s. 568. Aslında bu husus tüm federal yargıçlar için geçerlidir. Nitekim Amerikan Anayasası'nın III. maddesinin 1. bölümü uyarınca “*Yüksek Mahkeme ve alt derece mahkeme yargıçları iyi halleri sürdüğü sürece görevde kalır...*” Yine Anayasa'nın II. maddesinin 4. bölümü uyarınca, “*Başkan, Başkan Yardımcısı ve Birleşik Devletler'in tüm kamu görevlileri vatana ihanet, rüşvet, diğer ağır suçlar ve görevi kötüye kullanmakla suçlandırılır ve mahkûm olurlarsa görevlerine son verilir.*”

19 Amerikan Anayasası'nın I. maddesinin 2. bölümünün beşinci fıkrası uyarınca “*Temsilciler Meclisi, ... suçlandırma (impeachment) yetkisini elinde bulundurur.*” Anayasa'nın I. maddesinin 3. bölümünün altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca ise: “*Senato, yapılan tüm suçlandırmaları (impeachments) yargılama yetkisini haizdir. Bu amaçla toplandıklarında senatörler yemin ederler ya da yemin yerine geçen beyanda bulunurlar. Amerika Birleşik Devletler Başkanı yargılandığında, Yüksek Mahkeme Başkanı oturuma başkanlık eder ve hiç kimse mevcut senatörlerin üçte ikisinin oyu olmaksızın suçlu bulunamaz. Suçlandırma (impeachment) yargılamalarındaki karar; görevden alma ile Birleşik Devletler nezdinde güven, itibar ve kazanç gerektiren, gönüllü veya ücretli bir görevden men etmekten öteye gidemez. Bununla birlikte hüküm giyen tarafın iddianameye, davaya, yargılamaya ve cezaya maruz kalması kanun uyarınca söz konusu olabilir.*”

20 Jackson ve Tushnet, s. 501.

21 Henry Paul Monaghan, “The Confirmation Process: Law or Politics?,” *Harvard Law Review*, Vol. 101, No. 6, April 1988, https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/785/, (24.01.2020), s. 1203.

22 Tushnet, s. 125.

23 Tushnet, s. 125-126.

24 Tushnet, s. 126.

25 Tushnet, s. 126; Fisher ve Harriger, s. 117.

meslek kuruluşudur²⁶. Amerikan başkanının Yüksek Mahkeme üyeliği için belirlediği aday Senato'ya sunulmadan önce mesleki yeterlilik açısından Amerikan Barolar Birliği'nin değerlendirmesine tabi tutulmaktadır²⁷. Bu hususta Amerikan Barolar Birliği, başkan tarafından önerilen federal yargıç adayına *well qualified* (nitelikli), *qualified* (yeterli) ya da *not qualified* (yeterli değil) notlarından birisini vermektedir²⁸.

20. yüzyılın son dönemlerinde Cumhuriyetçi başkanlar Amerikan Barolar Birliği'nin federal yargıçların atanma sürecindeki rolünü sorgulamaya başlamışlardır. Bu hoşnutsuzluğun altında yatan sebep olarak Amerikan Barolar Birliği üyeliğinin gittikçe liberal bir hüviyete bürünmesi, Amerikan Barolar Birliği'nin yaptığı değerlendirmelerin de liyakatten ziyade üyelerin siyasi görüşüne dayanması gösterilmiştir²⁹. Hatta 2001 senesinde Başkan George W. Bush idaresindeki Beyaz Saray, yargıç adayları hakkında Amerikan Barolar Birliği'nin değerlendirmesine artık başvurulmayacağını açıklamıştır³⁰. Barack Obama döneminde ise Amerikan Barolar Birliği'nin federal yargıç adayları üzerindeki değerlendirme yapma ve not verme uygulamasına geri dönmüştür³¹. Nitekim Başkan Obama 2009 senesinde federal yargıç adaylarını Senato'ya sunmadan önce Amerikan Barolar Birliği'ne gönderme kararı almıştır³². Donald Trump da George W. Bush gibi Amerikan Barolar Birliği'nin bu resmî işlevine son vermiş ancak Trump döneminde de federal yargıç adayları hakkında Amerikan Barolar Birliği not vermeye devam etmiştir³³. Amerikan Barolar Birliği bu değerlendirmesini ve not verme işlemini, bünyesindeki Federal Yargı Komitesi tarafından yapmaktadır. Yine belirttiğimiz üzere Amerikan Barolar Birliği federal yargıç adayı ile ilgili değerlendirmesini yaparken adayın mesleki yeterliliklerine odaklanmakta olup ideolojisini, felsefi düşüncesini veya siyasi görüşünü dikkate almamaktadır³⁴.

26 Tushnet, s. 126.

27 Tushnet, s. 126. Amerikan Barolar Birliği'nin federal yargıç atanma sürecindeki bu resmi rolü 20. yüzyılın ortalarından itibaren başlamıştır. Tushnet, s. 126. Nitekim Amerikan Barolar Birliği'nin Başkan Truman döneminde yargıç adaylarının mesleki niteliklerini değerlendirmek üzere özel bir komite kurması aynı zamanda atama sürecindeki etkisinin de artmasına sebep olmuştur. Fisher ve Harriger, s. 117.

28 Bkz. Ratings, ABA, https://www.americanbar.org/groups/committees/federal_judiciary/ratings/, (14.02.2020). Burada *qualified* notu Amerikan Barolar Birliği'nin ilgili federal yargı makamı için adayı yeterli gördüğü ve asgari standartları taşıdığı anlamına gelmektedir. *Not qualified* ise ilgili federal yargı makamı için adayın Amerikan Barolar Birliği tarafından yetersiz bulunduğu demektir. *Well-qualified* notu ise ilgili federal yargı makamı için adayın mesleki birikim ve yeterlik açısından yeterliliğinin üst seviyede olduğu anlamına gelmektedir. Bkz. Susan Navarro Smelcer ve diğerleri, "Bias and the Bar: Evaluating the ABA Ratings of Federal Judicial Nominees", *Political Research Quarterly*, Vol. 65(4), https://www.researchgate.net/publication/228263130_Bias_and_the_Bar_Evaluating_the_ABA_Ratings_of_Federal_Judicial_Nominees, (24.11.2020), s. 828.

29 Tushnet, s. 126.

30 Fisher ve Harriger, s. 117. Bununla birlikte Senato Yargı Komitesi bu dönemde de Amerikan Barolar Birliği'nin değerlendirmelerini dikkate almıştır. Fisher ve Harriger, s. 117.

31 Tushnet, s. 126.

32 Fisher ve Harriger, s. 117.

33 Söz gelimi Donald Trump tarafından aday gösterilip atanan Yüksek Mahkeme yargıçları Neil Gorsuch ile Brett Kavanaugh'a Amerikan Barolar Birliği tarafından nitelikli (*well-qualified*) notu verilmiştir. Gerek Neil Gorsuch gerekse Brett Kavanaugh Amerikan Barolar Birliği Federal Yargı Komitesi tarafından oybirliği ile nitelikli bulunmuştur. Bkz. Ratings of Article III and Article IV Judicial Nominees, American Bar Association, Federal Judiciary, https://www.americanbar.org/groups/committees/federal_judiciary/ratings/, (19.10.2020).

34 Nitekim Donald Trump tarafından aday gösterilip atanan üç Yüksek Mahkeme yargıcı da Amerikan Barolar Birliği

B. AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ YARGIÇLARININ BELİRLENME SÜRECİNİN SİYASİ NİTELİĞİ

1. Amerikan Yüksek Mahkemesi Yargıçlarının Atanma Usulünün Siyasi Niteliğinin Anayasal ve Siyasal Temelleri ile Yüksek Mahkeme Üzerindeki Yansımaları

Amerikan Yüksek Mahkemesi üyelerinin atanma sürecinin siyasi niteliği haiz olmasının gerek anayasal/hukuki gerekse siyasi temelleri vardır. Bu hususta bahsetmek istediğimiz ilk etmen Yüksek Mahkeme'nin yargı yetkisi ve anayasa mahkemesi sıfatıyla baktığı davaların niteliğidir. Amerikan Anayasası uyarınca Amerikan Yüksek Mahkemesi ilk derece mahkemesi ve son derece temyiz mahkemesi sıfatlarıyla davalara bakabilmektedir³⁵. Amerikan Anayasası'nın III. maddesinin 2. bölümünün ikinci fıkrası hükmü şu şekildedir:

“Büyükelçileri, diplomatik temsilcileri ve konsolosları ilgilendiren ve bir eyaletin taraf olduğu bütün davalarda Yüksek Mahkeme ilk derece yargı yetkisine sahiptir. Belirtilenler dışında kalan bütün davalarda Yüksek Mahkeme, Kongre'nin belirleyeceği istisnalar ve kurallar kapsamında hem hukuk hem de vakıya ilişkin temyiz yetkisine sahip olacaktır.”

Amerikan Anayasası'nın III. maddesinin 2. bölümünde belirtilen ilk derece mahkemesi ve son derece temyiz mahkemesi sıfatıyla baktığı davalar dışında *writ of certiorari* usulü altında baktığı bir dava türü daha vardır. Kaynağı Amerikan Anayasası değil de bir common law uygulaması olan bu usulde kendisine yapılan başvuruyu kabul etmede Yüksek Mahkeme tam bir takdir yetkisine sahiptir³⁶. Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1803 tarihli *Marbury v. Madison* kararından başlayarak Anayasa'daki *üstünlük ibaresine (supremacy clause)* dayanarak kanunların ve başkanlık emirleri gibi yönetsel işlemlerin anayasaya uygunluğunu denetlemeye başlamıştır³⁷. Anayasaya uygunluk denetimi yapma

tarafından nitelikli notu almıştır. Yine Trump'ın başkanlık döneminde federal yargı mercileri için yapmış olduğu adayların %68,8'inde Amerikan Barolar Birliği nitelikli oyunu vermiştir. Beth A. Williams, “National Review Op-Ed: The Myth Of The Unqualified Trump Judge”, *The United States Department of Justice*, <https://www.justice.gov/opa/blog/national-review-op-ed-myth-unqualified-trump-judge>, (24.11.2020).

35 Amerikan federal yargı sistemi üç aşamalıdır. İlk aşamada ilk derece federal mahkemeler olan bölge mahkemeleri (district court) olup bu mahkemelerin yargı yetkisi kendi bölgeleri ile sınırlıdır. Bu bağlamda ülke 94 bölgeye ayrılmıştır ve bu hususun bir yansıması olarak 94 tane bölge mahkemesi bulunmaktadır. Kaliforniya, Teksas gibi nüfusu büyük eyaletlerde birden fazla bölge ve bunun sonucunda bölge mahkemesi olabilmektedir. İkinci aşamada prensip olarak bölge mahkemelerinin kararlarına karşı başvuru federal temyiz mahkemeleri bulunmaktadır. Federal temyiz mahkemeleri bölgelerin birleşimden oluşan çevreler (circuit) bazında örgütlenmişlerdir. District of Columbia Çevresi de dâhil olmak üzere ülke 12 çevreye bölünmüş olup federal temyiz mahkemelerinin her biri bu çevre nezdindeki federal davalara bakar. Çevreler genelde birden çok eyaletin birleşiminden oluşur. Söz gelimi 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi (*The United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*) New Orleans'tadır ve Teksas, Louisiana ve Mississippi eyaletleri bu mahkemenin yargı yetkisi içerisindedir. Bir de konu bakımından federal temyiz mahkemesi vardır. Resmî adı Federal Çevre Temyiz Mahkemesi olan (*The United States Court of Appeals for the Federal Circuit*) ve Washington'da bulunan bu mahkeme patent gibi spesifik konulara ilişkin davalara bakmaktadır. Sonuç olarak toplamda 13 tane federal temyiz mahkemesi vardır. Federal yargı sisteminin üçüncü ve son basamağında ise Amerikan Yüksek Mahkemesi bulunmaktadır. Bkz. Introduction To The Federal Court System, Offices of United States Attorneys, United States Department of Justice, <https://www.justice.gov/usao/justice-101/federal-courts#:~:text=The%20federal%20court%20system%20has,appeal%20in%20the%20federal%20system.,> (19.10.2020).

36 Heringa, s. 249; Tushnet, s. 122; Fisher ve Harriger, s. 137.

37 Üstünlük ibaresinin yer aldığı Amerikan Anayasası'nın VI. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca:

yetkisini Anayasa'nın üstünlük ibaresinin yorumuyla kendisinde gören Yüksek Mahkeme, anayasaya uygunluk denetiminin kabul edilebilirlik koşullarını da kendisi belirlemektedir³⁸. Mahkemeye başvurunun bireylere tanınan bir hak olarak görüldüğü ve anayasal veya kanuni düzeyde belirtilen koşulları taşıyan başvuruların kabul edilmesinin zorunlu olduğu temyiz yargılamasından farklı olarak *certiorari* yargılamasında başvurunun takdir yetkisi çerçevesinde kabul edilmesi ya da reddedilmesi söz konusudur³⁹. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin iş yükünün büyük bir kısmını writ of certiorari usulü kapsamında takdir yetkisine dayanarak baktığı davalar oluşturmaktadır⁴⁰. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu usul kapsamında kabul ettiği başvurular arasında önemli anayasal, hukuki ve siyasi meseleleri ihtiva eden başvurular da yer almaktadır⁴¹. Özetle, Amerikan Anayasası'nda açıkça öngörülme ve 1803 tarihli *Marbury v. Madison* Davası ile kabul edilen anayasaya uygunluğun yargısal denetimi de *writ of certiorari* usulü kapsamında yapılmaktadır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin takdir yetkisine dayanarak baktığı writ of certiorari kapsamındaki davalar genellikle önemli anayasal meseleler barındıran ve toplumun büyük bir kısmını ilgilendiren konulara ilişkin başvurulardan kaynaklanmaktadır⁴². Yüksek Mahkeme yargıçları başvuruyu kabul ederken ortada toplum açısından önemli bir mesele olup olmadığına odaklanmaktadır⁴³. Yüksek Mahkeme belirttiğimiz bu usul kapsamında baktığı davalarda anayasaya uygunluk denetimi yapmakta ve anayasa mahkemesi işlevi görmektedir⁴⁴.

“ *İşbu Anayasa ve bu Anayasa'ya uygun olarak yapılan kanunlar ve Birleşik Devletler'in otoritesi altında yapılan bütün antlaşmalar ülkenin en üstün hukuk normlarıdır; dolayısıyla her eyaletteki yargıçlar eyaletlerin anayasaları ve kanunları aykırı hükümler içerse dahi bunlarla bağlidir.*”

38 Kendisine yapılan başvuruları kabul edip etmeme konusunda Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne kanuni düzeyde takdir yetkisi verilmesi ise ilk defa Evarts Act of 1891 ve Judicial Code of 1911 ile olmuştur. Bununla birlikte bu yetkinin asli kaynağı Judiciary Act of 1925 olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kanun ile prensip olarak ilk derece federal mahkemeler olan bölge mahkemeleri kararlarının doğrudan Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından incelenmesi usulüne son verilmiş ve Yüksek Mahkeme'nin kendisine yapılan başvuruları kabul etmede takdir yetkisine sahip olduğu *writ of certiorari* nin kapsamı genişletilmiştir. Bölgelerin birleşiminden meydana gelen çevreler bazında örgütlenmiş üst derece federal mahkemeler olan federal temyiz mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan başvuruların kabulü de büyük oranda Yüksek Mahkeme'nin takdir yetkisine bağlanmıştır. Bkz. Fisher ve Harriger, s. 137; Jonathan Stenberg, “Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court”, *Journal of Supreme Court History*, Vol. 33, Iss. 1, March 2008, <https://www.martindale.com/matter/asr-1628380.pdf>, (19.10.2020), s. 12 vd.

39 Heringa, s. 249.

40 Fisher ve Harriger, s. 137.

41 Fisher ve Harriger, s. 138.

42 Türker Ertaş, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 370; Bkz. Fisher ve Harriger, s. 137-138.

43 Fisher ve Harriger, s. 137. Hemen belirtelim Yüksek Mahkeme certiorari yetkisi kapsamında yapılan başvuruları *rule of four* (dört kuralı/dördün kararı) gereğince dokuz üyesinin dördünün oyuyla kabul etmektedir. Tushnet, s. 122; John R. Vile, *A Companion to the United States Constitution and Its Amendments*, 5th Edition, Praeger, Santa Barbara California, Denver Colorado and Oxford England, 2010, s. 82.

44 Ertaş, s. 417. Hemen belirtelim Amerikan Yüksek Mahkemesi bir kanun hükmünü anayasaya aykırı bulduğu takdirde o kanun hükmünü hukuk düzeninden kaldıracak şekilde iptal etmez. Bununla birlikte Amerikan Yüksek Mahkemesi ilgili kanunu hükmünün geçersiz olduğunu ilan eder veya ilgili hükmü hükümsüz kılar. Bu husus Yüksek Mahkeme kararlarında *invalidate* ya da *strike down* terimleriyle açıklanmaktadır. Yani ilgili kanun hükmü hukuk düzeninde şekli olarak varlığını sürdürse de uygulanabilme kabiliyetini yitirmektedir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin nihai anayasaya uygunluk denetimi mercii olarak önemli bir işlevinin olması Amerikan başkanlarını da Mahkeme üyeliği için aday belirlerken kendi politik ajandalarıyla aynı doğrultudaki yargıçları tercih etmesine sebep olabilmektedir. Nitekim siyasi yönü de haiz önemli anayasal meseleler hakkında anayasa mahkemesi hüviyetinde karar verme yetkisini haiz olan Yüksek Mahkeme'nin bir üyeliği boşaldığı takdirde atanacak yargıcın dünya görüşü ve hukuki felsefesi, ilgili üyenin ulusal düzeyde ehemmiyet arz eden meseleler hakkında baktığı davalarda Yüksek Mahkeme'nin olası kararlarını pek tabii ki etkilemektedir. Yine Yüksek Mahkeme yargıcının dünya görüşü ve hukuki felsefesi anayasaya aykırılık başvurularının kabul edilebilirlik aşamasında ilgili yargıcın oyu açısından da önem taşımaktadır. Özetle, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin en üst derece federal temyiz mahkemesinin ötesinde aynı zamanda bir anayasa mahkemesi olması ve kendisine yapılan anayasaya aykırılık başvurularının kabul edip davanın esasına girmesi bakımından takdir yetkisinin olması söz konusudur. Bu hususlar karşısında Yüksek Mahkeme'ye yaşam boyu görev yapabilecek bir üye belirleyecek olan Amerikan başkanının, aslında anayasa mahkemesine üye belirliyormuş gibi hareket etmesine ve aday belirleme sürecini bu bağlamda yönetmesine çok sık rastlanılmaktadır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi üyelerinin atanma sürecinin siyasi bir niteliğe bürünebilmesinin bir diğer sebebi ise Mahkeme'nin yapısıdır. Şöyle ki yukarıda da belirttiğimiz üzere Yüksek Mahkeme'nin sadece dokuz üyesi vardır ve Yüksek Mahkeme yargıçları yaşam boyu görev yapmak üzere atanır. Yüksek Mahkeme'nin bu yapısı Mahkeme'de bir üyeliğin boşalması durumunda Amerikan başkanına Mahkeme'nin önüne gelmesi toplum açısından önemli veya ihtilafli meselelere ilişkin davalardaki kararını biçimlendirme imkânı vermektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin anayasa mahkemesi işleviyle gördüğü davaların anayasal öneminin yanında siyasi boyutu da olabilmektedir. Özellikle yeniden yapılanma taraftarı olan başkanlar Yüksek Mahkeme'yi kendi miraslarını devam ettirme aracı olarak görebilmektedirler⁴⁵. Bu hususta Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının atanmasına bakıldığında liyakatin sınırlı olarak yer tuttuğu belirtilmektedir⁴⁶. Nitekim başkanın Yüksek Mahkeme üyeliği için aday belirlerken adayın felsefesine ve atanması durumunda Yüksek Mahkeme kompozisyonundaki çeşitliliğe yapacağı etki gibi liyakat ile çok da yakından ilgisi olmayan kıstaslara odaklanması muhtemeldir⁴⁷. Bilhassa Cumhuriyetçi başkanların Yüksek Mahkeme yargıçlarının atanmasında hukuki felsefe ve ideolojiye daha fazla önem verdikleri belirtilmektedir⁴⁸.

Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının yaşam boyu görev yapabilmeleri, başkanların Yüksek Mahkeme üyeliğine aday belirlerken yaptıkları tercihleri etkilemektedir. Nitekim Amerikan başkanları Yüksek Mahkeme üyeliği için kendi görüşlerini devam ettirebilecek nitelikte gördükleri nispeten genç yargıçları aday gösterebilmektedir⁴⁹. Söz gelimi 40'lı yaşlarında Yüksek Mahkeme'ye atanan bir yargıç yaklaşık 40-45 sene toplumsal ve siyasi açıdan ihtilafli konularda Yüksek

45 Tushnet, s. 130.

46 Tushnet, s. 128. Nitekim 1932 senesinde Yüksek Mahkeme üyeliğine muhafazakâr Başkan Herbert Hoover tarafından ilerici/progresif yargıç Benjamin Cardozo'nun atanmasının 20. yüzyıldaki sadece liyakate dayalı yapılan tek atama olduğu belirtilmektedir. Tushnet, s. 128.

47 Monaghan, s. 1204.

48 Tushnet, s. 130.

49 Tushnet, s. 130.

Mahkeme'nin benimsediği içtihatlarda belirleyici oyun sahibi olabilir. Amerikan Yüksek Mahkemesi üyelerinin nispeten genç yaştaki yargıçlar arasından seçilmelerine örnek vermek gerekirse Douglas Ginsburg, Ronald Reagan tarafından aday gösterildiğinde 41; Joseph Story, James Madison tarafından aday gösterildiğinde 32; Benjamin Curtis ise Millard Fillmore tarafından aday gösterildiğinde 41 yaşındaydı⁵⁰. Donald Trump tarafından aday gösterilen Neil Gorsuch 49, Brett Kavanaugh ise 53 yaşında iken Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde göreve başladılar. Barack Obama tarafından aday gösterilen Sonia Sotomayor ile Elana Kagan ise göreve başladıklarında sırayla 55 ve 50 yaşındaydılar.

Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeliği atamalarında demografik ve coğrafi temsil unsurunun da yeri önemli olup bunun başlıca sebeplerinden birisi Amerikan başkanlarının yapacakları atamaların politik kazanımlarını dikkate almalarıdır⁵¹. Söz gelimi Yüksek Mahkeme'ye ilk defa; 1916 yılında Louis Brandeis ile Musevi, 1967 yılında Thurgood Marshall ile Afro – Amerikan, 1981 yılında Sandra Day O'Connor ile kadın üye atanmıştır⁵². George W. Bush'un John Roberts ve Samuel Alito'yu ataması ile Yüksek Mahkeme'deki Katolik üye sayısı beşe çıkmıştır⁵³. Sonia Sotomayor'un Barack Obama tarafından 2009 yılında Yüksek Mahkeme üyeliğine atanması ile hem her geçen gün önemi artan Hispanik seçmenlerin Yüksek Mahkeme nezdinde temsil edilmeleri sağlanmış, hem de o dönem sayısı bir olan kadın yargıç sayısı ikiye çıkarılmıştır⁵⁴.

Amerikan Yüksek Mahkemesi de dâhil olmak üzere federal yargıçların başkan tarafından aday gösterilerek Senato'nun onayı ile atanması son derece siyasi bir süreci de beraberinde getirmektedir⁵⁵. Aday belirleme sürecinin Amerikan yürütme organı tarafından idaresi, başkanın yargısal atamalar üzerindeki siyasi ajandası ya da menfaatine göre değişebilmektedir⁵⁶. Nitekim bir başkan politik destekçisini ödüllendirmek ve kendisine olan sadakatini devam ettirmek saikiyle ya da kendine yakın kişiler ve danışmanların arasından Yüksek Mahkeme için aday gösterebilir⁵⁷. Yine senatörler de ilk tarihlerden itibaren federal yargıç adaylarının seçiminde etkin rol oynamışlardır⁵⁸. Sonuçta federal yargıçların atanmasında rolü olan Amerikan Başkanı da Senato da siyasi niteliği haiz ve politika belirleyen birimlerdir. Yüksek Mahkeme üyeleri de bu hususta Senato nezdinde lobi faaliyetleri yapabilmektedir⁵⁹. Bunun sebebi Yüksek Mahkeme üyelerinin kendi hukuki ve felsefi görüşüne yakın yargıçları Yüksek Mahkeme'de görmek istemeleridir⁶⁰.

50 Monaghan, s. 1211.

51 Tushnet, s. 129.

52 Tushnet, s. 128. 1993 senesinde dönemin Başkanı Bill Clinton tarafından atanan Ruth Bader Ginsburg de Musevi olup aynı zamanda Yüksek Mahkeme tarihindeki ikinci kadın yargıç idi.

53 Hemen belirtelim Donald J. Trump tarafından atanan Brett Kavanaugh da Katoliktir. Donald J. Trump tarafından atanan Neil Gorsuch ise ailesi tarafından Katolik olarak yetiştirilmiş olmakla birlikte günümüzde Protestan Kilisesi mensubudur.

54 Tushnet, s. 128 – 129.

55 Fisher ve Harriger, s. 117; Tushnet, s. 128.

56 Tushnet, s. 125.

57 Tushnet, s. 129. Nitekim Amerikan tarihinde uzun bir süre boşalan Yüksek Mahkeme üyelikleri için yapılan atamalar patronaj niteliğinde olan atamalar olarak değerlendirilmiştir. Tushnet, s. 129.

58 Fisher ve Harriger, s. 117.

59 Fisher ve Harriger, s. 117. Sözgelimi 1921-1930 yılları arasında Amerikan Yüksek Mahkemesi baş yargıçlığı yapmış olan William Howard Taft, Yüksek Mahkeme'ye yargıç adayı belirleme ve atama süreçlerinde atanmasını istediği adaylar lehine lobi faaliyeti yapmıştır. Fisher ve Harriger, s. 117.

60 Sözgelimi 1921-1930 yılları arasında Amerikan Yüksek Mahkemesi baş yargıçlığı yapmış olan William Howard Taft,

Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının atanma sürecinin siyasi boyutunun Yüksek Mahkeme yargıçlarının bağımsızlıklarına olumsuz bir etki yapıp yapmadığı da başka bir tartışma konusudur. Bilhassa Yüksek Mahkeme yargıçlarının atanma sürecinde Amerikan Kongresi'nin üst kanadı olan Senato'nun rolünün, yargıçların halkın temsilcilerinin görüşlerinden çok da kopuk karar vermemesini sağladığını ve anayasa yargısı/yargısal denetim ile demokratik yönetim arasındaki gerilimi azalttığı söylenebilir⁶¹. Yine Senato'nun onay yetkisinin başkanın atama yetkisi üzerinde önemli bir siyasi denetleme mekanizması olduğunu da belirtebiliriz⁶². Bununla birlikte Yüksek Mahkeme yargıçları ve diğer federal yargıçların atanmasında etkin olan iki organ Amerikan Başkanı ve Senato'nun siyasi niteliği haiz organlar olduğunu göz ardı etmemek gerekir. Yine de Amerikan federal yargısı üst seviyede bağımsız olmasıyla da bilinmektedir⁶³. Her ne kadar federal yargıçlar siyasi etkiye açık bir süreç içerisinde atansalar da atandıktan sonra artık yaşam boyu görev yapabilmeleri ve ancak impeachment usulü ile görevden alınabilmeleri bağımsızlıkları açısından da pek tabii ki bir güvence oluşturmaktadır⁶⁴. Nitekim ABD'nin kurucu babalarından olan Alexander Hamilton *The Federalist Papers*'taki 78. No'lu yazısında yaşam boyu görev yapma kuralının yargı organının diğer organlardan ayrılmasının ve bağımsızlığının sağlanması açısından gerekli olduğunu belirtmiştir⁶⁵.

Anayasaya uygunluk denetimi yapan merciler, denetler ve dengeler (*checks and balances*) sistemi açısından önemli bir işlev görmekle birlikte demokratik meşruiyeti haiz olan yasama organının işleminin anayasaya aykırı olduğunu ilan etme veya bu işlemi iptal etme yetkisi gibi negatif kanun koyucu niteliğinde muazzam bir yetkiye sahiptirler⁶⁶. Bu sebeple anayasaya uygunluk denetimi yapan yargısal mercilerin oluşumlarında demokratik meşruiyeti olan yürütme ve yasama organlarının yetkili kılınması yoluna sıkça gidilmektedir⁶⁷. Bu yöntem ise yargıçların atanma sürecine siyasi bir nitelik katmaktadır⁶⁸. Bu hususta anayasa mahkemesi yargıçlarının Alman anayasal düzenindeki gibi Parlamento'daki nitelikli çoğunluğun oyu ile belirlenmesi usulü benimsenmediği takdirde Amerikan anayasal düzenindeki gibi yüksek mahkeme yargıçlarının hem yürütme hem de yasama organının müdahil olduğu bir süreçle belirlenmesi yoluna gidilebilir. Böyle bir tercih bilhassa yürütme organı ile yasama organı ekseriyetinin farklı siyasi yelpazelere ait olması durumunda denetler ve dengeler sistemi açısından gayet olumludur⁶⁹. Yasama organı çoğunluğu ile yürütme organının aynı ya da

Yüksek Mahkeme'ye yargıç adayı belirleme ve atama süreçlerinde atanmasını istediği adaylar lehine lobi faaliyeti yapmıştır. Bkz. Fisher ve Harriger, s. 117.

61 Monaghan, s. 1203.

62 Monaghan, s. 1203.

63 Martinez, s. 568.

64 Ertaş, s. 318.

65 Alexander Hamilton, "The Federalist Papers: No. 78 (The Judiciary Department)", **The Federalist Papers**, McLeans Edition, New York, 28.05.1788, <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>, (17.02.2020).

66 Ertaş, s. 360. Bkz. Saikrishna B. Prakash ve John C. Yoo, "The Origins of Judicial Review", **The University of Chicago Law Review**, Vol. 70, 2003, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5220&context=ucdrev>, s. 942.

67 András Sajó, **Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism**, Central European University Press, Budapest, 1999, s. 94.

68 Bkz. Monaghan, s. 1203 vd.

69 Ertaş, s. 361. Bkz. Monaghan, s. 1203. On altı üyesi bulunan Alman Federal Anayasa Mahkemesi yargıçlarının yarısı

benzer siyasi görüşten olmaları durumunda ise aynı şeyi söylemek pek de mümkün değildir. İşte bu noktada anayasa mahkemesi ya da anayasaya uygunluk denetimi yapan merci yargıçlarının yaşam boyu görev yapmasının yargı bağımsızlığını güçlendireceğini söyleyebiliriz. Nitekim azami iki dönem görev yapabilen bir başkan tarafından aday gösterilerek (Senato'nun onayıyla) atanan bir Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıcının görev süresi boyunca birkaç başkan görmesi pek de düşük bir ihtimal değildir. Bunun yanında yukarıda da belirttiğimiz gibi yaşam boyu görev yapma kuralı aynı zamanda Amerikan başkanını Yüksek Mahkeme üyeliği için aday gösterirken liyakatten çok siyasi görüş ya da dünya görüşü odaklı davranmaya da itebilir. Bu husus pek tabii atanması durumunda Yüksek Mahkeme üyesinin de önüne gelen davada partizan tutum göstermesine yol açabilir.

Amerikan tarihine baktığımızda Senato'nun Yüksek Mahkeme yargıç adaylarını reddetmesi veya oylamamasına hiç de azımsanmayacak sayıda şahit olmaktadır. Bu husus bilhassa 19. yüzyıl açısından geçerlidir. Nitekim Amerikan anayasal tarihinin ilk 105 senesinde Yüksek Mahkeme yargıç adaylarının neredeyse dörtte biri (81 adaydan 20'si) Senato tarafından onaylanmadığı gibi onaylanan yargıçların da onay süreçleri şiddetli tartışmalara sahne olmuştur⁷⁰. Nitekim 19. yüzyıl boyunca Senato, başkan tarafından gösterilen adayları adayın siyasi görüşü, mevcut başkana siyasi muhalefet, yakın tarihte seçilmesi muhtemel yeni başkana aday belirleme imkânı tanıma, baskı gruplarının etkisi, adayın asgari mesleki yeterliliğe sahip olmaması gibi neredeyse akla gelebilecek her muhtemel sebepten ötürü reddetmiş veya bunları oylamaktan imtina etmiştir⁷¹. Bununla birlikte 20. yüzyılda Senato'nun Yüksek Mahkeme üyeliği için gösterilen adaylar üzerindeki belirleyici etkisinin gittikçe azaldığını ve bu hususta Amerikan başkanlarının daha etkin bir konuma geldiğini görmekteyiz⁷². 21. yüzyılda ise sadece Barack Obama tarafından aday gösterilen Merrick Garland'ın Senato tarafından onaylanmadığına şahit olmaktadır. Burada pek tabii o dönem Senato'nun ekseriyetinin Cumhuriyetçilerden oluşması ve Obama'nın ikinci başkanlık döneminin son senesinde olmasının etkisi vardır. Bunun dışında George W. Bush'un John Roberts'ı Yüksek Mahkeme baş yargıçlığına, Samuel Alito'yu da Yüksek Mahkeme yargıçlığına atadığı dönem Senato ekseriyeti Cumhuriyetçilerden; Barack Obama'nın Sonia Sotomayor ile Elena Kagan'ı Yüksek Mahkeme yargıçlığına atadığı dönem ise Senato ekseriyeti Demokratlardan oluşmakta idi. Yine Donald Trump döneminde Yüksek Mahkeme üyeliği için aday gösterilen Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh ve Amy Coney Barrett ekseriyeti Cumhuriyetçilerden oluşan bir Senato tarafından onaylanmıştır.

2. Amerikan Yüksek Mahkemesi Yargıçlarının Atanma Sürecinin Siyasi Niteliğine İki Örnek: Robert Bork ve Merrick Garland'ın Adaylıkları

a. Robert Bork'un Adaylık Süreci

Dönemin Amerikan Başkanı Ronald Reagan 1 Temmuz 1987 tarihinde emekli olan Yargıç Lewis Powell yerine Amerikan Temyiz Mahkemesi District of Columbia Çevresi yargıç Robert Heron

Bundestag'ta oylamaya katılan üyelerin üçte ikisi ve her halükarda Bundestag üye sayısının salt çoğunluğu; kalan yarısı ise Bundesrat oylarının üçte ikisi tarafından seçilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Ertaş, s. 332 – 335.

70 Monaghan, s. 1202.

71 Monaghan, s. 1202.

72 Monaghan, s. 1202-1203.

Bork'u Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeliğine aday göstermiştir. O dönem Amerikan Senatosu'nun 54 üyesi Demokrat, 46 üyesi ise Cumhuriyetçi idi. İzleyen üç aylık süreçte Bork'un adaylığı üzerine ülke çapında, basın ve Senato odaklı büyük bir mücadele başlamıştır⁷³. Dönemin Demokrat Senatörü Edward Kennedy'nin Bork'un adaylığına ilişkin şöyle bir beyanı bulunmaktadır:

“Robert Bork'un Amerika'sı; kadınların yasa dışı ve sağlıksız kürtajlara zorlanacağı, siyahilerin restoranlarda ayrı köşelerde oturacağı, polislin gece yarısı baskınlarıyla vatandaşların kapısını kıracağı, öğrencilerin evrim teorisi hakkında eğitim alamayacağı, yazarların ve sanatçıların hükümetin isteği üzerine sansüre uğrayacağı ve yargının demokrasimizin kalbi olan bireysel hakları için genelde tek koruyucusu olduğu vatandaşlara Federal mahkemelerin kapılarının kapanacağı bir ülke olacaktır”⁷⁴.”

Yargıç Bork'un aday gösterilmesi akabinde ülke çapında birçok sivil toplum örgütü kadın hakları, kişi hakları, Anayasa'nın I. Değişiklik Maddesi, kürtaj, özel hayatın gizliliği, ceza hukuku konularındaki söylem ve yazılarına dayanarak Bork'un atanmasına şiddetle karşı çıkmıştır⁷⁵. Nitekim Senato'da gerçekleştirilen Bork'un adaylık sorgulamaları esnasında özel hayatın gizliliği üzerinde durulmuştur⁷⁶. Yine Amerikan Barolar Birliği bünyesindeki Federal Yargı Komitesi'nin dört üyesi Bork için yeterli değil notunu verirken bir üye de nitelikli yerine yeterli notunu vermiştir⁷⁷. Robert Bork Senato bünyesindeki Yargı Komitesi tarafından yapılan sorgulamalarda da çok iyi performans sergileyememiş ve Beyaz Saray'ın kendisini merkezde olan ılıman bir yargıç olarak tanıtmaya girişimi pek de başarılı olmamıştır⁷⁸. Nitekim 6 Ekim'de Senato Yargı Komitesi 5'e karşı 9 oyla Bork'un atanmasının reddedilmesi yönünde karar almıştır. Akabinde 23 Ekim'de Senato Genel Kurulu'nda yapılan ve belirleyici olan oylamada da Yargıç Bork'un Yüksek Mahkeme üyeliğine atanması 42'ye karşı 58 oyla reddedilmiştir. Oylamada 6 Cumhuriyetçi senatör Bork'un Yüksek Mahkeme üyeliğine atanmaması yönünde oy kullanırken 2 demokrat senatör Bork'un atanması lehine oy kullanmıştır. Bork'un reddedildiği oylama aynı zamanda Senato'nun en açık farkla bir Yüksek Mahkeme yargıç adayını reddettiği oylama olarak da tarihe geçmiştir⁷⁹.

73 Benjamin Pomerance, “What Might Have Been: 25 Years Of Robert Bork on the United States Supreme Court”, **Belmont Law Review**, Vol. 1, 2014, <http://www.belmont.edu/law/academics/review/pdfs/Pomerance.pdf>, (12.03.2020), s. 222 – 223.

74 Pomerance, s. 222.

75 Fisher ve Harriger, s. 119.

76 Fisher ve Harriger, s. 982. Amerikan Yüksek Mahkemesi 1965 senesinde verdiği *Griswold v. Connecticut* kararında evli çiftler de dâhil olmak üzere doğum kontrol uygulamasını suç olarak düzenleyen Connecticut kanuni düzenlemesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. 2'ye karşı 7 oyla alınan kararda Yüksek Mahkeme her ne kadar Anayasa ve ek maddelerde açıkça düzenlenmese de özel hayatın gizliliği hakkının anayasal düzlemde korunduğuna hükmetmiştir. Nitekim kararda Amerikan Anayasası'nın IX. Değişiklik Maddesi'ndeki “*Birtakım hakların Anayasa'da belirtilmiş olması, halkın diğer haklarının reddedilmesi veya küçümsenmesi anlamına gelmez*” ifadesine de yer verilmiştir. Yine dava, ilgili hakkın özel hayatın gizliliği yanında XIV. Değişiklik Maddesi'nde yer bulan kişisel otonomi hakkı kapsamına da girdiğinin teyidi bakımından da önemli bir yere sahip olmuştur. Kararı eleştiren yargıçlardan birisi olan Robert Bork, özel hayatın gizliliği hakkının herhangi bir anayasal temelini olmadığını belirtmiştir. Tushnet, s. 208. Bkz. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>, (23.10.2020).

77 Fisher ve Harriger, s. 119.

78 Fisher ve Harriger, s. 119.

79 Linda Greenhouse, “Bork's Nomination is Rejected, 58-42; Reagan Saddened”, **New York Times**, Oct. 24, 1987, <https://>

Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeliğinden emekli olan ve daha ılımlı bir profil sergileyen Lewis Franklin Powell Jr. yerine aday gösterilen Robert Bork muhafazakar kimliği ile ön plana çıkan bir yargıçtı⁸⁰. Ronald Reagan döneminde 1981 senesinde Sandra Day O'Connor, 1986 senesinde ise Antonin Scalia'nın Yüksek Mahkeme üyeliğine atanması; hâlihazırda Yüksek Mahkeme yargıcı olan William Rehnquist'in de baş yargıçlığa yükseltilmesi göz önüne alındığında Robert Bork'un adaylığı çok kritik görülmüştür⁸¹. Nitekim Warren E. Burger baş yargıçlığındaki Yüksek Mahkeme'nin politik yelpazesinde Yargıç Powell merkezde yer almaktaydı ve Mahkeme'nin kararlarında belirleyici oya (swing vote) sahipti⁸². Bu açıdan Yargıç Bork'un Yüksek Mahkeme üyesi olması birçok önemli kararda Yüksek Mahkeme'nin içtihadını değiştirmesi anlamına gelebilecekti⁸³. Belirttiğimiz bu faktör, Yargıç Bork'un atanmasının Senato tarafından onaylanmamasında büyük bir etken olmuştur. Nitekim bu gelişmelerin akabinde Reagan tarafından Yüksek Mahkeme üyeliği için aday gösterilen daha ılımlı ve merkeze yakın olan Anthony Kennedy'nin atanması oybirliği ile onaylanmıştır⁸⁴.

Ronald Reagan görev süresi boyunca Cumhuriyetçilerin çoğunlukta olduğu bir Senato'nun yanında çoğunluğu Demokratlardan oluşan bir Senato ile de karşı karşıya gelmiştir. Nitekim Senato ekseriyetinin Cumhuriyetçilerden oluştuğu dönemde Reagan, keskin muhafazakar yargıçlardan William Rehnquist'in Yüksek Mahkeme baş yargıçlığına, Antonin Scalia'nın ise Yüksek Mahkeme yargıçlığına atanmasını sağlamıştır⁸⁵. Bununla birlikte Reagan, partisinin Senato'daki çoğunluğu kaybettiği dönemde ise Robert Bork'un atanmasını sağlayamamıştır. Pek tabii Başkan Reagan tarafından aday gösterilerek Senato'nun onayı ile atanan Anthony Kennedy de muhafazakar kimliği ile bilinen bir yargıçtı. Hatta Reagan Kaliforniya valisi iken bir arada çalışmışlardı⁸⁶. Bununla birlikte Kennedy'nin Bork kadar Ronald Reagan'ın ideolojisine bağlı olmadığı da diğer bir gerçektir⁸⁷. Adaylık sürecinde Anthony Kennedy, Anayasada açıkça düzenlenmeyen özel hayatın gizliliği hakkının tanınması konusunda gayet açık sözlü olup üyeliği sırasında verilen Yüksek Mahkeme kararlarındaki görüşleriyle de bu tavrını teyit etmiştir⁸⁸.

b. Merrick Garland'ın Adaylık Süreci

Ronald Reagan tarafından aday gösterilerek atanan ve 1986 senesinden beri görev yapmakta olan Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıcı Antonin Scalia 13 Şubat 2016 tarihinde vefat etmiştir. Antonin

www.nytimes.com/1987/10/24/politics/borks-nomination-is-rejected-5842-reagan-saddened.html, (12.03.2020).

80 Fisher and Harriger, s. 119.

81 Fisher and Harriger, s. 119.

82 Fisher and Harriger, s. 119.

83 Fisher and Harriger, s. 119.

84 Aslında Robert Bork'un Senato tarafından onaylanmaması akabinde Başkan Reagan başka bir muhafazakar D.C. Çevresi Temyiz Mahkemesi yargıcı olan Douglas Ginsburg'ü aday göstermiştir. Bununla birlikte Ginsburg'ün Harvard Üniversitesi'nde öğretim üyesi olarak görev yapmakta iken öğrencileri ile birlikte marihuana içtiğinin ortaya çıkması üzerine adaylığı çekilmiş ve merkeze daha yakın konumda olan yargıç Anthony Kennedy aday olarak gösterilmiştir. Fisher ve Harriger, s. 119; Pomerance, s. 225.

85 Tushnet, s. 35.

86 Tushnet, s. 35.

87 Tushnet, s. 35.

88 Fisher ve Harriger, s. 982.

Scalia'nın vefatından kısa bir süre sonra Amerikan Senatosu'ndaki Cumhuriyetçilerin lideri olan Senatör Mitch McConnell, dönemin Amerikan Başkanı Barack Obama tarafından Scalia'dan boşalan Yüksek Mahkeme üyeliği için yapılması öngörülen atamanın Kasım ayında yapılacak başkanlık seçimlerinden galip çıkacak kişi tarafından yapılması gerektiğini belirten bir açıklama yapmıştır. Yine Senatör McConnell pek tabii ki Yüksek Mahkeme üyeliği için aday göstermesinin Amerikan başkanının anayasal yetkisi olduğunu, bununla birlikte ilgili aday üzerinden başkanı denetleme ve adayı onaylamamanın da aynı şekilde Senato'nun salahiyeti dâhilinde olduğunu belirtmiştir⁸⁹. Senatör McConnell'a göre atanacak Yüksek Mahkemesi yargıcını Kasım ayındaki başkanlık seçimleri aracılığıyla Amerikan halkı belirlemeliydi⁹⁰. 23 Şubat 2016 tarihinde ise Senato Yargı Komitesi'nin on bir Cumhuriyetçi üyesi, Senatör McConnell'a bir mektup yazarak Başkan Obama tarafından açıklanan herhangi bir adayı onaylamayacaklarını ve bunun anayasal yetkileri kapsamında olduğunu ifade etmişlerdir⁹¹. Hemen belirtelim o dönem Senatodaki ekseriyet Cumhuriyetçi Parti'nin elindeydi. En son 1895 senesinde Demokrat bir başkanın adayı Cumhuriyetçilerin çoğunlukta olduğu Senato tarafından onaylanmıştı⁹².

Barack Obama 16 Mart 2016 tarihinde D.C. Çevresi Federal Temyiz Mahkemesi Yargıcı Merrick Brian Garland'ı Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeliği için aday göstermiştir. Aday gösterildiğinde 63 yaşında olan Garland, Richard Nixon döneminden beri Yüksek Mahkeme üyeliğine aday gösterilen en yaşlı yargıçtı⁹³. Garland dünya görüşü bakımından ılımlı ya da merkezde bilinen bir yargıçtı⁹⁴. Bununla birlikte Garland'ın adaylığının açıklanmasının akabinde Cumhuriyetçi senatörler Garland'ı oylamayacaklarını birer birer açıklamaya başladılar. Söz gelimi Utah Senatörü Orrin Hatch, Merrick Garland'ın düzgün bir insan olduğunu ancak Kasım ayında gerçekleşecek başkanlık seçimleri öncesinde herhangi bir Yüksek Mahkeme adayının Senato tarafından oylanmaması gerektiğini açıklamıştır⁹⁵. Yine Arizona Senatörü ve Senato Yargı Komitesi üyesi Jeff Flake, Garland'ın ancak Kasım ayındaki başkanlık seçimlerinin sonucuna göre oylanabileceğini, hatta seçimi Demokrat

89 Ron Elving, "What Happened With Merrick Garland In 2016 And Why It Matters Now", **National Public Radio**, 29 June 2018, <https://www.npr.org/2018/06/29/624467256/what-happened-with-merrick-garland-in-2016-and-why-it-matters-now?t=158.846.0752621>, (03.05.2020).

90 Karoun Demirjian, "Republicans refuse to budge following Garland nomination to Supreme Court", **The Washington Post**, 16 March 2016, <https://www.washingtonpost.com/news/powerpost/wp/2016/03/16/republicans-refuse-to-budge-following-garland-nomination-to-supreme-court/>, (03.05.2016).

91 İlgili mektup için bkz. <https://assets.documentcloud.org/documents/2719115/Senate-SCOTUS-Letter.pdf>, (03.05.2020).

92 Nitekim o dönem Başkan Grover Cleveland, Yargıç Rufus Peckham'ı aday göstermiştir. Scott Bomboy, "The facts about Supreme Court nominations and Senate control", **Constitutional Daily**, 13 August 2014, <https://constitutioncenter.org/blog/the-facts-about-supreme-court-nominations-and-senate-control/>, (03.05.2020); David Savage ve Timothy Phelps, "Obama unlikely to alter Supreme Court ideology with Republican Senate", **Los Angeles Times**, 8 November 2014, <https://www.latimes.com/nation/politics/la-na-court-gop-20141109-story.html>, (03.05.2020).

93 Yargıç Lewis F. Powell Jr. Yüksek Mahkeme üyeliği için Başkan Nixon tarafından 1971 yılında aday gösterildiğinde 64 yaşındaydı. Oliver Roeder, "Merrick Garland Is The Oldest Supreme Court Nominee Since Nixon Was President", **FiveThirtyEight**, 16 March 2016, <https://fivethirtyeight.com/features/merrick-garland-age-supreme-court/>, (10.05.2020).

94 Timothy Noah ve Brian Mohoney, "How liberal is Merrick Garland?", **Politico**, 16.03.2016, <https://www.politico.com/story/2016/03/supreme-court-merrick-garland-220904>, (03.05.2016); Juliet Eilperin ve Mike DeBonis, "President Obama nominates Merrick Garland to the Supreme Court", **The Washington Post**, 16 March 2016, https://www.washingtonpost.com/world/national-security/president-obama-to-nominate-merrick-garland-to-the-supreme-court-sources-say/2016/03/16/3bc90bc8-eb7c-11e5-a6f3-21ccdbc5f74e_story.html, (03.05.2016).

95 Renee Montagne, "Republican Senator Weighs In On Supreme Court Nomination", **National Public Radio**, 17 March 2016, <https://www.npr.org/2016/03/17/470776592/republican-senator-weighs-in-on-supreme-court-nomination>, (03.05.2020).

aday Hillary Clinton'ın kazanması durumunda yeni başkanın göreve başlayacağı Ocak ayına kadar sürecek total ördek döneminde (*lame-duck session*) Garland'ın Senato tarafından onaylanması gerektiğini belirtmiştir. Senatör Glake, Hillary Clinton tarafından Yüksek Mahkeme üyeliği için aday gösterilecek herhangi birinin Merrick Garland'dan daha liberal olacağını belirtmiştir⁹⁶.

Nihayetinde Merrick Garland'ın Yüksek Mahkeme adaylığı Senato tarafından oylanmamıştır. Garland'ın adaylığı 3 Ocak 2017 tarihinde 114. Kongre Dönemi'nin sona ermesiyle düşmüştür⁹⁷. 8 Kasım 2016 tarihinde yapılan Başkanlık Seçimleri'nden galip ayrılan Donald Trump, Ocak ayında göreve başlamasını müteakip Yüksek Mahkeme üyeliği için 31 Ocak 2017 tarihinde Neil Gorsuch'ı aday göstermiştir. Yargıç Gorsuch 7 Nisan 2017 tarihinde, ekseriyeti Cumhuriyetçilerden oluşan Senato tarafından 45'e karşı 54 oyla onaylanarak Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 113. üyesi olarak göreve başlamıştır⁹⁸. Bu şekilde Antonin Scalia'nın vefatı öncesi Yüksek Mahkeme'de var olan 4 liberal ve 5 muhafazakâr yargıçlı dağılım, Neil Gorsuch'ın Yüksek Mahkeme üyeliğine atanmasıyla devam etmiştir. Nitekim Richard Nixon'ın başkanlık döneminden bu yana Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde liberal yargıçlar çoğunlukta bulunmamaktadır⁹⁹.

II. ANTHONY KENNEDY'NİN BELİRLEYİCİ OYA SAHİP OLDUĞU ÇARPICI DAVALAR IŞIĞINDA AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ'NDEKİ LİBERAL YARGIÇ – MUHAFAZAKÂR YARGIÇ DAĞILIMININ ANAYASAL YANSIMALARI VE ANTHONY KENNEDY'NİN EMEKLİLİĞİ SONRASI YÜKSEK MAHKEME'NİN OLUŞUMU

A. ANTHONY KENNEDY'NİN AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ İÇERİSİNDEKİ KONUMU VE SEÇİLMİŞ ÇARPICI DAVALARDA BELİRLEYİCİ OYLARI (SWING VOTE)

1. Anthony Kennedy'nin Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki Liberal – Muhafazakâr Dağılım İçerisindeki Yeri ve Yüksek Mahkeme Kararları Açısından Önemi

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yapısı ve üyelerinin belirlenme sürecinin politik bir yönünün olması Yüksek Mahkeme'deki yargıçlar nezdinde liberal yargıç – muhafazakâr yargıç ayrımını oluşturmuştur. Demokrat başkanlar tarafından atanan yargıçlar liberal profilleri ile tanınırken

96 Megan Cassella ve David Morgan, "Senators say they might confirm Obama's high court pick after election", **Reuters**, 17 March 2016, <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-garland-idUSKCN0WJ251>, (10.05.2020); Seung Min Kim and Burgess Everett, "GOP Supreme Court blockade showing early cracks", **Politico**, 03.16.2016, <https://www.politico.com/story/2016/03/kelly-ayotte-to-meet-merrick-garland-220868>, (10.05.2020).

97 Jess Bravin, "President Obama's Supreme Court Nomination of Merrick Garland Expires", **The Wall Street Journal**, 3 January 2017, <https://www.wsj.com/articles/president-obamas-supreme-court-nomination-of-merrick-garland-expires-148.346.3952>, (10.05.2020).

98 Adam Liptak ve Matt Felegenheimer, "Neil Gorsuch Confirmed by Senate as Supreme Court Justice", **New York Times**, 7 April 2017, <https://www.nytimes.com/2017/04/07/us/politics/neil-gorsuch-supremecourt.html>, (10.05.2020); Robert Barnes ve Ashley Parker, "Neil M. Gorsuch sworn in as 113th Supreme Court justice", **Washington Post**, 10 April 2017, https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/gorsuch-to-besworn-in-to-supreme-court-today-in-two-ceremonies/2017/04/10/9ac361fe-1ddb-11e7-ad74-3a742a6e93a7_story.html?utm_term=.f4ad76925b91, (10.05.2020).

99 Jeffrey Toobin, "The Supreme Court After Scalia", **The New Yorker**, 3 October 2016, <http://www.newyorker.com/magazine/2016/10/03/in-the-balance>, (10.05.2020).

Cumhuriyetçi başkanlar daha çok muhafazakâr felsefi ve dünya görüşü olan yargıçları tercih etmektedirler. Bu hususta görev sürelerinin son aylarında olan veya Senatodaki çoğunluğun desteğine sahip olmayan başkanlar görece merkezde yer alan veya ılımlı adaylar önerebilmektedir. Yüksek Mahkeme'deki liberal-muhafazakâr yargıç yelpazesi, eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası, pozitif ayrımcılık gibi konulara ilişkin davalarda çok belirginleşmektedir. Nitekim bu tip davalarda liberal ve muhafazakâr yargıçlar bir arada aynı safta yer almaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Richard Nixon döneminden beri Yüksek Mahkeme'de liberal yargıçlar azınlıktadır. Bununla birlikte Cumhuriyetçi başkanlar tarafından aday gösterilen üyeleri çoğunlukta olmasına rağmen son dönemde Amerikan Yüksek Mahkemesi eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık konularına ilişkin davalarda oldukça liberal nitelikli kararlara imza atmıştır. Bunun sebebi söz konusu meselelere ilişkin davaların hepsinde esasen muhafazakâr kimliği ile bilinen bir yargıcın liberal yargıçlarla birlikte yer almasıdır. Bahsi geçen yargıç Anthony Kennedy'dir.

1987 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeliğinden emekli olan Yargıç Lewis Powell'in yerine aday gösterilerek göreve başlayan Anthony Kennedy, yaklaşık otuz sene Yüksek Mahkeme üyeliği yaparak Mahkeme'nin en uzun süre görevde kalan yargıçlarından birisi olmuştur¹⁰⁰. Yargıç Kennedy görev yaptığı bu süre zarfının büyük kısmında Yüksek Mahkeme'de kritik oylara imza atmasının yanında bilhassa Yargıç John Roberts'ın Yüksek Mahkeme başkanlığının başladığı Ekim 2005 döneminden itibaren deyim yerindeyse Mahkeme'nin *medyan/merkez yargıçı* (*median justice*) haline gelmiş ve çok dikkat çekici kararlarda belirleyici oyun sahibi olmuştur¹⁰¹. Nitekim Yargıç Roberts döneminde üç Yüksek Mahkeme dönemi haricinde Yargıç Kennedy, Mahkeme kararlarında diğer üyelere oranla çoğunluk tarafında daha fazla yer almıştır¹⁰². Görev yaptığı süre boyunca davalarda vermiş olduğu belirleyici oylar sebebiyle Yargıç Kennedy kimsenin en çok sevdiği Yüksek Mahkeme yargıçı da olmamıştır¹⁰³. Merkez yargıç profiliyle Anthony Kennedy Yüksek Mahkeme'nin kürtajın

100 Anthony Kennedy, 30 Kasım 1987 tarihinde dönemin Amerikan Başkanı Ronald Reagan tarafından Yüksek Mahkeme üyeliği için resmi olarak aday gösterilmiş, 3 Şubat 1988 tarihinde Senato'da 0'a karşı 97 oyla onaylanmış ve 18 Şubat 1988 tarihinde de yemin ederek Yüksek Mahkeme üyeliğine başlamıştır. Bkz. Timothy L. Hall, **The Supreme Court Justices: A Biographical Dictionary**, Facts on File, Inc., New York, 2001, s. 414; Anthony Kennedy, Supreme Court of the United States, <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx#AKennedy>, (12.06.2020); Supreme Court Nominations, (1789-Present), United States Senate, Nominations, <https://www.senate.gov/legislative/nominations/SupremeCourtNominations1789present.htm>, (12.06.2020). Hemen belirtelim 30 Kasım 1987 tarihi Başkan Reagan'ın Yargıç Kennedy'nin adaylığını belirten mektubunun Senato'ya gönderildiği tarihtir. Anthony Kennedy'nin Yüksek Mahkeme üyeliği adaylığı Reagan tarafından gayri resmi olarak 11 Kasım 1987 tarihinde duyurulmuştur.

101 Andrew Nolan ve diğerleri, **Justice Anthony Kennedy: His Jurisprudence and the Future of the Court**, Congressional Research Service, 11 July 2018, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45256.pdf>, (13.06.2020), s. 1.

102 Andrew Nolan ve Michael John Garcia, **Justice Kennedy Retires: Initial Considerations for Congress**, Congressional Research Service, 28 June 2018, <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10159.pdf>, (13.06.2020), s. 1. Ekim 2007 ve Ekim 2017 Yüksek Mahkeme dönemlerinde en çok çoğunluk görüşünde yer alan yargıç John Roberts olmuştur. Ekim 2014 döneminde ise bu isim Yargıç Stephen Breyer'dir. Bkz. Nolan ve Garcia, s. 1. Hemen belirtelim Amerikan Yüksek Mahkemesi Dönemi Ekim'in ilk Pazartesi günü başlamakta ve bir sonraki yılın Ekim ayının ilk pazartesi gününden önceki Pazar günü sona ermektedir. Yüksek Mahkeme prensip olarak Haziran ayı sonu – Temmuz ayı başından Ekim ayının ilk Pazartesi gününe kadar faaliyetlerine ara vererek tatile girmektedir. Bkz. Supreme Court Procedures, United States Courts, <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1#:~:text=By%20law%2C%20the%20U.S.%20Supreme,the%20first%20Monday%20in%20October>, (13.06.2020).

103 Mitchell N. Berman ve David Peters, "Kennedy's Legacy: A Principled Justice", **Faculty Scholarship at Penn Law**, 2019,

hamile kadınlar için bir hak olduğuna hükmeden 1973 tarihli Roe v. Wade kararındaki içtihadını devam ettirmesi ve eşcinsel haklarına olan desteği ile muhafazakârların tepkisini haiz olurken Bush v. Gore¹⁰⁴, Citizens United v. FEC¹⁰⁵ gibi birçok muhafazakâr karakterli kararda da belirleyici oyun sahibi olarak liberallerin eleştirilerine maruz kalmıştır¹⁰⁶. Yine Yargıç Kennedy'nin Cumhuriyetçi bir başkanın ve çoğunluğu cumhuriyetçilerden oluşan bir Senato'nun mevcut olduğu dönemde emekli olması da liberallerin diğer bir eleştiri konusu olmuştur¹⁰⁷.

Anthony Kennedy'nin merkez yargıçlığının ön plana çıktığı Roberts Mahkemesi Dönemi'nde (Roberts Court Era)¹⁰⁸ Yüksek Mahkeme birçok ideolojik çeşitliliği haiz karara imza atmıştır. Söz gelimi Yüksek Mahkeme Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi uyarınca eyaletlerin tıpkı kadın-erkek evliliklerini tanıdığı gibi aynı koşullar altında eşcinsel evlilikleri de tanıması gerektiğine hükmetmiş; kadının kürtaj hakkına ağır külfet getirdiğine kanaat getirdiği eyalet kanununun geçersiz olduğuna karar vermiş; Guantanamo Koyu'nda tutulanlara birtakım usûli korumalar öngörmüş ve Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'nin eyaletlere kasten öldürme suçu dışında idam cezası öngörmesini yasakladığını belirtmiştir¹⁰⁹. Yüksek Mahkeme aynı zamanda bağımsız şirketlerin seçim kampanyası için harcama yapmalarını kısıtlayan kanun hükümlerini geçersiz kılmış, 1965 tarihli Oy Hakları Kanunu'nun (Voting Rights Act of 1965) birtakım eyaletlerin seçim bölgelerindeki seçim kanunlarının ve oy yöntemlerinin değiştirilmeden önce federal devletin rızasını öngören V. bölümünü federal devlet ilkesi temelinde anayasaya aykırı bulmuş; Anayasa'nın II. Değişiklik Maddesi'nin bireylerin silah bulundurma ve hukuki amaçlar doğrultusunda kullanma hakkını güvence altına aldığına hükmetmiş ve Donald Trump'ın ülkeye belirli ülkelerden yabancıların girişini yasaklayan başkanlık emrinin anayasaya aykırı olmadığı kararını vermiştir¹¹⁰. Belirtilen bütün bu davalarda çoğunluk ve karşı görüşü sahip Yüksek Mahkeme yargıçları sayıları birbirine yakın olacak şekilde bölünmüş ve çoğunluk görüşüne imza atan yargıçların oluşturduğu blok Anthony Kennedy dışında davadan davaya değişiklik göstermiştir¹¹¹.

https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2968&context=faculty_scholarship, (13.06.2020), s. 312.

104 Bush v. Gore Davası'nda Amerikan Yüksek Mahkemesi, 2000 Amerikan Başkanlık Seçimleri'nde Florida Eyaleti'ndeki oyların yeniden sayılmasına ilişkin Florida Yüksek Mahkemesi'nin almış olduğu kararı anayasaya aykırı bulmuştu. Nitekim Floridadaki oylamada George Bush Al Gore'dan sadece 537 oy fazla alarak Florida'ya ait 25 ikinci seçmenin/delegenin oyunu kazanmıştır. Florida ikinci seçmenlerinin/delegenin oyunu kazanan George Bush bu şekilde Amerikan başkanlığına seçilmiştir. Karar Stevens, Souter, Breyer ve Ginsburg'ün oylarına karşılık Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy ve Thomas'ın çoğunluk oylarıyla alınmıştır. Bkz. Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/case.pdf>, (22.10.2020).

105 Citizens United v. FEC Davası'nda Yüksek Mahkeme şirketlerin ve sendikaların genel bütçelerinden politik içerikli veya bir adayın seçim kampanyası kapsamında olan yayın faaliyetlerini finanse etmesini yasaklayan federal kanunu anayasaya aykırı bulmuştur. Karar Sotomayor, Breyer, Stevens ve Ginsburg'ün oylarına karşılık Kennedy, Roberts, Alito, Scalia ve Thomas'ın çoğunluk oylarıyla alınmıştır. Bkz. Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/08-205/index.pdf>, (22.10.2020).

106 Berman ve Peters, s. 312. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/case.pdf>

107 Berman ve Peters, s. 312.

108 Amerikan Yüksek Mahkemesi baş yargıçlarının baş yargıçlık yaptığı dönemler ilgili başyargıcın ismi ile anılmaktadır. Söz gelimi Roberts Court, Rehnquist Court gibi.

109 Nolan ve diğerleri, s. 1.

110 Nolan ve diğerleri, ss. 1-2.

111 Nolan ve diğerleri, s. 2.

Bilhassa Roberts Mahkemesi döneminde Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin merkez yargıcı olarak birçok anayasal ve politik önemi haiz kararda belirleyici oyun sahibi olan Anthony Kennedy'nin Yüksek Mahkeme içerisinde merkezi bir konumda yer alması yargısal veya anayasal felsefesinin hangi kapsamda değerlendirilebileceği sorusunu beraberinde getirmektedir. Anthony Kennedy'nin merkez yargıç olarak kullandığı oylarda Mahkeme içerisinde bir denge veya uzlaşma sağlama gayesi gütmekten ziyade ilgili davalarda savunduğu ilkelerden hareketle kendisinin bütün olarak liberal veya muhafazakâr olarak değerlendirilemeyeceği sonucunu çıkarmanın daha yerinde olduğu belirtilmektedir¹¹². Nitekim Anthony Kennedy de kendisi için yapılan *swing justice* (belirleyici oya sahip/değişken yargıç) nitelendirmesine katılmayıp değişen şeyin hukuk değil davalar ve olaylar olduğunu belirtmiştir¹¹³.

Cumhuriyetçi bir başkan tarafından aday gösterilen ve görece muhafazakâr bir hukuki ve felsefi kimliğe sahip olan Anthony Kennedy'nin politik ve toplumsal yönü olan davalarda diğer muhafazakâr yargıçlarla birlikte yer alması pek de şaşırtıcı değildir. Bununla birlikte yukarıda belirttiğimiz gibi Roberts Mahkemesi Dönemi'nde ekseriyeti muhafazakâr yargıçlardan oluşan Amerikan Yüksek Mahkemesi Kennedy'nin belirleyici oyları ile eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık gibi siyasi, toplumsal ve hatta ideolojik niteliği haiz olan ihtilafli meselelere ilişkin davalarda liberal nitelikli kararlara imza atmıştır. Söz konusu davalar Yargıç Kennedy'nin merkez yargıç kimliğinin en belirgin göstergeleri olmuştur. Bu bağlamda emekliliği öncesi son döneminde Anthony Kennedy'nin liberal yargıçlarla aynı safta yer alarak belirleyici oya sahip olduğu ve anayasal olduğu kadar toplumsal, siyasi ve ideolojik meseleleri ihtiva eden söz konusu meselelere ilişkin davalar incelenerek Yüksek Mahkeme'deki liberal-muhafazakâr yargıç profilleri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

2. Anthony Kennedy'nin Anayasal, Siyasal ve Toplumsal Açından Çarpıcı Meselelere İlişkin Davalardaki Belirleyici Oyları (Swing Vote)

a. Eşcinsel Evlilik: Obergefell v. Hodges (2015)

Anthony Kennedy'nin Demokrat başkanlar tarafından atanan liberal yargıçların yanında yer aldığı ve kararı 4'e karşı 5 oyla alınan önemli davalardan birisi Obergefell v. Hodges¹¹⁴ olarak karşımıza çıkmaktadır. Davanın özü eyaletlerin eşcinsel evlilikleri kanuni düzeyde yasaklamalarının Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nde güvence altına alınan “*due process* (hukuki gerekler)” ve “*equal protection* (eşit koruma)” ibarelerine aykırılık teşkil edip etmediğidir¹¹⁵.

112 Nolan ve diğerleri, s. 2-3.

113 Bkz. Kristin M. McGaver, “Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States”, *Minnesota Law Review*, Vol. 101, 2017, <https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2017/02/McGaver.pdf>, s. 1277.

114 576 US _ (2015).

115 Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nin 1. fıkrası şu şekildedir: “Birleşik Devletler'de doğmuş veya Birleşik Devletler uyruğuna geçirilmiş ve bu sebeple Birleşik Devletler yetkisine tabi olan herkes Birleşik Devletler'in ve ikamet ettikleri eyaletin vatandaşıdır. Hiçbir eyalet Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kısıtlayacak kanun yapamayacağı veya uygulayamayacağı gibi hiçbir eyalet hukuki gerekler olmaksızın kimseyi yaşamından, özgürlüğünden veya mülkünden mahrum bırakamayacak; yine hiçbir eyalet kendi yetkisi dâhilinde olan bir kişiyi kanunların eşit

Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nin birinci fıkrası federal devleti değil eyaletleri muhatap almaktadır.¹¹⁶ İlgili hükmün birçok hakkın anayasal bağlamda güvence altına alınmasının kaynaklarından biri olduğunu söyleyebiliriz¹¹⁷. Buna göre eyaletlerin usuli güvence ve korumalarla birlikte, ifade özgürlüğü gibi Haklar Bildirgesi'nde listelenen haklar ile evlenme hakkı gibi Anayasa ve değişiklik maddelerinde açıkça belirtilmeyen hakları da sağlamaları esastır.¹¹⁸ Nitekim XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki due process ibaresinin konulma amaçlarından birisi de bireylere eyaletler karşısında federal nitelikli bir koruma sağlamaktır¹¹⁹.

XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki Due Process ibaresinin usuli (procedural) ve maddi (substantive) olmak üzere iki unsuru olduğu belirtilmektedir. Usuli due process ilkesi bireylerin yaşamlarının, özgürlüklerinin veya mülklerinin etkilenebileceği yargılamaların adil olmasını güvence altına almaktadır. Söz gelimi tanıklarla yüzleşme (right to confront witnesses), hızlı bir şekilde yargılanma (right to a speedy trial), jüri huzurunda yargılanma (right to a jury) gibi haklar usuli due processin kapsamındadır¹²⁰. Maddi due process ise özel hayatın gizliliği, evlenme gibi birtakım hakların mahkemeler aracılığıyla korunmasına hizmet eder¹²¹. Bu hakların Anayasa'nın ilk on değişiklik maddesinde açıkça zikredilmesine gerek yoktur. Amerikan Yüksek Mahkemesi de gerek Anayasa'nın V. Değişiklik Maddesi gerekse de XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki due process ibarelerinin Anayasa'da açıkça zikredilmeyen haklar için de koruma sağladığını belirtmiştir¹²². Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nde yer alan due process ibaresi tipik olarak bireylerin mülküne veya özgürlüklerine müdahale edilmesi durumunda uygulanacak usulleri işaret etmekteyken zamanla due process teriminin anlamı gerek yürütme gerek yasama organı işlemlerinin gerekçesiz ve keyfi

korumasından yoksun bırakamayacaktır." Bu hükmün hiçbir eyaletin hukuki gerekler olmaksızın kimseyi yaşamından, özgürlüğünden veya mülkünden mahrum bırakamayacağı kısmı due process (hukuki gerekler) ibaresi, hiçbir eyaletin kendi yetkisi dâhilinde olan bir kişiyi kanunların eşit korumasından yoksun bırakamayacağı şeklindeki kısmı ise equal protection (eşit koruma) ibaresi olarak bilinmektedir. Yine aynı maddenin 5. fıkrası "*Kongre uygun gördüğü kanunlar aracılığı ile bu maddenin uygulanmasını sağlar.*" ifadesine yer vermektedir.

116 Amerikan Anayasası'nın V. Değişiklik Maddesi'ndeki "*Hiç kimse... hukuki gerekler olmaksızın yaşamından, özgürlüğünden veya mülkünden mahrum bırakılamaz.*" ibaresi de bir due process ibaresidir. Bununla birlikte ilgili hükmün muhatabı eyaletler değil federal devlettir.

117 Hemen belirtelim Amerikan Anayasası'nın orijinal metninde bir hak ve özgürlükler katalogu yoktur. Bu husus U.S. Bill of Rights (Birleşik Devletler Haklar Bildirgesi) olarak da bilinen ilk on değişiklik maddesinin kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesi ile güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte Anayasa'nın ilk on değişiklik maddesinde bütün kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığını söylemek zordur. Söz gelimi özel hayatın gizliliği hakkı ilk on değişiklik maddesinde dahi açıkça düzenlenmemektedir. Bununla birlikte Amerikan Anayasası'nın IX. Değişiklik Maddesi'nin "*Anayasa'da belirli hakların sıralanması, halkın sahip olduğu diğer hakların reddedilmesi veya küçümsenmesi anlamına gelmez.*" ifadeli hükmü Haklar Bildirgesi'nde dahi açıkça bahsedilmeyen hakların güvence altına alınması açısından XIV. Değişiklik Maddesi'yle birlikte önemli bir teminatır.

118 Nathan S. Chapman ve Kenji Yoshino, "The Fourteenth Amendment Due Process Clause", **Interactive Constitution Center**, <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/interpretation/amendment-xiv/clauses/701#:~:text=No%20State%20shall%20make%20or,equal%20protection%20of%20the%20laws.> (17.09.2020).

119 Chapman ve Yoshino, aynı eser.

120 Chandra Fitzpatrick, **The 14th Amendment: Transforming American Democracy**, American Bar Association Division for Public Education, Chicago, 2016, https://law.und.edu/_files/docs/faculty/other/14th-amendment-aba-planning-guide.pdf, (17.09.2020) s. 4.

121 Fitzpatrick, s. 4.

122 Chipman ve Yoshino, aynı eser.

olamayacağı şeklinde genişlemiş ve evrime uğramıştır¹²³. Bu şekilde due process terimi usuli güvencelerin ötesinde devlet iktidarına yönelik birtakım maddi sınırlandırmalar da getiren bir hüviyete bürünmüştür¹²⁴.

Amerikan Anayasası'nın ilk on değişiklik maddesinin muhatabı prensip olarak federal devlettir. Bununla birlikte Amerikan Yüksek Mahkemesi XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki due process ibaresi bağlamında Bill of Rights'taki tüm bireysel güvenceler olmasa da birçok güvencenin eyaletlere karşı da koruma sağladığına hükmetmiştir. Burada hangi hakların veya güvencelerin eyaletleri de muhatap alacağı Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin takdirindeki bir husustur. Buna göre Anayasa'nın ilk on değişiklik maddesindeki bir güvence eyaletleri de kapsamına alıyorsa (*incorporated against the states*) federal devlet kadar eyaletler de buna uymak zorundadır. Aksi durumda Anayasa'nın ilk on değişiklik maddesindeki bir hüküm eyaletleri kapsamına almıyorsa ilgili koruma veya güvencenin muhatabı sadece federal devlettir¹²⁵.

Obergefell v. Hodges Davası'nın arka planında Ohio, Michigan, Kentucky ve Tennessee eyaletlerinin eşcinsel evlilik üzerine uyguladıkları yasakların anayasaya aykırı olduğu iddiası yer almaktadır. Nitekim belirtilen eyaletlerin mevzuatları evliliği kadın ve erkek arasında meydana gelen birlik olarak tanımlamaktadır. Başvurucular eşcinsel evliliklere yönelik yasakların XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki hukuki gerekler (due process) ile eşit koruma (equal protection) ibarelerine aykırı olduğunu belirterek buldukları eyaletlerin yargı yetkisi dâhilindeki federal bölge mahkemelerine başvurmuşlardır. Bu hususta her bir ilk derece mahkemesi başvurucuların lehine karar vermesine rağmen 6. Çevre Temyiz Mahkemesi bu kararları bozmuş ve eşcinsel evliliğin yasaklanmasının anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir¹²⁶.

Mesele Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne taşındığında Mahkeme'nin Demokrat başkanlar tarafından aday gösterilen ve liberal felsefi ve hukuki görüşleriyle bilinen üyeleri Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Elena Kegan ve Sonia Sotomayor idi¹²⁷. Cumhuriyetçi başkanlar tarafından aday gösterilen üyelerinin sayısı ise beşti. Bu beş üyenin dördü muhafazakâr dünya ve hukuki görüşleriyle bilinen yargıçlar Antonin Scalia, Clarence Thomas, John Roberts ve Samuel Alito idi¹²⁸. Anthony Kennedy

123 Tushnet, s. 246.

124 Tushnet, s. 246.

125 Chipman ve Yoshina, aynı eser.

126 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), Syllabus, JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/>, (17.09.2020), Obergefell v. Hodges, Facts of the Case, Oyez, <https://www.oyez.org/cases/2014/14-556>, (17.09.2020). Kararın tam metni için bkz. https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf, (19.09.2020). Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

127 Ruth Bader Ginsburg ve Stephen Breyer Başkan Bill Clinton tarafından aday gösterilip atanmışlardır. Elena Kegan ile Sonia Sotomayor ise Başkan Barack Obama tarafından aday gösterilip atanmış Yüksek Mahkeme yargıçlarıdır.

128 Bu üyelerden Antonin Scalia, Başkan Ronald Reagan tarafından aday gösterilip atanmıştır. Clarence Thomas, Başkan George Herbert Walker Bush tarafından aday gösterilip atanmıştır. John Roberts ile Samuel Alito ise Başkan George Walker Bush tarafından aday gösterilip atanmıştır. Yine John Roberts, Başkan George W. Bush tarafından Yüksek Mahkeme baş yargıçlığı için aday gösterilmiş ve bu sıfatla ataması yapılmıştır. Hemen belirtelim mevcut Yüksek Mahkeme yargıcının Yüksek Mahkeme başyargıcı olması için de başkan tarafından bu mevki için aday gösterilerek Senato tarafından onaylanması gerekir. Bununla birlikte John Roberts ilk olarak George W. Bush tarafından, emekli olan yargıç Sandra Day O'Connor'ın yerine aday gösterilmiş; Senato onay süreci beklenirken ise baş yargıç William

ise Cumhuriyetçi Başkan Ronald Reagan tarafından aday gösterilip atanmakla birlikte felsefi görüş açısından daha ılımlı veya merkezde bir yargıç profili sergilemekteydi.

Obergefell v. Hodges Davası kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi evlenme hakkının Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nin due process ibaresi kapsamında korunan anayasal haklardan birisi olduğuna ve bu hakkın aynı cinsiyete mensup bireyler arasındaki evlenmeyi de barındırdığına hükmetmiştir¹²⁹. Yine Yüksek Mahkeme XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki equal protection ibaresinin de aynı cinsiyete mensup kişilerin evlenmesini güvence altına aldığını belirtmiştir. Anthony Kennedy'nin kaleme aldığı çoğunluk görüşüne göre XIV. Değişiklik Maddesi'nde yer alan due process ibaresi Anayasa'da sayılan özgürlükleri korumakla birlikte kişi onuru ve otonomisinin merkezinde olduğu birtakım hak ve özgürlükler de due processin korumasına tabidir. Nitekim evlenme hakkı da bu bağlamda Anayasa tarafından güvence altına alınmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre hemcinsler arası evlilik hakkı da farklı cinsler arasındaki evlilik hakkının garanti altına alındığı şekilde anayasal koruma altında olmalıdır¹³⁰. Buna göre XIV. Değişiklik Maddesi eyaletlere tıpkı farklı cinsler arası evlilik gibi eşcinsel evlilikleri tanıma ve düzenleme yükümlülüğü getirmektedir. Kennedy'nin ifadeleri gereğince aynı cinsiyete mensup kişilerin bütün eyaletlerde evlilik hakkından yararlanmaları anayasal bir gereklilik olduğu için eyaletler kanuni düzeyde eşcinsel evliliğe yasaklama getiremezler¹³¹. Nitekim Yüksek Mahkeme kararı, eşcinsel çiftlerin evlilik hakkını bütün eyaletlerde kullanabileceklerinin ve bir eyaletin hemcinsler arası evlilik olduğu için başka bir eyalette gerçekleşen kanuni bir eşcinsel evliliği tanımamasının hukuka aykırı olduğunun altını çizmiştir¹³².

Obergefell v. Hodges kararında Baş Yargıç Roberts ile yargıçlar Scalia, Thomas ve Alito'nun her biri kendi karşı oy gerekçelerini kaleme almıştır. Antonin Scalia ve Clarence Thomas'ın da katıldıkları karşı oy yazısında John Roberts, Anayasa'nın evlilik konusunda herhangi bir hüküm ihtiva etmediğini ve Anayasa'yı kaleme alanların evlilik konusundaki düzenlemeleri eyaletlere bıraktıklarını belirtmiştir. Nitekim her eyalet, kuruluş döneminde evliliği geleneksel ve biyolojik anlamıyla kadın ve erkek arasında meydana gelen birliktelik olarak tanımlamıştır¹³³. Baş Yargıç Roberts, çoğunluk görüşüne imza atan yargıçların herhangi bir ilke ya da geleneğe dayanmaktan ziyade yargısal politika koyma faaliyetine giriştiklerini belirtmiştir. Roberts'a göre kendisi bir kanun koyucu olsa idi eşcinsel evlilikleri sosyal politika bağlamında ele alabilirdi; lakin bir yargıç olarak çoğunluk görüşüne imza atan yargıçların pozisyonu anayasa hukuku açısından savunulamaz durumdadır¹³⁴. Baş Yargıç

Rehnquist'in vefatı üzerine başkan Bush John Roberts'ın yargıç adaylığını çekmiş ve kendisini baş yargıç adayı olarak belirlemiştir. Sandra Day O'Connor'ın yerine ise başkan Bush tarafından Samuel Alito aday gösterilmiştir.

129 Yüksek Mahkeme 1978 yılında verdiği Zablocki v. Redhail Davası (434 U.S. 374) kararında evlenme kararının özel hayatın gizliliği hakkı ile korunan bireysel kararlardan birisi olduğuna hükmetmişti. Bkz. Fisher ve Harriger, s. 928.

130 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pgs. 10-12, (Kennedy, J.). Anthony Kennedy'nin kaleme aldığı çoğunluk görüşüne göre evliliğe ilişkin kişinin seçim yapma hakkı kişisel otonomi kapsamında olup özgürlük ile evlilik arasında daimi bir bağ vardır. Evliliği sadece farklı cinsiyete mensup bireyler arasında sınırlamak uzun süre doğal karşılanmış olsa da evlilik hakkının temel anlamıyla çelişmektedir. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pgs. 12, 17, (Kennedy, J.).

131 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pgs. 27-28, (Kennedy, J.).

132 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pg. 28, (Kennedy, J.).

133 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pg. 7, (Roberts, C. J., dissenting).

134 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pg. 10, (Roberts, C. J., dissenting). Yargıç Antonin Scalia da Clarence Thomas'ın katıldığı karşı oy yazısında çoğunluk görüşüne imza atan beş yargıçın esasen yasama yetkisi alanına giren bir

Roberts, evlilik kanunlarının equal protection ibaresini de ihlal etmediğini, çünkü farklı cinsler arası evlilik ile hemcinsler arası evlilik arasında bir ayrım yapmanın geleneksel evlilik kurumunu muhafaza etmede eyaletlerin meşru menfaati dâhilinde olduğunu belirtmiştir¹³⁵.

Özetle, Obergefell v. Hodges Davası'nda Amerikan Yüksek Mahkemesi 4'e karşı 5 yargıcın oyu ile eyaletlerin eşcinsel bireyler arasındaki evliliği mevzuatlarında yasaklamalarının Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nde düzenlenen hukuki gerekler (due process) ile eşit koruma (equal protection) ibarelerine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme evlilik hakkının due process ibaresinde yer alan bireyin özgürlüğünün ve otonomisinin bir parçası olduğunun altını çizmiş, anayasal düzeyde hemcinsler arası evliliklerin farklı cinsler arası evliliklerden farklı bir muamele görmesinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir¹³⁶. Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, eyaletlerin eşcinsel evlilikler üzerine belirledikleri yasakların anayasaya aykırı olduğu anlamına gelmektedir. Obergefell v. Hodges kararında Yüksek Mahkeme due process ilkesinin maddi boyutuna odaklanmıştır. Bunun yanında Amerikan Yüksek Mahkemesi, eşcinsel bireylerin evlilik hakkının equal protection ibaresinin de bir sonucu olduğunu vurgulayarak due process ile equal protection ibareleri arasında genel anlamda bir görevdeşlik ve birliktelik olduğunu da gözler önüne sermiştir¹³⁷.

Obergefell v. Hodges Kararı'nda çoğunluk görüşüne imza atan beş yargıç yaklaşık iki sene önce de United States v. Windsor¹³⁸ Davası ile evliliği bir kadın ve bir erkek arasındaki resmî birliktelik olarak tanımlayan federal nitelikteki Evliliğin Korunması Kanunu'nu (Defence of Marriage Act) anayasaya aykırı bulmuştu¹³⁹. Yargıç Kennedy tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşü, Defence of Marriage Act'in muhatabı Federal Devlet olan Anayasa'nın V. Değişiklik Maddesi'ndeki due process ibaresine aykırı olduğunu belirtmiştir¹⁴⁰. Çoğunluk görüşüne göre ilgili kanun, birtakım eyaletlerde resmî evlilik bağı içerisinde bulunan eşcinsel bireyleri evliliğe bağlı federal haklardan mahrum bırakarak eşcinsel evliliklerin onuruna ve eyaletlerin egemenlik yetkilerini kullanmalarına müdahale etmektedir¹⁴¹. Anthony Kennedy'nin ifadelerinde yer bulan çoğunluk görüşü, eyaletlerin

konuda yargısal faaliyette bulduklarını belirtmiştir. Scalia, Anayasa'nın belirlediği birtakım sınırlara uymak kaydıyla eyaletlerin dilediği şekilde kanun yapma yetkilerinin olduğunu vurgulamıştır. Scalia'ya göre halkın, seçilmemiş dokuz yargıç karşısında ikinci plana koyulduğu bir yönetim sistemi demokrasi ilkesiyle bağdaşmaz. Scalia, hak ve özgürlüklere ilişkin siyasi organlara yönelik Anayasa'nın koyduğu sınırlamaların dışında kalan hususların eyaletlerin yetki alanına girdiğini ve bu konularda eyaletlerin veya halkın dilediği şekilde düzenleme yapılabileceğini belirtmiştir. Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pgs. 3, 5, (Scalia, J., dissenting).

135 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pg. 24, (Roberts, C. J., dissenting).

136 Anthony Kennedy'nin kaleme aldığı çoğunluk görüşü uyarınca tıpkı due process ibaresi gibi equal protection ibaresi de eşcinsel birlikteliklerin hukuki düzeyde farklı cinsler arası birliktelikten farklı muamele görmesini yasaklamakta ve evlenme hakkına yönelik dayanaksız sınırlandırmalara cevaz vermemektedir. Nitekim hemcinsler arası birlikteliklerin tanınmaması toplumdaki eşcinsel bireylerin saygı görmemesi ve ikincilleştirilmesi anlamına gelir. Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pg. 22, (Kennedy, J.).

137 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pg. 20, (Kennedy, J.).

138 United States v. Windsor, 570 U.S. ____ (2013), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/case.pdf>, (19.09.2020), Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

139 Nolan ve diğerleri, s. 7.

140 Bkz. United States v. Windsor, 570 U.S. ____ (2013), pgs. 20, 25, (Kennedy, J.).

141 Bkz. United States v. Windsor, 570 U.S. ____ (2013), pg. 21, (Kennedy, J.).

evlilik kanunlarıyla kişilik ve haysiyetleri korunmaya çalışılan bireyleri hor gören ve yaralayan ilgili federal kanunun Anayasa'nın V. Değişiklik Maddesi'ne aykırı olduğunu belirtmiştir¹⁴².

Obergefell v. Hodges Davası'nda Yüksek Mahkeme kararının eşcinsel evliliklerin Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nin koruması altında olduğu şeklinde olmasında en büyük faktör Anthony Kennedy olmuştur. Nitekim hükmün verildiği tarihte Yüksek Mahkeme'nin Kennedy dışındaki sekiz yargıcından Ginsburg, Kagan, Sotomayor ve Breyer liberal; Scalia, Thomas, Roberts ve Alito ise muhafazakâr kimlikleriyle bilinen yargıçlardı ve ilgili davadaki kullandıkları oylar önceden tahmin edilebilirdi. Anthony Kennedy'nin Cumhuriyetçi bir başkan tarafından aday gösterilip atanan merkez yargıç olarak ne yönde oy kullanıp Yüksek Mahkeme hükmünü nasıl şekillendireceği daha bir merak konusuydu. Bununla birlikte yukarıda da belirttiğimiz hâlihazırda federal düzeyde eşcinsel evliliklere anayasal güvence sağlayan United States v. Windsor Davası Yargıç Kennedy'nin Obergefell v. Hodges Davası'ndaki görüşü açısından ışık tutucu nitelikteydi. Nitekim United States v. Windsor kararında beş yargıcın imzasının olduğu çoğunluk görüşünde kullanılan dil Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin eşcinsel evlilikler üzerine öngörülen yasaklamaları anayasaya aykırı bulacağıının habercisiydi¹⁴³. Yine de eşcinsel evliliğe getirilen yasaklamaların anayasal durumu gibi Amerikan liberal ile muhafazakâr hukukçular arasında derin görüş ayrılıklarının olduğu bir konuda liberal Yüksek Mahkeme yargıçlarının yanında yer almanın Cumhuriyetçi bir başkan tarafından aday gösterilerek atanan bir yargıç için çok fazla görülebilecek bir durum olmadığını belirtelim. Richard Nixon döneminden beri liberal yargıçların azınlıkta olduğu bir Yüksek Mahkeme yapısı içinde gerek Obergefell v. Hodges gerekse United States v. Windsor Davaları'ndaki kararların liberal eksenli çıkması, Anthony Kennedy'nin merkez yargıç profilinin bir sonucudur. Anthony Kennedy kaleme aldığı çoğunluk görüşünde bireylerin samimi ilişkiler kurmasını özgürlüğün boyutunun içerisinde yer aldığını belirtmiş ve eşcinsel bireylerin evlilik hakkının Birleşik Devletler Haklar Bildirgesi'nden yorum yoluyla çıkarılan haklardan birisi olduğunu teyit etmiştir¹⁴⁴.

b. Kürtaj: *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016)

Anthony Kennedy'nin, belirleyici oyu ile sonucuna doğrudan etki ettiği diğer bir çarpıcı dava *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*¹⁴⁵ olarak karşımıza çıkmaktadır. 2013 senesinde Teksas Yasama Organı (*Texas Legislature*), Teksas Temsilciler Meclisi kaynaklı bir kanun teklifini kabul etmiştir¹⁴⁶. Kanunun

142 Bkz. *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013), pgs. 25-26, (Kennedy, J.).

143 Fisher ve Harriger, s. 970.

144 Lamparello, eşcinsel bireylerin evlilik hakkının tanınması hususunda Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki eşit koruma ibaresinin (equal protection clause) izlenmesinin daha tutarlı bir yol olduğunu belirtmektedir. Lamparello'ya göre Kennedy'nin gerekçesi karşısında çok eşlilerin, uyuşturucu bağımlılarının, intihar taraftarlarının ve satanistlerin yeni keşfedilen haklarının olması söz konusu olabilir. Yazara göre eğer Anayasa nihayetinde bireyin kimliğini güvence altına alıyorsa bahsedilen bireylerin özgürlük kavramının sınırları dâhilinde korunmalarının söz konusu olmadığını kim söyleyebilir? Adam Lamparello, "The Legacy of Anthony M. Kennedy", *Savannah Law Review*, Vol. 2, No. 2, 2015, <https://www.savannahlawschool.org/wp-content/uploads/volume2number2-article01.pdf>, (26.09.2020), s. 302.

145 579 US _ (2016).

146 Hemen belirtelim Teksas Eyalet Yasama Organı (Texas State Legislature) çift meclisli bir yapıyı haiz olup, 31 üyeli Senato ile 150 üyeli Temsilciler Meclisi'nden oluşmaktadır.

anayasaya aykırılığı söz konusu olan bir hükmü, kürtaj işlemini gerçekleştiren doktorlara kürtajın gerçekleştirildiği kliniğin 30 mil çevresindeki bir hastaneden halen geçerli olan hasta kabul izninin (*hospital admitting privileges*) olması zorunluluğu getirmiştir. Anayasaya aykırılığı ileri sürülen diğer hüküm ise kürtaj kliniklerinin Teksas mevzuatı gereğince ayakta tedavi/cerrahi merkezlerinde (*ambulatory surgery center*)¹⁴⁷ olması gereken asgari standartlara sahip olmasını zorunlu kılmaktadır. İlgili hükümlerin anayasa aykırı olduğu gerekçesiyle McAllen ve El Paso'daki kürtaj tesisleri ile bağı olan ve kürtaj uygulayan doktorlar Teksas Eyaleti'ne karşı dava açmıştır. Davacılar bahsi geçen kanun hükümlerinin Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ne aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Federal Bölge Mahkemesi anayasaya aykırılığı ileri sürülen iki hükmün yürürlüğü hususunda ihtiyati tedbir kararı vermiştir. Nitekim Bölge Mahkemesi kürtaj kliniklerine getirilen ayakta tedavi merkezlerinin asgari standartlarını karşılama koşulu ile kürtaj yapan doktorlara yönelik öngörülen geçerli bir hasta kabul izninin olması koşulunun ağır bir külfet getirdiğini ve kürtaj yaptırmak isteyen kadınlar açısından kabul edilemez nitelikte bir engel oluşturduğunu belirterek ilgili hükümlerin yürürlüğünü durdurmuştur. 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi ise davacıların, ilgili kanun hükümlerinin kürtaj isteği olan kadınlara önemli ölçüde bir külfet getirdiğini ispatlamada yetersiz kaldıkları gerekçesiyle ihtiyati tedbir niteliğinde olan kararı kısmen de olsa kaldırmıştır¹⁴⁸. Akabinde anayasaya aykırılık iddiası Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne taşınmıştır.

İlgili kanunun anayasaya aykırılığı hususunda kararın verildiği tarihte Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin sekiz üyesi bulunmaktaydı. Nitekim Yüksek Mahkeme üyesi Antonin Scalia 13 Şubat 2016 tarihinde vefat etmişti. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* Davası kararının verildiği 27 Haziran 2016 tarihinde ise Scalia'nın yerine henüz bir yargıç ataması gerçekleştirilememişti. 3'e karşı 5 yargıcın oyuyla alınan kararda Amerikan Yüksek Mahkemesi, gerek hasta kabul izni koşulunun (*admitting-privileges requirement*) gerekse ayakta tedavi/cerrahi merkezinin standartlarını karşılama koşulunun (*surgical-center requirement*) kürtaj yaptırmak isteyen kadınların kürtaj imkânlarına erişmelerinde aşırı bir külfet (*undue burden*) getirdiği gerekçesiyle Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nin birinci fıkrasına aykırı olduğuna hükmetmiştir. Karar Roberts, Thomas ve Alito'nun karşı oyları karşısında Breyer, Kennedy, Ginsburg, Sotomayor ve Kagan'ın çoğunluk oyları ile alınmıştır.

Yargıç Breyer tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşü, gerek hasta kabul izni koşulunun gerekse ayakta tedavi/cerrahi merkezinin standardını karşılama koşulunun kürtaj merkezlerine erişimi sınırlandırmayı meşrulaştıracak herhangi bir tıbbi fayda sağlamadığının altını çizmiştir¹⁴⁹. Yüksek Mahkeme, eyaletin tıpkı diğer tıbbi uygulamalarda olduğu gibi kürtajda da kürtaj yaptıran bireyin

147 Ayakta tedavi/cerrahi merkezleri teşhis ve önleyici sağlık hizmeti olanakları da olan, prensip olarak bireyin ameliyat olarak aynı gün taburcu edildiği tıp merkezleridir. Ayakta tedavi/cerrahi merkezlerinde göz ameliyatları, kolonoskopi gibi cerrahi operasyonlar uygulanmaktadır. What Is an ASC?. Advancing Surgical Care, <https://www.ascassociation.org/advancingsurgicalcare/asc/whatisanasc>, (20.10.2020).

148 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), Syllabus, JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/15-274/>, (28.09.2020); *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, Facts of the Case, Oyez, <https://www.9oyez.org/cases/2015/15-274>, (28.09.2020). Kararın tam metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/15-274/>, (28.09.2020). Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

149 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 2, (Breyer, J.).

güvenliğini azami ölçüde temin edecek şekilde düzenlemeler yapmasında meşru menfaatinin olduğunu belirtmiştir¹⁵⁰. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'ye göre her ne kadar eyaletin birtakım meşru menfaatleri gözetebileceği belirtilse de bir kanunun kadına tercihini yapma yolunda önemli bir engel oluşturması durumunda artık meşru amaca ulaşmada bir araç olarak değerlendirilemeyeceği vurgulanmıştır¹⁵¹. Çoğunluk görüşü, anayasaya aykırılığı iddia edilen hükümlerin kadınların sağlığına ilişkin anlamlı denetim yollarını mümkün kılacak şekilde herhangi bir tıbbi fayda sağlamadan Teksas eyaletinde kürtaj isteği olan kadınlara yönelik engelleri muazzam bir şekilde arttırdığının altını çizmiştir¹⁵². Nitekim kayıtlara göz atıldığında, kürtaj kliniklerinin ayakta tedavi/ cerrahi merkezlerinin standardını karşılama koşuluna tabi tutulmasının zaruri ve hastaların yararına olmadığı sonucu çıkmaktadır¹⁵³.

- 150 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 2, (Breyer, J.); *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 150 (1973). *Roe v. Wade* Kararı'nın tam metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>, (01.10.2020). Kürtajın Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki due process ibaresi kapsamında özel hayatın gizliliği hakkının bir parçası olarak anayasal düzlemde tanınmasında *Roe v. Wade* Davası'nın büyük bir yeri vardır. 2'e karşı 7 oyla ilgili davada Yüksek Mahkeme Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki due process ibaresi kapsamında olan özel hayatın gizliliği hakkının hamile kadının kürtaj yaptırıp yaptırmama konusundaki tercih özgürlüğünü koruduğuna, bununla birlikte bu hakkın mutlak olmadığına ve kadının sağlığı ve doğum öncesi yaşamının korunması hususlarında kamu menfaati ile dengelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Davanın arka planında kürtaja sadece hamile kadının hayatının korunması amacıyla tıbbi gereklilik olması durumunda izin veren cezai nitelikteki Teksas kanunlarının anayasaya aykırı olup olmadığı meselesi vardı. Yüksek Mahkeme'nin kararı, hamileliğin ilk ve ikinci (birtakım sınırlandırmalarla birlikte) üç aylık dönemleri içerisinde kürtajın anayasal bir hak olduğu anlamına geliyordu. Fisher ve Harriger, s. 90, 873.
- 151 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 2, (Breyer, J.); *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 877 (1992). *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* kararının tam metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>, (01.10.2020). Yüksek Mahkeme yukarıda değindiğimiz *Roe v. Wade* kararında kürtajın anayasallığı hususunda üç aylık dönem analizi (trimester analysis) oluşturmuştu. Buna göre hamileliğin ilk üç aylık döneminde hamile kadına danıştıktan sonra doktor herhangi bir resmi müdahale ya da kısıtlama olmaksızın kürtaj yapabilmekte özgürdür. Hamileliğin ikinci üç aylık döneminde eyalet, kadının sağlığını korumak amacıyla kürtaj konusunda düzenleme yapabilecek ancak kürtajı yasaklayamayacaktır. Hamileliğin son üç aylık döneminde ise fetüsün potansiyel yaşamını korumak için hamile kadının sağlığı için zaruri olması dışında eyalet kürtajı yasaklayabilmektedir. Üç aylık dönem analizi *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* kararı ile terkedilerek yerine Yüksek Mahkeme tarafından "aşırı külfet standardı (undue burden standard)" getirilmiştir. Bkz. Fisher ve Harriger, s. 17. Buna göre bir eyalet düzenlemesi gelişme geriliği olan fetüse (nonviable fetus) sahip olan ve kürtaj isteyen kadına muazzam bir engel getirme amacı ya da etkisi taşıyorsa anayasaya aykırıdır. Bu tür düzenlemeler kürtaj kararı almada kadınlara aşırı yük getirmektedir. Bkz. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 877 (1992).
- 152 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 37, (Breyer, J.). Yüksek Mahkeme kararı uyarınca hasta kabul izni koşulunun yürürlüğe girmesi ile üreme çağındaki kadınların kürtaj sağlayıcısına 150 milden fazla mesafede olanların sayısının yaklaşık 86.000'den 400.000'e yükselmesi söz konusudur. Kürtaj kliniklerine olan mesafenin artması başlı başına bir nevi "aşırı külfet" olarak değerlendirilemez. Lakin mesafelerin artması ile herhangi bir etkili sağlık yardımı öngörülmemesi hususları bir arada ele alındığında kürtaj yaptırmak isteyen kadınlara yönelik aşırı yük getirildiği sonucu çıkmaktadır. Nitekim ilgili kanuni düzenleme kliniklerin yaklaşık olarak yarısının kapanması anlamına gelmektedir. Bu husus ise daha az doktor, daha uzun bekleme sürelerine ve daha çok kalabalığa yol açacak niteliktedir. Yine doktorların 30 mil mesafedeki hastanelerden hasta kabul izin belgesi alma talepleri reddedilebilmekte ve bunlar tıbbi yeterliliğin sağlanamaması dışındaki gerekçelerle olabilmektedir. Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pgs. 25 – 26, (Breyer, J.).
- 153 Esasında anayasaya aykırılık meselesinin ilk olarak ele alındığı Bölge Mahkemesi'nin görüşü olan bu husus Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından da teyit edilmiştir. Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pgs. 29 – 30, (Breyer, J.). Yine çoğunluk görüşüne göre kayıtlara bakıldığında ayakta tedavi/cerrahi merkezinin standardını karşılama koşulunun kürtajla bağımlı komplikasyonlar açısından da bir fayda sağlamadığı sonucu çıkmaktadır. Kayıtlara bakıldığında kürtaj tesislerinde gerçekleştirilen kürtajların hastane dışında gerçekleştirilen diğer operasyonlardan çok daha güvenli olduğu sonucu da çıkmaktadır. Nitekim 2001 senesinden 2012 senesine dek Teksas'ta kürtaj kaynaklı gerçekleşen beş ölüm vakası vardır. Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 30, (Breyer, J.).

Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşüne imza atmasının yanında *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* kararında kısa bir farklı gerekçe/mutabık görüş (concurring opinion) yazısı kaleme almıştır. Yargıç Ginsburg, ilgili Teksas kanununun kürtaj yapma izni olan klinik ve doktor sayısının düşmesine yol açacağını belirtmiştir. Teksas Eyaleti söz konusu kısıtlamaların kürtajın komplikasyonlarından korumaya yönelik kadının sağlığını gözeten tedbirler olduğu için anayasal olduğunu belirtmiştir. Hâlbuki Yargıç Ginsburg, kürtajın komplikasyonlarının oldukça nadir olarak ortaya çıktığını ve genelde de tehlikeli olmadığını belirtmiş, doğum da dâhil olmak üzere birçok daha tehlikeli operasyon için ayakta tedavi/cerrahi merkezinin standardını karşılama ile hasta kabul izin koşullarının aranmadığının altını çizmiştir¹⁵⁴. Bu açıdan ilgili kanunun kadınların sağlığını koruma işlevinin olduğunu söylemek pek de mantıklı olmadığı gibi kanun basitçe kürtaj işlemine daha zor erişilmesi sonucuna yol açmaktadır¹⁵⁵.

Karşı görüş yazısında Clarence Thomas, Yüksek Mahkeme'nin hatalı bir karara imza atarak kadınların kürtaj hakkının doktorlar ve klinikler aracılığıyla dolaylı olarak korunmasına imkân tanıdığını belirtmiştir. Hâlbuki prensip olarak davacılar başkalarının anayasal haklarının korunması amacıyla talepte bulunamazlar. Somut olayda ise doktorlar ve klinikler, korunması talep edilen farazi kürtaj hakkının süjesi değildir¹⁵⁶. Yargıç Thomas'a göre çoğunluk görüşü, kanun ile kürtaja yönelik getirilen külfetler ile kürtaj yaptırmak isteyen kadınlara yönelik öngörülen faydaların bir arada ele alındığı bir tür denge ölçütü (*benefits-and-burdens balancing test*) dayanmaktadır ki bu husus *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* Davası ile getirilen aşırı külfet standardıyla çelişmektedir. Clarence Thomas, Anayasa'nın ne anlama geldiği hususunda belirleyici olan geleneklerin yerine geçecek şekilde uydurma ölçütler (*made-up tests*) öngörmenin meşru olmadığını belirtmiştir. Kanunun tıbbi gerekçesi muğlak olmasına rağmen çoğunluk görüşü bu hususu yasama organının takdirine bırakmak yerine kanunun kürtaj erişimine karşı getirdiği sınırlamanın tıbbi gerekçesini kendisi değerlendirmiştir. Hâlbuki Yargıç Thomas'a göre tıbbi açıdan muğlak olan meseleleri çözme yetkisi yargı organında değil yasama organında olmalıdır. Çoğunluk görüşünün bir yansıması olarak artık bir kanunun anayasaya uygun olması için meşru eyalet menfaati (*legitimate state interest*) ile makul bir ilişkisinden daha fazlası aranacaktır¹⁵⁷.

Baş Yargıç Roberts ve Yargıç Thomas'ın katıldığı diğer karşı görüş yazısını kaleme alan Samuel Alito, davacıların anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanun hükümlerinin kürtaj yaptırmak isteyen kadınlara yönelik aşırı külfet getirdiğini ispatlamada başarısız olduklarını belirtmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme tarafından geçersiz kılınabilmeleri için söz konusu hükümlerin en azından Teksas'ta yaşayan üreme çağındaki kadınların büyük bir kısmını anayasaya aykırı olacak şekilde etkilemesi gerekir. Bunun içinse kanunla yeni getirilen koşulları sağlayan kliniklerin ya gerekli kapasiteden yoksun olmaları ya da üreme çağındaki kadınların büyük bir kısmına hizmet vermek için çok uzun mesafelerde yer almaları gerekmektedir¹⁵⁸. Alito, davacıların bu hususları ispatlamada yetersiz

154 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 1, (Ginsburg, J., concurring).

155 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 2, (Ginsburg, J., concurring).

156 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pgs. 1-2, (Thomas, J., dissenting).

157 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pgs. 6-12, (Thomas, J., dissenting).

158 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pt. III, pgs. 24-25, (Alito, J., dissenting).

kaldıklarını belirtmiştir. Nitekim davacılar doğrudan kanıt sunmak yerine kanunun kabulü akabinde kapanan kürtaj kliniklerine dikkat çekmiş ve bunların hepsinin ilgili kanun sebebiyle kapandıklarını ima etmişlerdir. Yine davacılar ayakta tedavi/cerrahi merkezlerinde gerçekleştirilen kürtajların eyalet bazında gerçekleştirilen toplam kürtajlara oranının düşüklüğüne vurgu yapmış ve ayakta tedavi/cerrahi merkezi standardını karşılayan tesislerin eyalette yaşayan kadınların taleplerine cevap veremeyecek nicelikte olduğunu belirtmiştir. Alito'ya göre davacılar bu konularda delil sunmakta pek de başarılı olamamışlardır. Alito, anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanunun güvenli olmayan kürtaj kliniklerinin kapanması amacı güttüğünün açık olduğunu belirtmiştir¹⁵⁹.

Whole Woman's Health v. Hellerstedt kararı, bir kanunun hangi durumda aşırı külfet getirdiği hususundaki nihai kararın mahkemelerde olduğunun teyit edilmesi açısından önem taşımaktadır¹⁶⁰. Bu şekilde konuyu yasama organının takdirine bırakmak yerine mahkemelerin somut olayda delilleri serbest bir şekilde değerlendirebileceği de teyit edilmiştir¹⁶¹. Whole Woman's Health v. Hellerstedt Davası'nda çoğunluk görüşünün Teksas kürtaj kanununun anayasaya aykırı olduğu şeklinde ortaya çıkmasında kilit rol ve belirleyici oyun sahibi Anthony Kennedy'dir. Nitekim Yüksek Mahkemede Kennedy dışındaki yargıçlardan muhafazakâr kimlikleriyle bilinen Roberts, Thomas ve Alito'nun Teksas kürtaj kanunun ilgili hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu yönünde oy kullanmaları ihtimali yok denecek kadar azdı. Tıpkı Obergefell v. Hodges Davası'nın karşı oy yazısında olduğu gibi Clarence Thomas'ın karşı oy yazısında da öngörülen kısıtların ve sınırlandırmaların yasama organının veya eyaletin takdir yetkisi ile meşru menfaati dâhilinde olduğunun altı çizilmiştir. Yine kararın verildiği tarihte Yüksek Mahkeme'nin liberal kanadında yer alan yargıçlar Ginsburg, Breyer, Kagan ve Sotomayor'un da ilgili kanun ile kürtaja getirilen sınırlandırmaları anayasaya aykırı bulacakları tahmin edilebilirdi. Bu hususta o dönem Yüksek Mahkemede ılımlı muhafazakâr veya merkez yargıç kimliği ile ön plana çıkan Anthony Kennedy tıpkı Obergefell v. Hodges Davası'nda olduğu gibi liberal kanattaki yargıçlarla birlikte yer almıştır. Nitekim belirleyici oyu ile Kennedy, Yüksek Mahkeme'nin herhangi bir tıbbi yardım veya fayda öngörmeksizin kadınların kürtaja erişimini zorlaştırdığı gerekçesiyle Teksas kürtaj kanunu hükümlerini anayasaya aykırı bulunarak hükümsüz kılmasını sağlamıştır.

159 Bkz. Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 US _ (2016), pgs. 25-26, (Alito, J., dissenting). Alito'nun karşı oy yazısında, anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanunun birtakım kürtaj kliniklerinin kapanmasına yol açmakla birlikte kürtaj kliniklerinin başka sebeplerle de kapanabileceği belirtilmiştir. Bu durumlar Teksas'ta 2011 senesinde yürürlüğe giren bir kanun ile kürtaj yaptıranlara yönelik aile planlama fonundan yardım yapılması usulüne son verilmesi, kürtaja olan rağbetin genel olarak azalması ve doktorların emekli olmasıdır. Bkz. Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 US _ (2016), pgs. 27-28, (Alito, J., dissenting).

160 Mary Ziegler, "Liberty and the Politics of Balance: The Undue-Burden Test After Casey/Hellerstedt", **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Vol. 52, No. 2, Summer 2017, <https://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/sites/10/2017/07/Ziegler.pdf>, (04.10.2020), s. 461.

161 Ziegler, s. 461.

c. İdam Cezası: Kennedy v. Louisiana (2008)

Anthony Kennedy'nin Yüksek Mahkeme'deki liberal yargıçlarla aynı safta yer alarak belirleyici oya sahip olduğu diğer bir çarpıcı dava Kennedy v. Louisiana¹⁶²'dir. Patrick Kennedy 8 yaşındaki üvey kızına karşı cinsel saldırı suçundan hüküm giymiştir. Louisiana mevzuatı bölge savcısına 12 yaşından küçük çocuklara cinsel saldırı suçundan hüküm giyenler hakkında idam cezası talep etme yetkisi vermektedir¹⁶³. Savcının talebi jüri tarafından da uygun görülmüş ve Patrick Kennedy idam cezasına çarptırılmıştır. Louisiana Yüksek Mahkemesi (Louisiana Supreme Court) her ne kadar Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Coker v. Georgia (433 U. S. 584) kararı ile yetişkin kadına cinsel saldırı suçundan hüküm giyme sonucunda çarptırılan idam cezasının anayasaya aykırı olduğuna karar verdiğini belirtse de somut olayda mağdurun bir çocuk olduğunun altını çizerek idam cezası kararını onamıştır¹⁶⁴. Louisiana Yüksek Mahkemesi önüne gelen davada idam cezasına ilişkin bir ulusal mutabakata olup olmadığı ile söz konusu cezasının ölçülü olup olmadığına odaklanmıştır. Nihayetinde de Mahkeme, 1995 senesinden beri beş farklı eyalette daha idam cezası öngören benzer kanunların yürürlükte olduğunu ve çocukların savunmasız mahiyetlerini ve özel olarak korunmaya muhtaç konumlarını göz önüne alarak idam cezasını onamıştır. Hükümlü Kennedy beş eyaletin idam cezasını benimsenmesinin bir ulusal mutabakat oluşturmadığını ileri sürmüş ve Coker v. Georgia kararının mağdurun yaşına bakılmaksızın uygulanması gerektiğinden bahisle Amerikan Yüksek Mahkemesi'nden anayasaya uygunluk denetimi yapmasını talep etmiştir¹⁶⁵.

Kennedy v. Louisiana Davası'nın merkezinde neticesinde ölüm gerçekleşmeyen ve çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı suçundan dolayı verilen idam cezasının Amerikan Anayasası'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ndeki "*Ölçüsüz kefalet öngörülmeceği gibi ölçüsüz para cezası ile zalimane ve olağandışı cezalar verilmeyecektir.*" hükmüne aykırı olup olmadığı hususu vardır¹⁶⁶. Amerikan Yüksek Mahkemesi 4'e karşı 5 yargıcın oyu ile Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'nin kasten öldürme dışındaki suçlar için idam cezasını yasakladığına ve söz konusu Louisiana kanun hükmünün

162 554 U.S. 407 (2008).

163 Çocuklara cinsel saldırı suçuna idam cezasını öngören kanuni değişiklik 1995 yılında gerçekleşmiştir ve hükümlü ilgili düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra idam cezasına çarptırılan ilk hükümlüdür.

164 Nitekim Coker v. Georgia kararı yetişkin bir kadına cinsel saldırı suçundan hüküm giyme sebebiyle idam cezası verilmesini yasaklasa da cinayet/kasten öldürme dışında bir suçtan ötürü verilen idam cezasının Amerikan Anayasası'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırılık oluşturup oluşturmadığı sorusuna yanıt vermemiştir.

165 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), Syllabus, JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/554/07-343/index.pdf>, (09.10.2020); Kennedy v. Louisiana, Facts of the Case, Oyez, <https://www.oyez.org/cases/2007/07-343>, (09.10.2020).

166 Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), Cornell Law School – Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/07-343P.ZO>, (09.10.2020), pg. 1, (Kennedy, J.). Karara/çoğunluk görüşüne ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Karar Roberts, Alito, Scalia ve Thomas'ın karşı oylarına karşı Kennedy, Souter¹⁶⁷, Stevens¹⁶⁸, Ginsburg ve Breyer'in çoğunluk oylarıyla alınmıştır.

Kennedy v. Louisiana Davası'nın çoğunluk görüşü Anthony Kennedy tarafından kaleme alınmıştır. Çoğunluk görüşü, idam cezasının dar bir kategoride bulunan en ağır suçları işleyen ve kusurlarının yoğunluğu sebebiyle bu cezayı hak eden kişilere karşı öngörülmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁶⁹. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme çocuğun ölümü ile sonuçlanmayan veya çocuğun öldürülmesine yardım edilmediği cinsel saldırı suçu sebebiyle hükmedilen idam cezasının Anayasa'nın VIII. ve XIV. Değişiklik Maddelerine aykırı olduğunu belirtmiştir¹⁷⁰. Yüksek Mahkeme'ye göre Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi aracılığıyla eyaletlere uygulama kabiliyeti olan VIII. Değişiklik Maddesi gereğince hükmedilen ceza işlenen suç ile ölçülü olmalıdır¹⁷¹. Nitekim Coker v. Georgia kararındaki cinsel saldırının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ciddi bir ceza gerektirdiği; bununla birlikte moral açıdan ve birey ile kamunun gördüğü zararlar açısından insan yaşamına sebepsiz yere son verilen cinayet/kasten öldürme ile kıyaslanamaz olduğu şeklindeki ifadesini Yüksek Mahkeme yinelemiştir¹⁷². Yüksek Mahkeme'ye göre katil yaşama son vermekte, tecavüzcü ise işlediği suçtan

167 1990-2009 yılları arasında Yüksek Mahkeme yargıcı olarak görev yapan David Souter, Cumhuriyetçi Başkan George H.W. Bush tarafından aday gösterilmiş ve atanmıştır. Bununla birlikte Yargıç Souter zaman içerisinde kullandığı oylar ile Yüksek Mahkeme'nin liberal kanadında yer almaya başlamıştır. Bu sebeple Souter'in emekliliğini müteakip Barack Obama tarafından Sonia Sotomayor'un aday gösterilip atanması Yüksek Mahkeme içerisindeki liberal – muhafazakâr dengesini değiştirmemiş ve Anthony Kennedy'nin merkez yargıçlığı devam etmiştir. Bkz. Jeff Greenfield, "The Justice Who Built the Trump Court", *Politico Magazine*, 9 July 2018, <https://www.politico.com/magazine/story/2018/07/09/david-souter-the-supreme-court-justice-who-built-the-trump-court-218953>, (10.10.2020); Peter Barker ve Jeff Zeleny, "Souter's Exit to Give Obama First Opening", *New York Times*, 1 May 2009, <https://www.nytimes.com/2009/05/02/us/02souter.html?auth=login-google>, (10.10.2020).

168 Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde 1975-2010 yılları arasında görev yapan John Paul Stevens Cumhuriyetçi Başkan Gerald Ford tarafından aday gösterilip atanmıştır. Her ne kadar ılımlı muhafazakâr bir yargıç profili sergilese de Stevens bilhassa idam cezası ve pozitif ayrımcılık gibi konularda Mahkeme'deki liberal yargıçlarla birlikte yer almıştır. John Paul Stevens'in kariyerinin son dönemindeki davalarda ise yoğun bir şekilde Yüksek Mahkeme'deki liberal blokla aynı safta yer aldığını görmekteyiz. Nitekim Yargıç Stevens kariyerinin son on altı senesinde liberal bir yargıç profili sergilemiştir. Garrett Eps, "The Case That Changed John Paul Stevens's Life", *The Atlantic*, 18 July 2019, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/07/john-paul-stevens-liberal-conservative/594241/>, (10.10.2020). 2010 senesinde emekli olduğunda Yargıç Stevens Yüksek Mahkeme'nin en yaşlı ikinci, en uzun süre görev yapan üçüncü üyesi idi. John Paul Stevens 2019 senesinde doksan dokuz yaşındayken vefat etmiştir. Bkz. Linda Greenhouse, "Supreme Court Justice John Paul Stevens, Who Led Liberal Wing, Dies at 99", *New York Times*, 16 July 2019, <https://www.nytimes.com/2019/07/16/us/john-paul-stevens-dead.html>, (10.10.2020).

169 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 9, (Kennedy, J.).

170 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 9, (Kennedy, J.). Louisiana'nın On üç yaşının altındaki çocuklara yönelik cinsel eylemleri idam cezası ile cezalandırması akabinde Georgia, Montana, Oklahoma, Güney Carolina ve Teksas da kanuni düzenlemelerinde çocuğa yönelik cinsel saldırıya yönelik idam cezası öngörmüşlerdir. Bu eyaletlerden dördü suçlunun daha önce bir cinsel saldırı suçundan hüküm giymesi koşuluyla idam cezasına çarptırılabilmesine hükmederken Georgia ise birtakım ağırlaştırıcı sebeplerin varlığı halinde çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı suçuna idam cezası öngörmektedir. Kırk dört eyalet çocuğa karşı cinsel saldırı suçuna idam cezası öngörmezken federal düzeyde Federal Death Penalty Act of 1994 ile kasten öldürme dışında idam cezası öngörülen suçların sayısı artırılmasına rağmen çocuğa karşı cinsel saldırı suçu bunlardan birisi olmamıştır. Federal düzeyde sadece cinsel istismar veya saldırı sonucunda mağdur hayatını kaybederse suçlu idam cezasına çarptırılabilir. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 12-13, (Kennedy, J.).

171 Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 8, (Kennedy, J.).

172 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 17, (Kennedy, J.); Coker v. Georgia, 433 U. S. 584, 598 (1977), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/584/#tab-opinion-1952365>, (14.10.2020).

ötesini yapmadıysa yaşama son vermemektedir¹⁷³. Bu sebeple ağırlığı ve geri dönülemez niteliğinden dolayı nevi şahsına münhasır olan idam cezası nihayetinde insan yaşamına son vermeyen çocuğa karşı cinsel saldırı suçunun faili için ölçüsüz bir yaptırımdır¹⁷⁴. Çoğunluk görüşünde Anthony Kennedy, gelişen moral standartlarla uyumlu olarak birinci derece cinayet ile mağduru çocuk olsa dahi cinsel saldırı suçu arasında bir ayırım yapılması gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁵.

Yargıç Kennedy tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşüne göre cinsel saldırının çocuğa psikolojik, duygusal ve fiziksel boyutta kalıcı hasar bıraktığı açıktır. Yine cinsel saldırı suçu mağduru çocuğun uzun senelerce yaşayacağı ıstırap göz ardı edilemez. Bununla birlikte anayasal düzlemdeki zalimane, ölçüsüz ve olağandışı ceza yasağı eyaletlere cezalarını medeni standartlar dâhilinde belirlemelerini zorunlu kılmakta olup idam söz konusu olayda işlenen suç açısından ölçülü bir ceza değildir¹⁷⁶. Kennedy, çocuğa karşı cinsel saldırı¹⁷⁷ suçuna idam cezası öngören eyaletlerin sayısı, kasten öldürme dışındaki suçlar için öngörülen idam cezasının tarihsel gelişimi, mevcut kanunlar, yeni düzenlemeler ve 1964 senesinden beri gerçekleştirilen infazlar¹⁷⁸ göz önüne alındığında çocuğa karşı cinsel saldırı suçundan dolayı idam cezası verilmemesi hususunda bir ulusal mutabakat olduğunu belirtmiştir¹⁷⁹.

Kennedy v. Louisiana Davası'nın karşı oy yazısı Samuel Alito tarafından kaleme alınmıştır. Alito, suça ilişkin hareketin kaç defa gerçekleştiğine, failin kaç defa bu suçu işlediğine, suçun ne kadar sadistçe nitelikte olduğuna, ne derece fiziksel ve psikolojik travmanın oluştuğuna ve failin sabıka kaydına bakılmaksızın çocuğa karşı cinsel saldırı suçuna idam cezası öngörmenin Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırı olduğu sonucuna varmanın kabul edilemez olduğunu belirtmiştir¹⁸⁰. Yargıç Alito, çoğunluk görüşünün çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı suçu sebebiyle idam cezası öngörülmemesi hususunda bir ulusal mutabakat olduğu şeklindeki ifadesine katılmanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Alito'ya göre Coker kararında çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı suçuna ilişkin idam cezası yaptırımı öngörmenin gelişen moral standartlara uygun olup olmadığı hususu açık bırakılmıştır. Nitekim Coker kararı yetişkin kadına karşı cinsel saldırı suçundan hüküm giyme sebebiyle idam cezası uygulanmasının Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırı olduğunu vurgulamıştır. Söz konusu olayda ise böyle bir durum söz konusu değildir¹⁸¹.

173 Hemen belirtelim Yüksek Mahkeme kararında cinsel saldırı suçu için "rape (tecavüz)", cinsel saldırı suçunun faili içinse "rapist (tecavüzcü) ifadeleri kullanılmıştır.

174 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 17, (Kennedy, J.); Coker v. Georgia, 433 U. S. 584, 598 (1977).

175 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 27-28, (Kennedy, J.).

176 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 24-25, (Kennedy, J.). Yine çoğunluk görüşü çocuğa karşı cinsel saldırı suç için idam cezası öngören eyaletlerin sayısını göz önüne alarak bu hususta bir ulusal mutabakat da olmadığını belirtmiştir. Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 15, 38, (Kennedy, J.).

177 Yüksek Mahkeme kararında bu suç "crime of child rape (çocuk tecavüzü)" olarak belirtilmiştir.

178 Louisiana 1964 senesinden beri çocuğa karşı cinsel saldırı suçu sebebiyle idam cezasına hükmü veren ilk eyalettir. Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 23, (Kennedy, J.).

179 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 23-24, 36 (Kennedy, J.).

180 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 1, (Alito, J., dissenting). Karşı görüş yazısının tam metni için bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), (Alito, J., dissenting), Cornell Law School - Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/07-343P.ZD>, (11.10.2020). Karşı görüş/azınlık görüşüne ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

181 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 1-2, (Alito, J., dissenting). Alito'ya göre çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı suçu için idam cezasının Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırılık oluşturmadığını kabul etmek idamın

Alito, çoğunluk görüşünün dayandığı hususların esasen politikaya ilişkin olduğunu belirtmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme kararındaki argümanlar¹⁸² doğrudan Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'yle ve bu maddedeki zalimane ve olağandışı ceza ibareleriyle ilişkili değildir¹⁸³. VIII. Değişiklik Maddesi suçlanan kişinin haklarını korumaktadır. Yoksa VIII. Değişiklik Maddesi mahkemelere, suç mağdurlarının veya toplumun geniş kısmının menfaatine uygun olmadığı gerekçesiyle eyalet veya federal ceza kanunlarını hükümsüz kılma yetkisi vermemektedir. Çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı suçunun yaptırımı olarak idam cezasının kabul edilmesi bağlamında Yüksek Mahkeme'nin dayandığı politikaya ilişkin argümanlar esasen yasama organını ilgilendiren hususlardır¹⁸⁴. Alito, kasten öldürme suçundan hüküm giyerek idam cezasına çarptırılan birisinin çocuğa karşı cinsel saldırı suçunu işleyen herkese oranla moral açıdan daha aşağı seviyede olduğu hususunun da şüpheli olduğunu belirtmiştir¹⁸⁵. Nitekim Alito'ya göre cinsel saldırı suçunun çocuğa ve topluma verdiği vahim sonuçlar ve zararlar göz önüne alındığında Louisiana kanun koyucusunun ve sayıları git gide artan eyaletlerin bu suç için idam cezası öngörmesinin Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırı bir yönü bulunmamaktadır¹⁸⁶.

Anthony Kennedy'nin çoğunluk görüşünü oluşturan ifadeleri idam cezasının istisnai bir ceza olduğu ve zarar gören değer bakımından çok ağır olmayan durumlar dışında idam cezası öngörülmesinin Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırılık oluşturduğunun altını çizmektedir. Buna göre mağduru çocuk olsa dahi cinsel saldırı suçu sebebiyle idam cezasının kabul edilmesi gelişen moral standartlar açısından VIII. Değişiklik Maddesi bağlamında ölçüsüz ve olağandışı bir ceza anlamına gelmektedir. Nitekim Anthony Kennedy, Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ndeki zalimane ve olağandışı ceza yasağına riayet edilip edilmediği tespit edilirken VIII. Değişiklik Maddesi'nin kabul edildiği 1791 senesindeki değil günümüzde geçerli olan normlar çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerektiğinin altını çizmiştir¹⁸⁷.

Gerek Anthony Kennedy'nin çoğunluk görüşündeki gerekse de Samuel Alito'nun azınlık görüşünde belirtilen hususlar nihayetinde ceza politikasına, daha açık olmak gerekirse ceza politikasının anayasaya uygunluğuna ilişkindir. Bu bağlamda ileride ekseriyeti liberal yargıçlardan oluşan bir Yüksek Mahkeme'nin idam cezasını istisnasız şekilde Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırı bulması mümkün iken çoğunluğu muhafazakâr yargıçların oluşturduğu bir Yüksek Mahkeme yapısı içerisinde de idam cezasının anayasal sınırlarının kasten öldürme suçunun ötesine genişlemesi pek tabii mümkündür¹⁸⁸.

kapsamının genişlemesinden ziyade ilgili kanunların anayasaya uygun olduklarının teyit edilmesi anlamına gelmektedir.

182 Söz gelimi bunlardan birisi çocuğa karşı cinsel saldırı suçu için idam cezası öngörülmesinin failin mağduru öldürmeme kararına olumsuz etki edebileceğidir. Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 35, (Kennedy, J.).

183 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 16, (Alito, J., dissenting).

184 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 16, (Alito, J., dissenting).

185 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 20-21, (Alito, J., dissenting).

186 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 23, (Alito, J., dissenting).

187 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 8, (Kennedy, J.). Bu kapsamda yapılan bir incelemedeki kıstas ise öngörülen cezanın ilgili suç tipi açısından uygun ve ölçülü olup olmadığıdır. Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 8, (Kennedy, J.).

188 Hemen belirtelim Amerikan Anayasası'nın V. Değişiklik Maddesi'nde kimsenin bir suçtan dolayı iki kez yaşamına son

d. Pozitif Ayrımcılık: Fisher v. University of Texas (2016)

Yüksek Mahkeme'deki liberal ve muhafazakâr yargıçların blok halde aynı safta yer aldığı ve Anthony Kennedy'nin belirleyici oyuyla şekillenen diğer bir çarpıcı dava Fisher v. University of Texas olarak karşımıza çıkmaktadır. Abigail Fisher'ın Austin şehrinde bulunan Teksas Üniversitesi'ne yaptığı başvuru reddedilmiştir. Teksas Eyaleti'nin kabul ettiği bir düzenleme gereğince eyalet içerisindeki liselerden mezun olanlar içerisindeki en başarılı yüzde onluk dilime giren bireylerin başvuruları Üniversite tarafından kabul edilmektedir. En başarılı yüzde onluk dilime giremeyen bireyler içinse Üniversite'nin bir takdir yetkisi olup bu hususta değerlendirmede göz önüne alınan hususlardan birisi de başvuru sahibinin ırkıdır. Beyaz tenli Amerikan olan Fisher, Teksas Üniversitesi'ne karşı dava açarak Üniversite'nin kabul sürecinde ırksal faktörleri de göz önünde tutmasının Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki eşit koruma ibaresine (equal protection clause) aykırı olduğunu iddia etmiştir. Fisher'a göre Üniversite'nin kabul sürecinde göz önüne aldığı şartlar beyaz tenli Amerikanlar (*caucasian*) nezdinde bir dezavantaj meydana getirmektedir. Bölge Mahkemesi Teksas Üniversitesi'nin öğrenci kabul sürecinin anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiş ve 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi de Bölge Mahkemesi'nin bu kararını onamıştır. Anayasaya aykırılık meselesi akabinde Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne taşınmıştır. Yüksek Mahkeme, 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi'nin değerlendirmesini yaparken Teksas Üniversitesi'nin öğrenci kabul politikasına ilişkin katı inceleme ölçütünü (*strict scrutiny standard*) uygulamadığı gerekçesiyle dosyayı 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi'ne geri göndermiştir¹⁸⁹. Federal Temyiz Mahkemesi önüne gelen davada Teksas Üniversitesi'nin kabul sürecinde ırksal faktörleri de göz önünde bulundurmasının, sadece (*narrowly tailored*) eğitimde farklılığı/çeşitliliği (*educational diversity*) sağlama meşru amacına hizmet ettiği gerekçesiyle katı inceleme ölçütü karşısında anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Anayasaya aykırılık meselesi akabinde Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiştir¹⁹⁰.

Fisher v. University of Texas Davası'nda Amerikan Yüksek Mahkemesi 3'e karşı 4 yargıcın oyuyla Texas Üniversitesi'nin kabul sürecinin Anayasa'nın eşit koruma ibaresine aykırılık oluşturmadığına

verilmesi veya idam cezası hükmü ile karşı karşıya bırakılmayacağı belirtilmektedir.

189 Kamu işlem veya eylemlerinin anayasaya aykırılığı konusunda inceleme yaparken Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin uyguladığı veya takip ettiği birtakım ölçütler/standartlar vardır. Bu ölçütler inceleme konusu davanın niteliğine göre değişiklik göstermekle birlikte üç tip inceleme ölçütü ön plana çıkmaktadır. Bunlardan makul dayanak (*rational basis*) ölçütüne göre yasama organının amacı meşru ise ve kanun da bu amaca makul ölçüde hizmet ediyorsa kanun anayasaya uygundur. Bu ölçüt 1937 sonrası dönemde çıkarılan ekonomik düzenlemelerin incelenmesinde kullanılmaktadır. Diğer bir ölçüt orta seviye (*intermediate*) ölçüttür. Bu ölçüt uyarınca bir düzenleyici işlem önemli bir amaca hizmet ediyorsa ve bu amacın gerçekleşmesi ile büyük oranda ilişkisi var ise anayasaya uygundur. Bu ölçüt genelde cinsiyet temelli ayrımcılık ve ticari ifadelerle ilgili davalarda uygulanmaktadır. Katı inceleme ölçütü (*strict scrutiny standard*) ise ırk, oy, evlilik gibi konular temelinde kanunların üstün bir kamusal yarar için ayrımcılık yaptığı durumlarda kullanılan, dar yorumun söz konusu olduğu yüksek seviye bir ölçüttür. Bu kategori kimi zaman şüpheli kategori (*suspect category*) diye de anılır. Bu ölçütü geçebilmek için yasama organı veya düzenleyici işlem gerekli bir kamu yararına yönelmiş olmalı ve sadece, mutlak bir şekilde bu yararı gerçekleştirebilecek nitelikte olmalıdır. Fisher ve Harriger, s. 873.

190 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), Syllabus, JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/14-981/#tab-opinion-3589817>, (15.10.2020); Fisher v. University of Texas, Facts of the Case, Oyez, <https://www.oyez.org/cases/2015/14-981>, (15.10.2020); Kararın tam metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/14-981/case.pdf>, (15.10.2020). Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

hükmetmiştir¹⁹¹. Davanın çoğunluk görüşü yazısı Anthony Kennedy tarafından kaleme alınmıştır. Yargıç Kennedy, Üniversite'nin öğrenci kabul politikasının ırksal faktörlerin de göz önünde tutulduğu bütüncül değerlendirme sürecinden ziyade lisede öğrenim gördüğü sınıfta %10 dilimine giren en başarılı öğrencilerden birisi olma şartına çok daha fazla dayandığını belirtmiştir. Nitekim Üniversite'ye yani başlayan öğrencilerin dörtte üçünden fazlası bu %10'luk dilim içerisinde gelen bireylerden oluşmaktadır. Hâlbuki başvurucunun bu şarta ilişkin bir anayasaya aykırılık iddiası yoktur¹⁹².

Yüksek Mahkeme'nin kararında Teksas Üniversitesi'nin öğrenci kabul politikasında ırksal faktörleri de göz önüne almasının katı inceleme ölçütünden geçmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu hususta öğrenci kabulünde ırksal faktörlerin de değerlendirmeye alınmasının ulaşılmak istenen kamu yararından öte bir sonucunun olmaması gerekmektedir¹⁹³. Anthony Kennedy, Üniversite'nin öğrenci kabul politikasında ırksal faktörleri de gözetmesinin başvurucunun iddiası gibi belirli sayıda azınlığa mensup (Asyalı, Hispanik-Latin vb.) bireyin kaydedilmesinden ziyade öğrenciler arasındaki farklılığın (*student body diversity*) bir yansıması olarak eğitim hakkı temelinde imkânlar sağlamak olduğunu belirtmiştir¹⁹⁴. Üniversite, öğrenci kabul politikasının amacının çeşitli fikirlerin sağlıklı bir şekilde müzakere edildiği, farklı kültürlerin paylaşıldığı, farklılığın gittikçe arttığı çalışma yaşamına hazırlanıldığı, geleceğin liderlerinde olması gereken niteliklerin kazandırıldığı bir akademik ortam oluşturmak olduğunu belirtmiştir. Bu hedefler Yüksek Mahkeme'nin daha önceki davalarında onayladığı gerekli (kamusal) yararları (*compelling interests*) yansıtmaktadır¹⁹⁵. Başvurucunun iddiasının aksine Üniversite'nin kabul politikası yoluyla ulaşmaya çalıştığı hedefler somut ve sınırları belirli olan niteliktedir¹⁹⁶.

Anthony Kennedy, Üniversite'nin daha önceki %10 planı ve ırksal faktörlere dayanmayan (*race-neutral*) politikası ile hâlihazırda ırksal azınlığa mensup bireyler açısından yeterli çoğunluğa ulaştığı fikrine de katılmamıştır. Nitekim gerek istatistiki veriler gerekse anekdot niteliğindeki kayıtlar, ırksal faktörlere dayanmayan (*race-neutral*) kabul politikasının öğrenim ortamında farklılığı oluşturma hedefi için yeterli olmadığını göstermektedir¹⁹⁷. Bu açıdan da Yüksek Mahkeme

191 Bahsettiğimiz üzere karar yedi yargıcın oyuyla alınmıştır. Bunun sebebi Antonin Scalia'nın kısa süre önce vefat etmesi ve Elana Kagan'ın da dosya 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi'nde iken Amerikan Federal Devleti'ni Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde temsil eden hukukçu olan Federal Adalet Bakanlığı nezdindeki *Solicitor General* sıfatıyla görev yapmasıydı. Nitekim o dönem Federal Adalet Bakanlığı, dava hakkında hukuki görüş bildirmiştir.

192 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 8-9, (Kennedy, J.).

193 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 10-11, (Kennedy, J.).

194 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 11, (Kennedy, J.). Nitekim Yüksek Mahkeme farklı sosyal yapılardan bireylerin üniversiteye kaydedilmesinin farklı ırklar arası anlayışı geliştireceğini, ırk temelindeki ön yargıların kırılmasına yardım edeceğini, farklı ırklara mensup öğrencilerin birbirini daha iyi anlamalarını teşvik edeceğini belirtmiştir. Nitekim öğrenciler arasındaki farklılık, öğrenme çıktılarına katkı sağlayacağı gibi öğrencilerin çeşitlilik seviyesi gittikçe artan iş yaşamı ve sosyal yaşama daha iyi hazırlanmalarına da yardımcı olacaktır. Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 11, (Kennedy, J.).

195 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 12-13, (Kennedy, J.).

196 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 13, (Kennedy, J.).

197 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 13-15, (Kennedy, J.). Söz gelimi ırksal faktörlere dayanmayan kabul politikasının uygulandığı 2003 senesinde Üniversite'ye kaydolun Afro-Amerikan öğrencilerin kaydolun tüm öğrencilere oranı %4,1 idi. Benzer durumlar Hispanik ve Asyalı-Amerikan öğrenciler açısından da

başvurucunun Üniversite'nin kabul sürecinde ırksal faktörleri göz önüne almasının öğrenim ortamında farklılığı/çeşitliliği oluşturma şeklindeki gerekli kamu yararına çok az katkıda bulunduğu görüşüne katılmamıştır. Nitekim 2003 senesinde Teksas'ta ikamet eden bireylerden Üniversite'ye kabul edilenlerden %11'i Hispanik, %3,5'i ise Afro-Amerikan kökenlidir. Hâlbuki 2007 senesinde Üniversite'ye yeni başlayacak Teksaslı öğrencilerin %16,9'u Hispanik, %6,8'i ise Afro-Amerikan kökenli olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu veriler Üniversite'nin ırksal faktörleri de değerlendirme kapsamına aldığı yeni kabul politikasının anlamlı olduğuna ve sınırlı da olsa Üniversite'de ilk senelerini geçirecek öğrenciler arasında farklılığa/çeşitliliğe katkı sağladığına delalettir¹⁹⁸. Çoğunluk görüşüne göre her durumda öğrenci kabul sürecindeki ırksal değerlendirmenin etkisinin ufak ölçüde olması, sadece belirli bir amaca yönelmiş olan söz konusu uygulamanın başarısız olduğu ve anayasaya aykırılık oluşturduğu anlamına gelmemektedir.¹⁹⁹

Fisher v. University of Texas Davası'nda başvuru Abigail Fisher'ın dayandığı argümanlardan birisi de Üniversite'nin gerekli gördüğü öğrenciler arasında farklılığın sağlanması amacıyla ırksal faktörlerin değerlendirmeye alınmadığı bir kabul politikayla da ulaşılabileceği idi. Anthony Kennedy bu argümana da katılmamıştır. Kennedy, veriler ve kayıtlar ışığında Fisher'ın başvuru yaptığı dönemde diğer alternatif yolların hiçbirisinin Üniversite'nin amacını gerçekleştirmesinde işlevsel olmadığını altını çizmiştir²⁰⁰. Nitekim Üniversite ırksal faktörlerin de değerlendirmeye alındığı başvuru politikasını kabul etmeden önce Hispanik ve Afro-Amerikan başvuru sahiplerinin/öğrencilerin yararlanabileceği yeni burs programları açmış, yerel başvuru merkezleri oluşturmuş, öğrenci kabulüne yönelik bütçesini artırmış ve binin üzerinde öğrenci kabul etkinliği düzenlemiştir. Bununla birlikte bu yöntemlerden hiçbirisi öğrenim ortamında farklılığın sağlanması amacıyla açısından etkili olmamıştır²⁰¹. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme, Üniversite'nin öğrenci kabul politikasının sadece öğrenim ortamında farklılığı sağlama meşru amacına hizmet ettiği ve bu şekilde katı inceleme ölçütünden geçtiğini belirterek Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki eşit koruma ibaresi açısından herhangi bir anayasaya aykırılık tespit etmemiştir. Nitekim yükseköğretim ortamında farklılığın sağlanması gibi manevi nitelikli karakteristik unsurlar bir üniversitenin kimliği ve öğretim misyonunun merkezinde yer almaktadır²⁰².

Fisher v. University of Texas Davası'nda hem Samuel Alito hem de Clarence Thomas karşı oy yazısı kalem almışlardır. Clarence Thomas, John Roberts ile birlikte Samuel Alito'nun karşı oy yazısına katılmakla birlikte kısa bir karşı oy yazısı kaleme almıştır. Yargıç Thomas, öğrenci adaylarının başvurularının değerlendirilmesinde ırksal faktörleri de göz önüne almanın Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ni ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir. Yargıç Thomas'a göre Anayasa ırk temelli sınıflandırmaları yasaklamakta olup kamusal makamların vatandaşları ırksal temelli bir kaydın süjesi yaparak ırksal faktörleri külfet ve haklarla ilişkili hale getirmesi küçük düşürücü

geçerliydi. Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 14, (Kennedy, J.). Bu dönemde azınlığa mensup öğrencilerin yalnızlığa ve izolasyon hissine kapıldıkları gözlemlenmiştir. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 14-15, (Kennedy, J.).

198 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 15, (Kennedy, J.).

199 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 15, (Kennedy, J.).

200 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 15-16, (Kennedy, J.).

201 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 16, (Kennedy, J.).

202 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 19, (Kennedy, J.).

niteliktedir²⁰³. Thomas, ırksal temelli ayrımcılığın eğitimde birtakım yararlar sağladığı şeklindeki “revaçta olan” teorinin Anayasa’nın emredici hükmüne halel getiremeyeceğini belirtmiştir²⁰⁴.

Samuel Alito, Üniversite’nin kabul sürecinde ırksal faktörleri değerlendirmeye almasının hangi yarara hizmet ettiğini tam olarak ifade edemediğini belirtmiştir. Bu hususta Üniversite’nin başlıca argümanı eğitimde farklılığın sağlanması (educational diversity) olmuş, bunun dışında veya bu kapsamda Mahkeme’nin değerlendirmesinde dikkate alabileceği herhangi bir ölçülebilir sava ya da amaca yer verilmemiştir²⁰⁵. Nitekim Üniversite’nin bu husustaki girişimleri değişken, ikna edicilikten uzak ve kimi zaman da samimi değildir. Üniversite ırksal temelli kabul programını (race-based plan) kabul ettiğinde, Afro-Amerikan, Asyalı-Amerikan ve Hispanik öğrencilerin çok az temsil edildiğini ve bu programın amacının sınıflardaki farklılığı ve çeşitliliği geliştirmek olduğunu vurgulamıştır. Bununla birlikte Teksas Üniversitesi, ırksal temelli kabul programının bu durumu iyileştirdiğini gözler önüne serememiştir. Yine Üniversite, kayıt memurlarının söz konusu kabul politikası kapsamında azınlığa mensup öğrencilerin pek az temsil edildiği bölümlere Afro-Amerikan, Asyalı-Amerikan ve Hispanik öğrencilerin kaydını yapıp yapmadıkları hususunda da bir kanıt sunmamıştır. Üniversite’nin söz konusu kabul programını kabul ederken azınlığa mensup öğrenciler için ulaşmak istediği yeterli çoğunluğun ne anlama geldiği tam olarak açıklığa kavuşmamıştır. Nitekim Üniversite tarafından ifade edilen bu yeterli çoğunluk Afro-Amerikan, Asyalı-Afrikan veya Hispanik öğrenciler açısından ne belirli bir sayı ne de yüzde olarak ifade edilmiştir²⁰⁶.

Alito karşı oy yazısında Üniversite’nin neden ırksal faktörlerin de göz önüne alındığı bir öğrenci kabul politikasına ihtiyaç duyduğunu ve söz konusu politika ile amaçladığı hedeflere ne zaman ulaşılmış sayılacağını anlaşılır bir şekilde açıklayamadığını belirtmiştir. Bu bağlamda Teksas Üniversitesi’nin öğrenci kabul politikasının katı inceleme ölçütünden geçmesi mümkün değildir²⁰⁷. Alito’ya göre Üniversite’nin ulaşmak istediği amaçlar takdire şayan nitelikte olmakla birlikte belirgin ve somut olmadığı gibi ırksal faktörlerin göz önüne alınmasında herhangi bir sınırlayıcı prensip de ihtiva etmemektedir. Söz gelimi mahkeme önüne gelen olayda bir önyargının yeterli ölçüde kırıldığını nasıl tespit edecek ya da ırklar arası anlayışın geliştiği kanısına nasıl varacaktır? Üniversite ırk temelli (pozitif) ayrımcılığı sadece birkaç çalışanın ırksal faktörlerin değerlendirmeye alınmasının gerekli olduğu görüşü üzerinden gerekçelendirirse, kanunun sadece hedeflediği spesifik amaca yönelik etki doğurup doğurmadığına (narrowly tailoring) ilişkin bir tahkikat²⁰⁸ da anlamsız hale gelir²⁰⁹. Bu husus da mahkemelerin üniversite yönetimlerinin kararlarına her daim riayet etmeleri ve pozitif ayrımcılık ile ilgili politikaların yargısal denetimden muaf tutulmasını beraberinde getirir²¹⁰.

203 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 1, (Thomas, J. dissenting).

204 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 1, (Thomas, J. dissenting).

205 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 1, (Alito, J. dissenting).

206 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 2, (Alito, J. dissenting).

207 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 15, (Alito, J. dissenting).

208 Katı inceleme ölçütü

209 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 15, (Alito, J. dissenting).

210 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 15-16, (Alito, J. dissenting).

Merkezinde ırk temelli pozitif ayrımcılığın Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki eşit koruma (equal protection) ibaresi karşısındaki niteliği olan Fisher v. University of Texas Davası kararı da Yüksek Mahkeme'deki liberal ve muhafazakâr yargıçların blok halde aynı safta yer almalarına sahne olmuştur. Nitekim siyahi yargıç Clarence Thomas karşı görüşte yar alırken Hispanik kökenli yargıç Sonia Sotomayor çoğunluk görüşüne imza atmıştır. Başka bir ifadeyle Fisher v. University of Texas kararında Yüksek Mahkeme'deki etnik dağılım değil de liberal-muhafazakâr temelli hukuki ve felsefi görüşler etkin olmuştur. Bu hususta da Anthony Kennedy'nin oyu yine belirleyici rol oynamıştır. Nitekim Anthony Kennedy açık bir şekilde yükseköğretim kabul sürecinde ırksal faktörlerin göz önüne alındığı bir pozitif ayrımcılık politikasının katı inceleme ölçütünden geçerek Amerikan Anayasası ile çelişmediğinin ve meşru bir kamusal menfaate hizmet ettiğinin altını çizmiştir. Karşı oy yazısını kaleme alan Samuel Alito ise söz konusu pozitif ayrımcılık politikasına şüphe ile yaklaşmıştır. Nitekim Alito, ilke olarak pozitif ayrımcılık uygulamasına karşı çıkmamakla birlikte dava konusu uygulamanın amaçlanan üstün menfaati gerçekleştirmede muğlak kaldığını vurgulamıştır. Clarence Thomas ise prensip olarak ayrımcılık anlamına gelebilecek her türlü uygulamanın Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi ile çelişki oluşturacağını belirtmiştir.

3. Değerlendirme

Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir siyasi düzende Anayasa'nın yargıçlar eliyle şekillendirilmesinin ve uygulanmasının en çarpıcı örneklerinden birisidir. Nitekim halen yürürlükte olan 1787 Amerikan Anayasası, Kıta Avrupası anayasalarında görebileceğimiz pek çok konuyu veya hakkı düzenlememektedir. Anayasa'nın Haklar Bildirgesi olarak anılan ilk on değişiklik maddesinde dahi kişi haklarının tamamı açıkça güvence altına alınmamaktadır. Bunlardan en çarpıcısı belki de özel hayatın gizliliği hakkıdır. Yine Anayasa'da idam cezasının kapsamı veya pozitif ayrımcılık ile ilgili herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu husus aynı zamanda kural koyma yetkisinin sınırları bağlamında federal devletin olduğu kadar eyaletlerin de takdir yetkisini genişletmektedir.

Bir anayasal düzende Anayasa ne kadar kısa ve çerçeve niteliğini haiz olursa yasama organının düzenleyici işlem yapma konusundaki takdir yetkisinin o denli geniş olduğu söylenebilir. Amerikan anayasal düzeni açısından ise böyle bir çıkarım eksik olacaktır. Çünkü Amerikan Anayasası'nın çerçeve anayasa niteliği federal ve eyalet yasama organlarına kanun çıkarırken anayasaya aykırı olmama hususunda geniş bir hareket alanı tanırken aynı zamanda yargı organına da bu kanunların anayasa karşısındaki geçerliliklerini belirleme hususunda o denli bir hareket alanı tanımaktadır. Hatta bir hukuk kuralının ne anlama geldiği ve en üst norm anayasa karşısındaki geçerliliği konusunda karar verme yetkisine sahip nihai organın yargı olduğu düşünüldüğünde Amerikan Anayasası'nın çerçeve anayasa mahiyeti, Amerikan Yüksek Mahkemesi başta olmak üzere federal yargı mercilerine anayasanın ne anlama geldiği ve kanunların da anayasal mahiyetlerinin bu hükümler karşısında ne olduğu konusunda azımsanmayacak ölçüde bir takdir alanı bahşetmektedir.

Amerikan federal yargı sisteminin en üst basamağında yer alan ve ulusal anayasa mahkemesi işlevi de gören Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir kanunun veya yönetsel işlemin anayasaya aykırılığı konusunda

karar verme yetkisini haiz olan nihai yargısal merciidir. Yüksek Mahkeme bir kanunu anayasaya aykırı bulduğunda onu hukuk düzeninden ortadan kaldıracak şekilde iptal edemez. Nitekim böyle bir yetki Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne Anayasa ile bahşedilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın VI. maddesinin ikinci fıkrasındaki *üstünlük ibaresi (supremacy clause)*²¹¹, 1803 tarihli *Marbury v. Madison* Davası'ndan başlayarak anayasaya aykırı bulunan kanunların mahkemeler tarafından hükümsüz (*strike down*) veya geçersiz (*invalidate*) kılınmasının anayasal temeli olmuştur. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin anayasaya aykırılık kanaatine varması durumunda bir kanun ülke çapında hükümsüz kılınmakta, başka bir ifadeyle şeklen varlığını sürdürmekle birlikte uygulama kabiliyetini yitirmektedir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin sadece dokuz üyesinin olması ve Yüksek Mahkeme yargıçlarının başkan ve Senato'nun dâhil olduğu bir süreçle yaşam boyu görev yapacak şekilde atanması, yargıçların belirlenme ve atanma sürecini politik bir hüviyete büründürmektedir. Nitekim Amerikan başkanları ve senatörler Yüksek Mahkeme yargıç atamalarını politik ajandalarının bir parçası olarak kullanabilmektedirler. Bu hususa bir örnek vermek gerekirse kamuoyunda *Obamacare* olarak bilinen Patient Protection and Affordable Care Act'in Donald Trump ile Cumhuriyetçi senatör ve temsilciler²¹² tarafından ilga edilme girişimleri 2020 Ekim ayı itibariyle başarılı olamamıştır. Bununla birlikte ekseriyeti muhafazakâr yargıçlardan oluşan ve merkez yargıçtan yoksun bir Yüksek Mahkeme'nin Affordable Care Act'i anayasaya aykırı bularak hükümsüz kılması ihtimal dahilindedir.²¹³

Yukarıda incelediğimiz *Fisher v. University of Texas*, *Kennedy v. Louisiana*, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* ve *Oberegfehl v. Hodges*; anayasal olduğu kadar felsefi ve siyasi niteliği haiz ve toplumsal

211 “Bu Anayasa ve bu Anayasa'ya uygun olarak yapılan kanunlar ve Birleşik Devletler'in otoritesi altında yapılan bütün anlaşmalar ülkenin en üstün hukuk normlarıdır; dolayısıyla her eyaletteki yargıçlar eyaletlerin anayasaları ve kanunları aykırı hükümler içerse dahi bunlarla bağlıdır.”

212 Temsilciler Meclisi üyeleri

213 Affordable Care Act'in anayasaya aykırılığı meselesi Yüksek Mahkeme'nin önüne hâlihazırda gelmiştir. National Federation of Independent Business v. Sebelius, Davası'nda 4'e karşı 5 oyla alınan kararda Yüksek Mahkeme bireylere zorunlu sağlık sigortası öngörmenin Kongre'nin anayasal vergi/mali yükümlülük koyma yetkisi dâhilinde olduğuna hükmetmiştir. Karar Roberts, Breyer, Sotomayor, Kagan ve Ginsburg'ün çoğunluk oylarıyla alınmış olup Scalia, Kennedy, Thomas ve Alito karşı oy kullanmışlardır. Görüldüğü üzere Obamacare'in prensip olarak anayasaya aykırı bulunmamasında belirleyici oyun sahibi Baş Yargıç John Roberts olmuştur. Bkz. National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/567/11-393/case.pdf>, (22.10.2020). 2017 senesinde Donald Trump'ın başkanlık döneminde ekseriyeti Cumhuriyetçilerden oluşan Kongre Affordable Care Act'te bir değişiklik yaparak sağlık sigortası yaptırmayan bireylere öngörülen mali yükümlülüğün miktarını sıfır olarak değiştirmiş, bunun dışında kanunun diğer hükümlerini olduğu gibi bırakmıştır. Başka bir ifade ile Obamacare'in zorunlu sağlık sigortası uygulaması, herhangi bir vergi cezası veya mali yükümlülük olmaksızın devam etmiştir. Mali yükümlülük olmaksızın Affordable Care Act'in zorunlu sağlık sigortası öngören hükmü (individual mandate) ve buna bağlı olarak diğer hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddiası yakın zamanda Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiş olup *California v. Texas* adı altında görülen dava henüz sonuçlanmamıştır. Burada Teksas ve birtakım eyaletlerin iddiası sağlık sigortası yaptırmamanın yaptırımı olarak öngörülen vergi cezasının miktarının sıfır olması karşısında ortada Amerikan Anayasası anlamında bir vergi/mali yükümlülüğün olmadığıdır. Bununla birlikte davanın sözlü aşaması (oral argument) 10 Kasım 2020 tarihinde yapılmış olup muhafazakâr yargıçlardan John Roberts ve Brett Kavanaugh Patient Protection and Affordable Care Act'in bütün hükümlerini geçersiz kılmanın Yüksek Mahkeme'nin yetkisi dâhilinde olmadığını dile getirmişlerdir. Özetle, John Roberts ve Brett Kavanaugh'ın ifadelerinden Obamacare'in temel hükümlerinin anayasaya aykırı bulunmayacağı öngörüsünde bulunulabilir. Bkz. Susannah Luthi ve Josh Gerstein, “Supreme Court Appears Wary of Striking Down Obamacare”, Politico, 10 November 2020, <https://www.politico.com/news/2020/11/10/supreme-court-obamacare-kavanaugh-435711>, (29.11.2020); *California v. Texas* (Oral Argument), Oyez, <https://www.oyez.org/cases/2020/19-840>, (29.11.2020).

açından da ihtilaflı meseleleri ihtiva eden davalardır. Söz gelimi Amerikan Anayasası'nda pozitif ayrımcılık ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yine Amerikan Anayasası idam cezasının kapsamı ile ilgili herhangi bir hüküm ifade etmemektedir. Özel hayatın gizliliği hakkı ile bu hakka bağlı bir hak olarak nitelendirilen evlilik hakkı ile özel hayatın bir parçası sayılan kürtaj da Amerikan Anayasası ve değişiklik maddelerinde açıkça düzenlenmemektedir. Bu bağlamda ırk temelli pozitif ayrımcılığın anayasal niteliği ve eşit koruma ibaresine aykırı olup olmadığı; özel hayatın gizliliği hakkının Amerikan Anayasası tarafından güvence altına alınıp alınmadığı ve bunun boyutu; evlilik hakkının özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında Amerikan anayasal düzeninde tanınıp tanınmadığı; eşcinsel evliliklere getirilen yasakların eşit koruma ibaresine aykırı olup olmadığı; yine eşcinsel evliliklerin hukuki gerekler ibaresindeki özgürlüğün bir parçası sayılıp sayılmayacağı; idamın zalimane ve olağandışı bir ceza olup olmadığı Yüksek Mahkeme yargıcının anayasa anlayışına ve anayasayı yorumuna bağlı hususlardır. Anayasa'nın yorumu ise bilhassa belirttiğimiz konulara ilişkin davalarda yargıcın felsefi veya dünya görüşünden kopuk değildir. Nitekim incelediğimiz davalarda liberal ve muhafazakâr yargıçların blok halde aynı safta yer almaları bunun bir göstergesidir.

Bilhassa felsefi ve siyasi niteliği haiz ve toplumsal açıdan da ihtilaflı meseleleri ihtiva eden davalarda Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki liberal-muhafazakâr yargıç dağılımının önem arz etmesi Mahkeme'nin dönemsel olarak yapısına göre eyalet veya federal yasama organlarını daha önceden anayasaya aykırı bulunmuş olsa dahi hemen hemen aynı kanunları çıkarmaya teşvik edebilmektedir. Söz gelimi 6 muhafazakâr 3 liberal yargıçtan oluşan bir Yüksek Mahkeme kompozisyonunun söz konusu olması durumunda yasama organının ekseriyeti cumhuriyetçilerden oluşan Kentucky Eyaleti'nin Obergefell kararını dikkate almaksızın eşcinsel evliliği yasaklayan bir kanun çıkarması pek muhtemeldir. Çünkü ilgili kanunun Yüksek Mahkeme'nin yeni kompozisyonu tarafından anayasaya aykırı bulunması düşük ihtimaldir. Aksine 5 liberal 4 muhafazakâr yargıcın görev aldığı bir Yüksek Mahkeme'nin söz konusu olması durumunda ise eyalet böyle bir tercihte bulunmayacaktır. Çünkü o kanunun Yüksek Mahkeme tarafından yine anayasaya aykırı bulunup hükümsüz kılınacağı aşikârdır. Nihayetinde Yüksek Mahkeme'nin bir kanunu anayasaya aykırı bulup geçersiz kılması ulusal düzeyde bağlayıcı olmakla birlikte eyalet yasama organlarının benzer içerikte kanun çıkarmasına da engel değildir. Bu hususta da eyaletler Yüksek Mahkeme'deki yargıçların profillerini göz önüne alarak kanun çıkarma ya da çıkarmama yoluna gidebilmektedir.

Şu hususun altını önemle çizmekte fayda vardır ki Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin eşcinsel evlilikleri tanıyan, kürtaja cevaz veren veya idam cezasını tamamen yasaklayan bir eyalet kanununu anayasaya aykırı bularak hükümsüz kılması gibi bir durum söz konusu değildir. Söz konusu meselelerde Yüksek Mahkeme'deki liberal ve muhafazakâr yargıçların ayrılmasının temel sebebi, muhafazakâr yargıçların ilgili konularda eyaletlerin takdir yetkisi olduğunun altını çizmesi, liberal yargıçların ise böyle bir durumun Anayasa'da belirtilen ilke ve ibareler karşısında kabul edilemeyeceğini vurgulamasıdır.

Her ne kadar Amerikan Yüksek Mahkemesi başta olmak üzere federal yargıçların belirlenme ve atanma süreci politik mahiyeti haizse de Amerikan federal yargısı bağımsızdır²¹⁴. Başka bir ifadeyle, Amerikan başkanının veya bir senatör ya da temsilcinin bir federal yargıca talimat vermesi veya onu etkilemesi

214 Martinez, s. 568.

söz konusu değildir. Zaten bu sebeple başkanlar federal yargıç atamalarının politik kazanımları üzerine fazlaca yoğunlaşmaktadır. Çünkü yargıç bir kere atandı mı artık siyasi mercilerden talimat alması söz konusu olmayacaktır. Yüksek Mahkeme nezdinde merkez yargıçlık kavramının ortaya çıkması da esasen yargı bağımsızlığının bir sonucudur. Nitekim Ronald Reagan, Anthony Kennedy'nin incelediğimiz davalarda kullandığı oyları bilse veya gerekçelerini okusa muhtemelen hoşnut olmayacaktı. Kaldı ki kendisini aday gösteren başkan iki dönem görev yapabilmesine rağmen bir Yüksek Mahkeme yargıcı yirmi – yirmi beş sene görevde kalabilmektedir. Bu sebeple bir Yüksek Mahkeme yargıcı kullanacağı oyun yönünü belirlerken, yürütme veya yasama organı üyelerinden ziyade kendi dünya görüşü ve anayasa anlayışından etkilenir. Başkanların kendi dünya görüşüne yakın ve politik olarak da kendileriyle aynı çizgide yer alan kişileri aday göstermesinin sebebi budur. Şu hususun da altını çizelim, ister liberal ister muhafazakâr dünya görüşüne sahip olsun Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeleri önde gelen hukuk fakültelerinden mezun olmuş, ezici çoğunluğu daha önceden federal temyiz mahkemesi üyeliği yapmış nitelikli ve saygın hukukçulardır. Nitekim Amerikan Barolar Birliği'nin Yüksek Mahkeme yargıç adayları için vermiş olduğu notlar da bunun bir göstergesidir.

Amerikan başkanları Yüksek Mahkeme üyeliği için aday belirlerken kendi felsefesine ve politik kimliğine yakın kişileri aday göstermektedir. Bu husus ise Yüksek Mahkeme nezdinde sırasıyla Demokrat ve Cumhuriyetçi başkanlar tarafından atanan liberal-muhafazakâr yargıç yelpazesini ortaya çıkarmıştır. Felsefi, politik ve ideolojik niteliği haiz ve bu unsurlar bakımından ihtilafli davalarda liberal ve muhafazakâr yargıçlar çoğunlukla aynı safta yer alarak blok halde oy vermektedir. Konuyu yakın tarih açısından ele almak gerekirse 4 liberal yargıca karşı 5 muhafazakâr yargıcın bulunduğu bir Yüksek Mahkeme oluşumu içerisinde felsefi, politik ve ideolojik niteliği haiz ve bu unsurlar bakımından ihtilafli davalarda liberal nitelikli kararların çıkması esasen Mahkeme'nin muhafazakâr kanadında yer alan bir merkez yargıcın varlığı ile mümkün olabilirdi. Nitekim yukarıda da üzerinde durduğumuz üzere bu yargıç Anthony Kennedy olmuştur.

Özetle, Anayasa tarafından açıkça düzenlenmeyen konularda anayasanın sınırlarını çizen ve kapsamını belirleyen Amerikan Yüksek Mahkemesi, hatta Mahkeme'deki ekseriyettir. Bu hususta merkez yargıçlar bilhassa toplumun keskin şekilde ayrıldığı ihtilafli davalarda Amerikan Yüksek Mahkemesi içtihatlarını doğrudan etkilemişlerdir. Nitekim bu tür davalar liberal ve muhafazakâr yargıçlar arasında geçişkenliğin olmadığı davalardır. Cumhuriyetçi bir başkan tarafından atanan ve esasında muhafazakâr profili ile bilinen Anthony Kennedy anayasal, siyasal ve toplumsal açıdan birtakım çarpıcı nitelikteki davalarda Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki liberal yargıçlarla birlikte yer alarak hem federal hem de eyaletler düzeyindeki eşcinsel evliliklerin anayasal korumayı haiz olmasını, kürtaja getirilen kısıtlamaların hükümsüz kılınmasını, idam cezasının kasten öldürme suçu dışında hükmedilmesine cevaz verilmemesi ve ırk temelli pozitif ayrımcılığın Anayasa ile çelişki oluşturmadığının teyit edilmesini sağlamıştır. Anthony Kennedy'nin emekliliği sonrası Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yeni kompozisyonu yukarıda belirttiğimiz konulara ilişkin olası davalarda Mahkeme içtihatlarını değiştirebilecek nitelikte idi. Bu hususta aşağıda üzerinde duracağımız üzere John Roberts'ın rolü ve yeni merkez yargıç olup olmadığı sorunsalı önem kazanmıştı. Ancak Başkanlık seçimlerine iki aydan az bir süre kala Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı ve Donald Trump'ın görev süresi dolmadan üçüncü Yüksek Mahkeme yargıcı olarak Amy Coney Barrett'i ataması Mahkeme'deki

muhafazakâr yargıç sayısını bir anda altıya yükseltmiştir. Az sonra üzerinde duracağımız üzere esasen Ginsburg'ün vefatı ile Kennedy'nin emekliliği yukarıda incelediğimiz içtihatlar açısından daha da çok önem kazanmıştır. Nitekim ilgili içtihatların stare decisis ilkesi gereği devam ettirilmesini savunan yeni merkez yargıç John Roberts'ın tavrı karşısında Kennedy emekli olmasa idi Ginsburg'ün vefatı ve yerine Barrett ya da başka bir muhafazakâr yargıcın atanması, Mahkeme'nin yakın tarihteki liberal karakterli kararları açısından pek de etkili olmayacaktı.

B. ANTHONY KENNEDY'NİN EMEKLİLİĞİ SONRASI AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİNDEKİ LİBERAL-MUHAFAZAKÂR YARGIÇ DAĞILIMININ ANAYASAL YANSIMALARI VE RUTH BADER GINSBURG'ÜN VEFATI İLE AMY CONEY BARRETT'İN ATANMASININ YÜKSEK MAHKEME'DEKİ LİBERAL-MUHAFAZAKÂR YARGIÇ DENGESİNE ETKİSİ

1. Anthony Kennedy'nin Emekliliği Sonrası Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Oluşumu ve John Roberts'ın Kennedy'nin Mirasını Devam Ettirme Eğilimi ile Yeni Merkez Yargıç Olup Olmadığı Meselesi²¹⁵

a. Genel Olarak

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin merkez yargıcının Mahkeme'den ayrılması anlamına gelen Anthony Kennedy'nin emekliliği, önemli anayasal ve politik sonuçlar ile ihtimalleri de beraberinde getirmişti. Anthony Kennedy'den boşalan koltuğa atanan Brett Kavanaugh, muhafazakâr kimliği ile bilinen bir yargıçtı²¹⁶. Nitekim yukarıda incelediğimiz davalarda Yüksek Mahkeme'nin eşcinsel evliliğe ilişkin yasaklamaları, kürtaja getirilen kısıtlamaları ve kasten öldürme suçu dışındaki suçlar için öngörülen idam cezasını anayasaya aykırı bulması Anthony Kennedy'nin belirleyici oylarının bir sonucudur. Yine Yüksek Mahkeme'nin ırksal temelli pozitif ayrımcılık uygulamasının da anayasaya uygun olarak değerlendirmesinin arkasında Anthony Kennedy'nin belirleyici oyu bulunmaktadır. Brett Kavanaugh'un bu tür davalarda Anthony Kennedy'nin kullandığı oylar ile aynı yönde oy kullanması çok küçük bir ihtimaldi. Bu açıdan eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılığa ilişkin eyaletlerin öngörebileceği sınırlandırmalar ya da düzenlemeler Yüksek Mahkeme'nin bir kez daha önüne geldiğinde Brett Kavanaugh'un Anthony Kennedy'den farklı bir tutum sergileyebileceğini tahmin etmek güç değildir.

Anthony Kennedy'nin Amerikan Yüksek Mahkemesi'nden ayrılması ve akabinde Brett Kavanaugh'un atanması ile Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr bloğunu John Roberts, Samuel Alito, Clarence Thomas, Neil Gorsuch ve Brett Kavanaugh oluştururken Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor ve Elena Kagan da Yüksek Mahkeme'nin liberal kanadında yer alan yargıçlar olmuşlardır. Yüksek Mahkeme'deki bu yeni yargıç dağılımı Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr nitelikli içtihatlarından ziyade liberal karakteri haiz içtihatlarını değiştirmeye ihtimalini de beraberinde

215 Çalışmanın bu bölümünde Anthony Kennedy'nin emekliliği ile Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı arasındaki dönem ele alınmaktadır.

216 Bkz. Dylan Matthews, aynı eser.

getirmişti. Aksi bir durum yukarıda incelediğimiz konulara ilişkin yeni davalarda liberal yargıçlarla aynı yönde oy kullanacak yeni bir merkez yargıcın varlığı ile söz konusu olabilirdi. Bu yargıç sürpriz bir şekilde ve kendisine özgü gerekçesiyle John Roberts olmuştur.

Kennedy'nin emekliliği ve Kavanaugh'un atanması sonrası Yüksek Mahkeme'nin belirleyici oya sahip üyesinin Roberts olabileceği belirtilmekte idi²¹⁷. Günümüzde de Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr kanadında bulunan yargıçlardan merkeze en yakın ya da en ılımlı olarak John Roberts gösterilmektedir. Nitekim Kennedy'nin emekliliği öncesinde dahi Kennedy'den sonra merkeze en yakın yargıç Roberts idi. Bununla birlikte Baş Yargıç Roberts'ın Yüksek Mahkeme'nin eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık konularına ilişkin verdiği kararlarda Kennedy'nin aksine liberal yargıçlarla birlikte yer almadığı da diğer bir gerçektir. Baş Yargıç Roberts sürpriz bir şekilde 29 Haziran 2020 tarihli *June Medical Services LLC v. Russo* kararı ile Kennedy'nin mirasını devam ettirme eğiliminde olduğunu belli etmiştir. Yine konu itibarıyla Yüksek Mahkeme'nin ideolojik temelli bölündüğü ve liberal yargıçlar ile muhafazakâr yargıçların bir arada blok olarak oy verdiği 29 Mayıs 2020 tarihli *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom* kararında da Baş Yargıç Roberts Yüksek Mahkeme'deki liberal yargıçlarla aynı yönde oy kullanmıştır.

b. Anthony Kennedy'nin Emekliliği Sonrası Baş Yargıç John Roberts'ın Belirleyici Oya Sahip Olduğu Davalara İki Örnek: June Medical Services LLC v. Russo ve South Bay United Pentecostal Church v. Newsom

aa. Kürtaj: June Medical Services LLC v. Russo (2020)

*June Medical Services LLC v. Russo*²¹⁸ Davası'nın konusu esasen *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* Davası'nın konusu ile aynıdır. 2014 Haziran ayında Louisiana Eyaleti bir kanun çıkararak kürtaj işlemini gerçekleştiren doktorlara kürtajın gerçekleştirildiği kliniğin 30 mil çevresindeki bir hastaneden halen geçerli olan hasta kabul izninin (*hospital admitting privileges*) olması zorunluluğu getirmiştir. İlgili kanuna karşı birçok doktor ve klinik dava açmış olup, dosya Bölge Mahkemesi'nde iken *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* Davası kararı verilmiştir. Bölge Mahkemesi, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* kararındaki benzer gerekçelerle ilgili kanunun geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Anayasaya aykırılık meselesi akabinde 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi'nde geldiğinde Mahkeme iki davanın konu açısından aynı olmadığını ve davalardaki farklılıkların Bölge Mahkemesi tarafından göz ardı edildiğini belirterek Bölge Mahkemesi'nin kararını bozmuştur. 5. Çevre Temyiz Mahkemesi, kararında ilgili Louisiana kanunu ile hemen hemen hiçbir kürtaj kliniğinin kapanmayacağına ve bu sebeple kanunun kürtaj isteği olan kadınlar açısından aşırı külfet getirmediğini belirtmiştir²¹⁹.

217 Bkz. Ritchie King ve diğerleri, "John Roberts Will Probably Be The Supreme Court's Next Swing Justice", *FiveThirtyEight*, 27 June 2018, <https://fivethirtyeight.com/features/john-roberts-will-probably-be-the-supreme-courts-next-swing-justice/>, (21.10.2020).

218 591 US _ (2020).

219 Bkz. *June Medical Services LLC v. Russo*, 591 US _ (2020), JUSTIA, Syllabus, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/591/18-1323/#tab-opinion-4267237>, (20.20.2020); *June Medical Services LLC v. Russo*, Facts of the Case, Oyez,

June Medical Services LLC v. Russo Davası'nda Amerikan Yüksek Mahkemesi 4'e karşı 5 yargıcın oyuyla Louisiana kanuni düzenlemesinin anayasaya aykırı olduğu kararını vermiştir. Karar Gorsuch, Kavanaugh, Thomas ve Alito'nun karşı oyları karşısında Roberts, Ginsburg, Sotomator, Kagan ve Breyer'in oyları ile alınmıştır. Görüldüğü üzere konusu hemen hemen aynı olan bir davada dört sene önce muhafazakâr yargıçlarla aynı safta bulunan John Roberts söz konusu davada liberal yargıçlarla birlikte yer almıştır. Yine Donald Trump tarafından aday gösterilip atanan yargıçlar Neil Gorsuch ile Brett Kavanaugh'un kürtaj gerçekleştiren doktorlar için hasta kabul izni şartı getirilmesini anayasaya aykırı bulmaması da dikkat çekicidir.

June Medical Services LLC v. Russo Davası'nda çoğunluk görüşü Breyer tarafından yazılmıştır. Breyer'in çoğunluk görüşü yazısına Ginsburg, Kagan ve Sotomayor katılmıştır. Roberts ise farklı gerekçe/mutabık görüş yazısı kaleme almıştır. Azınlık görüşünde bulunan yargıçlardan ise her biri kendi karşı oy yazısını kaleme almıştır. Breyer, çoğunluk yazısında Bölge Mahkemesi'nin Whole Woman's Health kararında Yüksek Mahkeme tarafından belirtilen standartları uyguladığını belirtmiştir²²⁰. Breyer, söz konusu Louisiana kanununun kürtaj isteği olan kadına herhangi bir tıbbi yardım ya da yarar sağlamadan önemli ölçüde bir engel getirdiğinin ve bu hususun da kadının anayasal kürtaj hakkı üzerinde ağır bir yük oluşturduğunun altını çizmiştir²²¹.

Baş Yargıç John Roberts'in farklı gerekçe/mutabık görüş yazısı gerçekten çok dikkat çekicidir. Şöyle ki Roberts, farklı gerekçe/mutabık görüş yazısını *stare decisis ilkesini* vurgulayarak kaleme almıştır. Roberts'a göre *stare decisis ilkesi* Yüksek Mahkeme'nin benzer durumlarda aynı yönde karar vermesini gerektirir. Henüz dört sene önce verilmiş Whole Woman's Health v. Hellerstedt kararı karşısında Teksas kanunu ile Louisiana kanunun da benzerlikleri göz önüne alındığında söz konusu Louisiana kanunu anayasaya aykırıdır²²². Nitekim Baş Yargıç Roberts, Whole Woman's Health v. Hellerstedt Davası'nda karşı oy yazısının hala arkasında olduğunu, Yüksek Mahkeme kararının doğru olmadığını ancak Whole Woman's Health kararının doğru ya da yanlış olduğuna bakılmaksızın mevcut olaya uygulanması gerektiğinin altını çizmiştir²²³. Başka bir ifadeyle Baş Yargıç Roberts June Medical Services LLC v. Russo Davası'nda Yüksek Mahkeme'nin yakın tarihli içtihadının istikrar kazanması

<https://www.oyez.org/cases/2019/18-1323>, (20.10.2020). Kararın tam metni için bkz. https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-1323_c07d.pdf, (20.20.2020). Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

220 Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pg. 17, (Breyer, J.).

221 Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pg. 38, (Breyer, J.). Karşı oy yazılarında ise Clarence Thomas kürtajın herhangi bir anayasal dayanağının olmadığını belirtmiştir. Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pg. 20, (Thomas, J. dissenting). Samuel Alito her ne kadar Teksas kanunu ile Louisiana kanunu hemen hemen aynı olsa da oluşturduğu etkilerin aynı olmadığını altını çizmiştir. Alito'ya göre kürtaj yapan doktorlar için hasta kabul belgesi aranması şartı Teksas Eyaleti'nde meydana getireceği etkiyi Louisiana Eyaleti'nde getirmeyebilir. Bu açıdan Whole Woman's Health kararının bu davada izlenmesi gerekli değildir. Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pg. 10, (Alito J. dissenting). Gorsuch, dava konusu meselenin politik ve ihtilaflı olduğunu yasama organının takdir yetkisinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pgs. 1-2, 21, (Gorsuch, J. dissenting). Kavanaugh ise hâlihazırdaki dokuz Yüksek Mahkeme yargıcından beşinin Whole Woman's Health kararında uygulanan denge ölçütünün (benefits-and-burdens balancing test) karşısında olduğunu vurgulamıştır. Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pgs. 1-2, 21 (Kavanaugh, J. dissenting). Samuel Alito'nun karşı oy yazısında Neil Gorsuch ile kısmi olarak Clarence Thomas ve Brett Kavanaugh da katılmıştır.

222 Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pg. 16, (Roberts, C. J., concurring).

223 Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pg. 2, (Roberts, C. J., concurring).

ve stare decisis ilkesine halel gelmemesi için liberal yargıçların yanında yer almıştır. Pek tabii ki Roberts'ın bu gerekçesi söz konusu davada belirleyici oya sahip olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

bb. Covid-19 Salgını Dönemi İbadet Özgürlüğünün Kamu Sağlığı Sebebiyle Sınırlanması: South Bay United Pentecostal Church v. Newsom (2020)

Anthony Kennedy'nin emekliliği sonrası John Roberts'ın Yüksek Mahkeme'deki liberal yargıçlarla birlikte yer alıp belirleyici oyun sahibi olduğu yakın dönemdeki diğer bir çarpıcı dava South Bay United Pentecostal Church v. Newsom²²⁴ olarak karşımıza çıkmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi 29 Mayıs 2020 tarihinde 4'e karşı 5 yargıcın oyuyla Kaliforniya Kilisesi'nin (*United Pentecostal Church*), Kaliforniya valisi Gavin Newsom'ın çıkarmış olduğu yönergenin (*State Guidelines*)²²⁵ Amerikan Anayasa'nın I. Değişiklik Maddesi'nde güvence altına alınan ibadet özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle yapmış olduğu başvuruyu reddetmiştir²²⁶. İlgili yönerge Kaliforniya Eyaleti'ndeki ibadet yerlerinde, kapasitelerinin azami %25'i ya da azami 100 kişi ile toplanılacağını öngörmektedir. Kilise'nin Yüksek Mahkeme'den talebi, söz konusu yönergenin yürürlüğünün durdurulmasıdır²²⁷.

Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr bloğunda yer alan yargıçlar Clarence Thomas, Samuel Alito, Neil Gorsuch ve Brett Kavanaugh çoğunluk görüşüne katılmamışlardır. Kararın bu yönde çıkmasında Yüksek Mahkeme'nin esasen muhafazakâr kanadında yer alan Baş Yargıç John Roberts'ın Yüksek Mahkeme'nin liberal kanadında yer alan Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor ve Elena Kagan ile aynı tarafta yer alması etkin olmuştur. Başka bir ifadeyle South Bay United Pentecostal Church v. Newsom kararında belirleyici oyun sahibi olan yargıç John Roberts'tır.

South Bay United Pentecostal Church v. Newsom Davası'nda çoğunluk görüşünde yer alan yargıçlar herhangi bir görüş yazısı kaleme almamışlardır. Bu hususta Baş Yargıç John Roberts bir farklı gerekçe/ mutabik görüş kaleme almıştır²²⁸. Baş Yargıç Roberts, Valilik yönergesinin Anayasa'nın I. Değişiklik Maddesi'deki serbest ibadet ibaresine aykırılık oluşturmadığını, benzer hatta daha katı kısıtlamaların okul, konser, sinema, tiyatro gibi seküler yer ve mekânlar için öngörüldüğünü belirtmiştir. Bu hususta yönerge market, banka çamaşırhane gibi toplu halde yararlanılmayan yerleri kısıtlamadan muaf tutmaktadır. Baş Yargıç Roberts, kamu sağlığının Amerikan Anayasası tarafından güvence

224 590 U. S. ____ (2020).

225 İlgili yönerge COVID-19 Salgını sebebiyle Vali Newsom tarafından 4 Mart 2020 tarihinde Kaliforniya Eyaleti'nde ilan edilen olağanüstü hâl (*state of emergency*) kapsamında çıkarılmıştı. Hemen belirtelim Vali Newsom'ın olağanüstü hâl ilan etmesinin hukuki dayanağı *California Emergency Services Act* isimli bir eyalet kanunudur.

226 Amerikan Anayasası'nın I. Değişiklik Maddesi "Kongre, bir dinin tesisine ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü veya halkın barışçıl bir şekilde toplanma ve şikâyete konu olan bir sorunun düzeltilmesi için kamusal makamlara yazı ile başvurma hakkını kısıtlayan herhangi bir kanun yapmayacaktır." hükmünü ihtiva etmektedir.

227 Amerikan Yüksek Mahkemesi *Cantwell v. Connecticut* Davası kararı ile XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki özgürlük kavramının I. Değişiklik Maddesi'ndeki özgürlükleri de kapsadığını belirtmiştir. Bkz. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 303, (1940). Kararın tam metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/296/#tab-opinion-1936773>, (26.11.2020). Bunun anlamı serbest ibadet ibaresinin ve ibadet özgürlüğünün muhatabının merkezi/ federal devlet yanında eyaletlerin de olmasıdır. Fisher ve Harriger, s. 577.

228 Bkz. *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 590 U. S. ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf, (15.10.2020). Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

altına alındığını, bilhassa tıbbi ve bilimsel belirsizliğin söz konusu olduğu durumlarda kamusal makamların halkın sağlığını korumak için birtakım tedbirlere başvurmasının anayasal açıdan meşru olduğunu belirtmiştir²²⁹.

Yüksek Mahkeme yargıçları Thomas ve Gorsuch'ın da katıldıkları²³⁰ karşı oy yazısını kaleme alan Brett Kavanaugh, söz konusu Valilik yönergesi ile seküler işletmeler karşısında ibadet yerlerine ayrımcılık yapıldığını belirtmiştir. Karşı oy yazısına göre ibadet yerlerine uygulanan %25 sınırlaması fabrika, iş merkezi, süper market, lokanta, eczane, alışveriş merkezi gibi seküler işletmelere ve mekânlara uygulanmamaktadır. Kaliforniya Eyaleti'nin uyguladığı bu ayrımcılık ise Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır. Hâlbuki Başvurucu Kilise, Kaliforniya Eyaleti'nin seküler işletmeler için belirlediği pandemi standartlarına uymaya hazır olduğunu belirtmiştir. Kaliforniya, COVID-19 ile dini müesseselere ayrımcılık yapmadan savaşılabılır. Din ve ibadet özgürlüğü temelli böylesine bir ayrımcılık Anayasa'nın I. Değişiklik Maddesi'nin ihlali anlamına gelmektedir²³¹.

Yüksek Mahkeme'nin South Bay United Pentecostal Church v. Newsom kararı, COVID-19 Salgını sürecinde Amerikan Anayasası'nın I. Değişiklik Maddesi'nde güvence altına alınan ibadet özgürlüğünün sınırları açısından ön plana çıkmaktadır. Yine Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, ifade ve ibadet özgürlüğünün kamu sağlığı meşru amacı çerçevesinde sınırlandırılabilirliğinin altının çizilmesi açısından önem taşımaktadır. Kararın başka bir boyutu ise bilhassa kürtaj, idam cezası, pozitif ayrımcılık gibi alanlarda gün yüzüne çıkan Yüksek Mahkeme'deki muhafazakâr-liberal yargıç ayrımının ibadet özgürlüğü/dini müesseselere erişimin sınırlandırılması konusunda da ortaya çıkmış olmasıdır. Bu hususta kararın muhafazakâr kimliği ve felsefi görüşü ile bilinen Baş Yargıç John Roberts'in belirleyici oyu ile alınması dikkat çekicidir²³².

c. Değerlendirme

June Medical Services LLC v. Russo ve South Bay United Pentecostal Church v. Newsom kararları Yüksek Mahkeme'nin esasen muhafazakâr kanadında yer alan Baş Yargıç John Roberts'in belirleyici oylarıyla alınmıştır. Söz konusu iki kararda kullandığı oyların yönü Roberts'in Yüksek Mahkeme'nin belirleyici oya sahip yeni merkez yargıç olup olmadığı sorusunu akla getirmekte idi. Yine söz konusu davalarda Trump tarafından aday gösterilip atanan Gorsuch ile Kavanaugh'un kullandığı oylar da

229 Bkz. South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 590 U. S. ____ (2020), pgs. 2-3, (Roberts, C. J., concurring).

230 Samuel Alito karşı oya yer almasına rağmen karşı oy yazısına katılmadığı gibi kendisi de herhangi bir karşı oy yazısı kaleme almamıştır.

231 Bkz. South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 590 U. S. ____ (2020), pgs. 2-3, (Kavanaugh, J., dissenting).

232 South Bay United Pentecostal Church v. Newsom kararı akabinde Amerikan Yüksek Mahkemesi, benzer bir konu ihtiva eden Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak Davası'nda da John Roberts'in belirleyici oyu ile aynı yönde bir karara imza atmıştır. Yüksek Mahkeme 24 Temmuz 2020 tarihinde Nevada Valisi Steve Sisolak'ın Nevada Eyaleti'ndeki olağanüstü hâl kapsamında çıkardığı yönerge (*directive*) ile eyaletteki dini müesseselerin kullanımını 50 kişi ile sınırlandırmasının Anayasa'nın I. Değişiklik Maddesi'ne aykırılığı iddiasını ve ilgili yönergenin yürürlüğünün durdurulması talebini 4'e karşı 5 yargıcın oyu ile reddetmiştir. Karar tıpkı South Bay United Pentecostal Church v. Newsom'da olduğu gibi John Roberts, Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor ve Elena Kagan'ın çoğunluk oylarıyla alınmıştır. Bkz. Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak, 591 U. S. ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1070_0811.pdf#page=13, (27.11.2020).

söz konusu yargıçların eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık gibi konulara ilişkin muhtemel yeni davalarda kullanacakları oyun rengi hususunda önemli veriler içermektedir.

June Medical Services LLC v. Russo Davası konu olarak Whole Woman's Health v. Hellerstedt Davası ile hemen hemen aynıdır. Bununla birlikte June Medical Services LLC v. Russo kararı verilirken Anthony Kennedy Yüksek Mahkeme'den emekli olmuş yerine Kennedy'den daha muhafazakâr olarak bilinen Brett Kavanaugh atanmıştı. Nitekim gerek Kavanaugh gerekse Gorsuch karşı oy yazılarında kürtaj yapan doktorlara getirilen hasta kabul izni şartının Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir. Bu açıdan ilgili davada John Roberts'ın takındığı tutum çok belirleyici olmuştur. Baş Yargıç Roberts her ne kadar Whole Woman's Health v. Hellerstedt Davası'nda Yüksek Mahkeme'nin yanlış bir karar aldığını ve çoğunluk görüşüne katılmadığını belirtse de stare decisis ilkesi karşısında Mahkeme'nin içtihadının kısa süre içerisinde değişmemesi ve istikrar kazanması adına liberal yargıçlarla aynı yönde oy kullanarak Louisiana kürtaj kanununu anayasaya aykırı bulmuştur. İlgili kararın John Roberts'ın belirleyici oyuyla alındığı hususunda şüphe yoktur. Bununla birlikte Roberts'ın farklı gerekçe/mutabık görüş yazısında belirttiği hususlar Anthony Kennedy'nin belirleyici oylarıyla alınan eşcinsel evlilik, kürtaj, idam ve pozitif ayrımcılık konularındaki davalardaki görüşlerinin değişmediği anlamına gelmektedir. Yine de söz gelimi eşcinsel evliliğe yasaklama getiren bir eyalet kanunu Yüksek Mahkeme'nin önüne gelirse Roberts'ın Mahkeme'nin yakın tarihteki içtihadının istikrar kazanması gerekçesiyle yine liberal yargıçlarla birlikte yer alması düşük bir olasılık değildir.

Kaliforniya Eyaleti'ndeki ibadet yerlerinde, kapasitelerinin azami %25'i ya da azami 100 kişi ile toplanılacağını öngören Valilik yönergesinin anayasaya aykırı bulunmaması da John Roberts'ın belirleyici oyuyla olmuştur. Nitekim Roberts farklı gerekçe/mutabık görüş yazısında Brett Kavanaugh'un aksine genel sağlığın korunması bağlamında ibadet yerlerini fabrika, iş merkezi, süper market, lokanta, eczane, alışveriş merkezi gibi yerlerden farklı değerlendirmiş ve kamu sağlığını korumak adına kamusal makamların ibadet yerlerine birtakım sınırlamalar öngörebileceğinin altını çizmiştir.

June Medical Services LLC v. Russo ve South Bay United Pentecostal Church v. Newsom kararlarını analiz ettiğimizde Anthony Kennedy'nin emekliliği sonrası Yüksek Mahkeme'nin merkeze en yakın muhafazakâr yargıcının John Roberts olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Donald Trump tarafından aday gösterilip atanan Neil Gorsuch ile Brett Kavanaugh'un siyasi niteliği haiz ve toplumsal açıdan da ihtilafli meseleleri ihtiva eden davalarda kullanacakları oylar hakkında tahminde bulunmak daha kolaydır. Bununla birlikte aşağıda da belirteceğimiz üzere Ruth Bader Ginsburg'ün ölümü ve akabinde Amy Coney Barrett'in atanması ile John Roberts'ın artık Yüksek Mahkeme'nin belirleyici oya sahip merkez yargıcı olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim böylesine bir durum Yüksek Mahkeme'de 4 liberal ve 5 muhafazakâr yargıç bulunması durumunda söz konusu olabilir.

2. Ruth Bader Ginsburg'ün Vefatının ve Amy Coney Barrett'in Atanmasının Amerikan Yüksek Mahkemesi İçerisindeki Liberal-Muhafazakâr Yargıç Dengesine ve Yüksek Mahkeme İçtihatlarına Olası Etkisi

a. Ruth Bader Ginsburg'ün Vefatı ve Amy Coney Barrett'in Atanması Sonrası Amerikan Yüksek Mahkemesi İçerisindeki Liberal-Muhafazakâr Yargıç Dengesi

Demokrat Başkan Bill Clinton tarafından aday gösterilip atanan ve 1993 senesinden beri Yüksek Mahkeme yargıçlığı görevini ifa eden Ruth Bader Ginsburg 18 Eylül 2020 tarihinde pankreas kanseri sebebiyle 87 yaşında vefat etmiştir. Yargıç Ginsburg bir süredir sağlık sorunları ile mücadele etmekteydi. Ruth Bader Ginsburg'un vefatı, Yüksek Mahkeme'deki liberal üye sayısının üçe düşmesi anlamına gelmektedir. Yine Ginsburg'un vefatı ile Donald Trump'a dört yıllık başkanlık döneminde üçüncü kez Yüksek Mahkeme yargıcı belirleme fırsatı geçmiştir.

Ruth Bader Ginsburg 2018 senesinde iki kez kanser tedavisi görmüş Kasım 2019'da ise yüksek ateş ve enfeksiyon sebebiyle hastaneye kaldırılmıştır. Senatör McConnell, 2016 senesinde Merrick Garland'ın adaylık sürecinde gösterdiği tutumun aksine Yargıç Ginsburg'un vefat etmesi durumunda Başkan Trump tarafından gösterilecek Yüksek Mahkeme üyesi adayının Senato'da oylanmasını destekleyeceğini açıklamıştır²³³. Senato'da azınlıkta bulunan Demokratların lideri Chuck Schumer ise Ginsburg'dan boşalan üyeliğin doldurulması için yeni başkanlık seçimlerinin beklenmesi gerektiğini belirten bir açıklama yapmıştır²³⁴. Nitekim Ruth Bader Ginsburg vefat ettiğinde Amerikan Başkanlık, Temsilciler Meclisi ve Senato (1/3 oranında – 33 üyesi için²³⁵) seçimlerine iki aydan daha az bir süre kalmıştı. Ginsburg'un vefatı akabinde Senator McConnell'in Başkan Trump'ın Yüksek Mahkeme üyeliği için aday göstermesi halinde bunu oylayacaklarını açıklamasına karşılık olarak Schumer ise Başkanlık Seçimleri'nden önce Senato'nun Trump tarafından belirlenecek bir adayı onaylaması durumunda Yüksek Mahkeme'nin yapısında değişikliğe gidilmesi sinyalini verecek şekilde her ihtimalin masada olduğunu belirten bir açıklama yapmıştır²³⁶.

233 Carl Hulse, "Why Republicans Will Sidestep Their Garland Rule for the Court in 2020", *New York Times*, 29 November 2019, <https://www.nytimes.com/2019/11/29/us/politics/senate-supreme-court-garland.html>, (03.05.2020).

234 Brooke Singman, "Schumer: Ginsburg vacancy should not be filled until 'we have a new president'", *Fox News*, 19 September 2020, <https://www.foxnews.com/politics/schumer-says-ginsburg-vacancy-should-not-be-filled-until-we-have-a-new-president>, (21.10.2020). Şubat 2016'da Antonin Scalia'nın vefatı üzerine boşalan Yüksek Mahkeme üyeliği için Barack Obama Merrick Garland'ı aday gösterdiğinde Senatör Schumer ekseriyeti Cumhuriyetçilerden oluşan Senato'ya Garland'ı oylamasını tavsiye etmiştir. Miriam Valverde, "Chuck Schumer flip-flops on confirming Supreme Court justices in a presidential election year", *Politifact*, 22 September 2020, <https://www.politifact.com/factchecks/2020/sep/22/charles-schumer/chuck-schumer-flip-flops-considering-supreme-court/>, (21.10.2020).

235 Hemen belirtelim 2020 Senato Seçimleri 35 üyelik için yapılmıştır. Bunun sebebi olağan 33 senatör seçimine ilaveten istifa eden Georgia Senatörü Johnny Isakson ve vefat eden Arizona Senatörü John McCain'den boşalan üyelikler için de iki özel seçim yapılmasıdır.

236 John L. Dorman, "Chuck Schumer: If GOP tries to fill Ginsburg's seat, 'nothing is off the table next year'", *Business Insider*, 19 September 2020, <https://www.businessinsider.com/chuck-schumer-senate-democrats-republicans-supreme-court-ginsburg-vote-mcconnell-2020-9>, (21.10.2020). Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yapısında Demokratların inisiyatifini dâhilinde bir değişikliğin mümkün olması için Demokratların Temsilciler Meclisi'nin yanında Senato'da da çoğunluğunu sağlaması gerekmektedir. Yüksek Mahkeme nezdinde böylesine yapısal bir değişiklik Başkan Franklin Roosevelt döneminde söz konusu olmuştur. Roosevelt 1929 Büyük Buhran sonrası 1930'ların başında uygulamaya koyduğu *New Deal (Yeni Düzen)* kapsamında Kongre aracılığıyla veya bizzat yürürlüğe soktuğu ekonomik reformlarının, ekseriyeti muhafazakâr yargıçlardan oluşan Yüksek Mahkeme'den dönmemesi için o dönem görev yapan ve emekli olmayı reddeden 70 yaşın üzerindeki her bir Yüksek Mahkeme yargıcı için bir üye atamasını öngören 1937 tarihli *Judicial Procedures Reform Bill of 1937*'e ön ayak olmuştur. Bu kanun teklifi ile Roosevelt Yüksek Mahkeme'ye altı yeni üye atama imkânına sahip oluyordu. Bununla birlikte asgari ücret, sosyal güvenlik ve National Labor Relations Act'e ilişkin Yüksek Mahkeme kararlarının *New Deal* yönünde çıkarak Roosevelt'i memnun etmesi ve Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr

Donald Trump 29 Eylül 2020 tarihinde Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı ile boşalan Yüksek Mahkeme üyeliği için kadın yargıç Amy Coney Barrett'ı aday göstermiştir. Barrett muhafazakâr kimliği ve dünya görüşü ile bilinen bir yargıçtır. Aday gösterildiğinde 7. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi üyesi olan 48 yaşındaki Barrett evli, yedi çocuk annesi ve katoliktir. Amerikan Barolar Birliği Amy Coney Barrett'a en yüksek notu olan nitelikli (well-qualified) notunu vermiştir²³⁷. Amy Coney Barrett'ın bir dönem Antonin Scalia'nın yanında raportör olarak çalıştığı ve onun görüşlerinden etkilendiği, hatta Scalia'nın Barrett'ın akıl hocası olduğu belirtilmektedir²³⁸.

Amy Coney Barrett 29 Eylül 2020 tarihinde Donald Trump tarafından aday gösterildiğinde Cumhuriyetçilerin 53 senatörü varken Demokratların 45 senatörü vardı. Bağımsız olan Maine Senatörü Angus King ile Vermont Senatörü Bernie Sanders siyasi olarak Demokrat Parti'ye yakındı. Yine iki Cumhuriyetçi senatör 3 Kasım 2020 seçimlerinde yeni başkan belirlenmeden bir Yüksek Mahkeme adayına oy vermeyeceklerini açıklamışlardır. Bu kişiler Maine Senatörü Susan Collins ve Alaska Senatörü Lisa Murkowski'di idi²³⁹. Bununla birlikte Senatör McConnell, başkanlık seçiminden önce Yargıç Barrett'ı oylamak istediklerini ve bu hususta da Barrett'ın onaylanması için gerekli oy sayısına sahip olduklarını belirtmişti²⁴⁰. Nitekim 51 senatörün müspet oyu Barrett'ın Yüksek Mahkeme yargıcı olarak atanması için yeterliydi.

Amerikan Senatosu Başkanlık Seçimleri'ne yaklaşık bir hafta kala 26 Ekim 2020 tarihinde Amy Corey Barrett'ı 48'e karşı 52 oyla onaylamıştır. Oylamada Demokrat senatörler ve bağımsız iki senatör hayır oy kullanırken Susan Collins haricindeki bütün Cumhuriyetçi senatörler evet oyu kullanmıştır²⁴¹. Bu şekilde Donald Trump tarafından aday gösterilen Yüksek Mahkeme yargıçlarının tamamının oylamasında Senato'daki Cumhuriyetçiler ve Demokratlar neredeyse blok olarak aynı yönde kullanmış oldu²⁴². Garland'ın adaylık sürecinde Başkanlık seçimlerine yaklaşık sekiz ay kaldığı gerekçesiyle Senato'nun oylama yapmaması gerektiğini belirten Mitch McConnell, seçimlere

yargıçlarından Willis Van Devanter'in emekli olacağını açıklaması ile ilgili kanun teklifi tabiri caizse rafa kaldırılmıştır. Nitekim Başkan Roosevelt gelişmeler karşısında Yüksek Mahkeme'yi hâlihazırdaki atama usulü ile şekillendirme imkânını elde etmişti. Bkz. Fisher ve Harriger, s. 1076-1078; "How FDR Lost His Brief War on the Supreme Court", **Constitution Daily – National Constitution Center**, 5 February 2020, <https://constitutioncenter.org/blog/how-fdr-lost-his-brief-war-on-the-supreme-court-2>, (25.11.2020).

237 Bkz. Standing Committee On the Federal Judiciary, Ratings – 116th Congress https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/government_affairs_office/webratingchart-trump116.pdf?logActivity=true, (21.10.2020).

Bununla birlikte Trump tarafından aday gösterilen diğer Yüksek Mahkeme üyeleri Neil Gorsuch ve Brett Kavanaugh'un aksine Amerikan Barolar Birliği'nin ilgili Federal Komitesi bu kararı oy birliği ile değil nitelikli çoğunluk ile (substantial majority) almıştır. Kalan üyeler ise Barrett'a yeterli (qualified) notunu vermiştir.

238 Michael Term, "Originalism, Catholicism and a job as his clerk: Amy Coney Barrett is Antonin Scalia's heir, intellectually and spiritually", **Chicago Tribune**, 26 September 2020, <https://www.chicagotribune.com/nation-world/ct-nw-amy-coney-barrett-antonin-scalia-clerk-20200926-63kstl67ebcvjkfgvuwetbsrlq-story.html>, (21.10.2020).

239 Russell Berman, "Suddenly, Amy Coney Barrett Might Not Have the Votes", **The Atlantic**, 3 October 2020, <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/10/supreme-court-trump-covid/616608/>, (21.10.2020).

240 Tom McCarthy, "Top Senate Republican says he has the votes to confirm Amy Coney Barrett", 15 October 2020, **The Guardian**, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/oct/15/amy-coney-barrett-supreme-court-senate-votes-republican>, (21.10.2020).

241 Bkz. "Roll Call Vote 116th Congress – 2nd Session", United States Senate, https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=116&session=2&vote=00224, (25.11.2020).

242 Nitekim Neil Gorsuch 45'e karşı 54, Brett Kavanaugh da 48'e karşı 50 senatörün oyuyla onaylanmışlardır.

yaklaşık bir hafta kala Senato'nun Barrett'ı oylayarak onaylamasına ön ayak olmuştur. Yine son dönem Demokrat Parti ile Cumhuriyetçi Parti arasında artan siyasi gerilim Barrett'ın onaylanması ile başka bir boyut kazanmıştır. Nitekim hem Senatoda hem de Temsilciler Meclisi'nde çoğunluğu elinde bulunduran Demokrat Parti'nin Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yapısına ilişkin reform öngören bir kanun teklifi sunması işten bile değildir²⁴³.

b. Amy Coney Barrett'ın Atanmasının Amerikan Yüksek Mahkemesi İçerisindeki Liberal-Muhafazakâr Yargıç Dengesine ve Yüksek Mahkeme İçtihatlarına Etkisine Güncel Bir Örnek: Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo (2020)

Amy Coney Barrett'ın Senato tarafından onaylanarak Yüksek Mahkeme yargıcı olarak atanması gerek Mahkeme'nin oluşumu gerekse de içtihatları açısından önem taşımaktadır. Nitekim Barrett'ın Amerikan Yüksek Mahkeme üyesi olması, Mahkeme'nin Anthony Kennedy'nin belirleyici oylarının sonucunda kabul ettiği liberal karakteri haiz içtihatlarını değiştirebileceği anlamına gelmektedir. Hatta bu bağlamda Yüksek Mahkeme'den muhafazakâr karakterli kararlar çıkması için John Roberts'ın oyuna dahi ihtiyaç duyulmayacaktır²⁴⁴. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Roberts, Yüksek Mahkeme'nin son dönem benimsediği liberal karakteri haiz içtihatlarını stare decisis ilkesi gereğince devam ettirme eğilimindedir. Barrett'ın atanması ile Yüksek Mahkeme'deki muhafazakâr üye sayısı altıya yükselmiştir. Bu durum ise Yüksek Mahkeme nezdindeki liberal-muhafazakâr dengesinin muhafazakâr yargıçların lehine değişmesi anlamına gelmektedir.

Amy Coney Barrett'ın Yüksek Mahkeme'ye atanmasının Mahkeme içtihatlarına yansımaya yakın tarihli bir örnek, konu itibarıyla South Bay Pentecostal Church Davası ile benzer olan ancak Mahkeme'nin bu kez farklı bir tutum sergilediği Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo²⁴⁵'dur. Davanın arka planında Demokrat New York Senatörü Andrew Cuomo'nun çıkardığı bir kararname (*executive order*) ile COVID-19 Pandemisi önlemleri kapsamında ibadet yerlerinin kullanımını 10 ila 25 kişiyle sınırlandırmasının Amerikan Anayasası'nın I. Değişiklik Maddesi'nde

243 Kasım 2020 sonu itibarıyla Joe Biden, 306 ikinci seçmen kazanarak Amerikan Başkanı seçilmiştir. Yine Cumhuriyetçi Parti'nin 206 temsilci kazanmasına karşın Demokrat Parti 222 temsilci kazanmıştır. Yani Temsilciler Meclisi'nde var olan Demokrat ekseriyeti 2020 Seçimleri itibarıyla de devam edecektir. Bu hususta 3 Kasım 2020 Senato Seçimleri sonucunda Cumhuriyetçilerin 50 senatörüne karşılık Demokratların 46 senatörü bulunmaktadır. Demokrat Parti'nin siyasi görüşüne yakınlığı bilinen iki senatörün varlığını da göz önüne aldığımızda 5 Ocak 2021'de iki senatörlük için yapılacak olan Georgia 2. Tur Senato Seçimleri'nin önemi artmıştır. Nitekim bu iki seçimi de Demokrat Parti adaylarının kazanması durumunda Senatoda 50-50 şeklinde bir dağılım ortaya çıkacak, bu durumda da aynı zamanda Senato başkanı olan ve oyların eşit olduğu durumlarda belirleyici oy hakkına sahip olan Kamala Harris sayesinde Demokrat Parti siyasi ajandasını Kongre'den geçirebilecektir. Hemen belirtelim Senato seçimlerinde eyaletlerin tamamına yakını tek turlu çoğunluk sistemini (*first-past-the-post*) benimserken Georgia iki turlu çoğunluk sistemini benimsemektedir. Buna göre ilk turda hiçbir aday kullanılan geçerli oyların salt çoğunluğunu elde edemezse en çok oyu alan iki aday ikinci tur seçime gitmektedir. 2020 senesinde Georgia Eyaleti için iki senatör seçiminin bir arada yapılmasının sebebi ise bunlardan birisinin olağan senatör seçimi diğeri ise Cumhuriyetçi Senatör Johnny Isakson'un 31 Aralık 2019 itibarıyla istifası sebebiyle yapılan senatör seçimi olmasıdır.

244 Leah Litman ve Melissa Murray, "Shifting from a 5-4 to a 6-3 Supreme Court Majority could be Seismic", 25 September 2020, *The Washington Post*, https://www.washingtonpost.com/outlook/trump-ginsburg-conservative-supreme-court-majority/2020/09/25/17920cd4-fe85-11ea-b555-4d71a9254f4b_story.html, (21.10.2020).

245 592 U. S. ____ (2020).

düzenlenen serbest ibadet ibaresine aykırılık oluşturduğu iddiası vardır²⁴⁶. Kararname gereğince ibadet yerlerinin kullanımı COVID-19 vakalarının yoğunluğuna göre belirlenen ve kırmızı bölge (*red zone*) ilan edilen muhitlerde 10 kişi; turuncu bölge (*orange zone*) ilan edilen bölgelerde ise 25 kişi ile sınırlandırılmıştır²⁴⁷. Yine kararname, eyalet tarafından *gerekli (essential)* ilan edilen işletmelerin diledikleri kadar sayıda kişiyi alabileceklerini öngörmektedir²⁴⁸. Yüksek Mahkeme 4'e karşı 5 yargıcın oyuyla ilgili kararnamenin Amerikan Anayasası'nın I. Değişiklik Maddesi'ne aykırı olduğunu hükmetmiştir. Karar Roberts, Breyer, Sotomayor ve Kagan'ın karşı oylarına karşılık Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh ve Barrett'in çoğunluk oylarıyla alınmıştır²⁴⁹.

Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo kararında kırmızı bölgeler açısından akupunktur işletmeleri, kamp alanları, kimya ve mikro elektrik fabrikaları, nakliye işletmeleri gibi işletme ve yerlerin gerekli kategorisinde değerlendirilmeleri veya herhangi bir kişi limiti ile sınırlandırılmamaları karşısında ibadet yerlerinin kişi sayısı ile sınırlandırılması ayrımcı bir muamele olarak görülmüştür. Yüksek Mahkeme'ye göre bu ayrımcı muamele turuncu bölgelerde daha da belirgindir. Şöyle ki bu bölgelerde gerekli kategorisine dâhil edilmeyen işletmeler dahi kendisinden faydalanacak azami kişi sayısını belirlemede bir serbestiye sahipken dini müesseselerin kullanımı ise 25 kişi ile sınırlandırılmıştır²⁵⁰. Çoğunluk görüşüne göre mağazalar, fabrikalar ve okullar da virüsün yayılması ve bulaşması için elverişli yerlerdir²⁵¹.

Yüksek Mahkeme, söz konusu valilik kararnamesi ile dini müesseselere getirilen sınırlandırmaların genel uygulama kabiliyetinden yoksun ve olağan nitelikte olmaması nedeniyle katı inceleme ölçütüne tabii tutulması gerektiğini belirtmiştir. Bu açıdan da ibadet yerleri için öngörülen sınırlandırmaların sadece (*narrowly tailored*) Pandemi'nin yayılmasını önleme meşru amacına hizmet ettiği hususu şüphelidir. Şöyle ki ilgili sınırlandırmalar Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen COVID-19 kapsamındaki sınırlandırmalardan çok daha katıdır²⁵². Nitekim ibadet yerlerinin kullanımı bakımından çok daha az sınırlayıcı tedbirler ile virüsün yayılması pek tabii önlenebilir²⁵³. Yine Anayasa'ya aykırılığı ileri söz konusu sınırlandırmalar I. Değişiklik Maddesi'nde güvence altına alınan ibadet özgürlüğü açısından telafisi mümkün olmayan bir zarar çıkarabilecek niteliktedir. Nitekim ibadet yerlerini sadece 10 kişi ile sınırlamak gerek Hıristiyan gerekse Musevi inancına mensup kişileri dini inançlarının bir gereği olan toplu halde bizzat ibadetten yoksun bırakacaktır. Yine New York Eyaleti de ibadet yerleri için öngörülen sınırlandırmaların virüsün yayılmasını önlediğine hizmet ettiği hususunu kanıtlayamamıştır²⁵⁴.

246 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a87_4g15.pdf, (27.11.2020). Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

247 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1; Lisa L. Colangelo, "Yellow, Orange and Red: How New York's COVID-19 Microclusters Work", *Newsday*, 24 November 2020, <https://www.newsday.com/news/health/coronavirus/micro-clusters-yellow-orange-red-zones-long-island-new-york-1.50073089>, (27.11.2020).

248 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, (Per Curiam).

249 Hemen belirtelim çoğunluk görüşü belirli bir yargıç adına değil de anonim olarak Yüksek Mahkeme adına, kararda belirtildiği şekilde *per curiam* olarak kaleme alınmıştır.

250 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 3, (Per Curiam).

251 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 3, (Per Curiam).

252 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pgs. 3-4, (Per Curiam).

253 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 4, (Per Curiam).

254 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 4, (Per Curiam).

Yüksek Mahkeme kararına göre Mahkeme üyeleri sağlık uzmanı değildir ancak Pandemi dönemlerinde dahi Anayasa askıya alınmaz. I. Değişiklik Maddesi'nin merkezinde olan serbest ibadet de bu kapsamdadır. Yüksek Mahkeme'ye ilgili kararnamenin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle başvuru yapıldıktan sonra Vali Cuomo'nun dava konusu müesseselerin bulunduğu muhitleri turuncu bölgeden sarı bölgeye geçirmesi ve bu suretle ilgili müesseselerin maksimum kapasitelerinin %50'sine kadar kişi alabileceği hususu da Yüksek Mahkeme'nin kararını değiştirmemiştir. Çoğunluk görüşüne göre valinin takdir yetkisi dâhilinde olan ilgili muhitlerin yeniden turuncu bölgeye geçirilme ihtimali karşısında ki başvuruçuların ibadet özgürlükleri halen tehdit altındadır²⁵⁵. Nitekim Yüksek Mahkeme I. Değişiklik Maddesi'ni ihlal ettiği gerekçesiyle ilgili kararname hükümlerinin yürürlüğünü durdurmuştur²⁵⁶.

Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Davası'nda Trump tarafından atanan yargıçlar Gorsuch ve Kavanaugh, söz konusu kararnamenin yürürlüğünün durdurulması yönünde oy kullanmakla birlikte her biri kendi farklı gerekçe/mutabık görüş yazısını kaleme almıştır. Gorsuch farklı gerekçe/mutabık görüş yazısında, olağanüstü dönemlerde dahi resmî makamların I. Değişiklik Maddesi'ni göz ardı edemeyeceğini belirtmiştir. Gorsuch'a göre ortada meşru bir kamu yararı yoksa ve olabilecek en az sınırlayıcı araca başvurulmamışsa I. Değişiklik Maddesi gereğince, kamu görevlileri en azından seküler faaliyetler için öngörmedikleri kısıtlamaları ibadet için de öngöremezler²⁵⁷. Söz konusu davada da bu husus göze çarpmaktadır. Nitekim kırmızı ve turuncu bölge ilan edilen muhitlerde ibadet yerleri için getirilen kişi sınırlaması yüzlerce kişilik kapasitesi olan katedraller için dahi geçerlidir. Yine dava konusu kararname COVID-19 Pandemisi önlemleri kapsamında sosyal mesafe, maske kullanımı, pencerelerin ve kapıların açık tutulması, şarkı söylemenin yasaklanması gibi önlemler getirmeksizin ibadet yerlerine erişimi sınırlandırmaktadır²⁵⁸. Gorsuch, Vali Cuomo'nun hırdavat dükkânı, akupunktur işletmesi, sigorta acentesi gibi yerleri gerekli listesine alarak bu mekânların kullanımında herhangi bir kişi sınırı getirmemesine karşılık olarak ibadet yerleri için böylesine bir kısıtlama öngörülmesinin ayrımcı bir niteliği haiz olduğunun ve I. Değişiklik Maddesi karşısında kabul edilemeyeceğinin altını çizmiştir²⁵⁹. Kavanaugh da farklı gerekçe/mutabık görüş yazısında, ibadet yerlerine erişimin sınırlandırılması bakımından Vali Cuomo tarafından çıkarılan kararnamenin South Bay Pentecostal Church kararına konu olan Vali Newsom'ın yönergesinden çok daha ağır olduğunun altını çizmiştir²⁶⁰. Yine Gorsuch gibi Kavanaugh da söz konusu kararnamenin sosyal mesafe ve maske gerekliliklerine bakılmaksızın yüzlerce kapasiteli katedraller ve sinagoglar açısından da uygulama alanı bulduğunu belirtmiştir²⁶¹. Kavanaugh, söz konusu kararnamenin dini müesseselere seküler müesseseler karşısında ayrımcılık uyguladığını ve bunun da I. Değişiklik Maddesi bağlamında kabul görmediğini belirtmiştir²⁶².

255 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 6, (Per Curiam).

256 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 7, (Per Curiam).

257 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, (Gorsuch, J., concurring).

258 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, (Gorsuch, J., concurring).

259 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 2, (Gorsuch, J., concurring).

260 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pgs. 1-2, (Kavanaugh, J., concurring).

261 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 2, (Kavanaugh, J., concurring).

262 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 2, (Kavanaugh, J., concurring).

Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Davası'nda Baş Yargıç John Roberts'ın kendisinin ayrı bir karşı oy yazısı kaleme aldığını görmekteyiz. Roberts söz konusu dava açıldıktan sonra Vali Cuomo'nun ilgili ibadet yerlerinin bulunduğu alanların bölgesini/rengini değiştirdiğinin altını çizmiştir. Roberts, bu koşullarda kararnamenin ilgili hükümlerinin yürürlüğünün durdurulmasına gerek olmadığını belirtmiştir²⁶³. Roberts, ibadet yerlerine girişin 10 ila 25 kişi ile sınırlandırılmasının aşırı nitelikte bir önlem olduğunu ve I. Değişiklik Maddesi'nin ihlali anlamına gelebileceğini ancak bunun gerekliliğinin kamu sağlığı ile ilgili resmî görevlilerin uzmanlık alanı içinde olduğunu belirtmiştir²⁶⁴. Baş Yargıç'a göre Vali'nin ilgili ibadet yerlerinin bulunduğu muhitlerin bölgesini/rengini değiştirmesi karşısında acil nitelikte bir yürürlüğü durdurma kararı verilmesinde bir yarar kalmamıştır. Roberts'ın ifadesiyle yürürlüğü durdurma kararı verilmesi "*Vali'ye zaten yapmadığı bir şey hususunda ne yapmaması gerektiğini söylemektir*"²⁶⁵.

Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Davası'nda Stephen Breyer, Sonia Sotomayor ile Elena Kagan'ın da katıldıkları bir karşı oy yazısı kaleme almıştır. Breyer, anayasaya aykırılık iddiasına daha önceden bakan Bölge Mahkemesi'ne sunulan kanıtlar ve tanıkların beyanları göz önüne alındığında söz konusu Valilik kararnamesinin bilimsel dayanağının ve epidemiyolojik amacının olduğunu belirtmiştir. Nitekim Bölge Mahkemesi yürürlüğü durdurma talebini reddetmiştir. Akabinde ise başvurucular 2. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi'ne itiraz etmişlerdir. Federal Temyiz Mahkemesi de ihtiyati tedbir kararı niteliğindeki yürürlüğü durdurma talebini kabul etmemiş ve davanın esası hakkındaki duruşmasını 18 Aralık tarihine ertelemiştir. Böylesine bir durum içerisinde kararnamenin yürürlüğünün durdurulması uygun değildir²⁶⁶.

Yargıç Breyer, karşı oy yazısında Yüksek Mahkeme'ye başvuru yapıldığı sırada başvurucuların ibadet yerleri olan bir kilise ile iki sinagogun bulunduğu Brooklyn ile Queens'in ilgili muhitlerinin kırmızı ve turuncu bölgeden çıkarılarak sarı bölgeye alındığının altını çizmiştir. Bu sebeple de yürürlüğü durdurma kararı verilmesine gerek yoktur. Eğer bu muhitler ileride turuncu veya kırmızı bölgeler içerisine yeniden alınırsa böyle bir durumda Yüksek Mahkeme'ye yeniden başvurmaya engel bir durum bulunmamaktadır²⁶⁷. Yine Breyer COVID-19 Pandemisi sebebiyle ulusal düzeyde 12 milyon Amerikan'ın enfekte olduğunun, bunlardan 250 bininin vefat ettiğini ve bu vefatlardan 26 bininin New York Eyaleti'nde olduğunun altını çizmiştir. Yine yeni vaka sayıları da Pandemi başladığından bu yana en yüksek seviyelerdedir. Bilim insanları ve doktorlar COVID-19 virüsünün kapalı ve toplu halde kullanılan ortamlarda daha hızlı yayıldığının altını çizmektedir. Ortada tıbbi ve bilimsel belirsizliğin bulunduğu durumlarda resmî makamların takdir yetkisi geniş olmalıdır²⁶⁸.

Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Davası'nda Sonia Sotomayor da Elana Kagan'ın katıldığı bir karşı oy yazısı kaleme almıştır. Sotomayor South Bay kararının Pandemi döneminde

263 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, (Roberts, C.J., dissenting).

264 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, (Roberts, C.J., dissenting).

265 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pgs. 1-2, (Roberts, C.J., dissenting).

266 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pgs. 2-3, (Breyer, J., dissenting).

267 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 3, (Breyer, J., dissenting).

268 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pgs. 3-5, (Breyer, J., dissenting).

resmî görevlilerin ne şekilde işlem ve eylemlerde bulunacağı konusunda açık standartlar belirlemişken Yüksek Mahkeme'nin görüşünü değiştirmesinde haklı bir sebep olmadığını belirtmiştir²⁶⁹. Yine Sotomayor virüsün kapalı ve toplu halde kullanılan yerlerde daha hızlı bir şekilde yayıldığını ve bu açıdan da Valilik kararnamesinin toplu halde kullanılan seküler mekânlar ile ibadet yerleri arasında bir ayırım yapmadığını da belirtmiştir. Nitekim New York Eyaleti'ndeki konser salonları, sinemalar ve spor salonları tamamen kapatılırken ibadet yerlerinin sınırlı da olsa kullanımı devam etmiştir²⁷⁰.

South Bay Pentecostal Church ve Calvary Chapel Dayton Valley davalarının konusuyla benzer bir konuyu ihtiva etmesine rağmen Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Davası'nda farklı yönde bir karar çıkmasının başlıca sebebi Yüksek Mahkeme'de Ruth Bader Ginsburg'ün yokluğu ve Amy Coney Barrett'in varlığıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi South Bay Pentecostal Church v. Newsom kararı ile ibadet yerlerine erişimin sınırlandırılması, Yüksek Mahkeme'deki liberal ve muhafazakâr yargıçların blok olarak aynı yönde oy kullandığı davalara ilişkin konular arasına eklenmişti. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo ise hem bu hususun teyit edilmesi hem de Amy Coney Barrett'in Yüksek Mahkeme içtihatlarına olası etkilerinin gözler önüne serilmesi açısından önem taşımaktadır. Nitekim Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Davası'nda Amerikan Yüksek Mahkemesi, Amy Coney Barrett'in etkisi ile COVID-19 Salgını dönemi ibadet yerlerine erişimin sınırlandırılması konusundaki içtihadını değiştirmiştir.

c. Değerlendirme

Ruth Bader Ginsburg'ün Eylül ayındaki vefatı ve Başkanlık seçimlerine yaklaşık bir hafta kala yerine Amy Coney Barrett'in atanması Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki liberal-muhafazakâr yargıç dengesini derinden etkilemiştir. Şöyle ki Ginsburg vefat etmese idi ya da Joe Biden'in başkanlık döneminde vefat etse idi Yüksek Mahkeme'deki ideolojik eksensiz dağılım 4-1-4 şeklinde olacaktı. Nitekim John Roberts, June Medical Services LLC v. Russo Davası'nda kullandığı sürpriz belirleyici oy ile Yüksek Mahkeme'nin yakın geçmişte Anthony Kennedy'nin belirleyici oyları ile benimsediği liberal karakterli içtihatlarını devam ettirme tutumu içinde olduğunu belli etmişti. Bu husus Yüksek Mahkeme'nin yeni bir merkez yargıcının olduğu anlamına da gelmekteydi. Bununla birlikte Ginsburg'ün vefatı ve Barrett'in atanması ile Yüksek Mahkeme'deki liberal-muhafazakâr yargıç dengesinin muhafazakâr eksensiz kaybolduğunu söyleyebiliriz. Bu husus pek tabii Anthony Kennedy'nin belirleyici oyu ile benimsenen eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık konularındaki Yüksek Mahkeme içtihatlarının değişebileceğinin de sinyalidir. Yine altı muhafazakâr üç liberal yargıcın bulunduğu güncel Yüksek Mahkeme kompozisyonunda ideolojik ve siyasi yönü bulunan ihtilafli meselelere ilişkin davalar açısından Gorsuch, Kavanaugh ve Barrett'in profillerini de göz önüne alırsak merkez yargıçlık veya belirleyici oy gibi kavramların da öneminin pek kalmadığını söyleyebiliriz.

269 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, (Sotomayor, J., dissenting).

270 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 3, (Sotomayor, J., dissenting).

Amy Coney Barrett'ın atanma süreci de tıpkı Robert Bork ile Merrick Garland'ın adaylık süreçleri gibi Yüksek Mahkeme aday belirleme ve atama sürecinin siyasi niteliği haiz olduğunun diğer bir örneğidir. Bu süreç Amerikan siyasi tarihi açısından pek çok çarpıcı olaya sahne olmuştur. Merrick Garland'ın Senato tarafından oylanmamasında asli etken olan Senatör McConnell'in Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı sonrası izlediği tutum çok tartışmalıdır. Yine Chuck Schumer'in Başkanlık seçimlerine çok az bir süre kala Trump'ın Yüksek Mahkeme'ye bir yargıç ataması durumunda Yüksek Mahkeme'nin yapısının değiştirilmesini de ima edecek şekilde tüm seçeneklerin masada olduğu yönündeki demeci de çok çarpıcıdır. 2021 senesi Amerikan siyaseti ve bunun bir parçası olan Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin kompozisyonu açısından neler getirecek bunu pek tabii ki bilemeyiz. Ancak şu husus bir gerçektir ki bir dönem başkanlık yapmış ve girdiği iki seçimde de ülke genelindeki oy oranı açısından rakibinin gerisinde kalmış birisi Yüksek Mahkeme'nin yaşam boyu görev yapacak dokuz üyesinden üç tanesini belirlemiştir.

Ruth Bader Ginsburg'ün vefat etmesi ve akabinde Amy Coney Barrett'ın atanması, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Sonia Sotomayor ile birlikte en liberal üyesini kaybederek yerine görev yaptığı dönemde Yüksek Mahkeme'nin en muhafazakâr yargıçlarından birisi olan Antonin Scalia'nın akıl hocası olduğu muhafazakâr bir yargıcın atanması demektir. Bu husus halen hayatta olan Anthony Kennedy'nin emekliliğinin Yüksek Mahkeme oluşumundaki etkisini daha da ön plana çıkarmıştır. Şöyle ki Kennedy emekli olmasa idi Ginsburg'ün vefatı akabinde Kavanaugh'un ya da Barrett'ın Trump tarafından atanması durumunda Yüksek Mahkeme'nin üç liberal yargıcı bir merkez yargıcı dört muhafazakâr yargıcı ve Yüksek Mahkeme'nin son dönem ideolojik ve siyasi yönü bulunan ihtilafli meselelere ilişkin davalarda benimsediği içtihatlarını stare decisis ilkesi gereğince devam ettirme eğiliminde olan bir muhafazakâr yargıcı olacaktı. Nitekim Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı öncesinde Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu ve yukarıda incelediğimiz kararlar Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki liberal yargıç-muhafazakâr yargıç bloğunu ve dönemsel olarak ortaya çıkabilen merkez/medyan yargıç profilini gözler önüne sermektedir.

SONUÇ

Amerika Birleşik Devletleri, anayasanın yargıçlar eliyle şekillendirilmesinin ve tatbik edilmesinin en çarpıcı örneklerinden birisidir. Bu hususta en önemli aktör ise federal yargı sisteminin en üst basamağındaki Amerikan Yüksek Mahkemesi'dir. Amerikan Anayasası'nın çerçeve anayasa niteliği karşısında özel hayatın gizliliği, evlilik²⁷¹ gibi Anayasa'da düzenlenmeyen yeni hakların tanınması; yine idam cezasının kapsamı²⁷², pozitif ayrımcılık, kürtaj gibi Anayasa'nın herhangi bir hüküm ihtiva etmediği konularda federal düzeydeki veya eyalet düzeyindeki düzenlemelerin geçerlilikleri gibi anayasal meselelerde Amerikan Yüksek Mahkemesi asli rol oynamaktadır²⁷³.

271 Söz gelimi evlilik hakkı 1949 Alman Anayasası'nın 6. maddesinin birinci fıkrasında "evlilik ve aile, devletin özel koruması altındadır." hükmü ile güvence altına alınmaktadır.

272 Söz gelimi 1949 Alman Anayasası 102. maddesinde, 1815 Hollanda Anayasası ise 114. maddesinde idam cezasını açıkça yasaklamaktadır.

273 Bu önemli rol pek tabii ki tüm anayasa mahkemeleri veya anayasaya uygunluk denetimi yapan merciler açısından geçerlidir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yaşam boyu görev yapma hakkına sahip dokuz üyesinin olması ve üyelerinin başkan ile Senato'nun rol oynadığı bir süreçle atanması, Yüksek Mahkeme'ye yargıç belirleme ve atama sürecini siyasi bir mahiyete büründürmektedir. Nitekim Mahkeme kompozisyonunda Demokrat başkanlar tarafından aday gösterilen liberal yargıç ile Cumhuriyetçi başkanlar tarafından aday gösterilen muhafazakâr yargıç yelpazesi söz konusudur. Kürtaj, pozitif ayrımcılık, eşcinsel evlilik, idam cezası gibi siyasi, felsefi ve hatta ideolojik niteliği olan ihtilafli meselelere ilişkin davalarda Yüksek Mahkeme'deki liberal kimliği haiz yargıçlar ile muhafazakâr kimliği haiz yargıçlar blok olarak aynı yönde oy kullanmaktadır.

Üye tam sayısının üçte biri için iki senede bir yapılan Amerikan Senatosu seçimleri ile dört senede bir yapılan Amerikan Başkanlık seçimleri sonuçlarının Yüksek Mahkeme üyeleri başta olmak üzere atanacak federal yargıçların profillerine ve yukarıda belirttiğimiz birtakım konulara ilişkin federal mahkeme içtihatlarına azımsanmayacak ölçüde etkisi vardır. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Anayasa'nın yorumlanması ve uygulanmasında nihai yetkili mercii olduğu göz önüne alındığında bu etki aslında anayasanın ne anlama geldiği hususunu da kapsamaktadır. Nitekim başkanlar kendi dünya görüşüne yakın kişileri Yüksek Mahkeme'ye aday göstermekte, ekseriyeti başkanla aynı siyasi görüşü paylaşan Senato ise bu adaylığı kolayca onaylamaktadır. Merrick Garland ve Robert Bork örneklerinde olduğu gibi Senato'nun ekseriyetinin desteğinden yoksun ve ikinci başkanlık döneminin son diliminde olan başkanın gösterdiği adayların Senato tarafından onaylanmamaları o kadar da düşük bir ihtimal değildir.

Cumhuriyetçi başkan Ronald Reagan tarafından aday gösterilip atanan ve görece muhafazakâr yargıç profili ile ön plana çıkan Anthony Kennedy, yukarıda belirttiğimiz toplumsal ve siyasi açılardan ihtilafli meselelere ilişkin davalarda belirleyici oyun sahibi olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin liberal karakteri haiz çarpıcı kararlara imza atmasına vesile olmuştur. Anthony Kennedy'nin 2018 senesinde emekli olması ve yakın tarihte Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı ise Yüksek Mahkeme'nin ilgili davalardaki içtihatlarını etkileyecek niteliktedir. 3 Kasım 2020 Başkanlık Seçimleri öncesi Senato'nun Amy Coney Barrett'in atanmasını onaylaması sonucunda Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki muhafazakâr yargıçların sayısı altıya çıkmış, liberal yargıçların sayısı ise üçe düşmüştür. Bu gelişme ise hukuki gerekler (due process), eşit koruma (equal protection), olağandışı ve zalimane ceza yasağı gibi Anayasa'da düzenlenen ibarelerin kapsamı ile özel hayatın gizliliği, evlilik gibi Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen hakların koruma alanı ile ilgili son dönem Yüksek Mahkeme içtihatlarını değiştirebilecek niteliktedir. 3 Kasım 2020 tarihinde yapılan Başkanlık Seçimleri'ni kazanan Demokrat Joe Biden'in dört senelik görev süresi boyunca Yüksek Mahkeme'ye üye belirleyip belirleyemeyeceği hususu ve bunun liberal bir üyeliğin mi yoksa muhafazakâr bir üyeliğin mi boşalması üzerine gerçekleşeceği de merak konusudur. Nitekim bu husus da bahsettiğimiz Yüksek Mahkeme içtihatlarının benzer olaylar ve davalar karşısında devam etmesi ya da etmemesi açısından önem taşımaktadır.

Yaklaşık elli senedir liberal yargıçların azınlıkta bulunduğu Amerikan Yüksek Mahkemesi son dönemde eşcinsel evliliklerin anayasal güvence altında olduğuna hükmetmiş, kürtaj yaptırmak isteyen kadınlara yönelik eyaletler tarafından öngörülen kısıtlamaları Anayasa ile bağdaşmaz nitelikte bulmuş,

kasten öldürme dışındaki suçlar için idam cezası öngörülmesinin Anayasa karşısında mümkün olmadığına hükmetmiş ve üniversitelerin öğrenci kabul sürecinde ırk temelli pozitif ayrımcılık yapmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Amerikan anayasal düzeni açısından milat olarak nitelendirilebilecek ve konusu itibariyle liberal yargıçlar ile muhafazakâr yargıçların blok halde oy kullandığı bu çarpıcı içtihatların benimsenmesi Anthony Kennedy'nin belirleyici oyları sayesinde olmuştur. Gerçekten de esasen muhafazakâr dünya görüşü ile bilinen bir yargıcın eşcinsel evliliği ve kürtajı anayasal hak veya özgürlüğün bir parçası olarak nitelendirmesi nadir görülebilecek bir durumdur. Anthony Kennedy'nin emekliliği ile Yüksek Mahkeme, Roberts Mahkemesi döneminde ideolojik ve siyasi yönü bulunan ihtilafli konularda liberal tutumuyla bilinen bir merkez yargıcını kaybetmiştir. Bununla birlikte Kennedy'nin emekliliği ilgili içtihatların Amerikan anayasal düzeni açısından önemini veya yerini değiştirmemiştir. Yine söz konusu ilgili içtihatlar günümüzde halen geçerliliğini korumaktadır. Özetle, Anthony Kennedy'nin merkez yargıç profili ve belirleyici oyları ile Amerikan anayasal düzeni açısından kaybolmayacak izler bırakarak emekli olduğunu söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

I. Kitaplar

- Ertaş, Türker. **Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- Fisher, Louis ve Katy J. Harriger. **American Constitutional Law**, 11th Edition, Carolina Academic Press, Durham/North Carolina, 2016.
- Fitzpatrick, Chandra. **The 14th Amendment: Transforming American Democracy**, American Bar Association Division for Public Education, Chicago, 2016, https://law.und.edu/_files/docs/faculty/other/14th-amendment-aba-planning-guide.pdf, (17.09.2020).
- Hall, Timothy L. **The Supreme Court Justices: A Biographical Dictionary**, Facts on File, Inc., New York, 2001.
- Heringa, Aalt Willem. **Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law**, 5th Edition, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2019.
- Jackson, Vicki C. ve Mark Tushnet, **Comparative Constitutional Law**, 2nd Edition, Foundation Press, New York, 2006.
- Martinez, Jenny S. "Horizontal Structure" **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, (Ed. Michel Rosenfeld and Andras Sajó), Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Sajó, András. **Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism**, Central European University Press, Budapest, 1999.
- Tushnet, Mark. **The Constitution of the United States of America**, 2nd Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015.
- Vile, John R. **A Companion to the United States Constitution and Its Amendments**, 5th Edition, Praeger, Santa Barbara California, Denver Colorado and Oxford England, 2010.

II. Bilimsel Makaleler

- Berman, Mitchell N. ve David Peters, "Kennedy's Legacy: A Principled Justice", **Faculty Scholarship at Penn Law**, 2019, https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2968&context=faculty_scholarship, (13.06.2020), s. 312-384.

- Bombay, Scott “The facts about Supreme Court nominations and Senate control”, **Constitutional Daily**, 13 August 2014, <https://constitutioncenter.org/blog/the-facts-about-supreme-court-nominations-and-senate-control/>, (03.05.2020).
- Chapman, Nathan S. ve Kenji Yoshino. “The Fourteenth Amendment Due Process Clause”, **Interactive Constitution Center**, <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/interpretation/amendment-xiv/clauses/701#:~:text=No%20State%20 shall%20 make%20or,equal%20protection%20 of%20the%20laws>, (17.09.2020).
- Hamilton, Alexander. “The Federalist No. 78(The Judiciary Department)”, **The Federalist Papers**, McLeans Edition, New York, 28.05.1788, , <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>, (17.02.2020).
- Lamparello, Adam. “The Legacy of Anthony M. Kennedy”, **Savannah Law Review**, Vol. 2, No. 2, 2015, <https://www.savannahlawschool.org/wp-content/uploads/volume2number2-article01.pdf>, (26.09.2020), s. 301-338.
- McGaver, Kristin M. “Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States”, **Minnesota Law Review**, Vol. 101, 2017, <https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2017/02/McGaver.pdf>, s. 1247-1286.
- Monaghan, Henry Paul. “The Confirmation Process: Law or Politics?”, **Harvard Law Review**, Vol. 101, No. 6, April 1988, https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/785/, s. 1202-1212, (24.01.2020).
- Nolan, Andrew ve Michael John Garcia. **Justice Kennedy Retires: Initial Considerations for Congress**, Congressional Research Service, 28 June 2018, <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10159.pdf>, (13.06.2020).
- Nolan, Andrew, Kevin M. Lewis ve Valerie C. Brannon, **Justice Anthony Kennedy: His Jurisprudence and the Future of the Court**, Congressional Research Service, 11 July 2018, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45256.pdf>, (13.06.2020).
- Pomerance, Benjamin. “What Might Have Been: 25 Years Of Robert Bork on the United States Supreme Court”, **Belmont Law Review**, Vol. 1, 2014, <http://www.belmont.edu/law/academics/review/pdfs/Pomerance.pdf>, (12.03.2020), s. 221-266.
- Prakasht, Saikrishna B. ve John C. Yoo. “The Origins of Judicial Review”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 70, 2003, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5220&context=uclev>, s. 887-982
- Smelcer, Susan Navarro, Amy Steigerwalt ve Richard L. Vining, Jr. “Bias and the Bar: Evaluating the ABA Ratings of Federal Judicial Nominees”, **Political Research Quarterly**, Vol. 65(4), https://www.researchgate.net/publication/228263130_Bias_and_the_Bar_Evaluating_the_ABA_Ratings_of_Federal_Judicial_Nominees, (24.11.2020), s. 827–840.
- Stenberg, Jonathan. “Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court”, **Journal of Supreme Court History**, Vol. 33, Iss. 1, March 2008, <https://www.martindale.com/matter/asr-1628380.pdf>, (19.10.2020), s. 1-16.
- Ziegler, Mary. “Liberty and the Politics of Balance: The Undue-Burden Test After Casey/Hellerstedt”, **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Vol. 52, No. 2, Summer 2017, <https://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/sites/10/2017/07/Ziegler.pdf>, (04.10.2020), s. 421-468.

III. Makaleler

- Barker, Peter ve Jeff Zeleny. “Souter’s Exit to Give Obama First Opening”, **New York Times**, 1 May 2009, <https://www.nytimes.com/2009/05/02/us/02souter.html?auth=login-google>, (10.10.2020).
- Barnes, Robert ve Ashley Parker. “Neil M. Gorsuch sworn in as 113th Supreme Court justice”, **Washington Post**, 10 April 2017, https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/

- gorsuch-to-besworn-in-to-supreme-court-today-in-two-ceremonies/2017/04/10/9ac361fe-1ddb-11e7-ad74-3a742a6e93a7_story.html?utm_term=.f4ad76925b91, (10.05.2020).
- Berman, Russell. “Suddenly, Amy Coney Barrett Might Not Have the Votes”, **The Atlantic**, 3 October 2020, <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/10/supreme-court-trump-covid/616608/>, (21.10.2020).
- Bravin, Jess. “President Obama’s Supreme Court Nomination of Merrick Garland Expires”, **The Wall Street Journal**, 3 January 2017, <https://www.wsj.com/articles/president-obamas-supreme-court-nomination-of-merrick-garland-expires-148.346.3952>, (10.05.2020).
- Cassella, Megan ve David Morgan. “Senators say they might confirm Obama’s high court pick after election”, **Reuters**, 17 March 2016, <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-garland-idUSKCN0WJ251>, (10.05.2020).
- Colangelo, Lisa L. “Yellow, Orange and Red: How New York’s COVID-19 Microclusters Work”, **Newsday**, 24 November 2020, <https://www.newsday.com/news/health/coronavirus/micro-clusters-yellow-orange-red-zones-long-island-new-york-1.50073089>, (27.11.2020).
- Demirjian, Karoun. “Republicans refuse to budge following Garland nomination to Supreme Court”, **The Washington Post**, 16 March 2016, <https://www.washingtonpost.com/news/powerpost/wp/2016/03/16/republicans-refuse-to-budge-following-garland-nomination-to-supreme-court/>, (03.05.2016).
- Eilperin, Juliet ve Mike DeBonis. “President Obama nominates Merrick Garland to the Supreme Court”, **The Washington Post**, 16 March 2016, https://www.washingtonpost.com/world/national-security/president-obama-to-nominate-merrick-garland-to-the-supreme-court-sources-say/2016/03/16/3bc90bc8-eb7c-11e5-a6f3-21ccdbc5f74e_story.html, (03.05.2016).
- Elving, Ron. “What Happened With Merrick Garland In 2016 And Why It Matters Now”, **National Public Radio**, 29 June 2018, <https://www.npr.org/2018/06/29/624467256/what-happened-with-merrick-garland-in-2016-and-why-it-matters-now?t=158.846.0752621>, (03.05.2020).
- Eps, Garrett. “The Case That Changed John Paul Stevens’s Life”, **The Atlantic**, 18 July 2019, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/07/john-paul-stevens-liberal-conservative/594241/>, (10.10.2020).
- Greenfield, Jeff. “The Justice Who Built the Trump Court”, **Politico Magazine**, 9 July 2018, <https://www.politico.com/magazine/story/2018/07/09/david-souter-the-supreme-court-justice-who-built-the-trump-court-218953>, (10.10.2020).
- Greenhouse, Linda. “Bork’s Nomination is Rejected, 58-42; Reagan Saddened”, **New York Times**, Oct. 24, 1987, <https://www.nytimes.com/1987/10/24/politics/borks-nomination-is-rejected-5842-reagan-saddened.html>, (12.03.2020).
- Greenhouse, Linda. “Supreme Court Justice John Paul Stevens, Who Led Liberal Wing, Dies at 99”, **New York Times**, 16 July 2019, <https://www.nytimes.com/2019/07/16/us/john-paul-stevens-dead.html>, (10.10.2020).
- “How FDR Lost His Brief War on the Supreme Court”, **Constitution Daily – National Constitution Center**, 5 February 2020, <https://constitutioncenter.org/blog/how-fdr-lost-his-brief-war-on-the-supreme-court-2>, (25.11.2020).
- Hulse, Carl. “Why Republicans Will Sidestep Their Garland Rule for the Court in 2020”, **New York Times**, 29 November 2019, <https://www.nytimes.com/2019/11/29/us/politics/senate-supreme-court-garland.html>, (03.05.2020).
- John L. Dorman, “Chuck Schumer: If GOP tries to fill Ginsburg’s seat, ‘nothing is off the table next year’”, **Business Insider**, 19 September 2020, <https://www.businessinsider.com/chuck-schumer-senate-democrats-republicans-supreme-court-ginsburg-vote-mccconnell-2020-9>, (21.10.2020).
- Kim, Seung Min and Burgess Everett. “GOP Supreme Court blockade showing early cracks”, **Politico**, 03.16.2016, <https://www.politico.com/story/2016/03/kelly-ayotte-to-meet-merrick-garland-220868>, (10.05.2020).

- King, Ritchie, Oliver Roeder ve Amelia Thomson-DeVeaux, "John Roberts Will Probably Be The Supreme Court's Next Swing Justice", **FiveThirtyEight**, 27 June 2018, <https://fivethirtyeight.com/features/john-roberts-will-probably-be-the-supreme-courts-next-swing-justice/>, (21.10.2020).
- Landler, Mark and Maggie Haberman. "Brett Kavanaugh Is Trump's Pick for Supreme Court", **The New York Times**, 4 July 2018, <https://www.nytimes.com/2018/07/09/us/politics/brett-kavanaugh-supreme-court.html> (19.11.2018).
- Liptak, Adam ve Matt Felegenhimer. "Neil Gorsuch Confirmed by Senate as Supreme Court Justice", **New York Times**, 7 April 2017, <https://www.nytimes.com/2017/04/07/us/politics/neil-gorsuch-supremecourt.html>, (10.05.2020).
- Litman, Leah ve Melissa Murray. "Shifting from a 5-4 to a 6-3 Supreme Court majority could be seismic", 25 September 2020, **The Washington Post**, https://www.washingtonpost.com/outlook/trump-ginsburg-conservative-supreme-court-majority/2020/09/25/17920cd4-fe85-11ea-b555-4d71a9254f4b_story.html, (21.10.2020).
- Longley, Robert. "US Supreme Court Retirement Benefits", **Thought.co**, 4 February 2020, <https://www.thoughtco.com/us-supreme-court-retirement-benefits-3322414>, (19.10.2020).
- Luthi, Susannah ve Josh Gerstein. "Supreme Court Appears Wary of Striking Down Obamacare", Politico, 10 November 2020, <https://www.politico.com/news/2020/11/10/supreme-court-obamacare-kavanaugh-435711>, (29.11.2020).
- Matthews, Dylan. "America under Brett Kavanaugh", **Vox**, 5 October 2018, <https://www.vox.com/2018/7/11/17555974/brett-kavanaugh-anthony-kennedy-supreme-court-transform>, (19.11.2018).
- McCarthy, Tom. "Top Senate Republican says he has the votes to confirm Amy Coney Barrett", 15 October 2020, **The Guardian**, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/oct/15/amy-coney-barrett-supreme-court-senate-votes-republican>, (21.10.2020).
- Montagne, Renee. "Republican Senator Weighs In On Supreme Court Nomination", **National Public Radio**, 17 March 2016, <https://www.npr.org/2016/03/17/470776592/republican-senator-weighs-in-on-supreme-court-nomination>, (03.05.2020).
- Noah, Timothy ve Brian Mohoney. "How liberal is Merrick Garland?", **Politico**, 16.03.2016, <https://www.politico.com/story/2016/03/supreme-court-merrick-garland-220904>, (03.05.2016).
- Roeder, Oliver. "Merrick Garland Is The Oldest Supreme Court Nominee Since Nixon Was President", **FiveThirtyEight**, 16 March 2016, <https://fivethirtyeight.com/features/merrick-garland-age-supreme-court/>, (10.05.2020).
- Savage, David ve Timothy Phelps. "Obama unlikely to alter Supreme Court ideology with Republican Senate", **Los Angeles Times**, 8 November 2014, <https://www.latimes.com/nation/politics/la-na-court-gop-20141109-story.html>, (03.05.2020).
- Singman, Brooke "Schumer: Ginsburg vacancy should not be filled until 'we have a new president", **Fox News**, 19 September 2020, <https://www.foxnews.com/politics/schumer-says-ginsburg-vacancy-should-not-be-filled-until-we-have-a-new-president>, (21.10.2020).
- Stolberg, Sheryl Gay. "Kavanaugh Is Sworn In After Close Confirmation Vote in Senate", **The New York Times**, 6 October 2018, <https://www.nytimes.com/2018/10/06/us/politics/brett-kavanaugh-supreme-court.html>, (19.11.2018).
- Term, Michael. "Originalism, Catholicism and a job as his clerk: Amy Coney Barrett is Antonin Scalia's heir, intellectually and spiritually", **Chicago Tribune**, 26 September 2020, <https://www.chicagotribune.com/nation-world/ct-nw-amy-coney-barrett-antonin-scalia-clerk-20200926-63kstl67ebcvjkfgvuwetbsrlq-story.html>, (21.10.2020).

Toobin, Jeffrey. "The Supreme Court After Scalia", **The New Yorker**, 3 October 2016, <http://www.newyorker.com/magazine/2016/10/03/in-the-balance>, (10.05.2020).

Valverde, Miriam. "Chuck Schumer flip-flops on confirming Supreme Court justices in a presidential election year", **Politifact**, 22 September 2020, <https://www.politifact.com/factchecks/2020/sep/22/charles-schumer/chuck-schumer-flip-flops-considering-supreme-court/>, (21.10.2020).

Williams, Beth A. "National Review Op-Ed: The Myth Of The Unqualified Trump Judge", **The United States Department of Justice**, <https://www.justice.gov/opa/blog/national-review-op-ed-myth-unqualified-trump-judge>, (24.11.2020).

IV. Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları

Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/case.pdf>, (22.10.2020).

California v. Texas (Oral Argument), Oyez, <https://www.oyez.org/cases/2020/19-840>, (29.11.2020).

Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak, 591 U. S. ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1070_0811.pdf#page=13, (27.11.2020).

Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, (1940), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/296/#tab-opinion-1936773>, (26.11.2020)

Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/08-205/index.pdf>, (22.10.2020).

Coker v. Georgia, 433 U. S. 584, 598 (1977), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/584/#tab-opinion-1952365>, (14.10.2020).

Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/14-981/case.pdf>, (15.10.2020).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>, (23.10.2020).

June Medical Services LLC v. Russo, 591 US ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-1323_c07d.pdf, (20.20.2020).

Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), Cornell Law School – Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/07-343P.ZO>, (09.10.2020).

National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/567/11-393/case.pdf>, (22.10.2020).

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf, (19.09.2020).

Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, (1992), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>, (01.10.2020).

Roe v. Wade, 410 U. S. 113, (1973). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>, (01.10.2020).

Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a87_4g15.pdf, (27.11.2020).

South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 590 U. S. ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf, (15.10.2020).

United States v. Windsor, 570 U.S. ____ (2013), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/case.pdf>, (19.09.2020).

Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 US _ (2016), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/15-274/>, (28.09.2020).

V. Diğer Kaynaklar

- Amerikan Anayasası'nın tam metni, U.S. Constitution, <https://www.law.cornell.edu/constitution/index.html>, (23.01.2019).
- Anthony Kennedy, Supreme Court of the United States, <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx#AKennedy>, (12.06.2020)
- Anthony Kennedy'nin Emeklilik Dilekçesi, https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/Letter_to_the_President_June27.pdf, (19.11.2018).
- Introduction To The Federal Court System, Offices of United States Attorneys, United States Department of Justice, <https://www.justice.gov/usao/justice-101/federal-courts#:~:text=The%20federal%20court%20system%20has,appeal%20in%20the%20federal%20system.,> (19.10.2020).
- Judiciary Act of 1869, <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=016/llsl016.db&recNum=79>, (30.01.2019).
- Ratings, American Bar Association, https://www.americanbar.org/groups/committees/federal_judiciary/ratings/, (14.02.2020).
- Ratings of Article III and Article IV Judicial Nominees, American Bar Association, Federal Judiciary, https://www.americanbar.org/groups/committees/federal_judiciary/ratings/, (19.10.2020).
- “Roll Call Vote 116th Congress – 2nd Session”, United States Senate, https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=116&session=2&vote=00224, (25.11.2020).
- Standing Committee On the Federal Judiciary, Ratings – 116th Congress https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/government_affairs_office/webratingchart-trump116.pdf?logActivity=true, (21.10.2020).
- Supreme Court Nominations (1789-Present), United States Senate, Nominations, <https://www.senate.gov/legislative/nominations/SupremeCourtNominations1789present.htm>, (12.06.2020).
- Supreme Court Procedures, United States Courts, <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1#:~:text=By%20law%2C%20the%20U.S.%20Supreme,the%20first%20Monday%20in%20October,> (13.06.2020).
- What Is an ASC?, Advancing Surgical Care, <https://www.ascassociation.org/advancingsurgicalcare/asc/whatisanasc>, (20.10.2020).